

الفصل الأول

تكوين العقد

المبحث الأول

أركان العقد وشروطه^(١)

● تمهيد :

- معنى الركن : الركن في اللغة يعنى جانب الشيء الأقوى .
- معنى الركن في اصطلاح الأصوليين : هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته .
- اما الشرط في اللغة : فهو العلامة الدالة الميزة ، ومنه قيل : أشراط الساعة . ومنه أطلق « الشرط » لغة على ما يشترطه الانسان في عقودهِ والتزاماته على نفسه أو غيره .

(١) يذهب البعض الى ذكر أركان العقد ضمن مقومات العقد في الوقت الذي يذكر فيه أن مقومات العقد هي : العاقدان ، ومحل العقد ، وموضوع العقد ، ويضيف إليها : أركان العقد . ثم يعود فيذكر العاقدان ، ومحل العقد ضمن أركان العقد ، ويعبر عن موضوع العقد بأن المراد به غاية العقد النوعية ، أى القصد الاصلى الذى شرع العقد لأجله ، فالموضوع في كل عقد بيع انما هو نقل ملكية المبيع الى المشتري بعوض ، وفي كل هبة انما هو تمليك العين الموهوبة مجانا بلا عوض ، وفي عقد الاجارة ، انما هو تمليك منافع المأجور بعوض وهكذا . هذا في الوقت الذي يعتبر فيه ذلك ليس الا أثر العقد الداخل في ماهيته على نحو ما سبق تعريف العقد به من انه : « ارتباط الايجاب بالقبول ... على نحو يثبت أثره في المعقود عليه ... » .

وتأسيسا على ذلك ، فاذا كان العاقدان ومحل العقد يدخلان ضمن أركان العقد طبقا لرأى الجمهور . وكان موضوع العقد يدخل ضمن آثار العقد فستحدث مباشرة عن أركان العقد وعن آثاره دون حاجة الى استعمال اصطلاح « مقومات العقد » منعا من التداخل بين المصطلحات ومضمونها بدون فائدة عملية .

وفي اصطلاح الفقهاء والأصوليين : هو ما استلزم من عدمه العدم ولا يستلزم من وجوده وجود الشروط ، ولا يدخل في ماهية الشيء وإنما هو خارج عن الماهية •

والشروط بصفة عامة إنما هي مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث أن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام^(١) •

ويختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء في الأثر المترتب على تخلف الركن أو الشرط في المعاملات :

فيرى الحنفية : أن ما فقد ركنه يكون باطلاً ولا يفيد شيئاً ، أما ما فقد شرطه فيكون فاسداً ولا يفيد الملك إلا بالقبض ، وإن كان ملكاً خبيثاً لأنه مترتب على عقد يجب فسخه رفعاً للفساد •

ويرى الجمهور : أن أثر ما فقد ركنه أو شرطه سواء وهو البطلان لأنها تكون معاملة فقدت ما لا يمكن وجودها بدونه سواء أكان جزءاً منها أو خارجاً عنها • وقد ترتب على هذا الخلاف اختلافهم في أركان العقد •

فاعتبرها الحنفية ، الإيجاب والقبول (الصيغة) فقط ، أما العاقدان والمعقود عليه فهي شروط في الصيغة لا أركان في العقد ، واعتبرها جمهور الفقهاء ثلاثة — هي :

١ — العاقدان • ٢ — الصيغة •

٣ — المعقود عليه^(٢) •

(١) الموافقات للشاطبي ج ١ ص ٢٦٢ — ٢٦٤

(٢) راجع الخرشى ج ٣ ص ٣٥٩ ، نهاية المحتاج على شرح المنهاج ج ٢ ص ٢ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢ . المجموع للنووي ج ٩ ص ١٤٩ ، الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢ ، أيضاً فتح العزيز شرح الوجيز ج ٨ ص ٩٨ ، حاشية الرملی على شرح روض الطالب ج ٢ ص ٢ ، الخطاب في مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٢٢٨ ، وفي رأى الحنفية ، انظر أيضاً فتح القدير ج ٥ ص ٧٤

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذا الخلاف لا يثور إذا ما أريد بالعقد ما يوجد بارادة واحدة ، اذ يكون الركن فيه عندئذ هو العبارة الصادرة ممن يملك انشاء العقد •

ولما كان مذهب الجمهور في بيان أركان العقد هو المشهور وأقرب الى تحقيق النزعة الموضوعية في العقود ، فاتنا سنتناول بالبحث أركانه على فحو ما ذهب اليه الجمهور وان كانت بعض الأقضية في المعاملات تظهر فائدة مذهب الحنفية كما أن مذهبهم يوسع من دائرة العقود في المعاملات •

وعلى ذلك تكون أركان العقد ثلاثة هي :

١ - الصيغة وما يتعلق بها •

٢ - العاقدان وما يتعلق بهما •

٣ - العقود عليه وما يتعلق به •

* * *

● اركان العقد في القانون الوضعى :

لما كان العقد يقوم على الارادة فانها تكون ركن العقد ، ومن هنا كان تعريف العقد بأنه : توافق ارادتين (التراضى) ، ويجب أن تتجه هذه الارادة الى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب •

وقد تفرقت كلمة الفقهاء حول ماهية المحل والسبب ، فمنهم من يعتبرهما ركنين في الالتزام^(١) المتولد من العقد والناشئ عنه ، أما محل الالتزام غير التعاقدى فالقانون هو الذى يتولى تحديده وتعيينه ومن ثم فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط ، ومنهم من

(١) د. حشمت ابو ستيت - المرجع السابق فقرة ٧٢ ، انور سلطان فقرة ٣٧ المرجع السابق •

يعتبر المحل ركنا في الالتزام والسبب ركنا في العقد^(١) ، ومنهم من يعتبرهما من عناصر الإرادة^(٢) .

ونعتقد أن هذا الاختلاف يرجع الى المسلك القانوني في النظريات التي يقوم عليها ، فهناك نظرية الالتزام ونظرية التصرف ونظرية العقد ، وهذه النظريات يؤثر بعضها في بعض بل يقوم بعضها على بعض ، ولكننا نعتقد أن اشتراكها في موضوع معين لا يجب أن يؤدي الى الخلط بينها أو دمج لبعضها في بعض ، فاذا كان المطلوب تبيان أركان العقد ، أى عقده العقد ومن ثم تحرك ارادتين متوافقتين متطابقتين نحو احداث أثر قانوني معين فيجب أن ينحصر البحث في الأركان التي تقوم عليها هذه العملية في مراحلها الأساسية ، وعلى هذا النحو نرجح الاتجاه القائم على أن أركان عقده العقد هي التراضي ومحلله وسببه .

ويضيف اليها فقهاء القانون ركن الشكلية في العقود الشكلية وكذلك التسليم في العقود العينية وما يترتب على مخالفة هذه الأركان من جزاء وهو البطلان .

وسوف نتحدث عن كل ركن من هذه الأركان بعد الحديث عنه في الفقه الاسلامي بقصد الموازنة والترجيح ان شاء الله .



(١) د. السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - فقرة ٦٨ ، سليمان مرقس - المرجع السابق فقرة ١٣٢ ، ١٥٧ اذ يعتبر المحل ركنا في الالتزام والسبب ركنا في ارادة الالتزام .

(٢) د. عبد الحى حجازى ج ١ ص ٩٦ ، ٩٧ ، ١٢٦ وما بعدها ، الدكتور عبد المنعم الصدة المرجع السابق فقرة ٦١ ولم تذهب غالبية الشراح الى اعتبار المحل والسبب ركنان في العقد كما ذكر الدكتور أحمد البرعى - المرجع السابق ص ٥١ ، بهجت بدوى - أصول الالتزامات فقرة ٤٤ ، ٤٧

المطلب الأول

صيغة العقد

(التعبير عن الرضا وطرقه)

الفرع الأول : فى الفقه الاسلامى

اهتم الفقهاء اهتماما شديدا بصيغة العقد وأولوها عناية كبيرة •
ولما كان الأصل فى العقود الرضا ، الا أنه أمر باطنى ، ومن ثم جعل
الايجاب والقبول دليلا عليه •

ومن الايجاب والقبول تتكون صيغة العقد •

ويراد بالصيغة ما يتحقق به العقد ويوجد بما يدل على ذلك من
لفظ أو اشارة أو كتابة أو فعل أو غيرها من وسائل التعبير اللفظية
وغير اللفظية ، مما سنتناوله بالتفصيل فيما يلى :

أولا - الايجاب والقبول

الايجاب لغة : الاثبات •

والقبول لغة : مصدر من قبلت العقد أقبله •

أما معنى الايجاب والقبول فى اصطلاح الفقهاء : فقد اختلفوا فيه
على مذهبين هما :

(١) مذهب الحنفية :

يرون أن الايجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقلين ، والقبول
هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الثانى لأنه يقع قبولا ورضا بما
أثبتته الأول^(١) •

(١) يراجع : فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، و ج ٢ ص ٣٤

وعلى ذلك فالعبرة في تميز الايجاب عن القبول هو الصدور أولا وعنده .

(ب) مذهب الجمهور :

أما غير الحنفية فيرون أن الايجاب هو ما صدر ممن يكون منه التملك سواء صدر أولا أو صدر ثانيا ، أما القبول فهو ما صدر ممن يصير اليه الملك دالا على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر وان صدر أولا .

وبعبارة أخرى ، فإن الايجاب هو ما صدر من المملك سواء صدر أولا كأن يقول البائع : بعتك هذا الشيء بكذا ، أو صدر ثانيا كأن يتدّى المشتري فيقول : اشتريت هذا الشيء بكذا ، فيقول البائع : بعته لك أو قبلت .

والقبول : هو ما صدر من المملك (١) .

ويرى كثير من الفقهاء ترجيح رأى الحنفية لدقته ، وسهولته في التمييز بين الايجاب والقبول ، وأن هذا التيسر أولى بالاتباع في معاملات الناس (٢) .

● التراضي في القانون وفقهه :

إذا كان مبنى الايجاب والقبول في الفقه الاسلامى هو التراضي فقد استعمل فقهاء القانون التراضي وعبروا به عما يقوم عليه العقد من

(١) راجع : كشف القناع ج ٢ ص ٣ ، الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ١٦٥ ، الخرشي ج ١٣ ص ٣٦٢ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢ ، المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ج ٤ ص ٣ (٢) د. محمد شوكت - نظرية العقد - رسالة ص ٩ ، ونظرية العقد - محمد شعبان حسين ص ١٦ ، وبدران أبو العينين - الشريعة الاسلامية ص ٣٦٩ ، ٣٧٠

ارادتين متوافقتين متطابقتين وفي هذا الصدد تنص المادة (٨٩) مدنى مصرى (١) على ما يأتى :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .
ولما كانت الارادة أمرا نفسيا داخليا فقد استخدم القانون وفقهه مصطلح « التعبير عن الإرادة » للدلالة على الإيجاب والقبول وهو ما أطلق عليه فى الفقه الاسلامى « صيغة العقد » فكان أكثر موضوعية ودلالة على الاهتمام بالمظهر الخارجى للتراضى فى شكل العبارة أو الصيغة التى تمثلت فيها ارادة الطرفين .

ولعل الاختلاف فى موقف فقه القانون عن الفقه الاسلامى يرجع الى أن القانون المدنى المصرى (٢) يجعل الارادة الباطنة هى الأصل ولا يأخذ بالارادة الظاهرة الا حيث يقتضى استقرار التعامل ذلك .

ثانيا - شروط الإيجاب والقبول

سبق أن قلنا فى تعريف العقد أن ارتباط الإيجاب بالقبول يترتب عليه وجود العقد ، ولكن لكى يتم ذلك لا بد من تحقق شروط فى الإيجاب والقبول وبدونها لا تترتب عليه آثاره .

وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه وبعضها اختلف فى اشتراطه العلماء ، وذلك على التفصيل التالى :

(١) يقابل هذا النص مادة ٩٢ سورى ومادة ٨٩ لىبى ومادة ٧٣ عراقى ومادة ١٦٥ ، ١٧٨ لبنانى .

(٢) وقد سار على نهجه القانون المدنى السورى والقانون اللبنانى ، وان كان القانون المصرى يأخذ بقدر من الارادة الظاهرة يزيد بكثير عما اخذ به القانون اللبنانى .

الشرط الأول - ان يكون الايجاب والقبول بلفظ الخبر (صيغة الماضي):
صيغة الماضي تتمخض للدلالة على انشاء العقد لأنها وضعت
للاخبار عن الماضي واستعملت في الجزم وتحقق الوجود عند أكثر
الفقهاء . فلا يصلح الانشاء لايجاد العقد وتكوينه ، وذلك كلفظ الأمر
والاستفهام والتسني والترجي .
(١) صيغة الأمر :

فلو قال شخص لآخر : بعني هذا الشيء بكذا ، فقال : بعثك .
لا ينعقد ما لم يصدر من الطرف الأول ما يدل على القبول : كاشتريت أو
قبلت ونحو ذلك ، وعلى هذا أكثر فقهاء الحنفية وعللوا ذلك بما يلي :
ان العقد انشاء تصرف يفيد حكما يثبت جبرا ، والانشاء على هذا
الوجه لا يعرف الا بالشرع اذ استعمل الألفاظ الموضوععة للاخبار
فلا ينعقد العقد الا بها .

وعلى ذلك فلا يصح الايجاب بلفظ الأمر حتى ولو نوى ، اذ النية
لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ ، وهو لا يحتمل الاخبار بحال ، فلا يعدو
الأمر أن يكون مساومة وهي لا تدل على الرضا المشروط بتحقيقه في
أكثر العقود .

الا أن الحنفية قد أجازوا البيع بلفظ « خذ » مع أنه أمر ، لأن
الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضي ، الا أن استدعاء
الماضي سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء « خذه » سبق البيع
بطريق الاقتضاء (١) .

ويستثنى الحنفية بعض العقود من عدم صلاحية صيغة الأمر أو لفظ
الأمر في تكوين العقود فيجيزون انشاءها بلفظ الأمر وهي :
● النكاح :

وعللوا ذلك بأمرين هما :
الأول : ان صيغة الأمر توكيل ، فاذا قال : زوجني ، وقال الآخر :

(١) يراجع : د. محمد شوكت - المرجع السابق ص ١٠ ، انظر
المادة ١٧٢ من مجلة الاحكام العدلية « لا ينعقد البيع بصيغة الامر : كبيع
واشتر » .

زوجتك • تم العقد لأن قول الخاطب « زوجني » توكيل منه للولي في تزويجه ، وعبرة الولي : « زوجتك » تتضمن : عبارة الخاطب الموكل ، وعبرة الولي من حيث كونه وليا ، ومن الممكن أن يتولى الواحد طرفي العقد في النكاح خلافا لغيره من العقود ويتضح لنا أن العقد في هذه الحالة لا ينعقد بلفظ الأمر ، وإنما كان بطريق التوكيل فلم يكن مستثنى من القاعدة •

الثاني : أن هناك قرينة تدل على إرادة انعقاد العقد في الحال ، وانتفاء معنى المساومة لأن مجلس العقد يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتصل به ويدل على ذلك قول الكمال :

« واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، فإذا ما تصادقا على نية البيع في الحال حيث يعقد به القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتل الحال »^(١) •

- الهبة •
- الخلع •
- العتق على مال •
- الإبراء من الدين •
- الكفالة^(٢) •

أما جمهور الفقهاء : فقد جوزوا انعقاد العقد بلفظ الأمر إيجابا وقبولا مثل : اشتر مني هذا الشيء بكذا ، أو بعثنيه بكذا^(٣) ، فقال : قبلت • تم العقد ، ورأى الجمهور في نظرنا يحقق الصالح ويجلب التيسير ويدفع الحرج في معاملات الناس وعقودهم إذ المعول عليه عرف الناس وعاداتهم ما دام ذلك لم يصادم نصا شرعيا ، أو قاعدة من قواعد التشريع ، وليس هناك دليل على منع الفقهاء العقد بلفظ الأمر^(٤) •

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٧٦

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٦

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، كشف القناع ج ٢

ص ٢ ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٦ ، المجموع للنووي ج ١ ص ١٦٨

(٤) من هذا الرأي : د. محمد شوكت - نظرية العقد ص ١١ ،

د. محمد شعبان حسين ، نظرية العقد ص ١٩

(ب) صيغة المضارع :

مثل : أبيعك هذا الشيء بكذا ، وصيغة المضارع تحتل الحال والاستقبال ، وقد وقع فيها خلاف الفقهاء على النحو التالي :

الحنفية : يقول الكمال في كتاب البيع : « واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية » (١) .

ويقول صاحب البدائع : « وأما صيغة الحال هي أن يقول البائع للمشتري : أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري : اشتريت ، أو قال المشتري : أشتري منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب أو قال البائع : أبيعك لك بكذا ، وقال المشتري : أشتريه ، ونوى الإيجاب يتم الركن وينعقد ، وإنما اعتبرنا النية هنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال أما حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية » (٢) .

من ذلك نخلص إلى أن صيغة المضارع تحتل الحال والاستقبال بل إن استعمالها غلب للاستقبال أما حقيقة أو مجازا ، ومن ثم لا يؤخذ بهذه الصيغة في انعقاد العقد إلا إذا نوى العاقدان إنشاء العقد في الحال ، ومعنى الرجوع إلى النية أي الإرادة الباطنة دون الظاهرة (٣) .

المالكية : يصح عندهم انعقاد العقد بلفظ المضارع ولكن العقد لا يكون لازما فلو رجع بعد قبول الآخر وقال : لم أرد البيع ، فإن حلف لا يلزم العقد ولا يلزم .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٥

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٣٣ ، ١٣٤

(٣) أنظر السنهوري - مصادر الحق ج ١ ص ٩١

كما يلزم العقد اذا وجدت قرينة دالة على أنه كان يريد البيع كما اذا حصل تردد الكلام مثل أن يقول المشتري : بعنى سلعتك بعشرة مثلاً فيقول البائع : لا • فيقول له : بأحد عشر • فيقول : لا • ثم يقول البائع : أبيعها باثنى عشر • فيقول المشتري : قبلت • فيلزم البيع ولا رجوع للبائع بعد ذلك وإن حلف^(١) •

الشافعية : يرون أن انعقاد العقد بلفظ المضارع من باب الكفاية فلا بد للانعقاد به من قرينة دالة على ارادة العقد^(٢) •

الحنبالية : لم يجوزوا انعقاد العقد بلفظ المضارع لأن العبارة حينئذ من قبيل الوعد بأخذ المبيع^(٣) •

ونخلص مما تقدم من آراء الفقهاء في صيغة المضارع وجواز انعقاد العقد بها الى أن جمهور الفقهاء يرون انعقاد العقد بلفظ المضارع اذا ما كانت النية أو القرائن^(٤) دالة على ارادة انشاء العقد في الحال واستبعاد ارادة الوعد بأخذ البيع •

لأن الصيغة في هذه الأحوال تعبر عن ارادة العاقد في انشاء العقد ورضاه به والأخير مناط صحة العقد •

(ج) صيغة الاستفهام والاستقبال :

وهي صيغة تمخضت للاستقبال فلا ينعقد بها العقد •

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤

(٢) نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٦

(٣) إراجع كشف القناع ج ٢ ص ١٠٣

(٤) فلا يكتفى بثبوت النية واتجاه الارادة الباطنة على ارادة انعقاد العقد كما يعول على ذلك صاحب مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، (السنهوري ج ١ ص ٨٨) - وإنما بكل ما يدل على ارادة انعقاد العقد من قرائن خارجية دالة على ذلك •

ويقول صاحب البدائع : «ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق»^(١) .
وأما صيغة الاستقبال وهى المقرونة بالسين وسوف ، ومن ثم تمخضت
للاستقبال فلا ينعقد بها العقد .

جاء فى الفتاوى الهندية : « وأما ما تمخض للاستقبال كالمقرون
بالسين وسوف .. فلا ينعقد به »^(٢) .

● خلاصة وتعقيب :

أولا : أن الفقهاء المسلمين يؤثرون صيغة الماضى لانعقاد لعقد
على العموم ، لدلائلها على الوجود والتحقيق ، وباعتبارها المظهر الواضح
للتعبير عن الارادة فى مرحلتها النهائية ، وصيغة الماضى وان كانت
للماضى وضعاً ، ولكنها جعلت ايجاباً للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ،
فينعقد بها العقد دون بحث فى النية^(٣) .

وفى غير صيغة الماضى يجب الرجوع الى الظروف والملايسات
والبحث فى النية للوقوف على ارادة انشاء العقد ، فان دلت الصيغة على
ارادة انشاء العقد ، وكانت واضحة الدلالة على المراد دلالة بينة غير
محتملة لمعنى آخر فالمناط وضوح الدلالة وعدم الاحتمال فى صلاحية
العبارة لأن تكون ايجاباً أو قبولا ، ولا يغفل عرف الناس وعاداتهم فى
هذا الصدد ، وفى ذلك يقول الشيخ على الخفيف :

« والأساس فى صحة الصيغة أن تكون دالة فى عرف العقادين

(١) ج ٥ ص ١٣٣ وما بعدها . (٢) ج ٣ ص ٤

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٠ وما بعدها ، الاشباه والنظائر

للسيوطى ص ٣١٩

أو العاقد على ارادة انشاء العقد ... ، ولذا قال مالك : يقع البيع بما يعتقدده الناس بيعا « (١) » .

ويرى ابن تيمية : « جواز انعقاد العقد بكل لفظ تعود الناس انعقاد العقد به » (٢) .

ثانيا : أن اللفظية غير الشكلية (٣) فإذا كان الفقهاء المسلمون ، يؤثرون اللفظ فانه لا يشترط لفظ « البيع » مثلا بل يجوز أى لفظ يؤدي الى معنى المبادلة ما دامت صيغته تتمخض للحال اذ العبرة للمعنى لا للصورة .

وفي ذلك يقول الكاساني (٤) :

« اذا قال البائع : أعطيتك هذا الشيء بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا . وقال المشتري : قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فانه يتم الركن لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهي المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة » (٥) .

ويقول ابن القيم :

« أما العقود والمعاملات فانما يتبع مقاصدهما والمراد منهما بأى لفظ كان اذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا تتعدها » ،

(١) مختصر احكام المعاملات الشرعية ، للشيخ على الخفيف ص ٨٠

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٣١

(٣) انظر مصادر الحق للسنهوري ج ١ ص ٨٨

(٤) البدائع ج ٥ ص ١٢٣ وما بعدها .

(٥) فقد ذهب البعض الى رمى الفقه الاسلامى بالتمسك باللفظية على انها اثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الاولى حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها ، (د . شفيق شحاتة . النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ص ١٣١) ، انظر في نقد رأى د . شفيق شحاتة : د . السيد نشأت الدرينى - التراضى في عقود المبادلات المالية - رسالة ص ١٩٢ وما بعدها .

وعلى ذلك يكون من الخطأ الحكم بأن الفقهاء المسلمين قيدوا الناس بألفاظ وصيغ خاصة^(١) .

ثالثا : أن اهتمام الفقهاء المسلمين بالصيغة لم يكن لذاتها أو لمجرد عباراتها وألفاظها وإنما لكونها وعاء الإرادة ، فالإرادة تستخلص من الصيغة ، والأخيرة قرينة ودليل عليها ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس^(٢) .

وعلى ذلك فصيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث في النية وصيغة الاستقبال المقرونة بالسين وسوف لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك ، والصيغة التي تحتل الحال والاستقبال ينعقد بها العقد أو لا ينعقد تبعاً لثبوت النية وقرائن الأحوال والظروف والملابسات من عدمه .



التعبير بغير اللفظ

ويشمل : الكتابة ، والرسالة ، والإشارة ، والتعاطي ، والدلالة (أى موقف آخر يدل على الرضا) .

سبق أن قلنا : ان الرضا والقصد أساس العقود ، وليست الألفاظ الا ترجمة وتعبيراً عن ذلك .

ولما كان ظهور الإرادتين ودلالتهما دلالة واضحة على العقد فإن ذلك يتم بالصيغة اللفظية المعبرة ، ومن هنا كانت العبارة اللفظية هي الأصل وأن تكون بلفظ الماضي لكونه أدل الألفاظ على الوجود على التفصيل السابق في الصيغ اللفظية الأخرى .

ولما كانت الألفاظ هي العماد الأول في التعبير عن الإرادة قرر الفقهاء أن الأقوال هي الأصل لإنشاء العقود ، ولكن قد تقوم مقامها

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٢٩٢

(٢) يراجع : د. السنهوري ، مصادر الحق ج ١ ص ٩١

كل وسيلة يمكن أن تعبر عن الارادة في الايجاب والقبول تعبيراً كافياً
ومفيداً كالكتابة والرسالة ... الخ .

وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما يأتي :

١ - الكتابة والرسالة :

المراد بالكتابة : أن يكتب أحد العاقلين الى الآخر كتاباً بايجابه .
والمراد بالرسالة : هو أن يرسل أحد العاقلين الى الآخر الغائب
رسولاً يبلغه الايجاب شفاهة باللفظ ، والرسول سفير ومعبّر عن
كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه^(١) .

٢ - التعاقد بالكتابة حال حضور العاقلين :

يذهب جمهور الفقهاء^(٢) الى جواز انشاء العقود بالكتابة بين
الحاضرين سواء آكان المتعاقدان يقدران على اللفظ (النطق) أم لا
أو كان أحدهما قادراً عليه والآخر عاجزاً .

ويشترط في الكتابة أن تكون واضحة ومفهومة ومستتية
ومرسومة أى مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم وتقاليدهم
وباقية ثابتة بأن تبقى بعد الانتهاء منها .

ويستثنى من ذلك «عقد النكاح» فإنه لا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين
ما لم يكن أحدهما عاجزاً عن النطق لأن الزواج من العقود التي يشترط
لصحتها عند جمهور الفقهاء حضور شاهدين وسماعهما كلام العاقلين .
وعلى هذا فلو كتب رجل لامرأة : تزوجتك ، أو كتبت هي له :

(١) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٢٨ .

(٢) المغنى ج ٧ ص ٤٣٠ ، الحطاب ج ٤ ص ٢٢٩ ، الزيلعي ج ٤
ص ٤ ، (وان كان لم يرد نص صريح الا أن عبارة الزيلعي تفيد « جواز
البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ » - نهاية المحتاج ج ٣ ص ١١)
(وان كان هناك رأى آخر في المذهب يمنع من اعتبار الكتابة) .

تزوجتك هما حاضران في المجلس فقالت أو قال : قبلت ، لا ينعقد الزواج بهما (١) .

ـ التعاقد بالكتابة بين الغائبين :

يصح التعاقد بين الغائبين بالكتابة مطلقا سواء أكان العقد زواجا أو بيعا فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين حاضرين وعلى هذا الأساس وضعت قاعدة « الكتابة كالخطاب » (٢) .

ومن جميع الأحوال السابقة يكون وصول الإيجاب الى مجلس المقابل عن طريق الرسالة أو الكتابة ، إنما هو قفل الإيجاب ماديا الى مجلس القبول (٣) .

فإذا حصل القبول في المجلس فقد وجد الاتصال بين الإيجاب والقبول حكما وانعقد العقد .

أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير اذن وأمر الموجب فقبل العاقد الآخر لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضوليا .

وعلى ذلك ، فلا يبدأ حكم الإيجاب والقبول بالكتابة إلا من وقت وصول الكتاب وقراءته وفهم ما فيه وذلك في العقود التي يتوقف انعقادها على علم الطرف الآخر ورضاء كالبيع والزواج ، أما في العقود التي لا تتوقف على ذلك كالطلاق والعناق فإن الكتابة إذا كانت مستيينة ومرسومة تأخذ حكمها فور الكتابة ، إلا إذا كان قد علق الطلاق على بلوغ الكتاب ووصوله (٤) .

(١) يراجع : فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٤ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٣

(٢) مادة ٦٩ من مجلة الأحكام العدلية - الكاساني في البدائع

ج ٥ ص ١٣٥

(٣) والرسول هنا يختلف عن النائب فالأخير إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل .

(٤) ابن عابدين ج ٥ ص ٢٧٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٦١ .

وكذا في الرسالة ، فإن حكمها يبدأ من وقت أدائها وبلوغها (١) ،
والرجوع في الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز قبل بلوغ الكتاب
والرسول الى الطرف الآخر ، وقبل قبوله سواء علم الطرف الآخر
بالرجوع أو لم يعلم حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد ولا ينقصد (٢) .
ولم يستثن الفقهاء من ذلك سوى : الخلع والعق على مال وتمليك
المرأة نفسها ، ففيها لا يملك الموجب الرجوع عن الإيجاب إلا بعد وصوله
الى الطرف الآخر وظهور ما يدل على رفضه لهذا الإيجاب .

٢ - الإشارة :

هي الحركات التي تصدر عن الانسان سواء فعلها برأسه أو يده .
إذا كان المتعاقد قادرا على النطق والعبارة فهل يصح عقده بالإشارة ؟
وإذا كان غير قادر على النطق لخرس فهل ينقصد عقده بالإشارة ؟

- الحالة الأولى : الضابط فيها هو أنه إذا كان المتعاقد قادرا على النطق
والعبارة لا ينقصد عقده بالإشارة ولو كانت واضحة في الدلالة على الرضا
والإرادة ، وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (٣) لأن العبارة هي الأصل
في التعبير عن الإرادة والرضا . ولا يلجأ الى غيرها إلا لضرورة ، ومن
هو قادر على النطق والعبارة لا تقوم به ضرورة الى الإشارة (٤) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٩ .

(٢) وذلك بخلاف الوكيل فلو وكل شخص آخر بالبيع ثم عزل
الوكيل قبل البيع فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل فإن البيع ينقصد .
يراجع أيضا بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٣٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٥ ، المفنى ج ٤ ص ٥ ، رد المحتار
ج ٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ ، الحطاب ج ٤
ص ٢٢٩ . (إذ يرى الحنفية والشافعية ذلك في غير التافه من الأشياء
خلافًا للمالكية والحنابلة إذ يعتبرونها ما دامت مفهومة - انظر المراجع
السابق ذكرها في كل مذهب) .

(٤) انظر : بدران أبو العينين ، نظرية العقد ص ٣٨٥ .

— الحالة الثانية : تتعلق بإشارة الأخرس في التعاقد هل تعتبر أم لا ؟ وفيها تفصيل :

(١) إذا كان الخرس دائما :

سواء أكان الخرس أصليا منذ ولادته أو كان عارضا ودام حتى وقع اليأس من كلامه .. وهنا تفرق بين حالتين :

الأولى : إذا كان غير قادر على الكتابة فإن عقده ينقذ بإشارته المفهومة المعهودة التي اعتاد الناس فهمها منه بلا خلاف بين الفقهاء ^(١) لأنها الوسيلة الوحيدة التي يستطيع أن يعبر بها عن ارادته ويتعاقد تحقيقا لمصلحة ودفعاً للضرر ولأنه إذا كانت الإشارة مفهومة قامت مقام عبارته .

الثانية : إذا كان قادرا على الكتابة ففي اعتبار إشارته في التعاقد خلاف .

ويرى جمهرة الحنفية أن إشارته معبرة إذا كانت مفهومة في ذلك ^(٢) ، وذهب البعض منهم إلى أنه لا يجوز عقده بالإشارة في هذه الحالة ، لأن الكتابة أوضح دلالة على المراد .

أما الشافعية ، فيرون أن إشارة الأخرس الواضحة في الدلالة على مراده ينقذ بها عقده للضرورة وكذلك تصح تصرفاته بالكتابة ^(٣) .

والحنابلة يوافقون الشافعية والحنفية في أن إشارة الأخرس المفهومة يصح بها عقده للضرورة ، أما إذا كانت غير واضحة فلا ينقذ

(١) البدائع ج ٥ ص ١٣٥ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ١١ ، المغنى ج ٧ ص ٤٣٠ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ .

(٣) انظر نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٠ ، المجموع شرح المذهب ج ١ ص ١٧١ .

بها العقد حتى ولو كانت مقرونة بالكتابة لأنه من المحتمل أن تكون كتابته عبثاً والاحتمال لا يصلح أساساً للعقود^(١) .

وهناك رأى للحنابلة : يجوز انعقاد العقد بكل ما يدل على الرضا ويكشف عن الإرادة^(٢) .

ونخلص مما تقدم من آراء في تلك المسألة الى أن الرأى الراجح هو اذا كان الأخرس قادراً على الكتابة فانه لا تصح تصرفاته الا بالكتابة لأنها في الدلالة كالناطق . أما الإشارة فهي دون الكتابة دلالة فلا تقبل مع امكان الكتابة ، وعلى هذا جاء في مجلة الأحكام العدلية :
« ان الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان »^(٣) .

ونصت المادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على « أن ايماء الأخرس خلقة — أى اشارته المعروفة — كالبيان باللسان » .

(ب) اذا كان الخرّس عارضا :

بأن طرأ عليه الخرّس ولم يصل الى درجة اليأس من شفائه وهي حالة معتقل اللسان وهو وسط بين الناطق والأخرس^(٤) وقد جاء في البدائع^(٥) :

« ... فيجوز بيع الأخرس وشراؤه اذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك .. هذا اذا كان الخرّس أصلياً .

فاذا كان عارضا بأن طرأ عليه الخرّس مثلاً ، اذا دام به حتى

(١) انظر كشف القناع ج ٢ ص ١٧٢ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٨ .

(٣) قاعدة ٧٠ من المجلة .

(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٤ .

(٥) ج ٥ ص ١٣٥ .

وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالخرس الأصلي •
وجاء في الاشباه والنظائر (١) :

« ... وأما إشارة غير الأخرس .. فإن كان معتقل اللسان ففيها اختلاف ، والفتوى على أنه إذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالإشارة والاشهاد عليه ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف ، وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته وعلى ذلك لا تصح اشارته إلا إذا كان ميثوسا من كلامه وتكونت له إشارة مفهومة معهودة على التفصيل السابق » •

ويرى البعض (٢) : الاكتفاء بدوام عقلة لسانه سنة يصبح بعدها كالأخرس الأصلي لما في ذلك من رفع الحرج وعدم وقف تصرفاته طالما تكونت له إشارة معهودة مفهومة •

ومذهب الحنابلة والمالكية (٣) أوسع المذاهب في مسألة التعاقد بالإشارة إذ يجيزون التعاقد بالإشارة ولو من غير الأخرس لأن الإشارة تسمى كلاما في اللغة كما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿آيَتِكَ لَا تَكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ (٤) الآية ، والرمز : الإشارة • فالعقد عندهم ينعقد بكل ما يدل عليه وبالإشارة الدالة على ذلك ، وغير الأخرس كالأخرس متى كانت مفهومة وهذا المذهب يحقق مقتضيات التعامل بين الناس •

(١) لابن نجيم ص ١٨٨

(٢) انظر : مصطفى الزرقا - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ج ١ ص ٣٢٩ ، ويدران أبو العينين المرجع السابق ص ٣٨٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٢٥

(٣) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، الدسوقي على الشرح الصغير ج ٢ ص ٣ ، شرح الخطيب ج ٤ ص ٢٢٩ المغنى ج ٤ ص ٥

(٤) آل عمران : ٤١

٣ - التعاطى :

معناه - فى اللغة : المناولة أى الاعطاء والأخذ .

ويراد بالتعاطى عند الفقهاء المبادلة الفعلية الدالة على التراضى من غير لفظ ، كوضع الثمن وأخذ المثل عن تراض من الطرفين من غير لفظ وعليه أكثر الحنفية والمالكية حيث اشترطوا فى صحة المعاطاة قبض العوضين أى الثمن والمثل وهو مذهب الحنابلة .

لكن رجح الكمال بن الهمام الاكتفاء بقبض أحد العوضين^(١) .
كما يتحقق التعاطى بتبادل البدلين من غير تلفظ من أحدهما ويتحقق أيضا بفعل من أحدهما وقول من الآخر كأن يعطى المشتري الثمن للبائع من غير أن يتكلم فيقول له : خذه أو رضيت أو نحو ذلك ، أو يقول المشتري : اشتريته بكذا فيعطيه البائع الشيء المبيع من غير أن يتكلم^(٢) .

- آراء الفقهاء فى جواز التعاقد بالتعاطى :

من الفقهاء من أجازاه مطلقا فى البيع وغيره سواء فى ذلك النفيس والخسيس ، ومنهم من أجازاه فى الخسيس دون النفيس^(٣) ، ومنهم من منعه مطلقا - وذلك على النحو التالى :

١ - المذهب الحنفى :

تدرج التعاقد بالتعاطى فى المذهب الحنفى فقد كان يصح فى الخسيس دون النفيس .. ثم صار يصح فىهما معا^(٤) - وقد كان قبض البدلين

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥ وما بعدها ، محمد شعبان حسين نظرية العقد ص ٤١

(٣) يراجع البدائع ج ٥ ص ١٣٤

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ - الخسيس التافه من الأشياء وقل ثمنه أو الأشياء المختصرة كالبيضة والرغيف ، والنفيس ما كثر ثمنه ، ومن الفقهاء من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس ما دونه ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ ، الزيلعى ج ٤ ص ٤ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٦

جميعا شرطا في تمام العقد ثم صار قبض أحد البديلين يكفي^(١) .

ويشترط في جميع الأحوال أن يكون كل من البديلين معلوما .

ففيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق يجب أن يكون كل من المبيع والتمن معلوما للطرفين ، أما اذا كان الثمن معروفا في سوق البلدة وكان المشتري من أهلها قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالتمن^(٢) .

— ضوابط دلالة التعاطي على الرضا :

والتعاطي ولو من جانب واحد فعل يتضمن الدلالة على الرضا إلا اذا عارض هذه الدلالة أمر ظاهر . فالرفض الصريح من أحد الطرفين ينفي الرضا الضمني المستفاد من التعاطي حتى ولو كان هذا الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره^(٣) ، كما أنه اذا كان التعاطي مجرد تنفيذ لعقد سابق وكان هذا العقد باطلا أو فاسدا انعدمت .

٢ - المالكية :

يجيزون التعاقد بالمعاطاة مطلقا^(٤) ولكن العقد لا يكون لازما إلا بقبض أحد البديلين^(٥) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ ، الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٢٧ ، ج ٣ ص ٨ و ج ٤ ص ٣٦٨

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ و ج ٤ ص ٣٦٨

(٣) فقد جاء في الفتاوى الهندية : « دفع اليه دراهم ليشتري منه البطاطيخ المعنية فلم يستردها ويعلم عادة السوق أن البائع اذا لم يرض برد الثمن أو يسترد المتاع والا يكون راضيا ويصبح خلفه لا اعطيها تطيبا لقلب المشتري فقال مع هذا لا يصح البيع » ج ٣ ص ٩ ، راجع ايضا ابن عابدين ج ٤ ص ١٦ ، ١٧

(٤) مختصر خليل ص ١٨٧

(٥) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣ ، الشرح الصغير ج ٣ ص ٣ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٢٨ ، تهذيب الفروق ج ٣ ص ١٨١

يجيزون التعاقد بالتعاطى فقد جاء فى المغنى^(١) : « ان الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه فى القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم وانما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان ... » .

واستدلوا بقوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم

بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة بين تراض منكم » (٢) .

وبقوله تعالى : « فان ظنن بكم من شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً

مرئاً » (٣) .

ووجه الدلالة فى الآيتين الكريمتين أن الله سبحانه وتعالى أناط حل

الأكل بوجود التراضى وطيب النفس ، والرضا أمر خفى ، فأنيط الحكم

بسبب ظاهر^(٤) .

ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك فى بيعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ، ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ولم ينقل انكاره .. فكان ذلك اجماعا .. ولو كان الايجاب والقبول شرطا فى هذه العقود

(١) ج ٤ ص ٤ : كشاف القناع ج ٢ ص ٤

(٢) النساء : ٢٩ (٣) النساء : ٤

(٤) المغنى ج ٢ ص ٣

لشق ذلك ، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراخي ،
فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما
لعدم التقيد فيه .

٤ - الشافعية :

لا يجوزون التعاقد بالمعاطاة لأن اسم البيع يصدق عليه (١) .
وأجاز بعضهم المعاطاة في الخسيس دون النفيس من الأشياء .
واختار النووي (٢) القول بصحة بيع التعاطى مطلقاً لأن الله تعالى أحل
البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف .

- استثناء عقد النكاح :

جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على جواز التعاطى في العقود استثنوا
من ذلك عقد النكاح فلا يجوز فيه المعاطاة بالإجماع (٣) .
وقد ذكر صاحب تهذيب الفروق أربعة أسباب لتشديد المشرع في
عقد النكاح دون سائر العقود :

١ - أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح لا سفاح
والقاعدة أن الشهادة شرط في النكاح بخلاف البيع ونحوه حيث لم
يشتترط الإشهاد .

٢ - أن النكاح عظيم الخطر جليل القدر ، والقاعدة أن الشيء إذا
عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه .

٣ - أن الأصل في الأموال الإباحة ، وفي الأبضاع الحرمة ، والشرع

(١) انظر المذهب ج ١ ص ٢٥٧ - الوجيز ج ١ ص ١٢٣

(٢) راجع : المجموع شرح المذهب للنووي ج ٩ ص ١٦٢ وما بعدها .

(٣) راجع : نظرية العقد للدكتور محمد شعبان حسين ص ٤٥

يحتاط في الخروج من الحرمة الى الاباحة لأن التحريم يعتمد على المفسد
فيتعين الاحتياط للخروج منه .

٤ - عموم الحاجة الى البيع ونحوه مع كثرة الوقوع والحصول
عند كل حاجة بخلاف النكاح فانه قليل الحصول من الشخص الواحد ،
والقاعدة في الشريعة السمحة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر^(١) .

٥ - الظاهرية :

يرون أن العقود جميعها لا تنعقد الا بالصيغة ولا يجوز فيها
المعاطاة سواء في ذلك النكاح والبيع والاجارة والوقف والهبة وغيرها ،
واستدلوا بأن الأسماء كلها توفيق من الله تعالى لا سيما أسماء وأحكام
الشريعة التي لا يجوز فيها الاحداث ولا يعلم الا بالنصوص^(٢) .
ويبدو أن هذا الاتجاه قول بالرأى لا يدعمه دليل^(٣) .

٦ - مذهب الترخي من الحنثية ، وابن شريح من الشافعية :

ان العقود تصح بالأفعال فيما كثر عقده بذلك ، مثل المعاطاة في
الأشياء الخميسة والوقف أن يبنى مسجدا ويأذن للناس بالصلاة فيه
من غير أن يتلفظ بالصيغة ، وكبعض أنواع الاجارة كمن أعطى ثوبه
لفسأل أو خياط يعمل بالأجر وكالهدية ونحو ذلك ، فان هذه العقود
وأمثالها لو لم تنعقد بالأفعال لفسدت أمور الناس ، ومن ناحية أخرى
فقد جرى تعامل الناس في مثل هذه الأشياء بالألفاظ من لدن النبي صلى
الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك جائزا فيها .

(١) تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٨١ وما
بعدها . مشار اليه في نظرية العقد - د . محمد شوكت ص ٣٠

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٥٠

(٣) انظر : د . محمد شعبان حسين ، نظرية العقد ص ١٦

أما الأشياء النفيسة فإنه لم يجز العرف بالاكْتفاء بالفعل فيها ومن ثم فلا حاجة إليه ولا يجوز العقد فيها بغير الصيغة^(١) .

٤ - دلالة الحال :

يعتبر التعاقد جائزاً باتخاذ أى مسلك آخر خلاف ما سبق لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على الرضا .

فقد جاء في المبسوط للسرخسي^(٢) : « العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح » .

وجاء في البدائع^(٣) : « الشرط قد يثبت نصاً أو دلالة .. وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه » .

وقد جاء في الحطاب^(٤) : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل » . ويقول الإمام مالك : « يقع البيع بما يعتقد به الناس بيعاً »^(٥) .

كما جاء في المغنى^(٦) : « ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التقييد فيه » .

(١) تراجع الهداية وفتح القدير ج ٥ عن ٧٧ ، انظر د . محمد شركت - نظرية العقد ص ٢٩ ، د . محمد شعبان حسين - المرجع السابق ص ٤٧

(٢) ج ١١ ص ١٥٠

(٣) ج ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٧٠ ، راجع أيضاً ابن عابدين ج ٤ ص ٩ ، ١٦

(٤) ج ٤ ص ٢٢٨ (٥) راجع المغنى ج ٤ ص ٤

(٦) راجع المغنى ج ٤ ص ٤

ويقول الشيخ على البخيف^(١) : « انها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقلين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أم لم يجر ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددتها كما في تنوع اللغات وتعددتها فان لمعنى الاجارة والبيع والرهن وغيرها من العقود الفاظا كثيرة متعددة في جميع اللغات ولا يجب على الناس التزام لفظ منها وكذلك تنوع الكتابة عند الكاتبين والاشارة عند الخرس فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا اشارة خاصة ما دام الافهام متوافرا لأنه المناط وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والاشارة الا دوال عليه » .

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة^(٢) : « فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتقده الناس دالا على الاجارة ، فالاجارة تنعقد به وليس لذلك حد لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع بتنوع الناس كما يتنوع بتنوع لغاتهم ... ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى اذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم ... » .

ويقول الدكتور محمد يوسف موسى^(٣) : « ان العقد مهما كان أمره وموضوعه ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا لبس فيها على ارادة كل من طرفيه سواء أكان العقد على هذا الوضع متعارفا أم غير متعارف فكل ما يدل على البيع ينعقد به وكل ما يدل على الاجارة تنعقد بها ، كذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددتها . ان الضابط عند الذين ذهبوا هذا

(١) احكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ ، ١٥٦

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

(٣) الاموال ونظرية العقد ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بتعين على ما يريدانه من انشاء العقد وإبرامه دون نظر الى ما تعورف من الصيغ والأشكال التي ينعقد بها العقد .

هـ - السكوت :

السكوت مظهر للتعبير عن الارادة يختلف عن جميع ما سبق بأنه موقف سلبي محض ، لذلك قيل في الفقه الاسلامي : « لا ينسب لساكت قول » ويصدق هذا على الايجاب دون القبول ، فالايجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف والملابسة ولذلك قيل تكلمة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » (١) .

وقد أطلق البعض على السكوت عبارة « لسان الحال » (٢) ، ومثل له بانسان ترك متاعه بين يدي شخص آخر وذهب وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتصل مدة حفظه فان عقد الايداع ينعقد بينهما بدلالة الحال فيصير الشخص الموضوع أمامه وديعا مكلفا بالحفظ ومسئولا عنه اذا قصر فيه ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك أصبحوا جميعا مستودعين فلو قاموا واحدا بعد آخر تعين حفظ الوديعة على الأخير فاذا قام وترك المال حتى ضاع فانه يضمنه لصاحبه .

وقد اعتبر السكوت في بعض المسائل قرينة تقوم مقام اللفظ (٣) .

(١) يراجع مصادر الحق ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، وقد أورد ابن نجيم في الأشباه والنظائر بيانا للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً نظراً للظروف والملابسة ص ٧٨ ، يراجع أيضاً : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ، ٩٨ .
(٢) د. مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ج ١ ص ٣٣٢ .
(٣) انظر بدران أبو العينين بدران ، نظرية الملكية والعقود ص ٣٩٠ - وانظر أيضاً الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ - فقد جاء به : « خرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق .. سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع وسكوت الشفيع حين علم بالمبيع حفظ للشفعة » .

فمثلا سكوت الموصى له بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات يعتبر السكوت قبولا ، وكذا سكوت الفتاة البكر اذا استأذنها وليها في عقد زواجها يعتبر اذنا وتوكيلا بالعقد استنادا الى دلالة العرف • وعلى ذلك يتبين أن السكوت يعتبر قبولا اذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالة تصرف الى الرضا •

ومن هذه الظروف والملابسات التي تصرف دلالة السكوت على الرضا ما يأتي^(١) :

١ - اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل •

٢ - اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ويدخل في ذلك سكوت المتصدق عليه وسكوت الموقوف عليه •

٣ - أن يكون الشخص في وضع بحيث لو لم يكن راضيا لما سكت عن التصريح بالرفض فيعتبر سكوته رضا ، ويدخل في ذلك السكوت عند بيع الزوجة أو القريب عقارا ، وسكوت البكر عند الزواج •

● التعبير عن الإرادة في القانون وفقهه :

قلنا فيما سبق : ان القانون وفقهه استعمالا لمصطلح « التعبير عن الإرادة » للدلالة على التراضي ، واتجاه الإرادة الى احداث أثر قانوني هو في ذاته مسألة نفسية لا يعنى بها القانون الا اذا أعلن عنها وذلك بالتعبير عن الإرادة ، ومن ثم كان الأخير هو المظهر الخارجى المحسوس للإرادة متجه الى احداث أثر قانوني سواء أكان ذلك تعبيرا عن ايجاب أو قبول^(٢) •

(١) يراجع مصادر الحق ج ١ ص ١٣٠

(٢) انظر أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى - المرجع السابق

ص ٢٩ وما بعدها .

● التعبير الصريح والتعبير الضمني :

فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التي تحلو له ، ولا يهم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دامت أنها تعبر عن الإرادة^(١) .

والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وفي ذلك تنص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على أن :

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

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا »^(٢) .

فالأصل أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، واستثناء من ذلك قد يشترط القانون في بعض الحالات أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا والا فلا يعتد به ، مثال ذلك في الاتفاق على تجديد الالتزام فهذا التجديد لا يقدر وجوده بل لا بد من النص عليه صراحة في العقد^(٣) ، وكذلك قبول الدائن للكفالة لا بد أن يكون صريحا^(٤) .

والتعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة موضوعة بذاتها للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس ، فقد يكون كلاما أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا ، ويكون التعبير صريحا أيضا باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود وقد يكون السكوت تعبيرا صريحا عن القبول .

(١) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٩٣

(٢) يقابل هذا النص م ٩٣ سوري ، م ٩٠ ليبي ، م ٧٧ ، ٧٩ عراقي و ١/١٧٩ و ١/١٨٠ لبناني (مقارب) .

(٣) م ٣٢٠ موجبات لبناني .

(٤) م ١٠٦١ موجبات لبناني ، د. محمد ليبب شنب - المرجع

السابق ص ٩٠

أما التعبير الضمني فهو كل ما يمكن أن تستنبط منه دلالة التعبير عن الإرادة في ضوء ظروف الحال ، وليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة^(١) . وذلك كالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها .

● مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول :

القاعدة العامة في الفقه والقضاء في مصر وغيرها من البلاد العربية أن السكوت هو العدم ، ومن ثم لا ينسب لسالت قول ، وليس السكوت إرادة ضمنية فالإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها^(٢) كما أن الإرادة الضمنية قد تكون إيجابا أو قبولا بحسب الأحوال ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء تضمنته قاعدة أخرى تقول : « السكوت في معرض الحاجة بيان » .

ومعنى هذا أن السكوت إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضا فانه حينئذ يعتبر قبولا ، وهذا هو الذي يقال له « السكوت الملايس Silence Sircomstancée »^(٣)

وقد نص القانون المدني المصري وكذلك اللبناني على أمثلة لهذا النوع من السكوت . فتنص المادة (٩٨) مدني مصري على أنه :
« ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب . »

(١) ويذهب د . عبد المنعم الصدة (المرجع السابق ص ٩٠ ، ٩١) إلى أن التعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة والضمني هو التعبير غير المباشر ، ولا يرى الدكتور السنهوري في هذا الرأي فارقا محسوسا بين التعبير الصريح والضمني - الوسيط - مصادر الالتزام ص ١٨٩ هامش ٣

(٢) د . السنهوري - المرجع السابق ص ٢٣٦

(٣) د . عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٩٦

٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه « (١) » .

والحالات الواردة في هذا النص والتي يعتبر فيها السكوت على سبيل الاستثناء قبولاً إذا لابتسته ظروف من شأنها أن تجعله يدل على الرضا (٢) وهي ما يأتي :

١ - إذا كان هناك عرف تجارى جرى في حالات معينة على اعتبار اسكوت قبولاً أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك : كما إذا أرسل تاجر فاتوره الى المشتري تتضمن شروط بيع البضاعة المرسلة اليه ولم يبادر المشتري الى رفض هذه الشروط اذ يعتبر سكوت المشتري حينئذ قبولاً لها .

وفد نصت على هذا المثال صراحة المادة ١٨٠/٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني فقالت : « يعد سكوت مشتري البضائع بعد استلامها قبولاً للشروط المعينة في بيان الحساب (الفاتورة) » .

٢ - إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين كما اذا اعتاد تاجر أن يطلب من آخر البضاعة التي يريدتها فيرسلها اليه دون أن يؤذنه بالقبول فإذا طلب العميل شيئاً بعد ذلك منه مما يدخل في نطاق المعاملات السابقة وسكت المرسل كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضا أو قبولاً .

(١) يقابل مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ٥٧ - ٥٩ و م ٩٣ سودانى و م ١٠٨ كويتى ، هذا النص مادة ٩٩ سورى ، ومادة ٩٨ لىبى ومادة ٨١ عراقى ومادة ١٨٠ لبنانى .
(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة لتمام العقد فحسب بل أيضاً بالنسبة الى الفائه أو الاقالة منه - استئناف مختلط ١٩١٧/٤/١١ مادة ٢٩ ص ٣٥٨ مشار اليه فى د. السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام ص ٢٣٧ هامش ٢

وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ثم بعث أحد الطرفين إلى الآخر بخطاب يتضمن تفسيراً لهذا العقد أو تعديلاً أو فسخاً له فإن سكوت المرسل إليه يعتبر قبولاً وقد طبق القانون هذه الفكرة صراحة في عقدي الإيجار والعمل^(١) .

٣ - إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه فإن سكوته هذا يعتبر قبولاً كعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت ، وما ورد به النص ليس إلا على سبيل التثليل لا الحصر فكل سكوت تلائمه ظروف تدل على الرضا فهو « سكوت ملابس » ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فسكت ولم يعترض .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨ مدنى مصرى ما يأتى : « ... أن انقضاء الميعاد المعقول ، أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقيق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه وفى هذا الوقت يتم العقد ، أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذا هو علم بالقبول فى هذا المكان ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر افصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت الموصوف وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير اشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . ولا يبقى بعد ذلك سوى « السكوت الملابس » وهو ما لا يسه ظروف يحمل معها محمل الإرادة فهو وحده الذى يواجهه النص محتذياً فى ذلك حذو أحدث التقنيات وأرقاها »^(٢) .

(١) فيما نصت عليه المادة ٥٩٩ مدنى مصرى وتقابلها المادة ٥٩٢ موجبات لبنانى وفيما نصت عليه المادة ٦٧٩ مدنى مصرى والمادة ٧١ من قانون العمل وتقابلها المادة ٦٥١ موجبات لبنانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧ ، ٥٨ ، أنور العمرسى

المرجع السابق ص ٢٢٤

ومن هذا الذى سقناه نخلص الى وجود ثلاثة أنواع من السكوت
هى :

(أ) السكوت البسيط : حيث لا يعتبر افصاحا أو تعبيراً عن
الارادة ، فاستخلاص القبول من مجرد السكوت يعنى فرض واجب على
الشخص بأن يفصح عن رفض كل ما يحلو لغيره أن يوجهه اليه من
ايجاب والا اعتبر قابلاً له وفي هذا عنت واضح وتقييد للحرية الشخصية
ليس له مقتضى^(١) .

(ب) السكوت الموصوف : حيث يكون فى معرض الالتزام بالكلام
وهو ما تكفل القانون بتنظيم أحكامه .

(ج) السكوت الملايس : وهو مناط النص على النحو السابق
ذكره .

٤ - حيث ينص القانون ويقرر اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول
ومثل ما نصت المادة ٤٢١ مدنى مصر اذ تقول :

« فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع وأن يرفضه
وعلى البائع أن يسكنه من التجربة . فاذا رفض المشتري البيع وجب أن
يملن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة
ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري
مع تسكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً » .

● تنفيذ العقد بعد يقوم مقام القبول :

من صور التعبير الضمنى عن الارادة فى القانون ، التنفيذ الاختيارى
للايجاب اذ اعتبره القضاء المصرى يقوم مقام القبول فيتم العقد به .
أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع فى شأن تحديدهما
القواعد العامة اذ لا يوجد نص خاص فى ذلك : وتقضى القواعد العامة

(١) د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٨٢ ، ٨٣
فقرة (٥١) .

بنظريه « علم الموجب » أى أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفى المكان الذى علم فيه بذلك ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتا أو مكانا آخر (١) .

● الإيجاب والقبول فى عقود المزاو والمناقصات :

أولا - عقود المزاو :

أهم عقود المزاو هى البيع والإيجار ، وقد يقع بطريق المزاو كل من البيع الاختيارى والبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة والجهات الحكومية .

ونظرا للطبيعة الخاصة لعقود المزاو فانه من المهم معرفة متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول :

١ - موقف القانون والقضاء المصرين من المسألة :

ذهبوا الى أن طرح الصفقة فى المزاو أو افتتاح المزايدة على الثمن (٢) لا يعدو أن يكون دعوة الى التعاقد عن طريق التقدم بعبء ، وأن التقدم بعبء هو الإيجاب ، أما القبول فلا يتم الا برسو المزاو ويكون القبول هو ارساء المزاو على من يرسو عليه .

وهذا ما نصت عليه المادة (٩٩) من القانون المدنى المصرى :
« لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاو ويسقط العطاء بعبء يزيد عليه ولو كان باطلا » (٣) .

وقد جاء فى الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدنى أن المشروع

(١) أنظر د . السنهورى - الوسيط - مصادر الحق ص ٢٤٠
(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/١/٩ السنة ١٥ ص ٦٨ ، مجموعة المكتب الفنى .

(٣) يقابل هذا النص م ١٠٠ سورى و م ٩٩ لىبى و م ٨٩ عراقى و م ٨٤ سودانى و م ١١٤ كويتى و م ٣٦ تونسى .

قد أعرض عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن ايجابا
وفى التقدم بالعطاء قبولا^(١) .

٢ - موقف القانون التونسى :

لقد خالف القانون التونسى سائر التشريعات العربية اذ اعتبر
عرض الشيء للمزايدة ايجابا يقبله من وقت عليه المزايدة^(٢) .

على حين أن سائر التشريعات العربية على أن التقدم بالعطاء
فى المزاى يعتبر ايجابا ، ويؤخذ من ظروف الحال أن هذا الايجاب يقترن
ضمنا بتحديد ميعاد للقبول هو من لحظة صدور الايجاب حتى التقدم
بعطاء آخر أكبر أو رسو المزاى أو بعد فتح المظاريف بوقت يكفى
للبت فيها ، وعلى هذا الأساس فهذا الايجاب ملزم لصاحبه طوال الميعاد
الضمنى للقبول .

وأن رسو المزاى يعتبر هو القبول الذى يتم به العقد^(٣) ، ويتم
رسو المزاى عادة بعد قبول صاحب السلعة أكبر عطاء ، الا أنه فى المزاى
بالمصاريف يجوز لصاحب السلعة أن يشترط أن يكون له الحق فى
قبول أو رفض أى عطاء .

واذا كان رسو المزاى يتوقف نفاذه على تصديق شخص أو جهة
فلا ينعقد العقد ما لم يتم هذا التصديق^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٤ ، ٦٥

(٢) أنور العمروسى - المرجع السابق ص ٢٢٦

(٣) والقبول فى المزايدات فى القانون السورى يكون بما يسمى بـ «الاحالة
القطعية» فقط بمجرد توقف المزاى بعد آخر عطاء لعدم وجود من يزيد
عليه لا يعتبر صاحب المزاى قابلا بالعطاء الأخير بل ينتظر قبوله ويكون
هذا منه عادة بالموافقة على احالة الصفقة الى اسمه ، انظر أنور العمروسى -
المرجع السابق ص ٢٢٨

(٤) أنور العمروسى ص ٢٢٧ ، نقض مدنى جلسة ١٠/٢٩/١٩٦٨ ص
١٢٨٧ ، مجموعة المكتب الفنى .

ثانيا - عقود المناقصات :

تسرى الأحكام السابقة على المناقصات فيعتبر التقدم بعبء هو الإيجاب وليس فتح باب المناقصة ، والإيجاب هنا ملزم طول مدة الميعاد الضمني للقبول ، ويسقط بعبء آخر أنقص منه • ويعتبر رسم المناقصة هو القبول الذي يتم به العقد^(١) •

• تعقيب :

لقد تحدثنا عن الإيجاب والقبول في عقود المزارع وألحقنا بها المناقصات لما لهذه العقود من طبيعة خاصة ومن ثم كان من المفيد التعرف على كيفية الإيجاب والقبول فيها وحالات الاعتداد بهما وصدورهما وكيف يتم الارتباط بين الإيجاب والقبول ، وبعبارة أخرى متى يتم العقد • وذلك دون الاستطراد إلى تفاصيل أحكام عقود المزايدة في الفقه الإسلامي وهي ما أطلق عليه الفقهاء « بيع من يزيد » أخذاً من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ باع صلى الله عليه وسلم قدحا وحلسا بـ « بيع من يزيد » ، وقد فرق الفقهاء بين هذا النوع من البيع و « بيع المستام » أو بيع المساومة فالأول جائز والأخير مكروه • والاستطراد في أحكام هذه البيوع في الفقه الإسلامي يخرج عن نطاق المسألة المطروحة وهي التعبير عن الإيجاب والقبول ووسائله في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي •

الشرط الثاني - توافق الإيجاب والقبول :

معناه : أن توافق الإيجاب أو القبول هو حقيقة العقد لدلالة ذلك التوافق والتطابق على الرضا •
ومن ثم يجب أن يشتمل القبول على جميع جزئيات الإيجاب وإذا انعدم التوافق بين الإيجاب والقبول انعدم التراخي •

(١) د. عبد الناصر العطار - نظرية الالتزام ص ٥٣ وما بعدها .

وفي ذلك يقول الكاساني كلاما قيما (١) : « وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع وبما أوجبه .

فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدأ موافق (٢) .

وعلى ذلك يكون عدم تطابق القبول مع الايجاب ايجابا مبتدأ موجها للموجب من المتعاقد الآخر .

توافق القبول مع الايجاب قد يكون حقيقيا وذلك اذا ما ورد الايجاب والقبول على شئ واحد كأن يقول : بعثك دارى بألف ، فيقول المشتري : اشتريتها بهذا الشئ ، هنا يتوافق القبول مع الايجاب موافقة حقيقية لاتحاد محلها اتحادا تاما .

وقد تكون موافقة ضمنية بأن كانت مخالفة القبول للايجاب لمصلحة الموجب ، وذلك بأن أوجب البائع بثمن فقبل المشتري بأزيد منه ، أو أوجب المشتري بثمن فقبل البائع بأقل منه ، فان العقد ينعقد مع هذه المخالفة لأنها تدل فى حقيقتها على الرضا بأبلغ وجه (٣) ، فان من رضى أن يبيع سلعته بعشرة مثلا كان راضيا أن يبيعها بخمسة عشر من باب أولى ، ومن رضى أن يشتري السلعة بعشرين فراضا بخمسة عشر أظهر وأوضح ، الا أنه فى الحالة الأولى لا يلزم البيع الا بالثمن الأقل — لأن التعاقد كان عليه ولا يلزم بالثمن الأكثر — الا اذا

(١) البدائع ج ٥ ص ١٣٦

(٢) راجع أيضا فى صور عدم تطابق القبول مع الايجاب : فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ — ٨٢ ، الوجيز شرح فتح القدير ج ١ ص ١٦٠ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٦ ، الفتاوى الخانية ص ١٢٧ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٧ ، مجلة الأحكام العدلية ص ١٧٨

(٣) محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٣ ، ومحمد شوكت — نظرية العقد ص ١٣ ، محمد شعبان حسين — نظرية العقد ص ٢٣٠

قبله البائع لأنه تمليك والمشتري لا يستطيع أن يدخل في ملك البائع شيئاً جبراً عنه .

أما في الحالة الثانية التي حط فيها البائع بعض الثمن فإن العقد ينعقد لأن الحط من قبيل الاسقاط وهو تصرف يستبد به المسقط ولا يتوقف على قبول الآخر لكنه يترد بالرد لما فيه من معنى التمليك .
والظاهر أن الشافعية يشترطون الموافقة الحقيقية ويعتبرون الموافقة الضمنية مانعة من صحة العقد لأنها مخالفة على كل حال ولو في الصورة فلم تتحقق الموافقة بين الإيجاب والقبول^(١) .

● عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول :

ويشترط في توافق الإيجاب والقبول عدم تغير المحل ما بين الإيجاب والقبول حتى يتم العقد إذ لا يجب أن تتغير حال المبيع وقت القبول عما كانت عليه وقت الإيجاب . فلو باع عصيراً فسكت المشتري حتى تخمر ثم تخلل ثم قبل ، لا ينعقد العقد ، ذلك أن الإيجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ومن ثم لا يتم العقد في الخل لأنه لم يكن محل التراضي ولا في العصير لأنه أصبح غير موجود^(٢) .

● توافق الإيجاب والقبول في القانون الوضعي :

هو ما يعبر عنه فقهاء القانون بتوافق الإرادتين ..
وتوافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له^(٣) .

(١) معنى المحتاج ج ٢ ص ٧ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٣ ، راجع أيضاً : د. محمد شعبان حسين - المرجع السابق ص ٢٣

(٢) في هذا المعنى تراجع : الفتاوى الخانية ج ٢ ص ٢٣١ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩

(٣) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١١١

١ - الإيجاب :

ويعرف فقهاء القانون الإيجاب بأنه عرض بات وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص الى آخر للتعاقد معه (١) .

ومعنى ذلك أن الإيجاب يجب أن يكون باتا أى صادرا عن نية باتة فى التعاقد ، وتقرير ما اذا كان الإيجاب كذلك هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه (٢) .

كما يجب أن يكون الإيجاب كاملا أى شاملا ومتضمنا لجميع العناصر التى تجعله صالحا لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق، وهذه العناصر هى على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التى لا بد من توافرها لانعقاد العقد ويضاف إليها كل شرط آخر له أهمية خاصة لدى الموجب حتى ولو كان فى ذاته أمرا ثانويا .

٢ - القبول :

ويعرف فقهاء القانون القبول بأنه التعبير البات عن ارادة الطرف الذى وجه اليه الإيجاب بالموافقة على انشاء العقد ، والغالب أن صدور القبول يتأخر عن صدور الإيجاب ، ولذلك يعرف بأنه الارادة الثانية فى العقد .

ويشترط فى القبول كى يكون صالحا لأن ينعقد به العقد ما يأتى :

(أ) أن يكون الإيجاب قائما لم يسقط فاذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة

(١) د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ١٠٣ ، د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١١١

(٢) د. عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام ص ٤٥٧ ، نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٠/١/٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ١/٢٠٣/٥٦

واذا لم يكن الإيجاب لم تحدد له مدة وصدر في مجلس العقد وجب
أن يصدر القبول قبل انقضاء المجلس .
فاذا كان الإيجاب قد سقط لما تقدم أو لغيره فإن القبول يكون
إيجاباً جديداً يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه .
(ب) يجب أن يأتى القبول مطابقاً للإيجاب وهذه المسألة هي
جوهر ما نحن بصددده .

● وجوب مطابقة القبول للإيجاب :

إذا اختار الموجب له أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب
مطابقة تامة في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب الجوهرى منها
والثانوى أى أيا كان حظها من الأهمية^(١) ، والا فإن العقد لا يتعقد
لعدم تطابق القبول مع الإيجاب .

أما إذا اقتصر الإيجاب على المسائل الجوهرية وأغفل المسائل
الثانوية فيكفى أن يتفق القبول مع الإيجاب بالنسبة للمسائل المذكورة
فيه وعلى ذلك نصت المادة (٩٥) من القانون المدنى المصرى بقولها :
« إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا
بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند
عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم
يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام
القانون والعرف والعدالة » (٢) .

ويرر فقهاء القانون هذا الحكم الذى أورده النص والذى

(١) د. اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام ص ١١٥ بند ٦٣
وقد نصت على ذلك المادة ١١٢/١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .
(٢) يقابل هذه المادة م ٩٥ لىبى وم ٩٦ سورى و ٨٦ عراقى ،
وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى للقانون المدنى المصرى
فى هذا الصدد : أن القاضى يتولى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية
التي أرجىء الاتفاق عليها ما لم يتراضى العاقدان بشأنها وعلى هذا
النحو يتسع نطاق مهمة القاضى فلا يقتصر على تفسير ارادة العاقدين
بل يستكمل ما نقص منها (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٦ ، ٤٧)

مؤداه : أن العقد يعتبر قد تم على الرغم من أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد حتى ولو اختلفا فيها بعد ذلك . ذلك أن الفقهاء يذهبون في تبرير هذا الحكم الى أن المسائل المؤجلة ليست جوهرية في العقد كما أن القانون قد اعتمد على أن المتعاقدين لم يجعلوا تمام العقد رهينا باتفاقهما على هذه المسائل غير الجوهرية ، وأنهما أرادا افتراضا أن يحل القاضي محلها لبيت فيما اختلفا فيه لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من ابرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل بحيث اذا تبين أن ارادتهما قد انصرفت الى غير ذلك بأن اشترطا صراحة أو ضمنا أن العقد لا يتم الا عند الاتفاق على هذه المسائل فان حكم النص السابق لا ينطبق (١) .

وعلى هذا الأساس يجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب ، أما اذا كان غير مطابق له بأن زاد عنه أو نقص أو كان معدلا له فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول ايجابا جديدا وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦) من القانون المدني المصري :

« اذا اقترن القبول بما يزيد في الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا » (٢) .

(١) انظر د . السنهوري ، م س ص ٢٣٤ ، د . عبد المنعم الصدة م س ص ١٢٤ .

(٢) يقابل هذا النص م ٩٦ ليبى و م ٦٧ سورى و م ١/٨٦ عراقى و م ٨٠ سودانى و م ١٨٢ لبنانى ، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بخصوص المادة (٩٦) مدنى مصرى ما يأتى « يجب أن يصل القبول الى الموجب في الوقت المناسب وإن يكون فوق ذلك مطابقا تمام المطابقة للايجاب ولا يتم العقد الا بتوافر هذين الشرطين فاذا وصل القبول بعد الميعاد أو انطوى على ما يعدل في الايجاب فلا يكون له حكم القبول الذى يتم به التعاقد بل يجوز أن يكون بمثابة ايجاب جديد قد يؤدى عند قبوله الى قيام عقد يتم بمقتضى ارادة جديدة لا بمقتضى القبول المتأخر أو المعدل » (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٠) .

● القبول في عقود الاذعان :

تعريف عقد الاذعان : يعرفه فقهاء القانون بأنه العقد الذى يضع فيه الموجب شروطه ويوجهها الى الناس كافة لمدة غير محددة وعلى نحو دائم ولا يقبل مناقشة فيها ويسلم بها القابل وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانونى أو فعلى أو على الأقل يسيطر عليها الموجب سيطرة تجعل المناقشة فيها محدودة النطاق^(١) .

وهذا العقد وليد التطور فى الحياة الاقتصادية المعاصرة ، اذ أدى النشاط المتزايد فى الحياة الاقتصادية الى زيادة هائلة فى عدد ما يجب أن يبرم من عقود فى أقل وقت ممكن وبأقل مجهود مما أدى الى انفراد الموجب بتحديد شروط العقد وعدم المناقشة فيه عند ابرامه بسبب ما يتمتع به الموجب فى هذا العقد من احتكار فعلى أو قانونى وأصبح من يريد التعاقد مع هذا الموجب اما أن يقبل العقد ككل أو يدعه جملة ، ولا بد له من التعاقد لأن العقد يتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى له عنه فهو بذلك يرضخ ويذعن ومن هنا أطلق الأستاذ الدكتور السهنورى على هذا العقد « عقد الاذعان »^(٢) .

* * *

(١) د. عبد المنعم الصده ، مرجع سابق ص ١٢٥ ، ١٢٦ ،
د. السهنورى ، مرجع سابق ص ٢٤٥ ، د. محمد لبيب شنب ، مرجع
سابق ص ٣٧ ، ٣٨ . استاذنا د. عبد الودود يحيى - مرجع سابق ص ٤٤
(٢) المرجع السابق ص ٢٤٥ هامش ١ ويسميه الفرنسيون « عقد
انضمام Contrats d'adhesion » لأن من يقبل العقد انما ينضم اليه
دون أن يناقشه وقد ابتدع الفقيه « سالى » هذه التسمية فى كتابه
الاعلان عن الارادة ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ويسميه قانون الموجبات اللبنانى
فى المادتين ١٦٧ ، ١٧٢ « عقد الموافقة » اشارة الى أن دور أحد
الطرفين فى ابرام العقد يقتصر على الموافقة على الشروط التى استقل
بوضعها الطرف الآخر .

● حكم عقود الاذعان في القانون :

يذهب غالبية شراح القانون المدني الى أن عقد الاذعان عقد حقيقى يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعد الملتى تخضع لها سائر العقود ، فالارادة التعاقدية موجودة في عقد الاذعان أما المساواة الاقتصادية بين الطرفين فليست بلازمة ، ولا يشترط قانونا لاتفاق الارادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد وموضوعه محل نقاش سابق أو من عمل الطرفين ، ومن ثم فصحة التراضى موجودة في عقد الاذعان وأن ما يرضخ له المذعن لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادى لا أثر له في صحة التراضى ولا يقتصر على عقد الاذعان بل في كل عقد آخر يتم بمجرد انضمام من القابل لا نقاش فيه أو موافقته عليه كما في الشراء بأسعار محددة من المحال الكبرى مثلا . الا أنه خشية أن يدخل الموجب شروط في العقد قد تكون جائرة بالنسبة للطرف المذعن ومن ثم يكون من الضرورى أيضا حماية الطرف المذعن اذا كنا قد سلمنا بضرورات النظام الاقتصادى في عقود الاذعان ، وهذه الحماية تتحقق بتدخل من القانون ومن جانب الجماعات التى يعينها الأمر أكثر اذ يمكنها أن تصل مع الموجب الى « عقد نموذجى » يتضمن شروطا تحقق مصلحة الطرفين ، وخير مثال لذلك عقود العمل الجماعى التى تتم بين نقابات العمال وأرباب الأعمال بقصد تحديد الشروط التى بمقتضاها تبرم في المستقبل العقود الفردية للعمل في مهنة من المهن (١) .

وعقود الاذعان كثيرة في الوقت الحاضر ومن أمثلتها :

التعاقد مع شركات الكهرباء والمياه والغاز ومصالح البريد

(١) انظر في تفصيل الآراء في طبيعة عقد الاذعان : د . عبد المنعم الصدة : عقود الاذعان - رسالة - القاهرة ١٩٤٦ والمراجع المشار اليها فيها فقرة ٩٩ وما بعدها ، وعقود الاذعان - رسالة - باريس ص ١٣٣ وما بعدها . لويس لوكا - الارادة والسبب ، رسالة ديجون سنة ١٩١٨ ص ٢٥٠ وما بعدها .

والتلغراف والتليفون وعقود النقل البرى والبحرى والجوى وغير ذلك ،
فالقبول فى هذه العقود اذعان اذ الموجب يعرض ايجابه فى شكل بات
ونهاى لا يقبل مناقشة فيه ، وفى نفس الوقت لا يسع الطرف الآخر
الا أن يقبل لأنه لا غنى له عن هذه التعاقدات ، لذلك اقتضت الضرورة
أيضا تدخل القانون لتحقيق الحماية المطلوبة للطرف المدعى فى طائفة
من العقود كعقود العمل وعقود التأمين •

فالمادة (١٤٩) مدنى مصرى تنص على أنه :

« اذا تم العقد بطريق الأذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز
للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعى منها وذلك
وفقا لما تقتضى به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » (١) •

وهذا النص يعطى القاضى سلطة تقديرية واسعة فى حماية
الطرف المدعى اذ له أن يقدر ما اذا كان الشرط تعسفيا فى ضوء
الظروف ومدى ما فى الشرط من جور ، وليس هناك من حدود لما
يراه القاضى فى هذا الشأن الا ما تقتضيه العدالة فى تقديره ولا معقب
لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى
أخذ به بل ان للقاضى سلطة الغاء الشرط التعسفى واعفاء الطرف
المدعى منه •

ولا يجوز للمتعاقدین أن يسلبا القاضى هذه السلطة لمخالفة
هذا الاتفاق للنظام العام ولو صح هذا الاتفاق لتعطلت الحماية
التي قصد اليها القانون من هذا الحكم (٢) •

(١) يقابل هذا النص م ١٤٩ لیبى و ١٥٠ سورى و ١٦٧ عراقى
و ١٦١ كويتى و ١٣٨ سودانى ولا مقابل فى القانون اللبنانى ولكن
تنظر م (١٧٢) •

(٢) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦٠/٢/٢١ مجموعة المکتب الفنى
السنة ١١ ، ص ٣٣٠ ، جلسة ١٩٦٢/١/٤ مجموعة المکتب الفنى
السنة ١٣ ص ٢٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى
ج ٢ ص ٢٩١ - ٢٩٤ •

وكذلك تنص المادة (١٥١) مدنى مصرى على أن :

« ١ - يفسر الشك فى مصلحة المدين •

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » (١) •

الأصل أنه عند الشك تفسر العبارة الغامضة لمصلحة المدين فى العقد ولكن يستثنى من هذا الأصل عقود الاذعان اذ يفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن دائئا كان أو مدينا باعتبار أن الموجب فى عقود الاذعان هو التسبب فى غموض العبارة الغامضة اذ ينفرد بتحرير العقد (٢) •

• تعقيب :

لقد تحدثنا عن عقود الاذعان باعتبارها صورة خاصة للإيجاب والقبول وقد ثبت لدينا فيما تقدم أن التطور الحاصل فى المعاملات الاقتصادية وما لابسها من ظروف الوقت والجهد وشدة العرص عليهما فى الوقت الحاضر ، فكما يقولون نحن نعيش عصر السرعة وما أدى اليه ذلك أيضا من حداثة المصطلحات ذاتها سواء أطلقنا على هذا النوع من العقود التى يحررها الموجب وفقا لمتطلبات مصالحه ويقبلها الطرف الآخر دون مناقشة « عقود الاذعان » وهو المصطلح الذى أصبح مستقرا وشائعا فى لغة القانون والفقه والقضاء أم « عقود انضمام » أم « عقود موافقة » •

ولكن هذا لا ينفى أن الفقه الاسلامى تحدث فيه الفقهاء بتفصيل واسع عن الاحتكار وتلقى الركبان وبيع الحاضر للبادى وهذه الصور

(١) يقابل م ١٥٣ لىبى وانظر ايضا م ١٥٠ - ١٥١ فى هذا المعنى ، مادة ٣/١٦٧ عراقى وم ١٥٢ سوري وم ١٦٠ ، ١٦١ كويتى وم ١٤١ سودانى •

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٠٠ •

من البيوع تعبر عن جوهر ما يسمى بعقود الاذعان في القانون الوضعي وفقهه فمن خصائص هذه العقود كما سبق أن الموجب يكون محتكرا لسعة أو مرفق احتكارا فعليا أو قانونيا أو على الأقل يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ولكن الاستطراد في شرح وبيان أحكام هذه البيوع في الفقه الاسلامي مما يخرجنا عن نطاق المسألة المطروحة وهي توافق الايجاب والقبول ، في العقود بصفة عامة مع بيان الصور الخاصة من العقود في هذا الشأن دون التفصيل في أحكام هذه العقود .

الشروط الثالث - اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد وهو

ما يعبر عنه بالارتباط بين الايجاب والقبول :

ومعنى ذلك أن يصدر القبول متصلا بالايجاب في مجلس العقد دون أن يفصل بينهما فاصل وذلك اذا كان المتعاقدان حاضرين ، أما اذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا فيجب على الغائب بمجرد وصول الايجاب الى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالايجاب دون فاصل وعلى ذلك تتناول التعاقد بين حاضرين ، والتعاقد بين غائبين ، ومجلس العقد في كلا الحالين .

● **التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد :**

المقصود بمجلس العقد : يجب أن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد ، وذلك بقصد تحديد المدة والوقت الذي يكون فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد ، فيستطيع من عرض عليه الايجاب أن يتدبر أمره دون تراخ .

والراجع عندي^(١) - أن المراد باتحاد المجلس هو اتحاد الزمان

(١) يراجع فتح القدير شرح الهداية ج ٥ ص ٧٨ وما بعدها ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٩٢ .

والوقت ، وقد جاء في الهداية : وانما يمتد (خيار القبول) الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر^(١) .

وان كان بعض الفقهاء^(٢) يرى أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذى ينشأ فيه العقد ، وعلى ذلك قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين او راكبين لشيء ولا يستطيعان ايقافه عن السير لأن المجلس يتغير بتغير المكان فصار مكان القبول غير مكان الايجاب فلا يحصل التلافي بينهما .

ومجلس العقد قد جعل جامعا للشرطين (توقف الايجاب على القبول حكما فى مجلس العقد) مع تفرقهما للضرورة ، ولذلك اشترط الشافعية^(٣) الفورية فى القبول فاذا لم يصدر القبول فورا لا ينعقد العقد ، واعتبروا أن صدور أى عمل من الآخر فى مجلس العقد قبل اظهار رغبته يكون فاصلا ومانعا من تلاقى الايجاب بالقبول ومنهيا لمجلس العقد .

الا أنه لما كانت الفورية هذه قد تضيع على القابل فرصة التدبير والتأمل فقد قالوا بخيار المجلس ، فللقابل أن يرجع عن قبوله الفورى ما دام المجلس قائما لم ينقض ولم يمتد الى ما وراءه رعاية لجانب الموجب فى ذات الوقت .

أما جمهور الفقهاء^(٤) فلا يشترطون فورية القبول وانما يكون

(١) يراجع مصادر الحق - د. السنهورى ج ٢ ص ١٣ ، د. بدران أبو العينين - الشريعة الاسلامية ص ٣٧٣ ، ويعرف د. وحيد الدين سوار مجلس العقد بأنه « الحال الذى يكون فيه العاقدان منصرفين الى التعاقد فى الفترة المبدئة بالايجاب والمنتية بالقبول وفى المكان » .

(٢) يراجع بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦ ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ ، مصادر الحق للسنهورى ج ٢ ص ٢ .

(٣) يراجع مواهب الجليل على مختصر خليل ج ٤ ص ٢٥٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ ، المجموع ج ٩ ص ١٨٩ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراويشى ج ٣ ص ٣٨١ وما بعدها .

(٤) يراجع نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨ .

للقابل أن يقبل ما دام المجلس قائما وباقيا ، ولم يصدر من أحدهما ما يدل على الاعراض كالتكلم بكلام أجنبي عن العقد ، أو النوم أو القيام وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب ، ففي كل هذه الأحوال ينتهى مجلس العقد^(١) .

أما إذا انقضى مجلس العقد دون قبول فقد سقط الإيجاب ولا يجوز للآخر أن يقبل بعد ذلك ، فإن فعل عد قبوله إيجابا جديدا لا بد فيه من قبول المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب الجديد .

* * *

● عقود مستثناة من اشتراط القبول في مجلس الإيجاب :

واشتراط كون القبول في مجلس الإيجاب — وبعبارة أخرى اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد ، أى اشتراط اتحاد المجلس — جاء في جميع العقود ما عدا العقود الثلاثة الآتية :

١ - الوصية : فلا يشترط في انعقادها القبول في المجلس بل يكفي عدم الرد بعد موت الموصى ولا عبرة بالقبول أو الرد في حال حياة الموصى لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت .

٢ - الإيضاء : وهو جعل الغير وصيا على أولاده بعد وفاته ، ومن ثم يصح القبول ويرتبط بالإيجاب ولو كان في غير مجلس الإيضاء ، إذ الموصى إليه لا يكون وصيا إلا بعد وفاة الموصى .

٣ - الوكالة : فيجوز أيضا أن يكون القبول في غير مجلس الإيجاب ، ومن هنا صح توكيل الغائب فاذا علم بالوكالة وقبل ، تم العقد^(٢) .

* * *

(١) والأولى أن يحكم العرف فيما يكون اعراضا أو فاصلا بين الإيجاب والقبول يكون قاطعا لمجلس العقد . وما لا يعتبر اعراضا في عرف الناس لا يكون .

(٢) انظر مختصر احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف

● النتائج التي تترتب على مجلس العقد :

إذا كان مجلس العقد قد جعل جامعا للشطرين - الإيجاب والقبول - مع تفرقهما للضرورة^(١) فتوقف الإيجاب على القبول حكما في مجلس العقد ، ما دام مجلس العقد قائما لم ينفذ وقد تترتب على ذلك ما يأتي :

أولا - يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول^(٢) الى أن ينفذ مجلس العقد على نحو ما تقدم فالقبول غير محتم . الا أنه يمتنع القبول بموت أحد الطرفين حتى ولو لم ينفذ المجلس . فإذا مات الموجب فإن الإيجاب يسقط بموته ، أما إذا مات من وجه اليه الإيجاب فلأن خيار القبول لا يورث وكذلك إذا فقد أحد المتعاقدين أهليته^(٣) .

ثانيا - يكون للموجب خيار الرجوع عن ايجابه الى أن يصدر القبول أو ينفذ المجلس وعلى ذلك جمهور الفقهاء^(٤) .

ولا يترتب على الرجوع أى التزام شرعا ، لأنه قد استعمل حقه من غير أن يلحق بالآخر ضررا ، ولأنه يملك حق الرجوع عن ايجابه به ما دام الآخر لم يقبل ورجوعه عن ايجابه والحالة هذه لا يترتب عليه ابطال حق القابل لأن الموجب هو الذى أثبت له هذا الحق بسبب ايجابه

(١) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٢٦

(٢) انظر فتح القدير شرح الهداية ج ٥ ص ٧٨ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٧ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٣) خالف الإباضية في موت أحد الطرفين أو فقد أهليته إذ يذهبون الى أن الموت وفقد الأهلية لا يمنعان القبول ، إذ يقوم خليفته مقامه في القبول ، راجع كتاب النيل ج ٢ ص ١١ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٢٤ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ ، الفتاوى الخالية ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨

ومن ثم يكون له هذا الحق في سبب هذه الولاية كما في الوكالة ،
فإن الموكل يملك عزل الوكيل كما أن الموجب صاحب حق الملك ،
وبإيجابه قد أثبت للآخر حق التملك وحق الملك أقوى من حق التملك
لأن الثابت للقابل حق التملك لما وقع عليه الإيجاب وهو مملوك
للموجب ملكا حقيقيا ، فلو لم يكن له حق الرجوع لكان في ذلك إبطال
حقيقة الملك وهو الأقوى بحق التملك وهو أضعف وهو ما لا يجوز ،
إذ دلالة الإجماع تمنع من ذلك ، ولأن الموجب لم ينشئ التزاما
مطلقا بل مقيدا لقبول الطرف الآخر ، ومعلقا عليه فما دام لم يتحقق
القبول لم يكن هناك التزام^(١) . وكذلك يسقط الإيجاب بانقضاء
المجلس دون أن يصدر القبول ، وبموت أحد المتعاقدين أو فقد أهليته
قبل صدور القبول .

وإذا صدر القبول ، وفي الوقت ذاته رجع الموجب عن إيجابه
أي تعاصر صدور القبول ورجوع الموجب ، فإن الرجوع يصح ،
ولا يتم العقد ، فقد جاء في الفتاوى^(٢) : « ولو قال البائع بعد الإيجاب :
رجعت ، فقال المشتري معا : قبلت ، كان الرجوع أولى » .

وجاء في الفتاوى الهندية^(٣) :

« لو قال البائع : بعث - وقال المشتري : اشتريت ، وقارته الآخر
ب : رجعت ، إن كانا معا لا يتم البيع . وإن عاقبه البائع ب : رجعت ،
تم ، كذا في الوجيز للكردي » .

إلا أن المالكية خالفوا الجمهور في ذلك وفرقوا بين عقود
المعاوضات وعقود التبرعات :

(١) قال الكاساني في بدائع الصنائع (ج ٥ ص ١٣٣) : ولأن أحد
الطرفين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشرط
وهذا لا يجوز .

(٢) الجزء الثاني ص ١٣٠ ، ١٣١

(٣) الجزء ٣ ص ٨ .

ففى عقود التبرعات يكون الموجب ملتزماً بإيجابه ، لأنها معروف والمعروف يلزم من أوجبه على نفسه سواء أشهد على ذلك أو لا فى الصحيح من المذهب .

وفى عقود المعاوضات اذا كان الايجاب بصيغة الماضى ، فانه لا يجوز الرجوع فيه حتى يقبل الطرف الآخر أو يرفض ، أما اذا كان الايجاب بغير صيغة الماضى ، فانه يملك الرجوع قبل قبول الآخر^(١) .

● عقود يلتزم فيها الموجب بإيجابه ما لم يرفض الطرف الآخر :

وهى عقود اشتمل الايجاب فيها على معنى لا يقبل الرجوع وهى :
الخلع ، والعق على مال ، وتمليك المرأة أمر نفسها . فاذا صدر الايجاب من الزوج المخالع والسيد المعتق لا يصح منهما الرجوع لأن الخلع يمين من جانب الزوج ، والعق على مال كذلك يمين من جانب السيد ، واليمين التزام لا يصح الرجوع فيه .

أما تمليك المرأة أمر نفسها ، فان الزوج يتقيد بذلك ما دامت المرأة فى المجلس ولا يجوز له الرجوع فيه لأنه طلاق معلق على قبولها أى اسقاط معلق .

والاستقاطات المعلقة لا يجوز الرجوع فيها .

● خيار المجلس :

معناه : أن لكل من المتعاقدين حق الرجوع عن العقد ، الى حين انقضاء المجلس ، ويستقل فى ذلك بإرادته وحدها^(٢) رضى الطرف الآخر أو لم يرض .

(١) راجع الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٤٠ ، المهذب ج ١ ص ٢٥٧ وما بعدها ، الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٥٦ .

وقد اختلف الفقهاء بشأنه ، فمنهم من يقولون به ، ومنهم من ينكرونه .

اولا - القائلون بخيار المجلس وحججهم :

الشافعية والحنابلة : يشتون خيار المجلس ^(١) ما دام العاقدان

لم يتفرقا بالأبدان .

وينقطع خيار المجلس ويصبح العقد باثا لا رجوع فيه لأحد
الأمر الآتية :

١ - انقضاء المجلس والتفرق بالأبدان :

والمرجع في التفرق الى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا ،
ويغلب بأن يكون يبعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذي
يتكلم به في العادة .

ويشترط في التفرق أن يكون طبيعيا لا تعمد فيه ولا اكراه ،
وقيل بل ينقطع خيار المكره وغير المكره ، لأن الخيار غايته التفرق وقد
وجد ، ولأن المكره كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فاذا لم يفعل فقد
رضى باسقاط الخيار ، ولأنه لا يعتبر رضا المتعاقد في مفارقة صاحبه له
فكذلك مفارقتها لصاحبه ، وان أكرها جميعا انقطع خيارهما ^(٢) .

٢ - التخاير :

بأن يقول أحد المتعاقدين للآخر قبل أن يتفرقا بأبدانهما : اختر
امضاء العقد أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت امضاءه ، أو فسخه .
وبذلك يبت المتعاقدان في مصير العقد ، وان سكت المسئول لم ينقطع
خياره ، ومن خير صاحبه من الطرفين ينقطع خياره اذ بسؤاله اسقاط
لخيار نفسه ، وقد يختار أحد المتعاقدين من تلقاء نفسه امضاء

(١) وهذا ما يميزه عن التقابل ، اذ لا يكون الا بتوافق ارادتين .
(٢) راجع المغنى ج ٤ ص ٦ وما بعدها و ج ٣ ص ٥٦٥ وما بعدها ،
المجموع ج ٩ ص ١٨٦ وما بعدها ، نهاية المحتاج وحواشيه ج ٤ ص ٣
وما بعدها . ويثبت ابن حزم خيار المجلس ، انظر المحلى ج ٩ ص ٢٩٥

العقد دون أن يخبره صاحبه ، فيلزم العقد في حقه وحده ويبقى الخيار للمتعاقد الآخر .

٣ - موت أحد المتعاقدين قبل التفريق وانقضاء المجلس يبطل خياره عند أحمد :

فالخيار لا يورث ، وكذلك يبطل خيار من بقى من الطرفين حيا .
والأصح عند الشافعى أن موت المتعاقد لا يبطل خياره فيثبت للوارث قياسا على خيار الشرط . أما فقد أحد الطرفين لأهليته قبل التفريق بأن جن مثلا فلا يفقده خياره ، بل يثبت للولى أو القيم أو الحاكم .

* * *

● هل يجوز النزول عن خيار المجلس عند التعاقد ؟

الصحيح فى مذهب الشافعى عدم جواز النزول عن خيار المجلس ابتداء عند التعاقد لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز اسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع .

ويرد فقهاء الحنابلة على ذلك^(١) بأن القول باسقاط خيار المجلس ابتداء هو اسقاط للخيار قبل سببه غير صحيح — فان سبب الخيار هو البيع المطلق .

أما البيع مع التخايير فليس بسبب له ، وأما الشفيع فانه أجنبى عن العقد ، فلم يصح اشتراط اسقاط خياره فى العقد .

والأصل أن الخيار جعل من باب الرفق بالطرفين فجاز لهما تركه .

ويستدل الشافعى وأحمد فى اثبات خيار المجلس بما يأتى :

١ - ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ، وروى أن ابن عمر كان اذا بايع أحدا وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مثنى قليلا ثم رجع .

(١) انظر المفنى ج ٤ ص ٦ وما بعدها .

٢ - أن الآثار وعرف الناس جعل تفرق المجلس دليلا على عزم عقده التصرفات المالية . وعلى انتهاء التردد المانع للزوم فكان العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا (١) .

ثانيا - المانعون لخيار المجلس :

لقد منع الحنفية والمالكية خيار المجلس (٢) ، فالعقد عندهم متى تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أى من المتعاقدين أن يرجع بعد ذلك لأن صفة العقد الالتزام ، ولا الزام اذا أجزى لأى منهما الرجوع هذا وان تراخى القبول الى نهاية المجلس .

وبذلك يتسع الوقت للطرفين في التدبر ، وما فاته بانعدام خيار المجلس يتحقق بالتراخى في القبول لكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس من الطرفين واستدلوا لرأيهم بما يأتي :

١ - أنه بعد أن يتم العقد باقتران القبول بالايجاب يجب الوفاء به فقد جاءت بموجب الوفاء بالعقود نصوص قاطعة في ثبوتها ودالاتها مثل قوله تعالى : ﴿ يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ﴾ (٣) .

وبتحقق العقد يجب الوفاء ، وخيار المجلس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد . وذلك مخالفة لنصوص القرآن الذي أوجب الوفاء بمجرد العقد .

كما أنه لا شك في أن الحديث الذي احتج به القائلون بخيار المجلس غير متواتر ولا يصل الى مرتبة النص القرآني الصريح فيجب الأخذ بالقرآن ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن . وذلك كله اذا خلا العقد من خيار الشرط ، وخيار الوصف ،

(١) انظر الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ص ٢٠٨

(٢) انظر الفروق ج ٣ ص ٢٦٩ وما بعدها ، المدونة ج ١٠

ص ٢٠ ، فتح القدير وشرح العناية ج ٥ ص ٨١ وما بعدها .

(٣) المائدة : ١

وخيار العيب ، وخيار الرؤية ، ولم يكن من العقود التي يجوز الرجوع فيها كالوكالة .

٢ - أن الرضا أساس عقود المعاوضات المالية - ومناطق الأحكام التي تشبثها تلك العقود ، والقول بخيار المجلس وتأخير أثر العقد الى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضا الذى دل عليه وجود الايجاب والقبول - ومن ثم تحقق العقد وكان عدم ثبوت أحكام العقد حتى نهاية المجلس دليل على أن الرضا لا يكفى لإنشاء العقد فى الوقت الذى يعتبر فيه الرضا مناطق الأحكام التى تشبثها العقود ، على نحو ما تقدم وفى ذلك يقول الله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) .

والتجارة تشمل كل عقود المعاوضات المالية .

٣ - القياس : استدلوأ أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة والخلع والرهون ونحو ذلك ، وهى عقود اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها (٢) .

(١) النساء : ٢٩

(٢) يراجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ١٣٩ - ١٤١ .

الفرع الثاني : فى القانون الوضعى وفقهه

● اقتران القبول بالايجاب فى القانون الوضعى وفقهه :

الارتباط بين الايجاب والقبول فى الفقه الاسلامى يتحقق بالاتصال بينهما وبذلك يكون الايجاب قائما لم يسقط الى أن يتصل به القبول ، وأن يكونا متوافقين وأن يضمهما مجلس العقد ، وأن يحصل العلم بالايجاب والقبول .

وشرط اتصال الايجاب بالقبول عبر عنه فقهاء القانون أحيانا باقتران القبول بالايجاب ، وأحيانا بتوافق الارادتين ، ولما كان الاصطلاح الأول وهو اقتران القبول بالايجاب هو المترجح لدينا لسبق بيان توافق الارادتين كشرط من شروط التراضى فاننا سنؤثر استخدام مصطلح اقتران القبول بالايجاب ونحن نتحدث عن موقف القانون الوضعى وفقهه من هذا الشرط وهو اتصال الايجاب بالقبول وارتباطه به .

تنص المادة (٩١) من القانون المدنى المصرى على أن :

« ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »^(١) .

وفى هذا الخصوص يتعين بيان الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الارادة أثره سواء أكان ايجابا أو قبولا .

(١) يقابل هذا النص م ٩١ لىبى و م ٧٨ عراقى و م ٧٥ سودانى ولا مقابل له فى اللبنانى والسورى .

هنا يميز فقهاء القانون بين نوعين من التعبير^(١) :

(أ) تعبير « واجب التسليم Receptice » وهو الذى لا يتحقق أثره الا اذا وصل الى علم من وجه اليه سواء أكان ايجابا أو قبولا ، وهذا أكثر ما يكون فى العقود ومؤدى ذلك أن التعبير من وقت العلم به يعتبر قائما لا يجوز العدول عنه ، فاذا كان التعبير ايجابا فلا ينتج أثره الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ، والأثر هنا هو صلاحية الايجاب لأن يقترن به القبول . واذا كان التعبير قبولا فلا ينتج أثره كذلك الا اذا وصل الى علم الموجب^(٢) . والأثر هنا اقتران القبول بالايجاب ومن ثم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين كما نصت عليه المادة (٨٩) مدنى مصرى السابق بيانها .

(ب) تعبير « غير واجب التسلم Non Receptice » وهو الذى يكون من غير الضرورى أو ليس من شأن التعبير أن يوجه الى شخص معين بالذات حتى يتحقق أثره اذ يتحقق أثره بمجرد التعبير كما فى الوصية والوعد بجائزة وعلى هذا الأساس أخذ القانون المصرى بنظرية العلم فى التعاقد بين غائبين كما سيأتى .
وقد اعتبر القانون وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يخفف عن موجه التعبير عبء اثبات العلم وهو أمر قد يتعذر اثباته ولكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة فيجوز لمن وجه اليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به على الرغم من وصوله .

● أثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الإرادة فى القانون المصرى :

تمشيا مع انحياز القانون المدنى المصرى الى حد ما الى الأخذ بالإرادة الظاهرة لدواعى استقرار المعاملات فقد نصت المادة (٩٢)

(١) انظر فى تفصيل هذا التمييز : د. عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) انظر : د . حشمت أبو ستيت - المرجع السابق فقرة ٨٤ .

منه على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا ينع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » (١) .

وفى صدد هذا النص يتم التمييز بين حالتين هما (٢) :

(١) حالة موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير :

وقد يكون التعبير صدر من الموجب أو من القابل :

١ - إذا كان التعبير قد صدر من الموجب ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه .
هنا يذهب فريق من الفقهاء إلى أن الإيجاب يستمر حتى إذا وصل إلى علم من وجه إليه أنتج أثره إذ يستطيع أن يقبل ولكن العقد لا يتم لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره إذ لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات أو فقد أهليته فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (٣) .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه وأنه إذا قبل فإن العقد يتم لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله في العلم بالقبول ويرتبطون بالعقد (٤) .

وكل هذا ما لم يتبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن شخصية الموجب محل اعتبار خاص ففي هذه الحالة لا يتم العقد (٥) .

(١) يقابل هذا النص م ٩٢ ليبى وم ٧٦ سودانى ولا مقابل له فى السورى والعراقى واللبنانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٩ - ٣٥

(٣) د. السنهورى - المرجع السابق ص ٢٠١ - جلال العدوى -

مبادئ الالتزامات ص ١٥٠

(٤) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٠٦ .

(٥) د. سليمان مرقس - المرجع السابق فقرة ٨١

٢ - اذا كان التعبير قد صدر من القابل ثم مات أو فقد أهليته ففي هذه الحالة يبقى التعبير وينتج أثره اذا وصل الى علم الموجب فينقذ العقد ، وذلك ما لم يتبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار فان العقد لا يتم .

(ب) حالة موت أو فقد أهلية من وجه اليه التعبير :

هذه الحالة تتناولها المادة (٩٣) مدنى مصرى السابق ذكرها وفيها يجرى التمييز بين الحالات الآتية :

١ - اذا كان التعبير ايجابا موجها الى شخص مات أو فقد أهليته قبل العلم به فان العقد لا ينقذ ولا يجوز للورثة أو لمن ينوب عنه أن يحلون محله فى القبول .

أما اذا كان التعبير قبولا موجها الى شخص (الموجب) مات أو فقد أهليته قبل العلم به فان العقد ينقذ اذا وصل القبول الى علم ورثة الموجب أو من ينوب عنه على رأى الراجع على نحو ما سبق بيانه .

٢ - اذا كان التعبير ايجابا موجها الى شخص مات أو فقد أهليته بعد العلم به فان العقد لا ينقذ ولا يحق للورثة أو لمن ينوب عنه أن يحلوا محله فى القبول^(١) .

أما اذا كان التعبير قبولا ومات من وجه اليه هذا القبول (الموجب) أو فقد أهليته بعد العلم به فان العقد يكون قد تم فى هذه الحالة ويجب على الورثة أن يقوموا بتنفيذه فى الحدود التى يلتزمون فيها بعقود مورثهم ولكن العقد لا يتم اذا تبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار فاذا قصد الموجب وبأن هذا القصد فى ايجابه صراحة أو ضمنا أن العقد

(١) عكس ذلك د. سليمان مرقس - المرجع السابق فقرة ٨٢ .

لا يتم الا مع القابل بالذات أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته
أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصيا فان القبول يسقط بموت القابل
أو فقد أهليته^(١) .

* * *

● الإيجاب الملزم :

تنص المادة (٩٣) من القانون لمدنى المصرى على أنه :
« ١ - اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى
أن ينقضى هذا الميعاد .
٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة
المعاملة »^(٢) .

وعلى هذا الأساس من النص يكون الإيجاب ملزما اذا كان
مقتربا بميعاد صريح أو ضمنى ، والميعاد الضمنى يستخلص من ظروف
الحال أو طبيعة المعاملة كأن يكون موضوع الإيجاب شيئا تحت
التجربة ومن ثم يلزم البقاء على الإيجاب طوال المدة اللازمة للتجربة
أو يكون الإيجاب موجها لشخص غائب فيظل الموجب ملتزما بإيجابه
الى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت
مناسب ، وفى المناقصات يلتزم مقدم العطاء بالبقاء على ايجابه الى الوقت
الذى تفض فيه المظاريف ففى هذه الصور يوجد ميعاد ضمنى
تقضى به طبيعة المعاملة وظروفها .

وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى^(٣) ويبقى
الموجب ملتزما بالبقاء على ايجابه المدة التى حددها ما لم يكن قد سقط
برفض الطرف الآخر قبل انقضاء هذه المدة ومن ثم فان رجوع الموجب

(١) د. السنهورى - المرجع السابق ص ٢٠٠ - مجموعة الأعمال
التحضيرية ج ٢ ص ٣١ .

(٢) يقابله م ٩٣ لىبى وم ٩٤ سورى وم ٨٤ عراقى وم ١٧٩ لبنانى
وم ٧٧ سودانى وم ٦٩ كويتى وم ٣٣ تونسى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٧ .

لا يترتب عليه أثر بحيث اذا صادف الايجاب قبولا قبل حلول الميعاد انعقد العقد والا انتهى مقتضى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه .

● سقوط الايجاب :

الايجاب بوصفه تعبيراً تعاقدياً عن الارادة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ما لم يقترب ببدء للقبول صريحة أو ضمنية وفى جميع الحالات وذلك قبل أن يصل الى علم من وجه اليه أى ما دام أنه لم يقترب بالقبول .

ومعنى ذلك أن حالات سقوط الايجاب لا تكون الا بعد أن يكون قد وصل الى علم من وجه اليه ، وهنا يجب التفريق بين حالتين :

الاولى - الايجاب قائم ولكنه غير ملزم :

وهذا لا يتصور الا فى حالة التعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد وسقوط الايجاب هنا يكون :

— اذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد وقبل اقتران القبول به .

— اذا انقض المجلس ولو لم يعدل الموجب عن ايجابه ولم يقترب به قبول .

— أن يرفض الموجب له الايجاب سواء أكان رفضاً مجرداً أو كان قبولا اقترن بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه وقد يكون ايجاباً جديداً يعارض الأول .

الثانية - الايجاب القائم الملزم :

وهذا الايجاب يسقط فى الحالات الآتية :

— انقضاء مدة لزوم الايجاب ، وفى هذه الحالة يصبح الايجاب غير قائم وينتهى الزامه فى وقت واحد^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٦

— أن يرفض الموجب له الإيجاب فيسقط حتى ولو لم تنقض
المدة التي يكون فيها ملزما •

فرفض الموجب له للإيجاب يسقط الإيجاب في جميع الحالات أى
سواء أكان الإيجاب ملزما أو غير ملزم •

وإذا سقط الإيجاب لأى سبب من الأسباب السابقة فكل قبول
بعد ذلك لا يعتد به على أنه قبول لإيجاب سابق ، ولكنه يعتبر
إيجابا جديدا موجه لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله
من وجه اليه انعقد العقد •

وبعد هذه الجولة الاستطراذية في بيان مسألة الوقت الذى ينتج
منه ووجه اليه التعبير في التعبير ، ومسألة الإيجاب الملزم وغير الملزم
فيه التعبير عن الإرادة أثره ، ومسألة أثر موت وفقد أهلية من صدر
وحالات سقوطه ، بعد كل ذلك تتحرر المسألة الأساسية في البحث وهي
اتصال الإيجاب بالقبول وارتباطهما كشرط من شروط الصيغة في الفقه
الإسلامي وشرط من شروط التراضي أو التعبير عن الإرادة في القانون
وفقهه ، وفي هذا الخصوص يذكر فقهاء القانون أن التعاقد إما أن يتم
بين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين ، وسنتحدث عن هاتين
الحالتين :

١ — حالة ما إذا ضم المتعاقدين مجلس واحد •

٢ — حالة التعاقد فيما بين الغائبين •

أولا — التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد

إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ولم يقترن
الإيجاب بزمن للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائما ويجوز أن يقترن
بالقبول ما دام مجلس العقد لم ينفذ •

● مجلس العقد :

تنص المادة ٩٤ من القانون المدني المصري على أنه :

« ١ - اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد التبول ، فان الموجب يتحمل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بآى طريق مسائل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد» (١) .

ومجلس العقد الذى يكون التعاقد فيه بين حاضرين يقصد به :

أن يكون الطرفان على اتصال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به (٢) ، أو هو الفترة الزمنية التى تكون بعد الايجاب والطرفان فيها مقبلان على التعاقد دون اعراض عنه من أحدهما وذلك ما لم يعين الايجاب موعداً للقبول ، فاذا عين له موعداً فالعبرة للموعد لا لمجلس العقد (٣) .

ويتحقق ذلك عادة باجتماع الطرفين فى مكان واحد فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة ، وقد يتحقق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين اذا كان بينهما اتصال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول

(١) يقابل هذا النص م ٩٤ لىبى وم ٩٥ سورى وم ٨٢ و ٩٨ عراقى وم ٨٣ لبنانى وم ١٠٩ ، ١١٣ كويتى وم ٢٧ تونسى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٣٩ .

(٣) أنور العمروسى - المرجع السابق ص ٢١٥ .

فور صدوره وذلك اذا كانا متصلين بطريق التليفون أو بطريق آخر
مماثل فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكما .

ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائما طالما كان الطرفان منشغلين
بعملية التعاقد ، وينفص اذا صرف المتعاقدين أحدهما أو كليهما عن
التعاقد شاغل آخر حتى ولو ظلا يجمعهما مكان واحد .

* * *

● قاعدة فورية القبول في القوانين الحديثة :

اذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكما فالأصل أو المبدأ العام
أن من يوجه اليه ايجاب لم يعين فيه ميعاد للقبول يجب عليه أن يصدر
قبوله فورا بمجرد صدور الايجاب حتى يرتب أثره والا كان للموجب
أن يتحلل من ايجابه ويعتبر ان الطرف الآخر قد رفضه فسقط^(١) .
وهذا المبدأ المأخوذ به في القوانين الحديثة يقتضى أن الايجاب
لا يكاد يقوم حتى يسقط وما يترتب على ذلك من ضيق وحرَج شديد
لا ينسجم ومتطلبات واقع المعاملات .

* * *

● الأخذ بالشرعية الاسلامية في اتحاد مجلس العقد :

نظرا للعت والضييق والحرَج الذى تسببه قاعدة الفورية السابقة
أخذ القانون المدنى المصرى وأغلب القوانين العربية بما ذهب
اليه الفقه الحنفى على وجه الخصوص ، وبنظرية الشرعية الاسلامية
كما تعبر بذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى والتي
جاء فيها : « ان الايجاب اذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره

(١) م ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى وم ١/١٤٧ من التقنين
الامانى وم ٢٣ من القانون المدنى المغربى التى تنص على أن « الايجاب
الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن اذا لم يقبل
على الفور من الطرف الآخر ويسرى هذا الحكم على الايجاب المقدم من
شخص الى آخر بطريق التليفون » .

وينزل الايجاب الصادر من شخص الى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الايجاب الصادر الى شخص حاضر .

وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، اذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن ايجابه في الفترة التي تقع بين الايجاب والقبول ، وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الاسلامية في اتحاد مجلس العقد» (١) .

وعلى ذلك فاذا اتحد مجلس العقد وأصدر الموجب ايجابا فليس من الضروري لتمام العقد أن يكون القبول فور صدور الايجاب وانما يستطيع الموجب له أن يتدبر أمره فترة من الزمن ثم يقبل ، ويكون قبوله صحيحا بشرطين هما :

(أ) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بعملية التعاقد .

(ب) أن يبقى الموجب على ايجابه فلا يرجع عنه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائما وهو ما يعبر عنه بأن يظل الايجاب قائما .

وعلى هذا النحو اذا صدر القبول قبل أن ينفض المجلس يتم العقد ومع ذلك يكون الموجب له بالخيار بين قبول الايجاب أو رفضه فلا تحتم في القبول ولكن رفض التعاقد أو رفض الايجاب قد تكتنفه ظروف وملابسات تجعل الموجب له ملزما بالقبول والا كان مسئولا عن تعويض الضرر الناشئ عن هذا الرفض مسئولية تقصيرية (٢) .

ويتحقق ذلك في حالة ما اذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجب

(١) الكاساني ج ٢ ص ٤٢ .

(٢) نصت على هذه الحالة المادة ٢/١٨١ من قانون الموجبات اللبناني .

الى التعاقد معه والتطبيقات العملية لذلك كثيرة كالتجار في النشرات والاعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها الى الجمهور وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق وكأرباب الصناعات يدعون العمال الى العمل في صناعاتهم فاذا استجبت هذه الدعوة الى التعاقد كانت الاستجابة ايجابيا لا يجوز لمن وجه اليه أن يرفضه لغير سبب مشروع^(١) .

* * *

ثانياً - انعقاد بين غائبين ومجلس العقد

أولاً - في الفقه الاسلامي :

مجلس العقد في التعاقد بين غائبين هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة من الرسول .. وقد جاء في الهداية^(٢) :
« والكتاب كالخطاب وكذا الارسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة » .

● متى يتم العقد في التعاقد بين غائبين :

يقول ابن عابدين^(٣) : « صورة الكتابة أن يكتب : أما بعد ، فقد بعث عبدى فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك : اشتريت . تم البيع بينهما » .
ويقول الكاساني^(٤) : « أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا الى رجل ويقول للرسول : انى بعث عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشتري في مجلسه ذلك : قبلت . انعقد العقد » .

(١) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٥ في الهامش ، د. محمد لبيب شنب ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ ، ٨٢ ، ابن عابدين ج ٢ ص ١٤ ، ١٥ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ ، الفتاوى البزازية ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ . (٤) البدائع ج ٥ ص ١٣٨ .

ونخلص الى أن العقد ينقذ بمجرد القبول واعلانه طالما لم يرجع الموجب عن ايجابه أى كان الايجاب باتاً (١) .

وللمتعاقد الذى بلغه الايجاب بالكتابة أو الرسالة خيار القبول فى مجلس العقد - فإذا انتهى المجلس سقط الايجاب ، ومن ثم لا يصح القول بعد ذلك .

على أنه اذا كان الايجاب كتابة - وقرأه المتعاقد الآخر ، ولم يجب حتى انقض المجلس ثم أعاد قراءته مرة أخرى فى مجلس آخر - وقيل تم العقد لأن الكتاب باق وتكون قراءته فى المجلس الثانى بمثابة ما لو تكرر الايجاب (٢) .

وكذلك يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه قبل قبول الطرف الآخر فى التعاقد ، وقبل بلوغ الكتاب أو الرسالة سواء علم أو لم يعلم - كما لا يشترط علم الرسول بالرجوع (٣) .

ثانياً - فى القانون الوضعى وفقهه :

التعاقد بين غائبين هو الذى لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فهذه الفترة الزمنية هى التى يترتب عليها التمييز فى التعاقد بين غائبين والتعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد .

والتعاقد بين غائبين يتم بالمراسلة أو بأى طريق من طرقها المختلفة كالبريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك .

* * *

(١) أنظر أيضاً الشرح الكبير مع الدسوقى ج ٢ ص ٣ ط الاستقامة بمصر ، بلغة السالك ج ٢ ص ٢٤٣ ط عيسى الحلبي بالقاهرة ، المجموع ج ٩ ص ١٦٧ ط شركة العلماء ، الانصاف ج ٤ ص ٢٦٠ ، المغنى ج ٣ ص ٥٦١ .

(٢) مصادر الحق ج ١ ص ٢٩ .

(٣) أنظر البناني فى حاشية على الزرقانى على الشيخ خليل ج ٥ ص ٦٥ - اذ يشترط سماع الايجاب من المتعاقد الآخر - الكاسانى ج ٥ ص ١٣٨ ، الشلبى على الزيلعى ج ٤ ص ٤ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٩ .

● تحديد زمان العقد ومكانه وأهمية ذلك التحديد :

إذا كان الذى يميز التعاقد بين غائبين هو الفترة الزمنية التى تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فانه يتعين تحديد زمان ومكان انعقاد العقد - فى هذه الحالة - لما يترتب على ذلك من نتائج هامة على النحو التالى :

(١) أهمية تحديد زمان انعقاد العقد :

- ١ - تظهر تلك الأهمية فى تحديد الوقت الذى ينتج فيه العقد آثاره .
- ٢ - لتحديد آثار استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد تبعا لما اذا كانت هذه الاستحالة قد تمت قبل انعقاد العقد أم بعد ذلك .
- ٣ - لتحديد نطاق سريان القوانين الجديدة على العقود .
- ٤ - لتحديد بدء سريان تقادم الالتزام المترتب على العقد .
- ٥ - لتحديد الوقت الذى لا يستطيع الموجب بعده أن يعدل عن ايجابه اذا كان الايجاب غير ملزم .
- ٦ - فى تحديد وقت الطعن على العقد الصادر من المدين وذلك فيما يتعلق بالدعوى البوليصة .
- ٧ - لتحديد وقت نفاذ العقود التى صدرت من تاجر شهر افلاسه فى حق الدائنين .

(ب) وتظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد فيما يأتى :

- ١ - فى تحديد القانون الدولى الخاص الواجب التطبيق اذ يتحدد بمكان انعقاد العقد (م ٢٠ مدنى مصرى وكذلك ١٩ مدنى مصرى) .
- ٢ - فى تحديد المحكمة المختصة مكانيا بنظر بعض المنازعات الخاصة بالعقود المتعلقة بمواد تجارية أو بتوريدات أو مقاولات أو أجور مساكن أو عمال أو صناع (م ٥٥ وم ٥٦ مرافعات مصرى) .

ويلاحظ أن القاعدة التي تحدد زمان انعقاد العقد بوقت معين هي قاعدة مكملّة لارادة المتعاقدين بمعنى أنها لا تنطبق الا اذا لم يوجد اتفاق على ما يخالفها ومن ثم يستطيع المتعاقدان أن يتفقا عند التعاقد على تحديد الموعد الذي ينعقد فيه العقد ويعتبر فيه تاما .

* * *

● متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان ؟

الأصل أن زمان العقد هو الذى يحدد مكانه وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض وسنبين موقف الفقه والقانون من ذلك .

١ - الفقه :

لقد ظهرت أربعة مذاهب فى الفقه هي :

الأول : مذهب اعلان القبول : اذ العقد يتم طبقا له باعلان القبول ، وأهم ما يؤخذ على هذا المذهب أن مجرد اعلان القبول لا يتحقق معه توافق الارادتين المطلوب فى العقد .

الثانى : مذهب تصدير القبول : واشترط تصدير القبول فى هذا المذهب حتى يكون الاعلان نهائيا لا رجوع فيه ، ويؤخذ على هذا المذهب أن واقعة ارسال القبول لا تحول دون استرداده كما أنها لا ترتب ثمة أثر قانوني .

الثالث : مذهب استلام القبول : وفقا له يتم العقد حين يصل القبول الى الموجب لأنه حينئذ يصبح القبول نهائيا لا يمكن استرداده ، ويؤخذ على هذا المذهب أن واقعة استلام القبول ليس لها قيمة قانونية طالما أن الموجب لم يعلم بعد بالقبول .

الرابع : مذهب العلم بالقبول : فالعقد لا يتم الا اذا وصل القبول الى علم الموجب فحينئذ يصح قانونا أن يقال ان هناك توافقا فى الارادتين ، ولتلافى صعوبة اثبات العلم بالقبول يعتبر وصول القبول قرينة على العلم به وهى قرينة قضائية تقبل اثبات العكس .

ونظرا لما يترتب على كل مذهب من نتائج مختلفة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فان القوانين منقسمة حول الأخذ بأي تلك المذاهب على النحو التالي •

٢ - القوانين التي تأخذ بمذهب اعلان القبول :

القانون التونسي في المادة (٣٨) والمغربى في المادة (٢٤) واللبناني في المادة (٨٤) والسورى في المادة (٩٨) •

— القانون الذى يأخذ بمذهب تصدير القبول : قانون الالتزامات السويسرى م (١٠) •

— القانون الذى يأخذ بمذهب استلام القبول : تقنين الالتزامات البولونى م (٧٠) •

— القوانين التى تأخذ بمذهب العلم بالقبول : القانون الألمانى م (١٣٠) والقانون التجارى الايطالى م (٣٦) والقانون الأسباني م (٢/٢٦٢) والمشروع الفرنسى الايطالى م (١/٢) والقانون المدنى المصرى في المادة (٩٧) اذ تنص على أنه :

« ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك •

٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول » (١) •

وتحديد ما اذا كان هناك اتفاق ما بين التعاقدين في هذا الخصوص يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٢) •

(١) يقابل هذا النص م ٩٧ لىبى وم ٨٧ عراقى وم ٨١ سودانى
انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ٥٣ ، ٥٤
(٢) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦٤/٧/٢ ، مجموعة الكتب الفنى
السنة ١٥ ، ص ٨٩٥ •

وفي حالة عدم وجود اتفاق في هذا الشأن اذا كان هناك نص خاص في القانون يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم فتتبع هذه النصوص .. مثال ذلك :

ما ورد في المادة (٥٩٩) مدنى مصرى والتي تنص على أن الايجار يتجدد تجددًا ضمنيًا اذا بقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعد انتهاء الايجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ويكون المؤجر هو القابل ضمنيًا يستفاد ذلك من سكوتة الملابس فيتم التجديد دون حاجة الى أن يعلم المستأجر بأن المؤجر لا يعترض .

فاذا لم يكن هناك اتفاق أو نص خاص انطبق حكم المادة (٩٧) سالف الذكر اذ يعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به قرينة يجوز اثبات عكسها طبقا للسادة (٩١) مدنى مصرى .

الا أنه اذا كان الأصل أن يتحدد مكان انعقاد العقد في ضوء زمان انعقاده فانهما قد يختلفان في بعض الحالات كالتعاقد بالتليفون أو بأى طريقة أخرى مماثلة كاللاسلكى ففيه لا يفصل زمان ما بين صدور القبول والعلم به فهو من حيث الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين ، ومن حيث المكان فالتعاقدان في جهتين مختلفتين ومن ثم يعتبر تعاقدًا ما بين غائبين وتجرى فيه أحكامه .

وطبقا للقانون المصرى يعتبر العقد قد تم في مكان الموجب اذ فيه يحصل العلم بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

● تعقيب :

يقول الأستاذ الدكتور السهنورى : « ان مسائل مجلس العقد في القانون المدنى المصرى مأخوذة من الفقه الاسلامى لأن الفقه الفرنسى لم يعالج هذه المسألة علاجا خاصا في حين أولادها الفقه الاسلامى

عناية بالغة فقد استقت المادة (٩٤) مدنى أحكامها من مذاهب الحنفية والمالكية والحنابلة حيث لم تشترط الفورية في القبول بل يسكن أن يتحقق ما دام مجلس العقد قائما على عكس التقنيات الحديثة التى اشترطت الفورية كما هو مذهب الشافعية » .

ويقول أيضا : « ولاشك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الاسلامية قد أصبح وضعا عمليا معقولا ولم تعد الفورية في القبول لازمة بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا يشغل فيها المتعاقد بغير العقد ويبقى فيها الموجب على ايجابه »^(١) .

وقد استنبط البعض^(٢) من نصوص المذهب الحنفى اشتراط السماع في الايجاب والقبول ونظرية الاعلان عن الارادة ، كما استنبط أن الحنفية يعتبرون مجلس علم القابل بالايجاب هو المجلس الذى يتم فيه العقد .

ويقول الأستاذ الدكتور المرحوم محمد سلام مذكور^(٣) في معرض رده على هذا رأى : ان رأى الفقهى في الايجاب والقبول بالكتابة بين غائبين أن حكمهما يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته ، ومن ثم يرى أن للقابل الحق في الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول .

وقد خالف الدكتور على محبى الدين القره داغى^(٤) كلا من الرايين السابقين وذهب الى أن النصوص تشهد على عدم اشتراط علم الموجب بقبول القابل وأن النص الذى اعتمد عليه الأستاذ الدكتور

(١) الوسيط - مصادر الالتزام ص ٢٧٢ ، مصادر الحق ج ٢

ص ٦ .

(٢) د. وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة ص ٦٠٣ - ٧٠٣

ط اولى - رسالة دكتوراة .

(٣) الفقه الاسلامى ص ٥٢٠ ط ١٩٥٤ ، ايضا د. مصطفى الزرقا -

الفقه الاسلامى في ثوبه الجديد ص ١٤ .

(٤) مبدا الرضا في العقود ص ١٠٩٨ وما بعدها .

محمد سلام مذکور والذي ورد في حاشية يعقوب على^(١) « وشرط سماع كل من العاقلين عبارة الآخر حقيقة أو حكما لأن الكتاب كالخطاب » هذا النص يدل على أن الأحناف لم يشترطوا السماع على الحقيقة بل يكتفى به حكما عندهم فيما بين الغائبين وأن الكتاب كالخطاب ، فالكتاب بمنزلة الموجب فإذا تلفظ القابل بالقبول فكأن سماع الموجب من خلال الكتاب قد تم حكما .

كما أنه في معرض الرد على الدكتور وحيد الدين سوار قال :

« ان السماع الذي تحدث عنه الحنفية واشتراطوه انما في التعاقد بالكلام والا فالأحناف أجازوا التعاقد بالإشارة بالنسبة للأخرس وبالتعاطى مع أنه ليس فيهما سماع ، ومن ثم فالسماع ليس من شروط صحة أو انعقاد العقد مطلقا وانما هو مشروط لصحة أو انعقاد التعاقد باللفظ فقط وعلى الحقيقة فهو شرط صحة الكلام ، وحينئذ يجرى فيه الخلاف على هذا الأساس فقد ثار الخلاف عندهم في أصل تحقق الكلام وهو لا بد فيه من أن يكون مسموعا للآخر أم أنه هو نطق الحرف بشكل يسمعه نفسه^(٢) .

وعلى ذلك نصوص الحنفية من كتب متقدميهم الى متأخريهم حيث تذكر هذا الخلاف في جميع التصرفات القولية مما يدل على أن مرجع الخلاف في هذه المسألة ليس الايجاب والقبول فقط وانما الكلام في أصل الكلام نفسه^(٣) .

(١) مخطوط على شرح الوقاية ص ٥١ .

(٢) انظر شرح العناية على الهداية ج ١ ص ٢٣٣ مطبوع بهامش فتح القدير ط دار صادر بيروت ، الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٢٣٣ ، فتح القدير ج ١ ص ٢٣٣ .

(٣) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٤٣٧ ، ج ٤ ص ١٩١٥ ، برهان الدين - المحيط البرهاني ج ١ ورقة ١٨١ مخطوط مشار اليه في مبدأ الرضا في العقود .

وعلى هذا الأساس فإن السماع شرط لتحقيق الكلام والایجاب والقبول اذا كانا باللفظ ، ومن ثم فاذا كان الایجاب والقبول بغير اللفظ فلا يشترط تحقق شرط السماع عند الجميع ، اذن فادخال شرط السماع باعتباره الشرط الأساسى للتعاقد بين الحاضرين تجافيه الدقة والعمق كما أنه لا يمكن أن يسحب هذا الخلاف الدائر فى الكلام - وبالتالي فى الایجاب والقبول - اذا كان باللفظ على التعبير بغير اللفظ كالكتابة والاشارة ومن ثم فالتعبير بالكتابة أو الرسالة لا يحتاج الى علم الموجب به فيتم العقد فيما بين الغائبين بمجرد قبول من وجه اليه الایجاب كتابة أو رسالة » •

وينتهى الدكتور القرة داغى الى أن العقد فى الفقه الاسلامى ينشأ بمجرد اعلان ارادة القبول ، وأن من شرط السماع يريد به ظهور الكلام بحيث يمكن سماعه لا سماع العاقد بالفعل من المتعاقدين ، وأن من يشترطه يريد به عدم اشتراط السماع بالفعل ، وأنه كما ذهب البعض فان لكل نوع من التعاقد (بين الغائبين أو بين الحاضرين) طبيعة خاصة يكتفى فيها بتحقيق التلاقى بقدر الامكان^(١) أو كما يقول الحنفية : تحقق السماع حقيقة أو حكما ، كما يلاحظ اختلاف طبيعة كل طريق من طرق التعبير فما يشترط فى الكلام قد يكون غير ما يشترط فى الكتابة أو الاشارة أو التعاطى •

* * *

• ترجيح :

ولا شك أن التعويل فى تمام العقد على اعلان القبول يتسق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء فى مجلس العقد فى التعاقد ما بين الغائبين وأنه مجلس بلوغ أو وصول الكتاب أو الرسالة الى الوجه اليه الایجاب (القابل) •

(١) حاشية يعقوب على شرح الوقاية ، مخطوط ورقة ٥١ ، فتح العزيز ج ٨ ص ١٠٣ للرافعى مطبوع بهامش المجموع ط شركة العلماء •

وأن الأخذ باعلان القبول لتسام العقد تحقيق لآثار العقد دون تأخير لا مبرر له بل لم تعد تستجيب له السرعة في المعاملات المعاصرة وبخاصة المعاملات والأعراف التجارية ، وأن الموجب ما بعث بإيجابه الا وقد انتهى كل شيء من جانبه فقد امتلأ رضاه بالعقد وتصور التراضي ومن ثم فاذا قبله الموجه اليه فقد تم العقد ، ومن ثم فليس هناك مبرر عقلي أو عملي لتأخير انعقاد العقد حتى يعلم الموجب بالقبول والا لوجب الانتظار أيضا حتى يعلم القابل بعلم الموجب بقبوله وهذا هو الدور^(١) . ولا يخفى بطبيعة الحال أن أساس ما انتهت اليه هو اشتراط أن يكون الايجاب قائما بالألا يكون قد عدل عنه الموجب أو أعرض وذلك عند جمهور الفقهاء ، أو انتهى مجلسه لأنه اذا سقط الايجاب فلا يتم الاتصال ، حتى ولو تم القبول ، كما يشترط توافق القبول والايجاب وأن يردا على محل واحد وأوصاف واحدة .



● العقود العينية :

اذا كان العقد في الفقه الاسلامي يوجد بمجرد ارتباط القبول بالايجاب على نحو ما تقدم ، فان هناك عقودا لا تتم الا بتسليم العين محل العقد ولا يكفي فيها الايجاب والقبول ، وهي ما تسمى بالعقود العينية وهي : الهبة - والعارية - والايداع - والقرض - والرهن . فهذه العقود يشترط القبض لتامها لأنها تبرع ولا يتم التبرع الا بالقبض - ويستثنى من العقود العينية عقد الوصية ، اذ يتم بمجرد وفاة الموصى وقبول الموصى له ، أو عدم رده بعد الوفاة ، ويصبح المال ملكا له بلا حاجة الى تسليم^(٢) .



(١) من هذا الرأي د. السيد نشأت - التراضي في عقود المبادلات المالية ص ٣٢٤ ط دار الشروق - رسالة دكتوراة ، د. على القرعة داغى في رسالته السابقة ص ١١٢٦

(٢) يراجع : المدخل الفقهي العام - د. مصطفى الزرقا ج ١

المطلب الثانى

طرفا العقد

طرفا العقد من العوامل الأساسية فى تكوين العقد ، وعبارتهما هى ركن العقد المكون له ، وعليها يرتب الشارع الآثار وتبنى الأحكام ، ولكن الناس ليسوا على درجة واحدة فى صلاحيتهم للتعاقد وانشاء العقود ، بل هم متفاوتون فى ذلك تبعا لتوافر الأهلية والولاية ، وعدم توافرها ، وتبعا لمدى تمتعهم بهما ، أو تمتعهم باحدهما دون الأخرى .

الفرع الأول : الأهلية فى الفقه الاسلامى

معناها : صلاحية الانسان أو الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، وصلاحيته لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا ، وبعبارة أخرى هى صلاحية الشخص للالتزام والالتزام .
أنواعها : وتنقسم الأهلية بالمعنى السابق الى :

١ - أهلية الوجوب :

هى صلاحية الشخص لأن تثبت الحقوق المشروعة له أو عليه ، وضابط هذه الأهلية أمر قدره الفقهاء وهو ما يسمى بالذمة ، فتكون محلا للحقوق والواجبات ، وعلى ذلك فالذمة صفة شرعية أو أمر تقديرى اعتبارى فرض موجودا ليكون محلا للحقوق وسائر الالتزامات والتكليفات وتثبت للشخص بمجرد وجود الحياة فيه^(١) .
وأهلية الوجوب قد تكون كاملة بالمعنى السابق وتثبت للشخص

(١) انظر محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد ص ٣٠٤ ، د. بدران أبو العينين ص ٤٢٢ ، د. شوكت - نظرية العقد ص ٤٩ وما بعدها .

بمجرد ولادته حيا ، وقد تكون ناقصة وهى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط وتثبت للجنين قبل ولادته •

ولما كانت أهلية الوجوب بشقيها لا أثر لها فى انشاء العقود ، اذ قد يكون الشخص ذا أهلية وجوب كاملة ومع ذلك لا يكون أهلا لانشاء عقد كما فى العبد غير المميز لذلك نكتفى بهذا القول •

٢ - أهلية الأداء :

معناها : صلاحية الشخص لأن ينشئ حقوقا ويلتزمها أو هى صلاحيته لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية ويوجدتها ، أى هى أهلية المعاملة^(١) بين الناس وصلاحية أقواله لأن تكون أسبابا منشئة للحقوق له وعليه •

وعلى ذلك فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ليست لهم أهلية أداء لأن عباراتهم غير صالحة لأن تكون سببا لانشاء حقوق لهم أو لغيرهم •

فالعبرة التى تنشأ بها التصرفات الشرعية هى تلك التى يفهم قائلها معناها ويقضدها والمراد منها فى عرف الناس وما يترتب عليها من الآثار فى الجملة •

وضابط أهلية الأداء هو العقل والتمييز ، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء ، وتكون كاملة وناقصة تبعا لكمال العقل ونقصانه •

• أنواعها :

١ - أهلية أداء كاملة وتثبت للبالغ العاقل الرشيد الذى لم

(١) انظر : محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٣١٢

- يحجر عليه لأى سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان صالحاً
لأنشاء جميع العقود والتصرفات المشروعة ، اذ المفروض أنه لا يتصرف
الا عن روية وتفكير .

٢ - أهلية أداء فاقصة أو قاصرة : وثبت لمن كان عنده أصل
تميز ولكن لم يكن عنده كمال فى العقل بأن كان غير بالغ أو كان ناقص
العقل مع وجود التميز أو كان بالغاً عاقلاً ولكن يوجد فى تصرفاته
ما يدل على نقصانه من حيث تدبيره للمال .

وهؤلاء هم : الصبى المميز ، والمعتوه المميز ، والسفيه ومن فى
معناه وهو ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعاً ناقصو أهلية الأداء ، لأن أصل
التمييز عندهم ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير .

الأهلية فى القانون وفقهه

تحدث الفقه القانونى عن الأهلية كشرط من شروط صحة التراضى
وذلك بأن يكون التراضى صادراً من ذى أهلية .

وتعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية التى تطبق على
جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ، أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين
جنسياتهم باعتبار الأهلية من الأحوال الشخصية .

وقد أورد القانون المدنى المصرى أحكام الأهلية فى المواد من ٤٤
الى ٤٨ منه فضلاً عن أحكام الأهلية المتعلقة بالولاية على المال ينظمها
القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

ويتحدث فقهاء القانون فى الأهلية عن موضوعين رئيسيين هما :

الأول : التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها أو ما يسميه البعض
بالنظرية العامة فى الأهلية^(١) .

(١) د. السنهورى - الوسيط ص ٢٨٣ مرجع سابق .

الثانى : أحكام الأهلية وفيها يتحدثون عن ثلاثة أمور هى :

(أ) تأثير الأهلية بالسن وتدرجها بحسبه •

(ب) تأثيرها بعوامل أخرى غير السن وهى ما يسمونه بعوارض الأهلية •

(ج) موانع الأهلية •

وستؤثر الحديث عن كل موضوع فى موقعه من الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه تحقيقا للفائدة المرجوة وأكبر قدر من التمحيص بين القانون والفقه الاسلامى فيما نحن بصدده •

انتعريف بالأهلية وتحديد نطاقها

(للنظرية العامة فى الاهلية فى القانون وفقهه)

انواعها : يميز فقهاء القانون بين نوعين من الأهلية هما : أهلية الوجوب وأهلية الأداء ومن المسلم لديهم أنه اذا أطلقت الأهلية انصرفت الى أهلية الأداء •

؛ - اهلية الوجوب (Capacité de Juiissance) :

يعرفونها بأنها وصف فى الشخص يقوم على مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات وتنقسم الى أهلية وجوب كاملة أو ناقصة بقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق ويتحمل به من واجبات (١) •

وتثبت للشخص من وقت ميلاده حيا بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا الى وقت موته ، بل وبعد ذلك الى حين

(١) د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ١٩٠

تصفية تركته وسداد ديونه وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوفر فيه أهلية الوجوب (١) .

ويترتب على ذلك أنه اذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها كالجنين يولد ميتا وكالميت بعد سداد ديونه وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية وكالشركة بعد أن تصفى وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية فما يملكه بعد دخوله سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية يكون ملكا للكنيسة لأن شخصيته انعدمت بل لأنه يعتبر نائبا عن الكنيسة فى تملكه هذه الأموال (٢) .

٢ - أهلية الأداء (Capacité d'exercice) :

ويعرفونها بأنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، أو لاستعمال الحق .

والتصرف القانونى (Acte Juridique) هو عمل الارادة حين تتجه الى احداث أثر قانونى معين ومن ثم كان قوامه الارادة ، واذا كان ذلك كذلك كانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية (٣) فان مناب هذه الصلاحية هو « التمييز » ومن ثم فان مدى - أو نطاق هذه الأهلية عند الشخص يتحدد بحسب قدرته على التمييز وهى بذلك ترجع الى اعتبار فى الشخص نفسه ومن ثم يجب التفريق بين انعدام الأهلية لفقدان التمييز وحالات أخرى لا يجوز

(١) د. السنهورى - مرجع سابق ص ٢٨٤

(٢) القوانين لابن العسال ص ٣١٥ ط ١٩٢٧ مشار اليه فى د.

السنهورى - المرجع السابق ص ٢٨٤ وهامش ١

(٣) تقتصر أهلية الأداء على مباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية دون الأعمال المادية كالعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب اذ لا تستند الى اهلية عند الشخص فيما يتعلق بترتيب آثارها فالأثر الذى يترتب على العمل المادى انما يقع بقوة القانون بصرف النظر عن ارادة الشخص الذى صدر منه العمل ، د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ص ١٩٣

فيها للشخص أن يتصرف في المال سواء بنفسه أو بنائبه كالمال الموقوف وشرط المنع من التصرف في الهبة أو الوصية خلال مدة معينة ، والمنع القانوني لبعض الأشخاص من ابرام تصرفات معينة كمنع القضاة وأعضاء النيابة والمحامين من أن يشتروا الحق المتنازع فيه .

* * *

● تقسيم التصرفات القانونية بحسب الأهلية :

يقسم فقهاء القانون التصرفات القانونية بحسب تقسيمهم لأهلية الأداء الى أهلية كاملة أو ناقصة الى ثلاثة أنواع هي :

١ - تصرفات نافعة نفعا محضا وهي التي يشرى من يياشرها دون دفع مقابل كقبول الهبة .

٢ - تصرفات ضارة ضررا محضا وهي التي يفتقر من يياشرها دون أخذ مقابل كأعمال التبرع .

٣ - تصرفات دائرة بين النفع والضرر وهي التي تحتل بأصل وضعها الربح والخسارة وتشتمل على :

(أ) أعمال التصرف التي تنطوي على تقرير حق عيني للغير على الشيء كالبيع والرهن .

(ب) أعمال الادارة بشقيها :

- أعمال الادارة المعتادة وهي التي ترمى الى استغلال الشيء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع ما أعد له الشيء كالايجار .

- أعمال الادارة غير المعتادة وهي التي تتضمن تغييرا في الشيء أو تعديلا في الغرض الذي أعد له كاعادة بناء منزل أو البناء في أرض زراعية لاعدادها للاستغلال الصناعي .

وبحسب أهلية الشخص تكون صلاحيته لمباشرة كل أو بعض التصرفات السابق بيانها فاذا كان كامل الأهلية كان صالحا لمباشرة كافة هذه التصرفات والعكس اذا كان عديما ، واذا كان ناقص الأهلية

فانه يكون صالحا لمباشرة التصرفات النافعة نفعا محضاً وغير صالح لمباشرة أعمال التبرع وتخضع تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر لأحكام القانون .

● الأصل في الشخص انه كامل الأهلية بنص القانون :

تنص المادة (١٠٩) مدنى مصرى على أن :
« كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحدد منها بحكم القانون » (١) .

وبناء على هذا النص تكون هناك قرينة قانونية على توافر الأهلية من شأنها القاء عبء اثبات عدمها على من يدعيه فإذا قام الدليل على انعدام الأهلية كان العقد باطلا وإذا قام الدليل على نقصها كان العقد قابلا للإبطال وفي هذا تنص المادة (١١٩) مدنى مصرى على أنه :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » (٢) .

وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو ابقاء العقد ويكون أساس الالتزام في هذه الحالة العمل غير المشروع لا العقد والطرق الاحتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة .

كما تنص المادة (٤٨) مدنى مصرى على أنه :
« ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » (٣) .
ومن هنا تكون أحكام الأهلية في القانون وفقهه من النظام العام .

(١) يقابل نص المادة ١٠٩ لىبى ، م ١١٠ سورى ، م ٩٣ عراقى ، م ٩٤ سودانى ، م ١١٧ كويتى ، والفصل الثالث تونس .

(٢) يقابل هذا النص م ١١٩ لىبى ، م ١٢٠ سورى ، م ١٠٤ سودانى

(٣) يقابل هذا النص م ٤٨ لىبى ، م ٥٠ سورى ، م ٥٥ سودانى .

أهلية الأداء الناقصة في الفقه الاسلامي

أولا - الصبى المميز

الصبى المميز هو من له أهلية أداء ناقصة ، ولا يتصور التمييز قبل سن السابعة ، اذ هي السن التي يتصور أن يميز فيها الصبى بين معاني ألفاظ العقود في الجملة ويعرف المراد منها عرفا ، وقد يتجاوز الشخص هذه السن ولا يوصف بالتمييز ما دام لم يعرف معاني العقود ومقتضاها في عرف الناس في الجملة ، وعلى ذلك فضابط التمييز هو هذه المعرفة ، غاية الأمر أنه لا يتصور دون السابعة .

أما نهاية الصبا فهو بلوغ الحلم غير أن تمام أهلية الأداء لا يكون الا ببلوغ الرشد أيضا . وذلك لقوله تعالى :

﴿ وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آمنستم منهم امراء فادفعوا اليهم اموالهم ﴾ (١) .

فدفع المال وأهلية الأداء الكاملة ضابطه أمران هما :

١ - بلوغ النكاح . ٢ - ايناس الرشد .

والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة هي : الاحتلام ، والانزال للذكر والأثني ، والحيض والحمل للأثني فان لم يوجد شيء من هذه الأمارات والعلامات اعتبر البلوغ بالسن ، وقد اختلف الفقهاء في تقديره : فقدره الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية بخمس عشرة سنة للذكر والأثني ، وقدره أبو حنيفة بشماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة ، وقدره المالكية بشماني عشرة سنة تامة ، وقيل بالدخول فيها للذكر والأثني (٢) .

(١) النساء : ٦

(٢) انظر د. محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٥٢

وايناس الرشيد لم يعين له الفقهاء سنا معيناً ، وضابطه القدرة على تدبير الأمور المالية واستغلال الأموال استغلالاً حسناً ، ومن هنا يختلف الرشيد تبعاً لاستعداد الشخص وبخلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والعلمية ونحوها . وفيه يقول القرآن الكريم ﴿ فان آتستم منهم رشداً ﴾ أى صلاحاً فى العقل وحفظاً للمال (١) .

وقد يتأخر الرشيد عن البلوغ وقد يصاحبه (٢) .

● عقود وتصرفات الصبي المميز :

أولاً - الشافعية لا يجيزون شيئاً من عقودهم مطلقاً ، أى لا لنفسه ولا لغيره وسواء أذن له وليه أم لا .

(١) تفسير القرطبي ج ٥ ص ٣٧ . ويرى الشافعية ان الرشيد عبارة عن صلاح المال والدين فالمصلحة لماله ان كان فاسقاً لا يكون رشيداً خلافاً للأئمة الثلاثة - انظر معنى المحتاج ج ٢

(٢) وقد اختلف الفقهاء فى مدى انتظار الرشيد : فذهب ابو حنيفة الى ان انتهاء الولاية المالية على الشخص واطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ولو كان سفيهاً متلاًفاً ، لكن أمواله اذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها اليه من باب الاحتياط والتأديب حتى يرشد أو يتم الخامسة والعشرين من عمره ، وجمهور الفقهاء والصاحبان قالوا : يجب استمرار الولاية على الشخص اذا بلغ غير رشيد الى ان يؤنس منه الرشيد . وابو يوسف يشترط حكم القاضى بحجر السفيه . . انظر كشف الأسرار على البزدوى ج ٤ ص ٢٧١ ورد المختار ج ٥ ص ٩٤ ويذهب د . مصطفى الزرقا الى ان الشريعة قد تركت تحديد سن الرشيد لولاة الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية فى المصالح المرسله - الفقه الاسلامى فى توبه الجديد ج ١ ص ٤٥٢ مجلد ١ ط ١٩٥٨ ويحدده القانون الفرنسى والمصرى والكويتى باحدى وعشرين وفيها يكون الشخص أهلاً لأن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها وقد تحدد سن الرشيد فى المملكة السعودية بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٧٤ هـ بثمانى عشر سنة هجرية وهى سن الرشيد المدنى والتجارى على حد سواء . . يؤخذ على هذا النص انه ليس كل من بلغ الرشيد يعبر رشيداً اذ قد يبلغها سفيهاً أو معتوهاً أو ذو غفلة ومن هنا نرى ضرورة تعديل النص ليصبح على الاقل كل من بلغ (١٨) سنة غير مصاب بعارض من عوارض الاهلية أو الاكتفاء بالشق الاول من المادة .

وحجتهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » (١) .

ووجه الدلالة : أن الحديث دل على أن الصبي لا يجب عليه شيء كما يدل على اسقاط أقواله وأفعاله (٢) .

ثانياً — باقى الائمة قالوا بجواز عقوده فى الجملة :

١ — فالحنفية قسموا تصرفات الصبي المميز الى ثلاثة أقسام :

(أ) العقود والتصرفات النافعة نفعا محضا كقبوله الهبة والوصية له ، والانتفاع بالعارية تصح منه سواء أكان محجورا أم مأذونا له ، وسواء أجازها وليه أو وصيه أم لا ، لأنه لا مصلحة فى ابطال مثل هذه التصرفات .

(ب) العقود والتصرفات الضارة بماله ضررا محضا كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو صدقة أو وقف ، وكذا اقراضه ونحو ذلك لا تصح منه مطلقا (٣) .

(ج) العقود والتصرفات المحتملة للنفع والضرر والربح والخسارة كعقود المعاوضات ، من بيع وشراء واجارة واستئجار ورهن وارتهان ومزارعة ومساقاة فهذه التصرفات يختلف حكمها بالنسبة لحال الصبي :

(أ) فإن كان غير مأذون له فإنه يتوقف نفاذ هذه العقود والتصرفات على اجازة وليه أو وصيه والا بطلت .

(١) رواه أحمد وأبو داود .

(٢) انظر المجموع للنووى ج ٩ ص ١٥

(٣) استثنى الفقهاء من ذلك اقراض مال اليتيم من القاضى وان كان القرض فيه معنى التبرع ابتداء الا أنه يترتب عليه صيانة مال اليتيم من الضياع ، لأن القرض مضمون على المقرض فى جميع الأحوال ، انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٠

والاجازة لا تكون صحيحة الا اذا كان ولى أو وصى المميز يملك
انشاء هذه العقود وانفاذها ابتداء .

(ب) وان كان مأذونا له فى التجارة كان له أن يباشر بنفسه من
العقود والتصرفات ما من شأنه أن يباشر التجارة ، وكذا له أن يوكل
غيره فى مباشرة هذه التصرفات ، وبمقتضى هذا الاذن تكون عقود
نافذة سواء أكانت بمثل القيسة أو بغبن يسير ، وعند الامام أبى حنيفة
حتى لو كانت بغبن فاحش ، محتجا بأن قصور رأى الصبى اندفع برأى
الولى ، والتحق الصبى بالبالغ وصار بمنزلته ما اذا اندفع ذلك بكمال
رأيه بالبلوغ .

وقال صاحبان : لا تصح عقود وتصرفاته بالغبن الفاحش لأنها
بمنزلة التبرع ، والصبى ليس أهلا للتبرعات ولو بالاذن .

أما العقود والتصرفات التى ليست متعلقة بالتجارة فلا تكون
نافذة الا اذا أجازها الولى (١) .

٢ - ذهب الحنابلة الى صحة عقود وتصرفاته مطلقا اذا أذن له
الولى وبدون الاذن لا يصح شئ منها . أيا كان عقده ولو كان من
التصرفات النافعة نفعاً محضاً . خلافا لبعضهم .

ويصح عندهم تصرف الصبى - ولو لم يكن مميزاً - بدون
الاذن فى الشئ اليسير لأن الخوف من ضياع الأموال مفقود فى
اليسير (٢) .

٣ - وجعل المالكية عقود وتصرفات الصبى المميز تدور مع المصلحة
فان كانت المصلحة فى اجازتها تعين على الولى ذلك .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم

ص ١٧٠

(٢) انظر كشف القناع ج ٢ ص ٧٠٦

والا تعين عليه ردها ، وان استوت المصلحة في الاجازة والرد كان
الولى بالخيار وهم كالحنابله للصبي التصرف في الشيء اليسير بدون
توقف على اذن الولي (١) .

● الصبي المميز في القانون وفقهه :

تعريف : تنص المادة (٤٦) مدنى مصرى على أنه :
« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن
الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره
القانون » (٢) .

وعلى ضوء هذا النص يعتبر الصبي مميزا من وقت بلوغه سن
التمييز أى سن السابعة الى وقت بلوغه سن الرشد أى احدى وعشرين
سنة ، ونقصان الأهلية هنا بسبب نقصان العقل في هذه الفترة من
السابعة حتى الاحدى والعشرين سنة ميلادية وان كانت قد توافرت
بعض أسباب التمييز (٣) .

ويلاحظ هنا أن القانون قد ربط ربطا مباشرا بين التمييز والسن
فقرر التمييز لمن هم في سن السابعة حتى بلوغهم سن الرشد وهى احدى
وعشرين سنة ميلادية مع أن ايناس الرشد قد يكون قبل ذلك ، فقد
يكون مصاحبا للبلوغ ، ومرحلة البلوغ اذن لم يرتب عليها القانون ثمة
أحكام خلافا لمسلك الفقه الاسلامى في هذا الخصوص اذ اعتبر
التمييز من سن السابعة حتى البلوغ أو الحلم ، فان لم تظهر أمارات
البلوغ فقد وقع خلاف الفقهاء في تحديد السن التى ينتهى اليها الصبا
على نحو ما تقدم وبذلك يكون الفقه الاسلامى قد رتب الأحكام

(١) الدسوقى ج ٣ ص ٢٩٥ - ٢٩٨

(٢) يقابل هذا النص م ٤٦ لىبى ، م ٤٨ سورى ، م ٥٣ سودانى .

(٣) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ١١٩

على اعتبارات موضوعية تتحقق بها المصالح لا تحديد تحكمى قد تتجاف معه المصالح كما ذهب القانون فى ربط التمييز بالسن ليس الا مع أنه ربط الأهلية بالارادة والقدرة على ابرام التصرفات القانونية واستعمال الحقوق .

● تصرفات الصبى المميز فى القانون وفقهه :

تنص المادة (١١١) مدنى مصرى على أحكام تصرفات الصبى المميز فتقرر :

« ١ - اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشيد ، أو اذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون »^(١) .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة المذكورة فان أهلية الادارة وأهلية التصرف وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لا يملكها الصبى المميز وانما يتولاها عنه الولى أو الوصى فاذا قام بها الصبى المميز نفسه وقعت قابلة للإبطال ، وهذا الإبطال يطلبه الولى أو الوصى أو المحكمة بحسب ما خوله القانون لكل منهم من سلطة بالتصرف أو الاذن به .

ويستثنى من أحكام المادة (١١١) مجموعة من الحالات أهمها ما يأتى :

١ - الصبى المميز اذا بلغ ١٨ سنة من عمره وأذن له .

(١) يقابل هذا النص مادة ١١١ لىبى ، مادة ١١٢ سورى ، مادة

٩٧ عراقى ، مادة ٩٦ سودانى ، مادة ٢١٦ لبنانى .

وهذه الحالة نصت عليها المادة (١١٢) مدنى مصرى بقولها :

« اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » (١) .

وفىما أذن له فيه الصبى المميز من تصرفات يكون فيها كامل الأهلية وفى التقاضى فيه ولا يحق للولى أو الوصى أن يباشر تصرفا يكون القاصر أهلا لمباشرته فحيثما تتوفر الأهلية ترتفع الولاية (٢) .

وعلى ذلك فحالات الاذن للقاصر الذى يبلغ ثمانى عشرة سنة فى القانون المصرى هى :

— فى إدارة أمواله (م ١١٢ مدنى) ويصدر الاذن من الولى بأشهاد لدى الموثق أو من المحكمة .

— فى الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) ويصدر الاذن من المحكمة ويكون لمن أصدر الاذن أن يرجع فيه اذا أساء القاصر التصرف .

٢ — متى بلغ الصبى المميز السادسة عشرة يكون له حق إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) .

٣ — يجوز للصبى المميز أيا كانت سنه أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون

(١) يقابلها المادة ١١٢ لىبى ، م ١١٣ سورى ، م ٩٩ عراقى ، م ٩٧ سودانى ، م ٢١٧ لبنانى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٠٢

الولاية على المال) كما يجوز له إبرام عقد العمل الفردى والمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى الشأن انتهاء العقد رعاية لمصلحته أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) •

٤ - اذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال سواء أكان ذكرا أو أنثى كان ذلك اذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو فى قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المال) •

٥ - اذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة من عمره كان له أن يوصى بأذن المحكمة ، والوصية وان كانت من التصرفات الضارة ضررا محضا الا أنها لا تنفذ فى ماله الا بعد وفاته وأن للمحكمة سلطة تقدير سلامة التصرف (م ٥ من قانون الوصية) •

● تعقيب :

من تتبع أحكام عقود وتصرفات الصبى المميز فى القانون يتضح تأثره الى حد ما بالفقه الاسلامى فى تقسيم تلك العقود والتصرفات الى الثلاثة أقسام السابقة وربطها بمدى أهلية الصبى المميز فيها وهذا التقسيم للتصرفات هو مذهب الحنفية •

ويتلاحظ أن فى ربط القانون لبعض تصرفات الصبى المميز بسن معينة فى نطاق السن التى حددها لمرحلة التمييز وهى ما بين السابعة والاحدى والعشرين هذا الربط فيه دلالة واضحة على صحة مسلك الفقه الاسلامى فى ربط أهلية الصبى المميز بالفترة ما بين السابعة والبلوغ ، ففى تأخرها عن ذلك - ما لم يعترض أهليته عارض آخر - ضرر واضح بمصالحه المالية ولعل ما ذهب اليه القانون من استثناءات دليل واضح على ذلك •

وإذا كان الفقه الاسلامى قد أشبع حالة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وفصل الفقهاء القول فيها على أساس موضوعى

تراعى فيه طبيعة التصرف ومصلحة الصبي المميز وحاله ، ومدار صحة تصرفاته فى هذه الحالة هو الاذن السابق أو الاذن اللاحق وبعبارة أدق الاجازة اللاحقة التى تأخذ فى اعتبارها تقدير سلامة التصرف وتعتيق مصلحة الصبي المميز المالية منه ، ومن هنا كان اختلاف الفقهاء فى صحة أو عدم صحة عقودهم وتصرفاتهم التى فيها غبن فاحش ، ومن هنا أيضا كان التفريق بين التصرفات المتعلقة بالتجارة وغير المتعلقة بها .

وعلى هذا النحو لم يكن الفقهاء بحاجة الى القول بقابلية التصرف للإبطال المنصوص عليه فى المادة ٢/١١١ مدنى مصرى .

ثانيا - المعتوه

العتة آفة توجب خلا فى العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه كلام المجانين وكذا سائر أفعاله .

وعلى ذلك فالمعتوه لا يكون الا مميزا لأنه ان كان غير مميز أصلا وكان مغلوبا لا يميز شيئا فهو مجنون^(١) .

● حكم عقودهم وتصرفاتهم :

المعتوه يشبه الصبي المميز ، ومن ثم فحكم عقودهم وتصرفاتهم كحكم عقود الصبي المميز سواء بسواء .

(١) تفترض الفتاوى الهندية أن العته قسم مقابل للمجنون ، وعلى ذلك فآفته أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصحبه تمييز ، وفى الحالة الأولى يكون كالصبي المميز .

وفى الثانية يكون كالمجنون ، انظر أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد

ص ٢٢٩ .

ثالثا - السففيه

غلب السفه في عرف الفقهاء^(١) على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع .

للسفيه حالتان - الحالة الأولى : أن يبلغ الشخص سفيها :

اتفق الفقهاء على أنه لا يسلم اليه ماله في هذه الحالة لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوَلَّوْا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ (٢) ، وأكثر الفقهاء بعدم تسليم ماله اليه تأديبا وزجرا له ولكن تنفذ تصرفاته^(٣) ما دام بالغا عاقلا . كما أن أكثر الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف ومحمد على أنه يستمر الحجر عليه حتى يرشد ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية عندهم هو نقص العقل وعدم القدرة على ادارة شئونه المالية ، خلافا لأبي حنيفة اذ يرى أن الشخص اذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله ولو كان سفيها ما دام عاقلا لأنه بعد هذا السن لا ينفع فيه زجر ولا تأديب .

الحالة الثانية : بلوغ الشخص رشيدا ثم يطرأ عليه السفه بعد ذلك :

(١) السفه في اللغة : الخفة . وفي الشرع : عبارة عن خفة تعتري الانسان تحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع . وهذا التعريف يتناول ارتكاب جميع المحظورات كالزنا والسرقة وشرب الخمر . فالفاسق يسمى سفيها وان لم يكن مضيعا لامواله الا أن السفه في اصطلاح الشافعية هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله .

(٢) النساء : ٥

(٣) يذكر الشيخ أبو زهرة انه روى عن أبي حنيفة ان الشخص اذا بلغ سفيها استمر الحجر عليه فمنع من ماله ولا تنفذ تصرفاته فيه وأن ذلك هو الراجح . خلافا لما جاء في نظرية العقد د. محمد شوكت ص ٥٧ ، وما جاء في د. بدران أبو العينين بدران ، نظرية الملكية والعقد ص ٤٤٣ ، يراجع نظرية الملكية والعقد أبو زهرة ص ٣١٩ .

أكثر الفقهاء (منهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ومعهم أبو يوسف ومحمد) على أنه يحجر عليه ويصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة .

وذهب أبو حنيفة وبعض الفقهاء كإبراهيم النخعي ومحمد بن سيرين الى أنه لا يحجر عليه مطلقاً وتنفذ جميع تصرفاته (١) .

* * *

● متى يبدأ الحجر على السفهه ومتى ينتهى :

من قال بالحجر على السفهه على نحو ما تقدم انقسم الرأى عندهم فى الوقت الذى يبدأ فيه الحجر والوقت الذى ينتهى فيه .

فذهب الشافعى وأحمد وأبو يوسف ومالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم الى أن الحجر يبدأ من وقت حكم القاضى بالحجر ، ولا ينفك عنه الا بحكم القاضى أيضاً . وعلى ذلك فعقوده وتصرفاته قبل قضاء القاضى بالحجر نافذة ، وتصرفاته قبل قضاء القاضى برفع الحجر غير نافذة .

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم من المالكية الى أن الحجر ينتهى من وقت اسرافه وتبذيره فى أمواله ، أى يصير محجوراً بنفس السفهه ولو لم يحكم القاضى بالسفهه ، لأن علة الحجر

(١) أدلة أبو حنيفة فى عدم الحجر على السفهه واعتباره كامل الأهلية خلافا لسائر الأئمة حيث اعتبروا السفهه مؤثراً فى أهلية الأداء بالقصور والنقص ، مبسوطه فى كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٨٩ وما بعدها ، فتح القديز ج ٧ ص ٣١٤ ، الزيلعى ج ٥ ص ١٩٢ ، القرطبى ج ٥ ص ٣٠ وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٦ ، أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٢٣٤ ، نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٣٦٨ ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٣٢٠ وما بعدها ، المبسوط ج ٢٤ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦٩ ، المغنى ج ٤ ص ٥٦٤

هى السفه والتبذير فى ماله فحينما وجدت العلة وجد المعلول
فلا حاجة الى قضاء القاضى ، وكذلك ان رشد السفه اثق
الحجر عنه بنفس الرشد بدون حاجة الى قضاء القاضى (١) .

* * *

● العقود والتصرفات التى يحجر فيها على السفه :

من قالوا بالحجر على السفه اختلفوا كذلك فيما بينهم فى
العقود والتصرفات التى يكون محجورا بالنسبة لها والتى لا يكون .

وفى هذا الخصوص يرى أبو يوسف ومحمد أن السفه كالهزل ،
ومن ثم فالتصرفات التى لا تحتل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل تصح
من السفه كما تصح من الهزل ما دامت مكتملة لشروطها وأركانها
الشرعية . فيصح نكاحه وطلاقه وعتقه ويمينه ونذره ، الا أنه بالنسبة
لعقد النكاح يكون السفه محجورا عليه فيما زاد على مهر المثل .

أما التصرفات التى تحتل الفسخ وتبطل بالهزل كالبيع والاجارة
والمضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة فحكم السفه فيها كالصبي
المميز على نحو ما تقدم عند الحنفية (٢) .

(١) أدلة الفريقين فى وقت الحجر وانتهاؤه مبسطة فى القرطبى
ج ١٥١ ص ٢٢٠ ، والزيلعى ج ٥ ص ١٩٥ ، وكشف الأسرار ج ٤
ص ١٤٩ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٦ ، د. محمد شوكت ، نظرية
العقد ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) وقد لخص « محمد بن الحسن » الأمور التى يخالف فيها
السفه الصبى المميز فقال : « المحجور بمنزلة الصبى الا فى أربعة .
أحدها : أن تصرف الوصى فى مال الصبى جائز وفى مال المحجور عليه
باطل ، والثانى : أن اعتاق المحجور وطلاقه وتدبيره ونكاحه جائز ومن
الصبى باطل ، والثالث : المحجور عليه اذا أوصى بوصية جازت وصيته
من ثلث ماله ومن الصبى لا تجوز ، والرابع : جارية المحجور اذا
جاءت بولد فادعاه يشب نسبته منه ومن الصبى لا يشب ، انظر كشف
الأسرار ج ٤ ص ١٤٩٢ ، تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٨٠ ، الزيلعى
ج ٥ ص ١٩٦ - ١٩٨ .

واستثنى الفقهاء من ذلك وصاياهم في وجوه الخير والبر فانها
تصح استحسانا لا قياسا لأنها لا تنفذ الا بعد مماته •
وذهب الشافعية الى أن تصرفاته وعقوده المتعلقة بالأموال
لا يصح شيء منها ولا تنفذ ولو أذن الولي في الأصح عندهم
الا في النكاح خاصة فانه يجوز بأذن الولي •
أما التصرفات غير المالية^(١) فانها تصح منه •

أما الحنابلة : فيذهبون الى أنه لا يصح شيء من عقوده
وتصرفاته المتعلقة بالأموال الا بأذن الولي • واستثنوا عقد النكاح
فقالوا يجوز للسفيه أن يتولاه بنفسه لنفسه اذا كان محتاجا
اليه وامتنع الولي من تزويجه •

أما التصرفات غير المالية فانها تصح منه^(٢) •
والمالكية يربطون عقوده وتصرفاته بالمصلحة فحينما وجدت
أجازها الولي والا تعين عليه ردها ، وقالوا بصحة طلاقه واستلحاق
نسبه ونفيه بلعان ويقتض منه اذا جنى على غيره في نفس أو جرح
ويصح اقراره بالعقوبات^(٣) •

* * *

رابعاً - ذو الغفلة^(٤)

هو الذي لا يهتدى الى التصرفات الراجعة ، فيغبى في المعاملات
المالية لبساطته وسهولة خدعه ومن هنا كان وجه التشابه بينه

(١) كالملاق والخلع والظهار والايلاء واقراره بالحدود والقصاص ،
أما اقراره بدين أو بجنائية توجب دفع المال فلا يصح ، انظر مغنى
الاحتاج ج ٢ ص ١٦٠ - ١٦١ •

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ •

(٣) الدسوقي - على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٩٥ - ٢٩٨ •

(٤) قد يعبر عن ذى الغفلة بالضعيف ولعله المراد من الضعيف
في قوله تعالى : ﴿ فإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ
أَنْ يَمْلِكَ هُوَ فليَمْلِكْ وَلِيه بِالْعَدْلِ ﴾ (البقرة : ٢٨٢) انظر محمد أبو زهرة ،
الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٨

وبين السفه وهو فساد التقدير وسوء التدبير واتلاف الأموال
ولذلك اعتبر حكمهما واحد ، اذ أن كلا من السفه والمغفل لا يؤثر
السفه والغفلة على أهليتهما لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل
والسفه والمغفل عقلهما كامل .

ولكن يظهر الفرق بينهما في أن السفه كامل الادراك ، لكنه
مكابر في اندفاعه في اتلاف المال مما يجعله ضعيف الارادة أما ذو
الغفلة فضعيف الادراك (١) .

وعلى ذلك فالصبي المميز والمعتوه والسفه وذو الغفلة يعتبرون
قاصري الأهلية ومن عداهم من الأشخاص المميزين يعدون كاملي
الأهلية ، فكل شخص بالغ عاقل رشيد له أهلية أداء كاملة سواء أكان
ذكرا أم أنثى وسواء أكان صحيحا أم مريضا ما دامت قواه العقلية
سليمة .

* * *

● المعتوه والسفه وذو الغفلة في القانون وسفهه (عوارض الأهلية) :

تعريف : يتحدث فيها فقهاء القانون باسم عوارض الأهلية أو تأثير
الأهلية بعوامل أخرى غير السن ، ويذكرون أنها أمور تعرض للشخص
فتؤثر على التمييز عنده وبالتالي على أهليته ، وقد تظهر على
الشخص بعد بلوغ سن الرشد فتعدم أهليته أو تنقصها وقد
تظهر عليه قبل بلوغ الشخص سن الرشد فتؤدى الى الحكم
باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وعوارض الأهلية في فقه القانون اما عاهات تصيب العقل وهي
الجنون والعتة ، أو عاهات تفسد التدبير وهي السفه والغفلة .

وعوارض الأهلية في القانون المدني المصرى لا تعدم الأهلية

(١) انظر بدران أبو العنين بدران ، الملكية ونظرية العقد ص ٤٤٣ .

أو تنقصها إلا بتوقيع الحجر اذ تنص المادة (١١٣) مدنى مصرى على أنه : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون » (١) وهذا هو قانون الولاية على المال •

• حكم المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة فى القانون وفقهه :

١ - المجنون :

المجنون اضطراب فى العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، ومن ثم فان تصرفاته القانونية تقع باطله وعلى ذلك تنص المادة (١١٤) مدنى مصرى (٢) :

« ١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر •

٢ - أما اذا صدر التصرف قبل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » •

واذا قامت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغ سن الرشد حكمت المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، واذا طرأت حالة الجنون عند الشخص بعد بلوغ سن الرشد يحجر عليه وتقيم المحكمة قيما لادارة أمواله •

وتقع تصرفات المجنون بعد تسجيل قرار الحجر باطله ، وقبل تسجيل قرار الحجر تكون صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة

(١) يقابل هذا النص مادة ١١٣ لىبى ، م ١١٤ سورى ، م ٩٤ ، ٩٥ عراقى ، م ٩٨ سودانى ، م ١١٩ كويتى .
(٢) يقابله مادة ١١٤ لىبى ، م ١١٥ سورى ، م ٩٩ سودانى •

وغير معروفة من الطرف الآخر فإذا كانت شائعة بحيث يكون في وسع الطرف الآخر أن يعلم بها أو كانت معروفة لديه كان التصرف باطلا حتى ولو كانت قبل تسجيل قرار الحجر •

ولا تعود للمجنون أهليته الا بقرار رفع الولاية أو الوصاية أو الحجر بناء على زوال الجنون ، وقبل ذلك تكون جميع تصرفاته باطلة حتى ولو صدرت في فترة الافاقة •

٢ - المعتوه :

العته كالجنون خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عن الجنون في أنه لا يكون مصحوبا بهياج ، والقانون المصرى يعتبر المعتوه كالمجنون في جميع الأحكام فهو فاقد الأهلية مثله ، وتقع تصرفاته باطلة •

٢ - السفه :

السفه تبذير المال على غير مقتضى العقل ومن ثم فهو يصيب التدبير وعلى ذلك فالسفه لا يعدم الأهلية بل يجعل السفه قاصرها أو ناقصها ، وعلى ذلك نصت المادة (٤٦) من القانون المدنى المصرى بقولها (١) :

« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » •

وتنص المادة (١١٥) مدنى مصرى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« ١ - اذا صدر تصرف من ذى غفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام •

(١) يقابله م ٤٦ لىبى ، م ٤٨ سورى ، م ٥٣ سودانى •

٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ» (١) .

ويراد بالاستغلال في النص المذكور أن يكون الغير عالماً بحالة السفه فيعمل على الاستفادة منها كأن يدفع السفينة الى تصرفات يستغله بها كي يحصل على ميزات تتجاوز الحد المعقول ، ويراد بالتواطؤ أن يكون هناك حجر يتوقعه السفينة ومن يتعاقد معه فيتواطآن على المبادرة الى ابرام تصرف قبل توقيع الحجر للافلات من أثر هذا الحجر .

وعلى هذا الأساس فان تصرفات السفينة اذا حجر عليه وكانت نافعة نفعا محضاً صحيحة ، واذا كانت ضارة ضرراً محضاً كانت باطلة ، واذا كانت دائرة بين النفع والضرر كانت قابلة للإبطال شأنه في هذا شأن الصبي المميز على التفصيل السابق .

واستثنى القانون من القاعدة السابقة ما يأتي :

١ - يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بشرط أن يؤذن له في ذلك ، وعلى هذا تنص المادة ١١٦/٢ مدني مصري على أن :

« تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » (٢) .

وفي هذا الشأن تنص المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال على أنه :

(١) يقابل هذا النص م ١١٥ لبيي ، م ١١٦ سوري ، م ١٠٩ ، م ١١٠ عراقي ، م ١٠٠ سوداني .
(٢) يقابل هذا النص م ١١٦ لبيي ، م ١١٧ سوري ، م ١٠١ سوداني

« يجوز للمحجور عليه لسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون » •

وفيما يتعلق بالاذن بممارسة التجارة لم يرد في القانون المدني المصري نص مباشر في هذا الصدد ويذهب البعض^(١) إلى عدم جواز إعطاء هذا الاذن للسفيه لأن حالة السفه تتجافى مع ما تتطلبه التجارة من اعتدال وتدبير وبصر بحقيقة الأمور •

ويذهب البعض الآخر^(٢) إلى أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز فتثبت لهما أهلية الاغتناء (التصرفات النافعة نفعا محضاً) وتقتيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز وتعدم أهلية التبرع وذلك استناداً إلى نص المادة (١/١١٥) مدني مصري السالف الذكر •

٢ - يجوز للمحجور عليه لسفه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً الوقف والوصية بشرط أن تأذن له المحكمة في ذلك ، وعلى هذا تنص المادة (١/١١٦) مدني مصري اذ تقول :

« يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك » •

وهذا الحكم يسرى بالنسبة للصبي المميز الذي بلغ ثمانى عشرة سنة من عمره بالنسبة للوصية ولكنه لا يسرى بالنسبة إليه فيما يتعلق بالوقف على حين أنه كان الأولى في نظرنا أن يسوى بين الوقف

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون فقرة ٣٠٨ ط ١٩٦٧
(٢) د. السنهوري ، الوسيط ج ١ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ ، وأحكام النقض المشار إليها فيه •

والوصية اذا كانا على الأقل في وجوه الخير والبر كما هو مسلك الفقه الاسلامى .

وفى هذا الخصوص يتضح أن لكل من القانون وفقهه مسلكه الخاص فى معالجة عقود وتصرفات السفه والذى يختلف عن مسلك الفقه الاسلامى وان كان القانون ورجاله قد تأثروا فى بعض المسائل بالفقه الاسلامى وبخاصة فى تقسيم التصرفات والعقود بحسب الأهلية ومداها وفى اعطاء مدلول دقيق لمعنى العتة والجنون والسفه والغفلة .

٤ - ذو الغفلة :

حكم ذو الغفلة فى القانون كحكم السفه فى كل شيء .

* * *

● اهلية المرأة والمريض مرض الموت والمدين :

ان المرأة حدث بشأنها خلاف بين الفقهاء فى أمرين هما :

الاول : مدى صلاحية عبارتها لانشاء عقد النكاح ، وبعبارة أخرى هل تصح عبارتها لانشاء عقد النكاح أم لا ؟

الثانى : كمال ولايتها المالية فلم يكتف البعض بالبلوغ والرشد لثبوت أهلية الأداء بالنسبة لها بل اشترط فوق ذلك شروط أخرى .
كذلك المريض اختص ببعض الأحكام تتعلق حق الورثة والدائنين بماله .

وكذلك المدين حصل خلاف فى تصرفاته .

وستتناول هذه المسائل الثلاث بإيجاز شديد موضحين الضوابط الفقهية فى كل منها :

اولا - أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية :

تساوى المرأة مع الرجل في الأهلية سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء عند جمهور الفقهاء فلها ذمة صالحة لشبوت الحقوق لها أو عليها ولها ارادة مستقلة تنشئ بها تصرفات يقرها الشرع .
غير أنه بالنسبة لأهلية الأداء ثار الخلاف في أمرين نوجزهما على النحو التالي :

١ - صلاحية عبارة المرأة لانشاء عقد النكاح وصحة مباشرتها له :

لا خلاف بين الفقهاء على حرية المرأة في اختيار الأزواج فان تعنت أولياؤها وأسأوا وعضلوا عمن اختارت رفعت أمرها الى القاضي ليدفع عنها هذا الظلم والايذاء ما دام من وقع عليه اختيارها كفتا لها .

ولكن الخلاف في كون النكاح ينعقد بعبارة المرأة أو لا ينعقد :

يذهب جمهور الفقهاء الى أن عبارتها لا تصلح لانشاء العقد أصلا وان كان لا بد من رضاها ما دامت بالغة رشيدة . وان أقدمت على العقد بعبارتها وقع النكاح باطلا ، ومن ثم فهي بالنسبة لعقد النكاح عديمة الأهلية (١) .

وخالف أبو حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرواية الجمهور وقال : ان النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشيدة فيجوز لها أن تزوج نفسها وتزوج غيرها الا أن يكون الزوج غير كفاء فيكون للولى أن يفرق بينهما .

وذهب محمد بن الحسن الى أن النكاح ينعقد بعبارتها موقوفا على اجازة وليها سواء أكان الزوج كفاء أم غير كفاء . ويروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما قالوا بعدم انعقاد العقد بعبارتها في غير

(١) انظر فتاوى ابن تيمية - ج ٣ ص ٢٧٠ - أحكام القرآن

الكفاءة ، واختار بعض المتأخرين الفتوى بهذه الرواية نظرا لفساد الزمان (١) .

٢ - كمال ولايتها المالية :

يرى جمهور الفقهاء أن المرأة البالغة الرشيدة لها أهلية أداء كاملة بالنسبة لأموالها وليس لأحد سلطان عليها في ذلك ، فالمرأة كالرجل بالنسبة للأموال .

خالف مالك ومن وافقه الجمهور في موضعين هما :

(أ) البكر البالغة :

بالنسبة لها يرى مالك استمرار الحجر عليها ولو بلغت رشيدة حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد العدول على رشدها . ويرى بعض أصحاب مالك أنه أيضا لا بد من مضي سنة بعد الدخول وقيل سنتان ، وقيل ستة ، وقيل سبعة . . هذا في ذات الأب ، أما ذات الوصي فلا ينفك الحجر عنها الا بشرط آخر زائدا عما سبق هو أن ينفك الحجر عنها بالوصي أو المقدم بعد الدخول والا كان تصرفها مردودا (٢) .

(ب) المرأة المتزوجة الرشيدة :

ليس لها أن تتبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث وهو رواية عن الامام أحمد رضى الله عنه (٣) .

(١) الزيلعي ج ٢ ص ١١٧ .

(٢) انظر في الرد على مالك : المحلى - ج ٨ ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، انظر د . محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٦٥ .

(٣) سنده في هذا الرأي ما روى من أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي بحلى لها فقال لها النبي ﷺ : « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟ فقالت : نعم ، فبعث اليه ﷺ فقال : هل أذنت لها أن تصدق بحليها ؟ قال : نعم ، فقبله ﷺ . رواه ابن ماجه ، وحديث الرسول ﷺ : « تنكح المرأة لمالها . . . » يراجع المعنى ج ٤ ص ٥١٨ . والحديث الأول ضعفه أكثر العلماء .

وما قال مالك لا يقف أمام عموم النصوص التي جاءت بشأن
الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء •

ثانيا - المريض مرض الموت :

المريض مرض الموت : هو الذى يكون فى حالة يغلب عليه فيها
الهلاك لا محالة ويتوقعه بسبب مرض يؤدى عادة الى الموت غالبا وأن
يتصل الموت بهذا المرض فعلا ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب •

هذا هو الضابط فى مرض الموت ، أما أماراته وأعراضه فقد
اختلف فيها الفقهاء ، فمنهم من قال : أن يكون الشخص صاحب فراش
لا يقوم بحوائجه داخل البيت كما يعتاده الأصحاء ، ومنهم من قال : ان
الشخص لا يستطيع القيام بمصالحه خارج الدار ... الخ ^(١) •

وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت الأشخاص الذين يكونون
فى حالة تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء
والهلاك على النجاة والحياة • ومن هؤلاء من قدم للقتل قصاصا ، أو
حدا ، ومن ركبوا البحر فتلاطمت الأمواج واضطربت ... الخ ، أما
المرض الذى يطول أمدّه وأصبح الشخص معه لا يخاف الموت بسببه ففى
هذه الحال يكون المريض كالصحيح •

وهذا أيضا اختلف الفقهاء فى أمارات المرض المزمن الذى اذا
تقدم أصبح لا يخشى الموت منه ، فمنهم من قال : انه المرض الذى
لا يتزايد يوما بعد يوم بل يستمر على حال واحدة كالشلل ، ومنهم
من قال : انه ما استمر سنه فأكثر من غير أن يزداد ^(٢) •

(١) ابن عابدين - حاشية المختار على الدر المختار ج ٢ ص ٧٢١ ،
كشف الاسرار ج ٤ ص ٤٢٧ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ ، تبين الحقائق
للزيلعى ج ٢ ص ٢٤٨ •

(٢) بهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٥٩٥ - انظر
الزيلعى ج ٢ ص ٢٤٨ ، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٥ ، ابن عابدين ج ٥

● عقود وتصرفات المريض مرض الموت :

١ - تعلق حق الدائن وحق الوارث بمال المريض :

يتعلق بأموال المريض مرض الموت حق الورثة وحق الدائنين ولهذا كان ممنوعاً من كل تصرف يؤدي الى الاضرار بهؤلاء حتى يجيزوه مع الأخذ في الاعتبار حقه الشخصي وحاجاته الخاصة في ماله ، فان كان تصرفه لحاجاته الخاصة وأموره الضرورية التي لاغنى له عنها كان غير ممنوع منه ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة .

والمريض مرض الموت له أهلية أداء كاملة ما دام بالغاً عاقلاً رشيداً الا أنه لما كان مرض الموت سبباً عادياً في الموت ، والموت سبب في أن يتعلق بماله حقوق الدائنين وأن يثبت بالخلافة حق الورثة في التركة ، لما كان ذلك صار مرض الموت سبباً في تعلق حقوق الدائنين والورثة بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض (١) .

ولكن تعلق حق الدائن بمال المريض يقصد به التمكن من الاستيفاء ولذا فهو تعلق معنى لا صورة ، أى لا يتعلق بأعيان الأموال وذواتها وانما بماليتها وقيمتها . أما تعلق حق الورثة فهو بقصد خلافتهم عن المريض وقد قال أبو يوسف ومحمد أنه يتعلق بمالية التركة لا بأعيانها سواء بالنسبة لتصرف المريض مع الأجنبى أم بالنسبة لتصرفه مع الوارث ، وفصل أبو حنيفة فقال : ان حق الورثة متعلق بمالية التركة فقط بالنسبة لتصرف المريض مع الأجنبى ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحق الورثة متعلق بمالية التركة وأعيانها (٢) .

(١) أنظر كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام ج ٤ ص ١٤٢٧ ،

١٤٢٨ .

(٢) يراجع كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٢٩ ، جامع الفصولين

ج ٢ ص ١٧٨

وان اعطاء الوارث حقا (١) في مال المريض حال حياته انما هو فرض اعتبارى لكى يستقيم الأمر وتنسق المبادئ الفقهية •

٢ - آثار تعلق حقوق الدائنين والورثة في تصرفات المريض :

(أ) تصرفات نافذة ولا تحتاج الى اجازة أحد وهى التصرفات غير المالية التى تكون اشباعا لحاجاته الحيوية ، والتصرفات التى لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها وأرباحها ، ومن هذه التصرفات ما يأتى :

— النكاح بشرط ألا يزيد المهر على مهر المثل وكذا الطلاق ، غير أنه اذا طلقها بئننا من غير رضاها يعتبر فارا وتستحق ميراثها ان مات وهى فى العدة وذلك عند الحنفية ، وذهب أحمد وابن أبى ليلى الى أنها تستحق الميراث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج قبل موته ، وعند مالك ترث دون قيد حتى ولو تزوجت ، وقال الشافعى : لا تستحق الميراث ولو كانت فى العدة (٢) •

— شراء ما يلزم لعلاجه وحاجاته التى لا يستغنى عنها اذا كان الشراء من أجنبى ، أما لو كان من وارث فقيل لا يصح مطلقا ، وقيل يصح ما لم تكن هناك محاباة فى الشراء (٣) •

— العقود على المنافع كالأجارة والاعارة — ومثلها المزارعة والمساقاة •

— العقود التى لا تمس رأس المال وانما تتعلق بالأرباح وذلك كعقد الشركة •

(١) ثار الخلاف بين الفقهاء الأحناف — حول طبيعة حق الورثة فالمتقدمون يعتبرونه حق ملكية ، والمتأخرون يعتبرونه حق ميراث وخلافة فقط ، انظر البدائع ج ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢٢

(٢) انظر الأحوال الشخصية — أحمد ابراهيم ، فتح القدير

ج ٣ ص ١٥٠

(٣) انظر جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٩٠

(ب) تصرفات يسع منها ويحجر عليه منها - وهى :

التصرفات المالية الخالصة التى تنس رأس مال التركة بالنقص اذا كان فيها اضرار بالدائنين وبالورثة ، ففى هذه الحالة يتوقف نفاذها على اجازتهم ان شاءوا أجازوها وان شاءوا أبطلوها بعد تحقق الموت اذ يكون المريض فى هذه التصرفات كالفضولى .

وقد قسم الفقهاء أقوال المريض التى تمس حقوق الدائنين والورثة الى قسمين :

القسم الأول - اقرار المريض :

أقوال اخبارية تثبت حقوقا مالية وهذه ان كانت لأجنبى فهمى صحيحة وتتأخر عن استيفاء ديون الصحة (١) .

أما ان كانت لوارث فانها لا تنفذ الا اذا صدقه باقى الورثة ويشترط فى الوارث المقر له أن يقوم به سبب الارث عند الاقرار وأن يكون وارثا بالفعل عند الوفاة .

القسم الثانى - تصرفات المريض الانشائية المالية :

وهذه ان كانت لا تقبل الفسخ كالعتق تصدر من المريض فى حكم المتعلقة على الموت (٢) ، وان كانت هذه التصرفات تقبل الفسخ كالبيع والشراء ... الخ .. فتقوم على القواعد الآتية :

(١) وهى الديون الثابتة قبل المرض باقراره فى صحته أو التى تثبت بعد المرض بحجج وبيانات أو التى باشر أسبابها وقت المرض وعاينته شهود .

(٢) فاذا اعتق عبده وقد تعلق بماليته حق الغرماء أو الورثة بأن كان الدين مستغرقا أو زادت قيمة العبد على ثلث التركة لم ينفذ العتق فى الحال فاذا مات مولاه عتق وعليه أن يوصى بقيمته للغرماء أو بما زاد على ثلث التركة للورثة .

أولاً — ان كانت لوارث لا تنفذ الا باجازة الورثة (١) .

ثانياً — اذا كانت التركة مستغرقة بالديون :

فعلى هذه الحالة يكون حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، ويتعلق حق الدائنين بمالية التركة وقيمتها ومن ثم فكل تصرف من المريض يؤثر على مالية التركة بالنقص والضرر يكون موقوفاً على اجازة الدائنين والعكس صحيح الا أن الورثة في هذه الحالة اذا أرادوا استخلاص التركة بقيمتها وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة ، وان كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاص التركة بقيمتها الا برضا الدائنين .

ثالثاً — اذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون : كأن لم تكن مدينة أصلاً أو كان الدين غير مستغرق وقد استوفى الدائنون حقهم كان للورثة الحق في ثلث الباقي من التركة بعد أداء الدين ويمنع المريض من كل تصرف يمس الثلث ويتوقف على اجازتهم ما زاد على الثلث حق المريض يتصرف فيه بما يشاء .

ويلاحظ بالنسبة لأحكام تصرفات المريض المالية التي تقبل الفسخ أنها لا تكون الا بعد الوفاة ، أما في حال الحياة فهي صحيحة .

(١) يلاحظ أن أبا حنيفة منع البيع من الوارث ولو بمثل القيمة أو أكثر وأجازه الصحابان اذا لم تكن هناك محاباة . كما يلاحظ أنه اذا كان التصرف وقفاً فان كان يخرج من الثلث فأصل الوقف صحيح وينفذ ولكن لا تصرف الغلة للوارث الا اذا أجاز الورثة وان لم يجيزوا تصرف لهم الغلة على حسب الميراث ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث الموقوف عليه حياً فاذا مات انتقلت الغلة الى ورثته اذا شرط الواقف ذلك وليس لورثة الواقف الأحياء حق في الغلة حينئذ ، انظر جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٧ ، ١٧٨

ثالثا - عقود تصرفات المدين :

لا يجوز الحجر على المدين عند أبي حنيفة ولا يجوز للحاكم أن يتصرف في ماله ان كان له مال ولكن يجوز له حبسه حتى يبيع ماله ويؤدى ديونه .

وخالف سائر الأئمة أبا حنيفة وقالوا : للحاكم أن يحجر على المدين اذا طلب غرامؤه ذلك واذا حجر عليه تعلق حق الدائنين بماله ويمنع من التصرفات التى تمس حقوقهم وتضر بهم ^(١) . وللحاكم أن يبيع ماله ويقسمه بين الغرماء بالحصص ان لم يف بجميع الدين .

* * *

الفرع الثانى : النيابة فى التعاقد فى الفقه الاسلامى

أولا - الولاية

سبق القول بأن مناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد فى ذاتها صالحة لأن تنعقد بها العقود والتصرفات فاذا صلحت عبارة الشخص لأن تنعقد بها العقود كانت لديه أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، واذا لم تكن عبارته صالحة لذلك اتفت لديه أهلية الأداء أصلا ومن ثم تكون أهلية الأداء شرط من شروط الانعقاد ^(٢) .

(١) أما التصرفات التى لا تمس حقوقهم فلا يمنع منها فيصح طلاقه وخلعه ونحو ذلك كما يجوز له من التصرفات ما يتعلق بذمته فاذا اشترى أو تكفل أو اقترض صح لأنه أهل للتصرف والحجر عليه لحق الغرماء فى ماله لا فى ذمته لكن ليس لمن تعامل معه الحق فى اخذ ديونه الا اذا استوفى الغرماء حقوقهم . ويرى أبو يوسف ومحمد أن البيع اذا كان بثمن المثل يجوز لأن المنع لحق الغرماء وليس فى البيع بثمن المثل ابطال لحقهم . انظر تكملة فتح القدير ج ٧ ص ١٧٤ ، مفنى المحتاج ج ٢ ص ١٣٨ : المفنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤٥٦ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢٠٩

(٢) انظر د . محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٧٧

معنى الولاية : عرفها الفقهاء بأنها سلطة شرعية تمكن من تثبيت له من انشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب آثارها الشرعية عليه^(١) .

• أقسامها :

١ - ولاية ذاتية (٢) :

وهي ولاية الانسان على نفسه وعلى ماله وتكون لكامل الأهلية فكمال الأهلية تثبت معه بالضرورة الولاية التامة على شئون نفسه ويتمكن من مباشرة عقوده وتصرفاته ولا يحد من ذلك الا ما يتعلق بحقوق الغير .

وقد سبق الحديث عنها ونحن بصدد بحث أهلية الأداء .

٢ - ولاية الشخص على غيره :

وهذه قد تكون مستمدة من الشارع ابتداء من غير اقامة أحد .

وهي لا تكون الا للأب أو الجد الصحيح (أبى الأب) على الصغير ومن في حكمه ولا يملك أحدهما التنازل عنها وتستمر حتى يزول سببها .

وقد تثبت الولاية على الغير بطريق النيابة كما في ولاية الوصى الذى أقامه الأب أو الجد أو القاضى .

ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات لها شروط روعى فيها مصلحة المولى عليه ليس هنا مجال تفصيلها

(١) انظر كشف الأسرار ج ١ ص ٣٣

(٢) ويسمى البعض « ولاية بالاصالة » كأن يكون الشخص مالكا للمعقود عليه وصاحب الشأن فيه ويكون سببها في هذه الحالة الملك - انظر د . محمد شوكت ، المرجع السابق ص ٦ ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد - ص ٣٧٩

فمكانها في الأحوال الشخصية أنسب ، وتنقسم الولاية على الغير الى نوعين هما :

- (أ) ولاية على النفس : وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتزويج وغيرها .
(ب) ولاية على المال : وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال مثل ولاية الأب أو وصيه على أموال الصغير .

٥ - ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن :

(الموكل) وهي نوع من الولاية النيابية التي يستمدها الشخص (الولى) ممن أنابه وسنفردها بالبحث فيما سيأتى :

● شروط الولى :

- ١ - أن يكون عاقلا : فلا ولاية للمجنون والصبي غير المميز على نفسه ومن ثم فلا ولاية له على غيره من باب أولى .
- ٢ - اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه .
- ٣ - القدرة على التصرفات التى تدخل فى ولايته مع كونه أميناً (١) .

* * *

ثانياً - الوكالة فى التعاقد

معناها : اقامة الشخص غيره مقام نفسه فيما يملكه .
معلوم قابل للنيابة (٢) . فكل ما يملكه الشخص بنفسه يكون قابلاً للنيابة

- (١) اختلف الفقهاء فى اشتراط الاستقامة فلم يشترطها الأحناف وبعض الشافعية فى الولاية على النفس ، أما الحنابلة : فيشترطون الاستقامة والرشد ايضا ، انظر الاختيار شرح الدر المختار ج ٢ ص ١٩٨ ، مشار اليه فى نظرية الملكية والعقد ، بدران أبو العينين ص ٦١
(٢) انظر فتح القدير ج ٦ ص ١٠١ ، الهداية ج ٢ ص ١٠٩ ، انظر المادة ٩١٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

فيه^(١) ، وهذا هو الضابط فيما تجوز فيه الوكالة من العقود ، فما لا يملكه الشخص بنفسه لا يملك التوكيل فيه .

شروطها : اشترط الفقهاء لصحة الوكالة شروطا في الموكل وشروطا في الوكيل وشروطا في محل الوكالة .

أولا - شروط الموكل :

الوكيل يستمد ولايته على العقد من الموكل ، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية للعقد^(٢) الذي يعقده وكيله نيابة عنه لأن العقد ينفذ بتسكين الموكل منه .

والضابط في ذلك أن كل شخص تثبت صحة تصرفه في شيء بنفسه جاز له أن يوكل غيره فيه .

ثانيا - شروط الوكيل :

لم يشترط الحنفية في الوكيل الا صلاحية عبارته لأن تنعقد بها العقود ، وهو أن يكون عاقلا سواء أكان بالغا أم لا فيصح عندهم أن يكون الصبي المميز وكيلًا عن غيره^(٣) .

واشترط غيرهم أن يكون الوكيل من أهل التصرف فيما وكل فيه بأن لا يكون ممنوعا منه شرعا ، ومن ثم فلا يصح توكيل المرأة في عقد

(١) لم يستثن الشرع شيء من العقود والتصرفات الا تلك التي اشترط أن يتولاها ذوى الشأن بنفسه كاستيفاء القصاص من الجاني فقد جعل لوليّه سلطانا فيه دون سواه فلا يقبل التوكيل فيه ومثله الشهادة واليمين وغيرهما مما لا يقبله الشرع الا من الشخص نفسه .

(٢) واشترط استمرار تلك الأهلية أيضا الى حين انتهاء العقد والا بطلت ولاية الوكيل . انظر الزيلعي ج ٤ ، مغنى المحتاج ج ٢ . والدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ، بداية المجتهد ج ٢

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠

النكاح ، كما لا يجوز عند الشافعية وكالة الصبي المميز ، وجوز ذلك العنابة والمالكية اذا كان الصبي مأذونا له من الولي .

والوكيل يعقد العقود بعبارة هو لا بعبارة الموكل^(١) التي ليس لها دخل في تكوين العقد ، وما يترتب على ذلك انما يتعلق بالوكيل فيكون له الفسخ بخيار المجلس وبالخيار المشروط ، وما عساه يكون عيبا في الرضا انما يتعلق بإرادته هو وغيرها من الأمور التي تتعلق بالرضا ، اذ العبرة في الرضا انما هو رضا العاقد وهو الموكل في هذه الحالة .

* * *

● الى من يرجع ويتعلق حكم العقد وحقوقه في العقود التي يتولاها الوكيل ؟

حكم العقد هو الأثر الشرعى المترتب عليه لكل من العاقلين قبل الآخر . مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري وثبوت ملكية الثمن للبائع . أما حقوق العقد فهي كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن وغيرها من الأمور التي يتوصل بها الى تنفيذ حكم العقد وترتيب آثاره عليه ، وحكم العقد يرجع الى الموكل^(٢) الا أنه لو ثبت للوكيل لكان عاقدا لنفسه لا لغيره والغرض خلافه .

أما حقوق العقد فالضابط بشأنها يختلف باختلاف طبيعة العقد نفسه :

١ - فالعقود التي لا تتراخى أسبابها عن أحكامها أى تتصل أسبابها بآثارها فوراً^(٣) ، وكذا العقود التي لا تتم الا بالقبض ، والقبض

(١) تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٧ ، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٣ ،

معنى المحتاج ج ٢ ص ٤

(٢) اختلف الفقهاء في طريقة انتقال الحكم الى الموكل ، هل بطريق

الأصالة أم بطريق الانتقال - انظر محمد أبو زهرة ص ١٩٢ وما بعدها .

(٣) مثل النكاح - والخلع - وما يشبهها من العتاق - والطلاق .

فيها جزء متمم للعقد^(١) ، ترجع الحقوق والأحكام فيها الى الموكل ولا يكون الوكيل الا سفيراً أو معبراً أو ناطقاً بالعبارة فقط ولا بد من اضافتها الى الموكل .

٢ - أما العقود التي ليس من خواصها ما يمنع من اضافتها الى الوكيل من كل عقد يصح أن يكون صادرا من شخص مع ثبوت الحكم لشخص آخر^(٢) ، فان حكم العقد يكون للموكل وحقوقه للوكيل عند الحنفية والمالكية والشافعية^(٣) .

وذلك اذا كان الوكيل من أهل الضمان^(٤) فان حقوق العقد لا ترجع اليه بل الى الموكل ، ولو أضاف العقد الى نفسه لأن رجوع

(١) مثل الهبة - والقرض - والاعارة - والرهن - والصدقة .

(٢) كالبيع - والاجارة - ونحوهما .

(٣) تذكر كتب الحنفية أن الشافعية على خلاف هذا القول اذ يقولون بأن حقوق العقد كأحكامه ترجع الى الموكل ، انظر المبسوط للسرخسي ج ١٢ ص ٢٠٣ ، تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٧ ، وان كانت بعض كتب الشافعية ، ورد فيها ما يطابق رأى الجمهور من الفقهاء ، انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢١٤

(٤) وذهب الحنابلة الى ان حقوق العقد ترجع الى الموكل ، انظر كشف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ ، شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ١٧٨ .

من احكام القضاء المقررة لهذا الحكمى (نقض مدنى جلسة ١٩٥٦/٢/٩ ، السنة ٧ ص ١٦٨ مجموعة المكتب الفنى) حيث قرر أنه « متى قررت محكمة الموضوع أن مدينا متضامنا قام بتسوية الدين ونزع ملكية أطيان المدينين الآخرين وشرائها بالمزاد لنفسه وأنه أو فى مقابل التسوية لحسابهم جميعا من المال المشترك فان النيابة التبادلية فى الالتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التى قررتها تلك المحكمة فى هذه الحالة وتمنع من اضافة الملك الى الوكيل أو النائب الراسى عليه المزداد بل ويعتبر رسو المزداد كأن لم يكن الا فى خصوص انهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم » .

الحقوق اليه ضمان وكفالة وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه (١) .



ثالثا - شروط محل الوكالة

١ - أن يكون معلوما للوكيل وتغتفر الجهالة اليسيرة غير المفضية الى النزاع في الوكالة الخاصة ، أما الوكالة العامة فذهب الحنفية والمالكية للقول بصحتها ولو كان محلها مجهولا كأن يقول شخص لآخر : أنت وكيلى فى كل شئ ، وقيدها المالكية بالعرف (٢) .

٢ - أن يكون محل الوكالة من التصرفات الجائزة شرعا .

٣ - أن يكون محل الوكالة من التصرفات التى تقبل النيابة (٣) .

• أنواع الوكالة :

تنقسم الوكالة الى : وكالة عامة - وكالة خاصة أو وكالة مطلقة - ووكالة مقيدة .

(١) الوكالة العامة :

تكون الوكالة عامة اذا اشتملت على كل أمر يقبل النيابة ،

(١) فان كان صبيا مميزا أو محجورا عليه ، وقد ذهب بعض الفقهاء منهم أبو يوسف فى غير ظاهر الرواية أن لمن تعاقد معه غير عالم بحالة حق الفسخ كالفسخ بخيار العيب ، ولكن المروى فى ظاهر الرواية انه لا خيار للعاقد مع الوكيل المحجور عليه لأن الجهل هنا ليس بعذر ، انظر البدائع ، ج ٦ ص ٣٤ ، انظر محمد أبو زهرة ، نظرية الملكية والعقد ، ص ٣٩٠ .

(٢) انظر المفنى ج ٥ ص ٩٤ ، مواهب الجليل ج ٥ ص ١٩١ - ١٩٤ ، الهداية ج ٣ ص ١٣٩ .

(٣) فمن التصرفات ما لا يقبل النيابة : وهى التى تكون فيها شخصية الفرد « الموكل » محل اعتبار كالصلاة ، والصيام ، واليمين ، والشهادة انظر مواهب الجليل ج ٦ ص ١٦ ، ج ٥ ص ٢٠ ، المهذب ج ٢ ص ٣٣٦ ، ومن التصرفات ما يتردد بين قبول النيابة وعدمه ، مثل القصاص ، انظر المفنى ج ٥ ص ٩٢ ، الهداية ج ٣ ص ١٣٦ .

كأن يقول الشخص لآخر : أنت وكيلى فى كل شىء • وقال الحنفية : بصحتها الا أن الوكيل يتقيد عند صاحبين بما تعارف عليه الناس والا كان فضوليا توقف تصرفه على اجازة الموكل ، واستثنى الشافعية بعض التصرفات التى فيها ضرر بالموكل : كالتبرع - والطلاق - والابراء ، فاشتروا النص عليها صراحة من الموكل •

(ب) الوكالة الخاصة :

هى التى يقيد فيها الموكل والوكيل فى تصرف معين - وبعبارة أخرى اذا اقتضت على أمر أو أمور معينة - مثل أن يقول : أوكلتك فى بيع دارى •

أو هى التى يقيد فيها الموكل الوكيل فى تصرف معين موصوف للوكيل بما وصفه الموكل ومشروط بالشروط التى يريد بها الموكل فى هذا التصرف كأن يقول له : وكلتك فى بيع هذه الأرض بثمان حال قدره كذا أو بثمان مؤجل الى سنة أو مقسط على أقساط سنة • وهكذا.

فالوكيل مقيد بما قيده به الوكيل الا أن تكون فى المخالفة نفع للموكل وخير له فينفذ تصرفه فى هذه الحالة لأن الرضا بشىء يعد متحققا بما هو خير منه •

أما اذا كانت المخالفة لا خير ولا نفع فيها فيكون التصرف موقفا على اجازة الموكل ، لأن الوكيل يكون فضوليا فى هذه الحالة وذلك عند الحنفية •

نظرية النيابة فى التعاقد فى القانون وفقهه

قد يتعاقد الشخص بنفسه ويعبر عن ارادته فى ابرام عقوده وتصرفاته وهذا هو الأصل وقد ينوب عنه غيره فى ذلك • والأصل أن النيابة تجوز فى كل تصرف قانونى ، ويستثنى من ذلك التصرفات التى تكون فيها شخصية صاحب الشأن محل اعتبار كحلف اليمين والتوقيع •

وقد استطاع الفقه والقضاء أن يستخلصا نظرية عامة للنيابة ،
والتقنين المدني المصري سلك في ذلك مسلك القوانين الحديثة فأقام
للنيابة نظرية عامة في المواد من (١٠٤) الى (١٠٨) مدني .

وفقه القانون على النحو السالف يتحدث في النيابة في ثلاث
مسائل هي :

١ - شروط تحقق النيابة .

٢ - آثار النيابة .

٣ - تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - تعريف النيابة وأنواعها :

تعرف النيابة بأنها حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل بناء
على سلطة تثبت له في ابرام تصرف قانوني باسم الأصيل ولحسابه
بحيث ينصرف الأثر القانوني للتصرف مباشرة في ذمة الأصيل كما
لو كانت الارادة قد صدرت من الأصيل (١) .

والقاعدة العامة هي أن كل عقد يجوز للشخص أن يبرمه بنفسه
يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب ، الا ما استثنى كحلف اليمين والتوقيع .

والفقه القانوني الحديث يذهب الى أن التعبير الذي يصدر من
النائب انما هو تعبير عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل وذلك بالقدر
الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما
تلقاها ، ففي هذه الحالة الأخيرة يكون معبرا عن ارادة الأصيل لا عن
ارادته هو ، والجديد والجدير بالاهتمام هو أن التعبير الذي يصدر
من النائب معبرا عن ارادته هو الا أنه ينتج أثره في شخص غيره
وهو الأصيل .

(١) انظر د. حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ص ٧٥
وما بعدها ، د. أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ص ٩١
وما بعدها ، د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ص ١٥٨ وما بعدها ،
د. أنور سلطان ، مرجع سابق ص ٤٦ ، د. محمد لبيب شنب ، مرجع
سابق ص ٧٧ وما بعدها .

• انواع النيابة :

يتحدد نوع النيابة بحسب مصدر انشائها والذي يبين حدود سلطة النائب ونطاقها وعلى هذا الأساس اما أن تكون نيابة قانونية أو نيابة اتفاقية •

وفى النيابة القانونية يستمد النائب سلطته من القانون ويحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيه كالولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه أما بالنسبة الى المصدر الذى يضافى على النائب صفة النيابة فتكون قانونية كما فى الولى ، فالقانون يحدد شخص الولى مباشرة كالأب حيث يعتبر وليا على أولاده القصر بنص القانون دون حاجة الى المحكمة لتعيينه ، وتكون قضائية اذا كانت جهة القضاء هى التى تختار النائب كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى^(١) •

وفى النيابة الاتفاقية فان النائب يستمد سلطته من الاتفاق المبرم بينه وبين الأصيل فهذا الاتفاق هو الذى يحدد نطاقها وذلك كالوكالة ، ومن ثم فعقد الوكالة هو الذى يعين الوكيل ويحدد نطاق نيابته ، ولهذا تكون نيابة اتفاقية بالنسبة الى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة الى المصدر الذى يضافى صفة النيابة •

٢ - شروط تحقق النيابة :

يشترط لقيام النيابة وتحققها توافر ثلاثة شروط هى :

- (أ) أن تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل •
- (ب) أن يكون التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب •
- (ج) ألا يجاوز النائب الحدود المرسومة للنيابة •

(١) د. السنهورى ، الوسيط عن ٢٠٣ هامش ١ ، د. محمد لبيب

(١) حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل :

فالنائب وان كان يتعاقد لحساب الأصيل الا أنه يتعاقد بارادته هو فهو لا يستبعد ارادة الأصيل ومن ثم فلا تكون هناك نيابة الا اذا كانت ارادة النائب تساهم في ابرام التصرف وان اختلف القدر الذى تساهم به ارادة النائب في ابرام العقد من حالة الى أخرى بحسب ما يخول له من سلطة في التقدير والتصرف .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ - أن عيوب الرضا ينظر فيها الى ارادة النائب لا الى ارادة الأصيل ، فالغلط أو التدليس أو الاكراه يجعل العقد قابلا للإبطال حتى ولو كانت ارادة الأصيل سليمة من هذه العيوب سواء صدرت ضد النائب أو صدر التدليس أو الاكراه منه أو من الأصيل .

٢ - أن حسن النية وسوءها يتلمانان عند النائب لا عند الأصيل فى الأحوال التى يرتب فيها القانون أثرا على ذلك مثل تعامل النائب مع المدين المعسر وارتباط الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية من عدمه بسوء النية من جانب النائب وعدمه .

وقد ينظر فى بعض الحالات الى نية الأصيل اذا كان النائب يتعامل وفقا لتعليمات صدرت له من الأصيل (١) .

وعلى كل ذلك نصت المادة (١٠٤) مدنى مصرى اذ تقول :

« ١ - اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

(١) د. جمال مرسى بدر ، دراسات فى النظرية العامة للنيابة ،
فقرة ٧ ، د. حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ مرجع سابق ، د. أحمد
حشمت أبو ستيت ص ٩٣ ، ٩٤ مرجع سابق .

٢ - ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لفروض كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها» (١) .

ويتضح من هذا النص أن الفقرة الأولى منه خاصة بالحالات التي تنفرد فيها ارادة النائب بإبرام التصرف ، وأن الفقرة الثانية خاصة بحالات النيابة الاتفاقية وهي الوكالة التي تشترك فيها ارادة الأصيل مع ارادة النائب في إبرام التصرف .

٣ - الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره النائب نيابة عن الأصيل ينظر فيها الى الأصيل ، فالأخير لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد لأنه هو الذي ينصرف اليه أثر العقد .

أما النائب فيشترط أن يكون أهلا لأن تصدر منه ارادة مستقلة لأنه يعبر عن ارادته هو ومن ثم يجب أن يكون مميزا ولو كان قاصرا فاذا كانت النيابة اتفاقية وكان الوكيل قاصرا جاز له أن يطلب ابطال عقد الوكالة فلا يرجع الموكل عليه الا بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٢) ، أما اذا كانت النيابة قانونية فان القانون هو الذي يضمن على النائب صفته وهو الذي يعين أهليته وأهلية الأصيل فيجوز أن يكون قاصرا مميزا أو غير مميز كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

(ب) أن يكون التعاقد باسم الأصيل :

لا يكفي أن يكون النائب معبرا عن ارادته في حدود النيابة بل يجب أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل ولحسابه وأن تتوافر نية

(١) يقابل هذا النص م ١٠٤ لبيى ، م ١٠٥ سورى ، م ٨٩ سودانى ومجموعة الأعمال التحضيرية لهذا النص ج ٢ ص ٩٠ - ٩٤ .
(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ١١٩ هامش ٢ ،
د. سليمان مرقس فقرة ١١٢ مرجع سابق .

النيابة عند النائب وهذه النية قد يفصح عنها النائب صراحة أو قد تفهم ضمنا من الظروف كما في حالة المستخدم الذي يبيع البضاعة في محل تجارى .

ويجب أيضا أن تتحقق عند الغير الذى يتعامل مع النائب بصفته نائبا عن الأصيل فإذا كان النائب يتعامل باسم الأصيل وكان الغير يتعامل معه فى شخصه ، فالنيابة لا تقوم ولا يتم العقد لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه ، ولكن اذا كان النائب يتعامل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل أضيف العقد الى الأصيل فى حالتين هما :

- ١ - اذا كان من المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة .
- ٢ - أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب (١) .

وقد اشتملت المادة (١٠٦) مدنى مصرى على ذلك فقالت :
« اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائما أو مدينا الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » (٢) .

واذا تعاقد النائب باسمه فلا تكون هناك نيابة وانما يوجد ما يسميه الفقه الاسم المستعار أو المسخر (Prete — nom) وهذه هى حالة الوكالة التى يتعاقد فيها الوكيل باسمه ، ويضاف أثر العقد الى الوكيل دائما أو مدينا ولا يضاف الى الموكل وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما (٣) .

(١) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٢٩ .

(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٢٩ .

(٣) نصت على هذه الحالة المادة ٢٢٤ والمادة ٧٩٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(ج) تعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له :

لا تنتج النيابة أثرها في حق الأصيل الا اذا كانت في حدود السلطة المخولة للنائب ، وهذه السلطة يرسم حدودها القانون في النيابة القانونية والاتفاق في النيابة الاتفاقية .

فاذا جاوز النائب حدود هذه السلطة فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل ، ولكن يستثنى من ذلك حالتان هما :

١ - ما نصت عليه المادة (١٠٧) مدني مصري بقولها :

« اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء اننيابة فان أثر العقد الذي يبرمه - حقا كان أو التزاما - يضاف الى الأصيل أو خلفاؤه »^(١) .

٢ - ما نصت عليه المادة (٧٠٣) مدني مصري بقولها :

« ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود من كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة »^(٢) .

(١) يقابل هذا النص م ١٠٧ لبيى ، م ١٠٨ سوري ، م ٩٢م سوداني ، م ١١٩ لبناني وانقضاء النيابة كان يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم بالعزل أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير أيضا بعزل النائب أو بموت الأصيل ، د. السنهوري ، الوسيط ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٢) نصت على هذه الحالة م ٧٧٩ من قانون الموجبات والعقود

اللبناني .

والرأى فى الفقه مستقر على تبرير هذين الاستثنائين على أساس حسن نية الغير الذى تعامل مع النائب أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة وكانت لديه أسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته^(١) كأن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة كمدير شركة مثلاً وتعاقد معه الغير بحسن نية على هذا الأساس مع أنه فى الواقع ليس كذلك ، وكما لو ترك الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة فتعاقد معه الغير على هذا الأساس أيضاً .

ويذهب الدكتور عبد المنعم الصدة الى تبرير آخر لهذين الاستثنائين أساسه أن هاتين الحالتين تتعلقان بمظهر كاذب تسبب الأصيل فى قيامه فاندفع الغير به وتعامل مع النائب على أساسه ، ومن ثم يكون الأصيل قد ارتكب خطأ بتسببه فى قيام هذا المظهر الكاذب الذى يطمئن اليه الغير ويتعامل على أساسه ، ومن ثم فإن هذا يعطى الغير الحق فى الرجوع على الأصيل بالتعويض وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو أن يضيف أثر التصرف الى الأصيل ويخلص سيادته الى أن :

حسن نية الغير الذى تعامل معه النائب لا يكفى وحده للوصول الى الحل الذى ينتهى اليه فى الحالتين السابقتين وانما يجب أن يتوفر الى جانبه تقصير من جانب الأصيل وهذا التقصير هو الذى يجعل للغير الحق فى الرجوع بالتعويض^(٢) .

ونحن نرى فى هذا الخصوص أنه من الأوفق التمييز بين الحالتين الواردتين فى المادتين ١٠٧ ، ٣٠٧ مدنى مصرى على النحو التالى :

(١) د. عبد الباسط جيمى ، الوكالة الظاهرة ، بحث فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٥ ص ٢٨٣ وما بعدها تصدر عن كلية حقوق عين شمس ، د. السنهورى الوسيط ص ٢١٠ ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق فقرة ٤٨ ، د. عبد الحى حجازى المرجع السابق ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) مصادر الالتزام ص ١٨١ .

ففى الحالة الاولى :

التى يضاف فيها أثر العقد الى الأصيل على أساس أن النائب والغير مجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، وفى تفسير أساس الاستثناء فى تلك الحالة ذهب الفقه الى أن حسن النية لدى الغير مع توافر أسباب قوية لديه تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته تنهض مبررا لهذا الاستثناء وهذا التفسير الذى ذهب اليه الفقه لا يناقضه أو يتعارض معه ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة من أن الأصيل قد تسبب فى حصول هذا الجهل لدى الغير والنائب ولكنه يفسر أيضا انصراف أثر العقد فى حق الأصيل بالنظر الى الأصيل ، وما ذهب اليه الفقه يفسر انصراف هذا الأثر الى الأصيل بالنظر الى الغير والنائب على أساس حسن النية القائم على أسباب قوية تبرره ، ومن ثم فقد وفر النص القانونى فى المادة (١٠٧) الحماية المطلوبة لحسن النية فى هذه الحالة بأن أنفذ التصرف فى حق الأصيل وفسر الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة قيام التصرف فى حق الأصيل على أساس من تقصيره ، والجانب الأولى بالرعاية والحماية فى هذه المسألة هو الغير والنائب حتى لا يرجع الغير على النائب نفسه بالتعويض ، ومن ثم فالتا نرى أن ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة تبريرا آخر لقيام أثر التصرف فى حق الأصيل بالنظر الى الأصيل وليس تبريرا أو تفسيريا مغايرا لما ذهب اليه الفقه من تبرير حماية القانون لحسن نية الغير والنائب على شرط توافر أسباب قوية لقيام حسن النية لدى النائب والغير .

وعلى ذلك فإن كلا من الرأيين السابقين يقتصر فى نظرنا على تفسير حكم المادة (١٠٧) مدنى مصرى ، أما المادة (٣٠٧) فإن كلا الرأيين لا ينهض مبررا لحكمها وهو ما تفصله فى الحالة الثانية .

اما فى الحالة الثانية :

التى تضمنها نص المادة (٣٠٧) مدنى مصرى فانه طبقا للفقرة

الثانية من ذلك النص يكون خروج الوكيل عن الحدود المرسومة لودالته بناء على حكم القانون نفسه اذا توفر شرطان هما :

- ١ - اذا كان من المستحيل على الوكيل اخطار الموكل سلفا .
- ٢ - واذا كانت هناك ظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل المبادرة بأبلاغ الموكل بهذا الخروج عن حدود الوكالة .

ووجه اختلاف الحكم فى هذا النص عن النص السابق أنه فى هذا النص يسىغ القانون نفسه للوكيل الخروج عن حدود الوكالة ، أما حكم النص فى المادة (١٠٧) فلا يسىغ له ذلك ولكنه ينص على اضافة أثر العقد الى الأصيل ، أى أنه يتعلق بأثر التصرف ونتيجته صراحة وان كانت هذه النتيجة من باب أولى فى مفهوم المادة (٣٠٧) التى أجازت للوكيل صراحة الخروج عن حدود الوكالة اذا توفرت الشروط السابق ذكرها ، ومن ثم فإن ما ساقه الفقه من تبرير لحكم المادة (١٠٧) سواء بالنظر الى النائب والغير أو بالنظر الى الأصيل لا يفيد كثيرا فى تفسير وتبرير حكم المادة (٣٠٧) مدنى وارتباط توافر شروط حكمها بأسباب يستقل قاضى الموضوع بتقديرها .

ونستدل لما ذهبنا اليه أن القانون فى المادة (٣٠٧) أوجب على الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بأبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة وكأنه لم يكن أمامه الا الخروج عن حدود الوكالة حرصا منه على مصلحة الموكل لما غلب على ظن الوكيل بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف .

● اقرار الأصيل للعمل الذى جاوز فيه النائب حدود نيابته :

اذا جاوز النائب حدود نيابته ولم ينتج العمل الذى قام به أثره فى حق الأصيل فى احدى الحالات السابقة ولم تتوافر شروط الفضالة فى هذا العمل اعتبر الأصيل أجنيا عن هذا التصرف ورجع الغير على النائب بالتعويض اذا كان له وجه .

أما اذا أقر الأصيل عمل النائب وأجازته انصرف أثر هذا التصرف الى الأصيل بأثر رجعى فيصبح وكأنه قد تم فى حدود النيابة فيتنقيد به الأصيل والغير من وقت ابرامه لا من وقت اقراره واجازته •

٣ - آثار النيابة :

اذا توافرت شروط النيابة السابقة فان آثار العقد تضاف الى الأصيل فيعتبر دائما بالحقوق التى يقررها له العقد ومدينا بالالتزامات التى يفرضها عليه العقد •

والقانون اللبنانى والفرنسى يعرفان نوعين من النيابة :

(أ) نيابة يتعاقد فيها باسم الأصيل ولحسابه بقصد اضافة آثار العقد مباشرة الى الأصيل •

(ب) نيابة يتعاقد فيها النائب باسمه ولحساب الأصيل وفى هذه الحالة تضاف آثار العقد الى شخص النائب ثم تنقل الى شخص الأصيل^(١) •

والقانون المصرى لا يعرف الا الصورة الأولى من صور النيابة اذ يشترط لوجودها - على نحو ما سبق - أن تتجه نية المتعاقدين الى اضافة آثار العقد مباشرة الى شخص الأصيل دون أن تمر بذمة النائب^(٢) •

وعلى هذا الأساس فالآثار التى تترتب على النيابة فى القانون المصرى لا شأن للنائب بها وانما يقتصر أثرها على العلاقة بين الأصيل والغير ، وبناء عليه تتحدد العلاقات التى تقوم بين النائب والغير والأصيل •

(١) د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٨٠ ، ٨١ •
(٢) انظر فى تفصيل ذلك : اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للموجبات ص ١٦١ فقرة ٨٦ ط سنة ١٩٦٣ •

ـ العلاقة بين النائب والغير :

بعد تمام العقد لا تقوم بين النائب والغير علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد فلا يستطيع الغير أن يطالب النائب بالتزام ناشئ عن العقد اذ لا يقوم في ذمته التزام بالعقد ، ولا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق ناشئ عن العقد الا اذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في ابرامه .

ولكن اذا كان النائب لا يلتزم بالعقد فان هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطئه اذا قصر في أداء مهمته .

ـ العلاقة بين النائب والأصيل :

يحددها المصدر الذي أنشأها في الاتفاق أو القانون .

ـ العلاقة بين الأصيل والغير :

تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير طبقا للمادة (١٠٥) مدنى مصرى والتي تنص على أنه : « اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » (١) .

ويعتبر قيام هذه العلاقة المباشرة بين الأصيل والغير فيما يتعلق بآثار التصرف المرحلة الأخيرة فى تطور فكرة النيابة فى القوانين الحديثة .

ويترتب على ذلك أن الأصيل يكسب ما يترتب على العقد من حقوق ويستطيع أن يطالب بها الغير مباشرة كما يلتزم بما يترتب على العقد من التزامات ويستطيع الغير أن يطالب الأصيل بها مباشرة .

كما يترتب على أن الأصيل هو المتعاقد مباشرة أنه لا يجوز له

(١) ينابل هذا النص م ١٠٥ لىبى ، م ١٠٦ سورى ، م ٩٠ سودانى .

أن ينب عنه غيره فيما لا يجوز له أن يبرمه والا وقع التصرف باطلا ،
فلو كان الأصيل قاضيا لا يجوز له أن يشتري الحق المتنازع فيه
فان التصرف الذى يبرمه النائب فى هذا الشأن يعتبر باطلا •
كما ينظر الى الأصيل فى تحديد طبيعة الالتزام المدنية
أو التجارية^(١) •

● تعقيب وموازنة :

لعله من المفيد أن نذكر فى خصوص آثار النيابة فى القانون وفقهه
موقف الفقه الإسلامى من تفرقه بين ما أسماه حقوق العقد وحكم
العقد ، فجعل حكم العقد ينصرف مباشرة الى الأصيل وذلك باعتبار أن
أحكام العقود جعلية فى الفقه الإسلامى وهذا مظهر من مظاهر الصبغة
الدينية للعقود فى الشريعة الإسلامية ، أما حقوق العقد وهى ما يتعلق
بترتيب آثاره وتنفيذ أحكامه ، فالأمر بشأنها يختلف باختلاف طبيعة
العقد ، وأجرى الفقهاء فى الفقه الإسلامى تفرقه دقيقة فى شأن حقوق
العقد بين العقود التى لا تتراخى أسبابها عن أحكامها والعقود التى
لا تتم بالقبض ، فأرجع الحقوق فيها الى الأصيل مباشرة وذلك كالنكاح
والخلع والطلاق ... الخ •

أما العقود التى تتراخى آثارها عن أسبابها أو بعبارة أدق : ليس
من خواصها ما يمنع من اضافتها الى الوكيل من كل عقد يصح أن يكون
صادرا من شخص مع ثبوت الحكم لشخص آخر فان حكم العقد
يضاف الى الموكل وحقوقه للوكيل^(٢) ، وذلك عند الحنفية والمالكية

(١) انظر د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ١٨٢ •

(٢) الا اذا كان الوكيل من أهل الضمان فان حقوق العقد ترجع الى
الموكل ولو اضاف العقد الى نفسه لان رجوع الحقوق اليه ضمان وكفالة
وهو لا يملك أن ينشئ الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه ، ويسوى
القانون فى الحكم اذا تعاقد النائب باسمه ولحسابه اذ تنصرف اليه آثار
العقد أيا كانت طبيعته •

والشافعية وذلك كالبيع ، والاجارة ونحوهما ، أما الحنابلة فحقوق العقد عندهم ترجع الى الموكل مباشرة ولعل مذهب القانون المصرى أقرب الى هذا الذى ذهب اليه الحنابلة .

وعلى هذا النحو يتضح تفرد مسلك جمهور الفقهاء فى الشرع الإسلامى فيما يتعلق بحكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل عن مسلك القانون وفقهه فيما يتعلق بآثار النيابة على نحو ما سبق بيانه تفصيلا .

الفرع الثالث : تولى عاقد واحد العقد عن الجانبين

(تعاقد الشخص مع نفسه)

أولا - فى الفقه الإسلامى

الأصل فى العقود التى لا تتم الا بتوافق ارادتين أن يتعدد العاقد اذ الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية الا فى شطر العقد الذى يتكون من شطرين ، وفى اعتبار العقد منعقدا بعبارة وحدها تحمیل لها قوة الشطرين واعطاء الجزء حكم الكل . وهذا هو القياس فى جميع العقود التى تحتاج الى ارادتين .

واستثنى أبو حنيفة وصاحباؤه عقد النكاح استحسانا فيجوز فيه أن يكون العاقد واحدا اذا كانت له ولاية العقد من الجانبين (١) .

وخالف زفر والشافعى ، فالقياس عندهما لا يجيز ذلك اذ أن عقد النكاح يفيد نوعا من التمليك ولا يتصور اجتماع صفتين فى شخص

(١) فإذا كان العاقد فضوليا عن أحد الجانبين فلا ينعقد العقد وكذا إذا كان فضوليا عن الجانبين . وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، ويجوز عند أبى يوسف موقوفا على اجازة صاحب الشأن - انظر الزيلعى ج ٢ ص ١٢٢٠ ، البدائع ج ٢١ ص ٢٣٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٦

واحد ، الا أن الشافعى أجاز انعقاد النكاح بعبارة الواحد فى صورة خاصة وهى تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه اليتيم للضرورة فى ذلك .

أما ما عدا عقد النكاح من عقود المبادلة التى لا تتعقد الا بتوافق ارادتين ، فالأصل فيها كما سبق تعدد العاقد لأن الحقوق فيها ترجع الى العاقد سواء أكان يعقد بالأصالة أم بالنيابة وهى حقوق متقابلة فى زمان واحد والقول بغير ذلك يؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلما ومتسلما وطالبا ومطالباً وهذا محال ، ولذا لا يصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا من الجانبين فى البيع وأشباهه ، ويصلح رسولا ، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق ، وكذلك يصح أن يتولى القاضى العقد من الجانبين لأن الحقوق لا ترجع اليه .

واستثنى الفقهاء من هذا الأصل :

١ - شراء الأب مال ولده لنفسه ويبيع ماله من ولده ، وبهذا قال أحمد والشافعى ومالك والأوزاعى وجمهور الحنفية ، والجد كالأب علة وحكما خلافا لمالك وأحمد (١) .

٢ - الوصى المختار من الأب أو الجد اذا عقد لنفسه على مال اليتيم اذا كان فيه نفع ظاهر والا فلا ، ومنعه محمد من الحنفية لأن القياس يمنع ذلك ، أما الوصى المعين من قبل القاضى فلا يجوز له ذلك لأنه وكيل عن القاضى والأخير لا يملك ذلك التصرف (٢) .

ثانيا - تعاقد الشخص مع نفسه فى القانون وفقهه

تنص المادة (١٠٨) مدنى مصرى على القانون من هذه المسألة اذ تقول : « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٦ ، المغنى ج ٥ ص ٢٤٢

(٢) انظر المغنى ج ٢ ص ١٦٤ ، الدسوقي ج ٣ ص ٣٠٠ ، جامع

الفصولين ج ٢ ص ١٥

سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة»^(١).

وقد جاء في الأعمال التحضيرية^(٢) لهذا النص ما يأتي : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين ، فقد يكون الشخص طرفا في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل ، وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين في آن واحد وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب الى معنى التحكيم منه الى معنى النيابة ، وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين ، ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ومع ذلك فقد أبيح للأصيل أن يأذن للنائب في التعاقد على هذه الصورة أو أن يقر التعاقد بعد حصوله ، ومن الواضح أن البطلان في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص - ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولي مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى » .

وما ذهبت اليه الأعمال التحضيرية من أن تعاقد الشخص مع نفسه قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة هو ما ذهب اليه الدكتور السنهورى وقرره في المذكرة الإيضاحية سالفة الذكر ثم تبين له أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه

(١) يقابل هذا النص مادة ١٠٨ لىبى ، مادة ١٠٩ سورى ، مادة

٩٣ سودانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٥ ، ١٠٦

الانابة الى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح ، على أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل ، وتنقضى هذه القرينة كذلك اذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه^(١) . ومثال النص القانوني الذي يجيز هذا التعاقد ما تنص عليه المادة (١٤) من قانون الولاية على المال من أن :

« للاب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك »
ومثال قواعد التجارة التي تجيز هذا التعاقد أنه يجوز للوكيل بالعمولة وكذلك سمسار الأوراق المالية في البورصات أن يياشر هذا التعاقد^(٢) .

● تعقيب وموازنة :

يبين لنا مما تقدم أن القانون المدني المصري والقوانين العربية التي تسير على نهجه تأخذ بالأصل المقرر في الفقه الاسلامي في خصوص تعاقد الشخص مع نفسه وهو المنع أو عدم الجواز مع ايراد الفقهاء لبعض الاستثناءات التي تقتضيها الاعتبارات العملية أو طبيعة العقد وأن بعض هذه الاستثناءات في الفقه الاسلامي تدل على الصبغة الدينية لأحكام الفقه الاسلامي اذ يستثنى بعض الفقهاء عقد النكاح مثلاً وهو من أهم العقود .

(١) د. السنهوري - الوسيط ص ٢١٨
(٢) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١٨٨ ، د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ١٠٩ وما بعدها ، نقض مدني جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ - السنة ١٤ مدني ص ١١٧٣ ، مجموعة المكتب الفني .

المعقود عليه (محل العقد)

● المقصود به :

المعقود عليه أو محل العقد هو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه وهو المقصود من العقد وغايته .

والمعقود عليه قد يكون مالا أو أعيانا مالية أو منافع أو عملا^(١) . ويرى البعض^(٢) أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد ولكن لا تظهر أهميته إلا في الالتزام الذي ينشأ عن العقد ، ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويرى البعض^(٣) أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر وكل من المحلين يتميز عن الآخر ، فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد فإذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترمى في مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبذلك يتميز محل العقد عن محل الالتزام كما يخضع كل منهما لأحكام غير التي يخضع لها الآخر ، فقد يكون محل الالتزام في ذاته صحيحا ولكن العقد يقع باطلا لأن العملية القانونية المقصودة منه يمنعها القانون كما في

(١) ولهذا اختلفت أسماء العقود باختلاف محلها فإذا كان المعقود عليه ديننا ماليا سمي بيعا أو رهنا أو هبة ، وإذا كان منفعة سمي العقد اجارة أو اعارة أو نكاحا ، وإذا كان عملا سمي العقد استصناعا أو اجارة أشخاص أو مزارعة .

(٢) د. السنهوري - مصادر الحق ج ٢ ص ٦ ، محل الالتزام : هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به .

(٣) د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ٢٧٨ ، د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق ج ١ ص ٩٦ ، ٩٧

منع التعامل في التركة المستقبلية لشخص على قيد الحياة^(١) . وكما في عقد الشركة اذ يتميز فيه محل التزام كل من الشركاء عن محل العقد وهو استثمار المال المشترك في التجارة .

ومحل العقد لا يتطلب فيه القانون الا شرطا واحدا وهو ألا يخالف النظام العام والآداب ، ومن ثم يجرى الحديث عنه في سياق محل الالتزام . ونرى أن التفريق بين محل الالتزام ومحل العقد أثر من آثار أخذ القانون بنظرية الالتزام والمراحل التي مرت بها في النظم القانونية وفي فقه القانون .

● شروطه :

١ - أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا : « فاذا كان المحل غير قابل لحكم العقد لا يصح أن يرد عليه العقد كأن يكون الشيء غير مال أو مال غير متقوم كالخمر والخنزير وان كان الحنفية قد جوزوا بيعها اذا لم يكن المسلم طرفا في العقد »^(٢) .

أو نهى الشارع عنه : كالنهى عن الزواج بالمحارم . وفي القانون يشترط أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه أى غير مخالف للنظام والآداب وعلى هذا تنص المادة (١٣٥) مدنى مصرى اذ تقول : « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا »^(٣) .

(١) تنص على ذلك المادة ١٣١ مدنى مصرى : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الأحوال التي نص عليها في القانون » وكذلك المادة ٤٧١ مدنى مصرى فيما يتعلق بمنع القضاة وأعضاء النيابة من شراء الحق المتنازع عليه .

(٢) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٣

(٣) يقابل هذا النص مادة ١٣٥ لىبى ، مادة ١٢٦ سورى ، مادة ١٣٠ عراقى ، مادة ١٢١ سودانى ، مادة ١٩٢ لبنانى ، مادة ٦٢ تونسى .

ففى الالتزام باعطاء شىء يكون المحل غير مشروع اذا كان الشىء الذى يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون^(١) .
والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كأشعة الشمس والهواء .

أما الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون فهى التى لا يجوز للقانون أن تكون محلاً للحقوق المالية ويتحقق ذلك فى حالتين هما :

١ - يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه بالنظر الى الغرض الذى خصص له كالمالك العام أو الأموال العامة اذ لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالحيازة ما لم ترخص الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بغير ذلك مما لا يتعارض مع الغرض الذى خصص له المال العام (م ٢/٨٧ و ٢/٩٧٠ مدنى مصرى) .

٢ - يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه بسبب نص فى القانون أو مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب اذ الاعتبارات التى يعول عليها القانون فى منع التعامل ترجع فى ذاتها الى النظام العام أو الآداب ووجود النص القانونى دليل على عناية القانون بالأمر كالنص الذى يمنع التعامل فى الشركة المستقبلية والحظر فى الاتجار فى المخدرات .

وعلى هذا لا يجوز أن يكون الشىء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

ونظراً لأهمية فكرة النظام والآداب فى النظام القانونى ، كانت جديرة بالبحث اذ عليها يمكن القول بأن نصاً معيناً فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وحتى فى حالة

(١) د. عبد المنعم الصدة - أصول القانون - فقرة ٣٩٣ وما بعدها - على هذه الأشياء نصت المادة ٨١ مدنى مصرى ، مادة ٨٤ سورى ، مادة ٦١ عراقى ، مادة ٥٩ سودانى .

انعدام النص يمكن تقرير ما اذا كان الشيء مخالفا للنظام العام والآداب
فلا يصح أن يكون محلا للالتزام •



● النظام العام والآداب :

(Les L'ordre Pubic et les Leonnes mours)

النظام العام والآداب فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد^(١)، وعلى ذلك يقال في شيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو مجموع القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، ومن ثم تعلق هذه المصلحة على مصالح الأفراد الذين يجب عليهم أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة •

ودائرة النظام العام تضيق في ظل المذهب الفردي وتتسع في ظل المذهب الاشتراكي •

والآداب هي مجموعة من القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة أو وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس^(٢) •

وفكرة النظام العام والآداب بشقيها فكرة نسبية ومتطورة إذ تختلف باختلاف الفكر السائد في كل بيئة وفي كل عصر ، ومن ثم لا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب الا في أمة معينة وفي جيل معين •

وعلى النحو الفائت تعتبر فكرة النظام العام والآداب وما تتمتع به من مرونة ونسبية وتطور المدخل أو المنفذ الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية الى النظام القانوني كى تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين وتقع على عاتق القاضي

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٢٩١

(٢) د. السنهوري - الوسيط ص ٤٣٦

مهمة تحقيق هذه الملاءمة في غير الحالات التي يتدخل فيها القانون بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمتطلبات هذا التطور وعلى ذلك فإن الفصل فيما اذا كانت قاعدة ما تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

ودائما خير وسيلة لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب هو التطبيقات العملية في كل عصر وفي نطاق كل قانون بحسبه كالقانون العام والخاص والنظم الادارية والمالية والنظام القضائى والقوانين الجنائية والأحوال الشخصية ... الخ .

● تعقيب وموازنة :

وضح لنا مما تقدم أن فكرة النظام العام والآداب التي يقوم عليها النظام القانوني ويقول بها فقهاؤه هي الأساس التي تقوم عليه الروابط القانونية سواء في نطاق القانون العام أو القانون الخاص ، ومن ثم فهي مناط المشروعية القانونية وعدمها أيضا ، وهي في نفس الوقت فكرة مرنة ونسبية ومتغيرة ومتطورة بما يحقق المصلحة العامة ويكون الناموس الأدبي الذي يسود علاقات الناس وفقا لمعتقداتهم وعاداتهم وما تواضعوا عليه من أعراف ، وكل ذلك هو المكون الحقيقي لما يسمى بالآداب العامة ومن ثم فالناموس الأدبي محكوم بعادات الناس وأعرافهم ومعتقداتهم المنشئة ابتداء لذلك الناموس الأدبي وكذلك الحال في النظام العام ، فالمصلحة الجماعية حسبما يراها الناس هي المكونة لما يسمى بالنظام العام ، سواء في الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية .

ولا شك أن المنهج الاسلامى مغاير كل المغايرة في هذا الصدد ، اذ أن أحكام الشرع الاسلامى كما جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وما يشتملان عليه من أحكام الحلال والحرام هي المكونة والمنشئة والمسيرة والمنظمة لحياة الناس جميعا في سائر نواحيها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية .

وعلى هذا الأساس تكون قابلية محل العقد للتعامل فيه تتعلق في الفقه الاسلامي بأحكام شرعية مستمدة من القرآن والسنة صراحة أو دلالة واستنباطا تسير وفقا لها معاملات الناس وتحقق مصالحهم المختلفة على حين تتعلق قابلية محل العقد للتعاقد بالنظام العام والآداب في القانون وفقهه على نحو ما سلف بيانها ، ومن ثم فإن أساس ونطاق المشروعية مختلف في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي وان تماثلت بعض الأحكام أو تشابهت بعض التطبيقات •

٢ - أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد :

يشترط أن يكون المعقود عليه موجودا فعلا وقت التعاقد فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم^(١) الا المنافع فلا يشترط وجودها عند التعاقد لأن هذا ما يتصور مع طبيعتها ، أما اذا كان العقد واردا على عين مالية فقد ثار فيه الخلاف بين الفقهاء : فالشافعية والحنفية اشترطوا أن يكون المحل موجودا في جميع العقود دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات ، واستثنى الحنفية عقد السلم وعقد الاستصناع •

والمالكية يشترطون وجود المحل في عقود المعاوضات دون التبرعات ، ففيها يجوز أن يكون المحل معدوما وقت التعاقد •

والحنابلة - وخاصة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - أجازوا التعاقد على المعدوم في كل العقود ما دام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر ، اذ أن السبب عندهم في منع التعاقد على المعدوم ، هو منع الغرر وخشية التنازع ، فالمحظور هو بيع الغرر لا بيع المعدوم^(٢) •

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٠٢ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٤
(٢) اعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٧ - ٣٦١ •

وقد تفرع على هذا الشرط عدة مسائل منها :

أولا - الشيء موجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل بعده :

(أ) بيع الثمر بعد طلوعه على الشجر والزرع في الأرض بعد الطلوع - وقبل بدو صلاحه^(١) . والضابط في هذه المسألة هو ان كان الثمر أو الزرع قد ظهر أو صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه فالبيع جائز بشرط القطع فاذا اشتراه بشرط الترك لا يجوز^(٢) ، وان اشتراه مطلقا يجوز لأنه يقتضى التسليم في الحال^(٣) .

ولكن محمد من الحنفية يجيز بيع الثمر والزرع قبل بدو صلاحه ويشترط الترك فيما تاهى عظمه استحسانا^(٤) .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيقيان على القياس ويكون البيع فاسدا في هذه الحالة ولكنهما يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع أو الثمر حتى ينضج بأذن معتبر من البائع وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري فلا يجب عليه التصديق بها . أما اذا لم يكن هناك اذن معتبر وكان البيع مطلقا فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع أو الثمر حتى ينضج ولكن الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها .

(ب) بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض أو الثمر بدا صلاحه ولم يخرج البعض الآخر : الشافعية والحنابلة يجيزون بيع ما ظهر دون ما لم يظهر لكون الأخير معدوما . والأصح في المذهب

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ - ١٩٧ .

(٢) انظر الزيلعي ج ٤ ص ١٢ .

(٣) هذا عند الحنفية والمالكية وان كان في الشرط قولان قول بجوازه وآخر بعدمه . انظر القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٦١ ، وعند الشافعية ، انظر المذهب ج ١ ص ٢٨١ ، والحنابلة انظر المغنى ج ٤ ص ٣٠٢ ، ٢٠٩ ، ابن رشد بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٢ .

(٤) انظر الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠٦ ، فتح القدير ج ٥

الحنفى هو عدم جواز بيع ما لم يظهر من الزرع اذ لا ضرورة تقتضى جوازه وان كان فى المذهب رأى مرجوح لشمس الأئمة الحلوانى ولأبى بكر محمد بن الفضل البخارى بجواز بيع ما لم يظهر من الزرع استحسانا لعادة الناس فى التعامل وللضرورة^(١) .

أما المالكية فيجيزون بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر منه اذا كانت متتابعة ، اذ الأصل عند مالك أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة وهو الغرر غير المؤثر فى البيوع وهو اليسير الذى تدعو اليه الضرورة^(٢) .

ثانيا - الشئ غير موجود فعلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل :

الأصل أن بيع المعدوم باطل ، ولا يصلح المعدوم لأن يكون محلا للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام العقد ، وأحكام العقد وآثاره أوصاف شرعية يقدرها الشارع فى محل موجود ، والمعدوم لا يقبل ذلك سواء أكان معدوما ليس قريب الوجود (أى مستحيل الوجود) ، أم كان معدوما قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال (أى محتمل الوجود) ، لأن ذلك يؤدى الى الغرر خلافا لابن تيمية - وابن القيم - والمالكية فى عقود التبرعات على نحو ما سبق تفصيله .

ولكن الفقهاء خروجوا على الأصل المتقدم أجازوا بيع السلم والاستصناع والاجارة استحسانا لجريان التعامل بها وان كان العقد فيها يقع على شئ معدوم وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٩ - ١٧٤ ، المبسوط ج ١٢ ص ١٩٧ ، الزيلعى ج ٣ ص ١٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٥ ، المغنى ج ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٠ ، ١٣١ ، الفروق ج ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها ، القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٦١ .

ومن ثم يمكن القول بأن النهى عن بيع المعدوم إنما هو لما ينطوى عليه من غرر وما يؤدي إليه من جهالة ومغامرة .

ثالثا - الشيء موجود في أصله ولكنه غير محقق الوجود في المستقبل :

ففي هذه الحالة يكون له خطر المعدوم وحكمه .

ومن ذلك بيع اللبن في الضرع - وبيع حمل الدابة في بطنها - وبيع الملامسة والمنابذة - والحصاة - فكلها يبيع فيها غرر فاحش ، ومن ثم فهي كالمقامرة ، ومن ثم لا تجوز^(١) .

ونخلص الى حقيقة فقهية هي : أن الفقهاء المسلمين اتفقوا على أن يكون المعقود عليه خاليا من كل غرر يؤدي الى تنازع ويفضى الى خلاف . فما هو الغرر - وما ضابطه - ومتى يفسد العقد ؟

● الفرر :

أصل الفرر : هو الذى لا يدري هل يحصل أم لا : كالطير في الهواء والسك في الماء ، وأما ما علم حصوله وجهل صفته فهو المجهول كبيعه ما في كفه فهو يحصل قطعا لكن لا يدري أى شيء هو . فالغرر والمجهول كل واحد منهما أهم من الآخر من وجه ، وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه .

والجهالة بدون الفرر ك شراء حجر لا يدري أزجاج أم ياقوت ، فمشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به^(٢) .

والغرر والجهالة يقعان في الوجود والحصول ان علم الوجود .

(١) انظر بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١١٢ ، المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤

(٢) انظر الفروق ج ٣ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ج ٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ ،

تهذيب الفروق ج ١ ص ١٧٠ ، ١٧١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٩ ، ١٣١ .

وفي الجنس وفي النوع وفي الصفة وفي المقدار وفي التعيين وفي البقاء
وفي الأصل المضروب .

والفرر والجهالة ثلاثة أقسام هي :

كثير مستنع اجماعا - وقليل جائزا اجماعا - ومتوسط اختلف فيه
هل يلحق بالأول أو بالثاني فلا يرتفعه عن القليل ألحق بالكثير ولا انحطاطه
عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء في فروع الفرر
والجهالة (١) .

فبيع ما يشر بطونا مختلفة متلاحقة اختلف في صحته الفقهاء على
ما سبق فمالك يرى صحته لأن الفرر فيه يسير ، والمذاهب الأخرى
لا تجيز إلا بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز لأن
الفرر فيه كثير .

على أن الفرر الكثير - والفرر اليسير - والفرر المتوسط -
والفرر الذي تدعو له الضرورة تختلف تطبيقاته من بيئة إلى أخرى
وفي عصر عن عصر بل ويختلف باختلاف الأنظار إليه .

٢ - أن يكون ممكن التسليم :

فمحل العقد يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد من
غير ضرر ، وإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا
له كبيع الطائر الذي كان في يده وطار .

وإن لم يمكن تسليم المبيع إلا بضرر يلزم البائع فالبائع فاسد ،
لأن الضرر لا يستحق بالعقد ، وذلك ما لم يرض البائع بالضرر ويسلم
المبيع ، أما إذا وصل عدم إمكان التسليم إلى حد الاستحالة
المطلقة فإن البيع يكون باطلا .

(١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، اعلام الموقعين
ج ١ ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ .

والأول كبيع جذع في سقف وآجرا في حائط ولا يمكن تسليمه الا بقطعه ونزعه وفي هذا ضرر بالبائع فكان هذا بيع ما لا يجب تسليمه شرطا فيكون فاسدا . أما ان نزعه أو قطعه وسلمه جاز البيع ، وذلك بخلاف بيع الآلية في الشاة والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة ، فالعقد لا ينقذ أصلا حتى لو سلم .

والضابط الفقهي في هذه المسألة اذن هو : ما لم يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع عارض فيبيعه فاسد ، الا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز ، وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فيبيعه باطل^(١) .

والعجز عن التسليم اذا كان قائما وقت العقد يكون العقد باطلا ، أما اذا وجد بعد العقد فينقذ العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم^(٢) .

● أما في القانون فيشترط أن يكون المحل موجودا أو ممكنا :

والامكان والوجود شرط واحد يعبر عنه بالامكان في حالة وبالوجود في حالة أخرى تبعا لطبيعة المحل الذي يرد عليه الالتزام .

١ - المحل ممكن :

اذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون ممكنا أي ألا يكون مستحيلا وعلى ذلك تنص المادة (١٣٢) مدني مصري اذ تقول :

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٦٨ ، فتح القدير ج ٥ ، المجموع ج ٩ ص ٢٨٣ ، كشاف القناع ج ٢ ص ١٥ ، ١٨ ، الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣٠ ص ١٠ ، ١١ .
(٢) يقابل هذا النص م ١٣٢ ليبي ، م ١٣٢ سوري ، م ١٢٧ عراقي ، م ١١٨ سوداني ، م ١٩١ لبناني ، م ١٣٠ كويتي .

« اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا »^(١)
والمقصود بالاستحالة فى هذا النص الاستحالة المطلقة أى التى تقوم
بالنسبة لجميع الناس ومن ثم يرجع الى الالتزام فى ذاته^(٢) .

ويستوى فى الاستحالة المطلقة ان تكون استحالة طبيعية أى
ترجع الى طبيعة المحل كما فى التزام شخص بالامتناع عن عمل
قام به فعلا .

أو أن تكون استحالة قانونية ترجع الى نص القانون كتعهد محام
برفع استئناف عن حكم انقضى ميعاد استئنافه .

ويشترط فى هذه الاستحالة المطلقة بشقيها أن تكون قائمة
وقت التعاقد ومن ثم تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أما اذا كانت
الاستحالة لاحقة لانعقاد فانها لا تمنع من قيام العقد وانعقاده ويصبح
الأمر متعلقا باستحالة التنفيذ ومن ثم انقضاء الالتزام اذا لم تكن للمدين
يد فيها فينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، واذا كان للمدين يد فيها ،
فان الالتزام لا ينقضى ويبقى المدين مسئولا عن التعويض .

أما اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة نسبية أى بالنسبة
الى الملتزم أو المدين فحسب ، فانها لا تمنع قيام الالتزام ، ومن ثم ينعقد
العقد ويستوى فى ذلك أن تكون هذه الاستحالة النسبية قائمة وقت
انعقاد العقد أو لاحقة لانعقاد اذ تجعل العقد فى الحالين قابلا للفسخ
اذا كان ملزما للجانبين والتعويض ان كان له مقتضى ، كما يجوز للدائن
أن يطلب التنفيذ على نفقة المدين أو التنفيذ بمقابل ، وهو التعويض .

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٢٠٥ ، د. أنور
سلطان ، المرجع السابق فقرة ١٧٤ ، ويرى د. سليمان مرقص فى
مصادر الالتزام فقرة ١٣٧ ان الاستحالة الموضوعية تقدر بمعيار
الرجل العاوى .

٢ - المحل موجود :

إذا كان المحل اعطاء شيء أو كان عملاً يتعلق بشيء معين كنقل حق عيني وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجوداً .

ويتحقق هذا الشرط أو هذا الوجود إذا كان الشيء موجوداً وقت العقد أو سيوجد في المستقبل .

فإذا قصد المتعاقدان أن التعاقد على شيء موجود فعلاً وقت العقد وتبين أنه غير موجود وقت نشوء الالتزام حتى لو أمكن وجوده في المستقبل فإن العقد يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أما إذا وجد وقت نشوء الالتزام ثم هلك بعده فإن الالتزام يكون قد قام على محل موجود ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به ، وإذا كان للمدين يد في هلاك الشيء فإن الالتزام لا ينقضي ويجب التعويض .

وإذا لم يقصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام صح أن يقع الالتزام على شيء سيوجد في المستقبل وعلى هذا تنص المادة ١٣١/١ مدني مصري بقولها :

« يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون »^(١) .

والتعاقد على شيء سيوجد في المستقبل مفروض فيه تحقق وجوده في المستقبل فإذا لم يتحقق هذا الوجود في المستقبل كان العقد باطلاً

(١) يقابل هذا النص م ١٣١ لبيى ، م ١٣٢ سوري ، م ١٢٦ ، ١٢٩ عراقي ، م ١١٧ سوداني ، م ١٨٨ لبناني ، م ١٣١ كويتي ، م ٦٦ تونسي .

وكأفقه لهم ينشأ قط وتستثنى من ذلك العقود الاحتمالية فهذه تصح سواء وجد الشيء في المستقبل أم لم يوجد^(١) .

والتعامل على الأشياء المستقبلية أصبح كثير الوقوع في الحياة العملية إلا أن القانون قد يحظر التعامل في شيء مستقبل كما في نص المادة (٤٩٢) مدنى مصرى فيما يتعلق ببطان هبة المال المستقبل ونص المادة ٢/١٠٣٣ مدنى مصرى فيما يتعلق برهن المال المستقبل رهنا رسميا وكما في نص المادة (١٣١) مدنى مصرى اذ حظرت التعامل في التركة المستقبلية^(٢) فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل أو يهبه أو يقسمه أو يقايض عليه أو يقدمه نصيبا في شركة أو يصالح عليه أو ينزل عنه بارادته المنفردة أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل الا ما أجازاه القانون بنص صريح كالوصية (م ٩١٥ مدنى مصرى) وقسمة المورث لأعيان التركة بمقتضى وصية (م ٩٠٨ - ٩١٣ مدنى مصرى) .

● تعقيب وموازنة :

ذهب الفقه القانونى الى الحديث عن المحل باعتباره ممكنا وباعتباره موجودا على أساس اختلاف طبيعة أو نوع محل الالتزام فى كلا الحالتين وان كنا نرى أن بينهما عموم وخصوص فباعتبار أن نقل الحق العينى والعمل والامتناع تعتبر كلها عملا حتى الامتناع اذ يعتبر عملا سلبيا فاننا نستطيع القول أنه لا وجه للفصل ، وباعتبار اختلاف طبيعة الأداء الذى يقوم به الملتزم أو المدين فى كل حالة يمكن القول بالفصل بين المحل الممكن والمحل الموجود .

ومما هو جدير بالذكر أن المادة (١٣٢) مدنى مصرى ربطت بين

(١) د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام ص ٢٨٣

(٢) د. عبد الحى حجازى ، مرجع سابق ص ٢٣٠ بند ١٤٥

وما بعده .

الاستحالة ومحل الالتزام. دون تفصيل فى محل الالتزام اذ المقصود هو عدم استحالة محل الالتزام حتى ينشأ الالتزام وينعقد العقد .

وعلى ذلك فانه على الرغم من وجهة ما ذهب اليه الفقه القانونى فى تفصيل القول فى محل الالتزام من خلال شروط عدم استحالته فانه لا يقدح فيما ذهب اليه الفقه الاسلامى من عدم الأخذ بما ذهب اليه فقه القانون اذا كان له - للفقه الاسلامى - مسلك آخر من خلال اشتراط وجود المحل وقت التعاقد اذ فرق الفقهاء بين ما اذا كان المحل عيناً أو منفعة ففى الأخيرة لا يشترط وجودها عند التعاقد اذ طبيعتها تمنع ذلك ، ولعل هذا يقابل فى فقه القانون أن يكون محل الالتزام عملاً أو امتناعاً .

كما يستقل الفقه الاسلامى بمسلك آخر فى التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات اذ يجوز فى الأخيرة عند المالكية أن يكون المحل غير موجود وقت التعاقد وأجازه الحنابلة فى جميع العقود اذا ما تعين المحل بالأوصاف وارتفع الغرر على عكس الشافعية والحنفية اذ اشترطوا وجود المحل فى جميع العقود الا ما استثناء الحنفية من السلم والاستصناع .

وعلى ذلك فمسلك ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة يستجيب لما ذهب اليه القانون فى المادة (١٣١) مدنى مصرى اذ أجازت أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ولكن القانون أطلق الحكم على حين قيده ابن القيم وشيخه ابن تيمية بعدم الغرر وتعين المحل بالأوصاف ، ومن ثم تستطيع القول بأن ما أخذ به القانون من جواز التعامل على شىء مستقبل ومعدوم وقت التعاقد يخالف أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص وما ذهب اليه فقهاء المذاهب الاسلامية باستثناء عقود التبرعات عند المالكية وعقدى السلم والاستصناع عند الحنفية وما اذا كان المحل منافع .

وما ذهب اليه بعض الفقهاء من جواز التعامل على شيء موجود أصله في وقت ثم يتكامل بعده أو خروج بعضه ولم يخرج البعض الآخر إنما يتعلق في جميع صورته بمحل موجود في أصله فالأصل في الفقه الاسلامي أن يبيع المعلوم باطل لما ينطوى عليه من غرر وما يؤدي اليه من جهالة ومقامرة ومن ثم يفضى الى النزاع وهي أمور يحرص عليها الفقه الاسلامي ذو الأساس العقائدي •

وإذا كان الفقه القانوني قد فرق بين الاستحالة المطلقة سواء أكانت طبيعية أو قانونية وعول عليها دون الاستحالة النسبية فالأولى تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، والثانية لا تمنع من قيام الالتزام وانعقاد العقد على التفصيل السابق ، فإن الفقه الاسلامي قد سلك مسلكا آخر اشترط فيه أن يكون المحل ممكن التسليم ، ومن خلال هذا الشرط تظهر الاستحالة ولكنه لم يتناولها على النحو الذي تناولها به الفقه القانوني فيما سبق بل ربط بين امكانية التسليم والضرر فكل ما لم يمكن تسليمه الا بضرر فيبيعه فاسد وذلك على التفصيل السابق ، كما أن « العجز عن التسليم » إذا كان قائما عند العقد يكون العقد باطلا •• أما إذا وجد بعده فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم •

وعلى ضوء هذا المعنى الأخير يمكن القول أن العجز عن تسليم المحل لا يجري فيه التفريق بين عجز مطلق وعجز نسبي كما هو المسلك الذي سلكه الفقه القانوني في التفريق بين الاستحالة المطلقة التي تمنع قيام الالتزام إذا قامت وقت الانعقاد والاستحالة النسبية التي لا تمنع قيام الالتزام وانعقاد العقد سواء وجدت وقت انعقاد العقد أو كانت لاحقة للانعقاد ولعل المسلك الفقهي أدعى الى الواقعية وحسم المشاكل العملية منه الى مسلك الفقه القانوني في هذه المسألة •

٤ - أن يكون المحل معلوما للطرفين علما ينفي عنه الجهالة الفاحشة
والمفضية الى النزاع :

(أ) في حالة ما اذا كان المعقود عليه موجودا عند العقد :

ويتحقق العلم به برؤيته عند العقد أو رؤيته قبله بوقت ان
كان - لا يحتمل تغييره فيه ما لم تكن في رؤيته مشقة فيباع على
الصفة وذلك عند المالكية^(١) .

أما عند الحنفية والحنابلة فيتحقق العلم بالمعقود عليه بالإشارة
اليه لو كان ذلك في مكان مستتر كالسكر في الصندوق^(٢) ، وعند
الشافعية^(٣) لا يحصل العلم بالمعقود عليه الا برؤيته في جميع الأحوال .

(ب) في حالة ما اذا كان المعقود عليه غير موجود عند العقد :

فان العلم به يتحقق بوصفه وتعيينه تعيينا واضحا ينفي الجهالة
عنه اذا كان شيئا معيناً بالذات .

أما اذا كان شيئا غير معين بالذات فيتعين بالوصف النافي
للجهالة الفاحشة ببيان جنسه ونوعه ومقداره ويكون خيار
الرؤية أيضا عند الحنفية ولا يكون له خيار الرؤية عند المالكية
أى لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية فاما أن يباع الشيء على
الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية واما أن يباع بشرط خيار
الرؤية فلا يكون في حاجة الى الوصف .

وعند الحنابلة يتعين الشيء بالوصف ويصح بالرؤية السابقة
فيما لم يطرأ عليه التغيير وعند الشافعية لا يتعين الشيء
الا برؤيته .

وفي الأشياء المتفاوتة (كالقيمة) يجب تعيين المحل بالذات فلا

(١) انظر الخطاب ج ٤ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٩٦ ، ٣٠٠ .

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٢٩ ، ٣٩ .

(٣) المهذب ج ١ ص ٢٦٣ - ٢٦٦ .

يكفى أن يبيع شاة غير معينة بالذات من قطيع غنم . أما إذا كانت الأشياء غير متفاوتة (كالمثلثة) وكانت متقاربة فلا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات بل يكفى أن يكون واحدا من عدة أشياء فأى واحد من هذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر ويتعين بذلك المحل^(١) .

وهذا الشرط (شرط العلم) يشترطه الشافعية في جميع العقود ، والحنفية يشترطونه في عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالزواج ، ولا يشترطونه في بعض عقود التبرعات كالوصية والكفالة لأن الجهالة فيها لا تؤدي الى النزاع ، واشترطه المالكية في عقود المعاوضات ولم يشترطوه في عقود التبرعات فتصبح مع الجهالة عندهم ولو كانت فاحشة ولكنهم اشترطوا عدم الجهالة الفاحشة في العقود التي لا يكون المال فيها جاريا مجرى المعاوضات الخالصة ولا مجرى البذل كالنكاح^(٢) .

● وفي القانون يشترط أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين :

وفي ذلك تنص المادة (١٣٣) مدنى مصرى على أنه :
« ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا .
٢ - ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى طرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط »^(٣) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٥٦ وما بعدها .

(٢) الفروق ج ١ ص ١٥٠ ، وبدران أبو العينين بدران ، نظرية

العقد والملكية ص ٤٢١ .

(٣) يقابل هذا النص م ١٣٣ لىبى ، م ١٢٨ عراقى ، م ١٨٩ ، ١٩٠ ،

لبنانى ، م ١١٩ سودانى ، م ٢٧ كويتى .

وتنص المادة (١٣٤) مدنى مصرى على أنه :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » (١) .

وتأسيسا على ذلك فإن محل الالتزام يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعين فإذا لم يكن المحل معينا فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين (٢) .

فإذا كان المحل قيميا وجب أن يعين بذاته بوصفه وصفا يحدد ذاتيته .

وإذا كان المحل مثليا وجب أن يعين بنوعه ومقداره .
ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين المقدار ، فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد وقع العقد باطلا .

وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على درجة الجودة ولم يمكن استخلاصها من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط .

ولا يصح أن يترك أحد الطرفين للآخر تعيين المحل انما يصح أن يترك تعيين المحل للغير ، وإذا لم يقم الغير بتعيين المحل فلا يجوز للقاضى أن يتولى التعيين فى هذه الحالة لأنه ليس من مهمته انشاء العقود .

● تعقيب وموازنة :

يتضح لنا مما تقدم بخصوص هذا الشرط الذى عبر عنه القانون بشرط تعيين المحل ، وعبر عنه الفقه الاسلامى بشرط العلم بالمحل علما ينفى الجهالة المفضية الى النزاع اختلاف المسلك القانونى وفقهه عن

(١) يقابل هذا النص م ١٣٤ لىبى ، م ١٣٥ سورى ، م ١٢٠ سودانى ، م ١٢٨ كويتى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٨٧ .

مسلك الفقه الاسلامى وان كان هناك توافق فى بعض المسائل والجزئيات •

— ففى الفقه الاسلامى يجرى التفريق بين حالة وجود المحل وفى هذه الحالة يتحقق العلم بالمحل برؤيته أو بالاشارة اليه لو كان مستترا •

أما اذا كان المحل غير موجود عند العقد فان رأيا فى الفقه الاسلامى يشترط خيار الرؤية أيضا الى جانب بيان جنسه ونوعه ومقداره أى بالوصف النافى للجهالة عنه •

— كما جرى تفريق الفقه الاسلامى بخصوص هذا الشرط بين عقود المعاوضات المالية وعقود التبرعات ، ففى الأولى يشترط العلم بالوسائل السابق ذكرها ، وفى الثانية وقع خلاف الفقهاء فى عدم اشتراط العلم بالمحل فيها مطلقا أو فى بعضها فقط كالوصية والكفالة بل جرى تفريق الفقهاء فى عقود التبرعات بين الجهالة مطلقا فاحشة أو يسيرة فتصح معها ، والجهالة الفاحشة فقط فلا تصح معها العقود التى لا يكون المال فيها جاريا مجرى المعاوضات الخالصة ولا مجرى البذل كالنكاح •

وفى القانون أوردت المادة (١٣٣) سائلة الذكر حكما حل فيه النص القانونى محل ارادة الطرفين أو أحدهما وذلك فى حالة ما اذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط وقد لا يرضى بذلك الدائن ، الا أن النص القانونى أحل نفسه محل ارادة الطرفين أو أحدهما فى هذه الحالة بما قد يتجافى مع المصلحة المرجوة أو المبتغاة من العقد لأحد الطرفين ، هذا فى الوقت الذى لم يحدد فيه النص معيارا لتوسط الصنف الذى يلتزم به المدين مما يعطى الفرصة للمنازعة وهو ما حرص الفقه الاسلامى على تلافيه باشتراط العلم النافى للجهالة المنفضية الى النزاع •

البحث الثانى

الارادة العقدية

ان للارادة الأثر الأول فى انشاء العقد (١) .

وتنقسم الارادة فى اصطلاح الفقهاء الى قسمين هما :
١ - الارادة الباطنة .
٢ - الارادة الظاهرة .

المطلب الأول

عناصر الارادة الباطنة

والارادة الباطنة هى النية ومن ثم كانت أساس العقد ولها عنصران لا تتحقق بدونهما وهما :

الاختيار والرضا

والاختيار هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم
بترجيح أحد جانبيه على الآخر (٢) .

(١) وهذا واضح تمام الوضوح من تعريف العقد كما سبق ضبطه وان كان من الواجب بيان أن الفقهاء وان كانوا يقولون ان العقود أسباب جعلية شرعية وليس بأسباب طبيعية ، بمعنى أن أحكامها من الشارع وليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على ارادة حرة الا أنهم ليسوا سواء فى التشديد فى ذلك بالنسبة للعقود المالية الخالصة فبعضهم يجعل للارادة فى العقود سلطانا فى ايجاد الالتزامات الناشئة بالعقد .

انظر محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٢٥٠ وما بعدها ، تهذيب الفروق ج ١ ص ١٩٧ ، هامش كشف الأسرار ج ٤ ص ١٢٩١ ، ج ٢ ص ٦٧٨ ، المستصفى ج ١ ص ٩٣ ، الموافقات ج ١ ص ١٣١ وما بعدها ص ١٥١ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٣٦ .
(٢) التوضيح لصدر الشريعة ج ٢ ص ١٩٦ ، حاشية الرهاوى ص ٩٨٠ .

فالاختيار في العقود هو مجرد ارادة العبارة أو ما يقوم مقامها وعلى ذلك فعندنا لا يتنافى الاختيار مع الهزل ويتنافى مع الاكراه^(١) .

أما الرضا فهو امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، فهو الارتياح الى العقد والرغبة فيه - أى فى الحكم - بحيث يفضى أثره الى الظاهر^(٢) .

والرضا يشمل الاختيار دائما وليس العكس ، وعلى ذلك فالرضا لا يتحقق مع الهزل ولا مع الخطأ ولا مع الاكراه ... الخ^(٣) .

وقد عول الحنفية على الاختيار لانعقاد العقد ، فيه يوجد . أما الرضا فليس بلازم لانعقاد العقود ولكنه شرط لصحة أكثرها ، فان لم يوجد الرضا فى بعض العقود تنعقد وتلزم آثاره كالنكاح والطلاق والعقاق^(٤) .

وبعضها يكون فاسدا لا تترتب عليه آثاره ويجب فسخه أو الرضا مثل عقود المبادلات المالية والعقود التى تكون الأموال معقودة بالنيات فيها^(٥) .

فهذه العقود لا تكون صحيحة الا اذا وجد الرضا ، وان انعقد بوجود الاختيار .

(١) انظر عكس ذلك : كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٩٧ ، ١٥١٠ .

(٢) البزدوى فى كشف الأسرار على أصول فجر الاسلام ج ٤ ص ١٥٠٣ هذا عن الرضا أما التراضى فهو الرضا من الجانبين والتراضى والطيب يعتبران ممن له العقد وهو المالك أو وليه أو وكيله ، انظر نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٣

(٣) يقول الرهاوى : « الاختيار هو المعتبر فى عليية الأحكام ونفاذ التصرفات (أى التى لا تقبل الفسخ) والرضا قد يكون وقد لا يكون » .

(٤) وان كانت أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها .

(٥) العقد الفاسد عند الحنفية لم يوجد عند غيرهم وهو أثر من آثار التفرقة بين الرضا والاختيار ، وينقلب صحيحا اذا تحقق الرضا .

ولا يوجد الرضا الا بزوال سبب فسادها أو عدم صحتها •
أما الشافعية والمالكية والحنابلة^(١) فلاختيار والرضا عندهم
متلازمان ، بمعنى أنه لا يوجد أحدهما بدون الآخر •

فالاختيار عندهم هو القصد الى العبارات المنشئة للعقود ،
بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عما في النفس ودليلاً
على الرغبة في العقد وآثاره ، وهذا هو معنى الرضا •

ومن ثم لا ينعقد العقد من غير تحقق الرضا وعلى ذلك
يتحقق الاختيار مع الهزل أو الاكراه والنسيان والخطأ •

المطلب الثاني

موقف الفقهاء المسلمين من الارادة الباطنة والظاهرة

(القصد والتعير)

بالنظر في الفروع والمسائل الفقهية في المذاهب المختلفة نجد
أن الفقهاء انقسموا الى فريقين :

فريق يغلب الارادة الظاهرة (التعير) ويحكم بصحة التصرف
بناء على ذلك^(٢) •

وفريق آخر يتلمس ما يكتنه العاقدان من نية وقصد وغرض
من العقد^(٣) •

(١) انظر الخطاب ج ٤ ص ٢٣٥ وما بعدها ، الموافقات ج ٢
ص ٢٢٥ وما بعدها ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ٩١ وما بعدها .

(٢) انظر أدلة هذا الفريق في الجامع الصغير ج ١ ص ٣٥٤ ، اعلام
الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٨٧ ، ٨٨

(٣) انظر أدلة هذا الفريق في اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٢
وما بعدها ، ص ١٠٦ ، ١٠٨ •

فقهاء المسلمين ليسوا جميعا على درجة واحدة في اعتبار النية والقصد في العقود^(١) .

١ - فمنهم من اعتبرها وأجرى أحكام العقد على مقتضاها ، وأظهر من سلك ذلك هم الحنابلة فقد قالوا ببطال بيع التلجنة^(٢) بل أظهره خوفا من ظالم ونحوه حيث تواطأ عليه ، وقالوا بعدم صحة بيع ما قصد به الحرام ، كعنب وعصير لمتخذهما خمرًا ونحو ذلك اذا علم البائع ذلك ولو بقرائن^(٣) .

ومثل الحنابلة المالكية فقد قالوا بمنع بيع أرض تتخذ كنيسة أو خمارة^(٤) فهم قد جعلوا للنية والقصد أثرا في صحة العقد وفساده كالحنابلة .

٢ - ومن الفقهاء المسلمين من عول على الارادة الظاهرة (التعبير) في القول بصحة العقد من عدمه ، وفي مقدمتهم الشافعية فقد قالوا بصحة بيع التلجنة ونحوه^(٥) ، والحنفية في الجملة كالشافعية ، ويظهر ذلك من آرائهم في بيع العينة وزواج المحلل وبيع التلجنة^(٦) .

(١) على عكس ما يذهب اليه البعض من اطلاق القول بالنسبة للفقهاء الاسلامي فيقول البعض انه يغلب الارادة الظاهرة ، د. السنهوري مصادر الحق ج ١ ، ويقول البعض انه يغلب الارادة الباطنة د. صبحي محمضاني .

(٢) وهو اظهار بيع لم يريده العاقدان وهو ما يسمى بالصورية .
(٣) انظر كشاف القناع ج ٣ ص ٥ ، ج ٣ ص ٥٢ لابن تيمية ج ٣ ص ٤٩ ص ٢٣٧ .

(٤) الدسوقي ج ٣ ص ٧ ، بداية المجتهد ج ٣ ص ١١٦ .

(٥) المجموع ج ٣ ص ٣٣٤ .

(٦) ويشترط الحنفية في التلجنة أن يكون الهزل صريحا مشروطا باللسان أي لا يشترط ذكره في العقد والا انتفت حقيقة الصورية ولا يثبت الهزل عندهم بدلالة الحال كالحنابلة ، انظر شرح ابن ملك وحواشيه ص ٩٧٩ وما بعدها ، الكاساني في البدائع ج ٧ ص ٣٠٨٩

(أ) وبيع العينة له صور كثيرة وغرض المتبايعين فيه التحايل على أخذ الربا^(١) .

ومن صورہ أن يبيع شخص سلعة بضمن مؤجل ثم يشتريها بأقل مما باعها به بضمن حال ، أو توسط البائع والمشتري بينهما شخصا ثالثا بأن يبيعه سلعة بألف وخمسمائة مثلا الى أجل ثم يبيعها المشتري الى شخص ثالث بألف حالة ويقبضها ثم يبيعها الثالث الى الأول بألف حالة^(٢) .

(ب) وفيما يتعلق بنكاح المحلل فصورته أن يتزوج رجل بامرأة ليحلها لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثا ، ثم يطلقها بعد الدخول وتنقضي عدتها منه ، ويتواطأ الرجل والمرأة على ذلك ، ولم يشيرا اليه في العقد ولم يشترطاه^(٣) .

وقد يثار أن المذهب الحنفي اشتهرت أصوله بما يفيد أنه يتجه الى القصد والغرض فمن قواعده :
« العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني » .

« الاعتبار في أوامر الله المعنى ، والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ »^(٤) .

(١) انظر العناية ج ٥ ص ٢٠٨ ، فتح القدير ج ٥ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٦ ، بلفة السالك على الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٢) وفي جوازه يقول الشافعي في « الأم » : « ومن باع سلعة من السلع الى أجل من الآجال وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعها الذي اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر ودين ونقد لأنها بيعة غير البيعة الاولى » . ج ٣ ص ٣٣ ، ٣٤ ، انظر المحلى ج ٨ ص ٥١٢ .

(٣) انظر في آراء المذاهب فيه شرح الزيلعي على متن الكنز ج ٢ ص ٢٥٩ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٧٧ ، الدرر شرح الفرو ج ١ ص ٣٨٧ ، الخرشي ج ٣ ص ٢١٦ .

(٤) انظر حاشية الحموي على الاشباه ص ٣٢٠ .

ويوفق فضيلة المرحوم محمد أبو زهرة^(١) بين الأمرين بقوله :
ان المراد من المعنى في القضية الثانية (القاعدة الثانية) النية والغرض
والمرمى الذى لم يفتقر بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة ، والمراد
بالمعنى فى (الأولى) المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشئ بها
العقد متضامنه متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من
العبارة فى انتاج ذلك المدلول .

ولذلك يسوق صاحب الأشباه فى تطبيق تلك القضية « العبرة
بالمعنى لا باللفظ فى العقود » أن الكفالة اذا اشترط فيها براءة الأصل
تكون حوالة ، وأن الحوالة اذا اشترط فيها مطالبة الأصل تكون
كفالة ، وأن الهبة اذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون
بيعا^(٢) ...

وينتهى فضيلته الى خلاصة مؤداها :

ان المراد من قاعدة « العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني » هو
أنه لا يلتفت فى أحكام العقود الى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة،
بل لا يعنى فى الأحكام إلا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى
العقد ، ويصح أن تكون مرادا للمتكلم يدل عليه الكلام صراحة ولو
عن طريق المجاز لا الحقيقة . أما الدوافع والمقاصد والغايات والرمى
كأن يريد بالبيع التحايل على الربا ، أو يراد بالزواج احلالها لمطلقها الثلاث
وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة والأغراض الدافعة فذلك
ما لا تتعرض له تلك القاعدة .

وبعد ما تقدم ، ولما كان الرضا أصل من أصول التعاقدات فى
الفقه الاسلامى تدل عليه أصول الشريعة من القرآن والسنة فان ما
يذهب اليه الذين يعتدون بالإرادة الباطنة - القصد - اذا دل عليه دليل

(١) الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٩ .

(٢) الأشباه ج ١ ص ٣٢٤ .

هو الراجح عندنا الذى يشهد له المنقول والمعقول فكل ما يدل على الرضا يجب اتباعه وهذا قول ابن تيمية وابن القيم وهو موافق للكتاب والسنة والله أعلم .

المطابق الثالث

توافق الارادة الظاهرة والباطنة واختلافهما (تطابق الارادة الباطنة مع التعبير وعدمه)

اذا وجدت الارادتان متوافقتين مع شروطهما المعتبرة تم العقد وترتبت عليه آثاره . أما اذا كان هناك عدم توافق بين الارادتين الظاهرة والباطنة أو عدم تطابق بين الرضا والتعبير ، أو الارادة الباطنة والتعبير فإن ذلك يظهر على الوجه التالى :

أولاً : أن تكون الارادة الحقيقية الى التعاقد أو الارادة الباطنة منتفية ، ويظهر ذلك فى صورية العقود (حالة المواضعة أو التلجئة وحالة الهزل) ، وفى عبارة المجنون والمعنى عليه والصبى غير المميز والملقن والمعلم ونحوهم .

ثانياً : أن تكون الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك فيها وهى ما يسبر عنه بعيوب الارادة أو عيوب الرضا أو عيوب العقد^(١) .

انفرع الأول : حالات انتقاء الارادة الباطنة

أولاً - صورية العقود (التظاهر بانشاء عقد) :
تمثل صورية العقود فى حالتين هما :

١ - حالة المواضعة والتلجئة :

والضابط فيها تواطأ المتعاقدان على التظاهر بشئ على خلاف الحقيقة .

(١) انظر محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٤٥٣

وقد تكون في أصل العقد فيتظاهر المتعاقدان بإنشاء عقد أو الإقرار بعقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما .

ولما في المواضعة من التجاء الشخص الى غيره ليتخذ من العقد الصوري معه ستارا ظاهريا خوفا من ظالم أو غاصب يسمى تلجئة^(١) .

وقد تكون في مقدار البدل المتعاقد عليه دون أصل العقد كما في التظاهر بالزيادة ، في المهور والثلث في العقد . وفي الصور السابقة للمواضعة المعتبر عند الشافعي هو المعلن في العقد والبيع نافذ وصحيح ولا عبرة بما كان سرا . أما جمهور الفقهاء فالمعتبر عندهم الإرادة الباطنة ما دامت تثبت بالدليل ولا اعتبار بالظاهر فلا يلزم بيع التلجئة ويلزم مهر السر والثلث الحقيقي اذا قام الدليل عليه ولا عبرة بما تظاهر به المتعاقدان وأعلنه^(٢) .

٢ - الهزل :

الهزل هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ، ولا ما صلح له اللفظ استعارة ، فهو كلام العايب الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه آثاره وأحكامه الشرعية ، وان كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، وعلى ذلك فالهزل لا ينافي الرضا بمباشرة السبب واختياره ، ولكنه ينافي اختيار الحكم والرضا به^(٣) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، تنقيح الفتاوى الحامدية

ج ١ ص ٢٣٠

(٢) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ وفي ذلك يقول ابن تيمية في كتابه قاعدة العقود (نظرية العقد) : « ان أصل المذهب أن الشروط المتقدمة مع العقد كالمقارنة له فاذا تواطأ ثم عقد العقد مطلقا حمل على خلاف ما شرط عليه وهذا غدر ونكث لا يلزم معه العقد » ص ٢٠٤ الطبعة الأولى . مطبعة السنة المحمدية ، انظر المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا

ج ١ ص ٣٦١

(٣) انظر كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٤ ، حاشية ابن عابدين

ج ٥ ص ١٠٩

وقد اختلفت آراء الفقهاء في عبارة الهازل والتصرفات التي تنأثر بالهزل :

١ - فذهب الحنابلة والمالكية الى أن الهزل مبطل للعقود والتصرفات ، ومن ثم لا يترتب على عبارته أى أثر إلا في العقود التي لا تحصل النقص والفسخ ولا تتراخى أحكامها عن أسبابها فلا تأثير للهزل فيها ، وتنفذ صحيحة النكاح والطلاق والرجعة واليمين والنذر .

أما الحنفية فاثروهم يعتبرون عقود الهازل فاسدة باستثناء الخمسة السابقة التي لا تتراخى أحكامها عن أسبابها ويعتبرونها فاسدة لأن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله^(١) ، وعلى ذلك ينقلب عقد الهازل صحيحا لو رضى بحكمه .

٢ - وذهب الشافعية على الصحيح عندهم الى صحة عقود الهازل بلا فرق بين عقد وآخر ، فلا تأثير للهزل عندهم في عقود الهازل لأنه قد قصد العبارة وهو أهل للاختيار فيؤخذ بما تدل عليه عبارته^(٢) .

ثانيا - عبارة المجنون وانفمى عليه والصبى غير المميز وما في حكمها من عبارة المنقن^(٣) والمعلم^(٤) :

في جميع هذه الحالات تكون العبارة غير مقصودة ولا تعبر عن

(١) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١١ ، ١١٢

(٢) انظر نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٨ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ١٧٧ ، أيضا حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٩

(٣) ذهب البعض الى الزام المتلفظ بما لقن به ان كان طلاقا أو عتاقا أو زواجا استنادا الى حديث : « ثلاث جدهن جد وهزلن جد : النكاح والطلاق والعتق » وجاء في حاشية ابن عابدين أن المفتى به أنه لا يقع ج ٤ ص ٤٤

(٤) روى ابن تيمية أن امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال أنت خلية طالق فذهبت الى عمر بن الخطاب فقصت عليه ما حدث فاسمى زوجها فجاء فقص عليه فقال له عمر : خذ زوجتك وأذهب - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٦

ارادة باطنية حقيقية ومعتبرة رغم وجود الصيغة ، ومن ثم لا يترتب عليها شيء ولا تفيد أى التزام •

ويتفرع على هذه الحالات عقد السكران والمخطف والناسى •

(أ) عقد السكران :

السكران هو الذى لا يعى ما يقول ، وقيل ان السكر غفلة تلحق الانسان مع فتور فى الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض وعلة (١) •

وقد اختلفت آراء الفقهاء فى حكم عقود السكران :

١ - اذا كان السكر من غير طريق محظور كسكر المضطر ومن تناول دواء فسكر به فلا يصح شيء من عقودهم فى هذه الحالة •

٢ - اذا كان السكر بمحرم فقد اختلفت آراء الفقهاء على النحو التالى :

فذهب البعض ومنهم ابن تيمية وابن القيم وأحمد فى رواية والكرخى والطحاوى من الحنفية أن عقودهم غير جائزة لأنه زائل العقل فأشبهه المجنون والنائم •

وذهب الحنفية والشافعية فى الصحيح عندهم وأحمد فى رواية الى القول بصحة عقودهم ، وان كان بعضهم قد قال بذلك زجرا له ، وقال البعض بصحة هذه التصرفات من باب خطاب الوضع وربط الأسباب بالمسببات •

وفرق المالكية بين العتق والطلاق وبين سائر العقود فيصح عتقه وطلاقه ويلزم ، أما سائر عقودهم فغير لازمة وان انعقدت صحيحة •

فالسكر مانع من اللزوم لا من الصحة فيجوز له الرجوع اذا ادعى

(١) انظر نظرية العقد - د. محمد شوكت ص ١٠٩

السكر وأقره خصمه ، أما اذا أنكر خصمه فلا يصدق ويلزم العقد ما لم تكن هناك بينة أنه كان لا يعقل بسبب السكر^(١) .

(ب) عقد المخطيء والناسي :

وهنا أيضا تصدر العبارة من غير قصد فمن أخطأ أو نسي وتلفظ بعبارة تنشئ التزاما فقال أكثر الفقهاء ان عبارته لا يترتب عليها أثر^(٢) .
وقال الحنفية ان عبارتهما يترتب عليها آثارها حرصا على استقرار المعاملات^(٣) .

* * *

الفرع الثاني : حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك في صحتها

(عيوب الارادة أو عيوب الرضا)

في هذه الحالات لا يمكن القطع بانتفاء الارادة العقدية الحقيقية كما لا يمكن القطع بسلامتها من العيوب ، بل توجد آفة أصابت ارادة التعاقد ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحا كاملا^(٤) وهذا ما اصطلح على تسميته بعيوب الارادة وهي :

- | | |
|---------------|-------------|
| ١ - الاكراه . | ٢ - الغلط . |
| ٣ - التدليس . | ٤ - الغبن . |

(١) انظر أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٣ ، ج ٤ ص ١٤٧٢ ، المغنى ج ٧ ص ١١٤ ، ج ٨ ص ٢٥٥ ، فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ١٥٥ ، نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٣٨

(٢) حجتهم أن الله رفع عنه الجناح في قوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ (الأحزاب : ٥)
ولحديث الرسول ﷺ : « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » انظر المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ١١٨

(٣) انظر فتح القدير ج ٣ ص ٤٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٢٦٦

(٤) انظر المدخل الفقهي العام - د. مصطفى الزرقا ج ١ ص ٣٦٤

أولا : الاكراه

● معناه :

الاكراه فى اصطلاح الفقهاء وهو حمل الغير بغير وجه حق على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر المكره بأقل جهد على إيقاعه ويصير غير المكره خائفا به فائت الرضا بالمباشرة^(١) ومن يكون من شأنه أحداث ضرر به.

● أنواعه : ملجئ ، وغير ملجئ^(٢) .

١ - الاكراه الملجئ : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو اتلاف عضو أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس أو العضو ، والضابط فى الضرب تحقق الاضطرار والضرورة لاختلاف أحوال الناس فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يؤذيه الضرب اليسير ، ويسميه الكاسانى « الاكراه التام » .

٢ - الاكراه غير الملجئ : وهو ما يكون التهديد فيه دون ما تقدم فى الاكراه الملجئ كالحبس أو القيد ونحو ذلك ويسميه الكاسانى « الاكراه الناقص » .

وضابط الأذى أو التهديد الذى لا يبالى به عادة والأذى أو التهديد الذى يتحقق معه الاكراه متروك تقديره للقاضى ، فالاكراه أمر

(١) انظر كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ وتعريفات أخرى فى تبين الحقائق ج ٥ ص ٨١ ، وابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ ، تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٢ ، فتح القفار ج ٣ ص ١١٩ ، المبسوط ج ٢٤ ص ٣٩٠، ٣٨٠ المذهب ج ١ ص ٢٥٧

(٢) ص ٢٠٤ - المادتين ١٨٥ ، ٢٨٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٠٠٦ ، ١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية . ويتضح أن هذا التقسيم خاص بالمذهب الحنفى .

نسبى يختلف باختلاف أحوال الناس^(١) . ويذهب بعض الحنابلة الى عدم مراعاة أحوال الناس فيشترطون الاكراه البدني^(٢) .
هذا . . وقد قسم الشافعي الاكراه الى اكراه بحق واكراه بغير حق .

ففى الأول يكون القصد منه الوصول الى غرض مشروع كجبر القاضى المدين على بيع ماله وفاء لدين الغرماء ونحو ذلك فهو اكراه للوصول الى غرض مشروع^(٣) .
وعند الحنفية اكراه الشخص على اقامة ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكره^(٤) .
وعلى ذلك تصح التصرفات مع الاكراه بحق وتكون التصرفات باطلة مع الاكراه بغير حق .

● أثر الاكراه فى التصرفات القولية :

الاكراه بنوعيه عند الحنفية لا ينافى الاختيار ، فالمكره عندهم مختار فالاكراه لا يعدم الاختيار لأن الأخير لو سقط لتعطل الاكراه ، اذ الاكراه فيما لا اختيار فيه لا يتصور ، ولكن الرضا يكون منعدا دائما مع الاكراه^(٥) .

(١) انظر فى بيان ذلك تفصيلا : الزيلعى ج ٥ ص ١٨٢ ، المبسوط ج ٢٤ ص ٥٠ ، ٦٨ ، الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٤٨٣ ، البدائع ج ٧ ص ١٧٦ ، حلى المقاصم ج ٥ ص ٧٥ ، المهذب ج ٢ ص ٧٨ ، تنص المادة ٢٨٨ من مرشد الحيران على انه « يختلف الاكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا » .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ ، ٢٦١

(٣) انظر الخرشى ج ٢ ص ٩ ، التاج والاكلیل للمواق ج ٤ ص ٢٥١ فقد وردت فيهما صور للجبر الشرعى - التلويح ج ٢ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، الام ج ٣ ص ٢١٠ ، المهذب ج ٢ ص ٧٨

(٤) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ١٠١

(٥) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٣٨ ، ٣٩ ، التلويح شرح التوضيح

ج ٢ ص ١٩٦

والتصرفات القولية تنقسم الى انشائية واخبارات ، أو انشاء
واقرار •

أولاً - التصرفات الانشائية : وتنقسم الى قسمين هما :

١ - تصرفات لا تحتل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل : كالزواج
والطلاق والعناق والنذر واليمين ويرى الحنفية أنها جائزة مع الاكراه^(١) •

٢ - تصرفات تحتل الفسخ ويؤثر فيها الهزل : كالبيع - والاجارة
- وغير ذلك من التصرفات •

وقهها اختلفت آراء الفقهاء على النحو التالي :

الحنفية بينهم خلاف في الرأي :

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن هذه التصرفات فاسدة
مع الاكراه ولكنها تخالف سائر التصرفات الفاسدة بغير اكراه في الأمور
الآتية :

(أ) أنها تجوز بالاجازة بخلاف التصرفات الفاسدة^(٢) •

(ب) لا يزول فيها الفساد ولو تداولت الأيدي العين فيكون للبائع
المكره مثلاً أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدي بخلاف التصرفات
الفاسدة الأخرى حيث يبطل فيها النقص بالتصرف •

(ج) العوض الذي يقبض المكره بسبب العقد المكره عليه لا يكون
مضموناً الا بالتعدي ، فيده عليه يد أمانة بخلاف غيره من التصرفات^(٣) •

ويرى زفر أن هذا التصرف موقوف على اجازة العاقد المكره بعد
زوال الاكراه لا فاسد ، ومن ثم فلا يثبت الملك بالقبض في بيع المكره ،
على حين قد يثبت الملك بالقبض على رأى أبى حنيفة وصاحبيه •

(١) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٤١ ، ٤٢

(٢) انظر البدائع ج ٧ ص ١٨٦

(٣) انظر ابن عابدين ج ٥ ص ١١٤ ، ١٢٥

المالكية : يرون أن التصرف في هذه الحالة غير لازم فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخ العقد أو امضائه (١) .

الشافعية : يرون أن تصرفات المكره في هذه الحالة باطلة ويستوى عندهم التصرفات التي تحتل الفسخ والتي لا تحتل (٢) .

ثانيا - الاقرار - ولا فرق فيه بين تصرف محتمل للفسخ وتصرف لا يحتمل الفسخ :

والاكراه يمنع من صحته ، ولا يعتد بالاقرار مع الاكراه لأن الحق انما يثبت بالاقرار وقبل الاقرار لم يكن هناك حق ثابت (٣) .

وفى المذهب المالكي تفصيل : فهناك قول بعدم قبول الاقرار مع الاكراه ، وقول بقبوله ، وقول يفرق بين ما اذا عين المقر ما اعترف به من قتل أو سرقة أو نحو ذلك فيقبل اقراره ، وما اذا لم يبين شيئا من ذلك فلا يقبل اقراره (٤) .

● الاكراه فى القانون وفقهه :

نظرا لاعتبار الفقه القانونى التراضى ركنا من أركان العقد فقد تحدث فقهاء القانون عن وجود التراضى وعن صحة التراضى ، وفى صحة التراضى تحدث الفقهاء عن الأهلية وسلامة الارادة من العيوب .

(١) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٦ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤٨ ، شرح الخرشى ج ٥ ص ١٠
(٢) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٥٦ ، ٥٩ ، والمهذب ج ١ ص ٢٥٧ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ٦٦١
(٣) انظر المبسوط ج ٢٤ ص ٧٠ ، ٧٢ - البدائع ج ٧ ص ٨٩ ، ١٩٠

(٤) انظر الخطاب ج ٥ ص ٢١٦ ، ٢١٧ ونهاية المحتاج للرملى وقد جاء فيه : « ولا يصح اقرار المكره بما اكره عليه بغير حق » ج ٥ ص ٧١ ، ٧٢

أما في الفقه الاسلامي فقد تحدث الفقهاء عن التراضي من خلال ركن الصيغة أو التعبير ، وتحدثوا عن الأهلية والنيابة في التعاقد من خلال ركن العاقدان أو طرفا العقد ، وتحدثوا عن عيوب الرضا من خلال حديثهم عن تطابق الارادة الظاهرة مع الارادة الحقيقية ومن ثم حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية في التعاقد مشكوك فيها أى يعتورها عيب من عيوب الرضا .

ونعتقد أن الاختلاف في طريقة الفقه الاسلامي والفقه القانوني اختلاف منهج وصناعة ، فالنظريات القانونية هي التي تسيّر الأحكام التفصيلية في النظام القانوني ، والأصول الشرعية أو مصادر التشريع هي التي تسيّر الأحكام التفصيلية في الفقه الاسلامي ، ومن ثم فلا غرابة أن يكون هناك اختلاف في طريقة تناول ومعالجة المسائل التي يتناولها النظام القانوني عن نظيرتها في الفقه الاسلامي .

وفيما نحن بصدد فان لنظرية سلطان الارادة في النظام القانوني أثر في تناول الفقه لعيوب الارادة مع الأهلية بصدد الحديث عن صحة التراضي وان كان التراضي وجودا وصحة يدخل في الصيغة أو التعبير عن الارادة كركن من أركان العقد في الفقه الاسلامي ثم يأتي الحديث عن عيوب الارادة في القانون هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال وسنبين موقف القانون وفقهه من كل عيب من هذه العيوب على النحو التالي :

● الاكراه في القانون (الخوف) (La Violence) :

تعريف : هو رهبة تتولد في النفس نتيجة تهديد بايقاع أذى به أو بغيره فيحصله ذلك على التعاقد ، فارادة الشخص في التعاقد مدفوعة بعامل الخوف والرهبة ، فالارادة موجودة ولكنها ليست حرة ، أما الاكراه الذي يعدم الارادة فيجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ويخرج عن نطاق

البحث القانوني ، أما الاكراه الذي يعيب الارادة فقط فيجعل العقد قابلا للإبطال وهو في ذاته يعتبر أيضا عملا غير مشروع يستوجب التعويض وهذه الارادة المعيبة بالاكراه ارادة فاسدة لم تكن حرة مختارة ، والذي يفسد الارادة والرضا هو الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد لا الوسائل المادية التي تستعمل في الاكراه^(١) .

● مصدر الاكراه :

١ - يستوى في الاكراه أن يصدر من أحد المتعاقدين أو يصدر من الغير وبوصفه عيبا في الرضا يفسد الارادة ويجعل العقد قابلا للإبطال^(٢) .

والاكراه الصادر من غير المتعاقدين نصت عليه المادة (١٢٨) مدني مصري بقولها :

« اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه »^(٣) .

وعلى ذلك فالاكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للإبطال ، الا اذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه ، ولا يشترط القانون اللبناني في المادة (٢٠٩) هذا الشرط في الاكراه الصادر من الغير حتى يستفيد

(١) د. السنهوري - نظرية العقد ص ٤١٨ ، ٤٤٤ - د. حلمي بهجت بدوي - المرجع السابق ص ١٣٣ - ١٤٤ ، د. أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص ١٦٧ وما بعدها - د. محمد ليب شنب ص ١٧٠ استاذنا الدكتور عبد الودود يحيى - النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) د. عبد السلام ذهني - الالتزامات - فقرة ١٣٦ - د. محمد صالح - أصول التعهدات فقرة ٣٨١

(٣) يقابل هذا النص م ١٢٨ لبي م ١٢٩ سوري وم ١١٤ سوداني وم ٢١٠ لبناني وم ١٢٥ كويتي وم ٥٣ تونسي .

منه المتعاقد المكره فيجوز للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ولا يخل هذا بحق المتعاقد الآخر حسن النية في التعويض وقد يكون خير تعويض هو بقاء العقد صحيحا .

ومن يدعى الاكراه عليه اثباته ، والوقائع التى تكون الاكراه تعتبر مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع ، أما الوصف القانونى لهذه الوقائع وما اذا كانت تشكل اكراها من عدمه فيعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

٢ - الاكراه اناجم عن ظروف تهيات مصادفة (حالة الضرورة) :

فقد تتهيا ظروف مصادفة يستغلها المتعاقد للاستفادة منها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد كالطبيب الذى يستغل خطورة المرض فيجبر المريض على دفع مبلغ كبير اجرا للعلاج أو الشخص الذى يتخذ آخر من العرق أو الحريق ويطلب منه التمهيد بمبلغ باهظ .

وقد ذهب الفقه والقضاء فى مصر الى أن الاكراه يتحقق فى هذه الحالة .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى يشتمل على نص فى هذا الخصوص هو المادة (٣/١٧٨) التى تقول :

« اذا أبرم شخص عقدا للخلاص من خطر جسيم حال يهدده هو أو أحد أقاربه فلا يعتبر هذا العقد قابلا للإبطال بسبب الاكراه اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد »^(١) وقد حذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة فى تقرير هذا الحكم وبخاصة قواعد الاستغلال^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٨٥ ، ١٨٦ هامش .

(٢) د. توفيق حسن فرج - نظرية الاستغلال - رسالة الاسكندرية

١٩٥٧ فقرة ٥١ - ٥٧ ويرى أن حالة الضرورة لا يمكن اخضاعها لنصوص

الاكراه .

● شروط الاكراه :

لقد أوردت المادتان ١٢٧ ، ١٢٨ مدنى مصرى عناصر الاكراه وأحكامه فتنص المادة (١٢٧) على ما يأتى :

- « ١ - يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .
- ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .
- ٣ - ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامه الاكراه » (١) .

ويبين من هذا النص أن عناصر الاكراه وشروطه اثنان هما :

- (١) استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محقق وهذا عنصر موضوعى .
- (٢) رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد تبعثها وسائل الاكراه وهذا هو العنصر النفسى .

الشرط الأول - استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محقق :

فلا بد من استعمال وسائل للاكراه تقع على الجسم أو على النفس فتهدد المتعاقد أو شخصا عزيزا عنده أى تهدد المكروه نفسه أو غيره وعلى ذلك فالاكراه فى فقه القانون نوعان :

(١) يقابل هذا النص م ١٢٧ لىبى وم ١٢٨ سورى وم ١١٢ - ١١٦ عراقى وم ٢١٠ لبنانى وم ١١٢ سودانى وم ١٢٤ كويتى وم ٥٠ - ٥٥ تونسى .

(أ) اكراه حسى (Violence Physique) :

وفيه تقع وسائل الاكراه على الجسم •

(ب) اكراه نفسى (Violence Morale) :

وفيه تكون الوسيلة تهديدا بالحاق الأذى دون ايقاعه بالفعل فى الجسم أو النفس أو الشرف أو المال للمكره أو غيره وهذا هو الأكثر وقوعاً^(١) •

ويشترط فى الخطر المهدد به فى الاكراه أن يكون جسيما والعبرة فى جسامته بحالة المكره النفسية ، وأن يكون محدقا أى وشيك الوقوع •

والخطر اما أن يصيب المتعاقد نفسه أو غيره فى جسمه أو نفسه أو شرفه واعتباره بين الناس والثقة فيه لا سيما اذا كانت مهمته تقتضى توفر هذه الثقة كما فى التجارة ، واما على ماله •

أما اذا استعملت وسائل مشروعة للضغط على ارادة شخص آخر للوصول الى غرض مشروع فلا يبطل العقد للاكراه •

● الشوكة والنفوذ الأدبى :

الأصل أن النفوذ الأدبى بمجردة لا يكفى لتحقيق الاكراه ولكن

(١) ويذهب رأى حديث (د. على محيى الدين القره داغى - مبدأ الرضا فى العقود ج ١ ص ٤٧) الى انتقاد هذا التقسيم وعدم صحته فى القانون المدنى الذى يبحث فى الاكراه باعتباره عيبا فى الرضا ذلك لأن الاكراه الحسى اذ يؤدى الى الخوف فيصبح اكراها معنويا ، وفى هذا خلط بين الوسيلة التى يقع بها الاكراه والنتيجة التى يؤدى اليها وهى الرهبة والخوف وهذا هو جوهر الاكراه ايا كانت وسيلته أو وسائله والتقسيم الذى قال به الفقه انما هو للوسيلة أما النتيجة فلا خلاف عليها ومن ثم يصح عندنا هذا التقسيم كتصوير لوسائل الاكراه •

إذا أسئ استخداماه بحيث صحبه تأثير غير مشروع فان العقد يجوز
ابطاله حينئذ بسبب الاكراه (١) .

الشرط الثاني - يجب أن تتولد في نفس المتهمة رهبة تجعل على
التعاقد :

هذه هي المسألة الجوهرية في الاكراه فما تقدم بشأن الخطر
ووسائله وصورته انما هو المظهر المادى للرهبة التى انبعثت في نفس
المتعاقد المكره فحملته على التعاقد فليس الخطر الجسيم المحقق مقصودا
لدائه بل بالنتيجة التى يؤدى اليها من وقوع الرهبة في النفس دفعت
المكره الى التعاقد فيجب النظر اذن الى حانة التعاقد الشخصية والعوامل
التي تتوقف عليها حالته النفسية من الجنس والسن والصحة والحالة
الاجتماعية وكل ما من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه في نفس
المتعاقد (٢) وهذا هو ما يعرف بالمعيار الذاتى .

ومعرفة ما اذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلا الى التعاقد مسألة
وقائع لا رقابة لمحكمة النقض عليها ينظر فى تقديرها الى جميع العوامل
الشخصية السابقة والتي تتصل بشخص المكره أما وجوب الاعتداد بهذه
العوامل فمن مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة النقض .

● تعقيب وموازنة :

من العرض السابق لموقف كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى
وفقهه يتبين لنا أوجه الاختلاف وبعض أوجه الائتلاف ..

فمن أوجه الاختلاف :

(أ) اختلاف المصطلحات المستخدمة في الفقه الاسلامى عن القانون

(١) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥ - مجموعة القواعد
القانونية ج ٤ ص ٩٥ رقم ١٩ ، د. عبد المنعم الصدة - مصادر الالتزام
ص ٢٥٠ هامش .

(٢) انظر د. حشمت أبو ستيت - المرجع السابق فقرة ١٨٤ .

الوضعى وفقهه ، فالحنفية يقسمون الاكراه الى اكراه ملجى وغير ملجى وفقه القانون يقسمه الى اكراه حسى واكراه نفسى أو اكراه مادى واكراه معنوى •

وفى أثر الاكراه على التصرفات يذهب الفقه القانونى الى قابلية العقد للإبطال ، وفى الفقه الإسلامى يسكتنا القول بأن للفقهاء فى هذا الخصوص أربعة اتجاهات كل اتجاه بمصطلحه ، فمن قائل بالفساد مع الاجازة ، ومن قائل بالوقف على الاجازة ، ومن قائل بعدم اللزوم والتفاد ، ومن قائل بالبطلان •

(ب) أما من حيث اختلاف المسلك فى كل من الفقه الإسلامى وفقه القانون الوضعى ما ذهب اليه الفقه الإسلامى من التفريق فى أثره الاكراه بين التصرفات القولية المنشئة لغيرها من التصرفات والاخبارات أو الاقرار •

وفى الأولى جرى تقسيم الفقه الإسلامى لها الى تصرفات لا تقبل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل وهذه جائزة مع الاكراه وهذا ما لم يتطرق اليه القانون وفقهه ولعل هذا التصرفات الانشائية تعبر عن الطابع الدينى أو الصبغة الدينية فى الفقه الإسلامى •

أما التصرفات الانشائية التى تقبل الفسخ وتحتمله ويؤثر فيها الهزل فقد وقع فيها خلاف الفقهاء من حيث أثر الاكراه الى الاتجاهات الأربعة السابقة الذكر •

وفى الثانية - وهى الاقرار الذى يقدم عليه المكره - فان الاكراه لا يمنع من صحته فى الفقه الإسلامى وهذا أيضا مما لم يتطرق اليه القانون وفقهه •

ومن أوجه الاختلاف فى المسلك فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى وفقهه أن القانون فى المادة (١٢٨) مدنى مصرى وما يقابلها فى قوانين البلاد العربية خالف جمهور الفقه الإسلامى فى

استراط اثبات علم المتعاقد الآخر فى حالة وقوع الاكراه من غير المتعاقدين أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه وذلك حتى يكون للمكره أن يطلب ابطال العقد^(١) فهذا المسلك القانونى يجافى حقيقة الاكراه باعتباره عيبا فى الارادة ومفسدا للرضا ، وما يذهب اليه بعض الفقه القانونى^(٢) فى تبرير هذا المسلك من استقرار المعاملات وحماية المتعاقد حسن النية الذى يجوز له المطالبة بالتعويض وقد يكون خير تعويض هو استبقاء العقد صحيحا فان هذا الرأى وذلك التبرير اذا أراد أن يحمى متعاقدا فقد أوقع الضرر بالآخر وهو المكره الواقع تحت ضغط الاكراه ، وبذلك يختل التوازن فى العلاقة التعاقدية دون مبرر قوى راجح ، وعلى ذلك فأتنا لا نرى هذا الشرط حتى يثبت أو يترتب حكم الاكراه ، الا أننا فى نفس الوقت نرى أن ثبوت علم المتعاقد الآخر بالاكراه لا يخل بحق المكره فى التعويض ان كان له محل وحصل له الضرر بسببه كما قال بذلك التسولى فى المذهب المالكى .

أما أوجه الائتلاف فى بعض الجزئيات فتتمثل فى المعيار الشخصى أى أن يؤخذ فى الاعتبار أحوال المكره فى تقرير الاكراه وتبيان أثره على الشخص . وكذلك فى الاكراه المعتبر من أنه التهديد الباعث على

(١) هناك فى المذهب المالكى فى الاكراه على سبب البيع ثلاثة أقوال : المذهب عدم لزومه ورأى بلزومه للمصلحة ورأى ثالث يقول باسترداد البائع المكره بضاعته اذا كان المشتري عالما بالضغط والا فلا . يقول التسولى فى البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٧٦ : « وأما ان اكراه على سبب البيع كما اذا اكراه على اعطاء مال ظلما فباع أمتعته لذلك فالمشهور انه مردود أيضا ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن يدفعه للمشتري وظاهره انه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط ... الا أن العالم أثم كالفاسب وعليه الضمان مطلقا خلافا لابن رشد فى نوازل من انه انما يأخذه دون ثمن ان علم المشتري بالضغط » الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٦

(٢) د. السنهورى - الوسيط - مرجع سابق - وعبد المنعم الصدة

- المرجع السابق .

الخوف والرغبة في نفس المكروه أو غيره بحيث يكون هو الدافع نحو التعاقد .

وكذلك عدم اعتبار الاكراه بحق مؤثرا في التصرفات في كل من الفقه الاسلامي وفقه القانون الوضعي .

ثانيا - الغلط

الغلط حالة تقوم بالنفس يتصور فيها العاقد ويتوهم غير الواقع ..

• أنواعه :

- ١ - غلط في جنس الشيء محل العقد .
 - ٢ - غلط في الوصف .
 - ٣ - غلط في الشخص
 - ٤ - غلط في القيمة .
 - ٥ - غلط في الحكم الشرعي .
- والنوع الأول والثاني يجمعهما الغلط في المعقود عليه أو في الشيء ولذلك تتناولهما معا .

أولا - الغلط في المعقود عليه (في الشيء) :

(١) اختلاف الجنس :

الجنس هو المقول على الكثرة التي لا يتفاوت الغرض منها تفاوتاً فاحشاً ، فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما تفاوتاً فاحشاً بلا نظر الى الذاتى^(١) والضابط في أنها جنس واحد أو جنسان تفاوت الأغراض تفاوتاً بعيداً فيكون من اختلاف الجنس أو قريباً فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الأصل ولذا قالوا : الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما^(٢) .

(١) الغرض الذاتى .

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٦ وواضح انه يجعل التفاوت الفاحش

في المنفعة اختلاف في الجنس .

فاذا وقع الغلط في جنس الشيء بأن اعتقد أحد العاقدين أنه من جنس معين فاذا به من جنس آخر كان البيع باطلا لانعدام المحل مثل أن يبيع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج^(١) .

(ب) اتحاد الجنس والتفاوت في صفة المقصود فاحش :

والغلط هنا أيضا كاختلاف الجنس مثل لو باع دارا على أن بناءها آجر . فاذا هو « لبن » فإن التفاوت في المنفعة يكون فاحشا رغم اتحاد الجنس ومن ثم كانا كالجنسين المختلفين ، والأصل في ذلك أنه اذا اجتمعت التسمية والاشارة للمعقود عليه كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس لأن التسمية أبلغ في التعريف من الاشارة في هذه الحالة ويقع البيع باطلا لأنه معدوم وبيع المعدوم باطل الا في السلم ، واختار الكرخي من الحنفية أنه فاسد لأنه باع المسمى وأشار الى غيره فصار كأنه باع شيئا بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد^(٢) .

(ج) اتحاد الجنس والتفاوت في صفة المقصود غير فاحش (الغلط

في الوصف أو فوات الوصف المرغوب فيه) :

فاذا باع ياقوتا أحمر فاذا هو أصفر ونحو ذلك فإن البيع صحيح غير لازم ولكن ثبت للمشتري « خيار الوصف » واذا اجتمعت التسمية والاشارة في المعقود عليه وكان المسمى من جنس المشار اليه كانت العبرة للاشارة لأنها تتناول ما وقعت الاشارة اليه ، فينقصد العقد على المشار اليه ويثبت الخيار لمن وقع الغلط في جانبه لقوات الوصف المرغوب فيه المؤدى الى اختلال الرضا^(٣) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

(٢) انظر الزيلعي ج ٤ ص ٥٣ ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٣٤ وهناك رأى في المذهب الشافعي والمالكي بصحة العقد مع عدم لزومه .

(٣) المبسوط ج ١٣ ص ١٢ - فتح القدير ج ٥ ص ٢٠١ - البدائع ج ٥ ص ١٤٠ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ٥٢ ، ٥٣ ، البحر الرائق ج ٦ ص ٨٩ - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ - المواد ٧٢ ، ٢٠٨ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ من المجلة و ٣٠١ ، ٣٨١ من مرشد الحيران .

وضابط الوصف المرغوب فيه أن يكون مما يقصد ويتعلق به غرض العقلاء .

ولكن الوصف المرغوب فيه قد يحصل فيه التفاوت فبأى درجاته يتحقق وجوده أو فواته ؟

الضابط في ذلك - أى في تحقق الوصف المرغوب فيه - أن يتحقق منه قدر ما ينطلق وينطبق عليه الاسم بالنظر الى العرف (١) .

ثانيا - الغلط فى الشخص :

تظهر أهمية الغلط فى شخص العاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد ، فاذا وقع الغلط فى ذاتية الشخص أو فى صفة جوهرية فيه كان للطرف الذى وقع فى الغلط حق الفسخ وعلى الجملة فان حكمه حكم الغلط فى جنس المعقود عليه . ومن أمثلة ذلك :

عقد الزواج : اذ يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهرى من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض فاذا وقع غلط فى شىء من ذلك جاز التفريق .

وكذا فى الشفعة : يكون لشخصية المشتري اعتبار فى الأخذ بها فاذا علم الشفيع باسم المشتري فسلم فى الشفعة ثم بان له أن المشتري هو غير من سمي فله حق الشفعة (٢) .

وفى الوكالة واجارة الظئر : يكون لبعض الصفات الجوهرية فى شخصية الوكيل والظئر اعتبار فى العقد (٣) .

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٢ - حاشية الشبراملى على نهاية المحتاج ج ٣ ص ٤٤٣

(٢) المادة ١٤٥ من مرشد الحيران ، انظر المبسوط ج ١٤ ص ١٠٥ ، البدائع ج ٧ ص ٣٣٢ ، البحر الرائق ج ٨ ص ١٤٤ .

(٣) انظر المبسوط ج ١٥ ص ١١٩ وما بعدها ، تكملة فتح القدير ج ٦ ص ١٥ ، ١٦ ، الزيلعى ج ٥ ص ١٢٨ .

وهذا النوع من الغلط يكثر وقوعه في الوصية والهبة والاستصناع أما اذا كان الغلط لا يترتب عليه تفاوت يصل الى درجة التفاوت الفاحش فيكون هذا بمثابة فوات للوصف المرغوب فيه .

ثالثا - الغلط في القيمة :

يؤدي الغلط في قيمة المعقود عليه الى الغبن ولكن الغبن هنا يكون مصحوبا بجهل لقيمة الشيء والغلط في قيمة المعقود عليه انما يعيب الارادة والرضا .

وسياتى الحديث عن الغبن ..

رابعا - الغلط في الحكم الشرعى :

مؤداه أن العاقد كان يجهل الحكم الشرعى عند التعاقد ، والأصل أن الجهل بالحكم الشرعى لا يعتبر عذرا ، ولا يكون عذرا الا اذا اتفى التقصير في جهله به .

وقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم :

« وأما الجهل فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم فان قارن اعتقاد النقيض فهو مركب وهو المراد بالشعور بالشيء على خلاف ما هو به والا فبسيط وهو المراد بعدم الشعور وأقسامه على ما ذكره الأصوليون كما هو في المنار أربعة .. والثانى الجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح أو فى موضع الشبهة وأنه يصلح عذرا وشبهة كالمحتجم اذا أفطر على ظن أنها فطرته .. والثالث الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه يكون عذرا » (١) .

(١) انظر ص ١٦٧ ، ١٦٨ ، مجمع الضمانات ص ١٥٤ ، البدائع

وكل ما لا يعتبر عذرا فجميع العقود المترتبة عليه باطلة ويجب نقضها وأن ما يعد الجهل به عذرا فتقبل به دعوى الغلط ويكون لصاحبها حق الخيار .

والضابط في الغلط في جميع أنواعه أن يكون ظاهرا غير مستتر في ضمير العاقد ، ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد ودلالة الحال وظهور عيب في العقود عليه^(١) .

الغلط في القانون وفقهه

● تعريف :

وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على تصور غير الواقع ويكون هو الدافع الى التعاقد ، والغلط بهذا المعنى الواسع يشتمل على أنواع كثيرة للغلط لم يهتم الفقه الحديث منها الا بالغلط الذي يعيب الارادة عند ابرام التصرف ولا يختلط بوجودها ذاته ، كما لا يجوز في الغلط الذي يعيب الارادة أن يقع على ركن من أركان العقد والا أعدم التراضي ، ومع ذلك يجب أن يكون غلطا جوهريا غير واقع على أركان العقد وألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يعتد به .

● شروط الغلط :

تنص المادة (١٢٠) مدني مصرى على أنه :

« اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب ابطال العقد ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه »^(٢) .

(١) الخطاب ج ٤ ص ٤٤٦ وما بعدها .

(٢) يقابل هذا النظام مادة ١٢٠ لىبي ، مادة ١٢١ سورى ،

مادة ١١٩ عراقى ، مادة ١٠٦ سودانى ، مادة ٢٠٣ لبنانى ، مادة ١٢٠

كويتى ، مادة ٤٥ - ٤٩ تونسى ، مادة ٤١ - ٤٤ مغربى .

وتنص المادة (١٢١) مدنى مصرى على أنه :

- « ١ - أن يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .
- ٢ - ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) اذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهريّة فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف وما ينبغى فى التعامل من حسن نية .

(ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » (١) .

ويتبين من نصوص القانون المدنى المصرى أنه يشترط لوجود غلط يسبب الارادة شرطان هما :

- ١ - أن يكون الغلط جوهريا .
- ٢ - أن يكون الغلط داخلا فى نطاق التعاقد ودافعا اليه ويتصل المتعاقد الآخر به .

الشرط الأول - يجب أن يكون الغلط جوهريا :

ويعتبر الغلط جوهريا فى القانون المصرى اذا بلغ فى تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لامتنع عن ابرام العقد ، أى أنه كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد ، فالعبرة اذن بالأوصاف المعبرة فى نظر المتعاقد ونيته لا بالخصائص التى تكون مادة الشئ فى ذاته وهذا هو المعيار الذاتى فى الغلط ، ونظرا لما يقتضيه هذا المعيار من البحث فى الحالة النفسية للمتعاقد فقد اتخذ القانون

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢١ لىبى ، مادة ١٢٢ سورى ، مادة ١١٧ ، ١١٨ عراقى ، مادة ٢٠٥ لبنانى ، مادة ١٠٧ سودانى ، مادة ١٢٠ كويتى .

قرينة موضوعية مؤداها أن الصفة الجوهرية ليست كذلك في اعتبار المتعاقدين فقط بل أيضا يجب أن يكون المتعاقدان اعتبارا جوهرية وفقا لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن نية .

وعلى هذا الأساس يصح أن يقع الغلط الجوهرى فى صفة جوهرية فى الشئ أو فى شخص المتعاقد سواء فى ذاته أو فى صفة من صفاته وكانت هذه أو تلك السبب الرئيسى فى التعاقد وذلك كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك أو فى صفة من صفات الشخص كأن يهب شخصا مالا معتقدا أنه تربطه به صلة قرابة فيتضح غير ذلك .

وتقدير ما اذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت محل اعتبار دافع الى التعاقد من مسائل الواقع لا القانون . وكذلك الغلط الجوهرى فى القيمة والغلط فى الباعث والسبب من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال .

● الغلط فى القانون :

تنص المادة (١٢٢) مدنى مصرى على أنه :

« يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا ما لم يقضى القانون بغيره » (١) .

ومؤدى هذا النص أن الغلط فى الواقع بمعياره وشروطه وحالاته ينطبق على الغلط فى القانون .

وليس هناك تعارض بين حكم المادة رقم (١٢٢) والقاعدة

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢١ لىبى ، مادة ١٢٣ سورى ، مادة ١٠٨

القائلة بأن أحدا لا يعذر لجهله بالقانون ذلك لأن هذه القاعدة يراد بها أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قانونا معينا كى يستبعد تطبيق هذا القانون عليه وليس فى ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق فى طلب الإبطال لغلط فى القانون ما دام أن هذا الغلط كان هو الدافع الى التعاقد فإبطال العقد لا يعنى استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ولا الهروب من حكم هذه القاعدة (١) .

ونرى أن هذا هو التفسير الشائع فى هذه المسألة خلافا لما ذهب اليه البعض من أن قاعدة « لا يعذر المرء لجهله بالقانون » تتعارض مع حكم المادة (١٢٢) ومن ثم ذهبوا للخروج من هذا التعارض الى القول بأن القاعدة السابقة لا تنطبق الا بالنسبة الى القواعد القانونية الآمرة التى تتعلق بالنظام العام ومن ثم فإن هذه القواعد لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها على عكس القواعد المكملة فلا تنطبق القاعدة بشأنها لعدم تعلقها بالنظام العام (٢) .

الشرط الثانى - أن يكون الغلط داخلا فى نطاق التعاقد ويتصل به التعاقد الآخر :

يجب طبقا لنص المادة (١٢٠) سالف الذكر أن يكون الغلط مشتركا بين الطرفين أو يكون الطرف الآخر الذى لم يقع فى الغلط على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

وفى هذه الصور الثلاث يكون الغلط الجوهري مبررا لطلب إبطال العقد أو لجعل العقد قابلا للإبطال ، والمتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع سبيلا لزعم الطرف الآخر بأنه فوجيء بطلب إبطال العقد فتد ثبت أن المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه وهو فى الأولى حسن النية

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٣٦ .

(٢) د. السنهورى ، الوسيط ص ٣٢٩ .

ومقتضى حسن النية أن يسلم بإبطال العقد ، وفي الثانية سىء النية والابطال جزاء سوء نيته ، وفي الثالثة مقصر وتعويض التقصير الابطال .

واشترط علم الطرف الآخر بالغلط وأن يكون متصلا به يعنى أن يكون هذا الطرف على بينة أيضا من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع الى التعاقد^(١) . ومدعى الغلط عليه اثباته سواء بالنسبة لنفسه أو للطرف الآخر وهذه مسألة وقائع وإذا عجز مدعى الغلط عن اثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركا فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه فلا يجوز ابطال العقد .

* * *

موازنة بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه

يبين لنا من العرض السابق للغلط فى كل من الفقه الاسلامى والقانون وفقهه أن هناك فروقا جوهرية فى كل منهما فيما يتعلق بالغلط سواء فى التعريف أو الحالات التى ينطبق عليها أو فى الأحكام والآثار . اذ الضابط للغلط فى الفقه الاسلامى أن يكون ظاهرا غير مستتر ويستفاد ظهور الغلط من كلام العقاد (الصيغة) ومن دلالة الحال ، على خلاف النظرية الحديثة فى فقه القانون التى أخذت بالمعيار الذاتى فى الغلط والارتباط بالنفس والنية اتخذت قرائن موضوعية عليه قائمة على ما لابس العقد من ظروف وما ينبغى فى التعامل من حسن نية .

هذا فضلا عن أن حالات الغلط فى الفقه الاسلامى تختلف عن حالاتها فى القانون وفقهه وليس هذا فحسب بل ان الجزاء المترتب على

(١) د. حلمى بهجت بدوى ، مرجع سابق ص ١٩٠ ، د. محمد على عمران ، مصادر الالتزام ص ٦٩ حيث يرى « انه ليس بصحيح انه من غير المتصور ان يكون الغلط مشتركا مع جهل أحد المتعاقدين بالاعتبار الدافع الى التعاقد » مثل هذا رأى ، د. اسماعيل غانم ، نظرية الالتزام ص ٢٢٠ بند ١٠١ .

كل حالة يختلف فقد يكون الفسخ أو البطلان أو الفساد أو خيار الوصف أو العيب أو الرؤية وقد يكون الجزاء أيضا الوقف أو عدم اللزوم وكل ذلك على حين أن الجزاء المترتب على الغلط في القانون وفقهه جزاء واحد في جميع الحالات هو قابلية العقد للبطلان .

والغلط في القانون أوسع مدى من الجهل بالأحكام الشرعية فلا يعذر المرء بجهله بأحكام الدين في الاسلام وذلك كقاعدة عامة وأساسية في المنهج الاسلامي وعلى التفصيل الذي ساقه ابن نجيم .
وإذا كان القانون وفقهه قد اتجه في مسلكه الجديد والحديث الى وضع نظرية عامة في الغلط من حيث معياره الذاتي القائم على الغلط في الصفة الجوهرية فان هذا المسلك لا يستقيم في الفقه الاسلامي لاختلاف أحكام الغلط في حالات عنها في حالات أخرى ولارتباط الغلط بمعان وآثار تختلف عن المسلك القانوني .

ثالثا - التدليس

● معناه والضابط فيه :

استخدام وسائل احتيالية لاختفاء عيب^(١) المعقود عليه وإظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد^(٢) .

(١) العيب هو ما تنقص به عين الشيء أو قيمته أو ثمنه أو يفوت به غرض صحيح ، وعلى الجملة هو كل ما يعده الناس عيبا ، انظر كشف القناع ج ٣ ص ٢١٥ ، البحر الزخار ج ٣ ص ٣٥٥ ، جواهر العقود للمهاجي ج ١ ص ٧٠ .

(٢) عرفته المادة ١٦٤ من المجلة بأنه « توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية » وعرفه الخطاب بأنه « أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد ... أن يفعل البائع في المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم » ج ٤ ص ٤٣٧ ، انظر المعاملات الشرعية ، أحمد إبراهيم ص ٨٩ ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٨٥ ، الأم ج ٣ ص ٦٠ .

ويطلق عليه الفقهاء أحيانا اسم التغيرير^(١) .

● **أنواعه :** التدليس ثلاثة أنواع هي : التدليس الفعلى

والتدليس القولى والتدليس بالكتمان .

أولا - التدليس العملى أو الفعلى :

وضابطه استخدام حيل عملية من شأنها خداع المتعاقد وحمله

على التعاقد .

وقد يكون ذلك بإضافة صفات غير حقيقية الى المعقود عليه أو بستر عيوبه أو استخدام وسائل خارجة عن المعقود عليه لكنها تؤثر على المتعاقد وتخدعه وتحمله على التعاقد^(٢) وذلك كالتصريحه وبيع النجشى والتدليس فى المراجعة والتولية والوضيعة .

ثانيا - التدليس القولى :

وضابطه الكذب الدافع الى التعاقد .

وقد يكون فى ثمن السلعة أو فى سعر السوق أو التغيرير

بالتعاقد بمعلومات مضللة .

وذلك كما فى تلقى الركبان وبيع المسترسل والنجش^(٣) ..

(١) انظر الوسيط فى نظرية العقد ج ٦ ص ٣١٩ وما بعدها ،

دكتور عبد المجيد الحكيم .

(٢) انظر كشاف القناع ج ٣ ص ١٧٣ ، الخطاب ج ٤ ص ٤٣٧

وما بعدها ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٧٣ .

(٣) تلقى الركبان أى يتلقى الركبان القادمين الى السوق قبل ان يهبطوا السوق فباعهم أو اشترى منهم وهم لا يعلمون حال السوق - المسترسل الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن البايعة - النجش هو أن يزيد فى السلعة شخص لا يريد شراءها لغير المشتري وذلك بالتواطؤ مع صاحب السلعة .

وبياعات الأمانة والمرا بحة والمواضعة والتولية ، وتسمى أمانة لأن المشتري
ائتنس البائع في اخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف (١) .

ثالثا - التدليس بالكتمان :

وضابطه التغاضى عن ذكر عيب فى الشئ معروف لديه .

● حكم التدليس :

اتفق الفقهاء على أن الحيل التى يلجأ اليها المتعاقد لخداع
المتعاقد الآخر تؤثر على لزوم العقد ويكون للمدلس عليه حق
الخيار (٢) وهو ما يسمى خيار العيب ، ومؤداه أن للعاقد حق
الرجوع فى العقد بعد تسامه اذا اطلع على عيب المعقود عليه .

ثم اختلفوا بعد ذلك فى الفروع على النحو التالى :

١ - بالنسبة للحيل التى تضى صفات غير حقيقية على
المعقود عليه فهناك رأى بلزوم العقد وأن يرجع المدلس عليه
بالنقصان على المدلس (٣) لتعريضه .

٢ - بالنسبة للحيل الخارجة عن المعقود عليه فهناك رأى
يقضى ببطالان العقد كالنجش (٤) ورأى بصحته ولزومه (٥) .

٣ - بالنسبة للبيوع التى استخدم فيها الكذب فى سعر السوق
كتلقى الركبان فهناك رأى بجوازه ولزومه ورأى ببطالان العقد (٦) .

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ٢٢٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٦ ،
المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٥٩ - ٦٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٦٧ ، المفنى ج ٤
ص ٢٧٨ ، المحلى ج ٨ ص ٤٤٨ .

(٣) انظر رد المحتار ج ٢ ص ٦٦ وان كان يرى عدم الرجوع
بالنقصان .

(٤) المفنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٧٨ .

(٥) البدائع ج ٥ ص ٢٢٣ ، الأم ج ٣ ص ٨٠ .

(٦) البدائع ج ٥ ص ٢٢٢ ، الأم ج ٣ ص ٨٢ ، بداية المجتهد

ج ٢ ص ٦٦٩ ، المفنى ج ٤ ص ٢٨٢ .

التدليس فى القانون وفقهه

تعريف : التدليس هو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد^(١) .

● شروط التدليس :

أورد القانون المدنى المصرى أحكام التدليس فى المادتين ١٢٥ ، ١٢٦ على النحو التالى :

تنص المادة (١٢٥) على ما يأتى :

« يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . »

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة^(٢) .

ويستخلص من هذين النصين شروط التدليس وعناصره :

١ - استعمال طرق احتيالية :

يجب لقيام التدليس أن تستعمل طرق احتيالية تولد الغلط فى

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ، د. محمد لبيب شنب ، مصادر الالتزام ص ١٦٠ ، د. حشمت أبو ستيت فقرة ١٧٠ وما بعدها ، د. السنهورى ، الوسيط ص ٣٤٢ .
(٢) يقابل هذا النص مادة ١٢٥ لىبى ، مادة ١٢٦ سورى ، مادة ١٢١ مراقى ، مادة ١١١ سودانى ، مادة ٢٠٨ ، ٢٠٩ لبنانى ، مادة ١٢٢ كويتى ، مادة ٥٦ ، ٥٧ تونسى .

ذهن المتعاقد فتخفى الحقيقة عنه والطرق الاحتيالية تقوم على
عنصرين :

الأول - عنصر مادی : وهى عبارة عن الطرق والوسائل التى
استخدمها المدلس لآخفاء الحقيقة وأن تكون هذه الطرق كافية
للتضليل بحسب حالة المتعاقد فالمعيار هنا ذاتى أو شخصى وهذه
الوسائل والطرق الاحتيالية لا تقع تحت حصر منها : تقديم أوراق
غير صحيحة أو الاستعانة بأشخاص آخرين لتأييد الادعاءات الكاذبة
أو الظهور بمظهر الشراء والجاه .

والأصل أن مجرد الكذب لا يكفى لقيام التدليس أما اذا
انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها فى التعاقد فانه يعتبر
تدليسا ، وهذا الالتزام ببيان معلومات لها أهميتها فى التعاقد قد يكون
له أهمية خاصة فى التعاقد .

كذلك الكتمان الأصل فيه أنه لا يعتبر تدليسا الا أن تكون
هناك أحوال يكفى فيها الكتمان لقيام التدليس وهى التى يكون
فيها على المتعاقد أن يفضى بأمر من الأمور فيلتزم به ويعتبر سكوته عنه
تدليسا وهذا الالتزام ببيان معلومات لها أهميتها فى التعاقد قد يكون
مصدره القانون كالمادة (٧٦٤) مدنى مصرى فى عقد التأمين على
الحياة وقد تفرضه طبيعة العقد وقد توجبه الظروف والملابسات
التي تحيط بالعقد فتوجب على المتعاقد فى ضوء هذه الظروف
أن يكشف عن أمر يدرك أن له خطره لدى المتعاقد الآخر وهذا ما نصت
عليه المادة (٢/١٢٥) مدنى مصرى ويستفاد منها أربعة شروط لاعتبار
الكتمان تدليسا هى :

١ - أن يكون كتمان لأمر خطير يؤثر فى ارادة المتعاقد الذى
يجعله تأثيرا قويا .

٢ - أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره .

٣ - أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول .

٤ - ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر •

الثانى - عنصر معنى : وهو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس وأن يكون المراد من التضليل الوصول الى غرض غير مشروع •

٢ - أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد :

تنص على ذلك المادة (١٢٥/١) مدنى مصرى سألقة الذكر اذ يجب أن يكون التدليس هو الذى دفع الى التعاقد وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك مسترشدا بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية •

٣ - أن يكون انتدليس صادرا من المتعاقد الآخر أو أن يكون هذا على علم به اذا كان صادرا من الغير :

يشترط طبقا للمادتين ١٢٥ ، ١٢٦ مدنى مصرى أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين أو نائب عنه ، واذا صدر التدليس من الغير وجب أن يكون المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتما أن يعلم به • وكذلك يستطيع المتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد للغلط اذا كان الغلط الذى ولده التدليس مشتركا بينه وبين المتعاقد الآخر أو كان هذا على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، وهو يلجأ الى هذا الطريق اذا لم يكن من اليسير عليه أن يثبت علم المتعاقد الآخر بالتدليس الصادر من الغير أو استطاعته هذا العلم •

واذا لم يثبت شيئا من ذلك فلا يجوز ابطال العقد لأن المتعاقد الآخر حسن النية ، ولو أبطلنا العقد لجاز للمتعاقد حسن النية أن يطلب تعويضا ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحا ، وفى هذه الحالة يكون العقد قد قام على الارادة الظاهرة أو بعبارة أدق : قام العقد على سبيل التعويض لا على سبيل الارادة الحقيقية للمتعاقد •

● العلاقة بين التدليس والغلط :

١ - الغلط يغنى عن التدليس في النظرية الحديثة :

فطبقا للنظرية الحديثة - وعلى نحو ما سبق تفصيله - فإن التدليس لا يبطل العقد الا اذا كان دافعا الى التعاقد ، وهو لا يكون كذلك الا لما يوقعه في نفس المتعاقد من الغلط ومن ثم يكون الغلط أيضا دافع ، والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى ولو وقع في الباعث أو في القيمة ، وعلى ذلك فكل عقد يبطل للتدليس يبطل للغلط في ذات الوقت ومن ثم فإن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس على هذا الأساس .

٢ - التدليس لا يغنى عن الغلط :

فالتدليس اذا لم يوقع المتعاقد في غلط فلا أثر له في صحة العقد ولا يترتب عليه الا التعويض اذا ترتب عليه ضرر باعتبار أنه في ذاته غير مشروع .

واذا كان الغلط يغنى عن التدليس على نحو ما سبق فإن التدليس لا يغنى عن الغلط .

على أنه اذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقا عمليا في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوبا بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به ، ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين هما :

(أ) سهولة اثبات الغلط المصحوب بالتدليس لوجود الطرق الاحتمالية وهي قائمة على وسائل مادية يسهل اثباتها فيثبت الغلط تبعا لها .

(ب) اذا كان الغلط مصحوبا بتدليس فإن ذلك قد يكون سببا لابطال العقد والتعويض أيضا اذا نجم عن التدليس ضرر ، أما اذا كان الغلط غير مصحوب بالتدليس فإن أثره يقتصر على ابطال العقد ولا محل فيه للتعويض الا اذا أثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

موازنة بين الفقه الاسلامى والفقه القانونى

لقد فرق الفقه الاسلامى فى أنواع العقود بالنسبة لأثر التدليس ، ففى عقود الأمانة يكتفى بالكذب المجرد أو مجرد الكذب على عكس الفقه القانونى اذ الأصل فيه أن مجرد الكذب لا يكفى لقيام التدليس ، وكذلك الأمر بالنسبة للكتمان فى كل من الفقه الاسلامى وفقه القانون . كذلك يختلف حكم التدليس فى الفقه الاسلامى باختلاف نوع وطبيعة الحيل المستخدمة على نحو ما سبق تفصيله .

ان الفقه الاسلامى يعتد بالتدليس الصادر من أحد المتعاقدين أو الصادر من غيره أيضا .

رابعاً - الغبن

● **معناه وضابطه :** عدم التماثل بين العوضين فى القيمة ولا يعلمه المغبون أثناء التعاقد^(١) .

● **انواعه :** غبن يسير ، وغبن فاحش .
وقد اختلف الفقهاء فى معيار الغبن اليسير والفاحش على النحو التالى :

١ - ذهب البعض الى أن اليسير من الغبن هو ما يدخل تحت تقويم المقومين وأهل الخبرة ، والفاحش ما لا يدخل سواء بالزيادة أو النقصان^(٢) .

(١) لا يشترط البعض علم المغبون ومن ثم يحدث الغبن اثره ولو كان العاقد يعلمه - قال بذلك بعض فقهاء الظاهرية - المحلى ج ٨ .
(٢) انظر المادة ٥٤٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

٢ - حدد البعض الآخر حداً معيناً :

(أ) فحدد محمد بن الحسن نصف عشر القيمة الحقيقية للمعقود عليه ، فإذا كان الغبن لا يتعداها فهو يسير والا ففاحش .

(ب) وحدده « الجصاص » باختلاف المعقود عليه :

ففى العروض اذا زاد الثمن أو نقص بأكثر من نصف عشر القيمة الحقيقية كان الغبن فاحشاً . وفى الحيوان العشر ، وفى العقار الخمس ، والا فالغبن يسير^(١) .

(ج) حدد البعض الثلث فأكثر ، وحدد البعض السدس فأكثر فهذه النسب يكون معها الغبن فاحشاً اذا زاد الثمن أو نقص عنها^(٢) .

● أثر الغبن على العقود والتصرفات :

١ - عقود تتأثر بالغبن - ولو يسير - وهى عقود المدين الذى استغرقت الديون جميع أمواله ، وعقود المريض مرض الموت اذا كانت تركته مستغرقة بالديون فلا تصح عقودهم الا اذا أجازها الدائنون والا بطلت .

٢ - عقود لا تتأثر الا بالغبن الفاحش وهى العقود الواردة على مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال ومال اليتيم ومال المحجور عليه لسفه أو جنون .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه العقود :

- فذهب رأى الى أنها فاسدة ويزول الفساد بتكملة القيمة الحقيقية والا بطلت .

(١) البدائع ج ٦ ص ٣٠ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ ، البحر ج ٧ ص ١٦٩ ، وقد أخذت بهذه التقديرات مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٦٥ .

(٢) الخطاب ج ٤ ص ٤٧١ وما بعدها .

— وذهب رأى الى ثبوت الخيار للمتعاقد المغبون اما الفسخ أو دفع فرق القيمة ، والقول بالخيار مذهب الحنابلة والظاهرية ورواية عن المالكية^(١) . أما بقية العقود التي يقع فيها غبن فاحش فذهب البعض الى بطلانها لما فيها من اضرار المال واتلافه .

— وهناك رأى بلزومها ولا أثر للغبن الفاحش فيها لأن التصرف مع الغبن تجارة عن تراض وهو مذهب جمهور الفقهاء^(٢) اذا كان المتعاقد فردا بالغاً رشيداً .

— وذهب رأى ثالث الى اعطاء المتعاقد المغبون حق الخيار ، والقائلون بذلك هم الحنابلة^(٣) وابن حزم وبعض فقهاء المالكية .

٣ — أما الغبن الفاحش مع التفرير فيرتب الحق في الفسخ مطلقاً لأن الغبن كان نتيجة تضليل المغبون وكان رضاه على أساس عدم الغبن .

الغبن والاستغلال في القانون وفقهه

● تعريف :

الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه وهو بذلك يعتبر المظهر المادي للاستغلال ، ولكنه يتميز عنه بما يأتي :

١ — أن الغبن لا يتصور في عقود التبرع اذ لا محل فيها لعدم

(١) المحلى ج ٨ ص ٤٣٩ .

(٢) بهذا أخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة ٣٦٥ بشرط انتفاء التفرير وقد عرفته المادة ١٦٤ منها ، انظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ١٥٢ — التفرير هو أن يجعل العاقد في حال يعتقد معها أنه أخذ الشيء بقيمته والحنفية غير ذلك ولا أثر له في العقود الا اذا ترتب عليه غبن — انظر محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٤٦١

(٣) وقد أثبت الحنابلة الخيار للمغبون في تلقى الركبان والنجاشي وعقود المسترسل ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٧٧ .

التعادل بين ما يعطى وما يؤخذ ، وكذلك عقود المعاوضة الاحتمالية لأن طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين •

٢ - أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك (١) •

٣ - أن الغبن يقاس بمقياس مادي أى التفاوت في القيمة بحسب سعر السوق ، أما الاستغلال فهو أمر نفسى يقوم على الميعار الشخصى لا المادى ومن ثم فالغبن عيب في العقد ، والاستغلال عيب في الارادة •

ولقد تطور الغبن من نظرية مادية للغبن الى نظرية نفسية للاستغلال على المذاهب الاقتصادية والاجتماعية ، ففى المذاهب الفردية وما تقوم عليه من سيطرة مبدأ سلطان الارادة لا يقيم القانون للغبن وزنا الا فى أحوال معينة ، ثم تحت ظهور المذاهب الاشتراكية أخذت النظرية المادية للغبن تتطور فى القوانين الحديثة الى نظرية نفسية للاستغلال بوصفه عيبا من عيوب الارادة وأصبح الميعار فى نظرية الاستغلال معيارا شخصيا فالعبرة بقيمة الشئ فى اعتبار المتعاقد •

● شروط الاستغلال :

لقد أخذ القانون المدنى المصرى بفكرة الاستغلال مع الابقاء على بعض حالات الغبن المادى فى نصوص متفرقة •

فتنص المادة (١٢٩) مدنى مصرى على أنه :
« ١ - اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل ألتهمة مع

(١) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ١٧٢ وما بعدها ،
د. عبد المنعم الصدة ، نظرية الاستغلال فى القانون المصرى فقرة ٧٢ ...
رسالة ط ١٩٥٧ •

ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا يينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المغبون أن يطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن «(١)» .

ونصت المادة (١٣٠) مدنى مصرى على أنه :
« يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة »(٢)

ويتبين من هذه النصوص أنه يشترط لقيام الاستغلال ثلاثة شروط هى :

- ١ - اختلال التعادل اختلالا فادحا .
- ٢ - أن يكون هناك استغلال لضعف بين في المتعاقد المغبون .
- ٣ - أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون الى التعاقد .

الشرط الاول - اختلاف التعادل بين طرفى العقد اختلالا فادحا :
وهو ما يعبر عنه فى الفقه القانونى بالعنصر المادى للاستغلال ، فالفداحة فى اختلال التعادل معيارها مادى ولكن هذا المعيار ليس

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢٩ لىبى ، مادة ١٣٠ سورى ، مادة ١٢٥ عراقى ، مادة ١١٥ سودانى ، مادة ٢١٤ لبنانى ، مادة ١٢٦ كويتى ، مادة ٦٠ ، ٦١ تونسى .

(٢) يقابل هذا النص مادة ١٣١ لىبى ، مادة ١٣٢ سورى ، مادة ١٢٦ ، ١٢٩ عراقى ، مادة ١١٧ سودانى ، مادة ١٨٨ لبنانى ، مادة ١٣١ كويتى ، مادة ٦٦ تونسى .

رقما ثابتا بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة ، وهذا لا ينافي أن اختلال التعادل لا ينظر فيه إلى القيمة المادية للشيء وإنما يقتد بقيمته الشخصية أى بما يساويه في اعتبار التعاقد .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحا في عقود المعاوضة المحددة ، لأن العاقد في هذه العقود يعرف وقت التعاقد على وجه محدد مقدار ما يعطى ومقدار ما يأخذ . ولكنه يصح أن يقع الاختلال أيضا في العقود الاحتمالية^(١) وذلك على الرغم من أنها تقوم على احتمال الكسب والخسارة وذلك حين يكون الاختلال فادحا بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة .

بل ان هذا الاختلال يقع في التبرعات ، بل انه قد يكون أشد وطأة وتحققا فيما لا تعادل فيه^(٢) . ولذلك فان تقدير العنصر المادى في التبرعات ينظر فيه إلى مقدار التبرع بالنسبة إلى ثروة المتصرف وإلى ما يعتاد التبرع به في مثل ظروف المتبرع^(٣) .

الشرط الثانى - استغلال ضعف معين في التعاقد المغبون :

وهذا ما يعبر عنه بالعنصر النفسى للاستغلال وحالات الضعف التى تستغل فى التعاقد المغبون نصت عليها المادة (١/١٢٩) مدنى مصرى وهى :

الطيش البين والهوى الجامح وذلك لتضييق دائرة الاستغلال وخشية التحكم ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره .

(١) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق فقرة ٢٢٠ .

(٢) د. السنهورى ، الوسيط ص ٣٩٦ ، والمادة (٣/١٢٩) مدنى (تفيد وقوع الاستغلال ضمنا فى التبرعات ، انظر د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٦٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩١ .

(٣) د. عبد الحى حجازى ج ٢ ص ٣١٦ ، د. توفيق حسن فرح ، الاستغلال ... رسالة ، فقرة ٩٤ - ١٠٢ .

ويمكن القول بأن الطيش البين هو الخفة الزائدة التى تؤدى الى التسرع وسوء التقدير^(١) . وأن الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التى تعسى الشخص عن تبين ما هو فى صالحه^(٢) .
وفى أحكام القضاء أمثلة بارزة على ذلك .

الشرط الثالث - أن يكون الاستغلال هو الدافع الى التعاقد :

والمعيار هنا معيار ذاتى أو نفسى اذ يجب أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون الى ابرام التصرف ، والمغبون بذلك يكون واقعا تحت تأثير هذا الاستغلال ومن ثم تكون ارادته معيبة ويصبح العقد قابلا للإبطال ، وتحقيق هذا الشرط مسألة واقع لا قانون فلا تعقيب عليها من محكمة النقض .

● اثر الاستغلال فى القانون :

إذا توافرت شروط الاستغلال السالفة الذكر جاز للقاضى بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . وفى الحالتين يجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

ويجوز للمستغل فى عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الإبطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن والمسألة مرجعها فيما يدفع الى تقدير القاضى فى ضوء الظروف .

وإذا طلب المتعاقد المغبون الانتقاص فلا يصح للقاضى أن يحكم بالإبطال لأنه لو فعل ذلك فانه يحكم بأكثر مما طلب منه وهو ما لا

(١) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٩٤ ،

د. عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٢٦٩ .

(٢) نقض مدنى جلسة ١١/٥/١٩٦٧ ، مجموعة المكتب الفنى

السنة ١٨ ص ٩٧٤ ، وجلسة ١/٤/١٩٦٩ ، المرجع السابق السنة ٢٠

ص ٥٥٦ .

يجوز كما لا يجوز للقاضي بدل أن ينقص التزامات المعبون أن يرفع التزامات الطرف المستغل ، والا خالف نص المادة (١/١٢٩) مدنى مصرى .

والانقاص كالأبطال يجوز فى التبرعات فيجوز للقاضي أن ينقص التزامات المتبرع المعبون الى الحد الذى يراه ملائما .

● حالات الغبن المادية فى القانون :

أراد القانون أن يوفر حماية للطرف المعبون على أساس محدد وبطريقة سهلة فى الاثبات ، فأخذ بفكرة الغبن المادى أيضا فى بعض نصوصه هى :

م ٤٢٥ مدنى مصرى وهى خاصة ببيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية بغير يزيد على الخمس .

م ٨٤٥ مدنى مصرى وهى خاصة بالغبن فى القسمة اذا زاد على خمس القيمة .

م ٢/٧٠٩ مدنى مصرى وهى خاصة بأجر الوكيل وتقدير القاضى له .

م ١/٥١٥ مدنى مصرى وهى خاصة بإعلان عقد الشركة اذا اتفق فيه على أن أحد الشركاء لا يساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها .

م ٢٢٧^(١) مدنى مصرى وهى خاصة بزيادة سعر الفائدة على ٧٪ .

تحليل وموازنه بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه

على حد علمى فان مصطلح « الاستغلال » لم يشتهر فى الفقه الاسلامى ولعل فى الغبن ما يقلل كثيرا من استعمال هذا المصطلح فى

(١) يقابل هذا النص مادة ٢٣٠ لىبى (أقصى سعر للفائدة ١٠ ٪) ، ومادة ٢٢٨ سورى (أقصى سعر للفائدة ٩ ٪) ، ومادة ١٧٢ عراقى .

الفقه الاسلامى ، فالفقه الاسلامى على اختلاف مذاهبه واتجاهاتها
فى مسألة الغبن التى نوجزها فيما يلى :

- اتجاه يعتد بالغبن المطلق أو مجرد الغبن •
- اتجاه لا يعتد بالغبن لأن التصرف مع الغبن تجارة عن تراض •
- اتجاه يعتد بالغبن اذا صاحبه تغيرير •

وهذه الاتجاهات فى المذاهب الفقهية تتسع لفكرة الاستغلال
فى القانون بعنصريها المادى والمعنوى ، وبعبارة أخرى من خلال
معالجة كل عنصر من عناصر الاستغلال ، فالعنصر المادى للاستغلال
والمتمثل فى عدم التعادل أو الخلل الفادح يعالجه الاتجاه الثالث ،
والأول فى الفقه الاسلامى ، والعنصر النفسى للاستغلال والمتمثل فى
استغلال ضعف معين يمثل له بالطيش البين والهوى الجامح والحاجة فى
القانون المدنى المصرى يعالج من خلال مسائل كثيرة فى الفقه كالسفيه
وحالات الحجر عليه أو من خلال بيع المضطر فى الفقه الاسلامى أو من
خلال الولاية أو الوصاية على اليتيم والصغير •

ومن ذلك نخلص الى أن الفقهاء المسلمين عالجوا مسائل
الاستغلال من خلال الغبن مع التغيرير أو الغبن المجرد أو الضرورة
أو حالات السفه والعتة والصغر باعتبار أن الغبن فى الفقه الاسلامى
يقوم على اعتبارات موضوعية أقرب الى المرونة باتخاذ العرف والعادة
والخبرة أساسا للتقدير أحيانا ومن ثم أقرب الى العدالة واستقرار
المعاملات بين الناس لسهولة الاثبات ، هذا فضلا عن اختلاف جزاء
الاستغلال فى القانون عن جزاء الغبن المصحوب بتغيرير أو الغبن المطلق
أو القائم على أساس عدم الخبرة •
