

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

معهد الشريعة

جامعة الأمير عبد القادر

قسم الدراسات العليا

للمعلوم الإسلامية

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة

تحت عنوان

**العقد الموقوف**

**في**

**الشريعة و القانون**

تحت إشراف الأستاذ الدكتور :

مالكى محمد الأخضر

من إحصاء الطالب :

بعداش بوبكر

لجنة المناقشة :

رئيسا

١ - الأستاذ الدكتور : .....

مشرفا و مقرا

٢ - الأستاذ الدكتور : مالكى محمد الأخضر

عضوا

٣ - الأستاذ الدكتور : .....

عضوا

٤ - الأستاذ الدكتور : .....

السنة الجامعية ١٩٩٦ - ١٩٩٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله عز و جل : (( وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ  
وَالتَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ  
وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ))

سورة المائدة الآية : ٢

و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :  
(( لَا يَجِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ أَخِيهِ ، لَاعِبًا  
وَ لَا جَادًّا فَإِنْ أَخَذَهُ فَلْيُرُدَّهُ عَلَيْهِ ))

حديث نبوي شريف .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

عبد

العلوم الإسلامية

## شكر و تقدير

لا يملك المرء وهو يري هذه السطور قد انتظمت فصولا وأبوابا لتؤلف كتابا إلا أن يقول الحمد لله رب العالمين، ((وأما بنعمة ربك فحدث)).

وأن يذكر الفضل لأهله، برا ووفاء، فأقدم بخاص شكري وامتناني وبتحية إجلال و عرفان وإكبار إلى أستاذي الفاضل: الدكتور مالكي محمد الأخضر الذي كان له الفضل الأول في مساعدتي على المضي في هذا البحث وعلى تحطّي كل الصعاب، بإشرافه وتوجيهه وصبره ونصحه وتشجيعه، حيث وجدت فيه الأستاذ الموجه والأب العطوف الحاني والأخ الناصح المرشد والمعاملة الإسلامية العالية.

كما أقدم بشكري الخالص إلى أساتذتي الكرام لتفضلهم بالإطلاع على هذه الرسالة والإشتراك في مناقشتها.

ولا يفوتني أن أقدم شكري و عرفاني لإدارة معهد الشريعة ممثلة في مديرها والقائمين عليها وإلى عمال مكتبة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ومكتبة الجامعة المركزية وعمال مكتبة الحقوق والعلوم الإدارية الذين قدموا لي كل المساعدات لإنجاز هذا العمل المتواضع.

وأشكر القائمين على شركة "أبعاد" بجامعة بوزيان الذين تفضلوا بطبع هذه الرسالة وإخراجها في هذه الصورة الجميلة.

وإلى كل من مد لي يد المعونة بإعارة كتاب أو تقديم اقتراح أو إرشاد أو إهداء نصح أو انتقاد بشكل أو بآخر.



## الإهداء

إلى أمي وأبي والوالدين الكريمين اللذين رباني صغيرا ودفعوا بي إلى المضي  
في هذا الطريق .

إلى إخواني وأخواتي وأخص بالذكر منهم الأخ العزيز: عبد العزيز .  
إلى أساتذتي الأجلاء الذين علموني وأخذوا بيدي لأشوق طريقي في  
درب العلم واكتسابه .

إلى كل العاملين لاستئناف حياة إسلامية .

إلى روح أساذي الجليل الإمام الشيخ محمد الغزالي رحمه الله تحية إجلال  
وإكبار وبر ووفاء .

إلى كل من أعانني على إنجاز هذا البحث ، وأخص بالذكر الصديق  
المخلص الأستاذ الشريف دريدح ، فإلى كل هؤلاء أهدي هذا البحث  
راجيا من الله أن يجعله خالصا لوجهه الكريم .

ببوكر

# المقدمة

جامعة الأميرة  
عبد القادر  
العلوم الإسلامية

## المقدمة

إن الحمد لله نحمده و نستعينه و نستهديه ، و نعوذ بالله من شرور أنفسنا، و سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، و من يضلل فلا هادي له ، و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله ، أدى الأمانة و بلغ الرسالة و نصح الأمة ، و أزاح الظلمة و جاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين ، صلى الله عليه و على آله و صحبه و من اهتدى بهدية إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكفلت بحفظ مصالح العباد ، حيث شرعت أحكاما لإيجادها و أخرى لحفظها و صيانتها من العدم .

فقد شرعت لإيجاد المال و الثروة العمل و السعي للكسب عن طريق البيع و سائر العقود التجارية التي يحتاج إليها الناس في معاملاتهم اليومية ، و شرعت لحفظه و صيانتها من العدم و التلف حرمة السرقة و الربا و الغش و الغبن و أخذ أموال الناس بالباطل و قررت مبدأ التراضي كأصل عام في كل العقود ، و حثت على التعاون و الإحسان و مساعدة الغير في شؤونهم دفعا للضرر و جلبا للمصلحة، كما يتجلى ذلك واضحا في " العقد الموقوف " الذي أباحته الشريعة الإسلامية و هو الموضوع الذي وقع عليه الإختيار لأطروحة الماجستير في الفقه المقارن.

## أهمية موضوع البحث .

يعتبر موضوع العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و ما يقاربه في القانون حلقة في سلسلة الجهود التي بذلت لخدمة الشريعة الإسلامية لتحل محل القوانين الوضعية و تبدو أهميته في النواحي التالية :

• **في الناحية الإقتصادية والمالية :** وضعت الشريعة الإسلامية مبدأ التراضي في العقود ، و حرمت أكل مال المسلم بغير رضاه و مما لا شك فيه أن من أكل مال أخيه بغير طيبة من نفسه فإنه يعتبر أكلا للمال بالباطل فقد جاء في الحديث النبوي الشريف (( لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعبا و لا جادا فإن أخذه فليرده عليه ))<sup>(١)</sup> .

و في حالة العقد الموقوف فإن التصرف لا ينفذ و لا تترتب عليه آثاره إلا بالإجازة من صاحب الشأن تماشيا مع هذا المبدأ .

(١) رواه الترمذي في أول كتاب الفتن و أبو داود في كتاب الأدب و البخاري في كتابه المفرد في الأدب و الحاكم في المستدرک و أصحاب

السنن في مسانيدهم . انظر الزيلعي ، نصب الرأية لأحاديث الهداية ، ج ٤ ، دار الحديث القاهرة ، ص / ١٦٧ .

- وفي الناحية الإجتماعية : فإن إباحة التصرف الموقوف مبني على مراعاة ظروف الناس الإجتماعية و حاجة بعضهم إلى بعض كما أن المروءة و ما يوجد بين الناس من الصلات المختلفة كالجوار و الصداقة و القرابة كثيرا ما تدفعهم إلى معونة من يتصلون به في وقت الحاجة أو في وقت غيبته حيث لا يتيسر فيه لصاحب الشأن أن يتصرف و أن يعمل و ذلك عن طريق مباشرة بعض الأعمال و مزاولة بعض التصرفات التي يرونها نافعة لمن يريدون .
- و من المقرر اجتماعيا أن يتعاون الناس على تحصيل المصالح العامة أو المصالح الخاصة للأفراد و هذه الأخيرة إن اتسعت دائرتها تحولت إلى مصالح عامة لكل الناس ، و على ضوء هذا ينظر إلى التصرف الموقوف و يكون أساس التقدير فيه لما يعود به من منافع .
- و من الناحية التشريعية : فإن العقد الموقوف غير نافذ بل يثبت للمالك الحقيقي حق إجازة العقد و رده فالقول به لا ضرر فيه بل قد يكون فيه نفع لصاحب الشأن و العاقد - لصون كلامه عن الإلغاء - و المشتري ، فكان من السياسة التشريعية السليمة الأخذ به .

## أسباب اختيار موضوع البحث .

دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع أسباب عدة أجملها فيما يلي :

- حاجة المكتبة الجزائرية الفقهية و القانونية إلى مثل هذه البحوث ، و فتح الباب للطلاب ليكشفوا عن المادة الفقهية الغزيرة في باب العقود المختلفة ، حتى يتسنى لهم وضع نظرية عامة للعقد .
- رغبة بعض أساتذتي في تناول مثل هذه الموضوعات التي من شأنها أن تميط اللثام عن الجهود الجبارة التي بذلها أسلافنا في مختلف ميادين المعرفة ، و نقلها للأجيال الصاعدة بأسلوب المقارنة بالقوانين الوضعية الحديثة .
- كون الذين كتبوا دراسات حول العقد الموقوف لم يتناولوا موضوع المقارنة بالقانون المدني الجزائري ، بل درسوا المقارنة بينه و بين القانون المدني المصري أو العراقي أو الأردني ، و رغم هذا فقد استفدت مما كتبوا ، إذ فتحوا أمامي غوامض كثيرة متواجدة في الكتب التراثية.
- الرغبة في تسهيل العثور على الحكم الفقهي للمشرع الجزائري إذا أراد الأخذ بهذه الجزئية من الفقه الإسلامي لا سيما على غير المتخصصين و ذلك بمعالجته بعبارة تواكب مقتضى العصر من ناحية، و تبعده عن تعقيدات الحواشي و المتون من ناحية أخرى .

• تتناثر فروع هذه المسألة في كتب الفقه و التفسير و شروح الحديث ، فأردت جمع شتاتها في بحث يجمع بين الأصالة و الحداثة : أي بين طرح القدامى من جهة و ما تقتضيه ظروف العصر و متطلباته من جهة أخرى .

## أهداف البحث .

و الهدف من اختيار هذا البحث هو تجلية حقيقته و توضيح أحكامه من المصادر الشرعية الأساسية كتاب الله و سنة رسوله - صلى الله عليه و سلم - و من كتب الفقه المتنوعة حتى تكون هذه الأحكام معلومة لدى الناس ، و بهذا أكون قد ساهمت و بمجهود متواضع في نشر الوعي الشرعي في هذا الجانب المهم من حياة المسلمين ، و قد ركزت في هذه الدراسة على أن هذا العقد لا ضرر في انعقاده موقوفاً على الإجازة ، بل الضرر و الفساد قد يكون في عدم انعقاده موقوفاً لأنه يفوت منافع كثيرة على الناس .

## إشكالية البحث .

بيننا أن الشريعة الإسلامية قد أباحت العقد الموقوف ، فقد يكون صحيحاً لكنه غير نافذ حتى تتم إجازته من صاحب الشأن ، وقد يكون باطلاً سواء أجاز أم لا ! .  
و من هذا المنطلق نشأ الإشكال في حكم العقد الموقوف و أنواعه فهل يعتبر تصرف الفضولي و من في حكمه صحيحاً موقوفاً أم باطلاً ؟ و كذا تصرف الصبي المميز و من في حكمه في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، و تصرف من تعلق حق الغير بماله كالمدين المعسر إذا تصرف إضراراً بدائنيه ؟ .  
فمن هو الفريق الذي قال بصحة العقد الموقوف ؟ و من هو الفريق الذي أنكرك ذلك و اعتبره باطلاً ؟ .  
ثم ما هي المرتبة التي تقابل فكرة العقد الموقوف في القانون المدني الجزائري ؟ و ما هو الجزاء الذي رتبته القانون على بيع ملك الغير ، و تصرف الصبي المميز و من في حكمه في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، و تصرف من تعلق حق الغير بماله كالمريض مرض الموت إذا تصرف إضراراً بورثته ؟ و ما الفائدة المرجوة من الأخذ بفكرة العقد الموقوف في السياسة التشريعية و معاملات الناس المختلفة ؟ و ما حكم هذا العقد قبل إجازته و بعدها ؟ .

## تحديد المصادر و طريقة البحث .

للإجابة على هذه الإشكالات المطروحة و توضيحها اتبعت الخطوات التالية :  
رجعت إلى أمهات كتب الفقه و موسوعاته القديم منها و الحديث ، و أذكر على سبيل المثال من القديم بدائع الصنائع ، و شرح فتح القدير ، و المبسوط للسرخسي في فقه الحنفية ، و حاشية الدسوقي على

الشرح الكبير ، و شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ، و المدونة الكبرى في فقه المالكية ، و المجموع للنووي و مغني المحتاج للشربيني من كتب الشافعية و المغني و الشرح الكبير لابن قدامة ، و الإنصاف للمرداوي في فقه الحنابلة ، و المحلى لابن حزم في فقه الظاهرية ، و المختصر النافع في فقه الشيعة الإمامية ، و كتاب النيل و شفاء العليل في فقه الإباضية ، و السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار في فقه الزيدية .

ومن كتب المعاصرين التي أفردت موضوع العقد الموقوف بالبحث أو أشارت إليه ، كتاب " نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة " للدكتور عبد الرزاق حسن فرج ومقال الدكتور : محمد زكي عبد البر عن العقد الموقوف ، و ما كتبه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق . إلى جانب كتب الفقه فقد رجعت إلى كتب التفسير و الحديث بمختلف شروحيها ، و أخص بالذكر تلك التي تعنتي بالأحكام ، كأحكام القرآن لابن العربي ، و أحكام القرآن للجصاص من كتب التفسير ، و نيل الأوطار للشوكاني و عارضة الأحوذني ، و فتح الباري و السنن الكبرى من كتب الحديث ، فهي من حيث الاستفادة منها تأتي في المرتبة الثانية بعد كتب الفقه .

و كانت الاستفادة في المرتبة الثالثة من الكتب التي قننت الفقه الإسلامي في مواد على غرار الفقه الغربي كمجلة الأحكام العدلية ، و مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، بالإضافة إلى القانون المدني الجزائري بمختلف شروحيه ، و قانون الأسرة الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية سنة ١٤٠٤ هـ / الموافق لـ ١٩٨٤ م العدد ٢٤ ، السنة ٢١ ، و بعض الشروح عليه ، و القانون المدني المصري ، و القانون المدني العراقي ، و القانون المدني الأردني ، و القانون المدني الفرنسي و بعض شروحيه مثل النظرية العامة للإلتزام للأستاذ : مازو .

كما رجعت إلى بعض الدوريات التي اهتمت بالفقه المقارن ، كمجلة القانون و الإقتصاد ، و مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، و مجلة المحاماة ، و موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية ، و بعض الرسائل الجامعية ، مثل نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور محمد حبار ، و هناك كتب مساعدة يرجع إليها أكثر الباحثين منها كتب اللغة و التراجم بمختلف فنونها .

و بعد هذا قمت برصد المادة المطلوبة من مظانها ، و أقصد بذلك جمع النصوص و الأقوال اللازمة للبحث من مصادرها المذكورة عند القدامى و المعاصرين ، و إن كان ذلك ليس بالأمر اليسير لتشتت المادة العلمية و تشعب مسالكها المختلفة .

## منهج البحث .

بعد استعراضنا لنوعية المصادر و المراجع التي استقيت منها مادة البحث ، نوضح كيفية معالجة هذه المادة و نسق تنظيمها و ترتيبها .

إن الكيفية التي تمت بها هذه الدراسة لا تخرج عن الإطار العام الذي تدرس فيه مادة الفقه المقارن ، إذ أننا نعطي تصورا موجزا للقضية في مقدمة كل مسألة غالبا ، ثم نتبعها بعرض أقوال الفقهاء الواردة فيها ، فإذا كان في المذهب الواحد أكثر من قول ننبه عليه في الصلب أو في الهامش إن كان الرأي

الثاني ضعيفا أو مرجوحا ، و عقب كل قول نذكر دليله ثم نأتي لمناقشة الأقوال مع أدلتها ، و نخلص في الأخير لتعيين الراجح منها بالدليل ، و إلى جانب المقارنة بين المذاهب الفقهية فهناك المقارنة بالقانون المدني الجزائري و غيره من التقنيات الأخرى التي أخذت بفكرة العقد الموقوف ، فإننا نذكر عقب كل مسألة ما يقاربها في القانون المدني الجزائري و قانون الأسرة ، و ما ورد فيها في القانون المدني العراقي أو الأردني و نخلص إلى تعيين الراجح منها و الأولى بالإتباع .

و لا يفوتني التنبيه إلى أهم الفراغات و الإضطرابات الواقعة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري من جهة و بين القانون المدني الجزائري و قانون الأسرة من جهة أخرى . و قد ربطت هذه الدراسة بالواقع و مستجدات الحياة كما يلاحظ ذلك القارئ الكريم في ثنايا هذه الرسالة خاصة في مدة الإجازة أو مدة التقادم .

و تجدر الإشارة إلى أنني أحلت في الهامش إلى الكتب و المراجع التي اعتمدتها في كل ما نقلته عنها مبينا في ذلك اسم المؤلف و الكتاب و الجزء و دار الطبع ثم سنة الطبع و بعدها رقم الفقرة أو البند إن وجد ثم رقم الصفحة .

و أحلت أيضا الآيات القرآنية التي استشهدت بها إلى مواطنها من سور القرآن الكريم ، ذكرا اسم السورة و رقم الآية و الجزء ، و كذلك فعلت مع الأحاديث النبوية الشريفة ، فأرجعتها إلى مظانها الأولى من كتب الحديث ، مع ملاحظة أن الأحاديث المخرجة من الصحيحين قد أخذتها من صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، و صحيح مسلم بشرح النووي ، و ما رواه الترمذي أخذته من عارضة الأحوذني ، و ما أخرجه أبو داود أخذته من بذل المجهود في حل أبي داود ، و ما أخرجه النسائي أخذته من سنن النسائي بشرح الحافظ السيوطي و قد ترجمت لبعض الأعلام الذين وردت أسماؤهم في الرسالة لتعريف القارئ بهم ، أما من كانت أسماؤهم مشتهرة ككبار الصحابة و بعض التابعين و الأئمة الأعلام و المتأخرين من العلماء ممن يعرفهم العام و الخاص فقد استغنيت عن التعريف بهم لشهرتهم ، كما ترجمت لبعض المصادر التي تدعو الحاجة للتعريف بها .

## الصعوبات .

واجهتني أثناء إعداد هذه الرسالة صعوبات شتى ، فمشاكل التدريس و صعوبات الحياة الإجتماعية كلها عثرات تقف عائقا عن الطلب و الإجتهد في البحث العلمي ، غير أنني سأكتفي بالحديث عما تعلق بطبيعة الموضوع فقط ، و تتلخص صعوبات البحث في هذا الموضوع في النقاط التالية :

- صعوبة الإمام بالمادة الفقهية الغزيرة المشتتة و المتشعبة في مختلف أبواب الفقه الإسلامي .
- نقص المراجع و الدراسات حول شرح القانون المدني الجزائري و قانون الأسرة .

## خطة البحث .

و لتحقيق ما سبق ذكره في منهج البحث اتبعت خطة تقضي بتقسيم هذه الرسالة إلى أربعة فصول بالإضافة إلى هذه المقدمة و خاتمة أثبتت فيها نتائج هذا البحث ، و نذكر محتوى هذه الفصول بإيجاز حتى يكون القارئ على علم مسبق بأهم القضايا التي درست في هذا البحث قبل الشروع في قراءته :

الفصل الأول : بعنوان التعريف بالعقد الموقوف و طبيعته و مكانته ، و ضمناه جملة من المباحث .  
فالمبحث الأول منه : بعنوان مفهوم العقد الموقوف ، ذكرنا فيه تعريف العقد و تقسيماته المختلفة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، و تعريف العقد الموقوف في اللغة و الإصطلاح الفقهي و ما يقاربه في فقه القانون .

و المبحث الثاني : تعرضنا فيه لمكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة ، و آراء الفقهاء القائلين بصحته ، و القائلين ببطلانه ، و بينا أهم الأدلة التي اعتمد عليها كل فريق ، و ما ورد عليها من اعتراضات ، كما بينا مكانة ما يقارب فكرة العقد الموقوف في فقه القانون ، ثم ذكرنا مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة و المضافة و المتعلقة و ما يقابل ذلك في القانون .

و أما المبحث الثالث : فتحت عنوان طبيعة العقد الموقوف ، و تناولت فيه المطالب التالية :

المطلب الأول : العقد الموقوف عقد صحيح .

المطلب الثاني : العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح .

المطلب الثالث : طبيعة ما يقابل العقد الموقوف في القانون .

و الفصل الثاني بعنوان : حالات العقد الموقوف و تصنيفها .

ذكرنا في المبحث الأول منه حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .

و قسمناه إلى قسمين : تناولت في المطلب الأول منه : حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، فعرضنا هذه الحالات من كتب الفقه الحنفي و المالكي و غيره ثم رتبناها وفق منهج خاص ، و في المطلب الثاني تناولنا حالات العقد الموقوف في القانون المدني الجزائري و في التقنيات المدنية التي أخذت بفكرة العقد الموقوف .

و في المبحث الثاني من هذا الفصل : صنفنا حالات العقد الموقوف إلى ثلاث مجموعات : ذكرنا في المجموعة الأولى : حالات العقد الموقوف الصحة ، و في المجموعة الثانية : حالات العقد الموقوف اللزوم ، و في المجموعة الثالثة : حالات العقد الموقوف النفاذ .

و أما الفصل الثالث فهو بعنوان : محل العقد الموقوف ، و هو مقسم إلى ثلاثة مباحث : أما المبحث الأول : فقد خصصناه لمحل العقد الموقوف من المعاملات تناولنا فيه بيع ملك الغير ، و شراء الفضولي للغير و إجارة ملك الغير .

و في المبحث الثاني : تكلمنا عن محل العقد الموقوف من التبرعات ، تناولنا منها : هبة ملك الغير ، و وقف ملك الغير ، و الوصية بمال الغير .

و المبحث الثالث : بينا فيه محل العقد الموقوف من نكاح الفضولي .

الفصل الرابع و الأخير : و هو بعنوان حكم العقد الموقوف ، و هو مقسم إلى مبحثين رئيسيين . الأول منهما بعنوان : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة و ما يطراً عليه ، تناولت فيه جملة من المطالب : الأول منها ، تحت عنوان حكم العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي و ما يقابل ذلك في فقه القانون .

و في المطلب الثاني : تناولنا ما طرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة ، كفسخ العقد أو هلاك محل الشيء المتصرف فيه ، و طرؤ الملك البات على العقد الموقوف ، و موت المميز كل ذلك مقارنا بالقانون الوضعي .

و أما المبحث الثاني فهو بعنوان : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة .

بيننا فيه المطالب التالية : المطلب الأول : حقيقة الإجازة و أحكامها .

المطلب الثاني : رفض الإجازة .

المطلب الثالث : إذا كان العقد في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا .

و ما يقارب ذلك في القانون .

و ختمنا خطة هذا البحث بخاتمة ذكرنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة .

وأختم بالحمد و الشكر لله على فضله و إحسانه ، و أتضرع إليه سبحانه لأن يسدد خطايي و يلهمني

الرشد و السداد في القول والعمل ، و أن يجنبني الزلل و سوء المنقلب (( ربنا آمنا بما أنزلت و اتبعنا

الرسول فاكثبنا مع الشاهدين )) .

الفصل الرابع و الأخير : و هو بعنوان حكم العقد الموقوف ، و هو مقسم إلى مبحثين رئيسيين . الأول منهما بعنوان : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة و ما يطراً عليه ، تناولت فيه جملة من المطالب : الأول منها ، تحت عنوان حكم العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي و ما يقابل ذلك في فقه القانون .

و في المطلب الثاني : تناولنا ما طرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة ، كفسخ العقد أو هلاك محل الشيء المتصرف فيه ، و طرؤ الملك البات على العقد الموقوف ، و موت المميز كل ذلك مقارنا بالقانون الوضعي .

و أما المبحث الثاني فهو بعنوان : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة .

بيننا فيه المطالب التالية : المطلب الأول : حقيقة الإجازة و أحكامها .

المطلب الثاني : رفض الإجازة .

المطلب الثالث : إذا كان العقد في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا .

و ما يقارب ذلك في القانون .

و ختمنا خطة هذا البحث بخاتمة ذكرنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة .

وأختم بالحمد و الشكر لله على فضله و إحسانه ، و أتضرع إليه سبحانه لأن يسدد خطايي و يلهمني

الرشد و السداد في القول والعمل ، و أن يجنبني الزلل و سوء المنقلب (( ربنا آمنا بما أنزلت و اتبعنا

الرسول فاكثبنا مع الشاهدين )) .

## **الفصل الأول: التعريف بالعقد الموقوف و مكانته و طبيعته**

- المبحث الأول: مفهوم العقد الموقوف .
- المبحث الثاني: مكانة العقد الموقوف .
- المبحث الثالث: طبيعة العقد الموقوف .

## تمهيد

إذا استقصينا المذاهب الفقهية الإسلامية نجد أن فكرة التصرف الموقوف على الإجازة لم تكن محل اتفاق بينهم ، بل هناك من أنكرها و لم يعتبرها ؛ و قسم العقد باعتبار الآثار المترتبة عليه إلى عقد صحيح نافذ دائما ، و عقد غير صحيح لأن الملك و الأهلية من عناصر انعقاد العقد عندهم فإذا تخلفا فالعقد باطل ، و بذلك يكون هذا الإتجاه قد تخلص من عيب تدرج البطلان الذي وجه إلى فقه القانون في تقسيمه البطلان إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي ، لأن البطلان عدم و العدم لا يكون درجات بل درجة واحدة ، و إذن فالبطلان النسبي في القانون ليس له ما يقابله عند هؤلاء .

و لكن الرأي السائد في الفقه الإسلامي ذهب إلى اعتبار فكرة التصرف الموقوف و اعتمادها في الكثير من الأحكام الشرعية ، إلا أن هذا الأخير اختلف في تحديد طبيعتها : هل هي قسم من أقسام العقد الصحيح ، و بذلك يكون العقد عندهم إما صحيحا و إما غير صحيح و الصحيح إما نافذا أو موقوفا ، أم أنها قسم مستقل بذاته عن العقد الصحيح فيكون التصرف الموقوف عقدا صحيحا موقوفا إلى جانب العقد الصحيح ، أم أن التصرف الموقوف عقد غير صحيح يأتي في مرتبة بين العقد الباطل و العقد الفاسد ؟ .

للقوقف على الخلاف الذي نشأ في هذه المرتبة من العقود ، و تسليط الضوء على نتائج ذلك و آثاره في الفقه الإسلامي ، و لمعرفة ما يقارب هذه المرتبة من الأنظمة في القانون المدني الجزائري و أيهما الأولى بالإتباع في مجال العمل القضائي .

ينبغي أن أبين حقيقة العقد الموقوف و مكانته عند الفقهاء بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة ، و بين العقود المنجزة و المعلقة و المضافة ، و مقارنة ذلك بما يقاربه في القانون و تحديد طبيعته الفقهية و القانونية .

و بناء عليه قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : تناولت فيه مفهوم العقد الموقوف .
- المبحث الثاني : بينت فيه مكانة العقد الموقوف .
- المبحث الثالث : تعرضت فيه لتحديد طبيعة العقد الموقوف .

## المبحث الأول: مفهوم العقد الموقوف

لبيان مفهوم العقد الموقوف ، و تحديد نطاقه ، و تمييزه عن ما يقاربه من الأنظمة في القانون، يقتضي ذلك مني تعريف العقد و بيان أقسامه ، و على ضوء هذا يمكن أن نحدد المفهوم الدقيق للعقد الموقوف ، و لهذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين :

- المطلب الأول : تناولت فيه تعريف العقد و تقسيماته .
- المطلب الثاني : عرفت فيه العقد الموقوف .

### المطلب الأول : تعريف العقد و تقسيماته .

لم يكن موضوع العقد مستقلا بالمبحث عند الفقهاء ، و لم يذكر إلا عند الكلام عن قسم من أقسام العقود المسماة كالبيع و الإجارة و غيرها ، و حتى نستطيع أن نستخلص فكرة جامعة عن العقد بكل حدوده ، و يجب علينا أن نعرفه أولا ، ثم نبين جوهر الخلاف بين التعريف الفقهي و التعريف القانوني ، و نتعرض أخيرا لدراسة تقسيمات العقد المختلفة . و توخينا للوضوح قسمت المطلب إلى فرعين :

- الفرع الأول : تعريف العقد .

- الفرع الثاني : تقسيمات العقد .

### الفرع الأول: تعريف العقد .

من أجل توضيح حقيقة العقد لا بد من تحديد مفهومه اللغوي ، الشرعي و القانوني .

### البند الأول : العقد في اللغة .

يطلق العقد في اللغة على ما فيه ربط بين أطراف الشيء ، يقال عقد الحبل فانعقد ، كما يطلق على كل ما يفيد التزاما ، و إن كان الأصل فيه الربط الحسي بين أطراف الشيء ، إلا أن العرب قد استعملوه للربط المعنوي للكلام سواء كان توثيقا و تقوية لكلام صادر من جهة واحدة كأن تقول عقدت النية و العزم على فعل كذا ، إذ فيه ربط بين الإرادة و تنفيذ ما التزم به ؛ أم كان ربطا بين كلامين لشخصين فيقال عقد البيع و الزواج و الإجارة ، و يقال عقدت اليمين ، فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق و الإلتزام من جانب واحد أو من جانبين<sup>(١)</sup> .

و هذا ما ذهب إليه أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ، عند تفسير قول الله تعالى : (( يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود... ))<sup>(٢)</sup> فقال : (( ... كما استعمل في كل ما يعقده العاقد فيلزم به نفسه و يربطها به ... و من هذا سمي اليمين عقدا ، لأن الحالف يلزم به نفسه أن يفي بما حلف عليه ، و سمي الأمان و العهد عقدا لأنهما طريقان من طرق الإلزام و كذلك ما يشرطه الإنسان على نفسه في المستقبل ))<sup>(٣)</sup> .

فالعقد بهذا المعنى هو الجمع و الربط بين أطراف الشيء سواء كان حسيا أو معنويا من جانب واحد أو من جانبين .

(١) الفيروزابادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ، دار الكتاب العربي تاريخ الطبع غير مذكور ص / ٣١٥ باب الدال فصل العين .

(٢) سورة المائدة : الآية ١ ، ج ٦ .

(٣) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٣ ، دار المصنف القاهرة ، الطبعة الثانية دون تاريخ ص / ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

البند الثاني : العقد في الإصطلاح الشرعي .

إن المتتبع لكلام الفقهاء في تعريفهم للعقد يستنتج أن له معنيين عندهم . فقد أطلقه بعضهم

على معنى خاص ، و أطلقه آخرون على معنى عام .

فالعقد بالمعنى الخاص هو : التصرف الذي يتوقف على ارتباط كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر على وجه يظهر أثره في المحل و يترتب عليه التزام بين طرفيه ، كعقد البيع فإنه يتوقف على الإيجاب و القبول كنقل ملكية المبيع و أخذ الثمن (١) .

فالعقد بهذا المعنى لا يكون إلا فيما يحدث بين طرفين . و على هذا لا يكون الطلاق و العتق و الوقف و الهبة و الوصية و الإبراء من الدين و اليمين و التنازل عن الحقوق و نحو ذلك من كل ما يتم بكلام طرف واحد عقداً من العقود بل يعتبر تصرفاً شريعياً انفرادياً .

و إنما يكون البيع و الإجارة و المزارعة و المساقاة و الزواج و غيرها مما لا يتم إلا بإرادة من الجانبين عقوداً شرعية .

و قد عرف العقد بهذا المعنى صاحب مرشد الحيران ( في المادة : ٢٦٢ ) إذ قال : (( العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه و يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به الآخر )) (٢) .

و عليه نصت ( المادة : ١٠٣ ) من مجلة الأحكام العدلية ؛ فقد جاء فيها : (( العقد التزام المتعاقدين و تعهدهما أمراً و هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول )) .

و به قال الإمام الدسوقي المالكي في الشرح الكبير فقد جاء عنه : (( العقود هي ما يتوقف على إيجاب و قبول ، و أما غيرها من الطلاق و ما بعده فهي إخراجات و لا تتوقف على إيجاب و قبول )) (٣) . و هذا ما يستفاد من تفسير روح المعاني عند تعرض الإمام الألويسي لقوله تعالى : (( يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... )) (٤) .

و هو رأي ابن عابدين الحنفي في حاشيته حيث قال : (( الإنعقاد هو الإرتباط بين الإيجاب و القبول ، و ليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب و القبول ، و لا الإرتباط وحده ، بل مجموع الثلاثة )) (٥) . و مذهب الإمام الشافعي رحمه الله ، أن البيع لا يصلح إلا بالإيجاب و القبول فقد جاء في الأم : (( فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا )) (٦) .

و جاء في المجموع : (( و لا ينعقد البيع إلا بالإيجاب و القبول )) (٧) . فهذا الفريق أطلق العقد على المعنى الخاص لأنه نظر إلى معنى الربط فيه ، و هو يستلزم شيئين ؛

(١) د . محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلاميين دار النهضة العربية القاهرة ، ط ٤ ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م ، ص ٥٠٨ ، ٥٠٦ .

(٢) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان هو تجميع لقواعد المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفي ، قام به قنري باشا و صاغه في مواد على غرار مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، مطبعة بولاق بمصر ، ط ٣ سنة ١٣١٩ هـ ، ص ٥ / ٥ .

(٤) الألويسي ، روح المعاني في تفسير القرآن و السبع المثاني ، ج ٤ / دار الفكر بيروت ، ط ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م ، ص ٤٨ . فقد جاء في تفسير هذه الآية : \* أصل العقد الربط محكماً ، ثم تجوز به من العهد الموثق ، و فرق الطبرسي بين العقد و العهد بأن العقد فيه معنى الإستتاق و الشد و لا يكون إلا بين اثنين و العهد قد ينفرد به واحد \* .

(٥) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، ص ٥٠٦ ، ٥٠٧ .

(٦) الشافعي ، الأم ، ج ٣ ، دار المعرفة بيروت ، ط ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، ص ٣ / ٣ .

(٧) النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، دار الفكر ، دون تاريخ الطبع ، ص ٦٦٢ .

فأطلقوا العقد على ربط الإيجاب بالقبول و إن كان ربطا حكما شرعيا لا حسيا . و لهذا يقول الإمام الفخر الرازي : (( العقد وصل الشيء بالشيء على سبيل الإستتاق و الأحكام ، و العهد إلزام ، و العقد التزام على سبيل الأحكام )) (١) . فأصحاب هذا الإتجاه يركزون على النتائج الأخيرة للعقد دون الإعتداد بالنتائج الأولية من ناحية أنه ينشئ التزاما شخصيا ، بل من حيث أنه يثبت أثره في العقود عليه أي يغير المحل من حالة إلى حالة و هذا ينم عن النزعة الموضوعية التي تعتد بالإرادة الظاهرة دون الباطنة (٢) .

و اعتبار الإرادة الظاهرة في العقود أولى بالإتباع لأن الأحكام تناط بالظاهر دون الخفي ، (( فلا يصح التعليل بأمر خفي لا يمكن التحقق من وجوده أو عدمه ، فلا يصح تعليل نقل الملكية للمبيع و الثمن بتراضي المتبايعين ، بل يعلل بمظننه الظاهرة ، و هي الإيجاب و القبول )) (٣) ، لذلك وجب أن تناط الأحكام بعلة ظاهرة تنبئ عن الإرادة .

يقول ابن القيم : (( لم يرتب الشارع أحكاما على مجرد ما في النفس من غير دلالة قول أو فعل ... و لو رتب عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج و مشقة على الأمة )) (٤) .

و نستنتج من هذا الإتجاه أن العقد بالمعنى الخاص يكون قاصرا على بعض العقود التي لا تتم إلا بإرادتين متطابقتين دون العقود التي تتم بإرادة منفردة .

أما العقد بالمعنى العام : فهو كل ما التزم المرء بفعله ، سواء صدر بإرادة منفردة ، أم احتاج إلى إرادتين متطابقتين لإنشائه (٥) .

فالعقد بهذا المعنى يتناول كل التصرفات و الإلتزامات الشرعية سواء كانت صادرة من جانب واحد كالوقف و الإبراء و الطلاق و اليمين و الهبة و الوصية و سائر التبرعات و التصرفات الإفرادية . أو من جانبين كالبيع و الإجارة و الزواج و الرهن و غيرها من التصرفات الشرعية التي تتم بإرادتين من طرفين .

و ممن أطلق العقد على المعنى العام : أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن ، فإنه يرى أن العقد كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر يفعله في المستقبل سواء كان بإلزام نفسه بما حلف عليه من فعل أو ترك ، أم باتفاق مع غيره مثل البيع و سائر عقود المعاوضات ، و يشمل العهد و الحلف على شيء في المستقبل و الشرط الذي يشترطه الشخص على نفسه (٦) .

و قد عرف ابن العربي المالكي رحمه الله العقد بهذا المعنى حين ذهب إلى أن التزام العقد تارة يكون مع الله ، و تارة يكون مع الأدمي ، سواء كان الإلتزام بالقول : مثل من قال لله علي صوم يوم ، فقد عقده بقوله مع ربه فيلزمه ابتداء الصوم . أو بالفعل مثل : من قام إلى الصلاة فنوى و كبر فقد عقدها لربه بالفعل فيلزمه إتمام الصلاة . (٧)

و به أخذ المالكية و الحنفية عند كلامهم عن الطلاق و العتاق و الإبراء على أنها عقود ، عند بحثهم

(١) الفخر الرازي ، التفسير الكبير ، ج ١١ ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ط ٣ ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م ، ص / ١٢٣ .

(٢) د. عبد الرزاق الصهري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ١ ، دار الفكر ، تون تاريخ طبع ، ص / ٧٧ .

(٣) د. إبراهيم محمد سلقيني ، المعاصر في أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر المعاصر بيروت ، ط ١ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص / ١٣٣ .

(٤) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٣ ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٩٦٩ م ، ص / ١٠٥ .

(٥) د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، ص / ٥٠٦ ، ٥٠٨ .

(٦) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٣ ، ص / ٢٨٥ .

(٧) ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ، دار المعرفة بيروت ، تون تاريخ الطبع ، ص / ٥٢٦ .

تعليق العقود و اقترانها بالشرط ؛ فقد جاء في الفروق : (( و الطلاق و العتاق عقداً عقدهما على نفسه فيجب الوفاء بهما )) (١) .

و في فقه الحنابلة ما يفيد إطلاق لفظ العقد على التصرفات الإنفرادية كالهبة و الوصية و الصدقة ، كما جاء في المغني و الشرح الكبير : (( ... و لأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الإيجاب و القبول لبينه النبي صلى الله عليه و سلم بيانا عاما و لم يخف حكمه ... و كذلك الحكم في الإيجاب و القبول في الهبة و الهدية و الصدقة و لم ينقل عن النبي صلى الله عليه و سلم و لا عن الصحابة استعمال ذلك فيه ... و لو كان الإيجاب و القبول شرطا في هذه العقود لثق ذلك )) (٢) .

فأصحاب هذا الإتجاه أطلقوا على العقد المعنى العام لأنهم نظروا إلى معنى التقوية و العهد فيه . و لهذا يقول أبو بكر الجصاص : (( و اليمين على المستقبل إنما كانت عقداً لأن الحالف قد أكد على نفسه أن يفعل ما حلف عليه بذلك ... فيسمى من أجل التأكيد الذي في اللفظ عقداً تشبيهاً بعقد الحبل الذي هو بيده و الإستيثاق به )) (٣) .

و يتضح من ذلك أن هذا الإتجاه يجعل العقود التي تتم بإرادة واحدة عقوداً شرعية ، لأن التصرفات الصادرة بإرادة منفردة كالعتق و الطلاق و الإبراء و نحوها تسمى عقوداً بالمعنى الأعم للعقد ، ذلك أنها أمور وقعت في نفس الملتزم أولاً و عقد عليها نيته و عزم عليها عزمًا أكيداً ، ثم أبان عنها باللفظ أو بما يقوم مقامه . فيكون العقد عندهم مشتملاً على التصرفات التي تتم بإرادة من الجانبين ، و التصرفات التي تتم بإرادة واحدة ، و بذلك يتناول العقد عند هذا الإتجاه كل صور العقد بمعناه العام و معناه الخاص .

و هذا الرأي أقرب إلى المعنى اللغوي لكلمة عقد ؛ غير أن عامة الفقهاء لا يميزون بين العقود التي تتم بإرادة من طرفين أو بإرادة منفردة ، فنجدهم يطلقون لفظ العقد على الطلاق و الهبة و العارية و القرض و غيرها من العقود . (٤)

و الخلاصة أن العقد بالمعنى الأول يتفق كل الإتفاق مع تعريف فقهاء القانون للعقد : (( بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه )) (٥) .

أما المعنى الثاني و هو ما يتم بإرادة منفردة فإنه يدخل في نطاق التصرف عندهم ، لأن التصرف أعم من العقد فهو يشمل العقد بمعناه العام كما يشمل غيره من التصرفات الأخرى كالقتل و إتلاف مال الغير ، و تسليم المبيع و قبض الدين .

فالعقد يختص ببعض التصرفات القولية ، لأن هناك من التصرفات القولية ما لا يدخل في مفهوم العقد بمعناه العام ، كالدعوى و الإقرار ، فكل ذلك تصرفات قولية تترتب عليها أحكام ، و هي لا تعد عقوداً بوجه من الوجوه (٦) .

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، دار إحياء الكتب العربية ، ط ١ ، ١٣٤٦ هـ ، الفرق : ١٦٥ قاعدة التصرف في المعلوم الذي يمكن أن يتقرر في الذمة ، ص / ١٦٩ ، ١٧٠ .

(٢) ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج ٤ ، دار الكتاب العربي ببيروت ، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م ، ص / ٤ ، ٥ .

(٣) الجصاص ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٢٨٥ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ١ ، ص / ٧٦ .

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي ، سنة ١٣٥٣ هـ / ١٩٣٤ م ، ف / ٧٩ ، ص / ٨١ .

(٦) أ. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، مطبعة طربين دمشق ، ط ٩ ، ١٣٨٢ هـ / ١٩٦٨ م ، ف / ١٣١ ، ص / ٢٩٠ .

أما التصرف فيشمل التصرفات القولية كالتعهدات و الإلتزامات و الإسقاطات و كل ما ينفذ على الصادر منه دون احتياج إلى قبول أحد كالوقف و الطلاق و الإبراء كما يشمل التصرفات الفعلية (١) . و على هذا يكون العقد بمعناه العام نوع من التصرف ، و يمكن تعريفه في إصطلاح الفقهاء بأنه : (( كل تصرف يترتب عليه حكم شرعي سواء أكان صادرا من طرف واحد أم صادرا من طرفين )) .

### البند الثالث : العقد في الإصطلاح القانوني .

عرف الفقه الوضعي العقد بأنه : (( توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه )) (٢) . فإنشاء الإلتزام كالبيع ، و نقله كالحوالة ، و تعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين و إنهائه كفسخ الإجارة قبل الموعد الذي كان محددًا لها .

و في هذا التعريف نجد القانون يخص العقد بما كان لا بد فيه من إرادتين ، و على ذلك لا تسمى الإرادة المنفردة عقداً ، بل تصرفاً قانونياً ، كما في الوعد بالجائزة ، و الوصية التي تؤدي إلى الملكية بإرادة الموصى فقط دون حاجة إلى قبولها من جانب الموصى له . و قد عرف القانون المدني الفرنسي العقد في المادة ( ١١٠١ ) بأنه : (( اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالإمتناع عن فعله )) (٣) . و بهذا التعريف أخذ التقنين المدني الجزائري فنصت المادة (٥٤) منه على أن : (( العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما )) . و الملاحظ على هذه المادة أنها ترجمة حرفية للنص الفرنسي .

(( le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent , envers une ou plusieurs autres , à donner , à faire ou ne pas faire quelque chose )) (٤)

إلا أن المشرع الجزائري في النص العربي أسقط عبارة " نحو شخص أو عدة أشخاص " فاختلف معنى النص .

كما أن هذه المادة تجمع بين تعريف العقد و الإلتزام ، و قد اتبع التقنين المدني الجزائري في ذلك رأي فريق من الفقهاء الفرنسيين الذي يقيم تفرقة بين الإتفاق (convention) و العقد (contrat) أمثال : بواتيه (Pothier) و دوما (Domat) على اعتبار العقد أخص من الإتفاق (٥) . فيرى هؤلاء أن في الإتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق ، أو على نقله ( كالحوالة ينتقل بها الحق من الدائن إلى شخص آخر يحل محله ) أو تعديله ( كالإتفاق على تقسيط الدين ، أو على مد أجل الوفاء به ) أو على زواله ( كالوفاء ينهي حق الدائن ) .

أما العقد فيرون فيه توافق الإرادتين لإنشاء الحق دون باقي الأمور و هي نقل الحق و تعديله و إنهائه و لذا فالعقد عندهم أخص من الإتفاق ، فكل عقد يكون إتفاقاً ، أما الإتفاق فلا يكون عقداً ، فالعقد

(١) أ. أحمد أبو الفتح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة النهضة مصر ، ط ٢ ، دون تاريخ الطبع ، ص / ١٤٠ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، دار النهضة العربية القاهرة ، دون تاريخ الطبع ، ف / ٣٧ ، ص / ١٣٨ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٧٨ ، ص / ٨٠ .

(٤) مازو ( هـ ، لي ، ج ) ، و دو جيجلار ( م ) ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج ٢ ، مطبعة مونت كريستان باريس ، ط ٤ ، ١٩٦٩ م .

ف / ٤٦ ، ص / ٥٢ .

(٥) د. السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٧٨ ، ص / ٨٠ .

بالنسبة للإتفاق بعض من كل .

و الحقيقة أنه ليس لهذه التفرقة أهمية مطلقا من الناحية العملية و لذلك هجرها الفقه الغربي الحديث.<sup>(١)</sup> و قد تضمن المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تعريفا للعقد في (المادة : ١٢٢) منه التي نصت على أن : (( العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها )) . و هذا هو التعريف الذي انتهى إليه المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة الأولى منه . و قد ذكرت المذكرة الإيضاحية أن إيراد هذا التعريف قصد منه إلى نفي كل تفرقة بين العقد و الإتفاق و جعلهما شيئا واحدا<sup>(٢)</sup> .

و لا نكاد نجد للعقد تعريفا في التقنينات العربية ، و ذلك تجنباً للتعريفات الفقهية التي تسرك أمرها لإجتهد الفقهاء ، و لتأثر بعض التقنينات بالمشروع الغربي في تعريف العقد ، كما رأينا ذلك في التقنين المدني الجزائري .

و نجد بعض التقنينات استمدت تعريف العقد من الفقه الإسلامي كالتقنين المدني العراقي ، إذ نصت ( المادة : ٧٣ ) منه على أن : (( العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه )) .

كما ورد هذا التعريف في ( المادة : ١٠٣ ) من التقنين التجاري الكويتي ، و هذا هو التعريف ذاته الذي جاء في ( المادة : ٢٦٢ ) من مرشد الحيران كما مر معنا .<sup>(٣)</sup> و بالمقارنة بين التعريفين في الفقه الإسلامي و القانون : نجد أن تعريف القانون للعقد ذو " نزعة ذاتية " فهو يكتفي باتفاق الإرادتين دون أن يظهر ما يدل على ارتباطهما ، فقد توجد الإرادتان و لا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقدا ، كما في حالة الوعد بالبيع أو بالرهن أو بالقرض فالتعريف القانوني غير مانع من دخول الغير فيه<sup>(٤)</sup> .

أما التعريف الفقهي للعقد فإنه يقوم على ارتباط الإيجاب بالقبول تأكيدا لمبدأ رضائية العقد في نطاق التعامل ضمن إطار النظام الشرعي العام في المجتمع المسلم ، فلا معنى لإتفاق الإرادتين إلا بالارتباط الإعتباري في نظر الشرع العام بين شخصين نتيجة لإتفاق إرادتهما . و بما أن هاتين الإرادتين خفيتان كان طريق إظهارهما بالضرورة التعبير عنهما ، وهو في الغالب بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين ، و يسمى هذا التعبير المتقابل : " إيجابا و قبولا " .

و حرصا على أن يكون التعريف الفقهي جامعا مانعا ، لم يكتف الفقه الإسلامي في تعريفه للعقد بأنه : " ارتباط إيجاب بقبول " بل اشترط أن يكون هذا " الإرتباط " على " وجه مشروع " ، أي أن يكون هذا الإرتباط نتيجة اتفاق اكتملت فيه كافة الشرائط التي يتطلبها الشارع فيه ، فأكد بذلك حرصه على تعريفه العقد " بواقعه الشرعية " دون الإكتفاء " بواقعه المادية " فأخرج بدقة تصوير الحقيقة الواقعية العقدية للعقد الباطل من نطاق التصرف الشرعي ، لأنه يعتبر في نظر الشرع لغوا من الكلام ، لا ارتباط فيه و لا أثر يترتب عليه ، و لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الإعتبار الشرعي<sup>(٥)</sup> .

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية بيروت ، ط ١٩٧٤ م ، ف / ٢٧ ، ص / ٥٠ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ف / ٢٧ ، ص / ٥١ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ف / ٢٧ ، ص / ٥٠ .

(٤) أ. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ف / ١٣٤ ، ص / ٢٩٥ .

(٥) أ. مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ج ١ ، ف / ١٣٤ ، ص / ٢٩٤ .

## الفرع الثاني : تقسيمات العقد .

إذا كان العقد في الفقه الإسلامي هو كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي و تترتب عليه آثاره ، فإنه يمكن تقسيمه بهذا الوصف إلى قسمين ؛ عقد صحيح و يشمل النافذ و اللازم و الموقوف ، و عقد غير صحيح و يشمل الباطل و الفاسد ، أما أقسام العقد في فقه القانون ، فهي كثيرة لا حصر لها و إنما الذي يهمنا منها هنا تقسيماتها باعتبار الصحة و البطلان و سأحاول استعراض هذه الأقسام بشيء من التفصيل في بندين ، أخصص أولهما : لتقسيمات العقد في الفقه الإسلامي ، و ثانيهما : لتقسيمات العقد في القانون

### البند الأول : تقسيمات العقد في الفقه الإسلامي .

ينقسم العقد باعتبار الآثار المترتبة عليه إلى عقد صحيح و عقد غير صحيح .

أولا : العقد الصحيح : هو ما توفرت فيه أركانه و شروطه و لم يطرأ عليه وصف من الأوصاف التي تخرجه عن المشروعية ، أو كما يعبر عنه فقهاء الحنفية : ما شرع بأصله و وصفه .<sup>(١)</sup> بأن يكون صادرا من أهله و من له ولاية إنشائه و هو " النافذ " أو يكون صادرا من أهله ، و لكن ليست لهم ولاية إنشائه و هو " الموقوف " .

فالعقد الصحيح إذن يتنوع إلى نوعين : الصحيح النافذ ، و الصحيح الموقوف على خلاف فيه ، كما سنرى في ثنايا هذا البحث .

١- الصحيح النافذ : هو ما صدر من أهله مضافا إلى محله ، و سلمت أوصافه من الخلل ، و ترتبت عليه آثاره بحسب مصلحة المتعاقدين من حيث اللزوم و عدمه ، فقد تكون مصلحة العاقد في بقاء العقد لازما و قد تكون في فسخه و الخروج من الإلتزام الذي التزم به ؛ و لذلك قسم الفقهاء الصحيح النافذ إلى قسمين :<sup>(٢)</sup>

أ - النافذ اللازم : و هو الذي لا يقبل الفسخ مطلقا أو يقبله و لكن لا يملك أحد الطرفين فسخه .

و هو نوعان : إما أن يكون لازما لا يقبل الفسخ بطبيعته حتى لو اتفق المتعاقدان على ذلك ، و مثاله الخلع فإنه لا يمكن فسخه و لا تحل المرأة لزوجها إلا بعقد جديد .

و إما أن يكون لازما يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك كالبيع و الإجارة و الحوالة و الصلح.<sup>(٣)</sup> إلا أن الأصل في العقود الصحيحة أن تكون نافذة لازمة لا موقوفة .

ب - النافذ غير اللازم : و هو الذي يقبل الفسخ بطبيعته ، فيستطيع أحد طرفيه أن يفسخه دون توقف على رضا الآخر كالشركة و الوكالة و الوصية و العارية و الوديعة .

٢ - و أما الصحيح الموقوف : عند الحنفية و المالكية و جمهرة من الفقهاء ، فهو ما صدر من أهله ، و لكن ليست لهم ولاية كاملة لإنشائه ، كالصبي المميز و الفضولي و ما تعلق به حق الغير كبيع المرهون ، و المستأجر و غيرهم . إذ الولاية عندهم شرط في النفاذ لا في الإنعقاد ؛ لكن غيرهم من الفقهاء كالشافعية و الظاهرية يرون أن هذا العقد باطل لأن الولاية شرط في الإنعقاد ، فلا ينعقد العقد الموقوف عندهم ، و لا يرون العقد الصحيح إلا نافذا . و حكم هذا العقد أنه ينعقد موقوفا على الإجازة .

نتننا

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، ص / ٥٠ .

(٢) د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، ص / ٥٩٤ .

(٣) د. بدران أبو العيين بدران ، الشريعة الإسلامية ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، دون تاريخ الطبع ، ص / ٥٠٤ .

ثانياً : العقد غير الصحيح : عند غير الحنفية هو ما كان الخلل في ركن من أركانه ، و طرأ عليه وصف من الأوصاف التي تخرجه عن المشروعية ، كعقد المجنون و عقد الصبي غير المميز و عقد الفضولي ، و التعاقد على الميتة ، و التعاقد على الخمر من المسلم ؛ فهذه كلها عقود طرأ عليها ما يخرجه عن المشروعية ، فلا تتعد و لا تترتب عليها آثارها الشرعية ، و تكون باطلة أو فاسدة ، لا فرق في ذلك عند جمهور الفقهاء .

أما الحنفية : فإنهم يفرقون بين البطلان و الفساد في باب المعاملات ، و لا يفرقون بينهما في باب العبادات لأنها طاعات خالصة و لا يتصور وجودها مقترنة بوصف منهي عنه إذ أن نية الطاعة لا تجتمع مع نية المعصية .

و على ذلك فإن غير الصحيح عند الحنفية ينقسم إلى قسمين باطل و فاسد .

١ - فاما العقد الباطل : عندهم هو ما اختل ركن من أركانه أو محله أي لم يكن مشروعاً لا بأصله و لا بوصفه ، كأن يكون أحد العاقدين فاقداً الأهلية ، كالمجنون و الصبي غير المميز أو أن تكون الصيغة غير سليمة ، أو أن يكون محل العقد لا يصح التعاقد عليه و لا يقبل حكم العقد شرعاً ، كبيع الميتة ، و الخمر و الخنزير ، و السمك في الماء ، و كبيع شيء من الأموال العامة و المباحة إلى غير ذلك مما لا يعتبره الشارع موجوداً أصلاً ، كما جاء في البدائع : (( و لا حكم لهذا البيع أصلاً لأن الحكم للموجود و لا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة )) .<sup>(١)</sup> لأن العبرة في العقود بالوجود المعترف شرعاً الذي يترتب عليه الحكم ، و لا أثر يترتب على المعدوم شرعاً ، و بذلك يتميز عن العقد الموقوف الذي ترد عليه الإجازة .

٢ - و أما العقد الفاسد : فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أي لم يختل ركن من أركانه و لا محله ، و لكن اتصل به وصف منهي عنه شرعاً ، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع فهو يفيد الملك بإذن صاحبه ، و لو لحق الخلل الوصف و لا يمس النهي غير الوصف فيكون العقد منقداً ، و لكن يجب إبطاله أو فسخه ، ما دام هذا الوصف مقترناً به ، لأنه منهي عنه شرعاً ، فإن زال هذا الوصف زال الخلل ، إلا إذا حدث في محل العقد ما يمتنع معه الفسخ<sup>(٢)</sup> . كأن يكون عقد بيع و تصرف المشتري في المبيع بالبيع و تم قبضه ، امتنع الفسخ ؛ أو تلف محل العقد بأن هلك أو استهلك ، كأن كان غزلاً فنسجه أو داراً فهدمها ، أو شاة فذبحها ، أو دقيقاً فخبزه ، امتنع الفسخ . فهذه مرتبة وسطى بين البطلان المطلق حيث اختل الأصل و الوصف و بين الصحة المطلقة حيث سلم الأصل و الوصف ، و لهذين الشبهين بين الصحة و البطلان سماه فقهاء الحنفية بالفاسد<sup>(٣)</sup> . و ليس لهذا العقد نظير في القوانين الحديثة . كما سنرى ذلك في تفصيلنا بالعقد عند فقهاء القانون .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، دار الكتاب العربي بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م ، ص / ٣٠٥ .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير على الهداية ، ج ٦ ، دار الفكر بيروت ، ط ٢ ، دون تاريخ الطبع ، ص / ٤٠١ .

(٣) محمد سلام مذكور ، المدخل لنقح الإسلام ، ص / ٥٩٧ .

الشرح الكبير ، و شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ، و المدونة الكبرى في فقه المالكية ، و المجموع للنووي و مغني المحتاج للشربيني من كتب الشافعية و المغني و الشرح الكبير لابن قدامة ، و الإنصاف للمرداوي في فقه الحنابلة ، و المحلى لابن حزم في فقه الظاهرية ، و المختصر النافع في فقه الشيعة الإمامية ، و كتاب النيل و شفاء العليل في فقه الإباضية ، و السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار في فقه الزيدية .

و من كتب المعاصرين التي أفردت موضوع العقد الموقوف بالبحث أو أشارت إليه ، كتاب " نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة " للدكتور عبد الرزاق حسن فرج ومقال الدكتور : محمد زكي عبد البر عن العقد الموقوف ، و ما كتبه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق . إلى جانب كتب الفقه فقد رجعت إلى كتب التفسير و الحديث بمختلف شروحيها ، و أخص بالذكر تلك التي تعنتي بالأحكام ، كأحكام القرآن لابن العربي ، و أحكام القرآن للجصاص من كتب التفسير ، و نيل الأوطار للشوكاني و عارضة الأحوذني ، و فتح الباري و السنن الكبرى من كتب الحديث ، فهي من حيث الاستفادة منها تأتي في المرتبة الثانية بعد كتب الفقه .

و كانت الاستفادة في المرتبة الثالثة من الكتب التي فننت الفقه الإسلامي في مواد على غرار الفقه الغربي كمجلة الأحكام العدلية ، و مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، بالإضافة إلى القانون المدني الجزائري بمختلف شروحيه ، و قانون الأسرة الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية سنة ١٤٠٤ هـ / الموافق لـ ١٩٨٤ م العدد ٢٤ ، السنة ٢١ ، و بعض الشروح عليه ، و القانون المدني المصري ، و القانون المدني العراقي ، و القانون المدني الأردني ، و القانون المدني الفرنسي و بعض شروحيه مثل النظرية العامة للإلتزام للأستاذ : مازو .

كما رجعت إلى بعض الدوريات التي اهتمت بالفقه المقارن ، كمجلة القانون و الإقتصاد ، و مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية ، و مجلة المحاماة ، و موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية ، و بعض الرسائل الجامعية ، مثل نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور محمد حبار ، و هناك كتب مساعدة يرجع إليها أكثر الباحثين منها كتب اللغة و التراجم بمختلف فنونها .

و بعد هذا قمت برصد المادة المطلوبة من مظانها ، و أقصد بذلك جمع النصوص و الأقوال اللازمة للبحث من مصادرها المذكورة عند القدامى و المعاصرين ، و إن كان ذلك ليس بالأمر اليسير لتشتت المادة العلمية و تشعب مسالكها المختلفة .

## منهج البحث .

بعد استعراضنا لنوعية المصادر و المراجع التي استقيت منها مادة البحث ، نوضح كيفية معالجة هذه المادة و نسق تنظيمها و ترتيبها .

إن الكيفية التي تمت بها هذه الدراسة لا تخرج عن الإطار العام الذي تدرس فيه مادة الفقه المقارن ، إذ أننا نعطي تصورا موجزا للقضية في مقدمة كل مسألة غالبا ، ثم نتبعها بعرض أقوال الفقهاء الواردة فيها ، فإذا كان في المذهب الواحد أكثر من قول ننبه عليه في الصلب أو في الهامش إن كان الرأي

البند الثاني : تقسيمات العقد في القانون .

ينقسم العقد في القانون المدني إلى أقسام كثيرة لا حصر لها ؛ و يرجع ذلك إلى التطور المستمر للحياة العملية ، لأن للأفراد الحرية المطلقة في إنشاء ما يرون من عقود طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . و تختلف العقود بحسب الوجهة التي ننظر منها إلى العقد ، إلا أننا في هذا المقام نريد النظر في وجهة الصحة و البطلان في القانون على غرار ما أخذنا في الفقه الإسلامي ، و ذلك حتى نستطيع المقارنة بين النظريتين ، فينقسم العقد باعتبار الصحة و البطلان إلى عقد صحيح و عقد باطل ، و الباطل قد يكون باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا .

أولا : العقد الصحيح في القانون : هو ما تحققت فيه جميع الأركان و الشروط ، و كان العاقدان سالمين من عيوب الإرادة و ترتبت عليه آثاره فور انعقاده ، و هذا لا يختلف في مضمونه عما ذهب إليه الفقه الإسلامي .

ثانيا : العقد الباطل في القانون : ذهبت معظم التشريعات العربية إلى اعتبار التقسيم الثنائي للعقد الباطل دون التقسيم الثلاثي الذي قرره النظرية اللاتينية القديمة كما سنبين ذلك . وقد رجح الأستاذ السنهوري ذلك في مصادر الحق ،<sup>(١)</sup> وخلص إلى أن التقسيم الثنائي هو التقسيم الذي يجب أن نقف عنده ، فيكون العقد المتصف بالبطلان إما عقدا باطلا و إما عقدا باطلا بطلانا نسبيا .

١ - العقد الباطل بطلانا مطلقا : هو ما انعدم فيه ركن من أركانه ، أو تخلف فيه شرط من شروط المحل أو السبب ، أو فقد الرضا و ذلك بفقد التمييز مثلا بأن كان العاقد مجنونا أو صبيبا غير مميز أو لم يصادف القبول فيه الإيجاب أو كان محل العقد مستحيلا أو انعدم فيه السبب أو لم يكن مشروعاً . ففي هذه الحالات يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا ، فيكون بذلك منعذما بالنسبة إلى المتعاقدين و بالنسبة للغير .<sup>(٢)</sup>

و بهذا يتميز عن عدم النفاذ أو عدم السريان ، لأن عدم النفاذ لا يكون إلا بالنسبة إلى الغير ، و هو الأجنبي عن العقد ، فقد يكون العقد صحيحا بين طرفيه و لكنه لا ينفذ في حق الغير لأن هذا لم يشترك فيه ، و مثل ذلك بيع ملك الغير فهو صحيح و ينتج أثره بين طرفيه و لكنه لا ينفذ في حق المالك ، و كذلك العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت فهو لا ينفذ في حق الغير - و هم هنا الورثة - إلا إذا أجازوه ، كما جاء في نص (المادة : ٤٠٨) من التقنين المدني الجزائري.<sup>(٣)</sup>

كما نستطيع أن نميز البطلان المطلق عن الفسخ ، إذ أنه يفترض فيه أن العقد نشأ صحيحا مستوفيا لكل شروطه ، ثم يحصل بعد ذلك ، أن أحد المتعاقدين لا يقوم بتنفيذ التزامه فيجيز هذا للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بطلب الفسخ و لذلك لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين<sup>(٤)</sup> .

و يتضح مما تقدم أن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ، و الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم و لكن دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشرة (١٥) سنة من وقت العقد ، و يحق أن يتمسك بالبطلان المطلق كل من له مصلحة في ذلك . و تقدير المصلحة يرجع إلى القانون، كما نصت (المادة : ١٠٢ / ١ ، ٢) من التقنين المدني الجزائري على أنه : (( إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ٩٠ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٧٧ ، ص / ٦٠٩ .

(٣) د. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج ١ ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، ط ١ ، ١٩٩٢م ، ف / ٢٢٩ ، ص / ٢٤٤ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف / ٢٩٩ ، ص / ٤٨٨ .

ذی مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة . و تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد )) . و يقابلها (المادة : ١٤١) من التقنين المدني المصري .

٢ - و أما العقد الباطل بطلانا نسبيا : أو القابل للإبطال ، فهو ما استوفى أركانه ، و لكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة ، فهو صحيح و تترتب عليه آثاره ، غير أنه مهدد بالزوال إذا طلب من شرع البطلان لمصلحته إبطال العقد ، كناقص الأهلية لصغر سنه ، أو للحجر بسبب السفه ، أو كان الرضا مشوبا بعيب من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال . فإذا حكم بالبطلان صاحب الحق في الإبطال ، زال العقد بأثر رجعي و اعتبر باطلا من يوم إبرامه و زال ما يترتب عليه من آثار ، و يكون شأنه في ذلك شأن العقد الباطل بطلانا مطلقا .<sup>(١)</sup>

غير أن العقد القابل للإبطال خلافا للعقد الباطل تلحقه الإجازة كما يرد عليه التقادم ، و يتمسك ببطلانه صاحب الحق الذي تقرر الإبطال لمصلحته دون الطرف الآخر في العقد .

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن النظرية اللاتينية التقليدية ، تقسم العقد الباطل إلى ثلاثة أقسام : الإنعدام ( inexistence ) ، و البطلان المطلق ( nullité absolue ) ، و البطلان النسبي ( nullité relative ) ، و بهذا أخذت التشريعات اللاتينية الحديثة<sup>(٢)</sup> .

و يرى أصحاب هذا الإتجاه أن العقد المنعدم يتميز عن البطلان المطلق ، بأنه لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه ، على خلاف البطلان المطلق ، و أنه لا يترتب عليه أي أثر ، أما الباطل بطلانا مطلقا فتترتب عليه آثار في بعض الصور<sup>(٣)</sup> .

و قد هوجمت هذه التفرقة ، لأنه في الواقع لا فرق بين العقد الباطل و العقد المنعدم ، لأن كلا منهما منعدم لا ينتج أي أثر .

و لهذا نرى أن التقسيم الثنائي للعقد الباطل هو الأولي بالإتباع ، نظرا لأنه لا فائدة من التمييز بين العقد الباطل و العقد المنعدم . و هذا ما أخذت به معظم التقنينات المدنية العربية و هو اختيار التقنين المدني الجزائري ، ما عدا التقنين المدني العراقي و التقنين المدني الأردني اللذين أخذوا بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال .

فقد قسم المشرع العراقي العقد إلى صحيح و باطل و نص على العقد الباطل في (المادة : ١٣٧ / ١) منه بقوله : (( الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض أوصافه الخارجية )) فهو بهذا قد سوى بين البطلان و الفساد كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من غير الحنفية .

و عرف العقد الصحيح في (المادة : ١٣٣ / ١ ، ٢) منه بأنه : (( العقد المشروع ذاتا و وصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه و له سبب مشروع و أوصافه صحيحة سالمة من الخلل )) كما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة : (( إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم في الحال )) . فالمشرع في التقنين المدني العراقي قد أخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي و أهلها محل فكرة العقد القابل للإبطال و اعتبر العقد الصحيح إما نافذا ، و إما غير نافذ أي موقوفا على الإجازة ممن يملكها ، و نص على أحكام العقد الموقوف في المواد من ١٣٤ إلى ١٣٦ ، كما سنرى ذلك في موضعه من البحث .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف / ٣٠٠ ، ص / ٤٨٩ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٦٩ ، ص / ٦٠٢ .

(٣) د. عبد المنعم الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٣٠ ، ص / ٢٨٨ .

أما المشرع في التقنين المدني الأردني فقد أخذ برأي الحنفية في تقسيم العقد ، فقد قسم العقد الصحيح إلى موقوف و لازم ، و العقد غير الصحيح إلى باطل و فاسد .

فنصت (المادة : ١٦٧) على حكم العقد الصحيح بقولها : (( العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله و وصفه بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محله قابلا لحكمه و له غرض قائم و صحيح و مشروع و أوصافه صحيحة و لم يقترن به شرط مفسد له )) .

و أورد حكم العقد الموقوف و العقد غير اللازم في المواد من ١٧١ إلى ١٧٦ ، ثم تعرض للخيارات التي تشوب لزوم العقد في المواد : ١٧٧ إلى ١٩٨ .

أما أحكام العقد غير الصحيح فقد تعرض لها في نص (المادة : ١٦٨) ، و (المادة : ١٦٩) أما في (المادة : ١٧٠) فقد تبني القانون المدني الأردني فكرة العقد الفاسد التي نصت في فقرتها الأولى على أن : (( العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح )) .

غير أن ترتيب جزاء الفساد على العقد في الوقت الحاضر كان محل نظر عند الفقه الحديث . فقد تساءل الأستاذ الدكتور وحيد الدين سوار : عما إذا كان المشرع الأردني على سداد في حرصه على إقرار جزاء الفساد ؟ . و رد على ذلك بقوله أنه لا يشاطر واضع القانون المدني رأيه في حرصه على استمداد جزاء الفساد من المذهب الحنفي من دون المذاهب الإسلامية الأخرى و أنه ينتصر في هذا الصدد لمذهب الجمهور الذي أعرض عن جزاء الفساد مع تقديرنا للمذهب الحنفي و اعترافنا بأن تفرقه بين أصل العقد و وصفه و التمييز تبعا لذلك بين العقد الباطل و العقد الفاسد إنما يقوم على صناعة فقهية محكمة قد انفرد بها .<sup>(١)</sup>

أما الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : فيرى أن الفقه الغربي ليس في حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطأ مراحل في قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التي تضعف هذه القوة فأجاز افتتان العقد بالشرط و ضيق من نطاق الغرر إلى حد كبير .<sup>(٢)</sup>

و رغم عدم تحمس الأستاذ السنهوري لهذا الجزاء فإنه أشاد بفكرة العقد الفاسد بقوله : (( و تبقى فكرة رائعة في الصناعة الفقهية لتدل كيف يخطو الفقه خطوة خطوة في مراحل التطور عن طريق الصناعة الفنية )) .<sup>(٣)</sup>

و لهذا نرى من الأفضل للمشرع الأردني أن ينهج نهج المشرع العراقي الذي أغفل العقد الفاسد حتى يغفل بإغفاله أسباب الفساد ، فيصل في التطور إلى غايته المنشودة .

(١) د . وحيد الدين سوار ، الإكجاهات العامة في القانون الأردني الجديد ، دراسة منشورة بمجلة " المحامون " الصادرة في دمشق عن نقابة

المحامين في الجمهورية العربية السورية ، العدد ٩ ، ١٠ ، ١١ لعام ١٩٧٨ ، ص / ٢١٩ ، أشار إليها د . محمد حسنين في مؤلفه .

نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، ط / ١٩٨٨ م ، ص / ١٠٩ .

(٢) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ٢٧١ .

(٣) د . عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ٢٧٢ .

## المطلب الثاني : تعريفه العقد الموقوف .

إذا أردنا أن نحدد مفهوم العقد الموقوف عند الفقهاء لا بد من بيان المعنى اللغوي لكلمة " وقف " أولا ، ثم نخرج على حقيقة العقد الموقوف في الإصطلاح الشرعي ، و بعد ذلك نجيب على الإشكال الذي يطرح نفسه بحدّة ؛ هل توجد فكرة العقد الموقوف في القانون الوضعي أم لا ؟ .

للإجابة على ذلك و توضيحه أتناول هذا المطلب في الفروع التالية :

- الفرع الأول : الوقف في اللغة .
- الفرع الثاني : حقيقة العقد الموقوف في الإصطلاح الشرعي .
- الفرع الثالث : العقد الموقوف عند فقهاء القانون .

### الفرع الأول : الوقف في اللغة .

يقال وقفت الدابة ، تقف ووقفا .. و وقف الدابة : جعلها تقف ، و وقف الأرض على المساكين وقفا حبسها ، و أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه ، أي أقلعت ، و أوقفت أي سكتت ، و يقال : كان على أمر فأوقف أي أقصر و تقول : وقفت على ما عند فلان تريد قد فهمته و تبينته .<sup>(١)</sup> فالوقف هو الحبس و السكوت و التأخير و القصر .

### الفرع الثاني : حقيقة العقد الموقوف في الإصطلاح الشرعي .

اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد حقيقة العقد الموقوف ، حتى أننا لا نكاد نجد فيها تعريفا جامعا مانعا .

فعرف بعض الفقهاء العقد الموقوف بأنه : (( العقد الذي لا حكم له ظاهرا يعرف في الحال ))<sup>(٢)</sup> . و يناقش هذا التعريف بأنه ناقص لم يوضح لنا حالات التوقف ، و لم يبين لنا أن وقف نفاذ العقد يكون إلى حين إجازته شرعا ممن يملك الحق في ذلك . و لذلك عرفه بعضهم بأنه : (( ما أفاد الحكم عند الإجازة ))<sup>(٣)</sup> .

و هذا بيان للتعريف السابق إذ وضح لنا أن العقد الموقوف يفيد حكمه عند إجازته إلا أنه قصر التعريف على حالة ظهور أثر نفاذ العقد فقط دون أن يذكر حالات التوقف ؛ و لهذا نجد بعض الفقه يذهب إلى تعريفه بحالة من حالات التوقف . فقد جاء في حاشية ابن عابدين بأن العقد الموقوف : (( ما تعلق به حق الغير ))<sup>(٤)</sup> .

و يناقش هذا التعريف بأنه غير جامع لجميع أفراد المعرف ؛ ذلك لأنه أقتصر في تعريف العقد

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٦ ، دار المعارف ، تاريخ الطبع غير مذكور ، باب الواو ، ص / ٤٨٩٨ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ٣٠٦ ، ٣٠٥ .

(٣) الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص / ٣ .

(٤) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ص / ٥٠ .

الموقوف على التصرف فيما تعلق به حق للغير و هو إما ملك الغير كبيع الفضولي لمال هذا الغير ، أو كان في التصرف حق لغير المتصرف كما في بيع العين المرهونة و المستأجرة و تصرف المدين المعسر إضراراً بدانته ، و هو بذلك يخرج ما كان موقوفاً و لو لم يتعلق به حق للغير كالتصرف الصادر من الصبي المميز في ماله في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كالبيع والإجارة وغيرها .

إضافة إلى ذلك فإن هذا التعريف غير مانع من دخول الغير فيه لأنه لم يبين لنا أن العقد الموقوف لا ينتج أثره في الحال إلا بعد الإجازة ممن يملكها شرعاً ، حتى يتميز عن العقد النافذ الذي ينتج أثره من غير توقف على الإجازة .

إلا أن بن نجيم قارب الصواب لما عرف العقد الموقوف بأنه : (( العقد المشروع بأصله و وصفه و يفيد الملك على سبيل التوقف و لا يفيد تمامه لتعلق حق الغير ))<sup>(١)</sup> .

فقد بين لنا هذا التعريف أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح<sup>(٢)</sup> ، فهو مشروع بأصله و وصفه و لا ينتج أثره في الحال لتعلق حق الغير به ، إلا أنه لم يبين لنا أن التوقف يكون على صدور الإجازة ممن يملك الحق في ذلك ؛ كما يمتاز هذا التعريف بالعموم فهو لم يفصل لنا حالات التوقف .

و يلاحظ على هذه التعاريف التي أوردها الفقه الحنفي أنها تمتاز بعدم الدقة في تحديد حقيقة العقد الموقوف ، إذ أنها لم تتعرض لذكر حالات التوقف و لهذا نرى أن التعريف الذي أورده صاحب مرشد الحيران تعريف جامع مانع و يمتاز بالدقة العلمية في تحديد حقيقة العقد الموقوف ، فقد جاء في (المادة : ٣١٠) من أنه : (( إذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ ، بأن كان العاقد فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان العاقد صبياً مميّزاً ، فلا يظهر أثره و لا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازته المالك في الصورة الأولى و الولي أو الوصي في الصورة الثانية و وقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة )) .

كما يستفاد تعريف العقد الموقوف من أقوال بعض المذاهب التي أخذت به ، كالفقه المالكي<sup>(٣)</sup> ، و في إحدى الروايتين عند الحنابلة<sup>(٤)</sup> و الشيعة الإمامية<sup>(٥)</sup> و الإباضية<sup>(٦)</sup> و الزيدية<sup>(٧)</sup> و عند الشافعية في المذهب القديم<sup>(٨)</sup> عند كلامهم عن التصرفات الموقوفة كبيع ملك الغير ؛ أن العقد الموقوف هو ما يتوقف حكمه على الإجازة .

أما عند الشافعية في المذهب الجديد<sup>(٩)</sup> و عند الظاهرية<sup>(١٠)</sup> و كذا في الرواية الأخرى عند الحنابلة<sup>(١١)</sup>

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ص / ٥٠ .

(٢) اختلف الفقه الحنفي في حكم العقد الموقوف ، فألحقه بعضهم بالعقد غير الجائز كابن الهمام في شرح فتح القدير ، و قال بعضهم بأنه صحيح كما جاء في الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ٣ .

(٣) ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ٩ ، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م ، ص / ١٧٢ .

(٤) ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ١٦ .

(٥) أبو القاسم الحلبي ، المختصر النافع في فقه الإمامية ، مكتبة الأسد طهران ، سنة ١٣٨٧ هـ ، ص / ١٤٣ .

(٦) أنطونيش ، شرح كتاب النيل و شفاء العليل ، دار الفتح بيروت ، ط ٢ ، ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م ، ص / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٧) الشوكاني ، كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، ج ٣ ، القاهرة ، ١٤٠٤ هـ ، ص / ٥١ ، ٥٢ .

(٨) النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، دار الفكر ، ص / ٢٥٩ .

(٩) النووي ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص / ٢٥٩ .

(١٠) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، دار الفكر ، تاريخ الطبع غير مذكور ، المسألة : ١٤٦٠ ، ص / ٤٣٤ .

(١١) المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد ، ج ٤ ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ط / ٢ ، ١٤٠٦ هـ /

فالعقد الموقوف يعتبر باطلا لصدوره من غير ذي ولاية شرعية ، لأن الولاية عندهم شرط في الإنعقاد لا في النفاذ .

و على غرار التعريفات السالفة للعقد الموقوف عرفته كتب الفقه الحديثة بما يلي :

فقد عرفه الأستاذ أحمد أبو الفتح بقوله : (( العقود و التصرفات الموقوفة ... هي التي لا يظهر أثرها في المعقود عليه إلا بعد إجازتها إجازة معتبرة شرعا ممن له حق الإجازة و معنى كون هذه العقود موقوفة أنها لا توصف بنفاذ و لا ببطلان إلا بعد الإجازة أو الفسخ ممن له الشأن في ذلك )) .<sup>(١)</sup> و يمتاز هذا التعريف بالعموم ، فيشمل جميع التصرفات التي يتوقف نفاذها على الإجازة ممن له الحق في ذلك ، غير أنه لم يبين لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح .

و عرفه الأستاذ أحمد إبراهيم بك بقوله : (( العقد الموقوف هو ما صدر من مالك غير أهل للإستقلال بصدور العقد كالصبي المميز في عقود المعاوضات أو كان صادرا من غير ذي ولاية شرعية كالفضولي .. فتلقه الإجازة ممن يملكها من ولي أو وصي أو من الصبي بعد بلوغه أو من مالك هو أهل للإستقلال بصدور العقد )) .<sup>(٢)</sup>

و قد فات الأستاذ أحمد إبراهيم في هذا التعريف أن يذكر ما تعلق به حق للغير كبيع المرهون و كتصرف المدين المعسر فيما تعلق به حق الغرماء ، و كتصرف المريض مرض الموت فيما تعلق به حق الورثة .

و بنحو هذا التعريف عرف الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة العقد الموقوف بأنه : (( ما صدر عن أهله مضافا إلى محله مع سلامة أوصافه ، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولي و بيع ناقص الأهلية و شرائه و نكاحه ، فإن هذه العقود صحيحة موقوفة )) .<sup>(٣)</sup>

أما الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور فعرف العقد الموقوف بأنه : (( العقد الذي يباشره رغم أهليته يفقد ولاية إصداره .. كعقد الفضولي و بيع الصبي المميز و السفية ))<sup>(٤)</sup> . و هو تعريف لم يذكر فيه ما تعلق به حق الغير أيضا .

و من التعريفات الحديثة أيضا تعريف الأستاذ مصطفى الزرقاء في المدخل الفقهي العام ، فقد جاء فيه : (( العقد الموقوف لا ينتج حكمه منذ انعقاده ؛ بل إنه - رغم انعقاده صحيحا - تكون آثاره متوقفة على الإجازة ممن له حق مباشرتها )) .<sup>(٥)</sup> فقد بين لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، كما امتاز تعريفه بالعموم بحيث لم يوضح لنا حالات الوقف على الإجازة .

أما تعريف الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري فقد امتاز بالدقة في التعبير عن حقيقة العقد الموقوف فقد جاء في مصادر الحق : (( العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الإنعقاد و عناصر الصحة فيه ، و لكن نقصه أحد عنصري النفاذ : الملك أو الأهلية ))<sup>(٦)</sup> .

(١) أ. أحمد أبو الفتح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية ، ج ١ ، ص / ١٨٩ .

(٢) أحمد إبراهيم ، مقال العقود و الشروط و الخيارات ، منشور بمجلة القانون و الإقتصاد ، العدد السادس ، السنة ٤ ، مطبعة فتح الله إلياس القاهرة ، ١٣٥٣ هـ / ١٩٣٤ م ، ص / ٦٧٣ .

(٣) أ. محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد ، دار الفكر العربي القاهرة ، سنة ١٩٧٧ ، ص / ٣٧٩ .

(٤) د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، ص / ٥٩٥ .

(٥) د. مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، ف / ١٩٤ ، ص / ٤١٩ .

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ١٢٨ .

و لكن يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبين لنا أن التوقف يكون على صدور الإجازة ممن يملكها شرعا ، أما التعبير بنقصان الملك فالمقصود به نقصان الولاية على المحل كتصرف الفضولي الذي لا يملك الولاية على المحل ، و ما تعلق به حق الغير كتصرف المدين المعسر فيما تعلق به حق الغير . فهو بهذا قد جمع الحالات التي يكون فيها العقد الموقوف النفاذ و هي ترجع إلى نقص الأهلية و نقص المحل .

و على ضوء ما تقدم يمكن أن نعرف العقد الموقوف بأنه : (( التصرف الذي انعقد صحيحا ، و لكن نقصه أحد عنصرَي النفاذ : الملك أو الأهلية ، فيتوقف ترتب أثره عليه إلى حين صدور الإجازة ممن يملكها شرعا )) .

فهذا التعريف يشمل تصرف الفضولي الذي يتصرف في ملك الغير دون إذن شرعي ، و من في حكمه ، و كذا التصرف الصادر من الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر كالبيع ، كما يشمل أيضا التصرف فيما تعلق به حق الغير كتصرف المدين المعسر في ماله تصرفا يضر بحقوق دائنيه ، كما أوضحت فيه أن التوقف يكون على صدور الإجازة ممن يملكها شرعا ، و بذلك يكون تعريفا جامعا شاملا لجميع أفراد المعرف مانعا من دخول الغير فيه .

### الفرع الثالث: العقد الموقوف عند فتحها القانون .

إن فكرة العقد الموقوف بالمعنى الذي جاء به الفقه الإسلامي لا نظير لها في فقه القانون ، و لكن توجد فكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا ، فهذه المرتبة من نظرية البطلان في الفقه الغربي تقابل فكرة العقد الموقوف في بعض حالاتها ، خاصة من حيث قابلية كل منها للإبطال و الإجازة ، كما تقابل العقد غير الساري في حالات أخرى كما سنبين ذلك . و لبيان الفرق بين العقد الموقوف و مرتبة البطلان النسبي ، نعرف العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري في فقه القانون فيما يلي :

البند الأول : تعريف العقد القابل للإبطال .

البند الثاني : تعريف العقد غير الساري .

البند الثالث : تمييز البطلان النسبي عن العقد الموقوف .

البند الأول : تعريف العقد القابل للإبطال .

العقد القابل للإبطال أو العقد الباطل بطلانا نسبيا : هو ما استوفى أركانه و لكن اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي كأن يصدر من ناقص الأهلية ، كالصغير المميز في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فإنه يكون باطلا بطلانا نسبيا ، أي باطلا من جهة واحدة و هي جهة من تقرر البطلان لمصلحته ، أو كان الرضا مشوبا بعيب من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال فإن العقد في هذه الحالة باطلا بطلانا نسبيا ، أي يكون باطلا من وجه واحد و هو وجه الطرف المتضرر الذي شيب رضاه ، إذ أن البطلان قد تقرر لمصلحته .

البند الثاني : تعريف العقد غير الساري .

فهو العقد الذي استوفى أركانه و شروطه و لكنه غير نافذ في حق الغير ، و مثاله : العقد الذي يبرمه المدين المعسر للإضرار بدائنيه ، فهو عقد صحيح و ترتب عليه آثاره فيما بين المدين

و من تعاقده معه ، و لكنه غير نافذ في مواجهة الدائنين إلا إذا أجازوه أو طعنوا فيه بالدعوى  
البولصية . (١)

البند الثالث : تمييز البطلان النسبي عن العقد الموقوف .

يتميز البطلان النسبي عن العقد الموقوف ، في أن الأول ينشأ صحيحا منتجا لآثاره من وقت  
إيرامه إلى أن يطلب صاحب الحق في البطلان بإبطاله أو تلحقه الإجازة ، بينما ينشأ العقد الموقوف  
صحيحا و لكنه لا ينتج آثاره فتظل موقوفة على الإجازة ، فالعقد الموقوف إذن صورة عكسية من العقد  
القابل للإبطال ، فهو موقوف حتى ينفذ بالإجازة ، أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدد  
الإجازة (٢) .

و يتفق كل منهما مع الآخر في ورود الإجازة عليه ، غير أن إجازة العقد القابل للإبطال يقتصر أثرها  
على أن تبعد عنه عوامل الفناء و تقوي فيه عوامل الصحة و تؤيد ما أنتجه من آثار ( Confirme ) .  
أما في العقد الموقوف فهي التي تبعث فيه الحياة و تسمح بأن ترتب عليه آثاره ، فإذا لم تلحقه انتقض  
و إذا لحقته نفذ (٣) .

كما يضاف إلى هذه الفروق أن نطاق العقد القابل للإبطال أضيق من نطاق العقد الموقوف ، من حيث  
أسباب الإبطال أو حالات التوقف ، كما سيوضح ذلك عند كلامنا عن العقد الموقوف و العقد القابل  
للإبطال في موضعه من هذا البحث .

و يقابل فكرة العقد الموقوف في القانون إضافة إلى حالة البطلان النسبي ، العقد غير الساري أو غير  
النافذ في حق الغير .

غير أن عدم النفاذ لا يتوقف على الإجازة كالعقد الموقوف ، بل على إقرار الغير له ، و ذلك كبيع ملك  
الغير فهو قابل للإبطال بين عاقديه البائع و المشتري ، و لكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا  
أقره . فعدم النفاذ ( Inopposabilité ) أو عدم سريان العقد في مواجهة الغير معناه في فقه القانون :  
عدم نفاذ التصرف مع قيام العقد صحيحا منتجا لآثاره فيما بين طرفيه ، و لكن لا يحتج به في حق  
الغير لسبب من الأسباب (٤) .

فالعقد غير النافذ يلتقي مع العقد الصحيح و العقد القابل للإبطال في أنه ينتج أثره بين عاقديه منذ  
إيرامه و لكنه يختلف عنهما في أنه لا يحتج به في مواجهة الغير . كما يختلف عن البطلان النسبي في  
أنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يطلب بإبطاله ، و إذا كان الإبطال يزول بالإجازة في العقد القابل  
للإبطال ، فإنه يزول بإقرار الغير في عدم النفاذ .

و الحقيقة أن الفقه الغربي قد خلط بين عدم النفاذ و القابلية للإبطال حيث أدخلهما في نظرية البطلان  
و أصبح التعبير عنهما بالبطلان النسبي و هذا المعنى ضد مؤدى اللفظ ، لأننا إذا عرفنا حالات العقد  
الباطل بطلانا نسبيا تبين لنا سوء التسمية و اختلاط الفكرة ، فالبطلان النسبي ليس مرتبة من مراتب

(١) و هي دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين كما نصت على ذلك ( المادة : ١١٦٧ ) من القانون المدني الفرنسي : (( على أنه يجوز ( للدائنين )  
أيضا أن يطعنوا باسمهم في الأعمال القانونية الصادرة من مدينهم بقصد الإضرار بحقهم )) . و هذا هو ما جاء في ( المادة : ١٩١ ) من  
التقنين المدني الجزائري .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ٢٧٦ .

(٣) د. سليمان مرقس ، في الإلزامات ، المطبعة العالمية القاهرة ، ١٩٦٤ م ، ص / ١٨٣ ، ١٨٤ .

(٤) د. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للإلزامات ، ج ١ ، ف / ٢٢٩ ، ص / ٢٤٤ .

البطلان و إنما هو حق في إبطال العقد الصحيح ممنوح لأحد العاقدين حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به ، أما العقد الباطل فإنه مهما سمي " بالبطلان النسبي " فقد ولد باطلا من يوم انعقاده ، ولا يمكن أن يرتب أي أثر صحيح ، لأن البطلان يمنع وجود العقد منذ انعقاده .  
ولذلك عدل المشرع العربي<sup>(١)</sup> عن اصطلاح البطلان النسبي إلى اصطلاح القابلية للإبطال حين لاحظ ما في القول بالبطلان النسبي من خلط و تناقض ، و لعل هذا الإصطلاح أقرب إلى مؤدى اللفظ فمعنى القابلية للإبطال : أن العقد صحيح من أساسه ، و لكنه يقبل الإبطال من الشخص الذي أبرمه و قد شاب رضاه عيب من عيوب الرضا .

أما عدم النفاذ فإن العقد يقوم صحيحا و ينتج جميع الآثار فيما بين طرفيه ، و لكن لا ينفذ في حق الغير ، و لانستطيع التمييز بين عدم النفاذ و العقد الموقوف إلا من حيث التوقف ، فإنه في الأول يتوقف النفاذ على إقرار الغير (Rutification) و أما في الثاني فيتوقف على الإجازة ممن يملكها شرعا .

و قد كان الفقه الإسلامي في هذه التقاسيم أدق نظرا و تمييزا ، و أصح لغة و اصطلاحا فمعنى التوقف مطابق للفظ تماما . و إذا قلنا بأن العقد موقوف فقد قلنا كل شيء ؛ و لهذا سار التقنين المدني العراقي و التقنين المدني الأردني على نهج الفقه الإسلامي حيث أخذوا بفكرة العقد الموقوف و أحلاها محل فكرة العقد القابل للإبطال . بخلاف التقنين المدني الجزائري و المصري و التقنين الليبي و التقنين التجاري الكويتي و التقنين السوداني و التقنين اللبناني الذين أخذوا بفكرة العقد القابل للإبطال على نسق التشريعات اللاتينية في تحديد مراتب البطلان .<sup>(٢)</sup>

## المبحث الثاني : مكانة العقد الموقوف .

لم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف بين الفقهاء فقد أنكر الشافعية و الظاهرية هذه المرتبة ، و اعتبروا العقد الموقوف عقدا باطلا ، و اعتمدها الحنفية و المالكية في فروعهم الفقهية و اعتبروا العقد الموقوف مرتبة من مراتب العقد الصحيح .  
و راند الشافعية و الظاهرية في ذلك أنهم يجعلون الملك و الأهلية من شروط الإنعقاد لا من شروط النفاذ . أما الحنفية و المالكية فالملك و الأهلية عندهم من شروط النفاذ لا من شروط الإنعقاد .  
لتحريز محل الخلاف في هذه المسألة و الوقوف على أدلة الفريقين بالتفصيل و أيها أولى بالإتباع و أنجع لمواجهة الواقع العملي للحياة الإجتماعية و الإقتصادية ، نعرض فيما يلي مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة ، كما نبين مكانة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري بين الصحة و البطلان ، ثم نحاول تحديد مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة و المضافة و المعلقة و ما يقابل ذلك في فقه القانون .

و بناء على ذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

- أتناول في المطلب الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة و ما يقابل ذلك في فقه القانون .

- و في المطلب الثاني : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة و المضافة و المعلقة و ما يقابل ذلك في فقه القانون .

(١) عدل عن هذا الإصطلاح القانون المصري الجديد و القانون المدني السوري و معظم القوانين العربية .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٣٢ ، ص / ٣٩٢ ، ٣٩٣ .

## المطلب الأول: مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة

و ما يقابل ذلك في فقه القانون.

لعرض خلاف الفقهاء في تحديد مرتبة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، ينبغي أن نشير إلى الخلاف الذي نشأ بين فقهاء القانون في تحديد مكانة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري في القانون ، الأمر الذي يقتضي مني أن أقسم هذا المطلب إلى فرعين :  
أخصص أحدهما لتحديد مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة .  
و أخصص ثانيهما لتحديد مكانة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري في فقه القانون .

### الفرع الأول: مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة .

اختلف الفقهاء في تحديد مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و العقود الباطلة ؛ فذهب الحنفية و المالكية و من وافقهم إلى القول بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح و من ثمة فهو ينتج جميع آثاره موقوفاً على الإجازة ممن يملكها شرعاً . و ذهب الشافعية و الظاهرية و من وافقهم إلى اعتبار العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الباطل ، و من ثمة فهو لا ينتج أي أثر بل يكون باطلاً لأنه عقد تخلفت فيه عناصر الإنعقاد و هي الملك و الأهلية .  
و قد حاول كل فريق تأييد رأيه و صحة ما ذهب إليه بأدلة من المنقول و المعقول .  
و نحن نخلص من هذا إلى أن الفقه الإسلامي يميزه اتجاهان في هذه المسألة ، اتجاه يقول بصحة العقد الموقوف ، و اتجاه آخر يقول ببطلانه ، الأمر الذي يستلزم منا تقسيم هذا الفرع إلى بندين نعرض في البند الأول : الإتجاه القائل بصحة العقد الموقوف .  
و في البند الثاني : الإتجاه القائل ببطلان العقد الموقوف .

### البند الأول : الإتجاه القائل بصحة العقد الموقوف .

أحاول في هذا البند أن أصنف أصحاب هذا الإتجاه أولاً ثم أعرض أدلتهم التي اعتمدوا عليها في مذهبهم و ما ورد عليها من اعتراضات ثانياً .  
أولاً : تصنيف أصحاب هذا الإتجاه .

ذهب إلى القول بأن العقد الموقوف عقد صحيح ، يتوقف نفاذه على الإجازة ممن يملكها شرعاً ، فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup> في الرأي الراجح في المذهب و المالكية<sup>(٢)</sup> في الرأي المشهور عندهم و الحنابلة<sup>(٣)</sup> في إحدى الروايتين في المذهب و كذا الشافعية<sup>(٤)</sup> في المذهب القديم و حكى عن المذهب الجديد<sup>(٥)</sup>

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ص / ١١٣ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ١٧٢ .

(٣) ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ١٦ و مابعدا .

(٤) النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص / ٢٥٩ .

(٥) الشيرازي ، المذهب في فقه الشافعي ، ج ١ ، دار الفكر دون تاريخ الطبع ، ص / ٢٦٢ .

القول بالوقف أيضا . كما ذهب إلى هذا الرأي الشيعة الإمامية <sup>(١)</sup> و الزيدية <sup>(٢)</sup> و الإباضية <sup>(٣)</sup> في إحدى الروايتين عندهم ، وبهذا قال الإمام إسحاق بن راهويه <sup>(٤)</sup> .

فأصحاب هذا الإتجاه يرون أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، إذ أن العقد الصحيح ينقسم إلى نافذ و غير نافذ أي موقوف ، و يقولون إن العقد الموقوف ينطبق عليه تعريف العقد الصحيح فهو كالصحيح مشروع بأصله و وصفه ، إذ قد صدر من أهله مضافا إلى محل صالح فيكون صحيحا و لكن تتأخر أحكامه إلى وقت الإجازة من صاحب الشأن ، مثل توقف العقد الصحيح الذي فيه شرط الخيار على إسقاطه ، فإنه يوصف بأنه عقد صحيح رغم توقفه .

ثانيا : عرض أدلة الإتجاه القائل بصحة العقد الموقوف و ما ورد عليها من إعتراضات . استدلل أصحاب هذا الإتجاه بالنص و القياس و المعقول ، و نحاول استعراض أدلتهم بالتفصيل على النحو التالي :

١ - الأدلة من النص : تشمل على أدلة من الكتاب و السنة .

أ - الأدلة من الكتاب :

احتج القائلون بصحة العقد الموقوف بعموم ما ورد في نص الآيات القرآنية التالية :

قول الله تعالى : (( و أحل الله البيع )) <sup>(٥)</sup> و قول الله عز و جل : (( يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )) <sup>(٦)</sup> و قول الله سبحانه و تعالى : (( فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض و ابتغوا من فضل الله )) <sup>(٧)</sup> .

و وجه الدلالة من هذه الآيات أن الله سبحانه و تعالى شرع البيع و الشراء و التجارة و ابتغاء الفضل من غير تفصيل بين ما إذا كان العقد فيها نافذا أو موقوفا و بين وجود الرضا في التجارة عند العقد في الإبتداء أم وجوده في الإنتهاء عند الإجازة ممن يملكها شرعا ، فيجب العمل بعموم هذه النصوص إلا ما خص بدليل <sup>(٨)</sup> .

كما استدلوا بعموم قول الله تعالى : (( يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود )) <sup>(٩)</sup> . و وجه الدلالة من ذلك أن عموم وجوب الوفاء بالعقد شامل لكل عقد التزم به الشخص ، و إن كان صادرا من الغير ، لأن نسبة العقد إلى الشخص غير مشروطة بصورها منه ، إذ قد يكون العقد صادرا من الوكيل ، و ينسب للموكل مع أنه لم يصدر منه .

(١) الحلى ، المختصر النافع ، ص / ١٤٣ .

(٢) الشوكاني ، السؤل الجرار ، ج ٣ ، ص / ٥٢ .

(٣) أطفيش ، شرح كتاب النبل و شفاء العليل ، ج ٨ ، ص / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٤) هو إسحاق بن إبراهيم أبو يعقوب بن راهوية ، ولد في مرو سنة ١٦١ هـ ، و سكن في آخر عمره بنيسابور ، و توفي بها سنة ٢٣٨ هـ ،

و كان عالم خراسان في عصره و أحد كبار الحفاظ ، طاف البلاد لجمع الحديث . ابن خلكان ، وفوات الأعيان <sup>١/٥</sup> دار صادر بيروت ،

١٩٧٧م ، ص / ١٩٩ .

(٥) سورة البقرة : الآية : ٢٧٥ ، ج ٣ .

(٦) سورة النساء : الآية : ٢٩ ، ج ٥ .

(٧) سورة الجمعة : الآية : ١٠ ، ج ٢٨ .

(٨) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ .

(٩) سورة المائدة : الآية : ١ ، ج ٦ .

و استدلوا أيضا بقول الله تعالى : (( و تعاونوا على البر و التقوى ))<sup>(١)</sup> . و وجه استدلالهم بهذه الآية أن عمل الفضولي و من في حكمه ممن ينعقد تصرفهم موقوفا على الإجازة ، يعتبر من قبيل التعاون على البر فيكون مشروعاً<sup>(٢)</sup> .

كما استدلل القائلون بصحة العقد الموقوف بقول الله تعالى : (( و أحسنوا إن الله يحب المحسنين ))<sup>(٣)</sup> . و وجه الدلالة من ذلك أن عمل الفضولي و من في حكمه يعتبر من باب البر و الإحسان ، لأن الفضولي عمد إلى إيصال النفع إلى المالك و لو لم يجز تصرفه ، فإنه ينال من ذلك الثواب و الثناء ، و قد ندب الله إلى الإحسان و حث عليه<sup>(٤)</sup> .

و قد نوقش الاستدلال بهذه الآيات بأن العموم الوارد فيها لا يشمل عقد الفضولي قبل الإجازة فهي آيات عامة تحث على التعاون و الوفاء بالعهد و الإحسان . و ليس فيها ما يدل على التصرف الموقوف .

الجواب على ذلك : أن المتفق عليه أنه يجب العمل بالعام إلا ما خص بدليل و ليس للخصم دليل يخصص العام عن عمومه .

#### ب - الأدلة من السنة :

احتج القائلون بصحة العقد الموقوف بحديث عروة البارقي و حديث حكيم بن حزام حين بعثه رسول الله صلى الله عليه و سلم ليشتري له شاة فاشتري شاتين و باع إحداهما بدينار و جاء بشاة و دينار إلى النبي صلى الله عليه و سلم فدعا له بالبركة .

فيكون بيع عروة الشاة الثانية فضولياً ، و إقرار الرسول صلى الله عليه و سلم لهذا البيع يدل على أن بيعه صحيحاً ، إذ لو لم يكن كذلك لما أقره ، و لما دعا له بالبركة .

فقد روى أبو داود في باب البيوع قال : قال الكرخي حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عرفة حدثنا الحي عن عروة البارقي<sup>(٥)</sup> أن النبي صلى الله عليه و سلم : (( أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشتري شاتين فباع إحداهما بدينار و جاء بشاة و دينار فدعا النبي صلى الله عليه و سلم في بيعه بالبركة فكان لو اشتري تراباً ربح فيه ))<sup>(٦)</sup> .

و في رواية حدثنا محمد بن كثير العيدي ، حدثنا سفيان حدثني حصين ، عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام<sup>(٧)</sup> أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : (( بعث به بدينار ليشتري له أضحية

(١) سورة المائدة : الآية : ٢ ، ج ٦ .

(٢) التراقي ، الفروق ، ج ٣ ، دار إحياء الكتب العربية ، ط ١ ، ١٣٤٤ هـ ، الفرق / ١٨٥ ، ص / ٢٤٣ .

(٣) سورة البقرة : الآية : ١٩٥ ، ج ٤ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ .

(٥) هو عروة ابن أبي الجعد ، و يقال إسم أبيه عياض البارقي ، صحابي جليل كان فيمن حضر فطوح الشام و نزلها ثم سيره عثمان إلى الكوفة ، فتولى قضاءها قبل شريح ، فكان أول قاض بها .

ابن حجر ، الإصابة في تمييز الصحابة ، ج ٢ ، دار الكتاب العربي بيروت ، ص / ٤٦٨ .

(٦) رواه أبو داود و الترمذي و ابن ماجة و الدارقطني من حديث عروة البارقي ، و قال المنذري و النووي : إسناده حسن صحيح لمجيبه من وجهين ، فقد رواه البخاري من طريق ابن عبيدة عن شبيب ابن عرفة ، كما رواه الشافعي عن ابن عيينة . انظر ابن حجر ، تلخيص

الحبير ، ج ٣ ، مكتبة المليات الأزهرية القاهرة ، ١٩٧٩ م ، الحديث السادس ، ص / ٥ .

(٧) هو حكيم بن حزام بن خويلد ، ولد قبل الفيل بثلاث عشرة سنة ، أسلم يوم الفتح ، و كان من وجوه قريش و أشرفها ، و عاش في الجاهلية

ستين سنة و في الإسلام سكن سنة ، و مات بالمدينة في خلافة معاوية سنة ٥٤ هـ ، و له حديث في الكتب الستة . ابن حجر ، الإصابة في

تمييز الصحابة ، ج ١ ، المرجع السابق ، ص / ٣٤٨ .

فاشترها بدينار و باعها بدينارين فرجع و اشترى اضعية بدينار و جاء بدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتصدق به و دعا له أن يبارك في تجارته ((<sup>(١)</sup>).

و وجه الدلالة من هذا الحديث أن عروة باع الشاة التي اشترها للنبي صلى الله عليه وسلم ، من أن يرجع إليه في أمر بيعها ، فدل ذلك على أن بيعه صحيح ، إذ لو لم يكن كذلك لما أقره ، و لما دعا له بالبركة ، فكان ذلك دليلا على أن التصرف الموقوف صحيح ينتج جميع آثاره بالإقرار أو بالإجازة . و لو كان باطلا أو معصية لنهاه عنها و لم يقبلها و لم يملكها في الوجهين و لأنكر عليه ذلك ،<sup>(٢)</sup> ثم أن التصرف في هذه الحالة قد صدر من أهله مضافا إلى محله فلا ضرر في انعقاده موقوفا على الإجازة .

و من المعلوم أن حكيم لم يكن مأمورا ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع و لما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل و لأنكر عليه لأن الباطل ينكر و لأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن ، و قد أمكن حملته على الأحسن ههنا لأنه قصد البر و الإحسان و الإعانة على ما هو خير للمالك .. لعلمه بحاجته إلى ذلك .. ثم أن هذا العمل فيه تحمل مؤنة مباشرة التصرف الذي يحتاج إليه المالك و الثواب من الله عز و جل بالإعانة على البر و الإحسان فلا يكون باطلا<sup>(٣)</sup> .

إلا أنه يمكن القول بأنه قد يكون في هذه التصرفات ضرر في الجملة لأن للناس رغائب في الاعيان ففي مثل هذه الحالة ينبغي أن يتوقف التصرف على إجازة المالك ، فلا يجوز القول بإهدار تصرفه و إلحاق كلامه و قصده بكلام المجانين و قصدهم مع نذب الله عز و جل إلى الأحسن و حثه عليه<sup>(٤)</sup> . و قال ابن رشد في بداية المجتهد إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يأمر حكيم أن يتصرف في الشاة الثانية لا بالبيع و لا بالشراء فصار ذلك حجة على من زعم أنه لا يجوز الشراء للغير ، و على من أبطل البيع و الشراء للغير<sup>(٥)</sup> .

و قد وجهت إلى هذا الحديث عدة انتقادات منها :

- أن رواية أبي داود فيها رجل مجهول لا يدري من هو و ما كان هذا سبيله من الرواية لا يصح الإحتجاج به ؛ قال البيهقي و الخطابي في ضعف حديث حكيم من أجل هذا الشيخ<sup>(٦)</sup> .
- و أما رواية الترمذي ففيها أن حبيبا لم يسمع من حكيم ، قال الترمذي : (( حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه و حبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام و على ذلك فيكون الحديث منقطعاً ))<sup>(٧)</sup> .

(١) رواه أبو داود في البيوع و رواه الترمذي من طريق أبي كريب عن أبي بكر بن عياض عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم

بن حزام ، و قال الترمذي حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه و حبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام .

انظر الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م ، ص / ٢٧٠ ، ٢٧١ .

(٢) الشافعي ، الأم ، ج ٣ ، دار المعرفة بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، ص / ١٦ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ .

(٥) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ١٧٢ .

(٦) البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٦ ، دار الفكر ، دون تاريخ الطبع ، ص / ١١٣ .

(٧) ابن العربي ، عارضة الأحوذى ، ج ٥ ، دار الكتاب العربي ، دون تاريخ الطبع ، ص / ٢٦٣ .

و قال صاحب تكملة فتح القدير إذا ثبت أن حبيبا لم يسمع من حكيم دخل في الإرسال عندنا<sup>(١)</sup> ،  
و الحديث المرسل حجة عند الأئمة الثلاثة فيكون الحديث حجة في الاستدلال خلافا للشافعي<sup>(٢)</sup> .  
- كما أن حال الصحبة مع عروة البارقي أوجبت الإذن بلسان الحال الذي يقوم مقام التوكيل بلسان  
المقال الموجب لنفي الإثم و الإباحة بخلاف الأجنبي مطلقا<sup>(٣)</sup> .

و الجواب عن ذلك أن عروة البارقي وكيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكالة عامة في البيع  
و الشراء ، كما أن الصحبة منفية في حديث الغار لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لما ساق قصة  
الثلاثة الذين انحطت عليهم الصخرة في الغار ، ذكر أن أحدهم استأجر أجيرا و ليس صاحبا .

- و ما يدل على عدم صحة الحديث أيضا أن البخاري أخرجه في باب " فضل الخيل " و باب  
" علامات النبوة " فلو كان صحيحا على شرطه لأخرجه في باب البيوع كما هو دأبه في التراجم .

فقد جاء في البخاري : حدثنا علي بن عبد الله "المديني" أخبرنا سفیان حدثنا شبيب بن غرقدة قال  
سمعت الحي يتحدثون عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم : (( أعطاه ديناراً يشتري له به شاة  
فاشترى له بالدينار شاتين فباع إحداهما بدينار ، فجاء بدينار و شاة ، فدعا له بالبركة في بيعه ، و كان  
لو اشترى التراب لربح فيه )) . قال سفیان كان الحسن بن عمارة<sup>(٤)</sup> جاء بهذا الحديث عنه " أي عن  
شبيب " قال : سمعه شبيب من عروة فأثبته ( أي أتى سفیان شيبيا ) ؛ فقال شبيب : إني لم أسمع من  
عروة ؛ قال سمعت الحي يخبرونه عنه ، و لكن سمعته يقول سمعت النبي صلى الله عليه وسلم  
يقول : (( الخير معقود بنواصي الخيل إلي يوم القيامة ))<sup>(٥)</sup> .

و قد وجهت لرواية البخاري عدة اعتراضات :

الإعترض الأول : قال الخطابي و البيهقي و غيرهما أنه غير متصل لأن الحي لم يسم منهم فهو على  
طريقة بعض أهل الحديث يسمون - ما في إسناده مبهم - مرسلا أو منقطعا ، و ما كان هذا سبيله من  
الرواية لا يصح الإحتجاج به<sup>(٦)</sup> .

الإعترض الثاني : أن البخاري أورد في آخر الحديث إنكار شبيب سماعه من عروة و في ذلك دليل  
على تضعيفه لصدر الحديث و إنما أورده في " باب فضل الخيل " لأنه أراد آخر الحديث فقط دون  
صدره .

كما أورده في " باب علامات النبوة " و أورد عبارة (( فدعا له بالبركة في بيعه ، و كان لو اشترى  
التراب لربح فيه )) و هذا كما هو واضح من بركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم و من علامات  
النبوة<sup>(٧)</sup> .

(١) قاضي زاده ، تكملة فتح القدير ، ج ٨ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ص ٥ / ٥ .

(٢) النووي ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١ ، دار الكتاب العربي بيروت ، سنة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م ، ص ٣٠ / ٣٠ .

(٣) انقروفي ، الفروق ، ج ٣ ، الفرق ١٨٥ ، ص ٢٤٤ / ٢٤٤ .

(٤) هو أبو محمد ، الكوفي الفقيه ، الحسن بن عمارة بن المضرب البجلي ، كان على قضاء بغداد في خلافة أبي جعفر المنصور ، متروك

ضعفه مات سنة ١٥٣ هـ ، و كان من كبار الفقهاء في زمانه . أنظر الذهبي ، الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة ، ج ١

دار الكتب الحديثة القاهرة ، ط ١ ، ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م ، ص ٢٢٥ / ٢٢٥ .

(٥) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٦ ، دار الريان للتراث القاهرة ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ م ، كتاب المناقب ، باب 'علامات النبوة '

ص / ٧٣١ .

(٦) ابن حجر ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص ٧٣٣ / ٧٣٣ .

(٧) ابن حجر ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص ٧٣٣ / ٧٣٣ .

فلو كان الحديث صحيحا على شرطه لأخرجه في كتاب البيوع و الوكالة كما هو دأبه في الأحاديث المشتملة على الأحكام أن يذكرها في الأبواب التي تصلح لها ، و لما أورد في ترجمة الفضولي " باب إذا اشترى شيئا لغيره بغير إذنه فرضي " فالترجمة معقودة لبیع الفضولي ، و قد مال البخاري فيها إلى الجواز غير أنه أورد فيه حديث ابن عمر في قصة الثلاثة الذين انحطت عليهم الصخرة في الغار . فإن فيه تصرف الرجل في مال الأجير بغير إذنه (١) .

الإعترض الثالث : لا اعتداد بأن الحسن بن عمارة قال إن شبيبا سمعه من عروة فالحسن بن عمارة أحد الفقهاء المتفق على ضعف حديثهم ، ففي التهذيب : قال محمود بن غيلان عن أبي داود الطيالسي قال شعبة أتيت جرير بن حازم فقلت له لا يحل لك أن تروي عن الحسن بن عمارة قال : جرحه عندي سفيان الثوري و شعبة بن حجاج فبقولهما تركت حديثه و قال : ابن حبان كان يدلس على الثقة و قصارى القول أنه متروك الحديث (٢) .

و أجب عن هذه الاعتراضات بما يلي :

الجواب عن الاعتراض الأول : بأن الحي (٣) في الحديث لا يلزم منه الجهالة و الإبهام في الاستدلال إلى عدم صحة الاستدلال به بل إن ذكر الحي يشعر بأن شبيبا لم يسمعه من رجل واحد بل سمعه من جماعة ، لأن الحي يمتنع في العادة تواطؤهم على الكذب فخيرهم ربما يفيد القطع به .

و الجواب عن الاعتراض الثاني : ما أورده البخاري في آخر الحديث من إنكار شبيب سماعه من عروة لا يدل على تضعيفه لصدر الحديث بل أراد بذكر الإنكار الإيقان و الدقة في نقل الحديث ، لأن فيه إشعارا بأن الحديث سمع من جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب .

أما كونه أورده في " باب فضل الخيل " لأنه أراد آخر الحديث : (( الخير معقود بنواصي الخيل إلى يوم القيامة )) لا يلزم منه أنه غير منطبق على شروط البخاري إذ السماع من جماعة أقوى في الدلالة من السماع من واحد و يضاف إلى ذلك ورود الحديث من الطريق التي هي الشاهد لصحة هذا الحديث.

أما أنه أورده في " باب علامات النبوة " فإن المقصود منه الذي يدخل في " علامات النبوة " دعاء النبي صلى الله عليه و سلم لعروة فاستجيب له حتى كان لو اشترى التراب لربح فيه (٤) . و أما مسألة بيع الفضولي ، فقد يكون الحديث على شرطه و يعارضه عنده ما هو أولى بالعمل به من حديث آخر فلا يخرج ذلك الحديث في بابه و يخرج في باب آخر ، أخفى لينبه بذلك على أنه صحيح إلا أن ما دل ظاهره عليه غير معمول به عنده .

و أما الجواب عن الاعتراض الثالث : بأن الحسن بن عمارة و إن كان متروك الحديث فهو لم يثبت شيئا بقوله فقد وجد للحديث متابع عن أحمد و أبي داود و الترمذي و ابن ماجه من طريق سعيد عن أبي لبيد ، و كل هذه الطرق تعضد بعضها البعض ، و تقوي صحة الاستدلال بهذا الحديث على مشروعية العقد الموقوف (٥) .

(١) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٤ ، ص / ٤٧٨ .

(٢) ابن حجر ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٧٣٤ .

(٣) الحي : قوله ( سمعت الحي يتحدثون ) أي قبيلته و هم منسوبون إلى بارق ، جبل باليمن نزل به سعد بن عدي بن حارثة بن عمرو بن عامر بن يثرب فمسبوا إليه . و هذا يقتضي أن يكون سمعه من جماعة أقلهم ثلاثة . انظر : ابن حجر ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٦٥ .

(٤) ابن حجر ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٧٣٤ .

(٥) الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار ، ج ٥ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م ، ص / ٢٧٠ .

و طريق الحديث التي هي عن سعيد عن أبي ليبيد عن عروة فهي طريق حسنة ، و بذلك يصلح الحديث بروايته دليلا على المشروعية .

كما احتج القائلون بصحة العقد الموقوف بحديث ابن عمر في قصة الثلاثة الذين انحطت عليهم الصخرة في الغار .

فقد أخرج البخاري هذا الحديث في باب البيوع تحت ترجمة : " باب إذا اشترى شيئا لغيره بغير إذنه فرضي " . قال : حدثنا يعقوب بن إبراهيم حدثنا أبو عاصم أخبرنا ابن جريج قال أخبرني موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (( خرج ثلاثة نفر يمشون فأصابهم المطر ، فدخلوا في جبل ، فانحطت عليهم صخرة . قال : فقال بعضهم لبعض ادعوا الله بأفضل عمل عملتموه .. )) ليفرج الله عنهم ما أصابهم و موضع الترجمة من الحديث قول الثالث : (( اللهم إن كنت تعلم أنني استأجرت أجيرا بفرق من نرة ، فأعطيته و أبي ذلك أن يأخذ ، فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرا و راعيها ، ثم جاء فقال : يا عبد الله استهزئ بحقي ، فقلت : انطلق إلى تلك البقر و راعيها فإنها لك ، فقال : أتستهزئ بي ؟ قال فقلت : ما استهزئ . ولكنها لك ، اللهم إن كنت تعلم أنني فعلت ذلك إبتغاء وجهك فأفرج عنا ، فكشف عنهم )) (١) .

و في رواية أبي داود قال حدثنا محمد بن العلاء حدثنا أبو أسامة ، حدثنا عمر بن حمزة ، أخبرنا سالم عبد الله عن أبيه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (( من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله ، قالوا : و من صاحب الأرز يارسول الله ؟ فذكر حديث الغار حين سقط عليهم الجبل فقال : كل واحد منهم اذكروا أحسن عملكم ، قال : و قال الثالث : اللهم إنك تعلم أنني استأجرت أجيرا بفرق أرز فلما أمسيت عرضت عليه حقه فأبى أن يأخذ و ذهب فثمرته له حتى جمعت له بقرا و رعايتها فلقيني فقال : اعطني حقي ، فقلت : اذهب إلى تلك البقر و رعايتها فخذها فذهب فاستأفها )) (٢) .

- و وجه الدلالة من هذا الحديث أن هذا الرجل تصرف في مال الأجير بغير إذنه فدل ذلك على جواز بيع الفضولي و شرائه . كما دل على أن التصرف الموقوف ينفذ بالإجازة من صاحب الشأن فقد ذكر البخاري ذلك في الترجمة حين قال : " فرضي " أي أجاز ذلك التصرف و قبله ، فكان دليلا قويا على صحة التصرف الموقوف على الإجازة .

- و دل أيضا على أن عمل هذا المستأجر من أفضل الأعمال و أنفعها ، فقد ذكر ذلك لأنه أراد أن يدعو الله بأفضل عمل عمله في حياته ، إبتغاء وجه الله تعالى ، و أقر على ذلك و وقعت عليه الإجابة فكان التصرف في مال الغير بغير إذنه لنفعه من أفضل الأعمال التي يقوم بها الإنسان .  
- كما أن طريق الاستدلال بهذا الحديث ينبني عليه أن شرع من قبلنا شرع لنا (٣) . و الجمهور على

(١) أخرجه البخاري في الإجازة و المزارعة و أحاديث الأنبياء و الأدب ، كما رواه مسلم في التوبة و النسائي في الرقائق ، و أخرجه الطبراني في الدعاء بإسناد صحيح عن أنس من وجه آخر حسن و بإسناد حسن عن أبي هريرة ، و هو في صحيح ابن حبان ، و أخرجه الطبراني من وجه آخر عن أبي هريرة و عن النعمان بن بشير من ثلاثة أوجه حسان أحدها عند أحمد و البزار و كلها عند الطبراني ، و قال ابن حجر و أصح طرق هذا الحديث من حيث الإسناد رواية موسى بن عقبة لموافقة سالم لها ، أنظر : ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٦ ، ص / ٥٩٠ و القسطلاني ، إرشاد الساري ج ٤ ، دار الكتاب العربي بيروت ، ط ، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م ، ص / ١٠٠ .

(٢) السهاري ، بذل المجهود في حل أبي داود ، ج ٦٥ ، دار اللواء الرياض ، تاريخ الطبع غير مذكور ، ص / ٤٧ ، ٤٨ .

(٣) حاصل الخلاف في مسألة شرع من قبلنا : أنه إذا بلغنا على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم أو لسان من أسلم كعبد الله بن سلام و

كعب الأحبار و لم يكن مسوخا و لا مخصوصا فإنه شرع لنا . راجع الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج ٤ ، المكتب الإسلامي .

خلافه ، لكن يتقرر أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقه مساق المدح و الثناء على فاعله و أفرد على ذلك ، و لو كان لا يجوز لبينه ، فهذا التقرير يصح الإستدلال به لا بمجرد كونه شرع من قبلنا . و في اقتصار البخاري على الإستنباط لهذا الحكم بهذه الطريق دلالة على أن الذي أخرجه في فضل الخيل من حديث عروة البارقي في قصة بيعه الشاة لم يقصد به الإستدلال لهذا الحكم (١) . و قد اعترض على هذا الإستدلال بما يلي :

- أما القول بأن الحديث يدل على جواز بيع الفضولي و شرائه ، فغير مسلم به لأن الحديث غير مناسب للباب لأن الرجل لم يملك الفرق ، و لأن المستأجر لم يستأجره بفرق معين و إنما استأجره بفرق في الذمة فلما عرض عليه قبضه امتنع لرداعته فلم يدخل في ملكه بل بقي في حقه متعلقا بذمة المستأجر لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح فالنتاج الذي حصل على ملك المستأجر تبرع به للأجير بتراضيهما و غاية ذلك أنه أحسن القضاء فأعطاه حقه و زيادات كثيرة ، فاغتر ذلك و لم يعد تعديا (٢) .

و الجواب عن ذلك : أن عدم قبوله للفرق يحتمل أنه تركه أمانة في يد المستأجر فيكون قد تصرف فيه بغير إذنه ، إذ لو هلك الفرق لكان المستأجر ضامنا له إذ لم يؤذن له في التصرف فيه .

- و أما عن الإستدلال الثاني : فقد قالوا : لو كان الفرق تعين للأجير لكان تصرف المستأجر فيه تعديا و لا يتوسل إلى الله بالتعدي و إن كان مصلحة في حق صاحب الحق و ليس أحد في حجر غيره حتى يبيع أملاكه و يطلق زوجاته و يزعم أن ذلك أحظى لصاحب الحق و إن كان أحظى فكل أحد أحق بنفسه و ماله من الناس أجمعين (٣) .

كما يحتمل أن توسله بذلك إنما كان لكونه أعطى الحق الذي عليه مضاعفا لا بتصرفه ؛ و ليس في القصة التي ساقها البخاري دليل لما ترجم له ، و إنما اتجر الرجل في أجر أجيره ثم أعطاه له على سبيل التبرع ، و إنما الذي كان يلزمه قدر العمل خاصة .

و الجواب عن ذلك : أن المستأجر عين أجره الأجير فلما تركها بعد أن تعينت له ثم تصرف فيها المستأجر بعينها صارت من ضمانه ، و الترجمة مطابقة لما ذكر إذ أن المستأجر قد عين له حقه و مكنه منه فبرنت ذمته بذلك فلما تركه وضع المستأجر يده عليه وضعا مستأنفا ثم تصرف فيه بطريق الإصلاح لا بطريق التضييع فاغتر ذلك و لم يعد تعديا ، و لذلك توسل به إلى الله عز و جل و جعله من أفضل الأعمال ، و أقر على ذلك و وقعت له الإجابة (٤) .

و أما القول بأنه ليس في القصة دليل لما ترجم له البخاري فهذا زعم لأن المشهور عنه أن فقه البخاري في تراجمه ، فلو لم يكن هذا هو مذهبه في بيع الفضولي لما ذكر هذه الترجمة .

- و إذا قال الخصم بأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ، فلا يحتج بالحديث ، فنقول بأن النبي صلى الله عليه وسلم ساق القصة مساق المدح و الثناء على فاعله و لو كان غير جائز لأنكره و نبه عليه ، ثم أن شرع من قبلنا فيه خلاف مشهور بين العلماء ليس هذا مجاله .

(١) القسطلاني ، إرشاد الساري ، ج ٤ ، ص ٩٨ .

(٢) السهاري ، بدل المجهود في حل أبي داود ، ج ١٥ ، ص ٤٩ .

(٣) القسطلاني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ١٠٠ .

(٤) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٥ ، ص ٢١ .

قاس أصحاب هذا الإتجاه التصرف الموقوف ، على وصية المدين بدين مستغرق و بما زاد عن ثلث مال الموصى ، فهذه الوصية ليست باطلة بل موقوفة على إجازة الورثة ، و كبيع المرهون الذي يتوقف على إجازة المرتهن و كبيع المستأجر الذي يتوقف على إجازة المستأجر ، و على العقد الذي يقبل الخيار ، كالباع بشرط الخيار للبائع و المشتري، قال القرافي : (( البيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف ))<sup>(١)</sup> فإن هذه التصرفات تشترك مع التصرف الموقوف في علة واحدة ، هي أن حكمها لا ينتج في الحال بل يتراخى إلى حين الإجازة أو الرد .

و قد اعترض على صحة هذا القياس : بأن هناك فرقا بين الوصية و بيع التصرف الموقوف ، ففي الوصية ، الوصي يتصرف في ملكه ، و الوارث لا يجيز تصرفا وقع على ماله ، و إنما ينشئ هذا التصرف ، أما بيع الفضولي أو التصرف الموقوف فهو تصرف فيما لا يملك ، و المالك يجيز تصرف وقع على ماله ، فلا محل لقياس التصرف الموقوف على الوصية بما تجاوز عن الثلث لأنهما على وجه نقيض .

كما أن الوصية تحتل الغرر ، و تصح بالمجهول و المعدوم بخلاف البيع ، و كذلك لا يصح القياس على البيع المشروط فيه الخيار لأن هذا البيع ينعقد في الحال و إنما المنتظر فسخه ، و إذا مضت المدة و لم يفسخ لزم البيع.

و الجواب على هذا الإعتراض : بأن الخصم يسلم بوجود تصرفات لا تنفذ في الحال ، فالتصرف المعلق ، تصرف صحيح و لا حكم له في الحال ، و كذلك البيع المشروط فيه الخيار ، فهو تصرف صحيح و لا حكم له في الحال ، و الوصية بأكثر من الثلث و وصية المدين بدين مستغرق لماله فإنها تتوقف على إجازة المستحق ، فكيف مع هذا ينكرون فكرة التصرف الموقوف .

و احتجوا أيضا : بأن إذن المالك لو كان شرطا في إنعقاد البيع ، لم يجز أن يتقدم على البيع لأن ما كان شرطا للبيع لا يجوز تقدمه عليه ، ولهذا لما كانت الشهادة شرطا في النكاح اشترط مقارنتها لعقده فلما أجمعنا على أن الإذن في البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرط في صحة انعقاده<sup>(٢)</sup> .

و قد اعترض على ذلك : بأن هذا القياس منتقض بالصوم فإن النية شرط لصحته و تتقدم عليه ، و لأن الإذن ليس متقدما على العقد و إنما الشرط كونه مأذونا له حالة العقد .

و الجواب عن ذلك : أن هناك فرقا بين عبادة الصيام التي تكون فيه النية شرطا لصحته و تتقدم عليه و بين البيع الذي يجوز تقدم الإذن فيه ، و بيان ذلك أن النية إنما كانت شرطا لصحة الصيام بنص الحديث الذي رواه أبو داود عن حفصة زوج النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : (( من لم يجمع قبل الفجر فلا صيام له ))<sup>(٣)</sup> . و ليس في الإذن بالبيع نص يدل على أن الإذن شرط لصحته .

إن الأصل في التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد ، و الإباحة دون الحظر ، و لذلك وجب

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، الفرق : ١٨٥ ، ص / ٢٤٤ .

(٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٦٢ .

(٣) قال الخطابي : (( الإجماع ؛ أحكام النية و المعزيمة على الصوم )) ، و الحديث أخرجه أبو داود في الصوم و السنائي ، و الترمذي في

الصوم ، باب ما جاء " لا صيام لمن لا يعزم من الليل " ، و أخرجه ابن ماجه و الدارمي و أحمد و الدارقطني و الطحاوي و البيهقي

و إسناده صحيح ، و روى معمر و سفيان هذا الحديث موقوفا على حفصة . انظر البهوي ، شرح السنة ، ج ٦ ، المكتب الإسلامي ط ١ ،

على المسلم أن يقوم بتصرفاته على الوجه المشروع دون المحذور ما أمكن ترجيحاً لجانب الصحة ،  
و في انعقاد تصرف الفضولي و من في حكمه صحيحاً موقوفاً على الإجازة تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين  
و المعقود له و لا ضرر على أحد في ذلك ، ثم إنه لا يوجد مانع شرعي يمنع من ذلك فيدخل هذا في  
عموم ما يجب رعايته من المصالح و درء المفاسد و المضار .

و المصلحة متحققة في توقف العقد بالنسبة للمعقود له ، فإن الفضولي قد كفاه مؤونة مباشرة التصرف  
الذي هو محتاج إليه ، لو أراد القيام به بنفسه ، و بالنسبة للمتعاقد مع الفضولي فإنه سهل له الوصول  
إلى محل العقد ، و بالنسبة للفضولي ، فإنه يمان كلامه عن الإهدار و لا يلحق قصده بقصد المجانين  
و يتحقق ما رغب في إجرائه من التصرفات ، كما يحصل له بذلك الثواب من الله عز و جل و الثناء  
و المحمدة من المعقود له . غير أن المصلحة اقتضت انعقاد تصرفات الفضولي و من في حكمه  
موقوفة على الإجازة و الإذن لإمكان تفادي الضرر المحتمل للمعقود له (١) .

- و اعترض عليهم : بأن تصرفات الفضولي و من في حكمه قد تكون من باب العبث فوجب صونها  
عن ذلك ، لأنه قد يكفي المعقود له مؤونة مباشرة التصرف و هذا مسلم به ، و لكن يتوقف ذلك على  
الإجازة ، مما يجعل عمل الفضولي عرضة للبطلان إذا لم تحصل الإجازة فلا تكون في ذلك مصلحة  
شرعية بل قد يترتب عليها مفسد كثيرة ، منها إرابة ماء الوجه ، و إضاعة الوقت .

- و الجواب عن هذا الإعتراض : أن في انعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فيه رعاية للمصلحة ،  
و يعتبر من قبيل التعاون على البر كما في حالة تصرف الفضولي فهو من قبيل التسامح و التيسير  
على الناس في معاملاتهم و رفع الحرج و الضيق عنهم فلا يكون عبثاً أو لغواً .

#### ٤ - الأدلة من المعقول :

فقد جاء في المبسوط للسرخسي : (( يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب  
البات ملك البات .. و السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعاً ، أما إذا تأخر عنه الحكم فلا يلغو لأن  
الحكم تارة يتصل بالسبب و تارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار و هذا الحكم يتأخر إلى إجازة  
المالك و لا يندم أصلاً ، لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك و في تأخير الحكم إلى  
وجود الإجازة توفيراً لمنفعة تعود عليه ... فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يجعل إجازته في  
الإنهاء كإذنه في الإبتداء بخلاف انعدام المحل أو كان غير مملوك أصلاً )) (٢) .

ففي التصرف الموقوف يتأخر الحكم إلى إجازة المالك ، و لا يندم أصلاً لوجود المحل مضافاً إلى  
أهله ، أما عدم ترتب الحكم عليه في الحال إنما هو لرفع الضرر المحتمل عن المالك ، ولأن في تأخير  
الحكم إلى الإجازة توفيراً لمنفعة تعود على المعقود له أو المالك .  
فهذه هي جملة الأدلة التي أوردها القائلون بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح .

#### البند الثاني : الإتجاه القائل ببطلان العقد الموقوف .

نستعرض في هذا البند أصحاب هذا الإتجاه أولاً ، ثم نبين أدلتهم التي اعتمدوا عليها و ما  
ورد عليها من اعتراضات .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٢ ، دار المعرفة بيروت ، ط ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م ، ص / ١٥٤ ، ١٥٥ .

أولا : تصنيف أصحاب هذا الإتجاه .

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الباطل ، فلو تصرف أحد في بيع مال غيره بغير إذنه فقد ارتكب معصية ، لأن الأصل في العقود التراضي ، و في عقد ناقص الأهلية و معيب الإرادة ، لا يوجد عنصر الرضا .

و قد ذهب إلى هذا الرأي الشافعية في المذهب الجديد <sup>(١)</sup> ، و بعض المالكية <sup>(٢)</sup> و بعض الحنابلة في الرواية الثانية عندهم <sup>(٣)</sup> ، و الشيعة الإمامية <sup>(٤)</sup> ، و الزيدية <sup>(٥)</sup> ، و الإباضية <sup>(٦)</sup> في إحدى الروايتين عندهم ، و بهذا قال أهل الظاهر بل إن ابن حزم حرم ذلك في المحلى حيث قال : (( و لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال في بيعه )) <sup>(٧)</sup> و هذا هو رأي أبي ثور <sup>(٨)</sup> و ابن المنذر <sup>(٩)</sup> .

فقد اعتبر أصحاب هذا الإتجاه العقد الموقوف عقدا باطلا من أساسه ، و لا ينتج أي أثر ، لا فيما بين المتعاقدين ، و لا بالنسبة للغير ، و من غير الممكن تصحيح هذا العقد فيما بعد من طرف المالك ، لأن الإجازة تلحق العقد الموجود ، و العقد الموقوف لا وجود له ، و إذا أمكن تصور وجود عقد بين المشتري و المالك ، فلا يكون إلا بعقد جديد بينهما ، و لقد استدلل هذا الفريق بعدة أدلة ، انتقدت من طرف الذين قالوا بصحة العقد الموقوف على إجازة المالك .

ثانيا : عرض أدلة الإتجاه القائل ببطلان العقد الموقوف و ما ورد عليها من اعتراضات .  
و استدلل أصحاب هذا الإتجاه بالنص و القياس و المعقول ، و نحاول استعراض هذه الأدلة بالتفصيل متعقبين ذلك بما ورد عليها من انتقادات و اعتراضات .

١ - الأدلة من النص : تتضمن أدلة من الكتاب و أخرى من السنة .

أ - الأدلة من الكتاب :

إحتج القائلون ببطلان العقد الموقوف بعموم ما ورد في نص الآيات القرآنية التالية :

(١) السيوطي ، الأشباه و النظائر ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م ، ص / ٢٨٥ .

(٢) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، مطبعة بولاق مصر ، ط ٣ ، ١٣١٩ هـ ، ص / ١٢ .

(٣) المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٤ ، ص / ٢٨٣ .

(٤) المحلى ، المختصر النافع ، ص / ١٤٣ .

(٥) الشوكاني ، كتاب السيل الجرار ، ج ٣ ، ص / ٥٢ .

(٦) أطفيش ، شرح كتاب النيل و شفاء الطيل ، ج ٨ ، ص / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٧) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، المسألة : ١٤٦٠ ، ص / ٤٣٤ .

(٨) هو أبو ثور إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي الفقيه المجتهد البغدادي صاحب الإمام الشافعي ، ولد في حدود سنة ١٧٠ هـ ، و برع في

العلم و لم يقلد أحدا ، و له الكتب المصنفة في الأحكام جمع فيها بين الحديث و الفقه ، و توفي سنة ٢٤٠ هـ ببغداد . انظر ابن خليكان ،

وفيات الأعيان ، ج ١ ، دار صادر بيروت ، ط ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م ، ص / ٢٦ .

(٩) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، ولد في حدود موت أحمد بن حنبل سنة ٢٤١ هـ ، كان فقيها عالما مطلعا ، صاحب

التصانيف الكثيرة منها كتابه المشهور في اختلاف العلماء ' الإشراف ' و كتاب ' المبسوط ' و له أيضا كتاب ' الإجماع ' و هو صغير

الحجم ، و توفي بمكة سنة ٣١٩ هـ . انظر : الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج ١٤ مؤسسة الرسالة بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

ص / ٥٦٣ ٥٨٨ .

قوله تعالى : (( و لا تكسب كل نفس إلا عليها )) (١) .

و قول الله عز و جل : (( و لا تزر وازرة وزر أخرى )) (٢) .

و وجه الدلالة من هذه الآيات : في عدم جواز التصرف الموقوف على الإجازة أنه لا تكسب كل نفس إلا بما قدمت أصالة عن نفسها دون تدخل الغير في ملكها ، فإن الفضولي لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع و لا أن يملك المالك الثمن ، كما أنه لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه .. و كذلك لا يلزم أحدا شراء غيره له إلا أن يأمره بذلك فإن اشترى له دون أمره فالشراء للمشتري و لا يكون للذي اشتراه له (٣) .

كما لا يجوز أن يتكلم أحد عن أحد إلا حيث أوجب ذلك نص .. كما لا يجوز قول أحد على غيره و لا حكمه على غيره لأنه كسب على غيره و حكم بالباطل فلا يمضيه أحد على أحد (٤) .

و اعترض على ذلك : بأنه ليس في الآيات السالفة ما يدل على حرمة التصرف الموقوف ، بل المراد في الآيات هي تحمل الثواب و العقاب دون أحكام الدنيا .

كما يحتمل أن يكون المراد بذلك كسب الإلزام و الإلتزام ، لا كسب المعونة و الإستخدام ، فقد يتعاون المسلمون و يتعاملون بحكم العادة و المروءة و المشاركة ، و هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد باع له و اشترى عروة البارقي في دينار و تصرف بغير أمره ، فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك و أمضاه (٥) .

أما الآية الثانية فليست محلا للإستدلال إذ أنها نزلت في أهل الجاهلية ردا على إعتقادهم من مؤاخذه الرجل بذنب ابنه و أبيه و بجريرة حليفه . فأخبر الله تعالى بأنه لا تحمل نفس مذنبه عقوبة الأخرى و لا يعذب الأبناء بذنب الآباء ، و إنما تؤخذ كل نفس منهم بجريرتها التي اكتسبتها . كما قال الله تعالى : (( لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت )) (٦) .

و احتجوا أيضا بقوله تعالى : (( يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )) (٧) .

و وجه الدلالة من هذه الآية أن بيع الفضولي ، تفسيرا لهذه الآية القرآنية الكريمة ، يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل ، لأن هذا البيع لم يقترن به رضا المالك ، و الإجازة اللاحقة لا يمكن أن تصح عقدا باطلا ، لأن العبارة في العقد الموقوف ولدت ميتة و الإجازة لا تحييها .

و اعترض عليهم : أن العقد الصادر من الفضولي ، لا يطلق عليه ( تجارة ) لعدم حصول النقل و الإنتقال بمجرد انعقاده ، و من ثم فإن الآية لم تحرم بيع الفضولي ، و إنما أبطلت بيع المكره لفوات الرضا فيه (٨) .

(١) سورة الأنعام ، الآية : ١٦٤ ، ج ٨ .

(٢) سورة فاطر ، الآية : ١٨ ، ج ٢٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، المسألة : ١٤٦٠ ، ص / ٤٣٤ و ما بعدها .

(٤) ابن حزم ، المرجع السابق ، ج ٨ ، المسألة : ١٣٦٣ ، ص / ٢٤٥ .

(٥) ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ، دار المعرفة ، بيروت ، ص / ٧٧٣ .

(٦) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٦ ، ج ٣ .

(٧) سورة النساء ، الآية : ٢٩ ، ج ٥ .

(٨) ابن العربي ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص / ٤١١ .

كما استدلوا بقول الله تعالى : (( لا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين )) (١) .

و قول الله تعالى : (( فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم )) (٢) .

و وجه الدلالة من هذه الآيات : أن من أمره موكله بأن يبتاع له شيئا بثمن مسمى أو يبيعه له بثمن مسمى فباعه أو ابتاعه بأكثر أو بأقل و لو بفلس فما زاد لم يلزم الموكل و لم يكن البيع له أصلا و لم ينفذ البيع لأنه لم يؤمر بذلك ، فلو وكله على أن يبيع له أو يبتاع له فإن ابتاع له بما يساوي أو باع بذلك لزم و إلا فهو مردود ، و كذلك من ابتاع لآخر أو باع له بغير أن يأمره لم يلزم في البيع أصلا و لاجاز للآخر إمضاؤه لأنه إمضاء باطل (٣) .

و اعترض على هذا : بأن إقرار النبي صلى الله عليه و سلم لعمل عروة البارقي فيه دليل على بطلان هذا الاستدلال ، ثم أن هذه النظرة إلى مخالفة الوكيل حدود الوكالة المرسومة له بالبيع أو بالشراء نظرة قاسية لا توافق حاجات الناس من الناحية العملية ، فهذا الاستدلال الذي يمنع تصرف الوكيل بأكثر أو بأقل و لو بفلس ، يورث المشقة و الحرج ، و يقضي على روح السرعة و التيسير و المرونة و المواخاة ، التي تستوجبها جميع المعاملات اليومية العديدة .

#### ب - الأدلة من السنة :

فقد استدلوا بما أخرجه النسائي في سننه قال : حدثنا زياد بن أيوب قال : حدثنا هشيم قال حدثنا أبو بشر عن يوسف بن ماهك ، عن حكيم بن حزام ، قال : سألت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : يارسول الله ، يأتييني الرجل فيسألني البيع ليس عندي أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق ؟ قال : (( لا تبع ما ليس عندك )) (٤) .

و ما أخرجه النسائي أيضا قال أخبرنا عمرو بن علي و حميد بن مسعدة عن يزيد قال : حدثنا أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه (٥) ، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (( لا يحل سلف وبيع و لا شرطان في بيع و لا بيع ما ليس عندك )) (٦) .

و استدلوا أيضا بما أخرجه النسائي و أصحاب السنن : قال أخبرنا عثمان بن عبد الله قال : حدثنا سعيد بن سليمان عن عباد بن العوام ، عن سعيد بن أبي عروبة ، عن أبي رجاء قال : عثمان - هو محمد بن يوسف - عن مطر الوراق ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال :

(١) سورة البقرة ، الآية : ١٩٠ ، ج ٢ .

(٢) سورة البقرة ، الآية : ١٩٤ ، ج ٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص / ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٤) رواه أحمد و ابن حبان في صحيحه ، و أخرجه أبو داود في البيوع و الإجازات ، و أخرجه

الترمذي و قال حسن صحيح و قد روي من غير وجه عن حكيم كما أخرجه ابن ماجه . انظر : ابن حجر ، تلخيص الحبير ، ج ٣ ، مكتبة

الكلبيات الأزهرية القاهرة ، ط ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، ص / ٥ .

(٥) هو محمد بن عبد الله بن عمر بن العاص ، صدوق ، من الطبقة الخامسة قال القطان : إذا روى عنه ثقة فهو حجة ، و قال أحمد : ربما

احتجنا به ، و قال البخاري : رأيت أحمدًا و عليًا و إسحاق و أبا عبيد و عامة أصحابنا يحتجون به ، و قال أبو داود : ليس بحجة ، مات

بالبطائف سنة ١١٨ هـ ، انظر : الذهبي ، الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة ، ج ٢ ، دار الكتب الحديثة القاهرة ، ط ١ ،

١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م ص / ٣٣٢ .

(٦) رواه الترمذي و النسائي و ابن ماجه و أبو داود بأسانيد صحيحة ، و صححه بن حزيمة و الحاكم انظر : ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام

شرح عمدة الأحكام ، ج ٣ ، دار الكتاب العربي بيروت دون تاريخ الطبع ، ص / ١٧٧ .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (( ليس على رجل بيع فيما لا يملك ))<sup>(١)</sup> ورواه الترمذي وغيره من هذا الطريق بلفظ : (( لا طلاق إلا فيما تملك و لا عتق إلا فيما تملك و لا بيع إلا فيما تملك و لا وفاء نذر إلا فيما تملك ))<sup>(٢)</sup>.

قال ابن المنذر : (( و بيع ما ليس عندك يحتمل معنيين أحدهما أن يقول ابيعك عبدا أو دارا معينة و هي غائبة فيشبهه بيع الغرر لإحتمال أن تتكلف أو لا يرضاهما ، ثانيهما أن يقول هذه الدار بكذا على أن أشتريها لك من صاحبها أو على أن يسلمها لك صاحبها و قصة حكيم موافقة للإحتمال الثاني ))<sup>(٣)</sup>. ووجه الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز التصرف في ملك الغير بغير إذنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشيء غير المملوك للبايع و أن بيعه يعتبر فاسدا ، لأنه باع ما ليس في ملكه و لا يدري هل يجيزه مالكة أم لا ، و النهي يقتضي عندهم البطلان ، فالتصرف في ملك الغير بغير إذنه باطل .

و لأن حكيم أحد طرفي البيع فلم يقف على الإجازة كالقبول و لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق و السمك في الماء و الطير في الهواء<sup>(٤)</sup> . و قد وجهت لهذا الاستدلال عدة انتقادات منها :

- أن هذا الحديث لم يذكره البخاري في ترجمة " باب بيع ما ليس عندك " ، و كأنه لم يثبت على شرطه ، فاستنبطه من النهي عن البيع قبل القبض بطريق الأولى .

و الإنتقاد الثاني : أن النهي الوارد في الحديث خاص ببيع المعدوم ، فمعنى لا تبع ما ليس عندك أي لا تبع المعدوم قال البغوي في شرح السنة : (( هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات ، فلو قبل السلم في شيء موصوف عام الوجود عند المحل المشروط بجوز ، و إن لم يكن في ملكه حالة العقد ))<sup>(٥)</sup>. و قال الشوكاني : (( قوله ما ليس عندك أي ما ليس في ملكك و قدرتك و الظاهر أنه يصدق على العبد المغصوب الذي لا يقدر على انتزاعه ممن هو في يده و على الأبق الذي لا يعرف مكانه ، فمعنى قوله صلى الله عليه وسلم " لا تبع ما ليس عندك " أي ما ليس حاضرا عندك و لا غائبا في ملكك و تحث حوزتك ))<sup>(٦)</sup>.

و جاء في البدائع و لأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة و أنه محال و هو الشرط فيما يبيعه بطرق الأصالة عن نفسه<sup>(٧)</sup> .

و أما الإنتقاد الثالث : أن النهي الوارد في قضية حكيم بن حزام ، ليس دليلا على إبطال بيع الفضولي لأن الحديث وارد في بيع المرء لنفسه ما ليس عنده ، و قضية حكيم بن حزام مشهورة ، إذ كان هذا

(١) رواه النسائي و أخرجه أبو داود في الطلاق و أصحاب السنن .

(٢) حديث حسن أو صحيح رواه أبو داود و الترمذي و ابن ماجه و غيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة و مجموعها يرتفع عن كونه حسنا و يقتضي أنه صحيح و قال الترمذي هو حديث حسن ، انظر : النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٦٣ .

(٣) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٤ ، ص / ٤١٩ ، ٤١٠ .

(٤) النووي ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص / ٢٦٣ .

(٥) البغوي ، شرح السنة ، ج ٨ ، ص / ١٤٠ ، ١٤١ .

(٦) الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص / ١٥٥ .

(٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٧ .

الرجل يبيع ثم يدخل السوق و يشتري السلعة ثم يسلمها للمشتري ، و علة إبطال هذا البيع ، هو احتمال ألا يجد البائع الشيء الذي باعه في السوق ، فيعجز عن تسليمه للمشتري فيكون قد غرر به ، و التغرير لا يجوز (١) .

و الإنتقاد الرابع : أن النهي الوارد في قوله صلى الله عليه و سلم : (( ليس على رجل بيع فيما لا يملك )) لم يفصل بين ما تلحقه الإجازة و ما لا تلحقه ، و النهي خاص بالتصرفات التي تنتج آثارها حال انعقادها ، أما البيع الموقوف فلا ينتج آثاره في الحال بل يتوقف على إجازة المالك .  
و الجواب عن هذه الإنتقادات :

أن هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن من حديث حكيم بن حزام ، و قال الترمذي حديث حسن صحيح كما صححه أيضا ابن خزيمة و الحاكم ، و وجه الإستدلال به عند البخاري بطريق الأولى .  
و يرد عليهم بأننا إذا تأملنا هذا الحديث نجده خاصا ببيع المعدوم و ليس معناه لا تبع ما لا ولاية لك عليه ، حتى يستدل به على عدم جواز بيع الفضولي ، و لذلك لا يصلح أن يكون الحديث حجة في هذا الباب ، فخرج عن محل النزاع .

كما استدلوا بما رواه البخاري عن علي بن عبد الله حدثنا يحيى بن سعيد حدثنا فضيل بن غزوان حدثنا عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : (( إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم عليكم حرام )) (٢) .

و وجه دلالة هذا الحديث أن الذي يتصرف في مال غيره كأنه أحل ما حرم الله و ليس لأحد أن يحل ما حرم الله تعالى من ماله و لا من بشرته و لا من عرضه ، و لا من دمه إلا بالوجه الذي أباحه نص القرآن أو السنة ، و من فعل ذلك فهو مردود بقول رسول الله صلى الله عليه و سلم : (( من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد )) (٣) .

و السكوت ليس رضا إلا من اثنين فقط : أحدهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ... و الثاني البكر في نكاحها للنص .. فالسكوت ممكن أن يكون راضيا و ممكن أن يكون غير راض ، و هذا هو الذي لا شك فيه .

و الرضا يكون بالسكوت و بالكلام ، و الإنكار يكون بالسكوت و الكلام ، فإذا كان ذلك كذلك فبئس هو الظن فقط ، و لا تحل الأموال المحرمة بالظن (٤) .

و الإعتراض على هذا الإستدلال : أن تصرف الفضولي و من في حكمه ليس فيه أخذ لأموال الناس بالباطل ، بل موضوع الحديث ينصب على حرمة دم المسلم و ماله و عرضه و ليس حرمة التصرف في ملك الغير ، المتوقف على الإجازة ، فيكون بذلك عمل الفضولي و من في حكمه مشروعا و ليس حراما .

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ١٧٢ .

(٢) رواه البخاري في باب الخطبة أيام منى ، و رواه أحمد عن طريق جابر بن عبد الله ، و له طرق أخرى ، انظر : أ. عبد الرحمن البنا ، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ، ج ١٢ ، دار التراث العربي بيروت ، ص / ٢١٠ .

(٣) رواه مسلم و اللفظ له و البخاري و رواه أحمد قال السيوطي حديث صحيح لأحمد في مسنده و لمسلم كلاهما عن عائشة .

انظر : السيوطي ، الجامع الصغير من حديث البشير ، ج ٢ ، دار الفكر بيروت ، ط ١ ، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م ، ص / ٦٢٥ .

(٤) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص / ٤٣٤ ، ٤٣٥ .

## ٢ - الأدلة من القياس :

فقد قاس أصحاب هذا الإتجاه التصرف الموقوف على بيع الغرر ، فقالوا : إن الفضولي لا يقدر على تسليم ما باعه مما لا يملكه فهو كبيع العبد الأبق و بيع المبيع قبل القبض و كبيع السمك في الماء والطير في الهواء فهذه كلها ببوع باطلة قال المزني في المختصر : (( و من ببوع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك .. و مما يدخل في هذا المعنى أن بيع الرجل عبدا لرجل و لم يوكله فالعقد فاسد أجازة السيد أو لم يجزه كما لو اشترى أبقا فوجده لم يجز البيع لأنه كان على فساد إذ لم يدر أيجده أو لا يجده و كذلك مشتري العبد بغير إذن سيده لا يدرى أيجزه المالك أو لا يجيزه ))<sup>(١)</sup> .

و قد اعترض على هذا القياس : بأن قياس الفضولي و من في حكمه على بيع الغرر كبيع الأبق و بيع الطير في الهواء و السمك في الماء قياس مع الفارق ، لأن الغرر في هذه البيوع إنما هو لإنعدام المحل المعقود عليه .

و أما تصرف الفضولي فهو صادر من أهله في محله و ينعقد موقوفا على الإجازة ، أما إذا كان المحل منعدما أو غير مملوك لأحد فلم يقل بجوازه أحد من الفقهاء ، لأن من شروط المعقود عليه أن يكون مقدورا على تسليمه و مملوكا لغيره ، و الأبق غير مقدور على تسليمه و الطير و السمك غير مملوكين أصلا ، و ما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلا للبيع .

و بهذا يظهر الفرق بين التصرف الموقوف و بين ببوع الغرر ، كما يضاف إلى ذلك اختلال ركن من أركان القياس و هو أن يكون حكم الأصل متفقا عليه ، و بيع الغرر غير متفق عليه من حيث ترتب الآثار عليه لأن الحنفية يجعلون العقد فيه فاسدا مفيدا للملك عند القبض ، و إذا اختلف القياس فقد بطل به الإستدلال .

## ٣ - الأدلة من المعقول :

- أما من العقل فقد استدل هذا الفريق على بطلان بيع الفضولي بأن التصرف في ملك الغير بغير إذنه ممنوع ، و الفضولي يبيع مال غيره بغير إذن مالكة ، و رضاء المالك اللاحق لا يرفع القبح الثابت أثناء بيع الفضولي .

كما استدلوا من العقل ، بأنه يشترط في المحل أن يكون مما يصح تملكه ، و أن يكون مملوكا للبائع ، لأن الإنعقاد معناه ارتباط بين كلامي العاقدين ، يتعهد كل منهما بتمكين الآخر من جميع أحكام العقد و البائع لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع ، لأنه ليس مالكا و لا وكيفا و لا وليا ، و لأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه . فهو كبيع الطير في الهواء و السمك في الماء ، فيقع بيعه باطلا ، و ذلك للغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد ، و ما يترتب عليه من نزاع ، كما يشترط هؤلاء الفقهاء لإنعقاد العقد ، أن يكون البائع مالكا أو نائباً عن المالك ، بالإضافة إلى كونه عاقلا مختارا ، فالولاية عندهم كالأهلية ، تشترط لإنعقاد العقد ، فكما لا يوجد العقد من فاقد الأهلية فإنه لا يوجد من فاقد الولاية ، فلا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية<sup>(٢)</sup> .

و احتجوا أيضا من المعقول بأن الحكمة تقتضي أن تصان أفعال العقلاء عن العبث لأن تصرف الفضولي و من في حكمه ينعقد موقوفا على الإجازة من صاحب الشأن ، مما يجعل عمله عرضة

(١) المزني ، مختصر المزني ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٩ م ، ص / ٨٧ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص / ٢٧٢ ، ٢٧٣ .

للبطلان إذا لم يجزه من يملك الإجازة و يضيع وقته في غير فائدة إضافة إلى المتاعب التي يتلقاها عند مباشرة هذه التصرفات فوجب صون الناس عن مثل هذه الأعمال ، ثم كيف لا يصح عقد حين يعقده الفضولي و يقع موقوفا ، ثم يصح في وقت آخر عند الإجازة ، فهذا غير مقبول شرعا (١) .  
و يناقش هذا الدليل العقلي من عدة وجوه :

الوجه الأول : أن المنع من التصرف في مال الغير مختص بالتصرف الخارجي الذي يستدعي تسليمًا و تسلما ، أما مجرد إنشاء صيغة العقد على مال الغير دون ترتيب لآثاره إلا بعد إجازة المالك فلا يعد تصرفا .

و أما الوجه الثاني : فاعتبار بيع الفضولي ، كبيع غير مقدور التسليم ، و كبيع الطير في الهواء ، و السمك في الماء مردود عليه ، فلا محل لقياس بيع الفضولي على هذا النوع من البيوع ، لأن عدد جواز البيع في هذه الحالات يرجع لإنعدام المحل كما تقدم . فالطير و السمك ليس مملوكا لأحد ، و ما ليس مملوكا لأحد لا يكون محلا للبيع . أما بيع الفضولي فمحلله شيء موجود و كون هذا الشيء مملوكا لغير البائع ، توقفت آثار البيع على إجازة المالك (٢) .

و وجه الاعتراض الثالث : أن الولاية الشرعية ليست شرطا لإنعقاد العقد و صحته ، بل هي شرط لنفاذه ، و على ذلك فبيع الفضولي منعقد و صحيح لتوافر جميع أركانه و شروطه ، و لكنه موقوف لتخلف نفاذه و هو الولاية الشرعية أي الملك أو الإذن و كون الشيء غير مملوك للبائع غير مانع من صحة البيع فإن المالك لو أذن قبل البيع لصح ، فكذا بعده إذ لا فرق بينهما (٣) .

و أما الوجه الرابع : فإن الفضولي كامل الأهلية فأعمال عقده أولى من إهماله ، و ربما كان في العقد مصلحة للمالك ، و ليس فيه أي ضرر بأحد ، ثم أن تصرفاته ليس من باب العبث ، و لا مضیعة للوقت ، بل فيها معنى التقرب إلى الله إذا كان القصد هو الرفق و الإعانة و الإحسان و التعاون على البر و التقوى .

و نخلص من هذا العرض أن أدلة الرأي الأول ، سالمة من الخلل في جملتها و قوية في دلالتها على محل النزاع ، لمراعاتها للمنطق السليم في تيسير المعاملات بين الناس ، رغم الاعتراضات و الإنتقادات التي وجهت لها من طرف الإتجاه القائل ببطلان العقد الموقوف ، و أما أدلة الرأي الثاني . فلا ترقى إلى قوة أدلة الرأي الأول .

و لذلك نرجح الرأي القائل بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح فهو الأولى بالإتباع لأنه يتماشى مع سماحة التشريع الإسلامي في التيسير على الناس و تحقيق مصالحهم و الرفق و الإعانة لبعضهم البعض و التعاون على البر و التقوى ، و لأن الفضولي و من في حكمه ما سارع لعقد هذا العقد من غير إذن صاحب الشأن إلا لمصلحته خشية أن تقوته ، فاعتبروا عقده منعقدا ، إذ لا ضرر في ذلك ، بل هناك ضرر محقق في عدم اعتباره منعقدا لأن في اعتبار كلام العاقل لغوا و إلحاقه بكلام المجانين ضررا معنويا يلحقه من غير مصلحة لغيره ، كما أن هناك ضررا محتملا يلحق صاحب الشأن في عدم اعتبار العقد غير منعقد فقد يكون فيه منفعة و يخشى فواتها ، فإذا رأى صاحب الشأن المصلحة في هذا العقد إحتاج إلى إنشاء عقد جديد ، و قد يجوز ألا يستطيع ذلك لذهاب العاقد أو لعقده مع غيره .

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص / ٤٣٧ .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٣ .

(٣) د . محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، مقال منشور بمجلة القانون و الإقتصاد ، العددان ١ ، ٢ ، السنة ٢٥ ، مطبعة جامعة القاهرة .

فكان إذن من المصلحة التي لا ضرر فيها إعتبار العقد الموقوف منعقد و يوقف على إجازة من يملك الإجازة شرعا .

هذا فضلا عن أن القول بوقف العقد يتفق مع مبدأ الرضائية في العقود ، فلا ينتقل شيء من ملك الشخص جبرا عنه دون إذنه و إجازته و رضاه ، بل إن العقد لا ينفذ إلا بعد الرضا و الإجازة من المالك ، كما أن القول بوقف العقد أقرب إلى أحكام القانون الوضعي ، الذي جعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال فالعقد منعقد إلى أن يطالب بإبطاله صاحب المصلحة في ذلك .

و هذا هو إختيار جمهور الفقهاء كما نقل ذلك ابن القيم في أعلام الموقعين : (( و القول بوقف العقود عند الحاجة متفق عليه بين الصحابة ، ثبت ذلك عنهم في قضايا متعددة و لم يعلم أن أحدا أنكر ذلك . و أما مع الحاجة فالقول به لا بد منه ، مع أن القول بوقف العقود مطلقا هو الأظهر في الحجة و هو قول الجمهور . و ليس في ذلك ضرر أصلا ، بل هو إصلاح بلا إفساد ، فإن الرجل قد يرى أن يشتري لغيره أو يبيع له أو يؤجره له أو يستأجر له ثم يشاوره ، فإن رضي و إلا لم يحصل له ما يضره )) (١) .

و بهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية ، و مرشد الحيران ؛ كما أخذ به المشرع في التقنين المدني العراقي في نص ( المادة : ١٣٣ ) ، و المشرع في التقنين المدني الأردني في نص ( المادة : ١٧١ ) .

## الفرع الثاني : مكانة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري بين الصحة و البطلان .

يتبين من عنوان هذا الفرع أنه يتضمن نوعين من العقود التي تقابل فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري ، و لتحديد مكانة كلا منهما من الصحة و البطلان ينبغي أن نقسم هذا الفرع إلى بندين .  
نتناول في الأول : مكانة العقد القابل للإبطال بين الصحة و البطلان .  
و في الثاني : مكانة العقد غير الساري بين الصحة و البطلان .

### البند الأول : مكانة العقد القابل للإبطال بين الصحة و البطلان .

بيننا فيما سلف أن النظرية التقليدية في الفقه الغربي تقسم العقد إلى عقد صحيح و عقد باطل ، و العقد الباطل عند أصحاب هذه النظرية ينقسم إلى ثلاثة أقسام : الإنعدام و البطلان المطلق ، و البطلان النسبي . و انتهينا من ذلك إلى ترجيح الرأي الذي يأخذ بالتقسيم الثنائي للعقد الباطل ، لأن البطلان المطلق يتضمن الإنعدام ، و تبقى مرحلة البطلان النسبي .  
و بالرغم من ذلك فإن هناك رأيا في القانون المدني يقول بوحدة البطلان ، لأن العقد القابل للإبطال في حقيقته يمر بمرحلتين (٢) .

المرحلة الأولى : و هي قبل الحكم بإبطاله ، و فيها يكون عقدا صحيحا منتجا لآثاره القانونية غير أنه مهدد بالإبطال ، و في هذه المرحلة يلحق بالعقد الصحيح .

المرحلة الثانية : و هي بعد الحكم بإجازته أو بإبطاله و في هذه المرحلة ، إما أن تتأكد فيه صحته بالإجازة فيزول عنه البطلان و إما أن يحكم ببطلانه ، فيصبح وجوده القانوني عدما و من ثم لا نجد

(١) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٢ ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٦٩ م ، ص / ٥٥ ، ٥٦ .

(٢) : عند الرزاق السبهوري ، نظرية العقد ، ف ٥٨٢ ، ص / ٦١٧ .

أي فرق بينه و بين العقد الباطل ( البطلان المطلق ) .

و يتضح من هذا أنه لا توجد هناك ثلاثة أحوال للعقد مستقلة عن بعضها : الصحة ، البطلان المطلق ، و البطلان النسبي ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة و البطلان المطلق .

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، و متميز عن العقد الباطل بطلانا مطلقا الذي لا يمر إلا على حالة البطلان ، و لكن إذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا متميزا على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة و البطلان المطلق (١) .

فيرى أصحاب هذا الإتجاه أن العقد الباطل بطلانا نسبيا ، حتى بعد أن يتقرر بطلانه قد ينتج من الآثار القانونية ما ينتجه العقد الباطل بطلانا مطلقا ، فالإثنان قد أصبحا سواء من حيث ترتب الآثار القانونية . و لكن كيف ينتج العقد الباطل أثارا قانونية رغم أنه عقد منعدم ، فالحقيقة أن العقد الباطل لا ينتج أثرا قانونيا و لكنه كواقعة قانونية لها وجود مادي فقد ينتج بعض الآثار العرضية دون الآثار الجوهرية للعقد ، و مثاله : أن للزواج الباطل في القانون الفرنسي أثارا عرضية تترتب عليه منها ثبوت البنوة الطبيعية ( النسب ) و وجوب العدة ، و كل هذه الآثار لا تترتب على الزواج من حيث أنه عقد فهو بهذا الإعتبار باطل لا ينتج أثرا ، و لكن تترتب عليه باعتباره واقعة مادية (٢) .

و يتبين الفرق الدقيق أكثر بين البطلان المطلق و البطلان النسبي من حيث ترتب الآثار القانونية في حكم نقل الملكية .

فالبطلان النسبي يصلح سببا صحيحا ناقلا للملكية يستند إليه واضع اليد في التملك بالتقادم بعد مضي مدة التقادم ، بخلاف العقد الباطل بطلانا مطلقا فإنه لا يصلح أن يكون سببا صحيحا ناقلا للملكية . و هذا لا يعني أن البطلان النسبي ينتج من الآثار ما لا ينتجه البطلان المطلق بل لأن العقد القابل للإبطال كان صحيحا ناقلا للملكية قبل أن يتقرر البطلان أي في مرحلته الأولى ، أما بعد أن تقرر البطلان فإنه يكون مثل العقد الباطل بطلانا مطلقا (٣) .

#### مناقشة هذا الإتجاه :

بالرغم من أن المنطق القانوني يقتضي هذا التقسيم و يرتضيه إلا أن نظرية البطلان تقضي صياغتها الفنية شيئا من التنوع لما تضمنه من حالات متباينة ، و هذا يوجب علينا الرجوع إلى التقسيم الثنائي للبطلان .

فيكون العقد القابل للإبطال في كلتا الحالتين - و تماشيا مع الإتجاهين - قسما من أقسام العقد الباطل . و بهذا أخذ القانون المدني الجزائري حيث قسم العقد إلى قسمين : صحيح و باطل ، و قسم العقد الباطل إلى عقد باطل بطلانا مطلقا و عقد باطل بطلانا نسبيا أو قابل للإبطال فقد تكلم عن العقد القابل للإبطال في ( المواد : من ٩٩ - إلى ١٠١ ) ، كما تكلم عن العقد الباطل بطلانا مطلقا في ( المواد : من ١٠٢ - إلى ١٠٥ ) ، و قد أحسن التقنين المدني الجزائري في عرض أقسام البطلان بعد الكلام في أركان العقد ، فبعد أن أورد هذه الأركان عرض أحكام البطلان في ( المواد : من ٩٩ - إلى ١٠٥ ) في القسم الثالث من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني المخصص للإلتزامات و العقود ، و قد تضمنت هذه المواد البطلان المطلق و البطلان النسبي على حد سواء ، بخلاف التقنين اللبناني

(١) - عبد الرزاق السهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٨٢ ، هامش رقم ١ ، ص / ٦١٨ .

(٢) د. السهوري ، المرجع السابق ، ف / ٥٨٥ ، ص / ٦١٩ .

(٣) د. السهوري ، المرجع السابق ، ف / ٥٨٥ ، ص / ٦٢٠ ، ٦٢١ .

( الموجبات و العقود ) فقد عالج البطلان في الباب المخصص لانحلال العقد ، فهو يجمع بين البطلان و الفسخ في باب واحد .

و يقابل التقسيم الذي أخذ به المشرع الجزائري ، التقنين المدني المصري و معظم التقنيات المدنية العربية عدا القانون الأردني و القانون العراقي .

و بهذا يكون العقد القابل للإبطال قسما من أقسام العقد الباطل ، في فقه القانون بخلاف العقد الموقوف في الفقه الإسلامي الذي خلصنا فيه إلى ترجيح الرأي القائل باعتباره قسما من أقسام العقد الصحيح .

البند الثاني : مكانة العقد غير الساري بين الصحة و البطلان .

إذا كان العقد القابل للإبطال قد اتفق الفقه على إلحاقه بالعقد الباطل ، فإنه قد اختلف في العقد

غير النافذ أو غير الساري ، هل هو قسم من أقسام البطلان أم هو قسم من أقسام العقد الصحيح ؟ .

فذهب رأي في فقه القانون إلى أن عدم السريان أو عدم النفاذ هو صورة من صور البطلان لأن كلا منهما يتصل بالتصرف القانوني و يمس تحقق آثاره .

و ذهب رأي آخر في فقه القانون إلى أن عدم السريان ليس بطلانا ، لأن هناك فرقا بين البطلان و عدم السريان .

فالعقد الباطل هو جزء تخلف ركن من أركان العقد ، و من ثم فالعقد يعتبر كأن لم يكن فيما بين طرفيه ، و أيضا بالنسبة للغير ، فلا يترتب عليه أثر .

و أما عدم النفاذ أو عدم السريان : ( Inopposabilité ) العقد في مواجهة الغير ، فإن العقد يكون

صحيحا منتجا لآثاره فيما بين المتعاقدين و لكنه لا ينفذ في حق الغير لسبب من الأسباب ، فالعقد

المستتر في الصورية صحيح فيما بين العاقدين ، و لكنه لا ينفذ في مواجهة الغير حسن النية وفقا لحكم

( المادة : ١٩٨ ) من التقنين المدني الجزائري و التي تقابل ( المادة : ٢٤٤ ) من التقنين المدني

المصري .

و هذا هو رأي القانون الإنجليزي فهو يميز بين العقد الباطل بطلانا مطلقا و يدخل فيه المنعدم .

و العقد الباطل بطلانا نسبيا ، و العقد غير النافذ ، و هذا الأخير عقد صحيح و ليس باطلا و لا يجوز

طلب إبطاله (١) .

و مثاله العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت ، فهو عقد صحيح و لكنه لا ينفذ في حق الغير و هم

هنا الورثة ، إلا إذا أجازوه كما جاء في ( المادة : ٤٠٨ ) من التقنين المدني الجزائري .

و من ذلك العقد الذي يبرمه المدين المعسر للاضرار بدائنيه ، فهو عقد صحيح و منتج لآثاره فيما بين

المدين و من تعاقده معه ، و لكنه غير نافذ في مواجهة الدائنين إذا طعن فيه بالدعوى البولصية .

فالعقد غير النافذ أو غير الساري يشبه كلا من العقد الصحيح و العقد القابل للإبطال في أنه ينتج أثره

بين عاقديه منذ إبرامه ، و يختلف عنهما معا في أنه لا يحتج به على الغير . كما يختلف عن العقد

القابل للإبطال في أنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يطلب إبطاله (٢) .

و نخلص من هذا إلى ترجيح الرأي القائل بأن عدم السريان صورة من صور العقد الصحيح ، و لكنه

لا يحتج بأثره على الغير ، حتى إذا أقره هذا الغير أصبح العقد نافذا في حقه .

(١) د. عبد الرزاق السهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٧٩ ، ص / ٦١٤ .

(٢) د. سليمان مرقس ، في الإلتزامات ، ص / ١٨٥ ، ١٨٦ .

## المطلب الثاني : مكانة العقد الموقوف بين العقود التي توصف بالاطلاق

### و التقييد في الفقه الإسلامي و القانون.

إذا كانت آثار العقد تتم عما له من قوة و ضعف في إنشاء التصرفات و ترتب النتائج عليه فيوصف بأنه عقد نافذ، أو صحيح أو باطل أو موقوف ، فإن صيغة العقد هي الكاشفة عن رغبة المتعاقد في الوصول الى الأثر الذي رتبته الشارع ، كما أنها تدل على الزمن الذي يرغب ظهور الحكم فيه ؛ هل يكون متصلا بزمن الصيغة أم يكون في وقت آخر يحدده في صيغته ، أو أن تدل الصيغة على إرادة الحكم في الزمن الذي يوجد فيه شيء آخر يعلق على وجوده وجود العقد و حكمه .

و بناء على ذلك ، فقد قسم الفقهاء العقد الى منجز إن ترتب عليه أثره في الحال ، و غير منجز إن لم يترتب عليه أثره في الحال لأن الحكم قد أضيف إلى زمن مستقبل ، أو لأن العقد علق وجوده على وجود شيء آخر ، و بهذا يكون العقد إما منجزا أو مضافا أو معلقا في الفقه الإسلامي و يقابل ذلك في فقه القانون الشرط الواقف و الأجل الواقف .

وإذا كنا قد رأينا بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح عند الجمهور من حيث وصفه بالقوة و الضعف عند انعقاده ، فما مكانته بين العقود التي توصف بالاطلاق و التقييد في الصيغة في الفقه الإسلامي و القانون ؟.

للإجابة على ذلك فإن الأمر يستدعي أن أقسم هذا المطلب الى فرعين :

أتناول في الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة و المضافة و المعلقة في الفقه الإسلامي .  
و في الثاني : مكانة العقد الموقوف من الشرط و الأجل في القانون .

## الفرع الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة و المضافة و المعلقة

### في الفقه الإسلامي .

لتحديد مكانة العقد الموقوف بين العقود التي توصف بالاطلاق و التقييد في الصيغة ، ينبغي أن نبين حقيقة كل من العقد المنجز و المضاف و المعلق مع المقارنة بينها و بين العقد الموقوف .  
و لذلك أقسم هذا الفرع إلى ثلاثة بنود :

أتناول في الأول : مكانة العقد الموقوف من العقد المنجز .

و في الثاني : مكانة العقد الموقوف من العقد المضاف .

و في الثالث : مكانة العقد الموقوف من العقد المعلق .

البند الأول : مكانة العقد الموقوف من العقد المنجز .

أتناول في هذا البند حقيقة العقد المنجز أولا ثم نبين مكانته من العقد الموقوف ثانيا .

أولا : حقيقة العقد المنجز .

العقد المنجز هو ما كانت صيغته دالة على إنشائه من حين صدوره و خلا من التعليق

و الإضافة ؛ سواء كان مطلقا أم مقيدا بشرط لأن التقييد بالشرط لا يمنع تنفيذ العقد بل هو التزام زائد

على ما أوجبه العقد (١) .

و مثال العقد المنجز المطلق : كان يقول شخص لأخر بعتك هذه السيارة ، و يقبل المشتري فيتم البيع بينهما .

و أما مثال العقد المنجز المقيد بشرط : كان يقول شخص لأخر أجرتك بيتي من الآن بشرط أن تدفع إلي الأجرة مقدما فيقول قبلت .

و حكم العقد المنجز أن آثاره تترتب عليه في الحال ، متى كان مستوفيا أركانه و شروطه المعتبرة فيه و كل العقود تقبل التجيز بطبيعتها كعقد الوصية فإنه بطبيعته لا يكون الحكم فيه إلا مضافا إلى ما بعد وفاة الموصى ، لاحظ الموصى ذلك في وصيته أو أغفله ، فإن حكمها لا يظهر و لا يتصل بالصيغة إلا بعد موت الموصى (٢) .

و أما الوصية فإنها تفويض التصرف في مصالح الصغار إلى الغير بعد الموت فكانت أحكامها غير مترتبة عليها إلا بعد الوفاة .

و قد نصت على حكم العقد المنجز ( المادة : ٢٢٢ ) من مرشد الحيران فقالت : (( العقد المنجز ما كانت صيغته مطلقة غير معلقة بشرط و لا مضافة إلى وقت مستقبل و هذا يقع حكمه في الحال )) .

ثانيا : مقارنة العقد الموقوف بالعقد المنجز .

بناء على ما تقدم فإن العقد المنجز يختلف عن العقد الموقوف في أن الأول تترتب عليه آثاره في الحال في حين أن العقد الموقوف لا تترتب عليه آثاره إلا بعد الإجازة ممن يملكها من ولي أو وصي أو مالك .

البند الثاني : مكانة العقد الموقوف من العقد المضاف .

نبين في هذا البند حقيقة العقد المضاف أولا ثم نقارن بينه و بين العقد الموقوف ثانيا .

أولا : حقيقة العقد المضاف .

العقد المضاف هو ما دلت صيغته على إنشائه في الحال مع إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل سواء كانت مطلقة أو مقترنة بشرط (٣) .

كان يقول شخص لأخر ، إستأجرت منك هذه الدار بكذا من أول الشهر القادم ، و يقول الأخر : قبلت بالإجازة انعقدت من وقت صدورها ، و لكن تأخر وجود الحكم إلى مجيء أول الشهر ، فلا يملك المستأجر بناء على هذا أن ينتفع بالدار ، و لا يملك المؤجر أن ينتفع بالأجرة قبل ترتب الحكم ، و حكم العقد المضاف أنه ينعقد في الحال ، و لكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه فهو يشبه العقد الموقوف من حيث أن كلا منهما يوجد و يتحقق بوجود الصيغة مع تخلف ظهور الحكم فيهما إلى زمن آخر ، غير أنهما يختلفان من عدة أوجه .

(١) د. بدران أبو العيين بدران ، الشريعة الإسلامية ، ص / ٤٩٤ .

(٢) و مع هذا فصيغة الوصية تصح أن تكون منجزة و مضافة و معلقة ، راجع بيان ذلك ، د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلامي ، ص / ٦٠٣ ، ٦٠٤ .

(٣) د. محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص / ٦٠٣ ، ٦٠٤ .

ثانياً : مقارنة العقد الموقوف بالعقد المضاف .

مما تقدم نميز بين العقد الموقوف ، و العقد المضاف إلى الزمن المستقبل ، و كذا العقد المشروط فيه الخيار في النقاط التالية :

**الأولى :** أن العقد المضاف لا يمكن أن يتحقق فيه الحكم قبل مجيء الزمن الذي أضيف إليه العقد ، أما العقد المشروط فيه الخيار فإنه بإبطال شرط الخيار أو بإجازة العقد يتحقق فيه الحكم مستنداً إلى وقت صدور العقد و إنشائه ، و كذلك العقد الموقوف ، فإن الإجازة اللاحقة تكون كالإذن السابق ، و يكون للحكم بها أثر رجعي من وقت انعقاد العقد في العقود التي لا تقبل التعليق كما في حالة بيع الفسولي لمال الغير ، إذا أجاز المالك البيع ثبت حكمه مستنداً إلى وقت صدوره ، أما في العقود التي تقبل التعليق كالطلاق و العتاق و نحوهما فإن الحكم يترتب فيها من وقت الإجازة دون أثر رجعي و هذا بخلاف العقد المضاف فإن أحكامه لا تثبت إلا بحلول الزمن الذي أضيف إليه العقد .

**الثانية :** أن تراخي الحكم في العقد المضاف إنما نشأ عن الصيغة نفسها إذ الإيجاب فيها مضاف إلى المستقبل ، و ليس من أمر خارج عن الصيغة ، بخلاف خيار الشرط فإن تراخي الحكم عن الصيغة ليس ناشئاً من الصيغة بل بأمر زائد عليها ، و كذلك العقد الموقوف فإن تراخي الحكم ليس ناشئاً من الصيغة ، و إنما من أمر خارج عنها و هو عدم الإجازة ممن له ولاية العقد كما في تصرف الفسولي الذي يتصرف في حق الغير دون إذن شرعي و دون أن تكون له ولاية التصرف .

**و النقطة الثالثة :** أن العقد المضاف يتصل به الحكم في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب مادام صحيحاً نافذاً ، و أما العقد الذي فيه الخيار فلا يتصل الحكم فيه إلا بإبطال خيار الشرط أو بإجازته . بخلاف العقد الموقوف فإنه قد ينقلب باطلاً و لا يتصل به حكمه ، كما في حالة عدم إجازة العقد . و مع هذا فيكون العقد المضاف موقوفاً و نافذاً ، و يكون الموقوف مضافاً و غير مضاف و قد تناول المشرع الجزائري العقد المضاف بعنوان الأجل في ( المواد : من ٢٠٩ إلى ٢١٢ ) .

**البند الثالث :** مكانة العقد الموقوف من العقد المعلق .

أتناول في هذا البند حقيقة العقد المعلق ، ثم أقارن بينه و بين العقد الموقوف .

**أولاً :** حقيقة العقد المعلق .

العقد المعلق هو ما أفادت صيغته تعليق التصرف و وجوده على وجود شيء آخر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط ، فالتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى<sup>(١)</sup> . ففي الحقيقة أن التصرف يشتمل على جملتين : فعل الشرط (المعلق عليه) و جواب الشرط (المعلق) كأن يقول شخص إذا نجحت في امتحان هذا العام تصدقت بمبلغ كذا على الفقراء ، فإنه علق حصول التصديق على حصول النجاح ، فلا يكون ملتزماً ديانة إلا إذا نجح ، فلا وجود للمعلق إلا بوجود المعلق عليه فعلاً .

و لا بد لتحقيق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمراً ممكنًا مشروعاً ، و أن يكون مستقبلاً غير محقق الوقوع .

فإذا كان الأمر المعلق عليه موجوداً وقت التعليق كان التعليق صورياً و كان العقد منجزاً ، كأن يقول : إن كنت حياً بعثت هذا الشيء .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار عن الدر المختار . ج ٣ . ص / ٣٤١ .

و إن كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا ، كأن يقول شخص لأخر إن سقطت السماء على الأرض فقد وكلتك في بيع هذه البضاعة ، و يكون قصد المتكلم في هذه الحالة التأكيد و المبالغة في التعبير عن استحالة وقوع هذا التصرف .

و لا يكون التعليق حقيقيا إلا إذا كان المعلق عليه لم يحدث فعلا و كان على خطر الوجود أي معدوما محتمل الوقوع ، و في هذه الحالة لا يوجد التصرف و لا تترتب عليه آثاره إلا بعد وجود المعلق عليه ، فإذا قال شخص لأخر : إن شفيت من مرضي فسأصدق بمبلغ من مالي ، أو يقول إن سافرت إلى العاصمة وكلتك في بيع هذا المنزل ، فإن الشفاء في المثال الأول معدوم الآن و يحتمل حصوله في المستقبل و كذلك السفر في المثال الثاني (١) .

و قد نصت على حقيقة العقد المعلق ( المادة : ٢٢٣ ) من مرشد الحيران فقالت : (( العقد المعلق هو ما كان معلقا بشرط غير كائن أو بحادثة مستقبلية ، و المعلق يتأخر انعقاده سببا إلى وجود الشرط فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه )) .

و كذلك نصت ( المادة : ٢٢٥ ) على أن : (( العقد المعلق على أمر محقق منجز في الحال إذا كان لبقائه حكم ابتدائه )) .

ثانيا : المقارنة بين العقد الموقوف و العقد المعلق .

قبل المقارنة بين العقد الموقوف و العقد المعلق ، لا بد من الإشارة إلى الفرق بين العقد المعلق و العقد المضاف .

اختلف الفقهاء في التفرقة بين العقد المعلق و العقد المضاف ، فذهب الحنفية (٢) و المالكية (٣) ، إلى أن العقد المضاف ينعقد سببا للحكم في الحال ، و تتأخر آثاره إلى الوقت المضاف إليه ، أما العقد المعلق فإنه لا ينعقد سببا للحكم في الحال إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه .

و ذهب الشافعية (٤) ، و الإمام ابن تيمية (٥) إلى أن العقد المعلق كالمضاف في انعقاده سببا شرعا لظهور الحكم الذي يتأخر حتى يأتي الزمن المضاف إليه ، أو يتحقق الشيء المعلق عليه .

و تظهر ثمرة هذا الخلاف في المثال التالي : لو قال رجل لإمرأة أجنبية عنه : إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها ، طلقت عند الحنفية لأنها وقت وجود العقد كانت زوجته فالمحلية متحقة ، أما عند الشافعية فلا تطلق لأن العقد انعقد عند التكلم و وقتها لم تكن المرأة زوجة له فلم تتحقق المحلية .

أما الفرق بين العقد المعلق و العقد الموقوف ، فيظهر فإن كلا منهما لا ينتج أثره في الحال ، فالعقد المعلق لا ينعقد سببا شرعا إلا عند وجود الأمر الذي علق عليه و العقد الموقوف لا ينتج أثره إلا إذا أُجيز .

و إذا كانت التصرفات في العقد الموقوف تستند في حكمها على الإجازة إلى وقت إجرائها ، فإن هناك بعض التصرفات و إن ثبتت بالإجازة ، فإنها لا تستند في حكمها إلى وقت إجرائها ، و إنما تقتصر على حدوث الإجازة : و ذلك كالتصرفات التي تقبل التعليق كالطلاق ، فقد جاء في فتاوى قاضيخان ،

(١) د. محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلامي ، ص / ٦٠٦ ، ٦٠٧ .

(٢) راجع رأي الحنفية : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٣ ، ص / ٣٤٤ ، ٣٤٥ .

(٣) راجع عند المالكية : الخرشي ، الخرشي على مختصر خليل ، ج ٢ ، مطبعة بولاق بمصر ، ط ٢ ، ١٣١٧ هـ ، ص / ٣٧ ، ٣٨ .

(٤) و انظر في فقه الشافعية : النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص / ٣٤٠ .

(٥) ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج ٤ ، دار المعرفة بيروت ، المسألة ١٩٤ ، ص / ١٢٩ .

بهامش الفتاوى الهندية : (( امرأة قالت جعلت أمري بيدي و اخترت نفسي و كان الزوج حاضرا فأجاز أو كان غائبا فأجاز صار الأمر بيدها في مجلس علمها بالإجازة ))<sup>(١)</sup> .  
و هذا بخلاف التصرفات الموقوفة التي لا تقبل التعليق كالبيع و نحوه ، لأن التعليق يتنافى مع طبيعتها و كل ما يتنافى مقتضى العقد يبطل العقد .

## الفرع الثاني : مكانة العقد الموقوف من الشرط و الأجل في فقه القانون .

إذا كنا قد اخلصنا إلى التمييز بين العقد الموقوف و العقود التي توصف بالتعليق و الإضافة في الفقه الإسلامي ، فإن الدراسة المقارنة تقتضي منا أن نميز بين العقد الموقوف و ما يقابل فكرة التعليق و الإضافة في فقه القانون .  
نص المشرع في التقنين المدني الجزائري على ما يقابل فكرة التعليق و الإضافة في الباب الثالث من كتاب الإلتزامات و العقود المعنون بالأوصاف المعدلة لأثار الإلتزام ، عندما عالج المشرع فكرة الشرط الواقف و الأجل الواقف ، فما مكانة العقد الموقوف بين كل منهما ؟ .  
لتوضيح ذلك ينبغي أن نبين الحقيقة القانونية لكل من الشرط و الأجل مع المقارنة بينهما و بين العقد الموقوف .

و أقسم هذا الفرع إلى بندين :

أخصص أحدهما : لبيان مكانة العقد الموقوف من الشرط الواقف .

و ثانيهما : لمكانة العقد الموقوف من الأجل الواقف .

البند الأول : مكانة العقد الموقوف من الشرط الواقف . ( La condition suspensive )  
نتناول في هذا البند حقيقة الشرط أولا ثم نحاول التمييز بينه و بين العقد الموقوف ثانيا .

أولا : حقيقة الشرط في القانون .

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، لكنه ممكن وقوعه ، يترتب على وقوعه وجود الإلتزام ، و هذا هو الشرط الواقف ، أو زوال الإلتزام و هذا هو الشرط الفاسخ<sup>(٢)</sup> . و مثاله إذا وعد الأب ابنه بأن يهب له دارا إذا تزوج لتكون مسكنا له ، فالإلتزام معلق بوجوده على شرط أي أن وجود هذا الإلتزام متوقف على تحقق الشرط مستقبلا ، و هذا ما نصت عليه (المادة : ٢٠٣) من القانون المدني الجزائري : (( يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل و ممكن وقوعه )) .

فالإلتزام لا يوجد إلا إذا تحقق الشرط ، بمعنى أن الإلتزام لا يكون نافذا إلا بوجود ذلك الشرط ، و هو ما نصت عليه (المادة : ٢٠٦) من التقنين المدني الجزائري : (( إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط )) .

و إذا تحقق الشرط يعتبر الإلتزام موجودا لا من وقت تحققه بل من وقت الإتفاق على إنشائه ، حسب ما يتفق مع نية المتعاقدين من أنهما أرادا أن يسندا أثر العقد إلى وقت التعاقد لا إلى وقت تحقق الشرط

(١) قاضي خان ، فتاوى قاضي خان ، بهامش الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص / ٤٨ .

(٢) د. أبو سلطان ، المبادئ القابولية العامة ، دار النهضة بيروت ، ط ٤ ، ١٩٨٣ م ، ف / ٤٧٣ ، ص / ٢٧٤ .

إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام أو زواله إنما يكون من الوقت الذي تحقق فيه الشرط (١) .

و على هذا نصت ( المادة : ١/٢٠٨ ) من التقنين المدني الجزائري : (( إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الإلتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الإلتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط )) . و إلى هذا أشارت ( المادة : ١/٨١ ، ٢ ) من قانون الموجبات و العقود اللبناني : (( الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلق عليه تولد الموجب أو سقوطه و يكون له مفعول رجعي إلا إذا حصل العكس من مشيئة الفريقين أو عن ماهية الموجب . و في الحالة الأولى المشار إليها في الفقرة السابقة يقال له شرط التعليق و في الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء . إن العرض الماضي أو الحاضر و إن جهله الفريقان لا يعد شرطاً بالمعنى المقصود في هذه المادة )) .

و الملاحظ على هذه المادة أن قانون الموجبات يسمى الشرط الواقف بشرط التعليق ، و الشرط الفاسخ يسمى بشرط الإلغاء (٢) .

و قد أخذت بعض القوانين اللاتينية بمبدأ الأثر الرجعي كما فعل القانون الفرنسي و كذلك المشرع الجزائري في ( المادة : ١/٢٠٨ ) و المشرع المصري في ( المادة : ١/٢٧٠ ) و قانون العقود و الموجبات اللبناني في ( المادة : ١/٨١ ) ، إلا أن بعض شراح القانون لا يرون الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط . و يرون أنه افتراض مخالف للحقيقة و أنه معطل لحرية المالك في التصرف في ملكه ، و أنه ضار بالغير الذي يظل مهدداً بالأثر الذي يستند إلى الماضي و لذلك عمدت بعض التشريعات الحديثة إلى إلغاء الأثر الرجعي للشرط كالقانون المدني الألماني و قانون الإلتزامات السويسري (٣) .

غير أن قاعدة الأثر الرجعي للشرط لا يمكن أن تؤخذ على إطلاقها عند من يقولون بها بل قد يرد عليها بعض الإستثناءات فهي لا تنطبق في الحالات التالية :

١ - إذا تبين من إرادة العاقدين صراحة أو ضمناً أنهما استبعدا الأثر الرجعي للشرط ، لأن الأثر الرجعي قائم على نيتهما المحتملة فإذا تعارضت النية المحتملة مع النية الحقيقية فالنية الحقيقية هي التي يعمل بها و على ذلك نصت ( المادة : ١/٢٠٨ ) من التقنين المدني الجزائري .

٢ - إذا كان العقد لا يقبل الأثر الرجعي بطبيعته و تبين بأن وجود الإلتزام لا يكون إلا في الوقت الذي تحقق فيه الشرط و مثال ذلك : العقود الزمنية كعقد الإيجار فالزمن فيه عنصر جوهري فلا يكون لتحقق الشرط فيه أثر رجعي و إلى هذا أشارت ( المادة : ١/٢٠٨ ) من القانون المدني الجزائري .

٣ - إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فإذا كان الشرط واقفاً و هلكت العين في فترة التعليق ، فإن ذلك يمنع من نشوء الإلتزام لانعدام المحل ، و أما إذا كان الشرط فاسخاً ، و هلكت العين بيد مالكة فإنه يتحمل تبعه ذلك ، و لا يكون للشرط أثر رجعي و هذا هو نص ( المادة : ٢/٢٠٨ ) من التقنين المدني الجزائري فقد جاء فيها : (( غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي ، إذا أصبح تنفيذ الإلتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه )) .

٤ - أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ بوصفها أعمالاً ضرورية يجب القيام بها في الوقت المناسب حتى لا يتعطل استغلال الأموال كما نص على ذلك

(١) د. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ط ١٩٨٣ م ، ص / ٣٠٧ .

(٢) أ. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات و العقود ، ج ١ ، دار الثقافة ببيروت ، ط ٢ ، ص / ٢٧١ .

(٣) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص / ٣٠٧ .

المشروع الجزائري في ( المادة : ٢٠٧ / ٢ ) : (( غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط )) .

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الشرط الواقف يجب أن يكون أمرا غير مستحيل و غير مخالف للنظام و الآداب ، فإذا كان مستحيلا أو مخالفا للآداب فإن الإلتزام يكون باطلا ، و يقتضي ذلك بطلان الإتفاق الذي يعتمد عليه كما نصت ( المادة : ٢٠٤ / ١ ) من التقنين المدني الجزائري : (( لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام )) .

ثانيا : التمييز بين العقد الموقوف و الشرط الواقف .

يتبين من كل ما سبق أن الشرط الواقف يتفق مع العقد الموقوف من عدة وجوه :

١ - أن كلا منهما لا ينتج أثره في الحال ، بل عند تحقق الشرط الذي علق عليه الإلتزام بالنسبة للشرط الواقف ، و عند الإجازة ممن يملكها شرعا بالنسبة للعقد الموقوف .

٢ - كما أن الشرط الواقف يستند أثره إلى وقت التعاقد ، لا إلى الوقت الذي تحقق فيه أو تخلف فيه الشرط ، و هذا ما يعرف بقاعدة الأثر الرجعي للشرط .

و كذلك الأمر بالنسبة للعقد الموقوف ، فقد يكون للإجازة اللاحقة أثر رجعي كما في حالة بيع الفضولي لمال الغير ، إلا في بعض الحالات الإستثنائية كما سنرى ذلك في أوجه الاختلاف بينهما .

٣ - كذلك إذا لم يتحقق الشرط الواقف فإن حق الدائن الذي كان حقا محتملا وقت التعليق يندم من أساسه و يعتبر أن الدائن لم يكن له حق على محل الإلتزام ، و في حالة عدم تحقق الإجازة في العقد الموقوف ، فإن العقد لا ينتج أي أثر .

٤ - كما أن الحق المعلق على شرط واقف حق موجود و لكنه غير نافذ ، فلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ لا القهري و لا الإختياري ، كما نصت ( المادة : ٢٠٦ ) من القانون المدني الجزائري .

(( إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق

الشرط ، فلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ الجبري ، و لا للتنفيذ الإختياري )) .

و كذلك الأمر بالنسبة للعقد الموقوف فإن العقد موجود ، و لكنه متوقف على الإجازة ممن يملكها شرعا .

و إذا كانت هذه أوجه الإتفاق بين الشرط الواقف و العقد الموقوف ، فإنها لا تخلو من استثناءات دقيقة تبين بعض أوجه الاختلاف بينهما .

١ - فإن الشرط الواقف يتميز عن العقد الموقوف في أن هذا الأخير و إن كان أثره يستند إلى وقت التعاقد ، فإنه قد يقع الحكم فيه مقتصرًا على حال الإجازة و لا يستند إلى وقت التعاقد كما في حالة ، طلاق الفضولي <sup>(١)</sup> .

٢ - كما أن الشرط يلحق الحقوق المالية دون الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية بخلاف العقد الموقوف فإنه يتناول الحقوق المالية و الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية .

و نخلص من هذا إلى أن الشرط الواقف و إن كان يتفق مع العقد الموقوف في عدم تحقق أثر العقد إلا بعد الإجازة في العقد الموقوف ، و تحقق الشرط في الشرط الواقف ، إلا أن فكرة الشرط الواقف في القانون المدني الجزائري لا يمكن أن تحل محل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، ذلك

(١) الخرشي ، الخرشي على مختصر خليل ، ج ٢ ، ص / ٣٢ .

لأن فكرة الشرط الواقف تختلف اختلافا جوهريا عن فكرة العقد الموقوف ، من حيث المبدأ فإن العقد الموقوف و إن كان يتوقف على الإجازة ، فإنه عقد صحيح يفيد الملك على سبيل التوقف ، بخلاف الشرط الذي يظل العقد فيه معلقا على حصول أمر في المستقبل غير محقق الوقوع فهو لا يفيد الملك و لا يفيد الإلتزام إلا بتحقق الشرط .

البند الثاني : مكانة العقد الموقوف من الأجل الواقف في القانون .

سنقتصر في هذا البند على بيان حقيقة الأجل في القانون ، ثم نحاول التمييز بين الأجل و الشرط من ناحية و بين الأجل و العقد من ناحية ثانية .  
و لتفصيل ذلك أقسم هذا البند إلى ثلاثة نقاط أساسية :

أولا : حقيقة الأجل في القانون .

ثانيا : التمييز بين الأجل و الشرط .

ثالثا : التمييز بين الأجل الواقف و العقد الموقوف .

أولا : حقيقة الأجل القانونية .

الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع (événement futur certain) يترتب على وقوعه نفاذ الإلتزام أو انقضاؤه كما جاء في نص ( المادة : ١/٢٠٩ ) من التقنين المدني الجزائري من أنه : (( يكون الإلتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتب على أمر مستقبل محقق الوقوع )) .  
و يفهم من هذا أن الأجل في القانون المدني الجزائري هو أمر يترتب عليه وقف تنفيذ الإلتزام حتى تحل واقعة مستقبلة و محققة الوقوع .

و لم يرد بالقانون المدني الفرنسي تعريف للأجل و إنما ورد به نص ( المادة ١١٨٥ ) و تقرر أن

(( الأجل يختلف عن الشرط في أنه لا يعلق الإلتزام و إنما يؤخر فقط تنفيذه )) .

و يجري شراح القانون الفرنسي على تعريف الأجل فيه بأنه حادث مستقبل محقق الوقوع يتوقف عليه نفاذ الإلتزام أو إنهاؤه و ينتج أثره دون أثر رجعي (١) .

غير أن " مازو " يعرفه في الإلتزامات بأنه حادث مستقبل و محقق الوقوع (le terme suspensif est un événement futur et certain) (٢) .

و قد تعرضت القوانين العربية إلى تعريف الأجل على أنه أمر مستقبل محقق الوقوع ، و لم تختلف في تعريفه اختلافا جوهريا ، إلا في بعض الصيغ كما هو ظاهر في نص ( المادة : ٢٧٦ ) من التقنين المدني العراقي ، و ( المادة : ١٠٠ ) من قانون الموجبات و العقود اللبناني .

فقد نصت ( المادة : ٢٧٦ ) من التقنين المدني العراقي على أنه : (( يجوز أن يقترن بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو إنقضاؤه )) . و هذا التعريف يتضمن فكرة القانون الجزائري و القانون المصري عن الأجل و إن اختلف التعبير ، و كذا نصت ( المادة : ١٠٠ ) من قانون الموجبات و العقود اللبناني على أن : (( الموجبات يمكن تقييدها بأجل ، و الأجل عارض مستقبل مؤكد الحدوث من شأنه أن يقف

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار ، نظرية الأجل في الإلتزام ، مطبعة السعادة ، ط ١٩٧٨ م ، ص / ٧٠ .

(٢) مازو ، في الإلتزامات ، ج ٢ ، ص / ٩١٣ .

استحقاق الموجب أو سقوطه و لا يكون له مفعول رجعي )) . و يبدو من تعريف الأجل هنا أن مقوماته في القانون اللبناني لا تختلف عن مقوماته في التقنين الجزائري و التشريع المصري ، و إن اختلفت الصياغة ، فهو أمر مستقبلي عارض و مؤكد الحدوث .

و نخلص من هذه التعاريف أن الإلتزام يكون موجودا و محققا ، و لكن الأجل يوقف نفاذه و لا يوقف وجوده ، حتى و لو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه نفاذ الإلتزام، و على هذا نصت (المادة : ٢/٢٠٩) من التقنين المدني الجزائري : (( و يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، و لو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه )) .

و مادام الإلتزام قد نشأ نهائيا فإن غاية ما في الأمر أنه يترتب على وجود الأجل :

١ - إما إرجاء نفاذ الإلتزام ، و هو الأجل الواقف ( le terme suspensif ) في القانون المدني الجزائري و المصري و السوري، و هو الأجل المؤجل في القانون اللبناني. فالأجل الواقف يوقف نفاذ الإلتزام فلا يكون مستحق الأداء قبل حلول الأجل ، و مثاله : إلتزام المقرض برد مبلغ القرض ، فإن رد القرض لا يكون إلا بحلول الأجل .

٢ - و إما انقضاء الإلتزام و هو الأجل الفاسخ في التقنين المدني الجزائري ، و الأجل المسقط ( Le terme extinctif ) في القانون اللبناني ، و مثاله : العقود الزمنية كعقد الإيجار يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة في مدة الإيجار فإذا انقضت المدة انقضت الإلتزام .

و على هذا نصت ( المادة : ٢١٢-١ ) من التقنين المدني الجزائري : (( إذا كان الإلتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه .. و يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الإلتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي )) .

ثانيا : التمييز بين الأجل و الشرط .

يتضح مما سلف أن الشرط و الأجل و إن كانا يتفقان في أن كلا منهما يرجئ أثر الإلتزام الذي يتصف به إلى واقعة مستقبلية ، إلا أن المميز الأساسي لهذه الواقعة يختلف في الأجل عنه في الشرط .

- فالأجل أمر مستقبلي محقق الوقوع و لذا لا يتأثر نشوء الإلتزام بإضافته إلى أجل .

أما الشرط فأمر مستقبلي غير محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه إما وجود الإلتزام و إما زواله . فهو يؤثر على الإلتزام ، لأنه لا يتحقق و لا يكون نافذا إلا بتحقق الشرط ، هذا هو الفارق الجوهرى بين الشرط و الأجل ، و هو فارق يبين مدى اختلاف الأثر الذي يترتب على اتصاف الإلتزام بأي منهما . فالإلتزام المضاف إلى أجل إلتزام موجود ، ليس للأجل من أثر إلا على تنفيذه ، فيؤجله أو يؤدي إلى انقضائه .

أما الشرط فيؤثر على وجود الإلتزام ، فإن كان واقفا فلا يوجد الإلتزام إلا بتحقيقه ، و إن كان فاسخا زال الإلتزام بوقوعه كل ذلك بأثر رجعي (١) .

(١) د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة بيروت ، ط ١٩٧٤ ، ص / ١٩٩ .

ثالثاً : التمييز بين الأجل الواقف و العقد الموقوف .

يتبين لنا من هذا كله أن بين العقد الموقوف و الأجل أوجه اتفاق منها :

- أن الأجل يتفق مع العقد الموقوف في أن كلا منهما لا ينتج أثره في الحال ، ففي الأول يتخلف الأثر إلا بعد الإجازة ممن يملكها شرعا ، و في الثاني لا ينتج الإلتزام أثره إلا بعد حلول الأجل .  
غير أنهما يختلفان في :

- أن الأجل الواقف ينتج أثره دون أن يكون له أثر رجعي ، بينما نجد العقد الموقوف إذا أجاز إذا أجاز أنتج أثره مستندا إلى وقت التعاقد ، و قد يقع مقتصرًا على حال الإجازة .  
- و كذلك فإن الأجل الواقف لا يؤثر على نشوء الإلتزام بالإضافة إلى الأجل ، بخلاف العقد الموقوف الذي قد يؤثر على نشوء الإلتزام في حالة عدم الإجازة .

و نخلص من هذا إلى أن فكرة الأجل الواقف ، و إن كانت قريبة إلى فكرة العقد الموقوف ، من ناحية أن الأجل هو الذي يؤخر تحقق الإلتزام في الأجل الواقف ، و أن الإجازة هي التي تؤخر تحقق الإلتزام في العقد الموقوف ، إلا أن فكرة العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية تفضل فكرة الأجل الواقف في أن العقد الذي يحتره نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل ، يحسن أن يقف حتى تلحقه الإجازة ، فهذا يختلف في طبيعته مع الأجل الواقف الذي يترتب عليه وقف تنفيذ الإلتزام حتى يحل موعد الأجل ، أو الواقعة المستقبلية .

### المبحث الثالث : طبيعة العقد الموقوف .

إذا كنا قد خالصنا إلى الرأي الراجح في تحديد مكانة العقد الموقوف عند الفقهاء ، بأنه العقد المنعقد لتوافر أركانه و شروطه وحكمه أنه موقوف على الإجازة إن تحققت نفذ و إن تخلفت لم ينفذ فلا يجب الخلط بين العقد الموقوف و العقد الباطل ، كما أنه لا يجوز الخلط بين العقد الموقوف و العقد الفاسد عند الحنفية .

لأن الخلاف الذي نشأ في طبيعة العقد الموقوف كان من هذه الزاوية ، فهناك من يرى بأن العقد الموقوف قسم مستقل إلى جانب العقد الصحيح و العقد الباطل و الفاسد ، لأن العقد الموقوف ينقسم إلى قسمين ؛ إلى عقد موقوف صحيح ، و عقد موقوف فاسد ، و منهم من يرى بأن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح لأن الصحيح ينقسم إلى قسمين نافذ و موقوف ، فهل العقد الموقوف صحيحا دائما أم أنه قد يكون فاسدا كما قد يكون صحيحا ؟ .

لتحريير محل الخلاف في هذه المسألة والوقوف على حقيقة العقد الموقوف الفاسد ، يجب أن ننظر أيضا في طبيعة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري في فقه القانون .

الأمر الذي يقتضي أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

أتناول في المطلب الأول : العقد الموقوف عقد صحيح .

و في المطلب الثاني : العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح .

و في المطلب الثالث : طبيعة ما يقابل العقد الموقوف في القانون .

## المطلب الأول: العقد الموقوف لعهد صحيح .

إذا كان فقهاء الحنفية قد ذهبوا إلى اعتبار العقد الموقوف، عقدا منعقدا لتوافر عناصر الإنعقاد فيه إلا أن حكمه يتوقف على الإجازة ممن يملكها شرعا ، فقد ذهب رأي آخر في المذهب إلى اعتبار العقد الموقوف عقدا صحيحا مستقل إلى جانب العقد الصحيح و العقد الفاسد ، فكما يوجد عقد فاسد و آخر صحيح ، يوجد عقد نافذ و آخر موقوف .

فما حقيقة هذا الرأي ، و من يمثله و ما الأدلة التي اعتمد عليها ؟ . هذا ما أستعرضه في الفروع

التالية : - الفرع الأول : أصحاب هذا الرأي .

- الفرع الثاني : حقيقة هذا الرأي .

- الفرع الثالث : عرض أدلة هذا الرأي .

- الفرع الرابع : نقد أدلة هذا الرأي .

### الفرع الأول: أصحاب هذا الرأي .

يمثل هذا الرأي فريق من فقهاء الحنفية كما قال صاحب البحر الرائق : (( و للمشايخ طريقان فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه ، و هو الحق ... و منهم من جعله قسيما للصحيح ))<sup>(١)</sup> و نقل ابن عابدين عن المنار و شرحه : (( أنه ينعقد فاسدا (بيع المكره) لعدم الرضا الذي هو شرط النفاذ و أنه بالإجازة يصح و يزول الفساد و حينئذ فالموقوف على الإجازة صحته فصح كونه فاسدا موقوفا فظهر كون الموقوف منه فاسدا كبيع المكره و منه صحيح كبيع عبد أو صبي محجورين ))<sup>(٢)</sup> .

### الفرع الثاني: حقيقة هذا الرأي .

أساس هذا الرأي أن العقد الموقوف عقد صحيح قائم بذاته و ليس فرعا من الصحيح ، فكما يوجد عقد فاسد و آخر صحيح ، يوجد عقد نافذ و آخر موقوف و الدليل على ذلك أنه يوجد عقد فاسد موقوف كما يوجد عقد صحيح موقوف ، فبيع المكره و الهازل فاسد موقوف ، مما يدل على أن العقد الموقوف قسم قائم بذاته فيه قسم صحيح و آخر فاسد . و يترتب على القول بهذا الرأي أن العقد ، حسب مراتبه من الضعف إلى القوة ، إما باطل ( و يقابله المنعقد أو غير الباطل ) أو فاسد ( و يقابله الصحيح ) ، أو موقوف ( و يقابله النافذ ) أو غير لازم ( و يقابله اللازم ) .

### الفرع الثالث: عرض أدلة هذا الرأي .

اعتمد أصحاب هذا الإتجاه على أدلة من المعقول ، تتمثل في إلحاق بيع المكره و الهازل بالعقد الموقوف ، و من ثم نشأ قسم آخر للعقد الموقوف سماه أصحاب هذا الرأي بالعقد الموقوف الفاسد

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص / ٥٠ .

(٢) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ٥٠٣ .

أولاً : فبيع المكره عندهم موقوف فاسد ؛ لأن عنصر الرضا هو المختل و اختلال الرضا يوجب الفساد ، فقالوا بفساده ، ثم وجدوا أن الإجازة تزيل العيب - أي عيب الإكراه - كما هو الحكم في العقد الموقوف على خلاف الفاسد ، فقالوا أنه موقوف أيضا فصار هذا العقد في نظرهم فاسدا موقوفاً فظهر كون الموقوف منه فاسد و منه صحيح (١) .

ثانياً : و كذا انعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البيوع الفاسدة إلا أن سائر البيوع لا تلحقها الإجازة لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا و نحو ذلك فلا يزول برضا العبد و ههنا الفساد لحق العبد و هو عدم رضاه فيزول بإجازته و رضاه فأشبهه ببيع الفضولي لمال الغير (٢) .  
ثالثاً : كما أن بيع الهازل موقوف فاسد ، و ليس باطلاً لأن الباطل لا تلحقه الإجازة بل هو فاسد منعق بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه ، و ينتقل الملك فيه بالقبض و لا يجوز ذلك إلا بالإجازة ، فيكون فاسداً موقوفاً على الإجازة (٣) .

### الفرع الرابع : نقد أدلة هذا الرأي .

و يمكن مناقشة هذه الأدلة من الجوانب التالية :

- الجانب الأول : أن الذي أوقع اللبس في بيع المكره ؛ هل هو فاسد أم موقوف ما وقع من الخلاف بين فقهاء الحنفية ؛ فقد ذهب أبو حنيفة و الصحابيان إلى القول : بأن بيع المكره فاسد ، فيملك المبيع بالقبض ، أما زفر بن الهذيل ، فقد قال أنه غير نافذ ، فلا يملك بالقبض ، فعقد المكره صحيح موقوف لا فاسد فلا يفيد حكمه بالتنفيذ ، بدليل أنه يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه باتفاق الأراء ، و هذا من دلائل التوقف لا الفساد ، فإن الفساد يفسخ فسخاً و لا يرتفع فساداً بالإجازة فالإكراه مانع النفاذ لا الصحة (٤) .

ثم جاء شارحون فوجدوا هذه الأراء السالفة الذكر فقالوا بأن تخلف الرضا يوجب الفساد ، ثم جعلوا العقد الفاسد يتصحح بالإجازة لا بالفسخ و هنا وقع الخلط في هذه المسألة لأن العقد الفاسد غير العق الموقوف (٥) .

- الجانب الثاني : أن بيع الهازل باطل أو فاسد على خلاف فيه ، و الصحيح من كلام الفقهاء هو القول بالبطلان ، لأن العاقدين لم يقصدا حقيقة البيع ، إذ أن البيع إسم للجد الذي له في الشرع حكم و الهزل ضد الجد (٦) .

- الجانب الثالث : أن الفقهاء لا يلتزمون المعاني الإصطلاحية للألفاظ ، فقد يطلقون الفاسد على الباطل ، و الباطل على الفاسد ، و الموقوف على غير اللازم بمعنى أنه موقوف لزومه على إسقاط الخيار ، و الفاسد على الموقوف ، و الموقوف على الفاسد بمعنى أنه موقوف صحته ، و الموقوف على ما لم يتم انعقاده بمعنى الموقوف انعقاده كبيع فيه خيار المجلس ، كما سنبين ذلك في الفصل الثاني .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٤ ، ص / ٥٠٣ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص / ١٨٦ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٧٦ ، ١٧٧ .

(٤) المرعبياني ، الهداية ، ج ٣ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١ ، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م ، ص / ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(٥) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ٥٠٣ ، ٥٠٤ .

(٦) السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٤ ، ص / ٥٥ .

الجانب الرابع : أن مصطلح العقد الفاسد غير دقيق لأن الوقف لا ينسجم مع الفساد حتى يفسد باجتماعهما لعقد واحد .

١- فالعقد الفاسد مخالف للدين ويجب على كل من العاقدين فسخه ، أما العقد الموقوف فليس كذلك ، فهو ليس مخالفا للدين ، و لا يجب رفعه ، بل ينفذ بالإجازة ، كما أن العقد الفاسد لا يمكن إجازته لأنه مادام مستحقا للفسخ فهو عرضة للإبطال حتى بإرادة القاضي و لو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين ، و لكن الفساد يمكن أن يزول بإزالة سببه (١) .

و أما العقد الصحيح فلا يتعارض معه حكم الوقف ، فالأصل في الصحيح النفاذ ، إلا أنه قد يقف لعارض فإذا زال العارض نفذ .

٢- و في العقد الفاسد يجوز ، بل يجب على كل من الطرفين فسخه ، أما في العقد الموقوف فهناك فسخ و إجازة ؛ أما الإجازة فلن جعل الوقف لمصلحته كالمالك في بيع الفضولي ، و المرتهن في بيع المرهون ، و أما الفسخ فيكون للمتصرف له كقاعدة عامة كالمشتري في بيع ملك الغير (٢) . و بناء على ذلك فإن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح .

### المطلب الثاني : العقد الموقوف قسم من العقد الصحيح .

و يرى جمهور الفقهاء أن العقد الموقوف ليس قسما مستقلا بذاته بل هو قسم من العقد الصحيح ، فالصحيح إما نافذ و إما موقوف ، و النافذ إما لازم أو غير لازم . و حجة هذا الرأي أن الموقوف ينطبق عليه تعريف الصحيح و حكمه ، فهو كالصحيح مشروع بأصله و وصفه ، إذ قد توافر فيه الرضا الصادر عن أهلية (كاملة أو قاصرة ) و هو كالصحيح لا يتوقف أثره على القبض ، و ليس توقف حكمه على الإجازة إلا كتوقف البيع الذي فيه خيار على إسقاطه ، و هذا الأخير بيع صحيح ، و قد سبقت الإشارة إلى أدلة هذا الرأي و الرد عليها في المبحث الثاني من هذا الفصل فليرجع إليها .

و نخلص من ذلك أن الرأي الراجح في هذه المسألة أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، و إذا فالعقد إما باطل أو منعقد ، و المنعقد إما صحيح أو فاسد و الصحيح إما نافذ أو موقوف ، و النافذ إما لازم أو غير لازم ، و بذلك نكون قد حددنا طبيعة العقد الموقوف .

### المطلب الثالث : طبيعة ما يتأهل العقد الموقوف في القانون .

عرفنا أن العقد القابل للإبطال و كذلك العقد غير الساري في فقه القانون يقابلان في حدود معينة فكرة العقد الموقوف فما طبيعة كل منهما ؟ .  
لبيان ذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين :  
أخصص أحدهما : لطبيعة العقد القابل للإبطال .  
و ثانيهما : لطبيعة العقد غير الساري .

(١) د. مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ف / ٢٨٤ ، ص / ٨٠٨ .

(٢) د. محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف ، ف / ١٩ ، ص / ١٢١ .

## الفرع الأول: طبيعة العقد القابل للإبطال .

إذا أردنا دراسة طبيعة العقد القابل للإبطال من الناحية القانونية و التشريعية ، يجب أن نميز بينه و بين العقد الباطل من ناحية و بينه و بين العقد الفاسد في الفقه الإسلامي من ناحية ثانية ، و على ضوء ذلك نحدد طبيعة البطلان النسبي ، و لذلك أقسم هذا الفرع إلى بندين :  
أتناول في البند الأول : التمييز بين البطلان النسبي و البطلان المطلق .  
وفي البند الثاني : التمييز بين البطلان النسبي و العقد الفاسد في الفقه الإسلامي .

### البند الأول : التمييز بين البطلان النسبي و البطلان المطلق .

إن مرتبة البطلان النسبي مرتبة مستقلة عن العقد الباطل و العقد الصحيح ، فالعقد القابل للإبطال منعقد و صحيح و ينتج جميع آثاره ، من وقت انعقاده إلى أن يطلب إبطاله من له مصلحة في ذلك بناء على طلب الشخص الذي شئبت إرادته بعيب الرضا في ذلك العقد ، أي بناء على طلب من كان حق الإبطال لحماية رضاه و مصلحته كالمشتري المدلس عليه ، و العقد بعد ذلك قابل للإجازة فينقصد نهائيا ، و إن كانت الإجازة لا تضيف إليه جديدا بل يقتصر دورها على تأييد العقد و تقوية عوامل الصحة فيه و تأكيد ما أنتجته من آثار و إبعاد عوامل الفناء عنه .

أما الطرف الآخر فليس له حق الإبطال لأن العقد في حقه لازم ، و من ثم إتصف العقد بهذه الصفة " البطلان النسبي " لأنه مقرر بالنسبة إلى أحد الطرفين المتعاقدين ، و ذلك بخلاف حالة البطلان المطلق ، فإن العقد فيها معدوم في الواقع الإعتباري لا يحتج به .

و يتضح من ذلك أن البطلان النسبي في القانون ليس فيه من معنى البطلان شيء ، و كل ما فيه إنما هو قابلية الإبطال " annulabilité " الممنوحة قانونا لأحد الطرفين صيانة لحقه الخاص ، فهو عقد قائم كامل الوجود ، معتبر من كل الوجوه ، منتج لجميع آثاره ، أما قابليته للإبطال فإنما تسلبه قوته الإلزامية في تنفيذ العقد فقط .

و مثله في ذلك مثل قابلية الإبطال للعقد الملزم فقد تثبت لأحد الطرفين أو لكليهما بالشرط ، كما إذا اشترط أحد المتبايعين حق إلغاء البيع إلى مدة معينة ، فإنه يثبت له هذا الحق و يكون البيع قابلا للإلغاء بإرادة المشتري دون توقف على قضاء القاضي بالإلغاء ، و مع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحا من كل وجه و ليس من المنطق وصفه بالبطلان ، و رغم هذا فإن فقه القانون لم يدرج هذه الحالة في حالات البطلان النسبي رغم قابلية الإبطال في العقد بمقتضى الشرط (١) .

فما الفرق بين سلب القوة الإلزامية عن العقد بمقتضى الشرط ، و بين سلبها بحكم الشرع لثابتة مفروضة تقديرا في رضا أحد الطرفين كي يفسح له المجال أن يقرر رضاه بالعقد أو يرفضه إن شاء .

و نخلص من ذلك إلى أن البطلان بالتعبير الصحيح لا يكون إلا نوعا واحدا هو البطلان المطلق و أن الحالات التي يسمونها البطلان النسبي فهي ناشئة عن نقص الأهلية كما في عقد الصغير المميز ، فإنه يتوقف نفاذه على بلوغه أو إجازة وليه أو وصيه ، أو ناشئ عن سائر عيوب الإرادة الأخرى كالغلط و التدليس ، فالعقد في هذه الحالات يوصف بأنه مسلوب اللزوم ، أي قابل للإبطال بإرادة الطرف المتضرر الذي شئب رضاه (٢) .

(١) د. مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ف / ٣٩٨ ، ص / ٧٢٩ .

(٢) د. مصطفى الزرقاء ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف / ٣٩٩ ، ص / ٧٣٠ .

البند الثاني : التمييز بين البطلان النسبي و العقد الفاسد في الفقه الإسلامي .  
إذا كان العقد القابل للإبطال يمر بمرحلتين ؛ مرحلة الصحة المنتجة لجميع آثار العقد ، و ذلك قبل إبطاله ، و مرحلة البطلان الذي يزيل آثار العقد من وقت صدوره و ذلك بعد إبطاله فإنه يتبادر إلى الذهن مباشرة بأنه شبيه إلى حد ما بالعقد الفاسد في الفقه الإسلامي فما حقيقة ذلك ؟ .  
لبيان ذلك أتولى استعراض أوجه الخلاف بين هاتين النظريتين : نظرية الفساد ، و نظرية البطلان النسبي .

من المعلوم أن العقد الفاسد في الفقه الإسلامي ليس له مقابل أصلا في فقه القانون ، فالبطلان النسبي في القانون لا يقابل الفساد في الفقه الإسلامي و إنما يقابل حالات العقد الموقوف كما أشرنا إليه سلفا و هو يختلف عن الفساد في الغاية و الأحكام .

أولا : أوجه الاختلاف من حيث الغاية التشريعية .

يختلف البطلان النسبي و الفساد من هذه الناحية اختلافا جوهريا ، ذلك لأن نظرية الفساد إنما جعلت لحماية النظام الشرعي في التعاقد ، يقصد بها تقسيم مراتب البطلان و إيجاد مرتبة ثالثة بينه وبين الصحة يقف عندها العقد المخالف للنظام العام ، حتى نستطيع بعد ذلك التمييز بين الخلل الأساسي الموجب لبطلان العقد كفقْدان ركن من أركانه ، و بين الخلل الفرعي الموجب لفساد العقد كفقْدان وصف من أوصافه مثل الجهل بالثمن عند التعاقد ، كأن يتبايع إثنان و يتفقا على أن يكون ثمن المبيع هو سعره في السوق (1) .

أما البطلان النسبي فليس مرتبة ثالثة بين الصحة و البطلان ، و إنما هو حق في إبطال العقد الصحيح ممنوح لأحد العاقدين حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به ، فهو مفروض لحماية حق خاص ، لا للنظام التشريعي العام كما في نظرية الفساد .  
فالجهل بالثمن مفسدة ، لا يقصد بها حماية أحد العاقدين و إن كان مقصودا ضمنا ، بل المقصود هو حماية النظام العام الذي يوجب العلم بالثمن عند انعقاد العقد .

ثانيا : أوجه الاختلاف من حيث الأحكام .

و يختلفان من هذه الناحية أيضا اختلافا أساسيا :

فالعقد الفاسد لا يزول بإجازة أحد الطرفين ، بل يبقى العقد مستحقا للفسخ ، و يجوز لكل من الطرفين أن يتمسك بالفساد فيفسخ العقد ، كما يستطيع القاضي فسخه من تلقاء نفسه دون طلب ، و هذا لا ينافي ترتب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده ، فترتب الأحكام نتيجة للإنعقاد و استحقاق الفسخ نتيجة للفساد ، إلا أن ترتب الأحكام على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده لا تثبت بمجرد العقد ، كما في العقد الصحيح ، بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد : فإذا كان بيعا فاسدا مثلا لا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب و القبول بل متى تسلمه فعندئذ يملك و ينفذ تصرفه فيه (2) .

أما البطلان النسبي فنتائجه عكس نتائج العقد الفاسد ؛ فالعقد قابل للإبطال حتى يطلب إبطاله من له مصلحة في ذلك ، و قد ترد عليه الإجازة و لكنها لا تضيف إليه جديدا بل تؤكد عوامل صحة العقد .

(1) الكاسبي ، بدائع المسامع ، ج ٥ ، ص / ٢٩٩ ، فقد قال : (( الفاسد عندما قسم آخر وراء الجائر و الباطل )) .

(2) د. مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ف / ٢٧٧ ، ص / ٦٩٨ .

و كذا ليس للقاضي ، عند الإدعاء لديه بتنفيذ العقد أن يقرر الإبطال من تلقاء نفسه دون طلب صاحب المصلحة في الإبطال .

كما أن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره من وقت انعقاده إلى أن يطلب إبطاله من له مصلحة في ذلك ، فإذا قام صاحب المصلحة بتنفيذ العقد طوعا بعد علمه بسبب البطلان سقط حقه في إبطاله و صار العقد صحيحا .

و نخلص من ذلك إلى أن البطلان النسبي يختلف عن العقد الفاسد اختلافا جوهريا من ناحية الغاية التشريعية للعقد ، و من ناحية الأحكام المترتبة عليه ، و بذلك يكون لكل واحد منهما نطفة الخاص به دون الخلط بين البطلان النسبي و الفساد ، و بناء عليه تبقى نظرية البطلان النسبي مرتبة مستقلة عن العقد الباطل و العقد الصحيح نعالج بها حالات خاصة قررها المشرع حماية لحقوق الأفراد .

### الفرع الثاني : طبيعة العقد غير الساري ( أو غير النافذ ) .

تتميز طبيعة العقد غير الساري عن البطلان المطلق من حيث ترتب آثار العقد ، في أن البطلان المطلق مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، أما بالنسبة للغير فالعقد يسري في حقه أو لا يسري فإن ذلك لا يهم لأن العقد باطل<sup>(١)</sup> ، و لا يستتبع عدم السريان البطلان حتما ، فقد يكون العقد صحيحا ينتج جميع أحكامه فيما بين العاقدين و لكنه لا يسري في حق الغير ، مثل البيع في مرض الموت صحيح بين العاقدين ، و لكن لا يسري في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة ، ذلك أن الورثة من الغير في تصرفات مورثهم خلال مرض موته فيما يزيد على ثلث التركة ، فإن أجازوا تصرف المريض نفذ و إن لم يجيزوه بطل<sup>(٢)</sup> .

كما قد يكون العقد قابلا للإبطال فيما بين العاقدين و هو في نفس الوقت لا يسري في حق الغير ، و مثل ذلك بيع ملك الغير ، فهو قابل للإبطال فيما بين المتعاقدين البائع و المشتري لمصلحة المشتري وحده<sup>(٣)</sup> ، ثم هو لا يسري في حق الغير و هو هناك المالك الحقيقي ، و قد يجيز المشتري العقد ، فيزول البطلان و يبقى عدم السريان ، و قد يقر المالك الحقيقي العقد فتزول قابليته للإبطال و عدم السريان في وقت واحد .

و يتضح من ذلك أن عدم سريان العقد في حق الغير شيء و البطلان شيء آخر و لكل منهما نطاقه الخاص فقد يكون العقد صحيحا و غير سار في حق الغير ، كما قد يكون مشوبا بالبطلان و غير سار في حق الغير في وقت واحد ، و قد رأينا ذلك في بيع ملك الغير .

كما يجب أن نفرق بين الإجازة (confirmation) و الإقرار (ratification) فالإجازة تصدر في العقد القابل للإبطال من العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحا ، أما الإقرار فيصدر في العقد غير الساري في حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد ساريا في حقه .

و بذلك يتفق العقد غير الساري في طبيعته مع العقد الموقوف في الفقه الإسلامي حيث أن كلا منهما لا

(١) د. عبد الرزاق السهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٦٧ ، ص / ٦٠١ ، ٦٠٢ .

(٢) راجع ( المادة : ٤٠٨ ) من التقنين المدني الجزائري .

(٣) راجع ( المادة : ٣٩٧ ) من التقنين المدني الجزائري .

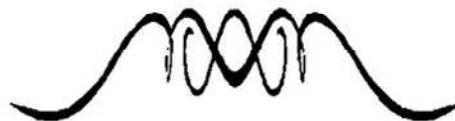
يترتب أثره بالنسبة إلى الغير إلا بعد إفراره ، بالنسبة للأول و بعد إجازته بالنسبة للثاني ، كما يختلفان في أن الأول ينتج جميع أحكامه فيما بين المتعاقدين من وقت التعاقد ، أما الثاني و هو الموقوف فلا ينتج أحكاما بالنسبة للمتعاقدين و لا بالنسبة إلى الغير إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة شرعا .  
و بهذا نكون قد أجبنا قدر الإمكان عن أهم الإشكالات المتعلقة بالعقد الموقوف :

فقد استطعنا في بداية الأمر أن نحدد حقيقة هذا العقد بعد تعريفه لغة و اصطلاحا و قانونا ، و توصلنا إلى وضع المصطلح الحقيقي للتصرف الموقوف النفاذ و ما يقابله في فقه القانون ؛ إذ لا محل للعقد الموقوف في القانون الغربي على غرار الفقه الإسلامي ، بل يقابله في حدود معينة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري .

ثم بينا مكانة هذا العقد بين الصحة و البطلان و رأينا مختلف الآراء و ما ورد عليها من اعتراضات و خلصنا إلى ترجيح رأي الجمهور القائل بصحة العقد الموقوف على الإجازة .  
و بعد ذلك أوضحنا مكانة العقد القابل للإبطال ، و توصلنا إلى نقض النظرية التقليدية في تقسيم البطلان إلى ثلاثة أقسام و أخذنا بالتقسيم الثنائي للعقد الباطل ، و على ضوء ذلك ميزنا بين البطلان النسبي و العقد الموقوف على الإجازة .

ثم ذكرنا أهم الفروق بين العقد الموقوف و العقود المنجزة و المضافة و المعلقة و ما يقابل ذلك في القانون و رأينا أن العقد المنجز يتميز عن العقد الموقوف بأنه ينتج آثاره في الحال بينما تتأخر آثار هذا الأخير إلى وقت صدور الإجازة ممن يملكها شرعا ، و أما العقد المضاف و المعلق فيتميزان عنه بأنهما لا تتحقق آثارهما إلا بمجيء الزمن الذي أضيف إليه العقد أو الأمر الذي علق عليه ، بينما الإجازة في العقد الموقوف لها حكم الإنشاء فتترتب آثار العقد الموقوف بأثر رجعي من وقت صدور العقد ، و هذا أقرب إلى فكرة الأثر الرجعي في الشرط الواقف و الأجل الواقف في القانون ، إلا أنهما يختلفان في طبيعتهما عن العقد الموقوف الذي يكون عند نقص الأهلية أو عيب في الإرادة أو انعدام الولاية على المحل .

و لذلك بينا في آخر هذا الفصل طبيعة العقد الموقوف و ما يقابله في فقه القانون و خلصنا إلى أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح ، لأن العقد الصحيح إما أن يكون نافذا أو موقوفا ، ثم أوضحنا طبيعة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري ، و ميزنا البطلان النسبي عن العقد الفاسد عند الحنفية ، و تبين لنا من ذلك أن الفساد يختلف عن العقد القابل للإبطال اختلافا جوهريا في الغاية التشريعية إذ العقد الفاسد شرع لحماية النظام العام بينما العقد القابل للإبطال شرع لحماية أحد التعاقدين من أي ضرر محتمل ، كما يختلفان من حيث ترتب الأحكام إذ تتأخر نتائج العقد الفاسد حتى يتم تنفيذه ، و تنفذ في العقد القابل للإبطال حتى يتم إبطاله من له المصلحة في ذلك .



## توبيخ

إذا أردنا تصنيف حالات التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي بالمعنى الإصطلاحي للتصرف الموقوف النفاذ - كما انتهينا إليه في الفصل الأول - فإننا نجد الفقهاء لم يميزوا بين المصطلحات الحقيقية لوقف العقد ، فلم يفرقوا بين وقف العقد لعدم صحته أو لعدم لزومه أو لعدم نفاذه، حتى حصل لهم لبس و خلط بين العقد الفاسد و العقد الموقوف و ما ذلك إلا لغياب منهج خاص في التصنيف و التقسيم ، الأمر الذي لا نجده عند فقهاء القانون الوضعي الذين كانوا أكثر دقة إلى حد ما في تصنيف حالات العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري و تمييزها عن العقد الباطل بطلانا مطلقا لأنه لا محل للعقد الفاسد عندهم .

و لذلك نرى أن نورد جميع حالات التصرفات الموقوفة بالتفصيل كما جاءت في كتب الفقه الإسلامي مع ترتيبها ، و ما يقابل ذلك في فقه القانون الوضعي ، ثم نحاول تقسيمها و تصنيفها و تنظيمها مجموعات وفق منهج خاص مع بيان الغاية و الحكمة من وقف العقد و تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان . الأمر الذي يقتضي أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

أتناول في الأول منهما : حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .  
و في الثاني منهما : تصنيف و تقسيم حالات العقد الموقوف .

## المبحث الأول : حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي

### و القانون الوضعي .

لعرض حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و ما يقابل ذلك في الفقه الوضعي ، أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أخصص أحدهما : لعرض حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي .  
و ثانيهما : لعرض حالات ما يقابل العقد الموقوف في القانون الوضعي .

## الفصل الثاني: حالات العقد الموقوف و تصنيفها

المبحث الأول: حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي

و القانون الوضعي .

المبحث الثاني: تقسيم و تصنيف حالات العقد الموقوف .

## المطلب الأول: حالاته العقد الموقوفه في الفقه الإسلامي .

لم يتناول الفقهاء التصرفات الموقوفة في باب خاص من الفقه الإسلامي ، بل تناولوها في أبواب متفرقة من العقود المسماة ، كعقد البيع و الإجارة و النكاح و غيرها و ذلك لعدم وجود نظرية عامة للعقد يمكن الرجوع إليها في تصنيف حالات التصرفات الموقوفة على الإجازة ، و على الرغم من ذلك فإن الفقهاء قد أوردوا الجزء الأكبر من هذه التصرفات في باب البيوع إذ يعد أهم الأبواب التطبيقية لهذه الفكرة . و من ثمة نرى عرض هذه الحالات كما جاءت متفرقة في أبواب الفقه المختلفة . ثم نعيد ترتيبها مع ذكر أسباب وقف العقد في كل حالة حتى يسهل علينا التصنيف و التقسيم فيما بعد . و لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

أتناول في الفرع الأول : عرض حالات العقد الموقوف كما جاءت في كتب الفقه .

و في الثاني : ترتيب حالات العقد الموقوف .

## الفرع الأول: عرض حالات العقد الموقوف كما جاءت في كتب الفقه .

إن المتصفح لكتب الفقه الإسلامي يجدها ليست على درجة واحدة في عرضها لحالات التصرفات الموقوفة ، نظرا للخلاف الذي وقع حولها . فالناظر في مصنفات الفقه الحنفي يجد أنه قد عني بتعداد حالات هذه التصرفات و أفاض فقهاؤه في ذكرها ، أكثر مما عني به فقهاء المذاهب الأخرى التي تقول بصحتها كالفقه المالكي و غيره . الأمر الذي يستلزم مني أن أقسم هذا الفرع إلى بندين :

أتناول في الأول : صور العقد الموقوف في كتب الفقه الحنفي .

و في الثاني : صور العقد الموقوف في كتب الفقه المالكي و غيره .

## البند الأول : صور العقد الموقوف في كتب الفقه الحنفي .

بما أن العقد عند الحنفية ينقسم إلى أربعة أقسام ، نافذ و موقوف و فاسد و باطل ، فقد اهتم فقهاؤهم ببيان أنواع العقود الموقوفة على الإجازة حتى تتميز عن غيرها من التصرفات الأخرى ، فأوصلها بعضهم إلى ثمانية و ثلاثين نوعا ذكر منها ابن عابدين ثلاثة و عشرين حالة في باب البيوع، و قد حصرها ابن الهمام في خمس عشرة صورة ، و أورد الكاساني في البدائع بعض الصور عند كلامه عن شروط العاقد و تصرفات الفضولي بالبيع و الشراء ، و النكاح و الطلاق و الهبة و الوصية و غيرها . و نحن نحاول فيما يلي بيان هذه الصور كما جاءت في مظانها من العقود المسماة مع التعليق عليها على النحو التالي :

## أولا : عقد البيع .

قال ابن عابدين في حاشيته : (( البيع الموقوف نيف و ثلاثون صورة ، ذكر المصنف

و الشارع منها أكثر من ثلاث و عشرين صورة و الذي ذكره المصنف هنا ، هو :

- بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري فإنه يتوقف على إجازة المشتري - و ما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاث فإن الأصح أنه موقوف - و شراء الوكيل نصف عبد وكل في شراء كله فإنه موقوف إن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل - و بيع نصيب من مشترك بالخلط أو الإختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه - و بيع المولى عبده المأذون فإنه موقوف على إجازة الغرماء - و كذا بيعه أكسابه - و بيع وكيل الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول
- و بيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في العدة - و البيع بما حل به - أو بما يريد - أو بما يجب أو برأس ماله - أو بما اشتراه ، أي فإنه يتوقف على بيانه في المجلس - و بيع العبد و الصبي المحجورين يتوقف على إجازة المولى - و كذا المعتوه - و يتوقف بيع ماله من فاسد عقل غير رشيد على إجازة القاضي - و يتوقف بيع المرهون - و المستأجر - و الأرض في مزارعة الغير على إجازة مرتين و مستأجر و مزارع - و يتوقف بيع شيء برقمه أي المكتوب عليه ، فإن علمه المشتري في مجلس البيع نفذ و إلا بطل - و بيع المرتد - و البيع بما باع فلان و البائع يعلم و المشتري لا يعلم - و البيع بمثل ما يبيع الناس به - أو بمثل ما أخذ به فلان إن علم في المجلس صح و إلا بطل
- و بيع الشيء بقيمته فإن بين في المجلس صح و إلا بطل - و بيع فيه خيار المجلس فإنه إذا أوجب أحدهما فلآخر القبول في المجلس ، لأن خيار القبول مقيد به ، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إن أعيب أو رؤية خلافا للشافعي ، فإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال الواني أن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب و القبول - و بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك ، يعني إذا باعه لمالكة لا لنفسه - و وقف أيضا بيع المالك المنصوب على البينة أو إقرار الغاصب - و بيع ما في تسلمه ضرر على تسليمه في المجلس - و بيع المريض لو ارثه على إجازة الباقي - و بيع الورثة التركة المستعرقه على إجازة الغرماء - و بيع أحد الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين إذا باع بحضرة الآخر توقف على إجازته أو بغيته فباطل )) (١) .

و الملاحظ على هذه الصور أنها لم تورد جميع أنواع البيوع الموقوفة كبيع المدين المعسر لأمواله ، و بيع الفضولي لمال الغير و بيع المكره و التصرف في اللقطة بالبيع ، كما أنها اهتمت أكثر بذكر التصرفات الموقوفة لعدم صحة العقد و ليس لعدم نفاذه ، و قد اقتصرنا على عقد البيع لأن الباب يقتضي ذلك .

أما ابن الهمام فقد تجنب بعض الصور حتى يكون أكثر دقة مع مصطلح الوقف ، و لذلك حصر البيع الموقوف في خمس عشرة مسألة فقال : (( - بيع العبد و الصبي المحجورين : أي موثرف

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١١٠ ، ١١٣ .

على إجازة المولى و الأب أو الوصي - و بيع الرشيد موقوف على إجازة القاضي - و بيع المرهون - و المستأجر - و ما في مزارعة الغير يتوقف على إجازة المرتهن و المستأجر و المزارعة ، فلو تقاسخا الإجازة أو رد الرهن لوفاء أو إبراء لزمه أن يسلمه للمشتري - و كذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على إجازة المشتري و قبل القبض في المنقول لا يتعد أصلا حتى لو تقاسخا لا ينفذ ، و في العقار على الخلاف المعروف - و بيع المرتد عند أبي حنيفة - و البيع برقمه - و بما باع فلان و المشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس - و بيع خيار المجلس - و بمثل ما يبيع الناس - و بمثل ما أخذ به فلان - و بيع المال المغصوب ذكره محمد إن أقر الغاصب أو جحد و للمغصوب منه بيعة تم البيع - و بيع مال الغير )) (١) .

و نخلص من هذه الصور أن البيع الموقوف قد يكون عند نقصان أهلية المتعاقد أو عند عدم الولاية على محل العقد أو تعلق بالمعقود عليه حق للغير أو لعدم تعيين ثمن العقد .

و قد أورد الكاساني في البدائع أنواعا أخرى للتصرفات الموقوفة منها :

١ - بيع المكروه : (( فهو بيع موقوف لعدم الرضا و ليس فاسدا كما في سائر البياعات الفاسدة إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا و نحو ذلك فلا يزول برضا العبد و ههنا الفساد لحق العبد و هو عدم رضاه فيزول بإجازته و رضاه فأشبهه ببيع الفضولي عند زفر رحمه الله ، فبيع المكروه موقوف ، أما عند الأصحاب الثلاثة فهو فاسد )) (٢) .

و هذا بخلاف رأي المالكية الذين قالوا : بأنه بيع باطل لأن من شروط لزوم البيع و انعقاده (( أن يصدر من مكلف طائع أما إذا أُجبر عليه فلا يلزمه و لا يتعد )) (٣) .

٢ - و منها أيضا بيع الفضولي و شراؤه : (( فقد شرع الله البيع و الشراء و التجارة و ابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الأصالة و بين ما إذا وجد من الوكيل في الإبتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الإنتهاء و بين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل )) (٤) ثم عرف بيع الفضولي فقال : (( بيع مال الغير بغير إذن صاحبه و هو المسمى ببيع الفضولي و لا حكم له يعرف للحال لاحتمال الإجازة و الرد من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكما شرعا )) (٥) .

و أفاض بعد ذلك في تفصيل شروط الإجازة ، فقال : (( ثم الإجازة إنما تلحق تصرف الفضول عندنا

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ، ص / ٤٠٠ ، ٤٠١ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص / ١٨٦ .

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، ص / ٩ .

(٤) الكاساني ، ج ٥ ، المرجع السابق ، ص / ٣٠٥ ، ٣٠٦ .

(٥) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ ، ١٥٠ .

بشرائط ((<sup>(١)</sup> .

ثم بين الكاساني أن شراء الفضولي لا يتوقف و يكون مشتريا لنفسه عند الحنفية فقال : (( و جملة الكلام فيه أن الفضولي إذا اشترى شيئا لغيره فلا يخلو إما إن أضاف العقد إلى نفسه و إما إن أضافه إلى الذي اشترى له فإن أضافه إلى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه و لا يتوقف لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره )) . و هذا أيضا خلافا للمالكية الذين قالوا : بأن شراء الفضولي كبيعه يكون موقوفا على الإجازة من دون تفصيل .

و لقد اهتمت مجلة الأحكام العدلية ببيان صور التصرفات الموقوفة في العديد من موادها و بحثت ذلك في فصولها المختلفة بمناسبة كل عقد على حدة .

ففي باب البيع : ذكرت بيع الفضولي و من في حكمه و أوضحت أنه من البيوع التي يتعلق بها حق الغير و التي تتعقد موقوفة على إجازة ذلك الغير في ( المواد : ١١١ و ٣٦٨ و ٣٧٧ ) و نصت على أن هذا البيع : (( إذا أجاز له صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ و إلا انفسخ ... )) ( المادة : ٣٧٨ ) ، كما نصت على أن : (( البيع الذي يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي و بيع المرهون يتعقد موقوفا على إجازة ذلك الآخر )) ( المادة : ٣٦٨ ) .

فلهذا إذا غاب أحد الشريكين في البستان المشترك و باع لأخر حصته و حفظ ثمنها (( يكون الغائب عند حضوره مخيرا ، إن شاء أجاز البيع و أخذ الثمن المحفوظ ، و إن شاء لم يجز و ضمنه حصته )) ( المادة : ١٠٨٦ ) .

و جاء في ( المادة : ٣٩٣ ) : (( إذا باع شخص في مرض موته شيئا من ماله لأحد ورثته يعتبر ذلك موقوفا على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع و إن لم يجيزوا لا ينفذ )) . و تمتاز مواد المجلة بأنها أكثر دقة في إيرادها للتصرفات الموقوفة النفاذ ، لأنها وضعت المبدأ العام فقالت : (( الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة ، مثلا لو باع أحد مال الآخر فضولا ثم أخبر صاحبه فأجازته يكون كما لو وكله أولا )) ( المادة : ١٤٥٣ ) .

و تعتبر هذه أول خطوة يخطوها الفقه الإسلامي نحو وضع الأسس و القواعد للخروج من الجمود و التقليد إلى جو التنظير و التقنين .

و بهذا نكون قد أوردنا أهم التصرفات الموقوفة في باب البيع عند الحنفية .

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٥٠ .

ثانيا : عقد الإيجار .

و من أهم ما يلحق بالتصرفات الموقوفة في باب الإجارة هو إجارة ملك الغير فقد جاء في

البدائع : (( و أما الإستجار من الفضولي فهو كشرائه فإن أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له لأن العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه ، و إن أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر إن وقعت الإضافة إليه في الإيجاب و القبول جميعا يتوقف على إجازته و إن وقعت الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع بخلاف الوكيل بالإستجار فإنه يقع استجاره للموكل و إن أضاف العقد إلى نفسه ، و على هذا تخرج إجارة الوكيل لأنها نافذة لوجود الولاية بإنابة المالك أياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه )) (١) .

فالقول بالتفصيل عند الحنفية راجع إلى اشتراط المعقود عليه ، لأن الإجارة عندهم لها تارة حكم الإستناد و تارة حكم الإنشاء لذلك اشترطوا قيام المعقود عليه و العاقدين و المجيز وقت إنشاء العقد و وقت صدور الإجارة (٢) .

أما المالكية فلم يفرقوا بين استقاء المنفعة و عدم استفتائها فقالوا بوقف إجارة ملك الغير من دون تفصيل (٣) . و جاء أيضا في البدائع : (( إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فإن كان مأدونا ينفذ و إن كان محجورا يقف على إجارة الولي عندنا خلافا للشافعي )) (٤) .

و في المجلة : (( تتعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجارة المتصرف ، و إن كان المتصرف صغيرا أو مجنونا ، و كانت الأجرة أجرة المثل ، تتعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجارة وليه أو وصيه ... )) ( المادة : ٤٤٧ ) .

ثالثا : عقد الوكالة .

إذا خالف الوكيل حدود الوكالة المرسومة له في البيع أو الشراء كان عقده موقوفا على الإجارة في القدر الذي خالف فيه الموكل . فقد جاء في البدائع : (( الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لأنه امتثل أمر

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧٧ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧ .

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، ص / ١٩ ، ٢٠ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧٦ .

الوكيل ، و عند زفر يلزم الوكيل ، و لو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي ، و ألزم القاضي الوكيل ، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل إجماعاً لأنه خالف ، و كذلك يقال في كل ما في تبعضه و تشقيصه عيب كالعبد و الأمة و الدابة و الثوب و ما أشبه ذلك )) (١) . هذا إذا خالف الوكيل الموكل في الشراء .

أما في البيع : (( فإذا أمر الموكل الوكيل بالبيع فاسداً فباع بيعا صحيحاً كان البيع موقوفاً على الإجازة، كأن يوكله ببيع داره بيعا فاسداً فيبيعها بيعا صحيحاً ، و قال محمد لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل فإن أجاز جاز ، و قال أبو حنيفة و أبو يوسف ينفذ على الوكيل و هو القياس لأنه أتى بغير ما أمر به )) (٢) .

رابعاً : عقد الصلح .

فقد جاء في المجلة : (( إذا صلح أحد و هو فضولي ، يعني بلا أمر، عن دعوى واقعة بين شخصين .. فيكون ( الصلح ) موقوفاً على إجازة المدعى عليه ( المصالح عنه ) فإن أجاز يصح الصلح و يلزمه بدله ، و إن لم يجز يبطل الصلح و تبقى الدعوى على حالها )) ( المادة : ١٥٤٤ ) ، هذا بشرط أن لا يضمن الفضولي هو بدل الصلح ، أو يضيفه إلى ماله ، أو يشير إليه ، أو يسلمه إلى العاقد الآخر الذي تصالح معه على ذلك البديل ، ففي هذه الأحوال يكون المصالح متبرعاً (٣) .

خامساً : عقد الوديعة .

نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه : (( إذا أقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا إذن ، و لم يجز صاحبها ضمنها المستودع ... )) ( المادة : ٧٩٣ ) ، فالاستدلال من ذلك أن الوديع ليس مأذوناً بالتصرف في دراهم الأمانة ، فإذا فعل كان فضولياً ، مثاله لو عقد قرضاً بتلك الدراهم مع أجنبي ، فالعقد يتوقف على إجازة المودع صاحب المال ، فإن أجاز صح بينه وبين المستقرض ، وإن لم يجزه بطل (٤) .

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٣٠ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٣٠ .

(٣) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٤ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص / ٢٦٦ .

(٤) الشيخ نظام ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٣٥٥ .

و مثل الوديع الشريك المضارب ، فهو لا يملك حق إقراض مال المضارب بدون تفويض ، فلو أقرض هذا المال فعقده موقوف على إجازة رب المال ، فإذا أجازته و كان المال قائما وقت الإجازة صح و نفذ، و إلا فلا<sup>(١)</sup>. كما في ( المادة : ١٠٧٥ ) من المجلة .

سادسا : عقد الوقف .

فإذا وقف رجل أرض غيره وقفا لله أبدا على الفقراء ، كان نفاذ الوقف متوقفا على إجازة صاحب الأرض . فقد جاء في الفتاوى الهندية : (( رجل وقف أرضا لرجل آخر في بر سماه ثم ملك الأرض لم يجز و إن أجاز المالك جاز عندنا ))<sup>(٢)</sup> .

فإذا بلغ الأمر صاحب الأرض و أجاز تصرف الفضولي صح الوقف و نفذ ، و كانت له الولاية على الأرض الموقوفة . وفاقا للقاعدة : (( الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة )) .

سابعا : عقد الهبة .

و من التصرفات الموقوفة أيضا هبة ملك الغير فقد جاء في البدائع : (( من شروط الهبة أن يكون الموهوب مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تملك و تملك ما ليس بمملوك محال ، و منها أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تملك ما ليس بمملوك ))<sup>(٣)</sup> .

و في المجلة ورد أنه : (( لو وهب أحد مال غيره لا تصح ، و لكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال تصح )) ( المادة : ٨٥٧ ) .

ثامنا : عقد النكاح .

و من التصرفات الموقوفة التي ذكرها الحنفية أيضا عقد الزواج الذي يتولاه الفضولي و من في حكمه قال ابن عابدين : (( نفاذ عقد الفضولي بالإجازة في الزواج يجعله في حكم الوكيل ))<sup>(٤)</sup> ، ثم بين تولي الفضولي طرفي النكاح الواحد بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور : كأن كان وليا

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ٦٥٢ .

(٢) الشيخ نظام ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٣٥٣ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ١١٩ .

(٤) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٩٥ .

أو وكيلًا من الجانبين أو أصيلاً من جانب و وكيلًا أو وليًا من آخر أو وليًا من جانب وكيلا من آخر كزوجت بنتي من موكلي )) (١) .

و في الفتاوى الهندية : (( إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فزوجه فضولي و أجاز بالفعل بأن ساق المهر و نحوه لا تطلق بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه )) (٢) .

#### تاسعا : الطلاق .

و في باب الطلاق جاء عند الحنفية (( إذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس و بعده و له أن يرجع عنه لأنه توكيل و أنه استعانة ، فلا يلزم و لا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكًا لا توكيلًا )) (٣) .

و الكلام هنا ينطبق على الوكيل كما ينطبق على الفضولي ، فطلاق الفضولي أيضا يتوقف على إذن الزوج و لا يقتصر على المجلس .

#### عاشرا : الخلع .

و يقع خلع الفضولي موقوفا على الإجازة أيضا : (( فإن قبض المهر من الزوج يجب أن يكون ممن له ولاية كالأب و القاضي أو وصي القاضي ، و صورة ذلك أنه إذا كان المهر ألفا مثلا يخالع الزوج مع أجنبي على ألف من ماله ثم يحيل الزوج الأب أو الوصي بالمهر على الأجنبي بشرط القبول، و أن يكون الأجنبي أملاً من الزوج ، فحينئذ يبرأ الزوج عن المهر و يصير في ذمة ذلك الأجنبي لكن في ذلك ضرر للأجنبي ، فلذا قيل ثم يبرئه الأب أو يقر بقبضه منه ، لكن يكفي في الظاهر إقرار الأب ابتداء بدون هذا التكلف ، فإن خالعه الأب على مال ضامنا له أي متلزما لا كفيلا لعدم وجود المال عليها صح و المال عليه كالخلع مع الأجنبي فالأب أولى بلا سقوط مهر لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب )) (٤) ، فهذه هي صورة خلع الفضولي كما بينها ابن عابدين .

و بذلك نكون قد عرضنا أهم التصرفات الموقوفة في مختلف أبواب الفقه الإسلامي عند الحنفية .

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

(٢) الشيخ نظام ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤١٩ .

(٣) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٠٠ .

(٤) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٤٥٨ .

## حادي عشر : عقد الوصية .

جاء في البدائع : (( الوصية تملك مضاف إلى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصى عند موته ، و بصير المضاف إلى الوقت كالممنجز عنده كأنه قال : عند الموت لفلان ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله .. فالوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه و إن لم يكن له وارث تصح من جميع المال )) .  
فالوصية مقيدة بالثلث وتقف بما زاد على إجازة الورثة فإذا أجازوها نفذت و إن ردها بطلت .

## البند الثاني : صور العقد الموقوف في كتب الفقه المالكي و غيره .

لم يحفل الفقه المالكي و غيره بتعداد حالات التصرفات الموقوفة إلا في بعض المباحث المتفرقة من باب البيوع عند الكلام عن بيع الفضولي و شرائه ، و بيع الصغير المميز ، و بيع السفينة و المحجور و في باب النكاح عند الكلام عن نكاح الفضولي و طلاقه و خلعه ، و ما ذلك إلا لعدم اهتمام الفقهاء بالتقسيمات الكثيرة للعقد فالبطالان و الفساد عندهم واحد ، و للتقليل من التفرعات الكثيرة التي مردها إلى المبدأ العام في جميع العقود و هو التراضي و نفي الغرر و التدليس و الغش و غيره .  
و نحن إذ نحاول عرض بعض الحالات للتصرفات الموقوفة في الفقه المالكي و غيره ، نتولى تقسيم هذا البند إلى قسمين :

## أولا : صور العقد الموقوف في كتب الفقه المالكي .

من أهم الصور التي ذكرها المالكية للتصرف الموقوف عقد الفضولي و تصرفات ناقص الأهلية ، جاء ذلك في فصول مختلفة بمناسبة كل عقد على حدة .  
١ - في عقد البيع :

جاء في القوانين الفقهية : (( فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينعقد و يتوقف على إذن ربه )) (١) .

و في بداية المجتهد : (( و اختلفوا من هذا في بيع الفضولي ، هل ينعقد أم لا ؟ و صورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، و إن لم يرض فسخ ، و كذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه إن رضي المشتري صح الشراء و إلا لم يصح .. و أجازره مالك في الوجهين جميعا )) (٢) .

هذا أهم ما ورد في بيع الفضولي عند المالكية .

(١) ابن جزئي ، القوانين الفقهية ، ص / ١٦٣ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ، ص / ١٧٢ .

و أما ما جاء في تصرف ناقص الأهلية بالبيع و الشراء ، ما ذكره الحطاب في مواهب الجليل : (( و إذا باع السفية أو اشترى في حال حجره أو الصغير بغير إذن وليه فإنه يصح و يوقف على نظر وليه بذلك ، فيجيزه أو يردّه )) (١) .

و الملاحظ في هذه النصوص أن الفقه المالكي أكثر دقة في التعبير عن مصطلح التصرف الموقوف التنفيذ .

٢ - تصرف المرأة المتزوجة في مالها بالمحابة .

(( و بيع المرأة بغير إذن زوجها جائز ، فإن كان في بيعها محابة فحكم المحابة حكم العطية يراعي مالك فيها و أصحابه الثلث فيجيزون من عطيتها في صحتها بغير إذن زوجها ما كان ثلث مالها فدون ، و ما كان فوق الثلث لم يجزه ، و حجتهم في ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه قال : (( لا يجوز لامرأة عطية و لا أمر في مالها إلا بإذن زوجها )) (٢) .

و أكثر العلماء يجيزون للمرأة الرشيدة التصرف في مالها بالعطية و غيرها هي عندهم و الرجل في ذلك سواء )) (٣) .

و هذا مما خالف به الإمام مالك الجمهور فهو يرى أن المرأة المتزوجة الرشيدة لها أن تعقد صفقات في مالها ، فلها أن تعقد كل عقود المبادلات ، و لكن ليس لها التبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث ، و هي رواية الإمام أحمد رضي الله عنه و ذلك لأن للزوج بعض الحق في مالها إذ العادة أن المهر يزيد و ينقص تبعاً لزيادة مالها و نقصه ، فله بهذا الاعتبار فيه نوع من الحق ، فصارت كالمريض مرض الموت يتعلق حق الورثة بماله (٤) .

و رد الإمام الشافعي رحمه الله الحديث الذي استدل به الإمام مالك فقال : ليس بثابت فيلزمنا أن نقول به و القرآن يدل على خلافه ثم السنة ثم الأثر ثم المعقول ، و قد يمكن أن يكون هذا في موضع الاختيار كما قيل ليس لها أن تصوم يوماً و زوجها حاضر إلا بإذنه فإن فعلت فصومها جائز و إن خرجت بغير إذنه فباعته فجائز و قد اعتقت ميمونة رضي الله عنها قبل أن يعلم النبي صلى الله عليه و سلم فلم يعب ذلك عليها فدل هذا مع غيره على أن قول النبي صلى الله عليه و سلم إن كان قاله

(١) الحطاب ، مواهب الجليل على شرح خليل ، ج ٤ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م ، ص / ٢٤٦ .

(٢) أخرجه أبو داود ، حديث رقم : ٣٥٤٧ ، و روي بطرق أخرى عن موسى بن إسماعيل ، انظر : البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٦ ، دار

الفكر ، ص / ٦٠ ، ٦١ .

(٣) ابن عبد البر ، كتاب الكافي ، ج ٢ ، مكتبة الرياض الحديثة الرياض ، ط ٢ ، ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، ص / ٣٦٠ ، ٣٦١ .

(٤) محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد ، دار الفكر العربي ، سنة الطبع ١٩٧٧ م ، ص / ٣١١ .

أدب و اختيار لها ، فيكون حديث عمرو بن شعيب محمولا على الأدب و الاختيار (١) .

و لقد رد ابن حزم على الإمام مالك ردا قويا في المحلى جاء فيه : (( أما قول مالك فلا نعلم له متعلقا لا من القرآن و لا من السنة ، و لا من رواية سقيمة ، و لا من قول صاحب و لا تابع ، و لا أحد قبله إلا رواية عمر بن عبد العزيز و قد صح عنه خلافها ، و لا قياس و لا من رأي له وجه ، ثم يرد قياس المرأة على المريض ، و يثبت بطلانه بوجوه :

أحدها : أن المرأة صحيحة و لا يصح قياس الصحيح على المريض .

ثانيها : أنه لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة و المريض و لا شبهة بينهما .

ثالثها : أنه لا تشابه بين حكم تبرع المرأة في زعمهم ، و تبرع المريض لأن المريض ممنوع من أكثر من الثلث ، أما المرأة فيصح أن تتبرع ثلثا بعد ثلث (( (٢) .

و لكن يرى مالك أيضا أن للزوج أن يرد تبرع الزوجة بالثلث ، إذا تبين أنها تريد بذلك مضرة لأنه يجب التعامل معها بنقيض قصدها .

و الحقيقة أن رأي المالكية هذا مردود لأنه لا يعتمد على سند قوي من الكتاب و السنة و لا من المصلحة المرسله أو الإستحسان فالمرأة في الشريعة الإسلامية لها كامل الأهلية سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء ، و يثبت لها من الحقوق العالية وغيرها ما يثبت للرجل ، و يجب عليها ما يجب عليه .

### ٣ - عقد الإجارة :

قال فقهاء المالكية أن إجارة الفضولي تتعد موقوفة على الإجارة ممن يملك المنفعة فإذا أجازها مضى العقد و كانت له الأجرة سواء استوفيت المنفعة أم لم تستوف ، فقد جاء في المدونة الكبرى : (( قلت أرأيت إن أكرمت الدار سنة بمائة دينار و لم أبيض الكراء حتى سكن المتكاري نصف سنة ثم استحق رجل الدار لمن يكون كراء الشهور الماضية في قول مالك ؟ قال للمكاري الذي استحققت الدار من يديه ، و للذي استحق الدار أن يخرج و ينقض الكراء ، فإن أحب الذي استحق الدار أن يمضي الكراء أمضاه ، و لم يكن للمتكاري أن ينقض الكراء و إن رضي إمضاء ذلك الكراء مستحق الدار قلت و لم يكن للمتكاري أن ينقض الكراء و هو يقول إنما كانت عهدتي على الأول فلا أرضى أن تكون عهدتي عليك أيها المستحق قال يقال له : ليس ذلك لك و لا ضرر عليك في عهدتك اسكن فإن انهدمت الدار و جاء أمر لا تستطيع السكنى معه من هدم الدار أو ما أشبهه فأد من الكراء بقدر ما سكنت و اخرج (٣) .

(١) البيهقي ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٦٠ ، ٦١ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، المسألة : ١٣٩٦ ، ص / ٣١٢ ، ٣١٣ و ما بعدها

(٣) الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ج ١٤ ، مطبعة السعادة مصر ، ط ١ ، سنة ١٣٢٣ هـ ، ص / ٨٢ .

فالمالكية لم يفرقوا بين ما إذا كانت المنفعة قد استوفيت فلا تصح الإجازة و بين ما إذا كانت لم تستوف فتصح كما بينا عند الحنفية .

٤ - عقد الطلاق :

ذكر ذلك الخرشي فقال : (( و طلاق الفضولي متوقف على إجازة الزوج كبيعه ))<sup>(١)</sup> . فإذا طلق الفضولي امرأة رجل فإن ذلك يكون موقوفا على إذنه إذا علم .

٥ - عقد الهبة .

فقد جاء في حاشية الدسوقي : (( و حاصله أن هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح و إن كان غير لازم ، و مثلها وقفه و صدقته و عتقه فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلا و لو أجازته المالك ، و ذكر بعضهم أن وقفه و هبته و صدقته و عتقه كبيعه في أن كلا صحيح غير لازم فإن أمضاه المالك مضى و إن رده رد ، لأن المالك إذا أجازته كان في الحقيقة صادرا منه ))<sup>(٢)</sup> .

ثانيا : صور العقد الموقوف في كتب غير المالكية .

بين فقهاء المذاهب صور العقد الموقوف في مباحث متفرقة من تصرفات الفضولي و نحن إذ نذكر ذلك إنما نعرض لأهم ما جاء عند الشافعية و الحنابلة .

أ - الفقه الشافعي .

فقد جاء في المجموع : (( سبق أن شروط المبيع خمسة منها أن يكون مملوكا لمن يقع العقد له فإن باشر العقد لنفسه فشرطه كونه مالكا للعين و إن باشره لغيره بولاية أو وكالة فشرطه أن يكون لذلك الغير قلو باع مال غيره بغير إذن و لا ولاية فقولان ( الصحيح ) أن العقد باطل و هذا نصه في الجديد .. و القول الثاني وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع و إلغا ))<sup>(٣)</sup> .

فقد بين النووي أن عقد الفضولي فيه قولان ، أحدهما البطلان و هو المذهب الجديد و ثانيهما الصحة

(١) الخرشي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٣٢ .

(٢) الدسوقي ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ٨٧ .

(٣) النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج ٩ ، ص / ٢٥٩ .

و هو القديم ، ثم قال : (( و يجري القولان فيما لو زوج أمة غيره أو يئنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه ، قال إمام الحرمين بطرد هذا القول في كل عقد يقبل الإستنباط كالبيع والإجازات والهبات والعق و النكاح و الطلاق و غيرها و يسمى هذا بيع الفضولي )) (١) .

ب - الفقه الحنبلي .

ما ذكره موفق الدين بن قدامة في المغني : (( و إن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان : إحداهما البيع باطل و يجب رده و الثانية البيع و الشراء صحيحان ، و يقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ و لزم البيع و إن لم يجزه بطل )) (٢) .

و في مسألة عمر بن الخطاب في " امرأة المفقود يوافق القياس " ذكر ابن القيم رحمه الله : فصل في تصرف الغريب بين الرد و الوقف فقال : (( و هذا مما جاءت به السنة في اللقطة فإن الملتقط يأخذها بعد التعريف و يتصرف فيها ، ثم إن جاء صاحبها كان مخيرا بين إمضاء تصرفه و بين المطالبة بها فهو تصرف موقوف لما تعذر الاستئذان و دعت الحاجة إلى التصرف ، و كذلك الموصى بما زاد على الثلث موقوفة على الإجازة عند الأكثرين و إنما يخبرون بعد الموت .. فالمفقود المنقطع خبره إن ظهر و تبينت حياته و كان الإمام قد تصرف في زوجته بالتفريق ، فإن هذا التصرف يكون موقوفا على إجازته ، فإن شاء أجاز ما فعله الإمام و إن شاء رده )) (٣) .

فهذه خلاصة ما ورد في كتب الفقه الإسلامي عن التصرفات الموقوفة و هي على كثرتها تحتاج إلى ترتيب و تصنيف و تقسيم .

## الفرع الثاني : ترتيب حالات العقد الموقوف .

من خلال ما عرضناه في كتب الفقه الإسلامي نستطيع أن نرتب حالات العقد الموقوف حالة بعد حالة مع زيادة بعض الصور التي لم نتمكن من عرضها أو لم ترد في كتب الفقه على النحو التالي :

(١) النووي ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص / ٣٦٠ .

(٢) ابن قدامة موفق الدين ، المغني و الشرح الكبير ، ج ٤ ، دار الكتاب العربي بيروت ، ط ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م ، ص / ١٦ و بعدها .

(٣) ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٢ ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٩٦٩ م ، ص / ٥٤ ، ٥٥ .

الحالة الأولى : بيع الصبي المحجور عليه موقوفا على إجازة الأب و الوصي .

الحالة الثانية : بيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضي .

الحالة الثالثة : و حالة بيع المال من فاسد عقل غير رشيد موقوف على إجازة القاضي .

الحالة الرابعة : و بيع الصبي بشرط الخيار إذا بلغ الصبي في المدة موقوف على إجازته بعد البلوغ .

الحالة الخامسة : بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل فإنه ينعقد موقوف على إجازة وليه أو القيم عليه .

الحالة السادسة : نكاح الصبي المميز ينعقد موقوف على إجازة وليه .

الحالة السابعة : بيع العبد المحجور عليه موقوف على إجازة المولى .

الحالة الثامنة : بيع المولى أكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على إجازة الغرماء .

الحالة التاسعة : بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على إجازة الغرماء .

الحالة العاشرة : و بيع مال الغير موقوف على إجازة المالك الحقيقي للمال .

الحالة الحادية عشرة : طلاق الفضولي ينعقد موقوف على إجازة الزوج بعد علمه في المجلس .

الحالة الثانية عشرة : خلع الفضولي ينعقد موقوف على إجازة الأب أو الوصي إن لم يكن للمرأة مال .

الحالة الثالثة عشرة : و هبة ملك الغير تنعقد موقوفة على إجازة المالك الحقيقي .

الحالة الرابعة عشرة : وقف ملك الغير موقوفا على إجازة المالك .

الحالة الخامسة عشرة : وصية الفضولي تكون موقوفة على إجازة المالك الحقيقي .

الحالة السادسة عشرة : نكاح الفضولي موقوف على إجازة من له الحق في الإجازة سواء كانت

الزوجة أو الزوج .

الحالة السابعة عشرة : بيع المرهون يتوقف على إجازة المرتهن .

الحالة الثامنة عشرة : بيع المستأجر يتوقف على إجازة المستأجر .

الحالة التاسعة عشرة : بيع ما في مزارعة الغير يتوقف على إجازة المزارع .

الحالة العشرون : بيع المرتد موقوف على إسلامه عند أبي حنيفة .

الحالة الواحدة و العشرون : و شراء الوكيل نصف عبد و كل في شرائه كله ، فإنه موقوف على

إجازة الموكل ، فإن اشترى الوكيل الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل .

الحالة الثانية و العشرون : بيع الوكيل نصف عبد و كل في بيعه كله ، فإنه موقوف على إجازة

الموكل ، فإن باع الباقي قبل الخصومة نفذ عند أبي يوسف و محمد ،

و أما عند أبي حنيفة فإن البيع يعتبر نافذا قبل الإجازة .

الحالة الثالثة و العشرون : و بيع الشريك نصيبه من مشترك بالخلط و الإختلاط موقوف على إجازة شريكه .

الحالة الرابعة و العشرون : الوكيل إذا وكل بلا إذن و تعميم فعقد الوكيل الثاني موقوف على إجازة الوكيل الأول .

الحالة الخامسة و العشرون : أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه فإنه يتوقف على إجازته ، فإن أجازته جاز بخلاف ما إذا كان غائبا فإنه لاينفذ بإجازته .

الحالة السادسة و العشرون : أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر فإنه يقف على إجازة ذلك الآخر .

الحالة السابعة و العشرون : أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر فإنه يتوقف أيضا على إجازة ذلك الآخر .

الحالة الثامنة و العشرون : إذا أمر الموكل الوكيل بالبيع فاسدا فباع بيعا صحيحا كان البيع موقوفا على إجازة الموكل عند محمد من الحنفية .

الحالة التاسعة و العشرون : إذا صالح أحد و هو فضولي ، عن دعوى واقعة بين شخصين فيكون الصلح موقوفا على إجازة المدعى عليه .

الحالة الثلاثون : إذا أقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا إذن فإن ذلك يكون موقوفا على إذن المودع صاحب المال .

الحالة الواحدة و الثلاثون : و إذا أقرض الشريك المضارب بدون تفويض ، يكون قرضه موقوفا على إجازة رب المال .

الحالة الثانية و الثلاثون : التصرف في اللقطة يقع موقوفا على إذن صاحبها .

الحالة الثالثة و الثلاثون : و التصرف في زوجة المفقود بالتفريق موقوف على إجازته إن ظهر .

الحالة الرابعة و الثلاثون : و بيع ما في تسليمه ضرر : موقوف على تسليمه في المجلس .

الحالة الخامسة و الثلاثون : بيع المريض عينا من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على إجازة باقي الورثة و لو كان بمثل القيمة عند أبي حنيفة .

الحالة السادسة و الثلاثون : تصرف المدين المعسر إضرارا بدائنيه موقوف على إجازة الغرماء خلافا لأبي حنيفة (1) .

(1) الخرشي ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ٢٦٦ .

الحالة السابعة و الثلاثون : تصرف المرأة المتزوجة في مالها بالمحابة بما يزيد عن الثلث دون إذن زوجها موقوف على إجازة الزوج عند الإمام مالك .

الحالة الثامنة و الثلاثون : و يلحق بالتصرفات الموقوفة نقل الأعضاء من الموتى فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الورثة ، إذا لم يوص بذلك ، أما إذا أوصى فلا حاجة إلى إجازتهم .

الحالة التاسعة و الثلاثون : و أيضا نقل الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام موقوف على إجازتهم أو إجازة الولي .

الحالة الأربعون : و كذا نقل الأعضاء من الحي كالكلبيتين أو العينين أو إحدى الأسنان أو بعض الدم فإنه موقوف على إجازة المنقول منه (١) .

الحالة الواحدة و الأربعون : زواج الفتاة البالغة لنفسها موقوف على إجازة الولي عند محمد من الحنفية .

الحالة الثانية و الأربعون : بيع البائع للشيء المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف على إجازة المشتري ، أما قبل القبض في المنقول فلا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخ لا ينفذ ، و في العقار على خلاف فيه .

الحالة الثالثة و الأربعون : و بيع الشيء برقمه موقوف على تعيين السعر و علم المشتري بالرقم الذي رقمه البائع .

الحالة الرابعة و الأربعون : و البيع بما باع به فلان و المشتري لا يعلم ، موقوف على العلم في المجلس .

الحالة الخامسة و الأربعون : و البيع الذي فيه خيار المجلس موقوف على مدة الخيار .

الحالة السادسة و الأربعون : و بيع الشيء بقيمته موقوف على تعيين السعر .

الحالة السابعة و الأربعون : و البيع بمثل ما يبيع الناس موقوف على تعيين السعر .

الحالة الثامنة و الأربعون : و البيع بمثل ما أخذ به فلان موقوف على العلم في المجلس إن علم المشتري صح و إلا بطل .

(١) د. سعيد رمضان البوطي، انتفاع الإنسان بأعضاء إنسان آخر حيا أو ميتا ، مقال منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الرابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الرابع ، ج١ ، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، ص / ١٠٨ ، ١٠٩ .

الحالة التاسعة و الأربعون : و بيع المالك للشيء المغصوب موقوف على إقرار الغاصب أو البيئنة بعد إنكاره .

الحالة الخمسون : و بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك ، يعني إذا باعه لمالكه لا لنفسه .

الحالة الواحدة الخمسون : و البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، فإن الصحيح أنه موقوف فإن أسقطه قبل دخول الرابع جاز ، و إفسد .

الحالة الثانية و الخمسون : البيع بما حل به فإنه موقوف على العلم في المجلس .

الحالة الثالثة و الخمسون : و البيع بما يريده موقوفا على بيان ذلك في المجلس .

الحالة الرابعة و الخمسون : و البيع بما يجب موقوفا على العلم في المجلس .

الحالة الخامسة و الخمسون : و البيع برأس ماله موقوفا على العلم في المجلس .

الحالة السادسة و الخمسون : و البيع بما اشتراه موقوفا على العلم في المجلس .

الحالة السابعة و الخمسون : بيع الوارث للتركة المستخرقة بالدين موقوف على إجازة الغرماء .

الحالة الثامنة و الخمسون : بيع المكره موقوفا على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه عند زفر من الحنفية .

فحالات التصرفات الموقوفة هذه في مجملها لا ينطبق عليها المعنى الإصطلاحي للعقد الموقوف بل هناك حالات لا تعدو أن تكون من إحدى الطائفتين :

الطائفة الأولى : هناك حالات موقوفة الصحة ، أي الموقوف فيها صحة العقد و ليس النفاذ : مثل : بيع الشيء برقمه ، فالعقد فاسد لعدم معرفة الثمن .

الطائفة الثانية : و هناك حالات موقوفة الإنعقاد أو اللزوم ، أي الموقوف فيها انعقاد العقد

و ليس نفاذه ، مثل : البيع الذي فيه خيار المجلس ، فالعقد موقوف الإنعقاد فإذا أجزى في مدة الخيار جاز ، و إن لم يجز فيها فسخ .

و أما الحالات الباقية فهي الحالات الموقوفة النفاذ أي العقد الموقوف النفاذ و هذا ما نتناوله بالتقسيم و التصنيف في المبحث الثاني من هذا الفصل .

## المطلب الثاني: حالات العقد الموقوف في القانون .

إذا كانت التقنيات المدنية لا تأخذ بفكرة العقد الموقوف على غرار الفقه الإسلامي ، فقد طبقت فكرة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري - التي تلتقي في حدود معينة مع فكرة العقد الموقوف - على بعض التصرفات الصادرة من ناقص الأهلية و من في حكمه ، و تصرفات معيب الإرادة ، الأمر الذي يقتضي مني أن أقسم هذا المطلب إلى فرعين .

أتناول في الفرع الأول : حالات العقد القابل للإبطال في القانون .

و في الفرع الثاني : حالات العقد غير الساري أو غير النافذ .

## الفرع الأول: حالات العقد القابل للإبطال .

نحاول في هذا الفرع أن نعرض حالات العقد القابل للإبطال في التقنيات المدنية مع مقارنتها بحالات العقد الموقوف في التقنيات المدنية التي تأخذ بفكرة العقد الموقوف . كالتقنين المدني العراقي و التقنين الأردني .

و لذلك سيكون مجال عرض هذه الحالات في بندين :

البند الأول : صور العقد القابل للإبطال في القانون .

البند الثاني : صور العقد الموقوف في التقنيات المدنية .

البند الأول : صور العقد القابل للإبطال في القانون المدني .

تناول المشرع في التقنين المدني الجزائري حالات العقد القابل للإبطال على النحو التالي :

### الحالة الأولى : تصرفات ناقص الأهلية .

كتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع و الضرر و من في حكمه كالسفيه و ذي الغفلة . في الحقيقة لم يتعرض القانون المدني الجزائري لحكم تصرفات الصبي المميز، و اقتصر ( المادة : ٤٣ ) منه على اعتباره ناقص الأهلية ، فقد نصت ( المادة : ٤٣ ) (( كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفياً أو معتوها ( ذا غفلة ) ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون )) .

و قد أحال القانون في هذا الشأن على مدونة الأحوال الشخصية فلذا نصت ( المادة : ٨٣ ) من قانون الأسرة الجزائري ، بقولها : (( من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا ( للمادة : ٤٣ ) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر ، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء )) .

و يتبين من هذا النص ، أن قانون الأسرة قد أخذ بفكرة العقد الموقوف فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع و الضرر ، و العقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا ينتج آثاره إلا إذا أجاز له الصبي بعد بلوغه سن الرشد أو أقره وليه أو وصيه قبل ذلك .

أما طبقا لأحكام القانون المدني في ( المادتين : ١٠٠ و ١٠١ ) من التقنين الجزائري ، فإن تصرفات الصبي الدائرة بين النفع و الضرر تكون صحيحة و منتجة لكل آثارها ، حتى يقرر إبطالها بعد بلوغه سن الرشد، و يزول حق إبطالها إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات ، و إذن فإن أحكام قانون الأسرة الجزائري تختلف عن أحكام القانون المدني الجزائري الذي لا يأخذ بفكرة العقد الموقوف ،

و لذا فإنه ينبغي للمشرع الجزائري أن يعيد النظر في أحكام القانونين ، فإما أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف فلا يكون هناك محل لطلب الإبطال ولا لسقوط الحق فيه ، وإما أن يأخذ بأحكام القانون المدني الذي يقرر سقوط الحق في إبطال العقد انظر ( المادة : ١٠١ / ١ ) من القانون المدني الجزائري . و إذا أراد المشرع الجزائري أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف فإنه يحسن به أن يضيف إلى ( المادة : ٨٣ ) من قانون الأسرة الجزائري : (( أن للصبي المميز الحق في إجازة هذا العقد بعد بلوغه سن الرشد إذا لم يقره وليه أو وصيه قبل ذلك )) (١) .

وأما من في حكم الصبي المميز كالسفيه و ذي الغفلة فإنه يأخذ حكم الصبي المميز إذ نصت ( المادة : ٤٣ ) من القانون المدني ، يعتبر السفيه و ذو الغفلة ( المعتوه ) ناقص الأهلية فقط، و تأخذ تصرفاتهما تصرفات الصبي المميز غير أن ( المادة : ٤٢ ) تلحق المعتوه ( ذا الغفلة ) بالمجنون و فاقد التمييز لصغر في السن .

أما قانون الأسرة فقد ألحق السفيه بالمجنون و المعتوه و لم يتعرض لذي الغفلة فنص في ( المادة : ٨٥ ) منه على أنه : (( تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه ، و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه )) . ثم أضاف في ( المادة : ١٠١ ) قوله : (( من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه ، و طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه )) . ثم قضى ( بالمادة : ١٠١ ) منه بما يلي : (( تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ، و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورهما )) .

(١) د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط ١٩٩٣، ص / ٤٩ ، ٥٠ .

و على ضوء ذلك نستنتج النتائج التالية :

أ - أن المعتوه يأخذ حكم الصبي المميز و السفیه طبقا ( للمادة : ٤٣ م ج ) و يأخذ حكم المجنون و فاقد التمييز طبقا ( للمادة : ٤٢ م ج ) .

ب - لم يتعرض قانون الأسرة لذي الغفلة إلی جانب السفیه ( le prodigue ) رغم إشارة القانون المدني الجزائري في النص الفرنسي ( للمادة : ٤٣ ) بقوله ( frappé d'imbécillité ) التي تعني ذا الغفلة و هي ترجمة خاطئة للكلمة ، و كان الأولى أن يذكر إصطلاح ( Etourdi ) ، و الملاحظ أن المشریح ترجم مصطلح ( frappé d'imbécillité ) بالعته ، و كان الأولى أن يذكر إصطلاح ( P'idioté ) .

ج - كما يتضح من خلال ما تقدم التعارض البين بين القانون المدني الذي يعتبر الجنون و العته معدمين للأهلية في ( المادة : ٤٢ م ج ) بحيث تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل الحجر عليهما ، و بين قانون الأسرة الذي يقضي ببطلانها إذا صدرت منهما بعد الحكم بالحجر ، أما قبل الحكم فهي صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة و فاشية فتكون حينئذ باطلة . (١)

د - و هكذا تختلف أحكام قانون الأسرة عن أحكام القانون المدني الجزائري و أحكام القوانين العربية الأخرى التي تعتبر السفیه و ذا الغفلة في حكم الصبي المميز بعد تسجيل قرار الحجر ، أما قبله فهي صحيحة ما لم يكن هناك استغلال أو تواطؤ و على هذا نصت ( المادة : ١١٥ ) من القانون المدني المصري أنه : (( إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفیه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ )) (٢) .

الحالة الثانية : توافر عيوب الإرادة .

من حالات العقد القابل للإبطال وجود عيب من عيوب الإرادة و هي كالتالي :

١ - الغلط : كما قضت بذلك ( المادة : ٨١ ) من التقنين المدني الجزائري على أنه (( يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله )) . و إذن فيشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة و يجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا .

٢ - التبدليس : كما جاء في نص ( المادة : ٨٦ ) من التقنين المدني الجزائري من (( أنه يجوز إبطال

(١) د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلزام ، ص / ٥٥ .

(٢) السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ف / ١٥٨ ، ص / ٢٨١ ، ٢٨٣ .

العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقد أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد)).

٣ - الإكراه : إذ نصت ( المادة : ١/٨٨ ) من القانون المدني الجزائري أنه : (( يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق )).

٤ - الإستغلال : تنص ( المادة ١/٩٠ ) من التقنين المدني الجزائري على عيب الإستغلال بقولها : (( إذا كانت التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقد ))).

#### الحالة الثالثة : اجتماع عاهتين .

إذا اجتمعت في شخص عاهتان من العاهات الثلاث العمى و البكم و الصمم و تعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب وجود عاهتين من هذه العاهات، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في القيام ببعض التصرفات التي تعينها المحكمة ، و غالبا ما تكون هذه التصرفات خطيرة ، و حينئذ يسجل قرار المحكمة و لايجوز لذي العاهتين أن يقوم بهذه التصرفات دون مساعدة المساعد ، و إذا قام بها ذو العاهتين وحده ، كانت قابلة للإبطال لصالحه و هذا طبقا ( للمادة : ٨٠ ) من التقنين المدني الجزائري .

#### الحالة الرابعة : البيع في مرض الموت .

(( إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة ، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال )) و بذلك قضت ( المادة : ٤٠٨ ) من التقنين الجزائري .

#### الحالة الخامسة : بيع ملك الغير .

و من حالات العقد القابل للإبطال أيضا بيع ملك الغير ، و طلب الإبطال في هذه الحالة مقرر لصالح المشتري كما نصت ( المادة : ٣٩٧ ) من التقنين المدني الجزائري على أنه : (( إذا باع شخص شيئا معينا بالذات و هو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه ، و في كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازره المشتري ))).

الحالة السادسة : بيع النائب لنفسه .

و من ذلك أيضا جواز إبطال بيع النائب لنفسه ، و شراء السماسرة و الخبراء لأنفسهم الأشياء المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ، كما جاء في ( المادة : ٤١٠ ) من ت م ج و ( المادة : ٤١١ ) من ت م ج .

و البطلان في هاتين المادتين نسبي كما نصت عليه ( المادة : ٤١٢ ) من ت م ج من أنه (( يصح البيع في الأموال المشار إليها في ( المادتين ٤١٠ ، ٤١١ ) ، إذا أجازته من تم البيع لحسابه )) .

البند الثاني : صور العقد الموقوف في التقنيات المدنية .

اعتبرت التقنيات المدنية - العراقي ، الأردني - التي أخذت بفكرة العقد الموقوف و أحلتها محل فكرة العقد القابل للإبطال ، العقد موقوفا في الحالات التالية :

أولا : صور العقد الموقوف في القانون المدني العراقي .

الحالة الأولى : تصرف ناقص الأهلية ، و من في حكمه كالسفيه و ذي الغفلة في التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر ، كما نصت على ذلك ( المادة : ١/٩٧ ) ، و ( المادة : ١٣٤ / ١ ، ٢ ) من التقنين المدني العراقي .

الحالة الثانية : تصرف معيب الإرادة : و هو من وقع في غلط ( المادة : ١١٧ ، ١١٨ ) أو إكراه ( المادة : ١١٥ ) أو تغرير مع غبن أو إستغلال ( المادة : ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ) .

الحالة الثالثة : التصرف في مال الغير بدون إذن منه ، و دون ولاية كبيع ملك الغير كما نصت ( المادة : ١/١٣٥ ، ٢ ، ٤ ، ٣ ) و إجازة ملك الغير في ( المادة : ٧٢٣ ، ٧٢٥ ) .

ثانيا : صور العقد الموقوف في القانون المدني الأردني .

تعرض القانون المدني الأردني لحالات العقد الموقوف في ( المادة : ١٧١ ) حيث نصت على أنه : (( يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة - إذا صدر من فضولي في مال غيره - أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله و كان تصرفا دائرا بين النفع والضرر - أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك )) .

و تفصيل هذه الصور جاء في المواد التالية :

**الحالة الأولى :** تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر تنعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد (المادة : ١١٨ / ٢). واعتبرت ( المادة : ١٢٨ ) المعتوه في حكم الصغير المميز في تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر. وأما السفیه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون ( المادة : ١٢٧/٢)، واعتبرت ( المادة : ١٢٩ ) تصرفات السفیه وذو الغفلة في حكم تصرفات الصغير المميز في تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر .

**الحالة الثانية :** تصرفات معيب الإرادة : إذا كان لغلط وقع في ماهية العقد أو في شرط من شروط الإنعقاد أو في المحل بطل العقد ( المادة : ١٥٢ ) وإذا كان في صفة مرغوبة للمتعاقد جاز له الفسخ نص ( المادة : ١٥٣ ) .

- وإذا كان عيب الإرادة : هو الإكراه فقد نصت ( المادة : ١٤١ ) على أنه : (( من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده - و لكن لو أجازه المكروه أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا )) .

- وإذا شاب الإرادة : غبن أو تغرير كما جاء في ( المادة : ١٤٧ ) : (( إذا أصاب الغبن و لو كان يسيرا - مال المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت - وكان دينهما مستغرقا لمالهما كان العقد موقفا على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين و إلا بطل )) .

وبلاحظ على التقنين المدني الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف الملاحظات التالية :

أ - أن العقد يكون موقوف النفاذ إذا كان هناك نقص في الأهلية .

ب - أو إذا تعلق حق الغير بالمحل كما في حالات تصرف الفضولي ، و تصرف مالك العين المرهونة أو المؤجرة ، و البيع الصادر من المريض في مرض الموت لو ارثه .

ج - أن نطاق العقد الموقوف ، إضافة لهذين السببين يشمل عيوب الإرادة .

و بذلك تكون أسباب العقد الموقوف في التقنين المدني العراقي و الأردني أوسع من أسباب العقد القابل للإبطال ، فهي تشمل نقص الأهلية ، و عيوب الإرادة و انعدام الولاية على المحل .

**الفرع الثاني :** حالات عدم السريان أو عدم النفاذ في القانون .

تناول المشرع الجزائري حالات عدم السريان أو عدم النفاذ على النحو التالي :

الحالة الأولى : قد يكون العقد صحيحا بين طرفيه و لكنه لا ينفذ في مواجهة الغير ، لان هذا الغير لم يشترك فيه لسبب من الأسباب .

أ - من ذلك العقد الذي يبرمه مدين معسر إضرارا بحق دائنيه : فهو عقد صحيح و منتج لآثاره فيما بين المدين و من تعاقد معه ، و لكنه غير نافذ في مواجهة الدائنين ، إذا طعن فيه بالدعوى البولصية

( دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين ) كما جاء في ( المادة : ١٩١ ) من التقنين المدني الجزائري .

ب - و العقد الذي يكون قابلا للإبطال بين البائع و المشتري ، و لكنه لا ينفذ في مواجهة الغير و هو المالك الحقيقي ، كما في حالة بيع ملك الغير فهو قابل للإبطال بين عاقديه البائع و المشتري ، و لكنه لا يسري في حق المالك ، فإذا ما أجاز المشتري العقد يسقط حقه في الإبطال ، و مع ذلك لا يسري في مواجهة المالك الحقيقي كما قضت بذلك ( المادة : ٢٠١/٣٩٧ ) من ت م ج .

ج - و العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت فهو صحيح فيما بين المتعاقدين و لكنه لا يسري في حق الغير و هم هنا الورثة ، إلا إذا أجازوه طبقا ( للمادة : ٤٠٨ ) من ت م ج .

الحالة الثانية : العقد الذي يبرمه الوكيل و يجاوز فيه حدود الوكالة المرسومة ، كما نصت ( المادة : ٥٧٥ ) من ت م ج ، أو العقد الذي يبرمه الوصي و يجاوز فيه حدود الوصاية كما جاء في ( المادة : ٧٧٥ ) من ت م ج فهذه العقود و إن كانت قد نشأت صحيحة في ذاتها إلا أن آثارها لا تسري بين المتعاقدين و لا تكون نافذة في حق الغير ، و يبدو أنها موافقة للعقد الموقوف في الفقه الإسلامي في فترة الوقف في أنه لا ينتج أثره بين عاقديه و لا بالنسبة لصاحب الحق في الإجازة كالأصيل في الوكالة و الوصية، و المالك في حالة بيع ملك الغير .

و يلاحظ أن الحق في طلب الإبطال يزول بالإجازة (Confirmation)، غير أن عدم النفاذ يزول بإقرار الغير (Rutification).

الحالة الثالثة : كما أخذ المشرع الجزائري بفكرة عدم السريان في حوالة الحق التي اعتبرها مقابلة لحوالة الدين التي جاءت في ( المادة : ٢٥٢ / ١ ، ٢ ) فنصت ( المادة : ٢٤١ ) من ت م ج على أنه : (( لا يحتج بالحوالة قِيل المدين ، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين ، أو أخبر بها بعقد غير قضائي، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قِيل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ )) .

و نخلص مما سلف بيانه إلى أن نطاق العقد الموقوف أوسع و أشمل لحالات كل من العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري ؛ فهو يشمل إضافة إلى تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع و الضرر ، التصرفات الصادرة من غير ذي ولاية شرعية أو ممن ليست له ولاية التصرف كما رأينا ذلك في القانون المدني العراقي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي .

كما أن فكرة العقد الموقوف تتصف بالدقة ، و تحقق حماية أكثر مما يحققه العقد القابل للإبطال كما

رأينا ذلك في تصرفات الصبي الدائرة بين النفع و الضرر ، فإن المشرع الجزائري يقرر زوال حق الإبطال إذا لم يتمسك به صاحبه بعد مضي عشر سنوات من بلوغ القاصر سن الرشد و بعد اكتشاف الغلط أو التدليس و انقطاع الإكراه ، و إطالة المدة إلى هذا الحد تؤدي إلى عدم استقرار التعامل بين الناس ، فكيف يتصور أن يظل المتعاقد الآخر في العقود المشوبة بعيب من هذه العيوب مهدداً ببيطال عقده لمدة عشر سنين ؟ و لقد كان المشرع المصري أقرب إلى الواقع و المنطق لما قصر المدة إلى ثلاث سنوات من يوم زوال العيب بل لقد قصرها المشرع السوري إلى سنة واحدة فقط على غرار القانون السويسري مبالغة في المحافظة على استقرار التعامل<sup>(١)</sup> ، و قد كان اختيار المشرع العراقي موقفاً لما قصر المدة إلى ثلاثة أشهر ، لأن العقد الموقوف بخلاف العقد القابل للإبطال غير نافذ ، فلم يرد أن يبقى التعامل موقفاً غير مستقر مدة طويلة<sup>(٢)</sup> ، بينما يقرر الفقه الإسلامي أن الصبي له حق إجازة العقد بعد بلوغه سن الرشد و قد حدد مدة سقوط حق الإجازة بسنة<sup>(٣)</sup> .

كما يشمل العقد الموقوف التصرفات التي يتعلق بها حق الغير كتصرف المدين المعسر الضار بدائنيه، و كتصرف الموصى في القدر الزائد على الثلث للوارث أو للأجنبي ، و كبيع المرهون و المستأجر ، و كالتصرف في الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالإختلاط موقوفة على إجازة الشركاء قبل القسمة . و كذا الشأن بالنسبة لحالة عدم السريان : فإن العقد الموقوف قد تناول حالاتها في تصرفات المدين المعسر في ماله إضراراً بدائنيه ، و تصرف الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة و غيرها من الحالات .

## المبحث الثاني : تقسيم وتصنيف حالات العقد الموقوف .

نعني بتصنيف حالات العقد الموقوف تقسيمها وتنظيمها في مجموعات وفق منهج خاص يستوعب جميع الحالات السالفة الذكر، وقد تبين لنا بالإستقراء أن صور التصرفات الموقوفة يمكن تصنيفها وتقسيمها في ثلاث مجموعات .

مجموعة تضم صور العقد الموقوف الصحة .

و مجموعة تضم صور العقد الموقوف اللزوم .

و مجموعة تضم صور العقد الموقوف النفاذ .

(١) د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، ص / ٨١ ، ٨٢ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ٤ ، ص / ٢٨٨ .

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، ص / ١٢ .

الأمر الذي يقتضي أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حالات العقد الموقوف الصحة .

المطلب الثاني : حالات العقد الموقوف للزوم .

المطلب الثالث : حالات العقد الموقوف النفاذ .

المطلب الأول : حالات العقد الموقوف الصحة .

قبل ذكر حالات العقد الموقوف الصحة ينبغي أن نحدد مصطلح الصحة ، ثم شروطها حتى نعرف متى يكون العقد صحيحاً ومتى يكون فاسداً ؟ وعلى ضوء ذلك نصنف حالات عدم الصحة التي وردت عند الفقهاء ضمن التصرفات الموقوفة النفاذ .

ولبيان ذلك قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

تناولت في الأول : معنى الصحة .

و في الثاني : شروط صحة العقد .

و في الثالث : حالات عدم الصحة .

الفرع الأول : معنى الصحة .

للصحة معنيان : أحدهما في اللغة والأخر في الإصطلاح الشرعي ، وبتكلم عنهما في بندين :

البند الأول : الصحة في اللغة .

مصدر صح والصحة خلاف السقم، و ذهاب المرض، و قد صح فلان من عكته و استصح<sup>(١)</sup>.  
و الصّحاح بالفتح ذهاب المرض و البراءة من كل عيب<sup>(٢)</sup> .

و هذا التعريف ينطبق على الحسيات دون المعنويات التي هي مجال بحثنا و لكن رغم ذلك فإن كلمة " البراءة من كل عيب " يمكن أن تشمل الجميع حتى ما يعقده الإنسان من عقود فإنه يجب أن يكون خالياً من كل عيب يؤدي به إلى الفساد أو البطلان .

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٤ ، دار المعارف ، باب الصاد ، ص / ٢٤٠١ .

(٢) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ، باب الحاء فصل الصاد ، ص / ٢٣٣ .

البند الثاني : الصحة في الإصطلاح الشرعي.

الصحة هي الإتيان بالأمر الشرعي موافقا لما أمر به الشارع ، أي مستكملا أركانه و شرائطه. فإذا أتى بذلك الأمر غير موافق لما أمر به الشارع بأن كان فائت الركن أو فائت الشرط فهو غير صحيح ، و جمهور الفقهاء اعتبروا أن جميع حالات عدم الصحة تسري عليها أحكام واحدة : أهمها عدم ترتب آثار ذلك الأمر عليه أصلا ، و يسمون التصرف فائت الركن أو فائت الشرط الباطل أو الفاسد بمعنى ، أما الحنفية فلا يسوون بين حالات فوات الأركان وحالات فوات الشروط ، فالحالات الأولى حالات انعدم فيها معنى التصرف أصلا فلا يترتب عليها أثر ما و يسمى عندهم بالباطل أما الحالات الأخرى فالتصرف فيها موجود وجودا ناقصا لفوات شروط الصحة وحينئذ يمكن أن تترتب عليه بعض الآثار ، و يسمى عندهم بالفاسد ، فالبطلان عندهم غير الفاسد في المعنى و الحكم<sup>(١)</sup> كما بينا ذلك من قبل .

فأساس اختلاف الفقهاء في عدم وحدة الصحة أو تعددها أن الحنفية جعلوا العقد فاسدا إذا تخلفت فيه شرائط الصحة ، مع كونه منعقدا موجودا في حد ذاته ، و هذا الذي يقودنا إلى الحديث عن شروط الصحة .

### الفرع الثاني : شروط صحة العقد .

شروط الصحة هي الشروط المتعلقة بأوصاف العقد الخارجية ، بأن يكون مفيدا على وجه مشروع ، و أن يكون خاليا من شروط الفساد الستة و هي الجهالة و الإكراه و التوقيف و الغرر و الضرر و الشروط الفاسدة<sup>(٢)</sup> . كما نصت ( المادة : ٣٦٤ ) من مجلة الأحكام العدلية من أنه : (( إذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعا بإعتبار بعض أوصافه الخارجة كما إذا كان المبيع مجهولا أو كان في الثمن خلل صار بيعا فاسدا )) . و سنتناول هذه الشروط بشيء من البيان فيما يلي :

البند الأول : أن يكون خاليا من الجهالة .

و يراد بها الجهالة الفاحشة منعا للغرر و النزاع بين طرفي العقد ، و جعل الحنفية العرف

(١) د. محمد الحسوني حنفي ، نظرية البطلان في العقود ، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد الأول ، السنة ٢ ، مطبعة

جامعة عين شمس ، ١٩٦٠ م ، ص / ١٩٠ .

(٢) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ٥٠٥ .

حكما في أن الجهالة فاحشة أو يسيرة ، فلا يجوز التعاقد على بيع ساعة من غير بيان نوعها أو قطن من غير بيان صنفه أو شاة من قطيع غنم فكل هذا يؤدي إلى التنازع لأن فيه جهالة فاحشة ، أما إذا كانت الجهالة يسيرة و لاتفضي إلى النزاع ، و العرف جرى على التعاقد مع وجودها ، كان يبيعه مائة برتقالة من نوع معين أو مائة بيضة دجاجة مع تفاوتها في الأحجام فيتم العقد معها (١) .

و للجهالة الفاحشة أربعة أنواع :

١- جهالة محل العقد : في جنسه أو نوعه أو قدره بالنسبة للمشتري ، فقد تكون الجهالة في الجنس كأن يبيع تاجر لآخر كل ماله في محل التجارة من غير أن يعرف المشتري ما فيه من الأصناف و الأنواع ، كما تكون في القيمة أو القدر ، كأن يبيع شخص لآخر شاة من غنمه مع تفاوت قيمتها من غير تحديد لهذه الشاة ، أو أن يبيع تاجر أصواف لآخر ثلاثة أمتار من الصوف من غير تعيين للصوف تعيينا تاما فلا ينعقد معها العقد (٢) .

٢- جهالة ثمن المبيع : فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله أو بما سيستقر عليه السعر أو بما يريده ، أو بيع الشيء بما اشتراه و هو غير معروف (٣) .

٣- جهالة الأجل : كما في الثمن المؤجل ، أو في خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام ، فيجب أن تكون المدة معلومة و إلا فسد العقد ، لأن من شروط صحته أن تكون العين المبيعة معينة حاضرة وقت العقد و إلا كان تأخر تسليمها ملحقا ضررا من غير فائدة (٤) .

٤- الجهالة في وسائل التوثيق : كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فيجب ان يكونا معينين و إلا فسد العقد (٥) .

البند الثاني : أن يكون خاليا من الإكراه .

و الإكراه هو حمل المستكره على أمر يفعله ، و هو بنوعيه التام و الناقص يؤثر في صحة العقد ، فيجعله فاسدا عند جمهور الحنفية و موقوفا عند زفر ، فيملك المشتري المبيع بالقبض إذا اعتبر فاسدا ، و لا يملكه مطلقا بالقبض إذا اعتبر موقوفا ، و الأرجح اعتبار عقد المكره موقوفا ، لأنه باتفاق

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٥٧ ، ١٥٨ .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ، ص / ٤١٧ .

(٣) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٤١٧ .

(٤) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٤٥٢ .

(٥) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٧١ .

الحنفية إذا أجازته المستكره بعد زوال الإكراه يجوز و يلزم في حقه . و هذا هو حكم العقد الموقوف لا الفاسد . (١)

البند الثالث : أن يكون خاليا من التوقيت .

و هو أن يوقت البيع بمدة معينة كما لو قال : بعتك هذا الثوب شهرا أو سنة ، فيكون البيع فاسدا ، لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت .

البند الرابع : أن يكون خاليا من الغرر .

و المراد به غرر الوصف ، كما لو باع بقرة على أنها تحلب كذا لترا ، لأنه موهوم التحقق فقد ينقص ، أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار ، فإنه شرط صحيح ، أما غرر الوجود فهو مبطل للبيع كأن يكون المبيع محتملا للوجود و العدم ، كبيع نتاج النجاج ، و بيع الحمل في بطن أمه لأنه قد يظهر ميتا (٢) .

البند الخامس : أن يكون خاليا من الضرر .

و المراد به عدم وجود الضرر عند تسليم محل العقد ، فلا بد أن يكون المتعاقد قادرا على تسليم المبيع للآخر عند التعاقد و لو حكما كما لو باع جذعا معينة في سقف مبني ، أو ذراعا من ثوب يضره التبويض بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبويضه ، فإن التنفيذ يقضي بهدم ما حول الجذع و تعطيل الثوب بالقطع ، و بما أن الفساد هنا لصيانة حق شخصي ، لا لحق الشرع ، قرر الفقهاء أن البائع لو نفذ الضرر على نفسه ، بأن قلع الجذع أو قطع الثوب و سلمه إلى المشتري ، انقلب البيع صحيحا (٣) .

البند السادس: أن يكون العقد خاليا من الشرط الفاسد .

و هو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين ، إذا لم يكن قد ورد به الشرع ، أو جرى به العرف ، أو يقتضيه العقد ، أو يلائم مقتضاه ، مثل أن يبيع سيارة على أن يستخدمها شهرا بعد البيع ، أو دارا على أن يظل مقيما بها مدة معينة، و هذا الشرط إذا وجد في عقد من عقود المعاوضات المالية أفسده،

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٧ ، ص / ١٨٦ و ما بعدها .

(٢) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٤١١ .

(٣) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٤١٣ .

- و لكنه يكون لغوا في العقود الأخرى ، مثل التبرعات و الزواج ، و تكون هذه العقود حينئذ صحيحة .  
و الملاحظ أن عرف الناس في الزمن الراهن ، قد تخطى الشروط الفاسدة .  
و على ضوء هذه الشروط نحاول تصنيف حالات العقد الموقوف الصحة .

### الفرع الثالث: حالات عدم الصحة .

ذكرنا في التصرفات الموقوفة حالات يكون العقد فيها موقوفا لجهالة بالثمن ، و أخرى يكون فيها موقوفا لجهالة الأجل كالعقد المشروط فيه الخيار ، و في صور يكون المانع من الصحة وجود الضرر عند تسليم المبيع ، أو وجود الغرر كبيع المغصوب . و نتناول هذه الحالات ضمن العقد الموقوف الصحة من خلال ما أخذنا من شروط . و أقسم هذا الفرع إلى ثلاثة بنود :

البند الأول : حالات عدم تعيين الثمن .

البند الثاني : حالات وجود الضرر عند تسليم المبيع .

البند الثالث : و في حالة العقد المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام .

### البند الأول : حالات عدم تعيين الثمن .

ذكرنا ضمن التصرفات الموقوفة حالات موقوفة لعدم تعيين ثمن محل العقد و أهمها :

- ١ - بيع الشيء بقيمته دون السعر الذي لم يستقر بعد ، ولم يعلمه البائع .
- ٢ - و بيع الشيء برقعه و هي علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن دون علم المشتري .
- ٣ - و بيع الشيء بحكمه دون تسليمه الثمن .
- ٤ - و بيع الشيء بمثل ما يبيعه الناس دون المساومة لأنهم رضوا بالسعر الذي يشتري به عامتهم .
- ٥ - و بيع الشيء بمثل ما أخذ به فلان دون مساومة و لامتزاجه إذا رضي المشتري بخبرة البائع .
- ٦ - و بيع الشيء بما حل به دون تعيين السعر .
- ٧ - و البيع بما يريد البائع دون علم المشتري بالثمن .
- ٨ - و بيع الشيء بما يجب دون علم المشتري بالثمن .
- ٩ - و بيع الشيء برأس ماله و هو غير معروف .
- ١٠ - و بيع الشيء بما اشتراه و هو غير معروف (١) .

(١) نظر بيوت حكم هذه البيوع ، ابن قدامة ، نظرية العقد ، دار المعرفة لبنان ، ص ٢٢٢ و ما بعدها .

فالعقد في كل هذه الحالات يعتبر فاسدا لعدم معرفة الثمن ، فإن قيل بأنه موقوف فإن المقصود بالوقف في هذه الحالة ، أن تكون صحة العقد هي الموقوفة ، فإن علم الثمن في المجلس جاز العقد و صار صحيحا ، لأن حالة المجلس كحالة العقد ، و يكون للمشتري بعد ذلك الخيار بين الأخذ والترك ، لأن رضاه قبل معرفة الثمن ناقص ، فينبغي أن يترك له الخيار بين القبول والرفض بعد معرفته الثمن (١) .

البند الثاني : حالات وجود الضرر و الغرر عند تسليم المبيع .

و قد يكون العقد موقوف الصحة في حالة وجود ضرر أو غرر عند تسليم المبيع و من الصور التي ذكرناها لهذه الحالة ما يلي :

أولا : بيع ما في تسليمه ضرر .

كبيع جذع من السقف أو أجر له في جدار أو نراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكره ، لأنه لا يمكن التسليم إلا بضرر ، فهذا البيع ليس موقوفا ، بل فاسد لأن البائع لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع و القطع ، و في ذلك ضرر بالبائع مما يترتب عليه فوات المقصود من العقد .

و مثله : الذي يبيع إحدى كليتيه أو إحدى عينيه أو أسنانه مما لا يترتب عليه ضرر بالحي . و حكم هذا النوع من البيوع ؛ أنه إذا نزع البائع الجذع أو قطع الذراع من الثوب و سلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع ، جاز البيع أي كان البيع صحيحا ، و يجبر المشتري على الأخذ لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم فإذا سلم باختياره و رضاه فقد زال المانع فجاز البيع و لزم (٢) .

و كذا الذي يبيع إحدى كليتيه فإن نزعها و سلمها إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع جاز البيع و يعود صحيحا لزوال المفسدة .

ثانيا : بيع ما في تسليمه غرر .

كبيع المالك للشيء المغصوب فإذا غصب الرجل شيئا و أراد بيعه فإن العقد ليس موقوفاً على الإجازة بل موقوف الصحة على إقرار الغاصب أو بينة المالك ، لعدم قدرة البائع على التسليم بدونهما و القدرة على التسليم شرط من شروط صحة العقد .

و صورة هذه المسألة : (( لو باع ( المالك ) عبداً مغصوباً فالبيع موقوف فإن جحد الغاصب و لم يكن للمغصوب منه بينة لم يجز البيع ، لأنه عقد غير مقدور التسليم للعائد .. و إن أقر به و سلمه إلى

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص / ٣ ، ٤٩ .

(٢) الكاساني ، البدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٦٨ .

المغصوب منه تم البيع لأن ملكه قائم في المحل بإقرار الغاصب و القدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فإن لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد ((<sup>(١)</sup>)).

فالعقد في هذه المسائل ليس موقوف النفاذ على الإجازة بل هو فاسد موقوف الصحة .

البند الثالث : حالة العقد المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام .

الأصل في الخيار المشروع هو أن يكون له وقت معلوم ، وقد ثبت خيار الشرط بحديث حبان بن منقذ رضي الله عنه <sup>(٢)</sup> الذي كان يغبن في البيع و الشراء ، فشكا أهله إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذلك . فقد جاء عن قتادة عن أنس أن أهل هذا الرجل أتوا النبي - صلى الله عليه وسلم - ، فقالوا : يارسول الله احجر عليه ، فنهاه النبي فقال : يارسول الله إني لا أصبر عن البيع قال : (( إذا بايعت فقل لا خلافة ، و لي الخيار ثلاثة أيام )) . قال الإمام البغوي في شرح السنة هذا حديث متفق على صحته أخرجه محمد بن عبد الله بن يوسف عن مالك ، و أخرجه مسلم عن علي بن حجر و غيره ، و عن إسماعيل بن جعفر ، عن عبد الله بن دينار من طريق عبد الله بن عمر <sup>(٣)</sup> . و قد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - حبان بذلك لدفع الغبن و الخديعة عنه .

و اختلف الفقهاء في تأويل هذا الحديث فذهب أبو حنيفة و زفر و الشافعي إلى جواز الخيار في مدة معلومة لا تزيد على ثلاثة أيام لأن الأصل امتناع الخيار و فساده لكونه مخالفا لمقتضى العقد و القياس ، إلا أنه ثبت على خلاف الأصل و القياس بحديث حبان بن منقذ - رضي الله عنه - و ما رواه ابن عمر من حديث أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا و اشترط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - البيع و قال : (( الخيار ثلاثة أيام )) . وذن الحاجة تندفع بالثلاث غالبا ، فلو زاد عليها فسد العقد و اعتبر موقوفا عند أبي حنيفة و المراد بالوقف هنا وقف الصحة لا وقف النفاذ ، فإن أجزى العقد في الثلاثة ينقلب صحيحا لزوال المفسدة قبل أن يتقرر الفساد أما إذا دخل اليوم الرابع فالعقد فاسد <sup>(٤)</sup> .

(١) السرخسي ، المرجع السابق ، ج ١٣ ، ص / ١١ .

(٢) هو حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية الأنصاري الخزرجي ، كان قد سفع في رأسه فقلل لسانه و قد أتى عليه مائة و ثلاثون سنة ، فذكر

ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال : (( إذا بايعت فقل لا خلافة و أنت بالخيار ثلاثا )) . انظر : ابن حجر ، الإصابة في تمييز

الصحابة ، ج ١ ، ص / ٣٠٢ .

(٣) أخرج البخاري هذا الحديث في باب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع .

(٤) السرخسي ، المرجع السابق ، ج ١٣ ، ص / ٤٠ و ما بعدها .

و لكن زفر اعتبر العقد فاسدا لأنه نشأ من الأصل فاسدا فلا ينقلب صحيحا .  
و أما الصاحبان و الحنابلة ، فالعقد عندهم جائز و هو ما يتفق عليه البائع و المشتري من المدة  
المعلومة قلت أو كثرت ، لأن الخيار شرع للتروي و قد يقتضي مدة أطول من ثلاثة أيام فشابهت مدته  
مدة التأجيل ، و أما تعيين الأيام الثلاثة لحبان من الرسول - صلى الله عليه و سلم - إنما كان لعدم  
حاجته لأكثر منها ، و ما يكون كافيا لشخص قد لا يكفي لغيره ، فلا يكون هذا التحديد مانعا من  
الزيادة المذكورة (١) .

والذي يفهم من هذا أنهم جعلوا حديث حبان خاصا به ، و العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .  
و اعتبر الإمام الشافعي العقد باطلا إذا زادت المدة على ثلاثة أيام ، لأنه غرر ، أما ما دون الثلاثة  
فهي رخصة فلا يجوز الزيادة عليها (٢) .

و على ذلك يكون مفهوم الشافعي وأبي حنيفة و زفر لنص الحديث أنه من باب الخاص الذي أريد به  
الخاص .

و لكن الفقه المالكي كان أكثر دقة في مسألة خيار الشرط ( التروي و الإختبار ) ، فلم يحدد لذلك مدة  
معينة بل قدرها بما تدعو إليه الحاجة ، و هي تختلف باختلاف المبيعات ، فالفاكهة التي لا تبقى أكثر  
من يوم لا يجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم ، و الثياب و الدواب يجوز فيها ثلاثة أيام ، و أما  
الأرض فيجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام ، و الدار ونحوها تحتاج مدة شهر (٣) ، و يتفق  
هذا الرأي مع رأي الصاحبين و الحنابلة .

و دليل المالكية أن المفهوم من الخيار هو اختصار المبيع ، و إذا كان الأمر كذلك و يجب أن يكون الخيار  
محدودا بزمان و مكان اختصار المبيع ، و هو يختلف بحسب المبيعات فكأن حديث حبان ورد عندهم  
تنبيهها على هذا المعنى ، و هو أن الخيار لحاجة العاقد فيقدر بها فيكون النص عندهم من باب الخاص  
أريد به العام (٤) .

كما استدلوا بما روي عن عبد الله بن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين (٥) .

و نخلص من ذلك أن هذه الحالة تعتبر من قبيل العقد الموقوف عند فقهاء الحنفية و ليس  
المراد بالوقف هنا وقف النفاذ بل المراد وقف الصحة ، و الخلاف عندهم ليس على وقف النفاذ بل  
على وقف الصحة.

(١) السرخسي ، المرجع السابق ، ج ١٣ ، ص / ٤٠ ، ٤١ .

(٢) النروي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ٢٠٩ ، ٢١٠ .

(٤) ابن رشد ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٢١٠ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص / ٦ .

فأرى يرى بأنه فاسد محتمل الصحة ، و رأي يقول بأنه غير فاسد بل صحته موقوفة على الإجازة خلال ثلاثة أيام ، ورأي صاحبين أنه غير فاسد .

### المطلب الثاني : حالات العقد الموقوف للزوم .

للقوقف على صور التصرفات الموقوفة للزوم ضمن الحالات التي أوردتها الفقهاء : يجب أن نبين حقيقة الزوم و شروطه حتى يسهل إخراج هذه الحالات من مسمى العقد الموقوف النفاذ . و نعرض ذلك في هذه الفروع على النحو التالي :

الفرع الأول : معنى الزوم .

الفرع الثاني : شروط الزوم .

الفرع الثالث : حالات عدم الزوم .

### الفرع الأول : معنى الزوم .

تتكون حقيقة الزوم من معنى لغوي و آخر اصطلاحي .

### البند الأول : الزوم في اللغة .

مصدر لزم و الزوم معروف ، و الفعل لزم يلزم لزاما و التزامه إذا لزم شيئا لا يفارقه<sup>(١)</sup> . سواء كان حسيا أو معنويا ، و الذي يهمننا من ذلك هو المعنى المعنوي إذ أن الزوم يقيد المتعاقدين فلا يستطيع أحدهما مفارقة مقتضى العقد أو فسخه ، وبذلك ينطبق المعنى اللغوي مع المعنى الإصطلاحي كما سنرى .

### البند الثاني : الزوم في الإصطلاح الشرعي .

العقد اللازم : هو كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبدا ، أو يقبله و لكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك .

فاللزوم إذن هو عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر ، و هذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية من أنه : (( إذا كان البيع

(١) تغيروا بادي ، القاموس المحيط ، ج ٤ ، ص / ١٧٥ .

لازما نافذا ، فليس لأحد المتبايعين الرجوع عنه (( المادة : ٣٧٥ ) .

وتثبت صفة اللزوم بمجرد صدور العقد من العاقدين حيث تترتب آثار العقد ويصبح لازما بمجرد تمامه ، فلا يكون لأحدهما أن يرجع في العقد بعد الإنعقاد الحاصل من ارتباط الإيجاب بالقبول ، هذا عند من لم يقل بخيار المجلس ، أما من قال به فإن صفة اللزوم عنده تثبت بانتهائه ، أما في المجلس فلكل من الطرفين حق فسخ العقد ، و لكن هذا ليس على إطلاقه في كل التصرفات فالعقود النافذة من حيث لزومها ثلاثة أنواع :

١- العقود اللازمة من الجانبين : و هي العقود التي لا يجوز لأحد من المتعاقدين بعد انعقادها أن يفسخها بدون رضى الآخر ، لأن الغرض المقصود منها لا يتم إلا بذلك كالبيع والإجارة و الزواج و الخلع و ما أشبه ذلك .

٢- العقود غير اللازمة من الجانبين : و هي التي يكون فيها لكل من المتعاقدين حق فسخ دون رضى الآخر ، إذ أن في ذلك مصلحتهما من حيث الغرض الذي يقصدان إليه ، كالوكالة و الشركة و المضاربة و ما إليها

٣- العقود اللازمة من أحد الجانبين دون الآخر : و هي التي يجوز الفسخ فيها لأحد الطرفين وحده ، والتي تكون لازمة على الآخر و لا يجوز فسخها من جانبه ، كالرهن والكفالة و نحوها (١) .  
فهذه هي أهم أنواع العقود اللازمة من المذاهب الفقهية مع خلاف يسير فيها ليس هذا هو مجاله .

## الفرع الثاني : شروط اللزوم .

لكي يكون العقد لازما لا بد له من شروط أهمها ، أن يكون العقد خاليا من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد مثل : خيار المجلس ، و خيار الشرط ، و خيار العيب ، و خيار الرؤية ، و خيار التعيين ، فإذا وجد في العقد شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار فكان له أن يفسخ العقد أو أن يقبله ، إلا إذا حدث مانع من ذلك ، وسنعرض هذا بشيء من التفصيل فيما يلي :

### البند الأول : خيار المجلس .

هو أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ماداما في مجلس العقد ، لم يفترقا بأبدانهم ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد ، و معنى هذا أن العقد لا يكون لازما إلا بإنهاء مجلس العقد

(١) د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات و العقود ، ج ٢ ، دار العلم للملايين بيروت ، ط ٢ ، ١٩٧٢ م ، ص / ٢٧١ .

بالتفرق أو بالتخيير ، و ليس ذلك في كل العقود و إنما في العقود اللازمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ و هي عقود المعاوضات المالية كالبيع و الإجارة ، و سيأتي الكلام عن هذا الخيار بالتفصيل في موضعه من الفرع الثالث .

#### البند الثاني : خيار الشرط .

هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة ، كأن يقول المشتري للبائع ، اشتريت منك هذا على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام ، و قد شرع للحاجة إليه لدفع الغبن عن العاقد في العقود .

و يثبت فقط في العقود اللازمة القابلة للفسخ بتراضي الطرفين ، و لو كان لزومها من جانب واحد ، و ذلك كالبيع و الإجارة و نحوها .

أما العقود غير اللازمة كالوكالة و الإجارة و الهبة فلا حاجة فيها لاشتراط الخيار ، لأنها بطبيعتها غير لازمة .

و تجدر الإشارة إلى الخلاف الذي وقع حول مدة الخيار المشروط ، فقد ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى أن مدة الخيار ينبغي أن تكون معلومة فإن لم تكن له مدة أو كانت المدة مجهولة أو كان الخيار مؤبدا لم يصح العقد ، و يكون حينئذ فاسدا . و قال الشافعية<sup>(٢)</sup> و الحنابلة<sup>(٣)</sup> إذا لم تكن مدة الخيار معلومة كان العقد باطلا . و أما المالكية<sup>(٤)</sup> فيجيزون الخيار المطلق بدون تحديد مدة ، و للحاكم أن يحدد مدة الخيار بالمعمول به عادة فإذا زادت المدة على المعتاد بطل العقد .

#### البند الثالث : خيار العيب .

و هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البديلين ،

و لم يكن صاحبه عالما به وقت العقد ، فسبب هذا الخيار هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله ينقص قيمته أو يخل بالغرض المقصود منه ، و لم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد ، فسمي خيار العيب .

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٧٤ .

(٢) الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، دار الفكر ، ص / ٢٥٩ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص / ٦٥ و ما بعدها .

(٤) ابن رشد ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٢٠٩ .

و قد اختلف الفقهاء في العيوب الموجبة للخيار إلى عدة مذاهب فليرجع إليها في مضافها. (١) كتب  
الفقه (١) .

#### البند الرابع : خيار الروية .

و هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه ، إذ سم يحسن  
رأه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة .

فسبب هذا الخيار عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله ، فإذا كان قد رأه سقط خياره ، و ذلك ثابت  
بقول الرسول -صلى الله عليه و سلم - (( من اشترى شيئا لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه )) (٢) .

#### البند الخامس : خيار التعيين .

هو أن يكون للعاقدين حق تعيين أحد الأشياء الثلاثة المختلفة في الثمن و الصفة التي ذكرت في  
العقد ، فإذا عين الواحد صار محل العقد معلوما بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة .

و هو لا يثبت إلا في عقود المعاوضات المالية التي تنفذ نقل ملكية الأعيان كالبيع و الهبة بعوض  
و القسمة و نحوها .

و لا يثبت هذا الخيار إلا للمشتري فقط ، على الرأي الراجح عند الحنفية ، و قد اختلف الفقهاء في  
مشروعيته ، فمنعه الشافعي و أحمد و زفر من الحنفية لجهالة المبيع ، و المبيع يشترط أن يكون  
معلوما . و أجازاه أبو خنيفة و أصحابه استحسانا لحاجة الناس إليه (٣) .

فهذه هي أهم الخيارات التي تسلب لزوم العقد فيحق لأطرافه فسخه أو إمضاؤه ، و قد شرعت  
لضمان رضا العاقدين و حفظا لمصلحتها أو دفعا للضرر الذي قد يلحق أحدهما .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ، ص / ٣٥٤ .

(٢) روي مسندا و مرسلا ، فالمسند رواه الدارقطني عن أبي هريرة ، و المرسل رواه ابن أبي شيبة و الدارقطني و البيهقي عن مكحول و هو

ضعيف ، راجع الزيلعي ، نصب الراية لأحاديث الهداية ، ج ٤ ، دار الحديث القاهرة ، ص / ٩ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ٢٦١ .

## الفرع الثالث: حالات عدم اللزوم.

من الصور التي أوردها الفقهاء ضمن حالات العقد الموقوف (( حالات البيع الذي فيه خيار المجلس )) عند من يقولون به كالشافعية و الحنابلة .

فهل تعتبر هذه الحالة من الحالات التي يكون العقد فيها موقوف النفاذ أم أن المقصود هو وقف لزوم ؟ من المعلوم أن فقهاء الحنفية و المالكية الذين أخذوا بالعقد الموقوف ينكرون خيار المجلس . فاعتمد عندهم يلزم بالإيجاب و القبول و لا يثبت فيه خيار المجلس ، لأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : (( أوفوا بالعقود ))<sup>(١)</sup> و الخيار مناف لذلك فإن الراجع عن العقد لم يف به و لأن العقد يتم بمجرد التراضي ، و يحصل التراضي بمجرد صدور الإجازة و القبول فيتحقق الإلتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

و لم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافاتها لعموم هذه الآيات القرآنية ، وقد تناول المالكية و الحنفية حديث خيار المجلس (( البيعان بالخيار ما لم يتفرقا )) بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد ، فالبيعان معناه المتساومان قبل العقد إن شاء عقدا البيع و إن شاء لم يعقدها ، و اشترط بالتفرق هو تفرق الأقوال لا بالأبدان ، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر و لا حر الخيار ، إن شاء قبل في المجلس و إن شاء رد ، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع<sup>(٢)</sup> .

و الذي اعتمد عليه الإمام مالك - رحمه الله - في رد العمل بالحديث أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه و اكتفى بقوله : (( ليس لهذا عندنا حد معروف و لا أمر معمول به فيه ))<sup>(٣)</sup> .

(( ومهما يكن من أمر تأويل الحديث ، فنحن نواجه مبدأ ضخما من أهم المبادئ القانونية ، و هي قوة العقد الملزمة ، و يكسب العقد هذه القوة عند تمامه ، و لا يجوز أن يتأخر في كسبها عن ذلك الوقت ، و القول بغير ذلك فيه إهدار لمبدأ جوهرى من مبادئ القانون و إخلال بالثقة المشروعة عند التعامل ))<sup>(٤)</sup> .

بل يجوز لتفادي هذه النتائج تغليب القياس على الأثر ، و هذا ما فعله الإمام أبو حنيفة إمام أهل نراي جريا على مذهبه ، بل هذا ما فعله إمام أهل الحديث ، و قد روى عنه تغليب القياس على السماع كما

(١) سورة المائدة ، الآية : ١ ، ج ٦ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ١٧٠ ، ١٧١ .

(٣) ابن رشد ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ١٧٠ ، ١٧١ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٢ ، ص / ٤٠ .

قال ابن رشد (١) .

وقال الشافعية والحنابلة وسفيان الثوري وإسحاق : إذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع جائزا ، أي غير لازم مادام المتعاقدان في مجلس العقد ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ، مادام مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبدانهما أو يتخيرا ، وعمدتهما في ذلك حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم **قال** : (( المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا ، إلا ببيع الخيار )) وهو حديث في إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها (٢) .

وتحدد طبيعة التفرق عندهم من العرف الشائع بين الناس في التعامل ، وهذا هو خيار المجلس .

ونخلص من كل ما سبق ذكره أن اتحاد مجلس العقد شرط في انعقاده والغرض من ذلك هو تحديد الوقت الذي يصح أن يفصل القبول عن الإيجاب ، حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب .  
المتعاقدان أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه ، ولو اشترطنا أن يكون القبول فورا لتضرر المتعاقد الآخر إذ لا يتهيأ له وقت للتدبر . ولهذا وضع الفقه الإسلامي خيار المجلس الذي يعطي الحق لكل من العاقدين فسخ العقد مادام في مجلس العقد لم يتفرقا بأبدانهما أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد .

ومهما كان الخلاف في البيع الذي فيه خيار المجلس ، فإن الذي يهمنا من ذلك أن العقد في هذه الحالة يكون موقوف للزوم على خيار أحد طرفي العقد لا على الإجازة كما سنرى في حالة العقد الموقوف للنفاد .

ولذلك فإننا نستبعد هذه الحالة من حالات العقد الموقوف بالمعنى الذي أخذناه ، فلا تدخل في العقد الموقوف للنفاد .

### المطلب الثالث : حالات العقد الموقوف للنفاد .

من خلال عرضنا للتصرفات الموقوفة لاحظنا أن هناك حالات يكون العقد فيها موقوفا على الإجازة لانعدام الملك والولاية على محل العقد ، وذلك هو الغرض المقصود بالبحث ، فالتصرف يكون صحيحا ولكنه غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بالإجازة ممن يملكها شرعا ، فالنفاد إذن يقابله

(١) ابن رشد ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ١٧١ .

(٢) رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر و عبد الله بن عمرو و حكيم بن حزام و أبو برزة الأسلمي ، انظر : ابن قدامة ، المغني .

ج ٤ ، ص / ٦١ .

التوقف و لكن ذلك ليس على إطلاقه و إنما لا بد له من شروط ذكرها الفقهاء ، كما ذكروا الغاية من وقف نفاذ التصرف ، الأمر الذي نجده أيضا عند فقهاء القانون عند بيانهم للحكمة من تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان .

فما هي حقيقة النفاذ و التوقف وما شروطهما ؟ ثم ما الغاية من وقف العقد النفاذ و تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان ؟ و ما هي حالات عدم النفاذ ضمن التصرفات الموقوفة ؟ .

للإجابة على هذه الأسئلة : قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع .

أتناول في الفرع الأول : معنى النفاذ و التوقف و شروطهما .

و في الفرع الثاني : الحكمة من وقف العقد و تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان .

و في الثالث : حالات عدم النفاذ .

## الفرع الأول : معنى النفاذ و شروطهما .

لبيان معنى النفاذ و التوقف ، و أهم الشروط التي أوردها الفقهاء لنفاذ العقد أو لتوقفه ، أبحث هذا الفرع بشيء من التحليل في بندين :

البند الأول : معنى النفاذ و التوقف .

البند الثاني : شروط النفاذ و التوقف .

البند الأول : معنى النفاذ و التوقف .

نذكر معنى النفاذ أولا ثم معنى التوقف :

أولا : معنى النفاذ .

١ - النفاذ في اللغة : و النفاذ : هو جواز الشيء عن الشيء و الخلوص منه ، و أنفذ الأمر قضاءه ، و النفاذ هو الماضي في جميع أموره <sup>(١)</sup> . فالعقد النفاذ هو العقد الماضي و المقضي الذي لا رجوع فيه .

٢ - أما النفاذ في الإصطلاح الشرعي : فهو ما أفاد الحكم للحال <sup>(٢)</sup> ، بأن اجتمعت فيه عناصر

(١) الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج ١ ، فصل النون ، باب الذال ، ص / ٣٥٩ ، ٣٦٠ .

(٢) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ٣ .

الصحة و اللزوم و سلمت أوصافه من الخلل ، و كان صادرا عن له ولاية على محل العقد .

فالتعريف الإصطلاحي يتفق مع المعنى اللغوي لكلمة النفاذ .

و على هذا نصت مجلة الأحكام العدلية في ( المادة : ٣٧٤ ) ، فقالت : (( البيع النافذ يفيد الحكم في الحال )) .

ثانيا : معنى التوقف .

١ - التوقف في اللغة : هو الحبس (١) .

٢ - أما التوقف في الإصطلاح الشرعي : فهو ما أفاد الحكم عند الإجازة (٢) ، بأن اجتمعت فيه عناصر الصحة و اللزوم و سلمت أوصافه من الخلل ، و لكنه لم يكن ممن له الولاية على محل العقد ، أو الولاية على التصرف .

و هذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية فقالت : (( البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة ))

البند الثاني : شروط النفاذ و التوقف .

نعرض شروط النفاذ أولا ثم شروط التوقف .

أولا : شروط النفاذ .

على ضوء تعريفنا لمعنى النفاذ نستنتج أن شروطه هي الملك و الولاية (٣) ، و أن لا يتعلّق بالشيء المتصرف فيه حق للغير ، فإذا لم يتوافر أحد الشرطين أو كلاهما كان التصرف موقوفا غير نافذ ، فشروط النفاذ إذا لا تخرج في مضمونها عن أمرين :

١ - شروط يجب توفرها في العاقد : و هي الملك و الولاية :

فيجب أن يكون العاقد له حق التصرف فيما يبيعه أو يؤجره ، كأن يكون مالكا أو وليا أو وصيا عليه . فإن لم يكن كذلك بأن كان فضوليا أو محجورا عليه كالصبي المميز في التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، كان التصرف موقوفا على الإجازة ، و هذا خلافا للشافعي - رحمه الله - الذي يرى بأن الملك و الولاية من شروط الإنعقاد ، والتصرفات التي تنقصها الولاية أو الملك لا تتعقد أي تكون باطلة .

(١) ابن منظور ، المرجع السابق ، ج ٦ ، كلمة : وقف ، باب الواو ، ص / ٤٨٩٨ .

(٢) الشيخ نظام ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٣ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٤٨ .

٢ - شروط يجب توفرها في محل العقد : بأن لا يتعلق بمحل العقد حق للغير ، فإن تعلق به حق للغير بأن كان مرهونا أو مستأجرا كان التصرف فيه موقوفا على إجازة المرتهن و المستأجر . تعلق حقهما به و لأن مالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به ، فالعقد الذي يصدر منه واقعا على هذا المحل يكون موقوفا على إجازة المرتهن و المستأجر ، فإن أجزى نفذ و بطل الرهن و انفسخت الإجازة و سلم المبيع للمشتري ، و إن لم يجزه يبقى المبيع تحت يده حتى يأخذ دينه ، إن كان هو المرتهن أو يستوفي مدة إجارته إن كان هو المستأجر و لا يبطل العقد بعدم الإجازة و إنما الذي يكون له الحق في إبطاله هو المشتري لأنه حينئذ يكون مخيرا بين أخذ المبيع بكل الثمن و الإنتظار حتى يفك الرهن و تنتهي الإجازة ، و بين فسخ العقد و لو كان يعلم أن المبيع مرهون أو مستأجر (١) .

و قد بينت شروط النفاذ ( المادة : ٣٦٥ ) من مجلة الأحكام العدلية : فقالت : (( يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيله لمالكه أو وصيه و أن لا يكون في المبيع حق آخر )) . أي ألا يكون في المبيع حق للغير كبيع المرهون و المأجور .

كما جاء في ( المادة : ١٨٢ ) من مرشد الحيران أنه : (( يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الوردية على الأعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف في العين الوارد عليها العقد مالكا لها أو وكيله عن مالكا إن كان عاقلا بالغاً أو وليا وصيا عليه إن كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً أو معتوها و أن لا يتعلق بالعين حق للغير المتصرف فيها )) .

كما نصت ( المادة : ٢٦١ ) فقالت : (( يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا لما يبيعه أو وكيله لمالكه أو وليه أو وصيه و أن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه و أن لا يتعلق بالمبيع حق للغير )) .

ثانياً : شروط التوقف .

ينبغي أن يكون العقد الموقوف صحيحاً لأنه يفيد الحكم عند الإجازة و تترتب جميع آثار العقد بعد ذلك ، و لكن لا ينفذ لتخلف شرط الملك و الولاية على المحل ، كما يجب أن يكون له مجيز عند صدوره لأن ما لا مجيز له وقت صدوره لا يتصور إجازته بعد ذلك في المستقبل ، فيشترط في توقف العقد إذن الشروط التالية .

١ - أن يكون العقد صحيحاً .

فالعقد الفاسد و الباطل لا تلحقهما الإجازة ، لأن الأول يفيد الحكم بالقبض عند الحنفية و يجب فسخه ، و الثاني لا يفيد شيئاً ، أما العقد الموقوف فهو صحيح و تترتب عليه جميع آثاره و لكنه لا ينفذ لتخلف شرط الملك و الولاية على المحل ، فإن كان من باشره أهلاً لمباشرته شرعاً و له ولاية

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص ١١٠ ، ١١١ .

مباشرة بملك أو بولاية شرعية أو بوصاية أو بوكالة كان نافذا .

و إذا كان من باشره ليس له ولاية مباشرة و لكنه أهل للتصرف في ذاته كان العقد موقوفا على الإجازة و يسمى من تصرف فيه فضوليا و ينقلب هذا الفضولي وكيلا بعد الإجازة المستوفية لشروطها الصادرة ممن له حق فيها ، و كذلك الحكم إذا كان الذي باشر العقد هو المالك أي صاحب الشأن فيه . و كان مميزا غير بالغ سن الرشد و التصرف من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فإنه يتوقف أيضا على الإجازة من الولي أو الوصي أو من العاقد نفسه بعد بلوغه و اكتمال أهليته .

٢ - أن يكون للتصرف مجيز حال وقوعه .

يجب أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره ، ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت صدوره لم يتصور إجازته فوراً عقب صدوره ، و إجازته في المستقبل قد تحصل و قد لا تحصل ، فإن حصلت الإجازة كان الإنعقاد مفيدا ، و إن لم تحصل لم يكن مفيدا ، و لأن التصرف إذا لم يتعقد لا تلحقه الإجازة ؛ لأنها لا تلحق إلا التصرف المنعقد ، أما إذا كان للتصرف مجيز وقت وقوعه أمكن تصور الإجازة في الحال عقب صدوره ، و لهذا ذهب الفقه الحنفي إلى اشتراط جميع عناصر النفاذ لصحة الإجازة - و هي العاقدان و المحل و المجيز - لأن التصرف ينفذ إذا أُجيز من وقت صدوره ، و لهذا و يجب أن تكون جميع عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت <sup>(١)</sup> .

فهذه هي شروط توقف التصرف عند من يأخذ بمبدأ العقد الموقوف على الإجازة .

## الفرع الثاني: الحكمة من وقف العقد و تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان .

إن النتيجة التي نستخلصها من شروط النفاذ و التوقف هي أن الشريعة الإسلامية ما وضعت هذه الشروط إلا لغاية و حكمة ، ترجع أساسا إلى حفظ المال و عدم الإضرار بالغير ، و حماية حقوق العاقد مهما كانت حالته ، و كذا الأمر بالنسبة للتقنينات المدنية التي قررت دعوى الإبطال و عدم السريان .

فما الحكمة و الغاية من وقف العقد على الإجازة ؟ و تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان ؟ هذا ما نحاول الكشف عنه من خلال البنود التالية .

البند الأول : الحكمة من وقف العقد .

البند الثاني : الحكمة من تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان .

(١) المرعيطاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١ ، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م ، ص ٧٦ .

## البند الأول : الحكمة من وقف العقد .

إن الحكمة من وقف نفاذ العقد على الإجازة أو تأخر حكمه و آثاره حتى ترد عليه الإجازة ممن له الحق فيها شرعا ، هي حماية الأشخاص الذين يوقف نفاذ العقد على إجازتهم ، و يختلف المقصود بها باختلاف الأحوال ، ففي حالات التصرف في مال الغير المقصود بالحماية هو المالك ، و في حالات تصرف ناقص الأهلية في ماله أو معيب الإرادة المقصود بالحماية ناقص الأهلية و معيب الإرادة ، و في حالات التصرف فيما تعلق به حق الغير المقصود حماية هذا الغير ، و طريقتها هي وقف العقد في حق من قصدت حمايته حتى يجاز ، و قد يكون معنى ذلك وقف نفاذ العقد من جميع الوجوه ، و قد يكون معناه وقف نفاذه من وجه دون وجه .

و سنتناول هذه الحالات بشيء من التفصيل فيما يلي :

**أولا : في حالات التصرف في مال الغير :** فإن المقصود بالحماية هو المالك الحقيقي للمحل ، أو من بيع ملكه بغير إذنه ، و ذلك كما في حالة تصرف الفضولي في مال الغير بغير إذنه بالبيع و الشراء و نحوها ، فالحماية في هذه الحالة تكون لمصلحة العاقد و الفضولي و المشتري ، و هي لا تتحقق

إلا بوقف نفاذ العقد ، إلى أن يرى المالك أو صاحب الإجازة مصلحته في الإجازة فيجيز التصرف فينفذ أو لا يجيزه فيبطل ، فتأخر نفاذ العقد إذن إنما هو لدفع الضرر الواقع أو المتوقع على المالك ، لأن الضرر في نفاذ العقد قبل إجازته لا في توقيفه <sup>(١)</sup> ، و قد تكون الحماية أيضا بفسخ العقد أو رده .

**ثانيا : في حالات تصرف ناقص الأهلية :** فإن المقصود بالحماية هو الصبي المميز ، و من في حكمه كالسفيه و ذي الغفلة المحجور عليهما ، و ذلك بوقف نفاذ تصرفاتهم على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي محافظة على أموالهم حين يتصرفون فيها تصرفا مترددا بين النفع و الضرر كالبيع و الشراء و الإجازة و غيرها .

و الحماية في هذه الحالة تكون لمصلحة ناقص الأهلية و وليه أو وصيه أو النائب عنه ، لأن التصرف بوقف نفاذه لحق الغير أولا و هو الولي أو الوصي لأن له الحق في التصرف عنه ، و حماية أمواله و حقوقه من سوء تصرفه لعدم رشده ، و يكون لحق ناقص الأهلية ثانيا لحماية حقوق المتصرف نفسه .

**ثالثا : في حالات معيب الإرادة :** و المقصود في هذه الحالة هو المكره و غيره ممن شاب إرادته عيب من عيوب الرضا ، فالحماية تتحقق بوقف نفاذ تصرفه على إجازته بعد أن تزول حالة الإكراه أو عيوب الإرادة الأخرى ، و الحماية في هذه الحالة تكون لحق المتصرف نفسه حماية لأمواله ، و لحق الغير كذلك .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص ٥٣ .

رابعاً : في حالات التصرف فيما تعلق به حق الغير : إذا تعلق بمحل العقد حق للغير فإن المنصود بالحماية هو ذلك الغير الذي يختلف باختلاف التصرفات على النحو التالي :

١ - في حالة الرهن و الإجارة : فإن المقصود بالحماية هو المستأجر و المرتهن ، إذا تصرف البائع في العين المستأجرة أو المرهونة ، و ذلك بوقف نفاذ التصرف على إجازتهما حفاظاً على حق كل منهما .

٢ - و في حالة تصرف المدين المعسر : فإن المقصود بالحماية الدائنون ، إذا تصرف المدين المعسر تصرفاً ضاراً بحقوق الدائنين ، فيوقف نفاذ تصرفاته على إجازتهم أو إيرائهم له من الدين .

٣ - و في حالة الوصية بأكثر من الثلث : فإن المقصود بالحماية هم ورثة الموصي و كذا الدائنين إذا تصرف الموصي تصرفاً يضر بحقوقهم كالوصية بأكثر من الثلث فإنها تكون موقوفة على إجازتهم حفاظاً على حقوقهم .

٤ - و في حالة تصرف المريض مرض الموت : فإن المقصود بالحماية هم الورثة الدائنون ، إذا تصرف المريض مرض الموت بما يضر بحق كل منهما ، و ذلك بوقف نفاذها على إجازتهم .

٥ - و في حالة الشركة : فإن المقصود بالحماية هو الشريك في الشيوخ من تصرفات شريكه ، إذا كانت الشركة بالخلط و الإختلاط ، و ذلك بوقف تصرفات الشريك الأخر على الإجازة لعدم الإضرار به و ذلك لأنه لو باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إنته (١) .

و الخلاصة أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى رفع الضرر عن كل من يوقف العقد على إجازتهم ، و هي بذلك تطبق مبدأ عظيماً و هو عدم أكل أموال الناس بالباطل و المحافظة على حقوقهم و عدم الإضرار بهم إذ (( لا ضرر و لا ضرار )) (٢) .

البند الثاني : الحكمة من تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان .

إن الغاية من تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان في القانون هو أن يتدخل لحماية أحد المتعاقدين ، و هو المتعاقد الضعيف المحتاج إلى هذه الحماية ، فلا يؤخذ بإرادته التي صدرت منه ، إما لأنها إرادة لم تمحصها التجارب ( كالقاصر المميز ، أما غير المميز و المجنون ، فالعقد الذي يصدر منهما يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن إرادتهما منعدمة ) .

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١١٣ .

(٢) رواه مالك بن أنس عن عمرو بن يحيى عن أبيه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : (( لا ضرر و لا ضرار )) ، مرسلًا كذا

أخرجه أبو عمر في كتابيه التمهيد و الإستذكار ، انظر البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٦ ، ص / ٦٩ ، ٧٠ .

و إما لأنها إرادة شابها عيب جعلها إرادة غير صحيحة ، و القانون عندما يولي حماية القاصر و من شاب إرادته عيب يفعل ذلك لا لحماية المصلحة الخاصة فحسب بل للمصلحة العامة أيضا ، فإنه لا يتفق مع الصالح العام أن يترك الحدث الغرّ يبدد ماله في وجوه لو استقام إدراكه لتجنبها ، و لا أن تعطى الإرادة المعيبة حكم الحرة الخالية من العيب ، إلا أن المصلحة العامة هنا تتماشى مع مصلحة المتعاقد الخاصة ، فتوجد بوجودها و تنتهي بانتهائها ، فإذا رأى القاصر بعد بلوغه سن رشيد مصلحته الخاصة كانت مرعية و لم تضع فأجاز العقد ، انتهى اعتبار الصالح العام بذلك مادام الصالح الخاص قد قدره صاحبه و هو رشيد ، كذلك إذا ارتفع العيب عن إرادة المتعاقد ، و رأى هذا أن صالحه الخاص مكفول فالصالح العام ينهي اعتبار ذلك <sup>(١)</sup> ، فالحكمة إذن هي حماية الأشخاص بما يتفق مع الصالح الخاص و العام و الحفاظ على أموالهم و حقوقهم ، و المقصود بها القاصر و معيب الإرادة و ما تعلق به حق الغير و نتناول ذلك على النحو التالي :

أولا : الغاية من تقرير دعوى الإبطال .

قرر المشرع في التقنين المدني الجزائري دعوى الإبطال ، لحماية الأشخاص الذين تقرر لمصلحتهم ، وذلك في الحالات التالية :

١ - في حالة نقص الأهلية : فإن المقصود بالحماية هو ناقص الأهلية ، كالصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، كما جاء في ( المادة : ٨٣ ) من قانون الأسرة الجزائري و اعتبرت ( المادة : ٨٥ ) أن تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة لأن إرادتهم ليس لها وجود قانوني. و تتضح هذه الحماية أكثر في ( المادة : ٨٨ ) من قانون الأسرة التي حددت تصرفات الولي في أموال القاصر ، فجاء فيها : (( على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل السريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام )) .

٢ - و في حالة معيب الإرادة : فإن المقصود بالحماية هو من شاب إرادته عيب من عيوب الرضا كالإكراه و الغلط و التدليس و الإستغلال جاء ذلك في ( المواد : ٨١ ، ٨٦ ، ٨٣ ، ٩٠ / ١ ) من القانون المدني الجزائري .

و طريقة الحماية في هذه الحالات أن العقد يكون قابلا للإبطال حتى يزول التمسك بإبطاله ، أو بإجازته أو بالتنازل عنه ، و هو بذلك يختلف عن طريقة العقد الموقوف على الإجازة الذي لا تظهر آثاره إلا بعد إجازته ، أما العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري و غيره من التقنينات الأخرى فإنه ينتج آثاره حتى يبطل أو يجاز أو يتنازل عنه صاحبه ، و يتضح من ذلك أن العقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٧٨ ، الهامش رقم ١ ، ص / ٦١٠ .

الموقوف يحقق حماية أكثر بالنسبة لمن قصد بالوقف حمايتهم ، بخلاف ما يحققه العقد القابل للإبطال .  
ثانيا : الغاية من تقرير عدم السريان .

الغاية من تقرير حالات عدم السريان هي حماية الغير ، الذي لا يكون طرفا في العقد و يتجلى ذلك في الصور التالية :

١ - في حالة التصرف في مال الغير : المقصود بالحماية هم الأشخاص الذين يعتبرون من الغير و ذلك من النتائج المالية المترتبة على التصرفات التي لم يكونوا أطرافا فيها كحماية المالك في حالة بيع الغير لمملكه ، جاء ذلك في ( المادة : ٣٩٧ ) من القانون المدني الجزائري .

٢ - في حالات التصرف فيما تعلق به حق الغير : إذا تعلق بمحل العقد حق للغير فإن المقصود بالحماية هو ذلك الغير كما في النقاط التالية :

أ - في حالة تصرف المدين المعسر : فالمقصود بالحماية هم الدائنون و ذلك من تصرفات المدين المعسر الضارة بحقوقهم ، كما جاء في ( المادة : ١٩١ ) من التقنين المدني الجزائري .

ب - و في حالة تصرف المريض مريض الموت : فالمقصود بالحماية هم الورثة ، إذا تصرف المريض مريض الموت تصرفا ضارا بهم كما جاء في ( المادة : ٤٠٨ ) من القانون المدني الجزائري .

فالغاية من تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان هي حماية الأشخاص و الحفاظ على حقوق الغير ، و هذه الحماية تختلف عن حماية الحقوق في العقد الموقوف على الإجازة فهي لا تتحقق إلا بوقف نفاذ العقد على إجازة صاحب الشأن ، لأن الضرر في نفاذ العقد قبل إجازته لا في توقيفه ، بخلاف الحماية التي تكون في العقد القابل للإبطال و العقد غير النافذ الذي يعتبر عقدا نافذا حتى يطلب إبطاله من له مصلحة في ذلك و من ثم فلا يحقق الحماية التي يحققها العقد الموقوف .

### الفرع الثالث : حالات عدم النفاذ .

من خلال تحديد مصطلح النفاذ و التوقف و شروطهما ، و الحكمة من وقف العقد ، نستطيع تصنيف و تقسيم حالات النفاذ التي وردت ضمن التصرفات الموقوفة في مجموعتين رئيسيتين :

فالمجموعة الأولى : تمثل التصرفات الموقوفة في مال الغير .

و المجموعة الثانية : تمثل التصرفات الموقوفة في مال النفس .

و لذلك أقسم هذا الفرع إلى بندين :

أتناول في الأول : التصرفات الموقوفة في مال الغير .

و في البند الثاني : التصرفات الموقوفة في مال النفس .

البند الأول : التصرفات الموقوفة في مال الغير .

يكون التصرف موقوف النفاذ في مال الغير إذا تخلف شرط الملك بأن يكون المتصرف لا يملك ولاية التصرف على المال أو المحل كأن يكون المتصرف في ملك الغير فضوليا لا يملك ولاية كاملة للتصرف ، أو يكون وكيله له ولاية كاملة و لكنه جاوز حدود الوكالة المرسومة له في البيع و الشراء ، أو يكون مرتدا لا يملك التصرف في أمواله حتى يعود إلى دار الإسلام ، فهذا البند يتضمن ثلاث حالات :

الحالة الأولى: تصرف الفضولي .

الحالة الثانية : تصرف الوكيل الذي جاوز حدود الوكالة .

الحالة الثالثة : تصرف المرتد.

الحالة الأولى : تصرف الفضولي .

و الفضولي : هو من يتصرف عن غيره بدون إذن شرعي و بدون أن تكون له ولاية التصرف كمن يبيع ملك غيره ، فإن التصرف ينعقد موقفا على الإجازة ممن يملكها فإن أجازته صح و نفذ و إن رفضه بطل (١) .

الحالة الثانية : تصرف الوكيل الذي جاوز حدود الوكالة .

و الوكيل : هو أن يفوض الإنسان غيره ليقوم مقام نفسه في تصرف جازم معلوم ، و التوكيل جائز لحاجة الناس إليه و لكن مجال الخلاف فيه هو في حالة مخالفة الوكيل حدود الوكالة المرسومة له ، لأن الوكيل حين يخالف الحدود المرسومة في الوكالة يعتبر في هذا القدر الذي خالف فيه هذه الحدود فضوليا (٢) .

و مخالفة الوكيل في الحدود المرسومة له ؛ قد تكون هذه المخالفة من حيث الأشخاص و قد تكون من حيث الموضوع و صورها كالتالي :

أولا :

١ - إذا كانت المخالفة من حيث الأشخاص كأن يبيع أحد الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين بحضرة الآخر ، فإنه يتوقف على إجازته أما إذا كان بغيبته فباطل (٣) .

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٠٦ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٢٩ .

(٣) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ٥٢٤ .

٢ - أو كأن يبيع وكيل الوكيل بلا إذن ( أي في حالة ما إذا وكل الوكيل بلا إذن و تعميم ) فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول .

ثانيا :

١ - إذا كانت المخالفة من حيث الموضوع ؛ مثل شراء الوكيل نصف عبد وكل في شرائه كله فإنه موقوف ، فإن اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل .

٢ - و كأن يبيع الوكيل نصف عبد وكل في بيعه كله فإنه موقوف ، فإن باع الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل عند أبي يوسف و محمد ، خلافا لأبي حنيفة الذي اعتبر البيع نافذا قبل الإجازة (١) .

الحالة الثالثة : تصرف المرتد .

المرتد هو : الذي بدل دينه ، فأباح الإسلام دمه لسقوط عصمته ، و ما دامت الردة توجب القتل ، فإنها تزيل التصرف في الملك عند أبي حنيفة ، فإن أسلم و عاد جازت تصرفاته و إن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، إذن فوقف تصرفاته في ملكه ليست على الإجازة كما في تصرف الفضولي ، بل على عودته إلى الإسلام ، و قد ألقينا تصرف المرتد بتصرف الفضولي لأن كلا منهما لا يملك التصرف فيما تصرف فيه عند التصرف (٢) .

و أما المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها بلا خلاف ، فتجوز تصرفاتها في مالها بالإجماع لأنها لا تقتل فلم تكن ردتها سببا لزوال ملكها عن أموالها بلا خلاف (٣) .

البند الثاني : التصرفات الموقوفة في مال النفس .

يكون التصرف موقوف النفاذ في مال النفس إذا كان لنقص الأهلية أو تعلق بالمال المتصرف فيه حق للغير ، فهذه الحالة تتميز بنوعين من التصرفات ، تصرفات موقوفة النفاذ لنقص الأهلية ، و تصرفات موقوفة النفاذ لتعلق حق الغير بالمحل .

النوع الأول : إذا كان المتصرف ناقص الأهلية .

نقصان الأهلية قد يعود إلى عيوب في العاقد أو إلى عيوب في العقد .

أولا : أما نقصان الأهلية الذي يعود إلى عيوب في العاقد فهي :

١ - تصرف الصبي المميز و العبد المحجور : فتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع و الضرر

(١) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ٥٢٤ .

(٢) انظر خلاف الحنفية في تصرفات المرتد ، الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٧ ، ص / ١٣٦ ، ١٣٧ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٧ ، ص / ١٣٦ ، ١٣٧ .

ينعقد موقوفا على إجازة الولي أو الوصي عليه ، و كذا تصرف العبد .

٢ - تصرف المعتوه المميز : فهو موقوف على إجازة القيم .

٣ - تصرف غير الرشيد (أو السفیه ) : في ماله تصرفا دائرا بين النفع و الضرر ، كالبيع ينعقد موقوفا على إجازة وليه .

٤ - تصرف فاسد العقل غير الرشيد : فهو موقوف على إجازة القاضي أو القيم .

٥ - تصرف الصبي بشرط الخيار : إذا بلغ الصبي في المدة موقوف على إجازته إذا بلغ .

ثانيا : أما نقصان الأهلية الذي يعود إلى عيوب في العقد .

و نقصد بها الأمور التي تحيط بإنشاء العقد فتؤثر في الرضا بأن تعدمه ، أو تجعله على أساس غير صحيح من العلم ، فعيوب العقد هي الأمور التي تؤثر في الإرادة كالإكراه و الغلط أو الخطأ أو الغبن مع التغرير و هي كالتالي :

١ - تصرف المكره : فقد ذهب الإمام زفر من الحنفية إلى أن بيع المكره موقوف ، لأن الرضا شرط البيع و قد فات الرضا بالإكراه فأصبح البيع موقوفا على إجازة المكره كبيع الفضولي .

٢ - العقد الذي فيه غلط أو تدليس أو غبن أو تغرير : يعتبر غير لازم فعيوب الإرادة غير الإكراه حكمها هو عدم اللزوم ، غير أن من قال بوقف تصرفات المكره على إجازته بعد زوال حالة الإكراه اعتبر تصرفات من شاب إرادته عيب من هذه العيوب موقوفا على إجازة صاحب الإرادة المعيبة بعد اكتشاف الغلط أو التدليس أو الغبن .

النوع الثاني : أن يتعلق بالمال المتصرف فيه حق للغير .

و في هذه الحالة يكون المتصرف كامل الأهلية و لكن تعلق حق الغير بالمال المتصرف فيه ، و يندرج تحت هذه الحالة التصرفات التالية :

أولا : بيع العين المرهونة موقوف على إجازة المرتهن .

ثانيا : و بيع العين المستأجرة ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة المستأجر .

ثالثا : و تصرف المريض مرض الموت لا ينفذ و يتوقف على إجازة الدائنين أو الورثة فيما زاد على الثلث .

رابعا : بيع الأرض المعطاة أو الخصبة مزارعة : إذا كان البذر من قبل العامل ، فإذا باع صاحب

الأرض الأرض فإن البيع يتوقف على إجازة المزارع ، لأنه في حكم المستأجر للأرض .

خامسا : بيع الورثة التركة المستغرقة فهو موقوف على إجازة الغرماء .

سادسا : بيع المولى عبده المأذون ، فإنه موقوف على إجازة الغرماء و كذا بيعه و أكسابه .

سابعاً : بيع الشريك لغير شريكه نصيبه من مشترك بالخلط أو الإختلاط ، فإنه موقوف على إجازة شريكه .

فهذه هي حالات العقد الموقوف النفاذ في فقه المذاهب القائلة باعتبار العقد الموقوف قسماً من أقسام العقد الصحيح .

و في الختام نقول أن التصرفات الموقوفة كما أوردها الفقهاء تضمنت التصرفات الموقوفة الصحة التي رأينا منها حالات عدم تعيين الثمن ، و في حالة وجود ضرر أو غرر عند تسليم المبيع ، و في حالة العقد المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام .

و تضمنت أيضاً التصرفات الموقوفة اللزوم و التي ذكرنا منها حالة البيع الذي فيه خيار المجلس و ما ورد حوله من خلاف بين الشافعية و الحنابلة من جهة و المالكية و الحنفية من جهة أخرى .

و اشتملت على التصرفات الموقوفة النفاذ التي قصدناها أساساً بالبحث ، و صنفناها في مجموعتين : فضمت الأولى : التصرفات الموقوفة النفاذ في مال الغير كتصرف الفضولي و من في حكمه .

و ضمت الثانية : التصرفات الموقوفة النفاذ في مال النفس ، كتصرف ناقص الأهلية و من في حكمه ، و ما تعلق به حق الغير كتصرف المريض مرض الموت و من في حكمه .

## الفصل الثالث : محل العقد الموقوف

المبحث الأول: محل العقد الموقوف من المعاوضات.

المبحث الثاني: محل العقد الموقوف من عقود التبرعات .

المبحث الثالث: محل العقد الموقوف من سائر العقود الأخرى.

## تمهيد

محل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه ولأجله ، ففي عقود المعاوضات يكون المحل الذي لأجله انعقد العقد هو المبيع كما في عقد البيع ، أو هي المنفعة كما في عقد الإيجار ، أو هو إنجاز العمل كما في عقد العمل ، و في عقود التبرعات يكون المحل الذي لأجله انعقد العقد هي العين الموقوفة كما في عقد الوقف ، أو هو المال الموهوب كما في عقد الهبة ، أو هو المال الموصى به كما في عقد الوصية ، و في غير عقود المعاوضات والتبرعات كما في عقد الزواج يكون المحل الذي لأجله انعقد العقد هي المنفعة المتبادلة بين الزوجين .

فما هو محل العقد الموقوف من عقود المعاوضات ، و عقود التبرعات ، و من سائر العقود الأخرى مثل عقد الزواج و الطلاق و الخلع ؟ .

للإجابة على هذا السؤال يقتضي مني أن أقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

أخصص أولها : لمحل العقد الموقوف من عقود المعاوضات .

و أخصص الثاني : لمحل العقد الموقوف من عقود التبرعات .

و بما أن سائر العقود الأخرى لها طبيعة خاصة فقد خصصت المبحث الثالث لمحل العقد الموقوف من سائر العقود الأخرى مثل عقد الزواج .

و قبل أن أتناول هذه المباحث بالتفصيل ، لابد من التطرق أولاً لتعريف محل العقد الموقوف ، الذي لا ينتج حكمه منذ انعقاده رغم صحته ، بل تكون آثاره متوقفة على الإجازة ، فيكون محله إذن ، هو التصرفات القولية الصحيحة غير النافذة أي الموقوفة على الإجازة ممن يملكها شرعا ، سواء أكانت تصرفات في مال الغير كتصرف الفضولي بالبيع و الإجازة و الهبة و الوقف و الوصية ، أم كانت تصرفات صادرة من الشخص في مال نفسه كتصرف الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، أم كانت تصرفات صادرة من شخص كامل الأهلية في ماله و لكن تعلق بالشئ المتصرف فيه حق الغير كبيع المرهون و المستأجر فإن حكمهما لا يظهر له أي أثر في المعقود عليه إلا بعد إجازتهما إجازة معتبرة شرعا ، و كذلك بيع المريض مرض الموت فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الورثة .

أما التصرفات الشرعية الفعلية فقد اختلف الفقهاء في محليتها لورود الإجازة عليها ، فذهب الإمام

أبو حنيفة ، و بعض المالكية و الشافعية و رواية عن الإمام أحمد إلى أن الإجازة لا تلحق الأفعال لأن

الإجازة تصرف في العقد و ليست تصرفا في الفعل فموضوعها هو العقد الموقوف وليس موضوعها

أو محلها التصرفات الفعلية .

و ذهب الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله و الإمام مالك و هو الرواية الأخرى عند الحنابلة إلى أن الإجازة كما تلحق التصرفات القولية ، تلحق التصرفات الفعلية فهي في هذا كالعقود تصلح لورود الإجازة عليها و هذا هو الرأي الراجح عند الحنفية (١) .

و نشرع الآن في بيان محل العقد الموقوف من عقود المعاوضات والتبرعات و سائر العقود الأخرى .

## المبحث الأول : محل العقد الموقوف من المعاوضات .

محل العقد الموقوف قد يكون عقدا من عقود المعاوضات ، التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين ، سواء أكانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه ، أم كانت المبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة و الإستصناع ، أم كانت المبادلة مال بما ليس بمال و لا منفعة كالزواج (٢) .

و بما أن عقود المعاوضات كثيرة و متعددة و لا يسع المجال لدراستها بالتفصيل في هذا البحث سنقتصر على بيان محل العقد الموقوف من عقد البيع و الشراء و الإجارة ، و نطبق ذلك على أهم تصرف من التصرفات الموقوفة ، و هو تصرف من لا يملك الولاية على المحل كالفضولي ، إذا تصرف بالبيع أو بالشراء للغير أو بإجارة ملك الغير ، فهل تكون تصرفاته موقوفة على الإجازة أم تكون باطلة ؟ .

لبيان ذلك أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

أتناول في المطلب الأول : بيع ملك الغير .

و في المطلب الثاني : شراء الفضولي للغير .

و أما المطلب الثالث : فأخصمه لإجارة ملك الغير .

### المطلب الأول : بيع ملك الغير .

قبل أن أتناول اختلاف الفقهاء في بيع الفضولي ، هل يعتبر باطلا أم يعتبر صحيحا موقفا

على إجازة المالك ، ينبغي التطرق أولا للتعريف ببيع الفضولي في الفقه الإسلامي و القانون ، مع بيان الفرق بين بيع الفضولي في الفقه الإسلامي و ما يقابله في القانون ، لأن الذي يقابله في فقه القانون هو

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٦ ، ص / ١٩٨ .

(٢) انظر : عدم اعتبار الزواج من عقود المعاوضات ، مقال أ. إبراهيم أحمد ، العقود و الشروط و الخيارات ، منشور بمجلة القانون

و الإقتصاد ، السنة الرابعة ، عدد ٦ ، ط ١٩٣٤ م ، ص / ٦٧٨ ، ٦٧٩ ، و لهذا خصصنا له مبحثا مستقلا ، راجع المبحث الثالث من

بيع ملك الغير ، و ليس فكرة الفضالة المنصوص عليها في ( المواد : من ١٥٠ إلى ١٥٤ ) من القانون المدني الجزائري ، بل ما ورد من النصوص على بيع ملك الغير في ( المواد : ٣٩٧ و ٣٩٨ ) من القانون المدني الجزائري . ثم أتناول حقيقة الفضالة في القانون ، و أتعرض أخيرا لبيان حكم بيع ملك الغير .

و لذلك ينبغي أن أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

أتناول في الفرع الأول : تعريف بيع الفضولي .

و في الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير .

### الفرع الأول : تعريف بيع الفضولي

البند الأول : تعريف البيع .

أولا : البيع لغة : مصدر باع الشيء و باعه أي أخرجه عن ملكه و هو من أسماء الأضداد <sup>(١)</sup> عند الفقهاء و من المشترك عند الأصوليين <sup>(٢)</sup> قال الله تعالى : (( و من الناس من يشري نفسه )) <sup>(٣)</sup> و قال تعالى : (( و شروه بثمن بخس )) <sup>(٤)</sup> فيطلق على البيع و الشراء ، فمعناه مطلق المبادلة ، و معناه اللغوي قريب من معناه الشرعي .

ثانيا : أما في الإصطلاح : فقد اتفقت كلمة جمهور الفقهاء من الحنفية <sup>(٥)</sup> و المالكية <sup>(٦)</sup>

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١ ، باب الباء ، ص / ٤٠١ .

(٢) النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص / ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٠٧ ، ج ٢ ، يشري : يبيع ، قاله الطبري في التفسير ، انظر : الطبري ، جامع البيان في تفسير القرآن ، ج ٢ ،

دار الفكر بيروت ، ط ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م ، ص / ١٨٦ .

(٤) سورة يوسف : الآية : ٢٠ ، ج ١٢ ، وشروه : باعوه ، أنظر : ابن عاشور ، التحرير و التنوير ، ج ١ ، المؤسسة الوطنية للكتاب ،

ط ١٩٨٤ م ، ص / ٢٩٨ .

(٥) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ، ط ٢ ، ص / ٢٤٦ .

(٦) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٣ ، ص / ٤ ، ٣ .

و الشافعية<sup>(١)</sup> و الحنابلة<sup>(٢)</sup> ، على أن البيع (( هو مبادلة مال بمال تمليكا و تملكا )) .

و قد عرفته ( المادة : ٣٤٣ ) من مرشد الحيران بقولها : (( تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمننا للمبيع )) كما عرفته ( المادة : ١٠٥ ) من مجلة الأحكام العدلية بأنه (( مبادلة مال بمال و يكون منعقدا و غير منعقد )) .

أما التقنين المدني العراقي فقد عرفه في ( المادة : ٥٠٦ ) منه بأنه (( مبادلة مال بمال )) و واضح من هذا التعريف أن المشرع العراقي تأثر بالتعريف الذي أورده المجلة .

و لم يفرق الفقهاء بين البيع و المقايضة بل يعتبرون العقدين بيعا ، ذلك أن البيع إما أن يكون ثمننا بثمن و يسمى صرفا أو عينا بعين و يسمى مقايضة أو عينا بثمن و يسمى بيعا مطلقا أو عينا بذمة و يسمى سلما<sup>(٣)</sup> .

و في هذا تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي فقد فرق بين البيع و المقايضة و عرف البيع في ( المادة : ٣٥١ ) من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أن : (( البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي )) . و هذه المادة تقابل نص ( المادة : ٤١٨ ) من التقنين المدني المصري .

و عرف المقايضة في ( المادة : ٤١٣ ) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن :

(( المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود )) . و التي تقابل نص ( المادة : ٤٨٢ ) من التقنين المدني المصري<sup>(٤)</sup> .

و الفرق الدقيق بين عقد البيع و المقايضة هو أن البديلين في المقايضة ليسا من النقود فكل مقايض يعتبر بائعا و مشتريا في وقت واحد فهو بائع للشيء الذي قايض به و مشتري للشيء الذي قايض عليه أما في البيع فالثمن يجب أن يكون من النقود .

و لما كان حكم البيع هو التمليك و التملك ، فقد ذهب الرأي الغالب في الفقه الإسلامي إلى أنه يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع ، و أوقفوا بيع ملك الغير على إجازة المالك أو صاحب الحق في الإجازة شرعا فقد جاء في ( المادة : ٣٦٥ ) من مجلة الأحكام العدلية : (( يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيله لملكه أو وصيه و أن لا يكون في المبيع حق آخر )) .

(١) النووي ، المجموع شرح المذهب ، ج ٩ ، ص / ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) ابن قدامة ، المنعي و الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ٢ .

(٣) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص / ١٦٥ .

(٤) و هذا هو التعريف الذي نجده عند مازو :

La vente et le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère un droit à une autre personne, l'acheteur, qui s'oblige à lui verser un prix en argent .

و كما سبقت الإشارة إلى أن الذي يبيع ملك غيره في الفقه الإسلامي يسمى فضوليا ، فما هي حقيقة الفضالة ؟.

البند الثاني : تعريف الفضولي .

أولا - الفضولي في اللغة : من الفضل ضد النقص ج فضول أي الزيادة ، و قد كان الواجب قياسا أن يقال : فضلي لأن بقاء النسبة لا تدخل على الجمع و لكن قد استعملت هذه الكلمة كعلم مفرد بطريق الغلبة مثل قولهم الأنصاري و الأعرابي و ما إلى ذلك من الألفاظ <sup>(١)</sup> .  
و الفضولي بالضم المُستغَلُّ بما لا يعنيه <sup>(٢)</sup> ، و جاء في كتاب التعريفات ، الفضولي : هو من لم يكن وليا و لا وصيا ، و لا وكيلًا في العقد <sup>(٣)</sup> .

ثانيا : الفضولي في اصطلاح الفقهاء .

هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليست له ولاية عليه <sup>(٤)</sup> ، كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعي من المالك ، و كمن يشتري شيئا لغيره لم يوكله في شرائه و ليست له ولاية الشراء ، و كمن يؤجر ملك غيره ، و كمن يهب أو يقف أو يوصي بملك الغير ، و كمن يزوج غيره دون إذنه ، و كما يقوم الفضولي بتصرف قولي ، دون أن تكون له ولاية التصرف فإنه قد يقوم أيضا بتصرف فعلي .  
و قد نصت على تعريف الفضالة (المادة : ١١٢) من مجلة الأحكام العدلية فقالت : (( الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي )) .

و الفضولي في الفقه الإسلامي غير الفضولي في القانون <sup>(٥)</sup> ، حيث أن فقهاء القانون يشترطون لتسمية القائم بأعمال الغير فضوليا ، أن يكون العمل الذي قام به عملا عاجلا و ضروريا لرب العمل تقضلا منه ، و يرجع عليه بما أنفق في ذلك ، في حين لا نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون هذا الشرط فالفضولي عندهم هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة ، و ليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة ، لأن توقف العقد على إجازة رب العمل يجعل الفضولي وكيلًا عن رب العمل بالإجازة ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ثالثا : الفضولي في القانون .

الفضولي في القانون : (( هو الذي يتولى عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك )) كما نصت (المادة : ١٥٠) من القانون المدني الجزائري ، و فاتت المشرع الجزائري أن

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ص / ١٠٩ .

(٢) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ج ٤ ، باب اللام فصل الغاء ، ص / ٣١ .

(٣) الجرجاني ، كتاب التعريفات ، دار الرشد القاهرة ، ط ١٩٩١ م ، ص / ١٩٠ .

(٤) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ص / ١٠٦ .

(٥) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ١٨٣ .

يشترط شرط الإستعجال في العمل الذي يتصدى الفضولي للتدخل في شأنه <sup>(١)</sup> ، لأن عمل الفضولي لا يكفي لأن يكون نافعا فقط بل يجب أن يكون عاجلا ، و هذا مانصت عليه فعلا القوانين العربية التي حذت حذو القانون المدني المصري ، فقد جاء في ( المادة : ١٨٨ ) من التقنين المدني المصري : (( الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن " عاجل " لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك )) . و كذلك نصت ( المادة : ١١٧٩ ) من التقنين المدني التونسي و ( المادة : ٩٤٣ ) من التقنين المدني المغربي على أن يكون عمل الفضولي ضروريا فقالت : (( إذا أديرت شؤون الغير اختيارا أو في حالة ضرورة )) و من هذه النصوص نرى أن شرط الإستعجال يعتبر من أهم الشروط الواجب توافرها في الفضالة ، و لا يكفي أن يقوم الفضولي بعمل نافع لحساب الغير لكي يستفيد من رفع دعوى ضده ، فلو لم يكن العمل ضروريا ، ما تدخل الفضولي للقيام به ، بل كان يجب عليه أن ينتظر تدخل رب العمل لتولي شؤونه بنفسه <sup>(٢)</sup> .

و لقد قلد القانون المدني الجزائري القانون الفرنسي في عدم ذكر شرط الإستعجال <sup>(٣)</sup> ، مع أن الفقه الحديث في فرنسا يرى ضرورة توافر هذا الشرط <sup>(٤)</sup> و بعضه يعبر بالضرورة ، و البعض الآخر بالإستعجال . و الواقع هو أنه لا معنى مطلقا لأن يتدخل شخص في شؤون غيره بقصد تأدية خدمة له إذا كان من الممكن الإتصال بالمعني بالأمر ليقوم بتدبير شؤونه بنفسه <sup>(٥)</sup> . أو مادام العمل الذي يؤديه

(١) د. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط ١٩٩٢ م ، ص / ٢٤ ، ٢٥ .

(٢) أ. ذهبية حامق ، الفضالة في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط ١٩٨٧ م ، ص / ١١٣ و ما بعدها .

(٣) بين المشرع في التقنين المدني الفرنسي ، حقيقة الفضالة و أحكامها في ( المواد : من ١٣٧١ إلى ١٣٧٥ ) تحت عنوان : شبه العقد ( Les quasi-contrats ) و تعتبر الفضالة المصدر الثاني من مصادر الإلتزام في القانون المدني الفرنسي . راجع : مازو ، في الإلتزامات ، ج ٢ ، مطبعة مونتي كريستان باريس ، ١٩٦٩ م ، ف / ٦٦٩ ، ص / ٦٧٩ .

و في نفس الإتجاه ذهب القوانين العربية إلى جعل الفضالة مصدرا من مصادر الإلتزام ، و إن كانت قد اعتبرت تطبيقا من تطبيقات الإثراء بلا سبب ( L'enrichissement sans cause ) كالقانون الجزائري في ( المادة : ١٥٠ ، ١٥٩ ) و القانون المصري ( م : ١٨٨ ، ١٩٧ ) و القانون السوري ( م : ١٨٩ و ما بعدها ) و القانون اللبناني ( م : ١٤٩ و ما بعدها ) و القانون الليبي ( م : ١٩١ و ما بعدها ) و قد اعتبر القانون الألماني الفضالة شبه الوكالة ( Quasi-mandat ) و تعرض لأحكامها بعد الوكالة مباشرة ، و قد ركز فيها على دور رب العمل أكثر ما ركز على دور الفضولي ، ( م : ٦٧٨ و ما بعدها ) و هو ما سارت عليه بعض القوانين الحديثة التي حذت حذو القانون الألماني كالقانون السويسري ( م : ٢٩٤ ، ٣٢٤ ) و القانون النمساوي ( م : ١٠٣٥ ، ١٠٤٤ ) أما القانون الإنجليزي فقد اعتبر الفضالة حالة خاصة من أحوال العمل لصالح الغير و يطلق عليها اصطلاح ( Agency ) ويستوي في ذلك ان يقوم شخص بعمل لحساب غيره بمقتضى وكالة صريحة ، أو وكالة ضمنية ، أو بدون أية وكالة بل من تلقاء نفسه ، ففي مثل هذه الحالة يلتزم رب العمل بما تم من عمل لصالحه إذا أقره .

(٤) مازو ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ف / ٦٧٩ ، ص / ٦٨٢ .

(٥) د . علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص / ٢٥ .

الفضولي يحتمل التأخير ، و لا يتصف بالعجلة ، فلماذا لا يستأذن رب العمل برسالة أو ببرقية ليقيم بهذا العمل غير العاجل و يكون حينذاك وكالة إذا أذن رب العمل للفضولي ، فحتى نكون في الحدود الصحيحة للفضالة ينبغي أن يكون العمل عاجلا أو يخشى أن يفوت الربح على رب العمل أو يلحق به ضرر (١) .

و إذا قام الفضولي بالعمل الذي تولاه و عاد ذلك بالنفع على رب العمل فإنه يحق له الرجوع عليه بما أنفقه من المصروفات و ما ضاع عليه من خسارة أو فاته من ربح حتى لا يثرى هذا الغير على حسابه دون سبب .

كما يشترط في عمل الفضولي أن يقصد في القيام بالشأن العاجل مصلحة رب العمل ، و هذه النية هي التي تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، فإذا عمل شخص لمصلحة نفسه فإنه لا يكون فضوليا حتى لو عاد تدخله بنفع على الغير ، و لا يمكنه في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الفضالة و إنما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها .

و يجوز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه و لمصلحة رب العمل في وقت معا ، كالشريك في الشروع حين يؤجر العين الشائعة لمصلحة نفسه و لمصلحة شريكه ، و هذا ما نصت عليه ( المادة : ١٥١ ) من التقنين المدني الجزائري من أنه : (( تتحقق الفضالة و لو كان الفضولي ، أثناء توليه شأنًا لنفسه ، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر )) . فالمهم في كل ذلك انصراف نية الفضولي إلى العمل لمصلحة الغير .

و قد أشارت ( المادة : ١٥٠ ) من القانون المدني الجزائري إلى الركن القانوني في عمل الفضولي : (( دون أن يكون ملزما بذلك )) ، فيشترط في الفضولي ألا يكون ملزما في القيام بهذا الشأن العاجل و لا موكلًا فيه و لا منهيًا عنه ، و على هذا فلا يعتبر فضوليا من يكون ملزما بتولي شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل ، أو بمقتضى أمر من المحكمة ، أو بمقتضى نص في القانون كالوصي . فالفضالة تفترض أن شخصا غير ملزم لا قانونا ولا اتفاقا و لا قضاء بأن يقوم بعمل مادي أو قانوني لحساب شخص آخر و هو يعلم بذلك ، فهو إذن يقوم بعمل إنساني إثاري ( ALTRUISTE ) ، يقصد به تادية مساعدة لشخص قد يكون غائبا بعيدا و قد يكون غير قادر و لو كان قادرا لقام بالعمل الذي قام به الفضولي (٢) .

و يلاحظ أن القانون المدني الجزائري يتفق مع الشريعة الإسلامية ، من حيث أن الفضولي هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن تكون له ولاية التصرف ، و من حيث إجازة رب العمل لعمل الفضولي تجعل هذا الأخير وكيلًا عن رب العمل إذ القاعدة في الفقه الإسلامي : (( أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة )) و هو نص ( المادة : ١٥٢ ) من القانون المدني الجزائري : (( تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي )) ، على ما في الوكالة من تباين مع الفضالة .

(١) ا. ذهبية حامق ، الفضالة ، ص / ١١٩ .

(٢) د. علي علي سليمان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط ٢ ، ١٩٩٣ م ،

ص / ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

كما يتفق القانون المدني مع الشريعة الإسلامية في التعويض الذي يلحق الفضولي إذا قام بعمل عاد بالنفع على رب العمل فإنه يحق له الرجوع عليه بما أنفقه من المصروفات و ما ضاع من خسارة أو فاته من ربح حتى لا يثرى هذا الغير على حسابه دون سبب ، كما ذكر ذلك ابن القيم في إعلام الموقعين : (( لو علم المتصرف لحفظ مال أخيه أن نفقته تضيع ، و أن إحسانه يذهب باطلا في حكم الشرع ، لما أقدم على ذلك و لصاعت مصالح الناس و رغبوا عن حفظ أموال بعضهم بعضا ، و تعطلت حقوق كثيرة و فسدت أموال عظيمة )) (١) .

كما يلاحظ على ( المادة : ١٥٠ ) التي لم يرد فيها كلمة "عاجل" أنها تتفق مع الشريعة الإسلامية في عدم اشتراط العجلة في العمل الذي يقوم به الفضولي ، فهل معنى ذلك أن المشرع الجزائري يعتبر من يتدخل في شؤون غيره دون أن يكون ملزما به فضوليا و لو لم يكن العمل الذي قام به يقتضي العجلة، و ذلك على غرار الشريعة الإسلامية ؟ أم أن هذه الكلمة سقطت من النص إغفالا من المشرع لا قصدا منه ؟ ذهب الدكتور علي علي سليمان إلى أن هذه الكلمة سقطت قصدا من المشرع ، لأنه اتبع في ذلك رأي القانون الفرنسي الذي اكتفى بشرط أن يكون العمل نافعا (٢) ، و لم يتطلب شرط الإستعجال . و هذا هو الفرق الأساسي بين الفضالة في القانون و الفضالة في الشريعة الإسلامية ، حيث نجد القانون يشترط أن يقوم الفضولي بشأن عاجل ضروري لرب العمل تفضلا منه ، في حين لا نجد الشريعة الإسلامية تشترط شرط الإستعجال .

و الخلاصة : أن الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا من الفضالة في القانون ، إذ يعرف الفقه الإسلامي نوعين من الفضالة ، نظام الفضالة الفقهي أو ( التقليدي ) و يقابله في القانون التصرف في ملك الغير ، و في هذا النوع من الفضالة يقوم الفضولي بتصرف قولي أو قانوني أو بتصرف فعلي أو عمل مادي لحساب الغير دون أن يكون ملزما بذلك ، فلا ينتج تصرفه أي أثر قانوني في حق رب العمل إلا إذا أجاز (٣) .

و نظام الفضالة القانوني و فيه يقوم الفضولي بتصرف قانوني أو بعمل مادي لحساب الغير دون أن يكون ملزما بذلك فيلتزم رب العمل و ينتج آثارا قانونية ، و هذا ما يسمى بالفضالة في القانون ، و قد أخذ المشرع الجزائري و كذلك المصري و الفرنسي بالنظامين من الفضالة ، و رتبوا على كل نوع آثارا معينة تختلف عن الأخرى .

أما القانون المدني العراقي ، و كذلك مجلة الأحكام العدلية فقد اتبعوا نفس المنهج الذي سار عليه

(١) ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ ، ص / ٤١٤ .

(٢) مازو ، في الإلتزامات ، ج ٢ ، ف / ٦٨٣ ، ص / ٦٨٣ .

(٣) و مهما يكن من أمر فإن الفقه الإسلامي كان حذرا في قبوله لنظام الفضالة فلم يجعلها مصدرا من مصادر الإلتزام إلا في أحوال إستثنائية

مثل عقد ملك الغير ، أو حالة الغصب و حالات الضمان ( أي حالات المسؤولية التقصيرية ) ، ذلك أن المبدأ العام في هذا الفقه هو أنه لا

يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير دون إذن أو ولاية ، و كل تصرف مخالف لهذا المبدأ لا يكون ملزما إلا في حالات استثنائية ، و قد

نصت على ذلك ( المادة : ٩٦ ) من مجلة الأحكام العدلية : (( لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه )) ، راجع هذا المعنى

عند محمد الألفي ، في رسالته الفضالة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط ١٩٨١ م ، ص / ٧ .

الفقهاء في المذاهب الفقهية فقد نصت ( المادة : ١١١ ) من مجلة الأحكام العدلية على أن : (( البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي )) .

## الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية و القانون .

البند الأول : حكم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي ( بيع الفضولي ) .

اختلف الفقهاء في بيع الفضولي لمال الغير ، فذهب بعضهم إلى اعتبار بيع الفضولي باطلا . و ذهب آخرون إلى اعتباره صحيحا موقوفا على إجازة المالك (١) .

أولا : الرأي القائل ببطلان بيع الفضولي لمال الغير .

أصحاب هذا الرأي : ذهب الشافعية (٢) في المذهب الجديد ، و كذا الحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب (٣) ، و الإباضية في رواية لهم (٤) ، و ابن حزم الظاهري (٥) ، و أبو ثور ، و ابن المنذر و ابن تيمية (٦) ، و الشيعة الإمامية (٧) ، إلى اعتبار بيع الفضولي لمال الغير باطلا من أساسه و لا ينتج أي أثر ، لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير و من غير الممكن تصحيح هذا البيع فيما بعد من طرف المالك ، لأن الإجازة تلحق العقد الموجود ، و بيع الفضولي لا وجود له ، و إذا أمكن تصور وجود عقد بيع بين المشتري و المالك فلا يكون إلا بعقد جديد بينهما .

و قد استدل أصحاب هذا الرأي بعدة أدلة منها :

١ - أن تصرف الفضولي في مال الغير تصرف فيما لا يملكه ، و تصرف الإنسان فيما لا يملكه لا يجوز ، لورود النهي عنه شرعا ، في حديث حكيم بن حزام حيث سأل الرسول - صلى الله عليه و سلم - (( عن الشيء يبيعه لغيره ، ثم يذهب و يشتريه من السوق ، و يسلمه للمشتري )) ،

(١) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، ص / ١٢ .

(٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٥٩ .

(٣) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٤ ، ص / ٢٨٣ .

(٤) أطفيش ، شرح كتاب النول و شفاء العليل ، ج ٨ ، ص / ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٥) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، المسألة ١٤٦٠ ، ص / ٤٣٤ .

(٦) ابن تيمية ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، ج ٢٩ ، ص / ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

(٧) الحلبي ، المختصر النافع ، ص / ١٤٣ .

(( فنهاء عن ذلك )) و قال له : (( لاتبع ما ليس عندك )) (١) أي ما ليس مملوكا لك ، و هذا النهي يفيد عدم المشروعية ، فيكون تصرف الفضولي في مال الغير باطلا .

٢ - كما أن من شروط وجود العقد شرعا ، أن يكون العاقد له ولاية إصدار العقد و هذه الولاية إنما تكون بالملك للشيء المبيع أو بالإذن من المالك ، و الفضولي ليس مالكا لما يتصرف فيه بالبيع . كما أنه ليس مأذونا بالتصرف من المالك ، فلا يكون لتصرفه في مال الغير وجود في نظر الشارع و لا يترتب عليه شيء من الآثار .

و قد سبق أن أوضحنا أدلة هذا الفريق بالتفصيل و الإعتراضات التي وجهت إليهم في الفصل الأول من هذه الرسالة فليرجع إليه .

ثانيا - الرأي القائل بصحة بيع الفضولي لمال الغير موقوفا على إجازة المالك .

أصحاب هذا الرأي : ذهب الحنفية (٢) و وافقهم المالكية (٣) في ذلك و الحنابلة في الرواية الأخرى (٤) في المذهب كما جنح إلى هذا الرأي الشافعية في المذهب القديم (٥) و حكى أيضا عن المذهب الجديد (٦) ، و هو مذهب الإباضية (٧) و الشيعة الإمامية (٨) في إحدى الروايتين عندهم و هذا هو رأي الإمام إسحاق بن راهوية ، إلى اعتبار بيع الفضولي لمال الغير ، بيعا صحيحا موقوفا و لا ينتج أثره حتى يجاز ممن له حق الإجازة كالمالك أو الولي أو الوصي ، إن أجازته نفذ و لزم البيع و إن لم يجزه بطل ، و من ثم فإن التصرف يكون له وجود شرعي و لكن يوقف أثره فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، و لا ينتقل ملك الثمن من المشتري إلى البائع حتى يجاز العقد من صاحب الحق . و قد استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة تؤيد مذهبهم ، جاء منها :

(١) حديث حكيم بن حزام رواه أبو داود و الترمذي و النسائي و ابن ماجه و غيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن ، انظر ابن

حجر ، تلخيص الحبير ، ج ٣ ، مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ، ط ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، ص ٥ .

(٢) المرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص ٧٥ ، ٧٦ .

(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ١٧٢ .

(٤) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٤ ، ص ٢٨٣ .

(٥) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص ٢٥٩ .

(٦) النووي ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٢٥٩ .

(٧) أطنيش ، شرح كتاب النيل و شفاء العليل ، ج ٨ ، ص ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٨) الحلى ، المختصر النافع ، ص ١٤٣ .

١ - ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أعطى حكيمًا بن حزام دينارًا و قال له : (( اشتر لنا من هذا الجلب شاة للأضحية )) فاشترى شاتين بدينار ، ثم باع إحداهما بدينار ، و جاء بشاة و دينار و قال للرسول - صلى الله عليه و سلم - : (( هذه شاتكم و ديناركم )) فقال الرسول - صلى الله عليه و سلم - : (( اللهم بارك له في صفقة يمينه ، فكان لا يشتري شيئًا إلا ربح فيه ))<sup>(١)</sup> .

فقد اشتملت الرواية على أن الصحابي إنما كان موكلًا بشراء شاة واحدة ، فشراؤه الشاة الثانية و بيعه كان من قبيل الفضالة ، و قد أقره الرسول عليها فكان ذلك دليلًا على مشروعية تصرفات الفضولي في مال الغير و أنها تكون نافذة على صاحب الشأن متى رضي بها و أجازها .

٢ - و أن هذا التصرف من الفضولي قد يكون فيه مصلحة للمعقود له ، يندم إذا ضاعت منه فلأجل أن تتحقق له هذه المصلحة يجعل التصرف موقوفًا ، إذا أراد أجازته و نفذ ، و إن رغب عنه رفضه و بطل ، على أن الفضولي عاقل و الحكمة تقضي بعدم إهدار كلام العقلاء<sup>(٢)</sup> . و قد أثبتنا أدلة هذا الفريق بالتفصيل في الفصل الأول من هذه الرسالة فليرجع إليه .

### ثالثًا - شروط بيع الفضولي .

إلا أن بيع الفضولي لمال الغير - عند هذا الفريق - ينعقد موقوفًا على إجازة المالك بشروط

هي :

الشرط الأول : أن يكون العقد من العقود التي يملك صاحب الشأن مباشرتها بنفسه<sup>(٣)</sup> . فإذا وجد من يقدر على إجازة البيع يوم إبرامه انعقد العقد موقوفًا ، مثال ذلك بيع الفضولي مال الصغير بمثل قيمته ، فإن البيع ينعقد موقوفًا على إجازة الولي لأن الولي يملك إنشاء هذا البيع بنفسه ، فيحق له إجازة البيع حين صدوره ، حتى لو صدرت الإجازة من صاحب المال بعد بلوغه لأنه ليس شرطًا أن يكون المجيز هو صاحب المال ، أو من له حق الإجازة يوم إنشاء عقد الفضولي هو الذي يصدر الإجازة فعلا<sup>(٤)</sup> . أما إذا لم يوجد من يقدر على إجازة العقد أثناء إبرامه ، فإنه لا ينعقد أصلاً ، مثال ذلك أن يبيع الفضولي مالًا للصغير بغبن فاحش ، فإن الولي لا يملك التصرف في مال الصغير بما فيه ضرر له ، فلا يملك إجازته إذا صدر من غيره ، أو كما لو باع الفضولي مال غيره ثم اشتراه من المالك ثم سلمه إلى المشتري ، فإنه لا يجوز لأن البيع باطل ، و إنما يجوز لو كان سبب ملكه متقدمًا على بيعه ، كأن

(١) رواه أبو داود و الترمذي و ابن ماجه و الدارقطني من طريق أبي بكر بن عواض عن أبي حصين بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام .

(٢) د. بدران أبو العنين بدران ، تاريخ الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية لبنان ، ص / ٤٧٤ .

(٣) د. بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص / ٤٧٥ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ ، ١٥٠ .

باع الغاصب المغصوب فضمنه المالك من يوم الغصب جاز بيعه. ، لأنه يعتبر مالكا من يوم الغصب أي قبل بيعه ، و إن ضمنه يوم البيع فإن البيع لا يجوز (١) .

الشرط الثاني : أن لا يبيع الفضولي لنفسه (٢) : إذا باع الفضولي الشيء من نفسه لا ينعقد بيعه أصلا ، لأنه لا يجوز أن يتولى الطرفين في البيع إذ يعتبر بائعا و مشتريا في وقت واحد ، فلا يجوز بيعه و لا ينعقد لزوال شرط انعقاده و هو التعدد ، سواء كان الفضولي أصيلا عن نفسه في البيع أو نائباً عن غيره .

الشرط الثالث : أن يكون للتصرف مجيز عند التصرف ، بمعنى أن يوجد من له ولاية التصرف من مالك أو ولي أو وصي ، و لو لم يجز بعد بالفعل ، فإن لم يوجد مجيز ، أي من يملك إجازة التصرف ، فإن العقد يكون باطلا لا تلحقه الإجازة ، و الحكمة في ذلك أنه إذا وجد المجيز تصور صدور الإذن للحال فغلب احتمال الفائدة بالإجازة ، فانعقد و وقف ، أما إذا لم يوجد مجيز وقت التصرف فلا ينعقد ، و يترتب على عدم انعقاده ألا تلحقه إجازة ، لأن الإجازة لا تلحق غير المنعقد (٣) .

و ليس معنى هذا الشرط أن يكون المجيز هو نفسه الذي يجيز التصرف وقت اتخاذه بل يصح أن يكون غيره ، كما يصح أن يكون الذي اتخذ التصرف هو المجيز بعد أن صار يملك اتخاذه (٤) .

الشرط الرابع : أن يكون التصرف مما يقبل الإجازة ، فإن لم يكن مما يقبل الإجازة (٥) ، فإنه لا ينعقد موقوفا ، مثال ذلك ، إذا باع الفضولي عرضا مغصوبا بعرض مغصوب ، و العرضان مملوكان لنفس الشخص ، ففي هذه الحالة لا ينعقد البيع فلا تلحقه الإجازة ، و بيان ذلك أن يكون لزيد عبد و جارية ، فيغصب عمر منه الجارية و يغصب محمود العبد ، ثم يبيع عمر الجارية لمحمود بالعبد المغتصب ، فيجيز المالك البيع ، فإنه لا يجوز لأنه بيع فاسد لإختلال شرط صحته ، و هو الفائدة ، حيث أن هذا البيع غير مفيد ، لأن كلا من المبيع و الثمن للمالك الأول ، فلم يزد ذلك في ملكه شيئا ففسد ، أما إذا كان الغاصبان قد غصبا من رجلين مختلفين لا من رجل واحد فباعا ما اغتصباه من بعضهما بعضه ببعض ، فإنه يصح البيع موقوفا إن أجازة المالك جاز و لا يبطل لما فيه من الفائدة .

و الخلاصة : أنه بالرغم من الإنتقادات و الحجج التي أوردها القائلون ببطلان بيع الفضولي ، فإن الراجح هو الرأي الثاني القائل بصحة بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية ، لأن حديث حكيم بن

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص / ٨ و ما بعدها .

(٢) د. محمد زكي عبد البر ، مقال المقدم الموقوف ، ف / ٢٩ ، ص / ١٣٠ .

(٣) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ ، ١٥٠ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ .

(٥) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ ، ١٥٠ .

حرام (( لا تتبع ما ليس عندك )) لا يدل على إبطال بيع الفضولي ، لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئاً ليس عنده ربما لا يجده ، فيعجز عن تسليمه للمشتري ، و حينئذ يكون قد غرر به و التغرير بالغير لا يجوز ، ثم أن النهي الوارد في الحديث يدل على الغرر الذي يدخل في معنى القمار و الميسر ، و الله تعالى حرم أكل المال بالباطل في كتابه ، و في وقف بيع الفضولي على الإجازة لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلاً ، و لا قمر أحدهما بالآخر (١) .

و قد ذهب إلى اعتبار بيع الفضولي صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك جمهور الفقهاء ، و به أخذت مجلة الأحكام العدلية ، و كتاب مرشد الحيران ، و هما تقنينان مستمدان من الفقه الحنفي و كذلك أخذ به المشرع العراقي و الأردني ، و عليه فإن الرأي القائل بانعقاد بيع الفضولي موقوفاً على إجازة المالك ، هو الرأي الصائب للإعتبارات التالية :

أن اعتبار بيع الفضولي موقوفاً على إجازة المالك ، أساسه التعاون الذي يجب أن يكون محور التعامل بين الناس ، و الذي أمر به الله تعالى في قوله : (( و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان )) (٢) و إن من المقرر اجتماعياً أن يتعاون الناس على العمل للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة و إن المصلحة الخاصة إن اتسع شمولها تحولت إلى مصلحة عامة ، و على ضوء هذا ينظر إلى تصرف الفضولي و يكون أساس التقدير فيه .

و إذ يقوم الفضولي ببيع أموال غيره ، فقد يقصد من وراء هذا البيع تحقيق منفعة للمالك الذي قد لا يستطيع هو نفسه تحقيقها لسبب من الأسباب كأن يكون غائباً مثلاً و تسنح فرصة مواتية لبيع أمواله الذي هو في حاجة ماسة إلى بيعها ، فيقوم الفضولي الذي قد تربطه صلة بالمالك ، كأن يكون أحد أقربائه أو أصدقائه أو جيرانه ، باغتنام هذه الفرصة بعرض أمواله للبيع فيجلب بذلك فائدة له ، أما لو تقاعس عن إجراء هذا البيع فقد يحرم المالك من مثل هذه الفرصة فيتضرر إذ قد لا تأتيه فرصة أخرى للبيع ، و حتى على فرض أن هذا البيع لم يحقق أية منفعة للمالك فإنه لا يسبب له أي ضرر ذلك أن البيع موقوف على إجازته و قبل صدور الإجازة منه فإن البيع لا يرتب أي أثر و المالك مخير بين إجازة البيع فينفذ في حقه ، أو رد البيع فيسقط ، و إن احتمال تحقيق مصلحة المالك أرجح من عدم تحقيقها .

كما أن هذا الرأي هو أقرب إلى أحكام القانون كما سنرى ذلك عند الكلام عن بيع ملك الغير في القانون فإنه يعتبر قابلاً للإبطال .

#### البند الثاني : حكم بيع ملك الغير في القانون .

إذا كان الرأي الغالب في الفقه الإسلامي يرى أن بيع ملك الغير ينقذ موقوفاً على الإجازة ممن يملكها ، فإن فقهاء القانون قد تضاربت أراؤهم و اختلفوا في الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير

(١) ابن تيمية ، نظرية العقد ، ص / ٢٢٩، ٢٢٨ و ما بعدها .

(٢) سورة المائدة ، الآية : ٢ ، ج ٦ .

اختلافا شديدا (١) .

و قبل أن نعرض لبيان ذلك بالتفصيل ، ينبغي أن نورد نصوص القانون في هذا الصدد أولا . ثم نبين أسباب اختلاف المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير ، و نوضح أخيرا اختلاف فقهاء القانون المدني المصري و القانون المدني الجزائري في تأصيل بطلان بيع ملك الغير .

أولا : النصوص التي وردت في الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير .

تكلم المشرع الجزائري في ( المادتين : ٣٩٧ و ٣٩٨ ) عن الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير إذ نصت ( المادة : ٣٩٧ / ١ ) على أنه (( إذا باع شخص شيئا معيننا بالذات و هو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ، و يكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه )) . و جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة : (( و في كل حالة لا يكون البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع و لو أجازته المشتري )) .

أما ( المادة : ٣٩٨ ) فنصت في فقرتها الأولى على أنه : (( إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه و صار ناجزا في حق المشتري )) . و جاء في فقرتها الثانية : (( و كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع )) .

و هاتان المادتان مأخوذتان من ( المادتين : ٤٦٦ ، ٤٦٧ ) من القانون المدني المصري و تقابلهما في القانون المدني الفرنسي ( المادة : ١٥٩٩ ) (٢) .

غير أن هذه النصوص جاءت قاصرة في تنظيمها لهذا الجزاء مما جعل الفقهاء يوردون آراء مختلفة في هذا الخصوص كما سنرى ذلك .

و نشير في هذا الصدد إلى أن دائرة بيع ملك الغير تنحصر في بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال ، يستوي في ذلك أن يكون البائع عالما بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه ، كما يستوي أن يكون المشتري عالما أو غير عالما بأن البائع مالك للشيء المبيع (٣) .

و قد يقع أن يتصرف شخص في غير ما يملك و إن كان ذلك في حالات نادرة ، كالزوج يتصرف في أحد أموال زوجته دون أن يكون موكلا في ذلك ، و كالوصي يبيع مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه ، و كالغاصب يبيع ما اغتصب ، ففي هذه الحالات ليس للبائع حق على الشيء يجيز له التصرف ، و لم يكتسب أي سلطة تسمح له بهذا التصرف (٤) .

و الحقيقة أن حالات بيع ملك الغير بالمعنى الذي قصده المشرع نادرة قل أن تتحقق في العمل ، و أن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٥٧٨ ، ص / ٦١١ ، هامش رقم ٢ .

(٢) نص ( المادة : ١٥٩٩ ) من القانون المدني الفرنسي : (( بيع ملك الغير باطل ، و يكون هناك محل للتعويضات إذا جهل المشتري أن العين مملوكة للغير )) .

(٣) د. محمد حجار ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، ج ١ ، رسالة دكتوراه ، ط ١٩٨٧ م ، ص / ١٣٢ .

(٤) د. عبد المنعم البدر اوي ، عقد البيع في القانون المدني ، دار الكتاب العربي بمصر ، ط ٢ ، ١٩٥٨ م ، ف / ٣٨٩ ، ص / ٥٧٦ .

فرض بيع ملك الغير هو في الواقع من الفروض المدرسية التي يندر أن تقع في الواقع .  
فمن الصعب أن نتصور أن يعتمد شخص قصداً إلى بيع شيء لا يملكه ، و في الحالات التي يكون فيها ملك الغير محلاً لعمل من الأعمال ، فإننا لا نكون في الغالب بصدد عقد بيع بالمعنى الدقيق ، وإنما نكون بصدد عقد آخر كالعقد المعروف بالتعهد عن الغير ، أو عقد غير مسمى يلتزم فيه أحد الطرفين بالحصول على ملكية الشيء و يعد ببيعه للطرف الآخر .

و من ناحية أخرى ، فإن المشتري الذي يتعاقد على شيء غير مملوك للبائع مع علمه بذلك لا يمكن أن يكون قد قصد شراء هذا الشيء لعلمه باستحالة انتقال الملكية إليه ، وإنما هو يقصد عقداً آخر غير البيع ، و لهذا يكون الكلام عن بطلان بيع ملك الغير في هذه الحالة لا محل له لأننا لسنا بصدد عقد بيع أصلاً (١) .

بقي معنا الفرض الذي يكون فيه المشتري حسن النية ، يجهل أن البائع غير مالك ، و يقصد البيع و الشراء بالفعل ، و في هذه الحالة لا محيص من تطبيق الجزاء المنصوص عليه في ( المادة : ٣٩٧ / ١ ) و هو أن بيع ملك الغير عقد قابل للإبطال بناء على طلب المشتري .

ثانياً : أسباب اختلاف المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير .

سبب اختلاف المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة جزاء بيع ملك الغير ، هو غموض النص الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، فهو بطلان نسبي أم مطلق ، و حول ما إذا كان المشرع قد أراد حقيقة البطلان أم أنه أراد جزاء آخر غير البطلان ، و انقسم الفقه الفرنسي بهذا الصدد إلى عدة اتجاهات :

- فالإتجاه الأول : يذهب إلى أن جزاء بيع ملك الغير ليس هو البطلان و إنما هو الفسخ (٢) ذلك لأن البائع لم يحم بتنفيذ التزامه و هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري فللمشتري أن يطلب فسخ البيع .  
و قد انتقد هذا الرأي : بأنه لو لم يوجد نص ( المادة : ٣٩٧ ) و ما يقابلها في التقنين المدني المصري : ( ٤٦٦ ) و المجموعة المدنية الفرنسية ( ١٥٩٩ ) الذي ينص على البطلان صراحة لاستقام هذا الرأي ، ذلك لأن البطلان شيء آخر غير الفسخ ، و لأن هذا الرأي يرد الجزاء إلى القواعد العامة التي تقضي بأن العقد يفسخ إذا لم يحم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، فالبائع و هو غير مالك لا يستطيع أن يقوم بالتزامه بنقل الملكية إلى المشتري ، و بالإضافة إلى ذلك فإن الحكم بالفسخ خاضع للسلطة التقديرية للقاضي بينما طلب بطلان بيع ملك الغير يجب على القاضي أن يحكم به إذا طلب إبطال العقد من له مصلحة في ذلك (٣) .

(١) د . عبد المنعم البدرأوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ف / ٣٩٢ ، ص / ٥٨١ .

(٢) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع و المقايضة ، المكتب المصري الحديث ، ط ١٩٦٩ م ، ف / ٧٥ ، ص / ١١٦ ، ١١٧ .

(٣) د . عبد المنعم البدرأوي ، المرجع السابق ف / ٣٩٣ ، ص / ٥٨١ ، ٥٨٢ .

- أما الإتجاه الثاني : فيرى أن البطلان في النص هو البطلان المطلق<sup>(١)</sup>، غير أن أصحاب هذا الإتجاه اختلفوا في تعليل البطلان فرده بعضهم إلى استحالة المحل في جانب البائع إذ يستحيل عليه نقل ملكية الشيء المبيع لأنه غير مالك له ، و رده البعض الآخر إلى انعدام السبب ، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن رغبته في الحصول على الملكية ، الأمر الذي لا يتحقق إذا كان البائع غير مالك فيكون سبب التعاقد غير موجود .

و لم يسلم هذا الإتجاه من النقد لأن البيع في هذه الحالة لو كان باطلا بطلانا مطلقا لما أنتج أثرا ، إذ أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية الشيء غير المملوك له ثم يتولى - فيما بعد - تنفيذ التزامه بعد أن تنتقل إليه ملكية هذا الشيء ، و بذلك يظهر أن السبب غير منعدم ، كما أن المحل غير مستحيل استحالة مطلقة لأن الإستحالة المطلقة هي التي لا يستطيع أي إنسان أن يتغلب عليها ، بينما الإستحالة هنا نسبية في جانب البائع و يستطيع غيره أن يتغلب عليها و هو المالك الحقيقي بإقراره عقد البيع<sup>(٢)</sup> .

- و لهذا ذهب اتجاه ثالث : إلى أن البطلان هنا هو بطلان نسبي مقرر لصالح المشتري استنادا إلى أن المشتري قد وقع في غلط إما في شخص البائع إذ ظن بأنه المالك الحقيقي للشيء المبيع و إما في الشيء المبيع إذ ظن أنه مملوك للبائع<sup>(٣)</sup> .

و قد انتقد هذا الرأي ، بدعوى أنه يؤسس البطلان النسبي على الغلط ، في حين أن الغلط الذي يعتد به و يترتب عليه البطلان النسبي يجب أن يكون جوهريا ( المادة : ٨١ ) المدني الجزائري . وليس الغلط في شخص البائع أو في ملكية الشيء المبيع من قبيل الغلط الجوهرى ، و فضلا عن ذلك فإن المشتري قد يكون حسن النية ، و هو أمر يتعارض مع عموم النص الفرنسي الذي قرر إخضاع العقد للبطلان دون أن يفرق بين المشتري حسن النية أو سيئها ، و إنما جعل للمشتري حسن النية فقط الحق في طلب التعويض و هو متفق في هذا الحكم مع قوانين البلاد العربية<sup>(٤)</sup> .

و نظرا لقصور هذه النظريات ، فقد عدل الفقه الفرنسي الحديث عنها و ذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان استحقاق مسبق ، إذ يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن يرفع المالك الحقيقي ضده دعوى الإستحقاق ، أي أنه إذا كان المشتري ملزما في دعوى ضمان الإستحقاق العادية بأن ينتظر حتى يتعرض له المستحق تعرضا قانونيا فيلجأ إلى رفع دعوى ضمان التعرض و الإستحقاق ضد من تصرف إليه في حالة بيع ملك الغير ، قد أجاز له المشرع رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، أي أن دعوى البطلان ليست إلا دعوى

(١) د. عبد المنعم البدر اوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ف / ٣٩٣ ، ص / ٥٨٢ .

(٢) د. محمد حبار ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، ج ١ ، ص / ١٢٣ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، عقد البيع ، ج ٤ ، ف / ١٥٥ ، ص / ٢٨٦ .

(٤) رسالة محمد حبار ، ج ١ ، ص / ١٢٣ .

ضمان استحقاق مسبق يرفعها المشتري (1) . (Garantie d'éviction anticipée)

و إذا كان هذا هو الجدل الذي ثار في الفقه الفرنسي حين تأصيله لبطلان بيع ملك الغير ، فإن الأمر لم يختلف عنه في الفقه المصري بصدد نص ( المادتين : ٤٦٦ و ٤٦٧ ) اللتين جاءتا موافقتين لنص ( المادتين : ٣٩٧ و ٣٩٨ ) مدني جزائري .

ثالثا - اختلاف القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري في طبيعة الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير .

اختلف شرح القانون المدني إختلافا شديدا في نوع الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير ، فذهب اتجاه إلى القول أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا ، و ذهب آخر إلى القول بأنه باطل بطلانا نسبيا أما الإتجاه الثالث فذهب إلى أنه بطلان من نوع خاص . و أخيرا هناك اتجاه رابع ذهب إلى القول بأنه بيع موقوف على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي .

- أما الإتجاه الأول : فقد ذهب إلى تطبيق أحكام البطلان المطلق مع الأخذ بنظرية تحول العقد الباطل (1) . حيث اعتبر بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع ، و لكن هذا العقد يتحول من بيع ناقل للملكية طبقا لنظرية التحول المنصوص عليها في ( المادة : ١٤٤ ) من التقنين المدني المصري و تقابلها ( المادة : ١٠٥ ) من التقنين المدني الجزائري ، إلى بيع منشيء لالتزامات فقط متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع ، و قد انتهى هذا الإتجاه إلى أنه يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في ( المواد : ٤٦٦ م م ، و ٣٩٧ م ج ) و ما بعدهما تطبيقا تشريعا لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى التحول إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضا غير قابل لإثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري .

و قد وردت على هذا الإتجاه انتقادات منها :

- ١ - أن القول بالبطلان المطلق يتضمن مخالفة للنصوص الواردة في التشريع إذ أن القانون اعتبر بيع ملك الغير خاضعا لأحكام البطلان النسبي دون البطلان المطلق .
- ٢ - أن الإستحالة هنا نسبية و ليست مطلقة ، لأن الإستحالة في بيع ملك الغير مقصورة على البائع الذي يتصرف في ملك الغير فقط في حين أنها ممكنة بالنسبة إلى بقية الأشخاص كالمالك الحقيقي .
- ٣ - أن القول بنظرية التحول ينطوي على مخالفة لنص ( المادة : ١٤٤ م م ) و تطابقها ( المادة : ١٠٥ م ج ) لأن نظرية التحول تفترض لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح أن تنصرف نية المتعاقدين معا وقت التعاقد إلى العقد الذي يتحول إليه العقد الباطل ، و في بيع ملك الغير قد لا

(١) د . سليمان مرقس ، عقد البيع دار النهضة القاهرة ، ط ٤ ، ١٩٨٠ م ف / ٣٠٥ ، ص / ٥٢٩ ، ٥٣٠ .

تتصرف نية المتعاقدين إلى إبرام عقد آخر منشيء لالتزامات فقط كي يحل محل العقد الباطل الناقل للملكية (١) .

- الإتجاه الثاني : ذهب إلى تطبيق البطلان النسبي على بيع ملك الغير (٢) . بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري ، فيتضح أن المشرع قد أورد أحكاما تفيد تأثره بالرأي القائل بتطبيق البطلان النسبي على بيع ملك الغير ، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي من قبله و لو أنه لم يصرح مثله بقابلية بيع ملك الغير للإبطال بل قال بأنه بيع باطل ، و إنما يفهم من محتوى ( المادة : ١٥٩٩ ) أن المشرع الفرنسي قصد البطلان النسبي و ليس البطلان المطلق ، إذ خول لمشتري ملك الغير حسن النية الحق في المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة في البطلان . و هذا ما قرره المشرع الجزائري في ( المادة : ٣٩٧ / ١ ) حيث جعل من حق المشتري أن يطلب إبطال البيع ، كما جعل عقد البيع ينقلب صحيحا متى أقره مالك الشيء المبيع في ( المادة : ٣٩٨ / ١ ) و أفاد أن عقد البيع ينقلب صحيحا في مواجهة المشتري إذا انتقلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد في ( المادة : ٣٩٨ / ٢ ) و كل هذه النصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال (٣) .

غير أن هذا الإتجاه اختلف في تعليل هذا البطلان ، فأرجع بعضهم قابلية بيع ملك الغير للإبطال إلى قواعد الغلط ، و هو غلط جوهري في شخص البائع ، إذ المشتري حينما أبرم العقد كان يعتقد بأن البائع مالك للمبيع ، فإذا المالك الحقيقي شخص آخر غيره ، أو هو غلط المشتري في صفة جوهريّة من صفات المبيع إذا كان يعتقد أن المبيع ملك للبائع فإذا هو ملك لغيره ، فيكون المشتري قد وقع في غلط لذلك يجوز له طلب إبطال البيع للخط (٤) . و يذهب البعض الآخر إلى أن أساس بطلان بيع ملك الغير هو عدم قدرة البائع على نقل الملكية للمشتري .

إلا أن أغلبية الشراح يرفضون إخضاع بيع ملك الغير للبطلان النسبي طبقا للقواعد العامة للأسباب التالية :

١ - إختلاف أحكام بيع ملك الغير عن أحكام البطلان النسبي :  
أ - في أن قابلية العقد للإبطال طبقا للقواعد العامة يلحق العقد الذي اجتمعت فيه جميع الأركان ، و تخلف فيه أحد شرطي الصحة ، أما بيع ملك الغير فقد توافرت فيه جميع أركان الإنعقاد و جميع شروط الصحة ، فالمفروض فيمن يبيع ملك غيره ، أنه كامل الأهلية و لم يشب ارادته أي عيب من عيوب الإرادة .

(١) د . محمد حبار رسالة نظرية بطلان التصرف القانوني ، ج ١ ، ص / ١٣٥ .

(٢) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، عقد البيع ، ج ٤ ف / ١٥٨ ، ص / ٢٧٢ .

(٣) د . محمد حبار ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص / ١٣٧ .

(٤) د . عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ف / ٥٧٨ ، ص / ٦١١ .

ب - و المفروض في البطلان النسبي أنه مقرر لحماية ناقص الأهلية و معيب الإرادة ، بينما الملاحظ في إبطال بيع ملك الغير أنه مقرر أساسا لحماية المشتري بالدرجة الأولى ، و كذلك لحماية المالك الحقيقي لأن المالك هو شخص أجنبي عن العقد ، بينما ناقص الأهلية و معيب الإرادة هو أحد طرفي العقد .

ج - و إذا كان ملك الغير يلتقي مع العقد القابل للإبطال ، في أن كلا منهما يمكن إجازته ، غير أنهما يفترقان من حيث أن الإجازة في بيع ملك الغير لا تجعله نافذا في حق المالك الحقيقي و لا يمكن الإحتجاج به عليه إلا بإقرار البيع من المالك الحقيقي ، بينما الإجازة التي تصدر ممن له الحق في الإبطال في العقد القابل للإبطال فإنها تصححه و تجعله ساريا في حقه و يحتج به أيضا على الغير .

د - كما تختلف أحكام بيع ملك الغير عن أحكام العقد القابل للإبطال ، من حيث أن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره كاملة ما دام المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته لم يطالب به ، في حين بيع ملك الغير لا ينتج أهم أثر من آثار البيع و هو نقل الملكية بسبب عدم ملكية البائع للمبيع ، تطبيقا لقاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه .

٢ - و كذلك إرجاع سبب إبطال بيع ملك الغير إلا غلط المشتري تطبيقا للقواعد العامة في الغلط يتعارض مع النصوص التي نصت على البطلان النسبي ، بالإضافة إلى أن الغلط الذي يعيب الرضا يجب أن يكون في صفة جوهرية في ذات الشيء .

٣ - أما القول بعدم قدرة البائع على تنفيذ التزامه ينقل الملكية بسبب الإستحالة ، فإن هذا النوع من الإستحالة في هذا البيع قد يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، لانعدام محل الإلتزام و ليس الأمر كذلك في بيع ملك الغير ، لأن المحل ممكن وجوده و غير منعدم .

- الإتجاه الثالث : ذهب إلى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص (١) . فقد قال أصحاب هذا الإتجاه أن البطلان الذي نصت عليه ( المادة : ٣٩٧ ) مدني جزائري ، و ( المادة : ٤٤٦ ) مدني مصري هو بطلان من نوع خاص ، و ليس بطلانا مطلقا لأن البطلان المطلق يكون عند تخلف أحد أركان العقد و ليس العقد في بيع ملك الغير قابلا للإبطال ، لأن قابلية العقد للإبطال يكون في حالتين : نقص أهلية المتعاقد أو لعيب شاب إرادته ، ذلك أن بيع ملك الغير عقد توافرت فيه جميع أركانه و جميع شروط صحته فيما عدا شرطا واحدا ، و هو عدم ملكية المبيع للبائع ، و ليس في القواعد العامة ما يجعل العقد قابلا للإبطال بسبب عدم ملكية المبيع للبائع ، و لا يمكن إعتبار بيع ملك الغير قابلا للفسخ لوجود نص صريح خاص ببيع ملك الغير يجعله قابلا للإبطال .

فلا مناص إذن من القول بأن بيع ملك الغير هو بطلان تشريعي خاص ، وضعه المشرع لمصلحة المشتري فجعل له الحق في طلب إبطال البيع و إجازته ، و مصلحة المالك الحقيقي بعدم نفاذ هذا البيع في حقه ، إلا بعدة إقراره له فهذا البيع ذو طبيعة خاصة ، فهو من جهة عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، و من جهة أخرى عقد غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإقراره .

و لقد انتقد هذا الرأي بأن إعتبار هذا البطلان من نوع خاص لا يفسر شيئا (٢) ، والقانون المدني

(١) د . عبد الرزاق السنهوري ، عقد البيع ، ج ٤ ، ف / ١٥٨ ، ص / ٢٨٢ .

(٢) د . سليمان مرقس ، عقد البيع ، ف / ٣٠٤ ، ص / ٥٢٨ .

لا يعرف إلا نوعين من البطلان وهما : البطلان والقابلية للإبطال و لم يعرف البطلان من نوع خاص . غير أن النظرة المنصفة لهذا الإتجاه ترى بأن إرجاع بطلان بيع ملك الغير إلى نص خاص إنما هو تقرير حقيقي لمضمون النص إذ أن هذا الإتجاه قام بتفسير إرادة المشرع تفسيراً يتلاءم و منطوق النص ، لأن المشرع لو أراد فعلاً رد أحكام ملك الغير للقواعد العامة لو جد الأمر سهلاً لذلك بإحالة هذه الأحكام للقواعد العامة ، و لما سلك هذا الطريق الصعب وهو تخصيص أحكام خاصة ببيع ملك الغير ، فإن هذه الأحكام في حقيقتها مغايرة للقواعد العامة .

- الإتجاه الرابع : ذهب إلى أن بيع ملك الغير موقوف (١) . يذهب الدكتور شفيق شحاته إلى أن بيع ملك الغير لا يعتبر باطلاً بل الأصح أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك و يؤدي عدم نفاذ العقد الناقل للملكية إلى جعله عديم الأثر فيما بين المتعاقدين ، غير أن ذلك لا يعني أن هذا العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً بل أنه عقد موقوف يتوقف أثره على إقرار من المالك الحقيقي ، فإن أقره هذا الأخير أصبح منتجاً لأثاره بالنسبة إليه و بالنسبة إلى المتعاقدين ، أما إذا لم يقره المالك الحقيقي فإن هذا العقد يظل صحيحاً إلا أنه يبقى موقوف الأثر شأنه في ذلك شأن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي .

و قد وردت على هذا الرأي عدة انتقادات منها :

أ - لا يمكن اعتبار بيع ملك الغير موقوفاً على الإجازة في القانون المدني الجزائري طالما أن هناك نصاً صريحاً يقضي باعتبار بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال ( المادة : ٣٩٧ ) لا عقداً موقوفاً ، و حينئذ فلا مجال للإجتهد فيما فيه نص تشريعي ، لأنه لا يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إلا في حالة غياب نص تشريعي كما نصت على ذلك ( المادة : ١ / ١ ) من القانون المدني الجزائري .

ب - أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا ينتج أي أثر قانوني ما لم يجزه المالك الحقيقي ، أما عقد بيع ملك الغير فإنه ينتج أثره منذ لحظة إبرامه شأنه في ذلك شأن العقود القابلة للإبطال و لا يبطل إلا إذا تقدم المشتري بطلب إبطاله .

ج - كما أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يقتصر إقراره على المالك الحقيقي ، بينما بيع ملك الغير قد يصبح صحيحاً إذا صار البائع مالكاً أي أن تصحيح بيع ملك الغير قد يتم من أحد طرفي العقد، في حين أن العقد الموقوف يتوقف تصحيحه على إقراره من شخص غير طرفي العقد و هو المالك الحقيقي أو من يقوم مقامه .

و قد رد هذه الإنتقادات بعض فقهاء القانون (٢) مقررًا أن المشرع في التقنين المدني الجزائري إذا كان لا يعرف شيئاً اسمه العقد الموقوف ، فإنه قد استقى فكرة التصرف الموقوف من أحكام الشريعة

(١) د . شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٥ م ، ف / ٩٢ ، ص / ٨٥ و ما بعدها ، مشار إليه في مؤلف د .

السنهوري ، عقد البيع ، ج ٤ ، ف / ١٥٧ ، ص / ٢٨٠ .

(٢) د . علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ص / ٢٧٢ ، ٢٧٣ .

الإسلامية في العديد من التصرفات في قانون الأسرة الجزائري كما هو الحال بالنسبة للوصية بأكثر من الثلث في ( المادة : ١٨٥ ) من قانون الأسرة و تصرفات الصبي المميز في ( المادة : ٨٣ ) من قانون الأسرة الجزائري .

و هذا في الحقيقة تعارض بين أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية ، و الذي يأخذ فيه المشرع بنظرية العقد الموقوف و القانون المدني الذي أخذ فيه المشرع بنظرية العقد القابل للإبطال ، و حتى يزول هذا التعارض أرى أن يأخذ المشرع الجزائري بنظرية العقد الموقوف التي عرفها الفقه الإسلامي فإنها أدعى و أولى بالإتباع ، و أكثر اتفاقاً مع المنطق القانوني من فكرة العقد الصحيح القابل للإبطال ، و ذلك لأن هذا العقد يظل مهدداً بالإبطال ممن شرع الإبطال لمصلحته و في هذا ما فيه من عدم استقرار المعاملات بين الناس ، أما العقد الموقوف فلا يترتب عليه أي ضرر للطرف الآخر ، ما دام يعلم أنه موقوف فيا حبذا لو أخذ المشرع الجزائري بنظرية العقد الموقوف كما أخذ بها المشرع في التقنين المدني العراقي في ( المادة : ١٣٥ ) و المشرع في التقنين المدني الأردني ( المادة : ١٧١ ) .

### المطلب الثاني : شراء الفضولي للغير .

أتولى في هذا المطلب بيان حكم تصرف الفضولي بالشراء ، و أقسمه إلى فرعين أتناول في الأول حكم شراء الفضولي في الفقه الإسلامي ، و في الثاني حكم شراء الفضولي في القانون الوضعي .

#### الفرع الأول : حكم شراء الفضولي في الفقه الإسلامي .

شراء الفضولي في الفقه الإسلامي تميزه حالتان : (١)

الحالة الأولى : هي أن يضيف الفضولي عقد الشراء لنفسه .

و الحالة الثانية : هي أن يضيف الفضولي عقد الشراء إلى الغير ( الذي اشترى له ) .

و على ضوء هاتين الحالتين يمكن عرض اختلاف الفقهاء في حكم شراء الفضولي ، و إرجاعه إلى ثلاثة آراء أساسية ، و أتناول ذلك في بندين :

البند الأول : عرض آراء الفقهاء في شراء الفضولي للغير .

١ - الرأي الأول : ذهب الحنفية (٢) و من وافقهم (٣) إلى القول بالتفصيل بين هاتين الحالتين : فإذا أضاف الفضولي الشراء إلى الغير يكون شراؤه موقوفاً على الإجازة .

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٥٠ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٥٠ .

(٣) وافق الحنفية في هذا الرأي الشيعة الزيدية . راجع : الشوكاني ، كتاب السيل الجرار ج ٣ ، القاهرة ط ١٤٠٤ هـ ، ص / ٥٢ و ما

أما إذا لم يضاف الشراء إلى الغير ، أو أضافه إلى نفسه ينفذ على الفضولي و لا يتوقف على إجازة الغير<sup>(١)</sup> .

٢ - الرأي الثاني : و ذهب المالكية<sup>(٢)</sup> و الحنابلة في إحدى الروايتين<sup>(٣)</sup> عندهم و الشافعية في المذهب القديم<sup>(٤)</sup> و الإمام البخاري<sup>(٥)</sup> في صحيحه إلى أن شراء الفضولي كبيعته ينعقد موقوفاً على الإجازة ؛ سواء أضاف العقد إلى الغير أو أضافه إلى نفسه .

٣ - الرأي الثالث : و ذهب الحنابلة في الرواية الأخرى<sup>(٦)</sup> ، و الشافعية في المذهب الجديد<sup>(٧)</sup> ، و الظاهرية<sup>(٨)</sup> إلى أن شراء الفضولي ينعقد باطلاً .

و نخلص من هذا العرض إلى أن في شراء الفضولي للغير آراء ثلاثة .

رأي يقول بالتفصيل ، و رأي آخر يقول بالوقوف على الإجازة مطلقاً ، و رأي ثالث يقول بالبطلان .

البند الثاني : عرض أدلة هذه الآراء .

### أدلة الرأي الأول :

استدل الحنفية و من وافقهم على القول بنفاذ تصرف الفضولي بالشراء عليه إذا أضاف التصرف إلى نفسه بعموم الآيات القرآنية التالية :

بقول الله تعالى : (( لها ما كسبت و عليها ما أكتسبت ))<sup>(٩)</sup> .

و قوله تعالى : (( و أن ليس للإنسان إلا ما سعى ))<sup>(١٠)</sup> .

ووجه الاستدلال من هذين النصين أن تصرف الإنسان في الأصل يعتبر له لا لغيره فشراء الفضولي يعتبر كسبه حقيقة ، فإذا وجد نفاذاً نفذ عليه ، فيصبح بحكم هذا العقد النافذ مشترياً لنفسه ، و هو المالك لما اشتراه و المدين بثمنه و له أن يبيع ما اشتراه بعقد مبدئياً إلى الغائب أو إلى غيره ، كل هذا مالم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبياً أو محجوراً فلا يجد العقد نفاذاً عليه لنقص الأهلية فيتوقف على إجازة الذي اشترى له ضرورة فإن أجازته نفذ و إن كانت العهدة عليه لا عليهما

(١) ففي الفتاوى البزازية : (( شراء الفضولي لا يتوقف ، فإن أضاف الشراء إلى صاحب الدرهم نفذ عليه إن أجاز ، و إن لم يضاف إليه لا

يتوقف )) ، أنظر ابن البزاز ، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ج ٢ ، دار الفكر ، ص / ٨٢٧ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ١٧٢ .

(٣) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٤ ، ص / ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٤) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٦٠ .

(٥) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٤ ، ص / ٤٧٧ .

(٦) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص / ٢٧٤ .

(٧) النووي ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص / ٢٦٠ .

(٨) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، المسألة : ١٤٦٠ ، ص / ٤٣٤ .

(٩) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٦ ، ج ٣ .

(١٠) سورة النجم ، الآية : ٣٩ ، ج ٢٧ .

لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة (١) .

كما استدلوا على القول بتوقف شراء الفضولي على إجازة الغير إذا أضيف العقد إلى هذا الغير في الإيجاب و القبول بما يأتي .

- تصرف الإنسان و إن كان له بحسب الأصل ، إلا أن له أن يجعله لغيره كما في حالة الوكالة و تصرف الوكيل مشروع .

- تصرف الفضولي بالشراء ما دام انعقاده موقوفاً على إجازة الغير فلا ضير في ذلك ، فإن شاء أجازته ، و إن شاء أبطله فالأمر موكل إليه في النهاية (٢) .

### أدلة الرأي الثاني :

استدل المالكية و الحنابلة في رواية لهم و الشافعية في المذهب القديم ، على توقف شراء الفضولي للغير على الإجازة سواء أضيف العقد إلى الغير أو أضيف إلى الفضولي نفسه بالكتاب و السنة و المعقول :

أما من الكتاب : فقول الله تعالى : (( يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )) (٣) .

فكلمة تجارة في الآية جنس تشمل إباحة البيع و الشراء و الإجازة و غيرها ، من غير فصل بين ما إذا كان التصرف نافذاً أو موقوفاً ، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل .

و أما من السنة : قال الكرخي : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحي عن عروة البارقي أن النبي - صلى الله عليه و سلم - (( أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار و جاء بشاة و دينار فدعا له النبي - صلى الله عليه و سلم - في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربح فيه )) (٤) .

فهذا الحديث يدل على إجازة بيع الفضولي ، و أن بيعه ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن و الشراء كالبيع فيه مبادلة مال بمال ، و بما أن البيع من الفضولي يتوقف على الإجازة كما جاء في نص الحديث فيجوز الشراء من الفضولي و يتوقف على إجازة المالك بطريق دلالة النص (٥) .

و أما من المعقول : فقد قال أصحاب هذا الرأي إن تصرف الفضولي بالشراء للغير يتأخر حكمه إلى إجازة صاحب الحق ، فإن أجازته نفذ و إلا بطل ، و هذه الصفة موجودة في تصرفات كثيرة في الفقه

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٥٠ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٥٠ ، ١٥١ .

(٣) سورة النساء ، الآية : ٢٩ ، ج ٥ .

(٤) رواه أبو داود و الترمذي و ابن ماجه و الدارقطني من حديث عروة البارقي ، و قال المنذري و النووي : إسناده صحيح لمجيئه من

وجهين ، و قد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقدة و أخذ به فقد ترجم له 'باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي' ،

و رواه الشافعي عن ابن عيينة و نقل المزني عنه : أنه ليس بثابت عنده . انظر ابن حجر ، تلخيص الحبير ، ج ٣ ، ص / ٥ .

(٥) قال ابن رشد في بداية المجتهد : (( و وجه الاستدلال منه أن النبي - صلى الله عليه و سلم - لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء

و لا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير )) . بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ١٧٢ .

الإسلامي تتعدّد موقوفة على إجازة الخصوم ، كالوصية من المدين بدين مستعرق فإنها موقوفة على إجازة المستحقين ، و كذلك الوصية بأكثر من الثلث فإنها موقوفة على إجازة المستحق . كما أن تأخر الحكم إلى حين صدور الإجازة إنما هو لدفع الضرر عن الغير فإن شاء أجاز و إن شاء رفض .

### أدلة الرأي الثالث :

استدل الحنابلة في الرواية الثانية عندهم و الشافعية في الجديد و الظاهرية على القول بأن شراء الفضولي للغير ينعقد باطلاً بالكتاب و السنة و بالمعقول .

أما من الكتاب : فقول الله تعالى : (( و لا تكسب كل نفس إلا عليها )) (١) .

و وجه الاستدلال من هذه الآية أن الفضولي إذا اشترى للغير من دون أمره فإن الشيء الذي اشتراه يكون له لا للغير الذي اشتراه له سواء أكان في ذلك قد قصد الشراء لهذا الغير أم لا ، و لا يقع الشراء لهذا الغير إلا بعقد جديد بينهما (٢) .

و يناقش ذلك بأن تصرف الإنسان و إن كان له بحسب الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره كالفضولي الذي ينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الغير .

و أما من السنة : فقد استدلوا بالحديث الذي رواه السيدة عائشة عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه قال : (( من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد )) (٣) فعمل الفضولي كشرائه للغير ليس عملاً مشروعاً فيجب رده .

و يناقش هذا بأن عمل الفضولي غير مردود ، لأنه لو كان مردوداً لرد الرسول - صلى الله عليه و سلم - و سلم - عمل عروة البراقبي ، و لكن الرسول - صلى الله عليه و سلم - أقره على عمله و أجاز تصرفه .

و أما دليلهم من المعقول : قالوا إن أساس الإنعقاد هو الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحيّة العبارة لعقد من العقود ، و لا ولاية إلا أن يكون العاقد المشتري ذا شأن في العقد بأن يكون مالكا للعين و له ولاية أو وكالة من صاحب الشأن (٤) .

و يرد على ذلك بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الإنعقاد ، فإذا لم يجز المشتري له شراء الفضولي لا ينفذ التصرف و إذا أجازته نفذ فهو و شأنه .

و بالنظر إلى هذه الآراء الثلاثة و ما ورد على أدلتها من مناقشات و اعتراضات فإننا نرى بأن الرأي الثاني القائل بوقف شراء الفضولي على الإجازة هو الراجح لسلامة أدلته .

(١) سورة الأنعام ، الآية : ١٦٤ ، ج ٨ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص / ٤٣٤ .

(٣) رواه أحمد في مسنده و الإمام مسلم كلاهما عن عائشة بسند صحيح ، انظر السيوطي ، الجامع الصغير في أحاديث البشير ، ج ٢ ، دار

الفكر بيروت ، ط ١ ، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م ، ص / ٦٢٥ .

(٤) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٥٩ .

## الفرع الثاني: حكم شراء الفضولي في القانون الوضعي .

إذا رجعنا إلى المبادئ العامة في القانون المدني نجد أن فقهاء القانون يميزون في تصرفات العاقد عموما سواء أكانت بالبيع أم بالشراء أم بغيرها بين وضعين ، فقد يكون العاقد يتعاقد باسمه هو شخصيا وقد يتعاقد باسم الغير . و بناء على ذلك نقسم هذا الفرع إلى بندين :

### البند الأول : إذا تعاقد العاقد باسمه الشخصي (١) .

إذا تعاقد الفضولي باسمه الشخصي و لم يعلن لمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الغير الذي أبرم العقد لأجله إلا إذا كان من المفروض حتما أن المتعاقد الآخر كان يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ، وقد أشارت إلى هذا المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها : (( أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصيا ، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي من الأغير ، و إنما ترجع حقوق العقد و التزاماته إلى الفضولي .. )) (٢) .

فالعاقد الذي يعمل لحساب الغير و لكنه يتعاقد باسمه الخاص يلتزم شخصيا بتنفيذ العقد في مواجهة من تعاقد معه ، و في هذا يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي في الرأي القائل بنفاذ تصرف الفضولي بالشراء إذا أضاف العقد إلى نفسه .

### البند الثاني : إذا تعاقد العاقد باسم الغير .

إذا تعاقد الفضولي باسم الغير فلا يخلو أمره من حالتين :

- الحالة الأولى : أن يتعاقد الفضولي مع الغير باسم رب العمل ، فتطبيقا لنص ( المادة : ١٥٧ ) من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بأن : (( يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل .. و في هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ... )) فيكون رب العمل ملزما مباشرة قبل الغير بمقتضى النيابة القانونية عنه ، و لا يكون الفضولي مسؤولا إزاء الغير .

فحينما يقوم الفضولي بفضالة نافعة و يتعاقد مع الغير باسم رب العمل يكون نائبا عنه ، و تقوم العلاقة تعاقدية مباشرة بين رب العمل و الغير الذي تعامل مع الفضولي ، فلا يكون هذا الأخير لا دائنا و لا مدينا (٣) .

- الحالة الثانية : أن يتعاقد الفضولي دون أن يظهر علاقته برب العمل ، و في هذه الحالة يلتزم الفضولي شخصيا أمام الغير ، و يكون مسؤولا عن الخطأ الذي يرتكبه طبقا للقواعد العامة للمسؤولية ، كأن يتظاهر مثلا بوجود وكالة بينه و بين رب العمل ، أو يكون قد خدع الغير بحمله على الاعتقاد بأن

(١) أ. ذهبية حاتم ، الفضالة في القانون المدني الجزائري ، ص / ٢١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص / ٤٨٢ ، ٤٨٣ .

(٣) أ. ذهبية حاتم ، المرجع السابق ، ص / ٢١٣ ، ٢١٤ .

رب العمل موسر ، ففي هاتين الحالتين يعتبر الفضولي مسؤولا إزاء الغير ، و يكون لهذا الأخير الحق في مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق به (١) .  
و نخلص من هذا إلى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في الوضع الأول حيث قال بنفاد تصرف الفضولي إذا أضاف العقد إلى نفسه ، و يختلف عنه في الوضع الثاني حيث يجعل الفضولي ملتزما شخصيا أمام الغير ، و يحق لهذا الأخير طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه .

### المطلب الثاني : إجازة ملك الغير .

لما كان عقد الإيجار هو تملك المنفعة وليس تملك العين كما في البيع والشراء ، كان لازما علي أن أحدد مفهوم الإجازة أولا ، ثم أبين حكمها في الفقه الإسلامي وما يشترط فيها ثانيا ، ثم أنتاول أخيرا اختلاف الفقهاء في حكم إجازة ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون ولذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

أخصص الفرع الأول : لتعريف الإجازة وحكمها وشروطها .  
والفرع الثاني : لحكم إجازة ملك الغير .

### الفرع الأول : تعريف الإجازة وحكمها وشروطها .

أنتاول في هذا الفرع تعريف الإجازة في اللغة و الإصطلاح ، ثم الخلاف الذي وقع في جوازها عند الفقهاء ، و أخيرا أتعرض لبعض ما يشترط فيها .  
البند الأول : تعريف الإجازة :

- ١ - في اللغة : مصدر أجزّ ، و الأجر هو الثواب ، و الإجازة اسم للأجرة و هي كراء الأجير ، و يقال أجره الدار أكرها (٢) ، و الإجازة هو ما أعطيت من أجر في عمل (٣) .  
و معنى الإيجار : بيع المنفعة و هذا التعريف اللغوي يتفق مع المعنى الشرعي للإجازة (٤) .
- ٢ - أما عقد الإيجار في اصطلاح الفقه الإسلامي : (( فهو تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعض )) (٥) .

(١) د. محمد الألفي ، الفضالة ، ص / ٦٧ و ما بعدها .

(٢) الرازي ، مختصر الصحاح ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، ط ٤ ، ١٩٩٠ ، ص / ١٢ ، ١٣ .

(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١ ، ص / ٣١ .

(٤) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ، ص / ١٧٣ .

(٥) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ٢ .

البند الثاني : حكمها و ما يشترط فيها .

أولا : حكم الإجارة :

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز عقد الإيجار، و لم يخالف في ذلك إلا " أبو بكر الأصم " (١) و " إسماعيل بن علية " (٢) فإنهما قالا بعدم لزومه لأنه عقد جار على خلاف الأصل ، إذ المعقود عليه فيها هو بيع المنفعة ، و المنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض ، و شبهة المانعين أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة و المنافع في الإجازات وقت العقد معدومة ، و المعدوم لا يحتمل البيع و لا يجوز إضافة البيع إلى شيء في المستقبل . ورد عليهم أن المنافع و إن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب ، و الشرع إنما لاحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب ، و مع مخالفة عقد الإيجار للقياس أجازته الشريعة الغراء استحسانا لحاجة الناس إليه (٣) .

ثانيا : شروط الإجارة .

يشترط في الإجارة ما يشترط في عقد البيع أن يملك العاقد محل العقد ، و أن يكون له الولاية عليه فإذا صدرت من الفضولي كأن يؤجر عينا لا يملكها أو أن يؤجر المالك ما سبق له تأجيله لأنه في الصورة الأخيرة يتصرف في المنفعة و هو لا يملكها ، فإنها تتعقد موقوفة على إجازة المالك عند الحنفية و المالكية كما في عقد البيع ، فإن أجاز الإجارة جازت ، ووجب له الأجرة و إن ردها بطلت، خلافا للشافعية و الحنابلة الذين قالوا بالبطلان (٤) . و الإجازة تلحق الإجارة الموقوفة بشروط ، منها قيام المعقود عليه ، فإذا أجز الفضولي ملك الغير ، و أجاز المالك العقد لا يخلو الأمر من حالتين . الحالة الأولى : إن أجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة ، جازت إجازته ، و كانت الأجرة للمالك لأن المعقود عليه قائم .

(١) هو ابن الأصم أبو بكر عبد الرحمن بن كيسان البصري ، شيخ المعتزلة ، و من أصحابه في الفقه إبراهيم بن علية ، و طريقتهم في خبر الأحاد ضد الظاهرية على خط مستقيم ، مات سنة ٢٠١ هـ ، و له تفسير ، و كتاب " خلق القرآن " ، و كتاب " الحجة و الرسل " ، و الرد على الملحدة " ، و " الأسماء الحسنى " و أشياء عدة ، راجع الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج ٩ ، مؤسسة الرسالة بيروت ، ط ١ ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م ص / ٤٠٢ .

(٢) هو إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم ، أبو إسحاق البصري الأسدي المعروف بابن علية .

كان أحد المتكلمين و ممن يقول بخلق القرآن ، و جرت له مع الإمام الشافعي مناظرات ببغداد و بمصر " في خبر الواحد " و كان من غلمان أبي بكر الأصم و كان مجلسه بمصر عند باب الضوال . و قال الشافعي عنه لما ناظره في خبر الواحد : (( إن ابن علية ضال قد جلس عند بواب الضوال يضل الناس )) ، و كان قد وضع مع عيسى بن أبان كتابا في نقض الشافعي و توفي سنة ٢١٨ هـ ببغداد . انظر الخطيب البغدادي ، تاريخ بغداد ، ج ٦ ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، ص / ٢٠ و ما بعدها .

(٣) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ، ص / ١٧٣ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧٦ ، ١٧٧ .

الحالة الثانية: و إن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة أو استيفاء بعضها ، لم تجز إجازته، و كانت الأجرة للعاقد ، لأن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع و هلاك العين في البيع يمنع الإجازة و يبطل به العقد الموقوف ، فالإجارة عقد من العقود التي يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع ، فما استوفى من المنفعة لم تجز إجازته و كانت الأجرة للعاقد لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت و انتهت فلا تلحقها الإجازة لأنها لا تلحق إلا العقد الموجود (١) .

و هذا هو الذي يفسر لنا إمكانية الإجازة بعد استيفاء بعض المنفعة فتقع على العقد المتجدد فينفذ لحساب المميز ، و على هذا نصت ( المادة : ٧٢٣ ) من مجلة الأحكام العدلية .

## الفرع الثاني : حكم إجارة ملك الغير .

لبيان حكم إجارة ملك الغير لا بد أن أتناول ذلك في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي و أعرض ذلك في بندين : البند الأول : إجارة ملك الغير في الفقه الإسلامي .  
و البند الثاني : إجارة ملك الغير في القانون .

### البند الأول : إجارة ملك الغير في الفقه الإسلامي .

اختلف الفقهاء في حكم إجارة الفضولي و انقسموا إلى ثلاثة مذاهب رئيسية ، و نحن إذ نتناول ذلك نعرض لأرائهم أولا ثم لأدلتهم ثانيا .

#### أولا : عرض آراء المذاهب .

- الرأي الأول: مذهب الحنفية في حكم إجارة الفضولي القول بالتفصيل بين ما إذا كانت المنفعة قائمة لم تستوف فإن الإجارة تتوقف على إجازة هذا الغير إذا كانت قد أضيفت إليه كما في حالة الشراء للغير ، و بين ما إذا كانت المنفعة قد استوفيت أو استوفى بعضها فإن الإجازة لا تلحق العقد في حق ما استوفى من المنافع (٢) .

- الرأي الثاني: و ذهب المالكية (٣) و الشافعية في المذهب القديم (٤) و الحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب (٥) إلى القول بالوقف مطلقا على الإجازة .

- الرأي الثالث: و هو مذهب من قالوا ببطلان إجارة الفضولي من الشافعية في المذهب الجديد (٦)

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ، ص / ١٧٧ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧٧ .

(٣) الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ج ١٤ ، مطبعة السعادة بمصر ، ط ١ ، ١٣٢٣ هـ ، ص / ٨٢ .

(٤) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٦١ .

(٥) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٦ ، ص / ٣٤ .

(٦) النووي ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص / ٢٦١ .

و الحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب و الظاهرية (١) .

ثانيا : عرض أدلة هذه الآراء .

١ - أدلة الرأي الأول : ذهب الحنفية إلى القول بالتفصيل بين الحالتين :

الحالة الأولى : إذا كانت المنفعة لم تستوف فإن الإجارة تتوقف على إجازة الغير إذا كانت قد أضيفت إليه كما في حالة الشراء .

و استدلوا على ذلك ، بأن من شروط ورود الإجازة على التصرف الموقوف بقاء العاقدين و المعقود عليه و المجيز وقت إنشاء العقد و وقت الإجازة ، لأن لها تارة حكم الإستناد و تارة حكم الإنشاء أما أن لها حكم الإستناد فيشترط وجود هذه الشروط عند العقد . و أما لها حكم الإنشاء ، فيشترط وجودها عند الإجازة ، فإذا هلكت العين أو استوفيت المنفعة في الإجارة قبل الإجازة بطل العقد و لا تلحقه الإجازة كما أن إجازة العقد قبل الإستيفاء بمنزلة ابتداء العقد ، و كذلك فإنهم يشترطون أن يضاف الإستتجار إلى الغير حتى يتوقف على إجازته كما في الشراء ، و قد سبق بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام على شراء الفضولي (٢) .

الحالة الثانية : إذا لم تكن المنفعة قائمة بأن تكون قد استوفيت كلها أو بعضها فإن الإجازة لا تلحق العقد في حق ما استوفى من المنافع .

و استدلوا على ذلك بأن المنفعة في الإجازة كالعين في البيع ، و هلاك العين في البيع يمنع ورود الإجازة ، و يبطل به العقد الموقوف فكذلك يكون الأمر في هلاك المنفعة .

فالإجارة عقد من العقود التي يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فما استوفى من المنفعة بمنزلة عقد انتهى ، لفوات محله فلا تصح الإجازة لأنها لا تلحق إلا العقد الموجود ، و يصير العاقد الفضولي حينئذ غاصبا بالتسليم (٣) .

و قد قال الحنفية : إن الغاصب إذا أجر ما غصبه وسلم ذلك ، ثم قال المالك (( أجزت ما أجزت )) فإن كانت مدة الإجارة قد انقضت فللغاصب الأجر ؛ لأن المعقود عليه قد انعدم و الإجازة لا تلحق المعدوم كما قلنا ، و إن كانت الإجازة بعد مضي بعض المدة فالأجر كله للمالك عند أبي يوسف ، لأنه إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد ، فكان محلا للإجازة فهو قد نظر في ذلك إلى المدة (٤) .

و قال محمد بن الحسن الشيباني : أجر ما مضى للغاصب ، و أجر ما بقي للمالك ، لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه مستقل عن غيره ، فإذا مضى بعض مدة الإجازة ، كان المضي منعما حين الإجارة فلا يصح إلحاق الإجازة به لانعدامه ، فهو قد نظر إلى المعقود عليه و يتضح هذا الخلاف بين أبي يوسف و محمد فيمن غصب أرضا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الأرض عقد الإجارة .

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص / ٤٣٤ .

(٢) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ، ص / ١٧٧ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧٧ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ١٧٧ .

قال محمد بن الحسن الشيباني : إن أعطاهما الغاصب مزارعة فهنا تفصيل إن كان الزرع قد سنبل و لم يبيس ، فأجاز صاحب الأرض ، جازت المزارعة ، و لا شيء للغاصب من الزرع لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد لا ينفصل بعض عملها عن بعض ، فكانت إجازة العقد قبل الإستيفاء بمنزلة ابتداء العقد ، و أما إذا كان الزرع قد يبيس فقد انقضى عمل المزارعة ، فلا تلحق الإجازة العقد ، و يكون الزرع حينئذ للغاصب (١) .

٢- أدلة الرأي الثاني : ذهب المالكية إلى أن إجازة الفضولي تتعقد موقوفة على الإجازة ممن يملك المنفعة فإذا أجازها مضى العقد و كانت له الأجرة سواء استوفت المنفعة أم لم تستوف ، فهم لم يفرقوا بين ما إذا كانت المنفعة قد استوفيت فلا تصح الإجازة و بين ما إذا كانت لم تستوف فتصح الإجازة كما فعل الحنفية (٢) .

و قد وافق المالكية الحنابلة (٣) في إحدى الروايتين في المذهب ، و سبق أن بينا أدلة هذا الفريق بالتفصيل عند الكلام عن بيع الفضولي لمال الغير و شرائه فنحيل عليه .

٣ - أدلة الرأي الثالث : الإجازة كالبيع إذا صدرت من الفضولي فإنها تعتبر باطلة لأن الولاية عند هذا الفريق شرط في الإنعقاد و ليست شرطا في النفاذ ، و قد سبق أن أوضحنا أدلتهم بالتفصيل و ما ورد عليها من اعتراضات في الفصل الأول من هذه الرسالة فنحيل إليه .

و الخلاصة أن القول بالوقف على الإجازة يحمي مالك المنفعة من الضرر بخلاف القول بنفاذها دون توقف ، و على ذلك نرجح الرأي الثاني القائل بوقف نفاذ الإجازة على إجازة مالك المنفعة.

#### البند الثاني : إجازة ملك الغير في القانون .

إذا لم يكن المؤجر مالكا للعين المؤجرة فإن الإيجار يتعقد صحيحا فيما بينه و بين المستأجر ، و يلزم كلا العاقدين و لا يجوز لأحدهما إبطاله بسبب عدم ملكية المؤجر ، و لكنه لا يسري في مواجهة المالك الحقيقي لأن المالك يعتبر هنا من الغير . و الأصل أن العقود لا تنفع و لا تضر غير عاقدتها و خلفائهم و ما دام أن الإيجار لا يسري في مواجهة المالك فإن لهذا الأخير أن يسترد العين من المستأجر إذا كان قد تسلمها ، و ذلك في أي وقت يشاء و يحق للمالك أيضا أن يطالب المؤجر بما أخذه من غلة العين حتى لا يثرى على حسابه دون سبب ، ما لم يكن هذا الأخير حائزا للشيء بحسن نية ، كما نصت ( المادة : ١٤١ ) من القانون المدني الجزائري و تقابلها ( المادة : ٩٧٨ ) من التقنين المدني المصري ، و في هذه الحالة يجوز للمستأجر فسخ العقد و يكون له الحق في التعويض عن الأضرار المترتبة على الفسخ إذا كان حسن النية أي جهل أن العين المؤجرة غير مملوكة للمؤجر

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٤ ، ١٧٧ .

(٢) الإمام مالك ، المدونة الكبرى ، ج ١٤ ، ص / ٨٢ .

(٣) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٦ ، ص / ٣٤ .

و لو كان المؤجر حسن النية . (١)

و للمالك الحقيقي أن يقر الإيجار الصادر من غيره فيجعله نافذا في حقه و يتوقف أثر تحديد الزمن الذي ينتج فيه الإقرار على قصد المقر منه ، فقد يقصد أن يرتب أثره عليه من وقت الإقرار فقط ، و قد يقصد إقرار الإيجار منذ انعقاده ، و الغالب أن يقصد المالك إقرار الإجارة منذ عقدها فيعتبر كأنه اعتمد المؤجر وكيلا عنه في التأجير ، و معنى ذلك أنه يحل محله طرفا في العقد و يحاسبه على ما قبضه من أجره و يكون له مطالبة المستأجر بالأجرة المستقبلية و يلتزم هو بجميع التزامات المؤجر (٢) .

و على ضوء ما تقدم في بيع ملك الغير يمكن مقابلة : إيجار ملك الغير ببيع ملك الغير في الحالات التالية :

فالإنسان يتفقدان في أنهما لا ينفذان أو لا يسريان في حق المالك الحقيقي ، و لكنهما يختلفان في أن : بيع ملك الغير يكون قابلا للإبطال فيما بين البائع و المشتري ، و قد ورد في شأن بطلانه نصوص خاصة هي ( المواد : ٣٩٧ ، ٣٩٨ ) من التقنين المدني الجزائري .

أما إيجار ملك الغير : فيكون صحيحا فيما بين المؤجر و المستأجر في إنشاء التزامات تمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة ، و هذا الإلتزام لا يقتضي أن يكون الملتزم مالكا للعين المؤجرة و أن التعهد به و لو صدر في هذه الحالة من غير المالك لا يكون محله مستحيلا إستحالة مطلقة ، فلا مانع يمنع من انعقاده صحيحا و لكنه لا يسري في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أقره (٣) .

و إذا كان المشرع قد نص على قابلية بيع ملك الغير للإبطال فإنه لم يتعرض إلى تحديد الجزاء الذي يلحق إيجار ملك الغير ، و لهذا وجب الرجوع في شأنه إلى القواعد العامة ، و هي تقضي بأن إيجار ملك الغير صحيح فيما بين المؤجر و المستأجر .

و في هذا يختلف الإيجار عن البيع ، فالبائع لا يستطيع نقل الملكية إذا لم يكن مالكا فكان البيع صادرا منه قابلا للإبطال ، أما المؤجر فليس هناك ما يمنعه من أن يلتزم بتسليم عين لا يملكها و ليس له حق الإنتفاع بها ، و لا يمكنه الإنتفاع بها طول مدة الإيجار ، و السبب في ذلك أن التمكين من الإنتفاع وضع فعلي قد يستطيعه المؤجر و لو لم يكن مالكا للعين المؤجرة أما نقل الملكية أو إنشاء الحق العيني فهو وضع قانوني لا يستطيعه إلا المالك (٤) .

كما أن الإيجار يعتبر صحيحا غير قابل للإبطال أو الفسخ مادام المالك الحقيقي لم يتعرض للمستأجر و الفسخ لا يكون إلا إذا تعرض المالك .

(١) د. سليمان مرقس ، عقد الإيجار ، مطبعة النهضة الجديدة القاهرة ، ١٩٦٨ م ، ف / ٦٤ ، ص / ٩٨ - ١٠٠ .

(٢) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ف / ٦٥ ، ص / ١٠٣ ، ١٠٥ ، ١٠٦ .

(٣) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ف / ٦٤ ، ص / ٩٨ .

(٤) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ف / ٦٥ ، ص / ١٠٤ ، هامش رقم ١ .

أما في بيع ملك الغير فإن للمشتري أن يطلب الإبطال لا الفسخ و ذلك قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي .

و نخلص إلى أنه ما دام ليس هناك نص تشريعي يحدد الجزاء الذي يلحق بإيجار ملك الغير ، فإننا نرى الرجوع إلى نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري التي تقضي في فقرتها الثانية : (( بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي ( يمكن تطبيقه ) ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية )) . و اعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على الإجازة ، كما فعل المشرع في التقنين المدني العراقي إذ أخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي من اعتبار إجارة ملك الغير موقوفة على إجازة المالك . فنص في ( المادة : ٧٢٥ ) منه على أنه : (( تتعد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المالك ، فإن كان هذا صغيرا أو محجورا و كانت الإجارة ليس فيها غبن فاحش انعقدت إجارة الفضولي موقوفة على إجازة الولي )) .

فيا حبذا لو أخذ المشرع في التقنين المدني الجزائري بالرأي القائل بالوقف على الإجازة المستمد من المدونة الكبرى من الفقه المالكي لأن هذا الرأي يحمي حقوق المستأجر و المالك الحقيقي .

## المبحث الثاني : محل العقد الموقوف من عقود التبرعات .

التبرعات هي التصرفات التي لا عوض فيها ، و إنما تكون منحة من طرف إلى آخر ، على سبيل التبرع ، كالهبة و العارية و الوديعة و الوقف و الوصية .

و هذه التصرفات تكون محلا للعقد الموقوف ترد عليها الإجازة كما ترد على عقود المعاوضات ، فما حكم من يتصرف في مال غيره بهبته أو بوقفه أو بوصيته ؟ هل يكون تصرفه باطلا أم يكون موقفا على الإجازة ممن يملكها شرعا ؟ للإجابة على هذا التساؤل ، أقتصر على بيان محل العقد الموقوف من هبة ملك الغير أو من وقفه أو من وصيته به .

و أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

- أتناول في المطلب الأول : هبة ملك الغير .
- وفي المطلب الثاني : وقف ملك الغير .
- وفي المطلب الثالث : الوصية بمال الغير .

### المطلب الأول : هبة ملك الغير .

لعرض اختلاف الفقهاء في مسألة هبة ملك الغير يقتضي مني الأمر تعريف الهبة أولا ، ثم أبين حكمها و شروطها ثانيا ، و لذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

أخصص أحدهما : لتعريف الهبة و حكمها و شروطها .

و ثانيهما : لحكم هبة ملك الغير .

الفرع الأول: تعريف الهبة وحكمها وشروطها.

البند الأول : تعريف الهبة لغة و اصطلاحا .

أولا : الهبة في اللغة .

من وهب له شيئا يهب وهبا ، و الهبة العطية الخالية عن الأعراض و الأعراض (١) .

ثانيا : أما الهبة في الإصطلاح الشرعي .

فهي عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعا (٢) .

و حتى نوضح هل هذا التعريف جامع مانع لابد من بيان القيود و الإحترازاات الواردة عليه ؟ .

فقولنا : عقد يفيد التملك قيد في التعريف أخرجنا به العارية لأنها إياحة المنفعة بلا عوض فهي واردة على المنافع .

و أما قولنا : بلا عوض فهو إحتراز عن عقود المعاوضات التي فيها مبادلة المال بالعوض .

إلا أن هذا القيد غير جامع ، لأن الهبة قد تكون بدون عوض و قد تكون بعوض ، و الحالة الأخيرة تعتبر الهبة في حقيقتها هبة ابتداء و بيعا انتهاء .

ولهذا كان التعريف الجامع هو أن الهبة إعطاء المال بدون عوض أو بعوض ، و إلى هذا جنح صاحب مرشد الحيران فنصت ( المادة : ٧٧ ) منه على أن : (( الهبة تملك العين بلا عوض و قد تكون بعوض )) .

و قد يناقش ذلك بأن العوض ليس ركنا من أركان الماهية بل هو شرط فيها و الشرط خارج عن الماهية ، و بناء على هذا يكون تعريف الهبة بأنه إعطاء المال بدون عوض تعريفا صحيحا جامعاً لأفراد المعرف مانعا من دخول الغير فيه .

و أما قولنا : حال الحياة تطوعا فهو قيد في التعريف أخرجنا به الوصية ، لأنها مضافة إلى ما بعد الموت .

و بهذا التعريف أخذ المشرع الجزائري في ( المادة : ٢٠٢ ) من قانون الأسرة (٣) .

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٦ ، باب الواو و الهاء ، ص / ٤٩٢٩ .

(٢) انظر تعريف الهبة في المذاهب الفقهية :

عند الحنفية ، قاضي زاده ، تكملة فتح القدير ، ج ٩ ، ص / ١٩ .

و عند المالكية ، الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ٨٧ .

و عند الشافعية ، الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، ص / ٤٤٦ .

و عند الحنابلة ، المرادوي ، الإنصاف ، ج ٧ ، ص / ١١٦ .

(٣) فقد نصت ( المادة : ٢٠٢ / ١ ) من قانون الأسرة على أن : (( الهبة تملك بلا عوض )) .

## البند الثاني : أركان الهبة .

أركان الهبة عند الجمهور هي : الواهب ، الموهوب له ، الشيء الموهوب ، و الصيغة (١) .  
و أما أركانها عند الحنفية فهي الإيجاب من الواهب .

فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا ، و القياس أن يكون ركنا و هو قول زفر رحمه الله (٢) .

ووجه القياس : أن الهبة تصرف شرعي كعقد البيع ، و الحكم لا يثبت في العقد إلا بإيجاب و قبول ، ووجه الإستحسان عند الكاساني و بعض الحنفية ليس القبول من الموهوب له ركنا ، و إنما الركن فقط هو الإيجاب من الواهب ، لأن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول ، و إنما القبول و القبض (٣) لثبوت حكمها أي الأثر المترتب عليها (٤) ، و الدليل على ذلك ما أخرجه البيهقي في السنن عن عثمان و ابن عمر و ابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا : (( لا تجوز صدقة حتى تقبض )) (٥) .

و أكثر شراح الحنفية : على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب ، و بالإيجاب و القبول في حق الموهوب له ، لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع كالإقرار و الوصية ، لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول و القبض ، و قد نصت ( المادة : ٨٣٧ ) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : (( تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم بالقبض )) .

و هذا هو رأي المشرع الجزائري فقد نصت ( المادة : ٢٠٦ ) من قانون الأسرة : على أنه : (( تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم الحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات ، و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة )) .

و عمدة اعتبار القبول ركنا في الهبة تشبيها بعقود التملكيات أما إذا لم نعتبره ركنا و أنها تتم بالإيجاب وحده فإنها تكون من عقود الإسقاطات (٦) .

## البند الثالث : شروط الهبة .

يشترط في الهبة الشروط التالية :

- يشترط في الواهب أن يكون له أهلية التبرع بالعقل والبلوغ مع الرشد ، فلا تجوز هبة الصبي و المجنون لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا ، و كذا إذا وهب الأب مال الصغير الذي هو في ولايته كانت الهبة باطلة لا تلحقها الإجازة لأن هذا المال غير مملوك للأب و يستحيل تملك

(١) ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص / ٢٤١ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص / ١١٥ .

(٣) و القبض شرط من شروط التمام عند الإمام مالك ، راجع ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ٣٢٩ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ١١٥ .

(٥) البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٦ ، ص / ١٧٠ ، ١٧١ .

(٦) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص / ٣٢٩ .

ما ليس بمملوك ، فضلا عن أن هذا التصرف ضرر محض للصغير فلا يجوز حينئذ (١) .  
- و يشترط في الشيء الموهوب أن يكون مالا متقوما موجودا وقت الهبة معلوم القدر أو معيناً ، كما يشترط فيه أن يكون مملوكاً للواهب ، فإن لم يكن مملوكاً له فإن المتصرف يعتبر فضولياً ينعقد تصرفه موقفاً على الإجازة . (٢)

و قد نصت على ذلك ( المادة : ٨٥٧ ) من مجلة الأحكام العدلية بأنه : (( يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب فلو وهب أحد مال غيره لا يصح ، و إذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة )) .

و هذا هو رأي الحنفية في هبة ملك الغير من أنها تتعد موقوفة على إجازة المالك ، و إلى هذا الرأي ذهب الشافعية في المذهب القديم (٣) ، كما يتفق معهم في الرأي المالكية (٤) في إحدى الروايتين في المذهب .

أما مذهب الشافعية في المذهب الجديد ، و كذا الرواية الأخرى عند المالكية فإن هبة ملك الغير تعتبر باطلة .

### الفرع الثاني : حكم هبة ملك الغير .

لبيان حكم هبة ملك الغير في الفقه الإسلامي ، و القانون أقسم هذا الفرع إلى بندين : أتناول في الأول حكم هبة ملك الغير في الفقه الإسلامي ، و في الثاني : حكم هبة ملك الغير في القانون .

البند الأول : هبة ملك الغير في الفقه الإسلامي .

اختلف الفقهاء في حكم هبة ملك الغير فذهب فريق منهم إلى اعتباره موقفاً على الإجازة ، و قال آخرون بأنه باطل .

و يتخلص لنا من هذا أن في هبة ملك الغير رأيين ، رأي يقول بالوقف و آخر يقول بالبطلان .

أولاً : - عرض الآراء .

الرأي الأول : ذهب الحنفية و الشافعية في المذهب القديم ، و المالكية على أحد الرأيين في المذهب : إلى أن هبة ملك الغير تتعد موقوفة على إجازة المالك أو من له حق في الإجازة شرعاً .  
الرأي الثاني : و ذهب الشافعية في المذهب الجديد ، و كذا المالكية في الرواية الأخرى في المذهب : إلى أن هبة ملك الغير تعتبر باطلة .

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٦ ، ص / ١١٨ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ١١٩ .

(٣) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٦٠ .

(٤) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ٨٧ .

ثانيا : عرض الأدلة .

١ - أدلة الرأي الأول : القائل بالوقف .

استدل هذا الفريق بالقياس : فقد قاسوا الهبة على البيع و بما أن بيع الفضولي موقوف فهبته كذلك ، و هذا ما يستفاد من أقوال الفقهاء . فقد جاء في حاشية الدسوقي عند كلامه عن تصرفات الفضولي : (( و ذكر بعضهم أن وقفه وهبته وصدقته وعتقه كبيعه في أن كلا صحيح غير لازم ، فإن أمضاه المالك مضى و إن رده رد )) (١) .

و قال الإمام النووي في المجموع : (( و يجري القولان فيما لو زوج أمة غيره أو إبنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه .. و يطرد هذا القول في كل عقد يقبل الإستتابة كالبيوع و الإجازات و الهبات و العتق و النكاح و الطلاق وغيرها ، و يسمى هذا بيع الفضولي )) (٢) .

و هذا القياس منقوض من وجهين :

**الوجه الأول** : أن حكم الأصل في هذا القياس غير متفق عليه لأن هناك من الفقهاء من يقول ببطلان بيع الفضولي ، و من شروط القياس أن يكون حكم الأصل متفقا عليه ، فإذا كان مختلفا فيه فيكون القياس غير صحيح .

**الوجه الثاني** : أن هذا القياس ، قياس مع الفارق فالبيع لا يكون إلا بمبادلة مال بمال من الطرفين ، و أما الهبة فهي إعطاء المال بدون عوض .

و يناقش هذا الرأي كذلك بأن هبة الفضولي لمال الغير تصرف شرعي صادر من الأهل مضاف إلى المحل فينعتد موقوفا على إجازة صاحب الحق فإن أجازته نفذ و إلا بطل و من ثم فلا ضرر من انعقادها موقوفة على الإجازة لأن الضرر يتحقق في نفاذها بلا رأي المالك ، إذ ربما لا يريد هبة ماله فيثبت الضرر .

٢ - أدلة الرأي الثاني : القائل بالبطلان .

استدل هذا الفريق كذلك بالقياس .

فقالوا : بأن هبة الفضولي لمال الغير كبيعه تنعتد باطلة فكما لا يصح بيع الفضولي لا تصح هبته فقد جاء في مغني المحتاج : (( بيع الفضولي في الجديد .. باطل و كذا سائر تصرفاته القابلة للنيابة ، كما لو زوج أمة غيره أو إبنته أو طلق منكوحته أو أعتق عبده ، أو أجر داره أو وقفها أو وهبها أو اشترى بعين ماله لأنه ليس بمالك و لا ولي و لا وكيل )) (٣) .

و جاء في حاشية الدسوقي : (( هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنه صحيح و إن كان غير لازم ، و مثلها وقفه و صدقته و عتقه فمتى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلا و لو أجازته المالك )) (٤) .

(١) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ٨٧ .

(٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(٣) الشرييني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، دار الفكر ، ص / ١٥ .

(٤) الدسوقي ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص / ٨٧ .

و يمكن مناقشة هذا القياس بأن حكم الأصل غير متفق عليه عند أغلب الفقهاء الذين يقولون بوقف بيع الفضولي على الإجازة كالحنفية و المالكية و غيرهم ، و بما أن هذا الشرط غير متحقق في حكم الأصل فلا يصح القياس .

و احتجوا كذلك بأن هبة ملك الغير تعتبر صادرة ممن ليست له ولاية شرعية على التصرف و الولاية شرط في الإنعقاد لا في النفاذ ، و من ثم فلا تصح هبته كما لا يصح أي تصرف آخر منه لعدم الولاية على الشيء المتصرف فيه (١) .

و يمكن نقض هذه الحجة بأن التصرف صادر من أهله مضاف إلى محله و إذا كان الفضولي لا ولاية له فهذا شرط لنفاذ العقد لا لانعقاده فيترتب عليه انعقاد تصرفه بالهبة و نحوها موقوفاً على الإجازة لا باطلاً . ثم إن القول بالبطلان فيه إهدار للتصرف دون مسوغ أما القول بالوقف ، فإنه يحقق الحماية اللازمة للمتعاقدين و لصاحب الحق الذي يوقف نفاذ التصرف على إجازته .

و الرجح من هذين الرأيين ، الرأي الأول القائل بالوقف على الإجازة لأن الأصل في تصرفات الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز من البيع و الإجازة و النكاح و الطلاق و نحوها فإن أجاز المالك نفذت و إن ردها بطلت (٢) .

#### البند الثاني : هبة ملك الغير في القانون :

إذا كان المشرع المصري قد رتب على هبة ملك الغير جزاء القابلية للإبطال لمصلحة الموهوب له ، فنصت على ذلك ( المادة : ٤٩١ ) من التقنين المدني فقالت : (( إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام ( المادتين : ٤٦٦ ، ٤٦٧ ) )) .  
فإن المشرع الجزائري لم يتعرض للجزاء الذي يلحق هبة ملك الغير ، رغم تعرضه لأحكام الهبة في كتاب التبرعات من قانون الأسرة الجزائري ، و قد نص على شروطها في ( المادة : ٢٠٣ ) كما نص على أركانها في ( المادة : ٢٠٦ ) .

و من نظر في هذا الصدد إلى الإجتهد القضائي يجده قد اشترط لصحة الهبة أن يليها فوراً تسليم الموهوب إلى الموهوب له أو لهم ، و ذلك يقتضي أن يكون الواهب مالكا للموهوب و ليس فضولياً يهب ملك غيره (٣) ، فيتوقف نفاذ تصرفه بالهبة على إذن المالك الحقيقي .

و إذا لم تكن هناك نصوص صريحة تنظم حكم هبة ملك الغير في قانون الأسرة الجزائري فإن الإجتهد القضائي قرر الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية التي ليس فيها نصوص صريحة تنظمها . من ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ

٢١ / ٠٦ / ١٩٦٧ ( من المقرر قضاء بأن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٨ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٤٨ .

(٣) انظر في ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ ٠٩ / ٠٤ / ١٩٦٩ ، الموجود بمجموعة الأحكام ، ج ١ ، ص / ١٩٥ ، أحال

عليها الدكتور بلحاج العربي في مؤلفه ، قانون الأسرة و مبادئ الإجتهد القضائي ، ص / ١٩٨ .

الإسلامي الذي له الأسبقية على الأعراف )) (١) .

كما قررت في قرارها الصادر بتاريخ ٣٠ / ١٢ / ١٩٨٥ ما يلي : (( من المقرر فقها و قانونا أنه بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية فإنه يتعين تطبيق قواعد الشرع الإسلامي )) (٢) .

و نعود بعد هذا إلى المشرع في التقنين المدني المصري الذي اعتبر هبة ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له كما صرحت بذلك ( المادة : ٤٩١ ) السالفة الذكر ، بأن أحكام بيع ملك الغير تسري على هبة ملك الغير ، و حكمه كما رأينا أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري . فإذا أجاز الموهوب له الهبة فإنها تنقلب صحيحة و ليس معنى ذلك أن يترتب على الإجازة نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له ، لأن المالك الحقيقي لم يقر هذه الهبة بل هو أجنبي عنها فلا تنتقل الملكية إلا بإقراره (٣) .

و تكون الهبة صحيحة بإقرار المالك الحقيقي و تسري في حقه من تاريخ صدورها دون حاجة إلى عملها من جديد .

و تنقلب الهبة صحيحة أيضا إذا ألت ملكية الموهوب إلى الواهب بعد صدور الهبة ، بأن يصبح مالكا و في هذه الحالة تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له ، و هذا مطابق لأحكام بيع ملك الغير (٤) .

و الخلاصة أن الجزاء الذي رتبته المشرع في التقنين المدني المصري غير منطقي و مضطرب فهو تارة قابل للإبطال لمصلحة الموهوب له ، و تارة أخرى غير سار في حق المالك الحقيقي .

أما فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي فهي أكثر ملاءمة لمواجهة حكم هبة ملك الغير و أولى بالإتباع فالهبة تبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة للمالك الحقيقي حتى ترد عليها الإجازة ممن يملكها و طالما أن التصرف موقوف فلا يلحق الضرر بأحد .

## المطلب الثاني: وقفه ملك الغير .

لم يتفق الفقهاء في حكم من يوقف مال غيره بغير إذنه ، فقال بعضهم بأنه موقوف على الإجازة ، و قال آخرون بأنه باطل و لبيان ذلك نعرف الوقف أولا ثم نبين حكمه ثانيا .

و لهذا ينبغي أن أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

أتناول في الفرع الأول : تعريف الوقف و حكمه .

و في الفرع الثاني : حكم وقف ملك الغير .

(١) انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ ٢١ / ٠٦ / ١٩٦٧ م ، الموجود بالمجلة الجزائرية ، ج ٤ ، ط ١٩٦٨ ، ص / ١١٩٣ .

(٢) انظر القرار الصادر بتاريخ ٣٠ / ١٢ / ١٩٨٥ ، ملف رقم ٣٩٢٧٧ ( غير منشور ) ، أحال عليه الدكتور بلحاج العربي ، في قانون

الأسرة ، ص / ٢ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٥ ، ف / ٨١ ، ص / ١٢٢ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ف / ٨٢ ، ص / ١٢٣ .

## الفرع الأول: تعريف الوقف وحكمه .

البند الأول : تعريف الوقف .

١ - الوقف لغة : هو الحبس (١) .

٢ - أما الوقف في الإصطلاح الشرعي : فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للوقف : فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن : (( الوقف هو حبس العين على ملك الواقف و التصديق بالمنفعة على جهة الخير )) (٢) .

و بناء عليه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف و يصح له الرجوع عنه و يجوز بيعه ، لأن الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز غير لازم كالعارية .

و ذهب الصحابان أبو يوسف و محمد بن الحسن من الحنفية (٣) و الشافعي (٤) و الحنابلة (٥) في إحدى الرواية عندهم في المذهب إلى أن الوقف : (( هو حبس مال يمكن الإنتفاع به ، مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته من الواقف و غيره ، على مصرف مباح موجود أو بصرف ريعه على جهة بر و خير تقربا إلى الله تعالى )) (٦) .

و عليه يخرج المال عن ملك الواقف ، و يصير حبيسا على حكم ملك الله تعالى ، و يمتنع على الواقف تصرفه فيه ، و يلزم التبرع بريعه على جهة الوقف .

أما الوقف عند المالكية فهو : (( حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف و التبرع اللازم بريعها على جهة من جهات الخير )) (٧) .

فالوقف عند المالكية لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة ، و إنما يقطع حق التصرف فيها قال ابن بطال : (( و إنما منع المالكية حق التصرف في الوقف سدا للذريعة لئلا يصير كأنه وقف على نفسه ، أو يطول العهد فينسى الوقف ، أو يفسد الواقف فيتصرف فيه لنفسه أو يموت فيتصرف فيه ورثته ، و هذا لا يمنع الجواز إذا حصل الأمن من ذلك )) (٨) .

ثم قال : (( لا يجوز للواقف أن ينتفع بوقفه لأنه أخرج له و قطعه عن ملكه فاننقاعه بشيء منه رجوع في صدقته )) (٩) .

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٦ ، باب الواو ، ص / ٤٨٩٨ .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ، ص / ٢٠٣ .

(٣) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٦ ، ص / ٢٠٣ و ما بعدها .

(٤) الشريبي ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص / ٣٧٦ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ، ص / ١٨٥ .

(٦) الشريبي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٣٧٦ .

(٧) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ٦٨ ، ٦٩ .

(٨) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٥ ، ص / ٤٥١ .

(٩) ابن حجر ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ٤٥١ .

و عرفه بعضهم بأنه : (( حبس العين عن التصرف فيها و التصديق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم التصرف المطلق فيها ))<sup>(١)</sup> . وهذا هو ظاهر المذهب الحنبلي في الرواية الثانية عندهم .

و بناء على ذلك فإن هذا التعريف يقضي بعدم دخول الوقف في ملك الموقوف عليهم ، و ليس لهم منه سوى الربح و الثمرة ، و هذا يحقق ما شرع الوقف من أجله ، لأن الواقف حين يقف أرضه فإنما يريد المحافظة على ثروته من الضياع و انتفاع الموقوف عليهم بصفة دائمة و لا يكون ذلك إلا إذا خرجت العين عن ملك الواقف و منح الموقوف عليه من التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية .  
و بهذا التعريف أخذ ابن حجر في فتح الباري<sup>(٢)</sup> ، و اختاره الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه " محاضرات في الوقف " <sup>(٣)</sup> و هو التعريف المختار .

### البند الثاني : حكمه .

و سبب اختلاف الفقهاء في تعريفهم للوقف : هو التصرف في الملك الموقوف بالبيع و الهبة و انتقاله بالإرث و غير ذلك ، فقد جاء في البدائع : (( لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالربح ما دام الواقف حيا ، حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار و الأرض ، و يكون بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ، و لا خلاف أيضا في حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضي ، أو أضافه إلى ما بعد الموت و اختلفوا في جوازه مزيلا لملك الرقبة إذا لم توجد بالإضافة إلى ما بعد الموت و لا اتصل حكم حاكم ، قال أبو حنيفة عليه الرحمة ، لا يجوز حتى يكون للواقف بيع الموقوف و هبته ، و إذا مات أجز ميراثه لورثته ، و قال أبو يوسف و محمد بن الحسن و عامة العلماء يجوز ، حتى لا يباع و لا يوهب و لا يورث ))<sup>(٤)</sup> .

و ما دام الخلاف قائما في حكم التصرف في الملك الموقوف من قبل المالك ، فإن الأمر كذلك بالنسبة لوقف الفضولي لملك الغير .

فقد ذهب الحنفية و الشافعية في المذهب القديم و كذا المالكية في رأي لهم في المذهب إلى القول بالوقف على الإجازة .

و ذهب المالكية في الرأي الثاني عندهم و الشافعية في الجديد إلى القول ببطلان وقف الفضولي لملك الغير .

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ، ص / ١٩٣ .

(٢) ابن حجر ، فتح الباري ، ج ٥ ، ص / ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

(٣) أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي القاهرة ، ط ٢ ١٩٧٢ م ، ف / ٣٩ ، ص / ٣٩ .

(٤) الكاساني ، البدائع ، ج ٦ ، ص / ٢١٨ .

## الفرع الثاني: حكم وقف ملك الغير .

أتناول في هذا الفرع حكم وقف ملك الغير في الفقه الإسلامي و القانون .

البند الأول : وقف ملك الغير في الفقه الإسلامي .

يتبين لنا مما سبق ذكره أن هناك رأيين في وقف مال الغير .

١ - رأي يقول بالوقف على الإجازة : وهو ما جنح إليه الحنفية و الشافعية في المذهب القديم و المالكية في إحدى الروايتين عندهم ، فهذا الفريق يعتبر وقف الفضولي لمال الغير موقوفاً على الإجازة ممن يملكها شرعاً . و قد أوردنا أدلة هذا الفريق و ما ورد عليها من مناقشات في مطلب هبة ملك الغير فنحيل عليها .

٢ - رأي ثان يقول بالبطلان : و إلى هذا ذهب المالكية في الرواية الثانية عندهم و كذا الشافعية في المذهب الجديد .

فهذا الرأي يعتبر وقف الفضولي لمال الغير باطلاً . و قد أوردنا أدلة هذا الرأي و ما ورد عليها من اعتراضات في مطلب هبة ملك الغير الرأي القائل بالبطلان فنحيل عليه .  
و الرأي الراجح هو القائل بالوقف على الإجازة ، لأنه يحقق حماية أكثر للمتعاقدين و لصاحب الحق الذي توقف نفاذ التصرف على إجازته .

البند الثاني : وقف ملك الغير في القانون .

نصت على حكم وقف ملك الغير ( المادة : ٢١٦ ) من قانون الأسرة الجزائري فقد جاء فيها :  
( ( يجب أن يكون المال المحبوس مملوكاً للواقف ، معينا ، خالياً من النزاع ، و لو كان مشاعاً ) ) فالمشرع الجزائري اشترط في العين المحبوسة أن تكون مملوكة لصاحبها و خالية عن النزاع و لو كانت مشاعاً ، و هذا هو رأي الفقه الإسلامي الذي اشترط في الوقف أن لا يكون إلا في عين مملوكة لصاحبها ملكاً باتاً ، و أن تكون معرفة تعريفاً كاملاً (١) .

و لكن المشرع الجزائري رغم هذا النص لم يصرح بالجزاء الذي يلحق حكم وقف ملك الغير هل يعتبر موقوفاً على الإجازة أم أنه يكون قابلاً للإبطال كما حكم بذلك في بيع ملك الغير في ( المادة : ٣٩٧ ) .

فلعل المشرع الجزائري في الأحوال الشخصية قد ترك ذلك للقواعد المعمول بها في الفقه الإسلامي فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف تصرف يلحق رقبة العين الموقوفة ، فلا بد أن يكون الواقف مالكا لها ، أو على الأقل يملك تصرف في الرقابة بالوقف ، و ذلك بالوكالة عن صاحب العين الموقوفة أو الوصاية منه ، و أما إذا تصرف في العين الموقوفة من لا يملكها كأن يكون فضولياً يوقف ملك غيره

(١) أ. محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، ص / ١٠٥ .

بغير إذنه ، فإن وقفه يتوقف على إجازة صاحب الشأن إن اجازته نفذ و إلا كان باطلا (١) .  
و إذا كان هذا هو رأي المشرع الجزائري في قانون الأحوال الشخصية ، القول بالوقف على الإجازة في حق وقف الفضولي لملك الغير ، فإنه يكون قد تعارض مع التقنين المدني الجزائري الذي أخذ بنظرية القابلية للإبطال في حكم بيع ملك الغير في ( المادة : ٣٩٧ ) .  
و نحن نرى أن يأخذ المشرع الجزائري بفكرة العقد الموقوف في الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير حتى يزول هذا التعارض بين قانون الأسرة و القانون المدني .  
ذلك لأن القول بفكرة البطلان النسبي في وقف ملك الغير في فقه القانون حكم مضطرب فهو قابل للإبطال بالنسبة للموقوف له أو لهم و غير سار في حق المالك الحقيقي .  
أما فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي فهي أكثر اتفاقا مع المنطق القانوني لمواجهة وقف ملك الغير فالوقف يبقى موقوفا بالنسبة للمتعاقدين و بالنسبة إلى المالك الحقيقي حتى ترد عليه الإجازة ممن يملكها ، و ما دام التصرف موقوفا فلا ضرر على أحد .

### المطلب الثالث : الوصية بمال الغير .

قد يتصرف في مال الغير بالوصية من ليست له الولاية كالفضولي ، الذي يوصي بمال غيره فما هو حكم هذا التصرف ؟ لبيان ذلك أتعرض لتعريف الوصية أولا ثم استعرض حكمها ثانيا ،  
و أقسم هذا المطلب إلى فرعين :  
أتناول في الأول : تعريف الوصية  
و في الثاني : حكم الوصية بمال الغير .

#### الفرع الأول : تعريف الوصية .

البند الأول : في اللغة .

وصى و أوصى الرجل و وصّاه : عهد إليه و الوصية ما أوصيت به و سميت وصية لاتصالها بأمر الميت .

البند الثاني : أما في الإصطلاح الشرعي .

فهي (( تملك مضاف إلى ما بعد الموت )) و إلى هذا جنح صاحب مرشد الحيران فنصت

( المادة : ٨٦ ) على أن (( الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع )) .

و بهذا أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة فقد جاء في ( المادة : ١٨٤ ) : (( الوصية تملك

مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع )) .

و عرف قانون الأحوال الشخصية السوري و قانون الوصية المصري الوصية بأنها (( تصرف في

(١) أ. محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، ص / ١٠٦ .

التركة مضاف إلى ما بعد الموت )) . و قد عدل عن لفظ " تملك " الوارد في تعريف الحنفية و ما جاء في المشرع الجزائري إلى لفظ " تصرف " ليشمل جميع مسائل الوصية .  
فهو يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة ، و الموصى له من أهل التملك كالوصية لمعين بالإسم أو بالوصف و هو ممن يحرصون ، أو معينا بالوصف ممن لا يحرصون كالوصية للفقراء ، و ما إذا كان الموصى له جهة من جهات البر كالملاجئ و المدارس .  
و يشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطا فيه معنى التملك كالوصية بالإبراء من الدين ، و ما إذا كان الموصى به إسقاطا محضا بإبراء الكفيل من الكفالة ، و ما إذا كان الموصى به حقا من الحقوق التي ليست مالا و لا منفعة و لا إسقاطا ، و لكنه مالي لتعلقه بالمال ، كالوصية بتأجيل الدين الحال ، و الوصية بأن يباع ما له مثلا من فلان .  
و المراد بالتركة في التعريف كل ما يخلف فيه الوارث المورث ، مالا كان أو منفعة ، أو حقا من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التي تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث .

### الفرع الثاني : حكم الوصية بمال الغير .

إذا كانت الوصية بمال الغير تنعقد موقوفة على الإجازة ، فإن الخلاف في حكمها سيكون كالخلاف الذي وقع في حكم هبة ملك الغير ووقفه .  
فقد ذهب الحنفية و من وافقهم من الشافعية في المذهب القديم و المالكية في أحد الرأيين في المذهب إلى أن وصية الفضولي بمال الغير تنعقد موقوفة على الإجازة ممن يملكها شرعا .  
و هذا ما يفهم من نص ( المادة : ١٩٠ ) من قانون الأسرة الجزائري ، فقد جاء فيها : (( للموصى أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة )) فقد اشترطت هذه المادة الملك التام لصحة الوصية ، أما إذا لم يكن الفضولي مالكا لها فإن تصرفه ينعقد موقوفا على الإجازة .  
وقد سبق أن أوردنا أدلة هذا الرأي و الرد عليها في مطلب الهبة .  
و ذهب المالكية في الرأي الثاني في المذهب و الشافعية في المذهب الجديد إلى أن وصية الفضولي بمال الغير باطلة ، و قد أوردنا أدلة هذا الرأي و الرد عليها في مطلب الهبة .  
و الرأي الراجح هو الرأي القائل بالوقف على الإجازة .

## المبحث الثالث : محل العقد الموقوف من سائر العقود الأخرى.

قد يكون محل العقد الموقوف ، عقود أخرى لها طبيعة خاصة - غير عقود المعاوضات و التبرعات - كعقد الزواج <sup>(١)</sup> والطلاق والخلع .  
و بما أن المقام لا يتسع لدراسة جميع هذه العقود بالتفصيل في هذه الرسالة ، سأقتصر على بيان أحكام أحد هذه العقود الأكثر ممارسة في حياة الناس الإجتماعية ، و عليه المعول في المحافظة على النوع البشري و استمرار الحياة ألا وهو عقد الزواج .  
فما هو حكم عقد الزواج الموقوف ؟ لبيان ذلك أتناول هذا المبحث في مطلب واحد أخصه للإجابة على هذا الإشكال .

### المطلب الأول : عقد الزواج الموقوف .

قبل أن أتناول أحكام حالات الزواج الموقوف و نخص بالمبحث حكم زواج الفضولي ، ينبغي أن نعرف الزواج الموقوف أولاً ثم نبين حالاته المختلفة في الفقه الإسلامي ثانياً .  
و لذلك أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :  
الفرع الأول : تعريف عقد الزواج الموقوف .  
الفرع الثاني : بيان حكم الزواج الموقوف .  
الفرع الثالث : حالة زواج الفضولي .

### الفرع الأول : تعريف الزواج الموقوف .

الزواج الموقوف هو الذي يتولاه ذو أهلية ليست له ولاية إنشاء العقد ، بأن يعقد لغيره و ليس له عليه و لاية شرعية ، ولم يستمد الولاية منه بوكالة <sup>(٢)</sup> .  
و مثل ذلك تزويج الفضولي ، و تزويج الولي البعيد في المرتبة مع وجود القريب الأحق بالولاية دون أن يكون غائبا <sup>(٣)</sup> ، فعقد الزواج في هذه الحالات ينعد موقفاً على الإجازة ممن يملكها .

(١) عقد الزواج هو عقد ازدواج و انضمام بين الرجال و النساء أذن به الشارع على وجه ما ، ثم جعل من أحكامه المهر و أوجب على الرجل كما أوجب عليه الإنفاق أيضاً ، فالمهر ليس ركناً من أركان عقد الزواج و لا شرطاً من شروطه التي يتوقف عليها وجوده الشرعي ، و لا تقتضيه طبيعته ، و لكنه شيء من وضع الشارع فرضه على الرجل لفائدة المرأة ، فلما رأى الفقهاء ذلك بنوا أحكامهم على افتراض أن الزواج من عقود المعاوضات و أن المهر في مقابلة المرأة .. و كان من السهل أن يقال عقد الزواج شرعاً من أحكامه المترتبة المهر بدون أن نتخيل أن في المسألة صورة بيع و شراء ، فنوهم غيرنا أن المهر ثمن للمرأة أو في مقابلة بضعها . انظر : أ. إبراهيم أحمد ، مقال العقود و الشروط و الخيارات ، ص / ٦٧٨ ، ٦٧٩ .

(٢) أ. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي القاهرة ، ط ٢ ، ف / ١٢٥ ، ص / ١٥٣ .

(٣) الخرشي ، الخرشي على مختصر خليل ، ج ٢ ، ص / ١٨٣ .

و قد يتولاه ذو أهلية و له ولاية شرعية ، مثل تزويج الوكيل المقيد بحدود الوكالة ثم يتجاوز حدود وكالته فيكون فضوليا ، و ينعقد تصرفه الذي جاوز فيه حدود الوكالة موقوفا على الإجازة (١) .  
كما قد يتولى عقد الزواج الموقوف ناقص الأهلية :

كأن يزوج الصبي المميز نفسه بمهر المثل و الكفاءة فإنه يكون على إجازة وليه ما دام صغيرا و إذا لم يكن للعقد مجيز كان الزواج غير صحيح (٢) .

و كأن تزوج الفتاة الصغيرة المميزة نفسها عند محمد من الحنفية خلافا للمالكية و الشافعية (٣) فإن زواجها ينعقد موقوفا على إذن وليها .

وكذلك ينعقد موقوفا على إجازتها إذا زوجها وليها في هذه المرحلة بدون إذنها . و هذا ما نصت عليه ( المادة : ١٣ ) من قانون الأسرة الجزائري : (( لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها )) .

### الفرع الثاني : حكم الزواج الموقوف .

عقد الزواج الموقوف صحيح ولكنه غير نافذ ، أي موقوف على الإجازة ، فلا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج قبل إجازته ، فلا يحل الدخول ولا تجب النفقة و لا تثبت به حرمة مصاهرة (٤) .  
فإذا أجاز ممن له حق الإجازة فإن العقد يصير نافذا و تترتب عليه جميع آثاره ، و تلتحق الإجازة بالإذن السابق إذ الإجازة تجعل العقد نافذا من وقت إنشائه .

وأما إذا لم يجز صاحب الشأن الذي يملك الإجازة فإن العقد يكون باطلا ، وكذلك الأمر إذا حصلت وفاة أحد الزوجين في مدة وقف العقد فإنه لا يثبت بينهما توارثا لأن البطلان أزال العقد من أصله .  
و إذا حصل الدخول بين الزوجين في مدة وقف العقد ثم أجاز من يملك الإجازة فإن الدخول السابق يصير بالإجازة اللاحقة دخولا في ظل عقد زواج صحيح لما قررنا أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .  
و أما إذا كان الدخول قبل الإجازة ثم أعقبه الرفض والإبطال من صاحب الشأن فلم يجز العقد فإن الدخول يكون قد حدث في ظل شبهة قوية ، تسقط الحد و تمحو وصف الزنى . و متى سقط وصف الزنى و سقط الحد فإن العقد يعتبر في حكم العقد الفاسد عند محققي الحنفية فتترتب عليه بعض الآثار دون بعض فيجب المهر بالدخول و يثبت النسب و تجب العدة احتياطاً و لا تجب نفقة عدة و لا سكن و لا يثبت التوارث بسببه .

و إنما كانت الشبهة قوية لأن العقد قد صدر من أهله مضافا إلى محله فكان مثبتا للحل من وجه ،

(١) نص قانون الأسرة الجزائري على الوكالة في الزواج في ( المادة : ٢٠ ) كما نصت على حكم زواج الوكيل إذا تجاوز حدود الوكالة

( المادة : ٢٢ ) من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري .

(٢) أ. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص / ١٥٤ .

(٣) المرغيناني ، الهداية ، ج ١ ، ص / ٢١٣ .

(٤) أ. محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص / ١٥٣ .

و إن كان غير معتبر و مثبتا للشبهة ، و إن لم تكف فيه لإثبات الحل .

أما إذا كان الدخول بعد رفض الإجازة : و علم الزوجان ببطلان العقد بسبب رفض الإجازة ، فإن هذا الدخول يعتبر معصية محضة و اتصالا غير مشروع ، و يقام فيه الحد و لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج (١) .

و قد نص المشرع المصري في مشروع قانون الأحوال الشخصية على أحكام الزواج الموقوف غير النافذ فقد جاء في ( المادة : ٣٦ ) منه الفقرة ج : (( و الزواج غير النافذ هو الذي ينعقد موقفا على إجازة من له الحق في الإجازة )) .

و جاء في نص ( المادة : ٣٧ ) من نفس المشروع (( الزواج الصحيح غير النافذ لا يترتب عليه قبل الإجازة و الدخول شيء من آثار الزواج الصحيح و إذا وقع الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجر و يعتبر زواجا نافذا من وقت العقد إذا أجزى )) .

و هذا هو نص ( المادة : ٥٢ ) من القانون السوري للأحوال الشخصية (( الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد )) .

أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص على حكم الزواج الموقوف صراحة و إنما يستفاد ذلك من النصوص التي حددت أركان الزواج حيث اشترط المشرع في ( المادة : ٩ ) من قانون الأسرة رضا الزوجين لما كان عقد الزواج عقدا إراديا يقوم على تراضي المتعاقدين ، كان الرضا ركنا من أركانه و هو لا يتم إلا بكمال أهلية العاقدين بالعقل و البلوغ و الحرية ، أو يكون كل من العاقدين ذا صفة تخوله أن يتولى العقد و تجعل له الحق في مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيله عنه أو وليا عليه.

و من نظر إلى الإجتهدات القضائية عندنا نجد أن القضاء لا يقر زواجا لم تتوافر فيه كل الأركان أو بعضها حيث جاء في القرار الصادر بـ ٢٤ / ٠٩ / ١٩٨٤ (( أنه من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح و حيث أن قضاة المجلس لم يحترموا تماما أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالزواج و بيان أركانه و هذا ما يتجلى من كلام الطاعنة طوال مدة الخصام، حيث تنكر وجود زواج شرعي بين الطرفين و تقر بأن العلاقة التي كانت قائمة بينهما هي علاقة غير شرعية ، الأمر الذي يجعل القرار معدوم الأساس القانوني و معرضا للنقض )) (٢) .

و هذا ما قال به أيضا القرار الصادر بتاريخ ٠٨ / ١٠ / ١٩٨٤ ، حيث مما جاء فيه : (( إن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا و من ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل و المرأة زواجا ، و إذا خالف القضاء هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية يستوجب ذلك نقض القرار )) (٣) .

(١) أ. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص / ١٥٤ .

(٢) انظر ملف القرار رقم : ٣٤٤٣٨ ، الصادر بتاريخ ٢٤ / ٠٩ / ١٩٨٤ و الموجود بالمجلة القضائية ، الصادرة عن المحكمة العليا ،

العدد ١ ، ١٩٩٠ م ، ص / ٦٤ و ما بعدها .

(٣) انظر في ذلك ملف القرار رقم : ٣٤١٣٧ ، الصادر بتاريخ ٠٨ / ٠١ / ١٩٨٤ بالمجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، العدد ٤ ،

١٩٨٩ م ، ص / ٨٩ و ما بعدها .

كما حددت ( المادة : ٣٣ ) من قانون الأسرة حكم الزواج الباطل فقد جاء فيها : (( إذا تم الزواج دون ولي أو شاهدين أو صدقات ، يفسخ قبل الدخول و لا صدقات فيه و يثبت بعد الدخول بصدقات المثل إذا اختل ركن واحد و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد )) .  
و جاء في القرار الصادر بتاريخ ٠٧ / ١٢ / ١٩٦٦ (( أنه من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزوج ينتج عنها بطلان الزواج ، و من المقرر أيضا أن الزواج المنعقد دون رضا الولي الشرعي للزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا ، و من ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه (١) .

### الفرع الثالث: حالة زواج الفضولي .

للزواج الموقوف حالات كثيرة ترجع في أساسها إلى انعدام الولاية الشرعية أو نقص الأهلية ، فأما ما يرجع إلى انعدام الولاية الشرعية :

- الزواج الذي يعقده الفضولي لغيره ، فإنه ينعقد موقوفا على إجازة صاحب الشأن في ذلك (٢) .  
- و الزواج الذي يباشره الولي البعيد مع وجود القريب فإنه موقوفا على إجازة الأقرب وقيل ينظر فيه السلطان (٣) .

- و يلحق بهذا الصنف عقد الزواج الذي يباشره وكيل مقيد بحدود الوكالة ثم يتجاوز هذه الحدود فإنه يكون فضوليا في القدر الذي جاوز فيه حدود وكالته فينعقد تصرفه موقوفا على إجازة الموكل .  
كمن أمره بأن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة و قال أبو يوسف و محمد لا يجوز إلا أن يزوجه كفوا (٤) .

و أما ما يرجع إلى نقص الأهلية :

- فعقد الزواج الذي يباشره الصبي المميز لنفسه بمهر المثل ، فإنه موقوف على إجازة وليه (٥) .  
- وكذلك عقد الزواج الذي يتولاه السفية لنفسه فإنه موقوف على إجازة وليه إن كان فيه مصلحة له أمضاه و إن كان غير ذلك رده (٦) .

- و عقد الزواج الذي تباشره الفتاة لنفسها في مرحلة ما بين بلوغ الحلم و بلوغ سن الرشد المالي ينعقد موقوفا على إجازة وليها عند محمد بن الحسن من الحنفية خلافا للإمام مالك و الشافعي رحمهما الله لأن النكاح عندهما لا ينعقد أصلا بعبارة النساء (٧) .

(١) انظر المجلة الجزائرية لسنة ١٩٦٨ ، ج ١ ، ص / ١٣٩ ، أحال عليها الدكتور بلحاج محمد العربي ، في قانون الأسرة ن ص / ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) المرغيناني ، الهداية ، ج ٢ ، ص / ٢٢٠ .

(٣) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص / ١٣٤ .

(٤) المرغيناني ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٢٢١ .

(٥) ابن جزى ، المرجع السابق ، ص / ١٣٢ .

(٦) ابن جزى ، المرجع السابق ، ص / ١٣٢ .

(٧) المرغيناني ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٢١٣ .

- و يلحق بهذا الصنف : زواج العبد بغير إذن سيده فإنه موقوف على إجازته ، إن أجازته السيد جاز و إن رده بطل (١) .

- و كذلك ينعقد موقوفاً زواج الأمة بغير إذن سيدها ، فإنه موقوف على إجازته ، وإن أجازته السيد لا تعقد نكاح نفسها عند المالكية خلافاً للحنفية (٢) .

فهذه هي أهم حالات الزواج الموقوف ، و نحاول في هذا الفرع أن نخص بالبحث حكم زواج الفضولي .

إذا تولى الفضولي عقد الزواج فإن الأمر لا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : قد يكون الفضولي طرفاً واحداً من طرفي العقد .

و الحالة الثانية : قد يتولى الفضولي طرفي عقد الزواج .

و سنعرض لكل حالة و حكمها فيما يلي :

الحالة الأولى : التي يكون فيها الفضولي طرفاً واحداً من طرفي العقد كأن يباشر العقد عن الزوج مع الزوجة أو وكيلها أو وليها أو مع فضولي آخر عنها .

كما قد يباشر عقد الزواج عن الزوجة مع الزوج أو وكيله أو وليه أو مع فضولي آخر عنه (٣) .

حكم هذه الحالة : الحكم في هذه الحالة لا يختلف عن أحكام التصرفات الأخرى التي يباشرها الفضولي كما في البيع و الشراء و الإجازة و غيرها مما سبق بحثه في هذه الرسالة .

فيتوقف عقد الزواج على إجازة من أقيم الفضولي نفسه مقامه فإن أجازته نفذ و إن لم يجزه بطل (٤) وقد نصت على ذلك (المادة : ١٤٤) من مرشد الحيران فقالت : (( الفضولي الذي يوجب النكاح أو يقبله بلا توكيل و لا ولاية ينعقد نكاحه موقوفاً على إجازة من له الإجازة فإن أجازته نفذ و إن أبطله بطل )) .

وليس للفضولي أن يرجع عن العقد الذي باشره بعد قبول الطرف الآخر و قبل الإجازة و هذا بخلاف الفضولي في البيع فإنه يملك الرجوع قبل الإجازة ، و ذلك لأنه في البيع تلحقه العهدة فكان له الرجوع كي لا يتضرر بخلاف النكاح فإن الحقوق فيه ترجع إلى المعقود له كما في الوكالة (٥) .

الحالة الثانية : التي يتولى الفضولي فيها طرفي عقد الزواج فلها أربعة أوجه :

الوجه الأول : أن يتولى الفضولي عقد الزواج عن الجانبين الزوج و الزوجة ، فيقول بمحضر الشهود زوجت فلانة من فلان و هو ليس وكيلاً عنهما و لا ولياً عليهما .

الوجه الثاني : أن يكون فضولياً من جانب أصيلاً من الجانب الآخر ، كأن يقول بعد حضور الشهود تزوجت بفلانة و هو ليس وكيلاً عنها و لا ولياً عليها .

(١) ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، ج ٤ ، دار المعرفة ببيروت ، المسألة : ١٥١ ، ص / ١٠٨ .

(٢) ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص / ١٢٢ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٣ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

(٤) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٥١ .

(٥) المرعيتاني ، الهداية ، ج ٢ ، ص / ٢٢٠ .

الوجه الثالث : أن يكون فضوليا من جانب و وليا من جانب آخر ، فيقول و الشهود حاضرة زوجت بنت إيني و هي صغيرة من فلان و هو لم يكن قد وكله في هذا الزواج و لا هو تحت ولايته .

الوجه الرابع : أن يكون فضوليا من جانب و وكيلًا من جانب آخر ، مثل أن يقول بحضرة الشهود زوجت موكلي فلانا من فلانة و هذه لم توكله و لم تكن تحت ولايته (١) .

حكم هذه الحالة : اختلف الفقهاء في حكم الفضولي إذا تولى عقد الزواج في هذه الأوجه الأربعة . فذهب أبو حنيفة و محمد بن الحسن (٢) و زفر و الإمام الشافعي (٣) و المالكية (٤) و هو رأي الحنابلة في إحدى الروايتين في المذهب (٥) إلى القول بعدم انعقاد زواج الفضولي في هذه الأوجه الأربعة . و خالفهم في ذلك أبو يوسف من الحنفية (٦) و هو ما جنح إليه الحنابلة في الرواية الأخرى في المذهب (٧) . فقالوا : بانعقاد زواج الفضولي موقفا على الإجازة .

- عرض أدلة الفريقين .

استدل الفريق الأول : على عدم انعقاد زواج الفضولي في الأوجه الأربعة بما يلي :

١ - احتج زفر و الشافعي بأن عقد النكاح يفيد نوعا من التمليك و الطرف الواحد في عقد الزواج لا يتصور أن يكون مملكا و قابلا للتمليك ، إذ التمليك نسبة تقتضي طرفين ، كما في عقد البيع لا يتولى الواحد فيه طرفي العقد ، سواء كان أصيلا بأن كان يبيع ملك نفسه أو يشتري لنفسه ، أم كان نائبًا عن الأصليين بوكالة منهما ، فإذا كان فضوليا فلا يصح أن يتولى طرفي البيع من باب أولى ، لأنه ليست له صفة شرعية في العقد لا بطريق الأصالة و لا بطريق النيابة ، فكما لا يصح أن يتولى العاقد الواحد طرفي العقد في البيع ، فكذلك لا يصح أن يتولى العاقد الواحد طرفي العقد في الزواج (٨) .

٢ - و احتج أبو حنيفة و محمد بن الحسن : أن الأصل في العقد ألا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين ، و عبارة العاقد الواحد ليست إلا شطرا للعقد أي ليست إلا إيجابا فقط ، و الإيجاب لا ينعقد به عقد يتولاه طرفان ، بل يبطل بمجرد تفرق المجلس فلا يكون العقد موقفا على إجازة أحد ، و على ذلك إذا كان العاقد الواحد فضوليا بالنسبة لأحد الطرفين لا ينعقد عقده أصلا لا موقفا و لا نافذا ، لأن عبارته أحد شطري العقد أي الإيجاب و معلوم أن النكاح و سائر عقود التمليك لا تنعقد إلا بالإيجاب و القبول لأنهما ركنان لهما ، و ما دام ركن القبول قد تخلف في العقد الذي يتولى الفضولي طرفيه ، فلا ينعقد النكاح حينئذ (٩) .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٣ ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

(٢) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

(٣) الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ، ص / ٣٨ ، ٣٩ .

(٤) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٢ ، ص / ١٩١ .

(٥) المرداوي ، الإنصاف ، ج ٨ ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

(٦) المرغيناني ، الهداية ، ج ٢ ، ص / ٢٢٠ .

(٧) المرداوي ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

(٨) المرغيناني ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص / ٢٢١ .

(٩) المرداوي ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص / ٩٦ ، ٩٧ .

و يمكن مناقشة هذا الرأي بأن الفضولي عن الجانبين كما رأينا في الأمثلة السابقة يملك الإيجاب و القبول فجاز أن يتولى الزواج عن الجانبين (١) .

و استدلل أصحاب الرأي الثاني : على أن زواج الفضولي في الأوجه الأربعة ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن الذي كان العاقد فضولياً بالنسبة له أو على الطرفين إذا كان فضولياً بالنسبة لهما .

١ - بما جاء عن أبي يوسف : في ذلك أن عبارة العاقد و لو كان فضولياً بالنسبة للطرفين أو لأحدهما ، قائمة مقام عبارتين و هي تعبر عن شخصين ، فيجب أن ينعقد العقد موقوفاً و ذلك لأن أثر الفضول بالنسبة لأحد العاقدين في نفاذ العقد لا في انعقاده ، لينعقد العقد بعبارة العاقد الواحد قائمة مقام الكلامين و يتوقف النفاذ على إجازة العاقد الذي لم يأذن ، و ما دامت عبارة الفضولي في الأمثلة السابقة كاملة سواء كان وكيلاً عن الطرفين أو وكيلاً عن طرف و أصيلاً أو ولياً عن الطرف الآخر ، فإن كل ما جاز بالإذن ابتداءً جاز بالإجازة انتهاءً ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فالفضولي في الأرجح الأربعة كالعاقد الذي يملك الصفة الشرعية إذ يعتبر سفيراً عن العاقد و معبراً عنه ، و إذا كان كذلك صارت عبارته كعبارة من يتكلم عنه ، فصار كلام الفضولي الذي يتولى عن الجانبين ككلام شخصين و عبارته الواحدة تطوي في معناها عبارتين ، فهي تتضمن الإيجاب من أحدهما و القبول من الثاني ، و لا مانع يمنع من أن تقوم عبارة الفضولي مقام الإيجاب و القبول من الأصيل فيكون عقد الزواج حينئذ موقوفاً على إجازة الأصيل (٢) .

٢ - و استدلل هذا الفريق كذلك بقياس النكاح على الخلع ، فيجوز في النكاح ما يجوز في الخلع ، فيجوز أن يقول الزوج بغير إذن زوجه خالعت امرأتي على كذا و هي غائبة ، فإذا بلغها و أجازت نفذ الخلع عليها ، مع أنه كان فضولياً بالنسبة لها فدل ذلك على انعقاد الخلع بتولي واحد العقد ، و لو كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين فالنكاح مثله ، فيثبت له ما ثبت لهذا و ينعقد بعبارة واحدة و لو كان صاحبها فضولياً (٣) .

و يمكن مناقشة ذلك بأنه قياس مع الفارق ، فلا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل في غيبته من غير إذنها ، لأن الخلع بالنسبة للرجل يمين ، فكأنه إذا خالعت في غيبته بغير إذنها قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع ، ففي أي وقت تقبل يقع الطلاق لحصول الشيء المعلق عليه و الطلاق يقبل التعليق بإجماع الفقهاء (٤) .

(١) أ. محمد أبو زهرة ، الملكية و نظرية العقد ، دار الفكر العربي القاهرة ، ١٩٧٧ م ، ص / ٣٦٥ .

(٢) المرعيني ، الهداية ، ج ٢ ، ص / ٢٢١ .

(٣) أ. محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص / ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٤) أ. محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص / ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

و نخلص من هذا إلى أنه رغم قوة أدلة الرأي الأول في مجملها ، إلا أن عقد الزواج ليس مثل عقود المعاوضات ، بل لقد رفع الله من شأنه و جعله ميثاقا غليظا في قوله تعالى : (( .. و قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا )) (١) فلا يستهان بأمر هذا الميثاق الغليظ و لا ينعقد إلا بالإيجاب و القبول من الطرفين . إلا أنه ما اتفق عليه الفقه الإسلامي من انعقاد زواج الفضوليين أحدهما عن الزوج و الآخر عن الزوجة ، صحيحا موقوفا على الإجازة (٢) . يضعف من قيمة هذا الرأي و يجعلنا نؤيد الرأي الذي رجح أدلة الفريق الثاني القائل بانعقاد زواج الفضولي في الحالة الثانية موقوفا على إجازة صاحب الحق في ذلك ، لأنه يحقق له الحماية أكثر من القول بنفاذه .

و الحاصل : أن محل العقد الموقوف هو التصرفات القولية غير النافذة في مختلف أبواب الفقه الإسلامي ، وقد اقتصرنا في هذا الفصل على بيان تصرفات الفضولي كنموذج للتصرف الموقوف على الإجازة في باب المعاوضات و التبرعات و غيرها من العقود الأخرى كعقد الزواج .

ففي باب المعاوضات ذكرنا تصرف الفضولي بالبيع و الشراء و الإجازة ، و استنتجنا من ذلك أن بيع الفضولي في الفقه الإسلامي يقابله بيع ملك الغير و ليس فكرة الفضالة على غرار القانون الغربي . و توصلنا إلى ترجيح الرأي القائل بصحة بيع الفضولي موقوفا على الإجازة ، كما اعتبرنا بيع ملك الغير قابلا للإبطال بمقتضى نص القانون . ثم ذكرنا شراء الفضولي و عرضنا أهم ما جاء فيه من خلاف بين الفقهاء و انتهينا إلى ترجيح المذهب القائل بوقف شراء الفضولي على الإجازة .

و أما في الإجازة فقد لاحظنا الفراغ القانوني عند المشرع الجزائري حيث لم يرتب جزاء على إجازة ملك الغير ، و لذلك أحلنا المشرع إلى نصوص الفقه الإسلامي ، لأن فيها إصلاحا بلا إفساد ، فإن الرجل قد يرى أن يوجب ملك غيره ، ثم يشاوره في ذلك فإن شاء أجاز التصرف و إلا لم يحصل له ما يضره .

و في التبرعات تكلمنا عن تصرف الفضولي بالهبة و الوصية و الوقف ، و بينا أهم الفراغات القانونية عند المشرع الجزائري و الإضطراب الذي حصل فيه بين تطبيق القابلية للإبطال في حالة بيع ملك الغير و بين الوقف على الإجازة في تصرفات أخرى .

و رأينا في عقد الزواج نكاح الفضولي في الفقه الإسلامي ، و أهم الصور التي يتولى فيها عقد النكاح كما بينا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بفكرة الزواج الموقوف و إنما تكلم عن الوكالة في الزواج في (المادة : ٢٠) من قانون الأسرة ، و قسم عقد الزواج إلى صحيح في (المادة : ٩) و فاسد في (المادة : ٣٢) و باطل في ( المادة : ٣٣ ) ، و لعل ذلك مقصود إذ أن عقد الزواج ليس مثل المعاملات المالية ،

(١) سورة النساء ، الآية : ٢١ ، ج ٤ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٩٧ .

فيجوز التشدد فيه و عدم الإستهانة به ، لأن عقد الفضولي في هذه الحالة قد يكون فيه حرج للزوج أو صاحب الإجازة رغم أن فيه صلاحا و إحسانا ، و مع ذلك فقد جوز قانون الأسرة الوكالة لأنها تفويض من صاحب الشأن فقد نصت (المادة : ٢٠) من قانون الأسرة على أنه : يجوز أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة ، و أما في ( المادة : ١١) منه فقد نص على أن يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها ، فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له . و هذا يعني أنه لا يجوز للزوجة أن تنيب عنها من يبرم عقد زواجها بوكالة خاصة وهذا قد يتمشى مع عرف دون عرف ، و في بلد دون آخر ، لأنه تطبيق لمذهب معين بخلاف الشريعة الغراء التي هي أوسع نطاقا و أشمل واقعا و أبعد امتدادا إذ هي صالحة لكل عصر و مصر .

## الفصل الرابع : حكم العقد الموقوف

- المبحث الأول: حكم العقد الموقوف قبل الإجازة  
و ما يطرأ عليه .
- المبحث الثاني: حكم العقد الموقوف بعد الإجازة .

## تمهيد

حكم العقد هو الغاية المقصودة من العقد و الأثر المترتب عليه ، كانتقال ملكية المبيع في عقد البيع من البائع إلى المشتري ، و حل التمتع بالزوجة في عقد الزواج ، و انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه في عقد الحوالة و هكذا .

و على ذلك يكون حكم العقد الموقوف هو ترتب أثره عليه بعد صدور الإجازة ممن يملكها شرعا .  
فإذن هناك مرحلتان يمر بهما العقد الموقوف لظهور حكمه ، مرحلة ما قبل الإجازة و مرحلة ما بعد الإجازة أو عدمهما .

فقبل الإجازة قد يطرأ عليه ما يعرضه للبطلان ، أما بعدها فقد ترفض الإجازة و تنعدم .

و بناء على ذلك أقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

أتناول في الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة و ما يطرأ عليه .

و في الثاني : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة .

### المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يطرأ عليه .

في هذه المرحلة يكون للعقد الموقوف وجود شرعي لأن التصرف وقع من أهله مضافا إلى محله مع سلامة أوصافه ، فينعتد صحيحا و تتوقف أحكامه على وجود الإجازة ، فإذا أجزى أصبح نافذا وظهرت آثار العقد و اكتملت عوامل الصحة فيه ، و إذا طرأ عليه قبل الإجازة ما يعرضه لعدم النفاذ ، كفسخ العقد قبل الإجازة ، أو هلاك المحل المعقود عليه عقدا موقوفا ، أو كأن يطرأ ملك بات على الملك الموقوف ، أو قد يموت من له حق الإجازة قبل إجازة التصرف الموقوف ، فما هو حكم العقد الموقوف في هذه الحالات ؟ هذا ما أتولى بيانه في المطلب الثاني من هذا المبحث، أما المطلب الأول :  
فأتناول فيه حكم العقد الموقوف قبل الإجازة .

#### المطلب الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة .

لبيان أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و ما يترتب عليها من آثار ، ينبغي دراسة ما يقابل ذلك في فقه القانون ، و ما رتبته المشرع من أحكام على العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري قبل الإجازة ، هل هي تتفق مع حكم العقد الموقوف في الفقه الإسلامي أم أنها تفتقر عنه ؟ و إذا كان الأمر كذلك فأيهما الأولى بالإتباع ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل يقتضى مني أن أقسم هذا المطلب إلى فرعين .

أتناول في الفرع الأول : حكم العقد الموقوف في الفقه الإسلامي قبل الإجازة .

و في الفرع الثاني : أتناول فيه حكم العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري قبل الإجازة .

## الفرع الأول: حكم العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي .

العقد الموقوف قبل إجازته في الفقه الإسلامي لا حكم له ظاهرا للحال بل ظهور أثره موقوف على الإجازة ممن يملكها شرعا ، و يكون عدم ظهور الأثر من كل وجه أو من وجه دون وجه حسب الأحوال ، ففي بيع ملك الغير لا يترتب عليه نقل الملكية من المالك إلى المشتري ، فيتوقف نفاذ العقد من كل وجه بالنسبة للبائع الفضولي و المشتري و بالنسبة للمالك الحقيقي ، و كذلك التصرف الصادر من الوكيل الذي تجاوز حدود الوكالة المرسومة له في البيع و الشراء فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الموكل فلا ينفذ التصرف قبل صدورهما ، و التصرف الصادر من الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الولي و لا ينفذ قبلها ، و بيع العين المرهونة موقوف على إجازة المرتهن لتعلق حقه بالعين المبيعة ، فإن أجاز البيع أو قضى الراهن دينه نفذ لأن التوقف كان لحقه و قد قضى بما يوجب سقوطه، و إذا نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى بدله<sup>(١)</sup>. و كذلك الشأن بالنسبة للزواج الموقوف فلا يترتب عليه شيء من آثاره الشرعية قبل الإجازة ، فيحرم على الزوج أن يدخل بزوجته و لا يقع فيه طلاق ، و لا يحصل به توارث بين الزوجين إذ لا طلاق و لا توارث إلا في الزواج الصحيح النافذ ، و كذلك لا تجب به نفقة و لا طاعة ، فإذا حصل الدخول فيه قبل الإجازة كان فاسدا و تترتب عليه الآثار التالية :

• وجوب الأقل من المسمى و مهر المثل .

• ثبوت نسب الولد إذا حصل حمل من هذا الدخول .

• وجوب العدة بعد التفريق بين المرأة و زوجها<sup>(٢)</sup> .

فالعقد في هذه الحالات جميعها يكون قبل الإجازة موقوفا من كل وجه ، لحماية الحق الذي أريد حمايته بالوقف ، فلا ينتج أثره حتى تلحقه الإجازة ممن يملكها شرعا .

أما إذا كان التصرف بيعا للعين المؤجرة فإن ظهور أثر العقد يكون من وجه دون وجه فهو نافذ في حق البائع و المشتري و غير نافذ في حق المستأجر و هذا لا يمنع من نفاذ العقد بين العاقدين و لو لم يأذن المستأجر ، لأن حقه في المنفعة لا في العين ، إذ الإجازة عقد على المنفعة ، و البيع عقد على العين، فلم يكن البيع تصرفا في محل حق المستأجر فلا يثبت له خيار الفسخ<sup>(٣)</sup> .

و كذلك التصرف فيما تعلق به حق الغير ، كتصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء ، فهو نافذ في حق البائع و المشتري و غير نافذ في حق الغرماء ، فينعقد موقوفا على إجازتهم أو إبرائهم له من الدين ، و ذلك لأن الوقف هنا أريد به حماية حق الغير .

(١) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ١١٠ ، ١١١ .

(٢) أ. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، ط ٢ ، ف / ١٢٥ ، ص / ١٥٤ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص / ١١١ .

## الفرع الثاني: حكم العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري قبل الإجازة

### في القانون .

العقد القابل للإبطال قبل أن ترد عليه الإجازة أو الإبطال يعتبر كالعقد الصحيح منتجا لكل آثاره من وقت إبرامه ، فبيع ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة ناقل لملكية الشيء المبيع منه إلى المشتري حتى يبطل ممن تقرر الإبطال لمصلحته ، فإذا أبطله زالت آثاره بأثر رجعي من يوم عقده ، و إجازة هذا العقد لا تضيف إليه جديدا فهي تؤيد ما أنتجه من آثار و تبعد عنه عوامل الفناء و تقوي فيه عوامل الصحة (١) .

و من هذا يتضح الفرق الأساسي بين العقد القابل للإبطال و العقد الموقوف ، في أن هذا الأخير لا ينتج أثرا قبل إجازته ، فهما على طرفي نقيض من حيث ترتب الحكم في كل منهما في المرحلة ما بين صدور العقد و الإجازة أو الإبطال (٢) .

و كذلك فإن العقد غير الساري أو غير النافذ يعتبر صحيحا منتجا لآثره فيما بين عاقيه من يوم إبرامه، و لكنه يختلف عن العقد القابل للإبطال في أنه لا يحتج به على الغير ، فعدم النفاذ لا يكون إلا بالنسبة لهذا الغير و هو الأجنبي عن العقد فلا ينفذ في حقه عقد لم يشترك فيه بالرغم من أن التصرف موضوع العقد قد يعنيه ، فبيع ملك الغير صحيح منتج لآثره فيما بين طرفيه قبل أن يقره المالك و لكنه لا يسري في مواجهة هذا الأخير قبل إقراره له (٣) ، و هذا خلافا لحكم العقد الموقوف فإنه ينفذ في حق البائع و المشتري و المالك الحقيقي ، فلا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري حتى يقر ذلك المالك .

و نحن نرى أن الأولى بالإتباع هو أن يوقف العقد حتى ترد عليه الإجازة ، لا أن يعتبر نافذا و مهددا بالإبطال في نفس الوقت ، و ذلك لأن العقد يظل مهددا بالإبطال ممن شرع الإبطال لصالحه ، و من ثم فإن الفقه الإسلامي كان أكثر اتفاقا مع المنطق القانوني من فكرة العقد الصحيح القابل للإبطال ، هذا فضلا عن أن الوقف يسد باب الإضرار بالنسبة لمن وقف العقد لمصلحته ، بخلاف العقد القابل للإبطال فإنه يفتح هذا الباب ، و في هذا ما فيه من عدم استقرار المعاملات بين الناس لأن الطرف الآخر يظل معرضا لانتهيار العقد بأثر رجعي ما لم ترد الإجازة على هذا العقد .

(١) د. سليمان مرقس ، في الإلتزامات ، المطبعة العالمية بالقاهرة ، ط ١٩٦٤ م ، ف / ٢٠٨ ، ص / ١٨٣ .

(٢) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ف / ٢٠٨ ، ص / ١٨٣ ، ١٨٤ .

(٣) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ف / ٢٠٨ ، ص / ١٨٥ ، ١٨٦ .

## المطلب الثاني : ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة .

التصرف الموقوف له أربعة أطراف ، المالك ، الفضولي ، المتصرف له و محل الشيء المتصرف فيه بالوقف ، و قد يطرأ على كل طرف ما يمنع من نفاذ العقد و ترتب حكمه عليه قبل الإجازة .

فالمالك الحقيقي الذي له وحده حق الإجازة و عدمها ، قد يطرأ عليه ما يمنعه من إصدارها كالموت ، فكيف يكون مصير العقد الموقوف في هذه الحالة ؟ .

و الفضولي الذي له حق فسخ العقد قبل إجازة المالك له ، و ذلك ليدفع عن نفسه حقوق العقد أي الإلتزامات الناشئة عنه بعد الإجازة لأنه بعد الإجازة يصبح كالوكيل .

و المتصرف له ليس له حق الإجازة كالمالك ، و لكن له حق فسخ العقد قبل إجازة المالك ، لأنه بالإجازة يصبح لازماً لا موقوفاً ، فكيف يكون مصير العقد في حالة الفسخ ؟ .

و قد يطرأ على محل الشيء المتصرف فيه بالوقف الهلاك ، فإذا هلك المتصرف فيه تصرفاً موقوفاً قبل الإجازة فعلى من تكون تبعه الهلاك ؟ .

أو يطرأ عليه الملك البات، فإذا باع المالك الحقيقي قبل الإجازة ما باعه الفضولي، فحكم هذا البيع مقترن بإحدى الحالات التالية :

- فقد يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة موت المميز .
  - و قد يقدم العاقد أو الفضولي على فسخ العقد الموقوف .
  - كما قد يهلك محل الشيء المتصرف فيه بالوقف .
  - أو يطرأ على العقد الموقوف الملك البات .
- الأمر الذي يقتضي مني عند بيان أحكام هذه الحالات في الفقه الإسلامي و القانون تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع :

الفرع الأول : فسخ العقد الموقوف .

الفرع الثاني : هلاك محل الشيء المتصرف فيه .

الفرع الثالث : طرؤ الملك البات على العقد الموقوف .

الفرع الرابع : موت المميز .

## الفرع الأول : فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة .

إذا كان المشتري و الفضولي لهما حق فسخ العقد الموقوف في الفقه الإسلامي كما سنرى ذلك، فهل جعل المشرع في القانون هذا الحق لهما أم لا ؟ لتوضيح ذلك أقسم هذا الفرع إلى بندين :

البند الأول : فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي .

البند الثاني : فسخ العقد القابل للإبطال قبل الإجازة في القانون .

## البند الأول : فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي .

إذا كنا قد بينا فيما تقدم أن حكم العقد الموقوف لا ينتج أثره إلا بإجازته ، فإنه يكون قبل الإجازة قابلاً للفسخ أيضاً ، ففي بيع ملك الغير يكون حق الفسخ للمشتري و الفضولي قبل الإجازة <sup>(١)</sup> .  
و إنما كان للمشتري الحق في فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة حماية له عن لزوم العقد في حقه لأنه لا يملك الإجازة كالمالك فكان له حق الفسخ ، فإذا أجاز المالك العقد الموقوف ارتفع حق الفسخ و نفذ العقد و أصبح المشتري مالكا للمبيع منذ العقد <sup>(٢)</sup> .

كما أن للفضولي نفسه حق الفسخ قبل الإجازة ، و ذلك ليدفع عن نفسه حقوق العقد أي الإلتزامات الناشئة عنه بعد الإجازة ، إذ بعد الإجازة يصبح كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيكون مطالباً بالتسليم و يخاصم بالعيب ، و في ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه ، بخلاف الفسخ في النكاح فليس له الحق في الفسخ لأنه معبر محض ، فإذا عبر فقد انتهى دوره ، و صار بمنزلة الأجنبي و بالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك و تصير حقوق عقد النكاح له لا للفضولي ، فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق به فلا يكون له الفسخ <sup>(٣)</sup> .

و إذا كان للمالك حق الإجازة فإن له كذلك حق الفسخ حماية له ، و حتى لا يخرج من ملكه ما لا يرضى بخروجه <sup>(٤)</sup> لقول الله تعالى : (( يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )) <sup>(٥)</sup> .

و أما المالكية فقد خالفوا ما ذهب إليه الحنفية في مسألة فسخ العقد قبل الإجازة فقد جاء في حاشية الدسوقي : بأن العقد قبل الإجازة لازم للفضولي و المشتري ، سواء علم هذا الأخير بأن البائع فضولي أو لم يعلم ، إذا كان راضياً بالبيع ، و لم يثبتوا حق الفسخ إلا للمالك فقط .

و حجتهم في ذلك أن البيع لم يكن بحضور المالك فلا يلزمه ، و لا يكون لازماً له كذلك بغير حضرته إذا بلغه أن ملكه قد بيع بدون إذنه فسكت عاما من وقت علمه فإن مضى و هو ساكت سقط حقه <sup>(٦)</sup> .

و يمكن مناقشة ذلك بأن تقرير حق الفسخ لكل من الفضولي و المشتري و المالك نفسه إنما هو لتحقيق نوع من الحماية قصد بها عدم لزوم العقد في حق المشتري و دفع العهدة و الحقوق قبل لزومها عن الفضولي ، و عدم خروج شيء من ملك المالك الحقيقي دون رضاه ، و هذا يتفق مع مبدأ الرضائية الذي هو أصل عام في جميع العقود و بذلك نرجح رأي الحنفية .

(١) و هذا بخلاف بيع ناقص الأهلية فإنه موقوف على الإجازة و لكنه غير قابل للفسخ لا من جهة المشتري و لا من جهة ناقص الأهلية .

راجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، دار الفكر ، ص / ١٨٩ .

(٢) د. محمد زكي عبد البر ، مقال العقد الموقوف ، العددان ١ ، ٢ ، ف / ١٥١ ، ص / ١٤٩ .

(٣) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٥ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص / ١٥١ ، ١٥٢ .

(٥) سورة النساء ، الآية : ٢٩ ، ج ٥ .

(٦) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، ص / ١١ .

البند الثاني : فسخ العقد القابل للإبطال قبل الإجازة في القانون .

اعتبرت ( المادة : ٣٩٧ ) من التقنين المدني الجزائري العقد القابل للإبطال عقدا صحيحا منتجا لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه ، وأن ترد عليه الإجازة فتقوي عوامل الصحة فيه و تبعد عنه عوامل الفناء و تؤكد ما أنتجه من آثار ، فإذا كان عقد بيع ملك الغير مثلا أنتج جميع آثاره ما عدا الآثار التي لا يمكن القيام بها لعدم الملكية ، فيترتب عليه التزام البائع لملك الغير بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و التزامه بتسليم المبيع و بضمان الإنتفاع به انتفاعا هادنا كاملا (١) .

و التزام المشتري بدفع الثمن و نفقات العقد و بتسليم المبيع فيجوز للمشتري مطالبة البائع بنقل الملكية إليه ، كما يجوز له مطالبته بتسليمه المبيع ، و كذلك يجوز للبائع مطالبة المشتري بدفع الثمن و بتسليم المبيع مادام لم يُحكم ببطلان المبيع .

و هذا طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون و التي نصت عليها ( المواد : ٣٦١، ٣٦٤، ٣٨٧، ٣٦٧ ) من التقنين المدني الجزائري .

و يترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان أنه لا يجوز له أن يتعرض للمشتري في انتفاعه بالعين المبيعة و لا يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها أو بحجة استحقاقه لها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض ، و هذا هو الدفع بالضمان (٢) .

و على هذا فإذا لم يتم أحد المتعاقدين في عقد بيع ملك الغير بتنفيذ التزامه فإنه يحق للأخر أن يطلب فسخ العقد وفقا للمبادئ العامة المقررة في القانون و التي نصت عليها ( المادة : ١١٩ ) من التقنين المدني الجزائري و تقابلها ( المادة : ١٥٧ / ١ ، ٢ ) من التقنين المدني المصري بقولها : (( و في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك .

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات )) .

و مؤدى هذه المادة في فقرتها الأولى أن فسخ العقد في فقه القانون له ثلاثة شروط :

- ١- أن يكون العقد ملزما للجانبين .
- ٢- و أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .
- ٣- و أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعدا للقيام بالتزامه من جهة ، و قادرا على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى (٣) .

و طالما أن الفسخ وصف رتبته المشرع جزاء إخلال أحد الطرفين بالتزامه فإنه لا يقع بقوة القانون بل يصدر به حكم قضائي نهائي و للمدين أن يتقي الفسخ بالمبادرة بتنفيذ ما عليه حتى صدور الحكم

(١) د. محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط ٤ ، ١٩٩٤ م ، ص / ١٢٦ .

(٢) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص / ١٢٩ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ف / ٤٦٦ ، ص / ٦٩٨ .

النهائي كما أن للقاضي سلطة التقدير ، على ما جاء في نص ( المادة : ٢/١١٩ ) من التقنين المدني الجزائري (١) .

و إذا أصر الدائن على الفسخ في هذه الحالة فإن ذلك يعتبر تعسفا في استعمال الحق . إنما قد يتفق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، ففي هذه الحالة يقع الفسخ بمجرد تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه بعد إذاره إلا إذا اتفق الطرفان على الإعفاء من الإذار أيضا كما نصت على ذلك ( المادة : ١٢٠ ) من التقنين المدني الجزائري و تقابلها ( المادة : ١٥٨ ) من التقنين المدني المصري فيعتبر العقد مفسوخا لمجرد عدم تنفيذ الالتزام في الاجل المحدد .

و إذا رفعت الدعوى بالفسخ في الحالتين المنصوص عليها في ( المادة : ١٢٠ ) ، فالتثبت فقط من حصول الإخلال بالالتزام إنما يكون للقاضي سلطة التقدير خلافا للحالة المنصوص عليها في ( المادة : ٢/١١٩ ) ، و هذه القواعد العامة تنطبق جميعا على بيع العقار .

أما في بيع المنقول فقد أورد المشرع في شأنه حكما خاصا خرج فيه على هذه القواعد في الفسخ ، فقد نصت ( المادة : ٣٩٢ ) من التقنين المدني الجزائري التي تقابل ( المادة : ٤٦١ ) مدني مصري على أنه في (( بيع العروض و غيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن و تسلم المبيع يكون المبيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل و هذا ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك )) .

و يبرر هذا الحكم أن عروض التجارة و المنقولات بصفة عامة تتغير أسعارها و تتعرض للتلف مع مرور الزمن فأعطى القانون للبائع الحق في أن يعتبر البيع مفسوخا دون حاجة إلى إذار أو حكم قضائي حتى يتمكن من التصرف في المبيع بمجرد أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن (٢) .

## الفرع الثاني : هلاك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة .

إذا أردنا دراسة حكم هلاك المحل المتصرف فيه تصرفا موقوفا قبل الإجازة في الفقه الإسلامي ، فإن ذلك يقتضي ، دراسة حكم ما يقابله في فقه القانون ، و هذا ما أستعرضه في البندين التاليين :

البند الأول : هلاك محل التصرف في الفقه الإسلامي .

البند الثاني : هلاك محل العقد القابل للإبطال في القانون .

(١) د . محمد حسنين ، عقد البيع ، ص / ١٧٧ .

(٢) د . محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص / ١٧٨ .

البند الأول : هلاك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي .

إذا حصل هلاك المحل المتصرف فيه تصرفا موقوفا أو ثمنه ، بأفة سماوية أو بقوة قاهرة

خارجة عن إرادة المالك و الفضولي و المشتري ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟

- أما إذا حصل الهلاك و الشيء في يد مالكة لم يتسلمه الفضولي و لا سلمه إلى المشتري ، فإن تبعة الهلاك تقع على المالك بطبيعة الحال لأنه هلك في يده بفعل لا يوجب الضمان .

- و أما إذا حصل الهلاك في غير يد المالك كأن هلك الشيء في يد الفضولي الذي باعه أو في يد المشتري فإن الأمر في هذه الحالة يحتاج إلى تفصيل : إما أن يهلك الثمن أو يهلك المبيع ، و هذا ما أتولى بيانه فيما يلي :

أولا : هلاك الثمن .

فإن كان الهالك هو الثمن فإما أن يكون عرضا و إما أن يكون نقدا :

١ - فإن كان الثمن عرضا و هلك قبل الإجازة في يد الفضولي فإن العقد يبطل و لا تلحقه الإجازة ، و يضمن للمشتري مثل عرضه إن كان مثليا و قيمته إن كان قيميا (١) .

٢ - و إن لم يكن عرضا فإنه قبل الإجازة يبقى على ملك المشتري ، فإذا هلك في يد الفضولي فقد قيل إن الأصح أنه يضمنه إن لم يعلم المشتري أنه فضولي وقت الأداء ، و قيل إنه أمانة مطلقا ، أي سواء أهلك قبل الإجازة أم بعدها لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فالفضولي بالإجازة اللاحقة يصير كالوكيل ، فيكون الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فإذا هلك فإنه يهلك على المجيز حتى لو كانت الإجازة بعد الهلاك (٢) .

ثانيا : هلاك المبيع .

إن كان الهالك هو المبيع فإما أن يهلك قبل الإجازة و إما أن يهلك بعدها ، و إما أن يهلك في

يد الفضولي أو في يد المشتري .

فإذا هلك الشيء المبيع في يد الفضولي قبل الإجازة ، فإن العقد يبطل و لا تلحقه الإجازة و لا ضمان على أحد (٣) .

و إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري فهلك في يده قبل الإجازة ، فإن الإجازة لا تجوز و للمالك تضمين أيهما شاء الفضولي أو المشتري ، و أيهما اختار تضمينه ملكه و برئ الآخر من الضمان لأن في التضمين تمليكا منه فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر (٤) .

فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى ، و أخذ القيمة

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٥١ .

(٢) الكاساني ، المرجع السابق ، ص / ١٥١ .

(٣) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٣ ، ص / ٧٦ .

(٤) ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص / ٧٦ .

كأخذ العين ، فكأنه انتزع العين من يده و لم يجز البيع فبطل و يرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه له لا بما ضمن .

و إن اختار المالك تضمين الفضولي نظر هل كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة مضمونا عليه أم أنه قبضه غير مضمون ، فيجب أن نفرق هنا بين حالتين :

الحالة الأولى : إن كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة مضمونا عليه ، بأن قبضه بلا إذن مالكة فهو كالعاصب ، إذ ملك المبيع بالضمان مستندا إلى وقت القبض أي إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري ، فيكون البيع قد صدر من المالك فينفذ بيعه بضمانه .

الحالة الثانية : إن كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة أمانة في يده فيكون في وقت البيع غير مالك، و إنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع و يرجع الفضولي على المشتري بالقيمة لأن المشتري تسلم المبيع فهلك عنده و يده يد ضمان (١) .

**البند الثاني : هلاك محل العقد القابل للإبطال في القانون .**

من القواعد المقررة قانونا اشتراط وجود محل الإلتزام أو العقد إذا كان محله نقل حق عيني وذلك وقت صدور الإلتزام ، أو أن يكون هذا المحل ممكن الوجود بعد ذلك .

فإذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الإلتزام فإن الإلتزام لا يقوم لاستحالة المحل ، أما إذا هلك بعد نشوء الإلتزام فإن الإلتزام يكون قد قام وقت صدوره على محل موجود و يكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به ، فإذا حصل هلاك محل العقد مثلا في بيع ملك الغير و هو من العقود القابلة للإبطال فعلى من تقع تبعه الهلاك ؟ (٢) .

البحث في تبعه الهلاك يفترض أن الهلاك قد حدث بعد انعقاد البيع ، أما إذا كان الهلاك سابقا على البيع فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة محل الإلتزام .

و السؤال عن تبعه الهلاك لا يكون مجالا للخلاف إلا إذا كان المبيع معينا بالذات ... فإذا كان معينا بنوعه فقط و لم يحصل إفرازه ، فلا تتور مسألة تبعه الهلاك إذ أن ذاتيته لم تحدد حتى يقال بأنه قد هلك و بالتالي لا يكون التزام البائع مستحيل التنفيذ ما دام هناك مثل له في السوق يستطيع البائع أن يوفي منه التزامه (٣) .

و كذلك لا يتور بحث تبعه الهلاك إلا إذا كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد للبائع أو المشتري فيه ، فينحصر إذن البحث في تبعه الهلاك في حالة ما إذا كان المبيع معينا بالذات ثم هلك بعد البيع بقوة قاهرة (٤) .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٣ ، ص / ٧٦ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف / ٢١٥ ، ص / ٣٧٦ .

(٣) د. محمد حسنين ، عقد البيع ، ص / ١١٨ ، ١١٩ .

(٤) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص / ١١٩ .

و الأصل في تبعة " الملك أو الشيء " (١) أنها تقع على مالكة ، فإذا هلك الشيء بقوة قاهرة تحمل المالك الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمته بهلاكه ، أما تبعة العقد (٢) فتقع في العقد الملزم للجانبين ففي عقد البيع إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع و استرد المشتري الثمن ، فالهالك يكون على البائع إلى حين التسليم إلا إذا كان الهالك قد حصل بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع ، وهذا ما تضمنه نص ( المادة : ٣٦٩ ) التي تقابل ( المادة : ٤٣٧ ) من التقنين المدني المصري على أنه : (( إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع ( أي انفسخ البيع ) و استرد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهالك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع )) .

و يبرر موقف المشرعين الجزائري و المصري في هذا الصدد بأن الإلتزام بالتسليم و لو أنه التزم تبعا للإلتزام بنقل الملكية ليس التزاما ثانويا إذ لا تخلص الملكية فعلا للمشتري إلا بالتسليم .

و يلاحظ أنه لا تلازم بين انتقال الملكية و تبعة الهالك في القانون الجزائري و المصري فالهالك فيهما على البائع قبل التسليم و على المشتري بعد التسليم ، وذلك بصرف النظر عن انتقال الملكية أو عدم انتقالها إلى المشتري ، فإذا كان المبيع عقارا و تسلمه المشتري دون أن يسجل البيع ثم هلك وهو في يده فإنه يتحمل تبعة الهالك و لو أن الملكية لم تنتقل إليه .

و على العكس من ذلك لو تم تسجيل بيع العقار و انتقلت الملكية بالتسجيل إلى المشتري لكنه ظل في حيازة البائع فإن تبعة هلاكه تقع على كاهل البائع إذ يجب عليه أن يقوم بتسليمه إلى المشتري بحالته التي كان عليها يوم البيع (٣) .

كما يلاحظ أن المشرعين الجزائري و المصري إنما يعتدان بالتسليم الفعلي في انتقال تبعة الهالك إلى المشتري ، فلا يكفي أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك إلا إذا كان البائع قد أعذره لتسلم المبيع والإعدار إنما يكون بإعلان رسمي كما تقضي بذلك ( المادة : ٢٦٩ ) من القانون المدني الجزائري التي تقابل ( المادة : ٣٣٤ ) مدني مصري .

و تطبيقا لأحكام ( المادة : ١٢١ ) مدني جزائري التي تقابل ( المادة : ١٥٩ ) مدني مصري ، والتي تنص على أنه : (( في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون )) .

### الفرع الثالث : طرء الملك البات على الملك الموقوف .

يترتب على حكم العقد الموقوف إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري فهلك قبل الإجازة ، فللمالك أن يضمن الفضولي أو المشتري أيهما شاء كما سبق بيان ذلك .

(١) تبعة الملك ' و ' تبعة الشيء ' : هو الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهلاكه .

(٢) تبعة العقد ' : هي تبعة استحالة تنفيذ الإلتزام بسبب أجنبي .

(٣) د. محمد حسنين ، عقد البيع ، ص / ١٢٢ و ما بعدها .

و إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري فباع المشتري المبيع من مشتر ثان ، فأبي عقد أجازته المالك جاز هذا العقد خاصة دون العقد الآخر .

فما حكم بيع الفضولي إذا لم يسلم المبيع إلى المشتري حتى أصبح مالكا له بعد صدور البيع قبل الإجازة في الفقه الإسلامي و هل لذلك نظير في فقه القانون أم لا ؟ للإجابة على هذا التساؤل أقسم هذا الفرع إلى بندين :

البند الأول : طرء الملك البات على الملك الموقوف في الفقه الإسلامي .  
البند الثاني : ما يقابل فكرة طرء الملك البات على الملك الموقوف في القانون .

البند الأول : طرء الملك البات على الملك الموقوف في الفقه الإسلامي (١) .

من القواعد المقررة عند فقهاء الحنفية أنه إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله، فإذا باع الفضولي ملك غيره ثم اشتراه و صار مالكا له ، فإن بيعه يبطل و له بعد أن يصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بعقد جديد لا بإجازة العقد الأول ، و لكن البيع في هذه الحالة يكون جائزا إذا تقدم سبب الملك على البيع (٢) .

فقد جاء في الفتاوى الهندية : (( و من باع ملك غيره ثم اشتراه و سلم إلى المشتري لم يجز و يكون باطلا لا فاسدا ، و إنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى أن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه ، و لو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك )) (٣) .

و مقتضى هذه القاعدة هو أن الملك الموقوف لا يقوى على مواجهة الملك البات فتكون النتيجة الطبيعية هي بطلان الملك الموقوف لحصول الملك البات ، فإذا باع المالك قبل الإجازة ما باعه الفضولي فإن بيع المالك يبطل بيع الفضولي . و كذلك الأمر بالنسبة لبيع الولي أو الوصي إذا طرأ على بيع المحجور عليه فإنه يبطله .

و يميز المالكية بين ما إذا ملك الفضولي المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث ، و بين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر كالبيع و الهبة و الصدقة فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه (٤) .

(١) تعريف الملك البات : الملك في اللغة هو احتواء الشيء و القدرة على الاستيلاء به . و أما البات لغة فهو مأخوذ من باتا و هو بمعنى القطع ، فيقال بات فلان الشيء إذا قطعه و على ذلك يكون الملك البات في الإصطلاح الشرعي : هو الملك القطعي اللازم ، كما نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية في ( المادة : ١١٧ ) بقولها : (( البيع البات هو البيع القطعي )) و ( المادة : ٧٤ ) من مرشد الحيران إذ نصت على أنه : (( ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة و وقوعه صحيحا باتا نافذا لازما ، سواء كانت عقارا أو منقولا )) .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص / ١١٧ .

(٣) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ١١١ .

(٤) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، ص / ١١ .

و بهذا يكون المذهب المالكي على خلاف المذهب الحنفي فيما إذا صار الفضولي مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ففي المذهب الحنفي يبطل البيع استنادا إلى القاعدة سالفه الذكر و يصح في مذهب الإمام مالك (١) .

و الحقيقة أن القول بهذه القاعدة لو أخذنا به على إطلاقه ، فإن ذلك سيؤدي إلى تضيق مجال تعامل الفضولي إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فإن بيعه يبطل و لا يستطيع بعد أن أصبح مالكا للمبيع أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه إلا بعقد جديد ، و في ذلك ضرر و حرج للفضولي ، و الشريعة الإسلامية جاءت لنفي الحرج فكان ينبغي أن يقال إن إجازة البيع الصادر من الفضولي تستند إلى وقت صدور هذا البيع ، فيكون ملك المشتري باتا نافذا لازما من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف .

البند الثاني : ما يقابل فكرة طروء الملك البات على الملك الموقوف في القانون .

ليست هناك فكرة طروء الملك البات على العقد القابل للإبطال في فقه القانون ، بل إن القاعدة في القانون تغاير ما ذهب إليه الفقه الإسلامي - من بطلان بيع الفضولي إذا صار مالكا - إذ في فقه القانون إذا باع شخص ملك غيره ثم أصبح مالكا للمبيع فإن بيعه يصبح نافذا بصفة نهائية و لا يبطل (٢) .

فقابلية العقد للإبطال تزول في حالة بيع ملك الغير في الأحوال التالية :

١- حالة إقرار المالك الحقيقي : إذ تنص ( المادة : ١/٣٩٨ ) من التقنين المدني الجزائري على أن البيع ينقلب صحيحا في حق المشتري إذا أقر المالك البيع ، فيؤدي هذا الإقرار إلى سقوط حق المشتري و طلب الإبطال لزوال ما كان يخشاه من تعرض المالك الحقيقي له ، و ذلك لأن هذا الإقرار يزيل العقبة التي كانت تمنع من نقل الملكية إلى المشتري و يزيل في نفس الوقت كل خطر يهدد حقوق المشتري بمقتضى البيع ، فلا يكون له أن يتضرر من كون المبيع مملوكا للغير، على أنه يشترط إسقاط حق المشتري في طلب الإبطال أن يكون المالك قد أقر البيع قبل أن يرفع المشتري دعوى الإبطال ، أما الإقرار اللاحق لرفع الدعوى فلا يمنع من الإستمرار فيها و الحكم بإبطال العقد (٣) .

٢ - حالة اكتساب البائع لملكية المبيع بعد صدور العقد : فتنص ( المادة : ٢/٣٧٨ ) من التقنين المدني الجزائري على أنه كذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع إذ لا مصلحة للمشتري في طلب الإبطال بعد أن زال المانع الذي كان يحول دون انتقال الملكية إليه (٤) .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ١٨٨ .

(٢) د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية القاهرة ، ف / ٥٢ ، ص / ٨٧ .

(٣) د. محمد حسنين ، عقد البيع ، ص / ١٩١ .

(٤) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص / ١٩١ .

٣ - حالة إجازة المشتري للعقد : القاعدة العامة أن حق إبطال العقد يزول بإجازة من تقرر الإبطال لمصلحته كما نصت على ذلك ( المادة : ١٠٠ ) من التقنين المدني الجزائري و تقابل ( المادة : ١/١٣٩ ) م مصري ، و على ذلك يسقط حق المشتري في طلب إبطال البيع إذا أجازته لأن الإجازة تصحح العقد ، على أن الإجازة لا تنتج هذا الأثر إلا إذا صدرت من المشتري بعد علمه بسبب القابلية للإبطال أي بعد علمه بأن المبيع مملوك للغير ، و نصت المادة سالفه الذكر على أن الإجازة قد تكون صريحة و قد تكون ضمنية و تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير<sup>(١)</sup>.

٤ - حالة التقادم : يسقط حق الإبطال و يصبح العقد نافذا بصفة نهائية طبقا للقواعد العامة بالتقادم كما جاء في نص ( المادة : ١/١٠١ ، ٢ ) مدني جزائري ، و ترتيبا على ذلك يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بإحدى مدتين أيهما أقصر إما بخمس عشرة سنة من وقت التعاقد و إما بعشر سنوات<sup>(٢)</sup> من الوقت الذي يعلم فيه المشتري بأن المبيع غير مملوك للبائع ، و إذا كان المشتري سيء النية وقت التعاقد ، أي يعلم أن البائع غير مالك فإن مدة العشر سنوات تبدأ من وقت التعاقد و لا يكون هناك محل لتطبيق مدة التقادم الطويل<sup>(٣)</sup> .

### الفرع الرابع : موت المميز قبل الإجازة .

إذا مات المالك الحقيقي الذي خول له الفقه الإسلامي حق الإجازة قبل أن يجيز التصرف الموقوف ، فهل ينتقل حق الإجازة إلى وارثه ؟ كما تنتقل الحقوق التي هي في معنى المال كحق الارتفاق ، أم أن لها حكم الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث ؟  
لبيان ذلك أقسم هذا الفرع إلى بندين :

البند الأول : حكم موت المميز قبل الإجازة في الفقه الإسلامي .

البند الثاني : حكم موت المميز قبل الإجازة في القانون .

البند الأول : موت المميز قبل الإجازة في الفقه الإسلامي .

اختلف الفقهاء في انتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المالك الحقيقي الذي له حق الإجازة شرعا قبل أن يجيز التصرف الموقوف ، و نحن إذ نحرر محل النزاع نعرض آراء الفقهاء أولا ثم الأدلة التي اعتمدوا عليها .

(١) د. محمد حسنين ، عقد البيع ، ص / ١٩١ ، ١٩٢ .

(٢) يتفق القانون المدني الجزائري في ذلك مع القوانين العربية الأخرى فيما عدا نقص المدة إلى ثلاث سنين في القانون المدني المصري .

( م : ١٤٠ ) و القانون المدني الليبي ( م : ١٤٠ ) و إلى سنة واحدة في القانون السوري ( م : ١٤٠ ) و قد رجح الدكتور محمد نبيب

شطب مدة التقادم في هذا الشأن بثلاث سنوات تبدأ من وقت علم المشتري بملكية الغير للمبيع . راجع شرح أحكام عقد البيع ، ف / ٥٢ ،

ص / ٨٥ ، ٨٦ .

(٣) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص / ١٩٢ .

أولاً : عرض آراء الفقهاء .

ذهب الحنفية إلى القول بعدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث لبطان تصرف المالك بموته، و هذا في جميع التصرفات التي يباشرها الفضولي ، و لم يجزه من له حق الإجازة شرعا قبل موته عند محمد بن الحسن رحمه الله .

و خالفه في تعميم الحكم على جميع التصرفات أبو حنيفة و أبو يوسف (١) ، فاستثنيا من هذا الحكم القسمة إذا باشرها الفضولي ثم يموت المالك الشريك قبل إجازتها فقد جعلها لوارثه حينئذ حق إجازتها استحسانا لحاجة الشركاء إليها غالبا ، و لأن القسمة في الحقيقة عبارة عن الإفراز ، و إذا تم ذلك و تميزت أنصاف الشركاء فلا فائدة بعد ذلك من نقضه و إبطاله بمزج الأنصاف و خلطها ثم الرجوع إليه نفسه بعد ذلك ، فإذا تحقق الإفراز بمباشرة الفضولي فأقره وارث الشريك بعد وفاته اعتبر ذلك تعيينا منه لملكه و إرشادا إليه بموافقة سائر الشركاء ، و ذلك لضعف معنى التبادل و المعاوضة في القسمة و عدم الالتفات إليه فيها قصدا ، لأن عمل الإفراز إنما يعتمد المعرفة و العلم بالحساب أكثر مما يعتمد على الولاية ، و هذا هو السبب في استثناء القسمة عندهما و إعطاء وارث الشريك حق إجازتها بعد موت مورثه .

و ذهب المالكية (٢) و الشافعية (٣) و الحنابلة (٤) إلى القول بانتقال حق الإجازة إلى الوارث في جميع الحقوق ، لأن وارثه يقوم مقامه فيما ينفذ به العقد و ما به يبطل فهو يتبع الملك عند انتقاله بالميراث أينما انتقل .

و من ثم نخلص إلى أن هناك رأيين في مسألة انتقال حق الإجازة إلى الوارث إذا مات المورث قبل أن يجيز التصرف الموقوف .

- رأي الحنفية الذي يقول بعدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث فيبطل تصرف المالك بموته .
- و رأي الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة القائل بانتقال حق الإجازة إلى الوارث و بقاء تصرف المالك ساريا في حق وارثه .

ثانيا : عرض أدلة الفقهاء .

- ١ - أدلة الرأي الأول : استدلت الحنفية على مذهبهم في عدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث بما يلي :
  - بأن الوارث لم يكن ذا شأن وقت أن صدر التصرف الموقوف من الفضولي و من في حكمه ، و إنما كان الشأن للمالك فلا يصح حينئذ اعتبار الفضولي ذا ولاية في تصرفه عند حدوثه إذا ما أجاز الوارث بعد وفاة المالك لأنه لو اعتبر كذلك لكان بمنزلة الوكيل عن الوارث ، فيستوي الوارث مع

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٦ ، ٥٧ .

(٢) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٤٤ / ص ١٩٨ . و انظر أيضا الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر الخليل ، ج ٦ ، دار الفكر ،

ط ٣ ، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م ، ص / ٤٠٦ .

(٣) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٠٩ .

(٤) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٤ ، ص / ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

الفضولي في هذه الحالة فلا يستطيع حينئذ أن يعطيه ما ليس عنده لأن فاقد الشيء لا يعطيه، و لا يملك أن يملكه ما لا يملك ، و بناء على ذلك فلا ينتقل حق إجازة تصرف الفضولي إلى وارث المالك بوفاته، بل يكون مصير العقد الموقوف في هذه الحالة باطلا لبطلان التصرف بموت صاحب الشأن<sup>(١)</sup>.

و يرد على هذا الإستدلال بأن حق إجازة التصرف الموقوف في مثل هذه الحالة ، إنما هو تابع لآثار الملك و نتيجة لثبوته فلا يكون الوارث حينئذ بمنزلة الوكيل ، بل إن القول بانتقال الحق إليه يكون تابعا لانتقال الملك ، فيصير أمر إجازة العقد و إنفاذه إليه بعد وفاة مورثه إن شاء رضي به فأجازته و أنفذه و إن شاء رفضه و أبطله و استقر لنفسه المال الذي ورثه ، فيبقى العقد الموقوف في هذه الحالة موقوفا على إجازة الوارث .

و لكن الحنفية اعتبروا هذا الحق ملحقا بالحق الشخصي لأنه مختص بمن له الملك أو الولاية وقت صدور التصرف الموقوف .  
- و استدلووا أيضا بالنص :

فقالوا : بأن الوراثة حكم شرعي لا يثبت إلا بالنص و قد ورد النص في المال دون الحقوق فقد صح عندهم أن الرسول - صلى الله عليه و سلم - قال : (( من ترك مالا فلورثته ))<sup>(٢)</sup> .

فهم قد خصصوا المال بالذكر و التخصيص بالذكر يدل على نفي الحكم فيما عداه مما يسمى مالا ، فلا يورث ما عدا المال من الحقوق كحق الإجازة .

و يرد عليهم بأن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتخصيص الإرث بالمال لا يدل على نفي الإرث في باقي الحقوق .

- و قالوا : بأن حق الإجازة من الحقوق التي هي مجرد رغبة و مشيئة و ما كان كذلك فإنه يعتبر حقا شخصيا فلا ينتقل إلى الوارث فغلبت الناحية الشخصية على الناحية المالية فيها ، فتنتهي بمجرد وفاة صاحب الحق و لأن التوقف إنما كان على إجازة المورث نفسه فلا يجوز بإجازة غيره<sup>(٣)</sup> .

و يمكن مناقشة ذلك بأنه لا معقول في مواجهة النص ، فقد قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : (( من ترك مالا أو حقا فلورثته ))<sup>(٤)</sup> .

- و استدلووا كذلك بأن الإجازة تستند من جهة و تكون إنشاء من جهة أخرى ، فوجب أن يكون المالك موجودا وقت صدور التصرف مراعاة لحق الإسناد ، و وقت الإجازة مراعاة لحق الإنشاء ، فإذا مات بين الوقتين لم تعد الإجازة ممكنة فلا يتصور انتقالها إلى الوارث<sup>(٥)</sup> .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٦ ، ٥٧ .

(٢) لفظ الحديث ترجم له البخاري باب : قول النبي - صلى الله عليه و سلم - (( من ترك مالا فلأهله )) من طريق أخرى عن أبي سلمة ، و أخرجه الترمذي في أول كتاب الفرائض من طريق محمد بن عمر بن علقمة عن أبي هريرة بهذا اللفظ ، انظر ابن حجر فتح الباري ، ج ١٢ ، ص / ١١ .

(٣) المرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص / ٧٦ .

(٤) رواه الترمذي في أول كتاب الفرائض و قال هذا حديث حسن صحيح .

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ، ص / ٦٣ .

٢ - أدلة الرأي الثاني : استدل الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة على انتقال الحقوق المتعلقة بالمال إلى الوارث ، كحق الإجازة و الإبطال و كحق الشفعة ، و كحق إجازة العقد المشروط فيه الخيار بالأدلة التالية :

- استدلووا بالنص : بما جاء عن الرسول - صلى الله عليه و سلم - : (( من ترك مالا أو حقا فهو لورثته )) فكل ما يتركه المتوفى من أموال أو حقوق يورث عنه و يقوم وارثه مقامه ، فلفظ الحديث عام يطلق على كل حق و كل مال ، لا فرق بين ما تعلق به دين على المتوفى و ما لم يتعلق به ، كما أن لفظ " من " لفظ عام يعم كل متوفى ترك حقا أو مالا (١) .

- كما أن حق الإجازة من الحقوق التي لها شبه بالمال و متعلقة به فالناحية المالية متغلبة فيها فيثبت فيها الإرث كما يثبت في الأموال .

و النتيجة أننا نرجح الرأي الثاني القائل بانتقال حق الإجازة إلى الوارث لأنه أولى بالإتباع و أقرب إلى منطق القبول لما فيه من تيسير على الناس و رفع الحرج عنهم ، فلا يكون تصرف المجيز مرتبطا بموته لأن في ذلك ضررا يلحق بوارثه ، بل ينتقل الحق إلى وارثه و تعود منافع العقد الموقوف إليه ، إذ المال ينتقل إلى الوارث انتقالا جبريا فينتقل إليه بجميع حقوقه و منها حق الإجازة .

**البند الثاني : موت المجيز قبل الإجازة في القانون.**

إذا مات من خول له القانون حق الإجازة أو الإبطال قبل أن يجيز أو يطلب إبطال العقد ، فهل ينتقل هذا الحق إلى وارثه ؟.

لبيان ذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون لمعرفة معنى الخلف العام و الخلف الخاص و هل يعتبر الوارث خلفا عاما للمورث فينتقل إليه ما كان لمورثه من حقوق ؟.

المقصود بالخلف الشخص الذي يتلقى الحق عن غيره ، و هو نوعان خلف عام و خلف خاص . فالخلف العام : هو الذي يخلف الشخص في كل حقوقه أي من تعم خلافته له في جميع الحقوق أو خلفه فيها مع غيره بنسبة معينة كالنصف أو الربع مثلا ، و بذلك يتضح أن الخلف العام هو الوارث سواء كان وحيدا أو مع غيره و الموصي له بنسبة معينة من مجموع التركة .

و أما الخلف الخاص : فهو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حقا عينيا آخر عليه ، أو حقا شخصيا كان سلفه دائنا به من قبل ، فالمشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه و كذلك الموهوب له يعتبر خلفا خاصا للواهب فيما وهبه له ، و المنتفع يخلف المالك في حق الإنتفاع و الموصى له بعين يخلف فيها الموصي (٢) .

(١) القرافي ، الفروق ، ج ٣ ، دار إحياء الكتب العربية ، ط ١ ، ١٤٤٦ هـ / الفرق : ١٩٧ ، قاعدة ما ينتقل إلى الأقارب من الأحكام غير

الأموال و قاعدة ما لا ينتقل من الأحكام ص / ٢٧٥ ، ٢٧٦ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٦٩٥ ، ٦٩٦ ، ص / ٧٣٠ ، ٧٣١ .

و الخلف عاما كان أو خاصا ، لا يعتبر من الغير في العقد فينصرف أثره إليه (١) .  
و قد تعرض المشرع في التقنين المدني العراقي - الذي يعتبر من مصادره الأساسية الفقه الإسلامي -  
لانسراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام و الخلف الخاص في ( المادة : ١٤٢ / ٢٠١ ) منه ،  
و التي أخذت حرفيا من نص ( المادتين : ١٤٥ و ١٤٦ ) من التقنين المدني المصري ، و هو نص  
( المادتين : ١٤٥ و ١٤٦ ) من التقنين المدني الليبي ، و هو نص ( المادة : ١٤٦ ، ١٤٧ ) من  
التقنين المدني السوري و بهذا أخذ المشرع في التقنين المدني الجزائري في نص ( المادتين : ١٠٨  
و ١٠٩ ) .

و يشعر هذا باتفاق الفقه الإسلامي مع القانون في جواز انصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام  
و الخلف الخاص ، فإلى أي مدى ينصرف أثر العقد إلى كل من الخلفين في القانون ؟ (٢) فإذا كان  
الخلف عاما و هو ما يعنينا هنا فإن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث  
المتعاقد ، و له المطالبة بجميع حقوق المورث .

أما الإلتزامات التي كانت على المتعاقد المتوفى فلا خلافة فيها طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية من أنه:  
( لا تركة إلا بعد سداد الديون ) و مقتضى هذا المبدأ هو أن يبقى الإلتزام في التركة دون أن ينتقل  
إلى ذمة الوارث حتى ينقضي ، و متى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الورثة ،  
كل بقدر نصيبه الشرعي ، و قد نصت ( المادة : ١٨٠ ) من قانون الأسرة على نصيب كل وارث (٣) .  
و هذا طبقا لنص ( المادة : ١٠٨ ) من القانون المدني الجزائري التي نصت على انصراف أثر العقد  
إلى الخلف العام بقولها : (( ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة  
التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد  
المتعلقة بالميراث )) .

و يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام (( أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن  
هذا العقد . فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة له أو عليه ، لأنه  
يعتبر قائما مقام المورث و يلزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا و خلصت له  
قوته الملزمة )) (٤) و من ثم فإن الإجازة أي الإبطال ينتقل إلى الوارث و هذا ما ذهب إليه جمهور  
الفقهاء من المالكية و الحنابلة و الشافعية كما مر معنا .

و بهذا أخذت محكمة النقض فقالت : إن حق طلب الإبطال ينتقل إلى الوارث بوصفه خلفا عاما يحل

(١) و هناك استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام و هي على قسمين : ١ - استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف

العام مع بقائه خلفا . ٢ - و استثناءات لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام لأنه أصبح من الغير . راجع السنهاوري ، نظرية العقد ،

ف / ٦٩٨ ، ٦٩٩ ، ص / ٧٣٣ ، ٧٣٤ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهاوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ، ص / ٥٩ .

(٣) د. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج ١ ، ٣٣٤ ، ص / ٣٤٠ .

(٤) انظر حكم محكمة النقض المصرية ، جلسة ١١ / ٠٥ / ١٩٧٢ ، مجموعة المكاتب الفني ، السنة ٢٣ ، رقم ١٣٥ ، الطعن ٣٤٦ لسنة ٣٦

القضائية ، ص / ٨٥٥ .

محل سلفه في كل ما له و ما عليه .

فقد جاء في حكمها : (( متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع و الضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم ( المادة : ١١١ ) من القانون المدني المصري و تقابلها ( المادة : ٨٣ ) من قانون الأسرة الجزائري ، فإن للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه في كل ما له و ما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه ، و إذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لا يكون حقا شخصيا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته )) (١) .

و إذا كان حق الإبطال على هذا النحو ينتقل إلى الوارث باعتباره حقا متعلقا بالمال ، و له أن يطلب إبطال العقد بعد وفاة المالك الحقيقي فإن له من باب أولى أن يتنازل عن حقه في الإبطال بالإجازة ، فيصبح العقد ثابتا و نافذا ، لأن الإجازة لا تضيف للعقد جديدا و إنما تؤكد ما أنتجه في الفترة ما بين العقد و صدور الإجازة .

## المبحث الثاني : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة .

في هذه المرحلة يظهر أثر العقد الموقوف ، و لكن هذا الأثر يتوقف على ما إذا كان التصرف قد أجزى إجازة معتبرة شرعا فينفذ و ينتج أثره مستندا إلى وقت انعقاده أو مقتضرا على حالة صدور الإجازة ، و إذا رفض صاحب الحق في الإجازة إجازته يبطل العقد الموقوف ، و لكن لا ينبغي أن يفهم البطلان هنا بمعناه عند التعاقد بل إن معناه هنا عدم ترتب حكمه عليه ، فكأنه كالباطل من حيث النتيجة لأن غير النافذ منعقد ، و ينبغي الحذر فلا يقال " يبطل " إلا حيث يكون عدم النفاذ من كل وجه و يقع اليأس من النفاذ ، كما إذا رفض المالك الإجازة في بيع الفضولي ، أما في مثل حالة بيع المستأجر فينبغي ألا يقال أنه يبطل في حالة عدم الإجازة ، إذ أن النفاذ مازال ممكنا بانتهاء الإجازة ، فضلا عن أن النفاذ في هذه الحالة حاصل فعلا بين العاقدين فهو نافذ بالنسبة للبايع و للمشتري لا بالنسبة للمستأجر (٢) .

و على ذلك ينبغي أن نفرق بين عدم الإجازة و هو عمل سلبي و بين رفض الإجازة و هو عمل إيجابي ، و أثر الأول بقاء عدم النفاذ و أثر الثاني البطلان . كما يجب أن نفرق بين رفض الإجازة و بين الفسخ .

فمصير العقد الموقوف إذن ينتهي إلى إحدى حالتين :

الحالة الأولى : إما أن تلحق العقد الموقوف الإجازة من المالك فيتترتب عليها نفاذ العقد منذ انعقاده أو مقتضرا على وقت صدور الإجازة .

(١) انظر حكم محكمة النقض المدني ، في جلسة ٢٧ / ٠٢ / ١٩٥٨ م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٩ ، رقم ١٩ ، طعن ٤٢ ، سنة ٢٤

القضائية ، ص / ١٦١ .

(٢) د. محمد زكي عبد البر ، مقال العقد الموقوف ، ف / ٤١ ، ٤٣ ، ص / ١٤٤ ، ١٤٥ .

الحالة الثانية : و إما أن يرفض المالك إجازة العقد فيترتب عليه رد التصرف الموقوف و اعتباره غير نافذ أو باطل.

و ينتج عن هاتين الحالتين حالة ثالثة : يكون العقد فيها ذا شقين ، في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفاً.

و لدراسة أحكام هذه الحالات الثلاث و مصير العقد الموقوف فيها ، ينبغي أن أبين حقيقة الإجازة و أحكامها أولاً ثم رفض الإجازة و ما يترتب عليه ثانياً و أتناول أخيراً العقد إذا كان في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً :

الأمر الذي يتطلب أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حقيقة الإجازة و أحكامها.

المطلب الثاني : رفض الإجازة.

المطلب الثالث : إذا كان العقد في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً.

## المطلب الأول : حقيقة الإجازة و أحكامها.

تعتبر الإجازة تصرفاً شرعياً انفرادياً ينقل العقد من مرتبة عدم النفاذ إلى مرتبة النفاذ ، فهي الحلقة الأساسية في العقد، إذ بها يفتح الطريق أمام آثار العقد الممنوعة و المتوقفة لكي تمر و تسري ، فيستفيد العاقد من نتائج العقد منذ انعقاده .

و ما دام أن لها حكم الإنشاء من وجه فيشترط لصحتها ما يشترط لإنشاء التصرف من وجود العاقدين و المحل و المجيز<sup>(1)</sup> ، الأمر الذي يستدعي البحث في أحكامها المختلفة بعد تحديد مفهومها و بيان صيغتها ، و لذا أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : مفهوم الإجازة و وسيلة التعبير عنها .

الفرع الثاني : أحكام الإجازة.

## الفرع الأول : مفهوم الإجازة و وسائل التعبير عنها.

قبل أن أتعرض لبيان وسائل التعبير عن الإجازة و بما تكون ؟ لا بد من تحديد مفهومها أولاً.

لذا أستعرض هذا الفرع في بندين :

البند الأول : مفهوم الإجازة .

البند الثاني : وسائل التعبير عن الإجازة.

البند الأول : مفهوم الإجازة.

يتحدد مفهوم الإجازة بعرض المعنى اللغوي و الشرعي و القانوني.

(1) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٥٩ .

أولا : تعريف الإجازة لغة و اصطلاحا .

١ - أما في اللغة : فهي إنفاذ التصرف و إمضاؤه و جعله جائزا (١) ، و لا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن هذا المعنى اللغوي.

٢ - و أما في الإصطلاح الشرعي : فهي التصرف في العقد بالإبقاء و رفع المانع الذي يوجب نفاذه و ترتب حكمه عليه إما مستندا إلى وقت انعقاده أو مقتصرا على حال صدورها (٢) .

و مثال ذلك بيع الفضولي لمال الغير فإن الذي يرفع المانع من نفاذ حكم البيع هو إجازة التصرف الموقوف .

و يجب أن نفرق في هذا الصدد بين الإجازة و الإذن : فالإجازة هي الرضا بالتصرف بعد حصوله ، أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله ، و كل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة .

و كذلك يملك القاضي كلا من الإذن و الإجازة إذا أراد حماية الصبي المميز و من في حكمه من الولي و الوصي (٣) .

كما تجدر الإشارة إلى أن الإجازة في الفقه الإسلامي يتحدد مجالها بالتصرفات الموقوفة . و التصرفات اللازمة التي اقترنت بأحد الخيارات فصارت بها غير لازمة . أما التصرفات المفسوخة و الباطلة فلا يمكن أن تكون محلا للإجازة لأنها في مرتبة العدم ، و لا يمكن للإجازة أن تخلق من العدم وجودا (٤) .

ثانيا : الإجازة في القانون .

الإجازة في القانون : هي النزول عن الحق في طلب الإبطال ، و يملكها من شرع الإبطال لمصلحته لأنه هو صاحب الحق في التمسك بالإبطال ، فهو الذي يملك النزول عنه و يترتب عليها أن يزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائيا (٥) .

و نحن إذا تأملنا التعريف القانوني نجده يتفق مع التعريف الفقهي للإجازة من حيث أن كلا منهما يعتبر تصرفا إنفراديا صادرا من جانب واحد ، غير أنهما يختلفان من حيث أن كل ما يترتب على الإجازة في القانون هو تأكيد عوامل الصحة في العقد القابل للإبطال و إزالة الخطر الذي كان يهدده بالزوال ، فهي لا تضيف إليه جديدا إذ أنه كان منتجا لأثره قبل إجازته ، بخلاف العقد الموقوف فهو لا ينتج أثرا قبل إجازته ، فإذا ما أجزى أصبح نافذا منتجا لأثره إما مستندا إلى وقت صدوره أو مقتصرا على حال الإجازة .

(١) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ج ٢ ، دار الكتاب العربي ، باب الزاي ، فصل الجيم ، ص / ١٧٠ .

(٢) المرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص / ٧٦ .

(٣) أ. أحمد أبو الفتح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية ، ج ١ ، ط ٢ ، مطبعة النهضة بمصر ، ص / ١٤٥ و ١٦٠ .

(٤) د. محمد حبار ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، ج ٢ ، ص / ٤٥٢ .

(٥) د. عبد المنعم الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، ف / ٢٤٠ ، ص / ٤٠٢ .

و يجب أن نميز بين إجازة العقد ( Confirmation ) و عمله من جديد ( Refection ) و إقراره ( Ratification ) (١) .

فالإجازة تصدر من أحد طرفي العقد ، و يكون هو العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته لتزليل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان .

أما عمل العقد من جديد فلا ينصب على عقد معيب ليزيل عيوبه ، و لا يصدر من جانب واحد ، و ليس له أثر رجعي كما في الإجازة ، بل يقتضي توافق إرادتين متطابقتين لأنه عقد جديد ، و يكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل (٢) .

و أما الإقرار و إن كان تصرفا يصدر من جانب واحد كالإجازة إلا أنه يرد على عقد صحيح بصفة نهائية و لكنه يصدر من شخص أجنبي عن العقد يريد أن يجعله ساريا في حقه ، بعد أن لم يكن كذلك، فبيع ملك الغير قابل للإبطال ، و في الوقت نفسه لا يسري في حق المالك الحقيقي ، فالمشتري يجيزه ليزيل البطلان ، و المالك الحقيقي يقره ليحمله ساريا في حقه ، و قد يجيزه المشتري فينقلب صحيحا و لكن مع ذلك لا يقره المالك الحقيقي فلا يسري في حقه ، و لا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري (٣) .

### البند الثاني : وسائل التعبير عن الإجازة .

إذا كانت الإجازة تصرفا انفراديا يعتمد على إرادة واحدة من المجيز وحده دون حاجة إلى إرادة المتعاقد الآخر ، فإنه يمكن التعبير عنها بكل الصيغ و الوسائل المحددة في التعبير عن الإرادة ، و هذا ما أتعرض له بالبيان في الفقه الإسلامي و القانون .

(١) و يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري أخطأ في إيراد كلمة إجازة في نص ( المادة : ٨٣ ) منه بدلا من الإصطلاح الصحيح ( الإقرار ) لأن كلمة إجازة في الشريعة الإسلامية تنصرف إلى ما ينصرف إليه معنى كلمة ( إقرار ) ، و قد جعل القانون المدني للإجازة أثرا رجعيا ، بينما الإقرار ليس له أثر رجعي إلا إذا أراد المقر أن يسند إلى الماضي ، و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الإصطلاحات التي استعملها القانون اللبناني ، فقد استعمل كلمة ( تأييد ) مقابلا لكلمة ( Confirmation ) في ( المادتين : ٢٢٦ ، ٢٢٧ ) موجبات لبناني ، و كلمة إجازة مقابلة لكلمة ( Ratification ) ( المادة : ٣٨٥ ) موجبات كما استعمل كلمة ( وافق ) ( Ratifier ) في حالة الوكالة ، انظر ( المادة : ٨٠٦ ) موجبات ، و من الواضح أن المشرع استعمل كلمة ( إجازة ) و ( وافق ) و هما ترجمة لاصطلاح واحد ( إجازة ) في الشريعة الإسلامية. لذا كان من الأفضل أن يعم لفظ ( إجازة ) بدل من ( وافق ) و ( إقرار ) .

أما عن الإصطلاح الآخر ( تأييد ) الذي يستعمله المشرع اللبناني ترجمة لكلمة ( Confirmation ) فقد يكون أكثر دلالة على المطلوب في العقد القابل للإبطال ، ذلك لأننا في هذه الحالة بصدد عقد موجود يرتب آثاره ، إلى أن يقضي ببطلانه ، أو إلى أن يستقر وجوده عن طريق تأييد هذا الوجود بتعبير يصدر عن إرادة من ثبت له الحق .

راجع هذا المعنى عند الدكتور علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط ١٩٩٢ م ، ص / ٢٧٢ و ٢٧٣ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ، ص / ١٠٩ ، ١١٠ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٤٠ ، ص / ٤٠٣ .

أولا : وسائل التعبير عن الإجازة في الفقه الإسلامي .

يمكن التعبير عن الإجازة في الفقه الإسلامي بكل الصيغ و الوسائل المحددة للتعبير عن الإرادة كاللفظ و الفعل و السكوت و زوال ما يوجب عدم نفاذ التصرف ، و أتناول فيما يلي هذه الوسائل بشيء من التفصيل :

١ - اللفظ : و هو أهم وسيلة للتعبير عن الإرادة و يمكن أن يكون صحيحا كقول من يتمتع بحق الإجازة " أجزت البيع " أو " قبلته " أو " رضيت به " .

كما أنه قد يكون ضمنيا كقيام المالك الحقيقي بطلب أو بتسليم الثمن من الفضولي أو من المشتري ، أو أن يتصرف في الشيء المبيع في الثمن بأن يقبضه أو يتصدق به . و قد نصت على الإجازة القولية ( المادة : ٣٠٣ ) من مجلة الأحكام العدلية فقالت : (( الإجازة القولية كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت و رضيت )) .

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو التعبير عن الإجازة غير الصريح كأن يقول من يملك الحق في الإجازة شرعا " أحسنت " أو " أصبت " أو " وفقت " أو " كفيتني مؤنة البيع " . فقال بعضهم إنها لا تكون إجازة لأنها ليست صريحة فيها ، بل كما تحتملها تحتمل معنى آخر فإنه قد يقصد بها الإستهزاء .

و رأي بعضهم أنها و إن احتملت هذا المعنى فإذا لم توجد قرينة تصرفها إليه حملت على الإجازة لأن الأصل هو الجد (١) .

و قال الدكتور محمد الألفي : (( فإن تفسير هذا التعبير و تحديد ما إذا كان يتضمن الإجازة أو يستبعبدها يبقى خاضعا لتقدير القاضي الذي يسترشد في تحديده للمعنى المقصود بالأعراف المحلية و الظروف الخاصة بكل قضية )) (٢) .

و تقوم الكتابة و الإشارة المفهومة مقام القول عند العجز على تفصيل في ذلك موضعه الصيغة في العقد عند الفقهاء .

٢ - الفعل : و إذا كان التعبير عن الإجازة قد يتم بالقول فإنه قد يحصل بالفعل الدال عليها أيضا سواء كان هذا الفعل صريحا أو ضمنيا .

و من المقرر عند المالكية و الحنابلة و أكثر الأحناف و بعض الشافعية هو الإقرار بأثر الإجازة التي تتم بالفعل ، لأن القصد من الإجازة هو إظهار الرضا ، وليس هناك ما يمنع من التعبير عن هذا الرضا بالفعل (٣) .

و قد نصت على الإجازة الفعلية ( المادة : ٣٠٤ ) من مجلة الأحكام العدلية : فقالت : (( الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا ، ... مثلا لو كان المشتري مخيرا و تصرف بالمبيع تصرف المالك كأن

(١) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، دار الفكر ، ط ٢ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص / ١٥٢ و ما بعدها .

(٢) د. محمد الألفي ، الفضالة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط ١٩٨١ ، ص / ١٢٨ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ١ ، ص / ١٢٣ و ما بعدها .

يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان إجازة فعلية يلزم بها البيع )) (١) .

٣ - السكوت : إذا كان المبدأ العام المقرر في الفقه الإسلامي هو أنه (( لا ينسب إلى ساكت قول )) فإن ذلك ليس على إطلاقه ، بل قد تقتضي المصلحة أحيانا الخروج عن هذا المبدأ و الإعتداد بالسكوت إذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالاته تنصرف إلى الرضا طبقا للقاعدة المستثناة (( و لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان )) أو السكوت الملابس بيان (٢) .  
و إذا كان هذا هو حكم السكوت في إطار إنشاء التصرف فإن هذا الحكم يسري في إطار الإجازة أيضا .

إذ المقرر هو أنه إذا كان السكوت الملابس لا يقطع باتجاه إرادة الساكت إلى إجازة التصرف الصادر باسمه ، فإن الفقهاء أوردوا على ذلك قيودا ، و هذا ما قرره فقهاء الحنفية (٣) من وجوب اعتبار سكوت المالك في بيع الفضولي إجازة في بعض الحالات إما بناء على العرف و إما منعا لوقوع الضرر .  
أما الحالة التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت إجازة كحالة اعتبار سكوت البكر قبولا للخاطب .  
و أما حالة منع الوقوع في الضرر كحالة بيع الفضولي سلعة لآخر و قبض المشتري البضاعة بحضور صاحب السلعة ، فإن سكوت هذا الأخير يعتبر رضا منه بالبيع الحاصل ، لأننا لو اعتبرنا سكوت المالك رفضا فسوف يلحق ضررا بالمشتري .

أما المقرر عند الفقه المالكي (٤) أنه إذا كان المالك حاضرا وقت إبرام العقد و لم يبد أي اعتراض فإن سكوته يعتبر إجازة منه لهذا العقد ، فإن كان غير حاضر أعطي مدة سنة من تاريخ علمه بالبيع الحاصل ، فإن لم يبد إرادته خلالها عد ذلك بمثابة قبول منه لهذا البيع .  
و المشهور لدى الحنابلة (٥) و الشافعية (٦) هو أن سكوت المالك الحاضر لا يمكن اعتباره إجازة منه ، لأن هذا السكوت لا يعتبر دلالة قاطعة على رضاه .

و باستقراء الآراء الفقهية يخلص لنا أن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن السكوت ليس دليلا على الإجازة لأن المبدأ العام (( لا ينسب لساكت قول )) يبقى قائما ، غير أن السكوت قد يقترن بملابسات تقوم دليلا على الرضا كما إذا كانت هناك قرينة أو ظروف صاحبت التصرف يمكن منها استخلاص موافقة من أعطاه الشارع حق إجازة التصرف أو عدم إجازته ، و قد تبني المشرع العراقي هذا الحكم

(١) راجع حالات أخرى للمبيع إذا كان أرضا أو دكانا أو نهرا و غير ذلك من التصرفات التي هي من لوازم التملك ، الدكتور علي حيدر ،

درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار الجيل بيروت ، ط ١ ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، ص / ٢٩٧ . و انظر أيضا الكاساني ، البدائع ،

ج ٥ ، ص / ٢٧٠

(٢) د. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للكتاب الجزائر ، ط ٢ ، ١٩٧٩ م ، ف / ٢٦٦ ، ص / ٢٦٥ .

(٣) السرخسي ، المبسوط ، ج ٣٠ ، ص / ١٤٠ ، ١٤١ .

(٤) التسولي ، البهجة في شرح التحفة ، ج ٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ط ٢ ، ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١ م ، ص / ٦٨ .

(٥) ابن قدامة ، المغني و الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص / ١٦ .

(٦) النووي ، المجموع ، ج ٩ ، ص / ٢٦٤ . فقد جاء فيه إذا باع إنسان سلعة و صاحبها حاضر لم يأذن و لم يتكلم و لم ينكر لم يصح البيع

عندنا ، و بهذا قال ابن المنذر و حكاه عن أبي حنيفة و أبي يوسف و قال بن أبي ليلى يصح البيع .

فنص في ( المادة : ٨١ ) من القانون المدني على أنه : (( لا ينسب لساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة بيان )) .

٤ - زوال ما يوجب عدم نفاذ التصرف : فإذا زالت الحالة التي أوجبت عدم نفاذ التصرف ، كما هو الحال في تصرفات الرجل المرتد عن الإسلام من معاوضات مالية كالبيع و الإجارة ، أو تبرعات كالهبة و الوصية و الوقف ، فقد اعتبر الإمام أبو حنيفة (١) و الإمام مالك (٢) و الحنابلة (٣) و رأي عند الشافعية (٤) ، أن تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة ، فإن زالت حالة الردة بعودته للإسلام نفذت تلك التصرفات الموقوفة ، و إن مات أو قتل أو التحق بدار الحرب و قضى القاضي باعتباره ملتحقا بها بطلت تلك العقود و التصرفات .

ثانيا : وسائل التعبير عن الإجازة في القانون .

يتفق القانون مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ، وهي تكون صريحة بأية عبارة مادام أنها تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة ، فلا يشترط فيها بيانات معينة و يكفي فيها أي لفظ يدل على معنى النزول عن الحق في إبطال العقد ، و لا يقدح في ذلك ما تنص عليه ( المادة : ٢/٢٣٦ ) موجبات و عقود لبناني من أن (( التأييد لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد و العيب الذي كان فيه و مشيئة العدول عن دعوى البطلان )) .

فهذه البيانات الثلاثة هي ذاتها التي تتطلبها ( المادة : ١/١٣٣٨ ) من التقنين المدني الفرنسي ، و من المسلم به أن هذه البيانات إنما تطلب في الإثبات (٥) .

و قد نصت ( المادة : ١٠٠ ) من التقنين المدني الجزائري ( و تقابلها المادة : ١/١٣٩ ) مدني مصري على نوعي الإجازة فقالت : (( يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية )) و الإجازة الصريحة تكون بأية عبارة تدل عليها كأجزت .

أما الإجازة الضمنية فتستفاد من أي عمل يقوم به المجيز بحيث تخلع عليه الظروف دلالة الإجازة ، كأن يقوم من له الحق في طلب الإبطال بتنفيذ العقد و هو على بينة من الأمر أو يقوم بعمل مادي آخر يدل على نزوله عن التمسك بالإبطال ، كأن يبني على الأرض التي اشتراها (٦) . و لا يكفي مجرد سكوت المتعاقد مهما طال مدته في إظهار نية إجازته للعقد ، إلا إذا اقترنت به ظروف يستخلص منها

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٧ ، ص / ١٣٦ ، ١٣٧ .

(٢) الدرقي ، الحاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، ص / ٧ .

(٣) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٤ ، ص / ٢٧٥ .

(٤) الإمام الشافعي ، الأم ، ج ٦ ، دار المعرفة بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٨ م ، ص / ١٦١ ، ١٦٢ .

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٤٤ ، ص / ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(٦) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ف / ٢٤٤ ، ص / ٤٠٦ .

نية الإجازة ، كأن يشتري قاصر عينا ثم يبيعه بعد بلوغه الرشد أو يبيع قاصر عينا ثم يستأجرها بعد بلوغه الرشد .

و لكن مجرد احتفاظ العاقد بالشيء الذي اكتسب ملكيته بناء على العقد القابل للإبطال ، لا يكفي وحده لإظهار نيته في النزول عن حقه في الإبطال (١) .

و في التقنين المدني العراقي تكون الإجازة صراحة أو دلالة و على هذا نصت ( المادة : ١/١٣٦ ) فقالت : (( إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة )) . و هذا يتفق مع ما ذهب إليه المشرع في الفقه الإسلامي .

## الفرع الثاني : أحكام الإجازة .

بعد أن بينا مفهوم الإجازة و بما تكون فيما سبق ننتقل الآن لدراسة أحكامها المختلفة ، التي لا تفرق عن أحكام أي تصرف من التصرفات ، فلا بد لها من مجيز يملك حق الإجازة لينتج العقد آثاره على المحل الموقوف الذي يجب أن يكون موجودا حال صدورها ، كما يجب دراسة المدة المحددة للإجازة و متى يسقط حق المالك في إجازة التصرف الموقوف ، إضافة إلى ذلك يجدر بنا أن نبين شروط صحة الإجازة ، ثم نتعرض أخيرا لحكمها إذا وردت على التصرف الموقوف و إذا تخلفت عنه .

و نخلص من هذا أن هناك خمسة أحكام للإجازة ينبغي التعرض لها بشيء من التفصيل في البنود التالية :

البند الأول : من يملك الإجازة ( المجيز ) .

البند الثاني : محل الإجازة .

البند الثالث : المدة المحددة للإجازة .

البند الرابع : شروط صحة الإجازة .

البند الخامس : حكم الإجازة .

البند الأول : من يملك الإجازة ( المجيز ) .

نبين فيما يلي من يملك حق الإجازة في الفقه الإسلامي والقانون .

أولا : المجيز في الفقه الإسلامي .

يجب أن نفرق في هذا المقام بين من يملك حق الإجازة و بين من يملك حق الفسخ و من

يملكهما معا .

فالمجيز في الفقه الإسلامي هو من يملك إجازة التصرف الموقوف شرعا .

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، إجازة العقد القابل للإبطال ، المطبعة العربية الحديثة القاهرة ، ١٩٨٣ م ، ف / ٢٩ ، ص / ٢٧ ، ٢٨ .

- فقد يكون المجيز هو المالك الحقيقي كما في حالة بيع ملك الغير ، فإذا باع الفضولي ملك الغير توقف نفاذ العقد على إجازة ذلك الغير ، فإذا أجازته اعتبر الفضولي وكيلًا و نفذ البيع منذ عقده، و إذا لم يجزه بطل .
- وقد يملك الإجازة الوكيل عن المالك الحقيقي فله أن يجيز التصرف الموقوف ، لأنه استمد السلطة على مباشرة العقد من صاحب الشأن .
- كما قد يكون المجيز هو ولي الصبي في تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر .
- أو الصبي نفسه بعد بلوغه فله أن يجيز ما عقد وقت وجود وليه .
- وقد يملكها القاضي إذا لم يكن للصبي المميز وليا ولا وصيا (١) .
- ويتوقف نفاذ تصرفات المدين العسر على إجازة الدائنين .
- و كذلك يكون للدائنين وللورثة حق إجازة التصرف الصادر من المريض مرض الموت حتى لا يضر بحقوقهم .
- و يكون حق الإجازة أيضا للموكل حين يجيز تصرف الوكيل في القدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة .
- و للوارث حين يجيز تصرف الموصى في القدر الزائد على الثلث .
- و للشريك حين يجيز تصرف شريكه في المال الشائع .
- و يملك الإجازة أيضا في بيع المرهون المرتهن .
- و في بيع الشيء المستأجر يتوقف نفاذ البيع على إجازة المستأجر (٢) .
- و أما حق الفسخ فهو مقرر لمن لا يملك الإجازة كما في الحالات التالية :
- المالك الحقيقي فله حق الإجازة و حق الفسخ حماية له و لحقوقه إلا في حالة بيع المستأجر فإنه يملك الإجازة دون الفسخ .
- و قد يملك حق الفسخ المشتري قبل إجازة المالك ، فإذا أجاز المالك فلا يملك الفسخ حينئذ لأنه بالإجازة يعتبر العقد نافذا و يصبح المشتري مالكا للمبيع .
- و للفضولي كذلك حق الفسخ قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن نفسه .
- و للمرتهن أيضا هذا الحق فله الفسخ عن طريق القاضي (٣) .
- و كذلك للمشتري أن يفسخ العقد إذا لم يكن يعلم بالرهن وقت البيع (٤) .

(١) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص / ١١٣ ، ١١٤ .

(٢) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١١١ .

(٣) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١١١ .

(٤) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١١١ .

ثانيا : المجيز في القانون .

الذي يملك الإجازة في القانون هو من يثبت له الحق في التمسك بالإبطال فتصدر الإجازة من ناقص الأهلية .

كما تصدر من معيب الإرادة ، كمن شاب رضاه عيب من عيوب الرضا ، كالغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال ، و هذا هو ما يقضي به المنطق ، لأن الإجازة تنازل عن التمسك بالبطلان و لا يتنازل عن هذا الحق إلا من يملكه (١) .

و شدّ بيع ملك الغير فالمالك له الحق في الإقرار و ليس الحق في الإبطال لأنه ليس طرفا في العقد ، لأن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري فإذا أجاز المالك الحقيقي لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية و تنتفي علة البطلان (٢) .

و قد أخذ المشرع في القانون المدني العراقي فكرة العقد الموقوف . فنص على أنه يملك الإجازة من شرع التوقف لمصلحته ، سواء كان طرفا في العقد كما هو الحال إذا كان هناك نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة ، أو لم يكن طرفا في العقد كما هو الحال عند انعدام الولاية على المحل ، و يترتب على الإجازة أن يزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال ، فيصبح العقد نافذا و بذلك يستقر بصفة نهائية (٣) .

و واضح من هذا أن موافقة الموكل على تصرف جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة ، و موافقة المالك على بيع الغير لملكه ، تعتبران إجازة في القانون العراقي حيث يكون عقد الوكيل و عقد الفضولي موقوفين ، بينما في القوانين العربية الأخرى تعتبر هذه الموافقة إقرارا بالمعنى الذي سبق بيانه (٤) .

البند الثاني : محل الإجازة .

إذا كان العقد القابل للإبطال يفترق عن العقد الموقوف من عدة وجوه و يجب دراسة محل الإجازة في الفقه الإسلامي ثم في فقه القانون .

أولا : محل الإجازة في الفقه الإسلامي .

بينما فيما تقدم أن محل العقد الموقوف هو التصرف الصحيح غير النافذ أي الموقوف على الإجازة ممن يملكها شرعا فالإجازة لا ترد على محل العقد النافذ ، كما لا ترد على محل العقد غير الصحيح لأنه غير منعقد أصلا ، فهو غير موجود و الإجازة لا تلحق المعدوم بالبداية .  
فمحلها يجب أن يكون تصرفا قوليا صحيحا غير نافذ ، سواء كان تمليكا كتصرف الفضولي

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٦٢٠ ، ص / ٦٦٨ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ف / ٦٢٠ ، ص / ٦٦٨ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٤٩ ، ص / ٤٠٦ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ف / ٢٤٩ ، ص / ٤٠٤ .

ببيع ملك الغير أو إسقاطا كالعتق .

أما التصرف الفعلي فلا تلحقه الإجازة عند أبي حنيفة و على رأي في المذهب عند المالكية و الشافعية و رواية عن الإمام أحمد لأن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء فلا بد من قيامه و ذلك بقيام العاقدين و المعقود عليه .

و تلحقه عند محمد بن الحسن و هو مذهب الإمام مالك و الرواية الأخرى عند الحنابلة و عللوا ذلك بأن الإجازة كما تلحق التصرفات القولية تلحق التصرفات الفعلية فهي في هذا كالعقود تصلح لورود الإجازة عليها (١) .

و لذلك كان من شروط محل الإجازة أن يكون المعقود عليه قائما وقت صدورها ، فإن فات المعقود عليه فإن العقد لا تلحقه الإجازة ، و سبب ذلك أن الإجازة لها حكم الإنشاء و هو لا يتحقق إلا بوجود العاقدين و المعقود عليه الذي يظهر فيه أثر الحكم .

و أما محل عقد النكاح فيشترط فيه قيام الزوج و الزوجة لأنهما الوحيدان اللذان تترتب عليهما آثار الزواج ، أما الفضولي في هذه الحالة فهو سفير و معبر فإذا فرغ عن السفارة و العبارة التحق عقد الزواج بالأجانب ولن يترتب عليه أي التزام اتجاه هذا العقد (٢) .

و في حالة ورود الإجازة على أكثر من عقد واحد على محل واحد ، فإنها تلحق أحق هذه العقود بالإمضاء ، و قد صنف الحنفية العقود و التصرفات بحسب أحقيتها للإجازة كما يلي : الكتابة و التدبير و العتق ، ثم البيع ، ثم النكاح ، ثم الهبة ، ثم الإجازة ، ثم الرهن .

فإذا باع فضولي أمة رجل و زوجها فضولي آخر أو أجرها أو رهنها ، فأجاز المالك تصرف الفضوليين معا ، جاز البيع و بطل غيره لأن البيع أحق من بقية التصرفات ، فلحقته الإجازة دون غيره (٣) ، و لا يوجد هذا عند غير الحنفية .

ثانيا : محل الإجازة في القانون .

ترد الإجازة في القانون على عقد له وجود قانوني كالعقد القابل للإبطال ، و لا ترد على العقد الباطل لأنه معدوم ، و ليس من شأن الإجازة أن تخلق من العدم وجودا ، فإذا أريد تحقيق الآثار القانونية المقصودة من العقد الباطل كان لا بد من توافق الإرادتين على إنشاء عقد جديد .

و إذا كانت ( المادة : ٤٨٩ ) من التقنين المدني المصري تنص على أنه : (( إذا قام الوارث أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه )) فإن هذا حكم استثنائي خرج فيه المشرع على القواعد العامة حيث صحح الهبة في هذه الحالة إذا تم تنفيذها و هو يملك ذلك (٤) .

(١) د. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات و العقود ، ج ١ ، دار العلم للملايين بيروت ، ط ٢ ، سنة ١٩٧٢ ، ص / ٧٠ ، ٧١ .

(٢) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٥١ ، ١٥٢ .

(٣) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ١٥٤ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٣٧ ، ص / ٤٠١ .

و قد قيل في تعليل هذا الحكم أن الهبة الباطلة بسبب تخلف الشكل ينجم عنها التزام طبيعي إذا ما أوفى به الواهب أو ورثته كان الوفاء صحيحا (١) . و هذا بخلاف المشرع الجزائري الذي حكم بالبطلان المطلق في حالة تنفيذ هبة عقار من طرف الواهب أو ورثته مختارين إلى الموهوب له دون توافر ركن الرسمية فإن الهبة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ، و لا ترد عليها الإجازة ، و يحق للواهب أو ورثته استرداد ما سلموه إلى الموهوب له ، و هذا الحكم يتماشى مع منطوق نظرية البطلان ، و لا يتناقض معه على عكس ما أخذ به المشرع المصري في ( المادة : ٤٨٩ ) (٢) .

فمحل الإجازة إن كان هو العقد القابل للإبطال و هو عقد منتج لأثاره مادام لم يتقرر بطلانه ، و لا يفارق بينه و بين العقد الصحيح إلا في أن العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته يستطيع أن يطلب إبطاله فوجوده مهدد بالزوال فإذا لحقته الإجازة استقر (٣) .

### البند الثالث : المدة المحددة للإجازة .

إذا كان هناك خلاف في المدة المقررة للإجازة في الفقه الإسلامي و القانون فإننا نقسم هذا البند إلى نقطتين نتناول في الأولى المدة المحددة في الفقه الإسلامي و في الثانية المدة المحددة للإجازة في القانون .

#### أولا - المدة المحددة للإجازة في الفقه الإسلامي .

لم يحدد الفقه الحنفي مدة معينة ينقضي فيها أجل التوقف بل يبقى العقد موقوفا ، ففي بيع الفضولي مثلا إذا سكت المالك لا يجيز البيع ولا يردده فليس هناك وقت معين ، إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز ، و هذا من شأنه أن يطيل أمد توقف العقد ، و يجعل التعامل مزعزا و غير مستقر مدة غير محدودة .

و قد عالج الفقه الحنفي هذه الحالة بأن جعل لكل من الفضولي و المشتري الحق في فسخ العقد فيخلص من هذه الحالة غير المستقرة ، و لكن هذا العلاج ناقص لأنه يؤدي إلى فسخ العقد أما إذا أريد بقاؤه دون فسخ فليس هناك من سبيل أمام العاقدين إلا التريص انتظارا لإجازة المالك أو صاحب الحق في الإجازة و ليس لها وقت معلوم (٤) .

و عنوان تطور الفقه الإسلامي في هذه المسألة هو مذهب المالكية ففيه إذا باع الفضولي بحضرة المالك و سكت هذا اعتبر سكوته إجازة ، و إن باع بغير حضرته و بلغه فسكت عاما من وقت علمه ، اعتبر

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٣٧ ، ص / ٤٠١ .

(٢) راجع ( المادة : ٢٠٦ / ١ ، ٢ ) من قانون الأسرة الجزائري ، انظر تفصيل ذلك : د . محمد حبار ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، ج ٢ ، ص / ٤٤٢ ، ٤٤٣ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٦١٩ ، ص / ٦٦٨ .

(٤) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص / ١١٥ .

سكوته إجازة و نفذ التصرف (١) .

فالمدة المحددة للإجازة في الفقه الإسلامي من خلال المذهب المالكي تقدر بسنة من وقت علم المالك ببيع ملكه ، و هذا أقرب للمنطق الصحيح و أولى بالقبول.

ثانيا : المدة المحددة للإجازة في القانون .

١ - القانون المدني الجزائري .

نصت ( المادة ١٠١ / ١ ، ٢ ) من التقنين المدني الجزائري على المدة المقررة التي ينقضي فيها حق إبطال العقد فجاء فيها : (( - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات .

- و يبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، و في حالة الغلط و التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد )) .

فالمدة المحددة للإبطال في حالة نقص الأهلية تقدر بعشر سنوات من وقت بلوغ سن الرشد أو زوال سببها أو من يوم وفاة القاصر ، و هذا بخلاف ( المادة : ١٤٠ : مدني مصري ) التي تقدر هذه المدة بثلاث سنوات (٢) .

و في حالة الغلط و التدليس : تكون المدة المذكورة من تاريخ كشف العيب .

و في حالة الإكراه : تبدأ المدة من تاريخ انقطاع الإكراه عن المكره .

كما يلاحظ أنه لا يجوز التمسك بإبطال العقد بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه إذا مضى على إبرامه العقد خمس عشرة سنة ، فبعد انكشاف العيب أو انقطاعه يكون التقادم بأقصر الأجلين .

أما فيما يتعلق بالإستغلال : فمدة السقوط سنة واحدة فقط من يوم إبرام العقد طبقا لنص ( المادة : ٩٠ ) من التقنين المدني الجزائري (٣) .

و يتضح من ذلك أن حق من تقرر له البطلان يسقط بالتقادم بعد مضي المدة التي حددها القانون فلا يجوز له رفع الدعوى بعد انقضاء هذه المدة ، و بذلك يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهددا بالزوال ، و في ذلك يكون للتقادم الأثر الرجعي كالإجازة ، إذ به يصبح العقد صحيحا بصفة نهائية منذ إبرامه ، غير أن هناك فارقا بين الإجازة و التقادم فيما يتعلق بحقوق الغير فقد رأينا ( المادة : ١٠٠ ) من م ج تقضي بأن الأثر الرجعي للإجازة يجب أن لا يضر بحقوق الغير ، بينما لم يرد مثل هذا النص في شأن التقادم . و معنى ذلك أن حقوق الغير تتأثر إذا سقط الحق في طلب

(١) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، ص / ١٢ .

(٢) إذا كان المشرع الجزائري قد قدر مدة التقادم بعشر سنوات على غرار المشرع الفرنسي في ( المادة : ١٣٠٤ ) و المشرع اللبناني في

( المادة : ٢٣٥ ) فإن القانون المصري جعل مدة التقادم بثلاث سنوات أما القانون السوري فقدرها بسنة واحدة في ( المادة : ١٤١ )

و جعلها القانون السوداني خمس سنوات في ( المادة : ٣٤٤ ) .

(٣) د. محمد صبري السعدي ، الإلتزامات ، ج ١ ، ف / ٢٤٧ ، ص / ٢٦٥ .

الإبطال بالتقادم فلو أن فاصرا باع عينا ، و بعد بلوغه الرشد و قبل سقوط الحق في الإبطال بالتقادم رتب على العين رهنا ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تستقر للمشتري غير مثقلة بالرهن ، و ذلك على خلاف الإجازة (١) .

و الحقيقة أن التقادم الوارد في نص ( المادة : ١٠١ ) من ت م ج ليس إلا صورة للإجازة يمكن أن تسمى بالإجازة المفروضة بقريئة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، و عدم تأثر حقوق الغير بأثر رجعي في حالة التقادم هو الحل الصحيح الذي يتفق مع كون العقد القابل للإبطال عقدا صحيحا منتجا لكل آثاره منذ انعقاده حتى ترد عليه الإجازة أو الإبطال. بخلاف دعوى البطلان في العقد الباطل ، فتقادم دعوى البطلان لا يجعل العقد صحيحا بل يبقى باطلا (٢) .

## ٢ - القانون المدني العراقي .

أما المدة المقررة للإجازة عند المشرع العراقي الذي يأخذ بفكرة العقد الموقوف فقد نصت ( المادة : ١٣٦ / ٢ ) من التقنين المدني العراقي على وجوب استعمال خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر، و هو بذلك يجعل لدعوى النقص مدة تقادم واحدة قصيرة ، لأن العقد الموقوف على خلاف العقد القابل للإبطال يكون غير نافذ ، فلم يرد أن يبقى التعامل موقوفا غير مستقر مدة طويلة .

فإذا كان سبب التوقف نقص الأهلية بدأ سريان هذه المدة من وقت اكتمال الأهلية أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد .

و إذا كان السبب الإكراه أو الغلط أو التخريب بدأ سريان المدة من وقت ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التخريب .

و إذا كان السبب انعدام الولاية على المحل بدأ سريان المدة من الوقت الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد ، و هذا هو مذهب المالكية .

أما دعوى الإستغلال فقد جعل لها المشرع العراقي ميعاد سقوط قدره سنة واحدة كما أخذ بهذا المشرع في التقنين المدني الجزائري في ( المادة : ٩٠ ) .

و بهذا يكون رأي المشرع العراقي أولى بالإتباع من القانون المدني الجزائري و قوانين البلاد العربية الأخرى ، لأن تقصير مدة استعمال خيار الإجازة إلى ثلاثة أشهر يؤدي إلى ضبط و استقرار التعامل بين الناس ، و لا نرى مانعا من تقصير هذه المدة في الفقه الإسلامي ، ما دام الفقه الحنفي لم يقرر لها مدة معينة و هو أكثر المذاهب استعمالا لفكرة العقد الموقوف ، و ذلك حتى تستكمل جوانب النقص في هذه النظرية و حتى لا يبقى العقد موقوفا غير نافذ مدة طويلة ليس لها وقت محدد ، و في هذا ضرر كبير يلحق بمعاملات الناس .

## البند الرابع : شروط صحة الإجازة .

تختلف شروط صحة الإجازة في القانون عن شروط صحتها في الفقه الإسلامي ، و أوضح

ذلك فيما يلي :

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٤٨ ، ص / ٤٦٥ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ف / ٢٤٨ ، ص / ٤٦٥ .

## أولا - شروط صحة الإجازة في الفقه الإسلامي .

ذهب فقهاء الحنفية و من وافقهم إلى أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف، العاقدين ، المحل ، و المجيز وقت صدور العقد و وقت صدور الإجازة و هذا ما نصت عليه (المادة: ٣٩٧) من مرشد الحيران (( يشترط لصحة الإجازة من المالك بيع ملكه بغير إذنه أن يكون كل من البائع و المشتري و صاحب المتاع المبيع حيا و أن يكون المبيع قائما على حاله لم يتغير تغيرا به يعد شيئا آخر و أن يكون الثمن باقيا إن كان عرضا معينا )) .  
و هو نص ( المادة: ٣٧٨) من مجلة الأحكام العدلية : (( يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع و المشتري و المجيز و المبيع قائما و إلا فلا تصح الإجازة )) .  
و أحاول فيما يأتي شرح هذه الشروط :

### الشرط الأول : وجود المالك حال الإجازة .

يشترط أن يكون المالك موجودا وقت إجازة العقد (( فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة ))<sup>(١)</sup> فإذا مات المالك قبل أن يجيز تصرف الفضولي ، فلا تجوز إجازة وارثه لبطان التصرف بموته ، ذلك لأنه لم يكن ذا شأن وقت صدور العقد من الفضولي و إنما كان الشأن لمورثه .  
و يرى المالكية و الشافعية و الحنابلة خلافا للحنفية : أن الحقوق المتعلقة بالمال يمكن أن تنتقل إلى الوارث و من ثم يجوز له إجازة العقد الصادر من الفضولي على المال الذي انتقل إليه من مورثه<sup>(٢)</sup> .

### الشرط الثاني : وجود العاقدين حال الإجازة .

يشترط أيضا لصحة الإجازة أن يكون البائع ( الفضولي ) و المشتري موجودين حال إجازة المالك البيع ، فإذا مات أحدهما قبل أن يجيز صاحب الشأن العقد لا تلحق الإجازة التصرف الموقوف ، واشترط وجود طرفي العقد لوجود من يلتزم بحكم العقد و تترتب الحقوق له و الإلتزامات عليه ، ولا يمكن لشيء من ذلك أن يترتب في ذمة الورثة مباشرة ، بل يجب أن يترتب أولا للمورث أو عليه ثم ينتقل بعد ذلك إلى الورثة ، كما أن الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء فلا بد من وجود طرفيه<sup>(٣)</sup> .

### الشرط الثالث : بقاء المحل .

يجب ان تصدر الإجازة حال بقاء محل التصرف الموقوف ، حتى يكون هناك محل ينصب عليه حكم العقد بعد الإجازة ، فلو أجزى العقد بعد هلاك محله أو تغير تغيرا بحيث أصبح يعد شيئا آخر، لم تصح الإجازة<sup>(٤)</sup> ، ففي بيع ملك الغير يشترط وجود المبيع عند الإجازة لأن الملك لا ينتقل

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٤٩ و ما بعدها .

(٢) د. محمد الألفي، الفضالة ، ص / ١٢٢ . و انظر خلاف الحنفية في انتقال حق الوارث ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٦ .

(٣) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٥١ .

(٤) انظر أمثلة عن تغير المحل تغيرا بحيث يصبح شيئا آخر ، ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج ٧ ، ص / ٥٥ .

من البائع إلى المشتري قبل أن يجاز من صاحب الشأن ، فإذا أجزى البيع ينتقل الملك مستندا إلى وقت التعاقد و لا يمكن ان يتم ذلك إذا كان محل البيع قد هلك (١) .  
و إذا لم تعلم حالة المبيع من حيث وجوده و عدمه صحت الإجازة عند محمد بن الحسن رحمه الله ، لأن الأصل بقاؤه و هو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع و قال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا تثبت مع الشك (٢) .

الشرط الرابع : وجود الثمن .

اشتراط وجود الثمن فيه تفصيل ينبغي التعرض له :

فالثمن قد يكون ديناً كالدرهم و الدينار و الموزون الموصوف و المكيل الموصوف في الذمة .  
و إما أن يكون عيناً كالعروض .

فإن كان الثمن ديناً فقيامه في يد البائع ليس بشرط للحقوق الإجازة ، لأن الدين لا يتعين بالتعيين فكان قيامه بقيام الذمة ، فإذا قبضه الفضولي كان في يده أمانة لأنه بالإجازة يصبح وكيلاً ، فلا يشترط قيام الثمن (٣) .

وإما إن كان عيناً فقيامه شرط للحقوق الإجازة ، لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجه ، و الشراء لا يتوقف على الإجازة بل ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلاً و يملك الفضولي المبيع و للمالك حق الرجوع عليه بمثله إن كان مثلياً و بقيمته إن كان قيمياً ، لأنه عقد لنفسه و نقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الإجازة ، فإذا أجاز مالكه بعد النقد كان له أن يرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً ، فإن العاقد يكون بائعاً من كل وجه ، و لا يكون مشترياً لنفسه أصلاً فيتوقف على إجازة المالك فإذا أجاز كان مجيزاً للعقد فكان بدله له (٤) .

ثانياً - شروط صحة الإجازة في القانون .

يشترط لصحة الإجازة في القانون توافر الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني و هذه

الشروط هي :

الشرط الأول : أن يكون المجيز " المشتري " عالماً بأن البائع غير مالك للمبيع لصحة إجازة مشتري ملك الغير ، يجب أن يكون المشتري وقت أن أجاز البيع عالماً أن البائع غير مالك للمبيع و إجازته تعتبر بمثابة التنازل منه عن حقه في طلب إبطاله (٥) .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٥ .

(٢) المرغيناني ، الهداية ، ج ٣ ، ص / ٧٦ .

(٣) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٥٢ .

(٤) الكاساني ، المرجع السابق ، ج ٥ ، ص / ١٥٢ .

(٥) د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، إجازة العقد القابل للإبطال ، ف / ٨ ، ص / ١٢ ، ١٣ .

الشرط الثاني : أن تتوافر في المجيز ( المشتري ) الأهلية ، يشترط بالإضافة إلى الشرط الأول، تمتع المشتري بالأهلية اللازمة لإبرام العقد الذي يريد إجازته (١).

الشرط الثالث : ان تكون إرادة المجيز خالية من العيوب ، فيشترط أن تكون إرادة المشتري سليمة و خالية من أي عيب من عيوب الرضا (٢) .

و يتبين من هذه الشروط أنه يجب لصحة الإجازة أن يزول السبب الذي من أجله كان العقد قابلاً للإبطال .

و يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط إلا ما زاده الحنفية من شروط أخرى هي وجود العاقدين و المحل و المجيز وقت صدور التصرف الموقوف و وقت صدور الإجازة ، و علة ذلك هو أن الإجازة في الفقه الإسلامي - تارة يكون لها حكم الإستناد و تارة يكون لها حكم الإنشاء - و لهذا اشترط الحنفية لصحتها أن يكون للعقد مجيز عند عقده مع بقاء البائع و المشتري و المبيع عند الإجازة حتى ينزل متولي البيع أو الشراء منزلة الوكيل فيقع العقد صحيحاً حين الإجازة و ينعطف حكمها إلى حين انعقاد العقد .

أما في القانون فالإجازة لها حكم الإستناد و ليس لها حكم الإنشاء ، لأن العقد قبل صدورها كان نافذاً فهي لا تصيف إليه جديداً بل تؤكد ما أنتجه من آثار .

و اشترط المشرع في القانون المدني العراقي وجود من يملك الإجازة وقت صدور العقد الموقوف دون وقت صدور الإجازة و لا يشترط قيام العاقدين أو المالك الحقيقي أو المعقود عليه وقت الإجازة كما نصت على ذلك ( المادة : ١/١٣٦ ) من التقنين المدني العراقي فقالت : (( يشترط في صحتها (الإجازة) وجود من يملكها وقت صدور العقد و لا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة )) و قد أراد المشرع العراقي بهذا أن يتجاوز الحدود التي وقف عندها الفقه الإسلامي فيما يتعلق بشروط الإجازة دون مبرر ، فجعل للإجازة حكم الإستناد دون حكم الإنشاء لأن الحاجة قد تدعو إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل فاكتفى باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الإجازة (٣) .

#### البند الخامس : حكم الإجازة .

يفترق العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال في أن الأول لا ينتج أثره إلا بعد صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً أما الثاني فإنه ينتج أثره ، و لكنه يظل قابلاً للإبطال فإذا أُجيز استقر نهائياً، و لهذا كان من الضروري في هذا المقام دراسة حكم الإجازة في الفقه الإسلامي و القانون .

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ف / ١٢ ، ص / ١٦ .

(٢) د. أحمد شوقي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ف / ٩ ، ص / ١١ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٤٣ ، ص / ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

أولا : حكم الإجازة في الفقه الإسلامي .

إذا وجدت الإجازة مستجمعة لشرائطها على النحو الذي أسلفناه نفذ العقد ، و صار الفضولي بمنزلة الوكيل ، إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، كما يقرر ذلك صاحب مرشد الحيران في ( المادة : ٨٠٤ ) فقد جاء فيها : (( الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة فإذا باع فضولي مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما قد وكل الفضولي )) .  
و يترتب على تطبيق هذه القاعدة في إطار التصرفات الموقوفة أن هذه التصرفات متى تمت إجازتها من صاحب الشأن تعتبر كأنها صدرت حين انعقادها باسمه و تأخذ حكم التصرفات النافذة .  
و هذا ما يؤدي بنا إلى ترجيح رأي الجمهور القائل بأن الإجازة لها دور الإنشاء فقط ، على خلاف الفقه الحنفي الذي يميز بين التصرفات التي تستند إلى وقت إنشائها و التصرفات التي تقتصر على حال صدور الإجازة ، فالإجازة في نظرهم تلعب أحيانا دورا كاشفا مظهرا أي تجعل التصرف مستندا إلى لحظة إنشائه ، و أحيانا تلعب دور الإنشاء أي يقتصر أثرها على وقت صدورها (١) .  
ونبين فيما يأتي هذين النوعين من التصرفات :

١ - فأما التصرفات التي تترتب آثارها وقت صدور الإجازة فتتمثل فيما يلي :

أ - ليس للمتصرف إليه بعقد موقوف أن يتصرف فيه قبل صدور الإجازة ممن قررت له شرعا ، و ترتيبا على ذلك ، فإذا تصرف فضولي في مال شخص بالغ لشخص آخر ، فإن المتصرف إليه لا يحق له أن يجري أي تصرف على هذا المال طالما أن إجازة البيع الأول لم تصدر من طرف المالك الحقيقي .

و يفسر الفقه هذه القاعدة بأنه إذا أجاز المالك الحقيقي للمال تصرف الفضولي الموقوف كانت إجازته إبطالا وردا لتصرف المشتري من الفضولي ، استنادا إلى القاعدة أنه : (( إذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله )) (٢) .

ب - إذا باع الفضولي شيئا مملوكا لغيره ، و أراد أن يطلب الشفعة في الشيء الذي باعه ، فإن هذا الطلب في رأي محمد بن الحسن يجب أن يتم وقت صدور الإجازة عن المالك الحقيقي ، خلافا لأبي حنيفة الذي يرى بأن الطلب يكون وقت العقد (٣) .

ج - في مجال الزواج الموقوف ، المعتمد هو أن الدخول بالزوجة قبل الإجازة لا يعتبر سببا موجبا للعدة ، كما أن هذا الزواج لا يحل المرأة لزوجها الذي أبانها قبله بينونة كبرى و لو أجزى هذا الزواج فيما بعد (٤) .

د - طلاق الفضولي لا ينتج أثره إلا من يوم إجازته ، و من ثم فإن هذا الطلاق لا يرتب أثره قبل

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ٢٦٤ و ١٥١ .

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، ج ٥ ، ص / ١١٧ .

(٣) الأوزجندی ، فتاوى قاضيان بهامش الفتاوى الهندية ، ج ٢ ، ص / ١٨٥ .

(٤) المرغيناني ، الهداية ، ج ١ ، ص / ٢٢٠ .

حصول الإجازة ممن يملكها ، و هذا الحكم يختلف عن بيع الفضولي الذي تترتب آثاره من وقت إبرام العقد فيثبت الملك للمشتري بأثر رجعي (١) .

٢ - و أما التصرفات التي تترتب آثارها مستندة إلى وقت إنشائها فتحدد في الحالات التالية :

أ - في حالة بيع الفضولي : إجازة المالك للبيع الصادر من الفضولي تجعل البيع مرتبا لآثاره من وقت إنشاء العقد تطبيقا للمبدأ المقرر لدى الفقهاء من أن " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " و يترتب على هذا الحكم أنه إذا هلك الثمن في يد الفضولي قبل إجازة البيع ثم تمت إجازة البيع ، فإن الفضولي لا يضمن الثمن طالما أن ضياعه حصل بدون تعد أو تقريط منه لأنه يكون في حكم الوكيل ، و الوكيل لا يسأل عن الأمانة المودعة لديه طالما أن ضياعها لم يثبت أنه راجع إلى اعتداء أو تقريط منه (٢) .

ب - و الزواج الموقوف على إذن الزوجة ، فإذا علمت به و لم تجزه و سكتت حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت إبرام العقد ثم أجازته ، فإن نسب مولودها يثبت من تاريخ إبرام العقد ، أي بأثر رجعي و هذه القاعدة - كما هو موضح من مضمونها - أريد بها حماية نسب الطفل .

ج - كل ما يتولد من محل التصرف الموقوف من زيادة و نماء سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه فإنه ينتقل إلى من ثبت له ملك الأصل بالإجازة ، حتى لو كان هذا النماء و هذه الزيادة قد حصل ما بين تاريخ إبرام التصرف و إجازته و ترتيبا على ذلك ، فإذا تعلق الأمر ببيع الفضولي و أجاز المالك الحقيقي البيع ، فإن كل ما يتولد عن المبيع من لحظة إبرام العقد من نماء و زيادة ينتقل إلى المشتري من تاريخ إبرامه إلى حين الإجازة أو بعدها (٣) .

ثانيا : حكم الإجازة في القانون .

١ - حكمها في القانون المدني الجزائري .

إذا توافرت شروط الإجازة فيترتب عليها أثرها و هو زوال خطر إبطال العقد ، لأن حق المتعاقد في التمسك بالإبطال يسقط و بذلك يستقر العقد نهائيا ، و يزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال .

و العقد القابل للإبطال ، هو عقد صحيح و منتج لآثاره منذ إبرامه ، و الإجازة تؤيد صحته بصفة نهائية ، فهو صحيح منذ انعقاده و كأنه لم يكن قابلا للإبطال لا من وقت صدور الإجازة و في ذلك تقول ( المادة : ١/١٠٠ ) : (( و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير )) . و يرى جانب من شراح القانون أن للإجازة أثرا رجعيا ، غير أن بعض الشراح يرى أنه ليس لها هذا الأثر الرجعي ، لأن العقد صحيح ما لم يبطل . فالإجازة يترتب عليها استمرار العقد في إنتاج أثره كعقد صحيح تستبعد الأثر الرجعي للإبطال (٤) .

(١) الخرخشي ، شرح الخرخشي ، ج ٢ ، ص / ٣١ .

(٢) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ، ص / ٥٥ .

(٣) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ١١٢ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ف / ٦٢٣ ، ص / ٦٧١ .

و قد أخذ الأستاذ محمد صبري السعدي بالرأي الثاني ، إذ أن فكرة الأثر الرجعي للإجازة تتعارض مع صحة العقد منذ إبرامه ، و هو ما نص عليه القانون المدني الجزائري إذ يعتبر الباطل بطلاناً نسبياً صحيحاً حتى يحكم بإبطاله (١) .

و تماشياً مع هذا الإعتبار فإن استناد الإجازة إلى تاريخ إبرام العقد يجب أن لا يضر بحقوق الغير طبقاً لنص ( المادة : ١٠٠ ) مدني جزائري سالف الذكر .

و نص هذه المادة في الحقيقة مجرد عن المعنى ، فليس من المتصور لو أننا تماشنا مع منطق القانون ، أن يخل الأثر الرجعي للإجازة في ذاته بحقوق الغير ، و قد لجأ بعض شراح القانون إلى تصوير حالة يقع فيها هذا الإخلال . و هم في هذا الصدد يقولون مثلاً : إذا باع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، و بعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية ل بكر أو رهنها له ، ثم أجاز البيع الأول ، فإن هذه الإجازة لا تسري في حق المشتري الثاني الذي تخلص الملكية له دون الأول أو تنتقل لزيد محملة بالرهن (٢) .

و هذا المثال لا يتسق مع مدلول نص ( المادة : ٢/١٠١ ) فهذا النص لا يقضي بأن الإجازة لا تسري في حق الغير ، و إنما هو يقول إن الذي لا ينفذ في حق الغير هو استناد تلك الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد . و على هذا يكون البيع لزيد صحيحاً بدون تلك الإجازة و من قبل صدورهما فإذا تصرف في العين المباعة فإنه يتصرف في شيء لا يملكه (٣) .

و حكم الإجازة في القانون المدني الفرنسي لا يختلف عما قرره شراح القانون المدني المصري و الجزائري ، فإذا صدرت الإجازة يصبح العقد صحيحاً منذ إبرامه و يزول عيب البطلان الذي لحق به بأثر رجعي و كأنه لم يكن قابلاً للإبطال (٤) .

## ٢ - حكمها في القانون المدني العراقي .

و قد أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي بقاعدة اسناد أثر الإجازة إلى تاريخ إبرام العقد كما نصت على ذلك ( المادة : ١/١٣٦ ) من أن : (( ... إجازة العقد الموقوف تستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد )) .

غير أننا نلاحظ أن إجازة العقد الموقوف تجعله ينتج آثاراً لم تكن قبل أن تلحقه الإجازة . أما في العقد القابل للإبطال فإن كل ما يترتب على الإجازة هو أن تزول آثار الإبطال و تؤكد ما أنتجه من آثار قبل الإجازة .

كما يلاحظ على المشرع في التقنين المدني العراقي أنه لم ينص على أن استناد أثر الإجازة يجب أن لا يضر بحقوق الغير على خلاف التقنينات العربية الأخرى ، و لو أنه نص على ذلك لاستقام هذا

(١) و قد أخذ بهذا الرأي كذلك ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في مصادر الإلتزام ، مطبعة نهضة مصر القاهرة ، ١٣١٨ هـ / ١٩٦٩ م ، ف / ١٥٩ ، ص / ٢٦٥ .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ف / ١٥٩ ، ص / ٢٦٦ .

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ف / ١٥٩ ، ص / ٢٦٦ . و يقابل نص المادة المذكورة : ( المادة : ٢ / ١٣٩ ) من التقنين

المدني المصري .

(٤) مازو ، في الإلتزامات ، ج ٢ ، ف / ٣١٣ ، ص / ٢٥٨ ، ٢٥٩ .

الحكم مع طبيعة العقد الموقوف . ذلك أن هذا الأخير على خلاف العقد القابل للإبطال لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة . و مقتضى هذا أن المتعاقد ناقص الأهلية أو الذي شاب إرادته عيب أو المالك الذي حصل التصرف في ملكه من دون إذنه لا يفقد بموجب العقد الموقوف أي حق من حقوقه على المحل المعقود عليه ، فإذا تصرف بعد ذلك في هذا المحل فإنه يتصرف في شيء يملكه ، فالمشتري من قاصر بموجب عقد موقوف لا يصبح مالكا للعين المبيعة إلا بعد صدور الإجازة ، فإذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها قبل أن يجيز العقد الموقوف فإنه يتصرف في شيء يملكه (١) .

و مادام أن المشرع العراقي لم ينص على هذا التحفظ بالنسبة إلى حقوق الغير فإن إجازة العقد الموقوف يترتب عليها زوال الحقوق التي ترتبت للغير من جانب المجيز على المحل المعقود عليه في الفترة ما بين قيام العقد و صدور الإجازة . ففي المثال المذكور إذا باع القاصر العين بعد بلوغه الرشد أو رهنها ، ثم أجاز بعد ذلك البيع الموقوف الذي أبرمه و هو قاصر ، فإن الملكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن .

### المطلب الثاني: رفض الإجازة .

إذا قام صاحب الحق برفض الإجازة و لم يتنازل عن حقه في التمسك بالإبطال ، فكيف يكون مصير العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، و العقد القابل للإبطال في القانون ؟

للإجابة على ذلك أقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : رفض الإجازة في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : رفض الإجازة في القانون .

### الفرع الأول: رفض الإجازة في الفقه الإسلامي .

أشرنا فيما تقدم أن التصرف الموقوف إذا أُجيز نفذ منذ عقده ، أو مقتصرًا على حال صدور الإجازة ، و إذا لم يجز فإنه يظل كما هو غير نافذ ، فإذا رفضه من له الحق في الإجازة فإن الأمر لا يخلو من حالتين :

حالة عدم الإجازة : و يترتب عليها بقاء التصرف الموقوف غير نافذ إلى أن يجاز أو يرد .

و حالة رفض الإجازة : و يترتب عليها رد التصرف الموقوف و بطلانه .

و أتولى تفصيل كل حالة في البندين التاليين :

البند الأول : حالة عدم الإجازة .

البند الثاني : حالة رفض الإجازة .

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٤٦ ، ص / ٤٠٩ .

## البند الأول : حالة عدم الإجازة .

إن عدم إجازة التصرف الموقوف يترتب عليها أن يظل العقد غير نافذ ، فينبغي ألا يقال أنه يبطل في هذه الحالة ، إذ أن النفاذ مازال ممكنا بإنهاء الإجازة أو بالفسخ ، و يقتضي ذلك أن يرد التصرف الموقوف أو يفسخ من كل من يلتزم بحق من جراء تنفيذه .

فللمالك و لكل من الفضولي و المشتري منه في حالة بيع ملك الغير الحق في الرد قبل الإجازة لأن كلا منهم يلتزم بواجب ينشأ عن العقد فله أن يدفعه عن نفسه مادام لم يجب عليه بعد حتى لو أن المالك أجاز بعد ذلك لا ينفذ التصرف لزوال العقد الموقوف بالرد ، هذا فضلا عن أن المالك هو صاحب الشأن فله أن يجيز إذا رأى في التصرف الموقوف مصلحة له ، و له أن يرده إذا كان في التصرف إضرار به فيحقق له دفعه عن نفسه و حتى لا يخرج من ملكه مالا يرضى بخروجه . فإذا رد المالك التصرف الموقوف و أعلن رفضه لإجازته فإن العقد يبطل و لا يستطيع المالك إجازته بعد رده لأن الرد يتضمن إسقاط حق الإجازة و انتهاءه و زواله ، و الساقط متلاش لا يعود و يصبح التصرف في هذه الحالة في حكم التصرف المفسوخ أو الباطل و المفسوخ أو الباطل لا ترد عليهما الإجازة (١) .

و كذلك الشأن بالنسبة للرجوع عن الإجازة ، فمن سمع أن فضوليا باع ملكه فأجاز و لم يعلم مقدار الثمن فلما علم رد البيع فالبيع قد لزم و لا عبرة لرده لصيرورة البائع المباشر للبيع - و هو الفضولي هنا - كالوكيل (٢) .

و بهذا يتبين لنا الفرق الدقيق بين الإجازة و الرد ، فهي تؤدي إلى جعل التصرف الموقوف نافذا و منتجا لأثره ، أما الرد فيترتب عليه إسقاط الحق في الإجازة و زواله و بالتالي بطلان التصرف الموقوف .

## البند الثاني : حالة رفض الإجازة .

إن رفض إجازة التصرف الموقوف عمل إيجابي يؤدي إلى بطلان التصرف ، فيصبح العقد الموقوف في هذه الحالة كالعقد الباطل من حيث أن كلا منها لا ينتج أثره و يكون للبطلان أثر رجعي ، أي من يوم انعقاد العقد الموقوف (٣) .

و العقد في حالة إبطاله كما في حالة رده أو فسخه لا يزول فحسب بل يعتبر كأن لم يكن . و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن العقد الموقوف إذا كان يبطل برفض إجازته ممن له الحق في ذلك ، فإنه يبطل بوجه عام إذا فقد عنصر من العناصر التي اشترطت لوجوده ؛ كهلاك محل التصرف الموقوف لأن الإجازة ترد على محل موجود ، و فقد المجيز أو من له الحق في الإجازة شرعا ، و كذلك فقد الفضولي و الطرف الثاني في العقد كالمشتري في البيع الموقوف .

(١) الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص / ١٥١ .

(٢) الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير ، ج ٣ ، ص / ١٢ ، ١٣ .

(٣) د. محمد زكي عبد البر ، مقال العقد الموقوف ، ف / ٤٣ ، ص / ١٤٥ ، ١٤٦ .

## الفرع الثاني: رفض الإجازة في القانون .

إذا كانت الإجازة تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير ، فإنه في حالة بيع ملك الغير مثلا إذا رتب المشتري حقا علينا على المبيع كالرهن ثم تقرر البطلان ، فإن الرد في هذه الحالة يكون له أثر رجعي . فعلى البائع أن يسترد العين خالية من الحق الذي رتبته المشتري بشرط أن يكون البائع قد سجل دعوى البطلان أو أشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . أما إذا رفض الإجازة من له الحق في ذلك و لم يتنازل عن التمسك بحقه في إبطال العقد تقرر بطلان العقد القابل للإبطال ، الذي انعقد منتجا لآثاره و لكنه ظل مهددا بالزوال ، فلا بد لتقرير بطلانه من التراضي أو التقاضي فإذا لم يتم الإتفاق بين الطرفين على إبطال العقد وجب لتقرير هذا الإبطال أن يرفع صاحب المصلحة فيه دعوى للحصول على حكم به ، و هذا الحكم بالإبطال هو الذي ينشئ البطلان ، لأن العقد قبله كان صحيحا منتجا لآثاره (١) .

و القانون المدني العراقي حين أخذ بنظرية العقد الموقوف لم يخرج عن هذه الأحكام غير أن العقد الموقوف لا ينتج آثاره خلال فترة التوقف على خلاف العقد القابل للإبطال .

فإذا كان العقد قابلا للإبطال و تقرر إبطاله فلا يكون له وجود قانوني ، و لا يرتب أثرا ما سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . و إذا أبطل العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض (٢) . كما نصت على ذلك ( المادة : ١٢٢ ) من التقنين المدني الجزائري و تقابلها ( المادة : ١/١٤٢ ) مدني مصري ، أما العقد الموقوف فهو لا ينتج أثرا خلال فترة التوقف ، إلا إذا أجز ، و إذا رفض إجازته من له حق الإجازة بطل العقد و بهذا أخذ المشرع في التقنين المدني العراقي في نص ( المادة : ١٣٥ ) .

### المطلب الثالث: العقد إذا كان في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا.

إن فكرة العقد إذا كان في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا ، تقابلها فكرة انتقاص العقد في القانون الوضعي ، غير أن هذا المصطلح الذي عرفه القانون لا وجود له في الفقه الإسلامي . و لكن يمكن القول بأن جمهور الفقهاء قد تعرضوا لهذه الفكرة في باب " إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه و بين ما لا يجوز بيعه " " أو في باب لو جمع بين ما يملك و ما لا يملك في عقد واحد " (٣) و قد وردت في ذلك نصوص كثيرة في مختلف المذاهب الفقهية نستطيع القول بأنها تشكل نظرية قائمة بذاتها في هذا الصدد ، فما حكم هذه الحالة في الفقه الإسلامي . و هل يتفق القانون المدني الجزائري مع النظرة الفقهية أم لا ؟ هذا ما أوضحه بالدراسة في هذا المطلب الذي أقسمه إلى فرعين :

(١) د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٥٢ ، ص / ٤٢٠ .

(٢) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ١٢٢ ، ١٢٢ .

(٣) الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، ص / ٢٦٩ .

الفرع الأول : العقد إذا كان في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً أو انتقاص العقد في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : انتقاص العقد في القانون .

## الفرع الأول: العقد إذا كان في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً

### في الفقه الإسلامي .

ذهب المالكية<sup>(١)</sup> و الحنفية<sup>(٢)</sup> و الشيعة الإمامية<sup>(٣)</sup> إلى أنه إذا كان العقد في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً ، فإنه يترتب على إجازة العقد في الشق الموقوف أن يصبح صحيحاً نافذاً في الشقين جميعاً ، و إذا لم تتم إجازة الشق الموقوف انتقض العقد فنفذ في شق و سقط في الشق الآخر . و نلاحظ أنه لا يرد في مذهب الشافعي الجديد<sup>(٤)</sup> ، و كذا عند الحنابلة في الرواية الأخرى في المذهب<sup>(٥)</sup> أن يكون العقد في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً فالعقد الموقوف عند هؤلاء عقد باطل .

أما الصورة التي ترد عندهم ، فهي أن يكون العقد في شق منه صحيحاً و في شق آخر باطلاً ، و في هذه الحالة يبقى الشق الصحيح في العقد قائماً و يسقط الشق الباطل ، و يثبت حق الخيار بين فسخ العقد في الشق الصحيح و بين إمضائه ، فإن قرر إمضائه فإنه يكون ملزماً بدفع الثمن كله في قول ، و يقتصر - في قول آخر - على دفع المقابل للشق الصحيح فقط<sup>(٦)</sup> .

## الفرع الثاني: انتقاص العقد في القانون .

يقابل فكرة العقد إذا كان في شق منه نافذاً و في شق آخر موقوفاً في القانون المدني الجزائري نص ( المادة : ١٠٤ ) من التقنين المدني الجزائري ، التي جاء فيها من أنه : (( إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله )) .

و يتضح من هذا النص أنه يشترط لإمكان انتقاص العقد في شق منه باطلاً ، أو أن يكون شق منه قابلاً للإبطال ، على أن يتمسك صاحب المصلحة بإبطال هذا الشق فيبطل .

فإذا كان العقد صحيحاً فلا مجال للبطلان الجزئي ، أي الإنتقاص في هذه الحالة ، و كذلك الحال إذا كان العقد كله باطلاً فلا ينتقص ، و لكن يتحول طبقاً لنص ( المادة : ١٠٥ ) من التقنين المدني

(١) ابن جزري ، القوانين الفقهية ، ص / ١٧٢ .

(٢) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ١٣١ ، ١٣٢ و ما بعدها .

(٣) الحلبي ، المختصر النافع ، ص / ١١٨ .

(٤) الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، ص / ٢٦٩ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص ٣٨ ، ٣٩ .

(٦) الشيرازي ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٢٦٩ .

كما يشترط أيضا ألا يكون الشق الباطل في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، و بمعنى آخر أنه لولا هذا الشق لما أبرم المتعاقدان العقد ، لأن إبقاء العقد يعد إبطالا لهذا الشق الذي يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب احترامها (٢) .

فالعبارة في الانتقاص هي بقصد المتعاقدين ، فإذا لم يكن الشق الباطل في العقد هو الدافع إلى التعاقد ، فإن التصرف يكون قابلا للتجزئة فيجوز إنقاصه .

و هذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي يتم فيه الانتقاص على أساس موضوعي لا على أساس ذاتي ، فإذا كان المبيع في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن و ذلك لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء ، و هذا هو رأي الأئمة الثلاثة من الحنفية (٣) .

و قد نصت ( المادة : ١٣٩ ) من التقنين المدني العراقي على حكم انتقاص العقد الباطل فقط ، فقالت إنه : (( إذا كان العقد في شق منه باطلا ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا )) . و هذا الحكم يقوم في جوهره على تفسير لإرادة المتعاقدين ، بحيث أنه لو تبين أن تجزئة العقد على هذا النحو تتعارض مع ما قصدت إليه هذه الإرادة فإنه لا يصح انتقاص العقد كما تقدم بيان ذلك (٤) .

و جملة القول أن العقد الموقوف يمر بمرحلتين مرحلة ما قبل الإجازة و مرحلة ما بعد الإجازة . ففي المرحلة الأولى : لا ينتج أي أثر بل يظل موقوفا إلى أن ترد عليه الإجازة ، و هو بذلك يختلف عن العقد القابل للإبطال الذي ينتج آثاره من وقت إبرامه إلى أن يتقرر إبطاله أو إجازته فهو يعتبر غير نافذ و مهددا بالإبطال في نفس الوقت ، و هذا في واقع الأمر فراغ قانوني ينبغي أن يسد لأن الطرف الآخر يظل معرضا لانتهيار العقد بأثر رجعي ما لم يتقرر الإبطال أو عدمه هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى فإن العقد قبل الإجازة قد يطرأ عليه ما يبطله ، فقد يفسخ الطرف الآخر العقد ، و قد يهلك محل العقد ، و قد يطرأ الملك البات على العقد الموقوف ، و قد يموت المميز ، فينبغي للمشرع أن يواجه مثل هذه الحالات بما جاء في الفقه الإسلامي حتى يكون أكثر اتفاقا مع المنطق القانوني الصحيح .

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص / ١٠٠ و ما بعدها .

(٢) د. محمد صبري السعدي ، الإلزامات ، ج ١ ، ف / ٢٥٩ ، ص / ٢٧٦ .

(٣) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص / ١٣١ ، ١٣٢ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، ف / ٢٦٢ ، ص / ٤٣٦ .

و أما في المرحلة الثانية فينتج العقد جميع آثاره بالإجازة القولية أو الفعلية أو بمختلف وسائل التعبير الدالة على الإجازة ، و لا تصح إلا بحضور المجيز و وجود محل العقد و وجود العاقدین حال الإجازة ، و قد حدد الفقه المالكي مدة الإجازة بسنة ، فإذا باع الفضولي ملك غيره في غيبته ، و سكت عاما من وقت علمه اعتبر سكوته إجازة و نفذ التصرف ، و أما القانون المدني العراقي فقد قصر مدتها إلى ثلاثة أشهر ، حتى تستقر معاملات الناس لأن العقد الموقوف على خلاف العقد القابل للإبطال يكون غير نافذ ، فلم يرد أن يبقى التعامل موقوفا غير مستقر مدة طويلة .

و في مرحلة أخرى قد يكون العقد في شق منه نافذا و في شق منه موقوفا ، عند من يقولون بفكرة العقد الموقوف ، فإذا تمت إجازته في الشق الموقوف نفذ في الوجهين و إذا لم تتم إجازته نفذ في شق و سقط في الشق الآخر ، و بقي الشق النافذ بحصته من الثمن ، و هذا عكس المعيار الذاتي في فقه القانون الذي اشترط في انتقاص العقد إرادة المتعاقدين .

الخلافة

جامعة الأميرة  
عبد القادر للعطوم الإسلامية

نخلص من دراستنا هذه إلى النتائج التالية :

أولاً : أن الرأي الفقهي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف كان أسلم منطقاً و أدق صناعة من الرأي الذي أنكرها و لم يعتبرها ، ذلك لأن العقد الصحيح إذا كان نافذاً دائماً فإنه يضيق مجال التعامل و يوقع الناس في الحرج ، أما القول بالعقد الصحيح الموقوف إلى جانب الصحيح النافذ فإنه يراعي المصلحة و يدفع الضرر ، و هذا يتفق مع منطوق الشريعة الإسلامية القائل : (( لا ضرر و لا ضرار ))<sup>(١)</sup> و (( الضرر يزال ))<sup>(٢)</sup> فالقول بالوقف إذن يحقق المصلحة و يمنع الضرر .

ثانياً : كما أن العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري في فقه القانون يؤيدان إلى حماية من يثبت له الحق في التمسك بالإبطال و لكن هذه الحماية قاصرة ، لأن القانون جعل العقد نافذاً و منتجا لآثاره من كل وجه حتي يتقرر بطلانه ، فاضطر أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال فجعل العقد إلى جانب كونه قابلاً للإبطال غير نافذ في حق المالك الحقيقي ، فلجأ إلى فكرة الوقف في حق المالك .

أما فكرة العقد الموقوف فقد قررت الحماية الكافية إذ جعلت العقد لا ينتج أثره إلا بعد صدور الإجازة ، فالأولى أن يوقف العقد حتى يستكمل ما نقصه .

ثالثاً : إذا كنا قد عرفنا العقد الموقوف بأنه التصرف الصحيح غير النافذ ، فقد بينا أن الفقهاء لم يفرقوا في ذلك بين الفساد و النفاذ و اللزوم بل صنفوا جميع حالات العقد الموقوف النفاذ في خط واحد مع حالات العقد الموقوف الصحة و حالات الموقوف اللزوم . و هذا في حقيقة الأمر خلط واضح في التصنيف ، و لذلك كان الأولى أن تصنف حالات العقد الموقوف ضمن أسبابها الحقيقية و هي نقص الأهلية و انعدام الولاية على المحل ، سواء كان التصرف في ملك الغير أو كان التصرف فيما تعلق به حق الغير .

رابعاً : أن فكرة العقد الموقوف دقيقة في صناعتها عامة في شموليتها و منطقية في تركيبها ، إذ عالجت جميع المسائل و التصرفات التي يمكن أن تصدر ممن ليست لهم ولاية التصرف كالفضولي و ممن في حكمه ، وكذا التصرفات التي يمكن أن تصدر من ناقص الأهلية و ممن في حكمه ، و حالات التصرف فيما تعلق به حق الغير كالتصرف الصادر من المدين المعسر في ماله إضراراً بدائنيه ، و تصرف المريض مرض الموت الضار بمصلحة الورثة ، و كتصرف الشريك في حصته الشائعة إضراراً بشريكه أو بسائر الشركاء الآخرين ، فهي بهذا صالحة لأن تحل محل فكرتي العقد القابل للإبطال ، و كذا العقد غير النافذ في القانون اللتين اقتصرتا على تصرفات ناقص الأهلية و معيب

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي سعيد الخدري ، ج ٦ ، ص / ٦٩ ، ٧٠ .

(٢) قاعدة أصولية ، انظر ابن نجيم ، الأشباه و النظائر ، دار الكتب العلمية بيروت ، ط ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م ، ص / ٨٥ .

الإرادة فقط و خصتا بيع ملك الغير بنص القانون .

**خامسا :** لما كانت فكرة العقد القابل للإبطال قاصرة عن شمولها لجميع المسائل التي يمكن أن يثيرها بيع ملك الغير ، فإن هذا قد أدى بالكثير من الفقهاء إلى اعتبار بعض التصرفات موقوفة على الإجازة لعدم وجود نص في القانون ، و ذلك كما في حالة تجاوز الوكيل لحدود الوكالة ، و حالة تصرف الموصي في القدر الزائد على الثلث إضرارا بالورثة ، و كذلك في حالة إجازة ملك الغير ، و أيضا في حالة تجاوز الوصي أو الولي حدود الولاية .

فهذه العقود تعتبر عقودا مسكوتا عن جزائها في فقه القانون . و هذا السكوت يخول للمشرع استنادا إلى أحكام المادة الأولى الفقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري ، الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي ، فيستمد منها فكرة العقد الموقوف ليسد بها النقص الظاهر في التقنين المدني .

**سادسا :** كذلك فقد لاحظنا المشكلة التي حيرت شراح القانون المدني الفرنسي ، و شراح القانون المدني المصري و الجزائري في تكيف حكم الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير ، فذهب فريق من الفقهاء إلى اعتباره باطلا بطلانا مطلقا ، و ذهب آخرون إلى اعتباره باطلا بطلانا نسبيا ، و قرر البعض الآخر أنه عقد قابل للفسخ ، لأن البائع لم يحم بتتفيذ التزامه نحو المشتري إذ لم يتم بنقل ملكية المبيع إليه ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع .

كما يلاحظ أن المشرع في التقنين المدني الجزائري قد اعتبر بيع ملك الغير قابلا للإبطال ، و في نفس الوقت جعله نافذا في حق المالك الحقيقي كما بينا سالفا ، فهو بهذا لم يجعل له حكما واحدا بل جعله إلى جانب كونه قابلا للإبطال غير نافذ في حق المالك مما يجعل الموضوع مضطربا و غير مستقر . أما الفقه الإسلامي فقد اعتبر بيع الفضولي لملك الغير موقفا على إجازة المالك ، أو من له حق الإجازة شرعا ، ففكرة الوقف تستغني عن أي شيء آخر ، فإذا قلنا أن عقد الفضولي موقوف فقد قلنا كل شيء .

و لهذا كان الأولى بالمشرع في القانون المدني أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف في هذا الصدد ليرفع بذلك كل لبس و كل غموض و حيرة في حكم بيع ملك الغير .

**سابعا :** أن العقد الموقوف عقد توافرت فيه شروط الإنعقاد و شروط الصحة ، غير أنه تخلفت فيه الأهلية و الولاية فهو لا ينتج آثاره إلا بعد صدور الإجازة ممن يملكها شرعا ، فهو موقوف ، أما العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا فهو عقد صحيح منتج لكل آثاره حتى يبطل ، فإذا أبطل صار باطلا بطلانا مطلقا و هذا المعنى ضد مؤدى اللفظ إذ معنى البطلان النسبي لفظ البطلان بالنسبة لأحد طرفي العقد أما البطلان المطلق فهو بطلان العقد في ذاته للإيجاب و القبول أو للمحل أو للسبب ، و لو جرى هذا المعنى للفظ البطلان النسبي و أخذ به لكان معنى ذلك أن العقد باطل في حقه حتى يجاز ، و معنى البطلان هنا عدم النفاذ في حقه ، و ذلك هو معنى الوقف ، و لكن الحكم غير ذلك في القانون فقد جرى فيه الإصطلاح بغير مؤدى اللفظ ، و لذلك أخذ المشرع بلفظ العقد القابل للإبطال بدل البطلان النسبي .

أما في الفقه الإسلامي فالمعنى مطابق للفظ تماما .

ثامنا : بينا أن الذي يملك الإجازة في العقد القابل للإبطال هو من تقرر البطلان لمصلحته كالعاقِد ناقص الأهلية أو من شيب رضاه بعيب من عيوب الرضا ، و شذ عن ذلك بيع ملك الغير فالعقد قابل للإبطال في حق المشتري وحده ، فهو الذي يملك إبطال العقد لأن البطلان تقرر لمصلحته هو ، و لا يملك البائع ذلك ، و لما كان المشتري يملك إبطاله فإنه يملك أيضا إجازته ، و سواء أبطله أو أجازته ، فإنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره لأنه ليس طرفا في العقد و في هذا خروج عن الدقة في الصناعة القانونية ، فإن المعهود في العقد القابل للإبطال أن الذي يبطل أو يجيز العقد هو العاقِد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، و هنا يملك غير العاقِد - المالك - إجازة العقد فيصح في حق المشتري نفسه ، و من ثم كان الجزاء الذي رتبته القانون على حكم بيع ملك الغير بعيدا عن مبدأ التراضي و غير ملائم لحالة العقد .

أما في الفقه الإسلامي فإن المالك الحقيقي ، كما في بيع الفضولي هو الذي يملك حق الإجازة و حق الفسخ و ذلك هو مقتضى الحماية الكاملة ، حتى لا يخرج من ملكه ما لا يرضى بخروجه ، أما الذي لم يوقف العقد لمصلحته فقد يكون له حق الفسخ كالفضولي و المشتري منه حماية لحقوقهما قبل لزوم العقد .

و هذا في الواقع أكثر تماشيا مع المنطق السليم ، و ملائمة لحالة العقد و اتفاقا مع مبدأ الرضائية ، و لو أخذ به فقه القانون لأفاد من ذلك كثيرا فيكون العقد موقوفا ، لا في حق المشتري وحده و لا في حق البائع وحده ، بل أيضا في حق المالك ، و لكانت إجازة العقد تقتصر على المالك فلا يملك المشتري إجازته .

تاسعا : أطال المشرع الجزائري في مدة تقادم دعوى الإبطال للقصر أو للغلط أو للتدليس أو للإكراه ، فرفعها إلى عشر سنين من يوم زوال السبب الموجب للبطلان : نقص الأهلية و عيب الرضا ، ( مادة : ١٠١ ) و هذه الإطالة من شأنها أن تؤدي إلى زعزعة المعاملات و عدم استقرارها بين الناس، إذ كيف يتصور أن يظل من تعاقِد مع القاصر أو مع الغالط مهتدا بإبطال عقده لمدة عشر سنين قد تمتد إلى ما يقرب من ثلاث عشرة سنة إذا كان القاصر قد تعاقِد و هو في سن ١٦ سنة ، أو إذا لم يكتشف الغالط أو المدلس عليه التدليس إلا بعد خمس سنين من يوم التعاقد ؟ .

و لقد خفضت القوانين العربية الأخرى هذه المدة إلى ثلاث سنين من يوم بلوغ الرشد أو من يوم اكتشاف عيوب الرضا .

فينبغي إذن تقصير مدة تقادم دعوى الإبطال للقصر أو للغلط أو للتدليس أو للإكراه إلى ثلاث سنين على الأكثر ، من يوم بلوغ سن الرشد أو من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه .

أما في الفقه الإسلامي فالعقد الموقوف لا ينفذ إلا إذا أجبر و من ثم فلا محل للكلام على سقوط حق الإجازة هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى فقد قدمنا أن الفقه المالكي كان أكثر تماشيا مع المنطق في كونه حدد تقادم حق المالك في الإجازة ، أو الرد بسنة واحدة من يوم العلم ، و ذلك لاستقرار المعاملات .

و قد كان لهذا الرأي صداه لدى المشرع العراقي الذي انفرد عن المشرعين العرب في الأخذ بالعقد الموقوف إذ جعل مدة تقادم حق المالك في الإجازة قصيرة جدا ، فحصرها في ( المادة : ١٣٦ / ٢ ) بثلاثة أشهر يثبت خلالها الخيار للمالك في الإجازة أو النقص ، و بانقضائها يعتبر العقد نافذا ، سعيا منه إلى استقرار المعاملات و صيانتها من الإضطراب .

و بناء عليه فإني أقترح على المشرع الجزائري عند إعادة النظر في القانون المدني ، تعديل ( المادة : ١٠١ ) منه بالنص التالي : (( ينعقد موقوفا على الإجازة تصرف ناقص الأهلية و من وقع في غلط أو تدليس أو استغلال أو إكراه بعد أن يزول السبب . و يسقط الحق في إجازة العقد إذا سكت صاحبه خلال ثلاثة أشهر ، من الوقت الذي يزول فيه سبب نقص الأهلية أو تبين الغلط أو انكشف التدليس و الإستغلال أو ارتفع الإكراه ))

عاشرا : أوضحنا الفرق الجوهرية بين العقد الموقوف و العقد القابل للإبطال ، فبينما أن الأول لا ينتج أثرا إلا إذا أجزى ، فلا تنتقل ملكية المبيع و لا شيء آخر إلا بعد الإجازة فإذا لم تصدر الإجازة فإنه لا ينتج أثرا و يبطل كما قدمنا

أما الثاني فهو صحيح ناقل للملك في الشيء المبيع إلى المشتري حتى يبطل ، فإذا أبطل زالت آثاره ، بأثر رجعي من يوم عقده ، غير أنه في بيع ملك الغير بينا أن المشتري لا يملك المبيع بالعقد قبل إقرار المالك الحقيقي لأنه غير سار في حقه فالعقد الموقوف و العقد القابل للإبطال على طرفي نقيض من حيث ترتب الحكم في المدة بين العقد و بين الإجازة و عدمها أو الإبطال .

حادي عشر : كما أن الإجازة في العقد القابل للإبطال يقتصر أثرها على أن تبعد عنه عوامل الفناء و تزيد فيه عوامل الصحة و تؤيد ما أنتجه من آثار ، فهي لا تضيف إليه جديدا بل تقتصر على تأييده و إزالة عوامل الإبطال عنه ، أما إجازة العقد الموقوف كما رأينا فهي تبعث فيه الحياة و تسمح بأن ترتب عليه آثاره ، إذ بدونها لا تكون للعقد أي فائدة .

ثاني عشر : أما من حيث الأثر الرجعي للإجازة فقد أوضحنا أن القانون المدني الجزائري ينتق مع الفقه الإسلامي في ذلك ، فقد نصت ( المادة : ١٠٠ ) على أن الأثر الرجعي يجب ان لا يؤدي إلى الإخلال بحقوق الغير أما في الفقه الإسلامي فإن الوقف ذاته هو الذي لا يجعل مجالا للإضرار بالغير .

ثالث عشر : رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة و قيام المبيع وقت صدور الإجازة لأن لها حكم الإستناد من وجه فوجب توافر هذه الشروط وقت صدور التصرف الذي تستند إليه ، و لها حكم الإنشاء من وجه آخر فوجب توافر هذه الشروط وقت صدورهما ، و هذه النظرة التي أخذ بها الفقه الحنفي ضيقة فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة و حل ورثته محله ، و لا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحل ، و قد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل ، و ليس هناك ما يبرر هذا التضييق ، و لهذا رجحنا رأي الجمهور القائل بأن للإجازة حكم الإنشاء فقط .

أما في القانون فالإجازة لها حكم الإستناد و ليس لها حكم الإنشاء ، لأن العقد قبل صدورها كان صحيحا نافذا ، فهي لا تضيف إليه جديدا بل تؤكد ما أنتجه من آثار فيشترط أن تتوافر في العقد

الشروط اللازمة لصحتها .

و كان الأولى بالفقه الإسلامي أن يجعل للإجازة حكم الإستناد دون حكم الإنشاء ، فيكتفي باشتراط قيام الأطراف الثلاثة و قيام المحل وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة ، وقد بينا أن المشرع العراقي اكتفى في نص ( المادة : ١/١٣٦ ) باشتراط قيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الإجازة .

رابع عشر : كما بينا أن المشرع في القانون الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في وسائل التعبير عن الإجازة .

خامس عشر : و تعرضنا لبيان حالة رفض الإجازة في الفقه الإسلامي بأنها عمل إيجابي يؤدي إلى بطلان العقد مطلقا و عدم نفاذه .

أما في القانون فإنه يترتب على إبطال العقد زوال كل أثر للعقد فيما بين العاقدين ، و هذا الأثر يجاوزهما إلى الغير ، فإذا رتب المشتري في حالة بيع ملك الغير حقا عينيا كرهن مثلا ثم تقرر البطلان فإن البائع يسترد العين خالية من الحق العيني الذي رتبته المشتري على أن يكون البائع قد سجل دعوى البطلان أو أشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل .

سادس عشر : انتهينا إلى أن انتقاض العقد في الفقه الإسلامي يتم على أساس موضوعي لا على أساس ذاتي ، فإذا كان المبيع في شق منه نافذا وفي شق آخر موقوفا دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن ، و هذا بخلاف القانون المدني الجزائري في نص ( المادة : ١٠٤ ) التي جعلت العبرة في الإنتقاص بقصد المتعاقدين ، فإذا لم يكن الشق الباطل في العقد هو الدافع إلى التعاقد ، فإن التصرف يكون قابلا للتجزئة فيجوز انتقاصه .

و بعد فالخلاصة : أن فكرة العقد الموقوف أرقى في الصياغة الفنية ، و الصناعة القانونية و الفقهية من العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي ، و تنم عن الدقة العلمية التي امتاز بها الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي ، و تبين بوضوح الجهود التي بذلها فقهاء الشريعة الإسلامية في استنباط الأحكام الشرعية . كما تدل على غزارة الثروة الفقهية و استيعابها لكل مناحي الحياة الإجتماعية و الإقتصادية و السياسية ، و تبرز أن أحكام الشريعة الإسلامية ليست جامدة كما يظن البعض ، بل هي متطورة متجددة صالحة لكل زمان و مكان إلى أن يرث الله الأرض و من عليها ، و ما زالت تسابير ركب التطور و التقدم و الرقي و هذا هو مدلول قول الله تعالى : (( إنا نحن نزلنا الذكر و إنا له لحافظون )) (١) .

إضافة إلى ذلك فإن فكرة العقد الموقوف دليل واضح على سماحة الشريعة الإسلامية و مراعاتها لمصالح الناس و ذلك برفع الضرر و الحرج عنهم تماشيا مع منطلق الآية الكريمة : (( و ما جعل عليكم في الدين من حرج )) (٢) و إقرارها لمبدأ حفظ المال مصداقا للحديث النبوي الشريف :

(١) سورة الحجر ، الآية : ٩ ، ج ١٤ .

(٢) سورة الحج ، الآية : ٧٨ ، ج ١٧ .

(( لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس )) (١)

و لذلك أخذت بعض القوانين في البلاد العربية بفكرة العقد الموقوف كالمشرع في التقنين المدني العراقي و المشرع في التقنين المدني الأردني ، فقد أخذوا بها و أحلها محل العقد القابل للإبطال.

و لهذا نرى أن الأفضل من ناحية السياسة التشريعية الأخذ بفكرة العقد الموقوف في مجال العمل القضائي ، و إدخالها في تشريعنا المدني الجزائري إلى جانب قانون الأسرة ، حتى يزول التعارض الذي وقع فيه المشرع الجزائري بين أحكام و مصطلحات القانون المدني المستمد من الفقه الوضعي الغربي و قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية ، و تحقيق ذلك ليس عسيراً و لا بعيد المنال خاصة و أن المشرع الجزائري أولى للشريعة الإسلامية أهمية حيث جعلها المصدر الثاني للقانون الجزائري بعد التشريع ، و نطمح في هذا إلى تحقيق مبدأ التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتحل محل القوانين الوضعية ، و كل أمني أن ينهج المشرع الجزائري خاصة و مشرعو الدول الإسلامية عامة هذا المنهج ، فيقننوا هذه النظرية بما يتفق مع المنطق القانوني عندنا و تطورات العصر ، و لا يقتصر على مذهب معين بل يجب النظر في جميع المذاهب الفقهية ، بحيث يمكن وضع نظرية متكاملة الجوانب متطورة تسائر العصر .

و أخيراً أتمنى أن يكون هذا البحث قد حقق الثمرة المرجوة منه و نكون قد وفقنا في إعداده في المستوى اللائق .

(( ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا )) .

تم بعون الله و توفيقه و الحمد لله أولاً و آخراً .

(١) رواه أحمد و ابن أبي شيبة و إسحاق بن راهوية في مسنده و أبو داود الطيالسي و البخاري في كتابه المفرد في الأدب و الحاكم في

المستدرک و الفضائل من حديث ابن عمر بالفاظ مختلفة ، قال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب

و السائب بن يزيد . انظر الزيلعي ، نصب الراية ، ج ٤ ، ص / ١٦٧ ، ١٦٨ .

# الفهارس

جامعة الأميرة

عبد القادر اللطوم الإسلامية

# فهرس الآيات القرآنية

الآية

الصفحة

## الألف

(( إنا نحن نزلنا وإنا له لحافظون )) . سورة الحجر الآية : ٠٩ ..... ٢٠٧

## الواو

(( وأحل الله البيع و حرم الربا )) . سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ ..... ٢٠

(( وأحسنوا إن الله يحب المحسنين )) . سورة البقرة ، الآية : ١٩٥ ..... ٢١

(( وأن ليس للإنسان إلا ما سعى )) . سورة النجم ، الآية : ٣٩ ..... ١٢٩

(( ولا تكسب كل نفس إلا عليها )) . سورة الأنعام ، الآية : ١٦٤ ..... ٣٠ ، ٣١

(( ولا تزر وازرة وزر أخرى )) . سورة فاطر ، الآية : ١٨ ..... ٣٠

(( ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين )) . سورة البقرة ، الآية : ١٩٠ ..... ٣١

(( و من الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضاة الله )) . سورة البقرة ، الآية : ٢٠٧ ..... ١١٠

(( و ما جعل عليكم في الدين من حرج )) . سورة الحج ، الآية : ٧٨ ..... ٢٠٧

(( و قد أفضى بعضكم إلى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا )) . سورة النساء ، الآية : ٢١ ..... ١٥٨

(( و شروه بثمن بخس )) . سورة يوسف ، الآية : ٢٠ ..... ١١٠

(( و تعاونوا على البر و التقوى )) . سورة المائدة ، الآية : ٣ ..... ٢١ ، ١٢٠

## الماء

(( يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود )) . سورة المائدة ، الآية : ١ ..... ٢ ، ٣ ، ٢٠ ، ٩٤

(( يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل )) .

سورة النساء ، الآية : ٢٩ ..... ٢٠ ، ٣٠ ، ١٣٠ ، ١٦٤

## الآم

(( لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت )) . سورة البقرة ، الآية : ٢٨٦ ..... ٣٠ ، ١٢٩

## الهاء

(( فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض )) . سورة الجمعة ، الآية : ١٠ ..... ٢٠

(( فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم )) . سورة البقرة ، الآية : ١٩٤ ..... ٣١

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة

الحديث

### الألف

- ٣٣..... (( إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم حرام عليكم ))  
١١٨ ، ١٣٠ ، ٢٣ ، ٢١..... (( أعطاه دينارا ليشتري به أضحية ))  
٨٨..... (( إذا بايعت فقل لا خلاية ))

### الباء

- ٢٢..... (( بعث به بدينار ليشتري له به أضحية ))

### اللام

- أ..... (( لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاجبا و لا جادا ))  
٢٠٨..... (( لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ))  
٣١..... (( لا يحل سلف و بيع ، و لا شرطان في بيع ))  
٣٣ ، ٣٢..... (( ليس على رجل بيع فيما لا يملك ))  
٣٢..... (( لا طلاق إلا فيما يملك ))  
١٤١..... (( لا تجوز صدقة حتى تقبض ))  
١٢٠ ، ١١٧ ، ٣٢ ، ٣١..... (( لا تبع ما ليس عندك ))  
٢٠٣ ، ١٠١..... (( لا ضرر و لا ضرار ))

### الميم

- ٢٥..... (( من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن ))  
٢٧..... (( من لم يجمع قبل الفجر فلا صيام له ))  
١٣١ ، ٣٣..... (( من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ))  
١٧٥ ، ١٧٤..... (( من ترك مالا أو حقا فلورثته ))

٩٤..... (( المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ))

## الخاء

٢٣..... (( الخير معقود بنواصي الخيل ))

٢٥..... (( خرج ثلاثة نفر يمشون فأصابهم المطر فدخلوا في جبل ))

جامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس تراجم الأعلام.

- ١ - أبو ثور ..... ٢٩
- ٢ - حكيم بن حزام ..... ٢١
- ٣ - حبان بن منقذ ..... ٨٨
- ٤ - الحسن بن عمارة ..... ٢٣
- ٥ - ابن المنذر ..... ٢٩
- ٦ - عروة البارقي ..... ٢١
- ٧ - عمرو بن شعيب ..... ٣١
- ٨ - ابن عليّة ..... ١٣٤
- ٩ - الأصم ..... ١٣٤
- ١٠ - ابن راهوية ..... ٢٠

## فهرس المواء الفقهية و القانونية

المادة	الصفحة
١ - المادة : ٢٦٢ من مرشد الحيران .....	٧ ، ١٠
٢ - المادة : ١٠٣ من مجلة الأحكام العدلية .....	٣
٣ - المادة : ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي .....	٦
٤ - المادة : ٥٤ من القانون المدني الجزائري .....	٦
٥ - المادة : ١٢٢ من القانون المدني المصري .....	٧
٦ - المادة : ٧٣ من القانون المدني العراقي .....	٧
٧ - المادة : ١٠٣ من القانون التجاري الكويتي .....	٧
٨ - المادة : ١٢٢ من القانون المدني المصري .....	٧
٩ - المادة : الأولى من المشرع الفرنسي الإيطالي .....	٧
١٠ - المادة : ٤٠٨ من التقنين المدني الجزائري .....	١٠ ، ٣٨ ، ٧٧ ، ٨٠ ، ١٠٣
١١ - المادة : ١٠٢ من التقنين المدني الجزائري .....	١٠ ، ٣٧
١٢ - المادة : ١٤١ من التقنين المدني المصري .....	١١
١٣ - المادة : ١٣٧ من التقنين المدني العراقي .....	١١
١٤ - المادة : ١٣٣ من التقنين المدني العراقي .....	١١ ، ٣٦
١٥ - المادة : ١٣٤ من التقنين المدني العراقي .....	١١ ، ٧٨
١٦ - المادة : ١٦٧ من التقنين المدني الأردني .....	١٢
١٧ - المادة : ١٧١ - ١٧٦ من التقنين المدني الأردني .....	١٢ ، ٣٦ ، ٧٨ ، ١٢٨
١٨ - المادة : ١٧٧ إلى ١٩٨ من التقنين المدني الأردني .....	١٢
١٩ - المادة : ١٦٨ - ١٦٩ - ١٧٠ من التقنين المدني الأردني .....	١٢
٢٠ - المادة : ٣١٠ من مرشد الحيران .....	١٤
٢١ - المادة : ١٣٣ من التقنين المدني العراقي .....	١١ ، ٣٣
٢٢ - المادة : ٩٩ من التقنين المدني الجزائري .....	٣٧

- ٢٣ - المادة : ١٠١ من التقنين المدني الجزائري.....٣٧، ٧٥، ١٧٢، ١٨٩، ١٩٠، ١٩٦، ٢٠٥
- ٢٤ - المادة : ١٠٥ من التقنين المدني الجزائري.....٣٧، ١٢٤، ٢٠٠
- ٢٥ - المادة : ١٩٨ من التقنين المدني الجزائري.....٣٨
- ٢٦ - المادة : ٢٤٤ من ت م المصري.....٣٨
- ٢٧ - المادة : ٢٢٢ من ت م الجزائري.....٤٠
- ٢٨ - المادة : ٢٠٩ - ٢١٢ من ت م الجزائري.....٤١، ٤٦، ٤٧
- ٢٩ - المادة : ٢٢٣ من مرشد الحيران.....٤٢
- ٣٠ - المادة : ٢٢٥ من مرشد الحيران.....٤٢
- ٣١ - المادة : ٢٠٣ من ت المدني الجزائري.....٤٣
- ٣٢ - المادة : ٢٠٦ من ت م الجزائري.....٤٣، ٤٥
- ٣٣ - المادة : ٢٠٨ من ت م الجزائري.....٤٤
- ٣٤ - المادة : ٨١ من قانون الموجبات و العقود اللبناني.....٤٤
- ٣٥ - المادة : ٢٧٠ من ت م المصري.....٤٤
- ٣٦ - المادة : ٢٠٧ من ت م الجزائري.....٤٥
- ٣٧ - المادة : ٢٠٤ من ت م الجزائري.....٤٥
- ٣٨ - المادة : ١١٨٥ من ت م الفرنسي.....٤٦
- ٣٩ - المادة : ٢٧٦ من ت م العراقي.....٤٦
- ٤٠ - المادة : ١٠٠ من قانون الموجبات و العقود.....٤٦
- ٤١ - المادة : ١١١ - ٣٦٨ - ٣٧٧ - ٣٧٨ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٠، ١٩١
- ٤٢ - المادة : ١٠٨٦ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٠
- ٤٣ - المادة : ٣٩٣ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٠
- ٤٤ - المادة : ١٤٥٣ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٠
- ٤٥ - المادة : ٤٤٧ من مجلة الأحكام العدلية.....٦١
- ٤٦ - المادة : ٨٥٧ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٣، ١٤٢
- ٤٧ - المادة : ١٥٤٤ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٢
- ٤٨ - المادة : ٧٩٣ من مجلة الأحكام العدلية.....٦٢

- ٤٩ - المادة : ١٠٧٥ من مجلة الأحكام العدلية ..... ٦٣
- ٥٠ - المادة : ٤٣ من التقنين المدني الجزائري ..... ٧٦ ، ٧٤
- ٥١ - المادة : ٨٣ من قانون الأسرة الجزائري ..... ١٨٠ ، ١٧٧ ، ١٢٨ ، ١٠٢ ، ٧٥
- ٥٢ - المادة : ١٠٠ من التقنين . م الجزائري ..... ٢٠٦ ، ١٨٩ ، ١٨٣ ، ١٧٢ ، ٧٥
- ٥٣ - المادة : ٨٣ من التقنين . م الجزائري ..... ١٠٢ ، ٧٥
- ٥٤ - المادة : ٨٥ من قانون الأسرة الجزائري ..... ١٠٢ ، ٧٥
- ٥٥ - المادة : ١١٥ من التقنين المدني الجزائري ..... ٧٦
- ٥٦ - المادة : ٨١ من التقنين المدني الجزائري ..... ١٢٣ ، ١٠٢ ، ٧٦
- ٥٧ - المادة : ٨٦ من التقنين المدني الجزائري ..... ١٠٢ ، ٧٦
- ٥٨ - المادة : ٨٨ من ت . مدني جزائري ..... ١٠٢ ، ٧٧
- ٥٩ - المادة : ٩٠ من ت . مدني جزائري ..... ١٩٠ ، ١٨٩ ، ١٠٢ ، ٧٧
- ٦٠ - المادة : ٨٠ من ت . مدني جزائري ..... ٧٧
- ٦١ - المادة : ٣٩٧ من ت . مدني جزائري )
- ٧٧ ، ٨٠ ، ١٠٣ ، ١١٠ ، ١٢١ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٣٨ ، ١٤٨ ، ١٤٩
- ٦٢ - المادة : ٤١٠ من ت . مدني جزائري ..... ٧٨
- ٦٣ - المادة : ٤١١ من ت . مدني جزائري ..... ٧٨
- ٦٤ - المادة : ٤١٢ من ت . مدني جزائري ..... ٧٨
- ٦٥ - المادة : ٩٧ من ت . مدني عراقي ..... ٧٨
- ٦٦ - المادة : ١٣٤ من ت . مدني عراقي ..... ٧٨ ، ١١
- ٦٧ - المادة : ١١٥ - ١١٧ - ١١٨ من ت . مدني عراقي ..... ٧٨
- ٦٨ - المادة : ١٢١ - ١٢٢ - ١٢٣ - ١٢٤ - ١٢٥ من ت . مدني عراقي ..... ٧٨
- ٦٩ - المادة : ١٣٥ - ٧٢٣ - ٧٢٥ من ت . مدني عراقي ..... ١٩٩ ، ١٣٩ ، ١٢٨ ، ٧٨
- ٧٠ - المادة : ١١٨ من ت المدني الأردني ..... ٧٩
- ٧١ - المادة : ١٢٨ من ت المدني الأردني ..... ٧٩
- ٧٢ - المادة : ١٢٧ - ١٢٩ من ت المدني الأردني ..... ٧٩

- ٧٣ - المادة : ١٥٢ - ١٥٣ من ت المدني الأردني ..... ٧٩
- ٧٤ - المادة : ١٤١ - ١٤٧ من ت المدني الأردني ..... ٧٩
- ٧٥ - المادة : ١٩١ من ت المدني الجزائري ..... ٨٠
- ٧٦ - المادة : ٥٧٥ من ت المدني الجزائري ..... ٨٠
- ٧٧ - المادة : ٧٧٥ من ت . المدني الجزائري ..... ٨٠
- ٧٨ - المادة : ٢٥٢ من ت . المدني الجزائري ..... ٨٠
- ٧٩ - المادة : ٢٤١ من ت . م . الجزائري ..... ٨٠
- ٨٠ - المادة : ٣٦٤ من مجلة الأحكام العدلية ..... ٨٣
- ٨١ - المادة : ٣٧٥ من مجلة الأحكام العدلية ..... ٩١
- ٨٢ - المادة : ٣٧٤ من مجلة الأحكام العدلية ..... ٩٧
- ٨٣ - المادة : ٣٦٥ من مجلة الأحكام العدلية ..... ١١١ ، ٩٨
- ٨٤ - المادة : ١٨٢ من مرشد الحيران ..... ٩٨
- ٨٥ - المادة : ٢٦١ من مرشد الحيران ..... ٩٨
- ٨٦ - المادة : ٨٥ من قانون الأسرة الجزائري ..... ١٠٢ ، ٧٥
- ٨٧ - المادة : ٨٨ من قانون الأسرة الجزائري ..... ١٠٢
- ٨٨ - المادة : ٨٨ من التقنين المدني الجزائري ..... ١٠٢ ، ٧٧
- ٨٩ - المادة : ١٩١ من التقنين المدني الجزائري ..... ٨٠
- ٩٠ - المادة : ١٥٠ - ١٥٤ من القانون المدني الجزائري ..... ١١٥ ، ١١٤ ، ١١٢ ، ١١٠
- ٩١ - المادة : ٣٩٨ من القانون المدني الجزائري ..... ١٧١ ، ١٣٨ ، ١٢٥ ، ١٢٤ ، ١٢١ ، ١١٠
- ٩٢ - المادة : ٣٤٣ من مرشد الحيران ..... ١١١
- ٩٣ - المادة : ١٠٥ من مجلة الأحكام العدلية ..... ١١١
- ٩٤ - المادة : ٥٠٦ من التقنين المدني العراقي ..... ١١١
- ٩٥ - المادة : ٣٥١ من التقنين المدني الجزائري ..... ١١١
- ٩٦ - المادة : ٤١٨ من التقنين المدني المصري ..... ١١١
- ٩٧ - المادة : ٤١٣ من التقنين المدني الجزائري ..... ١١١

- ٩٨ - المادة : ٤٨٢ من ت المدني المصري ..... ١١١
- ٩٩ - المادة : ١١٢ من مجلة الأحكام العدلية ..... ١١٢
- ١٠٠ - المادة : ١٨٨ من ت المدني الجزائري ..... ١١٣
- ١٠١ - المادة : ١١٧٩ من ت مدني الفرنسي ..... ١١٣
- ١٠٢ - المادة : ٩٤٣ من المدني المغربي ..... ١١٣
- ١٠٣ - المادة : ١٥١ من ت المدني الجزائري ..... ١١٤
- ١٠٤ - المادة : ١٥٢ من ت المدني الجزائري ..... ١١٥
- ١٠٥ - المادة : ٤٦٦ و ٤٦٧ مدني مصري ..... ١٤٤ ، ١٢٦ ، ١٢٤ ، ١٢٢ ، ١٢١
- ١٠٦ - المادة : ١٥٩٩ مدني فرنسي ..... ١٢٥ ، ١٢٢ ، ١٢١
- ١٠٧ - المادة : ١٤٤ مدني مصري ..... ١٢٤
- ١٠٨ - المادة : ١ من ت المدني الجزائري ..... ١٣٩ ، ١٢٧
- ١٠٩ - المادة : ١٨٥ من قانون الأسرة ج ..... ١٢٨
- ١١٠ - المادة : ١٥٧ من ت المدني الجزائري ..... ١٣٢
- ١١١ - المادة : ١٤١ ت المدني الجزائري ..... ١٣٧
- ١١٢ - المادة : ٩٧٨ ت مدني مصري ..... ٣٧
- ١١٣ - المادة : ٧٧ من مرشد الحيران ..... ١٤٠
- ١١٤ - المادة : ٢٠٢ من قانون الأسرة ج ..... ١٤٠
- ١١٥ - المادة : ٨٣٧ من مجلة الأحكام العدلية ..... ١٤١
- ١١٦ - المادة : ٢٠٦ من قانون الأسرة ج ..... ١٤٤ ، ١٤١
- ١١٧ - المادة : ٤٩١ من ت المدني المصري ..... ١٤٥ ، ١٤٤
- ١١٨ - المادة : ٢٠٣ من قانون الأسرة ج ..... ١٤٤ ، ٤٣
- ١١٩ - المادة : ٢١٦ من قانون الأسرة الجزائري ..... ١٤٨
- ١٢٠ - المادة : ٨٦ من مرشد الحيران ..... ١٤٩
- ١٢١ - المادة : ١٨٤ من قانون الأسرة ج ..... ١٤٩
- ١٢٢ - المادة : ١٩٠ من قانون الأسرة ج ..... ١٥٠

- ١٢٣ - المادة : ١٣ من قانون الأسرة ج ..... ١٥٢
- ١٢٤ - المادة : ٣٦ ت المدني المصري ..... ١٥٢
- ١٢٥ - المادة : ٣٧ ت المدني المصري ..... ١٥٣
- ١٢٦ - المادة : ٥٢ من القانون السوري ..... ١٥٢
- ١٢٧ - المادة : ٣٣ من قانون الأسرة ج ..... ١٥٨ ، ١٥٤
- ١٢٨ - المادة : ٩ من قانون الأسرة ج ..... ١٥٨ ، ١٥٣
- ١٢٩ - المادة : ١٤٤ من مرشد الحيران ..... ١٥٥
- ١٣٠ - المادة : ٢٠ من قانون الأسرة ج ..... ١٥٩ ، ١٥٨
- ١٣١ - المادة : ٣٢ من قانون الأسرة ج ..... ١٥٨
- ١٣٢ - المادة : ١١ من قانون الأسرة ..... ١٥٩
- ١٣٣ - المادة : ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٦٧ ، ٣٨٧ من ت مدني جزائري ..... ١٦٥
- ١٣٤ - المادة : ١١٩ من ت مدني جزائري ..... ١٦٦ ، ١٦٥
- ١٣٥ - المادة : ١٥٧ من ت مدني مصري ..... ١٦٥
- ١٣٦ - المادة : ١٥٨ من ت مدني مصري ..... ١٦٦
- ١٣٧ - المادة : ١٢٠ من ت مدني مصري ..... ١٦٦
- ١٣٨ - المادة : ٣٩٢ من ت مدني جزائري ..... ١٦٦
- ١٣٩ - المادة : ٤٦١ من ت مدني مصري ..... ١٦٦
- ١٤٠ - المادة : ٣٦٩ من ت مدني جزائري ..... ١٦٩
- ١٤١ - المادة : ٤٣٧ من ت مدني مصري ..... ١٦٩
- ١٤٢ - المادة : ٢٦٩ من ت مدني جزائري ..... ١٦٩
- ١٤٣ - المادة : ٣٣٤ من ت مدني مصري ..... ١٦٩
- ١٤٤ - المادة : ١٢١ من ت مدني جزائري ..... ١٦٩
- ١٤٥ - المادة : ١٥٩ من ت مدني مصري ..... ١٦٩
- ١٤٦ - المادة : ١١٧ من مجلة الأحكام العدلية ..... ١٧٠
- ١٤٧ - المادة : ٧٤ من مرشد الحيران ..... ١٧٠

- ١٤٨ - المادة : ٣٧٨ من ت مدني جزائري ..... ١٧١
- ١٤٩ - المادة : ١٣٩ من ت مدني مصري ..... ١٨٣ ، ١٧٢
- ١٥٠ - المادة : ١٤٠ من ت مدني ليبي ..... ١٧٢
- ١٥١ - المادة : ١٤٠ من القانون السوري ..... ١٧٢
- ١٥٢ - المادة : ١٤٢ من ت مدني عراقي ..... ١٧٦
- ١٥٣ - المادة : ١٤٥ من ت مدني مصري ..... ١٧٦
- ١٥٤ - المادة : ١٤٦ من ت مدني مصري ..... ١٧٦
- ١٥٥ - المادة : ١٤٥ من ت مدني ليبي ..... ١٧٦
- ١٥٦ - المادة : ١٤٦ من ت مدني ليبي ..... ١٧٦
- ١٥٧ - المادة : ١٠٨ من ت مدني جزائري ..... ١٧٦
- ١٥٨ - المادة : ١٠٩ من ت مدني جزائري ..... ١٧٦
- ١٥٩ - المادة : ١٨٠ من قانون الأسرة الجزائري ..... ١٧٦
- ١٦٠ - المادة : ١١١ من القانون السوري ..... ١٧٧
- ١٦١ - المادة : ٢٣٦ موجبات لبناني ..... ١٨٣ ، ١٨٠ ، ٢٥
- ١٦٢ - المادة : ٢٣٧ موجبات لبناني ..... ١٨٠
- ١٦٣ - المادة : ٢٣٥ موجبات لبناني ..... ١٨٩ ، ٣٠
- ١٦٤ - المادة : ٣٨٥ موجبات لبناني ..... ١٨٠
- ١٦٥ - المادة : ٨٠٦ موجبات لبناني ..... ١٨٠
- ١٦٦ - المادة : ٣٠٣ مجلة الأحكام العدلية ..... ١٨١ ، ٢٣
- ١٦٧ - المادة : ٣٠٤ مجلة الأحكام العدلية ..... ١٨١ ، ٢٤
- ١٦٨ - المادة : ٨١ مدني عراقي ..... ١٨٣
- ١٦٩ - المادة : ٣٣٨ مدني فرنسي ..... ١٨٣ ، ١١١ ، ٢٥
- ١٧٠ - المادة : ١٣٩ مدني مصري ..... ١٨٣ ، ١٧٢
- ١٧١ - المادة : ١٣٦ مدني عراقي ..... ٢٠٧ ، ٢٠٦ ، ١٩٦ ، ١٩٣ ، ١٩٠ ، ١٨٤ ، ٢٦ ، ١١
- ١٧٢ - المادة : ٤٨٩ مدني مصري ..... ١٨٨ ، ١٨٧

- ١٧١ - المادة : ١٤٠ مدني مصري ..... ١٧٢، ١٨٩
- ١٧ - المادة : ١٣٠٤ مدني فرنسي ..... ٣٠، ١٨٩
- ١٧٠ - المادة : ١٤١ من القانون السوري ..... ٣٠، ١٨٩
- ١٧٠ - المادة : ٣٤٤ من القانون السوداني ..... ١٨٩
- ١٧٠ - المادة : ٣٩٧ من مجلة الأحكام العدلية ..... ١٩١
- ١٧ - المادة : ٨٠٤ من مرشد الحيران ..... ١٩٤
- ١٧٠ - المادة : ١٠٠ من القانون المصري ..... ١٩٥
- ١٨٠ - المادة : ١٤٢ من القانون المصري ..... ١٩٩
- ١٨١ - المادة : ١٢٢ من مدني جزائري ..... ٩٩
- ١٨٢ - المادة : ١٠٤ من مدني جزائري ..... ٠٧، ٢٠٠
- ١٨٣ - المادة : ١٣٩ من التقنين المدني العراقي ..... ٠١

## المصادر و المراجع

### إرشادات

قسمت مصادر و مراجع البحث إلى عدة مجموعات على النحو التالي :

أولا : كتب التفسير .

ثانيا : كتب الحديث .

ثالثا : كتب الفقه و أصوله و القواعد الفقهية : مؤلفات قديمة و مؤلفات حديثة حسب

المذهب ، إضافة إلى كتب الفقه المقارن .

رابعا : بحوث و مقالات و رسائل جامعية .

خامسا : كتب القانون .

سادسا : الموسوعات و مجموعة الأعمال التحضيرية .

سابعا : التشريعات المعتمدة .

ثامنا : القواميس و كتب التراجم .

تاسعا : مراجع باللغة الفرنسية .

## أولاً: كتب التفسير

- ١ - القرآن الكريم برواية حفص بن سليمان .
- ٢ - الألوسي ، السيد محمود المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ .  
روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني ، دار الفكر بيروت  
طبعة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م .
- ٣ - ابن العربي ، محمد بن عبد الله بن أحمد المكنى بأبي بكر المتوفى سنة ٥٤٣ هـ .  
أحكام القرآن ، دار المعرفة بيروت لبنان ، تاريخ الطبع غير مذكور .
- ٤ - ابن عاشور ، محمد الطاهر .  
تفسير التحرير و التنوير ، الدار التونسية و المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، طبعة ١٩٨٤ م .
- ٥ - الطبري ، محمد بن جرير ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ .  
جامع البيان لأحكام القرآن ، دار الفكر بيروت طبعة ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .
- ٦ - الرازي ، محمد فخر الدين بن ضياء الدين ، المتوفى سنة ٦٠٦ هـ .  
مفاتيح الغيب الشهير بالتفسير الكبير ، دار إحياء التراث العربي بيروت ،  
الطبعة الثالثة ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .
- ٧ - الجصاص ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ .  
أحكام القرآن ، دار المصنف القاهرة ، الطبعة الثانية تاريخ الطبع غير مذكور .

## ثانياً: كتب الحديث

- ١ - البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ .  
السنن الكبرى ، دار الفكر ، دون تاريخ الطبع .
- ٢ - ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي بن محمد الشهير بالعسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .  
- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ،  
سنة الطبع ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م .

- فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، دار الريان للتراث القاهرة ،  
الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ م .
- ٣ - ابن العربي ، محمد بن عبد الله بن أحمد ، المكنى بأبي بكر المتوفى سنة ٥٤٣ هـ .  
عارضه الأهودي لشرح صحيح الترمذي ، دار الكتاب العربي ، تاريخ الطبع غير مذكور .
- ٤ - ابن دقيق العيد ، تقي الدين أبو الفتح ، المتوفى سنة ٧٠٢ هـ .  
إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، دار الكتاب العربي بيروت ، تاريخ الطبع غير مذكور .
- ٥ - البنا ، أحمد عبد الرحمن ، الشهير بالساعاتي .  
الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، دون تاريخ الطبع .
- ٦ - البغوي ، أبو محمد الحسين بن مسعود ، المتوفى سنة ٥١٦ هـ .  
شرح السنة ، المكتب الإسلامي دمشق ، ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٩ م .
- ٧ - الزيلعي ، جمال الدين بن يوسف الحنفي ، المتوفى سنة ٧٦٢ هـ .  
نصب الراية لأحاديث الهداية ، دار الحديث القاهرة ، دون تاريخ الطبع .
- ٨ - النووي ، أبو زكريا محي الدين بن شرف الدين ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .  
صحيح مسلم بشرح النووي ، دار الكتاب العربي بيروت ، سنة الطبع ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م .
- ٩ - السهارنفوري ، خليل أحمد ، المتوفى سنة ١٣٤٦ هـ .  
بذل المجهود في حل أبي داود ، دار اللواء الرياض السعودية ، دون تاريخ الطبع .
- ١٠ - السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، المتوفى سنة ٩١١ هـ .  
الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير ، دار الفكر بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .
- ١١ - الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، المتوفى سنة ١١٨٢ هـ .  
سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، دار الحديث ، بحوث إدارة الأزهر  
القاهرة ، دون تاريخ الطبع .
- ١٢ - القسطلاني ، أحمد بن محمد ، المتوفى سنة ٩٢٣ هـ .  
إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، دار الكتاب العربي بيروت الطبعة ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .
- ١٣ - الشوكاني ، محمد بن علي ، المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ .  
نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ، دون تاريخ الطبع .

## ثالثاً: كتب الفقه وأصوله والقواعد الفقهية والفقه المقارن

### ١- كتب الفقه

أ- مؤلفات الفقه القديمة حسب المذهب .

### الفقه الحنفي

١ - الأوز جندي ، محمود الأوز جندي .

فتاوى قاضيخان ، بهامش الفتاوى الهندية ، دار الفكر الطبعة الثانية ،  
سنة الطبع ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .

٢ - ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

حاشية رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار ، دار الفكر ، الطبعة الثانية  
سنة ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م .

٣ - ابن البزاز ، محمد بن محمد شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ .

الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ، دار الفكر الطبعة الثانية سنة الطبع ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .

٤ - ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ .

شرح فتح القدير على الهداية ، دار الفكر بيروت الطبعة الثانية دون تاريخ الطبع .

٥ - الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ .

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي بيروت الطبعة الثانية

سنة الطبع ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .

٦ - المرغيناني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني

المتوفى سنة ٥٩٢ هـ .

الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى

سنة ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م .

٧ - الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند .

الفتاوى الهندية ، المعروف بالفتاوى العالمية ، دار الفكر الطبعة الثانية ، سنة الطبع ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .

٨ - السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل كنيته أبو بكر ، شمس الأئمة السرخسي ، المتوفى سنة ٤٨٣ هـ .

كتاب المبسوط دار المعرفة بيروت سنة الطبع ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م .

### الفقه المالكي

١ - ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ .

بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، دار المعرفة بيروت الطبعة التاسعة سنة ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م .

٢ - ابن عبد البر ، عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ .

كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، مكتبة الرياض الحديثة الطبعة الثانية

١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م .

٣ - ابن جزري ، أبو القاسم محمد بن أحمد ، المتوفى سنة ٧١٤ هـ .

القوانين الفقهية دار القلم بيروت تاريخ الطبع غير مذكور .

٤ - الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ .

حاشية على الشرح الكبير للدردير ، المطبعة الكبرى ببولاق مصر الطبعة الثالثة سنة ١٣١٩ هـ .

٥ - الخطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، المتوفى سنة ٩٥٤ هـ .

مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة سنة الطبع

١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م .

٦ - الإمام مالك ، مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩ هـ .

المدونة الكبرى ، برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي المتوفى سنة ٢٤٠ هـ عن الإمام

عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك ، مطبعة السعادة بمصر ، الطبعة الأولى

سنة ١٣٢٣ هـ .

٧ - التسولي ، أبو الحسن علي بن عبد السلام .

البهجة في شرح التحفة ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر الطبعة الثانية  
سنة الطبع ١٣٧٠هـ / ١٩٥١ م .

٨ - الخرشي ، أبو عبد الله محمد الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ .

شرح الخرشي على المختصر الجليل لسيد خليل ، المطبعة الكبرى ببولاق مصر ،  
الطبعة الثانية سنة ١٣١٧هـ .

### الفقه الشافعي

١ - النووي محي الدين يحيى بن شرف الدين ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

المجموع شرح المذهب ، دار الفكر دون تاريخ الطبع .

٢ - الإمام الشافعي ، محمد بن إدريس المتوفى سنة ٢٠٤ هـ .

الأم ، دار المعرفة بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ م .

٣ - الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي .

المذهب ، دار الفكر دون تاريخ الطبع .

٤ - الشربيني ، محمد الخطيب .

مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الفكر ، تاريخ الطبع غير مذكور .

### الفقه الحنبلي

١ - ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المتوفى سنة ٦٢٠ هـ .

المغني شرح على مختصر الخرقي ، دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٦ م .

٢ - ابن قدامة ، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ .

الشرح الكبير بهامش المغني ، دار الكتاب العربي بيروت ، سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م .

٣ - ابن تيمية ، تقي الدين أحمد ، المتوفى سنة ٧٢٨ هـ .

- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، مطابع الرياض الطبعة الأولى سنة ١٣٨٣ م .

- نظرية العقد ، دار المعرفة بيروت ، دون تاريخ الطبع .

- ٤ - المرادوي ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان .  
الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، دار إحياء التراث العربي  
بيروت سنة الطبع ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م .

### الفقه الظاهري

- ١ - ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ .  
المحلى ، دار الفكر ، تاريخ الطبع غير مذكور .

### الفقه الإباضي

- ١ - أطفيش ، محمد بن يوسف ، المتوفى سنة ١٣٢٢ هـ .  
شرح كتاب النيل و شفاء العليل ، دار الفتح بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م .  
٢ - الثميني ، ضياء الدين عبد العزيز ، المتوفى سنة ١٢٢٣ هـ .  
كتاب النيل و شفاء العليل ، و بهامشه شرح كتاب النيل و شفاء العليل ، دار الفتح بيروت  
الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م .

### الفقه الشيعي ( الشيعة الإمامية )

- ١ - الحلي : أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .  
المختصر النافع في فقه الإمامية ، مكتبة الأسدى بطهران سنة الطبع ١٣٨٧ هـ .

### الفقه الزيدي

- ١ - الشوكاني ، محمد بن علي المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ .  
كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، القاهرة ، سنة الطبع ١٤٠٤ هـ .

ب - مؤلفات الفقه الحديثة

- ١ - أبو العيين ، د. بدران .  
- الشريعة الإسلامية تاريخها و نظرية الملكية و العقود ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ،  
تاريخ الطبع غير مذكور .
- تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود ، دار النهضة العربية ، بيروت ،  
تاريخ الطبع غير مذكور .
- ٢ - أبو الفتوح ، د. أحمد .  
المعاملات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة النهضة مصر ، الطبعة الثانية  
تاريخ الطبع غير مذكور .
- ٣ - أبو زهرة ، أ. محمد ،  
- محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٧١ م .  
- محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي بالقاهرة ، الطبعة الثانية ١٩٧٢ م .  
- الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ١٩٧٧ م .
- ٤ - البرديسي ، د. محمد زكريا .  
الميراث و الوصية في الإسلام ، الدار القومية للطباعة القاهرة ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٤ م .
- ٥ - الدريني ، د. السيد نشأت إبراهيم .  
التراضي في عقود المبادلات المالية ، رسالة دكتوراه ، دار الشروق الطبعة الأولى  
سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .
- ٦ - الزرقاء ، أ. مصطفى أحمد .  
المدخل الفقهي العام ، مطبعة طربين دمشق الطبعة التاسعة ، سنة ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م .
- ٧ - المحمصاني ، د. صبحي .  
النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية ، دار العلم للملايين بيروت ،  
الطبعة الثانية ١٩٧٢ م .
- ٨ - مدكور ، د. محمد سلام .  
المدخل للفقه الإسلامي ، تاريخه و مصادره و نظرياته العامة ، دار النهضة العربية بالقاهرة  
الطبعة الرابعة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .

- ٩- السنهوري ، د. عبد الرزاق أحمد .  
مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، تاريخ الطبع غير مذكور .
- ١٠- سوار ، د. وحيد الدين .  
التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الشركة الوطنية للكتاب  
الجزائر ، الطبعة الثانية ١٩٧٩ م .
- ١١- عيد ، د. خالد عبد الله .  
مبادئ التشريع الإسلامي ، شركة الهلال العربية الرباط ، المغرب ، الطبعة الأولى ١٩٨٦ م .
- ١٢- عبد البر ، د. محمد زكي ،  
- أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، " عرض منهجي " ، دار الثقافة الدوحة  
الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ م .  
- أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ، " عرض منهجي " ، دار الثقافة الدوحة  
الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م .
- ١٣- فرج ، عبد الرزاق حسن .  
نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون المدني ، دار النهضة العربية  
القاهرة ١٩٦٩ م .
- ١٤- شلبي ، أ. محمد مصطفى .  
المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي و قواعد الملكية و العقود فيه ، دار النهضة العربية ،  
بيروت ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .

## ٢- كتب أصول الفقه

- ١- الأمدي ، أبو الحسن علي بن محمد المتوفى سنة ٦٣١ هـ .  
الإحكام في أصول الأحكام ، المكتب الإسلامي بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ .
- ٢- سلقيني ، د. إبراهيم محمد .  
الميسر في أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .

- ٣ - الشوكاني ، محمد بن علي ، المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ .  
إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، دار الفكر ، تاريخ الطبع غير مذكور .

### ٣- كتب القواعد الفقهية

- ١ - ابن الشاط ، أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري .  
حاشية ابن الشاط المسماة أدرار الشروق على أنوار الفروق مع كتاب الفروق ، طبع دار إحياء  
الكتب العربية الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ .
- ٢ - ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن المتوفى سنة ٧٩٥ هـ .  
القواعد في الفقه الإسلامي ، دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى  
سنة ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢ م .
- ٣ - باشا ، محمد قدري .  
كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية ، القاهرة ،  
الطبعة الرابعة ١٩٣١ م .
- ٤ - الزنجاني ، شهاب الدين محمود بن أحمد ، المتوفى سنة ٦٥٦ هـ .  
تخريج الفروع على الأصول ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الخامسة ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .
- ٥ - السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، المتوفى سنة ٩١١ هـ .  
الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية ، دار الكتب العلمية بيروت ،  
الطبعة الأولى ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م .
- ٦ - القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .  
الفروق ، طبع دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ .
- ٧ - جماعة من رجال الفقه .  
مجلة الأحكام العدلية ، أغلبها من الفقه الحنفي ، شرح د. علي حيدر تعريب المحامي فهمي  
الحسيني ، دار الجبل بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .

## ٤- كـب الفقه المقارن

- ١ - ابن القيم ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المتوفى سنة ٧٥١ هـ .  
إعلام الموقعين عن رب العالمين ، مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٦٩ م .

## رابعاً : نخوت و مقالات و رسائل جامعية .

### ١- بحوث و مقالات .

- ١ - إبراهيم بك ، الشيخ أحمد إبراهيم  
العقود و الشروط و الخيارات ، بحث منشور بمجلة القانون و الإقتصاد ، العدد السادس  
السنة الرابعة مطبعة فتح الله إلياس القاهرة ١٩٣٤ م .
- ٢ - بدوي ، د. حلمي بهجت .  
- بطلان بيع ملك الغير ، علة هذا البطلان و حكمه بعد صدور قانون التسجيل ، بحث منشور  
بمجلة القانون و الإقتصاد العدد الأول ، السنة الأولى ١٩٣١ م .  
- آثار التصرفات الباطلة ، بحث منشور بمجلة القانون و الإقتصاد ، العدد الأول و الثاني ،  
السنة الثالثة و الرابعة مارس ١٩٣٣ م .
- ٣ - حنفي ، أ. محمد الحسيني .  
نظرية البطلان في العقود في الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية و الإقتصادية  
العدد الأول السنة الثانية ، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٦٠ م .
- ٤ - د . محمد زكي عبد البر .  
العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و في القانون المدني العراقي و ما يقابله في القانون المدني  
المصري ، بحث منشور بمجلة القانون و الإقتصاد العددان الأول و الثاني ، السنة ٢٥ مطبعة  
جامعة القاهرة ١٩٥٦ م .

٥ - فهمي بك ، أ. حامد .

نظرية التصرفات الإقرارية و الإنشائية ، من وجهتها الشرعية و القانونية و الإنشائية في الفقه  
و في أحكام التسجيل ، بحث بمجلة القانون و الإقتصاد العدد الأول ، السنة الأولى ،  
سنة ١٣٤٩هـ / ١٩٣١ م .

## ٢ - الرسائل الجامعية .

١ - حبار ، د. محمد .

نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي  
دراسة مقارنة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، ١٩٨٦/١٩٨٧ م .

## خامسا : كتب القانون .

١ - الألفي ، د. محمد .

الفضالة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية الجزائر ، ١٩٨١ م ، رسالة باللغة الفرنسية  
مقدمة إلى جامعة السوربون للحصول على درجة دكتوراه دولة في القانون المدني ، بتاريخ  
٥ جويلية ١٩٧٣ م .

٢ - أحمد شوقي ، د. محمد عبد الرحمن .

إجازة العقد القابل للإبطال ، المطبعة العربية الحديثة القاهرة ، ١٩٨٣ م .

٣ - البدر اوي ، د. عبد المنعم .

عقد البيع في القانون المدني ، دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الثانية ١٩٥٨ م .

٤ - حسنين ، د. محمد .

عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،

الطبعة الرابعة ١٩٩٤ م .

- الوجيز في نظرية الإلتزام ، مصادر الإلتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري ،

المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، سنة الطبع ١٩٨٣ م .

- ٥ - حامق ، أ. ذهبية .  
الفضالة في القانون المدني الجزائري ، مقارنة بالقوانين الأخرى ، ديوان المطبوعات الجامعية  
الجزائر ١٩٨٧ م .
- ٦ - يكن ، د. زهدي .  
شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشرائع الإسلامية و الرومانية و القوانين الحديثة ،  
دار الثقافة بيروت ، الطبعة الثانية ، تاريخ الطبع غير منكور .
- ٧ - مرقس ، د. سليمان .  
- في الإلتزامات ، مصادر الإلتزام و آثاره و أوصافه و انتقاله و انقضاؤه و النظرية العامة  
للإلتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤ م .  
- عقد الإيجار ، العقود المسماة ، مطبعة النهضة الجديدة القاهرة ، ١٩٦٨ م .  
- عقد البيع ، العقود المسماة ، دار الهناء للطباعة القاهرة ، الطبعة الرابعة ١٩٨٠ م .  
- المدخل للعلوم القانونية ، شرح الباب التمهيدي من التقنين المدني المطبعة العالمية القاهرة ،  
طبعة ١٩٦٧ م .
- ٨ - المحمصاني ، د. صبحي .  
الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، ماضيها و حاضرها ، دار العلم للملايين بيروت ،  
الطبعة الثالثة ١٩٦٥ م .
- ٩ - محدة ، د. محمد .  
الخطبة و الزواج ، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية ، دار الشهاب ، باتنة الجزائر ،  
الطبعة الثانية ١٩٩٤ م .
- ١٠ - السنهوري ، د. عبد الرزاق أحمد .  
- نظرية العقد ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، سنة ١٩٣٤ م .  
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،  
أ - نظرية الإلتزام ، المجلد الأول .  
ب - عقد البيع ، المجلد الرابع .  
دار النهضة العربية القاهرة ، تاريخ الطبع غير منكور .

١١ - سلطان ، د. أنور.

- المبادئ القانونية ، دار النهضة ، بيروت الطبعة الرابعة ، ١٩٨٣ م .

- مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، عمان ، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٧ م .

١٢ - السعدي ، د. محمد صبري .

شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، دار الهدى عين مليلة الجزائر ، الطبعة الأولى ١٩٩٢ م .

١٣ - سليمان ، د. علي علي .

- النظرية العامة للإلتزام ، في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ١٩٩٣ م .

- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ١٩٩٢ م .

١٤ - العربي ، د. بلحاج .

- شرح القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .

- قانون الأسرة ، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ١٩٩٤ م .

١٥ - عبد الباقي ، د. عبد الفتاح .

دروس مصادر الإلتزام ( نظرية العقد ) ، مطبعة نهضة مصر القاهرة ، ١٣١٨ هـ / ١٩٦٩ م .

١٦ - العطار ، د. عبد الناصر توفيق .

نظرية الأجل في الإلتزام في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية ، مطبعة السعادة سنة ١٩٧٨ م .

١٧ - فرج ، د. توفيق حسن .

عقد البيع و المقايضة ، المكتب المصري الحديث ، طبعة ١٩٦٩ م .

١٨ - الصدة ، د. عبد المنعم فرج .

نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة ١٩٧٤ م .

- ١٩ - شنب ، د. محمد لبيب شنب و الدكتور مجدي صبحي خليل .  
شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية القاهرة ، دون تاريخ الطبع .
- ٢٠ - تقيّة ، د. محمد ،  
الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام ، في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ،  
المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ١٩٨٤ م .

## سادسا : الموسوعات و مجموعة الأعمال التحضيرية

- ١ - وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة قطر .  
الموسوعة الفقهية ، مطبعة الموسوعة الفقهية ، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ / ١٩٨٤ م .
- ٢ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري قامت بطبعتها وزارة العدل بالحكومة المصرية بمطبعة دار الكتاب العربي بمصر .
- ٣ - مجموعة أحكام النقض ، الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية و الدائرة المدنية ، السنة التاسعة ، العدد الأول : من يناير إلى مارس سنة ١٩٥٨ م ، المطبعة الأميرية الفرعية بدار القضاء العالي ١٩٥٨ م .
- ٤ - مجموعة أحكام النقض ، الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية و التجارية و من الدائرة المدنية و دائرة الأحوال الشخصية السنة الثالثة و العشرون العدد الأول : من يناير إلى مارس سنة ١٩٧٢ م ، مطبعة دار القضاء العالي القاهرة ١٩٧٣ م .
- ٥ - الفكهاني ، أ. حسن .  
موسوعة القضاء و الفقه للدول العربية ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، القسم الثاني في شرح القانون الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ م ، المجلد السادس و الأربعون ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م .
- ٦ - قانون الأسرة ، الصادر بقانون رقم ٨٤ - ١١ ، صادر بتاريخ ٠٩ جوان ١٩٨٤ م ، منشور بالجريدة الرسمية ، السنة الواحدة و العشرون ، العدد ٢٤ ، صادر بتاريخ ١٢ رمضان ١٤٠٤ هـ / الموافق لـ ١٢ جوان ١٩٨٤ م .

- ٧ - القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم ٧٥ - ٥٨ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ م .  
منشور بالجريدة الرسمية ، السنة ١٢ ، العدد ٧٨ صادر بتاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٧٥ م .

## سابعاً : القواميس اللغوية وكتب التاجم .

### ١ - القواميس اللغوية

- ١ - ابن منظور ، محمد بن مكرم جمال الدين ، المتوفى سنة ٧١١ هـ .  
لسان العرب ، دار المعارف ، القاهرة ، تاريخ الطبع غير مذكور .
- ٢ - الجرجاني ، علي بن محمد السيد الشريف ، المتوفى ٨١٦ هـ .  
كتاب التعريفات ، معجم فلسفي منطقي صوفي فقهي لغوي نحوي . تحقيق عبد المنعم الحفنى دار  
الرشاد القاهرة ، طبعة ١٩٩١ م .
- ٣ - الرازي ، محمد بن أبي بكر .  
مختار الصحاح ، دار الهدى عين مليلة ، الطبعة الرابعة ١٩٩٠ م .
- ٤ - الفيروزآبادي ، محمد بن يعقوب مجد الدين ، الشيرازي ، المتوفى سنة ٨١٧ هـ .  
القاموس المحيط ، دار الكتاب العربي ، دون تاريخ الطبع .

### ٢ - كتب التراجم والأعلام .

- ١ - ابن العماد ، أبو الفلاح عبد الحي ، المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ .  
شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، منشورات دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، دون تاريخ الطبع .
- ٢ - ابن حجر ، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .  
- الإصابة في تمييز الصحابة و معه دمة الإستيعاب في أسماء الأصحاب لمحمد بن أحمد  
الأنصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، تاريخ الطبع  
غير مذكور  
- تبصير المنتبه بتحرير المشتبه ، المكتبة العلمية ، بيروت ، دون تاريخ الطبع .

- ٣ - ابن سعد ، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري .  
الطبقات الكبرى ، دار الكتب العلمية ، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م .
- ٤ - ابن خلّكان ، أحمد بن محمد بن أبي بكر ، المتوفى سنة ٦٨١ هـ .  
وفيات الأعيان و أنباء الزمان ، دار صادر ، بيروت بتاريخ ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .
- ٥ - البغدادي ، أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي .  
تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة ٤٦٣ هـ ، المكتبة السلفية المدنية المنورة ،  
دون تاريخ الطبع .
- ٦ - الذهبي ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان المتوفى سنة ٨٤٨ هـ .  
الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة ، دار الكتب الحديثة القاهرة ، الطبعة الأولى  
١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م .
- سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

ثامنا : مراجع باللغة الفرنسية .

1 - MAZEAUD ( H . L et J ) et DEJUGLART ( M ).

Leçons de droit civil, tome II 1er Volume ( obligations, théories générales ).

by editions mont Chrestin, Paris, Quatrième édition 1969 .

2 - P. Gérard COUTURIER .

La confirmation des actes nuls.

Bibliothèque de droit privé, thèse Paris 1969.

## فهرس المحتويات

أ.....	المقدمة
	الفصل الأول: التعريف بالعقد الموقوف و مكانه و طبيعته
١.....	تمهيد
٢.....	المبحث الأول: مفهوم العقد الموقوف
٢.....	المطلب الأول: تعريف العقد الموقوف و تقسيماته
٢.....	الفرع الأول: مفهوم العقد
٢.....	البند الأول: العقد في اللغة
٣.....	البند الثاني: العقد في الإصطلاح الشرعي
٦.....	البند الثالث: العقد في الإصطلاح القانوني
٨.....	الفرع الثاني: تقسيمات العقد
٨.....	البند الأول: تقسيمات العقد في الفقه الإسلامي
٨.....	أولا: العقد الصحيح
٨.....	١ - الصحيح النافذ
٨.....	أ - النافذ اللازم
٨.....	ب - النافذ غير اللازم
٨.....	٢ - الصحيح الموقوف
٩.....	ثانيا: العقد غير الصحيح
٩.....	١ - العقد الباطل
٩.....	٢ - العقد الفاسد
١٠.....	البند الثاني: تقسيمات العقد في القانون
١٠.....	أولا: العقد الصحيح في القانون
١٠.....	ثانيا: العقد الباطل في القانون
١٠.....	١ - العقد الباطل بطلانا مطلقا
١١.....	٢ - العقد الباطل بطلانا نسبيا
١٣.....	المطلب الثاني: تعريف العقد الموقوف
١٣.....	الفرع الأول: الوقف في اللغة
١٣.....	الفرع الثاني: حقيقة العقد الموقوف في الإصطلاح الشرعي
١٦.....	الفرع الثالث: العقد الموقوف عند فقهاء القانون

- البند الأول : تعريف العقد القابل للإبطال ..... ١٦
- البند الثاني : تعريف العقد غير الساري ..... ١٦
- البند الثالث : تمييز البطلان النسبي عن العقد الموقوف ..... ١٧
- المبحث الثاني : مكانة العقد الموقوف ..... ١٨
- المطلب الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة
- و ما يقابل ذلك في القانون ..... ١٩
- الفرع الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة و غير الصحيحة ..... ١٩
- البند الأول : الإتجاه القائل بصحة العقد الموقوف ..... ١٩
- أولا : تصنيف أصحاب هذا الإتجاه ..... ١٩
- ثانيا : عرض أدلة الإتجاه القائل بصحة العقد الموقوف
- و ما ورد عليها من اعتراضات ..... ٢٠
- ١ - الأدلة من النص ..... ٢٠
- أ - الأدلة من الكتاب ..... ٢٠
- ب - الأدلة من السنة ..... ٢١
- ٢ - الأدلة من القياس ..... ٢٧
- ٣ - الأدلة من رعاية المصالح ..... ٢٧
- ٤ - الأدلة من المعقول ..... ٢٨
- البند الثاني : الإتجاه القائل ببطلان العقد الموقوف ..... ٢٨
- أولا : تصنيف أصحاب هذا الإتجاه ..... ٢٩
- ثانيا : عرض أدلة الإتجاه القائل ببطلان العقد الموقوف
- و ما ورد عليها من اعتراضات ..... ٢٩
- ١ - الأدلة من النص : ..... ٢٩
- أ - الأدلة من الكتاب ..... ٢٩
- ب - الأدلة من السنة ..... ٣١
- ٢ - الأدلة من القياس ..... ٣٤
- ٣ - الأدلة من المعقول ..... ٣٤
- الفرع الثاني : مكانة العقد القابل للإبطال و العقد غير الساري
- بين الصحة و البطلان ..... ٣٦
- البند الأول : مكانة العقد القابل للإبطال بين الصحة و البطلان ..... ٣٦
- البند الثاني : مكانة العقد غير الساري بين الصحة و البطلان ..... ٣٨
- المطلب الثاني : مكانة العقد الموقوف بين العقود التي توصف بالإطلاق
- و التقييد في الفقه الإسلامي و القانون ..... ٣٩

الفرع الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة و المضافة

- ٣٩..... و المعلقة في الفقه الإسلامي
- ٣٩..... البند الأول : مكانة العقد الموقوف من العقد المنجز
- ٣٩..... أولا : حقيقة العقد المنجز
- ٤٠..... ثانيا : مقارنة العقد الموقوف بالعقد المنجز
- ٤١..... البند الثاني : مكانة العقد الموقوف من العقد المضاف
- ٤١..... أولا : حقيقة العقد المضاف
- ٤١..... ثانيا : مقارنة العقد الموقوف بالعقد المضاف
- ٤١..... البند الثالث : مكانة العقد الموقوف من العقد المعلق
- ٤١..... أولا : حقيقة العقد المعلق
- ٤٢..... ثانيا : مقارنة بين العقد الموقوف و العقد المعلق
- ٤٣..... الفرع الثاني : مكانة العقد الموقوف من الشرط و الأجل في فقه القانون
- ٤٣..... البند الأول : مكانة العقد الموقوف من الشرط الواقف
- ٤٣..... أولا : حقيقة الشرط في القانون
- ٤٥..... ثانيا : التمييز بين العقد الموقوف و الشرط الواقف
- ٤٦..... البند الثاني : مكانة العقد الموقوف من الأجل الواقف في القانون
- ٤٦..... أولا : حقيقة الأجل في القانون
- ٤٧..... ثانيا : التمييز بين الأجل و الشرط
- ٤٨..... ثالثا : التمييز بين الأجل الواقف و العقد الموقوف
- ٤٨..... المبحث الثالث : طبيعة العقد الموقوف
- ٤٩..... المطلب الأول : العقد الموقوف عقد صحيح
- ٤٩..... الفرع الأول : أصحاب هذا الرأي
- ٤٩..... الفرع الثاني : حقيقة هذا الرأي
- ٤٩..... الفرع الثالث : عرض أدلة هذا الرأي
- ٥٠..... الفرع الرابع : نقد أدلة هذا الرأي
- ٥١..... المطلب الثاني : العقد الموقوف قسم من العقد الصحيح
- ٥١..... المطلب الثالث : طبيعة ما يقابل العقد الموقوف في القانون
- ٥٢..... الفرع الأول : طبيعة العقد القابل للإبطال
- ٥٢..... البند الأول : التمييز بين البطلان النسبي و البطلان المطلق
- البند الثاني : التمييز بين البطلان النسبي و العقد الفاسد
- ٥٣..... في الفقه الإسلامي

- أولا : أوجه الإختلاف من حيث الغاية التشريعية ..... ٥٣
- ثانيا : أوجه الإختلاف من حيث الأحكام ..... ٥٣
- الفرع الثاني : طبيعة العقد غير الساري ( أو غير النافذ ) ..... ٥٤

## الفصل الثاني : حالات العقد الموقوف وتصنيفها

- تمهيد ..... ٥٦
- المبحث الأول : حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ..... ٥٦
- المطلب الأول : حالات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ..... ٥٧
- الفرع الأول : عرض حالات العقد الموقوف كما جاءت في كتب الفقه ..... ٥٧
- البند الأول : صور العقد الموقوف في كتب الفقه الحنفي ..... ٥٧
- أولا : عقد البيع ..... ٥٨
- ثانيا : عقد الإيجار ..... ٦١
- ثالثا : عقد الوكالة ..... ٦١
- رابعا : عقد الصلح ..... ٦٢
- خامسا : عقد الوديعة ..... ٦٢
- سادسا : عقد الوقف ..... ٦٣
- سابعا : عقد الهبة ..... ٦٣
- ثامنا : عقد النكاح ..... ٦٣
- تاسعا : الطلاق ..... ٦٤
- عاشرا : الخلع ..... ٦٤
- حادي عشر : عقد الوصية ..... ٦٥
- البند الثاني : صور العقد الموقوف في كتب الفقه المالكي و غيره ..... ٦٥
- أولا : صور العقد الموقوف في كتب الفقه المالكي ..... ٦٥
- ١ - في عقد البيع ..... ٦٥
- ٢ - تصرف المرأة المتزوجة في مالها بالمحابة ..... ٦٦
- ٣ - عقد الإجارة ..... ٦٧
- ٤ - عقد الطلاق ..... ٦٨
- ٥ - عقد الهبة ..... ٦٨
- ثانيا : صور العقد الموقوف في كتب غير المالكية ..... ٦٨
- أ - الفقه الشافعي ..... ٦٨
- ب - الفقه الحنبلي ..... ٦٩

- ٦٩..... الفرع الثاني : ترتيب حالات العقد الموقوف
- ٧٤..... المطلب الثاني : حالات العقد الموقوف في القانون
- ٧٤..... الفرع الأول : حالات العقد القابل للإبطال
- ٧٤..... البند الأول : صور العقد القابل للإبطال في القانون المدني
- ٧٤..... الحالة الأولى : تصرفات ناقص الأهلية
- ٧٦..... الحالة الثانية : توافر عيوب الإرادة
- ٧٧..... الحالة الثالثة : اجتماع عاهتين
- ٧٧..... الحالة الرابعة : البيع في مرض الموت
- ٧٧..... الحالة الخامسة : بيع ملك الغير
- ٧٨..... الحالة السادسة : بيع النائب لنفسه
- ٧٨..... البند الثاني : صور العقد الموقوف في التقنينات المدنية
- ٧٨..... أولا : صور العقد الموقوف في القانون المدني العراقي
- ٧٨..... ثانيا : صور العقد الموقوف في القانون المدني الأردني
- ٧٩..... الفرع الثاني : حالات عدم السريان أو عدم النفاذ في القانون
- ٨١..... المبحث الثاني : تقسيم و تصنيف حالات العقد الموقوف
- ٨٢..... المطلب الأول : حالات العقد الموقوف الصحة
- ٨٢..... الفرع الأول : معنى الصحة
- ٨٢..... البند الأول : الصحة في اللغة
- ٨٣..... البند الثاني : الصحة في الإصطلاح الشرعي
- ٨٣..... الفرع الثاني : شروط صحة العقد
- ٨٣..... البند الأول : أن يكون خاليا من الجهالة
- ٨٤..... البند الثاني : أن يكون خاليا من الإكراه
- ٨٥..... البند الثالث : أن يكون خاليا من التوقيف
- ٨٥..... البند الرابع : أن يكون خاليا من الغرر
- ٨٥..... البند الخامس : أن يكون خاليا من الضرر
- ٨٥..... البند السادس : أن يكون العقد خاليا من الشرط الفاسد
- ٨٦..... الفرع الثالث : حالات عدم الصحة
- ٨٦..... البند الأول : حالات عدم تعيين الثمن
- ٨٧..... البند الثاني : حالات وجود الضرر و الغرر عند تسليم المبيع
- ٨٧..... أولا : بيع ما في تسليمه ضرر
- ٨٧..... ثانيا : بيع ما في تسليمه غرر
- ٨٨..... البند الثالث : حالة العقد المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام

- المطلب الثاني : حالات العقد الموقوف للزوم ..... ٩٠
- الفرع الأول : معنى الزوم ..... ٩٠
- البند الأول : الزوم في اللغة ..... ٩٠
- البند الثاني : الزوم في الإصطلاح الشرعي ..... ٩٠
- الفرع الثاني : شروط الزوم ..... ٩١
- البند الأول : خيار المجلس ..... ٩١
- البند الثاني : خيار الشرط ..... ٩٢
- البند الثالث : خيار العيب ..... ٩٢
- البند الرابع : خيار الرؤية ..... ٩٣
- البند الخامس : خيار التعيين ..... ٩٣
- الفرع الثاني : حالات عدم الزوم ..... ٩٤
- المطلب الثالث : حالات العقد الموقوف النفاذ ..... ٩٥
- الفرع الأول : معنى النفاذ و التوقف و شروطهما ..... ٩٦
- البند الأول : معنى النفاذ و التوقف ..... ٩٦
- أولا : معنى النفاذ ..... ٩٦
- ثانيا : معنى التوقف ..... ٩٧
- البند الثاني : شروط النفاذ و التوقف ..... ٩٧
- أولا : شروط النفاذ ..... ٩٧
- ثانيا : شروط التوقف ..... ٩٨
- الفرع الثاني : الحكمة من وقف العقد و تقرير دعوى الإبطال  
و عدم السريان ..... ٩٩
- البند الأول : الحكمة من وقف العقد ..... ١٠٠
- أولا : في حالات التصرف في مال الغير ..... ١٠٠
- ثانيا : في حالات تصرف ناقص الأهلية ..... ١٠٠
- ثالثا : في حالات معيب الإرادة ..... ١٠٠
- رابعا : في حالات التصرف فيما تعلق به حق الغير ..... ١٠١
- البند الثاني : الحكمة من تقرير دعوى الإبطال و عدم السريان ..... ١٠١
- أولا : الغاية من تقرير دعوى الإبطال ..... ١٠٢
- ثانيا : الغاية من تقرير عدم السريان ..... ١٠٣
- الفرع الثالث : حالات عدم النفاذ ..... ١٠٣
- البند الأول : التصرفات الموقوفة في مال الغير ..... ١٠٤
- البند الثاني : التصرفات الموقوفة في مال النفس ..... ١٠٥

النوع الأول : إذا كان المتصرف ناقص الأهلية ..... ١٠٥

النوع الثاني : أن يتعلق بالمال المتصرف فيه حق الغير ..... ١٠٦

## الفصل الثالث : محل العقد الموقوف

- تمهيد ..... ١٠٨
- المبحث الأول : محل العقد الموقوف من المعاوضات ..... ١٠٩
- المطلب الأول : بيع ملك الغير ..... ١٠٩
- الفرع الأول : تعريف بيع الفضولي ..... ١١٠
- البند الأول : تعريف البيع ..... ١١٠
- أولا : البيع لغة ..... ١١٠
- ثانيا : البيع في الإصطلاح ..... ١١٠
- البند الثاني : تعريف الفضولي ..... ١١٢
- أولا : الفضولي لغة ..... ١١٢
- ثانيا : الفضولي في اصطلاح الفقهاء ..... ١١٢
- ثالثا : الفضولي في القانون ..... ١١٢
- الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية و القانون ..... ١١٦
- البند الأول : حكم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي ..... ١١٦
- أولا : الرأي القائل ببطلان بيع الفضولي لمال الغير ..... ١١٦
- ثانيا : الرأي القائل بصحة بيع الفضولي لمال الغير
- موقوفا على إجازة المالك ..... ١١٧
- ثالثا : شروط بيع الفضولي ..... ١١٨
- البند الثاني : حكم بيع ملك الغير في القانون ..... ١٢٠
- أولا : النصوص التي وردت في الجزاء الذي يلحق بيع ملك الغير ..... ١٢١
- ثانيا : أسباب اختلاف المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة الجزاء الذي يلحق
- بيع ملك الغير ..... ١٢٢
- ثالثا : اختلاف القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري في طبيعة
- الجزاء الذي يلحق بيع ملك الغير ..... ١٢٤
- المطلب الثاني : شراء الفضولي للغير ..... ١٢٨
- الفرع الأول : حكم شراء الفضولي في الفقه الإسلامي ..... ١٢٨
- البند الأول : عرض آراء الفقهاء في شراء الفضولي للغير ..... ١٢٨
- ١ - الرأي الأول ..... ١٢٨

- النوع الأول : إذا كان المتصرف ناقص الأهلية ..... ١٠٥
- النوع الثاني : أن يتعلق بالمال المتصرف فيه حق الغير ..... ١٠٦

## الفصل الثالث : محل العقد الموقوف

- تمهيد ..... ١٠٨
- المبحث الأول : محل العقد الموقوف من المعاوضات ..... ١٠٩
- المطلب الأول : بيع ملك الغير ..... ١٠٩
- الفرع الأول : تعريف بيع الفضولي ..... ١١٠
- البند الأول : تعريف البيع ..... ١١٠
- أولا : البيع لغة ..... ١١٠
- ثانيا : البيع في الإصطلاح ..... ١١٠
- البند الثاني : تعريف الفضولي ..... ١١٢
- أولا : الفضولي لغة ..... ١١٢
- ثانيا : الفضولي في اصطلاح الفقهاء ..... ١١٢
- ثالثا : الفضولي في القانون ..... ١١٢
- الفرع الثاني : حكم بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية و القانون ..... ١١٦
- البند الأول : حكم بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي ..... ١١٦
- أولا : الرأي القائل ببطان بيع الفضولي لمال الغير ..... ١١٦
- ثانيا : الرأي القائل بصحة بيع الفضولي لمال الغير
- موقوفا على إجازة المالك ..... ١١٧
- ثالثا : شروط بيع الفضولي ..... ١١٨
- البند الثاني : حكم بيع ملك الغير في القانون ..... ١٢٠
- أولا : النصوص التي وردت في الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير ..... ١٢١
- ثانيا : أسباب اختلاف المشرع الفرنسي في تحديد طبيعة الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير ..... ١٢٢
- ثالثا : اختلاف القانون المدني الجزائري و القانون المدني المصري في طبيعة الجزاء الذي يلحق ببيع ملك الغير ..... ١٢٤
- المطلب الثاني : شراء الفضولي للغير ..... ١٢٨
- الفرع الأول : حكم شراء الفضولي في الفقه الإسلامي ..... ١٢٨
- البند الأول : عرض آراء الفقهاء في شراء الفضولي للغير ..... ١٢٨
- ١ - الرأي الأول ..... ١٢٨

١٢٩.....	٢ - الرأي الثاني
١٢٩.....	٣ - الرأي الثالث
١٢٩.....	البند الثاني : عرض أدلة هذه الآراء
١٢٩.....	أدلة الرأي الأول
١٣٠.....	أدلة الرأي الثاني
١٣١.....	أدلة الرأي الثالث
١٣٢.....	الفرع الثاني : حكم شراء الفضولي في القانون الوضعي
١٣٢.....	البند الأول : إذا تعاقد العاقد باسمه الشخصي
١٣٢.....	البند الثاني : إذا تعاقد العاقد باسم الغير
١٣٣.....	المطلب الثاني : إجارة ملك الغير
١٣٣.....	الفرع الأول : تعريف الإجارة و حكمها و شروطها
١٣٣.....	البند الأول : تعريف الإجارة
١٣٣.....	١ - في اللغة
١٣٣.....	٢ - في اصطلاح الفقه الإسلامي
١٣٤.....	البند الثاني : حكمها و ما يشترط فيها
١٣٤.....	أولا : حكم الإجارة
١٣٤.....	ثانيا : شروط الإجارة
١٣٥.....	الفرع الثاني : حكم إجارة ملك الغير
١٣٥.....	البند الأول : إجارة ملك الغير في الفقه الإسلامي
١٣٥.....	أولا : عرض آراء المذاهب
١٣٦.....	ثانيا : عرض أدلة هذه الآراء
١٣٦.....	١ - أدلة الرأي الأول
١٣٧.....	٢ - أدلة الرأي الثاني
١٣٧.....	٣ - أدلة الرأي الثالث
١٣٧.....	البند الثاني : إجارة ملك الغير في القانون
١٣٩.....	المبحث الثاني : محل العقد الموقوف من عقود التبرعات
١٣٩.....	المطلب الأول : هبة ملك الغير
١٤٠.....	الفرع الأول : تعريف الهبة و حكمها و شروطها
١٤٠.....	البند الأول : تعريف الهبة لغة و اصطلاحا
١٤٠.....	أولا : الهبة في اللغة
١٤٠.....	ثانيا : الهبة في الإصطلاح الشرعي
١٤١.....	البند الثاني : أركان الهبة

- ١٤١..... البند الثالث : شروط الهبة
- ١٤٢..... الفرع الثاني : حكم هبة ملك الغير
- ١٤٢..... البند الأول : هبة ملك الغير في الفقه الإسلامي
- ١٤٢..... أولا : عرض الأراء
- ١٤٣..... ثانيا : عرض الأدلة
- ١٤٣..... ١ - أدلة الرأي الأول : القائل بالوقف
- ١٤٣..... ٢ - أدلة الرأي الثاني : القائل بالبطان
- ١٤٤..... البند الثاني : هبة ملك الغير في القانون
- ١٤٥..... المطلب الثاني : وقف ملك الغير
- ١٤٦..... الفرع الأول : تعريف الوقف و حكمه
- ١٤٦..... البند الأول : تعريف الوقف
- ١٤٦..... ١ - الوقف لغة
- ١٤٦..... ٢ - الوقف اصطلاحا
- ١٤٧..... البند الثاني : حكمه
- ١٤٨..... الفرع الثاني : حكم وقف ملك الغير
- ١٤٨..... البند الأول : وقف ملك الغير في الفقه الإسلامي
- ١٤٨..... البند الثاني : وقف ملك الغير في القانون
- ١٤٩..... المطلب الثالث : الوصية بمال الغير
- ١٤٩..... الفرع الأول : تعريف الوصية
- ١٤٩..... البند الأول : في اللغة
- ١٤٩..... البند الثاني : في الإصطلاح الشرعي
- ١٥٠..... الفرع الثاني : حكم الوصية بمال الغير
- ١٥١..... المبحث الثالث : محل العقد الموقوف من سائر العقود الأخرى
- ١٥١..... المطلب الأول : عقد الزواج الموقوف
- ١٥١..... الفرع الأول : تعريف الزواج الموقوف
- ١٥٢..... الفرع الثاني : حكم الزواج الموقوف
- ١٥٤..... الفرع الثالث : حالة زواج الفضولي

## الفصل الرابع : حكم العقد الموقوف

- ١٦٠..... تمهيد :
- ١٦٠..... المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة و ما يطرأ عليه

- المطلب الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة ..... ١٦٠
- الفرع الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٦١
- الفرع الثاني : حكم العقد القابل للإبطال والعقد غير الساري
- قبل الإجازة في القانون ..... ١٦٢
- المطلب الثاني : ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة ..... ١٦٣
- الفرع الأول : فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة ..... ١٦٣
- البند الأول : فسخ العقد الموقوف قبل الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٦٤
- البند الثاني : فسخ العقد القابل للإبطال قبل الإجازة في القانون ..... ١٦٥
- الفرع الثاني : هلاك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة ..... ١٦٦
- البند الأول : هلاك محل التصرف الموقوف قبل الإجازة
- في الفقه الإسلامي ..... ١٦٧
- أولا : هلاك الثمن ..... ١٦٧
- ثانيا : هلاك المبيع ..... ١٦٧
- البند الثاني : هلاك محل العقد القابل للإبطال في القانون ..... ١٦٨
- الفرع الثالث : طروء الملك البات على الملك الموقوف ..... ١٦٩
- البند الأول : طروء الملك البات على الملك الموقوف
- في الفقه الإسلامي ..... ١٧٠
- البند الثاني : ما يقابل فكرة الملك البات على الملك الموقوف في القانون ..... ١٧١
- الفرع الرابع : موت المميز قبل الإجازة ..... ١٧٢
- البند الأول : موت المميز قبل الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٧٢
- أولا : عرض آراء الفقهاء ..... ١٧٣
- ثانيا : عرض أدلة الفقهاء ..... ١٧٣
- البند الثاني : موت المميز قبل الإجازة في القانون ..... ١٧٥
- المبحث الثاني : حكم العقد الموقوف بعد الإجازة ..... ١٧٧
- المطلب الأول : حقيقة الإجازة و أحكامها ..... ١٧٨
- الفرع الأول : مفهوم الإجازة و وسائل التعبير عنها ..... ١٧٨
- البند الأول : مفهوم الإجازة ..... ١٧٨
- أولا : تعريف الإجازة لغة و اصطلاحا ..... ١٧٩
- ثانيا : الإجازة في القانون ..... ١٧٩
- البند الثاني : وسائل التعبير عن الإجازة ..... ١٨٠
- أولا : وسائل التعبير عن الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٨١
- ثانيا : وسائل التعبير عن الإجازة في القانون ..... ١٨٣

- الفرع الثاني : أحكام الإجازة ..... ١٨٤
- البند الأول : من يملك الإجازة ( المجيز ) ..... ١٨٤
- أولا : المجيز في الفقه الإسلامي ..... ١٨٤
- ثانيا : المجيز في القانون ..... ١٨٦
- البند الثاني : محل الإجازة ..... ١٨٦
- أولا : محل الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٨٦
- ثانيا : محل الإجازة في القانون ..... ١٨٧
- البند الثالث : المدة المحددة للإجازة ..... ١٨٨
- أولا: المدة المحددة للإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٨٨
- ثانيا : المدة المحددة للإجازة في القانون ..... ١٨٩
- البند الرابع : شروط صحة الإجازة ..... ١٩٠
- أولا : شروط صحة الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٩١
- ثانيا : شروط صحة الإجازة في القانون ..... ١٩٢
- البند الخامس : حكم الإجازة ..... ١٩٣
- أولا : حكم الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٩٤
- ثانيا : حكم الإجازة في القانون ..... ١٩٥
- المطلب الثاني : رفض الإجازة ..... ١٩٧
- الفرع الأول : رفض الإجازة في الفقه الإسلامي ..... ١٩٧
- البند الأول : حالة عدم الإجازة ..... ١٩٨
- البند الثاني : حالة رفض الإجازة ..... ١٩٨
- الفرع الثاني : رفض الإجازة في القانون ..... ١٩٩
- المطلب الثالث : العقد إذا كان في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا ..... ١٩٩
- الفرع الأول : العقد إذا كان في شق منه نافذا و في شق آخر موقوفا
- أو انتقاص العقد في الفقه الإسلامي ..... ٢٠٠
- الفرع الثاني : انتقاص العقد في القانون ..... ٢٠٠

٢٠٣.....	الخاتمة.....
٢٠٩.....	فهرس الآيات القرآنية.....
٢١١.....	فهرس الأحاديث النبوية.....
٢١٣.....	فهرس تراجم الأعلام.....
٢١٤.....	فهرس المواد الفقهية و القانونية.....
٢٢٢.....	فهرس المراجع و المصانير.....
٢٣٩.....	فهرس المحنونات.....

