

كلية الشريعة والقانون
قسم الدراسات العليا



الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان

الحق المدني الشخصي

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقدم

لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

بإشراف

الأستاذ الدكتور / سيد عواد علي عواد

رئيس قسم الفقه - كلية الشريعة والقانون

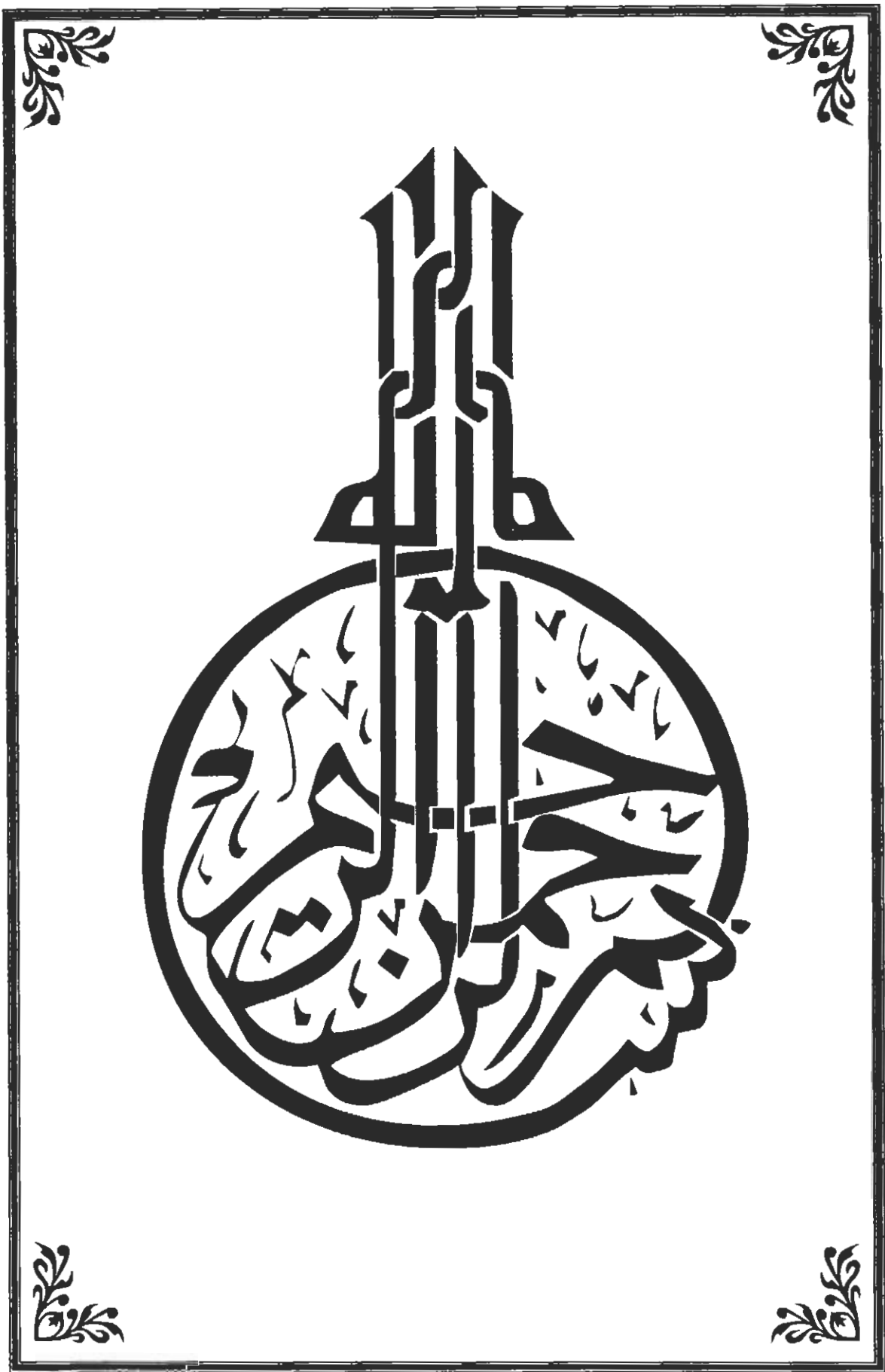
إعداد الطالب :

محمد بن السائح

العام الجامعي

١٤٢٢-١٤٢٣هـ

٢٠٠١-٢٠٠٢م



لجنة المناقشة للحصول على درجة الدكتوراه

أجريت مناقشة البحث الذي قدمه

الطالب / محمد بن السائح

بعنوان:

اللق المذني الشكفي بين الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

بتاريخ: / /

أسماء أعضاء لجنة المناقشة وتوقيعهم

م	الاسم	التوقيع
١	المناقش الخارجي	
٢	المناقش الداخلي	
٣	المشرف على البحث	الأستاذ الدكتور سيّد عواد علي عواد رئيس قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون
		الملاحظات:

إهداء

للأ...

والذي الكريمين أدام الله فضلهما، ورحمهما كما رزقاني صغيراً.

للأ...

إخوتي الأشقاء الذين كانوا دوماً عوناً لي في طلب العلم.

للأ...

زوجتي المخلصة التي شاركتني الجهد والعناء. وتحملت المشقة والتعب.

للأ...

أساتذتي ومشايخي وأصحاب الحقوق علي.

للأ...

دعاة الحق والخير وأنصار الشريعة الإسلامية في كل مكان.

للأ...

هؤلاء جميعاً، أهدي ثمرة هذا البحث المنواضع.



شكر و تقدير

أتقدم بالتقدير العظيم والشكر الجزيل إلى أستاذي
وشيخي الكريم الأستاذ الدكتور: سيّد عوّاد – رئيس قسم الفقه
في كلية الشريعة والقانون – الذي تفضل بالإشراف على
رسالتي، فأسدى لي النصح الخالص والتوجيه الصادق، أسأل
الله عز وجل له جزيل الثواب والأجر، وأن يرفع مقامه في
الجنة .

وأتقدم بالشكر والتقدير إلى إدارة كلية الشريعة
والقانون متمثلة في عميدها الأستاذ الدكتور رمضان هيثمى و
إلى كل الأساتذة الذين ساعدوني في البحث وسهّلوا لي سبيل
طلب العلم والمعرفة.

وإلى إدارة الجامعة متمثلة في رئيسها فضيلة الأستاذ
الدكتور حسن الشافعي، الذي أسأل الله أن يرفع مكانته وأن
يقربه عنده بحسن خلقه.

و إلى فضيلة الأستاذ الدكتور: أحمد العسّال كل الشكر
والتقدير على حسن توجيهه ورعايته، ونسأل الله العلي الكريم
أن يمد لنا في عمره و أن يرزقه الصحة والعافية في الدنيا و
الآخرة.

وإلى إدارة المكتبة، وإدارة مجمع البحوث الإسلامية
بالجامعة على تعاونهم في استعمال المراجع، ومساعدتهم لي
في استعارة الكتب التي تخدم الموضوع.

وكذلك أتقدم بالشكر والتقدير إلى مركز الملك فيصل
للبحوث والدراسات الإسلامية - بجدة - على ما أرسله إلي
من عناوين أفادتي في البحث وعلى ما أرسله من مصورات
تخدم الموضوع.

وإلى إدارة المكتبة الوطنية بالجزائر العاصمة على
فتحها لي الأبواب ومساعدتها لي ببعض المراجع الهامة.

وإلى كل الأصدقاء الأعزاء طلاباً ومدرسين، و إلى
من قدموا لي العون في إخراج هذا البحث بهذه الصورة أسأل
الله أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وموافقاً لمرضاته سبحانه
و تعالى.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الهادي إلى الحق المبين القائل في كتابه المبين ﴿يَوْمَئِذٍ يُوفِيهِمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ﴾^(١) و أصلى واسلم على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم القائل: (...ثم لتؤذن الحقوق إلى أهلها يوم القيامة حتى يقاد للشاة الجلحاء من الشاة القرناء)^(٢) ثم صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد فإن هذا الموضوع يتحدث عن (الحق المدني الشخصي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) وبيان ما يقوم عليه من أسس وما يهدف إليه من مصالح فردية وجماعية، ذلك أن كثيراً من المسلمين اليوم لجأوا إلى القوانين المدنية باحثين عن حل لقضاياهم المتعلقة بحقوقهم غافلين عن أن هذا الحق أو ذلك له مجال فسيح في فقها الإسلامي.

وكشف النقاب عن هذا الموضوع في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي مع استخلاص النتائج من الفقهاء يجعل المسلم المعاصر يهتم بالأحكام الشرعية التي تحكم بكل ما فيه نفع للناس، كما تقرب كثيراً من الفروق بين الآراء الفقهية الحديثة، خصوصاً أن عصرنا اليوم أصبح مليئاً بالتيارات الفكرية المختلفة

(١) النور: الآية ٢٥، والمقصود يوفيههم الله حسابهم وجزاءهم الحق على أعمالهم. انظر تفسير جامع البيان عن تفسير آي القرآن ج ١٨/١٠٦ لمحمد بن جرير الطبري، دار الفكر، بيروت ١٤٠٥. وانظر أيضاً: قاموس القرآن أو إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن ص ١٣٩-١٤٠ للفقير المفسر محمد الدامغانى، تحقيق عبد العزيز سيد الأهل - دار العلم للملايين - بيروت الطبعة الثالثة ١٩٧٧، حيث قال: ((الحق العدل): قوله تعالى في سورة النور ﴿يَوْمَئِذٍ يُوفِيهِمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ﴾ يقول حسابهم العدل ﴿ويعلمون أن الله هو الحق المبين﴾ يعني العدل المبين كقوله تعالى في سورة الأعراف: ﴿ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وأنت خير الفاتحين﴾ يعني العدل، كقوله تعالى في سورة ص: ﴿فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط﴾ أي بالعدل.]

(٢) صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري ج ٤/١٩٩٧ دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

والتشريعات القانونية التي تهدف - في الحق المدني- إلى تنظيم العلاقة بين الفرد والمجتمع وفق رؤية معاصرة.

كما أن تضارب الحقوق وتعارضها أحيانا يجعل كثيرا ممن هم في مجتمعنا يحاولون الحصول على حقهم بأي طريقة كانت غير عابئين بما يترتب على ذلك من مخاطر في السلوك الاجتماعي الذي قد يؤدي إلى فقدان الأمن أحيانا بين الناس.

و إذا كان المسلم يرجع كل تصرفاته إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ليضبط تصرفاته وعلاقاته بينه وبين الآخرين مقتديا في ذلك بالرسول محمد صلى الله عليه وسلم واستجابة لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١) فإن هذا لا يمنع من الاستفادة من تجارب الآخرين وخبراتهم ضمن إطار (العلوم التي لا وطن لها) وعملا بالحديث (الحكمة ضالة المؤمن حيثما وجدها فهو أحق بها).^(٢)

وإذا كان القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه،^(٣) فإن القانون المدني هو ضمن إطار القانون الخاص بل هو دعامة^(٤) باعتباره الشريعة العامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد.

ومما لا شك فيه أن هناك ارتباطا وثيقا بين الحق والقانون حتى أن في اللغة الفرنسية يعبر عن الحق بكلمة (Droit) ويعبر عن القانون بنفس الكلمة كما يعبر عن الاستقامة بالكلمة ذاتها.^(٥)

(١) آل عمران : الآية ٣١.

(٢) سنن الترمذي ج٥/٥١ دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق أحمد شاكر، و سنن ابن ماجه ج٢/١٣٩٥.

(٣) المدخل إلى القانون ص ٧٤ للدكتور حسن كيرة - منشأة المعارف - الإسكندرية الطبعة الخامسة ١٩٧٤.

(٤) نظريتا الحق والقانون ص٥٨ د/ إسحق إبراهيم منصور - الجزائر .

(٥) نظريتا الحق والقانون ص٢٠٥ للدكتور اسحق إبراهيم منصور - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر م١٩٩٩.

والحق سواء أكان شخصياً أو عينياً هو أحد فروع القانون المدني، وإذا كان موضوعنا يتناول الحق المدني الشخصي وهو ما يسمى (بحق الدائنية) فلأن وجوده يقوم على وجود (دائن) و (مدين)، وهذا الحق هو استئثار غير مباشر بآداء معين، لأن صاحبه لا يستطيع أن يقوم به إلا بتدخل شخص آخر فيطلق عليه "الحق الشخصي" كما يطلق عليه (الالتزام) على أساس النظر إلى مركز المدين أي (الملتزم).^(١)

و إذا كان القانون قد قسم الحق المدني إلى قسمين: شخصي وعيني، فهل فعل ذلك فقهاءنا الإسلامي؟ ، وهل كان فقهاؤنا يعرفون هذا التقسيم ويقسمون الحق على منواله؟

لذا أرى - والله أعلم - أنه من المهم معرفة الحق المدني الشخصي ضمن حدوده وإطاره الشرعي والقانوني مع مراعاة الدوافع والنتائج التي تترتب عليه عند استعماله.

أهمية الموضوع

إن دراسة هذا الموضوع (الحق المدني الشخصي) يكتسي أهمية بالغة يمكن إجمالها في النقاط التالية:

- ١- أن العلاقات العامة بين الناس مع بعضهم البعض ومع الهيئات والمؤسسات قائمة على احترام الحقوق والمصالح المتبادلة والمعروفة.
- ٢- أن للمسلم حقاً آخر يسمى (بحق الله) فيجب مراعاته ، وأن الحقوق الأخرى يجب ألا تطغى على هذا الحق ولا تتسيه إياه.
- ٣- أن نظرة الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا تختلف اختلافاً

(١) مذكرات في نظرية الالتزام ص ٧ د/ أحمد سلامة ، وقد استعمل المشرع المصري كلمة (الالتزام) مرادفة لمصطلح الحق الشخصي وعنون للقسم الأول من التقنين المدني بعنوان (الالتزام) أو (الحقوق الشخصية)، انظر: مذكرات في نظرية الالتزام ص ٧ وما بعدها للدكتور أحمد سلامة. مكتبة عين شمس - القاهرة ١٩٨١.

كبيراً من حيث نظرتها إلى حقوق الأفراد، وذلك من خلال الغاية التي شرع من أجلها الحق والوسيلة للوصول إليه وتحقيقه.

٤- توضيح إقرار الشريعة الإسلامية والقانون المدني للحقوق الشخصية وبيان ما تقوم عليه من رعاية للمصالح الفردية والجماعية.

٥- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني للحق الشخصي تكشف النقاب عن آراء العلماء وفق نظرتهم للحق، وتحقق الاستفادة من حصيلة التشريعات في بلادنا الإسلامية وغيرها.

٦- إبراز سموّ الفقه الإسلامي وتشريعاته وتميزه بإبراز الجانب الروحيّ والعاطفي، وزرع الرقابة الداخلية والذاتية الدافعة إلى العمل وذلك من خلال الإيمان بالرقابة الإلهية المستمرة وطلباً للثواب الجزيل.

هذه هي أهم العناصر التي اشتملت عليها الأهمية في دراسة هذا الموضوع وبحثه.

أسباب اختياري للموضوع

ولقد دفعتني أهمية هذا البحث إلى اختيار موضوع رسالتي وإلى جانب هذه الأهمية فإن هناك من الأسباب الدافعة إلى اختيار موضوع البحث ومن أهمها ما يلي:

١- الرغبة في دراسة هذا الموضوع، حيث كانت فكرة البحث في الحق المدني تراودني منذ زمن، وتحقيقاً لرغبة لجنة الجامعة الموقرة فقد اقتصر على دراسة الحق المدني الشخصي.

٢- الكشف عن الأسباب المباشرة والمولدة للحقوق الشخصية وذلك من خلال دراسة مصادر الحق الشخصي .

٣- رسم طريقة ضبط الحقوق واستعمالها الاستعمال الصحيح وذلك بعدم تجاوز المقصود الذي شرعت من أجله الحقوق.

٤- بيان كيفية تداول هذه الحقوق بين الأفراد وانتقالها بطريقة تحفظ لكل ذي حق حقه دون تجاوز أو تعد أو إضرار .

٥- توضيح طريقة إثبات الحقوق الشخصية، وذلك من خلال التعرف على وسائل إثبات هذه الحقوق وتباينها بحسب مصدر كل حق.

٦- بيان الأهداف من الحقوق بما يقلل من غلو الفردية ، ويعزز من فكرة تقييد الحق .

٧- دراسة الحق الشخصي منذ نشأته إلى انقضائه يشمل كثيرا من الأحكام الشرعية ، ويمر بمراحل وأطوار مختلفة تكشف عن عدالة التشريع الإلهي ورعايته للمصالح المختلفة.

وإذا كان هذا الموضوع يهدف إلى (معرفة الحق المدني الشخصي واستعماله بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) فلا أنسى في هذا المقام أن أشير إلى الهدف العاطفي والوجداني وهو بيان الأخوة والمحبة والتعاون والاحترام بين الناس في معاملاتهم المختلفة لأن المؤمن يجب أن يحكم تصرفه بالإيمان بالله تعالى وبجزائه له يوم القيامة وأن هذه المعاني مجتمعة تجعل من السهل أن تسير الحياة مبنية على الرحمة والمودة، ولا يستطيع أن يصنع هذا غير الإيمان بالله تعالى والطمع فيما عنده يوم القيامة، وأن القوانين المدنية مهما سمت فلن تستطيع أن تغرس هذه الرقابة في النفوس مما يجعلني أؤكد تميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من التشريعات الوضعية.

منهجي في الكتابة

لقد بحثت هذا الموضوع مستعينا بالله سبحانه وتعالى ومتبعا النهج التالي في الكتابة :

١- الرجوع إلى المصادر والمراجع القديمة (كتب التراث) وتوثيقها مع الإشارة إلى المصدر بالتفصيل عنده ذكره لأول مرة.

٢- تعاملت مع عدّة مكتبات وفي عدّة أماكن ورجعت إلى أنواع مختلفة من المصادر القديمة والحديثة أيضاً.

٣- استعنت بالمصادر الحديثة والدوريات بحسب ما تتطلبه الحاجة ويستدعيه البحث.

٤- أصلت المسائل الفقهية ناصيلاً شرعياً معتمداً في ذلك على القرآن الكريم والحديث الشريف وأقوال الفقهاء واجتهاداتهم في الموضوع.

٥- الرجوع إلى المصادر والمراجع القانونية في الفقه المدني والمتعلقة بالموضوع.

٦- المقارنة بين الشريعة والقانون في المواطن التي تتطلب ذلك، كما قارنت ببعض القوانين المدنية العربية والأجنبية.

٧- عزوت الآيات إلى سورها، وخرجت الأحاديث ، وترجمت للأعلام وأعددت فهرس للآيات والأحاديث والموضوعات وذلك في فهرس منظمة في آخر البحث.

فأسأل الله العلي الكريم أن أكون بهذه المنهجية قد وفقت لدراسة هذا الموضوع ، وأعطيته حقه من البحث العلمي الجاد، وإن كان فيه من خطأ أو تقصير فمن نفسي وأستغفر الله على ذلك.

ولا يسعني هنا إلا أن أنقل ما جاء في قاموس (المورد)^(١): [إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غيرت هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يُستحسن ، ولو قُدِّم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر].

خطة البحث

يتكون هذا البحث من تمهيد وبابين :

التمهيد : تحدثت فيه عن مدى اهتمام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالحق عموماً وجعلته في ثلاثة فروع

الفرع الأول : في اهتمام الفقه الإسلامي بالحق وفيه ست مسائل

الفرع الثاني : في فكرة وغاية الحق في القانون الوضعي

الفرع الثالث : في الحق المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه أربع مسائل

أما الباب الأول: فجعلته في مصادر الحق الشخصي وذلك في ثلاثة فصول

الفصل الأول: جعلته في المصدر الأول وهو الشرع أو القانون

الفصل الثاني: جعلته في التصرفات القانونية وفيه مبحثان

المبحث الأول: في العقد وجعلته في أربعة مطالب

المبحث الثاني: في الإرادة والمنفردة وجعلته في مطلبين.

الفصل الثالث: وجعلته في الواقعة القانونية ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية وفيه أربعة مطالب

(١) انظر: المورد لمنير البعلبكي ص ٢ دار العلم للملايين بيروت ١٩٨٢ الطبعة السادسة عشرة، وقد نسب هذه المقولة إلى العماد الأصفهاني.

المبحث الثاني: في الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب وجعلته في أربعة مطالب

أما الباب الثاني: فتحدثت فيه عن استعمال الحق المدني وانقضائه وقسمته إلى ثلاثة فصول أيضا.

الفصل الأول: تحدثت فيه عن التعسف في استعمال الحق وقواعد ضبطه وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

المبحث الثالث: قواعد ضبط استعمال الحق الشخصي وانتقاله وذلك في مطلبين

الفصل الثاني: وجعلته في إثبات الحق الشخصي وانتقاله وذلك في مبحثين:

المبحث الأول : دعوى الحق الشخصي وفيه ثلاثة مطالب

المبحث الثاني : انتقال الحق الشخصي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه ثلاثة مطالب.

الفصل الثاني: وجعلته في تقييد الحق الشخصي وانقضائه وقسمته إلى مبحثين

المبحث الأول: تقييد الحق الشخصي وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الثاني: انقضاء الحق الشخصي وفيه مطلبان.

ثم ختمت البحث بخاتمة، بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

هذا ما تيسر لي من جهد متواضع ، فإن أصبت فمن الله وحده ، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان وأستغفر الله على ذلك ، والله وحده المستعان وعليه التكلان وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

قائمة أهم الرموز

أوضح بعض الرموز التي قد ترد في البحث اختصارا لمعانيها:

م	:	المادة
ق.أ	:	قانون الأسرة الجزائري
ق.أ.م	:	قانون الإجراءات المدنية الجزائري.
ق.إ.ج	:	قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
غ.م	:	الغرفة المدنية.
غ.أ.ش	:	غرفة الأحوال الشخصية
غ.ج	:	الغرفة الجنائية
غ.ق.خ	:	غرفة القانون الخاص
م.ج	:	المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر.
م.ق	:	المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر.
ن.ق	:	نشرة القضاة، وزارة العدل - الجزائر.
ن.س	:	النشرة السنوية، وزارة العدل - الجزائر.
م.أ.ق	:	مجموعة أحكام القضاء، وزارة العدل - الجزائر.
م.أن	:	مجموعة أحكام النقض - القاهرة - مصر.
م.ق.ق	:	مجموعة القواعد القانونية - القاهرة - مصر.
م.م.ف	:	مجموعة المكتب الفني - القاهرة - مصر.
م.ت.ق	:	المجلة التونسية للقانون - تونس.

التمهيد

في مدى اهتمام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالحق عموماً وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: اهتمام الفقه الإسلامي بالحق المدني وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى: ماهية الحق في الفقه الإسلامي

المسألة الثانية: نظرة الفقه الإسلامي للحق

المسألة الثالثة: طبيعة الحق في الفقه الإسلامي

المسألة الرابعة: نشأة الحق في الفقه الإسلامي

المسألة الخامسة: وظيفة الحق في الفقه الإسلامي

المسألة السادسة: غاية الفقه الإسلامي للحق

الفرع الثاني: فكرة وغاية الحق في القانون الوضعي، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الحق في القانون الوضعي

المسألة الثانية: الحق في القانون الوضعي

المسألة الثالثة: فكرة الحق في القانون الوضعي

المسألة الرابعة: غاية الحق في القانون الوضعي

الفرع الثالث: الحق المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: مصطلح (الحق المدني) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المسألة الثانية: استعمال الفقهاء للحق المدني الشخصي

المسألة الثالثة: طبيعة الحق المدني الشخصي في القانون الوضعي

المسألة الرابعة: أقسام الحق المدني.

التمهيد

مدى اهتمام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالحق عموماً. وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول

اهتمام الفقه الإسلامي بالحق، وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى

ماهية الحق في الفقه الإسلامي

تعريف الحق لغة واستعماله في القرآن الكريم

تعريف الحق عند أهل اللغة: للحق في اللغة العربية عدة معان استعملوها وأطلقوا لفظ الحق عليها.

قال ابن الأثير^(١): الحق ضد الباطل ومنه الحديث: (من رأني فقد رأني حقاً)^(٢) أي رؤيا صادقة ليست من أضغاث الأحلام.^(٣)

(١) ابن الأثير: المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري المحدث اللغوي الأصولي، ولد ونشأ في الجزيرة، له تصانيف كثيرة، توفي بالموصل سنة ٦٠٦هـ. الأعلام: ج ٢٧٢/٥.

(٢) رواه البخاري عن أبي قتادة وأبي سعيد رضي الله عنهما في باب من رأى النبي صلى الله عليه وسلم في المنام (كتاب التعبير) فتح الباري ج ٣٨٣/١٢، نشر المكتبة السلفية.

(٣) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ج ٤١٣/١ كلمة (حق) نشر المكتب الإسلامي.

وجاء في التعريفات للجرجاني^(١):

الحق اسم من أسمائه تعالى أو من صفاته والشيء الحق أي الثابت حقيقة ويستعمل في الصدق والصواب أيضا. يقال: قول حق وصواب.^(٢)

والحق في اللغة:^(٣) هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره.

وفي اصطلاح أهل المعاني: هو الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتغالها على ذلك.

ويقاله الباطل، وأما الصدق فقد شاع في الأقوال خاصة ويقابله الكذب، وقد يفرق بينهما بأن المطابقة تعتبر في الحق من جانب الواقع وفي الصدق من جانب الحكم.

فمعنى صدق الحكم مطابقتة للواقع ومعنى حقيقته مطابقة الواقع إياه.

والحق مصدر حق الشيء^(٤) يحق ويحق بكسر المهملة وضمها من بابي ضرب وقتل، والحق ضد الباطل والأمر المقضي والعدل والإسلام والمال والملك والموجود والثابت والصدق والموت والحزم، وجمع الحق حقوق وحقاق. قال تعالى: ﴿لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾^(٥)

وجاء في المصباح المنير للفيومي:^(٦) الحق خلاف الباطل وهو مصدر (حق) الشيء. إذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها.

(١) علي بن محمد بن علي المعروف بالشريف الجرجاني، ولد في تاكو قرب استر أباذ سنة ٧٤٠ هـ، ودرس في شيراز، وتوفي فيها سنة ٨١٦ هـ، فيلسوف ومن كبار العلماء بالعربية له مصنفات منها: شرح مواقف الإيجي، وتحقيق الكليات. الأعلام للزركلي: ج ٥/٩٥.

(٢) التعريفات للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ص ٥٠ انتشارات ناصر خسرو طهران إيران.

(٣) المصدر السابق (التعريفات)

(٤) لسان العرب لابن منظور ج ١٠/٤٩ دار صادر ط/ الأولى بيروت ١٩٩٠.

(٥) الأنفال: آية ٨.

(٦) ج ١/١٤٣ نشر المكتبة العلمية بيروت.

فالحق في اللغة العربية له عدة معان تدور كلها حول الثبوت والوجوب. وفي القاموس المحيط أن مما يطلق عليه الحق: المال والملك والموجود والثابت.^(١) وجاء في الحديث:^(٢) (من يحاقتني في ولدي) أي من يخاصمني في حقي.^(٣) ويطلق الحق على الشيء الموجود حقيقة. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: (الجنة حق والنار حق)^(٤) وقوله صلى الله عليه وسلم: (العين حق)^(٥) قال الحافظ ابن حجر^(٦) أي الإصابة بالعين شيء ثابت موجود.^(٧)

استعمالات الحق في القرآن الكريم

جاء في (قاموس القرآن)^(٨) أن لفظ (الحق) في القرآن الكريم قد جاء على اثني عشر وجهًا:

الله — القرآن — الإسلام — العدل — التوحيد — الصدق — الواجب — نقيض الباطل — المال — أولى — الحظ — الحاجة، ولكل وجه من هذه الوجوه آية تدل عليه يمكن الرجوع إليها في المرجع المشار إليه.

كما وردت كلمة حق في القرآن العظيم بمعنى (الثابت والواجب) يقال: حق الأمر حقا يعني أثبته وأوجبه وجاء هذا المعنى في قوله تعالى: ﴿والمطلقات متاع

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي ج ١١٦٢/٢ دار إحياء التراث العربي بيروت ٢٠٠٠م.

(٢) رواه أبو داود عن أبي هريرة ج ٢٨٣/٢ دار الفكر تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.

(٣) لسان العرب ج ٤٩/١٠ والقاموس المحيط ١١٦٢/٢.

(٤) رواه البخاري من حديث ابن عباس في كتاب التهجد انظر الفتح ٣/٠٣

(٥) رواه البخاري من حديث أبي هريرة انظر الفتح ج ٢٠٣/١٠ وج ٣٧٩/١٠.

(٦) ابن حجر: أحمد بن علي بن محمد الكتاني العسقلاني، من أئمة العلم وأصله من عسقلان بفلسطين مولده ووفاته بالقاهرة، ولى القضاء مرات، له تصانيف كثيرة وأهمها فتح الباري شرح البخاري، توفي سنة ٨٥٢هـ . الأعلام ج ١/١٧٨.

(٧) فتح الباري ج ٢٠٣/١٠.

(٨) قاموس القرآن ص ١٣٩ — ١٤٠ للدماغاني.

بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١﴾^(١)، والمراد بالمتاع هو ما يعطى للمرأة وهي الكسوة وما يقوم مقامها من النقود.

والخلاصة أن كلمة (حق) وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة في مواضع كثيرة بمعنى (الثابت)^(٢) كما في الآية السابقة، وكما في قوله صلى الله عليه وسلم: (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)^(٣) ومعنى هذا أن الله سبحانه وتعالى قد جعل لكل وارث نصيبه في الميراث فلا وصية لوارث.

تعريف الحق اصطلاحاً:

لقد عرف الفقهاء والأصوليون الحق بعدة تعريفات لا تخرج في مجموعها عن المعنى اللغوي للحق الدال على كون الشيء موجوداً أو ثابتاً.^(٤)

وقد تكلم علماء أصول الفقه عن الحقوق وأنواعها وذلك عند كلامهم عن (المحكوم به).

وعرفه صاحب شرح المنار بقوله: الحق هو الشيء الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده.^(٥)

(١) البقرة: آية ٢٤١.

(٢) المدخل إلى الفقه الإسلامي ص ٢٥٨ د/ محمود طنطاوي - دار التوفيق النموذجية - الأزهر القاهرة.

(٣) بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني ص ١٩٩ رقم الحديث ٩٨٧ المطبعة الرحمانية - مصر - ط/٢ عام ١٣٥٢ هـ.

(٤) الحق والذمة ص ٣٦ للشيخ علي الخفيف - مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٤٥ م.

(٥) شرح المنار وحواشيه من علم أصول الفقه: ص ٨٨٦، الشرح لعبد اللطيف بن عبد العزيز بن الملك، والحواشي للشيخ يحيى الرهاوي ومصطفى بن بدير المعروف بعزمي زاده ورضي الدين محمد بن إبراهيم الشهير بابن الحلبي - المطبعة العثمانية ١٣١٩ هـ.

وعرفه الحافظ ابن حجر في فتح الباري عند شرحه لقوله صلى الله عليه وسلم: (أنت الحق)^(١) أي المتحقق الوجود الثابت بلا شك.^(٢)

ومن هذين التعريفين يتضح لنا أنهما أقرب إلى تعريف الحق بمعناه اللغوي، وعليه سأطرق إلى الحق عند الفقهاء ثم عند الأصوليين.

أ - الحق عند الفقهاء:

واستعمل فقهاء الشريعة الحق استعمالاً عاماً فأدخلوا فيه الحقوق المالية وغيرها، كما أطلقوه على حق المسيل والطريق،^(٣) و على العقد وما ينشأ عنه من التزامات،^(٤) وكل هذه الإطلاقات مأخوذة من المعاني اللغوية والتي تدور حول الوجوب والثبوت.

قلت: إن الفقهاء استعملوا الحق استعمالاً عاماً تارة، واستعمالاً خاصاً تارة أخرى، ففي المعنى العام أطلقوه على كل الحقوق حيث يشمل الأعيان المملوكة والمنافع والمصالح وحق الشفعة وحق الحضانة وحق الولاية على الغير.

أما الإطلاق الخاص فهو أكثر ما يستعمل في مقابلة الملك والمال، وبهذا الإطلاق الأخير فإنهم يريدون به معنى خاصاً كحق الطلاق للزوج وحق القصاص لولي الدم وحق الحضانة للأم.

ويلاحظ أن الشارع الحكيم حينما يقرر حقاً للإنسان، ينشئ في نفس الوقت واجباً مقراً على غيره من الناس نحو هذا الحق، وهذا الواجب هو احترام هذا الحق في نطاق الحدود المرسومة له.

(١) أخرجه البخاري، انظر مختصر صحيح البخاري ج ١/٢٦٩ لمحمد ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي ط/١ عام ١٣٩٤هـ .

(٢) انظر فتح الباري ج ٤/٣ .

(٣) الحق والذمة للأستاذ الخفيف ص ٣٤ مكتبة وهبه ١٩٤٥ القاهرة.

(٤) مصادر الحق للسنهوري: ج ١/٩ وما بعدها - دار إحياء التراث العربي.

والأمثلة على ذلك كثيرة، وعلى سبيل المثال حق الملكية الشخصية لشخص في داره أو سيارته يوجب على غيره من الناس ألا يعتدوا على ملكه بغصب أو سرقة أو إتلاف، فإن فعلوا واحداً من ذلك فللقضاء سلطة التدخل والحكم برد العين إلى مالكيها أو تعويضه عنها تعويضاً مناسباً.

وعرفه صاحب البحر الرائق بقوله: (وفي البناء الحق هو ما يستحقه الرجل).^(١) وعرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: (الحق مصلحة مستحقة شرعاً).^(٢) وعرفه الأستاذ الزرقا بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً).^(٣) وهو تعريف شامل لأنواع الحقوق المدنية والدينية والأدبية كحق الطاعة للوالدين والزوج على زوجته.

وعرفه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة بأنه: (ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على غيره).^(٤)

وعرفه الأستاذ الدكتور فتحي الدريني بقوله: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة).^(٥) ويلاحظ على هذا التعريف أنه جعل الحق ذا صفة اجتماعية ومقيداً وهادفاً إلى غاية معينة وهي المصلحة.

ومن كل ما تقدم نفهم أن الحق إنما هو عبارة عن العلاقة الاختصاصية لصاحب الحق.

(١) البحر الرائق: ٢٢٧/٦ لزيد بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجم — دار الكتب العلمية — بيروت ١٩٩٧.

(٢) الحق والذمة ص ٣٦ مكتبة وهبة القاهرة.

(٣) المدخل في نظرية الالتزام العامة: ١٠/٣ للزرقا دار الفكر.

(٤) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ص ٥٠ دار الطباعة الجزائر.

(٥) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١٩٢ مؤسسة الرسالة.

هذا وقد قسم صاحب التلويح حقوق الله تعالى إلى ثمانية وهي:

١- عبادات خالصة كالإيمان

٢- عقوبات خالصة

٣- عقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث

٤- حقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات

٥- عبادات فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر

٦- ومؤنة فيها معنى العبادة كالعشر

٧- ومؤنة فيها شبه العقوبة كالخراج

٨- وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم.

أما حق العبد: فهو ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير،^(١) ثم قال صاحب التلويح: (فظهر بما ذكرنا أنه لا يتصور قسم آخر، اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العبد على التساوي في اعتبار الشارع)، وهذا لا ينفي وجود بعض الحقوق يجتمع فيها الحقان حق الله وحق العبد ويكون حق الله هو الغالب كما في حدّ القذف فإنه زاجر يعود نفعه إلى عامة العباد وفيه دفع العار عن المقدّوف.^(٢)

كما قد يجتمع حق الله وحق العبد بحيث يكون الثاني - وهو حق العبد - الغالب كالقصاص فإن الله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد، وللعبد حق الاستمتاع ففي شرعية القصاص إيفاء للحقين و إخلاء للعالم عن الفساد إلا أن وجود المماثلة المنبئة عن معنى الجبر - كما أشار صاحب التلويح -^(٣) ووجود معنى المقابلة بالمحل جعل حق العبد راجحاً ولذا فوّض استيفاءه إلى الولي وجرى فيه الاعتياض

دار الكتب العربية ١٣٤٧هـ.

(١) التلويح على التوضيح ج٢/١٥١، دار الكتب العربية القاهرة ١٣٧٧ هـ.

(٢) المرجع السابق ١٥٢.

(٣) المرجع السابق ١٥٢.

بالمال.

وكل هذه التعريفات عن الحقوق لا تخرج في النهاية عن الحقيين وهما:
حق الله وحق العبد، وهو الشاهد الذي أريد الإشارة إليه من خلال نظرة
الأصوليين إلى الحق بوجه عام ، ولاشك فإن الحق المدني جزء من هذه الحقوق،
مما يجعلني أؤكد أن مصدر الحق هو الحكم الشرعي عند فقهاء الإسلام.

المسألة الثانية

نظرة الفقه الإسلامي للحق

من المؤكد أن الفقه الإسلامي اهتم بفكرة الحق اهتماما شاملا وكبيراً، خلافاً
للنظريات القانونية^(١) المختلفة التي تنظر إلى الحق من زاوية واحدة أو من زوايا
غير كاملة.

والحق ليس هو أصل التشريع، إنما الشريعة الإسلامية هي مصدر
التشريع، وجاءت لهدف واضح هو تحقيق مصلحة العباد، وهذه المصالح لا تعرف
إلا بالشرع.^(٢)

والفقيه أو المجتهد ينظر بعقله وقلبه إلى نصوص الشرع وقواعده بقصد
تحري هذه المصالح، خلافاً للمذاهب القانونية الفردية أو الاجتماعية التي تنظر إلى
الحق كأساس للتشريع، وأن الفرد أو الجماعة أساس القانون.

(١) كمنظرة الحق الفردي وكنظرية الحق في مذهب التضامن الاجتماعي والمذهب المختلط مثلاً، وسيأتي
الحديث عن هذه المذاهب.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١/٨ لأبي محمد عز الدين بن عبد السلام ط دار الكتب العلمية -
بيروت.

ولقد نظرت الشريعة الإسلامية إلى الفرد فلم تهضم حقوقه، كما نظرت إلى مصلحة الجماعة، وأقامت موازنة بين المصلحتين، فلم تلغ الملكية الفردية ولم تترك لها (الحبل على الغارب) - كما يقال - كما أنها لم تلغ الملكية الجماعية بحيث لا يؤثر إقرارها على الملكية الفردية الخاصة.

والحق المدني في الفقه الإسلامي هو جزء من الحقوق بصورة عامة، سواء أكان مدنياً أو سياسياً ... أو غير ذلك.

والحقوق المدنية هي جزء من الحقوق العامة الواجب تحقيقها للإنسان.

وأساس الحق المدني هو نفسه أساس كل الحقوق الأخرى، لأن مصدر الحقوق كلها هو الشريعة الإسلامية، وغايتها كلها تحقيق المصلحة.^(١)

وتناول الفقه الإسلامي لمجموعة من النظريات سواء المتعلقة بالحقوق المدنية كنظرية الالتزام مثلاً أو نظرية العقد أو المتعلقة بجوانب أخرى من حياة الإنسان يظهر بجلاء مدى اهتمام هذا الفقه بهذا النوع من الحقوق.

المسألة الثالثة

طبيعة الحق في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي اجتهاد يستند إلى مصادر معصومة هي كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ومجال الاجتهاد قائم في مستجدات الأمور ونوازل الأحداث مما لا نص فيه، حيث يحتل الاجتهاد ميداناً فسيحاً في فقها الإسلامي العظيم.

كما أن بعض مصادر التشريع قائم على المصادر الاجتهادية والتي أرى أن

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٣١٦/٢ للشاطبي، المطبعة الرحمانية. (إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي).

من أهمها المصالح المرسلّة^(١) والاستحسان^(٢)، يقول العز بن عبد السلام^(٣): (...فإن خفي منها شيء — أي المصالح والمفاسد — طلب من أدلة الشرع: وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعبر والاستدلال الصحيح)^(٤)

والاجتهاد في الفقه الإسلامي له ضوابط محددة، ويعتمد على أصول تشريعية سماوية مستقرة في كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

فالفقه الإسلامي ثابت في أصوله العامة ومتطور في فروعِهِ وهو يرتكز على قواعد معتمدة على النص وروحه أخذة بعين الاعتبار مقاصد التشريع التي جعلت الفقه الإسلامي يستجيب لسنة التطور في إطار تشريعي منظم.

ولا شك أن ثبات هذه الأصول هو الذي يعصم المجتهد من العبث والظلم والإسراف ويبعد الهوى عن التشريع.

كما أن الفقهاء — رحمهم الله — استطاعوا أن يربطوا بين جملة من الفروع

(١) المصالح المرسلّة هي التي لم يرد من الشرع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها، قال الغزالي: القسم الثالث: ما لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص.

المستصفي من علم الأصول ٢٨٦/١ لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي — دار الفكر — بيروت.

(٢) الاستحسان وردت له عدة تعريفات نذكر منها:

العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه، وترك القياس للضرورة كالحكم بطهارة الحيض والآبار والأواني بعد ما تنجست، وترك القياس للضرورة المحوجة لعامة الناس قال تعالى: ((وما جعل عليكم في الدين من حرج)) الحج: ٧٨، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس، فكان متروكا بالنص.

انظر أصول السرخسي: ٢٠٠/٢ — ٢٠٣ لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي دار المعرفة بيروت ١٣٧٢ تحقيق: أبي الوفاء الأفعاني، والإحكام في أصول الأحكام ج ٤/١٦٣ علي بن محمد الأمدي دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٤ الطبعة الأولى تحقيق د. سيد الجميلي.

(٣) العز بن عبد السلام: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي سلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، له تصانيف، ولد ونشأ في دمشق مات سنة ٦٦٠ هـ — الأعلام: ٢١/٤، وانظر طبقات الشافعية الكبرى: ٨٠/٥.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٨/١ لعز الدين بن عبد السلام..

المتشابهة والأحكام المتقاربة حتى ينشئوا منها روابط تقوم على أسس وتكون بمثابة قواعد مستنبطة باستقراء الفروع وجزئيات الأحكام، وهذه القواعد تستمد روحها من النصوص ومقاصد التشريع الإسلامي، وهي بهذا تستجيب لكل متطلبات المجتمعات الإسلامية، واستطاع فقهاؤنا أن يشيدوا نظريات فقهية ذات قيمة معتبرة وما ذلك إلا إشادة بمتانة تلك الأصول المهمة التي يستند إليها الفقه ويحتفظ بها الفقيه المسلم مستمدا منها الأسس المهمة التي يركز عليها في فتواه.

هذا علاوة على تلك النصوص ذات الصبغة القدسية والتي يستمد من روحها ومقاصدها أهداف التشريع وحكمه المتنوعة، ومن أهم تلك النظريات: "نظرية العقد" و "نظرية التعسف" و "نظرية الضرورة" وغيرها من النظريات الفقهية المستحدثة.

ومن هذا الذي تقدم نعلم أن فكرة الحق في الفقه الإسلامي لا تقوم على أسس فكرية بشرية سرعان ما يتنكر لها صاحبها أو يغير فيها مما يجعل مصالح الناس خاضعة للهوى أو متناقضة كما يحصل في التشريع البشري الخالص، أو كما حصل لأنصار المذهب الفردي حين قدسوا الفرد وجعلوه فوق الجماعة بما وضعوا له من قوانين.

وكما حدث بالمقابل لأنصار مذهب التضامن الاجتماعي والذي تنكر للمبادئ الفردية فحول فكرة الحق إلى وظيفة اجتماعية، وألغى الشخصية الفردية، وجعل من المصلحة الجماعية أساسا للقانون.^(١)

إن الشريعة الإسلامية جاءت مبنية على مصالح العباد، وهذه المصالح هي من وضع الشارع الحكيم. يقول العز بن عبد السلام^(٢): (أما مصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها فلا تعرف إلا بالشرع)

(١) أصول القانون ص ١٥٨، ٥٤٢. للدكتور حسن كبيرة، مطبعة دار المعارف ١٩٦٠، محاضرات للنظرية العامة للحق ص ١٠ لشفيق شحاته ١٩٤٩م.

(٢) قواعد الأحكام: ٨/١ للعز بن عبد السلام.

ومما تجدر ملاحظته في هذا المقام أن المصالح من وضع الشارع الحكيم، وأن دور المجتهد يقتصر على تحري المصالح فيما عدا الأحكام التعبدية، فليس للمجتهد ابتداء المصالح وإلا حصل اعتداء على حق الله تعالى في التشريع مما يترتب عليه تأسيس فقه جديد، وفي هذا المقام يقول الإمام الشاطبي^(١) - رحمه الله تعالى -: (وأما تحريم الحلال وتحليل الحرام وما أشبه ذلك فمن حق الله تعالى لأنه تشريع مبتدأ، وإنشاء كلية شرعية ألزمها العباد فليس لهم فيها تحكم)

ويرشد هذا النص إلى أن الحق وسيلة وليس غاية في ذاته، ومن ثم فلا يصح أن يتصرف فيه برغبته دون النظر إلى مصلحة الشرع والتي شرع الحق من أجلها.

فالشارع حينما شرع الحق قصد به مصلحة معينة، وهذه المصلحة بلا شك ترجع إلى صاحب الحق، فوجب أن يكون تصرف صاحب الحق في حقه المشروع موافقا لقصد المشرع وهو الله تعالى في تشريعه حتى لا يكون تصرفه مناقضا لقصد الله في التشريع، وبالتالي يبطل تصرفه في هذا الحق.^(٢)

المسألة الرابعة

نشأة الحق في الفقه الإسلامي

إن منشأ الحق في الفقه الإسلامي هو (الحكم الشرعي)، فيكون الحق حقا في نظر الشرع إذا قرره الشارع بحكم، والحكم يؤخذ من مصادر الشريعة فمصادر الشريعة هي مصادر الحقوق، سواء أكانت سياسية أو مدنية أو جنائية.

(١) الموافقات: ٢/٣٧٧ إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي - دار المعرفة بيروت - تحقيق عبد الله دراز.

(٢) الموافقات: ٢/٣٧٧ إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي دار المعرفة بيروت، تحقيق: عبد الله دراز.

ففي الحقوق المدنية لو نظرنا إلى أي عقد من العقود التي تحصل بين طرفين نجد أن هذه العقود قد أثبتت تلك الحقوق للطرفين بجعل الله لها، وليست مؤثرة بذاتها، أي أن الأسباب التي استفاد بها المتعاقدان تلك الحقوق، إنما تكون بجعل الله سبحانه وتعالى لها، وليست مؤثرة بحد ذاتها كما تقدم.

فعقد البيع مثلا مثبت لحق ملكية السلعة للمشتري، وحق ملكية الثمن للبائع وهذه حقوق للطرفين، وكل حق لأحدهما يقابله التزام من الآخر وهذا العقد أصبح مؤثرا بجعل الله له وليس بذاته.

فجميع الحقوق مصدرها الشرع الإسلامي وليس العقل الإنساني أو الإنسان ذاته، يقول الإمام الشاطبي^(١) - رحمه الله تعالى -: (لأن ما هو حق للعبد، إنما ثبت كونه حقا بإثبات الشرع ذلك له لا لكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل)^(٢).

ومن هذا الذي تقدم يظهر لنا بجلاء أن الشريعة الإسلامية هي أساس الحق، وليس الحق هو أساس الشريعة.

المسألة الخامسة

وظيفة الحق في الفقه الإسلامي

وقبل الكلام عن وظيفة الحق، أرى أنه من المناسب والمفيد أن أتناول ببيان علاقة الحق بالحكم فأقول وبالله التوفيق:

إذا نظرنا إلى الأحكام في الشريعة الإسلامية نجد أنها لا تقتصر على

(١) الشاطبي: هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ من غرناطة من أئمة المالكية، من أشهر كتبه: الموافقات في أصول الفقه، والمجالس، والاعتصام.... الأعلام للزركلي: ج ١/٧١.

(٢) الموافقات: ٣٧٧/٢ للشاطبي.

حقوق الأفراد وحدهم، بل تشمل بالإضافة إلى ذلك روابط تتمثل في شكل حقوق وواجبات، كروابط القرابة والعائلة مثلا، كما تشمل أيضا مباحات وأشياء أخرى ليست حقوقا، كجعل الشيء سببا لمسبب أو شرطا لمشروط أو مانعا من حكم.^(١)

ويطلق الأصوليون على صاحب الحق (المكلف) لأن هذا اللفظ يدل على وجوب العمل بالأحكام الشرعية مما يعطينا واجبات شرعية دينية نحو الله عز وجل ونحو الناس.

فالفرد مكلف بأداء ما عليه من واجب صيانة لحقوق غيره، ولقد اعتنى الأصوليون بالحق وأقسامه في باب (المحكوم به) مما يدل على أن الشريعة الإسلامية مصدر الحق، وهذا الحق يستلزم أيضا واجبات، وقد ذكر بعض علماء الأصول الحقوق وأضافوا إليها الحقوق العامة فقالوا^(٢): إن للفرد من الحقوق (الحرية والعصمة والمالكية)

ولو نظرنا إلى بعض النصوص الشرعية — على سبيل المثال — لوجدناها تولي رعاية كبيرة للحقوق، ففي حق الملكية الذي هو من الحقوق المدنية الفردية نقرأ قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾^(٣) وقوله صلى الله عليه وسلم في صيانة الحق المدني: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس)^(٤) وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: (كل المسلم

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للزرقا: ١٠/٢، مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٨، والحق والذمة ص ٤١، للشيخ على الخفيف، مكتبة وهبة - القاهرة - ١٩٤٥.

(٢) التوضيح: ١٦١/٢، لعبيد الله بن مسعود البخاري الملقب بصدر الشريعة، وعليه حاشية التلويخ للتفتازاني، مطبعة دار الكتب العربية - القاهرة ١٣٧٧هـ.

(٣) البقرة: آية ٢٦٧.

(٤) الكوكب المنير تهذيب صحيح الجامع الصغير ص ٤٦٦، رقم الحديث ٥٨٢٦، للشيخ ناصر الدين الألباني.

الإصابة لابن حجر العسقلاني ج ١٤٠/٢ دار الجيل - الطبعة الأولى ١٤١٢ بيروت - تحقيق علي محمد الجاوي.

على المسلم حرام دمه وماله وعرضه^(١)

ففكرة وجود الحق في الشريعة الإسلامية فكرة أساسية، وصيانة الحق في التشريع الإسلامي ظاهرة من خلال النصوص السالفة الذكر، وما تكريم الله تعالى للإنسان في قوله تعالى: ﴿ولقد كرّمنا بني آدم﴾^(٢) إلا تكريم لحقوقه واحترام لشخصيته وأدميته، وهذا لا يمنع من وجود واجبات كثيرة في هذا الحق من التحري بالحلال في كسبه وعدم الاحتكار والتغالي في بيعه، وعدم إلحاق الضرر بالغير.

كما أن عليه واجبات أخرى تظهر أحيانا في متعلق حق الله بها من إخراج للزكاة، ومساعدة الفقراء والمساكين والمحتاجين ومن في معناهم وهي واجبات فشلت الدول في تحقيقها للأسف الشديد لولا وجود الضمير اليقظ من بعض الغيورين على الدين والحق مما يجعل الوازع الديني هو المحرك الحقيقي لاحترام الحقوق وأداء الواجبات، وقد يلاحظ ذلك جليا في فشل بعض الدول في تحقيق الأمن واحترام حقوق الآخرين.

فصاحب الحق في الشريعة الإسلامية يتمتع بالممارسة لحقه الشخصي الذي أقرته الشريعة، وشرعت له من الأحكام ما يصونه ويحفظه دون أن يلحق ضررا بالغير سواء أكان هذا الغير فردا أو جماعة.^(٣)

أما وظيفة الحق:

فإن من يتأمل كتب الفقهاء رحمهم الله تعالى يظهر له بوضوح أن للحق صفة مزدوجة، وهي الفردية من جهة المحافظة على حقوق الأفراد، والجماعية من حيث المحافظة على حقوق الجماعة في الوقت نفسه وعليه يمكن أن نقول: إن

(١) جزء من حديث رواه مسلم في صحيحه ١٩٨٦/٤ باب تحريم ظلم المسلم رقم ٢٥٦٤ - دار إحياء التراث العربي بيروت - تحقيق محمد فواد عبد الباقي.

(٢) الإسراء: آية ٧٠.

(٣) انظر الموافقات للشاطبي: ٣٢٢/٢ - دار المعرفة.

للحق وظيفة اجتماعية، من حيث إنه يقرر الحقوق الفردية ويحميها من التعدي والسرقة والغصب وغير ذلك من الأمور التي تؤثر على الحقوق الفردية، كما يحمي حقوق الأفراد الآخرين من خلال تقييد استعمال هذا الحق الفردي، وفرض بعض القيود في استعماله بقصد عدم إلحاق ضرر بالغير سواء أكان فرداً أو جماعة.

من ذلك نجد أن من حق الدولة أن تنزع من ملكية الفرد ما تقتضيه المصلحة العامة كما نجد قيوداً على التصرف المطلق للحق الفردي من خلال امتناعه عن بيع السلعة احتكراً، أو عند ما يمتنع عن السماح لغيره بالارتفاق بملكه إذا كان ذلك لا يضره.^(١)

بل نجد أن الشريعة الإسلامية منعت تصرف الفرد إذا تصرف في حقه الشخصي تصرفاً يضر به هو ذاته، ومن هنا شرع الحجر عليه لمصلحته كمن يتصرف في ماله سفهاً أو إحراقاً أو إلقاءً له في البحر لأن المال وضع لتحقيق مصلحة فلا يجوز إهداره ولو بإرادته في غير ما قصد له.^(٢)

كذلك منع الإسلام الانتحار دون مقصد شرعي، لأن هذا يتعارض مع مقصد العبادة والعمارة والخلافة التي خلق الله الإنسان لأجلها.

والخلاصة أن وظيفة الحق ووظيفة اجتماعية لأنها تراعي المصلحتين الفردية والجماعية وتوازن بينهما.

(١) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ٢١٦ - ٢١٨ بتصرف، للدكتور فتحي الدويني، مؤسسة الرسالة ١٩٨٤.

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ٦٨ لمحمد أبي زهرة دار الفكر العربي، ود/ حسن كيرة ص ٤٥٠ المدخل إلى القانون.

المسألة السادسة

غاية الحق في الفقه الإسلامي

إذا كان منشأ الحق هو الحكم الشرعي فلا بد أن يستند في إقراره إلى حكم الشارع، والشرائع وضعت لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد،^(١) وقد تتبع الأصوليون أدلة الشرع ووصلوا عن طريق الاستقراء إلى تلك المقاصد.

وقسم الإمام الشاطبي^(٢) - رحمه الله تعالى - هذه المقاصد إلى ثلاث

مراتب:

١- الضروريات.

٢- الحاجيات.

٣- التحسينيات.

فقال - رحمه الله تعالى -: (فتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها

في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام^(٣)):

١- أن تكون ضرورية ٢- أن تكون حاجية ٣- أن تكون

تحسينية.)

ولما كانت الأحكام الشرعية متعلقة بمصالح العباد في الدارين، فإن كل حكم شرعي لم يشرع عبثاً، وإنما لمصلحة تعود على العباد في دنياهم وأخراتهم، ولم تشرع لمجرد التكليف^(٤)، فكان الحق مشروعاً لغاية أو مصلحة، وشرع لهذه الغاية

(١) الموافقات: ٦/٢ دار المعرفة.

(٢) الشاطبي هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ من أئمة المالكية، من أشهر كتبه: الموافقات في أصول الفقه، والمجالس والاعتصام ... (الأعلام للزركلي: ٧١/١)

(٣) الموافقات للشاطبي: ٨/٢.

(٤) مصادر التشريع الإسلامي للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٣٠ - القاهرة ١٩٥٥.

وهي (مصلحة الفرد والجماعة) ما يكفل التنسيق بينهما عند التعارض، فشرع لها مجموعة من القواعد^(١) العامة المحكمة، كقاعدة: نفي الضرر، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة،^(٢) وقاعدة وجوب التعاون وقاعدة تحريم الغرر والغش والتدليس، وغير ما هنالك من القواعد التي تحفظ الحقوق وتحمي المصالح والتي هي الغاية من تشريع هذا الحق أو ذلك.

(١) على اعتبار أن القواعد الفقهية مستمدة من الشرع حيث أن معظمها مضامين نصوص قرآنية أو أحاديث نبوية شريفة ثبتت عن النبي صلى الله عليه وسلم.

(٢) وسأتناول دراسة هاتين القاعدتين - إن شاء الله - في الباب الثاني عند الحديث عن قواعد ضبط استعمال الحق المدني.

الفرع الثاني

فكرة وغاية الحق في القانون الوضعي، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى

تعريف الحق في القانون الوضعي

ظهرت عدة مذاهب في تعريف الحق أسلط الضوء عليها ثم أخلص إلى ما يترجح لدي من تعريف للحق، وبيان هذه المذاهب على ما يلي:

١- المذهب الأول^(١): ويمثله أنصار المذهب الشخصي، ويرون أن الحق (قدرة أو سلطة) إرادية يخولها القانون لشخص معين ويرسم له حدودها، وهؤلاء جعلوا من سلطان الإرادة مصدرا لإنشاء أو إنهاء الحقوق.

٢- المذهب الثاني: ويمثله أنصار الغاية الاجتماعية حيث يرى أن الحق: (مصلحة يحميها القانون)^(٢)، وقد جمع هذا التعريف عنصرين هما: المصلحة والحماية القانونية، وقد عرف هذا الحق بغايته وهي المصلحة، وهذا ما يلاحظ عليه.

٣- المذهب المختلط:^(٣) وهو المذهب الذي جمع بين المباشرة للحق وهي

(١) أصول القانون ص ٥٥٣ للدكتور: حسن كيرة.

(٢) أصول القانون للسنيوري ص ٥٨، المدخل للعلوم القانونية ص ٥٤٢، د/عبد المنعم البدر اوي وأصول القانون ص ٥٥٥ د/حسن كيرة.

(٣) المدخل ص ٢٣ د/أحمد سلامة، المدخل للعلوم القانونية ص ٤٤٣ للبدر اوي، أصول القانون ص ٥٥٨ د/حسن كيرة

الإرادة وبين هدف الحق وهو المصلحة، ومع ذلك نجد أنهم اختلفوا:

فمنهم من رجع المصلحة فقال: "الحق مصلحة محمية تسهر على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية"

ومنهم من غلب الإرادة فقال: "الحق قدرة إرادية أعطيت لشخص على سبيل تحقيق مصلحة".

٤- المذهب الحديث: وصاحب هذا المذهب هو القانوني البلجيكي (جان دابان) حيث عرف الحق بقوله: (الحق استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه)^(١)

ويلاحظ أن هذا التعريف قد تجنب تعريف الحق بالإرادة أو بالمصلحة كما مر مع المذاهب السالفة.

كما عرف الحق الأستاذ الدكتور السنهوري بقوله: (الحق مصلحة ذات قيمة مالية)^(٢)

المنافشة:

فالمذهب الشخصي وهو المذهب الأول والقائل بأن الحق قدرة أو سلطة إرادية يؤخذ عليه أنه لم يفرق بين الحق في حد ذاته وبين شرط مباشرته،^(٣) لأن اشتراط الإرادة في الحق ليست هي معيار الحق بدليل أن عديم الأهلية أو ناقصها كالمجنون والصغير المميز تثبت له حقوق ولا إرادة لهما، بل قد يثبت الحق لصاحبه قسرا عنه أحيانا كثبوت حق الإرث للوارث من مورثه، كما أن الاستعمال المادي للحق قصد التمتع به قد لا يقتضي الإرادة وذلك كتمتع المجنون بسكناه وهو عديم الأهلية.

(١) المدخل إلى العلوم القانونية ص ٢٥ للدكتور أحمد سلامة.

(٢) مصادر الحق: ج ٩/١ - دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٩٥٤ م.

(٣) أصول القانون ص ٥٥٥ د/حسن كيرة.

أما المذهب الثاني فيؤخذ عليه أنه عرف الحق بغايته وهدفه حين قال: (الحق مصلحة يحميها القانون)،^(١) والمصلحة ليست المعيار لوجود الحق، فقد توجد المصلحة ولا يوجد الحق وذلك كفرض رسوم جمركية على البضائع الأجنبية حماية للمصنوعات الوطنية، ففي هذا مصلحة للتجار ولم يقل أحد أن لهم حقاً،^(٢) فلا يلزم من وجود المصلحة وجود حق، مع أن كل حق يؤدي إلى مصلحة غالباً.

كما أن المذهب الثالث وهو المذهب المختلط من المذهبين السابقين يوجه إليه ما وجه إليهما من نقد.

أما المذهب الرابع وهو الأرجح - في نظري المتواضع - حيث أحاط بعناصر الحق كلها واستبعد فكرة الإرادة والمصلحة وجاء بفكرة الاستثناء المعبرة عن التملك، فهو أقرب إلى الإحاطة بكل عناصر الحق، وهو الأقرب إلى الصواب، ولأنه فسر الاستثناء بالتملك بمعناه الواسع فهو أقرب إلى تعريف الحق العيني.

المسألة الثانية

الحق في القانون الوضعي

قرر بعض كتاب القانون^(٣) أن القانون والحق صنوان متلازمان، أو هما مفهومان مترابطان، لأن القانون ينشئ الحق أو يقرره ويؤكدده، ويبين حدوده ويحميه بالقوة إذا لزم الأمر، فالحق ثمرة القانون .

كما يقال أيضاً: إن القانون والحق وجهان لعملة واحدة، فلا يمكن وجود

(١) أصول القانون للسنهوري ص ٥٨ وأصول القانون ص ٥٥٥ د/حسن كبيرة.

(٢) أصول القانون ص ٥٥٧ د/حسن كبيرة.

(٣) نظريتنا القانون والحق ص ٢٧ للدكتور إسحق إبراهيم منصور، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر ١٩٩٩م.

أحد هما دون الآخر، ولذا تستخدم كلمة Droit للتعبير عن الحق والقانون في اللغة الفرنسية فيقال: Droit civil عن القانون المدني، Droit Dauteur عن حق المؤلف وهكذا.

و مع احترامي لوجهة النظر الفرنسية لهذه المصطلحات واستعمالها بمعنى واحد إلا أنه يلاحظ عليهم أنهم لجأوا إلى استعمال مصطلح الحق الموضوعي Droit objectif والحق الشخصي أو الذاتي Droit subjectif، ويقصدون بالأول القانون أو التعبير بالقانون، ويقصدون بالثاني التعبير عن الحق أو الحقوق وذلك للتمييز بين الحق و القانون.

ورغم وجود هذا التقسيم إلا أن الأفضل من وجهة نظري المتواضعة استخدام كلمة (القانون) بدلا من التعبير عنه بـ (الحق الموضوعي)، وكذلك استخدام كلمة (الحق) بدلا من التعبير عنه بـ (الحق الذاتي) أو (الشخصي)، وذلك لتناسب الإطلاق الأول مع القانون، وتناسب الإطلاق الثاني مع الحق.

و نظرا لاهتمام القانون بالحق فقد قسمه إلى عدة تقسيمات كما سنعرف إن شاء الله.

المسألة الثالثة

فكرة الحق في القانون الوضعي

تمهيد :

اهتم رجال الفكر بمسألة الحقوق منذ وقت مبكر، وتطور هذا الاهتمام نتيجة التطور العلمي والعمراني في شتى النواحي، وكان لهذا التطور أثره في الفكر القانوني حتى أصبح معنى الحقوق والحريات الذي ساد خلال القرن الثامن عشر لا ينفق وتطورات الحياة الاجتماعية و الاقتصادية الحديثة .

فثبت فشل المذهب الفردي الذي كان هو الأساس في التقنين عندهم وأدى إلى مظالم كثيرة ، وذلك بما منحه للفرد من سلطات واسعة ومطلقة في الاستعمال والاستغلال دون أي تعرض له إلا من بعض القيود المتعلقة بالنظام العام والآداب . كما أن نظام المذهب الفردي فشل أمام المشاريع الضخمة من أن يكون أساسا لتقنين يكفل العدالة والاستقرار، ويلبي حاجات الناس ويحفظ حقوقهم مما حدا برجال القانون إلى التفكير في قانون آخر .

وأمام نظرية الحق المطلق، أو الحق الحر للفرد الذي كان يعتبر هو محور القانون وغايته، وأن سعادته هي سعادة الجميع ظهرت الأنانية الفردية الأمر الذي أدى إلى تواجد طبقة غير متجانسة نتيجة الجشع والقهر والتسلط القاهر .

و مع بزوغ شمس الثورة الصناعية التي كان لها الدور البارز في تطوير مدلول الحق والحرية بدأت فكرة الحق تقيد وبرزت نظريات اجتماعية تهدف إلى جعل مصلحة الجماعة أساسا للقانون وغاية له على خلاف ما نادى به المذهب الفردي.^(١)

Les obligation Paris 1962 et 1988 Pg. 64 Marty et raynaud. (١)

وسأحاول الآن أن أستعرض فكرة الحق في المذهبين الفردي والاجتماعي.

أولاً: فكرة الحق في المذهب الفردي

يرى أنصار هذا المذهب أن للفرد حقوقاً طبيعية مطلقة وجدت بميلاده، واستمدت من ذاته كفرد، وأن هذه الحقوق سابقة في نشوئها على القانون وعلى الجماعة، فهي تستند إلى طبيعة الإنسان، والحق هنا هو أساس القانون وليس العكس، أي ليس القانون هو أساس الحق.

ووظيفة القانون عند هؤلاء هي حماية هذا الحق وتمكين صاحبه من التمتع به، والجماعة مسخرة لخدمة الفرد لأن الفرد هو محور القانون، ويقنن حسب ما يتطلبه الفرد من مصالح تخدمه.

فحرية الفرد في التملك والتنقل والاستغلال والانتفاع هي أساس الحريات^(١) وهي الوسيلة لحرية الجماعة، كحرية الرأي وحرية العمل وحرية التملك وحرية التجارة مثلاً، والغرض عند أصحاب هذا المذهب من إقامة أية هيئة أو مؤسسة ذات صبغة جماعية، هو ضمان الحريات الفردية.

وهكذا نلاحظ أن أنصار هذا المذهب الفردي يعتبرون الفرد غاية والجميع مسخر لخدمة مصالحه ولضمان حريته.

ثانياً: فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي

قامت هذه النظرية على أساس عكسي للنظرية السابقة، فيرى أصحاب هذا الرأي أن الزعم بأن الفرد وجد مزوداً بحقوق طبيعية مطلقة مستمدة من ذاته، وسابقة في وجودها على القانون وعلى الجماعة أمر لا يؤيده الواقع،^(٢) إذ لا يمكن للإنسان العيش إلا في وسط اجتماعي متضامناً مع أفراد مجتمعه في قضاء متطلبات حياته المتزايدة بتقدم الحضارة والمدنية.

(١) الحريات العامة (مجلة القانون والاقتصاد) ص ٣٢ ط ١ / طعيمة الجرف - كلية القانون - القاهرة .

(٢) أصول القانون للدكتور حشمت أبي ستيت والسنهوري ص ٦١، مطبعة مصر ١٩٥٠.

وما دام الإنسان كائنا اجتماعيا، ولا يسعه العيش إلا في جماعته ولا يمكن للجماعة أن تحيا إلا بالتضامن الاجتماعي، ولا بد لتحقيق هذا التعاون من قواعد تنظم سلوك الأفراد، فينتج عن هذا أن الإنسان المنعزل لا يمكنه العيش بمفرده، إذ لا وجود لإنسان منعزل وبالتالي لا يصلح أن يكون أساسا للقانون. والتضامن الاجتماعي هو الأساس للقانون باعتباره القاعدة الضرورية لحياة الجماعة.

فالفرد في هذه النظرية لا يعمل عملا يخل بالتضامن، وملزم بعمل كل ما يؤدي إلى تنمية وصيانة التضامن الاجتماعي، والتضامن الاجتماعي هو أساس الحياة الاجتماعية وهو أساس القانون.

والجماعة هي صاحبة الحق، وهي تمنحه للأفراد الملزمين بالعمل على إنجاح التضامن، فالحق سلطة منحها الجماعة للفرد ليتمكن من القيام بواجبه الذي تقتضيه مستلزمات التضامن الاجتماعي.

وبالتأمل في طبيعة الحق عند هؤلاء يلاحظ ما يلي:

١- أن الحق مجرد وظيفة اجتماعية تنشئه الجماعة أو المشرع على ضوء مصلحة الجماعة دون النظر إلى المصالح الذاتية للأفراد.^(١)

٢- تكليف الشخص في هذه النظرية بالتزامات يتحتم عليه أدائها من أجل تحقيق الصالح العام والذي هو (التضامن الاجتماعي).

٣- الحقوق تدور مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للجماعة، فالحقوق تتأثر بالتنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ويتحكم التضامن الاجتماعي فيها،^(٢) وحقوق الأفراد عبارة عن وظائف اجتماعية وأصحابها موظفون عامون موكلون باستعمالها على وجه يحقق الصالح العام.

(١) نظرية الحق للدكتور شفيق شحاتة ص ١٠ وما بعدها.

(٢) Les obligation. Paris 1987, Pg. 234 Benabent، وسلسلة الاقتصاد والسياسة (الحريات

العامة) للدكتور طعيمة الجرف ص ٩٤.

هذه هي أهم الأسس التي تقوم عليها هذه النظرية، وهي لم تخل من انتقادات كما سنعرف من خلال نقد النظريتين.

نقد نظرية المذهب الفردي ونظرية التضامن الاجتماعي

أولا - نقد نظرية المذهب الفردي: يؤخذ على المذهب الفردي عدم رعايته للمصلحة العامة أو الصالح العام، وذلك للفرضية الخاطئة التي وضعها وسار عليها، ومؤدى هذه النظرية هو أن المصلحة العامة عادة حصيلة المصلحة الفردية الخاصة، وأن تحصيل هذه المصلحة العامة يتحقق تلقائيا بمجرد رعاية المصلحة الفردية، أو المصالح الفردية، أو المصالح الفردية المتنوعة.^(١)

وفي الحقيقة نجد أن الواقع لا يسند هذه الفكرة، لأن المصالح الفردية لا تخلو من الأثرة والأنانية والطمع الجامح الذي سرعان ما يحول المجتمع إلى طبقات متباينة.

كما أن المشاريع الضخمة قد ثبت فشل قيام الأفراد بعينها، وذلك مثل الشركات الصناعية الكبيرة والهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة.

لذا ينشأ التناقض بين المصلحتين والذي يترتب عليه عدم التكافؤ، وكيف يمكن معالجة هذه التناقضات دون تدخل المجتمع متمثلا في إدارة المجتمع؟ وللتوفيق بين الإرادتين الفردية والجماعية لا بد من قانون تشرف عليه سلطة لها هيبة، وهذا لا يتحقق إلا في ظل الصالح العام.

هذا فضلا عن أن المذهب الفردي لا يقيم اعتبارا لغير [الأناس] أساسا إلا في ظل تواجد روابط اجتماعية بين الأفراد، وبالتالي فإن صاحب الحق لا يخرج عن كونه كائنا اجتماعيا.

(١) المدخل للعلوم القانونية ص ٤٧ للدكتور عبد المنعم البدر اوي، النظريات والنظم السياسية ص ١٣٨ - ١٤١ للدكتور طعيمة الجرف.

ثانيا - نقد نظرية التضامن الاجتماعي

لم يفلح أصحاب هذه النظرية من إقامة الموازنة بين المصلحتين (الفردية والاجتماعية)، ذلك أنهم حولوا فكرة الحق إلى وظيفة اجتماعية، وجعلوا من أصحاب الحقوق موظفين موكلين باستعمالها على وجه يحقق الخير العام دون أن يعباوا بالمصلحة العامة، ففضوا على شخصية الفرد لأنه أصبح عنصر تكوين يخدم المجتمع^(١) وليس شخصا حرا مستقلا بشخصيته وآرائه وأملكه، ولعل تطرف أهل النظرية الفردية أوجد ردة الفعل الأخرى والتي لم تخل من التطرف هي أيضا وتمثلت هذه الردة القوية في ظهور أصحاب هذا المذهب وهو مذهب التضامن الاجتماعي.

ويطلق على أصحاب هذه النظرية مذهب الاشتراكية المعتدلة،^(٢) أو مذهب الفردية المعتدلة،^(٣) وقد حاول بعض أنصار هذه النظرية التوفيق بين الحقيقتين الفردية والجماعية، إلا أنهم لم يفلحوا في إقامة تلك الموازنة التي حققها الفقه الإسلامي من التوفيق بين المصلحتين من خلال الضوابط التي وضعها للحق الفردي والحقوق الاجتماعية .

كما أن هذه النظرية لم تقم وزنا للمثل العليا التي تتفق والفترة وأن دور القانون لم يظهر في تقويم الإرادة لنتجه نحو الغاية التي رسمت له، فقد تتخلف الإرادة عن الغاية، فبرز دور القانون هنا، لذا فقد فشل مذهب التضامن الاجتماعي في جعل القانون علما تقويميا يراعي مبادئ العدالة المثالية.^(٤)

هذه النظرية لم تفلح في جعل فكرة الحق واقعية تستجيب لمتطلبات الأفراد والجماعة، كما أنها كانت ردة فعل قوية ضد النظرية الفردية، مما حدا بها إلي

(١) نظرية القانون ص ٢٥ - ٢٧ للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي عام ١٩٤٩م.

(٢) المدخل إلى العلوم القانونية ص ٩٧ للدكتور عبد المنعم البدر اوي.

(٣) النظريات والمذاهب السياسية ص ٢٢٢ للدكتور مصطفى الخشاب.

(٤) أصول القانون للدكتور حسن كيرة ص ١٦٢ وما بعدها.

إنكار التملك الشخصي إلا في إطار توظيفه للتضامن الاجتماعي.

المسألة الرابعة

غاية الحق في القانون الوضعي

لكي نعرف غاية الحق في القانون الوضعي أشير إلى أهم تعريفاته، ومما تقدم من الكلام عن النظريتين السابقتين يظهر لي تباين النظرة إلى الحق، فالمذهب الفردي ينظر إلى الحق على أنه سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين ويرسم حدودها،^(١) ويقابل هذا التعريف تعريف المذهب الثاني والذي عرف الحق بأنه: (مصلحة يحميها القانون)^(٢) ويتجه هذا التعريف إلى تعريف الحق بغايته وهدفه، ومن هنا يمكننا الوصول إلى غاية الحق في القانون، وهي المصلحة التي يحميها القانون.^(٣)

والحق يصبح مشروعاً عند ما يكون فيه مصلحة تعود على الفرد أو على الجماعة، وحتى تكون هذه المصلحة معتبرة يجب أن تتميز بحماية قانونية تمكن المالك من التسلط على حقه.

كما نجد أنصار المذهب المختلط يعرفون الحق بأنه: (المصلحة المحمية تسهر على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية)^(٤)، وهذا التعريف يهدف أيضاً إلى الإشارة لغاية الحق فقد عرف الحق بغايته، والغاية في الحق هي المصلحة كما أن

(١) محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ص ١٨-١٩ لأحمد سلامة ١٩٥٩م.

(٢) أصول القانون-أبوستيت ص ٥٨، وأصول القانون لحسين كيرة ص ٥٥٥، المدخل العام للعلوم القانونية ص ٥٤٢ للدكتور عبد المنعم البدر اوي.

(٣) المدخل إلى القانون ص ٧٥٢ للدكتور حسن كيرة.

(٤) أصول القانون ص ٥٥١ د/ حسين كيرة والمدخل للبدر اوي ص ٤٤٣.

هذا الحق لكي يصبح قانونيا يجب أن تكون له حصانة قانونية.

وأما المذهب الحديث، والذي يحمل لواءه القانوني البلجيكي (جان دابان) فقد تجنب تعريف الحق بالإرادة كما فعل أصحاب المذهب الفردي، كما تجنب تعريفه بالمصلحة كما فعل أصحاب المذهب الاجتماعي، ولم يجمع بينهما كما جمع أصحاب المذهب المختلط، وإنما عرفه بأنه: (استثناء بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه)^(١)، وهذا التعريف قد استبدل فكرة الإرادة والمصلحة بالاستثناء، واعتبره العنصر الأساسي للحق وجعله مرادفاً للتملك.

ويرشد ما تقدم إلى الغاية من الحق وهي المصلحة التي من أجلها شرع هذا الحق، فالحقوق ما هي إلا مصالح معتبرة، وهذه المصالح يحميها القانون، أما إذا لم يهدف الحق إلى تحقيق مصلحة فإن هذا يعد من باب العبث ويستوي هنا مع الحق الذي لا يهدف إلى مصلحة مشروعة فليس الهدف غاية في ذاته إنما هو وسيلة إلى غاية مشروعة يحميها القانون.

(١) المدخل ص ٢٥ للدكتور سلامة.

الفرع الثالث

الحق المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى

مصطلح (الحق المدني) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن مصطلح [الحق المدني] مصطلح مستحدث لم يعرفه فقهاء الإسلام قديماً، ويراد به عند علماء القانون كل حق يتمتع به الإنسان في أي دولة من الدول بغض النظر عن جنسيته، لأن الجنسية رابطة سياسية تربط الفرد بدولته التي يحمل جنسيتها وينتمي إلى شعبها، لذا فإن له حقوقاً بمقتضاها يمكنه أن يسهم في سياسة دولته.

أما الحقوق المدنية فيتمتع بها كل إنسان باعتباره فرداً في هذا المجتمع الكبير، لذا يطلق عليها البعض الحقوق الشخصية لأنها تثبت للشخصية الإنسانية، والبعض يطلق عليها حقوق الإنسان أو الحقوق العامة.^(١)

فالحق المدني كل حق يمكن أن يتمتع به الإنسان باعتباره فرداً في هذا المجتمع الكبير إذا فمصطلح الحق الشخصي لم يعرفه الفقه الإسلامي، رغم أن الفقهاء تحدثوا عن عدة روابط قانونية يتميز بعضها عن بعض، ولكنهم لم يدمجوا هذه الروابط في وحدة ليعبروا عنها بالحق الشخصي.

(١) نظريتنا الحق والقانون ص ٢٨٧ للدكتور إسحق منصور - الجزائر ١٩٩٩م.

إلا أنهم أوردوا عبارة [الالتزام] و [الضمان] وهي تعادل في القانون الوضعي مجموعة من الالتزامات المتعلقة بالحقوق الشخصية أو بالحقوق العينية، وقد مر بنا أن الفقهاء يطلقون الحق ويريدون به الحقوق المالية وغيرها، فيقولون: حق الله وحق العبد، ويطلقونه أحيانا ويريدون به حق الارتفاق، ويطلقونه ويريدون به أحيانا أخرى التزامات أخرى.

وقد نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة ووجدوا أن الحق العيني ينصب على عين معينة في الفقه الإسلامي، فتعلق الحق بالعين، باعتبار أن الحق العيني هو سلطة مباشرة على العين بدون واسطة تمكن صاحب الحق من التسلط على استعمال تلك العين مباشرة.

أما الدين فمحلّه مبلغ معين من النقود أو بعض الأشياء المثلّية ويتعلّق بالعين، ولم يبق إلا أن يتعلّق بالذمة^(١) التي هي محلّ الحقوق والواجبات. ولما تعلق الدين بالذمة ترتب على ذلك أمران:

- ١- أن الدين يحتاج إلى واسطة لاقتضائه ولا واسطة في العين.
- ٢- يرد على الدين الأجل وتصح فيه المقاصة ويجوز فيه الإبراء ولا يتصور ذلك في الالتزام بالعين ويشير الأستاذ المرحوم السنهوري^(٢) إلى أن ظهور التمييز بين الدين والدين^(٣) ستر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني^(٤) لاقتراب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعاده عن الدين، أما الالتزام بالدين فلا

(١) الذمة لغة هي العهد والكفالة (القاموس المحيط للفيروز أبادي مادة: ذمم) واصطلاحاً فلها عدة تعريفات منها: (وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه) تنقيح الأصول لصدر الشريعة: ١٥٢/٣. وقيل: إنها أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام - حاشية الحموي على الأشباه والنظائر: ٢١٠/٢.

(٢) السنهوري: عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، كبير علماء القانون المدني في مصر، ولد في الإسكندرية وتوفي في القاهرة سنة ١٣٩١ هـ. الأعلام للزركلي: ج ٣/٣٥٠.

(٣) مصادر الحق للسنهوري ج ١/٢٤ دار إحياء التراث العربي.

(٤) مصادر الحق للسنهوري ج ١/٢٤.

ينصب على عين بالذات وإنما هو متعلق بالذمة ويحتاج إلى واسطة المدين، وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء، وبهذا أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ العين عليهما وأمكن المقابلة بين الدين والعين، فبرز التمييز بين العين والدين، واختفى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني.

و قد تطرق الأستاذ شفيق شحاته إلى ذكر أسباب عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي، فقرر أن الفقهاء رحمهم الله تعالى صبغوا الحقوق المالية بصبغة مادية فخلطوا بين الحق الشخصي والحق العيني، وهذه الأسباب هي^(١):

١- أن عنصر المطالبة الموجودة في الحق الشخصي هو الذي يميزه عن الحق العيني لأن الحق العيني لا يتضمن المطالبة إذ أنه ليس ارتباطاً بين شخصين: دائن ومدين إنما هو علاقة بين صاحب الحق والشئ الذي هو محل الحق.

٢- عدم التفات الفقهاء إلى عنصر المطالبة بين الدائن والمدين، ووجهوا اهتمامهم إلى موضوع الحق، فصبغوا الالتزام بصبغة مادية بحتة.

٣- أن النظر إلى الجانب المادي موجود في الحق العيني حيث تكون العين في غالب الأحيان محلاً للحق فيحجب الحق الشخصي.

٤- أنهم فعلوا ذلك في الالتزام بالدين، فلم ينظروا إليه إلا على أنه شيء أو مال حكمي حتى أنهم قسموا الأموال إلى قسمين هما: الدين والعين.

٥- إذا صبغ الفقهاء الالتزام بمختلف أنواعه بهذه الصبغة المادية، وأبرزوه في كل من الدين والعين موضوع الحق دون الرابطة الشخصية، فقد خلطوا ما بين الحق الشخصي والحق العيني ولم يكن لفكرة الالتزام بعد ذلك كله إلا أن تتطمس انطماًساً كلياً.

(١) نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية ص ١٩١-١٩٢ لشفيق شحاته.

هذا ما ذكره الأستاذ شفيق شحاته بخصوص غموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي، وقد رد عليه الدكتور السنهوري بقوله: (١) (... ونحن نقول فيما ذهب إليه من غموض التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي، ولكننا نتردد كثيرا في أن نقول معه: إن الفقهاء لم يبرزوا عنصر المطالبة أو الرابطة الشخصية في الدين، وأنهم أبرزوا موضوع الحق في الدين والعين على السواء ونرى أن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني إذ ظل غامضا في الفقه الإسلامي فإن التمييز ما بين الدين والعين برز واضحا كل الوضوح).

ثم حدد نظره في النقاط التالية:

١- أن عدم التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي سببه أن هذا التمييز قد ستره تمييز آخر أكثر منه وضوحا هو التمييز بين الدين والعين.

٢- الدين يتعلق بالذمة، ولا يتعلق بعين معينة، ثم هو يتضمن عنصر المطالبة لأن الدين يطالب به ولا بد من وساطة في الوفاء، أما الالتزام بالعين فلا يتعلق بالذمة، بل يتعلق بعين معينة، ثم هو لا يتضمن عنصر المطالبة فلا حاجة لوساطة المدين في الوفاء.

٣- ومن ثم اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين، إذ أن الخصائص الأساسية للالتزام بالعين تتلاقى مع الخصائص الأساسية للحق العيني، وهي في الوقت ذاته عكس الخصائص الأساسية للدين، فكان من ذلك أن فصل الفقهاء الدين عن العين، وجعلوا العين شاملة للالتزام بالعين، وللحق العيني جميعا فبرز التمييز بين الدين والعين، واختفى التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني.

٤- وقد حافظ الفقهاء على هذا النظر في الحوالة، فأجازوا حوالة الدين لأن

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ج١/٢٥٠ - ٢٦ بالهامش.

الدين يتضمن عنصر المطالبة، ولم يجيزوا حوالة^(١) العين لأن عنصر المطالبة منعدم في الالتزام بالعين.

٥- ولكنهم في الكفالة أجازوا كفالة الدين والدين فقربوا هنا العين من الدين وأبعدوها عن الحق العيني على أن الشافعي^(٢) كان أكثر التزاما لمنطق التمييز بين الدين والدين فلم يجز الكفالة في العين وأجازها في الدين.

وبعد ذكر رأي الباحثين الكبيرين الأستاذ شفيق شحاته والدكتور السنهوري نجد أنهما متفقان في عدم وجود نظرية خاصة في الفقه الإسلامي تجمع الحقوق المدنية الشخصية وتفرق بينها وبين الحقوق العينية، وأن من ينظر في الفروع الفقهية يجد أنها مليئة بهذه الأحكام سواء المتعلقة بالحق الشخصي أو الحق العيني. غير أنهما قد اختلفا في تعليل عدم التمييز بين هذه الحقوق في الفقه الإسلامي، فبينما يذكر الأستاذ شفيق شحاته أن الفقهاء صبغوا الالتزام بالصبغة المادية، وأبرزوا فيه موضوع الحق دون التفات إلى عنصر المطالبة وأغفلوا موضوع الرابطة الشخصية نجد أن الأستاذ السنهوري يرجع ذلك إلى وضوح التمييز بين الدين والدين في الفقه الإسلامي.

والمتتبع للفروع الفقهية يجد أن كثيرا من الأحكام الشرعية تتعلق بالحق الشخصي، وكثيرا من هذه الأحكام يتعلق بالحق العيني أيضا، وظهر في هذه الأحكام - سواء المتعلقة بالحقوق العينية أو بالحقوق الشخصية - طبيعة كل منهما متميزا.^(٣)

(١) سيأتي بيان رأي الدكتور السنهوري في انتقال الحوالة - إن شاء الله - في الباب الثاني أثناء الحديث عن انتقال الحق الشخصي.

(٢) الشافعي: هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الهاشمي القرشي، أحد الأئمة الأربعة، وإليه نسبة الشافعية كافة، ولد بغزة بفلسطين سنة ١٥٠هـ وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ، كان شاعرا وأديبا وفقهيا وعالما بالقراءات. الأعلام للزركلي: ج ٢٤٩/٦.

(٣) ذكر الأستاذ الزرقا نتائج هامة في التمييز بين الدين والدين (ج ١٧٢/٣ - ١٨٠) وهي:

١- أن الدين أمر اعتباري محله الذمة، أما الأعيان فهي أموال لها وجود خارجي. =

فلو نظرت إلى المبيع المعين، والذي يدعي أحد ملكيته من يد المشتري وهو ما يعبر عنه (بالمستحق) ينقض البيع السابق، و يسترد المشتري حقه، ولا يكلف البائع إعطاء المشتري مثل الذي استحق من يده، بل يسترد المشتري ما دفع من الثمن لأن حق المشتري عيني متعلق بعين المبيع، وباستحقاق المبيع استحالة تنفيذ البيع فيبطل.

وأما إذا استحق الثمن من يد البائع فلا ينتقض البيع، ولا يسترد البائع المبيع وإن كان قائما، وإنما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحق، لأن أصل الثمن حق شخصي للبائع في ذمة المشتري.

وبهذا المثال يتضح جليا الفرق بين الحق الشخصي والحق العيني عند فقهاءنا رغم أنهم لم يصوغوا لذلك نظرية خاصة، كما فعل فقهاء القانون الوضعي الذين رتبوا فقههم على مجموعتين^(١):

أ – الأحكام المتعلقة بالحقوق الشخصية، وتشتمل على النظرية العامة

-
- ٢- الدين لا يكون محله مالا متليا، أما الأعيان فمنها المثلّي ومنها القيمي الذي يتعلق الحق بعينه.
 - ٣- الدين الثابت في الذم لا يقبل القسمة إلا بعد القبض عليه فللشركاء في الدين أن يتقاسموا في المقبوض بحسب حصصهم. (المجلة / ١١٠١ - ١١٠٥)
 - ٤- الديون في الذم لا تعتبر محلا صالحا لعقود التمليك والمعاوضة، فلو باع إنسان من آخر دينه الذي على ثالث يبطل البيع، وكذا لو وهبه الذي على شخص لم تجز الهبة إلا أن يوكله بقبضه، فيقبضه من المدين بحكم الوكالة، ثم يملكه بحكم الهبة.
 - ٥- عقد الحوالة لا يجري إلا في الديون دون الأعيان، لأن الأعيان تستوفي بذواتها لا بأمثالها.
 - ٦- الديون يجري فيها التقاص وهو أن يثبت للمدين عند الدائن مثل ما للدائن عليه جنسا وصفة، فكأنما أصبح كل منهما مستوفيا لدينه، أما الأعيان فلا مقاصة فيها، إذ على كل منهما مطالبة الآخر بالعين التي تخصه.
 - ٧- الإبراء يتعلق بالديون ولا يتعلق بالأعيان. لأن الإبراء إسقاط وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط.
 - ٨- الدعوى بالعين لا تقام إلا على ذي يد (م/١٦٣٥) لأنه لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست في حوزته، أما الدعوى بالدين فيمكن رفعها على غير المدين.

(١) المدخل للزرقا ج ٣/٢٩ دار الفكر.

للاللتزام.

ج - الأحكام المتعلقة بالحقوق العينية وتسمى بنظرية الأموال، وبالتالي ظهر عندهم هذا التمييز.

أما ترتيب الحقوق في الفقه الإسلامي فإنه يقوم على ذكر مصادر الحقوق وتتفرع عن هذه المصادر أحكام حسب أحوال كل مصدر، وبالنظر إلى تلك الأحكام الفرعية تظهر التفرقة بين الحقين الشخصي والعيني في الفروع الفقهية.

المسألة الثانية

استعمال الفقهاء للحق المدني الشخصي

لكي نعرف استعمال الفقهاء للحق المدني الشخصي، فإنه يحسن أن أسوق بعض الأمثلة التي مثل بها فقهاؤنا للحق الشخصي حتى يتضح لنا بجلاء مدى استعمال الفقهاء لهذا النوع من الحقوق:^(١)

١- في عقد البيع: نجد أن البائع له حق شخصي يتمثل في أخذ الثمن من المشتري وكذلك العكس نجد أن المشتري له حق شخصي في أخذ المبيع (السلعة) من البائع، فلكل منهما حق، وعلى كل منهما التزام نحو الآخر.^(٢)

٢- عقد الحوالة: فأن لصاحب الدين الحق في مطالبة المحال عليه أن يعطيه حقه وهي مطالبة لا تتحقق إلا بهذا الشخص، لأنها علاقة بين شخصين، وفيها يظهر حقه الشخصي المتمثل في وفاء الطرف الآخر بالتزامه نحوه.

٣- في الدين: فإن من حق الدائن أن يطالب المدين في إيفائه حقه حتى يسترد حقه الشخصي، وعلى المدين الالتزام نحو دائنه برد هذا الحق الذي لا يتم

(١) Droit civil Francais - Paris 1953 - 1954 Pg. 39 Aubry et Rau.

(٢) حيث يلتزم البائع بتسليم السلعة إذا قبض الثمن، ويلتزم المشتري بدفع الثمن إذا رضى بها.

إلا عن طريقه، لأن الدين حق شخصي يتم إيفاؤه بواسطة هذه العلاقة وتلك الرابطة.

هذه النماذج من الأمثلة تدل على وجود هذا النوع من الحقوق وهو (الحق المدني الشخصي) في فقها الإسلامي، وأن فقهاءنا استعملوه في فقههم الإسلامي رغم عدم تمييزهم بينه وبين الحق العيني كما فعل الفقه الأجنبي، إلا أن هذه الفروع الفقهية مليئة بمثل هذه الحقوق في شتى أنواع المعاملات المالية.

المسألة الثالثة

طبيعة الحق المدني الشخصي في القانون الوضعي

إن طبيعة الحق المدني الشخصي في القانون الوضعي مستمدة من طبيعة هذا القانون، ومعروف أن أصل كلمة (قانون) معربة وليست عربية فهي كلمة يونانية الأصل (KANUN) ومعناها العصا المستقيمة^(١)، ويقصدون بها الدلالة على الاستقامة في القواعد والمباني القانونية، ولا يقصدون بها العصا كأداة للضرب والتأديب كما قد يتبادر لأذهان البعض.

وهذه الكلمة اليونانية انتقلت إلى عدة لغات لتعبر عن القانون أيضا مثل: اللغة الفرنسية (Droit)، واللغة الإيطالية (Diricto)، واللغة الأسبانية (Derecho)، واللغة الألمانية (Recht).

ويلاحظ أن مصدر إصدار القانون في كل الحالات هي الدولة سواء كانت ممثلة في سلطتها التشريعية أم في السلطة القضائية التي تسهر على تنفيذ هذه القوانين، وعليه يمكن استخلاص الطبيعة البشرية للقانون المدني في ظل القوانين

(١) نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ص ٢٥ للدكتور إسحق إبراهيم منصور

الأجنبية، وإن كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة وتوفق بين المصالح المتعارضة على مستوى الجماعات أو الأفراد أو بينهما معا.

وإذا نظرنا إلى خصائص القانون نجد أنه مجموعة من القواعد الاجتماعية التي تنظم سلوك الأفراد في جانب معين، والذي قد يكون موضوعا مدنيا أو تجاريا أو جنائيا كما أن من خصائص القانون أن قواعده القانونية عامة ومجردة وملزمة، هذا فضلا عن أن طبيعة القانون تختلف أهدافها باختلاف نوعه إن كان عاما أو خاصا مثلا، فإن كان يهدف إلى مصلحة عامة فهو عام، وإن كان يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة فهو خاص.^(١)

فالقانون المدني والذي يأتي على رأس القائمة باعتباره الشريعة العامة التي تحكم العلاقات الخاصة بين الأفراد، ويشتمل القانون المدني على النصوص التي تحكم مجموعتين من العلاقات وهي:

١- العلاقات الشخصية ٢- العلاقات المالية.

١- فالعلاقات الشخصية يطلق عليها الأحوال الشخصية كمجموعة رئيسة تتضمن القواعد التي تنظم الأهلية وعوارضها، والروابط العائلية كالبنوة والزواج، والحقوق الزوجية كالمهر والنفقة والطاعة والطلاق وأحكام الميراث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

٢- العلاقات المالية بين الأفراد وهي عادة شخصية أو عينية، فالشخصية هي الحقوق المدنية الشخصية ويقصد بها الحقوق المالية التي تثبت لشخص معين هو الدائن على شخص آخر هو المدين، ويعبر عن حق الأول بحق الدائنية وعن حق الثاني بحق المديونية أو بالالتزام.

أما الحقوق العينية فهي تلك العلاقات والتي بمقتضاها تنشأ سلطة لشخص معين على شيء معين بموجبها يكون له حق استعمال ذلك الشيء أو استغلاله أو

(١) انظر في خصائص القانون وأقسامه إلى كتاب: المدخل إلى القانون ص ١٨ وما بعدها وص ٥٦ وما بعدها للدكتور حسن كيرة.

التصرف فيه كحق الإيجار والانتفاع والملكية.

المسألة الرابعة

أقسام الحق المدني

لقد قسم الفقهاء المعاصرون ورجال القانون^(١) الحق المالي إلى قسمين رئيسين هما:

١- الحق الشخصي أو الالتزام

٢- الحق العيني

١ - الحق الشخصي أو الالتزام

و هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.^(٢)

فالدائن هو الطرف الإيجابي وهو صاحب الحق والمدين هو الطرف السلبي. ولصاحب الحق الشخصي القدرة المباشرة على الشخص الملتزم بالحق لإجباره على نوع العمل أو إعطاء الشيء وليس هنا لصاحب الحق علاقة مباشرة مع الشيء الذي هو محل الحق إلا عن طريق شخص آخر هو المدين.

فالعلاقة في الحقوق الشخصية تقوم بين شخصيتين قانونيتين، خلافا للعلاقة في الحقوق العينية حيث تكون العلاقة بين شخصية قانونية وشيء كما سنعرف إن شاء الله تعالى.

(١) مصادر الحق للسنهوري: ج١/١٣، والمدخل للزرقا: ج٣/١٥، ونظريتنا الحق والقانون ص٢١٩.

(٢) مصادر الحق للسنهوري: ج١/١٣.

فلساحب الحق الشخصي المطالبة بإعطاء شيء، كحق المضرور في التعويض المناسب من مرتكب الفعل الضار، ولصاحب الحق الشخصي المطالبة بالقيام بعمل كالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع بعد قبض الثمن، كما أن لصاحب الحق الشخصي المطالبة بالامتناع عن عمل كحق المودع على الوديعة عدم استعمال الوديعة.

٢ - الحق العيني

وهو حق يخول لصاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء من الأشياء، بحيث توجد صلة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق.^(١)
وعرفه الأستاذ الزرقا - رحمه الله - بقوله:^(٢) (هو سلطة مباشرة على عين مالية مباشرة).

ومن هنا نعلم أن الحقوق العينية هي قدرات أو إمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته أو على عدة أشياء محددة بذواتها بحيث يستطيع صاحب الحق أن يمارس سلطة على ذلك الشيء دون وساطة شخص آخر، وذلك لسلطته المباشرة على ذلك الشيء .

و الحقوق العينية تنقسم إلى قسمين:

١- حقوق عينية أصلية

٢- حقوق عينية تبعية .

الحقوق العينية الأصلية: هي سلطة تمكن صاحبها من استعمال العين أو استغلالها والتصرف فيها، وهي بهذا لها وجود مستقل ولا تتعلق بأي حق آخر ولا يرتبط وجودها أو قيامها بوجود أو قيام أي حق آخر غيرها، وذلك كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق.

(١) الحقوق العينية الأصلية ص ٣٣-٣٤ للدكتور حسين كيرة - منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٦٥.

(٢) المدخل الفقهي العام ج ١٧/٣. للزرقا. دار الفكر.

حقوق عينية تبعية: وهي حقوق تقوم تبعا لحقوق أخرى وترتبط بها ولا يتصور قيامها استقلالا كما هو الحال في الحقوق العينية الأصلية.

فالحقوق العينية التبعية هي حق عيني لشخص معين على كل شيء محدد وتقوم بموجبه قدرة لذلك الشخص على ذلك الشيء مباشرة دون وساطة شخص آخر، لكن ذلك الحق العيني التبعية لا يقوم إلا تابعا لحق آخر.^(١)

ومن أهم الحقوق العينية التبعية حق الرهن، وهو عبارة على انصباب حق الرهن على شيء مباشرة كضمان للوفاء بحق شخصي، وبهذا نلاحظ أن سلطة الحق العيني التبعية لا تخول صاحبه حق الاستعمال أو التصرف لان غايته هي توثيق حق شخصي لصاحبه، وسلطته تنصب على ضمان استرداد ذلك الحق الشخصي.

فلو أن شخصا استدان من آخر مبلغا من المال، وكان المدين قد سلم الدائن رهنا معيننا ضمانا للوفاء بالدين في موعده المحدد له، فحق الرهن هنا لم يقيم إلا تابعا لحق الدائنية، وهو من الحقوق الشخصية، وبموجب حق الرهن يستطيع الدائن التصرف في الرهن حالة عدم الوفاء بما يفرضه، وهذه المكنة التي حولها حق الرهن للدائن على الشيء المرهون تعتبر حقا عينيا تبعية، ويستطيع المدين أن يسترد رهنه عند الوفاء بالدين والقيام بالحق الشخصي نحو دائنه.

ويعبر عن صاحب الحق بالدائن أو الملتزم له أو الطرف الإيجابي، ويعبر عن المكلف بالحق بالمدين أو الملتزم أو الطرف السلبي على ما تقدم.

وهذه التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني من صناعة القانون الوضعي والتي ظهرت فيه جلية وترتب على ذلك آثار، أما الفقه الإسلامي فيظهر آثار التفرقة بين الحقين في الفروع الفقهية والأحكام المتناثرة فيها.

(١) نظريتا الحق والقانون: ص ٢٩٣.

آثار التفرقة بين الحق العيني والحق والشخصي:

من خلال تعريف الحقين: العيني والشخصي يتضح جليا ضرورة وأهمية هذه التفرقة على أساس اختلاف المحل بينهما ، ولا بد أن يكون لهذا الاختلاف آثار متعددة فما هي هذه الآثار^(١)؟

والجواب عن ذلك على ما يلي :

١- إطلاق الحق العيني ونسبية الحق الشخصي : أي أن الحق العيني حق مطلق وهذا لا يعني عدم التزام كافة الناس باحترام حقوق الآخرين ، مما يوهم البعض إلى إطلاق الحقين لوجود التزام احترام حقوق الآخرين مهما كانت فالإطلاق لا ينطبق على مدى الاحترام ، لأن كل حق سواء أكان عينيا أو شخصيا بهذا الفهم واجب الاحترام ، فكل واحد يجب أن يلتزم بعدم الاعتداء على حقوق الآخرين عينيا كان الحق أو شخصيا.

والمراد الذي يقصد من كون الحق العيني مطلقا هو السلطة المباشرة وبدون تدخل أحد غير صاحب الحق ، ووقوع هذه السلطة مباشرة على محل الحق دون أي واسطة ، يجعل الحق مطلقا من هذا الجانب في نظر صاحب الحق .

أما عندما يصبح محل الحق عملا من الأعمال ، فإن تحقق أداء هذا العمل يكون متعلقا بتدخل شخص آخر وهو الذي التزم الأداء ، ولا يمكن أن تتحقق غاية هذا الأداء إلا بتدخل هذا الطرف الثاني لذا يكون الحق الشخصي حقا نسبيا من هذا الجانب .

٢- توافر ميزة التتبع في الحق العيني^(٢) إذ هو سلطة قانونية مباشرة على

(١) أصول القانون المدني الجزء الأول الحقوق العينية الأصلية ص ٤١ وما بعدها - دار المعارف الإسكندرية ١٩٦٥ د. حسن كيرة والمدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة ص ٤٧٠ وما بعدها ط: الخامسة - دار المعارف الإسكندرية ١٩٧٤.

(٢) مصادر الالتزام ص ١٤ لأحمد أبي ستيت - دار الفكر العربي ١٩٦٣ ، ونظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقات ج ٢٢/٣ دار الفكر.

شيء من الأشياء وبدون واسطة ، ويظل هذا الشيء خاضعا لهذا التسلط ، فيكون لصاحب الحق تتبعه أينما كان ، وبهذا يكون صاحب الحق ملازما له ومتتبعا له في أي يد وجد ، إذ يقتضي حكم التسلط وجود هذا الشيء دون اعتبار لمكان تواجدته ودون اعتبار لأي شخص يحوزه ، فحيث يكون هذا الحق ينصب عليه تسلط مالكة مباشرة ، بخلاف الحق الشخصي الذي لا يسمح لصاحبه التسلط على شيء آخر مباشرة كالحق العيني لأنه منصب على عمل شخص آخر هو المدين ، وبذلك لا يستطيع الدائن تتبعه إذا خرج من يد المدين كما يتتبع الحق العيني. فلو اشترى شخص عقارا لم يسجل عقده فإنه لا يستطيع تتبع هذا العقار وهو تحت يد مشتر جديد له قد سجله ، فليس له قبل تسجيل العقار سوى حق شخصي يطالب بمقتضاه نقل ملكية العقار إليه ، دون أن يكون لديه سلطة مباشرة وقانونية على هذا العقار تمنحه صفة التتبع في أي يد وجد .

وهذه الميزة ، وهي ميزة التتبع، تشمل كل حق عيني لأن طبيعة الحق العيني تقتضيها .

٣- ميزة حق الأفضلية للحق العيني : إذ هو سلطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء الذي هو محل الحق . وصاحب الحق له حق الاستثناء بمقتضى سلطاته على الشيء لا ينافسه فيها أحد آخر، فالحق العيني يبعد كل مزاحم في ممارسة سلطات صاحبه على هذا النحو وهذا هو حق الأفضلية، وهذه ميزة قوية تؤكد تلك الرابطة المباشرة والقوية بين صاحب الحق العيني ومطه.^(١)

أما الحق الشخصي فلا يتميز بهذه الأفضلية لأنه لا ينصب على شيء معين يخضع لسلطة مباشرة فهو يرد على عمل يلتزم به المدين سواء أكان هذا العمل إيجابيا أو سلبيا ، كما أنه لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين فلا مفر هنا من اقتسام أموال المدين بين غرمائه كل حسب نسبته وهذا لا يعفي من المزاحمة

(١) مصادر الالتزام ص ١٤ لأحمد أبي ستيت.

لنيل الحقوق خلافا للحقوق العينية التي لا تتزاحم لوجود حق الأفضلية.

٤- لا تنشئ إرادة الأفراد في الحق العيني حقا آخر عينيا ، بينما يمكن ذلك في الحقوق الشخصية ولأن الحق العيني حق مطلق لوجود رابطة التسلط المباشرة الناشئة بين صاحب الحق ومحلّه فإن سلطة صاحب الحق العيني المطلقة تمكنه من الاحتجاج في مواجهة الناس كافة تجاه حقه، بينما الحق الشخصي هو نسبي ولا ينتج أثره إلا في مواجهة أفراد معينين، فالملكية التي هي أساس الحقوق العينية الأصلية تعتبر دعامة اقتصادية متعلقة بالنظام العام، أما بقية الحقوق العينية فلا تتعدى أن تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتباره اقتطاعا بما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات في الاستعمال لحقه ، والمشرع وحده هو المختص في وضع الحدود ولا يكون لإرادة الأفراد سلطات في إضافة قيود أخرى أو التخلص من بعض القيود بحجة إنشاء حقوق عينية جديدة ، لأن هذا يسبب فوضى وانتهيار للكيان الاقتصادي الخاضع للنظام .

كما أن المشرع هو المنفرد الوحيد بإقرار الحقوق العينية وتنظيمها مع ما يتفق مع مصالح المجتمع الاقتصادية لأنها من المعاملات المالية المتعلقة بالنظام الاقتصادي الخاص بالمجتمع.

ففي الحق العيني تمتنع إرادة الأفراد من إيجاد أو توليد حقوق عينية لم يقرها القانون ، بينما يكون للإرادة في الحق الشخصي - في حدود النظام العام والآداب - مطلق السلطان في توليد ما ترى توليده من الحقوق الشخصية .

٥- إعطاء الحق العيني الصفة المنقولة أو العقارية نظرا لطبيعته ، وإعطاء الحق الشخصي الصفة المنقولة دائما . وهذا ما نصت عليه المادة (٨٣) من القانون المدني المصري^(١) (يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية ... ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية) ولأن محل الحق العيني شيء من الأشياء فقد يكون هذا الشيء منقولاً أو عقاراً، وإذا

(١) الحقوق العينية الأصلية ص ٥٠ د.حسن كبيرة.

تعلق حق شخص بعقار مثلا فلا يمكن إعطاؤه وصف العقار إلا باعتبار أنه منقول، فمن الحقوق العينية ما ينصب على عقار كحق السكنى والارتفاق مثلا، ومنها ما ينصب على المنقول تبعا للمحل.

أما الحق الشخصي فهو على خلاف ذلك لأن محله هو مجرد عمل من الأعمال لذا يعتبره المشرع منقولا دائما، وقد جاء في المادة ٢/٨٣ من القانون المدني المصري (لا يجوز بحال من الأحوال اعتبار الحق الشخصي عقاريا، حتى ولو كان التزام المدين التزاما بإعطاء وارد على عقار) فلو اشترى شخص عقارا فلا تنتقل الملكية بمجرد العقد قبل التسجيل، ويكون حق المشتري هنا قبل البائع حقا شخصيا طالما لم يسجل العقد.

٦- كون الشيء في الحق العيني حالا ومعينا بالذات، دون الحق الشخصي:

معروف أن الحق العيني يتطلب رابطة بين شخص و شيء، يخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا على الشيء، فلا مكان للحق العيني إلا بوجود المحل وهذا الموجود يجب أن يكون محققا وحالا وليس مستقبلا، ويكون أيضا معينا بذاته، فلا بد من تحديد المحل الذي يقع عليه التسلط مباشرة وقد نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري على ما يلي:

(الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)

أما الحق الشخصي باعتباره عملا من الأعمال وليس شيئا من الأشياء فهو رابطة اقتضاء وليست رابطة تسلط كالحق العيني، لذا فإنه يمكن وجود هذا الحق متعلقا بشيء من الأشياء مستقبلا رغم أن محله هو العمل، كما يتصور وجود هذا الشيء معينا بالنوع وليس بالذات.

٧- يسقط بالإرادة المنفردة ما يصح إسقاطه من الحقوق العينية^(١) وذلك مثل المرتهن فله فسخ الرهن وإن أبى الراهن ، خلافا للحق الشخصي الذي لا بد فيه من موافقة المدين ولو ضمنا كما في الإبراء عن الدين والخط من ثمن المبيع .

٨- أن الحق العيني الناشئ عن عقد^(٢) إذا هلك محله وهو العين قبل تنفيذ العقد بطل العقد ، وذلك مثل المبيع الذي يهلك قبل التسليم^(٣)، بل حتى في العقود المستمرة كالشركة والإجارة مثلا فإذا هلك محل الحق العيني حتى ولو بدئ بالتنفيذ انقضت تلك الحقوق لاستحالة استمرارها.

هذه هي أهم الفروق الجوهرية التي اتضح منها بجلاء ما يتميز به الحق الشخصي عن الحق العيني، وما ينفرد به كل منها، الأمر الذي يميز سير وصول الحقوق إلى أصحابها دون ما أدنى نزاع.

هذا ما يسره الله تعالى في هذا المقام، وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) المدخل للزقا ج ٣ ص ٢٥.

(٢) وهناك من الحقوق العينية ما ينشأ عن غير عقد كحق الحيابة أو وضع اليد على شيء اكتسبه بالتقادم كإحياء الموات أو ورثته من أجداده كملك أرض أو عقار.

(٣) المجلة مادة: ٢٩٣.

الباب الأول

مصادر الحق الشخصي، ويتكون من تمهيد وثلاثة فصول:

التمهيد

في ماهية الحق الشخصي وأنواعه ومصادره

الفصل الأول

المصدر الأول : الشرع أو القانون كمصدرين للحق الشخصي

الفصل الثاني

التصرفات القانونية كمصادر للحق الشخصي وفيه مبحثان

المبحث الأول: العقد

المبحث الثاني: الإرادة المنفردة

الفصل الثالث:

الواقعة القانونية ويشمل مبحثين:

المبحث الأول: الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية

المبحث الثاني: الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب.

ويعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقدا أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شيء معين.

ويؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي).

وعرفه الأستاذ السنهوري^(١) بقوله^(٢): (هو رابطة ما بين شخصين دائن بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

وعرفه الأستاذ الزرقا بقوله^(٣): (مطلب يقره الشرع لشخص على آخر). وهذا الحق يكون متعلقه تارة قياما بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق،

وتارة امتناعا عن فعل مناف لمصلحته، وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر.

فإن أحدهما يستحق على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحق تسليم المبيع [وكل هذين الحقين فعل]، وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة، وهذا [امتناع عن فعل].

و في رأيي المتواضع فإنه لا فرق بين أن يسمى الحق الشخصي (رابطة قانونية) أو (رابطة بين شخصين) — مع الإشارة إلى أن هذه الرابطة لا تكون إلا قانونية أو شرعية — أو يسمى (مطلب يقره الشرع) ، وهذا الأسلوب الأخير من الأستاذ الزرقا هو تأكيد منه على أن يكون الحق الشخصي مشروعا، وهذا لا يتعارض مع الرابطة التي تكون بين شخصين إذا كانت هذه الرابطة مشروعة وقانونية.

والواقع أن الحق الشخصي إذا كان رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها المدين في مواجهة الدائن بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فإن الحق الشخصي يسمى (حقا) إذا نظرت إليه من جهة الدائن، و يسمى التزاما إذا نظرت إليه من جانب

(١) هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري كبير علماء القانون المدني في مصر، ولد في الإسكندرية وتوفى في القاهرة سنة ١٣٩١هـ . الأعلام للزركلي: ج ٣/٣٥٠.

(٢) مصادر الحق ج ١/١٣.

(٣) نظرية الالتزام العامة ج ٣/١٦-١٧.

المدين. (١)

وهناك من الفقهاء من فرق بين لفظي (الالتزام) و(الحق الشخصي)، فالالتزام: (حالة قانونية يكون فيها على الشخص أن يقوم بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل)، أما الحق الشخصي فهو: (حالة قانونية يكون فيها للشخص أن يطلب من غيره القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).
و أرى أن الرأي الأخير لا يشكل استقلالا متميزا عن الرأي الأول لسبب مهم هو أن الفكرة الجوهرية واحدة في إبراز حالة الدائنية في الحق الشخصي، وحالة المديونية في حالة الالتزام.

المسألة الثانية

أنواع الحق المدني الشخصي

قد يتساءل البعض عند ما يرى أنواع هذه الحقوق تتدرج تحت الحق الشخصي وهي: الالتزام بالدين ، والالتزام بالعين، والالتزام بالعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل، وسبب التساؤل هو أن الحق الشخصي لا يكون له تعلق بعين معينة فلماذا أدرج إذاً الالتزام بالعمل ضمن أنواع الحق الشخصي؟
و للإجابة أقول : قد يكون الحق شخصيا رغم أن موضوعه تسليم عين، وذلك كحق المالك على الغاصب برد العين المغصوبة، وحق المودع على الوديع بتسليم الوديعة، لأن الحق في هذه الحالة متوجه إلى الفعل المتصل بالعين، وهو التسليم أو الرد، وعليه فهو حق شخصي لمن يتسلم، والتزام ممن يُسَلَّم، لكن ملكية هذه العين المسلمة في حد ذاتها هي حق عيني لصاحبها المالك. (٢) هذا من جهة.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ج١/١٠٣-١٠٦، مصادر الالتزام - دار إحياء التراث العربي ١٩٥٢، الدكتور صبحي الحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج١/٢٦٦ ط٢ دار العلم للملايين.

(٢) نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ج٣/٧٦ للزرقا.

ومن جهة ثانية فإن بعض القانونيين^(١) يرون أن الحق العيني هو كالحق الشخصي في اشتماله على جانبين من الأشخاص لا على جانب واحد، فصاحب الحق يمثل جانبا كما هو معروف من الجهة الإيجابية، أما الجهة الأخرى وهي الجهة السلبية فتشمل جميع الناس، فهم بهذه النظرة مكفون شرعا ألا يمنعوه من استيفاء حقه ولا يحولون بينه وبين حقه.

وهذه النظرة تتطابق مع مذهب الشخصيين الذين يعتبرون أن كل الحقوق شخصية لأن كل الناس في الحق العيني يمثلون الجانب السلبي في مقابل الشخص المعين في الحق المدني الشخصي، ومعروف أن الشخص أو الأشخاص من عناصر الحق والالتزام، فالحقوق جميعا والالتزامات إنما تكونان للأشخاص وعليهم، ولو لا التزام بين أفراد الناس على المنافع الحيوية لما كان من مجال لوجود فكرة الحق ونظامه بينهم كما قال الأستاذ الزرقا.^(٢)

ونبين الآن أنواع الحق المدني الشخصي على النحو الآتي:

١- الالتزام بالدين

عرف صاحب مرشد الحيران الدين بأنه^(٣): (ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب).

ومحل الالتزام بالدين هو مبلغ من النقود فهو التزام بوفاء دين أو ما في حكمه من جملة الأشياء المثلية والتي في ذمة الإنسان التي تعتبر هي محل تحمل الحقوق، وهذه الأشياء المثلية والتي تثبت في الذمة تكون من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدييات المتقاربة.^(٤)

والدين بصورة عامة يقبل التأجيل إلى وقت محدد، كما يقبل التقسيط وهو أن يؤدي المدين كل فترة قسطا معيناً متفقاً عليه.

ونلاحظ في مسألة الدين تمييز الفقهاء بين عنصرَي الدين الأساسيين وهما:

(١) الأموال ف ١٣٥ للأستاذ كامل مرسى، ونظرية العقد للأستاذ السنهوري ص ٤٢.

(٢) نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ج ٣/٢٣٤.

(٣) المادة: ١٦٨.

(٤) المجلة: م ١٥٨.

ذات الدين والمطالبة بالدين، لأن الأصل تلازمهما، إلا أنه قد ينفك أحدهما عن الآخر، وذلك قي مثل الكفالة، فإن ذمة الكفيل تتضمن إلى ذمة المكفول في المطالبة، وفي الحوالة نلاحظ انتقال الالتزام بأداء الدين من ذمة إلى أخرى، وفي الإبراء ميز الفقهاء بين الإبراء عن أصل الحق، والإبراء عن الدعوى به، فالإبراء عن الدعوى لا يسقط الحق، ولكنه يمنع المطالبة به.^(١)

و أما في التقاص وهو أن يثبت المدين أن له ديناً على دائنه، وهذا يمنع المطالبة ولا يسقط الديون المتقابلة، إذ لو أن أحدهما أبرأ الآخر طوالب بعد ذلك الآخر بما عليه.

والدين في الذمة هو تكليف يشغلها غير متعلق بمال معين للمدين. ويرى الحنفية أن المقاصة لا تسقط أصل الدين، وإنما تسقط المطالبة به فقط، أما الدين فيبقى شاغلاً للذمة، وإنما لم تصح المطالبة به^(٢) لأن الدين في الذمة ليس متعلقاً بمال معين للوفاء به، وإنما هو تكليف شاغل للذمة، ولو اعتبر الدين ساقطاً بالوفاء والذمة منه فارغة لألغى الإبراء بعده.^(٣)

ويترتب على هذا صحة الإبراء من الدين بعد المقاصة براءة إسقاط، فلو أبرأ الدائن مدينه من بعد ما استوفاه منه، إبراء إسقاط، حَق للمدين أن يستعيد من الدائن ما كان استوفاه منه، لأن ما ثبت للمدين بالوفاء في ذمة الدائن لم يبق له مقابل للدائن في ذمة المدين بعد الإبراء ليتم له التقاص. ولو اعتبر الدين ساقطاً بالوفاء والذمة فارغة منه لوجب إلغاء الإبراء بعده ولكنه لم يبلغ الإبراء بل صح بعد الوفاء.

والحقيقة أن هذا الرأي غريب لأن من أدى دينه إلى غريمه أو قاصه منه يكون قد ألغى تبعته وطهر ذمته، فكيف لا يحصل ذلك؟؟؟
وهكذا نلاحظ أن في الكفالة والحوالة والإبراء والتقاص وتأجيل الدين

(١) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - محمد أمين الشهير بابن عابدين: ٤٧٤/٤ - المطبعة المصرية ١٢٨٦ هـ.

(٢) رد المحتار، كتاب الإيمان ج ٣/١٣٨.

(٣) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٠٩-٢١٠ - دار الطباعة العامرة ١٢٩٠ هـ.

انفكاك عنصر الدين عن عنصر المطالبة رغم أن الأصل تلازمهما.

٢- الالتزام بالعين

هو التزام محله عين معينة بذاتها يقع الالتزام بتسليمها أو حفظها أو تمليك منفعتها، كرد المغصوب للمغصوب منه، وتسليم الوديعة إلى المودع، وتسليم المبيع إلى المشتري.^(١)

ومعنى الالتزام بالعين بذاتها هو الالتزام بتسليمها. ويجوز تحديد مكان معين لتسليم العين الملتزم بتسليمها، ويجوز ذلك في الدين كذلك. كما يجوز في البيع بشرط تسليم العين المبيعة في مكان محدد ويجب الوفاء بها بهذا الشرط.^(٢)

٣- الالتزام بالعمل

الالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار^(٣) وله صور كثيرة لا تحصى،^(٤) ولذلك أمثلة كالالتزام بنقل بضاعة أو إصلاح آلة أو صنع شيء من الأشياء ويدخل فيه بصورة عامة التزام كل أجير بالقيام بالعمل المستأجر عليه.

كما يرى الأستاذ الزرقا أن عقد الاستصناع التزام بالعمل، ورأيه وجيه لأن العمل - كما قال - موضوع عام يشمل كل عمل من إصلاح آلة أو نقل بضاعة أو إجراء عملية جراحية، وكذلك يشمل الأعيان المعينة ودفع الديون.^(٥)

وطالما أن الالتزام بالدين قد حدد بما يتعلق بالذمة من مبلغ من المال أو غيره وأن الالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة، فلا حاجة لتعميم الالتزام بالعمل لندخل فيه كل الالتزامات.

(١) مصادر الحق للسنهوري ج ١/١٦.

(٢) المجلة : م ٢٨٧.

(٣) مصادر الحق للسنهوري ج ١/١٦.

(٤) نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا ج ٣/٧٢.

(٥) المصدر السابق ج ٣/٧٣.

٤- الالتزام بالامتناع عن عمل

تتجلى صورة الالتزام في الامتناع عن عمل في الجانب السلبي للالتزام لان كل الصور المتقدمة كان موضوع الالتزام فيها إيجابيا، لأنه هو الصورة الغالبة في موضوع الالتزام بالحق الشخصي.

وتتمثل صورة الالتزام السلبي في الامتناع عن فعل كالتزام المرتهن بعدم استعمال الشيء المرهون إلا بإذن الراهن مثلا، والتزام المستأجر بعدم تجاوز المعتاد في استعمال المأجور... وهكذا.

فالالتزام بالامتناع عن عمل لم يكن موضوعا مباشرا للالتزامات العقدية كما يقرر الأستاذ الزرقا حيث يقول^(١): (ولم يرد في الاجتهاد الحنفي ما يسوغ أن يكون الامتناع موضوعا مباشرا للالتزامات العقدية كتعاقد اثنين على أن لا يفتح أحدهما محلا تجاريا في جانب محل الآخر لبيع مثل بضاعته... وإنما يكون الامتناع موضوعا غير مباشر في الالتزام العقدي، فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادئ الشرعية العامة، وإن لم يصرح به في العقد، فعدم استعمال الوديعة هو من وجائب الأمين العامة، وكذا ما ذكر في مثال المأجور والمرهون لأن عينهما أمانة).

وهذا الكلام فيه وجاهة، لكن نظرا لضعف الوازع الديني وضعف هيبة السلطان نرى أن من المهم التقنين للامتناع عن العمل حفاظا على حقوق الناس وصونا لمعاملاتهم.

من هنا نخلص إلى أن أنواع الحق الشخصي أربعة كما مر وهي الالتزام بالدين، والالتزام بالعين، والالتزام بالعمل، والالتزام بالامتناع عن العمل، وهذه الأنواع يقرها علماء القانون حيث يذكرون أن موضوع الالتزام يكون أحد هذه الأربعة، كما نجد هذا منطبقا على ما في الفقه الإسلامي^(٢) من صور الالتزامات المختلفة: فنجد أن الالتزام في الفقه الإسلامي يتعلق بدين أو بعين أو بعمل أو بامتناع عن عمل.

(١) نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا ج ٣/٧٤.

(٢) نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقا ٧١/٧١ و مصادر الحق للسنهوري ج ١/١٥.

الفرع الثاني

مصادر الحق الشخصي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي

مصادر الحق الشخصي هي مصادر الالتزام، لأن الذين تحدثوا عن نظرية الالتزام يعنون في الوقت نفسه نظرية الحق الشخصي، إلا أنهم غلبوا جانب الالتزام في النظرية على جانب الحق الشخصي.

قال الأستاذ الزرقا^(١): (وفي هذه التسمية [يقصد نظرية الالتزام العامة] — كما نرى — تغليب على جانب الحق، حيث قيل: [نظرية الالتزام] ولم يسموها نظرية [الحق الشخصي] لأن الالتزام هو المنظور إليه في الدرجة الأولى). والمراد بمصدر الحق هو السبب المولد له، وهو الأمر الذي ينشأ عنه الحق، أو هو السبب الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل) برابطة الالتزام لأن الحادث الذي ربط به الحق وجودا وعدما هو مصدره. والمراد بمصادر الحق : السبب المباشر الذي يولد الحق، ويسمى المصدر الأمر في إيجاب الالتزام، إذ لو كان المصدر هو الأمر بالحق لرُدَّت جميع مصادر الحقوق إلى الشرع أو القانون لأنه هو الأمر عند وجود تلك الأسباب المباشرة .

وأما الحقوق التي لا يظهر بها حادث مباشر تضاف إليه، فيرجع مصدرها إلى الشرع، مثل نفقة الأقارب والزوجة والعشر وغير ذلك كثير. هذا وقد حصر الأستاذ السنهوري مصادر الحقوق^(٢) في الفقہ الإسلامي والقانون الوضعي في مصدرين اثنين:

التصرف القانوني: وهي التصرفات القولية في الفقہ الإسلامي وتشمل

(١) نظرية الالتزام العامة في الفقہ الإسلامي ٩٥/٣.

(٢) مصادر الحق ج١/٦٩.

العقد، والإرادة المنفردة .

الواقعة القانونية: وهي ما تسمى بالتصرفات الفعلية في الفقه الإسلامي وتشمل: الفعل الضار والفعل النافع.

وهذه المصادر تعود كلها إلى الوقائع الاختيارية وتشمل التصرفات القانونية والوقائع القانونية، وإلى وقائع طبيعية وتشمل الشرع أو القانون ويسمى بعض الفقهاء مصادر الحقوق بـ [التصرفات الشرعية] لأن التصرف الشرعي هو الذي ينتج آثاراً معتبرة شرعاً، وهي الأعمال التي ينشأ عنها الالتزام أو الحق أو ينتقل أو يعدل أو ينقضي، وهذه التصرفات الشرعية: قولية: كالعقود وما شابهها كالوقف والنذر، وفعلية: وهي الأفعال التي تكون سبباً للضمان كإتلاف المال وإزهاق الروح والغصب.^(١)

وقد أرجع الأستاذ السنهوري مصادر الحق الشخصي كلها إلى (الواقعة القانونية) والتي قسمها إلى (واقعة اختيارية) وقسم هذه الواقعة إلى أعمال مادية (مشروعة وغير مشروعة) وإلى أعمال قانونية (العقد والإرادة المنفردة).^(٢)

ولقد أبدع الدكتور السنهوري في تقسيمه هذا لمصادر الحق حيث إن الوقائع القانونية والتصرفات القانونية لا تقتصر على إنشاء الحق الشخصي وحسب بل تمتد إلى نقله أو تغييره أو انقضائه،^(٣) لذا رأيت من الأهمية بمكان أن أتناول مصادر الحق الشخصي في باب مستقل ثم نعقبها باستعمال الحق أو تغييره أو نقله أو انقضائه في الباب الثاني حرصاً على الربط الفني للموضوع.

ونلاحظ أن جوهر التصرف في الوقائع القانونية هو الإرادة، أما جوهر التصرف في التصرفات القانونية فهو العمل المادي ولو كان معه إرادة،^(٤) وللتفرقة بين المصدرين أهمية يمكن حصرها في النقاط التالية:

- (١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية جـ ٣٣/١ د. صبحي المحمصاني بيروت - دار العلم للملايين ط ٢، ١٩٧٢. و مصادر الحق للسنهوري ج ١/٦٦.
- (٢) نظرية العقد للأستاذ السنهوري ص ٥٠، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للزرقي ٣/٨٨، و نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي.
- (٣) المدخل إلى القانون ص ٧٢ للدكتور حسن كيرة - منشأ المعارف بالاسكندرية ط: الخامسة ١٩٧٤.
- (٤) المرجع السابق ص ٧٢٧.

١- أنها تجمع شتات مصادر الحقوق وتردها إلى هاتين الطائفتين كما أنها مصادر لتعديل الحق أو انقضائه.

٢- إثبات الحق: فعند المنازعة يقتضي الأمر إثبات مصدره المباشر، وعليه فإن هذين المصدرين يختلفان في وسائل الإثبات، فالدليل الكتابي لتوليد حق شخصي أو تغييره أو تحويله أو زواله يعني إناطة هذا الأثر بالإرادة قصد ترتيبه. أما الإثبات في الوقائع القانونية فيستعمل له وسائل مختلفة قد تكون الشهادة أو القرائن المختلفة.

ولأهمية الأمر أنقل كلام الدكتور حسن كيرة في هذا الصدد حيث يقول: (١)
(والحق الشخصي ليس في واقع الأمر إلا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء، فهذه الرابطة إذ تفترض وجود طرفين من الأشخاص يملك أحدهما اقتضاء أداء مالي معين ويلتزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء، إنما تضع في يد الأول حقا وتلقي على عاتق الثاني التزاما. فالحق الشخصي والالتزام وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هي رابطة اقتضاء، كل ما في الأمر أن الحق الشخصي وهو وجهها الإيجابي المتمثل في سلطة الاقتضاء المعطاة للدائن، والالتزام هو وجهها السلبي المتمثل في الالتزام المحمل به المدين ... ويستوي في التعبير عنهما إطلاق اصطلاح "الحق الشخصي" أو اصطلاح "الالتزام".)

وقال الدكتور أحمد أبو ستيت في مقدمة حديثه على مصادر الالتزام: (٢)
(الحق الشخصي أو الالتزام هو موضوع هذا الكتاب ... والحق الشخصي والالتزام شيء واحد، فهو حق إذا نظرنا إليه من جهة الدائن، والتزام إذا نظرنا إليه من ناحية المدين، ولما كانت لهذه الناحية أهميتها من حيث أن الوفاء بالحق لا يتم إلا بواسطة المدين، فقد غلبت كلمة (الالتزام) كلمة (الحق الشخصي) وصارت عنوانا على الرابطة كلها. أي باعتبارها حقا وباعتبارها التزاما)

وعرف الدكتور أبو ستيت الالتزام بقوله: (٣) (الالتزام رابطة قانونية محلها

(١) المرجع السابق ص ٤٦٨ - ٤٦٩.

(٢) مصادر الالتزام ص ٢٢.

(٣) مصادر الالتزام ص ١٤ - ١٥.

عمل أو امتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد)

ونلاحظ أن هذا التعريف قد اشتمل على عناصر الحق الشخصي وهي:

أ- الدائن ب- المدين ج- وموضوع الالتزام، وهي نفس العناصر التي أشرت إليها في بيان عناصر الحق الشخصي.

وعرف الأستاذ الزرقا الالتزام بقوله: ^(١) (كون شخص مكلفا شرعا بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره)، وأشار إلى أن علماء القانون يعرفون الالتزام والحق الشخصي تعريفا واحدا، كما يشير الأستاذ إلى أنه إذا قيل "نظرية الالتزامات" فهي في الوقت نفسه "نظرية الحقوق الشخصية" أيضا. ^(٢)

هذا وقد قسم القانون الروماني مصادر الالتزام إلى أربعة وهي:

١- الجريمة ٢- العقد ٣- الأسباب المختلفة ٤- شبه الجريمة ثم ذكر (بوتيه) تقسيما آخر هو: الجريمة وشبه الجريمة والعقد وشبه العقد والقانون، ^(٣) وهذا التقسيم لم يحظ بتأييد الفقه المدني.

أما مصادر الحق في القانون المدني الفرنسي فهي خمسة:

العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون، ويعود ترتيب هذه المصادر إلى القانوني (بوتيه) إلا أن هذا الترتيب لم يسلم من الانتقادات. ^(٤) أما القانون المدني المصري ^(٥) فقد رتب مصادر الالتزام أو الحقوق إلى خمسة وهي:

العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع و الإثراء بلا سبب والقانون.

(١) المدخل الفقهي العام انظر إلى النظرية العامة في الفقه الإسلامي: ٥٠/٣ للزرقا - دار الفكر. وانظر الهامش أيضا. وقد حاول التفرقة بين الحق الشخصي والالتزام، وهو في نظري محاولة تبرير لفظية ركز فيها على الخلاف اللفظي رغم إيمانه باتحادهما. (المدخل الفقهي العام، انظر إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي: ٨٢/٣ للزرقا)

(٢) المرجع السابق ص ٩٥ - ٩٦.

(٣) نظرية العقد للأستاذ السنهوري/٢٩-٣٠، و

Droit civil Francais Paris 1935 - 1954 Pg. 33 Aubry et rau.

(٤) المرجع السابق/٣٤-٣٨.

(٥) الصادر عام ١٩٤٩م.

أما مصادر الحقوق الشخصية في القانون المدني الجزائري^(١) فقد رتبها وقسمها إلى أربعة مصادر هي:

١- القانون

٢- العقد

٣- العمل المستحق للتعويض (المسئولية التقصيرية)

٤- شبه العقد^(٢) وهي موزعة على:

أ- الإثراء بلا سبب ب- دفع غير المستحق ج- الفضالة.

وقد جعل (الوعد بجائزة) تحت المصدر الثاني وهو (العقد)، بينما يكون مصدرها هو (الإرادة المنفردة).

ولما استخدم المشرع (شبه العقد) فقد تعرض لانتقادات حيث أن شبه العقد كمصدر للحقوق الشخصية يرجع إلى القانوني الروماني (بوتيه).

(١) صدر هذا القانون عام ١٩٧٥ في عهد هواري بومدين وبموجب الأمر رقم ٥٨/٧٥ بتاريخ:

١٩٧٥/٠٩/٢٦م وكانت نصوصه متأثرة بالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري.

(٢) اعتبرت الأعمال الثلاثة (الإثراء بلا سبب و دفع غير المستحق والفضالة) أشباه عقود لأنها ليست

عقودا بالمعنى الدقيق و إنما تشبهها فقط في كونها أسبابا للحق أو للالتزام أولهما معا (انظر: نظريتا

القانون والحق ص٣١٨ د. إسحق منصور الجزائر ١٩٩٩). وإذا كانت الجريمة هي الفعل الخاطئ

الصادر عن عمد وسوء نية فإن شبه الجريمة هو الفعل الخاطئ الذي يصيب الغير بضرر إلا أنه غير

مصحوب بقصد الإضرار، إنما يصدر عن إهمال وقلة بصر بالأمور. (انظر مصادر الالتزام ص ٢٥

— ٢٦ لأحمد أبي ستيت)

الفصل الأول

الشرع أو القانون كمصدرين للحق المدني الشخصي

يعتبر القانون مصدرا عاما لجميع الحقوق والالتزامات خصوصا مع اتساع تدخل الدولة في مختلف مجالات وشئون الحياة.

ويعد القانون مصدرا لجميع الحقوق والالتزامات سواء أكان مصدرها المباشر (تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية) أو غير المباشر، ولا يُعتبر الحق حقا إلا إذا اعترف له القانون بهذه الصفة.

والمقصود هنا بالشرع أو القانون هو المعنى الخاص، وهو أن يكون مصدرا مباشرا لمجموعة من الحقوق لا ترجع إلى أي مصدر من المصادر الأخرى ولا يوجد لها مرجع غير القانون .

وقد خصص القانون المدني المصري نصا واحدا للقانون كمصدر من مصادر الالتزام حيث جاء في المادة: (١٩٨) منه ما يلي:

(الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص التي أنشأتها)

فالحق الشخصي الذي ينشأ عن نص قانوني يتكفل النص الذي أنشأه بتحديد وتعيين مده. (١)

ونصت المادة: ٢٤٥ من القانون المدني العراقي (٢) على ما يلي:

(الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القانون وحده تسري عليها النصوص التي أنشأتها)

ويعتبر القانون المصدر الخامس من مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي من حيث الترتيب، ويكون مصدرا مباشرا لطائفة من الحقوق الشخصية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ - ص ٤٩٠.

(٢) لعام ١٩٥١.

التي لا ترد إلى أي مصدر من المصادر الأربعة الأخرى^(١) التي هي: العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع.

ويلاحظ تأثر القانون المدني العراقي بالقانون المدني المصري (المادة ١٩٨) حيث اعتبر القانون مصدرا أخيرا من حيث الترتيب وغلب العقد أولا حيث اعتبره أهم هذه المصادر.

أما القانون المدني الجزائري^(٢) فقد رتب (القانون) كمصدر من مصادر الالتزام في مقدمة مصادر التشريع، خلافا للتشريعات العربية الأخرى التي ذكرت القانون آخر المصادر من حيث الترتيب.

والسبب في ذلك هو تدخل الدولة في شتى مجالات الحياة، لذلك احتل القانون هذه الصدارة، وقد خصص القانون المدني الجزائري (المادة ٥٣) والتي تأثرت (بالمادة ١٩٨) من القانون المدني المصري، ونص المادة هو: (تسري على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها).

فالنص القانوني هو الذي يبين الحقوق وأحكامها ومداها، وهو مصدر غير إرادي، ولا يقتصر على دائرة القانون المدني، وإنما قد يتعداه كما في قانون الأسرة^(٣) حيث أوجب نفقة الأولاد والزوجة على الأب، وقد أوجب على الزوج نحو زوجته - بناء على (المادة ٣٧) ما يلي:

(النفقة الشرعية حسب وسعه، والنفقة على الأولاد، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد وللإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة عجز الولد لآفة عقلية أو بدنية أو كان مزاولا لدراسته وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب) كما ورد في المادة ٧٥ من القانون الجزائري.

كما نص القانون المدني الجزائري (في المادة ٧١٣) على ما يلي: (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكان حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع

(١) النظرية العامة للالتزامات ص ٣٣٥ د/ حسن علي الذنون - بغداد ١٩٧٦.

(٢) الصادر عام ١٩٧٥.

(٣) رقم ٨٤ لعام ١٩٨٤.

وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يَقم دليل على غير ذلك) ومع ذلك فإن الحقوق والالتزامات التي مصدرها القانون قليلة ومبعثرة في شتى فروع القانون الخاص والعام، وقد تزايدت بتدخل الدولة وتغليب المصلحة الجماعية على مصلحة الفرد.

أما القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (٣١٢) منه على ما يلي: (الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها).

فالحق التي يتكفل النص له بتعيين مضمونه وبتحديد مداه يكون مصدره هو القانون الخاص به، والحقوق والالتزامات التي ينشئها القانون تكون مستقلة عن إرادة أصحابها حيث لا تقتضي فيهم الأهلية إلا ما يتطلب فيه القانون ذلك من الحقوق والالتزامات التي لا تنشأ بمعزل عن الإرادة.

إن الحقوق الشخصية والالتزامات القانونية، كغيرها من الحقوق والالتزامات، تكون إما التزاما بإعطاء، أو التزاما بعمل، أو التزاما بالامتناع عن عمل.

فحقوق النفقة للزوجة والأولاد في قانون الأسرة، وحقوق الدولة في الضرائب وحقوق العامل في التعويض عن مخاطر العمل هي حقوق مصدرها القانون مباشرة ومضمونها أخذ شيء وهو (مبلغ من النقود)

أما حق القاصر أو الغائب أو المفقود أو الأسير في إدارة أمواله من جانب الولي أو الوصي أو القيم فهو حق مصدره القانون وهو التزام بعمل.

أما الحق أو الالتزام القانوني بالامتناع عن عمل فهو حق الجار في ألا يهدم جاره حائطه الذي يستتر به دون عذر قوي وألا يحدث ضررا فاحشا بالجدران.^(١)

فالحق أو الالتزام القانوني قد يكون دفع مبلغ من النقود أو القيام بعمل مطلوب أو الامتناع عن القيام بعمل.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ج ١/ ١٢٩٥ لسنة ١٩٥٠.

فالقانون يمنع تجاوز سرعة معينة في أماكن مخصصة أو داخل المدينة
مثلا، كما يفرض إضاءة مصابيح السيارة ليلا فهذا فرض لقيام بعمل، وذلك امتناع
عن عمل.

نخلص من هذا إلى أن القانون هو مصدر كل الحقوق والالتزامات، وقد
يكون مصدرا مباشرا لبعض الحقوق والالتزامات التي لا ترجع إلى التصرف
القانوني أو الواقعة القانونية كالالتزام بالنفقة على الزوجة وكحق الجوار والحائط
المشترك والكفالة بموجب نص قانوني.

وقد أطلق الفقهاء المسلمون اسم "الواجب الشرعي" على الحقوق التي تستند
على أدلة الأحكام الشرعية وهي (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) مثل حق
النفقة للزوجة والأولاد وحق القاصر في الولاية والجار في الحائط. فمصدر هذه
الحقوق هو الشرع الذي يستند إلى الدليل الأصلي مباشرة وهو القرآن الكريم أو
السنة النبوية الشريفة، أو يستند إلى مصادر أخرى.

فالقانون أو الشرع مصدر مباشر للحقوق والالتزامات التي لا تستند إلى
المصادر الأخرى وهي العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع.

الفصل الثاني

التصرفات القانونية كمصادر للالتزام وفيه مبحثان:

المبحث الأول

العقد وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد

المطلب الثاني: تكوين العقد

المطلب الثالث: آثار العقد

المطلب الرابع: فسخ العقد

المبحث الثاني

الإرادة المنفردة

المبحث الأول

العقد وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

تعريف العقد لغة واصطلاحاً وفيه خمسة فروع

الفرع الأول

العقد في اللغة

العقد لغة^(١) له عدة معانٍ، منها: الشد والتأكيد والتوثيق والإحكام، والجمع بين أطراف الشيء وربطها، كما جاء العقد بمعنى الخيط الذي ينظم فيه الخرز، قال عدي بن الرقاع:

وما حَسِينَةٌ إِذْ قَامَتْ تَوَدَعْنَا .: لِلْبَيْنِ، وَاعْتَقَدَتْ شَذْرًا وَمِرْجَانًا^(٢)
كما جاء بمعنى الجمع حيث جاء في الحديث: (وإنه لأول ما اعتقدته)^(٣) أي جمعته.

وقد وردت كلمة (عقود) في القرآن الكريم بمعنى العهود، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) وقد فسرها المفسرون بأنها أوثق العهود.^(٥) وهذا المعنى لا يخرج عن المعنى اللغوي للعقد، وكذلك ورد في السنة لفظ

(١) راجع: لسان العرب، لابن منظور ج ٣/٢٩٦ - ٢٩٧ - دار الفكر بيروت، والقاموس المحيط للفيروز أبادي ج ١/٤٣٦ - دار إحياء التراث بيروت، والمصباح المنير للفيومي. ط: مصطفى الحلبي ٧١/٢، والمفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، ط/ دار المعرفة ص ٣٤١.

(٢) لسان العرب ج ٣/٢٩٦.

(٣) رواه أحمد في مسنده: ٣٠٦/٥، حديث رقم: ٢٢٦٦٠ - مؤسسة قرطبة - مصر.

(٤) المائدة: الآية: ١.

(٥) القرطبي بتحقيق الشيخ محمود شاكر ط/دار المعارف: ج ٩/٤٥١، وطبعة دار الكتب: ٣٠/٤، وابن كثير: ٤/٣، تحقيق إبراهيم البنا وأحمد عاشور، دار المعارف. وأحكام القرآن للجصاص: ٢٨٣/٣ - دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٩٩٢.

العقد حيث قال عليه الصلاة والسلام: (وكان بيننا وبين قوم عقد)^(١) أي عهد وحلف، وهذه المعاني اللغوية يجمعها معنى الربط، قال الطبري^(٢) في تفسيره: (وأصل العقد عقد الشيء بغيره، وهو وصله به كما يعقد الحبل بالحبل إذا وصل به شدا).^(٣)

وهذه المعاني التي يجمعها الربط فإن الربط قد يكون حسياً وقد يكون معنوياً فالحسي كربط الحبل مثلاً والمعنوي كالعهد والتأكيد والعزم.^(٤) إذا فالعقد يطلق على العهد وهو حقيقة فيه لذا نجد أن اللغوي الكبير ابن منظور^(٥) يقول: (العقد هو العهد والجمع عقود، وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا فتأويله: ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته، أو عقدت عليه فتأويله: أنك ألزمته ذلك باستيثاق)^(٦)

نخلص من هذا إلى أن أقوال العلماء في العقد تنطبق على مطلق الربط في المحسوسات كعقد الحبل أو المعنويات كعقد البيع مثلاً وعقد العهد، وكل ما يعقده المكلف على نفسه فيلزمها به من إثبات فعل أو تركه.

الفرع الثاني

العقد في اصطلاح الفقهاء

للعقد في اصطلاح الفقهاء معنيان: عام وخاص.

١- المعنى العام للعقد: ويراد به كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به في

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري: ٢١٣/١ ط/٣ دار ابن كثير اليمامة - بيروت، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا.

(٢) الطبري: هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري (أبو جعفر) مفسر، مقرئ، محدث، مؤرخ، فقيه، أصولي، مجتهد، ولد بأمل طبرستان سنة ٢٢٤ هـ، من تصانيفه: جامع البيان في تأويل القرآن، تاريخ الأمم والملوك واختلاف الفقهاء. معجم المؤلفين: ج ١٤٧/٩.

(٣) تفسير الطبري (أبي جعفر محمد بن جرير): ٣٨٦/٤، ط/٢ دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٧.

(٤) تفسير القرطبي: ٢٦/٦.

(٥) ابن منظور: هو

(٦) لسان العرب: ٢٩٧/٣.

مقابل التزام آخر كالبيع مثلا أو ليس في مقابل التزام آخر كالطلاق والنذر واليمين مثلا سواء أكان هذا الالتزام دينيا أو دنيويا. قال ابن العربي^(١) (إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع الله تعالى، وتارة يكون مع الأدمي، وتارة يكون بالقول وتارة بالفعل)^(٢)

والمعنى الواسع للعقد لا يخرج عن أصل معناه اللغوي وهو مطلق الربط والشد والإحكام والتوثيق والعقد.

٢- المعنى الخاص للعقد: هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين، ويترتب على ذلك التزام بين طرفين، وهذا المعنى هو المراد عند أغلب الفقهاء^(٣) لدى إطلاقهم لفظ (العقد).

قال ابن القاسم الشافعي: (العقد: مجموع الإيجاب والقبول)^(٤)
كما أن ابن قدامة^(٥) وابن رجب^(٦) ذكرا أقسام العقود، ولم يذكر منها التصرف الذي يتم بإرادة واحدة منفردة.^(٧)

ورغم دلالة هذه النصوص على أن لفظ العقد عند الإطلاق تحمل في الغالب على هذا المعنى الخاص وهو ما يتم الاتفاق فيه بين إرادتين إلا أن هذا القول لا يجعلني أقر بحصر العقد في هذا المعنى الخاص، لأن ما سبق من معنى

(١) ابن العربي: هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي قاض من الحفاظ وله تصانيف كثيرة في مختلف فنون العلم، ولي قضاء إشبيلية ومات بقرب فاس سنة ٥٤٣ هـ . الأعلام للزركلي: ج ٦/٢٣٠.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (أبي بكر محمد بن عبد الله): ٨/٢، دار الفكر - بيروت.

(٣) أحكام القرآن للشافعي: ٦٦/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٨، ولابن نجيم ص ٣٣٦، والقواعد لابن رجب ص ٧٤، ونظرية العقد لأبو زهرة ص ١٧٩ ومصادر الحق للسنهوري: ١/٧٤.

(٤) حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج شرح المنهاج: ٤/٢١٤.

(٥) ابن قدامة: عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي موفق الدين فقيه من أكابر الحنابلة، له تصانيف، ولد في جماعيل في فلسطين وتوفي في دمشق سنة ٦٢٠ هـ . الأعلام للزركلي: ج ٤/٦٧.

(٦) ابن رجب: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، حافظ للحديث وصاحب تصانيف كثيرة، ولد في بغداد ونشأ وتوفي في دمشق سنة ٧٩٥ هـ . الأعلام ج ٣/٩٥.

(٧) المغنى لابن قدامة: ٣/٥٩٤، والقواعد لابن رجب ص ٧٤.

عام للعقد وهو شائع عند كثير من الفقهاء والمفسرين يدل على أن العقد في الاصطلاح هو ما التزم بإحداثه الإنسان سواء أكان له مقابل أم لا، وهذا ما يجعله شاملاً، لذا نجد أن الفقه الإسلامي سمي الالتزام الذي يتم بإرادة واحدة عقداً لأن القوة الملزمة للعقد تكتسب من أوامر الله تعالى بالوفاء بالتعهدات والعقود والالتزام قال تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) والمراد بالعقود هنا هو المعنى الشامل، والالتزام الشخص بنفسه جزء من هذا المعنى.

هذا وقد عرف العقد بمعناه الخاص بعض المتأخرين من الفقهاء والمحدثين منهم، ونحاول إلقاء الضوء على ذلك فيما يلي:

١- عرفه ابن الهمام^(٢) (ت ٨٦١هـ) بأنه: (مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما، أعني متولي الطرفين)^(٣) كما عرفه ابن عابدين^(٤) (٤) وابن القاسم الشافعي^(٥) والدسوقي^(٦) المالكي^(٧) بنفس المعنى. وعرفه برهان الشريعة (ت ٥٦٠هـ) بقوله: (ربط أجزاء التصرف - أي الإيجاب والقبول - شرعاً)^(٨)

٢- أما تعريفات المحدثين فنذكر منها تعريف قنري باشا حيث عرفه بقوله: (العقد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه

(١) المائدة: ١.

(٢) ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد القاهري الحنفي، عالم مشارك في الفقه والأصول والتفسير والحساب والصرف والنحو، من تصانيفه: شرح الهداية في فروع الفقه الحنفي، والتحرير في أصول الفقه. معجم المؤلفين: ج ١٠/٢٦٤.

(٣) فتح القدير: ٣٤١/٢.

(٤) ابن عابدين: محمد علاء الدين بن محمد أمين الدمشقي الحنفي ابن صاحب الحاشية وقد أكملها، توفي سنة ١٣٦٠. الأعلام للزركلي: ج ٦/٢٧٠.

(٥) رد المحتار على الدر المختار: ٩/٣.

(٦) حاشية أبي القاسم على تحفة المحتاج شرح المنهاج: ٤/٢١٤.

(٧) الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، عالم مشارك في الفقه والكلام والنحو والبلاغة والمنطق، ولد في مصر ودرس بالأزهر وتوفي بالقاهرة، من تصانيفه: حاشيته على شرح الدردير لمختصر خليل، وحاشيته لشرح البردة لجلال الدين المحلي. معجم المؤلفين: ج ٨/٢٩٢.

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٥١٣.

(٩) حاشية ابن عابدين على در المختار: ٩/٣.

يثبت أثره في المعقود عليه^(١)

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٢) العقد: (بأنه التزام المتعاقدين، وتعهدهما أمرا، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول) ومن خلال التعاريف السابقة نلاحظ ما يلي:

١- أن ابن الهمام أطلق العقد على نفس الإيجاب والقبول، والحقيقة أن الإيجاب والقبول من وسائل التعبير فهما صيغته لا العقد نفسه، وكذلك نلاحظ في تعريف المحدثين: (... على وجه يترتب عليه أثره في المعقود عليه)، وترتيب الأثر ليس ركنا في العقد لأن الركن هو ما يكون داخلا في ماهية الشيء، ولا يقوم الشيء إلا به، قال برهان الشريعة: (إن حقيقة العقد في الوجود ليست إلا الإيجاب والقبول)^(٢)

كما أن تعريف المحدثين لا يشمل كل أقسام العقود لخصوصه بالعقد الذي يظهر أثره في المعقود عليه في حين أننا نجد الفقهاء قد أطلقوا العقد على الصحيح والموقوف والباطل والفاسد، قال العلامة الدسوقي: (والحقائق الشرعية تشمل الصحيح والفاسد)^(٣)

ومع هذا فإن تعريف قدري باشا ومن تبعه من المحدثين من إطلاقهم العقد على الارتباط، فالارتباط كما في تعريف المجلة جنس للعقد وهو أولى وخصصه الشرع بالإيجاب والقبول.

هذا وقد عرفه أحد المعاصرين^(٤) بقوله: (العقد هو: التزام شيء بارتباط الإيجاب بالقبول)، وإضافة شيء إلى هذا التعريف تظهر أثر المحل في التعريف أيضا.

ويظهر من خلال تعريف المحدثين للعقد أنه ينم عن النزعة الموضوعية

-
- (١) المادة: ٢٦٢ من مرشد الحيران ص ٤٩. واختار هذا التعريف كل من: الشيخ أحمد إبراهيم: الالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٤٢، والشيخ علي الخفيف: مختصر أحكام المعاملات ص ٧٢، والشيخ أبو زهرة: نظرية العقد ص ١٨١.
 - (٢) رد المحتار على الدر المختار: ٩/٣.
 - (٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢١٣.
 - (٤) مبدأ الرضا في العقود: ١٢٥/١، للدكتور علي محي الدين علي القره داغي.

التي تسود الفقه الإسلامي دون النزعة الذاتية بمعنى انهم نظروا إلى المحل في المقام الأول وجعلوا العلاقة بين الطرفين (العاقدان) في المرتبة الثانية، والنزعة الذاتية هي التي تعطي المقام الأول لطرفي الالتزام في تلك الرابطة، ولكل من النزعتين الموضوعية والذاتية آثارها الخطيرة التي تظهر في النيابة والحوالة والاشتراط لمصلحة الغير.^(١)

وإذا كان العقد — كما مر — من الناحية اللغوية هو الربط والشد والتوثيق فإننا نلاحظ هذه الناحية المادية مجسدة فيه، أما الناحية المعنوية لفعل العقد فهي الدلالة على الربط بين الكلامين حيث يراد به من الناحيتين الاصطلاحية الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يثبت عليه حكم شرعي بالإنزام لأحد الطرفين أو لكليهما.

ومن الفقهاء من يرى أن عزم المرء على فعله يعد عقدا سواء أكان بإرادته المنفردة كالوصية والإبراء أو بتطابق إرادتين كالبيع والإيجار ونحوهما، فيرى هؤلاء أن هذه كلها عقود لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها، حيث إن عزم الإنسان على فعل شيء يقويه لإرادته المترددة فيقدم على فعله الذي يعتبر عقدا وهذا هو اتجاه المالكية والشافعية والحنابلة، وهذا التعميم لا يروق للأحناف الذين يريدون بالعقد المعنى الخاص الذي هو التصرف بين طرفين تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما حيث عرفوا العقد بأنه: (ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي)^(٢)

ويلاحظ أن العقد بمعناه العام والذي ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، هو القريب من المعنى اللغوي والشائع عند الفقهاء.^(٣)

(١) د. شفيق شحاته، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية ص ١٢٣، ط. الاعتماد بمصر، والربط للمنهوري: ١٠٩/١ — ١١١، ومصادر الحق للمنهوري: ٧٧/١.

(٢) انظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٢ وما بعدها ط. ٣، مطابع دار الكتاب العربي — مصر. والجصاص: ٢٨٣/٣. والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لمحمد أبي زهرة ص ١٩٩ — ٢٠٠، دار الفكر العربي ١٩٧٦، ونظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق حسن فرج ص ١٠ — ١٣، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٩.

(٣) العقد لابن تيمية ص ١٨ — ٢١ — ٧٨.

وذكر الأستاذ شفيق شحاته^(١): أن العقد يتكون من إيجاب وقبول أي من عرض وقبول وهو عبارة عن توافق إرادتين يظهر أثره في المعقود عليه. وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيعية أو المادية في الفقه الإسلامي، وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا للنتائج الأخيرة للعقد وهي المحل.

وهذا الرأي من الأستاذ الدكتور شفيق شحاته والمشعب بالنزعة الموضوعية أو المادية في نظرتة لتعريف العقد يتمشى مع آراء الفقهاء التي تهتم بالنتيجة الأخيرة لإنشاء العقد، وهي ظهور الأثر القانوني في محل التعاقد بينما جنح صاحب مرشد الحيران في تعريفه للعقد إلى النزعة الذاتية، وقد تأثر به القانون المدني العراقي في المادة: (٧٣) حين عرف العقد وكذلك القانون المدني الأردني مع شيء من الإضافة في المادة: (٨٧).^(٢)

كما ذهب المشرع الجزائري إلى اقتباس تعريف العقد من المادة: (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي المتمم بالنزعة الذاتية حيث نصت المادة: (٥٤) من القانون المدني الجزائري^(٣) على ما يلي: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما)^(٤) هذا ولم تأخذ بعض التشريعات المدنية العربية بالتعريف الذي أورده صاحب مرشد الحيران والذي تبناه القانون المدني العراقي لوجود بعض الانتقادات وهي:

١- أن تعريف العقد في المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران يعمم فكرة الارتباط بين القبول والإيجاب دون تخصيصه بحصوله بين متعاقدين وذلك لإمكانية قيام العقد بين أكثر من طرفين كما هو الشأن في الشركة مثلاً.

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية: فقرة: ١١٥ ص ١٢٣.

(٢) حيث قال في تعريفه (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

(٣) لعام ١٩٧٥.

(٤) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري للدكتور بلحاج العربي: ٤١/١، ديوان المطبوعات الجامعية ٢٠٠١- الجزائر.

٢- أن التعريف المذكور لا يميز بين حكم العقد وحقوق العقد، وحكم العقد هو عبارة عما يترتب عليه من أثر مباشر في المعقود عليه كنقل ملكية المبيع إلى المشتري، أما حقوق العقد فهي آثاره المترتبة في ذمة المتعاقد كالتزام البائع بالتسليم والتزامه بالضمان والتزام المشتري بدفع الثمن.

وهذه الانتقادات هي التي تفادها القانون المدني الكويتي والذي يتفق تماما مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تمييز بين حكم العقد وحقوقه.^(١) هذا وقد تجنب القانون المصري تعريف العقد تماشيا مع سياسة تشريعية هي عدم الإكثار من التعريفات الفقهية.^(٢)

وهذا الاتجاه سليم وهو عدم الإكثار من التعريفات رغم أنه لا يوجد تعريف يخلو من انتقادات، وعدم الإكثار من التعريفات هو المنهج الأصوب ما لم تدع المصلحة التشريعية إلى ذلك.

وعلى هذا يمكن اختيار تعريف للعقد هو: (أن العقد هو ارتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين أو أكثر على أحداث أثر شرعي أو قانوني) وبهذا يكون هذا التعريف شاملا للنقاط التالية:

أ- أن العقد هو ارتباط بين إرادتين (إيجاب وقبول) وبهاتين الإرادتين يتكون العقد.

ب- أن الإرادة الواحدة قد تصلح أساسا لإنشاء العقد كالوصية مثلا، وهذا يختلف عن تطابق إرادتين أو أكثر لإنشاء تصرف قانوني يوجد في المستقبل.

ج- أن هذا التعريف ينظر إلى حكم العقد وهو الأثر الشرعي أو القانوني كما ينظر إلى حق العقد وهو الالتزام الثابت في ذمة البائع بالتسليم والضمان والثابت في ذمة المشتري بالتزامه بدفع الثمن ولا يمكن تحقيق هذه الالتزامات لو لم يحدث العقد ذلك الأثر الشرعي أو القانوني.

د- أن الأثر القانوني يشمل إنشاء الحق الشخصي أو نقله أو تعديله أو

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٤٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: ٩/٢ الهامش. والوسيط في شرح القانون المدني: ١٣٨/١.

إنهاءً.

وهذا لا بد فيه من تطابق إرادتين أو أكثر، وإن كانت الإرادة الواحدة تصلح أساساً لإنشاء العقد كما سنعرف إن شاء الله. ومما تجدر الإشارة إليه في نهاية تعريف العقد أننا ننظر إليه في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية، وترتيباً على ذلك فلا ينطبق على العقود التي تكون في مجال القانون العام كالمعاهدات الدولية، والعقود الإدارية وكذلك على العقود التي نجدتها في قسم الأحوال الشخصية كالزواج والتبني فإنها لا تدخل في إطار دراستنا للحق المدني الشخصي وإن سميت عقوداً، وفعلاً هي عقود لأنها عبارة عن تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني لأن الأثر المترتب هو إنشاء التزام بالمعنى المحدد في الحق المدني الشخصي.

الفرع الثالث

حرية الإنسان في إنشاء العقود والشروط

سأتناول تحت هذا العنوان مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود والشروط بدون تطويل، وقد عرفنا من خلال ما مضى أن العقد ينشأ بإرادة المتعاقدين، إلا أنني أشير هنا إلى أن الشارع الحكيم هو الذي يرتب هذه الآثار، لذا يقول الفقهاء — رحمهم الله تعالى — : إن العقود أسباب جعلية وإرادة العاقد تقتصر فقط على إنشاء العقد وفقاً لإرادة المتعاقدين وبما يشترطونه من شروط جائزة أو غير جائزة ليكون لكل عقد حكم من الشارع الحكيم.^(١)

يقول ابن تيمية — رحمه الله تعالى — : (إن العقود جعلت أسباباً إلى أحكام قصدها الله عز وجل وناطها بها: فشرع البيع سبباً لملك الأموال بطريق المعاوضة، والهبة سبباً لملك المال تبرعاً، والنكاح سبباً لملك البضع، والخلع سبباً

(١) المحلى لابن حزم: ٤١٢/٨ — ٤٢٠. المجموع للنووي: ٤٢٥/٤٠٤/٩. المدخل للزرقا: ٤٩٠/١.

لحصول البيونة^(١)

ويقول كذلك: (إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالمالك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم بثبوت سببه).^(٢)

ومن حيث الجملة فإن الفقهاء لا يختلفون في ترتيب الشارع آثارا معينة على كل عقد، ولكنهم يختلفون فيما يختص بحرية المتعاقدين في إنشاء العقود وما يتصل بها من شروط.

لذا سأشير باختصار إلى آراء الفقهاء في هذا الموضوع، وذلك بعرض آراء المضيفين الموسعين والمتوسطين، وذلك على ما يلي:

١- المضيفون: قالوا: إن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما ورد الشرع به، فلم يصحوا لا عقدا ولا شرطا إلا ما ورد به نص أو إجماع^(٣)، وعليه فإرادة الإنسان عاجزة عن إنشاء عقد أو اشتراط شرط لم يأذن الله به، ويستدلون على ذلك بظاهر النصوص كقوله تعالى: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾^(٤) ويقولون صلى الله عليه وسلم: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)^(٥) وأنصار هذا هم أهل الظاهر.^(٦)

ويمكن الرد على هؤلاء بأن الأفعال العادية في غير العبادات ينظر فيها إلى العلل والمعاني فأحكامها معللة بمصالح الناس من جلب المصالح ودفع المضار، أما العبادات فتحتاج إلى دليل شرعي.^(٧)

٢- الموسعون: وقد قالوا: إن الأصل في العقود والشروط الجواز، ولا

(١) فتاوى ابن تيمية: ٢١٤/٣.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٣٣٥/٣.

(٣) فتاوى ابن تيمية: ٣٢٢/٣.

(٤) المائدة: آية ٣.

(٥) صحيح البخاري (محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري): ٧٥٣/٢ دار ابن كثير - اليمامة - بيروت

١٩٨٧ تحقيق الدكتور: مصطفى ديب البغا.

(٦) المحلى: ٢٠٤/٨ لعل بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري - دار الأفاق الجديدة - بيروت.

(٧) الموافقات للشاطبي: ٢١٢/٢ - ٢١٤.

يحرم من ذلك إلا ما دل عليه دليل من نص أو إجماع أو قياس صحيح،^(١) وهؤلاء على نقيض المضيقيين.

فهؤلاء يعطون لإرادة الإنسان حرية واسعة في إنشاء العقود والشروط والأصل عندهم في العقود والشروط الجواز إلا ما دل الشرع على تحريمه من نص أو قياس صحيح.^(٢) وهذا الرأي يمثل فريق من الحنابلة كابن تيمية وابن القيم وبعض المالكية.^(٣)

واستدل هؤلاء على سعة رأيهم بالآيات الدالة على الوفاء بالعهد كقوله تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً﴾^(٤) وبقوله صلى الله عليه وسلم: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم)^(٥)

وعلى هذا فلإنسان الحرية في مباشرة العقود والشروط لما في ذلك من مصلحة وبما يحقق من رغبته.

ويتوسط الرأيين السابقين رأي وسط رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية، فلا يجعلون الأصل هو الإباحة كما ذهب إلى ذلك ابن تيمية، ولا يشترطون في الإباحة ورود نص كما يرى أهل الظاهر، وإنما توسعوا في الاستثناء وإن كانوا يميلون إلى أن الأصل هو الحظر.^(٦)

لذا نجد الحنفية قد قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام:^(٧)

صحيحة وفاسدة وباطلة.

(١) فتاوى ابن تيمية: ٣/٣٢٦.

(٢) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٨.

(٣) انظر المدخل للزرقاء ج ١/٤٨٠ الطبعة التاسعة مطبعة الف باء الأديب دمشق ١٩٦٨م.

(٤) سورة الإسراء: آية ٣٤.

(٥) انظر صحيح مسلم: ٤٤/٢، واللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: ٢/٢٠١، وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

(٦) فتح القدير: ٥/٢١٥، والمبسوط للسرخسي: ١٣/١٤ - ٢٨، والمغني لابن قدامة: ٤/١٧١ - ١٧٢،

وكشاف القناع: ٣/٣٦ - ٢٤، وشرح الزرقاني (محمد بن عبد الباقي الزرقاني) ج ٤/١١٦ دار

الكتب العلمية بيروت ١٤١١ الطبعة الأولى، والمدخل للزرقاء: ١/٤٨٢ - ٥٠٠.

(٧) فتح القدير: ٥/٢١٥. والمبسوط للسرخسي: ١٣/١٤.

وللشرط الصحيح أربع صور وهي:

أ: أن يكون شرطاً يقتضيه العقد، وهذا الشرط يزيد في تأكيد العقد.

ب: أن يكون شرطاً لا يقتضيه العقد، وورود الشرع بجوازها كاشتراط الأجل في الثمن فهذا لا يفسد العقد.

ج: أن يكون شرطاً لا يقتضيه العقد، ولم يرد به الشرع ولكنه يلائم العقد ويوافقها فهو مكمل وموثق للعقد.

د: أن يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة ومتعارف عليه.

أما الشرط الفاسد فهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس ولأحدهما فيه منفعة كمن يشتري حنطة ويشترط طحنها على البائع.

أما الشرط الباطل فهو ما لا يتوفر فيه ما سبق ذكره في الصحيح والفاسد كمن يبيع كتاباً شرط ألا يقرأه المشتري إلا بعد سنة من شرائه مثلاً، فالعقد هنا صحيح والشرط باطل.^(١)

أما الشروط في المذهب الحنبلي^(٢) فإنها تنقسم إلى أربعة أقسام وهي:

١- شرط هو من مقتضى العقد كاشتراط الرد بالعيب فهذا لا أثر له فوجوده كعدمه.

٢- شرط يتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن فهذا شرط صحيح لازم ورد الشرع به.

٣- شرط ينافي مقتضى العقد وهو على ضربين:

أ- اشتراط ما بني على التغليب والسراية كاشتراط البائع على المشتري عتق العبد فهذا شرط باطل.^(٣)

ب- أن يشترط غير العتق: كما يشترط ألا يعتق ولا يهب ولا يبيع، فهذه

(١) فتح القدير: ٢١٥/٥، والمبسوط للسرخسي: ١٤/١٣ وما بعدها.

(٢) المغني لابن قدامة: ١٧١/٤ - ١٧٢، وكشاف القناع: ٣٦/٣ - ٤٤، والمدخل للزرقا: ٤٨٢/١ - ٥٠٠، والكافي: ٢٧/٢ - ٤٠.

(٣) المغني لابن قدامة: ١٧١/٤.

شروط فاسدة، وفي حكم البيع رأيان: صحيح وفاسد.^(١)

٤- شرط ليس من مقتضى العقد ولا ينافي مقتضى العقد ولا من مصلحته وهذا على ضربين:^(٢)

أ - اشتراط منفعة البائع

ب - اشتراط عقد في عقد كأن يبيعه بشرط أن يؤجره فهذا الشرط فاسد يفسد به البيع.

والخلاصة أن الحنابلة يجيزون كل شرط يرغب فيه المتعاقدان إلا في حالتين:

أ - أن يشترط في العقد ما يتنافى مع مقتضاه كشرط عدم بيع المبيع

ب - أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض مثلاً.^(٣) فهذه الشروط فاسدة وهي مفسدة لعقودها.

ومن خلال هذه الآراء السابقة في حرية التعاقد والشروط نرجح رأي من يعطي الإنسان حرية في إنشاء ما يشاء من العقود والشروط، إلا ما ورد فيه نص يمنع من هذا الإطلاق كحرمة الربا والقمار وبيع الجنين، لأن الأمور التي تحد من إرادة الإنسان في إنشاء العقود والشروط هي النصوص الشرعية.

الفرع الرابع

القوة الملزمة للعقد أو مبدأ سلطان الإرادة

لما جاء الإسلام حرر الإرادة تحريراً كاملاً من الإجراءات الشكلية، وجعل المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً،^(٤) وأعطى الفقه الإسلامي الإرادة ثوباً جديداً ظهر في الآراء التي سبق ذكرها والتي أبت تقييدها،

(١) المغني لابن قدامة: ١٧١/٤.

(٢) المرجع السابق وموضعه.

(٣) كشف القناع للبهوتي: ٤٠/٣.

(٤) سبق تخريجه في ص: ٨٦.

وظلت حريتها في حدود معقولة عند فقهاء الإسلام.

وهذا المبدأ (سلطان الإرادة) لم تعرفه الشرائع القديمة كالقانون الروماني أو القانون الكنسي، ولكن أوضحه وثبته المذهب الفردي الذي ساد وبلغ أوجّه في القرن الثامن عشر واهتز في بداية القرن التاسع عشر بظهور المذهب الاجتماعي الذي حمل معه فلسفة جديدة، وعليه يمكن القول: أن علماء التشريع المدني لم يقفوا على مبدأ موحد للدور الذي تقوم به الإرادة في إنشاء العقد وظهر لذلك اتجاهان هما:

الاتجاه الأول: أنصار المذهب الفردي:

يقوم هذا المذهب على إرجاع كل الالتزامات إلى الإرادة الحرة، وهي التي تحدد الآثار القانونية لاحترام حرية التعاقد، وأن القوة الملزمة للعقد هي مشيئة المتعاقدين، ولا يجوز نقض العقد إلا بإرادتهما دون تدخل للقاضي والمشرع، فالإرادة وحدها هي التي تنشئ العقد، ويطلق على هذا الاتجاه (مذهب سلطان الإرادة).^(١)

إذا فهذا الاتجاه يقوم على أساسين هما:

أ: أن الإنسان ذو إرادة حرة، لذا لا يلتزم الإنسان بإرادة غيره وأن الإرادة هي قانون صاحبها.

ب: أن الإنسان غاية في ذاته ولا يجوز اعتباره وسيلة.

وقد تأثرت بعض القوانين المدنية الوضعية إلى حد كبير بالمبدأ المذكور كالقانون المدني الفرنسي^(٢) في مادتيه (١١٣٤ - ١١٣٥)، كما نصت المادة: (١/١٤٧) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون). كما أكد القانون المدني الأردني على هذا المبدأ في المادتين (٢٠٨ - ٢٠٩) وكل ما قررتّه هذه القوانين المدنية من إبراز لقوة الرابطة العقدية وإلزامها

(١) النظرية العامة للموجبات ج ٢/٨ - ١٠ خليل جريج، بيروت ١٩٥٨، والدكتور عبد الحّي حجازي

النظرية العامة للالتزامات ج ٢/٢ - ٢٤ - مطبعة نهضة مصر ١٩٥٤.

(٢) لعام ١٨٠٤م.

بفعل الإرادة يعود للمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي حيث تأثرت به. والحقيقة أن أساس القوة الملزمة للعقد لم يعد سلطان الإرادة فقط، فالإرادة تستطيع أن تنشئ العلاقة القانونية لكن في حدود القانون الذي يرسم لها دائرة. يمكنها أن تتحرك فيها، وأن الظروف الاجتماعية والاقتصادية قد جعلت القانون يسن قيودا على الإرادة، وقد أحسن القانون الجزائري صنعا عند ما ربط في المادة (١٠٦) بين الإرادة والقانون حيث قال: (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون).^(١) ومما سبق نلاحظ أن حرية التعاقد في القانون المدني الجزائري مضمونة ولكنها خاضعة للنظام العام الاجتماعي، فالإرادة الشخصية تخضع للصالح العام، وبالتالي فهي إرادة خاضعة وليست مستقلة وهي في خدمة الأفراد وصالح المجتمع.

الاتجاه الثاني: أنصار المذهب الاجتماعي

يرى أنصار هذا المذهب أن دور الإرادة متواضع في إنشاء التصرفات القانونية، وأنها ليست المصدر الوحيد للالتزام وذلك لوجود موانع متعددة وما هي إلا وسيلة لتحقيق غاية تخضع لعدة قيود ترتبط بمصلحة المجتمع.^(٢) ففكرة النظام العام وتدخل الدولة في شئون الأفراد أثرت في انحسار مبدأ سلطان الإرادة، كما انحسر بفضل التطورات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، لذا نجد بعض الإصلاحات في النظام القانوني تهدف إلى إقامة التوازن بين سلطان الإرادة والعدالة الاجتماعية والصالح العام ففي سنة ١٩٧٧م ذهب قانون إصلاح النظام القانوني في العراق^(٣) إلى بيان أسس إصلاح الحياة القانونية المدنية في نطاق الحقوق الشخصية ولا سيما فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة وهي:

١- إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع الممثلة في الدولة على مصلحة

(١) المحكمة العليا، الغرفة المدنية: ١٩٨٥/٠٤/٠٣ ملف رقم: ٣٣٥٢٨ المجلة القضائية: ١٩٨٩ العدد ٤ ص ٤٨.

(٢) الدكتور عبد الحمي حجازي المرجع السابق ج ٢ / ٢٦ - ٢٨ ونظرية العقد للسنهوري ص ٨٥.

(٣) رقم ٣٥.

٢- تغليب العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية، والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عن حكم القانون في دائرة العقود.

ومن هنا نلاحظ انحسار دور سلطان الإرادة ولعل النظم الاشتراكية التي سادت بعض الدول العربية أثرت سريعا في تقليص هذا المبدأ الذي أقام التوازن بين الفرد ومصلحته الخاصة وبين المجتمع وما يقتضيه من تدخل للدولة في تقييد بعض التصرفات الحرة. بل إننا نجد من العقود ما يضمن فيه دور الإرادة كالإذعان مثلا^(١)، وهناك بعض الاستثناءات على مبدأ الرضائية في العقود، فاستوجب القانون الشكلية واعتبرها ركنا للانعقاد مثل التصرفات الواردة على عقار وبعض المنقولات كالسيارات مثلا.

ويجب ألا نخلط هنا بين مبدأ سلطان الإرادة وبين مبدأ الرضائية والتي هي القاعدة العامة في الفقه الإسلامي وفي القانون الحديث، وذلك بخلاف القانون الروماني الذي ارتبط بالشكلية أو بمبدأ سلطان الشكل. فمبدأ الرضائية لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد في الفقه الإسلامي والقانون الحديث والمقصود منه أن التراضي كاف لإبرام العقد، فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتين.

إذا نخلص من كل ما تقدم إلى أن تطور القانون قد أوجب وضع الكثير من القيود على مبدأ سلطان الإرادة لكافة احتياجات الأفراد، والمحافظة على التوازن الاجتماعي وحماية الضعفاء من الأقوياء، ومن هذه القيود: تنظيم عقد العمل، وعقد الإيجار، والتوسع في تطبيق أحكام الغبن والاستغلال، وإحاطة بعض العقود بإجراءات شكلية مثل الكتابة وتدخل القاضي لمراقبة عقود الإذعان والشرط الجزائي وتقييد الحق وغير ذلك من القيود الهادفة إلى إقامة التوازن بين الفرد ومطامحه وبين المجتمع وحمايته.^(٢)

(١) كذاكر السفر وفواتير الكهرباء والغاز والهاتف ونحوها.

(٢) النظرية العامة للالتزام: ٤/١؛ للدكتور بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

الفرع الخامس

تقسيمات العقود بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

١ - في الفقه الإسلامي:

قسم فقهاء الإسلام العقود إلى أنواع متعددة يمكن حصرها على النحو

التالي:

أولاً: باعتبار الجواز واللزوم: تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- عقد لازم للطرفين: كالبيع والصلح والحوالة ونحوها.

٢- عقد جائز للطرفين: كالشركة والوصية والوديعة ونحوها.

٣- عقد لازم من أحد الطرفين وجائز من الآخر كعقد الأمان فهو لازم من

جهة المؤمن وجائز من جهة المؤمن له ونحو ذلك.^(١)

ثانياً: باعتبار كون المعقود عليه مالا أو غيره وهو بهذا ينقسم إلى ثلاثة

أقسام:

١- عقد مالي من الطرفين كالبيع والسلم ونحوها.

٢- عقد غير مالي من الطرفين كعقد الهدنة مثلاً.

٣- عقد مالي من أحد الطرفين كالنكاح والخلع والجزية.^(٢)

ثالثاً: باعتبار اشتراط قبض المعقود عليه أم عدم اشتراطه وينقسم بهذا إلى

أربعة أقسام:

١- ما لا يشترط فيه القبض لا في صحته ولا في لزومه ولا في استقراره

كالنكاح والحوالة مثلاً.

٢- ما يشترط القبض في صحته مثل الصرف كبيع درهم بدرهم حيث

يجب القبض فوراً.

(١) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية: ١٨٤/٥ وما بعدها، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:

٢٦/٣، وحاشية رد المحتار على الدر المختار: ٤٩/٥، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٩٩ - ٣١٢،

والمغنى لابن قدامة: ٥٩٥/٣، والقواعد لابن رجب ص ٥٦ - ٦٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٩.

- ٣- ما يشترط القبض في لزومه كالرهن.
- ٤- ما يشترط القبض في استقراره كالبيع والإجارة.^(١)
- رابعاً: باعتباره يتضمن تمليكا أو إسقاطاً فينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:
- ١- عقود التمليكات كالمعاوضات وعقود التبرعات.
- ٢- عقود الإسقاطات كالخلع والطلاق.^(٢)
- خامساً: باعتبار اشتراط الصيغة أو عدم اشتراطها وينقسم بهذا الاعتبار إلى خمسة أقسام:
- ١- ما لا يفترق إلى الإيجاب والقبول لفظاً كالهدية.
- ٢- ما يفترق إلى الإيجاب والقبول لفظاً كالنكاح.
- ٣- ما يفترق إلى الإيجاب لفظاً ولا يفترق إلى القبول لفظاً بل يكفي الفعل كالوديعة.
- ٤- ما لا يحتاج إلى الفعل لكن بشرط ألا يقوم برده كالوقف على شخص.
- ٥- ما لا يرتد بالرد كالضمان والإبراء والصلح عن دم العمد على الدية.^(٣)
- سادساً: باعتبار وصفه الشرعي، والمراد بالوصف الشرعي هو إقرار الشارع له أو عدم إقراره، حيث تترتب الآثار عليه في حالة الإقرار،^(٤) وهناك خلاف كبير بين الحنفية والجمهور حيث لم يتفقوا على أقسام العقد بهذا الوصف، وسأعرض تقسيم كل منهما بالنظر إلى هذا الاعتبار.
- ١- تقسيم الحنفية: قسم الحنفية العقد إلى ثلاثة أقسام:
- أ - صحيح: وهو المشروع ذاتاً ووصفاً،^(٥) ويرتّب عليه الآثار.
- ب - الباطل: وهو لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، ولا تترتب عليه الآثار.

(١) المرجع السابق ص ٣٠٥.

(٢) أحمد إبراهيم ص ٤٨ - ٥١ الالتزامات في الشرع الإسلامي.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٩٩ - ٣٠٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٦ وما بعدها.

(٤) الالتزامات للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٨١، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٤ بحث منشور في الحلقة الدراسية الرابعة للبحوث والقانون، ط/الهيئة العامة للكتاب للدكتور عبد العظيم شرف الدين.

(٥) المجلة (١٠٨م).

جـ — الفاسد: وهو الذي شرع بأصله دون وصفه.^(١)
٢ — تقسيم الجمهور: وقد قسموه إلى قسمين فقط وهما:
أ — صحيح: ما تترتب عليه آثاره القانونية أو الشرعية.
ب — غير صحيح: ما لا تترتب عليه الآثار، وهو ما يسمى بالباطل أو
الفاسد.^(٢)

ومرجع الخلاف بين الفريقين هو: هل يقتضي النهي فساد المنهي عنه؟
ومحل تحرير ذلك كتب أصول الفقه فليرجع إليها.^(٣)
٢ — في القانون المدني:

أما النظر إلى تقسيم العقود^(٤) من الناحية القانونية فإنه يراد بها أنواعها من
حيث التنظيم القانوني والتكويني والأثر والطبيعة القانونية، لذا تعددت تقسيمات
العقود بتعدد النواحي أو الزوايا التي ينظر إلى العقود من خلالها ...
فإذا نظرنا إليها من حيث شروط تكوين العقد نجدها تنقسم إلى: عقود
رضائية وعقود شكلية وعقود عينية.

وإذا نظرنا إليها من حيث مضمونها أو أثرها فنجدها تنقسم إلى: عقود
ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة لجانبين، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع.
وإذا نظرنا إليها من حيث طبيعة العقد فإننا نجدها تنقسم إلى عقود محددة
وإلى عقود احتمالية.

وإذا نظرنا إليها من حيث وظيفة الزمن فإننا نجد أنها تنقسم إلى عقود
فورية وإلى عقود مدة.

وأخيرا إذا نظرنا إليها من حيث التنظيم التشريعي الخاص نجد أنها تنقسم

(١) بدائع الصنائع: ٣/١٥٤٤ - ١٥٥٣، وفتح القدير: ١٨٥/٥.

(٢) المجموع للنووي: ٩/٣٦٧ - ٣٦٩، المغني لابن قدامة: ٤/٢٥٢، بداية المجتهد: ٢/١٩٢.

(٣) التلويح على التوضيح: ١/٤١٤ وما بعدها، والبرهان لإمام الحرمين: ١/٢٨٣، التمهيد للأسنوي: ص
٢٩٢، المستصفي للغزالي: ٢/٢٤، الأحكام للآمدي: ٢/٤٨، وتخريج الفروع للزنجاني: ٢/٨٢
والمطى لابن حزم: ٩/١٨ - ٤١٨.

(٤) انظر في تقسيمات العقود: مصادر الالتزام لأحمد أبي ستيت ص ٤٩ وما بعدها دار الفكر العربي

إلى عقود مسماة وعقود بسيطة أو غير مسماة.

وهكذا نجد أن العقود تقسم بحسب النظر إليها سواء من حيث الإنشاء والتكوين أو من حيث الموضوع أو من حيث الأثر أو من حيث الطبيعة.^(١)

هذا وقد تأثر القانون المدني الجزائري بالقانون الفرنسي (م ١١٠٢-١١٠٥) في تعريف بعض العقود وتقسيمها، وكان من الأحسن تجنب تحديد التعريفات والتقسيمات التي تعرض لها المشرع الجزائري في المواد (٥٥-٥٨) والتي تعتبر من مهام الفقه والقضاء وليست من وظيفة التشريع.

وعلى الرغم من إغفال المشرع الجزائري النص على تنظيم بعض العقود في القانون المدني كعقد الهبة، والذي يخضع للشريعة الإسلامية طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني إلا أنه عرض لأصناف العقود في القانون المدني لعام ١٩٧٥ على النحو التالي:

النوع الأول: عقود الملكية كالبيع (المواد من ٣٥١-٤١٢) وعقد المقايضة والقرض الاستهلاكي والشركة.

النوع الثاني: عقود الانتفاع بالشيء (المواد من ٤٦٧-٥٣٧) كعقد العارية والإيجار.

النوع الثالث: العقود الواردة على العمل (المواد من ٥٤٩-٥٧٠) كعقد الوكالة والوديعة.

النوع الرابع: عقود الغرر، وهي العقود الاحتمالية كالمقامرة والرهان والتأمين.

النوع الخامس: عقد الكفالة (المواد من ٦٤٤-٦٧٣) وهو من عقود الضمان الشخصي أو التأمين الشخصي.

أما القانون المدني المصري فلم يعرض إلى تقسيمات العقود لأن التقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع،^(٢) وجاء في مجموعة الأعمال

(١) نظرية العقد لسنهوري ص ١١١ ونظرية الالتزام لأحمد أبي ستيت ص ٤٩، وعبد الحى حجازي النظرية العامة للالتزام: ٨٣/٢.

(٢) مصادر الالتزام: ١٤٩/١ د/عبد الرزاق السنهوري.

التحضيرية للقانون المدني المصري ما نصه: (وقد تعمد المشرع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنيات اللاتينية النزعة، لأن العناية بها من شأن الفقه. لذلك رئي من الأحوط أن تهمل في النصوص التشريعية)^(١) هذا وقد خصص القانون المدني الأردني^(٢) الكتاب الثاني للعقود وقسمها إلى:

- ١- عقود التمليك كالهبة والبيع والقرض والصلح.
 - ٢- عقود المنفعة كالإعارة والإيجار.
 - ٣- العقود الواردة على العمل كعقد العمل وعقد المقاولة وعقد الوكالة وعقد الحراسة وعقد الإيداع.
 - ٤- عقود الغرر كالمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين.
 - ٥- عقود التوثيق الشخصية كالحوالة والكفالة.
- وفيما يلي أحاول بعون الله تعالى إلقاء الضوء على بعض العقود:
- أولاً: العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني:

١- العقد الرضائي: هو العقد الذي يكون التراضي فيه بين الطرفين كافياً لانعقاده، وهذا هو الأصل في العقود وهو أن تكون رضائية،^(٣) ومجرد تطابق الإرادتين يجعل العقد منعقداً أياً كانت وسيلة التطابق كتابة أو مشافهة أو إشارة. والرضائية هي القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري ما لم يقض بتغيير هذا نص خاص وعلى هذا تنص المادة ٥٩ منه بأن يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

وإذا كان الغالب في العقود أن تكون رضائية كالإيجار والبيع والنقل والوديعة وغيرها، فإن الكتابة التي تفرغ فيها هذه العقود ليست إلا لأغراض

(١) ج ١١/٢ الهامش المتعلق بمذكرة المشروع التمهيدي.

(٢) رقم ٤٣ لعام ١٩٧٦.

(٣) الوسيط للسنهوري: ١/١٥٠، وأحمد أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني ص ٥١-٥٧،

وسليمان مرقس شرح القانون المدني ج ٢/٣٠ الالتزامات.

الإثبات، بمعنى أن الشكلية هنا ليست إلا لغرض إثبات العقد وليست لغرض الانعقاد، فغايتها إثبات التصرف القانوني.

٢- العقد الشكلي^(١): أما العقد الشكلي فهو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب إلى جانب ذلك اتباع شكل معين يوجبه القانون إلى جانب الإيجاب والقبول لإنشائه فتكون أركان العقد اللازمة لتكوينه (الرضا - المحل - السبب - الشكل).

والغاية من الشكلية هي حماية أطراف العقد نظرا لخطورة التصرف القانوني.

وتحرير العقد نوع من أنواع الشكلية، وغالبا ما يقوم بذلك موظف مختص، حيث يقوم بتحرير العقد لما يحمله هذا التصرف من عواقب في العمل القانوني، لذا نجد القانون المدني العراقي^(٢) والقانون المدني الأردني اعتبارا لتسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري ضروريا لتكوين العقد وإلا فالعقد باطل وعلى هذا نصت المادة: ٥٠٨ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها ما يلي: (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) أما التوثيق في التشريع الجزائري فيحكمه القانون رقم ٢٧/٨٨ الصادر في ١٢/٠٨/١٩٨٨ والمنشور بالجريدة الرسمية في عددها ٢٨ بما في ذلك مادة النشر والإلغاء للأمر رقم ٧٠ - ٩١ المؤرخ في ١٥/١٢/١٩٧٥ المتضمن تنظيم التوثيق والأحكام المخالفة لهذا القانون (المادة ٤٠ من القانون رقم ٢٧/٨٨)^(٣)

إذا فنلاحظ أن الشكلية في التصرفات القانونية قد يفرضها القانون لاعتبارات تتصل بالنظام العام، وإذا لم تراخ هذه الشكلية يبطل التصرف القانوني كجزاء على تخلفها،^(٤) وقد تفرضها إرادتان وتسمى بالشكلية الاتفاقية.

(١) الوسيط للمنهوري: ١٥٠/١ - ١٥١ وعبد المجيد حكيم مصادر الالتزام: ٤١/١ - ٤٢، وأحمد أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني ص ٥٢ - ٥٣، ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: ٤٧/١ د/بلحاج العري.

(٢) رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.

(٣) وظيفة التوثيق - رسالة ماجستير ص ٨٢ لرزق قدور جامعة الجزائر ١٩٧٧.

(٤) نظرية بطلان التصرف القانوني - رسالة دكتوراه - للدكتور جميل الشرفاوي ص ٢-١، مطبعة

٣- العقد العيني: العقود العينية هي التي لا يكفي لترتب آثار العقد عليها مجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها، لأن تمام الالتزام فيها يتوقف على قبض العين^(١) وهذه العقود هي: (الهبة - الصدقة - الإعارة - الإيداع - الرهن - القرض).

والمراد بالقبض هو تسليم العين موضوع العقد، ويطلق على هذه العقود العقود العينية، إذ لا يكفي فيها تبادل الألفاظ (بعتك، واشتريت و...) إذ لا بد فيها من وجود القبض.

مع الإشارة إلى أن القبض ليس ركنا في تكوين العقد عند فقهاء الإسلام، وإنما هو شرط لصحة العقد لانعقاد العقد بدونه إلا أنه معدوم الأثر^(٢) أما القانون المدني العراقي مثلا فقد تأثر بالشريعة الإسلامية في هذا النوع من العقود حيث نص في المادة (٨٤٧) على ما يلي: (الإعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئا غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يردده بعد الاستعمال. ولا تتم الإعارة إلا بالقبض). وأصل هذا النص يعود إلى مجلة الأحكام العدلية المادة (٨١٠).

كما أن القانون المدني الأردني^(٣) نص على العقود العينية والتي اعتبر منها عقد الهبة حيث قال في المادة: ١/٥٥٨: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض)، وكذلك نص القانون الأردني بالقبض في عقد القرض (المادة: ١/٦٣٧) وكذلك في عقد الإعارة (المادة: ٧٦١)

أما القانون المدني المصري^(٤) فقد اعتبر هذه العقود عقودا رضائية ما عدا هبة المنقول أو الهبة اليدوية إذ قد يكون عقدا شكليا إذا تمت بورقة رسمية وقد تكون عقدا عينيا إذا تمت بالقبض وذلك في المادة (٤٨٨) من القانون المدني

جامعة القاهرة ١٩٥٩.

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٥٧ للأستاذ: محمد مصطفى شلبي.

(٢) انظر النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي ص ١٣٢ - ١٣٣ فقرة ١٢٨ للأستاذ شفيق شحاته.

(٣) رقم ٤٣ لعام ١٩٧٦.

(٤) لعام ١٩٤٩م.

المصري.

أما القانون المدني الجزائري فإنه يعتبر التسليم ركنا في هذه العقود ولا ينعقد العقد بمجرد التراضي، أما قبل التسليم فالعقد لا يكون موصوفا بصفته هذه، كعقد العارية (م ٥٣٨، ٥٣٩) والرهن الحيازي (م ٩٤٨ و ٩٥١) والوديعة (م ٥٩٠ و ٥٩١) أما عقد الهبة وطبقا للمادة الأولى من القانون المذكور، فإن قواعد الشريعة الإسلامية تسري عليه حيث أوجبت القبض، فإن وردت على عقار فلا بد من القبض والتوثيق.

فالعقد ينعقد بدون التسليم الذي هو شرط من شروط الصحة ولا يدخل في تكوين العقد، ولأن الأصل العام في العقود في الفقه الإسلامي هو الرضائية، وهذا ما توصل إليه أخير الفقه المدني أو القانون المدني الحديث كقانون الالتزامات السويسري والقانون المدني الألماني والقانون المدني الفرنسي.^(١)

ثانيا: العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

إن العقد الذي يولد التزامات متقابلة على طرفيه هو عقد ملزم لجانبين ففي عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور طيلة مدة عقد الإيجار ما دام المستأجر قد أدى التزامه بدفع الأجرة.

إذا فالعقود الملزمة لجانبين هي العقود الثنائية أو التبادلية للدلالة على وجود التزامات متبادلة متقابلة بين طرفي عقد المبادلة حيث يكون كل متعاقد دائنا ومدينا في نفس الوقت كعقد البيع مثلا وعقد الإيجار.^(٢)

ولقد نص العديد من القوانين المدنية العربية والأجنبية على العقد الملزم لجانبين، فقد نص القانون المدني الجزائري^(٣) في المادة (٥٥) على ما يلي: (يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا)،^(٤) كما نص

(١) نظرية العقد للدكتور السنهوري ص ١١٧ وهامش رقم ٢٠١.

(٢) الوسيط للسنهوري: ١/١٥٨، ونظرية العقد ص ١٢٩ - ١٣٠، ونظرية الالتزام لأبي ستيت ص ٥٨-٥٩.

(٣) لعام ١٩٧٥.

(٤) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ص ٤٨ د/بلحاح العربي.

القانون المدني الفرنسي في المادة: (١١٠٢) على ما يلي: (يكون العقد تبادلياً أو ملزماً للجانبين إذا التزم المتعاقدان بالتقابل فيما بينهما، كل منهما نحو الآخر)^(١) كما أن كثيراً من القوانين المدنية العربية والأجنبية لم تورد تعريفاً للعقد الملزم لجانبين لأن إيراد التعريف من صلب عمل الفقه المدني وإلى هذا ذهب القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني.

أما العقد الملزم لجانب واحد أو العقد غير التبادلي فهو الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب واحد، أي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا والآخر دائناً فقط، وذلك كالهبة بدون عوض، وعلى هذا نص القانون المدني الفرنسي في المادة: (١١٠٣)^(٢) حيث جاء فيها: (يكون العقد ملزماً لجانب واحد إذا التزم واحد أو أكثر لواحد أو أكثر بشيء من غير التزام من الجانب الآخر).

أما القانون المدني الجزائري فقد عرفه في المادة (٥٦) بقوله: (يكون العقد ملزماً لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين).

ونلاحظ هنا أن كلمة "جانب واحد" في القانون المدني الفرنسي مقصود بها أثر العقد لا تكوينه أو انعقاده، فهو عقد ثنائي الانعقاد، أحادي الأثر، ومن هذه الزاوية يختلف عن العمل القانوني الصادر من جانب واحد كالوصية والوقف والوعد بجائزه.^(٣)

وتظهر أهمية التفرقة بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين في كون إمكانية أحد الطرفين في العقود الثنائية الدفع بعدم التنفيذ (م١٢٣ من القانون المدني الجزائري)، وطلب الفسخ عند قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه (م١١٩)، أو عند استحالة تنفيذ التزام أحد طرفيه (م١٢٣) ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك في هذه العقود الملزمة للجانبين تكون على المدين، أما في

(١) Jean carbonnier – Droit civil Op. Cit. Pg. 42

(٢) Jean carbonnier Op. Cit. Pg. 42 C.C.F. Art. 1103

(٣) د. بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج ٢ فقرة ٤٣١.

العقود الملزمة لجانب واحد فتكون على الدائن.^(١)

ثالثاً: عقود المعاوضة وعقود التبرع^(٢)

عقد المعاوضة: هو العقد بعوض أو بمقابل نظراً لوجود العوض أو الفائدة لطرفي العقد، فيأخذ كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطى ولما التزم ذلك كعقد البيع والشركة، وقد عرفته المادة: (٥٨) من القانون المدني الجزائري^(٣) بأنه: (العقد الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما)، وأصل هذا النص هو القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٠٦).

أما القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني فلم يعرفا عقد المعاوضة لاستناد التعاريف إلى الفقه وليس إلى التشريع، وهو اتجاه سليم سار عليه كثير من القوانين العربية.

أما عقود التبرع فهي العقود التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلاً لما يعطى، ولا يعطى مقابلاً لما يأخذ، ففيها أداء بلا مقابل. فهي العقود التي لا يأخذ فيها أحد المتعاقدين عوضاً لما أعطاه كالهبة، والعارية والوديعة والقرض بدون فائدة والوكالة بدون أجر. ونشير هنا إلى أن أغلب المعاوضات عقود ملزمة لطرفين وأغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد.

وتكمن أهمية تقسيم العقود إلى عقود معاوضة وتبرع إلى أنه في مجال المسؤولية العقدية أن مسؤولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض، كما أن القانون يشترط في المتبرع الأهلية (باعتبار أن التبرع من التصرفات الضارة ضرراً محضاً) في حين يشترط أهلية التصرف في المعاوضين كليهما.^(٤) كما أن الأصل العام في عقود التبرع أن الغلط في شخص المتعاقد يعيب الرضا، فيجعل العقد قابلاً للإبطال.

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١ ص ٤٩ د/بلحاج العربي.

(٢) نظرية العقد للأستاذ السنهوري ص ١٣٤-١٣٦، والدكتور محمد حسين - الوجيز في نظرية

الالتزام ص ١٧-١٨، والنظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ٤٩/١.

(٣) لعام ١٩٧٥.

(٤) يشترط المشرع في الموصي (١٨٦م) وفي الواهب (٢٠٣م) سلامة العقل والبلوغ من العمر ١٩ سنة.

وأخيراً في المعاوضات لا بد من إثبات التواطؤ بين المدين والمتصرف له للظن فيها، بينما في التبرعات لا يعتبر الإثبات شرطاً للظن فيها عن طريق الدعوى البوليصية وهي دعوى (عدم نفاذ التصرف)

رابعاً: العقود المحددة والعقود الاحتمالية

يطلق فقهاء الإسلام على العقود الاحتمالية اسم (عقود الغرر) وتقوم العقود الاحتمالية على أساس من الاحتمال في الكسب أو الخسارة وأحياناً على عنصر المضاربة، لذا يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية^(١) عقود المقامرة والرهان بأصنافها حراماً لمخالفتها أدلة الأحكام الشرعية ولكنهم اختلفوا في عقد التأمين ويمكن تلخيص آرائهم على النحو التالي:

الرأي الأول: إن عقد التأمين من التصرفات المحرمة لعدم وجود محل العقد وقت الانعقاد، ولقيامه على المضاربة، ولاعتبار التأمين كالقمار أو الرهان المحرم، أما التأمين على الحياة فيعتبر اجتراراً على قضاء الله تعالى القائل في محكم تنزيله: ﴿وما تكري نفس بأي أرض تموت﴾.^(٢) وقد تصدى ابن عابدين — أحد المتأخرين من فقهاء الحنفية — حين تعرض لتحريم عقد التأمين البحري، لأنه لا يشبه عقداً من العقود في الفقه الإسلامي.

الرأي الثاني: وقد نادى به بعض فقهاء الشريعة المعاصرين حيث أجازوه وبتحفظ، فهم مترددون بين الإجازة والمنع وبعضهم مال إلى المنع ومن هؤلاء الشيخ الأستاذ: محمد أبو زهرة — رحمه الله تعالى — حيث (يجيز التأمين على السيارات لضمان إصلاحها وإن كان في النفس منه شيء) بينما يحرم التأمين على الحياة.

الرأي الثالث: ويذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار عقد التأمين جائزاً بكل

(١) عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه لمصطفى أحمد الزرقاء، بحث منشور في أسبوع الفقه الإسلامي — دمشق ١٩٦٣ ص ٣٦٩ وما بعدها. وحكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية أسبوع الفقه الإسلامي — دمشق ١٩٦٢ ص ٤٣٣ وما بعدها. والوسيط في شرح القانون المدني ج — ٧/المجلد الثاني — عقود الغرر — دار إحياء التراث العربي ١٩٦٤ ص ٩٨٥ وما بعدها. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٥٥٢.

(٢) لقمان: الآية ٣٤.

أنواعه إذا خلا من الربا لأنه يقوم على أساس التعاون ولأنه من العقود المهمة اليوم في حياتنا الاقتصادية.

ولم تتعرض مجلة الأحكام العدلية لهذا النوع من العقود وهو أمر طبيعي مادام هذا العقد لم يكن معروفا في الفقه الإسلامي، على النحو الذي عرفته القوانين الوضعية والتي فصلت أحكامه على اختلاف المجالات التي يرد عليها العقد المذكور (مثل التأمين الجوي والتأمين البحري، والتأمين البري، والتأمين ضد الحريق، والتأمين ضد السرقة، والتأمين من المسؤولية الطبية)

وأشير هنا إلى أن المؤتمر الإسلامي لعلماء المسلمين الثاني المنعقد في القاهرة عام ١٩٦٥م، ومؤتمر علماء المسلمين السابع المنعقد عام ١٩٧٢م، ومجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة لعام ١٩٧٨م أجازوا كلا من التأمين الاجتماعي ضد الطوارئ كالعجز والشيخوخة والمرض والبطالة لخلوه من الربا، وكذا التأمين التعاوني والتأمين الإلزامي المفروض على السيارات، أما التأمين التجاري فهو غير جائز شرعا لوجود الغرر والربا.^(١)

أما موقف القانون المدني من العقود المحددة فقد نصت المادة (١/٥٧) من القانون المدني الجزائري على أن العقد المحدد هو: (العقد التبادلي) تقول المادة السابقة: (يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له).

وذكرت المادة (١/١٠٤) من القانون المدني الفرنسي تعريفا معيبا لهذا العقد حيث نصت عليه: (يكون العقد محددًا إذا التزم كل من المتعاقدين إعطاء شيء أو عمل شيء يعتبر معادلا للشيء الذي أعطاه أو لما يعمل من أجله) وعيب هذا التعريف أنه حصر العقد المحدد في العقود الملزمة لجانبين مع العلم أن العقد الملزم لجانب واحد قد يكون محددًا، كما يؤخذ عليه أنه قد يؤخذ منه أن العقد لا يكون محددًا إلا إذا أخذ كل من المتعاقدين ما يعتبر معادلا لما أعطى،

(١) انظر البحوث والدراسات المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٦ حول التأمين والمادة التأمينية وموقف الفقه الإسلامي، والتوصيات التي خرج بها الأساتذة الأفاضل: الدكتور وهبة الزحيلي والشيخ رجب التميمي والشيخ عبد الله بن زيد آل محمود والشيخ مصطفى أحمد الزرقا (غير منشورة)

مع أن العقد يكون محققا (محددا) ولو أن ما أخذه أحد المتعاقدين لا يكون معادلا لما أعطى.^(١)

وقد تعرض القانون المدني الجزائري لنفس الانتقادات التي تعرض لها القانون المدني الفرنسي في هذا الخصوص لتأثره به، وأرى - والله أعلم، أنه من الأفضل أن تعاد صياغة المادة (١/٥٧) من القانون المدني الجزائري لتجنب الخلط بين هذا العقد والعقد الملزم لجانبين.

لذا نجد أن كلا من القانون المدني المصري والعراقي والأردني لم يأت بتعريف للعقد المحدد، وهذا اتجاه جيد لاختصاص الفقه المدني بذلك دون المشروع حيث إن المصلحة التشريعية لا تقتضي التعريف.

أما العقد الاحتمالي أو عقد الغرر فهو الذي لا يستطيع فيه كل طرف لحظة انعقاد العقد، أن يحدد القدر الذي سيعطيه أو الذي سيأخذه، لأن هذا وذاك يكون متوقفا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع كما نصت على ذلك المادة (٢/٥٧) من القانون المدني الجزائري.

ومن أوضح العقود الاحتمالية وأكثرها أهمية في الحياة العملية هو (عقد التأمين) وعقود المقامرة والرهان التي أجازتها ونظمتها بعض التشريعات المدنية كما اعتبرتها تشريعات أخرى باطلة.^(٢)

وتظهر أهمية التفرقة بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، والتي لا تنطبق إلا على العقد المحدد وكذلك فيما يخص تطبيق

(١) شرح القانون المدني - الالتزامات ص ٣٢ للدكتور محمد كامل مرسى. ونظرية العقد للأستاذ السنهوري ص ١٣٩.

(٢) المقامرة: عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه. والرهان: عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين أن يدفع إذا لم يصدق قوله في واقعة غير محققة للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه، والقاعدة تحريم المقامرة والرهان في كثير من القوانين المدنية عدا الرهان الرياضي وما رخص قانونا من أوراق اليانصيب وسباق الخيل. انظر النظرية العامة للالتزامات (الهامش) جـ ٧٦/١ للدكتور منذر الفضل، الطبعة الثانية، دار الثقافة عمان ١٩٩٥م.

أحكام الغبن والتي لا يمكن الاحتجاج بها في العقود الاحتمالية،^(١) بينما يجوز الطعن بالغبن في بعض العقود المحددة.

خامسا: العقد الفوري والعقد الممتد (المستمر)^(٢)

العقد فوري التنفيذ هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيتم تنفيذه دفعة واحدة، كما هو الشأن عادة في عقد البيع، إذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسليم المبيع والمشتري بدفع الثمن ولو كان على أقساط.

أما العقد الممتد أو المستمر فهو الذي ينفذ فيه الالتزام بأداءات مستمرة أو أداءات دورية، فالأداءات المستمرة كعقد الإيجار، والأداءات الدورية كعقد التوريد، ومن هنا فالعقد المستمر أو الزمني هو العقد الذي يكون الزمن عنصرا أساسيا أي مقصودا لذاته.

وتظهر أهمية التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر فيما يلي:

١- فسخ العقد: فالفسخ في العقد الفوري ذو أثر رجعي خلافا للعقد المستمر لأن ما نفذ لا يمكن إعادته، كعقد الإيجار مثلا، لذا ينسحب أثره بالنسبة للمستقبل نظرا لخصوصية هذا العقد.

٢- تطبيق نظرية الظروف الطارئة: لا يخضع العقد الفوري لنظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان تنفيذه مؤجلا، في حين يعتبر العقد المستمر النطاق الطبيعي لها.

٣- الإعدار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في العقد الفوري خلافا لعقد المدة.

٤- إن وقف التنفيذ القهري قد يترتب عليه انتهاء عقد المدة، خلافا للعقد الفوري.

(١) أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني ص ٦٦ ونظرية عقد للدكتور السنهوري ص ١٤١-١٤٢.

(٢) انظر لهذا: الوسيط للسنهوري - مصادر الالتزام ج ١/١٦٥ وما بعدها، ونظرية العقد ص ١٤٢-١٤٣ والدكتور أحمد أبو ستيت نظرية الالتزام في القانون المدني ص ٦٦-٦٧، والنظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٥١ د/ بلحاج العربي.

٥- استحالة تنفيذ العقد لسبب قاهر مؤقت (كالحرب مثلا) فإن تنفيذ العقد يوقف ولا يفسخ العقد سواء كان عقدا فوريا أو من عقود المدة.

٦- إنهاء أحد المتعاقدين للعقد بإرادته المنفردة لا يثور إلا في العقود الزمنية، وبالذات حين يكون العقد غير محدد المدة. أما في غيرها فتطبق القاعدة القائلة: بأن العقد شريعة^(١) المتعاقدين.

٧- العقد المستمر تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاما، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر، ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع، والمستأجر ملزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع بها.

سادسا: العقود المسماة والعقود غير المسماة

العقود المسماة: هي ما وضع لها اسم خاص وتكفل التشريع ببيان أحكامها كالبيع والإجارة والإقالة والرهن والكفالة والحوالة والهبه والإعارة والقرض والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة والوكالة والصلح والمخارجة والنكاح والوصية والإيضاء.^(٢)

ومن هذه البيوع ما يتنوع إلى أنواع كبيع السلم والصرف والمقايضة، والبيع المعروف بين الناس.

أما في القانون المدني فإن العقد المسمى لا يختلف عنه في الفقه الإسلامي حيث يعرف بأنه: عقد خصه المشرع باسم معين، وبنصوص تنتظم أحكامه بالذات في المجموعة المدنية: كالبيع والمقايضة والشركة والقرض والصلح والإيجار والعارية والمقاوله والوكالة والوديعة والحراسة وغيرها.

وقد نظمها المشرع الجزائري في الكتاب الثاني ويتعين على المفسر الرجوع إليها قبل الرجوع إلى المبادئ العامة في نظرية الحق الشخصي.^(٣)

(١) المادة ١٠٦ من القانون المدني الجزائري.

(٢) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٥٦١ - ٥٦٤ للأستاذ محمد مصطفى شلبي.

(٣) من المادة ٣٥١ - ٦٧٣ من القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ٥٢/١ للدكتور بالحاج العربي - الجزائر.

العقود غير المسماة: وهي العقود التي ليس لها اسم خاص وهي غير منحصرة ولا تقف عند حد معين، فإذا اصطحح لها على اسم خاص انتقلت إلى قائمة العقود المسماة، وذلك مثل بيع الاستصناع، فقد استمر زما غير يسير مترددا بين البيع والإجارة، لأن فيه بيعا لأصل الشيء، وفيه إجارة على صنعه وإعداده حتى أصبح يسمى عند الفقهاء باسم: (الاستصناع).^(١)

هذا وقد أقر فقهاؤنا كثيرا من العقود التي لم يرد بها نص خاص، وكانوا مقيدين بما يتفق ومبادئ الشريعة، فما جاء من هذه العقود مخالفًا للنصوص أو القواعد الشرعية منعه.

وأشير إلى أن الفقه الإسلامي لم يقف جامدا في تعاملاته بالنسبة للعقود المسماة، بل جاء في القرآن الكريم، والذي هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي الأمر العام بالوفاء بالعقود، قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٢) وفي القانون المدني نجد أن العقد غير المسمى لا يختلف عنه في الفقه الإسلامي حيث عرف بأنه: هو الذي لم يضع الشارع له تنظيمًا خاصًا، ومن ثم فهو يخضع في تكوينه وآثاره للمبادئ العامة لنظرية الحق الشخصي، ويقاس العقد غير المسمى على ما يقرب منه في العقود المسماة. والقاعدة أن العقود غير المسماة لا حصر لها وذلك لحرية الإرادة في إنشاء ما تريد من عقود في حدود النظام العام وحسن الآداب... وإذا ما ظهرت بعض هذه العقود اهتم بها المشرع وأضافها إلى قائمة العقود المسماة، كما فعل القانون المدني الجزائري إذ أضاف إلى طائفة العقود المسماة الرهان الرياضي وعقد التأمين مثلا^(٣) ومن أمثلة العقود غير المسماة: عقد المباريات الرياضية، وعقد الحضانة وعقد الإعلان، والعقد الذي تتعهد بمقتضاه دار النشر بطبع كتاب لمؤلف معين.

هذا وبعد أن عرفنا تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني

(١) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٥٦٠ - ٥٦١ للأستاذ: محمد مصطفى شلبي.

(٢) الآية: الأولى من سورة المائدة.

(٣) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ٥٣/١ للدكتور بلحاج العربي.

أشير إلى أنه لا يختلف القانون المدني (في جملته) عن موقف الفقه الإسلامي في هذا المجال، إلا ما يتعلق ببعض العقود المشار إليها في موضعها كعقود القمار والربا مثلاً.

المطلب الثاني

تكوين العقد وفيه فرعان

تمهيد: يُعد العقد من التصرفات الشرعية والقانونية، والذي يلزم لانعقاده تطابق إرادتين أو أكثر، والأصل في العقود هو الرضائية لأنه المبدأ العام لانعقاد العقد، والقانون قد يستوجب شكلا معينا يتم من خلاله الرضا، وهذا هو اتجاه التشريعات المدنية الحديثة، حيث تسعى إلى التخلص من فكرة العقود العينية واعتبارها عقودا رضائية.

فالتراضي ركن مهم في إنشاء التصرف الشرعي والقانوني الواقع بإرادتين، ويتحدد محل الالتزام العقدي بالإيجاب والقبول، والركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة، أي تراضي المتعاقدين.

وتحليل فكرة التراضي يكشف عن ضرورة توافر عنصرين أساسيين هما: المحل والسبب.

فللرضا موضوع أو محل يرد عليه، كما أن له سببا يدفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الحقوق الشخصية الناتجة عنه.

ومن هنا سأتناول بالبحث في دراسة تكوين العقد أركانه الأساسية ثم أتعرض لما رتبته الشارع على انعدام ركن منها أو اختلاله، وهو ما يسمى ببطلان العقد.

ولذا سأتناول — بعون الله — تعالى توضيح ما ذكرته في فرعين هما:

الفرع الأول: التراضي

الفرع الثاني: المحل

الفرع الأول

التراضي

الأصل في العقود تطابق الإرادتين (الإيجاب مع القبول)، ووجود التراضي لا يكفي لأنه قد يوجد ولا يكون صحيحاً لتعلق بعض العيوب به، لذا كان لا بد أن يكون تراضي المتعاقدين صحيحاً وخالياً من العيوب، وللوقوف على هذا الركن لا بد من بحث المسائل التالية:

أولاً: وجود التراضي:

ثانياً: صحة التراضي:

أولاً

وجود التراضي (صيغة العقد)

يوجد التراضي بتطابق إرادتين (الإيجاب والقبول)، وذلك تعبيراً عن إرادتي طرفي العقد.

وعلى هذا الأساس تكون إرادة الطرفين جادة وعن وعي وإدراك في إحداث أثر شرعي وقانوني، لأن التعبير عن الإرادة يعكس الرضا لدى المتعاقدين، ولا فرق في هذا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ويعتد الفقهاء في صيغة العقد باللفظ باعتباره المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة،^(١) ويكشف الفقه الإسلامي عن وجود التراضي بين طرفي العقد من خلال (الصيغة اللفظية) وتطابق الإرادتين في مجلس العقد.

وقد نص القانون المدني المصري^(٢) على ما يلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق

(١) مصادر الحق للسنهوري ج ١/٨٤ دار إحياء التراث العربي.

(٢) وذلك في المادة ٨٩ منه.

ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

ويبدو من خلال هذا التعريف تمسك المشرع المصري بمذهب (الإرادة الظاهرة) لأنه لم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين فقط، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين.

وقد نص القانون المدني الجزائري^(١) على مايلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية) فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

ولوجود الرضا لا بد من وجود إرادتين، وأن تتطابق إحداها مع الأخرى متجهة إلى إحداث نفس الأثر القانوني،^(٢) وغالبا ما تتعاقب هاتان الإرادتان فتصدر الإرادة من أحد الطرفين أو لا عارضا على الطرف الآخر أن يتعاقد معه، وهذا هو الإيجاب، ثم تليها الإرادة الثانية مطابقة لها، وهذا هو القبول.

وعلى ضوء هذا الكلام يتحدد البحث في وجود التراضي بدراسة القواعد العامة التالية وهي:

- ١- وجود الإرادة والتعبير عنها.
- ٢- تطابق الإرادتين.
- ٣- النيابة في التعاقد وتعاقد الشخص مع نفسه.

١- التعبير عن الإرادة:

لقد اعتنى الفقه الإسلامي بالتعبير عن الإرادة ضمن عنايته بصياغة العقود صياغة حسنة بعيدة عن الشك والريب، لذا نلاحظ أن من القواعد العامة المعروفة في الفقه الإسلامي عدم الشكلية سواء في إنشاء التصرفات القانونية أو في التعبير عن الإرادة.

إلا أن التعبير عن الإرادة لإنشاء أو وصف أو نقل أو إنهاء التصرف

(١) في المادة ٥٩ منه.

(٢) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية ١١/١١/١٩٨٧، ملف رقم: ٥١٤٤٠ المجلة القضائية ١٩٩٢.

القانوني يختلف من حيث الأهمية عند الفقهاء المسلمين.

فقد كثرت عناية فقهاء الإسلام ببيان صيغة العقد، التي تظهر في الإعلان عن إرادة المتعاقد أو لا بلفظه قبل الكتابة أو الإشارة وقبل الفعل (كالبيع بالمعاطاة)، واللفظ أول أداة يعول عليها في الصيغة، حتى أنهم أوجبوا التعبير عن الإرادتين بشكل واضح في الصيغة ووضعوا لها شروطاً.^(١)

وأفضل صيغة اللفظ في التعبير عن الإرادة تكون بالفعل الماضي (بعت واشتريت) لأن هذه الصيغة أوضح مظهر في التعبير عن إرادة الشخص الحاسمة وهذا لا يمنع قيام الصيغ الأخرى — بعد الرجوع إلى الظروف والملابسات — لانعقاد العقد وهي الصيغ الدالة على الحال.^(٢)

وبناء على ذلك فالإشارة بالرأس من غير الأخرس لا تكفي لأن ينعقد العقد ما دام يمكن للشخص أن يعلن عن إرادته باللفظ، كما أن الكتابة وحدها لا تكفي لانعقاد العقد إلا إذا لم يتيسر النطق بالألفاظ لظروف خاصة كبعد المسافة مثلاً.^(٣) ومن هنا يمكن أن نلخص طرق التعبير عن الإرادة في إنشاء التصرف الشرعي عند فقهاء الإسلام بما يلي:^(٤)

١— بالأقوال، ولا ينعقد العقد بالأفعال أو الإشارة إلا للعاجز عن النطق كأخرس، وهو ظاهر مذهب الشافعي^(٥) والظاهرية والذين شددوا على الصيغة اللفظية.

٢— بالأفعال الدالة على المقصود كمن يدفع ثوبا لخياط لخياطته تسهلاً على الناس خاصة إذا وجدت قرائن تدل على الرضا وتعلن الإرادة وهذا هو رأي بعض الحنابلة والحنفية.^(٦)

(١) المدخل الفقهي العام: ٣١٩/١ — دمشق ١٩٦٨، ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢١٣،

(٢) المدخل الفقهي العام ج ١/٣٢٤ مطبعة ألف باء الأديب — دمشق ١٩٦٨.

(٣) النظرية العامة في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١٣١.

(٤) الشيخ محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٢١٣ — ٢١٥.

(٥) المجموع: ج ٨/١٠٠.

(٦) فتاوى ابن تيمية: ج ٣/٢٦٨، وشرح فتح القدير: ج ٣/١٧٥ لمحمد بن عبد الواحد السيواسي ط/٢

دار الفكر بيروت.

٣- إن التصرف الشرعي ينعقد بكل ما يدل على مقصوده من قول أو فعل أو إشارة، فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به، فاللفظ والفعل والإشارة والكتابة تعد طرقا للتعبير عن الإرادة في إنشاء التصرف الشرعي والقانوني، وهو القول الغالب على أصول الإمام مالك وظاهر مذهب الإمام أحمد بن حنبل.^(١)

أما التعبير عن الإرادة في القوانين المدنية فقد نصت المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على ما يلي:

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

هذا وقد تناول القانون المدني الجزائري الموضوع بنفس الصياغة اللفظية في المادة (٦٠) من القانون المدني.

ومن هنا نلاحظ الاختلاف في موضوع التعبير عن الإرادة بين الفقه الإسلامي الذي يعتد بالأقوال للقادر عليها وبين القانون المدني الذي يرى أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا لا لبس فيه وقد يكون ضمنياً يقوم على الاستنتاج من خلال الملابس التي تجعل دلالاته واضحة.

ولا شك فإن التعبير الصريح أقوى في التعبير من دلالة الضمني.^(٢)

أما القانون المدني العراقي والأردني^(٣) فقد تأثرا بالشرعية الإسلامية في ميدان التعبير عن الإرادة فقد تأثرا بالفقه الحنفي تحديداً، وأوجبا أن تكون هذه الصيغة بالماضي أولاً، لأنها تمثل التعبير الصريح القاطع الدال على حقيقة مقصود الإرادة.

أما صيغة المضارع والأمر فلا ينعقد بهما العقد إلا إذا أريد بهما الحال. والتعبير الصريح عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل

(١) انظر فتاوى ابن تيمية: ج ٢/٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٧١.

(٢) نظرية الالتزام للدكتور أحمد أبي سبيت ص ٧٥.

(٣) انظر المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٩١) من القانون المدني الأردني.

الدال على التراضي أو بأي طريقة لا تحتل دلالاته على غير المقصود.^(١)

٢- الصيغة التي ينشأ بها العقد والسكوت المجرد:

الصيغة التي بها ينشأ العقد لها ثلاثة أحوال:

أ- عقد منجز: كالبيع الذي تفيد صيغته في الحال

ب- عقد مضاف إلى المستقبل: وهو ما كانت صيغته دالة على وجوده

في الحال إلا أن أحكامه تتأخر للمستقبل كعقد الإجارة مثلا والتي تبدأ بعد شهر.

ج- عقد معلق: وهو ما كانت صيغته تفيد تعليق وجود العقد على أمر

يوجد في المستقبل.^(٢)

إن الفقه الإسلامي يتسم بالنزعة الموضوعية، وأول مظاهر هذه النزعة هو اللفظ أو لا قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر تستخلص منه الإرادة.

فالفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معا في صيغة العقد، ولفظ دوره في

إثبات التصرفات.^(٣)

وفي الفقه الإسلامي نلاحظ أن صيغة الماضي للفظ هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، لأن إرادة العاقد تكون قد تخطت مرحلة التفكير والتردد والمفاوضة والمساومة إلى مرحلة الجزم والحزم والبيت سواء أكان هذا التعبير حصل من الموجب وهو الفعل الأول أو من الثاني وهو القبول.^(٤)

فالعقد في الفقه الإسلامي ينعقد إذا توافرت أركانه، وقد اعتنى فقهاؤنا بالألفاظ المستخدمة في إنشاء العقد عناية كبيرة، حتى أن عقد الزواج مثلا لا ينعقد إلا بلفظين مشتقين من الزواج إن كان العاقدان يفهمان اللغة العربية (كزوجتك وأنكحتك)، وذلك لقدسيته في القرآن الكريم وإفهام العاقدين على الحقيقة المقصودة

(١) التلفون والتلكس والفاكس يمكن أن يكونوا أداة دالة على التراضي.

(٢) محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص ٢٥٦.

(٣) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ١ / ٨٤ - ٨٥.

(٤) الدكتور محمد يوسف موسى - الفقه الإسلامي ص ٣٢٩ - ٣٣١. ومحمد أبو زهرة - الملكية

ونظرية العقد ص ٢٣٤ - ٢٣٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٥ / ٢٨٣ - ٢٨٤.

من العقد.

والسؤال المطروح هنا: هل السكوت المجرد يصلح كصيغة للعقد؟ وهل يمكنه التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي؟

إن السكوت المجرد (وهو اليسير والخالي من الملابس)، لا يمكن أن يعد صيغة للعقد دالا على وجود التراضي بين الطرفين لا في الإيجاب ولا في القبول من حيث المبدأ العام.

فالقابل عند ما يسكت، لا نقرأ في سكوته شيئا، ولا يمكن أن ننسب لمن هو ساكت ما لم يقله أو يفعله، وإلا شق على الناس في معاملاتهم، وقد قال الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - (لا ينسب لساكت قول)^(١)

وهذا المبدأ - وهو منع تفسير السكوت عند القابل بوجود مبدأ الرضا - هو الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية.^(٢)

هذا وللقاعدة استثناء مفاده: أن السكوت المجرد يصلح في صيغة القبول للدلالة على وجود التراضي، ويمكن أن يقترن بالإيجاب ويطابقه فيكون صحيحا متى صاحبه ظروف ملابس تخرج حالة السكوت المجرد عن تجرده إلى حالة يطلق عليها (السكوت الملابس) حينما يلزم فيه التكلم من إقرار وبيان، لذا جاء الشرط الثاني من القاعدة وهو: (...ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان)

وللمتة على ذلك نقول: لو قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي عليه حق حبس المبيع وسكت ولم يمنعه بعد ذلك منه فإنه يعتبر إجازة له بالقبض، ولا يحق للبائع بعد قبض المشتري المبيع استعادة المبيع ورده وحبسه.^(٣)

وكذلك إذا أراد شخص شراء مال، وأثناء تسلمه من صاحبه أخبره رجل بأن في المال عيبا فسكت. فسكوته يعد رضا منه بالعيب فإذا اشتراه بعد ذلك فليس

(١) انظر: الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي ص ٩٧ - ٩٨ مطبعة محمد مصطفى ١٩٣٦.

(٢) المادة (٦٧) وشرحها - انظر شرح المجلة ط ٣ ص ٤٧ لسليم رستم باز البيروت ١٩٢٣، والدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين ج ٤ ص ٨ - ٩ - ١٢، والأشباه والنظائر للسيوطي قاعدة رقم ١٨.

(٣) انظر المادة (٢٨) من المجلة.

له رده بخيار العيب.^(١)

وعلى هذا فإن سكوت المقر له يعد تعبيراً عن الإرادة بوجود الرضا
فالسكوت يكون صيغة للقبول من المقر له حين يقر شخص بمال لآخر ويسكت
المقر له، وهذا السكوت هو تصديق وقبول بالإقرار.

وإذا عرض القاضي اليمين على من توجهت عليه في الدعوى بالمعاملات
ونكل عنها صراحة كأن يقول: لا أحلف، أو دلالة كسكوته بلا عذر فإن في مثل
هذه الحالة يحكم القاضي بنكوله طبقاً للمادة (١٧٥) من المجلة.
أما إذا كان سكوته لعذر كالخرس أو الطرش مثلاً، فلا يحكم عليه، ولا يعد
سكوته صيغة للقبول.^(٢)

وهناك أمثلة كثيرة تدل على دلالة السكوت على الرضا واعتباره قبولاً ومن
هذه الأمثلة:

١- إذا باع شخص مال زوجته أو أحد أقاربه من آخر بحضورها أو
بحضوره على أنه له، وسكتت الزوجة أو القريب بعد هذا عن الادعاء بملكية ذلك
المال، فليس للزوجة أو القريب بعد ذلك الادعاء بملكية ذلك المال، لأن السكوت
في مثل هذه الحال ليس مجرداً وإنما ملابساً، وعدم الاعتراض على البيع إقرار
بعدم ملكيتها ذلك المال.^(٣)

٢- إذا ترك شخص مالا عند آخر قائلاً له: إن هذا المال وديعة وسكت
المستودع، فإن الوديعة تتعقد لأنه لم يرد على ذلك صراحة، ويفسر سكوته صيغة
للقبول.^(٤)

٣- إذا باع الراهن المال المرهون بحضور المرتهن وسكت فيكون الدائن

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام - لعلي حيدر ص ٥٩ الكتاب الثاني البيوع وسليم رستم باز - شرح
المجلة ص ٤٧ - ٤٨.

(٢) علي حيدر - درر الحكام ص ٦٠، وسليم رستم - شرح المجلة ص ١١٠٦، والأم للشافعي -
٢٥٨/٦ - ٢٥٩.

(٣) علي حيدر - شرح المجلة - ص ٦٠ وسليم رستم باز - شرح المجلة ص ١١٠٦.

(٤) المرجع السابق لعلي حيدر ص ٦٠، وسليم رستم باز ص ٤٧.

قد أجاز البيع وأصبح الرهن باطلاً.^(١)

أما في القانون المدني

فإن السكوت المجرد هو وضع سلبي، فلا يفيد سكوت الشخص تعبيراً عن وجود الرضا لإنشاء التصرف القانوني أو إنهائه، وهذا ما اتجه إليه الفقه والتشريع والقضاء في دول كثيرة،^(٢) وعليه فلا يلتزم الساكت بشيء.

وإذا نظرنا إلى المادة (٨١) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٥) من القانون المدني الأردني نجد أن القابل يعد راضياً بما وجه إليه من إيجاب بمجرد سكوته إذا وجدت ظروف ملائمة تحيط بالسكوت المجرد، فيفسر هذا الوضع على أنه قبول بالإيجاب الموجه فينعتد العقد طبقاً للنظرية التي أخذ بها كثير من القوانين المدنية العربية، وهي نظرية علم الموجب بقبول القابل، وأن المطابقة التامة للإيجاب شرط لصحة القبول.

وعلى هذا نلاحظ أن نص المادة السابقة في كل من القانون المدني العراقي والأردني هو المادة (٧٦) من مجلة الأحكام العدلية والقاعدة (١٨) من الأشباه والنظائر للسيوطي، وبالتالي فإن أصل نص المادتين يعود للفقه الإسلامي.

أما في القانون المدني الجزائري،^(٣) فينص على أن الإيجاب إذا كان في مصلحة من وجه إليه، كسكوت الموهوب له الذي يعتبر قبولا، فهذا يدل على أن السكوت الملائس يكفي أن يكون قبولا، وهذا تمثياً مع الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والأردني.

وفي رأي المتواضع: أن المادة (٦٨) من القانون المدني الجزائري حين اعتبرت السكوت قبولا جاءت بنماذج من الأمثلة كانت غامضة، وطرحت عدة

(١) المرجع السابق وموضعه، الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي ص ٩٧ - ٩٨ قاعدة ١٨.

(٢) الوسيط للسنيوري ج ١ مصادر الالتزام ص ٥١. د/سليمان مرقس - شرح القانون المدني ج ٢، الالتزامات ص ٥١، عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام ج ٢ ص ٩٥٤ - ١٧٢ - مطبعة نهضة مصر.

(٣) انظر المادة: (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجزائية، وقد نصت المادة: (٦٨) من القانون المدني الجزائري على أمثلة للسكوت الملائس الذي يعد قبولاً.

مشاكل تتعلق بالتفسير وتخضع للسلطة التقديرية الواسعة المخولة للقاضي المدني، ولعل ذلك مرجعه أن المشرع الجزائري لم يوضح ما هي المعاملات أو الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول.

فالسكوت المجرد، هو الموقف السلبي حيث لا ينبئ عن أية دلالة معينة للإرادة، وهذا هو الأصل في قاعدة المعاملات المالية بين الناس، وهذا ما يدعم القاعدة القائلة (لا ينسب لساكت قول)^(١). إلا أن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً، وهذه تكملة أو استثناء للقاعدة السابقة. وهذا الاستثناء يكون مع ظروف وملابسات يفسر معها السكوت على أنه قبول ويمكن انعقاد العقد به وهو (السكوت الملايس).

وأعتقد أن الأفضل ترك الأمر للقاضي لهذا النوع من السكوت، بما له من سلطة تقديرية للوقوف على حقيقة السكوت، وما إذا كان يصلح تعبيراً عن الإرادة في القبول أم لا.

وقد يختلف السكوت الموصوف عن السكوت المجرد والسكوت الملايس فيراد بالسكوت الموصوف (السكوت الذي يعرض حين يفرض القانون التزاماً بالكلام معتبراً أن السكوت رضاً فيتعهد القانون ببيان أحكامه)^(٢) وزيادة على ذلك يمكن القول بأن السكوت يمكن أن يكون بمنزلة القبول في إلغاء العقد^(٣) أو الإقالة^(٤) كما ذهب القضاء المصري^(٥) وليس فقط في إتمام العقد وإنشائه.

(١) مجلة الأحكام العدلية: ج ٢٤/١، والتمهيد لعبد الرحيم بن الحسن الأسنوي ج ٤٥١/١ ط/ الأولى ١٤٠٠هـ تحقيق د/ محمد حسن هيتو.

(٢) يرى بعض القانونيين المصريين أن السكوت هو السكوت الموصوف ولا فرق بينهما، ومن أنصار هذا الاتجاه انظر: الدكتور سليمان مرقص: شرح القانون المدني ج ٢- الالتزامات ص ٥١. والدكتور: رمضان أبو السعود: مبادئ الالتزام ص ٥٤.

(٣) إلغاء العقد لحسين عامر ص ٣ - ٤ ط ١ القاهرة.

(٤) الإقالة في حق العاقدين تعتبر فسخاً كما نصت المادة (١٨٣) من القانون المدني العراقي.

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٥٨/٢.

٣- الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ودورهما في إنشاء العقد

إن صيغة اللفظ عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي التي تكشف عن إرادة المتعاقدين، ومن هنا تميزت بالنزعة الموضوعية لوقوفها عند هذه الإرادة الظاهرة، لأنها المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة.

وصيغة اللفظ الدالة على الحال يؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة وينعقد بها العقد لوضوحها وعدم العدول بها إلى الإرادة الباطنة.

لكن إذا كان اللفظ الذي يحتمل صيغة الحال والاستقبال فإنه يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة.^(١)

إذا نتيجة لاهتمام الفقه الإسلامي بالألفاظ نجده يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة الكامنة في النفس.

وهناك حالات يجب أن تتغلب فيها الإرادة الظاهرة حتماً على الإرادة الباطنة وهي: الزواج والطلاق والعتاق،^(٢) وذلك عملاً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)^(٣) والسؤال الذي يطرح في هذا المقام أنه قد يحصل أحياناً عدم التعبير الصحيح عن الإرادة، حيث تتجه إرادة المتعاقدين إلى شيء ويعبر لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً لشيء آخر، فتختلف الإرادة الخفية والإرادة الظاهرة، فكيف نعمل؟ لم تتفق آراء شراح وفقهاء القانون المدني على موقف واحد، فبينما يميل البعض إلى تغليب الإرادة الباطنة، نجد البعض الآخر يذهب إلى تغليب الإرادة الظاهرة، ويمكن القول أن القوانين المدنية تأخذ بالإرادة الظاهرة عند إنشاء العقد، وبالإرادة الباطنة عند تفسيره.^(٤)

إن نظرية الإرادة الباطنة هي السائدة في القوانين اللاتينية، وهي التي أخذ

(١) مصادر الحق - للسنهوري ج ١ ص ٨٤ - ٨٨ - ٨٩.

(٢) الوسيط - للسنهوري ج ١، مصادر الالتزام ص ١٨١، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢١٥ دار الفكر العربي ١٩٧٧، وقد ذكر إجماع العلماء على أن عقد الزواج لا يكون إلا بالألفاظ.

(٣) سنن الترمذي محمد بن عيسى الترمذي: ٤٩٠/٣ رقم: ١١٨٤ - دار إحياء التراث العربي بيروت - تحقيق أحمد شاكر.

(٤) الدكتور عبد المجيد الحكيم - مصادر الالتزام ص ٦٢.

بها القانون المدني الفرنسي،^(١) وإذا كان المقصود بها هو القوة الكامنة في نفس المتعاقد والتي انطوت عليها نفسه لإحداث الأثر القانوني، فإن المراد من هذا هو تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل قوة العقد الملزمة تستند إلى إرادة الشخص ذاته وإلى اعتبارات خلقية وليس إلى اعتبارات خارجية وأما التعبير عنها فهو مجرد دليل قابل لإثبات العكس.^(٢)

أما الإرادة الظاهرة فإنه يعتد بها استقرارا للمعاملات ولو خالف هذا مبدأ سلطان الإرادة، فالمدرسة الألمانية والتي ظهرت في القرن التاسع عشر تبين أن القانون يعني بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية حفاظا على سلامة واستقرار المعاملات، ولا يتطلب أصحاب هذه المدرسة أن يأخذ الإعلان شكلا معيناً سواء أكان صريحا أو ضمنيا إنما يكفيون بمجرد الإعلان ومتى تم الإعلان وصادفه إعلان مطابق انعقد العقد، ولا يقبل بعد ذلك إثبات مخالفة الإعلان لحقيقة الإرادة.^(٣)

ومن الناحية العملية فإن الفرق بين النظريتين يظل قليلا، لأن أي تشريع لم ينحز انحيازاً كلياً لإحدى النظريتين رغم اختلاف النظريتين اختلافاً كاملاً من حيث الأساس النظري والفلسفي، ويتعين إذا أخذ بإحدى النظريتين عدم إهمال ما تقتضيه النظرية الأخرى، ولو في حدود معينة، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في التقنين المدني الذي أخذ بالإرادة الباطنة مع التخفيف من نتائجها وذلك في المادة (١٩٩) من القانون المدني الجزائري. كما أنه في كثير من الحالات اعتد بالإرادة الظاهرة، كما سنرى في إبرام العقد وفي تحديد شرائط صحته (م ٦٠ - ٦١ - ٦٢ - ٩٨ - ١٩٨ - ٣٣٤) من القانون المدني فنجد المادة (١/١١١) تنص على ما يلي: (إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين) وهذه العبارة من النص المدني

(١) الوجيز في نظرية الالتزام - ص ٢٦ - ٢٧ للدكتور محمد حسنين، والوسيط للسنهوري ج ١/١٩١.

(٢) نظرية الالتزام - للدكتور حشمت أبي ستيت ص ٨٦.

(٣) د/جمال تركي - النظرية العامة للالتزامات - ص ٧١ - ٧٢ - ٧٣، والوسيط للسنهوري ٢٢٣ -

الجزائري تدل على مدى العمل بالإرادة الظاهرة بغية استقرار المعاملات وتحقيقها للضمانة القانونية والطمأنينة في النفوس.^(١)

كما أن القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ذهبا إلى إكمال نظرية الإرادة الباطنة بالإرادة الظاهرة.^(٢)

أما القانون المدني العراقي فنجد أنه قد أخذ بالإرادتين معا متبعا في ذلك الفقه الإسلامي، ولم يغلب إرادة على أخرى وهذا واضح من خلال تعريفه للعقد في المادة (٨٣)^(٣)

٤- توافق الإرادتين

المقصود بتوافق الإرادتين: هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، وعليه يجب علينا التعرف على هاتين الإرادتين وهما: الإيجاب والقبول، لأن باقترانها يتكون العقد، ولا بد لانعقاد العقد من تطابق الإرادتين تطابقا تاما على محل العقد، وألا يتغير المحل ما بين الإيجاب والقبول،^(٤) جاء في البدائع: (وأما الذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه، لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق)^(٥)

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٦٤ للدكتور بلحاج العربي.

(٢) الوسيط للسنهوري ج ١ - مصادر الالتزام ص ١٨٢، والوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمد حسنين ص ٢٧.

(٣) الدكتور حسن الذنون - النظرية العامة للالتزامات ص ٤٧.

(٤) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور السنهوري ج ٢/٤١. دار إحياء التراث العربي.

(٥) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦ للكاساني.

أولا

الإيجاب

الإيجاب في اللغة: الإثبات^(١) وعند جمهور الفقهاء^(٢) هو ممن يكون منه التملك وإن جاء متأخرا.

أما القبول: فهو ممن يصير له الملك وإن صدر أولا.

وجاء في المجلة^(٣) أن الإيجاب (هو أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت)، والإيجاب عند الحنفية هو ما وقع أولا من أحد المتعاقدين سواء أكان البائع أو المشتري.

وأما القبول^(٤) فهو: (ثاني كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد).

أما في القانون المدني فالإيجاب: هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد كما نصت على ذلك المادة (٥٤ و ٥٩) من القانون المدني الجزائري، وفي القانون المدني العراقي نجد أن الإيجاب هو اللفظ الذي يصدر أولا من أحد المتعاقدين أما اللفظ الثاني فهو القبول وذلك في المادة (١/٧٧) من القانون المدني العراقي، أما القانون المدني الأردني فإننا نجده قد تأثر بالمشروع العراقي في نظره للإيجاب. وذلك على ما تشير إليه المادة (١/٩١) منه.

ويشترط في الإيجاب أن يكون باتا إذا توافرت شروطه، وإلا اعتبر مرحلة سابقة عليه إذ قد يمر الإيجاب بمراحل كالعرض والمفاوضات وقد يكون باتا فإذا لم يتضمن الإيجاب كامل الشروط والعناصر الأساسية صار الغرض هو (دعوة

(١) التعاريف لمحمد المناوي ج ١/٥٥٤ دار الفكر بيروت ١٩١٠ ط/الأولى تحقيق الدكتور محمد رضوان الداية.

(٢) الشرح الكبير للردبير حاشية الدسوقي: ٢/٢٣، وكشاف القناع: ٣/٢، وشرح المنهج للأصاري: ٢/١٨٠ وما بعدها.

(٣) المادة: ١٠١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة: ١٠٢ من مجلة الأحكام العدلية.

إلى عمل الإيجاب كما تبين المادة (٢/٩٤) من القانون المدني الأردني. فقد يحصل قبل الاستقرار على الإيجاب البات التفاوض على السعر النهائي حتى يتم الرضا من الطرفين وبعدها ينعقد العقد، ويكون الرضاء النهائي بعد المفاوضات الأولى عليه. وفي مرحلة المفاوضات لا تنهض المسؤولية العقدية لعدم وجود العقد أصلاً.

ونخلص من هذا إلى أن الإيجاب يكون باتاً عند ما تتضمن إرادة الطرف الأول (الموجب) إحداث الأثر القانوني. أما قبل ذلك – أي حينما يكون الإيجاب عبارة عن الدعوة للتعاقد فلا ينعقد العقد إلا بعد وجود النية الجازمة في إحداث الأثر بالإيجاب البات والذي يلتقي مع قبول متطابق ليتها معها إلى إحداث الأثر القانوني والشرعي بانعقاد العقد. إذا يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه، فإذا خالفه فإنه لا يعد قبولاً، وبالتالي لا ينعقد العقد.^(١)

والإيجاب قد يكون دعوة موجهة إلى شخص أو إلى الجمهور – أي كافة الناس – كالإعلان عن البضائع عن طريق الصحف والإعلانات التلفزيونية أو واجهات المحلات التجارية، وكإعلان الشركات والمؤسسات والإدارات المختلفة عن حاجتها إلى موظفين أو عمال، وكالإعلان في الصحف عن بيع عقارات. وقد تؤدي هذه الدعوة إلى الدخول في مفاوضات تنتهي إلى مشروع لا يمكن أن تترتب عليه أية مسؤولية عقدية، كما أنه يمكن أن تنتهي المفاوضات إلى إيجاب يطابقه قبول فينعقد العقد.

وعلى هذا فقد وضع القانون المدني الجزائري^(٢) شروطاً للإيجاب بحيث إذا استوفاهما كان عرضاً كاملاً وهذه الشروط هي:

١ – أن يكون جازماً: أي منطوياً على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، وعلى هذا الأساس يفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد،

(١) المدخل الفقهي العام جـ ٣٢١/١ للأستاذ المرحوم الزرقا ط٧ – ١٩٦٧، دمشق.

(٢) انظر: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري جـ ٧١/١ – ٧٢، د/ بلحاج العربي.

وعليه فالإعلان عن مزايده أو مناقصة لا يعتبر إيجابا بل مجرد دعوة إلى التعاقد، لأن هذا الإعلان لا يتضمن كل العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بينما إذا عرض صاحب محل سلعة مقرونة ببيان أثمانها اعتبر ذلك إيجابا للجمهور، واعتبر طلب الشراء الذي يتقدم به أحد أفراد الناس قبولا ينعقد به العقد.

٢- أن يكون كاملا: أي يجب أن تتوافر فيه العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه حتى ينعقد العقد بمجرد اقتترانه به. ففي البيع مثلا لا يعتبر العرض إيجابا إلا إذا عين فيه الشيء المبيع والثمن كاملا.

والسؤال الذي يطرح الآن هو: هل يمكن للإيجاب الذي استوفى شروطه أن يسقط أم لا؟

وللإجابة عن هذا السؤال أقول: إنه يمكن سقوط الإيجاب، واعتباره كأن لم يكن، وهو أمر لا يحدث إلا إذا كان الإيجاب قد اتصل بعلم من وجه إليه، بمعنى أن السقوط لا يرد إلا على إيجاب قد أنتج أثره، أما الإيجاب الذي لم ينتج أثره فيرد عليه الرجوع وليس السقوط.

وعلى هذا فيمكن للإيجاب أن يسقط إذا توافرت أحد الأسباب التالية:

- ١- رفض صادر ممن وجه إليه الإيجاب.
- ٢- إذا كان معلقا على شرط، وتخلف هذا الشرط.
- ٣- بانقضاء المهلة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه دون أن يقترن به قبول.

٤- كما يمكن أن يسقط الإيجاب غير الملزم في التعاقد بين حاضرين إذا انقضى وانفض مجلس العقد^(١) ولم يكن الموجب قد عدل عنه، فإذا سقط الإيجاب لأي سبب من هذه الأسباب الأربعة السابقة ثم جاء قبول بعد ذلك، فإن هذا القبول يعتبر إيجابا جديدا فإذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد،^(٢) وقد نصت المادة (٩٦)

(١) والمراد بمجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين، والملاحظ فيه هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغليين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل، وليس المقصود هو المعنى المادي للمكان. انظر الوسيط للدكتور السنهوري - ج ١/١١٤ - مصادر الالتزام.

(٢) انظر لذلك المادة (٦٦) من القانون المدني الجزائري.

من القانون المدني المصري والمادة (٨٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٧) من القانون المدني الأردني على أن الإيجاب يسقط إذا صدر القبول معدلا له ويكون القبول إيجابا جديدا.

ثانيا

القبول

القبول هو ثاني كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد^(١)، وهو التعبير البات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، ويترتب عليه إذا تطابق مع الإيجاب أن ينعقد العقد.

وهو الشق الثاني من العقد الذي يعبر عنه تعبيراً صريحا لفظا أو كتابة أو إشارة أو فعلا، أو عن طريق السكوت الملاصق كما مر، وقد يعبر عنه بالقبول الضمني وذلك كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه.

ويجب أن تتوفر الشروط التي رأيناها في الإيجاب فيما يتعلق بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني والتعبير عنها.^(٢)

كما يشترط بعض رجال القانون شروطا أخرى كأن يكون القابل حرا، وأن يحصل في وقت مناسب وأن يكون بالشكل الذي اتفق عليه كالكتابة.^(٣)

هذا وقد يحدد القانون وسيلة واحدة (كالتعبير الصريح بالكتابة) ويتضح هذا في قانون زرع الأعضاء البشرية وهنا تبرز الشكلية القانونية الكتابية لتبصير المتعاقد بمخاطر هذا التصرف وإلى هذا اتجهت المادة (٣/١/٤) من قانون

(١) مجلة الأحكام العدلية: ج ٢٩/١ جمعية المجلة كارخانة تجارت كتب تحقيق نجيب هوويني.
(٢) انظر الدكتور أحمد أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني ص ١٠٠ وما بعدها والدكتور عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام ج ٢ - مصادر الالتزام ص ١٦٦ وما بعدها.
(٣) الدكتور عبد الحي حجازي المصدر السابق ص ١٦٧ وما بعدها - ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٥٠/٢.

الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان في المملكة الأردنية،^(١) وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية في المادة ٢/أ^(٢) من القانون العراقي.

وأشير هنا إلى الحرية في القبول والتي نعني بها أن القابل يستطيع أن يقبل الإيجاب أو يرفضه لأن الأصل هو حرية الرفض ولا يجوز البحث عن بواعثه، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، إنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض، وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه إذ لا يجوز له في مثل هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع.^(٣) لذا فإنه في حالة رفض القبول الذي استوفى شروطه بغير بواعث مشروعة فإن الرفض والحالة هذه يعتبر عملاً تعسفياً يستوجب تعويض الضرر الذي ينتج عنه.^(٤)

شروط القبول

يشترط للقبول الذي ينعقد به العقد شرطان هما:

١- أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ٢- صدور القبول قبل سقوط

الإيجاب

الشرط الأول: مطابقة القبول للإيجاب:

وهي أن يصدر القبول موافقاً على ما تضمنه الإيجاب من مسائل رئيسة أو ثانوية، ويجب أن يكون القبول جواباً (بنعم) عن الإيجاب، وعلى هذا فلو اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً، وقد نصت المادة (٦٦) من القانون المدني الجزائري على ذلك وإلى هذا ذهب القضاء المصري،^(٥) كما نصت المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي على

(١) الصادر عام ١٩٧٧ رقم ٢٣.

(٢) رقم ٨٥ لعام ١٩٨٦ م.

(٣) المجلة الفصلية للقانون المدني الجزائري - لعام ١٩٧٤ ص ٤٦ وما بعدها.

(٤) نقض مدني فرنسي ٩- مارس ١٩١٥ D.P. تعليق بلانيول ص ٧٨١، ١٩٧٦.

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢/٩٦ - ٩٧، والوسيط للسنهوري -

مصادر الالتزام ص ٢٤٥.

ما يلي: (إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب).

ونصت المادة (٦٥) من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط تأثيرها على العقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

فالمادة السابقة تنطوي على توسع سلطة القاضي، وبمقتضاها يكمل القاضي ما نقص من إرادة المتعاقدين، وبهذا يساهم في عمل العقد، ونخشى أن يخرج هذا العمل عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على تفسير العقد.^(١)

فالخلاصة أن التعبير عن الإرادة بوجود التراضي في القبول لا يكفي لانعقاد العقد، وإنما يلزم لصحة القبول، مطابقته للإيجاب وبصورة تامة من غير تعديل أو إضافة وإلا عد إجابا جديدا من القابل، ويكفي لهذه المطابقة الاتفاق بين طرفي العقد على المسائل الجوهرية، أما القضايا التفصيلية فيمكن أن تترك لطبيعة التعامل والعرف ولل قضاء، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، شريطة أن لا يتدخل القضاء بالمساهمة في عمل العقد ويكون مقتصرًا على تفسيره دون تدخل في إيجاده التزاما بحدود مهنته.^(٢)

الشرط الثاني: صدور القبول قبل سقوط الإيجاب:

فيجب أن يكون الإيجاب ما زال قائما، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة، أي قبل سقوط الإيجاب وإلا اعتبر إجابا جديدا بناء على نص المادة (٦٦) من القانون المدني الجزائري.

أما إذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد، ولم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد كما نصت المادة (٦٤) من القانون

(١) المحكمة العليا - غرفة القانون الخاص ١٣/١٢/١٩٦٧ نشره القضاء وزارة العدل - الجزائر ص ٤٢

بتاريخ ٠٧/١٢/١٩٨٢م ملف رقم: ٣٠٦٥٩.

(٢) وانظر لذلك المادة (٩٩ - ١٠٠) من القانون المدني الأردني.

المدني الجزائري.

كما ينص المشرع الجزائري في المادة (٦٨) من القانون المدني أنه إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، كما يعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، وتضيف المادة (٧٠) من نفس القانون على أنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا تكون قابلة للمناقشة.^(١)

ثالثاً

تطابق الإيجاب والقبول

ذكرت سابقاً أنه لا يمكن أن ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول مطابقاً تمام المطابقة للإيجاب. إلا أن هناك ظروفًا يختلف فيها اقتران القبول بالإيجاب وهذه الظروف تختلف بحسب ما إذا كان العاقدان يجمعهما مجلس واحد أو يقيمان في مكانين مختلفين، وهاتان صورتان هما محل بحث اقتران القبول بالإيجاب. أولاً: التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد:

يقصد باتحاد مجلس العقد أن يكون التعاقد بين حاضرين، أي يجمع بين المتعاقدين مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، بحيث لا توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به.

ومجلس العقد قد يكون حقيقياً، أو حكماً كما في التعاقد بالتليفون أو بأي طريقة تشابهه، والأصل أن من يوجه إليه إيجاب لم يعين فيه ميعاد للقبول يجب عليه أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب طبقاً للقانون المدني الجزائري، وإلا كان للموجب أن يتحلل من إيجابه ويعتبر أن الطرف الآخر قد رفضه فيسقط

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١ / ص ٧٧ د/بلحاج العربي.

(م ١/٦٤) من القانون المدني الجزائري.^(١)

ويظل الإيجاب قائما طالما ظل الموجب على إيجابه ما لم ينفذ مجلس العقد، وعليه فإنه لا يلزم لتتمام العقد أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب. جاء في البدائع ما يلي:^(٢) (وأما الذي يرجع إليه مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد. فإن اختلف المجلس لا ينعقد العقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد...

فإذا وجد الثاني والأول منعدم، فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة ...)

كما جاء في فتح القدير ما نصه^(٣): (وإنما يمتد (خيار القبول) إلى آخر المجلس، لأن المجلس جامع المتفرقات، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ... قال وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع)

وفي الفقه المالكي نقرأ ما يلي^(٤): (والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد العقد ويشترط ألا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيرا)

كما يلاحظ أن الفقه الشافعي يشترط الفورية لانعقاد العقد، فالفورية عنده

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٧٨ د/بلحاج العربي.

(٢) البدائع للكاساني ج ١/١٣٦.

(٣) فتح القدير ج ١/٧٨ - ٨٢.

(٤) الحطاب ج ٤/٢٤٠.

شرط لا ينعقد العقد بدونَه.^(١)

أما في مذهب الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - فنقرأ ما نصه^(٢): (وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه. وإلا فلا، لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفي بالقبض فيه لما يشترط قبضه فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به)

فنلاحظ مما سبق أن للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفض مجلس العقد، وللموجب خيار الرجوع عن إيجابه إلى حين صدور القبول أو انفضاض المجلس فالمجلس يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع، ويحدد من جهة أخرى متى يجوز للقابل أن يقبل كما نلاحظ أن خيار المجلس عند الشافعي - رغم أنه يوجب الفورية في القبول - عوض عنه بخيار المجلس، حيث للقابل الرجوع عن قبوله الفوري ما دام المجلس قائما فتتاح له بذلك فرصة للتدبر.

فالمجلس يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه ويحدد متى يجوز للقابل الرجوع عن قبوله، كما يحدد متى يجوز لكل منهما (القابل والموجب) أن يرجع في العقد.

فالخيارات الثلاث (خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس) منوطة كلها بمجلس العقد، فهذه الخيارات الثلاث هي نتاج مجلس العقد.^(٣)

هذا فيما يتعلق بالتعاقد بين حاضرين في الفقه الإسلامي، أما في القانون المدني الجزائري المادة (١/٦٤ و ٢) فقد وجدتها تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بإمكانية رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل وبإمكانية من وجه إليه الإيجاب أن يتدبر أمره فترة من الزمن ثم يقبل ما دام أن الموجب لم يرجع في إيجابه أثناء هذه الفترة.

كما أن خيار المجلس معمول به في التقنين المدني العراقي وما لم يحدد

(١) المهذب للشيرازي ج ١/٤٤٧ إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - دار الفكر بيروت.

(٢) الشرح الكبير على المقنع ج ٤/٤.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢/١٥٠ للسنهوري.

العاقدان مدة، فقد جاء في المادة (٨٤) منه ما نصه: (إذا حدد الموجب ميعادا للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد) ونصت المادة (٩٨) من القانون المدني الأردني على نفس المعنى حيث تقول: (إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد).

ومما يدل على تطابق نصوص القانون المدني مع أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال نص المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي بخصوص خيار المجلس حيث تقول: (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس. فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك) هذا وقد نقل المشرع الأردني هذه المادة حرفيا في المادة (٩٦) من القانون المدني الأردني، وأصل المادتين من الفقه الحنفي كما يبدو لي.^(١) والتعاقد بالهاتف وما شابهه كالتعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.^(٢)

ويمكن قياس الكمبيوتر على الهاتف (التلفون) إذا كان كل من المتعاقدين على اتصال مع بعض وعلى خط (الانترنت) كما هو معروف في نظام (الشبكات والشات)،^(٣) خصوصا أن بإمكان كل طرف في هذه الحالة أن يطبع أو يصور أو يسجل رأي الآخر أو حديثه كوسيلة إثبات.

ثانيا: التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة

إن زمان انعقاد العقد ومكانه — بالنسبة للحاضرين — هو نفس مكان وزمان مجلس العقد إذا كان كل طرف يعلم بتعبير الطرف الآخر فور صدوره.

(١) المجلة جـ ٣٨/١ كارخانة تجارت كتب تحقيق نجيب هوايني.

(٢) على ما نصت عليه المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٢) من القانون المدني الأردني والمادة (٦٤) من القانون المدني الجزائري والمادة (٩٤) من القانون المدني المصري.

(٣) هو نظام يرتبط بين جهازين أو أكثر بحيث يكونو جميعا على اتصال معا، ويتم التخاطب نطقا أو كتابة في نفس اللحظة، مع الإشارة إلى إمكانية رؤية صورة كل طرف إذا كان على كل جهاز آلة تصوير تنقل صورة صاحب الجهاز أو المتعامل به.

أما التعاقد بين غائبين فهو الذي لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد يجعل بينهما اتصالاً مباشراً بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهذه الفترة لا توجد في التعاقد بين حاضرين.

ويقع التعاقد بين غائبين بطريق من طرق المراسلة كالبريد أو البرق أو رسول يكون نائباً أو غير ذلك.

ومجلس العقد في هذه الحالة هو محل أداء الرسالة أو بلوغ الكتاب جاء في الهداية: (١) (والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة)

فلاحظ هنا أن مجلس العقد بين الغائبين هو مكان أداء الرسالة، وهذا المحل اقتضته طبيعة التعاقد بين غائبين، ويعمل صاحب البدائع (٢) ذلك بقوله: (... لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر في المجلس، أما الكتابة ... لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس) إذا فمجلس القبول هو موضع ومكان قراءة الرسالة بالنسبة للغائب أما بالنسبة للتعاقد بين حاضرين فيجب سماع الموجب للقبول حتى ينعقد العقد.

هذا وقد تطرق الأستاذ شفيق شحاته إلى موضوع انعقاد العقد بين الغائبين فقال: (٣) (... وعلى ذلك يمكن القول بأن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب، ويلاحظ أنه على وجه عام يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول)

وهذا الرأي من الأستاذ شحاته وجيه وتؤيده نصوص الفقهاء في مسألة عدم وجوب سماع الموجب القبول.

(١) فتح القدير شرح الهداية ج ٥/ ٧٨ - ٨٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ج ٥/ ١٣٨.

(٣) الالتزام في الشريعة الإسلامية ص ١٤٠ د/شفيق شحاته.

من ذلك ما قاله صاحب البدائع^(١): (أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل ويقول للرسول إني بعث عبدي بكذا، فذهب الرسول وبلغ الرسالة، فقال المشتري في مجلسه ذلك: قبلت، انعقد البيع)

كما يقول ابن عابدين^(٢): (صورة الكتابة أن يكتب: أما بعد فقد بعث عبدي فلانا منك بكذا، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت تم البيع) ونلاحظ من خلال النصين السابقين عدم اشتراط سماع البائع لقبول المشتري، فاكتفى الفقه الإسلامي بإعلان القبول، وهذا على خلاف التعاقد بين حاضرين إذ يلزم ذلك.

أما بالنسبة للقانون المدني فقد ظهرت حول التساؤل عن زمان ومكان التعاقد بين غائبين نظريات مختلفة يمكن تقسيمها إلى نظريتين أساسيتين هما:^(٣)

١- نظرية إعلان القبول: وتسمى أيضا بنظرية صدور القبول، وترى بأن العقد ينعقد بقبول الإيجاب ممن وجه إليه، ويتفرع من هذه النظرية، نظرية ثانوية مفادها أن العقد ينعقد حينما يخرج القبول من حوزة صاحبه بتصديره ووضعه في صندوق البريد أو تسليم البرقية إلى مكتب البرق.

٢- نظرية تسلم القبول: مفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب فعلا القبول. وقد استلزم بعض علماء القانون علم الموجب بالقبول على وجه اليقين.^(٤)

وقد أخذ القانون المدني الجزائري في مادته (٦٧) باعتبار التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيها القبول.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ١٣٨/٥ - القاهرة.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ١٤/٤ - ١٥ - المطبعة المصرية.

(٣) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ٨٠/١ د/بلحاج العربي.

(٤) انظر: نظرية العقد للدكتور السنهوري - فقرة: ٣٠٥/٣٠٤، ونظرية الالتزام لأبي سبتيت ص ٨٩ -

وعلى مثل ذلك نصت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي، كما نص على ذلك القانون المدني الكويتي في مادته رقم (٤٩) والذي أضاف العرف إلى جانب الاتفاق والقانون في الشطر الأخير من المادة. وأصل هذه القوانين يعود إلى المادة (٩٧) من القانون المدني المصري حيث نصت على ما يلي:

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.
٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول.

هذا ونجد أن القانون المدني السوري قد اختار أن يتم العقد بين الغائبين في المكان والزمان اللذين أعلن فيهما القبول من المتعاقد الآخر وذلك في المادة (٩٨) ونفس الموقف نجده في القانون اللبناني (المادة ٨٤) وفي القانون التونسي (المادة ٢٨) وفي القانون المغربي (المادة ٢٤)^(١)

أما التقنين السويسري في المادة (١٠) فيأخذ بمذهب تصدير القبول، أما التقنين البولوني في المادة (٧٠) فيأخذ بمذهب استلام القبول، وبعض القوانين تأخذ بمذهب العلم بالقبول كالتقنين الألماني (م ١٣٠)، والتقنين الأسباني (م ٢/٢٦٢) والتقنين التجاري الإيطالي (م ٣٦)^(٢).

والذي أراه أقرب إلى المصلحة - والله أعلم - هو أن يكون علم الموجب بالقبول هو زمان انعقاد العقد ومكانه، وذلك حفاظاً على رعاية مصلحة الموجب، إلا أنه قد تثار صعوبات حول لحظة علم القبول أو التي علم فيها الموجب بالقبول، لذا نجد المادة (٦٧) من القانون المدني الجزائري قد أقامت قرينة بسيطة فحواها أن هذه اللحظة هي (لحظة وصول القبول)، وعلى من يدعي عكس هذه القرينة يقع عبء الإثبات.

هذا وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية مسألة تاريخ انعقاد العقد من

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٨١ د/بلحاج. انظر الهامش.

(٢) المرجع السابق وموضعه.

المواضيع التي تخضع لتقدير القاضي، حيث لا يوجد في التقنين الفرنسي نص في هذا الموضوع.^(١)

والخلاصة من كل ما سبق: أن ما أخذت به معظم القوانين في الدول العربية، وما نصت عليه المادة (٦٧) من القانون المدني الجزائري، وما أخذت به المحكمة العليا الجزائرية^(٢) من أن وقت انعقاد العقد هو الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ويفترض قانوناً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول،^(٣) كل هذا يجعلني أميل إلى الأخذ بنظرية تسلم القبول السابق الإشارة إليها لقربها من مصلحة الموجب، ولعل هذا يكون أقرب إلى تفسير رأي الفقهاء حين ذهبوا في التعاقد بين حاضرين إلى وجوب علم الموجب بالقبول، والذي نقول إنه من منطق القاعدة التي تقول بوجوب سماع الموجب القبول في التعاقد بين حاضرين تقتضي القول بوجوب علم الموجب في التعاقد بين غائبين، وأن السماع في حالة حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه.

ثانياً

صحة التراضي

مر بنا كيف تكون صحة التراضي، وذلك بتطابق إرادتين، ولا يكفي لانعقاد العقد تطابق الإرادتين فحسب، بل لا بد من أن يكون التراضي موجوداً وصحيحاً.

وبهذا نكون قد انتقلنا من وجود التراضي إلى صحته، وللوقوف على دراسة هذا الموضوع نعالج عاملين مؤثرين في صحة التراضي وهما:

(١) راجع: نقض مدني فرنسي: ٢٩- يناير ١٩٢٣ م. D.P.: ٢٣، ١، ١٧٦

(٢) المحكمة العليا غ. م. ١٩٨٧/١٢/٠٧ ملف رقم: ٤٥٦٥٨، مذكور سابقاً ١٩٨٧/١١/١١ ملف رقم: ٥١٤٤٠.

(٣) د.علي علي سليمان - مصادر الالتزام ص ٣٥ و د/محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري ج ١/١٢٣/١٢٤.

صلاحية الشخص للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية.^(١)

ونتطرق الآن إلى أقسام الأهلية أو أنواعها ولنبدأ بأهلية الوجوب.

١- أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له أو وجوبها عليه ولها عنصران:

أ- عنصر إيجابي: وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائنا.

ب- عنصر سلبي: وهو صلاحية تحمل المسؤوليات بأن يكون مدينا.

والأهلية تبدأ مع بدء الشخصية وتلازمها، فكل إنسان له أهلية وجوب حتى الجنين في بطن أمه. ولأن الشخصية تبدأ منذ بدء تكوين الجنين وتنتهي بالموت، فالأهلية تبدأ مع بدء الشخصية، وبهذا يكون مناط الأهلية هو الحياة أو الصفة الإنسانية في الفقه الإسلامي.^(٢)

وعليه فإن ثبوت الحق للشخص يتوقف على وجود أهلية فيه، وأما ثبوت الدين عليه فيتوقف على وجود الذمة المالية فيقال: لفلان في ذمة فلان مبلغ مالي كذا.^(٣)

ومن هنا فإن أهلية الوجوب تنقسم إلى نوعين:

أ- أهلية وجوب ناقصة ب- أهلية وجوب كاملة.

أ- أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة، وسبب نقص الأهلية أمران:

الأمر الأول - أنه من جهة يعد إنسانا مستقلا عن أمه للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا تثبت له بعض الحقوق كالنسب واستحقاق الوصية والوقف.^(٤)

الأمر الثاني - ومن جهة أخرى يعد جزءا من أمه.

ب- أهلية الوجوب الكاملة: وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له، وتحمل الواجبات (أو الالتزامات)، وتثبت للشخص منذ أن يولد حيا، دون أن

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٩٧ د/لحاج العربي.

(٢) المدخل للزرقا: ف: ٤٠٨ - الوسيط للسنهوري - مصادر الالتزام ج ١/٢٦٦ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق ص ١١٨ وما بعدها.

(٤) كشف الأسرار ص ١٣٥٢، والقواعد لابن رجب ص ١٧٨ وما بعدها.

ففي حقوق الله تعالى يصح من الصبي الإيمان والصلاة والصيام والحج، ولا يلزم بأداء العبادات إلا على وجه التأديب والتهديب... أما حقوق الله فعند الشافعي^(١) وأحمد^(٢) تعد تصرفاته وعقوده باطلة.

أما عند الحنفية^(٣) فإن تصرفاته المالية تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: فهذه تصح من الصبي المميز دون إذن ولا إجازة من الولي لأنها لنفعه التام، وذلك مثل الاحتطاب والاصطياد وقبول الهبة والصدقة والوصية وهذه الأمور يترتب عليها دخول شيء في ملكه من غير مقابل.

٢- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالته لغيره بالدين أو بالنفس، فهذه لا تصح منه ولا تنفذ ولو أجازها الولي، لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر، وهذه الأمور يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل.

٣- التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع: هذه التصرفات تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته، وذلك مثل البيع والشراء والزواج والمزارعة والمساقاة.

تدرج الأهلية وفقاً للسن في القانون الوضعي:

لما كان التمييز يكتمل عند الإنسان تدريجياً بحسب السن، أي وفقاً لعمره، فإن الإنسان تتدرج أهليته تبعاً لذلك الأمر الذي يجعل السن هو العامل الأول الذي تتأثر به الأهلية.^(٤)

وأدوار السن بالنسبة للأهلية ثلاثة:

الدور الأول: مرحلة الصبي غير المميز: نصت المادة (٤٥) من القانون المدني المصري على أن سن التمييز هو بلوغ السابعة من العمر، وكذلك المادة

(١) الأم للشافعي ج ٢٣٥/٣ دار المعرفة بيروت ١٣٩٣ ط/الثانية.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٢٩٧/٤ دار الفكر بيروت ١٤٥ ط/الأولى.

(٣) التلويح على التوضيح ١٦٤/٢ وكشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ص ١٣٦٨ وما بعدها.

(٤) الدكتور عبد المنعم الصدة - مبادئ القانون ص ٢٤٠ - دار النهضة العربية ١٩٧٧.

(٣/١١٨) من القانون المدني الأردني، والمادة (٩٧) من القانون المدني العراقي. أما القانون المدني الجزائري فقد شذ عن هذه القاعدة واعتبر الشخص الذي لم يبلغ السادسة عشرة من عمره فاقدا للتمييز إذ نصت المادة (٤٢) منه في فقرتها الثانية على ما يلي: (يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة).

وهذه مبالغة من القانون الجزائري تهدف إلى حفظ الحقوق والتصرفات الخاصة بأصحابها، ولعل مسايرة القوانين العربية الأخرى في اعتبار سن السابعة كان كافيا لهذه المرحلة إذ أن فاقد التمييز ليست له أهلية أداء فتكون جميع تصرفاته باطلة مهما كان نوعها سواء تلك التصرفات النافعة نفعاً محضاً أو تلك التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر أو التصرفات الضارة ضرراً محضاً، وعليه فمن لم يبلغ السابعة من عمره (طبقاً للقانون المدني الجزائري) فإنه لا يستطيع أن يقبل الهبة، ومن باب أولى لا يمكنه أن يبرم عقداً، كما يعد باطلاً كل تصرف ضار ضرراً محضاً كالإعارة والتبرع والكفالة بدون عوض.

الدور الثاني: مرحلة الصبي المميز (٧ - ١٨ سنة)

لم تتفق الدول العربية على سن محددة للرشد وذلك من خلال القوانين المدنية التي سنراها فنجد أن القانون المدني الأردني ينص في مادته (٢/٤٣) على أن ثمانية عشر سنة شمسية كاملة هي سن الرشد.

وببلوغ سن التمييز وعدم بلوغ سن الرشد يسمى الشخص ناقص الأهلية، ويكون الصبي مميزاً طبقاً للقانون المدني المصري من وقت بلوغه سن التمييز حتى سن الرشد وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة طبقاً للمادة (٢/٤٤) من القانون المدني المصري.

أما القانون المدني العراقي فإنه يعتبر الثامنة عشرة هي سن الرشد، وأما القانون المدني الجزائري فإن ناقص الأهلية هو من بلغ السادسة عشر من عمره، ولم يبلغ تمام التاسعة عشرة (١٦ - ١٩).

قلت أن هذه المرحلة تنحصر بين سن التمييز وعدم بلوغ سن الرشد في القوانين المدنية، ويسمى الشخص في هذه المرحلة ناقص الأهلية، وحكم تصرفات

ناقص الأهلية، ومن في حكمه (كذي الغفلة والسفيه) إن كانت نافعة نفعاً محضاً فإنها تكون نافذة في حقه، أما التصرفات القانونية المالية التي تعود عليه بالضرر المحض كقيامه بالتبرع أو التزامه بالوديعة بدون أجر فتكون باطلة.

غير أن تصرفاته المالية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار مثلاً فإنها تكون – في القانون المصري والتشريع الجزائري – قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، وتكون موقوفة على إجازة من يملك الإجازة في القانون العراقي في المادة (١/٩٧) والقانون المدني الأردني في المادة (٢/١١٨).

الدور الثالث: البالغ من الرشد (كامل الأهلية)

الأصل في هذه المرحلة أن جميع تصرفاته المالية تعد صحيحة سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً في حقه أم دائرة بين النفع والضرر أم ضارة ضرراً محضاً في حقه، طالما أنه يملك قواه العقلية وغير محجور عليه، وقد نصت المادة (٤٠) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (١٩) سنة كاملة).

أما المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي فنصت على ما يلي: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها) والعقود التي يبرمها كامل الأهلية صحيحة وفقاً للمواد السابقة ما دامت غير ممنوعة قانوناً ولا مخالفة للنظام العام.

٢ – أهلية الأداء الكاملة في الفقه الإسلامي: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره. وتثبت هذه الأهلية الكاملة لمن يبلغ الحلم رشيداً، وسبب ارتباط الأهلية بالبلوغ هو أنه لما كان العقل من الأمور الخفية ارتبط بالبلوغ لأنه مظنة العقل، ويصبح بعدها الشخص عاقلاً تثبت له أهلية أداء كاملة ما لم يعترضه أحد عوارض الأهلية. هذا وقد قدر أبو حنيفة^(١) – رحمه الله تعالى – البلوغ بثمانية عشرة سنة

(١) أبو حنيفة: النعمان بن ثابت النيمي إمام الحنفية فقيه مجتهد محقق، أحد الأئمة الأربعة، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ونشأ بها، أراد المنصور على القضاء فأبى فحبسه إلى أن مات في بغداد سنة ١٥٠ هـ. الأعلام: ج ٩/٤.

للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة^(١)، وقدره الإمام مالك^(٢) - رحمه الله تعالى - بتمام ثمانى عشرة سنة وقيل بتمام السابعة عشرة سنة، والدخول فى الثامنة عشرة^(٣) والبلوغ يظهر بظهور علاماته الطبيعية كالاختلام للولد ومجىء العادة الشهرية للأنثى أو بتمام الخامسة عشرة عند جمهور الفقهاء غير أبى حنيفة، وجاء فى المجلة^(٤): (يثبت حد البلوغ بالاختلام والإحبال والحيض والحبلى)، ونصت المادة (٩٨٦)^(٥) (على أن منتهى البلوغ خمس عشرة سنة) وكما مر فإن للأهلية أدوارا فهى تبدأ منذ حياة الطفل فى بطن أمه إلى اكتمال رجوليته فتمر بمرحلة الجنين ثم الطفولة (عدم التمييز) ثم مرحلة التمييز ودور البلوغ ثم دور الرشد^(٦).

عوارض الأهلية

إن البالغ الراشد يكون كامل الأهلية، وهذا أمر طبيعى فىمن يبلغ الثامنة عشرة من عمره وفقا للقانون المدنى الأردنى والعراقى ووفقا لأحكام الشريعة الإسلامية. وقد تطرأ عوارض تؤثر على القوة العقلية للشخص فتؤثر على أهليته، وهذا ما يستوجب دراسة هذه العوارض بإيجاز غير مخل.

-
- (١) المادة (٩٨٥) من مجلة الأحكام العدلية، وانظر أيضا المادة ٩٨٦ من المجلة.
(٢) مالك: هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحى الحميرى أبو عبد الله إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة، ولد سنة ٩٣ هـ وتوفى بالمدينة سنة ١٧٩ هـ، كان صلبا فى دينه بعيدا عن الأمراء والملوك، له مصنفات، منها: الموطأ، وكتاب المسائل فى الرد على القدرية. الأعلام للزركلى: ج ١٢٨/٦.
(٣) انظر تفسير القرطبي ٣٧/٥، والشرح الكبير ٣٩٣/٣.
(٤) انظر المادة: (٩٨٥) من مجلة الأحكام العدلية.
(٥) من مجلة الأحكام العدلية.
(٦) التقرير والتحبير بشرح التحرير لابن أمير الحاج: ١٦٦/٢، ومرآة الأصول شرح مرقاة الوصول لمنلا خسرو ٤٥٢/٢، وفواتح الرحموت شرح معمل الثبوت لمحمد بن عبد الله الشكور ١٥٦/١.

عوارض الأهلية^(١)

عوارض الأهلية: هي ما يطرأ على الإنسان فيزيل أهليته أو ينقصها أو يغير في بعض أحكامها، وهي نوعان:

أ- عوارض سماوية: وهي التي لم يكن للشخص في إيجادها اختيار واكتساب مثل: (الجنون والعتة والإغماء والنوم ومرض الموت) وهذه العوارض هي أكثر تغييراً وأشد تأثيراً.

ب - عوارض مكتسبة: وهي التي يتسبب الشخص فيها وتكون من عمله وذلك مثل (السكر والدين)، وسأوجز الكلام عن هذه العوارض كما أشرت في النقاط التالية:

١- الجنون: هو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان.^(٢) وحكم تصرفات المجنون هو: أنها لاغية كحكم غير المميز، ويطلب بضمنان أفعاله الضارة على المال.^(٣)

وفي القانون المدني يتولى الطبيب المختص تحديد المقصود بالجنون لاعتباره حالة فنية يتولى تحديدها المختصون من الأطباء، وتعتبر تصرفاتهم المالية باطلة من الناحية الشرعية والقانونية لاعتبار المجنون فاقد الأهلية لأنه فاقد التمييز والإدراك وعديم الإرادة لذلك وكما في المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي فإن: (الصغير والمجنون والمعتوه محجور عليهم لذاتهم)، وعليه فإن وليه أو وصيه هو الذي يتولى إدارة ما له نيابة عنه، ونفس النص نقله القانون المدني الأردني في المادة (١/٢٧) ونصت المادة: (٤٣ و ٤٤) من القانون المدني الجزائري على أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العتة، أو السفه.

(١) انظر تفصيل عوارض الأهلية: الدكتور السنهوري - مصادر الالتزام ج - ٢٧٩/١ وما بعدها، ود/أنور سلطان - المرجع السابق ص ٢٣٤ وما بعدها، و د/بلحاج العربي - مصادر الالتزام ج - ٩٧/١.

(٢) المدخل للزرقا: ف: ٤٦٠.

(٣) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ج - ٢٧١/٤، والتلويح على التوضيح: ١٦٧/٢.

٢- العته: هو ضعف في العقل ينشأ عنه اختلاط في الكلام، فيشتبه مرة بكلام العقلاء ومرة بكلام المجانين^(١) وينشأ عن ذلك ضعف في الوعي والإدراك، ويتميز بالهدوء، وحكمه أنه يملك أهلية أداء ناقصة أما حكمه في الفقه الإسلامي فهو كحكم الصبي المميز،^(٢) ويتطابق مع هذا القانون المدني الأردني (المادة ١/١٢٨) والذي نص على ما يلي: (المعتوه هو في حكم الصغير المميز) إلا أنه محجور لذاته ويتمتع بأهلية أداء ناقصة، وهو نفس اتجاه القانون المدني الجزائري، في حين أن المشرع المصري أوجب إيقاع الحجر عليه بقرار من المحكمة المختصة.^(٣)

هذا وقد قسم القانون المدني العراقي العته إلى أنواع، وذلك حين نظر إلى المعتوه إذا كان ضعيف الإدراك وجعل حكمه كالصغير غير المميز في المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي، كما قد يكون العته متوسطا (في الإدراك) وفي هذا يكون حكمه كالصبي المميز وفقا للمادة (١٠٧)، وأرى أن هذا التقسيم هو الأسلم لأن مستوى الإدراك والفهم هو الأساس في صحة أو عدم صحة التصرف القانوني.^(٤)

والمقصود بالإدراك والفهم هو إدراك المعتوه لحقيقة أفاظه عند منع التصرف القانوني فيكون متوسطا ويكون ضعيفا، والأول كناقص التمييز فيكون ناقص الأهلية والثاني كفائد التمييز فيكون فاقدا للأهلية.

٣- السفية وذو الغفلة: السفه حالة تقابل الرشد تحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع^(٥) مع قيام العقل حقيقة، فيقوم السفية مع هذه الحالة بتبذير المال ولو في مواطن الخير عند الحنفية^(٦) خلافا للشافعي.^(٧)

(١) أصول السرخسي: ٣٣٣/٢، وكشف الأسرار: ٢٧٤/٤.

(٢) المراجع السابقة، والدر المختار ورد المختار: ١٠٠/٥.

(٣) المدخل إلى القانون ص ٥٨٥ للدكتور حسن كيرة.

(٤) انظر التلويح مع التوضيح: ٣٣٧/٢، وكشف الأسرار: ٢٧٥/٤، وأصول الفقه لأبي زهرة ص ٣٢٦.

(٥) كشف الأسرار مع أصول البزدوي: ٣٧٦/٤، والتلويح على التوضيح: ٣٨٠/٢ - ٣٨١.

(٦) الدر المختار: ١٠٢/٥، تبيين الحقائق: ١٩٢/٥.

(٧) مغنى المحتاج: ١٦٨/٢، وفيه أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يجعل الإسراف في وجوه البر من السفه.

والسفه قد يمنع صاحبه من بعض التصرفات رغم أنه لا يؤثر في الأهلية والسفه قد يطرأ على الإنسان، وقد ينشأ معه كمن يبلغ سفيهاً، وهنا اتفق الفقهاء على منعه من التصرف في ماله لقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها﴾،^(١) ويظل الحجر عليه قائماً حتى يتحقق رشده لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾^(٢) وقد جاء في المجلة:^(٣) (إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله، ما لم يتحقق رشده، ويمنع من التصرف كما في السابق)، وهذا رأي جمهور الفقهاء مع الصاحبين.^(٤)

أما رأي أبي حنيفة فإن فترة المنع عنده تنتهي عند بلوغه خمساً وعشرين سنة لتحقق الرشد غالباً عند هذا السن،^(٥) أما تصرفاته في فترة منع ماله عنه فلا ينفذ منها إلا ما كان نافعاً نفعاً محضاً له، أو الوصية في حدود الثلث، أو كانت لا تقبل الفسخ كالزواج والطلاق والرجعة واليمين وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٩) من القانون المدني العراقي.

أما من بلغ رشيداً ثم طرأ عليه السفه فلا يجوز الحجر عليه عند أبي حنيفة لأن هذا ينافي الحرية، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته، أما جمهور الفقهاء والصاحبان فقالوا: بجواز الحجر عليه رعاية للمصلحة ومحافظة على ماله،^(٦) وهذا هو الرأي الراجح والمقبول لقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾^(٧) ولثبوت الولاية على السفه بقوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل﴾،^(٨) ويكون حكمه كحكم الصبي المميز في

(١) النساء: آية ٥.

(٢) النساء: آية ٦.

(٣) مجلة الأحكام العدلية م: ٩٨٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٤٤٦٩/٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق والعناية مع تكملة فتح القدير: ٣١٤/٧، وبداية المجتهد: ٢٧٨/٢، والمغني: ٥١٨/٤.

(٧) النساء: آية ٥.

(٨) البقرة: آية ٢٨٢.

التصرفات وهذا ما نصت عليه المادة (٩٩٠) من المجلة.
والحجر في هذه الحالة يكون بحكم قضائي حتى لا يلحق بالسفيه ضرر،
ويكون الحجر في التصرفات التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة.
أما التصرفات التي لا تقبل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالزواج والطلاق
والرجعة والخلع فلا حجر عليه فيها.

ونشير هنا إلى أن نفس حكم السفيه ينطبق على صاحب الغفلة حيث ألحق
جماعة من فقهاء^(١) الإسلام ذا الغفلة بالسفيه في الأحكام السابقة، لأن ذا الغفلة لا
يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة كغيره ويخدع بسهولة لسلامة قلبه وبساطته مما
يؤدي إلى غيبته.^(٢)

هذا وقد أوردت المادة (١١٠) من القانون المدني العراقي حكم (ذي الغفلة)
بالنسبة لتصرفاته المالية فجاء فيها: (ذو الغفلة حكمه حكم السفيه) وهذا يتفق مع
حكم الفقه الإسلامي والذي ذكرته أنفاً.

كما أن القانون المدني المصري اعتبر أن حكم السفيه وذو الغفلة واحداً
وذلك في المادة: (١١٥) من القانون المدني المصري مع الإشارة إلى أن المشروع
المصري فرق بين التصرفات السابقة لقرار الحجر والتصرفات الواقعة بعد
الحجر، كما نصت عليه المادة السابقة الذكر.

٤- الإغماء: عارض غير طبيعي يشبه النوم تتعطل من خلاله القوى
المدركة بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب، وحكمه: هو إلغاء وبطلان جميع
التصرفات لانعدام القصد.^(٣)

٥- النوم: فتور طبيعي يأتي للإنسان في فترات غير منتظمة أو في فترات
منتظمة، لا يزيل العقل، إنما يمنعه عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، إنما

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن: ٣٨٧/٣ للقرطبي، والمنثور في القواعد للزركشي: ٣٢٢/٢، والمغني:

٥٢٠/٤، وشرح العناية مع تكملة فتح القدير على الهداية: ٣٢٢/٧.

(٢) د. أنور سلطان - المرجع السابق ص ٢٣٥.

(٣) كشف الأسرار ص ١٠٨٣، والتلويح على التوضيح: ١٦٧/٢، والدر المختار ورد المختار: ١٠٠/٥.

يمنعها عن العمل وحكمه: كالمغنى عليه لا اعتبار لتصرفاته.^(١)

٦- السكر: حالة تعرض للإنسان جراء امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل بذلك العقل الذي يميز بين الأمور الحسنة والقبیحة، والسكر إما أن يكون بمباح كالسكر من الدواء أو اللبن المحمض أو البنج أو حالة الإكراه، وإما أن يكون بغير مباح كالخمر أو أي طريق آخر، وحكمه: أنه يبطل العبارة ولا يترتب عليه التزام، فتبطل عقودة وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة، ولا يصح منه اليمين ولا الطلاق ولا الإقرار ولا البيع ولا الهبة.^(٢)

وقال المالكية بصحة طلاقه، وفرق جمهور الفقهاء^(٣) بين السكر بمباح فلم يعتبروا عباراته وبين السكر بمحرم حيث تقبل عباراته زجرا له وعقبا على تسببه في تعطيل عقله، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة عقبا وزجرا له سواء في الزواج أو الطلاق أو البيع أو الشراء.

٧- الدين: قال الجمهور من الفقهاء^(٤) يحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل، وكانت ديونه مستغرقة لماله وطلب الدائنون الغرماء الحجر عليه، أما أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - فلا يجيز الحجر على المدين وإن استغرق دينه ماله لأنه كامل الأهلية بالعقل، فلا حجر عليه حفاظا على حرية في التصرف وإنسانيته.

٨- مرض الموت: هو ما يعجز معه الإنسان عن ممارسة أعماله المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من برئه، ويقال لصاحبه: المريض، ويقابله الصحيح، وألحق به الفقهاء حالات كالأسرى لدى دولة اعتادت قتلهم والمجاهد الذي باع نفسه لله، وركاب السفينة التي جاءت ریح عاصف وظنوا أن الموت نازل بهم.

(١) نفس المراجع السابقة ومواطنها.

(٢) الشرح الكبير: ٥/٣ و ٢٦٥/٢، إعلام الموقعين: ٤٨/٤، زاد المعاد: ٤٠/٤.

(٣) كشف الأسرار ص ١٤٧١، التلويح على التوضيح: ١٧٥/٢، التقرير والتحبير: ١٩٣/٢، ومراة الوصول: ٤٥٤/٢.

(٤) تبیین الحقائق: ١٩٦/٥، مغنی المحتاج: ١٤٦/٢، الشرح الصغير: ٣٤٦/٣.

ومرض الموت لا ينافي أهلية وجوب الأحكام في حقه، ولا ينافي أيضا أهلية الأداء إلا أنه يمنع من بعض التصرفات كالمديون حماية لحقوق الدائنين وحماية لحقوق الورثة.

أما حقوق المريض الخاصة كالنفقات الضرورية أو إبرام الزواج أو الطلاق أو العقود الواردة على المنافع كالإجارة والإعارة مثلا أو العقود المتعلقة بالربح ولا تمس رأس المال كالشركة مثلا فإنها تصح منه. لذا نقول: إن كل تصرف يضطر إليه المريض ولا يمس بحقوق الدائنين أو الورثة هو نافذ ولا يتوقف على إجازة أحد.

هذه هي عوارض الأهلية باختصار، وأحب الإشارة هنا إلى أن من بلغ تسعة عشر ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا للقانون المدني الجزائري حيث توضح المادة (٤٠) منه ذلك، وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة العامة في البطلان هي إرجاع العاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد كما تنص المادة (١/١٠٣) من القانون المدني الجزائري غير أنه في حالة ناقص الأهلية، لا يرد للعائد الآخر إلا مقدار ما عاد عليه هو من المنفعة^(١) المادة (١/١٠٣) من القانون المدني المصري.

ثانيا: عيوب الإرادة (عيوب التراضي)

لم تتفق التشريعات الوضعية ولا الفقه المدني على العيوب المؤثرة في صحة التراضي، والتي تجعل العقد غير صحيح.

فالقانون المدني الفرنسي اعتبر أن هذه العيوب هي: (الغلط والتدليس والإكراه)، وتأثر بها القانون المدني المصري والجزائري^(٢) إلا أن القانون المدني

(١) راجع في الأهلية: د/حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، فقرة ٢٩٧ وما بعدها ١٩٦٨، د/أنور الخطيب، الأهلية في الشرع الإسلامي ص ١٩٠ - ١٩٦٥، د/صبيح محمصاني: المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية ص ٨٠ - ١٠٦ - ١٩٦٧، والشيخ أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد السنة: ١ ص ٣٥٢ وما بعدها والسنة: ٢ ص ٣ وما بعدها.

(٢) لعام ١٩٧٥.

المصري^(١) أضاف عيب (الاستغلال).

أما عيوب التراضي في القانون المدني الكويتي،^(٢) فهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن.

أما القانون المدني العراقي^(٣) فجعل عيوب الإرادة هي (الإكراه والغلط والتغريب والاستغلال)

أما القانون المدني الأردني فقد حصر عيوب الرضا فيما يلي: (الإكراه – التغريب – الغلط)

وجمعا بين هذه القوانين نختار العيوب التالية وهي: (الغلط – التدليس أو التغريب – الإكراه – الاستغلال والغبن) وتفصيل الكلام فيها على ما يلي:

أولاً: الغلط

الغلط حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها وهو بهذا المعنى يشمل كل أنواع الغلط.^(٤)

وقد تعرض فقهاؤنا لمسألة الغلط، ولم يكن يجمعها جامع وكانت مبعثرة في جوانب متفرقة، حيث نجد خيار الوصف وخيار العيب، ويتقدم ذلك خيار الرؤية، وبين هذه الخيارات أوثق الصلة كما يقول الأستاذ السنهوري:^(٥) (فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي فوق أنها مبعثرة، يتنازعها عاملان متعارضان: استقرار التعامل واحترام الإرادة الحقيقية)

والغلط الذي يعيب الإرادة هو الذي يتناول تكوين الإرادة عند إبرام التصرف في شأن اعتبار يهمل العاقد، ولا يعتبر ركناً في العقد.^(٦)

(١) لعام ١٩٤٩.

(٢) رقم ٦٧ لعام ١٩٨٠.

(٣) رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.

(٤) الأستاذ السنهوري – مصادر الالتزام ج ٣١١/١، ومصادر الحق ج ٩٨/٢ وما بعدها.

(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ج ١٠١/٢ دار إحياء التراث العربي.

(٦) الوسيط للسنهوري ج ١ فقرة ١٦٢ – ١٦٦، وحشمت أبو ستيت فقرة: ١٥٨.

والغلط في الفقه الإسلامي أشد عيوب الإرادة الذاتية، وهو أقل عيوب الإرادة بروزا، ثم يليه التدليس الذي يقوم على الوهم والطرق الاحتيالية الخارجية مما يجعله يتدرج من الذاتية نحو الموضوعية، ويلي ذلك الإكراه لأنه يقوم على رهبة في النفس، فيسير الإكراه نحو الموضوعية.^(١)

والغلط أنواع: فهناك الغلط في الشيء الذي تجتمع فيه الخيارات السابقة والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في القانون.^(٢) وللغلط في الفقه الغربي نظريتان: قديمة وحديثة: وهما على النحو التالي:

١- النظرية القديمة في الغلط:

قسمت النظرية التقليدية التي ورثت عن القانون الفرنسي القديم الغلط التلقائي أو البسيط إلى أنواع ثلاثة جعلت لكل نوع منها أثرا،^(٣) وهي:

١- الغلط المانع: وهو الذي يمنع قيام العقد، وهو يقع في نوع أو ماهية العقد، ويؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا لأنه يمنع قيام العقد كما يقع في ذاتية محل الالتزام الناشئ عن العقد أو يقع في سبب الالتزام المترتب على العقد. فالغلط في ماهية العقد كمن يسلمك شيئا على أنه إعارة فتعتقد أنه هبة والغلط في المحل كأن تشتري صندوقا من العنب فإذا به شيء آخر.

٢- الغلط المعيب للرضا: ويؤدي إلى بطلان العقد بطلانا نسبيا لمصلحة من وقع فيه، ويتحقق عند ما يقع الغلط في شخص العاقد أو في مادة الشيء محل الالتزام المترتب على العقد.

٣- الغلط غير المؤثر، أي الذي لا أثر له على صحة العقد ولا يفسد الرضا، ويتحقق عند ما يقع الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو الغلط في قيمة الشيء محل الالتزام، والغلط في الباعث على التعاقد، وكذا الغلط في شخص المتعاقد.

(١) مصادر الحق للسنهوري ج ٢/١٠٥.

(٢) نفس المرجع السابق ومصدره.

(٣) (J) Ghestin. La Nation d'erreur en droit positifactuel, these Paris 1963, planiol, Ripert et Boulanger, T.2 No. 194 - 195.

٢- النظرية الحديثة في الغلط:

لم تأخذ النظرية الحديثة في الغلط بالتقسيم المتقدم، وانتقد الفقهاء التقسيمات التي جاءت بها النظرية التقليدية ووضعوا معيارا واحدا للغلط وهو الغلط الدافع إلى التعاقد كما هجروا المعيار الموضوعي واقتصروا على المعيار الذاتي^(١) وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في ضرورة الاعتداد بالصفة الجوهرية التي اعتبرها في الشيء انطلاقا من العبارات الواردة في المادة (١١١٠) من القانون المدني الفرنسي) لتكون أكثر اتفاقا مع المعيار الذاتي أو الشخصي.^(٢) وعلى هذا النحو أصبح الغلط معييا للرضا إذا كان جوهريا، أي إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد، سواء في ذلك تناول مادة الشيء أم شخص المتعاقد، وليس الموضوع الذي ينصب عليه الغلط، وذلك بأن يكون الغلط هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد.^(٣)

كما نجد أن النصوص الفقهية قد عالجت مسألة الغلط بكل أنواعه، وجاء في المبسوط:^(٤) (وإذا اشترى فضا على أنه ياقوت ... إن كان المشار إليه زجاجا فالبيع فاسد لانعدام المجانسة، وإن استهلكه المشتري فعليه قيمته لأنه استهلك ملك الغير بغير إذنه) فنلاحظ هنا أن الغلط كان مانعا من انعقاد العقد.

جاء في الفتاوى الخانية:^(٥) (ولو باع شيئا معيننا وسماه باسم آخر بأن قال: بعثك هذا الثوب على أنه هروي فإذا هو مروى لا يجوز البيع، لأن الهروي مع المروي جنسان مختلفان لاختلاف الصفة، ثم اختلفوا هل هو باطل أو فاسد؟ قال بعضهم هو باطل لا يملك إلا بالقبض، وذكر الكرخي^(٦) - رحمه الله تعالى - أنه فاسد)

(١) (J) Ghestin, these, op, cit. No.138 ets.

(٢) نقض مدني فرنسي ٢٨٠ جانفي ١٩١٢ 'S' ١٩١٣، ١، ٤٨٧، نقض تجاري فرنسي ٤ - جويلية ١٩٧٣، ١٧ B.C - 4 - ٢٣٨.

(٣) د. عطا حسين سليم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية ص ٨٥، ١٩٨٦ بيروت.

(٤) المبسوط للسرخسي: ج ١٢/١٣ - ١٣.

(٥) الفتاوى الخانية: ج ١٣٤/٢. (المطبوع بهامش الفتاوى الهندية)

(٦) الكرخي: هو عبد الله بن حسين بن دلال الكرخي، فقيه من أهل العراق، من تصانيفه: مختصر في فروع الفقه الحنفي. معجم المؤلفين: ج ٤٥/٦.

وتعليقه في ذلك كما ذكر الزيلعي^(١): (لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره ... وذلك فاسد)^(٢)
فالقائلون بالفساد يعللون ذلك بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره.

أما في حالة الغلط التي تفوت الوصف المرغوب فيه ففي هذه الحالة ينعقد البيع صحيحاً نافذاً، ولكنه يكون غير لازم إذ يثبت فيه خيار فوات الوصف، جاء في الفتاوى الهندية ما نصه:^(٣) (وكذا لو اشترى كتاباً على أنه كتاب النكاح من تأليف محمد - رحمه الله تعالى - فإذا هو كتاب الطلاق أو كتاب الطب أو كتاب نكاح لا من تأليف محمد - رحمه الله تعالى -، قالوا يجوز البيع لأن الكتاب هو السواد على البياض وذلك جنس واحد، وإنما تختلف أنواعه وهو لا يمنع الجواز) وجاء في البدائع:^(٤) (وإذا قال بعثك هذا الثوب القز فإذا هو ملح، ينظر إن كان سداً من القز ولحمته من غيره لا ينعقد، وإن كان لحمته من القز فالبيع جائز لأن الأصل في الثوب هو اللحم ... فإذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس ... وإذا كانت من القز فالجنس لم يختلف ... إلا أنه يثبت الخيار للمشتري لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه)

وهناك نوع آخر من الغلط وهو الغلط في الشخص، وهذا النوع من الغلط لا يؤثر في العقد إلا إذا كانت شخصية العاقد محل الاعتبار وهذه القاعدة موجودة في الفقه الغربي وتطبق على الفقه الإسلامي.

فإذا وقع غلط في ذاتية الشخص أو في صفة جوهرية فيه وذلك في العقود والتصرفات الشرعية والقانونية التي تكون فيها شخصية أطراف التصرف معتبرة. ففي هذه الحالة يكون للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد، جاء في

(١) الزيلعي: عثمان بن علي فقيه حنفي له تصانيف كثيرة، توفي بالقاهرة سنة ٧٢٤ هـ. الأعلام: ج — ٢١٠/٤.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ج ٥٣/٤.

(٣) الفتاوى الهندية: ج ١٤٠/٣ - ١٤١.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ج ٥ ص ١٤٠.

البدائع: (١) (ومنها – أي من شرائط الركن – رضا الموصي، لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك، فلا بد فيه من الرضا كما إيجاب الملك بسائر الأشياء فلا تصح فيه وصية الهازل والمكره والخطي لأن هذه العوارض تفوت الرضا)

ومن خلال هذا النص يتضح لنا إمكانية فسخ العقد في حالة الخطأ في الشخص، أما في حالة الغلط في القيمة فنلاحظ أن الفقه الإسلامي يبين أن الغبن الفاحش إذا صحبه تغرير جاز الرد به، وإن لم يصحبه تغرير فلا رد ما لم يكن الغبن في مال المحجور أو مال الوقف أو بيت المال، حيث يرد بالغبن الفاحش ولو لم يوجد تغرير، وجاء في المادة (٣٥٦) من المجلة: (٢) (إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغرير، فليس للمجنون أن يفسخ العقد. إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم)

ويمكن القول بأن الغلط في القيمة ينطوي على استغلال العاقد المغبون في ضعف خبرته أو في غبائه، قال الحموي: (٣) (خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي، وفي صورة تغرير البائع المشتري بأن كان المشتري غيباً لا يعرف، فقال البائع اشتره بهذا الثمن ... فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن)

وقد يستغل العاقد المغبون في حاجاته إذا كان مضطراً إلى التعاقد، وحكم الفقه الحنفي بفساد هذا حيث ذكر ابن عابدين ما نصه: (٤) (بيع المضطر وشراؤه فاسد، وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس أو غيرها، ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير. وكذلك في الشراء منه إذا لم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش.)

هذا وقد نصت المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي على ما يلي: (إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف

(١) البدائع: ج ٧/٣٣٥.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، وانظر المادة (١٢٤) من القانون المدني العراقي، وانظر المبسوط للسرخسي ج ١٥/٦٤ – ٦٩.

(٣) غمز عيون البصائر للحموي: ج ٢/١٩٥.

(٤) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٤/١٤٦.

إدراكه فالحقه من تعاقدته غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، فإن كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه)

وفي هذا تقريب بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني، مع الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي وفي مواده (١١٧ - ١٢٠) قد تعرض للغلط باعتباره عيباً من عيوب الإرادة وقد تأثر في ذلك بالنظرية التقليدية للغلط وبالفقه الإسلامي كما جاء في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران للمرحوم قدري باشا. فنجده في المواد (١٢١ - ١٢٤) قد تأثر أيضاً بأحكام الشريعة الإسلامية، والأصل في الغبن في القانون المدني العراقي أنه لا يمنع من نفاذ العقد ما لم يصحبه خداع يقع على المتعاقد فيغير به على إبرام العقد ظاناً أنه في مصلحته، والحقيقة خلاف ذلك.

أما المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري فقد تناولت الاستغلال إلا أنها تركت تحديد فكرة الطيش البين للقاضي طبقاً لسلطته التقديرية. كما تطرقت المادة (٩٠) من القانون المدني الجزائري^(١) للكلام عن الاستغلال، ويبدو أن هذه التشريعات المدنية قد حصرت الاستغلال في حالات محددة وتوسّطت في ذلك بين التوسع في الاستغلال وبين الاتجاه المضيق له. أما الغلط في القانون^(٢) من وجهة الفقه الإسلامي، فإن الفقه الإسلامي يتشدد في جعل الجهل بالقانون عذراً، حيث إن الجهل في الأصل ليس بعذر ما لم تقم ملابسات خاصة تبعد حالة التقصير المفترضة من جانب من يجهل القانون. فالمعيار في أن يكون الجهل بالقانون عذراً أو غير عذر هو انتفاء التقصير أو ثبوته، فالحربي إذا أسلم وشرب الخمر يعذر لخفاء تحريم الخمر عنده، أما إذا زنا أقيم عليه الحد لأن الجهل بتحريم الزنا ليس عذراً لحرمة في كل الأديان.^(٣)

(١) لعام ١٩٧٥.

(٢) د/السنهوري - مصادر الحق ج ٢/١٤٣.

(٣) انظر فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ج ٣/١٠٥ - ١٠٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص

١٦٧ - ١٦٨.

أما الغلط في القانون المدني فإنه يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلا للأبطال كما نصت المادة: (١٢٣) من القانون المدني المصري ما نصه: (يكون العقد قابلا للأبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع ...)

ومن أمثلة ذلك تعهد شخص بدفع دين معتقدا أن هذا الدين لازم له، وأن يهب رجل لمطلقاته ما لا معتقدا استردادها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانقضاء العدة.^(١)

ثانيا: التدليس أو التغرير

يراد بالتغرير: الخداع،^(٢) ويقصد به التدليس كما يسميه المالكية،^(٣) ولا بد من ضرورة معرفة الكتمان سواء وقع من المتعاقد أو من الغير.^(٤)

وللفقه الإسلامي عدة طرق يعرف بها التغرير، فيعرفه عن طريق استعمال طرق احتيالية أو بمجرد الكذب أو عن طريق محض الكتمان.

فالتغرير باستعمال طرق احتيالية يسمى (بالتغرير الفعلي) ويقع بعمل من العاقد يقصد به تضليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه فيدفعه إلى التعاقد بغبن ولو كان يسيرا.^(٥)

أما التغرير عن طريق مجرد الكذب فيقع في (بياعات الأمانة) وهي التصرفات التي تعتمد على الصدق والأمانة والثقة والتي لا يسمح فيها بأي غش من الناس بحيث يتبايع مع الناس على حدود مرسومة، وإن جاورتها هذه التصرفات عد تغريرا حماية لمن هو بحاجة للحماية من الغبن.

هذا وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية التغرير القولي بأنه:^(٦) (توصيف البيع

(١) الوسيط ج ١ فقرة: ١٧٤ - ص ٣٠٥ - ٣٠٨ للسنيهوري.

(٢) مختار الصحاح: ج ١/١٩٧.

(٣) حاشية الدسوقي ج ٣/١١٥ - دار الفكر بيروت - تحقيق محمد عlish.

(٤) مصادر الحق للسنيهوري ج ٢/١٤٩.

(٥) الحطاب ج ٤/٤٣٧ - ٤٣٨، الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة (شمس الدين) ج ٤/٨٠ -

٨١، ونهاية المحتاج للرملي ج ٤/٧٣ - ٧٤.

(٦) المادة (١٦٤) من المجلة، كما نصت المادة (١٦٥) على تحديد نسبة الغبن الفاحش على أنه: (الغبن

الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو ما يزيد)

للمشتري بغير صفته الحقيقية ترغيباً له)، وبهذا تكون المجلة قد عرفت التغيرير بأنه: إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له، لكي تستثار رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد.

ونخلص من هذا إلى أن الفقهاء قد قسموا التغيرير باستعمال الطرق الاحتمالية إلى (تغيرير فعلي) حيث يقع بفعل المتعاقد على المعقود عليه لإظهاره بأحسن مما هو عليه مثل تصرية الشاة والبقرة وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك كما جاء في حديث "المصرأة"^(١) وإلى (تغيرير قولي) وذلك بالكذب لإعطاء بيانات كاذبة^(٢) أو باستغلال الجهل أو الثقة كتلقي الركبان والسلع.^(٣) أما في القانون الوضعي فإن القانون المدني الفرنسي اعتبر التدليس الذي يصيب رضا المتعاقد هو الذي يؤدي إلى الغبن الفاحش، ويظهر بصورة واضحة في مجال بيع العقار، وبنص المادة (١١١٦) فإن العقد يبطل، والتدليس لا يفترض وإنما يجب إثباته ممن ادعاه.

كما نصت المادة (١/٨٦) من القانون المدني الجزائري بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لو لاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، وقد وضع القانون الجزائري شروطاً للتدليس وهي:

١- استعمال الحيلة والطرق الاحتمالية.

٢- أن تكون الطرق الاحتمالية هي الدافع إلى التعاقد.

٣- اتصال التدليس بالعاقد الآخر.

أما القانون المدني المصري وفي مادته (١٢٥) والتي ترجع في أصلها إلى المادة (٣٠٠) من مرشد الحيران والمادة (١٦٤ - ٣٦٠) من مجلة الأحكام العدلية

(١) صحيح البخاري ج ٧٥٦/٢ دار ابن كثير - اليمامة - بيروت ١٩٨٧ تحقيق د. مصطفى البغا.

(٢) د/عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد ص ٣٢٢.

(٣) انظر في بياعات الأمانة: المبسوط ٧٨/١٣ - ٩١، البدائع ٢٢٠/٥ - ٢٢٨، الخطاب: ٤٨٨/٤ -

٤٩٥، الدسوقي: ١٦٠/٣ - ١٧١، الخرشبي: ١٧١/٥، مغني المحتاج: ٧٦/٢ - ٨٠، للشربيني

المغني ٢٥٩/٤.

فإنها تنص على عنصرين من عناصر التدليس:

- ١- التدليس الإيجابي: والذي يقع بالطرق الاحتيالية، سواء لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه، وتكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد.
- ٢- التدليس السلبي: ويتمثل بحالة السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسنة، إذا ثبت أن المدلس عليه لم يكن ليبرم العقد، لو عرف بتلك الواقعة أو هذه الملابس.^(١)

إذا فعناصر التدليس اثنان: عنصر موضوعي (الطرق الاحتيالية) وعنصر نفسي (هو الحامل على التعاقد)، والتدليس يجعل المدلس عليه يطالب من صدر منه التدليس بالتعويض إلى جانب حقه في التمسك بالبطلان.^(٢)

هذا وقد اعتبر الغبن الفاحش الواقع بفعل التغرير يمنع من نفاذ العقد ويعد عيباً من عيوب الإرادة في القانون المدني العراقي، انظر المادة (١٢٤) من القانون المذكور.

كما أجاز القانون المدني الأردني للعائد المغرر به فسخ العقد إذا كان التغرير مع الغبن الفاحش طبقاً لأحكام المادة (١٤٥)، كما نصت المادة (١٤٧) على أن الغبن الذي يقع على مال المحجور أو المريض مرض الموت يكون موقوفاً حتى ولو كان الغبن يسيراً حماية للغير.

ثالثاً: الإكراه

يعتبر الإكراه من العيوب المؤثرة في العقد، وقد اعتنى الفقه الإسلامي اعتناء كبيراً بالإكراه في نطاق المعاملات المالية.

جاء في المبسوط:^(٣) (الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره، من غير أن تتعدم به الأهلية ...)

فالإكراه: هو حمل الغير على ما لا يرضاه يقع بفعل استخدام وسائل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: ج ١٧٢/٢.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١٧٢/٢ - ١٧٣.

(٣) المبسوط ج ١٠١/٢٤ وما بعدها.

الإكراه تهدد بخطر جسيم محقق سواء وقع على المتعاقد أو بتهدده أو على عزيز عليه، والمهم تضمنه للرهبنة التي تبعث في نفس المتعاقد والتي تختلف باختلاف أحوال الناس.^(١)

والإكراه نوعان: ملجئ وغير ملجئ، وكلاهما معدم للرضا والمعبر عنه بالإرادة الحقيقية، جاء في البدائع:^(٢) (وأما بيان أنواع الإكراه فنقول: إنه نوعان، نوع يوجب الإلجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر... ونوع لا يوجب الإلجاء والاضطرار)

فنلاحظ أن الإكراه الملجئ معدم للرضا مفسد للاختيار، أما الإكراه غير الملجئ والذي يكون بالحبس مثلاً أو بالضرب أو بالقيود فهذا أيضاً معدم للرضا غير مفسد للاختيار.^(٣)

هذا والإكراه على أمر مشروع أو قانوني فإنه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لا يتحقق الإكراه، لأن مطالبة الشخص بحق عليه مشروع وإكراه الشخص على أداء الحق الذي عليه لا يكون إكراهاً معتبراً، وإكراه الشخص على إقامة ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكره.^(٤)

أما الإكراه على الإقرار فلا يجوز، ولا يعتد به^(٥) في الفقه الحنفي، ومختلف في صحته في الفقه المالكي.^(٦)

والإكراه الواقع من الغير كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين يكون مفسداً

(١) انظر ذلك في مصادر الحق للسنهوري ج ١٨٢/٢ وما بعدها، والملكية ونظرية العقد للشيخ أبو زهرة ص ٤٥٣ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ج ١٧٥/٧.

(٣) التوضيح: ١٩٦/٢. وانظر التلويح شرحاً للتوضيح، وانظر المادة (٢٨٥ - ٢٨٦) من مرشد الحيران والمادة (١٠٠٦ - ١٠٠٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المبسوط للسرخسي: ١٠١/٢٤.

(٥) المرجع السابق ٧٠/٢٤ - ٧٢.

(٦) الحطاب: ٢١٦/٥ - ٢١٧.

للتصرف.^(١)

حكم الإكراه: نظر الفقه إلى التصرفات بنوعيتها الفعلية والقانونية فاعتد في الأولى بالإكراه الملجئ، ونظر إليه لا أنه من فعل المكره، وإنما أنه كالألة في يد المكره الأول،^(٢) واعتد في الثاني بالإكراه ولو كان غير ملجئ. أما التصرفات القولية فتقسم إلى قسمين:^(٣) إنشاء وإقرار، والإنشاء نوعان: نوع لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتاق، ونوع يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة، فالإنشاء الذي لا يحتمل الفسخ فهو جائز مع الإكراه في المذهب الحنفي^(٤) أما عند الشافعي فلا يجوز الإنشاء مع الإكراه جاء في البدائع:^(٥) (وعند الشافعي — رحمه الله تعالى — لا يجوز، واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٦) فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً.) وهذا هو مذهب مالك وأحمد أيضاً كما ورد في إعلام الموقعين والمطلى^(٧) وهذا هو الرأي الذي نميل إليه إذ أن الإكراه مهما كلن يظل معيباً للإرادة سواء فيما يتعلق بالإنشاء أو غيره، علاوة على تعارض الإكراه في الإرادة الحقيقية للمتعاقد.

وأما الإنشاء الذي يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة، فعند أبي حنيفة^(٨) يفسد التصرف، ويكون موقوفاً عند زفر، ويشدد الشافعي^(٩) فيجعله باطلاً ويجعله مالك

(١) الخانية: ٤٨٥/٣ — ٤٨٦.

(٢) المبسوط: ٣٩/٢٤.

(٣) مصادر الحق للسنهوري: ٢٠٧/٢ وما بعدها.

(٤) المبسوط للرخسي: ٤١/٢٤ وما بعدها.

(٥) البدائع: ١٨٢/٧.

(٦) انظر فتح الباري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني: ١٦١/٥ — دار المعرفة — بيروت ١٣٧٩، تحقيق محمد فؤاد ومحب الدين الخطيب. وقال عليه أخرجه ابن ماجه بلفظ (وضع) بدل (رفع).

(٧) مواهب الجليل للحطاب: ج ٢١٦/٥ — ٢١٧، وأعلام الموقعين لابن القيم: ٤٣/٤، والمطلى لابن حزم: ٣٣٢/٨.

(٨) البدائع: ١٨٦/٧.

(٩) الأم للشافعي: ج ٢٣٦/٣ دار المعرفة بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ.

غير لازم.^(١)

وأما حكم الإكراه في القانون المدني فإنه يعتبر عيباً مؤثراً في صحة العقد بنص المادة (١١١٢) من القانون الفرنسي، كما يكون قابلاً للإبطال في القانون المدني المصري حيث خصص له المادتين (١٢٧ - ١٢٨) وإلى هذا ذهب القانون المدني الجزائري^(٢) في المادة (٨٨)، وقد تأثر بالقانون الفرنسي حين حصر الخطر (بالمتعاقدين أو أحد أقاربه)، وقد تأثر حكم الإكراه في القانون المدني الأردني بالفقه الإسلامي واعتبر أن يكون القصد من الإكراه الوصول إلى غرض غير مشروع، وأخذ برأي الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) في اعتبار أن للإكراه أثراً بين التصرفات القولية جميعاً سواء أكانت إنشائية أو إخبارية، وسواء أكانت الإنشائية تحتمل الفسخ أم لا تحتمله.^(٣)

أما في القانون المدني العراقي فإن الإكراه يفسد الرضا، وبالتالي العقد فيجعله موقوفاً غير نافذ، ومن وقع عليه الإكراه يطلب نقض العقد في خلال ثلاثة أشهر من وقت ارتفاعه وله أن يجيزه، وهذا الحكم يشمل الغلط والتغريب مع الغبن أيضاً،^(٤) لذا ينتقد الفقه المدني المادة (١١٥) حيث اعتبرها زائدة.

ملاحظات حول نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري

يركز المشرع المدني الجزائري على المعيار النفسي السيكولوجي في بناء نظرية عيوب الإرادة، وخاصة فيما يتعلق بالغلط أو الإكراه أو التدليس لأنه يشترط جساماً العيب لإمكانية إبطال العقد، وهذا الشرط هو الذي دفع العاقد إلى

(١) الشرح الكبير مع السوقى: ٦/٣.

(٢) يشترط المشرع الجزائري لتحقيق الإكراه الذي يفسد الرضا ثلاثة شروط وهي:

١- التهديد بخطر جسيم محقق للوصول إلى غرض غير مشروع.

٢- الرهبة أو الخوف التي تدفع إلى التعاقد.

٣- اتصال الإكراه بالعاقد الآخر (المادة: ٨٨ - ٨٩. ق - م - ج).

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني: ١٢٠/١ - ١٣٦.

(٤) الدكتور محمود سعد الدين الشريف. شرح القانون المدني العراقي. نظرية الالتزام: ١٩٥/١ بغداد

التعاقد، لذا يجب على القاضي الوقوف على هذا المعيار النفسي من جميع وجوهه والإطلاع على كل ملابساته، أما فيما يتعلق بالاستغلال فإن عدم التعامل التعاقدية هو المعيار، والضابط هو شخصي كذلك حيث يتمثل في الاستفادة من الضعف النفسي للطرف الآخر.

وعلى هذا فالاتجاه العام هو الاتجاه الشخصي، مع مراعاة أن الدافع إلى التعاقد هو العيب، وأن حماية العاقد الآخر واضحة وتهدف إلى المحافظة على استقرار المعاملات، والثقة المشروعة التي تولدت في نفس المتعاقد، وكلها دلالات جعلت من أحكام نظرية عيوب الإرادة في القانون الجزائري أحكاماً أصيلة متأثرة بقواعد القانون المدني الفرنسي وبمبادئ الشريعة الإسلامية، وجاءت بفلسفة جديدة وقاعدة جديدة^(١) ومن هنا يجب على القانونيين الجزائريين دراسة هذه النظرية من هذه الناحية المتميزة، وهذا التحليل الجديد.^(٢)

الفرع الثاني

محل العقد

المحل ركن من أركان العقد، وهو المقصد الأصلي للعقد. ومقصد العقد وغايته وحكمه، مصطلحات ثلاثة يمثل كل منها وجهها لحقيقة واحدة.

فإذا نظرنا من جهة نظر الشارع قبل العقد سمي هذا مقصد العقد أي ما يتوّل إليه، وإذا نظرنا إليه من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سمي هذا حكم العقد، وإذا نظرنا إلى المرحلة المتوسطة إبان التعاقد (مرحلة إيجاده وتمامه) سمي هذا موضوع العقد.^(٣)

(١) يركز القانون المدني الفرنسي على المعيار الموضوعي المجرد، ويربط الفقه الإسلامي بين المعيار الذاتي والموضوعي.

(٢) انظر النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري جـ ١/١٣٧ (الهامش) د/بلحاج العربي.

(٣) المدخل للزرقا: ١/٣١٤-٣١٧ دمشق ١٩٦٧.

وحتى يقوم العقد في الفقه الإسلامي يشترط في المحل شروط إذ يشترط وجوده أو إمكان وجوده وإلا اعتبر العقد باطلا حتى وإن كان محتمل الوجود أو متحقق الوجود مستقبلا.^(١)

فالمعقود عليه هو لب العقد لأنه هو المشبع لحاجات المتعاقدين، وهو الغاية والمقصد من العقد، وقد اتفق الفقه الإسلامي على حقيقتين يجب توافرها في المعقود عليه لأن بدونهما لا يوجد عقد وهما:^(٢)

١- أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه.

٢- أن يكون خاليا من كل ضرر.

وباعتبار أن المعقود عليه يحتل مكانة هامة في ميدان العقد ويعتبر هو

المقصد منه نجد أن الفقهاء قد وضعوا له شروطا بحيث اشترطوا فيه:

١- الطهارة بحيث لا يجوز بيع الخنزير ولا الخمر ولا الميتة قال تعالى:

﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به﴾^(٣)

٢- إمكانية الانتفاع به فلا يجوز العقد على بيع الحشرات لأنه لا نفع فيها

٣- أن يكون مملوكا للبائع حال البيع عدا السلم.

٤- أن يكون مقدورا على تسليمه بحيث لا ينعقد بيع المغصوب

٥- العلم بالثمن والمثمن.

وفي المذاهب الإسلامية تفصيل لذلك.^(٤)

إن محل الحق المدني الشخصي هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به،

سواء أكان القيام بعمل أو نقل حق عيني أو الامتناع عن عمل^(٥) ويذكر الأستاذ

الكبير السنهوري أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد ولكن أهميته لا تظهر إلا

(١) مصادر الحق للسنهوري: ١٣/٣-١٤ (محل العقد).

(٢) الملكية ونظرية العقد لمحمد أبي زهرة: ٢٩٤.

(٣) المائدة: آية ٣.

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٧٨/٥. والفقه على المذاهب الأربعة ج ٢/١٦٣ - ١٦٤ ط: ٥

لعبد الرحمن الجزيري.

(٥) الوسيط للسنهوري: ١ مصادر الالتزام ٣٧٥.

في الالتزام الذي ينشأ من العقد.^(١)

ففي محل الالتزام التعاقدي يقوم المتعاقدان بتعيينه فوجب مراعاتهما للشروط التي يتطلبها القانون.

وقد تناولت القوانين المدنية المحل فتكلم المشرع الجزائري عنه في المواد: (٩٢ - ٩٨) من القانون المدني ، وكذلك تحدث عنه القانون المدني المصري في المواد: (١٣١ - ١٣٥)، والقانون المدني الأردني في المواد (١٥٧ - ١٦٣) والقانون المدني العراقي في المواد: (١٢٦ - ١٣١) ونحاول الآن إلقاء الضوء على أهم شروط المحل وهي:

شروط المحل:

الشرط الأول: أن يكون محل العقد موجودا أو ممكن الوجود. وهذا الشوط نص عليه الفقه الإسلامي فاشتراط أن يكون المحل موجودا فعلا وقت التعاقد، وإلا اعتبر العقد باطلا جاء في البدائع:^(٢) (وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج التناج بأن قال: بعث ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل.)

وشدد الفقه الإسلامي في هذا الشرط خشية من وقوع الضرر وجاء في فتح القدير:^(٣) (لا خلاف في عدم بيع الثمار قبل أن تظهر). لأن هذا من باب النهي عن بيع ما لم يوجد^(٤) لأنه معدوم، وإن كان سيوجد في المستقبل.

أما إذا وجد بعض المحل الآن ويمكن اكتمال بعضه الآخر فقد أجاز الفقه الحنفي بيع ما يوجد من الزرع ومنع ما لم يوجد، أما الإمام مالك - رحمه الله تعالى - فقال إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه كله لأنه لا يمكن أن يظهر دفعة واحدة.

(١) مصادر الحق للسنهوري ٦/٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ١٣٨/٥ - ١٣٩

(٣) فتح القدير: ١٠٢/٥

(٤) بداية المجتهد لابن رشد: ١٢٤/٢.

ويؤيد هذا ما ذكره ابن جزى المالكي^(١) في كتابه "القوانين الفقهية"^(٢) (وإذا كانت الثمرة تطعم بطننا بعد بطن، جاز بيع سائر البطون بيدو صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقائي والتين)

أما مذهب الشافعية والحنابلة فهو كالمذهب الحنفي، وقد جاء في المغني^(٣) (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والبادنجان وما أشبه ذلك إلا لقطعة لقطعة. وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه) ولعل استناد مذهب مالك - وهو الذي أميل إليه - هو أن شراء التجار لهذا النوع من الثمار يكون في بداية نضجها واستوائها، وغالبا ما يكون الربح وارتفاع السعر في بداية الثمرة لذا يحرص التاجر والفلاح معا على الفائدة وتكون هذه الفائدة أكبر في البداية، مع الإشارة إلى أن هذا التعليل المادي ليس هو المقصود أصلا^(٤)، إذ ذكر الإمام مالك العلة وهي (المشقة) وهذه العلة كافية لأن تكون هي الباعث على إجازة بيع كل الثمار دفعة واحدة، وعمليا فإن بائع الزرع مثلا أو المشمش بالجملة فإنه حينما يبيع يعرف كيف يقدر البيع على الجميع على اعتبار أن الاستواء في النضج يتتابع.

أما تطبيق هذا الشرط في القانون المدني فنجد المادة (١٠٩) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: (إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلا)، وعلى نفس المعنى نصت المادة (٩٣) من القانون المدني الجزائري حيث قالت: (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا مطلقا)

ونلاحظ هنا أن القانون المدني الجزائري نص في المادة السابقة على محل الالتزام ولم ينص على محل العقد، وهذا عيب لم يوفق فيه هذا القانون، لأن الحال

(١) ابن جزى: محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي فقيه من العلماء بالأصول واللغة من أهل غرناطة، وله تصانيف، توفي سنة ٧٤١ هـ . الأعلام للزركلي: ج ٣٢٥/٥.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٦١.

(٣) المغني: ٢٠٥/٤ - ٢٠٩ لابن قدامة.

(٤) مع الإشارة إلى أن الفائدة للفلاح أو التاجر لا تتعارض مع الشرط.

يقتضي أن يعالج محل العقد ويبين شروطه، وهذا يقتضي بيان شروط محل الالتزام العقدي.

ونصت المادة (١٢٧) أيضا على هذا الشرط من القانون المدني العراقي وذلك على ما يلي:

١- إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا.
٢- أما إذا كان مستحيلا على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والتزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده.

ويتضح من هذا النص أن المحل قد يكون موجودا وقت انعقاد العقد، وقد يكون ممكن الوجود في المستقبل، أما في حالة الاستحالة المطلقة فالحكم واضح وهو البطلان، وهذا يختلف عن الاستحالة النسبية، لأن الاستحالة - كما نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي إذا كانت على المدين فقط ولم تكن مطلقة في ذاتها صح العقد والتزم المدين بالتعويض، وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، وذلك وفقا للمادة ٩٣ من القانون المدني الجزائري.

أما القانون المدني الأردني فقد ترك ذلك للقواعد العامة على ما نص عليه في المادة (١٥٩).

إذا نلاحظ أن القانون المدني العراقي يجيز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت العقد، ويمكن الحصول عليه في المستقبل إذا عين تعيينا منافيا للجهالة والغرر.

وإكمالا لهذا الشرط نجد أن الفقه الإسلامي رغم أنه يمنع بيع المعدوم إلا أنه أجاز بعض البيوع لضرورة التعامل بها،^(١) حيث أجاز الفقهاء بيع السلم،^(٢) واشترطوا فيه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كتمر فارسي جيد مثلا، وأن يكون معلوم القدر، وأن يكون مما يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف، وأن يكون

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٣/٢٤ وما بعدها.

(٢) السلم هو: بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال، على أن يوجد الشيء ويسلم إلى المشتري في أجل معلوم، جاء في البدائع: السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد. انظر البدائع: ٢٠١/٥ - دار الكتب العربي بيروت - الطبعة: الثانية ١٩٨٢.

الأجل معلوما. (١)

والسلم عقد جائز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانتة عن غرر الانقطاع ما أمكن.

كما أن عقد الاستصناع كالسلم ضرب من ضروب بيع المعدوم. ويختلف عن السلم في أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة، أما البيع في الاستصناع فهو عين لا دين.

ويشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه بيع لذا كان لا بد أن يكون معلوما، وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع. (٢)

والاستصناع كالسلم حيث إنه صورة خاصة من صور بيع المعدوم أجزى لحاجة الناس استحسانا. (٣)

وهذا الذي تقرره الشريعة الإسلامية يتوافق معه ما ذهب إليه القانون العراقي كما تقدم من جواز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت العقد إلا أنه يمكن الحصول عليه مستقبلا إذا عين تعيينا ينافي الجهالة ويبعد الغرر. الشرط الثاني: أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعيين.

إن المحل يجب أن يكون في الفقه الإسلامي معلوما علماً يمنع من المنازعة وعليه فإذا كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد، فالمبدأ في الفقه الإسلامي هو تعيين المحل بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة. ويحصل العلم بطريقتين:

أ — إما أن يكون الشيء موجوداً في مجلس العقد، فيكون العلم به بالإشارة إليه أو برؤيته.

ب — أو يمكن تعيينه بالوصف. (٤)

(١) انظر أهم الشروط الواجب توافرها في السلم في بدائع الصنائع للكاساني ج: ٢٠١/٥ — ٢١٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ — ٢١٠.

(٣) أصول السرخسي ج — ٢٠٣/٢ دار المعرفة بيروت ١٣٧٢ تحقيق أبو الوفاء الأفغاني.

(٤) الحطاب: ٢٨٥/٤ — ٢٨٦.

جاء في البدائع: (١) (إذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع. فإن عين البائع شاة أو ثوبا وسلمه إليه ورضي به جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمرضاة)

وهذه النصوص نستدل بها على تأكيد الشرط الأول من الشرط الثاني وهو: (أن يكون محل العقد معيناً)، وأدوات التعيين تختلف فقد تكون الرؤية وقد تكون الإشارة وقد يكون الوصف.

أما الشرط الثاني من الشرط الثاني وهو: (قابلية المحل للتعين) فيظهر من خلال قراءة النصوص أنه ليس شرطاً أن يكون المحل معيناً فعلاً بل يكفي أن يكون قابلاً للتعين، جاء في فتح القدير ما نصه: (٢) (ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره ...)

نخلص مما سبق أن من شروط المحل أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين وهذا ما نصت عليه المادة (١/٩٤) من القانون المدني الجزائري حيث ذكرت أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً بذاته على وجه يميزه عن غيره ويمنع اختلاطه بغيره فإن كان المحل أرضاً مثلاً يتعين موقعها وحدودها ومساحتها، والسيارة تتعين بصنفها وتاريخ صنعها وقوتها ولونها وهكذا.

وإذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه وصنفه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً (م ٩٤) من القانون المدني الجزائري، وإذا كان الشيء محل الالتزام نقوداً يجب تعيين مقداره، ويلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد (م ٩٥ من القانون المذكور).

كما نصت المادة (١٦١) من القانون المدني الأردني على هذا الشرط بقولها: (يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت التعاقد أو

(١) البدائع: ١٥٦/٥ - ١٥٨.

(٢) فتح القدير لابن الهمام: ج ٨٦/٥ - ٨٧.

ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفى به الجهالة الفاحشة)

وعلى مثل ذلك نصت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي، وتميزت بشيء وهو أنها ذكرت أنه يكفي أن يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر.

وعلى هذا نلاحظ أن محل الالتزام العقدي مهما كانت طبيعته يلزم أن يعين تعيينا كافيا بحيث ينفي الحيرة ويبعد الجهالة بين أطراف الالتزام العقدي. وبهذا نلاحظ اتفاق القانون المدني مع أحكام الشريعة الإسلامية في وجوب توافر هذا الشرط في محل التعاقد، ويلاحظ أيضا أن في الفقه الإسلامي كما في الفقه الوضعي أو القانون أنه إذا وقع العقد على نقود وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها.

الشرط الثالث: أن يكون محل الالتزام العقدي مشروعاً.

تطرق الفقه الإسلامي والقانون المدني لهذا الشرط ويعبر عنه أحيانا بصلاحية المحل للتعامل فيه. فنجد في الفقه الإسلامي عدم جواز بيع المساجد وعدم جواز بيع الموقوف.

فلا يجوز شرعا بيع السمك في البحر والطيور في الهواء إلا بعد الاستيلاء عليه كما هو في القانون الوضعي، قال الزيلعي:^(١) (لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر)^(٢)... وعن ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال: (لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر) رواه أحمد،^(٣) ولأنه باع ما لا يملك فلا يجوز)^(٤)

أما فيما يتعلق بالقانون المدني فنقرأ في المادة (٩٦) من القانون المدني

(١) تبين الحقائق: ج ٤٤/٤ - ٤٥.

(٢) صحيح مسلم: ج ١١٥٣/٣ - دار إحياء التراث العربي بيروت - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

(٣) الحديث رواه أحمد، حديث رقم ٣٦٧٦ ج ٣٨٨/١ مسند أحمد - مؤسسة ترصية مصر.

(٤) لمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى الخطاب: ج ٢٦٣/٤ - ٢٦٤، والمهذب: ج ٢٦١/١ -

٢٦٢، والمغني: ٢٧٢/٤ - ٣٠٢.

الجزائري ما نصه: (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا)، وقد استقر قضاء المحكمة العليا بالجزائر على أنه متى أوجب القانون في الالتزام التعاقدية مشروعية المحل وفقا للمادة (٩٦) اعتبر كل اتفاق مخالف لذلك محظورا. ويرجع أطراف التعاقد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، وهذا هو أثر البطلان.^(١)

ويلاحظ في القانون الجزائري نسبية فكرة عدم القابلية للتعامل، حيث نلاحظ أنه يجوز تأجير المال العام^(٢) دون بيعه، كما أن المخدرات يصح التعامل فيها للأغراض الطبية وفي حدود القانون.

هذا وقد نصت المادة (١/١٣٠) من القانون المدني العراقي على هذا الشرط حيث جاء فيها ما نصه: (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلا)

كما نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري على ضرورة أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه ولم يذكر حقيقة المقصود بالنظام العام أو الآداب العامة، وهذا النهج سار عليه القانون المدني الجزائري في المادة (٩٦) وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (١٨٩) والمادة رقم (١٦٣) من القانون المدني الأردني، حيث ذكر هذا الأخير ما يدخل من آداب في النظام العام المتعلق بالمعاملات المالية.

والأصل في الأشياء أن تقبل التعامل فيها، ويحظر بعضها من التعامل: إما لطبيعتها كالشمس والهواء، وإما أن التعامل فيها ينافي الأغراض المخصصة لها كالأموال العامة، وإما لعدم مشروعيتها أصلا أو قانونا تحقيقا للمصلحة العامة كبيع الحقوق المتنازع عليها، أو لمخالفتها لقواعد النظام العام والآداب وأي تعديل في قواعد القانون المدني سالف الذكر يكون باطلا.

(١) المحكمة العليا ١٦ فبراير ١٩٨٢ الغرفة المدنية، ملف رقم ٢٠٠٧ م ق ١٩٨٩، ٢، ص ٣٧.

(٢) كاستنجاز صالات الولايم وباصات البلدية للمناسبات وغيرها.

المطلب الثالث

آثار العقد وفيه فرعان

تمهيد

إذا انعقد العقد صحيحا فإنه ينتج آثاره^(١) وهي ترتيب الالتزامات على أطرافه، و يجب على كل طرف أن ينفذ ما التزم به. والقاعدة العامة أن المتعاقدين هما اللذان يلتزمان بالعقد دون غيرهما، لذا كان لا بُدَّ من بيان آثار العقد من حيث الأشخاص، وتحديد الخلف العام والخلف الخاص والدائنين.

كذلك يلزم التعرف على مضمون العقد الذي يلتزم به أطراف العقد، ويشمل دراسة آثار العقد من حيث الموضوع، كما يدخل في هذا البحث التعرف على المسؤولية العقدية (ضمان العقد) ثم فسخ العقد. لذا أقسم هذا المطلب على الفروع التالية:

١- آثار العقد من حيث الأشخاص

٢- آثار العقد من حيث الموضوع

٣- المسؤولية العقدية

٤- فسخ العقد

(١) تناول المشرع الجزائري أحكام العقد أو آثاره من المادة (١٠٦-١١٨) من التقنين المدني.

الفرع الأول

آثار العقد من حيث الأشخاص

تخضع القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص إلى مبدأ هام يسمى مبدأ نسبية أثر العقد ومفاده بأن أثر العقد يقتصر على طرفيه وهو ما نصت عليه المادة: (١١٣) من القانون المدني الجزائري بقولها: (لا يُرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا)

فالأصل أن العقد لا يُقيد إلا طرفيه دون غيرهما، وهذه القاعدة أصلها من القانون الروماني والذي انتقلت منه إلى القانون المدني الفرنسي كما نصت المادة (١١٢١)، وأخذ بها المشرع المصري في المادة (١٢٥) والمادة (٢٠٦) من القانون الأردني.

وتفصيل الكلام عن آثار العقد من حيث الأشخاص أتناوله بالترتيب الآتي:

١- أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

إذا استمر العقد فإن أثره لا يتناول سوى المتعاقدين، وعلى هذا فالأجنبي الذي لم يكن طرفا في العقد لا ينصرف إليه أثر العقد سواء كان حقا أم التزاما.^(١)

ومن جهة أخرى فإن النائب الذي يتعاقد باسم الأصيل لا تنصرف إليه آثار العقد الذي أبرمه رغم أنه هو الذي تعاقد، وإنما تنصرف آثار العقد إلى الأصيل مباشرة دون النائب، وعلى هذا نصت المادة (٧٤) من القانون المدني الجزائري.

على أن الجدير بتسليط الضوء عليهم هم الأشخاص الذين يوجدون في منطقة وسطي، حيث إنهم ليسوا أطرافا أصليين في العقد، وبنفس الوقت هم ليسوا أجناب عن الأطراف الأصلية، بل تربطهم بأحد طرفي العقد صلة خلافة أو دائنية،

(١) نقض مدني مصري ١٩٧٧/٠٢/٢١٠. مجموعة أحكام النقض. ٣٨. رقم ٩٤ ص ٤٩١.

لذا وجب البحث عما إذا كان أثر العقد يبتعد عنهم فلا يكسبون حقا ولا يتحملون التزاما أنشأه العقد باعتبارهم أجانبا عنه، أم يمتد إليهم أثر العقد بإلحاقهم بطرفي العقد؟^(١)

وللأستاذ الكبير السنهوري رحمه الله رأي مفاده أنه يجب التوسع في كلمة (المتعاقدين) فليس المقصود بها المتعاقدين فحسب بل المقصود بها المتعاقدان ومن يمثلونهما في التعاقد، فالمتعاقدان إذا تعاقدتا انصرف العقد إليهما وانصرف إلي الخلف العام، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص، وكذلك إلى الدائنين.^(٢)

لذا نجد المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي تنص على ما يلي:
(ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...)

فالخلف العام والخلف الخاص لا يعتبران من الغير في العقد وكذلك الدائنون فينصرف إليهم أثره، لذا أتطرق فيما يلي بتفصيل القول عن الخلف العام والخلف الخاص فأقول وبالله التوفيق:

الخلف العام: المقصود بالخلف العام هو من يخلف الشخص في (ذمته المالية) من حقوق والتزامات أو في جزء منها، وهذا يشمل الوارث والموصى له. ولا شك أن الخلف يتأثرون حتما بالعقود التي يبرمها السلف، فإذا مات شخص مثلا وكان قد رهن داره ضمانا لما عليه من دين ومات قبل سداد الدين، فإن سداد الدين هنا يكون قبل توزيع التركة وذلك عملا بالقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الديون)،^(٣) بهذا أخذ القانون المدني الجزائري في المادة (١٠٨) حيث قالت:

(١) د. بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج١/٢٠٥.

(٢) د. السنهوري . الوسيط ج١-فقرة: ٣٤٤.

(٣) راجع في هذا: د.علي علي سليمان، دعاوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث وعن الضرر المرتد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية - الجزائر رقم ١ص ٢٨٣ علم

(ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة العملية المتعلقة بالميراث).

غير أن مبدأ انتقال وصف الطرف في العقد إلى الخلف العام يرد عليه بعض الاستثناءات أشار إليها نص المادة (١٠٨) من القانون المدني الجزائري^(١) وهي:

١- إذا كانت طبيعة الحق تنتافي مع انتقاله إلى الخلف العام، كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، أو كانت العلاقة القانونية شخصية بحتة كعقد عمل مع فنان، أو مقاوله مع جراح، فلا ينصرف أثر العقد في هذه الحالات وفي أمثالها إلى ورثة العاقد.

٢- إذا ورد نص في القانون يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام كما هو الحال في انتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل (م ٥٨٦ من القانون المدني) وبانتهاء الشركة بموت أحد الشركاء (م ٤٣٩ من القانون المدني)، وغيرها.

٢- أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص:

الخلف الخاص: هو من يتلقى من السلف حقاً معيناً كان قائماً في ذمته سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً، لأنه يتلقى من هذا السلف ملكيته فالمشترى خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وكذلك الموهوب له بالنسبة للواهب أما الاستخلاف في الحق الشخصي فكالحال له الذي هو خلف خاص للمحيل في إطار انتقال الالتزام المدني.^(٢)

(١) د. بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٢٠٧/٢٠٨.

(٢) د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - الالتزامات ص ٥٥، و د. السنهوري - مصادر الالتزام ج ١/٦٠٣، و د. حسن الذنون - المرجع السابق/١٥٧.

وقد نصت المادة (١٠٩) من القانون المدني الجزائري على موضوع الخلف الخاص وكذلك المادة (٢٠٧) من القانون المدني الأردني والمادة (١٦٤) من القانون المدني المصري والمادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٦) من القانون المدني الليبي والمادة (١٤٧) من القانون المدني السوري والمادة (١٣٢) من القانون المدني السوداني والمادة (١٤٢) من القانون التجاري الكويتي.^(١)

٣- أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين العاديين:

ذهب القضاء الفرنسي إلى إدراج الدائن العادي ضمن مفهوم الخلف الخاص بحجة أن حقه في النهاية يتمثل في قيمة مادية خاصة نقداً أو عيناً.

والحقيقة أن الدائن العادي ليس كما ذهب البعض خلفاً عاماً للمدين ^(٢) ولا يعتبر خلفاً خاصاً له كما يرى البعض،^(٣) ومع هذا فإن الدائن يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه، فإذا اكتسب المدين حقاً زادت فرصة الدائن في استيفاء حقه وبالعكس فإن حملته تصرفاته التزاماً ضاقت ، إذ ينجم عن نقص أمواله ضعف الضمان، ولقد خول القانون للدائن حماية قانونية تجاه التصرفات الضارة به، والتي تؤثر على حق الضمان العام، ومنها الدعوى غير المباشرة حتى يحافظ على أموال مدينه نيابة عنه والدعوى (البولصية) أو دعوى عدم نفاذ التصرف ضد التصرفات التي تنقص من حقوق المدين أو التي تتطوي على غش، وأخيراً دعوى الصورية إذا صدر عن المدين تصرف صوري ضار بالدائن،^(٤) كما أن للدائن أن يطلب

(١) راجع في هذا الشأن الأستاذ حامد فهمي - حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص. مجلة المحاماة . السنة: ٨ ص ٥٢٥ وما بعدها.

(٢) 9 Cf. (M) Planiof. Droit civil, T. 2, No1174.

(٣) Bennecase. La situation Juridique du Creancier chirographaire ,RT.D.GV1920, P103et S.

(٤) د. بلحاج العربي - المرجع السابق/ ٢١٧.

شهر إيسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة حتى يتمكن من الحصول على أكبر قدر ممكن من حقه.

٤- أثر العقد بالنسبة إلى الغير:

يقصد بالتعهد عن الغير هو أن يتعهد شخص لآخر بالحصول على قبول شخص ثالث بما التزم به المتعهد كتعاقد الوكيل نيابة عن الأصيل، فهو ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخصا آخر يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الآخر للعقد.^(١)

وهذا التصرف أو التعهد رهين بوجود عقبة مادية أو قانونية تحول دون الحصول على رضا الغير المتعهد عنه وقت التعاقد. وللمتعهد عنه مطلق الحرية في أن يلتزم أو لا يلتزم ، فالتعهد في حقيقته القانونية هو عقد أبرم لحساب المتصرف عنه دون أن يكون نائبا عنه.^(٢)

شروط التعهد عن الغير:

أوضحت المادة(١١٤) من القانون المدني الجزائري بتنظيمها لهذا العقد إلى ضرورة توافر الشروط التالية:

١- أن يتعاقد المتعهد باسمه وليس باسم الغير الذي يتعهد عنه فهو يختلف عن الوكيل الذي يتعامل باسم موكله أو عن الفضولي الذي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته.

٢- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلى إلزام الغير الذي تعهد عنه، إذ لا يمكن شرعا ولا قانونا أن يلزم شخص غيره بمقتضى عقد لم يكن هذا

(١) Boulanger. La promesse du Porte – fort , These , Caen,1933,Bello-Mayre..
Paris 1907, tamboiese These. , Lille,1906

(٢) Planiol et Ripert , T.6, No. 69: weill et Terre. Op.cit, No_523et.S.

الأخير طرفا فيه.^(١)

٣- أن يكون مضمون التزام المتعهد هو الحصول على رضا الشخص الثالث ، والتزام المتعهد التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية فإذا ثبت أن المتعهد بذل ما في وسعه لإقناع الطرف المتعهد عنه بالقبول ولم يقبل فإنه يتحمل تبعه عدم قبول الغير للتعهد.^(٢)

ويقابل نص المادة (١١٤) في القوانين العربية الأخرى المادة (١٥٤) من القانون المدني السوري والمادة (١٥٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٥٥) من القانون المدني الليبي والمادة (١٥١) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٢٦) من القانون اللبناني والمادة (٢٠٩) من القانون المدني الأردني والمادة (١٣٤) من القانون المدني السوداني والمادة (١٥٠) من القانون التجاري الكويتي.

أحكام التعهد عن الغير

للغير مطلق الحرية في قبول التعهد أو رفضه ، ولذا كان التعهد عن الغير تطبيقا للقواعد العامة، ويجب أن نفرق بين احتمالين حتى نوضح أحكامه

١- إقرار الغير للتعهد ٢- رفض الغير للتعهد.

ففي الحالة الأولى وهي: إقرار الغير للتعهد سواء كان ذلك الإقرار صريحا أو ضمنيا فإنه يترتب عليه انصراف أثره إليه، وبإقراره يقوم عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد، ويكون انعقاده من الوقت الذي علم فيه من تعاقد مع المتعهد بهذا القبول، وليس من وقت التعهد ، إلا إذا قبل الغير بأن يكون انعقاده بأثر رجعي وهو ما قصدته المادة (١١٤٩) من القانون المدني الجزائري حين قالت :

(١) الوسيط، للسنيوري ج ١ فقرة ٢٥٩.

(٢) Planio et Ripert , T. 6, No 50.

(أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره)

وينبغي على قبول الغير أن المتعهد قد أوفى بالتزامه، ويرى الشراح هنا أن الأثر الرجعي الذي يتقرر للقبول باتفاق الطرفين في مثل هذه الحالة، لا يسري على الغير الذين كسبوا حقاً قبل القبول وبحسن نية.^(١)

أما في حالة رفض الغير للتعهد فقد أسلفنا أنه إذا رفض الغير التعهد لا يترتب في حقه أية مسؤولية، وليس في القانون الجزائي ما يلزم الغير بالقبول (م ١/١١٤ من القانون المدني)، غير أن رفض الغير معناه أن المتعهد قد أخل بالتزامه، ويجب عليه أن يعرض من تعاقد معه وفقاً للمبادئ العامة في تقديره أو يذهب هو للقيام بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به حيث قالت المادة (١/١١٤) إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم يجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به.

ونشير هنا أنه في حالة قيام المتعهد بتنفيذ الالتزام الذي تعهد بتنفيذه بنفسه ما دام التنفيذ ممكناً ولا يتصل بشخص الغير فإن التزام المتعهد في هذه الحالة التزم بدلي لا يشغل محله إلا شيء واحد وتبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر طبقاً للمادة (٢١٦ من القانون المدني)^(٢)

آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي قرر انصراف العقد إلى العاقد، ولا يجاوزه إلى غيره، فالعاقد الذي يباشر العقد بنفسه ينصرف إليه العقد وحده، ونجد أن الفقه الإسلامي

(١) د. السنهوري - الوسيط: ج ١ فقرة ٣٦٢. د. سليمان مرقس فقرة ٣١٢، د. حشمت أبو ستيت فقرة ٣٠٨، د. أنور سلطان فقرة ١٧٤، و د. عبد المنعم فرج الصدة: فقرة ٣٥٥، د. محمد حسنين ص ١٠٠ - ١٠١، د. جمال زكي: فقرة ١٤٨.

(٢) د. السنهوري - الوسيط ج ١ فقرة: ٣٦٤.

يميز بين حكم العقد و هو الأثر الأصلي للعقد، والغرض من إنشائه وحقوق العقد وما يستتبعه من التزامات ومطالبات، ولنضرب لذلك مثلا:

حكم عقد البيع هو ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع بتسليم المبيع وقبوله إذا رده إليه بسبب العيب، وثبوت حقه في المطالبة بالثمن، وإلزام المشتري بأداء الثمن، وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع ورد المبيع إذا وجدته معيبا وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلا لأثر العقد ومحافظة عليه وتوفيرا لكمال الانتفاع به.^(١)

و نصت المادة (٢٧٨) من مرشد الحيران على ما يلي^(٢): (يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان بنفسه أو يوكل به غيره فمن باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه، فهو الملزوم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والأحكام.

الخلف العام:

يميز الفقه الإسلامي بين الحقوق الناشئة من العقد، والديون المترتبة عليه، فالحقوق الناشئة من العقد تنتقل إلى الوارث خلف المورث في الحقوق.

أما الديون المترتبة على العقد الذي أبرمه المورث فإنها لا تنتقل إلى الوارث وإنما تبقى في التركة، كما يكسب الوارث حقوق الارتفاق والتعلي وحقوق قبول الوصية.

أما الحقوق التي لا تنتقل من المورث إلى الوارث فهي الحقوق غير المالية كحق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال، كما أن الحقوق المالية التي تتصل بمشيئة المورث لا بماله فلا تنتقل إلى الورثة كالخيارات وحق

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ٣٤٦-٣٤٧.

(٢) مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا المادة: ٢٧٨.

الشفعة، ومن الخيارات مثلا خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب، أما حق الشفعة فإن الحنفية^(١) ورواية عن احمد^(٢) أنه لا يورث، وذهب مالك^(٣) والشافعي^(٤) إلى أن حق الشفعة يورث.

أما عن انتقال الديون المترتبة على العقد من المورث إلى الوارث كما في القانون الفرنسي، فإن هذا لا يقره الفقه الإسلامي فالمسئول عن دين المورث هي تركته، لان الحقوق التي تترتب على الميت هي : تجهيزه وتكفينه ودفنه ثم قضاء دينه ثم تنفيذ وصيته في حدود الثلث ثم توزيع التركة على الورثة.^(٥)

نخلص من هذا إلى أن الحق هو الذي ينتقل إلى الورثة من الوارث دون الدين.

الخلف الخاص:

الخلف الخاص في الفقه الإسلامي — كما عرفناه في القانون الوضعي — ينصرف إليه أثر العقد الذي أبرمه سلفه من حيث الحقوق ومن حيث الالتزامات كما هو الحال في القانون الغربي، فلو باع شخص دارا مرهونة فلاشك أن المشتري — وهو خلف خاص — تنتقل إليه الدار محملة بحق المرتهن ولا ينفذ البيع إلا بإجازة المرتهن، ومن ثمة يتحمل الخلف الخاص أثر العقد من حيث الالتزامات.

(١) البدائع : ج ٢٢/٥.

(٢) المغني : ٣٤٦-٣٤٧ الطبعة الثالثة.

(٣) بداية المجتهد : ١٩٨/٢ لابن رشد القرطبي - دار الفكر بيروت.

(٤) المهذب ج ١/٣٨٣. ويمكن مراجعة ما ينتقل من الحقوق إلى الورثة وما لا ينتقل: الفروق للقرافي ٢٧٠/٣-٢٧٩، والقواعد لابن رجب/٣١٥-٣١٨.

(٥) المبسوط للسرخسي: ١٣٦/٢٩-١٣٨، وانظر في تحمل التركة لدين الميت: المدونة الكبرى ج ١٣/٥٧-٥٩، والمهذب ج ١/٣٢٧، والمغني: ٤٨٧/٤.

الفرع الثاني

آثار العقد من حيث الموضوع

إن للعقد قوة ملزمة تساوي قوة القانون، فيجب على كل عاقد تنفيذ الالتزامات التي ترتبت في ذمته بمقتضاه و إلا كان مسئولاً عن عدم تنفيذها، ومن هنا فإن تحديد موضوع العقد أو مضمونه أمر هام لمعرفة مقصود الطرفين، والالتزامات الناشئة عن العقد، ومدى التزام العاقدين بتنفيذ العقد وحدود القوة الملزمة، لذا فإن قوة العقد من حيث المضمون تثير أمرين هما:

أولاً: تحديد نطاق العقد.

ثانياً: تنفيذ العقد.

وتفصيل القول عنهما على ما يلي:

أولاً: تحديد نطاق العقد

إن مراحل خطوات العقد لدى القاضي بعد تكييف العقد هي عبارة عن إعطائه وضعاً قانونياً صحيحاً لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف.^(١) وتحديد نطاق العقد تتم على أساس ما ارتضاه الطرفان بالفعل وهناك عوامل في الفقه الإسلامي يُسترشد بها في تحديد نطاق العقد وهي العرف والعادة وطبيعة الالتزام،^(٢) وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية كثير من القواعد التي تُلزم

(١) لأن القواعد القانونية التي تحكم عقد البيع تغاير تلك التي تحكم الهبة، أو الإجارة، أو الشركة أو المعاولة ... الخ راجع : د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج١/٢٤٢.

(٢) المنهوي - مصادر الحق ج٤٢/٦ وما بعدها.

الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد منها:

١- العادة محكمة : و أصل هذه القاعدة هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)،^(١) ويتطرق ابن نجيم^(٢) إلى هذه القاعدة^(٣) كما ذكرتها مجلة الأحكام العدلية،^(٤) وجاء في شرح الأستاذ سليم رستم باز^(٥): (العادة المتعارفة في سائر البلاد تسمى [العرف العام]، والمتعارفة فقط عند قوم أو في بلدة يطلق عليها اسم [العرف الخاص] . والحكم العام يثبت بالعرف العام وبه يتخصص النص، فبيع المعدوم باطل وهذا حكم شرعي ثابت بالنص ولكن بناء على تعامل الناس في كل البلاد جوزوا الاستصناع والإجارة على خلاف القياس، فلا يعمل بالنص إلا فيما سوى ذلك وأمثاله، أما العرف الخاص فلا يثبت إلا بحكم خاص..).

٢- الممتنع عادة كالممتنع حقيقة،^(٦) وذلك كمن ادعى مالا كبيرا على آخر والمدعي معروف بفقره، ففي هذه الحالة لا تسمع دعواه لأنها من الممتنع عادة فهي كالممتنع، مع الإشارة إلى كون المدعي لم يصب مالا عن طريق الإرث ولا من أي وجه آخر.

(١) أورد هذا الحديث السيوطي وبعض الأصوليين. انظر الأشباه والنظائر ج ١/٨٩ دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، وقال عنه: قال العلائي ولم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف، وبعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول ابن مسعود.

(٢) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي الشهير بابن نجيم، فقيه أصولي، من تصانيفه: شرح منار الأنوار في أصول الفقه، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر. معجم المؤلفين: ج ٤/١٩٢.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٤٦-٤٧.

(٤) المادة ٣٦ من المجلة.

(٥) شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٥.

(٦) المادة (٣٨) من المجلة.

— الحقيقة تترك بدلالة العادة.^(١) فلفظ الفقيه يطلق عند الفقهاء على المجتهد لكن إذا وقف رجل ماله أو أوصى به للفقهاء فإنه يشمل المجتهد والمقلد لأن لفظ الفقيه يطلق على المقلد عادة فينصرف كلام الواقف أو الموصي إلى ما هو متعارف عليه في زمنه.^(٢)

كما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم ما نصه:^(٣) (الحقيقة تترك بدلالة العادة إذ ليست العادة إلا عرفاً عملياً... حلف لا يأكل لحماً. حنث بأكل الكبد والكرش على ما هو في الكنز مع أنه لا يسمى لحماً عرفاً. ولذا قال في المحيط: إنه إنما يحنث على عادة أهل الكوفة، وأما في عرفنا فلا يحنث لأنه لا يعد لحماً، انتهى وهو حسن جداً)

كما أن عرف سكان البادية يختلف عن عرف سكان الجزر في إطلاق لفظ اللحم، فأهل البادية يقصرونه على ما هو معروف من لحم الغنم أو البقر أو نحو ذلك ولا يدخلون فيه السمك بينما أهل الجزر يدخلون فيه السمك، وهذا يدل على أن المصطلحات العرفية تختلف من مجتمع إلى آخر.

هذه بعض النماذج من القواعد سقتها على سبيل الاستدلال لا الحصر للدلالة على أن العرف في الفقه الإسلامي يدل على تحديد نطاق العقد كما هو في القانون الغربي، وننتقل بعد ذلك إلى طبيعة الالتزام.

١ — طبيعة الالتزام:

إن طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي تقتضي أن يلحق بالعين ما هو تابع لها، وما تستلزمه طبيعتها من ملحقات فمثلاً إذا بيع حيوان وفي بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً، ومن اشترى داراً ملك الطريق الموصل إليها.

(١) المادة (٤٠) من المجلة.

(٢) شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٢.

جاء في المجلة: ^(١) (التابع تابع، والتابع لا يفرد بالحكم)، قال ابن نجيم: ^(٢) (القاعدة الرابعة: التابع تابع: تدخل فيها قواعد: الأولى أنه لا يفرد بالحكم. ومن فروعها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً ولا يفرد بالبيع، والهبة كالبيع، ومنها الشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً ولا يفردان بالبيع على الأظهر).

كما أن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته، قال الأستاذ سليم باز في شرح المجلة: ^(٣) (وإذا اشترى قفلاً دخل فيه مفتاحه، ولو اشترى بقرة لأجل حلبها دخل رضيعها في البيع وإن لم يذكر).

كما أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع ^(٤) وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ^(٥) قال ابن نجيم: ^(٦) (التابع يسقط بسقوط المتبوع.. يقرب من ذلك ما قيل بسقوط الفرع إذا سقط ومن فروعه قولهم: إذا برئ الأصل برئ الكفيل، بخلاف العكس)، وقال الأستاذ سليم باز: ^(٧) (فإذا فسد الصلح والبيع، بطل ما وقع في ضمنهما من الإقرار والإبراء بين المتعاقدين).

هذا وقد نقل القانون المدني العراقي عن الفقه الإسلامي القواعد المتعلقة بتحديد نطاق العقد عن طريق العرف والعادة والعدالة وطبيعة الالتزام في النصوص التالية، ^(٨) المادة (٢/١٥٠): ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة

(١) انظر المادة: ٤٧ و ٤٨ من المجلة العدلية.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠.

(٣) ص ٤٠ شرح المجلة لسليم باز.

(٤) المادة (٥٠) من المجلة.

(٥) المادة (٥٢) من المجلة.

(٦) الأشباه والنظائر ص ٦١.

(٧) شرح المجلة ص ٤١.

(٨) انظر المواد: ٤٦٩ - ٨٠ من مرشد الحيران.

فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

المادة (١٥٦): تترك الحقيقة بدلالة العادة.

المادة: (١٦٣):

١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

المادة: (١٦٤):

١- العادة محكمة، عامة كانت أو خاصة.

٢- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها.

المادة (١٦٥) إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت، والعبرة للغالب الشائع

لا النادر.

وما دام تحديد مضمون العقد يتعلق بالآثار القانونية التي تترتب على العقد، فإنه يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا في القانون المدني الجزائري إذا كان قاضي الموضوع قد استعان في ذلك بأحكام القانون أو العرف أو طبيعة التعامل فإذا زاد التزاما ما كان يصح أن يرتبه العقد كان هذا مؤديا إلى نقض الحكم.^(١)

٢- إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد.

في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي القوة الملزمة للعقد إذا تحققت وجب تنفيذه بين أطرافه بما يوجب مبدأ حسن النية وشرف التعامل، ويجب على أطراف

(١) المحكمة العليا. غ. ج. ١١ جانفي ١٩٨٢. ملف رقم: ٢٧١٠٥ (غير منشور).

العقد التعاون في أداء الالتزامات التي تضمنتها شروط العقد، وهذا التنفيذ قد يكون مرهقا على أحد أطراف العقد بفعل ظروف تطرا لم تكن معلومة وقت إنشاء العقد، فما حكمها؟

لذا وجب دراسة تنفيذ العقد ونظرية الظروف الطارئة.

ثانيا تنفيذ العقد:

١- إلزام المتعاقد بما اشتمل عليه العقد.

يذهب الفقه الإسلامي إلى أن الواجب هو تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه إلا ما اتفق عليه الطرفان، وفي هذا احترام لمبدأ سلطان الإرادة ودورها في إنشاء العقد أو التصرفات الشرعية والقانونية.

ولا يستثني الفقه الإسلامي من وجوب تنفيذ العقد إلا ما يخص البطلان أو الفسخ كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد من غير رضا المتعاقدين جميعا، وفي هذا المجال يعرف الفقهاء المسلمون نظرية (فسخ العقد للعدر)^(١) كما أن الفقه الإسلامي اهتم بالنيات وجعل المقاصد معتبرة في التصرفات.

وقد جاءت نصوص في مرشد الحيران تدلل على نقل الملكية كإجراء لتنفيذ العقد نختار منها (المادة ٧٤): (ينتقل ملك العين المباعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحا باتا نافذا لازما، سواء كانت عقارا أو منقولا).

المادة (٧٧): الهبة تملك العين بلا عوض، وقد تكون بعوض.

المادة (٨٢): إذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له، بطلت الهبة.

المادة (٤٨٠): الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض،

(١) السنهوري، مصادر الحق. ج ٦/٥٠.

كالثمار والنتاج تكون حقا للمشتري.

فمن خلال النصوص السابقة وغيرها مما هو في معناها يتبين أن العقد، ينقل الملك بعوض وبغير عوض كما أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد، وأن للمشتري حق التصرف في المبيع حتى قبل القبض،^(١) أما إن كان منقولا فلا يتصرف فيه إلا بعد القبض كما هو عند الحنفية.^(٢) فنلاحظ أن العقد في الفقه الإسلامي ينقل الملك، وإذا كان العقد هبة فلا ينفذ العقد ولا ينتقل الملك إلا بالقبض، ولا بد أن يكون الواهب حيا أما عند المالكية فتجوز الهبة دون قبض.

جاء في فتح القدير:^(٣) (القبض لا بد منه لثبوت الملك، وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع) وجاء في المهذب:^(٤) (ولا يملك الموهوب له الهبة من غير قبض)، وجاء في المغني:^(٥) (المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض)، وجاء رأي مذهب مالك في الخرشي:^(٦) (الشيء الموهوب يحاز عن واهبه، ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبي الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له لأن الهبة تملك بالقول على المشهور...) وسواء تم التصرف قبل القبض أو بعده فإن الفكرة العامة هي وجوب تنفيذ متطلبات العقد وحصول صاحب الحق على حقه من الطرف المقابل له.

هذا وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (١٤٥) على ما يلي: (أيضا كان المحل الذي يرد عليه العقد، فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه).

(١) هذا عند المالكية انظر بداية المجتهد ص ١٣٥ وأما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز التصرف في المبيع قبل القبض انظر الأم ج ١٨٠/٢ وج ٦٠/٣ وفتاوى ابن تيمية ج ٧٤/٤-٧٥.

(٢) انظر مختصر الطحاوي. ص ٨٤ و ٨٥.

(٣) ج ١١٣/٧-١١٧.

(٤) جزء ٤٤٧/١.

(٥) ج ٥٩١/٥-٥٩٣.

(٦) الخرشي: ج ١٠٥/٧-١٠٦.

والقاعدة العامة في نطاق التنفيذ الاختياري للالتزامات وجوب التنفيذ بحسن نية وهو ما نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (١/١١٣٤) والمادة (١٥٧) من القانون المدني الألماني والمادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري في المادة (١٠٦) منه فقد قضت بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، وظاهر المادة (١٠٦) يقضي بأن لا يملك أحد المتعاقدين أو حتى القاضي نقض العقد أو تعديله، لأن العقد هو ثمرة اتفاق بين إرادتين فلا تستطيع إرادة واحدة أن تعفى منه أو تعدل فيه،^(١) وقواعد العدالة تقضي بعدم تدخل القاضي في قانون العقد بنقضه أو تعديله، غير أن القانون يجيز في بعض العقود لأي من المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد كما في الوكالة المادة (٥٨٧-٥٨٨) والوديعة (المادة ٥٩٤) والشركة (المادة ٤٤٠) والإيجار (المادة ٤٧٤ و ٤٧٥) أما عقد الهبة فيجوز لواحد من المتعاقدين نقضه انظر المادة (٢/٢٠٢) من القانون المدني الجزائري.

أما بخصوص عقود الإذعان فقد مضت المادة (١١٠) من القانون السابق على أنه إذا تم العقد بطرق الإذعان جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.^(٢) أما القانون المدني العراقي فإنه قد أجاز الخروج على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) في حالتها عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة،..... لأن في عقد الإذعان يختل التوازن الاقتصادي عند تكوين العقد فيتم الوقوف إلى جانب الضعيف، أما في نظرية الظروف الطارئة فيختل التوازن أيضا عند تنفيذ العقد فيصار إلى تعديل العقد وقوفا إلى جانب الضعيف أيضا.

(١) مجلس قضاء ورقلة بالجزائر: ٥ نوفمبر ١٩٦٩. نشرة القضاء: ١٩٧٠ عدد ١/١٢٨ - ١٢١.

(٢) د. بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج ١/٢٥٠. ويلاحظ هنا أن هذه السلطة التي منحت للقاضي على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد وذلك لما تتطلبه قواعد العدالة من حماية الطرف المذعن.

٢- نظرية الظروف الطارئة^(١)

تقوم فكرة نظرية الظروف الطارئة على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي في المرحلة اللاحقة لتكوين العقد لحصول حوادث استثنائية عامة غير متوقعة أثناء التنفيذ، حيث يصبح المدين مرهقا، بإحاقه بخسارة جسيمة إذا هو أتم العقد، لأن تنفيذه لا يدخل في مجال الاستحالة.

ويظهر في هذه النظرية بوضوح دور القاضي في تعديل العقد وتحقيق التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، ولو لا نظرية الظروف الطارئة لتعرض المدين إلى خسارة فادحة.

وقد تجلت هذه النظرية بجلاء في نظرية العذر في الفقه الحنفي، وفي نظرية الجوائح في الفقه المالكي والحنبلي والنظريتان (نظرية العذر، ونظرية الجوائح) تقتربان من نظرية الظروف الطارئة، وذلك لأن الأولى تهدف إلى فسخ العقد دفعا للضرر، وتهدف الثانية إلى تعديل العقد إذا تغيرت ظروف التعاقد على ظروف التنفيذ، هذا فوق أن القواعد الكلية في دفع الضرر توجد للضرورة أساسا لهذه النظرية. وذلك كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^(٢) وقاعدة (المشقة تجلب التيسير)^(٣) وقاعدة (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح)^(٤) وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)^(٥).

(١) يمكن مراجعة المصادر التالية: الوسيط للسنهوري ج ٦٢٩/١ وما بعدها، ود. عبد المجيد الحكيم المرجع السابق ص ٣٩٤ وما بعدها، ود. السنهوري مصادر الحق: ج ٢٠/٦ وما بعدها، ود. غازي عبد الرحمن ناجي اختلال التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ص ١٦١ - بغداد ١٩٨٦، ود. فاضل شاكر النعيمي نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون - رسالة ماجستير ص ١٦١ بغداد ١٩٦٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ج ٧/١، ومباني الحديث عن القاعدة في الباب الثاني إن شاء الله.

(٣) المجلة: ج ١٨/١، والأشباه والنظائر للسيوطي: ج ٧/١ - ٧٦.

(٤) المجلة: ج ١٩/١، والأشباه والنظائر للسيوطي: ج ٨/١ - ٨٧.

(٥) المجلة: ج ١٨/١.

وإذا لاحظنا العذر عند الحنفية فقد نجد في جانب المستأجر وقد نجده في جانب المؤجر وقد نجد في العين المؤجرة، جاء في البدائع: (١) (العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤجر أما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق ... وأما الذي هو في جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح ...)

والأساس الذي يقوم عليه الفسخ بالعذر هو تحمل العاقد ضررا لم يلزمه وهذا ما تؤيده القواعد التي ذكرتها سابقا، جاء في البدائع: (٢) (الإجارة تفسخ بالأعذار ... لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد)

ويظهر مما تقدم أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار وفي الوقت نفسه لا يوافقون المالكية حينما فسحوا المجال لإنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار، وهذا يتفق فيه المالكية مع الحنابلة.

والجائحة هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو من آفة كالعفن، والعطش يعتبر آفة بلا خلاف، ومحل الجائحة هو الثمار والبقول، ووقت إصابة الثمار بالجائحة هو الوقت الذي يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفي طبيبه، والمقدار الذي تجب فيه الجائحة في الثمار هو الثلث. (٣)

أما في القانون المدني فإن نظرية الظروف الطارئة أخذت مجالا جيدا في التشريعات المدنية كالقانون المدني المصري في المادة (١٤٧) والقانون المدني

(١) بدائع الصنائع: ٢٩٧/٤.

(٢) بدائع الصنائع: ١٩٧/٤، أما المذاهب الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة فيرون أن الإيجار يفسخ بالعذر. انظر الخطاب: ٤٣٢/٥ - ٤٣٣، والمدونة: ٥٦/١١ و ١٧٢، والمهذب ج ١/٤٠٥ - ٤٠٦، والمغني: ٤١٨/٥ - ٤٤٥ - ٤٤٦.

(٣) انظر بداية المجتهد لابن رشد: ١٥٤/٢ - ١٥٥، والمدونة الكبرى: ٢٥/١٢ - ٢٦ - ٣٧ - ٣٨، والمغني: ٢١٦/٤ - ٢١٧.

العراقي في المادة (١٤٦) والقانون المدني الأردني في المادة (٢٠٥) والقانون المدني الجزائري في المادة (١٠٧)، ونلاحظ هنا أن القانون المدني الفرنسي القديم رفض الأخذ بهذه النظرية كما رفض القانون المصري القديم^(١) العمل بهذه النظرية على أساس أن الأخذ بها بدون رضا الطرفين هو بمثابة نقض جزئي للعقد شأنه في ذلك شأن القضاء الفرنسي^(٢) (المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي)^(٣) أن هذه النظرية وجدت لها نصيراً في القضاء الإداري^(٤) وأخذت تظهر في القوانين الحديثة كالقانون البولوني (م ٢٦٩) والقانون الإيطالي (م ١٤٦٧) والقانون السوري (م ٢/١٤٨) والقانون الليبي (م ١٤٧).

ووفقاً للمادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري فإنه يتعين توافر شروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهي:

١- أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه.
٢- أن يكون الحادث الذي طرأ حادثاً استثنائياً وعاماً وليس في الوسع توقعه.

٣- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.
ومتى توافرت الشروط الثلاثة المتقدمة كان للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وله

(١) نقض مدني مصري: ١١ ج ١ نفي ١٩٣٢، المحاماة ١٢٠، ص ٧٢٣ - ١٥ مايو ١٩٤٧. م.ن. ج. ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥.

(٢) نقض مدني فرنسي ٦ مارس ١٨٧٥، والوز ١٨٧٦. ١ - ١٩٣.

(٣) نقض مدني فرنسي ٦ جوان ١٩٢١، والوز ١٩٢١ - ١ - ص ٧٣، ١٥ نوفمبر ١٩٣٣. G.P. ١٩٣٤، ١، ٥٨.

(٤) مجلس الدولة الفرنسي ٢٠ مارس ١٩١٦، سيرى ١٩١٦، ٣ - ١٧.

تعديل العقد في حدود مهمته العادية وهي التفسير،^(١) وله أن يختار أكثر من وسيلة لهذا التعديل، وتتمثل سلطة القاضي وفقا لهذه النظرية فيما يلي:^(٢)

١- أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث إذا كان مؤقتا يرجى زواله (م ٢/٢٨١ من القانون المدني الجزائري)

٢- أن ينقص إزام المدين المرهق.

٣- أن يزيد في التزام الدائن بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين الدائن والمدين.

٤- أن يجمع بين إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أي أن يوزع الزيادة المألوفة على عاتق طرفي العقد.

هذا ونلاحظ أن القانون الجزائري وزيادة على نص المادة (٣/١٠٧) منه، فقد أورد بعض الحالات الخاصة ومن أمثلة ذلك ما نراه في عقد الإيجار (م ٥١٠ و ٥١٣) وحق الارتفاق (م ٨٨١) وعقد المقاولة (م ٥٦١ و ٥٦٢)، حيث إذا تعلق أمر بحالة من هذه الحالات الخاصة وجب تطبيق النص المتعلق بشأنها لا النص العام الوارد في المادة (٣/١٠٧).

وبالتأمل في كل النصوص السابقة يظهر بجلاء أن إدراج نظرية الظروف الطارئة ضمن المادة (٣/١٠٧) من القانون المدني الجزائري هو خطأ يجب تلافيه، لأن هذه النظرية تعتبر استثناء يرد على مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) (م ١٠٦)، وعليه فيجب على المشرع الجزائري نقل فقرة المادة (١٠٧) إلى فقرة ثانية للمادة (١٠٦)، والتي تنص على المبدأ السابق.

(١) (A) Benchened. Thorie generale du contrat, No. 209 et s.

(٢) د/بلحاج العربي. - ج - ٢٥٨/١ - ٢٥٩ - المرجع السابق.

٣- المسؤولية العقدية

المسئولية العقدية هي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، وتنهض لوجود هذا الإخلال العقدي، وطبيعي أن هذا الأمر يستوجب عقدا صحيحا.

وسواء أكان الالتزام في اصطلاح القانونيين التزاما بتحقيق غاية كنقل الملكية مثلا إلى مكان أو تسليم شيء معين، أو التزاما ببذل عناية وذلك كالمحافظة على الوديعة والعارية أو العين المؤجرة.^(١)

فقيام المسؤولية التقصيرية يفترض أن هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه، وأن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعله (أي إلى خطئه) أما في حالة انتفاء الخطأ بقيام سبب أجنبي فلا محل لمساءلة المدين وعلى هذا نصت المادة (١٧٦) من القانون المدني الجزائري بقولها: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه).

والتزام البائع بنقل الملكية و تسليمها هو التزام غاية،^(٢) حيث جاء في المجلة:^(٣) (إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري، ولا شيء على البائع)، وتقول المادة (٢٩٣):^(٤) (إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري) ويقول السرخسي^(٥): (قبل قبض المبيع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن، والعقار في هذا كالمقول حتى

(١) مصادر الحق للسنهوري ج ٣٩/٦.

(٢) السنهوري مصادر الحق ج ٣٩/٦.

(٣) انظر المادة: ٤٩٤ من المجلة.

(٤) انظر المجلة في هذه المادة.

(٥) السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي (شمس الأئمة) متكلم فقيه أصولي مناظر من طبقة المجتهدين في المسائل، من آثاره: المبسوط. معجم المؤلفين: ج ٢٣٩/٨.

إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك، سقط الثمن).^(١)

فالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، والتزام من تسلّم عينا على سوم الشراء بردها إلى المالك وكذلك التزام الأجير المشترك كالنساج والقصار والخياط والنجار والبناء والصانع والخباز والطباخ والكاتب وغير ذلك كل هذا يدخل تحت القيام بعمل وهو التزام بتحقيق غاية جاء في مجمع الضمانات:^(٢) (الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل...والممتاع أمانة في يده، إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له).

وأما الالتزام ببذل عناية، فهو التزام المدين ببذل عناية الرجل المعتاد وإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية اعتبر مقصرا ويسمى هذا التقصير في الفقه الإسلامي تعديا.

ونشير هنا إلى بعض أنواع الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي وهي:
التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، والتزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة، والتزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة والتزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة والتزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل^(٣) ولا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توافرت أركانها وهو: الخطأ في جانب المدين والضرر الناجم عن الخطأ في جانب الدائن ثم وجود علاقة تقوم بين الخطأ وبين الضرر، وعلى هذا ندرس أركان المسؤولية العقدية على ما يلي.

(١) المبسوط للسرخسي ج ٩ / ١٣.

(٢) مجمع الضمانات لأبي محمد بن غانم البغدادي ص ٢٧ - ٤٧ - ٤٨.

(٣) السنهوري مصادر الحق ج ٦ / ١٥٣. وانظر مجمع الضمانات ص ١٣ - ١٦ - ٢١ - ٢٦ - ٧٣ - ٨٧.

أ- الخطأ العقدي:

الخطأ لغة: الزلل عن الحق،^(١) وهو تجاوز الحد، ويقصد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق. وهو عبارة عن انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو هو العمل الضار بدون حق، و أشار ابن نجيم على أن معيار التعدي مادي موضوعي،^(٢) فينظر للاعتداء على أنه واقعة مادية يترتب عليها المسؤولية، وهي عبارة عن تعويض الضرر كلما حدثت هذه المسؤولية، ولا ننظر إلى قصد المتعدي هنا ولا إلى نوع الأهلية إذ أنه في ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ كما أنه لا فرق بين الكبير والصغير.^(٣) والقيام بالتعدي سواء أكان إيجابيا كإحراق غابة مثلا أو سلبيا كترك حفظ الوديعة فإنه يوجب الضمان بهذا التعدي فمن شاهد إنسانا يسرق الوديعة ولم يمنعه وكان قادرا على ذلك ضمن بتركه الحفاظ الملتزم بالعقد^(٤) ولا فرق أن يكون التعدي حاصلًا بالمباشرة أو بالسبب وذلك كقطع أشجار الغير أو حفر بئر في مكان عام بدون إذن أو ترخيص،^(٥) كما أن من يمتنع عن بذل طعام للمضطر إليه وهو قادر حتى مات ذلك المضطر كان متسببا في الهلاك.^(٦)

أما الخطأ العقدي في القانون المدني فقد نصت عليه المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت

(١) التعاريف لمحمد عبد الرؤوف المناوي ج ٣١٧/١ دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ تحقيق: د. محمد رضوان الدابة.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١٣، ومصادر الحق للسنيوري ج ١٤٩/٦.

(٣) بداية المجتهد: ج ٢/٢١١، كشف القناع: ج ٤/٩٩، كشف الأسرار لليزدوي: ٣٨٣/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٢٣، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج: ج ٢/١٧٢.

(٤) تكملة فتح القدير: ٩١/٧، والبدائع: ٢١١/٦، والمبسوط: ١١٣/١١.

(٥) راجع المواد: ٩١٩ إلى ٩٢٠ - ٩٢٤ - ٩٢٧ من المجلة.

(٦) قواعد الأحكام ج ٢/١٣١، ونظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٨٤.

عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون ذلك إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

كما نص القانون المدني الكويتي في مادته (٢٩٣) على المسؤولية العقدية وأطلق عليها تسمية (التنفيذ بطريق التعويض) وقد أشار إلى صورتين من صور الخطأ العقدي وهما:

١- حالة عدم القيام بالتنفيذ ٢- حالة التأخر بالتنفيذ

كما نصت المادة (١٧٦) من القانون المدني الجزائري على الخطأ العقدي وجاء فيها: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

فلاحظ كذلك من هذه المادة أن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه يكون قيام هذه المسؤولية، ويستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال، أو عن فعل يكون سببه مجهولاً سواء أكان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو متأخراً أو معيناً.^(١) ففي كل هذه الصور يتوافر الخطأ العقدي، وتقوم مسؤولية المدين على هذا الأساس من الخطأ ولا يستطيع المدين دفع المسؤولية إلا إذا أثبت أن سبب عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه طبقاً للمادة (١٧٦).^(٢)

هذا وقد فرق القانون المدني الجزائري في مسؤولية العاقد عن فعله الشخصي بين ثلاثة أنواع من الالتزامات وهي:

١- الالتزام بتحقيق غاية: ويكون تنفيذه بتحقيق نتيجة معينة كالالتزام بنقل

(١) انظر: د. علي سليمان النظرية العامة للالتزام ص ١٢٢، د. محمد صبري السعدي شرح القانون المدني الجزائري ج ١/٣٢١، د. محمد حسنين الوجير في نظرية الالتزام ص ١٧٧. وبلحاج العربي، مفهوم الخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري، الرسالة القانونية عدد ٣ و ٤ عام ١٩٩٤.

(٢) المحكمة العليا: ٤ م، مارس ١٩٨٢، رقم ٢٧٤٢٩ م، ق ١٩٨٩، ص ٤٢ (في مسؤولية ناقل المسافرين).

ملكية^(١) أو بإقامة بناء^(٢) أو بتسليم بضاعة،^(٣) ولقيام الخطأ العقدي هنا يكفي عدم تحقيق الغاية من قبل المدين.

٢- الالتزام ببذل عناية: فهي العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ التزامه دون أن يكون مطالباً بإدراك النتيجة أو بتحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن ووفقاً للمادة (١/١٧٢) فإن العناية المطلوبة هنا هي عناية الرجل العادي. وطبقاً لقرار المحكمة الجزائرية العليا فإن الطبيب لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبتت الضحية أن الضرر نتيجة إهمال أو تقصير في العلاج.^(٤)

٣- الالتزام بالسلامة كما هو شأن ناقل المسافرين، وجراح الأسنان وعبادة الأمراض النفسية، ومحطة المياه المعدنية.^(٥)

الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء:

إن الخطأ العقدي يتحقق بمجرد عدم وفاء المدين بالتزامه، ولا يؤثر في تحققه أن يكون عدم الوفاء راجعاً إلى فعل شخص آخر غير المدين سواء أكان هذا الشخص تابعاً له أو بديلاً عنه أو نائباً عنه أو مساعداً له في تنفيذ العقد.

إن عدم الوفاء بالالتزام إذا رجع إلى أحد أتباع المدين أو إلى فعل شخص آخر أحله المدين محله في تنفيذ الالتزام كالمقاول^(٦) أو المستأجر من الباطن^(٧) أو كان يرجع إلى فعل النائب عن المدين كالوصي أو الوكيل أو إلى فعل شخص

(١) المحكمة العليا. غ. ن. ب فبراير ١٩٨٩ النشرة السنوية ١٩٦٨ ص ٩٣ - ٩٤.

(٢) المحكمة العليا. غ. م ١٣ جوان ١٩٩٠. مذكور سابقاً.

(٣) المحكمة العليا. غ. م. ت ٢٠ ديسمبر ١٩٩٠ رقم ٧٢١٩١. م. ق ١٩٩٢. ١ ص ٨٧.

(٤) المحكمة العليا. غ. اد. ٣٠ جوان ١٩٩٠. مذكور سابقاً.

(٥) المحكمة العليا. غ. م ٣٠ مارس ١٩٨٧ وانظر د. بلحاج العربي المصدر السابق ج ٢٧٦/١.

(٦) المحكمة العليا: غ. م ١٣ جوان ١٩٩٠. رقم ٦١٤٨٩ م. ق ١٩٩١، ٤ ص ٦٥.

(٧) المحكمة العليا: غ. أ. ج. ٨٠ جوان ١٩٩٠. م. ق. ١٩٩١. ١ ص ١١٠.

يساعد المدين في تنفيذ عقده بناء على طلبه،^(١) فإنه في كل هذه الحالات تتحقق مسؤولية المدين عن فعل الغير، ولا يعد هذا الغير من قبيل السبب الأجنبي بالنسبة للمدين إلا إذا كان هذا الغير أجنبيا عن المدين.

وتتحقق المسؤولية العقدية على المدين إذا كان عدم الوفاء بالالتزام يرجع إلى فعل شيء في حراسة المدين كإهمال الناقل صيانة البضاعة المكلف بنقلها^(٢) وإهمال الأمن والسلامة لصاحب معدات الألعاب التي يسيرها.^(٣)

هذا ونشير إلى أنه إذا تحققت على المدين المسؤولية العقدية عن فعل الغير قبل دائه كان له أن يرجع بدوره على الغير إما بالمسؤولية العقدية إذا كان قد كلفه بتنفيذ العقد وإما بالمسؤولية التقصيرية إذا كان الغير قد قام بتنفيذ العقد بتكليف من القانون.

هذا ولم يرد في القانون المدني الجزائري قواعد خاصة بمسؤولية المدين العقدية عن فعل شيء في حراسته، واعتبر فعلا شخصيا طالما أنه يقع تحت مسؤوليته وأقلت من يده،^(٤) أما الدكتور السنهوري فقد ضرب لهذا الخصوص مثلا بانفجار الآلة في يد المشتري حيث تصيبه بضرر، فيصبح البائع مسئولا بمقتضى التزامه بضمان العيوب الخفية.^(٥)

كما أشير إلى أنه يتعين على الدائن إثبات الالتزام العقدي، فإذا أثبت عدم التنفيذ أو التأخر فيه يكون قد أثبت الخطأ العقدي، فإذا أثبت الضرر يكون قد استحق التعويض ما لم ينف المدين علاقة السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبي

(١) نقض مدني مصري ٢٢ مارس ١٩٥٦. المحاماة. ٣٦. ٤٤٧. ٢٣٥.

(٢) المحكمة العليا: غ. ث. ب. ١٧ ديسمبر ١٩٨٧.

(٣) المحكمة العليا: غ. م. ١ جويلية ١٩٨١. ملف رقم: ٢١٨٢٠. ن. ق. ١٩٨٢. ص ١٢٥.

(٤) د. علي علي سليمان. دراسات في المسؤولية المدنية ص ١٦٠ وما بعدها.

(٥) الوسيط للسنهوري: ج ١/٦٧٠.

طبقاً لأحكام المادة (١٧٦ من القانون الجزائري)

وقد حكمت المحكمة العليا في الجزائر بأنه يجب على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، وأن الحكم بالتعويض دون إثبات الالتزام هو خرق لأحكام القانون.^(١)

ب - الضرر:

الضرر هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو في جسمه أو في عرضه أو عاطفته،^(٢) ويشمل الضرر المادي كتلف المال كما يشمل الضرر المعنوي كالإهانة أو ما يمس كرامة الإنسان أو سمعته.

كل هذه الأضرار تستوجب الضمان في العرف الحاضر^(٣) واقتصر فقهاؤنا في التعويض عن الضرر على النواحي المادية دون المعنوية، ومع هذا فقد قرر أبو يوسف^(٤) ومحمد أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني.^(٥)

هذا ولم ينص الفقهاء على تعويض الضرر الذي يضيع المصلحة، إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به، وذلك بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الضرر المترتب على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم

(١) المحكمة العليا: غ. م ١٩ نوفمبر ١٩٩٠. رقم: ٦٣١٤٩. م. ق. ١٩٩٢. ٣. ص ٢٧.

(٢) المدخل الفقهي للزرقا: ف ٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة للدكتور صبحي المحمصاني، ج ١ ص ١٦٩ وما بعدها. ط: ١٩٤٨.

(٣) نظرية الضمان للدكتور: وهبة الزحيلي ص ٢٣.

(٤) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف، لزم أبا حنيفة وولي قضاء بغداد، مات سنة ١٨٣ هـ في خلافة هارون الرشيد، له كتاب الأمالي والخراج. الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٢٢٥.

(٥) الدر المختار: ٤١٥/٥، المبسوط للسرخسي: ٨١/٢٦، النظرية العامة للموجبات: ١٥٤/١ - ١٧١، مجمع الضمانات: ص ١٧١.

احتراز،^(١) أو لتعارف الناس على ذلك كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) و (الضرر يزال) و (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام).

وفكرة الضرر في الفقه الإسلامي تضيق عنها في الفقه الغربي - بتعبير الأستاذ السنهوري -، ومما يزيد على تضيقها قاعدتان معروفتان (الخراج بالضمان، والأجر والضمان لا يجتمعان)،^(٢) وذلك بناء على ما نصت عليه المادة (٨٥) و(٨٦) من المجلة، ومع ذلك نلاحظ أن المرحوم السنهوري يميل إلى الضمان سواء أكان مالا متقوماً أو كان منافع،^(٣) وهذا اتجاه يدعم فكرة الضمان العامة سواء أكانت مادية أو معنوية.

أما في القانون المدني فإن الضرر يعد الركن الأساسي في قيام المسؤولية المدنية، فهو الركنية الأولى التي تترتب عليها المساءلة. ولا مسؤولية حين ينتفي الضرر ويقع عبء إثباته على من يدعي وجوده وهو المتضرر (الدائن).

والضرر بوجه عام هو الأذى أو التعدي الذي يصيب حقاً شخصياً أو مصلحة مشروعة لشخص،^(٤) وجزء ذلك هو التعويض، بجبر الضرر ومحاولة إصلاحه، كما ينشأ الضرر عن الإخلال بالتزام عقدي.

أنواع الضرر الناتج عن الإخلال بالتزام العقدي

يمكن القول بأن الضرر الناتج عن الإخلال بالتزام العقدي ينقسم إلى ثلاثة أقسام وهي: ١- الضرر الجسدي ٢- الضرر المادي ٣- الضرر المعنوي.

(١) المدخل للزرقا: ف ٥٠٦٠٢٣٤. المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص ١٣٢ وما بعدها.

(٢) مصادر الحق ج ١٦٨/٦.

(٣) مصادر الحق ج ١٧١/٦ وما بعدها، وضمان المنافع اتجه إليه بعض الفقهاء.

(٤) لأن الشخص لا يتعاقد إلا لتحقيق مصلحة من وراء الحصول على منفعة معينة ويؤدي عدم تنفيذ العقد إلى فوات تلك المصلحة. المحكمة العليا: غ. م ١٩٨٥/١١/٢٧ ملف رقم ٤١٧٨٣. م. ق. ١٩٩٠، ١، ص ٤٣.

١- فالضرر الجسدي يقصد به الأذى الذي يقع على جسم الإنسان فيسبب له ضررا ماليا أو معنويا، وهو على نوعين:

أ- ضرر جسدي مميت يعطل جميع وظائف الجسد، ويؤدي إلى إزهاق الروح، ومن التطبيقات العملية للإخلال بالالتزام العقدي المؤدي إلى التعجيل بإنهاء الحق في الحياة هو ارتكاب الطبيب أو الجراح خطأ خلال تنفيذ العلاج في المستشفى الخاص. حيث يتأخر الطبيب في تنفيذ العلاج أو ينفذه تنفيذا معيبا أو تنفيذا جزئيا فيموت المريض.

ب - ضرر جسدي غير مميت وذلك كتعطيل بعض وظائف الجسد وإلحاق الأذى بالحق في السلامة الجسدية للمضروب، ويصاب بالعاهة البدنية (العجز الكلي أو الجزئي) ومثاله: إخلال الناقل بعقد النقل الجوي وارتكابه لخطأ أدى إلى حصول ضرر جسدي كالكسر في الساق أو اليد مثلا، أو قيام مساعد الطبيب في المستشفى الخاص بحركة لا إرادية أدت إلى إصابة المريض في عينه فأصابته بالأذى.

٢- الضرر المالي: وهو الضرر الذي ينشأ نتيجة الإخلال بالعقد وهو أكثر شيوعا في المسؤولية العقدية، ويصيب الشخص في ذمته المالية كالضرر الذي يصيب البضاعة في عقد النقل، والضرر الذي يصيب المؤجر من جراء التلف الذي أحدثه المستأجر في العين المؤجرة.^(١)

٣- الضرر المعنوي: هو الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي، ويسمى بالضرر الأدبي أيضا، وهو لا يمس الإنسان في ماله، وإنما يصيب الشخص في حساسيته كالشعور، أو العاطفة، أو الكرامة، أو الشرف، أو السمعة، ويكثر هذا النوع من الضرر في المسؤولية التقصيرية، ومن أمثلة الآلام الناتجة عن فقدان شخص عزيز،^(٢) وما يصيب الممثلة الكبيرة من ذكر اسمها في إعلانات

(١) د. بلحاج العربي - النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج - ٢٨٥/١.

(٢) محكمة لاسان (La seine) ٢٠ فبراير ١٩٣٢ G.P. ١٩٣٢، ١، ٨٩٥.

المسرح بأحرف صغيرة.^(١)

ولقد استقر الفقه والقضاء المعاصران على جواز التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية،^(٢) وجاء نص المادتين (١٢٤ و ١٧٦) من القانون المدني الجزائري بصيغة مطلقة وكلية مما يفيد بأن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضا.

أما المشرع المصري فقد نص صراحة على ما استقر عليه القضاء والفقه الحديث فجاء في المادة (١/٢٢٢) من القانون المدني المصري بأنه: (يشمل التعويض عن الضرر الأدبي أيضا)^(٣).

هذا ويشترط القانون المدني الجزائري للضرر سواء أكان ماديا أو معنويا أن يكون ضرا محققا وأن يكون الضرر مباشرا كنتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه،^(٤) هذا ويتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو من تأخيره في القيام بتنفيذه.

ج - علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

يقصد بعلاقة السببية الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحصول الضرر وهذه الصلة أو الرابطة مهمة لقيام المسؤولية العقدية، وجزاؤها التعويض، إذ لا بد أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر.

ويستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عنه، وذلك بنفي علاقة السببية بين عدم

(١) محكمة لاسان (La seine) ٢٠ ديسمبر ١٩٣٢، سيرى ١٩٣٢، ٢، ١٤٤.

(٢) Ripert et Boulanger, Traite, T.2 No.1012, (R) Savatier. Leprejudice moral, R.T.D. civ, 1938. P.187 et s.

(٣) نقض مدني مصري، ١٨ يناير ١٩٥١، م.أ.ن، ٣، ٢٦٤، ٥١ - ١٠ جوان ١٩٦٥، م.أ.ن، ١٦. رقم ١١٧.

(٤) المحكمة العليا: غ.م. ١٣ جوان ١٩٩٠.

تنفيذ الالتزام وسلوكه بإثبات السبب الأجنبي، ويقصد به كل أمر غير منسوب للمدين أدى إلى حصول الضرر الذي لحق الدائن.^(١)

والسبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلا، قد يكون قوة قاهرة، أو حادثا فجائيا أو يكون هو فعل الدائن، أو يكون فعل الغير. وإليك تفصيل هذه النقاط:

١- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي: ويقابل القوة القاهرة في الفقه الإسلامي (الآفة السماوية)، وقد مر بنا أن ما يصيب الثمرة من السماء يسمى بالجائحة، ومن تطبيقات الآفة السماوية هلاك الشاة بآفة سماوية وأكل الذئب للغنم إذا تعدد، وغرق السفينة والحريق الغالب، وانزلاق الحيوان والقحط والبرد.

والآفة السماوية في الفقه الإسلامي^(٢) كما هي في الفقه الغربي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولا يكون في الوسع الاحتراز منها.

وجرى المشرع الجزائري على اعتبار القوة القاهرة والحادث الفجائي كلمتين مترادفتين في المادة (١٢٧) منه، ويشترط فيها ما يشترط في السبب الأجنبي من أن يكون:

أ - أمرا لا يمكن توقعه

ب - ولا يمكن دفعه

ج - وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. وذلك كالزلازل والفيضانات والمرض، وصدور قانون جديد.^(٣)

٢- خطأ المضرور: ويسمى فعل الدائن، ونجد أنه في الفقه الإسلامي إذا

(١) المحكمة العليا: غ. م. ١٩٨٨/٥/٢٥، ملف رقم: ٥٢٠١٠. م. ق. ١٩٩٢، ٢، ص ١١. غ. ث. ب. ١٩٩٠/٦/١١ ملف رقم: ٦٥٩٢٠. م. ق. ١٩٩١، ٢، ص ٨٨.

(٢) مجمع الضمانات ص ٢٧ - ٢٩.

(٣) د. بلحاج. النظرية العامة للالتزام ج ٢٩٢/١.

كانت يد المدين يد أمانة، وهلك الشيء بخطأ الدائن لم يضمن المدين الهلاك، لأنه قام بواجبه من الحفظ، وقد حدث الهلاك بسبب أجنبي عنه وهو خطأ المضرور. أما إذا كانت يد المدين يد ضمان، كيد البائع قبل تسليم المبيع، فالبائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي، ما لم يكن السبب الأجنبي هو خطأ المشتري.

أما إذا كان الهلاك بخطأ المشتري ولو قبل قبض المبيع لم يضمن البائع.^(١)

أما في القانون المدني الجزائري فإذا كان فعل الدائن المضرور يجمع بين عدم إمكانية توقعه واستحالة دفعه فإنه يعتبر سببا أجنبيا مثل: وقوع المسافر أثناء محاولته ركوب القطار وهو يسير،^(٢) وهذا ما نص عليه القانون السابق في المادة (١٧٧) منه.

٣- فعل الغير: المراد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد والذي لا يكون المدين مسئولاً عنه، وهو يعتبر سببا أجنبيا، وبالتالي لا ضمان على المدين ويترتب على ذلك نفي علاقة السببية.^(٣)

جاء في مجمع الضمانات:^(٤) (المتاع أمانة في يده (يد الأجير المشترك) إن هلك بغير عمله لم يضمن)

وفي أثر السبب الأجنبي في الضمان يفرق الدكتور السنهوري - رحمه الله تعالى - بين يد الأمانة ويد الضمان فيقول: (والسبب الأجنبي لا ينفي الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا كانت يد الأمين يد أمانة، فالمستعير والمستأجر والمودع

(١) مجمع الضمانات ص ٢٣٦، وشرح المجلة للمادة ٢٩٣ ص ١٥ لسليم باز.

(٢) د/بلحاج - النظرية العامة للالتزام ج ١/٢٩٣، ونقض مدني فرنسي: ١٩٣٨/٠٨/٠٢. دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ص ٥١٦.

(٣) المحكمة العليا: غ. م. ١٩٩٠/٠٩/٢٤ ملف رقم ٧١٧٢٨، م. ق. ١٩٩٢، ٢، ص ٢٨.

(٤) مجمع الضمانات ص ٧٤.

عنده والوكيل والشريك وغيرهم ممن يده يد أمانة، تنتفي المسؤولية عنهم، ولا يضمنون إذا هلك الشيء بسبب أجنبي... أما إذا كانت يد المدين يد ضمان كيد البائع قبل تسليم المبيع... فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي، ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا.

أما في الفقه الغربي فهناك تعويض فوق الفسخ وهذا التعويض وحده هو الذي يمتنع بالسبب الأجنبي، ويبقى الفسخ لا يمنعه السبب الأجنبي).

وقد أصاب الدكتور السنهوري فيما ذكره حيث أن لا فرق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من تأثير السبب الأجنبي في عدم التعويض ورفع المسؤولية.

ومما تقدم: نعلم أن السبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلا كأن كانت هناك قوة قاهرة أو خطأ كان سببه المضرور نفسه أو فعل الغير، فإنه ينفى المسؤولية العقدية عن المدين لأنه لا يد له في ذلك.

هذا ما بدا لي في هذا المقام. والله أعلم.

المطلب الرابع

فسخ العقد وفيه فرعان

الفرع الأول: أقسام الفسخ

الفرع الثاني: بطلان العقد

تمهيد:

إذا كان العقد ملزماً للجانبين، وأخل أحد المتعاقدين بالتزامه، فإن من حق المتعاقد الآخر أن يحاسب من أخل على عدم القيام بالتزامه:

إما عن طريق الفسخ^(١)

وإما عن طريق المسؤولية العقدية

ومن هنا نلاحظ هذا الاتصال بين الفسخ والمسؤولية العقدية،^(٢) كما أن للسبب الأجنبي دخلاً في انتفاء المسؤولية العقدية عن المدين عند عدم قيامه بالتزامه، فإنه في هذه الحالة لم يسد الباب أمام الدائن لأن حق الفسخ لا زال قائماً لديه.

وهناك خطوة قبل مرحلة الفسخ تسمى بـ (الدفع بعدم التنفيذ) وهو حق لكل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في حالة عدم قيام المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام كما نصت المادة (١٢٣) من القانون المدني الجزائري

(١) الفسخ هو النقص (لسان العرب: ج ٤٤/٣)، وهو حل ارتباط العقد. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨، والمعني لابن قدامه ويلاحظ أن الفسخ يكون بسبب إرادي أما الانفساخ فيكون بسبب طارئ غير إرادي. ج ٥٩٤/٣. وكل عقد استحال تنفيذه حيث يفسخ، وينفسخ العقد المستمر إذا فقد ما يعتمد عليه بقاؤه. (المدخل للزرقا ج ٥٢٤/١ - ٥٢٧ دمشق ١٩٦٨.

(٢) مصادر الحق للسنهوري ج ١٩٢/٦.

وهذه المرحلة وهي (الدفع بعدم التنفيذ) هي مجرد وقف لتنفيذ العقد وليس فسخا له وهو حق للدائن إن شاء أن يوقف التنفيذ في هذه الحال فيبقي التزامه موقوفا قبل أن يفسخ العقد.

والملاحظ أنه في الفقه الإسلامي لا يوجد ارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين^(١) فالتزام المشتري بدفع الثمن يقابل التزام البائع بنقل (ملكية المبيع) وتسليمه وضمانه.

واتجاه الفقه الإسلامي أن العقد الملزم للجانبين لا يفسخ لإخلال أحد العاقدين بتنفيذه، وبظل العقد قائما وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو الضمان، لذا لم تقم قاعدة في الفقه الإسلامي كما هي في الفقه الأجنبي تقضي بجواز أن يفسخ أحد المتعاقدين العقد إذا لم يقم أحد العاقدين فسي العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه.^(٢)

ومع ذلك فهناك حالات يجوز فيها للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام وذلك في حالة انعدام محل العقد حيث نفوت المصلحة من العقد بفوات المحل، سواء هلك كليا أو جزئيا، والفسخ هنا راجع للإخلال الذي يصيب المحل، كما يمكن أن يقع الفسخ في الإيجار لإمكانية تصور الفسخ فيه لتجدد المنفعة أو لهلاك العين المؤجرة أو وجود مانع من استيفاء حصول المنفعة المرادة جاء في مرشد الحيران:^(٣) (إذا حدث بالعين المستأجرة عيب نفوت به النفع بالكالية كخراب الدار، أو يخل بالمنفعة كأنهدام جزء منها يؤثر هدمه على المنفعة المقصودة منها يكون للمستأجر خيار فسخ الإجارة).

أما في القانون المدني وكما سبق فإن الفسخ لا يقوم إلا في العقود الصحيحة

(١) مصادر الحق للسنهوري: ج ٦/٢٣٠.

(٢) السنهوري مصادر الحق ج ٦/٢٣١.

(٣) مرشد الحيران المادة: ٦٤٦.

والملزمة للجانبين، وعلى هذا فالعقد الباطل والعقود الملزمة لجانب واحد لا يرد عليها الفسخ.

هذا وقد عالج القانون العراقي الفسخ تحت عنوان (انحلال العقد) ونص على الفسخ في المواد (١٧٧ - ١٨٠)، بينما خصص المشرع الأردني لانحلال العقد المواد (٢٤١ - ٢٤٩) وعالج فيها (الإقالة^(١) والفسخ)، كما عالج القانون المدني المصري أحكام الفسخ تحت عنوان (انحلال العقد) في المواد التالية: (١٥٧ - ١٦١) وسار على هذا النهج القانون المدني الجزائري في المواد (١١٩ - ١٢٢).

وقد اشترط القانون المدني الجزائري للفسخ ثلاثة شروط وذلك وفقا للمادة ١/١١٩ منه وهي:^(٢)

- ١- أن يكون العقد ملزما للجانبين.
 - ٢- أن يكون أحد العاقدين قد أخل بالتزامه.
 - ٣- ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزامه.
- هذا ويقسم القانون المدني^(٣) الفسخ إلى ثلاثة أنواع: اتفاقي وقضائي وقانوني، وسألقي الضوء عليها خلال الآتي:

(١) الإقالة: رفع عقد البيع وإزالته (المجلة ج - ٣٤/١)

(٢) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج - ٣٠٦/١ د/بلحاج العربي.

(٣) المرجع السابق ص ٣١٠.

الفرع الأول

أقسام الفسخ

١- الفسخ الاتفاقي للعقد:

تنص المادة (١٢٠) من القانون المدني الجزائري على أنه: (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ... وبدون حاجة إلى حكم قضائي...)، فيجوز الاتفاق على الفسخ بين أطراف العقد عند عدم الوفاء بالالتزام.

كما نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي على هذا النوع من الفسخ.

كأن يكون الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى حكم أو إلى أضرار، أو بغير حاجة إلى إضرار. وهو أعلى درجات الفسخ، فبمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه يكون العقد مفسوخا دون حاجة لرفع الدعوى ولا الإنذار إلا أن للمحكمة الرقابة التامة للثبوت من انطباق شروط الفسخ ووجوب إعماله وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية.^(١)

٢- الفسخ القضائي للعقد:

الأصل في الفسخ أن يكون قضائيا، لأن الفصل في المنازعات من اختصاص القضاء،^(٢) وهذا النوع من أنواع الفسخ يراد به حل الرابطة التعاقدية الصحيحة والملزمة للجانبين قضاء.

والقاضي هو الذي يملك تقدير الفسخ أو إعطاء مهلة للمدين حتى ينفذ

(١) الوسيط للمسنوري المرجع السابق ٧١٩.

(٢) د. حسن الذنون. أصول الالتزام ص ١٨٣.

التزاماته تجاه دائته،^(١) وهذا ما اتجه إليه الفقه والقضاء في مصر.^(٢)

وقد نصت المادة (١/١١٩) من القانون المدني الجزائري على الفسخ القضائي، ووفقا للمادة المذكورة فإن للقاضي السلطة التقديرية والتي بمقتضاها يتمتع بخيارات ثلاثة وهي:

أ - أن يقضي بالفسخ

ب - أن يرفض الفسخ

ج - أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ حسب الظروف.

وهذا في تقديري مسلك سليم من الناحيتين: الموضوعية والشكلية.

وهذا يتفق مع المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري.

٣- الفسخ القانوني للعقد (الانفساخ)

إذا استحال تنفيذ الالتزام، ورجعت هذه الاستحالة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيها فإن هذا الالتزام ينقض لاستحالة تنفيذه، ويترتب على انقضائه انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون، وبهذا تقضي المادة (١٢١) من القانون المدني الجزائري بأنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة له، ويفسخ العقد بحكم القانون).^(٣)

الفرق بين الفسخ والانفساخ

١- الفسخ ذو طابع احتياطي، و ذو طابع تأميني، و ذو طابع جزائي وليس

(١) السنهوري المرجع السابق جـ ٧٠٧/١ هامش ٢.

(٢) المرجع السابق ص ٧٠٦ هامش ١.

(٣) مقابل هذا النص المواد: م ١٥٩ مصري، م ١٦٠ سوري، م ١٧٩ عراقي، م ١٦١ ليبي م ١٤٤ سوداني، م ٢٤٣ لبناني، م ١٧٤ تجاري كويتي.

كذلك الانفساخ لاستحالة التنفيذ و بحكم القانون الذي يقع دون أدنى ارتباط بالخطأ. فالانفساخ لا يخضع لرقابة القضاء، فلا يملك القضاء أن يمنح أجلا، أو أن يحكم بالتعويض.

٢- الانفساخ لاستحالة التنفيذ هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام، أما الفسخ لعدم التنفيذ فإنه بوقوعه يعتبر الالتزام كأن لم يقع أصلا.

٣- إذا وقع الفسخ لعدم التنفيذ أعيد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد كل متعاقد ما أخذ. أما في الانفساخ لاستحالة التنفيذ، فإن هذا الأثر لا ينطبق بل تنطبق فكرة التبعية.

هذا ولقد عرف الفقه الإسلامي مضمون نظرية تحمل التبعية وأحكامها قبل القوانين الوضعية لعدة قرون على أساس قاعدة كلية هي: أن الهلاك يكون على المالك.^(١)

الفرع الثاني

بطلان العقد

لاشك في أن الجزاء الشرعي والقانوني من عدم توافر أركان العقد هو البطلان، والبطلان هو الجزاء الذي فرضه الشرع أو القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير.^(٢)

(١) د. زكي عبد البر: نظرية تحمل التبعية في الفقه الإسلامي. فقرة ٢٦ رسالة القاهرة ١٩٥٠.

(٢) انظر: السنهوري - الوسيط ج ١/٤٨٦ وما بعدها، ومصادر الحق ج ٤/٨٥ ولمزيد من التفصيل انظر: نظرية بطلان التصرف القانوني - رسالة دكتوراه - القاهرة. د. جميل الشرفاوي ١٩٥٦.

وللعقد في الفقه الإسلامي من حيث البطلان والصحة خمسة أقسام: ١-
العقد الباطل ٢- العقد الفاسد ٣- العقد الموقوف ٤- العقد النافذ ٥- العقد اللازم.

فالعقد الباطل لا حاجة لصدور حكم من المحكمة بإبطاله إلا في بعض
الحالات الضرورية حيث يكون حكم المحكمة كاشفاً للبطلان لا منشئاً له.^(١)

وهناك فرق بين البطلان والفسخ، فالبطلان يرجع إلى عيب في ركن من
أركان العقد، وهو جزاء شرعي وقانوني لعدم استجماع العقد لأركانه كاملة
مستوفية الشروط، أما الفسخ فأركانه سليمة، وعقده صحيح إلا أن أحد المتعاقدين
لم ينفذ التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر، لذا لا يكون الفسخ الذي هو حل
للرابطة العقدية إلا في العقود الملزمة للجانبين،^(٢) كما أن الفسخ قد يقع اتفاقاً أو
قضاءً أو قانوناً كما سنعرف إن شاء الله.

وقد ذكر الدكتور السنهوري سبعة عناصر إذا استجمعت فإن العقد ينعقد ويكون
صحيحاً أما إذا تخلف عنصر منها فإن العقد لا ينعقد، وهذه العناصر هي:^(٣)

- ١- تطابق الإيجاب والقبول
- ٢- اتحاد المجلس
- ٣- تعدد العاقد
- ٤- العقل أو التمييز
- ٥- محل مقدور التسليم
- ٦- محل معين أو قابل للتعيين ٧- مال صالح للتعامل فيه - (أي مال
متقوم مملوك).

(١) السنهوري الوسيط، مصادر الالتزام ج ١/٥١٠.

(٢) المصدر السابق ص ٤٨٨.

(٣) مصادر الحق ج ٤/١٢٦.

ويميز الفقه الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد فالأول عندهم هو ما لا يكون مشروعاً بأصله و وصفه، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.^(١)

وحكم العقد الباطل أنه لا وجود شرعياً له لأنه عدم ولا أثر للعدم، جاء في البدائع:^(٢) (ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلاً، لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً...).

أما حكم العقد الفاسد فهو عند الجمهور غير الحنفية كالعقد الباطل سيان جاء في الدسوقي:^(٣) (اعلم أن النهي عن الشيء إما لذاته كالدم والخنزير أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار، أو لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله، فإن كان النهي لواحد مما ذكر. كان مقتضياً للفساد، وإن كان النهي عن الشيء الخارج عنه غير لازم كالصلاة في الدار المغصوبة، فلا يقتضي الفساد) وقال صاحب البدائع موضحاً رأي الشافعي – رحمه الله تعالى –:^(٤) (وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – لاحقاً للبيع الفاسد. فالبيع قسمان: جائز وباطل لا ثالث لهما، والفاسد والباطل سواء، وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل).

والأصل أن العقد الفاسد لا ينتج أثراً، ويجب فسخه إلا إذا زال المفسد هذا وقد نص القانون الجزائري على أحكام البطلان في المواد التالية: (٩٩ – ١٠٥)،

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٥، التلويح للفتاوي ج ١٢٣/٢ هذا وقد تأثر القانون الأردني بالفقه الحنفي وخصص لأحكام العقد الفاسد المادة (١٧٠)، بينما القانون العراقي لم يأخذ بما نادى به الفقه الحنفي واعتبره مرتبة من مراتب البطلان انظر المادة (١/١٣٧) القانون المدني العراقي.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني: ٣٠٥/٥.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٥٣١٣.

(٤) البدائع للكاساني ٢٩٩/٥ – ٣٠٠.

وعبر عن البطلان النسبي بالقابلية للإبطال، أما البطلان فوصفه بالبطلان المطلق.
فالبطلان المطلق هو جزاء انعدام أحد أركان العقد أو اختلاله (كانعدام الأهلية، أو الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في العقود الشكلية).

أما البطلان النسبي فهو جزاء تخلف أحد شروط صحته (كنقص الأهلية أو عدم سلامة الرضا) كما أن البطلان المطلق لا أثر له وليس بحاجة إلى حكم يقرره ويتمسك به كل ذي مصلحة^(١) وإذا رفع إلى المحكمة تحكم به (أي بالبطلان) من تلقاء نفسها وذلك طبقا للمادة (١٠٢) من القانون المدني الجزائري.

أما البطلان النسبي، فلا يتقرر إلا بالتقاضي أو بالتراضي ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به إلا إذا طلب منها الحكم به (م ٩٩ القانون المدني الجزائري).

والعقد القابل للإبطال يمكن تصحيحه بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا إلى تأكيد صحته وذلك كرفع الغبن و طلب تكملة الثمن في بيع عقار بغبن. مثلا.^(٢)

— أما العقد الموقوف: فهو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، لكن نقصه أحد عناصر النفاذ وهي: الملك^(٣) أو الأهلية، والراجع عند الحنفية أن العقد الموقوف يدخل تحت العقد الصحيح وهو مرتبة من مراتبه لأن بعض الحنفية يرى عدم صحة العقد الموقوف.^(٤)

والخلاصة أن العقد الموقوف هو ما صدر عن أهلية مضافا إلى محله مع سلامة أوصافه ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولي وتصرف ناقصي الأهلية ومن في حكمهم فيكون العقد صحيحا، ولكن تتأخر أحكامه إلى

(١) أي العاقدان وخلفهما العام والخاص والدائنون العاديون.

(٢) انظر المواد (٣/٩٠ و ١/٣٥٨) من القانون المدني الجزائري.

(٣) مصادر الحق للسنهوري ج ١٤٨/٤.

(٤) البحر الرائق: ج ٧٠/٦.

وقت الإجازة^(١) فإن لحقته الإجازة نفذ وإلا رجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

ويبقى حكم هذا العقد موقوفاً على من يملك إجازته من ولي أو وصي أو قاض أو اكتمال الأهلية.

وقد خصص المشرع الأردني للعقد الموقوف وأحكامه في القانون المدني المواد (١٧١ - ١٧٥)، كما نصت المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي على حكم التصرف القانوني في ملك الغير حيث يتوقف العقد على إجازة المالك أي لا تنفذ آثاره حتى تحصل الإجازة التي تعد بمثابة التوكيل.

نخلص من هذا أن العقد الموقوف هو العقد الصحيح غير النافذ لعيب في الإرادة أو لعدم الولاية في التصرف لعدم اكتمال الأهلية أو لعدم الولاية على المال المتصرف به لتعلق حق الغير به، وإذا كان الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني لم يحددا مدة لتوقف العقد فإن القانون المدني العراقي حدد ذلك بثلاثة أشهر في المادة (١٣٤).

وفي نهاية بحثي للعقد، نصل إلى النتيجة الهامة وهي:

أن العقد من التصرفات الشرعية والقانونية الهامة في مجال المعاملات المالية، وأن الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية تعتبره أول وأكثر المصادر الإرادية أهمية وترتيباً في إنشاء الحقوق الشخصية أو نقلها أو إنهاؤها، فهو ينشئ أغلب الالتزامات الكبرى ويرتب الآثار عليها، لذا تطلب الأمر هذه الإحاطة من الدراسة.

(١) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٢٠.

المبحث الثاني

الإرادة المنفردة وفيه مطلبان

المطلب الأول: مواقف الفقهاء من الإرادة المنفردة وآثارها وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: آراء الفقهاء في صلاحية الإرادة المنفردة لتكون مصدرا عاما للحق الشخصي

الفرع الثاني: الآثار القانونية للإرادة المنفردة

الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية تجاه الإرادة المنفردة كمصدر للحق الشخصي

المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من الإرادة المنفردة وفيه فرعان:

الفرع الأول: النظرة المختلفة للإرادة المنفردة

الفرع الثاني: نماذج من التصرفات بالإرادة المنفردة ذات الآثار القانونية

المبحث الثاني

الإرادة المنفردة وفيه مطلبان

المطلب الأول

مواقف الفقهاء من الإرادة المنفردة وآثارها وفيه ثلاثة فروع

الأصل في جواز اعتبار الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي هو قوله تعالى: ﴿... قالوا نفقد صواع^(١) الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾^(٢) وقد تكون الإرادة المنفردة سبباً ومصدراً للالتزام المالي الذي يشمل في الفقه الإسلامي (الدين) كما في الكفالة والوصية والهبة والذم. وقد تكون لالتزام غير مالي كما في الطلاق وإسقاط الشفعة وإنهاء الوكالة والرجعة مثلاً .

(١) الصواع هو المكيال الذي يكال به ، وهو أيضا : الإناء الذي يشرب فيه ، وهذا المعنى هو المراد هنا ليكون هو والسقاية شيئا واحدا (القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ٩٥٥) وانظر أحكام القرآن للجصاص : ج٣/٤١ وما بعدها.

(٢) سورة يوسف ، آية : ٧٢ ، انظر أحكام القرآن لابن العربي : ٢/٢٤٤ وما بعدها.

الفرع الأول

آراء الفقهاء في صلاحية الإرادة المنفردة لتكون مصدراً عاماً للحق الشخصي.^(١)

وقد اتفقت كلمة الفقهاء — رحمهم الله جميعاً — على أن الإرادة المنفردة لا تصلح أن تكون سبباً عاماً ، أو مصدراً عاماً للالتزام في غير الأموال ، وإنما تكون سبباً ومصدراً على وجه الإجمال وفي بعض الأحوال ، وهي أحوال محدودة فمن يقول: (حرمت على نفسي هذا الطعام: أو اللباس وكلاهما حلال لم يلزمه تحريم ، ذلك أن هذا الالتزام في غير الأموال، ولو ألزمناه بقوله لأدي ذلك إلى الشدة وإلى تحريم ما أحله الله من المباحات والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾،^(٢) وقال تعالى مخاطباً نبيه صلى الله عليه وسلم لما حرم على نفسه العسل: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك﴾^(٣) وعليه فمن حرم على نفسه طعاماً أو لباساً أو مباحاً وكان كل منها حلال لم يلزمه تحريم.

ومن أمثلة ما كانت الإرادة المنفردة فيه مصدراً لغير الأموال:

الإسقاط المحض الذي لا يحتمل معنى التمليك ، ومعنى الإسقاط هو: تلاشي الحق الثابت وزواله نهائياً وعدم نقله إلى غير المختص به ، فيزول الحق الذي تعلق به الإسقاط ، ويتلاشى نهائياً ، بمجرد صدور العبارة بإرادة صاحبها المنفردة فإذا قال الدائن للكفيل: "أبرأتك من الكفالة سقط حق مطالبته بالدين

(١) انظر هذا : المدخل للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٣٧ ، ومصادر الحق للسنهوري : ٣٨/١ ، والتصرف الانفرادي للشيخ علي الخفيف ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة ، الآية: ٨٧.

(٣) سورة التحريم ، الآية : ١ ، انظر تفسير ابن كثير ج٤/٤٩٥ دار السلام الرياض ١٤١٨هـ.

الأصلي".^(١)

وكذلك عندما يسقط الشفيع شفيعته سقط حقه .

كما أن المطلق يلزمه الطلاق بمجرد قوله لزوجته (أنت طالق).^(٢)

أما أن تكون الإرادة المنفردة صالحة لأن تكون مصدراً عاماً للالتزام في الأموال فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

١ - بعض المالكية : ذهبوا إلى أن الإرادة المنفردة تصلح أن تكون مصدراً عاماً^(٣) وسبباً عاماً للالتزام المالي ، وهو الالتزام بالدين ولهم أدلة على ذلك:

كقوله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً﴾.^(٤) وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٥) وقال تعالى أيضاً: ﴿... الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق﴾،^(٦) وفي هذا مدح لأهل الوفاء بالعهد ، ويقابلها ذم عدم الوفاء وذلك في قوله تعالى: ﴿والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ، ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار﴾.^(٧)

فهذه الآيات الكريمة تدل على وجوب التزام الإنسان بما يصدر منه من عهد، وهو عام، وعليه تكون الإرادة المنفردة مصدراً عاماً في الالتزام المالي.

(١) البدائع : ١١/٦ .

(٢) البدائع : ١٩/٥ .

(٣) مصادر الحق للسنهوري ج ١ - ٤٢/١ .

(٤) سورة النحل ، الآية : ٩١ .

(٥) سورة المائدة ، الآية ١ .

(٦) سورة الرعد ، الآية : ٢٠ .

(٧) سورة الرعد ، الآية : ٢٥ .

٢ - جمهور الفقهاء : ذهب جمهور الفقهاء من غير المالكية إلى أن الإرادة المنفردة لا تصلح أن تكون مصدراً عاماً للالتزام المالي مثل الالتزام غير المالي ، وإنما هي فقط مصدر وسبب إجمالي فقط لبعض الحالات المنصوص عليها في الفقه الإسلامي.

ودليلهم على ذلك قوله تعالى: ﴿... ما على المحسنين من سبيل﴾،^(١) يؤخذ من هذه الآية أن من التزم بإرادته المنفردة فهو متبرع ، والمتبرع لا يلزم بالمضي في تبرعه للآية المذكورة.

أما الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعهد والوعد ، فهي على سبيل النصح والإرشاد وبيان ما هو أولى وأفضل، وذلك ككتابة الدين : فإن شاء الملتزم الوفاء كان له خير وإلا فعليه إثم عدم الوفاء بالتزامه في الآخرة.

وهذا الرأي بالنسبة إلى رأي المالكية مرجوح، ورأي المالكية هو الأولى بالقبول لأنه مادامت الإرادة المنفردة قد صلحت مصدراً للالتزامات في بعض الحالات ، صلحت كذلك لأن تكون مصدراً في غيرها إذ لا فرق بين التزام وآخر، لذا نرجح أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً لكل التزام مالي:

فالكفيل مثلاً يلتزم بأداء الدين للدائن بدلاً من المدين ولو لم يقبل المدين أو الدائن،^(٢) كما أن الموصي إذا أوصى بشيء من ماله لشخص ما أو لجهة خير معينة ومات وهو يصر على وصيته بما لا يزيد على الثلث لزم تلك الوصية ونفذت، وكذلك صاحب النذر إذا نذر أن يتصدق على الفقراء بـ (١٠٠٠) ألف دينار مثلاً لزمه ذلك في ذمته بمجرد قوله نذرت لله أن أتصدق فيلزمه ذلك بمجرد الانتهاء من عبارته.^(٣)

(١) سورة التوبة ، الآية: ٩١.

(٢) البدائع : ج ٢١/٦.

(٣) البدائع : ٢٦٢/٧ ، وشرح الخرشي على سيدي خليل : ٩١/٣ ، والمهذب للشيرازي : ٢٤/١ ، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة : ٣٢٢/١١.

٣- وذهب فريق ثالث إلى أن الإرادة المنفردة تصلح أن تكون مصدرا استثنائيا، وإذا كان العقد هو المصدر الطبيعي للالتزامات العقديّة، إلا أن الحياة العملية قد تحدث التزاما صادرا عن إرادة واحدة، ويكون هذا استثناء من القاعدة العامة.

ولعل هذا الرأي هو الذي تبناه الاتجاه الفقهي والتشريعي الحديث،^(١) وهو ما اتجه إليه التقنين المدني المصري الحديث،^(٢) وعليه فإن الإرادة المنفردة من مصادر الحق الشخصي ولا تستلزم وجود دائن عند النشوء مكتفية بوجوده عند التنفيذ، كما أن الإرادة المنفردة وقد غدت مصدرا للحق الشخصي فإن ما تقدم في العقد يسري عليها من الأهلية وخلو الإرادة من العيوب ووجود المحل... الخ.

نخلص من هذا إلى أن الإرادة المنفردة مصدر مهم من مصادر الحق الشخصي وقد اتفقت كلمة فقهاء الإسلام مع علماء القانون الوضعي على مصادر الحق الشخصي والتي منها الإرادة المنفردة، مع ملاحظة الفارق بين (القانون) كمصدر عند علماء القانون، و (الشرع) كمصدر عند فقهاء الإسلام ، والمقصود بالشرع هو مجموعة الأحكام التي شرعها الله للناس جميعا على لسان رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، كما يقصدون بالقانون القواعد العامة المجردة الصادرة من السلطة المختصة بالتشريع، وفي غير هذه التفرقة نلاحظ مطابقة مصادر الحق الشخصي في القانون الوضعي مع مصادره في التشريع الإسلامي.^(٣)

وسياتي تفصيل القول عن موقف التشريعات الوضعية من الإرادة المنفردة في المطلب الثاني الآتي قريبا.

(١) مصادر الالتزام لأبي سنيّت ص ٣٦١.

(٢) المصدر السابق وموضعه.

(٣) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام (بين النظرية والتطبيق) ص ٦ د/ لاشين الغاياتي.

الفرع الثاني

الآثار القانونية للإرادة المنفردة

هناك آثار تتعلق بالحق العيني، وآثار أخرى تتعلق بالحق الشخصي، فبالنسبة للآثار التي يمكن أن تنتجها الإرادة المنفردة للحق العيني نجد أن لها دورا في إنشاء هذا الحق كما هو الحال في الوصية ، كما نجد لها دورا في استمرارية الحق العيني كإجازة العقد القابل للإبطال، ونجد لها دورا في انقضاء هذا الحق.

وذلك كالنزول عن حق ارتفاق أو عن حق رهن مثلا. أما بالنسبة للآثار التي تنتجها الإرادة المنفردة بخصوص الحق الشخصي فينبغي التفرقة بين انقضاء الحق الشخصي وإنشائه.

فبالنسبة لانقضاء الحق الشخصي نجد أن المادة (٣٧١) من القانون المدني المصري الجديد قد قررت أن الإبراء من الالتزام يتم بإرادة الدائن وحده ، الأمر الذي يمكن معه القول بأن القانون تأثر في هذه الجزئية بالشرعية الإسلامية^(١)

أما إنشاء الحق الشخصي للغير بواسطة التصرف الانفرادي فنجد أن رجال القانون اختلفوا في ذلك على مذهبين وتولدت نتيجة لذلك نظريتان:

١ - النظرية الأولى وهي النظرية الفرنسية ، مقتبسة من القانون الفرنسي ومن القانون الروماني القديم ، وترى أن الالتزام ينشأ بإرادتين وهذا هو العقد، والإرادة الواحدة غير قادرة على إنشاء الالتزام ، فلا بد من توافق إرادتين: إرادة الموجب وإرادة القابل، وعليه فالذي ينشئ الالتزام هو العقد ، وليست الإرادة

(١) الوسيط - السنهوري - نظرية الالتزام الكتاب الأول ص - ، ومصادر الالتزام د/ حشمت أبو ستيي

ص ٣٣٨ نبد ٣٧٩.

المنفردة^(١) وحجتهم على ذلك ما يلي:

أ — أن فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة تتنافى مع المبادئ العامة للقانون
ب — أن فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة يصعب تطبيقها لاصطدامها
بصعوبات قانونية.

ج — أن هذا الالتزام يخلق ازدواجية مع المصادر الأخرى خصوصا
العقد وسأعرض هذه الحجج بشيء من التفصيل:

١ — تتافر الالتزام بالإرادة المنفردة مع المبادئ العامة للقانون حيث يتمثل
هذا التعارض في ناحيتين:

أ — يكون التعارض فيه محدثا لمخالفة النظام العام، لأن الالتزام بالإرادة
المنفردة تقييد الشخص لنفسه بالالتزام المذكور، وتقييد الحرية بهذا الشكل مخالف
للنظام العام.

ب — يكون التعارض مع فكرة السبب، فالالتزام كل طرف يعد سببا لالتزام
الطرف الآخر، ولأن الطرف الآخر غير موجود فمعنى هذا أن التزامه غير
موجود ويؤدي هذا إلى انتفاء سبب التزام المتعهد .

٢ — اصطدام الإرادة المنفردة بصعوبات قانونية فائقة ويظهر هذا
الاصطدام من وجوه:

أ — أن فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة تصطدم مع فكرة موضوع البحث
وهو الحق الشخصي ، والحق الشخصي يتطلب وجود (دائن ومدين)، والأمر
غير ذلك في الإرادة المنفردة حيث يكون الشخص دائنا ومدينا في نفس الوقت.

ب — تصطدم فكرة الإرادة المنفردة بالالتزام وهو أيضا محل البحث، فإذا

(١) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري جـ ١/٣٣٠ د/بلحاج العربي.

كانت الإرادة المنفردة مخولة بإنشاء التزام ، فلها أيضا أن تقرر انقضاء هذا الالتزام، باعتبار أن ما يمكن للإرادة المنفردة عقده يكون لها أيضا حله ويصبح الالتزام منحلًا لأنه متعلق بإرادة واحدة.

ج – تصطدم أيضا فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة مع فكرة الإرادة الحقيقية للأفراد إذ أن فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة تقتضي أن يلتزم المدين بإرادته المنفردة، وعلى فرض قبول هذا ، فكيف يصير دائنه دائنًا بغير إرادته؟

٣ – الالتزام بالإرادة المنفردة يخلق ازدواجًا مع العقد: وتتمثل هذه الثنائية في عدم قبول تلاقي الفكرتين: العقد والإرادة المنفردة دون أن تستبعد إحداهما الأخرى وهذا ازدواج غير مقبول، فإن قيل بإمكانية إنشاء حق شخصي بالإرادة المنفردة فهذا يعني احتلالها لمكانة العقد، والواقع أن الإرادتين: إرادة الطرف الأول مع إرادة الطرف الثاني شريكتان في تكوين الالتزام ويتأثران ببعض ويتفاعلان إلى أن يصلا إلى إرادة متحدة هي : العقد ، وهذا يعني عدم استقلال إحدى هاتين الإرادتين بتكوين الالتزام.^(١)

هذا وقد رد أنصار فكرة الإرادة المنفردة على تلك الحجج وفندوها ، وقبل ذكر تلك الحجج أذكر النظرية الثانية وهي نظرية أنصار الالتزام بالإرادة المنفردة.

٢ – النظرية الثانية: أنصار فكرة التصرف الانفرادي ، ويمثل هذه النظرية الفقه الألماني حيث يذهب إلى عكس النظرية الفرنسية ليعترف بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام ومن أنصار هذه النظرية: (كبن وكونتس وسيجل) حيث أو ضحوا أن الالتزام يكون مصدره الإرادة الواحدة ، ولا يعود إلى توافق الإرادتين، ونتج عن هذا إلزامية الإيجاب وعدم إمكانية العدول عنه،^(٢) كما

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ٤٨ وما بعدها لمحمد تقيّة.

(٢) نظرية العقد للسنهوري فقرة (١٨٢)، والوسيط فقرة (٩٠٦).

أن بعض الفقهاء الفرنسيين وافقوا على المذهب الألماني مثل: (تارد وكولان وورمز)، وهذا الأخير مع سالي يرجع إليهما فضل نقل نظرية الإرادة المنفردة إلى الأراضي الفرنسية وقال: ورمز: (إن استلزام توافق إرادتين لإنشاء الالتزام شكلية لا يمكن تفسيرها إلا تاريخياً ينبغي التخلص منها، وبالتالي تصبح الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام. وإذا سلم بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام فلماذا لا تعتبر هي مصدر الالتزام حتى تقترن بإرادة أخرى؟ وهل الإرادة المنفردة أقوى من الإرادة المقترنة بإرادة أخرى؟^(١)

تفنيـد حجج خصوم التصرف الانفرادي

فند أنصار الالتزام بالإرادة المنفردة حجج خصوم فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة على النحو التالي:

أ — لا تتافر بين الالتزام بالإرادة المنفردة مع المبادئ العامة للقانون: رد أنصار فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة على الادعاء بأن الالتزام بالإرادة الواحدة تقييد الشخص لنفسه من عدة وجوه:

١ — أن هذا الالتزام غير مؤبد إذا أخذنا فكرة التقادم المسقط.

٢ — أن الالتزام ينظر إليه على أنه معلق مالياً بالذمة على خلاف ما كان ينظر إليه في القوانين القديمة.^(٢)

٣ — طالما أن الالتزام في نطاق القانون، فلا مخافة من تطبيقه بتقييد الإنسان لنفسه ولا مخالفة في ذلك للنظام.

ب — لا صعوبات قانونية أمام فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة، فلا تعارض مع الحق الشخصي أو الالتزام أو الإرادة العامة.

(١) الوسيط للسنهوري جـ ١٧٨/١ بند ٦.

(٢) مذكرات نظرية الالتزام ص ٢١٤ د/ أحمد سلامة.

ج — لا اصطدام بين فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة مع فكرة الحق الشخصي لاعتبار أن الحق الشخصي يقتضي طرفين (دائن ومدين) فهذا يصطدم مع فكرة اتحاد الذمة التي لا تجيز مثل هذا الالتزام . أما القول بأن المدين يلتزم لغير دائن فهذا لغو ومردود عليه من ناحيتين:

١ — أن الالتزام لا يقضي باتحاد الذمة، ففكرة اتحاد الذمة تستبعد ، كما أن الالتزام المذكور ليس في مواجهة النفس، إنما هو في مواجهة الغير .

٢ — لا مانع من نشوء الالتزام بالإرادة المنفردة رغم عدم وجود الدائن طالما أنه يوجد وقت التنفيذ، فكل ما هو مطلوب وجود الدائن وقت تنفيذ الالتزام.^(١)

د — لا ازدواج بين الإرادة المنفردة والعقد، إذ أن لكل منهما نطاقا خاصا به وأن من يلتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته، ولا يرجع ذلك الالتزام إلى توافق إرادة الدائن وإرادة المدين، وأصبح اليوم القول بتوافق إرادتين نادرا، وذلك لما أصبح للإرادة المنفردة من سلطان حتى ولو لم تقترن بإرادة أخرى.

هذا وأورد أنصار فكرة الالتزام بالإرادة المنفردة بعض الحجج المؤيدة لنظريتهم ويمكن القول بأنها: حجة قانونية وحجة عملية.

أ — الحجة القانونية: تدور هذه الحجة حول المنطق القانوني، ومقتضى هذا المنطق هو القول: بأن الإرادة المنفردة تنشئ التزاما والإنسان إذا قيد نفسه داخل إطار القانون فلا مانع من ذلك.

وسلطان الإرادة أقوى من نظرية توافق الإرادتين، وإذا كان الإنسان سيد أمواله، فيستطيع بإرادته المنفردة أن ينقص من ماله. أما زيادة ماله بإرادته

(١) المرجع السابق ص ٢١٥ مبد ١٤٦.

المنفردة فلا يستطيعه لأن مصدرها الغير.^(١)

ب — الحجة العملية: فحوى هذه الحجة أن الحياة تأتي لنا بفروض متعددة منها: أن الدائن لا يكون موجودا حاليا، ولكنه سيوجد في المستقبل أو ممكن أن يوجد ولكنه مات مثلا قبل القبول. وقد يكون الدائن غير معين كما هو الحال في الوعد بجائزة. وإذا نظرنا إلى الوصية والوقف وجدنا أن الضرورة تتطلب تمكين الإرادة المنفردة من ترتيب آثار قانونية لها ومثل هذه الحالات لا بد أن يحتضنها القانون، ولن يكون ذلك مستساغا إلا إذا أخذنا بفكرة الالتزام بالإرادة المنفردة.

وفي رأبي — والله أعلم — أنه لا يوجد تفرقة كبيرة بين النظريتين ، فأنصار الإرادة المنفردة نجدهم من الناحية المنطقية والقانونية يجيزون إنشاء الالتزام من طرف واحد، كما يمكن التحلل منه في نفس الوقت ورد ذلك كله إلى سلطان الإرادة، وعندها يمكن القول بعدم وجود الفرق الكبير بين النظريتين، حيث إن الالتزام الذي أنشأته الإرادة المنفردة يمكن للمدين التحلل منه، إلا أنه من الناحية العملية نجد أن النظرية الألمانية تنشئ الالتزام بمجرد صدور الإرادة المذكورة، والأمر على خلاف ذلك في النظرية الفرنسية إذ الالتزام لا يكون إلا بتوافق إرادتين على ما سبقت الإشارة إليه، وعليه فأصحاب النظرية الألمانية يرون أن الإرادة المنفردة مصدر الالتزام بينما أصحاب النظرية الفرنسية يذهبون إلى أن العقد هو مصدر الالتزام دون سواه وعليه يمكن القول، بأنه مهما وصل من تقارب بين النظريتين إلا أن هذا الاختلاف أساسي عند كل منهما والرأي الذي نخلص إليه هو أن يبقى كل من العقد والإرادة المنفردة مصدرا للحق الشخصي، العقد باعتباره المصدر الأول، والإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا ثانويا يقتصر على الحالات التي يكون فيها ثمة فائدة من جعل الحق الشخصي ينشأ عن طريقها، وهذا هو اتجاه التشريعات الحديثة،^(٢) وقد أخذ بها التشريع الألماني في المادة

(١) المرجع السابق د/ أحد سلامة ص ٢١٥ وما بعدها.

(٢) عبد المجيد عبد الحكيم ، ص ٢٩٠ المرجع السابق.

(٧٩٣) الخاص بالسند لحامله،^(١) كما أخذ بالإرادة المنفردة التشريع الإيطالي في المادة (١٩٨٧)، والقانون اللبناني في المادة (٢٦٨)^(٢) والقانون العراقي في المادة (١٨٤ - ١٨٥)^(٣) والقانون الجزائري في المادة (١١٥).

الفرع الثالث

موقف الشريعة الإسلامية تجاه الإرادة المنفردة كمصدر للحق الشخصي

إن اصطلاح الإرادة المنفردة وتسميتها بهذا الاسم مستعار من الفقه الغربي ولم يستعمله الفقهاء المسلمون الأولون، وإنما استعمله الفقهاء المسلمون المحدثون إلا أن معناها معروف في الفقه الإسلامي منذ القدم، فقد يُعبر عنه (بالإيجاب) غير المقترن بالقبول كقولهم في الكفالة: إنها تتم بإيجاب الكفيل وحده^(٤) وكقولهم في الوقف أنه يتم بعبارة الواقف التي تدل على معنى الوقف.

إن ما يتم ويظهر أثره بالإيجاب وحده في الشريعة الإسلامية هم ما يتم بالإرادة المنفردة على اصطلاح الفقه الغربي، وإن كان منه ما يتم فيه بذلك كالكفالة.

والأمر المتفق عليه في الفقهاء هو أن الإرادة المنفردة صالحة لأن تكون أساساً لتصرف شرعي على خلاف بينهما في مدى هذه الصلاحية.^(٥)

(١) عبد الحي حجازي ص ٣٨٢ - ٣٨٢ ط ١٩٥٤.

(٢) النظرية العامة للموجبات ج ٩٩/٢ لبنان ١٩٥٨.

(٣) د/ عبد المجيد الحكيم ص ٣٩١ شرح القانون المدني العراقي.

(٤) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام . محمد تقيّة ص ٦٠.

(٥) الأستاذ علي الخفيف ص ٥٣ (التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة) ط ١٩٦٤.

هذا والإرادة المنفردة لها ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثارا قانونية متنوعة تنشئ التزاما وهي بتعبير الأستاذ السنهاوري لا تقل عنها في الفقه الغربي بل تزيد فإن مذهب ما لك قد بلغ في هذا المبلغ الفقه الجرمانى حيث جعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للحق المدنى الشخصى.^(١)

وتوضيحا لإنتاج الإرادة المنفردة لآثار قانونية مختلفة أتناول الكلام عن حالتين عملا على التوضيح والبيان وهما.^(٢)

الحالة الأولى : وتختص بتصرفات هي عقود في الفقه الغربى وتتم في الفقه الإسلامى بإرادة منفردة.

وتجمع هذه الحالة مجموعات ثلاث من العقود والتصرفات:

المجموعة الأولى: يدخل فيها البيع والإيجار وهي معاوضة ابتداء وانتهاء فيلتزم كل من المتعاقدين ومن ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منهما فيكون الركن هو الإيجاب والقبول دون خلاف.

المجموعة الثانية: من التصرفات ومنها الكفالة والقرض فهما تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، إذ كان يلزم قبول الدائن في الكفالة والمقترض في القرض مع أن التصرفات بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول وفي مثل هذا الرهن.

المجموعة الثالثة: من التصرفات وفيها الهبة والعارية وهي تبرعات ابتداء وانتهاء فتغلغل الشك فيها إذ كان يلزم قبول الموهوب له في الهبة والمستعير في العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته ونهايته فغلب القول

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ٦٠ للأستاذ محمد تقيّة.

(٢) مصادر الحق ج١/٤٥ - ط٢ - ١٩٥٤.

بأن هذا القبول غير لازم، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب فحسب.^(١)
الحالة الثانية: تصرفات تتم بإرادة منفردة، وهذه تشمل: الالتزام والوعد.
أما الالتزام فيطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة
المنفردة.

فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه فهل يتقيد
الملزم بإرادته المنفردة هذه بأن يعطي المال الذي التزم بإعطائه؟

ذهب الحنابلة والشافعية^(٢) إلى أن هذا من قبيل التبرع، والتبرع غير ملزم
عندهم. أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت الملتزم أو يفلس، ذلك أن الموت
والإفلاس يسقطان هذا الالتزام، فلا يجب شيء للملتزم له في التركة، ويميز
الفقهاء بين الالتزام والوعد، فالالتزام هو ما تقدم، وأما الوعد فهو ما يفرضه
الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال،
وقد يقع الوعد على عقد أو عمل كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضاً أو ببناؤه داراً.
وجمهور الفقهاء يرون أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء ولكن المالكية اختلفوا
فيه على أربعة:^(٣)

١- أن يفى بوعده قضاء في جميع الأحوال إلا إذا مات أو أفلس.

٢- لا يفى به لأنه تفضل وإحسان

٣- يفى به إن أدخل الموعد بسببه في شيء، كأن يقول له: أنا أقرضتك
لتنزج وتزوج بناء على وعده.

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ٦٣ للأستاذ محمد تقيّة.

(٢) مغني المحتاج: ٤٣٣/٢، المهذب: ٤١٢/١، كشاف القناع: ٢٢٩/٤، المغني: ٦٦٠/٥.

(٣) بداية المجتهد: ج ٢/٢٣٣، الشرح الكبير للدردير: ج ٤/٦٠ - ٦٥، المهذب: ج ١/٤١٢، كشاف
القناع: ج ٤/٢٢٨، المغني: ج ٥/٦٥٧.

٤- يفي به إن كان على سبب ولم يدخل الموعد السبب في أمره، كأن يقول له: أنا أقرضك كذا وسكت.

المطلب الثاني

موقف التشريعات الوضعية من الإرادة المنفردة وفيه فرعان

الفرع الأول

النظرة المختلفة للإرادة المنفردة

نلاحظ من خلال استعراض التشريعات التي أخذت بالإرادة المنفردة:

أنهم لم يتفقوا جميعا على الحالات التي تعتبر فيها الإرادة المنفردة مصدرا للحق الشخصي، بل تفرقت مذاهبهم إلى أربعة: منها المتطرف والأقل تطرفا ومنها ما يجعل للإرادة مجالا خاصا وللعقد مجالا خاصا به، ومنها ما يجعلها في مرتبة استثنائية.

المذهب الأول: المذهب المتطرف: يريد أن يجعل هذا المذهب من الإرادة المنفردة المصدر الوحيد لكل الالتزامات التي يكون مصدرها الإرادة.

فالعقد عندهم ما هو إلا اجتماع إرادتين منفردتين كل منهما مستقلة عن

الأخرى تمام الاستقلال ، إرادة الموجب من جهة وإرادة القابل من جهة أخرى، وعليه ينشأ التزامان ولكل من الالتزامين محله وتاريخ نشوئه.^(١)

وهذا المذهب مفرط في المبالغة، فهو يذهب إلى أن تكون كل التصرفات الإرادية القانونية صادرة من جانب واحد، وبالتالي إلى القضاء على العقد كمصدر أساسي وأولي للحق الشخصي أو الالتزام.

وهذا الطرح يتعارض مع تكوين العقد من الناحية الفنية حيث إن الفصل المطلق بين الإيجاب والقبول يتعارض مع الارتباط الوثيق الذي نراه في العقود التبادلية ولا يجوز أن نقول بأن الالتزامات الناشئة من العقد توجد في أوقات مختلفة إذ معنى ذلك أن يقال في حالة البيع مثلا إن الموجب يلتزم بنقل الملكية قبل أن يقبل المشتري وقبل أن يلتزم بدفع الثمن.^(٢)

المذهب الثاني: وهو أقل تطرفا حيث يرى الإبقاء على العقد كمصدر للالتزام الإرادي، وإلى جانبه يقبل قيام مصدر آخر له نفس القوة ونفس الأهمية وهو الإرادة المنفردة، وبالتالي فإن الإرادة المنفردة وأسوة بالعقد تعتبر مصدرا عاما للالتزام الإرادي، وعليه فكل تعبير يصدر بنية الالتزام يكون ملزما.

وكان هذا مذهب الفقهاء الألمان الذين حملوا لواء نظرية الإرادة المنفردة كما سبق، لكن يؤخذ على هذا المذهب أنه لا يحدد لكل من العقد والإرادة المنفردة مجاله الخاص الذي يعمل فيه مما يجعله في النهاية يفضي إلى انكار وجود العقد كمصدر للحق الشخصي.

المذهب الثالث: وهو الذي يحدد لكل من الإرادة المنفردة والعقد مجالا خاصا به حيث يرى إمكانية أن يكون للإرادة المنفردة مجالها الخاص لاعتبار أنها مصدرا عاما للالتزام، كما يكون للعقد مجاله الخاص. وهذا المذهب يقترّب في

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ٥٨ لمحمد تقيّة.

(٢) عبد الحي حجازي : ص ٢٠٨ المصدر السابق.

المعنى والمفهوم من المذهب السابق.

فالإرادة المنفردة تعجز أن تكون مصدرا للالتزام حيث يصلح العقد أن يكون فيه مصدرا للالتزام إرادي. إذ أن لكل من العقد والإرادة المنفردة مجاله الخاص به.

فالعقد يكون مصدرا للالتزام حيث يكون الدائن معينا، ولا يصلح أن ينشأ من إرادة منفردة. أما الإرادة المنفردة فتكون مصدرا للالتزام الذي لا يكون فيه الدائن معينا، ولا يجوز أن تكون مصدرا إلا لذلك الالتزام، كما لا يجوز أن يكون غير الإرادة المنفردة مصدرا لذلك الالتزام. إذ لو جعلنا العقد مصدرا له لكان مقتضى ذلك ألا ينشأ الالتزام إلا بعد أن يقبله الدائن، والغرض أننا بصدد التزام ينشأ عن إرادة واحدة دون توقف نشوئه على قبول أي إرادة أخرى.^(١)

وطالما أن هذا المذهب يحدد لكل من العقد والإرادة المنفردة نطاقا يعمل في حدوده فإن له قيمة، وهذا صحيح حيث إن العقد لا يصح أن يكون مصدرا للالتزام لا يكون الدائن معينا فيه .

المذهب الرابع: هذا المذهب لا يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام الإرادي، إنما يجعلها مصدرا استثنائيا ، فلا يجيز لها أن تنشئ الالتزام إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة استقرار العلاقات الاجتماعية، وعليه فلا تستعمل كمصدر إلا في الأصول التي ينص عليها القانون.

وهذا المذهب الذي استقر عليه الفقه والتشريع الحديثان، فعلماء القانون في ألمانيا التي هي مهد النظرية يعتبرون الإرادة المنفردة مصدرا استثنائيا مقصورا على الأحوال التي نص عليها القانون ، وكذلك القانونيون في إيطاليا وفرنسا.^(٢)

فلا تخلو التصرفات بالإرادة المنفردة التي تحدث آثارا قانونية من أن تكون

(١) عبد الحي حجازي ص ٣٨١ المرجع السابق.

(٢) عبد الحي حجازي ص ٣٨٢ ، المرجع الجزائري.

تصرفات:

١ - منشئة

٢ - أو منهيّة

٣ - أو مسقطّة.

الفرع الثاني

نماذج من التصرفات بالإرادة المنفردة ذات الآثار القانونية

لا تخلو التصرفات بالإرادة المنفردة التي تحدث آثارا قانونية من أن تكون

تصرفات:

٣ - مسقطّة.

٢ - منهيّة

١ - منشئة

ونحاول إعطاء نموذج لكل حالة من الحالات التي تنشئ أو تنتهي أو تسقط فيها الإرادة المنفردة بعض التصرفات القانونية كدليل على اعتبارها مصدرا من مصادر الحق الشخصي.

١ - التصرفات الانفرادية المنشئة:

أ - الوصية: عرفها الكسائي صاحب البدائع من فقهاء الحنفية بأنها^(١) (اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت). ويرد على هذا التعريف أنه لا يشمل الوصية الواجبة لأن الموصي كما أوجبها على نفسه هي واجبة بإيجاب الشرع، وعرّفها الكرخي من علماء الحنفية بأنها: ^(٢) (ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا

(١) بدائع الصنائع: ج ٣٣٣/٧ دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٢ الطبعة الثانية.

(٢) الفقه المقارن لأحمد الخطيب ص ٥٧ سنة ١٩٥٧م

بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه) ورغم دقة هذا التعريف فقد انتقد.^(١)

أما الوصية في القانون الجزائري فقد أحييت أحكامها على قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها ف جاء في المادة (٧٧٥) من القانون المدني الجزائري: "يسرى على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، وقانون الأحوال الشخصية الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية جملة وتفصيلا.

أما القانون المصري فقد عرفت المادة الأولى من قانون الوصية فيه الوصية بأنها" تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت" قال الأستاذ المرحوم أبو زهرة: (إن التعريف القانوني هذا أجمع من التعريفات الفقهية لأنه يشمل كل الوصايا التي اشتمل عليها ... ولا ينقص هذا التعريف أنه لم يشمل تبرعات المريض مرض الموت التي تأخذ حكم الوصايا فقد بينا أن الفقه الصحيح لا يجعلها من الوصايا من حيث الإنشاء فعدم شمولها من كمال ذلك التعريف لا من أسباب نقصه.)^(٢)

وبعد قراءة واستقراء مختلف المذاهب في الوصية نخلص إلى الرأي التالي:

إن التصرف بالوصية ينشأ بإرادة منفردة ولا يحتاج إلى القبول إلا بعد الوفاة، وهو شرط لثبوت الملكية بعد الوفاة، ولا يعتبر شرطا لصحة الوصية فالموصي يلتزم بإخراج جزء من ماله بعد وفاته وهو يلتزم بإرادته المنفردة وحدها ولا حاجة لإرادة القابل إلا عند تنفيذ الالتزام وهذا ما يتفق تماما مع قواعد التصرف بالإرادة المنفردة التي لا تحتاج إلى تعيين الدائن إلا حين التنفيذ.

٢ - في التصرفات الإرادية المنهية: كأنهاء عقد الوكالة بالعزل أو

التنازل:

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ٨٣ لمحمد تقيية.

(٢) شرح قانون الوصية الشيخ أبي زهرة ص ١٠.

فقد نصت المادة (٥٨٧) من القانون المدني الجزائري على أنه: (يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدھا ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول".

وبناء على هذا النص فإنه يسوغ للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت شلء قبل انتهاء عند الوكالة ، فتنهي الوكالة بعزل الوكيل^(١).

فالموكل كل الحرية ومتى شاء أن ينهي عقد الوكالة بعزل الوكيل مع ملاحظة القيد الذي أوردته المادة على حق الموكل في عزل الوكيل في حالة واحدة هي انه إذا كانت الوكالة بأجر فيه للوكيل مصلحة في الأجر فقد أوجب القانون أن يكون عزله بعذر مقبول وفي وقت مناسب فإذا عزل بغير ذلك كان العزل صحيحا وانعزل الوكيل عن الوكالة ولكنه يرجع بالتعويض على الموكل عن الضرر الذي لحقه جراء العزل ، وجواز عزل الموكل للوكيل قاعدة من قواعد النظام العام.^(٢)

كما نصت المادة (٥٨٨) من القانون المدني الجزائري على أنه: (يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل بإعلانه للموكل).

فإنه يستفاد من هذا النص أنه يسوغ للوكيل أن يتنازل عن الوكالة في أي وقت شاء وقبل إتمام العمل الموكل إليه. ويعلل ذلك بأن الوكيل حتى وإن كان مأجورا فإنما يريد أن يقدم خدمة فإذا أجاز القانون للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضي في تقديم خدمة للموكل فإن تنازل الوكيل والحالة هذه تصرف انفرادي يصدر من الوكيل بمحض إرادته المنفردة يوجهه إلى الموكل وهو لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل، ولم

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ١١٢ للأستاذ محمد تقية.

(٢) الوسيط للسنهوري المجلد ٧/٦٠٠.

ينص القانون على أي شكل يخص التنازل، فأى تعبير يفيد معنى التنازل يكفي، إلا أن القانون قيد حق الوكيل في التنازل في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الوكالة بأجر، فلا يجوز أن يتنازل عن الوكالة بغير عذر مقبول أو في وقت غير مناسب، فإن هو فعل صح التنازل، ويكون الوكيل متعسفاً فيكون مسئولاً عن تعويض الموكل طبقاً لنص المادة المشار إليها سابقاً.

الحالة الثانية: إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبي كأن يكون الوكيل معهوداً إليه بوفاء دين أجنبي في ذمة الموكل من المال الذي يقع في يده لهذا الأخير لذا لا يجوز للوكيل التنازل إلا بثلاثة شروط:

أ - أن تقوم أسباب جدية تبرر التنازل.

ب - أن يخبر الوكيل الأجنبي بالتنازل.

ج - أن يمهلة وقتاً كافياً ليتخذ ما يلزمه لصيانة مصالحه.⁽¹⁾

٣ - في التصرفات الانفرادية المسقطة :

الإبراء يتم بإرادة واحدة : تنص المادة (٣٠٥) من القانون المدني الجزائري على أنه:

(ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلاً إذا رفضه المدين".

وترشد هذه المادة إلى أن الإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به حيث نزل الدائن عن حقه مختاراً دون مقابل قبل المدين، ويعتبر صاحب الإرادة المنفردة والحالة هذه متبرعا الأمر الذي يتضح فيه أنه تصرف قانوني

(١) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ص ١١٤.

يصدر من جانب واحد هو الدائن ، فمتى صدر مستوفيا شروطه انقضى به الدين وبرتت ذمة المدين منه ، فهو إذا تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن المنفردة.^(١)

وهذا يتوافق مع حكم الإبراء في الفقه الإسلامي طبقا للمادة (٥٦١) من مجلة الأحكام العدلية حيث تنص على أن الإبراء لا يتوقف على قبول، ولكنه يرتد بالرد فعدم توفقه على القبول مبني على اعتباره إسقاطا، وروعي في ارتداده بالرد أن المبرأ قد تلحقه من المبرئ ما لا يريد تحمله، لكن الفقهاء المسلمين اشترطوا أن يكون الرد قبل القبول إذ به يسقط الحق "والساقط لا يعود"^(٢) كما هو منطوق القاعدة الفقهية.

وعليه فإن المدين إذا لم يقبل الإبراء طبقا للمذهب المالكي أو رده طبقا للمذهب الحنفي فإن الإبراء يسقط إذ لا يملك أحد أن يدخل في ملك غيره شيئا دون رغبته.^(٣)

لذا نلاحظ أن التكيف الشرعي والقانوني للإبراء يغلب عليه الطابع المادي على الطابع الشخصي. فالحق الشخصي قيمة مالية تدخل في حوزة الدائن ضمن العناصر الإيجابية التي تشتمل عليها ذمته المالية فيستطيع النزول عنه بإرادته المنفردة، ولما كان المدين لا يستطيع أن يفرض على الدائن هذا النزول بغير رضاه فقد أعطى القانون الحق للمدين في أن يرد الإبراء.^(٤)

هذا ونلاحظ أن حكم المادة (٣٠٥) من القانون المدني الجزائري : في الإبراء مستمد من الفقه الإسلامي في حين أن القانون الفرنسي لا يجعل الإبراء تاما إلا بإرادتي الدائن والمدين لأنه لم يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للحق

(١) السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني ، ص١٢٢٦.

(٢) المجلة جـ ٢١/١.

(٣) المدخل للفقه الإسلامي ص٧١٢ لمحمد سلام مذكور.

(٤) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، ص١٢٦.

الشخصي^(١) على ما سبقت الإشارة إليه.

ويعتبر الوعد بجائزة الموجه للجمهور هو التطبيق النموذجي للحق الشخصي والذي مصدره الإرادة المنفردة.^(٢)

فالوعد بجعالة في الفقه الإسلامي، والتي هي عبارة عن التزام شخص بأجرة أو مكافأة لآخر نظير أن يقوم بعمل من غير تحديد وقت للقيام به خير مثل على نماذج من التصرف بالإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للحق الشخصي في الشريعة الإسلامية، والتي أساس مشروعيتها هو قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾^(٣)، وقوله صلى الله عليه وسلم في غزوة حنين: "من قتل قتيلاً فله سلبه"^(٤)، ومن أمثلة الجعالة أن تجعل الدولة لمن يعثر على منجم أو حقل بترول قدرا معيناً منه كالخمس مثلاً أو تجعل مكافأة معينة للمتفوقين في امتحان ما....^(٥)

وبعد هذه الدراسة للإرادة المنفردة يمكن وصف الإرادة المنفردة بالشمول لكل التصرفات، وأن أغلب التشريعات الحديثة أخذت بها كمصدر استثنائي للحق الشخصي وقد يعبر عنها بالإيجاب غير المقترن بقبول في الفقه الإسلامي كقولهم في الكفالة أنها تتم بإيجاب الكفيل وحده، وكقولهم في الوقف أنه يتم بعبارة الواقف التي تدل على معنى الوقف، وهكذا فإن ما يتم ويظهر أثره بالإيجاب وحده في

(١) د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام جـ ١/٣٣٥. والمادة (١٨٤) القانون المدني العراقي ٤ والمادة (٢٥٥) من القانوني المدني الأردني.

(٢) انظر المادة (١١٥) من القانون المدني الجزائري، ود. عبد الحى حجازي ص ٥٨٨ - ٥٨٩ المرجع السابق والوسيط للمنهوري ص ١٨٠٢، ود/ أنور سلطان. مصادر الالتزام ص ٢٨٤، ود/ حشمت أبو ستيت فقرة (٤٠٥) في مصادر الالتزام.

(٣) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ج ٤/١١٤٤ - دار ابن كثير اليمامة - بيروت الطبعة الثالثة ١٩٨٧ تحقيق د/ مصطفى البغا.

(٥) الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ص ١٨٥ لمحمد تقيّة.

الشريعة الإسلامية هو ما يتم بالإرادة المنفردة في اصطلاح الفقه الوضعي.
والفقهان متفقان على أن الإرادة المنفردة صالحة لأن تكون أساسا لتصرف
شرعي أو قانوني تترتب عليه آثار شرعية أو قانونية.

ويحسن في نهاية بحث الإرادة المنفردة أن أنقل كلام الأستاذ أبي ستيت عن
الإرادة المنفردة فيقول: ^(١) (وقد كان الرأي في القانون القديم منعقدا على أن النزول
عن الحق الشخصي لم يكن ليقع بإرادة منفردة بل باتفاق الدائن والمدين، فجاء
القانون الجديد - متأثرا بالشريعة الإسلامية - برأي مخالف إذ قضى بأن الإبراء
من الالتزام يتم بإرادة الدائن وحدها (م ٣٧١).

وبهذا النقل يتأكد لنا بأن الإرادة المنفردة ليست صالحة لإنشاء حق شخصي
فحسب بل هي أيضا تسقط الحق الشخصي وتنتهيه كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

(١) مصادر الالتزام ص ٣٥٨ لأحمد حشمت أبي ستيت دار الفكر العربي ١٩٦٣.

الفصل الثالث

الواقعة القانونية ويشتمل على مبحثين

المبحث الأول

الفعل الضار (المسئولية التقصيرية) وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

المطلب الأول: أنواع الحقوق والتمييز بين المسئوليات

المطلب الثاني: بعض النصوص الشرعية في الفعل الضار

المطلب الثالث: ضمان الخطأ الشخصي في المسئولية التقصيرية

المطلب الرابع: آثار المسئولية وفيه ثلاثة فروع

المبحث الثاني

الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب

المبحث الأول

الفعل الضار أو (المسئولية التقصيرية) وفيه أربعة مطالب

تمهيد:

قد يكون المصدر الذي تترتب عليه الروابط القانونية المالية بين الأشخاص وقائع قانونية أو مصادر غير إرادية، (غير العقد والإرادة المنفردة)، وهذه الوقائع حين تقع فإنها لا بد من أن تنتج أثراً قانونياً سواء وقعت باختيار الشخص أو بدون اختياره.

إن الآثار التي تنتجها هذه الوقائع غير الإرادية إما أن تكون واقعة ضارة وتسمى أيضاً (بالفعل الضار) أو (المسئولية التقصيرية) أو (العمل غير المشروع)، أو (العمل المستحق للتعويض)، وإما أن تكون واقعة نافعة تسمى أيضاً (بالفعل النافع) أو (الإثراء) بلا سبب أو (الكسب دون سبب).

وبهذا المعنى المتقدم فإنه يراد بالواقعة القانونية المعنى الضيق لها كواقعة مادية يرتب الشرع أو القانون عليها أثراً، ولا يراد بها المعنى الواسع الذي يشمل كل التصرف القانوني.^(١)

(١) انظر هذا المعنى للأستاذ الدكتور السهوري : التصرف القانوني والواقعة القانونية – محاضرات على طلبية الدكتوراه ص ٢ عام ١٩٥٤ .

المطلب الأول

أنواع الحقوق والتمييز بين المسؤوليات وفيه فرعان

إذا قام الإنسان بارتكاب أمرا يستوجب المؤاخذة، فمن الطبيعي أن تنهض المسؤولية بوجه عام، فإذا كان الأمر مخالفا لقواعد الأخلاق كانت مسؤولية أخلاقية، وإذا كان القانون يوجب المؤاخذة فالمسؤولية هنا تتعدى كونها أدبية وإنما تتعدى ذلك إلى المسؤولية القانونية، لأن الشخص قد أضر بسلوكه حقوق الغير.

فالشخص الذي ارتكب فعلا سبب به ضررا للآخرين فإنه يستوجب مؤاخذة القانون إياه على ما سببه من أذى للغير.^(١)

فالمسؤولية القانونية تتحقق إذا حصل ضرر، سواء أصاب الأشخاص أم أصاب المجتمع، أو أصابهما معاً، والجزاء يختلف بحسب نوع المسؤولية.

والفعل الضار أو العمل غير المشروع كما يفهم من عنوانه هو الذي لم يأذن فيه الشارع الحكيم ويترتب عليه ضرر للغير طالما أنه غير مشروع ولا مأذون فيه، ويطلق عليه أحيانا بعض الفقهاء العمل الضار وصفا لما يترتب عليه من آثار تتعلق بحقوق الآخرين.

(١) د/ سليمان مرقس : الوفي جـ ٣٠١/٢ .

الفرع الأول

حق الله وحق العبد

١ - حق الله: هو ما يتعلق به المصلحة العامة كالعبادات الخالصة: مثل الإيمان والعقوبات الخالصة كالحدود، والعقوبات القاصرة كالحرمان من الميراث، والحقوق الدائرة بين الأمرين كالكفارات والعبادات التي فيها المؤنة كصدقة الفطر، والمؤونة التي فيها شبه العقوبة كالخراج، والمؤونة التي فيها معنى العبادة كالعشر، والحق القائم بنفسه كخمس الغنائم،^(١) وسميت كذلك (حقوق الله) لشمول نفعها وعظم خطرها، وهي كما نلاحظ ثمانية.

٢ - حق العبد: وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة، مثل الديّة والضمان وهناك حالات يجتمع فيها الحقان وحق الله يكون فيها غالب فتلحق بحقوق الله كحد القذف مثلاً، كما أن هناك حالات يجتمع فيها الحقان وحق العبد يغلب فيها فيلحق بحقوق العباد وذلك كالقصاص مثلاً.^(٢)

وجزاء التعدي على حق الله هو الحد والتعزير والكفارة والحرمان من الميراث، وهذه ما تسمى بالعقوبة العامة ولها ميزات^(٣) وهي:

١ - لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح

٢ - يفوض استيفؤها إلى الإمام

٣ - إذا تكررت الجناية (يجري فيها التداخل) فيجزئ حد واحد

٤ - تنتصف بالرق

(١) التلويح والتوضيح ص ٧٠٥.

(٢) المصدر السابق ص ١٩.

(٣) مصادر الحق للسنهوري ج ١/٤٨.

٥ - لا يجري فيها الإرث

وهذا ما يسمى بالعقوبات الجنائية في القانون الغربي .

أما جزاء حق العبد فقد يكون عقوبة تعزيرية وقد يكون قصاصا فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين لقوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾^(١).

وضمن القصاص يجب في القتل العمد، أو في الجناية عمداً على ما دون النفس إن أمكنت المماثلة بين المحلين كمن يقطع إصبع أحد متعمداً قطع إصبعه.

وتتميز العقوبة الخاصة بالآتي:^(٢)

١ - يجوز فيها العفو والإبراء والصلح

٢ - يفوض استيفاؤها إلى المجني عليه أو وليه

٣ - لا يجري فيها التداخل حيث تتكرر العقوبة بتكرر الجناية

٤ - يجري فيها الإرث من جهة المجني عليه وليس من جهة الجاني

وبما أن القصاص يعتبر أحيانا من العقوبات الخاصة، فإننا نلاحظ أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم ينفصل انفصلاً تاماً عن القانون المدني كما تم ذلك في القانون الوضعي الغربي لذا لم يتم التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في القانون الوضعي .

(١) المائدة: الآية ٤٥ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ٦٥/١ - ٦٦ .

الفرع الثاني

المسئوليات

أولاً: المسؤولية المدنية والمسئولية الجنائية: (١)

المسئوليتان تختلفان من حيث الأساس ومن حيث الجزاء، حيث إن المسؤولية المدنية أوسع نطاقاً ولا يمكن حصر أفعالها لقيامها على أساس الاعتداء على حق الغير تمثلاً فيما يسمى بـ(الخطأ المدني).

أما أساس المسؤولية الجنائية فهو الاعتداء على المجتمع وهي محصورة لأن أساسها جريمة لذا يتحمل الشخص أفعاله المجرمة وحتى يكون الشخص مسؤولاً عن هذه الأفعال يلزم أن يكون متمتعاً بقوة الوعي والإدراك وبسلامة الإرادة والتفكير لأن إقامة هذه المسؤولية على الفاعل تؤدي إلى العقاب ولا قيمة للعقاب على من لا يدركه. (٢)

وهذه المسؤولية الجنائية محصورة قانوناً للقاعدة التي تقول: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). لذا يختلف الجزاء في المسئوليتين تبعاً لاختلاف أساس كل منهما فالجزاء في المسؤولية المدنية هو التعويض المالي سواء وقع الضرر نتيجة الإخلال بالرابطه العقدية أم الإخلال بالتزام قانوني، (٣) والذي يملك رفع الدعوى هو المضرور صاحب الحق، كما أنه هو الذي يملك الصلح أو التنازل أما في المسؤولية الجنائية فالذي يملك توقيع العقوبة هو القضاء بعد رفع الأمر إليه من النيابة العامة والجزاء في المسؤولية الجنائية هو الردع عن طريق العقوبة

(١) د/ سليمان مرقس : موجز أصول الالتزامات ص ٣٣٨ قام ١٩٦٢ - القاهرة .

(٢) د/ مصطفى العوجي : القانون الجنائي العام ج ١١/٢ - ١٢ المسؤولية الجنائية ، مؤسسة نوفل بيروت ١٩٨٥ .

(٣) مصادر الالتزام ص ٣٧٠ لأحمد أبي سنيت، دار الفكر العربي.

ثانياً: المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

أساس المسؤولية العقدية امتناع المدين عن تنفيذ التزامه الذي ألزمه إياه التعاقد بين الطرفين، أو نَفَذَ على وجه ألحق الضرر بالدائن. أما المسؤولية التقصيرية فتتحقق إذا أخل أحد بالقانون وبما فرضه من وجوب احترام الغير وعدم إلحاق الضرر به، ومن هنا يظهر أن أساس المسؤولية العقدية هو العقد، أما أساس المسؤولية التقصيرية فهو القانون الذي ينص على عدم الإضرار بالغير.

ويشترط لقيام المسؤولية العقدية شرطان: (١)

١ - وجود عقد صحيح : فإذا تلاقت الإرادتان على أثر قانوني يكون العقد قد انعقد.

٢ - وجود ضرر ناشئ عن عدم تنفيذ العقد، فإذا كان الضرر ليس راجعاً إلى عدم تنفيذ التزام عقدي لا تكون المسؤولية عقدية وإنما تكون تقصيرية.

أهمية التفرقة بين المسئوليتين. (٢)

تنحصر أهمية التفرقة بين المسئوليتين في أمور وهي:

١ - الأهلية: فإن كمال الأهلية لازم في أكثر العقود لنشوء المسؤولية العقدية عند المطالبة بالتعويض، أما في المسؤولية التقصيرية فيكفي لقيامها أهلية التمييز.

٢ - الإعذار: فالإعذار شرط كقاعدة عامة لقيام المسؤولية العقدية عند المطالبة بالتعويض أما في المسؤولية التقصيرية فلا حاجة إلى الإعذار.

(١) انظر هذا المعنى في موجز أصول الالتزامات ص ٣٣٥ د/سليمان مرقس .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٢ - ٢٣٣ . د/سليمان مرقس.

٣ - مدى التعويض: يكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

٤ - التضامن: نصت المادة (٢٧٩) من القانون المدني المصري على أن التضامن في حالة تعدد المسؤولين تعاقديا لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص قانوني . أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن بين المسؤولين في الفعل الضار مقرر بنص القانون في المادة (١٦٩) من القانون السابق.

٥ - يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولا يجوز بالنسبة للمسؤولية التقصيرية (م ٢١٧) من القانون المدني المصري.

٦ - التقادم : تتقادم المسؤولية العقدية بـ(١٥) عاما، بينما تتقادم المسؤولية التقصيرية بـ(٣) سنوات أو بـ(١٥) سنة على حسب الأحوال: هذا وقد نصت المادة (١٠) من القانون المدني الجزائري على أن تخضع الدعوى المدنية فيما يتعلق بالتقادم لأحكام القانون المدني.^(١)

هذا وقد خصص المشرع العراقي لأحكام المسؤولية التقصيرية المواد (١٨٦ - ٢٣٢) كما خصص المشرع الأردني المواد (٢٥٦ - ٢٩٢)، أما المشرع الجزائري فقد تحدث عنها في المواد (١٢٤ - ١٤٠).

وفي أحكام الشريعة الإسلامية نجد التفرقة بين نوعي العمل غير المشروع، فمن العمل ما يقع على النفس ومنه ما يقع على الأموال كالإتلاف مثلا أو الغصب . وقد حل القصاص من الجاني في الإسلام محل الثأر في الجاهلية وصارت الدية الواجبة بديلا عن الدية الاختيارية.

وبعد استقرار الشريعة الإسلامية أصبح القصاص يشمل الجرائم المتعمدة

(١) د/بلحاج، النظرية العامة للالتزام جـ ٣٢/٢.

أما القتل الخطأ فيلزم تعويض أسرة المجني عليه بالدية الوجوبية مع تحرير رقبة مؤمنة عن طريق عاقلة الجاني، وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين الجرائم الخاصة في الصور الماضية وهي (حقوق الله) و(حقوق العباد)^(١)، فضلا عن وجود حقوق مشتركة بين الاثنين كحق القذف مثلا.

فجزاء الاعتداء على حقوق الله إقامة الحد أو التعزير وجزاء الاعتداء على حقوق العبد هو القصاص أو التعزير أو الدية أو حكومة العدل.^(٢)

المطلب الثاني

بعض النصوص الشرعية في الفعل الضار

١ - من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ، ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا﴾^(٣)، وقال أيضا: ﴿ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها﴾^(٤)، وقال تعالى: أيضا: ﴿قالوا تالله لقد علمتم ما جئنا لنفسد في الأرض وما كنا سارقين﴾^(٥)، وقال تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا

(١) الجريمة العقوبة في الفقه الإسلامي ص ١١٣ لمحمد أبي زهرة . دار الفكر ، والدكتور محمد يوسف موسى . الفقه الإسلامي (مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه) ص ٢١٢ - ٢١٤ - ط ٣ عام ١٩٦٨ .

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص ١١٣ لمحمد أبي زهرة، ود/ السنهوري مصادر الحق ج — ٥١/١ - ٥٢ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٩ .

(٤) سورة الأعراف ، الآية : ٥٦ .

(٥) سورة يوسف ، الآية : ٧٣ .

شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ﴿١﴾.

فهذه الآيات الكريمة تدل على ما يلي:

١ - أن أكل أموال الناس بالباطل حرام

٢ - أن كل فساد في الأرض هو ظلم وفساد للحياة الاجتماعية

٣ - أن السرقة جزء من الفساد

٤ - أن ذلك يوجب غضب الله وعقابه في الآخرة، مما يجب اتخاذ التدابير التي تزجر عنه في الدنيا بما يزيل آثاره ويبعد ضرره. (٢)

٥ - للضرر الأدبي اعتبار مميز في نظر الشريعة الإسلامية، وقد يكون حسب نوعيته أكثر من الضرر المادي، فمن ارتكبه عدوانا وظلما وافتراء استحق القمع في الدنيا والعذاب في الآخرة .

٢ - من الحديث الشريف:

أما الأدلة من السنة النبوية فإننا نجد من النصوص الموضوعية في كثير من أنواع الفعل الضار ومسئوليته، وذلك لحوادث ووقائع مختلفة كان نتيجتها أقضية قضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وذلك على ما في الأحاديث الآتية:

١ - قوله صلى الله عليه وسلم: (كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه). (٣)

(١) سورة النور ، الآية : ٤ .

(٢) الفعل الضار للزرقاء ص ١٨ نشر دار العلوم بيروت ١٩٨٨م

(٣) مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري تحقيق الألباني : ٢٣٣/٢ رقم (١٧٧٥).

٢ - وقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)^(١)، أي لا يجوز شرعا لأحد أن يلحق ضررا بالآخر، والضرر هو: إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والضرار هو: إلحاق مفسدة بالغير على سبيل المقابلة له، وهذا أليق بلفظ الضرار.^(٢)

ويعتبر هذا الحديث من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم، ويؤسس قاعدة عظيمة من أركان الشريعة الإسلامية، حيث تعتبر هذه القاعدة هي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في العقوبة والتعويض.

والحديث يوجب منع الضرر كل الضرر سواء أكان عاما أو خاصا، ويشمل دفع الضرر قبل وقوعه ورفع بعد وقوعه، وهو ما يتصل بالفعل الضار.

كما أن منع الضرار في الحقوق المالية يقتضي ألا تقابل الضرر بالضرر مثله فمن أتلف لك مالا لا تتلف له أيضا على سبيل المماثلة لأن هذا ليس من الحكمة ولا من المصلحة في شيء، بل يجب الحكم عليه بالتعويض الذي يجبر ضررك وذلك خلافا للجناية على النفس والبدن وسيأتي تفصيل القول في هذه القاعدة عند الكلام عن قواعد ضبط استعمال الحق في الباب الثاني إن شاء الله.

٣ - قوله صلى الله عليه وسلم: (من اقتطع شبرا من الأرض ظلما طوقه الله يوم القيامة إياه من سبع أرضين).^(٣) وهذا الحديث يدل على حرمة الغصب والظلم، كما يدل على إمكان أن تغتصب الأرض وللشوكاني كلام جميل في غصب الأرض، يمكن الرجوع إليه في مصادره.^(٤)

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني وغيرهم انظر (معند أحمد (٣٢٧/٥)، والموطأ (٧٤٥/٢)، وسنن ابن ماجه (٧٨٤/٢)

(٢) شرح القاعدة ٨ من المجلة لأحمد الزرقا، وانظر سبل السلام ج٣، ص١١٣.

(٣) متفق عليه وانظر لفظ مسلم في مختصر صحيح مسلم للمنذري: ١٦/٢ رقم (٩٧٠).

(٤) سبل السلام ج٣/٧٠ دار أحياء التراث العربي بيروت ١٣٧٩ ط/الرابعة تحقيق محمد عبد العزيز الخولي ونيل الأوطار ج٦/٦٣ دار الجيل بيروت ١٩٧٣.

٤ - قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يشير أحدكم إلى أخيه بالسلاح)^(١) وهذا الحديث في التسبب في الضرر، بحيث أن من تكون في يده آلة خطره يجب عليه الحذر وأخذ الحيطة والعناية الخاصة حتى لا يتسبب في إحداث ضرر بالنفس أو بالغير.

٥ - قوله صلى الله عليه وسلم: (من تطيب ولم يكن بالطيب معروفا فأصاب نفسا أو ما دونها فهو ضامن)^(٢)، فهذا يدل على المسؤولية عن إحداث الضرر وهو يتعلق بموضوع الفعل الضار، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (عذبت امرأة في هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت النار فيها، لا هي أطعمتها وسقتهها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض).^(٣)

وهذا كذلك يدل على المسؤولية المدنية للمتسبب فيما لو كان للحيوان دور في المجتمع ككلب الحراسة أو في مكان يرتع فيه الفئران بالنسبة للهرة.

٦ - قوله صلى الله عليه وسلم: (لا طاعة لأحد في معصية الله تبارك وتعالى) وأخرج أحمد والبخاري ومسلم من حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (... لا طاعة في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف).^(٤)

٧ - وقوله صلى الله عليه وسلم: (ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته . فالإمام الأعظم الذي على الناس راع وهو مسئول عن رعيته . والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده

(١) مختصر صحيح مسلم للمنذري : ١٠٤/٣٤/٢ وأخرجه الدار قطني وصححه الحاكم وأخرجه أبو داود والنسائي وغيرهما. انظر بلوغ المرام لابن حجر باب الديات ٤٧٠/٩ .

(٢) سنن البيهقي الكبرى جـ ٨/١٤١ مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤ تحقيق محمد عبد القادر عطا.

(٣) متفق عليه . انظر صحيح البخاري جـ ٢/٨٣٤ دار ابن كثير - اليمامة - بيروت .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم (انظر صحيح البخاري ج ٦/٢٦٤٩) دار ابن كثير بيروت- ١٩٨٧ .

وهي مسئولة عنهم ...).^(١)

وهذا الحديث لا يقتصر معناه على مسئولية الأب أو الأم مثلا عن الأفعال الضارة والتي تقع ممن تحت رعايتهم، وتسمى (بالمسئولية عن فعل الغير)، ولكنها تتعدى ذلك لتشمل من في حكم مسئولية الأب عن من تحت رعايتهم من القاصرين إذا ارتكبوا فعلا ضارا وكانوا مقصرين في رقابتهم.

٣ - من فقه الصحابة (رضوان الله عليهم):

١ - ذكرت امرأة عند سيدنا عمر رضي الله عنه بسوء، فأرسل إليها ففرغت، وضربها الطلق وهي في طريقها إليه، فألقت ولدا فصاح صيحتين ثم مات، فاستشار عمر الصحابة فقال بعضهم: ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، لكن سيدنا عليا كرم الله وجهه قال: إن ديتك عليك لأنك أنت أفرغتها فألقتك، فأمر عمر عليا أن يقسم عقلها على قريش، أي يقسم دية الجنين على عاقلة عمر.^(٢) ودل هذا الأثر على أن التسبب من الحاكم كالتسبب من الأفراد، وما قال به الجمهور من الفقهاء^(٣) من أن الحاكم يضمن الدية أولى بالقبول لأن الحاكم وإن كان من حقه أن يستدعي من شاء إلى مجلسه، لكن عليه أن يترفق في هذا الاستدعاء وبخاصة وأن هذه المرأة حامل فكان من المناسب أن يبين لها سبب هذا الاستدعاء حتى لا يتركها نهبا للظنون التي أفرغتها على نحو أدى إلى إسقاط ولدها.

وهذا القضاء يدل على أن التسبب من الحاكم كالتسبب من الأفراد يوجب

(١) رواه الشيخان واللفظ للبخاري : فتح الباري لابن حجر ١١١/١٣.

(٢) روى هذه القصة بكاملها عبد الرزاق في مصنفه كتاب العقول - باب من أفرغه السلطان ج٩/ص٤٥٨ . و البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الإجارة باب : الإمام والمعلم يفرم ج٦/ص١٢٣.

(٣) تلخيص الحبير لابن حجر ج ٤/٣٦ ، والأم للشافعي ج ٦/٧٦ ، والمهذب للشيرازي ج ٢/١٩٢.

الضمان.

٢ - روى علي بن رباح اللخمي: أن رجلاً كان يقود أعمى فوق في بئر فجر البصير، ووقع الأعمى فوق البصير فقتله، فقتل عمر بعقل البصير على الأعمى. (١)

وفي هذا القضاء دليل على أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، بل ولو كان معذوراً كما في حالة الأعمى.

٣ - روى مالك في الموطأ أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية بن أبي سفيان: أنه أتى بمجنون قتل رجلاً. فكتب إليه معاوية: أن أعقله، ولا تقد منه فإنه ليس على مجنون قود. (٢)

ويدل هذا على أن غير المميز إذا صدر منه فعل ضار فهو مسئول في ماله.

ومما تقدم سواء من النصوص الشرعية أو من أقضية الصحابة رضوان الله عنهم نقول بأن هذه النصوص والأقضية تشهد لمبدأ المسؤولية التي تقوم على التعويض عن الضرر بأي طريقة من طرق التعويض.

و دفع التعويض هو من صميم الحقوق الشخصية التي يجب أداؤها لأصحابه دونما نقصان.

(١) تكملة المجموع للشيخ محمد نجيب المطيعي: ٤٠٠/١٧، وابن قدامة: المغني: ٢٤٠/٨ مكتبة القاهرة.

(٢) موطأ مالك ج ٢/٨٥١ - دار إحياء التراث العربي - مصر تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي

المطلب الثالث

ضمان الخطأ الشخصي في المسؤولية التقصيرية وفيه ثلاثة فروع

إن أهم الحالات التي تدو حول موضوع الضمان هي:

- ١ — إما أن يكون الفعل صادرا عن الشخص المتعدي أو المخطئ نفسه .
- ٢ — إما أن يكون الفعل صادرا عن أشخاص خاضعين لرقابته أو تابعين له.
- ٣ — إما أن يكون الفعل صادرا عن حيوان أو مملوك له.

ومعلوم أنه إذا توافرت شروط الفعل الضار وهي (الخطأ والضرر والرابطة السببية بين الخطأ والضرر) فإن ذلك يقتضي أن يلتزم الفاعل بالتعويض على المضرور بما يعادل ضرره، والتعويض في الغالب هو مال من النقود تقدره المحكمة وفي حالات أخرى يرجع إلى تقدير القاضي.^(١)

الفرع الأول

المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي

لقد اهتم الإسلام بالمسؤولية الشخصية، والتي تترتب على كل عمل يصدر عن الإنسان سواء أكان خيرا أو شرا، والمسؤولية في الإسلام لها شقان دنيوية وأخروية تؤجل إلى يوم القيامة لحكمة إلهية.

(١) الفعل الضار ص ٦٢ للزرقا.

أما الدنيوية فيراد منها زرع الطمأنينة والعدل والإصلاح، وقد قرر الإسلام مسؤولية كل إنسان عن خطئه الشخصي أو الفردي ، وبالتالي فيتحمّل وحده هذه المسؤولية وآثارها وبالتالي فعليه أن يتهيأ لهذا العمل قبل الإقدام عليه، ولا يسأل شخص عن فعل شخص آخر حتى ولو كان أقرب الناس إليه طالما أنه كبير ورشيد. (١)

قال تعالى: ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾ (٢)، وقال تعالى: ﴿لكل امرئ منهم ما اكتسب من الإثم﴾ (٣)، وقال أيضا: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لا يحمل منه شيء ولو كان ذا قربى﴾ (٤)، وقال أيضا: ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾ (٥) وقال أيضا: ﴿قل لا تسألون عما أجرنا ولا نسأل عما تعملون﴾. (٦)

فهذه الآيات تقرر مبدأ تحمل الإنسان تبعات أعماله بنفسه ولا يسأل غيره عنها.

لذا من تعدى على مال غيره وجب عليه الضمان والتعويض عما أحقه بغيره، وإلى جانب هذا المبدأ توجد استثناءات في الظاهر يقتضيها العدل (٧) وذلك ما سنتناوله إن شاء الله — في المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء.

(١) الفعل الضار ص ٦٢ للزرقا.

(٢) سورة الطور ، الآية : ٢١ .

(٣) سورة النور ، الآية : ١١ .

(٤) سورة فاطر ، الآية : ١٨ .

(٥) سورة البقرة: الآية: ٢٨٦.

(٦) سبأ: الآية: ٢٥.

(٧) النظرية العامة للموجبات والعقود : ١ / ص ٢١٩ وما بعدها المحمصاني .

وهذه المسؤولية التي تترتب على عمل يصدر من المسئول نفسه أساسها
الخطأ الواجب إثباته، وعلى هذا ندرس الأسس التي تقوم عليها هذه المسؤولية.

الفرع الثاني

أركان المسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية التقصيرية على أركان ثلاثة هي:

١ - الخطأ ٢ - الضرر ٣ - علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وأورد المشرع الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي:

المسئولية عن العمل الشخصي في المادة (١٢٤) منه والتي تنص على أنه:
(كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في
حدوثه بالتعويض).

ونتناول الآن الأركان الثلاثة للمسئولية التقصيرية .

أولاً: الخطأ:

الخطأ ركن المسؤولية التقصيرية الأول، وهو أساسها، يجب أن يكون ذلك
الفاعل خطأ^(١).

وشرط الخطأ ضروري للمسئولية المدنية حيث اشترطته جميع تقنيات
البلاد العربية على اختلاف تعبيراتها.^(٢)

(١) نقض مني مصري ١٦ نوفمبر ١٩٦٥ . م . أ . ن . ١٦٠ ، ١٠٨٩ : ٢١ نوفمبر ١٩٦٧ . م . أ . ن .
١٨ . ١٧٢٠ ، ٢٦٠٠ .

(٢) المادة : ١٦٣ . ق . م . مصري . م . ١٦٤ . ق . م . سوري . م . ١٦٦ . ق . م . ليبي . م . ٨٢ . ق . م .
تونسي المادة : ٧٧ - ٧٨ . ق . م . مغربي . والمادتان : ١٢٨٢ - ١٣٨٢ . ق . م . زنسي .

وقد ظهرت عدة تعريفات للخطأ نظرا لعدة اعتبارات، ونجد أن الفقه^(١) والقضاء في مصر قد عرفا الخطأ بأنه: (انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف) ونلاحظ أن هذا التعريف يجمع لنا ركني الخطأ: أحدهما: المادي وهو الانحراف أو التعدي، والثاني: معنوي وهو: الإدراك.

ويعتبر الشخص متعديا وفقا لمعيارين : أحدهما ذاتي أو شخصي، وذلك فيما إذا كان يقظا حريصا للوصول إلى (القصد السيئ) والثاني: موضوعي دون الاعتداد بالظروف الشخصية للفاعل ، وينظر إلى الانحراف بمعياره المادي ولا يوجد اختلاف بين رجال الفقه والقضاء في أنه المعيار الصحيح لقياس التعدي.^(٢)

والمعيار الموضوعي ثابت بالنسبة إلى جميع الناس ولا يتغير من شخص إلى آخر ولا يتعلق بالأمر الخفية، وإن قواعد العدالة توجب الاعتداد بالظروف الخارجية لا بالظروف الشخصية.

ونشير هنا إلى أن التعدي هذا قد يكون عملا مشروعاً لا يحاسب عليه القانون لانعدام الخطأ كما في حالة الدفاع الشرعي وكما في حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته وفي حالة الضرورة .

حالات التعدي المشروع (انعدام الخطأ) :

إذا كان التعدي يعتبر عملا غير مشروع، فإن هناك حالات ترتفع عنها هذه الصفة ، وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة (١٢٨) منه تناول فيها حالة الدفاع الشرعي والمادة (١٢٠) منه تناول فيها حالة الضرورة والمادة، (١٢٩) تناول فيها حالة تنفيذ أمر الرئيس .

كما نصت المادة (٢١٢) من القانون العراقي على حالة الدفاع الشرعي

(١) الوسيط للسنهوري بند : ٥٢٧ ، د/ أحمد أبو ستيت بند : ٤٣٣ .

(٢) الوسيط للسنهوري ج ٢/ فقره ٥٢٨ ، د/ سليمان مرقس : المسئولية المدنية فقرة : ٨٢ د/ حشمت أبو ستيت فقرة ٤٢٢ .

والمادة (٢١٥) على حالة تنفيذ أمر الرئيس والمادة (٢١٣) على حالة الضرورة، ولم يتعرض القانون المدني الأردني لحالة الضرورة رغم نصه على حالة تنفيذ أمر الرئيس (م٢٦٣) منه وحالة الدفاع الشرعي من المادة (٢٦٢) منه .

١ - حالة الدفاع الشرعي :

تعريف الدفاع الشرعي :

الدفاع الشرعي هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره وحقه في حماية ماله أو مال غيره، من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.^(١)

كما عرف بأنه: سلطة وقائية يكون بموجبها للشخص أو عليه، فعل ما يلزم شرعا لدفع خطر حقيقي غير مشروع، حال على حق معصوم من نفس أو عوض أو مال لمسلم أو ذمي أو مستأمن.^(٢)

وهو نفس التعريف الذي أطلقه القانون حيث قال: (هو استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون).^(٣)

وقد أقرت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي لمن يتهدده خطر عدوان حقيقي حال على نفسه أو ماله أو عرضه، أو نفس أو عرض أو مال الغير، ولم تجعله يقف مكتوف الأيدي أمام هذا الخطر لذا فهي تبيح له دفع هذا الخطر الذي حل أو أوشك أن يحل مجيزة استعمال أية قوة مناسبة لازمة، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية والقانون المدني قد وفرا صيانة مصالح المجتمع وحفظ حقوقه.

فالأخطار التي تدفع هي التي تحدد حقوقا تحميها الشريعة وهي

(١) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ج ١ / ٢٧٣ مطبعة المدني ١٩٥٩م

(٢) الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية ص ١٧ - ١٨ لداود العطار الدار الإسلامية.

(٣) شرح قانون العقوبات ص ٢٩٦ د/ محمود ونجيب حسين .

(المعصومة) دون غيرها مما أهدرته^(١) الشريعة. (فالنفس والعرض والمال) سواء كانت لمسلم أو لذمي^(٢) أو لمستأمن^(٣) فلا يجوز التعرض لهم بسوء ويجب على المسلمين رعاية أمان غير المسلمين .

ولا ننظر إلى مصدر الخطر سواء أكان إنسانا ذكرا أم أنثى حرا أم عبدا مسلما أم كافرا صغيرا أم كبيرا، عاقلا أم مجنونا وسواء صدر من بهيمة ككلب عقور أو جمل صنول أو غيرهما فيجب دفع هذا الخطر لاعتباره شرا يهدد معصوما ، ونجد أن بعض فقهاء القانون الوضعي ذهبوا هذا المذهب.^(٤)

وقد أجمع فقهاء الشريعة من الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والشافعي^(٧) والحنابلة^(٨) والزيدية^(٩) بوجوب تحقق الخطر دون النظر إلى مصدره .

فالدفاع عن النفس والمال واجب وإن أدى الدفاع المشروع عن النفس أو المال أو العرض إلى الهلاك أو الموت، قال صلى الله عليه وسلم: (من قتل دون ماله فهو شهيد ...).^(١٠)

-
- (١) شرح قانون العقوبات ص ٢٩٦ د/ محمود ونجيب حسين .
 - (٢) الذمي هو المعاهد سواء أكان نصرانيا أو يهوديا أو غيرهما ممن يقيم في دار الإسلام (انظر أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٢٢ لعبد الكريم زيدان) .
 - (٣) المرجع السابق ص ٨٩ - ١٣٠ - ١٣١ .
 - (٤) النظرية العامة للجريمة ص ٢٦ لمحمود نجيب حسيني.
 - (٥) فتح القدير لابن الهمام ٢٦٩/٨، تبين الحقائق للزليعي: ١١٠/٦ .
 - (٦) الدردير: الشرح الكبير ج ٨/١١٢، الفروق للقرافي ج ٤/١٨٣ .
 - (٧) الأم للشافعي : ج ٦/٣١ ، مغني المحتاج للشربيني ج ٤/١٩٤ .
 - (٨) ابن قدامة : المغني ١٦٢/٩ .
 - (٩) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير: لشرف الدين الصنعاني ج ٣/١٠١ مطبعة السعادة سنة ١٣٤٨ هـ مصر .
 - (١٠) رواه البخاري في صحيحه ج ٢/٨٧٧ حديث رقم ٢٣٤٨ دار ابن كثير - لبنان، بيروت.

إن حالة الدفاع الشرعي تنفى عن التعدي وصف الانحراف في السلوك ، وترفع عنه صفة الخطأ^(١) ، وقد نصت المادة (١٢٨) من القانون الجزائري على أن من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير كان غير مسئول على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي^(٢). وعلى نفس المعنى نصت المادة (٢١٢) من القانون العراقي المدني، وكذلك سار على نفس المعنى القانون المدني المصري المادة (٢٦٢) .

هذا ووفقا للمادة (١٢٨) من القانون المدني الجزائري فإن حالة الدفاع الشرعي يجب أن تتوفر فيها الشروط المعروفة في القانون الجنائي وهي^(٣):

١ — أن يوجد خطر حال (أو وشيك الحلول) على نفس المعتدي عليه أو ماله أو على نفس أو مال الغير ، ويجب أن يكون الاعتداء وشيكا ولا يشترط وقوعه فعلا .

٢ — أن يكون إيقاع هذا الخطر عملا غير مشروع، أما إذا كان من الأعمال المشروعة مثل اللص الذي يطارده رجل الأمن فلا يحق له أن يقاوم بحجة الدفاع الشرعي .

٣ — ألا يكون في استطاعة هذا الشخص دفع الاعتداء على النفس أو المال بأي وسيلة أخرى مشروعة ، كالاستعانة برجال الأمن أو غيرهم .

٤ — أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم والضروري، دون إفراط أو مجاوزة فإذا جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعي كان متعديا .

(١) السنهوري . الوسيط : ج١/فقرة ٥٣٢ .

(٢) السنهوري . الوسيط : ج١/فقرة ٥٣٢ .

(٣) د. إبراهيم الشر باصي . قانون العقوبات الجزائري القسم العام ص١٧١ وما بعدها بيروت ١٩٨١ .

٢ - حالة تنفيذ أمر الرئيس:

نصت على ذلك المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١٢٩) من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها : (لا يكون الموظفون والعمال العامون مسئولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بهذا تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت طاعة هذه الأوامر واجبة عليهم) .

وعليه يكون تنفيذ أمر الرئيس عملاً مشروعاً إذا توافرت الشروط التالية :

١ - أن يكون مرتكب الفعل موظفاً عمومياً، والقانون هو الذي يحدد مفهوم الموظف العام .

٢ - أن يكون هذا الموظف قد قام بالفعل بتنفيذ الأمر صادر إليه من رئيس، وأن تكون طاعة هذا الأمر واجبة، ولا تكون كذلك إلا إذا كان العمل مشروعاً فإذا اتضح أن الموظف كان يعلم بعدم مشروعية العمل الذي ارتكبه كان مسئولاً^(١).

٣ - أن يثبت الموظف العام أنه راعي في عمله جانب الحيطة ، فلم يأت العمل إلا بعد تثبت وتحرر . والمعيار في ذلك هو سلوك الموظف المعتاد في مثل موقفه فإذا توافرت هذه الشروط انعدمت المسؤولية عن الموظف الذي قام بتنفيذ الأمر، ولكن تجب المسؤولية على الرئيس الأمر ، ومسئولية الدولة في هذه الحالة الأخيرة هي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه.^(٢)

٣ - حالة الضرورة:

نلاحظ هنا في حالة الضرورة أن القانون المدني الأردني لم ينص على هذه

(١) نقضي جنائي مصري ١٩٠ نوفمبر ١٩٧٢ م . م . ف . س ٢٣ . ص ١٢١٦ ، وهنا ينبغي أن نفرق بين طاعة الرئيس وطاعة الأمر الذي يصدره فالعبارة هي في اعتقاد المرؤوس بأن طاعة الأمر واجبة.

(٢) الحكمة العليا . ٤ م ٩٠ ج ١٩٨٩ ، ٣ ، ص ٢٥.

الحالة كما سبق رغم تعرض الفقه الإسلامي لها، وقد يكون السبب في ذلك هو أن المشرع نص على بعض القواعد الكلية الفقهية في هذا المجال منها ما نصت عليه المادة (٦٣) : " الاضطرار لا يبطل حق الغير" ^(١) وما نصت عليه المادة (٦٥) "يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف".

أما القانون المدني العراقي فقد نص على هذه الحالة في المادة (٢١٣) منه وكذلك القانون الجزائري في مادته (١٣٠) حيث جاء فيها: (من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً) .

ففي هذه المادة نجد حالة الضرورة والتي تدفع الشخص إلى القيام بعمل يترتب عليه ضرر للغير حتى يتفادى ضررا أكبر منه.

وتختلف حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي في أن الشخص المضطر يواجه خطرا يتهدهه أو يتهدد شخصا آخر بضرر جسيم ، فيضطر لكي يتفاداه أن يضحى بحق شخص آخر لا ذنب له ، ومع ذلك لا يعاقبه القانون ^(٢) ، وذلك كمن يقتحم ملك غيره لإطفاء حريق شب عند شخص ثالث يخشى من أن يسبب خسائر جسيمة في الأرواح أو في الأموال ^(٣) .

هذا ولقيام حالة الضرورة التي تجمل التعدي مشروعاً شروطاً وهي :

١ - أن يكون هناك خطر محقق حال سواء أكان مما يهدد النفس أو المال ^(٤) ويستوي أن يهدد الخطر الشخص الذي سبب الضرر أو غيره ^(٥) .

(١) المجلة جـ ١٩/١ كارخانة تجارت كتب .

(٢) د. عبد الله سليمان . شرح قانون العقوبات الجزائري جـ ٢٨١/١

(٣) د. بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام جـ ٨٩/٢ .

(٤) نقض جنائي مصري ١٧٠ جوان ١٩٧١ ، م . م . ق . س ٢٢ ، ص ٤٧٢ .

(٥) د. حشمت أبو ستيت . ص ٤١٧ المرجع السابق .

٢ - أن يكون مصدر الخطر ليس سببه محدث الضرر الذي أصاب المضرور، كفعل الطبيعة أو فعل الغير، أما إذا كان من سبب الضرر هو الذي أنشأ الخطر وجبت مسؤوليته كاملة لأن إلحاقه ضرراً بالغير كي يدرأ خطراً جلبه يعتبر تعدياً يوجب المسؤولية^(١).

٣ - أن يكون الخطر الذي يراد منه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع، فإن كان أقل أو مساوياً له، فلا تقوم حالة الضرورة ويلتزم من تسبب في الضرر بتعويضه تعويضاً كاملاً^(٢).

وإذا كانت المسؤولية المدنية عموماً تنهض على أساس الخطأ في القوانين المدنية وهو الذي يصيب الحق الشخصي أو المصلحة المشروعة بضرر نتيجة الانحراف السلوكي المعتاد فإن الأساس في وجوب الضمان في الفقه الإسلامي هو الضرر الواقع فعلاً بالمال المضرور بالمباشرة أو التسبب^(٣)

والفقه الإسلامي لا يرفع المسؤولية عن فاعل الضرر حتى وإن كان عديم التمييز أو مجنوناً أو من في حكمهم، وعليه ضمان الضرر في ماله حتى جاء عن الفقهاء: (أن الوليد لو انقلب حال ولادته على شيء فأتلفه لزمه الضمان من ماله)^(٤) وذلك رغم اختلاف المالكية في هذا الأمر لكن الرأي الراجح أن عديم التمييز يضمن لأن أساسه جبر الضرر لا الجزاء ولا العقوبة^(٥) ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"^(٦)، وإلى هذا اتجهت مجلة الأحكام العدلية (م

(١) نقض جنائي مصري ٦ يونيو ١٩٦٩. ٣. أ. ن. ٢٠، ٢٤، ٦.

(٢) نقض جنائي مصري ٣٠ مارس ١٩٦٤. م. أ. ن. ١٥، ٢٢١، ٤٥.

(٣) لا ضمان على المال غير المتقوم كالخنزير والخمر بين المسلمين.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٢٢.

(٥) بحث المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية ص ٨٣ وما بعدها العدد ١٩٢٣/٣ للشيوخ علي الخفيف.

(٦) سبق تخريجه ص: ٤٥٠

٩١٦ - ٩٦٠) والقانون المدني العراقي (م ١٩١) والقانون المدني الأردني (م ٢٧٨) والقانون المدني الكويتي (م ٢٢٧).

والسبب في هذا الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي أن هذا الأمر ليس من قبيل خطاب التكليف وهو ما يوجه من الشارع إلى المكلف بطلب فعل أو تركه ومناطه العقل، وإنما هو من خطاب الوضع الذي يصدر من الشارع بترتيب معلول على علته أو مسبب على سبب . فالإزام عديم التمييز ومن في حكمه مسبب عن حدوث السبب وهو الفعل الضار.^(١)

ولقد فرق الفقهاء بين (يد الضمان) كالغاصب والسارق فجعلوه ضامنا للضرر وإن هلك المال بأفة سماوية ، وبين (يد الأمانة) فلا يضمن إلا عن التعدي الواقع منه.

وعند الفقهاء أيضا المباشر : وهو من ارتكب الفعل الضار بالإتلاف أو الغصب دون أن يفصل بين الضرر والفعل فاصل فإنه يضمن وهناك المتسبب الذي لا يضمن إلا إذا تعمد فمن يحفر حفرة في الطريق فسقط فيها حيوان فتلف ضمن الحافر قيمته لأنه تعدى بالحفر وتسبب في الإتلاف ، ولو أسقط إنسان متاعا في الحفرة فتلف لم يضمن الحافر وضمن المسقط لأنه المباشر للإتلاف.^(٢)

تطبيقات لفكرة الخطأ (الخطأ في استعمال الحق الشخصي)^(٣):

نضرب نماذج لبعض التطبيقات العملية لفكرة الخطأ على ما جاءت في القانون المدني الجزائري وهي : ١ - نموذج من حوادث العمل ٢ - نموذج من المسؤولية المهنية ٣ - نموذج من الخطأ في الألعاب .

(١) المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي ص ٩٩- مجلة معهد البحوث و الدراسات العربية.

(٢) المصدر السابق ص ١٠٣ .

(٣) د/ بلحاج النظرية العامة للالتزام ج ١٠٤/٢ وما بعدها.

ولعل أهم التطبيقات لفكرة الخطأ هو التعسف في استعمال الحق ، وهذا ما سأنتطرق إليه بإذن الله تعالى ، في الباب الثاني أثناء الحديث عن استعمال الحق المدني الشخصي ، ونكتفي الآن بإيراد النماذج المشار إليها سابقا .

١ - حوادث العمل : انطلاقا من الأمر الجزائري رقم ١٨٢/٦٦ المؤرخ في ٢١ يونيو ١٩٦٦م فإن العامل يستحق التعويض عن الإصابات التي يتعرض لها أثناء العمل دون حاجة إلى إثبات خطأ رب العمل ، ومبلغ التعويض مقدر بطريقة جزائية عند كل إصابة من إصابات العمل ، ولا يستطيع رب العمل أن يتخلص من المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة إلا إذا أثبت الخطأ الجسيم في جانب العمل. (١)

٢ - المسؤولية المهنية : إن رجل المهنة يسأل عن خطئه ولو كان يسيرا أو تافها، ومعيار الخطأ هو المعيار الشخصي المعتاد في نفس المهنة في الظروف الخارجية للشخص المعتدي ، فإذا كان القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض ، فهو يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من طائفته ، ويراعي ما إذا كان الطبيب المذكور طبيبا عاما أم طبيبا متخصصا ، أم أستاذا في الطب (٢) ، فالطبيب يسأل عن خطئه المهني وفقا للمعيار العادي ، لا فرق في ذلك بين خطأ عادي وخطأ مهني ولا بين خطأ جسيم وخطأ يسير. (٣)

٣ - الخطأ في الألعاب : إن الخطأ الذي يحدث أثناء مزاولة الألعاب الرياضية يختلف عنه في غيرها ، وأن المعيار دائما معيار الرجل العادي في اللعبة بذاتها ، ولا يمكن أن تخلق قواعد اللعبة حصانة خاصة للاعبين تعفى مرتكب الخطأ منهم من المسؤولية (٤) ويكون للقاضي كامل السلطة فيما يراه من

(١) المحكمة العليا ١٢٠ جويلية ١٩٨٢ ص ١١٨ . ١ . ق ملف رقم ٣٨ . ٣٦ .

(٢) د. محمد حسين منصور . المسؤولية الطبية ص ١٣ - الإسكندرية .

(٣) المحكمة العليا . ٤ إدارية . ٣٠ جوان ١٩٩٠ . رقم ٦٠٦٤٨ . م . ق . ١٩٩٢ ، ١ ، ص ١٣٢ .

(٤) (P) Le Tourveau I O P . Cit No 676 .

توفرها أو انتقائها ، وله في هذا السبيل أن يسترشد بالقواعد الموضوعية للعب^(١)،
وعليه فإن المسؤولية تتوافر إن كان ما وقع من إصابة له صلة مباشرة بعدم
مراعاة قواعد اللعب أو الأصول الرياضية.^(٢)

هذه بعض النماذج من التطبيقات لفكرة الخطأ أوردتها على سبيل
الاستشهاد.

ثانياً: الضرر:

مر بنا أن الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق
الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته^(٣)، ويشمل الضرر
المادي والأدبي.

ولا يكفي لقيام المسؤولية الخطأ وحده ، لأنه إذا انتفى الضرر فلا تقبل
الدعوى ، وهو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية سواء أكانت تقصيرية أم
كانت عقدية .

هذا وقد نص القانون المدني الجزائري بصدد المسؤولية التقصيرية في
المادة (١٢٤) منه من أن يكون الخطأ الموجب للتعويض قد سبب ضرراً للغير ،
بغير تحديد لقدر الضرر مما يستتبع قيام المسؤولية بأي قدر من الضرر^(٤).

فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من

(١) Mazeaud et Tunc . OP . Cit T. I . No 523.

(٢) نقض مدني فرنسي ١٥ ماي ١٩٧٢ ، دالوز ، ١٩٧٢ ص٦٠٦ ، محكمة باريس ١٠ جانفي ١٩٧٥
— ١٩٧٥ ، ١ ، ١٠٩ ، محكمة روافي . ١٥ جافي ١٩٢١ ، والوز . ١٩٧١ ، ٨٢٩٩ .

(٣) المدخل للزرقا : ق ٥٨٦ ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة للدكتور محمدي ١٦٩/١
وما بعدها ١٩٤٨ .

(٤) المحكمة العليا . م ٤٠ ، رسي ١٩٨٥ ، رقم ٣٤ . ٣٤ . م . ق . ١٩٨٩ ، ٤ ، ص٣٦ .

حقوقه أو بمصلحة مشروعة^(١)، ولا يشترط أن يكون المساس بحق يحميه القانون، بل يكفي أن يقع على مصلحة مشروعة .

ولا يشترط للحكم بالتعويض مساسا بحق بل يجوز الاكتفاء بالإخلال بمصلحة المضرور المادية أو الأدبية.^(٢) .

أنواع الضرر:

غالبا ما يقسم فقهاء القانون المدني الضرر إلى نوعين : الضرر المادي والضرر المعنوي إلا أن الاتجاه الحديث والصائب يقسم الضرر إلى ثلاثة أنواع وهي :

١ - الضرر الجسدي ٢ - الضرر المالي ٣ - الضرر المعنوي .

أولا : الضرر الجسدي:

ويراد به الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، وهذا الأذى قد يكون مصدره الغير، وقد يكون مصدره المتضرر نفسه^(٣)، ويختلف الحكم تبعا لتباين نوع الضرر الجسدي.

فالمادة (٤٠٨) من قانون العقوبات العراقي تعاقب بسجن من يحرص على الانتحار .

وقد يكون الضرر المادي المساس بالسلامة إذا ترتب عليه خسارة مالية كالضرر الذي يسبب عجزا عن الكسب ، سواء أكان ذلك الضرر كسورا أو

(١) نقض مدني مصري : ٢٦ نوفمبر ١٩٦٥ . م . أ . ن . ١٦ . ١٠٧٥ . ١٦٧٠ .

(٢) نقض مدني فرنسي ٢٧٠ فبراير ١٩٧٠ ، ونقض جنائي مصري . ١٢ مارس ١٩٥٦ . م . أ . ق . ٣٣ ، ٩٩ ، ٧٢

(٣) انظر منحنى القانون والفقهاء نحو سلطة الإنسان على جسمه وتصرفه في أعضائه (المدخل إلى القسانون ص٤٤٦ - ٤٥٠ للدكتور حسن كيرة) .

جروحاً أو حتى وفاة^(١)، ويعتبر المساس بجمال الشخص ضرراً مادياً بما يكلفه من نفقات العلاج وما ينجم عنه من اضطرابات نفسية .

ولقيام الدعوى لابد من فائدة عملية ومصلحة شرعية ، لأن القضاء ليس داراً للمجادلات العقيمة ، والمخاصمات التي لا طائل من ورائها ، وقد ثبت أن ابن فرحون المالكي نص بأنه لا يسمع القاضي الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة التي لا يتخاصم فيها العقلاء^(٢)، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري^(٣).

ثانياً: الضرر المالي:

ينصب الضرر المالي على المال فيؤدي إلى إتلافه كلياً أو جزئياً أو إلى نقص في قيمته أو تفويت منفعته ، ويقع هذا الضرر على الذمة المالية للشخص فيدخل بالمصلحة المالية للمتضرر . كإتلاف المحاصيل الزراعية أو غصب الأرض أو كسر زجاج السيارة مثلاً ، لأن هذا الأذى يسبب للشخص المتضرر خسارة مالية .

كما أن حقوق المؤلف والمخترع وحق الملكية والانتفاع كلها من الأضرار المادية والتي تمس بحقوق الشخص المالية .

هذا وأشار إلى أن الضرر المادي في القانون العراقي (الإتلاف والغصب) وكذلك في القانون المدني الأردني مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية^(٤).

(١) المحكمة العليا ١٤ أبريل ١٩٨٢ ، ن . ق ، ١٩٨٢ ص ١٥٣ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ١٣٧ لابن فرحون المالكي .

(٣) د/ بلحاج العربي . دروس في القانون القضائي الجزائري صـ جامعة وهران ١٩٨٩-١٩٩٠ .

(٤) انظر المادة: (١٩٠) من القانون العراقي والمادة (٢٧٩ - ٢٨٧) من القانون المدني الأردني .

ثالثاً: الضرر المعنوي أو الأدبي^(١):

الضرر الأدبي هو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية كأن يصيب الشخص في كرامته^(٢) أو في شعوره^(٣) أو في شرفه^(٤) أو في معتقداته الدينية^(٥) أو في عاطفته^(٦) وهو أيضاً يصيب العواطف من آلام نتيجة فقدان شخص عزيز^(٧).

ويذهب الأستاذ السنهوري إلى القول بأن الضرر الأدبي يمكن إرجاعه إلى الحالات التالية^(٨):

- ١ - ضرر أدبي يصيب الجسم كالآلام الناجمة عن الجرح والتشويه الذي يتركه الفعل الضار في جسم المتضرر .
- ٢ - ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالقذف والسب وهتك العرض والإيذاء بالتقولات والتحرضات والاعتداء على الكرامة.

(١) في الضرر الأدبي راجع : د. غازي عبد الرحمن : التعويض عن الضرر الأدبي بسبب الوفاة ١٩٨٤ بغداد ، ود/ عبد الرزاق عبد الوهاب : تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والقانون العراقي. مجلة القضاء العراقية عدد ٢ سنة ٢٤.

(٢) نقض مدني فرنسي . ١٢ أكتوبر ١٩٠٥ . دالوز ، ١٩٥٦ ، قضاء ، ٣٢ .

(٣) نقض مدني فرنسي ٢٨٠ مارس ١٨٩٦٦ أ . ٢ . ٧ . ١٩٦١ . ٢ ، ١٤٨٣٥ .

(٤) محكمه ليل (Lille) ٦٠ جوان ١٩٠٧ . والوز ١٩٠٧ . والوز ١٩٧٠ ، ١ ، ٣٦ .

(٥) نقض فرنسي ١٧ - جوان ١٩٠٧ ، والوز ، ١٩١٩ ، ١ ، ٣٦ .

(٦) نقض فرنسي ١٧ - جوان ١٩٠٧ ، والوز ، ١٩١٩ ، ١ ، ٣٦ .

(٧) نقض مدني مصري ١ . ٤ نوفمبر ١٩٧٥ ، م . أ . ن . ٢٦ ، رقم ٢٥٩ ، نقض جنائي فرنسي ٥ جانفي ١٩٥٦ ، والوز ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٦ .

(٨) الوسيط للسنهوري ج ١ ص ٨٦٤ - ٨٦٥ والدكتور محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ص ٤٦٤ - ٤٦٥ عام ١٩٦٤م ود. سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ص ١٢٧ وما بعدها.

٣ - ضرر أدبي يصيب الشخص بالعاطفة والشعور والحنان، ويلحق بها الأعمال التي تصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي لأن الإخلال بإقامة الشعائر الدينية ضرر أدبي وإلى هذا ذهب محكمة استئناف مصر الوطنية.

٤ - ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له كالدخول في أرض الغير رغم معارضة المالك ، إلا أنه ينبغي أن يكون الضرر المعنوي ضررا محققا غير احتمالي .

هذا ولم يأت القانون المدني بنص صريح يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي صياغة المادة (١٢٤) منه جاءت مطلقة، لا تميز بين الضرر المادي والضرر الأدبي. وهذا نقص في القانون الجزائري يجب تداركه.^(١)

إلا أن القضاء الجزائري في تطبيقاته حكم بدفع التعويض الأدبي ، رغم عدم قيام الأحكام القضائية على نصوص صريحة في القانون وإنما على أساس السلطة التقديرية للقاضي الذي يقدر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.^(٢)

ويرى الأستاذ علي سليمان بأن نص المادة (١٢٤) من القانون المدني الجزائري جاء عاما ، إذ أنه لم يحدد نوع الضرر الذي يصيب الغير ، مما يفيد أن التشريع الجزائري يقبل التعويض عن الضرر الأدبي ، ذلك أنه من المبادئ المقررة في تفسير النصوص: أن النص العام لا يخصص بدون نص مخصص ، لا سيما إذا كان من شأن التخصيص أن يفلت من المسؤولية من سبب للغير ضررا أدبيا قد تكون عواقبه أفدح وأخطر من تلك التي تترتب على الضرر المادي.^(٣)

(١) د. مقدم السعيد . التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ص ١٦١ دراسة مقارنة . بيروت ١٩٨٥ .

(٢) المحكمة العليا . غ . أ . ش ٢٥ ديسمبر ١٩٨٩ ، م . ق . ١٩٩١ ، ٤ ، ص ١٠٢ .

(٣) علي سليمان . دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري ص ٢٣٨ ، ٢٤٤ الجزائر ١٩٨٤ .

أما الضرر في الفقه الإسلامي فقد اتخذ الفقهاء موقفهم الصريح من الضرر المعنوي قبل القانون الوضعي ، حيث إن الضرر في الفقه الإسلامي هو ما يلحق الشخص في ماله أو في عرضه أو في جسمه أو في شرفه كما في السب أو القذف أو الإهانة أو الآلام التي تصيب عاطفته^(١)، ويرى صاحبان أبو يوسف ومحمد (من الحنفية) وجوب الضمان عن الضرر المعنوي (عن الألم الجسماني) والسذي يخضع لتقدير القاضي.^(٢)

ولقد حرص الفقهاء المسلمون على جبر الضرر مهما كان نوعه وأيا كان مصدره مستنديين على القواعد الكلية والتي منها : (لا ضرر ولا ضرار) ، والضرر المعنوي عند الفقهاء يقتزن بالعمل غير المشروع وأن تعويضه يكون بتقدير (حكومة العدل) وهي السلطة التقديرية للقاضي.^(٣)

شروط الضرر الموجب للتعويض:

والخلاصة من كل ما تقدم أنه يشترط في الضرر المطلوب التعويض عنه كحق شخصي للمتضرر ما يلي :

- ١ - أن يكون الضرر محققا (مؤكدًا)
- ٢ - أن يكون الضرر مباشرا .
- ٣ - أن يصيب الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمتضرر .
- ٤ - أن يكون الضرر شخصيا لمن يطالب بتعويضه .
- ٥ - ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه .

(١) نظرية الضمان . د . وهبة الزحيلي ط ١ ص ٢٥ .

(٢) المبسوط للسرخسي ٨١/٢٦ ، أعلام الموقعين لابن القيم ١٠٤/٢ ، بداية المجتهد لابن رشد ٣١٢/٢ ، الإسلام عقيدة وشريعة لمحمود شلتوت ص ١١٥ القاهرة ١٩٨٠ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ١٠/٤٨٠٥ - ٤٨٠٦ ، والشافعي الأم ج ٦/٨٤ ط بيروت ١٩٧٣ .

ثالثاً : علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

يلزم توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى تقوم المسؤولية التقصيرية وإلا فلا تنهض المسؤولية لانتفاء رابطة السببية ، وهذه الرابطة هي الأساس الثالث للضمان في الفقه الإسلامي الذي لا ينطبق عليه معنى الركن الذي يتوقف عليه وجود الشيء وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب.^(١)

وهذه الرابطة بين الخطأ والضرر إما أن تكون على سبيل المباشرة أو السببية ، ولا ضمان في غير ذلك كما قال الفقهاء^(٢)، لذا وجب أن نبحث في معنى المباشرة والتسبب قبل تفصيل الحديث في العلاقة السببية .

١- المباشرة والتسبب:

المباشرة: هي إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله مباشر^(٣) فهي إيجاد علة التلف أي أنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والأكل والإحراق . والتسبب : إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة فهو^(٤) إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، أي أنه لا ينسب إليه الهلاك عادة، إنما يكون شيئاً مقصوداً لتحصيل وترتيب ما ينسب إليه الهلاك.^(٥)

كما عرف المباشر بأنه: هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار، والمتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله

(١) المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون ص ٣١٨ للدكتور محمد فوزي فيض الله - ط . المكتب.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود : ١٨٠/١ للمحمصاني.

(٣) المجلة : ج١/١٧١ .

(٤) المجلة : ج١/١٧١ .

(٥) الوجيز للغزالي وشرحه فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع للنووي : ج١١/٢٣٩ - ٢٤٦ ، وما بعدها ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام : ١٣١/٢ .

والتلف فعل مختار.^(١)

ويفهم من أقوال الفقهاء أن المباشرة هي اتصال فعل الإنسان بغيره بحيث يحدث التلف، كضرب الإنسان غيره أو قتله مثلا، أما التسبب فهو: أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره لا حقيقة فعله، فيتلف به، كمن يموت في بئر فإن أثر الحفر وهو العمق هو المتصل بالفعل وهو الموت، فالتلف لم يحصل بحقيقة الفعل وهو الحفر لأن الحفر متصل بالمكان لا بمن وقع في البئر^(٢) فيكون هذا الضرر ناتجا عن طريق التسبب.

ولقد أبدع الأستاذ مصطفى الزرقا حين شرح معنى التعدي حيث قال^(٣):
(وأما التعدي فيستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، وتحديد أي منهما هو المراد في هذا المقام : - فالمعنى الأول للتعدي هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

- والمعنى الثاني الذي قد يعبر عنه بالتعدي ، هو العمل المحظور في ذاته شرعا، بقطع النظر عن كونه مجاوزا على حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسئولية كل من المباشر والمتسبب على السواء، ولا يشترط لمسئولية المتعدي بهذا المعنى مباشرا كان أو متسببا أن يكون متعمدا، أي قاصدا للإضرار، بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ والعمد).

وهذا كلام عظيم ووجيه قيل في معرض نقد الكلام عن المادتين (٩٢) و(٩٣) من المجلة حيث جاء فيها: (إن المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد) فقال الأستاذ الزرقا بعد أن بين أن التعمد (بمعنى ضد

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٩٦/١.

(٢) كشف الأسرار على أصول اليزدوي : ١٢٦٩/٢.

(٣) الفعل الضار لمصطفى الزرقا ص ٧٨ - ٧٩ .

الخطأ) في التسبب لا عبرة له: (والمواقع أن التعمد)بمعنى ضد الخطأ) ليس شرطاً لضمان المتسبب ولا لضمان المباشر، فلا ينبغي تخصيص المباشر فقط بنفي اشتراط التعمد فيه)

فالمجاوزه إلى حق معصوم شرط لا بد منه عند الفقهاء في المباشر والمتسبب على حد سواء .

هذا وقد وضع الفقهاء شروطاً بحيث إذا توافرت في المتسبب وحده وجب الضمان وهذه الشروط هي^(١):

١ - أن يحصل تعمد من فاعل السبب

٢ - أن يقع الضرر بتعمد المتسبب

٣ - أن يؤدي السبب إلى نتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العادة .

وفي حالة اجتماع المباشر والمتسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشر، إلا أن تكون المباشرة مبنية على التسبب وناشئة عنه.^(٢)

وقد يكون المتسبب أولى بالمسئولية من المباشر وذلك في الحالات التالية^(٣):

١ - إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب كما لو قدر (خبراء التقويم) شهود القيمة إذا قوموا أموال اليتامى والأوقاف بغبن فاحش، وهم يعلمون ذلك فإنهم يضمنون النقص.

٢ - إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر كما لو أكل إنسان طعاماً مغصوباً جاهلاً أنه مغصوب، فإن الغاصب هو الضامن لتسببه بهذا

(١) نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٧ .

(٢) القاعدة رقم : ١٢٧ ص ٢٨٥ لابن رجب .

(٣) انظر الفعل الضار للرزقا ص ٩١ ، وما بعدها .

الإتلاف. (١)

٣ - إذا كان التسبب من قبيل التغيرير بالمباشر، وكان هذا معذورا في اغتراره كما لو قال رجل لأهل السوق: بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة، ثم ظهر أنه ابن الغير رجعوا على الرجل بما تضرروا به. (٢)

٤ - إذا لابس التسبب ما يقضي بتشديد مسئولية المتسبب كالخيانة مثلا أو لابس المباشرة ما يقتضي تخفيف مسئولية المباشر كنقص الأهلية أو كون السبب هو الدافع .

وذلك كمن أركب صبيين ليس له ولاية عليهما فاصطدما وماتا فإنه يجب على الذي أركبهما دية كل واحد منهما. (٣)

٥ - إذا تعذر تضمين المباشر فإن المتسبب يكون ضامنا لما جاء في مجلة الأحكام العدلية من أنه (لا عبره لمباشرة من لا يمكن إحالة الحكم عليه، ويكون الضمان على المتسبب، كمن دفع مبردا إلى قن أو أسير مقيد فبردا القيد وأبقا، ضمن الدافع). (٤)

٦ - إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر وذلك كالذي يقدم طعاما مسموما عالما به إلى شخص فأكله فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص أو الدية (مع أن مباشر الأكل هو الضحية).

كما قد يشترك المتسبب والمباشر في المسئولية، وذلك كمن يحفر بئرا قصيرة فيأتي آخر ليعمقها ففي هذه الحالة يكون ضمان التالف بينهما. (٥)

(١) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: ١٤٨/٢.

(٢) الدر المختار ورد المحتار في باب البيوع ج٥/١٤٥- دار الفكر بيروت ١٣٨٦ الطبعة الثامنة.

(٣) المهذب للشيرازي: ١٩٤/٢.

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة (م ١٤٢٧)

(٥) منتهى الإرادات لابن النجار: ٤٢٢/٢.

٢ - السبب الأجنبي:

السبب الأجنبي هو كل فعل أو حادث معين لا ينسب إلى المدعى عليه (الفاعل)^(١)، ولذا فإن للسبب الأجنبي ركنين:

١ - استحالة دفع الضرر فالمدعي عليه لم يتمكن من مقاومة الضرر الحاصل وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك - ٢ - انتفاء الإسناد بأن يكون خارجاً عن إرادة المدعي عليه وإلا لا يمكن إسناده إليه قطعاً.^(٢)

وقد ذكرت المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني السبب الأجنبي، والذي نصت عليه، المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي حيث تَأثر النص الأردني بالعراقي الذي جاء فيه (إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

وإلى هذا ذهب المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٧) من القانون المدني الجزائري، وطبقاً لهذه النصوص فإن السبب الأجنبي الذي يترتب عليه انتفاء المسؤولية هو واحد من ثلاثة: [القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو خطأ المضرور، و خطأ الغير].

ونجد أن في الشريعة الإسلامية نفس العناصر الثلاثة وهي ما تسمى بالسبب الأجنبي تنفي مسؤولية الضمان للفعل الضار، ففي القوة القاهرة كالأفة السماوية وكالحر الشديد أو البرد الشديد لا يجب الضمان وكذلك في حالة ما لو وضع شخص جمرة في طريق فأزالتها الريح عن محلها فأحرقت شيئاً لم يضمن.^(٣) في حالة ما لو كانت الريح غير شديدة. أما إذا كانت شديدة فإنه يضمن.

(١) الوافي في شرح القانون جـ ٤٧٧/٢ د/ سليمان مرقس.

(٢) المرجع السابق ٤٨٢/٢.

(٣) محمد فوزي فيض الله نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ص ١٠٥.

المطلب الرابع

آثار المسؤولية وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول: دعوى المسؤولية والتعويض

الفرع الثاني: المسؤولية عن عمل الغير

الفرع الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء

الفرع الأول

دعوى المسؤولية والتعويض

إن التعويض هو الأثر الذي يترتب على قيام المسؤولية، ولا تقوم المسؤولية إلا إذا توافرت أركانها وأثبت المضرور ذلك.

لذا لا بد أن نتحدث بإيجاز عن دعوى المسؤولية وإثباتها، ثم التعويض.

فالمضرور هو المدعي في دعوى المسؤولية وهو الذي يطالب بالتعويض، وتتعلق دعوى المسؤولية بحق شخص في ذمة مرتكب الفعل الضار قصد اصلاح الضرر الذي تسبب فيه بخطئه، وأطراف الدعوى هم (المدعى والمدعى عليه).

لذا نجد أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد اتفقا على أن عبء الإثبات

يقع على المدعى المتضرر، وذلك بأن يثبت خطأ المتعدي، ووقوع الضرر، وفي حالة وجود تعارض بين البيئتين فإن إثبات السبب المحدث للضمان يرجح إحداهما على الأخرى.^(١)

وإثبات المضرور خطأ المعتدي يتمشى مع القاعدة الإسلامية الثابتة في قوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)^(٢)، وتثبت المسؤولية بإقرار المعتدي، كما تثبت بالبينة وبالقرائن وبيمين المدعي وشاهد ونحوها من طرق الإثبات.

وقد نصت المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٧٢) من القانون المدني الأردني، أيضا على أن عبء الإثبات يقع على المضرور.

وتخضع دعوى المسؤولية للأحكام العامة كسائر الدعاوى وترفع من المضرور كما ذكرت سابقا طالما أنه يملك الأهلية، وإلا رفعت من نائبه أو القيم عليه، وفي حالة وفاة المضرور ينتقل الحق الشخصي في التعويض إلى ورثته إن كان ماديا، وكذلك يُعوض المعنوي إذا كان هناك اتفاق بين المضرور والمسئول.^(٣)

كما يمكن أن يكون المضرور جماعة، وإذا كانت لهذه الجماعة شخصية معنوية كشركة أو جمعية كان لها حق رفع دعوى التعويض عن الضرر الذي أصابها.^(٤)

هذا وأشار إلى أن تقادم الدعوى قد نصت عليه القوانين المدنية حيث نجد

(١) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص ١٩٨.

(٢) أخرجه البيهقي بإسناد صحيح عن ابن عباس انظر نصب الراية : ٩٥/٤ - ٩٦ . وسنن البيهقي الكبرى ج ٢٥٢/١٠ دار ابن كثير اليمامة - بيروت ١٩٨٧ الطبعة الثالثة تحقيق د/ مصطفى البغا.

(٣) انظر المادة (١٢٢) ق . م مصري

(٤) النظرية العامة للتزامات د/ أنور سلطان ص ٥٥٠ بند ٢٨٣.

في القانون المدني الأردني والعراقي أنه تتقدم الدعوى في الفعل الضار بثلاث سنوات حيث لا تسمع دعوى التعويض الناشئة من العمل غير المشروع أيا كان بعد انقضاء هذه المدة، كما لا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.

أما القانون المدني الجزائري فنجد أن المادة (١٣٣) منه تنص على أن فترة التقادم هي: خمسة عشر سنة، في حين تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم القصير الوارد في قانون الإجراءات الجنائية الجزائري في مواده: ٧ و ٨ و ٩ وعلى ذلك فإن الجرائم تتقدم بعشر سنوات في الجنايات، وبثلاث سنوات في الجنح^(١) وبسنتين كاملتين في المخالفات.^(٢)

أما التعويض فهو رد مثل الهالك أو قيمته^(٣)، وعرفه الشوكاني^(٤) بقوله: (هو عبارة عن غرامة التالف).^(٥) والتعويض يهدف إلى إزالة الضرر وإصلاح الخلل الذي طرأ على المضرور، ولا يجوز تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ بمثله إذ لا ضرر ولا ضرار فلا يجوز مقابلة الإلتلاف بمثله قال ابن القيم: (إن مقابلة الإلتلاف بمثله في كل الأحوال شرع الظالمين المعتدين التي تنزه عنه شريعة أحكم الحاكمين).^(٦)

وهذا المبدأ مقرر في المسؤولية المدنية وهو عدم مقابلة الإلتلاف بمثله، أما

(١) الجنحة: هي الجريمة التي يعاقب عليها القانون أساسا بالحبس مرة تزيد على الأسبوع أو الغرامة بما تزيد على جنيه مصري (انظر المعجم الوسيط ص ١٦٠-١٦١ لمجموعة من المؤلفين -مجمع اللغة العربية- القاهرة ١٩٧٢ .

(٢) د/ بلحاج العربي المرجع السابق جـ ٢٣٧/٢

(٣) غمز عيون البصائر للحموي شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ ط. الأستانة سنة ١٢٩٠هـ .

(٤) الشوكاني: هو محمد بن علي الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولي قضاء صنعاء ومات بها وصاحب تصانيف كثيرة، توفي سنة ١٢٥٠هـ. الأعلام للزركلي ج٦/٢٩٨.

(٥) نيل الأوطار .

(٦) أعلام الموقعين : ٢١٤/٢ - مطبعة السعادة .

في المسؤولية الجنائية فإن المبدأ المقرر في الاعتداء على النفوس البشرية هو مقابلة الجناية بمثلها لأن الجنايات لا تقمع إلا بعقوبة مماثلة من جنسها فمن قُتل قُتل ومن جرح جرح ومن قطع قطع، وهذا ما يشفى غليل أولياء الدم ويكظم غيظهم ويمنع الحزازة في النفوس.^(١)

طريقة التعويض:

القاعدة العامة في تضمين الأموال: هي مراعاة المثلية بين الضرر والعوض ما أمكن ذلك قال السرخسي:^(٢) (ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص) وهو قوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾.^(٣)

ويتعين رد الشيء بعينه إن كان قائماً لقوله صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)^(٤)

فإذا تعذر رد الشيء بعينه كأن يكون هلك مثلاً وجب رد مثله، إن كان مثلياً (وهو ماله مثل في السوق بغير تفاوت يعتد به كالمذروعات والمكيلات والموزونات مثلاً) أو قيمته إن كان قيمياً، والقيمي ما ليس له مثل في الأسواق، أو هو ما تفاوتت أفرادها كالثياب المخيطة والكتب المخطوطة مثلاً، وإن كان المثلي أعدل فإن القيمة تقوم مقام المثل في حالة عدم توافر المثل.^(٥)

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود: ٢١٤/١ المحمصاني، والمدخل للزرقا فقرة، ٥٨٦، وأعلام الموقعين: ٣٢٧/٢ - ٩٥.

(٢) المبسوط: ٧٩/١١

(٣) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

(٤) سنن الترمذي ج٣/٥٦٦ دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق أحمد شاکر وانظر نصب الراية: ج٤/١١٩ - دار الحديث مصر ١٣٥٧ تحقيق محمد يوسف البنوري.

(٥) انظر المغني ٣٧٦/٥، القوانين الفقهية ٢١٦ - ٢١٧، والشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي: ٤٤٥/٣، والهداية بشروحها (٢٤٦/٨) وما بعدها، والمبسوط: ٥٠/١١ البدائع: ١٥٠/٧ - ١٦٨، الفروق: ٢٠٦/٢.

وهناك حالات ثلاث تجب فيها القيمة وهي: (١)

١ - إذا كان الشيء غير مثلي كالحیوانات والدور مثلا

٢ - إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنس كالبُر مع الشعير

٣ - إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله حقيقة أو حكماً.

وطريقة التعويض هذه متماشية مع ما جرى عليه القانون المدني حيث قسموا التعويض إلى: عيني (٢) والذي يراد به إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بعلاج الضرر ويلجأ إليه متى كان ذلك ممكناً.

وتعويض بمقابل وهو التعويض ببديل وهو الأصل في تقدير التعويض عن العمل غير المشروع (٣) وهو التعويض النقدي لأن النقود وظيفة إصلاح الضرر الناتج عن الفعل الضار مهما كان نوع الضرر جسدياً أو مالياً أو معنوياً. (٤)

هذا وقد اختلف الفقهاء في تقدير التعويض وذلك لاختلاف السلعة من وقت لآخر ويظهر ذلك في المغصوب المثلي الذي فقد من السوق.

ففي الوقت الذي اعتبر فيه أبو حنيفة يوم القضاء وهو اعتبار القيمة، ذهب أبو يوسف إلى اعتبار القيمة يوم الغصب كما ذهب محمد إلى اعتبار يوم الانقطاع هو يوم اعتبار القيمة. (٥)

أما الشافعي فقد اعتبر أقصى قيمة وصل إليها المثلي من وقت الغصب إلى

(١) الدر المختار ورد المختار: ١٢٩/٥ .

(٢) انظر المادة: ٤٨ و٤٩ من القانون المدني الأردني والمادة: ٤١ من القانون المدني العراقي.

(٣) أبو ستيت: فقرة ٤٨٧ ص ٤٥٩ .

(٤) الوسيط ج ١/ ١٠٩٤/١ لسنة ١٩٤١، ق. م. عراقي.

(٥) الهداية وشروحها (٢٤٦/٨ - ٢٤٧)، وقول أبي حنيفة هو الذي أخذت به المجلة في المادة (٩٢١).

أن تعذر المثل. (١)

أما حكم القيمي إذا تلف أو غصب وتعذر رد عينه فإنه عند الحنفية والمالكية يعتبرون القيمة يوم الغصب لأنه وقت السبب لانعقاد الضمان.

أما في القانون المدني فقد نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري والمادة (١٧١) من القانون المدني السوري على أن التعويض يقدر بناء على ما يلي:

١ - أن يكون التعويض مساويا للضرر

٢ - ألا يزيد مقدار التعويض على الضرر

فينظر إلى الضرر الذي لحق بالمضرور والخسارة التي فاته من عدم الكسب، وتقدير القاضي أمر موضوعي لا رقابه فيه لمحكمة النقض، ويشمل التعويض المادي والأدبي معا.

أما وقت التعويض فهو وقت وقوع الضرر عند أغلب شراح القانون لأن الفعل الغير مشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض، وهناك من يذهب إلى الاعتداد بقيمة الشيء وقت صيرورة الحكم القضائي على المسئول نهائيا، وهناك رأي وسط يميز بين وقت وقوع الضرر وبين وقت صدور الحكم فالأول ينشأ عنه الالتزام بإصلاح الضرر والثاني ينشأ عنه الالتزام بدفع التعويض^(٢)، وأغلب هذه المبادئ لا تتعارض مع الأحكام الفقهية في الإسلام.

(١) شرح المحلى على منهاج الطالبين بحاشيتي قليوبى وعميرة: ٣٣/٣.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص ٩٦٨.

الفرع الثاني

المسئولية عن عمل الغير:

الأصل هو أن يسأل الشخص عما نجم عن عمله هو ولا يسأل عن عمل ضار لم يَقم به ولا يؤخذ إلا عن فعله الشخصي، ولكن هناك حالات يسأل الشخص فيها عن عمل ضار ارتكبه الغير، ويقع هذا في حالتين:

أ – مسئولية الشخص عن هم تحت رقابته.

ب – مسئولية المتبوع عن خطأ التابع.

١ – مسئولية الشخص عن هم تحت رقابته:

إن نظرة الفقه الإسلامي هي تضمين الصغار في الأصل، وأما تضمين رقبائهم فهو استثناء وذلك إن قصرُوا في واجبهم حيالهم بناء على قاعدة التسبب والمباشرة.

لذا نقول بأن الفقهاء المسلمين قد قرروا مسئولية القصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم، وذلك من أموالهم الخاصة جاء في المجلة^(١) (يلزم الضمان على الصبي إذا أتلّف مال الغير، وإن كان غير مميز)، كما أن: (الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلّفه من المال)^(٢) وقالوا أيضاً: (...لكن (أي الصبي) يؤاخذ بضمان الأفعال الجنائية في إتلاف الأموال).^(٣)

ويبدو أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بمبدأ المسئولية عن فعل الغير لاعتبار أن

(١) (٩١٦م) من المجلة.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٨/٢ .

(٣) مرآة الأصول: ٤٤٠/٢، كشف الأسرار على أصول البيهقي: ١٣٨٣/٤ – التلويح على التوضيح ١٦٧/٢.

المبدأ العام في الشريعة هو المسؤولية الشخصية، لكن للمتضرر المطالبة بالتعويض من ولي الصغير إذا ثبت تقصير الولي في الحفظ طالما أن المميز لا يستطيع حفظ نفسه.

ومما يدل على تبعات الإنسان لعمله هو - وهو الأصل المقرر شرعا - قوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٢) وقوله أيضا: ﴿وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبْهُ عَلَى نَفْسِهِ﴾^(٣)

وهذا الأصل عممه الفقهاء والأصوليون حتى على الصغار وعديمي التمييز لكن إذا تسبب الآباء بإغراء الأبناء أو بسبب تسليطهم لهم أو تقصير من الآباء ففي هذه الحالات يضمن الآباء^(٤). ونلاحظ أن علاقة الصغير بوالده علاقة طاعة وامتثال وتوجيه ورقابة على السلوك.

أما القانون المدني فقد نصت المادة (١٣٤) من القانون الجزائري على أن: (كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز.

وتنص المادة (١٣٥) من القانون السابق على أن: (يكون الأب وبعد وفاته الأم مسئولين عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما)

من هنا نلاحظ أن القانون المدني قد قرر مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع طالما وجدت رابطة التبعية، وهي وجود سلطة لشخص على آخر تخوله الحق في

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

(٣) سورة النساء، الآية: ١١١.

(٤) انظر جامع الفصولين: ٧٨/٢، ومجمع الضمانات ٤٢٣، والشرح الكبير للدردير ٢٩٦/٣.

رقابته وفي توجيهه، إلا أن للمكلف بالرقابة يستطيع التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة على الوجه الأكمل، أو أثبت أن الضرر كان لا بد منه رغم القيام بواجب الرقابة.^(١)

٢ - مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

المراد بالتابع هو العامل والخادم والطاهي والمستخدم والسائق والموظف ونلاحظ على هذه العلاقة أنها علاقة عقد تسليم منفعة شخص لآخر فهي علاقة عقدية وليست كالأول علاقة طاعة وامتنال.

وعرف التابع بأنه: الذي يعمل لشخص واحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص^(٢) وعليه فإنه لا يضمن ما تلف بيده لأنه في عمل مأذون فيه، ويكون الضمان على المتبوع، وعليه فلا يضمن الخادم في البيت تخريق الثوب أثناء الغسل أو الكي مثلاً ولا يضمن كل من حارس السوق والأجير الخاص إلا إذا قصر^(٣)

أما في القانون المدني فقد نصت المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٨٨) من القانون المدني أردني على مسؤولية المتبوع كما نصت على ذلك المادة (١٣٦) من القانون المدني الجزائري حيث تقول: (يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها).

ويلاحظ أن رابطة التبعية تقوم، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه^(٤)

(١) د/ بلحاج المصدر السابق جـ ٢٨٦/٢ .

(٢) نظرية الضمان ص ١٧٣ لمحمد فوزي فيض الله.

(٣) مجمع الضمانات ٤٥، تبيين الحقائق ١٣٨/٥، الدر المختار ورد المحتار: ٤٤/٥.

(٤) يطابق هذا النص المادة ١٧٢ ق.م مصري و ١٧٥٣ ق.م سوري و ١٧٧ ق.م لبيبي و ١٢٧ ق.م لبناني والمادة (٨٨) ق.م أردني.

إن ما يقرره القانونيون عن هذه المسؤولية أنها تكون استثناء من القواعد العامة للمسئولية.

فالمسئولية عن الغير كانت نتيجة الضرر الذي كان للمسئول نصيب في أحداثه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي باعتبار أن مسؤولية المتبوع جاءت نتيجة خطأ التابع ولم يشأ القانون أن يتخلص المتبوع منها^(١)

الفرع الثالث

المسئولية الناشئة عن الأشياء

نعالج في المسئولية الناشئة عن الأشياء المسئولية عن البناء ثم المسئولية عن الآلات والأشياء الخطرة ثم المسئولية عما يحدثه الحيوان من ضرر.

١ - المسئولية عن البناء:

يراد " بالبناء " ما يتصل بالأرض على وجه الثبات ويعتبر العقار^(٢) بالتخصيص مشمولاً بتعويض البناء. فيعد من البناء المواد الأولية كالحديد والخشب والحجر وأي جزء منه كالأبواب والشبابيك وغيرها. حيث يسأل المالك عنها إذا أصابت الغير بالضرر.

ففي الفقه الإسلامي إذا كان البناء مختلاً من الأصل أو ما تلا إلى الطريق

(١) الوسيط للسنهوري: ١/١٠١٤ وما بعدها، ١٠٤٠ وما بعدها.

(٢) يطلق العقار على البيت والأرض والضياع والنخل (انظر مختار الصحاح ج١/١٨٧).

العام أو بنى غرفة في غير ملكه وسقط فأنلف نفسا أو حيوانا أو مالا ضمن صاحبه بلا حاجة إلى إسهاد لظهور تعديّه وفي هذا يقول الحنابلة^(١): (لأنه متعدّد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره، أو هواء مشترك، ولأن يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه).

أما في حالة البناء الذي كان في الأصل سليما ثم طرأ عليه الخلل بعد ذلك فقد اختلف الفقهاء في ضمان ذلك على النحو التالي:

١ — فريق لا يرى الضمان مطلقا (وهو رأي الشافعية)

٢ — فريق يرى فيه الضمان مطلقا (وهو رأي الحنبلية)

٣ — فريق يرى فيه الضمان بشروط (وهو رأي الحنفية والمالكية).

١ — فالشافعية: يرون عدم الضمان ولو نبه مالك البناء على الخلل في بنائه لعدم وجود خلل يعتبر تعديا منه. والتببيه عليه هو من فعل الآخرين، ولأن ميل البناء لم يحصل بفعله، والقاعدة عندهم أن (ما كان أوله غير مضمون، لا ينقلب مضمونا بتغيير الحال).^(٢)

٢ — أما الحنابلة: وهم أصحاب الرأي الثاني، فيرون الضمان مطلقا، لأنهم يقيسون الخلل الطارئ على الخلل الأصلي في البناء، ولأن المالك لم يصلح الحائط المائل فيعتبر متعديا فيضمن ما تلف به. كما يضمن في حالة ما لو أقام البناء من الأساس مائلا، ويضمن كما لو طوّل بنقض بنائه فامتنع، وإذا ما كان ذلك موجبا للضمان لم يضمنه بالمطالبة.^(٣)

٣ — بينما يرى الحنفية والمالكية: الضمان عملا بالاستحسان وذلك

(١) المغني: ٥٧١/٩، المبسوط: ٩/٢٧. الدر المختار ٣٧٥/٥.

(٢) حاشية الشرقاوي على شرح التحرير: ٤٥٩/٢، المهذب: ١٢٣/٢.

(٣) المغني: ٥٧٩/٩.

بشروط:

- ١ - الإشهاد أو التقدم: وهو التنبيه بدفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه^(١) فيقال لمالك الدار إن هذا البناء مائل فأصلحه أو أهدمه.
 - ٢ - أن يكون هذا التقدم ممن له مصلحة وحق كالجار مثلا إن كان البناء مائلا على ملكه أو العامة إن كان الحائط مائلا إلى الطريق العام.
 - ٣ - أن يكون التقدم بعد ميل البناء ليكون مثبتا للتعدي.
 - ٤ - أن يكون التقدم قبل سقوط البناء حتى يتمكن من النقص.
 - ٥ - أن يكون التقدم إلى من يملك التصرف في البناء كالمالك والوالي والراهن والوارث فلا يكفي للمستأجر والمرتهن والوديع لأنهم لا يملكون نقض البناء ولا إصلاحه.^(٢)
- وتهدف هذه الشروط إلى إعلام المالك وسد باب التذرع بإعلامه، وهذا التضمن يجعل صاحب البناء لا يهمله كما يجعل المارة لا ينقطعون عن الطريق خوفا على أنفسهم فيتضررون^(٣)، وهذا هو المروى عن التابعين كشريح والشعبي والنخعي وغيرهم.
- ويظهر أن رأي الحنفية والمالكية أقوى قرينة ودليلا، أما مذهب الحنابلة فإنه أيسر من الناحية التطبيقية لإعفائه المتضرر من إثبات تعدي مالك الأبنية.
- وفي حال تلف النفوس بسبب سقوط الأبنية فقد قال الفقهاء بوجوب الدية وتكون على عاقلة مالك البناء.

(١) المادة: (٨٨٩) من مجلة الأحكام العدلية وانظر المبسوط ٩/٢٧ وتبيين الحقائق ١٤٧/٦.

(٢) انظر في هذه الشروط: المبسوط: ٩/٢٧، الدر المختار ورد المحتار: ٣٨٤/٥، والشرح الكبير للدردير: ٣٥٦/٤.

(٣) الهداية وشروحها: ٢٥٣/٩، المبسوط: ١٢/٢٧ وتكملة البحر الرائق (٤٠٣/٨).

أما تلف الأموال فهي على المالك لأن العاقلة لا تعقل المال.(١)

أما القانون المدني فقد نصت المادة (١٢٠) من القانون المدني الجزائري على أن مالك البناء مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، وقدم في البناء أو عيب فيه.

فإذا تهدم البناء وألحق ضرراً بالغير فإن المالك هو المسئول وتتحقق مسؤوليته بشرطين هما: أ - ملكية البناء - ب - أن يحدث هدم البناء ضرراً للغير . وهذا متفق مع الرأي الثالث (وهو مذهب الحنفية والمالكية)، وهو ما أخذ به أيضاً القانون المدني الفرنسي في المادة (١٣٨٦)، وكذلك القانون اللبناني (م ١٣٣).

أما التشريعات العربية - تمشياً مع أحكام المسؤولية عن فعل الأشياء الحية وغير الحية - فقد أناطت المسؤولية في هذا المقام بالحارس لا بالمالك كالقانون المصري (م ١٧٧) والقانون السوري (م ١٧٨)، والقانون الليبي (م ١٨٠) والقانون العراقي (م ٢٢٨ - ٢٣٠).^(٢)

٢ - المسؤولية عن الأشياء الخطرة :

لقد فرقت الشريعة الإسلامية بين الأشياء الخطرة وبين الأشياء الغير خطيرة، مما ينبني عليه تفرقة في أحكام الضمان والتعويض في كل منهما، وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا، ومعه نبل فليمسك - أو ليقبض - على نصالها بكفه، أن يصيب أحداً من

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٣٨٥/٥، وتبيين الحقائق: ١٤٣/٦ - ١٤٤.

(٢) انظر الوسيط للسنهوري: ١٠٧/١.

المسلمين منها شيء).^(١)

وقد نقل الشوكاني عن الشافعية^(٢) أنهم فرقوا في جنابة الحيوان بين العادي والخطر، وأن العادي يضمن ما أتلفه ذو اليد عليه سواء أكان المالك أو المستأجر أو الغاصب وأن الخطر يضمن إتلافه ذو اليد إذا سببه أو أطلقه أو قصر في حراسته إن كانت العادة جارية بربط مثله ليكف شره.^(٣)

ويمكن أن يقاس على هذا الأشياء الخطرة كالبنادق وما تتحقق إصابته بأخف لمس أو أقل خطأ ويدخل تحتها الآلات الميكانيكية والأوتوماتيكية والكهربائية وغيرها مما تحتاج إلى رعاية وعناية خاصة أو مركزة في الاستعمال والحراسة والحفظ، وعلى هذا يكون الضرر الذي يلحقه الحيوان الخطر والسلاح الناري والشيء الخطر عموماً مضموناً على صاحبه في كل حال، ما لم يثبت أنه بذل العناية واتخذ الحيطة الكافية وأن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي أو بخطأ المصاب ذاته أو باعتداء الغير.

ويلاحظ أن هذا الحكم هو ما أخذ به القانون التونسي والمغربي في المادتين (٩٤ و ٨٦). وقد نصت المادة (٢٩١) من القانون المدني الأردني على ما يلي، (كل من كانت تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة)، ونلاحظ تطابق هذا الحكم مع ما نص عليه فقهاء الإسلام.

(١) متفق عليه، انظر صحيح البخاري ج٦/٢٥٩٢ دار ابن كثير.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني: ج ٥/٢٧٦.

(٣) المغني مع الشرح الكبير: ج ١٠/٣٥٨.

٣ - المسئولية عن الحيوان:

نظر الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى نوعين من الحيوان:

أ - الحيوان العادي: وقد اختلفوا في ضمان ما يتلفه، حيث ذهب البعض إلى أن جناية الحيوان غير مضمونه للحديث (العجماء جرحها جبار) ^(١)، ويراد بذلك فعل الحيوان المنفلت (ومعنى جبار أي هدر).

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن جناية الحيوان مضمونة في كل حال ليلاً أو نهاراً للحديث (أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم، على أن أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها) ^(٢).

أما جمهور الفقهاء فقد فصلوا حيث قرروا الضمان فيما أتلفته الدابة التي معها قائدها وراعيها، ولم يضمنوا صاحب الموقوفة في مكانها الخاص أو السائمة في الصحراء ^(٣).

لذا فمن أوقف دابته في طرق المسلمين وأسواقهم أو أرسلها في غير البراري كالطرق العامة ضمن ما أتلفته، ومن ركب دابة أو ساقها في ملك غيره وأتلفت شيئاً ضمن لأن المرور في ملك المسلمين مباح بشرط السلامة ^(٤)، ومن أوقفها أو ربطها في المكان المخصص للدواب وأتلفت شيئاً فلا ضمان عليه لعدم التعدي والتقصير لا مباشرة ولا تسبياً.

(١) رواه مسلم الترمذي والنسائي وأبو داود وابن ماجه (انظر نصب الراية ٣٨٧/٤) وانظر صحيح مسلم: ١٣٣٤/٣.

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، انظر سنن البيهقي الكبرى ج ٨/٢٧٩.

(٣) ابن المختار ورد المختار: ٣٨٦/٥، القوانين الفقهية ٢١٩، شرح رسالة ابن زيد بحاشية العدوي ٢٨٣/٢ - ٢٨٤، نيل الأوطار: ٢٧٦/٥، صحيح مسلم بشرح النووي: ٢٢٥/١١ - ٢٢٦.

(٤) الدر المختار ورد المختار: ٣٩/٥، المغنى: ٣٥٨/١٠.

ب - ضمان فعل الحيوان الخطر: إن الحيوان الخطر هو الذي يسبب الأذى بالناس كالكلب العقور والكبش النطوح والفرس الكدوم ونحو ذلك.

والذي يذهب إليه جمهور الفقهاء أن فعله مضمون إن أهمله صاحبه أو قصر في حفظه وكف أذاه، لأن مثل هذا النوع من الحيوان يجب ربطه حتى يكف شره عن الناس في كل حال على عكس ما لم يكن خطراً^(١)، ويضاف تلف الحيوان إلى القائم عليه وسائسه وذي اليد عليه ولو لم يكن مالكا له كالمرتتهن والغاصب^(٢)، وإن لم تكن هناك يد على الحيوان كالمرسل له والمنفر له فهو المتسبب وبالتالي يضمن^(٣). وهذا الرأي هو السليم والأحوط والأحفظ للحقوق، حتى يحرص أصحاب هذا النوع من الحيوانات على حفظها أو حل مشكلتها .

هذا ونلاحظ أن ما نص عليه القانون المدني العراقي قد تأثر بالشريعة الإسلامية فابتدأ بقاعدة (جناية العجماء جبار ...) وأفرد المواد (٢٢١ - ٢٢٦) من القانون المدني لذلك، وأثبت أن ضرر البهيمة كأصل عام لا يضمنه صاحبه إلا إذا أثبت المدعي أن صاحبه لم يتخذ الحيطة لمنع وقوع الضرر، وإلى هذا اتجه القانون الأردني في المادة (٢٨٩).

ونخلص من كل ما تقدم أنه يجب حفظ الحيوان وخصوصا إذا كان يؤذي وتتأكد هذه الحيطة والحذر في الأماكن العامة.

وفي النهاية يمكن القول بأن كل عمل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع عليه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه، وهكذا يجب أن يكون كل شخص مسئولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب بل أيضا بعدم تبصره أو بإهماله وعليه فإن الفعل الضار سبب ومصدر من مصادر الحقوق الشخصية التي هي محل بحثنا.

(١) بدائع الصنائع: ٢٧٣/٧ ، المغني: ٣٥٨/١٠.

(٢) حاشية الشرقاوي على حاشية التحرير: ٤٥٩/٢ ، الشرح الكبير مع الغنى: ٤٥٥/٥.

(٣) المسؤولية التصيرية بين الشريعة والقانون: ف: ٢٢٧ للدكتور محمد فوزي فيض الله - طبعة/ المكتاب.

المبحث الثاني

الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب وفيه تمهيد وأربعة مطالب

التمهيد: الإثراء بلا سبب كمصدر للحق الشخصي

المطلب الأول: في ماهية الإثراء بلا سبب وموقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي منه

المطلب الثاني: أركان الإثراء بلا سبب

أ - إثراء المدين

ب - افتقار الدائن

ج - انتفاء السبب الشرعي والقانوني للإثراء.

المطلب الثالث: العوض عن أداء الفعل النافع وفيه أربعة فروع

المطلب الرابع: أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب وفيه تمهيد وثلاثة فروع

المبحث الثاني

الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب وفيه تمهيد و أربعة مطالب

تمهيد: الإثراء بلا سبب كمصدر للحق الشخصي:

ذكرت سابقا أن من المصادر غير الإرادية الفعل الضار والفعل النافع، وقد سبق الحديث في البحث الماضي عن الفعل الضار، وسأتناول -إن شاء الله تعالى- في هذا المبحث الفعل النافع، والذي يعبر عنه بـ (الإثراء بلا سبب) كواقعة قانونية نافعة حيث يرتب عليها الشرع والقانون أثرا، والتي من تطبيقاتها:

استعمال مال الغير بدون حق والفضالة والمقبوض دون حق وقضاء دين الغير، وقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني الإثراء بلا سبب في مادتين وهما: (م ١٤١-١٤٢) حيث تناول في الأولى جوهر المبدأ العام، ونص في الثانية على تقادم الدعوى.^(١)

فقد جاء نص المادة (١٤١) من القانون السابق بأن: (كل من نال عن حسن أو من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من فع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء)

ويتضح من هذا أن القانون المدني الجزائري قد أخذ بالإثراء بلا سبب من مصادر الالتزام. أما المحكمة العليا فقد عملت بقاعدة

(١) د. بلحاج ج ٢/٤٤٤ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري.

الإثراء بلا سبب كقاعدة أصلية، وقررت بأنه إذا أثرى شخص نتيجة افتقار آخر بغير وجود مبرر قانوني، فإن الأول يلتزم بأن يدفع تعويضا يساوي أقل القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار.^(١)

أما القانون الأردني فقد خصص المواد من (٢٩٣ إلى ٣١١) للفعل النافع وعالج الكسب بدون سبب والقبض غير المستحق والفضالة، كما خصص القانون المدني العراقي المواد من (٢٣٣-٢٤٤) للكسب بدون سبب، وتأثرت نصوصه بالفقه الإسلامي.

أما بالنسبة للقانون الروماني فهو يختلف عن القانون الإنجليزي في نظره إلى قاعدة الإثراء بلا سبب.^(٢) ففي حين يتوسع القانون الروماني في هذه القاعدة نجد القانون الإنجليزي على العكس من ذلك إذ لا يعترف أن تكون هذه القاعدة مصدرا للالتزام إلا في حدود ضيقة وسأتناول الكلام عن الإثراء بلا سبب في المطالب التالية:

(١) المحكمة العليا، ٥٤م، ١٨ يوليو ١٩٦٩، ن.ق، ١٩٧٢، ١، ص٤٥، ١٢ أكتوبر ١٩٨٧، ملف رقم ٥٠٨٨٨، م.ق، ١٩٩٣، ٢، ص٩.

(٢) مصادر الحق للسنهوري ج١/٥٨.

المطلب الأول

في ماهية الإثراء بلا سبب وموقف الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي منه وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول

تعريف الإثراء بلا سبب

الإثراء: واقعة حسية تدل على استفادة مالية تدخل في ذمة شخص بحيث
يصبح بها ثريا. والافتقار: واقعة تعني خسارة مالية لذمة شخص فأصبح مفتقرا
وفي كل من الحالتين السالفتين قد يكون الإثراء صحيحا ومعتبرا شرعا
فيسمى بالإثراء بالحق، وقد لا يكون صحيحا فيسمى إثراء بالباطل.

معنى الإثراء:

الإثراء لغة: جاء في لسان العرب لابن منظور^(١): ثري الرجل يثري ثرا
وثرأ... إذا كثر ماله... فهو مثر قال ابن السكيت^(٢): يقال إنه لذو ثراء وثرورة
يراد أنه لذو عدد وكثرة مال، وأثرى الرجل وهو فوق الاستغناء.^(٣)

(١) ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي بن أحمد (٦٣٠-٧١١) بن منظور الأنصاري الإفرقي المصري
(جمال الدين أبو الفضل) أديب لغوي نائر شارك في العلوم من آثاره: مختار الأغاني في الأخبار
والتهاني، ولسان العرب. (معجم المؤلفين ١٣٢/٢)

(٢) ابن السكيت: (١٨٦-٢٤٤) يعقوب بن إسحاق بن السكيت (أبو يوسف) أديب، نحوي، لغوي، عالم
بالقرآن والشعر، تعلم ببغداد وصحب الكسائي، مات ببغداد من تصانيفه: إصلاح المنطق والقلب
والإبدال معاني الشعر. (معجم المؤلفين ١٣/٢٤٢).

(٣) لسان العرب لابن منظور ج ١٤/١١١.

وجاء في المصباح المنير للفيومي^(١): الثروة كثرة المال وأثرى إثراء أي استغنى والاسم منه الثراء بالفتح والمد.^(٢)

ومعنى الإثراء كثرة المال وزيادته، ولا نريد في هذا المعنى مدلول كثرة المال وإنما نقصد الاستفادة المالية التي تدخل في ذمة المثري سواء أكانت قليلة أو كثيرة.

ومعنى الإثراء بلا سبب في الاصطلاح: هو كل استفادة مالية تحققت في ذمة شخص قليلة كانت أو كثيرة مادامت بسبب غير مبرر، وهو السبب الباطل، وهو ما يطلق عليه القانونيون (الإثراء بلا سبب).

وفي هذه الواقعة وهي الإثراء بلا وجه حق لا تصلح سببا قانونيا لاستحقاق المثري، ولا تصلح سببا قانونيا كذلك لافتقار المفتقر، وهذه الزيادة للمثري أو النقصان للمفتقر نتجا عن واقعة غير صالحة ولا قادرة على تبرير أي منهما في نظر القانون^(٣) والقانون أو الشرع يرتبان على هذا النوع من الإثراء حكما وهو إلزام الشخص الذي أثرى برد قيمة ما أثرى به للمفتقر في حدود افتقار هذا الغير.^(٤)

والإثراء هنا وقع باطلا أو محرما في نظر القانون والشرع وعليه يجب رد - أو تعويض المفتقر - وكان هذا الرد أو التعويض مصدرا شرعيا وقانونيا، فرتب الشرع أو القانون التزاما على المثري وحقا للمفتقر بالاسترداد وبهذا أصبحت سببا أو مصدرا للحق الشخصي باعتبار أن الإثراء هو الشيء المهم

(١) الفيومي: أحمد بن محمد علي بن الفيومي، الحموي (أبو العباس) فقيه، لغوي، نشأ بالفيوم، ومهر في العربية والفقهاء، من تصانيفه: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. (معجم المؤلفين ١٣٢/٢)

(٢) المصباح المنير، مادة ثرا.

(٣) الوسيط للسنةوري ص ١١٠٣، ود. جميل الشرفاوي الإثراء بلا سبب ص ١٥، ود. سلمان مرقس ص ٢ الإثراء على حساب الغير.

(٤) النظرية العامة للالتزام ص ٥٠٩. د. جميل الشرفاوي.

والمسبب للالتزام .

هذا وقد استعمل القرآن الكريم مصطلحا معبرا عن بيان حرمة هذا اللون من التصرفات المادية فقال عز وجل: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾،^(١) فاستعمل مصطلح (أكل أموال الناس بالباطل) وهذا اللفظ فيه معنى الشمول ودقيق وعام وواضح فيشمل حرمة جميع الأسباب الباطلة الفاسدة منها والمحرمة وعام في الأحوال المادية والمعنوية، وعام في الأشخاص والزمان والمكان ومتقدم في الظهور على قاعدة (الإثراء بلا سبب) عند رجال القانون، إذ لم تكن قاعدة الإثراء بلا سبب مصدرا عاما في القانون الوضعي حتى نهاية القرن (١٨)، وقد أخذتها قوانين البلاد العربية عن القانون الفرنسي.^(٢)

وعبر البعض عن الإثراء بلا سبب بـ(الكسب بدون سبب) لأن لفظ الكسب له من العموم ما يشمل الإثراء المادي والإثراء المعنوي، وهذا ما استعمله القانون المدني العراقي، وهو منتقد لأن الكسب فيه معنى طلب الرزق وأصله الجمع^(٣) فهو السعي في تحصيل الرزق، وهو واحد من أسباب الإثراء، وعليه فيكون الإثراء أشمل ولا أقول هذا تماشيا مع القوانين العربية التي عنونت له بهذا الاسم وهو (الإثراء بلا سبب) وإنما أقول ذلك لأن الإثراء يدل على كثرة المال من أي سبب أما الكسب فهو ما يقوم به الكاسب من فعل خير وجلب نفع وبالطريقة المشروعة فقط.^(٤) وكما فعل أهل اللغة ذهب بعض المفسرين إلى أن الكسب بالخير خاصة بدليل قوله تعالى: ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾،^(٥) فاللفظ

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

(٢) محاضرات في القانون المدني العراقي ص ٩٢ د. صلاح الدين الناهي ، والوسيط للسنيهوري ص ١١١١.

(٣) مختار الصحاح مادة كسب ج ٢٣٧/١.

(٤) انظر مادة كسب في معجم ألفاظ القرآن الكريم لمجمع اللغة العربية بالقاهرة.

(٥) سورة البقرة: ٢٨٦.

الاكتساب مخصص بالشر ولفظ الكسب مخصص بالخير^(١) في هذه الآية.

وأرى أن لفظ الكسب لا يدل على الإثراء المعنوي بذاته، بل ما دل عليه إطلاق كلمة (المال) على محل الكسب أو الإثراء، وقد كان المال يطلق على الذهب والفضة وأطلق على ما يفتنى ويملك، وعرفه الفقهاء بأنه: ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وعرف بأنه: اسم لغير الآدمي خلق لصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار،^(٢) وأصبح بهذا يشمل المنافع والخدمات وكل ما أمكن تقييمه ماديا ومعنويا.

وعلى هذا فإن استعمال (الإثراء بلا سبب) كان قريبا من معنى أكل أموال الناس بالباطل أو من معنى الإثراء بالباطل المحض المعبر عنه بالآية السابقة، وعليه فأي إثراء باطل تحقق في ذمة المثرى مالا كان أو ما يقوم بالمال فهو منهي عنه، ويجب رده أو التعويض عنه، وهو واحد من صور أكل أموال الناس بغير حق.

والكسب يقوم به الكاسب لغرض جمع المال، وهو واحد من صور الإثراء سواء كان بسبب مشروع وهو الإثراء بالحق أو بسبب غير مشروع وهو الإثراء بالباطل، ونعالج الإثراء عاما في جميع المال سواء أكان ماديا أو معنويا كالمنازل والأراضي وحقوق الاختراع والمؤلفين بحيث يطلق المال على غير المادي^(٣) والشخص الذي تكون له ثروة قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا.^(٤)

(١) أساس البلاغة ج ١/٢٠٧.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٣/٤، وكشف الأسرار لليزدوي ج ١/١١٢، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٧-٤٨ وشرح مرشد الحيران المادة: (١) لمحمد زيد الإبياني ومحمد سلامة السنجلقي.

(٣) الملكية والحقوق العينية الأصلية ص ٤ د. محمود كامل مرسي ط: ٢ سنة ١٩٣٨ مصر.

(٤) المرجع السابق ص ٥.

الفرع الثاني

موقف بعض القانونيين من الإثراء بلا سبب

هذا وقد كان موقف بعض القانونيين سلبيًا في نظرهم لموقف الفقه الإسلامي من هذه القاعدة حيث أنكروا معرفة الفقه الإسلامي لها ومن هؤلاء الدكتور شفيق شحاتة والأستاذ منير القاضي والدكتور محمود سعد الدين الشريف والدكتور السنهوري أما الدكتور أنور سلطان والدكتور عبد الحي حجازي والدكتور محمد كامل مرسي فإنهم لم يتعرضوا لهذه المسألة لا سلبيًا ولا إيجابيًا.^(١)

وأنقل هنا رأي الدكتور السنهوري، حيث إنه في مقدمة المنكرين على الفقه الإسلامي معرفته لهذه القاعدة ويرى أن القاعدة تتصل بالمبادئ العامة للعدالة، وأن حظها في الفقه الإسلامي ضئيل ولا يداني المجال الذي ظفرت به في القانون الروماني، وشبه الفقه في هذا بالقانون الفرنسي القديم والقانون الإنجليزي في العصور الوسطى فقال: (كان حظ القاعدة^(٢) في العصور الوسطى سواء في القانون الفرنسي القديم أو في الفقه الإسلامي أو في القانون الإنجليزي حظًا ضئيلًا لا يداني هذا المجال المحدود الذي ظفرت به في القانون الروماني، والتي تلقاها القانون الحديث عنه تراثًا مبعثرًا مشتت الأجزاء وهي مختلطة بغيرها من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتي وكيان مستقل).^(٣)

وقال أيضًا: (لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني والقواعد اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه، وأوسع ما يعترف به الفقه

(١) انظر محاضرات الدكتور الناهي ص ١٢-١٣.

(٢) يقصد قاعدة (الإثراء بلا سبب).

(٣) الوسيط ج ١/١١٠٣ وما بعدها.

الإسلامي في ذلك هو دفع غير المستحق والظاهر من نصوص الشريعة أنها تجعله مصدرا للالتزام^(١) وأضاف بعد أن أورد مثلا لدفع غير المستحق (أن الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة لا يعترف به الفقه الإسلامي)^(٢) ثم جاء بأمثلة من مجمع الضمانات واستثنى حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام فقال: (على أنه توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه ملزما للمثري على حساب الغير ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذي افتقر لم يكن له بد من ذلك - مضطرا - كما لو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم فلا يكون متبرعا).

ونلاحظ تأكيد الدكتور السنهوري على أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للحق الشخصي في الفقه الإسلامي إلا في حالات قليلة،^(٣) كما أكد ما سبق أن قرره، وهو وصف الإثراء في الفقه الإسلامي بالضيق، وتقاربه مع القانون الإنجليزي وتباعدهما عن القانون الروماني فقال: (وإذا كان باب الإثراء ضيقا في الفقه الإسلامي فهو لا يزيد اتساعا في القانون الإنجليزي، وفي هذا يتقارب الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي ويبعدان معا عن القانون الروماني وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزي هو دفع غير المستحق شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي).^(٤)

وهذا المنهج من الدكتور السنهوري غريب، وسبب الغرابة في نظري البسيط هو تناوله للفقه الإسلامي بأسلوب القانون الأجنبي، ولو تناول الفقه الإسلامي بنفس أسلوب الفقه الإسلامي لكان قد أثرى الفقه الإسلامي ثروة فكرية هائلة وليته فعل على الرغم من تقديري الكبير والعظيم لإنجازاته العربية والإسلامية.

(١) الوسيط ج ١/ ١١٠٧-١١٠٨.

(٢) الوسيط ج ١/ ١١٠٨.

(٣) المرجع السابق وموضعه.

(٤) المرجع السابق ج ١/ ١١٠٩.

ونلاحظ مما تقدم نفي الأستاذ السنهوري معرفة الفقه الإسلامي لقاعدة الإثراء ومن لا يعرف الدكتور السنهوري قد يتهمه بأنه جعل الفقه الإسلامي ناقصا وغير شامل، وهذا اتهام باطل ولا دليل عليه وتكذبه النصوص الشرعية والقواعد الفقهية الموثقة في مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على القاعدة بصراحة وتستند المادة المجلة إلى حديث شريف جعلها سابقة للقضاء الفرنسي الذي اعترف بهذه القاعدة بسنين طويلة.

ويوافق الدكتور شفيق شحاته الأستاذ السنهوري من أن هذه النظرية ليس لها تطبيق عام في الشريعة الإسلامية^(١) وارتسمت حدودها بعد أن تناولها القضاء الفرنسي، وأخذتها بعد ذلك القوانين العربية فبانّت حدودها وأصبح لها كيان مستقل ببروز ذاتيتها وأصبحت مصدرا مستقلا إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام.^(٢)

ورغم ذلك نجد أن الدكتور السنهوري قد جاء بأمثلة من الفقه الإسلامي تؤكد الاعتماد على قاعدة الإثراء بلا سبب وذلك كمن استولى على ملك غيره دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب شرعي وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة^(٣) فإن الفقه الإسلامي يلزم المستولي برده أو تعويضه، فهل أباح الفقه الإسلامي للمثري أن يمتنع عن رد حق المفتقر أو تعويضه !!؟؟

والجواب عن ذلك أن الفقه الإسلامي لا يجيز أكل أموال الناس بالباطل جاء في المجلة^(٤): (لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي) قال علي

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ١٨٣ بند ٢٤٣ د. شفيق شحاته مطبعة الاعتماد سنة ١٩٣٦.

(٢) الوسيط ص ١١٠٤.

(٣) جاء الدكتور السنهوري بهذا المثال للإثراء بلا سبب ص ١١٠٣.

(٤) الصادرة عام ١٢٨٦هـ في المادة (٩٧).

حيدر^(١): (إن هذه المادة من المجامع وهي مستندة إلى الحديث الشريف " لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا أو جادا فإن أخذه فليرده")^(٢)

فهل يصح بعد هذا القول أو الادعاء بأن الفقه الإسلامي لا يعترف بهذا المبدأ؟!؟

ثم إن القول بأن القانون الفرنسي هو الذي أبرز هذه القاعدة تكذيبه النصوص الموجودة في القوانين الوضعية الأخرى حيث نجد أن القانون النمساوي الصادر سنة ١٨١٢م تضمن نصوصا تقضي بالرد في حالات تشبه ما في القانون الروماني ، علما بأن هذا المبدأ لم يستقر في القضاء الفرنسي حتى عام ١٩١٥م، وتقرير المبدأ في القضاء الفرنسي لا يعني بالضرورة استقرار كل أحكام قاعدة " الإثراء بلا سبب".^(٣)

وإذا تتبع الباحث نصوص القرآن الكريم وتمعن فيها يجد اعتراف الفقه الإسلامي بحق العامل - ولو غير مضطر - في الرجوع على رب العمل بما أنفقه أو بقيمة جهده، أي بما أثرى به رب العمل، قال تعالى: ﴿لو شئت لاتخذت عليه أجرا﴾^(٤) حين أقام العبد الصالح جدارا ليتيمين في المدينة وكان عمله باختياره وبلا اضطرار وبدون تعاقد مع صاحبه فهو متفضل بذلك العمل كتفضل موسى على شعيب وبناته حين سقا لهما كما قال تعالى: ﴿فجاءته إحداهما تمشي على استحياء قالت إن أبي يدعوك ليجزيك أجر ما سقيت لنا﴾^(٥).

(١) هو أحد شراح المجلة.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: ١/٨٦ من منشورات مكتبة النهضة . بيروت وبغداد. وانظر هذا الحديث في: سنن أبي داود ج٤/٤٧٦- دار الفكر، والمستدرک علی الصحیحین ج٣/٧٣٩ للحاكم النيسابوري-دار الكتب العلمية-بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٠.

(٣) الإثراء بلا سبب ص ٢٥ د.الشرقاوي.

(٤) سورة الكهف: ٧٧.

(٥) سورة القصص: ٢٥.

وليس كل صور الفضالة تبرعا في الفقه الإسلامي، وبعض الفقهاء قال: إن لم يكن الفضولي مضطرا أو لم يشهد على أنه يريد الرجوع بما أنفق صراحة أو ضمنا فإنه يكون متبرعا.^(١)

وقبل أن أورد بعض الأدلة الدالة على الموقف العام للشريعة الإسلامية من مبدأ الإثراء بلا سبب أشير وللإنصاف أن بعض القانونيين اعترضوا على ما ذهب إليه الدكتور السنهوري ومن تبنى رأيه وذهبوا إلى أن الفقه الإسلامي عبر تعبيرا صادقا ووقف موقفا واضحا في تبنيه لهذا المبدأ، وذلك مثل الدكتور سليمان مرقس حيث أكد أن فقهاء الشريعة الإسلامية أخذوا بمبدأ الإثراء بلا سبب وكذلك الدكتور جميل الشرقاوي حيث قال: (ونحن نعتقد أن هذا الرأي تعبير صادق عن موقف الفقه الإسلامي من مبدأ الإثراء).^(٢)

كما دلت الدكتور صلاح الناهي على تضمن الشريعة الإسلامية لهذه القلعة منذ عهدنا الأول^(٣) وقرر الأستاذ خليل جريج أنه من الطبيعي أخذ الشريعة لهذا المبدأ لقيامها على فكرة العدل والرحمة ولبنائها على مبدأ العدالة^(٤) كما رأى الأستاذ المحمصاني تبنى الشريعة لهذا المبدأ.^(٥)

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين: ٤٣/٥ ، وكتاب الضمان للشيخ الخفيف ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) الإثراء على حساب الغير ص ٥٢ للشرقاوي.

(٣) محاضرات عن القانون المدني العراقي للدكتور الناهي ص ١٨-١٩.

(٤) النظرية العامة للموجبات في القانون اللبناني ص ٣٨ بيروت ١٩٥٨م.

(٥) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة ص ١٠٧ بيروت ١٩٤٨م.

الفرع الثالث

الموقف العام للفقهاء الإسلاميين من مبدأ الإثراء بلا سبب

من المعروف لدى المسلم أن المرجع الأول للأدلة هو القرآن الكريم ثم السنة النبوية الصحيحة وكان لمسئولية من يأكل أموال الناس بالباطل، أو يثري على حساب غيره بغير حق حظ وافر من تشريعات هذه النصوص الإسلامية .

وتوجيهات الشريعة تقضي بعدم الظلم ورد الحقوق، علاوة على قيام التصرفات اليومية للمسلم على العقيدة الإسلامية القاضية بالرقابة الذاتية وطلب الأجر من الله تعالى وكتابة كل عمل على المسلم لينال جزاءه يوم الحساب، قال تعالى : ﴿ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد﴾^(١).

فالمسلم يعلم أنه إن ظلم أو تجاوز أو تعدى فإنه لن يفلت من عقاب الله له، لذا عليه أن يبادر إلى رد الحقوق والمظالم خصوصا ما يتعلق منها بحقوق العباد.

فقد أجاز الإسلام للمفتقر أخذ حقه وماله المستولى عليه من مدينه، ومن حقه رفع الأمر إلى القاضي وقد جاء في الحديث: (ومن أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره)^(٢)، وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بالظفر بالحق.

وصيانة أموال الناس وحرمتها من مقاصد الشريعة الإسلامية قال الشاطبي رحمه الله تعالى: (إن وضع الشريعة إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل)^(٣)، وحفظ المال من الضرورات الخمس وهي: [الدين والنفس والنسل والمال والعقل] فصيانه الأموال وحرمتها من القواعد العامة التي لم ترق إلى مرتبتها أية قاعدة قانونية،

(١) ق : الآية ١٨ .

(٢) سبل السلام للصنعاني ج٣/٥٣ باب النفليس وسنن البيهقي الكبرى ج٦/٤٤ مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤ تحقيق محمد عبد القادر عطا.

(٣) الموافقات: ج١/٣ .

قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) وقال صلى الله عليه وسلم وهو على عرفات وفي أفضل المواقيت يوم الحج الأكبر: (إن الله تبارك وتعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا).^(٢)

هذا فضلا عن دعوة الإسلام الناس إلى الأخلاق الكريمة قال صلى الله عليه وسلم: (إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق)^(٣)، وإن النظام المالي في المعاملات يقوم على هذه الأخلاق السامية كالصدق والأمانة وعدم الخيانة والعدل والإحسان والوفاء وعدم الغش والظلم والاستغلال، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(٤)، كما أمر بأكل الحلال والطيب من الرزق وأمر في دائرة العقود بالخير وتجنب الربا قال تعالى: ﴿وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ﴾^(٥) وقال: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٦) وجاء على لسان الفقهاء المسلمين ما يدل على وجود مبدأ الإثراء بلا سبب في الفقه الإسلامي ومن يقرأ ما كتبه الشافعي^(٧) وابن حزم^(٨) والقرافي^(٩) •

(١) سورة البقرة: ١٨٨.

(٢) وفي رواية: ((فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ، إلى أن تلقوا ربكم ألا هل بلغت ؟ قالوا : نعم ، قال اللهم اشهد)) انظر فتح الباري شرح البخاري ج ٨٥/١٢ ، ونيل الأوطار : ٣/٣٤٩ ، وصحيح مسلم بشرح النووي ج ١١/١٦٩ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ج ١٠/١٩١ .

(٤) سورة النحل: ٩٠ .

(٥) سورة الأعراف: ١٥٧ .

(٦) سورة البقرة: ٢٧٥ .

(٧) الرسالة للإمام الشافعي ص ٩٥ .

(٨) المحلى لابن حزم: ٧/١٣٤-١٣٥ المكتب التجاري بيروت .

(٩) النخبة للقرافي: ٤/١٢٩ .

• القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الصنهاجي مصري المولد والمنشأ والوفاء، له كتب ومؤلفات في الفقه والأصول، توفي سنة ٦٤٨ هـ. الأعلام للزركلي: ج ١/٩٤ .

والشيخ الخفيف^(١) يتضح له بجلاء مدى اهتمام الفقه الإسلامي بالكلام عن هذا المبدأ.

فالفقه الإسلامي بأحكامه ونظرياته أغزر وأخصب من كل فقه قانوني آخر لتناوله لكل الشعب الحقوقية حيث جاء في أصوله وفروعه ما يسد ويزيد على نواحي نظرية الالتزام في الفقه الأجنبي.^(٢)

(١) الضمان للخفيف ص ٣٣-٣٤ ، والمغني لابن قدامة: ٨٩/٥ ، وأعلام الموقعين لابن القيم: ٣٣٥/٢.

(٢) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ٢/١٢٤ للزرقا.

المطلب الثاني

أركان الإثراء بلا سبب

يجب أن يتحقق لهذه القاعدة ثلاثة أركان وهي بإيجاز:

١ - إثراء يترتب عليه افتقار

٢ - افتقار الدائن بالفعل

٣ - إنشاء علاقة سببية بين الإثراء والافتقار

أ - إثراء المدين: يقصد بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية تقوم بالمال كإنقضاء دين أو إشباع حاجة مادية أو اكتساب مال جديد.

ب - افتقار الدائن: لكي يجب الرجوع إلى دعوى الإثراء بلا سبب يجب أن يوجد افتقار بالمقابل للشخص الآخر، إذ لو تحقق الإثراء بلا افتقار فقد استحال الرجوع بدعوى الإثراء كما لو أن شركة أقامت مصنعا في جهة ما وترتب على ذلك ارتفاع سعر الأراضي المجاورة، فلا يحق هنا للشركة الرجوع على أصحاب الأراضي بقيمة ما أثروا به لأن إثراءهم لم يقابله افتقار في جانبها.

والمراد بالافتقار هو أن يفقد المفتقر حقا عينيا أو شخصيا أو يحدث نقصان في حق له، أو تفوت منفعة له، كمن يسكن في منزل غيره دون أجره اغتصابا

فيفتقر صاحب المنزل بما فاتته من أجره المنزل.

ج — إنشاء علاقة سببية بين الإثراء والافتقار: لا يكفي لقيام هذه القاعدة كمصدر للالتزام، وجود الإثراء في ذمة والافتقار في أخرى، بل لابد من علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار، وذلك كدفع شخص دين غيره حيث أن دفع الدين هو السبب المباشر في افتقار الأول وإثراء الثاني.

والمراد بالسبب هنا في قاعدة الإثراء هو السند القانوني الذي يولد للمثري حقا في الاحتفاظ بما أثرى به، فإذا انعدم السبب بهذا المفهوم، أي إذا انعدم السبب الإنشائي جاز للمفتقر الرجوع على المثري بدعوى الإثراء. والسبب المبرر للإثراء مفترض وجوده وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على دعواه.^(١)

(١) دبلجاح المصدر السابق ج ٤٥٩/٢.

المطلب الثالث

العوض على أداء الفعل النافع

الفرع الأول

شروط العوض عن أداء الفعل النافع وفيه أربعة فروع

قد يؤدي الإنسان عملاً نافعاً لغيره شريطة أن يأخذ على هذا العمل عوضاً يعادل ما قام به من جهد أو ما خسره من مال، وما دام قد اشترط هذا العوض فهو مستحق له، وقد يستحق هذا العوض وإن لم يشترطه، واستحقاق هذا العوض عن عمل الغير بغير شرط نوعان:

١ - أن يؤدي العمل، ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض ولهذا صور كثيرة: كالخياط والدلال والملاح والمكاري الذي يعلم أن عمله نظير عوض وإن لم يشترطه، وكل هؤلاء يستحقون العوض وإن لم يشترطوه لأن طبيعة عملهم تقتضي ذلك.

٢ - أن يعمل الإنسان عملاً ينقذ به مال غيره من الهلاك أو يقوم بعمل فيه غناء عن المسلمين ومصالحهم، ولهذا صورة كثيرة: كمن يرد شيئاً مفقوداً فإن

صاحبه يستحق على رده جعلاً بالشرع سواء شرطه أو لم يشترطه، وقد جاء في (شرح الخرشي)^(١): (إن المالك إذا قال: من أتى بعبي الأبق أو بعيري الشارد فله كذا، أو لم يقل ربه شيئاً، فجاء به شخص لم يسمع كلام سيده، لكن عادته طلب الضوال والأباق، فإنه يستحق جعل مثله، فإن لم تكن عادته طلب ما ذكر فلا جعل له وله النفقة).

وخص ذو العادة باستحقاق الجعل دون غيره لأن غيره إذا أتى بالضوال أو الشوارد فإنه يترجح عنده قصد التبرع وبالتالي فلا يأخذ جعلاً على تبرعه.

ويتضح من هذا أن العوض عن الفعل النافع لازم في حالتين:

١ — إذا تعهد المنتفع بهذا الفعل بأداء العوض لمن قام به فحصلت بقيامه منفعة له.

٢ — إذا لم يتعهد بشيء، إلا أن الذي قام بهذا العمل يتقاضى عادة جعلاً على ما أداه من أعمال نافعة.

وللأعمال النافعة فوق ما تقدم صور كثيرة كمن أنقذ مال غيره من التلف، ومن خلص أموال الناس من الغرق لو انكسرت سفينة كما نص على ذلك الإمام أحمد بن حنبل.^(٢)

ويختلف العوض عن العمل النافع باختلاف طبيعة العمل والظروف المحيطة به وباختلاف تصرف الغير إزاء متاعه عناية أو تقصيراً.

فالذي يترك دابته في مكان ما، فأخذها رجل وعني بها فإن الأمر في هذه الحالة فيه تفصيل: إن كان سببها في كلاً وأمن وماء فصاحبها أحق بها، وإن كان

(١) الخرشي شرح مختصر خليل: ٦٤/٧ كتاب الجعالة.

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي، قاعدة: ٧٤ ص ١٤١-١٤٢.

سببها في مخافة أو مفازة فالذي أخذها أحق بها. (١)

هذا وقد يقوم الإنسان بمثل هذه الأعمال النافعة احتساباً لله وطلباً للأجر والمثوبة، ورغم ذلك يستحق الأجر لمن انتفع بعمله، ويكون - حينئذ - متنازلاً عنه بمحض إرادته طمعا في ثواب الله له.

وإن كان ابن حزم يرى عدم إلزام من وجد متاعه إذا أخذه أن يؤدي إلى الذي وجد عنده ما أنفق عليه لأنه متطوع (٢) بما أنفق ولم يؤمر بذلك.

وأرى والله أعلم أننا إذا أهدرنا حق العامل في العوض لقاء الفعل الذي قام به وانتفع به غيره، فإن ذلك قد يؤدي إلى تكاسل الناس وقعودهم عن تقديم المساعدة للآخرين، وفي هذه الحال يترجح لدي وجوب دفع الأجر أو العوض رغم إفساح المجال للتطوع والاحتساب ابتغاء الأجر والمثوبة. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) المحلى لابن حزم ٢٤٥/٨ إحياء الموات.

(٢) المحلى لابن حزم ٢٤٠/٨.

الفرع الثاني

الإذن في القيام بالفعل النافع

تحدث الفقهاء عن قيام الشخص بعمل نافع للغير بدون إذنه، وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة حيث إنه قد يؤدي الشخص فعلا نافعا لغيره ثم يطالبه بعوض هذا الانتفاع، وقد يأبى المنتفع عن دفع العوض لعدم إذنه لصاحبه بأن يقوم بهذا العمل .

فابن قدامة - رحمه الله - لا يركز أهمية على إذن المنتفع بقدر ما يركزها على نية القائم بهذا الفعل.^(١)

فإن أدى الضامن الدين عن المدين على نية الرجوع على المضمون عنه، رجع عليه سواء أقال له: اضمن عني أم لم يقل. أما إذا أدى الدين متبرعا به غير ناو للرجوع فلا يرجع بشيء لأنه مثل الصدقة.

أما السيوطي - رحمه الله - فقد جاء عنه أن من ضمن ديننا عن غيره بإذنه رجع عليه حتى وإن أدى هذا الدين بعد ذلك بلا إذن ومن لم يستأذن قبل أن يضمن فلا يرجع وإن أدى بإذن.^(٢)

من هنا نلاحظ تباين نظرة الفقهاء في هذه المسألة حيث نظر بعضهم إلى نية الضامن ونظر الآخر إلى الإذن من المدين، وهو رأي السيوطي كما مر، أما رأي ابن قدامة فإنه ينظر إلى نية الضامن، فمن أدى الدين بنية الرجوع على

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٦٠٧-٦٠٨.

(٢) الأشباه والنظائر ص ٤٩٠ للسيوطي .

المدين رجع وإن أداه بنية التطوع فهو كالصدقة. وهو الراجح حثًا للناس على الإكثار من وجوه البر انطلاقًا من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١).

(١) سورة المائدة: الآية: ٢.

الفرع الثالث

أحوال ضمان الدين عن المدين بنية الرجوع عليه

ومن المفيد في هذا المقام تناول حالات ضمان الدين عن المدين بنية الرجوع عليه استهدافا للشرح والإيضاح وذلك على النحو التالي:

١ - أن يضمن بإذن المدين ويؤدي بإذنه أيضا، وهنا يرجع عليه، جاء في كشف القناع للعلامة البهوتي^(١): "أن الضامن إذا كان قد ضمن بإذن المدين فإن مطالبته - أي مطالبة المدين - بتخليصه قبل الأداء إذا طوب بالدين، لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه فلزمه تخليصها"^(٢).

٢ - أن يضمن بإذنه ويقضي بغير إذنه فله الرجوع أيضا، وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه، وذلك لأن المضمون عنه إذا أذن في الضمان، فلين ذلك يتضمن إذنه في الأداء، لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحا، جاء في (فتح العزيز)^(٣) "أن من أدى دين غيره بغير إذنه لم يرجع، وإن أدى بشرط الرجوع وإذنه رجع، وإن أدى بالإذن دون شرط الرجوع فوجهان: يرجع إن ضمن وأدى بالإذن، وإن استقل بهما لم يرجع.

وقال ابن تيمية^(٤): (وقد تنازع الفقهاء فيمن أدى عن غيره بغير إذنه كالدين

(١) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي فقيه حنبلي توفي بمصر سنة ١٠٥١هـ، من تصانيفه: كشف القناع من الإقناع، ودقائق أولي النهى، وكلها في فروع الفقه الحنبلي. معجم المؤلفين: ج ٢٢/١٣.

(٢) انظر فتح العزيز شرح الوجيز بهامش تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٠/٣٨٨ باب حكم الضمان.

(٣) فتح العزيز للرافعي شرح الوجيز بهامش تكملة المجموع شرح المهذب ج ١١/٣٨٨.

(٤) القياس لابن تيمية ص ٣٨.

فمذهب مالك وأحمد في المشهور عنه: له أن يرجع به عليه، ومذهب أبي حنيفة والشافعي ليس له ذلك)

وقال ابن القيم^(١): (ومما يدل على أن من أدى عن غيره واجبا أنه يرجع عليه به قوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾^(٢) وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن عليه بأداء دينه وفك أسره منه أن يضيع عليه معروفه وإحسانه ، وأن يكون جزاؤه منه بإضاعة ماله ومكافأته عليه بالإساءة، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: (من أسدى إليكم معروفا فكافئوه)^(٣).

٣ — أن يضمن بغير إذنه ويقضي بأمره فله الرجوع أيضا لأنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره، وقد نصت المادة (١٩٨) من "مرشد الحيران"^(٤) على ذلك، فمن قام عن غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية، كما إذا قضى دينه بأمره أو أنفق من مال نفسه على عيال غيره ومن تلزمه نفقتهم بأمره، رجع على الأمر بما أداه عنه.

٤ — أن يضمن بغير أمره ويقضي بغير أمره أيضا، وفي هذا الأمر رأيان:

أ — يرجع بما أدى لأنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه وهو قول مالك

ب — لا يرجع بشيء والدليل هو ضمان علي وأبي قتادة لدين الميت ولو كانا يستحقان الرجوع على الميت لصار الدين لهما وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وحجة ذلك أن من أدى عن غيره واجبا عليه من دين أو نفقة على زوجة من غير إذنه، فهو إما فضولي وهو جدير بأن يفوت عليه ما فوته على نفسه، أو

(١) أعلام الموقعين ٤١٩/٢.

(٢) سورة الرحمن: آية رقم ٦٠.

(٣) أخرجه الحاكم عن ابن عمر في المستدرک ٦٤/٢ ، سنن البيهقي ٦٨٢/٦.

(٤) مرشد الحيران المادة (١٩٨).

متفضل فعوضه على الله دون من تفضل عليه، فلا يستحق مطالبته.^(١)

ويرى صاحب الكشاف^(٢) أن مرد الاتجاهين هو نية الضامن، فإن قضى الدين متبرعا لم يرجع بشيء سواء ضمن بالإذن أم بغير إذن لأنه متبرع.

وإن قضى الدين ناويا الرجوع يرجع على المضمون عنه كما جاء في المادة (٢٠٥) من مرشد الحيران: (إذا قضى أحد دين غيره بلا أمر سقط الدين عن المديون، سواء قبل أم لم يقبل، ويكون الدافع متبرعا لا رجوع له على المديون بشيء مما دفعه بلا أمره، ولا رجوع له على رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه إليه).

جاء في القواعد لابن رجب الحنبلي^(٣) أنه إذا قضى شخص ديننا واجبا على غيره بغير إذن فله الرجوع عليه بشرط نية الرجوع، ويشهد على نيته عند الأداء، أما إذا نوى التبرع أو أطلق النية فلا رجوع له كما اشترطوا أيضا أن يكون المدين ممتعا عن الأداء.

ومن هذا نستخلص شرطين يجوز بهما رجوع من أدى الدين على المدين:

أن يقضى الدين على المدين وهو ينوي الرجوع عليه.

أن يشهد على نيته عند الأداء حتى يلتزم المدين بالدفع.

(١) أعلام الموقعين ٧٤/٢.

(٢) كشاف القناع ٣٧١/٣.

(٣) القواعد الشرعية لابن رجب الحنبلي، قاعدة ٧٥ ص ١٤٣.

الفرع الرابع

الفعل النافع والذمة

الذمة هي: وصف شرعي^(١) يفترض الشارع وجوده في الإنسان ، ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام أي صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات.^(٢)

وفكرة الدين ترتكز أساساً على فكرة الذمة ، فهل يكون الفعل النافع مصدراً من مصادر الحق الشخصي إذا أدى عن الميت وقد سقطت ذمته أو عن المفلس ولم يعد قادراً على الأداء ؟

يرى أكثر أهل العلم^(٣) : أنه يصح الضمان على من وجب عليه حق سواء أكان حياً أو ميتاً .

وقال أبو حنيفة: لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء، لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالإبراء، ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده، فلم يبق فيها دين، والضمان هو ضم ذمة إلى ذمة في التزامه، ومن هنا يتضح أن أبا حنيفة لا يرى الضمان عن الميت إلا بشرط أن يترك وفاء دينه وإلا لم يصح.^(٤)

وذهب الجمهور إلى صحة الضمان عن الميت غنياً كان أم فقيراً، أما الإمام مالك فقد أجاز للضامن الرجوع على مال الميت إذا كان له مال. وهذا الرأي يقترب من رأي أبي حنيفة.

(١) التقرير والتحرير ج ٢/٢١٢ لابن أمير الحاج- دار الفكر بيروت ١٩٦٦- الطبعة الأولى مكتبة البحوث والدراسات.

(٢) مصادر الحق: د. السنهوري ٢٠/١.

(٣) المغنى لابن قدامة: ٥٩٣/٤ باب الضمان.

(٤) شرح فتح القدير ج ٧/١٦٤ لمحمد السيولسي الطبعة الثانية - دار الفكر بيروت.

وقد روى البخاري حديثاً عن جابر - رضي الله عنه - قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأتى بميت فسأل: أعليه دين؟ قالوا: نعم. ديناران، قال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه، فلما فتح الله على رسوله قال: (أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً فعلي، ومن ترك مالا فلورثته).^(١)

(١) البخاري ج ٣ - باب الحوالة ص ١٢٤ ط/ الشعب.

المطلب الرابع

أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب وفيه ثلاثة فروع

تمهيد:

وفيه أشير إلى حالات يكون فيها، الإثراء بلا سبب مصدرا للحق الشخصي.

فالإثراء بلا سبب لا يعتبر -- بوجه عام -- مصدرا للحق إلا إذا كان المفتقر مضطرا كبناء صاحب العلو السفلى دون إذن صاحبه ودون إذن الحاكم وفي مثل هذه الحالة لا يكون متبرعا، ويمكنه الرجوع بقيمة البناء على صاحب السفلى وذلك لاضطراره إلى البناء.

وهذه الحالة على خلاف ما لو عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه فإنه يكون متبرعا ولا رجوع له على شريكه بما صرفه على البناء،^(١) كما لو أن شريك الزرع أنفق على زرع شريكه يكون أيضا متبرعا،^(٢) والفرق بين هاتين الحالتين والأولى أن في الأولى عنصر الاضطرار متوافر وفي الثانية لم يكن هناك عنصر للاضطرار فكان متبرعا.^(٣)

ويمكن أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب قاعدة في الفقه الإسلامي في حالة ما

(١) مرشد الحيران: م ٧٦٥.

(٢) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٥ نقلا عن جامع الفصولين لابن قاضي سماوة.

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٨٨.

لو تعامل شخص بالغ مع فاقد الأهلية، حيث يبطل العقد هنا ويتعين الرجوع على الشخص البالغ بمقدار ما أثرى.^(١)

كما تكون هذه القاعدة مصدرا للحق في حالة اختلاط ملكين قضاء وقدرًا فيملك الاثنان من ملك الأكثر أما مالك القليل فيرجع بالقيمة على مالك الأكثر إلا إذا اتفقا على غير ذلك، وفي حالة ثبوت استواء الشئيين فإنه يباع عليهما ويكون الثمن بينهما مناصفة.^(٢)

(١) المرجع السابق ص ٤٤٨ ، ومرشد الحيران : م : ٢١٨ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .

الفرع الأول

دفع غير المستحق

دفع غير المستحق يكون مصدراً للحق على نطاق واسع في الفقه الإسلامي فمن دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده ما لم يكن قد دفعه على وجه الهبة فلو دفعه على سبيل الهبة فلا رجوع.^(١)

فلو أن إنساناً ظن أن عليه ديناً فدفعه ثم بان غير ذلك (أي ليس عليه دين) فيرجع بما أدى،^(٢) كما أن من دفع رشوة، فله استردادها لبطلان هذا العقد.^(٣)

هذا وقد تناول التقنين المدني المصري الكلام عن دفع غير المستحق في المادتين: (١٧٩ و ١٨٠)، حيث تحدث في المادة الأولى منه على جوهر القاعدة وتحدث في الثانية عن مدة التقادم،^(٤) والتي يختلف فيها عن التقنين المدني الجزائري،^(٥) وجاء في المادة (١٧٩) ما يلي: (كل شخص ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد).

(١) شرح الأشباه والنظائر (غمر عيون البصائر) ج ١/١٩٤.

(٢) المرجع السابق وموضعه، وهذا يتفق مع المادة: ٢٣٧ من القانون المدني العراقي (انظر مصادر الحق للسنهوري ٥٨/١).

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٥٨-٤٥٩.

(٤) النظرية العامة للالتزامات د/ أنور سلطان ج ١/٦٥٤.

(٥) مدة التقادم لهذه القاعدة في القانون المدني المصري هي ثلاث سنوات، بينما هي عشر سنوات في التقنين الجزائري.

كما يسمى دفع غير المستحق (بالمدفع دون الحق) في القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (٢٣٩) من هذا المشروع على ما يلي^(١):

من دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق.

وإذا كان من تسلم غير المستحق سيئ النية وقت التسلم أو بعده فإنه يلزم أيضاً برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء وذلك من يوم أن تسلم غير المستحق أو من اليوم الذي أصبح منه سيئ النية.

كما نصت المادة (٢٤٠) والمادة (٢٤١) من التقنين العراقي على ما يسمى بالمدفع دون حق.

وإجمالاً فإن دفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه فيكون على الموفي له رد ما أخذه، لأن في احتفاظه به إثراء بلا سبب على حساب غيره.

واستخلص شراح القانون المدني الحالي المصري^(٢) هذه الشروط من المواد (١٨١-١٨٤) أما المشرع العراقي فقد اشترط لتقييد دعوى استرداد ما دفع دون حق شرطين:

الأول: دفع شيء غير واجب في الذمة.

والثاني: الوفاء بدين مستحق على الغير.

وذلك في المواد: (٢٤٢-٢٤٥) من القانون المدني العراقي.^(٣)

(١) النظرية العامة للالتزام ج١/٣٨١ د. حسن الذنون.

(٢) النظرية العامة للالتزامات ج١/٦٥٥ د. أنور سلطان.

(٣) النظرية العامة للالتزام ج١/٣٨٩-٣٩٠.

وإذا توافر الشرطان وجب رد المدفوع كما يجب رد الثمرات والفوائد

وما جاء في كل من القانون المدني المصري والعراقي من رد ما دفع بغير حق إلى أصحابه، حتى لا يدخل عدم الرد تحت طائلة أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) ومصادقا لقوله صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤديه).^(٢) يتفق مع الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني

الفضالة

التعريف بالفضولي

الفضولي لغة: مأخوذ من فضل أي زاد، والفضل الزيادة والجمع فضول، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، لذا نسب إليه على لفظه فقيل: فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه.

وقد غلبت كلمة الفضولي في التعبير عن الزيادة التي لا خير فيها.^(٣)

وفي اصطلاح الفقهاء: نجد أن تعريفات الفقهاء للفضولي تدور حول

(١) البقرة: الآية ١٨٨.

(٢) المستدرک علی الصحیحین لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ج ٥٥/٢ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى تحقيق مصطفى عطا سنة ١٤١١هـ، وسنن الترمذي ج ٥٦٦/٣ دار إحياء التراث بيروت، تحقيق أحمد شاکر.

(٣) لسان العرب ج ٥٢٥/١١ - ٥٢٦ لجمال الدين محمد بن مكرم - المطبعة الأميرية - القاهرة والمصباح المنير ج ٥٧/٢ الفاء مع الضاد لأحمد بن محمد الفيومي - المكتبة السلفية والمعجم الوسيط ج ٧١٩/٢ من وضع مجمع اللغة العربية - القاهرة - مطابع شركة الإعلانات الشرقية - بيروت.

المعنى اللغوي:

فقد عرفه ابن نجيم بقوله : من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ. (١)

وقيل : الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي وعرفه بعض الحنابلة بأنه: (من يشتري أو يبيع بدلا عن شخص معين لم يأذن له). (٢)

وعرفته مجلة الأحكام بقولها: هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي. (٣)

تعريف الفضالة: لفظ الفضالة لم يكثر استعماله بين علماء الفقه الإسلامي، وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: " وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شؤون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه بلا ولاية شرعية ولا وصاية". (٤)

فالفضولي شخص له أهلية يتولى العقد لكنه لا يملك هذا التصرف لغيره لفقدانه الولاية عليه كمن يبيع مالا يملك بدون إذن شرعي من المالك، وكمن يشتري شيئا لغيره لم يوكله في شرائه وليست له ولاية الشراء .

فمن لم يكن وليا ولا وصيا ولا أصيلا ولا وكيلا فهو الفضولي.

ولما كان العمل الذي يقوم به الفضولي قوليا أو فعليا ينبغي أن يكون التعريف شاملا لذلك، ويمكن تعريفه بأنه: شخص يقوم بتصرف قولي أو فعلي لحساب شخص آخر دون ولاية منه في ذلك.

(١) البحر الرائق ج٦/١٦٠ ط القاهرة سنة ١٣٣٤هـ.

(٢) الإقناع: ٦٢/٢ للشيخ شرف الدين أبي النجا موسى الحجاوي. مطبعة أنصار السنة المحمدية.

(٣) المادة: ١١٢ منها.

(٤) أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ص٢٥٥ للشيخ أحمد إبراهيم محاضرات ألقيت على قسم الدراسات العليا - كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٤٠ م .

أما الفضولي في الاصطلاح القانوني فهو من يتصرف تصرفاً شرعياً (قانونياً) ليست له ولاية عليه،^(١) وقد عرف بعض علماء القانون: الفضالة بقولهم هي أن يتولى شخص عن قصد، ودون أن يكون ملزماً بذلك، شأنًا عاجلاً لحساب شخص آخر.^(٢)

وعرفها القانون المدني السوري في المادة (١٨٩) بأنها^(٣) (أن يتولى شخص عن قصد القيام بشيء عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك)

ومثال الفضولي من يبيع ما لا يملك من غير ولاية ولا وكالة، ومن يشتري شيئاً لشخص لم يوكله في شرائه وليست له ولاية عليه، ومن يؤجر عيناً من أعيان الغير دون ولاية أو وكالة.

والفضالة بهذا التطبيق تعتبر تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب لأن رب العمل حين يلتزم بتعويض الفضولي فهذا التعويض يمنع من إثراء رب العمل على حساب الفضولي.

والفضالة تقترب من الوكالة لأدائها دوراً مشابهاً لها، كما أنها قد تنقلب إلى وكالة في حالة ما إذا أقر رب العمل عمل الفضولي، كما أن الوكالة قد تنتهي إلى فضالة إذا تجاوز الوكيل حدود توكيله أو إذا استمر في عمله بعد انتهاء الوكالة.

ورغم هذا التقارب الملحوظ بين نظام الوكالة ونظام الفضالة إلا أن ثمة فرقاً جوهرياً من حيث مصدرهما فمصدر الفضالة هو القانون في حين أن مصدر الوكالة هو العقد، والوكالة قاصرة على التصرفات القانونية بينما الفضالة قد تكون

(١) النظرية العامة للالتزام ج١/٢٩٦.

(٢) النظرية العامة للالتزامات د. أنور سلطان ج١/٦٧٤ بند ٦٢٤ ، والوسيط للسنهوري وأحمد أبو ستيت (نظرية الالتزام ص ٥٥٩).

(٣) النظرية العامة للالتزام ج١/٣٦٩ بند ٣٣٤.

في التصرف القانوني أو المادي.

شروط الفضالة^(١):

يشترط لقيام الفضالة أربعة شروط لابد من توافرها وهي:

١ - عمل يقوم به الفضولي لمصلحة رب العمل ولحسابه: ويكون ذلك دون إذنه ودون توكيل وأمثلة ذلك كثيرة منها: أن يجد جار دار جاره تهدمت فيقوم بترميمها وأن يقوم طبيب بإسعاف جريح، وأن يدفع شخص دين شخص آخر أو يعقد صفقة رابحة لحسابه، ويلاحظ هنا أن عمل الفضولي قد يكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً لذا اشترطوا له الأهلية، وعليه فإن فاقد الأهلية إذا قام بعمل فضولي لا يلتزم بما يلتزم به الفضولي من ضرورة الاستمرار وبذل العناية، وإذا رجع صاحب العمل على ناقص الأهلية برد ما استلمه فإنه يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب لا بدعوى الفضالة، وإذا كانت أهلية التعاقد شرطاً في عمل الفضولي فإنه لا يشترط في رب العمل أية أهلية خاصة لأن مصدر التزامات رب العمل يرجع إلى قاعدة الإثراء بلا سبب، وهذا لا يشترط فيه الأهلية، وعليه يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي ولو كان غير مميز.

٢ - أن يكون هذا العمل ضرورياً: ومعنى الضرورة في هذه الحالة أن يكون المقصود بالعمل دفع ضرر جسيم عن رب العمل، وبهذا يستتبع تدخل شخص في شؤون شخص آخر لأنه من المقرر اجتماعياً تعاون الناس على المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وأن المصلحة الخاصة إن اتسع نطاقها تحولت إلى مصلحة عامة.

(١) انظر النظرية العامة للالتزام ج ١/٣٩٩ وما بعدها للدكتور حسن على الذنون.

٣ - أن تتصرف نية الفضولي إلى فائدة رب العمل: هذا الشرط ينص على أن يكون قصد الفضولي من عمله فائدة رب العمل دون فائدته هو، وعليه فلو تولى شخص شؤون الغير واعتقد أنه يتولى شؤون نفسه فإنه لا يكون فضولياً وله الرجوع بالتعويض استناداً لقاعدة الإثراء بلا سبب.

٤ - أن لا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بالعمل الذي قام به وهذا الشرط هو الذي يميز الفضالة عن النيابة القانونية أو القضائية أو الاتفاقية، وعليه فإنه في حالة وجود التزام فإنه لا يعتبر فضولياً سواء أكان مصدر هذا الالتزام هو العقد كالوكالة أو كان مصدره القانون كحالة الوصي أو الولي، وعليه فالمتبوع لا يعتبر فضولياً في تعويضه الضرر الذي استحدثه تابعه لأنه مسئول قانوناً عن خطأ الأخير.

هذه أهم شروط الفضالة قد مرت بنا ومنتقل الآن إلى أحكامها .

أحكام الفضالة في القانون المدني

إذا وجدت الشروط السابقة فقد ينشأ عنها التزام في جانب الفضولي وهذا الالتزام مصدره هو القانون، كما تنشأ التزامات أخرى في جانب رب العمل وهذه الالتزامات مصدرها الفعل النافع فتد إلى قاعدة الإثراء بلا سبب وعليه فنباشر معرفة التزامات الفضولي أولاً ثم معرفة التزامات رب العمل ثانياً.

أولاً: التزامات الفضولي: يلتزم الفضولي بثلاثة التزامات هي:

إتمام العمل الذي بدأ به

تقديم حساب عنه

بذل عناية الرجل المعتاد

١ – إتمام العمل الذي بدأ به: يقضي هذا الالتزام على الفضولي بأن يتم العمل الذي بدأ به، وهنا يظهر اختلاف الفضالة عن الوكالة حيث يجوز للوكيل أن يتنحى عن العمل الذي أوكل إليه القيام به كما تنص المادة (٩٤٧) من القانون العراقي ويؤكد هذا الالتزام وهو إتمام العمل الذي بدأ به المادة (٢٦٥) من مشروع القانون المدني المصري، والمادة (١٣٧٢) من القانون الفرنسي، وقد قضى القانون بهذا الالتزام على الفضولي لإقدامه طوعاً وباختيار على التدخل في شؤون رب العمل فوجب عليه الإتمام.

٢ – تقديم حساب عن العمل: يجب على الفضولي أن يلتزم بتقديم حساب عن المبالغ التي قبضها والمصاريف التي دفعها، كما عليه أن يلزم بررد فوائد

المبالغ التي استلمها من يوم مطالبته رسمياً أو من يوم استعمالها لمنفعة نفسه على حسب الظروف، وفي ذلك يستوي الفضولي والوكيل.

٣ - بذل عناية الرجل المعتاد: ففي الفضالة نجد أن الفضولي يجب أن يكون دائماً ملتزماً ببذل عناية الرجل المعتاد سواء ازدادت هذه العناية عن عناية الشخصية والتي يبذلها في أعماله الخاصة أم قلت عنها، ومعنى هذا الالتزام وهو بذل عناية الرجل المعتاد أن تطبق على الفضولي نظرية الخطأ التعاقدية حيث يسأل الفضولي عن خطئه الجسيم كما يسأل عن خطئه اليسير على حد سواء.

ثانياً: التزامات رب العمل: ينص القانون المدني المصري في التزامات رب العمل على النقاط التالية^(١):

١ - تنفيذ الالتزامات التي عقدها الفضولي باسم رب العمل: وفي هذه الحالة يلتزم الولي بتحمل جميع الالتزامات التي عقدها الفضولي نيابة عنه لأن الفضولي يعتبر نائباً قانونياً وطالما تحققت شروط الفضالة فإن آثار التصرف القانوني تنصرف إلى رب العمل فيصبح دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي،^(٢) ومصدر هذا الالتزام هو النيابة القانونية.

٢ - تعويض الفضولي عن الالتزامات التي ترتبت في ذمته: أثناء أداء الأعمال التي يقوم بها لحساب رب العمل فقد تنشأ التزامات شخصية عليه وهنا فإن الفضولي يطالب شخصياً بتنفيذ ما التزم به، وعليه بعد ذلك مطالبة رب العمل بالتعويض وذلك كمن يتعاقد مع مقاول باسمه لترميم منزل لرب العمل، فإن حقوق العقد والتزاماته لا ترجع رأساً إلى رب العمل، إنما تضاف إلى الفضولي، فإن

(١) المادة (٢٦٩) انظر النظرية العامة للالتزام ج١/٤٠٥ د.حسن الزنون ، وانظر النظرية العامة للالتزامات ج١/٦٨٦ د.أنور سلطان.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢/٤٨٣ (مصر).

أدى الفضولي هذه الالتزامات لمن تعاقد معه كان له الرجوع بها على رب العمل مع فوائدها.

٣ - رد النفقات الضرورية والنافعة: مر بنا أن العمل الذي يقوم به الفضولي يجب أن يكون ضروريا لرب العمل، وهذا العمل قد يتطلب مصاريف نافعة، ويلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن هذه المصاريف والمنافع، والفضولي لا يستحق الأجر عن عمله إلا إذا كان داخلا في نطاق مهنته وذلك كالطبيب الذي يقوم بعلاج مريض فإنه يستحق التعويض عن المصاريف الضرورية والنافعة التي صرفها لعلاجها، كما يستحق أجره عمله خلال الفترة التي استغرقها العلاج، وعندئذ يصبح الفضولي من حقه أن يؤجر على هذا العمل.^(١)

٤ - تعويض الفضولي عما لحقه من ضرر: إذا أصيب الفضولي أثناء تأديته لعمله بضرر دون خطأ منه فإن الرجوع يكون على رب العمل بالأضرار التي لحقته فلو ألقى شخص بنفسه لكبح جماح فرس يهيم بإلقاء راكبه فنتج عن هذا العمل أن كسرت يده أو رجليه فإن صاحب الفرس يلتزم بتعويضه عن هذا الضرر الذي لحقه.

أحكام الفضالة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المسلمون في طبيعة تصرف الفضولي، فالبعض منهم يبطل عقده بينما البعض الآخر يجعله موقوفا على إجازة صاحب الشأن وسأذكر آراء كل فريق من الفريقين بما يحقق الهدف المنشود:

الفريق الأول: يرى أصحاب هذا الفريق بطلان تصرفات الفضولي وعلى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢/٤٨٢، ومصادر الالتزامات ج١/٤٠٧ ف ٣٥١ د. الذنون.

رأسهم الظاهرية^(١) والإمام الشافعي^(٢) والحنابلة^(٣) ولهم أدلة نوجزها في الآتي:

أ - حديث ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: (لا تبع ما ليس عندك)^(٤) وهذا الحديث ينهى صراحة عن أن يبيع الإنسان ما لا يملك، ويعتبر عقدا باطلا ، وعليه فيبطل تصرف الفضولي.

وقد رد أصحاب الرأي الآخر بأن هذا الحديث ليس في محل النزاع لأن المراد بالنهي في الحديث هو النهي عن البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ.

ب - أن الفضولي يتصرف من غير إذن، وبالتالي من غير تولية أو ولاية، وهذه الولاية هي التي تمكنه من تنفيذ أحكام العقد،^(٥) لأن الولاية شرط لصحة العقد فهي كالأهلية، وشرط انعقاد العقد قدرة العقد على تمكين العاقد الآخر من أحكام العقد، وبفقدان هذا التمكين يكون قد فقد القدرة والتي بها يتمكن من عقد العقد وذلك كبيع غير المقدور مثل بيع السمك في الماء أو الطير في الهواء.

وجاء في المذهب: "ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكة، لما روى عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا تبع ما ليس عندك)^(٦)، ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه، فهو كالطير في الهواء أو السمك في

(١) المحلى لابن حزم ج ٨/٤٣٤.

(٢) حواشي الشرواني ج ٥/٣٢٥ دار الفكر بيروت.

(٣) الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي ج ٤/٢٧٣ دار الفكر العلمية بيروت الطبعة الأولى تحقيق أبي الزهراء القاضي.

(٤) أخرجه ابن حجر في تهذيب التهذيب ج ١٢/٤١٨ دار الفكر بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٤م، وسنن الترمذي ج ٣/٥٣٤ - دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٥) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ٣٥٥.

(٦) سبق تخريجه.

الماء". (١)

وقال صاحب كشف القناع^(٢): "فإن باع ملك غيره بغير إذنه ولو بحضوره وسكوته لم يصح البيع، ولو أجازاه المالك بعد، لفوات شرطه، أو اشترى له أو لغيره بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح الشراء ولو أجزى بعد لما تقدم."

الفريق الثاني: أصحاب هذا الرأي يوقفون تصرفات الفضولي على إجازة رب العمل، وقال بهذا بقية المذاهب من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥) في إحدى الروايتين، فهؤلاء جميعاً^(٦) يرون أن تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة من له الإجازة، وعليه فإذا باع فضولي عينا لشخص تام الأهلية أو ناقصها أو عديمها، وله ولي أو وصي أو يتيم فالعقد لا ينعقد إلا بإجازة المالك في الأول وبإجازة الولي أو الوصي أو القيم في الحالة الثانية، ولهم أدلة على ذلك نوجزها في الآتي:

أ — أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان قد أعطى صحابياً ديناراً ليشتري له به شاة فاشترى الصحابي شاتين بدينار واحد، ثم باع إحداهما بدينار، وجاء للرسول صلى الله عليه وسلم بالشاة وبالدينار فأقره المصطفى صلى الله عليه وسلم على تصرفه ودعا له في صفقة يمينه.^(٧)

(١) جـ ٢٦٢/١.

(٢) كشف القناع شرح متن الإقناع في الفقه الحنبلي لمنصور بن إدريس: ١١/٢ ط/ الأولى ١٣١٩هـ.

(٣) البحر الرائق جـ ٢٧٧/٥ لزين بن إبراهيم بن بكر دار المعرفة بيروت.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي جـ ١/١٦٣.

(٥) الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي جـ ٤١٩/٢ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

(٦) الهداية: ٣٠٩/٥ — البدائع: ١٤٨/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥، بداية المجتهد: ١٤٣/٢ المغني: ٢٠٥/٤.

(٧) صحيح البخاري جـ ١٣٣٢/٣ حديث رقم ٣٤٤٣ دار ابن كثير بيروت.

ووجه الاستدلال في هذا أن بيع الصحابي للشاة كان فضولياً، وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم فوجبت صحته.

ب – أن تصرف الفضولي إذا كان أهلاً لذلك، وانصب هذا التصرف على محل قابل لترتب الحكم الشرعي دون شرط الولاية يعتبر نافذاً لأن شرط صحة العقد يرجع إلى صحة التعبير عن الإرادة وليست الولاية هنا شرطاً لصحة العقد، وتصرفات العاقل تحمل وتفسر للأصلح الذي لا ضرر منه للغير، والحكم بانعقاد عقد الفضولي مصلحة له بعدم إلغاء عبارته^(١) من غير ضرر يلحق الغير، لأن العقد يستوقف على إجازته^(٢) وطالما الأمر كذلك جاز تصرفه الموقوف على إجازة من تصرف لصالحه.

ج – كما وضع أصحاب هذا الرأي دليلاً آخر وهو قياسهم الفضالة على الوصية، التي زادت على الثلث فهي ليست باطلة بل إنها موقوفة على إجازة الورثة، وعمل الفضولي شبيه بها والقياس عليها صحيح.

ومن هذا الذي تقدم يظهر بجلاء رجحان ما قال به أصحاب الرأي الثاني الذين يوقفون تصرفات الفضولي على إجازة رب العمل لوجاهته ولأن صاحب العمل إذا أجاز تصرف الفضولي والحالة هذه فيكون الأمر قد انتقل من تصرف فضولي إلى تصرف أصيل فكان الأصيل هو الذي عقد العقد بنفسه وهو أدري بمصلحته هذا ما يسره الله تعالى لي في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) عملاً بالقاعدة الفقهية : (إعمال الكلام أولى من إهماله) انظر المادة رقم ٦٠ من مجلة الإعلام العدلية، والمدخل الفقهي للدكتور الكردي : ص ٢٨.

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥٦.

الفرع الثالث

أحكام الإثراء بلا سبب

ومما يجب تناوله في هذا المقام الكلام عن دعوى الإثراء والتعويض:

فقد كانت دعوى الإثراء هي وسيلة المفتقر في الحصول على التعويض، فإنه في حالة تحقق الإثراء يترتب في ذمة المثري الالتزام بتعويض المفتقر الخسارة التي لحقته، ونتناول في هذا الخصوص الحديث عن الدعوى ثم نعقبه بالحديث عن التعويض:

أ - الدعوى: مر بنا أن قواعد الأهلية لا تنصرف إلا للالتزامات الإرادية أما الواقعة القانونية ومنها الإثراء بلا سبب فلا محل لتوفر الأهلية، ولعل القارئ يتساءل لماذا تتطلب الأهلية في العمل غير المشروع وهو الوقائع القانونية، والجواب أن تأسيس المسؤولية التقصيرية مبني على الخطأ وأن التمييز ركن الخطأ، لذا نجد المادة (١٧٩) من التقنين المدني المصري تقول^(١): (كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ..) وهذه الدعوى المتعلقة بالإثراء تتقادم ولكن ما هي المدة التي تتقادم بها أجاب التقنين الحالي أنها تتقادم بثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة فنصت المادة (١٨٠) على ما يلي: (تتقادم دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم

(١) النظرية العامة للالتزامات ج١/٦٤٨.

فيه من لحقته خسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق^(١).

ب - التعويض: لقد مرت بنا المادة (١٧٩) من القانون المدني المصري والتي تنص على التزام المثري في حدود ما أثرى به بتعويض الشخص الذي لحقته الخسارة. والالتزام يكون في حدود الإثراء لأن المثري يحاسب في حدود ما ناله من إثراء ولا يحاسب على الخطأ الذي ارتكبه فيلزم بتعويض كامل الخسارة.

وقد يكون الإثراء الذي تحصل عليه المثري نقداً أو منفعة أو تحسينات أو خدمة أو مجرد إثراء سلبي كادعاء المفتقر ملكية عين في حيازة المثري وسبيله للحصول على حقه هو دعوى الاستحقاق وليس دعوى الإثراء.

فإذا كان الإثراء منفعة كما لو سكن المثري بيت المفتقر بغير حق فتقوم المنفعة بأجرة المثل دون النظر هنا إلى حسن النية أو سوءها

وإذا كان الإثراء تحسينات استحدثها المفتقر في مال المثري كترميم للبناء مثلاً فيقدر الإثراء هنا بما زاد في مال المثري بسبب هذه التحسينات.

وإذا كان الإثراء خدمة أو عملاً كما لو قرب سمسار ما بين البائع والمشتري ثم تمت الصفقة دون وساطته فيقوم عمله بقدر الفائدة التي عادت على المثري نتيجة هذه الخدمة.

كما يكون تقدير الافتقار كتقدير الإثراء سواء أكان نقداً أو تحسينات استحدثها المفتقر أو منفعة استهلكها المثري حيث يكون مدى الافتقار هو مدى

(١) المرجع السابق وموضعه.

الثراء. (١)

ويقدر الافتقار وقت صدور الحكم لأنه يقابل الضرر في المسؤولية
التقصيرية وطبيعته لا تسمح بتقديره نهائيا إلا في وقت صدور الحكم لاحتمال
تغيره حتى آخر الوقت. (٢)

(١) انظر الوسيط للسنة ٨١٢.

(٢) انظر الوسيط للسنة ٨١٣.

الباب الثاني

استعمال الحق الشخصي وانقضاؤه وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول

التعسف في استعمال الحق المدني الشخصي وقواعد ضبطه وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق الشخصي في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق الشخصي في القانون المدني

المبحث الثالث: قواعد ضبط استعمال الحق الشخصي

الفصل الثاني

إثبات الحق المدني الشخصي وانتقاله وفيه مبحثان

المبحث الأول: دعوى الحق المدني الشخصي

المبحث الثاني: انتقال الحق المدني الشخصي

الفصل الثالث

تقييد الحق المدني الشخصي وانقضاؤه وفيه مبحثان

المبحث الأول: تقييد الحق المدني الشخصي

المبحث الثاني: انقضاء الحق المدني الشخصي

الفصل الأول

التعسف في استعمال الحق الشخصي وقواعد ضبطه وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق الشخصي في الفقه الإسلامي وفيه لمحة تاريخية و ثلاثة مطالب

لمحة تاريخية:

عرف الرومان قديماً نظرية التعسف، إلا أنها اختفت فترة زمنية أيام بروز مبادئ النظرية الفردية، واختفت طوال القرن التاسع عشر إلا أن القانونيين الفرنسيين (سالي) و (جوسران) أعادا لها الظهور ولقد تحدثت القوانين القديمة عن التعسف، حيث ذكرت أن من حفر بئراً وتعمق فيه إلى أن قطع عروق الماء النابعة للجار فإنه لا يسأل لأن تصرفه في ملكه هو حر فيه أما إذا سقط حائط الجار سئل.^(١)

قلت: إن التعسف كان موجوداً في القوانين الرومانية القديمة،^(٢) ورغم وجوده إلا أنه كان يحتاج إلى صياغة تجمع شتاته ولم يكن كما عرف فيما بعد، ولعل التشبع بالمبادئ الفردية إبان الثورة الفرنسية الداعية إلى حقوق الإنسان هي

(١) الوسيط للسهنوري، دار إحياء التراث ببيروت ج ١/٨٣٥.

(٢) المدخل إلى القانون ص ٧٥٤ د/حسن كيرة.

التي ساهمت في التقليل من الاحتفاء بهذه النظرية، وفي العصر الحديث انتعشت هذه النظرية وقررت محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٧١ م المبدأ الآتي^(١): (حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ، والقانون لا يعتبر الإنسان مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤدي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك) وبعد وجود مؤلفات في التعسف واجهت انتقادات شكلية مفادها أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له، وذلك حين قال بلانيول الفرنسي: "ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما لسبب غير قابل لأن يدحض، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له".^(٢)

ويمكن الرد على الفقيه الفرنسي (بلانيول) بأنه لا يوجد تناقض لأن المشروعية منصبة على ذات الفعل والتعسف منصب على كيفية استعماله.

هذا وبعد ظهور هذه المؤلفات، وبعد التطور القانوني بدأت النظرية تميل نحو الاستقرار، وأخذ بها القانون الفرنسي، وأخذت مكانة محترمة بين القوانين الحديثة ثم انتقلت إلى القضاء المصري.^(٣)

(١) الوسيط : ج/١/٨٣٧.

(٢) نفس المرجع السابق والصفحة .

(٣) المحخل إلى القانون ص ٧٥٧ د / حسن كبيرة.

المطلب الأول

تعريف التعسف في الفقه الإسلامي وتمييزه عن التعدي

تعريف التعسف لغة وشرعا

التعسف لغة: جاء في لسان العرب، العسف: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية... يقال: اعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب.

وفي الحديث: ^(١) (لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفاً) أي جانراً ظلوماً.

وأعسف الرجل: إذا أخذ غلامه بعمل شديد، وأعسف إذا سار بالليل خبط عشواء. ^(٢)

وجاء في القاموس المحيط ^(٣) اعتسف عن الطريق يعتسف: مال وعدل ويظهر من هذه التعريفات اللغوية ^(٤) أن مادة (عسف) تدور لغة حول المعاني الآتية:

١ — العسف بمعنى السير على غير هداية

٢ — العسف بمعنى ركوب الأمر بلا تدبر

٣ — العسف بمعنى الجور والظلم

(١) انظر لسان العرب لابن منظور ج ٢٤٦/٩، والنهية في غريب الحديث ج ٢٣٦/٣. وقد حاولت البحث عن هذا الحديث في مظانه فلم أقف عليه سوى أن ابن منظور ذكره في كتابه [لسان العرب] وابن الأثير أيضاً أشار إليه في النهاية.

(٢) لسان العرب لابن منظور ١٥١/١١ - ١٥٢، مادة (عسف) فصل العين ترف الغاء.

(٣) وانظر أيضاً المصباح المنير للفيومي: ٤٠٩/٢: نشر المكتبة العلمية - بيروت.

(٤) القاموس المحيط للفيروز آبادي ج ١٧٥/٣ الطبعة الرابعة - مطبعة دار المأمون.

٤ - العسف بمعنى الميل عن الطريق والعدول عنه.

تعريف التعسف شرعا:

عرف الشيخ أحمد أبو سنة التعسف في أسبوع الفقه الإسلامي ص ١١٠ فقال^(١): "التعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا" ويقول: "قرّر الفقهاء - كما في الفقه الحنفي وغيره - أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفا معتادا ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد".

ويتضح من هذا التعريف أن الأستاذ أبا سنة حصر مناط التعسف في "التصرف غير المعتاد" فقط وقد عزا وجهة النظر هذه إلى فقهاء المذهب الحنفي وغيرهم،^(٢) والواقع أن التعسف يتعلق بالمعتاد وغير المعتاد من التصرف.

كما عرف الدكتور فتحي الدريني التعسف بأنه: (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل).^(٣)

وهذا التعريف هو أولى بالرجحان لأنه لم يقتصر في تعريفه على حصر التعسف في (التصرف غير المعتاد) كما نكر التعريف الأول، وإنما جعل التصرف المعتاد أيضا يدخل في نطاق التعسف إذا ترتب عليه ضرر كما سنعرف إن شاء الله.

وسأوجز شرح هذا التعريف في النقاط التالية:

١ - مناقضة قصد الشارع: والمراد مضادة قصد الشارع، وهي:

(١) نقل هذا التعريف عنه الدكتور فتحي الدريني في رسالته القيمة (نظرية التعسف في استعمال الحق) ص ٨٧ - مؤسسة الرسالة .

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٣٧٣ وما بعدها نشر دار الريان بالقاهرة.

(٣) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص ٨٧ للدكتور فتحي الدريني .

— إما مقصودة: بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار وذلك كبيع العينة للتوصل إلى الربا وهو محرم، أو أن يتذرع بما ظاهره الحلال إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله عليه، وذلك مثل هبة المال - صوريا - قرب نهاية الحول احتيالا على إسقاط الزكاة، وقد بين الشاطبي مرد هذه الحيل بقوله: (فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة)^(١)، فالعبرة ليست بصورة العمل فحسب بل بقصد المكلف في العمل فإن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الشارع في التشريع كما بين ذلك الإمام الشاطبي،^(٢) فالمنافضة المقصودة كمن يستعمل الحق بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة وهذا ممنوع.

— وإما غير المقصودة: فتشمل الأفعال التي تنول إلى مضادة الأصل العام في الشرع وهو جلب المصالح ودرء المفاصد حيث إن درء المفاصد مقدم على جلب المصالح، فالحقوق التي ينول استعمالها إلى منافضة هذا الأصل لم تشرع وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي، لأن استعمال الحق بباعث مشروع وبوجه معتاد ولتحقيق مصلحة مشروعة، قد يترتب عليه رغم كل هذا ضرر فاحش وذلك مثل وجود مصنع في حي سكني مما يوضح أن بعض صور التعسف قد تتعلق بالتصرف المعتاد أو غير المعتاد، فضلا عن الاستعمال المعتاد، وعلى هذا يكون للتعسف معياران هما:

١- المعيار الشخصي: وهو النية أو الباعث

(١) انظر الموافقات للشاطبي: ج٤/٢٠١ دار المعرفة بيروت - تحقيق عبد الله دراز .

(٢) المرجع السابق: ٤ / ٢٠١ .

٣- الموضوعي ويعتمد على الموازنة بين المصالح.

— في تصرف مأذون فيه شرعاً: ويدخل فيه كل التصرفات وتشمل القولية وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات سواء أكانت بإرادتين كالبيع والإجارة أو بإرادة واحدة كالوصية مثلاً.

وتشمل الفعلية وذلك مثل استعمال حق الملكية في العقارات كالأراضي والمباني والرخص والإباحات كتلقي السلع وإحياء الموات.

ويخرج بقوله: " مشروع أصلاً "، الأفعال غير المشروعة لذاتها لأن استعمالها يُعد تعدياً لا تعسفاً، وهذا القيد يحدد مجال التعسف.

والحقيقة أن هذا التعريف جامع لجميع صور التعسف، كما أنه يشمل التصرفات المعتادة وغيرها، ويحكم التصرف بجانبه الذاتي والموضوعي، كما أنه ينظر إلى مآل الأفعال و نتائج الأعمال وهذا احتياط جميل وصيانة قوية تظهر ثمرتها في الحقوق في جانبين:

١ - عدم مناقضة قصد الشارع.

٢ - تحقق المصلحة التي شرع الحق من أجلها.

الفرق بين التعسف والتعدي

سبقت الإشارة إلى أن للحق صفة مزدوجة وأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة فردية وعامة وقد يحصل تعارض بين تلك المصالح سواء أكانت فردية أو جماعية، وهنا تبرز صور متعددة لهذا التعارض، فقد تكون بطريق التجاوز أو

التعدي وقد يكون بطريق التعسف لذا تطلب الأمر التمييز بين التعسف والتعدي، فأقول وبالله التوفيق:

لم يكن معروفا عند فقهاءنا لفظ (تعسف) بهذا اللفظ إنما ورد إلينا من تعبيرات فقهاء القانون الوضعي^(١) كما وردت كلمة (مضارة)^(٢) عند بعض فقهاءنا للتعبير عن التعسف، ووردت كلمة (الاستعمال المذموم)^(٣) في بعض كتب الأصول.

ومهما يكن من اختلاف في تعبيرات الفقهاء فلا نقف كثيرا عند هذا الاختلاف اللفظي، لأن الذي يعنيني هنا هو بيان الفرق بين التعسف والتعدي، ولمعرفة ذلك لا بد من ذكر معنى التعسف حيث إنه: ممارسة الشخص لفعل مشروع في الأصل على وجه يلحق الضرر بالغير، فالوصية بالمال مشروعة للموصي بحسب الأصل بحيث لا يزيد فيها على الثلث إلا أن وصيته بماله بما زاد عن الثلث تعتبر تعديا للحدود، حيث منح الله العبد أن يوصي بالثلث وهو المجال المحدد للتصرف فيه، أما ما زاد على الثلث فهو تجاوز حدود الحق الذي منحه الله له، فهذا الفعل هو بالأساس غير مشروع لعدم استناده إلى حق، وهذا هو التعدي.

أما التعسف فإنه ينطلق من وجود حق مشروع بحسب الأصل، وذلك كالذي يوصي من ماله بالثلث أو ما دون، ولكن بقصد الإضرار بالورثة، وقامت الأدلة على وجود قصد الإضرار، فهذا هو التعسف لأن الفعل مشروع في الأصل لاعتماده على حق ثابت شرعا إلا أن صاحب الحق استعمل حقه بطريقة لا تحقق الحكمة التي قصدها الشارع من إقراره لهذا الحق، وإنما قصد الإضرار بالورثة

(١) الوسيط للنهري، ج ١ / ٨٣٨ .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم : ص : ٣١٠ .

(٣) الموافقات للشاطبي، ج ٣ / ٢١٩ .

والإضرار ممنوع للحديث الصحيح في قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)^(١)، فلا يعتبر متعسفاً من أوصى بما يزيد على الثلث ولو قصد الإضرار بالورثة لأنه متعدٍ والفعل غير مشروع بحسب الأصل، إنما يعتبر متعسفاً من يوصي بقصد الإضرار وفي حدود الثلث أو ما دونه، هذا من حيث الطبيعة، ولا يقال أن كلاً من التعدي والتعسف ممنوع، وهذا صحيح من حيث وحدة الوصف الشرعي إلا أن التعسف في الأصل يستند إلى حق مما يلزم عنه مشروعية الفعل في البداية وإنما لحقه العيب في الباعث غير المشروع، وهو إرادة الضرر بالغير، وإذا جرد هذا الفعل من هذا الباعث غير المشروع عاد إلى وصفه المشروع، أما التعدي فهو مجاوزة لحدود الله، ولو لم يقصد ضرراً للغير، حتى ولو قصد النفع كمن زرع أو بنى على أرض الغير دون إذنه .

هذا علاوة على أن التعدي ظلم والظلم يترتب عليه جزاءان دنيوي وأخروي.

أما الجزاء الدنيوي فيكون بإزالة آثار الاعتداء إن أمكن أو التعويض عما حدث من ضرر .

أما الأخروي فهو الإثم والعقاب وذلك لقصد الإضرار بالغير:

أما إذا كان الفعل عن خطأ فيكون الجزاء أخروياً فقط، وهذه التفرقة بين التعدي والتعسف من حيث الجزاء ذلك أن المتعسف في التصرفات الفعلية التي يترتب عنها ضرر فإننا نزيل ذلك الضرر، أما إذا لم يقع الضرر فله جزاء أخروي إذا قصد الإضرار .

(١) سبق تخريجه وسيأتي - ان شاء الله - شرحه في قواعد ضبط استعمال الحق.

أما في التصرفات القولية، وذلك كمن يهب أمواله - سوريا - عند نهاية
الحول

لإسقاط الزكاة، فله جزاءان:

دنيوي بإبطال التصرف وأخروي وهو الإثم.

وبعد هذه التفرقة يتضح لنا أن التعسف شيء آخر غير التعدي.

المطلب الثاني

ارتباط التعسف بطبيعة الفقه الإسلامي وغايته

إن طبيعة الفقه الإسلامي قائمة على النظرة الثنائية العادلة بين الحق
الفردى والحق الجماعى، فهي نظرة وسطية حيث أنها لم تطلق الحق الفردى
وتقدمه كما فعل أصحاب النظرة الفردية، وفي نفس الوقت اهتمت بمصالح
الجماعة وعليه فإن الطابع الاجتماعى للفقه الإسلامى انعكس على الحقوق، حيث
أقر الحق الفردى وحفظه ونسق بينه وبين حق الجماعة، وذلك بجملة من القواعد
المقررة^(١) إن لم يمكن التوفيق.

وهذا التعارض بين المصالح المختلفة سواء أكانت فردية أو جماعية هو
الذى يظهر فيه التعسف، وذلك نتيجة لفقدان التوازن والتنسيق بين المصالح
المتعارضة، وعليه فإنه لو كانت المصالح فردية بحتة أو جماعية بحتة لما وجد
التعارض الذى يؤدي إلى وجود التعسف لأنه لا يتصور التعارض بين المصلحتين

(١) يرى الفقه الإسلامى التوفيق بين مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة، والأقدم مصلحة الجماعة على
مصلحة الفرد الخاصة عند عدم إمكانية التوفيق كقاعدة (درء المفسد أولى من جلب المنافع). انظر:
قواعد الفقه: ج١/٨١ لمحمد المجددى البركتى، كراتشى الطبعة الأولى ١٩٨٦، وقاعدة: (المصلحة
العامة مقدمة على المصلحة الخاصة). انظر: الموافقات ج٢/٣٦٧ للشاطبى دار المعرفة-بيروت.

الفردية والجماعية طالما أنها فردية خالصة أو جماعية بحتة، لأنه لو كانت النظرة الفقهية فردية خالصة لكان الحق الفردي غالبا والتصرف فيه مطلقا، كما أنه لو كانت النظرة الفقهية للحق جماعية بحتة لكان الفرد مجرد موظف يعمل لتحقيق المصلحة العامة، وانحرافه لحساب مصلحته يعد تعديا لأنه تجاوز حدود المصلحة التي يعمل من أجلها، لذا نلاحظ مدى ارتباط التعسف بنظرة الفقه إلى الحقوق، حيث منح الأشخاص حقوقا فردية له فيها سلطات، فيسعى لتحقيق مصالحه بما منح من سلطات في استعمال هذا الحق فيسيء أحيانا في استعمال هذه السلطة، أو يتخذها وسيلة للإضرار بالغير أو بالمصلحة العامة، وهذا هو ميدان التعسف.

المطلب الثالث

أدلة النهي عن التعسف في استعمال الحق الشخصي

أولا: من القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفس إلا وسعها، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده".^(١)

يدور هذا النص حول المطلقة التي لها طفل رضيع، ومدة الرضاع التي تستحق فيها اجرا على أبيه الذي طلقها والحقوق متقابلة في ذلك دون مضارة.

دلالة الآية: تدل هذه الآية أن الأم أحق من غيرها وأولى بالرضاع من

(١) البقرة : ٢٣٣ .

غيرها وهو حق لها، وذلك لحنوها ورفقها بالمولود ما دامت قد رضيت برضاعته مجاناً أو بما ترضى به الأجنبية وألفها الصبي^(١) وهذا ما ذكره الجصاص^(٢) في تفسير هذه الآية حيث يقول^(٣): " فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة ، ثم أكد ذلك بقوله: " لا تضار والدته بولدها، ولا مولود له بولده "يعني والله أعلم إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها".

فهذه الآية صريحة في نهي مضارة الأم وذلك بنهي الأب عن إساءة استعمال حقه في ولاية ابنه، بل ذهب البعض إلى عدم جواز انتزاع ابنه منها إذا لم ترضعه، بل يأتي لها بالظن فترضعه عندها،^(٤) وقد جاء في الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة جاءت بابن لها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء وأراد أبوه أن ينزعه مني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " أنت أحق به ما لم تنكحي".^(٥)

وقال مجاهد^(٦): " لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك"،^(٧) وقيل يجوز منعها إن كانت في حبال زوجها للاستمتاع بها، إلا إذا أمكن إرضاعه من غيرها

(١) أحكام القرطبي: ٣ / ١٦٧ ، بداية المجتهد: ٢ / ٤٧ ، كشاف القناع: ٣ / ٤٦٢ .

(٢) الجصاص: أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص من أهل الرأي، انتهت إليه رئاسة الحنفية مات ببغداد سنة ٣٧٠هـ. الأعلام للزركلي: ج ١ / ١٧٠ .

(٣) أحكام القرآن: ج ١ / ٤٧٩ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص: ١ / ٤٨٠ .

(٥) المصدر السابق ج ١ . وسنن البيهقي الكبرى ج ١ / ٤ مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ١٤١٤هـ-١٩٤٩م .

(٦) مجاهد: هو ابن جبر أبو الحجاج المخزومي المكي، إمام في التفسير والعلم، مات سنة ١٠٢ هـ . تقريب التهذيب: ص ٣٢٨ .

(٧) جامع العلوم والحكم لابن رجب: ص: ٢٦٨ .

وهو قول الشافعي ويجوز ذلك إذا قصد الزوج توفير الاستمتاع بزوجته لا بقصد الإضرار بها،^(١) وفي كل هذا نهى للأب من التعسف في استعمال حق الرضاع من الأم لأن الرضاع كما هو حق لها فهو واجب عليها ديانة لما فطرت عليه الأم من عاطفة الحنان حيث لا تأبى إرضاع ولدها إلا عن شذوذ أو عجز فلا تجبر عليه دفعا للإضرار بها والضرر ممنوع بنص الآية^(٢):

وكما نهى القرآن الأب عن التعسف في استعمال حق الرضاع من طرف الأم نهى الأم أيضا عن التعسف في حق إرضاع ابنها إضرارا بأبيه فليس لها إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها أن تطلب أجرا إن كانت غيرها ترضع مجانا أو بأجر أقل^(٣) منعا لضرر الأب لقصدها المضارة^(٤) ودفعها للضرر يعطى الولد لغيرها لإرضاعه وبذلك تتحقق مصلحة الأب في عدم إلزامه بدفع أجر معين مع وجود متبرعة ومصلحة الطفل في تغذيته، وبهذا يتم التوفيق بين المصلحتين، قال القرطبي^(٥) في قول الله تعالى: ﴿ولا مولود له بولده﴾ لا تأبى الأم أن ترضعه إضرارا بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها.^(٦)

فهذه الآية أصل من أصول التعسف في استعمال الحق، وهي تفيد حماية الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر، كما توجب حماية الابن من أن يضر به، ويتضح من هذا النص وتفسيره أن المضارة استعملت فيه لمعنى انحراف

(١) أحكام القرآن: ٣ / ١٦٧ - للقرطبي، وتفسير الطبري: ٥ / ٤٦ .

(٢) بداية المجتهد: لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي - دار الفكر بيروت ٢ / ٤٣، تفسير البيضاوي: ص: ٥١ .

(٣) تفسير القرطبي: ٣ / ١٦٧ لمحمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي دار الشعب القاهرة ١٣٧٣هـ.

(٤) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي: ص: ٢٦٨ .

(٥) القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري فقيه صالح من كبار المفسرين له تصانيف كثيرة، توفي في أسيوط سنة ٦٧١هـ . الأعلام للزركلي: ج ٥ / ٣٢٢ .

(٦) أحكام القرآن: ٣ / ١٦٧ .

صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سبب لإلحاق الضرر بصاحبه في حقه المقابل.

٢ - وقوله تعالى: ﴿فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التَّلْثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مِضَارٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾. (١)

يدل ظاهر الآية على النهي عن المضارة في الوصية، فالوصية وإن كانت مشروعة إلا أنها غير مطلقة، وعليه فهي مقيدة بعدم الإضرار بالورثة حتى ولو كانت في حدود الثلث أو بما دونه، وذكر فقهاؤنا وجوه المضارة ومنها:

أ - الوصية لو ارث دون بقية الورثة إضراراً بهم، وهذه باطلة بالإجماع، إذ الحديث الشريف ينهى عن ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: (لا وصية لوارث) (٢)، وهنا لا مجال للتعسف، لأن التعسف يفترض وجود حق ولا حق هنا.

ب - الوصية لأجنبي بما زاد على الثلث، وهذا تجاوز وتعد للحق والحدود، إلا إذا رضي الورثة بما زاد، لأن المنع كان لحقهم، أما إذا لم يجزوا الزيادة فلا مجال للتعسف هنا لأن الأمر خارج عن نطاق الحد والحق.

ج - الوصية بالثلث أو ما دون الثلث للأجنبي قصد الإضرار بالورثة، وهنا يأتي مجال التعسف لأنه يفترض للتعسف وجود حق يعتمد عليه أساساً، والأساس هنا هو مشروعية الوصية لذاتها، وقد ذكر ابن رجب أن الوصية ولو كانت في حدودها المشروعة وقصد بها الموصي مضارة الورثة أصبحت غير مشروعة عند بعض الفقهاء، وهو قياس مذهب الإمام أحمد. (٣)

(١) النساء : ١٢ .

(٢) رواه البخاري باب لا وصية لوارث ، جـ ٣/١٠٠٨ دار ابن كثير اليمامة الطبعة الثالثة تحقيق د. مصطفى البغا .

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب : ٢٦٧ - ٢٦٨ .

يقول ابن عباس رضي الله عنهما: (الإضرار بالوصية من الكبائر)^(١)،
وقال ابن قيم الجوزية^(٢):

(قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً وطاعة أو معصية... ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر فمنها قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار﴾ فإنما قدم الله تعالى الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها.

ويقرر ابن رجب أن قياس مذهب أحمد هو رد هذه الوصية حيث يقول: "وأما إن قصد المضارة بالوصية لأجنبي بالثلث فإنه يأنم بقصد المضارة، وهل ترد وصيته إذا ثبت ذلك بإقراره أم لا؟"

(حكى ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد، وقيل إنه قياس مذهب أحمد)^(٣).

وهكذا نلاحظ من عبارات الحنابلة أنهم يبطلون كل عقد أو تصرف كان الباعث عليه أمراً محظوراً كوصية الإضرار وبيع العينة وما يماثلها^(٤) متى دلت على ذلك القرائن.

أما المذهب المالكي فيلخصه القرطبي حيث يقول: (إن مشهور مذهب مالك

(١) جامع العلوم والحكم : ٢٦٧ - ٢٦٨ لابن رجب ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ٨٠ / ٥ - ٨١ ،
وج ٨ / ٦٤ - ٦٥ للطبري .

(٢) إعلام الموقعين : ج ٣ / ٨٤ .

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب : ٢٦٧ ، إغاثة اللهفان لابن قيم الجوزية : ٢٧٧ / ٢٧٨ .

(٤) إعلام الموقعين : ج ٣ / ١٧٢ .

وابن القاسم^(١) أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه، لأن ذلك حقه فله التصرف فيه كيف شاء، وفي المذهب قول إن ذلك مضارة فترد^(٢)، وورد عن ابن القاسم أن الوصية للوارث - إن قصد بها إضرار الورثة - ترد ولو أجازوها، فإذا قال الموصي: (إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين - فإن وصيته تبطل وترجع ميراثاً، لأنه لما أوصى لبعض ورثته، ثم جعلها للمساكين إن لم يجزوها، دل ذلك على قصد الإضرار بالورثة وما قصد به الضرر لا يمضي^(٣) لقوله تعالى في الوصية: ﴿غير مضار﴾ ولخبر: (لا ضرر ولا ضرار).

وهنا نلاحظ أن ابن القاسم نظر إلى الباعث رأساً وأبطل الوصية، لعدم مشروعية هذا ويصرح صاحب الكشف في تفسير قوله تعالى (غير مضار) أي يوصي بها وهو غير مضار لورثته، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث، أو يوصي بالثلث فما دونه ونيته مضارة ورثته. ومغاضبتهم، لا وجه الله تعالى.^(٤)

وبهذا يتأكد لدينا نظرة المالكية إلى الباعث، واعتمادهم به في الوصية.

يقول الأستاذ أحمد إبراهيم^(٥): (ومن ذلك المضارة في الوصية أن يخرج ماله بالوصية بقصد الإضرار بورثته لأمر ما فمن أوصى بماله كله أو ببعضه ولو دون الثلث مريداً بذلك حرمان الورثة من ميراثهم كله أو بعضه فوصيته باطلة ولو كانت في الظاهر مصروفة في القرب، وعجيب جداً أن يتقرب الإنسان إلى مولاه بالإضرار بالقريب المأمور بصلته والبر به)، ثم يقول: (وظاهر الأدلة

(١) ابن القاسم: عبد الرحمن القاسم بن خالد بن جنادة المصري فقيه زاهد روى المدونة لمالك مولده ووفاته بمصر، توفي سنة ١٩١ هـ . الأعلام للزركلي: ج ١/ ٢٢٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن : ٥ / ٨٠ - ٨١ .

(٣) أحكام الوصية للشيخ علي الخفيف : ص : ١١٥ .

(٤) الكشف عن حقائق غوامض التنزيل ، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل : ج ١ - ٦٣٥٤ - ج ١ / ٢٥٥ .

(٥) الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية : ص : ٢٦ - ٢٧ لأحمد إبراهيم .

من الكتاب والسنة أنه لا ينفذ من وصية الإضرار شيء، سواء كانت بالتثالث، أو بما فوقه، أو بما دونه، بل هي رد على فاعلها وعلى هذا تكون أحاديث الإذن بالوصية في حدود التثالث مقيدة بعدم الإضرار).

والمادة (٣) من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تنص على ما يلي: (يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها هنا منافيا لمقاصد الشارع).

قال الشيخ محمد أبو زهرة في شرح قانون الوصية - بصدد وصية الضرار - ما نصه^(١): (الوصية في ذاتها ليست معصية. بل هي تمليك مباح، لكن الباعث عليه أمر محرم ... فإن هذه الوصية ينظر إليها حينئذ نظران:

١- نظر إلى كونه تمليكا مباحا لمن هو أهل للتمليك.

٢- نظر إلى الباعث، فإن الباعث عصيان وما كانت الوصايا لذلك.

ولذلك أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع أو بعبارة أوضح، يكون الباعث عليها معصية أو يؤدي قطعا إلى أمور لا يحلها الشرع، فالآية تدل على بطلان الوصية إذا قصد بها الإضرار بالورثة، أو كان الباعث على الإيذاء هو الإضرار سواء أكانت الوصية بالتثالث أو بما دونه ولأجنبي أو لوجوه الخير، وبهذا تعد أصلا من الأصول الدالة على تحريم التعسف في استعمال الحق.

(١) شرح قانون الوصية : ص : ٤٨ - ٥٠ لأبي زهرة .

ثانيا: الدليل على منع التصف من السنة النبوية:

١- روى أبو داود في سننه عن سمرة بن جندب..(أنه كان له عذق من نخل) (بعض نخلات) في حائط (حديقة نخل) رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله؛ وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى (الرجل) به، وشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب إليه (أي إلى سمرة) أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبه فيه فأبى، فقال: أنت مضار، وقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري: (أذهب فأقلع نخله).^(١)

إن إصرار سمرة على رفض العرض الذي قدمه له الأنصاري المتضرر بالمناولة، ورفض العروض التي قدمها رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذلك كاف لتحقيق صفة المضارة ولو لم يكن قاصدا برفضه هذا وإصراره على استعمال حقه الأصلي إيذاء الأنصاري وضرره.

ومنفعة صاحب الحق هنا تافهة ويسيرة بجانب الضرر الذي يصيب غيره في مصالحهم فكان رفضه عنادا دون اعتبار لما يلحق غيره من معاناة وعنت.

ونظرا لكثرة العروض والبدائل التي تحفظ له حقه فإن صفة المضارة تحققت هنا وسماء الرسول صلى الله عليه وسلم مضارا، وحكم بإزالة نخله.

وأشير هنا إلى أن حق سمرة في التعويض بقيمة نخلاته قائم ومما يؤيد هذا تلك الرواية التي أوردها ابن رجب من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أن يعطيه نخلة مكان نخلته.^(٢)

(١) سنن أبي داود باب القضاء، حديث رقم: ٣٦٣٦ جـ ٣/ص ٣١٥ دار الفكر تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٧٠

٢ - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره... ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم)^(١)، كما جاء في الصحيحين: (لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره)^(٢).

دلالة الحديث:

يدل على عدم منع الجار جاره من أن يغرز الخشب على جداره وإذا امتنع ولم يجز له فإن الحاكم يتدخل ليجبره على ذلك كما ورد عن أحمد^(٣) وابن حبيب المالكي والشافعي في مذهبه القديم وابن حزم^(٤).

فمنع الجار المالك لجاره من أن يغرز خشبه دون أن يلحق به ضرر أو يلحقه ضرر تافه ممكن أن يصلحه الجار، وظهور حاجة الجار إلى هذا الغرز كلي هذا يكون مظنة قصد الإضرار من المنع، ومنع جاره من الارتفاق بجداره يعد تعسفا.

أما في حالة ما إذا كان الضرر الذي يلحق المالك فاحشا فحشا بينا بحيث يؤدي إلى سقوط الجدار أو انهيار البناء فهنا لا يجوز له الإذن أو السماح لجاره بالارتفاق لأنه حينئذ يتنافى ومقصود الشرع من الملكية.

وبهذا نخلص إلى أن الارتفاق بملك الجار إما أن يترتب عليه ضرر بالملك المرتفق به وحينئذ تجري الموازنة بين الضررين: الضرر الخاص بالمالك والخاص بالجار وعلى ضوء قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) نخلص إلى نتيجة، وإما

(١) نيل الأوطار للشوكاني : ج ٥ / ٢٥٦ - ٢٦٠ .

(٢) جامع العلوم والحكم : ص : ٢٧١ .

(٣) كشف القناع : ج ٣ / ٣٤٢ ، القواعد لابن رجب : ١٩١ ، نيل الأوطار : ٥ / ٢٦٠ .

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ / ٢٤٢ مسألة : ١٣٥٨ .

ألا يترتب على ذلك ضرر بالملك المرتفق به، وعندئذ لا يجوز المنع ويصبح تعسفا.

و نظرا لإطلاق الحديث فكما لا يجوز للمالك منع جاره من غرز الخشب للحاجة كذلك لا يجوز للجار أن يستعمل حقا أعطاه إياه الشارع لغير مصلحة^(١)، لأن هذا تعسف والتعسف ممنوع من أي جهة صدر، وهذا هو نظر الحنابلة في المسألة أيضا^(٢) ونقل عن الإمام الشافعي في أحد قولييه تقييده لحق الارتفاق بمنع الضرر البين عن المالك، وهذا الرأي هو أجدر بالاعتبار^(٣) من الأقوال الأخرى التي تتمسك بإطلاق الحديث.^(٤)

هذا وقد ذكر الحنابلة أسبابا لهذا التقييد، لأن مطلق الضرر عندهم لا يوجب المنع من الارتفاق وهذه الأسباب هي^(٥) :-

أن هذا الارتفاق لا يعرى عن نوع ضرر عادة، واعتبار مطلق الضرر في المنع يعطل العمل بالحديث.

أن في تقييد الحديث على النحو الذي بينته رعاية للمصلحتين وإعمالا لحديث (لا ضرر ولا ضرار)، وهو كما تقدم قاعدة عامة في الدين.

أن نظرية التعسف حاکمة على الحقوق كلها ومنها الحق الشخصي، فحيثما تحقق أي من معاييرها وجب تطبيقها، لقيام الأدلة على ثبوتها من الكتاب والسنة

(١) نيل الأوطار : ٥ / ٢٦١ .

(٢) القواعد لابن رجب : ٣١ .

(٣) نيل الأوطار : ٥ / ٢٦٠ .

(٤) ذكر أنصار هذا الرأي أن الحديث جاء لمصلحة عامة فلا يشترط في كل فرد أو ثبوت مصلحة في كل حادثة ، نظير ذلك مشروعية الشفعة ، انظر المغنسي : ٥ / ٢١٠ ، وكشاف القناع : ٣ / ٣٤٢ ، والحقيقة أن هذا الرأي مرجوح لتقييد عمل الجار بما يحقق المصلحة دون إلحاق ضرر بالمالك .

(٥) كشاف القناع : ٣ / ٣٤٢ ، والمغنى : ٥ / ٢٩ ، وجامع العلوم والحكم : ٢٧١ ، القواعد لابن رجب :

وفقه الصحابة وقواعد الشريعة العامة.

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم إجبار المالك إذا امتنع، وحملوا النهي على التنزيه حيث جمعوا بين هذا الحديث وبين الأدلة التي تقضي بتسلط الناس على أموالهم مثل قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)^(١)، ويرد على هذا الرأي بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة، وكما هو مقرر في علم الأصول فإن العام يبنى على الخاص، وقد قال البيهقي: (لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم إلا عمومات لا ينكر تخصيصها).^(٢)

ولاننسى قول أبي هريرة رضي الله عنه: (مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم)، معناه كما قال الخطابي: (إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين لأجلها - أي الخشبة - على رقابكم كارهين، أراد بذلك المبالغة).^(٣)

وقد حمل قول أبي هريرة هذا على توبيخ من يترك إباحة لجاره ويشح بحقه ويترك ما ندب به الرسول صلى الله عليه وسلم وورغب فيه، وهذا رأي من حملوا النهي على التنزيه.^(٤)

ونخلص من هذا إلى أن الإجماع المتعلق بالمالك يكون مقيدا بعدم إلحاق ضرر بين يوهن الجدار أو يسقطه، وبحاجة الجار إلى الغرز للانتفاع من الغرز، وهذا التقييد المتعلق بالجانبين يوحى بما يلي:

١ - أن التقييد هدفه منع التعسف من المالك ومن الجار.

(١) - نيل الأوطار : ٥ / ٢٦٠، و سنن البيهقي الكبرى ج ٦ / ١٠٠.

(٢) المرجع السابق وموضعه .

(٣) المرجع السابق .

(٤) انظر المنتقى على الموطأ : ج ٦ / ٤٣ .

٢ - أن الحديث يجسد روح التضامن الاجتماعي الذي يوجبه التشريع الإسلامي وعليه فالحديث أصلاً من أصول النهي عن التعسف.

ثالثاً: الأدلة من آثار الصحابة:

وهي كثيرة أقتصر منها على ما يلي:

٣ - روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه: أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً^(١) له من العريض^(٢) فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، قال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك.^(٣)

هذا ما قضى به سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو يدل على ثبوت الإرفاق بالجار من المالك حيث أمر المالك بأن يأذن لجاره أن يمرر الماء في أرضه وثبوت حق الإرفاق للأراضي الزراعية المتجاورة فيه مصلحة للطرفين المالك حيث يمكنه أن يستفيد من هذا الماء بالارتفاق مع الجار الممرر، والجار صاحب الخليج حيث ينتفع ويستصلح أرضه من خلال الانتفاع من هذا المجرى.

وعليه فإن امتناع المالك وعدم إجازة إمرار الماء من غير أن يلحقه ضرر تعسف واضح. لذا نجد سيدنا عمر بن الخطاب أجبره على ذلك لأن امتناعه محض تعسف وكيف يمتنع وهو قد يستفيد من هذا المسيل ولا يلحقه أدنى ضرر، وهذا أعلى درجات التعسف، لذلك أقسم عمر بن الخطاب بقوله: (والله ليمرن ولو

(١) الخليج، النهر الصغير.

(٢) واد بالمدينة.

(٣) انظر المنتقى على الموطأ: ج ٦ / ٤٧.

على بطنك).

إذا فامتناع صاحب الأرض الذي يراد الارتفاق بملكه يعتبر تعسفاً في استعمال حقه، ويجبر على التمكين، طالما أنه لم يلحقه ضرر بين وذلك عمل بقضاء عمر بن الخطاب، وإلى هذا ذهب أبو ثور وأحمد ومالك في رواية عنهما.^(١)

وقد روى مالك أيضاً عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال: كان في حائط جده (ربيع) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الأرض، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله،^(٢) وفي هذا القضاء لسيدنا عمر بن الخطاب أيضاً دليل على ثبوت حق الارتفاق لصاحب الأرض الزراعية المجاورة.

وقد يلاقي هذا التصرف من سيدنا عمر^(٣) نقداً لتعارضه مع حرية التصرف في الملكية الخاصة لذا نجد بعض الفقهاء^(٤) قد منعوا الإيجاب لأنه تصرف في أرض الغير بلا إذن فلا يجوز وهو القياس، وإيجاب المالك يعتبر تعدياً، وبالتالي لا يجوز الارتفاق بحق الغير جبراً.

ويرد على هذا أن تفسير موقف الإمام مالك راجع إلى اختلاف الزمن، أي أنه بعد طول المدة من زمن سيدنا عمر إلى زمن الإمام مالك جعل الناس غير مكترثين بالحقوق الأخرى، وبالتالي فليس مستبعداً أن يفكر صاحب الأرض التي يمر بها النهر أن يدعي ملكية المسيل، وبالتالي تزيد المشاكل بين الناس، وتظهر

(١) المغني: ٤ / ٤٩٤، جامع العلوم والحكم: ٢٧١، المنتقى على الموطأ: ٦ م ٤٥ - ٤٦.

(٢) المنتقى على الموطأ: ج ٦ / ٤٧ -.

(٣) عمر بن الخطاب: هو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نوفل بن النضر العدوي يجتمع مع الرسول ﷺ في كعب بن لؤي مات سنة ٢٣هـ وهو ابن خمس وخمسين سنة. طبقات الفقهاء ج ١٩/١ - دار القلم بيروت.

(٤) رواية عن مالك وأحمد والحنفية. (انظر جامع العلوم والحكم لابن رجب: ص: (٢٧١)).

المفاسد وتعم الفوضى، ودرءا لذلك فقد منع هذا الإجماع، وقد جاء في تعليل رأيه^(١) ولكن فسد الناس واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جري الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك. هذا هو تعليل الإمام مالك من المنع، إلا أن هذا التعليل يكاد يكون اليوم منفيًا، وذلك لوجود التوثيق في سجل العقارات ولوجود عقود تبرم بين المزارعين في هذا الخصوص، إذ أن التطور الإداري لم يعد اليوم يكتفي مثل الأزمنة الغابرة بالكلام النظري بل أصبح لا ينظر إلى أية قضية من القضايا ما لم تكن موثقة ومسجلة رسميًا في المكاتب المختصة وعليه فإن المفسدة التي نظر إليها الإمام مالك لم تعد موجودة، ومع ذلك فقد روي رأي^(٢) آخر للإمام مالك مفاده: (أنه إن لم يضر بمالك الأرض التي يريد الجار الارتفاق بها فليقض عليه بمروره في أرضه، وإن أضر به منع من ذلك)، وهذا هو قياس مذهب الإمام مالك.^(٣)

والخلاصة أن حرية التصرف لا تتعارض مع تقييد الحق المتعلق بالمالك سلبًا أو إيجابًا، لأن حرية التصرف في الملك الخاص وإن كانت هي الأصل يجب أن تمارس على وجه لا يلحق ضررًا بالغير.

فمالك الأرض لا يحق له أن يمنع جاره من أن يمرر خليجه طالما أن هذا الأمر لا يلحق به أي ضرر، أو قد يلحقه ضرر يسير، وإن منعه من الارتفاق فإنه يعد متعسفًا في استعمال حقه هذا، لأنه منع العون للمزارع الجار الذي يريد أن يستثمر أرضه ويستغلها بأيسر الطرق، وقد قال تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾.^(٤)

(١) المنتقى على الموطأ: ج ٦ / ٤٦ .

(٢) المدونة: ١٥ / ١٩٦ / ١٩٧ ، البيهجة شرح التحفة للتسولي: ج ٢ / ٢٣٥ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي: ٣٤١ .

(٤) المائدة: الآية رقم ٢ .

المبحث الثاني

التعسف في استعمال الحق الشخصي في القانون المدني وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

التعسف في استعمال الحق الشخصي في بعض القوانين المدنية

كان القانون المصري الجديد (١٩٤٩م) أول قانون عربي نظم النظرية وكان الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله - أول من قام بهذا الجهد، وذكر أن القانون المصري استمدها من الفقه الإسلامي حيث قال: (...ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق، لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي، ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصر عليه أكثر القوانين، بل ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله).^(١)

ومن هذا النص المنقول عن الأستاذ السنهوري يتضح أن النظرية لم تستمد بالجملة من القانون الأجنبي بل استمدت أيضا من الفقه الإسلامي مما يجعلها تصطبغ بالصبغة الموضوعية، ورغم ذلك فإن القارئ لكلام السنهوري لم يجده قد

(١) الوسيط للسنهوري : ٤٧/١ ، والمدخل الى القانون للدكتور حسن كبيرة ص ٧٥٧ منشأة المعارف الإسكندرية

جاء بدليل واحد أو شاهد واحد من الشريعة الإسلامية كدليل على ما ذهب إليه واكتفى فقط بما نقل عنه من استمداد هذه النظرية من الشريعة الإسلامية وما جاء به القانون المصري يقابله المواد: (٦٥ و٦) من القانون السوري و (٦ و٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٦) من القانون المدني الأردني.

إذا فالنص المصري في المادتين (٥٤ و٥) من المذكرة الإيضاحية هو الأصل في هذه النظرية للنصوص العربية السالفة الذكر وغيرها ونص المادتين على ما يلي: م/٤: من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

م/٥: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

- ١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير
 - ٢- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 - ٣- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.
- كما أن المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني اكتفت بذكر اهتمام الفقه الإسلامي بالنظرية ولم تأت هي كذلك بشاهد واحد كدليل. وكان نصها على النظرية تحت عنوان (إساءة استعمال الحق) ونصت هذه المادة على ما يلي^(١):

١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع

٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع:

(١) صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي ص ١٤ أ. مصطفى الزرقا دار البشير - عمان ١٩٨٣م.

أ - إذا توفر قصد التعدي

ب - إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة

ج - إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر

د - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة

وكل من القانونين المصري والأردني ادعى أن نظرية التعسف مستمدة من الفقه الإسلامي إلا أن هذا الأمر يبقى دعوى مجردة بدون دليل لعدم ذكر شواهد على ذلك من الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق

والأساس القانوني الذي انبنت عليه نظرية التعسف في استعمال الحق كما يوضح السنهاوري هو المسؤولية التقصيرية، ذلك أن التعسف خطأ يوجب التعويض وهو كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهو الخروج عن حدود الحق ولا داعي - عند السنهاوري - القول بوضع أساس مستقل للنظرية طالما أنها تقوم على الخطأ الموجب للتعويض، وتبقى المسؤولية داخلية ضمن حدود المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان الأمر متصلاً بالتعاقد.^(١)

(١) الوسيط : ٨٤٢/١ - ٨٤٣

لذا نجد أن أغلب الشراح للقوانين العربية ساروا على هذا المنهج ووضعوا النظرية ضمن المسؤولية التقصيرية أثناء حديثهم عن الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، والتعويض عن الخطأ قد يكون عينيا وقد يكون نقدا .

وقد عالج السنهوري هذه النظرية أثناء حديثه عن المسؤولية التقصيرية رغم ورودها في الباب التمهيدي ورغم أنه ذكر أن القوانين الأجنبية قد انتعشت هذه النظرية في كنفها وخاصة في القضاء الفرنسي والسويسري فقال رحمه الله عن سمو القانون السويسري بالنظرية: (فكما بها إلى الصدر من نصوصه ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحي القانون، ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية تذكر في المكان الذي نص فيه على هذه المسؤولية)^(١)، فرغم هذا الاهتمام إلا أنه جعلها ضمن حدود المسؤولية التقصيرية.

وبعد قراءتي لرأي فقهاء القانون المدني في تأصيل نظرية^(٢) التعسف وردّها إلى الخطأ أو غيره وعلاقتها بالمسؤولية التقصيرية أو استقلالها فقد سجلت لذلك مواقف مختلفة أذكرها على النحو التالي:

١- فريق يسوي بين التعسف ومجاوزة الحق، ويتبناه جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين حين اعتبروا أن التعسف صورة من صور أحكام المسؤولية التقصيرية، وتزعم هذا (Planiol) بلانيول الفرنسي، وقال إن الحق ينتهي حين تبدأ الحقوق ولا يوجد استعمال تعسفي لحق ما، ولا يكون الفعل موافقاً ومخالفاً للقانون.

٢- فريق يسوي بين التعسف وبين الخطأ التقصيري: وهو تطبيق من

(١) الوسيط : ٨٣٦/١ - ٨٤٠

(٢) كالنظرية العامة للالتزام د/بلحاج: ج ١١٠/٢، ومصادر الالتزام لأبي ستيت ص ٤٢٧.

تطبيقات الخطأ المولد للمسئولية التقصيرية لأن الخطأ وهو: انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي متصور في استعمال الحقوق والرخص العامة، وإن الرقابة العامة أبعثت هذه التفرقة.

ولا يمكن التسوية بين التعسف ومن يستعمل الرخص العامة إذ المنهج هنا في الرخص العامة والحريات على قدم المساواة في الاستعمال ولا يتحقق إلا بأن يتبصر كل واحد في عمله ويحتاط، أما في الحقوق فإنه يستأثر به ويتناسب في الغاية التي شرع من أجلها، مما يعني وجود التعسف في وجود الحيطة لانحرافه عن الغاية. وعليه يوجد التعسف ولو لم تتوافر مقومات الخطأ. وبالتالي فالتعسف مستقل عن فكرة الخطأ، وهو يعني مناقضة الغاية أو تخلفها، والخطأ يعني الانحراف عن السلوك المألوف.

٣- فريق يعتبر التعسف نوعاً مميزاً عن الخطأ: تأصيل أصحاب هذه النظرة أنهم لم يخرجوا من دائرة المسئولية التقصيرية واعتبروه خطأً جماعياً أو خطأً من نوع خاص لأنه مرتين بغاية الحق الاجتماعية.

وهذه خطوة متقدمة إلا أنه وقف في منتصف الطريق وقعد عن الوصول إلى النتيجة، وطالما أن فكرة الخطأ قاصرة في نظر هذا المذهب من الإحاطة بفكرة التعسف فلا معنى للتشبيث بها ولا داعي للقبول بازواجية الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية، وبالتالي نخرج من دائرة المسئولية التقصيرية ليستقل التعسف بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية.

أما الأستاذ الدريني في رسالته^(١) فإن الأساس عنده يختلف عن الفعل

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٥ وما بعدها

الضار والمسئولية التقصيرية لأن أساس المسؤولية التقصيرية فعل غير مشروع وأساس قاعدة التعسف استعمال حق مشروع في ذاته، ثم أقام الأدلة على أن التعدي قاصر عن استيعاب حالات التعسف، وأوضح أن النظرية لا تقوم على معيار التعدي بطريق التسبب.

كما أوضح الأستاذ الدريني في رسالته القيمة أن للنظرية وظيفة وقائية، وهذه الوظيفة ليست موجودة في المسؤولية التقصيرية، وأنها أقرب إلى مبدأ سد الذرائع في الفقه الإسلامي.

كما أوضح الدريني أن نظرية التعسف تنطلق من طبيعة الحق في الشريعة الإسلامية وأن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مزدوجة لا هي فردية محضة ولا جماعية محضة، وبذلك يكون للحق وظيفة مزدوجة، ويكون للحق الفردي في الشريعة الإسلامية وظيفة اجتماعية وإقامة التوازن بين الحقوق المتعارضة نشأت نظرية التعسف، وإذا أفضى حق ولو كان مشروعاً إلى إلحاق مضرّة راجحة كان في هذا بإلحاقه المضرّة عملاً مناقضاً لمقصد الشارع، وينطبق على هذا تعارض استعمال الحق الفردي مع حق الجماعة من باب أولى، وقد نص الشاطبي على (أن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً)^(١)

وخلص ما في الأمر أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مستقلة في أساسها وفي مبنائها على قاعدة (الفعل الضار) والمسئولية التقصيرية، وهذه النظرة متفرعة من نظرة فقهاء الشريعة لمفهوم الحق وطبيعته وموقعه من النظام الاجتماعي.

(١) الموافقات : ٣٢٢/٢

وربط النظرية بطبيعة الحق في الفقه الإسلامي يجعل من السهل تفسير حالات الاستعمال الممنوعة والتي يصعب تفسيرها في ظل نظرية المسؤولية التقصيرية وذلك كصعوبة تفسير الحجر على السفينة بنظرية التعسف إذا ربط بالمسؤولية التقصيرية بينما يسهل تفسيره وتبريره بنظرية التعسف إذا ربط بطبيعة الحق وخصائصه ووظيفته في الشريعة الإسلامية وإن كانت هناك علاقة وقرابة بين التعسف والمسؤولية التقصيرية في الهدف التشريعي وفي بعض صور التطبيق.

هذا وقد أشار الدكتور حسن كيرة (١) إلى نقاط مهمة أثناء حديثه عن نظرية التعسف أشير إليها من خلال العناصر التالية:

- ١ - ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته.
 - ٢ - أن الحقوق وسائل لغايات معينة.
 - ٣ - ربط استعمال الحق بغايته وبفكرة العدل وإقامة التوازن الاجتماعي
 - ٤ - لا يلتمس حل مشكلة التعسف إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره
 - ٥ - فكرة التعسف ملازمة ومكملة لفكرة الحق وعليه فلا ترتبط بفكرة المسؤولية.
- وهذه المعاني ذات أهمية قصوى وأنها لا تختلف عن النظرة الإسلامية سواء في نظرتها إلى الحق وغايته ووظيفته أو في تمييزها عن المسؤولية التقصيرية.

(١) المدخل إلى القانون ص ٧٦٤ وما بعدها

لذا أرى أنه من إنصاف القول اعتبار الدكتور حسن كبيرة واحدا من
الباحثين القلائل الذين ألموا وأجادوا في تناولهم لهذه النظرية، والله أعلم.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق وفيه فرعان:

تمهيد:

اهتم القانون الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية وخصص لها نص المادة (٤١) من القانون المدني التي جاءت صياغتها عامة مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض،^(١) وعموم هذه النظرية لا يتنافى في الحقيقة مع إدخالها في نطاق المسؤولية التقصيرية أو اعتبارها تطبيقا لها.^(٢)

وقد نصت المادة (٤١) من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

(يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية :

١- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

٢- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ

للغير

٣- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

(١) د.علي سليمان ، مصادر الالتزام ص ٢٢٥

(٢) CF.(A) Vialard , La responsabilite civile . P46

وإلى جانب هذا النص^(١) فإن المشرع الجزائري أورد في القانون المدني نصوصاً أخرى بصدد بعض التطبيقات الخاصة لهذه النظرية.^(٢)

وهناك تطبيقات أخرى كثيرة عرضت أمام القضاء الجزائري ، ولعل أهمها التعسف في استعمال حق الملكية،^(٣) واعتبار رب العمل مسيئاً في استعمال حقه في فصل العامل إذا لم يكن وفقاً للإجراءات المنصوص عليها قانوناً .

ونلاحظ بأن الفقه والقضاء الجزائريين أخذاً بنظرية التعسف في استعمال الحق وتوسعا في تطبيقها ، حيث سارا في ذلك على نهج أحكام الفقه الإسلامي.^(٤)

ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري خالف المشرع المصري من حيث موضع النص ومكانه ، حيث وضع القانون المدني الجزائري النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق في (المادة ٤١) في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالأشخاص الطبيعيين في حين وضع المشرع المصري هذه النظرية في الباب التمهيدي من القانون المصري (المادة ٥) وهو ما سار عليه القانون السوري (م ٥) سوري.

ونرى أنه يجب الاقتداء بالمشرع المصري ، وذلك بوضع المادة (٤١) من القانون المدني الجزائري في مكان بارز بين نصوص الباب التمهيدي كي نجعل من هذا المبدأ نظرية عامة لجميع نواحي القانون .

(١) يقابل النص الجزائري المواد : (١٠٥) مصري ، (٥) سوري ، (٦) عراقي ، (٤) ليبي

(٢) انظر المواد التالية : ٣٤٣ ، ٥٣٤ ، ٦٩٠ ، ٦٩١ ، ٧/٧٠٨ ، ٧٣ ، ١٩٣ ، ٢٧١ ، ٨٥ ، وكل هذه المواد تطبيقات خاصة بنظرية التعسف ، ويلاحظ توسع المشرع الجزائري في هذه النظرية

(٣) المحكمة العليا ، ٢ مارس ١٩٨٣ ، ١ ، ق ، ١٩٨٦ ص ١٥

(٤) د.علي سليمان ، مصادر الالتزام ص ٢٢٢، ٢٢٥ ، د.محمد حسين ، الوجيز في نظرية الالتزام ص ١٥٩-١٦٠ ، د.محمد صبري ، شرح القانون المدني الجزائري ج ٤٧/٢

الفرع الأول

حالات التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري

بناء على نص المادة السابقة (م ٤١) من القانون المدني الجزائري فإن استعمال الحق يكون تعسفيا في الأحوال التي أوضحتها المادة السابقة الذكر :

وفيما يلي أتناول بالشرح والإيضاح هذه الحالات وذلك على الوجه الآتي :

١ - قصد الإضرار بالغير:

أي أن يكون الباعث لصاحب الحق في استعماله^(١) هو نية الإضرار ، وهذه مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل عليها مباشرة ، ويمكن للقاضي أن يستخلصها من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من خلال استعماله له .

لذا نجد أن المعيار الشخصي وهو نية الإضرار ، يتطلب الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل غير المعتاد في مثل هذا الموقف.^(٢)

ولا بد من إثبات قصد الإضرار عند صاحب الحق بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية.

٢ - ترجيح الضرر على المصلحة:

إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق قليلة الأهمية ، فإن صاحب الحق يعتبر متعسفا ، لأن هذه المصالح لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها وفي تلك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وهذا

(١) د.حسن كيرة : أصول القانون ، فقرة : ٤٠٧

(٢) السنهوري : الوسيط ج ١ فقرة : ٥٦٠

المعيار هو موضوعي بحق لأنه يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير ، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة ، كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرافاً عن مسلك الرجل المعتاد ، فتتحقق المسؤولية.^(١)

وهكذا نلاحظ أنه في حالة ما إذا كان الضرر بليغاً والمنفعة قليلة ، فإن الفعل إما أنه ينطوي على نية خفية للإضرار بالغير ، أو أنه يرمي إلى مصلحة محدودة الأهمية وفي كلتا الحالتين يتحقق الانحراف عن سلوك الرجل العادي، وارتكاب الخطأ في هذه الحالة يوجب المساءلة.^(٢)

٣- عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إليها.

إذا كان صاحب الحق يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة بأن كانت تخالف حكماً من أحكام القانون ، وتتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة .

فلا يمكن للمشرع أن يوفر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة لأنها تتعارض مع مصالح الجماعة والنظام القانوني برمته ، فمالك الأرض الذي يضع أسلاكاً شائكة على أعمدة مرتفعة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة الطيران أن تشتري منه الأرض بثمن مرتفع متعسف في استعمال حقه لأنه يرمي إلى تحقيق مصالح غير مشروعة^(٣) والمعيار في هذه الحالة هو موضوعي ، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية من استعمال الحق ، لأن الرجل المعتاد لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع .

(١) نقض مدني بلجيكي ١٣٠ نوفمبر ١٩٥٢ مازوو تانيك ، المسؤولية المدنية فقرة : ٥٦٩

(٢) د.السنهوري ، الوسيط ج ١ فقرة : ٥٦١

(٣) المصدر السابق فقرة : ٥٢٦

نخلص من هذا بأنه يتوافر التعسف إذا جاوز صاحب الحق حدود حسن النية ، وكذا حدود الأغراض التي من أجلها منح الحق أي الأغراض الاجتماعية أو الاقتصادية للحق^(١) وعلى هذا نلاحظ اهتمام رجال القانون بالحق بحيث وضعوا له هدفا اجتماعيا كما لاحظنا ذلك في الفقه الإسلامي ، وعليه يلزم بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعماله حقه .

فلا يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله إلا إذا اندرج تعسفه في إحدى الحالات الثلاث السابقة الواردة في المادة (٤١) من القانون المدني فتقوم المسؤولية عليه غير أننا نرى بأن الحالات الثلاث المشار إليها ليست واردة على سبيل الحصر بل هي مجرد عرض لأهم حالات التعسف تهيئ للقاضي ضوابط نافعة للاسترشاد بها ، مما يفتح أمامه مجالا واسعا للاجتهاد .

وتمتد فكرة التعسف في القانون المدني الجزائري إلى مجالات أخرى في فروع القانون المختلفة

(١) GF.(A) Piravano La Ponction Social des droits , S.1972 Chr.70

الفرع الثاني

بعض التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الحقوق المالية

تحيط نظرية التعسف بالحقوق العقدية ، ويعتبر تعسفا من المتعاقد إذا فسخ العقد بدون مبرر مشروع،^(١) أو طلب الفسخ إذا لم تكن له مصلحة،^(٢) كما يكون التعسف في حال فصل رب العمل العامل بصفة تعسفية مع عدم مراعاة ميعاد الإخطار،^(٣) وفصل العامل بسبب انتمائه إلى نقابة^(٤) أو مشاركته في إضراب،^(٥) أو بسبب تأخره قليلا عن الوقت^(٦) أو أنه أصبح غير قادر على العمل بسبب المرض الذي أصابه،^(٧) كل هذه المواقف يكون فيها رب العمل متعسفا في استعماله حقه في إنهاء العقد، وتتحقق المسؤولية .

ومن تطبيقات التعسف في استعمال الحق ، حق فسخ الخطبة،^(٨) والتعسف في استعمال حق الطلاق،^(٩) والتعسف في استعمال السلطة الوظيفية إذا انحرف

(١) محكمة الإسكندرية ، ١٦-٩-١٩٤٣ م ، ١٠٨ ، ٦٢

(٢) استئناف مصر ، ١٤-١١-١٩٢١ ، المجموعة ، ٢٣ ، ١٦٨ ، ١١٠

(٣) المحكمة العليا : ٢٩-٤-١٩٧٥ ، ملف رقم ٣٦٣٤٣

(٤) نقض مدني فرنسي ٩-٣-١٩١٥

(٥) مقضي مدني فرنسي ، ١٥-٦-١٩٣٧ ، والوز ، ١٩٣٧ ، ١ ، ٢٣ ، تعليق رواست (Rewost)

(٦) استئناف بيروت إقرار رقم ٢٦٦ - في ١٥ مارس ١٩٤٩

(٧) المحكمة العليا ، ١٥-١٠-١٩٨٤ ملف رقم ٣٦٥٩١

(٨) نقض مدني مصري ، ١٥-١١-١٩٦٢ ، ق.أ.ش. ص ١١٨

(٩) استئناف القاهرة ، ٢٣-١١-١٩٥٨ ، ق.أ.ش. ص ١٩٨-١٩٩

الموظف عن مقتضى الواجب ، وتصرف بقصد الإضرار لأغراض خارجة عن الوظيفة العامة. (١)

وفي نهاية بحث التعسف، وقبل الدخول في دراسة بعض القواعد الهامة والتي تضبط استعمال الحق الشخصي فإنه يمكنني تلخيص التعسف والمضارة وفقا للمعايير السابقة على النحو التالي:

١- لا يجوز استعمال الحق الشخصي لغاية غير مشروعة ، ولا يجوز التعسف فيه إذا كان لغاية مشروعة.

٢- لا يجوز استعمال الحق الشخصي إذا أدى إلى ضرر جسيم للغير أو إزعاج كبير وبخاصة إذا كانت المصالح التي يحققها صاحب الحق تافهة.

٣- لا يجوز استعمال الحق الشخصي إذا أدى استعماله إلى منع الآخرين من الانتفاع بحقوقهم مع مراعاة عدم الإضرار بصاحب الحق أو تحميله نفقات إضافية .

٤- لا يجوز استعمال الحق الشخصي إذا تمخض استعماله عن وجود ضرر للغير أو تقويت مصلحة مشروعة ذات أهمية له.

(١) نقض مدني مصري ، ١٩-١١-١٩٤٢ ، م.ق.ق. ٤٢ ص ٣ رقم ٣

المبحث الثالث

قواعد ضبط استعمال الحق الشخصي وفيه مطلبان

المطلب الأول

قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)

أصل القاعدة وأدلتها

رأي الأئمة في تطبيق القاعدة وما يمكن بناؤه عليها

المطلب الثاني

قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح

أصل القاعدة

إدراك المصلحة والمفسدة في الإسلام

ميزان ترجيح المصالح والمفاسد

المبحث الثالث

قواعد ضبط استعمال الحق الشخصي وفيه مطلبان

المطلب الأول

قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)

أصل هذه القاعدة وأدلتها:

وأصل هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف وهو من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم حيث سار مسار القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.^(١)

فالضرر محرم شرعا ، ولا يجوز لمسلم أن يضر أخاه المسلم لا بقول ولا بفعل، وهذا عام في كل حال وعلى كل أحد كي تتحقق المصلحة ويدفع الضرر .

وأجود وأفضل طرق هذا الحديث ما رواه الحاكم وغيره عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار ، من ضار ضاره الله ، ومن شاق شاق الله عليه)^(٢) ، وورد في صحيح البخاري الشطر الثاني من الحديث وهو: (من شاق شاق الله عليه)^(٣)

وورد عند أبي داود في سننه من طريق أبي صرمة أن رسول الله صلى

(١) القواعد الفقهية الكبرى ص ٤٩٣ للدكتور صالح بن غانم السدلان الطبعة الأولى - جدة ١٤١٧ هـ .

(٢) المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري : ٥٧/٢ ط بيروت

(٣) فتح الباري ج ١٣/١٢٨ ط دار الفكر لبنان

الله عليه وسلم قال: (من ضار ضار الله به ، ومن شاق شاق الله عليه)^(١)

وجاء عند مالك مرسلًا عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا ضرر ولا ضرار)^(٢)

وورد عن الدار قطني عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣).

وقد نقله جماهير أهل العلم واحتجوا به ، فعن أبي داود قال : الفقه يدور على خمسة أحاديث ، وعد منها هذا الحديث،^(٤) قال النووي^(٥) رحمه الله تعالى: (فعد أبي داود له من الخمسة وقوله فيه يشعر بكونه عنده غير ضعيف^(٦) والحديث بمجموع شواهده يرقى إلى درجة الصحة أو الحسن الذي يحتج به.^(٧)

المراد من اللفظين (لا ضرر ولا ضرار)

آراء أهل اللغة وشراح الحديث

جاء في لسان العرب^(٨) : (الضرر : فعل الواحد ، والضرار : فعل الاثنيين) وهذا المعنى يغاير بينهما ، جاء في اللسان ما نصه : (فمعنى قوله : "لا

(١) سنن أبي داود مع عون المعبود ج ١٠/٦٤ - المكتبة السلفية - المدينة المنورة ١٣٨٨هـ -

(٢) كتاب القبس في شرح موطأ مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي ج ٣/٩٢٨ ط ١ عام ١٩٩٢م

(٣) سنن الدارقطني ج ٤/٢٢٨

(٤) فيض القدير للمناوي ج ٦/٤٣٢-٤٣٣

(٥) النووي: يحيى بن شرف بن حسن الحوراني النووي الشافعي، علامة بالفقه والحديث مولده ووفاته بنوى، له تصانيف كثيرة، مات سنة ٦٧٦هـ . الأعلام: ج ٨/١٤٩.

(٦) شرح الأربعين النووي لابن دقيق العيد ص ٨٢ - ٨٣ مؤسسة الطباعة والصحافة والنشر جدة.

(٧) فيض القدير للمناوي : ٤٣٢/٦

(٨) ج ٦/١٥٣

ضرر" أي لا يضر الرجل أخاه ، وهو ضد النفع ، وقوله "لا ضرار" أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه فالضرار منهما معا ، والضرر فعل واحد).

كما ذهب إلى المغايرة بين اللفظين ابن الأثير حيث فسر (الضرر) في الحديث بأن لا يضر الرجل أخاه . و (لا ضرار) ، أي لا يجازي على الضرر بالضرر. (١)

ويقول ابن رجب : إن بين اللفظين فرقا (٢) فالضرر منتف شرعا إدخاله بغير حق وعليه فالضرر هو الاسم ، والضرار هو الفعل. (٣)

ويعطي ابن رجب معنى آخر وهو: أن الضرر: إدخال ضرر على الغير بحيث ينتفع هو به. والضرار: هو إدخال ضرر على الغير بلا منفعة له فيه وذلك كمن يمنع مالا يضره ويتضرر به الممنوع ، وهذا نظر وجيه رجحه ابن عبد البر وابن الصلاح (٤) وذكره ابن الأثير (٥).

وقال الشوكاني أن الخلاف بين اللفظين في المعنى ومن الأقوال التي يذكرها أن الضرار : أن تضره بغير أن تنتفع ، وأن الضرر : أن تضره وتنتفع أنت. (٦)

وقيل : الضرر : أن تضر من لا يضرك ، والضرار : أن تضر من أضرك من غير جهة الاعتداد بالمثل والانتصار بالحق. (٧)

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر ج ١٦/٣

(٢) كما ذهب إلى ذلك أهل اللغة

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧

(٤) المرجع السابق

(٥) النهاية : ١٦/٣

(٦) نيل الأوطار : ٢٦٠/٥

(٧) غمز عيون البصائر : ج ١٨٨/١ ، وانظر التمهيد لابن عبد البر : ١٥٨/٢٠

وملخص القول : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن الضرر كما نهى عن الضرار بغير حق ، أما إدخال الضرر على من يستحقه فهذا غير مراد بالتأكيد. (١)

ويعد هذا الحديث شاملا لنفي جميع أنواع الضرر ، والذي يرجع إلى تقويت مصلحة أو حصول مضرة بوجه من الوجوه، (٢) وليس لأحد الحق في أن يضر أخاه بغير وجه حق.

فهذا الحديث والذي تضافرت الأدلة على تأييده - كما سنرى - إن شاء الله تعالى ، ينفي الضرر فيوجب منعه مهما كان سواء أكان عاما أم خاصا ، كما يوجب منعه قبل وقوعه بكل طرق الوقاية الممكنة ، كما يشمل أيضا رفعه بعد الوقوع بما أمكن بما يرفع آثاره ويمنع تكراره .

ومن أدلة القاعدة فوق ما سبق:

قول الله عز وجل: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضارا لتعتدوا﴾ (٣).

وقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ (٤).

وذكر القرطبي أن نزول الآيتين كان في معنى واحد متقارب وهو حبس الرجل امرأته، ومراجعته لها بقصد الإضرار بهذا ، وهذا ظاهر. (٥)

فالنهى عن الإضرار يدل على خطورة هذا الموضوع ، ويجب أن يشمل

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها

(٢) شرح الأربعين النووية ص ٨٣-٨٤

(٣) البقرة : ٢٣١

(٤) البقرة : ٢٢٩

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ١٥٦/٣

نفي الضرر كل صغير وكبير .

موجز رأي الأئمة في تطبيق القاعدة:

بما أن الفقهاء قد أخذوا بحديث (لا ضرر ولا ضرار) في منع الإضرار في استعمال الحقوق إلا أنهم اختلفوا في التطبيق وإكمالا للفائدة أتناول آراءهم على الوجه التالي:

١- رأي الإمام الشافعي : رغم أن الإمام الشافعي - رحمه الله لا يرى حديث (لا ضرر ولا ضرار) نصا قاطعا في منع المالك من التصرف بملكه ، وذلك لتضرره بالمنع^(١) إلا أنه يحد من حق المالك في تصرفه في ملكه وهذا الحد لا يستند إلى الحديث المذكور ، وينكر الشافعي - رحمه الله تعالى - أن يقيد المالك في تصرفه في ملكه ولو أدى ذلك إلى الإضرار بغيره ، لأنه رأى أن الحديث مجمل .

٢- رأي الإمام أبي حنيفة : كذلك فإن أبا حنيفة لا يأخذ بحديث (لا ضرر ولا ضرار) كأصل يقيد به حق المالك في التصرف في ملكه ، ولو تضرر من ذلك غيره لأن التقييد يضر بالمالك ، ويرى أن معنى الملك هو حرية التصرف ، وتقييد هذه الحرية نقض لأصل الملكية ولا يرى دفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك ذاته ، وضرره بالمنع أشد ، فلا يمنع المالك من التصرف في ملكه.^(٢)

ومع ذلك فإن الإمام أبا حنيفة - رحمه الله - يترك حرية التقييد للمالك اعتمادا على قوة الوازع الديني ، وهيمنة سلطان العقيدة ، وفي حالة ضعف هذا

(١) الأم للشافعي ج٣/٢٢٢

(٢) انظر فتاوى قاضيخان (بهامش الهدية) ج٢/٢٥٦ ، والبدائع : ٢٦٣/٦ ، والمبسوط للسرخسي : ٢١/١٥ ، وأبو حنيفة ص ٤١٠ للشيخ أبي زهرة

الوازع - كما هو الحال عند متأخري هذه الأزمنة - فقد وجد من متأخري فقهاء الحنفية من يمنعون المالك من التصرف في ملكه إذا كان يضر بجاره ضرراً فاحشاً لحديث: (لا ضرر ولا ضرار)^(١).

٣- رأي الإمامين مالك وأحمد رحمهما الله تعالى :

جعل الإمامان مالك وأحمد حديث (لا ضرر ولا ضرار) أصلاً في تقييد كل الحقوق ولا سيما حق الملكية ، وفصل أصوليو الحنابلة^(٢) والمالكية^(٣) وفقهاؤهم وجوه الضرر التي تنشأ عن استعمال الحق ووضعوا لها الحلول المناسبة استناداً إلى الأصل المذكور.

وقد فسر ابن رجب معنى الحديث بنفي مشروعية إلحاق الضرر بغير حق،^(٤) ويندرج تحت هذا المعنى نوعان من الضرر :

الأول : تمحض قصد الإضرار وذلك بأن لم يكن للفرد من غرض في استعمال حقه سوى الإضرار بالغير،^(٥) ويؤيد هذا آيات من القرآن الكريم الناهية عن المضارة .

الثاني : أن يكون له غرض صحيح فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره^(٦) والتصرف على نوعين في هذه الصورة :

الأول : التصرف في الملك على غير الوجه المعتاد ، فإذا تعدى ذلك إلى ضرر غيره ضمن ضمان المتعدي .

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ١٩٦/٤

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب : ٢٦٧

(٣) الموافقات للشاطبي : ٣٤٠/٢ وما بعدها .

(٤) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٧

(٥) المرجع السابق

(٦) المرجع السابق ص ٢٦٧ وما بعدها

الثاني : التصرف في الملك على الوجه المعتاد ، وللعلماء قولان في ذلك :

أحدهما : لا يمنع من ذلك ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة

الثاني : المنع ، وهو قول أحمد ، ووافقه مالك في بعض الصور،^(١) وذلك كمنع من يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره ، فيذهب ماؤها ، فإنها تطم في ظاهر مذهب مالك وأحمد وكذلك من كان له ملك في أرض غيره فإنه يجبر على إزالته إذا كان صاحب الأرض يتضرر بدخوله إلى أرضه ليندفع به ضرر الدخول عملاً بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضية سمرة بن جندب مع الأنصاري^(٢) السابقة الذكر، كما أن المالكية يمنعون من يحفر بئرا في ملكه يضر ببئر جاره سواء أكان الحفر في وسط ملكه ، أم في غير وسطه.^(٣)

وهكذا نخلص إلى أن الحنابلة والمالكية يأخذون بالحديث كأصل لتقييد الحق.

ويمكن في الختام القول بأن هذه القاعدة تصلح كأساس لضبط استعمال الحق المدني الشخصي .

ما يمكن بناؤه من أبواب الفقه على هذه القاعدة :

أذكر هنا بعض المسائل المهمة والتي تتبني على هذه القاعدة :

أ - الحجر بأنواعه ، وذلك بقصد المحافظة على مال من لا يقدر على التصرف الصحيح والسليم .

(١) المرجع السابق ص ٢٦٩

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣١٠

(٣) المرجع السابق ص ٣٦٠

- ب – ضمانات المتلف ، لإزالة الضرر اللاحق .
- ج – فسخ النكاح بالعيوب أو بالإعسار قصد إزالة الضرر عن الزوجة أو الزوج .
- د – إقامة الحدود لدفع الضرر عن المجتمع .
- هـ – القسمة لرفع الضرر عن أحد الشريكين أو كليهما .
- و – دفع الصائل لإبعاد ضرره عن النفس .
- ز – الرد في البيع بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري .
- ح – كذلك من المسائل المهمة المبنية على هذه القاعدة جواز فرض الحظر على احتكار السلع متى أدى ذلك إلى الضرر بعمامة الناس .

وقد أخذ ذلك من تعليق الإمام المازري المالكي – رحمه الله – على الحديث النبوي الشريف وهو : قوله صلى الله عليه وسلم : (من احتكر فهو خاطئ، قيل لسعيد ابن المسيب : إنك تحتكر ، فقال : إن معمرا الذي كان يحدث هذا الحديث كان يحتكر)

قال الإمام المازري تعليقا على هذا الحديث : (أصل هذا مراعاة منع الضرر، فكل ما أضر بالمسلمين وجب أن ينفى عنهم ، فإذا كان شراء الشيء بالبلد يغلي سعر البلد ويضر بالمسلمين : منع المحتكر من شرائه نظرا للمسلمين عليه ، كما قال العلماء : إنه إذا احتيج إلى طعام رجل واضطر الناس إليه ألزم ببيعه إليهم ، فمراعاة منع الضرر هي الأصل في هذا)^(١).

(١) نقل هذا النص الأستاذ علي الندوي في رسالته (القواعد الفقهية) ص ٢٩١-٢٩٢ عن المعلم بفوائد مسلم:

وهكذا نجد أن احتكار السلعة يسبب ضررا عاما وعليه يمنع المحتكر
ومن الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة أن الله تعالى شرع الجهاد لدفع شر
الأعداء والاحتلال ، وأوجب إيقاع العقوبات لقمع الجرائم وصيانة الأمن .
وفي ختام بحثي عن هذه القاعدة أشير إلى أنه تفرع عن هذه القاعدة
الكبرى مجموعة من القواعد التي اندرجت تحتها وهي :

قاعدة : الضرر يدفع بقدر الإمكان

قاعدة : الضرر لا يزال بمثله

قاعدة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

قاعدة : يختار أهون الشرين أو أخف الضررين

قاعدة : إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما

قاعدة : يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام .

وهكذا نجد أن هذه القاعدة ، وما اندرج تحتها من قواعد تعد ضوابط مهمة
تنظم استعمال الحقوق وتحكم سيرها وتضبط معاملة الناس بتطبيقها .

ومن أمثلة هذه القواعد جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين
المرجوة حياته.^(١)

- في حالة ما لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ثمينة فلصاحب اللؤلؤة الحق في أن
يتملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لؤلؤته.^(٢)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨

(٢) المدخل للزرقا : ٢/٩٨٤ ، فقرة ٥٩٠

- فرض النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب لأن ضرر الأغنياء بفرضها عليهم أخف من ضرر الفقراء لو لم تفرض لهم.^(١)

- يجوز للمصلي القادر أن يصلي قاعدا إذا كانت عورته تنكشف بالصلاة قائما مما يجعل الصلاة ممنوعة ، وترك القيام أهون.^(٢)

(١) المرجع السابق

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٩ ، والوجيز ص ٨٣

المطلب الثاني

قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح

تمهيد :

سميت هذه القاعدة بقاعدة المصالح وذلك لما قام به العلماء من جهود في إبراز (فقه الموازنة) ^(١) بين المصالح والمفاسد ، ولما لهذه التسمية من أثر في ضبط استعمال الحق المدني الشخصي .

وهذه القاعدة تنفرع عن القاعدة الكبرى وهي " لا ضرر ولا ضرار " ، ويعبر عن المفاسد بالشر، وعن المصالح بالخير وقد استعمل القرآن مصطلح الحسنات في المصالح ، والسيئات في المفاسد ، قال تعالى: ﴿إن الحسنات يذهبهن السيئات ذلك ذكرى للذاكرين﴾ ^(٢).

وقد أمر القرآن الكريم باكتساب المصالح ، وزجر عن اكتساب المفاسد وأسبابها، وكل مأمور به فيه مصلحة الدارين أو أحدهما ، وبالعكس كذلك فإن كل منهي عنه فيه مفسده الدارين أو أحدهما ، ولا سعادة أصلح من المعرفة وطاعة الرحمن ، ولا مفسدة أقبح من الجهل بالله تعالى والكفر به .

وهذه القاعدة تنطلق من مبدأ سد الذرائع القاضي بتخريم كل الوسائل المؤدية إلى الفساد قال ابن القيم رحمه الله تعالى : " لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها مقيدة بها

(١) فقه الموازنة هو مجموعة القواعد التي بواسطتها نتوصل إلى الموازنة العلمية السليمة بين المصالح أو بين المفاسد أو بينهما عند التعارض ، وهذا من أهم ما يقوم به فقه الموازنات (انظر فقه الأولويات للدكتور القرضاوي ص ٢٧ مكتبة وهبة ، القاهرة ط ١٤١٥ هـ .

(٢) سورة هود ، الآية : ١١٤ ، وانظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١ / ٥ .

فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهيتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها ، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن بها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود مقصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل^(١).

ولا يخفى أن تحقيق المصالح وتحصيلها ودرء المفسد واجتنابها محمود ، وأن تقديم أرجح المصالح كذلك محمود وتقديم المصالح الراجحة محمود كما قال العز بن عبد السلام^(٢) وهذا هو موضوع هذه القاعدة ويحسن نقل كلامه للأهمية فقال رحمه الله تعالى : { ولا يخفى على عاقل أن تحصيل المصالح المحضنة ودرء المفسد المحضنة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم المصالح الراجحة على المرجوحة محمود حسن ، وأن درء المفسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن }^(٣).

شرح مفردات القاعدة :

دراً درءاً : من باب نفع : دفعته ، ودارأته : دافعته ، وتدارعوا تدافعوا والدرء : الدفع .

وفي الاصطلاح : أيضا معناه الدفع ، ويستعمله الفقهاء بهذا المعنى كقولهم الحدود تتدرئ بالشبهات^(٤).

والمفسد جمع مفسدة : وهي الضرر . وما يؤدي إلى الفساد من لهو ولعب

(١) إعلام الموقعين : ج٣/١٤٧ .

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام : ج١/٥٠، ٧، ١٧ .

(٣) المرجع السابق وموضعه .

(٤) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير مادة : دري لأحمد بن محمد الفيومي ، دار الكتب العلمية ، لبنان ١٣٩٨ ، وسنن البيهقي الكبرى : ج ١٠/٢٥٠ .

ونحوهما . والمفسدة خلاف المصلحة^(١)، ويراد ببراء المفاصد : رفعها وإزالتها .
والمصالح جمع مصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى فهي مصدر بمعنى الصلاح
كالمنفعة بمعنى النفع ، وكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل أو
بالرفع والاتقاء فهو جدير بأن يسمى مصلحة .

والمصلحة عند علماء الشريعة : " هي المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم
لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما
بينها"^(٢)

أدلة هذه القاعدة :

يستدل لهذه القاعدة من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿يسألونك عن الخمر
والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾^(٣).

ولا شك أن في الاتجار بالخمر والانتفاع بثمنها ، ومنفعة الميسر فيما يأخذه
المقامر من القمار ، فيه منفعة ، ويقابل هذه المنفعة وجود إثم وذلك بإفساد الخمر
للعقل والضرر بالصحة وحدوث الانشقاق بين الناس وهذا ضرر وإثم كبير، بل
وأكبر من ذلك النفع ، لذا وجب درء المفسدة وتقديم المصلحة المتعلقة بالنفع.^(٤)

جاء في تفسير المنار أن قوله تعالى : ﴿وإثمهما أكبر من نفعهما﴾ فيه
إرشاد إلى طريق الاستدلال فكان عليهم أن يهتدوا منه إلى القاعدتين اللتين تقررتا
بعد في الإسلام (قاعدة درء المفاصد مقدمة على جلب المصالح) وقاعدة (ترجيح

(١) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبي جيب : جـ ٢٨٦/١ .

(٢) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي ص ٢٣ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢١٩ .

(٤) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ١٧٨ الشركة التونسية - تونس ١٩٧٨ م ، وقواعد الأحكام: ٩٨/١ .

ارتكاب أخف الضررين إذا كان لا بد من أحدهما ... (١).

أما الاستدلال من السنة على هذه القاعدة فيستدل عليها بالحديث الذي رواه البخاري في (صحيحه) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " دعوني ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم " (٢).

وقد تطرق الحافظ ابن حجر إلى شرح هذا الحديث ونقّس من كلامه العبارات التالية " قال الحافظ ابن حجر : قال النووي : " هذا من جوامع الكلم وقواعد الإسلام ويدخل فيه كثير من الأحكام واستدل به على أن اعتناء الشرع بالمنهيات فوق اعتنائه بالمأمورات ، لأنه أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك وقيد في المأمورات بقدر الطاعة " (٣).

فنجد أن الإسلام قد نهى عن الضرر من خلال اعتنائه بالمنهيات التي هي كثيرة، أما في الأوامر فنجد أنه قد أناطها بالقدرة والاستطاعة ولا شك أن ترك المنهيات لمفاسدها أولى من إتيانها لمصالحها قال الأستاذ الزرقا رحمه الله: (ولأن للمفاسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق ، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخر لها ، فإذا كان للشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه ودواع تقتضي تسويفه يرجح منعه ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) (٤).

إدراك المصلحة والمفسدة في الإسلام :

يحاول الناس اليوم ، ومن خلال ما يسمعونه ويشاهدونه في حياتهم اليومية

(١) انظر تفسير القرآن الحكيم جـ ٢/٢٣٢ لمحمد رشيد رضا .

(٢) صحيح البخاري ٧٢٨٨ ومسلم ١٣٤٧ ، وانظر صحيح البخاري: ج ٦/٢٦٥٨.

(٣) فتح الباري : ج ١٣/٢٦٢ .

(٤) المدخل الفقهي العام : ٢/٩٨٥ - ٩٨٦ .

أن يربطوا تقدير النفع والضرر بإرادة الإنسان ، لذا نجد عدم الانضباط واتساع دائرة الانفلات وعدم احترام النظم والقرارات ، وتكون الأنظمة في الغالب عرضة للعبث والتلاعب والإخلال بالمصلحة العامة ، لأن تخيل الناس للنفع والضرر يتأثر بالأهواء والميول والرغبات البشرية كما أنه قاصر عن الشمول والإحاطة قال تعالى: ﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن﴾ (١).

لذا نقول : بأن المعيار الوحيد لإدراك المصالح ودرء المفاصد في الإسلام هو (القرآن الكريم ، وما صح من السنة الشريفة) ، وإن صاحب العقل السليم يعلم أن أفضل نعمة منها الله عليه بعد الإيمان هي نعمة العقل الراجح والبصيرة النافذة حيث يستطيع إدراك المصالح وإدراك حسن الشريعة وقبح ما خالفها فإن وجد نص اتبعه ولا يحيد عنه ، وإلا اجتهد لمعرفة الأشباه والنظائر وقد أشار إلى هذا شيخ الإسلام ابن تيمية (٢) رحمه الله تعالى : (... معيار مقادير المصالح والمفاصد هو بميزان الشريعة فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدالاتها على الأحكام) (٣).

فوجود نص شرعي يكون موجبا لاتباعه ، وينحصر دور الناظر في إبراز حكم الله تعالى ، كما أن النظر العقلي السليم يكون هاديا إلى الخير والمصلحة قلل الشاطبي رحمه الله تعالى : (فسواء أكان طريق معرفة الحكم هو النص الصريح المباشر في القرآن الكريم أو السنة أم اجتهد المجتهدين ، فإن الله سبحانه وتعالى هو مصدر الشرائع والأحكام ، لأن دور المجتهد ينحصر في إبراز حكم الله والكشف عنه بطريق الاستنباط العقلي ضمن مقاصد الشريعة وحسب روحها

(١) سورة المؤمنون ، الآية : ٧١ .

(٢) ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام النميري الحراني الدمشقي الحنبلي شيخ الإسلام العالم المجاهد، له تصانيف كثيرة، مات بقلعة دمشق سنة ٧٣٤هـ . الأعلام: ج ١/١٤٤ .

(٣) مجمع الفتاوى لابن تيمية ، ج ٢٨/١٢٩ .

العامّة ، فما أباحه الله فهو نافع وما حرمه الله فهو ضار خبيث وقد تأكّدت هذه الحكمة باستقراء الأحكام الشرعية وفهمها فإنها كلها شرعت لتحقيق مصلحة الإنسان ، إما لجلب النفع له أو لدفع الضرر عنه فما جعله الشرع مباحا مآذونا أو واجبا مفروضا على الإنسان فهو إما نافع له نفعاً محضاً أو أن نفعه أكثر من ضرره أو أنه محقق للمنفعة الأكبر مجموعة من الناس ، وما جعله الشرع حراماً أو مكروهاً فهو لأنه شر محض أو لأن ضرره أكثر من نفعه أو لأنه ضار بمصلحة أكبر مجموعة من الناس»^(١).

وضمّانا للمصالح فإنه يجب أن يكون مقياس اعتبارها هو الله تعالى يقول ابن القيم بعد أن ذكر جملة من المعاني الداعية إلى اعتبار معيار النفع والضرر تقديم الشرع الحكيم: (لهذه المعاني كلها وجب أن يكون مقياس اعتبار المصلحة والمفسدة ومعيار النفع والضرر تقديم الشرع الحكيم وهو الله سبحانه لما في ذلك من ثبات وخلود وضمّان أكيد لمصلحة الفرد والجماعة وتهيئة الإنسان في الحياة الأخرى)^(٢).

ومما يدل على سماحة هذا الدين أن الإسلام لم يحرم شيئاً على الناس إلا أحل خيراً منه مما يسد مسده ، ويغني عنه ، وبهذا يجب على المسلم أن يجتنب أولاً ما حرمه الله ونهى عنه قبل أن يفعل ما أمر به لأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح، حتى يتجنب الناس الوقوع في المفسد المؤدية إلى إيذاء أموالهم وأنفسهم وأعراضهم وعقولهم .

قال العز بن عبد السلام : (الضابط فيما يخفى من المصالح والمفاسد من غير تعبد : أنه مهما ظهرت المصلحة الخالية عن المفسد يسعى في تحصيلها

(١) الموافقات للشاطبي : ٢٢٥/٢ ، وإعلام الموقعين : ج١/٣٨٨ ، والضرورة الشرعية للزحيلي ص١٣ - ١٤ .

(٢) الموافقات للشاطبي : ج٢/٣٧ .

ومهما ظهرت المفاصد الخالية عن المصالح يسعى في درءها ، وإن التبس الحال احتطنا للمصالح بتقدير وجودها وفعلناها وللمفاصد بتقدير وجودها تركناها (١) .

وهذا نظر نفيس يؤيده ما سيأتي عند تعارض المصالح والمفاصد ، حيث إن الفعل إما أن يتضمن مصلحة مجردة وإما أن يتضمن مفسدة مجردة ، وهنا الحكم بين حيث يجب تحصيل الأولى ودرء الثانية .

وفي حالة استواء المصالح والمفاصد في الفعل ففي هذه الحالة نتوقف على الترجيح، وإن ترجح أحد الأمرين أخذ بالراجح لتعين العمل بالراجح ، وعلى هذا تتخرج الأحكام عند تعارض المصالح والمفاصد، (٢) وتظهر الحقوق .

ففي حالة اجتماع المصالح والمفاصد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاصد نفعل ذلك عملاً بقوله تعالى : { فاتقوا الله ما استطعتم } (٣)، وأما إذا تعذر الدرع والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفاصد ولا نبالي بفوات المصلحة ... (٤) .

ويحسن الإشارة بإيجاز إلى فقه الموازنات بين المصالح والمفاصد لضبط الحقوق المدنية ، وهو ما يمكن أن يطلق عليه التغليب والترجيح عند تعارض المصالح والمفاصد. (٥)

(١) قواعد الأحكام : ج١ / ٥٠ دار الكتب العلمية - بيروت

(٢) شرح مختصر الروضة للطوفي ج٣/ ٢١٤ ، ٢١٥ ، تحقيق د/ عبد الله التركي ط مؤسسة الرسالة ، لبنان ط: ١ / ١٤١٠هـ .

(٣) سورة التغابن، الآية: ١٦ .

(٤) قواعد الأحكام: ج ١ / ٩٨ .

(٥) انظر بحث منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي (دراسة أصولية) للدكتور حسن سالم الدوسي في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت ص٣٧٣ السنة : ١٦ ، العدد : ٤٦ جمادي الآخر ١٤٢٢هـ ، قواعد الأحكام : ٩٨/١ .

ميزان ترجيح المصالح والمفاسد

نتحدث بإيجاز عن ميزان الترجيح عند تعارض المصالح ، كما نتحدث عن تعارض المفاسد، ثم نتحدث عن ميزان الترجيح عند تعارض المصالح والمفاسد وذلك لأهمية هذه القاعدة وأثرها على الحقوق المدنية الشخصية والتي تتعلق ببحثنا.

أولا : ميزان الترجيح عند تعارض المصالح

١ - تقديم المصلحة الكبرى على المصلحة الصغرى : فإذا حصل تعارض بين الضروريات وغيرها من المصالح الأخرى فإننا نقدمها عليها إذ نقدم الضروريات على الأحكام التي شرعت لحفظ الحاجيات عند تعارضهما ، والأحكام التي شرعت لحفظ الحاجيات مقدمة على الأحكام التي شرعت لحفظ التحسينيات عند التعارض، وكل من الضروري والحاجي والتحسيني مقدم على ما هو مكمل له عند تعارضه معه .

فتجنب أسباب الغرر في المعاملات من التحسينيات التي تتعلق بحفظ المال إلا أن الحذر الشديد فيها قد يفوت أصل الغرض من المعاملات المالية وهي من الحاجيات لحفظ المال مثل السلم والإجارة والقرض ، فأجازها الشارع - رغم ما فيها من شائبة الغرر حتى لا يفوت الحاجي الذي هو أصل له.^(١)

ومن ذلك جواز الجهاد مع ولاة الجور والصلاة خلفهم،^(٢) وكذلك جواز الصلاة للمريض قاعداً لأن القيام مكمل للضرورة ، فالصلاة من الضروريات

(١) ضوابط المصلحة للبوطي ص ٢٥٧ .

(٢) المصدر السابق وموضعه ، والموافقات للشاطبي ٢٢٠/٢ .

الخمس لحفظ الدين والقيام مكمل لها فيصلي قاعدا. (١)

وإذا تعارضت مصلحتان في رتبة واحدة كأن يكون كلاهما في رتبة الضروريات مثلا أو الحاجيات ، وتعلق كل منهما بكلي من الكليات الخمس جعل التفاوت بينهما حسب تفاوت متعلقتهما فيقدم الضروري المتعلق بحفظ الدين على الضروري المتعلق بحفظ النفس ، ويقدم الضروري المتعلق بحفظ النفس على الضروري المتعلق بحفظ العقل عند تعارضهما، وهكذا فالجهاد واجب لحفظ الدين وإن أدى إلى هلاك النفس ، وشرب الخمر جائز للتخلص من الهلاك لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال .

٢ - تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة : إذا كانت المصلحتان المتعارضتان متعلقتين بكلي واحد من الكليات الخمس كالدين أو النفس أو العقل أو النسل قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مع الاحتفاظ بحق الفرد في التعويض إن كان له جبر كما أشار الأصوليون وأطلقوا عليه جبر المضرة، (٢) فتقدم المصلحة العامة جلبا لأكثر قدر من المصالح على المصلحة الفردية إذ لا يعقل إهدار الفائدة الشاملة بتحقيق فائدة شخص واحد أو فئة قليلة ، وذلك كتضمين الصناع رغم أن الأصل أمانتهم (٣) فقد قضى الصحابة بتضمين الصناع وقال علي كرم الله وجهه، " لا يصلح الناس إلا ذلك " (٤).

وكذلك تحريم الاحتكار، (٥) والنهي عن بيع الحاضر للبادي وعن تلقي

(١) المرجع السابق وموضعه .

(٢) الموافقات : ٦٣٠/٢ .

(٣) الموافقات للشاطبي : ٦٢٠/٢ .

(٤) البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي : سنن البيهقي الكبرى ١٢٢/٦ ، مراجعة محمد عبد القادر عطا ، مكة المكرمة ١٤١٤هـ .

(٥) الموافقات : ٦٣٢/٢ .

الركبان^(١) رعاية لمصلحة أهل الحضر وأهل السوق وتقديمها على مصلحة المتلقي.

٣ - تقديم المصلحة الدائمة على المصلحة العارضة أو المنقطعة ، وذلك كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في وقف الأراضي المفتوحة ولم يوزعها على الفاتحين^(٢) ورأى أن في توزيعها على الفاتحين إغداقا للجيل الحاضر على حساب الأجيال اللاحقة والقادمة من أبناء الأمة لذا قال كلمته المشهورة: (لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر)^(٣).

٤ - تقديم المصلحة الجوهرية والأساسية على المصلحة الشكلية : ومن أمثلتها " صلح الحديبية " والتي كانت في آخر السنة السادسة من الهجرة ، وقد قبل فيها الرسول صلى الله عليه وسلم من الشروط ما قد يظن - لأول نظرة - أن فيه إجحافا بالمسلمين ، فقدم الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام المصالح الأساسية والمستقبلية على المصالح الشكلية ، وذلك كحذف { بسم الله الرحمن الرحيم } من وثيقة الصلح وحذف (محمد رسول الله) وأن يعود المسلمون هذا العام ... الخ ما هناك من الشروط.^(٤)

٥ - تقديم المصلحة المتيقنة على المصلحة الموهومة : يجب - عند الترجيح بين المصالح - ألا تكون المصلحة المقدمة موهومة الوقوع ، حتى وإن رجحت على الأخرى من حيث مدى أهميتها الذاتية ، كجهاد المسلمين إن كانوا قلة

(١) انظر صحيح البخاري رقم ٢١٥٨ ، وصحيح مسلم رقم ١٥٢١ .

(٢) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في خيبر ، وقد كان تقسيم الأرض بين المجاهدين بعد أخذ خمسها للدولة .

(٣) البخاري الجامع الصحيح : ٨٢٢/٢ مراجعة مصطفى ريب البغار بيروت ١٤٠٧ هـ .

(٤) انظر تفصيل هذه الشروط عند ابن هشام : السيرة النبوية : ٢٥٥/٣ وما بعدها ، دار الإيمان للتراث القاهرة ط: ١ - ١٩٨٧ م .

أو في ضعف ويغلب أنهم سيقنلون من غير أي نكايه في أعدائهم ، فنقدم هنا مصلحة حفظ النفس لأن المصلحة المقابلة وهي مصلحة حفظ الدين موهومة أو منفية الوقوع قال العز ابن عبد السلام : " فإذا لم تحصل النكايه وجب الانهزام لما في الثبوت من فوات النفوس مع شفاء صدور الكفار وإرغام أهل الإسلام ، وقد صار الثبوت هنا مفسدة محضة ليس في طيها مصلحة ^(١) وبهذا نجد أن العز ابن عبد السلام يقرر حرمة الخوض في مثل هذا الجهاد .

ثانيا : ميزان الترجيح عند تعارض المفاسد :

قد تتعارض المفاسد أو المضار وذلك لتفاوتها في حجمها وأثرها وخطرها فالمفسدة التي تعطل ضروريا غير التي تعطل تحسينيا ، وعليه فليست المصالح هي التي تتعارض فقط ، ولتعارض المفاسد قرر العلماء جملة من الضوابط والقواعد من أهمها :

أ - الضرر لا يزال بضرر ^(٢)

ب - إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما ، أو يختار أهون الشرين. ^(٣)

ثالثا : ميزان الترجيح عند تعارض المصالح والمفاسد :

إذا اجتمع في أمر من الأمور مصلحة ومفسدة ، وتعارضت المصلحة مع المفسدة وكان لا بد من ارتكاب المفسدة إذا أخذ بالمصلحة ، أو تقويت المصلحة إذا اجتنبت المفسدة ننظر إلى حجم كل " منهما وفق القواعد التالية :

(١) قواعد الأحكام : ٩٥/١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

(٣) المرجع السابق : ٨٧ ، والمواد : ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية .

أ - إذا كانت المفسدة أكبر من المصلحة اجتنبت المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة .

ب - إن تساوت المصلحة والمفسدة فنقدم درء المفسد على جلب المصالح.

ج - إن كانت المصلحة أكبر من المفسدة قدمنا تحصيل المصلحة ، وإن كان يترتب عليها مفسدة قليلة ، وذلك كزراعة العنب خوفا من اتخاذه خمرا .

وقاعدة [درء المفسد مقدم على جلب المصالح] تكملها قواعد أخرى مهمة وهي:

[المصلحة الصغيرة تغتفر من أجل المصلحة الكبيرة] [تغتفر المصلحة العارضة من أجل المصلحة الدائمة] [لا تترك مصلحة محققة من أجل مفسدة متوهمة].

نخلص من هذا إلى أن هذه القواعد من أهم الضوابط في استعمال الحق الشخصي فرعايتها واجبة والعمل على منوالها مهم لا لتحقيق المصلحة ودرء المفسدة فحسب بل لأنه شرع ودين يجب اتباعه والتقيده به ، وهو لا شك يراعي المصلحة ويحافظ على الحقوق من منطلق العدل والمساواة . والله أعلم.

الفصل الثاني

إثبات الحق الشخصي وانتقاله وفيه مبحثان

المبحث الأول

دعوى الحق الشخصي وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف الدعوى وبيان أركانها وشروطها في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : حماية الحق الشخصي وإثباته في القانون الوضعي

أولاً: حماية الحق الشخصي وتمييزه عن الدعوى

ثانياً : شروط قبول الدعوى المدنية وأقسامها وإثباتها

ثالثاً : إثبات الحق في القانون الوضعي

المطلب الثالث: وسائل إثبات الحق المدني الشخصي في الفقه الإسلامي

تمهيد

أولاً : الوسائل المتفق عليها

١- الإقرار

٢- الشهادة

٣- اليمين

ثانياً : الوسائل المختلف فيها

١- الكتابة

٢- القسامة

٣- القرائن

المبحث الأول

دعوى الحق الشخصي وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

تعريف الدعوى وبيان أركانها وشروطها في الفقه الإسلامي

الدعوى لغة: اسم ما يدعى، وجمعها دعاوى،^(١) ودعوى فلان أي قوله .

الدعوى اصطلاحاً: هي قول مقبول عند القاضي يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة، أو دفعه عن حق نفسه.^(٢) وجاء في المغني: الدعوى في الشرع: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته.^(٣)

وهذا التعريف الشرعي للدعوى يظهر منه أركانها وعناصرها وهي:

- ١ — المدعي : وهو صاحب الحق.
- ٢ — المدعي عليه : وهو من يطلب منه الحق .
- ٣ — المدعي به : وهو الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه.
- ٤ — الدعوى : وهي القول الصادر من المدعي أمام القاضي بدعوى أن له

(١) المعجم الوسيط: ٤٤٦/١ للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين (من وضع مجمع اللغة العربية بالقاهرة)

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٥٤١/٥.

(٣) المغني لابن قدامة : ٢٧١/٩.

حقاً في ذمة المدعى عليه .

ولا توجد صيغة محدّدة للدعوى وإنما هي كل كلام يفيد أن للمدعى حقاً في ذمة المدعى عليه، وهو ذلك الحق الذي يطالب به، وصيغة الدعوى تصلح أن تكون مفيدة لمعناها المراد منها في حال تحقق الأمور التالية^(١):

١ - اشتغال الدعوى على ما يفيد تيقن المدعى وجزمه بثبوت ما يدعيه من حق، ولذا إذا ذكر ما يفيد الظن أو الشك لم تصح دعواه كأن يقول مثلاً : أظن أن لي عند فلان (المدعى عليه) مائة دينار مثلاً، فهنا لم تصح الدعوى لأن الصيغة غير صحيحة.

٢ - أن يكون المدعى عليه - في دعوى العقار - واضعاً يده عليه، حيث إن واضع اليد هو من ترفع ضده الدعوى.

٣ - أن يذكر المدعى في صيغة دعواه طلب الحق الذي يدعيه مهما كان (ديناً أو عيناً منقولاً أو عقاراً) كأن يقول مثلاً : لي على فلان من الناس مائة دينار وإني أطالب المدعى عليه بهذا الحق وأطلب من القاضي الحكم لي به على المدعى عليه، أما إذا قال : لي على فلان مائة دينار وسكت لم تقبل دعواه.

٤ - في خصوص الدعوى المتعلقة بالمنقول، فيجب على المدعى أن يذكر في صيغة الدعوى عبارة (بغير حق) ليدفع أي شبهة من أن هذا المنقول بيده بحق كما في حالة ما إذا كان مرهوناً لديه مثلاً فتكون يده عليه بحق ولا يكون خصماً له.

وهذا ما يتعلق بالدعوى وصيغتها، أما ما يتعلق بالمدعى والمدعى عليه

(١) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ص ١٥ - ١٦ للشيخ علي قراعة، وأصول استماع الدعوى الحقوقية ص ٣ للأستاذ علي حيدر أفندي.

فيجب التفرقة بينهما وذلك وفق ما يلي :

- ١ — أن المدعي هو من يثبت شيئاً، وأن المدعي عليه هو من ينفي شيئاً. (١)
- ٢ — أن المدعي هو من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات شيء في ذمته، والمدعي عليه هو من ينكر ذلك. (٢)
- ٣ — المدعي هو من يدعي أمراً باطناً وخفياً، أما المدعي عليه فهو من يدعي أمراً ظاهراً وجلياً. (٣)
- ٤ — المدعي هو من إذا ترك دعواه ترك فلا يجبر عليها، بخلاف المدعي عليه أي يجبر عليها. (٤)
- ٥ — المدعي عليه هو من كان قوله على وفق الأصل والعرف، أما المدعي فهو من كان قوله على خلاف الأصل والعرف. (٥)

هذه هي أهم الفروق بين المدعي والمدعي عليه، وبها يتضح لنا جلياً فـهم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم القائل فيه : (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر). (٦)

أما موضوع الدعوى فهو المدعى به، وهو الحق الذي يطالب به المدعي وللقاضي العام وهو من يملك النظر في جميع القضايا النظر في كل الحقوق

(١) أدب القضاة ص ١٤٧ لابن أبي الدم.

(٢) المغني لابن قدامة : ٢٧١/٩ .

(٣) أدب القضاء ص ١٥٠ لابن أبي الدم .

(٤) الدر المختار ورد المختار : ٥٤٢/٥ .

(٥) الفروق للقرافي : ٧٥/٤ .

(٦) فتح الباري لابن حجر ج ٢٨٣/٥ دار المعرفة بيروت ١٣٧٩ تحقيق فؤاد عبد الباقي ومحـب الدين الخطيب.

المدعى بها سواء أكانت مالية أو غير مالية قال الفقيه ابن رشد^(١) رحمه الله تعالى: (واتفقوا - أي فقهاء الإسلام - على أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق، سواء أكان حقا لله أو حقا للأدبيين، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى).^(٢)

وقال العلامة ابن خلدون^(٣) في مقدمته: (واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر في أحوال المحجور عليهم من المجانين واليتامى وأهل السفه وفي وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الأيامي عند فقد الأولياء على رأي من رآه والنظر في مصالح الطرقات والأبنية).^(٤)

وهكذا نجد أن الفقهاء اتفقوا على أن القاضي إن كان تقليده عاما أن ينظر في كافة الحقوق المالية وغيرها، وأنه يعتبر نائبا عن الإمام الأعظم في هذا المعنى وبالتالي فإن الموضوع المدعى به مهما كان نوعه فإن القاضي لابد وأن يفصل فيه وبطبيعة الحال فإن الحق المدني الشخصي جزء من هذه الحقوق.

وليست كل دعوى صحيحة، إذ أنه قد تعتري الدعوى الصحيحة حالات تفسدها، كما لو كان المدعى به مجهولا، وهنا لا يرد القاضي هذه الدعوى ولا يباشر سماعها، وإنما يطلب من المدعى تصحيحها.^(٥)

كما يمكن أن تكون الدعوى باطلة وهي التي لا يترتب عليها حكم لعدم

(١) ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد الأندلسي أبو الوليد، له تصانيف، مات بمراكش سنة ٥٩٥ هـ. الأعلام للزركلي: ج ٣١٨/٥.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد: ٣٨٤/٢ - ٣٨٥، وأدب القاضي للماوردي: ج ١٦٦/١ وما بعدها.

(٣) ابن خلدون: عبد الرحمن محمد بن محمد بن خلدون، الفيلسوف المؤرخ العالم الاجتماعي من إشبيلية، ولد ونشأ بتونس وتوفي بالقاهرة. الأعلام: ٢٠٦/٤.

(٤) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢١.

(٥) أصول استماع الدعوى الحقوقية ص ٤٣ - ٤٤ لعلي حيدر أفندي.

إمكانية إصلاحها أصلاً، وذلك كمن يدعي أن فلانا من الناس موسر، وأنه هو فقير معسر، ويطلب الحكم له عليه بصدقة.^(١)

لذا وجب أن نعرف شروط الدعوى الصحيحة والتي يجب على القاضي النظر فيها وهذه الشروط هي :

١ - أن يكون الحق الشخصي أو غيره - المدعي به معلوماً ويدخل في ولاية القضاء وتجري عليه الأحكام .

٢ - أن يكون كل من المدعي والمدعي عليه عاقلاً، إذ لا تصح دعوى المجنون ولا الصبي كما لا تصح الدعوى عليهما .

٣ - أن تكون صيغة الدعوى بالشكل الصحيح المقبول .

٤ - أن يكون المدعي به مما يحتمل الثبوت، ولا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة.^(٢)

٥ - وعلى فرض ثبوت الدعوى فإنه يجب أن تكون ملزمة للمدعي عليه بشيء.^(٣)

هذه هي أهم شروط الدعوى الصحيحة، حيث إنه بتوافر هذه الشروط يبعد عنها الفساد، وتصلح أن ترفع للقاضي وللقاضي النظر فيها للبت . إذ أنها بمثابة ضوابط تجمع شتات القضية وتحرر مجالها كي ترفع مقبولة.

(١) المرجع السابق ص ٤٤ - ٤٥ .

(٢) المستحيل العقلي كمن يدعي أن فلانا ابنه رغم أنه أكبر منه سناً، والمستحيل عادة أن يدعي فقير مشهور بالفقر أنه أقرض فلانا المشهور بالغنى أموالاً طائلة دفعة واحدة .

(٣) فإن لم تكن كذلك لا تسمع الدعوى ولا تصح وذلك كادعاء الفقير أن فلانا غنياً ويطلب الحكم عليه بشيء من ماله، فهذه لا تصح ولا تسمع وفي حال ثبوتها لا يلزم المدعي عليه بشيء. أصول استماع الدعوى الحقوقية ص ٤٤ وما بعد لعلّي حيدر أفندي.

المطلب الثاني

حماية الحق الشخصي وإثباته في القانون الوضعي

أولاً: حماية الحق وتمييزه عن الدعوى

لكي يتمكن صاحب الحق من حقه فإنه لا يكفي إقرار القانون للحق، بل لابد ان تكون للشخص طرق تمكنه من حمايته، كما يجب على صاحب الحق إثبات حقه حتى يقضى له به، وسنتعرض إلى حماية الحق ثم نتني بإثباته.

إن الوضع الغالب والمألوف هو توفير الحماية للحقوق التي يقرها القانون، ويمكن أن تتوفر هذه الحماية في بعض الحالات دون دعوى، حيث يمكن أن يكون لصاحب الحق وسائل يلجأ إليها لحماية حقه دون اللجوء إلى المحكمة، ومن هذه الوسائل الدفاع الشرعي، كما نصت المادة (١٢٨) مدني جزائري على الدفع بعدم التنفيذ وحق الحبس إذ يجوز لصاحب الحق الامتناع عن تسليم الشيء ما دام المدين لم يف بالتزاماته وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٠٠) مدني من القانون السابق.

والدعوى وسيلة لحماية الحق إذ لا يمكن اقتضاء الإنسان حقه بنفسه .

التفرقة بين الحق والدعوى:

يتميز الحق عن الدعوى في النقاط التالية:

١- قد يسقط بالتقادم الحق في رفع الدعوى بينما يبقى الحق قائما، فقد يتصور وجود حق دون دعوى، وذلك كالحق الطبيعي^(١) فهو حق يقره القانون وليس لصاحبه دعوى المطالبة به .

٢- مصدر الحق هو الواقعة القانونية أو التصرف القانوني أما منشأ الدعوى فهو نتيجة النزاع بين الخصوم حول الحق.

٣- قد تكون الدعوى لغير صاحب الحق، وذلك كالوصي أو الولي الذي يباشر الدعوى لمصلحة من هو تحت رعايته.

٤- قد توجد دعوى دون حق كدعوى الحيازة التي تحمي واضع اليد على العقار دون النظر إلى ما إذا كان هذا الشخص صاحب حق أم لا.^(٢)

ثانيا: شروط قبول الدعوى المدنية وأقسامها وإثباتها:

١- شروط قبول الدعوى:

نعمل شروط قبول الدعوى في النقاط التالية :

أ - يشترط أن يكون رافع الدعوى أهلا للتقاضي، وهي الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات.

ب - يجب أن تكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها، وهي المصلحة القانونية التي يقرها القانون، أي تستند إلى حق قانوني، ويجب أن تكون مصلحة من يرفع الدعوى شخصية ومباشرة، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو من يقوم مقامه كالوكيل أو الولي، لأنه ليس من حق الشخص أن يطالب

(١) الحق الطبيعي هو حق لا يشترط له وجود حماية قانونية، بمعنى أنه لا يمكن للدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، ويكون المدين حرا في الوفاء، وليس هناك ما يمنع المدين من تنفيذه طوعا. / المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) د/فريدة زواوي ص ١٥٨- الجزائر.

(٢) أحمد أبو الوفا : أصول المحاكمات المدنية : ص ١٤١ الدار الجامعية بيروت ١٩٨٣.

إلا بحقه ما لم يكن وكيلًا أو ممثلًا لغيره، ويجب أن تكون المصلحة قائمة وقد تم الاعتداء عليها أو نازعه الغير فيها، ولا يجوز لأي شخص أن يرفع دعوى نيابة عن المجتمع لأن هذه الدعوى من حق النيابة العامة فقط .

ج - يجب ألا يكون قد صدر حكم سابق في موضوع الدعوى نفسها، تطبيقًا لمبدأ حجية الشيء المقضي به، فلا يجوز للمحكمة الفصل في نزاع سبق أن صدر فيه حكم سابق من هذه المحكمة أو من محكمة أخرى لها نفس الدرجة

د - يجب رفع الدعوى في الميعاد الذي يحدده المشرع، وإذا رفعت بعد الميعاد فلا تقبل .

هـ - يجب ألا يكون قد تم الصلح بين الخصوم في هذه الدعوى المرفوعة، إذ بمجرد تمام الصلح لا يعتد بما كان للخصوم من حقوق، وبالتالي لا تصبح لهم دعوى لحمايتها لأنهم تصالحوا بشأنها^(١)

٢- أنواع الحماية القانونية للحق :

قد تكون الحماية القانونية مدنية وذلك كإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدية فللمتعاقدين الآخر رفع الدعوى المدنية فقط.

وقد تكون الحماية المقررة للحق مدنية وجنائية في آن واحد، فإن الاعتداء على بعض الحقوق لا يعد اعتداء على صاحب الحق وحده بل يعد اعتداء على المجتمع ككل، وذلك مثل السرقة والقتل، فإنها جرائم يعاقب عليها قانون العقوبات وتحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لا يمنع المضرور من المطالبة بحقه في التعويض، وذلك برفع دعوى مدنية، وإذا رفع هذه الدعوى المدنية أمام

(١) عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون ص ٢١٢ عمان ١٩٠٥م.

الجهة الجنائية فهو بذلك يحرك الدعوى العمومية في نفس الوقت.

٣- تقسيم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق :

تنقسم الدعوى المدنية من حيث طبيعة الحق إلى دعوى شخصية ودعوى عينية ودعوى مختلطة.

فالدعوى الشخصية تكون إذا كانت ترمي إلى حماية حق شخصي، وهذه الدعاوى تتعدد بتعدد الحقوق الشخصية.

أما الدعوى العينية فهي التي تستند إلى حق عيني وهذه الدعاوى واردة على سبيل الحصر وهي : دعوى حماية الملكية ودعوى حماية حق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق الاستعمال والسكن ودعوى الرهن ودعوى الحيازة، وقد تكون دعوى عينية عقارية (وهي المطالبة بحق عيني عقاري) وقد تكون دعوى شخصية عقارية وهي المطالبة بحق شخصي على العقار، كما قد تكون الدعوى العينية منقولة كادعاء صاحب مال منقول ملكية هذا المال في مواجهة حائزته أو سارقه .

أما الدعوى المختلطة فهي تلك الدعوى التي تستند إلى حق عيني وحق شخصي في نفس الوقت إذ قد يكون للحكم في ثبوت الحق الشخصي أثر في الفصل في النزاع القائم حول الحق العيني.^(١)

وتظهر أهمية هذا التفريق بين الدعاوى في تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم.^(٢)

(١) محاضرات في نظرية الدعوى لخليل جريج ص ١٦٨ مؤسسة نوفل بيروت ١٩٨٠م

(٢) أصول المحاكمات المدنية لأحمد أبو الوفا ص ١٧٠.

ثالثاً: إثبات الحق في القانون الوضعي

نتطرق إلى هذا الموضوع وهو (إثبات الحق) قصد بيان أهم مختلف الطرق التي يمكن أن تتبر القاضي بالحقيقة حتى يحكم لشخص بحقه، ورغم أن القانون يبين ما لكل شخص من حقوق وما عليه من واجبات، لأن الإنسان كما هو معروف بميله إلى الاستحواذ على أكبر قسط من الحقوق وإلى عدم تنفيذ التزاماته كاملة إلا أن هناك أخلاقيات في المجتمع كان يفترض أن تسود لتغلق مسألة التنافس على الحقوق الغيرية.

وتظهر أهمية الإثبات عندما يتنازع الأفراد حول حقوقهم فمتى استطاع الشخص إثبات حق قضي له به إذا أثبت بالدليل الكافي إدعائه لهذا الحق أو ذلك، كما أنه في حالة ادعاء الغير خلاف ذلك الحق، وجب على صاحب الحق إثبات حقه.

والإثبات هو إقامة الدليل أمام القاضي وليس القاضي مجبراً بالتزام هذا الدليل، كما قد يفرض القانون تقديم دليل معين، كما قد تترك الحرية للقاضي في التحري^(١) لاعتماد مذهب من المذاهب المختلفة في الإثبات وهي:

أ - مذهب الإثبات المطلق : يكون للقاضي في هذا المذهب سلطة كبيرة وواسعة في التحري بحيث يكون له دور كبير في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة والبحث عنها وقد انتقد هذا المذهب بإعطائه هذه الصلاحيات الواسعة للقاضي، مما قد يضر المتقاضين الذين قد يفاجئون باختلاف التقدير من قاض لآخر، كما أن هذا المذهب قد يقلل من الثقة بنظام الإثبات.^(٢)

(١) أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي ص ١٤ ليحيى بكوش المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ١٩٨١م.

(٢) أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية لسليمان مرقس ج ١٧/١ الأدلة المطلقة عالم الكتاب القلمرة ١٩٨١م.

ب - مذهب الإثبات المقيد: هذا المذهب يقيد القاضي إلى أبعد الحدود ويحقق الانسجام في تقدير القضاة مما يترتب عليه استقرار المعاملات، لأن المشرع يفرض طرقا محددة ولا يستطيع المتقاضي إقامة الدليل على حقه بغير الوسيلة التي حددها القانون، كما يكون القاضي كذلك ملزما بهذه الطرق.

ووجه انتقاد إلى هذه الطرق وهو أن التزام القاضي والمتقاضين بطرق محددة قد يجعل الحقيقة القضائية لا تتفق أحيانا مع الحقيقة الفعلية أو الواقعية لالتزام القاضي بهذه الطرق المحددة إذ لا يمكن إقامة الدليل على أمر واضح بغير الطرق التي حددها القانون.^(١)

ج - مذهب الإثبات المختلط: في هذا المذهب يكون للقاضي موقف وسط، فهو يأخذ بالإثبات المقيد في مسائل معينة كالمسائل التي يتطلب المشرع إثباتها بالكتابة، وهي المسائل المدنية، أما في غيرها من المسائل التي لا تشترط الكتابة لإثباتها فإثباتها يكون مطلقا إذ يكون للقاضي تقدير القرائن القضائية أو شهادة الشهود وفقا لقناعته الشخصية، كما يأخذ بنظام الإثبات المطلق في المسائل التجارية^(٢) نظرا لما تتطلبه هذه المسائل من سرعة في التعامل، إذ يصعب إقامة الدليل الكتابي عليها، ومعظم التشريعات تأخذ بالمذهب المختلط.

وللقاضي في هذا المذهب مطلق الحرية في المسائل المدنية إذ يستطيع أن يأمر بإجراء تحقيق في الوقائع القابلة للإثبات بالبينة، كما أن له توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه كذلك،^(٣) والحالات التي يقيد فيها القانون القاضي بأدلة معينة كوجوب الاعتداد بالدليل الكتابي يكون دور القاضي فيها مقيدا

(١) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ٧ لأنور سلطان - الدار الجامعية ببيروت ١٩٨٤م.

(٢) مبادئ القانون لحمدى عبد الرحمن ص ٤٦٥ - دار الفكر العربي ١٩٧٥

(٣) أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي ص ٤٣-٤٤ ليحيى بكوش

عبء الإثبات:

القاعدة العامة أن عبء الإثبات يقع على المدعي، فالذي يطالب غيره بحق عليه إثبات ذلك، فالخصم الذي يدعي خلاف الظاهر يقع عليه عبء الإثبات، فعلى الدائن الذي يطالب شخصا بمبلغ من المال أن يثبت حقه بصفته دائنا، وإذا أنكر المدين ذلك الدين فعليه إثبات انقضاء الدين أو إثبات عدم أحقيته كما تنص المادة (٣٢٣) مدني جزائري (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه).

والحيازة هي الأمر الظاهر في الحقوق العينية، وإذا ادعى شخص خلاف ذلك فعليه إثبات ما يدعيه، فإذا نجح في إثباته - وهو ادعاء حق ملكية أو حق عيني آخر على المال الموجود في حيازة الغير - يكون على الحائز للمال إثبات حقه بطرق أخرى إذ ينتقل عبء الإثبات من شخص إلى آخر حتى يتعذر الإثبات، ومن تعذر عليه الإثبات خسر الدعوى.^(١)

محل الإثبات:

محل الإثبات هو الواقعة التي يترتب عليها القانون الأثر الذي يدعيه شخص معين،^(٢) ويقع الإثبات على هذه الواقعة لأن الحق ما هو إلا الأثر المترتب عليها، وإذا استطاع المدعي إثبات الواقعة يكون قد أثبت حقه، فمحل الإثبات لا يكون إلا واقعة قانونية سواء أكان عملا قانونيا أو عملا ماديا، وتستبعد القاعدة القانونية من

(١) دروس في مبادئ القانون ص ٣٥٠ لعبد الودود يحيى - دار النهضة العربية ١٩٦٦ م.

(٢) موجز أصول الالتزامات ص ٩٧١ للدكتور سليمان مرقس - مطبعة لجنة البيان العربي - القاهرة ١٩٦٦.

محل الإثبات لافتراض علم القاضي بها، كما أن القاعدة التشريعية ليست محلا للإثبات، لكن القاعدة العرفية، وباعتبارها قاعدة غير مكتوبة، فإننا نجد المتمسك بها يقيم الدليل على وجودها إلا أن سلطة تقديرها تبقى للقاضي.^(١)

الشروط الواجب توافرها في الواقعة القانونية المراد إثباتها:^(٢)

هناك شروط تشترط في الواقعة القانونية محل الإثبات، وهي:

١- يجب أن تكون الواقعة محددة لاستحالة إثبات واقعة غير محددة، فإذا كان محل الإثبات عقدا مثلا وجب تعيين محله وبيان نوعه مثل أن يكون بيع دار بأوصافها وتاريخها، وإذا كانت الواقعة دينا فإنه يجب على الدائن تحديد مصدر الدين وقيمه والشخص المدين وهكذا

٢- يشترط أن تكون الواقعة محل نزاع لأنها إذا كانت ثابتة ومعترفا بها من الخصم فلا محل لإضاعة وقت المحكمة في تحقيقها.

٣- يجب أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات ومتعلقة بالدعوى، ويقصد بهذا أن تكون الواقعة مقنعة للقاضي ولو في أحد عناصرها،^(٣) وقد نصت المادة (٦١) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، والتي يكون التحقيق فيها جائزا ومنتجا في الدعوى)

٤- يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول، أي لا يمنع القانون إثباتها، حيث لا يجيز القانون إثبات واقعة معينة لاعتبارات مختلفة كسر المهنة،^(٤) وقد يكون

(١) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ١٥ لأنور سلطان.

(٢) المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ص ١٦٦-١٦٨ للدكتورة فريدة زاوي - المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية - الجزائر ٢٠٠٠م، موجز أصول الالتزامات ص ٩٧١-٩٧٣ للدكتور سليمان مرقس.

(٣) أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ص ١٩.

(٤) الوسيط للسنهوري ج ٦٤/٢ - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٨.

منع الإثبات للواقعة هو النظام العام والآداب كمنع المعاشرة غير المشروعة ودين القمار، ولا يمكن إثبات الواقعة المستحيلة كالذي يريد إثبات بنوته لمن هو أصغر منه سناً، كما لا يجوز إثبات خلاف ما تضمنته القرائن القانونية القاطعة.^(١)

هذا وللإثبات طرق متعددة وهي تختلف من حيث قوتها، حيث إن الكتابة لها قوة مطلقة في الإثبات أما القرائن والبينة فقوتها محدودة.^(٢)

المطلب الثالث

وسائل إثبات الحق الشخصي في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إن الحق المدني الشخصي واحد من الحقوق التي قد يتنازع فيها، وتتجاذبه أطراف الحق فيه، مما يتطلب رفع القضية إلى القضاء للفصل فيها، ومعلوم أن القاضي لا يحكم في الدعوى إلا طبقاً لاقتناعه، والقانون يضع أمام القاضي قيوداً في تكوين هذه القناعة.^(٣)

كما أن القاعدة التي يأخذ بها الفقه الغربي في الإثبات لا تختلف عن القاعدة في الشريعة الإسلامية والتي لخصها ابن القيم فقال^(٤): (إن الشارع لم يقف الحكم في حفظ الحقوق البتة على شهادة ذكرين لا في الدماء ولا في الأموال ولا في

(١) الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٤٢ لجمال الدين زكي - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨.

(٢) الوسيط للسنهوري ج ٢/٧٤، موجز أصول الالتزامات ص ٩٨٠ للدكتور سليمان مرقس.

(٣) نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ص ٩ - لأحمد بهنسي.

(٤) إعلام الموقعين ج ١/١٠٣ - ١٠٥ لابن القيم - دار الجيل بيروت ١٩٧٣ تحقيق طه عبد الرؤوف

الفروج ولا في الحدود بل قد حد الخلفاء الراشدون والصحابة رضي الله عنهم في الزنا بالحبلى وفي الخمر بالرائحة والقيء. وكذلك إذا وجد المسروق عند السارق كان أولى بالحد من ظهور الحبلى

وأما السر في الأمر بالتعدد فإنه لا يلزم في جانب التحمل وحفظ الحقوق الأمر بالتعدد في جانب الحكم والثبوت... والمقصود أن الحاكم يحكم بالحجة التي ترجح الحق إذا لم يعارضها مثلها والمطلوب منه ومن كل من يحكم بين اثنين أن يعلم ما يقع ثم يحكم فيه بما يجب.)

ومن هذا النقل المباشر من ابن القيم تتضح لنا القاعدة التي يأخذ بها الفقه الإسلامي في الإثبات، وهي كما قرأنا لا تختلف عن القاعدة التي يأخذ بها الفقه الغربي.

وإذا كان الإثبات هو إقامة الدليل أمام القاضي على وجود القاعدة القانونية المنشئة للحق سواء كانت واقعة مادية أو تصرفاً، وذلك بالطرق التي يحددها القانون فإننا نجد أن الإسلام قد أمر صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو بشاهد وامرأتين، وهذا ليس معناه عدم جواز الحكم بأقل من ذلك، حيث نجد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حكم بشاهد فقط وبشاهد ويمين - كما جاء في الفتح..^(١)

وإذا كانت البيئة نادرة في بعض الحقوق كالزنا مثلاً حيث من النادر أن يرى ذكر الرجل في فرج المرأة كالميل في المكحلة، ولم يثبت أبداً عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عند خلفائه الراشدين الأربعة إقامة حد الزنا بالبيئة فكلهم

(١) فتح الباري لابن حجر: ٢٨١/٥ دار المعرفة بيروت ١٣٧٩.

حدوا بالإقرار. (١)

ووسائل الإثبات بصورة عامة، تؤدي دوراً هاماً في تحقيق العدالة والأمن في المجتمع، وسأوجز الحديث عنها لأن الهدف هو عرض هذه الوسائل وبيان الصلة بينها وتعريف لأهمها حتى يتكون لدينا تصور شامل لوسائل إثبات الحقوق.

وبوجه عام يمكن حصر أهم وسائل الإثبات أمام القضاء فيما يلي:

١ - الإقرار ٢ - الشهادة ٣ - اليمين وهذه الوسائل هي المتفق عليها إجمالاً.

أما الوسائل المختلف فيها فهي:

١ - القسامة ٢ - الكتابة ٣ - القرائن.

وسألقي الضوء من خلال هذه الدراسة على نوعي الوسائل إكمالاً للفائدة.

أولاً: وسائل الإثبات المتفق عليها:

١ - الإقرار:

الإقرار لغة الإذعان للحق والاعتراف به، من أقر بالحق أي اعترف به، وهو من قر في المكان أي ثبت، والإقرار الثبات ومنه أقرت الناقصة أي ثبت حملها. (٢)

وفي اصطلاح الشرع: فقد عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة وأختار من هذه

(١) فتح القدير ج٤/١٦١.

(٢) لسان العرب حرف الراء فصل القاف ج٥/ص٨٤ - ٨٨.

التعريف تعريف الحنفية لشموله حيث عرفوه بأنه (إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه).^(١)

فكلمة (إخبار) لفظ عام يدخل تحته الدعوى والشهادة، لأن الشهادة إخبار عن ثبوت حق للغير على الغير أما الدعوى فهي إخبار عن ثبوت حق له على غيره.^(٢)

وقال البعض إن الإقرار إنشاء، وفصل آخرون فقالوا: الإقرار إخبار بحق عليه من وجه وإنشاء من وجه، وقد ناقش الأستاذ أحمد إبراهيم هذه الآراء مناقشة ممتازة، وتوصل إلى أن الإقرار إخبار.^(٣)

مشروعية الإقرار:

الإقرار مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب: فنجد آيات كثيرة دلت على مشروعية الإقرار، واعتبرته وسيلة قوية من وسائل الإثبات ومن هذه الآيات نقرأ قوله تعالى: ﴿وَإِذ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾^(٤)

فنجد أن الله سبحانه وتعالى - قد طلب من النبيين عليهم السلام الإقرار حيث قال: (أقررتم)، فلو لم يكن الإقرار حجة على المقر ما طلبه منهم كما نجد أن المولى عز وجل قد أقام عليهم الحجة بإقرارهم بأخذ الميثاق وذلك في قوله عز

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٢/٥، ورسائل ابن نجيم ص ٣٢٢.

(٢) وسائل الإثبات لمحمد الزحيلي ص ٢٢٣ - ٢٣٤.

(٣) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١١٨ للشيخ أحمد إبراهيم.

(٤) سورة آل عمران، الآية: ٨١.

وجل: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَآتَسْفِكُونَ دِمَاءَ كُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾ (١)

كما نقرأ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ (٢)، فالشهادة على النفس إقرار بالحقوق ولما أمر الله عز وجل بها في هذه الآية فإن هذا دليل على مشروعية الإقرار وحجيته.

كما نجد قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَنْخَسِ مِنْهُ شَيْئًا﴾ (٣) تدل على الإقرار وأنه حجة حيث أمر الله — سبحانه وتعالى — بالإملاء لمن عليه الحق والإملاء إقرار. (٤)

أما من السنة: فقد دلت أحاديث كثيرة على أن الإقرار مشروع وحجة منها حكم النبي صلى الله عليه وسلم على ما عز^(٥) والغامدية وامرأة من جهينة بالرجم بعد اعترافهم وإقرارهم بارتكاب الفاحشة. (٦)

وجاء في الموطأ عن صفية بنت أبي عبيد قالت: أتى أبو بكر رضي الله عنه برجل وقع على جارية بكر فأحبها، ثم اعترف على نفسه بالزنا ولم يكن أحسن فأمر أبو بكر فجلد الحد، ثم نفى إلى فداك..

ومن الأحاديث الدالة على مشروعية الإقرار أيضا قوله صلى الله عليه

(١) سورة البقرة، الآية: ٨٤.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي ص ١٣٧ لأحمد بهنسي.

(٥) ماعز بن مالك الأسلمي من الصحابة رجمه النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة (انظر قصته في الإصابة ج ٣/٣١٧).

(٦) ورد هذا في أحاديث رواها البخاري ومسلم ومالك وأبو داود والترمذي والنسائي بروايات متعددة. انظر جامع الأصول ج ٣/٥١٥ - ٥٢٣.

وسلم لأنيس (.. واغد يا أنيس – لرجل من أسلم – إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها).^(١)

وإذا كان الإقرار حجة فيما يندرى بالشبهات فهو من باب أولى حجة فيما لا يندرى بالشبهات.

والإقرار حجة تقتصر على المقر نفسه ولا يتعداه إلى غيره، ويؤخذ هو نفسه عليه وحده، ذلك أن المقر لا ولاية له إلا على نفسه.^(٢)

أما الإجماع: فقد أجمعت الأمة من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على حجية الإقرار وأنه وسيلة من وسائل إثبات الحقوق، ولأن العاقل لا يكذب على نفسه ولا يجلب لها الضرر والأذى فإن الإقرار يعد أكد من الشهادة لبعده التهمة والريبة في الاعتراف على النفس.^(٣)

شروط الإقرار:

حتى يكون الإقرار صحيحا وضع له الفقهاء شروطا كثيرة، وذلك نظرا لأهميته وما يتعلق به وينتج عنه من آثار يظهر حكمها على الحقوق، فنجد شروطا تتعلق بالمقر وأخرى بالمقر له وأخرى بالصيغة نذكر أهمها، ومن أهم هذه الشروط:

١ – البلوغ فيجب أن يكون المقر بالغاً فلا يصح من الصبي والسكران والمجنون.^(٤)

(١) صحيح مسلم: ١٣٢٥/٣ – دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

(٢) المغني لابن قدامة: ١٣٧/٥.

(٣) المغني لابن قدامة: ١٤٩/٥.

(٤) تبين الحقائق: ٢٤/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٨، المهذب للشيرازي: ٣٤٤/٢، المغني لابن قدامة.

- ٢ - الاختيار فيجب أن يكون المقر مختاراً فلا يصح إقرار المكره.^(١)
- ٣ - لا يكون المقر محجوراً عليه لسفه أو غيره.^(٢)
- ٤ - الأهلية للمقر له، فيجب أن يكون المقر له أهلاً للاستحقاق.^(٣)
- ٥ - يجب ألا يكون المقر متهما كإقرار المريض لو ارثه بدين عليه فلا يصح.^(٤)
- ٦ - يجب أن لا يكذب المقر له المقر.^(٥)
- ٧ - يجب أن يكون المقر له معيناً موجوداً بحيث يمكنه أن يطالب بما أقر له به.^(٦)
- ٨ - يجب ألا يكذب المقر الشرع أو الحس كما لو أقر بنسب فلان وهو معروف النسب أو أقر بقطع يد فلان وهي موجودة.^(٧)
- ٩ - يجب أن تكون الصيغة قولاً صريحاً أو كناية أو كتابة أو إشارة من الأخرس تشعر بالالتزام بما أقر به.^(٨)
- هذه هي أهم الشروط اختصرتها، وللعلماء توسع فيها وتفصيل ليس هذا

(١) تبين الحقائق: ٤/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٧، المهذب للشيرازي: ٣٤٤/٢، المغني لابن قدامة ١٤٩/٥، المحلى لابن حزم: ٢٥٠/٨.

(٢) مواهب الجليل للحطاب: ٢١٦/٥، المهذب: ٣٤٤/٢، المغني لابن قدامة: ١٤٩/٥.

(٣) مواهب الجليل للحطاب: ٢١٦/٥، نهاية المحتاج: ٦٨/٥.

(٤) نهاية المحتاج: ٧٣/٥، مغني المحتاج للشربيني: ٣٤١/٣، المغني لابن قدامة ١٥٢/٥.

(٥) القوانين الفقهية ص ٢٠٧، أسهل المدارك: ٨٢/٣.

(٦) نهاية المحتاج: ٧٢/٥، القواعد الفقهية لابن رجب ص ٢٣٤.

(٧) نهاية المحتاج: ٦٦/٥ - ١٠٨.

(٨) بدائع الصنائع للكاساني: ٢٠٧/٧، ٢٠٧، ونهاية المحتاج: ٧٦/٥.

مجال بسطه، وأحب الإشارة إلى أن عدول المقر عن إقراره بعد قضاء القاضي، فإن الحكم يمضي ولا يفيد إنكاره، وهذا هو المشهور^(١) كما يقول العلامة ابن فرحون^(٢).

أما الإقرار في القانون المدني الجزائري فقد نصت عليه المادة ٣٤١ وجاء فيها: (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة)

والإقرار يتم أمام القضاء ويكون دائما مقبولا إلا إذا كان المقر غير أهل لذلك، كما لا يجوز إقرار الأولياء أو الأوصياء، ولا يتجزأ إلا إذا كان متعلقا بقضايا متعددة حيث جاء في المادة ٢/٣٤٢ (ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى).

هذا ما يتعلق بالإقرار القضائي، وهناك نوع آخر من الإقرار في القانون المدني^(٣) ويدعي: الإقرار غير القضائي، وهو ما صدر في غير مجلس القضاء، أو يصدر في مجلس القضاء ويكون في دعوى أخرى لا تتعلق بالموضوع، وإذا كان هذا الإقرار شفويا فإنه يكون في وقائع يجوز إثباتها بالبينة، أما إذا كان مكتوبا فتكون له قوة السند المكتوب.

ونلاحظ أن هذه الوسيلة (الإقرار) اهتم بها الفقه الإسلامي كما اهتم بها الفقه الغربي، ولا اختلاف بينهما في مجيئها إذ أنها أظهر الوسائل في إثبات الحقوق الشخصية وغيرها.

(١) تبصرة الحكام: ٤٨/٢، وانظر الزحيلي: محمد - وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ٢٥٧/١.

(٢) ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمود بن فرحون ولد ونشأ ومات في المدينة المنورة وهو مغربي الأصل من شيوخ المالكية مات سنة ٧٩٩ هـ. الأعلام: ج ١/٥٢.

(٣) المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) ص ١٧٦ د. فريدة زواوي - الجزائر ٢٠٠٠).

٢ - الشهادة:

الشهادة لغة: من شهد يشهد شهادة وشهده شهوداً، وهي المعاينة والحضور، ومنها الشاهد والشهيد وجمعها شهود أو أشهاد أي حضور^(١) والشهود الحضور المجرد والشهادة الحضور مع المشاهدة.^(٢)

وفي اصطلاح الفقهاء: هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وإطلاق الشهادة على الزور مجاز من قبيل إطلاق البيع على بيع الربا.^(٣)

وعرفها الشافعية بأنها: (إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد)،^(٤) ورغم أن هذا التعريف لم يقيد بمجلس القضاء، إلا أنه كان واضحاً في بيان حقيقة الشهادة.

مشروعيتها: شرع المولى - عز وجل - الشهادة حفظاً للحقوق من الضياع، وحجة لدى القضاء كي يعيدوا الحقوق إلى أصحابها، ومنعاً للظلم والاعتداء من أن ينتشر في المجتمع، وقد دل على اعتبارها وتعظيم شأنها آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٥)

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٦)، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا

(١) لسان العرب حرف الدال فصل الشين: ٢٣٩/٣ - ٢٤١.

(٢) معجم مفردات ألفاظ القرآن للأصفهاني ص ٢٧٤ - ٢٧٦.

(٣) فتح القدير: ٦/٢، الراغب الأصفهاني على هامش النهاية لابن الأثير: ٢٣٩/٢.

(٤) حاشية قلوبى على المحلى: ٣١٨/٤.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

الشهادة ﴿١﴾، فدللت هذه الآيات على الأمر بالشهادة، وفيها دلالة على مشروعيّتها، كما تدل الآية الأخيرة على أن كتمان الشهادة إثم وخطيئة، وضد كتمان الشهادة الأمر بإتيانها من غير نقص أو تحريف.

قال الإمام شهاب الدين ابن أبي الدم^(٢) رحمه الله تعالى: (... إن تحمل الشهادة وأدائها من فروض الكفايات، فإذا قام بها من اكتفى به فيها شرعا، سقط الفرض عن الباقيين وإن ترك الكل أثموا).^(٣)

ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم لرجل اشتكى عنده على آخر لخصومة بينهما (شاهدك أو يمينه)،^(٤) وقوله صلى الله عليه وسلم لمن قذف زوجته عنده (البينة أو حد في ظهرك فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل يقول البينة وإلا حد في ظهرك).^(٥)

ففي هذا الحديث نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب البينة ممن قذف زوجته والتي منها الشهادة.

وقال شريح: القضاء جمرة فنحه عنك بعودين - يعني الشاهدين - وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء.^(٦)

أما من الإجماع: فقد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الشهادة

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

(٢) أبو إسحق إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم المعروف بابن أبي الدم، ولد بحماة سنة: ٥٨٣ لو، وكان إماما في المذهب الشافعي عالما بالتاريخ، له شرح مشكل الوسيط وأدب القضاء والفرق الإسلامية - توفي رحمه الله تعالى سنة ٦٤٠هـ. (معجم المؤلفين: ٥٣/١، شذرات الذهب: ٢١٣/٥).

(٣) أدب القضاء ص ٢٥٢ لابن أبي الدم.

(٤) صحيح البخاري كتاب الشهادات باب اليمين: ج ٣/١٥٩ - ١٦٠، وصحيح مسلم بشرح النووي: ١٥٨/٢.

(٥) صحيح البخاري كتاب الشهادات: ١٦٠/٣.

(٦) المغني لابن قدامة: ٤/١٢.

واعتبارها حجة في الإثبات وطريقاً من طرق الحكم.

شروط قبول الشهادة:

يشترط في الشاهد شروط هي:

- ١ - الإسلام: أن يكون الشاهد مسلماً، فلا تقبل شهادة الكافر إلا شهادة الذمي على الذمي، وشهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم عند الحنابلة.^(١)
- ٢ - البلوغ: أن يكون الشاهد بالغاً فلا تقبل شهادة الصبي وعند المالكية ورواية عند الحنابلة تقبل شهادة الصبيان المميزين في الجراح قبل أن يتفرقوا.^(٢)
- ٣ - العدالة: أن يكون الشاهد عدلاً فلا تقبل شهادة الفاسق، وقيل في تعريف العدل أنه من لم تعرف له كبيرة ولا المجاهرة في صغيرة.^(٣)
- ٤ - العقل: أن يكون الشاهد عاقلاً فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه ولا سكران ولا طفل.^(٤)
- ٥ - البصر والكلام: أن يكون الشاهد بصيراً ومتكلماً، وهذا الشرط محل خلاف.^(٥)

(١) بدائع الصنائع: ٢٨٠/٧، نهاية المحتاج: ٢٨٨/٨، مغني المحتاج: ٤٢٧/٤، المغني لابن قدامة: ١٦٤/٩

أسهل المدارك: ٢١٣/٣، حاشية ابن عابدين: ٤٦٢/٥، التاج والإكليل مع مواهب الجليل: ٢٥٠/٦.

(٢) أسهل المدارك: ٢١٩/٣، المغني لابن قدامة: ١٦٤/٩، الكافي للقرطبي: ٩٠٨/٢.

(٣) تبيين الحقائق: ٢١٠/٤، أسهل المدارك: ٢١٣/٣، مغني المحتاج: ٤٢٧/٢، المغني لابن قدامة: ١٦٥/٩.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٤٦٢/٥، مواهب الجليل ومعه التاج والإكليل: ١٥٠/٦، مغني المحتاج: ٤٣٧/٤، المغني لابن قدامة: ١٦٤/٩.

(٥) تبيين الحقائق: ٢١٧/٤ - ٢١٨ - مواهب الجليل: ١٥٤/٦، أسهل المدارك: ٢١٦/٣، نهاية المحتاج: ٢٧٧/٨، المغني لابن قدامة: ١٥٨/٩، المحلى: ٤٣٣/٩.

٦ - اليقظة والضبط: أن يكون الشاهد ضابطاً لما يشهد به ومتيقظاً فلا تقبل شهادة المتوهم كثير الغلط والمغفل.^(١)

٧ - عدم التهمة: أن لا يكون الشاهد متهماً في شهادته كوجود قرابة أو منفعة أو وجود عداوة وخصومة.^(٢)

مراتب الشهادة: عند النظر إلى عدد الشهود ونوعهم نجد أن الشهادة تنقسم إلى مراتب هي:

١ - الشهادة بأربعة رجال: ويكون هذا خاص بروية الزنا الوارد في قوله تعالى: ﴿لَوْ أَن جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾^(٣)، وهذا محل اتفاق بين العلماء إلا أن ابن حزم^(٤) جوز أن تقوم مقام كل رجل امرأتان.^(٥)

٢ - الشهادة برجلين اثنين: ومجال هذا في الأموال والحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية كالطلاق والرجعة كما تتعلق بالحدود ما عدا الزنا.^(٦)

٣ - شهادة رجل وامرأتين: ومجالها في الأموال وما يتول إلى المال عند غير الحنفية أما الحنفية فقد أجازوها في النكاح والطلاق والعتاق كما أن الظاهرية

(١) أسهل المدارك: ٢١٣/٣، القوانين الفقهية ص ٢٠٢، المهذب: ٣٢٥/٢، مغني المحتاج ٤٣٦/٤ المغني لابن قدامة: ١٨٨/٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٧٢/٦، أسهل المدارك: ٢١٣/٣، المهذب: ٣٣٠/٢، المغني لابن قدامة ١٨٥/٩ نهاية المحتاج: ٢٧٧/٨.

(٣) سورة النور، الآية: ١٣.

(٤) ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل الأموي الفريدي القرطبي الظاهري صاحب التصانيف الكثيرة وكان صاحب فنون توفي: ٤٥٦ هـ (تذكرة الحفاظ ج ٣/١١٤٦).

(٥) بدائع الصنائع: ٢٧٧/٦، التاج والإكليل مع مواهب الجليل: ١٧٨/٦، المهذب: ٣٣٣/٢، المغني لابن قدامة: ١٤٧/٩ - ١٤٨، المحلي: ٣٩٥/٩، ٣٩٦.

(٦) بدائع الصنائع: ٢٧٧/٦، التاج والإكليل: ١٨٠/٦، المهذب: ٣٣٤/٢، المغني لابن قدامة: ١٤٨/٩ - ١٤٩ المحلي: ٣٩٦/٩.

قد أجازوها مطلقا وفي كل الحقوق.(١)

٤ — الشاهد واليمين: وذلك في الحقوق المالية وما يُنول إليها خلافا للحنفية.(٢)

وهي أن يحلف المدعي مع شاهده الوحيد فيقضى له بذلك، أما في الأموال الخاصة فقد أجاز المالكية المرأتين فيحلف المدعي مع شهادة المرأتين ويقضى له بذلك.(٣)

٥ — شهادة الرجل الواحد وذلك في رؤية الهلال، وشهادة أهل الخبرة والبيطرة.

٦ — شهادة المرأتين دون الرجال وذلك فيما تطلع عليه النساء خاصة كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة وعيوب النساء، وعند الحنفية تقبل شهادة المرأة الواحدة والثنتان أحوط وكذلك عند الحنابلة، أما عند الشافعية فلا يقبل بأقل من أربع نسوة.(٤)

أما الشهادة في القانون المدني الجزائري فهي سماع أقوال أشخاص بصدد إثبات أو نفي وقائع قانونية.(٥)

وفي الشهادة يكون للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بها أو تركها إن

(١) تبين الحقائق: ٢٠٩/٤، التاج والإكليل: ١٨٠/٦، المهذب: ٣٣٤/٢، المغني لابن قدامة: ١٥١/٩. المحلي: ٣٩٦/٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٢٥/٦، مواهب الجليل: ١٨١/٦، مغني المحتاج: ٤٤٣/٤، المغني لابن قدامة: ١٥١/٩ — ١٥٢.

(٣) الفروق الفرق الأول: ١/٤، الطرق الحكيمة — ١٢٦ — ١٢٨ — ١٣١، وروضة الطالبين: ١٢٩/٩.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٧٧/٦، التاج والإكليل: ١٨٢/٦، المهذب: ٣٣٥/٢، المغني لابن قدامة: ١٥٥/٩، الطرق الحكيمة ص ١٢٩.

(٥) المدخل للعلم القانونية (نظرية الحق) ص ١٧٢ د/محمدي فريدة.

شاء، ويؤخذ بالشهادة في الإثبات في الوقائع المادية والتصرفات التجارية التي تقل قيمتها عن ألف دينار جزائري.

ويجوز تكملة ثبوت الكتابة بالشهادة كما نصت المادة ٣٣٥ من القانون المذكور. كما تجوز الشهادة في حالة حصول مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، والذي هو القوة المطلقة في الإثبات إذا كان بورقاً رسمية ولم يطعن فيها بالتزوير، كما يجوز الإثبات بالشهادة إذا فقد الدائن سنده الكتابي كما نصت المادة ٣٣٦ من القانون المدني.

وفي كل الأحوال نجد أن الشهادة وسيلة يأخذ بها القانون المدني رغم محدودية نطاقها إلا أنها تظل وسيلة مهمة للإثبات.

٣ - اليمين:

اليمين في اللغة: الحلف والقسم وأطلقت على الجارحة وهي اليد اليمنى كما أطلقت على القوة والقدرة، واليمين في الحلف مستعار من اليد اعتباراً بما يفعله المعاهد والمخالف فقد كانوا إذا تعاهدوا وتحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه.^(١)

وفي الاصطلاح: عرفه الفقهاء بعدة تعريفات منها:

" هو الحلف بالله تعالى لتقوية أحد طرفي الخبر وهو الصدق ".^(٢)

وقيل عنه بأنه (تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي).^(٣)

(١) لسان العرب فصل الباء باب النون جـ ٤٦١/١٣ - ٤٦٣، ومعجم مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني ص ٥٧٧.

(٢) المبسوط للسرخسي: ١١٦/١٦، فتح القدير: ٢٠٩/٤.

(٣) وسائل الإثبات لمحمد الزحيلي ص ٣١٩.

وقد بدا لي أن هذا التعريف أولى بالأخذ وذلك لشموله اليمين في الإثبات أو النفي، ويكون هذا أمام القاضي.

وكلمة (تأكيد) تعني التقوية والترجيح للصدق على الكذب، واليمين كالشهادة ترجع الصدق على الكذب في الإثبات.

أما لفظ (ثبوت الحق) فإما أن يكون في الماضي أو الحاضر، وتشمل يمين المدعي المردودة، ولفظ (نفيه) يشمل يمين المدعي عليه.

ولفظ (باستشهاد الله تعالى) خرجت به الشهادة والكتابة وغيرهما ولفظ (أمام القاضي) حصرها بأنها التي تكون أمام القاضي فقط دون غيرها.^(١)

وتكون اليمين على نية المستحلف وهو القاضي، ولا تصح فيها التورية ولا الاستثناء.^(٢) وتغلظ إذا ذكر فيها أوصاف الله تعالى،^(٣) واللفظ الذي ينعقد به اليمين هو القسم باسم الجلالة المجرد (الله)، واتفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات وأصل مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع.

أما من الكتاب: فنجد أن الله - تبارك وتعالى قد أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالقسم في أكثر من موضع، منها قوله تعالى: ﴿قُلْ بلى وربى لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم﴾.^(٤)

أما من السنة: فقد جاءت أحاديث كثيرة نقرأ منها قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لو يعطى الناس بدعاواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين

(١) المصدر السابق ص ٢١٩ - ٣٢٠.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٠٢.

(٣) تبين الحقائق: ٣٠١/٤، بداية المجتهد: ٣٤٩/٢ - مغني المحتاج: ٤٧٢/٤، المغني لابن قدامة ٢٢٦/٩، أسهل المدارك: ٢٣٩/٣.

(٤) سورة التغابن، الآية: ٧.

على المدعي عليه) (١) وقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (٢) فهذه الأحاديث تدل على أن اليمين مشروعة في جانب المدعي عليه ليرد عن نفسه ما ادعاه عليه المدعي.

أما الإجماع فقد أجمعت الأمة الإسلامية على حجية اليمين وعلى الحكم به في الحقوق المالية وما ينول إلى المال.

أنواع اليمين: إذا نظرنا إلى الحالف نجد أن اليمين تنقسم إلى أنواع هي:

- ١ - يمين المنكر: وهو المدعي عليه، ويحلف على نفي الدعوى وردّها.
- ٢ - يمين المدعي: وهي اليمين المردودة، وتكون عند نكول (٣) المدعي عليه لتثبت صحة دعوى المدعي.

٣ - يمين المدعي مع شاهده: وتكون لتصحيح الدعوى. (٤)

شروط اليمين: لليمين عدة شروط نذكر أهمها بإيجاز وهي:

- ١ - أن يكون الحالف عاقلاً مختاراً بالغاً فلا يحلف المجنون ولا المكره ولا الصبي ولا يؤخذ المكره بيمينه. (٥)
- ٢ - طلب المدعي لليمين من القاضي فيوجهها القاضي إلى المدعي عليه. (٦)

(١) روى الحديث عن ابن عباس (البخاري - مسلم - أبو داود - الترمذي) انظر السنن الكبرى للبيهقي ٢٥٢/٩.

(٢) بلوغ المرام بهامش سبل السلام ١٧٤/٤، وانظر سنن البيهقي: ج ٢٥٢/١٠.

(٣) النكول هو امتناع المدعي عليه من حلف اليمين بعد أن توجهت له.

(٤) تبصرة الحكام: ١٤٧/١، القوانين الفقهية: ص ٢٠٢.

(٥) وسائل الإثبات للزحيلي ص ٣٥٢.

(٦) الدر المختار بحاشية هامش ابن عابدين: ٥٤٨/٥، مواهب الجليل: ١٣٠/٦، مغني المحتاج ج ٤٠١/٤.

٣ — أن يحلف الإنسان عن شخصه فلا يجوز أن ينيب أحدا عنه كما لا يجوز أن يحلف عن غيره.^(١)

٤ — إنكار المدعي عليه للحق الذي ادعى به.^(٢)

الحكم في حالة النكول:

إذا نكل المدعي عليه عن اليمين وامتنع عن الحلف فهل ترد اليمين إلى المدعي فيحلف ليستحق ما ادعاه أم يقضي على المدعي عليه بنكوله؟

اختلف الفقهاء في حالة النكول هذه إلى أقوال ثلاثة:

أولاً: يقضي عليه بنكوله، وقال بهذا الحنفية والحنابلة، وقد اختلفوا في حقيقة النكول هل هو اقرار أم بذر؟ كما اختلفوا في الحالات التي يحكم فيها بالنكول وفي الأمر تفصيل محله كتب الإثبات وليس هنا مجال تفصيله.

ثانياً: ترد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق ما ادعاه، وهذا رأي المالكية والشافعية^(٣) وغيرهم.

ثالثاً: لا ترد على المدعي ولا يقضي على المدعي عليه بنكوله، وإنما يحبس الناكل حتى يحلف أو يقر بالحق وهو قول أحمد وقول ابن أبي ليلى^(٤) وإليه ذهب الظاهرية.^(٥)

ولكل فريق من هؤلاء أدلتهم التي رجحوا بها ما ذهبوا إليه نجدها في كتب الفقه، وأرجح الرأي الثاني القاضي برد اليمين على المدعي في حالة نكول المدعي

(١) حاشية ابن عابدين: ٥٣٤/٥.

(٢) أسهل المدارك: ٢٣٨/٣، ومغني المحتاج: ٤٠١/٤.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون: ٢٤١/٢، المهذب: ٣١٩/٢، مغني المحتاج: ٤٦٨/٤.

(٤) ابن أبي ليلى: عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني الكوفي تله مات بوقعة الجمام سنة ٨٦هـ — وقيل أنه غرق. (تقريب التهذيب ص ٢٠٩).

(٥) المطي: ٢٧٣/٩ وما بعدها.

عليه لأن في هذا تأكيدا وتثبيتا لحقه علاوة على قوة دليل رأيهم.

أما اليمين في القانون المدني الجزائري فهو أداء القسم، أي يحلف الشخص بالله العظيم أن يقول كل الحق ولا شيء غير الحق، وإلا تعتبر شهادته باطلة قانونا وقد نصت المواد (٣٤٣ إلى ٣٥٠) من القانون المدني الجزائري على اليمين.

حيث نجد أن اليمين قسمان:

١ - اليمين الحاسمة: وجاء ذكرها في المادة: ٣٤٣ على النص التالي:
"يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان فاليمين الحاسمة: هي توجيه أحد الخصمين اليمين، ويجوز لمن وجهت إليه اليمين ردها إلى خصمه، وغالبا ما يلجأ الشخص إلى الإثبات باليمين الحاسمة عندما ييأس من جميع طرق الإثبات الأخرى.^(١)

وإذا أقسم الخصم اليمين خسر خصمه الدعوى نهائيا، ولا يجوز إثبات كذب اليمين، وإذا نكل الخصم خسر دعواه كما نصت المادة ٣٤٧ من القانون السابق. ونجد هذه المادة تتفق مع رأي الحنفية على ما ذكرت سابقا من الحكم في حالة النكول، أما عدم إثبات كذب اليمين فنلاحظ فيه تضيقا حيث إن الخصم إذا قويت وتأكدت لديه قوة إثبات كذب خصمه فله الحق في رد قسمه خصوصا في زمان ضعف فيه خوف الله عند عموم الناس..!

٢ - اليمين المتممة: وهي اليمين التي يوجهها القاضي لاستكمال اقتناعه

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية الحق) ص ١٧٦ - ١٧٧ د/ فريدة زواوي.

بالأدلة المعروضة عليه وقد نصت المادة ٢/٣٤٨ من القانون المدني الجزائري على ذلك.

ثانياً: الوسائل المختلف فيها:

اختلف العلماء في حجية بعض الوسائل هل تصلح للإثبات أم لا تصلح نذكر أهم هذه الوسائل بإيجاز وهي:

١ - الكتابة ٢ - القسامة ٣ - القرائن

١ - الكتابة:

الكتابة في اللغة: من كتب الشيء يكتبه كتابة أي خطه،^(١) بتصوير حروف هجائه^(٢) قال الراغب (فالأصل في الكتابة النظم بالخط).^(٣)

أما الكتابة اصطلاحاً: فهي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات.^(٤)

وهي إما مستبينة كالرسائل المعنونة والمصدرة باسم المرسل إليه، والتي يبين المقصود منها وهذه حجة عند عامة الفقهاء،^(٥) وأما مستبينة ولكنها غير مرسومة كالصكوك والسجلات،^(٦) وهذه جرى الخلاف فيها بين العلماء.

وإما غير مستبينة كالكتابة في الهواء والماء فهي لهو وعبت ولا يعتمد

(١) لسان العرب حرف الباء جـ ١/٦٩٨ فصل الكاف.

(٢) التعريفات ص ٩٩ للجرجاني.

(٣) معجم مفردات ألفاظ القرآن ص ٤٤٠.

(٤) وسائل الإثبات لمحمد الزحيلي ص ٤١٧.

(٥) الفتاوى الهندية جـ ٤/١٦٦ ووسائل الإثبات لمحمد الزحيلي ص ٤١٨.

(٦) الفتاوى الهندية جـ ٤/١٦٧.

عليها. (١)

مشروعية الكتابة:

اختلف الفقهاء في مشروعية الكتابة، وقد تعرضوا لها أثناء حديثهم عن محاضر المحاكم التي تسجل فيها أحكام القضاء، والشهادة على الخط والصكوك ودفاتر التجار وغير ذلك ففرقة ترفض الاحتجاج بالخط في الإثبات لتشابه الخطوط..

ولإمكانية تزويره، وفرقة أخرى تحتج به وتجوزه لاعتبار الشرع له رعاية لمصالح الناس. (٢)

وسأعرض آراء الفقهاء بشكل عام تماشياً مع المنهج الذي التزمته في هذا البحث.

١ - الحنفية: ذكر ابن عابدين أن عامة علماء الحنفية على عدم العمل بالخط (٣).

فلا يعتد به واستثنوا بعض المسائل ككتاب الأمان وكتاب القاضي ودفتر السمسار والبيع والصراف. (٤)

وإذا حضر المدعي خط إقرار المدعي عليه، فلا يحلف المدعي عليه على أن هذا ليس خطه وليس عليه شيء إنما يحلف على أصل المال، (٥) حتى ولو تشابه خطه مع الخط الذي في الوثيقة بعد استكتاب القاضي له فلا يحكم عليه بالمال كما

(١) المرجع السابق جـ ٤/١٦٦.

(٢) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٦٤ للشيخ الأستاذ أحمد إبراهيم.

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين: ٧/٨٩٠.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٧ - ٢١٨.

(٥) المصدر السابق وموضعه.

جاء عند بعض الحنفية. (١)

ومن هنا نجد أن الحنفية لا يجيزون الاحتجاج بالخطوط ودليلهم هو أن الخط متشابه.

ويصعب تمييزه، كما يمكن تقليده وبالتالي تزويره، وعليه فلا يصلح أن يكون حجة وما ذكره الحنفية صحيح إلا أنه — كما سنرى — يفوت مصالح كثيرة، وليس كل خط كما يقولون، وليس كل الناس على استعداد للتحايل على حقوق الآخرين!

٢ — المالكية: إن الكتابة عندهم تخرج مخرج الإقرار بالحقوق، وذلك إن وجد في وثيقة مكتوبة بيد صاحبها، كان يكتب أن لفلان عندي كذا وكذا، وفي حالة وجود داع للمقارنة يجبر المدعي عليه بالكتابة أمام العدول ليقارنوا خطه مع الخط الموجود في الوثيقة التي أحضرها المدعي وادعى أنها إقراره بخطه. (٢)

٣ — الشافعية: أن الخط والختم يحتمل التزوير، وبالتالي فإن القاضي إذا وجد الخط، وكان قد عمل به وهو ذاكر لذلك عالم به فإنه يعمل به، أما إن لم يكن متذكراً فلا يعمل به لجواز ورود التزوير على الخط والختم حتى ولو شهد على ذلك شاهدان أنه خطه طالما أنه يشك في قوله، أما إذا وجد القاضي حكماً قد حكم به قاض غيره فإنه لا يعمل به إلا بشاهدين، (٣) وهكذا نلاحظ تضيق الشافعية (٤) واقترابهم من الحنفية في عدم الأخذ بالكتابة.

٤ — الحنابلة: إذا كتب القاضي بخطه وختم عليها بختمه، ووجد حكمه هذا في صحيفة، فهل ينفذ ما في الصحيفة؟ روايتان: أحدهما لا ينفذ وهو المذهب،

(١) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين: ٨٧/٧.

(٢) تبصرة الحكام: ٢٩٠/١.

(٣) المهذب: ٣٠٦/٢، ومغني المحتاج: ٣٩٩/٤.

(٤) المرجعان السابقان — نفس الموضوع.

والثانية ينفذه وعليه العمل،^(١) وذكر ابن القيم^(٢) رواية ثالثة مفادها: لا ينفذه حتى ينكره.^(٣)

ومن خلال اطلاعي على أدلة المجيزين وجدتهم الأرجح رأيا وذلك لاعتبار الكتابة والخط في الإثبات. قد أمر بها الله تعالى في كتابه الكريم حيث يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(٤) كما نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتمد على الكتابة في مواطن كثيرة منها المعاهدات والصلح وإبلاغ الدعوة للملوك والرؤساء، وفعل ذلك أيضا خلفاؤه من بعده، كما نجد أن الحاجة ماسة لاعتبار الكتابة وسيلة هامة للإثبات خصوصا في زماننا هذا، وقد أصبحت الرسائل تؤرخ وتختتم وتسجل بصادرها وواردها ورقمها وتاريخها وهذا ما يحقق المصلحة العامة للناس في معاملاتهم، ولأن القول بعدم حجيتها يتنافي مع التيسير الذي جاءت به الشريعة الإسلامية.

كما أن بإمكان الكاتب إن كان يخاف على التزوير أن يضع بصماته لأنه ثبت أن البصمة يمكن الاستفادة منها في تحقيق الشخصية.

أما في القانون المدني فإن الكتابة تعتبر من أهم طرق الإثبات وقد نصت المادة (٣٣٣) من القانون المدني الجزائري على حكم ذلك وموداه أنه في غير المسائل التجارية لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة سواء لإثبات وجود الحق أو لإثبات الوفاء به أو لانقضائه لأي سبب آخر، إذا تجاوزت قيمة التصرف القانوني ألف

(١) الإتحاف: ٣٠٧/١١ - ٣٠٨.

(٢) ابن القيم الجوزية: محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي من أركان الإصلاح الإسلامي وأحد كبار العلماء الإمام المحقق صاحب التصانيف الكثيرة، ولد وتوفي بدمشق سنة ٧٥١هـ. الأعلام: ج ٥٦/٦.

(٣) الطرق الحكمية ص: ٢٠٤.

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

دينار جزائري أو كانت القيمة غير محددة.

فالكثابة وسيلة للإثبات في الأحوال المدنية إذا كانت تبلغ قيمة ألف دينار أو أقل وهي نوعان: رسمية وعرفية.

فالرسمية: هي ما تكون من عمل الموظف الرسمي المختص كما هو الحال في عقود الرهن الرسمي مثلاً.

والعرفية: وهي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي ولكل من النوعين الرسمي والعرفي حجية خاصة كدليل للإثبات بحسب نصوص القانون.^(١)

٢ - القسامة:

القسامة لغة: مصدر أقسم يقسم قسماً وقسامة أي حلف والقسامة الجماعة الذين يحلفون على حقهم ويأخذونه ويمين القسامة منسوبة إليهم.^(٢)

واصطلاحاً: هي عبارة عن خمسين يمينا تقسم على أولياء القتيل إذا ادعوا الدم - وعلى المدعي عليهم الدم لنفيه.^(٣)

ولا تجب القسامة إذا عرف القاتل وشهد الشهود على جرمه، إنما تجب إذا لم يعرف القاتل وكان هناك لوث^(٤) في هذا القتل.

وهناك كيفيات مختلفة للقسامة قال بها الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) والشافعية^(١)

(١) نظرية الحق والقانون ص ٣٤٢ - ٣٤٣ إسحق منصور، والمدخل للعلوم القانونية ص ١٦٩/١٧٠.

(٢) لسان العرب حرف الميم فصل القاف: ٤٨١/١٢.

(٣) فتح الباري: ٢٣١/١٢، ومغني المحتاج: ١٠٩/٤.

(٤) اللوث: هو الشبهة.

(٥) بدائع الصنائع: ٢٨٦/٧.

(٦) تبصرة الحكام: ٨٢/٢.

والحنابلة^(٢) إلا أن الكيفية التي ذكرها الأحناف أيدها صاحب سبل السلام حيث قال: (وإلى هذا — أي الكيفية التي اخذها الحنفية في القسامة — جنح البخاري، صاحب الصحيح) لأن الروايات اختلفت في ذلك في قصة الأنصار ويهود خيبر فيرد المختلف إلى المتفق عليه من أن اليمين على المدعي عليه).^(٤)

٣ — القرائن:

القرينة لغة: مؤنث القرين، وجمعها قرائن على وزن مفاعل، والمقارن المصاحب وقرينة الرجل زوجته التي تلازمه،^(٥) والقرينة فعيلة بمعنى مفعولة من الاقتران، ومأخوذة من المقارنة.^(٦)

واصطلاحاً: فقد عرفها الجرجاني بقوله (القرينة أمر يشير إلى المطلوب).^(٧)

وعرفتها المجلة بأنها: (الأمانة البالغة حد اليقين).^(٨)

ومما استدل به العلماء على إعمال الأمانة قوله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَيَّ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾.^(٩)

(١) تبصرة الحكام: ٨٢/٢.

(٢) النهاية لابن الأثير: ٦٢/٤ ونيل إذا الأوطار للشوكاني: ٣٤/٧ — ٣٩، المحلى لابن حزم: ٧٦/١١.

(٣) المغني لابن قدامة: ٦٤/٨ وما بعدها.

(٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام: ٣٤٨/٣.

(٥) لسان العرب حرف النون تصل القاف: ٣٣٥/١٣ — ٣٣٦ — المعجم الوسيط: ٧٣٧/٣ — ٧٣٨،
والصاحح للجوهري: ٢١٨/٦ — ٢١٨٢.

(٦) التعريفات للجرجاني ص: ١٧٤.

(٧) التعريفات ص: ١٧٤.

(٨) التعريفات ص: ١٧٤.

(٩) سورة يوسف، الآية: ١٨، انظر تفسير القرطبي ١٥٠/٩ وكذلك وجوب الحد على المرأة الحامل (انظر: =

وتنقسم إلى أقسام كثيرة وتتفاوت في قوتها ودلالاتها على الإثبات، وقد اختلف الفقهاء في حجيتها بين مؤيد ومعارض لها وجاء كل فريق بدليله المؤيد لرأيه، وبعد النظر في الأدلة ترجح لدى أن القرائن القوية الظاهرة وسيلة معتبرة من وسائل الإثبات لما يلي :

١ - قوة أدلة المثبتين لحجيتها، وجوابهم المقنع.

٢ - أن القرينة القوية طريق لبيان الحق لاعتماده على أمور ظاهرة تدل على أمور خفية.

٣ - توقف حجية القرينة على تكيف البيانات الشرعية المتفق عليها كالإقرار أو الشهادة.

٤ - تواجد هذه القرائن في كتب الفقه وقد أخذ بها العلماء، بل وحتى الذين يقولون بعدم حجيتها.^(١)

هذا وأحب الإشارة إلى وجود بعض القرائن المستجدة في الإثبات وذلك كتحليل الدم وتحليل البصمات ودلالة الأثر والتصوير والتسجيل وغيرها من الوسائل التي يمكن أن يستعان بها في الإثبات.

أما القرينة في القانون المدني فهي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني.^(٢)

وتنقسم القرائن إلى قسمين: قانونية وقضائية:

فالقانونية هي التي ينص عليها القانون وقد تكون قاطعة وقد تكون غير

فتح الباري ١٢/١٥٤).

(١) إعلام الموقعين ٤/٣٧٨ - ٣٧٩ وتبيين الحقائق: ٤/٢٩٩، وتبصرة الحكام ج٢/٩٥ - ٩٨ وقد ذكر خمسين مسألة قال بها علماء الطوائف الأربعة وبعضها قال بها مالك وحده.

(٢) المدخل إلى علم القانون ص ٢٣٧ لعباس الصراف وجورج حزبون عمان ١٦٨٥.

قاطعة وغير القاطعة لا تعفي نهائيا من الإثبات، أما القاطعة فهي قرينة لا يمكن إثبات عكسها كقرينة الولد للفراش فلا يجوز إثبات عكسها بأي طريق كان.

وأما القضائية: فهي التي يستخلصها القاضي ولا يجوز الإثبات بها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة، وتتوقف على اجتـهاد القاضي وله السلطة في تقديرها وقد نصت المادة ٣٤٠ من القانون المدني الجزائري على ذلك.

ونلاحظ أن القانون يأخذ بالقرائن شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي، وهذا التقسيم الذي نلاحظه في القانون المدني للقرينة هو في نظري شكلي حيث إنه من حيث المبدأ يؤمن بإعمال القرينة كوسيلة للإثبات.

هذه هي أهم وسائل الإثبات ألقيت الضوء عليها بصورة موجزة، قصد الإلمام بأهم ما يمكن إثبات الحق الشخصي به كواحد من الحقوق التي تحتاج إلى إثبات إذا تطلب الأمر ذلك.

المبحث الثاني

انتقال الحق المدني الشخصي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه أربعة مطالب

تمهيد

المطلب الأول: تطور فكرة الحوالة في القانون الوضعي
المطلب الثاني: انتقال الحق الشخصي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه
ثلاثة فروع

الفرع الأول: تنظيم الشريعة الإسلامية للحوالة وأثرها في القوانين الغربية
الفرع الثاني: ماهية الحوالة وبيان شروطها وأنواعها في الفقه الإسلامي
تعريف الحوالة لغة واصطلاحاً في الفقه الإسلامي
أنواع الحوالة في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث: الكلام عن الحوالة في القانون المدني

أولاً : حوالة الدين

ثانياً : حوالة الحق

المطلب الثالث: شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية والرد عليها
المطلب الرابع: انتهاء الحوالة.

المبحث الثاني

انتقال الحق المدني الشخصي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه أربعة مطالب:

تمهيد:

إن الحق الشخصي هو رابطة شرعية وقانونية بين شخصين كما سبق أن بينت ذلك ، وهذه الرابطة ليس من الضروري أن يبقى طرفاها ثابتين طول فترة قيام الالتزام ، فقد يتغير أحد طرفيها ، حيث ينتقل الدين من ذمة إلى أخرى ، فإن كان التغيير في طرفه السالب بأن ينتقل الدين من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر فإنه يسمى بـ (حوالة الدين) ، وإن كان في طرفه الموجب بأن ينتقل الدين من ذمة دائن إلى ذمة دائن آخر فإنه يسمى بـ (حوالة الحق)^(١)

فانتقال الحق المدني الشخصي هو حوالة ، فإن كان من دائن إلى دائن فهو حوالة حق ويسمى بالحوالة الإيجابية ، وإن كان من مدين إلى مدين فهو حوالة دين ويسمى بالحوالة السلبية ، وسواء أكانت الحوالة حوالة حق أم حوالة دين فإن الذي ينتقل بالحوالة هو (الحق الشخصي) بجميع مقوماته وخصائصه.^(٢)

والحق الشخصي قد ينتقل بسبب الموت، وقد ينتقل بين الأحياء فالأول كالإرث والوصية، أما الذي ينتقل بين الأحياء فهو ما يطلق عليه بـ(حوالة الدين) و(حوالة الحق)

(١) النظرية العامة للالتزام ص ٤٢٤ د.حسن الذنون.

(٢) د.عبد المجيد عبد الحكيم ج ٢/ص ٢٨٥ الوسيط في نظرية العقود.

المطلب الأول

تطور فكرة الحوالة في القانون الوضعي

استساغت القوانين منذ عهد قديم انتقال الحق الشخصي بسبب الموت على أساس تصور استمرار شخصية المورث في شخصية الوارث ، فإن القانون الروماني لم يعرف فكرة انتقال الحق الشخصي والالتزام بين الأحياء.^(١)

فلم يكن ممكنا إذا أريد تغيير شخص الدائن إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن، وكذلك الأمر بالنسبة للمدين ، ولم يكن الالتزام ينتقل بمقوماته وخصائصه من شخص إلى آخر، بل كان الالتزام الأصلي ينقضي بالتجديد ليحل محله التزام جديد بمقومات وخصائص جديدة يتغير من خلالها شخص الدائن أو المدين ، لذا لم يكونوا متصورين انتقال الرابطة الحقوقية في الدين دون أن تتحل.

والقانون الروماني كان يلجأ إلى طريق أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى آخر ، دون تدخل المدين ، فكان الدائن الأصلي يوكل من أراد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين . دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين ، وكان هذا التوكيل وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين ، إلا أن هذه الطريقة ظلت في القانون الروماني دون أن يعرف حوالة الدين ولا حوالة الحق، وهذه الطريقة لم تكن مأمونة حيث كان باستطاعة الدائن الأصلي عزل الوكيل قبل أن يقبض الدين.^(٢)

أما في القانون الفرنسي القديم فقد ظلت الحوالة مجهولة فيه مدة طويلة وكان القانونيون يستعملون طريقة التوكيل بقبض الدين والتي كان القانون

(١) العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية ص ٢٠١ د/ عيسى عبده دار الإعتصام - مصر ط: ١ علم ١٩٧٧.

(٢) الوسيط للسنهوري ٤١٣/٣ - ٤١٧.

الروماني يلجأ إليها حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً ، وعندما دخلت حوالة الحق في القانون الفرنسي القديم.^(١) وأصبح من المسلم جواز تحويل الدين من دائن إلى آخر دون حاجة إلى رضا المدين بالحوالة، على غرار التوكيل بالقبض ، وساعد على ذلك إمكانية انتقال الحق الشخصي من دائن إلى دائن آخر ، فإن فكرة الالتزام أخذت تتطور باعتبار أنه رابطة شخصية ، وبدأ العنصر المادي يظهر شيئاً فشيئاً ، وأصبح من السهل تصور انتقال الحق الشخصي باعتبار أنه قيمة مالية وليس باعتباره رابطة شخصية وبالنسبة إلى موضوعه وليس إلى أطرافه ، وتوقف القانون اللاتيني عندهما الحد.

أما التقنين الجرمانى^(٢) فقد سائر هذا التطور ، وذهب إلى أبعد من هذا حينما سلم بانتقال الدين من مدين إلى مدين آخر ، وهو ما يسمى (بحوالة الدين)، ووجهة نظره أنه مادام أن فكرة الالتزام تطغى عليها الناحية المادية أو المعنى المادي على الرابطة الشخصية ومادام أنه أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر وهو ما يسمى (بحوالة الحق) فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر؟ وأصبح التقنين الألماني يقنن لحوالة الدين وكذا القانون السويسري الصادر في عام ١٩١١م وهكذا نلاحظ تطور فكرة الحوالة في الفقه الأجنبي.^(٣)

وأما في القانون المدني الجزائري فقد خصص المشرع المواد من (٢٣٩-٢٥٧) للحديث عن حوالة الدين وحوالة الحق ، وقد تأثر في ذلك بالقانون المدني المصري والذي خصص لذلك المواد (٣٠٣-٣٢٢) ، كما تناول القانون المدني العراقي في المواد (من ٣٣٩-٣٧٤) الحديث عن حوالة الحق وحوالة الدين، وعالج القانون المدني الأردني الحوالة ضمن عقود التوثيق الشخصية وخصص

(١) المادة (١٢٧١) من القانون المدني الفرنسي القديم الصادر عام ١٨٠٣م.

(٢) الصادر في عام ١٨٩٦م.

(٣) يراجع الوسيط للسنيوري ٤١٧/٣ - ٤١٩ و ٥٥٧ - ٥٥٩.

المواد من (٩٩٣-١٠١٧) واعتمد أحكام الحوالة من الفقه الإسلامي.

أما في الفقه الإسلامي ، فلم يغفل الفقهاء انتقال الحق الشخصي بين الأحياء، ونظموا الحوالة، ولا سيما في المعاملات التجارية، وبينوا أركانها وشروطها، وفصلوا الحوالة وخاصة (حوالة الدين) مع اختلاف في آراء العلماء، وهذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني

انتقال الحق الشخصي في الفقه الإسلامي وفيه ثلاثة فروع

إن الحديث على انتقال الحق المدني الشخصي يتطلب مني أولاً بيان كيف نظمت الشريعة الإسلامية الحوالة، ثم أتبع هذا بتعريف الحوالة وبيان مشروعيّتها لنركز بعد ذلك على انتقال الحق عن طريقها في الفقه الإسلامي ، والحق الشخصي إذا انتقل من ذمة إلى أخرى فإنه تارة ينقضي به الحق بالنسبة للمدين الأصلي وتبرأ ذمته، وتارة لا ينقضي الحق بسبب ذلك الانتقال.

الفرع الأول

تنظيم الشريعة الإسلامية للحوالة وأثرها في القوانين الغربية

من خلال اللوحة التاريخية السابقة الذكر يتضح أن القوانين الوضعية لم تعرف حوالة الحق قبل سنة ١٨٠٣م، ولم تعرف حوالة الدين قبل سنة ١٨٩٦م ونستخلص من هذا نتيجتين في غاية من الأهمية :

أ – سبق الشريعة الإسلامية للقوانين الوضعية في تنظيم انتقال الحق والدين بطريق الحوالة بأكثر من عشرة قرون .

ب – انقطاع الصلة تماماً بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني مما يرد كل شبهة استمداها منه ، بدليل سبقها وتفوقها الواضح عليه وعلى القوانين الوضعية، والشريعة الإسلامية قد عرفت نوعي الحوالة في وقت واحد : حوالة الدين وحوالة الحق ، مستمدة أصولها من أدلتها الشرعية الأصلية وهي الكتاب والسنة والإجماع .

أثر التشريع الإسلامي للحوالة في القوانين الغربية

طالما أنه قد تقرر سبق الشريعة للتشريعات الوضعية في تنظيم الحوالة فهل كان لها من تأثير على النظم والقوانين الأوروبية ؟

أجاب المستشرق يوسف شاخت عن ذلك : إن الحوالة والسفتجة^(١) المعروفتين في الفقه الإسلامي قد استعملتا كأوراق تجارية في القرون الوسطى، مما فتح باب النشاط المصرفي الحقيقي أمام التجار المسلمين والصيارفة اليهود.^(٢)

كما أكد أن الأصل التاريخي للكمبيالة المعروفة حالياً في الغرب يرجع إلى الحوالة والسفتجة المعروفتين في الشريعة الإسلامية.^(٣) ويضيف شاخت أن كلمة (aval) الفرنسية وتعني التطهير التأميني للورقة التجارية مأخوذة من الكلمة العربية "حوالة"، وكلمة "شيك" مأخوذة من الكلمة العربية "صك".^(٤)

(١) السفتجة: أن يعطي مالا لآخر، وللآخر مال في بلد المعطي، فيوفيه إياه ثم فيستفيد أمن الطريق. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي ص ٢٤٧ مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية بيروت ١٩٨٧م.

(٢) مدخل إلى الشريعة الإسلامية لشاخت ص ٧٨

Joseph Schacht. An Introduction To Islamic Law 78

(٣) المرجع السابق لشاخت ص ١٤٩.

(٤) المرجع السابق لشاخت ص ٧٨.

وقد قال بهذا الرأي قبل شاخت العلامة الفرنسي د. هوفلين^(١) حيث ذكر أن حوالة الدين انتقلت إلى أوروبا عن طريق أسبانيا وصقلية ، وفي الحروب الصليبية في القرن الثاني عشر الميلادي ، وأنه لا أدل على ذلك من أن كلمة aval الفرنسية مشتقة من كلمة (حوالة) العربية.^(٢)

والذي نخلص إليه هو أن استعمال الحوالة والسفجة المعروفتين في الفقه الإسلامي في معاملات التجار المسلمين بعضهم مع بعض أو بينهم وبين غيرهم قد أتاح للأوروبيين منذ القرون الوسطى معرفة هذا النوع من التعامل الذي لم يكن معروفا في القانون الروماني وما أخذ عنه من قوانين غربية حتى بداية القرن التاسع عشر وبهذا نلاحظ تأثير الشريعة الإسلامية وأحكامها في معاملة الأوروبيين وقوانينهم منذ القرون الوسطى.

الفرع الثاني

ماهية الحوالة وبيان شروطها وأنواعها

الحوالة لغة : هي التحول والانتقال من مكان إلى آخر،^(٣) يقال : تحول من مكانه أي انتقل عنه ، وحولت الشيء أي نقلته من موضع إلى موضع ، والحوالة بفتح الحاء مأخوذة من هذا ، فأحلته بدينه نقلته إلى ذمة أخرى.

الحوالة في اصطلاح الفقهاء^(٤): فقد عرفها الحنفية بـ: نقل المطالبة من

(١) ورأي هوفلين هذا أورده في كتابه (حوليات القانون التجاري) (باريس ١٩٠١) ونقله عنه الأستاذ صبحي المحمصاني في بحث له ضمن مجموعة (القانون في الشرق الأوسط) الصادر عن معهد الشرق الأوسط بواشنطن بإشراف مجيد خدوري وهيربرت لسني سنة ١٩٥٥م.

(٢) القانون في الشرق الأوسط ص ٢٠٢ Law in the Middle East page 202

(٣) لسان العرب: ج ١٩/١١ لابن منظور.

(٤) فتح القدير ج ٤٤٣/٥ وما بعدها والعناية بالهامش وابن عابدين ج ٣١٨/٤ ، ومجمع الضمانات ص ٢٨٢.

ذمة المدين إلى ذمة الملتزم ، وعرفها زفر بأنها : ضم ذمة إلى ذمة في الدين ، فهي عنده كالكفالة ، وجاء في البدائع : (الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته)^(١).

وعرف غير الحنفية الحوالة بأنها^(٢): (عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى أخرى) ، وعرفها المالكية والحنابلة والظاهرية : بأنها نقل الدين من ذمة إلى أخرى مشغولة بمثل ذلك نقلا تبرأ به الذمة الأولى ، وهو مفاد مسلك الشافعية^(٣).

مشروعيتها : الحوالة بوجه عام مشروعة بما روي في السنة بروايات متعددة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)^(٤) أي فليحتل وفي رواية أخرى (ومن أحيل على مليء فليتبع)^(٥) ، وثبت أيضا (ومن أحيل على مليء فليحتل)^(٦) ، ومعنى فليحتل أي فليقبل الحوالة.

وذهب جمهور العلماء إلى أن الأمر المذكور في (النص) فليحتل للندب ، أما فقهاء الظاهرية وأكثر الحنابلة فقد رأوا أنه للوجوب ، فيجب على المحال قبول

(١) ج ١٦/٦ .

(٢) الشرح الكبير : ٣٢٥/٣ ، مغني المحتاج : ١٩٣/٢ ، المغني : ٥٢٨/٤ ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى لمرعي بن يوسف الحنبلي : ١١٤/٢ ، كشاف القناع : ٣٧٠/٣ .

(٣) المغني : ٥٢١/٤ ، الدسوقي على الدردير ج ٣/٣٢٦ ، شرح الخطيب على أبي شجاع ج ٣/٩٣ ، المحلى لابن حزم ج ٨/١٠٧ .

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب السنة : راجع نصب الراية : ٥٩/٤ ، مجمع الزوائد : ١٣٠/٤ ، سبل السلام : ٦١/٣ ، نيل الأوطار : ٢٣٦/٥ .

(٥) رواه الطبراني في معجمه الوسيط، وقال عنه الترمذي حسن صحيح. انظر الترمذي: ٦٠٠/٣ - دار إحياء التراث العربي - بيروت تحقيق أحمد شاكر.

(٦) رواه أحمد في مسنده: ٤٦٣/٢ - مؤسسة قرطبة مصر.

وأما الإجماع : فقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة^(٢) وهي عقد جائز في الديون دون الأعيان ، والتحويل يكون في الدين لا في العين وركن الحوالة عند الحنفية هو الإيجاب من المحيل والقبول من المحال والمحال عليه بألفاظ مخصوصة هي صيغة الحوالة كأن يقول المحيل للدائن : أهلك على فلان . والقبول يكون من المحال والمحال عليه : بأن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت

شروط الحوالة في الفقه الإسلامي:

هناك شروط تتعلق بالمحيل ، وشروط تتعلق بالمحال ، وشروط تتعلق بالمحال عليه أو بالمحال به ، ونحاول إلقاء الضوء على هذه الأنواع من الشروط لصحة الحوالة عند الحنفية .

شروط المحيل: يشترط فيه شرطان:

- ١- أن يكون أهلا للعقد ، والبلوغ شرط نفاذ لا انعقاد حيث تتوقف حوالة الصبي المميز على إجازة وليه ، ولا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل
- ٢- رضا المحيل : فلا تصح الحوالة إذا كان مكرها حيث تفسد كسائر التمليكات^(٣) ، ووافق الحنفية في هذا الشرط كل من المالكية والشافعية والحنابلة

شروط المحال : يشترط فيه ثلاثة شروط:

- ١- أن يكون أهلا للعقد

(١) سبل السلام : ٦١/٣ ، المغني : ٥٢٧/٤ ، الميزان للشعراني : ٨٠/٢ .

(٢) المغني : ٥٢١/٤ ، المهذب : ٣٣٧/١ ، مغني المحتاج : ١٩٣/٢ ، بداية المجتهد : ٢٩٤/٢ ، فتح القدير : ٤٤٤/٥ .

(٣) البدائع : ١٦/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

٢- الرضا فلا تصح من المكره ، ووافقهم المالكية والشافعية في هذا الشرط

٣- أن يتم قبوله في مجلس الحوالة ، وهو شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد^(١) ولا تنفذ إجازة الغائب عندهما ، أما عند أبي يوسف فهو شرط نفاذ ، قال الكاساني^(٢): (والصحيح قولهما لأن قبول المحال أحد أركان الحوالة)^(٣)

شروط المحال عليه: وهي نفس شروط المحال^(٤)

شروط المحال به: اتفق العلماء على اشتراط شرطين في المحال به، هما^(٥):

١- أن يكون ديناً : بمعنى أن يكون هناك دين للمحال على المحيل ، فإن لم يكن هناك دين فيكون العقد وكالة وليس حوالة مما يترتب عليه عدم صحة الحوالة بالأعيان لعدم ثبوتها في الذمة.

٢- أن يكون الدين لازماً ، وكل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به ، كما لا تصح الحوالة إذا كان دين المحيل في ذمة المحال عليه غير لازم كدين صبي وسفيه بغير إذن ولي فلا تصح الإحالة عليهما لعدم لزوم هذا الدين ، كما أن من حق ولي الصغير والسفيه طرح الدين عنهما وإسقاطه .

(١) محمد بن الحسن: ابن واقد أبو عبد الله الشيباني، ولد بواسط ونشأ بالكوفة وسمع عن معمر ومالك والأوزاعي والثوري وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه، له تصانيف كثيرة، أشهرها: المبسوط، الجامع الصغير والجامع الكبير. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٦٣.

(٢) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، توفي سنة ٥٨٧ هـ. مقدمة بدائع الصنائع دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٢ ط/٢.

(٣) المرجع السابق (البدائع ومجمع الضمانات وموضعهما).

(٤) البدائع : ١٦/٦.

(٥) البدائع : ١٦/٦ ، بداية المجتهد : ٢٩٥/٢ ، الشرح الكبير : ٣٣٥/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٤/٢ ، المهذب : ٣٣٧/١ ، المغني : ٥٣٣/٤.

هذا وقد اشترط المالكية^(١) في المحال به شرطين وهما:

١- أن يكون الدين المحال به قد حل

٢- أن يكون الدين المحال به مساويا للمحال عليه في الصفة والمقدار

أنواع الحوالة في الفقه الإسلامي

والحوالة عند الحنفية نوعان :

١- حوالة مقيدة : وهي التي قيدت بأن يؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للمحيل ، أو من دين عليه للمحيل.

٢- حوالة مطلقة : وهي ما خلت من هذا القيد ، فيؤديها المحال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مدينا للمحيل أم غير مدين.

نخلص من هذا إلى أن الحوالة المقيدة هي طريق من طرق الوفاء بالدين وليست حوالة حقيقية ، إذ هي وكالة بالأداء.

وأما الحوالة المطلقة فأرى أنها حوالة حق بالمعنى المقصود بالحوالة في الفقه الإسلامي أي انتقال الدين نفسه من ذمة إلى ذمة ، قال صاحب فتح القدير^(٢) :
(والمطلقة هي حقيقة الحوالة ، أما المقيدة فوكالة بالأداء)

حكم الحوالة:

معلوم أن الحوالة لا تنقل ملكية الدين من ذمة إلى أخرى ، وإنما تنقل التزام أداء الدين ، ويتبعه انتقال حق الدائن نقلا غير نهائي يتعلق بالغاية قال أحد الفقهاء^(٣) : (إن المدين يبرأ بالحوالة براءة مؤقتة بعدم التوى)^(٤)

(١) بداية المجتهد : ٢٩٥/٢ ، الشرح الكبير : ٣٣٥/٣ .

(٢) فتح القدير لابن الهمام : : ٢٤٩/٥ .

(٣) رد المحتار : ٢٩١/٤ .

(٤) التوى هو (الموت مفلسا، وجود الحوالة ولا بينة، وزاد الصحابان: الإفلاس وهو حى)

فإذا أخذ الدائن كل حقه من المحال عليه تأكد النقل نهائياً ، وإذا وقع التوى رجع المحال على مدينه الأصلي المحيل لتعلق حقه بذمة المحيل وعدم انقطاعه عنه ، فيبطل النقل ويستوفي منه حقه ، لذا نجد أن في حالة موت المدين المحيل تبطل الحوالة وذلك في الحوالة المقيدة ، بعكس الحوالة المطلقة التي لا يبطلها موت المحيل لأنه التزم الوفاء من ماله وليس من مال موجود للمحيل عنده.^(١)

هذا وقد قرر بعض الباحثين أن فقهاء الحنفية لم يجيزوا حوالة الحق وأجازوا حوالة الدين فقط وذلك لعدم جواز بيع الدائن دينه لغير مدينه ، قال الأستاذ شفيق شحاته^(٢) (سنرى أن للالتزامات في الفقه الإسلامي صبغة مادية ، وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعني حوالة الدين - بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعني حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه الحوالة)

وقرر نفس المعنى الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم حيث قال^(٣): (إن حوالة الحق في الاجتهاد الحنفي لا تصح ، وعند الأئمة الثلاثة تصح للحاجة إليها)
وقبل مناقشة هذه الآراء نفرق بين حوالة الدين وحوالة الحق .

فحوالة الدين هي: أن يتبدل المدين بالنسبة إلى الدائن، أما حوالة الحق: فهي حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين ، فإذا كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق ، وإذا كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين.^(٤)

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٢٩٠/٤-٢٩٤.

(٢) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية فقرة ١٠٦.

(٣) الالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٢١٩.

(٤) المدخل الفقهي العام : ج ٣/٦٥-٦٦ ، ويذكر أن الأستاذ شفيق شحاته قد تراجع عن رأيه لاحقاً في حوالة الحق حيث قال: (أما عن حوالة الحق فالذي اتضح لنا بعد استقراءنا للمسائل فيما تقدم أن الحكم بعدم جوازها في الواقع حكم معتبر ..) ، وهذا خلق العلماء إذا تبين لهم الصواب . هامش ص ٦٩ ، المرجع السابق.

ويتضح من مجموع ما تقدم أن الآراء تتجه إلى الربط بين حوالة الحق وبين بيع الدين أو هبته، فمن يمنع بيع الدين أو هبته بإطلاق يلزم على مذهبه منع حوالة الحق، ومن ذهب إلى جوازه بقيود يلزم على مذهبه جواز حوالة الحق في حدود هذه القيود.

أما ما اتجه إليه الأستاذ مصطفى الزرقا من أن الفقهاء جوزوا حوالة كل من الدين أو الحق إلى شخص ثالث بالتراضي، ويدخل ذلك فيما يسمى بالحوالة المقيدة وبين أنه لا علاقة بين بيع الدين وبين الحوالة مطلقا واعتبار بيع الدين بالدين حوالة حق لا مبرر له، فهذا كلام نفيس حيث إن الأستاذ يفرق بين البيع والحوالة، فالبيع لا يتوقف على رضا غير البائع والمشتري بينما الحوالة تتوقف على رضا المحال عليه ولا يكفي فيها الاتفاق بين المدين (المحيل) والدائن (المحال)، فالحوالة غير البيع، وقد أحسن الأستاذ هوفلين حين قال: (إن في حوالة الإسلاميه من المرونة ما يجعلها تؤدي وظائف عدة: فهي تؤدي وظائف الإحالة، والتنازل عن الحق، والوكالة بالقبض، والوكالة بالقضاء، وفتح الاعتماد).^(١)

فحوالة الحق صحيحة لا نرى ما يمنع منها في الشريعة الإسلامية، ولا شك أنها تيسر على الناس وتسهل بهذا التحويل معاملاتهم خصوصا وأن حوالة الحق تتميز عن بيع الدين، وأنه لا يوجد في قواعد الشرع ما يمنع صحتها، وبعد كل ذلك نرجع ونقول: إن فصل الخطاب في سند مشروعية الحوالة هو قوله صلى الله عليه وسلم: (ومن أحيل على مليء فليتبّع)^(٢)

أما في القانون المدني فإنه يحق للمشتري قبل أن تنتقل إليه ملكية المشتري أن يحول حقه فيه إلى من يرغب في شرائه منه، كما يحق للمستأجر أن يحول

(١) انظر "هوفلين" في كتابه "Annales de droit commercial" طبعة سنة ١٩٠١، ص ١ وما بعدها.

(٢) انظر بلوغ المرام رقم ٧٣٦ ص ١٣٣، وتحفة الفقهاء: ٤١٤/٣.

حقه الناشئ عن الإجارة إلا أن هناك أحوالا استثنائية يمتنع فيها على الدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر^(١)، أما حوالة الدين فهي في مجملها متطابقة مع الفقه الإسلامي.

الفرع الثالث

الكلام عن الحوالة في القانون المدني

أولاً: حوالة الدين^(٢)

إن أطراف حوالة الدين هم : الدائن والمدين و المدين الجديد (الأجنبي) وهو الذي يتفق معه المدين القديم على أن يتحمل بدلا عنه الدين الذي هو في ذمته فيحل الأجنبي محل المدين في هذا الدين نفسه بجميع مقوماته وصفاته ، ويسمى المدين (محيلا) ويسمى الأجنبي (محالا عليه) وأما الدائن فيسمى (المحال)

تعريف حوالة الدين : عرفها القانون المدني الأردني في المادة (٩٩٣) بقوله : (الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه) كما نقل هذا التعريف القانون المدني العراقي في مادته (٣٣٩) ، والذي يرجع أصله إلى الفقه الإسلامي .

وأصل تعريف القانون المدني الأردني يرجع إلى الفقه الحنفي وإلى ما ذكره مرشد الحيران في المادة (٨٧٦).

(١) راجع المادة (٣٠٣) من القانون المدني المصري، كما تنص المادة على : (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين).

(٢) انظر المراجع التالية : الأستاذ السنهوري : ج٣/٥٥٢ ، عبد المجيد الحكيم : ج٢/٢٩٥ ، د.إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ج٢/٣٦٩-٣٧٠ ، د.حسن الذنون : ص٤٢٤-٤٢٥ ، د.أنور سلطان : أحكام الالتزام ص٢٢٩-٢٣١ ، د.محمد عباس السامرائي : انتقال الالتزام بين الأحياء ص٣٧١ وما بعدها عام ١٩٨٠ بغداد ، د.عبد الودود يحيى ، حوالة الدين ص٧ مكتبة القاهرة ١٩٦٠ .

الحوالة المطلقة والمقيدة

لقد تأثر القانون المدني الأردني وكذلك القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي وقسم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة وذلك في نطاق حوالة الدين ، ولعل أحكام تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة يعود إلى مجلة الأحكام العدلية.^(١)

ويقصد بالحوالة المطلقة في حالة ما لم يكن للمحيل دين أو مال لدى المحال عليه أو كان له ولكن لم يقيد الوفاء بهذا الدين أو المال .

أما الحوالة المقيدة فتكون إذا كان للمحيل دين على المحال عليه ، أو كان له عنده مال وقيد وفاء الحوالة بهذا الدين أو المال.^(٢)

وترتكز فكرة التفرقة بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة على المحال عليه وهو الشخص الأجنبي ، فإن كان مدينا للمدين أو كان في يده وديعة أو عين مغصوبة وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذي عليه للدائن في ذمة الأجنبي فهذه هي الحوالة المقيدة ، أما إذا لم يكن الأجنبي مدينا للمدين أو كان مدينا ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين - في المذهب الحنفي - فتكون الحوالة مطلقة.

انعقاد حوالة الدين^(٣)

تعتبر حوالة الدين من العقود الرضائية التي يجب أن يتوافر لانعقادها أركان العقد من التراضي والمحل والسبب والشروط اللازمة على نحو يجعل قيام هذا العقد صحيحا خاليا من العيوب وصادرا ممن هو أهل لإجراء العقد ، وتتعدد هذه الحوالة في صورتين :

(١) انظر المادتين : ٦٧٨ ، ٦٧٩ من المجلة.

(٢) د.السنهوري ج ٣ ص ٤٢٠-٤٢١ ، د.عبد الوود يحيى : حوالة الدين ص ١١٠-١١١.

(٣) د.عبد المجيد عبد الحكيم ج ٢/٢٩٦-٢٩٧ ، د.حسن الذنون ص ٤٢٥-٤٢٦.

أ — باتفاق بين المحيل والمحال عليه

ب — باتفاق بين المحال له والمحال عليه

الصورة الأولى : انعقاد حوالة الدين باتفاق بين المحيل والمحال عليه .

تتعقد حوالة الدين وتنشأ إذا اتفق المدين الأصلي والمدين الجديد ، وتكون نافذة في حق الدائن بعد إقراره لها ، والإقرار يجب أن يكون صريحا أو ضمنيا ، وإذا رفضها فلا تنفذ ، ويبقى التزام المدين الأصلي قائما أمام الدائن ، وسكوت الدائن في مثل هذه الحالة لا يعتبر إقرارا بالحوالة بل لابد من التعبير عن رغبته في هذه الحوالة صراحة أو ضمنا وإلا اعتبر رافضا لها ، ويطلق السكوت هنا على المجرد وذلك لأن الدائن هنا إما غير منتبه أو غير مكترث أو رافض^(١) هذا وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٩٩٦) على الآتي :

١— يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له

٢— وتتعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول

المحال له

وأصل هذه المادة هو مرشد الحيران^(٢)

وعلى نفس المعنى نجد المادة (٣٤٠) من القانون المدني العراقي ، ونصت المادة (٩٩٧) من القانون المدني الأردني على ما يلي (يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال له ولا يشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل فإذا رضي بالحوالة لزمه الدين للمحال له) ، ويرجع أصل هذه المادة إلى مجلة الأحكام العدلية.^(٣)

(١) ثروت فتحي إسماعيل : صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ، مجلة قضايا الحكومة ص ٨٤ ، ٨٧ ، عام ١٩٧٧ .

(٢) في المادة : ٨٨٢ من مرشد الحيران .

(٣) في المادة : ٦٨٣ من مجلة الأحكام العدلية .

وفي هذه الصورة نجد أن العقد متوافرة فيه شروط الصحة وأركان الانعقاد، إلا أنه يبقى موقوفاً على إجازة الدائن وهو عبارة عن تصرف قانوني من جانب واحد .

أما الحوالة فقد انعقدت بإيجاب وقبول كل من (المحيل والمحال عليه)، أما إقرار الدائن فهو لنفاذها حتى تنتج أثرها من وقت إنشائها ، وهنا يكون للإقرار أثر رجعي، وفي حالة ما لو فقد أحد طرفي الحوالة أهليته قبل الإقرار فإن ذلك لا يؤثر على صحة الحوالة أو يمنع الإقرار من الدائن.^(١)

الصورة الثانية: انعقاد حوالة الدين بين الدائن (المحال له) والمحال عليه (المدين الجديد أو الأجنبي)

تتعقد الحوالة في هذه الصورة بإيجاب وقبول بين الدائن والمدين الجديد ، ولا يشترط لصحتها رضا المحيل (المدين القديم) بل تتم بمجرد توافر أركان الانعقاد وشروط الصحة ، حيث يلزم المحال عليه الالتزام بالوفاء نحو الدائن ، ويحتفظ المحال عليه بحقه في الرجوع على المحيل إذا أقر المدين الأصلي بذلك ، وإلا عد متبرعا وذلك وفقاً للمادة (٣٤١) القانون المدني العراقي ، أما في القانون المدني المصري فيذهب - بحق - إلى إعطاء المحال عليه حق الرجوع على المدين الأصلي طبقاً لأحكام الإثراء بلا سبب .

ووفقاً لما نصت عليه المادة (٣٤٢) ق.م. عراقي فإنه يشترط لصحة هذه الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له وإلا فهي وكالة .

(١) السنهوري : ج٣/٥٧٧-٥٧٨.

آثار حوالة الدين

هناك علاقات ثلاثية الأطراف تبدو من خلال أحكام حوالة الدين وهي (المحيل والمحال له والمحال عليه):

أولاً : العلاقة بين المحال له والمحال عليه (الدائن والمدين الجديد)

إذا نشأت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد أو بين الدائن والمدين الجديد فإن الأثر الذي يترتب على انعقاد حوالة الدين واحد وهو انتقال الدين من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى ذمة (المدين الجديد) وهو المحال عليه بصفاته وتأميناته ودفوعه .

وقد نصت المادة (٣٤٧) ق.م. عراقي على ما يلي : (يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل ، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة ، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة) ، ونصت على نفس المعنى المادة (١٠٠٣) ق.م. أردني والتي تعود إلى الفقه الحنفي بجذورها ، هذا ما يتعلق بانتقال الدين إلى المدين بصفاته .

أما انتقال الدين إلى المحال عليه (المدين الجديد) بتأميناته فأشير هنا إلى أن التأمينات على نوعين : تأمينات شخصية كالكفالة وتأمينات عينية كالرهن ، فإذا كان المدين الأصلي قد قدم تأميناً عينياً أو شخصياً للدائن (المحال له) فإن هذه التأمينات تنتقل بالحوالة إلى المدين الجديد ، جاء في المادة (١٠٠٤) ق.م. أردني ما يلي :

(تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغيير شخص المدين)

وهذا ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية عملاً بالمصلحة ومقتضى هذه

المادة أن الضمانات السابقة كالرهن تبقى ، أما الكفالة سواء أكانت عينية أم شخصية فإن الكفيل لا يبقى ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة .

أما في انتقال الدين إلى المحال عليه (المدين الجديد) بدفوعه ، فقد نصت عليه المادة (١٠٠٥) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها ما يلي: (للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل وله أن يتمسك بكافة الدفوع التي للمحيل قبل المحال له)، كما نص على نفس المعنى المادة (٢٤٩) ق.م. عراقي ، وهذه النصوص لا تتعارض مع نص شرعي أو حكم فقهي .

ثانياً : العلاقة بين المحال له (الدائن) والمحيل (المدين الأصلي) إن من أهم أحكام هذه العلاقة هي براءة ذمة المدين الأصلي من الدين بمجرد انعقاد الحوالة ، مع بقاء الحق للمحال عليه في الرجوع على المحيل طبقاً لأحكام الإثراء بلا سبب في القانون المدني المصري.

وإذا تمت الحوالة بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه (المدين الجديد) فلا تبرأ ذمة المحيل من الدين إلا بعد إقرار المحال له كما مر ، ويلاحظ رجوع المحال له على المحيل في حالتين هما :

١- إذا اشترط المحال له الرجوع على المحيل في حالة إعسار المحال عليه، ولا تبرأ ذمة المحيل وذلك احتراماً ووفاء للشروط المذكورة.

٢- إذا سقط الدين بسبب سابق على الحوالة في الحوالة المقيدة بدين مثلاً أو بعين له وديعة أو مغصوبة ، فإذا سقط الدين بسبب سابق على الحوالة أو هلكت العين بدون خطأ من المحال عليه فإن المحال له يرجع على المحيل ، وهذا

ما نصت عليه المادة (٣٥٧) ق.م. عراقي .

ثالثاً: العلاقة بين المحيل (المدين الأصلي) والمحال عليه (المدين الجديد)

إن أحكام هذه العلاقة تختلف بين المحيل والمحال عليه بحسب ما إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل أم غير مدين له بدين أو عين .

فإذا كان المحيل دائناً للمحال عليه وأدى المحال عليه الحوالة انقضى الالتزام الذي بذمه المحال عليه ، أما إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل فللمحال عليه الرجوع بالمحال به على المحيل . وهذا ما نصت عليه المادة (٣٥٩) ق.م. عراقي، وهذه المادة ترجع إلى أحكام الفقه الإسلامي .

ثانياً: حوالة الحق

إن حوالة الحق عبارة عن عقد بين الدائن وشخص أجنبي عن رابطة الالتزام على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق بكل مقوماته وخصائصه ويسمى الدائن (محيلاً) والدائن الجديد (المحال له) ويسمى المدين (المحال عليه) ولهذا النوع من الحوالة أهداف مختلفة، ومهما كانت تلك الأهداف فإن للحوالة قواعد عامة تنطبق عليها.^(١)

ودراسة هذا النوع من الحوالة بين الأحياء يجعلنا نلاحظ تغير الجانب الإيجابي فيه هذه المرة ، حيث يتغير شخص الدائن وتنتقل التأمينات .

ونلاحظ أن المشرع المصري والعراقي والجزائري لم يشأ تعريف حوالة الحق وهو مسلك سليم تاركاً ذلك لمهمة الفقه المدني وشراح القانون ، وقبل الحديث عن شروط هذه الحوالة وأحكامها أشير إلى بعض الحالات التي لا يكون

(١) السنهاوري : ج٣/٤٤٣-٤٤٤ .

الحق الشخصي فيها قابلا للحوالة .

حالات لا تقبل حوالة الحق

الأصل العام في الحقوق الشخصية أنها قابلة للحوالة لأنها غالبا ما تكون مبلغا نقديا أو محلها أشياء مثلية أو عينا معينة ، أو أن محل الحق أداء عمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل أو غيرها .

كما أن محل حوالة الحق هو حق الدائن وهذا الحق الشخصي هو الذي ينتقل بالحوالة من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد ، إلا أن هناك بعض الاستثناءات على ذلك مرجعها نص القانون أو الاتفاق أو طبيعة الحق أو لعدم قابلية الحق للحجز .

وهذه الحالات والتي هي محل منع قد نص عليها القانون المدني الجزائري أثناء حديثه عن انتقال الحق الشخصي فقد نصت المادة (٢٣٩) ق.م. جزائري على ما يأتي : (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين)

وإذا كانت الحوالة تتم في غالب الأحيان بعوض إلا أنها تتم أحيانا أخرى كوفاء بمقابل ، وإذا تمت الحوالة بدون مقابل فتكون هبة .

وكقاعدة عامة ، كل الحقوق الشخصية قابلة للحوالة شريطة أن يكون الحق قابلا للحجز عليه ، وفي هذا الصدد تنص المادة (٢٤٠) ق.م. جزائري على ما يلي: (لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلا للحجز)

أولاً : نص القانون

يكون مصدر المنع في حوالة الحق نص القانون . ولا يجوز مخالفة القاعدة القانونية الأمرة ، وأية مخالفة لها تكون باطلة ، وذلك كبيع أو شراء الحقوق المتنازع عليها من القضاة أو المحامين ومن على شاكلتهم تأكيداً للنزاهة في العمل واحتراماً لشرف المهنة ودفعاً للمحاباة أو منعاً للاستغلال أو غير ذلك ، كما لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة،^(١) كما منعت المادة (٨٤٩) ق.م. أردني شراء الوكيل الشيء لنفسه ولا أن يبيع ماله لموكله.

ثانياً : اتفاق الطرفين

قد يكون العقد هو المصدر في منع حوالة الحق من دائن إلى آخر ، وهو اتفاق صحيح وملزم والأمثلة كثيرة على ذلك ، نذكر منها ما نصت عليه المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن الاتفاق أو العرف قد يمنع التنازل عن الإيجار كله أو بعضه ، وعلى المستأجر الالتزام بهذا الاتفاق .

ومن الأمثلة أيضاً ما تضعه شركات النقل الجوي والبواخر من شرط في تذاكر النقل بعدم جواز حوالة الحق إلى آخر ، فلا يجوز لمن صدرت تذكرة باسمه في عقود النقل المذكورة أن يحول حقه إلى آخر لم تصدر باسمه ، وذلك تنفيذاً لبنود عقد النقل.

ثالثاً: طبيعة الحق

قد تكون شخصية أحد الطرفين محل اعتبار في الالتزام ، ولا يكون الحق

(١) انظر المادتين : ٤٠٢ و ٤٠٣ من القانون المدني الجزائري .

قابلاً للحوالة، لأن الحق يتصل اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن ومن ذلك حق الدائن في النفقة وحقه في التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق به مادام لم يتحدد مقدار التعويض بمقتضى الاتفاق أو يطالب الدائن به أمام القضاء طبقاً للمادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري والمادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٦٧) من القانون المدني الأردني .

رابعاً : عدم قابلية الحق للحجز

سبق أن أشرت إلى أن عدم قابلية الحق للحجز تجعل حوالة الحق غير جائزة، وقد نصت على ذلك المادة (٣٦٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٤٠) ق.م. جزائري .

فالحق إذا لم يكن قابلاً للحجز لا يكون قابلاً للحوالة، لأنه لا تجوز حوالة الحق فيما لا يجوز حجزه . والحقوق التي لا تقبل الحجز ينص عليها القانون كأموال الدولة والأموال الموقوفة والخضروات والمحصولات الأرضية والمخصصات التي يتقاضاها الموظف والعسكري ورجل الشرطة وآثار المؤلف والصور والخرائط واللوحات الفنية والعنوان التجاري.^(١)

المطلب الثالث

شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية والرد عليها

من المؤسف أن تثار شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية من بعض القانونيين الإسلاميين رغم معرفتهم للغة العربية وقدرتهم على فهم ما كتب حولها من كتب الفقه ، وقد أشرت سابقاً إلى سبق الشريعة الإسلامية في تنظيم أحكام

(١) انظر المادة : ٦٢ من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ .

وقوانين الحوالة ، وإلى ما قرره بعض المستشرقين من فضل الشريعة الإسلامية على أوروبا في معرفة هذا النوع من المعاملات ونقله عنها .

وقد بدأت هذه الشبهات منذ صدور القانون المدني المصري القديم عندما حاول الشراح بيان أصل ما ورد به من أحكام حيث كتب في ذلك الأساتذة : كامل مرسي^(١) وعبد الرزاق السنهوري^(٢) وشفيق شحاته^(٣) والشيخ أحمد إبراهيم^(٤) وبعد ذلك خصصت رسالة دكتوراه للأستاذ : عبد الودود يحيى وكان موضوعها : (حوالة الدين دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين (الألماني والمصري)^(٥)، ونأسف لعدم تعرضها لمناقشة هذه الشبهات رغم حديثها عن دراسة الحوالة بأكثر من خمسين صفحة، وسأعرض لبعض ما كتب لبيان الآراء المتباينة في الموضوع:

١ - قال الدكتور حسن الذنون : " والشريعة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأي معظم الفقهاء".^(٦)

ونلاحظ هنا أنه قرر أن الشريعة الإسلامية - كما ذهب جمهور العلماء في رأيه - لم تقر حوالة الحق .

٢ - ما قاله الدكتور صبحي المحمصاني حيث قال: (اختلف الفقهاء حول حوالة الحق، فبعضهم ومنهم مالك أجازوها ، ولم يجزها آخرون . . . ومنهم الشافعي وأحمد .

(١) المجموعة المدنية ص ١٦٨ عام ١٩٤٠ م .

(٢) موجز الالتزامات ص ٥٢٨ ، ومقالة (وجوب تنقيح القانون المدني) ص ١٢٢ .

(٣) رسالة الدكتوراه (الالتزامات في الشريعة الإسلامية) ص ١١٦ .

(٤) مذكرة مبدأ في بيان الالتزامات ص ٢١٨ - ٢٢٥ عام ١٩٤٥ م .

(٥) حوالة الدين ص ١٠٢/١٠١ للدكتور عبد الودود يحيى ط عام ١٩٦٠ م .

(٦) أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ٢٠٧ .

أما الحنفية فلم يجيزوها من حيث المبدأ ولكنهم أجازوها في حالات استثنائية على أساس الافتراض القانوني ، أما حوالة الدين فأجازها الجميع^(١).
وهذا الموقف لا يختلف عن سابقه إلا أنه قد فصل أكثر آراء الفقهاء نحو حوالة الحق ، فذكر أن مالك أجازها كما أجازها الحنفية في حالات استثنائية ولم يجيزوها من حيث المبدأ ، كما لم يجزها الشافعي وأحمد.

٣ - حاول بعض الباحثين المعاصرين (كالشيخ أحمد إبراهيم) والدكتور (شفيق شحاته) والدكتور (حسن الذنون) أن ينفوا وجود بعض صور من الحوالة في الفقه الإسلامي وحصرها ذلك النفي في حوالة الحق في المذهب الحنفي.

ورغم ذلك وللحق أقول : إنه لم يتصور أحد منهم أن ينفي وجود حوالة الدين ذلك أنه من المسلمات البديهية أن حوالة الدين هي الصورة الأصلية والبارزة التي عرفها صدر الإسلام بأمر من الرسول عليه الصلاة والسلام ، وتعاملت بها المجتمعات الإسلامية وعالجها فقهاء الإسلام وأئمة .

ولعل هؤلاء نظروا إلى واقع مسائل الحوالة في المذاهب الإسلامية فكانت صورة حوالة الدين واضحة جدا أمامهم بينما استترت صورة حوالة الحق خلف حوالة الدين فلم ينتبهوا لها ، لأنهم نظروا إلى معنى البيع في الحوالة في المذهب الحنفي فلم يجدوه من كل وجه .

٤ - أما ما أريد الوقوف عليه فهو رأي الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث إنه لم يوافق على الرأي القائل بأن الشريعة الإسلامية عرفت حوالة الدين ولم تعرف حوالة الحق ، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك حين قرر أن

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص ٢٠١ .

الشريعة الإسلامية لم تعرف الحوالة مطلقا لا في الدين ولا في الحق.^(١)

وسأحاول من خلال هذا البحث أن أقف على ما كتبه حول الحوالة مستعينا في ذلك ببعض آراء نقاده في هذا الموضوع،^(٢) لأخلص إلى الموقف الصحيح للفقهاء الإسلامي من حوالة كل من الحق والدين.

قال السنهوري:

١ — "الحوالة المقيدة أقرب إلى أن تكون طريقا من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق".^(٣)

٢ — "يمكن في الحوالة المطلقة أن نتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على الأجنبي وهذه هي حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامي خلافا لما يقال عادة ... وهي (عنده) أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديدا للدين، من أن تكون حوالة دين".^(٤)

٣ " ويمكن كذلك في الحوالة المطلقة أن نتصور أن الدائن هو الذي يريد أن يحيل حقه للأجنبي وهذه هي حوالة الحق بالمعنى الدقيق ، وحوالة الحق أيضا لا يسلم بها الفقه الإسلامي بوجه عام خلافا لما يقال عادة ... ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها في حدود معينة".^(٥)

(١) الوسيط للسنهوري : ٤٢١/٣ - ٤٢٢ .

(٢) مما قرأته في هذا : العقود الشرعية للدكتور عيسى عبده ص٢٢٣ وما بعدها ، ومحمد زكي بن عبد البر (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ومنهج دراسة الفقه الإسلامي العدد أكتوبر ١٩٨١ ص١٠٢ وما بعدها .

(٣) الوسيط ٤٢١/٣ و ٤٢٨ - ٤٣٣ .

(٤) الوسيط ٤٢١/٣ .

(٥) الوسيط ٤٢/٣ .. وذلك في نظره لأن المذاهب الفقهية تشترط في الحوالة مديونية المحيل للمحال بينما القانون لا يشترط ذلك .

٤ - " حوالة الدين هي المعنية بلفظ الحوالة في الفقه الإسلامي ... فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ، ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ، ويسمى حوالة الحق : بيع الدين ، أو هبة الدين".^(١)

٥ - " والذي يخلص من كل ذلك أن حوالة الدين (أي في الفقه الإسلامي) هي إما تجديد ، أو كفالة محورة أو كفالة محضة في الفقه الحنفي ، وهي تجديد للدين بتغيير المدين ، وتغيير الدائن في المذاهب الأخرى".^(٢)

هذه هي أهم النقول التي كتبها الأستاذ السنهوري، نقلتها من مصادره.

مناقشة

نلاحظ أن الأستاذ السنهوري لم ينظر في صور الحوالة إلا من منظور تاريخي، حيث اهتم بالتطور التاريخي للتشريع الوضعي في القانون الروماني وما بني على أساسه في أوربا ، وتوافق أن يجد في الحوالة وأحكامها ملامح الصورة القانونية التي يعرفها ، فإذا اختلف النظر الفقهي في بعض الجزئيات عن النظر القانوني الحديث حكم بعدم وجود الحوالة في الفقه الإسلامي ، وهذا النظر بعيد عن الصواب .

ونحاول الآن مناقشة الدكتور السنهوري من خلال نظريته إلى الحوالة في الفقه الإسلامي على النحو التالي :

أ . استعمل الأستاذ السنهوري مصطلحات قانونية استعملها القانون الحديث بل القانون المدني المصري بالذات فأراد من خلالها أن يصنف المذاهب في الفقه الإسلامي تبعاً لها كالمفهوم القانوني الحاضر لحوالة الحق وحوالة الدين وتجدد

(١) الوسيط ٤٢٢/٣ .

(٢) الوسيط ٤٣٧/٣ حاشية .

الدين والإنابة في الوفاء - والكفالة، والخلافة الخاصة والعامة إلى آخر هذه المصطلحات ، فإذا لم يطابق رأي الفقهاء هذه المصطلحات الحديثة بكل شرائطها وآثارها - وهذا ما لا يمكن تحققه بحال - اعتبر أن حوالة الدين ، فضلا عن حوالة الحق لم تعرفها المذاهب الفقهية الإسلامية وإنما الذي عرفوه هو الكفالة.

ب . لو أن الدكتور السنهوري اكتفى بإجراء مقارنات بين الأحكام في مذاهب الفقه الإسلامي وبين القانون المصري أو غيره لكان نهجا طبيعياً ، أما وأنه جعل شريعة ما حكما على شريعة أخرى فهذا منطوق غريب ، حيث إن لكل شريعة منهاجاً في تحقيق المصالح التي تهدف إلى تحقيقها من طريق الأحكام .

ج . حاول الأستاذ السنهوري الاستدلال على رأيه بأن أورد كثيراً من نصوص المذاهب الفقهية المختلفة ليستدل بها على رأيه متبعاً منهجه في الاستدلال بها، وهو بيان مخالفة أحكام الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة لأحكام الحوالة في القانون المدني المصري ، وهذا عنده كاف للحكم بعدم وجود حوالة إطلاقاً في الفقه الإسلامي.

د . إن أحكام الحوالة في الفقه الإسلامي مأخوذة من النصوص الشرعية الآمرة والتي ضبطت هذه الأحكام في تطورها كالحديث القائل: (مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)^(١) وقواعد ضبط المعاملات كمنع بيع الدين من غير صاحبه الذي عليه ، وتحريم البيوع الربوية، وغير ذلك، وليست اجتهاداً فقهيًا نابعاً من الحاجة والمصلحة الزمنية المتطورة .

هـ . إن ارتباط النصوص والقواعد الشرعية بالأصل السماوي للشرعية الإسلامية يمنع إخضاعها لسنة التطور في التشريع الوضعي، لأنها من عند الله

(١) سبق تخريج الحديث في ص ٤٤٧ .

وليس من عند البشر،^(١) قال المرحوم الأستاذ الشهيد عبد القادر عودة^(٢):

"وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون أنهم سورا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر .. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء ، والناس برب الناس ، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه ، وأرضه بسمائه ؟ وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سورا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان في طبيعتهما كل الاختلاف ... والقاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس ، أو كان القياس باطلا".

فالشريعة الإسلامية ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا ولا تشهد فيها نقصا .. ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التي وصل إليها أخيرا القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه أخيرا القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن يتحقق من المبادئ هو موجود في الشريعة من يوم نزولها.^(٣)

وممن قام بالرد على السنهوري حول رأيه في الحوالة الدكتور زكي عبد البر^(٤) الذي قال: (إن محل النظر — عندنا — أن أستاذنا الجليل السنهوري، رحمه الله وجعل الجنة مثواه ، أخذ بالفقه الفرنسي فأنكر ما في الفقه الإسلامي (الحوالة) وأدخل ما ليس فيه (التجديد والكفالة المحورة والإنابة القاصرة) وهي نتيجة طبيعية

(١) انظر تفصيل ذلك في التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ١٣/١١ — ٦٣ .

(٢) عبد القادر عودة: من رجال القانون والقضاء والمحاماة، اختير عضوا في مكتب الإرشاد لجماعة الإخوان المسلمين، أعدم شنقا بالقاهرة عام ١٩٥٤، من مؤلفاته: الإسلام وأوضاعنا السياسية، والتشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. انظر معجم المؤلفين: ج ٢٩٦/٥ .

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي ١٣/١ — ١٧ .

(٤) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص ١٢٣ .

لدراسة الفقه الإسلامي بأسلوب القانون).

كما قال الأستاذ الدكتور عيسى عبده في هذا المقام^(١): "بنى الدكتور السنهوري رأيه في الحوالة الشرعية على منطلق خاطئ هو أن الشريعة الإسلامية تحكمها قوانين التطور الاجتماعي كما هو الشأن في القوانين الوضعية الأخرى، فقد وجد أن القانون في تاريخه الطويل منذ الرومان حتى عهدنا الحاضر قد تطور من عدم الاعتراف بالحوالة، والتحايل عليها بالتجديد والإنابة إلى معرفة حوالة الحق.. وأراد أن يطبق هذه الظاهرة على الشريعة الإسلامية فاستعصت عليه، فلجأ إلى البحث في تفاصيل الآراء المذهبية وتحليلها توصلا إلى هذه النتيجة التي أرادها".

ولعل هذه الملاحظات الموجهة لأسلوب الدكتور السنهوري هي مأخذ على ما قرره سابقا، حيث إنه درس الفقه الإسلامي بأسلوب الفقه الغربي.

وللإنصاف أشير إلى ما كتبه الأستاذ السنهوري في شهادته بإقرار أحد المذاهب الإسلامية لحوالة الحق حيث قال: (...ويخلص من كل ذلك أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه.. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه، وهو مذهب مالك دون المذاهب الأخرى).

وفي رأبي أن هذا النص كاف لإثبات اعتراف الفقه الإسلامي بحوالة الحق،

(١) العقود الشرعية ص ٢٣٣.

ولو كانت في مذهب واحد من مذاهبه.

وللإنصاف أيضا أذكر أن الأستاذ السنهوري بين المواطن التي تميز بها الفقه الإسلامي، ولم يقع فيما وقع فيه أثناء حديثه عن الحوالة، حيث أشاد بعدم مضاهاة الفقه الغربي للفقه الإسلامي.^(١)

و لبيان الموقف الصحيح أقول: إن الفقه الإسلامي أقر حوالة كل من الدين والحق واشترط رضا الشخص الثالث (المحال عليه) وهو المدين الجديد^(٢) وللدائن المحال حق الرجوع على المدين في حالة التوى، وقد أجاز الحنفية حوالة الدين وحوالة الحق إلى شخص ثالث بالتراضي على ما سبق بيانه.

المطلب الرابع

انتهاء الحوالة^(٣)

تنتهي الحوالة بعدة أمور :

- ١- أن يبرئ المحال المحال عليه.
- ٢- أن يهب المحال المال للمحال عليه ، ويقبل الهبة.
- ٣- أن يتصدق المحال على المحال عليه ، ويقبل الصدقة ، لأن الهبة والصدقة في معنى الإرث أو الأداء.
- ٤- أداء المحال عليه المال إلى المحال ، فإن أدى المحال عليه المال

(١) كإشادته بموقف الفقه الإسلامي من نظرية النيابة في التعاقد (مصادر الحق : ٢٦٢/٥ - ٢٦٤) ، ونظرية البطلان جـ٤/٢٨٤ - ٢٨٥ .

(٢) المادة ٦٨١ من المجلة.

(٣) البدائع : ١٨/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٤٧/٥ ، المبسوط : ٥٢/٢٠ ، الدر المختار : ٣٠٤/٤ ، مجمع الضمانات ص٢٨٢ .

انتهت الحوالة وذلك بانتهاء حكمها.

٥- أن يموت المحال ويرث المحال عليه مال الحوالة ، لأن الإرث من أسباب الملك فيملك المحال عليه الدين . وتنتهي الحوالة المقيدة عند أبي حنيفة وصاحبيه خلافا لبقية الفقهاء بموت المحيل لدخول المال الذي قيدت به الحوالة في تركة المحيل.

٦- كما تنتهي الحوالة بالفسخ فإذا فسخت الحوالة يعود الحق للمحال فسي أن يطالب المحيل . وكما هو معروف فالفسخ هو إنهاء العقد قبل أن يبلغ غايته.

٧- أن يتوى^(١) حق المحال بموت أو إفلاس أو غيره ، وهو مذهب الحنفية وذلك لما روي عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه:^(٢) (إذا مات مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل) ولأن الحوالة مقيدة بسلامة حق المحال له، لأنه هو المقصود فأصبح كوصف السلامة في البيع.

أما عند الحنابلة^(٣) والشافعية^(٤) والمالكية^(٥) فإنه إذا تمت الحوالة وانتقل الحق ورضي المحال ، فإن الحق لم يعد إلى المحيل أبدا ، سواء تعذر استيفاء الحق لمطل أو فلس أو موت أو أمكن استيفاؤه فأشبهه من اشترى شيئا هو مغبون فيه.

أما إذا اشترط المحال يسار المحال عليه ، فبان معسرا رجع على المحيل عند الحنابلة والمالكية لقوله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون عند شروطهم)^(٦).

(١) التوي في اللغة هو الهلاك والتلف.

(٢) مصنف عبد الرزاق: ج ٨/٢٧٠ المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٣ الطبعة الثانية.

(٣) المغني لابن قدامة: ٤/٥٢٦.

(٤) المهذب : ج ١/٣٣٨- مغني المحتاج: ٢/١٩٥ وما بعدها

(٥) بداية المجتهد : ٢/٢٩٦ ، الشرح الكبير : ٣/٣٢٦ ، القوانين الفقهية ص ٣٢٧.

(٦) رواه الترمذي والحاكم عن عمرو بن عوف راجع نصب الراية : ٤/١١٢ ، سبل السلام: ٣/٥٩.

وبهذه العناصر السالفة الذكر أكون قد جمعت الحالات التي تجعل الحوالة

تنتهي.

الفصل الثالث

تقييد الحق المدني الشخصي وانقضاؤه وفيه مبحثان

المبحث الأول

تقييد الحق وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: اعتبار المصالح

المطلب الثاني: التكافل الاجتماعي

أصول التكافل الاجتماعي

١- الأخوة ٢- المحبة ٣- الرحمة ٤- التعاون على البر

المطلب الثالث : التوازن الاجتماعي

المطلب الرابع : الجانب التعبدي

١- الزكاة ٢- خمس الغنائم ٣- الجزية ٤- الخراج

٥- العشور ٦- الكفارات ٧- صدقة الفطر ٨- الأضاحي

٩- فدية الصيام

الفصل الثالث

تقييد الحق الشخصي وانقضاؤه وفيه مبحثان

المبحث الأول

تقييد الحق الشخصي وفيه أربعة مطالب

مما سبق ذكره في نظرية التعسف وقواعد ضبط الحق يتضح لنا مدى تأثيرهما على الحق توازنا وتقييدا، ولعل تحديد بعض المعايير الهامة يساهم في تحديد العناصر التي ينطلق منها تقييد الحق الشخصي، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

اعتبار المصالح

لقد أفاض كثير من الأصوليين^(١) في اعتبار أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، وهذه المقاصد مقصودة من الشارع، وليست لمجرد تكليف أو إخضاع المكلفين، وإذا كان الحكم هو منشأ الحق الشخصي فإن الحق شرع لغاية هي المصلحة التي شرع لها وقد استدل الأمدي^(٢) على ذلك بقوله^(٣): (لأن الأحكام إنما شرعت لمقاصد العباد، أما أنها -الأحكام -

(١) الموافقات للشاطبي: ٢٣٠/٤ دار المعرفة بيروت، وإرشاد الفحول للشوكاني: ٣١٤/١ دار الفكر بيروت ١٩٩٢، والإبهاج في شرح المنهاج لابن السبكي: ٣١٠/٢ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٤هـ.

(٢) الأمدي: هو علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التعلبي الأمدي الحنبلي ثم الشافعي (سيف الدين) فقيه أصولي متكلم منطقي حكيم، ولد بأمد وأقام ببغداد ثم انتقل إلى الشام، من تصانيفه: أحكام الأحكام في الأحكام، ودفائق الحقايق في الحكمة، توفي سنة ٦٣١هـ. معجم المؤلفين: ج ٧/١٥٤ - ١٥٥.

(٣) الأحكام للأمدي ج ٣/٣٢٦ دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٤هـ تحقيق: د. سيد الحميلي.

مشروعة لمقاصد وحكم ، فيدل عليه الإجماع والمعقول) ثم بين دليل الإجماع بقوله: (وأما الإجماع فهو أن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو عن حكمة ومقصود ، وإن اختلفوا في كون ذلك بطريق الوجوب كما قالت المعتزلة أو بحكم الاتفاق والوقوع والتفضل من غير وجوب كقول أصحابنا)، والمعتزلة يقولون باعتبار المصالح في الأحكام الشرعية وهم بهذا يتفقون مع الجمهور ، وإنما اختلفوا في المدرك ، فالأشاعرة يقولون (لا حكم قبل الشرع) فالمصالح عندهم تعرف من تتبع موارد الشرع ولا قبل للعقل بإدراكها بينما المعتزلة يقولون بأن العقل يدركها ، والشرع جاء كاشفا لما فهمه العقل.^(١)

كما استدلل الأمدى بالمعقول وفيه:^(٢)

أ — أن الأحكام مما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم، فكانت رحمة للعالمين لقوله تعالى : ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٣) فلو خلت الأحكام عن حكمة عائدة إلى العالمين ما كانت رحمة بل نقمة لكون التكليف بها محض تعب ونصب.

ب — أنه لو كان شرع الأحكام في حق العباد لا لحكمة لكانت نقمة لا رحمة.

ج — أنه لو كانت التكاليف بالأحكام لا لحكمة عائدة إلى العباد لكان شرعا نصبا محضا وكان ذلك هو الإسلام وهو خلاف النص.

ومن هنا يتضح لنا أن التشريع كان لحكمة ومصلحة ، ومما يؤيد هذا أيضا ما ذكره الشاطبي حين أشار إلى أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد ، وقد

(١) الموافقات للشاطبي: ٤٥/٢ دار المعرفة بيروت.

(٢) الأحكام للأمدى: ٣١٧/٣ دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٤هـ .

(٣) الأنبياء: آية ١٠٧ .

استدل بأدلة قطعية باعتماده على دليل الاستقراء حيث يقول^(١): (والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد فإن الله تعالى يقول في بعثه الرسل وهو الأصل : ﴿رسلنا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾^(٢) ويقول: ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾^(٣) وقال في أصل الخلقة : ﴿وهو الذي خلق السماوات والأرض في ستة أيام وكان عرشه على الماء ليبلوكم أيكم أحسن عملاً﴾^(٤)

هذا إلى جانب التعاليل الكثيرة لتفاصيل الأحكام كقوله تعالى: ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم﴾^(٥) وقال في الصيام: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون﴾^(٦) وقال في الصلاة : ﴿إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾^(٧) الخ ، هذا وقد قسم الشاطبي المصالح إلى ثلاثة مراتب حسب أهميتها : الضروريات والحاجيات والتحسينات.^(٨)

وإذا كانت الشريعة جاءت لتحقيق المصالح فيجب أن يكون قصد المكلف موافقا لقصد الله في التشريع ، وعليه فلا يجوز التحايل أو تقديم ما ظاهره الحل لتحليل حرام أو إسقاط واجب.^(٩)

(١) الموافقات للشاطبي: ٦/٢ دار المعرفة بيروت.

(٢) النساء: آية ١٦٥.

(٣) الأنبياء: آية ١٠٧.

(٤) هود: آية ٧.

(٥) المائدة: آية ٦.

(٦) البقرة: آية ١٨٣.

(٧) العنكبوت: آية ٤٥.

(٨) المرجع السابق ص ٨.

(٩) الموافقات : ٢٠١/٤.

وإذا كان مقصود المكلف غير موافق لقصد الشارع ، فإنه يصبح مقصوداً غير شرعي والمقصود غير الشرعي يهدم القصد الشرعي ويفوت المصالح ، ومن هنا نشأت نظرية الباعث أو الدافع.^(١)

كما يجب أن يتجه النظر إلى نتيجة وثمره العمل،^(٢) والشارع يطلب الحكم على ضوء المأل أو يمنعه لذلك نجد تخصيص النص بالمصلحة وتقييد مطلقه كما نجد استثناء حكم واقعة من أصل عام ، وقد تفرع على ذلك مبدأ سد الذرائع والاستحسان والمصالح المرسلة ، وتغير الأحكام بتغير الزمان ، وكل هذا يؤيد تقييد الحق بالغاية التي شرع من أجلها وهي المصلحة ، كما يؤيد هذا القول بأن الحقوق والأفعال المشروعة عبارة عن وسائل وليست غايات في حد ذاتها .

إذا فالمصلحة قيدت الحق إن في بواعثه أو ثمرته وهذا يتمشى مع التنسيق العام للتشريع الإسلامي والذي أمر بالصدق والوضوح في كل شيء

المطلب الثاني

التكافل الاجتماعي

إن التكافل الاجتماعي سمة أساسية في المجتمع الإسلامي وأصول التكافل ترجع إلى الإيمان بالله والطمع فيما عنده ، والمسلم قد يضحى بما عنده ابتغاء مرضاة الله وطلباً لجنته ولنا في السلف الصالح مثال حي عبر التاريخ ولا أدل على ذلك من تقديم الإنسان نفسه وماله من أجل إقامة الدين وحفظ الأمن والاستقرار داخل المجتمع المسلم ، كما أن البعد الأخروي والجانب الغيبي يجعل

(١) أعلام الموقعين ٨٢/٣ ، والمواقفات : ٢٢٣-٢٢٣.

(٢) ابن تيمية لأبي زهرة ص ٥٠.

المسلم ينظر إلى كل ما يتنافس عليه غيره من غير المؤمنين شيئاً قليل الأهمية ليقينه بزوال هذه النعمة ولو بعد حين ، أما ما ينفعه فهو ما يستبقه لما بعد الموت من عمل صالح يدخله الجنة ويخلده فيها ، قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَانَتْ لَهُمْ جَنَّاتُ الْفِرْدَوْسِ نُزُلًا * خَالِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾^(١)

من هنا يمكن القول أن نظرة المؤمن إلى الحياة والكون تجعله قليل الاكتراث بما في يده من مال فضلا عن أن يتخذ كل الطرق لاستجماعه أو التحايل في جمعه أو الاستماتة في الحصول عليه فهو مقيد في هذا كله بما أمر الله ونهى عنه ، وهذا تقييد للإرادة الحرة الجامعة التي نادى بها بعض النظريات الفردية .

وأصول التكافل الاجتماعي هي نتيجة طبيعية لأصول عامة استقر عليها التشريع الإسلامي ويمكن تلخيص هذه الأصول في العناصر التالية :

١- الأخوة : وهو أن يشعر المسلم بالصلة الإيمانية التي تجمع بينه وبين المؤمن الآخر أو تجمع بينه وبين بقية المؤمنين ، ويكون تصرفه وأعماله منبثقة من هذه الأخوة ، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾^(٢) وقال أيضا : ﴿فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا﴾^(٣) وقال صلى الله عليه وسلم : (المسلم أخو المسلم)^(٤) ، ولا شك أن التقييد بهذه المعاني الأخوية تجعل التباين واضحا بينها وبين نية الإضرار ، وبالتالي فلا تجتمع الأخوة مع نية الإضرار ، ولا يقال إن الأخوة عامل نفسي لا أثر له ، بل يجب القول بأن العوامل النفسية تؤثر على الحكم كما رأينا تأثير العوامل النفسية المحضة في الباعث مثلا حيث يمتنع التصرف شرعا بسببه ، وعليه فالأخوة تصنع ما لا يصنعه التقنين الخارجي الذي يراقب السلوك الظاهري ويحاول ضبطه .

(١) سورة الكهف: الآية ١٠٧ - ١٠٨ .

(٢) سورة الحجرات: الآية ١٠ .

(٣) آل عمران: آية ١٠٣ .

(٤) صحيح مسلم: ١٩٨٦/٤ دار إحياء التراث العربي - بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٢- المحبة : وهي عامل مؤثر يؤدي إلى سلوك حتماً وفق محبوب الإنسان وأول محبة يسعد بها المؤمن هي محبة الله ورسوله ، قال تعالى : ﴿قل إن كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله﴾^(١) ومحبة الله تقتضي اتباع أمره واجتناب نهيه كما تتطلب اتباع رسوله ومحبته مما يجعل التضحية لدينه والجهاد في سبيله أمراً مرغوباً إلى النفس المؤمنة وفي التعاملات المدنية نجد أن المحبة بين المؤمنين تسهل هذه المعاملات بل وتتميها والمنتبع لتوجيهات المصطفى صلى الله عليه وسلم يجد ضرورة وثمره المحبة ، قال عليه الصلاة والسلام: (لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه)^(٢) وهذا الحديث يجعل حداً للأثرة ويقيد من علباء النفس وحب الذات وقال أيضاً: (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)^(٣) وقال أيضاً: (المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده)^(٤) وقوله صلى الله عليه وسلم: (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)^(٥) وينتج عن هذا اشتراك المسلمين في المنافع ، بل وتدفع المحبة أحياناً إلى الإيثار كما قال تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾^(٦).

٣- الرحمة : هذا الخلق ينبع من القلب نتيجة الإيمان ويتحول إلى مهارة سلوكية يؤدي طبعاً وحتماً إلى عدم الإضرار بل يؤدي إلى الإحسان ، ولا يمكن أن يجتمع ضرر وإحسان أو ضرر ورحمة ، قال تعالى : ﴿وما أرسلناك إلا رحمة

(١) آل عمران: آية ٣١.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان ج ١/١٤ - دار ابن كثير - اليمامة بيروت.

(٣) أخرجه البخاري باب تشبيك الأصابع ج ١/١٨٢ - دار ابن كثير.

(٤) أخرجه البخاري في باب المسلم من سلم المسلمون ج ١/١٣ - دار ابن كثير اليمامة بيروت ط: ٣.

(٥) أخرجه مسلم في باب تراحم المؤمنين ج ٤/١٩٩٩ دار إحياء التراث العربي بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

(٦) الحشر: الآية ٩.

٤- التعاون على البر والتقوى : وصور التعاون كثيرة ومتنوعة وقد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، قال تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الأثم والعدوان﴾^(٢) ولأن الإنسان مرتبط بغيره باعتباره صاحب حق مع غيره من الناس ، ومرتبب كذلك بالمجتمع ، وحتى وإن اعترف له بالحريية والعصمة والمالكية^(٣) باعتباره شخصا مستقلا يملك حقوقا ، فمقتضى التعاون يعني عدم إلحاق الضرر بالغير ، وعدم إضرار المجتمع ، وهذا هو المعنى الاجتماعي الذي دعا إليه الإسلام، يدل على بذل الإنسان جهدا وتضحية من أجل الآخرين أفرادا كانوا أو جماعات ، وله صور متعددة فقد يكون بإعانة الإنسان أن يركب على دابته وقد يكون بمساعدة الإنسان لأخيه ماديا ، وقد يكون بالتعاون الجماعي في اتخاذ موقف أو توجيه نصيحة أو غير ذلك من ألوان وصنوف التعاون .

المطلب الثالث

التوازن الاجتماعي

ويظهر هذا التوازن من خلال التنسيق بين المصالح والحقوق المتعارضة سواء كانت فردية أو عامة ، وهذا التنسيق وضعت له هذه القواعد وهي :

(الضرر يزال)^(٤) و(الضرر الأشد يزال بالأخف)^(٥) و(الضرر يدفع بقدر

(١) الأنبياء: الآية ١٠٧

(٢) المائدة: الآية ٢.

(٣) التوضيح ١٦٢/٢.

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٢.

(٥) مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٢٧.

وكل هذه القواعد وما تهدف إليه ترمي في نهاية المطاف إلى التنسيق العلم بين الأحكام الجزئية والتشريع العام ، وهذا ما يجعل التقييد سواء على مستوى الفرد أو على مستوى الجماعة واردا بما يحقق المصلحة ويدفع التعارض وهذا التقييد على الحقوق - فردية كانت أو جماعية - يعكس المعنى الاجتماعي للحق الشخصي والذي هو نتاج مبدأ التضامن الاجتماعي والذي ينتج عنه :

١- تقييد حرية التجارة : ويظهر ذلك في :

أ - منع تلقي السلع

ب - النهي عن بيع الحاضر للبادي^(٢)

وهذه الموازنة تهدف في نظرها إلى المآل وهو النتيجة المادية الواقعة ، قال الشاطبي - رحمه الله -^(٣) : (كالمع في تلقي الركبان ، فإن منعه في الأصل ممنوع ، إذ هو من باب منع الارتفاق ، وأصله ضروري أو حاجي لأجل أهل السوق ، ومنع بيع الحاضر للبادي ، لأنه في الأصل منع من النصيحة إلا أنه إرفاق لأهل الحضر ، وتضمن الصناع قد يكون من هذا القبيل وله نظائر كثيرة ، فإن جهة التعاون هنا أقوى ، وقد أشار الصحابة على الصديق رضي الله عنه - إذ قدموه خليفة - بترك التجارة ، والقيام بالتحرف على العيال لأجل ما هو أهم في التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين ، وعوضوه عن ذلك في بيت المال)

وقد علق الشيخ دراز على قول الشاطبي في بيان الأصل الذي يقوم عليه

(١) مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٣١ .

(٢) سنن أبي داود ٣/٣٦٧ ، النووي على مسلم ٤/٨ ، مصادر الحق للسنيهوري ٢/٩٠-٩٢ ، بداية المجتهد : ٢/١٣٨ ، فتح القدير : ٦/١٠٦ ، الإحياء للغزالي : ٨/٢ .

(٣) الموافقات ج٣/٢٦٠ دار المعرفة بيروت - تحقيق عبد الله دراز .

منع تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي شارحا إياه بقوله^(١): (وإهمال هذا الكسب وتركه منهي عنه ، لكن هذا الترك فيه تعاون ورفق بأهل الحضر ، لأن البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو في الأسعار ، ولكن الحاضر إذا باع له يقف على الأسعار الجارية في الحضر ، وفيه تضيق عليهم ، فألغى النهي عن ترك النصح ، وروعي المطلوب ، وهو التعاون رفقا بالحضر ، وتقديما للمصلحة العامة) ، كما قال أيضا^(٢): (هذا وباب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع ، ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة ، ومنه تشريح جنث الأموات لفائدة طب الأحياء ، إلى غير ذلك)

وسأورد الآن آراء الفقهاء لنؤكد قيام الشريعة على فقه الموازنة بين المصالح في المذهب الحنفي والمالكي حيث أجازوا نزع ملكية ما يحتاج إليه المسجد أو الطرقات العامة لتوسيعها من أرض مجاورة مملوكة لأفراد ، وإذا امتنعوا^(٣) نزعت جبرا قال الشاطبي^(٤): (إن الامتناع في هذه الحالة يعتبر تعديلا) ، ويمكن أن نقيس على ذلك إنشاء مستشفى أو توسعته أو شق مصرف عام أو غير ذلك من المصالح العامة.

ويمكن القياس على المصلحة العامة كما قال ابن القيم في منافع الزراع والتجار والحرفيين إذا احتيج إليها حيث قال^(٥): (ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة - كالفلاحة والنساجة والبناء - فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم فإنه لا تتم المصلحة إلا بذلك)

وإذا كان التضامن الاجتماعي لم يتحقق بالوازع الديني كان على ولي الأمر

(١) المرجع السابق ، الهامش.

(٢) المرجع السابق : انظر الهامش.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٣/٣٨٣-٣٨٤ ، والمدخل للزرقا ١/٢٢٧ .

(٤) الموافقات ٢/٢٢٧ .

(٥) الطرق الحكمية ص ٢٨٩ .

أن يلزم ذلك بالقوة كما قال ابن حزم^(١): (وفرض على الأغنياء من أهل كل بلد أن يقوموا بفقرائهم ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم) كما أنه إذا حل بالبلد ما يوجب التضامن وعجز بيت المال عن ذلك تأكد التعاون خصوصا إذا تعلق الأمر بتقوية الثغور قال الشاطبي^(٢): (إنا إذا قررنا إماما مطاعا مفتقرا إلى تكثير الجنود لسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الأقطار ، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم ، فلإمام إذا كان عادلا أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال إلى أن يظهر مال بيت المال ، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمرات وغير ذلك . . . وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين ، لاتساع بيت المال في زمانهم ، بخلاف زماننا . . . فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام بطلت شوكة الإسلام ، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار) ونجد نفس المعنى قد أشار إليه الغزالي^(٣) حيث قال^(٤): (إذا خلت أيدي الجنود من الأموال ولم يكن من مال المصالح - بيت المال - ما يفي بنفقات العسكر ، وخيف من ذلك دخول العدو بلاد الإسلام ، أو ثوران فتنة من قبل أهل الشر ، جاز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لأننا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين) كما سبق.

وأثناء حديث العز بن عبد السلام عن ترجيح المصلحة العامة على الخاصة قال^(٥): (المصلحة العامة كالضرورة الخاصة ، ولو دعت ضرورة واحد إلى

(١) المحطى : ١٥٦/٦ .

(٢) الاعتصام ص ١٢١ .

(٣) الغزالي: محمد بن أحمد الطوسي الشافعي المعروف بالغزالي، ولد بخراسان سنة ٤٥٠، حكيم متكلم فقيه أصولي، له تصانيف كثيرة منها: إحياء علوم الدين، وتهافت الفلاسفة، توفي سنة ٥٠٥هـ. معجم المؤلفين: ج ٢٦٦/١١ .

(٤) المستصفي: ٣٠٣/١ .

(٥) القواعد لابن عبد السلام : ١٦٢/٢ .

غصب أموال الناس لجاز له ذلك بل يجب عليه إذا خاف الهلاك لجوع أو حر أو برد ، وإذا وجب هذا لإحياء نفس واحدة فما الظن بإحياء النفوس ؟ بل إقامة هؤلاء أرجح من دفع الضرورة عن واحد) وهناك أمثلة كثيرة قيدت الحق الفردي الشخصي إزاء المصلحة العامة يمكن الرجوع إليها في مصادرها.(^(١))

ونخلص من هذا إلى أن تقييد الحق مبني على قاعدة التضامن الاجتماعي وهذا التقييد يتعدى الحق إلى الإباحات كما جاء في كتاب الأم للشافعي^(٢) وهذا التقييد ليس متعلقا بالبائع لأن قصد صاحب الحق قد يكون حسنا ومشروعاً .

المطلب الرابع

الجانب التعبدي

يعتبر هذا المطلب مظهراً من مظاهر القيود التشريعية على الملكية الفردية وتظهر هذه القيود في العناصر التالية :

الزكاة - خمس الغنائم - الجزية - العشور - الكفارات - الفديات .

وكل هذا يظهر مبدأ التضامن والتراحم والمساندة التي رغب فيها الإسلام ، وكثير من هذه التشريعات والصدقات مبني على الرغبة الخالصة ، والتي يرجو من ورائها المكلف مرضاة الله ونعيم الآخرة ، ونوجز هذه العناصر في النقاط التالية :

١- الزكاة : وهي إخراج جزء معلوم من المال إذا بلغ النصاب وحال عليه الحول ويكون في الغنم والبقر والإبل والذهب والفضة والنقود والزرور والثمار

(١) الموافقات : ٣٥٠/٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢١ .

(٢) الأم للشافعي ٢٦٦/٣ .

وعروض التجارة ، قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاٰكِعِينَ﴾^(١) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (بني الإسلام على خمس ... وإيتاء الزكاة ...) ^(٢)

٢- خمس الغنائم : والغنائم جمع غنيمة وهي ما حصل عليه المسلمون من الكفار عن طريق الغلبة والقوة ، وكانت أول غنيمة ظفر بها المسلمون في سرية عبد الله بن جحش^(٣) ، قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾^(٤) والخمس يكون للرسول صلى الله عليه وسلم وأقاربه وأهل بيته واليتامى والأرامل يوزع عليهم حسب الحاجة أما الأربعة أخماس الباقية فتكون للغانمين.^(٥)

٣- الجزية : كانت الجزية أيام رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤخذ ذهباً ، وأخذت نقداً في عهد أبي بكر الصديق ، ثم تطور الأمر في عهد عمر بن الخطاب وأساسها قوله تعالى : ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾^(٦) وقد أخذها عمر من مجوس العراق ، والحكمة من ذلك أنهم غير مكلفين بالدفاع والأمن ، بل الدولة الإسلامية هي التي تحميهم ضمن حمايتها لأفرادها وتوفر لهم الأمن ، كما أن إظهارهم بمظهر الخاضع لحكم الإسلام لا ينفك عن الحكمة من تشريعها إذ يجب احترام الشرائع والقوانين التي تسنها الدولة المضيفة أو التي يعيشون ضمن حدودها ، أما من اشترك منهم في

(١) البقرة: آية ٤٣ .

(٢) صحيح مسلم: ٤٥/١ دار إحياء التراث العربي بيروت.

(٣) تفسير ابن كثير : ٢٥٠/٣

(٤) الأنفال: الآية ٤١ .

(٥) تفسير الجلالين ص ١٨٣ ، وتفسير معارف القرآن ٤/٣٣٧-٣٤٢ .

(٦) التوبة: آية ٢٩ .

الدفاع عن أرض الإسلام مع المسلمين فيعفى منها ، ويحرر من هذا القيد مقابل ما قدمه من تضحية مع المسلمين .

٤- الخراج : وهو ضريبة على الأرض طور نظامها عمر بن الخطاب بعد أن كانت غنيمة للمسلمين وأقر إبقاء الأرض في أيدي أصحابها وربط الخراج عليها،^(١) وما يعطى لبيت المال من نتاج هذه الأرض يعد رافداً من روافد الميزانية العامة للدولة ، وفي نفس الوقت يعد قيداً للملكية الخاصة لغير المسلمين داخل المجتمع الإسلامي .

٥- العشور : وهي الضريبة المفروضة على أموال التجارة الواردة إلى البلاد الإسلامية من أهل الذمة، فأذن عمر بن الخطاب أن يؤخذ منها العشور بعد أن شاور الصحابة - رضوان الله عليهم - في هذا الأمر ، وهذا قيد أيضاً على المال الخاص داخل نظام الدولة.

٦- الكفارات : وهي متعددة ومتنوعة مصادرها ، فهناك كفارة اليمين لقوله تعالى : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْآيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَوْ هَلِيكُمُ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ...﴾^(٢) وهناك كفارة الظهار ودليلها قوله تعالى : ﴿الَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُنَّ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ * وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَ تَوَعَّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ * فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ

(١) الخراج لأبي يوسف : ص ٣٦-٣٨

(٢) المائدة: ٨٩.

عَذَابٌ أَلِيمٌ^(١) والظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة أجنبية محرمة عليه على التأييد.

ومن الكفارة الإطعام أيضا ، وإجمالا هو قيد على المال بهذا الحكم الشرعي ، ومنها أيضا كفارة القتل الخطأ لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا^(٢)﴾.

ونلاحظ أن في الكفارة العتق والإطعام ، وهكذا نجد أن الكفارات جزء مهم من المال يبذل سواء في الإعتاق أو الإنفاق استجابة لأمر الله تعالى وتطهيرا للنفس ، وهذا التشريع قد قيد هذه التصرفات المالية لغاية وحكمة .

٧- صدقة الفطر : وهي من الصدقات الواجبة عند الجمهور^(٣) وتقدر بنصف صاع من بر أو صاع من تمر لقوله صلى الله عليه وسلم ك (أدوا على كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاع من شعير)^(٤)

٨- الأضاحي : وهي ما يذبح قربانا لله تعالى في يوم عيد الأضحى ، والأضحية واجبة عند الحنفية وعلى كل مسلم موسر حر مقيم أن يضحي وله الأجر والثوبة العظيمة ، قال تعالى : ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾^(٥) وهي سنة سيدنا إبراهيم عليه السلام وتكون من الإبل والبقر والغنم.

(١) المجادلة: الآية ٢ - ٣ - ٤ .

(٢) النساء: الآية ٩٢ .

(٣) المغني : ٨٦/٣ ، الأم : ٦٢/٢ .

(٤) نصب الرأية: ٤٢٢/٢ - دار الحديث مصر ١٣٥٧ تحقيق محمد يوسف البنوري .

(٥) الكوثر: ٢ .

٩- فدية الصيام : وهي طعام يخرج منه عجز عن الصيام وهذا الطعام يكون من غالب قوت أهل البلد ، ومقداره نصف صاع من قمح أو قيمة ذلك من نقود ، قال تعالى : ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾^(١).

وبهذا نأتي إلى نهاية هذه الجولة السريعة على القيود التشريعية على المال، والتي تنعكس على الحق الشخصي وتدخل ضمن الإطار العام للتقييد.

(١) البقرة: الآية ١٨٤.

المبحث الثاني

انقضاء الحق المدني الشخصي وفيه تمهيد ومطلبان

تمهيد

المطلب الأول

انقضاء الحق بالوفاء أو بما يعادل الوفاء وفيه فرعان

الفرع الأول: انقضاء الحق بالوفاء

الفرع الثاني: انقضاء الحق بما يعادل الوفاء

١- الوفاء بمقابل

٢- المقاصة

٣- اتحاد الذمة

٤- التجديد

الآثار القانونية المترتبة على التجديد

المطلب الثاني

انقضاء الحق دون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء

١- الإبراء

٢- استحالة التنفيذ

٣- التقادم

المبحث الثاني

انقضاء الحق المدني الشخصي وفيه تمهيد ومطلبان

تمهيد:

مما لا شك فيه أن رابطة الالتزام حتماً ستتول إلى الزوال ، فالحق الشخصي لا بد أن يزول حيث لا يعقل أن يبقى المدين على التزامه إلى ما لا نهاية لتعارض هذا مع الحرية الشخصية ، كما أن الأصل في الذمة البراءة ، وانشغالها بالالتزام أمر عارض والعارض لا يدوم.^(١)

ولانقضاء الحق المدني الشخصي أسباب متعددة ذكرتها الشريعة الإسلامية كما ذكرها القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين العربية والأجنبية (العربية)، فالقانون المدني الجزائري^(٢) حدد طرق انقضاء الالتزام على النحو التالي وحصرها في ثمانية متأثراً في ذلك بالقانون المدني المصري:^(٣)

- ١- الوفاء
- ٢- الوفاء بمقابل
- ٣- التجديد والإنابة في الوفاء
- ٤- المقاصة
- ٥- اتحاد الذمة

(١) الوسيط للأستاذ السنهوري ج ٣/٦٢٩.

(٢) في مواده (٢٥٨-٣٢٢)

(٣) في مواده (٣٢٣-٣٨٨)

٦- الإبراء

٧- استحالة التنفيذ

٨- التقادم

وحصر القانون المدني الجزائري هذه الأسباب بالوفاء وبما يعادل الوفاء ودون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء .

المطلب الأول

انقضاء الحق بالوفاء أو بما يعادله وفيه فرعان:

ينقضي الحق بأن يأخذه صاحبه ممن عليه اختياراً أو بواسطة التنفيذ القضائي أو الظفر بجنس الحق أو باستبدال الدين بشيء من مال أو بدين آخر أو باتحاد الذمة أو المقاصة، كما ينقضي الحق المدني الشخصي دون حدوث الوفاء أو ما يقابله وهذا عندما يبرئ صاحب الحق الملتزم أو يسقط حقه قبله وكذلك عندما يستحيل تنفيذ الالتزام كما يضيف القانون المدني مضي المدة .

الفرع الأول

انقضاء الحق بالوفاء

الوفاء هو الطريق الطبيعي لتخلص الملتزم، وهو ما يؤديه الملتزم للدائن في مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به.^(١)

ونجد أن الله تعالى قد حثنا على الوفاء في أكثر من آية من كتابه العزيز

(١) المدخل للفقهاء الإسلاميين ص ٧٢٣ لمحمد سلام مذكور.

قال تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ^(١) وقال أيضا : «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ» ^(٢) وقال : «وَلْيُؤْفُوا نَذُورَهُمْ» ^(٣) ، وقال عليه الصلاة والسلام : (من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي) ^(٤)

وبهذا يتضح لنا أهمية الوفاء بالالتزام المشروع سواء أكان يقابله التزام آخر كالبيع والإجارة أم لا يقابله شيء كالنذر. ^(٥)

كما يتحقق الوفاء بأن يأخذ صاحب الحق حقه كاملا . أما إذا كان معسرا فيجوز الاجتزاء ببعض المطلوب ، ويصح الصلح على أخذ بعض الحق وإسقاط الباقي ، قال المرغيناني ^(٦) (بأنه استيفاء لبعض الحق وإسقاط لباقيه) ، ^(٧) ويستوي في هذا أن يكون الحق خالصا لله أو مشتركا أو خالصا للعباد بأن وجب في ذمة الغير نتيجة عقد أو التزام أو استهلاك. ^(٨)

فكل هذه الحقوق تبرأ الذمة عندما يؤديها صاحبها بنفسه أو بالإنابة فيما تجوز فيه الإنابة، ويتحقق الوفاء في الحال بالقبض في المجلس.

ويتحقق الوفاء في المؤجل عند حلول الأجل ، قال ابن عابدين ^(٩) : (كل ما

(١) المائدة: الآية ١ .

(٢) الإسراء: الآية ٣٤ .

(٣) الحج: الآية ٢٩ .

(٤) الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني: ج ٩٢/٢ دار المعرفة بيروت تحقيق عبد الله هاشم المدني.

(٥) النذر المعلق على شرط يجزيه عن الوفاء الكفارة لأن فيه معنى اليمين. انظر شرح المختار : ج ٣/٣٤ .

(٦) المرغيناني: علي بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي (برهان الدين أبو الحسن) فقيه مجتهد محدث حافظ مفسر مشارك في أنواع العلوم، من تصانيفه: شرح الجامع الكبير للشيباني، والهداية، وكفاية المنتهي، توفي سنة ٥٩٣ هـ . معجم المؤلفين: ج ٤٥/٥ .

(٧) الهداية: ١٥٩/٣ .

(٨) ابن عابدين : ج ٤/١٨٧ .

(٩) الدر المختار ج ٢ وابن عابدين ج ٤/١٨٧ .

يصح تأجيله من الديون لا يحق المطالبة به قبل الأجل الأخير ، وأن كل الديون
يصح تأجيلها عدا بعض مسائل مستثناة كبذل الصرف وبدل السلم) ، ويشترط
لبراءة ذمة المدين أن يكون الوفاء للدائن أو نائبه وإلا لم تبرأ ذمته .

ويحق لصاحب الحق أن يؤجل الدين للمدين ، كما يجوز للقاضي حبس من
عليه الحق عند ظهور مماطلته، كما يجوز لصاحب الحق أن يحبس تحت يده ما
في مقابل هذا الحق حتى يستوفي حقه كالمبيع في عقد البيع ، حيث يجوز للبائع
حبسه عن المشتري حتى يوفيه الثمن ما دام وقت الأداء قد حل وكان المبيع في
يده .

إذا انتهت المطالبة بالحق الشخصي عند الوفاء، فإذا كان المدين قد التزم
بالوفاء في الوقت المحدد ، فإن ذمته تكون قد برئت حيث يعترف الدائن بقبض
دينه واستيفاء حقه وهذا نوع من الإقرار.^(١)

أما الوفاء في القانون المدني فنقضى القاعدة العامة أن الحق لا يزول إلا
باستيفائه بذاته ، فإذا قام المدين بالوفاء بما التزم به يكون الحق قد انقضى وانتهى
ولم يعد هناك التزام ، ويزول بكل آثاره القانونية لأنه بمجرد قيام الطرف السلبي
في الحق بتنفيذ التزامه بالوفاء بذلك الحق سواء أكان أداء عمل أو القيام بعمل أو
الامتناع عن عمل أو إعطاء أو نقل شيء عيني فإن الحق قد انتهى وهذه هي
الصور السهلة والبسيطة لانقضاء الحق ، إلا أنه أحيانا لا يتم استيفاء الحق بها
دائما والتي هي عبارة عن (أداء ذات الحق من ذات المدين لذات الدائن) لأنه
أحيانا قد يستوفي الدائن حقه من غير المدين والعكس أيضا فقد يحصل عندما يقوم
المدين بالوفاء بدينه لغير الدائن كنائبه مثلا، أو قد يؤدي المدين الحق مجزأ ، وفي
كل هذه الحالات يزول الحق باستيفائه .

أما انقضاء الحق بالوفاء : فإنه يراد به التزام المدين بما التزم به، ويكون

(١) انظر المادة (١٥٣٦) من المجلة.

الوفاء صحيحا سواء أكان من المدين أو من نائبه،^(١) كما يجوز أن يقوم الغير بالوفاء بالدين على أن يكون له الحق في الرجوع على المدين بما دفعه،^(٢) وإذا لم يكن هناك اتفاق مسبق على أن يكون الوفاء للدائن شخصا ، فإن الوفاء يكون صحيحا للدائن أو لنائبه أو لأي شخص يقدم مخالصته بالدين صادرة من الدائن لاعتباره ذا صفة في استيفاء الحق،^(٣) وفي حالة كون محل الالتزام قيام المدين بعمل ولكنه لم يقم به كما هو الحال في استيراد سلعة معينة كالملابس أو الأغذية مثلا ، فهنا يجوز للدائن طلب ترخيص من القاضي لتنفيذ الالتزام بمعرفة الغير على نفقة المدين طالما أن الغير يعرف ذلك وكان هذا التنفيذ ممكنا ، وفي هذه الحالة يكون الحق قد انقضى وصاحبه قد استوفاه ولو من غير المدين وبدون إرادته ويحل الغير محل الدائن في استيفاء الحق من المدين الأصلي حتى ولو لم يقبل المدين بذلك.^(٤)

كما أن الوفاء لغير الدائن أو من ينوب عنه لا يعتبر استيفاء لحقه إن لم يقره الدائن ولا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء.^(٥)

والأصل في محل الوفاء أن يحصل صاحب المحل على حقه بذاته إذا كان شيئا معيناً ، ولا يجبر الدائن على قبول غيره حتى ولو كان مساويا لحقه في القيمة أو أعلى منه،^(٦) ويجوز الوفاء الجزئي إذا كان هناك اتفاق سابق بين الدائن والمدين أو كان هناك نص قانوني يقضي بذلك،^(٧) وإن كان الأصل هو الحصول

(١) المادة (٢٥٨) ق.م. جزائري.

(٢) انظر المادة (٢٥٩) الفقرة الأولى ، والمادة (٢٦١) من ق.م. جزائري.

(٣) المادة (٢٦٧) ق.م. جزائري.

(٤) المادتين (١٧٠ ، ٢٦٢) ق.م. جزائري.

(٥) المادة (٢٦٨) ق.م. جزائري.

(٦) المادة (٢٧٦) ق.م. جزائري.

(٧) المادة (٢٧٧) ق.م. جزائري.

على الحق كاملا ، وكليا لا جزئيا هذا بالنسبة لانقضاء الحق بالوفاء .

ونلاحظ إجمالاً أن رأي القانون المدني مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية على ما يلاحظ من خلال دراسة المواد السابقة من أن صاحب الحق أو نائبه يمكنهما استيفاء الحق ممن التزم به ، وأنه بهذا الأداء يكون من عليه الدين قد برئت ذمته ، كما يجوز الاجتزاء في حال الاتفاق على ذلك أو وجود نص قانوني ينص على ذلك كل هذا يؤكد مدى توافق ما ذهب إليه القانون المدني من أحكام الفقه الإسلامي في الوفاء .

الفرع الثاني

انقضاء الحق بما يعادل الوفاء

لانقضاء الحق بما يعادل الوفاء طرق متعددة ، وفي هذه الطرق لا يستوفي صاحب الحق حقه بما ذكرت سابقاً وإنما يستوفيه بما يعادل ذلك الحق كأن يأخذ عنه مقابلاً مثلاً فيقال عنه : إنه استوفى حقه بمقابل ، وهناك في القانون المدني طرق أربع لانقضاء الحق بما يعادل الوفاء وهي :

الوفاء بمقابل – والمقاصة – واتحاد الذمة – والتجديد

١- الوفاء بمقابل : إذا اتفق كل من الدائن والمدين على استيفاء الحق بما يقوم مقام الحق الأصلي فإن هذا يعد طريقاً من طرق إنهاء الحق وانقضائه ، وتكون هذه الحالة باتفاق وتراضي الطرفين على استبدال الحق الجديد بالأصلي .

ويلزم توافر الشروط في صاحبي الحق بأن تكون الإرادتان حرتين ، وأن يكونا بالغين خاليين من عيوب الإرادة ، وأن يكون المحل مشروعاً وممكناً ومتعيناً ، كما يجب توافر السبب الصحيح وغير ما هنالك من شروط يجب توافرها في المحل والعاقدين لاعتبار أن هذا الحق يعكس نموذجاً للبيع والعقود التبادلية ، ويزول الحق وتنتهي آثاره باستيفاء هذا الحق البديل عوضاً عن الأول أو مقابلاً

له،^(١) وبمجرد قبول الدائن من مدينه الوفاء بالمقابل الجديد يعد مستوفيا حقه بمقابل.

ومن خلال ما مضى نلاحظ أن للوفاء بمقابل ركنين أساسيين هما :

أ- اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلي بنقل ملكية شيء آخر بدلا عنه.

ب - تنفيذ الاتفاق وذلك بنقل الملكية فعلا إلى الدائن.

ويلاحظ أن فقهاء القانون المدني لم يتفقوا على التكيف القانوني لما يعادل الوفاء حيث اعتبره القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني (بيعا) وتطبق عليه أحكام عقد البيع (م ٤٠٠) ق.م. عراقي والمادة (١/٣٤٠) ق.م. أردني، بينما لم يعتبره آخرون منهم كذلك.

والخلاصة أن الوفاء بمقابل بيع تليه مقاصة وهو ضرب من ضروب الوفاء تغير فيه المحل الأصلي للالتزام وهو عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية وهو الاتجاه السائد فقها في فرنسا والوطن العربي ، ذلك أن الوفاء بمقابل تجديد بتغيير محل الدين فينقضي الدين القديم ويحل محله الدين الجديد الذي يكون التزاما بنقل ملكية العوض (المقابل) الذي يتم بالوفاء . ولذا سمي بالوفاء بمقابل.^(٢)

فالمدين يقدم شيئا آخر بدلا من محل الالتزام الأصلي وبتنفيذ ذلك ينقضي الالتزام الأصلي ويحصل ذلك بالتراضي بين الدائن والمدين.^(٣)

٢- المقاصة : هي إسقاط الدين الذي هو على المدين نظير دين مقابل كان

(١) المادة (٢٨٥-٢٨٦) من ق.م. جزائري.

(٢) السنهوري : ج ٣/٨٢٥.

(٣) Dalloz - Nouveau Repertoire de droit - Deuxime edition , xieme - paTomeD (٣) eurtis . PI- 1963 P L

على الدائن ، وقد أجاز الفقهاء هذه المعاملة المالية،^(١) سواء أكان الدينان من بيع أو من قرض أو مختلفين ما دام قد اتحدا صفة ومقدارا .

وقد يختلف الدينان في الجودة والرداءة ويتحدان في النوع وهنا تجوز المقاصة إذ أنها مع اتحاد النوع (كعملة معدنية) مبادلة ومع اختلافه صرف ما في الذمة أما إذا كان أحد الحقين حالاً والآخر مؤجلاً ، أو لم يحل أحدهما فلا تجوز المقاصة.

أنواع المقاصة في الفقه الإسلامي^(٢)

للمقاصة ثلاثة أنواع نذكرها في النقاط التالية :

١- جبرية : والمراد هنا تلك التي تقع بنفسها دون أي طلب من أحد حيث يسقط الدين الذي على المدين إن أصبحت ذمة الدائن مشغولة بما يساوي هذا الدين، أو يسقط من الدين القديم بمقدار الدين الجديد .

فإن كان لأحمد مثلاً ١٠٠٠ دينار على زيد ، وأصبح أحمد مديناً لزيد بـ ٥٠٠ دينار عن طريق بيع أو قرض ، فقد سقط هنا من الدين الأول ٥٠٠ دينار ، وبقي نصف الدين لأحمد على زيد وهذا ما يجري في العصر الحاضر .

٢- جبرية طلبية : وهي أن يوجد دينان بين متدائنين ، فيطلب أحدهما المقاصة ليسقط الدين الذي هو عليه في مقابل الدين الذي له ، ويأبى الآخر ذلك .

فالمقاصة هنا تكون طلبية لمن طلبها ، وجبرية لمن رفضها ، ويرى بعض الفقهاء^(٣) أن المقاصة تقع بطلب أحد المتدائنين لها ما دام الدينان متفقين في سائر الصفات ، وفي حالة رضا أحد المتدائنين بالمقاصة يكون قد أدى ما عليه.

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية السوق ج٣/٢٧٧ .

(٢) المقاصة في الفقه الإسلامي ص: ١٤-١٩ ، د.محمد سلام مذكور .

(٣) كشاف القناع ج٣/ ٣٨٥ - دار الفكر بيروت تحقيق هلال مصطفى هلال .

٣- اتفاقية : ويراد بها أن يتفق الطرفان عليها ، بمعنى أن يقبل كل منهما إسقاط الدين الذي له مقابل إسقاط الدين الذي عليه ، وبهذا الاتفاق تكون جائزة حتى وإن اختلف الدينان جنسا ووصفا،^(١) بحيث لا يختل عنصر الرضا بين الطرفين .

فالمقاصة هي إحدى طرق انقضاء الحق الشخصي وتمتاز بوجود عنصر الوفاء حيث إنها إسقاط بعوض ، مما يترتب على ذلك سقوط الدينين وبراءة الذمة. أما في القانون المدني فقد تناولها القانون الجزائري في المواد (٢٩٧-٣٠٠)، وتناولها القانون المصري في المواد (٣٦٢-٣٦٩) وتناولها القانون المدني العراقي في المواد (٤٠٨-٤١٧) ، والقانون المدني الأردني في المواد (٣٤٣-٣٥٢) ، وعرفها القانون المدني الأردني بأنها : (إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه) .

والمقاصة هي إحدى طرق ما يعادل الحق استيفاء ، وهي تتطوي على تصفية حسابية للحقوق والالتزامات المتبادلة بين شخصين ، إذا كان كل منهما دائئا للآخر ومدينا له في نفس الوقت ، حتى وإن اختلف السبب.

ولصحة المقاصة يجب توافر الشروط التالية :

- ١- ثبوت كل من الدينين : بحيث لا يكون أي نزاع ولا منازعة فيهما.
- ٢- صلاح الدينين للمطالبة بهما قضاءً،^(٢) بحيث يكونا مستحقين الأداء.
- ٣- اتحاد موضوع الدينين اللذين تجري المقاصة بينهما، إذا كانا نقودا أو مثليات.

٤- التماثل في المحل بين الدينين حتى يتمكن كل من الدائن والمدين أن

(١) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣/٢٢٧.

(٢) (م ٢٩٧ ق.م. جزائري) .

يستوفي حقه عن طريق المقاصة من نفس الشيء الواجب الأداء.^(١)

وإذا توافرت هذه الشروط كانت المقاصة صحيحة ، ويترتب عليها انقضاء الحقين من وقت أن يصير الحقان صالحين لإجراء المقاصة،^(٢) وهذه هي المقاصة القانونية.

وفي حالة عدم توافر أحد شروط المقاصة السالفة الذكر ، فإن هذا لا يحول دون اتفاق الطرفين على إجراء المقاصة وقد نصت المادة (٢٣٦) ق.م. أردني على ما يلي : (يجوز أن تتم المقاصة الاتفاقية إذا لم يتوفر أحد شروط المقاصة الجبرية سواء اتحد سبب الدينين أم اختلف) ، وهذا عملاً باحترام مبدأ سلطان الإرادة كما أجاز وقوع المقاصة بالاتفاق ، القانون المدني العراقي (م ٢/٤٠٩).

ويجوز إجراء المقاصة الاختيارية عند قيام مانع من إجراء مقاصة قانونية، وتكون جائزة بين دين مستحق وآخر مؤجل إذا وقعت بفعل الاتفاق ، والمانع الذي وقف دون إجراء مقاصة اتفاقية تراعى فيه مصلحة أحد الطرفين أو كليهما ، فينزل من روعيت مصلحته عن هذه المصلحة فيتم إجراء المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً بحسب الأحوال.^(٣)

هذا وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٣٤٧) على نوع آخر من أنواع المقاصة وهي المقاصة القضائية حيث قال : (تتم المقاصة القضائية بحكم من المحكمة إذا توفرت شروطها وبطلب أصلي أو عارض) ، ففي حالة عدم إمكان قيام المقاصة القانونية بعدم توافر كل شروطها يمكن إجراء المقاصة القضائية أمام القضاء بدعوى عارضة يرفعها المدعى عليه ويجب أن تكون في دينين متقابلين ، وللقاضي حرية واسعة في تقدير طلب المدعى عليه في إجراء

(١) الأستاذ السنهاوري : ج٣/٨٩٠-٨٩١.

(٢) (م ٣٠٠ قانون مدني جزائري) ، ويمكن مراجعة شروط المقاصة عند السنهاوري ج٣/٨٨٨ وما بعدها.

(٣) السنهاوري ج٣/٩٣٦.

المقاصة المرفوعة بالدعوى العارضة ، فإذا قبل القاضي كلا من الدعوى الأصلية والدعوى العارضة ، فإنه يجري المقاصة بموجب الحكم الصادر منه وتقع من تاريخ صدور الحكم.^(١)

الآثار القانونية المترتبة على المقاصة

نلاحظ أنه لا يجوز أن تلحق المقاصة أضراراً بحقوق اكتسبها الغير حسن النية ، وهذا يعد من آثار المقاصة بالنسبة للغير ، كما أن المقاصة تتم بناء على صاحب المصلحة فيها، لذا سنبين آثار المقاصة فيما بين الطرفين وآثارها بالنسبة للغير وذلك على ما يلي :

أ - آثار المقاصة بالنسبة للغير فقد جاء في القانون المدني الأردني (م ٣٥٢) ما يلي: (إذا أدى المدين ديناً عليه ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز أن يتمسك بضمانات هذا الحق إضراراً بالغير إلا إذا كان جهل وجوده وكان له في ذلك عذر مقبول)

ب - كما جاء في المادة (٤١٥) من ق.م. عراقي ما نصه : (أ. لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق اكتسبها الغير، ب. فإذا أوقع الغير حجزاً تحت المدين ثم أصبح المدين دائناً لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالهـاجز)

وأصل هذه المادة يعود إلى القانون المدني المصري في مادته (٣٦٧) .

ونخلص من هذه النصوص إلى أن المقاصة ينبغي ألا تضر بحقوق الغير التي كسبها وهو حسن النية ، ومن تطبيقاتها توقيع الحجز التحفظي على أحد الدينين المتقابلين قبل وقوع المقاصة بمنع وقوعها حماية للغير الذي أوقع الحجز وهو حسن النية.

(١) المرجع السابق ج٣/٩٣٧-٣٤١.

٣- اتحاد الذمة : قد تتحد ذمة الدائن مع ذمة المدين ، وينتج عن ذلك انقضاء الدين دون أن يحدث أداء من أحدهما للآخر .

وصورة اتحاد الذمة تكون كالتالي :

أن يرث المدين الدائن ، بحيث يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، فإذا مات الدائن فقد آلت ثروته إلى ذلك المدين ، ومنها الدين الذي كان عليه ، وبهذا نجد أن صفتين اجتمعتا في هذا الوارث وهما : صفة الدائن ، وصفة المدين ، بحيث أصبحت ذمة الاثنين ذمة واحدة.^(١)

أما إذا كان المدين هو واحد من الورثة الآخرين فإن اتحاد الذمة يكون بالنسبة له دون بقية الورثة ، وعليه فإن اتحاد الذمة هنا لا يكون تاما ، وإنما يكون على سبيل التعويض.^(٢)

ويترتب على هذا براءة الكفيل الذي تكفل بدين المدين الوارث لتركة دائنه لأنه بوفاء الدائن تتحد الذمتان وتصبح ذمة واحدة.

فاتحاد الذمة بهذه الصورة التي ذكرت تجعل الحق الشخصي ينتهي ولم تعد هناك مطالبة لأية جهة به ، وعلى هذا فاتحاد الذمة سبب من أسباب انتهاء الحق الشخصي .

أما اتحاد الذمة في القانون المدني فيقصد به أن تجتمع في الشخص الواحد صفتان صفة الدائن وصفة المدين^(٣) في وقت واحد بالنسبة لدين واحد وذلك كأن يرث المدين الدائن ، وهنا لا يتصور أن يطالب المدين نفسه ، بل يشترط أن يكون المدين هو الوارث الوحيد ، أما إذا شاركه ورثة آخرون مثلا وأخذ هو نصيب الربع من التركة مثلا، فقد اتحدت ذمته مع ذمة المورث في الربع الذي ناله فقط

(١) الوجيز للمدخل في الفقه الإسلامي ص ٢٦٥ د. محمد سلامة مذكور.

(٢) المبسوط للسرخسي ج ٢٨/٦١.

(٣) المادة (٣٠٤) ق.م. جزائري.

ويبقى لدينا بثلاثة أرباع ، ويكون اتحاد الذمة سببا لزوال وانقضاء الحق وذلك بمقدار المديونية التي اتحدت فيها ذمة الشخص ذاته كما نصت المادة السابقة الذكر.

وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (٤١٨-٤١٩) على اتحاد الذمة باعتبارها طريقا من طرق انقضاء الحق الشخصي بما يعادل الوفاء فجاء في المادة (٤١٨) ما نصه : (في الدين الواحد إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه) ، فوجود أي سبب قانوني ينقل إلى الدائن صفة المدين أو إلى المدين صفة الدائن فيجتمع بذلك في شخص واحد صفتا دائن ومدين فينقضي الدين ، ويتوقف نفاذه وتصبح المطالبة به غير ممكنة.^(١)

وتتحقق أجلي صور اتحاد الذمة في الميراث حيث إنه في حالة موت المورث ووجود ورثة يستحقون سهامها في التركة ، وكان أحد الورثة مدينا للآخرين وكان هذا النصيب يغطي الدين فإن ميراثه الوحيد يجعله يرث الدين كله وينقضي الحق الشخصي باتحاد الذمة لأنه اجتمع فيه صفتان وهي : صفة الدائن وصفة المدين.^(٢)

هذا وقد اعتبر المشرع الأردني أثناء كلامه عن اتحاد الذمتين في المادة (٣٥٣ و ٣٥٤) أن اتحاد الذمتين ليس سببا لانقضاء الحق المدني الشخصي ، وإنما هو مانع طبيعي يمنع المطالبة بالدين لاتحاد حصتي الدائن والمدين في شخص واحد .

وهذا المنحى من المشرع الأردني يجعل الناظر المدقق يصل في النهاية إلى نفس الهدف الذي تحدث عنه القانون المدني الجزائري والمصري والعراقي من أن منع المطالبة بالدين يدل على انتهاء الحق الشخصي إذ ماذا يعني عدم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٣/٢٩١.

(٢) الأستاذ السنهوري : ج٣/٩٤٦-٩٤٧.

المطالبة غير انتهاء الحق؟! فالنتيجة واحدة ، وإن كانت التسمية تختلف .

٤- التجديد : يقصد به استبدال دين قديم بدين آخر جديد ، فهو عقد على إنشاء التزام جديد ، وهو تصرف قانوني يستوجب توافر أركانه وشرائطه كالأهلية القانونية وخلو الرضا من عيوب الإرادة .

فالتجديد إذا هو عبارة عن اتفاق بموجبه يحل التزام جديد محل الالتزام القديم،^(١) ويترتب على هذا التجديد انقضاء الحق القديم ، ونشأة حق آخر محله كما نصت المادة ١/٢٩١ من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه) كما نصت المادتان (٤٠١ - ٤٠٢) من القانون المدني العراقي على ذلك.

وعليه فيبين أن للتجديد كطريق من طرق انقضاء الحق المدني الشخصي ثلاثة شروط هي :

١- المغايرة بين الالتزام القديم والالتزام الجديد في بعض العناصر ، لأن مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم في أحد عناصره الهامة أمر ضروري لقيام الالتزام الجديد .

فقد يكون التجديد بتغيير أحد أطراف الالتزام القديم كالاتفاق بين الدائن والمدين والأجنبي الذي يحل محل الدائن في حقه ، كما قد يكون التجديد بتغيير المدين حينما يتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون الأجنبي هو المدين بدلا من المدين الأصلي في الدين وتبرأ ذمة المدين الأصلي منه ، ورضا الدائن في تغيير المدين ركن في انعقاد التجديد .

وقد يكون التجديد بتغيير محل الالتزام وذلك حينما يكون محل الالتزام القديم مبلغا من النقود مصدره (عقد قرض) مثلا ، فيحصل التجديد في الالتزام بانقضاء الالتزام الأصلي ليحل محله التزام جديد بموجبه يلتزم المدين مثلا أن يقدم

(١) انظر المادة : (٢٨٧) ق.م.جزائري .

للدائن قطعة أرض أو سيارة مثلا ، فيلتزم المدين طبقا للعقد الجديد بالمحل الجديد طبقا إلى جانب توافر الشروط الكاملة لقيام التجديد وإنهاء الحق الأصلي الذي لم ينقض بالوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الحق الشخصي ، وإنما انقضى بما يعادله.^(١)

وقد يكون التجديد بتغيير السبب القانوني للالتزام ، والتجديد هنا قد يكون بتغيير مصدر الالتزام ، فالذي يفترض مبلغا من المال يكون سبب التزامه عقد القرض وهو الالتزام الأصلي ، فهذا قد يتجدد حيث ينقضي الالتزام القديم ويكون الالتزام الجديد ثمنا للمبيع الناتج عن عقد البيع المنعقد بين الدائن والمدين .

٢- وجود التزام قديم يحل محله التزام جديد ، والمقصود هو وجود التزام أصلي (الالتزام القديم) ويستبدل بالتزام آخر جديد يحل محل الالتزام الأصلي، وينشأ التزام جديد يختلف عنه في أحد عناصره (محل الالتزام أو المصدر أو أحد الأطراف)، ويجب أن يكون الالتزام الأصلي قائما بحيث لو كان قد انقضى فلا نكون أمام حالة التجديد لعدم وجود الالتزام القديم ، كما أنه إن كان موجودا ولكن وجوده كان باطلا لعدم مشروعية المحل مثلا أو لعيب في الإرادة أو النقص في الأهلية فلا يقع التجديد ، وجاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الخصوص ما يلي : (يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين القديم أو الجديد مطلق البطلان ، فإذا كان الالتزام القديم باطلا استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه . وإذا كان الالتزام الجديد باطلا بقي الالتزام القديم قائما لامتناع أثر التجديد)^(٢)، ومعروف أن مصدر التجديد هو العقد لذا إذا كان هذا العقد (عقد التجديد) قابلا للإبطال في القانون المدني المصري أو

(١) لم ينص القانون المدني الأردني على التجديد ضمن انقضاء الحق على عكس العديد من التشريعات المدنية العربية ، والسبب الذي دفع المشرع الأردني إلى عدم النص صراحة على أحكام التجديد هو اعتباره للوفاء الاعتياضي (الوفاء بمقابل) بمثابة تجديد بتغيير محل الدين تأثرا بما ذكره السنهوري في ج ٣ ص ٨٠٥ ولما ذكرته المذكرة الإيضاحية من القانون المدني الأردني ج ٣٨٢/١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢٤٥/٣.

موقوفا ظل العقد مهدها بالإبطال أو بالإجازة كما في القانون المصري والفرنسي.^(١)

هذا وذهب القانون المصري^(٢) إلى النص على نية التجديد حيث جاء فيه :
(التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف ..) والمقصود بنية التجديد الوضوح في الموقف بإنهاء الالتزام القديم بفعل الاتفاق وقيام التجديد في الالتزام بإبرام العقد صراحة ولأن التجديد لا يفترض وإنما تقوم النية الواضحة على إحلال الالتزام الجديد بدلا من الالتزام القديم والذي يختلف عنه في السبب الذي أنشأه أو في أحد طرفيه أو في محله ، لذا يمكن تقسيم صور التجديد على النحو التالي :

أ - أن يتغير مضمون الحق ومحله بين طرفي الحق الأصلي ، وهنا ينقضي الحق الأصلي ، ويحل مكانه الحق الجديد .

ب - أن يتغير الدائن وذلك في حالة اتفاق ثلاثة أشخاص هم الدائن والمدين والغير على أن يكون الغير وهو الشخص الأجنبي الدائن الجديد للدائن الأصلي.

ج - أن يتغير المدين وذلك بما يأتي^(٣):

١- أن يتفق الدائن مع الغير على أن يحل الغير محل المدين الأصلي ويفي الغير بالحق للدائن ، وهنا تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة إلى موافقته أو حتى رضاه .

٢- أن يتفق المدين مع الدائن بأن يكون شخص أجنبي من الغير مدينا جديدا بدلا من المدين الأصلي ، وهنا يكون قبول الدائن بمثابة إنهاء لحقه في

(١) الوسيط للسنةوري ج٣/٨٢٠ وهامش رقم ٢ و٣ و٤ .

(٢) المادة (٣٥٤) من ق.م. مصري وليس لهذه المادة نص في القانون المدني العراقي أو الأردني .

(٣) نظريتنا الحق والقانون ص٣٥٧ د. إسحاق إبراهيم منصور .

مواجهة المدين الأصلي ، حيث حل الجديد محل الأصلي .

كما أن الإنابة ، وتكون عادة في حالة حصول المدين على رضا الدائن بقبول الوفاء بالحق من شخص من الغير بدون تجديد الحق ، ومن أناب غيره في وفاء الدين للدائن ، وقد وافق الدائن على ذلك يعتبر وفاء النائب صحيحا ومنتجا لآثاره ، ويعتبر الحق منقضيا وتبرأ ذمة المدين الأصلي عند وفاء النائب بالالتزام أما في حالة عدم وفاء النائب بالتزام المدين تجاه الدائن فإن الحق لا يزول بالإنابة وحدها ، حيث يبقى الالتزام في جانب المدين الأصلي قائما إلى جانب التزام نائب المدين بالوفاء.^(١)

أما في حالة اتفاق المتعاقدين على استبدال الحق بحق جديد غيره في ذمة نائب المدين ، فإن الإنابة هنا تعتبر تجديدا للعقد عن طريق تغيير المدين ، وهنا يزول الحق القديم وينقضي وتبرأ ذمة المدين الأصلي ويحل الحق الجديد بطرف المدين الجديد بدل الحق الزائل والمنتهي.

الآثار القانونية المترتبة على التجديد

من خلال دراسة نصوص التجديد^(٢) فإنه يمكن القول بأن الآثار القانونية والشرعية التي تترتب على عقد التجديد هي ما يلي :

١- سقوط الالتزام أو الحق المدني الشخصي القديم وحلول الالتزام أو الحق المدني الجديد محله .

٢- سقوط التأمينات مع سقوط الحق المدني الشخصي الأصلي ما لم يحصل الاتفاق على تجديدها ، فيجب إذا الاتفاق على مصير الضمانات في انتقالها أو عدم انتقالها.

(١) انظر المادة : (٢٩٥) من ق.م. جزائري.

(٢) ومنها كذلك المادة (٤٠٣ و ٤٠٤) من ق.م. عراقي والمادة (٣٥٧) من ق.م. مصري.

٣- انتقال الضمانات مع الحق المدني الجديد في الحالات التالية :

أ- عند عدم الاتفاق على خلاف ذلك .

ب - ألا يؤثر ذلك على حقوق الغير حسن النية التي اكتسبها قبل التجديد.

ج - موافقة الكفيل على الالتزام ببقائه ملتزما بالكفالة قبل الدائن في الحق

المدني الشخصي الجديد .

المطلب الثاني

انقضاء الحق المدني الشخصي دون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء

من خلال دراسة انقضاء الحق المدني الشخصي في القانون المدني الجزائري^(١) والعراقي^(٢) والأردني^(٣) فإنني ألاحظ أن المشرع الأردني لم ينص على التجديد خلافا للقوانين السالفة الذكر .

وقد نص القانون المدني الجزائري على الإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم المسقط كطرق لانقضاء الحق المدني الشخصي بما لا يعادل الوفاء ، لذا سأبين أحكام الإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم من خلال الأمور التالية :

١- الإبراء

الإبراء هو تنازل صاحب الحق عن حقه الذي هو في ذمة المدين ، جاء في المجلة^(٤): (إذا قال واحد ليس لي مع فلان دعوة ولا نزاع ، أو ليس لي عند فلان حق ، أو فرغت من دعواي مع فلان ، أو تركتها ، أو ما بقي لي عنده حق أو

(١) (المواد ٣٠٥-٣٢٢).

(٢) (المواد ٤٢٠-٤٤٣)

(٣) (المواد ٤٤٤-٤٦٤)

(٤) المادة (١٥٦١) من المجلة.

استوفيت حقي من فلان بالتمام فيكون قد أبرأه).

ويتأدى الإبراء بأي لفظ من الألفاظ الدالة على ترك الدين والتنازل عنه ،
كأن يتصدق بالدين على المدين أو يسقطه عنه أو يملكه له أو يعفو عنه إلى ما
هنالك من الألفاظ الدالة على هذه المعاني .

كما أن لفظ الهبة والعطية والصدقة في هذا المجال تنصرف إلى معنى
الإبراء لعدم وجود العين التي تتناولها هذه الألفاظ أثناء حديث الدائن عن دينه مع
المدين أو مع من ينوب عنه في الدين .

ومع هذا أشير إلى أن حقيقة الهبة تختلف عن حقيقة الإبراء في ما يلي :

١- اشتراط القبول في الهبة وعدم اشتراط ذلك في الإبراء على الأصح
لأن الهبة عقد ، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول.^(١) أما في الإبراء فإنه لا يشترط
قبول المدين في الشريعة الإسلامية وتبرأ ذمته حتى ولو لم يقبل الإبراء من الدائن
صاحب الحق ، لأن الإبراء إسقاط حق ولا يتوقف على قبول.^(٢)

٢- يجوز للواهب الرجوع فيما وهبه لفرعه ، ولا يجوز له ذلك في
الإبراء^(٣) لأنه إسقاط للحق والساقط^(٤) لا يعود كما تقول القاعدة الفقهية ، بينما
أجاز القانون المصري الرجوع في الإبراء^(٥) لأنه رأى عدم إمكانية فرض الإبراء
على المدين رغم إرادته ، وذلك لاحتمال أن تكون لديه اعتبارات ولو أدبية تقتضي
أنه ليس من مصلحته إبراء الدين بإرادة الدائن ، وعليه أجاز للمدين رد الإبراء ؛
أما الإبراء في القانون المدني فقد نصت عليه المادة (٤٤٤) من ق.م.

(١) كشف القناع على متن الإقناع : ٣٠٤/٤ باب الهبة ، والهداية شرح بداية المبتدي : ٢٢٤/٣ .

(٢) المقنع لابن قدامة المقدسي : ٣٣٤/٤ باب الهبة .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٥٣ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية: ج ٢١/١ جمعية المجلة كارخانة تجارت كتب تحقيق نجيب هوويني .

(٥) المادة (٣٧١) من ق.م. مصري .

أردني حيث جاء فيها : (إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام)

ولا يختلف الإبراء في القانون المدني عنه في الفقه الإسلامي من حيث المفهوم حيث إنه عبارة عن نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل فهو تصرف تبرّعي لأنه لم يستوف لا عيناً ولا مقابلاً لأصل الدين ويقع بإرادة الدائن وحده. (١)

لذا يعد الإبراء سبباً لانقضاء الالتزام دون الوفاء به إذ يسقط الحق المدني الشخصي، وتنقضي تبعاً لذلك كل التأمينات الضامنة للدين كالكفالة الشخصية والرهن لأن التأمين تابع للحق المدني الأصلي بحيث إذا "سقط الأصل سقط التابع" (٢) تبعاً لسقوط الأصل .

وإذا كان القانون المدني المصري (٣) والقانون المدني الجزائري (٤) أجازا للمدين رد الإبراء بحجة عدم إجباره على قبول تبرع لا يريده فإن القانون المدني الأردني (٥) والعراقي (٦) لا يوقفون الإبراء على قبول المدين ، ولكن إذا رده قبل القبول ارتد وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته كما يصح إبراء الميت من دينه واشترطت المادة (٤٢١) من ق.م. العراقي أهلية التبرع عند الدائن لصحة الإبراء ، والسبب في ذلك أن التبرع والإبراء من التصرفات القانونية الضارة ضرراً محضاً بالدائن لذلك اشترطوا فيها الأهلية ، فلا يصح الإبراء من المجنون ولا من المعتوه ولا من الصغير مطلقاً ، كما أن المريض مرض الموت

(١) الوسيط للسنهوري ج٣/٩١٢.

(٢) نفس المرجع السابق وموضعه.

(٣) المادة (٣٧١) من ق.م. مصري.

(٤) المادة (٣٠٥) ق.م. جزائري.

(٥) المادة (٤٤٥) ق.م. أردني.

(٦) المادة (٤٢٢) ق.م. عراقي.

لا يصح إبراؤه على النحو الذي بينته المجلة.^(١)

ولا يشترط في الإبراء شكل خاص ، وينقضي الحق المدني الشخصي به دون توقف على مراعاة شكل معين ، لأن مراعاة شكل خاص تسري في القانون المدني على الالتزام بالدين دون انقضائه.

أما في القانون المدني الجزائري فإن الإبراء وسيلة من وسائل زوال الحق رغم عدم استيفائه ، وبه يكون الدائن كأنه قد تبرع بالحق الشخصي إلى المدين ، وهو تصرف قانوني وبه تبرأ ذمة المدين ، وينقضي الدين ، إلا أنه ولكي يكون الإبراء صحيحا فإنه يشترط له ما يلي :

أ - علم المدين بذلك : أي يجب أن يعرف المدين أن الدائن أبرأه من دينه سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

ب - قبول المدين لهذا الإبراء : لأنه في حالة ما إذا علم المدين بالإبراء ولم يقبله ورفضه لا يكون الإبراء نافذا ولا تبرأ ذمة المدين من الحق،^(٢) وكان الإبراء هنا تبرع معلق قبل قبوله بالمدين ، فإن قبل المدين هذا التبرع عد الإبراء صحيحا ونافذا بنفس الوقت.^(٣)

ج - يجب أن يصدر الإبراء من بالغ مميز وبمحض إرادته ، وأن تكون عبارة التنازل أو الإبراء أو التبرع بالحق لصالح المدين صريحة وسليمة ولا يشوب الإرادة أي عيب ، وبهذا يعتبر الإبراء تصرفا قانونيا ينتج آثاره كاملة

٢- استحالة التنفيذ :

المراد باستحالة التنفيذ وجود قوة قاهرة ، أو ظروف استثنائية تجعل الوفاء بالحق مستحيلا ، حيث إن هذه القوة الطارئة غير متوقعة ، كما أنه لا قبل

(١) انظر المادة (١٥٧٠-١٥٧١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر المادة (٣٠٥) من ق.م. جزائري.

(٣) انظر المادة (٣٠٦) من ق.م. جزائري.

لأصحاب الحق بردها ، وتحول دون إمكان قيام الملتزم بوفاء دينه كما تحول دون استيفاء الدائن لحقه وعليه يزول الحق وينقضي دون استيفائه ، وذلك كتهدم الدار قبل أن يستلمها المشتري نتيجة زلزال مثلا ، أو نشوب حرب بين دولتين تمنع تصدير السلعة إلى الدولة الأخرى ، أو منع أحد الرعايا من السفر إلى دولة معينة، فيستحيل الوفاء .

إذا فاستحالة الوفاء راجعة إلى سبب أجنبي وهنا لا يلزم المدين بتعويض الدائن لأن استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي.^(١)

وقد نص القانون المدني الأردني على استحالة التنفيذ في المادة (٤٤٨) فقال : (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه) ، كما خصص القانون المدني العراقي المواد (٤٢٥-٤٢٨) لذلك ، ومن خلال نصوص هذه المواد نلاحظ وجوب توافر شروط تنفي وجود علاقة سببية بين خطأ المدين والضرر الحاصل بدخول السبب الأجنبي ، وهذه الشروط هي :

١- أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا وبصورة دائمة وليست مؤقتة

٢- عدم وجود خطأ من المدين ينسب إليه وأن يوجد سبب أجنبي يجعل التنفيذ مستحيلا من المدين .

٣- عدم وجود اتفاق يشدد من المسؤولية على المدين بقبول تحمل تبعة ونتائج السبب الأجنبي ، فإن وجد هذا الاتفاق فإن استحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا تكون سببا لانقضاء الالتزام ويصار إلى التعويض .

فلو تعاقدت هذه الجامعة (الجامعة الإسلامية العالمية) مع طالب في كلية الشريعة والقانون (مرحلة الدراسات العليا) للحصول على شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون ووضع تعويض اتفاقي عند عدم الحصول على الشهادة أو

(١) المادة (٢٠٧) من ق.م. جزائري ، والمادة (٢٧٤) من ق.م. مصري.

الإخلال بالالتزام العقدي مع تشديد المسؤولية بأن يكون مسئولاً عن التعويض والنفقات حتى عند حصول السبب الأجنبي كالمرض الذي يحول بينه وبين تأدية الالتزام العقدي ، فالشرط صحيح لأنه يشدد المسؤولية العقدية ويحمل الطرف المتعاقد نتائج السبب الأجنبي .

هذه هي الشروط المستوحاة من نصوص المواد السابقة وعلى ذلك نقول بأن استحالة التنفيذ إذا توافرت شروطها فإن الآثار المترتبة على ذلك هي انقضاء الحق المدني الشخصي الأصلي وتوابعه كال كفالة والرهن لأنها تابعة للالتزام الأصلي في النشوء والزوال .

٣- التقادم المسقط :

إن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن الحق لا يسقط بمرور الزمان، لكن الدعوى هي التي لا تسمع وتسقط على رأي الحنفية والمالكية استناداً لقاعدة الاستحسان والضرورات العملية ، ولعدم ظهور الحق بعد مضي الزمن ولوجود قرينة الإيفاء والتي تستنتج من السكوت على الحق الشخصي أو غيره ، أما في القانون المدني فإن القاعدة العامة أن الحقوق المالية تزول بالتقادم المسقط بمضي خمسة عشر عاماً على تاريخ استحقاقها^(١) ما لم يوجد نص بخلاف ذلك .

وتحسب المدة بالتقويم الميلادي وتبدأ من اليوم التالي لاستحقاق الحقوق وتنتهي المدة باكتمال خمسة عشر عاماً كاملة ، وذلك كتقاعس البائع الذي سلم السلعة للمشتري عن المطالبة بحقه في ثمن السلعة لمدة خمسة عشر عاماً ، فهذا يكون حقه قد سقط نهائياً بالتقادم ولا سبيل لاسترداده قانوناً .

إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها ، لأن المشرع وبموجب نصوص خاصة قد أدخل عليها بعض الاستثناءات ، لأنه ولمراعاة المصلحة العامة وضمن حقوق الأفراد قد تنقص مدة التقادم أو قد تزيد حسب ما تقتضيه أنواع الحقوق

(١) انظر المادة(٣٠٨) من ق.م. جزائري ، ويقضي المذهب الحنفي بهذه المدة أيضاً ، مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء - الرياض العدد: ٢٩- ذو الحجة ١٤١٠ هـ - ص٢٣-

المختلفة. (١)

وإذا وجد نص خاص بتقادم حق معين يطبق النص على هذا الحق وإلا
نطبق نص القاعدة العامة ، مع الإشارة إلى أن بعض القوانين الخاصة تنص على
أن مدة التقادم أكثر وأطول من خمسة عشر عاما وقد أشارت النصوص المختلفة
إلى أهم هذه الاستثناءات. (٢)

ويعتبر في مرور الزمن السنة العربية القمرية في الفقه الإسلامي (٣) وليست
السنة الشمسية، ومبدأ مرور الزمن يبتدىء من ثبوت الحق الشخصي ومنتهاه هو
إقامة الدعوى.

(١) نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ص ٣٦٣-٣٦٤ د. إسحاق منصور .

(٢) أهم استثناءات القاعدة العامة :

أ - التقادم بخمس سنوات لكل حق دوري كأجرة المساكن والمحلات التجارية وإيجار الأراضي
الزراعية ، وتستثنى المرتبات والأجور الخاصة بالموظفين والعمال حيث تطبق عليها القاعدة العامة.

ب - التقادم بأربع سنوات : الضرائب والرسوم المستحقة للدولة .

ج - التقادم بسنتين : حقوق المهنيين كالأطباء والصيدالة والمحامين والمهندسين عن أجور جهدهم
الذهني وكذلك المعلمين .

د - التقادم بسنة واحدة عن حقوق التجار والصناع عن أعمالهم اليدوية وأصحاب الفنادق والمطاعم
عن أجور الإيواء وثمان الأطعمة المقدمة للنزلاء .

هـ - التقادم بمدة خمسة وعشرين عاما وذلك لحقوق الاستغلال المالي للمؤلفين وورثتهم (انظر
المادة ٦٠ من ق.م. جزائري) انظر المواد (٣٠٨ إلى ٣١٢) من ق.م. جزائري

(٣) انظر في هذا الاعتداد بالشهر القمري بدائع الصنائع للكاساني ج ٢/٣٢٤ - دار الكتاب العربي
بيروت - سنة ١٩٨٢ الطبعة الثانية، وانظر كذلك مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢٩ محرم وصفر
١٤١٠ عنوان: (التقادم في مسألة وضع اليد) الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة
والإرشاد - الرياض.

خاتمة

النتائج التي توصلت إليها

وفي ختام هذا البحث أخص أهم ما توصلت إليه من نتائج من خلال معالجاتي لأبواب هذا البحث وفصوله ومباحثه وذلك على ما يلي:

١. أن النظرة الإسلامية للحق نظرة شاملة حيث إنها نظرت إليه من خلال طبيعته ووظيفته وغايته، وأنها لم تعتبره غاية في حد ذاته وإنما اعتبرته وسيلة للوصول إلى غاية مشروعة أقرها الإسلام.

٢. أن غاية الحق في القانون المدني غاية سامية أيضاً، وأنه لا يعد وسيلة في حد ذاته كما ذهب أصحاب النظرة الفردية ولا هو غاية اجتماعية محضة كما ذهب إليه أصحاب النظرية الاجتماعية، وإنما شرع من أجل تحقيق مصلحة يهدف إليها القانون ويحميها.

٣. أن المصادر المنشئة للحق الشخصي هي نفسها المنشئة للحق العيني وتسمى أيضاً بمصادر الالتزام، وأنها تختلف باعتبار تسمياتها وآثارها أيضاً ففي الوقت الذي نجد فيه أن العقد يتطلب توافق إرادتين لإبرام عقد صحيح، نجد أن الإرادة المنفردة لا تتطلب ذلك، حيث تكفي في إيجاد الحق الشخصي أو إنهائه بإرادة واحدة، وبالتالي فهي مصدر مهم في حياة الناس إلى جانب العقد وأن كلا من العقد والإرادة المنفردة يعتبر من التصرفات القانونية.

٤. أن تداخل حقوق الناس ومصالحهم يجعلها متعارضة أحياناً مما ينتج عنه تعد أو تجاوز يترتب عليه فعل ضار يترتب عليه مسؤولية تجاه الشخص الذي قام بهذا الفعل، وهذه المسؤولية ما هي إلا إقامة للحق والعدل بين الناس برد الحقوق إلى أصحابها، ولذا فقد اعتبر الفعل الضار وعد أحد المصادر الهامة للحقوق الشخصية، إن بالتعويض عن الضرر أو بإصلاح ما أتلّفه الفاعل أو برد ما اغتصبه.

٥. أنه إلى جانب الفعل الضار يقوم الفعل النافع، وهو الذي يفتقر به صاحب الحق مقابل إثراء طرف آخر نتيجة ظروف خاصة دفعته إلى ذلك، وأن من حق من كلف نفسه في مصالح الآخرين أن يعرض مقابل جهده تعويضا عادلا. ويلاحظ أن كلا من المسئوليتين سواء ما قامت نتيجة للفعل الضار أو للفعل النافع تدخل تحت عنوان (الواقعة القانونية) وبذلك اعتبر كل من الفعل الضار والفعل النافع من مصادر الحقوق الشخصية.

ونظراً لأهمية هذه المصادر في معاملات الناس المالية نجد أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد اهتم بها وبين أركانها وشرائطها وما تنتج من آثار في واقع الناس وما يترتب عليها من أعمال.

لذا نجد أن الفقه الإسلامي والقانون المدني قد خصصا جزءاً كبيراً من تشريعاتهما لأحكام هذه المعاملات. كما نجد أنهما متفقان في مصادر الحق الشخصي.

٦. أن محاولة التحايل على الأحكام الشرعية والقانونية، دفعت كثيراً من الباحثين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي إلى أن ينظروا إلى الحق من حيث غايته وطبيعته بما يبعد استعمال الحق عن التعدي أو التجاوز أو إساءة استعماله، ومن هنا قرّر العلماء ألا يكون الحق مشروعاً فحسب بل يجب أن ينول إلى غاية مشروعة كما يجب انبعاثه من قصد مشروع أيضاً فليس للشخص أن يستعمل حقه الشخصي المشروع قصد الوصول إلى هدف غير مشروع أو إلى هدف مشروع ذي مصلحة تافهة.

٧. نجد الفقهاء وضعوا قواعد هامة ضبطوا بها استعمال الحقوق الشخصية وتصرفات الناس وحكموا بها معاملاتهم المالية، وكل هذه القواعد هي بالأساس مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

٨. أن الشريعة الإسلامية لا تمنع انتقال الحق الشخصي سواء بين الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء، لأن ظروف الناس وأحوالهم لا يمكن أن

تستقر دائما على حالة واحدة ، فقد يضطر الإنسان أن يأخذ حقه بطريقة شرعية وقانونية من شخص غير المدين نفسه وهذا ييسر عملية انتقال الحقوق وحفظها ويسهل تداولها بين الناس.

٩. أن صاحب الحق يظل مطمئنا عند ما يعرف أن حقه محمي شرعاً وقانوناً، وما عليه إلا أن يثبت دعوى الظلم أو التجاوز على حقه لتحفظ العدالة الشرعية والقضائية له حقه، وذلك اعتماداً على ما يسعى لتحصيله من خلال وسائل الإثبات المختلفة.

١٠. أنه لا يوجد حق مطلق ، وأن النظرية الفردية لم يعد لها مجال اليوم خصوصاً في ظل انتشار القانون والحرية ، وأن القانون الذي يقنن هذا الحق إنما يفعل ذلك لغاية محدودة ولوظيفة خاصة لا ينبغي تجاوزها كما أن العدالة الإلهية اقتضت وضع حدود في استعمال الحقوق ، وقيدتها بمجموعة من الأحكام حرصاً على مصلحة صاحب الحق وإقامة للمحبة والتعاون بين الناس.

١١. أن المعاني الروحية التي تميزت بها الشريعة الإسلامية من رحمة وتعاون بين المسلمين، يفتقر إليها القانون المدني، لذا نجد أن المجتمع الذي يضعف فيه الوازع الديني تنتشر فيه التجاوزات حتى في دور العدالة ومجالس القضاء أحياناً، وهذا ناتج عن ضعف التأثير القانوني على النفوس.

١٢. أن الحق المدني الشخصي منذ نشأته من خلال مصادر المولدة له فإنه لا بُدَّ كذلك أن ينتهي، بطريقة من طرق الوفاء أو بما يعادل الوفاء وهذا ما يسمى بالنهاية الطبيعية وهذا هو الغالب كما أنه من الممكن أن ينتهي الحق الشخصي بطرق أخرى لا هي بالوفاء ولا بما يعادله.

أما في حالة تعثر سير هذه العملية الحقوقية، فإنه يمكن توقفها أو إنهاؤها، ويعود كل طرف إلى ما كان عليه قبل قيام الحق الشخصي.

وبهذا أحسب أنني تدرجت مع الحق الشخصي طبيعة وغرضاً ونشوءاً وانقضاءً، في وقت نحن في أمس الحاجة إلى احترام كل ذي حق لحقه المشروع

من حيث الإنشاء والغرض والاستعمال والوفاء.

١٣. ولا يفوتني في هذا المقام أن أقترح على الجامعات الإسلامية والمدنية وبخاصة كليات الشريعة القانون والحقوق الاعتناء بمثل هذه الدراسات المقارنة بهدف معرفة هذه الحقوق والمقارنة بينها والاستفادة من كل حكم يحقق المصلحة ويقيم التوازن بين المنافع المتعارضة.

وليس معنى ذلك تسوية شرع الله - عز وجل - بجهود الناس، وإنما هي محاولة استنتاج وفهم لآراء العلماء في هذا الميدان ومقارنتها بفهم وآراء فقهاءنا خصوصا ونحن في عصرنا الحالي ندعو إلى عملية تقنين هادفة لكل الأحكام الشرعية، كمرحلة ضرورية في إطار الصراع الحضاري والفكري بين الأمم.

والله أعلم بالصواب وصل اللهم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الفهارس

وتشتمل على:

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس الأعلام
- فهرس المصادر
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

مرتبة حسب الحروف الأبجدية

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
٤٧٨	١٠٧	الكهف	إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَانَتْ لَهُمْ...
٤٧٦	٤٥	العنكبوت	إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ...
٣٠٦	٩٠	النحل	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...
٤٧٨	١٠	الحجرات	إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ...
٨٥	٣	المائدة	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ...
٤٧٨	٤٠٣،٢	المجادلة	الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ...
٢١٨	٢٠	الرعد	الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ...
٤٧٦	١٦٥	النساء	رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِأَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ...
٣٩٤	١٦	التغابن	فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...
٣٩٤	١٠٣	آل عمران	فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا...
٤٧٨	٦	النساء	فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...
١٤٥	٢٨٢	البقرة	فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا...
٤٣٥،٢٩٨	٢٥	القصاص	فَجَاءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَاءٍ...
٣٠٣	٢	الكوثر	فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ...
٤٨٧	١٢	النساء	فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ...
٣٥١	٢٩	التوبة	فَاتَّبِعُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ...
٤٨٥	٧٧	الكهف	قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا...
٣٠٣	٧٣	يوسف	قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ...
٢٤٨	٣١	آل عمران	قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ...
٤٧٩،٢	٧	التغابن	قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ...

٤٢٨	٢٥	سبأ	قُلْ لَّا تُسْأَلُونَ عَمَّا أُجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ...
٢٥٥	٢١	الطور	كُلُّ امْرِيٍّ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ ...
٢٥٥	٢٣٣	البقرة	لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بِوَالِدِهِ...
٣٤٨	٨٩	المائدة	لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ...
٤٨٦	١١	النور	لِكُلِّ امْرِيٍّ مِنْهُمْ مَا اِكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ...
٢٥٥	٢٨٦	البقرة	لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اِكْتَسَبَتْ...
٢٨٤، ٢٥٥	١٣	النور	لَوْ تَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ...
٤٢٥	٨	الأنفال	لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ...
١٢	٦	المائدة	مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...
٤٧٦	١٨	ق	مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ...
٣٠٥	٦٠	الرحمن	هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ...
٣١٦	٢٧٥	البقرة	وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...
٣٠٦	٨١	آل عمران	وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ...
٤١٧	٨٤	البقرة	وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَّا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ...
٤١٨	٤٣	البقرة	وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ...
٤٨٥	١٢٦	النحل	وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ...
٢٨٠	٣٤	الإسراء	وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا...
٤٩٢، ٨٦	٩١	النحل	وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ اللَّهُ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ...
٢١٨	٢٨٢	البقرة	وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...
١٤٥	٤١	الأنفال	وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ...
٤٨٥	٤	النور	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ...
٢٤٩	٢٥	الرعد	وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ...
٤٨٠، ٣٦٤	٢	المائدة	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى...
٤٣٨	١٨	يوسف	وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ...
٤٨٨	١٨٤	البقرة	وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ...
٢٤٤	٤٥	المائدة	وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...

١٤٥	٥	النساء	وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ...
٣٠٦،٢٩٨	١٨٨	البقرة	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ...
٢٥٥	١٨	فاطر	وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ...
٤٨٦،٢٤٨	٥٦	الأعراف	وَلَا تَفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ...
٢٤٨	٢٩	المائدة	وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ...
٤٢٣	٢٨٣	البقرة	وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ...
٢٦	٧٠	الإسراء	وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ...
١٤	٢٤١	البقرة	وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ...
٢٣٨،٢١٦	٧٢	يوسف	وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ...
٣٩٢	٧١	المؤمنون	وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ ...
٤٢٢	٢٨٢	البقرة	وَلَيُمَلِّئَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ...
٤٩٢	٢٩	الحج	وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ...
٤٨٠،٤٧٦	١٠٧	الأنبياء	وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ...
١٠٢	٣٤	لقمان	وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ ...
٤٨٧	٩٢	النساء	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ...
٢٨٤	١١١	النساء	وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ ...
٤٧٢	٧	هود	وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ...
٤٧٩	٩	الحشر	وَيُؤَثِّرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ...
٣٠٦	١٥٧	الأعراف	وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحْرَمُ عَلَيْهِنَّ الْخَبَائِثُ ...
٢٥	٢٦٧	البقرة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ ...
٧٦،٧٩،٤٩٢	١	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...
٢١٨،١٠٧	١٨٣	البقرة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ...
٤٧٢	١٣٥	النساء	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ ...
٢١٧	٨٧	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرَمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ ...
٣٩٠	٢١٩	البقرة	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ ...
١	٢٥	النور	يَوْمَئِذٍ يُوقِفُهُمُ اللَّهُ دِينَهُمُ الْحَقَّ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ ...

فهرس الأحاديث

مرتبة حسب ورودها في البحث

رقم الصفحة	مصدره	طرف الحديث
١	صحيح مسلم	ثم لتؤدن الحقوق إلى أهلها...
٢	سنن الترمذي	الحكمة ضالة المؤمن...
١١	البخاري	من رأني فقد رأني حقا...
١٣	أبو داود	من يحاقني في ولدي...
١٣	البخاري	الجنة حق والنار حق...
١٣	البخاري	العين حق...
١٤	بلوغ المرام (ابن حجر)	إن الله قد أعطى كل ذي حق...
١٥	البخاري	أنت الحق...
٢٥	مسلم	كل المسلم على المسلم حرام...
٢٥	الألباني (الكوكب المنير)	لا يحل مال امرئ...
٧٦	أحمد	وإنه لأول ما أعتقد به...
٧٧	البخاري	وكان بيننا وبين قوم عقد...
٨٥	البخاري	من عمل عملا ليس عليه...
٨٦	مسلم والترمذي	المسلمون على شروطهم...
١٦٨	مسلم	نهى عن بيع الغرر...
١٦٨	أحمد	لا تشتروا السمك في الماء...
٢٣٨	البخاري -	من قتل قتيلا...
٢٤٩	مسلم	كل المسلم على المسلم حرام...
٢٥٠	أحمد وابن ماجة والدارقطني وأبو داود	لا ضرر ولا ضرار...

٢٥٠	البخاري ومسلم	من اقتطع شبرا من الأرض ظلما...
٢٥١	مسلم	لا يشير أحدكم بالسلاح...
٢٥١	البيهقي	من تطبب ولم يكن بالطب معروفا...
٢٥١	البخاري ومسلم	عذبت امرأة في هرة...
٢٥١	البخاري ومسلم	لا طاعة لأحد في معصية...
٢٥١	البخاري ومسلم	ألا كلكم راع...
٢٥٩	البخاري	من قتل دون ماله...
٤٠٣، ٢٧٨	البيهقي	البينة على المدعي...
٢٨٠	الترمذي والحاكم النيسابوري	على اليد ما أخذت...
٢٩٠	البخاري ومسلم	من مر في شيء من مساجدنا...
٢٩١	مسلم	العجماء جرحها جبار...
٢٩١	البيهقي	أن ناقة البراء بن عازب...
٣٠٣	أبو داود	لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه...
٣٠٦	مسلم	إن الله تبارك وتعالى قد حرم...
٣٠٦	البيهقي	إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق...
٣١٦	الحاكم والبيهقي	من أسدى إليكم معروفا...
٣١٩	البخاري	أنا أولى بكل مؤمن من نفسه...
٣٣٢	ابن حجر والترمذي	لاتبع ما ليس عندك...
٣٣٣	البخاري	أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم صحابيا...
٣٥١ -	البخاري	لا وصية لوارث...
٣٥٨	سنن البيهقي	لا يحل مال امرئ مسلم...
٣٩١	البخاري	دعوني ما تركتكم...

٣٩٦	البیهقي	لا يصلح الناس...
٣٩٧	البخاري ومسلم	لولا آخر المسلمين...
٣٩٧	البخاري ومسلم	النهي عن بيع الحاضر للبادي...
٤١٩	مسلم	واغد يا أنيس...
٤٢٣	البخاري ومسلم	فشاهدك أو يمينه...
٤٢٣	البخاري	البينة أو حد في ظهرك...
٤٢٨	البیهقي	لو يعطي الناس بدعاواهم...
٤٤٧	أحمد	مطل الغني ظلم...
٤٤٧	الترمذي	ومن أحيل على مليء فليتبع...
٤٤٧	أحمد	ومن أحيل على مليء فليحتل...
٤٧٨	مسلم	المسلم أخو المسلم...
٤٧٩	البخاري	لا يؤمن أحدكم حتى يحب...
٤٧٩	البخاري	المؤمن للمؤمن...
٤٧٩	البخاري	المسلم من سلم المسلمون...
٤٧٩	مسلم	مثل المؤمنين...
٤٨٥	مسلم	بني الإسلام على خمس...
٤٨٧	نصب الراية	أدوا عن كل حر وعبد...

فهرس الأعلام

مرتبة حسب الحروف الأبجدية

رقم الصفحة	اسم العلم	رقم
٢٤	إبراهيم بن موسى الشهير بالشاطبي	١
٤٢٥	أبو محمد بن حزم	٢
٣٠٦	أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي	٣
٣٩٢	أحمد بن عبد الحليم الشهير بن تيمية	٤
١٣	أحمد بن علي محمد (ابن حجر العسقلاني)	٥
٤٢٣	ابن أبي الدم أبو إسحق إبراهيم	٦
٤٣٠	ابن أبي ليلى	٧
٢٩٦	ابن السكيت يعقوب بن إسحق	٨
٢٩٦	ابن منظور محمد بن مكرم	٩
٣٤٩	احمد بن علي الجصاص	١٠
٤٢١	إبراهيم بن علي (ابن فرحون)	١١
١٨١	زين الدين بن محمد الشهير بابن نجيم	١٢
٧٨	عبد الرحمن بن احمد الشهير بابن رجب	١٣
٣٥٣	عبد الرحمن بن خالد الشهير بابن القاسم	١٤
٤٠٤	عبد الرحمن بن محمد بن خلدون	١٥
٦٠	عبد الرزاق بن أحمد الشهير بالسنهوري	١٦
٢١	عبد العزيز بن عبد السلام الشهير بالعز -	١٧
٤٦٨	عبد القادر عودة	١٨
٧٨	عبد الله بن أحمد بن قدامة	١٩

١٥١	عبد الله بن حسين الكرخي	٢٠
١٥٢	عثمان بن علي الشهير بالزليعي	٢١
٤٤٩	علاء الدين أبو بكر بن مسعود الشهير بالكاساني	٢٢
٤٧٤	علي بن سالم الشهير بالأمدي	٢٣
٤٩٢	علي بن عبد الجليل المرغيناني	٢٤
١٢	علي بن محمد الشهير بالجرجاني	٢٥
٣٦٠	عمر بن الخطاب	٢٦
٢٩٧	الفيومي أحمد بن محمد	٢٧
٤١٨	ماعز بن مالك الأسلمي	٢٨
١٤٢	مالك بن أنس	٢٩
١١	المبارك بن محمد الشهير بابن الأثير	٣٠
٣٤٩	مجاهد بن جبر المخزومي	٣١
٧٩	محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين	٣٢
٤٣٥	محمد بن أبي بكر الزرعي الشهير بابن القيم	٣٣
٤٥	محمد بن إدريس الشهير بالشافعي	٣٤
١٩٢	محمد بن أحمد السرخسي	٣٥
٣٥٠	محمد بن أحمد القرطبي	٣٦
١٦٤	محمد بن أحمد بن جزي	٣٧
٧٩	محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي	٣٨
٤٤٩	محمد بن الحسن الشيباني	٣٩
٧٧	محمد بن جرير الطبري	٤٠
٧٨	محمد بن عبد الله بن العربي	٤١
٧٩	محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام	٤٢
٢٧٩	محمد بن علي الشوكاني	٤٣
٤٨٣	محمد بن محمد بن أحمد الشهير بالغزالي	٤٤

٣١٥	منصور بن يونس بن إدريس البهوتي	٤٥
١٤١	النعمان بن ثابت الشهير بابي حنيفة	٤٦
٣٧٩	يحيى بن شرف الشهير بالنووي	٤٧
١٩٨	يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف	٤٨

فهرس المصادر والمراجع

مرتبة حسب الحروف الأبجدية

أولا : القرآن الكريم

(أ)

- ١- أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (ت ٣٨٠هـ) دار إحياء التراث العربي
١٩٩٢.
- ٢- أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي - دار الفكر بيروت.
- ٣- أحكام القرآن لمحمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) دار الكتب العلمية
بيروت ١٤٠٠هـ.
- ٤- الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الأمدي (ت ٦٣١هـ) دار الكتاب
العربي بيروت ط/١، ١٤٠٤هـ.
- ٥- أدب القضاء لشهاب الدين أبي اسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن
أبي الدم الحموي الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ.
- ٦- أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي ليحيى بكوش
المؤسسة الوطنية للنشر - الجزائر ١٩٨١
- ٧- الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المتوفى سنة
(٩٧٠هـ) دار الفكر ط/ الأولى ١٩٨٢هـ.
- ٨- الأشباه والنظائر للحافظ جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ) ط/ دار الكتب
العلمية لبنان الطبعة الأولى.
- ٩- الإصابة في تمييز الصحابة لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر
العسقلاني دار الجيل الطبعة الأولى ١٤١٢هـ بيروت.
- ١٠- أصول استماع الدعوى الحقوقية لعلي حيدر أفندي

- ١١- أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية لسليمان مرقس - عالم الكتاب
القاهرة ١٩٨١
- ١٢- أصول السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٩٠هـ) دار المعرفة
بيروت ١٣٧٢. تحقيق أبو الوفاء الأفعاني
- ١٣- أصول القانون د/ حسن كيرة مطبعة دار المعارف ١٩٦٠.
- ١٤- أصول القانون لعبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت - مطبعة مصر
١٩٥٣
- ١٥- الأصول القضائية في المرافعات الشرعية لعلي قراعة
- ١٦- أصول المحاكمات المدنية لأحمد أبو الوفا الدار الجامعية ١٩٨٢
- ١٧- أعلام الموقعين لابن القيم (ت ٧٥١هـ) دار الجيل ١٩٧٢
- ١٨- الأعلام للعلامة خير الدين الزركلي الطبعة الثالثة - ١٣٨٩هـ
- ١٩- الأم للشافعي (ت ٢٠٤هـ) دار المعرفة - بيروت
- ٢٠- الالتزامات في الشريعة الإسلامية للشيخ أحمد إبراهيم
- ٢١- الالتزامات للدكتور محمد كامل مرسي، المطبعة العالمية مصر ١٩٥٤.
- (ب)
- ٢٢- بحث عقد التأمين وموقف الشريعة منه لمصطفى الزرقا
- ٢٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم (ت ٧٩٠هـ) دار
المعرفة و دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٧.
- ٢٤- بدائع الصنائع للكاساني (ت ٥٨٧هـ) دار الكتاب العربي بيروت
١٩٨٢ ط/٢.
- ٢٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (ت
٥٢٠هـ) مطابع الإستقامة - القاهرة
- ٢٦- بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، المطبعة الرحمانية
مصر ١٣٥٢هـ.

(ت)

- ٢٧- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام للإمام ابن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩هـ.
- ٢٨- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٢) المطبعة الأميرية - مصر ط/١ - ١٣١٣هـ.
- ٢٩- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي لعبد القادر عودة دار الكتاب العربي - لبنان
- ٣٠- التعريفات للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، ناصر خسرو طهران إيران
- ٣١- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية د/ مقدم السعيد - بيروت ١٩٨٥م.
- ٣٢- تفسير القرآن العظيم ، لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبي الفداء المتوفى سنة ٧٧٤هـ دار المعارف.
- ٣٣- تفسير القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج القرطبي (ت ٦٧١هـ) دار الكتب ودار المعارف ١٤١١هـ .
- ٣٤- تفسير جامع البيان عن تأويل آي القرآن لمحمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ) دار الكتب العلمية ودار الفكر بيروت ١٩٩٧.
- ٣٥- التقرير والتحبير شرح التحرير لمحمد بن محمد بن الحسن المعروف بابن أمير حاج (ت ٨٧٩هـ) المطبعة الأميرية ١٣١٦هـ ط/١
- ٣٦- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوي (ت ٧٧٢هـ) مكة المكرمة ١٣٥٣هـ ط/١.
- ٣٧- التوضيح لعبد الله بن مسعود البخاري وعليه حاشية التلويح للتفتازاني (ت ٧٩٢هـ) دار الكتب العربية الكبرى القاهرة ١٣٢٧هـ.
- ٣٨- حاشية رد المحتار ، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة دار الفكر ، بيروت ط/الثانية ١٣٨٦هـ.

٣٩- تحفة المحتاج شرح المنهاج لأحمد بن حجر الهيتمي (ت ٩٧٤ هـ) مطبعة مصطفى محمد ١٣٠٤ هـ بمصر.

(ح)

- ٤٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي بن عرفة (ت ١٢٣٠ هـ) مطبعة إحياء الكتب العربية بمصر .
- ٤١- الحق والذمة للشيخ علي الخفيف مكتبة وهبة القاهرة ١٩٤٥ .
- ٤٢- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة ١٩٨٤ .
- ٤٣- الحقوق العينية الأصلية د/ حسن كيرة منشأة دار المعارف الإسكندرية.
- ٤٤- حوالة الدين د/ عبد الودود يحيى، مكتبة القاهرة ١٩٦٠ .

(د)

- ٤٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر
- ٤٦- الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية لداود العطار - الدار الإسلامية للطباعة والنشر - بيروت لبنان .

(س)

- ٤٧- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث (ت ٢٧٥ هـ) دار الفكر تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .
- ٤٨- سنن ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني (ت ٢٧٥ هـ) عيسى البابي الحلبي ١٣٧٢ هـ .
- ٤٩- سنن الترمذي محمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩ هـ) ، دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق أحمد شاكر .

(ش)

- ٥٠- شرح القانون المدني الجزائري د/ محمد صبري السعدي
- ٥١- شرح القانون المدني العراقي د/ محمود سعد الدين الشريف - بغداد ١٩٥٥
- ٥٢- الشرح الكبير على المقنع لابن قدامة شمس الدين (ت ٦٨٢ هـ) دار المنار ١٣٤٨ هـ ط/١ .

- ٥٣- شرح المجلة لسليم رستم باز ط٣ - بيروت ١٩٢٣
- ٥٤- شرح المنار وحواشيه من أصول الفقه لعبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك
(ت ٨٠١ هـ) المطبعة العثمانية ١٣١٩ هـ.
- ٥٥- شرح قانون العقوبات د/ محمود نجيب حسني.
(ص)
- ٥٦- صحيح البخاري (ت ٢٥٦ هـ) دار ابن كثير اليمامة - بيروت
١٩٩٢.
- ٥٧- صحيح مسلم، الإمام مسلم بن حجاج النيسابوري - دار إحياء التراث
العربي - بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
(ط)
- ٥٨- الطرق الحكمية لابن القيم (ت ٧٥١ هـ) مطبعة الآداب - مصر سنة
١٧١٣ هـ.
- (ع)
- ٥٩- العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات د/ عيسى عبده دار الاعتصام - مصر.
(غ)
- ٦٠- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي الطبعة
الأولى القاهرة دار الطباعة العامرة ١٣٥٧ هـ .
(ف)
- ٦١- فتاوى ابن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) مطبعة كردستان العلمية ١٣٢٩ هـ.
- ٦٢- الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الحنفية ط/٣ - ١٤٠٠ هـ
دار إحياء التراث العربي - لبنان .
- ٦٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر دار المعرفة، والمكتبة السلفية
بيروت ١٣٧٩ هـ.
- ٦٤- فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام (ت ٨٦١ هـ) المطبعة الأميرية -
مصر ١٣١٥ ط/١

٦٥- الفروق للعلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي
(ت ٦٨٤هـ) مطبعة دار الكتب العربية ١٣٤٧هـ.

٦٦- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت لمحمد بن نظام الدين اللكنوي
الأنصاري (ت ١١٨٠هـ) المطبعة الأميرية - مصر - ١٣٢٤هـ - ط/١.

(ق)

٦٧- القاموس المحيط ، للفيروز آبادي - دار إحياء التراث العربي بيروت
٢٠٠٠م.

٦٨- قاموس القرآن لمحمد الداماغاني - دار الملايين - بيروت ط/٣ - ١٩٧٧
تحقيق عبد العزيز سيد الأهل .

٦٩- القانون المدني. الأردني لعام ١٩٧١

٧٠- القانون المدني الجزائري لعام ١٩٧٥

٧١- القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١

٧٢- القانون المدني المصري ١٩٤٩

٧٣- القواعد في الفقه الإسلامي ، للحافظ ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) ط/
الأولى مؤسسة نبع الفكر العربي بمصر ١٣٩٢هـ.

٧٤- قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية لأنور سلطان - الدار الجامعية
بيروت ١٩٨٤

٧٥- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن
عبد السلام (ت ٦٦٠هـ) دار الكتب العلمية - بيروت.

٧٦- القواعد النورانية لابن تيمية (ت ٧٢٨هـ).

(ك)

٧٧- كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يوسف بن إدريس البهوتي دار
الفكر - بيروت ١٤٠٢هـ.

٧٨- الكوكب المنير تهذيب صحيح الجامع الصغير للشيخ ناصر الدين الألباني -
مركز الهدى ١٩٩٧ م - باكستان.

(ل)

- ٧٩- لسان العرب لابن منظور- دار صادر الطبعة الأولى - بيروت ١٩٩٠.
- ٨٠- المبادئ الشرعية والقانونية (الحجر والنفقات والمواريث والوصية)
د/ صبحي محمصاني .

(م)

- ٨١- مبادئ القانون لحمدي عبد الرحمن - دار الفكر العربي ١٩٧٥
- ٨٢- مبادئ القانون للدكتور عبد المنعم الصدة - دار النهضة العربية
- ٨٣- المبادئ القانونية العامة للدكتور أنور سلطان
- ٨٤- مبدأ الرضا في العقود د/ علي محيي الدين القره داغي
- ٨٥- المبسوط لشمس الأئمة السرخسي الحنفي (ت ٤٨٣ هـ) - دار المعارف
- لبنان .

- ٨٦- مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة كارخانه تجارت.
- ٨٧- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد أكتوبر ١٩٨١ الكويت.
- ٨٨- مجلة البحوث والإفتاء، الرياض محرم سنة ١٤١٠هـ.
- ٨٩- المجلة الفصلية للقانون المدني الجزائري
- ٩٠- مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق القاهرة
- ٩١- مجمع الضمانات لأبي محمد البغدادي ط/ المطبعة الخيرية - القاهرة سنة
١٣٠٨ هـ

- ٩٢- المجموع شرح المهذب للنووي (ت ٦٧٦ هـ) مطبعة القاهرة ١٣٥٠ هـ
- ٩٣- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري وزارة العدل
المصرية

- ٩٤- مجموعة قرارات المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي - الجزائر
- ٩٥- مجموعة قرارات المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية - الجزائر
- ٩٦- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية لأحمد سلامة
- ٩٧- محاضرات في النظرية العامة للحق د/ شفيق شحاته ١٩٤٢.
- ٩٨- محاضرات في نظرية الدعوى لخليل جريج مؤسسة نوفل بيروت ١٩٨٠

٩٩- المحلّي لابن حزم علي بن حزم بن سعيد (ت ٤٥٦هـ) دار الآفاق الجديدة بيروت.

١٠٠- مختصر أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف بدون ذكر جهة الطبع.

١٠١- مختصر صحيح البخاري لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي ط/١ عام ١٣٩٤هـ.

١٠٢- المدخل إلى الفقه الإسلامي د/ محمود طنطاوي، دار التوفيق النموذجية الأزهر القاهرة.

١٠٣- المدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة ١٩٧٤، الإسكندرية.

١٠٤- المدخل إلى علم القانون لعباس الصراف و جورج حزبون - عمان - ١٩٨٥ م

١٠٥- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للأستاذ مصطفى الزرقا مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٨.

١٠٦- المدخل العام للعلوم القانونية د/ عبد المنعم البدر اوي

١٠٧- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا دار الفكر مطبعة ألف باء الأديب - دمشق ١٩٦٨ م

١٠٨- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود للدكتور مصطفى شلبي دار النهضة العربية بيروت ، طبعة ١٩٨٣م.

١٠٩- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د/ محمد يوسف موسى دار الكتاب العربي - مصر ١٩٩٨م.

١١٠- المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق) د/ محمدي فريدة زاوي المؤسسة الوطنية للفنون - الجزائر ٢٠٠٠م

١١١- مذكرات في نظرية الالتزام د/ أحمد سلامة مكتبة عين شمس، القاهرة ١٩٨١.

١١٢- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي

- ١١٣- مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول لمنلا خسرو (ت ٨٨٠ هـ) المطبعة
العثمانية - القاهرة ١٣٠٧ هـ.
- ١١٤- المستصفي من علم الأصول لمحمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥ هـ)
المطبعة الأميرية ١٣٣٤ هـ
- ١١٥- مسند الإمام أحمد بن حنبل مؤسسة قرطبة - مصر.
- ١١٦- مصادر الالتزام لأحمد أبي ستيت دار الفكر العربي ١٩٦٣.
- ١١٧- مصادر الالتزام لعبد المجيد عبد الحكيم - بغداد - ١٩٦٧ م
- ١١٨- مصادر التشريع الإسلامي للشيخ عبد الوهاب خلاف - القاهرة ١٩٥٥.
- ١١٩- مصادر الحق لعبد الرزاق السنهوري - دار إحياء التراث العربي بيروت
١٩٥٤ م.
- ١٢٠- مصنف عبد الرزاق أبو بكر بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي بيروت
ط/٢ سنة ١٤٠٣.
- ١٢١- معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٢٢- المغني في لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٥٤١-
٦٢٠ هـ) مطبعة الإمام - مصر.
- ١٢٣- المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني دار المعرفة
- ١٢٤- المقاصد في الفقه الإسلامي د/ محمد سلام مذكور.
- ١٢٥- مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، الشركة التونسية للطباعة تونس
١٩٧٨.
- ١٢٦- الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة دار الفكر العربي.
- ١٢٧- المهذب لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ) - دار الفكر
بيروت
- ١٢٨- الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى للشاطبي
(ت ٧٩٠ هـ) المطبعة الرحمانية ودار المعرفة و دار الكتب العلمية الطبعة
الأولى بيروت لبنان ١٤١١ هـ.

- ١٢٩- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل لمحمد بن محمد بن حسين المعروف بالحطاب المالكي (ت ٩٥٤هـ) دار الفكر بيروت ط/ ٣ سنة ١٣٩٨ هـ.
- ١٣٠- موجز أصول الالتزامات د/ سليمان مرقس
- ١٣١- المورد لمنير البعلبكي، دار العلم للملايين بيروت ١٩٨٢ الطبعة السادسة عشرة.

(ن)

- ١٣٢- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية دار الطباعة - الجزائر.
- ١٣٣- نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي لأحمد بهنسي
- ١٣٤- نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية لشفيق شحاته مطبعة الاعتماد بمصر.
- ١٣٥- نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية لعبد العظيم شرف الدين - الهيئة العامة للكتاب
- ١٣٦- نظرية التعسف في استعمال الحق - للدكتور فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة.
- ١٣٧- النظرية العامة للالتزام للدكتور علي علي سليمان ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر-١٩٩٨ م
- ١٣٨- النظرية العامة للالتزامات د/ أنور سلطان دار المعارف مصر ١٩٦٢.
- ١٣٩- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري د/بلحاج العربي ديوان المطبوعات الجزائرية.
- ١٤٠- النظرية العامة للالتزامات لعبد الحي حجازي
- ١٤١- النظرية العامة للالتزامات للدكتور حسن الذنون - بغداد- ١٩٧٦
- ١٤٢- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية لصبحي محمصاني دار العلم للملايين بيروت ط/٢ ١٩٧٢.
- ١٤٣- نظرية بطلان التصرف القانوني - رسالة دكتوراه، للدكتور جميل الشرقاوي مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٩
- ١٤٤- نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية د/ عطا حسين سليم

- ١٤٥- نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي د/ زكي عبد البر رسالة القاهرة
١٩٥٠
- ١٤٦- نظريتا الحق والقانون ، للدكتور إسحق إبراهيم منصور ديوان المطبوعات
الجامعية - الجزائر ١٩٩٩.
- ١٤٧- نهاية المحتاج لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي (ت ١٠٠٤ هـ)
- ١٤٨- النهاية في غريب الحديث والأثر لأبي السعادات محمد بن الأثير نشر
المكتب الإسلامي - بيروت- ١٩٧٩م
- ١٤٩- نيل الأوطار للشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ).
- (و)
- ١٥٠- الوجيز في الحقوق الرومانية للدواليبي عام ١٩٦١
- ١٥١- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات لجمال الدين زكي مطبعة جامعة
القاهرة ١٩٧٨
- ١٥٢- الوجيز في نظرية الالتزام لمحمد حسنين بدون ذكر جهة الطبع.
- ١٥٣- وسائل الإثبات لمحمد الزحيلي بدون ذكر جهة الطبع.
- ١٥٤- الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري دار إحياء التراث العربي ودار
النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢

المراجع الأجنبية

- 1- Jean carbonnier-Droit civil-op-cit-p42-
C.C.F-1102 le contrat est synallagmatique ou provenant les uns
envers les autres Jean carbonnier-Droit civil-op-cit-p42
- 2- -Jean carbonnier-Droit civil-42Les obligations-press
universitaire de france N18(A)Weill et (F) ferre N153 11
edition 1982
- 3- (J) Gheston la nation erreur en droit positif actuel these .Par
1963 Plonial Ripert et boulanger T.2 N 194 195
- 4- (J) Gheston-these op cit N138 ets
- 5- -Ripert et boulanger traite T 2 N 1012
- 6- (R) Savatier le prejudice moral R.T.D. civ 1938 P : 187.
BTS
- 7- Joseph Shacht antintroduction to Islamic law P.78-
- 8- ALI Bencheneb.theorie Generale de contrat ALGER
1980-
- 9- -BENABET (A) les obligations Paris , 1987
- 10- BENCHABAN (H) Lalea dans le droit des contrats
En droit civil Algerien. Alger, 1992
- 11- VIALARD (A) la responsabilite civil delictuelle Alger,
1980.

فهرس المواضيع

أ-هـ	الإهداء... الشكر والتقدير.....
١	المقدمة.....
٧	خطة البحث.....

التمهيد

في مدى اهتمام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بالحق عموماً

الفرع الأول: اهتمام الفقه الإسلامي بالحق المدني

١١	المسألة الأولى: ماهية الحق في الفقه الإسلامي.....
١٩	المسألة الثانية: نظرة الفقه الإسلامي للحق.....
٢٠	المسألة الثالثة: طبيعة الحق في الفقه الإسلامي.....
٢٣	المسألة الرابعة: نشأة الحق في الفقه الإسلامي.....
٢٤	المسألة الخامسة: وظيفة الحق في الفقه الإسلامي.....
٢٨	المسألة السادسة: غاية الحق في الفقه الإسلامي.....

الفرع الثاني: فكرة وغاية الحق في القانون الوضعي

٣٠	المسألة الأولى: تعريف الحق في القانون الوضعي.....
٣٢	المسألة الثانية: الحق في القانون الوضعي.....
٣٤	المسألة الثالثة: فكرة الحق في القانون الوضعي.....
٣٩	المسألة الرابعة: غاية الحق في القانون الوضعي.....

الفرع الثالث: الحق المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

٤١	المسألة الأولى: مصطلح (الحق المدني) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي... ..
٤٧	المسألة الثانية: استعمال الفقهاء للحق المدني الشخصي.....
٤٨	المسألة الثالثة: طبيعة الحق المدني الشخصي في القانون الوضعي.....
٥٠	المسألة الرابعة: أقسام الحق المدني.....
٥٠	١- الحق الشخصي أو الالتزام.....

- ٥١ ٢- الحق العيني.....
- ٥٣ آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي.....

الباب الأول

مصادر الحق الشخصي، ويتكون من تمهيد

- التمهيد: في ماهية الحق الشخصي وأنواعه ومصادره
- الفرع الأول: تعريف وأنواع الحق المدني الشخصي
- ٥٨ المسألة الأولى: تعريف الحق المدني الشخصي.....
- ٦١ المسألة الثانية: أنواع الحق المدني.....
- ٦٢ الالتزام بالدين.....
- ٦٤ الالتزام بالعين.....
- ٦٤ الالتزام بالعمل.....
- ٦٥ الالتزام بالامتناع عن العمل.....
- ٦٦ الفرع الثاني: مصادر الحق الشخصي بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

الفصل الأول

- ٧١ المصدر الأول الشرع أو القانون كمصدرين للحق الشخصي...

الفصل الثاني

- ٧٥ التصرفات القانونية كمصادر للحق الشخصي
- ٧٦ المبحث الأول: العقد.....
- ٧٦ المطلب الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً.....
- ٧٦ الفرع الأول: العقد لغة.....
- ٧٧ الفرع الثاني: العقد اصطلاحاً.....
- ٨٤ الفرع الثالث: حرية الإنسان في إنشاء العقود والشروط.....
- ٨٨ الفرع الرابع: القوة الملزمة للعقد أو (مبدأ سلطان الإرادة).....
- ٩٢ الفرع الخامس: تقسيمات العقود بين الفقه والقانون.....
- ٩٢ ١- في الفقه الإسلامي.....

٩٢	أولاً: باعتبار الجواز واللزوم
٩٢	ثانياً: باعتبار كون المعقود عليه مالاً أو غيره.....
٩٢	ثالثاً: باعتبار اشتراط قبض المعقود عليه
٩٣	رابعاً: باعتباره يتضمن تملكاً أو إسقاط.....
٩٣	خامساً: باعتبار اشتراط الصيغة أو عدم اشتراطها.....
٩٣	سادساً: باعتبار وصفه الشرعي.....
٩٤	٢- في القانون المدني.....
٩٦	أولاً: العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني.....
٩٩	ثانياً: العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد
١٠١	ثالثاً: عقود المعاوضة وعقود التبرع.....
١٠٢	رابعاً: العقود المحددة العقود الاحتمالية.....
١٠٥	خامساً: العقد الفوري والعقد الممتد (المستمر).....
١٠٦	سادساً: العقود المسماة والعقود الغير مسماة.....
١٠٩	المطلب الثاني: تكوين العقد.....
١٠٩	تمهيد.....
١١٠	الفرع الأول: التراضي.....
١١٠	أولاً: وجود التراضي (صيغة العقد).....
١١١	١- التعبير عن الإرادة.....
١١٤	٢- الصيغة التي ينشأ بها العقد والسكوت المجرد
١١٩	٣- الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ودورهما في إنشاء العقد
١٢١	٤- توافق الإرادتين.....
١٢٢	أولاً: الإيجاب.....
١٢٥	ثانياً: القبول.....
١٢٦	شروط القبول.....
١٢٨	ثالثاً: تطابق الإيجاب والقبول.....
١٣٥	ثانياً: صحة التراضي.....
١٣٦	أولاً: الأهلية وأنواعها.....
١٣٧	أهلية الوجوب.....

١٣٨	أهلية الأداء.....
١٣٩	تدرج الأهلية وفقا للسن في القانون الوضعي...
١٤٢	عوارض الاهلية.....
١٤٨	ثانيا: عيوب الإرادة أو (عيوب التراضي).....
١٤٩	أولا: الغلط.....
١٥٥	ثانيا: التدليس أو التغيرير.....
١٦٠	ملاحظات حول نظرية عيوب الإرادة القانون المدني الجزائري
١٦١	الفرع الثاني: محل العقد.....
١٦٣	شروط المحل.....
١٦٣	الشرط الأول.....
١٦٦	الشرط الثاني.....
١٦٨	الشرط الثالث.....
١٧٠	المطلب الثالث: آثار العقد.....
١٧٠	الفرع الأول: آثار العقد من حيث الأشخاص.....
١٧١	١- أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين.....
١٧٣	٢- أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص.....
١٧٤	٣- أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين العاديين.....
١٧٥	٤- أثر العقد بالنسبة إلى الغير.....
١٧٥	شروط التعهد عن الغير.....
١٧٦	أحكام التعهد عن الغير.....
١٧٧	٥- آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي.....
١٧٨	الخلف العام.....
١٧٩	الخلف الخاص.....
١٨٠	الفرع الثاني: آثار العقد من حيث الموضوع.....
١٨٠	أولا: تحديد نطاق العقد.....
١٨٢	١- طبيعة الالتزام.....
١٨٤	٢- التزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد.....
١٨٥	ثانيا: تنفيذ العقد.....

١٨٥	١- التزام المتعاقد بما اشتمل عليه العقد.....
١٨٨	٢- نظرية الظروف الطارئة.....
١٩٢	٣- المسؤولية العقدية.....
١٩٤	أ- الخطأ العقدي.....
١٩٨	ب - الضرر.....
٢٠١	ج- علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر.....
٢٠٥	المطلب الرابع: فسخ العقد.....
٢٠٨	الفرع الأول: أقسام الفسخ.....
٢٠٨	١- الفسخ الاتفاقي للعقد.....
٢٠٨	٢- الفسخ القضائي للعقد.....
٢٠٩	٣- الفسخ القانوني للعقد (الانفساخ).....
٢١٠	الفرع الثاني: بطلان العقد.....
٢١٥	المبحث الثاني: الإرادة المنفردة.....
	المطلب الأول: مواقف الفقهاء من الإرادة المنفردة وأثارها
	الفرع الأول: آراء الفقهاء في صلاحية الإرادة المنفردة لتكون مصدرا
٢١٧	عاما للالتزام.....
٢٢١	الفرع الثاني: الآثار القانونية للإرادة المنفردة
٢٢١	١- النظرية الفرنسية.....
٢٢٣	٢- النظرية الألمانية.....
	الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية تجاه الإرادة المنفردة كمصدر
٢٢٧	للحق الشخصي.....
٢٣٠	المطلب الثاني: موقف التشريعات الوضعية من الإرادة المنفردة.....
٢٣٠	الفرع الأول: النظرة المختلفة للإرادة المنفردة.....
٢٣٠	المذهب الأول.....
٢٣١	المذهب الثاني.....
٢٣١	المذهب الثالث.....
٢٣٢	المذهب الرابع.....
٢٣٣	الفرع الثاني: نماذج من التصرفات بالإرادة المنفردة ذات الآثار القانونية

- ٢٣٣ ١- التصرفات الإرادية المنشئة
- ٢٣٤ ٢- التصرفات الإرادية المنهية
- ٢٣٦ ٣- التصرفات الإرادية المسقطه

الفصل الثالث

- ٢٤٠ الواقعة القانونية
- ٢٤١ المبحث الأول : الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)
- ٢٤١ التمهيد :
- ٢٤٢ المطلب الأول : أنواع الحقوق والتميز بين المسؤوليات
- ٢٤٣ الفرع الأول : حق الله وحق العبد
- ٢٤٥ الفرع الثاني : المسؤوليات
- ٢٤٥ أولاً : المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية
- ٢٤٦ ثانياً : المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية
- ٢٤٦ أهمية التفرقة بين المسئوليتين
- ٢٤٨ المطلب الثاني : بعض النصوص الشرعية في الفعل الضار
- ٢٤٨ ١ - من القرآن الكريم
- ٢٤٩ ٢ - من الحديث الشريف
- ٢٥٢ ٣ - من فقه الصحابة
- ٢٥٤ المطلب الثالث: ضمان الخطأ الشخصي في المسؤولية التقصيرية
- ٢٥٤ الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي
- ٢٥٦ الفرع الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية
- ٢٥٦ أولاً: الخطأ
- ٢٥٧ حالات التعدي المشروع (انعدام الخطأ)
- ٢٥٨ ١- حالة الدفاع الشرعي
- ٢٦١ ٢- حالة تنفيذ أمر الرئيس
- ٢٦١ ٣- حالة الضرورة
- ٢٦٦ ثانياً: الضرر
- ٢٦٧ أنواع الضرر

٢٧١شروط الضرر الموجب للتعويض
٢٧٢ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
٢٧٢ ١ - المباشرة والتسبب
٢٧٦ ٢ - السبب الأجنبي
٢٧٧ المطلب الرابع : آثار المسؤولية
٢٧٧ الفرع الأول : في دعوى المسؤولية والتعويض
٢٨٣ الفرع الثاني : المسؤولية عن عمل الغير
٢٨٣ ١ - مسؤولية الشخص عمن تحت رقابته
٢٨٥ ٢ - مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه
٢٨٦ الفرع الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء
٢٨٦ ١ - المسؤولية عن البناء
٢٨٩ ٢ - المسؤولية عن الأشياء الخطرة
٢٩١ ٣ - المسؤولية عن الحيوان
٢٩٤ المبحث الثاني: الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب
٢٩٤ التمهيد : الإثراء بلا سبب كمصدر للحق الشخصي
	المطلب الأول: في ماهية الإثراء بلا سبب وموقف الفقه الإسلامي
٢٩٦ والقانون الوضعي منه
٢٩٦ الفرع الأول: تعريف الإثراء بلا سبب
٣٠٠ الفرع الثاني موقف بعض القانونيين من الإثراء بلا سبب
٣٠٥ الفرع الثالث: الموقف العام للفقه الإسلامي من الإثراء بلا سبب
٣٠٨ المطلب الثاني : أركان الإثراء بلا سبب
٣١٠ المطلب الثالث: العوض عن أداء الفعل النافع
٣١٠ الفرع الأول: العوض عن أداء الفعل النافع
٣١٣ الفرع الثاني: الإذن في القيام بالفعل النافع
٣١٥ الفرع الثالث: أحوال ضمان الدين عن المدين بنية الرجوع عليه...
٣١٨ الفرع الرابع:الفعل النافع والذمة
٣٢٠ المطلب الرابع:أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب
٣٢٠ التمهيد

٣٢٢ الفرع الأول: دفع غير المستحق
٣٢٤ الفرع الثاني : الفضالة
٣٢٤ التعريف بالفضولي
٣٢٧ شروط الفضالة
٣٢٩ أحكام الفضالة في القانون المدني
٣٣١ أحكام الفضالة في الفقه الإسلامي
٣٣٥ الفرع الثالث: أحكام الإثراء بلا سبب

الباب الثاني

٣٣٨ استعمال الحق المدني الشخصي وانقضاؤه
-----	---

الفصل الأول

٣٣٩	التعسف في استعمال الحق الشخصي وقواعد ضبطه...
	المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي
٣٣٩ لمحة تاريخية
٣٤١	المطلب الأول : تعريف التعسف في الفقه الإسلامي وتمييزه عن التعدي
٣٤٧	المطلب الثاني : ارتباط التعسف بطبيعة الفقه الإسلامي وغايته
٣٤٨	المطلب الثالث: أدلة النهي عن التعسف في استعمال الحق الشخصي
٣٤٨	أولا :من القرآن الكريم
٣٥٥	ثانيا :من السنة النبوية
٣٥٩	ثالثا :من عمل الصحابة
٣٦٢	المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون المدني
٣٦٢	المطلب الأول: التعسف في بعض القوانين المدنية
٣٦٤	المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية التعسف
٣٧٠	المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق
٣٧٢	الفرع الأول : حالات التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري

الفرع الثاني: بعض التطبيقات القضائية لنظرية التعسف في مجال

- ٣٧٥ الحقوق المالية.....
- ٣٧٧المبحث الثالث:قواعد ضبط استعمال الحق الشخصي.....
- ٣٧٨المطلب الأول : قاعدة(لا ضرر ولا ضرار).....
- ٣٧٨ أصل القاعدة وأدلتها.....
- ٣٨٢ موجز رأي الأئمة في تطبيق القاعدة.....
- ٣٨٤ ما يمكن بناؤه من أبواب الفقه على هذه القاعدة.....
- ٣٨٨المطلب الثاني: قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح.....
- ٣٨٨ تمهيد.....
- ٣٩٠ أدلة القاعدة.....
- ٣٩١ إدراك المصلحة والمفسدة في الإسلام.....
- ٣٩٥ ميزان ترجيح المصالح والمفاسد.....

الفصل الثاني

- ٤٠٠ إثبات الحق الشخصي وانتقاله.....
- ٤٠١المبحث الأول: دعوى الحق الشخصي.....
- ٤٠١المطلب الأول: تعريف الدعوى وبيان أركانها وشروطها في الفقه الإسلامي
- ٤٠٦المطلب الثاني: حماية الحق الشخصي وإثباته في القانون الوضعي.....
- ٤٠٦أولا: حماية الحق الشخصي وتمييزه عن الدعوى.....
- ٤٠٧ ثانيا : شروط قبول الدعوى المدنية وأقسامها وإثباتها.....
- ٤١٠ ثالثا : إثبات الحق في القانون الوضعي.....
- ٤١٤المطلب الثالث : وسائل إثبات الحق المدني الشخصي في الفقه الإسلامي...
- ٤١٤ تمهيد.....
- ٤١٦ أولا : الوسائل المتفق عليها.....
- ٤١٦ ١- الإقرار.....
- ٤٢٢ ٢- الشهادة.....
- ٤٢٧ ٣- اليمين.....

٤٣٢ ثانيا: الوسائل المختلف فيها
٤٣٢ ١- الكتابة
٤٣٦ ٢- القسامة
٤٣٧ ٣- القرائن
٤٤١	المبحث الثاني: انتقال الحق المدني الشخصي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٤٤١ تمهيد
٤٤٢ المطلب الأول: تطور فكرة الحوالة في القانون الوضعي
٤٤٤ المطلب الثاني: انتقال الحق الشخصي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٤٤٤ الفرع الأول: تنظيم الشريعة الإسلامية للحوالة وأثرها في القوانين الغربية
٤٤٦ الفرع الثاني: ماهية الحوالة وبيان شروطها وأنواعها في الفقه الإسلامي
٤٤٦ - تعريف الحوالة لغة واصطلاحا في الفقه الإسلامي
٤٤٨ - شروط الحوالة في الفقه الإسلامي
٤٥٠ أنواع الحوالة في الفقه الإسلامي
٤٥٣ الفرع الثالث : الكلام عن الحوالة في القانون المدني
٤٥٣ أولا : حوالة الدين
٤٥٤ انعقاد حوالة الدين
٤٥٧ آثار حوالة الدين
٤٥٩ ثانيا :حوالة الحق
٤٦٠ حالات لا تقبل حوالة الحق
٤٦٢ المطلب الثالث: شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية والرد عليها...
٤٧٠ المطلب الرابع: انتهاء الحوالة

الفصل الثالث

٤٧٣ تقييد الحق الشخصي وانقضاؤه
٤٧٤ المبحث الأول : تقييد الحق
٤٧٤ المطلب الأول :اعتبار المصالح
٤٧٧ المطلب الثاني: التكافل الاجتماعي

٤٧٨	أصول التكافل الاجتماعي
٤٧٨	١- الأخوة.....
٤٧٩	٢- المحبة.....
٤٧٩	٣- الرحمة.....
٤٨٠	٤ - التعاون على البر.....
٤٨٠	المطلب الثالث : التوازن الإجتماعي.....
٤٨٤	المطلب الرابع : الجانب التعبدي.....
٤٨٤	١- الزكاة.....
٤٨٥	٢- خمس الغنائم.....
٤٨٥	٣- الجزية.....
٤٨٦	٤- الخراج.....
٤٨٦	٥- العشور.....
٤٨٦	٦- الكفارات.....
٤٨٧	٧- صدقة الفطر.....
٤٨٧	٨- الأضاحي.....
٤٨٨	٩ - فدية الصيام.....
٤٨٩	المبحث الثاني: انقضاء الحق المدني الشخصي.....
٤٨٩	تمهيد.....
٤٩١	المطلب الأول : انقضاء الحق بالوفاء أو بما يعادل الوفاء.....
٤٩١	الفرع الأول : انقضاء الحق بالوفاء.....
٤٩٥	الفرع الثاني : انقضاء الحق بما يعادل الوفاء.....
٤٩٥	١- الوفاء بمقابل.....
٤٩٦	٢- المقاصة.....
٥٠١	٣- اتحاد الذمة.....
٥٠٣	٤- التجديد.....
٥٠٦	الآثار القانونية المترتبة على التجديد.....
٥٠٧	المطلب الثاني: انقضاء الحق دون الوفاء ولا بما يعادل الوفاء.....
٥٠٧	١-الإبراء.....

٥١٠	٢- استحالة التنفيذ.....
٥١٢	٣- التقادم المسقط.....
٥١٤الخاتمة
٥١٨الفهارس
٥١٩فهرس الآيات القرآنية
٥٢٢فهرس الأحاديث النبوية
٥٢٥فهرس الأعلام
٥٢٨فهرس المصادر
٥٤٠فهرس المواضيع