دائرة القضاء

JUDICIAL DEPARTMENT

المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية

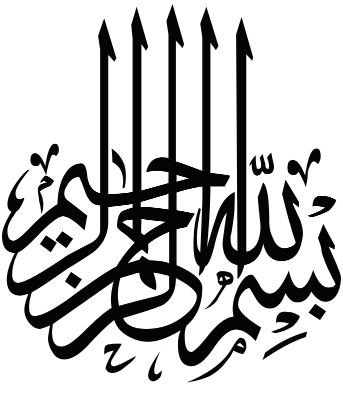
الجزء الأول

الترقيم الدولي

ISBN978-9948-492-48-1

الطبعة الأولى 2014 م

حقوق النشر محفوظة لدائرة القضاء - أبوظبي


بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

منذ إنشائها بموجب القانون رقم (23) لسنة 2006 بشأن دائرة القضاء في إمارة أبوظبي، تعمل دائرة القضاء بخطوات حثيثة على إرساء نظام قضائي مستقل متميز وفعال وتقديم خدمات عدلية عالمية الجودة، وذلك من خلال التمسك بسيادة القانون لصيانة الحقوق والحريات وأمن المجتمع.

وتحقيقاً لهذه الرؤية والرسالة النبيلة، ارتأت دائرة القضاء طباعة كافة التشريعات التي يحتاج إليها التقاضي أمام محاكم الدائرة. وباعتبارها جهة قضائية محلية، يغدو من الطبيعي أن ينصب الاهتمام على القوانين المحلية الصادرة عن المشرع المحلي في إمارة أبوظبي. من ناحية أخرى، ولما كانت المادة (121) من الدستور تخول للمشرع الاتحادي سلطة التشريع في أمور معينة، وبحيث تلتزم جهات القضاء المحلية والاتحادية على السواء بتطبيق القوانين الاتحادية الصادرة طبقاً لهذه المادة، كان من الضروري أن نهتم أيضاً بطباعة هذه التشريعات. فضلاً عن ذلك، وحيث إن التصديق على الاتفاقيات الدولية يجعلها بمثابة القانون الداخلي، ويصبح من الواجب على كافة السلطات المعنية الالتزام بها والنزول على أحكامها، كان من السائغ أن يمتد الاهتمام إلى طباعة الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي قامت الدولة بالتصديق عليها أو الانضمام إليها.

وهكذا، شرعت دائرة القضاء في طباعة ونشر مجموعة التشريعات المحلية والاتحادية والاتفاقيات الدولية اللازمة للفصل في القضايا المتداولة أمام محاكم الدائرة. ورغبة في التيسير على القارئ، وحرصاً على سرعة الوصول إلى التشريع المنشود، فقد

ارتأينا أن تصدر المطبوعات في ثلاث سلاسل مختلفة، وبحيث تتفرد كل سلسلة منها بتصميم ولون مختلف.

وبالنظر لأهمية أحكام القضاء في فهم وتفسير نصوص القانون، ثمة سلسلة رابعة بلون مختلف، تركز على مبادئ النقض في شأن كل موضوع على حدة.

ورغبة في تيسير العلم بالتشريعات المنظمة للألعاب الرياضية، تقوم الدائرة بطباعة وإصدار سلسلة خامسة تحت عنوان «سلسلة التشريعات الرياضية»، تتضمن مجموعة التشريعات الدولية والوطنية ذات الصلة بالرياضة.

وحرصاً على إبراز اهتمام دولة الإمارات العربية المتحدة، وكفالتها لحقوق الإنسان الواردة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، ارتأت الدائرة تكريس سلسلة خاصة بحقوق الإنسان، تعني بتجميع وتصنيف ونشر الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة في مجال حقوق الإنسان.

ورغبة في إلقاء الضوء على النظام القانوني للشركات المملوكة للحكومة، قامت الدائرة بتخصيص سلسلة للشركات الحكومية، مع تصنيف هذه الشركات حسب مجال نشاطها، وما إذا كان النفط والطاقة بوجه عام أو التأمين أو السياحة أو الزراعة إلى غير ذلك من مجالات النشاط.

وبالنظر لأهمية التعاون القضائي الدولي، قامت الدائرة باستحداث سلسلة لهذا المجال الحيوي الهام، يشتمل على كافة

الموضوعات ذات الصلة بالتعاون القضائي الدولي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وكذا في المواد الجنائية.

وفي الختام، المأمول هو أن يحوز هذا الجهد على رضا القارئ، وأن يكون ذا فائدة وخدمة للقضاة والمتقاضين ولسائر المشتغلين والمهتمين بالقانون.

والله ولي التوفيق،،،

دائرة القضاء ـ أبوظبي

مقدمـة

عند تطبيق التشـريع بإجراء حكمه علـى الحالات الواقعية تثور مسألة تفسـيره. حيث يتعين على القاضي قبل تطبيق التشريع أن يدرك المراد به حتى يستطيع تطبيقه على ما يعرض عليه من منازعات. والتفسـير بذلك هو الاسـتدلال علـى الحكم القانونـي من نصوص التشـريع ومحاولة اسـتجلاء إرادة المشرع في شـأنها ، وذلك من خلال توضيح ما غمض من ألفاظه والتوفيق بين نصوصه المتعارضة.

وينقسم التفسير إلى ثلاثة أنواع: تشريعي ، وقضائي ، وفقهي.

فقد يجد المشـرع أن المحاكم قد فسرت تشريعاً ما على وجه يخالـف قصده. ومـن ثم ، يرى من الضـروري أن يتدخل لتفسـير هذا التشـريع ليبين حقيقة قصده ومراده. ويجب التحقق هنا من أن المشرع قصد تفسـير التشـريع السـابق وليس تعديله أو إلغائه ، وبالتالي فإن هذا التفسير لا يعد تشريعاً جديداً أتى بحكم جديد ، وإنما هو مظهر لحقيقة المراد من ذلك التشريع. وكما هو واضح من اسمه ، فإن الذي يقوم بالتفسـير التشريعي هي السلطة التشريعية في الدولة ، ويتم وفقاً للإجراءات المتطلبة لإصدار القانون.

أما التفسـير القضائي ، فهو التفسـير الذي يقـوم به القضاة بناءً على وظيفتهم التي تقتضي تفسـير القواعد القانونية قبل تطبيقها على الواقعات والمنازعات المعروضة أمامهم. ومن سـمات هذا التفسير أن القاضي لا يتطوع بالتفسـير من تلقاء نفسـه ، وإنما يجريه بمناسبة تطبيـق القانون على ما يعـرض أمامه من المنازعـات؛ فمهمة القاضي الأساسية هي الفصل في النزاع المطروح أمامه وفقاً للقانون. وفي سبيل

التعرف على القانون، يجد القاضي نفسه مطالباً بالتفسير. ولا يجوز لأحد أن يرفع دعوى إلى القضاء يطلب فيها تفسير نص من النصوص الغامضة بل يجب أن يكون ذلك بمناسبة نزاع فعلي معروض على القضاء.

ولما كان التفسير القضائي يعرض دائماً بمناسبة فرض عملي يراد إنزال حكم القانون عليه، فمن الطبيعي أن يأتي متأثراً بالظروف المحيطة بالفرض المعروض، ومتسماً بطابع الملائمة بين نصوص القانون وبين هذه الظروف.

والتفسير الفقهي – كما هو واضح من اسمه – هو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم لتفسير نصوص القانون وأحكام القضاء والتعليق عليها وانتقادها. ويتكون من حصيلة هذا الجهد مجموعة من الآراء تكون خير معين للقاضي في تكوين عقيدته بالنسبة للخصومة التي يكون رأيه بصددها. ويتميز التفسير الفقهي بأنه غير ملزم للقضاء، مهما بلغت الثقة بصاحب هذا التفسير وأياً كانت شهرته العلمية. وقد أدرك الفقه الحديث هذه الحقيقة فحاول الشراح الابتعاد عن الفروض النظرية البعيدة والاقتراب من التفسير العملي عن طريق دراسة أحكام القضاء والوقوف على كيفية تطبيقها للتشريع.

ويذهب جمهور الفقه إلى القول بأن أهمية التفسير لا تثور إلا بصدد القاعدة القانونية التشريعية بحسبانها مصوغة في ألفاظ مكتوبة. وتلك هي التي يمكن أن يعتريها الغموض أو الإبهام أو التناقض في بعض نصوصها أحياناً مما يستدعي تفسيرها وصولاً إلى تحديد مضمونها وبيان معناها. أما القواعد القانونية الأخرى

كالعرف وقواعد العدالة، فإنها لا تعدو أن تكون معنى مستقراً في الأذهان ويعيش داخل المجتمع من خلال الإحساس به وصياغته في صورة سلوك وهو لا يتصور معه أي خلاف حول مضمونها.

ومن المعلوم اختلاف قواعد التفسير بحسب ما يكون عليه النص من وضوح أو غموض. فالقاضي قد يجد للقضية المعروضة عليه نصاً يواجهها بالحل وقد لا يجد، والنص قد يكون واضحاً في معناه وخالياً من كل عيب، وقد يكون معيباً يحتاج إلى إيضاح. والمقصود بغموض النص أن يكون في دلالته على معناه خفاء وغموض، فلا يدل على المراد منه بنفسه بل يتوقف ذلك على أمر خارجي ويتحقق الوضوح في الدلالة عن طريق النظر والتأمل والتفسير.

ويمكن القول بأن طرق التفسير هي التي تعتمد على تحديد معنى الألفاظ والعبارات بحسب مدلولها اللغوي اللفظي للنصوص، إلا أن الواقع قد يكشف عن غموض في هذا التفسير. وقد تكون النتائج التي يسفر عنها التفسير اللفظي متعارضة، وقد يحدث أحياناً أن يكون المعنى الذي استخلص من التفسير اللفظي واضحاً، ولكن هناك شك في تطابق هذا المعنى مع الإرادة التشريعية (إرادة النص). ويظهر ذلك بوجه خاص عندما تبدو العبارات ناقصة، أو معيبة، فلا يفهم منها مضمون القاعدة القانونية كله أو تكون هذه العبارات عامة جداً، مما يفهم منها أكثر أو أوسع مما يقصد. وقد يحدث أن تكون هناك عبارات أو ألفاظ خاطئة، تزيف إرادة التشريع، لذا يصبح التفسير اللفظي بمفرده غير مجد، ويكون من الضروري الالتجاء إلى التفسير المنطقي حتى يكتمل به التفسير اللفظي.

وعندما يلجأ المفسر إلى التفسير المنطقي فإنه يستخدم

طرق بحث أدق من طرق التفسير اللفظي؛ لأن التفسير المنطقي أقرب للحلول الواقعية العملية وهو يتعمق للوصول إلى روح النص، مستخلصاً لهذه الروح من العوامل العقلية التي أوجب به، وكذلك من الأصول التاريخية التي تربط النص بسائر النصوص. ولعل أهم مصادر التفسير المنطقي الاعتماد على الأعمال التحضيرية، وهي مجموعة الوثائق الرسمية التي سبقت أو صاحبت صدور التشريع، ومثالها المذكرات الإيضاحية التي تصاحب التشريع عند صدوره أو تقديم المشروع المقترح للمناقشة والتصديق عليه. وكذلك المناقشات التي تحدث في البرلمان ولجانه، وأعمال اللجان التي قامت بإعداد المشروع. فالرجوع إلى محاضر أعمالها يبين لنا من أين استقت نصوص التشريع.

ويجب ملاحظة أن الأعمال التحضيرية وإن كانت تساعد المفسر على تفسير النصوص التشريعية وتتبع مقاصد المشرع في تشريعه إلا أنها لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءاً منه، وبذلك فهي غير ملزمة للقاضي، بل إن المذكرة الإيضاحية قد يوجد بها ما يخالف القانون في حالة ما إذا كان قد وضع نص في المشروع ثم عدل عنه، وقد تتضمن اجتهادات فردية لواضعي التشريع، وقد تستطرد - المذكرة الإيضاحية - في بيان أحكام معينة لم تجيء بها نصوص التشريع نفسه، فيعتبر هذا الاستطراد تزيداً من جانب واضعيها.

وقد حرضت السلطات التشريعية في دولة الإمارات العربية المتحدة على إرفاق مذكرة إيضاحية بالتشريعات الكبرى مثل قانون المعاملات المدنية الاتحادي وقانون العقوبات الاتحادي وأخيراً قانون الأحوال الشخصية الاتحادي.

وإدراكاً لأهمية المذكرات الإيضاحية في الوقوف على إرادة

المشرع من وراء النصوص، عمدت دائرة القضاء إلى طباعة ونشر كل المذكرات الإيضاحية، حتى يتسنى الاطلاع عليها والاحتكام إليها في تفسير ما غمض من نصوص القانون.

وهكذا، وكجزء من خطتها في نشر المذكرات الإيضاحية للقوانين، نضع بين أيدي القارئ الكريم المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م.

وفي الختام، المأمول هو أن يكون هذا الكتاب عوناً لكل المشتغلين بالقانون، سواء كانوا قضاة أو متقاضين أو محامين أو باحثين أكاديميين أو غيرهم من القائمين على تنفيذ القانون.

والله من وراء القصد،،،

دائرة القضاء - أبوظبي

الفصل الأول

أحكام تطبيق القانون وسريانه

من حيث الزمان والمكان

أحكام عامة

الفصل الأول
أحكام تطبيق القانون وسريانه من حيث الزمان والمكان

الفرع الأول
القانون وتطبيقه

مادة (1)

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة.

فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

المذكرة الإيضاحية :.

رؤي صياغة هذه المادة بالنص على سريان النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها وهي القاعدة العامة في

ســريان تلك النصوص كما قننت القاعدة الأصولية الفقهية رقم (14) من مجلة الأحكام العدلية وهي أنه لا مساغ للإجتهاد في مورد النص.

كمــا نصت على أنه عند عــدم وجود النــص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإســلامية بمراعاة تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمــام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإن لم يجد فمن المذاهب المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة.

كما حددت الفقرة الثانية العُرف كمصدر يلجأ إليه القاضي إذا لــم يوجــد حكم على الوجه المتقــدم والعُرف هو مــا يقارنه الناس وليــس فيه مخالفــة لنص أو تفويت مصلحة ولا جلب مفســدة (مصادر التشريع الإســلامي للمرحوم الشــيخ عبدالوهاب خلاف الطبة الثالثة سنة 1972 ص 146 وما بعدها).

وقد أشترطت المادة في العُرف الذي يحكم بمقتضاه ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب.

وإذا كان العُرف خاصاً بإمارة معينه فيسرى حكمه على هذه الإمارة لأنه يكون عُرفاً محلياً في هذه الحالة.

وهذه المادة تقابل المادة (2) أردني.

مادة (2)

يرجع في فهم النص وتفســيره وتأويله الى قواعد وأصول الفقه الإسلامي.

المذكرة الإيضاحية :.

رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من إرتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله خصوصاً أن أصول الفقه الإسلامي هي عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسبما أرتضاه أئمة ذلك العلم، وقواعد اللغة العربية، ويوجد كثير من الكتب الحديثة في هذا العلم للأساتذه شاكر الحنبلي والخضري وعبدالوهاب خلاف. وأن المشرع بين المرجع في فهم النصوص وتفسيره وتأويله ودلالته على الأحكام فأحال على علم أصول الفقه أخذاً بيد القضاء وجمعاً لهم على مرجع واحد فيكون ذلك أحرى بقدر الإمكان بإبعاد أسباب الخلاف فضلاً عن التوجيه والإرشاد ومعيناً لا ينضب في إستنباط الأحكام على أسس ثابته تسدد خطاهم وتقرب بين منحاهم وتصل بهم إلى سواء السبيل.

وهذه المادة تقابل المادة (3) أردني.

مادة (3)

يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

المذكرة الإيضاحية :.

حددت هذه المادة ما يعتبر من النظام العام تحديداً مرناً بأن

عـددت بعض الأحكام التي تعتبر كذلك كما أنها ربطت لأول مرة بـين فكرة النظام العام وأحكام مبادئ الشـريعة الإسـلامية عندما أشـترطت في الأحـكام المتعلقة بالنظـام العام ألا تخالـف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني
التطبيق الزمني للقانون

مادة (4)

١. لا يجوز إلغاء نص تشريعي أو وقف العمل به إلا بنص تشريعي لاحق يقضـي صراحـة بذلك أو يشـتمل على حكم يتعـارض مع حكم التشـريع السـابق أو ينظم من جديـد الموضوع الذي سـبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

2. وإذا الغـي نص تشـريعي نصاً تشـريعياً ثم الغي النص التشـريعي اللاحق فلا يترتب على هذا الإلغاء إعادة الفصل بالنص السابق إلا إذا نص صراحة على ذلك.

المذكرة الإيضاحية :ـ

الأصل في إلغاء التشـريع أو في نسخة نسـخاً كلياً أو جزئياً أن يتم بنص صريح يأتي به تشـريع لا حق وهذا هو النسخ الصريح، إلا أن النسـخ قد يكون أيضاً ضمنياً وللنسـخ الضمني صورتان : أحداهما أن يصدر تشـريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضاً تاماً مع نص في التشـريع القديم وفي هذه الحالة يقتصر النسـخ علـى الحدود التي يتحقق فيها التعارض.

وثانيهما :- أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيماً كاملاً وضعاً من الأوضاع خصص له تشريع سابق وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه ويسري ذلك على وقف العمل بالتشريع .

وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عُرف لاحق. وقد أورد البند (2) حكماً القصد منه منع اللبس عند إلغاء الإلغاء السابق للتشريع ويقابل البند (1) من هذه المادة والمادة (5) أردني والبند (2) مصدره مشروع القانون المدني العربي الموحد.

مادة (5)

1. تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في تلك النصوص.
2. وإذا توافرت الأهلية في شخص طبقاً لنصوص قديمة ثم اصبح ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فلا أثر لذلك في تصرفاته السابقة

المذكرة الإيضاحية :-

أن النصوص المتعلقة بأهلية الأداء تسري في وقت العمل بها ، ومؤدى هذا أن النصوص الجديدة ترد من كان يعتبر رشيداً إلى حالة القصر فيما لو رفعت سن الرشد ، وتدخل من كان يعتبر قاصراً في ظل القانون القديم في عداد الراشدين فيما لو خفضت السن . وذلك أن

تحديد اهلية الأداء. وهي صلاحية الإلتزام بالتصرفات الإرادية يراعي فيه حماية فريق من الأشخاص وهذه الحماية أمر متعلق النظام العام . على أن عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن أعتبر رشيداً في ظل التشريع القديم لا تؤثر في صحة التصرفات التي صدرت منه في ظل التشربع القديم فهذه التصرفات لا يجوز الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متى كان العاقد كامل الأهلية وقد إنعقادها إذ أن القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب.

وهذه المادة تقابل المواد (6) أردني و (7) سوري و (11) عراقي و (7) مصري.

المادة (6)

1. تسري النصوص الجديدة المتعلقة بتقادم الدعوى من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل.
2. على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

المذكرة الإيضاحية :.

وتنص على أن كل من تقادم لم يكتمل في ظل تشريع قائم لا يرتب أثره فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يسري هذا التشريع .

أما بدء التقادم أو وقفه أو إنقطاعه فيتحقق متى توافرت شروط

معينـــه يحددها القانون الســـاري إذ ذاك ، ومتى بدأت المدة أو وقفت أو أنقطعت وفقاً لقانون ظل البدء أو الوقف أو الإنقطاع مرتباً لحكمه في ظل القانون الجديد فالمدة التي بدأت تستمر سارية ، والمدة التي وقفت يمتنع إســتئنافها ، ما بقى ســبب الوقــف قائماً ، ما لم يقــض القانون الجديد بغير ذلك ، والمدة السابقة على سبب الإنقطاع لا تحتسب.

وهذه المادة تقابل المادة (7) أردني.

المادة (7)

1. إذا قــرر النص الجديد مدة التقادم اقصــر مما قرره النص القديم . سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.
2. أمــا إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم اقصر من المــدة المتفق التي قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

المذكرة الإيضاحية :.

قد يقــرر القانون الجديد للتقــادم مدة أقصر مــن المدة المقررة في النص القديم وفي هذه الحالة لا يبدأ ســريان المدة الجديدة بالنسبة لتقادم بدأ من قبل إلا من وقت العمل بالتشريع الجديد توخياً لإستقرار المعامــلات فالواقع أن التقادم لم يكتمل في ظل القانون القديم ولذلك لا يترتب حكمــه ، ولم يقصد من تقصير المدة في القانون الجديد إلى ترتيب هذا الحكم بإدارة الشارع دون إنقضاء المدة.

بيد أنه رؤى أن تستثنى من حكم هذه القاعدة العامة حالة إكتمال مدة التقادم التي نص عليها القانون القديم، في ظل القانون الجديد ولكن قبل أن تنقضي المدة الجديدة بتمامها ويتحقق ذلك كلما كانت البقية الباقية من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقررت في التشريع الجديد كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ولم يبق لإكتمالها سوى سنتين ثم رجع التشريع الجديد المدة ثلاث سنوات، ففي هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملاً بإنقضاء هاتين السنتين وتكون ولاية التشريع القديم قد أمتدت بعد زواله إمعاناً في تحقيق العدالة.

وعلى ذلك يقتصر تطبيق الحكم على الحالة التي يكون فيها الباقي من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأسرها ولعل هذا يوجب بصورة ظاهرة صرف النظر عن الزمن الذي مر من قبل وإفتتاح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ويعتمد عليها المتعاملون دون أن يكون هناك محل للمفاجأة وقد أثر المشروع هذا الحل من بين مختلف الحلول التي خطرت للفقه والقضاء لأنها أقلها إستهدافاً للنقد وأدناها إلى تحقيق العدل والإستقرار.

وهذه المادة تقابل المادة (8) أردني.

المادة (8)

تطبق على أدلة الإثبات النصوص السارية عند إعدادها أو في الوقت الذي كان يجب أن تعد فيه.

المذكرة الإيضاحية :.

إن هذه المادة تبحث في جواز قبول الدليل وهو أمر يتعلق بإدارة القضاء ويتصل أوثق إتصال بالنظام العام فإذا كان التشريع القديم لا يجيز قبول دليل من الأدلة في شأن واقعة من الوقائع أمام القضاء ثم صدر قانون جديد يبيح ذلك فنصوص هذا القانون هي التي تسري ولو كان الحق المتنازع فيه قد نشأ في ظل التشريع القديم وكذلك الحكم فيما يتعلق بأثر الدليل في الإثبات وهو ما يعرف في إصطلاح الفقه بالحجية وهو أمر تتكفل النصوص بتعيينه ليكون أساساً في الفصل في الخصومات، فمن الواجب والحال هذه أن تسري هذه النصوص من وقت العمل بها لإتصال حجية الأدلة بالنظام العام، وقد أستثنى المشرع من القاعدة العامة حالة الأدلة المهيأة وقضى بأن تسري النصوص المعمول بها في الوقت الذي يجب فيه إعداد الدليل بإعتبار أن الدليل المهيأ يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تتم تهيأته ويكون وثيق الصلة من الناحية الموضوعية بالحق.

وهذه المادة تقابل المواد (9) أردني و (9) مصري و (10) سوري و (13) عراقي.

المادة (9)

تحسب المواعيد بالتقويم الشمسي ما لم ينص القانون على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

أختلف فقهاء المسلمين في أي من التقويمين الشمسي أو القمري يعتمد ، فرأى بعضهم إعتماد التقويم الشمسي وبعضهم التقويم الهجري ، ولذلك رؤي إعتماد التقويم الشمسي إلا إذا نص القانون على غير ذلك وهو أمر يتفق مع إتجاه فقهاء الإسلام كما ورد في الجزء الثاني ص 595 من رد المحتار .

وهذه تقابل المادة (10) أردني.

الفرع الثالث
التطبيق المكاني للقانون

المادة (10)

قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو المرجع الوحيد في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

المذكرة الإيضاحية :.

تقضي هذه المادة بوجوب رجوع القاضي إلى دولة الإمارات العربية المتحدة في تكييف الروابط القانونية تمشياً مع الرأي الذي كاد ينعقد الإجماع عليه في الوقت الحاضر وينبغي أن يفهم من وجوب رجوع القاضي إلى هذا القانون في مسائل التكييف إلزامه بالرجوع إلى القانون الوطني في جملته وبما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص

أو بالأموال أياً كان مصدر هذه القواعد ، ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون الوطني بوصفه قانون القاضي في مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقة في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد أختصاصاً تشريعياً معيناً كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضي إذ تعين القانون الواجب تطبيقه فلا يكون للقاضي إلا أن يعمل أحكام هذا القانون.

ويلاحظ أنه في عجز هذه المادة عبارة (لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) زيادة في الإيضاح لتعيين الحدود التي يقف عندها إختصاص قانون القاضي في التكييف.

وهذه المادة تقابل المواد (11) أردني و (10) مصري و (11) سوري و (17) عراقي.

المادة (11)

1. يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته.
2. أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة التي

اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في دولة الإمارات العربية المتحدة فان القانون الوطني هو الذي يسري.

المذكرة الإيضاحية :.

تعين الفقرة الأولى من هذه المادة القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم، ويقصد بالحالة جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة أو على أسس من القانون كالزواج أو الحجز أو الجنسية وينصرف إصطلاح الأهلية في هذا المقام إلى أهلية الأداء وحدها أي صلاحية الشخص للإلتزام بمقتضى التصرفات الإدارية وهذه الصلاحية تتصل إتصالاً وثيقاً بالحالة، وقد أخضع المشروع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الجنسية.

هذا وقد تضمنت الفقرة الأولى إستثناء يتعلق بالأهلية : مؤداه أن الأجنبي الذي يعقد تصرفاً مالياً لا يكون أهلاً للإلتزام به وفقاً لقانون جنسيته يعتبر أهلاً لذلك متى كان هذا هو حكم القانون الوطني فيما يتعلق بالوطنيين وقد رؤي أن يتضمن المشرع هذا الحكم الإستثنائي لأن من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملماً بالقواعد المتعلقة بأهليته وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع مجالاً للشك في كمال هذه الأهلية، وتعرض الفقرة الثانية للنظام القانوني للأشخاص الإعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فتوجب تطبيق قانون الدولة التي تتخذ فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في دولة الإمارات العربية المتحدة فإن القانون الوطني

هو الذي يسري.

وهذه المادة تقابل المواد (12) أردني و (11) مصري و (12) سوري و (18) عراقي.

المادة (12)

1. يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج.
2. أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين.

المادة(13)

1. يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج.
2. أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة(14)

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شروط الأهلية للزواج.

المذكرة الإيضاحية :.

إن هــذه المواد الثلاثة عينت القانون الوجــب تطبيقه فيما يتعلق بإنعقــاد الــزواج من حيــث الموضــوع والشــكل وبعلاقــات الزوجين شخصية كانت أو مالية وبالإجراءات التي تتبع في شأن مسائل خاصة تعرض بمناســبة دعاوى الطلاق والإنفصال وتتناول المادة (12) كيفية إنعقــاد الزواج فتقضي في فقرتها الأولى بوجوب تطبيق قانون كل من الزوجين فيما يتعلق بالشــروط الموضوعية لصحــة الزواج وهذه قاعدة تقررت في المادة الاولى من إتفاقية لاهاي المعقودة في 13 يونيه سنة 1902 وأخذت بها أكثر التشريعات ، وأما من حيث الشكل فيكون الزواج صحيحاً وفقــاً لنص الفقرة الثانية من المادة متــى روعيت أوضاع البلد التــي تمت فيــه أو الأوضاع التي قررها قانــون كل من الزوجين ، وقد أســتمد المشرع هذا الحكم من المادتين (6 ، 7) من إتفاقية لاهاي التي تقدمت الإشارة إليها .

ويلاحظ أن القانون الوطني يتضمن أوضاعاً مختلفة فيما يتعلق بالشكل :ـ

فهناك الأوضاع المقررة في الشريعة الإسلامية ، وهناك الأوضاع المقــررة في نظم الطوائف غير الإســلامية إلا أن هذه الأوضاع الأخيرة لا ينعقد الزواج صحيحاً على وفقها إذا كان أحد الزوجين مســلماً أو كان كلا الزوجين غير تابع للكنيسة التي يعقد الزواج أمامها.

وقد قــررت المادة (13) حكــم الإختصاص بالنســبة إلى الآثار التــي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنســبة إلى المال فتخضع كل ذلــك لقانون الــزوج وقت إنعقــاد الزواج ، وهو يتفــق مع أحكام

كثير من التشـريعات الحديثة في هذه الشـأن أما الطلاق فله حكم آخـر غير حكم الزواج إذ يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، أما التطليق والإنفصال فيطبق عليهما قانون الزوج وقت رفع الدعوى.

وقد رؤي إسـتثناء حالة ما إذا كان أحـد الزوجين وطنياً وقت إنعقاد الزواج فيطبق القانون الوطني رعاية لقواعد القانون الوطني في شـأن الزواج ، أما مسـألة الأهلية للزواج فيرجع فيها بالنسبة إلى كل من الزوجين إلى قانون جنسيته.

وهذه المواد تقابل المواد (13) و (14) و (15) أردني و (12) و (13) و (14) مصري و (13) و (14) و (15) سوري و 19 عراقي .

المادة (15)

يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المكلف بها.

المذكرة الإيضاحية :.

إن هذه المادة تتناول الإلتزام بالنفقة بين الأقارب فتوجب تطبيق قانـون المكلفين بهـا وإن هذا النـص مقصور على نفقـة الأقارب ولا يشـمل نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المواد السـابقة على إعتبار أنها من آثار الزواج.

وهذه المادة تقابل المواد (16) أردني و (15) مصري و (16) سـوري و (21) عراقي .

المادة (16)

يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

المذكرة الإيضاحية :.

قصد في هذه المادة التعميم في التعبير حتى تصبح هذه الأحكام شاملة لجميع النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين دون أن يقتصر على الولاية والوصاية والقوامة وقد أسند الإختصاص التشريعي فيما يتعلق بهذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بوجه عام لأنه أخلق القوانين بتوفير أسباب الحماية له ، أما الإجراءات الواجب إتباعها في مسائل الولاية والوصاية والقوامة وما إليها فيطبق في شأنها القانون الوطني دون غيره.

وهذه المادة تقابل المواد (17) أردني و (16) مصري و (17) سوري و (20) عراقي .

المادة (17)

1. يسري على الميراث قانون المورث وقت مورثه.
2. وتؤول الى الدولة الحقوق المالية الموجودة على إقليمها والخاصة بالأجنبي الذي لا وارث له.
3. وتسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته

من صدر منه التصرف وقت موته.

4. ويسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت صدوره. أو قانون الدولة التي تم فيها التصرف.

5. على أن قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو الذي يسري في شأن الوصية الصادرة من أجنبي عن عقاراته الكائنة في الدولة.

المذكرة الإيضاحية :.

تختتم هذه المادة طائفة النصوص المتعلقة بولاية القانون الشخصي وهي تتضمن أحكام المواريث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بوجه عام وتنتهي بحكم عام يتعلق بإقتسام الإختصاص بين قواعد الإجراءات والقواعد الموضوعية.

وقد أفرد المشروع المادة (17) للمواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وقرر أنه من الناحية الموضوعية يسري عليها قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف المضاف إلى ما بعد الموت لا عند صدور التصرف.

ومن الناحية الشكلية يسري عليها قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك قانون المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، فالنص أراد مواجهة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كما تضمن أيلولة حقوق الأجنبي الذي لا وارث له للدولة لأنها وارثة من لا وارث له، على أن قانون دولة الإمارات العربية المتحدة يسري على وصية الأجنبي عن عقاراته الكائنة في الدولة.

وهذه المادة تقابل المواد (18) أردني و (17) مصري و (18) سوري و(22) و (23) عراقي.

المادة (18)

1. يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسري بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.
2. ويحدد قانون الدولة التي يوجد بها المال ما إذا كان هذا المال عقاراً أو منقولاً.

المذكرة الإيضاحية :.

قواعد خضوع نظام الأموال لقانون موقعها كانت تستخلص من التشريعات العثمانية القديمة (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جزء 1 ص 277) ولكن رأى المشرع أن ينص عليها فنص في المادة (18) على أن مسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى يسري في شأنها قانون الموقع فيما يختص بالعقار أما بالنسبة للمنقول فيسري قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

ويلاحظ أن نص المشروع لا يخص العقار وحده بالذكر بل يتناول المنقول أيضاً ولكنه يقتصر على ذكر الملكية والحقوق العينية الأخرى دون الحقوق الشخصية وجعل الإختصاص لقانون

الجهـة التي يوجد فيها وقت تحقق السـبب الـذي أفضى إلى ترتيب أو زوال الحق العيني .

ويلاحـظ أيضـاً أن طـرق كسـب الحقـوق بالعقـد والميراث والوصية وغيرها تخضع بوصفها من أسباب إكتساب الملكية لقانون موقع المال بعموم عبارة (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخـرى قانون الموقع فيما يختص بالعقـار ......) فإذا كان قانون المال يقضـي مثلاً بـأن الوصية لا تنقل الملـك إلا بالتسـجيل فيجب تطبيق هذا القانون وبذلـك لا يكون هناك تناقض بين هذه المادة والمادة التي تسبقها.

ويعتـد بقانون الدولـة التي يوجد بها المـال لتحديد ما إذا كان عقاراً أو منقولاً .

وهذه المادة تقابل المواد (19) أردني و (18) مصري و (19) سـوري و (20) عراقـي، كمـا أسـتمدت الفقـرة الثانية من مشـروع القانون المدني العربي الوحد.

المادة (19)

1. يسـري على الالتزامات التعاقدية شـكلاً وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشـترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطناً يسـري قانـون الدولة التي تم فيهـا العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه.
2. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسـري على العقود التي أبرمت بشأنه.

المذكرة الإيضاحية :.

إن المشـروع تعرض للقاعـدة العامـة في الإلتزامـات التعاقدية ولصـور خاصة من صور العقد وتنفيذهـا ثم قـرر في نهايتها القاعدة الخاصـة بوجوب إحتـرام القواعد من صـور العقد وتنفيذهـا ثم قرر في نهايتهـا القاعدة الخاصة بوجوب إحتـرام القواعد الأمرة في حدود معينة ويراعى بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مسـتقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الإلتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الإنعقاد وشروط الصحة وترتيب الأثار.

ولذلك توخي المشـروع تجنـب التفاصيل واقتصـر علـى أكثر الاحـكام إسـتقراراً في نطـاق التشـريع، فقـرر في المـادة (19) إن الإلتزامـات التعاقديـة يسـري عليهـا القانون الـذي يقـرر المتعاقدان الخضـوع لأحكامـه صراحة أو ضمنـاً مع مراعاة الأحـكام المقررة في هـذه المادة وهذا حكم عام يمكن لسـلطان الإرادة ويضمن وحدة القانـون الواجب تطبيقه علـى العقد وحده لا تكفلهـا فكرة تحليل عناصر العقد وإختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها.

ويلاحظ أن المشروع قد أختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سـبيل الإجتهاد ولا تحول دون الإنتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقـه، وقد قرن المشـروع هذه الصيغة بنصـوص خاصة بعضها يعين إختصاصاً تشـريعياً آمراً بالنسـبة لعقود معينه وبعضهـا يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عند عدم الإتفاق، وبعض آخر يعين إختصاصها تشريعياً لمسائل تتعلق بتنفيذ العقود .

كما تناولت هذه المادة الأحكام المتعلقة بشكل العقود ويطبق عليها ذات الأحكام التي تطبق على موضوعها .

ونصت الفقرة الثانية على سريان قانون موقع العقار على العقود التي أبرمت بشأنه.

وهذه المادة تقابل المواد (20) و (21) أردني و (19) و (20) مصري و (20) و (21) سوري و (25) و (26) عراقي .

المادة (20)

1. يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.
2. ولا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وذلك بالنسبة للوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في دولة الإمارات العربية المتحدة. وان عدت غير مشروعة في البلد التي وقعت فيه.

المذكرة الإيضاحية :.

بعد أن بسط المشروع أحكام الإلتزامات التعاقدية في النصوص المتقدمة عرض في المادة (20) للإلتزامات غير التعاقدية فضمن فقرتها الأولى القاعدة العامة وخص الثانية بتفصيل يتعلق بالعمل غير المشروع، وتنحصر القاعدة العامة في خضوع الإلتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للإلتزامات

ولا تدخل الإلتزامات المترتبة على نص القانون مباشــرة في نطاق النص لأن القانون نفســه هو الذي يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطاً معيناً أو قاعدة عامة.

وتورد المادة في فقرتها الثانية إستثناء يتعلق بالمسئولية عن الفعل الضــار فتنص علــى أن أحكام الفقرة الســابقة لا تســري فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج والتي تكون مشروعة في دولة الإمارات العربية المتحدة وأن عدت غير مشــروعة في البلد الذي وقعت فيه لأن إلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام.

وهذه المادة تقابل المواد (22) أردني و (21) مصري و (22) ســوري و (27) عراقي .

المادة (21)

يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الإجرائية قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة تتناول قواعد الإختصاص والمسائل الإجرائية وقررت أن يســري عليهــا قانــون البلد الــذي تقام فيــه الدعوى أو تباشــر فيه الإجــراءات وهذا حكم عــام يقوم على إتصال هــذه الإجراءات وتلك القواعــد بالنظام العام، وقد تقدمت الإشــارة إلى كثير من تطبيقاته مــن قبل ويلاحــظ أن تعبير الإختصاص ينصرف إلــى ولاية المحكمة

كما ينصرف إلى الإختصاص النوعي والمكاني والشخصي وأن تعبير الإجرائية يشمل جميع الأوضاع التي تتبع أمام المحاكم لإستصدار أمر ولائي أو حكم قضائي لمباشرة إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التي رسمها القانون.

وهذه المادة تقابل المواد (23) أردني و (22) مصري و (23) سوري و (28) عراقي.

المادة (22)

لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في البلاد يتعارض معها.

المذكرة الإيضاحية :.

تواجه هذه المادة وما بعدها مشاكل تعرض بصدد تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التي قررتها النصوص السابقة، فقد تكون هذه القواعد مخالفة لحكم مقرر بمقتضى نص خاص أو بمقتضى معاهدة دولية نافذة في دولة الإمارات العربية المتحدة، وقد تعرض أمراً لا حكم له في تلك القواعد ولا في نص أو معاهدة خاصة وقد تقضي قاعدة بوجوب تطبيق قانون جنسية الشخص ولكن هذا الشخص لا تعرف له جنسية أو تتعدد جنسياته وأخيراً قد يتعارض تطبيق أحكام القوانين الأجنبية مع النظام العام أو الآداب.

وقد نصت هذه المادة على أن أحكام المواد السابقة لا تسري إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون أو في معاهدة دولية

نافذة في الدولة وهذا الحكم لا يتمشى مع القواعد العامة في تفسير النصوص وفي فقه القانون الدولي الخاص، فقواعد التفسير تقضي بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكم العام بالنسبة إلى الحالة التي أريد التخصيص في شأنها . أما المعاهدات فلا تكون نافذة في دولة الإمارات العربية المتحدة إلا إذا صدر تشريع يقضي بذلك ومتى صدر هذا التشريع وجب إمضاء أحكام المعاهدة وفقاً لما أستقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التي تقدمت الإشارة إليها.

وهذه المادة تقابل المواد (24) أردني و (23) مصري و (25) سوري و (29) عراقي .

المادة (23)

تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين.

المذكرة الإيضاحية :.

تواجه هذه المادة حالة عدم وجود نص في شأن حالة من أحوال تنازع القوانين وتحيل في ذلك للقانون الدولي الخاص.

وهذه المادة تقابل المواد (25) أردني و (24) مصري و (26) سوري و (30) عراقي .

المادة (24)

يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد جنسية دولة الإمارات وجنسية دولة أخرى فان قانون دولة الإمارات هو الذي يجب تطبيقه.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرض هذه المادة لحالتي التنازع السلبي (عدم وجود جنسية للشخص) والتنازع الإيجابي للجنسية (تعدد جنسيات الشخص) فتنص على أن يعين القضاء القانون الذي يجب تطبيقه دون أن تقيد في هذا التعيين بقيد، كما تنص على تغليب جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد وهذا مبدأ عام أستقر في العرف الدولي بإعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها. ويراعى أن تحويل القضاء سلطة التقدير وفقاً لأحكام هذه المادة خير من تقييده بضوابط تحد من اجتهاده والغالب أن يعيد القضاء في حالة التنازع السلبي للجنسية بقانون الشخص أو محل إقامته وهو القانون الوطني في أكثر الفروض وأن يعتد في حالة التنازع الإيجابي متى كانت جنسية دولة الإمارات العربية غير داخلة في التنازع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها.

وهذه المادة تقابل المواد (26) أردني و (25) مصري و (26) سوري و (33) عراقي.

المادة (25)

إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد السابقة إن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلي في تلك الدولة هو الذي يحدد أي شريعة منها يجب تطبيقها. فـإذا لم يوجد به نص طبقت الشريعة الغالبة أو قانون الموطن حسب الاحوال.

المذكرة الإيضاحية :.

تواجه هذه المادة حالة تعدد الشرائع التي يتكون منها القانون الواجب تطبيقه في دولة معينه (كتعدد القوانين التي تطبق في شأن الزواج مثلاً بتعدد الطوائف) وتقضي في هذه الحالة بأن القانون الداخلي لهذه الدولة هو الذي يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين هذه الشرائع وقد أستمد المشروع الحكم الوارد في هذه المبادئ مما أستقر عليه الرأي في الفقه والقضاء بوجه عام.

ويراعى أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة، ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم (الإحالة الداخلية) والواقع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينه، ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى قانون الدولة عن ولايته، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المتعين أن يُرجع إلى القانون الداخلي في هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع، وبعبارة أخرى يتخلى قانون الدولة عن إختصاصه في الإحالة ويرد هذا الإختصاص إلى دولة أخرى بمقتضى قاعدة من قواعد

الإسناد الخاص بتنظيم التنازع الدولي ما بين القوانين، أما في الإحالة الداخليــة فلا يتخلى قانــون الدولة عن إختصاصه وإنمــا هو يعين من بين الشــرائع المطبقة فيها شــريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعــد تنظيم التنــازع الداخلي ما بين القوانــين، وفي حالة عدم وجود نص في القانون الداخلي تطبيق الشريعة الغالبة أو قانون الموطن حسب الأحوال.

وهذه المادة تقابل المواد (27) أردني و (26) مصري و (28) سوري و (31) عراقي والحكم الوارد في نهاية المدة مســتمد من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

المادة (26)

1. إذا تقــرر أن قانونــا أجنبيا هــو الواجب التطبيق فــلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.
2. على انه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

المذكرة الإيضاحية :.

تنص هذه المــادة على وجــوب تطبيق الأحــكام الموضوعية في القانــون الذي تقضــي النصــوص بتطبيقــه دون القواعد التــي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، ويســتثنى من ذلك أن تحيل نصوص القانون الدولــي لقانون دولة الإمــارات العربية المتحدة ففي هــذه الحالة تطبق أحكامه.

وهذه المادة تقابل المواد (28) أردني و (27) مصري و (29) سوري و (31) عراقي.

المادة (27)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة.

المذكرة الإيضاحية :.

تنص هذه المادة على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة وهذا الحكم بالنسبة إلى الحالتين الأخيرتين انعقد عليه الإجماع وحذا المشرع في تقنينه حذو كثير من التشريعات الأجنبية ، وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الآثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق بإستبعاد تطبيق القوانين الأجنبيه ، يختلف عن إعمال الفكرة في نطاق روابط الإلتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي ، وأما عدم تطبيق أحكام مخالفة للشريعة الإسلامية فإن هذا يتمشى مع تأسيس هذا القانون على أحكام تلك الشريعة الغراء.

وهذه المادة تقابل المواد (29) أردني و (28) مصري و (30) سوري و (32) عراقي.

المادة (28)

يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله.

المذكرة الإيضاحية :.

تضع هـذه المادة حكماً عامـاً من مقتضاه تطبيـق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله .

وهذه المادة مستمدة من مشرع القانون المدني العربي الموحد.

الفصل الثاني
بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية

تضمنـت المـواد مـن (29) إلى (70) مـن البـاب التمهيدي بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية على النحو الآتي :.

المادة (29)

الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة تقـرر القاعدة الأصولية التي تمنع التمسـك بالجهل

بالأحكام وهي معمول بها في الفقة الحديث .

المادة (30)

الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

المذكرة الإيضاحية :.

وتقرر هذه المادة أصلاً عاماً من أصول القواعد التفسيرية مفاده عدم جواز القياس على الإستثناء والقياس هو إثبات حكم للفرع كحكم الأصل بناء على وجود مماثلة في العلة بين المقيس والمقيس عليه ، أو بعبارة أخرى بين المشبه والمشبه به ، ويتبين من ذلك أن القياس يكون على أصل ، ولما كان الإستثناء خلافاً للأصل فبالتالي فإنه لا يجوز القياس عليه ، كما أنه تفريعاً على ذلك فإنه لا يجوز التوسع في تفسيره وإنما يتم ذلك في حدود الضرورة التي دعت لهذا الإستثناء.

المادة (31)

ما ثبت بنص آمر يقدم على ما وجب بالشرط.

المذكرة الإيضاحية :.

ومثال ذلك أن تشترط المرأة على زوجها أن يدفع لها تعويضاً إذا أراد أن يرتجعها بعد طلاق رجعي ثم وقع الطلاق الرجعي وأراد رجعتها فإن له ذلك بدون أن يدفع لها تعويضاً لأن الرجعة أمر ثابت بنص ، وشرط التعويض لا عبرة به.

المادة (32)

ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

المذكرة الإيضاحية :-

ومثال ذلك الطهارة بالنسبة للصلاة لا تصح إلا بها فهي إذن واجبه والتوبة لا يتوصل إليها إلا بمعرفة الذنوب، فمعرفة الذنوب إذن واجبة وفهم الكتاب والسنة فرض لكن هذا الفهم لا يمكن إلا بمعرفة اللغة العربية فتعلمها أذن واجب.

المادة (33)

الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً.

المذكرة الإيضاحية :-

وهي قاعدة أصولية مبناها أن الحكم مرتبط بعلته فمتى وجدت العلة وجد الحكم بصرف النظر عن أي إعتبار والعكس صحيح.

المادة (34)

المثليات لا تهلك.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا تعلق محل الإلتزام بشئ فإن تحديده يختلف بإختلاف ما إذا كان هذا الشيء معيناً بذاته أم بنوعه فحسب ، فالشيء المعين بذاته أي الشيء القيمي يتعين بمميزاته الذاتيه بشرط أن يكون هذا التعيين واضحاً نافياً للجهالة ، والشيء المعين بنوعه أو الشيء المثلي يتحدد بنوعه وبمقداره ودرجة جودته أو صنفه.

ومن الشروط الأساسية في محل الإلتزام أن يكون موجوداً ويلاحظ أن عدم وجود الشيء الذي يتعلق به محل الإلتزام لا يتصور إلا بالنسبة إلى الأشياء المعينة بالذات أي القيمية إذ أن الاشياء المثلية يتصور دائماً وجودها ما دامت متوافرة في الأسواق حتى لو كانت غير موجوده عند المدين فهي تقوم مقام بعضها في الوفاء ومن هنا ساد القول في الفقه بأن المثليات لا تهلك.

وقد أستمدت هذه المادة من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

المادة (35)

اليقين لا يزول بالشك.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصل هذه المادة المادة (4) من المجلة .

واليقين أقوى من الشـك فلا يرتفع اليقين بالشك الضعيف أما اليقـين فيزول باليقين الأخر وهذه القاعدة مأخوذة من قاعدة (ما ثبت بيقـين لا يرتفع بالشـك وما ثبت بيقـين لا يرتفع إلا بيقـين) والمقصود بالشـك هنا (الشـك الطارئ) بعد حصول اليقـين في الأمر ومثال ذلك : إذا سـافر رجل إلى بلاد بعيده فانقطعـت أخباره مدة طويلة فإنقطاع أخبـاره يجعل شـكاً في حياته إلا أن ذلك الشـك لا يزيـل اليقين وهو حياته المتيقنـه قبلاً وعلى ذلك فلا يجوز الحكـم بموته وليس لورثته إقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً وبالعكس إذا سافر آخر بسفينه وثبت غرقها فيحكم بمـوت الرجل لأن موته ظن غالب والظن الغالب بمنزلـة اليقين، مثال آخر : لو أقر شـخص بمبلغ لآخـر قائلاً أظن أنه يوجـد لك بذمتي كذا فأقراره هذا لا يترتـب عليه حكم لأن الأصل براءة الذمة والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين بشـغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له إذ أن إقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (74) أردني.

المادة (36)

الأصل بقاء ما كان على ما كان.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (5) من مجلة الأحكام العدلية.

وهذا الأصل يسمى الإسـتصحاب وهو إعتبار الحالة الثابتة في

وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى يثبت إنقطاعها أو تبدلها.

فلو إدعى المقترض دفع الدين إلى المقرض أو إدعى المشتري دفع الثمن إلى البائع أو أدعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين أي أن هذه الديون تعتبر باقية في ذمة الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين فالأصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض فإذا حلفوا قُضي لهم.

وهذه المادة تقابل المادة (75) من القانون الأردني.

المادة (37)

الأصل براءة الذمة.

المذكرة الإيضاحية :ـ

هذه المادة أصلها المادة (8) من مجلة الأحكام العدلية وأساس هذه القاعدة أن المرء يولد خالياً من كل دين أو إلتزام أو مسئولية وكل شغل لذمته من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة والأصل في الأمور العارضة العدم.

فمن أدعى على غيره إلتزاماً بدين أو بعمل أياً كان سببه من عقد أو إتلاف أو أي سبب من أسباب الضمان فعليه هو الإثبات إذا أنكر الخصم لأن هذا الخصم يتمسك بحالة أصلية هي براءة الذمة

فيكون ظاهرة الحال شـاهداً له ما لم يثبت خلافه (الفقه الإسـلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا ص 964).

وهذه المادة تقابل المادة (73) من القانون الأردني.

المادة (38)

الأصل في الصفات العارضة العدم.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (9) من مجلة الأحكام العدلية .

والمراد بالأمور العارضة ما كان عدمه هو الحالة الأصلية والغالبة فيكون العدم هو المتيقن لأنه هو الحالة الطبيعية ويكون تغييره إلى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه فلو أدعى شخص على آخر أنه عقد معه عقداً أو اتلف له مالاً أو أرتكب جريمة وأنكر الآخر فالقول لهذا حتى يثبت المدعي هذه الأفعال لأنها أمور عارضة وإن الحالة الأصلية المتيقنه قبلاً هي عدمها.

وكذلك لو أختلف المتبايعان في صحة الدابة المبيعة أو مرضها فالقول للبائع في زعم الصحة لأن المرض هو العارض وإن السلامة هي الحالة الطبيعية الأصلية.

المادة (39)

ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (10) من المجلة .

وهـذه القاعـدة مطابقة لقاعدة (الأصل إبقـاء ما كان على ما كان) ومتممة لها وهي نفس قاعدة الإسـتصحاب ومعناها أن الشيء الـذي ثبت حصولـه في الزمن الماضـي يحكم ببقائـه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه والشـيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضاً بإستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله ومثال ذلك أن يشهد الشهود على أن الشـيء كان ملك فلان فإن شهادتهم على الملكية في الماضي وأن لـم تثبت ملكيته في الحال ألا إنهـا تقبل ويحكم بموجبها ما دام لم يوجد ما يزيلها. (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (75) بند 2 من القانون الأردني.

المادة (40)

الأصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (11) من مجلة الأحكام العدلية .

وكثيـراً ما تختلف أحكام الحوادث ونتائجها بإختلاف تاريخ حدوثهـا فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمـل على الوقت الأقرب إلى الحالة حتى يثبت الأبعد لأن الوقت الأقرب قد أتفق الطرفان على وجود الحادث فيـه وانفرد أحدهما يزعم وجوده قبل ذلك فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك.

المادة (41)

ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (15) من المجلة .

ويعبـر عن هذه القاعـدة بعبارة أخرى وهي (النـص الوارد على خلاف القياس يقتصر على مورده) والقياس يعرف بأنه : إثبات حكم للفـرع كحكم للأصـل بناء على وجـود مماثلة في العلـة بين المقيس والمقيس عليه أو بين المشبه والمشبه به.

ومـن أمثلـة القيـاس أن اللّه سـبحانه وتعالى يقول (والسـارق والسـارقة فأقطعوا أيديهما) فهذا الحكم لا يطبق على من نبش قبراً وسـرق كفناً منه لأنه لم يأخذ مالاً محـرزاً وهو علة الحكم الخاص بالسارق ولذلك يحكم على النباش بغير قطع اليد.

كمـا أن الصغيـر لا يـزوج نفسـه قياسـاً على أنـه لا يجوز له التصرف في ماله.

والحكم الذي يترتب بصورة مخالفة للقياس لا يجوز القياس عليه ومثال ذلك بيع الإستصناع فهو جائز على خلاف القياس لأن بيع المعدوم باطل ولذلك لا يجوز القياس على بيع الإستصناع كما أن بيع السلم على خلاف القياس ولذلك لا يجوز إعتبار بيع ثمر الشجر الذي لم يظهر ثمره جائزاً استناداً على جواز بيع أو بيع السلم لأن النص بجواز الإستصناع على خلاف القياس (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (221) أردني.

المادة (42)

1. لا ضرر ولا ضرار.
2. الضرر يزال .
3. الضرر لا يزال بمثله.

المذكرة الإيضاحية :.

والبند (1) هو المادة (19) من المجلة والضرر مفسده بالغير والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر.

وهذه القاعدة نص حديث نبوي شريف ، وهي من أركان الشريعة وتشهد لها نصوص كثيرة وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة كما أنها سند لمبدأ الإستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد.

ونصها يوجب منع الضرر مطلقاً عاماً أو خاصاً كما يشمل

دفعه قبل الوقوع بالطريق الممكنه وبعد الوقوع بإزالة أثاره ومنع تكراره.

والمقصود بمنع الضرار نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته فمن أتلف غيره ماله ليس له إتلاف مال الغير.

وفرع الفقهاء على هذه القاعدة أحكاماً عديدة مثل :-

1. لو انتهت مدة الاجازة الزراعية قبل حصد الزرع تبقى الأرض في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد منعاً لضرر المتسأجر بقلع زراعته قبل الأوان.
2. إحترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصرفات ولو لم يكن بايدي أصحابها وثائق حقيقية لأن في إزالتها أضرار لهم .
3. جواز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائي دفعاً لشرهم .
4. الإضرار لدفع دين الغير بلا اذنه يجعل للدافع حق الرجوع على الغير منعاً للضرر عن نفسه.

والبند (2) هو المادة (20) من المجلة وهي تعبير عن وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع كإلتزام من يضر ميزابه المارين بالطريق بإزالته أو إلزام المتلف عوض ما أتلفه.

وقد شرعت كثير من الخيارات في العقود لإلزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين كخيار العيب وخيار الغبن بالتغرير وخيار تفرق الصفقة.

والبنـد (3) أصلـه المـادة (25) من المجلـة ومقتضاه عـدم إزالة الضرر بمثله ولذلك فلو لم يجد المحتاج لدفع الهلاك عن نفســه جوعاً إلا مــال محتاج مثله فلا يجـوز له أخذه، ولا تفرض نفقـة للفقير على قريبة الفقير، ولا يقبل إجبار الشـريك على قسـمة المال المشـترك إذا كان في ذلك ضرر أكثر من ضرر الشـركة، ولا يجوز للمشتري رد المبيع المعيب بعيب قديم إذا أصابه عيب عنده.

وهذه المادة تقابل المادة (62) أردني.

المادة (43)

الضرورات تبيح المحظورات .

المذكرة الإيضاحية :-

هذه المادة أصلها المادة (21) من المجلة .

والضـرورة هي العذر الذي يجوز بسـببه إجراء الشـيء الممنوع والمباح شـرعاً هو الشـيء الذي يجوز تركه وفعله في نظر الشرع ومن امثلة ذلك إذا أصبح الشـخص في حالة الهلاك من الجوع فله أخذ مال غيره ولو بالجبر على شـرط اداء ثمنه فيما بعد أو الحصول على رضاء صاحـب المال، كما أنه يجوز للشـخص أن يقتـل الجمل الذي يصول عليه تخليصاً لحياته أو إذا أكره شـخص آخـر بتهديده بالقتل ليتلف مـال الغير. والضـرورات لا تبيح كل المحظورات بـل يجب أن تكون المحظـورات دون الضرورات أما إذا كانت الممنوعـات أو المحظورات أكثر من الضرورات فـلا يجوز إجراؤها ولا تصبح مباحة، فلا يجوز

لإنســان قتل آخر بدعوى إكراهــه وتهديده بالقتــل لأن الضرورة هنا مساوية للمحظور (شرح المجلة لعلي حيدر) .

هذه المادة تقابل المادة (222) أردني .

المادة (44)

درء المفاسد أولى من جلب المنافع.

المذكرة الإيضاحية :.

هــذه المــادة أصلها المــادة (30) من المجلة وســببها أن للمفاســد ســرياناً وتوســعاً كالوباء والحريق فمــن الحكمة والحــزم القضاء عليها في مهدها ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع او تأخير لها ومن ثم فإن حرص الشــارع على منع المنهيــات أقوى من حرصه على تحقيق المأموريات.

وقــد روى عــن رســول الله صلــى الله عليه وســلم أنه قــال (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما أستطعتم) .

وعلــى هــذا يجــب شــرعاً منــع التجــارة بالمحرمات مــن خمر ومخمورات ولو أن فيها أرباحاً ومنافع إقتصادية.

وهذه المادة تقابل المادة (64) أردني.

المادة (45)

الاضطرار لا يبطل حق الغير.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة توافق المادة (33) من المجلة والمقصود منها أن إضطرار الإنسان لإستعمال مال غيره أو حقه لا يبطل حق ذلك الغير في مطالبته بالأجرة أو التعويض كما يتبين في شرح هذه المادة لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادة (63) أردني.

المادة (46)

1. العادة محكمة عامة كانت أو خاصة.
2. وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.
3. وتترك الحقيقة بدلالة العادة

المذكرة الإيضاحية :.

وأصل هذه المواد المادة (36) و (40) و (41) من المجلة.

ومعنى البند (1) أن العادة عامة أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي وهي مأخوذه من الحديث الشريف (ما راه المسلمون حسناً فهو عند اللّه حسن) وهي مأخوذه من كتاب الأشباه وكتاب المجامع والعادة هي الأمر الذي يتقرر في النفوس ويكون مقبولاً عند

ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة ومثال ذلك ما جرى الناس على دخوله في البيع دون ذكر له وكذلك إذا كان العرف دفع الثمن مقسطاً كذلك إستئجار المرضع جائز عملاً بالعادة مع أنها في الأصل إجارة فاسدة لجهل المنفعة.

وأما البند (2) فمعناه أنه يشترط في العادة لكي تكون معتبرة أن تكون مطردة أي لا تتخلف أو غالبة.

وأما البند (3) فمثاله الإبراء المعلق على الموت فإنه يعتبر ويحمل على الوصية (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (220) أردني .

المادة (47)

استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (37) من المجلة.

ومعناها أن وضع اليد على الشيء والتصرف فيه دليل على الملك ظاهراً ، وإستعمال الناس إن كان عاماً يعد حجة في حق العموم وإن كان خاصاً ببلدة مثلاً لا يكون حجة ومثال ذلك لو أستعان شخص بآخر لشراء مال وطلب المستعان به أجراً ينظر إلى تعامل أهل السوق إن كان له أجر أخذه وإلا فلا ، وكذلك لو أهدى شخص شيئاً كالتفاح

مثلاً في صحن، يجب رد الصحن إلا إذا أهداه بلحاً أو عنباً في سل فلا يرد السل لجريان العادة بذلك وكذلك تعيين وقت عمل الأجير يرجع فيه لعرف البلدة ... وكذلك لو تعورف على وقف المنقول كان وقفه صحيحاً. ويشترط العرف حتى يكون حجة ألا يكون مخالفاً لنص أو شرط (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (48)

الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (38) من المجلة

وتعني هذه المادة أن ما أستحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً كما لو أدعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني مالاً فإن الإدعاء في هذه الحالة غير صحيح لأنه لسبب مستحيل عادة وكذلك إذا إدعى من عرف بالفقر على من عُرف بالغنى بأنه إستدان منه مبلغاً لا يجوز العادة وقوع مثله أو من يدعي أن زيداً ابنه ولا يولد مثله لمثله (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (223) أردني.

المادة (49)

العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (42) من المجلة.

والشائع هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم مثال ذلك الحكم بموت المفقود لمرور تسعين سنة من عمره مستنداً على الشائع الغائب بين الناس من أن الإنسان لا يعيش أكثر من تسعين عاماً على أن البعض قد يعيش أكثر من ذلك إلا أنه نادر ، والنادر لا حكم له بل يحكم بموته على العرف الشائع وتقسم أمواله بين ورثته (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (220) أردني .

المادة (50)

المعروف عرفاً كالمشروط شرطا .

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (43) من المجلة.

وفي الكتب الفقهية عبارات آخرى لهذه القاعدة مثل (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي) و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) و (الثابت بالعرف كالثابت بالنص) و (المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ) ومن أمثلتها إذا أتفق شخص من أجير ولم يتفق على الأجر دفع له أجر المثل عملاً بالعرف والعادة ، وكمن ينام في فندق يدفع

أجرته المتعارف عليها ، وإذا أشترى قصاب بقرة فلا يجوز له ردها على أنهـا غير حلوب لأن من المعروف أن يشـتري للذبح ، وكذلك لو كان المتعـارف عليه أن يترك راعي القرية المواشـي على رأس الزقاق فإنه لا يضمـن ما يحدث لها عند تفرقها لدورها فـإذا إعتاد توصيلها لدورها ضمن (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (224) أردني .

المادة (51)

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (45) من المجلة.

ويتفرع من هذه المادة فروع منها الإعارة المطلقة المتقيدة بالعرف والعـادة مثـال ذلك لـو أعار شـخص آخر دابـة إعارة مطلقـة لا يجوز للمسـتعير أن يركبها أو يحملها غير المعتـاد المتعارف عليه فلو حملها حديداً أو سـلك بها طريقـاً وعراً وكان تحميل الحديد وسـلوك ذلك الطريق غير معتاد يضمن. كذلك الوكيل ببيع شـيء وكالة مطلقة تعتبر عـادة بأن لا يكون تصرفه مضراً بالموكل وكل شـخص آخر ببيع شـيء وكالـة مطلقة فله أن يبيع ذلك المـال بثمن معجل أو مؤجل إلـى أجل متعارف التـأجيل بين التجـار ولا يجوز له أن يبيعه لأجل أبعد من المعتاد ، وكذلك لو وكله في بيع شـيء لا يحق له أن يبيع بعضه إن كان في تبعيضه ضرر عادة (شرح المجلي لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (226) أردني .

المادة (52)

إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (46) من المجلة.

ومعناها أنه إذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بها ، وسبب آخر يمنع العمل يرجح المانع ، ومثال ذلك لو رهن رجل عند آخر داره مثلاً يمنع الراهن عن بيعها مع أنه مالك لها وبيان ذلك أن ملكيته للدار تقتضي أن يتصرف صاحبها بها كيف شاء ، إلا أن حق المرتهن في الدار وجعلها في يده مانع يحفظ ماله والمانع مرجح على المقتضي فيعمل به ، كذلك لو أقر شخص لوارثه ولاجنبي معه بمال في مرض الموت لا يصح لأن الإقرار للوارث في مرض الموت لا يعتبر فيكون مانعاً كذلك لو بيع شيء معلوم وآخر مجهول صفقة واحدة لا يصح لمعارضة المانع وهو جهالة أحد المبيعين في الصفقة الواحدة لمقتضى وهو صحة العقد في البيع المعلوم ، وكذا لو أشترى شخص من مالاً متقوماً وغير متقوم معا. (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (227) أردني .

المادة (53)

التابع تابع ولا يفرد بالحكم.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (47) من المجلة.

ويعني هذا النص أن التابع للشيء في الوجود تابع لذلك الشيء في الحكم فلو بيعت بقرة مثلاً في بطنها جنين، دخل الجنين في البيع بلا نص عليه لأنه تبع لها فيتبعها في الحكم، وكذلك لو باع شخص بستاناً من آخر وقبل التسليم أثمر شجر ذلك البستان فلا يحق للبائع أن يجني ذلك الثمر لنفسه بل يكون مملوكاً للمشتري تبعاً، كما أن الزوائد التي تحصل في البيع بعد العقد وقبل القبض تكون مملوكة للمشتري كذلك لو رهن رجل عند آخر ناقة ونتجت عند المرتهن فالنتاج يكون رهناً ايضاً تبعاً لأمه ولا يحق للراهن أن يأخذه قبل فك الرهن (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (228) أردني.

المادة (54)

إذا سقط الأصل سقط الفرع.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (50) من المجلة.

وهـذه القاعـدة مذكرة في الأشـياء بعبارة (يسـقط الفرع إذا سـقط الأصل) ومن هذا القبيل أيضاً قاعدة (التابع يسـقط بسـقوط المتبـوع) ويفهم مـن هذه القاعدة أنه يسـقط التابع بسـقوط المتبوع أو يسـقط الفرع بسقوط الأصل أما إذا سـقط الفرع أو سقط التابع فلا يسقط المتبوع مثال ذلك لو أبرأ الدائن المدين من الدين فكما أنه يبرا المديـن يبرأ منه الكفيـل أيضاً . لأن المدين في الديـن أصل والكفيل فرع فبسـقوطه عن الأصل يسـقط عن الفرع وعلـى العكس من ذلك فإن سـقوط الفرع لا يوجب سـقوط الأصل كما لو سـقط الدين عن الكفيل بأن أبراه الدائن فإن الدين لا يسـقط عن الأصل وهو المدين . (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (209) أردني .

المادة (55)

الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (51) من المجلة.

وهذه القاعدة تعني أنه إذا أسقط شخص حقاً من الحقوق التي

يجوزله إسـقاطها يسقط ذلك الحق وبعد إسـقاطه لا يعود . مثال ذلك لو كان لأحد ديناً على آخر فأسـقطه ثم ندم على ذلك فلا يجوز له أن يرجع عليه بالدين لأن ذمته برأت بالإسـقاط وكذلك إذا سـلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فيكون قد أسقط حقه في الحبس فليس له بعد ذلك أن يطالب بإسـترجاع المبيع ليحبسه ، وكذلك لو أشترى شخص شـيئاً على خيـار الرؤية ثم باعه الثالث قبل أن يراه يكون قد أسـقط حقـه في خيار الرؤية ولا يجوز له بعد ذلك رد المبيع بخيار الرؤية إذا راه (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (230) أردني .

المادة (56)

إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (52) من المجلة.

ومعنى هذه المادة أن الشـيء الذي ثبـت ضمناً إذا بطل متضمنه لا يبقى له حكم مثال لو أشـترى شـخص من آخر اليمين الموجه عليه في المحكمة فلما كان هذا الشراء باطلاً فإن إسقاط اليمين الذي في ضمنه باطلاً أيضاً كذا لو تصالـح طرفان فأبرا الواحد منهما الآخر وكتبوا بذلك سندات فيما بينهما فظهر أن ذلك الصلح فاسد فكما أنـه يكون باطلاً يكون الإبراء الذي في ضمنه باطلاً أيضاً ويسـتثنى مـن ذلك حالة ما إذا تصالح الشـفيع والمشـتري ببدل معلـوم على حق

الشفعة فالصلح غير صحيح ولكن يسقط حق الشفيع في الشفعة فهنا مع بطلان الصلح لم يبطل إسقاط الشفعة الذي هو من ضمن الصلح كما تقتضي القاعدة (شرح المجلة لعلي حيدر)

وهذه المادة تقابل المادة (231) أردني .

مادة (57)

أن بطل الأصل يصار إلى البدل .

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (53) من المجلة .

ويفهم من هذه المادة أنه يجب إيفاء الاصل ولا يجوز إيفاء البدل بدون رضاء صاحب المال ما دام إيفاء الأصل ممكناً لأن إيفاء الأصل هو الأداء أما إيفاء الشيء بالبدل فهو إيفاء بالخلف عن الأصل والرجوع إلى الخلف مع وجود الأصل غير جائز كالمال المغصوب مثلاً فهو إذا كان موجوداً في يد الغاصب يجب رده عيناً ولا يجوز إيفاء بدله مع وجوده (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (232) أردني .

مادة (58)

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (58) من المجلة.

وهــذه القاعدة مأخوذه من قاعدة (تصــرف القاضي فيما فعله من أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة) أي تصرف الراعي في أمور الرعيــة يجــب أن يكون مبنيــاً على المصلحة وما لــم يكن كذلك لا يكون صحيحاً .

والرعيــة هي عموم الناس الذي تحت ولايــة الولي مثال ذلك إذا لم يوجد ولي للقتيل فالســلطان وليه ، فكما أن له حقاً بأن يقتص من القاتــل لــه أن يقبل الدية بدلاً عــن القصاص ألا أنه يشــترط هنا أن لا تقل الدية عن الدية الشــرعية ، وكذلك القاضي لا تعتبر تصرفاته في الأحــوال العامــة وأحكامه ما لم تكن مبنية علــى المصحلة ، فلو أمر القاضي شــخصاً بأن يســتهلك مالاً من بيت المال أو مالاً لشخص آخر فإذنه غير صحيح حتى أن القاضي نفســه لو أستهلك ذلك المال يكون ضامناً ، كذلك إذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح إن لم يكن فيه ضرر بيِّن (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (233) أردني.

مادة (59)

السؤال معاد في الجواب.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (66) من المجلة.

وتعني هذه المادة أن ما قيل في السؤال المصدق كأن المجيب المصدق قد أقر به، وهذه القاعدة مذكورة في الأشباه وحكمها يجري في جميع الفقه ومثالها إذا سأل شخص آخر عما إذا كان يقر بما في سند الدين وأجاب المدين بنعم فيكون قد أقر بجميع ما في السند، كما لو سأل آخر عما إذا كان قد أوصي بثلث ماله في وجوه البر والإحسان وهل نصبه وصياً لتنفيذ الوصية فأجابه بكلمة أوصيت أو فعلت فيكون قد أوصى بذلك المال ونصبه وصياً (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (234) أردني.

المادة (60)

لا عبرة للتوهم

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (74) من المجلة.

وقد ذكرت هذه القاعدة في كثير من الكتب الفقهية ومنها مجمع الفتاوى ويفهم منها أنه كما لا يثبت حكم شرعي إستناداً على وهم فإنه لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ

ومثال ذلك إذا توفى المفلس تباع أمواله وتقسم بين الغرماء وأن توهم أنه ربما ظهر غريم آخر جديد والواجب محافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول ألا تقسم ولكن لا إعتبار للتوهم تقسم الأموال على الغرماء ومتى ظهر غريم جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة ولو بيعت دار وكان للبائع شريكان فيها لكل حق الشفعة أحدهما غائب فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها يحكم له بذلك ولا يجوز إرجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة وكذا لو طلب رفع تبن في محل لجاره بدعوى أن النار قد تشتغل فيه أو طلب إغلاق نافذة تزيد على طول الإنسان بدعوى أنه من الممكن أن يأتي بسلم ويطل من النافذة على النساء. (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (61)

لا عبرة بالظن البيّن خطؤه.

المذكرة الإيضاحية :-

هذه المادة أصلها المادة (72) من المجلة.

وهي مأخوذه من الأشباه ويفهم منها أنه إذا وقع فعل بناء على ظن كهذا لا يعتبر فإذا حصل فعل إستناداً على ظن ثم تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم إعتباره مثال ذلك لو أوفى الكفيل الدين ثم تبين أن الأصيل قد أوفى به يحق للكفيل إسترداد المال المدفوع وكذلك لو دفع شخصاً ديناً ظناً أنه مدين ثم تبين أنه غير مدين يحق له إسترداد ما دفعه، كذلك لو دفع مبلغاً لشخص ظناً أن والده مدين له ثم تبين غير ذلك يحق له إسترداد المال (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (62)

الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (75) من المجلة.

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا ثبت شيء بالبينه الشرعية مثلاً كان حكمه كالمشاهدة بالعيان .

والبرهان هو الدليل الذي يفرق بين الحق والباطل ويميز الصحيح من الفاسد والعيان هو رؤية الشيء بصورة واضحة لا يبقى معها مجال للأشتباه.

ومثال ذلك أنه إذا ادعى شخص على آخر بحق ما فكما أنه إقراره لو أقر يتخذ حجة ومدارا للحكم عليه تتخذ الشهادة على مدارا للحكم أيضاً فيما لو أنكر المدعى عليه أثبت المدعي ذلك بالشهادة العادلة. (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (63)

المرء ملزم بإقراره.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (79) من المجلة.

وعلى ذلك لو أقر شخص بمال للآخر وادعى أنه كان عن خطأ لا تسمع دعواه وإذا أدعى شخص على آخر بدين وبعد أن أقر به أدعى بأنه كان أوفى ذلك الدين ينظر إذا كان الإدعاء بالأداء في مجل الإقرار لا يقبل حيث يكون رجوعاً عن الإقرار وتناقضاً في القول أما إذا كان في مجلس غير مجلس الإقرار فيقبل طبقاً للمادة (1632) من المجلة.

وإذا أقر بأنه قبض الأجرة فلا تقبل منه بعد ذلك إقراره بأن النقود التي قبضها مزيفة ويشترط في كل ذلك ألا يكون الإقرار مكذباً شرعاً كما يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً كما يشترط أن يكون الإقرار برضاء المقر لا إكراهاً عليه. (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (64)

قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (81) من المجلة.

وهذه القاعدة مأخوذة من الأشباه وقد جاءت فيه (قد يثبت

الأصل وإن لم يثبت الفرع) مثال ذلك لو قال رجل أن لفلان على فلان كذا ديناً وأنا كفيل به أي (بدون أمر المدين) وبناء على إنكار الأصيل أدعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيل أداءه كذلك يؤاخذ الكفيل وهو الفرع في الدين دون الأصيل الذي هو الأصل فيما لو أثبت بالبينة وفاء الدين قبل كفالة الكفيل وهذا المثال يصح أن يتخذ مثالاً لقاعدة (الإقرار حجة قاصرة) أيضاً لأن إقرار الكفيل بالدين إقرار على نفسه وحجة قاصرة عليه وحده لا تتعداه للأصيل. (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (65)

الظاهر بصلح حجة للدفع لا للإستحقاق.

المذكرة الإيضاحية :.

ومعنى هذه المادة أن الظاهر دليل كاف للإبقاء وضع حقوقي قائم ودفع من يدعي خلافه دون إثبات ولكن الظاهر ليس دليلاً كافياً للإستحقاق على الغير، ومن أمثلة ذلك أن المفقود يعتبر حياً عملاً بظاهر الحال وهو إستصحاب حياته المتيقنة سابقاً ذلك لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان وهذا يكفي لمنع ورثته عن إستحقاق تركته قبل ثبوت وفاته ولكنه لا يكفي لأن يستحق هو ميراثاً من غيره إذا توفى أحد مورثيه بعد فقدانه بل يوقف نصيبه الأرثي فإن عاد حياً أخذه وإلا رد إلى الورثة الذين كانوا يستحقونه على تقدير أن المفقود ميت عند وفاة مورثه . (الأشباه لابن نجيم 1/104)

وهذه المادة تقابل المادة (76) أردني .

المادة (66)

الخراج بالضمان

المذكرة الإيضاحية :-

هذه المادة أصلها المادة (85) من المجلة.

وهـذه المادة هي نفـس الحديث الشـريف (الخـراج بالضمان) والخراج هو الذي يخرج من ملك الإنسان أي ما ينتج منه النتاج وما يغل من الغلات كلبن الحيوان ونتائجه وبدل إجارة العقار وغلال الأرضين وما إليها من الأشياء.

ويقصد بالضمـان المؤونة كالإنفاق علـى الحيوان ومصاريف العمارة للعقار ويفهم منها أنه من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابله الضمان مثلاً لو رد المشـتري حيواناً بخيار العيب وكان قد أسـتعمله مـدة لا تلزمه أجرتـه لانه لو كان قد تلف في يده قبـل الرد لكان من مالـه يعنـي أن من يضمن شـيئاً إذا تلف يكون نفع ذلك الشـيء له في مقابلـة ضمانه حال التلف ومنه أخذ قولهـم (الغرم بالغنم) وقد حكم عمر بن عبد العزيز في هذه المسـألة بالأجرة للبائع ولكنه لما أطلع بعد ذلك على الحديث الشـريف (الخراج بالضمـان) نقض ذلك الحكم. (شرح المجلة لعلي حيدر).

المادة (67)

الغرم بالغنم

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (87) من المجلة.

وهي مأخوذه من المجامع وهي عكس قاعدة الخراج بالضمان ومعناهــا أن من ينال نفع شــيء يجــب أن يتحمل ضــرره. مثلاً لا يجب أن يتحمل الشـريك من الخســارة بنسبة ما ينال من الربح، وأجرة سند المبايعة على المشــتري لأن منفعته تعود عليه، وإذا احتاج الملك المشترك للتعمير والترميم فعلى كل واحد من الشــركاء أن يدفع من النفقات بنســبة حصته في الملك، كذلك النهر المشــترك إذا أحتاج إلى تصليح فيشــترك في التعميــر كل من لحقه ضــرر بالخــراب، وكلما إنتهى التصليــح لأرض أحدهــم وتجاوزهــا خلـص صاحب تلــك الأرض من الإشــتراك في نفقات التصليــح حيث تكون مضرته قــد أنتهت وهلم جرأ إلى آخر النهر. (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (235) أردني.

المادة (68)

الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (95) من المجلة.

وقد أخذت هذه المادة من المجامع ويفهم منها أنه إذا أمر شخص

آخر بالتصرف في ملك الآخر فالأمر غير صحيح ولا معتبر ولا يترتب عليه حكم من الأحكام لانه لما كان الأمر الباطل وغير الصحيح بمنزلة المشورة والنصحية فلا يترتب بحق الأمر حكم، ولو أمر شخص آخر بأخذ مال إنسان وحرقه فالضمان على الفاعل لا الآمر لأن الآمر باطل ويشترط لبطلان الآمر أن يكون في ملك الغير وأن لا يكون للآمر ولاية. (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (236) أردني.

المادة (69)

من أستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

المذكرة الإيضاحية :-

هذه المادة أصلها المادة (99) من المجلة.

وهذه القاعدة مأخوذه من قواعد (من أستعجل ما أخره الشرع يجازي برده) و (من أستعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه) الواردة في الأشباه وعليه فإذا قتل شخص مورثه قتلاً يوجب القصاص أو الكفارة يحرم من الميراث لأنه بقتل مورثه تعجيل للوقت الذي يرثه فيه، ويستثنى من هذه القاعدة قتل الدائن لمدينه الذي تأجل عليه الدين إلى سنة قبل حلول الأجل، فإن الدين يحل بموت المدين (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (237) أردني.

المادة (70)

من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (100) من المجلة.

وهـذه القاعـدة مأخوذه مـن الأشـياء ويفهم منها أنـه إذا عمل شـخص على نقض ما أجـراه وتم من جهته فلا إعتبـار لعمله، مثلاً لو باع إنسـان مالاً من آخر وكفله آخر فلا يقبل إدعاء الكفيل بملكية المبيـع لأن في ذلـك نقـض لكفالته، كذلك إذا سـلم شـخص لآخر وديعة بعد أن أدعى أنه وكيل المودع فليس له طلب إسـتردادها بدعوى عدم إثبات الوكالة، كذلـك لو باع صبي وأدعى البلوغ فليس له بعد ذلك نقض البيع بحجة عدم بلوغه، ولهذه القاعدة إسـتثناءات كما لو أدعى المشـتري لعقار بأن البائع قبل بيعه كان اتخذه مسجداً أومقبرة أو وقفه على مسجد فينقض البيع (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (238) أردني.

الفصل الثالث
الأشخاص

الفرع الأول
الشخص الطبيعي

المادة (71)

1. تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهي بموته

2. ويعين القانون حقوق الحمل المستكن.

المذكرة الإيضاحية :.

تبدأ الشخصية الطبيعية للإنسان بتمام ولادته حياً إذ ثبت له منذ ذلك الوقت أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، فيجب إذن لبدء الشخصية أن يولد حياً ولادة تامة ، فقبل أن تتم الولادة لا تبدأ الشخصية ، وإذا تمت الولادة ولكن الجنين ولد ميتاً فلا تبدأ الشخصية كذلك . وتنتهي الشخصية بالموت. وما بين الولادة والموت يوجد الشخص الطبيعي وتكون له أهلية الوجوب.

ولكن أهلية الوجوب هذه قد توجد قبل الولادة وقد تبقى بعد الموت فالجنين يجوز أن يوصي له فيملك بالوصية و يجوز أن يوقف عليه فيكون مستحقاً في الوقف والميت تبقى حياته مقدرة حتى تسند إليه ملكية ما تركه من مال إلى أن تسدد ديونه إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وهذه المادة تقابل المواد (30) أردني ، (29) مصري ، (31) سوري ، (34) عراقي.

المادة (72)

1. تثبت واقعات الولادة والوفاة بتدوينها بالسجلات المعدة لذلك .
2. فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية وسيلة من وسائل الإثبات القانونية .

المذكرة الإيضاحية :.

الـولادة من حيث هي عمل مادي تثبت بشـهادة الميلاد وكذلك النسب الذي يترتب على الولادة فإنه ايضاً يثبت بشهادة الميلاد والموت يثبت بشـهادة الوفاة ودفاتـر المواليد والوفيات والتبليغـات المتعلقة بها والشهادات التي تستخرج من الدفاتر لها قانون خاص ينظمها.

والأصل أن شـهادة الميلاد وشـهادة الوفاة كافيتـان حتى يقيم ذوي الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج في السجلات فعندئذ يجوز إثبات الولادة والوفاة بجميع طرق الإثبات ، كذلك يجوز بجميع الطرق إذا لم توجد شـهادة الميلاد أو شـهادة الوفاة لأي سـبب من الأسـباب ، وليس من الضروري إثبات أن هاتين الشهادتين قد فقدتا بل يكفي ألا يوجدا حتى يسمح لذي الشأن أن يثبت الولادة أو الوفاة بجميع الطرق.

على أنه يلاحظ في إباحة اثبات الولادة والوفاة بجميع الطرق أن قانون الأحوال الشـخصية هو الذي يحـدد قوة الإثبات للطرق المختلفة فتتبع أحكام الشـريعة الإسلامية في ثبوت النسب . ويلاحظ أن عبارة

(لم يوجد) تشمل ما لم يوجد أصلاً وما وجد ثم أنعدم.

وهذه المادة تقابل المواد (31) أردني، (30) مصري، (32) سوري، (35) عراقي.

المادة (73)

أحكام اللقيط ينظمها قانون خاص.

المذكرة الإيضاحية :.

وتنص هذه المادة على أن ينظم قانون أحكام اللقيط لأن للقيط أحكام خاصة في الشريعة الإسلامية يحسن تركها لأحكام هذا القانون الخاص.

المادة (74)

أحكام المفقود والغائب ينظمها قانون خاص.

المذكرة الإيضاحية :.

وتعين المقصود من المفقود وفقاً للحكم الشرعي

وقد أكتفى المشرع في تنظيم أحكام المفقود والغائب بالإحالة إلى قانون خاص يصدر في هذا الشأن.

وهذه المادة تقابل المواد (32) أردني، (32) مصري، (34) سوري، (36) عراقي.

المادة (75)

1. جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة ينظمها القانون.
2. ويقصد بالمواطن حيثما ورد في قانون المعاملات المدنية كل من تثبت له جنسية دولة الإمارات. ويقصد بالأجنبي كل من لم تثبت له تلك الجنسية.

المذكرة الإيضاحية :.

كل شخص طبيعي ينتمي إلى جنسية معينة وإلى دين معترف به، وينتسب إلى أسرة تتكون من ذوي قرباه، ويتميز بإسم يعرف به، ويقيم في موطن يخصص له، وتتحدد له أهلية أداء لمباشرة حقوق المدنية فهذه خصائص ست للشخصية الطبيعية وجنسية دولة الإمارات العربية المتحدة هي التي ينتمي إليها كل مواطن سواء أقام في دولة الإمارات العربية المتحدة أم لم يقم وقد نصت هذه المادة على أنه ينظم جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة قانون خاص وحددت المقصود بالمواطن والمقصود بالأجنبي

وهذه المادة تقابل المواد (33) أردني، (33) مصري، (35) سوري، (37) عراقي.

المادة (76)

1. تتكون أسرة الشخص من زوجته وذوي قرباه.
2. ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك.

المادة (77)

1. القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.
2. والقرابة غير المباشرة هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم أصلا أو فرعاً للآخر سواء أكانوا من المحارم أم من غيرهم.

المذكرة الإيضاحية :.

أسرة الشخص هم زوجته وذوو قرباه ويعتبر قريباً للشخص من يجمعه به أصل مشترك ذكراً كان أو أنثى. والقرابة أما قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة، فتكون القرابة مباشرة بين شخصين إذا تسلسل أحدهما من الآخر كما هو الأمر بين الاصول والفروع، وقرابة غير مباشرة وهي التي لا تسلسل فيها، وإن كان يجمع الشخصين أصل مشترك، فالأب قريب مباشر وكذلك أبو الأب وإن علا وأم الأب وإن علت، والأم قريب مباشر وكذلك أبو الأم وإن علا، وكل أصل من هؤلاء يعتبر كلاً من أبيه وأمه أصلاً أي قريباً مباشراً.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (34) و (35) مصري و (36) و (37) سوري و (38) و (39) عراقي.

المادة (78)

يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل.

وعند حســاب درجة القرابة غير المباشرة تعد الدرجات صعودا مــن الفرع للأصل المشــترك ثم نــزولاً منه إلى الفــرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

المذكرة الإيضاحية :.

درجة القرابة المباشرة تحدد بإعتبار كل فرع درجة دون حساب الأصل ، فــالأب والأم في الدرجة ، الاولى وكذلــك الأبن والبنت. وأبو الأب وأم الأب وأم الأم في الدرجة الثانية. وكذلك ابن الأبن وبنت الأبن وابن البنت وبنت البنت وهكذا.

أما درجة القرابة غير المباشرة بين شخصين فتحدد بعدد الفروع التي تصل كل شخص بالأصل المشترك مع حساب كل شخص منهما فرعاً وعدم حساب الأصل المشترك ، فالأخ في الدرجة الثانية وابن الأخ في الدرجة الثالثة وكذلك العم ، أما ابن العم ففي الدرجة الرابعة.

وهذه المادة تقابل المواد (36) أردني ، (36) مصري ، (38) سوري ، (39) عراقي.

المادة (79)

يعتبر أحــد أقارب الزوجين في نفس درجة القرابة بالنســبة إلى الزوج الآخر.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا تحـددت قرابة الشـخص مـن آخر ودرجة هـذه القرابة فإن هـذا الشـخص يعتبر في نفـس درجة القرابة بالنسـبة لزوج الشـخص الآخر وهذا من طريق المصاهرة ويتبين من ذلك أن القرابة (بما في ذلك المصاهرة) إما أن تكون من جهة الأب أو من جهة الأم أو من جهة الزوج.

وهذه المادة تقابل المواد (37) أردني، (37) مصري، (39) سوري، (39) عراقي.

المادة (80)

1. يكون لكل شخص اسم ولقب ويلحق لقبه بأسماء أولاده.
2. وينظم قانون خاص كيفية اكتساب الأسماء والألقاب وتغييرها.

المذكرة الإيضاحية :.

يكون لكل شخص أسم ولقب في اللغة هو الأسم المشعر بمدح أو ذم وقد يتخذ الشخص لقباً لا يبين نسبه إلى أسرة معينه ولا إلى أب معين لذلك رؤي أن يوجب القانون أن يذكر أسم الشخص ويزاد عليه أسم أبيه فبإسم الأسرة يتميز أبناء كل أسرة عن أبناء الأسرة الآخرى وبإسم الأب يتميز أولاد الأعمال بعضهم عن بعض وبإسـم الشـخص يتميز الشخص عن إخوته فإن لم يكن للأسرة أسم خاص فيغني عن أسمها أسم الجد.

وينظـم القانون خـاص كيفية إكتسـاب الأسـماء والألقاب وتغيرها.

وهذه المادة تقابل المواد (38) أردني و (38) و (39) مصري و (40 و 41)) سوري ، (40) عراقي والبند (2) مستمد من مشروع القانون المدني العربي الموحد.

المادة (81)

1. الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة .
2. ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن .
3. وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن .

المادة (82)

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو مهنة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة أو الحرفة.

المادة (83)

1. موطن القاصر و المحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً.
2. ويكون للقاصر المأذون له بالتجارة موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها .

المادة (84)

1. يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين .

2. ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .
3. والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون غيرها .

المذكرة الإيضاحية :۔

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. ومجرد الوجود أم السكن في مكان لا يجعل منه موطناً ما لم تكن الإقامة مستقرة فيه. وإذا كان المشرع قد جعل من الإقامة الفعلية أساساً للتصوير الذي أتبعه إلا أن عنصر الإستقرار ضروري لتوافر معنى الموطن ولا يقصد بالإستقرار إتصال الإقامة دون إنقطاع وإنما يقصد إستمرارها على وجه يتحقق معه شرط الإعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقارنة أو متباعدة.

ويترتب على ذلك نتيجتان (أولهما) أن الشخص قد لا يكون له موطن ما ، من هذا القبيل البدو الرُحل الذي لا يقر لهم قرار في مكان معين (والثانية) أنه يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن ويتحقق ذلك إذا كان الشخص يقيم إقامة معتادة في الريف وإحدى المدن معاً ، أو كانت له زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان منفضل عن مكان الأخر ، والموطن هو الذي يوجه فيه إلى الشخص كل إعلان أو إنذار أو صحيفة دعوى أو غير ذلك من الأوراق التي يكون لها أثر قانوني ، وموطن المدين في المكان الذي يسعى إليه الدائن لإستيفاء حقه.

وهذا التصوير هو تصوير الفقه الحنفي ، ففي البدائع (جـ / 1 ص / 103 ـ 104) ثم الموطن الأصلي يجوز أن يكون واحداً أو أكثر من

ذلـك بأن كان له أهـل ودار في بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل إلى أهل في السـنة حتى أنه لو خرج مسـافراً من بلدة فيها أهله ودخل في أي بلدة من البلاد التي فيها أهله فيصير مقيماً من غير نية الإقامة).

ويوجد إلى جانب الموطن الذي يعينه الشخص بإختياره من جراء إقامته المعتادة فيه ثلاثة أنواع من الموطن.

أولاً :- موطـن أعمـال يكـون مقصـوراً على ناحيـة معينة من نواحي نشـاطه فالمكان الذي يباشـر فيه الشـخص تجارة أو مهنة أو حرفة يعتبر بالنسـبة إلى الغير موطناً لـه فيما يتعلق بإدارة أعمال هذه التجـارة أو المهنة أو الحرفة وكذلك القاصر المأذون له بالتجارة يجوز أن يتخـذ موطناً لهـذه الأعمال دون غيرها يكون غيـر موطن وليه أو وصيـه. وفي إيراد النـص على هذا النحو كل التيسـير على المتعاملين فضلاً عما فيه من مطابقة للواقع.

ثانياً :- موطن قانوني ينسـبه القانون للشـخص ولو لم يقم فيه عـادة كما هـو الأمر بالنسـبة إلى القاصـر والمحجور عليـه والمفقود والغائـب فإن القانـون يجعل من موطن وليه أو وصيـه أو القيم عليه أو وكيلـه موطناً له ، وفي هـذه الحدود يحتفظ المشـرع لفكرة الموطن بنصيب مـن طباعها الحكمـي ورعاية لمصلحة القصـر والمحجورين بوجه عام.

ثالثـاً :- موطـن مختار ويتخذه الشـخص لتنفيذ عمـل قانوني معين كمـا إذا أختار موطناً له مكتب محاميـه وكما يختار الدائن المرتهـن موطنـاً في دائرة محكمـة العقار عند قيد الرهـن وكما إذا

أشترى شخص أرضاً بعيدة عن موطنه فيتفق معه البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع ، ولا يثبت هذا الإتفاق إلا بالكتابة ، ويكون الموطن في هذه الحالة مقصوراً على الأعمال المتعلقة بتنفيذ البيع كإستيفاء أقساط الثمن ومطالبة المشتري بسائر إلتزاماته ومقاضاته بشأن البيع وإتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ، وهذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعض هذه الأعمال دون اخرى وغنى عن البيان أن فكرة الموطن المختار تتماشى مع التصوير الحكمي والتصوير الواقعي للموطن على حد سواء.

ويتبين مما تقدم أن الشخص قد يكون له موطنه المعتاد وإلى جانبه موطن لأعمال حرفته وموطن حكمي في حالة الحجز والغيبة وموطن مختار لعمل قانوني معين.

وبمقتضى المادة (1616) من مجلة الأحكام العدلية يكون الأولياء والأوصياء لفاقدي الأهلية مدعين أو مدعى عليهم بالنيابة عنهم ، ولذلك يكون موطن هؤلاء هو موطن أولئك وبما أن القاصر المأذون بالتجارة تصح منه بعض التصرفات فيعتبر موطنه الخاص بالنسبة لتلك التصرفات الجائزة منه وهذا ما قررته المادة (83).

أما المادة (84) فقد بينت على أن إستعمال الناس وعرفهم حجة يجب العمل بها وتطبيقها بمقتضى المادة (37) من مجلة الأحكام العدلية وأن مصلحة الجمهور تقتضي العمل بذلك والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة بمقتضى المادة (58) من المجلة.

وهذه المواد تقابل المواد من (39) إلى (42) أردني ومن (40) إلى (43) مصري ومن (42) إلى (45) سوري و (42) ، (44) ، (45) عراقي .

المادة (85)

1. كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه .
2. ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرين سنة قمرية .

المذكرة الإيضاحية :.

سن المشرع المبادئ الرئيسية في الأهلية بإعتبار أن أهلية الأداء هي إحدى خصائص الشخص الطبيعي. وأقتصر على أن يشير في المواد التالية إشارة سريعة إلى الأدوار التي يمر بها الإنسان. فهو إلى السابعة فاقد التمييز فيكون معدوم الأهلية وهو من السابعة إلى سن الرشد ناقص التمييز فيكون له أهلية ناقصة فإذ بلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرين سنة هجرية كاملة متمتعاً بقواه العقلية إستكمل التمييز فالأهلية ، كل هذا إذا لم يصب بعاهة كالغفلة والسفة والعتة والجنون فيفقد التمييز ويفقد معه الأهلية. ويتبين من ذلك أن الأهلية تتمشى مع التمييز فتوجد بوجوده وتنعدم بإنعدامه.

وهذه المادة تقابل المواد (43) أردني ، (44) مصري ، (46) سوري ، (46) عراقي.

المادة (86)

1. لا يكون أهلا لمباشرة الحقوق المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

2. وكل من لم يتم السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

المذكرة الإيضاحية :.

حددت المادة حكم فاقد التمييز لصغر أو عتة أو جنون وهو غير أهل لمباشرة الحقوق المدنية .

وهذه المادة تقابل المواد (44) أردني ، (45) مصري ، (47) سوري .

المادة (87)

كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة حكم من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، ومن بلغ سن الرشد سفيهاً أو ذا غفلة فقضت بأن كلا منهم ، يكون ناقص الأهلية وقد رؤي دفعاً للبس أن تختتم المادة بعبارة (وفقاً لما يقرره القانون) إذ بهذه العبارة لا يعتبر السفيه أو ذو الغفلة من ناقصي الأهلية إلا في الحالات وبالإجراءات التي يقررها القانون وهذه العبارة اوسع من القول بأن (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وحجر عليه لسفه أو غفلة يكون ناقص الأهلية) إذ من الأحوال ما قد تكون فيها تصرفات السفيه أو ذي الغفلة قابلة للإبطال أو باطلة ولو قبل قرار الحجر فالعبارة التي ختمت بها المادة

لا تعتبـر السـفيه أو ذا الغفلـة من ناقصي الأهليـة إلا في الحالات التي يقررها القانون.

وهذه المادة تقابل المواد (45) أردني، (46) مصري، (48) سوري.

المادة (88)

يخضع فاقـدو الأهلية وناقصوها بحسـب الأحوال في أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة للشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون.

المذكرة الإيضاحية :-

وقـد نصت المادة على خضوع فاقدي الأهلية وناقصها بالنسـبة للولاية والوصاية والقوامة للقواعد المقررة في القانون .

وهي تقابل المواد (46) أردني، (47) مصري، (49) سوري، (41) عراقي.

المادة (89)

ليـس لأحـد النزول عـن حريتـه الشـخصية ولا عـن أهليته أو التعديل في أحكامهما.

المادة (90)

لـكل مـن وقع عليـه اعتداء غير مشـروع في حق مـن الحقوق

الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

المادة (91)

لكل من نازعه غيره في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر أو انتحل اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :.

بعد أن حدد المشرع الشخصية على النحو المتقدم وعين خصائصها تولى حمايتها الحماية الواجبة ضد نفس الشخص وضد الغير.

فقد حمى المشرع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينزل عن أهلية الوجوب إلى أهلية الأداء ، فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لا تجوز مخالفتها أو التعديل في أحكامها ، وكالأهلية الحرية الشخصية فلا يجوز لشخص أن ينزل عن حريته ولا أن يقيدها إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب ، فليس له أن يلتزم إلتزاماً أبدياً ولا أن يقيد حريته في العمل كأن يتعهد بألا يباشر حرفة معينه طول حياته.

وحمى المشرع الشخص ضد الغير إذا تعدى على أي حق من الحقوق الملازمة للشخصية ، كالتعدي على حرية الشخص أوسلامة جسمه أو سمعته الأدبية أو حرمة موطنه فإذا وقع من الغير شيء

من ذلك كان للشخص أن يطلب وقف هذا التعدي والتعويض عن الضرر ، ويعتبر تعدياً يستوجب الوقف والتعويض أن يتعدى الغير على أسم الشخص فينازعه في إستعماله دون مبرر أو أن ينتحل هذا الأسم على نحو يلحق الضرر بصاحبه ، وقد يتحول الأسم الشخصي إلى أسم تجاري له قيمة مالية وهذا أيضاً يحميه القانون.

وهذه المواد تقابل المواد (47 ، 48 ، 49) أردني و (48) إلى (51) مصري ومن (50 إلى 53) سوري و (46) عراقي .

الفرع الثاني
الأشخاص الإعتباريون (المعنويون)

نظرة عامة :-

أن التقنينات الحديثة تتضمن نصوصاً عامة في شأن الأشخاص الإعتبارية وبوجه خاص في شأن الجمعيات والمؤسسات فهل الفقه الإسلامي يعرف الشخصية الإعتبارية أو المعنوية؟

والظاهر من كلام الحنفية أنه لا الذمة ولا أهلية الوجوب بثبتان عندهم لما لا حياة له كالمسجد والمدرسة والمستشفى والوقف وبيت المال وما إلى ذلك من الجهات والمنشآت ، فلا تكون هذه أهلاً لأن تملك ولا أن تكون لها حقوق وعليها واجبات بل قد صرحوا أحياناً فقالوا :-

إن الوقف لا ذمة له وبنوا على هذا النظر عدم صحة الهبة بالإتفاق عليها فكانت من قبيل الإيصاء بالصدفة لا من قبيل التمليك

لها . ومثال ذلك أن يوصي إنسان بهذا المال لينفق في عمارة هذا المسجد أو في صالح هذا المستشفى وهكذا ، ويعتبر ذلك كقيام شخص بالإتفاق على مسجد أو على مستشفى في حال حياته ، ومرجع كل ذلك إلى الإحتساب لله تعالى والتصدق لا إلى تمليك المستشفى أو المسجد شيئاً ومن هذا قيل أن الحنفية لا يقولون بالشخصية المعنوية كشخصية الشركات والمنشآت والحكومات والمصالح وما أشبه ذلك.

ولكنا مع هذا نرى في كتبهم أنهم كثيراً ما يقررون لهذه الجهات أحكاماً تقتضي أن لها حقوقاً قبل الناس يقوم بطلبها من له الولاية أو النظر عليها ، وأن للناس حقوقاً قبلها يطالبون بها من له الولاية عليها شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز وما في حكمه فنرى أن الولي عليها كثيراً ما يبيع لها كبيعه لثمرات الأعيان الموقوفة عليها ، وكثيراً ما يشتري لها كذلك كشرائه للبذور اللازمة لزراعة أرضها وأدوات فلاحتها ، وقد يستدين لها فيكون الدين مطلوباً من نماء الأعيان الموقوفه عليها وقد ينفق عليها من ماله فيرجع في مالها وهكذا ، فالوقف مثلاً يقوم الناظر عليه بتأجير أعيانه المعدة لذلك فإذا إنتفع المستأجر أصبح مديناً لجهة الوقف لا للناظر ولا للمستحقين ، أما أنه غير مدين للناظر فلانه لو عزل لم يكن له حق مطالبة المستأجر بما في ذمته من الأجرة وإنما ينتقل حق المطالبة إلى من حل محله ، ولو كان الدين له لبقي له حق المطالبة بعد عزله.

وأما أنه غير مدين للمستحقين فلانه لا يجوز لهم مطالبة المستأجر بها ، ولو كانت ديناً لهم لطالبوا بها ، وكذلك قد يحتاج الوقف إلى عمارة فيحجز الناظر من غلاته ما يفي بالعمارة فما يحجزه ليس ملكاً للمستحقين وإنما هو من حق جهة الوقف ، وليس لذلك

معنى إلا أنه مملوك لها. وبهذا يظهر أن الوقف تكون له حقوق يطالب بها الناظر عليه، وكذلك قد يقوم الناظر بالإنفاق من ماله في عمارة أعيان الوقف فيكون ما ينفعه حقاً له قبل الوقف يرجع بها في غلته عند تحصيلها، وقد يشتري له ما يحتاج إليه نسيئه بإذن القاضي، فيطالب الناظر بدفع الثمن من غلة الوقف، وإذا عزل صح أن يطالب بذلك بعد عزله من حل محله في النظر، وإذا صح أيضاً أن يطالب بذلك بعد عزله فذلك لأنه كالوكيل لأنه ترجع حقوق العقد إليه فيدفع الثمن على أن يرجع به على من حل محله في النظر ولكن من مال الوقف.

وقد جاء تنقيح الحامدية من باب الوقف عند آخره (إذا أشترى القيم على المسجد وأعيانه حصيراً بالنسيئة، ثم عزل وأقيم مقامة أخر في النظر على ذلك، كان لبائع الحصير مطالبة الناظر الجديد بثمنها).

وكذلك نجد كثيراً من أحكام بيت المال والمنشآت ما يظهر أن المرجع فيه إلى ما لها من حقوق يجب أن تصل إليها وما يطلب من حقوق تجب لغيرها قبلها وألا تكف بدار مستشفى مثلاً وقفه على إدارته أعياناً؟ أليس يحتاج في إدارته إلى أطباء وصيادلة وممرضين ومستخدمين وكل هؤلاء يستحقون الأجرة على أعمالهم قبل المستشفى وأعيانه وإن شئت قلت في غله تلك الأعيان ثم أليس يحتاج كذلك إلى أن يشتري له كثيراً من الأثاث والأدوات والعقاقير الطبية، فيكون لبائعها أن يطالب بثمنها، وعندئذ لا يطالب إلا الناظر بإعتباره ولياً على هذا المستشفى؟ ومع كل هذا فقد يعالج في المستشفى كثير من الموسرين بأجر فتستحق جهة المستشفى عليهم ذلك الاجر ويطالبون بأدائه ويدفعونه لجهة المستشفى فيكون من

أمواله لا من أموال الناظر وعليه مثل ذلك كثير.

كل ذلك يقضي بثبوت الذمة لجهات لا حياة فيها.

ولعل ذلك ما دعا الشافعية والمالكية إلى أن يجهلوا هذه الجهات أهلاً للتملك فأثبتوا لها بذلك الذمة ، إذ لا يملك إلا من كان له ذمة وأهلية . ففي أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي (2 : 365) ما نصه " ولو كان للمسجد شقص من أرض مشتركة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة إن رأى ذلك مصلحة ، كما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيبه فللإمام الآخذ بالشفعة إن رآه مصلحه " ومثل ذلك في نهاية المحتاج للرملي الشافعي.

وفي منح الجليل للشيخ عليش المالكي (4 : 114) " سئل ابن زرب عن تصدق أو وهب لمسجد ، بعينه هل يخبر على إخراجها وإنفاذها ؟ " (يريد الهبة أو الصدقة) فقال : يجير كمتصدق على رجل بعينه ، وقال أحمد وابن عبدالملك : يؤمر ولا يجبر .

يريد لأن الإنتفاع ليس للمسجد وإنما هو لجماعة الناس ، فهي كصدقة على غير معين ، وفيه أيضاً (3 : 584) " وللسلطان بإعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شقص بسبب ميراث مثلاً عندما يبيع الشريك".

فالمسجد يشترى له فيكون مالكاً ويوهب له فيكون مالكاً ، ويؤخذ له بالشفعة فيملك بها وكذلك بيت المال وليس لهذا

مرجع إلا بثبوت الذمة لهما ولامثالهما قياساً عليها.

يراجع في ذلك وفي مناقشة الحنفية أستاذنا الشيخ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الثالثة سنة 1947 م صفحة (274 ـ 276).

كما أخذ الإسلام بشخصية بيت المال وفصل ماليته عن مالية السلطان وكذلك بشخصية الدولة ويمثلها رئيسها ونوابه من موظفين وعمال ففي الناحية الخارجية ما يبرمه رئيس الدولة من معاهدات لا يتأثر بتغييره وكذلك من الناحية الداخلية فإن الموظفين لا ينعزلون بموت السلطان الذي عينهم (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا ج 3 ص 256 وما بعدها).

كما أن الجمعيات قد أعترف بها وكذلك المؤسسات والحاجة تدعو إلى تنظيم كل منها كي تقوم على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي رصدت على خدمتها. وقد أقتصر المشرع على بيان الأشخاص الإعتبارية والمعنوية في المادة (92) وما يتمتع به الشخص الإعتباري من حقوق في المادة (93) والنص في المادة (94) على أن الأشخاص الإعتبارية تخضع لأحكام القوانين الخاصة دون الدخول في تفصيلات أحكام الجمعيات والمؤسسات، إعتماداً على ذكرها في تلك القوانين.

المادة (92)

الأشخاص الاعتباريون هم :

أ. الدولة والإمارات والبلديات وغيرها من الوحدات الإدارية بالشروط

التي يحددها القانون.

ب. الإدارات والمصالح الهيئات العامة والمنشآت والمؤسسات العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.

ج. الهيئات الإسلامية التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.

د. الأوقاف.

هـ. الشركات المدنية والتجارية إلا ما استثنى منها بنص خاص.

و. الجمعيات والمؤسسات الخاصة المنشأة وفقاً للقانون.

ز. كل مجموعة من الأشخاص أو من الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون.

المذكرة الإيضاحية :ـ

عرض المشرع في هذه المادة لبيان الأشخاص الإعتبارية التي يعترف لها القانون بهذه الصفة . وقد رؤي أن هذا البيان ضروري لإرشاد القضاء إلى ضابط عام يحول بينه وبين التوسع في الإعتراف بالشخصية الإعتبارية لجماعات لا تدخل في أنواع الأشخاص التي ذكرها مع ملاحظة ما ألتزمه المشرع من عموم في التعبير يجعله يتسع لجميع صور الأشخاص الإعتبارية القائمة الآن في دولة الإمارات العربية المتحدة وليس ما يمنع من تدخل المشرع فيما بعد للإعتراف بصور الأشخاص المعنوية إذا اقتضت المصلحة ذلك ولهذا أدرج البند (ز) من المادة (92) في عداد الأشخاص المعنوية كل مجموعة من الاشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية إعتبارية ، وعلى هذا النحو لا يقتصر النص على بيان ما يوجد من الأشخاص الإعتبارية في دولة الإمارات العربية المتحدة في الوقت الحاضر ، وبينما يتناول ما يقضي التطور إلى وجوده في المستقبل. على أن الإعتراف بالشخصية القانونية للهيئات ونحوها التي لا يتناولها النص بذاتها لا بد فيه من نص خاص

. ويستهل البند(أ) بيان الأشخاص الاعتبارية العامة الخاضعة للقانون العام بذكر الدولة والإمارات والبلديات وغيرها من الوحدات الإدارية بالشروط التي يحددها القانون.

ويتناول البند (ب) الإدارات والمصالح والهيئات والمنشآت والمؤسسات العامة .

ويتناول البند (جـ) الهيئات الإسلامية التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.

ويدخل البند (د) الوقف بين الأشخاص الإعتبارية ، ويذكر البند (هـ) الشركات المدنية والتجارية ويدخل فيها الجمعيات التعاونية التي تتكون وفقاً للقانون الخاص بها متى قصد منها إلى تحصيل الربح ويذكر البند (و) الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للقانون ويضيف البند (ز) نصاً عاماً يفتح الباب لإدخال مجموعات من الأشخاص أو الأموال تثبت لها شخصيتها الإعتبارية بمقتضى نص في القانون على ما تقدم.

وهذه المادة تقابل المواد (50) أردني و (52) مصري و (54) سوري و (47) عراقي.

المادة (93)

1. يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون.

2. فيكون له :

أ. ذمة مالية مستقلة.

ب. أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون.

ج. حق التقاضي.

د. موطن مستقل .ويعتبر موطن الشخص الاعتباري المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. أما الأشخاص الاعتبارية التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الدولة فيعتبر مركز إدارتها بالنسبة لقانون الدولة المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

3. ويجب أن يكون له من يمثله في التعبير عن إرادته.

المذكرة الإيضاحية :.

عنى المشرع في هذه المادة بإبراز فكرة الشخص المعنوي، بوصفها فكرة عامة لا تقتصر على حدود الشركات والجمعيات والمؤسسات بل يتناول أثرها نطاق القانون بأسرة يستوي في ذلك ما يكون منه خاصاً أو عاماً ، وقد رؤي أن خير تعريف للشخص المعنوي إنما يكون بعرض خصائصه الذاتيه وهي خصائص يستعان بها للتفريق بين مجموعات الأشخاص أو الأموال التي توجد في حكم الواقع ونظيرها من المجموعات التي يعترف القانون بكيانها ويثبت لها صلاحية الوجوب لها وعليها في الحدود اللازمة لمباشرة نشاطها فيكون شأنها في هذه الحدود شأن الأشخاص الطبيعيين.

وهذه المادة تقابل المواد (51) أردني و (53) مصري و (55) سوري و (48) عراقي.

المادة (94)

يخضع الأشخاص الاعتباريون لأحكام القوانين الخاصة بهم .

المذكرة الإيضاحية :.

رؤي من المصلحة الإحالة في أحكام وتفصيلات الأشخاص الحكمية على القوانين الخاصة بها.

وهذه المادة تقابل المواد (52) أردني و من (50 إلى 60) عراقي .

الفصل الرابع
الأشياء والأموال

المادة (95)

المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل .

المادة (96)

المال قد يكون متقوما أو غير متقوم والمال المتقوم هو ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً وغير المتقوم هو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً .

المادة (97)

كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعا مشروعا ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

المادة (98)

الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

المذكرة الإيضاحية :.

وضع المشرع في هذه المواد أساس التفرقة بين الأشياء والأموال فبين أن الشيء غير المال ، فالشيء قد يكون مالاً وقد لا يكون مالاً . فإذا أمكن حيازته والإنتفاع به إنتفاعاً عادياً فهو مال ، سواء أكان محرزاً ومنتفعاً به أم غير محرز ولا منتفع به ، ولكن من الممكن أن يتحقق فيه ذلك كالمباح من الأشياء مثل الطير في الجو والصيد في الفلاة إذ من الممكن أن يحاز هذا وذلك وينتفع به . أما إذا لم يمكن حيازته وإن انتفع به كروائح الأشياء أو أمكن حيازته دون إمكان الإنتفاع به إنتفاعاً عادياً كحبة من قمح فليس بمال . وعلى هذا فإن الخمر والخنزير والمنخنقة والموقودة تعد أموالاً لإمكان حيازتها والإنتفاع بها.

ولما كان الشيء قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً وقد

كثرت الأشياء المعنوية وتمولها الناس وتعارف الناس على ذلك تعارفاً لم يعد مجالاً للشك فيه ولا لإنكاره فقد حرص المشرع نزولاً على ما جرى عليه العرف، من إعتبار كثير من الأشياء المعنوية كالألحان والأسماء التجارية والعلامات التجارية أموالاً بالنص على أن الحيازة قد تكون مادية وقد تكون معنوية، فحيازة الاشياء المادية تكون بحيازتها مادياً، وحيازة الأشياء المعنوية تكون بحيازتها معنوياً وتكون بصدورها عن صاحبها ونسبتها إليه فالعمل الأدبي والفني والأسم التجاري والعلامة التجارية أشياء معنوية لا تكون حيازتها إلا معنوية وذلك بصدورها عن صاحبها ونسبتها إليه، وكما يحوز الشخص اسمه بإطلاقه عليه كذلك يحوز لحنه ورسمه وفكرته بصدورها عنه ونسبتها إليه فتلك هي الوسيلة لحيازة الأشياء المعنوية وهي بخلاف حيازة نسخة من الكتاب أو الإسطوانة فهذه الأشياء مادية وحيازتها مادية وهي بخلاف نفس الفكر الذي تضمنه الكتاب واللحن الذي حوته الأسطوانه.

كما حرص المشرع على أن يبين أن إمكان الحيازة لا يكون فقط بحيازة الشيء نفسه وإنما يكون أيضاً بحيازة اصله وعلى هذا فالمنافع أموال لإمكان حيازتها بحيازة أصلها فمن حاز داراً حاز منفعتها وهذا هو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة أما الحنفية فلم يعتبروا المنافع مالاً لأنها وإن أمكن الإنتفاع بها لا يمكن حيازتها لأنها أعراض تتجدد بتجدد أوقاتها، وقد أستثنى الحنفية من هذا الحكم الموقوف ومال اليتيم والأعيان المعدة للإستغلال، والعين تعتبر معدة للإستغلال إذا أوجدها مالكها أو تملكها لهذا الغرض كدار يبنيها ليؤجرها أو سيارة يشتريها لذلك، وكذلك تعتبر معدة للإستغلال إذا اجرها مالكها ثلاث سنين متوالية أو أعلن في الناس أنه قد أعدها للإستغلال ويبطل اعداد العين للإستغلال بموت مالكها

وبيعه إياها كما يتبين من المادة (417) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر (وابن عابدين، رد المحتار، ج5 كتاب الإجارة طبعة الحلبي) ولا شك أن الإسـتثناء الذي أورده الحنفية هو نتيجة شعورهم بما في رأيهم من مجافـاة، لما يجب وما في حكمه من إصلاح ولذلك اتجه المشـرع إلى الأخذ برأي الشـافعية والمالكيـة والحنابلة مـن أن المنافع أموال ليعم الإصلاح جميع الناس ولم يأت في كتاب الله ولا سنة رسوله بأن المنفعة ليسـت مالاً، وقد اتسـع بهذا الإعتبار التعريف فشمل الحق إن أريد به مـن منفعة هي مـال. وبعبارة أخرى إن تعلق بمال كحق المسـتأجر في العين التي أستأجرها وحق المرور وحق المسيل، أما إذا تعلق الحق بغير مال كحق الحضانة وحق الزوج في الإستمتاع بزوجته فليس بمال وهو مـا ذهب إليه غير الحنفيه. فالمشـرع - توسـعه على النـاس - لم يذهب مذهـب الحنفية في إعتبار الحقوق ليسـت مالاً لعـدم إمكان حيازتها أيضاً سواء تعلق بمال أم لم يتعلق بمال.

ويتبـين مما تقـدم أن الحيازة قـد تكون مباشـرة وقد تكون غير مباشـرة والمباشرة تقع على الشـيء نفسه وتكون مادية إذا كان الشـيء مادياً وتكون معنوية إذا كان الشيء معنوياً وغير المباشرة لا تقع على الشـيء نفسـه وإنما تقع على أصل الشـيء، كحيازة المنفعة تكون بحيازة أصل المنفعة أي مصدرها.

ويلاحظ أن الفقهاء أنفسـهم أعتبروا الحيازة بيد شـخص آخر كحيازة الوكيل والمودع.

يراجع ابن عابدين، رد المحتار، جـ 4 ص 3 والمادتان (125 و 126) من المجلة والمادة الأولى من مرشد الحيران.

كما بينت المادة (96) تعريف المال المتقوم بأنه ما يباح للمسلم الإنتفاع به شرعاً وغير المتقوم وهو ما لا يباح للمسلم الإنتفاع به شرعاً.

وهذه المواد تقابل المواد (53) و (54) و (55) أردني و (81) مصري و (83) سوري و (61) عراقي والمادة (96) مستقاة من الفقة الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا جـ 3 ص 143.

المادة (99)

1. الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن.

2. والقيمية ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتا يعتد به أو يندر وجود أفرادها في التداول.

المذكرة الإيضاحية :.

تبين هذه المادة المثلى والقيمي من الأموال فالمثلى هو المال الذي يقدر عادة بالوزن أو بالكيل أو بالعد فتتماثل أجزاؤه عندما يكون مكيلاً أو موزوناً وأحاده عندما يكون معدوماً مع ملاحظة وجوده كذلك في الأسواق فإن لم يوجد في الأسواق فليس بمثلي وإنما يعتبر قيمياً حتى يوجد في الأسواق ولا تأثير لوجوده عند الناس في بيوتهم لأجل إستهلاكهم.

والقيمي هو ما لا يقدر من الأموال بكيل ولا بوزن ولا عد أو

كان ذلك ولكن تتفاوت آحاده إلى درجة تتغير معها قيمتها.

ويلاحظ أن التماثل وعدم التماثل يختلف بإختلاف الزمان والظروف فقديماً كانت الأقمشة تعتبر قيمية لإختلافها في النسيج والخطوط إختلافاً تتفاوت به قيمتها نتيجة غزلها ونسجها بالأيدي أما الآن وقد أصبح كل ذلك بالآلات الميكانيكية التي لا تنتج إلا متماثلاً في جميع الصفات فالواجب الآن عدها من المثليات كما يعد الآن من المثليات كل ما توجده الصناعة الحاضرة من المصنوعات المتماثلة في المادة.

والصنعة والقدر والصفة كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرونزية وأواني الطعام والشراب والورق والكتب المطبوعة والكراسات وغير ذلك من المتماثلات الموجودة في الأسواق لأن التناظر هو التماثل المؤدى إلى عدم الإختلاف في القيمة بين الأجزاء المتساوية في الوزن أو في الكيل أو بين الآحاد المتماثلة في الحجم مع الوجود في الأسواق وذلك كله متحقق في هذه الأشياء وفي كثير خلافها على أكمل وجه حتى أنه يفوق في ذلك البر والشعير والتمر مما عده الفقهاء مثلياً.

والنقود من المثليات ولكنها تمتاز عن غيرها من المثليات بأنها تكون دائماً أثماناً ومعاييراً لغيرها من الأموال فإذا كانت في عقد معاوضة كانت ثمناً ولا تتعين بالتعيين ولو أشير إليها بخلاف غيرها من المثليات فإنها تتعين إذا أشير إليها أو نص على مكانها وقد ذهب المالكية إلى أن النقد لايتعين بالتعيين وإن المعاملة تقع به على الذمم على الرغم من تعيين النقد عندها وأنه إذا غصب غاصب ديناراً معيناً فله أن يعطي مالكه غيره وعللوا ذلك بأنه ليس في النقد خصوصيات

تتعلق بها أغراض صحيحة للناس فسقط لذلك إعتبارها في نظر الشارع إذ لا يعتبر إلا ماله غرض صحيح (القرافي، الفروق وتهذيبها جـ 2 صفحة 133 و 151) وتظهر أهمية ذلك فيما يأتي :

1. المثلي يثبت ديناً إذا عين بأوصافه بخلاف القيمي فإنه لا يثبت في الغالب ديناً في الذمة ولكن يتعين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها فيصح القرض في المثليات ولا يصح في القيميات (الكاساني 7 : 395) ومادة (798 ـ 799) مرشد الحيران.
2. المثلي يضمن عند التعدي بمثله لا بقيمه لوجوده مثله، أما القيمي فيضمن بقيمته وهذا لأن المقصود من الضمان الجبر والعوض، وذلك يكون على أتمه بأداء المثل لأن فيه العوض عن التالف من ناحيتين : صورته وماليته فإذا انعدم المثل أكتفى بالقيمة لأن فيها العوض عنه من أهم ناحية وهي المالية . تراجع المواد (145 ـ 146) من المجلة (399) مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (56) أردني و (85) مصري و (88) سوري و (64) عراقي.

المادة (100)

1. الأشياء الاستهلاكية هي ما لا يتحقق الانتفاع بخصائصها إلا باستهلاكها أو إنفاقها.
2. أما الاستعمالية فهي ما يتحقق الانتفاع بها باستعمالها مرارا مع بقاء عينها.

المذكرة الإيضاحية :.

عرض المشرع في هذه المادة لتقسيم الأشياء إلى قابلة للإستهلاك وغير قابلة له .

والأشياء القابلة للإستهلالك هي التي تهلك بمجرد إستعمالها مرة واحدة أو بعبارة أخرى هي التي ينحصر إستعمالها بحسب ما أعدت له في إستهلاكها ، إستهلاكاً مادياً أو قانونياً ، ويعتبر إنفاق النقود وبيع العروض المعدة للبيع إستهلاكاً قانونياً لها .

وما عدا ذلك من أشياء فهو غير قابل للإستهلاك ، وللعبرة في ذلك بالإستعمال الذي أعد له الشيء فالثمار والنقود يكون الغرض منها عادة أكلها أو إنفاقها ، ولكنها إذا عدت للعرض في معرض أو عدة معارض على التوالي تكون غير قابلة للإستهلاك .

ويلاحظ وجوب عدم الخلط بين الأشياء القابلة للإستهلاك فليس كل مثلي قابلاً للإستهلاك وليس كل قيمي غير قابل للإستهلالك فالنقود المعدة للعرض مثلية ولكنها غير قابلة للإستهلاك والتحف الفنية الأصلية قيمية ولكنها تعتبر قابلة للإستهلاك إذا أعدت للبيع.

ومما تظهر فيه فائدة هذا التقسيم وجوب أن يكون الشيء المستعار مما يمكن الإنتفاع به دون إستهلاكه فإن لم يمكن لا تصح إعارته لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين ، وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير وتكون قرضاً لا إعارة لأن الإعارة تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على إختلاف الأصل ولا يمكن الإنتفاع

إلا بإستهلاكها ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيحها إعارة حقيقيه فتصح قرضاً مجازا لوجود معنى الإعارة حتى لو استعار حُلياً ليتجمل به صح لأنه يمكن الإنتفاع به من غير إستهلاك بالتجمل فأمكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إعارة كل ما لا يمكن الإنتفاع به إلا بإستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضاً لا إعارة لما ذكرنا أن محل حكم الإعارة المنفعة لا العين إلا إذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً فكان له حكم المنفعة (الكاساني البدائع جـ 6 ص 214 ـ 225).

وأنظر المادة (774) من مرشد الحيران ونصها (ويشترط لصحة العارية قابلية المستعار للإنتفاع مع بقاء عينه) وفي القرض تكون العين من الأعيان المثلية التي تستهلك بالإنتفاع بها) م (766) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (57) أردني و (84) مصري و (87) سوري.

المادة (101)

كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار. وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .

المادة (102)

يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له، رصداً على خدمته أو استغلاله ولو لم يكن متصلاً بالعقار اتصال قرار.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هاتان المادتان تقسيم الأشياء التي يصح أن تكون محلاً لحقوق مالية إلى أشياء ثابتة (عقارات) وأشياء منقولة . ولم تتعرضا لتقسيم الأموال العامة من هذه الناحية بل تتناولها المادة التالية .

وعرّف النص العقار بأنه كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف أو تغيير هيئته وينطبق ذلك على كل شيء حائز لصفة الإستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقته أم بصنع صانعه ، ولا يعتبر الشيء ذا مستقر إلا إذا كان لا يمكن نقله وتحويله ، فالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر لا تعتبر أشياء ثابتة لا يمكن نقلها دون تلف فإذا لم يمكن نقلها دون تلف فإنها تعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة وأشترط المشرع أن لا يترتب على نقلها وتحويلها تغيير هيئتها أخذاً بالمذهب المالكي ففي هذا المذهب المنقول ما يمكن نقله مع بقاء هيئته وغير ذلك العقار ، على خلاف المذهب الحنفي ففيه العقار ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه والمنقول وتحويله عن مكانه سواء أبقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته أم تغيرت به هيئته وصورته وفيه أيضاً العقار هو الأرض وحدها وغيرها منقول والشجر والبناء والقناطر الملتصقة بالأرض منقول لإمكان نقلها وإن تغيرت صورتها إذ به يصبح البناء أنقاضاً والشجر أخشاباً أو أحطاباً والقناطر قضباناً ، وأما في المذهب المالكي الذي أخذ به المشرع فالأرض وما أتصل بها من بناء وشجر وعقار (الدسوقي على الدردير جزء (3 : 479) لأن البناء والشجر لا يمكن نقلها ما دون تغيير هيئتها).

وقد أكتفى المشرع بتعريف الشيء الثابت وإعتبار كل ما

عداه منقول وقد كان في وسعه أن يعرف كلا من العقار والمنقول تعريفاً مباشراً ولكنه خشى أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء فأكتفى بتعريف العقار وترك تعريف المنقول يُستنبط من طريق الإستبعاد لكن في الوسع أن يعرف المشرع المنقول تعريفاً مباشراً بأنه ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وأن يترك تعريف العقار يستنبط بطريق غير مباشر ولكنه أثر تعريف العقار نظراً لما للعقارات من إعتبار خاص لا تزال آثاره باقية ، وإذن فالعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكانه دون تغيير هيئته كالأرض وما أتصل بها من بناء وشجر والمنقول ما يمكن تحويله عن مكانه مع بقاء هيئته وصورته كالحيوان والعروض والذهب والفضة والمكيلات والموزونات وفائدة هذا التقسيم تظهر في بيان أحكام كل من المنقول والعقار عند إرادة تطبيقها وفيما يلي أهمها :

1. الشفعة : لا تثبت في المبيع إلا إذا كان عقاراً ، فلا شفعة في المنقول إذا بيع إستقلالاً.

2. إذا بيع العقار جاز لمشتريه أن يتصرف فيه ببيعه مثلاً قبل أن يتسلمه من البائع عند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف) وإذا بيع المنقول لم يجز لمشتريه أن يبيعه قبل أن يتسلمه عند أئمتنا الثلاثة (أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن).

3. يجوز للوصي على الصغار أن يبيع منقولهم متى رأى المصلحة في ذلك وليس له أن يبيع عقارهم إلا إذا وجد لذلك مسوغ شرعي كبيعه لإيفاء دين أو لرغبة فيه بضعف قيمته أو لزيادة نفقاته على غلاته أو نحو ذلك مما هو مفصل في موضعه.

4. في حال بيع أموال المدين المحجوز عليه بسبب الدين لأجل وفاء دينه

يبدأ أولا ببيع المنقولات فإن لم يف ثمنها بالدين يبيع العقار لما في ذلك من مصلحة المدين .

5. لا يثبت حق إرتفاق على مال منقول وإنما يختص ذلك بالعقار .

6. العقار يصح وقفه عند الحنفية والمنقول لا يصح وقفه عندهم إلا في أحوال ثلاثة :-
أ. أن يرد بصحة وقفه أثر كما في وقف الخيل والسلاح.
ب. أن يجري العرف به كما في الكتب.
جـ. أن يكون تابعاً للعقار ، كأن يقف ضيعة بما فيها من أشجار ومبان وحيوان.

ومرجع ذلك عندهم إلى ما للوقف من صفة الدوام ولأجلها أختص بالعقار لأنه دائم بخلاف المنقول لأنه غير دائم ، ومن العلماء من ذهب إلى جواز وقف المنقول مطلقاً وبرأيهم صدر قانون الوقف في مصر إذ نص في المادة الثامنة منه على جواز وقف العقار والمنقول على السواء.

وقد رأى في المشرع إستثناء المنقولات التي يضعها المالك في عقار يملكه رصداً على خدمة العقار أو إستغلاله فأعتبرها عقارات وهي المعروفة في الفقة بأنها العقارات بالتخصيص ولم يقصرها على الآلات اللازمة أي الضرورية للزراعة وللمصانع بل نص عليها في صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه في عقار مملوك ويخصصه إما لخدمة العقار كالتماثيل التي توضع على قواعد مثبته وإما لإستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لإستغلال المحال التجارية

.... إلخ ولا يشترط أن يكون المنقول لازماً أي ضرورياً لخدمة العقار أو إستغلاله بل يكفي تخصيصه لهذه الخدمة أو الإستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك كما أن المشرع لم يأخذ باستلزام أن يكون المنقول متصلاً بالعقار إتصال قرار ليكون عقاراً بالتخصيص أما إذا وضع المنقول لخدمة شخص مالكه لا لخدمة العقار فإن ذلك لا يجعله عقاراً بالتخصيص ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة فإن ذلك لا يجعله عقاراً بل يكفي ألا يكون عارضاً . ومتى أنقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار.

ولم ير المشرع أن يجعل أثر الحاق صفة العقار بالتخصيص مقصوراً على عدم جواز الحجز على المنقول الذي تلحق به هذه الصفة بل رأى أن تكون فكرة العقار بالتخصيص أكثر مرونة وأوسع نطاقاً من هذا حتى تظهر نتائجها في البيع والقسمة والوصية وغير ذلك أيضاً ، وقد رؤي الأخذ بالصيغة المشار إليها تمشياً مع المادتين (128 ، 129) من المجلة ، وشرحها لعلي حيدر والمادتين (2 ، 3) من مرشد الحيران.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (58 و 59) أردني و (82) مصري و (84) سوري و (62 و 63) عراقي .

المادة (103)

1. تعتبر أموالا عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بناء على قانون.
2. ولا يجوز في جميع الأحوال التصرف في هذه الأموال أو الحجز

عليها أو تملكها بمرور الزمان.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تناولت هذه المادة الأموال العامة وقد اشترط فيها شرطان :ـ

أولاً :ـ أن يكون المال، عقاراً كان أو منقولاً، مملوكاً للدولة أو للأشخاص الإعتبارية العامة .

ثانياً :ـ أن يكون هذا المال مخصصاً لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون فوضعت بذلك تعريفاً عاماً تعين بمقتضاه الأموال العامة . وقد أخذ المشرع بمعيار التخصيص لمنفعة عامة وهو المعيار الذي يأخذ به الرأي الراجح في الفقه والقضاء.

وقد بينت المادة حكم الأموال العامة وهي خروجها عن التعامل ورتب على ذلك عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان ولكن ذلك لا يمنع الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة من الترخيص إدارياً لبعض الأفراد بإستعمال بعض الأموال العامة التابعة لها إستعمالاً بحسب ما تسمح به طبيعتها.

وقد أعتمد في حكم المادة بعد تعديلها على المادة (1675) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (60) أردني و (87) مصري و (90) سوري و (71) عراقي .

الفصل الخامس
الحق

الفرع الأول
نطاق استعمال الحق

المادة (104)

الجـواز الشـرعي ينافي الضمان فمن اسـتعمل حقه اسـتعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصلهـا المادة (91) من المجلة والضمـان هو إلتزام بتعويض مالي عـن ضرر للغيـر. ومعنى هذه القاعدة أنه لا يترتب على شـخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً لأن تسويغ الشـارع ذلـك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسئولية عنـه وإلا لم يكن جائـزاً، ومثال ذلك حفر إنسـان في ملكه الخـاص حفرة فيتردى فيها حيوان لغيـره فلا يضمنه لأن حفـرة هذا جائز وذلـك بخلاف حفرة في الطريق العام فإنه عندئذ يكون معتدياً على حق العامة فيضمن الضرر.

وهذه القاعدة مقيدة بأن يكون الجواز الشـرعي جوازاً مطلقاً فلـو كان جواز مقيـداً فإنه لا ينافى الضمان ولذلـك يضمن المضطر قيمـة طعام الغير إذا أكله دفعاً للهلاك عن نفسـه مع أن أكله واجب لا جائـز فقط وذلك لأن الجواز مقيد شـرعاً بحفظ حقوق الغير كما يضمـن قائـد الدابة مـا تتلفه من الطريـق العام لأن السـير وإن كان

جائزاً فهو مقيداً شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه (مصطفى الزرقا في الفقة الإسلامي في ثوبه الجديد جـ 2 ص 1026).

وهـي تقابل المـواد (61) أردني و (4) مصري و (3) سـوري و (6) عراقي.

المادة (105)

1. يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام
2. والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصلهـا المادتان (26) و (27) من المجلة وتطبيقاً للبند الأول فإنه يحجـر علـى الطبيب الجاهـل والمفتـي الماجن والمـكاري المفلس وإن تضرروا بذلك دفعاً لضررهم عـن الجماعة في أروحها ودينها وأموالها كمـا يبيع القاضي على المحتكريـن أموالهم المحتكرة وإن أضرهم ذلك دفعـاً لضرر الإحتكار عن العامة كما يجوز التسـعير إذا غالى الباعة في الأسـعار، كما يجوز بـل يجب هدم الدور الملاصقة للحريق منعاً لتجاوزه إذا خيف سريانه.

والبنـد الثاني من أمثلته فرض النفقـة للفقراء على الأغنياء من الأقـارب لأن ضـرر الأغنياء بفرضها أخـف من ضرر الفقـراء بعدمه كما أنه لو بنى مشـتري الأرض أو غرس فيها ثم ظهر لها مستحق فإن كانت قيمة البناء اكثر حق للمشتري أن يمتلك الأرض بقيمتها جبراً على صاحبهـا والعكس بالعكس وكذا لو أبتلعت دجاجة شـخص

لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب اللؤلؤة أن يتملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لؤلؤته (شرح المجلة لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المادة (65) أردني.

الفرع الثاني
إساءة استعمال الحق

المادة (106)

1. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع.

2. ويكون استعمال الحق غير مشروع:
   أ. إذا توفر قصد التعدي.
   ب. إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون أو النظام أو الآداب.
   ج. إذا كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر.
   د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة حالة إساءة إستعمال الحق وقد عرف فقهاء الإسلام هذه الحالة منذ القدم وشرعوا لها الإحكام ثم لحق بهم الغربيون نتيجة تطور في المشاعر والأفكار التي أوحى بها التقدم

الإجتماعـي في الغرب ذلك أن فكرتهم الفردية القديمة التي برزت في نهاية القرن الثامن عشر قد تضاءلت أمام فكرتهم الحديثة التي تهدف إلى إعتبار الحق إنما منح لخدمة الأفراد تحقيقاً لغرض إجتماعي فهو بذلـك يمثل وظيفة إجتماعية حقه وبناء على هذه الفكرة قالوا أنه إذا أنحرف إستعمال الحق عن مقصوده كان ذلك موجباً للجزاء.

ومبدأ إساءة إستعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عـن الإلتزامـات بـل يمتد إلى الحقـوق العينيـة وإلى روابـط الأحوال الشـخصية وإلى القانون التجاري وقانون المرافعات بل يشـمل القانون العـام أيضاً إذ يمكن القول بأن هناك إسـاءة إسـتعمال حق الحريات أو حق الإجتماعات وهلم جرا لذلك كان حرياً بالمشـرع أن يحل النص الخاص بإسـاءة إسـتعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية حتى ينبسـط على جميع نواحـي القانون بفروعـه المختلفة ولا يكون مجـرد تطبيق لفكرة العمل غير المشـروع المحصـورة في نظرية الحق الشـخصي. وقـد أقرت الشـريعة الإسـلامية ذلـك على أنـه بوصفها نظريـة عامة وعنى الفقه الإسـلامي بصياغتها صياغـة تضارع إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما أسـفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب وإزاء ذلك حرص المشـرع على أن يأخذ بلب القواعد التي أسـتقرت في الفقة الإسـلامي في هذا المجال مثـل (لا ضرر ولا ضرار) و(الضـرر يـزال) و(الضـرر لا يـزال بمثلـه) و (الضرر الأشـد لا يزال بالضرر الأخف) و (درء المفاسد أولى من جلب المنافع).

وقد تفادى المشـرع الصيغة العامة كالتعسـف والإساءة بسبب غموضها وخلوها من الدقة واستمد من الفقه الإسلامي وما وضعه من قواعد تقدم بعضها الضوابط الأربعة التي أشتمل عليها النص وتفصيل الضوابط على هذا النحو يهئ للقاضي عناصر نافعة للإسترشاد.

وأول هــذه الضوابط هو إســتعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سـوى الإضرار بالغير وهو معيار ذاتي أسـتقر الفقه الإسـلامي على الأخـذ به والجوهري في هذا الشـأن هو توفر نيـة الإضرار ولو أفضى إسـتعمال الحق إلـى تحصيـل منفعة لصاحبـه ويراعى أن هــذه النية تسـتخلص من إنتفاء كل مصلحة من إسـتعمال الحق إستعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك.

والضابط الثاني ـ: إسـتعمال الحق إسـتعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشـروعة وتعبير المشرع في هذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها ولا تكون المصلحة غير مشـروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام الشريعة الإسلامية والقانون فحسب وإنما يلحق بها هذا الوصف ايضاً إذا كان تحقيقهـا يتعـارض مـع النظـام العـام أو الآداب . وإذا كان المعيـار في هــذه الحالة ماديـاً في ظاهرة فـإن النية كثيـراً ما تكون هي النافية لصفة المشـروعية عن المصلحـة وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسـبة إساءة الحكومة لسـطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو لشهوة حزبية.

والضابط الثالث : إسـتعمال الحـق إبتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من الضرر بسببها ، والمعيار في هــذه الحالة مـادي ولكنه كثيراً مـا يتخذ قرينه علـى توافر نية الإضرار بالغير ، والفقه الإسـلامي أسـاس هذا المعيار وجاراه في ذلك الفقه والقضاء في مصر والدول العربية على السواء.

والضابط الرابع :هو تجاوز الإنسـان في إسـتعمال حقه ما جرى عليه العـرف والعادة بين الناس ويلاحظ أن الحكـم في هذه المادة إنما

يتعلق بالحق لا بالرخصة فالإساءة ترد على إستعمال الحقوق وحدها أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة الإساءة في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والأفراد كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في إقتضاء دين من الديون، وحقه في طلاق زوجته، أما ماعدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للإختصاص الحاجز فرخص وإباحات كالحريات العامة وما إليها.

وعلى هذا النحو وضع المشرع قاعدة لمباشرة الحقوق إستناداً إلى ما أستقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية المتفقة مع ما إنتهى إليه الفقه الحديث في نظرية إساءة إستعمال الحق وبذلك أتيح للمشرع أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزاعات الإجتماعية الحديثة وأن يساير التشريع والفقه في العصر الحاضر بأخذه بمبادئ الفقه الإسلامي.

وهذه المادة تتعلق بإساءة إستعمال الحق ويراجع في ذلك شرح المادة (91) من المجلة لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (66) أردني و (5) مصري و (6) سوري و (8) عراقي.

الفرع الثالث
أقسام الحق

المادة (107)

يكون الحق شخصياً أو عينياً أو معنوياً

المادة (108)

الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل.

المادة (109)

1. الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين.
2. ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً

المادة (110)

1. الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكنى والقرار (المساطحة) وحقوق الارتفاق والوقف وما يعتبر كذلك بنص القانون.
2. الحقوق العينية التبعية هي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الامتياز.

المادة (111)

1. الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي.
2. ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة.

المذكرة الإيضاحية :.

تراجع المادتان (125 ، 126) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر والمادتان (4 ، 5) من مرشد الحيران وقد أوضحت هذه المواد تقسيم الحق إلى شخصي أو عيني أو معنوي.

وهذه المواد تقابل المواد من (67 إلى 71) أردني.

الفرع الرابع
اثبات الحق

(1) أدلة الاثبات
المادة (112)

أدلة إثبات الحق هي :

أ. الكتابة.

ب. الشهادة

ج. القرائن

د. المعاينة والخبرة.

هـ. الإقرار.

و. اليمين

(2) قواعد عامة في الاثبات

المادة (113)

على الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه

المادة (114)

الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجة متعدية والإقرار حجة مقصورة على المقر.

المادة (115)

ترد كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه.

المادة (116)

يعتمد في شهادة الأخرس وحلفه بإشارته المعهودة إذا كان يجهل الكتابة.

المادة (117)

البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

المادة (118)

البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل.

المادة (119)

تقبل اليمين ممن يؤديها لبراءة نفسه لا لإلزام غيره

المادة (120)

1. لا تحلف اليمين إلا بطلب الخصم.

2. ويجوز للقاضي - من تلقاء نفسه - توجيه اليمين للخصم في الحالات الآتية:

أ. ادعائه حقا في التركة وإثباته فانه يحلف يمين الاستظهار (الاستيثاق) وهي انه لم يستوف حقه من الميت ولم يبرئه ولا أحاله على غيره، وأن الميت ليس له رهن في مقابلة هذا الحق.

ب. ثبوت استحقاقه لمال فانه يحلف على انه لم يبع هذا المال أو يهبه أو يخرج عن ملكه بأي وجه من الوجوه.

ج. رده لمبيع لعيب فيه فانه يحلف على انه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة.

د. عند الحكم بالشفعة فانه يحلف على انه لم يسقط حق شفعته بأي وجه من الوجوه.

المادة (121)

يقبل قول المترجم المقيد بالسجل الخاص وطبقاً لما ينظمه القانون.

المادة (122)

لا حجة مع التناقض. ولكن لا اثر له في حكم المحكمة إذا ما ثبت بعده ولصاحب المصلحة حق الرجوع على الشاهد بالضمان.

(3) تطبيق قواعد أحكام الإثبات

المادة (123)

يتبع لدى المحاكم في قواعد وإجراءات الإثبات واستيفاء أدلة الحق الأحكام المنصوص عليها في قوانينها الخاصة وذلك في ما لا يتعارض مع الأحكام السابقة.

المذكرة الإيضاحية :.

شرعت أدلة إثبات لحماية الحقوق بصفة عامة فالحق يتجرد من قوته إذا لم يقم دليل على ثبوته. ولذا يتعين إقامة الدليل على كل واقعة قانونية يدعي بها متى توزع فيها أو أنكرها المدعى عليه وقد أختلفت التشريعات في وضع أحكام الإثبات فالبعض ضمنها قانون المرافعات والبعض قسمها بين التقنين المدني وتقنين المرافعات وأفرد له البعض تشريعات مستقلة (التشريعات الإنجليزية والأمريكية).

وقد أرتأى المشرع وهو يستند أساساً إلى الشريعة الإسلامية تقنين القواعد الموضوعية في إثبات الحق بعد بيان مصادره بوصفها قواعد كلية تتصل بموضوع الأدلة التي يستند إليها الفقه الإسلامي وهي الأدلة التي جرت المحاكم على تطبيقها.

وتضمن نص المادة (112) أدلة الإثبات وأنواعها وهي الكتابة والشهادة والقرائن والمعاينة والخبرة والإقرار واليمين وهو نص يتفق والأدلة الفقهية مع إضافة المعاينة والخبرة لإستكمال وسائل الإثبات طبقاً لما ورد في جميع القوانين الحديثة.

وقد تناول المشرع المقترح المواد التي تضمنت قواعد كلية في الفقة وتتفق مع الأسس المتفق عليها في تأصيل الدليل الشرعي على ثبوت الحق أو نفيه وذلك لكي يشمل جميع القواعد التي يتطلبها إثبات الحقوق على الوجه المبين في كل قانون وقد بينت المادة (113) على أن كل من يدعي حقاً فعليه أن يقدم الدليل على ما يدعيه وفي المادة (85) من المجلة أن البينة تُطلب من كل من يدعي خلاف الأصل وهي قاعدة مصدرها كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم والذمة في إصطلاح علماء الأصول وصف يصور به الإنسان أهلاً لما له وما عليه والقول بأن براءة الذمة أصل يقصد به ذات الإنسان فإذا ترتب في ذمته حق للغير كان هو ذاته المدعي به وعلى من يدعي هذا الحق أن يثبته وعلى المدين به أن ينفيه.

وقد بينت هذه الأحكام أن البينه حجة متعدية أي تتجاوز إلى الغير أي غير المدعى عليه أما الإقرار فهو قاصر على من أقر به وهو ملزم له ذلك لأن حجة البينة لا تقتصر على المحكوم عليه وتتجاوز إلى كل من له مساس بالدعوى أما الإقرار فهو يستند إلى إدعاء المقر ومن

ثم فهو مقصور عليه ولا يمس حق غيره.

كما أن القاعدة العامة رفض الشهادة إذا كان الغرض منها جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه إذ يجب أن تنصب الشهادة على وقائع النزاع دون إقحام ما يتصل منها بشخص الشاهد وللمحكمة أن تستبعد من شهادته كل ما بعد عن وقائع النزاع.

كما أعتد بإشارات الأخرس المعهودة في الأخذ بشهادته أو بيمينه ولا يعني ذلك إطراح دليل الكتابة إذا كان الأخرس يعرفها فهي أقوى في الإيضاح بما يريد أما الإشارات فقد يتفاوت فهم مؤداها بين شخص وآخر ما لم تكون معهودة من الأخرس تصفه يقينية في الأفصاح عما يريد أن يدلي به ويتم تحقيق هذا اليقين من أقاربه أو أصدقائه وجيرانه ويجب أن يكونوا عدولاً إستيفاء للثقة في شهادتهم.

وقد تناولت المواد أحكام البينات فأوضحت المادة (117) أن البينة على من أدعى واليمين على من أنكر وهو نص الحديث الشريف وجاء في شرح المجلة على النص جزء (1) صفحة (66) " أنه من المعلوم عقلاً أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب فالإدعاء المجرد لا يخرج عن كونه خبراً فإذا لم تدعمه بينه فلا مرجح لأحد الإحتمالين والحكم الشرعي أنه متى أثبت المدعي إستحقاقه للمدعي به أستحقه وإذا عجز المدعي عن إثبات حقه يحلف عليه المنكر اليمين.

ومن المقرر أن الأصل يؤيد ظاهر الحال فلا يحتاج لتأييد آخر وخلاف الظاهر يتأرجح بين الصدق والكذب فيحتاج إلى مرجح وهي البينه.

ولـذا نص في المـادة (118) علـى أن البينة لإثبـات خلاف ظاهر وخلاف الأصل كالموجود بالصفات العارضة وإشتغال الذمة وإضافة الحوادث إلى أبعد أوقاتها ومن أمثلة ذلك إذا أدعى شخص بأنه باع مالاً لآخـر عندما كان صبياً ولـما كان البيع غير نافـذ فإنه مطالب برده فأجـاب المدعى عليـه بأنه كان بالغاً عند إتمام البيـع والبيع نافذ ولما كان البلـوغ عارضاً وهو بخلاف الأصل تطلب البيّنة من مدعي البلوغ . كما يتبين من مراجعة المادة (120) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

كمـا تضمنت هذه القواعـد النص على أن اليمـين تقبل ممن يؤديها تبرئة لنفســه لا إلزاماً لغيره كأداء اليمـين أو وفاء الإلتزام أياً ما كان نوعه.

وقـد رؤي تغطية أحـكام اليمين بما ذكر في المـادة (120) من المشرع وهي قاعدة عامة في الإثبات عملاً بالمادة (1476) من المجلة وهي خاصة بالأحوال التي يجوز فيها للمحكمة توجيه اليمين.

وفي أداء الشهادة يقبل قول المترجم مطلقاً والمترجم هو من ينقل لغـة إلى أخرىويرى الشـيخان قبول قـول المترجم الواحـد أما محمد فذهـب إلـى أنه يجـب أن يكـون عـدد المترجمين لا يقل عـن نصاب الشـهادة إلا أن قول الشـيخين هو الراجح، (شرح المجلة جزء 1 صفحة 63، 64) على أن النص المقترح في المادة (121) يضمن قيداً هاماً في أداء الترجمـة بإعتبارها صورة من صور الشـهادة وهـو أن يكون المترجم مقيداً بالسجل الخاص بذلك.

أما المادة (122) فقد تضمنت حكماً هاماً من شـأنه أن يؤكد للحكـم الصادر حجته فإذا وقع تناقض في الدلالة فإنها تبطل ولكن

لـو حكم القاضي قبل أن يتبين بطلانها فـلا أثر لذلك في حكمه بل يظل الحكم قائماً ولمن اصابه ضرر أن يرجع على من شهد أو من قدم الدليـل بالضمان وأما المـادة (123) فقد تضمنت إحالـة على القوانين الخاصة بالنسبة لإجراءات الإثبات وإستيفاء أدلة الحق .

وهــذه المادة تقابل المــواد (72 و 73 و 77 و 78 و 79 و 80 و 81 و 82 و 83 و 84 و 85 و 86) أردني.

الكتاب الأول
الإلتزامات والحقوق الشخصية

مصادر الالتزام أو الحقوق الشخصية
المادة (124)

تتولد الالتزامات أو الحقوق الشخصية عن التصرفات والوقائع القانونية والقانون ومصادر الالتزام هي :

1. العقـد.
2. التصرف الانفرادي.
3. الفعل الضـار.
4 . الفعل النـافع.
5 . القانــون.

المذكرة الإيضاحية :.

حـددت هـذه المـادة مصـادر الإلتـزام أو الحقوق الشـخصية وتنحصـر في التصرفات عقدية كانت أو إنفراديـة والوقائع القانونية

سواء أكانت فعل ضار أم فعل نافع والإلتزامات أو الحقوق الشخصية التي تنشأ مباشرة من القانون (وهذا الحكم مستمد من مشروع القانون المدني العربي الموحد).

الفصل الأول
العقد

نظرة عامة على الأصل في العقود :

أختلف الفقهاء المسلمون في مسألة العقود ، هل الأصل فيها الإباحة أو الحظر وقد عرض الخلاف ابن تيميه في فتاويه فقال : إن فروع هذه المسألة كثيرة جداً والذي يمكن ضبطه منها قولان :

أحدهما أن الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته فهذا قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول الحنفية تبنى على هذا وكثير من أصول الشافعية وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد فان أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قال في أحد الروايتين في وقف الإنسان على نفسه ، كذلك طائفة من أصحابه يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ويقولون ما خالف مقتضى العقد فهو باطل أما أهل الظاهر فلم يصححوا لا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه وأستصحبوا الحكم الذي قبله ولكن خرجوا في كثير إلى أقوال ينكرها عليهم غيرهم.

وأما أبو حنيفة فأصوله تقضي أنه لا يصح في العقود شرط يخالف مقتضاها المطلق وإنما يصح الشرط في المعقود عليه إذا كان

العقد مما يمكن فسخه ... وإنما صحح أبو حنيفة خيار الثلاث للأثر وهو عنده موضع استحسان والشافعي يوافقه على أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل لكنه يستثنى مواضع الدليل الخاص فلا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث ولا إستثناء منفعة الجميع ونحو ذلك. وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعي كالخيار أكثر من ثلاث ... وذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه يجوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزه الشافعي فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون للمعارض أكثر مما استثنى. كما قد يوافق هو أبا حنيفة ويستثنى أكثر مما يستثنى للمعارض.

وهؤلاء الفرق الثلاثة يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشرط أكثر منهم لقولهم بالقياس، والمعاني وآثار الصحابة رضى الله عنهم ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم.

والقول الثاني: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به وأصول أحمد رضى الله عنه المنصوص عنها أكثرها تجري على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثرهم تصحيحاً للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه.

وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها تنبيه بدليل خاص كأثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة ولا يعارض بذلك بكونه شرطاً ليس من مقتضى العقد أو لم يرد به نص وكأن قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي صلى الله

عليه وسلم والصحابة ما لم نجده عند غيره من الأئمة فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه، وما أعتمدت غيره في إبطال الشروط من نص فقد يضعفه أو يضعف دلالته، وكذلك قد يضعف ما أعتمده في قياس. وقد يعتمد طائفة من أصحاب عمومات الكتاب والسنة التي سنذكرها في تصحيح الشروط كمسألة الخيار أكثر من ثلاث، وقال ابن تيمية، هذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والإعتبار مع الإستصحاب والدليل النافي.

(ابن تيميه، الفتاوى، 3: 323 وما بعدها. وابن القيم اعلام الموقعين، 1 : 299، وابن حزم الأحكام 5: 6 وما بعدها وخصوصاً 12- 14. والمحج/9 والبند 1447 صفحة 203- 423 وما بعدها، وابن الهمام، التحرير، 4، 68 والغزالي المستصفى، 1: 93، والشاطبي الموافقات 1: 190 وما بعدها 214 وما بعدها المغني والشرح الكبير 4: 285 وما بعدها والكاساني، 5: 176. والحطاب على خليل، 3: 446. والمجموع للنووي 9 : 374).

وقد نشأت على مر العصور عقود لم تكن موجودة من قبل وإن كانت متفرعة من عقود معروفة ومن ذلك عقد الحكر وعقد الإجارتين في الأموال الموقوفة وكذا بيع الوفاء والمرابحة والتولية والوضيعة وهي أنواع من البيع وشركة التقبل وشركة الوجوه وهي صور من الشركة وعقد الإستجرار الذي هو من قبيل ما يسمى اليوم باسم (الحساب الجاري).

ويؤيد القول بالإباحة والصحة ما " روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: المسلمون عند شروطهم " مظاهرة يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل لأنه يقتضي أن يكون كل

مسلم عند شرطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به .... وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه . (الكاساني، 5 : 259).

وعلى ذلك فما ذكر الفقهاء من العقود إنما هي العقود التي غلبت في التعامل بين الناس في زمانهم فإذا جدت عقود أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً، كانت عقوداً مشروعة.

وقد رؤى الأخذ في القانون بأوسع المذاهب في هذا الصدد وهو المذهب الحنبلي توسعة على الناس في معاملاتهم واريد بيان هذا الأصل في وضوح تام بالمادة (125).

الفصل الأول
العقد

الفرع الأول
أحكام عامة

المادة (125)

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر. ويجوز أن تتطابق اكثر من إرادتين على أحداث الأثر القانوني.

المذكرة الإيضاحية :.

وقـد عرفت العقد وبينت أنه قد يكون نتيجة تطابق ارادتين أو أكثر.

وقد أعتمد في هذا التعريف على المادة (103) من المجلة وشرحها لعلي حيدر وما ورد في أول عقد البيع من رد المحتار جزء 4 صفحة 1 ـ 20 والمادة (262) من مرشد الحيران.

وهذه المواد تقابل المادة (87) أردني. والفقرة الثانية مستمدة من مشروع القانون العربي الموحد.

المادة (126)

يجوز أن يرد العقد على ما يأتي :

أ. الأموال منقولة كانت أو عقاراً مادية كانت أو معنوية.

ب. منافع الأعيان.

ج. عمل معين أو خدمة معينة.

د. أي شيء آخر ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

المذكرة الإيضاحية :.

أريـد في هذه المادة بيان ما يصح أن يرد العقد عليه ومنها يتبين أن العقد لا يرد فقط على الأموال المادية بل يرد أيضاً على الأموال المعنوية كحق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وقد تقدم أنها مال

ولا يــرد علــى الأعيان فقط بل يــرد على منافعها أيضاً وقــد تقدم أنها مــال كذلك وحرصاً من المشــرع على ألا يفوت شــيء رؤي ـ إحتياطياً النص على أنه يصح أن يرد العقد على أي شــيء آخر أي ســواء أكان عيناً أم منفعة مادياً أم معنوياً ، لم يحرم التعامل فيه بنص في القانون أو لمخالفته للنظام العام أو الآداب.

ولم ير المشرع حاجة لبيان ما جاء في مرشد الحيران من تفصيل أن العقــد يصح أن يرد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعــوض بيعاً أو بغير عوض هبة لحفظها وديعة لإســتهلاكها بالإنتفاع بها قرضاً وعلى منافع الأعيان للإنتفاع بها بعوض اجارة أو بغير عوض إعــارة لأن هذا يدخل في عمــوم العبارة ، كما رؤي عــدم الحاجة إلى إفراد جواز ورود العقد على أي شيء آخر بمادة مستقلة ويكفي جعلها فقــرة أخيرة في نفس المادة وخصوصــاً بعد تقرير مبدأ حرية الإرادة في إنشاء العقود.

وقد رأى المشــرع زيادة في البيان ذكر أن الأعيان التي يصح أن يرد العقد عليها قد تكون مادية وقد تكون معنوية إبراز لجواز وروده على الحقوق المعنوية .

ويعتمد أيضاً في هذه المادة على المواد من (263 ـ 266) من مرشــد الحيران .

وهذه المادة تقابل المادة (88) أردني .

المادة (127)

التعاقد على معصية لا يجوز.

المذكرة الإيضاحية :.

وقـد تضمنـت قاعدة شـرعية مؤداها عدم جـواز التعاقد على معصية.

المادة (128)

1. تسـري علـى العقود المسـماة وغيـر المسـماة القواعد العامـة التي يتضمنها هذا الفصل.
2. أمـا القواعـد التـي تنفرد بهـا بعض العقـود فتقررهـا الأحكام الخاصة المنظمة لها في هذا القانون أو في غيره من القوانين.

المذكرة الإيضاحية : .

أريد بهذا النص تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسري على العقود المسماه كالبيع والإجارة والشـركة وغني عن البيان أن بعض الأحـكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على إسـتثناء من القواعد العامـة ولكن الأصل هو تطبيق القاعدة العامة على العقود جميعاً دون تفريق بين العقود المسـماه وغير المسـماه ما لم يرد نص خاص بشأن المستثنى . وقد أعتمد في ذلك على مـا ورد في البدائع جـزء 5 صفحة (259 و 282) كما نـص البند الثاني على سـريان القواعد التـي تنفرد بها بعض العقـود والتي ينظمها هذا

القانون أو قانون آخر عليها .

وهذه المادة تقابل المادة (89) أردني.

الفرع الثاني
أركان العقد وصحته ونفاذه والخيارات

1- انعقاد العقد

نظرة عامة :

التعبير عن الإرادة : ترتكز نظرية العمل القانوني في هذا المشروع القانون على الإرادة الظاهرة أي على التعبير عن الإرادة لا على الإرادة الباطنة فالعقد يتم بمجرد توافق الإرادتين ولكن عند تبادل التعبير إدارتين متطابقتين عن تناول مشروع صيغ التعبير عن الإرادة وهو على أية حال لا يشترط فيه شكل خاص ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لإنعقاد العقد ، ثم تكلم على خيار الموجب في الرجوع عن الإيجاب وخيار الموجه إليه الإيجاب في القبول أو الرفض وخيار المجلس وعلى تكرار الإيجاب وإلتزام الموجب بإيجابه إذا حدد ميعاداً للقبول.

الإيجاب والقبول : يتم العقد بالإيجاب والقبول ولا بد أن يكونا مطابقين على أنه في حالة الإتفاق على المسائل الجوهرية فإن العقد يتم ويتولى القاضي أمر البت في المسائل التفصيلية التي أرجئ الإتفاق عليها ، وهذا من شأنه أن يوسع من سلطة القاضي ، فلا تكون مهمته مقصورة على تفسير إرادة المتعاقدين ، بل هو قد يستكمل ما نقص منها ، وفيما بين الغائبين سلك المشرع مسلك الفقه الحنفي الذي

يجعل العقد يتم بمجرد القبول، وعرض لحكم التعاقد بالهاتف، أما القبـول فقد عرض المشرع لبعض صوره فأعتبر السكوت قبولاً في بعض الفروض وعلق القبول في العقد الذي يتم عن طريق المزايدة على رسو المزاد، وأخيراً عرض المشرع لعقد الإذعان حيث يكون القبول مقصوراً على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وبهذا النص يكون المشرع قد أعتبر تسليم العاقد ضرباً من ضروب القبول، ومع ذلك وضع المشرع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود أفرد لها نصاً خاصاً روعي فيه ما هو ملحوظ في إذعان العاقد من معنى التسليم كما خول القاضي تعديله.

حالات خاصة في إبرام العقود: وضع المشرع أحكاماً للوعد بالتعاقد وجعله صحيحاً متى عينت المسائل الأساسية في التعاقد والمدة التي يتم فيها وللقاضي أن يصدر حكماً يقوم مقام العقد الموعود به عند عدم الوفاء بالوعد وإذا كان هناك عربون قد دفع عند إبرام العقد فإنه يكون لأحد الطرفين أن يستقل بنقض العقد إلا إذا إتفق على ألا يكون له خيار العدول.

نظرية النيابة: رسم المشرع القواعد الأساسية لنظرية عامة في التعاقد أخذاً بالفقة الإسلامي وقد رؤي الإكتفاء في هذا الشأن بإيراد نصوص يتسع عمومها لضروب النيابة جميعاً، إتفاقية كانت أو قانونية، أما القواعد الخاصة بالنيابة الإتفاقية وحدها فقد وردت بصدد عقد الوكالة وقد أختص المشرع هذا العقد بطائفة من القواعد لها دون شك منزلتها من النظرية العامة في النيابة ولكنه آثر أن يجمعها في صعيد واحد تجنباً من التكرار.

وعلى ذلك أقتصر الأمر في الأحكام العامة على بيان آثار

النيابة على وجه الإجمال وإيراد القاعدة الخاصة بتعاقد الشخص مع نفسه ويكمل هذه الأحكام ما ورد في عقد الوكالة من نصوص.

ويراعى أن الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد التي تضمنها المشرع إقتباساً من الفقة الإسلامي مع عدم التقيد بمذهب معين تضاهي إن لم تفق أكثر التقنينات تقدماً ، (يراجع في بيان ذلك : السنهوري، مصادر الحق جـ 5 / ص 196 ـ 312 وخصوصاً صفحة 306ـ 312).

المادة (129)

الأركان اللازمة لانعقاد العقد هي :

أ. أن يتم تراضي طرفي العقد على العناصر الأساسية.

ب. أن يكون محل العقد شيئاً ممكنا ومعينا أو قابلاً للتعيين وجائزاً التعامل فيه.

ج. أن يكون للالتزامات الناشئة عن العقد سبب مشروع

المذكرة الإيضاحية :ـ

حددت هذه المادة الأركان اللازمة لإنعقاد العقد وهي التراضي وتوافر محل للعقد وسبب مشروع للإلتزمات الناشئة مع بيان الشروط الأساسية لكل ركن من هذه الأركان بوجه عام على أساس أن ترد التفصيلات في مكانها عند بيان كل ركن.

(وهذه المادة مستمدة من مشروع القانون المدني العربي الموحد).

المادة (130)

ينعقد العقد بمجرد ارتبــاط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاده.

المذكرة الإيضاحية :ـ

يعــرف الفقهاء العقد بأنه " إرتباط الإيجــاب بالقبول على وجه يثبت أثــره في المعقود عليه "والإنعقاد بأنه" تعلــق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل ".

(البابرتــي، العناية من أول كتاب البيع جـ 6 / ص 247، والمادة (262) من مرشــد الحيران و (103 و 104 و 167) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وقــد نصــت هذه المــادة علــى أن العقــد ينعقد بمجــرد إرتباط الإيجاب بالقبــول وطبيعي أن الإرتباط المقصود هنا هو الإرتباط الذي يتم وفق ما أمر به الشــارع أي الذي تتوافر فيه الشروط التي يشترطها الشارع.

وقد أضاف المشــرع إلى تعريــف الفقهاء (مع مراعــاة ما يقرره القانــون فوق ذلك من أوضــاع معينة لإنعقاد العقد). نــزولاً على ما قد يقرره القانون في بعض العقود من إشتراط القبض أو إشتراط التسجيل لإنعقاد العقد ومع أن العقد ليس إلا إرتباط الإيجاب بالقبول على وجه شــرعي أي ليس غيره فقد آثر المشرع أن يكون النص على ما هو عليه نــزولاً على الإعتبارات العملية إذ الذي يهم المتعاملين والقاضي هو متى

ينعقـد العقد بصـرف النظر عمـا إذا كان العقد هو نفـس الإيجاب والقبول أو أثرهما .

وظاهـر من تعريف الفقهـاء إيثار مذهـب الإرادة الظاهرة على الباطنة فالعقد ينعقد بالإيجاب والقبول أي بالإرادة المعلنة من الطرفين بموافقتهما على العقد .

ويلاحظ أن المقصود بالعقد هوالـذي يتوافر فيه إيجاب وقبول لا إيجـاب فقط أي الـذي تتوافر فيه إرادتـان لا إرادة واحدة مع أنه قد يطلق على لسان الفقهاء مقصوداً به الإثنان معاً : ما يتم بإيجاب وقبول ومـا يتم بإيجاب فقط أي ما يتم بإرادتين كالبيع وما يتم بإرادة واحدة كالطـلاق فالعقـد معنى عـام يتناول ما يتـم بإرادتين وما يتـم بإرادة واحـدة ومعنى خاص مقصور على ما يتم بإيجـاب وقبول فقط والعقد بمعنـاه العام المتقدم أضيق من التصـرف إذ التصرف قد يكون قولياً يتم بإرادتين أو بإرادة واحدة وقد يكون فعلياً كالغصب والإتلاف.

هـذه المادة تقابل المواد (90) أردني و (89) مصري و (92) سـوري و (73) عراقي .

المادة (131)

الإيجاب والقبول كل تعبير عن الإرادة يسـتعمل لإنشـاء العقد وما صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول.

المادة (132)

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة ويجوز أن يكونا بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي.

المذكرة الإيضاحية :.

أخذ المشرع بما قال به جمهور الفقهاء من أن الأساس في صيغة العقد أن تكون دالة في عرف المتعاقدين على إرادتيهما إنشاء العقد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر كالمساومة أو العدة أو ما أشبه ذلك، يستوي بعد ذلك أن تكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بالفعل فقد قال مالك أن البيع يقع بما يعتقده الناس بيعاً وقال أحمد بن حنبل البيع ما يعده الناس في عرفهم بيعاً وكالبيع غيره في هذا الصدد.

وفي هاتين المادتين تناول المشرع حالة التعبير عن الإيجاب والقبول فقرر بأن كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد يعتبر كذلك سواء أكان بلغة عربية أم بلغة أخرى يفهمها المتعاقدان، لا يشترط في ذلك لفظ معين ولا تركيب خاص.

ونص على أن ما يصدر أولاً فهو الإيجاب وما يصدر ثانياً فهو القبول أخذاً برأي الحنفية مخالفاً رأي المالكية والحنابلة من أن الإيجاب ما صدر من المملك وإن تأخر والقبول ما صدر من المتملك وإن تقدم لأن رأي الحنفية أيسر.

وكمـا أن العقد ينعقد بصيغة الماضـي مطلقاً لأن هذه الصيغة تدل على إنشاء العقد وتحققه فعلاً إذ هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً لكنها جُعلت إيجاباً للحال في عرف أهل الفقة والشرع، والعرف قـاض على الوضع، أما صيغـة المضارع فهـي وإن كان الصحيح إنها للحال إلا أنه يحتاج إلى النية لأنه غلب إستعمال هذه الصيغة للمستقبل إما حقيقة أو مجـازاً فوقعت الحاجة إلى التعيين فإذا وجدت نية العقد وانتفت إرادة المساومة والوعد والإستفهام ينعقد بها العقد.

وفي صيغة الأمر أخذ المشـرع برأي مالك والشـافعي وروايةعن أحمد أنه ينعقد بها العقد متى دل فعل الأمر على إرادة العاقد به إنشاء العقد دلالة ليسـت محلاً لإحتمال الشـك في عـرف المتعاقدين وطرق مخاطبتهم ولم يأخذ برأي الحنفية من أنه لا ينعقد بها العقد.

وبهذا تسـتوي صيغة المضـارع وصيغة الأمر في أنـه ينعقد بهما العقـد إذا توافرت النية على أنه أريد بهما الحال أما الماضي فلا يحتاج إلـى البحث عن النية لأنها بطبيعة وضعها في عرف اللغة والشـرع لفظ يتمخض للحال.

(يراجـع في ذلك عند الحنفية : الكاسـاني : 5 : 133ـ 134 وابن الهمـام 5: 74ـ 75 والهندية 3- 4 والزيلعي 4 : 4، وعند المالكية : المدونة الكبـرى 10 : 51، والحطاب على خليل 4: 229ـ 230 و 232 والدسـوقي علـي الدردير 3: 3ـ وعند الشـافعية: الشـيرازي، المهذب 257:1 وعند الحنابلة: ابن قدامة للمغني 4 : 3- 4 والشعراني 2: 72- 73).

كما تناولت المـادة (132) طرق التعبير الآخرى عن الإرادة غير اللفـظ فيجـوز أن يكون الإيجـاب أو القبـول أو هما معـاً بالمكاتبة

بشرط أن تكون مستبينه كالكتابة على الورق أما إن كانت غير مستبينة كالكتابة في الهواء أو على الماء فلا إعتداد بها والمستبينة هي التي تبقى صورتها بعد الإنتهاء منها.

وكذلك الإشارة عند المالكية يستوي في ذلك عندهم الأخرس وغير الأخرس (الحطاب : 4 : 229) وقد صرح المالكية بأن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفاً سواء دل عليه لغة أو لم يدل كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة ولم تتقيد الإشارة بأن تكون من الأخرس (الدسوقي على الشرح الكبير 3 : 3 والصاوي على الشرح الصغير 2 : 3) على خلاف الحنفية فعندهم الإشارة لا تغني إذا كان العاقد قادراً على الكلام، فإن كان أخرساً فيجوز أن يتعاقد بإشارته المفهومة سواء كان خرسة أصلياً منذ الميلاد أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه (الكاساني 5 : 135) وسواء كان قادراً على الكتابة أم غير قادر على الكتابة (ابن نجيم الأشباه والنظائر صفحة 188).

وكذا المبادلة الفعلية الدالة على التراضي ينعقد بها العقد عند الحنفية (الكاساني 5 : 134)، والمالكية (الحطاب 4 : 228 والدردير الشرح الكبير 3 : 3 والحنابلة المغني 4 : 4) على خلاف الشافعية (الشيرا زي 1 : 257).

وكذا يكون الإيجاب أو القبول بإتخاذ أي مسلك آخر على الرضا وهو يستنتج من كتب الفقه الإسلامي (السرخسي 12 : 150 والكاساني 5 : 270 والزيلعي 4 : 4 وابن عابدين 4 : 9 والحطاب 4 : 228 والمغني 4 :4 وعلى الخفيف أحكام المعاملات الشرعية صفحة 225ـ226).

وقد رؤي أن هذه المادة تغني عن إيراد ما نص عليه في المجلة (م

178) من أنه (تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً).

وقد أعتمد أيضاً على المواد (168 و 170 و 172 و 173 و 175) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد من (345ـ 347) من مرشد الحيران والمبسوط 12 : 108ـ 109 والبدائع 5 : 133ـ 135 وبداية المجتهد 2 : 141 والمغني 4 : 4ـ 5 والزرقاني 5 : 4 فيما يتعلق بقبول الإشارة من الأخرس.

وهذه المادة تقابل المواد (91 و 93) أردني.

المادة (133)

صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزما إذا انصرف إليه قصد المتعاقدين.

المذكرة الإيضاحية :.

القانون الحديث يجيز الوعد بالبيع وبالشراء وفي جوازه فوائد علمية لا تخفى، فهناك ظروف تحمل الموعود له بالبيع مثلاً أن يقف البت في الشراء حين يتبين أمره وهو في الوقت ذاته لا يأمن أن يعدل الطرف الآخر عن الصفقة إذا لم يستوثق منه بوعد يقيده.

ففي مثل هذه الحالة لا سبيل للموعود له على الواعد إلا أن يتقيد هذا الأخير بوعد يصدر منه يلزمه بإنفاذ البيع في المستقبل إذا أظهر الموعود له رغبة في الشراء والوعد بالبيع في هذا الفرض يكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو الواعد ولا يلزم الموعود له بشيء ما بل ليس عليه أن يأتي بأي عمل إيجابي لينقضي أثر العقد إذا لم ير الشراء

كما يجب أن يفعل في بيع التجربة وفي البيع بخيار الشرط وفي البيع على سوم النظر.

فالقانون الحديث يجيز إذن وضعاً تقتضيه ضرورات التعامل وهذا الوضع لا تجيزه المجلة ومرشد الحيران كما يتبين ذلك من الرجوع إلى نصوص المجلة ومرشد الحيران.

وبالرجوع إلى المذاهب الآخرى يتبين أن الجمهور (ومنهم الحنفية وأهل الظاهر) على أن الوفاء بالوعد غير لازم قضاء فليس للموعود مطالبة الواعد قضاء بالوفاء به. وقال ابن شبرمة الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر.

وفي المذهب المالكي : الوفاء بالعدة مطلوب بلا خلاف ولكن هل يجب القضاء بها : أختلف على أربعة أقوال : فقيل : يقضي بها مطلقاً ، وقيل : لا يقضي بها مطلقاً ، وقيل يقضي بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء كقولك : أريد أن أتزوج أو أن أشتري كذا وكذا ، فقال : نعم ثم بدا له قبل أن يتزوج أو يشتري فإن ذلك يلزمه ويقضي عليه به فإن لم يترك الأمر الذي وعد عليه وكذا لو لم تسأله وقال لك هو من نفسه " أنا أسلفك كذا أو أهب لك كذا لتقضي دينك أو لتتزوج " أو نحو ذلك فإن ذلك يلزمه ويقضي به عليه. أما إن كانت من غير سبب ، كما إذا قلت أسلفني كذا ولم تذكر شيئاً أو " أعرني دابتك أو بقرتك " ولم تذكر سفراً ولا حاجة فقال نعم " ثم بدا له أو قال من هو من نفسه " أنا أسلفلك كذا " أو أهب لك كذا ولم يذكر سبباً ثم بدا له. والرابع يقضي به إن كانت على سبب وداخل الموعود بسبب العدة في شيء. وهذا هو المشهور من الأقوال (ابن حزم ، المحلي 8 : 277 والحطاب ، الإلتزامات

فتاوى عليش، 1 : 212 وما بعدها وأحمد إبراهيم العقود والشروط والخيارات مجلة القانون والإقتصاد السنة الرابعة صفحة 646 ـ 647 وإلتزام التبرعات السنة الثالثة، العدد الأول صفحة 66، وعلى الخفيف التصرفات الإنفرادية صفحة 194 ـ 198).

وقد رؤي الأخذ بقول من ذهب إلى أن الوعد ملزم توسعة على الناس في المعاملات ويخالف ذلك المادة (271) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المواد (92) أردني و (78) عراقي.

المادة (134)

1. يعتبر عرض البضائع والخدمات مع بيان المقابل إيجابا.
2. أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة الى التعاقد.

المذكرة الإيضاحية :.

بعد أن بين المشرع في المادة السابقة ما يكون إيجابياً أو قبولاً انتقل إلى تطبيق من تطبيقات الحكم الواردة فيها في المادة التي نحن بصددها الآن فنص في البند الأول منها على أن عرض البضائع والخدمات مع بيان المقابل يعتبر إيجاباً نهائياً أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فعند الشك لا يعتبر إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التعاقد ويخلص من ذلك أنه إذا لم يكن هناك شك من

الملابسات أن المقصود هو الإيجاب إيجاباً وقد أعتمد على النباتي : حاشية على الزرقاني ج/5 ، ص 5-6.

وهذه المادة تقابل المواد (94) أردني و (80) عراقي.

المادة (135)

1. لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً.
2. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

المذكرة الإيضاحية :

السكوت مظهر سلبي محض للتعبير عن الإرادة فالساكت لا يعبر بطريق إيجابي عن أية إرادة لذلك قيل " لا ينسب إلى ساكت قول " (م 67) من المجلة ويصدق هذا في العقد على الإيجاب إذا الإيجاب لا يمكن إستخلاصه من محض السكوت أما القبول فيجوز إستخلاصه من الظروف الملابسة ولذلك أكملت العبارة السابقة بعبارة (ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان (المادة 67 من المجلة) وقد أورد ابن نجيم في الإشباه والنظائر صفحة (78) والسيوطي في الأشياء والنظائر صفحة (97 ، 98) القاعدة السالفة وما يرد عليها من إستثناءات ، وقد رؤي في القانون الأخذ بذلك إستناداً إلى ما يستخلص من عبارات ابن نجيم والسيوطي بإعتبار السكوت قبولاً إذا أقترنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضا وخصوصاً في الحالتين الآتيتين.

أولاً :- إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ويدخل في ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه وسكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة وسكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع وسكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة.

ثانياً :- إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجة إليه ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه وسكوت المفوض وسكوت الموقوف عليه.

ويمكن أن يكون من هذا القبيل سكوت المشتري بعد أن تسلم البضائع التي اشتراها فيعتبر قبولاً كما ورد في قائمة الثمن من شروط وذلك متى كان قد أطلع على هذه القائمة عند التسليم والمقصود بذلك أن يكون المتعاقد في وضع بحيث لو لم يكن راضياً لما سكت عن التصريح بالرفض فيعتبر سكوته رضا ، ويدخل في ذلك سكوت البكر عند الزواج فهي تتحرج من إظهار الرضا بدلاً من التصريح بالرفض بخلاف الثيب فهي لا تتحرج في الحالتين ويدخل في ذلك أيضا سكوت الشفيع حين علم بالبيع ودلالة السكوت هنا الرفض لا القبول ويدخل في ذلك سكوت الزوج عند الولادة وسكوت المولى عند ولادة أم الولد والسكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب والسكوت عن بيع الزوجة أو القريب عقاراً وسكوت شريك العنان وقس على ذلك سائر الحالات التي ورد ذكرها في النصوص.

وينبغي التفرقة بين التعبير الضمني عن الإرادة وبين مجرد السكوت فالتعبير الضمني وضع إيجابي أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي ، وقد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً

وإنما يجوز في بعض فروض إستثنائية أن يعتبر قبولاً وقد افترض المشرع أن السكوت يعتبر قبولاً في حالتين :

أحدهما : قيام تعامل سابق بين المتعاقدين لجريان عرف التجارة على ذلك.

والثاني : خاص بتمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه لطبيعة التعامل الخاصة.

ويراعى في هذه القيود أن إنقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه وفي هذا الوقت يتم العقد أما فيما يتعلق بمكان الإنعقاد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان الذي يوجد فيه الموجه إليه الإيجاب عند إنقضاء الميعاد المناسب إذ يعتبر أن القبول قد صدر عندئذ في هذا المكان.

وهذه المادة تقابل المواد (95) أردني و (298) ف 1 مصري و (99) ف2 سوري و (81) عراقي.

المادة (136)

المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب الى آخر المجلس ويبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

في هذه المادة يقرر المشرع أخذاً بالمذهب الحنفي أن الإيجاب يظل قائماً إلى آخر المجلس ولكن للموجب العدول عنه ما لم يكن قد قبله الموجه إليه، فإذا قبله الموجه إليه لم يكن للموجب الرجوع، أما قبل القبول فللموجب الرجوع وكذا يسقط الإيجاب إذا صدر من الموجب أو الموجه إليه الإيجاب قول أو فعل يدل على الاعراض.

وإذا سقط الإيجاب برجوع الموجب قبل القبول أو بإعراض أحد المتعاقدين قولاً أو فعلاً قبل القبول فلا عبرة بالقبول بعد ذلك، فالإيجاب يظل قائماً إلى آخر المجلس، ولمن وجه الإيجاب أن يعدل عنه ما لم يكن قد قبله الموجه إليه ولمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل ما دام المجلس قائماً ولم يعدل الموجب ولم يصدر منه ما يدل على الاعراض قولاً أو فعلاً فإذا رفض أو صدر منه ما يدل على الإعراض قولاً أو فعلاً سقط الإيجاب فلا يصح قبوله بعد ذلك.

أما المذهب الشافعي فيوجب أن يكون القبول فوراً ثم يثبت لكل من المتعاقدين خيار المجلس، فأبوحنيفة يجيز تراخي القبول إلى نهاية المجلس وللموجب الرجوع في الإيجاب ما دام المجلس قائماً ولم يصدر قبول وللمخاطب بالإيجاب خيار القبول طيلة قيام المجلس ولكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس لأي من المتعاقدين.

أما مالك فيرى جواز تراخي القبول إلى نهاية المجلس وليس للموجب الرجوع في إيجابه ومتى صدر القبول لزم العقد من الجانبين ولا يثبت خيار المجلس، وأحمد يجيز للموجه إليه الإيجاب التراخي في

القبول إلى آخر المجلس (كالحنفية) ويعطي للمتعاقدين خيار المجلس كالشافعية.

وهذه المادة تقابل المواد (96) أردني و (94) مصري و (95) سوري و (82) عراقي.

المادة (137)

الاشتغال في مجلس العقد بغير المقصود اعراض عن المقصود.

المذكرة الإيضاحية :.

وتتضمن هذه المادة قرينة ضمنية على الإعراض عن المقصود بمجلس العقد وهي تستند لحكم المادة (183) من مجلة الأحكام العدلية.

وهذه المادة لا مقابل لها في القانون الأردني أو القوانين الآخرى.

المادة (138)

تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتد فيه بالإيجاب الأخير.

المادة (139)

1. إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن

ينقضي هذا الميعاد.

2. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

المذكرة الإيضاحية :.

الظاهر من المذهب الحنفي أن الموجب إذا قيد نفسه بوقت محدد بأن أوجب وقال " أنني على إيجابي هذا مدة ثلاثة أيام أو نحوه " لا يلزمه هذا التوقيت وينتهي ايجابه بانتهاء المجلس وكأنه لم يوقت لانه متبرع بهذا التوقيت فلا يلزمه بخلاف ما إذا قيد الموجب نفسه لمدة تنتهي قبل إنتهاء المجلس فإن إنتهائها يعد إعراض عن الإيجاب فيبطل، وذهب المالكية إلى أن الموجب إذا قيد نفسه بمدة تقيد بها ولم ينته إيجابه بإنتهاء المجلس كما يتقيد كذلك بما يجري به العرف إذا جرى على تقييد الموجب بمدة معينة (راجع الحطاب : 4 : 33 و 241) وعلى هذا إذا قال الموجب أنا مُلزم بإيجابي عشرة أيام مثلاً التزم بذلك، وصح للطرف الثاني القبول في إثنائها ما دام لم يصدر من الموجب قبل ذلك ما يعد عدولاً منه عن الإيجاب وإلا بطل (الرهوني ج/ 5 صفحة 19 وعلي الخفيف المعاملات صفحة 205 الهامش).

فالموجب إذا حدد ميعاداً للقبول ظل مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام، بل هو يسقط سقوطاً تاماً، وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً، إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد إنقضاء الميعاد، ولو أنه يصبح غير لازم.

ولكــن مثل هــذا النظر يصعب تمشــيه مع مايغلــب ﻓﻲ حقيقة نية الموجب، ويراعى أن القول بســقوط الإيجاب عند إنقضاء الميعاد، يســتتبع جواز إعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد. كما سيأتي ﻓﻲ المذكرة الإيضاحية المادة (140).

وغنــى عن البيان أن الإيجاب الملــزم يتميز ﻓﻲ كيانه عن الوعد بالتعاقد، فالأول إرادة منفردة والثاني إتفاق إرادتين، ويكون تحديد الميعاد ﻓﻲ غالب الأحيان صريحاً ولكنه قد يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد من العــرف أو ضمنياً من ظروف التعامل أو من طبيعته، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شــرط التجربة فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الإرتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة، وعند النــزاع ﻓﻲ تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي، وتختلف هذه الصورة عن صــورة الإيجاب الموجه إلــى الغائب بغير تحديــد صريح أو ضمني لميعاد ما، وقد عالجها المشرع فقضى بأن يبقى الموجب ملتزماً بإيجابه إلى الوقت الذي يتســع لوصول قبول يكون قد صدر ﻓﻲ وقت مناســب وبالطريقة المعتادة.

وقد أعتمد ﻓﻲ المادة (138) المشار إليها على المادة (185) من المجلة وشرحها لعلي حيدر وأما المادة (139) فقد تضمنت وعداً بالإلتزام المدة المبينــة بالإيجاب وهو ملزم. للأســباب الموضحة ﻓﻲ المادة (133) من هذا المشروع وتلك الأسباب تعتبر أسباب للمادة (139) المذكورة.

وهاتــان المادتان تقابلان المواد (97) و (98) أردني و (93) مصري و (94) سوري و (83 و 84) عراقي.

المادة (140)

1. يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب.
2. وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديداً.

المذكرة الإيضاحية :.

يشترط أن يتوافق الإيجاب والقبول على معنى واحد فيصدر القبول موافقاً للإيجاب سواء أكانت موافقته للإيجاب حقيقية أم ضمنية فإذا كان القبول مقيداً بوصف أو شرط لم يصدر به الإيجاب لا يتم به العقد، فليس للموجه إليه الإيجاب تبعيض الثمن أو المثمن وتفريقهما (تراجع المواد من 177 من المجلة) والمفهوم أن يكون هذا التقييد بحيث يقتضي تكليفاً للموجب لم يكلف به نفسه ولم يلتزمه في إيجابه، كأن يقول شخص لآخر " بعتك هذا المنزل بعشرة آلاف دينار " فيقول الآخر " قبلت نصفه بستة آلاف دينار " فإن القبول لا يكون موافقاً للإيجاب أما في التبرع كالهبة فالأمر يحتاج إلى نظر، ذلك أن الواهب إذا قال وهبتك هاتين السيارتين فقال الموهوب له قبلت هذه فقط أو قال الواهب وهبتك مائة دينار فقال الموهوب له قبلت خمسين فقط فالمفهوم أن العقد يتم في المقبول بذلك. وأن الموافقة الضمنية متحققة لأن من يهب ويتبرع بالمائة لا يضره أن يقتصر تبرعه على خمسين، وبهذا أخذ الشافعية في الوصية (نهاية المحتاج 6: 66) وكذا الحنفية في الوصية أيضاً فإذا أوصى شخص لإثنين فقبل أحدهما أو لواحد فقبل بعض ما أوصى له به تملك المقابل في الصورة الأولى وتملك ما قبله الموصي له في الصورة الثانية ورد الباقي إلى الورثة ولا يعدو أن يكون ذلك رأيهم أيضاً في الهبة (على الخفيف،

أحكام المعاملات الشرعية الهامش ص 203)

ويجوز أن يكون القبول غير المطابق للإيجاب بمثابة إيجاب جديد فيؤدي عند قبوله إلى قيام عقد يتم بالقبول غير المطابق الذي أصبح إيجاباً وبقبوله.

ولكن يلاحظ أن للقبول غير المطابق للإيجاب أثراً قانونياً مباشراً فهو يعتبر رفضاً للإيجاب الأول ويستتبع بذلك سقوط هذا الإيجاب وهو من هذا الوجه لا يختلف عن مجرد الرفض البسيط أو الإيجاب المعارض وليس يقصد من إنزال القبول المتأخر أو المعدل منزلة الإيجاب الجديد إلا إقامة قرينة بسيطة على قصد العاقد فإذا ثبت أن من صدر عنه القبول لم يكن ليبديه لو علم بسقوط الأول سقطت دلالة القرينة والواقع أن القبول الذي لا يقصد به إلا مجرد القبول يقترن في أغلب الأحيان بما يفيد تعليق إنعقاد العقد على شرط بقاء الإيجاب قائماً فمتى ثبت وجود التعليق أصبح القبول كأن لم يكن وامتنع إعتباره إيجاباً جديداً.

ويضيف الفقهاء لينعقد العقد إلى شرط مطابقة القبول للإيجاب شرطاً آخر هو ألا يتغير المحل ما بين الإيجاب والقبول فلو باع عصيراً فسكت المشتري حتى تخمر ثم تحلل ثم قبل لم ينعقد العقد ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير والمبيع قبل تمام العقد قد أصبح خلاً فلا يتم العقد في الخل لأنه لم يكن محل التراضي ولا في العصير لأنه غير موجود (الهندية 3: 8 والخانية 2 : 131 وابن عابدين 4: 29) وهذا شرط مفترض لا يحتاج إلى نص.

وقد اعتمد في هذه المادة على المواد من (177 ـ 180) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المواد (99) أردني و (96) مصري و (97) سوري و (85) عراقي.

المادة (141)

1. لا ينعقد العقد إلا باتفاق الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

2. وإذا اتفق الطرفان على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان القاضي يحكم فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حالة قبول من وجة إليه الإيجاب للمسائل الجوهرية فيه وفي هذه الحالة يتولى القاضي أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أرجئ الإتفاق عليها ما لم يتراضي العاقدان بشأنها ، وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضي فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين بل يستكمل ما نقص منها .

وهذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أراده المتعاقدان بأن اشترطا صراحة

أو ضمنياً أن لا ينعقد العقد عند عدم الإتفاق على المسائل التي أحتفظ بهـا وجب إحتـرام هذه الإرادة ولا يتم العقد ما لـم يحصل الإتفاق على تلك المسـائل، ويراعى أن المشرع قد جعل من " طبيعة المعاملة " عنصراً من عناصر التوجيه التي يسترشد بها القاضي في إكمال العقد.

ويلاحظ أن الفقرة الثانية تتناول حالة ما إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية وإستبقيا مسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الإتفاق على هذه المسائل التفصيلية هي حالة غير حالة الإتفاق على بعض المسائل الجوهرية دون البعض الآخر من هذه المسـائل الجوهرية ففي هـذه الحالة الأخيرة لا ينعقد العقد وهي الحالة التي تناولتها الفقرة الأولى من نفس المادة.

ويلاحـظ أيضاً أن المشـرع لم يشـترط كي ينعقـد العقد على كل المسـائل الجوهرية وكل المسـائل التفصيلية بل اشـترط الإتفاق على كل المسـائل الجوهرية فإذا حصل الإتفاق على بعضها دون بعض لا ينعقد العقد وإذا حصل الإتفاق على كل المسـائل الجوهرية وحصل خـلاف في المسـائل التفصيلية بينهما فإن العقـد لا ينعقد أيضاً أما إذا حصل الإتفاق على المسـائل الجوهرية ولم يتعرض للمسائل التفصيلية فهـذه تتنـاول صورتين الأولـى أن يتفقا على أنه لم يحصـل إتفاق على المسـائل التفصيليـة فإن العقـد لا ينعقد ففـي هذه الصـورة لا ينعقد العقد والثانية لم يتفقا على ذلك ففي هذه الحالة ينعقد العقد ويكمل القاضي العقد على ما سـبقه، ويعتمد في هذه المادة على المادتين (43، 44) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (100) أردني و (95) مصري و (96) سوري و (86) عراقي.

المادة (142)

1. يعتبر التعاقد ما بين الغائبين تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

2. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

المادة (143)

يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس.

المذكرة الإيضاحية :ـ

وقد أخذت هاتان المادتان بإعتبار أن التعاقد بين غائبين يتم بعلم الموجب لأن الفقهاء لم يواجهوا صراحة حالة التعاقد بين غائبين ولو أنهم واجهوها لما كان بعيداً أن تختلف فيها الأراء والرأي القائل بأن التعاقد يتم بين الغائبين بإعلان القول مبني على ظاهر النصوص وقد أخذ المشرع بمذهب أن العقد لا يتم إلا بالعلم بالقبول على أساس القاعدة التي تقول بوجوب سماع الموجب للقبول في التعاقد بين حاضرين إذ متقضى هذه القاعدة القول بوجب علم الموجب بالقبول في التعاقد بين غائبين والسماع في حالة حضور الموجب يقابله العلم في حالة غيابه (السنهوري باشا في مصادر الحق في الفقة الإسلامي ج2 ص 2) .

ولا يثير التعاقد بالهاتف أو بأية وسيلة مماثلة صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان إنعقاد العقد ، فشأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان ولذلك تسري عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ويعتبر التعاقد بالهاتف قد تم في المكان الذي وصل فيه القبول ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

أما فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد فالتعاقد بالهاتف لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين فيعتبر التعاقد بالهاتف تاماً ، في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله.

ويترتب على إعطاء التعاقد بالهاتف حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ولم يصدر القبول في المجلس سقط الإيجاب . وقد رؤى صياغة المادتين بالشكل المشار إليه لأن ذلك يتفق مع أحكام الفقة الإسلامي وما ذكره السنهوري في كتابه مصادر الإلتزام ج/1 ص 252.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (101) و (102) أردني و (140) مصري و (98) عراقي.

المادة (144)

لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو وقع باطلا بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد.

المذكرة الإيضاحية :ـ

ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجري بطريق المزايدة فافتتاح المزايدة على الثمن ليس إلا دعوة للتقدم بالعطاءات والتقدم بالعطاء هو الإيجاب أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد فيكون المشرع قد خالف بذلك من يري من رجال القانون في إفتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولاً .

ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول وفقاً لحكم النص يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً كما إذا صدر من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزاد كقاض يتقدم بعطاء في مزاد لبيع عين متنازع عليها ويقع نظر النزاع في إختصاصه أو موقوفاً كما إذا صدر من قاصر ، بل ولو رفض فيما بعد.

ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد ، وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل إنقضاء الميعاد المحدد ، أما الميعاد في هذا الغرض فيحدد من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد.

وهذا هو الحكم في القانون وكذا في الفقة الإسلامي في " بيع من يزيد " (انظر الكاساني 232 ـ 233 والزيلعي 4 : 67 وابن الهمام : 239 ـ 241 والهندية 3 21 ـ 210 وابن عابدين 4 : 182 والمهذب للشيرازي 1 :

291 والشرح الكبير على المقنع 4: 42ـ 43 والحطاب 4: 237 وفيه " وأما بيع المزايدة فقد قال ابن رشد في رسم القطعان من سماع أصبغ من كتاب الجعل والاجارة : الحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناداة .... إلخ (وبداية المجتهد 2: 139).

ويلاحظ أن من تقدم بعطاء يعتبر عطاؤه إيجاباً وهو هنا إيجاب ملزم لأن ظروف الحال تدل على أن من تقدم بعطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه ويبقى مقيداً بعطائه إلى أن يسقط هذا العطاء بعطاء أزيد على الوجه الذي تقدم أو حتى تنتهي جلسة المزاد دون أن يرسى عليه المزاد أما إذا رسى عليه المزاد في الجلسة فقد تم البيع على ما ذكر.

كما يلاحظ أنه لا يتحتم إرساء المزاد على من يتقدم بأكبر عطاء وإن كان هذا هو المفروض ما لم يشترط خلافه فقد يشترط صاحب السلعة أن من حقه ألا يرسى المزاد حتى على من يتقدم بأكبر عطاء لأن هذا العطاء لا يجزئه في السلعة.

وهذه المادة تقابل المواد (103) أردني و (99) مصري و (100) سوري و (89) عراقي.

المادة (145)

القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط متماثلة يضعها الموجب لسائر عملائه ولا يقبل مناقشة فيها.

المذكرة الإيضاحية :.

من حق عقود الإذعان وهي ثمرة التطور الإقتصادي في العهد الحاضر أن يفرد لها مكان في تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الإجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الإقتصادية وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت في رأي بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد وقد أكتفى المشرع بذكر هذه العقود واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول، فثمة قبول حقيقي تتوافر له حقيقة التعاقد ومع ذلك فليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان العاقد، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التي تسري على عقود التراضي وقد أفرد المشرع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها.

وتتميز عقود الإذعان عن غيرها بسمات ثلاث :أولها تعلق العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

والثاني : إحتكار هذه السلع أو المرافق، إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.

والثالث :توجيه عرض الإنتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية،

أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغراف أو مع شركات التأمين، وعقود الإذعان تماثل في الفقة الإسلامي عقود بيع الإستئمان أو الإستسلام (مادة 47 من مشروع التقنين المالكي لمجمع البحوث الإسلامية) كما تشبه بيع التعاطي ولكن الجوهري في كل ذلك هو، كما تقدم، ألا يحتكر الشخص سلعة ضرورية فيغلى من سعرها ويبيعها للناس على ما يريد فتذعن الناس لإرادته وترضخ للسعر الذي يفرضه لحاجتها الشديدة إلى هذه السلعة وذلك أيا كان النظام الإقتصادي القائم وفي الشريعة الإسلامية نجد الأسس العامة التي تمنع الإحتكار وتضرب على أيدي المحتكرين وترفع الضرر عن الناس من جراء ما يدعوه الآن في الفقه الغربي بعقود الإذعان.

كرهت أو حرمت الشريعة الإسلامية الإحتكار بوجه عام وتعقبته في صورتين من صوره التي كانت مألوفه وقتذاك ففي بيع متلقي السلع وفي بيع الحاضر للبادي / الكاساني، 5: 232 و 233 وإلى روح أحكام الإحتكار وبيع المتلقى السلع وبيع الحاضر للبادي أرجع الأستاذ المغفور له السنهوري أحكام عقد الإذعان في الفقه الإسلامي ويقال أيضاً أن القاض قد يناط به في عقود الإذعان رفع الظلم عن المذعن في تعاقد لم يكن له فيه كامل الحرية مع حاجته الشديدة إلى السلعة موضوع العقد (السنهوري مصادر الحق 2 : 8 وما بعدها).

هذا ويلاحظ أنه رؤى عدم إيراد تعريف لعقد الإذعان تجنباً للتعريفات في نصوص التقنين ما أمكن والإكتفاء بإيراد الحكم في معرض بيان صور خاصة للقبول وسيأتي أيضاً الكلام عن عقود الإذعان في مجال إعطاء سلطة التعديل في الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد أو الإعفاء منها وفقاً للعدالة وفي مجال التفسير بالنص على أنه لا يجوز تفسير العبارات فيه تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

وهــذه المادة تقابل المــواد (104) أردنــي و (100) مصري و (101) سوري و (197) / ف 1 عراقي.

المادة (146)

1. الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المســتقبل لا ينعقد الا إذا عينت جميع الوســائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.
2. وإذا اشــترط القانــون لتمــام العقد اســتيفاء شــكل معــين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد ســواء فيمــا يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين أو العقود الملزمة لجانب واحد ، و يشــترط لصحة مثل هذا الإتفاق التمهيدي تحديد المســائل الأساسية في التعاقد والمدة التي يتم فيها ، أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب إســتيفاء شكل معين ، ففي هذه الحالة ينســحب الحكم الخاص بإشــتراط الشكل على الإتفاق التمهيدي نفســه ، والمقصود بالشــكل الرسمية في عرف الفقــة والقضــاء فمثلاً إذا كان عقــد الهبة لا يتم إلا إذا عمل رســمياً طبقاً للأوضاع المقررة له فالوعد بالهبة لا يصح إلا إذا عمل رسمياً أيضاً ويوجــه هذا النظر إلى أن إغفال هــذا الإحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيمــا إذا حكم القضاء بذلك ويكفي لبلوغ هذه

الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد المقصود الإفلات من القيود الخاصة بشكله، ويعمدا إلى عقد إتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد، لا يستوفى فيه الشكل المفروض، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها.

ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوف ركن الرسمية فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً فهو بذاته تعاقد كامل يرتب إلتزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به.

ويراجع فيما يختص بالإلتزام بالوعد في الفقه الإسلامي المادة (133) من هذا القانون ومذكرتها الإيضاحية.

وهذه المادة تقابل المواد (105) أردني و (101) مصري و (102) سوري و (91) عراقي.

المادة (147)

إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالبا تنفيذ الوعد.

وكانت الشروط اللازمة لانعقاد العقد وبخاصة ما يتعلق منها

بالشــكل متوافــرة قام الحكم متــى حاز قوة الأمــر المقضي به مقام العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

هــذه المادة لا تعــرض للحالة التي فيها يوجد عقد يســمى خطأ بالعقد الإبتدائي وهو في الواقع عقد نهائي وإنما تعرض لحالة ما إذا ما وجد عقد إبتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي لا ســيما إذا كان العقد من العقود الشــكلية كالرهن الرســمي فمتى وجد وعد برهن رسمي مثلاً وكان هذا الوعد قد أستوفى الشروط الشكلية جاز إذا لــم ينفــذ الواعد وعده أن يجبــر على ذلك قضاء ويقــوم الحكم مقام العقد النهائي.

وهــذه المادة تقابل المــواد (106) أردنــي و (102) مصري و (103) سوري.

المادة (148)

1. يعتبــر دفع العربــون دليلاً على أن العقد اصبح باتــاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك.
2. فإذا اتفق المتعاقدان علــى أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فإذا عدل عن دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله.

المذكرة الإيضاحية :.

أجاز فريق من الفقهاء المسلمين العربون في البيع وفي الإجارة معا منهم الحنابلة وبعض المالكية ، وصورة العربون عندهم أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن وإن لم يأخذها فهو للبائع (الشرح الكبير 44 : 58 ـ 59 والدردير والدسوقي عليه ، 3 : 63 والخرشي 5 : 78 والحطاب 54 : 369 ـ 370 ورؤي أنه لا فرق بين هذه الصورة وصورة ما إذا كان البائع هو الذي له الخيار ، فقد يكون الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً ـ فدفع العربون دليل على أن العقد بات ما لم يتفق أو يقضي العرف بغير ذلك وإتفاق المتعاقدين على أن العربون جزاء للعدول عن العقد مؤداه أن لكل منهما حق العدول وفي هذه الحالة إذا كان المشتري هو من عدل فإنه يفقد العربون أما اذا كان من عدل عن العقد هو البائع فإن عليه رد العربون ومثله ولو لم يلحق به ضرر من جراء ذلك ويكون اشتراط العربون في هذه الحالة شأن الشرط الجزائي ولكنه يفترق عنه من حيث عدم جواز التخفيض أو الإلغاء فهو يستحق ولو انتفى الضرر على وجه الإطلاق أما إذا كان الضرر الواقع يجاوز مقدار العربون فتجوز المطالبة بتعويض أكبر وفقاً للمبادئ العامة ، فالإلتزام بدفع قيمة العربون المترتب في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول بل هو نزول عن إرادة المتعاقدين فقد جعلا العربون مقابلاً لحق العدول.

وفي حالة تنفيذ الإلتزام إختيارياً يخصم العربون من قيمة ما تعهد به من دفعه.

وهذه المادة تقابل المواد (107) أردني و (103) مصري و (104)

سوري و (92) عراقي.

2- النيابة في التعاقد

المادة (149)

يكون التعاقد بالأصالة ويجوز أن يكون بطريق النيابة ما لم يقض القانون بغير ذلك.

المادة (150)

1. تكون النيابة في التعاقد اتفاقية أو قانونية.
2. ويحدد سند الإنابة الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية كما يحدد القانون تلك السلطة إذا كانت النيابة قانونية.

المادة (151)

من باشر عقداً من العقود بنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمد في هذه المواد على المادة (1449) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (278) من مرشد الحيران وهي تتناول الأحكام الخاصة بالوكالة.

وهذه المواد تقابل المواد (108) و (109) و (110) أردني.

المادة (152)

1. إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها.
2. ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض أن يعلمها .

المذكرة الإيضاحية :.

الأحكام الواردة في هذه المادة ليست سوى تطبيقات لنظرية النيابة القانونية فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد فإذا انتزع رضاه بالإكراه، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس كان العقد موقوفاً على إجازة الأصيل رغم أن إرادة الأصيل براء من شوائب العيب أما فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه في بيع صادر من مدين مفلس، وتواطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ.

وعلى نقيض ما تقدم يعتمد في الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب فإذا كان الأصيل أهلاً للتعاقد بالأصالة صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة فما دام النائب غير أهل لعقدها كان عقد الوكالة وحده موقوفاً على إجازة المولى.

فالفقه الحنفي يجيز أن يكون الوكيل صبياً مادام مميزاً قد بلغ السابعة من عمره على الأقل فلا يشترط فيه الرشد ولا البلوغ ولا عدم الحجر، وعلى ذلك لا يصح لإنسان أن يوكل مجنوناً وقد نص في المادة (1458) من المجلة (أنه يشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً وإن لم يكن مأذوناً ....) ولكن يشترط في الموكل أن يكون مالكاً لما وُكل فيه لأنه لا يملك غيره ما لا يملك، فما يجوز للإنسان أن يباشره لنفسه من التصرف يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا إستيفاء القصاص فلا يجوز التوكيل فيه لإحتمال أن تأخذ وليه رحمة عند حضوره فيعفو، وعلى ذلك فلا يصح من المجنون توكيل لأنه لا يملك تصرفاً ويصح من الصبي المميز فيما يملكه فينفذ توكيله غيره إذا كان في تصرف نافع ويتوقف على إجازة وليه أو وصيه إذا كان في تصرف متردد بين النفع والضرر.

والوكيل خلاف الرسول فالرسول ينقل عبارة المرسل إلى المرسل إليه فهو لا يتصرف برأيه ووزنه، وإنما الرأي والوزن للمرسل، أما الوكيل فإنه يعمل برأيه ووزنه فيساوم ويرى المصلحة فيقدم عليها فإذا تصرف تصرف بإرادته وعبارته ولذا لا يضيف العبارة إلى موكله بل إلى نفسه.

يراجع في الفقه الإسلامي: الكاساني، 6 : 19 وما بعدها والزيلعي، 4 : 256 وما بعدها).

وهذه المادة تقابل المواد (111) أردني و (104) مصري و (105) سوري.

المادة (153)

إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان أحكام هذا العقد وما ينشأ عنه من حقوق (التزامات) تضاف الى الأصيل.

المذكرة الإيضاحية :.

1- إذا كان شخص النائب هو الواجب الإعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده، عند تعيين مصير آثاره، فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد وإليه تنصرف جميع آثاره فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من إلتزمات.

2- ومع ذلك فينبغي التفرقة بين صور مختلفة فالقاعدة التي تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب بإسم الأصيل، وهي تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب بإسمه الشخصي رغم حقيقة نيابته، متى من كان متعاقد معه يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه وهذا الحكم الذي يقول به الفقه الإسلامي أخذ به تقنين الإلتزامات السويسري، أما القواعد الخاصة بالإسم المستعار أو التسخير وهي التي تقضي بإنصراف آثار العقد إلى النائب المسخر

فـلا تنطبـق إلا إذا كـان مـن يتعامل مـع هذا النائـب يجهل وجود النيابة أو كـان يستوي عنده التعامل معه أو مع من فوضه.

والأصل في المذهب الشافعي والحنبلي أن حكم العقد وحقوقه جميعـاً ترجـع إلى الموكل سـواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسـه أو إلـى الموكل وفي المذهب الحنفي والمالكـي تفصيل مجمله أن حكم العقـد يرجع إلـى الأصيل إن أضيف العقد إلـى الأصيل وإلى الوكيل إن أضيف العقد إلى الوكيل، يراجع في المذهب الشـافعي : الحنبلي : المغني 5 : 92 وما بعدها : وفي المذهب المالكي الدردير والدسوقي عليه 3 : 38 وما بعدها ، والخرشي 6 : 81 وما بعدها.

وفي المذهب الحنفي : الزيلعي 4 : 256وما بعدها ، والكاسـاني 6 : 33 ومـا بعدهـا ، والبحر 7 : 147 وما بعدهـا وتكملة ابن عابدين 1 : 220 وما بعدها وتكملة فتح القدير 6 : 18 وما بعدها .

والمـواد (1460 و 1461) من المجلة وشـرحها لعلـي حيدر و (279- 281) من مرشد الحيران والسنهوري، مصادر الحق (5 : 210-212) .

وهـذه المادة تقابل المـواد (112) أردنـي و (105) مصري و (106) سوري.

المادة (154)

إذا لـم يعلن العاقد وقت إبرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده

أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

المذكرة الإيضاحية :.

اشـترطت هذه المادة لإنصراف أثر العقد إلـى الأصيل أن يعلن العاقـد أنه يتعاقد مع الأصيـل أو الوكيل أو أن يكون من يتعاقد معه يعلـم بوجود النيابة أو يسـتوي عنده أن يتعامل مـع الأصيل أو الوكيل (وهذا الحكم مستمد من مشروع القانون المدني العربي).

وهـذه المادة تقابل المـواد (113) أردنـي و (106) مصري و (107) سوري.

المادة (155)

إذا كان النائـب ومن تعاقد معه يجهـلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فان اثر العقد الذي يبرمه النائب يضاف الى الأصيل أو خلفائه.

المذكرة الإيضاحية :.

قد تنقضـي النيابة دون أن يعلم النائـب بذلك، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل فإذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شـخص حسـن النية لا يعلم بإنقضاء النيابة، كان تعاقده هذا ملزماً للطرف الأصيل وخلفائه، وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والإستقرار.

تراجع من المجلة المواد من (1521 ـ 1530) ومن مرشد الحيران المواد من (970 ـ 974).

وهذه المادة تقابل المواد (114) أردني و (107) مصري و (108) سوري.

المادة (156)

لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على انه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد وهذا كله مع مراعاة ما يخالفه من أحكام القانون أو قواعد التجارة.

المذكرة الإيضاحية :.

يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين، فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية، ومتعاقداً بالنيابة مع الطرف الآخر من ناحية أخرى، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل، وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد، وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين.

وفي الصورة الأولى (إذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره) فالمذهب الحنفي لا يجيز تعاقده ولو مع الإذن، أما في المذهبين المالكي والحنبلي فيجوز مع إذن الوكيل وفي مذهب الشافعي روايتان إحداهما أن العقد لا يجوز حتى مع الاذن والآخر أنه يجوز بالإذن، وفي

الصورة الثانية فالظاهر في المذهب الحنفي أنه لا يجوز وفي المذهب المالكي يبدو أن التعاقد جائز بإذن كل من الموكلين، وفي المذهب الشافعي لا يصح وفي المذهب الحنبلي يجوز.

(السرخسي، المبسوط، 19 : 22 ـ والخرشي 6 : 77 ـ 78 ـ والشيرازي ـ المهذب : 1 : 352 وابن قدامة 5 : 107 ـ 108).

ولكن يجوز على سبيل الإستثناء أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين.

أولهما : أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير ولو بغبن يسير إذا كان حسن التدبير أو مستور الحال وإن كان سيء التدبير فتشترط الخيرية.

وثانيهما : أن يبيع الوصي المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير وذلك إذا كان فيه نفع ظاهر للصغير.

(الكاساني 4 : 135 ـ 136 والحطاب 5 : 60 ـ 71 والمهذب 1 : 330 والمغني 5 : 112 ـ 113).

ويجوز أن تقضي بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة بإسم طريق التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري.

راجع المواد من (363 ـ 365) من مرشد الحيران.

وهــذه المادة تقابل المــواد (115) أردنــي و (108) مصري و (109) سوري.

أهلية التعاقد

نظرة عامة :

للعقد في الفقة الإسلامي شروط لإنعقاده وشروط لصحته، وشروط لنفاذه وشروط للزومه، وهذه الشروط مع تدرج مكانتها وأثرها في مرحلة انعقاد العقد تتركز غالباً في الأهلية أولاً وفي الرضا والإختيار ثانياً، وقد رؤي معالجة كل من هذين الموضوعين جملة مع بيان مرتبه كل منهما، أما إفراز أنواع هذه الشروط وتجميع أفراد كل نوع منها على حده فقد ترك شأنه للفقه ليبين شروط الإنعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم.

وقد أكتفى في أهلية التعاقد بالنص على إعتبار الشخص أهلاً للتعاقد، ما لم يقر القانون عدم أهليته، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لإنعدام الأهلية أو نقصها من أثر في صحة الرضاء.

أما التفصيلات فموضوعها القوانين الخاصة بذلك.

وقد رؤي عدم منع القاصر من الطعن في العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفي قصره مع عدم إخلال ذلك بإلزامه بالتعويض

جزاء على إرتكابه عملاً غير مشروع.

المادة (157)

كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل في الشخص توافر الأهلية أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص في القانون ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها القاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهليه . وقد أحيل فيما تقدم إلى قوانين الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية الخاصة بالأهلية بيد أنه تحسن الإشارة إلى أن الأهلية مناطها التمييز فحيث يوجد التمييز تتوافر الأهلية ، بل وتكون كاملة أو ناقصة تبعاً لما إذا كان التمييز كاملاً أو ناقصاً وتهيمن هذه القاعدة الأساسية على جميع الأحكام الخاصة بالأهلية.

وهذه المادة تقابل المواد (116) أردني و (109) مصري و (110) سوري و (93) عراقي .

المادة (158)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة.

المذكرة الإيضاحية :

أعتمـد في هذه المادة على المادة (961) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر والمادة (269) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (177) أردني.

المادة (159)

1. التصرفـات الماليـة للصغير المميز صحيحة متى كانـت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.
2. أمـا التصرفات الدائـرة بين النفـع والضرر فتكـون موقوفة على إجـازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.
3. وسن التمييز سبع سنوات هجرية كاملة.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمـد في هذه المادة على المادة (967) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر والمادة (270) من مرشد الحيران.

والتصرفـات الدائرة بين النفع والضـرر إذا صدرت من الصبي تكـون موقوفة على الاجازة وليسـت قابلة للإبطـال وفرق بين الوقف والقابليـة والإبطال فالعقـد الموقوف صحيح ولكنه غيـر نافذ ويظل موقوفـاً نفاذه على الاجازة فإن اجيز ينفـذ ، أما العقد القابل للإبطال في القانون ، فهو عقد صحيح ونافذ إلا أنه جائز إبطاله وإذ أبطل اعتبر كأن لم يكن وقد حدد سن التمييز بسبع سنوات هجرية.

وهـذه المادة تقابل المواد (118) أردنـي و (110) مصري و (111)، (979) عراقي.

المادة (160)

1. للولي أن يأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشـرة سنة هجرية في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها.
2. ويجوز للمحكمة بعد سـماع أقوال الوصـي أن تأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشـرة سـنة هجرية في تسـلم أمواله كلهـا أو بعضها لإدارتها.
3. ويحدد القانون الأحكام الخاصة بذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

أجـازت هذه المـادة للولي عنـد وجوده أو المحكمـة عند وجود وصي الإذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشرة سنة هجرية في إدارة أمواله كلها أو بعضها حتى يتم إعداده لإدارة أمواله عند بلوغه سـن الرشـد وأن يمر بفترة تجربة مفيدة.

وتحدد القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية الأحكام الخاصة بذلك الإذن وأسـاس هذه الإجازة الآيـة الكريمة (وابتلو اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنسـتم منهم رشـداً فادفعوا إليهم أمولهم) راجع تبـين الحقائـق للزيلعـي جـ 5 ص 191 ومنـح الجليل جـ 3 ص 165 ـ 166 والجزء الثاني من ميارة على العاصمية من 210 وشرح المجلة لرستم باز ص 542 الطبعة الثالثة.

المادة (161)

الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن كالبالغ سن الرشد.

المذكرة الإيضاحية:

اعتمد في هذه المادة على المادة (972) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (272) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادتين (120) أردني و (99) عراقي.

المادة (162)

لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا أتم ثماني عشرة سنة هجرية من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذنا مطلقاً أو مقيداً.

المذكرة الإيضاحية :.

ويترك هذا النص للمحكمة سلطة الإذن للقاصر بالتجارة لأن الإذن بالإدارة لا يشمل التجارة لأن مسئولية التجارة تستتبع مسئوليات جسيمة قد تودي بالمال والمحكمة أقدر على وزن الظروف عند النظر في منح الإذن كأهمية أموال التجارة ونوع التجارة وخبرة القاصر وما أخذ به النص هو رأي وسط بين رأي الأحناف الذي يجيزون للرجل الاذن لابنه الصغير في التجارة والشافعية الذين يرون أن الإذن باطل

(المبسوط للسرخسي جـ 35 ص 20 ـ 21 والبدائع جـ 7 ص 170) .

وهــذه المادة تقابل المواد (119) أردنــي و (112) ، (121) مصري و (112) سوري و (98) عراقي.

المادة (163)

1. للقاضــي أن يأذن للصغير المميز عند امتنــاع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك.
2. وللقاضي بعد الاذن أن يعيد الحجر على الصغير.

المذكرة الإيضاحية :ـ

أعتمــد في هذه المادة على المادة (975) من المجلة وشــرحها لعلي حيدر وهذه المادة تقابل المادتين (122) أردني و (101) عراقي.

المادة (164)

الولــي على مال الصغير هو أبوه ثم وصى أبيه ثم الجد الصحيح ثم القاضي أو الوصي الذي ينصبه.

المذكرة الإيضاحية :ـ

اعتمــد في هذه المادة على مذهب الإمام مالك في تحديد الأولياء على مال الصغير فالولاية تكون للأب ثم وصي الأب ثم الجد الصحيح ثم القاضي أو الوصي الــذي ينصبه (الولاية على المال والتعامل بالدين

في الشـريعة الإسـلامية للشـيخ علي حسـب الله طبعة معهد البحوث والدراسات العربية سنة 67 ص 27).

وهي تقابل المادتين (123) أردني و (102) عراقي.

المادة (165)

يحدد القانـون الأهلية اللازم توافرها في الولي لمباشـرة حقوق الولاية على المال.

المذكرة الإيضاحية :.

تركت هذه المادة للقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية تحديد القواعد الخاصة بمباشرة الولي حقوق الولاية على المال.

وهذه المادة تقابل المادة (124) أردني.

المادة (166)

عقـود الإدارة الصـادرة مـن الوصـي في مـال الصغيـر تكون صحيحة نافذة وفقاً للشروط التي يقررها القانون.

المادة (167)

التصرفـات الصادرة مـن الوصي في مال الصغيـر والتي تدخل في أعمال الإدارة تكون صحيحة نافذة وفقاً للشـروط والأوضاع التي

يقررها القانون.

المذكرة الإيضاحية :.

تركت هاتين المادتين تحديد شروط صحة عقود الإدارة وتصرفات الوصي في مال الصغير لأحكام القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (125 و 126) أردني و (105) عراقي.

المادة (168)

1. الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم.
2. أما السفيه وذو الغفلة فيحجر عليهما القاضي ويرفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون.
3. ويبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه.

المذكرة الإيضاحية :.

أعتمد في هذه المادة على المواد (946 و 957 و 961 و 962) من المجلة وشرحها لعلي حيدر

وهذه المادة تقابل المواد (137) أردني و (113) مصري و (114) سوري و (94، 95) عراقي.

المادة (169)

يلحق المجنون والمعتوه الكبيران المحجور عليهما بالقاصر عديم الأهلية.

المذكرة الإيضاحية :

اعتمد في هذه المادة على المواد (978 و 979 و 980) من المجلة وشرحها لعلي حيدر وعلى المذهب المالكي (شرح الكنز جـ 8 ص 78 ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب جـ 5 ص 57).

وهذه المادة تقابل المواد (128) أردني و (114) مصري و (115) سوري و (107، 108) عراقي.

المادة (170)

1. التصرفات الصادرة من السفيه أو ذي الغفلة بعد قيد أي من طلب الحجر أو حكم الحجر أو طلب استعادة الولاية أو الحكم الصادر بإعادتها يسري عليه ما يسري على تصرفات القاصر ناقص الأهلية من أحكام
2. أما التصرف الصادر قبل القيد فلا يكون باطلاً أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ.

المادة (171)

1. يجوز للمحكمة أن تأذن للمحجور عليه للسفه أو في استلام أمواله

كلها أو بعضها لإدارتها.

2. ويحدد القانون الأحكام الخاصة بذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمد في هاتين المادتين على المواد (990 و 921 و 993 و 994) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والأتاسي ص 545 ورستم باز ص 55 وما جاء في كتاب الحجر من الدر المختار ورد المحتار الجزء الخامس الصفحة من 89 ـ 97 وعلى المادة (273) من مرشد الحيران وما ورد بكتاب الولاية على المال والتعامل في الشريعة الإسلامية لعلي حسب الله ص 28 معهد الدراسات العربية سنة 1967 وفي المذهب المالكي منح الجليل جـ 3 ص 168 ، 174 وجواهر الأكليل جـ 2 ص 98 .

وهاتان المادتان تقابلان المواد (129 و 130) أردني و (115 و 116) مصري و (116 و 117) سوري و(109) و (110) عراقي.

المادة (172)

تبين القوانين الإجراءات التي تتبع في الحجر على المحجورين وإدارة أموالهم واستثمارها والتصرف فيها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة.

المذكرة الإيضاحية :.

أعتمد في هذه المادة على الأحكام الفقهية المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة والمبينة في أحكام الوصي من رد المحتار ومن

الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لزيد بك الأبياني.

وهذه المادة تقابل المادتين (131) أردني و (111) عراقي.

المادة (173)

إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للقاضي أن يعين له مساعدا قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك على الوجه الذي يبينه القانون.

المذكرة الإيضاحية :.

إن نظرية المساعدة القضائية نظرية جديدة وهي تقرر للأشخاص ذوي العاهات الجسمانية منعاً في وقوعهم في خطر التصرفات وهذه المساعدة تعتبر نوعاً من أنواع الحجر لنقص الأهلية بل هي نوع من الحماية للعمي والصم والبكم ونحوهم ويلاحظ أن المساعد القضائي تحدد مأموريته في القرار الذي يصدر من المحكمة بإقامته وقد ترك لقانون الأحوال الشخصية تفصيل أحكام المساعدة القضائية.

وهذه المادة تقابل المواد (132) أردني و (118) سوري و (104) عراقي.

المادة (174)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون

صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمد في هذه المادة على ما ذكر في أحكام الوصي من رد المحتار (جـ / 5) المشار إليه في المواد السابقة وما ذكر في باب الوصي من شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لزيد بك الأبياني وعلى المادة (284) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (133) أردني و (118) مصري و (119) سوري.

المادة (175)

إذا لجأ ناقص الأهلية الى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض.

المذكرة الإيضاحية :.

يجوز لناقص الأهلية سواء كان قاصراً أم غيره ألا يجيز العقد الذي يكون طرفاً فيه ولو صرح أنه غير ناقص الأهلية فليس يحول مجرد التصريح بذلك عدم الإجازة ما دام لم يقترن بطرق إحتيالية ، إذ أن من واجب كل عاقد أن يتثبت أهلية من يتعاقد معه ، ثم إن حماية ناقص الأهلية تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجرد التصريح بعدم نقص الأهلية حائلاً دون عدم الإجازة.

أمـا إذا أقتـرن التصريح بعـدم نقصان الأهلية بطـرق إحتيالية فيكون ناقص الأهلية قد أرتكب عملاً غير مشـروع يرتب مسئوليته قبل العاقد الآخر متى كان حسن النية.

وقد رؤي التسوية في ذلك بين القاصر وغيره من ناقصي الأهلية لتساويهم جميعاً في حكمة هذا النص .

وهـذه المادة تقابل المـواد (134) أردنـي و (199) مصري و (120) سوري .

(4) عيـــوب الرضـــا

(1) الإكـــراه

نظرة عامة :

لا يكفـي توافـر الأهلية بل يجب أن تسـلم للشـخص إرادته ، وهنـا يعرض الفقهاء للرضا والإختيار ويتفـرع على ذلك الكلام على الإكـراه والتغرير والغبن والغلط فيفرق الحنفية بين الرضا والإختيار فيجعلـون الرضا منصرفاً إلى حكم العقد أما الإختيار فينصرف إلى العبارة في حين أن المالكية والشـافعية والحنابلة يجعلونها شيئاً واحداً هو إرادة إنشـاء العقد بالعبـارة الدالة عليه طلباً لاثـاره عن رغبة فيها والتغرير هو التدليس ويعرض المشـرع للإكراه أولاً ثم للتغرير والغبن ثم للغلط.

المادة (176)

الإكـــراه هو إجبار الشــخص بغير حق علــى أن يعمل عملا دون رضاه ويكون الإكراه ملجئا أو غير ملجئ كما يكون مادياً أو معنوياً.

المادة (177)

يكون الإكــراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جســيم محدق يلحــق بالنفس أو المال. ويكــون غير ملجــئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك.

المادة (178)

التهديــد بإيقاع ضــرر بالوالديــن أو الأولاد أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشــرف يعتبر إكراها ويكون ملجئا أو غير ملجئ بحسب الأحوال.

المادة (179)

الإكــراه الملجيء يعدم الرضا ويفســد الاختيــار وغير الملجيء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار.

المذكرة الإيضاحية :.

أعتمد في هذه المواد على المادتين (948 و 949) من المجلة وشرحها لعلي حيدر وعلى المواد (286–288) من مرشد الحيران.

وكما يقع الإكراه من أحد المتعاقدين على الآخر فإنه قد يقع

من الغير فإذا وقع الإكراه من الغير مستوفياً لشروطه كان مفسداً للتصرف كالإكراه الواقع من أحد المتعاقدين وتلحق به الاجازة ويغالي المذهب المالكي في الإعتداد بالإكراه حتى لو تهيأ مصادفة ولا يشترط في الإعتداد به أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالإكراه، وهذا ما يسمى في البيع بيع المضغوط فعند مالك الإكراه يكون على البيع نفسه أو على دفع مال ظلماً فيضطر المكره أن يبيع متاعه لدفع هذا المال فلا يكون هذا البيع لازماً حتى لو لم يكون المشتري عالماً بالإكراه الواقع على البائع (الحطاب والواق 4 : 248 ـ والدسوقي 3 : 6 والخرشي 5 : 10 والنسولي 2 : 76 ولم ير الأخذ بذلك في القانون لما فيه من مغالاة تؤدي إلى الإضرار بإستقرار التعامل.

كما يجوز أن يقع الإكراه بالتهديد بإلحاق الأذى بشخص آخر ليس طرفاً في العقد ولكن التهديد بإلحاق الأذى به من شأنه أن يحدث الرهبة التي تحمل على إتيان العقد المقصود كأن يهدد شخص ابنه إن لم يأت تصرفاً ما.

وهذه المادة تقابل المواد (135) و (136) و (137) و (138) أردني و (128) سوري و (112) عراقي.

المادة (180)

يختلف الإكراه باختلاف الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الإكراه شدة وضعفاً وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه.

المادة (181)

يشـــترط أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به وان يغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلاً إن لم يفعل ما اكره عليه.

المذكرة الإيضاحية :.

الإكــراه لا يكون إلا إذا كان القصد منه الوصول إلى غرض غيــر مشروع فــإذا كان المقصــود منه الوصــول إلى غرض مشــروع فــإن الإكراه لا يتحقق فإكراه الشــخص علــى أداء الحق الذي عليه لا يكــون إكراهاً معتبــراً ولا يؤثر في التصرف الــذي يؤدي به الحق ويكــون الإكراه هنا إكراهاً بحق أو جبراً شــرعياً ومن صور الجبر الشــرعي جبــر القاضي المدين على بيع متاعــه للغرماء وجبر من عليه الخــراج على بيع ماله لأداء الخراج وجبر من لــه دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا أُحتيج إلى توســيعهما بها وجبر عمال الســلطان على بيع أموالهم لرد ما جمعوه من الناس ظلماً (الخرشي 5 : 9 والحطاب والمواق 4 : 52 والتلويح 2 : 196 ـ 197 والسرخسي المبسوط 24 : 101 و 144 وابن عابدين 5 : 134 ، 135).

ويشــترط أن يبعث الإكراه رهبــة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقــد ويعــرف ذلك بمعياريــن أحدهما مــادي والآخر نفســي ، أما المادي فهو أن يكون المكره بالوســيلة التــي أختارها للإكراه قادراً علــى تحقيق ما هدد به فيســتند الإكراه بذلك إلــى ركن من الواقع يجعــل دعوى من وقع عليــه الإكراه دعوى معقولة قائمة على أســاس وأما النفســي فهــو أن يقع في أكثر ظن من وقع عليــه الإكراه وقوعاً ما هدد به وهذه هي الرهبة التي تنبعث في نفســه فتحمله على التعاقد

(السرخسي ـ المبسوط 24 : 39 و 50 ـ 51 ، والكاساني 7 : 176 ـ والمادة 1003 و 1004 من المجلة والمادة 289 من مرشد الحيران).

فيجب أن يكون الإكراه ولو كان غير ملجئ معدماً للرضا دون الإختيار (عند من يفرق بينهما) وتقدير ذلك أمر يتوقف على حالة الشخص الذي يقع عليه الإكراه فضعيف الجسم لا يحتمل ما يتحمله القوي ثم هناك علاقة وثيقة ما بين الوسيلة التي تستعمل للإكراه والعمل الذي يراد الإكراه على إتيانه إذ يجب أن يتناسب هذا العمل مع تلك الوسيلة ، والإكراه لا يتحقق إلا إذا كان الإنسان يدافع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه ، فلو هدد شخص بالضرب سوطاً أو سوطين أو بالحبس مدة قصيرة لإجباره على إمضاء إلتزام باهظ لوجب أن يحتمل هذا الضغط الهين ويمتنع عن إمضاء الإلتزام الباهظ إذ لا تناسب بين الأثنين وهذا ما لم يكن ضعيف الجسم إلى حد أنه لا يتحمل الألم الخفيف (انظر السرخسي، المبسوط 24 : 43 و 50 ـ 52 و 68 و 151 و 154 ورد المحتار 5 : 123 وتكملة فتح القدير 7 : 294).

والإكراه يتحقق من السلطان وغير السلطان فكل متغلب يقدر على تنفيذ ما هدد به يحدث في النفس الرهبة التي يتحقق بها الإكراه، سلطاناً كان أو لصاً ـ وهذا هو قول الصاحبين ويذهب أبو حنيفة إلى أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ولو صدر الإكراه من غير أن يفزع من وقع عليه الإكراه إلى السلطان والفتوى على قول الصاحبين (الخانية 3 : 483 وتكملة فتح القدير 7 : 292 : 3 ـ 29 الكاساني 7 : 176) .

وقد أشترط في المادة (1005) من المجلة و (290) من مرشد الحيران أن يفعل المكره المكره عليه في حضور المجبر أو من يتعلق

بـه ليكون الإكراه معتبراً وأمـا إذا فعله في غياب المجبر أو من يتعلق به فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه ولكن يبدو أن هـذا إنمـا يكون إذا أعتقـد المكره أن غياب المجبـر قد أبعد عنه الخطر ذلك أن العبرة بحلول الرهبة في نفس المكره فإذا وقعت الرهبة في نفسـه وبقيت حتى غياب المجبر كان الإكراه متحققاً وإذا لم تقع الرهبة في نفسـه فإن الإكراه لا يتحقق حتى مع حضور المجبر فالمعيار هنا نفسـي، ففي المبسـوط للسرخسـي 4 : 5 (ولو أن هؤلاء اللصوص قالـوا شـيئاً من ذلـك للرجـل، والرجل لا يـرى أنهم يقدمـون عليه لم يسـعه الإقدام على المحـرم لأن المعتبر خوف التلـف، ولا يصير خائفاً مـن التلـف إذا كان يعلم أنهم لا يقدمـون عليه وإن هـددوه به). وقال كاشـف الغطاء من أئمـة الجعفرية (3 : 177 ـ 178) "" سـواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد أو بغيابه فإن الحضور والغياب ليس له أثر بعد تحقق تلك الشروط فلا وجه لما في المادة 1005 من المجلة، فإنه لو أكره أحد آخـر على بيع داره ولو بكتاب أو رسـول تحقق الإكراه وأي أثر للحضور إذا كان الخوف حاصلاً مع الغياب"".

وهاتـان المادتان تقابـلان المـواد (129) و (140) أردنـي و (128) سوري و (113) و (114) عراقي.

المادة (182)

من اكره بأحـد نوعي الإكراه على إبرام عقـد لا ينفذ عقده ولكن لو أجـازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكـراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذاً.

المذكرة الإيضاحية :.

الإكـراه هو حمل الغير على ما لا يرضـاه (فتح الغفار 3 : 119) وفي مبسـوط السرخسي (24 : 38 ـ 39) " الإكراه أسم لفعل المرء بغيره فينتفي به رضاء أو يفسد به إختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب .... ولذلك لا ينعدم أصل العقد والإختيار بالإكـراه وكيف ينعدم ذلك وإنما طلب منـه أن يختار أهون الأمرين عليه " فالإكراه يعدم الرضا ويبقي الإختيار إذ الإنسـان يبقى مختاراً لأخف الضررين دون أن يكون راضياً بأيهما ، والإختيار هو القصد إلى مقـدوم متردد بين الوجود والعدم بترجيـح أحد جانبيه على الآخر فإن أستقل الفاعل في قصده فإختياره صحيح وإلا ففاسد ، والرضا يكون منعدمـاً مع الإكراه أما الإختيار فيكون فاسـداً في الإكراه الملجئ وهو الإكـراه الذي يهدد بفوات النفس أو ما هي في معناها كالعضو ويبقـى صحيحاً في الإكـراه غير الملجئ وهو الإكـراه بالقيد والمواد أو بالحبـس مدة طويلة أو بالضرب الذي لا يخشـى منه على النفس أو العضـو (انظر فتح الغفار 3 : 119 وانظر أيهما التلويح على التوضيح 2 : 196 و 285 ـ 286 من مرشد الحيران و 1006 ـ 1007 من المجلة).

ويفـرق الفقهاء المسـلمون في الإكراه بين التصرفـات القولية والتصرفات الفعلية ففي الأولى يسـتوي أن يكـون الإكراه ملجئاً أو غير ملجـئ وفي الثانية لا أثر للإكراه الملجئ كما سـيأتي بعد ، وفي التصرفـات القوليـة يفرقون بـين التصرفات الإنشـائية كالبيع وبين التصرفـات الإخباريـة كالإقرار ، وفي الإنشـائية يفـرق الحنفية بين التصرفات التي لا تحتمل الفسـخ كالزواج والطلاق وبين التي تحتمل الفسـخ كالبيـع والهبة ويقولـون أن الأولى جائز مع الإكـراه ولا أثر لـه في إنعقادها وصحتها ونفاذها ولزومها ، أمـا الثانية فللأكراه أثر

فيها سيتبين فيما بعد أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يفرقون بين هذه وتلك ويجعلون للإكره أثراً في النوعين معاً ، وفي الإخبارية تستوي كل هذه المذاهب في أن للإكراه أثراً فيها .

فالخلاصة أن في المذاهب المتقدمة أثر في التصرف القولي سواء أكان إنشاء أم اخبارا إلا الحنفية قالوا إن الإكراه لا أثر له من حيث الإنعقاد والصحة والنفاذ واللزوم في التصرفات الإنشائية التي لا تحتمل الفسخ بالزواج والطلاق وفيما عدا هذه فللاكراه أثر في هذا المجال.

ويرأى المالكية والشافعية والحنابلة أخذ المشرع فسوى في إعتبار أن للإكراه أثر بين التصرفات القولية جميعاً سواء أكانت إنشائية أم إخبارية وسواء في الإنشائية أكانت تحتمل الفسخ أم لا تحتمله.

ويراعى أيضاً أن الحنفية يفرقون بين الرضا والإختيار فيجعلون الرضا هو الرغبة في حكم العقد وأثاره أما الإختيار فهو في إصدار العبارة فالمكره على إنشاء العقد عندهم غير راض ولكنه مختار في حين أن غيرهم يسوون بين الرضا والإختيار فالمكره على إنشاء العقد عندهم غير راض ولا مختار ويبني الحنفية على هذا التفرقة في حكم الإكراه بين العقود التي تحتمل الفسخ والتي لا تحتمل الفسخ.

ويقسم الفقهاء الإكراه إلى ملجئ (أوتام) وغير ملجئ (أو ناقص) فالإكراه الملجئ هو ما أعدم الرضا وأفسد الإختيار ، وغير الملجئ ما أعدم الرضا ولكنه لم يفسد الإختيار ولكنهم يقصرون أثر هذه التفرقة على التصرفات الفعلية فيقولون إن التصرفات القولية

تتأثر بالإكراه مطلقاً فيستوي الإكراه الملجئ بالنسبة إليها أم التصرفات الفعلية فلا يؤثر فيها إلا الإكره الملجئ أما غير الملجئ فلا يؤثر فيها والكلام هنا في العقود وهي تصرفات قولية حيث يستوي الإكراه الملجئ وغير الملجئ إذا ورد لفظ الإكراه " مطلقاً ليشمل الملجئ وغير الملجئ " ولم ير حاجة لبيان ذلك النص كما في المجلة (م 1006 ـ 1007) وفي مرشد الحيران (م 186 و 291 و 292).

وقد قيد الإكراه في النص بأن يكون معتبراً ذلك أن هناك شروطاً للإكراه إذا توافرت كان للإكراه أثر أما إذا لم تتوافر فلا يكون له أثر أي لا يكون معتبراً وهذه الشروط سترد فيما يلي : أما عن أثر الإكراه في العقد فقد ذهب الشافعية إلى أن الإكراه يبطل العقد وذهب المالكية إلى أنه يجعل العقد غير لازم واختلف الحنفية فيما بينهم (في التصرفات التي يؤثر فيها الإكراه وهي التصرفات الإنشائية التي تحتمل الفسخ) فذهب زفر إلى أن العقد يكون موقوفاً نفاذه على إجازة المكره، وذهب أبوحنيفة وصاحباه إلى أن الإكراه يفسد العقد إلا أن بيع المكره وهو فاسد ، يختلف عن سائر البياعات الفاسدة من ثلاثة وجوه هي :-

1. البياعات الفاسدة : لا تلحقها الإجازة لان فسادها لحق الشرع من حرمه الربا ونحوه فلا يزول برضا عبد وفي بيع المكره الفساد يلحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضائه.
2. في البيع الفاسد : إذا باع المشتري المبيع من ثالث يزول الفساد أما في بيع المكره فلا يزول الفساد وللبائع المكره أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدي .
3. في البيع الفاسد : يستطيع المشتري الفسخ ولو قبض المبيع أما في بيع المكره إذا قبض المشتري غير المكره المبيع لزم البيع من جانبه فلا يستطيع الفسخ.

وظاهر أن هذه الفروق الثلاثة بين بيع المكره وبين البيع الفاسد تقرب بيع المكره من البيع الموقوف وتبعده عن البيع الفاسد.

وقد رأي المشرع عدم الأخذ برأي الشافعية وهو بطلان عقد المكره لوجود الإختيار وعدم الأخذ برأي المالكية لإنعدام الرضا (أو بعبارة رجال القانون في زماننا لإختلال الرضا). وعدم الأخذ برأي أبي حنيفة وصاحبيه للفروق الثلاثة المتقدمة والأخذ برأي زفر في القول بأن العقد موقوف ولا ضير من ذلك فالأمر إلى المكره بعد زوال الإكراه إن شاء إنقاذه إجازة وان لم يشأ إنفاذه لم يجزه، وتراجع المادة (296) من مرشد الحيران لذلك اختيرت تلك الصيغة وهي مطابقة لحكم المادة (1006) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المواد (141) أردني و (112 و 115) عراقي.

المادة (183)

إذا اكره الزوج زوجته بالضرب أو منعها عن أهلها أو ما شابه ذلك لتتنازل له عن حق لها أو تهب له مالاً . كان تصرفها غير نافذ.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل انه لا يكفي لتحقيق الإكراه مجرد الشوكة والنفوذ الأدبي فالشوكة التي للزوج على زوجته وما تنطوي عليه من إحتمال أن يطلقها أو يتزوج عليها ليست في ذاتها اكراها (الخانية 3 : 487) ولكن إذا استغل الزوج هذه الشوكة للوصول إلى غرض غير مشروع وبخاصة إذا أقترن ذلك لتخويف وتهديد كان هذا إكراهاً مؤثراً في التصرف الصادر من الزوجة (رد المحتار 5 : 134).

وهي توافق حكم المادة (294) من مرشد الحيران ويراجع ما جاء في بحث الإكراه في شرح المجلة لعلي حيدر جـ 2 ص 654 ـ 658 .

المادة (184)

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين. فليس لمن اكره على التعاقد أن يتمسك بعدم نفاذ العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه.

المذكرة الإيضاحية :ـ

وحكم هذه المادة مستمد مما جاء في الفتاوى الخانية جـ 3 ص 485 ، 486 من أنه (لو أكره السلطان رجلاً على الشراء والقبض ودفع الثمن والبائع غير مكره فلما اشترى المكره وقبضه اعتقه أو دبره كان اجازة للشراء ولو كان البائع مكرها والمشتري غير مكره ولا يعتد الفقه الإسلامي بأن يكون المتعاقد الآخر متواطئاً مع الغير الذي وقع منه الإكراه أو عالماً بما وقع من الإكراه أو مستطيعاً أو يعلمه بل أن الإمام مالك يعتد بالإكراه ولو تهيأ مصادفة (السنهوري) في مصادر الحق في الفقة الإسلامي جـ 2 ص 203) .

(ب) التغرير والغبن

نظرة عامة :

بيّن المشرع القاعد العامة في التغرير أو التدليس والغبن والقاعدة العامة أنهما وإن اثرا في رضاء العاقد لأن رضاه في الحالتين مبني على

ظن خاطئ الا ان هذا الظن الخاطئ إذا كان نتيجة غرر فصاحبه هو المسئول عنه لأنه نتيجة عدم إحتياطه فلا يترتب عليه في العقد أي أثر ذلك لأن إنقياد المغرور لمن غره وخدعه لم يكن إلا بعد نظر منه فيما اتخذ معه من وسائل الخداع والتدليس ووزن لنتائجها أعقبهما الرضا ، والإختيار والإطمئنان وهذا أقصى ما يُعطى للعاقد من حرية وارادة فإن أخطأ فتلك طبيعة الإنسان وأي الناس لا يخطئ وليس من أغراض التشريع أن يحول بين كل مخطئ وبين خطئه وإذن فيجب أن يسلم تصرفه إقراراً للمعاملات وإحتراماً للتعاقد وإعتداداً بالرأي وإن ظهر أنه خطأ ولكن هناك حالات يرى فيها المشرع التدخل حماية للجانب الضعيف اختلفت في شرعية المساواة إذا وجد للتدخل مبرر من العدالة أو المصلحة العامة في حالة حصول الغبن وسترد هذه الحالات في المواد التالية (يراجع علي حيدر على المادة 356 من المجلة وما بعدها).

والقاعدة في الفقه الإسلامي هي ما قدمنا.

المادة (185)

التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمد في هذه المادة على المادة (164) من المجلة وشرحها لعلي حيدر .

وهذه المادة تقابل المادة (143) أردني.

المادة (186)

يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

المذكرة الإيضاحية :.

اختير أن يكون صيغة المادة بهذا الشكل حتى تبين أن التدليس هو التغرير بنوعيه الإيجابي والسلبي وتراجع أيضاً المذكرة الإيضاحية للمادة التالية.

وهذه المادة تقابل المواد (144) أردني و (125) مصري و (126) و (127) سوري.

المادة (187)

إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

ذهب أحمد ومالك والشافعي إلى أن التدليس إما أن يكون بكتمان العيب في المعقود عليه فيكون للمغرور خيار العيب وإما بفعل شيء يزيد في قيمة المبيع عن البيع فيكون للمغرور خيار الفسخ للمغرر، وليس للمغرور خيار الفسخ في غير ذلك (الشرح الكبير جـ 4 ص 80 ـ 91 ـ والدسوقي على الشرح الكبير 3 : 115 وما بعدها ، ونهاية

المحتاج 4 : 69 ـ 70 وما بعدها والمهذب 1 : 282 وما بعدها).

وذهب الحنفية في قول مفتي به أن الغبن الفاحش يكون نتيجة غرر وقع على أحد العاقدين من الآخر أو ممن يعمل له كالدلال فللمغبون المغرور حق فسخ العقد لسوء نية العاقد الآخر وتضليله وإلا لم يكن له هذا الحق م (257) من المجلة وقال شارحها علي حيدر (إذا غرر أجنبي أحد المتبايعين فليس للمغبون خيار).

وفي المادة (545) من مرشد الحيران لا يرد بالغبن الفاحش إلا إذا غرر أحد المتعاقدين الآخر.... إلخ

وفي ذلك فلا عبرة في العقد بالتغرير الذي يقع من أجنبي عن العقد وبمجموع هذه الآراء أخذ المشرع.

وهذه المادة تقابل المادة (145) أردني.

المادة (188)

الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين

المذكرة الإيضاحية :.

الغبن إما يسير وإما فاحش وقد أختلف في بيان كل على عدة أقوال منها ما ذهبت إليه المجلة في المادة (165) من أن الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس

في العقـار أو زيادة ومنها ما ذهب إليه مرشـد الحيران في المادة (545 / 3) مـن أن الغبن الفاحش في العقار وغيـره وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وعليه الفتوى وقد أثر المشـرع الأخذ به لمرونته ويسـره (انظر الكاساني 6 : 30).

وهذه المادة تقابل المادة (146) أردني .

المادة (189)

إذا أصـاب الغبن ولو كان يسـيراً مال المحجـور عليه للدين أو المريـض مـرض المـوت وكان دينهما مسـتغرقا لما لهمـا كان العقد موقوفا على رفع الغبن أو اجازته من الدائنين وإلا بطل.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا أقدم إنسـان علـى عقد معاوضة فغبن فيه فـإن كان الغبن يسيراً فلا تأثير له في العقد لأن الغبن اليسير قلماً يخلو منه عقد ولأنه كذلك غبن محتمل ومن العسـير الإحتراز منه وقد جرت عادة الناس بإغفاله إلا أنه أستثنى من ذلك حالتين :

1. بيع المدين المحجور عليه بسبب دينه المستغرق لماله فإنه لا يغتفر فيه الغبن مطابقـاً فيتوقف على إجـازة الدائنين أو تكملـة الثمن إلى القيمـة فإن أجاز الدائنون أكمل المشـتري ثمن المثل نفذ البيع وإلا بطل.
2. بيع المريض مرض الموت إذا كان مديناً بدين مسـتغرق ، فحكمه كما سبق وأذن يكون مرض الموت كالحجر للدين غير أن توقف بيعه لا يظهر إلا بموته ليتحقق أن المرض مرض الموت كما تقدم.

(رسالة ابن عابدين في الفسخ بالغبن، 2 : 74).

وهذه المادة تقابل المادة (147) أردني.

المادة (190)

إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين واثبت من غرر به أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز له فسخه.

المذكرة الإيضاحية :.

إن التغرير يفسد القصد والإرادة ولذلك فإن وقوع هذا التغرير من غير المتعاقدين وكان المتعاقد غير المغرور يعلم به يجعل ذلك مساوياً لصدوره منه.

لهذا وضعت المادة على هذا الأساس وتراجع أيضاً النظرة العامة لفعل التغرير والغبن في هذا الباب .

وهذه المادة تقابل المادة (148) أردني.

المادة (191)

لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة.

المذكرة الإيضاحية :.

الغبن الفاحش إذا كان في أموال المحجور عليهم كالصغير والسفية والمجنون أو في أموال الوقف أو في أموال بيت المال أثر في العقد إتفاقاً لأن تصرف من له الولاية على هذه الأموال فيها منوط بالنظر والمصلحة وليس هذا التصرف من المصالحة في شيء ولكن اختلف في الأثر هل هو البطلان أم الفساد؟ ذهب رأي إلى البطلان لأنه لا مجيز له عند مباشرته وآخر إلى الفساد لصدور التصرف من أهله في محله ، وهذا هو الراجح لإتفاقه مع القواعد العامة لأنه عقد منهي عنه ، لوصف عرض له وهو الغبن الضار بالمدعى عليه وبناء على ذلك إذا باع الوصي مال الصغير بغبن فاحش أو أجّر داره بغبن فاحش أو أجّر ناظر الوقف دار الوقف بغبن فاحش كان العقد فاسداً .

انظر شرح علي حيدر المادة (356) من المجلة وتراجع أيضاً المادتان (300 و 546) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادتين (149) أردني و (124) عراقي.

المادة (192)

يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش بموت من له الحق في طلب الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الإجازة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعيبه وزيادته.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمد في هذه المادة على المواد من (547 ـ 549) من مرشد الحيران.

هذه المادة تقابل المادة (150) أردني.

(ج) الغلط

نظرة عامة :

يعرف الغلط عادة بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على يتوهم غير الواقع بأن تكون هناك واقعية غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها فالغلط شيء نفسي ذاتي ولما كان الفقه الإسلامي ذا نزعة موضوعية واضحة فقد استعصى على الغلط أن يجد له فيه مكاناً موحداً يلم شعثه ويجمع شتاته ، فانتشرت نظرية الغلط في جوانبه متفرقة مبعثرة بين خيار الوصف وخيار العيب وخيار الرؤية وقد يبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض ولا صلة فيما بينها ولكن الحقيقة أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط ، وقد أهتم الفقهاء بإستقرار التعامل وإنضباطه بقدر ما اتجهوا إلى إحترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، فنظرية الغلط في الفقه الإسلامي ، فوق أنها مبعثرة يتنازعها عاملان متعارضان هما استقرار التعامل وإحترام الإرادة الحقيقية . ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها معايير موضوعية يجري في خلالها تيار الإرادة الحقيقية ، بشق طريقه وسط هذه المعايير.

يراجع السنهوري، مصادر الحق (3 : 111).

المادة (193)

لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد أو دلت عليه الملابسات وظروف الحال أو طبائع الأشياء أو العرف.

المذكرة الإيضاحية :.

القاعدة العامة المستنبطة من فروع الفقة أن الإعتداد في العقود بالعبارة لا بالنية وأن النية إذا لم يقم عليها الدليل في الصيغة لا إعتداد بها، وعلى ذلك فالغلط إذا كان باطنياً فقط لا يترتب عليه حكم. أما إذا كان ظاهرياً فإنه يؤثر في العقد. (الحطاب 4 : 466 والدسوقي 3 : 141 والخرشي 5 : 152 والمواق 2 : 63 وزكريا الإنصاري وشرح البهجة 2 : 455 والمراجع المشار إليها فيما بعد).ويكون الغلط باطنياً إذا استقل به أحد المتعاقدين فلم يكشفه للعاقد الآخر عن إرادته الحقيقية فلم يعد الآخر بهذا الغلط ويظل مستتراً مستكناً في ضمير العاقد والذي وقع في الغلط فلا يكون له أثر ويكون الغلط ظاهرياً إذا كشف العاقد عن إرادته أو كانت هذه الإرادة مكشوفة فظهر بذلك غلطه فيكون له أثر، والإرادة تكشف إما بأن يصرح بها العاقد أو بإستخلاصها دلالة من الملابسات وظروف الحال أو ضرورة من طبائع الأشياء.

فالطريقة الأولى :

هي كشف العاقد عن الإرادة الصريحة وذلك بأن يعين للعاقد

الآخـر الشـيء المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالـة وأن يذكر له جميع الأوصاف التي يشـتمل عليها الشـيء بحيث لو فات وصف منها لرغب عن التعاقد .وفي البيع على البرنامج (عند المالكية) يكشـف العاقد عن إرادته الحقيقية في شأن المبيع بأن تذكر أوصافة في دفتر مكتوب فيشـتريه المشـتري على هذه الأوصـاف، فالبائع والمشـتري قد اتفقا صراحة على أوصاف المبيع وهي الأوصاف المكتوبة في البرنامج. فإذا رضى المشـتري بالبيع ثم وجده على غير هـذه الأوصاف كان رضاؤه مشـوباً بغلـط ووجب الإعتـداد بهذا الغلط لأن المشـتري قد كشـف عن إرادته الحقيقية للبائع بشـرائه على هذه الأوصاف (السرخسـي، المبسوط 13 : 12 ـ 13 والزيلعي 4 : 52 ـ 53 وابن نجيم الأشياء صفحة 189 والدسوقي 3 : 24 ـ 25 . والصاوي 2 : 11 ـ 13).

فالطريقة الثانية :

هي إستخلاص الإرادة ضمناً من الملابسات والظروف وفي هذه الحالة يكون في إسـتطاعة العاقـد الآخر أن يعلم بـالإرادة الحقيقية فيعلـم بالغلط فمن أشـترى عبداً شـهرته أنه خبـاز أو كاتب فوجده المشـتري على غير ذلك كان بالخيار ولو لم يصرح في العقد بالوصف المرغوب فيه إذ هو مفهوم ضمناً من الملابسات وظروف الحال والعرف لـه إعتبار في إسـتخلاص ما إذا كان الوصف مرغوبـاً فيه (ابن نجيم 6، 25 ـ 26) وقد تستخلص إرادة المتعاقدين من ظروف المكان فمن باع حجراً في سـوق الجواهر دل على أنه يبيع جوهرة فإن لم تكن كذلك كان للمشـتري ردها وإن لم يشـترط صراحة في العقد (الحطاب 64 : 466 ـ 467).

الطريقة الثالثة :.

هــي إســتخلاص الإرادة ضــرورة مــن طبائــع الأشــياء إذ قــد تســتخلص الإرادة دلالة ومن صور ذلك : إتجاه الإرادة إلى خلو الشــيء من العيب إذ طبيعة الأشياء أن يكون الشيء سليماً فإذا ظهر في المبيع عيب كان للمشتري خيار العيب وبصفة صاحب البدائع (5 : 273) بأنه خيار ثابت بالشــروط دلالة (ويشــترط فيه جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له) .

(الكاساني 5 : 274 و 276 و 282 و 291 ، وفتح القدير 5 : 151 و 183).

وقد رؤي النص صراحة على العرف من باب المزيد في الإيضاح.

وهــذه المادة تقابل المــواد (151) أردنــي و (120) مصري و (121) سوري و (119) عراقي.

المادة (194)

إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شــرط من شــروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا وقــع الغلــط في ركــن العقــد (أو ماهيته) أو في شــرط من شــروط الإنعقاد في المحل لــم ينعقد العقد وذلك لعــدم موافقة القبول للإيجاب ومن أمثلة ذلك :

1- الغلط في الإيجاب والقبول أو في ماهية العقد مثاله أن يصدر إيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاء عقد معين فأخطأ الآخر في فهمه وأعتقد أن المراد إنشاء عقد آخر وقبل على هذا الأساس فلا ينعقد أي من العقدين، كأن يعطي إنسان لآخر مائة دينار ويقول له : أنفقها على نفسك يريد بذلك إقراضه إياها فيقبلها الآخر على أنها هبة وقد يكون مرجع هذا اللبس إلى أن حديثاً جرى بينهما في شأن الهبة والقرض واللفظ صالح للمعنيين فالقول لم يطابق الإيجاب فلا ينعقد لا عقد القرض ولا عقد الهبة.

2- الغلط في شرط من شروط الإنعقاد كأن يتعاقد الورثة في تركة مع شخص على إعتقاد أنه موصي له بحصة شائعة فيها على قسمتها بينهم جميعاً ثم يتبين أن الوصية باطلة فالقسمة باطلة لوقوع غلط في شرط من شروط إنعقادها وهو أن تتم القسمة بين الشركاء في مال مشترك بينهم وقد وقع غلط إذ تبين أن التركة ليست مشتركة بينهم وبين من تعاقدوا معه على قسمتها.

3- الغلط في ذات محل العقد كأن يشتري سواراً على أنه من ذهب ثم يتبين أنه من نحاس موه بالذهب فالغلط في ذات محل العقد ، فلا ينعقد العقد لأن محل العقد الذي تم التعاقد عليه وهو ما وصف في الصيغة معدوم.

وقد قرر الحنفية قاعدة ملخصها أنه إذا أجتمعت تسمية محل والإشارة إليه في العقد وكان المشار إليه جنساً آخر غير الجنس المسمى الموصوف فإن العبرة حينئذ بالتسمية فيكون المحل هو المسمى في الصيغة دون المشار إليه عند التعاقد ، وإن جمعها جنس واحد كانت العبرة بالإشارة وكان المحل والمشار إليه دون المسمى في الصيغة فكان

الإعتماد على التسمية عند إختلاف الجنس لعدم إمكان الجمع بين المسمى والمشار إليه وإستحالة بالوصف والإشارة جميعاً إذ لا يمكن أن يقال أن المسمى في العقد هو المشار إليه لإختلافهما جنساً ، أما إذا اتحدا جنساً فإنه يمكن الجمع بينهما حينئذ بأن يجعل المسمى هو المشار إليه وأن ما جاء في الصيغة من أوصاف غير متحققة فيه فقد ذكر على سبيل الترغيب فقط فإذا فاتت هذه الأوصاف ترتب على فواتها حق طلب فسخ العقد لفوات الوصف. والمراد بالمتحدين جنساً ما تقاربا في المنافع والقيمة أما ما تباعدت منافعهما فهما جنسان وإن أتحدا نوعاً فالعبد والأمة جنسان لتباعد الإنتفاع بهما إذ العبد يُطلب للخدمة الخارجية والأمة تُطلب للخدمة المنزلية والإستمتاع، وكذلك إذا تقاربا في المنافع ولكن تفاوتت قيمتهما تفاوتاً فاحشاً فإنهما يعتبران كذلك جنسين كالدارين إذا أختلفا بناء ووصفاً لإختلافهما في القيمة إختلافاً بيناً . أما الذكر والأنثى من الحيوان فجنسهما واحد لتقاربهما منفعة وقيمة وبناء على ذلك إذا قال إنسان لآخر : زوجتك موكلتي فاطمة هذه وأشار إلى موكلته وكانت تسمى بإسم آخر وقبل الثاني الزواج صح العقد على المشار إليها لأنها والمسماه في العقد من جنس واحد (الأشباه والنظائر وحاشية الحموي صفحة 200 من الفن الثالث).

فإذا وقع الغلط في جنس الشيء بأن أعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر فإن هذا الغلط يمنع من إنعقاد العقد مثل أن يبيع ياقوتاً فإذا هو زجاج.

وكذا إذا اتحد الجنس ولكن تفاحش التفاوت بين حقيقة المعقود عليه وما أراد العاقد كأن باع داراً من آجر فإذا هي من لبن، فهنا تفاحش التفاوت فيكون في حكم إختلاس الجنس أو هما

جنسان مختلفان في المعنى، فالتحقا بمختلفي الجنس في الحقيقة وهذا أيضاً يمنع إنعقاد العقد (وذهب فريق في الصورتين إلى القول بفساد العقد وهو إختيار الكرخي).

والقائلون بالبطلان يعتبرون البيع وقع على المعدوم وبيع المعدوم باطل.

والقائلون بالفساد يعللون قولهم بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره، يصير كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد.

(السرخسي، المبسوط 13 : 12 ـ 13، والكاساني 5 : 139 ـ 140 والزيلعي 4 : 53 وابن الهمام، فتح القدير 5 : 206 والخانية 2 : 134 وكذلك المادة (301) من مرشد الحيران و (208) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (152) أردني و (122) سوري و (117) عراقي.

المادة (195)

للمتعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه.

المذكرة الإيضاحية :.

في هذه المادة يعالج المشرع حالة الغلط لا في المحل وإنما في صفة مرغوبة في المحل وكذا في شخص المتعاقد الآخر أو في صفة مرغوبة فيه ويجعل الجزاء هو عدم اللزوم بحيث يكون للعاقد الذي وقع في الغلط الحق في فسخ العقد .

فإذا اتحد الجنس مع تفاوت المنفعة تفاوتاً غير فاحش ففي هذه الحالة يفوت وصف مرغوب فيه فينعقد العقد صحيحاً نافذاً ولكنه غير لازم حيث يثبت فيه خيار الوصف كما إذا باع ياقوتاً أحمر فإذا هو أصفر (الكاساني 5 : 140 والهندية 3 : 140 ـ 141 وابن الهمام، فتح القدير 5 : 201).

وإذا حصل الغلط في الشخص حيث تكون شخصيته محل إعتبار فإنه يترتب عليه أثر إذ يكون للطرف الآخر الذي وقع في الغلط حق فسخ العقد ومن أمثلة هذه العقود والتصرفات الوصية والأخذ بالشفعة واجارة الظئر.

ففي الشفعة إذا تنازل عن طلب الشفعة لما عرف أن المشتري فلان ثم تبين له أن المشتري شخص آخر كان تنازله عن الشفعة، وهو تصرف قانوني مشوباً بالغلط في ذاتية الشخص فيبقى حق الشفعة للشفيع (م 145 من مرشد الحيران، والسرخسي، والمبسوط 14 : 101، وابن نجيم، البحر 8 : 14 والدسوقي على الدردير 3 : 487 والخرشي 6: 173).

وفي الوكالة إذا وقع غلط لا في ذاتية الشخص بل في صفتة فإن

الغلط يكون قد وقع في صفة مرغوبة وهي أهليته لتحمل حقوق العقد وكان للغير الذي تعامل مع الوكيل ووقع في هذا الغلط الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه وهذا على قول أبي يوسف (الكاساني 6 : 34) وعن أبي يوسف أنه كان عالماً فلا خيار له فأما إن كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه ... وجه ظاهر الرواية أن الجهل بالحجر (أي يكون الوكيل صبياً محجوراً) ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه فالجهل تقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار، كذا هذا (تكملة فتح القدير 6 : 15 ـ 16).

وفي إجازة الظئر إن فات وصف مرغوب في الظئر، وصلح هذا عذراً يثبت لمستأجر الظئر خيار الفسخ ومن الأوصاف المرغوب فيها عند الظئر أن يكون لبنها صالحاً لتغذية الطفل وألا تكون حمقاء سيئة الخلق وألا تكون سارقة يخشى منها على المتاع وألا تكون فاجرة بيناً فجورها (السرخسي، المبسوط 15 : 119، 121، 122 والزيلعي 5 : 128، وابن نجيم 8 : 22 ـ 23).

فالغلط في الشخص أو في صفة مرغوبة فيه حيث يكون ذلك محل إعتبار يثبت خيار الفسخ شأنه في ذلك شأن الغلط في الشيء ويقول الفقهاء تارة أن الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه، وطوراً أن الفسخ للعذر، على أن الواضح في جميع هذه الأحوال أن الفسخ يقوم في أساسه على وقوع غلط في الشخص.

والتسمية في المرابحة والتولية وصف مرغوب فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته إذ أن انعدام الخيانة وصف مرغوب فيه (فتح القدير 5 : 256).

وفي هذا النوع من الغلط اختلف الرأي :

فالحنفية وكثير من غيرهم فرقوا بين الرضا بإنشاء العقد وبين الرضا بأوصاف المحل فالأول يترتب على فوات فساد العقد كما في عقد المكره والهازل، والثاني لا يترتب على فواته بفوات هذه الأوصاف عدم الرضا بإنشاء العقد فإن من يشتري لحما على أنه من خروف راض بإنشاء العقد وطالب لاثاره وكل ما هناك أنه عندما يظهر أن ما ورد عليه العقد لحم شاة يتبين أن العقد الذي أنشأه العاقدان في محل غير مرغوب فيه فيجعل العقد صحيحاً في ذاته لتحقيق الرضا بإنشائه ويجعل لمن أصابه الضرر بفوات الوصف حق طلب فسخه بخيار فوات الوصف. وإنما يكون هذا الحق عند الحنفية إذا كان العقد مما يقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية وما ألحق بها، أما ما يصح مع الإكراه فإن العقد فيه يلزم ولا يظهر لفوات الوصف أثر إلا في المهر إذا ما كان الوصف شرطاً في العقد كأن يتزوج إنسان إمراة على أنها بكر فيظهر أنها ثيب ففي مثل هذه الأحوال إذا كان شرط الوصف من قبل الزوج كما في هذا المثال وكان المهر المسمى أكثر من مهر المثل لم يلزم الزوج حيئنذ إلا بمهر المثل فقط دون ما زاد عليه، وإن كان الشرط من قبل الزوجة وكان المسمى أقل من مهر المثل ففات الوصف الزم الزوج بمهر المثل وذلك كأن تتزوجه على أن يكون عالماً فيظهر أنه جاهل.

فالحنفية يذهبون إلى أنه إن حدث الغلط في أوصاف المحل فإن كان في عقد يقبل الفسخ كان العقد صحيحاً غير لازم بالنسبة إلى من وقع الغلط من ناحيته كأن يشتري هذه البقرة الحلوب فإذا هي غير حلوب وكأن يشتري هذا الإناء المصنوع في بلد كذا فإذا هو مصنوع في بلد آخر فيكون للمشتري الخيار إن شاء أنفذ العقد وأمضاه وإن

شاء فسخه، وإن كان في عقد لا يقبل الفسخ كالزواج لم يكن لمن حصل الغلط في ناحيته حق الفسخ عند الحنفية كأن يتزوج هذه الفتاة البكر فإذا هي ثيب. وذهب أحمد إلى أنه لا فرق بين عقد وآخر في أن فوات الوصف المشترط لا يترتب عليه بطلان العقد ولا فساده ولكن يكون لمن وقع الغلط الحق في فسخ العقد سواء أكان عقد بيع أو عقد زواج وعلى هذا إذا أشترى شخص هذه البقرة على أنها حلوب، أو تزوج إنسان هذه المرأة على أنها بكر فوجد البقرة غير حلوب والمرأة ثيب كان العقدان صحيحين عند أحمد وكان لكل من المشتري والزوج حق الفسخ.

والقانون يخالف الفقة الإسلامي من ناحيتين :-

الأولى : أنه يعتد بالخطأ الباطني متى أمكن للمخطئ أن يقيم الدليل على وجوده وعلى أن من تعاقد معه كان واقعاً أيضاً في ذلك الخطأ أو أنه كان على علم به ولم ينبهه إليه أو كان يستطيع أن يعلمه ولكنه لم يعن بذلك وتكفي القرائن في إثبات كل ذلك.

أما في الفقة الإسلامي فليس للغلط الباطني إعتبار مهما كان حاله ومهما أمكن إثباته.

الثانية :- الغلط المعتد به في التشريع الوضعي هو الخطأ الجوهري ويكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد ولولاه ما أقدم على العقد، والحكم عند توفره هو أنه يجعل العقد قابلاً للإبطال وفي الفقه الإسلامي هو الغلط في أمر مرغوب وحكمه أن يكون العقد غير لازم.

تراجع المادة (301 و 342) من مرشد الحيران و (310) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (153) أردني و (122) سوري و (117 و 118) عراقي.

المادة (196)

للمتعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين (193 و 195) ما لم يقض القانون بغيره.

المذكرة الإيضاحية :.

الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير فمن جهل القانون وكان مقصرا في هذا الجهل حوسب على جهله ولم يعتد بخطئه في القانون ومن جهل القانون ولم يكن مقصراً في هذا الجهل عذر لجهله واعتد بخطئه (راجع ابن نجيم في فتح الغفار 3 : 105 ـ 106 ، والأشباه والنظائر 167 ـ 168 ، والبغدادي مجمع الضمانات صفحة 454 ، والكاساني 5 : 151).

فالأصل أن الجهل بالقانون لا يكون عذراً إلا إذا قامت ملابسات خاصة تنفي تهمة التقصير المفروضة في جانب من يجهل القانون وإذا كان هناك شيء من التساهل في الحدود فلأن الحدود تدرأ بالشبهات.

وفي القانون ، يكون للغلط في القانون إذا توافرت شروطه ،

نفس الأثر الذي للغلط في الواقع وقاعدة أنه لا يعذر أحد بجهله بالقانون مجالهاً القانون الجنائي أما في القانون المدني فللغلط في القانون حكم الغلط في الواقع من حيث ترتيب البطلان النسبي ما لم يقض القانون بغير ذلك الإعتراف القضائي والصلح فالغلط غير موجب للبطلان فيهما ، ومن أمثلة الغلط في القانون أن يشتري شخص نصف منقول فيطالبه مالك النصف الآخر بالشفعة فيسلم له إعتقاد منه أن الشفعة جائزة في المنقول ثم يتبين له أن لا شفعة في المنقول فتطبيقاً لحكم هذه المادة يكون له أن يسترد ما سلمه بالشفعة عند من لا يرى الشفعة في المنقول .

وهذه المادة تقابل المواد (154) أردني و (122) مصري و (123) سوري.

المادة (197)

لا يؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب أو الكتابة وإنما يجب تصحيحه.

المذكرة الإيضاحية :-

يوجد هذا النص حكم الغلط المادي كالخطأ في الكتابة أو في الحساب وهو غلط غير مرغوب فلا يؤثر في العقد وإنما يجب تصحيحه ويسري هذا الحكم على العقود بوجه عام وعلى عقد الصلح بوجه خاص.

وهذه المادة تقابل المواد (155) أردني و (123) مصري و (124) سوري و (120) عراقي.

المادة (198)

ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

المذكرة الإيضاحية :.

أبيح لمن وقع في الغلط أن يفسخ العقد لفوات أمر مرغوب ولكن لو وقع المتعاقد في الغلط وأظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد على الوجه الذي أراده من وقع في الغلط فلا يجوز التمسك بالغلط وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية مرتبطاً بعقد البيع إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت نيته إلى شرائه ويقارب هذا الوضع ما يتبع في تحويل العقود كما سيأتي بيانه.

وقد بدأ النص بصيغة عامة على عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضية حسن النية وهو بهذا يقرر مبدأ عاماً ويهيء بهذا نطاقاً أرحب لأعمال الأحكام المتعلقة بحسن النية فيجاوز بذلك حدود الخصوصيات.

وهو حكم يتفق مع ما يأمر به الإسلام من العدل والإحسان وينهي عن البغي وهو بعد مسألة متروكة لتقدير القاضي.

وهذه المادة تقابل المواد (156) أردني و (124) مصري و (125) سوري.

(5) محل العقد وسببه

(أ) محل العقد

نظرة عامة :ـ

بعد بيان التراضي شرع في بيان المحل والمقصد.

أمـا المحل فهو المعقود عليـه أي ما يقع عليه التعاقـد وما تتعلق به أحكامه وآثاره ويبحث معه الشـرط لإتصاله في الغالب والشـرط عند الأصوليين قسمان : شرط شرعي أو حقيقي وهو ما جعله الشارع مكملاً لأمر شـرعي لايتحقق إلا بوجوده، كالطهارة للصلاة ومرور الحول للزكاة.

وشرط جعلي وهو ما يضعة الناس في معاملاتهم ويجعلون تحقق عقودهم موقوفاً عليه وهذا ما يسـمى بالتعليق على الشرط أو يقرنونه بالعقد أي يجعلوا تحقق العقد موقوفاً على تحققه.

والمقصود هنا هو الشرط الجعلي المقترن به العقد .

وأما المقصد فالمراد به المقصود من العقد أو السبب في إصطلاح رجال القانون لأن السبب في إصطلاح رجال الأصول والفقه والمسلمين هو ما يرتب الشـارع عليه حكماً يتحقـق بتحققه وينتفي بإنتفائه وهو هنـا العقـد فالعقد سـبب لحكمه وما يترتـب عليه من آثـار . فالمراد بالقصد مقصود العاقدين من العقد .

وقـد تناول المشـرع المحل في المـواد (199) وما بعدها فاشـترط

وجود المحل (م 199) وبين أنه يشترط فيه أن يكون مالاً منقولاً عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر أو عملاً أو إمتناعاً عن عمل (م 200) وأنه يشترط فيه ألا يكون مستحيلاً (م 201) وأنه يجوز في المفاوضات المالية يشترط أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة (م 203) وأن يكون قابلاً لحكم العقد (م 205) وتناول الشرط الذي يقترن به العقد في (م 206).

ثم تناول المقصد في المادة (207) فاشترط أن يكون في العقد منفعة مشروعة للمتعاقدين وأن يكون مقصوداً شرعاً (208).

المادة (199)

يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه.

المذكرة الإيضاحية :.

المعقود عليه هو ما يظهر فيه أثر العقد وحكمه وهو المال المبيع في عقد البيع والمنفعة في عقد الاجارة وعمل المزارع في الارض في عقد المزرعة والعين المرهونة في عقد الرهن وهكذا فإذا تبين أن المحل كان موجوداً ثم هلك قبل العقد كان العقد باطلاً لإنعدام المحل. وستأتي فيما يلي الشروط التي يجب توافرها في المحل.

وقد اعتمد في هذه المادة على المادتين (267 و 302) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (157) أردني و (126) عراقي.

المادة (200)

1. في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالا متقوما.
2. ويصح أن يكون عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل.

المذكرة الإيضاحية :.

1. يشترط في التصرفات التي ترد على المال أن يكون المحل مالاً متقوماً فلا يجوز التعامل في غير المال ولا في المال غير المتقوم ومثال الأول الحر والميتة حتف أنفها ومثال الثاني الخمر والخنزير في حق المسلم.
2. ويجوز أن يكون هذا المال عيناً أو منفعة أو حقاً مالياً آخر كما يصح أن يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل.

وتراجع المواد (263 و 266 و 302) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (158) أردني و (126) عراقي .

المادة (201)

إذا كان المحل مستحيلا في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته أي مستحيلاً إستحالة مطلقة

وقت العقد فالمحل غير موجود في الواقع ولا يكون للعقد نصيب من الوجود أما إذا كان ممكناً وقت العقد وصار مستحيلاً بعد ذلك فإن العقد ينعدم ثم ينفسخ أي يكون المجال مجال الفسخ لا البطلان فتنطبق قواعد الفسخ لا البطلان.

هذا إذا كانت الإستحالة مطلقة أما إذا كانت الإستحالة نسبية أي مقصورة على المتعاقد وحده فلا تكون هذه الإستحالة سبباً في عدم إنعقاد العقد بل يكون العقد منعقداً لأن المحل ممكن في ذاته.

أما في الفقة الحنفي فإن العقد يكون موقوفاً نفاذه.

قال صاحب البدائع (5: 147 ـ 148) ومنها (من شرائط الإنعقاد) أن يكون (أي المبيع مقدور التسليم عند العقد فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق في جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول .... بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم حتى لو سلم ينفذ : لأن هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب فإذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق لأنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد لأنه لا يعرف مكانه ...... وانظر السرخسي، المبسوط (12 : 194).

يراجع باب المحكوم عليه أو المحكوم فيه من كتب الأصول، ومنها الأمدي، جـ1 ص 191 وما بعدها والغزالي المستصفي، جـ 1 ص 86 وما بعدها .

وهـذه المادة تقابل المـواد (159) أردنـي و (132) مصري و (133) سوري و (127) عراقي.

المادة (202)

1. يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشـيء المستقبل إذا انتفى الغرر.
2. غير انه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون

المذكرة الإيضاحية :.

1. نص في المادة (304) من مرشد الحيران (أنه لا يصح ان يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلاً للعقد المتقدم ذكره " عقد المعاوضات المالية " من الجانبين إلا في السـلم بشـرائطه) وهذا هو مذهب الحنفية فهم يشـترطون في محل العقـد أن يكون موجوداً فالمعـدوم لا يصـح أن يكون عندهم محـلاً للعقـد إلا على طريق الإسـتثناء كعقد الاجازة والسلم والإسـتصناع ولكن يلاحظ أن كثرة العقود المستثناه من هذا الأصل يقوم مانعاً من إعتباره أصلا او شرطا.

وذهب ابن القيم إلى ما يتلخص في أنه ليس في كتاب الله ولا في سـنة رسـوله ما يفيد أن العقد على المعدوم غير جائز وما ورد في السنة من النهي عن بيع بعض الأشـياء المعدومة كقوله عليه السـلام " لا تبع مـا ليس عندك " فليسـت العلة فيـه العدم وإنما هو الغرر بسـبب عدم القدرة على التسـليم كبيع البعير الشـارد فإذا انتفـت العلة لم يوجد

الحكم إلا ترى أن الشارع قد أجاز الاجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر في ذلك ولم يجز بيع البعير الشارد وإن كان موجوداً لوجود الغرر في بيعه ولم يجز إجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها وهذا حكم سائر عقود المعاوضات بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فلا غرر إذا ما تعلقت بموصى به معدوم (ابن القيم، أعلام الموقعين 1 : 357 ـ 361).

والمقصود بالغرر عدم القدرة على التسليم كما يتبين من عبارة ابن القيم المتقدمة أو الذي لا يدري هل يحصل أم لا (الفروق، 3 : 265 ـ 266).

واشترط النص إنتفاء الغرر ولأن وجوب بيان المحل بياناً نافياً لجهالة سيرد النص عليه في المادة التالية .

والفقرة الثانية رؤي الأخذ بها لما في التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة من غرر منافاة للنظام العام ولو كان برضاه.

فيجب كقاعدة عامة أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل، فلا ينعقد العقد لإنعدام المحل، وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ، ولا يمكن وجوده في المستقبل فإن كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد له ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل وبه قصد بالفقرة الأولى إزالة كل شيء يكتسب حكم الأشياء المستقبلية فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً ما لم يكن هناك غرر .

ويرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء

يتعلق بالتركات المستقبلية إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات عموماً كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك برضا صاحبها لعدم مشروعية المحل بإعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . ويستثنى من ذلك بعض التصرفات كالوصية والوقف ويلاحظ أن إشتراط إنتفاء شرط الغرر إنما هو مقصور على المعاوضات المالية أما التبرعات فلا يشترط فيها إنتفاء الغرر، إذ الغرر لا يؤثر فيها لأنه لا ضرر على من يتلقى التبرع من الغرر مهما كثر لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر.

(يراجع نصوص أقوال الفقهاء في هذا الصدد في : السنهوري مصادر الحق جـ 3 ص 13 ـ 58).

وهذه المادة تقابل المواد (160) أردني و (131) مصري و (132) سوري و (129) عراقي .

المادة (203)

1. يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو الى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدورات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة.
2. وإذا كان المحل معلوما للمتعاقدين فلا حاجة الى وصفه وتعريفه بوجه آخر.
3. وإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً.

المذكرة الإيضاحية :.

اتفق الفقهاء على وجوب أن يكون المحل معلوماً للعاقدين علما يمنع من الخداع والغرر ولا يفضى إلى المنازعة إذا كان العقد من عقود المعاوضات المالية . فإذا كان المعقود عليه في هذه العقود مجهولاً جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره أو كان متردداً بين حالين محتملين يوجد في أحدهما ولا يوجد في الأخرى لم يصح العقد . وعلى هذا لا يصح بيع شاة من هذا القطيع ولا إستئجار منزل ليسكن فيه دون أن يبين لذلك وقتاً ، لأن ذلك يؤدي إلى النزاع في تعيين المبيع أو النزاع في مسنده بالمنزل ، وكذلك لا يصح بيع بعير ضال في الصحراء إذا كان غير معلوم المكان أو غير مقدور التسليم لأن ذلك يؤدي إلى الغرر عند عدم العثور عليه.

والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة وهي الناشئة عن تجهيل جنس المحل كأن يبيعه دابة من الدواب ، دون أن يبين جنسها أو يبيعه جميع ما له في هذه الدار من الدواب والثياب والأثاث والمشتري لا يعلم ما فيها وكذا الناشئة عن التفاوت الفاحش بين قيم ما يتناوله المبيع المجهول من الأفراد كأن يبيعه داراً من دوره التي له في مدينة كذا بألف دينار لأن هذا النوع من الجهالة هو الذي يؤدي إلى الغرر والنزاع.

أما الجهالة اليسيرة وهي التي لا يكون معها تفاوت فاحش في القيم ويكون الجنس معها معلوماً فلا تمنع صلاحية المحل للعقد لتساهل الناس في امرها ، بحيث أصبحت لا تؤدي إلى نزاع كأن يبيعه ما في هذا الصندوق من الثياب وما في هذا المخزن من القمح أو أن يبيعه مائة برتقالة من هذا النوع.

والمدار على العرف وعلى أن الجهالة لا تؤدي إلى نزاع فإن كان الأمر كذلك لم تمنع صحة العقد وإلا منعت.

وأما عقود التبرعات فقد اعتبر فيها من أنواع الجهالة ما لم يغتفر في عقود المعاوضات لإمتناع المنازعة في التبرعات. ولذا تصح وصية إنسان بجزء من ماله من غير بيان مقدار ذلك الجزء ويكون البيان إلى الورثة.

(يراجع الكاساني، البدائع 5 : 156 وما بعدها ، الزيلعي 4 : 5 ـ 6 والحطاب 4 : 296 ـ 301 والشرح الكبير 4 : 29 ـ 39) والمواد (200 ـ 304) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (303) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (161) أردني و (133) مصري و (134) سوري و (128) عراقي.

المادة(204)

إذا كان محل التصرف أو مقابله نقودا لزم بيان قدرها ونوعها دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

المذكرة الإيضاحية

إذا كان محل التصرف أو مقابله مبلغاً من النقود فكثرة تقلبات سعر السلع تجعل لتعيين السعر الذي يجب الوفاء على أساسه أهمية خاصة عند إختلاف هذا السعر في وقت الوفاء عنه في وقت نشوء التصرف.

والمسألة إقتصادية متغيرة رؤي ترك أحكامها لقانون خاص والإكتفاء بالنص المذكور.

وهذه المادة تقابل المواد (162) أردني و (134) مصري و (135) سوري.

المادة (205)

1. يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.
2. فان منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

المذكرة الإيضاحية :.

يشترط في المعقود أن يكون قابلاً لحكم العقد فإن لم يقبل حكمه لم يصلح أن يكون محلاً له وكان العقد باطلاً ، وقد يكون مرجع عدم قبول المحل لحكم العقد ما ورد عن الشارع من نهى في ذلك لحكمة راعاها كالمحافظة على الآداب العامة ، أو على الأخلاق والحرمات أو على أموال الناس وعدم أكلها بالباطل أو على الصلات الإجتماعية كما في بيع الميتة حتف أنفها وكما في بيع الخمر والخنزير لمسلم، كما في إستئجار المسلم آخر لحمل خمر إليه ليشربها وكما في تزويج رجل بأصله أو فرعه.

وقد يكون مرجع ذلك إلى أن حكم العقد يتنافى مع ما خصص له ذلك المحل من أغراض عامة وذلك كالمساجد والأنهار والقناطر مما خصص للمنافع العامة فعقود التمليك إذا وردت على هذه

الحال وهي مخصصة لهذه الأغراض لا تنعقد ، لعدم قبولها لحكمها إذ لا تقبل أن تملك لأحد لمنافاة ذلك لما خصصت له من أغراض عامة.

وقد يكون المرجع إلى علاقة المتعاقدين به وإن كلا منهما لا يملك فيه ما يملكه للآخر ، وليس أولى منه وذلك كما في التعاقد على تمليك الأشياء المباحة كأن يبيع إنسان لآخر ما لا يملك مثل الطير في الهواء فمثل هذا التعاقد لا يتم لأنه ورد على محل غير قابل لحكمه ، إذ حكمه نقل الملكية ، ولا ملكية لأحد في هذه الأشياء حتى يلتزم بنقلها إلى غيره.

والفقرة الثانية تطبيق للفقرة الأولى ، فلا يجوز أن يكون المحل متعارضاً مع تحريم الشارع أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب.

وهذه المادة تقابل المواد (163) أردني و (136) سوري و (126 ـ 130) عراقي .

المادة (206)

يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة أو فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما كل ذلك ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا بطل الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضا.

المذكرة الإيضاحية :.

اختلف الفقهاء في الشروط. فمذهب أهل الظاهر هو أن الشرط إما صحيح وإما باطل فالشرط الصحيح ما ورد به النص أو حصل الإجماع على جوازه كإشتراط الرهن في المبيع إلى أجل مسمى والشرط الباطل، هو ما لم يرد به نص ولا حصل عليه إجماع وهو مبطل للعقد وإن أقترن به، فإن لم يقترن، فلا أثر له فيه (ابن حزم، المحلي 8 : البند 1445 ص 412 وما بعدها).

ومذهب الحنفية فيه تفصيل :

1. فإن شرط المتعاقدان شرطاً يقتضيه العقد كأن اشترى بشرط أن يسلم البائع المبيع فالعقد جائز.
2. وإن شرط شرطاً لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل والخيار، رخصة وتيسيراً، فإنه لا يفسد العقد إستحساناً لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة والقياس أن يفسد لكونه شرطاً مخالفاً لموجب العقد وقد أخذ الحنفية بالإستحسان.
3. وإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع أيضاً ولكنه يلائم العقد ويوافقه نحو ان يشتري شيئاً بشرط أن يعطي للبائع كفيلاً بالثمن فإن لم يكن الكفيل معلوماً كان البيع فاسداً لأن هذه جهالة تقضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم إن كان معلوماً فالقياس أنه لا يجوز البيع وبه أخذ زفر، والإستحسان يجوز وهو قول علماء الحنفية وهو الصحيح لأن الكفالة (وكذا الرهن) شرعت ضماناً للدين فيكون الشرط بمنزلة الجودة في الثمن فيكون شرطاً مقرراً لما يقتضيه العقد معنى.
4. وإن شرطا شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة

إلا أنـه متعـارف جاز إستحسـاناً والقيـاس أن لا يجـوز وقول زفر ولكن أبا يوسـف ومحمد أخذ بالإستحسـان لتعارف الناس كما في الإستصناع.

5. ولو شرط شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحد المتعاقدين كأن أشـترى حنطة على أن يطحنها البائع فالبيع فاسد.

وهذا كله مذهب الحنفية.

وقال ابن أبي ليلى : العقد جائز والشرط باطل.

وقال ابن شبرمة : العقد جائز والشرط جائز.

وصحح السـمرقندي قول الحنفية لأن اشـتراط المنفعة الزائدة في عقـد المعاوضة لأحـد المتعاقدين من بـاب الربا أو شـبهة الربا أنها ملحقة بحقيقة الربا في باب البيع إحتياطياً.

وهـذا في عقود المعاوضات المالية أمـا في المعاوضات غير المالية كالنـكاح والخلع وفي التبرعات كالهبة فإن الشـرط يفسـد ويظل العقد صحيحاً لأن الربا لا يتصور في هذه العقود.

6. ولو شـرطا شـرطاً فيه ضرر لأحـد المتعاقدين بأن باع ثوباً بشـرط أن لا يبيعـه ولا يهبه فقد قبل ما يدل على أن العقد بهذا الشـرط لا يفسد والشرط باطل لأنه ليس لأحد المتعاملين فيه منفعة وروى عن ابي يوسف أن العقد بمثل هذا الشرط فاسد.

والصحيح هو الأول (السمرقندي 2 : 69 ومابعدها ، والكاساني 5 : 168 وما بعدها).

ومذهب المالكية فيه تفصيل أيضاً ذلك أن الشرط عندهم ثلاثة أقسام :

1. الشرط الذي يناقض المقصود وهو فاسد مفسد للعقد ومثاله أن يبيع على أن لا يبيع المشتري المبيع عموماً إلا من نفر قليل أو لا يهب أو لا يخرج من البلد.
2. الشرط الذي يقتضيه العقد وهو صحيح كشرط تسليم المبيع.
3. شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته وهو جائز لازم بالشرط ساقط بدونه مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو إلى أجل معلوم وليس في ذلك فساد ولا كراهية لأن ذلك مما يعود على البيع بمصلحة ولا معارض من جهة الشرع.

(الخرشي علي خليل، الطبعة الثانية الأميرية 5 : 8 ـ 28)

ومذهب الشافعية على التفصيل الآتي :ـ

1. إن كان شرطاً يقتضيه العقد كالتسليم صح.
2. إن كان شرطاً لا يقتضيه العقد ولكن مصلحة كالخيار والآجل لم يبطل لأن الشرع ورد به لأن الحاجة تدعو إليه فلا يفسد العقد ويلزم الوفاء بالشرط.
3. إن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد بأن باع داراً بشرط أن يسكنها مدة بطل العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط

(الشيرازي المهذب، طبعة الحلبي 1 : 268 وما بعدها، والنوري، المجموع 9 / 363 وما بعدها).

ومذهب الحنابلة أن الشروط تنقسم إلى أربعة أقسام.

1. ما هو مقتضى العقد كإشتراط التسليم في البيع فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد.

2. ما تتعلق به مصلحة المتعاقدين كالأجل والخيار فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به وقالوا : ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً.

3. ماليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوعان :
   أ. إشتراط منفعة البائع في المبيع (أي العاقد في المعقود عليه) وهذا قد مضى ذكره.
   ب. إشتراط عقد في عقد نحو أن يبيعه شيئاً آخر فهذا شرط فاسد به البيع.

4. إشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين .
   أ. أشتراط ما بني على التغليب مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ـ فهل يصح ؟
   على روايتين أحدهما يصح ..... وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي.
   والثانية الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة . وإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة وإن حكمنا بصحته فاعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وإن لم يعتقه ففي أحد الوجهين يجبر وفي الآخر لا يجبر.
   ب. أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب فهذه وما أشبهها شروط فاسدة ـ وهل يفسد البيع ؟ على روايتين ـ أحدهما ـ وهو المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح والثانية ـ أن البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وإن حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن.

وإن حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء أتصل به القبض أو لم يتصل ولا ينفذ المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره.

(المغني، الشرح الكبير 4 : 48 وما بعدها و 285 وما بعدها) وبالمذهب الحنفي أخذت هذه المادة .

كما نصت المادة على جواز الشرط الذي فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام والآداب وفي هذه الحالة أي إذا منعه الشارع أو خالف النظام العام أو الآداب يلغى الشرط ويصح العقد أخذاً برأي ابن أبي ليلى وبرأي الحنفية في المعاوضات المالية أما ما ورد في عجز المادة فقد اعتمد فيه على ما ورد في المادتين 2 و 3 من المجلة وشرحهما لعلي حيدر.

وانظر أقوال المذاهب المختلفة في ذلك السنهوري، مصادر الحق جـ 3 ص 112 وما بعدها ، وانظر المادتين (321 و 322) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادتين (164) أردني و (131) عراقي.

(ب) سبب العقد
المادة (207)

1. السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد.
2. ويجب أن يكون موجودا وصحيحاً ومباحا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب.

المادة (208)

1. لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة للمتعاقدين.
2. ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تقدم أن المراد بالمقصد هنا ما يعرف في القانون بالسبب والباعث والدافع إلى التعاقد ويتنازع السبب عاملان متعارضان أحدهما إستقرار التعامل مما يؤدي إلى الإعتداد بالتعبير عن الإرادة بالإرادة ذاتها أي بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة فلا يقام وزن كبير للسبب. وثانيهما العوامل الأدبية والخلقية مما يجعل محلاً للإعتداد بالباعث الذي تقاس به شرف النوايل وطهارتها ونجد أن أحد هذين العاملين يتغلب في بعض المذاهب والآخر هو الغالب في المذاهب الأخرى ففي المذهب الحنفي والشافعي تختفي نظرية السبب تحت الستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة ويختلط السبب بالمحل فلا يعتد بالسبب أي الباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة فإن لم يتضمنه التعبير عن الإرادة لم يعتد به وهو مسلك الفقه الألماني.

وفي المذهبين المالكي والحنبلي تظهر العوامل الأدبية والخلقية والدينية فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة أي ولم لم يذكر في العقد ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع وهو ما ذهب إليه الفقه اللاتيني.

ففــي الفقة الحنفــي والشــافعي يعتــد بالســبب أي الباعث إذا تضمنتــه صيغة العقد أو التعبير عــن الإرادة فلا تجوز إجارة الإماء للزنا (الكاســاني 4 :19) ولو أشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجئ من مكان بعيد أو كبشــاً علــى أنــه نطاح أو ديكاً على أنه مقاتل فالبيع فاســد عند أبي حنيفة رحمه اللّه وهو أحــد الروايتين عن محمد رحمــه اللّه ... لأن هذه صفات يتلهى بها عــادة والتلهي محظور ، فكان هذا شــرطاً محظوراً فيوجب فســاد البيع ... ولو اشترى جارية على أنها مغنية على ســبيل الرغبــة فيها فالبيع فاســد لأن التغنية صفة محظورة ولكونها لهواً فشرطها في البيع يوجب فساده ولو اشترى جارية على أنها مغنية علــى وجه إظهار العيب جاز البيع لأن هذا بيع بشــرط البراءة عن هذا العيب فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر فإن وجدها لا تغني لا خيار له لأن الغناء في الجواري عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً (الكاساني 5 : 169 وانظر الزيلعي 5 :125) وفي الخانية رجل أســتأجر فحلاً لينزيه لا يجوز ذلــك ولا أجر فيه ... وكذا النائحة والمغنية وإن اســتأجر المســلم ذمياً ليبيع له خمراً أوميتاً أو دماً لا يجوز ..... ولو أستأجر رجل ينحت له أصناماً أو ليزخرف له بيتاً بالتماثيل فلا اجر له كما لو أستأجر نائحة أو مغنية (الخانية 2 :322).

ويلاحظ أن السبب متميز عن المحل فقد يكون المحل مشروعاً في ذاته ولكن الســبب يكون غير مشــروع فإذا كان السبب ظاهراً في صيغة العقد فإنه يعتد به ويكون العقد باطلاً من ناحية الســبب لا المحل ومن أمثلة ذلك إجازة الشــخص على القيــام بعمل واجب عليه لا يجــوز ففي جامع الفصولين (248:1) أو الإجارة على عمل يجب عليه لم تجز وفي القدوري ، (96) إن أســتأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن الارضاع مســتحق عليها ديانــة (انظر الزيلعي 3 : 62 والخانية 2 : 322).

أما إذا لم تتضمن صيغة العقد السـبب بمعنى الباعث فلا يعتد به ويكون العقد صحيحاً مستقلاً عن السبب.

ففي الأم (3 : 65) " أصل ما ذهب إليه إن كان العقد صحيحاً في الظاهر لم ابطله بتهمـة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع كما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعة أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ولا أفسد عليه هذا البيع وكما كره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصر خمراً ولا أفسد عليه البيع إذا باع إياه لأنه باعه حلالاً وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً .

وفي مختصر البلعاوي (صفحة 28) من كان له عصير فلا بأس عليه بيعه وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون أن يخالف ذلك عليه لأن العصير حلال فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها (وانظـر الكاسـاني 4 : 176 و 189 و 190 و الخانية 2 : 322 وما بعدها ، والزيلعي ص 124 وما بعدها).

أما الفقة الحنبلي والفقه المالكي فيعتد بالباعث سواء أذكر في العقد أم لم يذكر ما دام أنه معلوم من الطرف الآخر فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد. قال ابن القيم في اعلام الموقعين (3 : 96ـ98) هل الإعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهـرت المقاصد والنيات بخلافها أم القصـود والنيات تأثير يوجب الإلتفات إليها ومراعاة جانبها ، وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً

وتحريماً فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة بإختلاف النية والقصد كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة أخرى بإختلافها وهذا كالذبح فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير اللّه .... وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم على المشتري وينوي أنها له فتحل له وصورة الفعل والعقد واحدة وإنما اختلفت النية والقصد ... وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ملعون فاعله على لسان رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم وعصره بنية أن يكون خلاً أو دبساً جائز وصورة الفعل واحد. وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرفه أنه يقتل به مسلماً حرام باطل لما فيه من الإعانة على الأثم والعدوان وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد في سبيل اللّه فهو طاعة وقربة. وفي الحطاب (4 : 276) بيع العنب لمن يعصره خمراً وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز. وكذا بيع أرض بقصد بناء كنيسة أو خشب بقصد صنع صليب أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً لا يجوز (أنظر الحطاب 4 : 267 وما بعدها والمدونة الكبرى 11 : 62 وما بعدها وانظر الشعراني، الميزان الكبير 2 : 74 وما بعدها والقواعد لابن رجب صفحة 321، 322).

ويقترب من المذهب الحنبلي ما نحن بصدده الزيدية (انظر المنتزع المختار 3. 19. 20) والجعفرية (أنظر مفتاح الكرامة 4 : 37) وأهل الظاهر (المحلي 9 : 29. 30) وفي الأخير " ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أن يعصي اللّه به أو فيه وهو مفسوخ أبداً، كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمل خمراً أو بيع الدراهم ممن يوقن أنه يدلس بها وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم أو يخصيهم وكبيع المملوك لمن يوقن أنه يسيء ملكيته أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه....).

ويرأي الحنابلة ومن حذا حذوهم أخذ المشرع فاشترط أن

يكون للعقد سبب أو مقصد وأن يكون هذا السبب (المقصد) له مشروعاً أي يقره الشارع فإذا قصد به منفعة غير مشروعة لم يصح العقد ، والحنابلة لا يفرقون بين الفاسد والباطل ويترتب على الأخذ برأيهم أن يكون العقد باطلاً إذا فقد المقصد المشروع.

والمقصود بالسبب الغاية أو الغرض المباشر المقصود في العقد أي الذي دفع المتعاقدين إلى عقده.

ويشترط أن يكون السبب (المقصد) موجوداً ومستمراً حتى يتم تنفيذ العقد فمن أستأجر مرضعة لولده فمات الولد أو أستغنى عن الرضاعة ففي هذه الحالة يصبح السبب غير قائم وتكون النتيجة انفساخ العقد وانتهائه لزوال سببه (الكاساني 4 : 22ـ 322)(والزيلعي 3 : 62ـ 63) ومجموعة الرسائل والمسائل (لابن تيمية 5 : 224 وما بعدها).

ومن تطبيقات ذلك ما ذكره ابن رجب من أن الزوجة إذا وهبت مهرها لزوجها كان لها الرجوع في الهبة إذا طلقها لزوال سببها وهو طلب إستدامة الزواج بينهما وقد زال كما نص عليه الإمام أحمد في بعض ما روي عنه (ابن رجب) القواعد صفحة (321ـ 322).

كما يشترط أن يكون السبب مشروعاً فإن لم يكن كذلك لا يصح العقد وإن كان المحل مباحاً شرعاً من أمثلة ذلك بيع عصير العنب ممن يعلم البائع أنه سيتخذه خمراً ، وبيع سلاح لمن يقطع به الطريق أو لأهل الفتنة وبيع أدوات القمار ، وتأجير دار لمن يعدها للدعارة فكل هذه العقود غير صحيحة في رأي جمع من الفقهاء لعدم شرعية السبب الذي يقصده المشتري (انظر المحلي 9 : 29ـ 30 ، الحطاب 4 : 263 وما بعدها).

وفيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان.

أولاهما : افتراض توافر السبب المشروع ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك حملاً لحال المتعاملين على الصلاح ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق من يدعي ذلك.

ثانيهما : إفتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقام الدليل على صوريته فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الطرف الآخر إثبات توافر سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية.

ويلاحظ أن الوارد في الفقرة الثانية هي في الواقع قرينة قانونية يجوز إثبات عكسها وعلى ذلك يجوز إثبات العكس بالنية سواء أريد إثبات أن السبب غير مشروع أو أن السبب لا وجود له.

وتراجع المادتان (267 و 305) من مرشد الحيران.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (165) و (166) أردني و (136 و 137) مصري و (137 و 138) سوري، و (132) عراقي.

(6) العقد الصحيح والباطل والفاسد

(أ) العقد الصحيح

نظرة عامة :

بعد أن تناول المشرع ركن العقد وشروط الإنعقاد وشروط

الصحة وشروط النفاذ وشروط أثر توافرها وعدم توافرها.

ويترتب على توافر الركن وشـرائط الإنعقاد أن يكون العقد منعقداً وإلى تخلفها كلها أو بعضها أن يكون العقد باطلاً.

ويترتـب على توافر شـروط الصحة أن يكـون العقد صحيحاً وعلى تخلفها كلها أو بعضها رغم توافر الركن وشـروط الإنعقاد أن يكون العقد فاسداً.

ويترتب على توافر شـروط النفاذ أن يكـون العقد نافذاً وعلى تخلفها كلها أو بعضها رغم توافر الركن وشـروط الإنعقاد وشروط الصحة ، أن يكون العقد موقوفاً.

ويترتب على توافر شـروط اللزوم أن يكـون العقد لازماً وعلى تخلفه رغم توافر الركن وشـروط الإنعقاد وشـروط الصحة وشروط النفاذ ، أن يكون العقد غير لازم.

فالعقد إذن في مرحلة الإنعقاد.

إما أن يكون باطلاً أو منعقداً.

والمنعقد إما إن يكون صحيحاً أو فاسداً .

والصحيح إما أن يكون نافذاً أو غير نافذ.

والنافذ إما أن يكون لازماً أو غير لازم.

وهذه هي مراتب الإنعقاد في الفقة الحنفي .

والعقد الباطل في الفقة الحنفي يقابله في القوانين المدنية العقد الباطل.

والعقـد الفاسـد في الفقة الحنفـي ليس له مقابـل في القوانين المدنية.

والعقد الموقف في الفقة الحنفي يقابله في القوانين المدنية العقد القابل للإبطال فهو مشبهاً به وإن كان يقصر دونه.

والعقـد الموقـوف في الفقه الحنفـي يقابله في القوانـين المدنية العقد القابل للإبطال فهو أقرب شبهاً وإن كان يقصر دونه.

والعقد غير اللازم نظيره في القوانين المدنية العقود غير اللازمة والعقد القابل للإبطال .

وقد أرتقت نظرية البطلان في الفقة الإسـلامي عنها في القانون من حيث :-

1. هذا التـدرج المحكم في مراتب البطلان فمـن عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد غير لازم.
   في حـين أنه لا يوجد في القوانين المدنيـة إلا العقد الصحيح والعقد الباطل أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح حتى يبطل.
2. في إبتـداع فكـرة العقد الفاسـد وهو مـا لا مقابل لـه في القوانين المدنية.
3. في التصويـر الفني للعقد الموقوف وهو أرقى في الصياغة الفنية مما يقابله في القوانين المدنية من العقد القابل للإبطال.
4. في التـدرج الدقيـق في أثر الخيارات مـن منع إنعقـاد العقد في حق الحكم في خيار الشـرط إلـى منع تمامه في خيـار الرؤية إلى منع لزومه في خيار العيب.

وهـي في ذلـك تلبـس كل حالـة الثـوب الـذي يلائمهـا فتارة يكون الرجـوع في العقد بإرادة منفردة ، وطوراً يكـون بالتراضي أو بالتقاضـي ، وطوراً يجوز الإسـقاط مقصـوداً وطوراً لا يجـوز ، وتارة ينقل الخيار بالميراث وطوراً لا ينتقل (يراجع في بيان ذلك السنهوري في مصادر الحق في الفقة جـ 3 ص 288 ـ 318) .

ويتميـز الفقـة الحنفي عن بعـض المذاهب الفقهية الإسـلامية الأخـرى ببعض هـذه المراتب فهو يتميـز بمرتبة العقد الفاسـد ، ففي المذهب المالكي والشـافعي والحنبلي : الفاسد والباطل سواء بخلاف المذهب الحنفي ، فالفساد فيه مرتبة غير مرتبة البطلان ولهذا التمييز مـا بين مرتبة الفسـاد مبرره المنطقي والعلمي مـع ملاحظة أنه لا فارق بين فاسد عقد النكاح وباطله من حيث الأثر عند الحنفية.

أمـا مبرره المنطقـي فـلأن التمييز بـين العقد الباطـل والعقد الفاسـد يقوم علـى التمييز بـين أصل العقـد ووصفه ، وأصـل العقد هـو الركن وشـرائطه وأما أوصاف العقد فيرجـع أغلبها إلى المحل ، والمنطقـي أن يكون الجزاء عند تخلف الأصل أشـد مـن الجزاء عند تخلـف الوصف مع وجود الأصل ، وهـذا مـا ذهب إليه الفقة الحنفي إذ جعل الجزاء في الأول البطلان وفي الثاني الفساد وبذا تكون السلسلة ذات حلقـات منطقية ثـلاث هي : ما كان غير مشـروعاً لا بأصله ولا بوسـعه فهو الباطل وما كان مشـروعاً بأصله دون وصفه فهو الفاسد وما كان مشروعاً بأصله ووصفه فهو الصحيح.

وأما مبـرره العلمي فهو الإقلال من حـالات بطلان العقد وفتح الباب لتصحيح العقد ، ذلك أن العقد الفاسـد وإن كان الواجب رفعه للفسـاد ولا يسقط حق الفسخ بالإسـقاط إلا أنه قابل للتصحيح وذلك

بإزالة سبب الفساد. فإذا كان سبب الفساد الشرط الفاسد فأسقطه من جعل له أو الجهالة الفاحشة فأزيلت صح العقد ، إذا كان رجال القانون يلجأون إلى كل باب يصححون به العقد بقدر الإمكان كإنتقاص العقد أو تحويله فأولى ألا نعلق باباً يقوم على قواعد راسخة من المنطق والحاجات العملية من شأنه أن يترك مجالاً لتصحيح عقد قام أصله واختل وصفه.

وفي ذلك يقول السنهوري : (ولا شك في أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل ووصفه والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها).

(السنهوري، مصادر الحق جـ 4 صفحة 186 و 298 ـ 304).

ويتميز الفقه الحنفي عن الفقه الشافعي وعن القانون بمرتبة العقد الموقوف، فالعقد الموقوف في الفقه الشافعي عقد باطل، والعقد الباطل يقابله في القانون العقد القابل للإبطال والفقة الإسلامي في صياغته للعقد الموقوف أكثر احكاما وأشد منطقاً من القانون (يراجع السنهوري، مصادر الحق جـ 4 صفحة ، 290 ـ 294 و 304 ـ 307).

المادة (209)

العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من ذي صفة مضافا الى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له.

المذكرة الإيضاحية :.

العقد الصحيح ينعقد في الحال سبباً لحكمه فترتب عليه آثاره بمجرد إنعقاده، فلا تتأجل، سواء أكان مطلقاً أم مقترناً بشروط وذلك ما لم يكن معلقاً بشرط أو مضافاً إلى زمن مستقبل، ولم يكن غير نافذ بأن كان موقوفاً.

أنظر المادة (311) من مرشد الحيران والمادة (108) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (167) أردني و (132) عراقي.

المادة (210)

1. العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي اثر ولا ترد عليه الاجازة.
2. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.
3. ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد ولكن لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان العقد في أي وقت.

المذكرة الإيضاحية :.

يمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد إلى جهات ثلاث :.

أولاً :ـ صيغـة العقد أي (التعبير عـن الإرادة) ويتم ذلك بإيجاب وقبـول متطابقين في مجلس العقد وهذا التعبيـر عن الإرادة هو ركن العقد بل هو الركن الوحيد كما يقول صاحب البدائع.

وينطوي هذا الركن على عنصرين.

1. تطابق الإيجاب والقبول أي التراضي .
2. إتحاد مجلس العقد.

يضـاف إلى ذلك القبض في بعض العقود والشـكل في البعض الآخر .

ثانيـاً :ـ العاقـدان : والتعبير عن الإرادة يفتـرض بطبيعة الحال شـخصاً يصـدر عنه هذا التعبيـر ، ولا يعتد بالتعبيـر إلا إذا صدر عن تمييـز أي عن عقـل فالطفل غيـر المميز والمجنـون والمعتـوه والمريض والسـكران إلى حد فقد التمييز وغيرهم ممن عدموا التمييز لا يعتد بتعبيرهم وإذا صدر من أحدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعاً مهما يكن له من وجود من حيث الواقع.

والعقـد يفتـرض حتمـاً وجـود عاقديـن أحدهما يصـدر منه الإيجـاب والآخر يصدر منه القبول فالعقد لا يتـم إلا بإرادة منفردة بل بإرادتين متطابقتين.

ومـن ثم يمكن أن نسـتخلص من هذه الجهـة الثانية عنصرين آخرين للعقد هما 1- التفـرد 2- العقل أي التمييز.

ثالثاً :ـ المعقود عليه أو محل العقد يشترط فيه :

1. أن يكون موجوداً أو ممكناً أي مقدور التسليم.

2. أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.
3. أن يكون صالحاً للتعامل فيه اي مالا متقوماً مملوكاً.

فإذا توافرت للعقد هذه العناصر السبعة وهي :

1. مطابقة القبول للإيجاب.
2. اتحاد مجلس العقد.
3. تعدد العاقد.
4. العقل أو التمييز .
5. محل مقدور التسليم .
6 محل معين أو قابل للتعيين .
7. محل صالح للتعامل فيه أي مال متقوم مملوك يضاف إليها أن يقصد بالعقد منفعة مشروعة أو السبب المشروع وأن يتحقق القبض أو الشكل إذا لزم هذا أو ذاك للإنعقاد فإن العقد يكون قد أجتمع له ركناً وشرائطه أما إذا تخلف عنصر منها فإن العقد لا ينعقد ويكون باطلاً.

والعقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة فقط فليس له وجود شرعي ومن ثم فهو عدم والعدم لا ينتج أثراً فالعقد الباطل لا حكم له أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا العقد إلا من حيث الصورة (الكاساني 5 : 305) ففي البيع الباطل لا يملك المبيع ولو بالقبض وفي الاجارة الباطلة لا يجب الأجر كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك وفي الرهن لا يتعلق به الضمان ولا يملك الحبس للمدين كما لو رهن شيئاً بأجر نائحه أو مغنية (ابن نجيم، الأشباه والنظائر صفحة 185).

ويترتب على ما تقدم أن أحد العاقدين لا يملك جبر الآخر على

تنفيذه. وإذا نفذ العاقد بإختياره سواء أعلم بالبطلان أم لم يعلم به كان له أن يسترد ما سلمه تنفيذاً للعقد. (انظر الخانية على هامش الهندية 2 : 233).

ولكن قد يترتب على العقد الباطل أثر لا كتصرف شرعي ولكن كواقعة مادية، فإذا قبض المشتري في البيع الباطل المبيع وهلك في يده كان مضموناً عليه في أحد الرأيين عند الحنفية (الكاساني 5 : 305) وابن الهمام القدير (5 : 187 ـ 188) وابن عابدين، رد المحتار (4: 163)، وابن نجيم، البحر (6 : 72) والزيلعي، (4 : 44) وكذا في مذهب مالك (الحطاب 4 : 38، والخرشي 5 : 85 ـ 93). والزواج الباطل (وهو الفاسد سيان عند الحنفية) إذا اقترن بالدخول على الزوجة تترتب عليه آثار كواقعة مادية كدرء الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر (الكاساني 5 : 335).

ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان فلكل من المتعاقدين أن يتمسك به ضد المتعاقد الآخر فلا ينفذه، وضد الغير كالشفيع، ولغيرهما كذلك فالمرتهن له أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة وللمستأجر أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من المؤجر للعين المؤجرة، وكذا ورثتهما فإذا مات من صدر منه بيع باطل دخلت العين المبيعة في تركته وجاز لورثته أن يتمسكوا ببطلان البيع.

بل يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسه ولو لم يطلب ذلك أحد.

والعقد الباطل لا تلحقه الاجازة لأنها ترد على المعدوم وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد والفرق واضح بين اجازة

العقد وعمل العقد من جديد.

وقد رؤي النص على عدم سماع دعوى البطلان إذا مضت خمس عشرة سنة على العقد إستقراراً للمعاملات وقد رؤي في تحديد هذه المدة اتساقها مع التقادم الطويل المكسب للملكية ، وقد رؤي في القانون أن يكون النص على عدم سماع الدعوى لا على " سقوط دعوى البطلان " عملاً بالمادتين (1660 و 1801) من المجلة وشرحها لعلي حيدر وتراجع أيضاً المادة (110) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (313) من مرشد الحيران. وقد تضمن عجز المادة أن لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان العقد في أي وقت.

وهذه المادة تقابل المواد (168) أردني و (141) مصري و (142) سوري.

المادة (211)

1. إذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فانه يبطل في الشق الثاني ويبقى صحيحاً في الباقي.
2. وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً توقف في الموقوف على الاجازة فان أجيز نفذ العقد كله وان لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته.

المذكرة الإيضاحية :.

تناولت هذه المسألة مسألة إنتقاص العقد "بتعبير رجال القانون"

و هي تضم صورتين.

أولاهما : صورة ما إذا بطل العقد في شق منه وصح في شق، فهل يبطل العقد في الشقين أم يصح في الصحيح ويبطل في الباطل.

والأخرى : صورة ما إذا كان العقد موقوفاً في شق منه ونافذاً في شق منه فهل يقف في الشقين جميعاً أم ينفذ في النافذ ويقف في الشق الموقوف على الاجازة؟ فإن أجيز نفذ في الكل وإن لم يجز بطل في الشق الموقوف فقط.

مثال : الصورة الأولى أن يبيع شخص بعقد واحد حراً وعبداً أو شاة ذكية وأخرى ميتة.

مثال : الصورة الثانية أن يبيع شخص آخر بعقد واحد عبداً يملكه وعبداً لا يملكه أو يبيع أحد الشريكين كل الدار المشتركة بينهما دون أن يكون نائباً عن الآخر في بيع نصيبه.

في المذهب الحنفي تفصيل :

ففي الصورة الأولى خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه : فعند أبي حنيفة يبطل العقد فيهما مطلقاً وعند الصاحبين : أن بين ثمن كل واحد مهما جاز في الشق الثاني الصحيح وإلا فلا، ولأبي حنيفة أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد، لعدم شرطه وهو المالية، فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطاً لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل، وعندهما إذا بين ثمن كل واحد منهما صار صفقتين فيتقدر

الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً لأنه يبقى بيعاً بالحصة إبتداء وهو لا يجوز.

وفي الصورة الثانية خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه من ناحية وزفر من ناحية أخرى، فعند زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع، ولا يتصور ذلك لإنتفاء المحلية في شق منه، وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لصحة العقد في الشق الآخر، فيفسد كما هو الشأن في الصورة الأولى وعندهم العقد فيما يخص ملكه نافذ، وفيما يخص ملك الغير موقوف.

والفرق بين الصورتين عند أبي حنيفة مطلقاً، وعند صاحبية إذا لم يفصل، أنه في الصورة الثانية يدخل الشق الذي وقف العقد فيه في العقد ثم ينقضي في حقه.

فينقسم الثمن عليهما حال البقاء وهو غير مفسد أما في الصورة الأولى فلا يدخل الشق الذي بطل العقد فيه، في العقد أصلاً فلو أجيز البيع فيما ضم إليه لكان بيعاً بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد (الزيلعي 4 : 60 ـ 61، والسرخسي المبسوط 13 ـ 3 ـ 5 وابن نجيم البحر 6 : 90 ـ 91 والهندية 3 : 131 ـ 133). وفي المذاهب الأخرى تفصيل وخلاف مع جواز مبدأ الإنتقاص.

وتراجع في المذهب المالكي : ابن جزي (القوانين الفقهية 1 : 260، وفي المذهب الشافعي، الشيرازي، المهذب 1 : 269 ـ 293 والغزالي، الوجيز 1 : 140 وفي المذهب الحنبلي، المغني 4 : 291 ـ 293 ومصادر الحق 4 : 151 ـ 157).

وقد رؤي الأخذ في المشروع برأي الصاحبين سواء في حالة بطلان شق من العقد أو توقف النفاذ في شق منه.

ورأي الصاحبين يوافق في الصورة الأولى صورة بطلان العقد في شق منه، رأي الإمام أبي حنيفة إذا لم يبين العوض لكل شق، ويخالفه إذا بين عوض كل شق حيث يرى الإمام أن العقد كله يبطل، ويريان أنه يصح في هذا الشق بقسطه من الثمن وفي الصورة الثانية صورة توقف النفاذ في شطر من العقد، يوافق رأيهما رأي الإمام ويخالف رأي زفر على ما تقدم.

فنظرية إنتقاص العقد ـ كما يسميها رجال القانون ـ معروفة في الفقة الإسلامي ولكن المعيار فيه موضوعي بخلاف المعيار في القانون فهو ذاتي ذلك أنه في القانون نبحث في نية المتعاقدين لنعرف هل كانا يريدان أن يتم العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً أو كانا لا يريدان ذلك، ففي الحالة الأولى ينتقص العقد، وفي الحالة الثانية يبطل العقد كله فالمسألة إذن مردها إلى نية المتعاقدين وهذا معيار ذاتي، أما الفقة الإسلامي فالمعيار فيه موضوعي وهو بيان العوض لكل شطر أو عدم بيانه سواء كان شق العقد الذي يراد انتقاصه باطلاً أو موقوفاً على ما تقدم (وكذا في حالة الفساد على ما نص عليه في العقد الفاسد).

وهذه المادة تقابل المواد (169) أردني و (143) مصري و (144) سوري و (139) عراقي.

العقد الفاسد

نظرة عـامة :

يعرف الفقه الحنفي إلى جوار ركن العقد وشـرائط إنعقاده، أوصـاف العقد، فـإذا وجدت هـذه الأوصاف بعد الركن وشـرائط الإنعقـاد، كان العقـد صحيحـاً وإذا أختلت هذه كلهـا أو بعضها. رغم توافر الركن وشرائط الركن وشرائط الإنعقاد فسد العقد ولا يوجد في القانون ما يقابل العقد الفاسد لعدم وجود مبرره.

وأسـباب الفسـاد كثيرة منها : الغرر في أوسـع معانية، والربا وشـبهة الربا واقتران العقد بشـرط فاسـد والضرر في تسـليم المعقود عليه، والإكراه عند الإمام وصاحبيه.

وقد عمل الفقهاء على التخفيف من آثار الفساد بصناعة فقهية رائعة وذلك عن طريق :

1. ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها.

2. جعل العقد الفاسـد ينتج آثـاراً هامة لحماية الغيـر وحماية العاقد نفسه بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة المفسد.

3. ظهور تيار يزيد في أبعاد العقد الفاسـد عن العقد الباطل وفيما يلي بيان هذه الطرق الثلاثة:-

1. ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها :

انفراد الفقه الحنفي بفكرة العقد الفاسـد، إذ أراد في الواقع أن يعزل جملة من الأسـباب عن أن تكون أسباباً لبطلان العقد

فهـو بتمييزه بـين الأصل والوصـف جمع تحت الوصـف الغرر والربا والشـرط الفاسد وعزلها عن أصل العقد وجعل حكمها غير حكم الأركان والشـرائط فميز بذلك بين ما عده أصلاً في العقـد إذ جعـل أي خلل فيه يصيب العقـد بالبطلان وبين ما عـدّه وصفاً فأنزله منزلة أقل شـأناً من منزلة الأصل، بعد ذلك أضعـف الأثر الذي يترتب على الغرر والربا والشـرط الفاسـد تحت ستار العقد الفاسد.

والمذاهـب الأخرى لم تتابع الفقه الحنفـي في التمييز بين العقد الفاسـد والعقد الباطل بـل خلطت بين النوعـين فأصبح الغرر والربـا والشـرط كلهـا أسـباباً لبطـلان العقـد ولا يتميز في البطـلان عقد باشـره مجنون وعقـد اقترن بشـرط نافع لأحد العاقدين إلا أن المذهب المالكي وإن لم يميز بين العقد الفاسد والباطل فإنه ميـز في البيع بين العقد المحرم والمكروه فالمحرم إذا فـات مضى بالقيمة والمكروه إذا فات انقلب صحيحاً وربما انقلب صحيحاً بالقبض لخفـة الكراهية فيه (بداية المجتهد 2 : 161).

2. العقد الفاسـد في المذهـب الحنفي لا ينتج في الأصـل أثراً وأنه مسـتحق الفسـخ وأن الملك الذي يفيده البيع الفاسـد بالقبض ملك مسـتحق الفسـخ ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ولا يفيد إلا إطـلاق التصـرف دون الإنتفاع بعين المملـوك، بالرغم من ذلك كله يقوم العقد الفاسـد بدور هام في حمايـة الغير وفي حماية العاقد نفسه.

فهـو بعيد عن أن يكـون عقداً باطلاً لا أثر له والمشـتري الذي يشوب سند ملكيته غرر أو ربا أو شرط فاسد ليس كالمشتري الذي يشـوب سـند ملكيته عيب في اصل العقد كأن يكون

محل العقد غير مال أو مال غير متقوم أو أن يكون العاقد فاقد التمييز فهذه الأسباب ترجع إلى أصل العقد وهي أخطر بكثير من الأسباب التي ترجع إلى وصف العقد من غرر أو ربا أو شرط فاسد.

فالعقد الفاسد يحمي الغير إذ المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين المشتراه بعد قبضها كان الغير الذي تصرف له المشتري آمناً أن تسترد العين من يده وفي هذا حماية كبيرة للغير لاسيما عندما لا تكون هناك وسائل للإعلان تنبه الغير الذي يعامل المشتري بعقد فاسد إلى فساد عقده على كثرة أسباب الفساد وتنوعها وقد اقتضت الصياغة الفقهية لتحقيق هذا الغرض افتراض ملكية تنتقل إلى المشتري بعقد فاسد ولكنها ملكية لا تبيح للمشتري أن ينتفع بعين المملوك بل هي ملكية الغرض منها تصحيح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير فتنتقل إلى المشتري من ملكية صحيحة تمنع إسترداد العين من تحت يده وذلك بفضل هذه الملكية (الخبيثة) التي انتقلت من البائع إلى المشتري بعقد فاسد.

والعقد الفاسد يحمي العاقد نفسه فهو يحمي المشتري إذا زاد المبيع بعد قبضه زيادة غير معزولة من المبيع ولكنها متصلة فيه فيمتنع على البائع حق الفسخ وكذا إذا غير المشتري من صورة المبيع تغييراً يخرجه عن صورته الأولى ففي هاتين الحالتين تستقر ملكية باتة غير مهددة بالفسخ ولو أنها انتقلت إليه بعقد فاسد . هذا إلى أنه إذا أزيل منه المفسد انقلب صحيحا وانتج اثره لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعي.

وهناك تيار آخر في الفقة الحنفي لا يكتفي بما تقدم بل يرمي

إلـى التأكيد من قوة العقد ويبعد العقد الفاسـد عـن الباطل ويجعل المشـتري بعقد فاسـد لا يملك التصرف في العين فحسـب بعد قبضها بل يملك العين نفسـها بالقبض كما يملك التصرف فيها وإذا كان لا يحل له الإنتفاع بعين المملوك فسبب ذلك هو أن الإنتفاع به اعراض عن الـرد وهو واجب شـرعاً (الزيلعي 4 : 62 وابن نجيـم ، البحر 6 : 92ـ 93) فهذا التيار الآخر يزيد في إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل ويقربه من الصحيح من حيث إفادة المالك فهو يجعل العقد الفاسد يفيد ملكاً كاملاً ينتفع به المالك ولكنه يجعل هذا الإنتفاع محرماً أو مكروهاً ومرجع التحريم أو الكراهة في الغالب أسباب دينية : وهو يتخفف من الفسـاد عن طريق الإنتقاص من آثارها وعن طريق التقريب بين العقد الفاسـد والعقد الصحيح النافذ فكلاهما نافـذ يفيد الملك الكامل وعن طريق جعل العقد الفاسد اقرب إلى العقد المكروه منه إلى العقد الباطل وإعتبار أن أسباب الفساد هي أسباب دينية فتوجب الكراهية ولا توجب البطلان.

(السنهوري ، مصادر الحق 4 : 298ـ 304).

المادة (212)

1. العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح.
2. ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه.
3. ولا يترتب عليه اثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون.
4. ولكل من عاقديه أو ورثتهما حق فسخه بعد اعذار العاقد الآخر.

المذكرة الإيضاحية :.

العقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقة الحنفي والزيدي.

أما المذاهب الثلاثة الأخرى والإمامية فلا تميز بيع العقد الفاسد والعقد الباطل فكلاهما عقد باطل تدعوه تارة بالبطلان وطوراً بالفساد.

والفقة الحنفي بين التمييز بين البطلان والفساد على الوجه الآتي :.

أن العناصر السبعة يضاف إليها المقصد وهو ما يسمى في القانون (بالسبب) والقبض أو الشكل التي تقدم ذكرها مطلوبة لإنعقاد العقد ولكنها لا تكفي لصحته بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة وجودها ضرورة لصحة العقد.

أما تطابق الإيجاب والقبول وإتحاد مجلس العقد وعنصر التعدد فهي عناصر كاملة بذاتها وليست في حاجة إلى وصف يكملها.

أما عنصر التمييز الذي يقوم عليه التراضي فيجب أن يكمله وصف لازم لصحة العقد أو نفاذه (على الخلاف) وخلو الرضا من الإكراه، بقيت العناصر الثلاثة التي ترجع إلى محل العقد وهي:

1. أن يكون المحل موجوداً مقدور التسليم وهذا العنصر في حاجة كي يكمل إلى وصفين.

فالوجود يجب ألا يدخله الغرر والعقد الذي ينطوي على غرر يكون فاسداً.

والقدرة على التسليم يكملها أن تكون هذه القدرة من غير ضرر فإن كان المحل مقدور التسليم ولكن في تسليمه ضرر انعقد العقد فاسداً للضرر الذي يترتب على التسليم.

2. أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين وهذا العنصر أيضاً في حاجة إلى وصف يكمله هو نفس الوصف الذي يكمل وجود المحل وهو إنتفاء الغرر فيجب أن يكون المحل خالياً من الغرر في وجوده وفي تعيينه.

3. أن يكون المحل صالحاً للتعامل فيه وهذا العنصر في حاجة إلى وصفين يكملانه هما :
   - أن يكون المحل خالياً من الشرط الفاسد.
   - أن يكون خاليا من الربا.
   - فالأسباب التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي بالرغم من إنعقاده خمسة هي :
   1. الإكراه (على رأي وقد أخذ المشرع برأي زفر أنه يوقف نفاذ العقد).
   2. الغرر .
   3. الضرر الذي يصحب التسليم .
   4. الشرط الفاسد .
   5. الربا .

وهذه الأسباب تجعل العقد باطلاً في المذاهب الأخرى .

3. والعقد الفاسد وإن كان منعقداً إلا أنه عقد منهي عنه والأصل فيه أنه لا ينتج أثراً ومن ثم لا تلحقه الاجازة ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه بل يجب فسخه.

ولا يحتاج الفسخ إلى قضاء القاضي. ويكفي أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أية عبارة في هذا المعنى فينفسخ العقد وليس من الضروري أن يكون الفسخ بالقول فأي فعل يدل على نية الفسخ يفي كما لو أستأجر المشتري المبيع من البائع أو باع البائع المبيع إلى مشتر آخر.

وكل ما يشترط لصحة الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد أن يكون بمحضر من العاقد الآخر، أما عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتى في غيبة العاقد الآخر، والسبب في أن الفسخ يتم دون حاجة إلى قضاء به أن العقد الفاسد إنما أستحق الفسخ.

حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد حق لله تعالى عن الخلوص فيظهر في حق الكل، فكان فسخاً في حق الناس كافة، فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا (الكاساني 5 : 300).

وقد رؤي في المشروع الأخذ بالمقصود من رأي أبي حنيفة ومحمد وهو إعلام الطرف الآخر بالفسخ كي يكون على بينة من الأمر.

وإذا مات أحد المتعاقدين، كان لورثته حق الفسخ مكانه لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث، وإنما هو خلفه قائم مقامه، ويفسخ البائع في مواجهة ورثة المشتري كما يفسخ المشتري في مواجهة ورثة البائع.

هـذا قبـل التنفيذ أما بعـد التنيفذ ، كـالقبض يـأذن البائع في المبيع الفاسد فيجب التمييز بين حالتين :

إما أن يكون الفساد راجعاً إلى البدل وإما أن يكون راجعاً إلى غير البدل مما هو ليس في صلب العقد كشرط فاسد.

فـإذا كان راجعاً إلـى البدل كالبيع بالخمـر والخنزير كان لكل من العاقدين حق الفسـخ كمـا كان لهما ذلك قبل القبض لأن الفسـاد الراجع إلى البدل بتعبير الكاسـاني فساد في صلب العقد ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين فكان الفسـاد قوياً فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه ، فيظهر عدم اللزوم في حقها جميعاً (الكاساني 5 : 300) .

وإن كان راجعاً إلى شرط فاسد ، فقد اختلف الرأي .

فرأي يذهب إلى أن كلا من العاقدين يملك حق الفسـخ أيضاً كما في الحالة الأولى ، ورأي يذهب إلى أن صاحب المنفعة في الشـرط وحده هو الذي يملك الفسـخ ، فإن أسـقط شـرطه زال سـبب الفساد وانقلب العقد صحيحاً ولا يملك الطرف الآخر حق فسخ العقد .

والقـول الأول قول أبي حنيفة وأبي يوسـف رحمهما الله والقول الثاني قول محمد رحمه الله (الكاساني 5 : 300).

ويخلص مما تقدم في حق العاقدين في فسـخ العقد الفاسـد أنه إذا كان الفسـاد في صلب العقد كان لكل من العاقدين فسخه قبل القبـض وبعـده ، أما إذا كان الفسـاد لشـرط فاسـد ، فقبل القبض

يكون لكل من العاقدين فسخه إلا إذا زال الفساد بتراضيهما وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة في الشرط على قول محمد ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلكل من العاقدين حق الفسخ إلى أن ينزل صاحب الشرط على شرطه ، قال في فتح القدير (5 : 231) " إذا كان الفساد في صلب العقد .... فيملك كل فسخه ، وإن كان الفساد بشرط زائد ، كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو إلى أجل مجهول ، فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل بالفسخ كالبائع في صورة الاقتراض والمشتري في الاجل بحضرة الآخر دون من عليه عند محمد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتفى اللزوم عن العقد " (وانظر أيضاً الفتاوى الخانية 2 : 167).

وقد رؤي في المشروع الأخذ برأي من يجعل الفسخ لكل من العاقدين.

2. ولا يجوز لأي من العاقدين النزول عن حق الفسخ لأن العقد الفاسد لا ترد عليه الاجازة كما تقدم فإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمناً ، فإنه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد ولا يعتد لا بإسقاطه حقه في الفسخ ولا باجازته للعقد ، وفي ذلك يقول (الكاساني 5 : 301) الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الابطال والإسقاط ، بأن يقول ابطلت وأسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته ، لأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالي دفعاً للفساد لله تعالى خالصاً لا يقدر العقد على اسقاطه مقصوداً.

وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ فإنه يستحقه لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد لا يفسخ وينقلب

صحيحــاً ، مثــل ذلك أن يكون الفســاد لجهالة الأصل فإمــا أن يعينه العاقدان قبل انفضاض مجلس العقد أي قبل أن يتمكن الفســاد وإما أن يســقطاه أصلاً بعد انقضاء مجلس العقد وتمكن الفساد ، فيزول المفســد في الحالتين وينقلــب العقد صحيحاً ، كذلــك يجوز تصحيح العقــود الربوية بإزالة الربا عنهــا ، وتصحيح العقود المقترنة بشــروط فاســدة بإسقاط هذه الشــروط ، كذلك بيع ما في تســليمه ضرر إذا نزعه البائع أو قطعه وســلمه إلى المشــتري قبل أن يفسخ المشتري البيع انقلب العقد صحيحاً وأجبر المشــتري على الأخذ لأن المانع قد زال هذا إذا كان التصحيــح حكماً كما هو الأمر في الأمثلة الســابقة أما إذا كان الفســاد راجعاً إلى البدل نفســه بأن كان الثمن مثــلاً خمراً أو خنزيراً فقد تمكن الفســاد في صلب العقد ويبقى العقد فاســداً غير قابل للتصحيح ولو بإتفاق العاقدين.

4. ولا يترتــب على العقد الفاســد أثر إلا ما يرتبــه القانون ، فلا يجبر العاقــد على التنفيــذ فإذا كان العقد الفاســد بيعاً فإن المشــتري لا يســتطيع إجبار البائع على تســليم المبيع ولكن البائع يســتطيع بإختياره واذنه أن يجعل المشتري يقبض المبيع قبضاً صحيحاً .

ويجب أن يكون التنفيــذ باذن العاقد الآخر ، فإذا كان العقد بيعــاً فلا يصبح القبض بغير اذنه بأن ينهي المشــتري عن القبض أو بأن يقبض المشــتري المبيع بغير محضر منه ، ودون اذنه فإن لم ينهه ولا اذن له في القبض صريحاً فقبض المشــتري المبيع بحضرة البائع فهناك رأي يذهــب إلى أن قبض المشــتري المبيع بحضــرة البائــع دون ان ينهاه عن القبــض يكون اذنــا دلالة فيعتد بالقبض والرأي المشــهور أنه لابد من الاذن الصريــح وإلا كان القبــض غيــر صحيح (الكاســاني 5 : 304ـ 305) .

ولا يشــترط اذن البائع إذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد ولــم يمنعــه البائع من قبضه لأن البيع تسـليط منه علــى القبض، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسـليط السابق (الخانية 2 : 169 وفتح القدير، 5 : 23 والزيلعي 4 : 61، والبحر 6 : 92).

ولا يترتــب على العقد الفاسـد أثر قبل القبض فالبيع الفاسـد مثـلاً لا يترتـب عليه أثـر قبل القبض فـإذا حصل القبض بـاذن البائع ثبـت الملك للمشـتري في المبيـع في الجملة ولكنه ملك مــن نوع خاص فهــو ليس ملــكاً مطلقاً كالملك الــذي يفيده العقــد الصحيح بل هو ملك يسـتحق الفسـخ، ومضمون بالقيمــة لا بالمسـمى ويفيد انطلاق التصــرف دون الانتفاع بعين المملــوك، أما التصرف الــذي منه انتفاع بعــين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وســكنى الدار والإستمتاع بالجارية فلا يحل.

وفي بعــض نصــوص الفقة الحنفي مــا يؤدي أن المشــتري بعقد فاسد يملك العين بعد القبض كما يملك التصرف فيها وفي بعضها ما يبرر أن المشــتري بعد القبض انما يملــك التصرف دون العين وان الملك الــذي ينتقل إليه بالقبض هو ملك خبيث لا يفيــد إطلاق الانتفاع بعين المملوك.

(انظــر ابن نجيــم البحر الرائــق 6 : 92ـ 93) و (الكاســاني 5 : 304).

والملك الذي ينتقل إلى المشــتري بالقبض هو ملك من نوع خاص إذ أنه مستحق الفسخ مضمون بالقيمة لا يفيد حل الانتفاع بعين المملوك ولكنه يفيد في امرين.

أولهما : إذا تصرف المشتري في المبيع المقبوض بعقد فاسد ببيع أو هبة أو صدقة بطل حق الفسخ وانتقل الملك للمشتري الثاني أو للموهوب أو المتصدق عليه ولا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تحت يد أحد من هؤلاء كما كان يستطيع استرداده من المشتري ولكنه لا يرجع على المشتري بالثمن بل بالقيمة (يراجع الكاساني 5 : 300 ـ 302 وابن نجيم، البحر 6 : 93 ـ 95).

ثانيهما : إذا تغير المبيع المقبوض في بيع فاسد بالزيادة أو النقص أو في الصورة فتارة يمنع الفسخ وتارة لا يمنع على تفصيل ليس هنا محله.

(فتح القدير 5 : 231 و 235 ـ 236، والزيلعي 4 : 62، والبحر 6 : 93 و 96، والكاساني 5 : 302 ـ 304) وتراجع المادة 109 من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة 312 من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (170) أردني. ن يستر

(7) العقد الموقوف والعقد غير اللازم

نظرة عامة :

كي يتم الربط بين العاقد من جهة وصيغة العقد ومحله من جهة آخرى يجب أن يكون للعاقد ولايتان أحدهما ـ الولاية على محل العقد والآخر الولاية على نوع التصرف. والأولى تتحقق بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك ولا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً، فغير المالك أي الفضولي ليست له الولاية على محل العقد، ومالك العين المرهونة أو المستاجر ليست له ولاية

كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به.

والولاية الثانية - تتحقق بإستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره، وذلك أن من التصرفات ما يكفي فيه مجرد التمييز ومنها ما لا يكفي فيه مجرد التمييز بل فيه بلوغ سن الرشد.

فإذا تخلفت إحدى الولايتين كان العقد موقوفاً أي غير نافذ رغم أنه صحيح فالعقد الموقوف عقد انعقد وصح لتوافر ركنه وشروط انعقاده وصحته ولكن تنقصه إحدى الولايتين : الولاية على محل العقد أو الولاية على نوع التصرف .

ويذهب إلى القول بالعقد الموقوف، الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد بن حنبل وفي المذهب الحنفي رأي يذهب إلى أن العقد الموقوف من قسم العقد غير الصحيح ولكن الراجح أنه من الصحيح (انظر ابن نجيم، البحر 6 : 7).

وينكر العقد الموقوف ويعتبره باطلاً المذهب الشافعي والرواية الأخرى في المذهب الحنبلي ففيهما العقد الموقوف والفاسد والباطل سواء بناء على أن الملك والأهلية من عناصر الإنعقاد لا من عناصر النفاذ وقد أخذ المشرع برأي الحنفية والمالكية وبالرواية الموافقة لهما عند الحنابلة.

ومعنى أن التصرف موقوف أنه لا ينتج أثره قبل الاجازة فإن أجيز نفذ وإن لم يجز بطل، فمعنى وقف العقد ألا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه صحيح ومعنى النفاذ أن يستتبع العقد آثاره .

فالتصرف في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي فحسب بل يكون له وجود قانوني لأنه انعقد صحيحاً ، ولكن هذا الوجود القانوني لا يترتب عليه آثاره ، فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل ولكنه يفارقه في أن الآثار موقوفه لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال فإن اجيز نفذ وتميز عن التصرف الباطل تمييزاً كبيراً إذا أصبح تصرفاً نافذ الأثر وإن تخلفت الاجازة أنعدم واختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلاً مثله.

وحالات العقد الموقوف كثيرة متعددة حتى قيل أن عددها وصل إلى ثمان وثلاثين حالة ولكن عند التحقيق يتبين أن كثيراً من هذه الحالات لا يكون الموقوف فيها النفاذ بل الإنعقاد أوالصحة أو اللزوم والمقصود هنا هو الموقوف النفاذ.

(يراجع في ذلك : العقد الموقوف، مقال منشور في مجلة القانون والإقتصاد العدد الأول والثاني من السنة الخامسة والعشرين صفحة 122 ـ 128 ، والسنهوري مصادر الحق جـ 4 ص 137 ـ 140) .

والعقد الموقوف في الفقة الإسلامي يقابله في القوانين المدنية العقد القابل للإبطال فكلاهما يواجه نفس حالات الولاية على التصرف والولاية على المحل أي عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير.

والقوانين المدنية تواجه عيوب الإرادة بالعقد القابل للإبطال ويواجهها الفقة الإسلامي بالعقد الموقوف أو بالعقد غير اللازم.

فعقد ناقص الأهلية وبيع الفضولي أو بيع ملك الغير موقوف

في الفقة الإسلامي وقابل للإبطال في القوانين المدنية والعقد الموقوف صورة عكسية من العقد القابل للإبطال إذ العقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالاجازة أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة .

وعند المفاضلة يتبين أن الفقة الإسلامي في التجائه لفكرة العقد الموقوف أرقى من القوانين المدنية إذ أن في الحالتين حالة نقص الأهلية ، حالة بيع الفضولي ، والقول بوقف العقد حتى يجاز أولى من القول بالنفاذ حتى يبطل ، وقال السنهوري (مصادر الحق 4 : 306) أن الأولى بهذا الفقة (الفقة الغربي) أن يستعير من الفقة الإسلامي فكرة العقد الموقوف فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفاً لا قابلاً للإبطال.

وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال بخصوص بيع ملك الغير أو تصرف الفضولي إذ الفقه الإسلامي عالج حكمه بفكره العقد الموقوف سواء بالنسبة للمالك أو الفضولي ، أما في القوانين المدنية فقد جعله قابل للإبطال بالنسبة للفضولي واحتاج إلى فكرة عدم سريان التصرف بالنسبة للمالك.

فالفقه الغربي أحتاج للفكرتين معاً : فكرة القابلية للإبطال وفكرة عدم السريان بالنسبة للمالك ، فبيع ملك الغير في القانون قابل للإبطال لصالح الفضولي فهو يملك إبطاله وإجازته وفي الحالتين لا يسري في حق المالك الحقيقي إلا إذا أجازة المالك الحقيقي وفي هذا خروج عن الصيغة القانونية نفسها فإن المعهود في العقد القابل للإبطال أن الذي يبطل ويجيز هو وحده العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، وهناك يملك غير العاقد اجازة العقد فيصبح في حق المشتري نفسه

ومن ثم كان حكم بيع ملك الغير لا يزال مشكلة تحير الباحثين في الفقه الغربي ولو استعار الفقه الغربي من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها بيع ملك الغير لأفاد كثيراً في ذلك فيكون العقد موقوفاً لا في حق المشتري وحده ولا في حق البائع وحده بل أيضاً في حق المالك ولكانت اجازة العقد تقتصر على المالك فلا يملك المشتري اجازته، وكل هذه أحكام أكثر ملاءمة لحالة العقد وهي أحكام تستمد من نظم العقد الموقوف ولا تستمد من نظام العقد القابل للإبطال.

وقد عرض المشرع لحالات الوقف ولمن تكون الاجازة وكيفيتها وشروطها وأثرها وأثر رفضها.

(أ) العقد الموقوف

المادة (213)

يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق لغيره أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفه دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

قال الكاساني (5: 148 و 155) أنه يشترط لنفاذ العقد الملك أو الولاية وأن يكون في المبيع حق لغير البائع وقال في الفتاوى الهندية (3 : 3) أن شرائط النفاذ نوعان : أحدهما الملك أو الولاية والثاني أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر.

وبإستقراء التصرفات الموقوفة يتبين أنها اما تصرفات في مال الغير أو تصرفات في مال النفس وفي التصرفات في مال الغير إما أن يكون المتصرف لا يملك ولاية التصرف أصلاً وإما أن يملكها ولكنه خالف الحدود المرسومة له وهذا الخلاف إما أن يكون من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع وفي التصرفات في مال النفس، أما أن يكون المتصرف ناقص الأهلية أو شاب إرادته إكراه على رأي زفر وإما أن يكون كاملها ولكن تعلق بالمال المتصرف فيه حق الغير.

فبالنسبة لمال الغير :

إما أن المتصرف لا يملك التصرف أصلاً وإما أنه يملكه ولكن خرج عن الحدود المرسومة له .

أ. تصرف من لا يملك التصرف أصلاً : لا يملك التصرف أصلاً الفضولي والمرتد على خلاف فيه.

1. الفضولي : إذا تصرف الشخص في مال الغير بدون ولاية له يكون العقد غير نافذ وهذا هو الفضولي، فالفضولي هو من يتصرف بدون اذن شرعي في حق غيره (التنوير 4: 141 والبحر 6: 160) والفرض أنه يتصرف في مال غيره لحساب صاحبه لا لحساب نفسه وإلا كان غاصباً وتصرفاته موقوفة بالشروط الآتية :

- أن يكون ما صدر عن الفضولي تصرفاً شرعياً .
- ألا يجد التصرف نفاذاً في حق العاقد نفسه لأن الاجازة تلحق الموقوف لا النافذ وعلى هذا يخرج الشراء للغير اذ ينفذ المشتري (الفضولي) بشرط أن يضاف الشراء إليه وأن يكون المشتري (الفضولي) من أهل لزوم العهدة كما

سيأتي في موضعه.

- أن يكـون التصـرف مما يقبـل الاجازة فإن لـم يكن مما يقبـل بأن كان باطلاً مثلا فإنه لا ينعقد موقوفاً كأن يهب شخص مال اليتيم .
- أن يكـون للتصرف مجيـز عند التصـرف بمعنى أن يوجد مـن له ولاية التصرف من مالك أو ولـي أو وصي ولو لم يجز بالفعل فإن لم يوجد مجيز فإن العقد يكون باطلاً لا تلحقه اجازة.

ومن صور تصرفات الفضولي :-

- بيع مال الغير .
- اجازة الشيء المملوك للغير .

ويلاحـظ أن الفضولـي في الفقه الإسـلامي يختلف عنه في القانـون ففي القانون الفضولي هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه فيرجع عليه بما أنفق في ذلك ، أما الفضولي في الفقة الإسـلامي فهو من يتدخل في شـئون الغيـر دون توكيل أو نيابة وليـس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة.

2. المرتـد :وتصرفاتـه عنـد أبـي حنيفـة موقوفـة ولكنها عند الصاحبين صحيحة نافذة كما لو صدرت من المسلم.

ب. مخالفة من يملك التصرفات نيابة عن غيره للحدود المرسومة له :

1. مـن حيـث الأشـخاص : بيـع أحـد الوكيلـين أو الوصيين أو الناظريـن بحضـرة الآخر فإنـه يتوقف على اجازتـه وإن كان بغيبتـه فباطل وبيـع وكيل الوكيل بـلا اذن فإنه موقوف على اجازة الوكيل الأول .

2. من حيث الموضوع : شـراء الوكيل نصف عبد وكل في شرائه كله فإنه موقوف فإن أشـترى الباقـي قبل الخصومة نفذ على الموكل.

وبالنسبة لمال النفس : يكون موقوفاً من هذا النوع.

1. تصـرف ناقص الأهلية : إذا كان تصرفاً دائـراً بين النفع والضرر كالبيع والاجارة .
2. تصرف من عيبت إرادته بإكراه على قول زفر.
3. التصرف فيما تعلق به حق الغير كبيع المرهون والمستاجر والأرض المعطاه مزارعة وبيع المريض لوارثه.

يمكن رد حالات العقد الموقوف إلى أحد سـببين، سبب يتعلق بالأهلية وسبب يتعلق بالمحل، أما السبب الذي يتعلق بالأهلية فيتمثل في الصبي المميز ويندرج تحته المعتوه المميز والسـفيه وذو الغفلة وكذلك المكره في قـول زفر من حيث أن إرادته ناقصة كإرادة ناقص الأهلية والفـرض بأنـه يتصرف في مالـه هو، أما السـبب الثاني الـذي يتعلق بالمحـل فيتمثل في الفضولي ويندرج تحته : البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشـتريه، والغاصب والمرتـد والنائب، ووكيـل النائب إذا جاوز الحدود المرسـومة للنيابة، ومالـك العين المرهونـة أو العين المؤجرة أو العين المعطاه مزارعـة إذا كان البذر من قبل العامل، والمريض مرض المـوت إذا باع لوارثه، ووصي الميت إذا باع للوارث والوارث إذا باع لمورثه المريض والورثة إذا باعو التركة المستغرقة.

ويلاحظ أن الإكراه يجعل التصرف في الفقة الإسلامي يتدرج في مذاهبه على جميع المراتب من البطلان إلى عدم اللزوم، فهو يبطله

عند الحنابلة وعند الشافعي (والباطل والفاسد والموقوف عنده سواء).

وهو يفسده عند أبي حنيفة وصاحبيه.

ويقف نفاذه عند زفر، ويجعله غير لازم عند مالك (أسوة بالغلط أو التدليس والغبن) وفي رأي عند الحنابلة.

وعند الحنفية يختلف بيع المكره عند بيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف فيما يلي :

1. الاجازة ترد على عقد المكره بعد زوال الإكراه قبل القبض وبعده فينقلب صحيحاً لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع بخلاف العقد الفاسد لغير الإكراه فلا ترد عليه الاجازة أصلاً لأن الفساد لحق الشرع.
2. في عقد المكره ليس للعاقد غير المكره الفسخ، أما العقد الفاسد لغير الاكراه فلكل من العاقدين الفسخ حتى بعد القبض، ولا ينقطع حق الفسخ الا بتصرف المشتري أو بتغير المبيع.
3. في عقد المكره إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ كالبيع لم ينقطع حق البائع في الفسخ وإذا ما فسخ استرد المبيع من أي يد، مهما تداولته الأيدي بخلاف بيع المكره فإذا نصرف المشتري في المبيع انقطع حق البائع في الفسخ.

ويتفق بيع المكره مع البيع الفاسد ويختلف عن البيع الموقوف فيما يلي :

1. في بيع المكره يجوز لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض.

وفي البيع الموقوف لا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة

ولكن يملك من توقف البيع لمصلحته أن يجيزه فينفذه فإن لم تلحقه الاجازة بطل دون فسخ .

2. في بيع المكره إذا تصرف المشتري بعد القبض تصرفاً غير قابل للفسخ كما لو كان المبيع عبداً فأعتقه فإن حق البائع في الفسخ ينقطع ويرجع على المشتري بالمثل أو بالقيمة ، أما إذا كان الإعتاق قبل القبض لم ينقطع حق البائع في الفسخ فإن فسخ سقط البيع والإعتاق لأن استناد الاجازة هنا مقتصر.

وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع إذا تصرف المشتري ولو تصرفاً غير قابل للفسخ فإن حق البائع في عدم إجازة هذا البيع لا ينقطع فإذا لم يجز سقط البيع والإعتاق معاً وإذا أجاز نفذ البيع والإعتاق معاً ورجع على المشتري بالثمن المسمى لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع في بيع المكره على ما سبق الإشارة إليه.

وقد رؤي الأخذ في القانون برأي زفر في عقد المكره : أنه موقوف ـ للأحكام المتقدمة التي تقر به من العقد الموقوف وتبعده عن العقد الفاسد.

ومن المفيد أن نورد فيما يلي قول السنهوري والأولى الأخذ برأي زفر واعتبار بيع المكره موقوفاً فاسداً بل أن الأولى هو الأخذ بمذهب مالك ويقول في مذهب أحمد بن حنبل وإعتبار بيع المكره بيعاً نافذاً غير لازم حتى يستوي في الجزاء عيوب الإرادة جميعاً : الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال . فهذه العيوب كلها من طبيعة واحدة فالأولى أن يتوحد فيها الجزاء وإن كان الوقف كجزاء لعيب الارادة أفضل من عدم اللزوم (السنهوري ، مصادر الحق جـ 4 ص 192 ـ 193) .

وقد بيّن المشـرع حالات العقد الموقوف في المادة (213) ورؤي من بـاب الإحاطـة أن يضاف إلى هذه الحالات حالة مـا إذا ورد في القانون نص خاص يجعل العقد عموماً أو عقد ما موقوف النفاذ في حالة أخرى غير الواردة في المادة.

وتراجـع المواد (111 ـ 113، 365 و 368) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر والمواد (310 و 355 و 428) من مرشد الحيران.

وهـذه المـادة تقابـل المـواد (171) أردنـي و(97) و(115) و(121) و(134) و(135) و(136) و(723) (725) عراقي.

المادة (214)

تكون اجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه أو للولـي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعـد اكتمال أهليته أو المكره بعد زوال الإكراه أو لمن يخوله القانون ذلك.

المذكرة الإيضاحية :ـ

1. تناولت هذه المادة من يكون له حق اجازة التصرف الموقوف فتنص على أنه تكون الاجازة :
   أ. للمالك أي في حالة عقد الفضولي.
   ب. لمن تعلق له حق بالتصرف فيه وسيأتي بيان ذلك.
   ج. للولي أو الوصي أو ناقص الأهلية نفسه بعد إكتمال أهليته.
   د. للمكره بعد زوال الإكراه.
   هـ. لمن يجعل له القانون ذلك.

وقد روعي في هذا الترتيب حالات الوقف الواردة في المادة السابقة.

وبناء على أن الاجازة تكون لمن تعلق له حق بالتصرف فيه، في حالة ما إذا تعلق بالمال المتصرف فيه حق للغير، تكون الإجازة للمرتهن في حالة بيع المرهون، ذلك أن بيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً على اجازة المرتهن، فإذا اجاز نفذ البيع في حق الجميع البائع والمشتري والمرتهن إن لم يجز: فرأي يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افتك الراهن الرهن، والرأي الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلى في حق المرتهن فإذا أفتك الراهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري (السرخسي المبسوط 13 : 11) وإذا باع الراهن العين المرهون للمرتهن نفسه، نفذ البيع بداهة في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى اجازة (تراجع الهندية 3 : 110 ـ 111).

للمستأجر في بيع المأجور، ذلك لأن الشيء المستأجر متعلق به حق المستأجر كالمرهون تعلق به حق المرتهن، فبيع الشيء المستأجر كبيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً على اجازة المستأجر، فإذا اجاز المستأجر البيع نفذ في حق الجميع وانفسخت الاجارة ووجب على المستأجر تسليم العين للمشتري، ولمن له حق حبسها حتى يسترد ما له من الاجرة، وإذا لم يجر المستأجر البيع فالبيع لايتوقع إلا في حقه فإذا انقضت الاجازة نفذ البيع ووجب تسليم العين إلى المشتري، وإذا باع المؤجر العين للمستأجر نفسه نفذ البيع في حقهما دون حاجة إلى الاجازة كما في بيع المرهون فجملة الاحكام التي في بيع المرهون تسري أيضاً في بيع المستأجر والفروق بين المبيعين محل الخلاف (يراجع ابن عابدين 4 : 213 والبحر 6 : 149 ـ 150 والخانية 2 : 177 والهندية 3 : 110).

وللورثة في حالة الوصية فيما زاد على الثلث بالنسبة لغير الوارث وفي الكل بالنسبة للوارث وكذا في حالة بيع المريض مرض الموت إذا باع المريض مرض الموت حكمه عند الحنابلة حكم الوصية لا ينفذ في المقدار المحابي إلا في ثلث التركة ولغير الوارث، أما إذا صدر البيع لوارث مهما كانت قيمة المقدار المحابي، أو صدر لغير الوارث وزادت قيمة المقدار المحابى به عن ثلث التركة فالبيع للوارث، وكذلك لغير الوارث فيما زاد عن الثلث ينعقد صحيحاً موقوفاً على اجازة الورثة، فإن اجازه نفذ في حق الجميع وإلا بطل البيع للوارث، وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث، والأصل في ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة، لا من موت المورث فحسب بل أيضاً في بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت.

ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته فهو إنما يوصي ويكون لتصرفه حكم الوصية. فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على اجازة الورثة الذين تعلق حقهم بالتركة، كما توقف بيع المرهون على اجازة المرتهن، وبيع المأجور على اجازة المستاجر.

والورثة يتعلق حقهم بثلثي التركة إذا كان التصرف لغير الوارث وفي مصر سوى قانون الوصية بين الوارث وغير الوارث، فلا يتعلق حق الورثة في الحالتين إلا بثلث التركة، ومن ثم جاز التصرف فيما لا يزيد عن ثلث التركة للوارث ولو بغير اجازة سائر الورثة.

3- وأما عن فسخ التصرف وهل يجوز؟ وإذا جاز فلمن؟ ففي الأمر تفصيل وخلاف يوجزان فيما يلي :

ـ فتصرف ناقص الأهلية : ليس قابلاً للفسخ فلا يجوز فسخه ولا

الرجوع فيه لا من المشتري ولا من ناقص الأهلية بل على هذين أن يتربصا اجازة الولي : فإن اجاز نفذ وإن لم يجز بطل.

وتصرف الفضولي قابل للفسخ من جهة العاقد الآخر (المشتري في بيع الفضولي) ومن جهة الفضولي نفسه ، ومن ثم يكون للفضولي فسخ البيع الصادر منه حتى لو أجازه المالك بعد ذلك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وإنما كان له الفسخ ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعين وفي ذلك ضرر فله دفعاً عن نفسه قبل ثبوته ، وللمشتري فسخ البيع قبل الاجازة تحرزاً من لزوم العقد (فتح القدير 5 : 312 ، والبحر 6 : 148).

وفي مذهب مالك ، بيع الفضولي لازم من جهة الفضولي ، ومن جهة المشتري غير لازم من جهة المالك أي ليس للفضولي ولا للمشتري الفسخ وللمالك الاجازة أو عدم الاجازة.

وفي بيع المرهون ليس للراهن فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالرهن عند أبي يوسف ، أما عند ابي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالرهن وهذا هو الصحيح وعليه الفتوى فيكون تأويل هذا الرأي الأخير أن المشتري وقد علم بالرهن اشترى على أن فك البائع العين المرهونة من مرتهنها ويسلمها إليه فإذا لم يفعل فسخ المشتري البيع (الهندية 3 : 110-111 ، والحطاب 4 : 469 ، والخرشي 5 :17 ، والمغني 4 : 363).

وفي بيع المستأجر ليس للمؤجر فسخ العقد الذي صدر منه للمشتري أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالاجازة عند أبي

يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد فله خيار الفسخ وإن علم بالإجازة وذلك على النحو الذي تقدم في بيع المرهون.

وجملة الأحكام التي في بيع المرهون تسري أيضاً في المستأجر والفرق بين البيعين محل خلاف (يراجع ابن عابدين 4 : 213 وأيضاً الخانية 2 : 177، والهندية 3 : 110).

لذلك رؤي أن يكون النص أن لا يكون لأحد حق الفسخ إلا من خوله القانون هذا الحق ومحل ذلك كل عقد بعدا بالأحكام عن التفصيلات (وتراجع المادتان 368 و 378 من المجلة وشرحهما لعلي حيدر والمادتان 310 و 428 من مرشد الحيران).

وهذه المواد تقابل المواد (172) اردني و (134) و (135) عراقي.

المادة (215)

1. تكون الاجازة بكل فعل أو قول يدل عليه صراحة أو دلالة.
2. ويعتبر السكوت اجازة إن دل على الرضا عرفا.

المذكرة الإيضاحية :

1. الاجازة قد تكون بالفعل أو بالقول : ومثال الاجازة بالفعل (ففي بيع الفضولي) تسليم المالك المبيع للمشتري أو أخذه الثمن منه.
والاجازة بالقول تكون بأي لفظ يدل عليها، كقول المالك في بيع الفضولي : اجزت البيع أو رضيت به، أو قبلته أو أي لفظ يدل على هذا المعنى.

(الخانية 2 : 174 وجامع الفصولين 1 : 315 ـ 316) .

2. والاجــازة قد تكون صريحة أو ضمنية : فالصريحة كما تقدم أن يقول للمالــك مثلاً في بيع الفضولي أجــزت البيع والضمنية كهبة المالك الثمن للمشتري أو التصديق به عليه (البحر 6 : 148) .

3. وإذا ســكت المالك لا يجيز البيع ولا يــرده، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبــر التصرف بإنقضائه مجــازاً أو غير مجاز، فيبقى التصرف موقوفاً حتى يعلن من له حق الاجازة اجازته أو عدم اجازته.

وفي مذهب مالك إذا باع الفضولي بحضرة المالك وسكت هذا اعتبر ســكوته اجازة، وإن باع بغير حضرته وبلغه فســكت عاماً من وقت علمه اعتبر سكوته اجازة.

وفي المذهــب أيضاً يطالب المالك المجيــز الفضولي بالثمن ما لم يمض عام فإن مضى وهو ســاكت ســقط حقه هذا ان بيع بحضرته، وان بيع بغير حضرته ما لم تمض على مدة الحيازة عشرة أعوام.

(الدســوقي 3 : 12، والصــاوي 2 : 7، والحطــاب 4 : 269 ـ 272، والخرشي 5 : 17 ـ 18، البهجة في شرح التحفة 2 : 68 ـ 75)

وقد رأى المشــرع : الأخذ بالمذهب المالكــي من حيث المبدأ مع عــدم تحديد مدة وترك الأمر للقاضي يســتنتج الرضا من الســكوت حســب واقع الدعــوى وفقاً لأعــراف النــاس كما هو مقــرر حتى في المذهب الحنفي، من أن (الســكوت في معرض الحاجة بيان) و (العادة محكمة) و (اســتعمال الناس حجة يجــب العمل بها) و (م 67 و 36 و 37 من المجلة).

وذكر الخير الرملي أنه نقل عن المحيط أنه إذا اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة، فسكت، يكون رضا، (جامع الفصولين 1 : 231).

وهذه المادة تقابل المواد (173) أردني و (136) عراقي.

مادة (216)

يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة كما يشترط أن يكون موجودا وقت الاجازة من له الحق فيها وطرفا العقد، والمتصرف فيه، وبدله إن كان عينا.

المذكرة الإيضاحية :

يجب لصحة الاجازة توافر الشروط الآتية :

1. قيام الأطراف الثلاثة وقت صدور الاجازة كالبائع والمشتري والمالك (في بيع الفضولي) فلو مات أحدهم قبل صدور الاجازة من المالك، لم تصح الاجازة، ولا يقوم الورثة مقام من مات .... جاء في فتح القدير (د 312 ـ 313) "ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث ... وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لا فائدة في نقص القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع، فلا تجوز باجازة ورثته، والقياس، والاستحسان مقدم.

2. قيام محل التصرف : فلو هلك المبيع مثلا فأجازه المالك لم تصح الاجازة فإن كان قد هلك في يد المالك هلك عليه، وإن هلك بعد التسليم إلى المشتري فالمالك بالخيار : إن شاء ضمن الفضولي وإن شاء ضمن المشتري .

3. قيام البدل لو كان عيناً (بفرض أن هناك بدلاً) كالعوض في المقايضة مثلاً .

4. أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره وقت الاجازة ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت صدوره لم تتصور اجازته فوراً عقب صدوره، واجازته في المستقبل قد تحدث لم يكن مفيداً ، فلا ينعقد التصرف مع الشك في حصول الفائدة ، أخذاً بقاعدة أن ما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت مع الشك فإذا لم ينعقد التصرف لا تلحقه الاجازة ، لأن الإجازة للمنعقد ، أما إذا كان للتصرف مجيز وقت صدوره، أمكن تصور الاجازة في الحال عقب صدوره، فكان الانعقاد مفيداً فتنعقد وتلحقه الاجازة فإذا صدر من ناقص الاهلية تصرف لا يملكه وعليه كان التصرف باطلاً فلا تلحقه الاجازة (وقد يكون المجيز وقت صدور الاجازة غير المجيز وقت صدور التصرف فيكون هناك ولي يملك الاجازة وقت صدور التصرف ثم لا يكون هو المجيز بل يجيز التصرف ناقص الاهلية عند استكماله أهليته، ولكن إذا أعلن الولي عدم اجازته للتصرف، لم تصح الاجازة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد إستكمال أهليته (الكاساني 5 : 149 ـ 150) .

ونرى من ذلك أنه يشترط لصحة الاجازة قيام كل عناصر التصرف بالعاقدين والمحل المجيز وقت صدور الاجازة وقت صدور

التصـــرف أما أنها تكون قائمة وقت صــدور الاجازة فلأن الاجازة لها حكم الإنشـــاء من وجه ، ولا يتحقق الإنشـــاء بدون العاقدين والمعقود عليه ، لذلك كان قيامها شرطاً لتحقق الاجازة (الكاساني 5 ـ 151).

أمــا أنها تكــون قائمة وقت صدور التصرف فيبدو أن الســبب في ذلــك يرجع إلى فكرة إســتناد الاجازة وإلــى وقت صدور التصرف فما دام العقــد اذا اجيز ينفذ من وقت صدوره وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت.

فإذا وهب الفضولي مال البالغ أو تصدق به أو أعتق عبده انعقد التصرف موقوفاً على الاجازة لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفســه فكان لــه مجيز وقت صدورها فتتوقف على اجازة المســالك ، أما إذا كان المالــك صبياً أو محجــوراً عليه ليس أهلاً لهــذه التصرفات ، لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره فلا ينعقد ومن ثم لا تلحقه الاجازة.

وقــد رؤي في القانون التزام الأحــكام الفقهية . (وتراجع المواد 378 و 447 مــن المجلــة وشــرحها لعلــي حيــدر ، والمادة 395 من مرشــد الحيران).

وهذه المادة تقابل المواد (174) أردني و (136) عراقي .

المادة (217)

1. إذا أجيز التصرف الموقوف نفذ مســتنداً الى وقت صدوره واعتبرت الاجازة اللاحقة له كالوكالة السابقة.
2. وإذا رفضت الاجازة بطل التصرف.

المذكرة الإيضاحية :-

تتناول هذه المادة أثر الاجازة ورفض الاجازة :

1. فإذا وجدت الاجازة مستجمعة لشرائطها على النحو الذي تقدم نفذ البيع وصار الفضولي بمنزله الوكيل، إذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وتطبق أحكام الوكالة.
2. أما إذا رد المالك العقد وأعلن عدم اجازته فإن العقد يسقط ولا يستطيع المالك اجازته بعد رده ففي البيع في هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشتري وهلك وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان كما تقدم وإذا كان المشتري قد سلم الثمن إلى الفضولي وهلك في يده هلك أمانة ولا يرجع المشتري عليه بشيء على تفصيل جاء في البحر على الوجه الآتي :ولو لم يجز المالك هلك الثمن في يد الفضولي اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله وإلا صح أن المشتري أن علم أنه فضولي وقت الاداء لا رجوع له وإلا رجع عليه، كذا في ....، وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك، سواء هلك قبل الاجازة أو بعدها (البحر 6 : 147 ـ 148).
3. وقد رؤي عدم مجاراة القانون المدني العراقي في إيراد بعض التفصيلات هنا والإكتفاء ببيان أن الفضولي بالاجازة يصير وكيلاً دون بيان ما يتفرع على ذلك من أحكام تفصيلية ترد في مواضعها.

وتراجع المواد (377 و 378 و 393 و 590 و 746 و 967 من المجلة وشرحها لعلي حيدر، والمواد (271 و 273 و 275 و 310 و 358 و 393 و 396 و 428 و 1000 من مرشد الحيران).

وهذه المادة تقابل المواد (175) أردني و (134) و (135) عراقي .

ب. العقد غير اللازم

المادة (218)

1. يكون العقد غير لازم بالنسبة الى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاضي.
2. ولكل منهما إن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه.

المذكرة الإيضاحية :.

اذا اجتمعت للعقد عناصر الانعقاد والصحة والنفاذ ، فصدر العقد من أهله في محل قابل لحكمه ، وكان العاقد له الولاية على محل العقد والأهلية الواجبة للتصرف الذي يباشره ، فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً ، فانتج الأثار التي تترتب عليه .

والأصل أن العقد الذي ينعقد صحيحاً نافذاً لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة ، ولكن هناك عقود تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة الآخر ، كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية والرهن والكفالة وهناك عقود يكون فيها لأحد العاقدين خيار الرجوع ومنها خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفرق الصفقة ، ومنها أيضاً خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب فإذا ثبت خيار منها لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد.

فـإذا كان العقـد قابلاً لأن يرجـع فيه أحد العاقديـن بإرادته وحـده دون توقف على رضا العاقد لآخر أمـا لأن طبيعته تقتضي ذلك وأمـا لأن فيه خياراً من الخيارات التي أشـرنا إليهـا ، فهذا عقد نافذ غير لازم : هو عقد نافذ لأنه انعقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره ، ثم هو عقد غير لازم لأن أحد العاقدين يسـتطيع وحده أن يسـتقل بفسخ فهو غير لازم له.

أما إذا أستوفى العقد أيضاً شرائط اللزوم من طبيعة تستعصي على الفسـخ بإرادة منفردة ، وخلو من الخيـارات المختلفة ، فقد انعقد صحيحاً نافذاً لازماً ، فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه ، ويلزم كلا مـن العاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا بإتفاقهما معاً على التقابل منه ، وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود.

أما السـبب الأول لعـدم اللزوم وهـو طبيعة العقد فسـيتناولها المشـرع في كل عقد على حـده وتراجع المـواد (114 و 115 و 300 و 360 و 367 و 376 من المجلة وشـرحها لعلي حيدر ، والمواد 277 و 306 و 329 و 342 من مرشد الحيران) .

وهذه المادة تقابل المادة (176) أردني .

(8) الخيارات التي تشوب لزوم العقد

(أ) خيار الشرط

المادة (219)

في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ يجوز للمتعاقدين أو لأيهما

أن يشترط في العقد أو بعده خيار الشرط لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها فإن لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقاً للعرف.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة جواز خيار الشرط ؟ لمن ؟ وإلى أي مدة ؟

والمقصود بخيار الشرط الخيار الذي يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما ويكون بموجبه لمن له الخيار الحق في نقض العقد خلال المدة المعينة ، فان لم ينقضه رسخ ، فالعقد الذي فيه خيار الشرط عقد غير لازم من جانب من له الخيار ، اذا يجوز له الرجوع فيه .

وقد شرع خيار الشرط على خلاف القياس ، إذ القياس أن المعاوضات لا تحتمل التعليق على الشرط وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد ، لحديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم ، ولحاجة التعامل إليه للتأمل والتروي ، ومن أجل ذلك يسمى في الفقه المالكي بخيار التروي ، والحديث أن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قال لحبان بن منقذ وكان يغبن في البياعات لمأمومة أصابت رأسه " إذا ما بايعت فقال لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام " وما روي في حديث ابن عمر " البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار " . (السرخسي ، المبسوط 13 : 40 ـ 41 ، فتح القدير 5 : 11).

وقد منعه الثوري وابن شبرمة ، وطائفة من أهل الظاهر وعمدتهم أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم الدليل على جواز البيع على الخيار من كتاب اللّه وسنة ثابتة أو إجماع ، قالوا وحديث حبان اما أنه ليس بصحيح وأما أنه خاص لما شكا إليه صلى

اللّه عليه وسلم أنه بخدع في البيوع، وأما حديث ابن عمر وقوله فيه " الا بيع الخيار " فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر.

(ابن رشد، بداية المجتهد 2 : 172، وابن حزم، المحلي 9 / المسألة 1421 ص 328 وما بعدها).

وهذا الخيار يشترط في العقد ذاته أو في إتفاق لاحق للعقد فلو قال أحد المتبايعين بعد البيع ولو بأيام " جعلتك بالخيار ثلاثة أيام " صح بالإجماع (فتح القدير 5 : 111) وظاهر أنه لابد من تراضي الطرفين عليه أما ان اشترط وقت العقد فالرضا متحقق لدخول الشرط في العقد، وأما ان اشترط بعد العقد فلا بد من رضا الطرف الآخر عليه وإلا لم يعتبر.

ويرد خيار الشرط في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ كالبيع والاجارة قبل مدتها والصلح والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنساً والصلح عن مال الرهن والكفالة والحوالة والابراء والوقف والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين (م 230) من مرشد الحيران ولا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية (م 231 من مرشد الحيران).

ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط في النكاح والطلاق لأن هذين تصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط وفي الصرف والسم أنهما لا يتمان إلا بالقبض فيلزمان به ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك، وفي الإقرار أن طبيعته لا تحتمل التعليق وفي الوكالة والهبة والوصية أنها تصرفات غير لازمة من الأصل فلا حاجة فيها لخيار الشرط.

وقد يشترط الخيار أحد المتعاقدين أو كلاهما ، لنفسه أو لأجنبي .

وإذا اشترط لأجنبي اعتبر وكيلاً عن العاقد ويكون الخيار ثابتاً للعاقد وللأجنبي معاً وهو الإستحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر ، وعلى الإستحسان أيهما اجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما مما يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى ، وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه.

ووجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة.

(الهداية وفتح القدير 5 : 126 ـ 128).

وقد يجعل البائع لنفسه خيار النقد ، فيشترط أنه إذا لم ينقد الثمن في خلال مدة معينة هي المدة الجائزة للخيار فلا بيع . والخيار على هذا الوجه ليس موضوعاً للتروي ولكن لفسخ البيع عند عدم دفع الثمن في مدة معينة ولكن قد يقبض البائع الثمن ومع ذلك يشرط أن له الخيار فإذا اختار فسخ البيع رد الثمن والخيار على هذا الوجه هو خيار شرط للتروي (فتح القدير 5 : 14).

أما مدة الخيار فقد اختلف فيها .

فعند ابي يوسف ومحمد واحمد بن حنبل يجوز الاتفاق على

أية مدة ولو طالــت، وعند مالك تقدر مدة الخيار بتقدير الحاجة نظراً لتفاوت المبيعات ففي اختيار الثوب يكفي اليوم واليومان وفي الدار قد تصل مدة الخيار إلى الشهر ونحوه.

وعنــد ابي حنيفة وزفر والشــافعي لا يجــوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في جميع الأحوال.

فإذا لم تحدد مدة أصلاً أو شرط الخيار أبدا أو متى شاء أو إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول مطر أو مشاورة انسان.

فعند مالــك يصح العقد ويحــدد القاضي المدة المألوفــة في العادة لاختيار مثل المبيع وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي واحمد يفسد العقد.

وعند ابي حنيفة اذا اســتعمل الخيــار في الثلاثة أيام صح العقد وإن انقضت الثلاثة أيام دون استعمال حق الخيار فسد العقد.

(ابن رشد، بداية المجتهد 2 : 172 والمغني 4 : 65 وما بعدها).

وقد رؤي الأخذ برأي يوســف ومحمــد وأحمد بن حنبل في ترك الأمــر للمتعاقدين يتفقان علــى المدة التي يريانهــا كافية ويرى مالك في حالــة عدم تحديــد العاقدين للمدة بأن يقــوم القاضي بتحديد المدة المألوفة في العادة.

(وتراجع المادة 300 من المجلة وشــرحها لعلــي حيدر والمواد 329-332 من مرشد الحيران).

وهذه المادة تقابل المادة (177) أردني .

المادة (220)

إذا شـرط الخيار لكل المتعاقدين في عقـود المعاوضات المالية فـلا يخرج البدلان عن ملكهما فان جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الآخر في ملكه.

المذكرة الإيضاحية :ـ

يمر العقد المقترن بخيار الشرط بمرحلتين :

أحدهما ـ أثناء مدة الخيار وقبل استعماله .

وثانيتهما ـ بعد إنقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله.

وقـد تناولـت هـذه المـادة المرحلة الأولـى أمـا المرحلـة الثانية فستتناولها المادة التالية :

ففي أثناء مدة الخيار وقبل استعماله وهي المرحلة الأولى يختلف الحكم إذا كان العقد بيعا مثلاً بين ما إذا كان الخيار للمشـتري أو للبائع، أو لهما معاً .

أ. فإذا كان الخيار للمشتري : فلا يخرج الثمن من ملكه لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حقه ويخرج الثمن من ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع على رأي أبي حنيفة.

ب. وإن كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع من ملكه ويخرج الثمن من

ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع على رأي أبي حنيفة.

ج. وإن كان الخيار للبائع والمشتري معاً : لا يخرج المبيع من ملك البائع ولا يخرج الثمن من ملك المشتري لأن العقد لم ينعقد في حق كل منهما.

(الكاساني 5 : 264 ـ 266 ، فتح القدير 5 : 115 ـ 118).

وتراجع المادتان 308 و 309 من المجلة وشرحهما لعلي حيدر والمادة 333 من مرشد الحيران.

وتقابل المادة (278) أردني .

المادة (221)

1. لصاحب خيار الشرط الحق في فسخ العقد أو اجازته.
2. فان اختار الاجازة لزم العقد مستندا الى وقت نشوئه وان اختار الفسخ انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تعرض هذه المادة لإستعمال صاحب الخيار خياره وبيان مصير العقد بعد أن بينت المادة السابقة حكمه أثناء مدة الخيار قبل أستعمال الخيار فمن له حق الخيار ، البائع أو المشتري أو الأجنبي في البيع مثلاً ، يجوز له فسخ العقد ويجوز له إمضاؤه .

فإذا أمضى العقد فقد زال حق الخيار ولزم العقد واستند ذلك

بأثر رجعي إلى وقت نشوء العقد .

وإذا فسخ العقد انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن .

(تراجع المادة (301) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادتان 334 ـ 335 من مرشد الحيران).

وهذه المادة تقابل المادة (179) أردني .

المادة (222)

إذا كان الخيار مشروطاً لكل من المتعاقدين فان اختار أحدهما الفسخ انفسخ العقد ولو أجازه الآخر وان اختار الاجازة بقي للآخر خيار مدة الخيار.

المذكرة الإيضاحية :.

بعد أن تناولت المادة السابقة الحالة البسيطة حالة ما إذا كان الخيار لواحد فقط من المتعاقدين، تناولت هذه المادة حالة ما إذا كان الخيار لكل من المتعاقدين، وهنا ترد عدة فروض .

1. فقد يختار الإثنان الاجازة .
2. وقد يختار اثنان الفسخ .
3. وقد يختار أحدهما الاجازة والآخر الفسخ .

وفي الفرض الأخير نستعرض عدة صور فقد يتعاصر الفسخ والاجازة وقد يتلاحقان، وفي التلاحق قد يسبق الاجازة الفسخ

وقد يسبق الفسخ الاجازة.

4. وقد يختار أحدهما الفسخ أو الاجازة ولا يختار شيئاً بعدما تزال مدة الخيار قائمة ، أما الفرضان الأولان فأمرهما يسير : يلزم العقد في حالة اجازتهما ويفسخ العقد في حالة فسخهما ، كما لو كان الخيار لأحدهما ـ لذلك لم تعرض هذه المادة لهما لأن حكمهما يؤخذ من المادة السابقة.

أما الفرض الثالث بكل صوره فقد تناوله صدر المادة الحالية فتقضي بأنه إذا اختار أحدهما الفسخ انفسخ العقد ولو اجاز الاخر وهذا الحكم يجعله يشمل ما إذا كانت الاجازة سابقة أو لاحقة أو معاصرة للفسخ (م 336 من مرشد الحيران).

وعجز المادة يتناول صورة ما إذا اختار أحدهما الاجازة ولم يعلن الآخر عن إرادته : يبقى له خياره ما دامت المدة قائمة فإن اختار لزم العقد أيضاً بالنسبة له ، وإن اختار الفسخ انفسخ العقد .

وهذه هي إحدى الصورتين من الفرض الرابع ، أما الصورة الأخرى من الفرض الرابع وهي حالة ما إذا اختار أحدهما الفسخ ولم يختر الآخر بعد فلم تتناولها المادة صراحة لأنه في هذه الحالة يكون العقد قد انفسخ للفسخ فلا ترد عليه اجازة ويترتب على ذلك سقوط خيار الآخر إذ علام يرد بعد انفساخ العقد بالفسخ الأول ؟

(تراجع المادة (307) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة 336 من مرشد الحيران).

وهذه المادة تقابل المادة (80) أردني .

المادة (223)

1. يكون الفسخ أو الاجازة بكل فعل أو قول يدل على أيهما صراحة أو دلالة.
2. وإذا مضت المدة دون اختيار الفسخ أو الاجازة لزم العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة كيفية الفسخ أو الاجازة فتقضي بأن أيهما :

الفسخ أو الاجازة يحصل :

1. إما بالفعل كتسليم البائع ـ وهو صاحب الخيار ـ المبيع والمشتري أو أن يدفع المشتري وهو صاحب الخيار الثمن أو طلبه الشفعة في دار مجاورة للمبيع فهذا يدل على الاجازة وكعرض البائع، وهو صاحب الخيار المبيع للبيع فهذا يدل على الفسخ.
2. وإما بالقول فقوله فسخت العقد أو أسقطته وكقوله أجزت العقد أو أوجبته أو أسقطت الخيار وأي لفظ يدل على المعنى المقصود يفي اذ لا يشترط لفظ معين.

وقد يكون ذلك صراحة أو دلالة.

وإذا مضت مدة الخيار دون أن يفسخ العقد صاحب الخيار ودون أن يمضي العقد اعتبر عدم الفسخ إلى انقضاء المدة، امضاء العقد.

(تراجع المواد (302 ـ 305) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد (334 ـ 335 ـ 337) من مرشد الحيران).

وهذه المادة تقابل المادة (181) أردني.

المادة (224)

يشترط لصحة الفسخ اختياره في مدة الخيار وعلم الطرف الآخر به إن كان الفسخ بالقول ولا يشترط فيه التراضي أو التقاضي.

أما الاجازة فلا يشترط علم الطرف الآخر بها.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة صحة الفسخ والاجازة .

وقد قضت بأنه يشترط كي يقع الفسخ صحيحاً أن يختار في المدة المحددة للخيار ، لأنه لو مضت المدة دون اختيار لزم العقد كما سبق في المادة السابقة ولا يلزم التراضي ولا حكم القاضي ، ولكن يشترط إذا كان بالقول أن يكون بحضور الطرف الآخر أي بعلمه عند أبي يوسف والشافعي لا يشترط ذلك. قال في المهذب (1 : 259) ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق ، وفي المغني (4 : 69) ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعة ولنا أنه رفع عقد لايفتقر إلى رضى صاحبه فلم يفتقر إلى حضوره ، كالطلاق ، وما ذكره ينتقض بالطلاق ، والوديعة لا حق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته .

أما الاجازة فلا يشترط فيها التراضي ولا التقاضي ولا علم الطرف الآخر .

وفي مرشد الحيران أنه يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ إن كان بالقول دون الفعل (م 334) ولم يرد هذا القيد في الهداية ولكن أورده صاحب فتح القدير (الهداية 5 : 120 ـ 134).

وهذه المادة تقابل المادة (182) أردني.

المادة (225)

يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته. ويلزم العقد بالنسبة الى ورثته ويبقى الآخر على خياره وان كان الخيار له حتى نهاية مدته.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة حالة موت صاحب الخيار في خلال مدة الخيار المتفق عليها دون أن يجيز أو يفسخ فهل يسقط الخيار ولا ينتقل إلى الورثة ويلزم العقد بالنسبة إليهم أم أنه لا يسقط وينتقل إلى الورثة ويكون لهم الحق في إستعماله ما دامت المدة قائمة ؟

اختلف الفقهاء في ذلك .

فالحنفية يقولون بسقوط الخيار ولزوم العقد لأن حق الخيار لا يورث لأنه مشيئة وارادة وذلك صفة من صفات الميت فكما أن أوصاف الميت لا تنتقل إلى وارثه فكذلك هذه فإذا مات من يملكه لم ينتقل إلى الورثة بل يزول ويعتبر البيع لازماً لا خيار فيه (السرخسي، المبسوط 13 : 42 ـ 45، والبدائع 5 : 267 ـ 268).

والشـافعي يقول ببقـاء الخيار وإنتقالـه إلى الورثـة لأنه يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه فيه ، قال في المهذب : (259) " وإن مات فـإن كان في خيار الشـرط انتقل الخيار إلى من ينتقـل إليه المال لأنه حق ثابت لإصلاح المال فلم يسـقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن فإن لـم يعلم الوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان أحدهما يثبت له بالخيار في القدر الذي بقي من المدة لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شـرط له بالموت وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه الثاني أنه تسـقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفـور لأن المدة فاتت وبقي الخيار فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ".

وفي المذهـب الحنبلي : (إذا مات أحد المتبايعـين في مدة الخيار بطـل خياره في ظاهر المذهـب ويبقى خيار الآخر بحالـه إلا أن يكون الميـت قـد طالب بالفسـخ قبل موته فيكـون لورثته وهو قـول الثوري وأبـي حنيفة ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالي فينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ولأنه حق فسخ فينتقل إلى الوارث كالفسـخ بالتحالف وهذا قول مالك والشـافعي . ولنا أنه حق فسـخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يـورث كخيار الرجوع إلى الهبة (المغني والشرح الكبير 4 : 77).

وقد أخذ المشرع برأي الحنفية والحنابلة فنص في هذه المادة بأنه إذا مات من له الخيار في مدة الخيار سقط الخيار ولزم العقد .

وتراجع المادتان (305) من المجلة وشرحها لعلي حيدر و (338) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (183) أردني.

خيار الرؤية

نظرة عامة :

يذهب الفقه الحنفي إلى أنه يثبت للمشتري ونحوه خيار الرؤية إن لم يكن قد رأى المعقود عليه، بحيث يكون له عندما يراه أن يمضي العقد أو أن يفسخه .

والدليل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من اشتري شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه ".

وهذا الخيار يثبت بالشرع لا بالشرط أي دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد بخلاف خيار الشرط وخيار التعيين فلا بد لثبوتهما من شرط خاص بحيث إذا انعدم هذا الشرط لم يقم الخيار.

أما المذاهب الآخرى فبعضها يثبته في بعض الحالات وبعضها ينكره على تفصيل (يراجع في ذلك الدسوقي على الشرح الكبير 3 : 24 ـ 25، والحطاب 4 : 293 ـ 298، والشيرازي، المهذب 1 : 263 ـ 264، والمغني 4 : 74 ـ 90).

وقد عرض المشرع لهذا الخيار فبين شروط ثبوته وحكمه وكيفية الفسخ والاجازة وحالات سقوط الخيار.

المادة (226)

يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له

التصرف ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه وكان معينا بالتعيين.

المادة (227)

يبقى خيار الرؤية حتى تتم الرؤية في الأجل المتفق عليه أو يوجد ما يسقطه.

المذكرة الإيضاحية :-

يثبت خيار الرؤية بالشرع لا بالشرط للمتملك إذا لم ير المعقود عليه كالمشتري في البيع ويشترط لثبوته :

1. أن يكون العقد واحداً من عقود أربعة هي : البيع واجارة الاعيان وقسمة غير المثليات والصلح على مال هو عين بالذات وهي عقود تحتمل الفسخ أما العقود التي لا تحتمل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد فلا يثبت فيها خيار الرؤية وقال علي حيدر في الكلام على خيار الرؤية (ج 1 ص 269) .
" وخيار الرؤية لا يختص بالبيع بل يجري في كل عقد محتمل للفسخ يمتلك به عين كالاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على عين كما تقدم لأن في ذلك معاوضة أما المهر وأما القصاص وبدل الصلح عن مخالعة فليس فيها خيار الرؤية ".
2. أن يكون مشترياً أو نحوه وبعبارة أخرى متملكاً لا مملكاً فمن باع ما لم يره بأن ورث مثلاً عيناً في بلد بعيد فلم يتمكن من رؤيتها قبل بيعها فليس له خيار الرؤية (فتح القدير 5 : 140 ـ 141).
3. ألا يرى المعقود عليه عند العقد ففي البيع مثلاً يشترط ألا يكون المشتري قد رأي المبيع عند العقد فان اشتراه وهو لم يراه فلا خيار له . وإذا كان راه قبل ذلك في ظل المبيع على حالة ولم يتغير فلا

خيـار له وإن كان قد تغير عـن حاله فله الخيار لأنــه اذا تغير عن حالة فقد صار شيئاً آخر ، فكان مشترياً شيئاً لم يره ، فله الخيار اذا راه (فتح القدير 5 : 141).

والمقصـود بالرؤيـة الوقـوف علـى الحال والمحـل الـذي يعرف به المقصـود الأصلي من المبيع ، ففي القماش مثلاً تكفي رؤية ظاهرة وفي المأكـولات والمشـروبات يكفي مـذاق طعمها مـادة (23 من المجلة) وفي الأشـياء التي تباع على انموذجها تكفي رؤية الأنموذج (المواد 224 من المجلة وما بعدها).

4. أن يكـون المعقود عليه مما يتعين بالتعيـين فلو تبايع العاقدان عيناً بعـين ثبت الخيار لكل واحد منهما وذلـك لأن المبيع اذا كان مما لا يتعـين بالتعيين لا ينفسـخ العقد بـرده لأنه إذا لـم يتعين للعقد لا يتعين للفسـخ فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثلـه . فإذا قبض يـرده وهكذا إلى ما لا نهاية لـه فلم يكن الرد مفيداً بخلاف ما إذا كان عينا ولأن العقد ينفسـخ برده لأنه يتعين بالعقـد فيتعين في الفسـخ أيضاً ، فكان الرد مفيداً ، لان الفسـخ انمـا يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعـين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسـخ ، ولهذا يثبت خيار الرؤية في الاجـارة والصلح عن دعوى المال والقسـمة ونحو ذلك ، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء فثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهـر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك ، لأن هذه العقود لا تحتمـل الانفسـاخ برد هذه الأمـوال فمصار الأصـل أن كل ما ينفسـخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وإلا فلا (الكاساني 5 : 292).

وتراجـع المادتـان (320 و 322) مـن المجلة وشـرحها لعلي حيدر والمادة (339) من مرشد الحيران.

وهاتان المادتان تقابلان المادتين (184) و (185) أردني.

المادة (228)

خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار.

المذكرة الإيضاحية :.

خيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد ولا صحته ولانفاذه، فيثبت المالك للمشتري في المبيع، ويثبت الملك للبائع في الثمن بالرغم من قيام خيار الرؤية.

فخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد فلا يتم حكم المبيع إلا إذا رأى المشتري المبيع ولم يرده. قال صاحب

القدير (5 : 137) : باب خيار الرؤية : قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللازم بعد التمام". وقال صاحب البدائع (5 : 292) : " إن شراء ما لم يرده المشتري غير لازم لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة " .

وهذه المادة تقابل المادة (186) أردني .

المادة (229)

1. لايسقط خيار الرؤية بالإسقاط.

2. ويسقط برؤية المعقود عليه وقبوله صراحة أو دلالة كما يسقط بموت صاحبه وبهلاك المعقود عليه كله أو بعضه وتعيينه وبتصرف من له الخيار فيه تصرفا لا يحتمل الفسخ أو تصرفا يوجب حقا لغيره.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، لا قبل الرؤية ولا بعدها، أما قبلها فلأنة لا خيار فيه قبل الرؤية، لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية فقبل الرؤية لا خيار، وأما بعدها فلأن الخيار ما ثبت بإشتراط العاقدين، لأن ركن العقد مطلق على الشرط نصاً ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه، فكان ثابتاً حقاً لله تعالى وما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه إسقاطاً مقصوداً لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه، كما إذا أجاز المشتري المبيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة، لأنه وإن ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبته نظراً للعبد، حتى إذا رآه وصلح له اجازه وإن لم يصلح له رده، إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصوداً، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وإن كان لا يثبت مقصوداً، كالوكيل بالبيع، إذا عزله الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل

الوكيل، كذا هنا. (الكاساني 5 : 297).

ولكن يسقط خيار الرؤية بموت صاحبه قبل أن يختار، فيلزم العقد بموته ولا ينتقل الخيار إلى ورثته لأن خيار الرؤية كخيار الشرط لا يورث بخلاف خيار التعيين والعيب فإنهما يورثان.

ويسقط خيار الرؤية أيضاً بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أوتغييره قبل أن يختار (الكاساني 5 : 296 ـ 297).

ويسقط خيار الرؤية أيضاً بتصرف العاقد في المعقود عليه كتصرف المشتري في المبيع وهنا يجب التفرقة بين ما إذا صدر التصرف قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد رؤيته :

أ. فإن صدر قبل رؤيته، فإن كان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو كان لازماً ما يوجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة سقط خيار الرؤية ويبقى الخيار ساقطاً ولو انقضت هذه التصرفات اللازمة كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد بعيب أو أفتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة فخيار الرؤية لا يعود بعد أن يسقط إذ الساقط لا يعود إلا بسبب جديد.

وإن كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية غير لازم كأن باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسلم له لم يسقط خيار الرؤية لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها، وكل ما تدل عليه هو الرضا، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى.

ب.وإن صدر التصرف بعد الرؤية فإنه يسقط خيار الرؤية ، سواء كان يمكن رفعه أو لا يمكن تعذر فسخه أو لم يتعذر ، إذ أقل ما يدل عليه هو الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة.

(انظر فتح القدير 5 : 14 ـ 142) وتراجع المادتان (321 و 235) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر والمادة (341) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (187) أردني .

المادة (230)

يتم الفسخ بخيار الرؤية بكل فعل أو قول يدل عليه صراحة أو دلالة بشرط علم المتعاقد الآخر.

المذكرة الإيضاحية :.

الفسخ بخيار الرؤية كما هو في خيار الشرط وفي خيار التعيين لا يتوقف على رضاء أو قضاء ويكون بالفعل أو بالقول، صراحة أو دلالة كما في خيار الشرط وخيار التعيين ومثاله أن يقول المشتري وددت البيع أو فسخته أو ما يجرى هذا المجرى بعد الرؤية أو قبلها قبل القبض أو بعده.

وينفسخ العقد دون حاجة إلى رضاء البائع بالفسخ ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء ولكن يشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف. قال في فتح

القديـر (5 : 140) ولا يتوقـف الفسـخ على قضاء ولا رضـاء بل بمجرد قوله رددت ينفسـخ قبل القبض وبعده، ولكن بشـرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسـف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط.

وهل خيار الرؤية مؤقت بوقت؟

ذهـب بعض الفقهاء إلى أنه مؤقـت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه.

والمختـار أنه لا يتوقف بـل يبقى إلى أن يوجد ما يسـقطه. (فتح القدير 5 : 141) وقد رؤي في القانون تقييد الفسخ بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ رغبة في إستقرار المراكز.

ووقـت ثبوت الخيار هـو وقت الرؤية لا قبلهـا ويترتب على ذلك أنه لو أجاز المشـتري قبل الرؤية ورضـي بالبيع صراحة بأن قال أجزت أو رضيـت أو مـا يجري هذا المجرى ثم رأى المبيـع بعد ذلك فله أن يرده لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت لا يعتد به لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهـول بالوصف والرضا بالشـيء قبل العلم به، والعلم بوجود سـببه محال فكان ملحقاً بالعدم.

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلفت المشايخ فيه: قال بعضهم لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية، ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ، وقـال بعضهم يجوز، وهـو الصحيح لأن هذا عقد غيـر لازم فمكان محل الفسـخ كالعقد الذي فيـه خيار العيب وعقد الاجـارة والإيداع

وقد خرج الجواب عن قولهم أنه لا خيار قبل الرؤية لأن ملك الفسـخ لم يثبت حكماً للخيار وإنما يثبت حكمه لعدم لزوم العقد (الكاساني 5 : 295).

وبالقول الصحيح أخذ المشرع.

والاجازة قد تكون صراحة أو دلالة ومثال الصريح أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو أخترت وما يجري هذا المجرى سواء علم البائع بالاجارة أو لم يعلم لأن الأصل في البيع المطلق هو اللزوم والإمتناع لخلل في الرضا فإذا أجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم.

وأما الدلالة فهو أن يوجد من صاحب الخيار تصرف في المعقود عليه بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا نحو ان يقبضه بعد الرؤية، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع (الكاساني 5 : 295).

وتراجع المواد (320 و 322 و 332) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (340) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (88) أردني.

(ج) خيار التعيين

نظرة عامة :

صورة خيار التعيين أن يذكر شيئان أو ثلاثة أشياء وثمن كل إذا كان العقد بيعاً على أن يكون المعقود عليه أحدهما حسب اختيار

صاحب الخيار فيصبح محل العقد معين بعد أن كان مجهولاً بعض الجهالة.

وهو يدخل العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة بعوض ونحوها والقياس يأباه والاستحسان يجيزه.

وجه القياس أن المبيع مجهول لأنه باع أحدهما غير معين فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن وورود الشروع به هناك يكون وروداً ههنا ولأن الناس تعاملوا مع هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك .

وقوله المعقود عليه مجهول ممنوع فإنه إذا شرط الخيار بأن قال (على أن تأخذ أيهما شئت) فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عنده اختيار معلوم مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة .

وبالقياس أخذ زفر والشافعي وابن حنبل - قال صاحب المهذب (1 : 263) ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبره لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر.

وبالإستحسان أخذ الحنفية ، وبرأيهم أخذ هذا القانون (الكاساني 5 : 156 - 157).

المادة (231)

يجوز الإتفاق على أن يكون المعقود عليه أحد شيئين أو أشياء ثلاثة ويكون خيار تعيينه من بينها لأحد المتعاقدين بشرط بيان بدل كل منها ومدة الخيار

المذكرة الإيضاحية :.

خيار التعيين يتفرع من خيار الشرط ويذكر في كتب الفقه عادة ضمن خيار الشرط أو عقبه وخيار التعيين خيار يشترطه في البيع المشتري عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروي . فخيار التعيين يثبت الملك للمشتري في أحد هذه الأشياء غير عين.

ويشترط ألا تزيد الأشياء التي يختار منها المشتري على ثلاثة لأن خيار التعيين شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة إلى دفع الغبن بالتحري والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة أشياء لا أكثر لإقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردئ فيبقى الحكم فيما يزيد على الثلاثة مردوداً إلى أصل القياس وهو المنع ويحتاج المشتري مثلاً إلى خيار التعيين إذا كان لا يمكنه دخول السوق بنفسه أو كان في حاجة إلى استشارة خبير فيما يأخذ وفيما يدع ، فيشترط هذا الخيار ليتسنى له اختيار ما يناسبه خارج السوق أو بعد الرجوع إلى رأي الخبير.

ويأخذ زفر والشافعي بالقياس فعندهما خيار التعيين يفسد البيع ومصدر الخيار اشتراطه في العقد ذاته فلا بد أن يشترط في

عقد البيع أن يكون للمشتري مثلاً الخيار في أن يأخذ أي الأشياء يختاره بثمن معين فإذا خلا البيع من هذا الشرط فسد فإذا قال البائع للمشتري بعتك داراً من هذين بألف ولم يذكر على أنك بالخيار في أيهما شئت لا يجوز اتفاقاً كقوله بعتك داراً من دوري.

والأصل أن يكون خيار التعيين للمشتري وهل يجوز أن يكون للبائع ؟ ذهب رأي إلى عدم جواز ذلك لأن الأشياء كلها كانت في يده فهو أدرى بما يرى بيعه منها فليس في حاجة إلى الخيار. وذهب رأي آخر إلى جواز أن يكون للبائع أيضاً قياساً على خيار الشرط ولأنه قد يكون في حاجة إليه إذا كان رأيه لم يستقر على أي الأشياء يبيع (فتح القدير 5 : 131) وقد أختار المشرع الأخذ بالرأي الأخير وهل يجوز للأثنين معاً :

وذهب على حيدر إلى جوازه (شرح المادة 316 من المجلة) ولم يأخذ النص بذلك.

ولا بد أن يعين ثمن كل واحد من الأشياء المعروضة على المشتري وإلا فسد البيع لجهالة الثمن.

وهذه المادة تقابل المادة (189) أردني.

المادة (232)

إذا لم يحدد المتعاقدان مدة للخيار أو انقضت المدة المحددة لأحدهما دون أن يختار جاز للطرف الآخر أن يطلب من القاضي تحديد مدة الخيار أو تحديد محل التصرف.

المذكرة الإيضاحية :.

هل يشترط بيان مدة لخيار التعيين ؟ ذهب رأي إلى أنه يجوز خيار التعيين من غير بيان المدة لأن خيار التعيين بخلاف خيار الشرط لا يمنع ثبوت الحكم في الحال في أحد الأشياء غير عين إنما يمنع تعيين المبيع فلا يشترط له بيان المدة وذهب رأي آخر إلى اشتراط بيان المدة لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة وكذلك يكون الحكم لو كان المبيع شيئاً واحداً غير معين إذ أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وهذا مفسد للبيع .

وذهب رأي آخر إلى وجوب بيان المدة . ويكون حدها هو حد المدة في خيار الشرط وقد تقدم أن عند أبي حنيفة لا يجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام وعند أبي يوسف ومحمد يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت وعند مالك تتقدر المدة بتقدير الحاجة .

الكاساني 5 : 157 ، والسرخسي المبسوط 13 : 55 وفتح القدير 5 : 132 وتراجع المادة (317) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (409) من مرشد الحيران . وقد أخذت هذه المادة بجواز لجوء المتعاقد للقضاء لتحديد مدة الخيار أو محل التصرف.

وهذه المادة تقابل المادة (408) أردني.

المادة (233)

يكون العقد غير لازم لمن له حق الخيار حتى يتم إعمال هذا

الحق فإذا تم الخيــار صراحة أو دلالة أصبح العقد نافذا لازما فيما تم فيه.

المذكرة الإيضاحية :.

أن العقد مع خيار التعيين يكون غير لازم حتى يستعمل صاحب الخيــار حقه والاختيار يكون صراحة كأن يقول في البيع أخذت هذا الثوب أو رضيت به فإذا اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه فيلزم البيع ويكــون دلالة بأن يوجد منه فعل في أحــد المعقود عليه يدل على تعيين الملك فيــه كأن يتصرف صاحب الخيار تصــرف المالك فيكون هذا دليــلاً على أنه اختــاره، انظر الكاســاني (ج/ص 261 و 262) وتراجع المــواد من (316ـ 318) من المجلة وشــرحها لعلي حيــدر والمواد من (409ـ 412) من مرشــد الحيــران. ورؤي أن لا يتعرض في المادة لحكم هلاك أحد الأشــياء المعقود عليها أو هلاكهــا كلها لأن محل ذلك كله هو المادة (235).

وهذه المادة تقابل المادة (190) أردني.

المادة (234)

يستند تعيين الخيار الى وقت نشوء العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة مع مراجعها.

وهذه المادة تقابل المادة (191) أردني .

المادة (235)

1. إذا كان خيار التعيين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يد البائع كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الشيء الآخر بثمنه وان شاء تركه أما إذا هلك الشيئان معا فيبطل البيع.
أما إذا كان الهلاك بعد قبض المشتري المبيع وهلك أحد الشيئين في يد المشتري تعين الهالك للبيع ولزم المشتري ثمنه وتعين الشيء الآخر أمانة.
وإن هلك الشيئان معاً على التعاقب هلك الأول مبيعا والثاني أمانة وان هلكا في وقت واحد لزم المشتري ثمن نصف كل منهما.
2. فإذا كان خيار التعيين للبائع وهلك أحد الشيئين قبل القبض أو بعده كان البائع بالخيار بين أن يلزم المشتري الشيء الباقي وبين أن يفسخ العقد أما إذا هلك الشيئان قبل القبض بطل العقد.
وإذا هلك الشيئان بعد القبض على التعاقب هلك الأول أمانة والثاني بيعا وان هلكا في وقت واحد لزم المشتري ثمن نصف كل منهما.

المذكرة الإيضاحية :.

وقد حددت هذه المادة أحكام هلاك المبيع في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري أو للبائع وفي حالة ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعده وما إذا كانت الأشياء محل العقد قد هلكت معاً أو على التعاقد (المبسوط. للسرخسي ج 3 ص 55 والبدائع ج 5 ص 261. وفتح القدير ج 5 ص 131 والحطاب ج 4 ص 423 والسنهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج 4 ص 221).

وهذه المادة تقابل المادة (410) أردني.

المادة (236)

إذا مات من له خيار التعيين في مدة الاختيار انتقل حقه الى ورثته.

المذكرة الإيضاحية :.

خيار التعيين يورث بالإجماع على خلاف خيار الشرط فإنه لا يورث على اصل الحنفية كما تقدم، فإذا مات صاحب خيار التعيين وكان معه خيار الشرط لزم العقد ورثته اذا انقطع خيار الشرط بموت صاحبه لأنه لا يورث فيلزم العقد ويبقى خيار التعيين مع لزوم العقد، وعلى ورثة صاحب الخيار أن تختار أي الأشياء يكون هو المعقود عليه، فخيار التعيين بخلاف خيار الشرط يورث كما يورث خيار العيب، لتعلق الخيار بالمبيع أكثر من تعلقه بمشيئة العاقد.

وإذا لم يكن مع خيار التعيين خيار الشرط ومات صاحب الخيار قبل أن يعين ثبت خيار التعيين لورثته.

(البدائع 5 : 157 وفتح القدير 5 : 131 ـ 132).

وتراجع المادة (319) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (413) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (192) أردني.

(د) خيار العيب

المادة (237)

يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشتراطه في العقد.

المادة (238)

يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون قديما مؤثراً في قيمة المعقود عليه وان يجهله المشتري وان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه.

المذكرة الإيضاحية :.

خيار العيب يثبت دون الحاجة إلى اشتراطه صراحة وهو من هذه الناحية يفارق خيار الرؤية فخيار الرؤية يثبت بالشرع لا بالشرط أما خيار العيب فيثبت بالشرط وإن كان ثبوته بالشرط دلالة ، على خلاف خيار الشرط وخيار التعيين اللذين يثبتان بالشرط صراحة استنادا إلى أن " السلامة شرط في العقد دلالة ، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه ، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوب المشتري عادة ..... لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة . فكانت كالمشروط نصاً فإذا فاتت المساواة كان له الخيار . وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لأنه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة فإذا لم يسلم المبيع

للمشتري يثبت له الخيار".

الكاساني (5 : 274).

وهو كخيار الرؤية أيضاً، لا يثبت إلا في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال على شيء بعينه.

ويشترط لثبوت هذا الخيار :

أولاً : في المعقود عليه : أن يكون عيناً معينة بالذات.

ثانياً : في العيب الذي يلحق بالعين :-

أ. أن يكون مؤثراً في قيمة المبيع وذلك إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعور والحول والبرص والشلل وغيرها مما يفيض فيه الفقهاء بصدد الكلام على عيوب الرقيق، وكالحران والجماح في الخيل وكالهشم في الأواني والصدع في الحائط ... إلخ والمعمول عليه في ذلك هو عرف التجارة فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب معتبر.

ب. أن يكون قديماً أي ثابتاً وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم حتى لو حدث بعد التسليم لا يؤثر لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم، ويجب أن يبقى العيب ثابتاً بعد التسليم لأن العيب حدث قبل التسليم وزال أيضاً قبله فقد قبض المشتري المبيع سليماً من العيب فلا يكون له خيار.

ج. أن يكـون غير معلوم من المشـتري وقت العقـد ووقت القبض معا فإن علـم بالعيب في وقت من هذين الوقتين فـلا اخيار له لأن علمه بالعيـب عند العقد رضاء منه دلالة وعلمه به عند القبض رضاء منه أيضـاً لأن تمام الصفقـة متعلق بالقبض فـكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد.

ثالثاً :ـ ألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب :

ذلك أنه قد يرضى المشـتري بالعيـب دون أن يعلم به ، وذلك إذا اشـترط البائع عليه البراءة من العيب فقبل منه هذا الشـرط وفي ذلك تفصيل :

فإذا أبرأ المشـتري البائع من كل عيب أو من عيب بالذات قائم وقـت العقد فـإن الإبراء لا يتنـاول العيب الذي يحدث بعـد البيع وقبل القبض .

وإن أبـرأه مـن كل عيـب أو من عيـب بالذات بعـد البيع وقبل القبض فالشرط فاسد لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن المستقبل ولا التعليق بالشـرط فهو وإن كان إسـقاطاً إلا أن فيه معنى التمليك ، ولهـذا لا يحتمل الإرتـداد بالرد ، فكان بيعاً دخل فيه شـرط فاسـد ففسد العقد.

وان أبـرأه من كل عيب أو عيب بالذات وأطلـق البراءة دون أن يخصص بالعيـب القائم وقت العقد أو العيـب الحادث بعده، انصرف ذلك عند محمد إلى العيب القائم وقت العقد دون العيب الحادث بعده ، وعند أبي يوسـف تعم البـراءة العيبين ، ويبرأ البائع مـن العيب القائم

وقت العقد والعيب الحادث بعده.

يراجع الكاساني (5 : 273 و 274 ـ 278) والمواد من (237 ـ 355) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد (342 و 525 ـ 544) من مرشد الحيران.

وهاتان المادتان تقابلان المادتين (193) و (194) أردني.

المادة (239)

1. إذا توفرت في العيب الشروط المبينة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار قبل القبض قابلا للفسخ بعده.

2. ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة الى تراض أو تقاض بشرط علم المتعاقد الآخر به أما بعد القبض فانه يتم بالتراضي أو التقاضي.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا توافرت في العيب الشروط المتقدمة الذكر لم يمنع ذلك من انعقاد العقد صحيحاً نافذاً لازماً من جهة العاقد الآخر ولكنه يكون غير لازم من جهة صاحب الخيار.

ففي البيع يثبت الملك للمشتري في المبيع للحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، أما شرط السلامة الثابت دلالة فهو ليس بشرط في السبب كخيار الشرط وليس بشرط في الحكم كخيار الرؤية فيكون أثره في منع أصل الحكم، أما خيار الشرط فقد دخل على السبب فمنع انعقاده في حق الحكم مدة الخيار ولذلك لا يزول الملك عن البائع بشرط الخيار مدة خياره، وأما خيار الرؤية فقد دخل على

الحكم ومنع تمامه فمنع لزوم العقد حتى بعد القبض، وهذا بخلاف خيار العيب فإنه لا يدخل على السبب ولا على الحكم كما قدمنا، فهو يجعل العقد غير لازم قبل القبض قابلاً للفسخ بعد القبض أما كونه غير لازم قبل القبض فدليل ذلك أن المبيع إذا كان لا يزال في يد البائع وأراد المشتري الرد بالعيب فإنه لا يحتاج إلى التراضي أو التقاضي أما بعد القبض فيحتاج إلى التراضي أو التقاضي.

(الكاساني 5 : 273 ـ 274)

وإذا كان المعقود عليه لا يزال في يد صاحبه وأراد صاحب الخيار الرد بالعيب فإنه لا يحتاج إلى التراضي أو التقاضي بل يكفي أن يقول رددت البيع أو ما يجري هذا المجرى ليفسخ العقد، ذلك لأن العقد غير لازم قبل القبض، أما بعد القبض فقد تمت الصفقة وإنما يكون العقد قابلاً للفسخ لفوات شرط السلامة ومن ثم لا يجوز الفسخ إلا بالتراضي أو بالتقاضي ولا ينفسخ بمحض إرادة المشتري كما كان الأمر قبل القبض والصفقة لم تتم على خلاف خيار الرؤية وخيار الشرط على ما تقدم.

فالعبرة اذن فيما إذا كان الرد يتم بمحض الإرادة أو لابد فيه من التراضي أو التقاضي إنما تكون بعد إتمام الصفقة أو بتمامها فإذا لم تتم الصفقة كما هو الأمر في خياري الشرط والرؤية قبل القبض وبعد القبض كما هو الأمر في خيار العيب قبل القبض، كان الرد بمحض إرادة من له الخيار وإذا تمت الصفقة كما هو الأمر في خيار العيب بعد القبض، فإن الرد لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي، ذلك أنه إذا لم تتم الصفقة كان الرد نقضا لصفقة لم تتم فيكون أقرب إلى أن يكون رجوعاً في الإيجاب قبل القبض الذي هو بمثابة القبول فلا حاجة فيه إلى التراضي، أما إذا كانت الصفقة قد تمت

فالـرد لا يكون مجرد نقـض تكفي فيه إرادة من لـه الخيار ، بل هو فسخ لصفقة قد تمت فلابد فيه من التراضي أو التقاضي فإن العقد لا ينفسـخ إلا على النحو الذي به ينعقد وهو لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما.

(يراجع الكاساني 5 : 281)

وعند الشـافعي أيضاً بعد القبض ينفسـخ العقـد بخيار العيب بقوله " رددت من غير الحاجة إلى تراض أو تقاض ".

وفي البيـع مثلاً إذا ثبت المشـتري الرد خيار العيـب كان له أن ينقـض البيع قبـل القبض بإرادته وحده ، كأن يقول فسـخت البيع أو نقضته أو رددته وما هو في معناه ويشـترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف كما هو خلافهما في خيار الشـرط وخيار الرؤية ، أما بعد القبض فالنقض لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي .

وهذه المادة تقابل المادة (195) أردني.

المادة (240)

يترتب على فسـخ العقد للعيب رد محله الى صاحبه واسـترداد ما دفع.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا فسخ العاقد بخيار العيب وجب عليه رد المعقود عليه إن كان قبضه إلى العاقد الآخر كما يجب على العاقد الآخر أن يرد إليه البدل إن كان قبضه المشتري مثلاً إذا كان قبض المبيع المعيب وفسخ العقد وجب عليه رده إلى البائع ووجب على البائع رد الثمن إلى المشتري إن كان قبضه منه.

وهذه المادة تقابل المادة (196) أردني.

المادة (241)

1. يسقط خيار العيب بالإسقاط الرضا بالعيب بعد العلم به وبالتصرف في المعقود عليه ولو قبل العلم به وبهلاكه أو نقصانه بعد القبض وبزيادته قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة منه بفعل المشتري وبعد القبض زيادة منفصلة متولدة عنه.
2. ولا يسقط خيار العيب بموت صاحبه ويثبت لورثته.

المذكرة الإيضاحية :.

يسقط خيار العيب للأسباب الآتية :.

أ. اسقاط المشتري للخيار اسقاطاً صريحاً أو هو ما في معنى الصريح نحو أن يقول اسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى لأن خيار العيب حقه فله أن ينزل عنه وكاسقاط الخيار ابراء المشتري البائع من العيب لأن الإبراء إسقاط، وله ولاية

الإسقاط والخيار حقه والمحل قابل للسقوط، بخلاف خيار الرؤية فلا يسقط بالإسقاط المقصود الصريح.

ب. رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به: وذلك لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد وإذا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط أو أنه لم يشترطه ابتداء، والرضا قد يكون صريحاً كأن يقول المشتري رضيت بالعيب أو اجزت هذا المبيع وما يجري هذا المجرى وقد يكون الرضا دلالة كأن يصدر من المشتري بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضا به كما إذا كان المبيع ثوباً فصبغة أو قطعة أو أرضاً فبني عليها أو حنطة فطحنها أو لحماً فشواه، ويعتبر تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالعيب رضاء بالعيب دلالة، فإذا باع المبيع أو وهبة وسلمه أو اعتقه او كاتبه او دربه، كان في الإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل على الرضاء بالعيب.

جـ. تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب بأن أخرجه عن ملكه حتى قبل علمه بالعيب فإنه يسقط خياره لتعذر رد المبيع إلى البائع، فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب سقط خياره ولكن لو فسخ تصرفه ورد إليه المبيع بخيار شرط أو بخيار رؤية مثلاً، عاد حق خيار العيب للمشتري وجاز له رد المبيع للبائع.

د. هلاك المبيع وذلك لفوات محل الرد فإن هلك المبيع قبل القبض في يد البائع انفسخ المبيع ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن وإن هلك وهو في يد المشتري فهلاكه عليه لأنه قد قبضه ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب.

هـ. نقصان المبيع قبل القبض بغير فعل المشتري أو فعل أجنبي أي بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية فهذا وما لم يكن به عيب سواء ويكون للمشتري الخيار: ان شاء اخذ المبيع وطرح قدر النقصان وإن شاء ترك كما اذا لم يجد بالمبيع عيباً ذلك أن له الخيار في الرد

حتـــى ولو لم يكـن بالمبيع عيب فلا يحتـــاج إلى خيار آخر وإن كـان النقصان بفعل المشتري كان للمشتري ان يرجع المبيع بالعيب، وان شاء رجع بنقصان العيب على البائع ولكن للبائع في هذه الحالة أن يأخذ المبيع فيســقط جميع الثمــن وإن كان النقصان بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار : ان شاء رضى بالمبيع بجميع الثمن وأتبع الجاني بالأرش وان شــاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجاني بالأرش كما إذا لم يجد المشتري بالمبيع عيباً .

وإذا نقـص المبيع بعد القبض وهو في يد المشــتري، أيا كان سـبب النقص ثم وجد المشتري به عيباً لم يكن له أن يرده بالعيب ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عنـد القبض ولم يوجد ، لأن المبيع خـرج من ملك البائع معيباً بعيب واحـد ويعود على ملكه معيباً بعيبـين، العيب القديم والنقصان، وهــو إذا كان يضمن العيــب القديم فإنه لا يضمــن النقصان لأنه حــدث بعد القبــض والمبيــع في يــد المشــتري فانعدام شـرط الرد وللمشتري أن يرجع بنقصان الثمن للعيب، إلا إذا رضي البائع بأخذ المبيع ورد كل الثمن.

وفي مذهــب مالك للمشــتري أن يرد المبيع في هــذه الحالة ويرد معه أرش النقصـــان لأن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشــتري فلو امتنع انما يمتنع نظراً للبائع والمشــتري بإستحقاق النظر أولى من البائع، لأنه لم يدلس العيب والبائع قد دلس.

(ابن جزى، القوانين الفقهية ص 266).

و. زيادة المبيع :

إن حدثت الزيادة قبل القبض :

فإن كانت متصلة متولدة من الأصل (كالكبر والسمن) فإنه لا تمنع الرد بالعيب لأن هذه الزيادة تابعة للأصل فكانت مبيعة تبعاً وما كان تبعاً في العقد يكون تبعاً في الفسخ.

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل (كالصبغ في الثوب والبناء في الأرض) فإنها تمنع الرد بالعيب لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها فتعذر رد المبيع إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل ولا يمكن رده مع الزيادة لأنها ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ ولأن المشتري صار قابضاً للمبيع بإحداث هذه الزيادة فصار كأنها احدثت بعد القبض ويكون للمشتري الرجوع بنقصان الثمن .

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل (كالولد والثمر واللبن) فإنها لا تمنع الرد بالعيب فإن شاء المشتري ردها جميعاً وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن.

وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل (كالغلة والكسب) فإنها لا تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هي مملوكة بملك الأصل، فالرد يفسخ العقد في الاصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربح ما لم يضمن، وعند أبي يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له.

وإن حدثت الزيادة بعد القبض:

فإن كانت متصلة متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الرد بالعيب

وإن رضي المشتري بردها مع الأصل التي هي تابعة له ، وان أبى المشتري الـرد وأراد الرجـوع بنقصان الثمن كان له ذلك عنـد أبي حنيفة وأبي يوسـف وعند محمد ليس للمشتري ان يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا اراد البائع استرداد المبيع معيباً ورد الثمن كله.

وإن كـانت الزيـادة متصلة غير متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الـرد بالعيب ويرجع المشـتري علـى البائع بنقصان الثمـن وإن كـانت الزيـادة منفصلـة متولدة مـن الأصل فإنها تمنـع الرد بالعيـب ويرجع المشـتري بنقصـان الثمن لأن الزيـادة حصلت في ضمان المشـتري فإن ردهـا مـع الأصل كـانـت للبائع ربح ما لـم يضمن وإن اسـتبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض فإنها تحصل في ضمان البائع فجاز ردها مع الأصل إلـى البائع لحصولها في ضمانـه ومن ثم جاز الرد بالعيب كما قدمنا . وإن كـانت الزيادة منفصلة - غير متولدة من الأصل فإنها لا تسـع الرد بالعيب ويرد الأصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له لأنها حصلت في ضمانه .

2. ولا يسـقط خيـار العيـب بمـوت المشـتري فإذا مـات ثبـت لورثته (وكخيـار العيب في ذلك خيـار التعيين فإنه أيضـاً يثبت للوارث) بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية فإنهما لا يورثان على ما تقدم.

انظر المراجع المشار إليهما في المادتين (237، 238)

وهذه المادة تقابل المادة (197) أردني .

المادة (242)

لصاحب خيار العيب أيضا إمساك المعقود عليه والرجوع بنقصان الثمن.

المذكرة الإيضاحية :-

في المذهب الحنفي ليس للمشتري أن يمسك المبيع معيباً ويرجع على البائع بنقصان الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى فيتضرر بنقصان هذا الثمن ودفع الضرر عن المشتري ممكن برده للمبيع ، ولأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

على أن للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن إذا توافرت الشروط الآتية :-

1. أن يتعذر على المشتري رد المبيع كأن هلك المبيع أو نقص أو زاد وهو في يده.
2. أن يكون هذا التعذر غير آت من قبله فإن كان التعذر آتياً من قبله لم يرجع بنقصان الثمن لأنه يصير حابساً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد فلو باع المبيع المعيب أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بنقصان الثمن لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكاً عن الرد ، ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على العيب لم يرجع بالنقصان ، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها ، ولو كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يرجع وجه

قولهما أن أكل الطعام وليس الثوب استعمال الشيء فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف.

وجه قول ابي حنيفة ان المشتري يأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة ولو استهلك الطعام أو الثوب لسبب آخر وراء الأكل واللبس ثم وجد به عيباً، لم يرجع بالنقصان بلا خلاف، لأن استهلاكهما في غير ذلك الوجه ابطال محض.

3. ألا يصل إلى المشتري عوض عن المبيع، فإن وصل إليه عوضه كأن قتل اجنبي العبد المبيع في يده خطأ، لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية، لأنه لما وصل إليه عوضه صار كأنه باعه، ولو باعه ثم اطلع على عيب به لم يرجع، فإذا توافرت هذه الشروط كان للمشتري الرجوع بنقصان الثمن.

ويكون الرجوع بنقصان الثمن على الوجه الآتي: يقوم المبيع غير مبيع ثم يقوم بالعيب ولا يدفع المشتري للبائع من الثمن إلا حصة تعادل النسبة بين هاتين القيمتين، فلو كانت قيمة المبيع غير معيب عشرين وكانت قيمته معيباً خمسة عشر فالنسبة بين هاتين القيمتين نسبة ثلاثة إلى أربعة، فلو كان الثمن ستة عشر لم يجب على المشتري من الثمن إلا ثلاثة أرباعه، أي أثنا عشر ورجع بالنقصان وهو أربعة.

(يراجع في تفصيل ذلك: الكاساني 5 : 286 وما بعدها).

وفي المذهب الشافعي كالمذهب الحنفي في أن صاحب الخيار له أن يرد المعقود عليه والرجوع بأرش العيب وكذا ليس للعاقد الآخر إلزامه بإمساك المعقود عليه المعيب مع إنقاص الثمن.

وفي المذهب المالكي يقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام:

- عيب غير مؤثر وهو الذي لا ينقص من الثمن وليس فيه شيء.
- وعيب يسير وهو الذي ينتقص من الثمن فيحط على المشتري من الثمن بقدر نقص العيب.
- وعيب فاحش ويكون المشتري فيه بالخيار بين الرد والإمساك فإذا أمسك ليس له أن يرجع بنقصان الثمن.

ففي العيب الفاحش يتلاقى المذهبان الحنفي والمالكي (ابن جزى، القوانين الفقهية ص 267).

وفي المذهب الحنبلي يكون للمشتري الخيار بين الرد أو الإمساك مع الرجوع بنقصان الثمن ففي الشرح الكبير " فمن اشترى معيباً لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الشيء فإن اختار امساك المعيب وأخذ الارش فله ذلك وبه قال أبو اسحاق وقال ابو حنيفة والشافعي ليس له الا الامساك أو الرد ولا أرش له إلا أن يتعذر رد المبيع ". (الشرح الكبير 4 : 86)

وقد رؤي الأخذ بالمذهب الحنبلي، لأن الأحكام الموضحة فيه أيسر على الناس.

وتراجع المراجع المشار إليها في المادتين (237، 238)

وهذه المادة تقابل المادة (198) أردني.

الفرع الثالث
آثار العقد

نظرة عامة :

بعد أن فرغ المشرع من الكلام على العقد في مرحلة نشوئه، شرع في الكلام عليه من حيث أثره والمراد هنا العقد الصحيح النافذ المنجز، ويدخل في اثر العقد تنفيذه ويرتبط بتنفيذ العقد تفسيره لأن التنفيذ يقتضي التفسير ولأنهما يؤديان إلى نتيجة واحدة.

والكلام على الأثر يتناول ناحيتين : ناحية الموضوع وناحية الأشخاص، أما من ناحية الموضوع فقد بين المشرع أن للعقد حكماً يقع من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد وحقوقاً بعضها على عاتق أحد العاقدين وبعضها على عاتق الآخر إن كان العقد من عقود المبادلات وقد بين المشرع أن هذه الحقوق يجب على العاقد الوفاء بما يلزمه العقد منها، وبين حدود ما يجب عليه منها وكيفية الوفاء، كما أعطى في العقود المنشئة لإلتزامات متقابلة للعاقد أن يمتنع عن الوفاء بإلتزامه ان لم يف الطرف الآخر بإلتزامه المقابل وخول المحكمة في عقد الإذعان الحق في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها كما وجد أن من الحوادث ما يكون شاذا لا يمكن توقعه دون أن يكون للعاقدين مندوحة عنه ومثل هذه الحوادث تؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزام وإلا كانت من قبيل القوة القاهرة وإنما تجعل هذا التنفيذ مرهقاً فادحاً وفي هذه الحالة خول المشرع القاضي أن يتدخل لينقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد تقدير مصالح المتعاقدين تقديراً عادلاً.

وأما من ناحية الأشخاص فقد تناول تحديد آثار العقد بالنسبة

إلى الخلف الخاص ثم بيّن آثار العقد بالنسبة إلى غير المتعاقدين فقرر القاعدة العامة التي تجيز الإشتراط لمصلحة الغير وحدد في نصوص جلية مفصلة شروط الإشتراط لمصلحة الغير وآثاره وأجاز الإشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد ثم تناول الوعد بإلتزام الغير فأورد نصاً للأحكام العامة فيه وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهري بين الإشتراط لمصلحة الغير والوعد بإلتزام الغير فالأول يخول الغير حقاً مباشراً على نقيض الثاني فهو لا يلزم الغير بذاته فالواعد يلتزم شخصياً أما الغير فلا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثراً إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف الإرادة إلى غير ذلك.

وبعد الكلام عن الأثر انتقل إلى الكلام على التفسير وقد اقتصر المشرع في ذلك على إيراد ضوابط مجملة ورغب عن القواعد التفصيلية التي تصادف عادة في التقنيات اللاتينية ، وهذه الضوابط مأخوذة عن المجلة وعن القانون المدني الأردني والمصري والسوري والعراقي.

وانه وإن كانت المادة (2) من القانون تنص على أنه " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالاته إلى قواعد أصول الفقه " إلا أنه رؤي من باب التيسير والتقريب إيراد بعض قواعد التفسير ونص على أحكام خاصة بعقود الاذعان إذ ينبغي أن يراعي في تفسير هذه العقود ما قد يقع من غفلة المذعن عن بعض الشروط الجائرة فينبغي تفسير ما يغمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمذعن، دائناً كان أو مديناً ، إذ ليس له على كلا الحالين يد في هذا الموضوع.

الفرع الثالث
آثار العقد

(1) بالنسبة للمتعاقدين
المادة (243)

1. يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك.
2. أما حقوق العقد (التزاماته) فيجب على كل من المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما.

المذكرة الإيضاحية :.

يميز الفقه الإسلامي بين حكم العقد وحقوق العقد وحكم العقد وهو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصد إليه المتعاقدان من إنشائه، وحقوق العقد هي ما يستتبعه العقد من إلتزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع إلى المشتري وثبوت الملك في الثمن للبائع، وحقوقه إلزام البائع بتسليم المبيع وقبوله إذا رد إليه بسبب الغيب وبثبوت حقه في المطالبة بالثمن وإلزام المشتري بأداء الثمن وثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع ورد المبيع إذا وجده معيباً وغير ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل صاحبه تكميلاً لأثر العقد ومحافظة عليه وتوفيراً لكمال الإنتفاع به وحكم العقد يثبت من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد فهو أثر مباشر للإنعقاد فهو لا يثبت التزاماً في ذمة العاقد ثم يتولى العاقد الوفاء به بل يتحقق ذاتياً بمجرد انعقاد العقد أما حقوق العقد فهي التزامات ومطالبات تثبت في ذمة العاقد ويجب عليه الوفاء بها.

وذلك على خلاف القانون فالعقد فيه ليس إلا مصدراً للإلتزامات وكل أثره ينحصر في إنشاء التزامات في ذمة أحد الطرفين أو كليهما.

لذلك حرص المشرع على إبراز هذا الفارق بالنص في المادة الحالية على أن حكم العقد يتحقق في المعقود عليه وبدله من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد دون توقف على القبض أو أي شيء آخر أما حقوق العقد فتثبت في ذمة العاقد ويجب عليه الوفاء بها وفقاً لما يقضي به العقد . وقد آثر المشرع التزام صياغة الفقه الإسلامي بقدر الإمكان وتقدم أن المقصود بالعقد هنا العقد الصحيح النافذ المنجز.

وتراجع المواد (369 و 374 و 583) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد من (307 ـ 309) من مرشد الحيران .

وهذه المادة تقابل المواد (199) أردني ومن (143 إلى 145) عراقي.

المادة (244)

عقد المعاوضة الوارد على الأعيان إذا استوفى شرائط صحته يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من المتعاقدين في بدل ملكه والتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر

المادة (245)

عقد المعاوضة الوارد على منافع الأعيان إذا استوفى شرائط صحته يوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع والتزام

المنتفع بتسليم بدل المنفعة لصاحب العين.

المذكرة الإيضاحية :.

تضمنت هاتان المادتان تطبيقاً لحكم المادة السابقة فالأولى منهما تطبيق له في العقود الواردة على ملكية الأعيان والثانية نمهما تطبيق له في العقود الواردة على منافع الأعيان.

وهاتان المادتان تقابلان المادتين (200) و (201) أردني.

المادة (246)

1. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.
2. ولا يقتصر العقد إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة في فقرتها الأولى كيفية تنفيذ المتعاقد ما ألزمه به العقد فتوجب عليه أن يقوم بالتنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . وتتناول في فقرتها الثانية بيان المقصود بمضمون العقد وبعبارة أخرى تحديد نطاق العقد فتبين أنه لا يقتصر على الزام المتعاقد على ما ورد به على وجه التخصيص بل يلزمه كذلك بما تقتضيه طبيعته وفقاً لأحكام القانون والعرف.

ففي الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي يسترشد في تحديد نطاق العقد :

1. بالعرف والعادة .
2. بطبيعة الإلتزام فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات.

1. فيرجع أولاً للعرف والعادة .

وقد أوردت المجلة كثيراً من القواعد الكلية توجب الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد منها " العادة محكمة " واستعمال الناس حجة يجب العمل بها و"الممتنع عادة كالممتنع حقيقة" و "الحقيقة تترك بدلالة العادة" و "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" و "العبرة للغالب الشائع لا للنادر" و "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" وقد أورد القانون هذه القواعد.

2. ويرجع ثانياً إلى طبيعة الإلتزام :

وهي تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات ويستند المشرع في هذا الصدد إلى القواعد الفقهية " التابع للتابع " و " التابع لا يفرد بالحكم " و " من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته " و " إذا سقط الأصل سقط الفرع " و " اذا بطل الشيء بطل ما هو في ضمنه " .

وهذه المادة تقابل المواد (47 و 48 و 49 و 50 و 52) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المواد (202) أردني و (148) مصري و (149) سوري.

المادة (247)

في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

المذكرة الإيضاحية :.

من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل او القصاص، فإذا استحق الوفاء بهذه الإلتزامات فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الإلتزام المقابل وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الإلتزامات المتقابلة في وقت واحد ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين فلكل من المتعاقدين ازاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفي به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له وهو بإعتصامه هذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ولا تنقضي الإلتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه وهذا الفارق الجوهري بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد.

ومهما يكن من شيء فليس يباح للعاقد أن يسئ استعمال هذا الدفع فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا كان التزام المقابل قد نفذ في جزء كبير منه وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء.

وقد فرض في الصورة المتقدمة، أن الإلتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين قد حل ميعاد الوفاء بها من الطرفين معاً، أما أذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع. إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر.

وتراجع المادتان (262) و (379) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (203) أردني و (161) مصري و (162) سوري.

المادة (248)

إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :-

خول المشرع في هذه المادة المحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان العقد عقد اذعان وتضمن شروطاً تعسفية فأعطى المحكمة الحق في أن تعادل من هذه الشروط التعسفية تعديلاً يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف المذعن أو تعفيه منها حسبما تقضي به العدالة.

وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص

من النص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك.

وهــذه المادة تقابل المــواد (204) أردنــي و (149) مصري و (150) سوري و (176) عراقي.

المادة (249)

إذا طـرأت حوادث اسـتثنائية عامة لم يكن في الوسـع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقـا للمدين بحيث يهدده بخسـارة فادحة جـاز للقاضي تبعا للظـروف وبعـد الموازنة بين مصلحـة الطرفين أن يـرد الالتزام المرهق الـى الحد المعقول إن اقتضـت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصـل أنــه لا يجوز لأحد طـرفي التعاقد أن يسـتقل بنقضه أو تعديلـه ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى انشـاء العقود عن عاقديها إنمـا يقتصـر عمله علـى تفسـير مضمونها بالرجـوع إلى نيـة هؤلاء المتعاقديـن فلا يجوز اذن نقـض العقد أو تعديلـه إلا بتراضي عاقديه ويكـون هــذا التراضي بمثابة تعاقد جديد ، أو لسـبب من الأسـباب المقررة في القانون كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة.

وقد أستثنى المشرع في هذه المادة اقتداء بالقانون المدني المصري ومـا تفرع عنه مـن قوانين عربية حكماً بالغ الأهمية إذ اسـتثنى مبدأ الطـوارئ غيـر المتوقعـة من نطـاق تطبيق القاعـدة التـي تحجر على

القضاء تعديل العقود وقد حرص المشرع على :

أ - أن يرسم في وضوح الحدود بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدي على حد تعبير المشرع مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلاً ومؤدي ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الإستحالة.

ب - أن يقنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة.

وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة فهي تستهدف للنقد بإعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي، بيد أن المشرع قد احتاط في أن يكفل لها نصيباً من الإستقرار فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها في تحديد الطارئ غير المتوقع، وفي أعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً بل استعمل المشرع عبارة "ان اقتضت العدالة ذلك" وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الاشارة إلى توجيه موضوعي النزعة وفضلاً عن ذلك فإذا ثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع عمد إلى إعمال الجزاء برد الإلتزام الذي أصبح يجاوز السعة إلى الحد المعقول" وهذا قيد آخر مادي الصبغة "هذا فضلاً عن اشتراط أن يكون الطارئ حادثة استثنائية عامة كالفيضان، والجراد وليست خاصة بالمدين كحريق المحصول مثلاً.

ونظرية الطوارئ غير المتوقعة تختلف عن نظرية القوة القاهرة في أن الطارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الإستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تفضي إلى إنقضاء الإلتزام وعلى

هـذا النحو يتحمل الدائـن تبعتها كـاملة أما الطـارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقاص الالتزام إلى الحد المعقول وبذلك يتقاسـم تبعته الدائن والمدين.

وهذا الحكم يجد لأساسه سنداً في الفقه الإسلامي في مبدأ " الإعذار " في الفقه الحنفي و "الجائحة" في الفقة المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام وفي المسـاواة بين طرفي العقد التبادلي وفي العدالة عموماً .

ويراجع فيما يتعلق بالحوادث الطارئة غير المتوقعة الكاسـاني (4 / 276) والسنهوري مصادر الحق (6 : 95 ـ 118)

وهـذه المادة تقابل المـواد (205) أردنـي و (147) مصري و (148) سوري و (146) عراقي.

(2) أثر العقد بالنسبة إلى الغير

المادة (250)

ينصرف اثـر العقد الى المتعاقدين والخلـف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام.

المذكرة الإيضاحية :

لا تقتصـر آثار العقد على المتعاقدين بذاواتهم بل تتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة

القانونية شخصية بحته ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين صريحة كانت أو ضمنية أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من نص في القانون كما هو الحال في حق الإنتفاع.

وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق وإلتزامات، أما الحقوق المالية فيكون انتقالها كاملاً إلى ما كان منها غير مالي كحق الولاية والحضانة وما اتصل منها بشخص المورث كدين النفقة وحق الإنتفاع وحق الرجوع في الهبة وحق الأجل في الدين وما اتصل منها بمشيئة المورث كبعض الخيارات وحق الشفعة (على خلاف) بيد أن حكم الإلتزامات يقتضي تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث. ذلك أن الوراث لا يلتزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة بل وبنسبة ما يؤول إليه منها في صلته بالورثة الباقين، وبعد فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها القانون بشأن تصفية التركات بالنسبة إلى الموصي له بجزء من مجموع التركة، ويقصد بالحقوق هنا الحقوق بالمعنى العام لا بالمعنى الذي يقابل حكم العقد في قولنا " حكم العقد وحقوق العقد ".

وتراجع المادة (278 و 306) من مرشد الحيران وانظر الكاساني (5 : 258).

وهذه المادة تقابل المواد (206) أردني و (125) مصري و (146) سوري و (142) عراقي.

المادة (251)

إذا انشأ العقد حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص فان هذه الحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

المذكرة الإيضاحية :.

الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شيء معين كالمشتري والموهوب له والمنتفع فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة :

أولها : أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف لملكية الشيء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ.

والثاني : أن تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء ويتحقق ذلك إذا كان هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلاً أو إذا كانت تلك الإلتزامات تحد من حرية الإنتفاع به كما هو الشأن في الإلتزام بعدم البناء.

والثالث : أن يكون الخلف قد علم بما ينتقل إليه من حقوق وإلتزامات، وحكم النص مقصور على ذلك دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدقة الموضوع.

فـإذا أنشـأ العقد التزامات وحقوق شـخصية تتصل بشـيء تم إنتقال هذا الشيء إلى خلف خاص فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلـى هذا الخلف مـع الشـيء إذا كان من مسـلتزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه .

ونجـد تطبيقاً لذلـك في الموصي له بعين معينة والمشـتري لعين معينة.

أ. فالبنسة للموصي له بعين معينة :

1. إذا اشـترى شـخص داراً ثـم أوصى بها في حـدود ثلث التركة إلى شخص آخر وانتقلت الدار إلى الموصي له بعد موت الموصي فالظاهر أن الموصي له يرجع على البائع بضمان العيب وبضمان الإسـتحقاق وبضمـان الهـلاك إذا كانت العين لا تـزال في يد البائع كمـا كان يرجع الموصي لو كان حياً وبذا تنتقل العين إلى الخلف بالحقوق المكملة لها.
2. إذا اشترى شخص داراً ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها فبقى الثمن دينـاراً في ذمته ثم أوصى بها إلى شـخص آخـر ثم مات الموصي فـإن الثمن يبقـى ديناً في التركة ولا ينتقل إلـى ذمة الموصي له فإذا سـددت جميـع ديون التركـة ومنها ثمن الـدار وكان ما بقي من أموال وفيها هذه الدار بعد سداد الديون لا يقل ثلثه عن قيمة هذه الدار خلصت الـدار للموصي له دون أن ينصرف إليه أثـر العقد من حيث ترتيب الثمن في ذمة المدين ويتحمل الموصي لـه كما كان يتحمل الموصي حبس البائع للدار حتى يسـتوفي الثمن وفسخ العقد ولو كان للبائع خيار النقد ولم يقبض الثمن في الأيام الثلاثة المشـترطة وفسـخ ومن ثم ينصرف إلى الخلف الخاص اثر العقد من حيث الإلتزامات التي تعتبر محددة للعين.

3. إذا باع شخص داراً ولم يقبض ثمنها فبقي الثمن ديناً له في ذمة المشتري وأوصى بهذا الدين إلى آخر في حدود ثلث التركة فبعد موته ينتقل هذا الحق إلى الموصى له ويصبح هو الدائن بالثمن للمشتري فللموصى له حبس المبيع وله فسخ العقد بخيار النقد كما كان الموصي يفعل لو بقي حياً إذ الموصى له قد قام مقام الموصي في كل ذلك وبذا يكون أثر العقد من حيث الحقوق المكملة للشيء قد انصرف إلى الخلف الخاص الذي انتقلت إليه هذه العين.
4. إذا أوصى شخص لآخر بدار مرهونة أو مستأجرة في حدود ثلث التركة وعند موته انتقلت العين إلى الموصى له فإنها تنتقل إليه مثقلة بحق المرتهن أو بحق المستأجر كما كانت في حياة الموصي فعقد الرهن وعقد الإيجار ينصرف أثرهما من حيث ترتيبه لإلتزامات محددة العين إلى الخلف الخاص الذي انتقلت إليه العين فالموصى له بوصفه خلفاً خاصاً للوصي ينصرف إليه أثر العقد سواء أكان حقاً مكملاً أم إلتزاماً محدداً.

ب. وبالنسبة للمشتري لعين معينة :

المشتري لعين معينة كالموصى له بعين معينة فيما تقدم :

1. فإذا باع شخص داراً وكان قد اشتراها من آخر فأصبح المشتري من البائع الثاني خلفاً خاصاً له على هذه العين فإذا فرض ان بها عيباً يرجع به البائع الثاني على البائع الأول أو كان للبائع الثاني خيار التعيين أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه فالمشتري بإعتباره خلفاً خاصاً للبائع الثاني له أن يرجع بضمان العيب على البائع الأول ولو استحقت العين وكان للبائع الثاني أن يرجع بضمان الإستحقاق على البائع الأول فإن المشتري له أن يرجع بدعوى الإستحقاق على البائع الأول لأن هذه الحقوق

مكملة لعين فتنتقل معها إلى الخلف الخاص.

2. وإذا اشترى شخص داراً من آخر ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها ثم باع الدار من مشتر فأصبح هذا المشتري خلفاً خاصاً للبائع الثاني كما في المثال المتقدم فإن البائع الأول له أن يحبس الدار عن المشتري حتى يستوفي الثمن كما كان يحبسها عن البائع الثاني ويستطيع أن يفسخ البيع بخيار النقد في حق المشتري كما كان يفعل في حق البائع الثاني ويستطيع أن يفسخ البيع بخيار النقد في حق المشتري كما كان يفعل في حق البائع الثاني وعلى ذلك فإن الخلف الخاص يتحمل أثر العقد الذي يبرمه سلفه فيما يتعلق بالإلتزامات التي تعتبر محددة للعين.

3. إذا باع شخص داراً مرهونة أو مستأجرة فإن المشتري وهو خلف خاص للبائع تنتقل إليه الدار محملة بحق المرتهن أو بحق المستاجر بل أن البيع لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن أو المستأجر واذن فالخلف الخاص يتحمل أثر العقد من حيث الإلتزامات التي تعتبر محددة.

يراجع في ذلك السنهوري، مصادر الحق (5 : 12 ـ 123).

وهذه المادة تقابل المواد (207) أردني و (146) مصري و (147) سوري و (142) عراقي.

المادة (252)

لا يرتب العقد شيئا في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقه.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل في العقـود أن تقتصر آثارها علـى عاقديها ، فلا يترتب ما تنشـيء مـن التزامـات إلا في ذمة المتعاقديـن ومن ينـوب عنهم من الخلفـاء والدائنين وليس الوعد بإلتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة ، كذلك الشـأن فيما ترتب العقود من حقوق فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقديـن ومن ينوب عنهـم ، على أنه يجوز الإشـتراط لمصلحة الغير وهذا الإستثناء الحقيقي الذي يرد على القاعدة

تراجع المادة (306) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (208) أردني و (152) مصري و (153) سوري.

المادة (253)

1. إذا تعهد شـخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر فـلا يلزم الغير بتعهده فـإذا رفض الغير أن يلتـزم وجب على المتعهد أن يعـوض من تعاقد معه.ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسـه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به
2. أمـا إذا قبـل الغير هـذا التعهد فـان قبوله لا ينتج أثـرا إلا من وقت صـدوره ما لـم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يسـتند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

المذكرة الإيضاحية :.

ليسـت أحكام هذه المادة إلا تطبيقاً للقواعد العامة في إقتصار

آثار العقـود على المتعاقدين فإذا تعهد شـخص بأن يجعـل الغير يلتزم بأمر ونصب نفسـه زعيمـاً بذلك فلا يكون من أثر هـذا التعهد الزام هذا الغير، وكل ما هنالك أن المتعهد يتعهد بالوفاء بإلتزام بعمل شيء هـو الحصول على إقـرار الغير للتعهد الذي بذله ذلـك هو مدى التزام المتعهـد على وجـه الدقة. فليس يكفي عند رفـض الإقرار أن يكون هذا المتعهد قد بذل ما في وسـعه للحصول عليه ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل التعهد عنه بتنفيذ تعهده إذا أرتضى إقراره وهذا ما يفرق الوعد بإلتزام الغير عن الكفالة.

وان امتنـع الغير عن اجازة التعهد فـلا تترتب على امتناعه هذا اية مسـئولية ذلك أن التعهد لا يلزم إلا المتعهـد ذاته ويكون من واجبه تنفيذ التزامـه، اما بتعويض العاقد الآخر اذي صـدر الوعد لمصلحته واما بالوفاء عيناً بالتعهد الذي ورد الوعد عليه، اذا امكن دون الحاق ضرر بالدائن ويستوي في هذا أن يكون التعهد متعلقاً بإلتزام بنقل حق عيني، أو بعمل شيء أو بالإمتناع عنه.

ويتحلل المتعهد مـن إلتزامه بمجرد إقرار الغير للتعهد، والواقع أن التـزام المتعهد ينقضـي في هذه الصورة عن طريـق الوفاء، ويترتب على إقراره أن يصبح الغير مديناً مباشرة للعاقد الآخر، لا على أساس التعهـد الذي قطعه المتعهد بل بناء على عقد جديد يقوم بدءاً من تاريخ الإقرار ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقـت الذي صدر التعهد فيه، وغني عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد.

وقد تقدم أن المشرع أخذ برأي من يرى من الفقهاء المسلمين بأن الوعد ملزم وعلى ذلك يكون "الوعد" بمنعى التعهد فكلا الكلمتين

سواء في معنى الإلزام ولكن فصلت كلمة "المتعهد" لوضوح المعنى الإلزام فيها.

(يراجع الكاساني 5 : 258).

وهذه المادة تقابل المواد (209) أردني و (153) مصري و (154) سوري و (151) عراقي.

المادة (254)

1. يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.
2. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد.
3. ويجوز أيضا للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك.

المادة (255)

1. يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته في الاستفادة منها ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد.
2. ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك.

وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة.

المادة (256)

يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة.

المذكرة الإيضاحية :.

ينطوي الإشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقي على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدراً لهذا الحق، ولهذا التصور على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة في القانون وكان انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه في القوانين الأجنبية استثناء لا يطبق إلا في حالات محصورة إلا أنه سما إلى مرتبة الأصل وبسط نطاقه على سائر الحالات في خلال القرن التاسع عشر على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذيوع وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الاصل شاناً بعيداً وانتهى الأمر إلى اباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصاً مستقلاً ، أو شخصاً لم يعين وقت التعاقد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن.

ولكن هذا الأصل مسلم به في الفقه الإسلامي ووجد له تطبيقات عدة في الوصية والوقف وكذا الهبة عند مالك (إذ يجيز مالك الهبة للجنين وللمعدوم - أحمد إبراهيم - التزام التبرعات - مجلة القانون والإقتصاد جـ 2 صفحة 623).

وللمشترط أن ينقضي المشارطة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد، وله عند نقض المشارطة أن يعين منتفعاً أخر أو أن يستأثر لنفسه منفعتها ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء ترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ولما كان نقض المشارطة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته وإذا رفض المنتفع المشارطة نهائياً فيكون للمشترط عين الحقوق التي تقدمت الإشارة إليها في الفرض السابق، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب فسخ العقد بإعتبار أن المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع.

وإذا صح عزم المنتفع على قبول الإشتراط فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانوني ينعقد بإرادة منفردة، ولا يشترط فيه استيفاء شكل ما ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لصدوره، ولكن يجوز إنذار المنتفع بالإفصاح عما يعتزم في فترة معقولة، ويصبح حق المنتفع لازماً أو غير قابل للنقص بمجرد اعلان الإقرار وهو حق مباشر مصدره العقد ويترتب على ذلك نتيجتان :

الأولى : أنه يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الإشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك، ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في هذا

التنفيـذ وهو يفتـرق عن الفضولي مـن هذا الوجه فيجوز لـه أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى العقد بغير ذلك .

والثانية :ـ أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تتفـرع على العقد (انظـر البدائع ج 55 و 72 ومجمـع الضمانات ص 81 وابن عابدين 4 / 176).

وهـذه المادة تقابل المواد (210 و 211) أردنـي ومن (154 إلى 156) مصري و من (155 إلى 157) سوري ومن (152 إلى 154) عراقي.

الفرع الرابع
تفسير العقود

المادة (257)

الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما إلتزماه في التعاقد.

المذكرة الإيضاحية :ـ

يعتمـد في هـذه المادة على الاحـكام الفقهية العامـة المبينة في مراجعها الشرعية مثل رد المحتار والكاساني وغيرهما وعلى المادتين (285 و 291) من مرشـد الحيران والمادة (175) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادة (213) أردني.

المادة (258)

1. العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

2. والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي.

المذكرة الإيضاحية :.

البند (1) من المادة أصله المادة (3) من المجلة ويقصد منه أنه عن مقصود العقد لا ينظر إلى الألفاظ التي يستعملها العاقدان بل ينظر إلى مقاصدها الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني ومثال ذلك لو قال شخص لآخر وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنية فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة ولو قال شخص لآخر اعرتك هذا الفرس لتركبه بمبلغ كذا فالعقد إيجار لا إعارة بالرغم من استعمال كلمة الإعارة.

والبند (2) أصله المادة (2) من المجلة والمقصود بالحقيقة إستعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له وأما المجاز فهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمجازي علاقة ومناسبة مثال ذلك لو قال شخص رأيت أسد في الحمام يغتسل يفهم منه أنه رأى رجلاً شجاعاً في الحمام يغتسل لا أسداً حقيقياً لأن الحمام قرينة مانعة من وجود الأسد الحقيقي فيه يغتسل وبين الأسد والرجل الشجاع علاقة ومناسبة وهي الجرأة والشجاعة والمعنى الحقيقي هو الراجح فمتى أمكن حمل اللفظ عليه لا يعدل عنه إلى المعنى المجازي

لأن المعنى الحقيقي أصل والمجازي بدل والبدل لا يعارض الأصل.

وهذه المادة تقابل المادة (214) أردني.

المادة (259)

لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أصلها المادة (13) من المجلة اللفظ الذي يكون به التصريح يسمى لفظاً صريحاً والصريح عند علماء أصول الفقه الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وتاماً ومعتاداً ومثال هذه المادة لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت فلا يضمن لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها بخلاف ما لو نهاه صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت فإنه يضمن لأن التصريح أبطل حكم الأذن المستند على دلالة الحال.

وهذه المادة تقابل المادة (215) أردني.

المادة (260)

إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل.

المذكرة الإيضاحية :.

هـذه المادة أصلها المادتـين (60 و 62) من المجلة وهي مأخوذة من كتـاب الأشـباه ومعناها أنه لا يجـوز إهمال الـكلام وإعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي لأن إهمال الـكلام وإعتباره لغواً وعبثاً والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه فحمل كلام العاقل على الصحة واجب .

ومثـال ذلك لو أقر شـخص أنه مدين لآخر بألـف درهم دون أن يذكر سـبب الدين وأعطى سنداً بذلك وأشهد على نفسه ثم بعد ذلك أقر الشـخص نفسـه مرة ثانية بألف درهـم أيضاً وعمل له سـنداً ولم يبين سـبب الدين يعتبر دين السـند الثاني غير دين السند الأول وليس تأكيداً له.

وأمـا إهمال الـكلام إذا تعذر إعماله فمثاله لو ادعى شـخص في حـق من هو أكبر منه سـناً بأنه ابنه فـإن كلامه يهمل إذ ليس من المعقول أن يكون شخص والداً لرجل يكبره في السن.

وهذه المادة تقابل المادة (216) أردني.

المادة (261)

ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصلها المادة (63) من المجلة وهي مأخوذة من الأشباه والمجامع ومفهومها أنه يكفي في الأشياء التي لا يتجزأ ذكر بعضها عن الكل مثال ذلك أن تكفل شخصاً آخر على نفسه فيقول أنني كفيل بنصف أو ربع هذا الشخص فيما أن نفس الرجل مما لا يقبل التجزئة أو التقسيم فالكفالة صحيحة ويكون قد كفل نفس الرجل كلها.

وهذه المادة تقابل المادة (217) أردني.

المادة (262)

المطلق يجري على اطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلاله.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصلها المادة (64) من المجلة وقد وردت في المجامع والمطلق هو الأمر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والمقيد هو المقارن لإحدى هذه القرائن ومن أمثلة التقييد بالنص أن يتفق شخص مع خياط على خياطة جبة له دون أن يشترط عليه أن يخيطها بنفسه فيحق للخياط أن يعهد بخياطتها لأجيره بخلاف ما لو اشترط عليه صاحب الجبة أن يخيطها بنفسه.

وأما التقييد بالدلالة فمثاله الوكالة المطلقة لشراء شيء وإن لم يوجد بها قيد الثمن فالدلالة توجب على الوكيل الشراء بالقيمة المثلية أو مع غبن يسير.

وهذه المادة تقابل المادة (218) أردني.

المادة (263)

الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصلها المادة (65) من المجلة ومثال ذلك لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صح البيع ولغي وصف الأدهم، أما إذا كان الموصوف غائباً عن المجلس فالوصف معتبر.

وهذه المادة تقابل المادة (219) أردني.

المادة (264)

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

المذكرة الإيضاحية :.

وأصلها المادة (44) من المجلة ومثال ذلك لو أشتغل شخصاً شيئاً لآخر ولم يتقاولا على الأجرة يجبر صاحب العمل على دفع أجرة المثل.

وهذه المادة تقابل المادة (225) أردني.

المادة (265)

1. إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.
2. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

المادة (266)

1. يفسر الشك في مصلحة المدين.

2. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

المذكرة الإيضاحية :.

أول ما يعرض للقاضي في شأن العقد هو تفسيره إذا كان في حاجة إلى تفسير وتفسير العقد هو إستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين.

فإذا فرغ القاضي من التفسير انتقل إلى تحديد نطاق العقد ، فلا يقتصر في هذا التحديد على النية المشتركة للمتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام.

وقد تناول المشـرع تحديد نطاق العقد وتبع ذلك بتفسـير العقد وقـد أهتم الفقهاء المسـلمون بتفسـير العقد وتحديـد نطاقه ووضعوا لذلك قواعد جمعها ابن نجيم في كتابه الأشباه والنظائر كما جمعها غيره في الفقه الحنفي وغيره من المذاهب وقد اهتمت المجلة بإيراد هذه القواعد في مقدمتها وقد حرص المشرع على إيراد هذه القواعد ويرجع في فهم هـذه القواعد وتفسـيرها إلى كتـب القواعد ومنها الأشـباه والنظائر لابن نجيم وإلى شروح المجلة.

وتجدر الإشـارة إلى أن هناك قاعدتـين هامتين في هذا الصدد يرجع إليهما أكثر من القواعد الأخرى.

القاعدة الأولى :.

العبرة في تفسـير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة لا بـالإرادة الباطنة يجب الوقوف في تفسـير العقد عند الصيغ والعبارات الـواردة في العقد وإسـتخلاص معانيهـا الظاهـرة دون الإنحراف عن المعنـى الظاهر إلى معان أخرى بحجـة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة ، فالإرادة الباطنة لا شأن لنا بها إذ هي ظاهرة نفسية لا تعنـي المجتمع ، والذي يعنيه هو الإرادة الظاهرة التي أطمأن إليها كل مـن المتعاقدين في تعامله مع الآخر ، فهذه ظاهـرة إجتماعية لا ظاهرة نفسية وهي التي يتكون منها العقد .

ومن أجل ذلك يقف المفسر عند الصيغ الواردة في العقد ويحللها تحليلاً موضوعياً ليسـتخلص منها المعاني السائغة ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين .

يراجع مثلاً الكاساني، البدائع (5 : 123 و 235) والبغدادي، جمع الضمانات (ص 28 و40-41).

فنية المتعاقدين تستخلص مما تدل عليه الألفاظ الواردة في العقد.

فإن كان المعني الذي يستخلص في العرف وفي الشرع واضحاً لم يجز الإنحراف عنه إلى غيره.

وإن كان المعنى غير واضح، وجب تبين نية المتعاقدين.

فالعبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان وفي هذا استقرار للتعامل وتحقيق للثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر عندما اطمأن إلى ما يمكن في عبارته من معان سائغة بخلاف الحال في الفقه الغربي وبخاصة في الفقه اللاتيني إذ العبرة بالإرادة الباطنة أما العبارة فهي دليل على الإرادة ولكنه دليل يقبل إثبات العكس فإذا كان هناك خلاف بين الإرادة والعبارة فالعبرة بالإرادة دون العبارة وهذا بخلاف الفقه الإسلامي وكذلك الفقة الجرمان إلى مدى يقرب من الفقه الإسلامي وكذلك الفقه فالعبارة هي التي يعتد بها ومنها وحدها تستخلص الإرادة.

ولا يقدح في ذلك قاعدة أن الأمور بمقاصدها أو أن " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " (م 2 و 3 من المجلة) ونحو ذلك فإن هذه القواعد لا تعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة بل المقصود أن الذي يعتد به المقاصد والمعاني التي تستخلص من العبارات والصيغ

المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية فلا تجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي تستشف به الضمير وتستكشف به خطايا النفوس.

يدعم هذا قواعد كلية ثلاث وردت في المجلة أوردها المشرع على الوجه السابق بيانه وهي :

1. الأصل في الكلام الحقيقة (م 12 من المجلة) فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقي.
2. لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م 13 من المجلة) فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمناً ، قدم الأول على الثاني ، لأن الدلالة المادية في الصريح أبلغ.
3. "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعني أن يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه" (م 68 من المجلة) فإستعمال الالة القاتلة دليل على نية القتل ويقول الأستاذ سليم باز في هذا الصدد" لقد ورد في شرح المجلة المادة الثانية أنه إذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها فلا يضمن لو ضاعت منه بدون تقصير ، ولما كانت النية من الأمور الباطنة والإطلاع عليها متعذر ، فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كإعلان الملتقط أنه وجد لقطة " (شرح سليم باز على المجلة ص 48) ويراجع أيضاً السيوطي الأشباه والنظائر (ص 111 ـ 113)

القاعدة الثانية :.

وهناك قاعدة أخرى جوهرية في تفسير العقد وهي : يفسر الشك في مصلحة المدين وهذا النص وإن كان مأخوذاً من الفقه الغربي إلا أنه يتفق كل الإتفاق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي.

فهناك قواعد كلية ثلاث أوردها ابن نجيم في الأشباه والنظائر تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ وهي :

1. اليقين لا يزول بالشك فإذا كان هناك شك في مديونية المدين، فاليقين أنه بريء الذمة ولا يزال هذا اليقين بالشك.
2. الأصل بقاء ما كان على ما كان وبراءة الذمة تسبق المديونية فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين، ويقول ابن نجيم في هذا الصدد : ومن فروع ذلك لو كان لزيد على عمرو ألف مثلاً فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء، الأشباه والنظائر، ابن نجيم (ص 28 ـ 29).
3. الأصل براءة الذمة فيفرض فيمن يدعي عليه بالدين أنه بريء الذمة حتى يقيم من يدّعي الدين الدليل القاطع على أنه له ديناً في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته وفسر الشك في مصلحة (ابن نجيم، الأشباه والنظائر ص 29).

وقد أورد المشرع هذه القواعد من ضمن القواعد الأصولية الفقهية في الفصل الثاني من الباب التمهيدي.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (239 ـ 240) أردني و (150 و 151) مصري و (151 و 152) سوري.

الفرع الخامس
انحلال العقد (الاقالة)

(1) احكام عامة

نظرة عامة :

يقصد بانحلال العقد زواله بعد أن انعقد صحيحاً نافذا وقبل أن يتم تنفيذه فلا يدخل في انقضاءه وهو زواله بعد تنفيذه ولا ابطاله وهو ما يرد على العقد في مرحلة الانعقاد ويكون اثره رجعياً بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن أما الإنحلال فقد يكون له أثر رجعي وقد لا يكون.

والحكم في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستبد بفسخ العقد بإرادته المنفردة ما لم يكن العقد غير لازم بالنسبة إليه، أما لطبيعة العقد نفسه كالوكالة والعارية والوديعة والقرض والشركة والهبة أو لإقترانه بخيار يعطي هذا العاقد حق الفسخ كخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الوصف وخيار الغلط وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفريق الصفقة.

والمقصود بالعقد فيما تقدم العقد الصحيح النافذ إذ العقد الباطل منعدم فلا يرد عليه فسخ، والعقد الفاسد واجب الرفع كما سبق والعقد غير النافذ موقوف على الاجازة : إن أجيز نفد، وإن لم يجز بطل.

إلا أنه مع ذلك ينحل العقد اللازم بالأسباب الآتية :ـ

أ. بالتراضي

ب. بحكم القاضي.

ج. بقوة القانون.

وقد أقر المشرع الأصل العام في المادة (267) ثم تكلم عن الإقالة في المواد من (268) إلى (270) وعلى الإتفاق على انفساخ العقد في المادة (271) وعلى الفسخ بالقضاء في المادة (272) وعلى الإنفساخ بقوة القانون في المادة (273) وعلى اثر الإنحلال في المادتين (274) و (275).

المادة (267)

إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون.

المذكرة الإيضاحية :ـ

هذه المادة تتناول القاعدة العامة وهي أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بالرجوع عن العقد ولا تعديله ولا فسخه إلا برضاء العاقد الآخر أو بمقتضى نص في القانون وهذا إذا كان العقد صحيحاً لازماً ويلاحظ أن العقد يكون لازماً بالنسبة لأحد الطرفين غير لازم بالنسبة إلى الطرف الآخر، كأن يقترن البيع بخيار الشرط لأحد العاقدين دون الآخر أو بخيار الرؤية للمشتري ففي هذه الحالة لا يجوز لمن كان العقد لازماً في حقه أن يفسخ العقد ويجوز ذلك لمن كان العقد غير لازم بالنسبة إليه.

ولا يدخل في نطاق هذا النص العقد الباطل، لأنه معدوم فلا يرد عليه الفسخ أو التعديل أو الرجوع لأ، ذلك لا يرد إلا على عقد قائم، ولا العقد الفاسد لأنه واجب الرفع، كما لا يدخل في العقد غير النافذ إذ أنه موقوف على إجازة من له حق في الاجازة فإن اجيز نفذ وإن لم يجز بطل وأما بالنسبة إلى الطرف الآخر فإما أن يكون لازماً أو قابلاً للفسخ على تفصيل سبق في العقد الموقوف (الكاساني 5 ـ 306، وابن نجيم الاشباه والنظائر ص 185).

ويلاحظ أن الحكم العام في القانون الألماني كالحكم العام سابق البيان، يراجع سالي، الإلتزامات (ف 171 ص 196) وتراجع المادة (306) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (241) أردني و (147) مصري و (148) سوري و (146) عراقي.

المادة (268)

للمتعاقدين أن يتقابلا العقد برضاهما بعد انعقاده.

المذكرة الإيضاحية :ـ

الإقالة جائزة :

1. لقوله صلى الله عليه وسلم "من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة".
2. ولإجماع المسلمين.
3. ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما.

(الهداية وشـروحها 6 ـ 486 أول باب الإقالـة من كتاب البيوع)
وتراجع المادتان (190 و 1159) من المجلة وشرحها لعلي حيدر .

وهذه المادة تقابل المادتين (242) أردني و (181) عراقي .

المادة (269)

الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد.

المذكرة الإيضاحية :.

اختلف في ماهية الإقالة في البيع :

فقال أبو حنيفة رحمه الله : الإقالة فسـخ في حق العاقدين، بيع جيد في حق ثالث سواء قبل القبض أو بعده .

وروي عن أبي حنيفة أنها فسخ قبل القبض بيع بعده.

وقال أبو يوسـف أنهـا بيع جديد في حق العاقديـن وغيرهما إلا أن لا يمكن أن تجعل بيعاً فتجعل فسـخاً وروي عنه أنها بيع على كل حال.

وقال محمد : أنها فسـخ الا أن لا يمكن جعلها فسـخاً فتجعل بيعاً للضرورة وقال زفر أنها فسخ في حق الناس كافة.

وثمرة الخلاف تظهر في البيع : إذا تقابلا ولم يسميا الثمن الأول

أو سـميا زيادة عن الثمن الأول أو نقص من الثمن الأول أو سـميا جنساً آخر سوى جنس الأول قل أو كثر أو أجلاً الثمن الأول .

وفي قول أبي حنيفة رحمه اللّه الإقالة على الثمن الأول وتسمية الزيادة والنقصان والأجل والجنس الآخر باطلة سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعده والمبيع منقول أو غير منقول لأنها فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة لأنه فسخ لذلك العقد وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وبين ما بعده وبين المنقول وغير المنقول وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل وتبقى الإقالة صحيحة لأن إطلاق تسمية هذه الأشياء لا يؤثر في الإقالة لأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة ، وبخلاف البيع لأن الشرط الفاسد إنما يؤثر في البيع لأنه يمكن الربا فيه والإقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربا فيه فهو الفرق بينهما .

وفي قول أبي يوسف ان كان بعد القبض فالإقالة على ما سميا لأنها بيع جديد كأنه باعه فيه ابتداء وان كان قبل القبض والمبيع عقاراً فذلك لأنه يمكن جعله بيعا لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده ، وإن كان منقولاً فالإقالة فسخ لأنه لا يمكن جعلها بيعاً لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز .

وروي عن أبي يوسف أن الإقالة بيع على كل حال فكل ما لا يجوز بيعه لا تجوز إقالته فعلى هذه الرواية لا تجوز الإقالة عنه في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه.

وعند محمد إن كان قبل القبض فالإقالة تكون على الثمن

الأول وتبطل تسمية الزيادة على الثمن الأول والجنس الآخر والنقصان والأجل لأنها تكون فسخاً كما قاله أبوحنيفة رحمه الله لأنه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعاً لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز عنده منقولاً كان أو عقاراً .

- وإن كان بعد القبض .

- فإن تقايلا من غير تسمية الثمن أصلاً أو سميا الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان أو بنقصان عن الثمن الأول فالإقالة على الثمن الأول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخاً أيضاً فتجعل فسخاً وإن تقايلا وسميا زيادة على الثمن الأول أو على جنس آخر سوى جنس الثمن الأول قل أو كثر فالإقالة على ما سميا ويكون بيعاً عنده لأنه لا يمكن جعلها فسخاً ههنا لأن من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول وإن لم يكن جعلها فسخاً تجعل بيعاً اسمياً.

وهذا بخلاف ما إذا تقابلا على أنقص من الثمن الأول: ان الاقالة تكون بالثمن الأول عنده وتجعل فسخاً ولا تجعل بيعاً عنده لأن هذا سكوت عن نقص الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول وهناك يجعل فسخاً لا بيعاً فههنا أولى.

الكاساني (5 : 306 - 310) .

وقد رؤي الأخذ بقول الإمام أبي حنيفة بأنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء قبل القبض أو بعده ففي ذلك نزول على الواقع بين الطرفين من ناحية وحماية الغير من ناحية آخرى

ويراجع رد المحتار (باب الإقالة) (جـ 4 / صفحة 146 وما بعدها).

وهذه المادة تقابل المادتين (243) أردني و (183) عراقي.

المادة (270)

تتـم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشـرط أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد المتعاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض.

المذكرة الإيضاحية :.

ركن الإقالـة الإيجاب من أحد العاقديـن والقبول من الآخر، فإذا وجد الإيجـاب من أحدهما والقبول من الآخـر بلفظ يدل عليهما فقد تم الركن.

ولا خـلاف في أنها تنعقد بلفظين مـن يعبر بهما عن الماضي بأن يقول أحدهما للآخر (أقلتك) ويقول الآخر (قبلت).

وهـل تنعقـد بلفظـين يعبـر أحدهما عـن الماضـي والآخر عن المسـتقبل ؟ بأن قال أحدهما للآخر " أقلني " فيقول الآخر له " أقلتك " قال أبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : تنعقد كما في النكاح. وقال محمد : لا تنعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع.

وبقول أبي حنيفة وأبي يوسف أخذ المشرع.

ويشترط لصحتها :

1. رضا المتقايلين سواء في البيع على أصل أبي يوسف بأنها بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات كلها أو على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر بأنها فسخ لعقد والعقد لا ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما فكذا لا يوقع إلا بتراضيهما.
2. اتحاد المجلس.
3. قيام المبيع وقت الإقالة فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح وأما قيام الثمن وقت الإقالة فلا يشترط.
4. أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ عند أبي حنيفة وزفر كالرد بخيار الشرط والرؤية والبيع فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لا تصح الإقالة عندهما وعند أبي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط.

اما على أصل أبي يوسف فلأنها بعد القبض بيع معلق وهو بعد الزيادة محتمل البيع فيبقى محتملاً للإقالة وأما على أصل محمد فأنها وإن كانت فسخاً لكن عند الإمكان والإمكان هنا لان لو جعلناها فسخاً لم يصح ولو جعلناها بيعاً لصحت وجعلت بيعاً لضرورة الصحة فبهذا اتفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا.

وقد رؤي في القانون اشتراط الشرط أخذاً برأي أبي حنيفة أيضاً ليتوافر الإتفاق مع ما أخذ به المشرع في المادة السابقة من تكييف الإقالة .

تراجع المواد من (191 ـ 195) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (244) أردني و (182) عراقي.

المادة (271)

يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.

المادة (272)

1. في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.
2. ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بالتنفيذ للحال أو ينظره الى اجل مسمى وله أن يحكم بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضي

المذكرة الإيضاحية :.

يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخاذل فيه أحد العاقدين عن الوفاء بإلتزامه فيطلب الآخر فسخه ويقع الفسخ بناء على حكم يقضي به أو بتراضي العاقدين أو بحكم القانون وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال.

ففي حالة الفسخ القضائي يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بإلتزامه رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ويكون العاقد الآخر بالخيار : بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ على أن يكون قد أعذر المدين من قبل.

فـإذا اختـار الدائن تنفيـذ العقد وطلبـه وهو يدخـل في حدود الإمكان، كما هو الفرض، تعين أن يسـتجيب القاضي لهذا الطلب وجـاز له أن يحكـم بالتعويـض إذا اقتضى الحال ذلك أمـا اذا اختار الفسـخ فلا يجيز القاضي على اجابته بل يجـوز له ان ينظر المدين إلى مسيرة إذا طلب النظرة، مع إلزامه بالتعويض عند الإقتضاء بل ويجوز أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه، وله كذلك، ولو كان التنفيذ جزئياً أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه، إذا كان مـا تم تنفيذه هـو الجزء الأهـم في الإلتزام علـى أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضي بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً، إن كان ثمة محل لذلك، ولا يكون التعاقد ذاته في حالة الفسخ اساساً للإلتزام بالتعويض إذ هو ينعدم إنعداماً يستند أثره بفعل الفسخ، وإنما يكـون مصدر الإلزام، في هذه الحالة، خطأ المدين أو تقصيره، على أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة :

أولها - أن يظل تنفيذ العقد ممكناً.

والثاني - أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه.

والثالث - أن يبقـى المديـن على تخلفه، فيكـون من ذلك مبرر للقضاء بالفسخ.

فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير.

أما الفسـخ الإتفاقـي فيفتـرض إتفـاق المتعاقدين علـى وقوع الفسـخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكـم قضائي، عند التخلف

عن الوفاء، ويفضي مثل هذا الإتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين :

أ. فالعقد يفسخ حتمياً دون أن يكون لهذا العاقد، بل ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ و إنما يبقى الخيار للدائن بداهة فيكون له أن يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ.

ب. ويقع الفسخ بحكم الإتفاق دون حاجة للتقاضي على أن ذلك لا يقبل الدائن من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ العقد بيد أن مهمة القاضي تقتصر، في هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد، وإلا قضى بالفسخ على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانة أخرى تتمثل في ضرورة الإعذار، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً.

يبقى بعد ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند إنقضاء الإلتزام على أثر إستحالة تنفيذه فإنقضاء هذا الإلتزام يستتبع إنقضاء الإلتزام المقابل له لتخلف المقصد منه ولهذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إعذار متى وضحت إستحالة التنفيذ وضوحاً كافياً على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الإستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون، ثم يقضي بالتعويض أو يرفض القضاء به تبعاً لما إذا كانت هذه الإستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

ويترتب على الفسخ قضائياً كان أو إتفاقياً او قانونياً إنعدام العقد إنعداماً يستنفد أثره فيعتبر كأن لم يكن، وبهذا يعود

المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد، بعد أن تم فسخه، وإذا أصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض على الملتزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق.

تراجع المادتان (82 و 83) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (245) و (246) أردني و (157 و 158) مصري و (158 و 159) سوري و (177) و (178) عراقي.

المادة (273)

1. في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.
2. وإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين.

المذكرة الإيضاحية :-

تتناول هذه المادة إستحالة تنفيذ احد الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين بقوة قاهرة (بآفة سماوية) سواء وردت هذه العقود على الملكية كالبيع أو وردت على المنفعة كالاجارة أو كان العقد شركة ففي هذه الحالة ينقضي الإلتزام الذي استحال لأنه التزم بمستحيل وينقضي الإلتزام المقابل له لإرتباطه به، ففي البيع مثلاً إذا هلك المبيع في يد البائع قبيل التسليم فاستحال على البائع

الوفاء بإلتزامه بالتسليم سقط عنه هذا الإلتزام لإستحالته ولكن من باب المقابلة يسقط عن المشتري الإلزام المقابل وهو الإلتزام بدفع الثمن.

فـإذا كانت الإسـتحالة كليـة أو أصبح تنفيـذ الإلتزام كله مسـتحيلاً بـأن هلك المبيع كله قبل التسـليم سـقط الإلتـزام المقابل بجملته فيسقط الثمن كله عن المشتري .

وإذا كانـت الإسـتحالة جزئيـة بـأن هلـك بعض المبيـع في يد البائع قبل تسـليمه للمشـتري سـقط من الإلتزام المقابل. وهو الإلتزام بدفـع الثمن أو ما يقابله ، فإذا هلـك نصف المبيع مثلاً في يد البائع قبل التسـليم سقط عن المشـتري نصف الثمن ، ويفرق الحنفية في هذا بين مـا إذا كان الهلاك قدر وبين مـا إذا كان هلاك وصف ففي نقصان القدر يسـقط عن المشتري من الثمن بنسـبة الهالك ، لأن كل جزء في المقدرات يقابله جزء من الثمن أما إذا كان الهلاك وصف فلا يسـقط شـيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ولكن يكون للمشـتري حق الفسـخ لفوات الوصف ، فإن لم يفسخ وجب عليه الثمن كله.

وإذا كانت الإسـتحالة وقتية كأرض مسـتأجرة غشـيها الماء فلم تصلح للزراعة مدة ما سـقط عن المسـتأجر من الأجرة ما يستحق في هذه المدة ولكن لا ينفسـخ العقد من تلقاء نفسه وإنما يكون قابلاً للفسخ فإن فسخه المستأجر انقضى العقد وإن لم يفسخه بقي.

وفي حالة الإسـتحالة الجزئيـة والوقتية يجوز للدائن أن يفسـخ العقد ولكن الفسـخ هنا لا يقع إلا بإعـلان إرادة الدائن إلى المدين أي إخباره ولكن دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي ، والمقصود بالدائن

والمدين هنا الدائن والمدين بالإلتزام المستحيل أما الإنفساخ فيقع بقوة القانون أي دون حاجة إلى تراض أو تقاض أو اخبار.

وانفساخ العقد أو فسخه يرجع أثره إلى الماضي حتى إن العقد المنفسخ أو المفسوخ يعتبر كأن لم يكن، وهذا إذا كان العقد منشئاً لإلتزام فوري كالبيع أما إذا كان منشئاً لإلتزام متتابع كالإجارة فإنه ليس للإنفاسخ ولا للفسخ أثره في الماضي بل أن أثرهما مقصوراً على المستقبل.

راجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة.

وهذه المادة تقابل المواد (247) أردني و (159) مصري و (160) سوري و (179 و 180) عراقي.

(2) آثار انحلال العقد

المادة (274)

إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض.

المذكرة الإيضاحية :.

تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة (272)

وهذه المادة تقابل المواد (248) أردني و (160) مصري و (161) سوري و (180) عراقي.

المادة (275)

إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضمانا لهذا الرد.

المذكرة الإيضاحية :.

تنطبق الأحكام الخاصة بحق الحبس في أحوال إنحلال العقود الملزمة للجانبين لسبب من أسباب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الإقالة، ذلك أن إنحلال العقد يوجب على كل من المتعاقدين رد ما أدى إليه فيجوز لكل منهما أن يحبس ما استوفاه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو لم يقدم تأميناً لضمان ذلك فلا يجوز مثلاً للبائع إذا استعمل حقه في الإسترداد وانفسخ البيع بذلك أن يسترد الشيء المبيع إلا بعد أن يؤدي للمشتري ما هو مستحق له وفقاً للأحكام الخاصة بذلك.

وهذه المادة تقابل المادة (249) أردني.

الفصل الثاني
التصرف الإنفرادي

نظرة عامة :

أختلفت القوانين في مدى قدرة الإرادة المنفردة على انشاء

التزام: هل تعتبر مصدراً عاماً للإلتزام أم لا ؟

فالمشرع الفرنسي والإيطالي قررا المبدأ العام وهو أن الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الإلتزام إذ نصت أحكامها على أن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة واقترنت بأجل محدد تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها وتنطبق على الإرادة المنفردة القواعد التي تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الإلتزامات.

والتشريع الألماني لم ياخذ كقاعدة عامة بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام وإنما أخذ بها على سبيل الإستثناء حيث يوجد نص بذلك.

أما التشريع المصري فكان قد أخذ في المشروع التمهيدي كمبدأ عام بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الإلتزام إذ نص في المادة (228) منه على ما يأتي :

1. إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه.
2. وتسري على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الإلتزام.
3. ويبقى الإيجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به ويسري حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور.

ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص وكان حذفه عدولاً

عن وضعه قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة واكتفت بالحالات المنصوص عليها في القانون التي تنشيء فيها الإرادة المنفردة التزاماً وهي حالات واردة على سبيل الإستثناء ومن أمثلة هذه الحالات الإيجاب الملزم (م 93 مصري) والوعد بجائزة الموجه للجمهور (م 162 مصري) وإنشاء المؤسسات (م 70 / 1 مصري) وتطهير العقار المرهون رهناً رسمياً (م 1066 مصري).

ويلاحظ أن للإرادة المنفردة في القانون آثاراً قانونية آخرى غير إنشاء الإلتزام فقد تنشىء الحق الشخصي في حالات خاصة (م 162) مدني مصري.

وقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية .

وقد تكون سبباً لسقوطها كالتنازل عن حق إرتفاق أو حق رهن وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة .

وقد تجعل عقداً يسري على الغير كالإقرار .

وقد تنهي رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة.

وقد تسقط الحق الشخصي كالإبراء (م 371 مدني مصري).

أما في الفقه الإسلامي فللإرادة المنفردة مجال كبير إذ تكفي الإرادة المنفردة لإنشاء كثير من التصرفات أهمها - الطلاق والتفويض فيه - الرجعة - الإيلاء - الظهار - الإعتاق - التدبير - الوقف - الجعالة - الهبة - (العمري والرقبة على رأي) - الهدية - الصدقة - الوصية وقبولها والرجوع

فيها وردها ـ الإيصاء ـ العارية والقرض والكفالة وردها ـ والرهن (على القول بأنها تصرفات انفرادية) إسقاط الشفعة ـ الإباحة أو التحليل ـ الإسقاط ـ الإبراء ـ النذر ـ الوعد ـ (إلتزام المعروف) ـ الإستصناع على القول بأنه وعد ـ اليمين (لتقوية عزم الحالف على عمل شيء) ـ التملك بإستعمال حق التملك ـ الإيجاب ـ الرجوع عن الإيجاب ـ رد الإيجاب ـ القبول ـ أذن الصبي والعبد في التجارة ـ عزل الوكيل ـ الحجر على العبد المأذون ـ إستعمال حق الخيار وإسقاطه ـ فسخ العقد غير اللازم ـ إجازة العقد الموقوف .

يضاف إليها الإقرار والإنكار واليمين (كوسيلة للإثبات) على ما ذكر الكاساني من أن الأخبار تصرف شرعي أيضاً.

(الكاساني 7 : 182)

وهذه التصرفات الإنفرادية أنواع مختلفة.

فمنها ما يكون الغرض منه تمليك مال، أو تمليك منفعة عين من الأعيان كما في الوصية أو تمليك حق كما في التفويض في الطلاق أو حبس عين لدى الدائنين كما في الرهن.

ومنها ما يكون الغرض منه إنهاء عقد وذلك في قيام أحد العاقدين بإنهاء عقد غير لازم أو إنقاذ عقد وإمضائه كما في إجازة العقد الموقوف.

ومنها ما يكون الغرض منه إسقاط حق كما في إسقاط حق الشفعة.

فهـذه التصرفـات إمـا تبرعـات أو إسـقاطات أو إطلاقات أو تقييدات أو تأمينات أو إباحات وبطريقة أخرى هذه التصرفات إما ترد على مال (ملكية أو منفعة) أو على حق أو على تصرف.

ومن هذه الأنواع ما يكون له شبهان وفيما يلي بيانها بإختصار:

أ. التصرفات التـي ترد على المال (التمليـكات) وكلها بدون عوض وهي إما أن يقصد بها التمليك أو التملك (بدون عوض).

1. فالمقصود بهـا التمليك (تمليك العين أو المنفعـة أو الإنتفاع) هي الوصية ـ الوقف الصدقة ـ الإباحة ـ الإبراء (وعلى بعض الأقوال الهبة والعمري والرقبي والعارية والقرض).
2. والمقصـود بها التملـك هي ـ التملك بإسـتعمال حق التملك ومن أمثلته تملك أحد الشـريكين أو الشـركاء في الدين المشترك حصتـه فيمـا يقبضه أحد الشـركاء من هـذا الديـن فإن ما يقبضـه عندئذ ملك له خاصة ولا يعد فيـه وكيلاً عن صاحبه إذا لم يوكله في القبـض ولذا يملكه بقبضه ومع ذلك يكون لشـريكه أن يشـاركه فيمـا قبض بنسـبة حصتـه في الدين فيملـك منـه بقدر ذلـك بإرادتـه المنفـردة رغما عن شـريكه القابض وتملك الوارث لتركه مدينه المسـتغرقة بالدين بإرادته المنفـردة وفي مـا عليها من دين من ماله ـ القبـول في البيع ـ قبول الموصـي له بعد وفاة الموصي مصراً على وصيته ـ حق الواهب أن يرجع في هبته فيعود إليه ما وهب.

ب. التصرفات التي ترد على حق بإطلاقه أو تقييده أو إسقاطه أو إثباته (على القول بأن الاخبار تصرف).

1. قـد تـرد على حـق بإطلاقه (الإطلاقـات) أي إطـلاق الحق في

التصـــرف مثل الإيصاء ـ الإذن للصـــبي في التجارة ـ التفويض في الطلاق.

2. وقــد تــرد على حق بتقييــده (التقييــدات) مثل عــزل الوكيل ـ الحجر على العبد المأذون ـ الرجعة.
3. وقد ترد على حق بإسقاطه إســقاطاً محضاً (الإسقاطات) مثل :الطلاق ـ إســقاط الحقوق الشخصية بما فيها الديون ـ إسقاط الشفعة ـ تسليم الشفعة ـ إسقاط حق الخيار ـ الإبراء ـ الوقف .
4. وقــد ترد على حق لضمان إســتيفائه مثل الإذن في حبس العين ، أما الرهن والكفالة فعقدان على الراجح.
5. وقــد ترد على حق بإثباته ، على القــول بأن الأخبار تصرف مثل الإقرار والإنكار واليمين.

ج. التصرفات التي ترد على تصرف سابق أو لاحق.

1. التي ترد على تصرف سابق : قد ترد عليه :

بالتصحيح أو الإمضـــاء أو الإتمام : اجازة العقد الموقوف وقبول الإيجاب ـ بالوفاء به : كتسليم المبيع أو دفع الثمن.

بالإنهاء أو الإبطال : كالطلاق يرد على الزواج ـ والفســخ بخيار يرد على المبيع مثلاً وفســخ الاجارة بعذر ـ والرجوع عن الإيجاب ورد الإيجاب ـ والرجوع في الوصية والهبة.

2. التــي ترد على تصــرف لاحق : مثــل الإيجــاب الإذن للصبي في التصرف ـ الوعد على القول بإلزامه.

وفي الفقه الإســلامي كما في القانــون على ما تقدم قد تحدث الإرادة المنفردة آثاراً أخرى غير إنشاء الحق.

فتارة تكون سبباً لكسب الملكية كالوصية.

وتارة تكون إسقاطاً كالإبراء والوقف.

ونذكــر إلى جانــب ذلك إجــازة العقــد ، وإقراره مــن الغير ،

وإســتعمال خيار من الخيارات المعروفة وعــزل الوكيل وإجازة الوصية.

كل هــذه وغيرهــا إرادة منفــردة تحدث أثــاراً قانونية مختلفة كل إرادة بحسب ما تقصد إليه .

3. وقد تبع المشرع في الإرادة المنفردة أحكام الفقه الإسلامي غير ملتزم مذهباً معيناً وسلك النهج الآتي :-

أ. اســتبعاد المســائل الخاصــة بالرقيــق كالإعتــاق والتدبير والإذن للعبد في التجارة والحجر عليه.

ب. عــدم التعــرض للتصرفــات الداخلــة في نطــاق ما يســمى بالأحوال الشــخصية لإقتصار هذا القانون على المعاوضات المالية .

ج. تنــاول التصرف الإنفــرادي بوجه عام : هــل تكفي الإرادة المنفــردة قاعدة عامة لإنهاء تصــرف أم أن ذلك محصور في حالات خاصة بينتها النصوص.

د. الإحالــة علــى ما ســبق في العقــد فيمــا يتعلــق بالأحكام المشــتركة بين التصرف الإنفــرادي والعقد فيدخل في هذه الإحالــة إعــلان الإرادة والنيابة والأهليــة والمقصد والجزاء على تخلف الركن أو الشــرط ويخرج عنها ماكان خاصاً بالعقد من وجود توفر إرادتين متطابقتين لإنشاء العقد.

هـ. تــرك الــكلام تفصيلاً علــى كل تصرف مــن التصرفات الإنفراديــة إلــى موضعه مــن التقنين مثل الوقــف - الوصية - وقبولهما والرجوع فيهما - تسليم الشفعة - الإيجاب والرجوع فيــه - القبول - اجازة العقد الموقوف - فســخ العقد اســتعمال الخيار وإسقاطه - رد الكفالة - عزل الوكيل ..... إلخ.

المادة (276)

يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على قبول المتصرف إليه ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء طبقا لما يقضي به القانون كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه.

المذكرة الإيضاحية :.

الظاهر في الفقه الإسلامي أن المرجع في إشتراط إرادتين متقابلتين أو الإكتفاء بإرادة واحدة لإنشاء التصرف هو ما إذا كان التصرف من المعاوضات أو من التبرعات.

فإن كان معاوضة إبتداء وانتهاء كالبيع والاجارة فلا يتم إلا بالإيجاب والقبول من الطرفين وإن كان تبرعاً إبتداء ومعاوضة إنتهاء كالكفالة والقرض ففيه خلاف والراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول.

وإن كان تبرعاً إبتداء وإنتهاء كالهبة والعارية فالراجح أن الركن الإيجاب فقط والقبول غير لازم.

فالتصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب إلتزاماً في جانب كل من الطرفين ولو إنتهاء أما التصرف الذي يرتب إلتزاماً في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم ورده فكأن الإلتزام يكفي في إنشائه إرادة الملتزم وحدها ، وكأن العقد نفسه ، وهو إيجاب وقبول ، يقوم إلتزام كل طرف فيه على إرادته دون إعتبار لإرادة الطرف الآخر ، وعلى

ذلــك يمكــن القــول بأن الأصل في التصرفات في الفقه الإســلامي هو الإرادة المنفردة لا العقد.

وهذه المادة تتنــاول المبدأ العام فتقرر انعقــاد التصرف بالإرادة المنفردة، ما دام لا يلزم غيــر المتصرف وهي تتناول التصرف من حيث إنعقاده كل ذلك ما لم ينص القانون عل خلافه.

وهذه المادة تقابل المادة (250) أردني .

المادة (277)

تســري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء العقد ما لم ينص القانون على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

متى تقــرر مبدأ إنعقاد التصــرف بمجــرد الإرادة المنفردة تعين ســريان أحــكام العقود عليــه ويترتب علــى ذلك وجوب توافــر اهلية التعاقــد في الملتــزم وخلو إرادتــه مما يشــوب الرضا من عيــوب وقيام إلتزامه على محل ومقصد (أي ســبب بإصطــلاح القانون) تتوافر فيها الشروط اللازمة ويســتثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة المنفردة هي مصدر الإلتزام.

وهذه المادة تقابل المادتين (251) أردني و (184) عراقي.

المادة (278)

إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :-

التصرف الصادر من جانب واحد يمتاز بإنعقاده بإرادة واحد دون حاجة إلى القبول وهذا ما يفرقه عن العقد فالعقد لايتم إلا بالإيجاب وقبول و التصرف الإنفرادي يتم بإرادة واحدة .

ومن الأهمية بمكان تبين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى إرتباط بوعد من جانب واحد أم إلى مجرد الإيجاب فمن المعلوم أن الإيجاب وإن كانت له قوة في الإلزام من حيث جواز العدول عنه إلا أنه لا بد أن يقترن به القبول حتى ينعقد العقد وينشأ الإلتزام الذي يراد ترتيبه بالعقد.

ويفترض عند الشك في مرمى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد الإيجاب ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن الذي يدعي ذلك.

وهذه المادة تقابل المادة (252) أردني .

المادة (279)

1. إذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف

إليه إلا بقبوله.

2. وإذا كان إسقاطا فيه معنى التمليك أو كان إبراء من دين فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولكن يرتد برده في المجلس.
3. وإذا كان إسقاطا محضا فيثبت حكمه للمتصرف إليه ولا يرتد بالرد.
4. كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة حكم التصرف الإنفرادي، والتصرف الإنفرادي إما إثبات أو إسقاط.

فالإثبات يقصد به إثبات حق لآخر كالهبة إستحساناً (إذ الهبة في الإستحسان ركنها الإيجاب من الواهب فقط فأما القبول من الموهوب فليس بركن) والصدقة والوصية .

والإسقاط يقصد به إنهاء حق لا إلى مالك وذلك بإزالته إزالة تامة وتلاشيه نهائياً كإسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وإسقاط حق الخيار .

فإذا كان التصر تمليكاً فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله لأنه لا يجوز تمليك شخص شيئاً بغير قبوله.

وإذا كان التصرف إسقاط فإن الحق يتلاشى نهائياً بالإرادة المنفردة دون حاجة إلى قبول ولا يرتد بالرد ولا يصح الرجوع فيه لأن أثره السقوط والساقط لا يعود .

وهناك من التصرفات ما فيه الشبهان : شبه بالإسقاط وشبه بالتمليك كهبة الدين للمدين (عند الجمهور) والإبراء من الدين فلشبهه بالإسقاط لا يتوقف حكمه على القبول ولا يقبل والأمر يحتاج بالنسبة للإسقاط والإبراء إلى التفصيل الآتي :ـ

الإسقاط :

الإسقاط هو الإنهاء لا إلى مالك آخر أي بإزالته إزالة تامة وتلاشيه نهائياً ومثاله إسقاط الشفيع حقه في حقه في الأخذ بالشفعة.

فالنقل لا يكون إسقاطاً لأن الإسقاط يكون بالإنهاء فإذا أجر المستأجر العين المستأجرة لغيره لا يعتبر مسقطاً حقه وإنما يكون مملكاً له.

لذلك فالإسقاط لا يرد على الأعيان فالأعيان لا تتلاشى بقبول يصدر من مالكها وإنما يرد على الحقوق لأنها هي التي تتلاشى فيرد على حق الملكية وحق الرهن وحقوق الإرتفاق وحق الحبس .

ومن صور الإسقاط الطلاق المجرد عن العوض بخلاف الطلاق على مال فهو معاوضة.

والإسقاط لا يكون إلا في الحقوق الموجودة فعلاً فهي التي تقبل الزوال والإنتهاء أما الحقوق قبل وجودها فلا تقبل الإسقاط لأن إسقاط الساقط محال فإسقاط الحق قبل وجوده باطل لا أثر له.

وعلى ذلك فإذا أسقط الشفيع حقه قبل تمام البيع الذي يترتب

عليه هذا الحق فإنه لا يسقط وكذلك الإبراء من الدين قبل وجوده.

وهل يتم الإسقاط بالإرادة المنفردة ؟ يجب أن نفرق بين ما إذا كان الإسقاط إسقاطاً محضاً وبين ما إذا كان إسقاطاً فيه معنى التمليك.

ومثال الأول إسقاط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وإسقاط حق الخيار وإجازة العقد الموقوف (لأنها إسقاط الحق في فسخه) وكذا فسخه والإبراء عن الكفالة والإبراء عن الحوالة.

ومثال الثاني الإبراء من الدين وهبة الدين للمدين إذ في هاتين الصورتين يترتب على الإسقاط ثبوت الحق لمن تحملت ذمته به.

ففي الحالة الأولى ظاهر أن الإسقاط يرد على حق بحيث يتلاشى ويزول نهائياً فلا ينتقل إلى شخص آخر، وفي هذه الحالة يترتب على الإسقاط أثره وهو تلاشي الحق نهائياً بمجرد الإرادة المنفردة دون حاجة إلى قبول ولا يرتد بالرد ولا يصح الرجوع فيه لأن أثره السقوط والساقط لا يعود.

وفي الحالة الثانية حيث يكون في الإسقاط معنى التمليك يكون للإسقاط شبهان شبه بالإسقاط وشبه بالتمليك والإسقاط وفي هذه الحالة أيضاً لا يتوقف على القبول ولا يقبل الرجوع فيه من المسقط بل يلزم بمجرد صدور العبارة منه ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك وقال زفر أنه يتوقف على قبول المدين وفي هبة الدين للمدين قال البعض أنها لا تتوقف على القبول.

وهل رد الإسقاط الذي في معنى التمليك يتقيد بالمجلس ؟ ذهب البعض إلى أنه لا يصح إلا في مجلس الإسقاط . وذهب آخرين إلى أنه يصح في المجلس وبعده.

الإبراء:

الإبراء إسقاط الدين عن المدين أي إخلاء ذمته منه فمحله دائماً الدين وأما الأعيان التي لا تتعلق بالذمة فليس محلاً للإبراء.

وإذا وقع الإبراء على عين مضمونة كان ابراء من قيمتها ان هلكت بسبب موجب للضمان أما غير ذلك فلا أثر للإبراء إذا وقع على عين بحيث يجوز المطالبة بالعين رغم الإبراء منها.

فاذا أمهر الرجل زوجته عيناً من الأعيان، عقاراً أو منقولاً ، فأبرأت زوجها منه فلا يصح إبراؤها ولو قبله الزوج فلها أن تطالبه به بعد ذلك، لكن لهذا الإبراء تأثير آخر، فهو تغيير صفة اليد فبعد أن كانت يد الزوجة على المهر يد ضمان تصبح بهذا الإبراء يد أمانة فيعتبر المهر في يده وديعه فلا يضمنه عند الهلاك إلا بسبب التعدي أو الإهمال.

ويتم الإبراء بإرادة المبرئ وحده إذ هو إسقاط فلا يتوقف على القبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك إتقاء المنه.

وفي الأشباه أن الإبراه يرتد بالرد في مسائل :

1. إذا أبرأ المحال عليه فرد إبراءه لم يرتد وقيل يرتد .
2. إذا قال المدين لدائنه (أبرئني) فأبراه، فرد الإبراء، لا يرتد.

3. إذا أبرأ الدائن الكفيل فرده لم يرتد وقيل يرتد.
4. لو قبل المدين الإبراء ثم رده لم يرتد.

وهل يشترط الرد في المجلس، قولان مصححان بناء على تغليب معنى التمليك أو الإسقاط في الإبراء، ويشترط أن يكون الدين المبرأ منه قائماً وقت الإبراء لأن الإبراء نوع من الإسقاط والإسقاط لا يكون إلا لشخص موجود فعلاً حتى يمكن تصوره، فالإبراء من المعدوم باطل لعدم مصادفة المحل.

والإبراء قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، فالإبراء الخاص كأن يبرئ الدائن شخصاً معيناً أو أشخاصاً معينين من حق معين له قبله أو قبلهم، والإبراء العام كالإبراء من جميع الدعاوى أو الحقوق التي لشخص قبل شخص معين أو جماعة معينين.

ولا بد أن يكون المبرأ منه معيناً ولا شمول له لما بعده بل للمبرئ أن يطالب مدينه بما أستجد له من الحقوق بعد الإبراء.

ومتى تم الإبراء صحيحاً سقط الحق فلا يعود عملاً بالقاعدة الساقط لا يعود تراجع المواد (224 و 236 و 239) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المادة (253) أردني.

المادة (280)

1. الوعـد هـو مـا يفرضه الشـخص على نفسـه لغيـره بالإضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في المال وقد يقع على عقد أو عمل.
2. ويلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس.

المذكرة الإيضاحية :.

الإلتزام يطلق في الفقه الإسـلامي على الصورة العامة للإلتزام بـالإرادة المنفـردة فيقـال المطلوبـات المترتبـة علـى الإلتـزام أي على الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة.

فـإذا التزم شـخص بمال يعطيه لشـخص آخـر دون أن يتعاقد معه فهـل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هـذه أن يعطي المال الذي ألتزم بإعطائه.

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذا من قبيل التبرع، والتبـرع غير ملـزم عندهم وخالـف في ذلك مالك وفيمـا يلي خلاصة لمذهبة :

الإلتزام عند المالكية :.

الإلتـزام في عرف الفقهاء هو إلزام الشـخص نفسـه شـيئاً من المعـروف مطلقـاً أو معلقـاً على شـيء فهو بمعنـى العطيـة (وأركان الإلتزام كأركان الهبة. الملتزم (بكسـر الزاء) والملتزم له والملتزم به والصيغة (ويشترط في كل ركن منها ما يشترط في الهبة).

فيشــترط في الملتــزم أن يكون أهــلاً للتبــرع إلا أن يكون من باب المعاوضة فيشــترط أهلية المعاوضة فقط (ويشترط في المتلزم له أن يكون ممن يصح أن يملك الإنتفاع به كالمساجد والقناطر).

وأما الملتزم به فهو كل ما فيه منفعة وسواء كان فيه غيرر أم لا إلا فيما كان من باب المعاوضة فيشترط فيه إنتفاء الغرر.

أما الركن الرابع وهــو الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه من إشارة أو نحوها تدل على إلزام الشخص نفسه ما التزمه.

وإذا لم يكــن الإلتزام على وجه المعاوضة فــلا يتم إلا بالحيازة ويبطل بالموت والفلس قبلها كما في سائر التبرعات.

ويدخــل في الإلتزام الصدقة والهبة والحبــس والعارية والعمري والعمريــة والمنحة والإرفاق والإخدام والإســكان والنــذر، والضمان والإلتزام بالمعنى الأخص أي بلفظ الإلتزام.

ويقضــي به علــى الملتزم ما لــم يلفس أو يمــت أو يمرض مرض المــوت ان كان الملتزم له (بفتح الزاء) معيناً وليس في القضاء به خلاف إلا علــى القول بأن الهبة لا تلزم بالقول وهو خلاف المعروف من المذهب بل نقل ابن رشد الإتفاق على لزوم الهبة بالقول.

أمــا إذا كان الإلتزام لغير معين كالمســاكين والفقراء ونحو ذلك فالمشهور من المذاهب أن يؤمر بالوفاء بما التزمه ولا يقضي به.

والعدة أو الوعد، إخبار عن إنهاء الخبر معروفاً في المستقبل فهو

ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلتزام في الحال.

والجمهور (ومنهم الحنفية وأهل الظاهر) على أن الوفاء بالوعد غير لازم قضاء فليس للموعود مطالبة الواعد قضاء الوفاء به.

وقال ابن شبرمة : الوعد كلمة لازم ويقضي به على الواعد ويجبر.

وفي المذهب المالكي الوفاء بالعدة مطلوب بلا خلاف، ولكن هل يجب القضاء بها واختلف على أربعة أقوال فقيل يقضي بها مطلقاً .

وقيل لا يقضي بها مطلقاً.

وقيل يقضي بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء كقولك : أريد أن أتزوج أو أن أشتري كذا فأسلفني كذا ، فقال (نعم) ثم بدأ له قبل ان يتزوج أو أن يشتري ، فإن ذلك يلزمه ويقضي عليه به ، فإن لم يترك الأمر الذي وعدك عليه وكذا لو لم تسأله وقال لك هو من نفسه "أنا أسلفك أو أهب لك كذا لتقضي دينك أو لتتزوج" أو نحو ذلك فإن ذلك يلزمه ويقضي به عليه.

أما إن كانت على غير سبب فلا كما إذا قلت أسلفني كذا ولم تذكر سبباً أو أعرني دابتك أو بقرك ولم تذكر سفراً ولا حاجة فقال نعم ثم بدأ له أو قال هو من نفسه أنا أسلفك كذا أو أهب لك كذا ولم يذكر سبباً ثم بدا له.

والرابـع يقضي بها ان كانت على سـبب ودخل الموعود بسـبب العدة في شيء وهذا هو المشهور من الأقوال.

وقـد يقع الوعد على عقد أو عمل كأن يعد شـخص آخر ببيعه أرضاً أو ببنائه داراً .

وقـد رؤي الأخـذ في القانـون برأي ابن شـبرمة ومـا وافقه في المذهـب المالكي اسـتجابة لمبدأ البـر بالعهود الذي تفرضـه الأديان والأخلاق وحسن النية في المعاملات بين الناس.

(الحطـاب، تحريـر الكلام في مسـائل الإلتزام، المنشـور في فتاوى عليش ج 1 ص 180 وما بعدها).

وهذه المادة تقابل المادة (254) أردني.

المادة (281)

1. من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلا التـزم بإعطـاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قـام به دون نظر الى الوعد بالجائزة.
2. واذا لـم يعـين الواعد أجلا للقيـام بالعمل جاز له الرجـوع في وعده بإعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسـمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة اشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد

المذكرة الإيضاحية :.

الجهالة هي إلتزام بمال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لابسته جهالـة ، وقد يكون الإيجاب موجهاً لشـخص معلوم أو لشـخص غير معلوم.

وصورتها أن يقول شـخص لآخر (إن رددت علي فرسـي الضال فلك كذا) أو (من رد علي فرسي الضال فله كذا).

فالجعـل فيها يكـون نظير عمل معين وقد يكـون هذا العمل مجهولاً بعض الجهالة.

وهي عقد فاسـد عنـد الحنفية ، لأنه من قبيـل الاجارة التي لم تسـتوف شـروط صحتها من العلـم بالعمـل والعلم بالأجـر وقبوله في المجلس والعلم بالمدة فيما يحتاج إلى مدة وغير ذلك من الشروط.

(يراجع ابن حزم، المحلي 8 / البند 1227 وما بعده، والكاساني، البدائع 4 : 184) ويرى المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية وبعض الزيدية أنها عقد صحيح ويرى أهل الظاهر أنه لا يقضي بها وإن أستحب الوفاء.

فهي تنعقد بمجرد إرادة الجاعل ما دام العمل لم يشرع فيه أحد.

فإن شـرع فيـه أحد وهـو يعلم بالجعـل أصبح الجاعـل ملتزماً ولكـن العامل لا يلتزم بالإسـتمرار فيه. فإذا قـام بالعمل وأتمه وجب له الجعل.

ولكنه إذا قام به غير عالم بالجعل لم يستحق شيئاً لأنه متبرع في هذه الحالة وبالمذهب المالكي أخذ المشرع.

ويجب التفريق في هذا الصدد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد.

ففي الحالة الأولى : يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة فإذا انقضت هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد أما إذا أتم القيام بالعمل المطلوب قبل إنتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائناً بالجائزة من فوره ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلاً بالوعد وفي هذا ما ينفي عن الوعد بالجائزة صفته العقدية ، فهذه الصفة ليست في اس المشرع كمستلزماته وقد عمم في العبارة حتى تصدق على ما تم قبل إعلان الوعد بالجائزة وما يتم بعد إعلانه لأن هناك من الصور ما هو بدخوله في دائرة تطبيق نص المادة والواجب أن يستحقها الشخص ما دام قد قام بكل ما يشترطه الواعد.

أما في الحالة الثانية حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه ولكن له أن يعدل عنه وفقاً للأوضاع التي صدر بها بأن يحصل العدول علناً بطريق النشر في الصحف أو اللصق مثلاً .

ولا يخلو الحال في الفترة التي تمضي بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة.

1. إذا لـم يكن قد بديء في تنفيذ العمل المطلـوب تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده.

2. إذا كان العمـل المطلـوب قد تم عمله قبل إعـلان العدول فغنى عن البيـان أن الجائـزة تصبـح واجبـة الأداء بمقتضى الوعـد المعقود بمشيئة الواعد وحده.

3. إذا كان قـد بديء في تنفيذ هذا العمل، دون أن يبلغ مرحلة الإتمام فتطبـق القواعد العامـة للمسـئولية وقد رؤي تـرك الحكم فيها للقواعـد العامـة في المسـئولية خوفاً من أن يثير النص اشـكالات كثيـرة وتعقيـدات في التطبيق اذ يخشـى أن يدعي كل شـخص أنه بعد إعلان الوعد بـدأ في القيام بالعمل المطلوب والعدول أضره ولأنه إذا تقررت الجائزة لعمل جزئي فات الغرض من التشجيع على الأعمال النافعة.

وقد نص على عدم سـماع دعوى المطالبـة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور وذلك لقطع السبيل علـى كل محاولة مصطنعـة يراد بها إسـتغلال الوعـد بالجائزة بعد إعلان العدول وحسـم المنازعات التي تنشـأ بسـبب تقـادم العهد على الجائـزة وصعوبة الإثبات ولذلك جعلت مدة عدم سـماع الدعوى ثلاثة أشهر.

ولا يبقى، بعد هذا سـوى بعض مسـائل تفصيليـة عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تشـريعية خاصة وأغفل المشرع ذكرها، مكتفياً في شـأنها بتطبيـق المبادئ العامـة والمـادة (659) من التقنين الألمانـي تنص على أنـه " إذا نفذ العمـل الذي بذلت الجائـزة من أجله

أكثر من شخص واحد كانت الجائزة للأسبق. فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم ".

"أنظر أيضاً المادة (17) من التقنين التونسي والمراكشي". وكذلك نص المادة (660) من التقنين الألماني على أنه " إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها ، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة " ويقضي التقنين البولوني في المادة (106) ببطلان الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في المسابقة إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً للتنفيذ في هذه المسابقة ، ويكون للواعد الحق في تقرير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة ، ولأي عمل تمنح إلا اذا كان قد بيّن في إعلانه طريقاً آخر للفصل في نتيجة المسابقة ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذي أستحق الجائزة أو حقوق منشئة فيه إلا إذا كان قد أحتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان.

وهذه المادة تقابل المواد (255) أردني و (162) مصري و (163) سوري و (185) عراقي.

الفصل الثالث
الفعل الضار

الفرع الأول
أحكام عامة

نظرة عامة :

تناول القانون المدني المصري المسئولية التقصيرية أو العمل غير المشروع في ثلاثة مباحث خصص الأول منها للمسئولية عن الأعمال الشخصية وهي تتضمن القواعد العامة في المسئولية وفي الثاني تكلم عن المسئولية عن عمل الغير وأخيراً تناول المسئولية عن الأشياء في المبحث الثالث.

ولم يفرد لنظرية التعسف في إستعمال الحق مكاناً بين أحكام المسئولية بل عالجها في سياق النصوص التمهيدية بإعتبار ، أن مالها من عموم التطبيق يجاوز حدود هذه الأحكام .

أما المشروع العراقي فقد تناول العمل غير المشروع في فرعين خصص أولهما للكلام على المسئولية عن الأعمال الشخصية وتناول فيه :

1. الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال حيث تكلم على الإتلاف والغصب.

2. الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس.

3. الأحـــكام المشــتركة للأعمال غير المشــروعة وخصــص ثانيهما للحكم على :

أ. المسئولية عن عمل الغير .

ب. المســئولية عــن الأشــياء حيث تكلم علــى جناية الحيــوان وما يحدث في الطريق العام .

والمســئولية عن البناء كما أنه لم يتناول في هذا الباب الكلام على سوء إستعمال الحق إتباعاً لنهج القانون المصري.

وقــد رؤي في هذا القانون الإفــادة في النهج مــن القانون المدني المصــري والقانون المدني العراقي معــاً ، دون تقيد بهما ومعالجة الفعل الضار في خمسة فروع :

يتناول الفــرع الأول الأحكام العامة ، والفرع الثاني المســئولية عن الأعمال الشخصية وشمل :

1. الضرر الذي يقع على النفس.
2. إتلاف المال .
3. الغصب والتعدي .

والفرع الثالث المسئولية عن عمل الغير ، والفرع الرابع المسئولية عن الأشــياء وإســتعمال الطريق العام وفيــه يعالج المســئولية عن فعل الحيوان وعن انهدام المباني وعن الأشياء والآلات واستعمال الحق العام.

ولــم يعالج هنا التعســف في اســتعمال الحق اكتفــاء بعلاجها في سياق النصوص التمهيدية بإعتبار أن مالها من عموم التطبيق يجاوز حدود الفعل الضار كما فعل من قبل القانون المدني المصري والقانون العراقي.

وهو منهج يختلف إلى حد ما عما اتبعه التقنين المصري و التقنين العراقي على ما يتبين من المقابلة مع الإفادة منها في نفس الوقت.

ان أحكام المسئولية عن الفعل الضار هي بعض ما يعبر عنه لدى الفقهاء المسلمين بكلمة (الضمان) : والضمان لدى الفقهاء المسلمين إما ضمان عقد وإما ضمان اتلاف.

أما ضمان العقد أو الضمان الذي يسببه العقد فهو ضمان مال تالف ضماناً يستند إلى عقد يقتضى الضمان.

ومثاله:

إذا هلك المبيع بآفة سماوية في يد البائع قبل التسليم فضمانه من البائع بمعنى أن المشتري لا يلزم بدفع الثمن ويفسخ البيع لعدم استطاعة البائع الوفاء بتسليم المبيع وكذا إذا هلك الشيء المستأجر في خلال مدة الإجارة سقط عن المستأجر التزامه بدفع الاجرة في المدة التالية وكان الضمان بذلك من المؤجر وهي غير ما يعرف في القانون بالمسئولية العقدية وهي التزامه المخل بإلتزامه الناشيء عن العقد بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه نتيجة إخلاله بإلتزامه ، ففي المسئولية العقدية التعويض ليس عن مال تالف وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن إخلال المدين بما التزم به بناء على العقد أما ضمان العقد فمعناه أن العقد يقضي بأن يتحمل أحد طرفيه عبء تلف المال.

وأما ضمان اليد فالمقصود به الضمان الذي سببه اليد بمعنى الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد شخص ليس مالكاً

له فإذا كانت اليد يد أمانة وهناك الشيء دون تعد ولا تقصير فإن صاحب اليد لا يضمن أما إذا كان الشخص قد قصر أو تعدى فإن يده تصبح يد ضمان فإذا هلك الشيء ولو بآفة سماوية فإنه يهلك عليه بمثله أو قيمته.

وأما ضمان الإتلاف أو بعبارة أعم ضمان الفعل فهو أن يأتي شخص فعلاً يلحق الضرر بآخر كأن يتلف له نفساً أو عضواً أو مالاً فيجب عليه ضمان ما أتلف وهذا الفعل يتخذ في المال صوراً مختلفة منها الإتلاف والتعييب والتغيير والحيلولة بين المال وصاحبه و الغصب والغرور .... إلخ

وبين هذه الأنواع الثلاثة من الضمان وجوه شبه ووجوه خلاف.

فضمان العقد وضمان اليد يتفقان في أن الضمان يتحقق فيهما ولو كان الهلاك بقوة قاهرة فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم بآفة سماوية سقط الثمن عن المشتري ويتحمل البائع تبعة الهلاك أي كان الضمان من البائع رغم أن الهلاك بقوة قاهرة والضمان هنا ضمان عقد والمغصوب إذا هلك في يد الغاصب بقوة قاهرة وجب على الغاصب المثل أو القيمة والضمان هنا ضمان يد ويتفقان أيضاً في أن الضمان متفرع عن واجب أصلي وهو تسليم المحل (المعقود عليه أو المغصوب) ففي البيع يجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري فإذا لم يفعل وهلك في يده (ولو بقوة قاهرة) كان المبيع من ضمانه والمغصوب يجب على الغاصب رده فإذا هلك (ولو بقوة قاهرة) كان الضمان عليه.

ويختلفان في الضمان الواجب : ففي ضمان اليد يجب المثل أو القيمة ففي الغصب إذا هلك المغصوب بقوة قاهرة وجب على الغاصب

مثله أو قيمته وفي ضمان العقد لا يجب المثل أو القيمة بل يكون الواجب بحسب العقد دون رعاية للمماثلة بين العوض والمعوض عنه فإذا هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم سقط عنه المشتري الثمن دون نظر لما إذا كان الثمن أكثر أو أقل من قيمة المبيع.

وضمان العقد وضمان الإتلاف يختلفان، فضلاً عن أن هذا سببه العقد وهذا سببه الفعل الضار، في أن ضمان العقد يقوم ولو كان سبب الإخلال قوة قاهرة أما ضمان الإتلاف فلا يكون الا بفعل يصدر من الشخص ينتج عنه إتلاف إما مباشرة أو تسبباً فإذا انقطعت علاقة السببية بين الفعل وبين الضرر فلا ضمان كما يختلفان في مقدار الضمان على ما تقدم في التفرقة بين ضمان العقد وضمان اليد.

وضمان اليد وضمان الإتلاف يتفقان في أن الضمان الواجب فيهما يرجع مباشرة أو غير مباشرة إلى فعل ضار هو الإتلاف أو الغصب أو التعدي ويتفقان في أن الضمان في كل منهما مقداره المثل أو القيمة، ويختلفان في أن الواجب الأصلي في ضمان اليد هو رد نفس العين فالغاصب عليه أصلاً رد نفس العين فإن تعذر ذلك وجب عليه المثل أو القيمة أما في ضمان الإتلاف فالواجب الأصلي، بطبيعة الحال هو المثل أو القيمة.

ومما تقدم يتبين أن هناك مجالاً للنظر فيما إذا كان الأليق أن يعالج الغصب في باب "الفعل الضار" أو في باب "القانون" بوصفه مصدراً للإلتزام بالرد. ومع وجاهة إيراده في "القانون" إلا أنه رؤي ترجيح معالجته في "الفعل الضار" كما فعل التقنين العراقي استناداً إلى مسلك محمد رحمه الله فقد "جمع محمد رحمه الله في كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الإتلاف" وكذا (الكاساني

7 : 142) ورؤي من حيث ترتيب مكانه مخالفة القانون العراقي بإيراده في فرع خاص أخيراً بدلاً من معالجته بين الأفعال الضارة التي يجب فيها المثل أو القيمة من أول الأمر على ما سلف البيان.

والعمدة في هذا الباب كله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " وفي اللسان، قال: ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر فمعنى قوله لا ضرر " أي لا يضر الرجل آخاه والضرر ضد النفع " وقوله " ولا ضرار " أي لا يضار كل واحد منهما صاحبه فالضرار منهما معاً والضرر فعل واحد ومعنى قوله " ولا ضرار " أي لا يدخل الضرر على الذي ضره ولكن يعفو عنه، كقوله عز وجل " إدفع بالتي هي أحسن فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم " قال ابن الأثير: قوله " لا ضرار " أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فعال من الضرر أي لا يجازيه بإدخال الضرر عليه والضرر فعل الواحد، والضرار فعال من الضر أي لا يجازيه على إضراراه بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الأثنين والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه، وقيل: الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد".

فإذا أوقع أحد بأحد ضرراً فإن هذا الضرر يجبر بإعادة حال المضرور إلى ما كان عليه قبله ما أمكن ذلك وهو ما تدل عليه القاعدة الفقهية من أن " الضرر يزال " وإزالته تكون بالتضمين وهو الحكم بالضمان وذلك يكون بإلزام المتعدي بمثل ما أتلفه من المال إن كان الإضرار بإتلاف المال.

وإذا كان الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: شغل

الذمــة بمــا يجب الوفاء به من مــال أو عمل فإن كلمــة " الضمان " قد تستعمل في الدلالة على المال المطلوب أداؤه تعويضاً .

والمقصــود بالضمان هنــا هو إلزام الشــخص بتعويض المضرور عــن الضرر الذي حصل له بفعله وقــد يقصد به ما يلزم به نتيجة لذلك وكلا المعنيين قد جرت به عبارات الفقهاء.

والمقصود بالضمان في هذا الباب غالباً هو تعويض المضرور عن الضرر الذي حصل له بفعله وقد يقصد به ما يلزم به من ارتكب الفعل الضار.

وقــد أفاد المشــرع مــن صياغــة التقنين المصــري ومــا تبعه من تقنينات عربيــة وقد حبذ التقنين المصري صياغــة التقنينات اللاتينية علــى التقنــين الألمانــي ذلــك أن هــذا التقنين بــدلاً من أن يضــع مبدأ تنطوي في عمومه جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشــخصي فإنه بــدأ بطائفة من النصوص تعــرض لحالات خاصة و مــن هذه الحالات يســتخلص المبــدأ العــام، ومذهبــه هــذا يقرب مــن مذهــب القانون الإنجليزي وهــو أخلق بنظام قانوني يقوم علــى أحكام القضاء وعلى التطبيــق في المســائل التفريعية منه بتقنين يقصد بــه إلى تقرير مبادئ عامة ولهذه العلة اعرضت عنه ذات التقنينات التي درجت على استلهام التقنين الألماني كتقنين الإلتزامات الســويســرية والتقنين النمســاوي المعدل والتقنين البولوني.

كما فعــل التقنين المصري والتقنينات العربية التابعة له ســلك المشــرع نفس الســبيل مخالفاً بذلك منهج المجلة ، فقــد اهتمت المجلة شــأنها دائمــاً بإيــراد كثير مــن التفصيــل والتطبيقات مــع المبدأ أو

بدونه ولكن المشرع وجه جل اهتمامه إلى تقرير المبدأ دون أن يجعل من منهجه إيراد التطبيقات من شأنها التغير والتبدل وخصوصاً وقد تغيرت سبل الحياة المعاصرة عن تلك التي وضعت في ظلها هذه التطبيقات وتاركاً للقضاء والفقه الإجتهاد في التطبيق على ما يجد من حوادث ونوازل مما يساعد على التجديد والإبتكار على الأسس التي قام عليها الفقه الإسلامي.

وقد عرض المشرع بالضبط والتحديد لأحكام مختلفة تتعلق بالأحكام العامة في الفعل الضار، فحدد أولاً أن الأضرار هو مناط المسئولية المدنية ولو صدر من غير مميز، مخالفاً بذلك القانون المصري وصادراً عن الفقه الإسلامي، مبيناً الصلة بين الفعل الموجب للضمان وبين القصد والتعدي، فعرض للمباشرة والتسبب ثم بين أن من أسباب عدم قيام المسئولية إمكان التحرز من الفعل الضار مما ينطوي تحته السبب الأجنبي ويشمل الحادث الفجائي أو القوة القاهرة وفعل المصاب وفعل الغير وعرض لأثر رضاء المصاب والفعل المشترك كما أورد حكم الدفاع الشرعي والإكراه وحالة الضرورة.

وقد استكثر المشرع من طرق التعويض فلم يجعل الأمر مقصوراً على الإلزام بأداء مبلغ معين بل أجاز للقاضي أن يحكم بإيراد مرتب أو أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو يأمر بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين وأنشا إلى جانب التقادم العادي وهو يتم بإنقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع الفعل الضار تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات يبدأ سريانها من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسئولية عنه إلا أنه إذا كانت دعوى الضمان ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية ما تزال مسموعة فإن دعوى الضمان لا يمنع سماعها وفي جميع الأحوال

لا تسمع دعوى الضمان بعد خمس عشرة سنة من وقوع الفعل الضار.

المادة (282)

كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر.

المذكرة الإيضاحية :

في هذه المادة يقرر المشرع القاعدة العامة من أن كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض وهذه القاعدة تستند على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه (لا ضرر ولا ضرار) (م 19 من المجلة) (والضرر يزال) (م 20 من المجلة) أو (إذا بطل الأصل يصال إلى البدل) (م 53 من المجلة).

فهذه المادة تستظهر في عبارة موجزة وواضحة حكم المسئولية عن الفعل الضار في عناصرها الثلاثة فترتب الإلزام بالتعويض على " كل إضرار " والإضرار يستلزم الفعل " أو عدم الفعل " الذي ينشأ عنه الضرر فلابد إذن من توافر الفعل (أي الإيجاب أو السلب) والضرر، ثم علاقة سببيه بينهما.

ويغني لفظ " الإضرار " في هذا المقام عن سائر النعوت والكُني التي تخطر في معرض التعبير كإصطلاح "العمل غير المشروع " أو " العمل المخالف للقانون " أو " الفعل الذي يحرمه القانون " ...... إلخ.

وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الإضرار، في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا ضرب الأمثال

ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد ما فيه إضرار لتقدير القاضي وهو يسترشد في ذلك ، بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه فثمة إلتزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الإضرار ، ويقضي هذا الإلتزام تبصراً في التصرف ، يوجب بذلك أعمال عناية الرجل الحريص وقد أقر التقنين النمساوي هذا الضابط التوجيهي تشريعاً ، فنص في المادة (1297) على أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العقلية أن تتوافر لديه درجة الإنتباه والعناية التي تتوقع في سواد الناس ، ويتحقق معنى الخطأ في كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة).

والمقصود بالإضرار هنا محاولة "مجاوزة الحد" الواجب الوقوف عنده أو "التقصير عن الحد" الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع مما يترتب عليه الضرر ، فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي وتنصرف دلالته إلى الفعل العمد وإلى مجرد الإهمال على حد سواء ذلك أن الفقة الإسلامي كما يعرف الخطأ الإيجابي وهو ظاهر يعرف الخطأ السلبي ويسميه "التقصير" و "عدم التحرز والتفريط" ومن أمثلة ذلك .

لو سلم أحد ولده إلى سباح ليعلمه السباحه فغرق الولد كان السباح مسئولاً .

وسبب ذلك أنه تسلم الولد ليحتاط في حفظه ، فغرقه دليل على التقصير في المحافظة الواجبة والتفريط في الإنتباه المطلوب " المغني 9 : 577 والوجيز 2 : 149 " .

إذا ساق رجل دابة فوقع سرجها أو لجامها أو شيء آخر من أدواتها التي تحمل عليها وأصاب هذا الشيء إنساناً فمات فالسائق ضامن " لأن الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد والاحكام فيه " (الفتاوى الخيرية 2 : 179).

وقد حصل التساؤل هل يكفي الكف سبباً للضمان إذا تسبب عنه تلف مال لآخر كأن رأي إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف.

ذهب المالكية وأهل الظاهر إلى تضمينه في هذه الحالة بناء على أنه قد ترك واجباً عليه وهو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك ومن ترك واجباً فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن ومن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف ثم تلفت فإنه يضمنها وقيل لا ضمان على المتلف في هذه الحالة لأن الترك في هذه الحالة ليس تضييعاً بل امتناعاً عن حفظ غير واجب.

والظاهر حسب قواعد الفقه الحنفي أنه لا ضمان عليه لعدم المباشرة أو التسبب إذا كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف وهو وجود النار وإقترابها منه هذا فضلاً عن لا إعتداء في الإمتناع، والشرط في إقتضاء الضمان التعدي.

وهذا الخلاف لا يخل بالمبدأ المنوه عنه فيما سبق.

وهل يشترط أن يكون الفعل الضار فعلاً في المحل ؟

من الفروع ما يدل الحكم فيه على أنه لا يشترط في الفعل

الضار الموجب للتضمين أن يكون في المحل المطلوب ضمانه أي في المال التالف ففي الحلبي (5 : 222) نقلا عن فتاوى قاضيخان لو غصب عجلاً فاستهلكه وتسبب عن ذلك في تيبس لبن أمه. قال ابن بكر البلخي : يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وان لم يفعل في الأم شيئاً .

ولكن جاء في كثير من كتب الحنفية : من حبس مالك حيوان عنه حتى هلك أو ضاع فلا ضمان عليه إذ لا فعل له في التالف ولم تكن له يد عليه ، كما لو غصب دابة فتبعها ولدها فتلف بسبب ذلك فلا ضمان عليه لقيمة الولد لعدم فعله فيه.

والفرع الأول يدل على عدم اشتراط اتصال الفعل الضار بالمال التالف.

والفروع الأخرى تدل على هذا الإشتراط.

وقد أثر المشرع ترك ذلك للقضاء.

والفعل الضار فعل غير مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام " لا ضرر ولا ضرار " لذلك جعله الشارع سبباً لضمان ما ترتب عليه من تلف.

ولا يخرجه عن هذه السببية إلا بوصف فاعله بالإعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقد أهلية التكليف لأن سببيته ترتبط بذاته وبآثاره ولا يقصد فاعله وإدراكه ولذا يترتب عليه أثره إذا صدر من نائم أو من مجنون أو من طفل لأن الأمر في إقتضائه التضمين مبني على المعاوضة وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله

ولذلك قال الفقهاء أن العمد والخطأ في الأمور سواء ويريدون بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف الإرادة وهو خلاف ما يدل عليه الخطأ في تعبير رجال القانون حين جعلوا الخطأ ركناً من أركان المسئولية التقصيرية (م 163 مدني مصري) فالخطأ في القانون يرادف التعدي في الفقه الإسلامي الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليه إلتزامها في سلوكه شرعاً وقانوناً وهو انحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير. فالضمان في القانون منوط بالخطأ بمعنى الإعتداء والمخالفة.

فلا ضمان عندهم على فاقد الأهلية، على خلاف ما ذهب إليه الفقهاء من إناطة التضمين بالضرر المترتب على فعل محظور في ذاته وإن صدر من عديم الأهلية، كالنائم حال نومه والمجنون والطفل الذي لا يميز.

وخلاصة القول في ذلك أن الفعل إذا كان مؤدياً إلى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما يترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله فإن كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير أوجب الشارع رفعه لحديث " لا ضرر ولا ضرار " وذلك يوجب رفع الضرر مطلقاً سواء أحدث من مكلف أم من غير مكلف ولا سبيل إلى رفعه في هذه الحال إلا بإيجاب الضمان في ماله دون التفات الفقه الإسلامي في تقرير مسئولية غير المميز عن أعماله غير المشروعة في ماله إلى المدى الذي ذهب إليه الفقه الإسلامي من أنها مسئولية أصلية وأنها كاملة في ماله بل قررها على سبيل الاستثناء ورتب عليها تعويضاً جوازياً للمحكمة وعادلاً بمراعاة مركز الخصوم أي دون العادي

(تراجــع مجموعة الأعمال التحضيريــة للقانون المدني المصري ج 2 ص 356 ـ 361 ـ مادة 164) من القانون وفي الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصــري أن المادة المصرية التي بنت المســئولية لم تحدث شــيئاً جديداً وكنا ننتظر أن يأتينا المشــرع بجديد يتفق مع تطور الحياة فالمشرع في المادة (م 163 و 167 من القانون) ذكر شــيئاً عن نظرية الخطأ ولكنه نسي نظرية تحمل تبعة المخاطر (المرجع السابق ص 364 ـ 365).

أما في الفقه الإســلامي فمسئولية من يأمر غيره مسئولية مالية لا تقوم على الخطأ بل على الضرر ولذا لا يشــترط في المســئولية المالية أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً .

ففــي الفقه الإســلامي غيــر المميــز كالمميز مســؤول في ماله إذا أتلــف مــالاً لآخر وقد نص في المــادة (916) من المجلة أنــه "إذا أتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله" ونص في المادة (960) منها على مــا يأتي" المحجوريــن الذين ذكــروا في المواد الســابقة (وهم الصغير والمجنــون والمعتوه والســفيه والمديــن المحجور) وإن لــم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون حالاً الضرر والخســارة اللذين نشــأ عن فعلهم مثلاً يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز فلو أتلف صبي ســواء أكان مميزاً أم غيــر مميز مأذوناً أم غير مأذون مالاً لآخر صبياً كان أو بالغاً بلا أمر الآخر أو أحدث فيه نقصاناً مالزم الضمان مــن ماله لأن الصبي يؤاخذ بأفعاله. مثــلاً : لو بال الصبي من فوق السطح فأفســد ثوباً لآخر لزم الضمان من ماله ، (جامع أحكام الصغــار) ، وإذا لم يكن لذلك الصبي مال ينتظر حال يســره كما لا يطالب المدين المعســر بالدين إلى أن يصبح موســراً ولا يضمن وليه أي أبــوه أو وصيــه مثلاً من ماله ولا يجبر أحد علــى تأديه مال الغير ما لم يوجد سبب شرعي كالكفالة والحوالة فلا يطالب بالدين الذي تلعق

بذمة أحد أبوه أو ابنه مثلاً فلو رمي صبي حجراً في الزقاق فكسر زجاج دار آخر فلا يضمن وليه بحجة أنه ترك حبل الصبي على غاربه.

ويلاحظ أن المجلة قصرت نص المادة (960) ما " إذا أتلف صبي مال غيره " وألزمته الضمان مع أن الحكم في إتلاف النفس كذلك وقد أجيب بأن هذا القصر من المجلة لأنها لا تبحث إلا في الأموال وقد رأى المشرع استعمال لفظ عام ليشمل الأموال والأنفس جميعاً .

والإتجاه في القوانين المدنية الحديثة كالقانون الألماني وقانون الإلتزامات السويسري والقانون البولوني نحو الأخذ بحكم الفقه الإسلامي من حيث عدم ربط المسؤولية بالتمييز وإقامتها على الضرر لا على الخطأ الذي يفترض التمييز على خلاف في المدى بينها بل أن التشريع السوفيتي سار إلى حد بناء المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ المفروض وانتهى تفريعاً على ذلك إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات في المادة (403) بأن " من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر ويبرأ من إلتزامه هذا إذا قام دليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يتقي هذا الضرر، أو أنه كانت له سلطة احداثه قانوناً أو أنه حدث من جراء سبق اضرار المضرور أو اهماله الفاضح " وقد تقدم ما يدل على أنه كان هناك رأي في مصر في الأخذ بنظرية بناء المسئولية على الضرر.

أما القانون المدني العراقي فقد أورد في هذا الصدد النصين الخاصين الآتيين م 19 " إذا أتلف صبي مميزاً أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله. 2. وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي او القيم أو الوصي بمبلغ

التعويض على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر
ـ 3 ـ عند تقرير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك في مركز الخصوم.

1. يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير.
2. ويستطيع الأب والجد بأن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب.

وعدم الإتساق بين النصين ظاهر.

وقد أخذ المشرع بحكم الفقه الإسلامي بعبارة هامة واضحة موجزة خلاصتها أن كل من أضر بالغير في ماله أو في نفسه أو بفعل إيجابي أو بفعل سلبي يلتزم بالتعويض في ماله سواء أكان مميزاً أو غير مميز.

وهذه المادة تقابل المواد (256) أردني و (163) و (165) سوري و (191 و 204 و 218) عراقي.

المادة (283)

1. يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب
2. فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا الى الضرر.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة تتناول طرق الإضرار وهل يشترط " التعمد أو"التعدي" أم لا ؟

وكلتا " التعمد" و التعدي " ليستا مترادفتين إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل.

والمراد بالتعدي الا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر، الشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة فإذا كان الاضرار "كالإتلاف" بالمباشرة لم يشترط التعمد ولا التعدي وإن كان بالتسبب اشترط التعمد او التعدي وقد صيغ هذين الحكمان في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما " المباشر ضامن ولم لم يتعمد أو يتعد " و " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي ".

ويكون الإضرار بالمباشرة اذا انصب فعل الإتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله (فاعل مباشرة) (م 887 مجلة) بأن كان اناء فكسره مثلاً : ويكون بالتسبب باتيان فعل من شيء آخر فيفضي إلى إتلاف الشيء مثلاً كقطع حبل معلق به قنديل فوقع القنديل وانكسر فهذا إتلاف للحبل مباشرة وللقنديل بالتسبب وكحفر بئر فوقع فيه إنسان فمات فموت الإنسان يكون بالتسبب (م 888 مجلة).

ومرجع التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي أما التسبب فليس بالعلة فلزم أن يقترن فيه

بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجباً للضمان.

وفي شرح على حيدر للمجلة (على المادة 924 من المجلة) أنه في التسبب يشترط الشيئان : التعمد والتعدي كي يكون موجباً للضمان يعني أن ضمان المتسبب مشروط بإتيانه فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر عمداً وبغير حق على عكس ظاهر نص المجلة (م 93 و 924).

وقد خالف القانون المدني العراقي أولى القاعدتين السابقتين إذ نص في المادة (186) فقرة (1) منه على أنه "إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى" فهو قد أشترط التعمد أو التعدي في المباشرة وسوّى في ذلك بين المباشر والمتسبب.

وقد رأى المشرع التزام حكم الفقه الإسلامي.

وتطبيقاً لذلك قالوا :

إذا حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون أذن ولي الأمر فسقط فيها مال آخر فتضرر كان متسبباً في الإتلاف ضامناً للضرر لأنه كان متعدياً في فعله الذي حصل الضرر بسببه.

ولكن إذا حفر أحد حفرة في ملكه فسقط فيها حيوان أو أنسان فتضرر لم يضمن لأنه لم يكن متعدياً بالحفر فهو قد حفر في ملكه فلذا لا يضمن.

وإذا كان المتسبب متعمداً كان ضامناً ولو لم يكن متعدياً

فإذا حفر أحد خندقاً في ملكه بقصد الإضرار بماشية الغير فتضررت كان ضامناً لتعمده الإضرار ولو لم يكن متعدياً في فعله.

تراجع المادتان (92) ومن (912 ـ 925) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (257) أردني و (186) عراقي.

المادة (284)

إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تتناول هذه المادة حالة ما إذا اجتمع في الاضرار مباشر ومتسبب وتقضي بأن الذي يلزم الضمان هو المباشر لا المتسبب فمثلاً لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر.

وقد خالف القانون المدني العراقي هذه القاعدة إذ نص في المادة (186ـ2) أنه "إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان" نتيجة لما قرره في الفقرة السابقة من نفس المادة من اشتراط التعمد أو التعدي في المباشرة أيضاً أسوة بالتسبب.

وقد رؤي أخذ في المشرع بالحكم استاقاً مع المادة السابقة .

وهذه القاعدة مأخوذة من الأشباه ويفهم منها أنه إذا اجتمع المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلك الشيء ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل المباشر دون المتسبب بعبارة أخرى يقدم المباشر في الضمان على المتسبب والمباشر هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر.

أما إذا كان السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب.

أمثلة:

لو حفر رجل بئر في الطريق العام فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو إلقاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقل ولما كان فعل الإلقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه وقد ورد في الولوجيه كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذي وجد منهما أخيراً.

أما إذا كان ذلك الحيوان سقط بنفسه في البئر فإذا كان حافر البئر قد حفره بدون أمر من ولي الأمر فالضمان يترتب على حافر البئر كما تقضي المادة السابقة.

لو دل شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه فسرقه اللص فليس

على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص.

لو فتــح أحد باب دار وفك فرســه من قيوده فجاء لص وســرف الفرس فالضمان على السارق.

لو أمســك شــخص بآخــر وجاء ثالــث فاغتصب ما مــع الرجل من النقود فالضمان على المغتصب المباشــر لإســتلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك .

أمــا إذا كان الســبب مما يفضي مباشــرة إلى التلــف فيترتب الحكم على المتسبب مثال ذلك :ـ

لو تماسك شخصان فأمسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كســاعة مثلاً فكســرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغماً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الســاعة مباشــرة لأن الســبب هنا قد أفضى إلى التلف مباشراً دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل.

كذلك لو شــق شــخص زقاً مملوءاً زيتاً أو قطــع حبلاً معلقاً به قنديل فتلــف الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليــه وإن لم يخرج عن كونه متســبباً فقط لأن فعل الشــق وفعل القطع ســببان نشــأ عنهما التلف مباشرة.

وقد نصت المادة (913) من المجلة أنه " إذا زلق أحد وســقط على مال آخر وأتلفه يضمن " تراجع المادة 93 من المجلة.

كما نصت المادة (915) من المجلة أنه " لو جر أحد ثياب غيره وشقها يضمن قيمتها كاملة وأما لو تشبث بها وأنشقت بجر صاحبها يضمن نصف قيمتها كذلك لو جلس أحد على أذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك الشخص نصف قيمتها" .

وقد رؤي في المشروع الإكتفاء بالقواعد العامة دون الأمثال وتراجع أيضاً المادة (925) من المجلة .

وهذه المادة تقابل المادتين (258) أردني و (186) عراقي.

المادة (285)

إذا غر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر.

المذكرة الإيضاحية :.

نص القانون المدني العراقي في المادة (189) على أنه إذا غر أحد آخر ضمن الضرر فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني أذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الأضرار الأخرى.

وقد رؤي في المشروع إيراد الحالة العامة وحكمها دون أمثلة.

والغرر هو الخطر وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع الغرر ويستعمل الفقهاء الغرر في الحمل على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بزعم أن فيه المصلحة ولو عرفت حقيقته ما قبل. وعلى ذلك لا يتحقق غرر إلا بالحمل والترغيب من الغار بالوسائل الباطلة الكاذبة المظهرة للأمر على خلاف واقعة وحقيقته وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نيته.

والغرر قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل ومثال الأول وصف كاذب مضلل يراد به الحمل على الفعل ومثال الثاني تصريه الشاه بغية إظهارها غزيرة اللبن.

كما يكون في العقود وفي الأفعال أما في العقود فنتيجة عدم لزوم العقد بالنسبة إلى المغرر على ما تقدم في العقود.

أما الغرر في الأفعال فكما في الحمل على سلوك طريق على ظن أنه آمن فيأخذ اللصوص أموال سالكه أو على مباشرة فعل على ظن أنه محظور أو غير خطر لا يترتب عليه تلف ثم يتبين أنه خلاف ذلك فيؤدي إلى تلف المال.

وإذا كان الغرر بالفعل فالغار ضامن ضمان التسبب ويراعى فيه حينئذ ما يشترط في التضمين بالتسبب من شروط وخلاف.

وإذا كان الغرر بالقول فيكون الغار ضامناً إذا ضمن والتزم فيكون الضمان فيه من قبيل الإلتزام بالشرط لا من قبيل التضمين بسبب الغرر المحض وإذا لم يتضمن الإشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء إذ لا يجب على المغرر تصديقه بل يجب عليه التروي والنظر ومثال ذلك إذا قال شخص لآخر أسلك هذا الطريق

فإنــه أمن فإذا كان غيــر آمن وأخذ اللصوص مالــك فأنا ضامن، ثم سـلكه فأخذ اللصوص مالــه فإنه يكون ضامناً ويتبـع المضرور من غـره بسـلوكه وهذا بخلاف ما إذا قال له : أسـلك هـذا الطريق فإنه أمن ولم يشـترط الضمان أنه إذا سلك فضاع ماله لم يضمن الغار وقد ذكر بعض الفقهاء من الحنفية أن الضمان عند الإشتراط يعد ضمان كفالـة إذ أن المعني فيه إلتزام الضمان عند التلف وعند بعض الفقهاء إذا كان العـرف يقضي بتصديق الغـار فيما دعا إليه يترتب التضمين عند التلف وبخاصة إذا صدر الغرر ممن يرجع إليه في مثل ما أشـار به ودعا إليه وأشتهر بصدقه في نصحه وإلا لم يترتب عليه ضمان.

وهذه المادة تقابل المادتين (259) أردني و (189) عراقي.

المادة (286)

ليس لمـن اتلف شـخص ماله أن يتلـف مال ذلك الشـخص وإلا ضمن كل منهما ما أتلفه.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المـادة تردد حكم المادة (921) من المجلـة والمادة (216) من القانـون المدني العراقي من أنه ليس المظلـوم أن يظلم آخر بما أنه ظلم وتضرب المجلة في المادة (921) منها الأمثلة الآتية :.

لـو أتلـف زيد مال عمـرو مقابلة بمـا أنه أتلف مالـه، يكونان ضامنين.

ولـو أتلف زيـد مال عمرو الذي هو من قبيلـة علي بما أن بكراً الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله يضمن كل منهما المال الذي أتلفه.

لـو أنخدع أحد فأخذ دراهم زائفة من أحد فليس له أن يصرفها إلى غيره كما تنص المادة (216) عراقي على ما يأتي :-

1. لا ضـرر ولا ضرار والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم.
2. لو أتلف أحد مال غيـره في مقابل إتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنـاً للآخر ما أتلفه، ولو أنخدع شـخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها إلى غيره.

وقـد أكتفى في القانـون بصياغة الحكم دون إيـراد أمثلة في النصوص إكتفاء بإيراد بعض منها في هذه المذكرة.

وهذه المادة تقابل المادتين (260) و (216) عراقي.

المادة (287)

إذا اثبت الشـخص أن الضرر قد نشـأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سـماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمـان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :-

هذه المـادة تقرر مبدأ خاصاً بعلاقة السـببية بمعنـى أنه إذا لم

توجد رابطة السببية بين الفعل والضرر لا يكون الشخص الذي وقع منه الفعل مسؤولاً وتنتفي علاقة السببية إذا وجد السبب الأجنبي كآفة سماوية أو كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو فعل من المضرور لأن هذا الضرر في هذه الحالة يكون متصلاً بشخص معين ولكن فعل هذا الشخص لم يكن هو السبب في حصوله ومثال ذلك سائق سيارة يفاجأ بطفل قطع الشارع جرياً فيصيبه غير مسئول لأن علاقة السببية منتفيه.

وأهمية هذا النص تظهر في إبراز إستقلال رابطة السببية وأثر هذا الإستقلال يتجلى في أمرين :-

الأول هو أنه فيما يتعلق بالفعل وعلاقة السببية يمكن نفي الخطأ في بعض الأحيان ما لم يمنع هذا بنص، فالفعل مسألة وعلاقة السببية مسألة أخرى والذي أريد من هذا النص هو إظهار أن ضرراً متصلاً بفعل شخص فرابطة السببية مفترضة إلا إذا أقام هذا الدليل على عكس ذلك، فهو يضع قاعدة إثبات، والجديد في صيغته هو الإشارة إلى علاقة السببية مفترضة لكن الفعل غير مفترض.

وقد رؤي النص على إستثناء حالة ما إذا قضى بغير ذلك القانون أو الإتفاق كما رؤي النص على قيد في الإتفاق على غير ذلك، وهو ألا يكون هذا الإتفاق مخالفاً للنظام العام أو الآداب ويستند مبدأ النص على جواز ذلك إلى ما أخذ به المشرع من أن الأصل حجة العقود والشروط.

وهذه المادة تقابل المواد (261) أردني و (115) مصري و(166) سوري و (211) عراقي.

المادة (288)

من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسئول عن ذلك الضرر على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزما بالضمان بقدر ما جاوزه.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرض هذه المادة لحالة الدفاع الشرعي ويقصد هنا الدفاع عن النفس والمال للمدافع وغيره وقد أجاز الشارع ذلك.

ففي المهذب للشيرازي (2 : 224ـ 225) من قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى اللّه عليه وسلم قال : من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد ... ولا يجب عليه في شيء من ذلك ضمان ... وأن صالت عليه بهيمة فلم تندفع إلا بالقتل فقتلها لم يضمن لأنه إتلاف بدفع جائز فلم يضمن كما لو قصد أدمى فقتله للدفع.

وأساس ذلك ما انتهى إليه استقراء الأحكام ونصوص الشارع من إقرار المبدأ القاضي بوجوب اختيار أهون الشرين وأخف الضررين إذا لم تكن عند أحدهما مندوحة ومبدأ وجوب تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد وأن الضرورات تبيح المحظورات وتقدر بقدرها .

ويجب في هذه الأحوال أن يكون الضرر الذي يراد دفعه ضرراً مداهماً وحالاً ولا يمكن دفعه بالإلتجاء إلى المحاكم قبل وقوعه

ويكفي في ذلك غلبة الظن.

وقد جاء في حديث صفوان بن يعلى عن أبيه قال : قاتل أجبر لي رجلاً فعض يده فانتزعها من فمه فنثرت ثنيته فشكا إلى النبي صلى اللّه عليه وسلم فأهدرها وقال له " أتريد أن يضع يده في فمك تقضمها كالفحل ولا ينزعها ؟ " .

وبه استدل الشافعي على جواز قتل الفحل الصائل إذا أتى على قاتله ولم يلزمه بضمانه كما تقدم من عبارة المهذب ولم يختلف الفقهاء في جواز دفع الصائل من الحيوان بما يدفع أذاه ، لأن دفع الضرر واجب شرعاً وأنما اختلفوا في تضمين قاتله بناء على أن وجوبه لا يسقط حق مالكه إذا لم يشرع ذلك سبباً مسقطاً للملك في الجمهور على أنه لا يضمن .

ورأى غيرهم التضمين ولكن مع سقوط الأثم.

وفي المغني لابن قدامه إذا صالت بهيمة على انسان ولم يمكنه دفعها إلا بقتلها أجاز له قتلها إجماعاً و ليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره وإلى هذا ذهب مالك والشافعي واسحاق بن راهويه.

وقال أبوحنيفة عليه ضمانها لأنه أتلف مال غيره لإحياء مال نفسه فكان عليه الضمان كالمضطر في مخمصة إذا أكل مال غيره فإذا أكل مال غيره فإن ذلك جائز له وعليه أن يؤدي قيمته إلى مالكه.

وقد نص الحنفية على أن العبرة في ذلك بغلبة الظن إذ لا ينتظر الإنسان حتى يحل الضرر به فعلاً.

وقد أخذ المشرع بالرأي القائل بعدم التضمين طالما التزم المدافع بالقدر الضروري أما إذا تجاوزه فقد رؤي إلزامه بالتعويض بمقدار التجاوز.

وهذا الحكم يقارب حكم القانون المصري (م 166) والقانون المدني العراقي (م 212) إذ الحكم فيهما أنه إذا جاوز القدر الضروري للدفاع كان ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة وقد يكون هذا غير التعويض بقدر التجاوز والحكم الذي أخذ به المشرع عند التجاوز أوفق للقواعد ، تراجع المادتان (21 ، 22) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (262) أردني و (166) مصري و(167) سوري و (212) عراقي .

المادة (289)

1. يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن الفاعل مجبراً على أن الإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجيء وحده.

2. ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد إنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع وكان مبنياً على أسباب معقولة وانه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول الفقرة الأولى من هذه المادة حالة قيام شخص بفعله بناء على أمر صدر إليه من شخص آخر، وتضيف الفعل إليه لا إلى الآمر ما لم يكن الفاعل مجبراً، فإذا أمر شخص آخر بهدم جدار فهدمه، فالمسئول عن الهدم هو الهادم لا الآمر إلا إذا أجبره الآمر على الهدم.

والإجبار يتم بإستعمال أحد طرق الإكراه ولكن لا يعتبر كل إكراه سبباً لرفع المسئولية عن الفاعل والقائها على الآمر، بل الإكراه الملجئ وحده هو الذي يعتبر سبباً لذلك.

وتتناول الفقرة الثانية حكم الموظف العام فتقضي بأنه لا يكون مسؤولاً إذا قام بعمل تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو يعتقد أنها واجبة ولايكفي أن تكون طاعة الرئيس واجبة على المرؤوس أو إعتقاد هذا الأخير أنها واجبة بل يجب أن يكون الفعل المأمور به مشروعاً فإذا لم يكن مشروعاً فلا يعفى الموظف من المسئولية ويجب على الموظف أن يثبت أنه كان يعتقد بأن العمل الذي أتاه كان مشروعاً وهو يثبت ذلك إذا أثبت أنه راعى جانب الحيطة عند قيامه بالعمل وأنه كانت لديه أسباب معقولة تحمله على الإعتقاد بأن العمل مشروع ويرجع تقدير هذه الأسباب لمحكمة الموضوع فإذا أمر مهندس البلدية مثلاً عمال البلدية بهدم جدار مائل للإنهدام فهدموه فلا مسئولية عليهم، أما إذا لم يكن العمل المأمور به مشروعاً فلا يجب طاعة الرئيس وإذا قام به الموظف كان مسئولاً عن التعويض، ففي المثال المتقدم إذا أمر عاملاً بضرب صاحب الجدار فضربه لم يجز له ضربه فإذا ضربه كان مسئولاً عن التعويض.

فـإذا توافرت الشـروط المتقدمـة كان الموظف المـرؤوس غير مسئول ولكن ذلك لا يعفي الرئيس من المسئولية.

وقد نص الحنفية على أن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ست مسائل منها إذا كان الآمر سلطاناً وفي التتار خانية : حريق غالب وقع في محله. فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه وبغير إذن من السلطان حتى ينقطع ذلك الحريق عن داره، أي دار الهادم، ضمن ولم يأثم. قال الرملي : وفيه دليل على أن الأمر إذا كان من السلطان لم يضمن لما له من ولاية عامة، له بمقتضاها أن يامر بدفع الضرر ولذا جاء في الخانية لـو أن هـذا الذي هدم الدار عنـد وقوع الحريق هدمها بـإذن الإمام لم يضمن.

ولو أقام شخص قنطرة على نهر بإذن الامام فارتطمت بها سفينة فانكسـرت لم يكن عليه ضمان لعدم تعديه بسـبب اذن الامام له في حـدود ولايته لأن الإنشـاء والبناء في كل ما للمسـلمين فيه حق مقرر كالطريق والأنهار ونحوها محظور إلا بإذن الأمام صيانة لحق العامة.

ونص الشـافعية علـى أن أهل الفتوى إذا أفتى أحدهم شـخصاً بإتـلاف مـال ثم تبـين بعد ذلـك خطـؤه كان الضمـان علـى المفتي (السيوطي) (الأشباه والنظائر).

تراجع المواد (89 و 919 و 1007) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهـذه المـادة تقابل المـواد (263) أردنـي و (167) مصري و(161) سوري و (215) عراقي.

المادة (290)

يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان أو لا يحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في أحداث الضرر أو زاد فيه.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرض هذه المادة لحكم الفعل الضار المشترط وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض متى أقام المدين الدليل على أن الضرر نشأ عن فعل المضرور وحده وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبي وكما أن حق المضرور في التعويض يسقط عند إنفراده بأحداث الضرر بفعله كذلك لا يكون من حقه أن يقتضي تعويضاً كاملاً إذا أشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه ويتوقف ما ينقص من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب المضرور أو الضار في أحداث الضرر وقد جعلت المادة (354) من التقنين الألماني من هذا الترجيح عنصراً من عناصر التوجيه فنصت على أنه : "إذا كان لخطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر، عند وقوعه توقف قيام الإلتزام بالتعويض الواجب أداؤه ومدى التعويض الوجب على الظروف، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين على إحداث الضرر" . وليس بممتنع إزاء ذلك أن يرجع نصيب المضرور في إحداث الضرر رجحاناً يثير أمر البحث في قيام الإلتزام بالتعويض بأسره وهذا هو الذي قصدت هذه المادة الى إستظهاره بنصها على أن للقاضي ألا يحكم بتعويض ما.

ويراعى أن راض المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ الزاماً عليه بوصفه فعلاً يبرر انتقاص التعويض فالتقنين الألماني لا يجعل من

هذا الرضا سبباً للإنتقاص (م 254) على نقيض ما يقضي به التقنين السويسري (م 44ـ1) في هذا الشأن فلا يبقى أن يعتد بذلك الرضا الا حيث يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية وفي حدود هذا الجواز فحسب.

وتعين فكرة الفعل الضار المشترك على ضبط حدود فكرة تقاربها هي فكرة "النتيجة الطبيعية" أو "المألوفة" لتخلف المدين، فقد ترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بعدها عنه وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدري لدى أيها ينبغي الوقوف ومناط الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التي يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن في وسع المضرور عقلاً أن يحول دون وقوعه ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر في أضيق حدوده، يكون بمنزلة الإضرار أو بعبارة أخرى يترتب على هذا الإمتناع قيام فعل مترادف، يستتبع الإنتقاص التعويض بل وسقوط الحق فيه أحياناً، وقد طبق القانون الألماني تلك الفكرة فنص في المادة (245) على وجوب انقاص التعويض بل وسقوط الحق فيه "إذا انحصر خطأ المضرور في عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجسامة لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه".

وهذه المادة تقابل المواد (264) أردني و (216) مصري و(217) و (210) عراقي.

المادة (291)

إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كان كل منهم مسئولاً بنسبة نصيبه فيه وللقاضي أن يحكم بالتساوي أو بالتضامن أو التكافل فيما بينهم.

المذكرة الإيضاحية :-

تنص المادة (169) من القانون المدني المصري على أنه " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض ".

وقد أورد مثل هذا الحكم القانون المدني السوري والقانون العراقي وواضح أن هذا النص يقرر :-

أ. مبدأ التضامن بين من يشتركون في إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم والتضامن هنا مقرر بنص القانون فلا يجوز للقاضي الخروج على هذا الوضع بل هو ممنوع من الخروج عليه لأن الصياغة التشريعية تحرم القاضي من إنشاء حالة تضامن أو الإعفاء منها.

ب. مبدأ المساواة في المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار إلا أن للقاضي أن يعدل في نصيب كل منهم في التعويض حسب تقديره للظروف فإذا دفع أحد المسئولين كل التعويض أو أكثر من نصيبه كان له الرجوع على الباقين وفقاً للقواعد العامة.

ولـم يفـرق القانـون المصري بـين المحـرض والفاعـل الأصلي والشـريك على نحو ما فعل تقنين الإلتزامات السويسري في المادة (50) (أنظر أيضاً المادتين 108 و 99) من التقنين التونسي والمراكشي والمادة (1301) من التقنين النمساوي ويلاحظ أن هذه المادة نفسها تنص أيضاً على أن مخفي الشـيء المسروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاونته.

ويؤدي هذا إلى التفريق بين حالتين:

الأولى :

حالة وقوع الفعل الضار من أشـخاص متعددين، دون أن يكون في الوسـع تعيين مـن أحدث الضرر حقيقة من بينهم، أو تحديد نسـبة مسـاهمة كل منهم في إحداثـه وفي هذه الحالة لا يكـون ثمة مناص من تقرير التضامن بينهم جميعاً، (أنظر المادتين 109 و 100 من التقنين التونسي والمراكشي والمادة 830 من التقنين الألماني).

والثانية :.

حالة إمـكان تعيين محدثي الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضـار رغم تعددهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه وفي هـذه الحالة لا يسـأل كل منهـم إلا عن الضرر الحـادث بخطئه، ولا يسـألون البتة على وجه التضامن (انظر المادة 136 من التقنين البولوني والمادة 1302 من التقنين النمسـاوي) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التي تقدمت الإشارة إليها في التقنين السويسري.

أمـا فيما يتعلـق برجوع المسـئولين فيمـا بينهم عنـد التضامن فيحـدد القاضـي ما يؤديه كل منهـم معتداً في ذلك بجسـامة الخطأ الـذي وقع منه ونصيب هذا الخطأ في إحداث الضرر وكل ظرف آخر من شـأنه أن يكشـف عن مدى مساهمة المسـئول في الضرر الحادث من هؤلاء المسـئولين جميعاً فإذا اسـتحال تحديد قسط كل منهم في المسـئولية فتكون القسمة بالسوية بينهم إذ المفروض أن الدليل لم يقم على تفاوت تبعاتهم وقد واجه تقنين الإلتزامات السويسـري حالة تعدد المسـئولين عن ذات الضرر مع إختلاف أسباب المسـئولية كأن يسأل البعض على أسـاس العمل غير المشروع، والبعض على أساس التعاقد والبعض بمقتضى نص في القانـون وقد قضى هذا التقنين بإلزام كل منهـم في هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً مبتدأ وقرر في المادة (51) فيما يتعلق بعلاقة بعضهم بالبعض الآخر ان تبعة الضرر تقع على عاتق من أحدثه بين المسـئولين بعمل غير مشـروع وتقع أخيراً على عاتق من يسـأل عنه بمقتضـى نص في القانون دون أن يكون مسـئولاً بناء على خطـأ وقع منه أو بناء على إلتزام تعاقـدي وغنى عن البيان أن مثل هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بمقتضى نص خاص.

وفي الفقه الإسلامي إذا تعددت أسباب التلف بتعدد من احدثها وكانوا جميعاً مباشـرين أو متسـببين ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفاً في إحـداث الضرر أو لم يتبين إختلافها في إحداثه لزمهم الضمان على التساوي ومن أمثلة ذلك:-

جماعة أشتركوا في حمل حجر ثم ألقوه على إناء فكسروه أو على حيوان فقتلوه.

جماعة أشتركوا في حفر بئر في الطريق دون أن يتبين ما حفره

كل منهـم فوقع فيه حيـوان فنفق وذلك لأن الضرر حينئذ قد تسـبب عن فعل ضار اشـتركوا فيه جميعاً فوجب إشتراكهم في تبعته كما لو أشـترك جماعة في قتل شـخص إذ يقتلون فيه جميعاً لقول عمر : لو أشـترك في قتله أهـل صنعاء لقتلتهم جميعاً قالهـا في قتيل قتله أكثر من واحد.

ولكن إذا تبين ما لكل شـريك من نصيـب في الإتلاف فكل فاعـل يلزم بتبعة فعله وهذا ما تدل عليه شـروح الفقهاء في الجراح وما رتبوه من إلزام بالأروش وذلك هو الحكم مع مراعاة :

1. تقديم المباشر على المتسبب عند إجتماعهما على ما سبق بيانه.

2. صلاحيـة الجميـع للإلزام بالضمـان فإن كـان فيهـم من لا يصلح للإلزام ففعله هدر . وفيما يلي بعض التطبيقات :ـ

حفـر بئـر في الطريق ثم حفـر آخر طاقة في أسـفلها فوقع فيها حيـوان فمـات كـان الضمـان علـى الحافـر الأول قياسـاً ، وهو قول محمد ، وعليهما اثلاثا : على الأول ثلثان وعلى الثاني الثلث استحساناً لأن الحفر الأول أقوى سبباً لولاه ما حفر الثاني.

حفر بئراً في طريق ثم وسع آخر رأسها فسقط فيها حيوان فمات كـان الضمـان عليهمـا اثلاثـاً علـى الأول الثلثان إذا وقـع في موضوع اشـترك في حفـره الحافران ولكـن إذا تبين أن السـقوط كـان فيما حفـره الثانـي كـان الضمان عليـه وحده وإن لم يـدري كـان الضمان عليهما بالسوية .

حفر بئراً في الطريق فوضع فيه إنسان سلاحاً ثم سقط منه حيوان فوقع على السلاح فمات كان الضمان على الحافر، إذ لولا الحفر ما وقع عليه السلاح.

إذا رجع بعض الشهود بعد أن قضى القاضي بالمال لشخص ذهب به فإن الضمان على الراجع بقدر أثره في الشهادة فإذا كانا شاهدين كان عليه نصف المال وإن رجع الأثنان كان عليهما كل المال بالتساوي.

(يراجع تكلمة البحر 8 : 397 ورد المحتار 4 : 164 و 5 : 549 والكاساني 7 : 381 وما بعده وابن قدامه، المغني 9 : 565 و الحطاب 6 : 316) وأما عن الضمان بين مرتكبي الفعل الضار فظواهر القواعد الشرعية تأباه وهذا ما يدل عليه قوله تعالى " ولا تزر وازرة وزر آخرى " وقوله " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت " فلا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه غيره .

وقد رأى المشرع إلتزام الحكم الفقهي مع إعطاء القاضي الحق في أن يقضي بالتعويض عليهم بالتساوي وكذلك إعطاؤه الحق في أن يقضي بالتضامن بينهم إذا رأى من الظروف ما يبرر ذلك وتخويل القاضي هذا الحق أرجح من حرمانه منه فقد تدعو الحاجة إلى إستعماله ثم لا خطر في ذلك ما دام الأمر مرده إلى القاضي.

وهذه المادة تقابل المواد (265) أردني و (169) مصري و(170) سوري و (217) عراقي .

المادة (292)

يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار

المذكرة الإيضاحية :

يتناول هذا النص أسس تقدير التعويض، وقد نص القانون المدني المصري في المواد (170 و 221 و 222) على أن التعويض يقدر بما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول كذا الحكم في القانون المدني العراقي (م 207).

والحكم الذي نجده في كتب الفقه الإسلامي هو أن المضمونات تضمن بالمثل أو بالقيمة وأهمية التعمد أو التعدي لا ترد في تقدير التعويض وإنما ترد في الفعل المضمن فإذا كان بالمباشرة فلا يشترط التعمد أو التعدي للتضمين أما إذا كان بالتسبب فيشترط التعمد أو التعدي.

كما أنه يترتب على إعتبار المنافع أموالاً وهو ما جرى عليه المشرع في المادة (95) أخذاً برأي الشافعية ومن نحا نحوهم في ذلك. أنها تدخل في تقدير التعويض.

وقد نص المشرع على حكم الفقه الإسلامي في مواد تالية وقد رؤي النص هنا على القاعدة العامة وهي أن التعويض يشمل ما يكون

قد لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب .

وهــذه المــادة تقابل المــواد (266) أردنــي و (221) مصري و(222) سوري و (207) عراقي .

المادة (293)

1. يتناول حق الضمان الضرر الأدبي ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي علــى الغير في حريته أو في عرضه أو في شــرفه أو في ســمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي.
2. ويجــوز أن يقضــي بالضمــان لــلأزواج وللاقربين من الأســرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.
3. ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي الى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي أو نهائي.

المذكرة الإيضاحية :-

تتناول هذه المادة الضرر الأدبي وتقرر التعويض عنه .

وقد أســتقر الرأي في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضــرر الأدبــي بوجه عام بعد مــا خامر الأذهان مــن عوامل التردد في هذا الصــدد ، وقد عمدت بعض تقنينات قديمــة كالتقنين الهولندي وغالبيــة ســاحقة من التقنينــات الحديثة إلــى إقرار هــذا الحكم في نصوص التشــريع وقد بلغ من أمر هذه النزعة أن أورد المشرع الفرنسي الإيطالي بعض أمثلة تطبيقية في هذا شــأن فنص في المادة (85) على ما يأتي :-

يجـوز للقاضي بوجـه خاص أن يحكم بتعويـض المضرور عما يصيبه من ضرر في جسمه أو مساس بشرفه أو سمعته أو سمعة عائلته أو حريته الشـخصية أو إنتهاك حرمة مسـكنه أو حرمة سـر يحرص عليـه وله كذلك أن يحكـم للأقارب والأصهـار والأزواج بالتعويض عما يصيبهم من ألم عند موت المضرور.

وفي الفقه الإسلامي، ما يفيد التعويض عن الضرر الأدبي :

- ففي الفقه الحنفي جاء في مبسوط السرخسي (26 : 81) أنه روي عن محمد بن الحسن الشـيباني في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها اثر أنه " تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الآلم ".
- وفي الفقـه الزيدي جاء في البحـر الزخار (5 : 28) ومن أصابه سـناً فاضطربـت انتظر برءها المدة التي يقول أهل الخبرة تبرأ فيها ، ان سـقطت فدية وان بقيت فحكومة. وفي الألم حكومة. وفي الإيلام وفي السن الزائدة على العد حكومة إذ لا منفعة ولا مال وفيه أيضاً (ص 282) " ولا شـيء في طرف الشـعر إذ لا يؤثر في الجمال فإن أثر من أخذ النصف فما فوق فحكومة لما فيه الزينة ".
- وفي فقه الشيعة جاء في شرائع الإسلام للحلبي "القسم الرابع ص 26 : ولو أنبت الإنسان في موضع السن المقلوعة عظماً فنبت فقلعه قالع . كان فيه الأرش لأنه يستصحب ألماً وشيناً ".

وفي المغنـي الحنبلي (9 : 623) (وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما ، وقـال مالك والثوري إن ذهب اللبن وجبـت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه).

وبعـد أن تقـرر مبدأ التعويض بيّن المشـرع من يحـق له المطالبة بالتعويـض وهو المضـرور بطبيعة الحال وكذا من يضار أدبياً بسـبب

موت المصاب من أزواج وأقارب.

وقد رؤي عدم تحديد الأقارب بدرجة معينة كما فعل القانون المصري في المادة (222ـ2) إذ حصر هؤلاء بالأقارب إلى الدرجة الثانية وترك ذلك لتقدير القاضي حسب الأحوال.

ورؤي في الفقرة الثالثة النص على عدم انتقال التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى إتفاق أو حكم نهائي لأنه لا يصبح قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر وتنتقل إلى الورثة إلا إذا اتفق عليه حكم به، فإذا مات من له الحق في التعويض عن الضرر الأدبي قبل الاتفاق عليه أو الحكم به فلا ينتقل حق المطالبة به إلى الورثة وهذا بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي يعتبر قيمة مالية تضاف إلى ذمة المتضرر بمجرد حصول الضرر الموجب للتعويض ولو قبل الحكم به أو الإتفاق عليه.

ففي حالة موت المتضرر تبقى التفرقة في التعويض عن الضرر الأدبي بين التعويض الشخصي الواجب لأقارب المضرور وبين ما يجب للمضرور نفسه من تعويض قبل موته، ينتقل حق إقتضائه إلى الورثة من طريق الميراث، فيقصد بما يؤدي إلى الأقارب تعويضهم عما يشعرون من ألم بسبب موت المضرور ولهذه العلة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض لا للأقارب فحسب، بل وكذلك للأزواج مراعياً ظروف العائلة، في تعيين أقل أفرادها نصيباً من الحزن والفجيعة ممن لا يقتصر أمرهم على رغبة الإفادة مالياً ممن كانوا يكنون للمتوفى من عواطف الحب والولاء ولكن لا يجوز للقاضي أن يحكم بعوض مالي لأحد أصدقاء المتوفي على سبيل التعويض الأدبي أما التعويض الأدبي الواجب للمضرور نفسه، فلا ينتقل إلى الورثة بعد الوفاة، إلا

إذا كان قد تحدد مقداره من قبل، بمقتضى إتفاق خاص أو بمقتضى حكم جاز قوة الشيء المقضي به ذلك ان ما لهذا الضرب من التعويض من صبغة أدبية يجعله شخصياً من وجه فلا ينتقل بطريق الميراث بأي حال من الأحوال إلا إذا تأكدت صيغته المالية بعد تقديره نهائياً بالتراضي أو بحكم القاضي، وكذلك يكون الحكم في التعويض الأدبي الذي يكون من حق الأقارب شخصياً ، فهو لا ينتقل إلى ورثة هؤلاء الأقارب إلا إذا حدد مقداره بمقتضى إتفاق خاص أو بمقتضى حكم له قوة الشيء المقضي به.

وظاهر من هذه النصوص أن الألم يعوض عنه وكذا الشين وتفويت الجمال وهذه كلها تنطوي عن أضرار أدبية لما يحدثه الفعل في نفس المضرور من ألم حسي أو نفسي.

وهناك من النصوص أيضاً ما يفيد عكس ذلك ففي المغني في الفقه الحنبلي (9 : 665) وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له جمال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه.

وقد رأى المشرع الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي كما هو في التقنين العراقي.

وقد يقال أن التعويض يقوم على إحلاله مالا محل مال فاقد مكافئ له ليقوم مقامه ويسد مسده أما الضرر الأدبي فلا يتمثل في فقد مال كان موجوداً ولكن يرد على ذلك ما يأتي :-

- السند في الباب هو حديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أنه " لا

ضرر ولا ضرار " وهو نص عام فقصره على الضرر المادي تخصيص بغير مخصص.

- ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال بل يدخل في الغرض منه المواساة ان لم تكن المماثلة ومن أظهر التطبيقات على ذلك الدية والأرش فليس أحدهما بدلاً عن مال ولا عما يقوم بمال.
- إن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمتعدين على أعراض الناس وسمعتهم وفي هذا من المفسدة الخاصة والعامة ما فيه مما يجعل من الواجب معالجته ومن أسباب العلاج تقرير التعويض.

لذا رأى المشرع الأخذ بالرأي الذي يجيز التعويض عن الضرر الأدبي.

وهذه المادة تقابل المواد (267) أردني و (222) مصري و (205) عراقي .

المادة (294)

يصح أن يكون الضمان مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدم تأمينا يقدره القاضي أو ضمانا مقبولاً.

المادة (295)

يقدر الضمان بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن

يحكم بأداء أمر معين متصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التضمين.

المذكرة الإيضاحية :.

ليست المسئولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على إلتزام يفرضه القانون وهو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع وإذا كان التنفيذ هو الأصل في المسئولية التعاقدية فعلى النقيض من ذلك، لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كان عليه، كهدم حائط بني بغير حق، أو بالتعسف في إستعمال حق. إلا منزلة الإستثناء في نطاق المسئولية التقصيرية .

فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي (أو مبلغ من النقود) هو القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره، فيكون مبلغاً إجمالياً أو إيراداً مرتباً لمدة معينة أو لمدى الحياة يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم التأمين الذي يقدره القاضي منعاً للنزاع في مقداره أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به أو يقدم ضامناً مقبولاً ويقدر الضمان بالنقد كما يجوز أن يكون التعويض عينياً بأن يأمر القاضي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ببناء جدار هدم مثلاً أو إزالة جدار بني ويسوغ للقاضي فضلاً عما تقدم أن يحكم في أحوال إستثنائية بأداء امر معين على سبيل التعويض فيأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه ويكفي بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سبباً لتعويض المقذوف في حقه عن ضرر أدبي أصابه . وغني عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو

بالمالي ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور.

وقد قيدت عبارة (أو أن يحكم بأداء أمر معين) بعبارة (متصل بالفعل الضار) حدا من إطلاق العبارة وحتى يكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهل إذ التطبيق العملي لهذا النص هو نشر الحكم أو الإعتذار عن واقعة سب مثلاً.

وتراجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري المادة (171 ح 2 ص 295 ـ 398) وهاتان المادتان تقابلان المواد (269) أردني و (171) مصري و (172) سوري و (209) عراقي .

المادة (296)

يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة الإشتراط المسبق على عدم المسئولية عما يوقعه الشخص بآخر من فعل غير مشروع يلحق به ضرراً ، وقد قصدت بأن هذا الإتفاق باطل وذلك لإعتباره مخالفاً للنظام العام إذ أن إجازته تيسر فتح باب الإضرار بالناس أو يدفعهم إلى التحرز في تصرفهم.

ويلاحظ أن هذا الإشتراط غير التصرف في الحق المالي وهذا جائز لصاحبه ما لم يمس حقاً لغيره.

كما أنه يختلف عن العفو الذي حدث فعلاً إذ يتمثل هذا العفو في التنازل عن مبلغ التعويض المستحق وهو جائز.

ويلاحظ أخيراً أن إشتراط الإعفاء من المسئولية غير التأمين على الأضرار التي تقع إذ الأول يعفى مرتكب الفعل الضار من أية مسئولية عن فعله الضار ، أما الثاني فمؤداه قيام المؤمن بتعويض الضرر الذي يحدث للمضرور.

وهذه المادة تقابل المواد (270) أردني و (217) مصري و (218) سوري و (259) عراقي .

المادة (297)

لا تخل المسئولية المدنية بالمسئولية الجنائية متى توفرت شرائطها ولا أثر للعقوبة الجنائية في تحديد نطاق المسئولية المدنية وتقدير الضمان.

المذكرة الإيضاحية :.

تقرر هذه المادة حكماً من مقتضاه أن العقوبة لا تؤثر في المسئولية المدنية ومن تطبيقاتها أن السارق يجب عليه رد المسروق أو مثله أو قيمته ولو قطع (تراجع المادة (310)) كما أن المسئولية المدنية لا تؤثر في المسئولية الجنائية.

يراجع المغني لأبن قدامة (1 : 277 ـ 280) والشيرازي المهذب (2 : 282) وهذه المادة تقابل المادتين (271) أردني و (206) عراقي.

المادة (298)

1. لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه.
2. على انه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية ما تزال مسموعة بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة فان دعوى الضمان لا يمتنع سماعها.
3. ولا تسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار

المذكرة الإيضاحية :.

استحدث المشرع في نطاق المسئولية التقصيرية تقادماً قصيرا ًفقضى بعدم سماع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار بإنقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعاوى البطلان، ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ويقف على شخص من أحدثه فإذا لم يعلم بالضرر الحادث أو لم يقف على شخص من أحدثه فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير، ولكن دعوى المضرور لا تسمع على أي الفروض، بإنقضاء خمس عشرة سنة على وقوع الفعل الضار.

وإذا كان الفعل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية وكانت الدعوى الجنائية ما تزال مسموعة بعد إنقضاء المواعيد المشار إليها في الفقرة السابقة فإن دعوى الضمان لا يمتنع سماعها ما دامت الدعوى الجنائية تكون مسموعة وفي جميع

الأحوال لا تسمع دعوى الضمان إنقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار.

وهذه المادة تقابل المواد (272) أردني و (172) مصري و (173) و(232) عراقي.

الفرع الثاني
المسئولية عن الأعمال الشخصية

(1) الضرر الذي يقع على النفس
المادة (299)

يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس. على انه في الحالات التي تستحق فيها الدية أو الأرش فلا يجوز الجمع بين أي منهما وبين التعويض ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :-

ألزمت هذه المادة المسئول عن الإيذاء الذي يقع على النفس بالتعويض ولما كان الإيذاء على النفس يترتب عليه في بعض الأحيان أن يستحق على الجاني الدية ان أدى الإيذاء إلى القتل أو الأرش وهو جزء الدية الذي يستحق في إيذاء ما دون النفس فقد ثار التساؤل حول إمكان الجمع بين الدية والأرش والتعويض وقد أخذ المشرع بالرأي الذي لا يجيز الجمع بينهما لأن المقصود بالدية أو الأرش رتق الفتق الذي حدث على المجني عليه والتعويض هو لجبر الضرر الذي لحق بالمجني عليه وبالتالي فلا يجوز الجمع بينهما لأن التعويض لا يكون

إلا عند عدم وجود الدية أو الأرش فإذا استحقت فإنها تكون الأصل ولا ينبغي الجمع بين البدل والمبدل عنه فضلاً عن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " المسلمون تتكافأ دماؤهم " كما حددت الأحاديث النبوية الدية وساوت بين جميع المسلمين فيها لا فرق بين غني وفقير، عامل أو غير عامل، كما أن الدية أو الأرش جزاء يجمع بين العقوبة والتعويض ومن ثم فإذا استحقت الدية أو الأرش فلا يجمع بين أي منهما وبين التعويض كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على غيره (التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ص 669).

وهذه المادة تقابل المادتين (273 و 274) أردني مع خلاف في الحكم.

(2) إتلاف المال

المادة (300)

من اتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين

المذكرة الإيضاحية :-

تتناول هذه المادة حكم إتلاف المال وتقضي بالضمان في هذه الحالة والمقصود بالإتلاف :-

1. الهلاك الكلي للمال بحيث لا يبقى للعين قيمة بعد تلفها كإحراق الثوب.
2. الهلاك الجزئي للمال بأن يتلف بعض العين.

3. تعيب العين بعيب يذهب بكل منافعها أو بمعظمها أو بما هو دون ذلك كما في قطع ثوب على وضع لا يصلح معه لما كان يطلب منه أو يصلح لبعضه.
4. تغيير العين تغييراً يذهب بكل منافعها أو بعضها كما في طحن البر وخبز الدقيق.
5. تغييب العين في محل مجهول أو لا يتيسر الوصول إليه.

وعلى ذلك يضمن الحيوان بذبحه إذا كان مما لا يؤكل أما إذا كان مما يؤكل ورضي المالك بأخذ لحمه كان له ضمان النقصان وإلا كان له قيمة الحيوان لذهاب أهم الأغراض التي تطلب منه حال حياته.

وقد يكون الإتلاف بالمباشرة أو بالتسبب على ما تقدم في المادة (283) وما بعدها ويشترط لضمان الإتلاف أن يكون المال المتلف مملوكاً لغير المتلف أو مملوكاً للمتلف ولكن تعلق به حق الغير فلو أتلف صاحب المال ماله الذي لا يتعلق به حق لغيره لا يلزمه شيء قضاء.

أما إذا كان المال المتلف مملوكاً للغير فإنه يضمنه ولو ظن أنه ماله.

وكذا إذا تعلق به حق الغير فالراهن إذا أتلف الرهن عند المرتهن أو أنقص من قيمته لزمه ضمان الرهن أو نقصه ليكون رهناً محل ما فقد حتى لا يضار المرتهن بنقص ما أرتهنه وثيقة لدينه وعلى هذا أوجب الحنابلة ضمان الأضحية إذا أتلفها صاحبها وذلكم لما في تلفها من الأضرار بحق الفقراء (ابن رجب، القواعد ص 312).

ويستوي أن يعرف أنه مال غيره أو يظن أنه ماله وهو في الحقيقة ليس ماله.

كما يستوي أن يكون المال في يده أو في يد أمينة لو أتلفه في يد الغاصب فيلزم الضمان على المتلف والغاصب معاً (م 910 من المجلة).

كما يستوي من حديث الضمان المالي أن يكون المتلف مميزاً أو غير مميز لأن غير المميز يؤاخذ بأفعاله في ماله .

ويشترط أن يكون الإتلاف بغير اذن الهالك فإن كان إتلاف المال بأذن صاحبه فلا ضمان وهذا الأذن قد يكون صراحة وقد يكون دلالة (م 881 من المجلة).

والضمان يكون بالمثل في المثليات والقيمة في القيميات هذا ان كان الإتلاف كلياً أما إن كان جزئياً فيلزم المتلف بمثل ما أتلف أو قيمته ويقدر الضمان في الحالة الأخيرة بالفرق بين قيمة المال قبل حدوث الضرر وقيمته بعد حدوثه والفرق بينهما هو ما يلزم به التلف.

فإذا لو يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر غير معتبر وكذلك إذا كان الفرق تافهاً لا يأبه له الناس أو جرت عادة الناس بالتسامح فيه.

هذا وقد يكون من أثر التغيير في المال زوال منافعه أو بعضها وحدوث منافع أخرى ترفع من قيمته وقد تزيد قيمته بسبب ذلك عما كان له من قيمة قبل التغيير فمثل هذا لا يعد ضرراً عادة ولا يترتب عليه إلزام بتعويض، إذ التعويض منوط دائماً باحداث الضرر المؤدي

إلـى نقـص القيمة (تراجع المـواد (912 ـ 921) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المواد (275) أردني ومن (186 ـ 191) عراقي.

المادة (301)

إذا كان الإتـلاف جزئياً ضمن المتلـف نقص القيمة فإذا كان النقص فاحشـا فصاحب المال بالخيار إن شـاء اخذ قيمة ما نقص وان شاء ترك المال المتلف واخذ قيمته مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين

المذكرة الإيضاحية :ـ

لو أحدث شـخص في مال غيـره نقصاناً من حيـث القيمة فإنه يضمن ذلك والمقصود بالنقصان هنا القيمة ولو لم يكن هناك نقصان حسـي فلو حفر أحـد في عرصة آخر حفـرة يكون ضامنـاً إذا كان الحفـر موجباً للأضـرار بالعرصة ونقصان قيمتهـا ويكون غير ملزم بشيء إذا لم يكن موجباً للاضرار بها .

وإذا كان النقصـان يسـيراً فيلـزم المتلف بقيمـة النقصان أما إذا كان النقصـان فاحشـاً فإن لصاحب المال ترك ذلـك المال للمتلف وتضمينه كل قيمته.

وطريق معرفـة النقصان هو تقويم المال الـذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه وتقويمه بعد حدوثه وما يوجد من فرق بين القيمتين يلزم به من أحـدث الفعل فإذا لم يوجد فرق بين القيمتين كان الضرر

غيـر معتبر وكذلـك إذا كان الفـرق تافهاً لا يأبه له النـاس عادة أو جرت عادة الناس بالتسامح فيه.

تراجـع المواد (900 و 917 و 918 و 920) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (276) أردني و (188) عراقي.

المادة (302)

1. إذا اتلف أحد مالا لغيره على زعم انه ماله ضمن ما أتلف.
2. وإذا أتلف مال غيره بإذن مالكه فلا يضمن.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمـد في المادة المذكورة على المادة (914) من المجلة وشـرحها لعلـي حيدر وتراجع المذكرة الإيضاحية الخاصة بالمادة (300) من هذا القانون.

وهـذه المـادة تقابل المادتـين (277) أردنـي و (190) مـن القانون العراقي.

المادة (303)

إذا اتلـف صبي مميز أو غير مميـز ومن في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله.

المذكرة الإيضاحية :.

اعتمد في هذه المادة على المادة (916) من المجلة وشرحها لعلي حيدر .

وهذه المادة تقابل المادتين (278) أردني و (191) من القانون العراقي.

(3) الغصب والتعدي
المادة (304)

1. على اليد ما أخذت حتى تؤديه.
2. فمن غصب مال غيره وجب عليه رده إليه بحالته التي كانت عليها عند الغصب، وفي مكان غصبه.
3. فان استهلكه أو أتلفه أو ضاع منه أو تلف بتعديه أو بدون تعدية فعليه مثله أو قيمته يوم الغصب وفي مكان الغصب.
4. وعليه أيضا ضمان منافعه وزوائده.

المذكرة الإيضاحية :.

اختلف في حد الغصب بين الفقهاء المسلمين.

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : هو إزالة يد المالك عن مال المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال.

وقال محمد رحمه الله الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصباً.

وقال الشافعي رحمه اللّه هو إثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والإزالة ليست بشرط (الكاساني 7 : 143).

وقد عرفته المجلة في المادة (881) بأنه " أخذ مال أحد وضبطه بدون اذنه " أما القانون المدني العراقي فلم يورد تعريفاً له رغم إيراده أحكامه وقد رؤي في المشروع انتهاج مسلك القانون المدني العراقي بعدم إيراد تعريف له في التقنين إذ أن مهمة التقنين الأساسية إيراد الأحكام أم التعريفات فمجالها الفقه".

والغاصب يلتزم برد المغصوب إلى صاحبه في المكان الذي حصل فيه الغصب فإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر ومعه المغصوب فهو بالخيار : ان شاء استرده حيث وجده وإن شاء طلب رده إلى مكان الغصب على نفقة الغاصب (تراجع المادة 890) من المجلة ورد عين المغصوب ما دام قائماً هو الواجب ابتداء بحيث لو أتى الغاصب بالقيمة أو بالمثل والمغصوب قائم لم يقبل ذلك منه إلا إذا رضي مالكه وعندئذ يكون هذا من قبيل المعاوضة التي تعتمد على الرضا بين طرفيها.

وان هلك المغصوب أو إستهلكه الغاصب أوعجز عن رده كأن كان طيراً فطار فعليه مثله أو قيمته وقد أختار المشرع الأخذ برأي أبي يوسف من أن يكون ضمان اللمغصوب قيمته يوم الغصب لا يوم الإختصام كما يرى الإمام أبوحنيفة ولا يوم الإنقطاع كما يرى محمد رحمه اللّه.

وكالمغصوب في ذلك زوائده الحاصلة حال الغصب كلبن الحيوان وثمر البستان وعسل النحل فعلى الغاصب ردها إن كان

قائمة ومثلها أو قيمتها إن لم تكن قائمة .

وكذلك المنافع بإعتبارها أموالاً وهو ما أخذ به المشرع في المادة (95) وهو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله والحنابلة.

وهـذا النـص بعمومه يشـمل المنقـول والعقـار إذ العقـار يقبل الغصب كمـا يقبله المنقـول ومع هذا العمـوم لم ير حاجـة إلى إيراد نص كنصوص المـواد (905 إلى 909) من المجلة ونـص المادة (197) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأن (المغصوب إن كان عقاراً يلزم الغاصـب رده إلى صاحبه مع أجـره مثله وإذا تلف العقـار أو طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

وعلى ذلك فيطبق على العقار الحكم العام في الغصب.

كمـا أنه يشـمل بعمومـه حالة الهـلاك والتلف والإسـتهلاك والإتلاف والعجز عن الرد بأي سـبب وكذا التغيير سواء كان تغييراً حسـياً أو تغييراً في القيمة نتيجة تغيير الأسعار أو الإستعمال وسواء في ذلـك كله الجزئي والكلي وكذا التعيب تعيبـاً يذهب بمنفعته التي تطلـب منه عادة ، فكل ذلك يخضع للحكم العام وهو وجوب رد عين المغصـوب إن كان قائماً ومثلـه أو قيمته إن لم يكـن قائماً وفي حالة الهلاك أو كان النقصان فاحشـاً فعلى الغاصب أن يرد مثله أو قيمته كلـه ويأخذ المغصوب، لذلك يـر حاجة إلى إيراد نصـوص المواد من (890 ـ 909) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد (192 ـ 197) عراقي.

وهذه المادة تقابل المواد (279) أردني و من (192 ـ 197) عراقي.

المادة (305)

إذا أتلف أحد المال المغصوب في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب ولهذا أن يرجع على المتلف وان شاء ضمن المتلف وليس للمتلف الرجوع على الغاصب.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا أتلف أحد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب وليس في يد صاحب المال أو أمينه ، فإن المغصوب منه يكون مخيراً : إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب إن كان من القيميات ومثله ان كان من المثليات وللغاصب أن يرجع على المتلف إستناداً إلى أنه قد صار مالكاً للمغصوب ، وإن شاء ضمن المتلف قيمته يوم إتلافه ان كان من المثليات وفي هذه الصورة لا يرجع المتلف على الغاصب ويكون إستقرار الضمان على المتلف لأن المتلف في كل حال نتيجة إتلافه تراجع المادة (912) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (280) أردني و (198) عراقي.

المادة (306)

إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعا وتلف المغصوب كله أو بعضه في يد من تصرف له الغاصب كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء منهما فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له كان له الغاصب الرجوع على الغاصب وفقا لأحكام القانون

المذكرة الإيضاحية :.

بعد أن عرض المشرع لحالة إتلاف المغصوب في يد الغاصب عالج في هذه المادة حالة تصرف الغاصب في الشيء المغصوب وإلزم الغاصب ومن تصرف له بالضمان فإن ضمن الغاصب صار الغاصب بالضمان مالكاً للمغصوب بأثر مستند إلى وقت الغصب فصادف تصرفه ملكاً له فيصبح. أما أن ضمن التصرف إليه فلهذا أن يرجع على الغاصب (من تصرف له) إن كان له حق الرجوع وفقاً لأحكام القانون فمثلاً إن كان المتصرف إليه مشترياً كان له الرجوع بضمان الإستحقاق أما إن كان موهوباً هبة بلا عوض فليس له ذلك. تراجع المادة (891) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (280) أردني و (200) عراقي.

المادة (307)

1. غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب.
2. وإذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الأول يبرأ وحده وإذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو والغاصب الأول.
3. فإذا تلف المغصوب أو أتلف في يد غاصب الغاصب فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني وله أن يضمن مقدار منه الأول والمقدار الآخر الثاني فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني فإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول.

المذكرة الإيضاحية :.

بعد أن عرض المشرع حالة إتلاف المغصوب وحالة التصرف فيه تناول في هذه المادة حكم الغاصب من الغاصب، وتقتضي بأنه في حكم الغاصب على ذلك يجب عليه رد عين المغصوب إن كان قائماً ومثله أو قميته إن هلك أو أستهلك .

فإن رد الغاصب الثاني المال المغصوب إلى المغصوب منه الأصلي بريء هو والغاصب الأول (المغصوب منه الثاني) وإن رده إلى الغاصب الأول (المغصوب منه الثاني) بريء هو وحده وظل الغاصب الأول (الغصوب منه الثاني) ضامناً المال للمغصوب منه الأول.

وفي حالة الضمان، بأن هلك المغصوب أو استهلك في يد الغاصب الثاني كان للمغصوب منه الأول (المالك) الحق في الرجوع على أيهما بكل الضمان فإن رجع على الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الغاصب الثاني، وإن رجع على الغاصب الثاني لم يكن لهذا أن يرجع على الغاصب الأول كما أنه له أن يرجع على كل منهما بجزء من الضمان وفي هذه الحالة تنطبق القاعدة المتقدمة أيضاً .

تراجع المادتين (910 ـ 911) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (282) أردني و (198 و 199) عراقي.

المادة (308)

للقاضي في جميع الأحوال الحكم على الغاصب بالتعويض

الذي يراه مناسباً إن رأى مبرراً لذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

نص القانون المدني العراقي في مواضع كثيرة على استحقاق المغصوب منه للتعويض مع إسترداد الشيء المغصوب.

تراجع على سبيل المثال المواد (192 و 194 و 195)

وقد رؤي ترك الأمر للمحكمة وللقاضي في جميع الأحوال أن تقضي بالتعويض أولاً وتقضي به في حالة استرداد المغصوب أو عدم استرداده، وهي التي تقدر مبلغ التعويض بحسب ما تقضي به ظروف كل قضية.

وهذه المادة تقابل المادة (283) أردني.

المادة (309)

من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلا لها كان ضامنا لها بالمثل وبالقيمة حسب الأحوال

المذكرة الإيضاحية :.

نص في المادة (901) من المجلة والمادة (201) من القانون المدني العراقي على ما يأتي (الحال هو مساوٍ للغصب في إزالة التصرف

حكمه حكم المغصوب) فالوديع (في المجلة) كما أن المستودع إذا أنكر الوديعة في حكم الغاصب وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً .

والحكم أنه إذا تعدى الأمين، كالمودع والمستعير، أو قصر في الحفظ أو منعها عن صاحبها بدون حق أو جحدها أو مات مجهلاً لها وهلك ولو بدون تعد كان الأمين ضامناً لها بالمثل إن كانت مثلية وبالقيمة إن كانت قيمية وقد صاغ المشرع هذا الحكم الفقهي في هذه المادة .

(يراجع من المجلة في الوديعة م 768 و 777) وما بعدها وفي العارية م 813 وما بعدها ومن مرشد الحيران في الوديعة م 817 وما بعدها وفي العارية م 777 وما بعدها والبغدادي مجمع الضمانات ص 86 ـ 88 و 334).

وهذه المادة تقابل المادتين (284) أردني و (201) عراقي.

المادة (310)

من سرق مالا أو قطع الطريق وأخذ مالاً فعليه رده الى صاحبه إن كان قائما ورد مثله أو قيمته إن استهلك ولو قضي عليه بالعقوبة.

المذكرة الإيضاحية :.

إن كانت العين المسروقة قائمة فلا يختلف أهل العلم في وجوب ردها إلى مالكها .

أما إذا كانت تالفة فقد أختلف :

فذهب البعض إلى القول بأن على السارق رد قيمتها أو مثلها وإن كان مثلية قطع أو لم يقطع موسراً أو معسراً وهذا قول الحسن والنخعي وحماد والليث والشافعي واسحاق وأبي ثور وقال الثوري وأبو حنيفة لا يجتمع الغرم والقطع : إن غرمها قبل القطع سقط القطع، وإن قطع قبل الغرم سقط الغرم واحتج بما رؤي عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه).

ولأن التضمين يقتضي التمليك والملك يمنع القطع فلا يجمع بينهما.

ولمن قال بالضمان أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كان تالفة كما لو لم يقطع والقطع والغرم حقان يجبان لمستحقين فجاز إجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك وحديثهم ليس بالقوى ويحتمل أنه أراد ليس عليه أجرة القاطع وما ذكره فهو بناء على أصولهم ولا نسلمها لهم (المغني ج 1 ص 279 ـ 280) .

وكذلك قطع الطريق ذلك أنهم ان تابوا قبل القدرة عليهم سقطت عنهم حدود الله تعالى وأخذوا بحقوق الأدميين من الأنفس والجراح والأموال إلا أن يعفي لهم عنها إذا أخذوا المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى فإن كانت الأموال موجودة ردت إلى مالكها وإن كانت تالفة أو معدومة وجب ضمانها على أخذها وهذا مذهب الشافعي ومقتضى قول أصحاب الرأي أنها ان كانت تالفة لم يلزمهم

غرامتها كقولهم في المسروق إذا قطع السارق، ووجه المذهبين ما تقدم في السرقة (المغني ج 10 ص 319 ـ 320) .

(يراجع الهداية وشروحها كتاب السرقة وباب قطع الطريق 5 ص 353 وما بعدها و 422 وما بعدها والمهذب للشيرازي 2 : 284) .

وقد رؤي الأخذ في المشروع برأي القائلين بوجوب رد العين أو مثلها أو قيمتها قطع أو لم يقطع صدوراً عن أن المسئولية الجنائية لا تخل بالمسئولية المدنية ولا المسئولية المدنية بالمسئولية الجنائية وهو ما قرره هذا المشرع في المادة (279).

وهذه المادة تقابل المادة (285) أردني.

المادة (311)

1. إذا تغير المغصوب بنفسه يخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البدل.
2. وإذا تغير المغصوب بصورة يتغير معها اسمه يضمن البدل.
3. وإذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئا من ماله يخير المغصوب منه بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عينا وبين أن يضمن الغاصب بدله.
4. وإذا تغير المغصوب بنقصان قيمته نتيجة استعمال الغاصب يرد الغاصب العين مع تضمينه قيمة النقصان

المذكرة الإيضاحية :.

بيّن المشــرع حكم الحالات المشــار إليها في هذه المادة اعتماداً على بيان احكام الغصب والمواد (897ـ 899) من المجلة وشــرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادة (286) أردني.

المادة (312)

حكم كل ما هو مساو للغصب كحكم الغصب.

المذكرة الإيضاحية :.

راجع المذكرة الإيضاحية للمادة (309) من القانون.

وهذه المادة تقابل المادة (287) أردني.

الفرع الثالث
المسئولية عن فعل الغير

المادة (313)

1. لا يســأل أحد عــن فعل غيــره ومع ذلــك فللقاضي بنــاء على طلب المضرور إذا رأى مبررا أن يلزم أيا من الآتي ذكرهم حسب الأحوال بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر :

أ. من وجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

ب. من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

2. ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به.

المذكرة الإيضاحية :.

قرر القانون المدني المصري وتبعه في ذلك القانون المدني السوري والقانون الأردني والقانون المدني العراقي مبدأ مسئولية الشخص عن عمل غيره المشروع مسئولية اصلية وعالجة تحت عنوان "المسئولية عن عمل الغير" ضمنه ثلاث مواد (من 173 إلى 175 مصري) ومن (218 إلى 220 عراقي) مؤسساً هذه المسئولية على خطأ مفترض في الرقابة والتوجيه يقبل إثبات العكس وذلك مع قيام مسئولية من وقع منه الفعل الضار وفقاً للأحكام العامة وقد بدأ ذلك في مسئولية المكلف بالرقابة عن فعل من هم في رقابته (173 مصري) ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة : (م 174 مصري) مع إعطاء المسئول عن عمل الغير حق الرجوع على الغير بالتعويض في حدود بينها (م 175 مصري).

وهذا الذي ذهب إليه القانون المدني المصري وما تبعه من قوانين عربية يخالف المبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية من أنه لا يسأل إنسان

عـن ضرر أحدثه غيره بقول تعالى " ولا تـزر وازرة وزرة أخرى " وقوله " لا يكلف اللّٰه نفسـاً إلا وسـعها لها ما كسـبت وعليها ما أكتسبت " وقولـه " كل نفس بما كسـبت رهينة " : اللهم إلا إذا أكره شـخص غيـره إكراهـاً يجعله كالآلـة في يد المكـره وهو الإكـراه الملجئ المعتبر شـرعاً فعندئذ يكون المكرِه (بكسـر الراء) مسئولاً لتنزيله حينئذ منزلة المباشر والمباشـر منزلة الآلة . والشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ إفتراض الخطأ سواء منه ما يقبل إثبات العكس وما لا يقبله.

وبناء على هذا :

- لا يسـأل الشـخص المكلف بالرقابة عمن هم في رقابته على خلاف المقرر في القانون كما سبق.
- ولا يسأل المتبوع عن تابعه على خلاف المقرر في القانون كما سبق .

(يراجـع على الخفيف ـ الضمان في الفقه الإسـلامي 1 : 57 ـ 60 و 239 ـ 240) .

وإذا كان القانون قد دفع لإفتراض الخطأ : لسد حاجة نظرية بتقرير مسـئولية المكلـف بالرقابة بعد أن بنى المسـئولية على الخطأ والخطأ يفتـرض التمييز مما ينتج عنه إنعدام مسـئولية عديم التمييز والحاجة ماسة إلى تقرير مسئولية شخص ما عن الفعل الضار والمكلف بالرقابـة هو أقرب الناس إلى موقع المسـئولية فوجد المخلص في تقرير مسئوليته وفي إفتراض خطئه في الرقابة والتوجيه ، وليسد حاجة عملية بتقريره مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم في رقابته والمتبوع عن تابعه فإنـا لا نجد مثـل هذه الحاجة النظرية في الفقه الإسـلامي حيث تبنى المسـئولية على الإضرار مما ينتج عنه مسـئولية مرتكب الفعل الضار

ولو كان غير مميز، ويمكن سد الحاجة العملية نتيجة إملاق التابع أو الموضوع تحت الرقابة مع عدم الخروج على المبدأ الاصلي المقرر شرعاً وهو ألا يسأل شخص عن فعل غيره ولو في ماله وذلك بإعطاء الحق للقاضي إذا وجد مبرراً من الظروف أن يقضي بناء على طلب المضرور، بإلزام الملكف بالرقابة أو المتبوع بأن يدفع ما حكم به على المسئول أصلاً على أن يكون له حق الرجوع عليه بما دفعه عنه وذلك رعاية لجانب المضرور. ولذلك نظائر في الشرع، على الوجه الآتي :

1. فقد يقضي القاضي بالنفقة لزوجة ويأمر غير الزوج بقضائها على أن يكون له الرجوع على الزوج " قال في الإختيار : المعذرة إذا كان زوجها معسراً ولها ابن من غيره موسراً أو أخ موسراً فنفقتها على زوجها ويؤمر الأبن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر، ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع لأن هذا من المعروف. " ابن عابدين رد المحتار 2 : 657 " .
2. دية الخطأ على العاقلة لا يعلم بين أهل العلم خلاف في ذلك " والمعنى في ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الأدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه " (ابن قدامة، المغني 9 : 496 وما بعدها).
3. إن جرائم الصغار والمجانين تتحمل العاقلة عبئها في جميع الأحوال لعدم توافر القصد الصحيح فيهم لقصور إرادتهم وعقلهم عند الحنفية والحنابلة والمالكية (على الخفيف، الضمان 2 : 176).

وقد رؤي الإفادة من نصوص القانون المدني المصري (وما يتبعه من قوانين مدنية عربية) مع إحداث التغيير الأساسي المتقدم.

وعلى ذلك يجب كي يجوز أمر المكلف بالرقابة بأداء التعويض

الـذي يحكم به على مـن هو في رقابته إذا ارتكب فعـلاً ضاراً توافر الشروط الآتية :-

1. ان تجـب عليه هـذه الرقابة قانونـاً أو إتفاقـاً ، أما وجوبهـا قانوناً فالأصل أن أحكام قانون الأحوال الشخصية تبين ذلك وهي ترمي عـبء الرقابـة علـى الأب أو الأم أو الوصي على حسـب الأحوال ، أما وجوبها اتفاقاً فكما هو الشـأن في وضع مريض في مستشـفى الأمراض العقليـة مثلاً فلا يكفي أن يتولى شـخص بالفعل رقابة شـخص آخر حتـى يكون مسـئولاً عنه بل يجـب أن يكون هناك التزام قانوني أو إتفاقي بتولي هذه الرقابة.

2. أن يكون الشخص الموضوع في رقابة غيره في حاجة إلى هذه الرقابة إما بسـبب حالتـه العقلية كالمجنون أو حالته الجسـمية كالمقعد فلا تترتب هذه المسـئولية على الرقابة التي لا تقوم بسـبب من هذه الأسباب كرقابة السجّان على المسجونين .

3. ألا يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

4. كمـا يجب لجواز الزام المتبوع بأداء التعويض الذي يحكم به على التابع توافر الشرطين الآتيين :-
   1. قيـام علاقة التبعيـة :وتقوم رابطة التبعية ولـو لم يكن المتبوع حراً في تابعة متى كانت له عليه سلطة فعليه في رقابته وتوجيهه فعلاقة التبعية تقوم على عنصرين :
   عنصر السلطة الفعلية وعنصر التوجيه والرقابة .
   2. وقوع الأضرار من التابع للغير في حالة تأدية وظيفتة أو بسببها .

تراجع المادة (916) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (288) أردني ومن (173 إلى 175) مصري و من (174 إلى 176) سوري و (191) ومن (218 إلى 220) عراقي.

الفرع الرابع
المسئولية عن الحيوان والأشياء وإستعمال الطريق العام

(1) جناية الحيوان
المادة (314)

جنايــة العجماء جبار ولكن فعلها الضار مضمون على ذي اليد عليها مالكا كان أو غير مالك إذا قصر أو تعدى.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة المســئولية عن فعل الحيوان وما ينشــأ عنه من ضرر.

والقانون المدني المصري، ومن بعده القانون المدني السوري قرر مبــدأ عن فعل الحيوان وأقامها على أســاس فكرة الحراســة لا الملك فجعل حارس الحيوان مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر . ويلاحظ أن مالك الحيوان تظل له الحراسة القانونية ولو لم يكن الحيوان تحت يده مادياً كما في حالة ما إذا تسرب الحيوان أو ضل.

وبنــاء على ذلك يكون مســئولاً عمــا يحدثه هــذا الحيوان من

ضرر "للرافض" الذي استخدمه للعناية به " وقد عني التقنين اللبناني بالنص على هذا الحكم صراحة إذ قضى في الفقرة الثانية من المادة (129) بأن تلك المسئولية تترتب ولو كان الحارس المضرور قد أرتبط من قبل بعقد من العقود ، كاجارة الأشخاص مثلاً ، ما لم ينص على خلاف ذلك .

وقد أختار القانون المصري وما أخذ عنه من قوانين عربية ، صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان.

وقد وقفت التقنينات الأجنبية من فكرة إفتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التي تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس.

فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الإكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيطة الواجبة لمنعه من الاضرار أو رقابته (م 94 / 86) من التقنين التونسي والمراكشي و (م 5 و 56) من تقنين الإلتزامات السويسري) و (م 834) من التقنين الألماني) . وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبي (م 81 من المشرع الفرنسي الإيطالي و (م 129) من التقنين اللبناني).

ويتوسط التقنين البولوني هذين الرأيين فيكتفي من حارس الحيوان بإقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه ، أو من أحد ممن يسأل عنه (م 148) ومع ذلك فهو يجيز للمحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار المضرور ومالك

الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص (م 149 في فقرتها الأخيرة) ولم يبح القانون المصري إلا إثبات السبب الأجنبي ، اقتداء بما جرى عليه القضاء المصري في هذا الشأن .

وفي الأعمال التمهيدية للقانون المدني المصري اعترضت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على عبارة "حارس الحيوان" ورأت العدول عن هذا التعبير إلى التعبير المألوف وهو مالك الحيوان إذ التعبير بحارس الحيوان تعبير غير محدد وقد يوقع في الخطأ واللبس واقترحت أن يكون النص " مالك الحيوان أو مستخدمه ... " ثم أنتهت إلى إستعمال عبارة " حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له " .

والمقصود بالحراسة السيطرة الفعلية على الحيوان لا الحراسة بالمعنى القانوني المتبادر إلى الذهن.

وفي الفقه الإسلامي الأصل أن فعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر يكون هدراً ، أي لا يستتبع مسائله ذلك لأنه لا ذمة له ولا إدراك.

والسند في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابي هريرة : " العجماء جرحها جبار " . رواه مسلم . والجبار الهدر والعجماء الدابة وفي بعض الروايات " السائمة جبار والسائمة هي الدابة المرسلة في رعيها. والعجماء فيما ذكره بعض العلماء الدابة المنفلتة التي لا يكون معها أحد حيث يكون الإنفلات عادة ".

وقد اختلف الفقهاء في ضمان فعلها وعدم ضمانه وجملة القول أن الإختلاف بينهم نتيجة لإختلاف الأنظار في ثبوت التقصير فمن رأى أن ما حدث منها كان نتيجة تقصير ذهب إلى التضمين ومن رأى أنه

ليس نتيجة تقصير ذهب إلى عدم التضمين.

(يراجع الشوكاني، نيل الأوطار 5 : 276، والنووي على مسلم 11 : 225 والكاساني، البدائع 7 : 273).

وفي حالة المسئولية عن فعل الحيوان فالمسئول هو ذو اليد عليه مالكاً كان أو مستعيراً أو مستأجراً أو غاصباً فقد ذكروا أنه إذا كانت البهيمة في يد الراعي فأتلف زرعها وهي في يده ضمن هو دون المالك فالضمان لا يتعلق برقبتها بل بما ذي اليد عليها.

(يراجع جامع الفضوليين 2 : 86، والشرح الكبير 5 : 455 والنووي شرح مسلم 1 : 325 والشرقاوي على التحرير 2 : 459).

وإذا تعدد واضعوا اليد على الحيوان كراكب ورديف أو راكب وسائق فالضمان عليهم متى كانوا مستويين في ذلك لأن كل واحد يضمن عند إنفراده فإذا كان معه غيره ضمن معه (الكاساني 7 : 280)

روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله (العجماء جبار) وقد فسره بقوله (إتلاف البهيمة هدراً ضمان على صاحبها).

فالحيوان إذا أتلف شيئاً أو تسبب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شيء من الضمان ما لم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير مثال ذلك.

1. لو ربط شخصان فرسيهما في مكان معد لذلك فأتلف فرس

أحدهما فرس الآخر فليس من ضمان على صاحب الحيوان المتلف (يراجع المادة 929 من المجلة).

2. كذلك لا يترتب على صاحب الهرة ضمان فيما لو أتلف طيراً لانسان.

3. وإن نطحت جاموسة انساناً فقتلته فلا ضمان على صاحبها.

4. وإذا رفس حيوان انسان حيواناً لآخر وتلف فلا ضمان كذلك على صاحب الحيوان المتلف وذلك ما لم ينشأ عن تعد من صاحب الحيوان أو تقصير لأنه إذا اتلف الحيوان شيئاً وكان ذلك عن تعد من صاحبه أو تقصير يكون بما أتلف الحيوان ضامناً ـ مثال ذلك:

1. لو أطلق شخص حيوانه في مزروعات آخر يكون ضامناً بما يتلف الحيوان.
2. ولو رأى إنسان حيوانه وهو في مزروعات آخر ولم يمنعه فيكون ضامناً بكل ما يحدثه الحيوان من الأضرار لأنه يكون متعدياً في الحال الأول ومقصراً في الحال الثانية (م 929 من المجلة).
3. ولو ترك انسان حيوانه مطلقاً في الطريق العام وهو مما لا يطلق في الشوارع فأتلف مالاً أو قتل انسانا فتلزمه دية القتيل أو قيمة المال المتلف.

وقد ورد في المادة (929) من المجلة أن صاحب الثور النطوح والكلب العقور يكون ضامناً بما أتلف فيما إذا تقدم إليه أحد من أهل محلته أو قريته بقوله (حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه).

ويراجع أيضاً المهذب للشيرازي (2 : 226).

وتبصرة الحكام مطبوعة مع فتح العلي المالك، طبعة الحلبي سنة (2 : 177 ـ 178).

وقد نص في المادة (94) من المجلة أن (جناية العجماء جبار).

فصاحب الدابة لا يُسأل عن فعلها إلا إذا استطاع منعها فحينئذ يضمنه وضربت المجلة أمثلة لذلك في المواد من (929 ـ 940) كما أن القانون العراقي أورد بعض التطبيقات في المواد (221 ـ 226).

وقد رؤي الإكتفاء بهذا النص وعدم الإنسياق وراء المجلة والقانون المدني العراقي في إيراد بعض التطبيقات ويلاحظ أن كل ما أوردته المجلة والقانون المدني العراقي من تطبيقات تندرج تحت عموم لفظ المادة التي أوردها المشرع.

ذلك أن الضمان ـ إذا تقرر في هذه التطبيقات التشريعة فإنما يرجع إما إلى تقصير صاحب الحيوان وإما إلى تعديه، وأن عدم الضمان ـ إذا تقرر فيها ـ فإنما يرجع إلى عدم التقصير وعدم التعدي من صاحبه.

وهذه المادة تقابل المواد (289) أردني و (176) مصري و (177) سوري.

2- انهيار البناء

المادة (315)

1. الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك

البناء أو المتولي عليه إذا ثبت عدم تعديه أو تقصيره.

2. ولمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر فان لم يقم المالك بذلك كان للقاضي أن يأذن له في اتخاذ هذه التدابير على حساب المالك.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة المسئولية عن إنهدام البناء كلا أو بعضاً وما قد يترتب على ذلك من ضرر للغير، أما القانون المدني المصري فقد قرر المسئولية في هذا المجال وأسسها على الخطأ المفروض وألقى عبئها على حارس البناء دون مالكه على خلاف ما اختار التقنين الفرنسي فتظل مسئولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعى البناء لا يرجع إلى إهمال في صيانته أو عيب في إنشائه، أما التقنين الفرنسي فيلزم المضرور على النقيض من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب في إنشاء البناء فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعى البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب ويكون أذن نشأ عن خطأ المالك.

وقد أحتذى القانون المصري مثال بعض التقنينات الأجنبية فقرر بين أحكام المسئولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا تنطوي على معنى التعويض ويكفي لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلاً، فلن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك دون الحارس بإتخاذ مايلزم من التدابير لدرء الخطر، فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر بإتخاذ هذه التدابير على حساب المالك (انظر في هذا المعنى 98 / 90 من التقنين

التونسي والمراكشي و م 59 من تقنين الإلتزامات السويسري).

وأثناء مراجعته في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت اللجنة أن تعبر عن حارس البناء (بمالك البناء) منعاً للبس الناشيء عن معنى الحارس المتعارف عليه وإن تضاف إلى لفظ المالك عبارة (والمتحدث عنه) حتى تتصرف تلك العبارة إلى الأشخاص الذين لا يكونون ملاكاً للبناء ومع ذلك يكونون مسئولين عنه بصفاتهم ثم رأت بقاء عبارة (حارس البناء) وإضافة عبارة (ولو لم يكن مالكاً له) بعدها منعاً للبس وذلك كما حصل في المادة (176) مصري.

هذا وقد نص في القانون المدني العراقي في المادة (230) منه على أن (كل من يقيم في مسكن يكون مسئولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت أنه أتخذ الحيطة والحذر الكافية لمنع وقوع الضرر) وقد آثر المشرع عدم إيراد مثل هذا النص وترك واقعته للقواعد العامة، وقد كان مثل هذا النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ورأت لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ حذفه لتظل المسئولية في نطاق ما يقضي به النص خاضعة للقواعد العامة.

(تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 هامش ص 429- 430).

أما في الفقه الإسلامي فقد أورد ابن قدامة في المغني (9 : 571- 576) أنه إذا بنى في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك).

وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وإن بناه في ملكه مستوياً أو مائلاً إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل فيه تفريط بإبقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لأنه بمنزله ، وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا : فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه ولم ينقضه لم يخل من حالتين أحدهما أن يطالب بنقضه ، والثاني أن لا يطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في النصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر أن عليه الضمان وهو قول أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلاً فضمن ما تلف به. وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل ... قال أصحابنا يضمن وقد أو ما إليه أحمد وهو مذهب مالك ، وقال أبوحنيفة الإستحسان أن يضمن .... وفيه وجه آخر : لا ضمان عليه قال أبوحنيفة وهو القياس .... وإذا أخرج إلى الطريق النافذ بجناحاً أو ساباطاً فسقط أو شيء منه على شيء فاتلفه فعلى المخرج ضمانه .... وإن خرج ميزاباً إلى الطريق فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ضمنه وبهذا قال أبوحنيفة " فالذي يؤخذ من جملة ذلك أن الضرر الذي يحدثه للغير انهدام البناء كله أو بعضه مضمون في حالة التعد أو التقصير وغير مضمون عند انعدام التعدي أو التقصير .

(يراجع في ضمان ما تلف بسقوط البناء ، السرخسي ، المبسوط 27 : 9 ـ 13 والمرغياني الهداية وشروحها 4 : 444 والزيلعي 6 : 147 والدر المختار ورد المحتار 5 : 598 ـ 591 زكريا الأنصاري ، التحرير 2 : 460 وإبن قدامة المغني 9/571 ـ 576 وكشاف القناع 2 : 369).

وقد رؤي في المشروع تقرير الضمان إلا إذا ثبت عدم التعدي أو التقصير وبعبارة أخرى إذا كان الضرر بسبب لا يمكن التحرز منه إستناداً إلى النص السالف البيان كما رؤي صياغة الحكم الوارد في الفقرة الأولى على النحو الذي ورد عليه كي يتم النسق في الصياغة في الفصل كله.

والمسئول عن الضمان في هذه الحالة هو مالك البناء وناظر الوقف أن كان البناء وقفاً وولي اليتيم والقيّم على غير كامل الأهلية ان كان البناء له دون المستأجر والمستعير لعدم ولاية هذين في النقض والإزالة.

(يراجع على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (1 : 354)، وتراجع أيضاً المادة (928) من المجلة وشرحها لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المواد (290) أردني و (177) مصري و (178) سوري و (229) عراقي.

(3) الأشياء والآلات

المادة (316)

كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء أو الآلات من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه. وذلك مع عدم الإخلال بما يرد في هذا الشأن من أحكام خاصة.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة المسئولية عن الجمادات (غير البناء) ويلاحظ أن الآلة والأشياء المنوه عنها في المادة تختلف عن الحيوان إذ الحيوان يتحرك بغير إرادة صاحبه أو المسيطر عليه فكان ما يحدث عنه من الضرر من قبيل التسبب بالنظر إلى صاحبه أو صاحب السيطرة عليه، ولهذا وجب أن يكون الضرر الناشيء عن فعل الحيوان نتيجة تقصير وتعد كي يسأل عنه صاحبه، أما الآلة فليس لها حركة إلا بتحريك صاحبها فكان ما يحدث عنها من الضرر من قبيل الضرر المباشر والمباشرة لا يشترط فيها التعدي.

(يراجع على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي 1 : 241).

وإستناداً إلى أن ما يحدث من هذه الأشياء والآلات من ضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه فضلاً عن قاعدة " الغرم بالغنم " ونحوها - صيغت هذه المادة، دون الإلتجاء إلى فكرة الخطأ المفروض التي بنى عليها القانون المدني المصري والسوري - المسئولية في هذه الحالة.

(تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري، المادة (178) من القانون ج 2 ص 334 - 438).

وهذا الأساس يجعل الحكم مقصوراً على الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة والأشياء الميكانيكية أما غيرها فسهل على المسيطرين عليها الوقاية من ضررها وإلا كانوا متسببين في إلحاق الضرر بأنفسهم.

والتعبير بـ " كل من كان تحت تصرفه أشياء ... " قصد به من له السيطرة الفعلية على الشيء سواء أكان مالكاً أم غير مالك كمستأجر للآلات مثلاً، وقد عبّر القانون المدني المصري والسوري عن هذا المعنى بعبارة " كل من تولى حراسة أشياء " قاصداً بالحراسة نفس المعنى وهو السيطرة الفعلية على الشيء وأستعمل المشرع العراقي للتعبير عن نفس المعنى عبارة " كل من كان تحت تصرفه .. " وقد آثر المشرع إستعمال عبارة القانون المدني العراقي وعدم إستعمال عبارة القانون المدني المصري والسوري توقياً لما تثيره هذه من لبس.

تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري ح 2 ص 426 و 433 ـ 434 .

ورؤي أن ينص بصراحة على استثناء ما لا يمكن التحرز عنه تطبيقاً للقاعدة الشرعية أنه لا تكليف إلا بمقدور.

كما رؤي النص على عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة قطعاً ببقاء ما يكون موجوداً فعلاً من هذه الأحكام الخاصة وإشارة إلى إحتمال وجود أحكام خاصة مخالفة في المستقبل.

تراجع المادتان (7، 88) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (291) أردني و (178) مصري و (179) سوري و (231) عراقي.

(3) استعمال الطريق العام
المادة (317)

استعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضررا يمكن التحرز منه كان ضامنا.

المذكرة الإيضاحية :.

لكل واحد حق استعمال الطريق العام ولكن ذلك مقيد بشرط سلامة الغير وبعبارة آخرى بشرط عدم الإضرار بالغير فإذا أضر في استعماله الطريق العام الغير ضرراً يمكن التحرز عنه كان ضامناً ، فمن مر في الطريق ا لعام أو جلس فيه وأضر بغيره، ضمن.

وقد نص على ذلك في المجلة في المواد 926 إلى 928 وفي القانون المدني العراقي في المادتين (227) و (228) وضرب لذلك أمثلة منها :.

1. لو سقط عن ظهر الحمّال حمل (والفرض أنه في الطريق العام) وأتلف مال أحد يكون الحمّال ضامناً (م 926) مجلة و 227 عراقي.

2. إذا أحترقت ثياب أحد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضربه الحديد ضمن الحداد ثياب المارة (م 926 مجلة و 277. 2 عراقي) وقد صرحت بأنه إذا كان يمكن التحرز عن ذلك.

3. لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمالة وعثر بها حيوان آخر وتلف ضمن (م 927 مجلة و 228. عراقي).

4. لو صب أحد على الطريق العام شيئاً ينزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن (م 927 مجلة و 228 ـ عراقي).

5. لكل واحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناء عليه : لا يضمن راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرز عنهما مثلاً : ولو انتشرت من دابة رجل غبار أو طين ولوّث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخرة ولطمت بذيلها واضرت لا يلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر و الخسارة الذي وقع في مصادمتها أو لطمة يدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك (م 932 مجلة و 224 ـ عراقي).

6. من سيّب دابة في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته (م 935 مجلة و 225 ـ 2 عراقي). وعلى ذلك فما يقوم به الأنسان من أفعال :
   1. منه ما هو حق من حقوقه التي خولها له الشارع ويلحق بذلك ما هو رخصة أباحها الشارع له .
   2. ومنه ما هو أمر محظور حظره الشارع عليه.
   - فإن كان أمراً محظوراً كان مسئولاً عما يترتب عليه من ضرر يصيب غيره سواء أصدر عن قصد وإدراك أم عن غير قصد.
   - وإن كان أمراً جائزاً له مباشرته فترتب عليه ضرر بغيره وكان من قبيل الرخص كان كذلك مسئولاً عن ذلك الضرر لأن الشارع الإسلامي قد اشترط في مزاولة هذا النوع السلامة وعدم الضرر ، فالسير في الطريق رخصة أباحها الشارع على ألا يكون سبباً في ضرر الغير لأن الرخص عامة مشتركة وذلك يقتضي الحذر والحرص في مزاولتها حتى لا يضار انسان بسبب انتفاع غيره ، وهما في

الإنتفاع بها سواء، وما جعلت رخصاً إلا على أساس الإنتفاع بها انتفاعاً مشتركاً سليماً من الأذى والضرر ولذا كان الضرر في هذه الحال مستوجباً للتعويض إلا إذا كان حادثاً من فعل لم يتجاوز فاعله فيه حد الأمر بالمعروف المألوف الذي ليس فيه تقصير لأن حدوثه عندئذ يكون قضاء وقدراً لا تعويض فيه.

أما إذا لم يكن من قبيل الرخص بل كان حقاً له فإن عليه حينئذ ليظل حقاً له أن يلتزم حدوده المرسومة له شرعاً عند صدوره، وإذا تجاوزها كان هذا خروجاً عنه وكان فعلها اعتداء وكان ما يترتب عليه عندئذ من ضرر مسئولاً عنه ولم يكن هذا من قبيل التعسف في استعمال الحق بل يكون خروجاً عن الحق وتجاوزاً له وإعتداء.

والمراد بالرخصة هنا أو الحق العام ما كان أمراً مباحاً مشتركاً لا يختص به انسان بعينه فالسير في الطريق وفتح النوافذ عليه والتقاضي واجتياز القناطر وما إلى ذلك، والمراد بالحق ما خص به صاحبه فكان له وحده كالتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات قوليه أو فعلية والإنتفاع به ونحو ذلك.

وقد صيغ الحكم الفقهي على ما هو مدون في هذه المادة.

وهذه المادة تقابل المواد (292) أردني و (227 و 228) عراقي.

الفصل الرابع
الفعل النافع

الفرع الأول
الكسب بلا سبب

نظرة عامة :-

نص في المادة (179) من القانون المدني المصري و (243) عراقي على أن " كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الأثر فيما بعد ، وهذا ما يسمى في القانون " الإثراء بلا سبب " وقد قرر المشرع المصري و العراقي هذه القاعدة في النص سالف البيان .... ويشترط لتطبيقها شروط ثلاثة :-

1. إثراء المدين أو أغتناؤه ولا يكون ذلك إلا بدخول قيمة ما يثري في ذمته المالية ولا يشترط في المثري توافر أهلية ما ، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الأثراء .
2. أن يقابل هذا الإثراء افتقار الدائن بسبب انتقال عين أو قيمة أداها (قارن المادة (140) من التقنين اللبناني وهي تضييف إلى ذلك " أو بسبب خدمة أداها " والإثراء في أحكام هذا التقنين قد يكون مباشراً أو غير مباشر مالياً أو معنوياً .
3. ألا يكون للإثراء الحادث والإفتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررها فلا يجوز للواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب لأن بين العاقدين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر .

ولم يشترط القانون المصري أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد وهو ما يقضي به صراحة النص ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لإستيفاء حقه، بل يجوز أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر.

والقانون في النص المتقدم ألزم المثري بتعويض الدائن عما أفتقر به ولكن بقدر ما أثرى فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به، وقيمة ما أفتقر به الدائن فإذا تصرف المثري بعوض فيما أثري فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف لأن هذا الأخير قد أثرى بمقتضى سبب قانوني هو التصرف نفسه أما إذا كان التصرف على النقيض من ذلك بغير مقابل، فالأصل أن ينحصر حق الرجوع في المثري ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانوني هو عقد التبرع، بيد أن القانون قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى، مقدماً بذلك (درء الضرر على جلب المنفعة) ويكون للمفتقر في الفرض هذا أن يرجع على المثري أو على من صدر له التبرع، وفقاً لمصلحته في ذلك، فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة 1000 درهم وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمثري 800 درهم وبالنسبة لمن صدر له التبرع 900 درهم فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع.

وتهم الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي أخذ بمبدأ نظرية الإثراء على حساب الغير إذ نص في المادة (243) على ما يأتي :-

" كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض

من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد ".

والقانون الإنجليزي لا يعترف بالإثراء بلا سبب مصدراً للإلتزام إلا في حدود ضيقه وأوسع ما يعترف به ذلك الإلتزام الناشيء عن دفع غير المستحق بشرط أن يكون المال الذي يراد استرداده مبلغاً من النقود وأن يكون الغلط الذي وقع فيه الدافع غلطاً في الواقع لا في القانون أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزي إلا في تطبيقات خاصة منها :

1. إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض الذي أخذه من الغير عن هذه الخسارة .
2. إذا استولى أحد الشركاء في الشيوع على أكثر من نصيبه في غلة العين المباعة التزم برد هذه الزيادة وكذلك الفضولي ليس له الحق في إسترداد ما انفق من المصروفات إلا في حالات محدودة منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة.

والمبدأ في الفقه الإسلامي محل خلاف : فرأي يذهب إلى أن الإثراء بلا سبب ليس مصدراً عاماً للإلتزام في الفقه الإسلامي إلا في حالات قليلة ورأي يذهب إلى (وجود أو إمكان وجود) نظرية عامة للإثراء بلا سبب في الشريعة الإسلامية.

(يراجع السنهوري، مصادر الحق 1 : 55 ـ 95 والهامش 1 ص 42 منه أيضاً والوسيط الطبعة الثانية : ص 1252 ـ 1253، وخصوصاً الهامش 2 ص 1253).

وقد رأى المشرع عدم الحسم في المبدأ على نطاقه المقرر في القانون وترك الأمر في هذه المرحلة لإجتهاد الفقه والقضاء مع إيراد الأحكام المسلمة في الفقه الإسلامي.

ولعل في تطبيق فكرة (الإضرار) الذي يقوم عليه الضمان في الفعل الضار في الفقه الإسلامي ما يسدها في القانون المصري والمسئولية التقصيرية فيه تقوم على الخطأ : أحكام نظرية عدم جواز " الإثراء على حساب الغير " ومن شروطها حصول " إفتقار " وهو لا شك (ضرر).

ويتناول المشرع مبدأ أخذ مال الغير بلا سبب في المادتين 318 ، 319 وقبض غير المستحق في المواد من (320 إلى 324 والفضالة في المواد من (325 إلى 332) وقضاء دين الغير في المواد من (333 إلى 335) والتقادم في المادة 336).

المادة (318)

لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي فان أخذه فعليه رده.

المذكرة الإيضاحية :.

القاعدة التي تقررها هذه المادة تستند إلى الحديث الشريف (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً) والحديث الأخر " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " الشوكاني نيل الأوطار 6 : 40 و 62.

وهــذه القاعدة تضع أســاس قاعدة الإثراء بلا ســبب، ذلك أن الأصل أن مال الشــخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حالتين أثنين: اتفاق الشــخصين على ذلك، أو كان القانــون هو الذي قضى بإنتقال المال. فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه وهذه هي قاعدة الإثراء بلا سبب.

وهذه القاعدة أصلية مســتقلة قائمــة بذاتها متفرعة عن غيرها فهي مصدر مســتقل من مصادر الإلتزام، وهـي تتصل إتصالاً مباشــراً بقواعد العدالة.

(السنهوري، الوسيط، الطبعة الثانية ص 1266 ـ 1268).

ويشــترط لتطبيق هذه القاعدة أن يأخذ شــخص مال غيره وألا يكون لذلك ســبب شــرعي لأنه بالأســباب الشــرعية كالبيع والهبة والميــراث يحق أخذ مال الغيــر، والحكم الواجب في هــذه الحالة هو أن علــى الآخذ رد ما أخذ، فــإذا لم يمكن الرد بأن هلك أو اســتهلك فتتطبق القواعد العامة، ويراجع فيما ســبق ما ذكر في النظرة العامة في أول هذا الفصل.

كما تراجع المواد (97 و 890 و 891) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهــذه المادة تقابل المــواد (293) أردنــي و (180) مصري و (181) سوري و (243) عراقي.

المادة (319)

1. من كسب مالا من غيره بدون تصريف مكسب وجب عليه رده إن كان قائما ومثله أو قيمته إن لم يكن قائما وذلك ما لم يقض القانون بغيره.

2. واذا خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدراً بملك غيره اتصالا لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته فإذا تساويا في القيمة يباعا عليهما ويقتسمان الثمن إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة حالة ما إذا تملك شخص مالاً لآخر دون صدور تصرف يكسبه هذا الملك، سواء أكان هذا التصرف منهما معاً أو منه أو من الغير بمقابل أو تبرعاً كحالة الإلتصاق مثلاً .

وقد رؤي من باب الإحتياط استثناء حالة ما إذا قضى القانون بغير ذلك وظاهر أن الكسب بالميراث لا يدخل في نطاق هذه المادة.

ويدخل في هذا الحكم ما نص عليه في المواد (240 و 241 و 242) من القانون المدني العراقي ونصها :

(م 240)"1- إذا استعمل شخص مالاً بلا أذن أصاحبه لزمه أداء منافعه سواء كان المال معداً للإستغلال أو غير معد له وذلك دون

إخلال بأحكام المادة (156).

2- فمن سكن دار غيره من دون عقد لزمه أجر المثل، ولو انقضت مدة الإجازة في الأرض المزروعة قبل إدراك الزرع فللمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض على إدراكه ويعطي أجرة المثل".

(م 241) " إذا أستخدم أحد صغيراً دون أذن وليه استحق الصغير أجر مثل خدمته ".

(م 242) " 1- لو خرج ملك شخص من يده بلا قصد واتصل قضاء وقدراً بملك غيره اتصالاً لا يقبل الفصل دون ضرر على أحد المالكين تبع الأقل في القيمة الأكثر بعد دفع قيمته.

2- فلو سقط من شخص لؤلؤة التقطتها دجاجة فصاحب اللؤلؤة يأخذ الدجاجة ويعطي قيمتها " تراجع المواد (27- 29 و 52 و 902) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المادتين (294) أردني و (1125) عراقي.

الفرع الثاني
قبض غير المستحق

المادة (320)

من أدى شيئا ظانا انه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائما ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً.

المذكرة الإيضاحية :ـ

يقــرر الفقهاء المســلمون قاعدة عامة أنه " لا عبــرة بالظن البيّن خطــؤه " " ولا عبــرة للتوهــم " (م 73 و 74) مــن المجلــة ، ويجعلــون مــن تطبيقــات هــذه القاعدة أنه لو ظن أن عليه دينــاً فبان خلافه يرجع بما أدى (ابــن نجيم، الأشــباه والنظائر (1 : 193)) وقالوا شــرحاً لذلك أنه مما يصلح أن يكون من فروع هذه القاعدة :

1. قاض أو غيره دفع إليه سحت لإصلاح المهمة ، فأصلح ثم ندم ، يرد ما دفع إليه وكذلك إذا ابرأه من الدين ليصلح مهمة عند الســلطان لا يبرأ وهو رشــوة والمتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء فهي رشــوة لا يثبت الملك فيها ، وللدافع اســتردادها لأن الرشــوة لا تملك.
2. " وفي الخلاصــة : اب الصغيرة التي لا نفقة لها إذا طلب من القاضي وظــن أن ذلــك عليه ففــرض الزوج لهــا النفقة لا يجــب ، والفرض باطل ، وفي شــرح الوهبانية لابن الشحنة : من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض".
3. وفي الخانيــة : رجل قال لرجــل : لي عليك ألف درهــم فقال المدعي إن حلفــت أنها لــك على أديتها إليــك فحلف فأداها إليــه هل له أن يســتردها بعد ذلك ؟ ذكر في المنتفى أنه إن دفعها إليه على شــرط والذي شرط كان له أن يستردها منه .

فــكل من أدى شــيئاً على ظن أنه دين عليه ثــم بان خلافه فإنه يرجــع على من قبضه بمــا أدى إن كان قائماً وبمثله أو قيمته إن كان تالفاً .

وبهــذا يتبين أن دفع غير المســتحق في الفقه الإســلامي مصدر

للإلتزام في أوسع الحدود . (البغدادي، مجمع الضمانات، ص 458- 459- ابن نجيم الأشباه والنظائر (1 : 193- 194 والسنهوري، مصادر الحق، 1 / 56 وعلى الخفيف الضمان في الفقه الإسلامي 1 : 172).

وقد صيغ هذا الحكم في مرشد الحيران في المادة (207).

وقد رأى المشرع الأخذ بالحكم في الفقه الإسلامي وهو وجوب رد القابض ما أخذه بدون حق على ظاهرة أي بدون تفرقة بين حسن النية وسوئها ولا بين كامل الأهلية وناقصها .

وقد نص في القانونين المصري والعراقي على أحكام تفصيلية أخرى قد ترك الحكم في ذلك للقواعد العامة في الفقه الإسلامي.

تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (ج/ 2 ص 457- 459، 461- 462).

وهذه المادة تقابل المواد (296) أردني و (181) مصري و (182) سوري و (233) عراقي .

المادة (321)

يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لدين لم يتحقق سببه أو لدين زال سببه بعد أن تحقق.

المذكرة الإيضاحية :-

الوفاء بدين تصرف قانوني فيجب ان تجتمع له الشروط الواجب توافرها في سائر التصرفات القانونية فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضا وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء، فإذا شاب الرضا عيب من عيوب الرضا أو تخلف شرط الأهلية فإن من تسلم من أوفى به أو أدى على هذا الوجه، ملزم بالرد وفقاً للقواعد العامة . وعلى ذلك فيقتضي العمل أن يكون من واجب من يدعي أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين:-

أولهما :-

قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانوني ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات العلاقة القانونية وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو البيّنة. وقد قصد المشرع من عموم العبارات التي أستعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة كل الحالات التي تشملها دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب مما يحصل الوفاء به.

أما الأمر الثاني :-

فقيامه بالوفاء لما لم يكن مستحقاً في ذمته ويتيسر له ذلك :

1. إذا أثبت عدم تحقيق سبب الدين الذي أداه إطلاقاً : كما إذا كان الوارث قد أوفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين في عقد باطل بالوفاء بإلتزامه، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه .
2. أو إذا أثبت أن سبب الدين لم يتحقق، كما إذا أدى مدين ديناً بموجب عقد موقوف أو معلق بشرط لم يتحقق (أنظر التقنين

اللبناني المادة (145 ـ 1 والمادة 1434 من التقنين النمساوي والمادة 964 ـ 2 من التقنين البرازيلي والمادة 268 مدني مصري).

3. أو إذا أثبت أن سبب الدين قد زال بعد تحققه، كما إذا نفذ أحد العاقدين التزامه في عقد أبطل أو فسخ بعد ذلك.
4. فإذا أقام المدعي هذا الدليل فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع وقد نص التقنين الأسباني على ذلك صراحة فقرر في المادة (190) أنه يفرض الخطأ في الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلاً أو ما سبق أداؤه.

ويضيف النص إلى ذلك " ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع، أو لأي سبب مشروع ". والواقع أن من تسلم ما يدعي بعدم استحقاقه له، لا يكون عليه إلا اسقاط قرينة الخطأ في الوفاء فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن بينة من الموفي، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع، إلا أن يكون غير كامل الأهلية، أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان الإكراه، كما إذا كان قد فقد المخالصة واكره بذلك على الوفاء مرة أخرى ويقصد بالدين هنا الدين بمعناه العام وهو ما يعبر عنه القانون بكلمة الإلتزم سواء كان إلتزاماً بنقل ملكية شيء أو بعمل شيء أو الإمتناع عن عمل ما.

تراجع المادة (72) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (297) أردني و (182) مصري و (183) سوري و (135) عراقي.

المادة (322)

يصح استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل اجله وكان الموفي جاهلا قيام الأجل.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقا عليه من وجه، فإذا تم الدفع من جراء غلطة، أو من جراء ظروف لها حكم الغلط فلمن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل وقد آثر المشرع الأخذ بهذا الرأي لسلامة منطقه مقتفياً في ذلك أثر القانون المصري والسوري الذي أقتفى بدوره أثر المشرع الفرنسي الإيطالي، ولو أن بعض تقنيات أخرى أعرضت عنه .

وقد تضمن القانون المدني المصري والسوري والعراقي فقرة ثانية في المقابلة لهذه المادة نصها : "على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما أستفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الإلتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الإتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل" .

فبهذا النص يجوز للدائن أن يختار بين مقتضى الإلتزام بالرد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من الإجتزاء برد ما يثري به من جراء التعجيل بالوفاء دون أن يجاوز ذلك قدر ما لحق المدين من ضرر فيحق مثلاً لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، أن يطالب الدائن إذا لم يشأ

أن يرد البناء الذي تسلمه إلى أن يحل الأجل، بأقل قيمتين:

قيمة النفقات التي تقدمت الإشارة إليه، وقيمة إيراد البناء في خلال الشهور الستة فإذا كان الدين الذي عجل الوفاء به، مبلغاً من النقود ولم يرد الدائن أن يرده إلى المدين على أن يؤدي إليه عند حلول الأجل، كان للمدين أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن.

وقد رؤي عدم إيراد هذا الحكم في المشروع تجنباً للربا أو مخافة منه.

ويلاحظ في الأعمال التحضرية للقانون المدني المصري أقتراح رئيس لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف هذه المادة لما تحدثه من اضطراب في المعاملات ولكن اغلبية اللجنة لم توافق.

(تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المادة (183) من القانون ج 2، ص 451 ـ 452).

(و تراجع أيضاً المادة (83) من المجلة وشرحها لعلي حيدر).

وهذه المادة تقابل المواد (298) أردني و (184) سوري و (235) عراقي.

المادة (323)

إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه إن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدة المحددة لسماعها فلا يجب عليه رد ما قبض ولمن أوفى أن يرجع على المدين الحقيقي بالدين وبالتضمين إن كان له محل.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه فمن حقه أن يسترد ما أدى، وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها ، ومع ذلك فقد رؤي إختصاص الدائن بقسط من الرعاية فأسقط عنه الإلتزام بالرد إذا ترتب على التزامه برد ما قبضه الحاق ضرر بحقه.

أما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين، أو من التأمينات المخصصة للوفاء به، وأما من ناحية القانون بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله تفريعاً على ذلك فالحق أو الموازنة بين الغير الذي أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه، وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء، تنتهي دون إلى أن الأخير أولى بالرعاية من الأول، ومؤدى هذه الرعاية ألا يلتزم برد ما قبض.

على أن هذه الحماية للدائن لا تحرم من أوفى بالدين من الرجوع على المدين الحقيقي بما أداه بل وأيضاً بالتعويض ان كان له محل.

وهـذه المادة تقابل المـواد (299) أردنـي و (184) مصري و (185) سوري.

المادة (324)

من قبض شـيئا بغير حق وجب عليه رده على صاحبه مع ما جناه من مكاسب أو منافع وللقاضي أن يعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل في القوانين المدنية أن يلتزم من يتسـلم غير المتسحق برد ما يؤدى إليه دون حاجة إلى التفرقة بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها وما إذا كان ما سلم من القيميات أو المثليات ، أما فيما يتعلق بثمرات الشـيء الذي سـلم فثمة محل للتفرقة بين ما قبل بحسـن النية وما قبض بسوء نية فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعـوى ، لأنه يمتلك الثمرات ما دام حسـن النية وفقاً للقواعد العامة أما سـيء النية فيلزم على نقيض ذلك برد الفوائد والأرباح التي حصل عليها أو كان بوسـعه أن يحصل عليها من الشـيء من وقت القبض أو مـن الوقت الـذي أصبح فيه سـيء النية ، وهذا أيضـاً تطبيق للقواعد العامـة لأن الحائز سـيء النية يكون له حق في الثمـرات ، ويراعى في الحالـة الأخيرة أنه إذا كان الشـيء المقبوض مبلغـاً من النقود فيلتزم من قبضه برد الفوائد محتسـبة على أسـاس السـعر المقرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى هذه الحالة من حالات الإستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى.

والظاهر أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين حسن النية وسوءها لذا رؤي عدم إيراد هذه التفرقة وإلزام من قبض شيئاً بغير حق رد ما أخذه وبأن يرد أيضاً ما يكون قد جناه من مكاسب أو منافع بإعتبار ما أخذ به المشرع من أن المنافع أموال تضمن، وترك للقاضي أن يعوض صاحب الحق لقاء ما قصر القابض في جنيه.

تراجع أيضاً المادة (22) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (300) أردني و (185) مصري و (186) سوري.

الفرع الثالث
الفضالة

نظرة عامة :

يتناول المشرع فيما يلي مسألة الفضالة .

وقد عرفها القانون المصري في المادة (188) منه وتقابلها (المادة 189) من القانون السوري بما يلي :-

"الفضالة على أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك" .

وقد جعلها القانون المدني المصري والسوري تطبيقاً خاصاً هي ودفع غير المستحق من تطبيقات مبدأ الإثراء على حساب الغير بوصفه

مصـــدراً عاماً مــن مصادر الإلتزام، شــأنه في ذلك شــأن العقد الضار والفعـل الضار خلاصـة القواعد الخاصة بما أن من يقوم بشــأن عاجل لحســاب شــخص آخر قاصداً مصلحــة هذا الشــخص دون أن يكون ملتزماً بالقيام بهذا الشأن ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه يلتزم بما يأتي:

1. أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.
2. ان يخطر رب العمل بتدخله متى أستطاع ذلك.
3. أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي.
4. أن يقدم لرب العمل حســاباً عما قام به وأن يرد إليه ما أستولى عليه بسبب الفضالة.

كما يلتزم رب العمل بما يأتي:

1. تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه.
2. تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا بإسمه شخصياً.
3. رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجرة.
4. تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه.

(المــواد 188 ومــا بعدها مــن القانــون المدني المصــري، يراجع السنهوري، الوسيط الطبعة الثانية ص 1384 وما بعدها).

وقــد أقر الفقه الإســلامي الفضالة مصدراً للإلتزام بشــروط، والظاهر فيه أن الأصل أن الفضولي متبرع صدوراً عن الأخوة الإسلامية التــي تدعو إلــى البر والمعــروف، إلا أنه حيــث لا توجد نيــة التبرع فإن الفضالة تصبح مصــدراً للإلتزام وهي تصير كذلــك إذا أذن القاضي بالقيام بشــأن الغير، أو قضت به ضــرورة أو عرف وعندئذ تقوم روابط قانونية بين الفضولي ورب العمل تنظمها قواعد على ما سيأتي:

وتتناول المواد التالية شـروط الفضالـة وحكمها عند إقرارها والتزامـات الفضولـي وإلتزامـات رب العمـل والحكـم عنـد مـوت الفضولي أو رب العمل .

المادة (325)

من قام بفعـل غير نافع للغير دون أمره ولكـن أذن به القاضي أو أوجبتـه ضرورة أو قضى به عرف فانه يعتبر نائبا عنه وتسـري عليه الأحكام التالية.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة الشروط التي يجب توافرها في الفضولي كي يكون له حق الرجوع وتكييف مركز الفضولي .

فتعرف الفضالة بأنها القيام بشأن نافع للغير بدون أمره وبعبارة أعم بدون إذن شـرعي بأن لم يكن وكيلاً ولا وصياً ولا ولياً ولا قيماً على صاحب الشـأن فيشترط حتى تكون هناك فضالة تخول الرجوع على صاحب الشـأن ، أن يقوم شـخص عنه بلا إذن شـرعي بعمل نافع لـه فإن كان هناك اذن شـرعي ، أو كان العمل غيـر نافع فلا توجد الفضالة بالمعنى المقصود هنا .

ويشـترط لإنطباق الأحكام المنصوص عليها فيما بعد ، ومنها رجوع الفضولـي على رب العمل بما أنفق ، الحصول قبل القيام بالعمل علـى إذن القاضـي أو أن توجب القيام به ضـرورة أو يقضي به عرف ، وكل ذلـك يعني وجـود حالة الإسـتعجال والإضطرار وهـو ما يخول

للفضولي تولي شأن غيره مع الرجوع عليه لإنتفاء نية التبرع، وبهذا المعنى يكون هناك توافق في هذا الصدد بين هذه المادة والقانون المدني المصري بنصه على أن (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك م 188 ـ 189).

وقد بت المشرع في صفة الفضولي عندئذ فأصبح عليه عند توافر الشروط المتقدمة صفة النائب ويترتب على ذلك تطبيق قواعد النيابة، وإن لم يكن هناك نص خاص مخالف.

والنص الوارد في المشروع يتفق مع الحكم في الفقه الحنفي ذلك أن الضرورة قد تستوجب الولاية دفعاً للضرر ويقرها الشارع بناء على ذلك كما أن الولاية في تصرف ما قد يفرضها العرف برضا صاحب الشأن عنه، بحيث لو رجع اليه فيه قبل مباشرته لارتضاه واذن به ومن أمثلة ذلك:ـ

1. طاحونة بين شريكين أنفق احدهما على مرمتها بغير اذن شريكه لا يكون متبرعاً لانه لم يتوصل إلى الإنتفاع بنصيبه إلا بذلك (أي للضرورة).
(يراجع مجمع الضمانات ص 286 والخانية 3 : 111 وابن عابدين 2 : 388 وطبعة الحلبي والجامع الفصولين 2 / 59، و على الخفيف، الضمان 1 : 27 ـ 30).
2. إذا رهن الأب مال الصبي بدين نفسه أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فلو قضى الولد دين ابيه وافتك الرهن لم يكن متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين إذ لا يمكن الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن مأموراً بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن

يرجع عليه بما قضى (الكاساني 6 : 135 ـ 136).

3. إذا احتاج الملك المشترك إلى التعمير وأحد الشريكين غائب وأراد الآخر التعمير فإنه يستأذن الحاكم ويصير إذن الحاكم قائماً مقام اذن الغائب صاحب الحصة، يعني أن تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك بأذن الحاكم هو في حكم أخذه إذنه من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من الصرف (مادة 1310 من المجلة).

أما إذا لم يأذن القاضي (ولا الشريك) فيكون متبرعاً .

تراجع المواد (112 و 378 و 1310 و 1315) من المجلة وشرحها لعلي حيدر و (67 و 765 و 378 و 772) من مرشد الحيران.

4. من وجد الضالة وأنفق عليها بأمر القاضي يكون ديناً على مالكها وإذا انفق بغير اذن القاضي يكون متبرعاً (الكاساني 6 : 203).

مجمع الضمانات (ص 448 ـ 450) وعلى الخفيف، الضمان (1 : 27 ـ 30، 232، 233)، والسنهوري ـ مصادر الحق 1 : الهامش 1 ص 43 وص 57 ـ 59).

وهذه المادة تقابل المواد (301) أردني و (188) مصري و (189) سوري و (238) عراقي.

المادة (326)

تسري قواعد الوكالة إذا اقر رب العمل ما قام به الفضولي.

المذكرة الإيضاحية :.

تراجع مذكرة المادة السابقة .

وهـذه المادة تقابل المـواد (302) أردنـي و (190) مصري و (191) سوري.

المادة (327)

يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه كما يجب عليه أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

يعتبر القانون مصدراً مباشراً لإلتزامات الفضولي ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادي، ويلزم هذا النص الفضولي بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى له وجب على الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرضه تتاح له ، ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك.

وهـذه المادة تقابل المـواد (303) أردنـي و (191) مصري و (192) سوري.

المادة (328)

الفضولي مسئول عما يلحق رب العمل من أضرار وللقاضي تحديد الضمان إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

المذكرة الإيضاحية :ـ

يلاحظ أن الفضولي يلزم ما بقي قائماً بالعمل، بعدم الإضرار برب العمل وكل إضرار يقع منه لرب العمل يستتبع مساءلته، ومع ذلك فينبغي التسامح في تقدير هذه المسئولية إذ الفرض أن الفضولي قام بما تصدى له من شئون رب العمل بأذن القاضي أو إيجاب الضرورة أو العرف لضرر لدفع يتهدد هذا الغير برأيه.

وهذا النص يختلف عن نص المادة (192ـ 1) مصري " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي ويكون مسئولاً عن خطئه ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك.

والإختلاف بين هذا النص في المشروع ونص القانون المصري والسوري اختلاف في أساس المسئولية عن الفعل الضار.

وقد نص في الفقرة الثالثة من المادة (192) مصري على أنه " إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسئولية " ولم ير الأخذ بذلك نزولاً على حكم الشريعة الإسلامية التي تأبى أن يسأل شخص عن فعل آخر وهو ما سار عليه القانون في الفعل الضار.

وهذه المادة تقابل المادة (304) أردني.

المادة (329)

إذا عهد الفضولي الى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب.

المذكرة الإيضاحية :

قد يعهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه فرؤي النص على :

1. مسئولية الفضولي عمن عهد إليه بذلك بإعتبار أن عمل الآخر مضاف إليه.
2. مسئولية من عهد إليه الفضولي بالعمل قبل رب العمل مباشرة وقد أخذ هذا الحكم عن القانون المصري والسوري لفائدته واتساقه مع الأحكام المتقدمة.

وهذه المادة تقابل المواد (305) أردني و (192) مصري و (193) سوري.

المادة (330)

يلزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به.

المذكرة الإيضاحية :ـ

يقوم هذا الحكم على أساس ما تقدم من أن الفضولي نائب عن رب العمل فهو كالوكيل يجب عليه أن يرد لرب العمل ما أستولى عليه بسبب الفضالة وأن يقدم حساباً عما قام به .

وهذه المادة تقابل المواد (306) أردني و (193) مصري و (194) سوري.

المادة (331)

على رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وان يعوضه عن التعهدات التي التزم بها وان يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف وان يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولي أجراً عن عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تقدم في المادة (325) أن الفضولي في الحالات المنصوص عليها في تلك المادة يصبح نائباً عن رب العمل فيما ندب نفسه إليه من شئون رب العمل فإذا قام الفضولي بما يجب عليه من رعاية حسن الإرادة بحيث لا يضر رب العمل، كان له على رب العمل أمور ثلاثة :ـ

أولها :

إلزام رب العمـل بالوفاء بما تعهد به الفضولي ، وينبغي التفرقة في هذا الصدد بين فرضين :-

1. فـإذا كانت هـذه التعهدات قـد تولى عقدها الفضولي بإسـم رب العمـل بـأن أضاف العقـد إليه ، إلتزم هـذا بها مباشـرة بمقتضى النيابـة القانونية التي تنشـأ مـن الفضالة وبهذا يصبح رأسـاً دائناً ومديناً لمن تعاقد معه الفضولي.
2. أمـا إذا تعاقد الفضولي بإسـمه شـخصياً بـأن أضـاف العقد إلى نفسـه لا إلـى رب العمل فـلا يصبح هـذا دائناً أو مدينـاً لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار ، انمـا ترجع حقوق العقد وإلتزاماته إلى الفضولـي ولكن رب العمل يلـزم بتعويضه عن جميـع ما فقد من التعهدات على هذا الوجه ، وفقاً لقواعد الكسب بلا سبب.

ثانيهما :-

إلتـزام رب العمـل بـأن يؤدي إلـى الفضولي جميع مـا أقتضت الظـروف من نفقـات ضرورية أو نافعـة على أنه يجوز إنـزال النفقات المفرطـة ولو كانـت نافعة إلى الحـد المعقول ، ويكـون للفضولي في هذه الحالة ، أن ينتزع ما جاوز الحد على أن يعيد الشيء إلى حالة التي كان عليهـا من قبل (المادة 1038 من التقنين النمسـاوي والمادة 422 من تقنين الإلتزامات السويسري) والأصل أن الفضولي لا يستحق أجر عن عملـه ، إذ يفرض عليـه أن يتبرع بخدمة يؤديها لـرب العمل إلا أن هذه القرينة تسـقط متـى كان ما قام الفضولي به مـن قبيل وجوه الإنفاق الحقيقة بالنسـبة له ويتحقق ذلـك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطـاق أعمال مهنته ، كما هو الشـأن في طبيب يقـوم بعلاج مريض أو

مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل.

ثالثهما :

إلتـــزام رب العمل بتعويض الفضولي تعويضـــاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل، ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسـباً مع مـا لم يسـتطيع الفضولي اتقاءه من ضـرر مع بذل المألوف من أسباب العناية.

وهـــذه المادة تقابل المـــواد (307) أردنـــي و (195) مصري و (196) سوري.

المادة (332)

1. إذا مـــات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل عند انتهاء الوكالة بموت الوكيل.
2. وإذا مـــات رب العمـل بقي الفضولـــي ملتزماً نحو الورثـــة بما كان ملتزما به نحو مورثهم.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا مـــات رب العمل يظل الفضولي مرتبطـــاً بإلتزاماته هذه قبل الورثـــة إذ يـــؤول إليهم مـــا كان لمورثهم من حقوق في هـــذا الصدد عن طريق الميراث.

وإذا مــات الفضولي تنقضي إلتزاماته ولا تنتقل إلى ورثته ، ومع ذلك فيلــزم هؤلاء الورثة إلتزاماً شــخصياً مباشــراً بما يلتــزم به ورثة الوكيل.

وهــذه المادة تقابل المــواد (308) أردنــي و (194) مصري و (195) سوري.

الفرع الرابع
قضاء دين الغير

المادة (333)

مــن أوفى دين غيــره بأمره كان له الرجوع علــى الآمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط.

المذكرة الإيضاحية :.

هذا الحكم يــردد الحكم المنصوص عليه في المواد (198) وما بعدها من مرشد الحيران ومن المادة (236) من القانون المدني العراقي .

فقد نص في مرشد الحيران على ما يأتي :

- من قام عن غيره بواجب من الواجبات الدنيوية كما إذا قضى دينه بأمــره أو أنفق من مال نفســه على عيــال غيره ومــن تلزمه نفقتهم بأمره ، رجع على الأمر بما أداه عنه وقام الدائن الأصلي به ، ســواء أشترط الرجوع عليه أو لم يشترطه.

- من قضى مغارم غيره بأمره أو أدى عنه فوائد أو رسوم مطلوبة منه بأمره أو كفل عنه لغريمه دينه بأمره ودفعه إليه فله الرجوع بما دفعه على الأمر ولو لم يشترط الرجوع عليه.
- إذا أمر أحد غيره بشراء شيء له أو ببناء داره من مال نفسه، ففعل المأمور ذلك فله الرجوع على الآمر بثمن ما أشتراه له وبما صرفه على العمارة بأمره ولو لم يشترط الرجوع عليه.
- إذا أمر أحد غيره بأن يدفع عنه مبلغاً معلوماً إلى شخص معين: فإن كان المأمور بالدفع صيرفياً أو شريكاً للآمر أو خليطاً له بأن كان بينهما أخذ وعطاء أو مواضعه على أنه متى جاء رسوله أو وكيله ببيع له أو يقرضه ما يطلبه أو كان المأمور في عيال الأمر أو الأمر في عيار المأمور وولده أو والده أو زوجته أو ابن أخيه الذي في عياله أو خادمه ودفع ما أمر به، فله الرجوع بما دفعه على الأمر سواء صرح في الأمر بأن يدفع قضاء عنه أو على أن ما يدفعه يكون ديناً له عليه أو يكون ضامناً له أو لم يصرح بشيء من ذلك وسواء اشترط الضامن الرجوع عليه أو لم يشترط.

وإذا لم يكن المأمور بالدفع صيرفياً ولا شريكاً للآمر ولا خليطاً له، ولا هو في عياله ودفع ما أمر به قائماً يرجع على الآمر بما دفعه أن كان قد صرح له في الأمر بأن يدفع عنه أو يقضي عنه أو على أن يكون ما يدفعه ديناً عليه أو صرح بأنه يكون ضامناً له ما يدفعه ويكون له في هذه الصورة حق الرجوع بما دفعه على الآمر ولو يشترط عليه فإن أمره بالدفع أمراً مطلقاً أو لم يصرح في أمره بشيء مما ذكر فلا رجوع للمأمور بشيء مما دفعه على الآمر وإنما يكون له الرجوع على القابض وإسترداد ما قبضه إن كان قبضه من غيره أن يكون له حق على الآمر فإن قبضه بحق فلا رجوع للدافع عليه بشيء.

ونص في المادة (236) من القانون المدني العراقي أنه (إذا أمر أحد غيره بقضاء دين رجع المأمور على الآمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي مطالبته به سواء اشترط عليه الرجوع أم لم يشترط).

وقد نص في المادة 202 من مرشد الحيران على ما يأتي :

"إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ثم ان الآمر قضى الدين بنفسه لدائنه والمأمور قد دفعه إليه أيضاً فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الآمر فإن أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الآمر قبل أداء الأمر فله الرجوع بماله ان شاء على القابض وإن شاء على الآمر".

ونص في المادة (237) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :-

" إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ثم ان الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه والمأمور دفعه إليه أيضاً فللمأمور أن يرجع على القابض وعلى الآمر وللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه في قضاء الدين. وإن كان الآمر هو الذي قضى الدين أولاً فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الآمر" . فهناك خلاف بين هذين النصين في حالة ما إذا دفع المأمور الدين قبل أداء الأمر ففي مرشد الحيران يرجع المأمور بما دفع على القابض لا على الآمر وفي القانون المدني العراقي يرجع على الآمر .

وقد رأى المشرع ترك هذه الحالة للقواعد العامة :-

وهذه المادة تقابل المادة (309) أردني.

المادة (334)

من أوفى دين غيره دون أمره فليس له الرجوع بما دفعه على المدين إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة (325) ولا الرجوع على الدائن إلا إذا أبرأ المدين من الدين ولو بعد استيفاء دينه من الموفي.

المادة (335)

إذا أوفى الراهن دين غيره ليفك ماله المرهون ضماناً لهذا الدين رجع بما أوفى بها على المدين.

المذكرة الإيضاحية :.

نص في المادة (205) من مرشد الحيران على أنه :.

" إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين، سواء قبل أو لم يقبل ويكون الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، ولا رجوع له على رب الدين القابض لإسترداد ما دفعه إليه إنما إذا كان الدائن قد أبرأ المديون بعد إستيفاء دينه من المتبرع يكون للمتبرع في هذه الصورة الرجوع على القابض بما دفعه إليه".

ونص في المادة (939) من القانون المدني العراقي على ما يأتي :.

" إذا دفع أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين، سواء قبل أو لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين

أو أنه لم يكن عنده نية التبرع ".

وقـد رأى المشـرع الأخذ بالحكم الـوارد من مرشـد الحيران مضافـاً إليه ما ورد في القانون المدني العراقي من أن الدافع قد يكون لـه الرجوع على المدين بما دفعه عنه مع صياغة النص على الوجه الذي يتسـق مع مواد القانـون ، ولم ير في هذا المجال إيـراد ما أورده القانون المدنـي العراقي من سـقوط الدين عن المدين سـواء قبل أو لم يقبل لأن هـذا الحكم مجاله الوفاء بالدين والمجـال هنا مجال الوفاء عن الغير والكلام محصور فيما إذا كان للموفي أن يرجع بما دفع أو ليس له.

وقد رأى المشـرع إيراد الحكم في المـادة 238 من القانون المدني العراقي في المادة (335 بإعتباره تطبيقاً للحكم الوارد في الفقرة الأولى وللفضالة ايضاً) .

وهاتان المادتان تقابلان المادة (310) أردني.

الفرع الخامس
حكم مشترك

المادة (336)

لا تسمع الدعوى الناشئة عن الفعل النافع بانقضاء ثلاث سنوات مـن اليوم الذي علم فيه الدائن بحقـه في الرجوع وفي جميع الأحوال لا تسـمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع.

المذكرة الإيضاحية :.

ينشــيء المشــرع في هذا النص تقادمــاً قصيراً يمنع من ســماع الدعوى مدته ثلاث سنوات ولا يبدأ سريانه إلا من اليوم الذي يعلم فيه الدائــن بحقه في الرجــوع أي في المطالبة بالــرد أو بالتعويض وقد نص علــى هذا التقادم القصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة وهي خمس عشــرة ســنة وبدأ ســريانها من اليوم الذي ينشــأ فيه الحق في الرجوع وبعبارة أخرى الإلتزام.

وهذا النص يســري على كل الحالات الناشئة عن الفعل النافع فيســري على دعوى إسترداد ما أخذ من مال الغير وما دفع بغير حق أو وفاء لدين الغير ودعوى الفضالة.

وهذه المادة تقابل المواد (311) أردني و (180 و 187 و 197) مصري و (191 ، 188 ، 198) سوري و (244) عراقي.

الفصل الخامس
القانون

المادة (337)

الحقــوق التي تنشــأ مباشــرة عن القانــون وحده تســري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها.

المذكرة الإيضاحية :.

أوجز المشرع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالإلتزامات التي تصدر عن نص القانون مباشــرة وقد حمل على ذلك ما هو ملحوظ في ترتيب هذه الإلتزامات وتنظيمها من أن كل إلتزام منها يتكفل المنشيء له بتعيين مضمونــه وتحديد مداه مما يجعل مرجعها جميعاً ، أحكام النصوص الخاصة بها .

كل إلتــزام ، أيا كان مصدره المباشــر ، يرجع إلــى القانون ، بإعتبــاره المصــدر الأخيــر للإلتزمات والحقــوق جميعاً ذلــك أن كل الإلتزامــات ما يكــون مصدره المباشــر تصرف قانونــي أو عمل غير مشــروع أو إثراء بلا ســبب ويرد في مصدره الأخير إلــى القانون ومنها على نقيض ذلك ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير في آن واحد ويراعــى أن القانــون يعتبر في هذه الصــورة مصدراً وحيــداً ويتكفل بإنشــاء الإلتزام رأســاً ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه وقد ســاق التقنــين اللبناني في معــرض التمثيل للإلتزامات التــي تصدر عن نص القانون التزامات الجــوار ، والالتزامات بالإنفاق على بعض الأصهار ، وقد تقدم أن إلتزامات الفضولي ، فيما يتعلق بالمضي في العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحســابات كلها ينشــئها القانون رأساً وينفرد بذلك دون سائر مصادر الإلتزام.

وتنشــأ الإلتزامــات المقــررة بنص القانون إســتقلالاً عــن إرادة ذوي الشــأن ، فهــي لا تقتضــي فيهم أهلية مــا (المادة 120 مــن التقنين اللبنانــي) ومع ذلك فقد يتطلــب القانون أهلية خاصة بالنســبة لبعض هــذه الإلتزامــات مراعياً في ذلك أنها لا تترتب بمعــزل عن الإرادة وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في الفقرة الثانية

من المادة المقابلة على أنه "لا تشترط أية أهلية في هذه الإلتزامات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك" ولكن حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، وقد رأى المشرع عدم إيراد مثل هذا النص لنفس الحكمة وهي عدم الحاجة إليه.

وهذه المادة تقابل المواد (312) أردني و (198) مصري و (199) سوري و (245) عراقي.

الباب الثاني
آثار الحق

الفصل الأول
أحكام عامة

نظرة عامة :

تقدم أن أثر العقد هو حكمه وحقوقه أما حكمه فينفذ من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد، وأما حقوقه فتقتضي أن يفي المدين بها مما يتطلب تدخله. فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهذا يقع من تلقاء نفسه بمجرد العقد (إلا إذا نص القانون على غير ذلك بأن نص مثلاً على أن الملك في العقار لا ينتقل إلا بتسجيل العقد) ومن حقوقه دفع الثمن إلى البائع وهذا يقتضي أن يقوم المشتري بذلك وتسليم المبيع إلى المشتري وهذا يتطلب أن يقوم البائع به وحقوق العقد هي - بتعبير القانون - التزامات، فهذا الباب مقصور على آثار الالتزامات فيخرج منه ما يسمى في الفقه الإسلامي " حكم العقد " لأن هذا ينفذ من تلقاء نفسه كما تقدم.

وعلى هذا لا يرد هنا ما يسمى في القانون " الإلتزام بنقل ملكية " لأن نقل الملكية يتم بالعقد نفسه بمجرد نشوئه لأن حكم العقد الوارد على الملكية هو نقل الملكية كما ذكر في المذكرة الإيضاحية في نظرة عامة في أول الفصل الأول الخاص بالتنفيذ العيني.

وليس المقصود بالإلتزام هنا ما يلزم به الشخص نفسه (إلتزام التبرعات) فقط وإنما الإلتزام بمعناه العام بصرف النظر عن مصدره سواء أكان عقداً أم تصرفاً إنفرادياً أم فعلاً ضاراً أم فعلاً نافعاً أم نصاً في القانون، وبصرف النظر عن موضوعه سواء أكان مبلغاً من المال أم قياماً بعمل أم امتناعاً عن عمل.

والأثر الجامع للإلتزام هو " تنيفذه ".

والتنفيذ قد يكون تنفيذاً عينياً وقد يكون تنفيذاً بطريق التعويض، كما أنه قد يكون اختيارياً وقد يكون جبراً.

وجميع أموال المدين ضامنة لإلتزاماته وهو ما يسمى بالضمان العام للدائنين وللدائن قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية أن يتخذ إجراءات تحفظية الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها.

وبين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية مرحلة وسطى يعمد بها الدائن إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين وهذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن ودعوى الصورية والحجر على المدين وحبس ماله.

وقد استهل هذا الباب بأحكام تمهيدية أفردت في سياقها نصوص للواجب ديانه (وهو ما يقابل في القانون الإلتزام الطبيعي) ثم عرض بعد ذلك للإلتزامات (أي الإلتزامات المدنية تمييزاً لها في القانون عن الإلتزامات الطبيعية) فعقد لها ثلاثة فصول تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتبعه وخص الثاني بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الإعذار وتقدير التعويض، ووقف ثالثها على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان، فيتناول هذا الفصل ثلاث دعاوى : الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف، ودعوى الصورية، كما تناول الحجر على المدين وحبس ماله.

المادة (338)

يجب وفاء الحق متى استوفى شروط استحقاقه القانونية، فان تخلف المدين وجب تنفيذه جبرا عليه تنفيذا عينيا أو تعويضيا طبقا للنصوص القانونية.

المادة (339)

1. يكون التنفيذ اختياريا إذا تم الوفاء أو بما يعادله.
2. ويكون جبريا إذا تم عينا أو بطريق التعويض.

المادة (340)

إذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح واجبا ديانه في ذمة المدين

المادة (341)

إذا أوفى المديـن ما وجب عليه ديانة صح وفاءه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب

المذكرة الإيضاحية :.

في القانـون مـا يسـمى (الإلتـزام الطبيعـي) مقابل ما يسـمى (الإلتزام المدني) أو الإلتزام ويوجد في الفقه الإسـلامي " الواجب ديانة " مقابل (الواجب قضاء).

وإذا أردنا أن نقابل بين القانون والفقه الإسلامي في هذا الصدد قلنا أن " الإلتزام المدني " في القانون يقابله في الفقه الإسلامي " الواجب قضاء" والإلتزام الطبيعي " في القانون المدني يقابله في الفقه الإسلامي " الواجب ديانه " مع بعض خلافات بطبيعة الحال بين طرفي المقابلة.

الإلتزام الطبيعي في القانون :.

تنـاول القانون المدني المصري الإلتزام الطبيعي في أربع مواد من (199) إلـى (201) وتقنـين الموجبات والعقود اللبنانـي (ام 2 وما بعدها) والسوري من (200) إلى (202) والعراقي (246).

وسمة الإلتزام الطبيعي :.

1. أنه لا يجب على المدين الوفاء به جبراً عليه .
2. أنه إذا أوفى به المدين اختياراً وهو على بينة من أنه غير ملزم قانوناً

بالوفاء به كان قضاء لما يجب عليه فيكون له حكم الوفاء بالإلتزام في ذمته وليس تبرعاً فلا يجوز له الرجوع فيه وإسترداد ما دفعه .

3. وأنه يصلح سبباً للإلتزام مدني (تراجع نظرية السبب في القانون 136 مصري).

وبالسمة الأولى يختلف الإلتزام الطبيعي عن الإلتزام المدني الذي يجب الوفاء به قانوناً فإن امتنع أجبر عليه ولا يستطيع أن يسترد ما دفعه وفاء له .

وبالسمتين الثانية والثالثة يختلف الإلتزام الطبيعي عن الواجب الأدبي وفيها تنحصر آثار الإلتزام الطبيعي إذ لا يترتب عليه أي أثر آخر.

فالإلتزام الطبيعي منزلة بين منزلتين. فقد سما على مجرد الواجب الأدبي ونزل عن الإلتزام المدني.

والإلتزام الطبيعي في النظرية التقليدية محصور في التزام مدني عاقه مانع قانوني من أن تترتب أثاره سواء عند نشأة الإلتزام كأن كان العقد للإبطال لنقص الأهلية أو بعد نشأة الإلتزام وبعد تولد أثره كما في حالة التقادم والصلح مع المفلس حيث ينقضي الإلتزام المدني ويتخلف عنه إلتزام طبيعي فقد بذلك عنصر المسئولية وبقى له عنصر المديونية أما في النظرية الحديثة فهو واجب أدبي أرتقى به القانون فأعترف له ببعض الآثار سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته أو نشأ التزاماً مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد كل أثاره فهو اما التزام مدني فقد عنصر المسئولية أو واجب ادبي قام به عنصر المديونية دون

عنصر المسئولية ومثال الأول الديون التي تسقط بالتقادم أو تنقضي بتصالح المفلس مع دائنيه أو يقضي ببطلانها لعدم توافر الأهلية ومثال الثاني التبرعات التي لا تستوفي فيها شروط الشكل والتزام الشخص بالإنفاق على ذوي القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانوناً والإلتزام باجازة شخص على خدمة أداها.

ويرى رجال القانون أن الإلتزام الطبيعي باب آخر، بالإضافة إلى النظام العام والآداب العامة وإلى فكرة التعسف في إستعمال الحق، يدخل منه إلى القانون العوامل الإجتماعية والإقتصادية والأدبية.

ومن ثم فالإلتزام الطبيعي يقف في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التي تمليها الأخلاق والأداب.

فلو أن فقيراً أنقذ مثرياً من الغرق التزم المثري نحو الفقير بما يأتي :-

أولاً :- بما تجشمه من خسارة في إنقاذه وذلك بدعوى الفضالة وهذا إلتزام مدني.

ثانياً :- باجازة الفقير على إنقاذه وهذا التزام طبيعي.

ثالثاً :- بالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير وذلك حتى لو لم يكن هو الذي أنقذه وهذا واجب أدبي.

ولما كان القانون قد أقر فكرة الإلتزام الطبيعي نزولاً على

مقتضيات الأخلاق والآداب فمن الطبيعي أن تقر الشرائع المدنية هذه الفكرة بل وتتوسع فيها وهذا ما كان من القانون اذ وسع في نطاق الإلتزامات الطبيعية فجعلها تمتد إلى كل إلتزام يوجبه الضمير وكادت منطقة الإلتزام الطبيعي تكون هي عين منطقة الواجب الأدبي.

(وهذا ما نجد أيضاً في الفقه الإسلامي على ما يأتي).

(يراجع السنهوري، الوسيط ج 2 البند 385 ص 721 وما بعدها).

الواجب ديانة في الفقه الإسلامي :-

وفي الفقه الإسلامي الواجب قد يكون واجباً ديانة لا قضاء وقد يكون واجباً قضاء وديانة، ومثال الواجب ديانة لا قضاء، الدين الذي يجحده المدين ويعجز الدائن عن إثباته أمام القضاء ومثال الواجب قضاء لا ديانة الدين الذي يشهد به شهود كذبه أو يستند إلى وثيقة قائمة في حين أن الدائن كان قد قبض أو أبرأ المدين منه.

ومثال الواجب ديانة و قضاء، الدين الذي يقوم به المدين أو يقر عليه شهود صادقون وما زالت الدعوى به مسموعة :

(يراجع رد المحتار في كتاب القضاء 4 : 315 وكتاب الحجر 5/ 95، وكتاب الحظر والإباحة 5 / 271).

فالواجب قضاء في الفقه الإسلامي يقابله في القانون الإلتزام المدني والواجب ديانه في الفقه الإسلامي يقابله في القانون الإلتزام الطبيعي.

ومن المنطقي أن تقر الشريعة الإسلامية، وهي الشريعة التي تتبني وتحض على البر والاحسان بأوسع معانيهما، فكرة ما أطلق عليه في القانون " الإلتزام الطبيعي ".

كما أدرك الفقهاء المسلمون قبل رجال القانون أن للدين عنصرين عنصر المديونية (أي قيام أصل الدين) وعنصر المطالبة وقد يتوافر العنصران جميعاً للدين في ذمة الشخص وقد يتوافر المطالبة دون عنصر المديونية كالدين المكفول بالنسبة إلى الكفيل وكالدين المحال بالنسبة إلى المحال عليه على رأي من ذهب من الفقهاء إلى أن الكفالة لهم ذمة في المطالبة وان الحوالة نقل المطالبة فحسب.

(يراجع عقد الكفالة في كتب الفقه الإسلامي. مثل الكاساني البدائع 6/ 2 وما بعدها) وهذا التحليل يشبهه ما قال به رجال القانون من أن للدين عنصرين أحدهما المديونية والآخر المسئولية فالإلتزام المدني يتوافر فيه العنصران المديونية والمسئولية أما الإلتزام الطبيعي فيتوافر فيه المديونية دون المسئولية ذلك أن المدين بالإلتزام الطبيعي مدين لا في حكم الضمير فحسب بل أيضاً في حكم القانون فإذا وفى الدين لم يستطع استرداده وهذا هو عنصر المديونية وقد توافر ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار وهذا هو عنصر المسئولية وقد انفصل عنه وكذا الواجب قضاء، وهو دين ثابت في ذمة المدين ويلزم به جبراً فتوافر فيه عنصراً المديونية والمطالبة (وبلغة القانون عنصر المديونية والمسئولية) أما الواجب ديانة فقد توافر فيه عنصر واحد وهو عنصر المديونية دون المطالبة (وبلغة القانون عنصر المديونية دون عنصر المسئولية).

والواجب ديانة إذا وفى به المدين اختياراً فالظاهر أنه يعتبر

موفياً لدين فلا يجوز الرجوع فيه وإسترداد ما دفعه. وفي اليمين والنذر والتزام المعروف تطبيقات ذلك.

فالنذر لا يفيد التزاماً قضائياً إذا ما صح عند الجمهور خلافاً للشافعية في بعض أحواله وإنما يترتب عليه التزام ديني، فلو نذر مكلف بعتق رقبة في ملكه وفى به وان لم يف أثم بالترك.

ولا يدخل تحت الحكم فلا يجبر القاضي لأن العبد لم يثبت له حق العتق عليه لأن ذلك بمنزلة ما لو حلف بالله تعالى ليعتقه، ليس له إجباره على أن يبر بيمينه لأن ذلك مجرد حق لله تعالى.

(ابن عابدين 3/ 95 وما بعدها، وعلي الخفيف، التصرف الإنفرادي 202 ـ 203) والتزام المعروف كالصدقة والهبة والحبس والجائزة والقرض على وجه الصلة وطلب البر والمكافأة وما أشبه ذلك إذا كان على وجه الحلف والتعليق قصداً إلى فعل شيء أو إمتناع عن فعل شيء فإن لا يقضي عليه بذلك إذا تحقق الشرط وإنما يلزم به ديانة سواء أكان الملتزم له معيناً أم غير معين وهذا هو المشهود من مذهب مالك (علي الخفيف المرجع السابق ص 195).

والعدة على رأي لا يقضي بها مطلقاً على أية حال لأنها تفضل وإحسان وان أمر بالرضا بها ديانة وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين (علي الخفيف، المرجع السابق ص 196 ـ 197).

والدين الذي لا تسمع الدعوى به بمرور الزمان لا يمكن المطالبة به قضاء ونتيجة لذلك لا يمكن الإجبار عليه ولكن ما الحكم إذا

وفاه المدين عالماً بأنه غير ملزم قضاء به ؟ هل يملك استرداد ما دفع ؟ الظاهر لا (تراجع المادة 1674 من المجلة).

فالظاهر أن قضاء ما يجب ديانة يعتبر وفاء لدين فلا يملك المدين استرداده، واذا كان المشرع قد أخذ بأن الوعد ملزم فمن المنطق أن يعترف بفكرة الإلتزام الطبيعي وإلا يكون أقل اعتداد بالعوامل الأدبية والأخلاقية من القانون.

وإذا قيل بأن الوفاء بالواجب ديانة يتضمن الإقرار وهو حجة على المقر (م 79 و 587 و 1588) من المجلة فالرد على ذلك في المجال الذي نحن فيه أن " الإقرار هو إخبار الإنسان بحق عليه لآخر " . (م 1572 من المجلة) والظاهر أن المقصود بالحق هنا هو الحق الواجب قضاء لا مجرد الحق الواجب ديانة " إذ أن حكم الإقرار هو ظهور المقر به لا حدوثه بداءة لهذا لا يكون الإقرار سبباً للملك " (م 1628 من المجلة).

وإذا كان القانون المدني العراقي قد خلا من الإشارة إلى ذلك " الإلتزام الطبيعي أو الواجب ديانة " فإن ذلك لا يفيد ضرورة أنه لا يعترف بالإلتزام الطبيعي ففي المبادئ العامة وفي مبادئ الفقه الإسلامي "وهي مصدر من مصادر القانون العراقي وفقاً للمادة الأولى منه" ما قد يستعاض عن النص للإعتراف بالإلتزام الطبيعي في هذا القانون (يراجع السنهوري، الوسيط ج 2، البند 385 ص 722).

مكان الواجب ديانة في القانون :

يلاحظ أن هناك فرقاً بين الواجب ديانة (أو الإلتزام الطبيعي) والدين غير المستحق ففي الأول يكون هناك الإلتزام ولكن لا يلزم

المدين بالوفاء به قضاء وإذا وفى به عالماً بأنه غير ملزم بالوفاء به قضاء اعتبر وفاء فلا يجوز الرجوع فيه واسترداد المدفوع، وفي الثاني يكون هناك وفاء بدين موثوق لا وجود له فيجوز استرداد ما دفع.

وقد كان القانون المدني المصري القديم يعالج الإلتزام الطبيعي في مجال الكلام على دفع غير المستحق (م 147 / 208 منه) ولكن القانون الحالي وجد أن المكان الأنسب للإلتزام الطبيعي هو في مستهل الكلام على آثار الإلتزام إذ الإلتزام الطبيعي يمتاز عن غيره بوجه خاص بما يكون له من آثار، فسمة الإلتزام هي إجتماع امكان ترتيب الأثر القانوني وفكرة انتفاء الجزاء فالإلتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه ولكن إذا نفذ اختياراً اعتبر وفاء للإلتزام أما الإلتزام المدني فيجبر المدين على الوفاء به. ولذا رأى المشرع المصري أن خير موضع لاحكام الإلتزام الطبيعي هو المكان المخصص لآثار الإلتزام (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 495 ـ 496).

وعلى هدي القانون المدني المصري والسوري عالج هذا المشرع (الواجب ديانة) في مجال الكلام على آثار الإلتزام إذ أن سمته تظهر في آثاره كالإلتزام الطبيعي.

مصطلح " الواجب ديانة " :

وإذا كان القانون قد عبر بلفظ " الإلتزام الطبيعي " فقد رؤي في هذه المذكرة استعمال عبارة " الواجب ديانة " نزولاً على لغة الفقهاء من ناحية ولأن عبارة القانون تبدو غريبة عن الفقه الإسلامي من ناحية أخرى.

وأبقينا التعبير بـ " الإلتزام " للتعبير عن الواجب قضاء لأنه تعبير متردد في جنبات المشروع كله وقد جرت به أقلام الفقهاء المسلمين قديماً (مع خلاف في النطاق) وحديثاً بمعناه المقصود هنا.

وقد تناولت المادة (340) بيان حكم الإلتزام (أي الواجب قضاء) من أنه يجوز تنفيذه قضاء فللدائن بإلتزام مدني (أي بواجب قضاء) أن يجبر مدينه على الوفاء بحقه كاملاً إما عن طريق الوفاء عيناً وإما عن طريق الوفاء بمقابل على ما سيأتي :-

ويؤخذ من هذا الواجب ديانة (أي الإلتزام الطبيعي) لا يجوز تنفيذه جبراً وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية ، وبذا يتبين من الفقرتين وجه المقابلة بين الإلتزام المدني (الواجب قضاء) والواجب ديانة (الإلتزام الطبيعي) فالأول ـ كما تقدم ـ يجوز تنفيذه جبراً أما الثاني فعلى النقيض من ذلك لا يكون تنفيذه إلا إختيارياً وتناولت المادة (341) الأثر الرئيسي للواجب ديانة ، وهو ينحصر في جواز الوفاء به ، ويشترط بصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار وأن يكون حاصلاً عن بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى الواجب ديانة وأنه غير ملزم به.

فإذا تحقق هذا الشرط كان لأداء المدين ـ في القانون ـ حكم التبرع ، ويتفرع على ذلك أربعة أحكام هي :-

1. إمتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير المستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه وإنما أدى وفاء لما هو واجب ، لا يدفعه إلى ذلك نية التبرع.
2. عدم إشتراط شكل خاص للوفاء به كالتبرعات (فالغالب أن

القانون لا يشترط فيها شكلاً خاصاً).

3. الإكتفاء في تنفيذ الواجب ديانة بأهلية الوفاء بوجه عام دون إشتراط أهلية التبرع.
4. إعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً بوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام تصرفات المريض مرض الموت.

مع ملاحظة أنه قد يفرض في تصرفات المريض مرض الموت أنه تبرع حتى يثبت أنه ليس كذلك بل معاونة فيفترض في هذا الوفاء أنه تبرع حق يثبت الدائن أنه وفاء لواجب ديانة.

(تراجع المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة).

وهذه المادة تقابل المواد (313 و 314 و 315 و 316)) أردني ومن (199 إلى 201) مصري ومن (200 إلى 202) سوري و (46) عراقي .

الفصل الثاني
وسائل التنفيذ

الفرع الأول
التنفيذ الأختياري

(1) الوفاء

(أ) طرفا الوفاء

نظرة عامة :ـ

جرى المشرع على صيغة القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي من عزل الأحكام المتعلقة بالوفاء عن الأحكام المتعلقة بآثار الإلتـزام مع ما بين هذه وتلك من وثيق الصـلات في نواح عدة مما جعل بعـض التقنينات كالتقنين السويسـري والتقنين البولونـي تعمد إلى جمع هاتين الطائفتين تحت عنوان مشترك، هو تنفيذ الإلتزامات.

وقد حرص المشـرع، اقتداء بصياغة التقنين المصري وما جرى مجراه من التقنينات العربية، على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً دون شـك وإعطائه نصيبه من الأهمية، فعرضـت النصوص الخاصة بتعيين من يصح منه الوفاء للأحوال التي يصح فيها الوفاء من الغير.

أمـا الأحـكام الخاصـة بتعيين من يصـح الوفاء لـه فقد أقام المشـرع قرينة لصالح من يقدم مخالصة صادرة مـن الدائن على ثبوت صفته في إسـتيفاء الدين كما عمد إلى بيـان الأحوال التي يجوز فيها الوفاء للغير.

وقد فصل القواعد الموضوعية المتعلقة بالعرض الحقيقي والإيداع، رغم أنه أحال بشأنها إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية (المرافعات) فعرض الاعذار للدائن وما يترتب عليه من آثار كما عرض لآثار الرجوع في الإيداع، وقد عني كذلك بالنص على إجراءات خاصة تستجيب لما تقتضيه طبيعة الوفاء بالأشياء التي لا تقبل الإيداع أو التي يسرع إليها التلف، على أن الفكرة الجوهرية في الإيداع بأسره تتمثل في القاعدة التي تكفلت المادة (352) بتقريرها في العبارة الآتية :

" يقوم العرض الحقيقي بالنسبة للمدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم بصحته وعلى هذا النحو يصبح الوفاء عند الإلتجاء إلى الإيداع، وعدم قبول الدائن له، تصرفاً ينعقد بإرادة منفردة مع أنه في الأصل تعاقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين.

هذا وقد أفردت نصوص خاصة للأحكام المتعلقة بمحل الوفاء تضمنت القاعدة الأساسية في هذا الشأن، فأوجبت أن يكون الوفاء بعين ما يرد الإلتزام عليه وأن يكون كاملاً دون تجزئة أو تعويض، فلا يجوز إلزام الدائن بالإقتصار على استيفاء جزء من حقه، إلا فيما استثنى من الأحوال، وقد عرضت هذه النصوص للقواعد المتعلقة بإحتساب الخصم عند تعدد الديون فأجملتها إجمالاً وافياً، ثم تناولت اخيرا إثبات الوفاء فاقتصرت بشأنه على إقرار حق المدين في الحصول على مخالصة تاركة ما عدا ذلك للأحكام المتعلقة بالإثبات بوجه عام.

المادة (342)

1. يصح الوفاء من المدين أو من نائبة أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء.
2. ويصح أيضا ممن لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين أو بغير أمره على انه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن اعتراضه.

المذكرة الإيضاحية :.

1. يصح الوفاء من المدين نفسه أو ممن ينوب عنه نيابة قانونية أو إتفاقية كالوصي والوكيل على أن للدائن أن يستلزم الوفاء من المدين نفسه ، إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك.
2. ويصح الوفاء أيضاً من كل ذي مصلحة فيه كالكفيل والمدين المتضامنين .
3. ويصح كذلك ممن ليست له مصلحة فيه ، كما هو الحال فيمن يقوم بقضاء الدين عن المدين تفضلاً ، ولو على غير علم منه ، بل وللغير أن يقوم بالوفاء رغم ممانعة المدين ، وفي هذه الحالة لا تكون له صفة الفضولي.

ويلزم الدائن بقبول الوفاء من الغير ، في هذه الأحوال جميعاً ولا يمتنع هذا الإلتزام إلا حيث يعترض الدائن والمدين معاً على الوفاء من غير ذي مصلحة فيه .

ولا يكفي في ذلك إعتراض أحدهما استقلالاً فإذا اعترض المدين على الوفاء ، جاز للدئن رغم ذلك أن يقبله ، وإذا اعترض الدائن

وحـده كان للغيـر أن يلزمـه بقبولـه مـا دام أن المدين لم يقـم بإبلاغ اعتراضه.

تراجع المواد (196 و 197 و 202 و 205) من مرشد الحيران.

وهـذه المادة تقابل المـواد (317) أردنـي و (323) مصري و (322) سوري و (375) عراقي .

المادة (343)

يشـترط للبراءة من الدين أن يكون الموفي مالكا لما أوفى به ، وإذا كان المديـن صغيـرا مميـزا أو كبيرا معتوهـا أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي.

المذكرة الإيضاحية :.

يشـترط في الموفي، سـواء كان هـو المدين أو غيـره أن يكون مالكاً لما وفى به حتى إذا اسـتحق الشيء الموفى بالبينه وأخذ صاحبه أو هلك وأخذ بدله فللدائن الرجوع بدينه على غريمه.

وأنـه إذا كان المديـن صغيـراً مميـزاً ، او كبيـراً معتوهاً أو محجوراً عليه لسـفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه ، صح دفعه ، ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي، رعاية لمصلحة من ليسوا أهلاً للتصرف.

تراجع المادتان (219 ، 221) من مرشد الحيران.

وهــذه المادة تقابل المــواد (318) أردنــي و (325) مصري و (324) سوري و (376 و 377) عراقي.

المادة (344)

لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين إذا كان المديــن محجورا للدين وفي المال المحجور أو مريضا مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين.

المذكرة الإيضاحية :.

تعــرض هذه المادة لحالة مــا إذا كان المديــن مديناً لأكثر من واحد ووفى لبعضهم دون بعض.

فــإذا كان المديــن محجوراً للدين فقط قضت المــادة (220) من مرشد الحيران بحكمها إذ نصت على ما يأتي :.

" إذا كان المديــون محجوراً عليه بســبب ديونه ودفع من أمواله المحجور عليها ديناً في ذمته لأحد غرمائه فلسائر غرمائه نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه".

وإذا كان المدين مريضاً مرض الموت فقد نصت المادة (378) من التقنــين العراقي على أنه " لا يصح للمدين أن يوفي دين أحد غرمائه في مرض موته إذا أدى هذا الوفاء إلى الإضرار ببقية الدائنين ".

وقد رأى المشــرع جمــع الحالتين في هذه المــادة لأن حكمها في

الأصل واحد وهو عدم النفاذ في حق الدائنين الآخرين.

وهذه المادة تقابل المادتين (319) أردني و (378) عراقي .

(ب) الموفى لــه
المادة (345)

يكون الوفاء للدائن أو لنائبه ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في إستيفاء الدين وله أن ينيب عنه وكيلاً في ذلك ويتعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة في الوكالة ، على أن المشرع قد جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالإتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً ، فإذا اتفق على ذلك كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في إستيفاء الدين.

وتثبت صفة استيفاء الدين كذلك لمن ينوب عن المدين نيابة قانونية أو قضائية ولمن يخلفه.

وهذه المادة تقابل المواد (320) أردني و (332) مصري و (330)

سوري و (383 و 384) عراقي.

المادة (346)

إذا كان الدائن غير كامل الأهلية فلا تبرأ ذمة المدين إلا بالوفاء لوليه وإذا حصل الوفاء للدائن وهلك الموفى به في يده أو ضاع منه فلوليه مطالبة المدين بالدين.

المذكرة الإيضاحية :-

تتناول هذه المادة حالة ما إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها لصغر أو جنون أو نحوه، ففي هذه الحالة لا يكون الوفاء مبرئاً لذمة المدين إذا حصل للدائن عديم الأهلية أو ناقصها نفسه، وعلى الدائن أن يفي لوليه أو لوصيه أو القيم عليه كي تبرأ ذمته، فإذا وفى للدائن عديم الأهلية أو ناقصها لم تبرأ ذمة المدين فإذا هلك الشيء الموفى به في يد عديم الأهلية أو ناقصها أو ضاع من يده فللولي أو الوصي أو القيم على الدائن مطالبة المدين بالدين.

تراجع المادتان (217، 218) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (321) أردني و (383 و 384) عراقي.

(جـ) رفض الوفـاء

نظرة عامـة :

قـد يحتـاج الوفاء، عـلاوة على عمل مـن المدين إلـى عمل من الدائـن وقد يرفض الدائـن القيام بهذا العمل ويرغـب المدين في إتمام الوفـاء بإلتزامـه كي تبرأ ذمتـه. في هذه الحالة رسـم القانون طريقاً للمدين كي يفي بإرادته وحدها .

والدائن قد يرفض إسـتيفاء الدين لأنه اعتقد أن المدين لا يوفيه له كاملاً أو لا يوفيه له وفاء صحيحاً أو نحو ذلك في حين يعتقد المدين أنه يقوم بوفاء صحيح، فأمام هذا الخلاف لا يجد المدين بدا من عرض الدين وإيداعه وقد يكون الدائن متعنتاً في رفضه لإستيفاء الدين فهنا أيضاً ، ومن بـاب أولى يحق للمدين أن يعرض الديـن ويودعه، ويماثل رفض الدائن لإستيفاء الدين أن يقتضي الوفاء تدخل الدائن فيمتنع عن ذلك، كما لو كان الديـن واجب الوفاء في موطن المدين وأبى الدائن أن يسـعى إليه في هذا الموطن، وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن، قبل أن يعـرض المدين الوفاء، أنـه لن يقبله إذا عرض عليـه، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضاً حقيقياً ثم يودعه.

كما أن المدين قد يجد نفسـه في حالة يتعذر معها أن يوفي دينه للدائن مباشرة كما في الحالات الآتية :

1. أن يجهـل المديـن شـخصيه الدائـن أو موطنه كأن يمـوت الدائن الأصلـي عن ورثـة انتقل إليهـم الدين ولكن المديـن يجهل من هم هؤلاء الورثة أو أين موطنهم وقد حل الدين ويريد المدين أن يتخلص

منــه بالوفاء، فلا يعرف لمــن يوفيه، عند ذلك لا يســعه إلا أن يودع الدين على ذمــة صاحبه دون عرض حقيقي أو اعذار، إذ يجهل من هو الدائن الذي يعرض عليه الدين أو أين هو ؟

2. أن يكــون الدائــن عديــم الأهليــة أو ناقصهــا ولم يكن لــه نائب يقبــل عنه الوفاء فلا يجد المدين بدا من إيــداع الدين على ذمة هذا الدائــن دون أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً إذ ليســت للدائن أهلية الإستيفاء.
3. أن يكون الدين متنازعاً عليه بين عدة أشــخاص وهنا أيضاً لا يجد المدين من الحكمة أن يحمل هو التبعة في حســم هذا النزاع فيوفي الدين لمن يعتقد أنه على حق من المتنازعين، وإلا كان مسؤولاً عما يقــع فيه من الخطأ فلا يجد بــدا من إيداع الدين علــى ذمة أي من المتنازعــين يكون هــو الدائن الحقيقي دون أن يســبق هذا الإيداع عــرض الدائن ومثــل ذلك أن يمــوت الدائن فيتنــازع الدين الوارث وموصي له بالدين إذ يطعن الوارث في الوصية بالبطلان.
4. أن تكــون هناك أســباب جديــة تمنع المدين من عــرض الدين على الدائن وهــو مع ذلك يريد الوفاء به فليس أمامــه إلا أن يودعه على ذمة الدائن مثال ذلك أن يريد المشتري الوفاء بالثمن للبائع، ولكن البائــع يمتنع عن القيام بمــا يجب التصديق علــى إمضائه في عقد البيع فلا يجد المشــتري بدا من إيداع الثمن على ذمة البائع بشــرط ألا يقبضــه إلا بعد التصديق على الإمضــاء، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبــوت البيع ومثل ذلك أيضاً أن يريد المدين الوفاء بدين لغيــر الدائن حق فيه، ولا يســتطيع المدين أن يحصل على مخالصة من هذا الغير، فلا يسعه في هذه الحالة إلا أن يودع الدين.

وفي هذه الفــروض المتقدمة التي يتعذر فيهــا على المدين الوفاء للدائــن، ليس علــى المديــن إلا أن يودع الديــن دون حاجــة إلى عرض

حقيقي فتبرأ ذمته من الدين.

ففي هذه الحالات يجوز للمدين إيداع الدين بعد عرض حقيقي أو دون عرض.

وطريقة العرض الحقيقي والإيداع المشار إليها هي الطريقة المتبعة في القوانين اللاتينية ، أما التقنين الألماني فقد اتبع طريقه أبسط، إذ أكتفى بمجرد اعذار الدائن.

(السنهوري، الوسيط 3 ص 732)، والنهج الألماني المشار إليه أقل بعداً عن مسلك الفقه الإسلامي في ذلك من غيره.

وقد رسم القانون المصري طريقاً للعرض الحقيقي والإيداع فجعل هناك ثلاث مراحل :

الأولى : مرحلة اعذار الدائن وما يترتب على هذا الإعذار من نتائج قانونية وقد انفرد بذكرها القانون المدني.

الثانية : مرحلة عرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن، وقد انفرد برسم إجراءاتها قانون المرافعات (الإجراءات المدنية).

الثالثة : مرحلة إيداع على ذمة الدائن، وقد اشترك في رسم إجراءاتها القانون المدني وقانون المرافعات.

المرحلة الأولى - مرحلة إعذار الدائن :

إذا عرض المدين الوفاء على الدائن عرضاً فعلياً صحيحاً فرفض الدائن قبول الوفاء فعلى المدين أن يسجل على الدائن رفضه بإعلان رسمي على يد محضر ويعتبر هذا الإعلان اعذار للدائن برفضه الوفاء ويترتب على هذا الإعذار نتائج هامة منها :-

1. تحميل الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه وذلك إذا كان الهلاك أو التلف مما يحمل المدين تبعة قبل اعذار الدائن مثال ذلك المبيع، فقبل التسليم يكون ضمانه من البائع وبعد الاعذار يصير من المشتري.
2. وقف سريان الفوائد فيما إذا كان الدين نقوداً تنتج فوائد سواء كانت إتفاقية أو قانونية.
3. جواز عرض المدين للدين على الدائن عرضاً حقيقياً وإيداعه اياه بعد ذلك على نفقة الدائن (م 450- مرافعات و 335 و 339 و 340 مدني).
4. مطالبة المدين للدائن بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع الدائن بدون مبرر عن استيفاء الدين كأن يكون محل الدين عيناً معينة بالذات يمنع الدائن دون مبرر عن تسلمها فتبقى شاغلة للمكان الذي هي في مدة طويلة فللمدين أن يطالب الدائن بتعويض عن ذلك.

وقد أورد القانون المدني المصري بشأن هذه المرحلة المادتين (334 و 335) ونصهما :

مادة (334) " إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء أعتبر أنه قد تم اعذاره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي ".

مــادة (335) " إذا تم إعذار الدائن، تحمل تبعة هلاك الشــيء أو تلفه ووقف سريان الفوائد، وأصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر ".

المرحلة الثانية :ـ مرحلة العرض الحقيقي :ـ

ويلاحـظ أن طريقة العرض الحقيقي والإيداع التي سـار عليها التقنين المدني أو تقنين المرافعات في مصر فيما يسـتخلص من مجموع نصوصهـا، هـي الطريقـة المتبعة في القوانـين اللاتينية، أمـا التقنين الألماني (المادة 293 ـ 4) فقد اتبع طريقة أبسط إذ اكتفى بمجرد اعذار الدائن (السنهوري الوسيط 3 : الهامش 3 ص 732).

في الفقه الإسلامي :ـ

لا نرى في الفقه الإسـلامي مثل التنظيم المفصل المتقدم في حالة رفـض الدائن قبول الوفاء حيث يلزم منه القيام بعمل ليتم الوفاء، وقد ورد في مرشـد الحيـران نص عام هـو نص المـادة (209) ويقضي بأنه " إذا عـرض المدين مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليأمره بقبضه".

في المشروع :

رؤي تفضيل الحكم الوارد في المادة (209) من مرشـد الحيران على نسـق القوانين العربية (المصري والسـوري والقانون االعراقي) مع الإستمساك بعدم الخروج على القواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

وهنــاك محل للتســاؤل : هل يتبع هـذا التنظيم حتى يكفي في

الوفـاء مجرد التخليـة كما هو الحال في وفاء البائع بإلتزامه بتسـليم المبيع ؟ فقد قضت محكمة الإستئناف المختلطة في مصر بأن من أراد أن يخلـي عقاراً هو ملـزم بتخليته ، أن يعرض التخليـة عرضاً حقيقياً (اسـتئناف مختلط مايو سـنة 1910 م ز ص 306) السنهوري ، الوسيط 3 : الهامش ص 732).

المادة (347)

إذا رفض الدائـن دون مبرر قبول الوفـاء المعروض عليه عرضا صحيحا حيث يجب قبوله أو رفـض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونهـا أو أعلن انه لن يقبل الوفاء اعـذره المدين بإعلان محدد له مدة مناسبة يقوم فيها بما يجب عليه لاستيفاء حقه.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تتناول هذه المادة إعذار المدين إلى الدائن أنه (اي المدين) قد قام بما يجب عليه للوفاء ، وأنه يدعو للقيام بما يجب عليه من ناحيته لإتمام الوفـاء ويحدد لـه مدة لذلك أو يسـجل عليه رفضه القيـام من ناحيته بالأعمـال التي لا يتم الوفـاء بدونها كإمتناع المشـتري عن التصديق على إمضائه لإجراء تسجيل عقد البيع أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء .

وقد رتب المشرع على الإعذار آثاراً هامة ستتناولها المواد التالية :ـ

وقد أضاف المشـرع عبارة " حيث يجـب قبوله " وهي غير واردة في القانـون المصري ولا السـوري ولا العراقي ، ذلك أنه قـد يتم الوفاء في الفقـه الحنفـي ـ بعمل مـن جانب المدين وحده كمـا هو الحال في

البيـع حيث يتم وفاء البائع بإلتزامه بتسـليم المبيـع بمجرد التخلية بين المشـتري وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه بدون مانع، فإذا فعل البائع ذلك واسـتطاع إثباته برئـت ذمته، إلا أنه في بعض حالات أخرى يجـب على الدائن أن يقـوم من ناحيته بعمل كي يتـم الوفاء كما إذا كان محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود كإلتزام المشـتري بدفع الثمن لا يتـم الوفـاء به بمجرد التخليـة بل لا بد من القبـض الحقيقي، وهنا يلـزم الإعذار إذا رفض الدائن قبول الوفاء رغم صحته، كما قد يلجأ إلى الإعذار لإثبات قيـام المدين بإلتزامه في الحالات التي تكفي فيها التخلية إذ قد تكون التخلية نفسـها محل نزاع بين الطرفين فحسـما لأسباب الخلاف يلجأ المدين إلى الإعذار.

وقد أكتفى كل من القانون المدني المصري والسوري بالإنذار لإتمام الإعذار دون اشـتراط العرض الحقيقي والإيـداع، أما القانون المدنـي العراقي فلـم يكتف كي يتم إعذار الدائـن بإنذاره بل أوجب الإيـداع بعد انقضاء المدة المحددة في الإنذار ثـم انذاره بهذا الإيداع (م 385) وأوجـب كي يقوم الإيداع مقام الوفـاء أن يقبله الدائن أو يصدر حكم بصحته وعندئذ تترتب الأثار التي تترتب على الإعذار في القانون المدني المصري والسوري وهـي أن تكون نفقات الإيداع على الدائن وأن تكون تبعة الهلاك على الدائن من وقت الإيداع (السنهوري، الوسيط 3 : الهامـش 2 ص 728 ـ 729) والهامـش (3 ص 734 ـ 735 والهامش 3 ص 742 ـ 743).

وقـدر رأى المشـرع سـلوك مسـلك كل مـن القانـون المصري والسـوري إذ أن الإعذار غير موجود في الفقه الإسـلامي وإنما أخذ به المشـرع من باب التنظيم وتيسـير الإثبات وهو في ذلك كاف وليس ما يدعو إلى السـير خطوة أخرى لم ترد في الفقه الإسـلامي وهو الإيداع

كما فعل القانون المدني العراقي.

وهـذه المادة تقابل المـواد (322) أردنـي و (334) مصري و (332) سوري و (385) عراقي .

المادة (348)

يترتـب على اعـذار الدائن أن يصير الشـيء محـل الالتزام في ضمـان الدائـن إن كان من قبـل في ضمان المديـن وان يصبح للمدين الحق في إيداعه على نفقة الدائن وفي ضمان ما أصابه من ضرر.

المذكرة الإيضاحية :.

يترتـب على إعـذار الدائن، حيث يجب على ما سـلف في المادة السابقة الآثار القانونية الآتية :.

1. انتقال تبعة هلاك الشـيء من المدين إلـى الدائن حيث يحمل المدين تبعته قبل إعذار الدائن.
2. تخويل المدين الحق في إيداع الشيء محل الإلتزام على نفقة الدائن.

3- حق المدين في المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر من جراء ذلك .

ومثال ذلـك أن يكون محل الدين عيناً معينـه بالذات، ويمتنع الدائن دون مبرر عن تسليمها فتبقى شاغلة للمكان الذي هي فيه مدة طويلـة فيكـون للمدين في هذه الحالة أن يطالـب الدائن بتعويض عن الضـرر الذي أصابه من جراء ذلك ويتمثل هذا التعويض عادة في أجرة هذا المكان طوال المدة التي شـغل فيها العين دون مبرر (السـنهوري، الوسيط، 3 : 737).

وهـذه المادة تقابل المـواد (323) أردنـي و (335) مصري و (386) عراقي.

المادة (349)

إذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه جاز للمدين بعد أن يعذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القاضي في إيداعه فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

المذكرة الإيضاحية :.

تراجع المواد السابقة من هذا القانون.

وهـذه المادة تقابل المـواد (324) أردنـي و (336) مصري و (334) سوري و (385 و 387) عراقي.

المادة (350)

إذا كان محل الوفاء شيئا يسرع إليه التلف أو يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته جاز للمدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه عند الضرورة أن يبيعه بسعره المعروف في الأسواق فان تعذر ذلك فبالمزاد العلني ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه.

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذ المادة حكم الأشياء التي يسرع إليها التلف أو يكلف إيداعها أو حراستها نفقات باهظة ففي هذه الحالة أجاز المشرع للمدين استئذان القاضي في بيع الشيء وإيداع ثمنه في خزينة المحكمة ، وفي حالة الضرورة لا يشترط استئذان القاضي.

وقد نص على ذلك القانون المدني العراقي بخلاف القانونين المدني المصري والسوري فلم ينصا على ذلك ... وبهذا أخذ المشرع.

تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (ج 3 ص 204).

وهذه المادة تقابل المواد (325) أردني و (337) مصري و (335) سوري و (387) عراقي .

المادة (351)

يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزا أيضا إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه أو كان الدائن محجورا وليس له نائب يقبل عنه الوفاء أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء.

المذكرة الإيضاحية :.

قد يلجأ المدين إلى الإيداع ولو لم يعذر إلى الدائن : ويقع ذلك :

1. إذا كان يجهل شخصيه الدائن أو محله كما هو الشأن في وارث مجهول .
2. أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها وليس له نائب يستوفي الحق باسمه.
3. أو كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحبه.
4. أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء كما إذا كان المدين يطالب بإلتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه فله أن يقوم بالإيداع في هذه الحالة.

وهذه المادة تقابل المواد (326) أردني و (338) مصري و (336) سوري و (388) عراقي .

المادة (352)

يقوم العرض الحقيقي بالنسبة الى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع مستوف لأوضاعه القانونية أو تلاه أي إجراء مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا تم العرض الحقيقي وتلاه ايداع مستوف لأوضاعه القانونية أو تلاه أي اجراء مماثل إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته قام العرض في هاتين الحالتين مقام الوفاء وبرئت ذمة المدين من الدين. ولا تتأخر براءة ذمة المدين إلى يوم الإيداع بل تبرأ ذمته من يوم العرض فالإيداع أو الإجراء المماثل شرط في انتاج العرض لأثره وإذا تحقق

استند هذا الأثر إلى يوم العرض ومتى برئت ذمة المدين برئت كذلك ذمة المدينين المتضامنين معه والشركاء في الدين والكفلاء وسقطت التأمينات العينية التي كانت تكفل الدين كالرهن مثلاً.

وهذه المادة تقابل المواد (327) أردني و (339) مصري و (337) سوري و (386) عراقي .

المادة (353)

1. إذا عرض المدين الدين واتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته وإذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين.
2. فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين.

المذكرة الإيضاحية :.

ينبغي التنويه بأنه من الفروض ما يكون الإيداع فيها مستحيلاً أو مجافياً للمصلحة ، فإذا كان ما يجب الوفاء به عقاراً كان للمدين أن يعين حارساً وإذا كان منقولاً كان له أن يستصدر اذناً بإيداعه.

أما الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي يتطلب إيداعها أوالقيام بحفظها نفقات لا تتناسب مع قيمتها ، فيجوز بيعها بالمزاد

العلني أو بالسعر الجاري بعد استئذان القضاء وبدون استئذانه عند الضرورة ويرد الثمن خزانة المحكمة.

ولا يعتبر العرض الحقيقي المشفوع بالإيداع بأي إجراء ماثل كالحراسة أو إيداع الثمن لازماً فللمدين أن يرجع في هذا العرض قبل قبول الدائن له، أو قبل الحكم بصحته فإذا أوقع ذلك اعتبر العرض كأن لم يكن وظلت المسئولية عن الدين قائمة بالنسبة للمدين والملتزمين معه والكفلاء.

ومتى قبل العرض المشفوع بالإيداع، أو بإجراء مماثل أو حكم بصحته أصبح لازماً وامتنع الرجوع فيه، ويكون لهذا العرض حكم الوفاء ويستند أثره إلى الماضي فيعتبر أنه قد تم وقت إعلان الإيداع وتعتبر ذمة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقت على أن للدائن أن يرتضي رجوع المدين في عرضه الحقيقي بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته وعندئذ يعتبر الوفاء كان لم يكن دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالدين أو الكفلاء فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً ولا يكون لهذا الرجوع أثر بالنسبة لهم.

يراجع السنهوري، الوسيط (3 : 745ـ 750).

وهذه المادة تقابل المواد (328) أردني و (240) مصري و (338) سوري و (389) عراقي.

(د) محل الوفاء وزمانه ومكانه ونفقاته وإثباته

المادة (354)

1. إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يوفي بغيره بدلا عنه دون رضاء الدائن حتى ولو كان هذا البدل مساويا في القيمة للشيء المستحق أو كان له قيمة أعلى.
2. أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين فللمدين أن يوفي بمثله وان لم يرض الدائن.

المذكرة الإيضاحية :-

فرقت هذه المادة بين الدين الذي يتعين بالتعيين وهذا لا يجوز للمدين أن يوفي بغيره دون رضاء الدائن أما غيره فإن للمدين أن يوفي مثله وإن لم يرض الدائن.

ويقصد بالمحل هنا موضوع الوفاء لا مكانه كما يقال " محل العقد " أما مكان الوفاء فسيأتي الكلام عليه فيما بعد وينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلاً ، سواء أكان الإلتزام به إلتزاماً بدفع مبلغ من النقود أو بعمل أو بالإمتناع عن عمل ، فليس للمدين أن يستبدل بهذا الشيء شيئاً آخر ولو كان أعلى منه قيمة إلا أن يرتضي الدائن منه ذلك (الوفاء بمقابل).

وأضافت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني إلى ما تقدم "أو أن يكون ظاهر التعنت" وقد استنتج من ذلك بعض رجال القانون أن الدائن ليس له أن يرفض إستيفاء شيء أعلى قيمة ، ولا المدين أن يرفض إيفاء أدنى قيمة إذا كان في الرفض تعنت ظاهر

تطبيقاً للنظرية العامة في التعسف في إستعمال الحق.

وفي رد المحتار على الدر المختار (ج 3 ص 267 ـ 277) قوله " لأن التقنين جنس واحد حكماً " ولهذا كان للقاضي أن يقتضي بها دينه من غير رضا المطلوب بحجر قلت وهذا موافق لما صرحوا به في الحجر ومفاده أنه للدائن أخذ الدراهم بدل الدنانير بلا أذن المديون ولا فعل حاكم وقد صرح في شرح تلخيص الجامع في باب اليمين في المساومة بأن له الأخذ وكذا في حظر المجتبي ولعله محمول على ما إذا لم يمكنه الرفع للحاكم فإذا ظفر بمال مديونه له الأخذ ديانة بل له الأخذ من خلاف الجنس على ما نذكره قريباً .

تراجع المادة (222) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (329) أردني و (341) مصري و (339) سوري و (390) عراقي .

المادة (355)

1. ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك.
2. فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء.

المذكرة الإيضاحية :ـ

إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء فلا يجوز أن يلزم

الدائن الوفاء بجزء منه ولو كان قابلاً للإنقسام، فالأصل أن الدائن يستأدي الدين كله على أن هذا الحكم لا يجري على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات معينة .

فقد يتفق على تخويل حق تجزئة الوفاء وقد يعين القاضي للمدين أجلاً معيناً ليتيسر له الوفاء (نظرة لميسرة) وقد أباح القانون هذه التجزئة كما هو الشأن في الخلافة على دين الدائن من طريق الميراث إذ يقضي القانون بتجزئة الوفاء في حالة ما إذا مات الدائن وانقسم حقه على ورثته فكل وارث يستوفي جزءاً من الدين هو حصته فيه والمقاصة بقدر الأقل من الدينين اللذين يلتقيان قصاصاً واحتساب الخصم من مجموع الديون بنسبة مقدار كل منهما ، وحق التقسيم عند تعدد الكفلاء.

وقد يتصور إعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء اعمالاً عكسياً لمصلحة المدين فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره ولو قبل الدائن الإقتصار على استيفاء جزء منه.

أما إذا كان الدين متنازعاً فيه وأقر المدين بجزء منه فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن بدعوى التريث حتى يحسم النزاع في الجزء الأخر ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً.

والفقرة الأولى في حكمها منصوص عليه في مرشد الحيران (م 215) والفقرة الثانية تطبيق لحكم الفقرة الأولى.

وهذه المادة تقابل المواد (330) أردني و (342) مصري و (340) سوري و (392) عراقي .

المادة (356)

إذا كان المديـن ملزما بان يوفي مع الديـن أية نفقات وكان ما أداه لا يفي بالدين مع تلك النفقات خصم ما أدى من حساب النفقات ثم من أصل الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا كان المدين بأداء دين واحد وما يتبعه من المصروفات وكان له أن يجزيء الوفاء، وجب أن يخصم ما يؤديه من حســاب المصروفات ثم من أصل الدين ما لم يتفق على خلاف ذلك.

وهــذه المادة تقابل المــواد (331) أردنــي و (343) مصري و (341) سوري و (393) عراقي.

المادة (357)

إذا تعددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحــد وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا جاز للمدين عند الوفــاء أن يعــين الدين الذي يريد الوفاء به ما لــم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي يحول بين هذا التعيين.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرض هذه المادة لحكم الحالة التي يكون فيها المدين الواحد مديناً لدائن واحد بديون متعددة وكانت هذه الديون جميعاً من جنس

واحد وكان المبلغ المدفوع لا يفي بالديون جميعاً، فتقع الحاجة عندئذ إلى تعيين أي من هذه الديون المتعددة تم وفاؤه بالمبلغ المدفوع.

أما إذا تزاحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل عليه أحدهم فعلاً فالأمر في ذلك يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء (يراجع السنهوري، الوسيط ج 3 ص 765 وخصوصاً الهامش 2 فيها وفي ص 776).

ولما كان المدين يملك أن يجبر الدائن على استيفاء الدين ما دام الوفاء صحيحاً فإنه إذا تعددت الديون ووفى المدين بعضاً منها ملك بطبيعة الحال أن يعين أيا من هذه الديون هو المدفوع، ذلك أن الدين الذي يعينه يمتلك أن يجبر الدائن على استيفائه فيملك أن يعين أنه هو الدين المدفوع.

فالمدين هو الذي يعين الدين المدفوع عند الوفاء ولكن ذلك مقيد بأن التعيين حاصلاً وقت الدفع و بألا يكون هناك مانع إتفاقي أو قانوني يحول دون هذا التعيين ويقوم المانع الإتفاقي إذا كان عند الدفع كما لو اتفق الدائن والمديون أن الدين هو دين معين، فلا يملك أي من المدين أو الدائن بإرادته المنفردة أن يعين ديناً آخر. ويقوم المانع القانوني في حالات منها أنه لا يجوز للمدين أن يعين جهة الدفع ديناً أكبر قيمة من المبلغ المدفوع لأنه يكون في هذه الحالة قد أجبر الدائن على قبول وفاء جزئي والدائن لا يجبر كما تقدم على قبول الوفاء الجزئي فإن لم يوجد مانع اتفاقي أو قانوني كان المدين حراً في تعيين الدين المدفوع فله أن يصرح وقت الوفاء أن الدين الذي يدفعه هو الدين المضمون برهن أو كفالة دون الدين غير المضمون، والمدين في تعيين الدين المدفوع ليس مقيداً بمراعاة مصلحة الغير فليس عليه أن

يقدم ديناً يشترك فيه مدينون متضامنون أو ديناً غير قابل للتجزئة أو ديناً له كفيل فمصلحته لا مصلحة الغير هي التي يرعاها.

وقد آثر المشرع الأخذ بصياغة القانون المدني المصري والسوري على صياغة مرشد الحيران والقانون المدني العراقي لعمومها خصوصاً أن المجلة في المادة (1775) قد سلكت هي أيضاً مسلك العموم.

تراجع المواد (1775) من المجلة وشرحها لعلي حيدر و (216) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (332) أردني و (334) مصري و (342) سوري و (393) عراقي.

المادة (358)

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة كان الخصم من حساب الدين الذي حل فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب اشدها كلفة على المدين فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا لم يقم المدين أو الدائن بالتعيين تكفل القانون بذلك، وقد أورد المشرع في هذا الشأن قرائن معقوله على نية المدين وهو وحده مرجع التعيين فنص على أن الخصم في هذه الحالة يكون من حساب الدين المستحق الأداء، فإذا توافر هذا الوصف في ديون عدة، فمن

حساب أشد هذه الديون كلفه على المدين كما إذا كان الوصف في ديون عدة ، فمن حساب أشد هذه الديون كلفة على المدين كما إذا كان الدين ثابتاً في سند تنفيذي أو كان لا تسمع الدعوى به إلا بمدة طويلة جداً أو كان مضموناً ولو بكفالة فإن لم تتفاوت في الشدة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن وغني عن البيان أن هذه القرائن تتمشى مع المعقول وقد وردت في نصوص بعض التقنينات قرائن أخرى منها ما يجعل البداءة للدين الأقل ضماناً ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوءاً أو إستحقاقاً وقد كانت هذه القرائن جميعاً محلاً للنقد من وجوه.

وهذه المادة تقابل المواد (333) أردني و (345) مصري و (343) سوري.

المادة (359)

1. يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.
2. على انه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل في الإلتزام أن يستحق أداؤه بمجرد ترتبه ، ما لم يكن مضافاً إلى أجل اتفاقي أو قضائي وقد يتكفل نص القانون أحياناً

بتعيين ميعاد الاستحقاق (كما هو الشأن في الأجرة).

والعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى تواجه حالة ما إذا وجد اتفاق معلق على شرط أو مقرون بأجل فلا يتحتم الوفاء إلا بعد حلول الأجل أو تحقيق الشرط.

وأجيز في الفقرة الثانية للقاضي منح المدين أجلاً إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

وقد نص على قيد الضرر الجسيم لمنح مهلة محاولة للتوفيق بين مصلحة الدائن والمدين ذلك أن تأخير الوفاء إلى أي أجل قد يضر بالدائن ضرراً جسيماً كأن يكون محولاً على إستيفاء هذا الشرط وإلا كان معرضاً للإفلاس ففي مثل هذه الحالة يجب عدم إمهال المدين لأن إمهاله يترتب عليه إصابة صاحب الحق بضرر جسيم وتقدير ما إذا كان الضرر جسيماً أو غير جسيم متروك للقاضي.

وأنه لو كان نص مرشد الحيران يجعل منح المهلة للدائن إلا أنه رؤي في المشروع منحها للقاضي وهو مأمون في إستعمال هذه الرخصة.

(تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 3 ص 227 مذكرة المادة 483 من المشروع والمناقشات حولها وهي م 446 من القانون).

وتراجع المادة (215) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (334) أردني و (346) مصري و (344)

سوري و (394) عراقي .

المادة (360)

1. إذا كان الدين مؤجلا فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل إذا كان الأجل لمصلحته ويجبر الدائن على القبول.
2. فإذا قضـي المدين الدين قبل حلول الأجل ثم اسـتحق المقبوض عاد الدين مؤجلا كما كان.

المذكرة الإيضاحية :.

تعـرض هذه المادة لحالة الديـن المؤجل وتقضي بأن المدين له أن يـوفي قبل حلول الأجل ويجبر الدائن على قبول الوفاء ، وذلك إذا كان أجـل الدين متمحضاً لمصلحة المدين ، أمـا إذا كان الأجل مراعى فيه مصلحـة مشـروعة للدائن فليس للمديـن إلا الإلتزام بالأجـل منعاً من الإضرار بالدائن.

تراجع المادتين (212 و 213) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (235) أردني و (395) عراقي .

المادة (361)

1. إذا كان محل الالتزام معينا بالتعيين وجب تسليمه في المكان الذي كان موجـودا فيـه وقت نشـوء الالتزام ما لم يوجـد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

2. أمـا في الالتزامات الأخرى فيكون الوفـاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا كان محـل الإلتزام شـيئاً معيناً بالتعيين تعـين الوفاء به في مكان وجود هذا الشـيء وقت نشـوء الإلتزام ما لـم يتفق على خلاف ذلـك ، صراحة أو ضمنـاً أما ما عدا ذلك من ضروب الإلتزام فيسـعى الدائن إلى اسـتيفائه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به ومؤدى هذا أن يكـون الوفاء في محل المدين ، وقد أنشـأت بعض النصوص أحكاماً خاصة بشأن الوفاء في بعض العقود المعينة (كالبيع والاجارة).

تراجـع المواد (285ـ 287) من المجلة وشـرحها لعلي حيدر و المادة (222) من مرشد الحيران .

وهـذه المادة تقابل المـواد (336) أردنـي و (347) مصري و (345) سوري و (396) عراقي .

المادة (362)

إذا أرسل المدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك في يد الرسول قبـل وصوله هلك من مال المدين. وان أمر الدائن المدين بان يدفع الدين الى رسـول الدائن فدفعـه فهلاكه من مـال الدائن ويبـرأ المدين من الدين.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة من تقع عليه تبعة هلاك الدين في حالة السداد عن طريق رسول من قبل المدين أو من قبل الدائن.

وتراجع المادة (206) من مرشد الحيران .

وهذه المادة تقابل المادتين (337) أردني و (397) عراقي .

المادة (363)

تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تكون نفقات الوفاء كنفقات الإرسال أو المخالصة أو الشيك أو أذن البريد على المدين ما لم يتفق على خلاف ذلك.

وهذه المادة تقابل المواد (338) أردني و (348) مصري و (346) سوري و (398) عراقي .

المادة (364)

1. لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء فإذا وفى الدين كله كان له

أن يطلب رد سـند الدين أو إلغاءه. فإذا كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند.

2. فـإذا رفض الدائـن القيام بما فرضتـه عليه الفقرة السـابقة جاز للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعا قضائياً

المذكرة الإيضاحية :.

لمن يقوم بالوفاء، سـواء أكان المدين نفسـه أم الغير أن يحصل مـن الدائن على الدليـل المثبت له فيطلب إليه إذا وفـى جزءاً من الدين مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بما وفاه فإذا أوفى الدين كلـه كان للمـوفي طلب رد سـند الديـن أو إلغائه فإذا كان السـند قـد ضاع كان لـه أن يطلب إلى الدائن إقـراراً كتابياً بذلك، فإذا لم يسـتجب الدائن طلب الموفي كان لهذا أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً فيتيسر له بذلك الحصول على الدليل المطلوب.

وهذه المادة تقابل المواد (339) أردني و (349) مصري و (347) سوري.

(2) التنفيذ بما يعادل الوفاء

(أ) الوفاء الإعتياضي

المادة (365)

يجـوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شـيئا آخر أو حقا يؤديه المدين ويخضـع الاتفاق علـى الاعتياض للأحكام العامـة للعقود المنصوص عليها في هذا القانون.

المادة (366)

1. تسري على الوفاء الاعتياضي أحكام البيع إذا كان مقابل الوفاء عينا معينة عوضا عن الدين.
2. وتسري عليه أحكام الوفاء في قضاء الدين.

المادة (367)

ينقضي الدين الأول مع ضماناته في الوفاء الاعتياضي وينتقل حق الدائن الى العوض.

المذكرة الإيضاحية :.

تبدو أهمية الوفاء الإعتياضي في آثاره التي تترتب على طبيعة التصرف المتفق عليه بين طرفيه ، فالإتفاق على العوض ينقل ملكية ما يؤدي مقابل الوفاء وعندئذ تطبق أحكام البيع كما أن أداء العوض يهيئ للمدين وسيلة لأداء دينه وإبراء ذمته منه ولذا تطبق أحكام الوفاء وقد يأخذ الإعتياض صورة من صور تجديد الدين التي يعقبلها الوفاء ، وقد نصت المادة (365) من المشروع على أحقية الدائن في أن يقبل وفاء لدينه شيئاً آخر وإلتزاماً عوضاً عن دينه وتطبق على هذا الإتفاق الشرائط الخاصة بالعقود فإذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين فإن أحكام البيع تسري على الإتفاق ويلتزم المدين بنقل ملكية العين إلى الدائن ولا يكفي مجرد الإلتزام بذلك ويحل الإتفاق الجديد محل القديم والجديد هو الذي ينقضي بالوفاء عن طريق انتقال حق الملك في العوض.

ويترتب على الإعتياض إذا كان نقل الملكية بمقابل أن تسري عليه أحكام البيع ومن ثم فإنه يشترط توافر أهلية التصرف في الموفى وتسري الأحكام المتعلقة بضمان الإستحقاق وضمان العيب في العوض. ويتبع ذلك انقضاء الدين وما يتبعه من ضمانات إن وجدت ولا يكون للدائن إلا حق الرجوع بدعوى الضمان ما لم يطلب الحكم بفسخ الإتفاق لعيب في العوض وعندئذ يعود الدين القديم إلى حاله.

وقد ذكر الوفاء بمقابل في كتب الفقه في البيع أو الصلح ويتميز الفقه الإسلامي بأن مقابل الوفاء قد يكون التزاماً بينما تشترط القوانين الحديثة أن يكون مقابل الوفاء عيناً معينة ولذا فقد تضمن المشروع النص على أن مقابل الوفاء قديكون التزاماً أيضاً.

وينقضي الدين في جميع الأحوال كنتيجة للمقاصة التي تقع بين الدينين على أن الوفاء بمقابل يتميز عن المقاصة في أن الدين الآخر في الوفاء بمقابل هو دين حكمي بحت (فقرة 84 من نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته، صفحة 110).

وقد نصت المادة (1548) من المجلة على أنه إذا وقع الصلح عن الإقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع، فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تجري في دعوى الشفعة إن كان المصالح عنه أو المصالح عليه عقاراً ولو أستحق كل المصالح عنه أو بعضه يسترد هذا المقدار، من بدل الصلح كلاً أو بعضاً .... وصورة الصلح على الوجه الوارد في النص تنطبق على صورة الوفاء الإعتياضي وتتفق مع ما جاء في القوانين الحديثة.

يراجع شرح المجلة لعلي حيدر المادة (1548) وما بعدها جزء 4 ص 27.

وهــذه المواد تقابل المــواد (340 و 341 و 342) أردني و (350 و 351) مصري و (348 و 349) سوري و (399 و 400) عراقي .

(ب) المقاصة

المادة (368)

المقاصة إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه.

المادة (369)

المقاصــة إما جبرية وتقــع بقوة القانــون أو اختيارية وتتم باتفاق الطرفين أو قضائية وتتم بحكم القاضي.

المادة (370)

يشــترط في المقاصــة الجبريــة أن يكــون كلا الطرفين دائنا للآخر وان يتماثل الدينان جنســا ووصفا واستحقاقا وقوة وضعفا وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير سواء اتحد سبب الدينين أو اختلف.

المادة (371)

يجوز أن تتم المقاصة الاتفاقية إذا لم يتوفر أحد شروط المقاصة الجبرية.

المادة (372)

تتم المقاصة القضائية بحكم من القاضي إذا توفرت شروطها وبطلب اصلي أو عارض.

المادة (373)

إذا كان للمودع لديه دين على صاحب الوديعة أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة والدين من جنس الوديعة أو العين المغصوبة فلا تجري المقاصة إلا باتفاق الطرفين.

المادة (374)

إذا اتلف الدائن عينا من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا فان لم تكن من جنسه فلا تقع المقاصة إلا باتفاق الطرفين.

المادة (375)

تتم المقاصة بناء على طلب صاحب المصلحة فيها وتقع بقدر الأقل من الدينين.

المادة (376)

إذا كان الدين لا تسمع فيه الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة المانعة من

سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة.

المادة (377)

إذا أدى المدين ديناً عليه كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز أن يتمسك بضمانات هذا الحق إضراراً بالغير إلا إذا كان يجهل وجوده، وكان له في ذلك عذر مقبول.

المذكرة الإيضاحية :.

تناولت هذه المواد المقاصة كوسيلة لتساقط دينين بين شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر وقد جرت تسمية ذلك إصطلاحاً بالمقاصة وقد عرفها ابن جزى في القوانين الفقهية صفحة (292) بأنها اقتطاع دين من دين وعرفها ابن عرفة (شرح الخرشي على سيدي خليل جزء 4 صفحة 143) (نظرية الموجبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمصاني جزء 2 صفحة 554) بأنها متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لماله على طالبه فيما ذكر عليهما وقد فصل فقهاء المالكية والحنفية أقوال اختلاف جنس الدينين واتفاقهما واستخلص المشروع أحكام المقاصة بحيث لا تتعارض مع ما ورد من أحكام في القوانين الحديثة وما ورد من أحكام متناثرة في أبواب متفرقة من المشروع وقد عرفت المادة (368) المقاصة من تصوير الفقهاء لطبيعتها فقد صورها بعض الفقهاء على أنها ابراء من الدين بمقابل ولكن السائد انها وفاء حكمي وهي في نظر علماء القوانين الحديثة وفاء دينين في نفس الوقت وإن كان البعض يرى أنها تنطوي على وفاء دين واحد وهو الدين السابق في التاريخ إلا أن هذا لا يعني أن الدين الآخر قد

تـم وفاؤه بالتقاص وقـد عرفت هذه المادة المقاصـة تعريفاً ينطبق على واقعها ويتفق مع النظر الصحيح في الفقه.

والمقاصة في الفقه الإسلامي إما أن تكون جبرية (أي حكمية) وهـي بالتالـي المقاصة القانونيـة في القوانين الحديثـة او اختيارية تتم بإتفـاق الطرفين، وأضيف إليهما المقاصة القضائية والتي تتم بناء على طلب أصحاب الشـأن مـن القاضي اما بطلب أصلـي أو بطلب عارض أثناء قيام الخصومة أمامه متى توافرت شـرائطها في الدينين وطبقاً لما يرتأيه القاضي من ظروف النزاع وقد بينت المادة (371) شروط المقاصة الجبرية (القانونية) وهي أن يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وان يتماثل الدينان جنسـاً ووصفاً وإسـتحقاقاً وقـوة وضعفاً والا يضر اجراؤهـا بحقـوق الغيـر، فإذا تخلف شـرط مـن هذه الشـروط فإن المقاصـة الجبريـة لا تقع وإنما يجـوز للطرفين أن يتفقـا على إجرائها مهما كان اختـلاف الدينين (م 371) وتضمن القانـون المادتين (373 و 374) حالتين لا تقع فيهما المقاصة رغم توافر الشروط وهما :

1. إذا كان للوديع دين على المودع فلا يجوز له الإسـتيلاء على الوديعة ولو كانت من جنس الدين.
2. إذا كان للمغتصـب ديـن علـى المالـك وتوفـرت ظـروف الحالـة السـابقة، أما المادة (374) فقد نصت على حالة اتلاف الدائن عيناً من مال المدين وكانت من جنس الدين فانها تسـقط قصاصاً فإن لم تكن من جنسـه فلا تقع المقاصة إلا بإتفـاق الطرفين (الفتاوى الهندية جزء 3 صفحة 295 و 296).

ومن آثار المقاصة سـقوط الديـن الأقل، ومقدار مـا يقابله من الديـن الأكبـر، وإنمـا تتم بنـاء على طلـب صاحب المصلحـة فيها، تأكيـداً لعدم ارتباطهـا بالنظام العـام، أو تخويل القضـاء الحكم

بها من تلقاء نفسه (المادة 375) ومتى كانت المقاصة تقع وقت تلاقي الدينين فإن أثرها يترتب ما دام الدين قائماً لم ينقض عليه مرور الزمان المانع من سماع الدعوى عند طلبه (المادة 376).

أما إذا أدى المدين الدين وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق فلا يجوز له أن يتمسك بضماناته اضراراً بالغير إذا كان يجهل وجوده واثبت عذره في ذلك (المادة 377).

ومصدر هذه النصوص المواد (224 ـ 231) من مرشد الحيران وما جاء في رد المحتار جزء 4 صفحة 239 وما بعدها.

وهذه المادة تقابل المواد (343 إلى 352) أردني و (365 و 366 و 369) مصري و (360 إلى 367) سوري و (408 إلى 416) عراقي.

(ج) اتحاد الذمتين

المادة (378)

1. إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمتان.
2. ولا يتم اتحاد الذمتين إذا كان الدائن وارثا للمدين ويشترك مع باقي الدائنين في اقتضاء دينه من التركة.

المادة (379)

إذا زال سبب اتحاد الذمتين بأثر رجعي عاد الدين الى ما كان عليه من قبل.

المذكرة الإيضاحية :.

اتحاد الذمتين في حقيقته ليس سبباً من أسباب انقضاء الإلتزام بل هو مانع طبيعي يمنع المطالبة بالدين لاتحاد صفتي الدائن والمدين في شخص واحد ويختلف عن المقاصة في أنها تقوم على تلاقي دينين ثم إستيفاء كل منهما قصاصاً إما إتحاد الذمتين فيفترض وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه ولا يستطيع أن يطالب نفسه بالدين ولذا يقف نفاذه.

وكما يتم اتحاد الذمتين في الديون فإنه يتحقق في الحقوق العينية إذ ينتهي حق الإرتفاق إذا اجتمع العقار المخدوم بالحق في يد مالك واحد وينتهي حق الرهان الحيازي إذا اجتمع مع حقوق الملكية في يد مالك واحد.

وينتهي حق الإنتفاع إذا اجتمع مع حق الرقبة في يد شخص واحد ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (378) المشار إليها على تعريف اتحاد الذمتين وقد عرفته القوانين الحديثة باتحاد الذمة إلا أنه في حقيقته اتحاد ذمتين (دائن ومدين) ولذا فقد عرفته المادة على هذا الأساس.

ولما كان اتحاد الذمتين يتحقق بصورة واضحة في الميراث وللميراث أحكامه في الفقه الإسلامي ومن ثم فلا يمكن اطلاق النص في الفقرة الأولى دون بيان الاستثناء في الفقرة الثانية لان قواعد الفقه الإسلامي تفرض أن الدائن يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ولا تركة إلا بعد سداد الديون فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها له ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ومن ثم فلا محل لإتحاد الذمتين ولذا نص المشرع

على هذا الاستثناء اعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ونصت المادة (379) على ان اذا زال سبب اتحاد الذمتين بأثر رجعي سقط المانع وعاد الدين إلى حاله ذلك لأن الدين عند اتحاد الذمتين يقف نفاذه كما اسلفنا ويبقى، فلو أوصى دائن لمدينه بالدين وصية قابلة للبطلان فابطال الوصية يعيد الدين إلى حاله ويعتبر اتحاد الذمتين كأنه لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي.

ومصدر هاتين المادتين ما تركه الفقهاء في ديون التركة وأحكام الوصية.

يراجع أحكام التركات للشيخ محمد أبو زهرة صفحة 17 وما بعدها ونظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ج 1 هامش 112 فقرة 89 .

وهاتان المادتان تقابلان المواد 353 و 354) أردني و (370) مصري و (368) سوري و (418 و 419) عراقي .

الفرع الثاني
التنفيذ الجبري

(1) التنفيذ العيني

نظرة عامة :

الإلتزامات التي يتناولها هذا الفصل :

تناولت القوانين المدنية كالمصري والسوري والعراقي في هذا الفصل ثلاثة أنواع من الإلتزامات هي :-

1. الإلتزام بنقل الملكية أو حق عيني آخر.
2. الإلتزام بعمل .
3. الإلتزام بالإمتناع عن عمل.

(المواد 204 وما بعدها مصري و 205 وما بعدها سوري و 247 وما بعدها عراقي).

أما الإلتزام بنقل الملكية (أو أي حق عيني آخر) فإن ذلك إن وجد في القانون فإنه لا يوجد في الفقه الإسلامي ذلك أن التصرف بنفسه هو الذي ينقل الملكية أو الحق العيني بوصفه حكماً من أحكام التصرف فالبيع في الفقه الإسلامي ينقل بنفسه ملكية المبيع من البائع إلى المشتري فلا ينشأ عن العقد إلتزام بذلك بخلاف الحال في القانون فالبيع ينشيء أولاً في ذمة البائع إلتزاماً بنقل الملكية ثم يقضي القانون بأن هذا الإلتزام ينفذ من تلقاء نفسه ، لذا كان طبيعياً أن يعالج القانون المصري (وما أشتق منه) الإلتزام بنقل الملكية وقد عالج ذلك في المواد (204) منه وما بعدها على ما سلفت الإشارة.

أما في الفقه الإسلامي فلا مجال للكلام على هذا الإلتزام بصدد تنفيذ الإلتزام بعد معالجة ذلك في آثار العقد (م 243 وما بعدها) حيث نص على ما يأتي :-

(م 243) " 1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض وأي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك.

أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما ".

(م 244) عقد المعاوضة الوارد على الأعيان إذا استوفى شرائط صحته يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه والتزم كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر.

ويبقى من أنواع الإلتزام :-

- الإلتزام بالقيام بعمل.
- الإلتزام بالإمتناع عن عمل.
- والأول يشمل :-

الإلتزام بدفع مبلغ معين كإلتزام المشتري بدفع الثمن للبائع.

الإلتزام بتسليم عين معينة كالتزام البائع بتسليم المبيع المعين بالتعيين إلى المشتري.

وإلتزام الوديع برد الوديعة ..... إلخ.

الإلتزام بالحفظ كإلتزام الوديع بحفظ الوديعة.

القيام بعمل معين كإلتزام الأجير بالقيام بالعمل المتفق عليه.

والثاني (الإلتزام بالإمتناع عن عمل) مثاله : أن يلتزم جار لجاره بأن لا يبنى على مسافة معينة أو لا يعلو بالبناء عن إرتفاع معين وقد انتشر الآن هذا النوع من التعاقد وقد أجازه المشرع نتيجة أخذه بقاعدة

أن الأصل في العقود الصحة.

التنفيذ العيني : الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الإلتزام عيناً وللمدين القيام بذلك ما بقي هذا التنفيذ ممكناً ، ولم يستثن المشرع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استمد فكرة حكمها من القانون المدني المصري الذي أستمد الحكم بدوره من التقنين الألماني وهي حالة ما إذا لم يكن التنفيذ العيني ميسوراً إلا ببذل نفقات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عيناً ، فأجاز للقاضي بناء على طلب المدين قصر حق الدائن ، استثناء ، على اقتضاء عوض (م 215 ـ 2).

والسند الفقهي للمشرع في هذا الإستثناء قاعدة " إذا بطل الأصل يصال إلى البدل "(م 53 من المجلة) و (المشقة تجلب التيسير) (م 17 المجلة) . و (الأمر إذا ضاق اتسع) (م 18 المجلة) و (لا ضرر ولا ضرار) (م 19 المجلة) و (الضرر يزال) (م 20 المجلة)

و (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) (م 27 المجلة) و (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بإرتكاب أخفهما) (م 28 المجلة) و (يختار أهون الشرين) (م 29 المجلة) و (درء المفاسد أولى من جلب المنافع) (م 30 المجلة) و (الضرر يدفع بقدر الإمكان) (م 31 المجلة) و (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة) (م 32 المجلة).

ويراعى أن حكم القاعدة العامة تتفاوت تفاصيله عند التطبيق بإختلاف أقسام الإلتزامات ، فإذا كان محل الإلتزام القيام بعمل ولم يقم به المدين كان للدائن القيام به على نفقة المدين بترخيص من القضاء أو بدون ترخيصه في حالة الإستعجال متى كان هذا التنفيذ

ممكنــاً ، فــإذا تبين أن قيام المديــن بتنفيذ الإلتزام بنفســه ضرورة لا معــدي عنها فللدائــن أن يرفض الوفاء من غير هــذا المدين مادة (381) وقد يقــوم حكم القاضي مقــام التنفيذ العيني (مــادة 382) كما هو الشــأن في عقد بيع لم يصــدق على إمضاء البائع فيه حيث يســتوجب ذلك إجراء أوجبة القانون كالتسجيل .

- وإذا كان محــل الإلتزام المحافظة على الشــيء أو القيام بإدارته أو يتوخى الحيطة في التنفيذ إلى حين تسلمه وهو إلتزام بالقيام بعمل ، فمــن واجب المديــن أن يبذل في تنفيذ الإلتزام بالمحافظة والتســليم عنايــة الرجل المعتاد إلا إذا نص القانــون أوقضى الإتفاق بغير ذلك مادة (383).
- أمــا الإلتزام الإمتناع عــن عمل فيتم تعويضه عينــاً متى كان ذلك ممكناً بإزالة ما جدّ علــى خلاف مقتضى التعهد على نفقة المدين مــادة (384) وتعــرض بصدد هذا الإلتــزام تلك الحالة الإســتثنائية التي لا يكون التنفيذ العيني فيها ميسوراً إلا ببذل نفقات فادحة ، تســتتبع إرهــاق المدين (مــادة 380ـ2) ومثال ذلك إقامــة المدين بناءً عظيمــاً ، خلافاً لتعهده بعدم البنــاء فللقاضي في هذه الحالة قصر حــق الدائن على التعويض ، دون الهدم ، إذا كان يصيب المدين من جرائه ضرر لا يتناســب مــع ما يحيق بالدائن مــن وراء الإبقاء على البناء عملاً بالقاعدة الشــرعية الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف المــادة (27) مــن المجلة . ويراجع الوسـيط للسـنهوري ج 2 ص (800ـ 804).

المادة (380)

1. يجبر المدين بعد اعــذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكناً.

2. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للقاضي بناء على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا كان تنفيذ الإلتزام يدخل في حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأديه ومن حق المدين أن يعرض القيام به ولا يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض (أي أخذ عوض) الا بتراضي المتعاقدين، ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييري أو إلتزام بدلي، فهو ليس موكولا للتخيير لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأي من المتعاقدين.

سواء في ذلك الدائن أو المدين فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء وهو ليس بديلاً لأن المدين لا يملك إعطاء العوض النقدي ما بقي الوفاء العيني ممكناً .

- بقي بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ - فمتى يمكن القول بأن تنفيذ الإلتزم عيناً يدخل في حدود الإمكان ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟
- إذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد إنقضاء هذا الميعاد إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك.
- وإذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً ما دامت الظروف تسمح به دون أن يخل بذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير ويهيئ التقنين الألماني للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين، في مثل هذه الحالة ، فيبيح أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وفاءه بعد

انقضــاء هذا الميعاد (م 250 من التقنــين الألماني) وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم، دون حاجة إلى الإســتناد إلى نص تشريعي خاص.

- وقد أستثنى المشرع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقــي التنفيذ العيني ممكناً فأباح للقاضي بنــاء على طلب المدين أن يعمد إلى العوض النقدي إذا كان يصيب المديــن من وراء التعويض العيني ضرر فادح لا يتناســب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً.

مثــال ذلك أن يقيــم المالك بناء خلافاً لما يفرضــه عليه إلتزام أو إتفــاق بعدم البناء وهو امر كثير الوقوع، فمن واجب القاضي في هذا المقــام أن يوازن بــين مصالح ذوي الشــأن وأن يتحاشــى تحميل المدين تضحيات جسام درءاً لضرر طفيف.

وقــد تقدمت القواعد الفقهية التي يســتند إليهــا هذا الحكم الإســتثنائي وهي قاعدة " إذا بطل الأصل يصار إلى البدل) " (م 53) من المجلة والقواعد الخاصة بالضرر والمشقة.

وقــد رؤي إدخال تعديل يجعل الحكم أقــرب إلى قواعد الفقه الإسلامي ذلك أن الحكم في القوانين المدنية المصري والسوري يجعل من حق المدين نفســه أن يعمد إلى التعويض النقدي الذي كان يصيبه مــن وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناســب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيــذ العيني بل يقتصر حقه على المطالبة بــأداء التعويض الواجب لــه ودور القاضي في هذه الحالة أن يوازن بين مصالح ذوي الشــأن وأن يتحاشــى تحميل المدين تضحيات جسام درءاً لضرر طفيف (المذكرة

الإيضاحيــة لمشــروع القانون المدني المصري) وقــد رؤي جعل الأمر من أولــه إلى آخــره للقاضي بناء علــى طلب المدين إذ طلــب المدين في هذه الحالة يســتهدف رفع مظلمة ، وولاية رفــع المظالم إلى القاضي ، وعلى كل فالنتيجة العملية النهائية واحدة وهو أن القول الفصل للقاضي.

- والمقصــود بالإرهاق المشــار إليه في الفقــرة الثانية العنت الشــديد وتقديره متروك للقضاء.
- ونطاق تطبيــق هذا النص هو المعاملات المدنية لا المســائل الجنائية فالنص لا يجيــز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة إذا قضى بها القانون لأن الإزالة عندئذ تكون عقوبة جنائية.

وهــذه المادة تقابل المــواد (355) أردنــي و (203) مصري و (204) سوري .

المادة (381)

1. إذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره.
2. فــإذا لم يقــم المدين بالعمل جــاز للدائن أن يطلب أذنــا من القاضي بالقيــام به كما يجوز لــه تنفيذه دون أذن عنــد الضرورة ويكون التنفيذ في الحالتين على نفقة المدين.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا كان الإلتزام الواجب تنفيــذه إلتزاماً بعمل فينبغي التفرقة بين حالة ضرورة قيام المدين بنفسه بالوفاء ، وحالة إنتفاء هذه الضرورة.

ففي الحالــة الأولى يتعين على المدين أن يتولــى أداء ما ألتزم به شــخصياً كما إذا كان ممثلاً أو مغنيــاً أو مصوراً فإن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ إلى وســائل اجبــار المدين التي نص عليها القانون أو التعويض النقدي وقد يكون هناك شــرط جزائي متفق عليه بينهما فيطالب الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي.

وفي الحالــة الثانية يجــوز للدائــن أن يقتضي التنفيــذ عيناً من غير تدخل المدين بأن يســتصدر اذناً من القاضي يخوله أن يتولى هذا التنفيــذ على نفقــة المدين (كإجــراء إصلاحات عاجلــة يلتزم المؤجر القيام بها مثلاً) بل يجوز التجاوز عن إذن القضاء عند الإستعجال.

وهــذه المــادة تقابل المــواد (356) أردنــي و (208 و 209) مصري و (209 و 210) سوري و (249 و 250) عراقي .

المادة (382)

يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا كان موضوع الحق عملا وسمحت بذلك طبيعته

المذكرة الإيضاحية :.

يقوم حكــم القاضي مقام التنفيذ العينــي أحياناً رغم ضرورة وفاء المدين نفســه بما التزم به فإذا امتنع البائع مثلاً عن التصديق على امضائه في عقد البيع فلم يتيســر التسجيل جاز للمشتري أن يستصدر حكمــاً بصحــة التعاقد فيكون هــذا الحكم بمنزلــة العقد وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند التسجيل.

وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده جاز للقاضي أن يحدد له ميعاد للتنفيذ فإذا لم يقم بالوفاء في خلال هذا الميعاد حل حكم القاضي محل العقد المقصود إبرامه.

ففي هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ويغني عنه.

وهذه المادة تقابل المواد (357) أردني و (210) مصري و (211) سوري .

المادة (383)

1. إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فانه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي وان لم يتحقق الفرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.
2. وفي جميع الأحوال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

المذكرة الإيضاحية :.

ترد هذه المادة صورة الإلتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين .

أولاهما : تنظيم ما يوجب على الملزم المحافظة على الشيء أو إدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما

يتصل الإلزام فيه بسلوك الملزم وعنايته.

وثانيهما : يدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل كالإلتزم بإصلاح آلة.

وتقتصر هذه المادة على حكم الطائفة الأولى فتحدد مدى العناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الإلتزام (والأصل في هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد فهي بهذه المثابة وسط بين المراتب، يناط بالمألوف في عناية سواد الناس بشئونهم الخاصة).

وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيا كان مبلغ تشدده أو إعتداله أو تساهله في العناية بشئون نفسه.

على أنه قد ينص القانون ، أو يقضي الإتفاق صراحة أو ضمنا ببذل عناية المدين بشئونه الخاصة وقد يكون المقصود أن تكون هذه العناية أعلى من عناية الشخص العادي بحسب النص أو الإتفاق.

(تراجع المواد 776 و 815 من مرشد الحيران و 780 و 781 من المجلة).

ومتى تقررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين فكل تقصير في بذل هذه العناية مهما كان طفيفاً يسأل عنه المدين.

ومهما يكن من أمر فمن المسلم أن المدين يسأل على وجه

الـدوام عما يأتي من غش أو خطأ جسـيم سـواء أكان معيـار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً.

وهذه المـادة وإن كانت أغلـب تطبيقاتها تـرد في العقد إلا أنه قد يدخل في تطبيقاتها التـزام غير عقدي كالإلتزام القانوني بإتخاذ الحيطـة الواجبة لعدم الإضـرار بالغير وهو ما قد يعبـر عنه بالإلتزام بعدم الإضرار بالغير، فهذا الإلتزام ليس إلتزاماً بالإمتناع عن الإضرار بالغيـر بل هو إلتزام بإتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير، فهو التزام بعمل وليس التزاماً بالإمتناع عن عمل (السنهوري، الوسيط ج 5 البنـد 424 ص 779 وعلى كل فوضـع النص هنا يخول تطبيقه في كل الإلتزامات مهما كان مصدرها).

وهــذه المادة تقابل المـواد (358) أردنـي و (217) مصري و (218) سوري و (251) عراقي.

المادة (384)

إذا كان موضوع الحق هو الامتناع عن عمل وأخل به المدين جاز للدائـن أن يطلـب إزالة ما وقع مخالفا لـه أو أن يطلب من القاضي أذنا بالقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين.

المذكرة الإيضاحية :.

اذا التزم الشـخص بالإمتناع عن عمل وأخـل بهذا الالتزام فقد أصبـح التنفيذ العيني مسـتحيلاً وقد لا يمكـن إلا التعويض النقدي عما حصل من ضرر كحالة إفشـاء سـر المهنة، وقد يكون التعويض

العيني ممكناً من طريق ازالة ما استحدث اخلال بالإلتزام، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر من القاضي بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالإلتزام والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالإلتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني.

وتحسن الإشارة إلى جواز العدول عن التعويض العيني ولو كان ممكناً والإكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (380) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح ولا ينجم عن الإقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق الدائن كأن يقيم جار بحسن نية بناء على أرض ملاصقة فللقاضي بدلاً من أن يأمر بإزالة البناء أن يقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة نقداً بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل.

ويلاحظ أن الإلتزام بالإمتناع عن عمل قد يكون مصدره العقد كالتزام المغني أو الممثل بعدم الغناء أو التمثيل في غير مسرح معين، وقد يكون مصدره القانون كإلتزام الجار ألا يضر جاره ضرراً فاحشاً وكإلتزام الطبيب والمحامي بعدم افشاء سر المهنة.

وهو إلتزام بتحقيق غاية.

(يراجع مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 534 ـ 535 والسنهوري، الوسيط ج 2 ص 795 ـ 799).

وهذه المادة تقابل المواد (359) أردني و (212) مصري و (203)

سوري و (253) عراقي .

المادة (385)

إذا تـم التنفيذ العينــي أو أصر المدين على رفـض التنفيذ حدد القاضــي مقــدار التعويض الذي يلزم به المديــن مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا تم التنفيذ العيني حســب المطلوب ، أو أصر المدين على رفض التنفيــذ فعلى القاضــي أن يحدد مقــدار التعويض الــذي يلزمه المدين ، مراعياً في ذلــك مقدار الضرر الذي أصاب الدائــن والعنت الذي بدا من المديــن عملاً بالقواعد الشــرعية . (الضرورات تقــدر بقدرها) (والضرر يدفع بقدر الإمكان) المادتان (22) و (31) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر.

وهــذه المادة تقابل المــواد (360) أردنــي و (214) مصري و (215) سوري و (245) عراقي .

(2) التنفيذ بطريق التعويض

المادة (386)

إذا اســتحال علــى المديــن أن ينفذ الالتــزام عينا حكــم عليه بالتعويــض لعدم الوفــاء بالتزامه ما لــم يثبت إن اســتحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

المذكرة الإيضاحية :.

الأصل في تنفيذ الإلتزام أن يقوم المدين بذلك عيناً إلا أنه قد يستحيل على المدين أن ينفذ إلتزامه عيناً وفي هذه الحالة يحكم عليه بالتعويض إلا إذا ثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ففي هذه الحالة لا يحكم عليه بالتعويض إعمالاً للقاعدة الشرعية لا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

ويسري هذا الحكم على حالة تأخير المدين في تنفيذ التزامه.

وهذه المادة تقابل المادة (215) مدني مصري.

المادة (387)

لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

تضمنت هذه المادة حكماً مقتضاه ألا يستحق التعويض على المدين إلا بعد إعذاره والمقصود من الإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ عند الأجل، وقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الإلتزام، دون حاجة إلى أي إجراء آخر وهذا الإتفاق يلزمهما كما أنه قد يعفي الدائن من الإعذار في أحوال يحددها القانون وقد وضعت المادة على وجه يحقق الغرض المقصود بها دون تحديد طريق معين للإعذار،

توفيراً لمصلحة الناس حسب عرفهم وتعاملهم وما قد يرد في قانون الإجراءات المدنية.

تراجع المواد (37 و 43 و 44) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (361) أردني و (218) مصري و (219 و 220) سوري و (256 و 257) عراقي .

المادة (388)

لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :

أ. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

ب. إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

ج. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

د. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

المذكرة الإيضاحية :.

نص في هذه المادة على ألا ضرورة للإعذار في حالات معينة بعضها كان في حاجة إلى هذا النص وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء.

أما ما كان في حاجة إلى النص فالحالة التي يكون فيها محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك ففي هذه الحالة يكون المدين سيء النية ويكون واجباً عليه أن يرد الشيء إلى الدائن وليس الدائن بمقتضى النص في

حاجة إلى إعذاره، ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن، دون إعذار وإلا كان مسئولاً عن التأخر في الرد.

وأما ما يرجع إلى طبيعية الأشياء وورد مع ذلك به النص فثلاث حالات :

1. إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين فلا معنى اذن لإعذار المدين وإذا كان استحالة التنفيذ راجعاً إلى غير فعل المدين فإن الإلتزام ينقضي ولا يسأل المدين حتى عن التعويض ومن أمثلة ذلك :
   - التزام مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه.
   - إلتزام محام برفع استئناف عن حكم وانتهى ميعاد الإستئناف قبل أن يرفعه .
   - أن يكون الإلتزام بالإمتناع عن عمل ويخل المدين بإلتزامه ويأتي العمل الممنوع .

2. إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع ذلك أن العمل غير المشروع هو إخلال بالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ومتى أخل الشخص بهذا الإلتزام فأضر بالغير، لم يعد التنفيذ العيني للإلتزام ممكناً فلا جدوى اذن من الاعذار. فهذه الحالة في الواقع ليست إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة السابقة.

3. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره فهو قد رد سلفاً أنه

لا يريد القيام بالتزامه ولا يكفي التصريح به أمام شهود فالقانون قد اشترط الكتابة على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات فلو أقر المدين أنه صرح بعدم ارادته القيام بإلتزامه أو نكل عن اليمين التي وجهت إليه لكان ذلك كافياً في إثبات التصريح المطلوب للإعذار.

(السنهوري، الوسيط، ج 2 البند 466 ص 834 ـ 839).

وهذه المادة تقابل المواد (362) أردني و (220) مصري و (221) سوري و (298) عراقي.

المادة (389)

إذا لم يكن التعويض مقدرا في القانون أو في العقد قدره القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه.

المذكرة الإيضاحية :.

القاعدة في الفقه الإسلامي أن الملتزم ملزم بالوفاء بإلتزامه عيناً فإن لم يفعل اجبره القاضي على ذلك فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين لوفاء دينه، وإذا ظهر اعساره فنظرة إلى ميسرة.

وإذا تمثل الاضرار في فقد مال بأن هلك أو أستهلك فالواجب في المثليات المثل وفي القيميات القيمة.

والمنافع لا تضمن عند الحنفية لانها ليست بمال عندهم ولكنها تضمن عند الشافعية والحنابلة لأنها مال متقوم في نظرهم يتحقق فيه التعدي المستوجب للتضمين وذلك بالتعدي على مصادرها أو بالحيلولة بينها وبين صاحبها وهو ما أخذ به المشرع (م 54).

(يراجع في ذلك على الخفيف، الضمان 1 : 17 ـ 18 و 20 و 21 و 55 ـ 57 و 61 وما بعدها وشفيق شحاته، النظرية العامة للإلتزامات، الشريعة الإسلامية ص 90 ـ 96).

وتطبيقاً لذلك :ـ

إذا كان الإلتزام موضوعه قدراً من النقود أو أشياء أخرى مثلية فإن التنفيذ العيني يكون ممكناً في ذاته أما في النقود فظاهر وأما في المثليات فلأنها تقوم مقام بعضها فإن لم يف المدين أجبره القاضي على ذلك ويبيع ماله إن كان له مال وإلا فنظرة إلى ميسرة، والدائن لا يستحق تعويضاً مقابل التأخير في الوفاء لأنه يكون ربا ـ إلا إذا ترتب على التأخير تفويت منافع على الغير فيعوض عن هذه المنافع لأنها أموال وذلك تطبيقاً لقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).

إذا كان الإلتزام موضوعه تسليم عين : فإن كانت قائمة أجبر الملتزم على تسليمها وإن هلكت أو أستهلكت وكانت يده ضمان وجب عليه المثل إن كانت العين مثلية والقيمة إن كانت قيمية. وإن كان يده يد أمانة سقط عنه التزامه بالتسليم ولا يلزم بشيء.

إذا كان الإلتزام بعمل شيء : وجب عليه القيام به عيناً فإن لم يقم به أجبره القاضي وإذا كان مصدر الإلتزام بذلك هو العقد

انقضى العقد واستحق المضرور تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من منافع.

والقاعدة في القوانين الوضعية أن التعويض إن لم يقدر في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهداً معقول ومع كل ففي الإلتزام الذي مصدره العقد لا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكنه توقعه عادة وقت التعاقد.

ويكون للمسئولية التعاقدية ، في حالتي الغش والخطأ الجسيم حكم المسئولية عن الفعل الضار أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردها بل بشرط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فإذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها ويراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه .

وقد رؤي الأخذ بحكم الفقه الإسلامي وصياغته على الوجه المتقدم على اساس أنه إذا لم يكن الضمان (التعويض) مقدراً في القانون أو العقد قدره القاضي بما يساوي الضرر الواقع فعلاً مع إثبات النصوص القانونية ، وبناء على ذلك اكتفى في التعويض عن الضرر الأدبي بما جاء في المادة (392) الواردة في الفعل الضار.

وهــذه المادة تقابل المــواد (363) أردنـــي و (221) مصري و (222) سوري و (207) عراقي .

المادة (390)

1. يجـوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.
2. ويجـوز للقاضي في جميع الأحوال بناء علـى طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مســاويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تتنــاول هذه المادة حكــم الإتفاق مقدماً علــى مقدار التعويض عن الضــرر ولا يدخل فيها حكم التعويض عــن الضرر بعد وقوعه إذ لا يخشــى في حالة تقديــر الطرفين للضــرر بعد وقوعه ما يخشــى في حالة تقديره قبل وقوعه من غلط أو شبه اكراه وهو ما يدعو إلى بيان حكم التقدير مقدماً .

ويفتــرض في هذا الحكم أن يســتحق التعويــض فإن لم يكن التعويض مستحقاً فلا يكون هناك محل لحكم هذه المادة.

وإذا استحق التعويض وكان ما قدر به الطرفان مساوياً للضرر كان بهــا أمــا إن كان ازيــد أو أقل فــإن القاضي ينقصــه ، أو يزيده بناء علــى طلب أحد الطرفين إذ الحكم الفقهــي أن يكون التعويض مساوياً للضرر الحاصل.

(يراجع علي الخفيف، الضمان 1 : 56ـ 57).

وهذه المادة تقابل المواد (364) أردني و (من 223 إلى 225) مصري و من (224ـ 226) سوري و (170) عراقي.

الفرع الثالث
الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ

نظرة عامة :ـ

أموال المدين هي الضمان العام للدائنين بمعنى أنهم ينفذون بحقوقهم عليه لا يتقدم فيه أحد منه على غيره بل يتساوى كل الدائنين فيه بخلاف التأمين الخاص، كالرهن، حيث يتقدم الدائن على غيره بالنسبة إلى العين التي يقع عليها هذا التأمين وحده، كما لا يتتبع أحد الدائنين العاديين عيناً خرجت من الضمان العام للمدين فإذا باع مدين عيناً فإن هذه العين تخرج من الضمان العام لهذا المدين ولا يملك دائنوه تتبعها في يد المشتري، فالضمان العام اذن لا يكفل للدائن حق التقدم ولا حق التتبع.

ففي القوانين المدنية الوضعية للدائن بالنسبة لهذا الضمان العام أو بالنسبة لأموال مدينة أن يتخذ بشأن هذه الأموال طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط بين التحفظة والتنفيذية، وهي جميعاً تترتب على الضمان العام وتقع على أساسه والغرض منها تأكيده وتقويته.

أما الطرق التنفيذية فتكون عادة بالحجز على منقولات المدين

أو عقاره أو على ماله لدى الغير وتتكفل بها قوانين الإجراءات المدنية .

وأما الطرق التحفظية فهي نوعان :

1. طـرق يتخذها الدائن بالنسـبة إلى حقـه الذي يريـد التنفيذ به أي يتخذهــا في ماله كقطـع التقادم بالنسـبة إلى حقـه وقيد الرهن الضامن أو تجديد هذا القيد.
2. وطـرق يتخذها بالنسـبة إلى أمـوال المدين حتى يحافـظ عليها من الضيــاع مثل أن يضع الأختــام عليها عند موت المدين أو إفلاســه ، أو أن يحــرر محضر جرد بها أو أن يتدخل في إجراءات قسـمة المال الشــائع المملـوك لمدينه أو أن يتدخل خصماً ثالثــاً في الدعاوى التي ترفع من مدينه أو عليه حتى يرقب سير الدعوى ويمنع تواطؤ المدين مع الخصم اضرار بحقوقه.

وأما الطرق الوسـطى بـين التنفيذيـة والتحفظيـة فمردها أن جميـع أمـوال المدين ضامنـة لالتزاماته ، فهـذا الضمان العـام يخول للدائــن أن يرقــب اموال المديــن ، ما دخل منها في ذمــة المدين وما خرج حتــى يأمن علــى ضمانه من ان ينقصــه غش المديــن أو تقصيره وهذه الطرق من مباحث القانون المدنــي لأمن مباحث قانون المرافعات لأنها تتفرع مباشرة عن مبدا الضمان العام للدائنين كما سبق القول.

وقــد عدد التقنــين المدني المصري منها خمســة : دعــاوى ثلاثاً وطريقين آخرين استحدثهما هذا التقنين .

أمــا الدعــاوى الثلاث فهي: الدعــوى غير المباشــرة ، والدعوى البوليصيــة (أو دعوى عدم نفاذ تصرف المديــن في حق الدائن) ودعوى الصورية.

- فالدعوى غير المباشرة : يدفع فيها الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه اذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك.
- والدعوى البوليصية أودعوى عدم نفاذ تصرف يدفع فيها الدائن عن نفسه ، نتائج غش المدين اذا عمد هذا إلى التصرف في ماله اضرارا بحق الدائن فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه .
- ودعوى الصورية يدفع فيها الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً اذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه .

فالدائن في الدعاوى الثلاث إما أن يبقي في ضمانه العام ما كاد يخرج بالدعوى غير المباشرة وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البوليصية وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث ترتكز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين.

وهناك طريق رابع استحدث فيه التقنين المدني المصري تجديداً هو حق الدائن في حبس مال المدين وهذا أيضاً اجراء ما بين التحفظي والتنفيذي فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن إنما يتخذه تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذي لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفي حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس.

ويلاحظ أن هذه الطرق الأربعة - الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية والدعوى الصورية والحق في الحبس في القانون المدني كلها إجراءات فردية يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصي، ثم هي إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه، ومباشرة جميع حقوقه عليه.

والطريق الخامس هو أيضاً اجراء فردي يتخذه اي دائن بمفرده ولكنه إجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله وذلك هو إعلان اعسار المدين فقد تكفل التقنين المدني المصري الحالي - على خلاف التقنين المصري القديم وأكثر التقنينات اللاتينية بتنظيم إجراءات هذا الإعسار، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفي حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه، فإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين، وهي إجراءات أقوى من الإجراءات التحفظية اذ هي تغل يد المدين عن التصرف في ماله، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفي وحدها للوفاء بحق الدائن بل لابد للدائن من إتخاذ إجراءات تنفيذيه لإستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذي أعلن اعساره.

(يراجع في القانون المدني المصري المواد 234 وما بعدها وشرحها في السنهوري، الوسيط ج 2، ص 933 وما بعدها).

وفكرة أن أموال المدين جميعها ضامنة للدين بالمعنى الذي سلف موجودة في الفقه الإسلامي بحيث أن الدائن يستطيع التنفيذ على أي مال من أموال المدين استيفاء لحقه وليس لدائن أن يتتبع عيناً خرجت من ذمة المدين أو أن يتقدم على دائن آخر بالنسبة لعين معينة إلا إذا كان له تأمين خاص يعطيه حق التتبع أو حق التقدم كالرهن مثلاً.

- والدعوى غير المباشرة تقوم على فكرة وكالة الدائن عن المدين وكالة تستند إلى نص الشارع وليس فيها ضرر بالدائن، بل بالعكس فيه مصلحة له، وبهذه الدعوى مستندها في الفقه المالكي ففيه إذا لم يكن للمدين (المحجور للدين) بيّنه على حقه في ذمة الغير إلا شاهد واحد، أن يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة، جاز للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو الذي نراه في إستعمال الدائن لحق المدين في القانون المدني المصري.

(يراجع الخرشي 5/267 والسنهوري، مصادر الحق 5، 138 الهامش 2).

- ودعوى الصورية نلحظها في الفقه الإسلامي بين المتعاقدين وقواعد الفقه الإسلامي لا تأباها بالنسبة لغيرهما .

- والدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف موجوده في الفقه المالكي فالمدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر عليه ليس له التصرف بغير عوض لما في ذلك من إضرار بدائنيه وكذا لا يجوز تصرفه في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لاتجري العادة بفعله من هبة وصدقة وما أشبه ذلك كإقرار لدين لمدينهم عليه ويجوز بيعه وشراؤه، وإذا قام الدائنون على المدين يطالبونه بديونهم دون أن يكون الحجر عليه (وهو ما يسمى بالتفليس العام) فليس له أن يتصرف بغير عوض ولا بعوض وللدائنين أن يقتسموا ماله بالمحاصة.

(ابن رشد، بداية المجتهد 2 : 236ـ 237 والدردير، الشرح

الكبير، والدسوقي عليه ج 3 : 261 وما بعدها وخصوصاً 273 وينظر السنهوري مصادر الحق 5 : 192).

- والحجر على المدين في الفقه المالكي يقابل في القانون تنظيم إعسار المدين فحجر المدين في المالكي والشافعي والحنبلي تنظيم جماعي يحمي حقوق الدائنين ويحقق المساواة الفعلية بينهم ويستجيب لدواعي الشفقة بالمدين فيكفل له نفقته هو ومن يعول وهو لا يكون الا بحكم بخلاف الحال بالنسبة لتصرفات المدين الذي أحاط الدائن بماله أو الذي أفلس تفليساً عاماً حيث يجوز الطعن فيها قبل الحكم عليه بالحجر.

(ابن رشد، الدردير والدسوقي عليه، المراجع المبينة فيما تقدم والسنهوري مصادر الحق 5 : 172 وما بعدها).

- والحق في الحبس موجود في الفقه الإسلامي فللبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري (م 279 من المجلة) وللأجير الذي لعمله أثر أن يحبس المستأجر فيه لإستيفاء الأجرة (م 482) من المجلة.

ولكن يلاحظ الصبغة الجماعية لبعض هذه الوسائل في الفقه الإسلامي فالمدين المحجور للإفلاس مثلاً إجراءات التنفيذ على ماله إجراءات جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين يقسم ماله بين الغرماء بطريق المحاصة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائنين يفيد منها كل الدائنين.

وقد نص المشرع على مبدأ الضمان العام للدائنين وأنهم متساون

فيه إلا إذا كان لأحدهم تأمين خاص (م 391).

وصاغ أحكام الدعوى غير المباشرة وبيّن أساسها (المادتين 392، 393) وكذا الحال بالنسبة للدعوى الصورية (المادتين 394، 395)

أما فيما يتعلق بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين وبالحجر فقد اخذ المشرع أساساً بأحكام المذهب الشافعي والحنبلي، الدعوى الأولى في الفقه الإسلامي تقابل في القانون الدعوى البوليصية.

ويدخل تحتها حالتان : حالة مجرد إحاطة الدين للمدين وحالة التفليس العام أي قيام الدائنين على المدين يطلبون حقوقهم دون أن يطلبوا حجره، وفي الحالتين لا يحتاج الأمر إلى حكم القاضي (المادتين 396، 398) أما الحجر أو التفليس الخاص ويكون بحكم من القاضي فيقابل في القانون الحجر على المدين المفلس (المادة 401) وما بعدها (يراجع السنهوري، مصارد الحق 5 : 133).

وقد ظهرت في القانون الصبغة الجماعية لهذه الإجراءات كما هي في الفقه الإسلامي (المواد 393، 399، 408).

أما الحق في الحبس فقد تناوله المشرع في المواد من (414 إلى 419).

(1) ضمان أموال المدين للوفاء
المادة (391)

أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان مع مراعاة ما تقرره أحكام القوانين خلافا لذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

من المبادئ الأصلية في القانون المدني والفقه الإسلامي أن أموال المدين تعتبر ضماناً عاماً لدائنيه جميعاً بمعنى أن للدائن أن يستوفى حقه من أي مال من أموال المدين مع ملاحظة تقدم من له حق التقدم قانوناً على أن مجرد تقرير المبدأ في ذاته لا يكفي لتحقيق نفعه، في الواقع من الأمر، ذلك أن هذا النفع معقود بالتماس الوسائل العملية التي تحقق هذا الضمان وقضاء الحقوق المتعلقة به وقد شرع القانون إجراءات تحفظية وإجراءات تنفيذية وكفل استعمالها للدائنين تحقيقاً لهذا الغرض بيد أن هذه الإجراءات تدخل بشقيها في نظام قواعد المرافعات.

أما ما يعني القانون المدني بإبرازه من فكرة الضمان هذه فهو ما يتفرع عليها من تساوي الدائنين في إستخلاص حقوقهم من مال المدين، ما لم يكن لأحدهم حق التقدم وفقاً لأحكام القانون (كالرهن مثلاً) فهم، فيما خلا هذا الحق بمنزلة سواء لا تمييز بينهم في ذلك بسبب تاريخ نشوء حقوقهم أو تاريخ إستحقاق الوفاء بها مهما يكن مصدر هذه الحقوق وغني عن البيان أن تلك المساواة تظل أقرب إلى المعاني النظرية ما لم تشفع بنظام يتناول حالة المدين المفلس (أي

الذي أحاط الدين بماله كما سيأتي بيان ذلك).

وهـذه المادة تقابل المـواد (365) أردنـي و (234) مصري و (235) سوري و (260) عراقي.

(2) الدعوى غير المباشرة
المادة (392)

1. لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.
2. ولا يكـون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبـولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان إهماله من شأنه أن يؤدي الى إفلاسه أو زيادة إفلاسه ويجب إدخال هذا المدين في الدعوى

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المادة بيان الشروط الواجب توافرها لإستعمال الدعوى غير المباشرة فمن ناحية الدائن لا يشترط إلا تحقق وجود الدين دون حلول اجل الوفاء به ذلك أن الدعوى غير المباشرة تعتبر في صلة الدائن بمدينة اجراءً تحفظياً يجوز اتخاذه بمقتضى دين مضاف إلى أجل أو معلق على شرط أما في صلة المدين بالغير الذي يستعمل الحق في مواجهته فتتكيف هذه الدعوى وفقاً لطبيعة هذا الحق وتكون بذلك إجراء تحفظياً أو إجراء تنفيذياً ، على حسب الأحوال فإذا حصل الدائن على قيد رهن رسمي باسم مدينه كانت الدعوى من قبيل الاجراءات التحفظية ويمكن للحصول على هذا القيد أن

يكون الديـن المضمون بذلك الرهن موجوداً دون أن يكون مسـتحق الأداء أما إذا طالب الدائن على نقيض ذلك باسم المدين بدين واجب له فتعتبر الدعوى من قبيل الإجراءات التنفيذية ويشـترط لإستعمالها أن يكون هذا الدين مستحق الأداء.

وينبغـي أن يكـون الحـق الذي يسـتعمله الدائن بإسـم المدين داخلاً في الضمان العام لدائنه، فإذا كان هذا الحق متصلاً بشـخص المدين على وجه التخصيص والإفراد (كالحق في إقتضاء تعويض عن ضرر أدبي) أو كان غير قابل للحجز (كدين النفقة فاستعمال الدين له لا يجديه فتيلاً).

ومن ناحية المدين الذي يسـتعمل الحق باسـمه يشترط بالنسبة إليه شرطان :

أولهمـا : ان يقيـم الدائن الدليل على أن إحجـام هذا المدين عن استعمال حقه من شأنه ان لا تكفي حقوقه للوفاء بديونه، وهذا وجه مصلحة الدائن في الإلتجاء إلى الدعوى.

وثانيهما : أن يقيم الدائن الدليل على احجام المدين، وقد يرجع ذلك اما إلى سـوء نية هذا المدين واما إلـى مجرد إهماله، فمتى توافر للدائـن هذا الدليل كان له ان يخرج مدينه عن موقف الاحجام ويتولى الامر بنفسـه، وهو في هـذا الوضع لا يلزم الا موقفاً سـلبياً في الرقابة والإشراف ولو أنه يشترك في الخصومة.

وهذا الحكم له مسـتنده في الفقه المالكي في قول الخرشـي (5 : 267) المفلـس إذا كان لـه حق على شـخص فجحده فيه، وشـهد

له به شاهد واحد نكل المفلس ان يحلف مع شاهده اليمين المكملة للحجة ، فان الغرماء ينزلون منزلة المفلس ويحلفون مع الشاهد على ذلك الحق ، كما ان المفلس يحلف ان ما شهد به الشاهد حق لا على قدر يقدر حصته من ذلك الدين لحلول كل منهم محل المفلس ، فان حلفوا كلهم تقاسموا ذلك الحق وان نكلوا كلهم فلا شيء لهم منه ، ومن حلف اخذ حصته فقط أي بما نابه في الحصاص من ذلك الدين لا جميع حصته ومن نكل فلا شيء له.

(ويراجع السنهوري ، مصادر الحق ، 5 : 111 الهامش 2).

وهذه المادة تقابل المواد (366) أردني و (235) مصري و (236) سوري و (261) عراقي .

المادة (393)

يعتبر الدائن نائبا عن مدينه في استعمال حقوقه وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضامنا لجميع دائنيه.

المذكرة الإيضاحية :.

لا تقتصر هذه المادة على بيان حكم الدعوى غير المباشرة بل تجاوز ذلك إلى تعليل هذا الحكم فإذا كان من أثر هذه الدعوى إدخال ما تسفر عن تحصيل في اموال المدين والحاقه بالضمان العام لدائنيه فإن علة ذلك أن الدائن لا يتولاها الا بوصفه نائباً عن هذا المدين ونيابته هذه قانونية تثبت له بنص القانون.

ويلاحظ أن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه وبناء على ذلك لا يجوز للدائن في هذه الحالة باعتباره نائباً عن المدين ان يتصالح على الحق الذي يستعمله باسم المدين لان الصلح ينطوي على التصرف.

وهذه المادة تقابل المواد (367) أردني و (236) مصري و (237) سوري و (262) عراقي.

(3) دعوى الصورية

المادة (394)

1. إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.
2. وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين.

المادة (395)

إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي.

المذكرة الإيضاحية :.

ليست الصورية سبباً من اسباب البطلان فالاصل ان يعتد بالعقد المستتر دون الظاهر وهذا ما يطابق ارادة المتعاقدين، ومع ذلك فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية وكذلك خلفهما الخاص حقيقة الموقف اعتماداً على العقد الظاهر وفي هذه الحالة يكون لاولئك وهؤلاء، تفريعاً على حسن نيتهم ان يتمسكوا بهذا العقد فإذا اقتضت مصلحتهم ذلك فلدائن المشتري مثلاً في بيع ظاهر، ولمن آل إليه المبيع من هذا المشتري ان يتمسكا بهذا البيع وعلى نقيض ذلك يكون لدائن البائع أو لخلف من خلفائه، مصلحة في التمسك بورقة الضد ولكل منهما ان يفعل ذلك.

ويناط الحكم عند تنازع المصالح المتعارضة على هذا الوجه، بفكرة استقرار المعاملات فاذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بورقة الضد وتمسك دائن المشتري بهذا العقد، كانت الأفضلية الأخيرة لاعتبارات تتعلق بتامين ذلك الاستقرار.

أما فيما يتعلق بالمتعاقدين انفسهم ومن يخلفهم من الورثة فوجه الحكم بيّن فليس للعقد الظاهر أثر بالنسبة إليهم ذلك أن نية المتعاقدين تنصرف إلى التقيد بالعقد المستتر، فهو الجدير وحده بالإعتبار دون غيره، ومن التطبيقات العملية التي يمكن ان تساق في هذا الشأن، افراغ التعاقد في شكل عقد آخر كالهبة في صورة البيع ففي مثل هذا الفرض يصح العقد فيه بوصفه هبة لا بيعاً، متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف فيما عدا ما قد ينص عليه (القانون) كاستثناء القانون المدني المصري لشرط الكل :

وقد رؤي الأخذ بهذين النصين لعـدم مخالفتهما لقواعد الفقه الإسلامي (يراجع الكاساني في بيع التلجئة 5 : 176).

وهاتان المادتان تقابـلان المواد (368 و 369) أردني و (244 و 245) مصري و (245 و 246) سوري و (147 و 148) عراقي.

(4) دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

المادة (396)

إذا أحـاط الدين حـالا أو مؤجلا بمـال المدين بـأن زاد عليه أو سـاواه فانه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر العادة به وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه.

المذكرة الإيضاحية :.

في الفقه المالكي المدين الذي أحاط الدين بماله تقيد تصرفاته حتى قبل الحجر فلا تسـري في حق دائنيه تصرفاتـه الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم على التفصيل الآتي. وفي هذا شـبه واضح بالدعوى البوليصية في الفقه الغربي (السنهوري، مصادر الحق 5 : 181 و 183).

ويجب لذلك توافر الشرطين الآتيين :

1. ان يكون المدين قد احـاط الدين بماله: واحاطة الدين بمال المدين هـي أن تكون ديونه الحالة منها والمؤجلة ازيد من ماله او مسـاوية لـه. إلا أن المنقول ان تقييـد تصرفات المدين انمـا يكون اذا زادت

الديون على ماله لا ان نقصت او ساوت ولكن المستظهر ان المساواة تكفي لتقييد تصرفات المدين لأن العلة اتلاف مال الغير وهي متحققة في الزائد والمساوي، ويستوي أن يكون صاحب الدين متعدداً أو منفرداً كما يستوي أن يكون دينه مؤجلاً خلافاً لما ذكره بعض المالكية من أن الدائن أذا كان دينه حالاً مؤجلاً ليس له منع المدين من التبرعات المذكورة، وفي كلام بعضهم ما يفيد ترجيح ذلك، والأصل في المدين الملاءة، فإذا ادعاهم لم تتقيد تصرفاته الا بعد الكشف عن حاله لمعرفة ما اذا كان الدين محيطا بماله، فاذا تبين ان الدين محيط بماله تقيدت تصرفاته من وقت احاطة الدين بالمال.

(الخرشي والعدوي عليه 5 : 263 والدردير الشرح الكبير والدسوقي عليه 3 : 262 ـ 264)

2. ان يكون المدين عالماً وقت التصرف بأن الدين محيط بماله : فإذا كان يعتقد ان الدين غير محيط بماله بل لو كان لا يدري هل يفي ماله بما عليه من الديون، نقذت تصرفاته، حتى لو كان الدين فعلاً محيطاً بما له وهو لا يعلم ذلك فالشرط اذن ان يعلم يقيناً ان المدين محيط بماله فلو كان المدين يتصرف تصرفاً مألوفاً لا إسراف فيه ولا محاباة. وهو يعتقد أن تصرفه مأمون ولم يتحقق من ان ديونه مستغرقة لجميع ماله فتصرفه جائز وفي بعض النصوص ان من وهب او تصدق وعليه دين لقوم الا انه قائم الوجه لا يخاف عليه الفلس ان افعاله جائزة .

(الحطاب 5 : 35).

اذا توافر هذا الشرطان منع المدين من التصرف بغير عوض تصرفاً لا يلزمه ولم تجر العادة به فليس له ان يهب ماله، لان الهبة تضر بالدائنين فلا تنفذ في حقهم ولكن يجوز له التصرف تبرعاً بما يلزمه كنفقته على من تجب عليه النفقة، وبما جرت العادة بفعله كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة والنذر ويجوز بيعه وشراؤه بشرط عدم المحاباة لأن المحاباة تبرع، وهو رضا بحقوق الدائنين ولا تجوز حمالته (كفالته ولا اقراضه) فكلاهما من عقود التبرع، ولايجوز له ان يوفي ديناً لم يحل اجله، ولا ان يوفي دينا حل اجله بكل ما عنده من مال ولكن ان يوفي ديناً حالاً ببعض ما عنده من المال، ولا يجوز اقراره لمتهم عليه كابنه واخيه وزوجته وصديقه، بخلاف غير المتهم عليه فيعتبر اقراره له ويجوز ان يرهن بعض ما بيده لغرمائه، في معاملة سابقة او لاحقة لاحاطة الدين بماله، اذا اصاب وجه الرهن بان لا يرهن كثيراً في قليل.

واذا فعل المدين ما لا يجوز له فللدائن ابطاله.

(الدردير، الشرح الكبير، والدسوقي عليه، 3 : 362 ـ 364 والخرشي 5 : 263 ـ 264 وابن رشد بداية المجتهد 2 : 236 ـ 237).

وانه وان كان لفظ بعض الفقهاء ان للدائن في هذه الحالة رد التصرف وابطاله (الدسوقي 3 : 261 ـ 262) الا انه رؤي في المشروع ان المتفق، مع احكام التفليس العام واحكام الحجر، مع انهما اشد من مجرد احاطة الدين بالمدين، ومع حكمة النص، هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين، ولهذا اخذ بذلك.

وهذه المادة تقابل المواد (370) أردني و (237 و 238) مصري و

(238 و 239) سوري و (263 و 264) عراقي .

المادة (397)

إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محاباة وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم ولهم أن يطلبوا بيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقا لأحكام القانون

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة تقابل المادة (370) اردني.

تتناول هذه المادة الحالة الثانية وهي حالة التفليس العام وتتحقق كما تقدم بقيام الغرماء على المدين دون ان يطلبوا من الحاكم الحجر عليه فيسجنونه أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه فيحولون بينه وبين ماله ويمنعونه من البيع والتعامل.

في هذه الحالة تكون تصرفات المدين المفلس اكثر تقيداً إلى حد اشد مما هي في الحالة السابقة عندما يحيط الدين بماله المدين دون ان يقوم عليه الغرماء وتسمى هذه الحالة حالة التفليس العام.

وتقترب حالة التفليس العام كثيراً من حالة التفليس الخاص التي سيرد الكلام عليها فيما بعد من ناحية السبب الذي ينشئها ومن ناحية الآثار التي تترتب عليها.

فمن ناحية السبب : التفليس العام سببه قيام ذي دين حل اجله او كان حالاً ، اصالة على المدين ، وليس للمدين من المال ما يفي بهذا الدين الحال.

ولكن يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص في ان الغرماء في التفليس العام لا يرفعون امر المدين المفلس إلى الحاكم للحجر عليه كما تقدم .

وأما من ناحية الآثار فالآثار التي تترتب على التفليس العام تقرب كثيراً من الاثار التي تترتب على التفليس الخاص وهي اشد بكثير من مجرد احاطة الدين بمال المدين دون قيام الغرماء عليه.

فالمدين في حالة التفليس العام لا يجوز له ان يتبرع بماله ولا يجوز له التصرف معاوضة ولو بغير محاباة ولا يجوز له ان يوفي ديناً حل اجله او لم يحل ولا يجوز له ان يرهن ماله . ولا يعتبر اقراره الا في المجلس الواحد او المجلس القريب ولا يجوز له التزوج من ماله الموجود ولو بواحدة ويحول الغرماء بينه وبين ماله ، ويمنعونه من التصرف على الوجه المتقدم ولهم ان يبيعوا هذا المال وان يتحاصوا في ثمنه.

فلا يكاد يختلف التفليس العام عن التفليس الخاص من ناحية ما يترتب عليه من الآثار إلا في حلول الدين المؤجل فهو لا يحل في التفليس العام ويحل في التفليس الخاص ، ومن ثم تختلط حالة التفليس العام بحالة التفليس الخاص في كثير من كتب الفقه المالكي فتجمع هذه الكتب بين الحالتين وتتكلم فيهما كانهما حالة واحدة.

وقد تختلط حالة التفليس العام بحالة احاطة الدين بمال المدين

علـى ان بعض كتـب الفقه المالكـي تميز بين هذه الحـالات الثلاث تمييزاً واضحاً كما في الشـرح الصغير للدردير، وحاشـية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير.

(الخرشـي 5 : 263 ــ 264 والدردير، الشـرح الصغير وحاشـية الصاوي عليه 2 : 116 ـ 117 والدردير، الشرح الكبير والدسوقي عليه 3 : 264)

وهـذه المادة تقابـل المواد (371) أردنـي و (237) مصري و (238 و 239) سوري و (263 و 264) عراقي.

المادة (398)

إذا ادعـى الدائـن إحاطة الديـن بمال المدين فليـس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسـه أن يثبت أن له مالا يزيد على قيمة الدين.

المذكرة الإيضاحية :.

أريد بهذا النص تيسـير الإثبات على الدائن، وهو من أشـق ما يصادفه في هذه الدعـوى فاكتفى من الدائن بإثبات مقدار ما في ذمة المديـن من ديون فمتى اقـام هذا الدليل كان على المدين ان يثبت ان له مالاً يزيد على قيمة ديونه. وهذه المادة تقابل المواد (272) أردني و (239) مصري و (240) سوري و (265) عراقي.

المادة (399)

متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك الدائنون الذين يضارون به.

المذكرة الإيضاحية :.

هذه المادة أخذت من القانون المدني المصري والسوري والعراقي، وهي موافقة لحكم المذهب المالكي اذ ان الحكم فيه ان للدائن رد التصرف وابطاله ومفاد ذلك انه يسري في حق كل الدائنين.

وقد كان هذا الحكم مثار خلاف كبير في مشروع القانون المدني المصري، اذ انقسمت الآراء إلى قسمين قسم يرى قصر الافادة من هذه الدعوى على الدائن الذي رفع الدعوى وذلك لتشجيع الدائنين على دعوى عدم نفاذ التصرف نزولاً على قاعدة نسبية الاحكام وانعدام النيابة بين الدائنين، وقسم يرى تعميم الافادة بحيث تشمل كل الدائنين نزولاً على الاساس القانوني لهذه الدعوى هو بقاء الأموال المتصرف فيها في الضمان العام للدائنين فلا يكون هناك معنى لأن يختص بفائدتها دائن آخر لأن في ذلك اعطاء حق امتياز لاحد الدائنين (من جراء رفع الدعوى) بغير نص او حكم، أما قاعدة نسبية الأحكام فهي بيد المشرع وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك.

وقد اخذ بالرأي الثاني وهو تعميم الافادة من الدعوى بحيث يفيد منها كل الدائنين وهو ما أخذ به المشرع ويتفق مع المذهب المالكي.

وهــذه المادة تقابل المــواد (373) أردنــي و (240) مصري و (241) سوري و (266) عراقي .

المادة (400)

1. لا تســمع دعوى عدم نفــاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث ســنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف.
2. ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف.

المذكرة الإيضاحية :.

الحكم في الفقه المالكي انــه يجوز للدائن رد التصرف حيث علم أي ولو بعد طول زمان (الدســوقي 3 : 262) ولكن رؤي اســتقراراً المعامــلات تحديــد وقت لا تســمع بعده الدعوى ، وتمشــياً مع ســماع الدعــوى في القانــون كلــه رؤي تحديــد هــذا الوقت بانقضــاء ثلاث ســنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بســبب عدم نفاذ التصرف وفي جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصــرف المطعون فيه. وهذا التحديد أخذ بــه القانون المدني المصري والسوري وقد اعتبر القانون المصري والسوري المدة مدة سقوط لكن المشرع اعتبرها مدة لعدم سماع الدعوى تمشياً مع الفقه الإسلامي.

وهــذه المادة تقابل المــواد (374) أردنــي و (243) مصري و (244) سوري و (269) عراقي .

(5) الحجر على المدين المفلس

نظرة عامة :

نظمت القوانين المدنية (كالمصري والسوري والأردني) حالة المدين المعسر تنظيماً راعت فيه ان الاعسار حالة واقعة ينبغي ان يعترف القانون بها وان يعالج ما ينشأ عنها من صعوبات فجعل الاعسار من مسقطات الأجل واسس عليه جواز الطعن في تصرفات المدين عن طريق الدعوى البوليصية وجواز استعمال ما للمدين من الحقوق والدعاوى بمقتضى الدعوى غير المباشرة . كما راعت ان حالة الاعسار تستتبع بحكم الواقع سقوط بعض الحقوق وتقييد البعض الآخر فاشترطت لاعلان اعسار المدين زيادة ديونه المستحقة الاداء على حقوقه وقد راعت جانب المدين اذ جعلت للقاضي أن يبقى على اجل الديون المؤجلة وان يمد فيه بل جعلت له أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً في أكثر الظروف ملاءمة كما أباحت له أن يتصرف في أمواله دون ان يخشى الدائنين في شيء متى حصل على موافقة اغلبية خاصة من بينهم على بيع كل هذه الأموال أو بعضها للوفاء بديونه من ثمنها ولم يشترط اجماع الدائنين على هذه الموافقة واباحت له كذلك ان يتصرف في ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل وان يودع الثمن خزانة المحكمة للوفاء بحقوقهم كما بسطت له في اسباب الحماية ولا سيما ما كان منها انساني الصبغة فخولته حق الحصول على نفقة تقتطع من ايراده اذا كان هذا الايراد محجوزا كما راعت جانب الدائنين اذ كفل لهم نظام الاعسار عدم تقدم احدهم بغير حق بان رتبت على مجرد تسجيل صحيفة دعوى اعلان الاعسار عدم نفاذ أي اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات

المدين في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل كما يسرت عليهم اعمال احكام الدعوى البوليصية اذ ينتج عنه ان كل تصرف قانوني يصدر من المدين المعسر ويكون من ورائه انتقاص حقوقه او زيادة التزاماته وكل وفاء يقع منه لا ينفذ في حق الدائنين دون حاجة الى تحميلهم عبء اقامة الدليل على الغش، كما قرر القانون حماية للدائن من تصرفات المدين الضارة او المدخولة توقيع عقوبة التبديد على المدين اذا ارتكب اعمالاً من اعمال الغش البيّن اضراراً بدائنيه ووضع على عاتق القاضي في كل حالة قبل ان يعلن اعسار المدين ان يراعي في تقديره جميع الظروف التي احاطت به سواء اكانت تلك الظروف عامة ام خاصة فينظرإلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسؤوليته عن الأسباب التي أدت إلى اعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية.

(تراجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 658 ـ 661)

وقد نظم الفقه الإسلامي (المالكي على وجه الخصوص) اعسار المدين (ويسمي افلاس) أي إحاطة الدين بمال المدين تنظيماً جماعياً يحمي به حقوق الدائنين ويحقق بواسطته المساواة الفعلية فيما بينهم، ويستجيب فيه لدواعي الشفقة بالمدين فيكفل له نفقته هو ومن يعول.

وقد بارى الفقه الإسلامي في ذلك احدث النظم الغربية التي اخذت بها القوانين المدنية.

وعند المالكية للمدين الذي احاط الدين بماله ثلاثة احوال :ـ

الحالة الأولى :ـ قبل التفليس :

وتتحقق بمجرد ان يستغرق الدين مال المدين فيمنع المدين من التصرف بغير عوض لما في ذلك من الاضرار بدائنيه وكذلك لا يجوز له ان يتصرف بماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لا تجري العادة بفعله من هبة وصدقة وما اشبه ذلك كإقرار بدين لمن يتهم عليه ويجوز بيعه وشراؤه.

الحالة الثانية :ـ حالة التفليس العام :

وتتحقق بقيام الغرماء على المدين دون ان يطلبوا من الحاكم الحجر عليه فيسجنونه أو يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه فيحولون بينه وبين ماله ويمنعونه لا من التبرعات فحسب بل ايضاً من التصرفات بعوض، ولهم ان يقسموا ماله بينهم بالمحاصة.

الحالة الثالثة :ـ حالة التفليس الخاص :

وتتحقق بالحجر على المدين وذلك برفع الغرماء أمر المدين إلى الحاكم للحجر عليه فيحكم بحجره.

والفلس هو احاطة الدين بمال المدين.

(يراجع ابن رشد ، بداية المجتهد ، 2 : 236ـ 237 الدردير ، الشرح الكبير والدسوقي عليه 3: 261 وما بعدها وخصوصاً 263 السنهوري مصادر الحق 5 : 182) ويلاحظ أن أبا حنيفة لا يرى الحجر على المدين لان الحجر اهداراً لآدميته ولا بيع أمواله ولكن يحبس حتى يبيع ما

له لقضاء دينه ، اما الصاحبان فيريان جواز الحجر على المدين المفلس بطلب غرمائه كما يجيزان بيع ماله عليه ، والفتوى على قولهما وبه اخذت المجلة (المادة 959) .

وفيما يلي مقارنة سريعة بين نظام الاعسار في القوانين المدنية كالقانون المدني المصري ونظام الحجر في الفقه الإسلامي :ـ

1. في القانون المدني المصري اذا زادت ديون المدين الحالة على ماله جاز لدائنيه أن يطلبوا من المحكمة اعلان اعساره وللمحكمة ان تقضي بإعلان اعسار المدين بحكم وتسجل صحيفة دعوى الاعسار في قلم كتاب المحكمة ويؤشر بالحكم على هامش هذا التسجيل ويجوز للمدين نفسه ان يتقدم إلى المحكمة طالباً اعلان اعساره فتجيبه المحكمة الى طلبه.

وهذا هو عين ما في الفقه الإسلامي فالمدين يحجر عليه بحكم الحاكم اذ زادت ديونه الحالة على ماله ويكون الحجر بناء على طلب دائنيه وقد يكون بناء على طلب المدين نفسه في مذهب الشافعي.

ويحسن الاشهاد على الحكم واعلانه للناس لتجنب معاملة المدين المحجور وهناك خلاف في مذهب مالك : فقول يجيز الحجر على المدين ليس فحسب اذا كان دينه الحال اكثر من ماله بل ايضاً إذا حلت بعض ديونه وكان مجموع ديونه الحال منها والمؤجل يزيد على ماله.

وهذا الخلاف في مذهب مالك وارد في مشروع القانون المدني المصري اذ كانت المادة (334) من المشروع التمهيدي للقانون المدني

المصري قد وردت بوجهين عن طريق الخيرة.

أحدهما نصه : يجيز ان يشهر اعسار كل مدين غير تاجرتزيد ديونه على امواله متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء.

والآخر نصه : يجيز ان يشهر اعسار كل مدين غير تاجر اذا كانت امواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الاداء.

وقد أثرت لجنة المراجعة النص الثاني على الأول وهو الذي تضمنه القانون.

2. اذا اعلن اعسار المدين بحكم غلت يد المدين عن التصرف في ماله وكل تصرف يصدر منه بعد تسجيل صحيفة دعوى اعسار يكون غير سار في حق الدائنين دون حاجة إلى اثبات اعسار المدين اذ هو ثابت بالحكم ودون حاجة إلى اثبات تواطؤ المدين مع من تصرف له في ماله. ويكون المدين معرضاً لعقوبة التبديد اذا هو ارتكب عملاً من الأعمال التي سبق بيانها عند الكلام في الاعسار في التقنين المدني المصري ويستطيع المدين اذا كان الدائنون قد اوقعوا الحجز على ايراداته فبقي دون مورد يعيش منه ان يطلب تقرير نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزه.

وهذه احكام الفقه الإسلامي، فإذا حجر على المدين بحكم الحاكم لم تسر تصرفاته القولية واقراراته في المال المحجور عليه في حق غرمائه، ويحبس ان كان عنده مال واخفاه أو كان ظاهر الغنى وادعى عدم المقدرة على وفاء ما عليه ويطلق المجهول الحال من الحبس ان طال حبسه بحيث يغلب على الظن انه لو كان عنده مال لما صبر

علـى الحبس ويتـرك للمدين المحجـور قوته والنفقـة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته.

3. وفي القانـون المدنـي المصـري يحقـق نظام الإعسـار المسـاواة بين الدائنـين فيتحاصـون في أمـوال المدين وتحـل الديـون المؤجلة ولا يجـوز لدائـن أن يأخذ حق اختصـاص على عقار المديـن إلا كان الإختصـاص غير نافذ في حـق الدائنين الآخرين ولكن المسـاواة التي تتحقق في المسـاواة القانونية لا المسـاواة الفعلية ، فليست هنا اجراءات جماعية يتخذها الدائنون في التنفيذ على اموال المدين بل كل منهـم يتخذ اجراءات فرديـة للتنفيذ بحقه فإذا حصل عليه لم يشاركه فيه سائر الدائنين.

وأحكام الفقه الإسـلامي تحقق ذلك أي المساواة بين الدائنين فيقسـم ما يحصـل من مال المفلس بـين الغرماء يتحاصـون فيه وتحل الديون المؤجلة : ولا يقدم دائن إلا بمسوغ شرعي. بل أن الفقه الإسلامي لايكتفـي بالمسـاواة القانونية بـين الغرمـاء ، بل يحقق لهم المسـاواة الفعليـة بينهـم . وذلك عن طريق اجراءات جماعيـة التنفيذ على أموال المدين فاذا ظهر بعد قسـمة اموال المدين علـى الغرماء غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه.

(السنهوري مصادر الحق 5 : 172 ـ 174).

وقد أخذ بنظام الحجر كمـا هو مقرر في المذهب المالكي إلا في مواضع معينة أخذ فيها بأحكام المذهبين الشافعي والحنبلي.

كما أضاف إلى ذلك أحكاماً تنظيمية استمدت من القانونين

المدنيين المصري والسوري وقد اقتصر المشرع على تنظيم (الإفلاس) بمعناه الشرعي وهو إحاطة الدين بمال المدين وهو ما تسميه القوانين الوضعية (بالإعسار) والإفلاس بهذا المعنى يختلف عن (الإفلاس) الذي أخذت به القوانين التجارية وهو توقف التاجر عن سداد ديونه التجارية وقد ترك المشرع أحكام الإفلاس التجاري للقانون التجاري.

المادة (401)

يجوز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله.

المذكرة الإيضاحية :.

انقلبت حالة احاطة الدين بالمدين وفقاً لأحكام القانون من مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل إلى نظام قانوني واضح المعالم بين الحدود ، فهي لا تقوم طبقاً لهذه الأحكام إلا بمقتضى حكم قضائي متى ثبت أن أموال المدين لا تكفي لوفاء ديونه الحالة ، وعلى هذا النحو لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء ، أي أقل من جزء معين من مجموع الديون.

فإذا توافرت هذه الحالة جاز الحكم بحجر المدين اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

تراجع المواد من (959 ـ 999) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (375) أردني و (249) مصري و (250)

سوري و (270) عراقي.

المادة (402)

1. يكون الحجز بحكم يصدره القاضي الذي يتبعه موطن المدين بناء على طلب المدين أو أحد الدائنين وتنظر الدعوى على وجه السرعة.
2. ويجوز لأي دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجر على أمر من القاضي المختص بحجز جميع أموال المدين عدا ما لا يجوز حجزه. ويبقى الحجز على أموال المدين قائما لمصلحة الدائنين حتى ينتهي الحجر.

المذكرة الإيضاحية :-

أجيز الحجز بناء على طلب الدائنين ولم يشترط طلبهم جميعاً بل اكتفى بطلب بعضهم ولو كان واحداً كما هو الحكم في المذهب المالكي.

كما أجيز الحجر بناء على طلب المدين نفسه أخذاً من الفقه الشافعي وقد تضمن هذا الحكم القانون المدني المصري والسوري، لأن مصلحته قد تكون في ذلك وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (254) من القانون المصري في ذلك " ولكن يطلب المدين نفسه اشهار اعساره ليفيد مما يوفره له نظام الاعسار من مزايا كنظرة الميسرة في أداء الديون الحالة، ومن أجل الديون غير المستحقة الأداء والحصول على نفقة تقتطع من إيراده " (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 673).

تراجع المادة (1000) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهــذه المادة تقابل المــواد (376) أردنــي و (250) مصري و (251) سوري و (271) عراقي.

المادة (403)

على القاضي في كل حــال قبل أن يحجر على المدين أن يراعي في تقديره جميع الظروف التي أحاطت به ومدى مسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى طلب الحجر ومصالح دائنيه المشــروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية.

المذكرة الإيضاحية :.

هذا الحكم نص عليه القانون المدني المصري والســوري ورؤي أخــذه تمكيناً للقاضي من إعمال تقديره للظروف التي تحيط بالمدين وقد تكــون ظروفاً عامة يلتمس للمدين فيهــا العذر الطارئ الذي قد يكون على وشك الزوال.

وقــد نص في المادة (999) من المجلــة على حجر المدين " إذا خاف غرمــاؤه ضيــاع ماله بالتجــارة أو أن يخفيــه أو أن يجعله باســم غيره " وطبيعــي ان الذي يقدر الظروف هو القاضي فــرؤي من الأولى أعطاء القاضي ســلطة في هذا الشأن تتســع لهذا ولغيره والغرض أن القاضي انما يســتعمل هذه الســلطة لمصلحة الطرفين معاً وفي سبيل ذلك ينظر إلــى مــوارد المديــن المســتقبلية ومقدرته الشــخصية ومســئوليته عن الأســباب التي أدت إلى اعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف

آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية.

تراجع المادة من (999) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (377) أردني و (251) مصري و (252) سوري و (270) عراقي.

المادة (404)

1. على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الحجر أن يسجل مضمون الدعوى في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المدينين المطلوب الحجر عليهم وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى بكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه وذلك كله يوم صدور الحكم.
2. وعلى الكاتب أيضا أن يرسل إلى ديوان وزارة العدل صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقا لقرار يصدر من الوزير.

المذكرة الإيضاحية :.

رؤي النص على تسجيل الإستدعاء لأنه اجراء تستلزمه حماية مصالح الغير ومتى صدر حكم الحجر تولى كاتب المحكمة تسجيله من تلقاء نفسه في يوم النطق به بالذات، ويحصل التسجيل بطريق القيد في سجل عام يعد في المحكمة لهذا الغرض ويؤشر في هامش السجل بكل حكم صادر بتأييد الحكم الأول أو بإلغائه وبهذا يتم إعلان الحجر ويكون لكل ذي شأن أن يعلم به بالرجوع

إلـى هذا التسـجيل في المحكمة التي يقع بدائرتهـا محل المدين، وإذا كان تغييـر محل المدين مما يدخل في حدود الاحتمال، فقد شـرعت المادة (405) إجراءات خاصة تكفل تسجيل الحكم في المحكمة التي يقع في دائرتها محله الجديـد فأوجبت على المدين، عند تغيير محله، أن يخطـر بذلك كاتب المحكمة التي يقـع في دائرتها محله القديم، وبمجرد علم الكاتب بهذا التغيير من طريق الاخطار، او من أي طريق آخـر (كتنبيه أحد الدائنين أو أحد ذوي الشـأن مثـلاً) يتعين عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم الحجر إلى المحكمة التي يقع في دائرتها المحل الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها.

والفقهاء المسـلمون يرون أن يشـهد القاضي على الحجر خوفاً من الجحود.

يراجع شرح علي حيدر على المادة (998 من المجلة) فرؤي احلال التسـجيل محل الاشـهاد حماية للغير الذي يتعامل معه المدين المحجور ففي التهذيب (1 : 321) " والمسـتحب ان يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة ".

تراجع المادة (58) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهـذه المادة تقابل المـواد (378) أردنـي و (253) مصري و (271) عراقي.

المادة (405)

يجـب علـى المديـن إذا تغيـر موطنـه أن يخطر بذلـك كاتب

المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وعلى الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أخطره المدين أم علم بذلك من أي طريق آخر أن يرسل صورة من حكم الحجر ومن البيانات المؤشر بها في هامش السجل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها.

المذكرة الإيضاحية :.

تشتمل إجراءات الحجر على مرحلتين : أولاهما ـ مرحلة صدور الحكم بالحجر والثانية مرحلة تسجيل هذا الحكم.

أ. أما حكم الحجر فيصدر من محكمة المدين مدعى عليه أو مدعياً ، فقد يكون المدين مدعى عليه ، اذا طلب أحد دائنيه الحجر عليه ، كماهو الحال في أغلب الفروض ، ولكن قد يطلب المدين نفسه حجره ليفيد مما يوفره له نظام الحجر من مزايا ، وتكون الأحكام الصادرة في دعاوى الحجر قابلة للطعن سواء أكانت صادرة بقبول الطلب أم صادرة برفضه حسب ما يبين في قانون الإجراءات المدنية.

ب. ومتى صدر حكم الحجر تولى كاتب المحكمة تسجيله من تلقاء نفسه في يوم النطق به بالذات ، ويحصل التسجيل بطريق القيد في سجل عام يعد في المحكمة لهذا الغرض ويؤشر في هامش السجل بكل حكم صادر بتأييد الحكم الأول أو بإلغائه وبهذا يتم اعلان الحجر ، ويكون لكل ذي شأن أن يعلم به بالرجوع إلى هذا السجل في المحكمة التي يقع بدائرتها محل المدين وإذا كان تغيير محل المدين مما يدخل في حدود الاحتمال ، فقد شرعت المادة اجراءات خاصة تكفل تسجيل الحكم في المحكمة التي

يقع في دائرتها محله الجديد ، وقد اوجبت على المدين ، عند تغيير محله ان يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يقع في دائرتها محله القديم، وبمجرد علم الكاتب بهذا التغيير من طريق الاخطار ، أو من أي طريق آخر (كتنبيه أحد الدائنين أو أحد ذوي الشأن مثلاً) يتعين عليه أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم الحجر إلى المحكمة التي يقع في دائرتها المحل الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها ، وكل ذلك يقصد به توفير المصلحة لذوي الشأن.

وهذه المادة تقابل المواد (379) أردني و (254) مصري و (254) سوري.

المادة (406)

يترتب على الحكم بالحجر ما يأتي :

1. أن يحل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة.
2. ألا ينفذ في حق دائنيه جميعا تصرفه في ماله الموجود والذي يوجد بعد. وإقراره بدين لآخر وذلك منذ تسجيل مضمون الدعوى.

المذكرة الإيضاحية :-

يترتب على الحجر النتائج الآتية :-

1. تحل الديون المؤجلة بالتفليس الخاص وهذا هو الفرق الأساسي بين التفليس الخاص والحالتين الآخريين وهما حالة مجرد احاطة الدين بالمدين وحالة التفليس العام إذ في هاتين الحالتين لا تحل الديون المؤجلة.

على أنه حتى في حالة التفليس الخاص إذا كان مشترطاً عدم حلول الدين بالتفليس عمل بالشروط ولم يحل الدين، وأما الديون المؤجلة التي للمفلس ولم تحل فإنها لا تحل بفلسه.

(المدونة الكبرى، 13 : 85ـ 86 والخرشي 5 : 266ـ 267 والحطاب 5 : 39).

وهذا مذهب المالكية وقول عند الشافعية لأن الحجر يوجب تعلق الدين بالمال فيسقط الأجل كالموت لكن القول الأظهر عند الشافعية والمذهب المشهور الأصح عند الحنابلة أنها لا تحل بل تبقى على آجالها لأن الأجل حق المحجور فلا يفوت عليه (زكريا الانصاري على البهجة 3 : 106ـ 110)

وبحلول الديون المؤجلة أخذ القانون المصري والسوري ولكنه اضاف إلى هذا الحكم فقرة نصها " ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية اذا رأي أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وانه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً".

فأجاز القانون المصري للمدين أن يطلب من القاضي في مواجهة دائنيه، ابقاء هذا الأجل أو مده، او انظاره في الوفاء بالديون المستحقة الأداء، وللقاضي أن يجيب المدين إلى طلبه اذا تبين أن في الظروف ما يبرره وان ذلك أكفل برعاية مصالح المدين والدائنين جميعاً (كما اذا كان الاجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أمواله في أفضل الأحوال). والمفروض في هذا كله أن الإبقاء على الأجل لا يضر

بالدائنين فلا يكون من بينهما مثلاً من يوشك أن يتقدم على الباقين من طريق التنفيذ فوراً على أموال المدين.

(تراجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 676 وقد رؤي في القانون عدم الأخذ بهذا الحكم والتزام أركان الفقه المالكي).

2. متى حجر على المدين لم يعد المدين يستطيع ان يتصرف في ماله لا تبرعاً ولا معاوضة وكل تصرف يصدر منه بعد الحجر يكون غير نافذ في حق الدائنين كما هو الحكم في المذهب الحنفي والمالكي وقول في المذهب الشافعي (المهذب 1 : 321) ولا يجوز للمدين المحجور أن يرتب في ذمته ديناً كأن يقترض بل أنه لا يجوز له من وقت الحجر أن يفي أحد غرمائه دون الآخرين وإذا فعل كان لسائر الغرماء استرداد المبلغ الذي دفعه لهذا الغريم والمحاصة فيه كما لا يجوز للمدين المحجور من وقت الحجر أن يقر بدين عليه، ولا يعتبر اقراره سارياً في حق الدائنين ولكن إذا قامت بينة على وجود دين في ذمته قبل الحجر ثبت هذا الدين ولو أقيمت البينه بعد الحجر.

وقد رؤي الأخذ بالمذهبين الشافعي والحنبلي في أن يمتد منعه من التصرف إلى ماله الموجود والذي يوجد بعد دون حاجة إلى حجر جديد حرصاً على مصلحة الدائنين لوصولهم إلى حقهم بخلاف الحنفية والمالكية الذين يرون أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر أما الذي يجد فيحتاج إلى حجر جديد.

ويفيد من الحجر الدائنون الذين طلبوا الحجر والذين لم يطلبوه.

3. كما ان إقراره بدين لا ينفذ في حق الدائنين لأنه منهم فيه وهو مذهب الحنابلة وقول عند الشافعية .

وقد رؤي جعل أثر الحكم بالحجر مستنداً إلى وقت تسجيل الاستدعاء حماية للدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بهم، ولا ضير على الغير في ذلك اذ في التسجيل ما يكفي تنبيههم إلى دعوى الحجر فإقدامهم على التعامل مع المدين بعد ذلك يتحملون هم وحدهم نتيجته، وقد التزم المشرع في ذلك أحكام الفقه الإسلامي.

تراجع المادة (1002) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (380 و 381) أردني و (255 و 257) مصري و (255 و 257) سوري و (270 و 273 و 274) عراقي .

المادة (407)

إذا وقع الحجر على المدين كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ماله ويجوز الاعتراض على القرار الذي يصدر على هذه العريضة خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إذا كان الاعتراض من المدين ومن تاريخ تبليغ القرار للدائنين ان كان الاعتراض منهم.

المذكرة الإيضاحية :.

اجاز المشرع تقرير نفقة للمدين من ماله ويكون هذا من إيراده بطبيعة الحال اذا حجر على ايراده وكان ايراده يكفي فللمدين أن

يطلب إلى رئيس المحكمة تقرير نفقة له ويقدم طلب النفقة في صورة عريضة ، ويكون التظلم من الأمر الصادر على هذه العريضة بطريق المعارضة أمام المحكمة وترفع هذه المعارضة في خلال ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ صدور الأمر إن كان المدين هو المتظلم وتبدأ من تاريخ إعلان هذا الأمر إن كان التظلم صادراً من الدائنين.

تراجع المادة (1000) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المادة تقابل المواد (382) أردني و (259) مصري و (259) سوري و (272) عراقي .

المادة (408)

تباع أموال المدين المحجور وتقسم على الغرماء بطريق المحاصة وفقا للإجراءات التي ينص عليها القانون ويترك ما يحتاج إليه لنفقته ونفقة من تلزمه نفقته.

المذكرة الإيضاحية :.

نصت القوانين المدنية كالمصري والسوري والعراقي على ان إجراءات التنفيذ تبقى إجراءات فرديه ينالها كل دائن لحسابه الخاص دون أن تكون هناك اجراءات جماعية يتولاها مصف او سنديك لحساب جميع الدائنين ، فيجوز لكل دائن بعد الحكم بالحجر ان يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الاجراءات لاستخلاص حقه ، فينفذ على أي مال من أموال المدين بالطرق المقررة على ان ما يحصل من التنفيذ يتقاسمه الدائنون جميعاً قسمة غرماء لأن الحجر

قد تقــرر لمصلحة جميع الدائنــين كما تقدم، فمن تقــدم منهم لأخذ حصته أخذها، ومن تخلف لم يأخذ شـيئاً على ان يتقدم فيما عسى أن يســتجد من التنفيذات أو على أن يقوم هو بنفســه بالتنفيذ على أموال أخرى للمدين.

وهذا الذي ذهبت إليه القوانين المدنية يخالف الفقه الإســلامي فأحكام الفقه تقضي بجعل التصفية جماعية فإذا ظهر غريم متأخر حاص بقية الغرماء فيما أخذوا.

ففي الهندية (4 : 63) ولو حجر القاضي على رجل لقوم لهم ديون مختلفة قضى المحجور دين بعضهم، شارك الباقون فيما قبض، يسلم له حصته ويدفع ما زاد على حصته إلى غيره من الغرماء.

(يراجــع الســنهوري، مصــادر الحــق 5 : 178 ويراجــع أيضــاً المذكــرة الإيضاحية للقانون المدني المصــري للمادة (256) من القانون في مجموعــة الأعمــال التحضيرية للقانون المصــري ج 7 ص 678 ـ 680) والمقصــود بالمحاصــة اقتســام الحصص فيأخــذ كل واحــد حصته والحصة النصيب (اللسان).

وقد نص المالكية على أن القســمة إما أن تكون بنسب الديون بــأن ينــب كل دين لمجمــوع الديون (الخرشــي 5 : 371) أو بنســبة مال المفلس لمجموع الديون.

كمــا رؤي ان تتضمن هــذه المادة النص علــى ان يترك للمدين المحجــور عليه ما يلزم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقته فيترك له ما يحتاج إليــه في صناعته أو حرفته وكذا ما يلزمه من الثياب والأثاث وبطبيعة

الحال يكون هذا إذا لم يكن له كسب أما إن كان له كسب فإن نفقته تجعل في كسبه لأنه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته وهو يكتسب ما ينفق (الشيرازي، المهذب 1 : 322).

المادة (409)

يعاقب المدين بعقوبة الاحتيال في الحالات الآتية:

1. إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإفلاس بقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وبالحجر.
2. إذا أخفى بعد الحكم عليه بالحجر بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه.
3. إذا غير بطريق الغش موطنه وترتب على التغيير ضرر لدائنيه.

المذكرة الإيضاحية :ـ

ويترتب على الحجر إعمال جزاء جنائي قصد به إلى قمع صور معينة من الغش البيّن مما يرتكب المدين اضراراً بدائينه، فقد نصت هذه المادة على توقيع عقوبة الإحتيال على المدين الذي يحجر في الحالات الآتية:ـ

أولاً :ـ إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإفلاس غشاً بعقد بعض التصرفات المدخولة مثلاً، متى انتهت الدعوى بصدور حكم عليه بأداء ذلك الدين سواء أصدر الحكم قبل الحجر أم صدر بعد ذلك.

ثانياً ـ إذا لـم يرع الأمانة في مسـلكه قبـل دائنيه بعد الحجر كأن أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها (من طريق التصرف غشـاً ، أو من طريق الإختلاس أو ادعـى التزامه بديون صورية أو ديون مبالـغ في قيمتهـا من طريق التواطـؤ مع أصحاب هـذه الديون) وبهذا الوضع تكون قد اجتمعت في دعوى عدم نفاذ التصرف بفعل تطبيقها العملي عناصر الدعاوى المدنية والدعاوى الجنائية على حد سواء.

ثالثاً ـ إذا غيّر المدين محله بطريق الغش، دون أن يوجه الإخطار الـلازم إلى قلم الكتاب وفقاً لأحكام المادة (405) ولم يعلم قبل كتاب المحكمة التـي نقل إلى دائرتهـا محله الجديد بهـذا التغيير ففي هذه الحالة قد يمتنع العلم بحالة الحجر على من يتصرف له المدين من الأغيار حسـني النية وبذلك يكون التصرف الصـادر بمأمن من طعن الدائنين وفقاً لما تقضي به المادة (406) بيد أن هذا التصرف يضر بهؤلاء الدائنين ويستتبع بهذه المثابة توقيع عقوبة الإحتيال على المدين.

وقد كانت الحالة الثالثة موجودة في المشروع التمهيدي للقانون المدنـي المصـري ثـم حذفت لأنـه رؤي أنه يحسـن عند البـدء بإدخال الاعسار في التشريع المصري عدم التوسع في العقوبات.

وقد رؤى المشرع إبقاء هذه الحالة الثالثة لبروزها في العمل، وفي الحطـاب (5 : 37) " ويبيع الإمام ما ظهر له من مال فيوزعه بين غرمائه بالحصص ويحبســه فيما بقي ان تبين لديه واتـم " وكذا ص 38 و 47ـ 48 من الجزء ذاته.

وهاتـان المادتان تقابلان المـواد (383) أردنـي و (260) مصري و (260) سوري.

المادة (410)

1. ينتهي الحجر بحكم يصدره القاضي الذي يتبعه موطن المدين بناء على طلب ذي شأن في الحالات الآتية:
   أ. إذا قسم مال المحجور بين الغرماء.
   ب. إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.
   ج. إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين قد وفى بجميع أقساطها التي حلت.

2. ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء الحجر يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة (404) وعليه أن يرسل صورة منه إلى ديوان وزارة العدل للتأشير به كذلك.

المادة (411)

ينتهي الحجر بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على التأشير بالحكم الصادر به.

المذكرة الإيضاحية :.

تنتهي حالة الحجر القانونية بحكم القاضي :

أولاً : متى زال السبب الذي حجر من اجله بقسمة ماله بين

الغرمـاء او لمـا هو مبين في الفقرتـين (ب و ج) لإنتفـاء التفليس بالمعنى الفنـي الدقيـق لأن ديون المدين لـم تعد أكثر من حقوقه، أما بسـبب زيادة الحقوق كما إذا آل إليه مال من طريق الإرث أو الهبة أو الوصية، وأما بسـبب نقص الديون كما إذا انقضـى جزء منها بطريق الوفاء أو الإبـراء أو لأنه قد تحقق على الأقـل أن ماله من الحقوق أصبح يكفي للوفاء بما حل من هذه الديون، دون أن يكون للحجر أثر في حلوله.

ثانياً :- إذا انقضت خمس سـنوات من تاريخ التأشيرة بالحكم الصادر به وفي هذه الحالة ينتهي الحجر بقوة القانون ويتفق هذا الحكم مع حكم القانونين المصري والسوري إذ جعلا حالة الإعسار تنتهي في هذه الحالة بحكم القانون بعد مدة خمس سـنوات ووجهة النظر هذه ان عسـرة المدين تظل قائمة في هذه الحالة بيد أنها تصبح أمراً واقعاً لا حالـة تنظمها أمام أحكام القانون ذلك أن أموال المدين سـواء صفيت أم لم تصف في خلال السـنوات الخمس وهي المدة المخصصة للتصفية فيه تبقى على حالها من القصور عن الوفاء بديونه.

وفي الفقه الإسـلامي إذا قسّـم مـال المحجور بـين الغرماء زال الحجر لأن المعنى الـذي لأجله حجر عليه وهو حفظ المال على الغرماء وقـد نفـذ المال فيـزول الحجر كالمجنـون إذا أفاق، وفي قـول آخر لا يزول الحجـر إلا بحكم الحاكم لأنه حجر ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم، كالحجر على السـفيه (زكريا الأنصاري على البهجة، 3 : 106 ـ 110 والشيرازي، المهذب 1 : 327 والحطاب 5 : 42) والظاهر ـ مما أطلعنـا عليه من الكتـب ـ أن الحجر يزول في حالة واحدة هي قسـمة المال بين الغرماء.

ويؤشـر كاتب المحكمـة بالحكم الصـادر بإنتهـاء الحجر

في اليوم الذي يصدر فيه في هامش تسجيل حكم الحجر وبهذا تتم العلانية الواجبة له بالنسبة لذوي الشأن كافة (مادة 404) كما أن عليه إرسال صورة منه لوزارة العدل للتأشير به كذلك.

وهذه المادة تقابل المواد (384) أردني و (261 و 262) مصري و (261 و 262) سوري و (278) عراقي.

المادة (412)

يجوز للمدين بعد انتهاء الحجر أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب الحجر ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها.

المادة (413)

انتهاء الحجر لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقا للمواد (392) ومن (394) إلى (400).

المذكرة الإيضاحية :.

يترتب علي انتهاء الحجر أنه يجوز للمدين أن يطلب إعادة الديون التي حلت بسبب الحجر ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق بشرط أن يكون قد وفى بديونه التي حلت لأن (ما جاز لعذر بطل بزواله)، (وإذا زال المانع عاد الممنوع)، تراجع المادتان (23 و 24) من المجلة وشرحهما لعلي حيدر والنظرة العامة التي وردت في صدر الموضوع.

وهاتان المادتان تقابـلان المواد (385 و 386) أردني و (263 و 264) مصري و (263 و 264) سوري و (271 و 279) عراقي.

حق الإحتباس
المادة (414)

لكل من التزم بأداء شـيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به.

المذكرة الإيضاحية :.

تناول المشرع في هذه المادة القاعدة العامة .

وقـد صوّر المشـرع حق الحبس تصويراً يكشـف عـن حقيقته فجعـل منه مجرد دفع مـن الدفوع، ثم انه اسـتعاض عـن بيان احوال الحبـس على سـبيل الحصر بإيـراد قاعـدة عامة فتحاشـى بذلك ما ينطوي عليه البيان على سبيل الحصر من إسراف في الحرج والتضييق.

ويفترض الحبس ان دائناً تقوم به في الوقت ذاته صفة المدين قبل مدينه فهو من هذا الوجه لا يعدو ان يكون توسـعاً في فكـرة المقاصة وليس بممتنع ان تتسع هذه الفكـرة حتى تتمثل عند التطبيق في صورة حجز يوقعه المدين تحت يد نفسه.

والجوهري في نظام الحبس بأسـره هو وجـوب توافر الإرتباط بـين دينين فللمتعاقد في العقود التبادلية ان يحتبس ما يلزم بأدائه حتى يفي المتعاقد الآخر بإلتزامه بإعتبار توافر الإرتباط بين الإلتزامين على

نحـو لا يحتاج إلى بيان . وهذا هو الدفع بعـدم التنفيذ ، وهو في جملته ليـس إلا تطبيقاً خاصاً من تطبيقات حق الحبس وفي الزيلعي (3 : 306) (ومنهـا (اللقطة) من ربهـا حتى يأخذ النفقة إذا جـاء صاحبها وطلبها منعه اياها حتى يوفي النفقة التي أنفق عليها لأن هذا دين وجب بسـبب هذا الحال لاحيائه فكان له تعلق بهذا المال فأشبه جعل الآبق.

ويلاحـظ أنه يجب أن يكـون الإلتزام المحبـوس أو الذي يقف المديـن تنفيذه حتى يسـتوفي الإلتزام المقابل التزامـاً يتأخر تنفيذه عن تنفيـذ الإلتزام المقابل ، والإلتزامات المتقابلـة في العقود المختلفة مرتبة ففي البيع مثلاً يبدأ المشـتري بدفع الثمن ثم يسـلم البائع العين المبيعة فالـذي يقـف تنفيذه مـن الإلتزامات هـو التـزام البائع بتسـليم المبيع فيحبسـه حتى يستوفي الثمن وليس العكس (الكاساني 5 : 249) وفي الاجارة لا تسـتحق الاجرة الا اذا تمكن المسـتأجر من استيفاء المنفعة فـلا يجوز للمؤجر حبس العين إلى حين اسـتيفاء الاجرة إلا إذا كانت الأجرة معجلة . فإذا كان الإلتزامان المتقابلان واجبي التنفيذ في وقت واحد لم يبق إلا أن يودع كل من المتعاقدين التزامه في يد عدل ، ويسلم العدل كلا منهما حقه في نفس الوقت الذي يسـلم فيه الحق للمتعاقد الآخر .

(يراجع الشرح الكبير لابن قدامه الحنبلي 4 : 113)

ولهـذا الحكـم تطبيقاتـه في العقـود وفي غير العقـود بل وفي الملكية .

ففي دائرة العقود يرد في البيع والاجارة والوكالة وحتى الزواج.

ففـي البيـع إذا كان الثمـن حالاً فـإن للبائع حق حبـس المبيع لإستيفاء جميع الثمن ، ولا يسـقط حق البائع بإعطاء المشتري له رهناً أو كفيلاً ولا بإبرائه من بعض الثمن بل له حبسـه إلى إسـتيفاء الثمن بتمامه ، أمـا إذا لم يكن الثمن حالاً ، بـأن كان مؤجلاً عند البيع أو رضـي البائع بتأجيله بعـد البيع فلا حق للبائع في حبـس المبيع بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالبه بالثمن إلا عند حلول الأجل.

وإذا كان البيـع مقايضة أو تصـرف فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد فالظاهر أن للمشـتري حبس الثمـن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع .

وإذا استحق المبيع حتى قبل قبضه من المشتري ، كان للمشتري أن يحبس الثمن بل أن له حق الفسخ واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه للبائع .

وفي الاجارة إذا اشترط تعجيل الأجرة في الاجارة المنجزة كانت واجبة الأداء بمجرد العقد وقبل أن يسلم المؤجر العين المؤجرة وللمؤجر أن يحبس العين المؤجرة ويمتنع عن تسـليمها للمسـتأجر حتى يستوفي الأجرة وهذا عدا حقه في فسخ الاجارة.

وإذا مـات المؤجر فانقضـى عقد الإيجار وكان المسـتأجر قد عجل عقد الأجرة لمدة لم يستوف المنفعة فيها ، فله حبس العين المأجورة إلى حين استرداد ما عجله.

والأجير الخاص له اشـتراط تعجيل الأجر قبل أن يسـلم نفسه للعمـل فيجوز في هذه الحالة للأجير أن يمتنع عن العمل ، أي أن يحبس

نفسه أو عمله إلى أن يستوفي أجر المشروط تعجيله (الكاساني 4 : 205 ـ 206).

والأجير المشترك إن كان لعمله اثر في العين كالخياط جاز له حبس العين وعدم تسليمها للمستأجر حتى يستوفي أجرته إن كانت الأجرة حالة فإن تلفت عنده فلا ضمان عليه ولا أجر له، وإن كانت مؤجلة فليس له حسبها فإن تلفت فعليه قيمتها أما إن لم يكن لعمله أثر في العين كالحال ليس له حبس العين فإن حبسها وتلفت ضمن قيمتها وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وعليه له الأجر وإن شاء ضمنها غير محمولة ولا أجر عليه.

(الكاساني 4 : 204 والزيلعي 5 : 111).

هذا عند الحنفية وقد خففوا من حدة هذا التمييز المادي فقالوا أنه ليس المراد بالأثر عيناً مملوكة للعامل كالنشاء والغراء وغيرهما بل مجرد ما يعاين ويرى وعلى هذا فغاسل الثوب لتحسينه وكاسر الفستق والحطب لهم حبس العين حتى يستوفوا الأجرة.

(سليم باز على المادة 482 من المجلة).

أما المالكية فلا يقولون بوجوب أن يكون لعمل الأجير أثر في العين ففي المدونة " قلت أرأيت الخياطين والقصارين والجزارين والصواغين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجرة ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم قال وكذلك في التفليس هم أحق بما في أيديهم وكذلك الموت هم أحق بما في أيديهم إذا مات، الذي أستعمل عندهم وعليه دين، قلت أرأيت ان استأجرت حمالاً يحمل لي الطعام

أو متاعاً أو عرضاً من العروض إلى موضع من المواضع بأجر معلوم على نفســه أو على دابته أو على إبله أوعلى سفينة ، فحمل ذلك حتى إذا بلغ الموضع الذي اشــترطت عليه منعني متاعي أو طعامي حتى يقبض حقه ؟ قال مالك : ذلك له ، وان فلس رب المتاع كان هذا الحمال أو الكرّى أحق بما في يديه من الغرماء حتى يستوفي حقه " مالك المدونة 2 ص 414 تحت عنوان : القضاء في الاجارة.

وفي الوكالة إذا دفع الوكيل بالشــراء ثمن المبيع من مال نفسه للبائع فله الرجوع به على موكله ، وله حبس المبيع عن الموكل لإستيفاء الثمن وإن لم يكن دفعه للبائع (على خلاف مع زفر) : والكاساني 6 : 7 ، والزيلعي ، تبيين الحقائق 3 : 306 والمادة 1391 من المجلة .

وفي الــزواج للزوجة قبل الدخول أن تمنــع الزوج من الدخول بها حتــى يعطيها ما اشــترطت تعجيله من المهر ويثبت لهــا هذا الحق حتى لو كانــت قد انتقلت إلى بيــت زوجها ، ذلك أن الــزواج عقد معاوضة فيقتضى المساواة من الجانبين ، والمرأة عينت حق الزوج فيجب أن يعين للزوجة حقها وإنما يتعين بالتسليم (الكاساني 2 : 288).

ولا يمنــع حبس المرأة نفســها عن زوجها حتى تســتوفي المهر من وجوب النفقة لها على زوجها حتى في مدة الحبس الزيلعي (3 : 5 ـ 52).

أمــا في الرهــن فالقاعدة أن كل ما يحتاج إليــه لمصلحة الرهن فعلــى الراهن لأنــه ملكه وكل مــا كان لحفظه فعلــى المرتهن لأنه حبسه له فإذا أنفق المرتهن على الرهن بقضاء القاضي نفقة واجبة على الراهن (على الخلاف بين ما إذا كان الراهن غائباً أو حاضراً) وقضى الدين فليس للمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة (الهندية 55:

455 وابن عابدين على الدر 5 : 314).

وفي غير العقود يرد في الإباق واللقطة والغصب كما يرد في الملكية ففي الاباق إذا جاء الرجل بالابق إلى صاحبه فله أن يمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لإستيفاء الثمن (الكاساني 6 : 203 والزيلعي 3 : 308 ـ 309).

وفي اللقطة إذا انفق الملتقط عليها بأمر القاضي فله أن يحبسها بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن (الكاساني 6 : 203 والزيلعي 3 : 306) وفي الغصب إذا بنى الغاصب على الأرض المغصوبة بناء أو غرس غرساً ، وكان القلع أو الهدم مضراً بالأرض فلصاحب الأرض أن يعطي قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع ويتملكه خيراً على الغاصب وللغاصب حبس الأرض حتى يستوفي حقه ، ولو عيب الغاصب المغصوب ضمن قيمته فإن ظهر بعد ذلك وأخذه المالك فللغاصب حبسه حتى يسترد القيمة التي دفعها (الزيلعي 5 : 230).

وفي الملكية : إذا انهدم بعض الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة وأراد أحد الشريكين بنائه وامتنع الأخر يجبر على العمارة فإن لم يعمر بأذن القاضي للشريك بالعمارة ثم يمنع الاخر من الإنتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصاريف وان عمر الشريك بدون إذن القاضي فهو متطوع لا يرجع على الآخر بشيء (م 768 من مرشد الحيران).

وإذا انهدم السفل أو احتاج إلى ترميم فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه فإن امتنع وعمره صاحب العلو بإذنه أو بإذن القاضي فله

الرجـوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف ولصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من الإنتفاع حتى يوفيه حقه (م 1315 من المجلة).

وإذا انهدم حائط مشـترك بين جاريـن وكان عليه حمولة لهما كقصـر أو رؤوس جـذوع وعمر أحدهمـا عند امتناع الأخـر فله منع شريكه من وضع حمولته على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف مصرفه (1316 من المجلة).

(يراجع السنهوري مصادر الحق 1 : 32 ـ 33 و 64 ـ 65).

وهـذه المادة تقابل المـواد (387) أردنـي و (246) مصري و (247) سوري و (282) عراقي.

المادة (415)

لكل مـن المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام أن يحتبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق.

المذكرة الإيضاحية :.

تناول المشـرع في هذه المـادة تطبيق حق الحبـس في المعاوضات الماليـة بوجـه عـام أو في البيع والاجـارة ويلاحـظ أن القانـون المدني العراقـي أجاز في المادة (280) منه للعامل أن يحبس الشـيء الذي يعمل فيه إلى أن يسـتوفي الأجر المسـتحق سـواء كان لعمله أثر في العين أم لا وهـذا يخالف المذهب الحنفي الذي يقصر حـق العامل على الحبس حتى يسـتوفي الأجـرة إذا كان لعمله أثر في العـين (يراجع علي حيدر

علـى المجلة 482 ـ 483) ويوافق المذهب المالكي على ما سـلف (تراجع المدونـة الكبـرى ج 2 ص 414) وقد رؤي الأخـذ بالمذهب المالكي في التسـوية بين من كان لعمله أثر في العين ومـن لم يكن له كالحمال مثلاً تراجع مذكرة المـادة (387) من القانون والمواد (278 و 279 و 282) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد (454 و 583 و 631 و 632 من مرشد الحيران).

وهذه المادة تقابل المواد (383) أردني و (280) عراقي.

المادة (416)

لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة ان يمتنع عن رده حتى يسـتوفي ما هو مسـتحق له قانونـاً ما لم يتفق أو يقضي القانون بغير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تناول المشـرع في هـذه المادة أحد تطبيقات حـق الحبس وهو ما يعـرض عند انفاق الحائز مصروفات على الشـيء الذي يكون في يده فمثـل هـذا الحائز ملزم برد الشـيء إلـى مالكه ولكـن من حقه في الوقت نفسه أن يستأدي ما يكون له الحق في استرداده من مصروفات أنفقهـا على هذا الشـيء ، فثمـة التزامان مرتبطان علـى وجه التبادل أو القصـاص يتفرع على ارتباطهما هذا اثبـات حق صاحب اليد في أن يحبس الشـيء حتى يستوفي ما هو مسـتحق له ولو كان قد أحرز هذا الشيء بالغصب ، ففي ابن عابدين على الدر (5 : 183 ـ 184).

ولو دفع بـذي قيمة كقرظ وعفص الجلد أخـذه المالك ورد ما زاد الدبـغ بأن يقوم مدبوغاً وذكياً غيـر مدبوغ ويرد ما فضل بينهما ، وللغاصـب حبســه حتى يأخذ حقه فـإن هلك في يده سـقط عن المالك قيمة الزيادة).

ويختلف هذا الحكم عنه في القانون المدني إذ القانون يشترط أن يكون الإلتزام بالرد ناشـئاً عن عمل مشـروع حتـى يكون للحائز حق الحبس أما في الفقه الحنفي فلا يشترط هذا الشرط.

كما أن القانون قيـد المصروفات بأن تكون ضرورية أو نافعة وقد رأى المشـرع أن يكون القيد هـو أذن القاضي أو كونها ضرورية كمـا هو في الفقه الإسـلامي فإن لم يكن كذلك لـم يكن للمنفق الرجوع بها ولا الحبس من أجلها.

فالنفقـة علـى الآبق ان كانـت بـاذن القاضي يرجـع بها على صاحبـه وإلا فلا لأنه يكـون متطوعاً (الكاسـاني 6 : 203 الزيلعي 3 : 308 ـ 309).

والنفقـة على اللقطـة. إن كان بأمر القاضـي تكون ديناً على مالكهـا وإن أنفق بغير إذنه يكون متطوعاً فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي ينظر في ذلك (الكساني : 6 : 203 والزيلعي 3 : 306)

وكذلـك في الرهن وإن كان لا يجـوز للمرتهن الحبس للنفقة بعد أداء الرهن على ما تقدم (الكاساني 6 : 152).

وقد زيد في النص "ما لم يتفق أو يقضي القانون بغير ذلك إذ قد

لا يكون له الحق في الحق لإتفاقهما على ذلك أو إذا أنفق المرتهن على العين المرهونة نفقة هي على الراهن ثم استوفى الدين ليس له الحبس".

(تراجع مذكرة المادة 414 وقد أشير فيها في هذا الصدد إلى الهندية 5 : 455 وابن عابدين على الدر 5 : 314).

وهذه المادة تقابل المواد (389) أردني و (246) مصري و (247) سوري و (281) عراقي.

المادة (417)

1. على من احتبس الشيء أن يحافظ عليه وان يقدم حسابا عن غلته.
2. وله أن يستصدر أذنا من القاضي ببيع الشيء المحتبس إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التعيب وذلك وفقا للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة وينتقل حق الاحتباس من الشيء إلى ثمنه.

المذكرة الإيضاحية :.

تناول المشرع في هذه المادة واجب الحابس في المحافظة على الشيء كما إذا كان هذا الشيء عرضة للهلاك أو التلف كان لمحتبسه أن يحصل على اذن من القاضي ببيعه وحينئذ ينتقل الحق في الحبس إلى ثمنه.

وقد وضع القانون المدني المصري والسوري معياراً لهذه المحافظة " أحكام رهن الحيازة " ولكن المشرع اقتداء بالقانون العراقي آثر ترك النص على هذا المعيار لما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

كما ألزم الحابس أن يقدم للمالك حساباً عن غلة الشيء المحبوس إذ ليس له أن ينتفع به.

(يراجع في اللقطة : الكاساني 6 : 203 والزيلعي 3 : 306).

وهذه المادة تقابل المواد (390) أردني و (247) مصري و (248) سوري و (283) عراقي.

المادة (418)

من احتبس الشيء استعمالا لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه.

المذكرة الإيضاحية :.

يثبت هذا النص للحابس الشيء استعمالاً لحقه في الحبس حتى تقدم على سائر الغرماء في اقتضاء حقه الذي حبس الشيء من أجله من الشيء المحبوس لأجله من ثمنه ويفترض في هذه الحالة أن يكون هناك حق حبس وان يستعمله صاحب الحق بحبس الشيء والحكم في هذه الحالة أن يتقدم الدائن الحابس بقية الدائنين في إقتضاء حقه المحبوس أو ثمنه وهذا الحكم مقرر في المذهب الحنفي.

ففي الدر " اشترى شيئاً وقبضه ومات مفلساً قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء وعند الشافعي رضي الله عنه أحق به كما لو لم يقبضه المشتري فإن البائع أحق به اتفاقاً ولنا قوله عليه الصلاة والسلام إذا مات المشتري مفلساً فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة

للغرماء شرح مجمع العيني ".

وقال ابن عابدين شرحاً لذلك.

وقوله ومات مفلساً - أي ليس له مال يفي بما عليه من الديون سواء فلسه القاضي أو لا.

قوله فللبائع - أسوة للغرماء - أن يقتسمونه ولا يكون البائع أحق به.

قوله فإن البائع أحق به - الظاهر أن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أويبيعه القاضي ويدفع له الثمن فإن وفى بجميع دين البائع فيها وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء وان نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له وإنما كان أحق به من باقي الغرماء لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري فكان بعد موته وهذا نظير ما سيذكر المصنف في الاجارات من أنه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر أحق بالدار من غرمائه إن إذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الأجرة وانفسخ عقد الإيجار بموت المؤجر فله حبس الدار وهو أحق بثمنها بخلاف ما إذا عجل الأجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر فإنه يكون أسوة لسائر الغرماء ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين وكذا ما سيأتي في البيع الفاسد لو مات بعد فسخه فالمشتري أحق به من سائر الغرماء فله حبسه حتى يأخذ ماله هكذا ينبغي حل هذا المحل وبه ظهر جواب حادثة الفتوى سئلت عنها وهي : ما لو مات البائع مفلساً بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع للمشتري ويكون المشتري أحق به لأنه ليس للبائع حق حبسه في حياته بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية فيكون له

أخــذه بعد موت البائع أيضاً إذ لا حــق للغرماء فيه بوجه لأنه أمانة عند البائع وإن كـان مضموناً بالثمن لو هلك عنده ومثله الرهن فإن الراهن احق به من غرماء المرتهن.

(ابن عابدين 4 : 61 ـ 62).

وقــد خالف هذا الحكــم القانــون المدني المصري والســوري والعراقــي إذ قضــت هذه التقنينات بــأن مجرد ثبوت الحــق للدائن في حبس الشــيء لا يعطيه حــق امتياز عليه ، وقد رؤي في المشــروع التزام حكم الفقه الإسلامي .

(يراجــع الســنهوري مصادر الحــق 1 : 325 و 64 ــ 65 و 6 : 252 ـ 263).

وهــذه المادة تقابــل المــواد (391) أردني و (248) ســوري و (283) عراقي.

المادة (419)

1. ينقضي الحق في الاحتباس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه ما لم ينص القانون على غير ذلك.
2. ومع ذلك يجوز لمن احتبس الشــيء إذا خرج الشــيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته يطلب اســترداده خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروجه من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه.

المذكرة الإيضاحية :.

ليس الحبس على وجه الإجمال، إلا حيازة الشيء حيازة فعلية، ولذلك كان طبيعياً أن ينقضي بفقد الحيازة فالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن، فقد أسقط حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع، ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد إرادياً : فإذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ظل حقه في الحبس قائماً وكان له أن يسترده.

وفي الأشباه والنظائر (ص 376) : المرتهن إذا أعار الرهن من الراهن لم يبطل حقه في الحبس فله رده بخلاف البائع إذا أعار المبيع أو أودعه من المشتري سقط حقه فلا يملك رده ".

تراجع المادتان (748 و 749) من المجلة.

ولذلك رؤي إضافة عبارة (ما لم ينص القانون على غير ذلك) في آخر الفقرة على أن حق الإسترداد هذا وإن كان يكفل حماية الحق في الحبس إلا ان من واجب المحتبس أن يستعمله في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده (قارن حق المستأجر في إسترداد المنقولات التي تخرج من حيازته في خلال ثلاثين يوماً).

كما رؤي أن من المصلحة وضع حد زمني ينقضي حق الحبس في خلاله ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات وقد رؤي تحديد الأجل بسنة أسوة بالقانون المدني المصري والسوري والقانون العراقي.

تراجع المواد (24 و 58 و 97 و 281) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمادة (459) من مرشد الحيران.

وهـذه المادة تقابل المـواد (392) أردنـي و (248) مصري و (249) سوري و (284) عراقي.

الفصل الثالث
التصرفات المشروطة بالتعليق والأجل

الفرع الأول
الشرط

نظرة عامة :

الشـرط أمر مسـتقبل محتمل وجوده رتب على وجوده التزام أو زواله، وهو شـرط واقف إن كان المرتب على وجوده الإلتزام وشـرط فاسـخ وجـود إن كان المرتب على وجـوده زوال الإلتزام هـذا التنويع إصطلاح قانوني ليس معروفاً في الفقه الإسلامي والأجل أمر مستقبل محقق الوجود وهو الأجل الواقف إذا رتب على حدوثه نفاذ الإلتزام وهو الأجل الفاسخ إذا كان الإلتزام قائماً نافذاً ورتب زواله على حدوثه.

والإلتـزام يكـون معلقاً على شـرط إذا كان وجـوده أو زواله مترتباً على أمر مسـتقبل غير محقق الوقوع وعليه فلا يكون للإلتزام وجـود إذا علق على شـرط غيـر ممكـن الحـدوث، ومثلـه إذا كان الشـرط مخالفاً لـلآداب العامة أو للنظـام العام وذلـك في حالة ما إذا كان الشـرط واقفاً أما إذا كان الشرط فاسخاً فإن مخالفته للآداب

والنظـام العـام تجعله من منزلة الشـرط الذي لا يمكـن وقوعه ومن ثـم يعتبر أنـه غير قائم وغير موجود على الرغـم من تحققه وعندئذ لا يترتـب عليه زوال الإلتـزام كما لا يترتب عليه وجـود الإلتزام في هذه الحالة إذا ما كان واقفاً لهذا الإعتبار نفسه.

ويلاحظ أن الشـرط الفاسـخ عند مخالفته لـلآداب أو النظام العـام هو الذي يعـد غير قائم وغيـر موجود عند حدوثـه ومن ثم بقي الإلتزام قائماً غير متأثر بوجوده.

وإذا علق وجود الإلتزام ونشـأته على إرادة الملتزم وحدها كان له أن يريد أو كان له أن لا يريد وذلك ما يذهب بقيامه الإلتزام ووجوده وترتـب أثره وهو الإلزام عليه فإن الإلتزام إذا كان من جانب واحد أي بإرادة الملتـزم المنفردة فإنها عند هذا التعليق تعـد غير موجودة فعلاً ، وبذلـك لا يكـون للإلتـزام وجـود لأنه إنما يقـوم على البـت والقطع والتعليق على المشـيئة والإرادة رفع للبـت وإعدام له والإلتزام لا يكون إلا بما يـدل على البت والقطع من جانب الملتزم فـكان تعليق الإلتزام علـى إرادة الملتزم ومشـيئته مبطلاً لـه ، وإذا كان الإلتزام من جانبين وقائمـاً علـى إرادتين متبادلتـين كان إلتزام أحدهما بإعتبـاره مديناً بالنسـبة إلى الطـرف الآخر غير قائـم إذا لم تكن لـه إرادة فيه عند التلفـظ بعبارته وإذا لم يكـن له إرادة عند التزامـه المعلق على إرادته لـم يكن له التـزام إذ لا التزام بغيـر إرادة باته من الملتـزم ولا يفيد أن من المحتمل أن يريده فيما بعد لأن إرادته في هذه الحالة لا تصلح سـبباً ملزمـاً ما دام أن لـه ألا يريد دون تعقيب عليه كمـا لا تصلح لذلك أن يكون التزام الطرف الآخر مقابلاً بما يكافئه.

وعلـى هذا يبطل الإلتـزام إذا علق علـى إرادة المدين وحده على

أنـه إذا صدر من المدين فيما بعد ذلك ما يكشـف عن إرادته في إبرام هذا الإلتزام كان ذلك إرادة جديدة لها أثرها الشـرعي بناء على هذا الأساس ذلك ما تقضي به الاصول والقواعد الفقهية الشرعية.

وإذا كان الإلتزام قائماً معلقاً بقاؤه وقيامه على شـرط فاسـخ فإن تحقق هذا الشـرط يزيل هذا الإلتزام وينفسـخ بقـوة القانون دون حاجة إلى حكم وإعلان ولا يكون الملتزم عندئذ في حاجة إلى حكم بفسـخه ولا يلجأ في ذلك إلى القاضي إلا عند النزاع فيلجأ إليه لتقرير انفسـاخه ولذا لا يجوز لطرفيـه أن ينزلا عن الفسـخ إذ يعتبر الإلتزام مفسوخاً من تلقاء نفسه.

وإذا كان الدائن قد أستوفى الدين من المدين ثم تحقق الشرط الفاسـخ وزال التـزم المدين تبعاً فعليـه أن يرد ما أخذ إلـى المدين وإذا اسـتحال الرد لسبب هو مسـئول عنه كان عليه أن يعوض المدين عما اصابـه من الضرر أما إذا كانت الإسـتحالة لسـبب أجبـر عليه ليس مسـئولاً عنه فـلا محل لإلزامه عندئذ بالتعويـض لأنه لم يكن منه ما أضـر بالمدين حتى يلزم بتعويضه والتـزام الدائن برد ما أخذ من المدين إليه مبني على أساس دفع غير المستحق.

ويرى بعض رجال التشريع أن للشرط الفاسخ أثراً رجعياً فيزول الإلتزام بناء على ثبوته من وقت نشوء الإلتزام.

أما فقهاء الشـريعة الإسـلامية فقد ذهبوا إلى انه ليس للشرط أثر رجعي ويرون بإتفاق بينهم أن المشروط لا يتحقق قبل شرطه وإلا لم يكن شـرطاً له لأن الشـرط ما يلزم من عدم وجوده عدم المشروط ولا يلزم من وجوده الوجود ولو جعل للشـرط أثر رجعي لكان للمشـروط

وجود قبل وجود شرطه وهذا مرفوض بإتفاق وقد جاء في المجلة (المعلق بالشـرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م 82) وجاء فيها (الكفالة إذا علقت بشرط فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط) م (636).

وعلـى هـذا الأئمة الأربعـة من فقهاء الإسـلام وهم أبـو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل.

(تراجع المراجع المشار إليها في النظرة العامة للأجل).

المادة (420)

الشـرط أمر مسـتقبل يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه.

المادة (421)

التصـرف المنجز هو مـا تم بصفة مطلقة غير مقيدة بشـرط أو مضافة إلى زمن مستقبل ويقع حكمه في الحال.

المادة (422)

التصرف المعلق هو ما كان مقيدا بشـرط غيـر قائم أو بواقعة مستقبلة ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط.

المادة (423)

يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا متحققا ولا مستحيلا.

المادة (424)

يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو أحل حراما أو حرم حلالا أو خالف النظام العام أو الآداب.

المادة (425)

لا ينفذ التصرف المعلق على شرط غير مناف للعقد إلا إذا تحقق الشرط.

المادة (426)

يزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده ويلتزم الدائن برد ما أخذ فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزما بالضمان.

المادة (427)

المعلق بالشرط يثبت عند ثبوت الشرط.

المادة (428)

يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.

المذكرة الإيضاحية :.

تضمنت هذه المواد تعريف الشرط وأحكامه بوصفه أحد الأوصاف المعدلة لآثار الإلتزام وقد تضمنت المادة (420) تعريفاً للشرط جمع مزايا التعريفات الفقهية وتعريفات القوانين الحديثة وقد عرّفته المادة (315) من المرشد بأنه " التزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة مخصوصة " وفي هامش (ص 80) من المرشد هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده وقيل الشرط ما يتوقف وجود الحكم عليه ، وفي الشرع هو ما يضاف الحكم إليه وجوداً عند وجوده لا وجوباً ، وقد تضمن النص المقترح عناصر التفرقة بين الشرط الذي يعلق عليه وجود الإلتزام وبين الشرط الذي يترتب على تحققه زوال الإلتزام ، وقد عرفت المادة (421) الإلتزام المنجز وهو ما تم بصيغة مطلقة دون أن يكون مقيداً بشرط أو بصيغة مضاف إلى زمن مستقبل ويؤتى هذا الإلتزام أثره في الحال وهو نص مصدره المادة (316) من المرشد التي نصت على أن "العقد المنجز هو ما كان بصيغة مطلقة غير معلقة بشرط ولا مضافة إلى وقت مستقبل وهذا يقع حكمه في الحال".

أما الإلتزام المعلق فهو ما كان مقيداً بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط ، وقد نصت المادة (82) من المجلة على أن المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط وجاء في شرح هذه المادة (ج 1 ص 72 لعلي حيدر) انه يشترط في صحة التعليق

أن يكون الشـرط معدوماً علـى خطر الوجـود أي أن يكون معدوماً ممكناً حصوله فلو علق شيء موجود يعتبر تعليقه تنجيزاً أي أن المعلق يثبت في الحال.

وقد أورد صاحب المرشـد هـذا الحكم في نص المادة (318) من المرشـد وعرفت المادة (422) التصرف المعلـق وتضمن نص المادة (423) أحكام الشـرط المعلق فقضت بانه يشـترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا متحققاً ولا مستحيلاً ، ذلك لأن تعليق الإلتزام على شرط مستحيل أو مخالف للآداب أو النظام العـام يجعله باطلاً إذا كان الشـرط يتوقف عليه وجـود الإلتزام فإذا كان الشـرط يترتب عليه زوال الإلتزام فإنه يكون لغواً ولا يعتبر وقد تضمنت المادة (424) من القانون هذا الحكم وجاء في شـرح المجلة ج 1 ص 72 علـى المادة (82) " إذا كان التعليق على شـيء مسـتحيل الوقوع فإنه باطل ويشـترط في التعليـق ان يكون في الأمـور والخصوصيات التي يجوز التعليق فيها شـرعاً وإلا فلو علقت بعض الأمور التي لا يجوز التعليق فيها على شـرط فالتعليق فاسد أي أن الشيء المعلق لا يثبت ولو ثبت الشرط " ومؤدى ما تقدم أنه من موجبات التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا يستطاع البت فيما سيكون من أمره ، فمتى كان مسـتحيلاً وهو ما يمتنـع تحققه بحكم الواقع أو كان غير مشـروع بسبب مخالفته للقانون أو النظام العام أو الآداب انتفـت حقيقـة التعليق فإذا كان الشـرط مؤثقاً فالإلتـزام باطل وإذا كان فاسخاً يسقط أثر التعليق ويعتبر الشرط لغوا.

وقد نصـت المادة (425) من القانون علـى أن الإلتزام المعلق على شـرط غير منـاف للعقد لا ينفـذ إلا إذا تحقق الشـرط وهو نص يتفق مـع نص المادة (82) مـن المجلة والذي يقضي بأن المعلق بالشـرط يجب

ثبوته عند ثبوت الشرط ويترتب على اعتبار الإلتزام المعلق غير مؤكد الوجـود أنه لا يجـوز للدائن أن يتخذ بمقتضـاه أي إجراء من إجراءات التنفيذ فإن تحقق الشرط فقد تأكد وجوب الإلتزام.

على أن المادة (426) تضمنت حكم الشـرط المقيد فنصت على زوال الإلتـزام إذا تحقق ويلتزم الدائن برد ما أخذه فإذا تعذر عليه ذلك بسـبب يرجع إليه كان ملزمـاً بالضمان ذلك لان الإلتـزام المعلق على شرط مقيد وإن كان يثبت للدائن حقاً متميزاً إلا أنه يقبل الزوال فإذا تحقق الشـرط زال حق الدائـن والتزم برد ما أداه المدين فإن اسـتحال عليه ذلك بسببه التزم بالضمان.

كمـا تضمنـت الماتـان (427 و 428) قاعدتـين اصوليتـين هما (المعلق يثبت بالشـرط عند ثبوت الشرط) و (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكـان).

ويلاحظ أن المشـرع قد تجاوز النص الـذي جرت عليه القوانين الحديثة وهو اسناد اثر الشرط إلى الماضي لمخالفته للمباديء العامة في الفقه الإسلامي ولتعارضه مع القاعدة العامة والتي تنص على أن المعلق يثبت عند ثبوت الشرط لا قبله ولذلك تطبيقات عديدة تضمنتها كتب الفقه واتفقت فيها جميع المذاهب.

وقد رأى المشرع عدم استعمال الشرط الواقف والشرط الفاسخ وهو تعبير لا وجود له في الفقه الإسلامي وهو مأخوذ من الفقه اللاتيني والجرماني، كما جاء في المشروعات القانون المصري التمهيدي .

(يراجع بالإضافة على شرح مواد المجلة المشار إليها أعلاه المغني

ج 4 ص 66 وما بعدها والمهذب ج 1 ص 258 ومابعدها ونهاية المحتاج ج 7 ص 11 ورد المحتار ج 2 ص 687 و ج 4 ص 59 وما بعدها والهداية ج 3 ص 116 و 128 والبدائع ج 5 ص 126 وما بعدها وحاشية الدسوقي ج 3 ص 91 وما بعدها والشرح الكبير للدردير ج 2 ص 375 ومرشد الحيران المواد من 315 ـ 322).

وهذه المادة تقابل المواد من (393 إلى 401) أردني و (365 إلى 370) مصري و (365 إلى 375) سوري و (285 إلى 290) عراقي.

الفرع الثاني
الأجل

نظرة عامة :

من طبيعة الأجل الذي يترتب نفاذ الإلتزام أو انقضاؤه على حلوله أن يكون وقتاً مستقبلاً محقق الوقوع وهو في العادة موعد معين يضرب لنفاذ الإلتزم أو لإنقضائه ومن ذلك أن جزءاً معيناً من الزمن وقد يكون فعلاً كالتأجيل إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد وعند ذلك لا يراد منه إلا زمنه ، والتأجيل قد ينص عليه في العقد وقد لا ينص عليه في العقد ولكنه يلتحق بعد ذلك بإتفاق المتعاقدين على ذلك وفي هذه الحال ينشأ الإلتزام منجزاً ثم يصير مؤجلاً بهذا الإتفاق وإذا كان الأجل محقق الوقوع فليس من اللازم أن يكون موعد حلوله معلوماً وذلك كما في التأجيل إلى الموت وهذه الحال هو ما يسمى الأجل فيها لدى رجال القانون بالأجل غير المعين وهي تسمية اصطلاحية لهم ، والأجل كما يضرب لنفاذ الإلتزام دفعة واحدة قد يضرب لنفاذه على فترات معينة متوالية ـ والأجل قد يضرب لنفاذه التزام وقد يضرب

موعداً لإنقضائه وهو في الحال الأولى يسمى أجلاً واقفاً وفي الحال الثانية يسمى أجلاً فاسخاً - وهذا إصطلاح في التسمية خاص برجال التشريع الوضعي وأمثلة الأجل الفاسخ عديدة ومنها الأجل يضرب لإنقضاء الرهن وذلك بتسليم العين المرهونة إلى الراهن أو لإنقضاء الإعارة وذلك بتسليم العارية إلى المعير.

والأمر الكثير وقوعه أن يكون مصدر الأجل اتفاق المتعاقدين وقد يكون ذلك صريحاً كما إذا نص في العقد على التأجيل وقد يكون ضمنياً كما في تأجيل المهر من غير نص على ذلك بناء على جريان العرف بذلك.

وكذلك كل معاملة خاصة جرى العرف على أن تكون في غالب أحوالها مؤجلة إلا إذا نص على عدم التاجيل وقد يكون مصدره القانون كما في تأجيل الدية بالنسبة إلى القاتل خطأ على ثلاث سنوات يؤدي منها ثلثها في كل سنة - وقد يكون مصدره القضاء كما في تأجيل القاضي النفقة المتجمدة عن مدة ماضية عندما يرى أن حالة المدين تستوجب الرأفة به لإعساره فيؤجل أداءها إلى الوقت المناسب له إمهاله واشتراط تحقق الوقوع في الأجل لا يقصد منه إلا أن يكون هو الأمر المعتاد المألوف بين الناس لا الأمر الحتم المقطوع به ولذا لا يضير أن يكون عدم وقوعه جائزاً ومحتملاً في نفسه وذلك بدليل صحة التأجيل إلى الميسرة في كثير من المسائل وهي أمر قد لا يحدث ولا يقع وقد ورد بها الكتاب العزيز إذ جاء في سورة البقرة " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ".

ويلزم في الأجل نتيجة لوجوده تحقق القطع بحدوثه أن يكون معلوماً فإذا كان مجهولاً كان باطلاً وافسد الإلتزام لما يترتب على

ذلـك من الغرر والنزاع وليس المراد بالعلم كماله بل يكفي أن يكون علمـاً مانعاً من الضرر الفاحش والنـزاع وذلك بأن يكون علماً تعارف الناس الرضا به والمعاملة على اساســه كما في التأجيل إلى زمن قدوم الحـاج أو إلى زمن الحصاد ونحو ذلك ، ولذا لم يكن مما يبطل الأجل ويجعلـه مجهولاً جهالة يترتب عليها فسـاد المعاملة الا يعلم وقت حلوله إذا مـا كان محقـق الوقوع كما في التأجيل إلـى الموت وذلك لتعارف الناس ذلك.

وانظر ما جاء في حاشـية الدسوقي على الشرح الكبير ج 3 ص 269 طبعة الحلبي خاصاً بتأجيل المدين غير المفلس بواسـطة الحاكم بناء على طلبه وليس يمنع القاضي شـرعاً مـن أن يمهل المدين ويؤجله بناء على طلبه إذا مـا كان التأجيل منصوصاً عليه في الإلتزام وانتهى الأجـل ولم يعرف المديـن أو كان غير منصوص عليـه ولكن تبين أن عـدم القدرة على الوفاء عندئذ نتيجة طبيعية للإلتزام إذ أن هذه الحال لا تعدو أن تكون مثيلة لما نص على التأجيل فيه إلى وقت الميسـرة ومن سـلطان القاضي في مثل هـذه الأحوال تحديد الوقـت الذي يجب فيه الوفاء وذلك كثير في المذاهب وبخاصة مذهب مالك.

المادة (429)

يجوز إضافة التصرف إلى أجل تترتب عند حلوله أحكام نفاذه أو انقضائه.

المادة (430)

إذا تبـين من التصـرف أن المدين لا يقوم بوفائـه إلا عند المقدرة

أو الميسرة حدد القاضي أجل الوفاء مراعيا موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضيا منه عناية الحريص على الوفاء بالتزامه

المادة (431)

يسقط حق المدين في الأجل في الأحوال الآتية :

1. إذا حكم بإفلاسه أو الحجر عليه.
2. إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها.
3. إذا نقصت التأمينات العينية للدين بفعله أو بسبب لا يد له فيه ما لم يبادر إلى تكملتها.

المادة (432)

إذا كان الأجل لمصلحة أي من الطرفين فله أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة.

المادة (433)

الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين إلا إذا كان مضمونا بتأمين عيني.

المذكرة الإيضاحية :.

الأجل موعد معين يضرب لنفاذ التزام أو انقضائه وهو أمر مستقبل محقق الوقوع، وتحقق الوقوع هو الفارق الجوهري بين الشرط والأجل وقد تضمن النص عناصر التفرقة بين الأجل الواقف

وهو ما يتوقـف عليه نفاذ الإلتزام والأجل الفاسـخ وهو ما يضاف إليه زواله ويلاحظ أن الإضافة إلى الأجل وصف يلحق الإلتزام.

وقد نصت المادة (320) من المرشـد على أن العقد المضاف هو ما كان مضافاً إلى وقت مسـتقبل والمضاف ينعقد سبباً في الحال لكن يتأخـر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه ونصت المادة (156) مـن المجلة علـى أن التأجيل هو تعليـق الدين وتأخيره إلـى وقت معين ونصـت المادة (157) على أن التقسـيط تأجيـل أداء الدين منصرفاً إلى آجال معينة والنص المقترح يتفق مع تعريف الأجل في الفقه وفي القوانين الوضعيـة . أما المادة (430) مـن القانون فقد تضمنت حكماً يقوم على أن المتعاقديـن قـد يحـددان أجـل الوفاء عند المقـدرة أو الميسـرة ولم يتـرك الأمر دون وضع ضوابط لهذا التحديـد ، ولذا نص على أن يعين القاضي الأجل المناسـب على أن يراعى ظروف المدين وموارده الحالية والمستقبلية وما ينبغي عليه من واجب الحرص على الوفاء بإلتزامه.

أمـا المـادة (431) فقد نصت على أحكام سـقوط حـق المدين في الأجـل متفقـة مع القوانـين الحديثة ، فضلاً عن عـدم تناقضها مع الأحكام الفقهية الإسلامية ، فحلول أجل المدين بالنسبة للمدين الذي يقضي بإفلاسه مستمد من أحكام الفقه المالكي وإن كان ذلك على خلاف رأي الحنفية والشافعية إلا أنه يتفق مع المصلحة العامة والعدالة : أما الفقرتان التاليتان فتتفقـان مع أحكام ضمان الديون الواردة في بابي الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، التي تضمنها القانون.

وتضمنت المادة (432) حق صاحب المصلحة في الشرط في التنازل عنه بإرادته المنفردة.

وقد تضمنت المادة (433) النص على سقوط الأجل بموت المدين لا الدائـن إذا كان الديـن مضمونـاً بضمان عيني ومصـدر النص في جزئه الأول المادة (214) من المرشد التي تقضي بأن الدين المؤجل لا يحل بمـوت الدائن ويحل بمـوت المدين وتتفق مع رأي الحنفية والشـافعية، ويرى المالكية أن الأجل يسقط بموت المدين الا إذا اتفق الطرفان على عدم سقوطه بالموت (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 3 ص 265 و 266) أما الحنابلة فيرون أنه يسقط بالموت إلا إذا ضمن الوارث الدين برهـن أو كفيل، وقد نص المشـرع على عدم سـقوط الدين إذا كان مضمونـاً بتأمـين عيني ويتفق هـذا النص مع المـادة (295) من القانون العراقي، وتوضيحاً لما ذكر يتبين ما يلي :-

ذكر المشـرع لسقوط الأجل أسـباب ثلاثة. والمراد هنا بالأجل الواقف بدليل عدم تحقق تلك الأسـباب بالنسـبة للأجل الفاسخ. ولان لسقوطه أسباباً أخرى يتعرض لها في مواضعها.

السبب الأول :-

الحكـم بإفلاس المدين وفقـاً لنصوص القانون ولـم ير فقهاء الشـريعة أن إفلاس المدين بعد إعلانه مسـقط للأجـل بل يبقى الأجل قائماً مسـتتبعاً أثـره على الرغم مـن إفلاس المدين ولكـن المالكية ذهبوا إلى أن الحكم بإفلاس المدين مسـقط للأجل وخالفهم في ذلك الحنفيـة على القـول بالحجر للديـن عندهم كما خالفهم الشـافعية والحنابلـة ومسـألة اجتهاديـة لا نـص فيها فيمـا نعلم. ولـذا كانت صاحلة لأن يكـون الحكم فيها على مقتضى المصلحة التي تتمثل في استقرار المعاملات والمحافظة على الحقوق وصيانتها والبعد عن الغرر لأن الادانـة مع التاجيل انمـا تعتمد في الغالب على ثقـة الدائن بالمدين

وملاءتة الظاهر ، فإذا تغيرت حاله من ملاءة إلى إفلاس أصاب الدائن ضرر غير متوقع فكان له الحق في التوقي منه وذلك بإعطائه الحق في مطالبة المدين بالوفاء في الحال.

السبب الثاني :-

إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص كرهن مثلاً وذلك بأن تصبح قيمته أقل من قيمة الدين فإن لم يصل الاضعاف إلى هذا الحد بأن ظل التامين كافياً لضمان الدين لم يكن ذلك مبرراً لسقوط الأجل كما أن اقدام المدين على اضعاف الضمان العام للدائنين وذلك بأن يتصرف في ماله بما يصل به إلى حد الإفلاس لا يعد مبرراً لسقوط الأجل بناء على ذلك وان امكن سقوطه بناء على ما حدث من افلاس وإذا أعلن هذا الإفلاس ومثله في الحكم أن يكون التأمين نتيجة للإشتراك في عقد المدين أو لاحقاً غير أنه في هذه الحال الأخيرة لا يلحق الدائن فيها غرر بسبب الإضعاف لأنه ارتضى التعاقد بلا تأمين في الابتداء ولم يكن التأجيل بسبب التأمين فإذا كان التأمين لاحقاً للعقد لم يتغير حال الدائن عما كان عليه وقت التعاقد على الدين وهي حال كانت لديه مرضية بخلاف ما إذا كان مصدر التأمين هو العقد.

وهذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكلمة التأمين ضماناً لتوفير ثقته وإلا بقي الأجل إذا استجاب المدين إلى طلب الدائن فأكمل التأمين.

وإذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل كذلك يسقط بسبب ذلك فقد يكون اقدام

المدين على الادانة مع التاجيل مرده إلى اطمئنانه إلى الحال القائمة عند ذلك فإذا تغيرت كان له أن يحافظ على حقه أما بطلب الوفاء بناء على سقوط الأجل وإما بطلب زيادة التأمين إلى الكفاية كما يكون للدائن الحق في مطالبة المدين بتقديم تأمين خاص إليه ولو لم يكن الدين مؤجلاً إذا خشي افلاسه واستند في ذلك إلى سبب معقول وإلا لزمه الوفاء دون امهال وإلى ذلك ذهب الفقهاء لأن ذلك من حق الدائن ما دام الدين شاغلاً لذمة المدين وإذا كان له هذا الحق في هذه الحال فأولى أن يكون له إذا ما كان للمدين تأمين سابق وضعف بغير أن يكون للمدين يد في إضعافه، أو كان له يد في ذلك وقد نص فقهاء الشريعة على أنه لا يجوز للدائن الراهن أن يتصرف في الرهن أو يضعفه لان ذلك يعد اعتداء منه على مال تعلق به حق المرتهن، وتعلق هذا الحق به يستوجب تضمينه والزامه بقيمة ما نتج عن اعتدائه بسبب تصرفه أو فعله ودفعها إلى المرتهن لتحل محل ما نقص من الرهن وسواء في ذلك أن تكون نتيجة الإعتداء تلف بعض الرهن أو نقص قيمتة دون تلف جزء منه وذلك ما ذهب إليه الحنفية وغيرهم وهو يؤيد ما جاء في المادة خاصاً بالسبب الثاني ذلك لأن نتيجة الزام الرهن شرعاً بتضمينه قيمة ما أتلف أو نقص إجبار على القيام بذلك فإذا لم يستجب كان للدائن التنفيذ عليه حالاً وذلك يستوجب لسقوط الأجل ولا فرق في هذا الحكم بين أن تكون قيمة التأمين معادلة للدين أو أكثر منه أو أقل منه لأن حق الدائن متعلق بالرهن جميعاً لا بما يعادل الدين منه وهذا الحكم يجعل السبب الثاني من أسباب سقوط الأجل متفقاً مع الشريعة في حالة ما إذا أضعف المدين التأمين بفعله قل هذا الإضعاف أو كثر وسواء كان التأمين بالعقد أو لاحقاً له مشروطاً أم غير مشروط. وأما إذا كان ضعف التأمين لا دخل فيه لإرادة المدين فإن تضمين المدين بقيمة النقص لا موجب له لعدم تعديه ولكن ذلك لا يمنع شرعاً وقد ضعف تأمينه أن يطالب بإكماله أو سقوط الأجل

إذا خشــي افلاس مدينه واســتند في ذلك إلى أسباب معقولة كما هو الحكم بالنسـبة للدائن إذا خشــي ذلك ولم يكن بالدين تأمين وعلى هذا يكون ما جاء في السـبب الثاني متفقاً مع الشريعة وهذه أحكام اجتهادية تساير المصلحة في استقرار المعاملات المالية وبعدها عن الغرر والنزاع وملاءمتها للأعراف.

السبب الثالث :

إذا لـم يقم المديـن بتقديم التأمـين الذي تضمنه عقـد المداينة وذلك لإخلاله بإلتزامه وفسـاد العقد وما تضمنه لعدم توفر ما اشترط فيه من التأمين وهذا متفق ما ذهب إليه الفقهاء إذ الشريعة توجب على المدين إلزامه في هذه الحال بتقديم التأمين فإذا لم يسـتجب بطل عقد المداينة وبطل تبعاً لذلك ما تضمنه .

ويلاحظ أن المشرع اقتصر على الاسباب الثلاثة التي ذكرت.

وفي سقوط الأجل بموت المدين خلاف على الوجه الآتي :

الأول : مـا ذهب إليه الحنفية والشـافعية من أن الأجل يسـقط بموت المدين .

الثاني : ما ذهب إليه المالكية من أن الأجل يسقط بموت المدين إلا إذا كان قد اشـترط على الدائن عدم سـقوطه بالموت (الدسـوقي على الشرح الكبير للدردير 265 و 266 طبعة الحلبي)

الثالث : ما ذهب إليه الحنابلة من أن الأجل يسقط بالموت إلا إذا

وثقه الوارث برهن أو كفيل.

وفي الأخذ بمذهب الحنفية والشافعية مجافاة وبعد عن تحقيق العدالة من ناحية أن الأجل له وزنه وأثره في قيمة الدين ومن ناحية أن المال الحال أكثر قيمة مما يساويه إذا كان مؤجلاً وفي إسقاط الأجل عن الدين زيادة له تعد ضارة بالورثة على ما في الأخذ بذلك المذهب من إضرار بالورثة ونقض لما تم من معاملة ولم يشرع الموت لإسقاط الحقوق ولا شك أن الأجل حق.

وفي الأخذ بمذهب المالكية إضرار بالورثة من ناحية أنهم يرون من مصلحتهم أن يلتزموا بالدين مؤجلاً حتى لا يرهقوا بالأداء الذي قد يؤدي بهم إلى بيع التركة وفي الأخذ بمذهب الحنابلة اضرار بالدائن الذي لم يرتض الا ذمة الوارث ولذا فإنه من المصلحة والارفق والأقرب إلى مراعاة كل من الدائن والورثة الأخذ برأي مستمد من المذهب المالكي والمذهب الحنبلي وهو أن الاجل لا يسقط بالموت إلا إذا كان هناك اشتراط من المدين بعدم سقوطه بالموت سواء كان اشتراطاً صريحاً أو بالعرف وفي رأي أن العرف الان جار على عدم سقوط الأجل بالموت فذلك ما جرت المعاملات عليه ومنذ ظهر ذلك في التشريع المصري اعتاده الناس وألفوه والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فإذا لم يكن اشتراط سقط الأجل بالموت إلا إذا وثّق الورثة الدين برهن أو كفيل وذلك رأي الحنابلة وفي هذا التوثيق مراعاة لمصلحة كل من الدائن والورثة بعد وفاة المدين، ومما ينبغي ملاحظته التمييز بين حالة سقوط الأجل وحالة حلول الأجل فسقوط الأجل يكون عند قيامه قبل حلوله أما حلول الأجل فإنه يكون بإنتهائه وتمامه ويحل الأجل بأمور منها انتهاء مدته وهذا أمر واضح كما يحل كذلك بالتنازل عنه ممن له مصلحة فيه سواء أكان المدين أم الدائن فقد يضرب الأجل لمصلحة

المدين وحده كما هو الشأن في عارية الإستعمال أو لمصلحة الدائن وحده كما هو الحال في الوديعة أو لمصلحتهما معاً كما في الإقالة من الاجارة فإذا كان الأجل لمصلحتهما معاً فليس لأحدهما التنازل عنه بانفراد وعليه لا يجوز انتهاء الاجارة إلا بإتفاق المؤجر والمستأجر ويجوز للمستعير أن يرد العارية قبل انتهاء مدتها ويجوز للمودع أن يسترد العارية قبل انقضاء الأجل في الوديعة.

وإذا كان الأجل صحيحاً وحل بإنقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عند الوضع الذي رأيناه فيما مضى أصبح الحق المؤجل نافذاً دون أن يكون لذلك أثر رجعي فلا يعتبر الحق نافذاً إلا من وقت حلول الأجل وفي الأجل الفاسد ينقضي الحق بحلوله من تلقاء نفسه على أنه يجوز للطرفين مد الأجل مرة أو أكثر بإتفاق جديد بينهما ويكون انقضاء الحق بحلول الأجل في هذه الحالة دون أثر رجعي فينقضي الحق من وقت حلول الأجل لا من وقت الإتفاق، ويراجع بالإضافة إلى المراجع المشار إليها أعلاه المواد من (212 ـ 215) من مرشد الحيران.

وهذه المواد تقابل المواد من (402 ـ 406) أردني و (271 ـ 274) مصري ومن (271 ـ 274) سوري ومن (291 ـ 297) عراقي.

الفصل الرابع
تعدد محل التصرف

نظرة عامة :

هذا الموضوع يقتضى أن يكون التخيير بين محلين أو أكثر يتوفر في كل محل منها ما يجب توافره من شروط في محل الإلتزام

ويكون الواجب أداء واحد منها لكي تبرأ ذمة المدين براءة تامة فإذا كان التخيير فيه بين شيئين فقط لم تتوافر في أحدهما شروط المحل في الإلتزام كان الثاني هو المحل للإلتزام فقط وكان الإلتزام بسيطاً غير تخييري العبرة بتوفر الشروط في جميع المحال وقت نشوء الإلتزام فإذا لم تتوفر في أحدهما في ذلك الوقت لم يصبح محلاً ولو توفرت فيه بعد ذلك ومن الواضح في الإلتزام التخييري أن أحد الأشياء هو الواجب أداؤه ولذا لا يتوجه الطلب إلا إلى واحد منها فقط لا إلى جميعها والإلتزام التخييري ليس التزاماً بشيء غير معين كما في التزام البائع بأن يبيع للمشتري أردباً من هذا القمح وإنما هو إلتزام بأداء شيء معين من بين أشياء معينة يختار منها ويقضي المشرع بأن الخيار للمدين في إختيار محل الأداء ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار لغيره دائناً أو غيره ومصدر هذا الخيار غالباً الإتفاق وقد يكون مصدره القانون.

ولا يختلف الفقهان الشرعي والوضعي في بيان معنى الإلتزام التخييري وإن إختلفا في تسميته فإن الفقه الإسلامي يسميه بخيار التعيين وهي تسمية لا تدل على أنه خاص بحالات الإلتزام بل تتسع لأن يكون خيار بين شيئين أو أكثر مطلوب أحدهما على وجه الاستحسان أو الأولوية فيتحقق المطلوب بأدائه في حين أنه لا يجب الأداء في أي منها عند ذلك لأن الطلب فيها كلها طلب استحسان وتفضيل لا طلب إلزام وذلك مثل أن تطلب من صديق لك أن يعيرك أحد كتابين معينين على أن يكون التعيين له.

ويلاحظ أن تعيين محل الأداء في الحالتين حال بثبوت الخيار للمدين أو للدائن يستند إلى وقت التعيين فيعتبر محل الإلتزام واحد منذ البداية والإلتزام بسيطاً ذا محل واحد هو الذي وقع الإختيار عليه.

وإذا كان الخيار للمدين فاختار ولم يتصل علم الدائن باختياره فما الحكم ؟ في المسائل الفقهية المماثلة إن الإختيار تام وملزم فلا يجوز له العدول عن اختياره إلى اختيار محل آخر وليس للدائن أن يحتج بعدم علمه بذلك قياساً على أن القبول يكون من أحد العاقدين عند التعاقد بالكتابة إذ لا يلزم في نفاذ القبول اتصال عام الموجب به ولكن لإستقرار المعاملات والمصلحة التي تبعد عن النزاع يمكن أن يقال أن الخيار لا يتم ولا يلزم إلا إذا اتصل علم الطرف الآخر به حتى يكون على بيّنة من أمره وبما له من حق مطالب به بنى تصرفه عليه كما يستظهره فضيلة الشيخ علي الخفيف وهو يشبه إلى حد بعيد ما ذهب إليه أبو يوسف من اشتراط علم الطرف الآخر في العقد الذي اشترط فيه الخيار بما تم فيه من نسخ من له الخيار وإذا ما اتصل علم الطرف الآخر باختيار أحد المحلات لزمه ذلك أما قبل هذا فلمن وقع منه الإختيار العدول عن اختياره إلى اختيار محل آخر.

والإلتزام التخييري لا يتنافى مع المبادئ الفقهية العامة غير أنه يبدو أنه خاص بالعقود اللازمة إذ هي التي تتضمن الإلتزام الحتم أما ما لا يتضمن إلتزاماً من العقود فلا يتسنى له معه ثبوت إلتزام تخييري مع مراعاة وصف الإلتزام وان أمكن أن يكون فيها اختيار من أحد العاقدين عند تعدد محلها فالوكالة إذا ما تعدد محلها كأن تكون في بيع هذا البيت أو هذا البيت مثلاً بناء على اختيار الوكيل يكون للوكيل أن يختار أحد المحلين وكذلك إذا تعدد المحل في العارية كأن تقع الإعارة على منزل معين من هذه المنازل يختار المستعير أحدهما فإنه يكون للمستعير اختيار أحد هذه المنازل وقد يدعم ذلك ما في هذه العقود غير اللازمة من ترتب آثارها عليها قطعاً ما دامت قائمة لم تفسخ ومن أثار ذلك ثبوت المطالبة وثبوت الإلتزام التخييري بمراعاة هذا المعنى وكذلك يلاحظ أن الإلتزام الاختياري كما يكون في

العقود الناشئة بالإرادتين يكون في العقود الناشئة بإرادة واحدة كما في الطلاق حين يطلق الزوج إحدى زوجتيه فإن عليه اختيار إحداهما وكما في الإبراء إذا أبرأ الدائن أحد مدينيه فلاناً أوفلان كان له أن يختار أحدهما غير ان أحكام هذه المسائل جميعاً تختلف بإختلاف موضوعاتها ومحالها فالواجب حيئنذ مراعاة ذلك في كل مسألة نظراً إلى ما هو مقرر في محله أو في موضوعه فخيار التعيين وهو ضرب من الإلتزام الإختياري يرجع إلى أحكامه التفصيلية في باب البيع عند من يقول به من الفقهاء وهم الحنفية والمالكية وإذا كان الإلتزام قد اشتمل على أشياء عينية متعددة وبتسليم عين منها ثم استحال تنفيذ ذلك التسليم فيها جميعها بأي سبب من الأسباب فكانت هذه الإستحالة بسبب اعتداء المدين ولو فيما يتعلق بعين من هذه الأعيان فإنه حينئذ يكون ملزماً بأن يدفع للدائن قيمة آخر عين استحال تنفيذ تسليمها.

وهذه الحال إنما يتمثل في خيار التعيين في العقود التي يكون محلها قيام أحد العاقدين بتسليم عين إلى العاقد الآخر كعقد البيع مثلاً ولم يذهب إلى جواز خيار التعيين إلا الحنفية والمالكية استثناء من قاعدة تعيين محل العقد فذكروه في عقد البيع وصورته أن يبيع شخص لآخر عدة أشياء مختلفة الثمن على أن يكون للمشتري اختيار واحد منها في مدة معينة وله أحكام عديدة فيها بين الحنفية والمالكية القائلين به من ناحية مدته واشتراط الخيار منه وعدم اشتراطه إلى غير ذلك من الأمور التي تتعلق بتلف أحد الأشياء التي اشتملها العقد أو تلفها جميعها وبحدوث ذلك قبل التسليم أو بعده وبأن يكون التلف بفعل المدين المطالب بالتسليم أو بفعل صاحبه الدائن وبحدوثه في جميع الأشياء التي شملها العقد وفي الإلتزام البدلي مثل أن يقرض شخص آخر مبلغاً من النقود على أن يكون له حق الوفاء عند حلول

الأجل بأداء بدل آخر عنـه دار أو أرض معينة فيكون مبلغ النقود وهو محل الإلتزام الأصلي والدار أو الأرض هي البديل.

ويجب أن يتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام وإلا كان الإلتزام باطلاً أما البديل فإن توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الأصيل وإلا سقط هو وبقي الإلتزام قائماً بمحله الأصلي وعلى ذلك لا يكون البديل محلاً للمطالبة من الدائن ولكنه يقوم مقام المحل الأصلي إذا ما أراد المدين أن تبرأ ذمته بأدائه كما تبرأ أيضاً بأداء البديل إذا شاء في أي وقت دون تقيد بتعذر أداء المحل الأصلي وعلى ذلك يكون للمدين أن يختار الوفاء بأحد الأمرين الأصيل أو البديل وليس لهلاك البديل أثر في بقاء الدين أو سقوطه غير أنه إذا هلك استقل بالمحل الأصلي وحده بالوفاء فإذا هلك سقط الإلتزام ومصدر خيار المدين غالباً هو الإتفاق وعلى الجملة يلاحظ أن الشريعة الإسلامية لا تعرف هذه المعاملة إذا لم ير رجال الفقه الإسلامي عرفاً جرى بها ، ولكنها مع ذلك لا تتعارض مع القواعد الشرعية والأصول العامة إذا لم تؤدي إلى معاملة ممنوعة شرعاً.

الفرع الأول
التخيير في المحل

المادة (434)

يجوز أن يكون محل التصرف عدة أشياء على أن تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحدا منها.

ويكـون الخيـار للمدين إذا كان مطلقـا إلا إذا قضى الاتفاق أو القانـون بغير ذلك ويسـري على محل التصـرف الأحكام الخاصة بخيار التعيين

الفرع الثاني
إبدال المحل

المادة (435)

1. يكون التصرف بدليا إذا كان محله شـيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر.

2. الأصل لا البديل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته.

المذكرة الإيضاحية :.

تناولـت هاتـان المادتـان أحـكام تعدد محـل الإلتـزام بنوعية التخييري والبدلي فمحل الإلتزام التخييري أشياء متعددة ولكن تبرأ ذمـة المدين إذا أدى واحـداً منها وإذا كان الخيار مطلقـاً فهو للمدين إلا إذا اتفـق الطرفان أو نص القانون على غير ذلك أما الإلتزام البدلي فهـو في محله واحد وإنما تبرأ ذمة المديـن إذا أدى بدله وينقضي بذلك إلتزامه ويلاحظ أن الفقه الإسـلامي قد عالج الإلتزام ذا المحل المتعدد أحدهما واجب الأداء في خيار التعيين وهو يختلف عن الإلتزام بأشـياء متعـددة كلها واجبة الأداء وخيار التعيين في الفقه الإسـلامي لايجوز أن يقـع على أكثر من أشـياء ثلاثة ويلزم فيه ذكر مـدة التعيين على خلاف في الرأي فقد جاء في كتاب المبسـوط للسرخسـي ج 13 ص 57

أنه إذا زاد العدد على ثلاثة فالعقد فاسد .... وجه الإستحسان ..... ان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة ... جيد و وسط و رديء ... وجاء في البدائع ج 5 ص 157 وما بعدها وكذا إذا قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار بأخذ أيهما شئت بثمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفي الإستحسان لا يفسد وجه القياس ان البيع مجهول لأنه باع أحدهما عين وهو غير معلوم فكان البيع مجهولاً فيمتنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار وجه الإستحسان الإستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما ماس الحاجة إلى دفع العين وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع العين وورود الشرع هناك يكون وروداً فهنا الحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لإقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء فينبغي الحكم في الزيادة مردود إلى أصل القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ... وفي ص 157 من نفس المرجع وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا ممنوع فإنه إذا شرط الخيار كأن قال على أن تأخذ أيهما شئت انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأجر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة ، وفي بيان المدة في هذا الخيار اختلفت المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار الثلاثة أيام وذكر في الأصول على أن يأخذ أيهما شاء ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة وعندها الثلاث وما زاد عليهما بعد أن يكون معلوماً وهو قول السرخسي والطحاوي وقال بعضهم يصح من غير ذكر وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوباً واحداً معيناً وشرط فيه

الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع فكذا إذا كان واحد غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وأنه مفسد للبيع لأن للمشتري أن يردهما جميعاً والثابت بخيار التعيين رد أحدهما وهذا حكم خيار الشرط فلا بد من ذكر مدة معلومة وجه قول الآخرين أن توقيت الخيار في العين انما كان شرطاً لأن الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة إلى دفع الغبن بواسطة التأجيل فكان في معنى الاستثناء فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك في الوقت عند ثبوت حكم البيع فيه ... وفي آخر صفحة 127 من نفس المرجع (وخيار التعيين يورث بالإجماع) وقد ورد في ذلك في الأحكام العامة . مادة (236) من القانون.

وقد تضمن القانون الأحكام العامة التي لا تتعارض مع تطور المعاملات ونص على جواز أن يكون محل التصرف أشياء تبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها كما وضع نص عام مقتضاه سريان الأحكام الخاصة بخيار التعيين الواردة في أحكام العقود على التصرف التخييري سواء في ذكره من ناحية تحديد مدته أو أحكام الهلاك وغير ذلك من الأحكام.

أما بالنسبة للإلتزام البدلي فقد نص المشرع على أن يكون الإلتزام بدلياً إذا كان محله شيئاً واحداً أو يمكن تبرئة ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر على أن تحدد طبيعة الإلتزام ومحله بالأجل لا البدل ويفترق الإلتزام البدلي عن التخييري في أن الأول ينحصر في الإلزام بأمر واحد يعين عند الإتفاق مع إعطاء المدين حق الوفاء ببدله وبذلك تبرأ ذمته وقد يكون مصدر الإلتزام البدلي عقداً من العقود أو نصاً من نصوص القانون وتتعلق أحكام الإلتزام البدلي بمحله الأصلي دون البدل أما قاعدة إذا بطل الأصل يصار إلى البدل (م 53

من المجلة) فمؤداها أنه يجب إيفاء الأصل وهو الذي تتعلق به الأحكام وإنما يجوز إيفاء البدل بإتفاق الطرفين ولا يجوز الوفاء بالبدل ما دام الأصل قائماً لأن إيفاء الأصل هو الأداء أما إيفاء الشيء بالبدل فهو إيفاء بالخلف عن الأصل والرجوع إلى الخلف مع وجود الاصل غير جائز ومثاله عن المال المغصوب إذا كان موجوداً فإن على الغاصب وجوب رده عيناً وإلا انتقل حق مالكه إلى البدل ومؤدى ذلك أن محل الإلتزام هو الأصل وهو ما تترتب عليه أحكامه (تراجع المواد (53) ومن (306 ـ 319) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والمواد من (410 ـ 413) من مرشد الحيران والبدائع ج 5 ص 126 ـ 158).

وهاتان المادتان تقابلان المواد من (407 ـ 411) أردني و من (275 ـ 287) سوري و مصري ومن (298 ـ 302) عراقي.

الفصل الخامس
تعدد طرفي التصرف

الفرع الأول
التضامن بين الدائنين

المادة (436)

لا يكون التضامن بين الدائنين المتضامنين إلا باتفاق أو بنص في القانون.

المادة (437)

للمدين أن يوفي دينه إلى أي من الدائنين المتضامنين إلا إذا أنذره أحدهم بعدم وفائه له.

المادة (438)

إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الباقين إلا بقدر حصة ذلك الدائن.

المادة (439)

1. للدائنين المتضامنين مطالبة المدين بالدين مجتمعين أو منفردين.

2. وليس للمدين أن يعترض على دين أحد دائنيه المتضامنين بأوجه الاعتراض الخاصة بدائن آخر وله أن يعترض بأوجه الاعتراض الخاصة بهذا الدائن وبالأوجه المشتركة بين جميع الدائنين.

المادة (440)

كل ما يؤدي من الدين لأحد الدائنين المتضامنين يعتبر من حقهم جميعا بالتساوي بينهم إلا إذا نص القانون أو اتفقوا على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تناول هذا الفصل تعدد طرفي التصرف فبدأ بالتضامن بين الدائنين ثم الدين المشترك بوصفه صورة من صور تضامن الدائنين في الفقه الإسلامي وقد عرف الفقه الإسلامي نظام الدائنين المتضامنين والمدينين المتضامنين إلى جانب الدين المشترك ويقوم التضامن بين الدائنين في شركة المفاوضة سواء أكانت شركة أموال أم شركة وجوه متى كان الدين ناشئاً عن مباشرة أعمالها التجارية فيعتبر الشركاء دائنين متضامنين بالثمن إذا باع أحدهم مالاً للشركة ويقوم المتضامنين بين الدائنين في شركة العنان إذا كانت شركة أعمال فالشركاء دائنون بالأجر المستحق ولكل منهم أن يطالب المدين بكل الدين وإذا أدى المدين كل الدين إلى أحد الدائنين المتضامنين برئت ذمته نحو الجميع فيرجع الدائنون على شريكهم الذي قبض الدين كل منهم بقدر حصته فيه، ويقوم التضامن في شركة المفاوضة على فكرة الوكالة فكل شريك وكيل عن الآخر في القبض والتقاضي وفي جميع حقوق العقد أما في شركة العنان فيقوم التضامن على فكرة تضامنهم كمدينين بإلتزامهم بالعمل فيكونون دائنين متضامنين في حقهم في الأجر.

وقد عالج المشرع في القسم الأول من هذا الفصل أحكام التضامن بين الدائنين ثم عقب بالدين المشترك لأنه أكثر ظهوراً في الفقه الإسلامي.

ومن المقرر أن مصدر التضامن كتصرف يتم بعقد أو إرادة منفردة ذلك لأن التضامن بنوعيه لا يفترض وقد نصت المادة (436) على أنه يتم بالإتفاق أو بنص القانون أما عن تحديد الصلة بين الدائنين

بشـأن وفاء الدين بوصفه الأثر المباشـر لقيام التضامن وصلة الدائنين بالمديـن فقد نصت المـادة (437) على أن تبرأ ذمـة المدين إذا أدى الدين إلى أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا أنذره أحدهم بعدم الوفاء له كما نصـت المـادة (438) على أنـه إذا برئت ذمـة المدين قبل أحـد الدائنين المتضامنـين بسـبب غيـر الوفاء فـلا تبرأ ذمتـه قبل الباقـين إلا بقدر حصة ذلك الدائن كما نصت المادة (439) على أن للدائنين المتضامنين مجتمعـين أو منفرديـن مطالبة المديـن بالوفاء ولا يجوز عنـد مطالبة احدهـم أن يعترض ضـده بأوجه الإعتـراض الخاصة بدائـن آخر بل يعترض بأوجه الإعتراض الخاصة به أو بالإعتراضات المشـتركة بين الدائنـين جميعاً فقد يلحق رابطة بعض الدائنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذي يتعلق برابطة الآخرين كأن يكون الدين معلقاً على شرط بالنسـبة لفريق مضافاً إلى أجل بالنسـبة للباقين وعندئذ يتعين على كل دائن مراعاة هذا الوصف عند المطالبة.

وقـد نصت المـادة (440) على أن كل ما يـؤدي من المدين لأحد الدائنين المتضامنين يعتبر من حقهم جميعاً ويقسـم بينهم بالتساوي إلا اذا كان هناك اتفاق او نص في القانون يقضي بغير ذلك فالدين وحده لا يقبـل التجزئة في صلة الدائنين بالمدين وكل مـا يؤديه لأحدهم من هذا الدين يصبح من حقهم جميعاً بنسـبة سهامهم وإذا لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون على طريقة اقتسـام المبلغ المسـدد قسّم الدين بالتساوي.

ومصدر الأحكام السـابقة فضـلاً عن إتفاقهـا مع الأحكام الـواردة في هـذا الباب من التقنينات هو المـواد (169 و 171 و 173 ـ 189) من مرشـد الحيران والمواد (1091 و 1112) مـن المجلة والبدائع (ج 6 ص 41 ـ 51 و 73 و 74 و 76) والفتـاوى الهنديـة ج 2 بـاب شـركة المفاوضـة

والمبسـوط (ج 11 ص 174 ــ 177) و (ج 3 ص 174 ـ 180) في الشـركات والدين المشترك على ما سيبين.

والدين المسـتتر صورة من صور التضامن بـين الدائنين يعرفها الفقه الإسلامي وقد تضمنها القانون العراقي نقلاً عن أحكام المجلة وقد استكمل القانون مواد التضامن بين الدائنين بإيراد المواد السالف الإشارة إليها حتى يستوعب النقض في بعض الأحكام التي وردت في باب الدين المشترك في كل من مرشد الحيران والمجلة.

الفرع الثاني
الدين المشترك

المادة (441)

يكون الدين مشـتركا إذا اتحد سببه أو كان ديناً آل بالإرث إلى عدة ورثة أو مالا مستهلكا مشتركا أو بدل قرض مستقرض من مال مشترك.

المادة (442)

لكل من الشـركاء في الدين المشـترك أن يطلـب حصته فيه ويكـون ما قبضه مالا مشـتركا بـين جميع الشـركاء لكل بقدر نصيبه.

المادة (443)

1. إذا قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك فللشريك الآخر أن يشركه فيه بنسبة حصته. ويتبعان المدين بما بقي أو أن يترك ما قبضه على أن يتبع المدين بحصته.
2. فإذا اختار الشريك متابعة المدين فليس له أن يرجع على شريكه إلا إذا هلك نصيبه ويكون ذلك بنسبة حصته فيما قبض.

المادة (444)

1. إذا قبض أحد الشركاء حصته في الدين المشترك ثم تصرف فيها أو استهلكها فللشركاء الآخرين أن يرجعوا بأنصبائهم فيها.
2. فإذا تلفت في يده بلا تقصير منه فلا ضمان عليه لأنصبة شركائه فيها ويكون قد استوفى حصته وما بقي من الدين بذمة المدين يكون لشركائه الآخرين.

المادة (445)

إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلا بحصته في الدين المشترك أو أحاله المدين على آخر فللشركاء أن يشاركوه بحصصهم في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه.

المادة (446)

إذا اشترى أحد الشركاء بنصيبه في دين مشترك مالا من المدين فللشركاء أن يضمنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه

أو أن يرجعوا بحصصهم على المدين ولهم أن يشاركوه ما اشتراه إذا اتفقوا على ذلك.

المادة (447)

يجوز لأحد الشركاء أن يهب حصته في الدين للمدين أو أن يبرئه منه ولا يضمن أنصبة شركائه فيما وهب أو أبرأ.

المادة (448)

يجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يصالح عن حصته فيه فإذا كان بدل الصلح من جنس الدين جاز للباقين أن يشاركوه في المقبوض أو أن يتبعوا المدين وان كان بدل الصلح من غير جنس الدين جاز لهم أن يتبعوا المدين أو الشريك المصالح وللمصالح أن يدفع لهم نصيبهم في المقبوض أو نصيبهم في الدين.

المادة (449)

1. لا يجوز لأحد الشركاء في دين مشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا التأجيل.
2. ويجوز له أن يؤجل حصته دون موافقة الباقين وفي هذه الحالة ليس له أن يشاركهم فيما يقبضون من الدين.

المذكرة الإيضاحية :.

تناولت المادة (441) مصدر الدين المشترك فنصت على أن يكون الدين مشتركاً إذا اتحد سببه أو لأنه كان ديناً آل بالإرث إلى عدة ورثة أو مالاً مستهلكاً مشتركاً أو بدل قرض مستقرض من مال مشترك ويتبين من النص أن الدين المشترك له مصدر واحد وإلا فإن الدين ينقسم ويرجع الإشتراك في الدين إلى طبيعة الأشياء فقد يكون المال الذي نشأ عن الدين مالاً شائعاً أو إلى إتفاق المتعاقدين إذا تعدد الدائنون واتفقوا مع المدين على أن يكون الدين مشتركاً بينهم وذلك بأن يجعلوا الصفقة واحدة فهناك صورتان لمصدر الدين وهما سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه ووحدة الصفقة.

وقد ينشأ الدين مشتركاً منذ البداية مثاله أن يؤول دين للتركة إلى عدة ورثة وقد يكون المال الشائع موجوداً من البداية ومثل ذلك أن يرث ورثة متعددون عيناً من أعيان التركة على الشيوع ويبيع الورثة العين صفقة واحدة فالدين بالثمن الذي نشأ عن هذا المال الشائع يكون ديناً مشتركاً بين الورثة المتعددين وإذا أتلف شخص عيناً مشتركة بين مالكيها فالضمان لهم وهو دين مشترك بينهم وكذلك إذا أقرض الملاك المتعددون شخصاً مالاً شائعاً بينهم فالقرض دين مشترك.

وقد يرجع الإشتراك في الدين إلى الإتفاق كما إذا باع شخصان مالاً مشتركاً بينهما لمشترك واحد صفقة واحدة بثمن واحد من غير تعيين ثمن حصة كل منهما وهذا لا يمنع من الإتفاق بينهما على تحديد حصة كل منهما في الثمن .

ومما سبق يتضح أن مصدر الدين المشترك قد يكون وضعاً قانونياً وهو سبق الإشتراك في الدين (القانون) وقد يكون وحدة الصفقة هذا وضع اتفاقي أي أن مصدر الدين المشترك هو القانون أو الإتفاق وقد سبق النص في التضامن بين الدائنين أنه لا يتم إلا بنص في القانون أو بالإتفاق، أما آثار الإشتراك في الدين فقد نظمته المواد (442 ـ 449) وقد تضمنت آثار الإشتراك في الدين بالنسبة لعلاقة الدائنين بالمدين وبالنسبة لعلاقة الدائنين بعضهم ببعض.

وبالنسبة لعلاقة الدائنين بالمدين نصت المادة (442) على أن لكل دائن في دين مشترك أن يطلب من المدين على أن يكون ما قبضه مشتركاً بين جميع الشركاء لكل منهم بقدر نصيبه وقد نصت المادة (173) من المرشد على أنه إذا كان الدين المطلوب من المدين مشتركاً بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء أن يطلب حصته ولا يختص القابض بما قبضه بل يكون مشتركاً بين الشركاء لكل واحد منهم حق فيه بقدر حصته، وجاء في الهامش أن النص يستفاد حكم أوله من كتاب التنوير فصل المطالبة بالدين، وحكم آخره من الفتاوى الهندية (ج 2 ص 290) كما نصت المادة (1100) من المجلة على أنه وإن كان الدين مشتركاً فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المدين في غيبة أحد الدائنين .. ونصت المادة (1101) منها على أن ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الآخر أخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض أن يختص به وحده.

وتختلف الصورة عن التضامن بين الدائنين إذ أنه في التضامن بين الدائنين يجوز لأي منهم أن يطالب بكل الدين كما يجوز لهم مجتمعين أن يطالبوا به أيضاً ولهم الرجوع على الدائن الذي قبض الدين بحصصهم

فيه، ويترتب على أن الدائن في الدين المشترك لا يرجع على المدين إلا بحصته ان كثيراً من حالات انقضاء الإلتزام في تضامن الدائنين بسبب غير الوفاء كالمقاصة والتجديد واتحاد الذمة والإبراء والتقادم لا توجد في الدين المشترك إذ أن الدائن لا يستوفي إلا حصته.

والدائن في علاقة الدائنين بعضهم ببعض في الدين المشترك إذا قبض حصته في الدين كان للآخرين أن يشاركوه فيما قبض كل بنسبة حصته في الدين على أن يتبعوا المدين بما بقي منه أو أن يتركوا له ما قبضه على أن يتبع كل منهم المدين بحصته في الدين.

فإذا اختار الشريك متابعة المدين فليس له أن يرجع على شريكه في الدين بنصيبه فيما قبض إلا إذا هلك نصيبه فله أن يرجع عليه بنسبة حصته فيما قبض مادة (443) وقد نصت المادة (174) من المرشد على أنه إذا قبض أحد الشريكين شيئاً من الدين المشترك فالشريك الآخر بالخيار إن شاء شاركه فيما قبضه عيناً واخذ منه ما أصاب حصته ويتبعان المدين بما بقي لكل منهما في ذمته وان شاء سلم للقابض ما قبض واتبع المدين بحصته فإذا اختار متابعة المدين فلا يرجع على القابض بشيء إلا إذا هلك نصيبه بأن مات المدين مفلساً ففي هذه الصورة يرجع على القابض بحصته فيما قبض ويأخذ منه مثل المقبوض لا عينه وجاء في الهامش أن حكم هذه المادة يستفاد من شرح التنوير ج 4 ص 662 و 663 ومن حاشية ابي السعود على ملا مسكين ج 3 ص 184 ومن الفتاوى الهندية ج 2 ص 336 وما بعدها .

وفي الصورة السابقة يتمثل التضامن الذي يقوم عليه الدين المشترك في الفقه الإسلامي وقد تفادى ما شاب نظام التضامن بين الدائنين من عيوب.

وقد تضمن المواد (445، 446، 447، 448) بعض صور تصرف أحد الدائنين في حصته بالبيع أو الهبة أو المصالحة وتجري جميعها طبقاً للقواعد العامة في الدين المشترك.

أما المادة (449) فقد نصت على أنه لا يجوز لأحد الشركاء في دين مشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا التاجيل وهو نص مستمد من المادتين (187 و 189) من المرشد والمادة (1112) من المجلة وقد نصت المادة (187) من المرشد على أنه (إذا كان الدين المشترك موروثاً فلا يجوز لأحد الشريكين أن يؤجل حصة شريكه بلا اذن وله أن يؤجل حصته) ونصت المادة (189) على أنه (إذا كان الدين المشترك واجباً بعقد قرض فلا يجوز للشريك الذي باشر العقد ولا للشريك الآخر أن يؤجله وان اجله أحدهما فلا يلزم تاجيله ولكل منهما اقتضاؤه حالاً) والنص الأول من الفتاوى الهندية ج 4 ص 216 والثاني من التنوير ج 4 ص 234 ما جاء في هامش المرشد ، أما المادة (1112) من المجلة فقد نصت على أنه (ليس لأحد الدائنين أن يؤجل الدين المشترك بلا اذن الآخر) وفي شرح المجلة تعقيباً على هذا النص ج 3 ص 79 أنه يستفاد من اطلاق عدم التأجيل عدم جواز تأجيل كل الدين المشترك لأنه تصرف في حق الغير بلا اذن وليس له تاجيل بعض الدين المشترك أي حصته لأنه لو جاز هذا التأجيل للزم تقسيم الدين قبل القبض مع كونه جائز لأن القسمة تمييز ولا يتصور التمييز في الشيء الثابت في الذمة وكل شريك من الشريكين في القسمة يملك شريكه الآخر حصته مقابل الحصة التي يملكها من شريكه مع أنه لا يجوز تمليك الدين لغير المدين لذلك كان هذا التمليك نقل وصف من محلة إلى محل آخر وانتقال الأوصاف محال ولأن الدين ليس إلا وصفاً شرعياً يظهر أثره عند المطالبة وقد قلنا أن هذا التأجيل يؤدي إلى قسمة حصة الدين قبل القبض وذلك لأنه لو جاز التأجيل لكان نصيب كل واحد

من الشريكين مخالفاً لحصة الآخر في الوصف والحكم ورغم أن الرأي السابق للإمام أبي حنيفة وهو يخالف رأي الصاحبين فهما يجيزان تأجيل الدائن حصته وقد قصر صاحب المرشد هذا التأجيل على المال الموروث دون مبرر كما طرح المشرع هذا الحكم وارتأى ادراج حكم عام هو عدم جواز التأجيل بغير اتفاق طالما كان مصدر التضامن هو نص القانون او الاتفاق، وبالإضافة إلى المراجع المشار إليها يراجع شرح المجلة لعلي حيدر في المواد (1091 ـ 1095 و 1103 ـ 1105 و 1106 و 1109)، (ورد المحتار ج 4 ص 481 وما بعدها والمغني ج 5 ص 85 وما بعدها).

وهذه المواد تقابل المواد من (412 ـ 425) أردني و من (279 ـ 283) مصري و من (279 ـ 283) سوري و من (303 ـ 319) عراقي.

الفرع الثالث
التضامن يبن المدينين

المادة (450)

لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون.

المادة (451)

إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه بريء الآخرون

المادة (452)

1. للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم مراعيا ما يلحق علاقته بكل مدين من وصف يؤثر في الدين.
2. ولكل مدين أن يعترض عند مطالبته بالوفاء بأوجه الاعتراض الخاصة به أو المشتركة بين المدينين فحسب.

المادة (453)

إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على الوفاء الاعتياضي برئت ذمة الباقين إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم جميعا

المادة (454)

إذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بسبب غير الوفاء فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة هذا الدين.

المادة (455)

إذا لم يوافق الدائن على إبراء باقي المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا إذا احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه.

المادة (456)

إذا أبـرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقي حقه في الرجوع على الباقين بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

المادة (457)

إذا أبـرأ الدائـن أحـد المدينـين المتضامنـين من الديـن أو من التضامـن فلباقي المدينين أن يرجعوا على هذا المدين بنصيبه في حصة المفلـس منهم إلا إذا كان الدائن قد أبرأه من كل مسـئولية من الدين فإن الدائن يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المفلس

المادة (458)

1. عدم سـماع الدعوى لمرور الزمان بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يفيد باقي المدينين إلا بقدر حصة ذلك المدين.
2. وإذا انقطـع مـرور الزمان أو وقف سـريانه بالنسـبة لأحد المدينين المتضامنين فليس للدائن أن يتمسك بذلك قبل الباقين.

المادة (459)

المدين المتضامن مسـئول في تنفيذ التزامـه عن فعله وإذا أعذره الدائن أو قاضاه فلا أثر لذلك بالنسبة إلى باقي المدينين أما أعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقين.

المادة (460)

لا ينفذ الصلح الذي يعقده أحـد المدينين المتضامنين مع الدائن إذا رتـب في ذمتهم التزامـا جديـدا أو زاد في التزامهـم إلا إذا قبلـوه ويسـتفيدون من الصلـح إذا تضمن إبراء من الدين أو بـراءة الذمة منه بأي وسيلة أخرى.

المادة (461)

إقرار المدين المتضامن بالدين لا يسري في حق الباقين ولا يضار باقـي المدينين المتضامنين إذا وجه الدائن إلى المدين يمينا فنكل عنها أو وجـه المدين إلى الدائن يمينا فحلفها أمـا إذا وجه الدائن إلى المدين يميناً فحلفها فإن باقي المدينين يفيدون من ذلك.

المادة (462)

إذا صـدر حكم على أحد المدينـين المتضامنين فلا أثر له على الباقين وإنما يسـتفيدون منه إذا صدر لصالحه إلا إذا بني على سـبب خاص به.

المادة (463)

لمن قضـي الدين من المدينـين المتضامنين حـق الرجوع على أي من الباقين بقدر حصته فان كان أحدهم مفلسـا تحمل مع الموسـرين المتضامنـين تبعـة هذا الإفـلاس دون إخـلال بحقهـم في الرجوع على المفلس عند ميسرته.

المادة (464)

إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو المدين الأصلي بالدين وباقي المدينين كفلاء فلا يحق له بعد الوفاء بالدين الرجوع عليهم بشيء.

المذكرة الإيضاحية :-

يعرض الفقه الإسلامي نظام تضامن المدينين فيما يقوم بين الشركاء في شركة المفاوضة ولو نشأ الدين عن غير اعمال التجارة وفي شركة العنان اذا كانت شركة اعمال فيكون الشركاء متضامنين في التزامهم بالعمل وهم مدينون ايضاً بالتضامن بمقابل التضمينات التي تستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم ولو كان الهلاك منسوباً لخطأ أحدهم دون الآخرين وهناك تضامن اتفاقي بين المدينين فاذا نشأ الالتزام عن مصدر واحد وكان محله واحداً وتعدد المديونيون وكفل بعضهم بعضاً كانوا جميعاً مدينين متضامنين بين المدينين سواء كان اتفاقياً او قانونياً في شركتي المفاوضة والعنان يقوم على فكرة الكفالة المتبادلة بين المدينين ومن ثم فإن أحكام الكفالة هي التي تسري ويجوز للدائن أن يرجع على اي مدين بكل الدين بصفته اصيلا عن نفسه وكفيلا عن الاخرين ويجوز لأي مدين ان يؤدي للدائن الدين كله بصفته اصيلاً وكفيلاً وله ان يرجع على الاخرين ككفيل اذا كانت الكفالة بامرهم وله ان يرجع على كل منهم بحصته وبنصيبه في حصص الاخرين ثم يرجعان معاً بالباقي على سائر المدينين وان كان التزام المدينين المتضامنين عند تعددهم يختلف سبباً عند تعدد الكفلاء إلا أننا نعرضه كصورة من صور الإلتزام التضامني في الفقه الإسلامي وقد صيغت النصوص مستلهمة

كلتـا الصورتين، ففي كتاب الكفالة من كتاب البدائع جزء 6 ص 11 و 14 و 15 احـكام عامـة تتفـق إلى حد بعيد مع احـكام التضامن ولا تـكاد تختلف فيها إلا في مواضع قليلـة والكفالة لغة ضم والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعاً لا تمليك ص 2 جزء 6 (البدائع) وفي ص 11 امـا الكفيل بالمال فإنما يخرج من الكفالـة باحد امرين احدهما اداء المـال إلى المطالـب او ما هو في معنى الاداء سـواء كان الاداء من الكفيـل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسـل إلـى الاداء فاذا وجد فقـد حصل المقصـود فينتهـي حكـم العقد وكـذا وهـب المطالب المال مـن الكفيل او من الاصيـل لان الهبة بمنزلـة الأداء، وكذا اذا تصـدق به على الكفيـل أو الأصيل لان الصدقة تمليـك الهبة فكان هو واداء المال سـواء كالهبة، والثاني : الإبراء (وما هو في معناه) فإذا ابـرأ المطالب الكفيـل أو الأصيل خرج عن الكفالة غيـر أنه إذا أبرا الكفيل لا يبرا الأصيل واذا ابرا للأصيل يبرا الكفيل لأن الدين على الأصيل لا علـى الكفيل انما عليه حق المطالبة فـكان ابراء الأصيل ومتى ملكـه بريء فيبرأ الكفيل ... ولو ابـرا الكفيل المكفول عنه ضمنـه ضرورة .... وفي آخـر ص 13 وأول ص 14 ولو مات المطالب فورثه الكفيـل يرجع على الاصيل ولوروثـه الأصيل يبرأ الكفيل لأن الأرث من اسـباب الملك فيملكـه الاصيل ومتى ملكه بـرئ فيبرأ الكفيل ..... ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو اداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لأن سـبب وجوب الحـق له على الأصيل والعقد باذنه موجود والابراء من الحق بعد وجود سبب للوجوب جائز كالابراء عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة .. ولو قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال يرجع على الأصيل بالإجماع ... ولو كفل رجلان لرجل عن رجـل بامره بالف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شئياً من مال الكفالـة فـأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلـو عن اما ان كفل

كل واحـد منهما عن صاحبه بما عليه وقـت العقد او بعده ، او كفل واحـد منهما عن صاحبه بما عليه دون الاخر او لم يكفل واحد منهما عن صاحبه اصلاً فإن لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشـيء ممـا أدى لأنه ادى عن نفســه أصلا لا عن صاحبه لأنه لـم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيـل لأنه كفيل عنه بامره وإن كفـل واحد منهمـا عن صاحبه بما عليه ولـم يكفل عن صاحبه بمـا عليه ، فالقول قول الكفيل فيمـا ادى أنه من كفالة صاحبه إليه أو من كفالة نفســه لانــه لزمه المطالبة بالمال مـن وجهين احدهما من جهة كفالة نفســه عن الاصيل والثاني مـن جهة الكفالة عن صاحبه وليـس أحد الوجهين أولى مـن الآخر فكان له ولايـة الأداء عن أيهما شـاء فإذا قال اديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره سـواء أدى المال إلـى الطالب ثم قال ذلك أو قـال ابتداء أني اؤدي عـن كفالـة صاحبي وكـذا اذا قال اديته عـن كفالة الأصيل فقبـل منـه ويرجع عليه لأنه كفل عنه بامره سـواء قـال ذلك بعد اداء المـال إلى الطالب او عنده ابتداء ، وان كفـل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما ادى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه أنه ادى عن شـريكه لا عن نفســه بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر فلا يرجع على شريكه....

وفي ص 15 وعـن محمـد فيمـن كفل بخمسـة دنانيـر فصالح الطالب الكفيل علىثلاثة ولم يقـل اصالحك على ان تبرئني فالصلح واقـع عن الاصيـل والكفيل جميعـاً وبرئا معا ويرجـع الكفيل على الاصيـل بثلاثة دنانير وان قال اصالحك بدينارين لانه في الفصل الاول ايقـاع الصلح علـى ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسـقاط بعضه فـكان الصلح واقعـاً عنها جميعاً فيبـرأن جميعا ، ويرجـع الكفيل على الاصيل بثلاثـة دنانير لأنه ملك هذا القدر وفي ص 15 وعن محمد

فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل اصالحـك على أن تبرئني فالصلح واقع عـن الاصيل والكفيل جميعاً وبرئا معاًويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير وان قال اصالحك بدينارين لانه في الفصل الأول ايقاع الصلح علـى ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق بإسقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنها جميعاً فيبران جميعـاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحـك على أن تبرئني فالصلح واقع عـن الأصيل والكفيل جميعاً وبرئـا معاً ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير وإن قال أصالحه بدينارين لأنه في الفصل الاول ايقاع الصلح علـى ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق بإسقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنها جميعاً فيبران جميعـاً ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بـالأداء فيرجع على، واما في الفصل الثانـي فأضاف الصلح إلى ثلاثة مقروناً بشرط الابراء المضاف إلى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وابـراء الكفيل لا يوجب ابراء الأصيل فيبقى الديناران على الاصيل.

والصور المشـار إليهـا انفاً مـن تضامن الكفـلاء او الكفيل مع المدين ما سـبقت الاشـارة إليها من تضامن الشـركاء في شركة المفاوضـة او شـركة العنـان تقطع بظهـور التضامن بـين المدينين في الفقه الإسلامي وقد صاغ المشرع ذلك مسترشداً بما ورد في التقنينات الحديثـة في الحدود التـي يتفق فيها مع أحكام الفقـه وبإظهار بعض الجوانب التي تقتضيها المعاملات التي استجدت بين الناس.

وقد نصت المادة (450) علـى ان التضامن بين المدينين لا يكون إلا بنص في القانون أو بالإتفاق على أنه لا يفترض شـأنه شان التضامن

بين الدائنين ونصت المادة (451) على أنه إذا اوفى احد المدينين الدين بتمامه بريء الآخرون وهو نص مستمد من المادة (190) من المرشد التي تنص على أنه إذا كان على عدة اشخاص دين وكان كل منهم كفيلاً بجميعه عن اصحابه فللغريم ان يطالب به من شاء منهم ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين، فإن دفع احد منهم الدين بتمامه بريء الآخرون وللدافع الرجوع على اصحابه بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه ان كانت الكفالة بامرهم وفي رد المحتار ج 4 ص 286 (طبعة بولاق) باب كفالة الرجلين "بأن اشتريا منه عبداً بمائة وكفل كل عن صاحبه بأمره جاز ولم يرجع على شريكه إلا بما أدى زائداً على النص لرجحانه من جهة الاصالة على النيابة وان كفلا عن رجل بشيء بالتعاقب بأمر كان على رجل دين فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجمعيه منفرداً ثم كفل كل من الكفيلين عن صاحبه بأمره الجميع، وبهذه القيود خالفت الأولى مما أدى أحدهما رجع بنصفه على شريكه لكون الكل كفالة هنا أو يرجع أن شاء بالكل على الأصيل لكونه كفل الكفل بأمره.

وقد نصت المادة (452) على أنه للدائن أن يطالب كل المدينين أو بعضهم بدينه على ان يراعى ما يتصل بعلاقته بكل منهم من وصف قد يؤثر في دينه ولكل مدين ان يعترض بالاعتراضات الخاصة به كالاكراه او الغلط، والمشتركة بين الدائنين جميعهم كبطلان الإلتزام أصلا او انقضائه ولا شأن له بالدفوع الخاصة بأي من المدينين الآخرين أما المادة (453) فقد نصت على أن اتفاق الدائن مع احد المدينين المتضامنين على تجديد الوفاء الاعتياضي يترتب عليه براءة ذمة الباقين ما لم يقبل هؤلاء ارتباطهم بالتعهد الجديد والوفاء الإعتياضي يستتبع انقاض الدين القديم بالنسبة للدائن الذي اتفق على الوفاء الاعتياضي وأما الدائنون الاخرون فان الدين القديم يظل

قائماً بالنسبة لهم ولكل منهم ان يطالب بهذا الدين بعد خصم حصة من اتفق على الوفاء الاعتياضي (التجديد) كما ان المدين الذي تتم بينه وبين احد الدائنين مقاصة عن حصته أو ابراء أو صلحاً أو اتحاد ذمتين فان هذا الاجراء لا يمس الا حصة هذا المدين (المادة 454) ومصدرها ما ورد في التعقيب اخذاً بما جاء في البدائع جزء 6 ص 11 و 14 و 15 على ما سلف بيانه، وعلى ان ابراء احد المدينين لا يستتبع ابراء الباقين الا اذا وافق الدائن على ذلك ولو ان يرجع على باقي المدينين بكل الدين اذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ما لم يصرح بانه ابرا ذمتهم من حصة من صدر الابراء لصالحه (المادة 455) ولا يجوز له باي حال ان يرجع على من ابريء من المتضامنين إلا بقدر حصته وبنصيبه في حصة المفلس من باقي المدينين إلا إذا تحمل عنه الدائن الذي أبراه مسئولية هذا الإفلاس فإن باقي المدينين لهم ان يرجعوا على الدائن بما يقابل هذه الحصة المادتين (456 و 457) على ألا يحول ذلك بينهم وبين الرجوع على المفلس عند يساره تطبيقاً لقاعدة عدم سقوط الحق عن المدين.

وأما نص المادة (458) وما بعدها فقد استبعدت فيها فكرة النيابة التبادلية بالنسبة لبعض الحالات التي يترتب على الأخذ بها الاساءة الى مركز الدائنين او المدينين المتضامنين فعدم سماع الدعوى لمرور الزمان بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين أو انقطاع مرور الزمان او وقف سريانه لا ينصرف إلى الباقين ولا يجوز لغيره التمسك بالوقف او الانقطاع ويسري الحكم نفسه على المطالبة القضائية والإقرار واليمين والصلح والحكم بإلزام أي من المدينين المتضامنين وعلى عكس ما تقدم يؤخذ بفكرة النيابة التبادلية لما كان في اعمالها توفير منفعة للمتضامنين ومن ذلك انقطاع مرور الزمان بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فإنه يفيد الباقين.

ولا تسمع الدعوى بمرور الزمان بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون أن تكون المدة قد انقضت بالنسبة للباقين وفي هذه الحالة يظل امر التزام هؤلاء بالدين قائماً ولا يفيدون من مرور الزمان بالنسبة للمدين الاخر ولكن اذا قام احدهم بالوفاء بكل الدين فله حق الرجوع على الباقين حتى ذلك الذي انقضى التزامه بمرور الزمان لأن الرجوع يقوم على أساس الدعوى الشخصية لا دعوى الحلول ويتضح من ذلك ان من ينقضي الدين بالنسبة له بسبب مرور الزمان المانع من سماع الدعوى لا تبرا ذمته نهائياً قبل المدين المتضامن معه وان كانت برئت قبل الدائن.

وفي المادة (459) تحديد مسئولية كل مدين متضامن عن فعله فإذا وقع من احدهم خطأ جسيم والآخر خطأ يسير كانت تبعة فعل أولهما أشد من الآخر ولا يترتب على اعذار احد المدينين المتضامنين او مطالبته امام القضاء اثر بالنسبة للباقين بل تكون التبعة على من تلقى الاعذار وحده ويسأل دون غيره عن التضمينات فإذا ترتبت منفعة لأي من المدينين المتضامنين نتيجة للإعذار الموجه من احدهم إلى الدائن افاد منه الباقون وفي الصلح مادة (460) اذا تصالح الدائن مع احد المدينين نفذ في حق الباقين بقدر ما يعود عليهم من نفع (الابراء من الدين) اما اذا كان من شأنه ان يرتب التزاماً او ان يزيد في التزامهم فلا اثر له في حقهم ما لم يقبلوه.

وقد تضمن نص المادة (461) ايضاً تطبيقاً اخر لفكرة النيابة التبادلية بشأن الاقرار واليمين فاذا اقر احد المدينين المتضامنين بالدين فلا يضار الباقون باقراره لان الاقرار حجة على المقر طبقاً للقاعدة العامة ، اما اليمين فقد يوجهها الدائن الى احد المدينين المتضامنين وقد توجه من احد المدينين المتضامنين إلى الدائن ، فإذا

نكل المدين المتضامن فلا يضار باقي المدينين واذا حلف افادوا منه اذا انصرفت اليمين إلى المديونية دون التضامن واذا حلف الدائن عند توجيه اليمين إليه من احد المدينين المتضامنين فلا يضار من حلف اليمين باقي المدينين واذا نكل افاد منه الباقون.

وتطبيق ذات القاعدة في حالة صدور الحكم على احد المدينين المتضامنين فلا اثر له على الباقين اما اذا صدر لصالحه فان الباقين يفيدون منه ما لم يكن مبنياً على سبب خاص بالمدين الذي صدر لصالحه (مادة 462).

وتناولت المادتان (463 و 464) علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ذلك ان القاعدة العامة ان الدين يقسم بين المدينين بالنسبة المتفق عليها او المحددة بمقتضى نص القانون ولكن اذا ثبت ان احد المدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمل به كله في صلته بالباقين فاذا ثبت بالدليل ان احد المدينين المتضامنين هو المدين الاصلي وان الباقين ليسوا سوى كفلاء في حدود صلتهم ببعضهم البعض فان المدين هو الذي يتحمل الدين كله واذا ادى المدين فليس له حق الرجوع على الباقين واذا قام بالوفاء بدين اخر كان له ان يرجع على المدين صاحب المصلحة بما اداه عنه .

واساس حق الرجوع اما ان يقوم على دعوى شخصية اساسها ما يكون بين المدينين من علاقات سابقة كالوكالة والفضالة والإبراء أو دعوى الحلول وليس لمدين ان يطالب احدا من المدينين المتضامنين باكثر من حصته في الدين ، ويراعى ايضاً ان حصة المفلس (المعسر) من المدينين اذا اداها مدين آخر فان ذلك لا يحول بينه وبين الرجوع عليه عند يساره تطبيقاً لقاعدة عدم سقوط الحقوق ونظرة الميسرة في الفقه الإسلامي

وبالإضافة إلى المراجع المشار اليها اعلاه تراجع البدائع 2 ص 11 و ج 2 ص 10 و 44 و 73 ـ 76 والمبسوط ج 11 ص 154 ـ 177 و ج 20 ص 29 و 34 و 38 . وهذه المواد تقابل المواد من (426 ـ 440) أردني و (279 من 284 ـ 299) مصري و (279 ومن 284 ـ 299) سوري و من (320 ـ 335) عراقي .

الفرع الرابع
عدم قابلية التصرف للتجزئة

المادة (465)

لا يقبل تصرف التجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها.

المادة (466)

1. إذا تعدد الدائنون في تصرف لا يقبل التجزئة أو تعدد ورثة الدائن في هذا التصرف جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الحق كاملا.
2. فإذا اعترض أحدهم كان على المدين أن يؤدي الحق إليهم مجتمعين أو يودعه الجهة المختصة وفقا لما يقتضيه القانون.
3. ويرجع كل من الدائنين بقدر حصته على الدائن الذي اقتضى الحق.

المادة (467)

1. إذا تعدد المدينون في تصرف لا يقبل التجزئة كان كل منهم ملزما بالدين كاملا.

2. ولمن قضى الدين أن يرجع على كل من الباقين بقدر حصته.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرضت هذه المواد (465 و 466 و 467) لحالات وآثار عدم قابلية الالتزام للتجزئه، وقد تناولت المادة الاولى الصور التي تتحقق فيها عدم تجزئة الالتزام واولها ان يكون المحل غير قابل للتجزئة بطبيعته كبيع حيوان فهو بطبيعته لا يحتمل التجزئة او ان يكون نقل الحق لا يقبل بطبيعته هذه التجزئة كالارتفاق، وثانيها ان ينصرف قصد المتعاقدين صراحة او ضمناً الى عدم تجزئة الاداء كأن يكون المحل ارضاً خصصت مساحتها لمشروع معين يحتاجه المشتري ولا تصلح بالتجزئة او التبعيض، اما المادة (466) فهي تواجه حالة تعدد الدائنين في التزام لا يقبل التجزئة او تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام ويتضح منها انه يجوز لكل دائن او وارث ان يطلب الوفاء بكل الدين فاذا اعترض احد الدائنين كان على المدين ان يؤديه اليهم مجتمعين او يقوم بايداعه الجهة المختصة اذا تعذر عليه الوفاء للدائنين مجتمعين وذلك كصور من صور تنفيذ الالتزام واذا استوفى احد الدائنين الدين بكامله كان لكل من الباقين حق الرجوع عليه بقدر حصته ولكل وارث ان يستأدي الدين بكامله طبقاً لاحكام الشريعة الإسلامية بوصفه ممثلاً للورثة.

اما المادة (467) فقد واجهت حالة تعدد المدينين في التزام لا يقبل التجزئه فيلتزم كل مدين بالوفاء بكل الدين للدائن كما هو الشأن في التضامن وينقسم الدين فيما بين المدينين انفسهم ولمن اوفى الدين ان يرجع على الباقين بقدر حصة كل منهم فيه وللمدين اذا طولب امام القضاء بالدين كله ان يختصم الباقين لكي يحصل على حكم

بالزامهم جميعاً او بحقـه في الرجوع عليهم اذا كان الدائن قد اختاره ليساره.

وهـذه المواد تقابل المـواد من (441 ـ 443) أردني و من (300 ـ 302) مصري و من (300 ـ 302) سوري و من (336 ـ 338) عراقي .

الفصل السادس
انقضاء الحق

الفرع الأول
الإبـــراء

المادة (468)

إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا من حق له عليه انقضى الحق.

المادة (469)

لا يتوقف الإبراء على قبول المدين إلا أنه يرتد برده وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته.

المادة (470)

لا يصح الإبراء إلا من دين قائم ولا يجوز عن دين مستقبل.

المادة (471)

1. يسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.
2. ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على تصرف يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.

المذكرة الإيضاحية :.

تناولت هذه المواد الابراء كسبب من اسباب انقضاء الالتزام بغير وفاء ومن المقرر في الفقه الاسلامي ان الابراء اما ان يكون استيفاء او ابراء اسقاط ويدخل النوع الاول في الوفاء بمقابل اما الثاني وهو ابراء الاسقاط فيدخل في اسباب الانقضاء وهو موضوع المواد المشار إليها.

وقد تناولت المادتان (468 و 469) الابراء كتعبير عن إرادة الدائن يؤتى اثره بمجرد صدوره ولا يتوقف على قبول المدين وانما يرتد برده قبل القبول وقد نصت المادة (468) على انه اذا ابرا الدائن مدينه مختاراً من حق له عليه سقط الحق وانقضى الالتزام كما نصت المادة (469) على ان الابراء لا يتوقف على قبول المدين الا انه يرتد برده وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته ومصدر النص المادة (234) من المرشد التي تنص على ان من ابرأ شخصاً من حق عليه يصح الابراء منه سقط عن المبرأ ذلك الحق والمادة (239) التي تنص على انه لا يتوقف الابراء على قبول المدين لكن اذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته وتضمنت المادة (1562) من المجلة انه اذا ابرأ احد اخر من حق سقط كما تضمنت المادة (1568) ان الابراء لا يتوقف على القبول ولكن يرتد بالرد.

وقد ذهب الحنفية مذهباً وسطاً بين الحنابلة والقول المختار من مذهب الشافعية والمالكية واعتبرا الابراء اسقاطاً مبدئياً فلا يتوقف على قبول المدين ولكنهم اضافوا ان في الابراء ايضاً معنى التمليك واوجبوا ان يرتد بالرد أي لا يتم عند رفضه من جانب المدين (الفتاوى البزازية ج 3 ص 210 ـ بهامش الهندية) وقد ذكر الحنفية عدة استثناءات لهذه القاعدة منها ، لا يسوغ رد الابراء من المدين بعد قبوله ، وفي الحوالة اذا ابرأ المحال له المحال عليه ورد هذا ذلك فلا يكون الابراء مردود ، وفي الكفالة لا يقبل الابراء من قبل الكفيل بعد ابرائه من قبل الدائن ، وتعليلهم ، ان الكفالة عقد غير لازم من جانب الدائن فيحق لهذا ان ينفرد بفسخه لأنه وضع لمصلحته وحده واذا وقع الابراء بطلب المدين فلا يجوز له رد الابراء لانه قبله مقدماً (الفتاوى الهندية ج 4 ص 390 ، رد المحتار ج 3 ص 717 ، الزيلعي ج 4 ص 198) .

وقد اخذ المشرع برأي الحنفية في المادتين المشار إليهما لتوسطه بين الآراء المختلفة.

والابراء نوع من التبرع ولذا فقد نصت المادة (471) على تطبيق احكام التبرع الموضوعية كالاهلية فينبغي ان يكون المبرئ اهلاً للتبرع ومن ثم فلا يصح ابراء المجنون والمعتوه ولا ابراء الصغير مطلقاً (م 154 من المجلة) والمادة (230) من المرشد ، وليس للمريض مرض الموت حرية الابراء فاذا كانت ديونه تستغرق امواله فلا يصح ابراؤه واذا لم تستغرق ديونه جميع امواله فان ابراءه من دين احد ورثته لا يصح الا باجازة الباقين وابراؤه من دين الاجنبي لا يصح الا من ثلث التركة (م 1570 و 1571 من المجلة).

واثـر الابراء انقضـاء الدين كما نصت على ذلـك المادة (468) وهي تطبيق للقواعد العامة في انقضاء القانون.

وينقضـي الحـق بالإبـراء، دون توقـف علـى مراعاة شـكل خـاص، ولو كان متعلقاً بالتزام يشـترط فيه شـكل فرضه القانون او الاتفـاق كما لو ابراه مـن دينه الموثق بالرهن علـى العقار مثلاً لان مراعاة الشـكل الخاص بالقانون او الاتفاق انما تسـري على الالتزام بالدين دون انقضائه ولانه بمقتضي المادة (1562) من المجلة سقط الحق بالإبـراء، والمطلق يجري على اطلاقه المادة (64) من المجلة، وشـرحها لعلي حيدر وتراجع نظرية الالتزام في الشريعة للدكتور شفيق شحاته ص 113 بند 94.

وهـذه المواد تقابل المـواد من (444 ــ 447) أردنـي و (371 ـ 372) مصري و (369 ـ 370) سوري و من (420 ـ 422) عراقي.

الفرع الثاني
استحالة التنفيذ

المادة (472)

ينقضي الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

المذكرة الإيضاحية :.

تناولت هذه المادة استحالة التنفيذ كسبب لانقضاء الحق متى

اثبت المدين ان الوفاء به قد اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه وهو حكم تقتضيه طبيعة الاشياء، ويتضح من النص انه يتعين ان يثبت ان التنفيذ قد اصبح مستحيلاً وان هذه الاستحالة ترجع الى سبب لا يد للمدين فيه، ويجب اولا ان ينشأ الحق ممكناً لان الإستحالة لا ترد على شيء ليس موجوداً واذا كان تنفيذه منذ البداية مستحيلاً فانه لا ينشأ اصلاً ويكون العقد الذي قدمه باطلاً لانعدام محله ويجب ان تكون الاستحالة فعلية او قانونية ومن المقرر ان التعهد ينقل حق عيني اذا وقع على عين ثم هلكت العين فان التنفيذ يصبح مستحيلاً وكذلك اذا وقع العقد على منفعة وهلكت المادتان (254 و 255 من المرشد) وهما تطبيق للآثار المترتبة على انقضاء الحق وللقاعدة التي تضمنها القانون، ويتحول الحق إلى العوض.

بالإضافة إلى المادتين المشار إليهما من مرشد الحيران، تراجع المواد من (293 ـ 297) ومن (591 ـ 611) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهذه المواد تقابل المادة (448) أردني و (373) مصري و (371) سوري و (425) عراقي.

(3) مرور الزمان المسقط للدعوى

المادة (473)

لا ينقضي الحق بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة.

المادة (474)

1. لا تسمع دعوى المطالبة بأي حق دوري متجدد عند الإنكار بانقضاء خمس سنوات بغير عذر شرعي.
2. وبالنسبة للريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية فلا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي.

المادة (475)

لا تسمع الدعوى عند الإنكار وعدم قيام العذر الشرعي إذا انقضت خمس سنوات على الحقوق الآتية:

1. حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين والوسطاء على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من أعمال مهنتهم وما أنفقوه من مصروفات.
2. ما يستحق رده من الضرائب والرسوم إذا دفعت بغير حق وذلك دون الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الخاصة.

المادة (476)

لا تسمع الدعوى عند الإنكار وعدم قيام العذر الشرعي إذا انقضت سنتان على الحقوق الآتية:

1. حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما أنفقوه لحساب عملائهم.

2. حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

المادة (477)

1. لا تسمع الدعوى في الأحوال المذكورة في المادة السابقة حتى ولو ظل الدائنون يقومون بأعمال أخرى للمدين.
2. وإذا حرر إقرار أو سند بأي حق من الحقوق المنصوص عليها في المواد (474، 475، 476) فلا تسمع الدعوى به إذا انقضت على استحقاقه مدة خمس عشرة سنة.

المادة (478)

تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء ومن وقت تحقق الشرط إذا كان معلقا على شرط ومن وقت ثبوت الاستحقاق في دعوى ضمان الاستحقاق.

المادة (479)

لا تسمع الدعوى إذا تركها السلف ثم الخلف من بعده وبلغ مجموع المدتين المدة المقررة لعدم سماعها.

المادة (480)

تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالأيام ولا يحسب اليوم الأول منها وتكمل بانقضاء آخر يوم منها إلا إذا كان عطلة رسمية فإنه يمتد إلى اليوم التالي.

المادة (481)

1. يقف مرور الزمان المانع من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق.

2. ولا تحسب مدة قيام العذر في المدة المقررة.

المادة (482)

إذا لم يقم بعض الورثة برفع الدعوى المتعلقة بحق لمورثهم خلال المدة المقررة لسماعها بغير عذر شرعي وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر أنصبتهم

المادة (483)

إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى.

المادة (484)

تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه.

المادة (485)

1. إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى.
2. ولا يسقط الحق مهما كان نوعه إذا حكم به القاضي بحكم لا يقبل الطعن.

المادة (486)

عدم سماع الدعوى بالحق لمرور الزمان يستتبع عدم سماعها بتوابعه ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع دعوى بهذه التوابع.

المادة (487)

1. لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق في هذا الدفع كما لا يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة التي حددها القانون.
2. ويجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه إن يتنازل ولو تنازلا ضمنيا عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه على أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم.

المادة (488)

1. لا يجوز للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم سماع الدعوى بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو ممن له مصلحة فيه من الخصوم.
2. ويصح ابداء الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى إلا إذا تبين من الظروف أن صاحب الحق فيه قد تنازل عنه صراحة أو ضمنا

المذكرة الإيضاحية :.

تناولت هذه المواد الأحكام الخاصة بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى بالنسبة لبعض الحقوق وهو الباب المقابل لانقضاء الحق بالتقادم في القوانين الحديثة ، ومن المقرر ان الشريعة الاسلامية تقوم على قاعدة أرسى اصولها الحديث الشريف (لا يبطل حق امريء مسلم وان قدم) وقد نصت المادة 1674 من المجلة على ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان وهو نص مستمد من الحديث الشريف السالف الاشارة اليه ومن كتاب الاشباه لابن نجيم ص 88 واخذت بها جميع المذاهب الفقهية إلا أن المذهب المالكي والحنفي وان كانا قد اقرا عدم سقوط الحق بالتقادم الا انهما اقرا من جهة اخرى عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضي مدة معلومة.

وفي المذهب المالكي اذا سكت صاحب الدين بدون عذر مانع مدة من الزمن قدرها البعض بعشرين سنة والبعض الآخر بثلاثين سنة ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك وادعى هذا انه دفع الدين فانه يصدق بدون بيّنه ولا تسمع دعوى المدعي ، وعلة ذلك ان اثبات الدفع بعد هذه المدة قد لا يكون ميسوراً بسبب نسيان الشهود او وفاتهم كما ان

تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن اقرارا بعدم احقيتة في المطالبة، اما الحنفية فقد اقاموا رايهم على الاستحسان لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع من سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة وقدره آخرون بست وثلاثين الا ان الخلفاء العثمانين راوا ان هذه المدة طويلة وانها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس لذا امروا بان تكون مدة مرور الزمان المانع مع سماع الدعوى خمس عشرة سنة مع بعض الاستثناءات التي تضمنتها نصوص المجلة.

وقد استند الحنفية في اجتهادهم إلى أن طاعة ولي الامر فيما لا يصادم الشرع واجبة وإلى أن ولاية القضاء مستمدة منه وانها تحتمل التخصيص بالزمان والمكان طبقاً لقاعدة القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان مع استثناء بعض الخصومات (م 180 من المجلة) ومؤدى ما تقدم ان كلا المذهبين المالكي والحنفي قد اقر مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان وبنيا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية وعدم الحق ظاهراً بعد مضي الزمان وقرينه الايفاء المستنتجة من السكوت على الحق ويقطع الحيل ونسيان الشهود او موتهم او غيابهم.

وقد سار المشرع على هدي ما ورد في المذهبين المالكي والحنفي فأقر مبدأ الحق لا يسقط بمرور الزمان ومبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان، على تفاوت بين المدد بالنسبة لكل حق بما يتفق مع طبيعته وتقتضيه المصلحة.

ومما تقدم يتضح ان الغاية من تحديد المدد المانعة من سماع الدعوى بالنسبة لكل حق هي الحيلولة بين القضاء وبين التعرض

للحق ايا ما كان سببه بعد مضي المدة المحددة .

وقد نصت المادة (473) على ان الحق لا ينقضي بمرور الزمان ولكن لا تسمع الدعوى به ايما كان سببه على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة مع مراعاة الأحكام الخاصة ببعض الحقوق والإستثناءات المنصوص عليها في المواد التالية ومصدر النص المادتان (1660 و 1674) من المجلة والشق الأول من المادة (256) والمادة (259) من مرشد الحيران وقد نص صدر المادة (1674) من المجلة على ان الحق لا يسقط بالتقادم ونصت المادة (1660) على الا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة وإلى اصل الوقف من العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة ونصت المادة (256) من المرشد على ان دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة فان تركها المدعي بعذر فانها تسمع ما لم تنقضي هذه المدة ونصت المادة (259) على أنه (كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته .

(يراجع شرح المجلة على المادة 1674 ج 4 ص 669) وقد ساير القانون العراقي هذه النصوص في المادة (440) التي تنص على ان الحق لا يسقط بمرور الزمان والمادة (429) التي تنص على ان الدعوى بالإلتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة.

اما المواد (474) وما بعدها فقد اوردت انواع الحقوق والمدد التي يمتنع بعدها الاستماع إلى الدعوى مراعياً في ذلك طبيعة الحق، وما

اقتضته المصلحة على ان الدعوى لا تسمع بالنسبة للحقوق المشار إليها بعد المدة المقررة حتى ولو ظل الدائنون يقومون ببعض الاعمال للمدين اذ ان العبرة في احتساب المدة في الحق في ذاته وتاريخ استحقاقه فاذا حرر به سند كانت المدة المقررة خمس عشرة سنة قياساً على مدة عدم سماع الدعوى الخاصة بالحقوق الثابتة في اسناد مكتوبة.

يبدأ احتساب مدة مرور الزمان المانع من سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الاداء او من وقت تحقق الشرط اذا كان معلقاً على شرط او من وقت ثبوت الاستحقاق في دعوى ضمان الاستحقاق المادة (478) ومصدر النص المادة (1667) من المجلة والمادة (258) من المرشد وقد نصت المادة (258) من المرشد على ان يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الأجل لا من تاريخ عقد الدين وفي شرح المجلة ج 4 ص 273 على المادة (1667) "يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء في المدعي به وصلاحية اخذه، فمرور الزمان في دعوى الدين المؤجل انما يعتبر من حلول الاجل.

وتحتسب مدة مرور الزمان بالنسبة لكل من السلف والخلف معا بحيث تضم مدة كل منهما إلى الأخرى ولا تسمع الدعوى اذا بلغ مجموع المدتين المدة المقررة لعدم سماع الدعوى (مادة 479) ومصدر النص المادة (1670) من المجلة وقد نصت على ان لا تسمع الدعوى اذا تركها المورث مدة وتركها الوارث مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان وهي مستمدة من المادة (422) من القانون المدني العراقي.

اما المادة (480) فقد تضمنت طريقة حساب المدة بالأيام على الا يحسب اليوم الاول منها وتكمل بانقضاء اخر يوم على الا يكون

عطلة رسمية ، فاذا كان عطلة رسمية امتد إلى اليوم التالي مباشرة لاستكمال المدة.

ونصت المواد (481) وما بعدها على وقف المدة وانقطاعها فتوقف كلما طرأ عذر شرعي كالقصر وفقدان الأهلية ، ومن الاعذار قيام مانع ادبي كعلاقة الزوجية او العلاقة بين الاصول والفروع وهي العلاقات التي تحول بين اصحاب الحق وبين المطالبة به على الا تحسب المدة التي تمضي اثناء قيام العذر في المدة المقدرة لسماع الدعوى وتحسب من تاريخ زوال العذر ، فاذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة لسماعها بغير عذر شرعي وكان لبعضهم عذر كالقصر مثلاً فان الدعوى لا تسمع الا بقدر أنصبة من ثبت له العذر او المانع مادة (483) وهي تتفق مع المادة (261) من المرشد المادة (1672) من المجلة.

فإذا أقر المدين بالدين صراحة أو دلالة فإن اقراره يقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى وتبدأ مدة جديدة من تاريخ اقراره مادة (483) كما تنقطع المدة بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء سريانها وهو نص مستمد من المادة (1666) من المجلة والمواد (158 و 159 و 260) من المرشد التي تنص على ان تعتبر المطالبة من مجلس القضاء لا في غيره ... وفي الفقرة الأخيرة من المادة (1666) من المجلة واما ما لم يكن في حضور الحاكم من الادعاء والمطالبة فلا يدفع مرور الزمان ... الا انه يراعى ان النص المقترح قطع في ان اللجوء إلى المحكمة يقطع مرور الزمان مهما طال الأمد الذي يستغرقه النزاع أمامها وذلك على نقيض ما جاء في شرح المجلة لعلي حيدر ج 4 ص 273 فقد جاء بها ما يلي " وبتعبير اخر ان الاستدعاء الذي يقدمه المدعي للمحكمة بطلب الحكم له على خصمه وبحقه وطلب

جلب خصمه للمحكمة لا يقوم مقام الدعوى ولا يكفي لقطع مرور الزمان " وهو قول يتناقض مع المبادئ العامة للأصول الحقيقية.

ولا خلاف في ان مرور الزمان المانع من سماع الدعوى بالنسبة للحق في ذاته يسقط الحق في المطالبة بتوابعه حتى ولو لم تكتمل المدة بالنسبة لها كمصروفات الدين او التسجيل مادة (486) واذا صدر حكم القضاء بالدين او الحق وكان الحكم نهائياً.

لا يقبل الطعن فان الحق لا يسقط ابداً اذ تنتفي بالحكم كل منازعة فيه ولا يجوز بالتالي الدفع بعدم سماع الدعوى لان الدعوى قد استقرت بالحكم فيها ولا سبيل لاعادة طرحها.

اما المادة (487) فقد نصت على عدم جواز الاتفاق على عدم سماع الدعوى بعد مدة تختلف عن المدة المحددة في القانون وانما يجوز لمن يملك التصرف في حقه ان يتنازل عن الدفع بعد ثبوت حقه فيه ولا يسري تنازله في حق الدائنين الآخرين اذا صدر اضراراً بهم ومن المقرر ان هذا التنازل قد يكون صريحاً او ضمنياً اي (دلالة) ويستخلص من دلائل وظروف الدعوى وقد يحمل عدم ابداء الدفع في بداية الخصومة على انه تنازل ضمني، على ان مرور الزمان هو مجرد وسيلة لإنهاء حق المطالبة لذلك فإنه لا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها بل لا بد من ان يبديه صاحب الشأن فيه كالمدين او الحائز بالنسبة للدائن في الرهن ويجوز له ان يبديه في اي مرحلة من مراحل الدعوى ما لم يقم الدليل على التنازل عنه اثناء الخصومة صراحة او دلالة.

ولم ير الأخذ بفكرة يمين الاستيثاق لمن يتمسك بعدم سماع الدعوى مطلقاً او في بعض انواع الدعاوى كما فعل القانون العراقي

في الفقرة الثالثة من المادة (431) والفقرة الثانية من المادة (375) سوري، لأن تحليف اليمين يقتضي سماع الدعوى والسير فيها وهو يهدم فكرة التقادم ويتضارب معها ومع نصوص مواد القانون كما انه لم يرد النص على اعتبار المانع الادبي من الموانع، لان كل ما يعتبر من الموانع الأدبية مثل منع الزوج لزوجته او منع الأب لابنه او نحو ذلك يعتبر من الاعذار الشرعية، يراجع شرح المادة (1663) من المجلة لعلي حيدر.

وهذه المواد تقابل المواد من (449 ـ 464) أردني.

الكتاب الثاني
العقود

الباب الأول
عقود التمليك

الفصل الاول
البيع والمقايضة

نظرة عامة :

عقد البيع هو من أكثر عقود التمليك شيوعاً بين الناس وقد اشتقت كلمة البيع من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء ويحتمل ان يكون كل واحد منهما بايع صاحبه اي يصافحه عند البيع ولذلك سمي البيع ايضاً (صفقة) والبيع جائز بالكتاب والسنة والإجماع، اما الكتاب فقوله تعالى " وأحل اللّه البيع " وقوله تعالى " واشهدوا اذا تبايعتم " وقوله تعالى " الا ان تكون

تجارة عن تراض منكم " وأما السـنة فقول النبي صلى اللّه عليه وسلم " البايعان بالخيار ما لم يتفرقا " وقوله صلى اللّه عليه وسـلم " يا معشر التجـار ان التجار يبعثون يـوم القيامة فجارا الا من بـر وصدق " وقوله صلى اللّه عليه وسـلم " التاجر الصـدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء " واما الإجماع فقد اجمع المسلمون على جواز البيع والحكمة تقضتيه لان حاجة الانسان قد تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يد له بغير عوض، ففي شـرع البيع وتجويزه شـرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته (المغني. الجزء الرابع ص 2، 3).

الفرع الأول
البيع

(1) تعريف البيع وأركانه

المادة (489)

البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي.

المذكرة الإيضاحية :.

أخذ بهـا التعريف مـن المذهب الحنفـي والمبادلة هـي التمليك وتكـون بالقول أي بالإيجـاب والقبول، وبالفعل وهـو التعاطي والمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة (المادة 1 من مشـروع التقنين الحنفي لمجمع البحوث الإسلامية المصري).

وهـذه المادة تقابل المـواد (265) أردنـي و (418) مصري و (386)

سوري و (506) عراقي .

المادة (490)

1. يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة.
2. ويكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضرا تكفي الإشارة إليه.

المذكرة الإيضاحية :.

تشترط هذه المادة في المبيع ان يكون معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة ، كما تحدد احوال العلم به سواء كان حاضراً او غائباً.

وهي مستمدة من المواد (200 ، 202) من المجلة ، 9 من مشروع التقنين الحنفي لمجمع البحوث الإسلامية المصري والمادة 367 من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (466) أردني و (419) مصري و (387) سوري و (514) عراقي .

المادة (491)

إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علما كافيا فلا يحق له طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت أن البائع قد غرر به.

المذكرة الإيضاحية :.

تحـدد هذه المادة الأثر المترتب علـى ما يذكر في عقد البيع من أن المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً ، إذ لا يحق له في هذه الحالة طلب ابطال العقد لعدم العلم إلا إثبت ان البائع غرر به .

وهي مستمدة من المواد (200 ، 203) من المجلة ، (367) من مرشد الحيران.

وهذه المـادة تقابل المـواد (467) أردني ، (419) بنـد 2 مصري و (387) سوري .

المادة (492)

1. إذا كان البيـع بالأنموذج تكفي فيـه رؤيته ويجب أن يكون المبيع مطابقا له.
2. فإذا ظهر أن المبيع غير مطابق للأنموذج كان المشـتري مخيرا بين قبوله أو رده .

المادة (493)

1. إذا اختلـف المتبايعان في مطابقـة المبيع للأنمـوذج وكان الأنموذج والمبيع موجودين فالرأي لأهل الخبرة وإذا فقد الأنموذج في يد أحد المتبايعـين فالقول في المطابقة أو المغايـرة للطرف الآخر ما لم يثبت خصمه العكس.
2. وإذا كان الأنمـوذج في يـد ثالـث باتفـاق الطرفين ففقـد وكان

المبيـــع معينا بالذات ومتفقا على أنه هـــو المعقود عليه فالقول للبائع في المطابقـــة ما لم يثبت المشـــتري العكـــس وإن كان المبيع معينا بالنـــوع أو معينا بالذات وغير متفق على أنه هو المعقود عليه فالقول للمشتري في المغايرة ما لم يثبت البائع العكس.

المذكرة الإيضاحية :.

تنظم هاتان المادتان احـــكام المبيع بالأنموذج من حيث ضرورة مطابقة المبيع له، وحق المشـــتري في حالـــة عدم المطابقة، والحكم في حال إختـــلاف البائع والمشـــتري في المطابقة أو فقـــد الأنموذج تحت يد أحدهما أو يد ثالث.

وهمـــا مســـتمدتان مـــن المـــواد (76، 77، 324، 325) من المجلة، (375) من مرشد الحيران.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (468، 469) أردني، و (42) مصري و (388) سوري و (518) عراقي.

المادة (494)

1. يجوز البيع بشـــرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة.
2. ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة.

المادة (495)

1. يجوز للمشـتري في مدة التجربة إجـازة البيع أو رفضه ولو لم يجرب المبيع ويشترط في حالة الرفض إعلام البائع.
2. وإذا انقضت مدة التجربة وسـكت المشـتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا ولزم البيع.

المادة (496)

إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع وإذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضمونا على البائع.

المادة (497)

يسري حكم البيع بعد التجربة والرضى بالمبيع من تاريخ البيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تنظـم هذه المـواد احكام البيع بشـرط التجربة فيلتـزم البائع بتمكين المشـتري من التجربـة كما يلتزم المشـتري في حالة الرفض باعلام البائع بذلك والا اعتبر سكوته بعد انقضاء مدة التجربة قبولاً كما تعالج احكام هلاك المبيع سـواء قبل تسـليمه للمشتري او بعده والتاريخ الذي يسري منه البيع بعد التجربة.

وهي مستمدة من المواد (298 ، 299 ، 305 ، 309) من المجلة ، (80 ،

82) من مشروع التقنين المالكي لمجمع البحوث الإسلامية المصري ورد المحتار جزء 4 ص 50 والفقرتين 57، 59 من العقود المسماه لمصطفى الزرقا.

وهذه المواد تقابل المواد (470 ـ 473) أردني، (421) مصري، (389) سوري و (524، 525) عراقي.

المادة (498)

إذا فقد المشتري أهليته قبل أن يجيز البيع وجب على الولي أو الوصي أو القيم اختيار ما هو في صالحه وذلك مع مراعاة الشروط والأحكام التي ينص عليها القانون.

المادة (499)

إذا مات المشتري قبل اختياره وكان له دائن أحاط دينه بماله انتقل حق التجربة له وإلا انتقل هذا الحق إلى الورثة فإن اتفقوا على إجازة البيع أو رده لزم ما اتفقوا عليه وإن أجاز البعض ورد الآخر لزم الرد

المادة (500)

لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه فإن زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجربة لزم البيع

المادة (501)

تسري أحكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق إلا أن خيار المذاق لا يورث ويعتبر البيع باتا.

المذكرة الإيضاحية :-

تعالج هذه المواد احوال فقد المشتري اهليته أو موته قبل اجازة البيع اذ تقضي بانتقال حق التجربة إلى من له الولاية او الوصاية او القوامة على المشتري أو لورثته إلا اذا كان المشتري دائن احاط دينه بما له اذ ينتقل حق التجربة إلى الدائن بدلاً من الورثة.

كذلك تعرضت المادة (500) لحالة تجاوز المشتري في استعمال المبيع لما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه. وقضت بلزوم البيع في هذه الحالة.

كما قضت المادة (501) بسريان احكام البيع بشرط التجربة على البيع بشرط المذاق.

وهذه المواد مستمدة من المواد (82، 85، 86) من مشروع التقنين المالكي والمادة (306) من المجلة.

وهذه المواد تقابل المواد (474ـ 477) أردني، (390) سوري، (525) عراقي و (421، 422) مصري.

المادة (502)

غلـة المبيع في مدة التجربة للبائع ونفقته عليه إلا أن تكون الغلة كجزء منه فتكون للمشتري أن تم له الشراء.

المذكرة الإيضاحية :.

تحـدد هذه المادة أوضاع غلة المبيـع ونفقته خلال مدة التجربة ، فهـي للبائع لان نفقته عليـه والقاعدة ان (الغرم بالغنـم) إلا أن تكون الغلة كجزء من المبيع فتكون للمشـتري ان تم له الشراء ، وغلة المبيع التي تكون كجزء من الولد والصوف ونحوه.

وهذه المادة مستمدة من المادة (83) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الصغير وحاشيته جزء 2 ص 75).

المادة (503)

الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان في مقابلة المبيع سـواء زاد على القيمة أو قل، والقيمة هي ما قوم به الشيء من غير زيادة ولا نقصان.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرف هذه المادة الثمن بأنه ماتراضى عليه المتعاقدان في مقابله المبيع سواء زاد على القيمة أو قل عنها كما عرفت القيمة بانها ما قوم به الشيء من غير زيادة ولا نقصان.

وهذه المادة مستمدة من المادة (14) من مشروع التقنين الحنفي (ابن عابدين جزء 4 ص 35).

المادة (504)

إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة السوق المعتبر في حالة اتفاق المتبايعين على تحديد الثمن بسعر السوق.

وهي مستمدة من فقه الحنابلة (الأستاذ الزرقا في حاشية الفقرة 70 من العقود المسماه).

وهذه المادة تقابل المواد (478) أردني، (423) مصري، (390، 391) سوري و (527، 528) عراقي.

المادة (505)

إذا أعلن المتعاقدان ثمنا مغايرا لحقوقه ما اتفقا عليه فتكون العبرة بالثمن الحقيقي.

المذكرة الإيضاحية :.

تقضي هذه المادة بأن العبرة بالثمن الحقيقي اذا ما أعلن المتبايعان عن ثمن مغاير لحقيقة ما اتفقا عليه .

وهذه المادة مستمدة من الفقه الحنبلي المادة (25) من مشروع التقنين الحنبلي (كشاف القناع ص 24).

المادة (506)

1. يجوز البيع بطريق المرابحة أو الوضيعة أو التولية إذا كان رأسمال المبيع معلوما حين العقد وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضيعة محددا.
2. وإذا ظهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فللمشتري حط الزيادة.
3. فاذا لم يكن رأس مال المبيع معلوما عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته وكذا الحكم لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسليمه.

المذكرة الإيضاحية :.

تجيز هذه المادة البيع بطريق المرابحة أو الوضيعة أو التولية المرابحة هي بيع ما يملكه الانسان من العروض بمثل ما قام عليه مع زيادة ربح معلوم والمراد بمثل ما قام عليه الثمن مضافا اليه ما صرف على المبيع مما جرى العرف على الحاقه برأس المال في عادة التجار ،

والوضيعة هي بيع ما ملكه الانسان من العـروض بأقل مما قام عليه بقدر معلوم. أما التولية فهي بيع العروض بمثل ما قامت عليه ويشترط في هـذه الحالات كلها ان يكـون راس مال المبيع معلوماً حين العقد، ومقـدار الربـح في المرابحة ومقـدار الخسـارة في الوضيعـة محدداً، وأوضحـت هذه المادة حكم زيـادة البائع في بيان مقـدار رأس المال أو كتمانـه لأمـر ذي تأثير فيه أو في المبيع أو عـدم العلم برأس المال عند التعاقد.

وهذه المادة مستمدة من المواد (188، 189، 192، 193) من مشروع التقنـين الحنفي والمادة (123) من المجلة وبدائع الصنائع جزء 5 ص 222 وابـن عابدين جـزء 4 ص 159، 160، 161، 163 وفتح القدير جزء 5 ص 256 والمغني والشرح الكبير جزء 4 ص 101 ورد المحتار جزء 4 ص 159.

وهذه المادة تقابل المواد (480) أردني، (530) عراقي.

المادة (507)

1. زيادة المشتري في الثمن بعد العقد تلحق بأصل العقد إذا قبلها البائع ويصبح الثمن المسمى مع الزيادة مقابلا للمبيع كله.
2. وما حطه البائع من الثمن المسـمى بعد العقد يلحق بأصل العقد إذا قبله المشتري ويصبح الباقي بعد ذلك هو الثمن المسمى.

المذكرة الإيضاحية :-

تنظم هـذه المادة حكم الزيادة في الثمـن او الحط منه اذا قبله الطـرف الاخر فيلحق بأصـل العقد ويصبح العقد الثمن المسـمى بعد

الزيادة او الحط .

وهـذه المادة مسـتمدة من المـواد (46، 47) من مشـروع التقنين الحنفـي المـواد (25ـ 257) من المجلة وابن عابديـن جزء 4 ص 174، 175 وفتح القدير جزء 5 ص 272 .

وهذه المادة تقابل المادتين (482) أردني، (529) عراقي.

المادة (508)

يسـتحق الثمن معجلا مـا لم يتفـق أو يتعارف علـى أن يكون مؤجلا أو مقسطا لأجل معلوم.

المادة (509)

إذا كـان الثمـن مؤجـلا أو مقسـطا فإن الأجل يبـدأ من تاريخ تسليم المبيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تقضي هاتـان المادتان بان الاصل في الثمن أن يكون معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسـطاً لأجل معلوم، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن أجله يبدأ من تاريخ تسليم المبيع.

وقد استمد حكم هاتين المادتين من المواد (245، 250، 251) من المجلة، والمواد (420، 421، 423) من مرشد الحيران.

وهاتان المادتان تقابلان المادتين (483، 484) أردني .

المادة (510)

إذا دفع المشتري جزءاً من الثمن فليس له أن يطالب بتسليمه ما يقابله من المبيع إذا ترتب على تجزئة المبيع نقص في قيمته.

المذكرة الإيضاحية :-

تقضي هذه المادة بأنه إذا دفع المشتري جزء من الثمن فليس له ان يطالب بتسليمه ما يقابله من المبيع اذا ترتب على تجزئة المبيع نقص في قيمته ومثال ذلك مصراعي الباب.

وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي المادة (88 من مشروع التقنين الحنبلي منتهى الارادات ص 49).

2) آثار البيع

(أ) التزامات البائع

أولاً :- نقل الملكية

المادة (511)

1. تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد تمام البيع ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك.
2. ويجب على كل من المتبايعين أن يبادر إلى تنفيذ التزاماته إلا ما كان منها مؤجلا.

المذكرة الإيضاحية :.

تحـدد هذه المـادة أول أثر من آثـار البيع وهو نقـل الملكية إلى المشـتري بمجرد تمام البيع ما لم يقض القانـون أو الإتفاق بغير ذلك، كما توجب على كل مـن المتبايعين المبادرة إلى تنفيذ إلتزاماته إلا ما كان منها مؤجلاً.

وهذه المادة مسـتمدة من المـادة (83) من المجلة، (426، 427) من مرشد الحيران وبدائع الصنائع جزء 5 ص 233.

وهذه المـادة تقابل المـواد (485) أردنـي، (396) سـوري، (531) عراقي.

المادة (512)

إذا كان البيـع جزافا انتقلت الملكية إلى المشـتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات.

المذكرة الإيضاحية :.

توضـح هذه المـادة حكـم انتقال الملكيـة في المبيـع الجزاف وتقضي بأنه يتم على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات.

وهي مسـتمدة مـن المادتـان (217، 218) من المجلـة، والمادتين (403، 404) من مرشد الحيران.

وهـذه المـادة تقابل المـواد (486) أردني، (429) مصـري، (397) سوري، (531) عراقي.

المادة (513)

1. يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع.
2. وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تجيـز هـذه المادة للبائـع في حالة تأجيـل الثمن او تقسـيطه ان يشـترط تعليق نقل الملكية إلى المشـتري حتى يـؤدي جيمع الثمن ولو تم تسـليم المبيع، فإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع.

وهـي مسـتمدة من المواد (187، 188) من المجلة، (454، 455) من مرشد الحيران.

وهـذه المـادة تقابل المـواد (487) أردني، (430) مصـري، (398) سوري، (534) عراقي.

(ب) تسليم المبيع

المادة (514)

يلتزم البائع بتسـليم المبيع إلى المشتري مجردا من كل حق آخر ما لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك كما يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إلى المشتري.

المذكرة الإيضاحية :.

توجب هذه المادة على البائع تسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حـق آخر ما لم يكن هناك اتفـاق او نص في القانون يقضي بغير ذلك ، كما توجب على البائع القيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري.

وهذه المادة مسـتمدة من المادة (293) من المجلة ، والمادة (34) من مشـروع التقنين الحنفي والمادتين (434 ، 435) من مرشـد الحيران ورد المحتار ج 4 ص 44.

وهـذه المادة تقابـل المـواد (488) أردني ، (396) سـوري ، (538) عراقي.

المادة (515)

إذا كانت طبيعة المبيـع طبقا للقانون أو العرف الجاري تتطلب تسليم وثائق ملكيته وجب على البائع تسليمها للمشتري فإن امتنع عن تسـليمها أو ادعى ضياعها وظهرت أجبره القاضي على تسـليمها فإن

لم تظهر في حالة دعوى ضياعها خير المشتري بين رد البيع أو إمضائه.

المذكرة الإيضاحية :.

تلزم هذه المادة البائع بتسليم وثائق ملكية المبيع إلى المشتري اذا كانت طبيعة المبيع تتطلب تسليم هذه الوثائق، وتعالج أحكام ضياعها أو الإمتناع عن تسليمها ،

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (30) من مشروع التقنين المالكي مواهب الجليل جزء 4 ص 497 .

المادة (516)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تلزم هذه المادة البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

وهي مستمدة من المادة (204) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المواد (489) أردني، (431) مصري، (399) سوري.

المادة (517)

يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة ملحقات المبيع التي يشملها التسليم ولو لم تذكر في العقد.

وهي مستمدة من المادتين (230، 235) من المجلة، والمادة (469) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (490) أردني، (432) مصري، (400) سوري، (537) عراقي.

المادة (518)

العقد على البناء أو الشجر يتناول الأرض التي يقوم عليها البناء والأرض التي تمتد فيها جذور الشجر والعقد على الأرض يتناول ما فيها من بناء وشجر إلا إذا اقتضى شرط أو عرف غير ذلك في العقدين والعقد على الدار يتناول ما فيها من المرافق الثابتة دون المنقولة إلا إذا اشترط المشتري دخولها في العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة ما يتناوله العقد على البناء أو الشجر والعقد على الارض والعقد على الدار.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (48) من مشروع التقنين المالكي وموضوع هذا النص يسمى في كتب الفقه (المداخلة) والمراد بذلك تبعية ما ورد في النص للمعقود عليه أي ان المعقود عليه يكون شاملاً له وان لم يصرح بذلك في العقد (الشرح الصغير جزء 2 ص 91 والشرح الكبير جزء 3 ص 153 مواهب الجليل جزء 4 ص 497).

المادة (519)

بيع الأرض لا يتناول ما عليها من زرع إلا إذا قضى شرط أو جرى عرف على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تقضي هذه المادة بأن بيع الأرض لا يتناول ما عليها من زرع إلا إذا قضى شرط أو جرى عرف على خلاف ذلك.

وهذه المادة مستمدة من الفقه المالكي المادة (49) من مشروع التقنين المالكي الشرح الصغير جزء 2 ص 91 والشرح الكبير جزء 3 ص 154.

المادة (520)

بيع الشجر أصالة أو تبعاً للأرض يتناول ما عليه من ثمر لم يؤبر أو لم ينعقد كله أو أكثره فإن كان مؤبرا أو منعقدا كله أو أكثره فلا يتناوله العقد إلا إذا قضى شرط أو جرى عرف بتبعيته لأصوله وأن كان المؤبر منهما أو المنعقد نصفه فقط أخذ كل منها حكمه المتقدم.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة ما يتناوله بيع الشجر أصالة أو تبعاً للأرض، والمراد بالشجر ما يعم النخل وغيره كشجر التين والزيتون والخوخ، والتأبير خاص بالنخل وهو تلقيح ثمرة بوضع طلع ذكر النخل على ثمر الأنثى وانعقاد الثمر خاص بغير النخل وهو بروز الثمرة عن موضعها وتميزها عن أصلها.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (50) من مشروع التقنين المالكي الشرح الصغير جزء 2 ص 91 والشرح الكبير وحاشيته جزء 3 ص 154.

المادة (521)

العقد على الزرع الذي يؤخذ جذاً لا يتناول الخلفة إلا اذا قضى شرط أو جرى عرف على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة ما يتناوله العقد على الزرع الذي يؤخذ جذّاً كالبرسيم والقصب ونحوهما وهو المسمى القصيل بفتح القاف والخلفة بكسر الخاء وهو ما يخلف الزرع بعد جذّه.

وهذه المادة مأخوذه من المذهب المالكي المادة (50) من مشروع التقنين المالكي الشرح الصغير جزء 2 ص 91 والشرح الكبير وحاشيته جزء 3 ص 154.

المادة (522)

إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري بصورة صحيحة أصبح غير مسئول عما يصيب المبيع بعد ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تبريء هذه المادة البائع من المسئولية عما يصيب المبيع إذا ما سلمه إلى المشتري بصورة صحيحة.

وهي مستمدة من المادتين (264) من المجلة ، والمادة (441) من مرشد الحيران .

وهذه المادة تقابل المادة (491) أردني.

المادة (523)

إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية:

1. إذا كان المبيع لا يضره التبعيض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عينا والنقص من حسابه سواء أكان الثمن محددا لكل وحدة قياسية أم لمجموع المبيع.
2. وإذا كان المبيع يضره التبعيض وكان الثمن محددا على أساس الوحدة القياسية فالزيادة من حق البائع يستحق ثمنها والنقص من حسابه.
   أما إذا كان الثمن المسمى لمجموع البيع فالزيادة للمشتري والنقص لا يقابله شيء من الثمن.
3. وإذا كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى أو تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافها ولا يخل النقص في مقصود المشتري.
4. وإذا تسلم المشتري المبيع مع علمه أنه ناقص سقط حقه في خيار الفسخ المشار إليه في الفقرة السابقة.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة أحوال ظهور نقص أو زيادة في مقدار المبيع المعين في العقد.

وهي مستمدة من المواد (223، 229) من المجلة، والمواد (448، 453) من مرشد الحيران ورد المحتار جزء 4 ص 29 وما بعدها .

وهـذه المادة تقابل المـواد (492) أردنـي، (434) مصري، (401، 402) سوري، ومن (543 ـ 546) عراقي.

المادة (524)

لا تسـمع الدعوى بفسـخ العقد أو إنقاص الثمن أو تكملته إذا انقضت سنة على تسليم المبيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تمنع هذه المادة سـماع الدعوى بفسـخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملته بعد انقضاء سـنة على تسـليم المبيع وقد وضـع هذا الحكم رعاية لمصلحة المتخاصمين.

وهي مستمدة من المادة (58) من المجلة.

وهـذه المادة تقابـل المـواد (493) أردني، (402) سـوري، (456) عراقي.

المادة (525)

1. يتم تسليم المبيع إما بالفعل أو بأن يخلي البائع بين المبيع والمشتري مع الأذن له بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته.
2. ويكون التسـليم في كل شيء حسـب طبيعته ووفقا لما جرى عليه الاتفاق أو العرف.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة كيفية اتمام تسليم المبيع فهو يكون بالفعل او بالتخلية وهي قبضة حكماً لو كانت مع القدرة على القبض بلا كلفة وذلك يختلف باختلاف حال المبيع.

ويشترط ألا يكون هناك مانع بأن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق الغير وألا يكون هناك حائل.

وهي مستمدة من المادة (34) من مشروع التقنين الحنفي والمواد (262، 263، 265) من المجلة والمواد (434ـ 438) ومن (440ـ 442) من مرشد الحيران والبند 118 من شرح العقود المسماه للأستاذ الزرقا ورد المحتار جزء 4 ص 43، 44.

وهذه المادة تقابل المواد (494) أردني، (435) مصري، (403) سوري، (536، 538) عراقي.

المادة (526)

إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليما ما لم يتفق على خلاف ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة كيفية التسليم في الحالات التي يكون فيها المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب، وتقضي بأن هذه

الحيازة تعتبر تسليماً ما لم يتفق على خلاف ذلك.

وهي مستمدة من المادتين (276، 277) من المجلة، والمادتين (441، 442) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (495) أردني، (435) مصري، (403) سوري، (539) عراقي.

المادة (527)

إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري مستلما للمبيع في حالة معينة أو إذا أوجب القانون اعتبار بعض الحالات تسليما اعتبر التسليم قد تم.

المادة (528)

يتم التسليم حكما بتسجيل المبيع باسم المشتري إذا تطلب القانون التسجيل لنقل الملكية.

المادة (529)

يعتبر التسليم حكما أيضا في الحالتين الآتيتين:
1. إذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشتري.
2. إذا أنذر البائع المشتري (بدفع الثمن وتسلم المبيع خلال مدة معلومة وإلا اعتبر مسلما) فلم يفعل

المذكرة الإيضاحية :.

تتناول هذه المواد الحالات التي تعتبر فيها التسليم قد تم حكماً ، وقد روعي في هذه المواد تحقيق مصلحة المتعاقدين حسب ما يتعارفون في معاملاتهم او شروطهم.

وهي مستمدة من المواد (19 ، 58 ، 82 ، 83 ، 262) من المجلة ، ومن المصالح المرسلة.

وهذه المادة تقابل المواد (496 ـ 498) أردني ، (403) سوري.

المادة (530)

1. يلتزم البائع بتسليم المبيع في محل وجوده وقت العقد .
2. وإذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة مكان تسليم المبيع فالأصل أنه يتم في مكان وجود المبيع وقت العقد إلا إذا اتفق الطرفان أو اقتضى العرف ارسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم في هذه الحالة إلا إذا جرى إيصاله إلى المشتري.

وهذه المادة مستمدة من المواد (83 ، 85 ، 287 ، 293) من المجلة ، والمادتين (444 ، 646) من مرشد الحيران .

وهذه المــادة تقابل المــواد (499) أردنــي ، (436) مصري ، (404) سوري ، (541) عراقي.

المادة (531)

1. إذا هلك المبيع قبل التسـليم بسـبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن.
2. فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حكم هلاك المبيع كله او بعضه قبل التسـليم وبسـبب لا يد لأحد المتبايعين فيه فإن كان الهلاك كلياً انفسخ البيع واسـترد المشـتري ما أداه من الثمن وإن كان جزئياً خيّر المشـتري ان شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن.

وهذه المادة مسـتمدة من المادتين (37 ، 38) من مشـروع التقنين الحنفي والمادة (293) من المجلة والمادة (460) من مرشد الحيران والبند 135 من العقود المسماه للأستاذ الزرقا ورد المحتار جزء 4 ص 46.

وهذه المــادة تقابل المــواد (500) أردنــي ، (437) مصري ، (405) سوري ، (547) عراقي.

المادة (532)

1. إذا هلك المبيع قبل التسليم أو تلف بعضه بفعل المشتري اعتبر قابضا للمبيع ولزمه أداء الثمن.
2. وإذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع أو قيمته وتملك ما بقي منه.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حكم هلاك المبيع كلياً أو جزئياً بفعل المشتري اذ يعتبر المشتري قابضاً للمبيع ويلزمه اداء الثمن وإذا كان للبائع حق الخيار في هذه الحالة واختار الفسخ ضمن له المشتري مثل المبيع او قيمته وتملك ما بقي منه.

وهذه المادة مستمدة من المواد (493) من المجلة ، (37) من مشروع التقنين الحنفي والمادة (460) من مرشد الحيران والبند 108 من العقود المسماه للأستاذ الزرقا.

وهذه المادة تقابل المادة (501) أردني.

المادة (533)

1. إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل البيع أو قيمته.

2. وإذا وقع الإتلاف على بعض المبيع كان للمشتري الخيار بين الأمور التالية:
أ. فسخ البيع.
ب. أخذ الباقي بحصته من الثمن وينفسخ البيع فيما تلف.
جـ. إمضاء العقد في المبيع كله بالثمن المسمى والرجوع على المتلف بضمان ما أتلف.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حكم هلاك المبيع كلياً أو جزئياً قبل التسليم بفعل شخص آخر غير المتبايعين.

وهذه المادة مستمدة من المواد (37، 38) من مشروع التقنين الحنفي والمادة (462) من مرشد الحيران والمادة (293) من المجلة وابن عابدين جزء 4 ص 44، 47، 48.

وهذه المادة تقابل المادة (502) أردني.

المادة (534)

1. يضمن البائع سلامة المبيع من أي حق للغير يعترض المشتري إذا كان سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع.
2. كما يضمن البائع سلامة المبيع إذا استند الاستحقاق إلى سبب حادث بعد البيع ناشئ عن فعله.

المذكرة الإيضاحية :.

تلـزم هذه المـادة البائع بضمان سـلامة المبيع مـن أي حق للغير سـواء كان سبب الاسـتحقاق سـابقاً على البيع أو كان لاحقاً للبيع بفعل البائع.

وهي مسـتمدة من المذهبين المالكـي والحنفي المادتين 70، 72 من مشـروع التقنين المالكي والشرح الصغير وحاشيته جزء 2ص 80، 81 والشـرح الكبير وحاشـيته جـزء 3 ص 12، 132 ومـا بعدها والمادة (491) من مرشد الحيران والمادة (616) من المجلة ورد المحتار جزء 4 ص 191، والبندين 142، 150 من العقود المسماه للأستاذ الزرقا.

وهذه المـادة تقابل المـواد (503) أردنـي، (439) مصري، (407) سوري، (549) عراقي.

المادة (535)

1. توجه الخصومة في اسـتحقاق المبيع قبل تسلمه إلى البائع والمشتري معا.
2. فإذا كانت الخصومة بعد تسـلم المبيع ولم يدخل المشتري البائع في الدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي بـه فقد حقـه في الرجـوع بالضمـان إذا اثبت البائـع أن إدخاله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق.

المذكرة الإيضاحية :.

تنظم هذه المادة توجيه الخصومة في حالة استحقاق المبيع قبل تسلمه وبعد تسلمه فالخصومة قبل التسليم توجه إلى البائع والمشتري، وهي بعد التسليم توجه إلى المشتري الذي يجب عليه ادخال البائع فيها ، فإن قصّر المشتري في ذلك وصدر الحكم عليه باستحقاق المبيع فقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان إذا أثبت البائع أن إدخاله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.

وهذه المادة مستمدة من المادة (55) من مشروع التقنين الحنفي والمادة (504) من مرشد الحيران ورد المحتار جزء 4 ص 191.

وهذه المادة تقابل المواد (504) أردني، (440 بند 3) مصري، (408) سوري، (550) عراقي.

المادة (536)

1. إذا قضى باستحقاق المبيع كان للمستحق الرجوع على البائع بالثمن إذا أجاز البيع ويخلص المبيع للمشتري.
2. فإذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن.
3. ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق.
4. كما يضمن البائع أيضا للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالـج هذه المادة حكم اسـتحقاق المبيع وأثـره في العلاقة بين البائع والمستحق من ناحية وبين البائع والمشتري من ناحية أخرى.

وهي مسـتمدة من المادة (52) من مشروع التقنين الحنفي والمادة (491) من مرشد الحيران والمواد (19 ، 403 ، 924 ، 1453) من المجلة وابن عابدين جزء 4 ص 199 ، 201 .

وهذه المـادة تقابل المـواد (505) أردنـي ، (443) مصري ، (411) سوري ، (550) عراقي.

المادة (537)

1. لا يصـح اشـتراط عدم ضمـان البائع للثمـن عند اسـتحقاق المبيع ويفسد البيع لهذا الشرط.
2. ولا يمنع علم المشتري بأن المبيع ليس ملكا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق.

المذكرة الإيضاحية :.

تحظـر هـذه المـادة اشـتراط عـدم ضمـان البائع للثمـن عند استحقاق المبيع وترتب على وجود هذا الشرط فساد البيع ، وللمشتري الرجوع على البائع بالثمن ولو كان عالم بأن المبيع ليس ملكاً للبائع ، وهي مستمدة من المادتين (492 و 494) من مرشد الحيران والمادة (403) من المجلة.

وهذه المـادة تقابل المـواد (506) أردنـي، (445) مصري، (413) سوري، (556 و 557) عراقي.

المادة (538)

إذا كان الاسـتحقاق مبنيا على إقرار المشـتري أو نكوله عن اليمين، فلا يجوز له الرجوع على البائع.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تقضي هذه المادة بسـقوط حق المشـتري في الرجوع على البائع إذا كان الاسـتحقاق مبنياً على إقرار المشتري أو نكوله عن اليمين، وسبب ذلك أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره.

وهي مسـتمدة من المادة (53) من مشروع التقنين الحنفي والمادة (496) من مرشد الحيران والمادة (403) من المجلة ورد المحتار جزء 4 ص 194، 195.

وهـذه المادة تقابـل المـواد (507) أردني، (409) سـوري، (551) عراقي.

المادة (539)

1. إذا صالـح المشـتري مدعي الاسـتحقاق علـى مال قبـل القضاء له وأنكر البائع حق المدعي كان للمشتري أن يثبت أن المدعي محق في دعـواه وبعد الإثبات يخير البائع بين أداء ما يعادل بدل الصلح أو

رد الثمن إلى المشتري.

2. وإذا كان الصلح بعد القضاء للمستحق احتفظ المشتري بالمبيع وحق له الرجوع على البائع بالثمن

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حقوق المشتري في الرجوع على البائع في حالة تصالح المشتري مع مدعي الإستحقاق سواء تم هذا التصالح قبل القضاء له أم بعده.

وهي مستمدة من المادة (403) من المجلة والبند (172) من العقود المسماه للأستاذ الزرقا.

وهذه المادة تقابل المواد (508) أردني، (409، 410) سوري.

المادة (540)

1. إذا استحق بعض المبيع قبل أن يقبضه المشتري كله كان له أن يرد ما قبض ويسترد الثمن أو يقبل البيع ويرجع بحصة الجزء المستحق.
2. وإذا استحق بعض المبيع بعد قبضه كله وأحدث الاستحقاق عيبا في الباقي كان للمشتري رده والرجوع على البائع بالثمن أو التمسك بالباقي بحصته من الثمن وإن لم يحدث الاستحقاق عيبا وكان الجزء المستحق هو الأقل فليس للمشتري إلا الرجوع بحصة الجزء المستحق.
3. فإذا ظهر بعد البيع أن على المبيع حقا للغير كان للمشتري الخيار بين انتظار رفع هذا الحق أو فسخ البيع والرجوع على البائع بالثمن.

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه المشتري

المذكرة الإيضاحية :.

تنظم هذه المادة حقوق المشتري وفي حالة استحقاق المبيع قبل قبضه أو بعده.

وهي مستمدة من المذهبين الحنفي و المالكي و المادتين (505 ، 506) من مرشد الحيران والمادة (72) من مشروع التقنين المالكي والشرح الصغير وحاشيته جزء 2 ص 80 ، 81 والشرح الكبير وحاشيته جزء 3 ص 133.

وهذه المادة تقابل المواد (412) سوري ، (555) عراقي ، (509) أردني ، (445 ف 2) مصري.

المادة (541)

1. إذا وقع الادعاء بالاستحقاق بعد هلاك المبيع بيد المشتري ضمن للمستحق قيمته يوم الشراء ورجع على البائع بالثمن.
2. وإذا كانت القيمة التي ضمنها المشتري أكثر من الثمن المسمى كان له الرجوع بالفرق مع ضمان الأضرار التي يستحقها وفقا للبند (4) من المادة (536).

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة ضمان المشـتري إذا وقع الإدعاء بالإسـتحقاق بعد هلاك المبيع بيده.

وهي مسـتمدة من المادة (511) من مرشـد الحيـران ورد المحتار جزء 4 ص 194.

وهـذه المادة تقابـل المـواد (510) أردني، (412) سـوري، (547) عراقي.

المادة (542)

للمسـتحق مطالبة المشـتري بما أفاده من ريع المبيع أو غلته بعد خصم ما احتاج إليه الإنتاج من النفقات ويرجع المشتري على البائع بما أداه للمستحق.

المذكرة الإيضاحية :.

تخول هذه المادة للمسـتحق مطالبة المشـتري بمـا أفاده من ريع المبيـع أو غلته بعد خصم ما احتاج إليه الانتاج من النفقات وللمشـتري حق مطالبة البائع بما أداه للمستحق.

وهي مستمدة من المادتين (50، 52) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المواد (511) أردني، (412) سوري.

ثالثاً :. ضمان العيوب الخفية (خيار العيب)

المادة (543)

1. يعتبر البيع منعقدا على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه.
2. وتسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة أحكام المواد التالية.

المذكرة الإيضاحية :.

تقر هذه المادة القاعدة العامة في أن البيع يعتبر منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه وتسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة القواعد الخاصة في هذا الشأن.

وهي مستمدة من المادة (336) من المجلة والمادة (525) من مرشد الحيران .

وهذه المادة تقابل المواد (512) أردني ، (447) مصري ، (415، 416) سوري.

المادة (544)

1. إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا إن شاء رده وان شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما انقصه

العيب من الثمن.

2. ويعتبـر العيب قديما إذا كان موجودا في المبيـع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

3. ويعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندا الى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع.

4. ويشـترط في العيب القديم ان يكون خفيا والعيب الخفي هو الذي لا يعرف بمشـاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشـخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة

المذكرة الإيضاحية :.

تحـدد هذه المادة العيب القديم وما يترتب على ظهوره من حقوق للمشتري.

وهي مسـتمدة من المذهبين المالكـي والحنفي ومن المواد (337 ـ 340) مـن المجلة والمواد مـن (526 ـ 529) من مرشـد الحيران والمادتين (69، 70) من مشـروع التقنين الحنفي والمادة (89) من مشـروع التقنين المالكـي والبنـد 128 مـن الفقـه الإسـلامي في ثوبه الجديـد جزء 4 والعقود المسـماة للأستاذ الزرقا وبدائع الصنائع جزء 5 ص 261، 262، والقوانـين الفقهية ص 256 والشـرح الصغير جـزء 2ص 52 وما بعدها والشرح الكبير جزء 3 ص 102 .

وهــذه المادة تقابـل المـواد (513) أردني، (417) سـوري، (558) عراقي.

المادة (545)

لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية :

1. إذا بين البائع للمشتري العيب عند البيع.
2. إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه أو بعد علمه به من آخر.
3. إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.
4. إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب.
5. إذا جرى البيع بالمزاد من قبل السلطات القضائية أو الإدارية.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة الحالات التي لا يسأل فيها البائع عن العيب القديم.

وهي مستمدة من المذهبين الحنفي والمالكي ومن المواد (342 ـ 345) من المجلة والمادتين (530 ، 531) من مرشد الحيران والمادة (95) من مشروع التقنين المالكي وبداية المجتهد جزء 2 ص 153 ، 154 والبند 213 من العقود المسماة للأستاذ الزرقا والشرح الصغير جزء 2ص 65 والقوانين الفقهية ص 265 .

وهذه المادة تقابل المواد (514) أردني ، (421 ، 422) سوري ، (559) عراقي.

المادة (546)

إذا تصرف المشـتري في المبيع تصرف المالـك بعد اطلاعه على العيب القديم سقط خياره.

المذكرة الإيضاحية :.

تقضي هذه المادة بسقوط حق المشتري في الخيار إذا تصرف في المبيع تصرف المالك بعد اطلاعه على العيب القديم.

وهي مسـتمدة من المادة (344) من المجلة والمادة (541) من مرشد الحيران والمادة (87) من مشـروع التقنين الحنفـي وابن عابدين جزء 4 ص 16، 87.

وهذه المادة تقابل المواد (515) أردني، (566) عراقي.

المادة (547)

إذا هلك المبيع المعيب بعيب قديم في يد المشـتري أو اسـتهلكه قبل علمه بالعيب رجع على البائع بنقصان العيب من الثمن.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حالة هلاك المبيع بعيب قديم في يد المشـتري أو اسـتهلاكه له قبل علمه بالعيب وتجيز له الرجوع على البائع بنقصان العيب من الثمن.

وهي مستمدة من المادة (543) من مرشد الحيران والدر المختار جزء 4 ص 83.

وهذه المادة تقابل المواد (516) أردني، (419) سوري، (564) عراقي.

المادة (548)

1. إذا حدث في المبيع لدى المشتري عيب جديد فليس له أن يرده بالعيب القديم وإنما له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه الجديد.
2. وإذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع على البائع بالعيب القديم.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حقوق المشتري بالنسبة للعيب القديم في حالة حدوث عيب جديد والمبيع لديه.

وهي مستمدة من المواد من (345 ـ 348) من المجلة والمواد من (537 ـ 539) من مرشد الحيران والدر المختار جزء 4 ص 94 .

وهذه المادة تقابل المادتين (517) أردني، (562) عراقي.

المادة (549)

1. إذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ثم ظهر للمشــتري عيب قديم فيــه فانه يرجــع على البائع بنقصــان العيب وليــس للبائع الحق في استرداد المبيع.
2. والزيادة المانعة هي كل شيء من مال المشتري يتصل بالمبيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حقوق المشتري في حالة ظهور العيب القديم بعد حدوث زيادة في المبيع مانعة من الرد.

وهي مســتمدة من المواد (349، 350) من المجلة والمادة (540) من مرشــد الحيران والمادة (86) من مشــروع التقنين الحنفي وابن عابدين جزء 4 ص 86، 87 .

وهذه المادة تقابل المواد (518) أردني، (563) عراقي.

المادة (550)

1. إذا بيعــت أشــياء متعددة صفقــة واحدة وظهــر في بعضها عيب قبل التسليم فالمشتري بالخيار بين قبولها بالثمن المسمى أو ردها كلها.
2. وإذا بيعت أشياء متعددة صفقة واحدة وظهر في بعضها بعد التسليم عيــب قديم وليــس في تفريقها ضرر فللمشــتري رد المعيب بحصته مــن الثمن وليس له أن يرد الجميــع بدون رضى البائع فإن كان في تفريقها ضرر فله أن يرد جميع المبيع أو يقبله بكل الثمن.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حقوق المشتري في حالة بيع أشياء متعددة صفقة واحدة وظهور عيب في بعضها قبل التسليم أو بعده.

وهي مستمدة من المواد (532 ـ 534) من مرشد الحيران والمادة (95) من مشروع التقنين الحنفي وابن عابدين جزء 4 ص 97 وفتح القدير جزء 5 ص 174 ، 175 والبند 129 جزء 4 من الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ الزرقا.

وهذه المادة تقابل المادتين (519) أردني ، (561) عراقي.

المادة (551)

1. إذا كان بالمبيع عيب يقتضي رده ورتب عليه المشتري قبل علمه بالعيب حقا للغير لا يخرجه عن ملكه فله رده على البائع بهذا العيب بعد تخليصه من ذلك الحق إذا لم يكن المبيع قد تغير في هذه المدة.
2. فإن رتب عليه حقا للغير بعد علمه بالعيب سقط حقه في الرد به فإذا تغير المبيع جرى عليه حكم التغير الحادث للمبيع الذي به عيب قديم

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حكم العيب إذا رتب المشتري على المبيع المعيب حقاً للغير قبل علمه بالعيب أو بعد علمه به ومثال الحق الذي

يتعلق بالمبيع ولا يخرجه عن الملك رهن المبيع او اجارته او اعارته ، وإنما كان تعلق حق الغير بالمبيع بعد العلم بعيبه مسقطاً لحق الرد لأنه يدل على الرضا بالعيب وما جرى على هذا النص هو قول ابن القاسم وعليه الأكثر وقال اشهب عدم سقوط حق المشتري في الرد مقيد بما اذا لم تطل مدة الاجارة ونحوها فإن طالت سقط حقه في الرد.

وهي مستمدة من المذهب المالكي المادة (97) من مشروع التقنين المالكي و الشرح الكبير وحاشيته جزء 3 ص 112 والشرح الصغير جزء 2 ص 67 وبداية المجتهد جزء 2 ص 150.

المادة (552)

لا يسقط حق المشتري في رد المبيع بالعيب بسبب تغيير قيمته.

المذكرة الإيضاحية :-

تقضي هذه المادة بعدم سقوط حق المشتري في رد المبيع المعيب بسبب تغير قيمته.

وهي مستمدة من المذهب المالكي المادة (98) من مشروع التقنين المالكي بداية المجتهد جزء 2 ص 151 والمقدمات لابن رشد جزء 2 ص 246 ، 247.

المادة (553)

1. تكون غلة المبيع المردود بالعيب والتي لا تعتبر كجزء منه للمشتري

من وقت قبضه للمبيع

2. الى يوم فسخ البيع ولا يجوز له الرجوع على البائع بما أنفقه على المبيع.

أما غلة المبيع التي تعتبر كجزء منه فتكون للبائع.

3. وأما المبيع الذي لا غلة له فيكون للمشتري الرجوع على البائع بما أنفقه .

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حكم غلة المبيع المردود بالعيب ونفقاته . والعلة التي تعتبر كجزء منه ولد الحيوان والثمرة المؤبرة والتي لا تعتبر كجزء سكن الدار وإسكانها وركوب السيارات وتأجيرها وكانت غلة المبيع المردود بالعيب للمشتري لأنه في ضمانه والغلة في نظير الضمان وليس له الرجوع بما انفقه على المبيع لأن غلته له والغنم بالغرم.

وهي مستمدة من المذهب المالكي المادة (103) من مشروع التقنين المالكي و الشرح الصغير جزء 2 ص 74 والشرح الكبير جزء 3 ص 24 والمقدمات لابن رشد جزء 2 ص 256.

المادة (554)

ينتقل ضمان المبيع المردود بالعيب من المشتري الى البائع بمجرد رضا البائع بقبضه من المشتري وان لم يقبضه منه بالفعل أو بمجرد ثبوت عيب المبيع الموجب للرد أمام القضاء ولو لم يكن قد حكم بالرد إن كان البائع حاضرا فإن كان غائبا فلا ينتقل إليه الضمان

إلا بصدور الحكم برد المبيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تحــدد هذه المادة أحوال انتقال ضمــان المبيع المردود بالعيب من المشــتري إلى البائــع، وحكمها مســتمد من المذهــب المالكي المادة (104) من مشــروع التقنين المالكي والشــرح الكبيــر جزء 3 ص 125 والشرح الصغير جزء 2 ص 75.

المادة (555)

1. لا تســمع دعوى ضمان العيب لمرور الزمان بعد انقضاء ســتة اشــهر على تسلم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.
2. وليس للبائع أن يتمســك بهــذه المدة إذا ثبت أن إخفــاء العيب كان بغش منه.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة مدة عدم ســماع دعــوى ضمان العيب بانقضاء ســتة أشــهر على تســلم المبيع ما لم يلتــزم البائع بالضمان لمــدة أطول ويسقط حق البائع في التمسك بهذه المدة إذا ثبت ان اخفاء العيب كان بغش منه.

وهي مســتمدة من المذهبين الحنفي والحنبلي المادتين (58، 83) من المجلة خلافاً لما ذهب إليه الشــافعية والمالكية من ضرورة الرد بعد العلــم بالعيب على الفور إلا إذا كان هناك عــذر يمنع من الرد، راجع

الفقه على المذاهب الأربعة جزء 2 ص 199 ، 200.

وهذه المادة تقابل المادتين (521) أردني ، (570) عراقي.

(ب) إلتزامات المشتري
أولاً :ـ دفع الثمن وتسليم المبيع

المادة (556)

على المشتري دفع الثمن عند التعاقد أولا وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :ـ

ترتب هذه المادة التزام المشتري بدفع الثمن عند التعاقد وقبل تسلم المبيع ما لم يتفق على غير ذلك ، وتسليم الثمن أولاً مشروط بكون السلعة حاضرة والثمن حال غير مؤجل وألا يكون في البيع خيار للمشتري.

وهي مستمدة من المادة (262) من المجلة والمادة (481) من مرشد الحيران والمادة (33) من مشروع التقنين الحنفي وابن عابدين جزء 4 ص 43 ، 44.

وهذه المادة تقابل المواد (522) أردني ، (425) سوري ، (571) عراقي ، (457) مصري.

المادة (557)

1. للبائع أن يحتبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة.

2. وإذا قبل البائع تأجيل الثمن سقط حقه في احتباس المبيع والتزم بتسليمه للمشتري.

المذكرة الإيضاحية :.

تجيز هذه المادة للبائع حبس المبيع حتى يستوفي حقه في الثمن ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ويسقط حق البائع في حبس المبيع إذا قبل تأجيل الثمن وحق الحبس يكون للبائع ولو بقي جزء من الثمن.

وهي مستمدة من المواد (278، 280، 284) من المجلة والمادتين (454، 455) من مرشد الحيران والمادة (35) من مشروع التقنين الحنفي وابن عابدين جزء 4 ص 44.

وهذه المادة تقابل المواد (523) أردني، (459) مصري، (427) سوري، (579) عراقي.

المادة (558)

إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع

المذكرة الإيضاحية :ـ

تعالج هذه المادة حكم هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له إذ يكون الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع.

وهذه المادة مستمدة من المادة (460) مصري.

المادة (559)

1. إذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن على مرأى من البائع ولم يمنعه كان أذنا بالتسليم.
2. وإذا قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن بدون أذن البائع كان للبائع استرداده وإذا هلك أو تعيب في يد المشتري اعتبر متسلما.

المذكرة الإيضاحية :ـ

تنظم هذه المادة أحكام قبض المشتري للمبيع قبل أداء الثمن، فإذا تم هذا القبض على مرأى من البائع كان أذنا بالتسليم وإن تم القبض دون أذن البائع كان للبائع استرداده، وإذا هلك المبيع أو تلف في يد المشتري اعتبر متسلماً له.

وهذه المادة مستمدة من المواد (276، 277) من المجلة والمادتين (441، 442) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (524) أردني، (428) سوري، (578) عراقي.

المادة (560)

إتلاف المشتري للمبيع ولو بدون قصد قبض له.

المذكرة الإيضاحية :-

تعتبر هذه المادة اتلاف المشتري للمبيع ولو بدون قصد قبضاً له ولو كان المبيع من ضمان البائع وذلك لأن اتلاف المشتري للمبيع يستقر به الثمن عليه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي المادة (93) من مشروع التقنين الحنبلي لمجمع البحوث الإسلامية المصري وكشاف القناع ص 81.

المادة (561)

إذا كان المشتري لا يعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم بعده فله الخيار إن شاء فسخ البيع أو أمضاه وتسلم المبيع في مكان وجوده.

المذكرة الإيضاحية :-

تخول هذه المادة للمشتري الذي لا يعلم مكان المبيع وقت العقد فسخ العقد أو تسلم المبيع في مكان وجوده.

وهي مستمدة من المواد (285، 286) من المجلة والمادة (445) من مرشد الحيران.

وهـذه المادة تقابـل المـواد (525) أردني، (431) سـوري، (586) عراقي.

المادة (562)

1. يلتزم المشـتري بتسـليم الثمن المعجل في مكان وجـود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغاير ذلك.
2. وإذا كان الثمـن دينا مؤجلا على المشـتري ولم يجـر الاتفاق على الوفـاء به في مكان معين لزم أداؤه في موطن المشـتري وقت حلول الأجل.

المذكرة الإيضاحية :.

تحـدد هذه المادة مكان أداء المشـتري للثمن فـإن كان الثمن معجلاً التزم المشـتري بأدائه في مكان وجود المبيـع وقت العقد، وإن كان الثمـن مؤجلاً لزم أداؤه في موطن المشـتري وقـت حلول الأجل، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه.

وهي مسـتمدة من المـواد (285، 286، 238) مـن المجلة والمادتين (485 و 487) من مرشد الحيران.

وهذه المادة تقابل المواد (526) أردني، (573) عراقي.

المادة (563)

إذا قبض المشـتري شيئا على سوم الشـراء وهلك أو فقد في يده

وكان الثمن مسمى لزمه أداؤه فإن لم يسم الثمن فلا ضمان على المشتري إلا بالتعدي أو التقصير.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حكم هلاك أو فقد المبيع وهو في يد المشتري على سوم شرائه فإن كان ثمنه مسمى لزم المشتري اداءه، وإن لم يكن ثمنه مسمى فلا ضمان على المشتري الا بالتعدي والتقصير.

وهي مستمدة من المادتين (268، 299) من المجلة.

وهذه المادة تقابل المادة (527) أردني.

المادة (564)

1. إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع مستندة إلى حق سابق على البيع أو آيل إليه من البائع جاز للمشتري أن يحتبس الثمن حتى يقدم البائع كفيلا مليئا يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق وللبائع أن يطلب إلى المحكمة تكليف المشتري إيداع الثمن لديها بدلا من تقديم الكفيل.
2. ويسري حكم الفقرة السابقة إذا تبين للمشتري في المبيع عيبا قديما مضمونا على البائع

المذكرة الإيضاحية :.

تخول هذه المادة للمشتري حق حبس الثمن إذا رفعت عليه دعوى

باستحقاق المبيع وذلك حتى يقدم البائع كفيلاً مليئاً يضمن للمشتري رد الثمن عند ثبوت الاستحقاق ويكون للمشتري هذا الحق في حبس الثمن في حالة المبيع المعيب بعيب قديم مضمون على البائع.

وهي مستمدة من المذهبين الحنفي والشافعي والمواد (636، 638) من المجلة و (468) من مرشد الحيران، (53) من التقنين الحنفي، (99) من مشروع التقنين الشافعي لمجمع البحوث الإسلامية المصري وابن عابدين جزء 4 ص 202، 203 ومغنى المحتاج جزء 2 ص 73، المحلي جزء 2 ص 219.

وهذه المادة تقابل المواد (528) أردني، (425) سوري، (576) عراقي.

المادة (565)

إذا حدد في البيع موعد معين لأداء الثمن واشترط فيه أنه إذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما فإن لم يؤده والمبيع لا يزال في يد البائع اعتبر البيع مفسوخا حكما.

المذكرة الإيضاحية :.

تجيز هذه المادة اشتراط فسخ البيع إذا لم يؤد المشتري الثمن في الموعد المحدد إذ يترتب على عدم الأداء في الميعاد والمبيع في يد البائع إعمال أثر الشرط واعتبار المبيع مفسوخاً حكماً.

وهي مستمدة من المواد (83 و 313 و 314) من المجلة و المادة (425)

من مرشد الحيران.

وهــذه المادة تقابـل المــواد (529) أردني، (429) ســوري، (582) عراقي.

المادة (566)

1. إذا تسلم المشــتري المبيع ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن فليس للبائع اســترداد المبيــع ويصبــح الثمن دينا علــى التركة ويكــون البائع كسائر الغرماء.
2. وإذا مات المشــتري مفلسا قبل تســلم المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من التركة ويكون أحق من سائر الغرماء.
3. وإذا قبض البائع الثمن ومات مفلســا قبل تســليم المبيع كان المبيع أمانة في يده والمشتري أحق به من سائر الغرماء

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حكم موت المشــتري مفلساً قبل أداء الثمن أو قبل اســتلام المبيع واداء الثمن كذلك حكم موت البائع مفلســاً بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع.

وهي مســتمدة من المواد (295 ـ 297) من المجلة و (463 ـ 465) من مرشــد الحيران، والمادة (36) من مشروع التقنين الحنفي ـ ابن عابدين ج 4 ص 46 والبند 96 من الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج 4.

وهذه المادة تقابل المادتين (530) أردني، (580) عراقي.

ثانياً :- نفقات البيع

المادة (567)

نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع كل ذلك ما لو يوجد اتفاق أو نص في قانون أو عرف يخالفه.

المذكرة الإيضاحية :-

تحدد هذه المادة النفقات التي يلتزم بها كل من المشتري والبائع.

وهي مستمدة من المواد (288 و 289 و 292) من المجلة و (466 - 468) من مرشد الحيران، والمادة (31) من مشروع التقنين الحنفي وابن عابدين ج 4 ص 43.

وهذه المادة تقابل المواد (531) أردني، (432) سوري، (587) عراقي، (462) مصري.

الفرع الثاني
بيوع مختلفة

1- بيع السلم
المادة (568)

السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرف هذه المادة السلم بأنه بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل ويسمى صاحب رأس المال برب السلم والمسلم ويسمى الآخر المسلم إليه ويسمى المبيع المسلم فيه ويسمى الثمن رأس المال، وقد ثبتت شرعية السلم بالكتاب بقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه" وبالسنة لقوله صلى اللّه عليه وسلم "من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" وثبت أيضاً بالإجماع للحاجة والقياس يأبى جوازه لأنه بيع معدوم وترك القياس بالنص وهو نهي الرسول عن بيع المعدوم ورخص في السلم.

وهذه المادة مستمدة من المادة (123) من المجلة و المادة (550) من مرشد الحيران، والمادة (204) من مشروع التقنين الحنفي.

وهذه المادة تقابل المادة (532) أردني.

المادة (569)

يشترط لصحة بيع السلم:

1. أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت التسليم
2. أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقدار وزمان إيفائه.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة شروط صحة بيع السلم، وأولها أن يكون المبيع مما يمكن ضبط صفته وتحديد مقداره ومتوافر عادة وقت التسليم وعلى هذا يصح في المكيل كالبر والشعير والموزون كالعسل والزيت ويصح في العددي المتقارب وهو ما لا تتفاوت أحاده كالجوز والبيض، أما العددي المتفاوت فلا يجوز التسليم فيه.

ويصح المذروع كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقعته ولا يصح في الحيوان لتفاوت احاده وثانيها بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وأجله.

وهذه المادة مستمدة من المذهبين الحنفي والمالكي والمادة (386) من المجلة والمادة (554) من مرشد الحيران، والمادتين (207، 208) من مشروع التقنين الحنفي والمادتين (109، 116) من مشروع التقنين المالكي ومجمع الأنهر ج/2 ص 104 وابن عابدين ج/4 ص 15 والشرح الصغير وحاشيته ج/2 ص 104، 114.

وهذه المادة تقابل المادة (533) أردني.

المادة (570)

يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوما قدرا ونوعا وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد على ثلاثة أيام.

المادة (571)

يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع المسلم فيه قبل قبضه

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد المادة (570) شروط رأس المال وتجيز المادة (571) للمشتري التصرف في المبيع المسلم فيه قبل قبضه.

وهما مستمدتان من المذهب المالكي المادتين (111، 113) من مشروع التقنين المالكي والشرح الصغير وحاشيته ج/2 ص 104 وبداية المجتهد جزء 2 ص 172 .

وهاتان المادتان تقابلان المادتين (534، 535) أردني.

المادة (572)

إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ كان المشتري مخيرا بين انتظار وجوده أو فسخ البيع.

المذكرة الإيضاحية :.

تعالج هذه المادة حالة تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ ، إذ تجيز للمشتري انتظار وجوده او فسخ البيع ، ذلك لأن السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كباق المبيع قبل القبض ، ولأن المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله. وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجواً بخلاف المبيع المعين فإنه بهلاكه يفوت محل العقد ، وفي رأى زفر أن العقد يبطل وهو رواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض في المبيع المعين فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته.

وهي مستمدة من المذهبين الحنفي والحنبلي المادة (209) من التقنين الحنفي والمادة (148) من مشروع التقنين الحنبلي (فتح القدير ج 5 ص 332 وكشف القناع ص 128 ، 129).

وهذه المادة تقابل المادة (536) أردني.

المادة (573)

إذا مات البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع كان المشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة أو شاء انتظر حلول الأجل وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المبيع إلا إذا قدم الورثة كفيلا مليئا يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله.

المذكرة الإيضاحية :.

تنظم هذه المادة حقوق المشتري في حالة موت البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع، والحكم الفقهي في ذلك أنه يبطل الأجل بموت البائع لا بموت المشتري. وفي هذه الحالة يؤخذ المسلم فيه من التركة حالاً لبطلان الأجل بموت المدين كما يعلم من الدر المختار ورد المحتار ج 4 ص 206 والمادة (560) من مرشد الحيران، (212) من مشروع التقنين الحنفي وبما أن الأجل وإن كان حقاً للمدين إلا انه لوحظ في ابطاله اعطاء صاحب الدين الحق في استيفاء دينه، لذلك لجأ المشرع إلى إعطاء المشتري الحق بالخيار بين ان يفسخ العقد ويسترد الثمن من التركة كما هو معين في الحكم الفقهي وبين ان ينتظر حلول الأجل وفي هذه الحالة لا تكون التركة قد تضررت من التأجيل لذلك فإن الحكم يكون مراعي فيه جانب المصلحة والتيسير، وإذا اختار التأجيل له الحق أن يحجز من التركة ما يفي بحقه حتى لا يتعرض للضرر فلا ضرر ولا ضرار والضرر يزال طبقاً للمادتين (19، 20) من المجلة (بدائع الصنائع ج 5 ص 213 وابن عابدين ج 4 ص 216، 217.

وهذه المادة تقابل المادة (537) أردني.

المادة (574)

1. إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولا مستقبلا بسعر أو بشروط مجحفة إجحافا بينا كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقها بين تاريخ

العقد والتسليم طبقا لما جرى عليه العرف.

2. وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلا للبائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله لمن يشاء.
3. ويقع باطلا كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطا في عقد السلم نفسه أم كان في صورة التزام آخر منفصل أيا كان نوعه.

المذكرة الإيضاحية :-

تخول هذه المادة للبائع في السلم حق طلب تعديل السعر إذا استغله المشتري واشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر او بشروط مجحفة اجحافاً بيناً ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقصد به اسقاط حق البائع في طلب تعديل السعر في هذه الحالات.

ويتبين مصدر هذا الحكم مما يلي :-

1. حكم الغبن المجرد عن الخلابة (الخداع والإكراه) كما في بيع المسترسل وبيع الركبان لمن يتلقاهم في المذهب الحنبلي والمالكي حيث يحيزان للمغبون فسخ العقد .

وكما في المذهب الحنفي أيضاً عن الغبن المجرد بالنسبة لمال اليتيم والوقف وبيت المال إذا وقع عليهم غبن فاحش في أموالهم بيعاً أو شراء على سبيل الاستثناء وفي هذه الثلاثة من عدم جواز الفسخ للغبن المجرد للحاجة إلى الحمايلة في هذه الجوانب الثلاثة ، وهذه الثلاثة ليست واردة بآية قرآن أو حديث نبوي على سبيل الحصر بل هي استثناءات اجتهادية بمقتضى المصلحة الإستحسانية منعاً

من استغلال الجانب الضعيف أو المطموع فيه فيمكن أن يلحق بها حالات مماثلة (ينظر في هذا مدخل الفقه العام للزرقا) حكم الغبن المجرد في بحث عيوب الرضا ج 1 فقرة 189 ، 190.

2. ان حق المحكمة في تعديل الثمن والشروط المجحفة في هذه الحال بدلاً من البدء بالفسخ هو أخذ بالأدنى في إقامة العدالة مع إحترام إرادة المشتري في اعطاء حق الفسخ في النهاية إن لم يوافقه التعديل وهذا مقبول فقهاً فإن نقل حق الفسخ من طرف إلى أخر في العقد بصورة مضاف فيها حقوق الطرفين قد أخذ به الفقهاء في خيار العيب إذا حدث لدى المشتري عيب جديد حيث قرروا نقل الخيار من المشتري إلى البائع كي لا يتضرر البائع من رد المبيع إليه معيباً بعيب جديد فيخير البائع بين فسخ العقد وإسترداد المبيع معيباً بالعيب الحادث وبين ترك المبيع للمشتري وإعطائه نقصان العيب القديم حفظاً لحقوق الطرفين واحتراماً لإرادتيهما (ينظر في هذا باب خيار العيب في كتاب البيع من كتب الفقه الحنفي) وفي المجلة المادتين (345، 348).

3. حق القاضي في تحديد سعر البيع في حالة الإحتكار ثم البيع على المحتكر جبراً إذا امتنع ويمكن القياس عليها في حالات المحترفين لشراء المحاصيل المستقبلة من الزراع المحتاجين لأن هؤلاء المحترفين محتكرون لهذا العمل وهم يؤلفون في كل بلد عصبة محتكرة لهذا النوع من التجارة لشراء المحاصيل المستقبلة من الزراع المحتاجين.

وهذه المادة تقابل المادة (538) أردني.

المادة (575)

لا يصح أن يكون راس مال السلم والمسلم فيه طعامين أو نقدين ويكفي في غير الطعامين أن يختلفا في الجنس والمنفعة.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة شروط صحة رأس مال السلم والمسلم فيه إذ يجب الا يكونا طعامين أو نقدين ويكفي في غير الطعامين أن يختلفا في الجنس والمنفعة وبدل هذا النص على امتناع أن يكون رأس المال والمسلم فيه طعامين أو نقدين كاسلام قمح في قمح أو في فول وإسلام ذهب في ذهب أو في فضة لأنهما لو كانا طعامين أو نقدين لأدى ذلك إلى ربا النسيئة أو ربا الفضل أو أيهما معاً ، وإنما كفى في غيرهما اختلافهما في الجنس أو اختلافهما في المنفعة عند اتحاد الجنس لأن اختلاف الجنس يمنع لزوم الربا واختلاف المنفعة يجعل الجنس الواحد بمنزلة الجنسين.

وهذه المادة مأخوذه من المذهب المالكي مادة (112) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الصغير وحاشيته ج 2 ص 106 وما بعدها).

المادة (576)

1. إذا كان للمسلم فيه وقت معين يظهر فيه وانقطع وجوده فيه عند حلول أجله قبل أن يقبضه المشتري لزمه الانتظار إلى ظهوره ثانيا إن كان تأخير القبض بسبب منه فإن لم يكن بسبب منه خير بين فسخ عقد السلم أو الانتظار إلى ظهوره.

2. وإذا انقطع وجوده بعد قبض المشتري لبعضه وجب الانتظار بالبعض الآخر ما لم يتفق الطرفان على المحاسبة على ما تم قبضه.

المذكرة الإيضاحية :.

تواجه هذه المادة الحالات التي يكون فيها للمسلم فيه وقت معين يظهر فيه وتحدد الحكم الواجب اتباعه اذا ما انقطع وجود المسلم فيه وقت حلول اجله وقبل ان يقبضه المشتري إذ يلزم المشتري انتظاره إلى ظهوره ثانياً إن كان تأخير القبض بسبب منه فإن لم يكن بسبب منه خُيّر في فسخ عقد السلم أو الإنتظار إلى ظهوره.

وإذا انقطع وجوده بعد قبض المشتري لبعضه وجب الأنتظار بالبعض الآخر إلا أن يرضيا بالمحاسبة.

وهذه الأحكام مستمدة من المذهب المالكي المادة (114) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الصغير وحاشيته ج 2 ص 112).

المادة (577)

يتعين أن يكون قضاء المسلم فيه بجنسه ويجوز استثناء قضاؤه اتفاقا بغير جنسه بالشروط الآتية :

أ. أن يكون البدل الذي يقضي به معجلا.

ب. أن يكون هذا البدل مما يصح أن يسلم فيه رأس المال.

جـ. أن لا يكون المسلم فيه طعاما.

المذكرة الإيضاحية :.

توجب هذه المادة قضاء المسلم فيه بجنسه وتحدد الشروط التي يلزم توافرها لقضاء المسلم فيه استثناء بغير جنسه وحكمة هذه الشروط هي أنه لو كان البدل مؤجلاً لزم عليه فسخ الدين في الدين ولو كان مما لا يصح أن يسلم فيه رأس المال كما لو كان رأس المال طعاماً والمسلم فيه عرضاً قضى بطعام فإن هذا البدل لا يصح ان يسلم فيه رأس المال لئلا يلزم بيع الطعام بالطعام نسيئه، ولو كان المسلم فيه طعاماً وقضى بغير جنسه لزم بيع الطعام قبل قبضه، وهذه اللوازم الثلاثة ممنوعة شرعاً.

وهذه المادة مأخوذه من المذهب المالكي المادة (115) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الصغير ج 2 ص 114).

المادة (578)

إذا حل أجل المسلم فيه وجب على البائع أن يسلمه للمشتري في المكان الذي اتفقا عليه أو في محل عقد السلم إذا لم يشترطا مكانا معينا ولا يلتزم البائع بتسليمه ولا المشتري بتسلمه منه في غيرهما ما لم يتفق على غير ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة المكان الذي يجب فيه على البائع تسليم المسلم فيه عند حلول أجله.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (116) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الصغير ج 2 ص 104).

المادة (579)

1. إذا اختلف البائع والمشتري في قدر المسلم فيه أو في قدر أجله ولا بينه لواحد منهما فالقول لمن ادعى القدر الغالب بين الناس فإن لم يوجد قدر غالب قضى بينهما بالقدر الوسط.
2. وان اختلفا في مكان تسليم المسلم منه فالقول لمن ادعى التسليم في محل عقد السلم فإن لم يدعه واحد منهما قضي بتسليمه في سوقه ببلد العقد.

المذكرة الإيضاحية :.

تعين هذه المادة الحكم الواجب اتباعه عند اختلاف البائع والمشتري على قدر المسلم فيه او قدر اجله او مكان تسليمه، ويعلم من هذه الاحكام أنه إذا كان أكثر الناس يؤجل المسلم فيه بشهرين والأقل يؤجله بشهر كان القول عند الاختلاف في قدر الاجل لمن ادعى تاجيله بشهرين وإذا كان البعض يؤجله بشهرين والبعض بشهر من غير تفاوت بينهما في الكثرة والقلة كان القدر الوسط الذي يقضي به شهراً ونصفاً وإذا كان الأكثر يسلم مائة درهم في أربعة أرادب مثلاً والأقل يسلمها في خمسة كان القول عند الاختلاف في قدر المسلم فيه لمن ادعى أنه أربعة، وانه إذا لم يوجد غالب في المثال السابق فبالقدر الوسط الذي يقضي به أربعة ونصفه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (117) من

مشـــروع التقنين المالكي (الشـــرح الصغير وحاشيته ج 2 ص 103 ، 104 وشرح مجموع الأمير ج 2 ص 132 وبداية المجتهد ج 2 ص 173 ، 174).

2- بيوع الفضاء

المادة (580)

يجـوز بيـــع الفضاء للبنـــاء فيـــه إذا كان على وجه مـــن الوجوه التالية:

أ. بيع فضاء فوق أرض ولا يتوقف جوازه على وصف ما يبنى فيه.

ب. بيع فضاء فوق بناء بشرط أن يوصف البناء الذي يقام فيه.

جـ. بيـــع فضاء فـــوق فضاء يقام فيه بشـــرط أن يوصـــف كل من البناء السـفلي والبناء العلوي فإذا وقع بيع من هـــذه البيوع الثلاثة ملك به المشـــتري جميع الفضاء الذي فوق الأرض أو فوق البناء في حدود ما اشتراه من هذا الفضاء ولكن ليس له أن يبني منه أكثر من الذي تم الاتفاق عليه إلا برضاء المالك أو مالك البناء الأسفل.

المذكرة الإيضاحية :-

تحدد هذه المادة الوجوه التي يجوز فيها بيع الفضاء للبناء فيه وأثر هذا البيع وبيع الفضاء فوق أرض كأن يقول بعني مائة ذراع من الفضاء الذي فوق أرضك لأبني فيه بيتاً ولم يشترط في جوازه وصف البناء الذي يقام فيه لأن الأرض لا تتأثر بالبناء فوقها فلا غرر في عدم وصفه.

وبيـــع الفضاء فـــوق بناء كأن يقول انســـان لصاحـــب بناء بعني مائة متر من الفضاء الذي فوق بنائك لأبني فيه بيتاً واشـــترط في جوازه وصف البناء الذي يقام فيه.

وبيع فضاء فوق فضاء يقام فيه بناء كأن يقول انسان لصاحب أرض يريد البناء عليها بعني مائة متر من الفضاء الذي فوق ما تبنيه بأرضك لابني فيه بيتاً ، وشرط في جواز هذا النوع والذي قبله وصف البناء للخروج من الغرر لأن صاحب البناء الأسفل وهو البائع يرغب في ضخامة بنائه وقوة البناء الأسفل لضمان بنائه فرغبتهما مختلفة فإذا وصف كل منهما انتفى الغرر.

ويترتب على ملك المشتري لجميع الفضاء أنه ليس لصاحب الأرض أو البناء الأسفل أن يبني في الفضاء الذي فوق بناء المشتري أو يبيعه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (3) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الكبير وحاشيته ج 3 ص 13 والشرح الصغير ج 2 ص 10 .

المادة (581)

بيع الفضاء محمولاً على التأبيد ويترتب عليه ما يأتي :

1. انه لا ينفسخ بانهدام البناء السفلي أو البناء العلوي.
2. انه يجب على صاحب البناء السفلي إعادة بنائه إن تهدم وترميمه إن وهن ولصاحب البناء العلوي بإذن من صاحب البناء السفلي أو الفضاء إعادة بنائه.

المذكرة الإيضاحية :.

تقرر هذه المادة قاعدة تأبيد بيع الفضاء والآثار المترتبة عليه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (35) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الكبير وحاشيته ج 3 ص 13).

3- بيع الجزاف

المادة (582)

1. بيع الجزاف هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد بدون كيل أو وزن أو عد اكتفاء بتقديره إجمالا ويتم البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن يتوقف على مقدار المبيع.

2. ويشترط في جواز البيع الجزاف ما يأتي:

أ. أن يكون المشتري قد رآه حال العقد عليه أو رآه قبل العقد رؤية لا يتغير بعدها عادة إلى وقت العقد عليه إلا أن يكون في رؤيته فساد له فيكفي العلم بصفته.

ب. أن يجهل المتبايعان قدر كيله أو وزنه أو عدده مع إمكان تقديره إجمالا فإن ثبت لأحدهما حين العقد أن الطرف الآخر كان يعلم بقدر المبيع فسد العقد وان علم بعلم الأخر بذلك بعد العقد خير بين رد البيع أو إمضائه

المذكرة الإيضاحية :.

تعرف هذه المادة بيع الجزاف وتوضح الشروط اللازمة لجوازه

والجزاف مثلث الجيم لفظ فارسـي معرب وهو أسـم من جازف جزافاً ومجـازف من بـاب قاتل وهو القـول والفعل بلا ضابط ومنـه أخذ بيع الجزاف لأنه بيع بغير ضابط من كيل ونحوه.

ومثال ما في رؤيته فساد له كغلال خل أو زيت مختومة يفسدها فتحها لرؤية ما فيها أو ذوقانه ونحو ذلك، وإنما فسـد بيع الجزاف إذا علـم أحد المتبايعين بعلم الآخر بقدر المبيـع حين العقد لتعاقدهما على الغرر به لأن كل واحد قصد خديعة الآخر.

والأصـل في بيع الجزاف المتبع الجهل بالمبيـع لأن الأصل في بيع ماله معيار شـرعي أو عرفي أن يباع بمعياره ولكن اجازه الشـارع دفعاً لمشـقة كيله أو وزنه أو عده كما هو الشـأن فيما جـرت العادة ببيعه جزافاً .

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (37) من مشروع التقنين المالكي كما اسـتمدت حكم الفقرة الأولى من المواد (217، 218) مـن المجلـة، والمادتين (309، 310) من مرشـد الحيران (الشـرح الصغير وحاشـيته ج 2 ص 12 والشـرح الكبير وحاشـيته ج 3 ص 17) ومواهب الجليل ج 4 ص 285.

وهذه المادة تقابل المادة (429) مصري.

4) بيوع الآجال

المادة (583)

من باع شـيئا بثمن مؤجل جاز له أن يشتريه بثمن حال أو مؤجل

ممـن باعه له إلا إذا اختلـف البيعان في الثمن والأجل وكان دفع الثمن الأقل سابقا على دفع الثمن الأكثر وفي هذه الحالة يفسخ البيع الثاني إن كان المبيع قائما فإن لم يكن قائما فسخ البيعان.

المذكرة الإيضاحية :.

تجيز هذه المادة لمن باع شـيئاً بثمن مؤجل أن يشـتريه ممن باعه لـه بثمن حال أو مؤجل. وتحظر هذه الشـراء في حـالات محددة تتوفر فيها شـبهة الربا وتحدد الأثر المترتب على مخالفة هذا الحظر، ويطلق على هذا النوع من البيوع في كتب الفقة (بيوع الآجال) لأشتمال اكثر صورهـا على اجلين والصـور المختلفة منها ثلاث وهي التي أشـير إلى ضابطها في النص المتقدم في الإسـتثناء ويمكن جمعها في مثال واحد كما لو باع انسـان سلعة بعشـرة مؤجل لشهر ثم اشتراها من المشتري بثمانية نقداً أو اشـتراها منه بثمانية لأجل أقرب من شـهر أو اشتراها منـه بأثنى عشـرة لأجـل أبعد من شـهر وعلة المنع في هـذه الصور هي تهمة قصد السـلف بالزيادة، لأن السـلعة في البيـع الثاني رجعت على صاحبها وآل الأمر إلى أن دافع القليل من المتبايعين أسـلفه قليلاً يأخذ عنه كثيراً والمسـلف منها في الصورتين الأوليين هـو البائع الأول وفي الصورة الثالثة هو البائع الثاني، وأما ما عدا هذه الصور من صور بيوع الأجال فجائز إذا لا يتصور فيها تهمة سلف بزيادة.

هذا وقد انفـرد المالكية بقولهم بامتناع بيوع الآجال في الصور المتقدمـة بنـاء على قولهـم بقاعدة سـد الذرائـع وأما غيرهـم فقالوا بجوازهـا مطلقاً لأنهم يحملون هـذه البيوع على ظاهرهـا ولا يتهمون المتبايعين بقصد السـلف بالزيادة ولا يـرون الحكم بالذرائع كما في مواهب الجليل ج 3 ص 389 والمقدمات لابن رشد ج 2 ص 210.

وفي شرح التاج والأكليل ماخلاصته : قال أبو عمران أبي جماعة من فقهاء المدينة وغيرها منع بيوع الآجال ولم يروا فسخ صفقة ظاهرها حلال لأجل ظن يخطئ ويصيب لأن الأحكام الشرعية مبنية على المكائن لا على الظنون، وقال ابن عبدالسلام : اكثر العلماء لا يقولون بسد الذرائع لا سيما في البيع، وبيوع الآجال ليس فيها تصريح باشتراط السلف مع البيع او تصريح بالسلف بزيادة وإنما هو أمر يتهم فيه المتبايعان ويستند في تلك التهمة على جريان العادة بقصد التوصل لبيوع الاجال إلى سلف بزيادة ثم قالوا هب ان تلك العادة وجدت في قوم في المائة الثالثة فلم قالوا بوجودها في المائة السابعة والتزموا ببناء الحكم عليها من ان العوائد تتغير بتغير الزمان والمكان ثم قالوا وانا أتوقف في الفتيا في هذا الباب وفيما اشبهه من الأبواب في الكتب من المسائل المبنية على العادات التي مر عليها مئات السنين لأن تلك العوائد التي هي شرط في هذه الأحكام لا يعلم وجودها الآن لتغيرها بتغير الزمان والقاعدة المقررة كما في كتاب الذخيرة (ان كل حكم رتب على عادة أو عرف يزول عند زوال تلك العادة ويتغير إذا تغير ذلك العرف، هذا حاصل ما في شرح التاج مع زيادة التوضيح).

ومما تقدم يتضح أن القول بامتناع بعض صور بيوع الآجال كما جاء في النص المتقدم مبني على أساس ضعيف وان الظاهر هو مذهب القائلين بجوازها مطلقاً.

وقد استمدت هذه المادة من المذهب المالكي المادة (57) من مشروع التقنين المالكي مجموع الأمير ج 2 ص 107 والقوانين الفقهية ص 261 والشرح الصغير ج 2 ص 46، 49 وشرح التاج والأكليل بهامش مواهب الجليل ج 4 ص 388 .

5) بيع العينة

المادة (584)

بيــع العينة هو بيع يتم بين من نصب نفســه لطلب شــراء الســلع وليســت عنده وبين طالب الســلعة فإذا طلبت منه ســلعة فإنه يشتريها ويبيعهــا لمن طلبها منه بزيادة على ثمن شــرائه لهــا وهو بيع جائز إلا أن يؤدي إلى ســلف بزيادة وذلك إذا أعاد المطلوب منه بيع الســلعة لطالبها بثمن آجل يزيد على ثمن الشــراء المتفق عليه بينهما وإذا وقع البيع بهذه الصورة فســخ الشراء الثاني ولزمت الســلعة بالثمن المتفق عليه بينهما في الشــراء الأول مضافــا إليه الأقل من أجر القيــام بمثل هذه الصفقة ومن الربح

المذكرة الإيضاحية :.

تجيز هذه المادة بيع العينة بشرط عدم انطوائه على ربا ، وسمي هــذا النوع من البيوع بيوع العينة بكســر العــين لأن البائع أعان طالب الســلعة علــى الحصول عليها ، ومثــال بيع العينة الذي يــؤدي إلى تهمة ســلف بزيادة أن يقــول طالب الســلعة لواحد من أهل العينة ، اشــترها لي بعشــرة نقداً وأنا اشــتريها منك بأثنى عشــرة مؤجلة لشهر فكأن المطلوب منه أســلف طالب الســلعة عشــرة يأخذ عنها بعــد الأجل أثنا عشــرة فهذا البيع لا يجوز وإذا وقع فســخ الشــراء الثاني وهو شراؤها بأثنى عشــر ولزمت الســلعة من طلبها بثمن الشــراء الأول وهو عشرة مضافاً إليــه الأقل من أجر القيام بمثل هذه الصفقة ومن الربح ويحدد الربــح في هذه الحالة بالربح المقدر مــن الجهة المختصة ان وجد فإن لم يكن مقدراً على هذا النحو أخذ بالربح المعتاد ، وبطبيعة الحال إذا لم يتفق الطرفــان على تحديد الربح المعتــاد كان للقاضي أن يقدره بعد

الأستعانة بأهل الخبرة.

ويقـال في مبنى عدم جواز هـذا البيع وهو تهمة السـلف بزيادة مـا قيل في مبنى المنـع في بيوع الأجال على الوجه المشـار إليه في النص السابق.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (58) من مشروع التقنين المالكي (الشـرح الصغير ج 2 ص 50 والشـرح الكبير ج 3 ص 79. ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للمادة السابقة.

6) بيع الطعام وغيره قبل قبضه

المادة (585)

يجوز لمن ملك شـيئا بشـراء أو غيـره أن يبيعه قبـل قبضه ممن كان يملكـه إلا أن يكـون طعام معاوضة فلا يجوز لمن اشـتراه على الكيـل أن يبيعه قبل قبضه بالكيل فإن اشـتراه جزافـا جاز له بيعه قبل قبضه.

المذكرة الإيضاحية :.

تحـدد هذه المادة الحالات التي يجوز فيها بيع الطعام وغيره قبل قبضـه ، وطعام المعاوضة هـو ما ملك بعوض سـواء كان ذلك الطعام ربويـاً كالقمح أو غير ربوي كا لتفـاح ، وضابط عدم جواز بيع طعام المعاوضة قبل قبضه أن يتولى عليه عقداً بيع لم يتخللها قبض.

وإنمـا منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه لأنه لا يدخل في ضمان

المشتري الا بقبض الإستيفاء وجاز بيعه في صورة الجزاف لدخوله في ضمانه بمجرد العقد عليه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي مادة (59) من مشروع التقنين المالكي (الشرح الصغير ج 2 ص 81 ومجموع الأمير ج 2 ص 124 والقوانين الفقهية 249.

7) بيع الثمار

المادة (586)

1. يجوز بيع الثمار وإن لم يبد صلاحها أن بيعت مع أصولها ولا يجوز بيعها منفردة عن أصولها إلا إذا بدا صلاحها أو صلاح بعضها ويكون بدو الصلاح بالتهيؤ للنضج وصلاحيتها للإطعام أو الانتفاع بها.
2. وإذا كانت أصول الثمار مما يطعم بطونا في السنة جاز بيع البطون إذا بدا صلاح البطن الأول منها أن اتصلت البطون ولم يتميز بعضها عن بعض فإن تميزت فلا يجوز بيع البطن الثاني إلا إذا بدا صلاحه

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة الحالات التي يجوز فيها بيع الثمار وإن لم يبد صلاحها.

كذلك الحالات التي يجوز فيها بيع بطون الثمار وبيع الثمار مع أصولها يشمل بيعهما في عقد واحد وبيعهما في عقدين كما لو اشترى الأصول ثم اشترى بعد ذلك ثمارها.

وإنمـا صح بيع الثمار قبل بدو صلاحها على الوجه المذكور في النـص لأنها إذا بيعت مع أصولها في عقد واحـد أو ألحقت بها في عقد آخر صارت بذلك تابعة للاصول في البيع.

والمراد بالثمار هنا ما يشملها المأكول كالعنب والتين والتفاح والمقاثئ والبطيـخ والخضروات والبقول كالبصـل والجزر ونحوهما وغير المأكول كالزهور.

والأصـول التي تطعم بطونا في السـنة كالمـوز والمقاثئ وبعض الخضروات.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (44) من مشروع التقنـين المالكـي (الشـرح الصغيـر ج 2 ص 94 وما بعدهـا والقوانين الفقهية ص 252.

المادة (587)

إذا أصيبـت الثمـار بعد بيعهـا بجائحة لا يسـتطاع دفعها عادة كان مـن حـق المشـتري طلب تخفيـض الثمن بمـا يعادل مـا أصابته الجائحـة إذا حصلـت الإصابة قبل تمام نضجها وجنيهـا المعتاد وبلغت قيمة ما أصابته ثلث قيمة الثمار فأكثر إلا إذا كانت الجائحة بسبب العطش فيسـتنزل مـن الثمن قيمة ما أصابته الجائحـة ولو قلت قيمته عن الثلث.

المذكرة الإيضاحية :.

تعين هذه المادة حقوق المشتري إذا أصيب الثمار بعد بيعها بجائحة لا يستطاع دفعها عادة والمقصود بالثمار في هذا النص هو المراد به في النص السابق وإنما وضعت جائحة العطش عن المشتري ولو قلت عن الثلث لأن سقي الثمار على البائع فأشبهت المبيع الذي فيه حق توفيه ، والمبيع الذي فيه حق توفيه للمشتري لا يدخل في ضمانه إلا بعد استيفائه له والإستيفاء هنا لم يتحقق بسبب العطش.

ووضع جائحة الثمار عن المشتري مبني على ما يأتي في ضمان المبيع من أن ضمان الثمار المبيعة يكون من البائع إلى كمال طيبها وأمن جوائحها ولو قبضها المشتري.

وهذه المادة مستمدة من المذهب المالكي المادة (45) من مشروع التقنين المالكي (القوانين الفقهية ص 253 وبداية المجتهد ج 2 ص 155 ، 157 والشرح الصغير ج 2 ص 157 والشرح الكبير ج 3 ص 164 وما بعدها.

8) بيع الأرض المزروعة والمبذورة.

المادة (588)

1. إذا كان بالأرض المبيعة زرع لا يحصد إلا مرة واحدة بقي للبائع إلى أول وقت أخذه ما لم يشترطه المشتري لنفسه.

2. وإذا كان بالأرض المبيعة زرع يجذ مرة بعد أخرى أو تتكرر ثمرته فأصله للمشتري والجذة أو الجنية الظاهرة للبائع وعليه قطعها في الحال ما لم يشترطها المشتري لنفسه وعليه قطعها في الحال.

المذكرة الإيضاحية :.

إذا كان بالأرض المبيعة زرع لا يحصد إلا مرة واحدة سواء نبت هـذا الزرع أو كبُرّ وشـعير وعـدس ونحوها فهو للبائـع فلم يدخل في البيع لأنه مودع في الأرض يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة ويبقى للبائع إلـى الحصاد بلا أجرة عليـه ويأخذه أول وقت أخـذه. وإن كان بقاؤه أنفع له وعليه إزالة ما يبقى من عروقه المضرة بالأرض.

كما أن عليه تسوية الحفر، هذا ما لم يشترطه المشتري لنفسه فإن اشتراطه فهو له، لأنه بالشرط يدخل تبعاً للأرض.

وإن ظـن مشـتري الأرض دخـول زرع البائع أو ثمر على شـجر وأدعى الجهل به ومثله يجهله فله الفسـخ لأنه يفوت عليه منفعة الأرض والشجر عاماً وان اختار الامساك فلا أرض له.

وإذا كان بـالأرض المبيـع زرع يجـذ مـرة أخـرى كالنعنـاء والكـرات أو تتكـرر ثمرته كالقثـاء والباذنجـان أو يتكرر زهره بالبنفسـج والنرجـس فالأصول مـن جميع ذلك للمشـتري لأنـه تراد للبقاء أشـبه الشـجرة والجذة الظاهرة واللقطة والزهر الظاهر للبائع لأنه يبقى مع بقاء أصله أشـبه ثمر الشـجر المؤبـر وعلى البائع قطع ما يسـتحقه منه في الحال لأن ذلك ليس له حد ينتهي إليه وربما ظهر غير ما كان ظاهراً فلا يمكن تميز حق كل منهما.

هذا إذا لم يشترطه المشتري لنفسه فإن اشترطه كان له عملاً بالشرط.

وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي المادة (134) من مشروع التقنين الحنبلي (كشف القناع ص 107، 108 ومنتهى الإرادات ص 68، 70).

المادة (589)

1. إذا بيعت الأرض المبذورة فإن كان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة فهو للبائع كالنبات وان جهل المشتري ان بها بذراً حين العقد فله الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بلا ضمان.
2. أما إذا كان البذر مما يجذ نباته مرة بعد أخرى أو تتكرر ثمرته أو يبقى أصله فهو للمشتري

المذكرة الإيضاحية :-

تحدد هذه المادة حقوق البائع والمشتري إذا كانت الأرض المبيعة مبذورة.

فإذا كان بالأرض المبيعة بذر وكان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة كالبر والشعير فهو للبائع كالنبات إذا كان المشتري عالماً بوجود البذر بالأرض أما إذا كان جاهلاً بوجوده فهو بالخيار بين الفسخ لفوات منفعة الأرض عليه وبين الأمضاء بلا ضمان لأنه لا نقص بالأرض.

أما إذا كان المبذور مما يجذ ثمره مرة بعد أخرى كبذر قثاء أو باذنجان أو كان البذر مما يبقى أصله كشجر أو كان ممن يجذ نباته مرة بعد أخرى كبرسيم فهو للمشتري تبعاً للأرض فإنه يتبعها لو

كان ظاهراً فأولى ان كان مستوراً لأنه يترك فيها للبقاء فإذا كان مما يبقى أصله لا يقصد منه البقاء كالشتل فهو للبائع.

وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي المادة (135) من مشروع التقنين الحنبلي.

(9) صورة من بيع النخل والشجر
المادة (590)

1. إذا بيع نخل تشقق طلعه أو شجر بدا ثمره أو ظهر من نوره أو خرج من أكمامه فما تشقق أو ظهر فهو للبائع متروكا إلى الجذاذ وما بيع قبل ذلك فهو للمشتري والقول قول البائع بيمينه في بدو ذلك وتشققه.
2. ولكل من البائع والمشتري أن يشترط لنفسه ما لصاحبه كله أو بعضه

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المادة حقوق البائع والمشتري في بيع النخل الذي تشقق طلعه أو الشجر الذي بدأ ثمره أو ظهر من نوره أو خرج من أكمامه، فإذا بيع نخل تشقق طلعه ولو لم يُلقح أو بيع شجر بدأ ثمره كعنب وتين أو ظهر من نوره كمشمش وتفاح أو خرج من أكمامه كورد وقطن فما تشقق من الطلع أو ظهر من الثمر فهو للبائع متروكاً إلى الجذاذ للحديث الشريف (من ابتاع نخلاً بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع) وعلم منه أن ما بيع قبل ذلك فهو للمشتري لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة، والنص على التأبير والحكم منوط

بالتشـقق لملازمته له غالباً ويترك إلى الجذاذ لأن تخلية المبيع بحسـب العرف والعادة كدار فيها أطعمة أو متاع لم يجب نقله إلا حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلاً ولا جمع دواب البلـد لنقله، كذلـك تفريغ النخل من الثمـرة وان تفريغها وهو أوان جذاذها هذا إذا لم يشـترط المشـتري على البائع قطعه في الحال فإن شـرط قطعه وكذلك إذا تضرر النخـل ببقائه قطع لأن الضرر لا يزال بالضرر وقيس ما تشقق من الطلع على ما بدا من الثمار لأن بدوره بمثابة تشـقق الطلع والقول قول البائع في بدو الثمر قبل العقد لتكون باقية له لأن الأصل عدم انتقالها عنه وعليه اليمين.

ويصح لكل من البائع والمشـتري أن يشترط لنفسه ما لصاحبه كله أو بعضه فلو شـرط للمشتري أن يكون له ما تشقق من الطلع أو بدا من الثمر جاز كذلك إذا شرط البائع لنفسه الطلع الذي لم يتشقق والثمر الذي لم يظهر جاز لما مر في الحديث.

وهذه المادة مأخوذة من المذهب الحنبلي المادة (136) من مشروع التقنين الحنبلي (كشاف القناع ص 109 ، 110 منتهى الإرادات ص 71 ، 73 والشرح الكبير ص 191).

المادة (591)

1. يعتبر تشـقق بعـض الطلع في النخلة أو بدو بعض الثمر في الشـجرة الواحدة تشقق وبدو لجميع طلعها وثمرها.
2. أما إذا تعددت النخيل أو الأشجار وتشقق بعضها دون الآخر أو ظهر ثمر بعضها دون الآخر فلكل حكمه

المذكرة الإيضاحية :.

تعتبر هذه المادة تشقق بعض الطلع في النخلة أو بدو بعض الثمر في الشجرة الواحدة تشققاً وبدواً لجميع طلعها وثمرها إلا إذا تعددت النخيل أوالأشجار وتشقق بعضها دون الآخر أو ظهر ثمر بعضها دون الآخر فإن لكل حكمه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي المادة (137) من مشروع التقنين الحنبلي (كشاف القناع ص 111 ومنتهى الإرادات ص 72).

(10) بيع ما مأكوله في جوفه
المادة (592)

يجوز بيع ما مأكوله في جوفه والحب المشتد في سنبله في ساترهما.

المذكرة الإيضاحية :.

أجازت هذه المادة بيع ما مأكوله في جوفه والحب المشتد في سنبله، ومثال ذلك بيع الجوز واللوز والباقلاء والحب المشتد كالبر لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، فمفهومه اباحة بيعه إذا بدأ صلاحه وابيض سنبله ولانه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض ولان الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره ويلحق بالبيع ما حوى الثمرة كذا يصح بيع الحيوان المذبوح في سلخه.

وهذه المادة مستمدة من المذهب الحنبلي المادة (20) من مشروع التقنين الحنبلي (كشاف القناع ص 224 والشرح الكبير ج 4 ص 32 ، 33).

المادة (593)

1. من اشترى ما مأكولة في جوفه وكسره فوجده فاسدا ولا قيمة لمكسورة رجع بكل الثمن إذا كان الفساد في الكل أو ما يقابل الفاسد إذا كان الفاسد في البعض.
2. وإذا كان المكسور له قيمة خير بين الإمساك مع الضمان أو الرد مع ما نقص بكسره فإن تلف المبيع وجب الضمان للمشتري .

المذكرة الإيضاحية :-

تحدد هذه المادة حقوق المشتري إذا كسر ما مأكوله في جوفه فوجده فاسداً كله أو بعضه وسواء كان لمكسوره قيمة أو لا ، فإذا بيع ما مأكوله في جوفه كبيض دجاج أو بطيخ لا قيمة لمكسوره فكسره المشتري فوجده فاسداً رجع بالثمن كله لأن العقد يفسد من أصله لكونه وقع ما لا نفع فيه كبيع الحشرات وليس على المشتري رد المبيع الفاسد إلى البائع لأنه لا فائدة فيه. فإذا كان الفساد في بعضه رجع بقسطه من الثمن ، فإن كان الفاسد النصف رجع بنصف الثمن وهكذا .

وإذا بيع ما مأكوله في جوفه وكان لمكسوره قيمة كبيض نعام وجوز هند وكسره المشتري فوجده فاسداً خير بين الإمساك مع أخذ الأرش والرد مع نقص بكسره عنده ولو كان الكسر بقدر

الإســتعلام لأنه عيب حدث عنده فإن كسره المشتري بطريقة لا تبقي على قيمته تعين الأرش وسقط الرد لتعذره بإتلاف المبيع.

وهذه المادة مســتمدة من المذهب الحنبلي المادة (20) من مشروع التقنين الحنبلي (كشــاف القناع ص 64 ، 65 ومنتهى الإرادات ص 40 ، 41).

(11) المخارجة

المادة (594)

المخارجة هــي بيع الوارث لنصيبــه في التركة بعــد وفاة المورث لوارث آخر أو أكثر بعوض معلوم ولو لم تكن موجودات التركة معينة.

المادة (595)

1. ينقــل عقد المخارجة نصيــب البائع في التركة إلى المشــتري ويحل المشتري محل البائع في هذا النصيب.

2. ولا يشمل عقد المخارجة كل مال يظهر للميت بعد العقد ولم يكن المتخارجــان على علــم به وقت العقد. كما لا يشــمل الحقوق التي للتركة على المتخارجين أو على أحدهم ولا الحقوق التي عليها لهم أو لأحدهم.

المادة (596)

لا يضمن البائع للمشتري غير وجود التركة وثبوت حصته فيها

إذا جرى العقد دون تفصيل مشتملات التركة.

المذكرة الإيضاحية :.

تعرف هذه المادة عقد المخارجة وتحدد أثاره ونطاق ضمان البائع.

وهذه الأحكام مستمدة من فصل التخارج من الجزء الرابع من الدر المختار ورد المحتار ص 481 إلى 483 وص 40 ، 41 من شرح علي حيدر بعد المادة (1551) من المجلة ج 4 بعنوان ملحق في حق صلح بعض الورثة مع البعض الآخر في أموال التركة.

وهذه المادة تقابل المواد (539 ـ 541) أردني ، (441 ـ 444) سوري.

(12) البيع في مرض الموت
المادة (597)

1. مرض الموت: هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه سنة أو أكثر وهو على حالة واحدة دون ازدياد تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.
2. ويعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا

المذكرة الإيضاحية :.

تعرف هذه المادة مرض الموت وما يعتبر في حكمه.

وهذ المادة مستمدة من الدر المختار ورد المحتار في باب اقرار المريض ج 4 ص 461 والمواد (393 ، 1595 ، 1593) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والأتاسي والبند 297 من العقود المسماة للأستاذ الزرقا.

وهذه المادة تقابل المادتين (543) أردني ، (445) سوري.

المادة (598)

إذا باع المريض شيئا من ماله لأحد ورثته طبقت عليه أحكام المادة التالية.

المادة (599)

1. إذا باع المريض لأجنبي بثمن المثل أو بغبن يسير كان البيع نافذا دون توقف على إجازة الورثة.
2. وإذا كان هذا البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت كان البيع نافذا في حق الورثة متى كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته.
3. أما إذا جاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيمة المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع.

المادة (600)

لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون وللمشتري دفع ثمن المثل وإلا جاز للدائنين فسخ البيع.

المادة (601)

1. لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا أكسب من كان حسن النية حقا في عين المبيع لقاء عوض.
2. وفي هذه الحالة يجوز لدائني التركة المستغرقة بالديون الرجوع على المشتري من المريض بالفرق بين الثمن وقيمة المبيع وللورثة هذا الحق إن كان المشتري أحدهم أما إذا كان أجنبيا فعليه رد ما يكمل ثلثي قيمة المبيع للتركة.

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هذه المواد حكم بيع المريض مرض الموت .

وهذ المواد مستمدة من الدر المختار ورد المحتار ج 5 ص 435 والمواد (53 ، 393 ، 395) من المجلة وشرحها لعلي حيدر والأتاسي والمواد من (358 ـ 361) من مرشد الحيران وقد ساوى المشرع بين الوارث والأجنبي في بيع المريض مرض الموت أخذاً بجواز الوصية لوارث.

وهذه المواد تقابل المواد (544 ـ 547) أردني ، (445 ـ 446) سوري.

(13) بيع النائب لنفسه
المادة (602)

لا يجوز لمن له النيابة عن غيره بنص في القانون أو باتفاق أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما نيط به بمقتضى هذه النيابة وذلك مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة.

المادة (603)

لا يجوز للوسطاء أو الخبراء أن يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الأموال التي عهد إليهم في بيعها.

المذكرة الإيضاحية :.

حظرت هاتان المادتين على من يكون نائباً عن غيره سواء كانت نيابة قانونية أو بإتفاق أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو بإسم مستعار ولو بطريق المزاد ما طلب منه النيابة فيه والإشراف عليه رعاية للمصلحة وحفظاً للأمانة على أن تراعى في ذلك أحكام قانون الأحوال الشخصية ، ويسري ذات الحكم على الوسطاء أو الخبراء ، وفي ذلك كله صيانة للحقوق ورعاية للأمانة.

وقد استمد حكم هاتين المادتين من المود (34 ، 35 ، 85 ، 96) من المجلة وشرحها لعلي حيدر.

وهاتان المادتان تقابلان المواد (548 ، 549) أردني ، ومن (447 ـ

449) سوري و (588 ، 592) عراقي.

المادة (604)

استثناء من الأحكام الواردة في المادتين السابقتين يجوز للنائب أو الوسيط أو الخبير الشراء لنفسه إذا أذن له الموكل أو صاحب الشأن في ذلك.

المذكرة الإيضاحية :.

استثناء من أحكام الحظر السابقة أجازت هذه المادة للنائب أو الوسيط أو الخبير الشراء لنفسه إذا اذن له الموكل أو صاحب الشأن في ذلك.

وهذا الحكم مستمد من المذهبين المالكي والحنبلي، السنهوري باشا ، مصادر الحق في الفقة الإسلامي ج 5 ص 252 ، 256 .

(14) بيع ملك الغير

المادة (605)

إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه انعقد بيعه متوقفا على إجازة المالك.

المادة (606)

إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه ونفذ في حق المشتري

كما ينفذ العقد إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد

المذكرة الإيضاحية :.

تحدد هاتان المادتان حكم بيع ملك الغير فهو ينعقد متوقفاً على اجازة المالك ولا ينفذ في حق المشتري إلا إذا أقره المالك أو آلت ملكية المبيع إلى البائع.

والفضولي هو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي، وحكم بيع الفضولي أنه ينعقد موقوفاً على إجازة من يملك العقد إن كان له مجيز أي من يقدر على اجازته حالة العقد كصبي غير مأذون باع مثلاً بيعاً يجوز عليه لو فعله وليه في صغره ثم بلغ قبل اجازة وليه فأجازه بنفسه جاز لأن له ولياً يجيزه حالة العقد، وكان الصغير فضولياً هنا مع أنه يتصرف في حق نفسه لأن مباشرة العقد حق الولي ولو لم يكن له مجيز وقت العقد فلا ينعقد بيعه أصلاً كصبي باع مال محاباة فاحشة وهاتان المادتان مستمدتان من المواد (111، 303، 304) من المجلة، (394، 397) من مرشد الحيران، (149، 150) من التقنين الحنفي، المادة 13 من مشروع التقنين الحنبلي (ابن عابدين ج 4 ص 147، 148 كشاف القناع ص 11، 12 والشرح الكبير ص 16).

الفرع الثالث
المقايضة

المادة (607)

المقايضة هي مبادلة مال أو حق مالي بعوض غير النقود.

المادة (608)

يعتبر كل من المتبايعين في بيع المقايضة بائعا ومشتريا في وقت واحد.

المادة (609)

لا يخرج المقايضة عن طبيعتها إضافة بعض النقود إلى أحد السلعتين للتبادل.

المادة (610)

مصروفات عقد المقايضة ونفقات التسليم وما ماثلها تكون مناصفة بين طرفي العقد ما لم يتفق على غير ذلك.

المادة (611)

تسري أحكام البيع على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها

المذكرة الإيضاحية :.

تعرف هـذه المـادة المقايضة وتحـدد أحكامها وتقـرر القاعدة العامة في سـريان أحـكام البيع عليهـا فيما لا يتعارض مـع طبيعتها ، وبمـا أن كلا من البدلين في المقايضة يعتبر له حكم المبيع فتعتبر فيها شرائط المبيع وأحكامه ، وبما أن نفقات البيع العادي تقسم بين المشتري والبائـع فيما يتعلق بالثمن يلزم المشـتري وما يتعلق بالمبيع يلزم بمقتضى المادتين (188 ، 189) من المجلة لذلك ذكر في المشروع أن مصرفات العقد تقسـم مناصفة بين الطرفين تحقيقاً لما ورد في المادتين المشـار إليهما إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك وبما ان الحاجة قد تقضي بإضافة بعض النقود إلى احدى السلعتين لتعادل التبادل فإن ذلك لا يخرج المقايضة عن طبيعتها قياساً على ما ورد في المادة 1127 من المجلة (يراجع في ذلك أيضاً البندان 312 ، 313 من العقود المسماة للأستاذ الزرقا.

وهـذه المواد تقابل المواد مـن (552 ـ 556) أردني ومن (450 ، 453) سوري ، ومن (597 ـ 600) عراقي.

الفرع الرابع
بيوع ومقايضات منهي عنها

المادة (612)

لا يجوز بيع ما يأتي أو المقايضة عليه :

1. المستور في الأرض حتى يقلع ويشاهد.
2. عسب الفحل.

المذكرة الإيضاحية :.

تحظر هــذه المادة بيع أو المقايضة على المســتور في الأرض حتى يقلع ويشــاهد وعســب الفحــل، ومثال بيــع المستور في الأرض الجزر والقلقاس والفول الســوداني لأنه مبيــع مجهول لم يُر ولم يُوصف، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر.

وأما عســب الفحل فلا يصح بيعه لحديث ســعيد بين الحسيب عــن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وســلم (نهــى عن بيع المضامين والملاقيــح) قال أبو عبيد الملاقيح ما في البطون وهي الأجنة والمضامين مــا في أصــلاب الفحــول ويطلق عســب الفحل علــى ما في ثلاثــة الماء والضراب والأجرة على الضراب، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع عســب الفحل بمعاينــة الثلاثة فعلى انه المــاء يكون النهي عن بيعه وعلى أن الضراب يكون النهي عن اجازته وعلى أنه اجرة يكون النهي عن أخذها لا إعطائها .

وعلى كل فالعقد سواء أكان بيعاً أم اجارة لما ري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع عسب الفحل، رواه البخاري وعــن جابر نهى الرســول عن بيع ضــراب الجمل رواه مســلم، قال بن عقيل ويحتمل عندي جــواز الاجارة لأنها عقد على منافع الفحل ونزوة وهذه منفعــة مقصودة والماء تابع والغالــب حصوله عقب نزوة فيكون كالعقد على الفحل ليحصل اللبن في بطن الصبي.

وهــذه المادة مســتمدة من المذهــب الحنبلي المــادة (21، 22) من مشروع التقنين الحنبلي المغني ص 277، 278 كشف القناع ص 19.

المادة (613)

يحرم البيع والمقايضة ويقعا فاسدان في الحالات الآتية :

1. إذا كان العاقـدان أو أحدهما ممن تلزمـه الجمعة ووقع العقد بعد الشروع في النداء الذي عند المنبر حتى تنقضي الصلاة.
وكذا إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الصلاة المكتوبة ووقع العقد بعد أن تضايق وقتها بحيث لم يبق منه إلا ما يسعها إلى أن ينتهـي وقتها ويجوز العقد في هذه الحـالات إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة.
2. وإذا وقع العقد على عين لاستعمالها في معصية وعلم أحد المتعاقدين ذلك من الآخر ولو بقرينة.
3. إذا باع المسـلم على بيع المسلم أو اشـترى على شرائه أو قايض على مقايضته في زمن أحد خياري المجلس والشرط.

المذكرة الإيضاحية :.

حـددت هذه المادة الحـالات التي يحرم فيها البيـع والمقايضة ، والتحريـم في الحالـة الأولى لقوله تعالى (يا أيها الذيـن آمنوا إذا نودي للصـلاة من يـوم الجمعة فاسـعوا إلى ذلـك اللّه وذروا البيـع) والنهي يقتضى الفسـاد ويقاس على هذا الوقت وقت لزوم السعي إلى الجمعة لمن منزله بعيد بحيث ان يدركها . كما لا يصح البيع إذا تضايق وقت الصـلاة المكتوبة بحيث لم يبق من الوقت إلا ما يسـعها قياسـاً عليه . وكذا سـائر الصناعات فإنهـا تحرم في هذه الأوقـات التي حُرم فيها البيع أما من لا تجب الجمعة عليه من النسـاء والمسـافرين ومن لا تجب عليه الصلاة كحائض ونفساء فلا يثبت في حقها هذا الحكم فيصح

منه البيع والشراء وإن كان أحد العاقدين هوا لذي يجب عليه الصلاة دون الآخـر حرم على من تجـب عليه وكره للآخر مع عدم صحة البيع كمـا تقدم لما فيه من الإعانة على الأثم، وقال تعالى (و لا تعاونوا على الأثـم والعدوان) وأما غير البيع من العقود كالنكاح والاجارة فيصح في أصح الوجهين لأن النهي مختص بالبيع وغيره لا يسـاويه في الشـغل عن السعي لندرة وقوعه فلا يقاس على البيع، وفيه وجه آخر أنه يحرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه بالبيع.

ومحـل ما ذكر من حرمـة البيع أو المقايضة وعـدم صحتها ما لـم تكن هناك حاجـة أو ضرورة وإلا حل وصـح كمضطر إلى طعام أو شـراب وجده يباع أو كعريان وجد سـترة تبـاع وكذا كفن ميت ومؤونة تجهيزه إذا خيف عليه الفسـاد لو أخر إلى ما بعد الصلاة ونحو ذلك مما دعت الضوررة إليه فيصح البيع والشراء بلا حرمة.

وأما الحالة الثانية فإنه يحرم ولا يصح البيع أو المقايضة إذا وقع العقد على عين يقصد بشـرائها أسـتعمالها في معصيـة إذا علم البائع من المشـتري ذلك القصد ولو بقرينة لقوله تعالى "ولا تعاونوا على الأثم والعدوان" والنهي يقتضي التحريم مثال ذلك بيع العنب لمن يتخذه خمراً أو بيع السـلاح في الفتنة أو لأهل حرب أو قطاع طريق وكذا ما يشرب عليه أو به يسـكر وكجوز وبندق لقمار وأمة لغناء إذا علم البائع ذلك القصد من المشـتري ولـو بقرينه تدل علـى ذلك العلم. أمـا إذا لم يعلم البائع قصد المشـتري أو كان الأمر محتملاً كمن لا يعلم حاله أو من يعمل الخـل والخمر معاً ولم يلفظ على ما يدل على ارادة الخمر فالبيع جائز، فإن باعها لمن يتخذها خمراً فقط فالبيع باطل.

ويحتمل أنـه يصح مع التحريم لأن النهي ليـس لذات العقد فلم

يمنــع الصحة كما لو دلــس العيب ورد هذا بأنه عقد على عين لمعصية الله فلم يصح أما التدليس فهو المحرم دون العقد لأن التحريم لحق الله فأفسد العقد كبيع الربا.

وفي الحالة الثالثة يحرم البيع أو المقايضة ولا يصح بيع المسلم على بيع المسلم أو المقايضة عليه كأن يقول من اشترى سلعة بعشرة أنا أعطيك مثلها أو خيراً منها بتســعة ، ويعرض عليه سلعة يرغبه فيها ليفسخ البيع ويعقد معه فالعقد الثاني باطل ومحرم ، وكذا الشراء على شراء المسلم كأن يقول لمن باع ســلعة بتســعة عندي منها بعشرة ليفســخ البيع الأول ويعقد معه وهو باطل ومحرم قياساً على البيع للنهي في حديث عن عمر " لا يبع الرجل على بيع أخيه " والنهي يقتضى الفساد ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه والسراء في معنى البيع وفيه وجه أن البيع صحيح وأن المحرم هو عرض الســلعة على المشــتري أو قوله الذي فسخ البيع من أجله وذلك سابق على البيع لأن النهي لحق الأول فأشبه بيع البخش.

وأما السوم على سوم المسلم مع الرضا الصريح بالبيع فهو حرام والعقــد المترتب عليه صحيح لأن النهي في الحديث إنما هو عن الســوم دون البيع ، وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وســلم قال لا يســم الرجل على سوم أخيه رواه مسلم فإذا رضي البائع صريحاً بالثمن الذي بذله المشــتري إلا أنه لم يعقد البيع حرم على أخر الزيادة في الثمن عما رضي به البائع من المشتري الأول هذا هو السوم المحرم وأما المزايدة في المناداة فجائزة بإجماع المسلمين.

وهذه المادة مأخوذه من المذهب الحنبلي المواد (33 ، 34 ، 35) من مشــروع التقنين الحنبلي (كشــاف القناع ص 30 ، 31 ، 32 ، و الشــرح الكبير ص 40 ، 41 ، 42).

الفهرس

فهرس المحتويات

تقديم	5
مقدمة	9
الفصل الأول: أحكام تطبيق القانون وسريانه من حيث الزمان والمكان	15
أحكام عامة	17
الفرع الأول: القانون وتطبيقه	17
الفرع الثاني: التطبيق الزمني للقانون	20
الفرع الثالث: التطبيق المكاني للقانون	26
الفصل الثاني: بعض قواعد الأصول الفقهية التفسيرية	45
الفصل الثالث: الأشخاص	78
الفرع الأول: الشخص الطبيعي	78
الفرع الثاني: الأشخاص الإعتباريون (المعنويون)	93
الفصل الرابع: الأشياء والأموال	101
الفصل الخامس: الحق	115
الفرع الأول: نطاق استعمال الحق	115
الفرع الثاني: إساءة استعمال الحق	117

الفرع الثالث: أقسام الحق	121
الفرع الرابع: اثبات الحق	122
الفصل الأول: العقد	130
الفرع الأول: أحكام عامة	133
الفرع الثاني: أركان العقد وصحته ونفاذه والخيارات	137
أهلية التعاقد	177
العقد الفاسد	254
(7) العقد الموقوف والعقد غير اللازم	265
(8) الخيارات التي تشوب لزوم العقد	286
الفرع الثالث: آثار العقد	329
الفرع الرابع: تفسير العقود	350
الفرع الخامس: انحلال العقد (الاقالة)	361
(2) آثار انحلال العقد	374
الفصل الثاني: التصرف الإنفرادي	375
الإسقاط	386
الإبراء	388
الفصل الثالث: الفعل الضار	398

الفرع الأول: أحكام عامة	398
الفرع الثاني: المسئولية عن الأعمال الشخصية	446
الفرع الثالث: المسئولية عن فعل الغير	462
الفرع الرابع: المسئولية عن الحيوان والأشياء وإستعمال الطريق العام	467
الفصل الرابع: الفعل النافع	482
الفرع الأول: الكسب بلا سبب	482
الفرع الثاني: قبض غير المستحق	488
الفرع الثالث: الفضالة	497
الفرع الرابع: قضاء دين الغير	508
الفرع الخامس: حكم مشترك	512
الفصل الخامس: القانون	513
الباب الثاني: آثار الحق	515
الفصل الأول: أحكام عامة	515
الفصل الثاني: وسائل التنفيذ	528
الفرع الأول: التنفيذ الأختياري	528
الفرع الثاني: التنفيذ الجبري	568

الفرع الثالث : الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ	589
الفصل الثالث: التصرفات المشروطة بالتعليق والأجل	647
الفرع الأول: الشرط	647
الفرع الثاني: الأجل	655
الفصل الرابع: تعدد محل التصرف	665
الفرع الأول: التخيير في المحل	669
الفرع الثاني: إبدال المحل	670
الفصل الخامس: تعدد طرفي التصرف	673
الفرع الأول: التضامن بين الدائنين	673
الفرع الثاني: الدين المشترك	677
الفرع الثالث : التضامن يبن المدينين	684
الفرع الرابع: عدم قابلية التصرف للتجزئة	696
الفصل السادس: انقضاء الحق	698
الفرع الأول: الإبـــراء	698
الفرع الثاني: استحالة التنفيذ	701
الباب الأول: عقود التمليك	713
الفصل الاول: البيع والمقايضة	713

الفرع الأول: البيع	714
الفرع الثاني: بيوع مختلفة	769
الفرع الثالث: المقايضة	804
الفرع الرابع: بيوع ومقايضات منهي عنها	805
الفهرس	811