الفصل الثاني

العقود المسماة

تمهيد : محتوى القانون المدني :

تناول القانون المدني السوري أهم المعاملات المالية بين الأشخاص ، وقسمها إلى باب تمهيدي وقسمين ، وذلك في ١١٣٠ مادة .

ففي الباب التمهيدي ذكر القانون أحكاماعامة عن القانون وتطبيقه ،والأشخاص وأنواعهم ، والأشياء والأموال التي تكون محلا له (المواد ١ ــ ٩١) ، وهذا مايدرسه الطالب في مقرر « المدخل للعلوم القانونية » .

وفي القسم الأول عرض الالتزامات والحقوق الشخصية ، وضمنه الكتابين الأول والثاني .

استهل الكتاب الأول بالالتزامات بوجه عام ، فبين مصادر الالتزام الأساسية الخمسة،وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وحدد آثار الالتزام كالتنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض وما يكفل حقوق الدائنين ، وذكر الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام كالشرط والأجل وتعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام ، ثم بين انتقال الالتزام بحوالة الحق وحوالة الدين ، وختم الكتاب الأول بانقضاء الالتزام بالوفاء وانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، وانقضاء الالتزام دون الوفاء به ، (المواد ٩٢ ــ ٣٨٥) وهذا مايدرسه الطالب في « النظرية العامة للالتزام » .

أما الكتاب الثاني من القسم الأول فقد خصصه القانون المدني للعقود المسماة (المواد ٣٨٦ ــ ٧٦٧)، وهي التي ستكون محل البحث في هذا المقرر ، فنعرض

هيكلها العام بإيجاز ، ثم تقوم بشرح ثلاثة عقود منهـا ، وهي عقـد البيع ، وعقـد المقايضة ، وعقد الايجار •

أما القسم الثاني في القانون فهو في الحقوق العينيـة ، وضمنه الكتابين الثالث والرابع •

ففي الكتاب الثالث ذكر القانون المدني فيه الحقوق العينية الأصلية ، كحـق الملكية ، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، كحق الانتفاع وحقـوق الارتفاق وحق السطحية والوقف والإجارتين والإجارة الطويلة (المواد ٧٦٨ — ١٠٢٧)

وفي الكتاب الرابع عرض القانون المدني فيه الحقوق العينية التبعية ، كالرهن بنوعيه : رهن المنقول والرهن العقـاري ، والتأمين العقاري وحقـوق الامتياز[1] ، (المواد ١٠٢٨ ــ ١١٣٠) •

وهذه الموضوعات تمثل جانبا من الفقه الإسلامي العام الذي عرض الأحكـام الشرعية التي تتعلق بمختلف شؤون الحياة : للفرد والمجتمع والدولة ، في الجوانب الدولية والسياسية والإدارية والقضائية والماليـة والأحـوال الشخصية ،وتحتـل المعاملات المالية قسطا كبيرا من الفقـه الإسلامي ، ويعرض الفقهـاء غالبا الأحكـام الشرعية في المعاملات المالية بابا بابا ، مثل باب البيع ، باب السلم ، باب الإجـارة ، باب العارية ••• ، وذلك حسب المذهب الواحد ، أو بالمقارنة مع بقية المذاهب •

وظهر في القرون الأخيرة كتب القواعد الفقهية، مثل كتاب : « القواعد » لابن رجب ، و « قواعد الأحكام في مصالح الأنام » للعـز بن عبد السلام ، و « الأشباه والنظائر » للسيوطي ، و « الأشباه والنظائر » لابن نجيم ، و « الفروق » للقرافي ، وبرزت في العصر الحديث النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، مثل نظريـة العقد ، ونظرية الالتزام العامة ، ونظرية التعسف في استعمال الحـق ، ونظريـة الضرورة ، ونظرية الضمان ، ونظرية الدعوى ••• ، وغيرها ، وهذا يساعد الباحث على الدراسة

---

(١) انظر : الوجيز في الحقوق المدنية ، القوتلي ٩٨/١ •

المقارنة بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية .

وسوف يقتصر بحثنا هنا عن أحكام العقود في القانون المدني والفقه الإسلامي.

أحكام العقود في القانون المدني :

اهتم القانون المدني اهتماما كثيرا بالعقود ،وجعل العقد أول مصادر الالتزام، لأنه أهم مصادر الالتزام،وأكثر مصادر الالتزام شيوعا وانتشارا واستعمالا،وقد أولاه القانون أهمية كافية ، ورعاية كثيرة ، فأفرد للعقد قسطا وافرا في الالتزامات ، وبين النظرية العامة للعقد كأول مصدر من مصادر الالتزام ، ثم عرض أركانه وشروطه ، وحدد الجزاء المترتب على عدم توفر الأركان أو عدم استيفائها لشروطها ، وبحث آثار العقد في نظرية العقد ، ثم أكمل القانون آثار العقد في آثار الالتزام عامة ، والواقع أن أكثر أحكام الالتزامات تنطبق على العقد دون غيره من مصادر الالتزام، كالشرط والأجل وانعقاد الالتزام والوفاء به ، مما درسه الطالب في نظرية الالتزام العامة .

ويعرف علماء القانون العقد بأنه « اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه » وبعبارة مختصرة فالعقد هو « اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني »[1] .

ويعرف علماء الفقه الاسلامي العقد بأنه « ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله »[2] .

فالتعريف القانوني يشمل العقد المنعقد والعقد الباطل ، أما التعريف الفقهي فلا يشمل إلا العقد المنعقد ، ولكن الآثار العملية للتعريفين واحدة ، كما سبق في نظرية العقد[3] .

---

(١) انظر : نظرية الالتزام العامة ، الزرقا ص ٩٤ ، النظرية العامة للالتزام ، سوار ٤٢/١ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية ، المادة ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٣) انظر المقارنة بين التعريفين ، مع بيان الفروق بينهما في (نظرية الالتزام العامة، الزرقا ص ٩٧ وما بعدها) .

وتجلت أهمية العقود في القانون بإفراد الكتاب الثاني من القانون المدني للعقود المسماة التي نص على أحكامها ، وبين أوصافها وشروطها وخصائصها ، وحدد آثارها التي تترتب عليها بشكل خاص، بالإضافة إلى الأحكام العامة للعقود في نظرية العقد.

طبيعة أحكام العقود :

تنقسم الأحكام القانونية من حيث طبيعتها وصفتها ودرجة الإلزام فيها إلى قسمين :

١ ــ أحكام آمرة : وهي الاحكام التي تتعلق بالنظام العام والمصلحة العامة ، وتهدف إلى رعاية الأسس المهمة في المجتمع، وتحقيق أمن الدولة وكيانها واستقرارها، ولذلك ينص القانون على الالتزام فيها، وعدم الخروج عنها، وأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ، لأنها ذات طابع يسمو على كل اتفاق أو مصلحة خاصة ، وتسمى الحقوق العامة ، أو أحكام النظام العام، أو حقوق المجتمع .

٢ ــ أحكام مكملة أو مفسرة : وهي الأحكام التي تتعلق بالمصالح الخاصة ، ولا يلزم الناس بالتقيد بها إلا اختياراً ورضاء ، صراحة أو ضمناً ، وتهدف إلى تأمين مصالح الأفراد ومنافعهم، ولكنها تعتمد على إرادة الأفراد واتفاقهم ، فهي تكمل إرادة الأطراف عند النص على قبولها ، أو عند مجرد السكوت ، ويحق للأطراف الاتفاق على خلافها[1] .

وإن أحكام العقود عامة تتصف بعدة صفات ، ولها طبيعة خاصة ، سبق بيانها في نظرية العقد العامة في مصادر الالتزام ، ويهمنا من هذه الصفات ــ في هذا البحث ــ أمران يتعلقان بالعقود المسماة خاصة ، وهما :

الأولى : أحكام العقود مفسرة :

إن أحكام العقود في القانون المدني هي أحكام تفسيرية غالبا ، أي أنها ليست

---

(١) انظر : الوجيز في الحقوق المدنية ، القوتلي ١/١٦٩ .

من النظام العام ، وأنه يجوز للأفراد مخالفتها ، ولهم الخيار في الالتزام بها وتطبيقها، أو الخروج عنها والاتفاق على غيرها ، ومتى أفصح المتعاقدان ــ صراحة أو ضمنا أو من القرائن المحيطة بالعقد ــ على أحكام تغاير الأحكام القانونية للعقود في القانون فلا يجوز تطبيقها على العقد ، ويلتزم الطرفان بما اتفقا عليه .

والسبب في ذلك أن الأصل في القانون أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن الأطراف يجوز لهم عند العقد وبيان الالتزامات المترتبة عليه أن يتفقوا على ما يحقق مصالحهم الخاصة ، وأن يعدلوا آثار العقد العامة ، وأن يحددوا نتائجه وما يترتب عليه بحسب ما يتفق مع إرادتهم ، وكل مايتم الاتفاق عليه بينهما عند العقد يصبح واجب التنفيذ والتطبيق ، لأن القانون فتح باب الحرية الكاملة لإرادة المتعاقدين في المعاملات إلا ما نص القانون على كونه أحكاما آمرة لايجوز مخالفتها أو الخروج عنها .

فإن تم العقد بين المتعاقدين بدون تقييد فيه ، وبدون أوصاف خاصة والتزامات معينة ، فهنا ينصرف العقد باسمه وشروطه وقيوده وآثاره إلى العقد المسمى في القانون ، وتكون أحكام القانون تفسيراً لإرادتهما ، فيلتزم الطرفان ــ والحالة هذه ــ بقواعده ، وإن اختلفا رجعا إلى أحكامه ، أو فصل القضاء بينهما بمقتضى النصوص المقررة في القانون [1] .

أما في الشريعة الإسلامية فالأصل في الأحكام الشرعية في العقود وغيرها أنها ملزمة للطرفين ، ولا يجوز للأفراد الخروج على أحكامها ، ويجب عليهم الالتزام بأحكام الشرع في المعاملات .

وأما حرية المتعاقدين في تعديل آثار العقد بالشروط الخاصة فإنها تصح بشرطين:

١ ــ أن لا يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد وطبيعته الأساسية وموضوعه الأصلي .

٢ ــ أن لا يخالف حكما شرعيا ثابتا بالنص .

---

(١) انظر : العقود الشائعة أو المسماة، حكيم ص ١٠ .

وتوسع في هذا المجال المذهب الحنبلي فأجاز الاشتراط في العقد ، وأعطى المتعاقدين الحرية في تعديل الآثار والالتزامات بما لا يتعارض مع النص، وقرروا أن كل شرط جائز إلا إذا ورد في الشرع مايخالفه ، بينما تشدد المذهب الحنفي في الشروط الخاصة المعدلة لآثار الالتزام ، وقرروا أنه لايجوز الشرط الزائد على العقد إلا اذا ورد به الشرع ، تطبيقا لمبدئهم : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وتوسط المالكية والشافعية بين الاتجاهين السابقين[1] .

والسبب في تقييد حرية المتعاقدين في الشريعة يرجع إلى كون الأحكام الفقهية من أصل سماوي ، وأن الله تعالى شرع أحكام المعاملات بما يحقق للناس مصالحهم الكاملة ، ولم يفتح الباب على مصراعيه في حرية التعاقد احترازاً من استغلال أحد الطرفين خبرته أو ذكاءه أو جشعه أو ظروفه الخاصة على الطرف الآخر ، فيجور عليه أو يرهقه في الشروط أو يظلمه في التعامل ، أو يحيف عليه ، لأن الشرع يقصد إقامة العدالة والتوازن بين الطرفين ، وإن أحكام الشرع تحقق المصلحة الحقيقية والكاملة للطرفين ، وإن كل تغيير أو تبديل سيكون لحساب أحدهما على مصلحة الآخر ، ولايجوز لهما ذلك إلا بالشرطين السابقين .

وإن اتجاه الفقه الإسلامي في اعتبار أحكام العقود إلزامية في الأصل هو ما يتفق مع الاتجاه الجماعي ، والأنظمة الموجهة التي تحاول تحديد العقود بأوصافها وشروطها وشكلياتها ، وتلزم الناس بها ، وتمنعهم من الخروج عليها ، أو الاتفاق على مايخالفها .

فالقصد والهدف في الفقه الإسلامي تحقيق العدالة بين الناس ، وإقامة التوازن والمساواة بينهم في التعامل ، ولا ترضى الشريعة بالغبن والظلم والجور ، وإن رضي به صاحبه ، أما القصد والهدف في القانون فهو أن تكون الالتزامات قد نشأت عن

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/ ٤٦٩ وما بعدها ، المدخل للفقه الإسلامي ، مدكور ص ٦٦٠ ، الملكية ونظرية العقد ، أبو زهرة ص ٢١٦ ، ٢٣٦ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، السنهوري ٣/ ١٥٠ .

إرادة حرة ، وأن يتم الاتفاق بين الطرفين على العقد وآثاره ، دون نظر أو اهتمام لتحقيق العدالة أو التوازن بينهما إلا استثناء [1] .

ثانياً : أحكام العقود كلية وتطبيقية :

رأينا سابقا أن القانون المدني قسم أحكام العقود إلى قسمين : الأول قواعد كلية وأحكام عامة تظمها في مصادر الالتزام ، وتشكل هذه الأحكام نظرية العقد العامة ، وتشمل جميع العقود والاتفاقات التي تقع بين الناس ، والقسم الثاني : العقود المسماة التي تظمها القانون المدني في الكتاب الثاني منه فعرض الأحكام الخاصة لكل عقد على حدة .

وإن الأحكام الخاصة بالعقود المسماة هي تطبيق للقواعد العامة والمبادىء الكلية التي تظمها القانون في الكتاب الأول في الالتزامات ونظرية العقد .

ففي الكتاب الأول بين القواعد العامة للالتزامات ثم ذكر مصادر الالتزام ، وبدأ بأهم مصادر الالتزام وهو العقد ، فحدد أركانه ومبادئه العامة ، وبين آثاره ، وذكر انتهاءه وانحلاله .

وتأتي أحكام العقود المسماة ـ في الكتاب الثاني ـ تطبيقا لتلك القواعد العامة ، وتفصيلا لها في كل عقد من العقود بما يتفق مع طبيعته وموضوعه وآثاره ، وبالتالي يجب التوفيق والانسجام بين قواعد العقد العامة والأحكام التفصيلية والتطبيقية لكل عقد من العقود المسماة ، ويضاف لكل عقد أحكامه الخاصة به ، والتي تميزه عن غيره ، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك [2] .

مثال ذلك أن القانون أقر مدة التقادم العادي في الالتزامات وحددها بخمسة عشر

---

(١) انظر : الملكية ونظرية العقد ، أبو زهرة ص ٢١٦ ، والمراجع السابقة .

(٢) انظر : الوسيط ، للسنهوري ١/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٧، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٢ ، العقود المسماة، بدراوي ص ٣ ، ٧ ، العقود الشائعة حكيم ص ١٠ .

عاما ، أما في العقود المسماة فقد أنقص القانون هذه المدة في بعض الأحكام إلى سنة أو ستة أشهر ، كما سنرى ذلك في ضمان العيب وغيره .

أما في الفقه الإسلامي فلا وجود لهذا التقسيم ، وإنما ذكر الفقهاء أحكام العقود المسماة مباشرة ، جملة وتفصيلا في آن واحد ، وهو ماسارت عليه مجلة الأحكام العدلية [1] .

وفي العصر الحاضر قام علماء الشريعة بتدوين وكتابة نظرية العقد العامة ، كمرحلة متطورة عن كتب القواعد الفقهية ، واقتباسا وتأثرا بالاتجاهات القانونية المعاصرة [2] ، وجاء القانون المدني الأردني فتوج هذا العمل ، وصاغ الأحكام الشرعية على الطريقة العصرية ، فنص على أحكام العقد العامة في نظرية كاملة في مصادر الالتزام ، (المواد ٨٧ ــ ٢٤٩) ، ثم نص على العقود المسماة تفصيلا ، كل عقد على حدة ، في الكتاب الثاني منه (المواد ٤٦٥ ــ ١٠٧١) .

ولكن أحكام العقود في الفقه الإسلامي ، وإن لم تقسم إلى أحكام عامة ، وأحكام خاصة ، تخضع إلى ترتيب آخر ، وتحوطها مظلة من نوع آخر ، ويجب أن يتحقق التوافق والانسجام بينها وبين أحكام العقود، وهذه المظلة هي أحكام العقيدة ومبادىء الأخلاق ومنهج العبادات، وأن المسلم يسير في حياته تحت هذه المظلة ، ويجب عليه شرعا أن تكون معاملاته انعكاسا صحيحا وسليما وصادقا مع عقيدته الصافية، وأخلاقه السامية، وعباداته اليومية، دون أن يقع بينهما تناقض أو نشاز أو تعارض ، لتصفو المعاملات بين الأفراد ، وتحتل مركزها الصحيح ، وهو أنها وسيلة في الحياة وليست غاية بذاتها ، فترتفع عن أدران المادة والطمع والجشع ، ويقل فيها الاستغلال والغش والتلاعب ، وتكاد المعاملات أن تصبح مثالية ، ويكاد الاختلاف أن يصبح معدوما، بمقدار التوافق والتطابق بين التعامل وآثار العقيدة وتمثل الأخلاق وصدق العبادات .

---

(١) كانت هذه الناحية أحد المآخذ على المجلة ، واعتبرتها المذكرة الايضاحية للقانون السوري أحد المسوغات لإلغاء المجلة (القانون المدني ص ٦) .

(٢) انظر : الملكية ونظرية العقد للمرحوم محمد أبو زهرة ، المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ، وسائر كتب المدخل للفقه الاسلامي التي صدرت في العصر الحاضر .

معنى العقود المسماة :

نشأت هذه التسمية قديما عند الرومان ، وكان لها مفهوم خاص يختلف تماما عن مفهومها في العصر الحاضر •

فالعقود المسماة عند الرومان هي العقود التي يسمح لاطرافها عند الاختلاف فيها أن يرفعوا الدعوى المدنية فيها لدى المحاكم ، لتنظر فيها وتنفذ العقد بالقوة والاجبار على الممتنع •

أما العقود غير المسماة عند الرومان فلا يحق لأطرافها رفع الدعوى المدنية فيها لدى المحاكم ، وانما يلتزم كل طرف أن ينفذ العقد بارادته المحضة ، فان حصل التنفيذ الفعلي برضى الطرفين واختيارهم فقد تم العقد ، وإلا فلا ، وبعبارة مختصرة فان العقد المسمى عند الرومان يتمتع بحماية الدولة والمحاكم له ، خلافا للعقد غير المسمى[1] •

أما في القوانين المدنية المعاصرة فالمفهوم يختلف عن ذلك ، وقد أطلق اسم العقود المسماة على عدد من العقود التي شاعت واقتشرت بين الناس لحاجتهم اليها ، وممارستهم لها ، واستعمالها بشكل مطرد ، وصار لها أحكام خاصة ، وشروط معينة ، وآثار محددة ، بحيث اذا أطلق الاسم فهم المراد من موضوعه وآثاره ، ثم قامت القوانين بتنظيم أحكام هذه العقود وبيانها وحصرها ، ليرجع الناس اليها عند الاطلاق، ولتكون أحكام القانون تفسيراً لإرادة الطرفين عند الاتفاق على ذلك والإحالة إليه ، أو عند السكوت ، فجاءت وظيفة القانون ــ مبدئيا ــ لمجرد تنظيم أحكام العقود الشائعة والمنتشرة والمشهورة بين الناس ، ويؤدي القانون ــ بعد ذلك ــ وظيفة احتياطية لتحديد نوع العقد الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين، وبيان آثاره ، وتحديد نتائجه إذا سكت الأطراف عنها عند العقد ، ثم اختلفوا فيها عند التنفيذ ، فان أفصح

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٢/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص٤، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٣ .

المتعاقدان عن أحكام تغاير الأحكام القانونية للعقود المسماة ، فإنهما يلتزمان بما اتفقا عليه ، ويجب على المحاكم تنفيذ الاتفاق المبرم بين الطرفين ، ولا يجوز تطبيق الاحكام القانونية عليهما • وتسمى هذه العقود : العقود المسماة ، أو العقود المعينة ، أو العقود الشائعة ، والاسم الاول هو الأكثر استعمالا في القوانين وشروح القوانين •

فالعقود المسماة هي العقود التي عرفت بأسماء معينة ، واحتواها القانون في مواده ، وبين أحكامها الخاصة التي تميزها عن غيرها من العقود ، ولذا فلا بد للعقد المسمى في اصطلاح اليوم من توافر أمرين فيه ١ ــ أن يكون له اسم خاص ٢ ــ أن ينظم القانون أحكامه الخاصة به •

ويجدر التنبيه الى أن هذه العقود المسماة تختلف من زمن الى زمن ومن مكان الى مكان ، كما تتطور حسب حاجة الناس وما يألفونه من معاملات ، وما يتعارفون عليه من عقود ، وما يحتاجونه من اتفاقات ، وقد تظهر مع الزمن عقود جديدة في الحياة ، وقد تختفي عقود أخرى ، ويبدو هذا واضحا للعيان في العصر الحاضر . فقد ظهر فيه عقود جديدة كثيرة في العمل ووسائل الانتاج المختلفة والتطور التقني الحديث، وتأتي الأنظمة الخاصة لترعى هذه العقود،وتنظمها وتضمها إلى قائمة العقود المسماة ، ولذا تتعدد الانظمة والقوانين التي تنظم العقود المسماة ، كالقانون المدني والتجاري وقانون العمل والقوانين الخاصة بالمؤسسات والإدارات وغيرها[1]، ويقتصر بحثنا هنا على العقود المسماة الواردة في القانون المدني السوري •

وإن شيوع العقود المسماة في التعامل ، وتنظيمها في القوانين ، لايعني الحصر والتقييد ، ولا يفهم منه الحجر على حرية التعاقد ، بل يبقى للناس حرية الاتفاق والتعاقد وراء هذه العقود بحسب رضائهم واتفاقهم على ما شاؤوامن العقود والاتفاقات الخاصة التي تؤمن مصالحهم ، وتحقق حاجاتهم ، دون أن يحجر القانون عليهم في ذلك ، أو يمنعهم منها ، فان اتفقوا على عقد ما ، زيادة عن العقود المسماة ، فان اتفاقهم صحيح،وعندئذ تسمى هذه الاتفاقات بالعقود غير المسماة •

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٤ .

والقانون لم يتخل عن رعاية العقود غير المسماة ، ولم يسقط حمايته عنها ، بل أجاز للطرفين أن يرفعا الامر ــ عند الاختلاف ــ الى المحاكم ، وأوجب على القاضي أن يفصل بينهم ، وأن يطبق عليهم الأحكام العامة للعقود بما يتفق مع قصد المتعاقدين أو القرائن المحيطة بالعقد،أو بما يتفق مع الهدف العام من التعامل والتعاقد، وبما يحقق التوازن والعدالة بين الطرفين ، ولذلك جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (المادة ١٢٧) مايلي :

١ ــ تسري على العقود المسماة وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل .

٢ ــ أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها .

ثم حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة اليه[1] .

أما العقود المسماة في الفقه الإسلامي فهي متفقة مع المعنى القانوني الحديث في النتيجة ، ولكنها تختلف عنه في المبدأ .

ويتجلى الاتفاق في النتيجة أن جميع كتب الفقه الاسلامي قد دونت العقود المسماة ، وقام الأئمة والعلماء والفقهاء بعرض جميع العقود الشائعة والمنتشرة بين المسلمين ، وسجلوا هذه الاحكام تفصيلا في الكتب الفقهية ، وخصصوا لكل عقد باباً مستقلاً ، وبحثوا هذه العقود ــ في الغالب ــ بالتتابع : باب البيع ، باب السلم ، باب القرض، باب الإجارة ، باب الرهن ، باب الصلح ، باب الضمان ، باب الشركة ، باب الوكالة ... ، وعرضوا هذه العقود عقب العبادات مباشرة .

أما الاختلاف في المبدأ فيظهر في المصدر الذي استقى منه كل من القانون والفقه لأحكام العقود ، فالقانون نظم العقود التي شاعت وانتشرت بين الناس ، وتعارفوا

---

(١) انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية ٢/١١ ، الوسيط ، السنهوري ٤/٤ ، شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ٩ .

عليها ، واستخدموها في معاملاتهم ، فكان عمل القانـون رصد التعامل بين الأفراد ، وتتبع مجريات الأمور ، وتدوين الأحكام المتداولة بين الناس .

أما الفقه الاسلامي فقد بادر ـ وبشكل مباشر ـ لبيان معظم أحكام المعاملات التي تحقق أهداف الشريعة ومقاصدها العامة في تأمين مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع المضار عنهم .

فنزلت أحكام الشريعة الغراء من رب العالمين على نبيـه محمد ﷺ ، وقام رسول الله ﷺ فبين هذه الاحكام بالسنة القولية والفعلية والتقريرية ، وأرشد الناس الـى تأمين مصالحهم الضرورية والحاجية والتحسينية ، بكل مايضمن وجودها وحمايتهـا ورعاية شؤونها ، فلم يترك مصلحة حقيقيـة إلا أرشدهم إليها ، ولم يدع مفسدة إلا حذرهم منها ، ونصت الشريعة الغراء مباشرة على أغلب العقود النافعة المفيدة التـي تحقق هذه المصالح ، ونهت عن جميع العقود الفاسدة والباطلة التي تفسد على الناس مصالحهم ، وتلحق بهم الضرر والأذى للفرد والمجتمع ، في العاجل والآجل ، في الدنيا والآخرة ، كما بينت الشريعة الغراء المصادر التشريعية التي تفتح المجال لقبول العقود والاتفاقات التي تتفق مع مقاصد الشريعة ، ولم يرد فيها نص في الكتاب والسنة ، وبذلك أخذت بيد الناس مباشرة إلى ممارسة العقود الصحيحة ، ولم تترك الأمـر للضياع والتجارب للوصول إلى الصواب ، تحقيقاً لقوله تعالى (★ إنَّ هذا القرآنَ يَهْدي للَّتي هي أقْوَمُ) الإسراء/٩ ، وقوله تعالى : (★ كتابٌ أنْزَلْنَاه إليكَ لتخرج الناسَ منَ الظلماتِ إلى النورِ بإذنِ ربِّهم ، إلى صراطِ العزيزِ الحميدِ) إبراهيم / ٢ .

الحكمة من تنظيم العقود المسماة :

تظهر الحكمة واضحه من تنظيم العقود المسماة في قوانين رسمية نافذة ، لبيان الأحكام العامة لها في نظرية العقد ، ثم بيان الأحكام التفصيلية لها في العقود المسماة ، وتحت الاسم الخاص بها ، ويهدف المشرع من ذلك تحقيق عدة أهداف ، منها :

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، للهلالي وزكي ص ١٣ .

١ ــ رعاية القانون للاتفاقات المهمة والعقود الشائعة المنتشرة بين الناس ، وهي التي يتكرر استعمالها كل يوم ، بل في كل ساعة ولحظة آلاف المرات ، بخلاف العقود الثانوية الأخرى التي يندر استعمالها ، ويقل اللجوء اليها من جهة ، ولعدم حصرها وضبطها من جهة ثانية ، ولعدم الحجر على إرادة الناس في الاتفاق والتعاقد على إبرام ماشاؤوا من العقود التي يرونها مناسبة لأغراضهم وأهدافهم ومصالحهم من جهة ثالثة ، فيترك للأفراد حرية التعاقد بحسب إرادتهم المستقلة ، ويجعل من اتفاقهم شريعة لهم يلزمهم بها عند الاختلاف[1] .

٢ ــ إن شيوع العقود المسماة وكثرة استعمالها يدل على استقرارها في المجتمع، وظهور أحكامها في الغالب لجميع الناس ، فساهم المشرع بتنظيم هذه الأحكام لتسهيل الأمر على المتعاقدين في الاحالة اليها ، والاكتفاء في العقد على الاسم والعنوان ، مع تفويض تفاصيل العقد وآثاره إلى القانون الذي ذكر هذه الأحكام بشكل صحيح ، كما يسهل أعمال القضاة والمحاكم في تفسير العقد وفصل الاختلاف بين المتعاقدين بتحديد الالتزامات الواجبة على كل منهما بمقتضى النصوص القانونية التي تولت الأمر ، وحددت حقوق كل طرف والتزاماته .

ولم يقصد المشرع بتنظيم هذه التفاصيل الى غل إرادة المتعاقدين في التعامل ، وإنما قصد مساعدتهما على الاختصار في العقد بالرجوع صراحة أو ضمنا إلى الأحكام المدونة ، فإن أراد المتعاقدان تغيير آثار العقد ، والاشتراط لأحدهما على الآخر التزاما معينا ، فلا ضير في ذلك ، وعليهم أن ينصوا صراحة عليه ، ويتفقوا في العقد على ذلك، ما لم يخالف اتفاقهم الأحكام الآمرة في العقود أو قواعد النظام العام .

أما العقود غير المسماة فلا بد للطرفين من تفصيل الأحكام والشروط والآثار بحسب الاتفاق بين المتعاقدين ، وبما يحقق مصالحهما المشتركة ، وإلا طبقت عليهم الأحكام العامة للعقود .

٣ ــ إن معظم الناس تباشر العقود ، ولكنها تجهل ــ في الغالب ــ التفاصيل الدقيقة والمشاكل المعقدة التي قد تظهر عند التنفيذ، وتؤدي بهم الى اختلافات واسعة،

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣ .

وتتعارض فيها المصالح ، وقد تختلف وجهات النظر بحيث يصعب أو يستحيل على الطرفين تنفيذ العقد ، وهنا يأتي القانون ليأخذ بيد هؤلاء ، فينقذهم من الورطات ، ويحل بينهم المشاكل والاختلافات ، وذلك بأن ينظم العقد بشكل نموذجي ، ويوضح الحلول الحاسمة لما يطرأ عند التنفيذ ، ويبين الحق والعدل فيها ، دون أن يترك مجالا للاجتهادات الخاصة ، أو يفتح طريقا للظلم والاستغلال ، أو يترك الحبل على غاربه في تجميد العقود وإيقاف تنفيذها وتعطيل المصالح بسببها ، وهو مافعله مثلا في أحكام ضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية في المبيع ، وتحمل التبعة عند الهلاك[1] ، كما سنراه تفصيلا .

٤ ــ وهناك بعض الحالات التي يجنح فيها الناس عن جادة الصواب والحق ، ويتجهون في معاملاتهم الى إيقاع ضرر محتم بالآخرين ، وذلك عن طريق الغش أو الاستغلال أو التدليس أو نقصان الأهلية أو الظروف الصعبة المحيطة ... الى غير ذلك ، فهنا يتدخل المشرع في تنظيم بعض العقود ، وفرض أحكامها على الجميع ليجعلها من النظام العام ، ويخلع عليها صفة النصوص الآمرة التي لايجوز للافراد أن يتفقوا على مايخالفها ، ويحدد لهم الطريق الواجب سلوكه عليهم ، ويعين شروطاً محددة وأوصافاً خاصة يجب اتباعها ، حفاظاً على المصلحة العامة ، وحماية لحقوق الآخرين الذين يتضررون من الاتفاقات والعقود المبرمة ، وقد يتدخل القانون ــ أحيانا ــ لحماية الجانب الضعيف في العقد ، فيمنع عنه الحيف ، ويرفع عنه الظلم ، ويفرض على الطرف الثاني مايقيم العدالة ــ ولو جزئيا ــ بينهما ، كما قد يتدخل القانون لحماية عناصر معينة يلحقها الضرر والأذى والظلم من العقد ، وذلك مثل بيع المريض مرض الموت ، وبيع ملك الغير ، وبيع التركة ، وبيع النائب لنفسه ، وبيع الحقوق المتنازعة عليها ، وبيع الوفاء وغير ذلك من أنواع العقود التي سندرسها تفصيلاً فيما بعد ، ومثل أكثر أحكام عقد العمل ، والرجوع في الهبة ، والغلط في الصلح ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وغيره كثير[2] .

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٨ .

(٢) انظر : الوسيط ، السنهوري ٤/٩ .

٥ ــ إن الأصل في العقود المسماة أن تكون تنظيما للعقود الشائعة والمشهورة بين الناس ، وفي بعض الأحيان يرغب المشرع أن يقنن بعض العقود غير الشائعة ، أو يمنع بعضها الآخر ، تحقيقا للاهداف العامة في المجتمع والأمة والدولة ، ويريد توجيه الناس ، وتوجيه العقود ، لتتمشى مع هذه الاتجاهات المقصودة .

ويظهر هذا بشكل بارز في قوانين البلاد الاشتراكية وقوانين الدول ذات النهج الموجه ، فتنقل أكثر أحكام العقود من طبيعتها المكملة والمفسرة الى الصفة الآمرة[1] .

وإن هذه الأهداف والأغراض من تقنين العقود المسماة متوفرة ومقصودة في مشروعية العقود المسماة في الشريعة الاسلامية وتدوينها في كتب الفقه الاسلامي ، وخاصة الهدفين الأخيرين ، لأن الله تعالى أنزل الشريعة لتحقيق مصالح الناس ، وإقامة العدالة بينهم ، وجلب المنافع لهم ، ودفع المفاسد والأذى والضرر عنهم ، فشرع لهم مايحقق مصالحهم في البيع والإجارة والشركة والقرض والصلح والعارية والسلم وغيرها ، وحرم عليهم مايؤدي الى الخلاف والنزاع والظلم والضرر والفساد الفردي والاجتماعي ، واعتبر العقود فيها باطلة وفاسدة ، كالربا وبيع المعدوم والبيع على بيع الأول ، كما هو واضح ومفصل في مبحث مقاصد الشريعة ، وأحكام المعاملات الشرعية ، ثم جاء ذلك مبوباً ومقنناً ومرتباً في القانون المدني الأردني [2] .

٦ ــ وأخيرا فمن فوائد تقسيم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة أن القاضي يرجع في تفسير العقد المسمى الى أحكامه الخاصة في القانون ، فان لم يجد فيها نصا رجع الى القواعد العامة للعقود .

أما العقود غير المسماة فان القاضي يرجع في تفسيرها وفض النزاع فيها الى القواعد العامة مباشرة والى الشروط المتفق عليها بين الطرفين في العقد ، لعدم وجود

---

(١) انظر : الوسيط ، السنهوري ٩/٤ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٩ .

(٢) انظر رسالة : نظرات في أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الاسلامية، وموقف القوانين منها ، للدكتور الشيخ عبد السميع إمام.

أحكام خاصة بالعقود غير المسماة[1] .

ويقوم القاضي بهذا العمل بعد أن يدرس الاتفاق بين الطرفين ويبحث في طبيعته وصفاته ، ويضفي عليه الوصف المناسب باعتباره أحد العقود المسماة أو أنه ليس من العقود المسماة ، وهذا مايعرف بتكييف العقد الذي سنعرضه بعد قليل .

تعداد العقود المسماة :

الأصل أن العقود المسماة ليست محصورة العدد في القديم والحديث ، وإنما قد تزيد أحيانا ، كما إذا تعارف الناس على عقود جديدة ، وأحدثوا أحكاما خاصة لها ، وصارت هذه العقود والاحكام شائعة بين الناس ، وتردد اسمها على أذهانهم ، وارتبط معناها بمدلول معين ، فاذا أطلق مجرد الاسم بين الأطراف انصرفت عقولهم إليها ، وأدرك كل منهم مغزاها ، وعرف كل منهم صورة العقد وطبيعته ، وموضوعه الذي وجد من أجله ، وآثاره والتزاماته التي تترتب عليه ، ثم يأتي الشارع لينظم هذه الأحكام ، ويصوغها في تشريع ، ويضبط أحكامها لتكون مفسرة لارادة الأطراف عند الاتفاق على العقد والسكوت عن أحكامه وشروطه وآثاره .

ولكن القوانين قد تقصر عن مواكبة تقنين العقود الشائعة بين الناس ، وتتركها للاتفاق والعرف ، كما هو حاصل الآن في عدد من العقود الشائعة في المجتمع ، كعقد النشر بين المؤلف والمكتبة التي تتولى طباعة الكتاب ونشره ، وعقد المضايفة الذي يتم بين الضيف وبين صاحب الفندق في النزول عنده وتقديم الطعام والخدمة له ، والعقود بين المستشفيات وكليات الطب[2] .

وإن شيوع هذه العقود وانتشارها وتعارف الناس عليها لايجعلها في عداد

---

(١) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١٣ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ٩ ، ١٢ .

(٢) انظر : شرح القانون المدني ، الهلالي وزكي ص ١١ ، الوسيط السنهوري ٤/٤، العقود المسماة ، الزرقا ص ٧ .

العقود المسماة قانونا ، لأنها تفقد الركن الثاني منها ، وهو التنظيم الرسمي والقانوني لها .

وقد تنقص العقود المسماة عن عددها المقرر قانونا ، وذلك بأن يلغي المشرع بعض العقود المسماة ، ويمنع الناس من ممارستها واللجوء اليها ، ويعتبر العقد باطلا ، وهذا مافعله القانون المدني السوري الذي ألغى بعض العقود التي كانت مقننة في التشريع السابق كبيع الوفاء ، وحق الشفعة .

وان عملية الزيادة والنقصان في العقود المسماة لاتنحصر في قانون معين ، وكثيرا ما تظهر تشريعا تخاصة وقوانين جديدة لتنظيم العقود المسماة في أنظمة مستقلة ، كتنظيم أعمال الفنادق اليوم ، واصدار التعليمات المفصلة في تعاملها مع النزلاء ، ومثل قانون التجارة البحرية ، وقانون الايجارات ، وقانون العمل ، وقانون العمل الزراعي وغير ذلك ، ويهمنا معرفة العقود المسماة في القانون المدني فقط .

نظم القانون المدني السوري عددا قليلا من العقود ، وأدخل تحت كل منها أنواعا معينة ، وقد يفصل بعض الانواع عن العقد الاساسي ، ويجعلها مستقلة عن غيرها ، كالمقايضة وهي نوع من البيوع التي فصلها القانون عن البيع وجعلها عقدا مستقلا .

والعقود التي ورد النص عليها في القانون المدني السوري هي : البيع ، المقايضة، الهبة ، الشركة ، القرض ، الدخل الدائم مدى الحياة ، الصلح ، الايجار ، العارية المقاولة ، التزام المرافق العامة ، عقد العمل ، الوكالة ، الوديعة ، الحراسة ، المقامرة ، الرهان ، المرتب مدى الحياة ، التأمين ، الكفالة ، الرهن ، الحوالة .

أما في الفقه الاسلامي فان العلماء حصروا العقود في خمسة وعشرين عقدا ، عشرون منها في المعاملات المالية ، وهي : البيع ، الاجارة ، الكفالة ، الحوالة ، الرهن ، بيع الوفاء، الايداع ، الإعارة، الهبة ، القسمة ، الشركة ، المضاربة ، المزارعة ، المساقاة، الوكالة ، الصلح ، التحكيم ، المخارجة ، القرض ، الإقالة .

وخمسة منها في الاحوال الشخصية ، وهي : الموالاة ، العمرى ، الزواج، الوصية الايصاء .

وذكرت مجلة الاحكام العدلية ثمانية عشر عقدا في المعاملات ، وأهملت المخارجة والقرض[1] .

وإن حصر العقود المسماة في القانون والفقه بهذه الاعداد أمر اجتهادي ، وقد يكون الاختلاف أحيانا لفظيا وشكليا ، فان القانون أفرد بعض أنواع العقد الواحد بالذكر ، وأعطاه اسما مستقلا كالمقايضة ، وهي نوع من البيع ، بينما أدخل القانون عددا من العقود الاخرى تحت اسم عام يشملها ، كالمزارعة وايجار الارض الزراعية اللتين أدخلهما القانون في عقد الاجارة .

وهذا حاصل تماما عند الفقهاء ، فقد أفردوا بعض أنواع البيوع باسم معين كعقد الوفاء ، وهو بيع ، والمضاربة ، وهي أحد أنواع الشركة ، كما ضموا بعض العقود إلى بعضها لتأخذ اسما واحدا كالمقايضة التي اعتبروها نوعا من أنواع البيوع ، ولم يفردوها بباب مستقل .

والفرق الاساسي بين القانون والفقه هو في وجود بعض العقود المسماة عند أحدهما دون الآخر ، فالفقهاء ذكروا العقود التي وردت في مصادر الشريعة الاصلية ، كما ذكروا العقود التي تعارفها الناس فيما بعد ، ودعت اليها الحاجة ، وتتفق مع الاصول الشرعية كعقد الاستصناع وعقد الوفاء ، والقانون نص على العقود الشائعة بين الناس زمن صدوره ، ثم قنن العقود التي حدثت مع التطور والتقدم في المعلاملات، كالتأمين والمرتب مدى الحياة ، بينما ألغى بعض العقود التي لم يقتنع بها ، أو تتنافى مع اتجاهاته الخاصة ، كبيع الوفاء الذي منعه القانون مع كونه شائعا ومعروفا بين الناس[2] .

---

(١) انظر :المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥٤٥ .

(٢) قارن مانقلهالاستاذ احمد نجيب الهلالي والدكتور حامد زكي عن جمهورالشراح

والواقع أن هذا اختلاف عصر وزمان ، وأن عدد العقود المسماة في تغير مستمر ، زيادة ونقصا ، فقد ينظم القانون عقودا جديدا شائعة في التعامل ، فتنتقل من عقود غير مسماة الى عقود مسماة ، وقد يلغي عقودا مسماة من القانون ويمنع التعامل بها لظروف طارئة وأهداف معينة .

تقسيم العقود المسماة :

وردت العقود المسماة في القانون المدني المصري القديم بشكل عشوائي ، وذكر بعضها بجانب بعض ، مما أثار الانتقادات الكثيرة التي حملت اللجان ـ التي شكلت فيما بعد ـ على ترتيب العقود في القانون المدني المصري الجديد ترتيبا حسنا .

وأخذ القانون المدني السوري ترتيب العقود وتقسيمها كما جاءت في القانون المصري الجديد تماما ، وجاء ترتيب العقود فيه منطلقا من محل العقد ، فرتب العقود المسماة ترتيبا منطقيا متسقا ، وجمع بين العقود المتشابهة في المحل ، وقسم العقود المسماة الى خمسة أقسام ، وهي :

١ ـ العقود التي تقع على الملكية ، وتشمل : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح (المواد ٣٨٦ ـ ٥٢٥)

ويجمع العقود الواردة على الملكية بعض الخصائص المشتركة التي وحدت بينها في عنوان واحد ، كالتزام أحد المتعاقدين ، أو كلاهما ، بنقل ملكية شيء الى آخر ، والتزامه بتسليم محل الملكية ، وضمان عدم التعرض له ، وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية في المحل ، والتزام المتعاقد الآخر ـ غالبا ـ بدفع المقابل .

بأن العقود غير المعينة لاتتناهى ، بينما قال الاستاذ بلانيول الفرنسي ان هذا مجرد توهم ، وأن العقود غير المعينة محصورة ومحددة ، وذكر ادلة هذا القول ، وذهب الى ترجيحه والاخذ به (شرح القانون المدني ص ١٣) .

وانظر : الوسيط ، السنهوري ٩/٤ ، العقود المسماة ، الزرقا ص ١٣ ، العقود المسماة ، البدراوي ص ٥ .

ثم ينفرد كل منها عن غيره بخصائصه الذاتية التي تتفق مع موضوعه وهدفه وما يتميز به عن غيره، فالبيع نقل الملكية بعوض، بخلاف الهبة فهي نقل الملكية بدون عوض ، والعوض في البيع هو الثمن النقدي ، أما العوض في المقايضة فهو عين، والشركة تختلف عن الصلح والقرض وهكذا[1] .

ولكل عقد أحكامه الخاصة التي منحته الاستقلال عن غيره ، وأعطته الاسم المعين .

٢ ــ العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، وتشمل عقد الايجار بما فيه المزارعة وايجار الوقف وعقد العارية (المواد ٥٢٦ ــ ٦١١) .

وتشترك العقود الواردة على المنفعة فيما بينها بأن الهدف منها منصب على المنفعة مع وجوب الحفاظ على العين وعدم مساسها بتغيير أو تبديل ، ويتجه القصد في هذه العقود الى استعمال المنافع من أحد أطراف العقد ، أو استغلال المنفعة من أجنبي عن العقد ، وذلك لقاء عوض في أكثر الاحوال ، وبدون عوض في العارية .

وتختلف العقود الواردة على المنفعة عن العقود الواردة على الملكية بأن محل العقد في الأولى هو المنفعة التي تنتقل من جهة الى أخرى مع بقاء العين على حالتها السابقة ، أما محل العقد في الثانية فهو العين نفسها التي يقع عليها العقد والالتزام والتنفيذ ، وتنتقل من جهة الى أخرى .

ويعتبر عقد البيع وعقد الإجارة أهم العقود المسماة على الاطلاق وأكثرها استعمالا بين الناس ، وهذا مادفع بعض الشراح الى اعتبار ماعداهما باسم « العقود الصغيرة » [2] .

٣ ــ العقود الواردة على العمل ، وتشمل عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة (المواد ٦١٢ ــ ٧٠٤) .

---

(١) انظر : الوسيط السنهوري ٤/١٥ .

(٢) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٧ .

٤ ــ عقود الغرر ، وتشمل المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، (المواد ٧٠٥ ــ ٧٣٧)،وهذه العقود احتمالية،وقد يتحقق المحل فيها وقد لا يتحقق.

٥ ــ الكفالة (المواد ٧٣٨ ــ ٧٦٧) .

وقد أفرد القانون عقد الكفالة بنوع مستقل ، وجعله في آخر العقود المسماة ،لأنه عقد ضمان شخصي ، فلا يدخل في العقود الاخرى ، وفرق بينه وبين الرهن والتأمين التي اعتبرها القانون تأمينات عينية[1] .

ويضاف إلى هذه الأقسام الخمسة أمران :

١ ــ عقد الحوالة ، ويشمل حوالة الحق وحوالة الدين ، وقد وضعه القانون في الكتاب الاول الذي خصصه لبحث الالتزامات بشكل عام ، واعتبر الحوالة أهم صورة لانتقال الالتزام فنص عليها في الباب الرابع : انتقال الالتزام (المواد ٣٠٣ ــ ٣٢١) .

٢ ــ عقد الرهن الذي وضعه القانون في الكتاب الرابع في الحقوق العينية التبعية (المواد ١٠٢٨ ــ ١٠٧١) ، ويشمل الرهن بنوعيه : رهن المنقول ورهن العقار ، والباعث على ذلك أن عقد الرهن عقد ضمان عيني ، فوضعه القانون في الحقوق العينية التبعية .

ونصت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري على الحكمة من هذا الترتيب والتبويب للعقود المسماة فقالت :

« أما المشرع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذي

---

(١) عرض القانون المدني السوري العقود المسماة في الكتاب الثاني منه وقسمه الى خمسة أبواب ، فالباب الاول عرض العقود التي تقع على الملكية ، والباب الثاني بين العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، والباب الثالث تناول العقود الواردة على العمل ، والباب الرابع ذكر عقود الغرر ، والباب الخامس ختم الكلام عن العقود المسماة بالحديث عن الكفالة .

يرد عليه العقد ، فهناك عقود ترد على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الايجار والعارية ، وعقود ترد على عمل الانسان ، وهذه هي عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهذه هي المقامرة والرهان وعقد الايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير، لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى »[1] .

وإن ترتيب العقود في القانون المدني لم يخل من بعض العيوب ، منها أنه فصل عقد الرهن عن العقود المسماة ، وضمه الى الحقوق العينية التبعية ، وكان المفروض أن يضم الى الكفالة ، ليضمهما عنوان واحد ، وهو عقود التوثيق فالكفالة توثيق شخصي للحق ، والرهن توثيق عيني له ، وأما الاحتجاج بكونه ينشىء حقا عينيا فأدرج في الحقوق العينية فمنقوض بما فعله القانون في البيع والمقايضة والشركة والقرض والهبة والصلح فإنها تنشىء حقا عينيا أصليا ، ومحلها حق عيني أصلي،وهو الملكية، ومع ذلك وضعها القانون في العقود المسماة ، ولم يدرجها فيالحقوق العينية الاصلية ، وهي الملكية ، ونفس الكلام والاحتجاج يقال على الحوالة ، ويوجه الى القانون نفس المآخذ فيها .

وبما أن القانون اتجه الى إفراد العقود المسماة في كتاب مستقل فكان الواجب أن يضم شمل جميع هذه العقود في مكان واحد ، ثم يشير إلى متعلقاتها وآثارها فيما تصلح له .

كما أغفل القانون ذكر الاقالة في العقود المسماة ، والاقالة عقد يتفق فيه المتعاقدان على إلغاء العقد السابق بينهما، ولم يبين القانون أحكام الإقالة ، وبذلك أخرجها من العقود المسماة ، كما كان شأنها في الفقه الاسلامي ، وبقيت في حيز العقود

---

(١) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤/٧ .

غير المسماة التي تطبق عليها أحكام العقود العامة في نظرية الالتزام[1] .

وأما ترتيب العقود في الفقه الاسلامي فكان ترتيبا كيفيا في كتب الفقه ، ويتحدد بحسب رغبة المصنف لها ، ويكاد الفقهاء يجمعون على البدء بعقد البيع نظرا لأهميته، وكثرة استعماله ، وشيوع انتشاره ، ومزيد الحاجة إليه ، ثم يتبعونه بعقد السلم وغيره ، ولا ضير عليهم في ذلك ، لأن عمل المؤلفين فردي وشخصي .

وقد سارت مجلة الاحكام العدلية على منهج الفقهاء تقريبا في ترتيب العقود ، وآثرت البقاء عليه لشيوعه وانتشاره في أرجاء الخلافة العثمانية ، فبدأت بعقد البيع فالاجارة فالكفالة فالحوالة فعقود الأمانات وهي الوديعة والعارية ، فالهبة ، ثم عرضت الشركات والقسمة والوكالة والصلح ، وهكذا .

أما القانون المدني الأردني المستمد من الفقه الاسلامي فقد جارى القانون المدني المصري والسوري في الصياغة والترتيب ، وجاء بنظرية عامة عن العقود في الباب الاول المخصص للحديث عن مصادر الحقوق الشخصية ، ثم أفرد للعقود المسماة كتابا خاصا وقسم العقود إلى خمسة أقسام ، وهي :

١ ــ عقود التمليك ، وهي البيع والهبة والشركة والقرض والصلح (المواد ٤٦٥ ــ ٦٥٧) .

٢ ــ عقود المنفعة ، وهي الإجارة والإعارة (المواد ٦٥٨ ــ ٧٧٩) .

٣ ــ عقود العمل ، وهي عقد المقاولة وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الايداع، وعقد الحراسة (المواد ٧٨٠ ــ ٩٠٨) .

٤ ــ عقود الغرر ، وهي الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة وعقود التأمين ، (المواد ٩٠٩ ــ ٩٤٩) .

٥ ــ عقود التوثيقات الشخصية ، وهي الكفالة والحوالة (المواد ٩٥٠ ــ ١٠١٧).

ثم ذكر القانون الأردني عقد الرهن في الحقوق العينية التبعية، وبحث فيه الرهن التأميني والرهن الحيازي (المواد ١٣٢٢ ــ ١٤٢٣)

---

(١) انظر : العقود المسماة ، الزرقا ص ١٥ .

وهكذا سار القانون المدني الأردني على منوال القوانين الحديثة ، واستدرك عليها بعض العيوب والمآخذ ، فوضع عقد الحوالة في العقود المسماة تحت عنوان عقود التوثيق ، لكنه وقع من جهة أخرى في نفس الخطأ عندما نزع عقد الرهن من العقود المسماة ، وذكره في الحقوق العينية التبعية ، وكنا نتمنى أن يتدارك القانون الأردني هذا العيب الذي وقع فيه القانونان المصري والسوري ، ليذكر عقد الرهن مع العقود المسماة ، ويبين أركانه وشروطه وأنواعه ، ثم يشير إليه بالتفصيل في الحقوق العينية التبعية .

وأما تقسيم العقود وترتيبها وتصنيفها في الفقه الاسلامي فان العلماء المعاصرين قاموا بذلك ، وصنفوا العقود عدة تصنيفات باعتبارات مختلفة ، مثل تقسيم العقود بحسب ماهيتها وقابليتها للشروط الى معاوضات مالية ونكاح وتبرعات وإطلاقات وتقييدات وتوثيق وإسقاطات محضة ، وقسموها من حيث التسمية إلى عقود مسماة ، وعقود غير مسماة، وقسموها من حيث المشروعية وعدمها ، ومن حيث العقد وعدمه، ومن حيث الغاية من العقد...إلى غير ذلك مما هو مبين في نظرية العقد في الفقه الإسلامي[1] .

تكييف العقد :

تكييف العقد هو إعطاء الوصف القانوني للعقد ، لمعرفة الطبيعة القانونية له ، وتصنيفه في أحد أصناف العقود :المسماة أو غير المسماة ، وإذا كان من العقود المسماة فيجب تمييزه عن غيره لاعطائه الوصف الذي يتفق مع طبيعته وشروطه وأوصافه وآثاره ، لتطبيق الأحكام القانونية التي وضعها القانون له .

وتكييف العقد أمر مهم وأساسي ، ويعتبر أول نقطة يجب بحثها ، وهو المرحلة الأولى الواجبة على القاضي لدراسة العقد ، وتحديد طبيعته ، وبيان انتمائه إلى

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥١٦ ، ٥٧٨ وما بعدها ، العقود المسماة ، بدراوي ص ١٠ ، المعاملات الشرعية ، الخفيف ٣٦٨ ، المدخل للفقه الاسلامي ص ٥٩٣ ، النظريات الفقهية ، الدريني ص ٢٤٨ .

إحدى الزمر لتصنيف العقود ليبت في كونه من العقود المسماة أم لا ، وهل هو من العقود الواردة على الملكية أو من العقود الواردة على الانتفاع أو العمل أو من العقود الاحتمالية ، وهل هو عقد معاوضة أو عقد تبرع ، وذلك لتحديد القواعد القانونية التي يجب تطبيقها عليه ؟

مثال ذلك أن القاضي لا يطبق الأحكام الخاصة لعقد البيع في القانون على العقد الجاري بين الطرفين ، ما لم يتوفر بالعقد الخصائص المميزة لعقد البيع ، فان وجدت قرر القاضي وصف العقد المعروض عليه بأنه عقد بيع .

وقد يكون تكييف العقد أمراً بسيطا وسهلا ، كما إذا اكتفى الطرفان بتسمية العقد الجاري بينهما بدون إضافة شروط والتزامات معينة ، وتعتبر هذه الصورة إحالة ضمنية من الطرفين لتطبيق أحكام القانون لهذا العقد المسمى .

وقد يكون التكييف عويصا وصعبا ، ويشكل مشكلة مهمة أمام القاضي لتحديد طبيعة العقد ، لأن الأصل في القانون ــ كما سبق ــ إعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في التعاقد ، وعندئذ تظهر الاحتمالات الكثيرة في الوقائع ، فقد يصف الطرفان العقد بوصف معين ، ويكون هذا الوصف موافقا لشروط العقد ، وقد لا يكون الوصف موافقا للشروط ، وقد يلجأ الطرفان قصدا إلى إخفاء العقد الحقيقي تحت ستار عقد آخر ، للتهرب من الآثار القانونية للعقد الاول ، وقد يقعان في هذا الأمر بدون قصد .

وقد يجمع الطرفان بين عقدين مسميين ، وهو ما يسمى بالعقد المختلط ، وقد يبتدعان عقدا جديدا لا نظير له في القانون ، وقد يجمع الطرفان بين عناصر عقد مسمى مع عناصر عقد غير مسمى . ونذكر بعض الأمثلة لذلك ، منها : عقد الإقامة في الفندق الذي تمتزج فيه عناصر عقد الايجار بالنسبة للغرفة مع عناصر عقد المقاولة بالنسبة للخدمة ، مع عناصر عقد الوديعة بالنسبة لأمتعة النزيل ، مع عناصر عقد البيع بالنسبة للطعام ، ومثله الإقامة في المستشفى التي تضم عناصر العقود السابقة مع عنصر إضافي وجوهري وهو المعالجة ، ومثل عقد استئجار الصناديق الحديدية في المصارف الذي يختلط فيه عناصر عقد الايجار بعناصر عقد الوديعة ، ناهيك عن الاتفاقات والعقود التي قد يبتدعها الطرفان على غير سابق اسم أو وصف لها .

إن تكييف العقد من عمل القاضي ووظيفته ، ويجب عليه أن يبدأ بها في أول مرحلة ، وذلك بدراسة العقد لمعرفة العناصر الأساسية له ، ثم يتجه الى إرادة الطرفين، فيبحث عن النية الحقيقية لهما في التعاقد ، ويتحرى الظروف والقرائن التي أحاطت بالعقد ، ولا يصح له أن يقف عند مجرد الاسم الذي أطلقه الطرفان ، بل يتجنب الوقوف على العقد الظاهر ، ويتجاوز المعنى الحرفي للألفاظ ، ويتحرى حقيقة العقد والاتفاق ، لأن العبرة في المعاملات للمعاني ، لا للألفاظ والمباني •

فالقاضي يبحث في شروط العقد وأوصافه التي اقترنت بالعقد ، ويدقق النظر في الآثار والالتزامات التي اتفق عليها الطرفان ، ويستنبط الغاية التي قصدها المتعاقدان ، وينظر إلى الجهة التي اتجهت إليها إرادتهما ، وبعد ذلك يصدر القاضي رأيه في تكييف العقد ، وتحديد الوصف المناسب له •

فإن وجد القاضي أن العقد يدخل في العقود المسماة طبق عليه الأحكام الخاصة به ، وإن كان من العقود غير المسماة طبق عليه المبادىء العامة في نظرية العقد في الالتزامات ، وإن كان عقداً مختلطا ، ولكن يغلب عليه عناصر أحد العقود المسماة فيرجح القاضي هذا الجانب ، ويطبق عليه أحكام العقد المسمى التابع له،وإن كان العقد المختلط عبارة عن ربط بين عقدين يمكن فصلهما عن بعضهما ، فيفصل القاضي بين العقدين ، ويطبق الأحكام الخاصة لكل منهما عليه ، مثل عقد الاجارة المرتبط بوعد من المؤجر ببيع العين المؤجرة ، وارتباط عقد العمل بعقد ايجار ، بأن يقدم رب العمل مسكنا للعامل يقيم فيه بمقابل معين •

وقد يتم الاختلاط بمزج العقد مع عنصر من عقد آخر ، وهذا العنصر الجديد مجرد عنصر ثانوي في التعاقد ، مثل التعاقد مع مؤسسة البرق والبريد والهاتف بالهاتف ، فهو عقد مقاولة تقوم المؤسسة فيه بتأمين المرفق والأعمال اللازمة لاتصال المنتفع بمن يريد الاتصال به ، مع تقديم آلة الهاتف للانتفاع بها لقاء تأمين يدفعه المنتفع للمؤسسة ، وهذا عنصر ثانوي ، فيرجح القاضي جانب المقاولة ، ويطبق عليه الأحكام الخاصة بعقد المقاولة •

ومثل العقد مع مؤسسة الفيجة لتأمين المياه إلى البيت ، فهو بيع لمقدار معين من الماء (نصف متر مكعب مثلا) مع عقد مقاولة لتأمين وصول المياه ، وصيانة الشبكة وغيرها .

وقد تجتمع غايتان في عقد واحد ، إحداهما مباشرة ، والأخرى غير مباشرة ، كمن يهب إلى آخر شيئاً ويشترط عليه أن تبقى العين مع الانتفاع له طوال الحياة ، فالقسم الأول يهدف إلى نقل الملكية بدون عوض حال الحياة ، ولكن الشرط الإضافي بالانتفاع حال الحياة يتجه إلى عقد الوصية ، وأنه نقل المنفعة بدون عوض بعد الوفاة[1] .

وقاضي الموضوع هو المكلف والمسؤول عن تكييف العقد وبيان طبيعته وإضفاء الوصف القانوني عليه ، ويتمتع بالحرية المطلقة في ذلك ، ولا يقيده شيء ، ولا يخضع لغيره، والقاضي لا يلتزم نهائيا بالوصف الذي أطلقه المتعاقدان، وإنما العبرة للوصف الحقيقي للعقد بحسب ماتجهت إليه إرادتهما .

كما أن تكييف العقد يعتبر مسألة قانونية موضوعية ، وليست مسألة واقعية ، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض [2] .

---

(١) انظر : العقود المسماة ، بدراوي ص ١٩ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ١٦ وما بعدها ، شرح أحكام عقد البيع ، عمران ص ٧ ، العقود الشائعة ، حكيم ص ١٤ .

(٢) اتجهت محكمة النقض المصرية في السابق في تقسيم عملية التكييف إلى قسمين ، الأول تفسير العقد بحسب أركانه وشروطه وآثاره وظروف العقد والقرائن المحيطة به ، وهذا القسم يرجع إلى القاضي ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، والقسم الثاني اعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح ، بتطبيق القواعد القانونية عليه ، وهذا الجانب يخضع فيه إلى رقابة محكمة النقض ، ثم اعتبرت محكمة النقض أن التكييف بقسميه لايخضع لرقابتها ، وانه يدخل في سلطة القاضي ، ولا معقب عليه في ذلك . (انظر : العقود المسماة بدراوي ص ٢٢ ، العقود المسماة ، سلطان والعدوي ص ٣١).

وسوف نشير إلى الخصائص والميزات للعقـود المسماة ، والتي يستعين بهـا القاضي في تكييف العقد واعطائه الوصف القانوني الصحيح .

أما تكييف العقود في الفقه الإسلامي فلم يظهر بشكل مباشر ومقصود ، ذلك أن العقود في الفقه الإسلامي كلها عقـود مسماة ومنصوص عليهـا غالباً في مصادر التشريع ، ثم قام الفقهاء في كل مذهب بصياغتها وبيان أحكامها المفصلة ، ولكن هذا لا يعني منع العقود غير المسماة ، ولذا كان الفقهاء يصوغون العقود الجديدة التي تشتهر بين الناس ويتعارفون عليها ، ويستخدمونها في تحقيـق مصالحهم وحاجاتهم، وهنا كانت عملية التكييف تفرض نفسها ، ويجهد الأئمة والفقهاء أنفسهم في تكييفهـا وذلك من ناحيتين :

الأولى : من حيث مشروعيتها وجواز استعمالها شرعاً بأن تتفق مـع مقاصـد الشريعة ، وتقبلها قواعد العقود العامة وأحكام التعامل الشرعية ، وقد تتفق وجهات النظر في مشروعية العقد الجديد ، وقد تختلف فيه ، فيجيزه فريق ، ويحرمه فريـق آخر ، كاختلافهم في عقد الوفاء الذي أجازه الحنفية ، ومنعه الشافعية ، ومثل اختلاف علماء العصر اليوم في عقد التأمين بين مجيز ومانع ومفصل .

الناحية الثانية : من حيث إعطاء الوصف الحقيقي للعقد ، وهل يدخل في أحد العقود المسماة أم لايدخل فيها ، مثل عقد الاستصناع الذي تردد وصفه بين البيـع والوعد والاستئجار ، إلى إن أخذ اسماً معيناً مستقلاً ، وكذلـك اختلف اجتهـاد الحنفية في أول الأمر في وصف عقد الوفاء بأنه بيع أو رهن ، ثم استقر رأيهم علـى أنه عقد خاص ومستقل عن البيع والرهن مع مافيه من أحكام تشبه كلا منهما ، وقد اعتبره القانون المدني العراقي رهنا حيازيا وأقره ، بينما اعتبره القانـون المـدني المصري والسوري بأنه يخفي الربا والاستغلال فألغياه ومنعا التعاقد فيه [1] .

هذا من الناحية الفقهية ، أما من الناحية القضائيـة ، فإن تكييف العقد يفرض

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ، الزرقا ١/٥٥١ وما بعدها ، ٥٨١ .

نفسه على القاضي قطعاً لتفسير إرادة المتعاقدين ، وبيان مدى مشروعية العقد والاتفاق والتصرف أو عدم مشروعيته ، ثم لإضفاء الوصف الحقيقي عليه لتطبيق الأحكام الشرعية المقررة له ، ولذلك وضع الفقهاء للقاضي القاعدة الفقهية المشهورة في ذلك وهي « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني » ، فإذا باع إنسان عيناً بدون عوض اعتبر القاضي تصرفه هبة وطبق عليه أحكام الهبة في القبول والرد،وإن وهب رجل مالاً لآخر واشترط عليه عوضاً معيناً اعتبر عقده بيعاً ،وطبق عليه أحكام البيع ، وكذلك الحوالة تنقلب إلى كفالة إذا اشترط الدائن على المحيل أن يطالب كلاً من المدين المحيل ، والشخص المحال عليه ، وبالعكس تنقل الكفالة إلى حوالة إذا اشترط المدين عدم مطالبته بالدين [1] .

ومن باع ملكه ، وعلق العقد على الوفاة ، كان تصرفه وصية ، ويطبق عليه القاضي أحكام الوصية ،ومن هذا الجانب اعتبر الحنفية وغيرهم تصرفات مرض الموت ، وطلاق الفرار ، وهو ماورد أيضا في الميراث فإن قتل الوارث مورثه حرم من الميراث ، وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في باب ثبوت الشفعة بالبيع بعوض ، وسقوطها بالهبة والتصرف بدون عوض [2] .

* * *

---

(١) المرجع السابق ٢/٩٦٠ .

(٢) انظر : أدب القضاء ، ابن أبي الدم ص ٣١٤ ، ٤٧٥ ، ٥٢٧ ، ٦٠٤ .