



349.297:Sa22mA:v.6:c.1  
معهد الدراسات العربية العالمية  
مصادر الحق في الفقه الاسلامي

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01025344

AMERICAN  
UNIVERSITY OF  
BEIRUT







مع نجات  
معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحق  
في  
الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بأفقه الفرق الحديثة

١٩٦١

الطبعة الثانية من المجلد الأول - الجزء الثاني

القضايا

عبد الرزاق النيشوري

(على طلبية قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٩

بسم الله الرحمن الرحيم

ن

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الزيتونة العربية الإسلامية

معهد الدراسات العربية والبحوث

# مصادر الحديث

في

# الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٦)

اثر العقد بالنسبة الى الموضوع - زوال العقد

ألقاها

عبد الرزاق السنهوري

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٩

١٩٥٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(٢)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

٥٥٥١

٥٥٥١



## الفصل الثاني

### آثار العقد بالنسبة الى الموضوع

---

ما يلزم العاقدين بالعقد والمسئولية العقدية :

آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع تتلخص في أمرين :

أولاً : أن العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه .

ثانياً : أن العاقد إذا لم يقم بالزاماته الناشئة من العقد ، ترتبت مسؤليته

وهذا ما يسمى بالمسئولية العقدية .



# الفرع الأول

العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه

## المبحث الأول

ما يلزم العاقدين بالعقد

في الفقه الغربي

تحرير موضوع التعاقد :

لا يلزم العاقد إلا بما ورد في العقد . وقد يرى القاضى العقد في حاجة إلى التفسير ، فإذا فسر وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ليبين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على العاقد أن يقوم بالالتزاماته كما تحددت في العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فنتكلم إذن في مسألتين : ( ١ ) تفسير العقد . وتحديد نطاقه ( ٢ ) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

## المطلب الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه

التحيز بين تفسير العقد وتحرير نطاقه :

أول ما يعرض للقاضى في شأن العقد هو تفسيره إذا كان في حاجة إلى تفسير ، وتفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين . فإذا فرغ

القاضي من التفسير، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يتجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

ونستعرض أولاً كيف يفسر القاضي العقد ، ثم نستعرض كيف يحدد نطاقه .

### ١٨ — تفسير العقد

#### حالات التفسير الثلاث :

العقد ، من حيث التفسير ، له حالات ثلاث :

(أ) فإما أن تكون عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها . وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » .

(ب) وإما أن تكون عبارة العقد غير واضحة ، فتكون في حاجة إلى التفسير ، ويجب في تفسيرها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على ما يأتي : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » .

(ج) وقد يقوم ، بعد محاولة القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لتفسير عبارة العقد غير الواضحة ، شك في تبين هذه الإرادة ، وعند ذلك يفسر الشك لمصلحة المدين في غير عقود الإذعان . وفي هذا تقول المادة ١٥١

من التفتين المدنى المصرى : « ١٠ . يفسر الشك فى مصلحة المدين . ٢٠ . ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . »

ونبحث على التعاقب كلا من هذه الحالات الثلاث .

### ( ١ ) عبارة العقد واضحة

#### العبارة واضحة والإرادة واضحة :

إذا كانت عبارة العقد واضحة ، افترض القاضى أن هذه العبارة الواضحة تترجم بأمانة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، فتكون هذه الإرادة هى أيضاً واضحة . وفى هذه الحالة لا يجوز للقاضى ، بحجة أنه يفسر العقد ، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفها ومسخاً وتشويهاً ، مما يوجب نقض الحكم .

#### العبارة واضحة والإرادة غير واضحة :

على أن القاضى قد يجد نفسه فى حاجة إلى تفسير العبارة الواضحة للعقد ، مهما بلغ وضوحها ، وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام . ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة ، فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصداً معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم فى هذا المعنى . ففى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ، بل يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان .

ولكن لا يجوز للقاضى أن يفعل ذلك إلا بشرطين : ( اشرط الأول ) هو أن يفرض بادىء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى يأخذ

بادئ الأمر بالارادة الظاهرة ، وهذه الارادة هي المعنى الواضح للعبارة الواضحة . ولكنه لا يأخذ بالارادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الارادة هي ذات الارادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغيرواً ما بين الارادتين ، وجب أن يأخذ بالارادة الباطنة دون الارادة الظاهرة . ( والشرط الثاني ) هو أن القاضى إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعانى لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب ، ومحكمة النقض الرقابة على محكمة الموضوع فى ذلك ، من طريق الرقابة على تسبيب الحكم . فله محكمة الموضوع أن تعدل عن المدلول الظاهر لعبارة العقد الواضحة ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها فى ذلك ، كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن يبنى عليها .

### (ب) عبارة العقد غير واضحة

#### البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من التقنين المدنى المصرى تقول : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة على النحو الذى رأيناه ، فأولى ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة لا تنصرف إلى معنى واحد ، بل تتحمل معانى مختلفة . وأما أن العبرة إنما تكون بالارادة المشتركة للمتعاقدين

لا بالارادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضا ، لأن الارادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان فهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لاى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها .

ولكن أين نجد هذه الارادة المشتركة أو النية المشتركة ؟ من الفقهاء من يذهب إلى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الايجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر ، مفهومها على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به . فالايجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصيله هو الذي نقف عنده ، لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى ، يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك ، فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضياه معاً . ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه . ويذهب سالى الفقيه الفرنسى المعروف إلى أن الارادة المشتركة هي الارادة القانونية التي يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الارادتين ، دون أن يضحى إحدهما لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأي يستبدل بالارادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هي إرادة من صنع القاضى هو الذى يقوم بنسج خيوطها ، ثم يفرضها عليهما فرضا .

والأولى ألا ننحاز لرأى من هذين الرأيين ، وأن نستبقى المسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنية . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الارادة

الحقيقية للمتعاقدين — وهي النية المشتركة التي نبحث عنها — من هذه الإرادة الظاهرة ، عن طريق معايير نستهدى ، بها هي التي تتولى الآن الكلام فيها .

العوامل التي يفسر بها القاضى المكشوف عن النية المشتركة للمتعاقدين :

يمكن التمييز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجة عنه ونسبها بالعوامل الخارجية .

فمن العوامل الداخلية طبيعة المعاملة ، إذ العقد يفسر بحسب طبيعته ، وإذا احتملت العبارة معاني مختلفة اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، لم يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً . وإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه ينزل عن جميع حقوقه فى التركة حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثه من تركة أخرى . ومن العوامل الداخلية أيضاً ما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، والأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له . فمن وجه إليه إيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل ، فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو لبس واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه ، فالأمانة فى التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام فى التعبير . ويقابل هذا الواجب حق ، فلن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وقد جاء فى التقنين المدنى الفرنسى ذكر بعض العوامل الداخلية التى يستأنس بها القاضى فى تفسير العقد ، لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد



فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدني فرنسي) ،  
 إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في  
 مقابل دين ، واشترط الدائن أن يستولى على ربيع الأرض في نظير الفوائد ،  
 وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، وفسر هذا العقد بأنه  
 غاروقه إذ هو يجمع خصائصها ، فإنه لا ينتج أثراً قانونياً إذ الغاروقه قد ألغيت  
 بإلغاء الأراضي الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن  
 أن يستولى من الربيع على ما يزيد على الحد الأقصى الذي يجوز الاتفاق عليه  
 في الفوائد . ومن هذه العوامل أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً  
 ( م ١١٦١ مدني فرنسي ) ، فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، فتحددها عبارة  
 سابقة أو لاحقة . وقد تقرر العبارة أصلاً ، يرد عليه استثناء يذكر قبلها  
 أو بعدها . وقد تكون العبارة مهمة ، وتفسرها عبارة وردت في موضع  
 آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، وعين هذه المفروشات في مكان  
 آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ،  
 إذ الخاص يقيد العام . وإذا قام التناقض بين عبارتين ، اجتهد القاضي في  
 التوفيق بينهما ، فإن لم يستطع اختار العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كانا  
 يريدانها دون الأخرى . ومن هذه العوامل الداخلية أخيراً أن تخصيص  
 حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم ( م ١١٦٤ مدني فرنسي ) ، فإذا باع  
 شخص أرضاً زراعية وكان من توابعها مواش خصصت بالذكر في عقد  
 البيع ، فليس هذا معناه أن المواشي وحدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع ،  
 بل كل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومبان ومخازن وغير ذلك تدخل  
 أيضاً ، أما تخصيص المواشي بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن  
 يقوم في شأنها شك أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة عليها فأفرداها بالذكر .  
 ومن العوامل الخارجية التي يفسر بها العقد العرف الجاري في المعاملات  
 والطريقة التي ينفذ بها العقد . فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجاري في  
 التعامل ، فالعرف مثلاً يقضى بأن يكون أجر السمسار ٥٪ من قيمة الصفقة .

والعرف معتبر بوجه خاص في المسائل التجارية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك . وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذ بها العقد ، فإذا اعتاد المستأجر مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فسر القاضي العقد بأنه يقضى بأن تكون الأجرة واجبة الدفع في موطن الدائن لا في موطن المدين ، خلافا لما تقضى به القواعد العامة .

### ( ج ) قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

يفسر الشك في مصلحة المدين — مبررات هذه القاعدة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ مدني على أنه يفسر الشك في مصلحة المدين ، ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

أولاً : الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملزم هو أن يلتزم إلى أقصى مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادته وإرادة الدائن إلا في حدود هذا المدى الضيق .

ثانياً : الدائن هو المحكف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك في تحديد مدى الالتزام ، وأراد الدائن أن يأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك . فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق ، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل .

ثالثاً : الالتزام يملكه الدائن لا المدين ، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام في مصلحة المدين إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً . وهذا الاعتبار يبرر في الوقت ذاته كيف أن الالتزام يفسر لمصلحة الطرف المدعى ولو كان دائناً ، إذ أن الطرف الآخر هو الذي يملك عليه العقد .

### نطاق تطبيق القاعدة :

لا بد أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، بأن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يتبين أى وجه يفسر به العقد ، فالعقد غير موجود . كذلك إذا أمكن ترجيح وجه على وجه مهما كان الترجيح عسيراً ، فالشك منتف ، ووجب الأخذ بالوجه الراجح .

ويرد على القاعدة استثناء ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من التقنين المدني المصري على الوجه الآتي : « ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى ، فيجب إذن ان يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً . فعقد التأمين مثلاً يفسر دائماً ، في الالتزامات التي تترتب في ذمة شركة التأمين ، لمصلحة المؤمن له لا لمصلحة الشركة .

### تطبيقات القاعدة :

إذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدين ، فسر الشك في مصلحته ووجب الإعدار . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، فسر الشك في مصلحة المدين ولا يكون الشرط الجزائي مستحقاً إلا في حالة عدم التنفيذ وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها .

## ٢٨ — تحديد نطاق العقد

## العوامل التي يسترشدها القاضى فى تحديد نطاق العقد:

لا يقتصر القاضى ، كما قدمنا ، فى تحديد نطاق العقد على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين كما يفعل فى تفسير العقد ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وأهم العوامل التي يسترشدها فى تحديد هذه المستلزمات هى : ( ١ ) طبيعة الالتزام ( ٢ ) القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة ( ٣ ) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة فى التعامل ( clauses de style ) ( ٤ ) العدالة .

## طبيعة الالتزام:

يستكمل القاضى نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة . فمن باع عينا يعتبر أنه باع بالاضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقا لما تقتضى به طبيعة الأشياء . ومن باع حقا يعتبر أنه قد باع بالاضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة ودعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الاضافية التي لاغنى عنها فى تسييرها . ومن باع متجرا أو جب عليه أن يسلم للشترى السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء . وعقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذي ينقلهم من مكان إلى مكان .

## القوانين التكميلية والمفسرة:

وهذه القوانين تعين القاضى على استكمال نطاق العقد . ذلك أن المتعاقدين يتركان فى الغالب بعض تفصيلات التعاقد ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما

اعتماداً على أحكام القانون . وهنا تأتي الأحكام القانونية تكمل العقد . فإذا أغفل المتبايعان تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه ، أو ميعاد الوفاء بالثمن ومكانه ، أو ما يلزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية ، فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد .

### العرف والشروط المألوفة :

العرف يجرى بجرى القانون بوجه خاص في المسائل التجارية والبحرية . ويتصل بالعرف بالشروط المألوفة في التعامل ، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه وإن لم تدرج فعلاً ، وهي شروط أكثر تحديداً من العرف . مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن تضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفخ بها الخدم ، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً .

### البراءة :

وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة في استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبايع يجب عليه أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق المبيع مستحيلاً أو عسيراً ، وهذا النزاهة تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري بالألّا ينافسه منافسة غير مشروعة ينتزع بها منه عملاء المتجر . والعامل الفنى إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم بالألّا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ، ولو لم يشترط عليه ذلك . وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتسب عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة .

## المطلب الثاني

## إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

## القاهرة العامة والاستثناء منها :

إذا فسر القاضى العقد وحدد نطاقه ، عرضت بعد ذلك مسألة تنفيذ العقد (١) . والقاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه نطاقه ، دون تعديل فيه إلا ما اتفق عليه المتعاقدان أو نص عليه القانون . والاستثناء ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد . فنبحث القاعدة العامة ، ثم الاستثناء .

## § ١ — تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

## العقد شريعة المتعاقدين :

ويطبق القاضى العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد له شأن القانون فى تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو يمسخ القانون فى حدود النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن أحكام القانون التى تدخل فى هذه الحدود ليست إلا أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين . فإذا تولى المتعاقدان

(١) فى تفسير العقد يبحث القاضى عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفى تحديد نطاق العقد يضيف الى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله فى الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وفى تنفيذ العقد يجعل هذه النية المشتركة ، بعد ان يضيف إليها مستلزماتها ، هى شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقرها القانون ، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

يارادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما حتى في نطاق هذه الأحكام التكميلية ، سرى عليهما ما أراداه لأنه هو الأصل ، واختفت الأحكام التكميلية لأن البديل يتوارى إذا ظهر الأصل .

وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق ، فهناك وجوه شبه كما أن هناك وجوه خلاف . أما وجوه الشبه ، ففي أن كلا منهما ملزم . وفي أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما ، وفي أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية . وأما وجوه الخلاف ، ففي أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام ، أما القانون فيلغى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام . وتفسير العقد — إذا أخذنا بالإرادة الباطنة — مسألة موضوعية ، أما تفسير القانون فمسألة قانونية نخضع لرقابة محكمة النقض .

**فلا يجوز نقض ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأبواب التي يقررها القانون :**

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله بإرادة يستقل بها أحد الطرفين ، إلا في الحدود التي يقررها القانون . كما لا يجوز للقاضي نقض العقد ولا تعديله بحجة العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين دون أن تنسخها .

ويجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين ، ويحصل هذا الاتفاق إما عند النقض أو التعديل ، وإما عند التعاقد منذ البداية فيتفقان على إعطاء هذا الحق لأحدهما أو لكليهما .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها ، كالوكالة

والوديعة والشركة والإيجار وعقد العمل إذا كانت هذه العقود الثلاثة الأخيرة غير محددة المدة . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل القاضى للعقد نزولاً عند اعتبارات عادلة ، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائى ، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة ، وفي جواز الرجوع فى الهبة ، وفي جواز تعديل أجر الوكيل ، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهى نظرية الحوادث الطارئة وسنعود إلى تفصيلها .

**ولكن يجب تنفيذ المقرر بطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية :**

عندما يلزم القاضى المتعاقدين بتنفيذ العقد ، يقتضى منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية . فالمقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهر باء يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق يمكن ، وأمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلىح .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى صورة النزاهة بالتعاون ، وهو النزاهة يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . فى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يميز حل الشركة لو أدخل أحد الشركاء بهذا الواجب . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد ، وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف عن الضرر المؤمن عليه إذا وقع . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤمن بما تم فى بيع كتابه . وعلى المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملامم ، وإذا كشف عيبا فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى مدة معقولة . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب لها أو يعتدى عليها أجنبى . وعلى الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وعلى أى وجه كان



انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تعرض معها للتلف .

### مشمولات العقد — تقسيم العقود بالنسبة إلى مشمولتها :

والفقه الغربي يعرف العقود المسماة كل عقد باسمه ، ولكنه يعرف إلى جانب ذلك نظرية عامة للعقد تسرى أحكامها على العقود المسماة والعقود غير المسماة .

وطبقاً للنظرية العامة للعقد ، ينشأ العقد التزامات في جانب المتعاقدين . والالتزام يوجب على المدين به نحو الدائن أن ينقل له حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل . فالبائع يلتزم نحو المشتري أن ينقل له ملكية المبيع ، وأن يسلمه إياه ، وأن يمتنع عن النعرض ، وأن يضمن الاستحقاق والعيوب الخفية . وكل عقد آخر لا تعدو مشتملاته الواجبة التنفيذ ما قدمناه من الالتزام بنقل حق عيني أو الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل .

ويقسم الفقه الغربي عادة العقود المسماة بالنظر إلى مشتملاتها إلى عقود ترد على الملكية وهذه هي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإلى عقود ترد على المنفعة وهذه هي الإيجار والعارية ، وإلى عقود ترد على العمل وهذه هي المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وإلى عقود غرر وهذه هي المقامرة والرهان والإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، وإلى عقود توثيق وهذه هي الكفالة والرهن الرسمي وrehن الحيازة .

وسنرى أن الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد ، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً عقداً ، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة ، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسرى على السكثرة الغالبة من هذه العقود .

## ٢٤ - نظرية الحوادث الطارئة

### وضع النظرية :

تفترض هذه النظرية أن عقداً يتراخى تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال كعقد توريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، بحيث يختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً. وليسكن الحادث خروج السلعة التي تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. لو أن هذا الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، لكان قوة قاهرة، ولا ينقضى به الالتزام. ولو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف، لما كان له من أثر، ولا لزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً كاملاً. ولكننا نفرض من جهة أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، ونفرض من جهة أخرى أن تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج عن الحد المألوف. ثم نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه، إذ لو كان قائماً وقت نشوء العقد لبقينا في نطاق تكوين العقد ولم نخرج إلى نطاق تنفيذه، ولما كان علينا أن نلتمس العلاج في عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال أو في نظرية عقود الإذعان.

فإذا يكون الحكم في المثل الذي أسلفناه؟ تقول نظرية الحوادث الطارئة: لا ينقضى التزام المدين لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق.

ونبحث: (١) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة (ب) كيف أخذ التقنين المدني المصري ومعه التقنينات المدنية العربية الأخرى بهذه النظرية.

## ( ١ ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

### النظرية في العصور الوسطى :

ظهرت النظرية في العصور الوسطى في القانون الكنسي ، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون أثراً قانونياً على الحادث الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين . وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف ( *rebus sie stantibus* ) ، فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغييراً جوهرياً ، فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجيء في الظروف الاقتصادية .

### النظرية في القانون الحديث — أثرها في القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكست على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني . وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية ، لافقها — على خلاف في الرأي — ولا قضاء .

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء على أسس مختلفة قام بتنفيذها خصوم النظرية . فن الفقهاء من جعلها تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسبانته ، ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان

ما اتفقا عليه لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق فيفتح الباب واسعاً للتحكم . ومن الفقهاء من فسر النظرية في ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد . ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد ، لا عند تنفيذه كما هى الحال فى نظرية الظروف الطارئة . وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضى بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين . ويرد على ذلك أن الدائن لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه وهو العقد . وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فالدائن يتعسف فى استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتعاقد يتراخى مدة من الزمن أن يستوثق من حقه طوال هذه المدة ، فإذا تغيرت الظروف وطالب بحقه الذى استوثق منه بالتعاقد كان متبصراً لا متعسفاً . ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع ، فإذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا على أثر الحربين العالميتين ، فى تأجيل الديون وفى عقود الإيجار وفى تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية وفى بعض العقود التجارية .

أما القضاء فلم يقر النظرية ، لا فى فرنسا ولا فى مصر . وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر ، حيث كان متفقاً أن تروى مياه تركة الأراضى المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافها كل التفاهة . وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية فى فرنسا بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش زيادة كبيرة مما جعل التجنيد أكثر احتمالاً ، فزاد الخطر الذى تتعرض

له شركات التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارىء . واضطرد القضاء المصري المختلط في هذا المعنى ، فعنده أن الالتزام إذا كان تنفيذه ممكنا وجب القيام به حتى لو كان مرهقا للدين . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بنظرية الظروف الطارئة في حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع الدعوى أن مصلحة الحدود تعاقبت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة العويجة بسعر معين ، فورد بعض ماتعهد به ، ثم ارتفع السعر على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنهين وربيع إلى مافوق الخمسة الجنهيات ( استئناف مصر ٩ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٢ ص ٦٣ ) . ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، ورفضت الأخذ بالنظرية ( نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ بمجموعة محمود عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ — وانظر أيضا نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة محمود عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٤٣٥ ) .

### ازدهار النظرية في القانون العام :

على أن نظرية الظروف الطارئة ، بالرغم من اندثارها في القانون الخاص ، ازدهرت في القانون العام . وقد بدأت في القانون الدولي العام شرطا ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية ، فهي تنقضى بتغير الظروف ( *rebus sic stantibus* ) . ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع السعر عقب نشوب الحرب من ٢٨ فرنك للطن في سنة ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنك في سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى .

وقد أخذ القضاء الإدارى دون القضاء المدنى بنظرية الحوادث الطارئة لسبيين :

(١) لأن الأفضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام ، فهى تتعلق بالمرافق العامة . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين التطبيق الصحيح للقواعد القانونية وبين مقتضيات المصلحة العامة . (٢) ولأن القضاء الإدارى غير مقيد بنصوص تشريعية كالتقنين المدنى ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع .

### ظهور النظرية أمبراً فى القانون الخاص :

على أن نظرية الظروف الطارئة أخذت تظهر أخيراً حتى فى دائرة القانون الخاص ، فبدأت تظهر فى التقنينات الحديثة .

ظهرت فى تقنين الالتزامات البولونى ، فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص فى المادة ٢٦٩ منه على ما يأتى : « إذا جدد حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بمخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لمبادئ حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد . »

ثم تلى تقنين الالتزامات البولونى التقنين المدنى الإيطالى الجديد ، فنص فى المادة ١٤٦٧ منه على ما يأتى : « فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل ، إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد ،

وللتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

وثالث التقنيات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين المدني المصري الجديد ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ منه على ما يأتي : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . » وتبع التقنين المدني المصري في هذا الطريق التقنين المدني السوري ( م / ١٤٨ / ٢ ) ، ثم التقنين المدني العراقي ( م / ١٤٦ / ٢ ) ، ثم التقنين المدني الليبي ( م / ١٤٧ / ٢ ) (١) .

## نظرية الحوادث الطارئة في التقنين المدني المصري الجديد

### وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى

#### سُرُوط تطبيو النظرية :

لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة نبسطها فيما يلي ، ولم يأخذ التقنين المدني المصري بالشروط الأول منها :

أولا : أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقداً متراجيا ، ذلك

(١) لافرق في النصوص المتعلقة بنظرية الحوادث الطارئة بين التقنين المصري والتقنينات المدنية العربية الأخرى : فنص كل من التقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي مطابق لنص التقنين المدني المصري ، ونص التقنين المدني العراقي لا يختلف ، فهو يجرى على الوجه الاتي : « على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » ( م / ١٤٦ / ٢ ) .

أن طرء حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير مترسخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا أثر التقنين المصرى ، مقتدياً بالتقنين البولونى ، أن يسكت عن شرط التراخى فهو شرط غالب لا شرط ضرورى . أما التقنين الإيطالى فقد نص على هذا الشرط ، بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية ، فهى العقود ذات التنفيذ المستمر والعقود ذات التنفيذ الدورى ، والعقود ذات التنفيذ المؤجل ، وتشترك هذه العقود جميعاً فى أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهى عقود مترسخة . ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة ، لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير .

ثانياً : أن تجدد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة : مثل ذلك زلزال أو حرب أو إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو تشريع مفاجئ كتشريع الإصلاح الزراعى أو ارتفاع باهظ فى الأسعار أو نزول فاحش فيها أو استيلاء إدارى أو وباء ينتشر أو جراد يزحف أسراباً . ويجب ألا تكون هذه الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس . فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين ، كالإفلاس أو الموت أو اضطراب الأعمال أو حريق المحصول ، لا تكفى .

ثالثاً : أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان فى الوسع توقعها ، فلا سبيل لتطبيق النظرية . ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضانا استثنائياً) واختلاف سعر العملة وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث فى الوسع توقعها . والحوادث التى لا يمكن توقعه لا يمكن فى الوقت ذاته دفعه ، وإلا فالحوادث التى يمكن دفعه يستوى فيه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع ما دام دفعه فى الاستطاعة .



رابعا : أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لاستحلالا : وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة ، فالأول يجعل التنفيذ مرهقا أما الثانية فتجعله مستحلالا . ومن ثم تجعل القوة القاهرة الالتزام ينقض لاستحالة تنفيذه ، أما الحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول ، فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعه الحادث . والإرهاق الذي يقع فيه المدين ذو معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر ، وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف أخرى ، والمهم هو أن يكون تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة فالخسارة المألوفة لا تكفي . ولا ينظر في هذه الخسارة إلا إلى الصفقة التي أبرمت ، فلا ينظر إلى مجموع ثروة المدين وإن يكن ذلك محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف موأية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها ، فإذا التزم تاجر بتوريد قمح وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح ، جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا توافرت شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيسكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين .

#### الجزء في نظرية الحوادث الطارئة :

الجزء هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، فيصح أن يقف القاضي تنفيذ العقد ، ويصح أن ينقض الالتزام المرهق ، ويصح أخيراً أن يزيد الالتزام المقابل .

فقد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء، إذا كان هذا الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير . مثل ذلك أن يتعهد بمقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً ، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر ، ثم يقل المتداول فى السوق من السكر لحادث طارئ ، فيجوز للقاضى أن ينقص الكميات التى التزم المدين بتوريدها إلى حد يجعل الالتزام غير مرهق وإن بقي عبثاً ثقيلاً .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضى الثمن الوارد فى العقد . ولكن يلاحظ أمران : ( ١ ) أن القاضى لا يرفع الثمن إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ليس بحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف . فإذا فرضنا أن الارتفاع المألوف هو عشرون قرشاً ، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار كله دون أن يشاركه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك — وهو ثلثمائة وعشرون قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين ، فيصيب المتعهد منه مائة وستون . ويرفع القاضى الثمن بهذا المقدار ، فيصبح مائتين وعشرين بدلاً من ستين . ( ٢ ) أن القاضى عندما يرفع الثمن من ستين إلى مائتين وعشرين لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر ، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد ، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين إذ تفتح عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ . ولا يجوز للقاضى أن يفسخ العقد على طلب المدين ، وإلا تحمل الدائن وحده كل التبعة ( ١ ) .

(١) ويجوز التقنين البولونى ، كما رأينا ، فسخ العقد إذا رأى القاضى ضرورة لذلك . أما

ويلاحظ فى شأن الجزاء أمران : ( أولا ) هو جزاء يعتبر من النظام العام ، فيقع باطلا كل اتفاق على ما يخالفه . ( ثانيا ) وأن مهمة القاضى فيه تخرج عن مهمته المألوفة ، فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله (١) .

## المبحث الثانى

ما يلزم العاقدين بالعقد

فى الفقه الإسلامى

تناير اعظم هذا الموضوع :

لما كانت أحكام هذا الموضوع فى الفقه الإسلامى متناثرة فى جهات متفرقة ، فحتى نلم شتاتها نتبع نفس الترتيب الذى توخيناه فى عرض الفقه الغربى .

فتكلم إذن فى مسألتين : ( ١ ) تفسير العقد وتحديد نطاقه فى الفقه الإسلامى (٢) إزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد فى الفقه الإسلامى .

التقنين الايطالى فهو يقضى بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق ، ولكن يجعل للدائن أن يردأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

ويلاحظ فى حالتى انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل ، ان القاضى لا يرد الالتزام الى الحد المعقول الا بالنسبة الى الحاضر . أما فى المستقبل فقد يزول الحادث الطارىء ، فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل .

(١) وقد أورد التقنين المدينى المصرى الى جانب النص العام نصوصا أخرى هى تطبيق للنظرية فى حالات خاصة ، كما فعل فى نظرة الميسرة ( ٢/٣٤٦م مدينى ) ، وفى جواز تخفيض اجر الوكيل ( م ٢/٧٠٩ مدينى ) ، وفى عقد الإيجار ( م ٦٠٨ مدينى ) ، وفى عقد المقاولة ( م ٤/٦٥٨ مدينى ) ، وفى حق الارتفاق ( م ٢/١٠٢٣ و ١٠٢٩ مدينى - وانظر أيضا المادتين ١٠٢٤ - ١٠٢٥ مدينى وهنا الحادث الطارىء هو حادث شخصى لا حادث عام ) .

## المطلب الأول

## تفسير العقد وتحديد نطاقه

## قواعد كلية في الفقه الإسلامي :

يمكن القول إن هناك قواعد لتفسير العقد وتحديد نطاقه في الفقه الإسلامي ، ولكن هذه القواعد لا نجد لها في مكان واحد ، بل هي متناثرة في أبواب الفقه المتفرقة كما قدمنا . وهذه القواعد لا توجد في صورة قواعد كلية إلا في بعض كتب الفقه التي عرضت لتقعيد القواعد وتأصيلها ، كالأشباه والنظائر لابن نجيم في الفقه الحنفي ، والأشباه والنظائر للسيوطي في فقه الشافعي ، والفروق للقرافي في الفقه المالكي ، والقواعد لابن رجب في الفقه الحنبلي .

ولكن مجلة الأحكام الشرعية — وهي تقنين مدني للفقه الإسلامي في المذهب الحنفي وضعته لجنة من الفقهاء أيام الدولة العثمانية — جمعت هذه القواعد الكلية جمعا حسنا في المقدمة ، مستقبة إياها من كتب القواعد المشار إليها ، وبوجه خاص من الأشباه والنظائر لابن نجيم . وقد جاء في هذا الصدد ، في التقرير الذي قدمته اللجنة للصدر الأعظم للدولة العلية في خصوص المجلة ، ما يأتي : « فلدى مطالعكم هذه المجلة يحيط علمكم العالی بأن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة من القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى . نعم ليس لحكام الشرع الشريف أن يحكموا بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ما لم يقفوا على نص صريح ، إلا أن لها فوائد كلية في ضبط المسائل . فن اطلع عليها أمكنه أن يضبط المسائل بأدلتها ، وجميع المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص ، وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أقله على وجه التقريب . وبناء على

ذلك لم تكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب أو باب ، بل أدرجناها في المقدمة .

والمطلع على نصوص المجلة في خصوص هذه القواعد الكلية يرى أنها خليط من قواعد موضوعية لاستنباط الأحكام وللإثبات وتفسير النصوص ، ويمتزج بهذه القواعد جميعا قواعد في تفسير العقود وفي تحديد نطاق العقد . ويقتصر بحثنا هنا على هذه القواعد الأخيرة ، نوردها كما وردت في المجلة .

### § ١ - تفسير العقد

العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالارادة الظاهرة

لا بالارادة الباطنة :

قدمنا أن الفقه الإسلامي نزعه موضوعية ، وأن العبرة فيه بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة . ويتبين ذلك في وضوح عندما ننظر كيف تفسر العقود إذ يجب الوقوف عند الصيغ والعبارات الواردة في العقد واستخلاص معانيها الظاهرة ، دون الانحراف عن المعنى الظاهر إلى معان أخرى بحجة أنها هي المعاني التي تتمثل فيها الإرادة الباطنة . فالإرادة الباطنة لاشأن لنا بها ، إذ هي ظاهرة نفسية لاتعنى المجتمع ، والذي يعنيه هي الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها كل من المتعاقدين في تعامله مع الآخر ، فهذه هي ظاهرة اجتماعية لظاهرة نفسية ، هي التي يتكون منها العقد .

من أجل ذلك يقف الفقيه عند الصيغ الواردة في العقد ، ويحللها تحليلا موضوعيا ليستخلص منها المعاني السائغة ، ويعتبر هذه المعاني هي إرادة المتعاقدين المشتركة . جاء في البدائع : « الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي ، وقد يكون بصيغة الحال . أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع بعث ويقول المشتري اشترت ، فيتم الركن . لأن هذه الصيغة وإن كانت

للماضى وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ،  
والعرف قاض على الوضع . وكذا إذا قال البائع خذ هذا الشيء بكذا  
أو أعطيتك بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتك بكذا ، وقال المشتري  
قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن . لأن  
كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة ، والعبرة للمعنى  
لا للصورة . وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا  
الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري اشتريت ، أو قال المشتري  
اشترى منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعك منك  
بكذا وقال المشتري اشتريه ونوى الإيجاب ، يتم الركن وينعقد . وإنما  
اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعال للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها  
للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، فوَقعت الحاجة إلى التعيين بالنية . ولا ينعقد  
بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء  
بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث ، (البدائع جزء ٥ ص ١٣٣) .  
ونرى من ذلك كيف أن نية المتعاقدين تستخلص مما تدل عليه الألفاظ  
الواردة في العقد ، فإن كان المعنى الذي يستخلص في العرف وفي الشرع واضحاً  
لم يجز الانحراف عنه إلى غيره . وإن كان المعنى غير واضح ، وجب تبين نية  
المتعاقدين . فصيغة الماضي تتمحض للحال عرفاً وشرعاً ، لذلك لا مجال للبحث  
عن النية ونقف عند هذه الصيغة لنستخلص إرادة المتعاقد . أما صيغة المضارع  
فيقع فيها شك فلا بد من تبين النية . وصيغة الاستفهام لا يقع فيها شك  
من حيث أنها مساومة لا تعاقد ، فلا نبحث عن النية هنا ونقف عند الإرادة  
الظاهرة فلا يكون هناك تعاقد بصيغة الاستفهام .

وجاء في مجمع الضمانات : « رجل قال للخياط انظر إلى هذا الثوب ،  
فإن كفاني قيصاً فاقطعه وخطه بدرهم ، فقال الخياط نعم وقطعه ، ثم قال بعد  
ما قطع لا يكفيك ، ضمن الخياط قيمة الثوب ، لأنه إنما أذن له بشرط

الكفاية . ولو قال للخياط انظر أيكفيني قميصا ، فقال الخياط نعم يكفيك ، فقال رب الثوب اقطعه ، فقطعه فإذا هو لا يكفيه ، لا يضمن الخياط شيئا ، لأنه أذن له بالقطع مطلقا . فإن قال الخياط نعم ، فقال صاحب الثوب فاقطعه أو اقطعه إذن ، فقطعه ، كان ضامنا إذا كان لا يكفيه ، لأنه علق الإذن بالشرط ، (بمجم الضمانات ص ٤٠ - ٤١) . فانظر كيف أن كلمة واحدة هي « إذن » ، بل إن حرفا واحدا هو « الفاء » ، يكفي لاستخلاص إرادة المتعاقد الظاهرة كما تدل عليها الصيغة ، فيعلق الإذن بالشرط أو لا يعلق تبعاً لوجود هذه الكلمة أو لانعدامها . وجاء أيضا في بمجم الضمانات : « رجل طلب من رجل ثورا عارية ، فقال له المعير أعطيك غداً ، فجاء المستعير في الغد وأخذه بغير إذن صاحبه ومات في يده ، ضمن . . . وفي فتاوى قاضيخان فيمن استعار من آخر ثورا غداً فأجابه بنعم ، فجاء المستعير غداً ولم يجد صاحب الثور فأخذ الثور من بيته واستعمله فعطب ، لا يكون ضامنا . والفرق بينها وبين المسألة السابقة أن المستعير هنا أخذ الثور من بيته غداً وكان صاحب الثور أجابه بنعم ، وثمة قال صاحب الثور أعطيك غداً فهو وعد له بالإعطاء وما أعاره ، (بمجم الضمانات ص ٢٨) (١) .

(١) وجاء في البدائع : « لا يجوز بيع ما ليس عند البائع . . . ويجوز الشراء بشئ ليس عند المشتري . . . وعلى هذا يخرج ما إذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينار الى شهر ، أو قال اشتريت منك درهما أو دينار الى شهر بهذه الحنطة انه يجوز ، لما ذكرنا أن الدراهم والدينارين ائتمان على كل حال ، فكان ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بشئ ليس عنده ، وانه جائز . . . وعلى هذا يخرج ما إذا قال بعتك منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها انه يجوز ، لانه جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث أدخل فيها حرف الباء ، فيكون الاخر مبيعا ، فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة في الذمة فيجوز . ولو قال اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم ، لانه جعل العبد ثمنا بدلالة حرف الباء ، فكانت الحنطة مبيعة فكان بائنا ما ليس عنده ، فلا يجوز الا بشرايط السلم من الاجل وبينان مكان الايفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك » (البدائع جزء ٥ ص ٢٣٥) .

وجاء في شرح سليم باز على المجلة : « وكذا لو قال له اليس للمدعى عندك المبلغ الذي يدعيه ، فأجابه بلى ، يكون اقرارا . وان أجاب نعم ، لا يكون اقرارا . لان جواب الاستفهام في النفي يبلى اثبات وينعم نفي ، فكانه قال ليس عندي . وقيل ان أجاب بنعم يكون اقرارا أيضا ، لان الاقرار يحتمل على العرف ، لاعلى دقائق العربية » . ( شرح سليم باز على المجلة ص ٤٦ ) .

ويظهر من كل ذلك أن العبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة، كما تستخلص من العبارات والنصيغ التي استعملها المتعاقدان. وفي هذا استقرار للتعامل، وتحقيق للثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر، عندما اطمأن إلى ما يمكن استخلاصه في عباراته من معان سائغة. أما في الفقه الغربي، وبخاصة في الفقه اللاتيني، فالعبرة بالإرادة الباطنة، أما العبارة فهي دليل على الإرادة، ولكنه دليل يقبل إثبات العكس. فإذا كان هناك خلاف بين الإرادة والعبارة فالعبرة بالإرادة دون العبارة. وهذا بخلاف الفقه الإسلامي، وكذلك الفقه الجرمانى إلى مدى يقرب من الفقه الإسلامي، فالعبارة هي التي يعتد بها ومنها وحدها تستخلص الإرادة.

### قواعد في الفقه الإسلامي توهم انه العبرة بالإرادة الباطنة :

على أن هناك في الفقه الإسلامي قواعد كلية توهم أن العبرة بمقصود المتعاقدين، أي بنية المتعاقدين وإرادتهما الباطنة. من ذلك ما جاء بالمادة الثانية من المجلة من أن « الأمور بمقاصدها، يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود بالأمر ». ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص : « ويقرب من هذه القاعدة قاعدة أنما الأعمال بالنيات .. أي أن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال. فلو أن الفاعل المكلف قصد بالفعل الذي فعله أمراً مباحاً كان فعله مباحاً، وإن قصد أمراً محرماً كان فعله محرماً .. ويتخرج عليها فروع كثيرة منها : لو وجد شيئاً في الطريق، فأخذه بنية رده إلى صاحبه، كان أمانته في يده، فلا يضمن لو هلك ذلك الشيء في يده بدون صنع أو تقصير منه. وأما لو أخذه بقصد أن يتخذ لنفسه كان غاصباً، فلو هلك في يده ولو بدون صنعه وتقصيره يضمن .. ومنها لو أفرخ طير أو باض في أرض رجل أو تكسر فيها ظلي، فهو لمن سبقت يده إليه، إلا أن يكون صاحب الأرض قد هياها لذلك. ومنها لو نصب الصياد شبكة فتعلق بها صيد،



فإن كان قد نصبها للجفاف فالصيد لمن سبقت يده إليه ، وإن كان قد نصبها للصيد فهو لصاحبها وإن أخذها غيره كان غاصبا ، ( شرح سليم باز على المجلة ص ١٧ - ص ١٨ ) .

ومن ذلك أيضا ما جاء بالمادة الثالثة من المجلة من أن « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني ، ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء » . ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص : « أي أن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ ، كالبيع والإجارة والحوالة ، تعتبر فيها المقاصد والمعاني ، ولا عبرة للألفاظ . ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وإن كان منعقداً بلفظ البيع ، لأنه لم يقصد به تمليك المبيع المشتري بل تأمينه على دينه . . . وما يتفرع على هذه القاعدة مالو قال وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان بيعاً بالإجماع ، إذ العبرة للمعاني لا للألفاظ . . . ومنه أن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المديون حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة ذمة المدين كفالة . . . والهبة بشرط العوض يسع أفتجرى فيها الشفعة . . . والإعارة لمدة معلومة بأجر معلوم إجارة . . . والوصاية حال حياة الموصى وكالة ، وتوكيله بعد موته وصاية ، ( شرح سليم باز على المجلة ص ١٩ ) .

### ولسكن الصبيح هو أنه العبرة بالإرادة الظاهرة :

وإذا صح ما قدمناه من أنه يعتد بالمقاصد والمعاني ، فإن هذا عند إمعان النظر لا يعني أنه يعتد بالإرادة الباطنة . فالمقاصد والمعاني التي يعتد بها هي هذه التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية ، فلا يتجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي نستشف به الضمير ونستكشف خفايا الأنفس . فمن أفرخ في أرضه طير أو باض أو تكسر فيها ظبي نعرف نيته من علامة مادية ظاهرة هي تهيمته أرضه للصيد ، فإذا كان قد هيأها لذلك كان الصيد له . كذلك إذا نصب الصياد شبكته

فتعلق بها صيد ، وقفنا أيضا عند علامة مادية ، فإن كان قد نصبها للصيد كان له ، أو للجفاف فالصيد لمن سبقت يده . وبيع الوفاء رهن لأن العرف قد جرى بأن هذا الضرب من التعامل لا يقصد به تمليك المبيع للبشترى بل تأمينه على دينه ، فمن باع ماله ببيع وفاء فهو يرهنه ، هذه هي إرادته الظاهرة نعتد بها أيا كانت إرادته الباطنة . ومن وهب دارا في مقابل ثوب فإرادته الظاهرة تتجه للبيع لا للهبة ، والدليل المادى على ذلك أنه خرج عن ملكه بمقابل . والكفالة لا تبرى ذمة المدين بينما تبرئها الحوالة ، فإبراء ذمة المدين دليل مادى على أن الكفالة حوالة ، وعدم إبرائها دليل مادى آخر على أن الحوالة كفالة . وقل مثل ذلك في سائر الأمثلة التي سبق إيرادها .

يدعم هذا الذى قدمناه قواعد كلية ثلاث هي أيضا قد وردت في المجلة :

فتنص المادة ١٢ من المجلة على أن «الأصل في الكلام الحقيقة» . فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إذا أمكن حمله على المعنى الحقيقى . فلو أوصى لولد زيد ، لم يدخل ولد ولده إن كان له ولد الصلبه ، فإن لم يكن له ولد لصلبه استحق ولد الابن ( الأشباه والنظائر ص ٣٦ ) .

وتنص المادة ١٣ من المجلة على أنه «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح» . فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا ، قدم الأول على الثانى ، لأن الدلالة المادية فى الصريح أبلغ . مثل ذلك أن يهب شخص شيئا لآخر ، فقبض الموهوب فى المجلس الهبة ولو بغير إذن الواهب صحيح ، لأن إيجاب الواهب فى مجلس الهبة إذن ضمنى ، ولو نهى الواهب الموصوب له عن القبض صراحة لم يصح قبضه ، لأن النهى الصريح يقدم على الإذن الضمئى .

وتنص المادة ٦٨ من المجلة على أن «دليل الشئ فى الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعنى أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه» . فاستعمال الآلة المفرقة للأجزاء دليل على نية القتل . ويقول الأستاذ سليم باز فى هذا الصدد :

« لقد ورد في شرح المادة الثانية أنه إذا تناول الملتقط اللقطة بنية ردها لصاحبها ، فلا يضمن لوضاعت منه بدون تقصيره . ولما كانت النية من الأمور الباطنة والاطلاع عليها متعذر ، فيستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كإعلان الملتقط أنه وجد لقطة » ( شرح سليم باز على المجلة ص ٤٨ ) .

ويخلص مما قدمناه أن أهم قاعدة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي هي أن اللفظ يؤخذ على معناه الواضح ، ولا يجوز الانحراف عن هذا المعنى بحجة تفسير نية المتعاقدين . وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي . غير أن الفقه الإسلامي ، على خلاف الفقه اللاتيني ، يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . فإذا اقتضى الأمر تفسير نية المتعاقدين ، فالمصدر الأول لهذا التفسير هو العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدان في التعاقد . والأصل في هذه العبارات الحقيقة ، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذر إعمال الحقيقة . وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح ، إعتبر التصريح ولاعبرة بالدلالة . وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر ، فهو دليhle في الأمور الباطنة ويقوم مقامه (١) .

(١) وحتى عندما يتكلم الفقهاء عن معاني العقود بالمقابلة لصيغها ، تراهم دائما يقصدون بمعنى العقد الإرادة الظاهرة ، وبصيغته المعنى الحرفي للالفاظ ، فيقدمون الإرادة الظاهرة على المعنى الحرفي ، في الغالب ، تحت ستار أنهم يقدمون معاني العقود على صيغها . من ذلك ما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « هل العبارة بصيغ العقود أو معانيها ؟ خلاف والترجيح مختلف . ومنها إذا قال .. بعثك بلا ثمن أو لا ثمن لى عليك فقال اشتريت وقبضه ، فليس ببعث ، وفي انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى . ومنها إذا قال بعثك ولم يذكر ثمنًا ، فإن راعينا المعنى انعقد هبة ، أو اللفظ فهو بيع فاسد . ومنها إذا قال بعثك ان شئت ، ان نظرنا الى المعنى صح فإنه لو لم يشأ لم يشتر وهو الاصح ، وان نظرنا الى لفظ التعليق بطل .. ومنها إذا قال إن عليه الدين وهبته منك ، ففي اشتراط القبول وجهان ، أحدهما يشترط اعتبار اللفظ الهبة ، والثاني لا اعتبارا بمعنى الإبراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق . ومنها لو صالحه من الف في الذمة على خصمائه في الذمة ، ففي اشتراط القبول وجهان ، قال الرافعي الاظهر اشتراطه . قيل وقد يقال انه مخالف لما صححه في الهبة وليس كذلك ، فقد قال السبكي ان اعتبرنا اللفظ اشترط القبول في الهبة والصلح ، وان اعتبرنا المعنى اشترط في الهبة دون الصلح ... ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الاول ، فهو اقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب التتمة ، وخرجه السبكي على القاعدة ، ثم رأيت التخريج للقاضي حسين اذ قال : ان اعتبرنا اللفظ لم يصح وان اعتبرنا المعنى فاقالة .. ومنها لو عقد

## قواعد كلية أخرى في تفسير العقر في الفقه الإسلامي :

وإلى جانب القاعدة الجوهرية السالفة الذكر في تفسير العقد ، توجد في الفقه الإسلامي قواعد كلية أخرى هي ثمرة المنطق القانوني السليم ، وهي قواعد لا تتخلف عن نظائرها مما قدمناه في الفقه الغربي . ونورد بعضا منها على سبيل المثال ، ناقلين إياها عن المجلة وكتب القواعد المشار إليها :

١ - إذا تعارض المانع والمقتضى ، يقدم المانع (م ٤٦ مجلة) . فإذا باع شخص دارا من آخر ، واشترط أن يكون له ربعها طول حياته ، فمقتضى تملك المشتري للدار جواز التصرف فيها ، ولكن تعارض مع هذا المقتضى مانع هو اشتراط الربيع للبائع . فيجوز حتى يسلم الربيع للبائع أن يفسر العقد على أن يمنع المشتري من التصرف في الدار طول حياة البائع ، وذلك لتعارض المانع من التصرف مع المقتضى له وتقديم المانع . وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم في هذا الصدد : « وقد رجحوا المانع على المقتضى في مسألة سفل لرجل وعلو لآخر ، فإن كلا منهما ممنوع عن التصرف في ملكه لحق الآخر ، فلملكه مطلق له ، وتعلق حق الآخر به مانع . وكذا تصرف الرهن والمؤجر في المرهون والعين المؤجرة منع لحق المرتهن والمستأجر . وإنما قدم الحق هنا على الملك لأنه لا يفوت به إلا منفعة بالتأخير ، وفي تقديم الملك تقويت عين على الآخر » ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠ ) .

---

الإجارة بلفظ البيع فقال بعتك منفعة هذه الدار شهرا ، فالاصح لا ينعقد نظرا الى اللفظ ، وقيل ينعقد نظرا الى المعنى . ومنها اذا قال قارضتك على أن كل الربح لك ، فالاصح أنه اقراض فاسد رعاية للفظ ، والثاني اقراض صحيح رعاية للمعنى . وكذا لو قال ان كله لى ، فهل هو اقراض فاسد أو ابضاع ، الاصح الاول . وكذا لو قال أبضعتك على أن نصف الربح لى ، فهل هو ابضاع أو اقراض ، فيه الوجهان . . . ومنها اذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم مثلا أو أصلهم ، فالاصح الصحة اعتبارا بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ، والثاني لا يصح اعتبارا باللفظ فإنه تملك لمجهول . . ومنها هبة منافع الدار هل يصح ويكون اعارة نظرا الى المعنى أولا ؟ وجهان حكاهما الرافعي في الهبة من غير ترجيح ، ورجح البلقيني أنه تملك منافع الدار وانه لا يلزم الا ما استهلك من المنافع « . ( الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١١ - ص ١١٢ ) .

٢ - إعمال الكلام خير من إهماله ( م ٦٠ مجلدة ) . فلا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، ومن ثم لو وقف ماله على أولاده ، وليس له إلا أولاد الأولاد ، حمل المعنى عليهم صونا للفظ عن الإهمال . ويترتب على هذه القاعدة قاعدة أخرى ، هي أنه إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز ( م ٦١ مجلدة ) . فإذا كان الكلام لا يمكن إعماله حقيقة ، وأمکن إعماله مجازاً ، فإعماله بالانتقال من الحقيقة إلى المجاز خير من إعماله بتاتا حقيقة ومجازاً . فإذا أقر من لا وارث له لشخص أجنبي عنه وأكبر منه سناً بأنه ابنه ووارثه ، فحيث لا يمكن حمل كلامه على معناه الحقيقي يصار إلى المجاز ، وهو معنى الوصية فيعتبر الأجنبي موصى له لا وارثاً . جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم في هذا الصدد : « إعمال الكلام خير من إهماله متى أمكن . . ولذا اتفق أصحابنا في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت متعذرة فإنه يصار إلى المجاز . لو وقف على مواله رليس له موال وإنما له موالى موال ، استحقوا . . يدخل في هذه القاعدة قولهم التأسيس خير من التأكيد ، فإذا دار اللفظ بينهما تعين الحمل على التأسيس . ولذا قال أصحابنا لو قال لزوجته أنت طالق طالق طالق ثلاثاً ، فإن قال أردت به التأكيد صدق ديانة لا قضاء . . وفي النوازل رجل قال لآخر والله لا أكلمه يوماً والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيام ، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٨ و ص ٦٩ و ص ٧٦ و ص ٧٧ ) .

٣ - إذا تعذر إعمال الكلام بهمل ( م ٦٢ مجلدة ) . وهذه القاعدة تنمى لما قبلها ، فإذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقى أو مجازى أهمل . ويتفرع على ذلك أنه إذا أقر لزوجته التي هي من نسب آخر وأكبر منه سناً بأنها ابنته ، فلا يمكن حمل كلامه هذا على معنى حقيقى لأنها أكبر إمنه سناً ومن نسب آخر ، ولا على معنى مجازى أى معنى الوصية لكونها وارثة له والوصية للوارث لا تنفع ، ولذلك يهمل كلامه ولا يعتبر .

٤ — ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله (م ٦٣ مجلة) . فلو أسقط  
 ولى القتل نصف القصاص سقط كله ، لأن القصاص لا يتجزأ . ولو ترك  
 الشفيع شفيعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر ، بطلت شفيعته في كل  
 الدار ، لأن حق الشفيع لا يتجزأ . أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله .  
 فلو كفل له بنصف دينه فلا يعد كفيلاً بالكل بل بالنصف ، ولو أبرأ مدينه  
 من نصف الدين برىء من هذا النصف فقط ، ولو قتل رجلان رجلاً فعني  
 الولى عن أحدهما كان له أن يقتل الآخر ، ولو قتل رجلين فعني ولى أحد  
 المقتولين فلولى الآخر أن يقتله .

٥ — المطلق يجرى على إطلاقه ، ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة  
 (م ٦٤ مجلة) . فإذا وكل شخص آخر في بيع داره بالثمن الذى يراه الوكيل  
 مناسباً ، كان للوكيل أن يبيعه بالثمن الذى يراه ، لأن الوكالة فى الثمن مطلقة .  
 أما إذا عين الموكل مبلغاً ، لم يجوز للوكيل أن يبيع بثمان أقل من هذا المبلغ ، لأن  
 دليل التقييد قام نصاً فلا يجوز مخالفته . وإذا وكل شخص آخر فى شراء دار ،  
 كان للوكيل أن يشتريها بثمان المثل أو بغبن يسير ، لا بغبن فاحش لأن وكالته  
 مقيدة دلالة بعدم التجاوز إلى الغبن الفاحش ، ولو اشتراها بغبن فاحش وقع  
 الشراء له .

٦ — الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر (م ٦٥ مجلة) . فلو أراد  
 البائع بيع فرس أشهب حاضر فى المجلس ، وقال فى إيجابه بعت هذا الفرس  
 الأدهم وأشار إليه ، وقبل المشتري ، صح البيع ، ولغى وصفه الأدهم لأن  
 الوصف فى الحاضر لغو . ولو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه  
 أدهم ، لا ينعقد البيع ، لأن الوصف فى الغائب معتبر .

٧ — السؤال معاد فى الجواب (م ٦٦ مجلة) . يعنى أن ما قيل فى السؤال  
 المصدق فكان أن الجيب المصدق قد أقر به . جاء فى شرح المجلة للأستاذ سليم  
 باز : « مثلاً لو سأل الحاكم المدعى عليه قائلاً إن المدعى يدعى عليك بألف دينار

من جهة كذا فاذا تجيب؟ فأجاب نعم، فيكون قد أقر بالألف . . وفيه لو قال أعطني ثوب عبدى هذا، أو افتح لي باب دارى هذا، أو حصص لي دارى هذه، أو أسرج دابتي هذه أو اعطني سرجها أو لجامها، فقال نعم، كان إقراراً منه بالعبد والدار والدابة، (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٤٦). وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطى في هذا الصدد: «السؤال معاد في الجواب . فلو قيل له على وجه الاستخبار أطلقت زوجته وقال نعم، كان إقراراً يؤخذ به في الظاهر ولو كان كاذباً . ولو قيل له على وجه التماس الإنشاء، فاقتصر على قوله نعم، فقولان. أحدهما أنه كناية لا يقع إلا بالنية، والثاني وهو الأصح صريح لأن السؤال معاد في الجواب فكأنه قال طلقها، وحينئذ لا يقدر في كونه صريحاً حصصهم ألفاظ الصريح في الطلاق والفراق والسراح . ولو قالت أبني بألف، فقال ابنتك ونوى الزوج الطلاق دونها، فوجهان . أحدهما لا يقع الطلاق، لأن كلامه جواب على سؤالها فكان السؤال معاداً في الجواب، وهى لم يوجد منها القبول لعدم نية الفراق، وإنما هو رضا بعوض وهذا ما صححه الإمام . والثاني أنه يقع رجعيًا، ويحمل ذلك على ابتداء خطاب منه لانه مستقل بنفسه، ورجحه البغوى، (الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٧).

٨ - حكم النماء حكم الأصل . جاء في القواعد لابن رجب في هذا الصدد : « النوع الثانى عقود موضوعة لغير تملك العين، فلا يملك بها النماء بغير إشكال، إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى . ولكن هل يكون النماء تابعاً لأصله فى ورود العقد عليه، وفى كونه مضموناً أم غير مضمون، فإن كان العقد وارداً على العين وهو لازم فى حكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تأييد أو على ما فى الذمة فلا يكون النماء داخل فى العقد، وهل يكون تابعاً للأصل فى الضمان وعدمه، فيه وجهان . أحدهما أنه تابع له فيهما، والثانى إن شارك الأصل فى المعنى الذى أوجب الضمان أو الائتمان تبعه وإلا فلا . ويندرج تحت ذلك صور : منها المرهون، فمناؤه

المنفصل كله رهن معه ، سواء كان متوالداً من عينه كالثمره والولد أو من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالأرش ، وهو داخل معه في عقد الرهن فيملك الوكيل في بيع الرهن ببيعته معه وإن كان حادثاً بعد العقد والتوكيل . ومنها الأجير كالراعي وغيره ، فيكون النماء في يده أمانة كأصله . ومنها المستأجر ، يكون النماء في يده أمانة كأصله ، وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد . ومنها المقبوضه على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض ، قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله ، إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا . ( القواعد لابن رجب ص ١٦٦ — ص ١٦٧ ) .

٩ — الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر . جاء في الفروق للقرافي في هذا الصدد : « أعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر ، وهو شأن الشريعة . كما يقدم الغالب في طهارة المياه ، وعقود المسلمين ، ويقصر في السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة ، ويمنع شهادة الأعداء والخصوم لأن الغالب منهم الحيف ، وهو كثير في الشريعة لا يحصى كثرة ، . ( الفروق للقرافي جزء ٤ ص ١٠٤ ) .

١٠ — الخراج بالضمان . جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « الخراج بالضمان هو حديث صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة . وفي بعض طرفه ذكر السبب ، وهو أن رجلا ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه . فقال الرجل يا رسول الله قد استعملت غلامي ، فقال الخراج بالضمان . قال أبو عبيدة الخراج في هذا الحديث غلة يشتره الرجل ، فيستعمله زماناً ، ثم يعثر منه على عيب دسه البائع ، فيرده ويأخذ جميع الثمن . ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله انتهى . وكذا قال الفقهاء معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للبشترى عوضاً ما كان عليه من ضمان الملك . فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه ، فالغلة في مقابلة الغرم . وقد ذكرنا هنا سؤالين : أحدهما لو كان الخراج



في مقابله الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد لو انفسخ لسكونه من ضمانه ولا قائل به ، وأجيب بأن الخراج معمل قبل القبض بالملك وبعده به وبالضمان معا ، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشتري . الثاني لو كانت العلة الضمان لزم أن تكون الزوائد للغاصب لأن ضمانه أشد من ضمان غيره وبهذا احتج لأبي حنيفة في قوله إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب ، وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه إذا تلف على ملكه وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب « (الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣ - ص ٩٤) (١) .

### ب. تفسير الشك في مصلحة المدين في الفقه الإسلامي :

وقد أورد التقنين المدني العراقي قاعدة جوهرية في تفسير العقد ، فنص في المادة ١٦٦ منه على أنه « يفسر الشك في مصلحة المدين » . وهذا النص وإن كان مأخوذاً من الفقه الغربي على ما رأينا ، إلا أنه يتفق كل الاتفاق مع قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي .

فهنالك قواعد كلية ثلاث أوردتها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، تتضافر كلها على إقرار هذا المبدأ : ( القاعدة الأولى ) هي أن اليقين لا يزول بالشك .

- 
- (١) وقد نقل التقنين المدني العراقي عن الفقه الإسلامي أكثر هذه القواعد في تفسير العقد على الوجه الآتي :
- م ١٥٥ : ١ - العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للالفاظ والمباني . ٢ - على أن الاصل في الكلام الحقيقة ، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير الى المجاز .
- م ١٥٧ : لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .
- م ١٥٨ : أعمال الكلام أولى من اهماله ، لكن اذا تعذر أعمال الكلام بهمل .
- م ١٥٩ : ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .
- م ١٦٠ : المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة .
- م ١٦١ : الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر .
- م ١٦٢ : السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق .

فإذا كان هناك شك في مديونية المدين ، فاليقين أنه برىء الذمة ، ولا يزال هذا اليقين بالشك . ( والقاعدة الثانية ) أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . وبراءة الذمة تسبق المديونية ، فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ، ولا تزول إلا بمديونية قامت على يمين . ويقول ابن نجيم في هذا الصدد : « ومن فروع ذلك ما لو كان لزيد على عمرو ألف مثلاً ، فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٨ — ص ٢٩ ) . ( والقاعدة الثالثة ) أن الأصل براءة الذمة . فيفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه برىء الذمة ، حتى يقيم من يدعى الدين الدليل القاطع على أن له ديناً في ذمته ، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحبت براءة ذمته وفسر الشك في مصلحته . ويقول ابن نجيم في هذا الصدد : « الأصل براءة الذمة ، ولذا لم يقبل في شغلها شاهد واحد ، ولذا كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل ، والبينة على المدعى لدعواه ماخالف الأصل . فإذا اختلفا في قيمة المتلف والمنصوب ، فالقول قول الغارم لأن الأصل البراءة عما زاد . ولو أقر بشيء أو حق قبل تفسيره بما له من قيمة ، فالقول للبقر مع يمينه . . قاعدة : من شك هل فعل شيئاً أم لا ، فالأصل أنه لم يفعل . وتدخل فيها قاعدة أخرى : من يقر بيمينه في الفعل وشك في القليل والكثير ، حمل على القليل لأنه المتيقن ، إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا يبرأ إلا باليقين . وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة ، هي ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩ ) . ويخلص مما قدمناه أن قواعد تفسير العقد في الفقه الإسلامي قريبة من قواعد التفسير في الفقه الغربي ، وأن الفرق الجوهرى بين الفقه الإسلامى والفقه اللاتينى هو أن العبرة في الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة ومثله في ذلك الفقه الجرمانى ، وفي الفقه اللاتينى العبرة بالإرادة الباطنة .

## ٢٤ - تحديد نطاق العقد

العوامل التي يستتر بها في تحديد نطاق العقد :

في الفقه الإسلامي ، كما هو الأمر في الفقه الغربي على ما رأينا ، يسترشد في تحديد نطاق العقد : ( ١ ) بالعرف والعادة ( ٢ ) بطبيعة الالتزام ، فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات .

### العرف والعادة :

ورد في المجلة كثير من القواعد الكلية تلزم الأخذ بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد ، نذكر منها القواعد الآتية :

١ - العادة محكمة ( م ٣٦ مجلة ) . وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم : « القاعدة السادسة العادة محكمة . وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، قال العلاء لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده . واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة . . . إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت ، ولذا قالوا في البيع لو باع بدرهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب ، قال في الهداية لأنه هو المتعارف فيصرف المطلق إليه . ومنها لو باع التاجر في السوق شيئاً بشمن ، ولم يصرحاً بحلول ولا تأجيل ، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدر معلوماً ، انصرف إليه بلا بيان ، قالوا لأن المعروف كالمشروط . . ومنها في استئجار الكاتب قالوا الخبر عليه والأقلام . والخياط قالوا الخيط والإبرة عليه عملاً بالعرف ، وينبغي أن يكون الكحل على الكحال للعرف ،

ومن هذا القبيل طعام العبد فإنه على المستأجر ، بخلاف علف الدابة فإنه على المؤجر حتى لو شرط على المستأجر فسدت كما في البرازية ، بخلاف استئجار الظئر بطعامها وكسوتها فإنه جائز وإن كان مجهولاً للعرف ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦ — ص ٤٧ ) . وجاء في شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « العادة المتعارفة في سائر البلاد تسمى العرف العام ، والمتعارفة فقط عند قوم أو في بلدة يطلق عليها اسم العرف الخاص . والحكم العام يثبت بالعرف العام وبه يتخصص النص ، فيبيع المعدوم باطل وهذا حكم شرعي ثابت بالنص ، ولكن بناء على تعامل الناس في كل البلاد جوزوا الاستصناع والإجارة على خلاف القياس ، فلا يعمل بالنص إلا فيما سوى ذلك وأمثاله . أما العرف الخاص فلا يثبت به إلا حكم خاص ، مثلاً سيأتي في المادة ١٨٨ من المجلة أن البيع بشرط متعارف في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر ، حتى لو باع فرواً بشرط أن يخيط به الظهارة صح البيع ووجب على البائع الوفاء بالشرط ، ولكن لو جرى البيع بهذا الشرط في بلدة غير متعارف فيها البيع بذلك الشرط كان الشرط مفسداً والبيع فاسداً ، ( شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٥ ) .

٢ — استعمال الناس حجة يجب العمل بها ( م ٣٧ مجلة ) . فلو استعان برجل في سوق لبيع متاعه ، وطالبه الرجل بعد البيع بأجرته ، نظر إلى تعامل أهل السوق . . فإن جرت العادة بأن من يعمل مثل هذا العمل يؤجر فله أجر مثله ، وإلا فليس له أجر . ويصح وقف المنقول إذا كان متعارفاً عليه ، كوقف الكتب والنقود .

٣ — الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ( م ٣٨ مجلة ) . فلو ادعى رجل معروف بالفقر بمبالغ كبيرة على آخر قال إنه أقرضها إياه ، حال كون المدعى لم يرث ولم يصب مالا بوجه آخر ، فلا تسمع دعواه لأنها مما يمتنع عادة فهي كالممتنع حقيقة .

٤ — الحقيقة تترك بدلالة العادة ( م ٤٠ مجلة ) . فالفقيه لا يطلق عند

الفقهاء إلا على المجتهد ، ولكن لو وقف رجل ماله أو أوصى به للفقهاء ، دخل فيهم المقلد لأن لفظ الفقيه يطلق عليه عرفاً ، فينصرف كلام الواقف أو الموصى إلى ما هو المتعارف في زمنه ( شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٦ ) . وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم : « الحقيقة تترك بدلالة العادة ، إذ ليست العادة إلا عرفاً عملياً . حلف لا يأكل لحماً ، حنث بأكل الكبدة والكروش على ما في الكنز مع أنه لا يسمى لحماً عرفاً . ولذا قال في المحيط إنه إنما يحنث على عادة أهل الكوفة ، وأما في عرفنا فلا يحنث لأنه لا يعد لحماً ، انتهى وهو حسن جداً . ومن هذا وأمثاله علم أن العجمي يعتبر عرفه قطعاً ، ومن هنا قال الزبيلي في قول صاحب الكنز والواقف على السطح داخل إن المختار ألا يحنث في العجم لأنه لا يسمى داخل عندهم ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٩ ) .

٥ — إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ( م ٤١ مجلة ) . جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « إنما تعتبر العادة إذا اضطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها بخلاف . قال الإمام في باب الأصول والثمار كل ما يصح في اطراد العادة فهو الحكم ومضمره كالمذكور صريحاً ، وكل ما تعارض الظنون ببعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثال الخلاف انتهى . وفي ذلك فروع : منها باع شيئاً وأطلق ، نزل على النقد الغالب ، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا بطل البيع . ومنها غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه ، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد . ومنها استأجر للخياطة والنسخ والكحل ، فالخيط والخبر والكحل على من ؟ خلاف ، صحح الرافعي في الشرح الزجوع فيه إلى العادة ، فإن اضطربت وجب البيان وإلا فبطل الإجارة . ومنها البطالة في المدارس ، سأل عنها ابن الصلاح فأجاب بأن ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق حيث لانص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال

في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلها يمنع لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجود لها قطعاً في أكثر المدارس والأماكن ، وإذا سبق بها عرف في بعض البلاد واشتهر غير مضطرب فيجرب فيها في ذلك البلد الخلاف في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام ، والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة انتهى . ومنها المدارس الموقوفة على درس الحديث ولا يعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح كمختصر ابن الصلاح ونحوه ، أو يقرأ متني الحديثين كالبخاري ومسلم ونحوهما ويتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف كما هو عرف الناس الآن وهو شرط المدرسة الشيعونية كما رأيت في شرط واقفها . وقد سألت شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك ، فأجاب بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين فإنهم يختلفون في الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس في بعض الأوقات ، بخلاف المصريين فإن العادة جرت بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث ، ( الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٥ ) .

٦ — العبرة للغالب الشائع لا للنادر ( م ٤٢ مجلة ) . قال الأستاذ سليم باز في شرح المجلة : « هذه المادة والتي قبلها عبارة عن شروط العادة التي تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي . فن شروطها أن تكون غالبية مطردة . ولهذا قدر الفقهاء سن البلوغ بالسنة الخامسة عشرة ، لأنها السن الذي يبلغ الأولاد فيه غالباً ، فن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتد به . ولهذا أيضاً قدروا مدة الحضانة بسبع سنين للصغير وتسع سنين للصغيرة ، لأنهم صرحوا بترك الغلام عند أمه حتى يستغنى عنها . . . ويترك الصغيرة عند أمها حتى تصير مشتهة . وحيث أن ذلك يتفاوت بالنظر إلى الأولاد والزمان والمكان ، فقد عينوا مدة هي الأصح في الغالب . . . لأنه غالباً تصير الابنة مشتهة والصغير قادراً على مفارقة أمه عند بلوغها هذين العمرين ، ومن شذعن هذه القاعدة كان نادراً لا عبرة له ، لأن العبرة للغالب الشائع لا للنادر . ومن شروط

العادة أيضا أن تكون جارية قبل وقوع الحادثة ، فالعرف الطارىء بعد وقوعها لا عبرة له ، ( شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٧ ) .

٧ - المعروف عرفا كالمشروط شرطا (م ٤٣ مجلة) . والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ( م ٤٤ مجلة ) . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنصر ( م ٤٥ مجلة ) . جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم : « قال في إجارة الظهيرية والمعروف عرفا كالمشروط شرعا انتهى . وقالوا في الإجازات لو دفع ثوبا إلى خياط ليخيطه له أو إلى صباغ ليصبغه له ، ولم يعين له أجره ، ثم اختلفا في الأجر وعدمه ، وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ فيه اختلاف : قال الإمام الأعظم لا أجره له ، وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان الصباغ حريفا له أى معاملا له فله الأجر وإلا لا ، وقال محمد رحمه الله إن كان الصباغ معروفا بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها كان القول قوله وإلا فلا اعتبارا للظاهر المعتاد ، وقال الزيلعي والفتوى على قول محمد رحمه الله انتهى . ولا خصوصية لصباغ . بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن السكوت كالاتواط ، ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول الحمام والدلال كما في البزازية ، ومن هذا القبيل المعد للاستغلال كما في الملتقط . ولذا قالوا المعروف كالمشروط ، فعلى المفتى به صارت عادته كالمشروط صريحا . . . وفي البزازية المشروط عرفا كالمشروط شرعا . منها لوجرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض هل يحرم إقراضه تنزيلا لعادته بمنزلة الشرط . . . وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن آجر مطبخا لطبخ السكر وفيه نفاذ إذن للمستأجر في استعمالها فتألف ذلك وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر ، فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمائها عليه . . . وما تفرع على أن المعروف كالمشروط لو جهز الأب بنته جهازا ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بيعة ، ففيه اختلاف ، والفتوى أنه إن كان العرف مستمرأ أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكا لعارية لم يقبل

قوله ، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب . . وفي الملتقط من البيوع . . أن دخول البرذعة والأكاف في بيع الحمار مبنى على العرف ، وفيه أيضا أن حمل الأجير الأحمال إلى داخل الباب مبنى على التعارف . . رجل دفع غلامه إلى حائك مدة معلومة ليتعلم النسج ولم يشترط الأجر على أحد ، فلما علم العمل طلب الأستاذ الأجر من المولى والمولى من الأستاذ ، ينظر إلى عرف أهل تلك البلدة في ذلك العمل ، فإن كان العرف يشهد للأستاذ يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل على المولى ، وإن كان يشهد للمولى فأجر مثل ذلك الغلام على الأستاذ ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٩ — ص ٥٠ ) . وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « العادة المطردة في ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ؟ فيه صور : منها لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج ، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع ! وجهان أحدهما لا وقال القفال نعم . ومنها لو عم في الناس اعتياد إباحة الرهن للرهن ، فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور لا وقال القفال نعم . ومنها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض ، فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ؟ وجهان أحدهما لا . ومنها لو اعتاد بيع العينة بأن يشتري مؤجلا بأكثر مما باعه نقداً ؟ فهل يحرم ذلك ؟ وجهان أحدهما لا . . . ومنها لو دفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجره ، وجرت عادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف والأصح في المذهب لا ، واستحسن الرافعي مقابله ، ( الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٧ — ٦٨ ) . وجاء في شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « إذا دفع السمسار الثمن للبائع من ماله كان له أن يرجع به على المشتري ، لأنه جرت العادة أن السمسار يدفعه من ماله حتى يرجع على المشتري ، فصار كما لو أحاله البائع على المشتري ، نصا ، ولو عجز السمسار عن أخذ الثمن من المشتري لإفلاسه له أن يسترده من الآخر استحسانا . . لو اشترى شيئا من السوق بثمن معلوم ، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل ، وكان



المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة أو كل شهر جميع الثمن أو بعضا معيناً منه ، انصرف إليه بلا بيان ، لأنه حيث كان متعارفاً عند التجار فصار كأنهما قد اتفقا عليه . . فلو استأجر حجرة في دار إجارة مطلقة لم يقيدتها بنوع من الأنواع ، كان له أن يسكنها ويضع فيها أمتعة ، وليس له استعمالها بما يخالف العادة بأن يشتغل فيها بصناعة الحدادة ونحوها ، لأن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص . وكذا ليس الوكيل بالبيع ، ولو كانت وكالته مطلقة ، أن يبيع نسيئة إلى أجل بعيد غير مألوف بين الناس . . ولو لم ينه الموكل عن ذلك ، كما ليس له أن يبيع نصف المال الذي في تبيعضه ضرر ، لأن العرف يقتضى البيع إلى أجل مألوف كما يقتضى خلوّه من ضرر يلحق الموكل كضرر الشركة في صورة بيع البعض ، ( شرح المجلة الأستاذ سليم باز ص ٣٨ ) .

### طبيعة الالتزام :

وطبيعة الالتزام ، كما قدمنا ، تقتضى أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات . وقد أوردت المجلة قواعد كلية في هذا المعنى ، نذكر منها :

١ — التابع تابع ، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً ( م ٤٧ مجلة ) والتابع لا يفرد بالحكم ( م ٤٨ مجلة ) . جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم : « القاعدة الرابعة التابع تابع . تدخل فيها قواعد الأولى أنه لا يفرد بالحكم . ومن فروعها الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً ولا يفرد بالبيع ، والهبة كالبيع . ومنها الشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعاً ولا يفردان بالبيع على الأظهر ، ( لأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠ ) . وجاء في شرح المجلة للأستاذ سليم باز : « وكذا لما كانت زوائد المرهون والمغضوب تابعة لها في الوجود ، كانت أيضاً تابعة لها في الحكم ، فهي من ثم ملك الراهن والمغضوب منه . . وإذا بيع التابع تبعاً لمتبوعه ، فلا يقابله

شيء من الثمن . . فلو اشترى فرسا حاملا وقبل قبضها ولدت وهلك فلوها ،  
فلا يسقط شيء من الثمن ، ( شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٣٩ ) .

٢ - من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته ، فمن اشترى دارا ملك  
التريق الموصل إليها ( م ٤٩ مجلة ) . قال الأستاذ سليم باز في شرح المجلة :  
« وإذا اشترى قفلا دخل فيه مفتاحه ، ولو اشترى بقرة لأجل حلبها دخل  
رضيعها في البيع وإن لم يذكر . . لأنه لولا ذلك لما أمكن المشتري أن ينتفع  
من مشريه ، إذ كيف يتأتى له دخول الدار والخروج منها إذا لم يكن لها طريق  
( شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٤٠ ) .

٣ - إذا سقط الأصل سقط الفرع ( م ٥٠ مجلة ) . وإذا بطل الشيء  
بطل ما في ضمنه ( م ٥٢ مجلة ) . جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم . « التابع  
يسقط بسقوط المتبوع . . يقرب من ذلك ما قيل بسقوط الفرع إذا سقط  
الأصل . ومن فروعه قولهم إذا برىء الأصل برىء الكفيل ، بخلاف العكس .  
وقد يثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل ، ومن فروعه لو قال لزيد على عمرو  
ألف وأناضامن به ، فأنكر عمرو ، لزم الكفيل إذا ادعاها زيد دون  
الأصل كما في الخانية . ومنها لو ادعى الزوج الخلع فأنكرت المرأة بانت ولم  
يثبت المال الذي هو الأصل في الخلع ، ( الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦١ ) .  
وقال الأستاذ سليم باز في شرح المجلة : « فإذا فسد الصلح والبيع ، بطل ما وقع  
في ضمنهما من الاقراز والابراء بين المتعاقدين . . ولو أجز الموقوف عليه  
أرض الوقف ولم يكن ناظر ألم يصح ، فلو أذن المستأجر في العمارة فعمر لم  
يرجع على أحد وكان متطوعا ، لأنه لما بطلت الإجارة بطل ما في ضمنها من  
الإذن . ويخرج من هذه القاعدة مسائل : منها لو صالح الشفيع عن حق شفيعته  
بمال لم يصح ، ولكن كان صلحه مسقطا لحق شفيعته مع أن المتضمن للأسقاط  
الصلح ولم يبطل ما في ضمنه . وكذا لو باع شفيعته بمال لم يصح ، وتبطل

شفعته فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن ، ( شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٤١ ) (١) .

## المطلب الثاني

### إلزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد

#### القاعدة العامة والاستثناء منها :

في الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل فيه ، إلا ما اتفق عليه المتعاقدان . وقد يصلان في اتفاقهما لا إلى حد تعديل العقد فحسب ، بل إلى حد التقايل منه كما سنرى . ويستثنى كذلك من وجوب تنفيذ العقد ما ورد فيه نص من بطلان وفسخ ، وقد درسنا في نظرية البطلان متى يفسخ العقد الفاسد ، ومتى يبطل العقد الموقوف ، ومتى يرجع العاقد في العقد غير اللازم إذا ثبت له خيار من الخيارات المعروفة .

ولا يجوز للقاضي أن يعدل العقد من غير رضاه المتعاقدين جميعا . ومع

---

(١) وقد نقل التقنين المدني العراقي عن الفقه الإسلامي القواعد المتعلقة بتحديد نطاق العقد عن طريق العرف والعدالة وطبيعة الالتزام في النصوص الآتية :  
م ٢/١٥٠ : ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .  
م ١٥٦ : تترك الحقيقة بدلالة العادة .

م ١٦٢ : ١ - المدن عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص - ٢ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم - ٣ - والمنع عادة كالممنوع حقيقة .  
م ١٦٤ : ١ - العادة محكمة ، عامة كانت أو خاصة - ٢ - واستعمال الناس حجة يجب العمل بها .  
م ١٦٥ : إنما تعتبر العادة إذا اطردت وغلبت ، والعبرة للغالب الشائع لا للنادر .  
انظر أيضا المواد ٢٦٩ - ٢٨٠ من مرشد الحيران .

ذلك يعرف الفقه الإسلامي نظرية في فسخ العقد للعدر قريبة من نظرية الحوادث الطارئة التي درسناها في الفقه الغربي (١).

فنبحث : ( أولا ) القاعدة العامة وهي وجوب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه - ( ثانيا ) ثم الاستثناء وهو فسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة .

### § ١ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

#### تفسير العقود في الفقه الإسلامي :

قدمنا أنه لا توجد نظرية عامة للعقد في كتب الفقه الإسلامي ، وإنما تستخلص هذه النظرية من ثنايا الأحكام يوردها الفقهاء في مناسبة كل عقد من العقود المسماة ، وبخاصة عقد البيع . لذلك إذا أردنا أن نبحث في الفقه الإسلامي كيف يكون تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه ، لم نجد نظرية عامة تجزئ الإشارة إليها كما وجدنا هذه النظرية في الفقه الغربي ، بل يجب

(١) وقد ورد في التقنين المدني العراقي في المعاني المقدمة النصوص الآتية :

م ١٤٥ : أيا كان المحل الذي يرد عليه العقد ، فإن التعاقد يجبر على تنفيذ التزامه .  
 م ١٤٦ : ١ - إذا نفذ العقد كان لازما ، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي - ٢ - على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

م ١٥٠ : ١ - يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية - ٢ - ولا يقتصر العقد على الزام التعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

وجاء في المادة ٣٠٦ من مرشد الحيران : إنما تجرى أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما . ولا يجوز فسخ العقود اللازمة إلا بتراضيهما في الأحوال التي يجوز فيها عسرها .

أن نستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقداً عقداً ، لننظر كيف يقوم المتعاقدان بتنفيذ كل عقد منها . ويحسن لهذا الغرض تقسيم هذه العقود طوائف ، تجتمع كل طائفة منها في مقومات مشتركة .

وفي الفقه الإسلامي تقسيمات متعددة للعقود ، ومن أشهرها تقسيم العقود إلى تملكيات ووكالات وتوثيقات وإسقاطات وإطلاقات وتقييدات .

ولكن التقسيم الذي يحسن الوقوف عنده لتيسير البحث الذي نحن بهدده هو التقسيم الذي يتركز في محل العقد ، فيدور حوله . ومحل العقد إما أن يكون عيناً أو منفعة أو ديناً أو عملاً أو توثيقاً أو وكالة . ومن ثم تنقسم العقود ، تبعاً لتقسيم المحل على هذا النحو ، إلى الطوائف الآتية :

أولاً . عقود تقع على الأعيان ، وذلك للتمليك بعوض كالبيع والقسمة والصلح ، أو للتمليك بغير عوض كالهبة ، أو للحفاظ كالوديعة ، أو للتسليم كالبيع والإيجار .

ثانياً . عقود تقع على المنافع ، وذلك للتمليك بعوض كالإيجار والمزارعة والمساقاة ، أو للتمليك بغير عوض كالعارية .

ثالثاً . عقود تنشئ الديون ، وذلك كالبيع ينشئ ديناً بالثمن في ذمة المشتري ، وكالإيجار ينشئ ديناً بالأجرة في ذمة المستأجر وكالقرض ينشئ ديناً برد مثل القرض في ذمة المقرض .

رابعاً . عقود تقع على العمل ، وذلك كعقد الاستصناع وعقد إيجار العمل سواء كان العمل عمل أجير خاص أو عمل أجير مشترك .

خامساً . عقود التوثيق ، وذلك كالسكفالة والحوالة والرهن .

سادساً : عقود التوكيل ، وذلك كالوكالة والشركة والمضاربة .

## آثار العقد طبقاً لهذا التقسيم

ويستخلص مما قدمناه أن آثار العقد في الفقه الاسلامي يمكن ردها إلى ما يأتي :

( ا ) نقل الملك بعوض أو بغير عوض (١) .

( ب ) نقل المنفعة بعوض أو بغير عوض (٢) .

( ج ) ترتيب الدين في الذمة .

( د ) الالزام بعمل معين ، ويدخل في ذلك العقود التي تقع على العمل وعقود التوكيل .

( هـ ) التوثيق للديون (٣) .

( و ) وتناول بالبحث كلا من هذه الآثار .

### ١ - نقل الملك

#### النصوص وما يستخلص منها من نتائج

ورد كثير من النصوص في مرشد الحيران في صدد نقل العقد للملك في الأعيان ، نختار منها ما يأتي :

م ٧٣ : يصح أن تملك الأعيان بعوض وبغير عوض ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً .

(١) وتنص ١٣٤ من التقنين المدني العراقي على ان « عقد المعاوضة الوارد على الاعيان يقتضى ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه ، والتزام كل منهما بتسليم ملكه المقود عليه للاخر .

(٢) وتنص المادة ١٤٤ من التقنين المدني العراقي على ان « عقد المعاوضة الوارد على منافع الاعيان يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع ، والتزام المنتفع بتسليم بدل المنفعة لصاحب العين .

(٣) ويمكن القول بوجه عام ان العقد ينقل الملك ، ويقوم المنفعة ، ويرتب الدين في الذمة ، ويلزم بالعمل ، ويوثق الديون .

م ٧٤ : ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحا باتا نافذا لازما ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً .

م ٧٥ : للمشتري أن يتصرف في العين المبيعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقاراً لا يخشى هلاكه ، وليس له أن يؤجرها قبل قبضها . كما أنه ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه لا يبيعا ولا إجارة إن كان منقولاً .

م ٧٦ : إذا استلم المشتري العين المبيعة ، عقاراً كانت أو منقولاً ، على أنها مملوكة للبائع ، فله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات . ولا يمنع تصرفه من استرداد العين لمستحقها ، إذا ظهر أنها مستحقة للغير وثبت حقه فيها .

م ٧٧ : الهبة تملك العين بلا عوض ، وقد تكون بعوض .

م ٨٠ : لا يثبت ملك العين للموهوب له إلا إذا قبض العين الموهوبة قبضاً كاملاً في محوز مقسوم أو مشاع لا يحتمل القسمة .

م ٨٢ : إذا مات الواهب قبل تسليم العين للموهوب له ، بطلت الهبة .

م ٨٣ : إذا مات الموهوب له قبل استلامه العين الموهوبة ، بطلت الهبة ولا حق لورثته فيها .

م ٤٦٣ : إذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن ، فالبائع أسوة الغرماء ولو وجد متاعه باقياً بعينه ، فلا يكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتري .

م ٤٦٤ : إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري أو يبيعه القاضي ويؤدى للبائع حقه من ثمنه . فإن زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتامه فيسكون أسوة الغرماء فيما بقى له .

م ٤٦٥ : إذا مات البائع مفلساً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري ، فالمشتري أحق به من سائر الغرماء ، وله أخذه إن كانت عينه قائمة ، أو استرداد الثمن إن كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته .

م ٤٨٠ : الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمار والتاج ، تكون حقاً للمشتري .

وانظر في عقد الصلح من حيث أن له حكم البيع المادة ١٠٣٠ مرشد الحيران ، وفي حكم المقايضة المادة ١٠٣٢ مرشد الحيران .

وتستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

أولاً : أن العقد ينقل الملك بعوض أو بغير عوض ، والعقد ذاته هو الذي ينقل الملك .

ثانياً : أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد ، فلا يتأخر انتقاله إلى وقت التسليم ولو في المنقول ، وذلك ما لم يكن العقد هبة فلا يتم إلا بالقبض .

ثالثاً : ويترتب على أن الملك ينتقل بمجرد صدور العقد أن زوائد العين التي تحصل بعد العقد وقبل القبض ، كالثمار والتاج ، تكون لمن انتقل له ملك العين .

رابعاً : ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا مات البائع مفلساً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري ، فالمشتري وقد أصبح مالكا بالمبيع أحق بالمبيع من سائر الغرماء . فإذا مات المشتري مفلساً قبل نقد الثمن ، فقد أصبح مع ذلك مالكا للمبيع بالبيع ، فيبقى المبيع في التركة ، والبائع أسوة الغرماء بالثمن وليس له امتياز على المبيع . إلا أن البائع إذا كان لم يسلم المبيع ولم ينقد الثمن ، فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، ويبيعه القاضى وينقد الثمن للبائع .

خامساً : ومادام المشتري قد أصبح مالكا للمبيع حتى قبل القبض ، فله التصرف فيه إن كان عقاراً ، فإن كان منقولاً فليس له التصرف فيه إلا بعد القبض .

ونستعرض الآن في هذه المسائل الخمس بعض نصوص الفقه الإسلامي .



أولاً — العقود ذاته ينقل الملك في الفقه الإسلامي :

جاء في البدائع ( جزء ٥ ص ٢٤٣ ) : « وأما بيان صفة الحكم ، فله صفتان . . . الثانية الحلول ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تمليك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البدلين في الحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تمليكا للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تمليكا عنده . »

ويبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد . أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملك ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه . فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

ثانياً — ينقل الملك بمجرد صدور العقد إلا في الهبة فينوقف

على القبض :

وقدرأينا من النص المتقدم الذكر أن الملك ينتقل بالعقد في الحال ، أي بمجرد صدور العقد ، فلا يتأخر انتقال الملك إلى وقت للقبض ، ويستوى في ذلك العقار والمنقول . وهذا في عقود المعاوضة ، كالبيع والقسمة والصلح . أما إذا كان العقد هبة ، فلا ينفذ العقد ولا ينتقل الملك إلا بالقبض . ويجب أن يكون القبض بإذن الواهب ، لأن القبض في الهبة يشبه الركن وإن لم يكن ركناً ، فيشبهه القبول في البيع ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه . ولا بد أن يتم القبض في حياة كل من الواهب والموهوب له وإن كان في المسألة خلاف ، فلو مات الواهب أو مات الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، وهذا في مذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة .

جاء في الهداية (فتح القدير جزء ٧ ص ١١٣ - ص ١١٧) : « والقبض لا بد منه لثبوت الملك ، وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة ، والمراد نفي الملك لأن الجواز بدون ثبوت . ولأنه عقد تبرع وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح ، بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها . قال فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً ، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض . والقياس ألا يجوز في الوجهين ، وهو قول الشافعي ، لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه . ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه إثبات الملك ، فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأننا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به . بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة التصريح . »

وجاء في المهذب (جزء أول ص ٤٤٧) : « ولا يملك الموهوب له الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة رضی الله عنها أن أباهما نحلها جزاً ذاً عشرين وسقاً من ماله ، فلما حضرته الوفاة قال يابنية إن أحب الناس غنى بعدى لأنت وإن أعز الناس على فقراً بعدى لأنت ، وإني كنت نحلكتك جزاً ذاً عشرين وسقاً من مالي ووددت أنك جذذته وحرته ، وإنما هو اليوم مال الوارث . فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض . ومن أصحابنا من قال يبطل العقد بالموت لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقد الجائزة . والمنصوص أنه لا يبطل ، لأنه عقد يؤول إلى الزوم فلم يبطل

بالموت كالبيع بشرط الخيار . فإذا قبض ملك بالقبض ، ومن أصحابنا من قال يتبين أنه ملك بالعقد فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له ، لأن الشافعي رضي الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال وقبض بعد ما أهل إن فطرة العبد على الموهوب له ، والمذهب الأول وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله .

وجاء في المغني (جزء ٥ ص ٥٩١ - ص ٥٩٣) : « المكييل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي . وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد . . . وقول الخرق ولا يصح ، يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل ان يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض ، فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبارا لشيء في حق حكمه ، وأما صحته بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ويثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه . . . والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها . ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض . . . وإن مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . »

أما في مذهب مالك فتجوز الهبة دون قبض ، ويجبر الواهب على تسليم الموهوب للموهوب له . جاء في الخرشي (جزء ٧ ص ١٠٥ - ص ١٠٦) : « الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك ، فإن أبي الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له ، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور . . . ثم إن الهبة تبطل إذا تأخر حوزها عن الواهب في صحته حتى لحقه دين محيط بماله ، سواء كان قبل الهبة أو بعدها . . . الواهب إذا وهب الهبة لشخص ثان وحازها هذا الثاني قبل الأول ، فإنها تكون للثاني لأنه تقوى جانبه بالحيازة لها ، ولا قيمة على الواهب للأول لأنه فرط في الحوز ، وهذا هو

المشهور ، وسواء علم الأول وفرط أم لا ، مضى من الزمان ما يمكنه فيه القبض ام لا . وكذلك تبطل الهبة إذا أعتق الواهب العبد قبل أن يحوزها الموهوب له ، وسواء كان العتق ناجزا أو إلى أجل أو كان تديرا أو كتابة ، وسواء علم المعطى بالهبة أو لم يعلم . وكذلك تبطل الهبة إذا استولد الأمة التي وهبها قبل أن يحوزها الموهوب له . . ولا قيمة . . على الواهب للموهوب له في الفروع الثلاثة على المشهور . .

ثالثا - زوائد المبيع التي تحصل بعد العقد وقبل القبض تكون  
مقا للمشتري :

ولما كان المشتري يملك المبيع من وقت البيع وقبل القبض ، فإن الزوائد التي تحصل للبيع - كالثمار والريع والتناج - تحصل في ملك المشتري ، فيملكها مع المبيع . واختلفت الحنفية والشافعية في تأصيل ملكية المشتري لهذه الزوائد . فقال الحنفية إن المشتري يملكها بالبيع لأنه يملك الأصل بالبيع فملك التبغ به ، وتعتبر مبيعة مع المبيع . وقال الشافعية لا تدخل في البيع وليست بمبيعة أصلا ، وإنما يملكها المشتري بملك الأصل وهو المبيع ومن ملك الأصل ملك التبغ . فالحنفية يملكون المشتري الزوائد بموجب تصرف قانوني هو العقد ، أما الشافعية فيملكونها إياه بموجب واقعة مادية هي تولد الزوائد من الأصل أو تبعيتها له . وينبني على هذا الخلاف أن الزوائد عند الحنفية تعتبر جزءا من المبيع يجري عليها حكمه ولها حصة من الثمن ، أما عند الشافعية فهي مستقلة عن المبيع لا يجري عليها حكمه ولا حصة لها من الثمن . وترتب على ذلك النتائج الآتية :

( ١ ) عند الحنفية يجوز للبائع أن يحبس الزوائد مع المبيع حتى يستوفي الثمن ، وعند الشافعية لا يجوز .

( ٢ ) عند الحنفية إذا أتلف البائع الزوائد سقطت حصتها من الثمن .

وعند الشافعية يضمن البائع قيمتها للمشتري إذ لاحصة لها من الثمن .

(٣) عند الحنفية إذا وجد المشتري عيباً بالزوائد ردها بحصتها من الثمن أو بالأصل رده أيضاً بحصته من الثمن ، وعند الشافعية لا يرد الزوائد بالعب أصلاً ويرد الأصل بكل الثمن .

(٤) عند الحنفية إذ أتلّف المشتري الزوائد قبل القبض وجب عليه دفع حصتها من الثمن لأنه صار قابضاً لها بالإتلاف ، وعند الشافعية لاحصة لها من الثمن بحال .

(٥) عند الحنفية إذا هلك المبيع وبقيت زوائده بقي العقد في قدر الزوائد وكانت لها حصة من الثمن ، وعند الشافعية يفسخ العقد أصلاً في المبيع وزوائده جميعاً .

وهذا ما يقوله الكاساني فيما قدمناه : « إن زوائد المبيع مبيعة عندنا ، سواء كانت منفصلة أو متصلة ، متولدة من الأصل أو غير متولدة منه ، إلا الهبة والصدقة والكسب . وعنده (أي عند الشافعي) ليست بمبيعة أصلاً ، وإنما تملك بملك الأصل لا بالمبيع السابق . وجه قول الشافعي رحمه الله في إثبات هذا الأصل أن المبيع ما أضيف إليه البيع ، ولم توجد الإضافة إلى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ، ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً . ولأن المبيع ما يقابله ثمن إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن ، والزيادة لا يقابلها ثمن لأن كل الثمن مقابل بالأصل ، فلم تكن مبيعة كالكسب ، ولهذا لم تجز الزيادة عنده في المبيع والثمن . ولنا أن المبيع ما يثبت فيه الحكم الأصلي للبيع ، والحكم الأصلي للبيع يثبت للزوائد بالمبيع السابق فكانت مبيعة . ويبان ذلك أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك ، والزوائد مملوكة بلا خلاف . والدليل على أنها مملوكة بالمبيع السابق أن البيع السابق أوجب الملك في الأصل . ومن ثبوت الملك في الأصل ثبت في التبعية ، فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الأصل مضافاً إلى البيع السابق ، فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعاً لثبوت

الحكم الأصلي فيها تبعاً . وعلى هذا الأصل مسائل بيننا وبين الشافعي رحمه الله .  
منها أن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الأصل  
عندنا ، وعنده ليس له أن يحبس الزوائد . ومنها أن البائع إذا أتلف الزيادة  
سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو أتلف جزءاً من المبيع ،  
وعنده لا يسقط شيء من الثمن وعليه ضمانها كما لو أتلفها أجنبي .. ولو هلكت  
الزيادة بأفة سماوية لا يسقط شيء من الثمن بالإجماع وإن كانت مبيعة عندنا ،  
لأنها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الأم لامقصودا ، والأطراف كالأوصاف  
لا يقابلها شيء من الثمن إلا أن تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجنائية  
ولم يوجد . . ومنها أن المشتري إذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن  
بالقبض عندنا ، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة  
يوم القبض ، حتى لو اطلع المشتري على عيب بالأصل فإنه يردّه بحصته  
من الثمن لا بجميع الثمن عندنا . وعنده لاحصة للزيادة من الثمن بحال ، وعند  
ظهور العيب بالأصل يرد بكل الثمن ولا يكون بأزاء الزيادة شيء . وكذا  
إذا وجد بالزيادة عيباً يردّها بحصتها من الثمن ، وعنده لا يردّها بالعيب أصلاً .  
وكذا المشتري إذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا  
لأنه صار قابضاً له بالإتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا ،  
وعنده لاحصة لها من الثمن بحال . ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة ، يبقى  
العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن ، فينقسم الثمن على الأصل  
يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك ، فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الأصل  
ويبقى بحصة الزيادة . بخلاف ما إذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث يفسخ  
العقد أصلاً ورأساً ويسقط كل الثمن ، لأن هناك لا فائدة في بقاء العقد  
إذ لو بقى لطلب البائع من المشتري الثمن ليطلب المشتري منه تسليم المبيع  
ولا يمكنه تسليمه فيفسخ ضرورة لانعدام فائدة البقاء ، وإذا بقيت الزيادة  
كان في بقاء العقد في الزيادة فائدة لإمكان تسليمها فبقي العقد فيها وصار لها  
حصة من الثمن فينقسم على الأصل والزيادة على ما ذكرنا . وعنده إذا هلك  
الأصل ، انفسخ العقد أصلاً ورأساً ، (البدائع ٥ ص ٢٥٦) .

رابعاً : إذا تسلم المشتري المبيع وأفلس البائع أو المشتري بقي الملك للمشتري ، أما إذا لم يتسلم المشتري المبيع وأفلس البائع فالبائع مبيع حتى يستوفي الثمن :

وإذا كانت ملكية المبيع تنقل إلى المشتري بالعقد ، فإنه إذا أفلس المشتري قبل أن ينقد البائع الثمن ، بقي المبيع على ملكه بالرغم من الإفلاس . ولكن إذا كان البائع لم يسلم المبيع إلى المشتري ، فله حق حبسه حتى يستوفي الثمن كاملاً ، أو يبيع القاضى المبيع ويستوفي البائع منه الثمن ، فإن فضل شيء كان لغرماء المشتري ، وإن بقي للبائع شيء من الثمن كان أسوة غرماء المشتري فيه . فإذا كان البائع قد سلم المبيع إلى المشتري ، فهل يستطيع أن يسترد عين المبيع من مال المشتري المفلس ويكون ذلك عن طريق فسخ البيع واسترداد المبيع ؟ قدمنا في الجزء الخامس (ص ١٤٤ و ص ١٥٥ و ص ١٦٦ و ص ١٧١) أن المالكية والشافعية والحنابلة يذهبون إلى هذا الرأي ، أما الحنفية (الجزء الخامس ص ١٢٩) فلا يجيزون للبائع فسخ البيع لاسترداد المبيع ، بل يبقى المشتري مالكا للمبيع ، ويطالبه البائع بالثمن فيكون أسوة غرماء المشتري فيه . أما إذا كان البائع هو الذي أفلس بعد البيع ، فإن المشتري وقد أصبح مالكا للمبيع يستطيع أن يطالب البائع بتسليم عين المبيع دون اعتداد بإفلاس البائع مادام قد نقده الثمن .

وقد سبق إيراد النصوص الفقهية في هذا الصدد (أنظر الجزء الخامس) ، ونضيف هنا ما جاء في البدائع : « ومنها ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن .. ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين ، أحدهما في بيان شروط ثبوت هذا الحكم والثاني في بيان ما يبطل به بعد ثبوته . أما شرط ثبوته فثيئان . أحدهما أن يكون أحد البدلين عينا والآخر ديناً ، فإن كانا عيين أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معاً لما ذكرنا فيما تقدم . والثاني أن يكون

التمنّ حالاً ، فإن كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس ، لأن ولاية الحبس تثبت حقاً للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا ، ولما باع بتمن مؤجل فقد أسقط حق حبسه فبطلت الولاية . . وأما بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته . . إذا أحر التمن بعد العقد بطل حق الحبس ، لأنه أحر حق نفسه في قبض التمن فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع . وكذا المشتري إذا نقد التمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس . . ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنه لا يبطل وللبيع أن يسترده . . ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ، بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض . ولو قبض بغير إذنه ، لم يبطل وله أن يسترده ، لأن حق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه . . ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ، ثم أفلس أو مات قبل نقد التمن أو بعد ما نقد منه شيئاً ، وعليه ديون لأناس شتى ، هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء ؟ اختلف فيه : قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه ، فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص . وقال الشافعي رحمه الله البائع أحق به . وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات ، فإن كان التمن مؤجلاً فهو على هذا الاختلاف ، وإن كان حالاً فالبائع أحق به بالإجماع ، ( البدائع ٥ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٢ ) .

ويخلص مما قدمناه أن البيع ينقل الملك إلى المشتري . والقبض بإذن البائع يزيد نقل الملك تأكيداً ، إذ أنه يسقط حق الحبس وحق الامتياز معاً إذا كان التمن حالاً لم يدفع ومع ذلك أذن البائع المشتري في قبض المبيع . وسنرى فيما يلي أن للقبض أثر آخر في إطلاق يد المشتري في التصرف في المبيع .

فأما — تصرف المشتري في المبيع :

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع أن يملك التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض .



وهذا هو مذهب مالك ، فيجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل بيعه ، سواء كان عقاراً أو منقولاً إلا الطعام ففيه خلاف لربويته . جاء في بداية المجتهد لابن رشد : « وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض ، فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته . وأما الطعام الربوي ، فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام ، فعنه في ذلك روايتان : إحداهما المنع وهي الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن ، والرواية الأخرى الجواز ، ( بداية المجتهد ، ص ١٣٥ ) .

أما عند الشافعية والحنابلة ، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل قبضه ، سواء كان منقولاً أو عقاراً . ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليسكون قادراً على تسليمه . جاء في الأم للشافعي : « قال الشافعي أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه . وقال ابن عباس : أما الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الطعام أن يباع حتى يكتال . وقال ابن عباس برأيه : ولا أحسب كل شيء إلا مثله . قال الشافعي : وإذا نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يقبض ، لأن ضمانه من البائع ، ولم يتكامل للمشتري فيه تمام ملك فيجوز به البيع . كذلك قسنا عليه بيع العروض قبل القبض ، لأنه يبيع ما لم يقبض ورجح ما لم يضمن . . . ومن ورث طعاماً كان له يبعه قبل أن يقبضه ، لأنه غير مضمون على غيره ، ( الأم جزء ٢ ص ١٨٠ في الهامش ) .

وجاء أيضاً في الأم في مريض آخر : « أما الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع حتى يقبض : الطعام . قال ابن عباس برأيه : ولا أحسب كل شيء إلا مثله . قال الشافعي : وبهذا نأخذ . فمن ابتاع شيئاً ، كائناً ما كان ، فليس له أن يبيعه حتى يقبضه ، وذلك أن من باع ما لم يقبض فقد دخل في المعنى الذي يروى بعض الناس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعتاب بن أسيد حين وجهه إلى أهل مكة : أنهم عن بيع ما لم يقبضوا وريح ما لم يضمنوا . قال الشافعي : هذا بيع ما لم يقبض وريح ما لم يضمن ، وهذا المقياس على حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يقبض . ( الأم جزء ٣ ص ٦٠ ) . وجاء في فتاوى ابن تيمية : « ويملك المشتري المبيع بالعقد ، ويصح عقده قبل القبض إجماعاً فيهما . ومن اشترى شيئاً لم يبيعه قبل قبضه ، سواء المكيل والموزون وغيرهما ، وهو رواية عن أحمد اختارها ابن عقيل ومذهب الشافعي وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما . وسواء كان المبيع من ضمان المشتري أولاً ، وعلى ذلك تدل أصول أحمد . . . وعلة النهي عن البيع قبل القبض ليست توالي الضمانين ، بل بحجز المشتري عن تسليمه ، لأن البائع قد يسلمه وقد لا يسلمه ، لاسيما إذا رأى المشتري قد ربح ، فيسعى في رد البيع إما بمجرد أو باحتيال في الفسخ ، وعلى هذه العلة تجوز التولية في المبيع قبل قبضه ، وهو مخرج من جواز بيع الدين ، ويجوز التصرف فيه بغير البيع ، ويجوز بيعه لبائعه ، والشركة فيه ، وكل مالك بعقد سوى البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالبيع وغيره لعدم قصد الربح . وإذا تعين ملك إنسان في موروث أو وصية أو غنيمة ، لم يعتبر لصحة تصرفه قبضه بلا خلاف » ( فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ — ص ٧٥ ) .

وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه ، إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع لذلك ويؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد . ولكن يجوز للمشتري أن يهب المنقول قبل القبض أو يقرضه أو يرهنه لغير البائع عند محمد وهو الأصح ، خلافاً لابن يوسف ، ويقوم قبض

الموهوب له أو المقرض أو المرتهن حينئذ . مقام قبض المشتري . وإذا كان المبيع غير المقبوض عقاراً ، جاز للمشتري التصرف فيه بالبيع والهبة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن هلاك العقار غير محتمل . وقال محمد لا يصح التصرف أيضا في العقار قبل قبضه بالبيع دون الهبة ، لورود الحديث بالنهي عن ذلك من غير تمييز بين عقار ومنقول ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : « إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه . جاء في مختصر الطحاوي : « ولا يجوز بيع ما لم يقبض من الأشياء المبيعات ، إلا العقار فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يميز بيبعه قبل قبضه . وأما أبو يوسف ومحمد رضى الله عنهما ، فكانا لا يميزان بيع ذلك أيضا حتى يقبض ، وبه نأخذ . ثم رجع أبو يوسف عن ذلك إلى قول أبي حنيفة . ولا يجوز لمن اشترى شيئاً كيلا ، وإن قبضه ، أن يبيعه حتى يكتبه ، وكذلك حتى يتزنه إن كان اشتراه وزنا ، وكذلك حتى يعده إن كان اشتراه عدداً ، ولا بأس ان يبيعه قبل أن يذرع إن كان اشتراه مزارعة . وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضى الله عنهم ، وبه نأخذ . غير أن أبا يوسف قد قال بأخرة في المعدادود : له أن يبيعه قبل أن يعده وإن كان قد قبضه ، وقد روى ذلك أيضا عن محمد بن الحسن ، ( مختصر الطحاوي ص ٨٤ — ص ٨٥ ) .

ويخلص ما تقدم أن الملك ينتقل بالعقد ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً فهو الذي يطلق يد المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

### (ب) نقل المنفعة

النصوص وما يستخلص منها من نتائج :

ورد هنا أيضا في مرشد الخير ان كثير من النصوص ، نختار منها ما يأتي :  
 م ٣٠٨ : عقد المعاوضة من الجانبين إذا وقع على منافع الأعيان المالية ، مستوفيا شرائط الصحة والنفاد ، يستوجب التزام المتصرف في العين بتسليمها للمنتفع ، والتزام المنتفع بتسليم ما استحق من بدل المنفعة لصاحب العين .

م ٥٧٧ : عقد الإجارة هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجره .

م ٥٨٩ : من استأجر دابة للحمل فله أن يركبها ، وإن استأجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها ، وإن حمل فلا أجر عليه .

م ٥٩٥ : من استحق منفعة مقدرة بالعقد ، فله أن يستوفي مثلها أو دونها ، لا أكثر منها . فمن استأجر دابة للحمل وبين نوع ما يحمله وقدره وزنا ، فله أن يحملها حملاً مساوياً له في الوزن أو حملاً أخف منه وزناً لا أكثر منه .

م ٦٢٧ : لا يجوز المؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة ، ولا أن يحدث في العين المؤجرة تغييراً يمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقودة عليها .

م ٦٥٤ : يجب على المستأجر أن يعتنى بالعين المؤجرة كاعتنائه بملكه ، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييراً بدون إذن مالئها .

م ٦٥٨ : إذا انتهت مدة الإجارة ، وجب على المستأجر أن يفرغ الدار أو الخانات المؤجرة ، ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبه عليه بالتخية .

م ٦٦١ : من سكن في دار غيره ابتداء من غير عقد ، وكانت الدار معدة للاستغلال أو وقفاً أو لقيم ، يجب عليه أجر المثل . وإن لم تكن كذلك فلا أجر عليه ، إلا إذا تقاضاه صاحب الدار الأجرة وسكن فيها بعد ما تقاضاه وكان مقرراً له بالملك ولم يصرح بنفي الرضا بالأجر .

م ٦٦٢ : إذا سكن أحد دار الغير بتأويل عقد كالمترن إذا سكن بيت الرهن ثم ظهر أنه للغير ، أو سكنها بتأويل ملك كبيت مشترك سكنه أحد الشركاء ، فلا يجب الأجر على الساكن وإن كان ذلك معداً للاستغلال ، ما لم يكن وقفاً أو لقيم .

م ٦٦٣ : بيع العين المأجورة يتوقف نفاذه على إجازة المستأجر ، فإن أجازته جاز ، وإن لم يجزه يبقى موقوفاً إلى أن يسقط حق المستأجر .

م ١/٦٦٧ : تفسخ الإجازة بعذر لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة ، سواء ثبت الدين بينه أو بإقرار المؤجر ، ويتوقف انقضاءها على قضاء القاضى بنفاذ البيع لذلك في الصورتين .

م ٦٦٨ : تصح إجازة الأرض للزراعة ، مع بيان ما يزرع فيها أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما بداله فيها .

م ٦٧٤ : إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها ، أو انقطع الماء عنها فلم يمكن ربيها ، فلا تجب الأجرة أصلاً ، وللمستأجر فسخ الإجازة .

م ٦٧٥ : إذا زرع الأرض المؤجرة فأصاب الزرع آفة فهلك ، وجب عليه من الأجرة حصته ما مضى من المدة قبل هلاك الزرع ، وسقط حصته ما بقي من المدة بعد هلاكه ، إلا إذا كان متمكناً من زراعة مثل الأول أو دونه في الضرر فيجب حصته ما بقي من المدة أيضاً .

م ٧٧٧ : إذا أطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال ، جاز له أن ينتفع بالعارية في أى وقت وفي أى مكان وبأى استعمال أراد بشرط ألا يتجاوز المعهود والمعروف ، فإن تجاوزه وهلكت العارية ضمنها .

م ٧٨٤ : لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يرهنها ، إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير . فإن أجرها بلا إذنه فهلكت في يد المستأجر ، فللمعير الخيار إن شاء ضمن المستعير وإن شاء ضمن المستأجر ، فإن ضمن المستعير فلا رجوع للمستعير على أحد بما ضمنه ، وإن ضمن المستأجر فله الرجوع على المستعير إذا لم يعلم وقت الإجازة أنها عارية في يده . وإن رهنها وهلك الرهن المستعار في يد المرتهن ، وضمن المعير المستعير ، يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن .

م ٧٨٥ : للبعير أن يسترد العارية ويرجع فيها في أى وقت شاء ، ولو كانت موقته أو كان فى استردادها ضرر إلا إذا كان الضرر لزواله نهاية معلومة كالزراع أو كان قريب الزوال فليس للبعير الاسترداد وتبقى العين فى يد المستعير بأجر المثل حتى يزول الضرر .

م ٧٨٩ : العارية لاتضمن بالهلاك من غير عقد ، ويبطل اشتراط ضمانها فى العقد . وإنما تضمن بتعدى المستعير عليها أو بتقصيره أو إهماله فى المحافظة عليها .

ونستخلص من هذه النصوص النتائج الآتية :

١ - الأصل فى منفعة العين أنها معدومة وقت التعاقد عليها ، فالتعامل فيها تعامل فى شىء معدوم ، فهو باطل فى القياس وإنما أجزى استحسانا .

٢ - المنفعة التى تنتقل بالعقد يجب أن تكون منفعة مقصودة من العين فى الشرع ونظر العقلاء . وتختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها . ويستوفى المنتفع المنفعة المقدرة لا أكثر .

٣ - يستوفى المنتفع منفعة العين بعد تسلمها من المالك ، وببإشر الاستغناء بنفسه . وأهم واجب عليه هو العناية بالعين المنتفع بها وردها إلى المالك عند نهاية الانتفاع ، وأهم واجب على المالك ألا يتعرض للمنتفع فى انتفاعه وأن يضمن له العيوب والهلاك وألا يتصرف فى العين ما دام حق المنتفع متعلقا بها ، إلا أن العقد يفسخ بالعدر ، وبموت المنتفع . والعين المنتفع بها أمانة فى يد المنتفع ، فهلاكها على المالك .

٤ - المنفعة لاتتقوم إلا بالعقد .

٥ - فإذا كانت المنفعة بغير عوض ، كما فى العارية ، فتتميز فى أن تصرفات المستعير تكون أكثر تقيداً ، وفى أن العين يجوز للمالك استردادها فى أى وقت .

فنتعرض إذن فى نصوص الفقه الإسلامى المسائل الخمس الآتية :

أولاً - تكييف المنفعة من حيث أنها مال يجوز التعامل فيه . ثانياً - اختلاف المنافع باختلاف الأعيان . ثالثاً - كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المالك . رابعاً - المنفعة لا تقوم إلا بالعقد . خامساً - خصائص المنفعة بغير عوض .

### تكييف المنفعة من حيث أنها مال يجوز التعامل فيه :

يبدو أن الفقه الإسلامي يعتبر المنفعة في المال أقرب إلى أن تكون حقاً عينياً ، سواء في ذلك حق المنتفع ( usufruitier ) أو حق المستأجر . أما في الفقه الغربي فقد تكون المنفعة حقاً عينياً كحق الانتفاع ( usufruit ) ، وقد تكون حقاً شخصياً كحق المستأجر . وحق المستأجر في الفقه الإسلامي يماثل ، من حيث تقييد تصرفات المالك ، حق المرتهن ، فكلا الحقين يجعل تصرف المالك موقوفاً .

ثم إن هناك فرقاً آخر في خصوص المنفعة بين الفقهاء . ففي الفقه الغربي التعامل في المنفعة ، سواء اعتبرت حقاً عينياً ، أو حقاً شخصياً ، يرد على مقتضى الأصل ولو كانت أموالاً مستقبلية ؟ فالتعامل في الشيء المستقبل صحيح في الفقه الغربي كما رأينا . أما في الفقه الإسلامي ، فالتعامل في المنفعة باعتبارها شيئاً مستقبلاً يتجدد لحظة فاحظة ، غير جائز في أصل القياس وإنما يجوز على سبيل الاستحسان .

وقد جاء في البدائع ( جزء ٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ ) : « الإجارة جائزة عند عامة العلماء ؟ وقال أبو بكر الأصم إنها لا تجوز . والقياس ما قاله ، لأن الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع للحال معدومة ، والمعدوم لا يحتمل البيع . فلا تجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل ، فإذا نزل سبيل إلى تجوزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال ، فلا جواز لها رأساً . لكننا استحسننا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع .. وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير ، فلا يبعأ بخلافه إذ هو

خلاف الإجماع . وبه تبين أن القياس متروك لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد ، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة ، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها ، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبه والإعارة لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الإجارة ، فجوزت بخلاف القياس حاجة الناس كالسلم ونحوه . وتحقيقه أن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها ، فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع ، وشرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة . وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة ، فلو لم يشرع الإجارة مع مساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سيلاً وهذا خلاف موضوع الشرع ، .

ويعترض ابن القيم على أن الإجارة جاءت على خلاف القياس . ويذهب إلى أنه يجب التمييز بين ما يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده وحال عدمه كالأعيان فنهى الشارع عن بيعه حتى يوجد ، وبين ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع فيجوز التعامل فيه قياساً لا استحساناً لأن طبيعته تقتضى ذلك . وهذا هو ما يقول : « وأما الإجارة فالذين قالوا هي على خلاف القياس قالوا هي بيع معدوم ، لأن المنافع معدومة حين العقد . . . فقولهم إن الأجارة بيع معدوم وبيع المعدوم باطل دليل مبنى على مقدمتين بملتئتين غير مفصلتين قد اختلطت في كل منهما الخطأ بالصواب . فأما المقدمة الأولى وهي كون الإجارة بيعاً ، إن أردتم به البيع الخاص الذي يكون العقد فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل ، وإن أردتم به البيع العام الذي هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة فالمقدمة الثانية باطلة . فإن بيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع ، ومن سلم بطلان بيع المعدوم فإنما يسلبه في الأعيان . ولما كان لفظ البيع يشمل هذا وهذا ، تنازع الفقهاء في الإجارة هل تنعقد بلفظ البيع على وجهين . والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما ، وهذا حكم



شامل لجميع العقود . . . والمقصود أن قوله إن الإجارة نوع من البيع إن أراد به البيع الخاص فباطل ، وإن أراد به البيع العام فصحيح . ولكن قوله إن هنا البيع لا يرد على معدوم دعوى باطلة ، فإن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم ، فإن قسم بيع المنافع على بيع الأعيان فهذا قياس في غاية الفساد . فإن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها البتة ، بخلاف الأعيان . وقد فرق بينهما الحس والشارع ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يحرر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق ، كما نهى عن بيع السنين وحبل الحبلية والتمر قبل أن يبدو صلاحه والحب حتى يشتد ونهى عن الملاقيح والمضامين ونحو ذلك . وهذا يمتنع مثله في المنافع ، فإنه لا يمكن أن تباع إلا في حال عدمها . فههنا أمران أحدهما يمكن إيراد العقد عليه في حال وجوده وحال عدمه ، فهى الشارع عن بيعه حتى يوجد ، وجوز منه بيع ما لم يوجد تبعاً لما وجد إذا دعت الحاجة إليه ، وبدون الحاجة لم يجوز . والثاني ما لا يمكن إيراد العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع ، فهذا جوز العقد عليه ولم يمنع منه . فإن قلت أنا أقيس أحد النوعين على الآخر وأجعل العلة مجرد كونه معدوماً ، قيل هذا قياس فاسد لأنه يتضمن التسوية بين المختلفين . وقولك إن العلة مجرد كونه معدوماً دعوى بغير دليل بل دعوى باطلة ، فلم لا يجوز أن تكون العلة في الأصل كونه معدوماً يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده ؟ وعلى هذا التقرير فالعلة مقيدة بعدم خاص ، وأنت لم تبين أن العلة في الأصل مجرد كونه معدوماً ، فقياسك فاسد . وهذا كاف في بيان فساده بالمطالبة ، ونحن نبين فساده في نفسه فنقول : ما ذكرناه علة منتقضة . فإنك إذا عللت بمجرد عدم ، ورد عليك النقص بالمنافع كلها وبكثير من الأعيان ، وأما عللتنا به لا تنتقض . وأيضاً فالقياس المحض وقواعد الشريعة وأصولها ومناسبتها تشهد لهذه العلة ، فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان في بيعه حالة عدم مخاطرة وقار . . وأما ما ليس له إلا حال واحد والغالب فيه السلامة ، فليس العقد عليه مخاطرة ولا قاراً ، وإن كان فيه مخاطرة يسيرة .

فالحاجة داعية إليه ، (إعلام الموقعين جزء أول ص ٣٥٢ — ص ٣٥٦) .

على أن ابن القيم يرى ، فوق ذلك أن عدم جواز بيع المعدوم في الأعيان لم يرد ، في كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة . . لا بلفظ عام ولا بمعنى عام . وإنما في السنة النهى عن بيع بعض الأشياء الموجودة . فليست العلة في المتع لا العدم ولا الوجود ، بل الذي وردت به السنة النهى عن بيع الغرر ، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً ، (إعلام الموقعين جزء أول ص ٣٥٧ — ٣٥٨)

### ثانياً — اختلفت المنافع باختلاف الأعيان :

وتختلف المنافع باختلاف الأعيان المنتفع بها . فمنفعة الدار غير منفعة الحانوت أو الأرض الزراعية أو أرض البناء ، وغير منفعة الزرع والأشجار ، وغير منفعة الدواب ، وغير منفعة العبيد ، وغير منفعة الآدمي سواء كان أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً . وكل هذه المنافع يرد عليها العقد ، فينقلها من المالك إلى المنتفع .

وقد جاء في البدائع ( جزء ٤ ص ١٧٤ — ص ١٧٥ ) في هذا المعنى :  
« وسواء أضيف إلى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والأواني والظروف ونحو ذلك ، أو إلى الصناعات من القصار والخياط والصباغ والصائغ والتجار والبناء وغيرهم . والأجير قد يكون خاصاً وهو الذي يعمل لواحد وهو المسمى بأجير الواحد ، وقد يكون مشتركاً وهو الذي يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالأجير المشترك . وذكر بعض المشايخ أن الأجرة نوعان ، إجارة على المنافع وإجارة على الأعمال ، وفسروا النوعين بما ذكرنا وجعلوا المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل . وهي في الحقيقة نوع واحد لأنها بيع المنفعة ، فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً ، إلا أن

المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة ، فيختلف استيفاؤها باختلاف منافع المنازل بالسكنى والأراضي بالزراعة والثياب والحلى باللبس وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والأواني والظروف بالاستعمال والصناعات بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما . وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء ، كما في أجير الواحد ، حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الأجر . .

### ثالثاً — كيفية استيفاء المنفعة وواجبات المنتفع وواجبات المالك :

يستوفى المنتفع المنفعة ، وقد أصبح مالكا لها ، بحسب طبيعة العين وما أعدت له ، ويستوفىها بنفسه أو بغيره كمتأجر أو مستعير . فإن كانت العين داراً ، فله أن يسكن فيها نفسه ومع غيره ، وله أن يسكن فيها غيره بالإجارة والإعارة . وله أن يضع فيها متاعاً وغيره ، غير أنه لا يجعل فيها حدادا ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر البناء ويوهته ، لأن ذلك إتلاف العين ولم يدخل تحت العقد ، إذ الإجارة بيع المنفعة لبيع العين ، ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد . والحائوت الذي يكون في صف البنزين لا يؤجر لعمل الحداد والقصار والطحان ، فلا ينصرف مطلق القصد إليه ، إذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو الرضا . حتى لو أجر حائوتاً في صف الحدادين إلى حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة . وإنما كان له أن يؤجر من غيره ويعير لأنه مالك المنفعة ، فكان له أن يؤجر من غيره بعوض أو بغير عوض . وأما في إجارة الأرض ، فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك ، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة ، إلا إذا جعل له أن يفتتح بها بما شاء . وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها ، أو يجعل له أن يزرع فيها ما يشاء ، وإلا فلا يجوز العقد . لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء

والغرس والزراعة ، وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها ، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة ، فلا بد من البيان ، بخلاف السكنى فإنها لا تختلف . وأما في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشئتين المدة أو المكان ، فإن لم يبين أحدهما فسدت ، لأن ترك البيان يفضى إلى المنازعة . ولا بد من بيان العمل في استئجار الصناعات والعمال ، وبيان المصنوع في الأجير المشترك وبيان المدة في الأجير الخاص .

ويجب على المالك أن يضمن سلامة المستأجر من حدوث عيب يخل بالانتفاع به ، بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض فليس للمشتري أن يردّه ، لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً ، فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقوداً مبتدأ فإذا حدث العيب بالمستأجر كان هذا عيباً حدث قبل القبض . ولا يجوز للمالك أن يتصرف في العين المنتفع بها ، ويكون التصرف موقوفاً لحق صاحب المنفعة .

ويجب على المنتفع أن يرد العين إلى المالك بعد استيفاء المنفعة ، ولكن قبض العين بعد الانتفاع بها على المؤجر لا على المستأجر ، حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجها في المصر وفنا معلوماً فضى الوقت ، فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضى بها إليه ، وعلى الذي آجرها أن يقبضها من منزل المستأجر وهذا بخلاف المستعار ، فإن رده على المستعير لأن نفعه له على الخلوص ، ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤونة الرد .

والعين المنتفع بها أمانة في يد المنتفع ، فإذا هلكت بغير عمد أو تعد كان هلاكها على المالك .

ويبين الكاساني كيف يثبت ملك المستأجر في المنفعة وملك المؤجر في الأجرة على النحو الآتي : « وأما حكم الإجارة . . فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الأجرة المسماة للأجر ، لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة ، والبيع عقد معاوضة فيقتضى ثبوت الملك في العوضين . وأما

وقت ثبوته فالعقد لا يخلو إما إن كان عقداً مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة ، وإما إن شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها . فإن عقد مطلقاً ، فالحكم يثبت فى العوضين فى وقت واحد ، فيثبت الملك للموآجر فى الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر فى المنفعة ، وهذا قول أصحابنا . وقال الشافعى حكم الإجارة المطلقة هو ثبوت الملك فى العوضين عقيب العقد بلا فصل . وأما كيفية ثبوت حكم العقد ، فعندنا يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محله وهو المنفعة لأنها تحدث شيئاً فشيئاً ، وعنده تجعل المدة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم فيها فى الحال . وعلى هذا يبنى أن الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك . وجه قوله أن الإجارة عقد معاوضة ، وقد وجدت مطلقة ، والمعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك فى العوضين عقيب العقد كالبيع . إلا أن الملك لا بد له من محل يثبت فيه منافع المدة معلومة فى الحال حقيقة فتجعل موجودة حكماً تصحيحاً للعقد ، وقد يجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا أن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها فى أحد العوضين لا يثبت فى العوض الآخر ، إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لأنه لا يقابله عوض ، ولأن المساواة فى العقود المطلقة مطلوب العاقدين ، ولا مساواة إذا لم يثبت الملك فى أحد العوضين ، والملك لم يثبت فى أحد العوضين وهو منافع المدة لأنها غير معلومة حقيقة ، فلا تثبت فى الأجرة فى الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة . . . فالحاصل أن الأجرة لا تملك عندنا إلا بأحد معان ثلاثة ، أحدها شرط التعجيل فى نفس العقد ، والثانى التعجيل من غير شرط ، والثالث استيفاء المعقود عليه . أما ملكها بشرط التعجيل ، فلأن ثبوت الملك فى العوضين فى زمان واحد لتحقيق معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التى هى مطلوب العاقدين ، ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق إلا فى ثبوت الملك فى زمان واحد . فإذا شرط التعجيل ، فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل ، فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم

المسلمون عند شروطهم ، فثبت للملك في العوض قبل ثبوته في المعوض ، ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وإن كان إطلاق العقد يقتضى الحلول ، كذا هذا . وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجرة . . . . .  
 وأما إذا عجل الأجرة من غير شرط ، فلأنه لما عجل الأجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية ، لأن التأخير ثبت حقا له فيملك إبطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ، ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة فالاستحقاق وإن لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت .  
 وأما إذا استوفى المعقود عليه ، فلأنه بملك المعوض فيملك المؤاجر العوض في مقابلته ، تحقيقا للعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق ( البدائع جزء ٤ ص ٢٠١ وما بعدها ) .

#### رابعاً — العقد بقوم المنفعة :

الأصل في المنفعة في المذهب الحنفي أنها ليست مالا متقوماً في ذاته ، فلا يجب التعويض عن المنفعة . فلو غصب شخص داراً وانتفع بها مدة من الزمن ، فإنه يجبر على ردها إلى صاحبها ولكن لا يدفع تعويضا عن المدة التي انتفع فيها بالدار . وإذا رد المشتري داراً بالعيب على البائع ، فإنه يسترد الثمن وليس عليه شيء في مقابل انتفاعه بالدار .

ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار ، فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة ، لا بحكم الضمان بل بحكم العقد الذي قوماً . وهذه النظرة الضيقة إلى المنفعة وكونها ليست مالا في ذاتها وأن العقد هو الذي يقومها أخذت تتسع شيئا فشيئا في الفقه الإسلامي ، فجعلت منافع العين إذا كانت وقفاً أو مملوكة ليتيم مضمونة ولو بغير العقد ، وكذلك العين المعدة للاستغلال إذا لم يكن الانتفاع بها بتأويل ملك أو عقد . وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عن الكلام في فكرة الضرر والتعويض عنه في الفقه الإسلامي .

### فأما - خصائص المنفعة بغير عوض :

إذا كانت المنفعة بغير عوض ، كانت لها خصائص تميزها عن المنفعة بعوض ، ونذكر من هذه الخصائص ثلاثاً :

١ - تكون المنفعة شخصية للمتفع ، فلا يجوز له النزول عنها لغيره . لا بإجارة ولا بإعارة . ومن ثم لا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة ولا أن يعيرها لغيره . ولا يجوز له كذلك أن يرهنها إلا إذا كان استعارها ليرهنها بإذن المعير . وهذا بخلاف ما إذا كانت المنفعة بعوض ، فقد رأينا أن للمتفع أن يستوفىها بنفسه أو بغيره ، فله أن يسكن الدار غيره . بالإجارة والإعارة .

٢ - تكون المنفعة بغير عوض قابلة للانتقاض في أي وقت ، حتى لو كانت لها مدة محددة . فيجوز للمالك أن يسترد العين المنتفع بها من تحت يد المنتفع حتى قبل انقضاء المدة . ومن ثم يجوز للمعير أن يرجع في العارية في أي وقت شاء ولو قبل انقضاء مدتها ، وأن يسترد العارية من المستعير ولو كان في استردادها ضرر على المستعير . فإذا كان لزال الضرر نهاية معلومة كما لو زرع المستعير الأرض المستعارة ، فليس للمعير استرداد الأرض قبل نهاية الزرع ، على أن يدفع المستعير أجر المثل من وقت انقضاء العارية إلى وقت ردا الأرض . أما في المنفعة بعوض ، فإنه إذا حددت لها مدة لم يستطع المالك استرداد العين المنتفع بها قبل انقضاء هذه المدة .

٣ - قدمنا أنه في المنفعة بغير عوض يكون رد العين المنتفع بها على المنتفع لأن نفعها له على الخالص ، ولهذا كانت نفقتها عليه ، فكذا مؤونة الرد . أما في المنفعة بعوض فاسترداد العين ونفقتها على المالك لاعلى المنتفع ، وليس على المستأجر تسليم العين إلى الموجر بل على الموجر أن يقبضها من تحت يد المستأجر .

## ج . ترتيب الدين في الذمة

## ما يخلص من التناجج في ترتيب الدين في الذمة

يخلص من النصوص الفقهية أن العقد قد يرتب ديناً في الذمة . ومن أمثلة الدين الذي يترتب في الذمة ثمن المبيع أو أجره العين المؤجرة أو رد القرض . ويتصل بفكرة الدين فكرة الضمان ، كضمان الاستحقاق وضمان العيب . فنبحث هنا المسائل الآتية : أولاً — تحديد معنى الدين الذي يترتب في الذمة . ثانياً — ترتيب العقد ثمن المبيع ديناً في ذمة المشتري . ثالثاً — ترتيب العقد لأجرة العين المؤجرة ديناً في ذمة المستأجر . رابعاً — ترتيب العقد رد مثل المال المقترض ديناً في ذمة المقترض . خامساً — ترتيب العقد للضمان .

## أولاً : تحديد معنى الدين الذي يترتب في الذمة :

ذكرنا في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ص ١٠ — ص ١١) أن الدين في الفقه الإسلامي هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية . وقلنا أيضاً (ص ١١) إن الذي يقابل الالتزام بالدين في الفقه الإسلامي هو الالتزام بالعين ، والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تملك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان . وقررنا أخيراً (ص ١٤ — ص ٢٠) أن التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي . فالدين ليس كل الحق الشخصي ، بل هو صورة من صورته . والعين تستغرق الحق العيني ، وتضم بعضاً من الحق الشخصي هو الالتزام بالعين . ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي ، والعين أوسع من الحق العيني . والتمييز بين الدين والعين هو



التمييز البارز في الفقه الإسلامي ، ويقوم هذا التمييز على أساس الذمة . فيقال إن الدين يتعلق بذمة المدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة بل يكون الحق — عينيا كان أو شخصا — متعلقا بالعين ذاتها . فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين . ولما وضعت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي ، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية . فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين ينصبان على عين معينة بالذات ، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فمحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، فتعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات ، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة . ومذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور : (١) منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . (٢) ومنها أن الدين تتبعه المطالبة إذ أن وساطة المدين تقتضى مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة . (٣) ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة كالحق العيني لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء . ومذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي ، لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه وابتعد عن الدين ، فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات ، وهو كالحق العيني أيضا لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . أما الدين فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء . ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين ، أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ العين عليهما جميعا ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين ، فبرز التمييز بينهما ،

وستر ببروزه التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي .

ونرى بما قدمنا أن الدين في الفقه الإسلامي أضيّق من الحق الشخصي في الفقه الغربي . فهو حق شخصي محله نقود أو أشياء مثلية . أما إذا كان محل الحق الشخصي نقل ملكية عين معينة بالذات أو نقل منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، فالحق هنا ينصب على العين في الفقه الإسلامي ويندج في الحق العيني ويصبح عيناً مثله . وقد رأينا كيف أن العقد ينقل ملك الأعيان وينقل منافعتها ، وسنرى كيف يقع على تسليم الأعيان وعلى حفظها . فنستبعد هنا كل هذه الصور ، ونقتصر على صورة الدين بمعناه الضيق في الفقه الإسلامي ، حيث لا يكون محل الحق إلا نقوداً أو أشياء مثلية ، فلا يمكن أن ينصب الحق على عين بالذات ووجب ضرورة أن يتعلق بالذمة . ومن أمثلة الديون الأثمان والأجور ورد المال المقترض ، فنستعرض هذه الأمثلة متعاقبة ، ثم نقول بعد ذلك كلمة في الضمان .

### ثانياً - الأمانة :

يرتب العقد ثمن المبيع دينا في ذمة المشتري ، إذا كان الثمن كما هو الغالب نقوداً أو أشياء مثلية<sup>(١)</sup> . فإذا كان الثمن دينا على هذا الوجه ، فالذي يرتبه

(١) وقد يكون الثمن عيناً ، فيصعب إذ ذاك التمييز بين المبيع والثمن فكلهما عين ، ولا يكون الثمن عند ذلك دينا . وقد جاء في البدائع في صدر التمييز بين المبيع والثمن ما يأتي : « ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال ، أى شيء كان في مقابلتها ، وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما ، لأنها لاتتم بالتمتع بحال ، فكانت أثماناً على كل حال . وأما ما سواهما من الأموال ، فإن كان مما لا مثل له من العدييات المتفاوتة والذريعات فهو مبيع على كل حال لأنها تتعين بالتمتع بل لايجوز بيعها إلا عيناً ، إلا الشياح الموصوفة المؤجلة سلماً فإنها تثبت دينا في الذمة مبيعة بطريق السلم استحساناً . وإن كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ، فإن كان في مقابلة الكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع ، وإن كان في مقابلته مالا مثل له من الأعيان التي ذكرنا فإنه ينظر ، إن كان المكيل أو

في ذمة المشتري هو عقد البيع . فالبيع المطلق ، الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله ، يرتب في ذمة المشتري دينا واجب الأداء في الحال . فإذا اتفق على تأجيل الثمن أو على تقسيطه ، رتب البيع في ذمة المشتري دينا مؤجلا أو دينا مقسطا بحسب الأحوال . وعقد البيع ذاته هو مصدر الدين بالثمن كما قدمنا ، ويترتب الدين بمجرد انعقاد البيع صحيحا (١) .

فإذا لم يدفع المشتري الثمن حالا إن كان معجلا ، أو عند حلول أجله إن كان مؤجلا ، أجز على دفعه . فإن امتنع لم يفسخ البيع ، ويباع من متاع المشتري ما يفي بالثمن المطلوب منه . ولا يجوز للقاضي أن يمهل المشتري في دفع الثمن للبائع ، ما لم يكن المشتري معسرا لا يقدر على الوفاء ، فينظر إلى الميسرة .

ويجوز للبائع أن يحيل غريمه بالثمن على المشتري ، وليس له أن يتصرف فيه قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشتري الثابت الدين في ذمته .

الموزون معيناً فهو مبيع ، وإن لم يكن معيناً يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع ، وإن كان أحدهما معيناً والآخر موصوفاً أو كان كل واحد منهما موصوفاً يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع . وأما الفلوس الرائجة ، فإن قوبلت بخلاف جنسها فهي أثمان ، وكذا إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد ، وإن قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هي أثمان على كل حال » ( البدائع جزء ٥ ص ٢٣٤ ) .

ونرى من ذلك أن المبيع يتعين حتماً ، أما الثمن فالغالب فيه إلا يتعين بالتعيين ولكن قد يتعين هو أيضاً بالتعيين كالبيع . فإذا تعين الثمن بالتعيين ، نقل البيع ملك العين التي هي ثمن للبائع ، وصار هذا مالكا لها بمجرد البيع . ويختلف حكم العين في هذه الحالة عن حكم العين إذا كانت مبيعا لثمننا في أن العين الثمن يجوز للبائع أن يتصرف فيها قبل أن يقبضها ، بخلاف العين المبيعة إذا كانت منقولاً فلا يجوز للمشتري التصرف فيها قبل القبض كما سبق القول . وتقول المادة ٤٨٩ من مرشد الحيران : « إذا كان الثمن عينا ، يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشتري ، ببيع أمانة أو وصية أو غير ذلك » .

(١) فإذا انعقد البيع فاسداً وقبض المشتري المبيع ، ترتب في ذمته دين ليس هو الثمن المسمى بل هو قيمة المبيع ، وهذا دين يضاهاى دين الثمن . والعقد الفاسد مع القبض - أى الواقعة المادية - هو مصدر هذا الدين .

### ثالثاً - الاجور :

والأجرة في الإيجار قد تكون نقوداً أو من المثليات ، وعند ذلك تكون ديناً في ذمة المستأجر ترتب على عقد الإيجار . وقد تكون عينا تتعين بالتعيين ، فلا تكون ديناً بل عينا ، وينقل الملك فيها إلى المؤجر بعقد الإيجار . ولا يصعب التمييز في الإيجار بين ما يقابل المبيع وبين ما يقابل الثمن . فما يقابل المبيع في الإيجار يكون دائماً منفعة ، أما الأجرة وهي التي تقابل الثمن فقد تكون عينا أو منفعة من غير جنس المنفعة الأولى أو ديناً .

ومتى انعقد الإيجار صحيحاً ، وكانت الأجرة ديناً ، ترتب هذا الدين في ذمة المستأجر للمؤجر . ويصح اشتراط تعجيله وتأجيله وتقسيطه . ولا يلزم التعجيل إلا إذا اشترط وكانت الإجارة منجزة ، وللمؤجر في هذه الحالة أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي منه الأجرة ، وله أن يفسخ الإيجار عند عدم الإيفاء من المستأجر . وفي غير اشتراط التعجيل لا تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلاً ، أو بتمكّنه من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها .

### رابعاً - القرض :

وعقد القرض ، إذا تم صحيحاً ، رتب في ذمة المقرض ديناً برد مثل المال المقرض . والمال المقرض لا بد أن يكون من المثليات أو النقود ، فیرتب عقد القرض دائماً في ذمة المقرض ديناً برده . وميعاد حلول الدين هو الوقت الذي يختاره المقرض ، فيستطيع استرداد القرض في أي وقت شاء حتى لو كان متفقاً على تأجيل الرد إلى وقت معين ، فلا يلزمه التأخر إلى هذا الوقت . إلا أن للقاضي أن يمهّل المقرض إذا رأى أنه معسر ، فينظره إلى وقت الميسرة .

## فما صا - الضمان :

ونضع الضمان إلى جانب الدين لنقول إن العقد قد يرتب الضمان . فالبيع يرتب ضمان الاستحقاق و ضمان العيب على البائع ، والإيجار يرتب نفس الضمانين على المؤجر .

وفي صناعة الفقه الإسلامي يختلف الضمان عن الدين . فالفقه الغربي يصل إلى الضمان عن طريق الدين ، فيقال إن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق والعيب ، وتنفيذا لهذا الالتزام يجب عليه التعويض للمشتري . أما في الفقه الإسلامي ، فلا يقال إن البائع مدين بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب ، ولكن يقال إن مقتضى هذا الضمان أن يفسخ المشتري البيع فيسترد الثمن في الاستحقاق ، وكذلك يسترد الثمن في العيب بعد أن يرد المبيع ، وقل مثل ذلك في ضمان المؤجر للاستحقاق والعيب . فيصل الفقه الإسلامي إلى نتيجة قريبة من النتيجة التي وصل إليها الفقه الغربي ، ولكن عن طريق فسخ البيع أو الإيجار والرجوع بالثمن على البائع أو بالأجرة على المستأجر . فالتزام البائع برد الثمن أو التزام المؤجر برد الأجرة إنما هو دين كسائر الديون ، وسبب استحقاقه ليس هو الضمان مباشرة ، بل إن الضمان كان سبباً في فسخ العقد ، وفسخ العقد هو الذي أوجب رد الثمن أو الأجرة .

## ( د ) الإلزام بعمل معين

ما يستخلص من النتائج في الزام العقر بالعمل :

قد يترتب على العقد إلزام العاقد بالقيام بعمل معين ، ويدخل في ذلك طوائف العقود الآتية :

١ — عقد الأجير الخاص وعقد الأجير المشترك وشركة الأعمال وشركة العقد والمزارعة والمساقاة ، وكلها عقود تلزم العاقد القيام بعمل مادي معين .

٢ — عقد البيع وعقد إيجار الأشياء ونحوهما ، وكلها عقود تلزم العاقد بتسليم شيء معين .

٣ — عقد الوديعة وعقد العارية وعقد الإيجار ونحوها ، وكلها عقود تلزم العاقد بحفظ شيء معين .

٤ — عقد الوكالة وبعض عقود الشركة ، وكلها عقود تلزم العاقد بالقيام بعمل معين لمصلحة موكله .

فنبحث إذن في إيجاز المسائل الآتية : أولا - القيام بعمل مادي معين .  
ثانيا - التسليم . ثالثا - الحفظ . رابعا - تنفيذ الوكالة .

### أولا - القيام بعمل مادي معين :

قد يكون هذا العمل المادي خدمة أو غيرها من أنواع العمل يقوم بها أجير خاص أو أجير مشترك . فالأجير الخاص هو الذي يتخصص في العمل لغيره فلا يعمل لآخر ، فيقوم بعمل من أعمال الخدمة المنزلية أو غير ذلك من أعمال المصانع والمتاجر وما إليها . والأجير المشترك هو الذي يقوم للغير بعمل معين دون أن يتخصص لهذا الغير وحده ، وذلك كالقيام بعمل من أعمال البناء أو النجارة أو القسارة أو غير ذلك وليس للأجير الخاص أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره ، وإن عمل للغير ينقص من الأجر بقدر ما عمله ، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه للخدمة وتمسكه منها سواء خدم أو لم يخدم . أما الأجير المشترك فلا يستحق إلا إذا عمل .

ويجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة تقبل الأعمال . فإذا تعهد شريكان في شركة تقبل الأعمال لأحد بعمل ، فلصاحب العمل طلب إيفائه من أيهما أراد ، ويجبر كل منهما على إيفائه ، وأيها أوفاه برى الآخر .

ولكل واحد من شريكي الصنعة أن يطالب صاحب العمل بأجرته ، ويبرأ صاحب العمل بدفعها إلى أيهما أراد .

ويجوز أن يلتزم العاقد بأداء عمل معين بموجب شركة عقد تكون شركة بالأعمال . وشركة العقد هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وفي الربح ، وهي إما شركة بالمال وإما شركة بالأعمال وإما شركة وجوه . ويشترط لجواز شركة العقد أن يكون المعقود عليه قابلاً للوكالة ، وأن يكون الربح معلوم القدر ، وأن يكون جزءاً شائعاً في الجملة لأميينا .

وفي المزارعة يلتزم المزارع بزراعة الأرض ، ويقسم المحصول بينه وبين صاحب الأرض على الوجه الذي اشترطاه . وإذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب ، وجب عليه الضمان . وإذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب أو الجراد ، ضمن أيضاً .

وفي المساقاة يدفع الكروم إلى من يصلحها ويسقيها بجزء معلوم من ثمرها . وإذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على الثمر ، جاز فسخ المساقاة . والأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كسقيه وتلقيحه وحفظه تلزم العامل ، والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذاذ ونحوه تلزم كلا من العاقدين .

### ثانياً - التسليم :

والقيام بتسليم شيء يجوز أن يكون من الأعمال التي يلتزم بها العاقد . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع للشترى ، والمؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر للانتفاع بها ، والمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة إلى المؤجر بعد الانتفاع ، والمستعير يلتزم برد العين المعارة ، وحافظ الوديعة يلتزم برد العين المودعة .

ونأخذ مثلاً للالتزام بالتسليم التزام البائع بأن يسلم المبيع للمشتري . فالتسليم هنا هو أن يخلى البائع بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع . والتخلية قبض حكام ، وهي تختلف بحسب حال المبيع . فإن كان المبيع عقاراً كدار أو حانوت أو نحوه بما له قفل ، فتسليمه يكون بدفع المفتاح إلى المشتري مع الإذن له بقبضه ، كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشتري والإذن له بتسلمه إن كان المبيع قريباً منه . وإذا كان المبيع أرضاً فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قريبة منه ، فإن كانت بعيدة عن المشتري فلا يعتبر قابضاً بمجرد إذن البائع بالقبض . وإذا كان المبيع منقولاً ، فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع إلى يد المشتري ، كما يكون بالتخلية والإذن بالقبض ، فإن كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق إلى المشتري مع الإذن له بقبضه . وكيل المكيلات ووزن الموزونات المعينة بأمر المشتري ، ووضعها في الأوعية والجوارق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها ، يكون تسليمها . وإذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها من المالك ، ينوب القبض الأول عن الثاني . وإن كان المبيع في يد المشتري عارية أو ودیعة أو رهناً ، فلا يصير قابضاً بمجرد العقد إلا أن يكون المبيع بحضرة أو يذهب إليه حتى يتمكن من قبضه . ويشترط في التسليم أن يكون المبيع مفروضاً غير مشغول بحق البائع ، فإن كان المبيع داراً مشغولة بمتاع للبائع أو أرضاً مشغولة بزراعة فلا يصح التسليم إلا إذا فرغ الدار من المتاع والأرض من الزرع ، ويجبر على التفريغ والتسليم للمشتري إذا نقده الثمن . وإذا قبض المشتري المبيع ، ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه ، يعتبر ذلك إذناً من البائع له بالقبض . وعلى البائع مصروفات التسليم ، كأجرة السكيل والوزن والقياس ونحوه .

( أنظر فيما تقدم المواد ٤٣٤ - ٤٤١ و ٤٦٧ من مرشد الحيران ) .



### ثالثا - الحفظ :

وقد يلتزم العاقد بحفظ العين بعقد وديعة أو عارية أو إيجار أو رهن أو غير ذلك من العقود التي تلزم العاقد بالحفظ .

وخير مثال للالتزام بالحفظ هو التزام حافظ الوديعة . فيجب على المستودع أن يعنى بحفظ الوديعة بما يحفظ به ماله ، وأن يضعها في حرز مثلها على حسب نفاستها . وله أن يحفظها بنفسه ، أو بمن يأتمنه على حفظ ماله من هو في عياله . والوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقا سواء أأمكن التحرز أم لا ، وإنما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها . إما إذا كان الإيداع بأجر ، فهلك الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه ، فضمانها على المستودع . والوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤونة تكون مصروفات مؤونتها على صاحبها . وإذا طلب صاحب الوديعة وديعته ، فعلى المستودع تسليمها إليه ، فإن منعها منه بلا حق حال كونه قادراً على تسليمها فهلك عليه ضمانها ، فإن كان عاجزاً عن تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها . وفي كل موضع لزم ضمان الوديعة تضمن بمثلها إن كانت من المثليات ووجد مثلها في السوق ، أو بقيمتها إن كانت من القيميات أو من المثليات ولم يوجد مثلها في السوق .

( أنظر فيما تقدم المواد ٨١٥ و ٨١٧ — ٨١٨ و ٨٢٩ و ٨٢٣ و ٨٢٨ من مرشد الخيران ) .

### رابعا - مفبر الوكالة :

ويلتزم الوكيل بعقد الوكالة بأن يقوم بتصرف معين لحساب الموكل . ويشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل من يملك التصرف بنفسه وفيما وكل به ، وكل عقد جاز للوكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره . فيجوز لمن توافرت فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بإيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات وبالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن

والارتهان والإيداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والإبراء والإقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة ونحو ذلك من الحقوق ، ماعدا التوكيل باستبقاء القصاص حالة غيبة الموكل فإنه لا يجوز . ويصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ، وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلا مطلقا مفوضا بكل حق هو له وبالخصوص في كل حق له ، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم . ويصح تفويض الرأى للوكيل ، فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص .

والمبيع في يد الوكيل بالشراء أمانة ، فإذا هلك أو ضاع بدون تعديه هلك على الموكل ولا يسقط من الثمن شيء . وإذا قبض الوكيل بالمبيع الثمن ، كان في يده أمانة ، فلا يضمنه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه .

وللموكل أن يعزل وكيله عن الوكالة ، وللوكيل أن يعزل نفسه .

( أنظر فيما تقدم المواد ٩١٦ و ٩٢١ — ٩٢٣ و ٩٤٢ و ٩٥٧ و ٩٧٠ و ٩٧٢ من مرشد الحيران ) .

## ( ه ) توثيق الديون

### عقود التوثيق :

وقد يكون العقد لتوثيق الدين وكفالاته . وعقود التوثيق هي الكفالة والحوالة والرهن ، ويلحق بالرهن بيع الوفاء .

### الكفالة :

الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين . وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها على الأصيل ، وهي التي تجب قيمتها عند هلاكها إن كانت قيمة أو مثلها إن كانت مثلية ، كالمبيع فاسداً

أو المخبوب أو المقبوض على سوم الشراء إن سمي له ثمنا . ولا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة على الأصيل بغيرها لابنفسها ، وهي الأعيان الواجبة التسليم وهي قائمة وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها كالبيع قبل القبض . والرهن فهما مضمونان بالثمن . والدين . ولا تصح الكفالة بالأمانات ، كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمؤجر في يد المستأجر .

وتصح الكفالة بالمال سواء كان معلوما أو مجهولا ، وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت في الذمة وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ولا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح إلا بالدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضي أو بأمر القاضي .

وإذا توثق دين بكفالة ، جاز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً ، وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما . وإذا أدى الكفيل ما كفله به من ماله ، فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل ، ولكن ليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول ، قبل أن يؤديه للدائن المكفول له ولو كانت الكفالة بأمر الأصيل . وأداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول به يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل . وإبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل ، ولكن إبراء الدائن الكفيل لا يوجب براءة الأصيل .

( أنظر فيما تقدم المواد ٨٣٩ و ٨٤٤ — ٨٤٧ و ٨٥٢ — ٨٥٣ و ٨٥٦ و ٨٦٢ — ٨٦٣ و ٨٧٠ — ٨٧٢ من مرشد الخيران ) .

### الحوالة:

والحوالة هي أيضا عقد أقرب الى أن يكون عقد توثيق . وقد قدمنا في الجزء الخامس من مصادر الحق ( ص ٨٢ في الهامش ) أن الحوالة لا تنقل الدين ولا المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه عند زفر ، بل تضم ذمة

المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة ، فلا تعدو أن تكون كفالة محضة . وعند  
 أبي حنيفة وأبي يوسف ، حيث تنتقل المطالبة والدين من ذمة المدين إلى ذمة  
 المحال عليه ، فإن الدين الأصلي ينقضى ، ويحل محل الدين الأصلي دين جديد  
 في ذمة المحال عليه ، وتكون حوالة الدين في هذه الحالة تجديداً بتغيير  
 المدين . وعند محمد ، حيث لا ينقل الدين إلى ذمة المحال عليه وإنما تنتقل  
 المطالبة وحدها ، فإن حوالة الدين أقرب إلى أن تكون كفالة محورة ، ووجه  
 التحوير فيها أن الدائن يرجع على الكفيل — المحال عليه — أولاً ، فإن  
 توى الدين عند الكفيل رجع على المدين الأصلي ، أما في الكفالة العادية  
 فالدائن كما رأينا بالخيار إن شاء طالب المدين الأصلي أولاً وإن شاء طالب  
 الكفيل لأن المطالبة بقيت عند المدين وإنما ضمت فيها إلى ذمته ذمة الكفيل .  
 وحوالة الدين في المذاهب الثلاثة الأخرى لا تكون إلا حيث يكون  
 المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه بجنس ما عليه وبمقداره . فهي إذن  
 وفاء دين بحق عن طريق إسقاط كل من الدين والحق ، فتنتهي إلى تجديد بتغيير  
 الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق وإلى تجديد بتغيير المدين بالنسبة إلى الوفاء  
 بالدين . أما الحوالة حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه ، فهذه ليست  
 حوالة أصلاً بل هي محض كفالة .

فالحوالة إذن ، إذا هي لم تكن تجديداً للدين بتغيير المدين ، لا تعدو أن  
 تكون كفالة محورة أو كفالة محضة .

( أنظر في هذه المسألة الوسيط للمؤلف جزء ٣ فقرة ٢٤٠ ) .

### الرهن :

والرهن هو أيضاً عقد لتوثيق الدين ، فهو جعل مال محبوساً في يد  
 المرتهن بدين للمرتهن يمكن استيفاءه من المالك المرهون كلاً أو بعضاً . ويشترط  
 في المالك المرهون أن يكون مالا موجوداً متقوماً مقدوراً للتسليم ، محوزاً لا متفرقاً ،  
 مفرغاً لا مشغولاً بحق الراهن ، مميزاً لا مشاعاً ولا متصلاً بغيره . ويشترط في

مقابل الرهن أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو موعوداً به ، أو عيناً من الأعيان المضمونة ، فلا يصح الرهن بالأمانات ويشترط لتام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضاً تاماً ، وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف في العين المرهونة .

وإذا توثق دين برهن ، فالمرتهن حبس الرهن لاستيفاء الدين الذي رهن به . وهو أحق بالرهن من الراهن ، وإذا مات الراهن مديوناً فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء إلى أن يستوفى حقه ، وما فضل منه للغرماء . ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه ، ولكن لا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن في مقابلة دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين لأدائه ، بل يصح الرهن ويبطل الشرط . وإذا حل أجل الدين المضمون يجبر الراهن على بيع الرهن ووفاء الدين من ثمنه ، إن لم يدفعه ويفك الرهن . وإذا امتنع الراهن من أداء الدين وعن بيع الرهن ووفائه من ثمنه بعد أمر الحاكم له بذلك ، يبيعه الحاكم قهراً ويعطى الدين من ثمنه .

وكل تصرف من التصرفات المحتملة للفسخ ، كالبيع والإجارة والهبة والصدقة ونحو ذلك ، إذا فعله الراهن قبل سقوط الدين عنه ، يتوقف نفاذه على رضا المرتهن ، ولا يبطل حقه في حبس الرهن إلا إذا أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه ، فحينئذ تنفذ تصرفاته ويخرج المرهون عن عهدة المرتهن ، لكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف بدل الإجارة .

ويجب على المرتهن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ، وله أن يحفظه بنفسه أو بغيره ممن هم في عياله ممن يأتمنهم على حفظ ماله . والرهن مضمون بهلاكه بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين ، وتعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه . فإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته مساوية

لقدر الدين ، سقط الدين بتمامه عن الراهن ، وصار الدائن مستوفياً لحقه ، سواء كان هلاكه بتعدى المرتهن أو بأفة سماوية . وإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين ، سقط الدين عن الراهن ، أما الزيادة فلا تلزم المرتهن ولا يضمنها للراهن إن كان هلاك الرهن بدون تعديه ، ويكون عليه ضمانها للراهن إن كان هلاك الرهن ناشئاً عن تعديه أو تقصيره في حفظه . وإذا هلك الرهن في يد المرتهن وكانت قيمته أقل من الدين ، سقط من الدين بقدره ، ورجع المرتهن بما بقي له من الدين على الراهن .

ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن منقولا كان أو عقاراً بدون إذن الراهن ، وللراهن أن يرجع في الإذن في أى وقت شاء . والمصرفات اللازمة لحفظ الرهن وصيانته تكون على المرتهن . والمصرفات اللازمة لنفقته كعهارته إذا كان عقاراً أو سقى الأرض وتلقيح الشجر وكل ما به إصلاحه وبقاؤه يكون على الراهن . وكل ما وجب على أحدهما فأداه الآخر ، فإن كان أداه بأمر القاضى ويجعله ديناً له على الآخر فله الرجوع عليه به ، وإن أداه بلا أمر القاضى فهو متبرع لا رجوع له على الآخر بشئ مما أداه .

( أنظر فيما تقدم المواد ٩٧٥ — ٩٧٨ و ٩٨٦ — ٩٨٧ و ١٠٠٠ و ١٠٠٧ — ١٠١٣ و ١٠٢١ — ١٠٢٢ من مرشد الخيران ) .

### بيع الوفاء :

وبيع الوفاء في الفقه الإسلامى ضرب من الرهن وجد لتوثيق الدين . فيبيع الشيء صاحبه ، ويشترط أنه متى رد الثمن إلى المشتري رد المشتري له المبيع . فالبايع وفاء هو الراهن ، والمشتري وفاء هو المرتهن . ويجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع بإذن ولا يجوز للبائع الرجوع في الإذن وهذا هو الذى يميز بيع الوفاء من الرهن حيث يجوز للراهن الرجوع في الإذن كما قدمنا .

وإذا قبض المشتري المبيع وفاء بعد أن دفع الثمن للبائع ، وجاء وقت رد

الثن لاسترداد المبيع فلم يرد البائع الثمن ، أمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من مننه ، فإذا امتنع باع الحاكم عليه . وهذا هو حكم الرهن ، ومن ثم اقترب ببيع الوفاء من الرهن وابتعد عن البيع .

ومن احكام الرهن التي تسرى على بيع الوفاء أيضا أنه إذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته ، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع ، وإن كانت قيمته زائدة على مقدار الدين سقط من قيمته مايقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاك المبيع بتعديه وإن كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة . وليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفي دينه من المبيع . وإذا مات أحد المتبايعين وفاء ، قامت ورثته مقامه في أحكام بيع الوفاء .

( أنظر فيما تقدم المواد ٥٦١ - ٥٦٨ من مرشد الحيران ) .

## § ٢ - فسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة

تطبيقات متفرقة لفسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة في الفقه الاسلامي :

قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي شاد نظرية متماسكة الأطراف للحوادث الطارئة تماثل نظرية الفقه الغربي الحديث . ويحول دون ذلك سببان : أولهما أن الفقه الإسلامي ، لا في نظرية الحوادث الطارئة ولا في غيرها من النظريات ، ألف وضع النظريات العامة المتماسكة . فقد قدمنا أن الفقه الإسلامي ، كالفقه الروماني وككل فقه آخر أصيل ، إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ، ويضع لها حولا عملية عادلة ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار وأن يثيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة ، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان .

والسبب الثاني أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة ، لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلبس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي . أما في الفقه الإسلامي ، حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد ، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، مادامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير .

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يشيد نظرية عامة للحوادث الطارئة للسببين اللذين قدمناهما ، فإن هذا لا يمنع من أنه عرف تطبيقات متنوعة لهذه النظرية في مسائل مختلفة نذكر منها مسألتين :

( ١ ) الأعدار في عقد الإيجار . ( ٢ ) والجوائح في بيع الثمار .

ونتناولهما بالبحث ( أنظر في هاتين المسألتين وغيرهما رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد في القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي وفي نظرية الحوادث الطارئة في القانون المصري باللغة الفرنسية غير مطبوعة باريس سنة ١٩٥٧ ) .

### ( ١ ) الأعدار في عقد الإيجار

تفاوت المذاهب المختلفة في فسخ الإيجار بالعدر :

لم تتفق المذاهب المختلفة على حكم واحد في فسخ الإيجار بالعدر . فمنها ما توسع في ذلك توسعاً كبيراً وهذا هو المذهب الحنفي ، ومنها ما ضيق مع تفاوت في التضيق وهذه هي المذاهب الثلاثة الأخرى المالكية والشافعية والحنابلة .



## المذهب الحنفي في فسخ الإيجار بالعدر

### الاعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار :

توسع المذهب الحنفي كثيراً في الأعذار التي يفسخ بها عقد الإيجار ، فعنده أن الإيجار قد يفسخ لعدر يقوم في جانب المستأجر ، أو لعدر يقوم في جانب المؤجر ، أو لعدر يقوم بالنسبة إلى العين المؤجرة .

فأما العذر في جانب المستأجر فنحو أن يفلس مستأجر الحانوت فيقوم من السوق ، ويكون هذا عذراً لفسخ الإجارة في الحانوت . كذلك لو أراد المستأجر السفر لمصلحة له لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة ، أو انتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو من حرفة إلى حرفة أخرى ، كانت كل هذه أعذاراً في فسخ الإيجار . وإذا استأجر رجل حانوتا ليتجر في السوق ، ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة فله فسخ الإجارة لهذا العذر . ولو استأجر رجل رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه بأن يستأجر رجلاً ليهدم داراً ، أو من غير ضرر يدخل في بدنه كأن يستأجر رجلاً ليقلع له ضرساً ، ثم بدا للمستأجر ألا يفعل ، كان هذا عذراً لفسخ الإجارة . ولو استأجر إبلاً إلى مكة ، ثم بدا له ألا يخرج ، كان هذا عذراً . ولو استأجر رجلاً ليحضر بئراً ، فوجدها صلبة أو رخوة ، كان هذا عذراً .

وأما العذر في جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة ، لأن بيع العين لا ينفذ من غير إجازة المستأجر ، وإبقاء الإجارة مع حقوق الدين الفاحش إضراراً بالمؤجر لأنه يجلس به إلى أن تظهر حاله ، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد . كذلك لو اشترى شيئاً فأجره ، ثم وجد به عيباً ، فله أن يرده بالعيب على البائع بعد فسخ الإجارة لهذا العذر . ولو أجر نفسه لعمل وضيع لم يكن مما اشتغل به

من قبل ، كأن يعمل حجاما أو تعمل ظئراً ، ثم أنف منه ، كان له أن يفسخ الإيجار للعدر . على أنه إذا انهدم المنزل الذي يسكنه المؤجر ، لم يكن هذا عذراً لفسخ إجارة منزل آخر يملكه المؤجر وآجره ، إذ يمكنه أن يؤجر أو يشتري منزلاً لسكنه .

وأما العذر بالنسبة إلى العين المؤجرة فنحو أن يؤجر رجل عبده سنة ثم يعتقه بعد ستة أشهر ، فله أن يفسخ الإجارة ، وله أن يبقها والأجرة للسته الأشهر الباقية تكون للعبد المعتق إلا إذا عجلت الأجرة أو اشترط تعجيلها فتكون للهولى . وإذا آجر أب ولده ثم بلغ الولد أثناء الإجارة ، كان هذا عذراً ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي ، فيعجز في المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه . ولو استأجر ظئراً ، ثم لم يأخذ الصبي من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت ، كان هذا عذراً في فسخ الإجارة . وإذا غلا أجر المثل في الوقف ، فسح الإيجار نظراً للوقف ، وجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة ، وفيما مضى وجب المسمى بقدره . وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور ، فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتا على المستأجر الأول ، فلا يعتبر ذلك . ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد فتترك بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع . وإذا رخص أجر مثل الوقف ، لم تفسخ الإجارة ، لأن الفسخ للغلام إنما كان نظراً للوقف ، وهنا فيه ضرر بالوقف . وتزيد أجرة الحكر أو تنقص إذا زادت أجرة المثل أو نقصت ، وهذا ما يسمى بتصقيع الحكر ( أنظر المادة ٧٠٣ من مرشد الحيران والمادتين ١٠٠٤ و ١٠٠٦ من التقنين المدني المصري ) .

ونورد بعض النصوص في فسخ الإيجار بالعذر في المذهب الحنفي :

جاء في الفتاوى الهندية ( جزء ٤ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩ ) : « وإن استأجر دابة بعينها إلى بغداد لطلب غريم له أو لطلب عبد آبق له ، ثم حضر الغريم وعاد العبد من الإباق ، تنتقض الإجارة لأنها وقعت لغرض وقد فات

ذلك الغرض . وكذا لو ظن أن في بناء داره خلافاً لاستأجر رجلاً لهدم البناء ثم ظهر أنه ليس في البناء خلل ، أو استأجر طباحاً لوليمة العرس فانت العروس ، بطلت الإجارة . . استأجر حانوتاً ليتجر في السوق ثم كسد السوق حتى لا يمكنه التجارة ، فله فسخ الإجارة لأنه عذر . .

وجاء في البدائع ( جزء ٤ ص ٢٩٧ وما بعدها ) : « العذر قد يكون في جانب المستأجر ، وقد يكون في جانب المؤجر ، وقد يكون في جانب المستأجر . أما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفراً ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة . لأن المفلس لا ينتفع بالخانوت ، فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضراراً به ضرراً لم يلتزمه بالعقد ، فلا يجبر على عمله . وإذا عزم على السفر ، ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به ، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضاً لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة . والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه ، فإن منعناه عن الانتقال أضربنا به ، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به . . وعلى هذا إذا استأجرنا رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة ، بأن استأجر رجلاً ليقصر له ثياباً أو ليقطعها أو يخيطنها أو يهدم داراً له أو يقطع شجرة له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضاً أو يحدث في مائة شيتاً من بناء أو نجارة أو حفر ثم بدا له ألا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك . . . وكذلك لو استأجر إبلاً إلى مكة ثم بدا للمستأجر ألا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر ، لأنه لما بدا له علم أن السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر . . . وأما الذي هو في جانب المؤجر ، فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجده قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك . . لأن

إبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤجر لأنه يحبس به ، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد . . . وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به ، له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه وإن رضى المستأجر بالعيب ، ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب . . . ولو أجر صانع . . . نفسه للعمل . . . ليس من عمله وصنعتة بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب عليه ، أو كانت امرأة أجزت نفسها ظئراً وهي مما تعاب بذلك ، فلاهلها أن يخرجوها وكذلك إن أبت هي أن ترضعه ، لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار . . . وأما الذي هو في جانب المستأجر ففيها عتق العبد المستأجر فإنه عذر في فسخ الإجارة ، حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ ، أما العتق فلا شك في نفاذه . . . وأما اختيار فلأن العقد على المنافع ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كأنه عقد عليه ابتداء . . . ومنها بلوغ الصبي المستأجر أجره أبوه . . . فبلغ في المدة ، فهو عذر إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ . . . فأما غلاء أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الاجارة إلا في إجارة الوقف . . . فإنه يفسخ نظراً للوقف ، ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة ، وفيما مضى يجب المسمى بقدره . وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور ، فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتا على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك . ثم إنما تفسخ هذه الاجارة إذا أمكن الفسخ ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد . . . بل تترك الى أن يستحصد الزرع بأجر المثل . . . هذا إذا غلا أجر الوقف ، فأما إذا رخص فإن الاجارة لا تفسخ . . . لأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تفسخ . . .

## كيف يكون فسخ الإيجار بالعدر :

ينظر إلى العذر إن كان يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعاً بأن كان المضي فيه حراماً، كالإجارة على قلع الضرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة ثم برأت ، فالإجارة تنفسخ من تلقاء نفسها . وإن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك ، لأنه يتضمن نوع ضرر لم يوجب العقد ، لم تنفسخ الإجارة إلا بالفسخ وفي هذه الحالة يستقل العاقد بالفسخ في قول ، وفي قول ثان لا تنفسخ الإجارة إلا بالتراضي أو التقاضي ، وفي قول ثالث إن كان العذر ظاهر أ فلا حاجة إلى القضاء وإن كان خفياً كالدين اشترط القضاء .

## الاساس الذي يقوم عليه فسخ الإيجار بالعدر :

يظهر مما قدمناه أن العذر هو أمر غير متوقع وقت الإيجار ، وفي هذا يتفق مع الحوادث الطارئة في الفقه الغربي . ولكنه بخلاف الحوادث الطارئة ، أمر ممكن الدفع ، فجرد طرؤه مصلحة لأحد العاقدين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الإيجار للعدر . ثم إن العذر في الفقه الإسلامي ، كالعذر في الفقه الغربي ، لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل يجعله مرهقاً خسب . وجزاء العذر هو فسخ الإيجار أو انفساخه من تلقاء نفسه ، أما الحوادث الطارئة في الفقه الغربي فجزاؤه كما رأينا هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

والفكرة التي يقوم عليها العذر في الفقه الحنفي ليست هي طرؤه الحادث واستحالة دفعه ، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بعقد الإيجار . حيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه — أي لم يدخل في حسابه وقت الإيجار — فإنه لا يجبر على المضي في العقد ، ويكون له أن يفسخ الإيجار للعدر .

ومما يسر قبول العذر بهذا المعنى الواسع المرن في عقد الإيجار أن هذا

العقد ينعقد على المنافع شيئاً فشيئاً . فلكل منفعة تستجد حكم العقد الجديد . والمنافع في الإيجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً ، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض ، والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقده حق الفسخ .

جاء في البدائع ( جزء ٤ ص ١٩٧ ) : « الإيجارة تفسخ بالأعذار عندنا خلافاً له ( للشافعي ) . وجه قوله أن الإيجارة أحد نوعي البيع فيكون لازماً كالنوع الآخر وهو بيع الأعيان ، والجامع بينهما أن العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ إلا باتفاقهما . ولنا أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لم يفسخ العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . وقد خرج الجواب عن قوله إن هذا بيع ، لأننا نقول نعم لكنه عجز من المضي في موجهه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد ، فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر . وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ إلا باتفاقهما ، إن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد ، وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي عن الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر . ثم إنكار الفسخ عند تحقيق العذر خروج عن العقل والشرع ، لأنه يقتضي أن من اشتمكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع يجبر على القلع ، ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً وشرعاً . »

وجاء في الزيلعي ( جزء ٥ ص ١٤٣ - ص ١٤٤ ) : « تفسخ الإيجارة بالعيب لأن العقد يقتضى سلامة البدل عن العيب ، فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع . والمعقود عليه في هذا الباب المنافع ، وهي تحدث ساعة فساعة ، فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض . ثم إذا استوفى المستأجر

المنفعة مع العيب ، فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع ، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر ، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ ، والعقد يتجدد ساعة فساعة ، فلم يوجد فيما يأتي بعده ، فسقط خياره ،

## المذاهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعذر

### المذهب المالكي :

يقر المذهب المالكي فسخ الإيجار للعذر في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي . ففي هذا المذهب تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه . وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر ، لأنه يخاف على الولد من لبنها . وإن انقطع الماء عن الرحي المستأجرة ، فسخت الإجارة للعذر ، وكذلك إن أبق العبد المستأجر . وإن أجر يتما في حجرة ثلاث سنين وهو يظنه لا يحتمل إلى ثلاث ، فاحتمل بعد سنة أو سنتين ، لم تلزمه الإجارة بعد احتلامه . وإن استأجر عبدا للخدمة فرض أو دابة فاعتلت ، كان هذا عذرا . وإذا أكترى الرجل الأرض فجاءه من الماء مامنعه الزرع ، فلا كراه عليه . واختلف فيما إذا أصاب الأجير في بناء مطر منعه من البناء في بعض اليوم ، فقبل له بحساب ماضى ، ويفسخ في بقية اليوم .

جاء في الخطاب ( جزء ٥ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣ ) « سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم ، قال فله بحساب ماضى ويفسخ في بقية اليوم . ومثله لسحنون . ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله . وقال ابن عرفة قال سحنون في وثائقه إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر ، لم يكن له بحساب ما عمل من النهار ، وأجيره له كل الأجر ، لأن المنع لم يكن منه . قال ابن عرفة ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس ، لأن العرف تقرر

عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف ، وجاء أيضا ( الخطاب ه ص ٤٣٣ ) : « وتفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها ، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه . قال ابن عرفة قلت هذا إذا كان العفو من غير المستأجر ، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل وفي يمينه مع ذلك نظر ، .

وجاء في المدونة ( جزء ١١ ص ٥٦ ) : « قلت هل يجوز لي أن أستأجر رحي الماء في قول مالك ؟ قال سأل مالكا عن هذه المسألة أهل الأندلس فقال لا بأس بذلك . . قلت وإن انقطع الماء عنها أكون هذا عذرا تفسخ به الإجارة ؟ قال لم أسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئا ، وأراه عذرا . قلت أرأيت إن عاد الماء في بقية من وقت الإجارة ؟ قال : قال مالك في العبد يؤاجر فيمرض إنه إن صح لزم المستأجر الإجارة فيما بقي من الوقت ، فكذلك رحي الماء أيضا ، وقد قال غيره إلا أن يتفاسخا قبل أن يصح العبد ، . وجاء أيضا ( المدونة ١١ ص ٧٨ ) : « قلت أرأيت إن استأجرت عبدا فأبق أتفسخ الإجارة في قول مالك ؟ قال نعم . قلت فإن رجعت في بقية من وقت الإجارة أو قدر عليه ؟ قال يرجع في الإجارة بحال ما وصفت لك . قلت أرأيت إن استأجرت من رجل عبدا يخدمني سنة فهرب العبد من يدي إلى دار الحرب ؟ قال تفسخ الإجارة فيما بينهما ، إلا أن يرجع العبد في بقية من وقت الإجارة كما وصفت لك . قلت أرأيت إن هرب السيد؟ قال الإجارة بحالها لا تنتقض ، . وجاء أيضا ( المدونة ١١ ص ٨٤ ) : « قلت أرأيت إن حملت هذه المرضع تخافوا على الصبي أكون لهم أن يفسخوا الإجارة ؟ قال نعم . قلت تحفظه عن مالك ؟ قال لا ولكنني رأيت . قلت لم يكون لهم أن يفسخوا الإجارة ولم يكن لهم أن يلزموها أن تأتي بمن ترضع هذا الصبي ؟ قال لأنهم إنما اكتروها بعينها على أن ترضع لهم ، . وجاء أيضا ( المدونة ١١ ص ٩٧ ) : « قلت أرأيت لو أن يتما في حجره ثلاث سنين وأنا أظنه لا يحتلم إلى ثلاث سنين ، فاحتلم بعد سنة أو سنتين ، فأراد أن ينقض الإجارة حين احتلم ، أكون ذلك له



أم لا؟ قال لا أرى أن تلزمه الإجارة بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام والشهر وما أشبهه، وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ١١٧) : «قلت أرأيت إن استأجرت عبدا للخدمة فرض أو دابة أركبها إلى موضع كذا وكذا فاعتلت الدابة، أي يكون هذا عذرا وأنا قضه الكراء؟ قال نعم، إلا أن العبد إن صح في بقية من وقت الإجارة، عمل لك ما صح فيه من ذلك، وكان عليك كراء ما عمل لك، ويسقط عنك كراء ما مرض فيه». وجاء أيضا (المدونة ١١ ص ١٧٢ - ص ١٧٣) : «قلت أرأيت إن زرعتها فأصابها مطر شديد فاستغدرت الأرض وفيها الزرع، فأقام الماء فيها العشرة الأيام أو العشرين أو الشهر ونحوه فقتل الماء الزرع، أيلزم المتكاري الكراء كله ويجعله مالك بمنزلة البرد والجراد والجليد أم يجعل هذا بمنزلة القحط؟ قال لم أسمع من مالك فيه شيئا، إلا أن ذلك إن كان بعد مضي أيام الحرث فهو عندي بمنزلة البرد والجليد، وإن كانت الأرض إنما استغدرت في أيام الحرث فقتلت زرعها الذي كان زرع فيها، فالماء إن انكشف عنها قدر على أن يزرعها ثانية فلم ينكشف الماء عنها حتى مضت أيام الحرث، قال فأرى هذا مثل الرجل يتكاري الأرض فتغرق في أيام الحرث فلا كراء عليه. وكذلك قال لي مالك إن الأرض إذا اكرتها الرجل فجاءه من الماء ما منعه الزرع فإنه لا كراء عليه، فهذا الذي سألت عنه. وإن كان قد زرعتها ثم جاءه الماء فغرق زرعها في أيام الحرث وهو لو أن الماء انكشف عن الأرض كان يقدر على الحرث لأن إبان الحرث لم يذهب فمنعه الماء من أن يعيد زرعها، فلا كراء عليه، وإن كان أصابها في زمان الحرث فملك زرعها ثم انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث، فالكراء له لازم لأنه قد يدرك أن يزرع. وليس هذا بمنزلة ما أصابها بعد ذهاب أيام الحرث، وذلك بمنزلة الجراد والجليد والبرد».

### مذهب الشافعي

والأصل في مذهب الشافعي ألا تفسخ الإجارة بالعذر، إلا إذا أوجب خللا في المعقود عليه أو كان عيباً فيه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء

المنفعة تعذراً شرعياً . فتعثر ظهر الداية في المشى والعرج الذى تتأخر به عن القافلة وضعف البصر فى المستأجر للخدمة وانهدام الحائط فى الدار وانقطاع الماء فى البئر والعين والرحى وغير ذلك من العيوب فى المعقود عليه التى توجب خللا فيه تكون أعذاراً ترد بها العين للعيب . ولو استأجره تعلق سن مؤلم فزال ألمه ، فسخت الإجارة للتعذر الشرعى . ولا يعتد بالعدر فى غير ذلك ، فإن أكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجزله الرد ، وإن اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده لم يجزله الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره ، وإن أكترى أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجزله الرد لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض ، ولو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج فى السفن وقد أكتراها لم يجزله الرد لأن تعذر الانتفاع يرجع لمعنى فى غير المعقود عليه .

جاء فى المذهب ( جزء أول ص ٤٠٥ - ص ٤٠٦ ) : « إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جازله أن يرد ، لأن الإجارة كالبيع . . . والعيب الذى يرد به ما تنقضى به المنفعة ، كتعثر الظهر فى المشى والعرج الذى يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجزام والبرص فى المستأجر للخدمة وانهدام الحائط فى الدار وانقطاع الماء فى البئر والعين والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعة . فأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة . وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجزله الرد . وإن اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده ، لم يجزله الرد لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجزله الرد ، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز من الحج لمرض أو ذهاب المال . وإن اكترى أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد

أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجزله الرد ، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجزله الرد . . . وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على أرضاءه ، فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر إنه لا يفسخ ، لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفى فلم يفسخ العقد كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز ، وإن تشاحا ففسخ العقد لأنه تعذر إرضاء العقد ففسخ . . . وإن استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليسكحل عينه فبرئت ، أو ليقص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت ، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر .

وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ( جزء ٥ ص ٣١٢ — ص ٣١٣ ) : « لا تفسخ إجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بعذر لا يوجب خللا في المعقود عليه ، كتعذر وقود . . . حمام على مستأجره ، ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله كما لو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكتراها أو دارا لذلك . . . وتعذر سفر . . . ونحو مرض مستأجر دابة السفر ومؤجرها الذي يلزمه الخروج معها لانتقاء الخلل في المعقود عليه والاستتابة ممكنة . نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساخ ، كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه وإمكان عوده لا أثر له لأنه خلاف الأصل ، وكذا الحسى إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام ذميا للجهاد فصالح قبل المسير ، بناء فيهما على ما مر من عدم جواز إبدال المستوفى به ، والأصح خلافه . . . ولو استأجر أرضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة جراد أو سيل ، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة ، لانتفاء خلل في منفعة الأرض كما لو احترقت أمتعة مستأجر حانوت . »

وجاء أيضا (نهاية المحتاج ٥ ص ٣١٧) : «وتعطل الرحي بانقطاع مائها والحمام بنحو خلل ابنيها أو نقص ماء بئر فيها يفسخها ، كذا قلاه ، وما اعترض به من كونه مبنيًا على الضعيف في المسألة بعده يمكن حمله على تعذر سوق ماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الاتي لإمكان سقيها بماء آخر ، . وجاء أيضا (نهاية المحتاج ٥ ص ٣١٨) : «الأصل يقتضي منع الإجارة لأنها بيع معدوم ، وإنما جوزت للحاجة ، فاعتقر فيها الفسخ ، بخلاف البيع .»

### المذهب الحنبلي :

والأصل أيضا في المذهب الحنبلي ألا تفسخ الإجارة بالعدر ، إلا إذا أوجب خللا أو عيبا في المعقود عليه تنقص به المنفعة أو تعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعياً . فإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض أو انقطاع مائها . فللمستأجر الخيار لأنه لمعنى في العين ، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ لأنه عيب ، أما إذا غرق الزرع أو هلك بجريق أو جراد أو برد أو غير ذلك فلافسخ لأن التالف غير المعقود عليه . وتفسخ الإجارة بموت المرصعة وموت الطفل ، لتعذر استيفاء المعقود عليه ، وكذا لو برأ الضرر قبل قلعه انفسخت الإجارة . ولا يعتد بالعدر في غير ذلك إذا كان حادثاً عاماً يشمل جميع الناس لا خاصاً بالعاقده وحده ، وفي هذا يقرب المذهب الحنبلي من القانون المدني المصري فيما قدمناه . والخوف العام الذي يمنع من سكني الميكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو حصر البلد بحيث يمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، كل هذه أعداء يثبت بها الخيار لأنها عامة شاملة للناس . أما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، كأن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه ، وكان يجس أو يمرض

أو يتلف متاعه ، فليست هذه بأعذار لأنها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعا مطلقا .

جاء في المغني (جزء ٥ ص ٤١٨) : « القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو تحصر البلد فيمنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين . ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين ، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكرت إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة . وإن أحب إبقاها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ، لأن الحق لهما لا يعدوهما . فأما إن كان الخوف خاصا بالمستأجر ، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقه ، لم يملك الفسخ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية ، فأشبهه مرضه . وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه ، لم يملك فسخ الإجارة لذلك ، لأنه ترك استيفاء المنافع المعنى في جهته فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه كما لو تركها اختياراً ، . وجاء أيضا (المغني ٥ ص ٤٤٥ - ٤٤٦) : « ومتى غرق الزرع أو هلك بجريق أو جراد أو برد أو غيره ، فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للسكترى ، نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي . لأن التالف غير المعقود ، وإنما تلف مال المسكترى فيه فأشبهه من اكرتى دكانا فاحترق متاعه فيه . . وإن تعذر زرع الأرض أو انقطاع مائها ، فلم يستأجر الخيار لأنه المعنى في العين . . وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع ، فله الفسخ لأنه عيب ، . وجاء أيضا (المغني ٥ ص ٤٥٦ - ٤٥٧) : « وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها . وحكى عن أبي بكر أنها لا تنفسخ ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين . ولنا أنه

هلك المعقود عليه ، أشبه ما لو هلكت الهيمة المستأجرة . وإن مات الطفل انفسخ العقد ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا منصوص الشافعي . ، وجاء أيضا ( المغنى ٥ ص ٤٩٥ ) : « وإن برأ الضرس قبل قلعة انفسخت الإجارة ، لأن قلعه لا يجوز . وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه ، لأن إتلاف جزء من الأدمى محرم في الأصل ، وإنما أبيع إذا صار بقاؤه ضرراً وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته وقدر المدة . »

## ب - الجوائح في بيع الثمار

### المذاهب المختلفة :

كما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعدر في عقد الإيجار ، كذلك نرى المالكية يفسحون المجال لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار . ويتفق الحنابلة مع المالكية في نظرية الجوائح . أما الشافعية والحنفية فلا يقرون هذه النظرية .

### معنى الجائحة :

الجائحة هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو من آفة كالغفن ، والعطش يعتبر جائحة بلا خلاف .

فإذا كانت الجائحة من صنع الأدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين . فبعض رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ، ولم ير ما كان منه بمغافصة ( الأخذ على غرة ) جائحة مثل السرقة . وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الأدميين جائحة

بأى وجه . فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت إن منع الله الثمرة ، ومن جعلها في أفعال الأدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه ، ( بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٥٤ ) . فإذن هناك آراء ثلاثة في مذهب مالك : فرأى يذهب إلى أن الجائحة في الأمور السماوية وحدها ، ورأى ثان يذهب إلى أن الجائحة تشمل أيضا أعمال الأدميين التي لا يمكن التحرز عنها ، ورأى ثالث يذهب إلى أن الجائحة تشمل جميع أعمال الأدميين حتى تلك التي يمكن التحرز منها مادامت من غير فعل المشتري .

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول . فأما الثمار فلا خلاف فيها ، وأما البقول ففيها خلاف والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل وهو الثمر ( ابن رشد ٢ ص ١٥٤ ) .

والأصل في بيع الثمار أن تباع على الشجر قائمة قبل جنيها ، ويتسلسلها المشتري وهي لانزال قائمة على الشجر ويجنيها عادة بالتدرج بمجرد نضوجها . ومذهب مالك يميز بين الثمار إذا تلاحقت آحادها ، فيباع ما ظهر منها وما لم يظهر . فإذا كان المشتري قد تسلم الثمار وهلكت بجائحة كلها أو بعضها بعد التسليم وإن كانت لانزال قائمة على الشجر ، فهلاكها على المشتري كما تقتضى القاعدة العامة . وبهذا يقول المذهب الحنفي ومذهب الشافعي . أما المالكية والحنابلة فيذهبون إلى أنه بالرغم من أن المشتري قد تسلم الثمار ، فإنها لانزال قائمة على الشجر ، فهلاكها بالجوائح غير المنظورة يكون على البائع ، لأن طبيعة البيع تقتضى ذلك فلا يزال البائع مسؤولا عن سلامة الثمار وريها مادامت لانزال قائمة على الشجر ، وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الحوادث الطارئة .

### حكم الجوائح في المذهب المالكي :

وقت إصابة الثمار بالجائحة : هو الوقت الذي يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه . واختلفوا إذا استبقى المشتري الثمار بعد أن استوفت طيبها لبيعها على النضارة شيئاً فشيئاً ، « فقليل فيه الجائحة تشديداً بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفرقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه . وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة . فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة . أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ، ومن لم ير فيهما واحداً قال ليس فيه جائحة . ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول ، ( ابن رشد ٢ ص ١٥٥ ) .

المقدار الذي يجب فيه الجائحة وكيفية إنقاص الثمن : والمقدار الذي يجب فيه الجائحة في الثمار هو الثلث . وأما البقول فقليل أيضاً الثلث ، وقيل لا يشترط الثلث فتجب الجائحة حتى في أقل من الثلث مادامت الخسارة تزيد على المألوف مما جرت العادة أن يلتقطه الطير . وفي المذهب المالكي رأيان في كيفية حساب الثلث : ( ١ ) فابن القاسم يحسب ثلث الثمار بالكيل أولاً ، فإذا بلغت الخسارة هذا المقدار من الكيل ، فإن كانت الثمار نوعاً واحداً لاختلف قيمة بطونه ، حط من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة . وإن كانت الثمار أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونها مختلفة القيم بحسب وقت جنينها ، اعتبرت قيمة الثلث التالف من قيمة الجميع . ( ٢ ) وأشهب يعتبر الثلث في القيمة ، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث ، سواء كان ثلثاً في الكيل أو أقل أو أكثر وضع عنه الثلث من الثمن ( ابن رشد ٢ ص ١٥٤ ) .

جاء في بداية المجتهد لابن رشد ( ٢ ص ١٥٥ ) : « والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيه مطلقاً



بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير ، إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمرة . فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة ، وإن لم يدخل بالنطق . وأيضا فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير ، قالوا وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة . وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل ، فرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله في حيز القليل ، ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير . والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة (١) لقلت بالقليل والكثير . وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير .

وجاء في المدونة الكبرى (جزء ١٢ ص ٢٥ - ٢٦) : « قلت لابن القاسم رأيت المقاتي هل فيها جائحة في قول مالك ، قال نعم إذا أصابت الثلث فصاعداً وضع من المشتري ما أصابت الجائحة . قلت رأيت إن اشتراها وفيها بطيخ وقثاء ، فأصابت الجائحة جميع ما في المقشأة من ثمرتها وهي تطعم في المستقبل ، كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها ؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك أنه يكون مثل كراه الأراضين والدور ، إنه ينظر إلى المقشأة كم كان نباتها من أول ما اشترى إلى آخر ما تنقطع ثمرتها . فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها ، فإذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة ، نظر إلى قيمة ما قطف منها ، فإن كان قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له إلا قدر ذلك . لأن حملها في الأشهر ونفاقها في الأشهر مختلف ، فتقوم ويقوم ما بقي

(١) والشافعي يميز بين فرضين : (أ) يتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر إلى يوم قطفه فلا يعتبر أنه قد تسلمه قبيل تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقاً للقاعدة العامة من أن الهلاك على البائع قبل التسليم . (ب) يخلى البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقاً للقاعدة العامة أيضاً من أن الهلاك على المشتري بعد التسليم .

من النبات مما لم يأت بعد في كثرة نباته ونفاقه في الأسواق مما يعرف من ناحية نباته ، فينظر إلى الذي لم تصبه الجائحة فيقوم على حدته ، ثم يقوم الذي أصابته الجائحة على حدته ، فينظر ما مبلغ ذلك من جميع الثمرة . فإن كانت الثمرة التي أكلها المشتري هو نصف القيمة أو أقل من النصف أو أكثر ، فربما كان إطعام المقتاة في أوله هو أقله وأغلاه ثمنا تكون البطيخة أو الفقوسة أو القثاء بعشرة أفلس أو بنصف درهم أو بدرهم والبطيخة مثل ذلك وفي آخر الزمان تكون بالفلس والفلسين والثلاث ، فيكون القليل الذي كان في البطن الأول أكثر المقتاة ثمنا لنفاقه في السوق ، وعلى هذا يقع شراء الناس وإنما يحمل أوله آخره وآخره أوله . ولو كان وإنما وقع الشراء على كل بطن على حدته لكان لكل بطن جزء من الثمن مسمى . وإنما تحسب بطون المقتاة التي تطعم فيها بقدر إطعامها من قدر نفاقها في الأسواق من كل بطن ، ثم يقوم ما أطعمت في كل زمان على قدر نفاقه في الأسواق في كل بطن ، ثم يقسم الثمن على جميع ذلك . فإن كان البطن الأول هو النصف أو الثلثين رد بقدر ذلك ، وإن كان البطن الآخر الذي انقطع فيه هو النصف أو الثلثين رد بقدر ذلك ، ولا يلتفت إلى نباتها في إطعامها فيقسم على قدر كثرتة وعدده من غير أن ينظر إلى أسواقه ، ولكن ينظر إلى كثرتة ونفاقه في الأسواق . . وجاء أيضا ( المدونة ١٢ ص ٣٢ ) : « رأيت البقول والكرات والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل والفجل ، إذا اشترى الرجل هذه الأشياء التي ذكرت لك وما أشبهها فأصابته جائحة أقل من الثلث ، هل يوضع عن المشتري شيء أم لا ؟ قال قال مالك أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منها قل أو أكثر ، ولا ينظر فيه إلى الثلث . وقد ذكر علي بن زياد عن مالك أن البقل إذا أتلفت جائحته الثلث وضع عن المشتري ، وإن لم تبلغ الثلث لم يوضع فيه شيء . . . هذا ويبدو أن الرأي الذي يذهب إلى أن يوضع عن المشتري في البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو أكثر ولا ينظر إلى الثلث ، وإنما يعتمد على

أن البقول تحتاج إلى ماء كثير ، فإذا أصابتها جائحة رجع هذا في الغالب إلى العطش ، والبائع مسئول عنه دائما .

وجاء أيضا في المدونة الكبرى (جزء ١٢ ص ٣٧ - ص ٣٨) في تعداد الجوائح : « قلت أرأيت الجراد أهو جائحة في قول مالك أم لا ؟ قال الجراد جائحة عند مالك . قلت وكذلك النار في قول مالك ؟ قال نعم . قلت وكذلك البرد والمطر والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة والدود وعفن الثمار في رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت ترى هذا من الجوائح ؟ قال قال مالك في الماء إذا انقطع عن الثمرة ماء العيون وضع عن المشتري ماذهب من الثمرة من قبل الماء قليلا كان أو كثيرا ومابقى فهو للمشتري بما يصيبه من الثمن .. قلت وماء السماء إذا انقطع عن الثمرة .. ؟ قال لم أسمع من مالك في ماء المطر شيئا ، إلا أنه قال ما كان من فساد الثمرة من قبل العطش من الماء وضع عن المشتري قليلا كان كثيرا ، فأرى ماء المطر وماء العيون سواء .. وأما ما سألت عنه كله فإن ذلك جائحة من الجوائح توضع عن المشتري .. وقال مالك في الجيش يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته ، قال هو جائحة من الجوائح . قال ابن القاسم ولو أن سارقا سرقها كانت جائحة أيضا في رأيي ، قال ابن نافع ليس السارق بجائحة . »

### حكم الجوائح في المذهب الحنبلي :

المذهب الحنبلي يقر إنقاص الثمن للجائحة كالمذهب المالكي . وبين ذلك على أن يبيع الثمار قائمة على الأشجار وإن خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضا كاملا ، فحكم الهلاك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على البائع ، ويقول ابن قدامة : « ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع في الاجارة بإباحة التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان

المؤجر ، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع توجد حالا فخالا ، وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة ، ( المغنى ٤ ص ٢١٦ ) .

والجائحة في المذهب الحنبلي كل آفة لا صنع للآدمي فيها ، كالريح والبرد والجراد والعطش ، لما روى أن النبي عليه السلام قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي السيل وفي الريح ، وهذا تفسير من الراوى لكلام النبي عليه السلام فيجب الرجوع إليه . وأما ما كان بفعل آدمي ، فالمشترى بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع بيده بخلاف التالف بالجائحة ( المغنى ٤ ص ٢١٦ ) .

وظاهر المذهب أنه لا يشترط الثلث في الجائحة ، ولا يغتفر إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضب فلا يلتفت إليه . قال أحمد إنى لا أنول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ، ولا أدري ما الثلث ، ولكن إذا كانت جائحة تتلف الثلث أو الربع أو الخمس توضع . على أن هناك رواية أخرى في المذهب تشترط الثلث في الجائحة ، فما كان دون الثلث فن ضمان المشتري ، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم ، لأنه لا بد أن يأكل الطائر منها وتثر الريح ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والثلث قد اعتبره الشرع في مواضع منها الوصية وعطايا المريض ، والثلث حد الكثرة وما دونه من القلة ، بدليل قول النبي عليه السلام في الوصية الثلث والثلث كثير ، فبدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به . ولكن قول ظاهر الرواية ، وهو عدم اشتراط الثلث ، يحتاج له بعموم الأحاديث ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ماتلف منها من مال البائع وإن كان قليلا كاتى على وجه الأرض ، وما أكله المطر أو مستط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه

فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . ومن ثم إذا تلف من الثمار قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب ، فإن تلف كل الثمر بطل العقد ورجع المشتري بجميع الثمن . وعلى الرواية الأخرى يعتبر ثلث المبلغ وقيل ثلث القيمة ، فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن ( المغنى ٤ ص ٢١٦ - ٢١٧ ) .

فإن بلغت الثمرة أو ان الجذاذ فلم يجزها حتى اجشت ، لم يوضع شيء من الثمن لأن المشتري مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فسكان الضمان عليه . ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت ، فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها ( المغنى ٤ ص ٢١٧ ) . وهذا بخلاف ما إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع ، فلا شيء على المؤجر ، نص عليه أحمد ولا يعلم فيه خلاف ، لأن المعقود عليه منافع الأرض ، ولم يتلف ، وإنما تلف مال المستأجر فيها ، فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثياباً فتلفت الثياب فيها ( المغنى ٤ ص ٢١٧ ) .

جاء في المغنى ( جزء ٤ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ ) : « إن مات له كالجائحة من الثمار من ضمان البائع ، وبهذا قال أكثر أهل المدينة ، منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيدة وجماعة من أهل الحديث ، وبه قال الشافعي في القديم . وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري ، لما روى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبها الجائحة فسألته أن يضع عنه فتألى ألا يقبل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تألى فلان ألا يفعل خيراً ، متفق عليه . ولو كان واجباً لأجبر عليه ، لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بالتلف غيره . ولما روى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن بعث من أخيك ثمرأ

فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، لم تأخذ مال أخيك بغير حق ! وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه . قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وأثبت لم أعدته ، ولو كنت قائلا بوضعها لوضعها في القليل والكثير . قلنا الحديث ثابت . . ولا حاجة لهم في حديثهم فإن فعل الواجب خير فإذا تآلى ألا يفعل الواجب فقد تآلى ألا يفعل خيرا ، فأما الإجماع فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع ولا حضور ، ولأن التخلية ليست بقبض تام بدليل مالو تلف بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر ، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها . توجد حالا فخالا ، وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة ، : (١)

(١) انظر في مثل آخر للحوادث الطارئة في الفقه الاسلامي ، كساد العملة وانقطاعها وتغير قيمتها ( رسالة ابن عابدين في النقود ) ص ٦٥ - ص ٦٧ - حاشية ابن عابدين ٤ ص ٤٠ - الهداية ٥ ص ٢٨٣ - ص ٣٨٤ - الزيلعي ٤ ص ١٤٢ - ص ١٤٣ - رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد السابق الاشارة اليها ص ٣٧٤ - ص ٣٨٦ ) .

# الفرع الثاني

## المسئولية العقدية

### المبحث الأول

#### المسئولية العقدية

##### في الفقه الغربي

#### كيف نحقق المسئولية العقدية :

قيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . ففي هذه الحالة يتعين على المدين تنفيذ التزامه العقدى تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً . فإذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن ، أجب المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسئولية العقدية ، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام ، لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني — أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني — ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام .

وهنا تقوم المسئولية العقدية ، فالدائن يطالب المدين بالتعويض ، فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذه التزامه العقدى ؟ ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه ، ويحكم عليه بالتعويض ، ما لم يثبت أن تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يدل عليه . وهذه المسئولية عن التعويض هي المسئولية العقدية .

وزى من ذلك أن المسؤولية العقدية لاشأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام  
العقدى . وهى أيضا لاتتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد أصبح تنفيذه  
مستحيلا بسبب أجنبي . فلا تتحقق المسؤولية العقدية إذن إلا إذا لم ينفذ المدين  
التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ، وفي الوقت ذاته لم يستطع أن يثبت أن التنفيذ  
قد أصبح مستحيلا بسبب أجنبي .

وأركان المسؤولية العقدية ثلاثة : ( ١ ) الخطأ العقدى . ( ٢ ) الضرر  
( ٣ ) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

## المطلب الأول

### الخطأ العقدى

مسألتاه :

الأصل أن يكون المدين مسؤولاً عن خطأه العقدى ، وقد تعدل قواعد  
المسؤولية العقدية بالاتفاق . فعندنا إذن مسألتان : ( ١ ) ماهو الخطأ العقدى  
( ٢ ) تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق .

### ١٤ - ماهو الخطأ العقدى

الخطأ العقدى هو عزم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد :

إذا لم يقم المدين فى العقد بتنفيذ التزامه ، كان هذا هو الخطأ العقدى .  
ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن  
إهماله أو عن فعله ( أى دون أن يثبت فى جانبه عمد أو إهمال ) . بل إن الخطأ  
العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي  
لايدله فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا



سلمنا بتحقق الخطأ العقدي ، فإن علاقة السببية — وهي ركن في المسؤولية العقدية — مع ذلك تنعدم ، فلا تتحقق المسؤولية على ماسنرى .

### الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية :

ويجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزام :

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام فالالتزام بنقل حق عيني كمنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة مبنى ، والالتزام بالامتناع عن عمل معين كالكف عن المنافسة وعدم البناء على مسافة معلومة ، كل هذه التزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق العيني أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية — أيا كان السبب في ذلك — بقي الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسي بعبارة « الالتزام بنتيجة » *obligation de résultat* ، ونسميه نحن « الالتزام بتحقيق غاية » .

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل هو بذل الجهد ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته ، والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض من بذل هذه العناية . فالمستأجر يجب أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ / ١ مدني) ، دون أن يزيد أو ينقص . وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل

في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ / ١ مدنى) ، فيجوز إذن أن يزيد على ذلك . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد فيجوز أن ينقص عن ذلك ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد دون أن يزيد أو ينقص (م ٧٢٠ مدنى) . ومن ذلك نرى أن الأصل في العناية التي تطلب من المدين هي عناية الرجل المعتاد ، وقد يتطلب القانون أو الاتفاق عناية أكبر أو عناية أقل في بعض حالات معينة ، وقد عرضت المادة ٢١١ مدنى لهذه المسألة فنصت على ما يأتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتىه من غش أو خطأ جسيم . » وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة « الالتزام بوسيلة » (obligation de moyen) ، ونسميه نحن « الالتزام ببذل عناية » .

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد ، وجب أن نميز فى هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية ، أيا كان السبب فى ذلك ولو كان هذا السبب هو القوة القاهرة . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة ، فإذا بذلت هذه العناية فلا خطأ ولو لم يتحقق الغرض المقصود .

### إثبات الخطأ العقدي :

الأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عندما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عينا ، فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام ، فإذا ادعى المدين أنه نفذ التزامه فعليه هو أن يثبت ذلك ، وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني .

أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف : الدائن يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عينا ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذي يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض ، فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه ، فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتا للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه .

ففي الالتزام بغاية كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، يثبت المشتري عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه ، فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقديا ، لا يستطيع هذا أن ينفذه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع ، لأنه ملتزم بتحقيق غاية ولم يحققها . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسئوليته العقدية متحققة وللبائع ، عندما يثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً فيترك المشتري يثبت الخطأ العقدي على النحو الذي بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً فيثبت أنه قام بتنفيذ التزامه عينا ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني .

وفي الالتزام بعناية ، كالتزام الطبيب بعلاج المريض ، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه — وهذا هو العقد مصدر الالتزام — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل في علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت

على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك ، كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، مالم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتتعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي ، بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض (١) .

### نظرية مهجورة - ترجيح الخطأ :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي إلى خطأ عمد وخطأ غير عمد . فالخطأ العمد يسأل عنه المدين في أى العقود وفي جميع الأحوال .

(١) وهناك رأى آخر يذهب الى أن عبء الإثبات يقع على المدين ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فالدائن يثبت قيام العقد مصدر الالتزام ، وعلى المدين بعد هذا أن يثبت أنه قام بتنفيذ الالتزام ، فان عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . ويخلص من ذلك أن المدين في المسؤولية العقدية هو الذى يقع عليه عبء الإثبات ، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه اثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو اخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الأضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة . فمن المعقول أن نفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدي فهو اخلال بالتزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات ، فعلى هذا المدين ان يثبت انه قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، والا لزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فان أثره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبدأ الدائن بإثبات مصدر الالتزام ، ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك ينتظر ان يثبت المدين انه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبادىء المدين مقدماً بما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، بل يتقدم بأدلته هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلته ، والقاضى يوازن ما بينهما ، ويحكم لمن ترجح أدلته الأخر . فان كان هو الدائن حكم له بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ، بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه . وان كان هو المدين ، رفض طلب الدائن ، بعد أن ثبت ان المدين قد قام بتنفيذ الالتزام أو برئت ذمته منه .

وينقسم الخطأ غير العمد إلى أقسام ثلاثة: (١) خطأ جسيم، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به. (٢) وخطأ يسير، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معتاد. (٣) وخطأ تافه، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص. ثم تنقسم العقود إلى طوائف ثلاث: (١) عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم لأنه لا ينتفع بالعقد أصلاً. (٢) وعقد لمنفعة المتعاقدين معا كالإيجار، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير لأنه ينتفع بالعقد هو والدائن على السواء. (٣) وعقد لمنفعة المدين وحده كإدارية، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه لأنه ينتفع وحده بالعقد. وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني، وهي ليست منه بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم. وهجرت في القانون الحديث، إذ هي منتقدة من ناحيتين: ما تشتمل عليه من العموم، وما تقول به من التدرج.

أما من ناحية العموم، فالنظرية ليست صحيحة. فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية. وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليست إلا عدم تنفيذ الالتزام، فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها، فهناك خطأ عقدي في جانبه، أيا كانت درجة تقصيره. فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه، وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً، أو تقصيراً يسيراً، أو تقصيراً تافهاً، بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه. فالخطأ العقدي قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه، وهو مسئول عن خطأه في جميع هذه الأحوال. وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك، فقلنا إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة، ومع ذلك يبقى خطأه العقدي قائماً لأنه لم ينفذ التزامه، وإن كانت رابطة السببية تنفي بوجود السبب الأجنبي، فتعدم المسؤولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ.

وأما من ناحية التدرج، فالنظرية أيضاً ليست صحيحة. فنحن حتى إذا

قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نقبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معا أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ هذه التقسيمات جملة واحدة ، فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معا ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كاصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو أيضا شأن التقنين المدني المصري ، فقد جاءت المادة ٢١١ مدني — وقد سبق ذكرها — واضحة كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ ، وفي أن الأصل أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد وإن كان يجوز الخروج على هذا الأصل بنص القانون أو بالاتفاق .

وقد نص القانون فعلا في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد ، كما رأينا فيما تقدم . كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل ، بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أصلا إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

### ٢٤ — تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق

الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق :

ولما كانت المسؤولية العقدية مصدرها العقد ، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية ، فإن لها أن تعدلها .

فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

### مبرآته في جواز تعديل المسؤولية العقدية بالانقاف :

يمكن رد أحكام جواز التعديل الانقافى للمسؤولية العقدية إلى مبدأين رئيسيين :

( المبدأ الأول ) يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية . فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن . ولها أن يتفقا على التخفيف منها ، بالآ يجعل المدين مسؤولاً حتى عن تقصيره .

( المبدأ الثاني ) يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإغفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعنى نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدى ، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض ، وهذا لا يجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد ، ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعنى نفسه من المسؤولية عن فعل الغير ، حتى لو كان هذا الفعل عمداً أو خطأ جسيماً ، فإن عمد الغير أو خطأ الجسيم لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض .

### تطبيق المبرأين على الالتزام بغاية والالتزام بعناية :

تتدرج العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدى تدرجاً ملحوظاً . وتدرج هذه العناية بحيث تتدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه ، هو القدر الذى يصلح للبقاء فى رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه

الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذي قامت عليه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فساده وكان السبب في هجر النظرية . وبعد هذا التمهيد نطبق المبدأين المتقدمين الذكر على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففي الالتزام بغاية ، كالتزام أمين النقل بنقل البضاعة سالمة أو الراكب سالماً ، يبلغ مقدار العناية المطلوبة من أمين النقل الدرجة القصوى إذ يطلب منه دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، فلا تنفي مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون أمين النقل مسئولاً عن الفعل العمد وعن أى خطأ — جسماً كان أو يسيراً أو تافهاً بل وعن الفعل مجرداً عن أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي . وهذا ضرب من التأمين يلتزم به أمين النقل نحو صاحب البضاعة أو الراكب . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صوره . فلا يكون أمين النقل مسئولاً عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون أمين النقل مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً . وقد يتدرج أمين النقل في التخفيف من مسؤوليته ، فيشترط إعفاهه من مسؤوليته عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى ، لا يكون مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا فقط يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفاهه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم ، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك كما قدمنا . وقد ورد نص شرعي في ضمان استحقاق البيع — وهو التزام بغاية — يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام ، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدني على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان .»



ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه « يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » . وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع ، حيث نصت المادة ٥٣٢ ؛ مدني على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص ، هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المستأجر مثلاً مسؤولاً في حفظ العين المؤجرة عن السبب الأجنبي ، ولا عن الفعل المجرد عن الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسؤولاً عن فعله العمد ، وعن خطئه الجسيم ، وعن خطئه اليسير . وقد يشدد اتفاق خاص هذه المسؤولية فيصبح المستأجر مسؤولاً عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد عن الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية ، إذ يصبح المستأجر مسؤولاً عن تحقيق غاية هي رد العين المؤجرة سالمة ، ولا يتخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد الاتفاق من مسؤوليته إلى مدى أبعد ، فيصبح مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين يقدمه المستأجر للمؤجر كما أسلفنا القول . وقد يتخفف المستأجر من مسؤوليته باتفاق خاص ، فلا يكون مسؤولاً عن الخطأ اليسير . ويبقى دائماً مسؤولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفي نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما ، ما لم تسكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير (١) .

(١) ويقع أن تشترط شركة اغفائها من المسؤولية العقدية عن القس أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها ، فتجب ملاحظة أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلاً عنها ، بل يعتبر أداة *organe* لها . ومن ثم تكون مسؤولية الشركة عن فعلية مسئولية عن فعل شخصي لا عن فعل الغير ، فلا يجوز اذن للشركة أن تعفي نفسها من المسؤولية عن القس أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء . وتستطيع شركات النقل أن تعفي نفسها من المسؤولية عن السرقات التي يرتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر اغفاء من المسؤولية عن فعل الغير ، ولكن هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرطاً اذعاناً يجوز للقاضي ابطاله .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى الالتزام بغاية ، وأن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى إلتزام بغاية ، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد عن الخطأ ، إلى الخطأ التافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، بتدرج المدين في مسؤوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق ، ولا يقف دون ذلك هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزم بغاية والتزم بعناية .

## المطلب الثانى

### الضرر

الضرر المادى والضرر الادبى — مدى التعويض عن الضرر :

يعوض المدين الدائن ما أصابه من ضرر مادى وضرر أدبى ، ولكن لا يعوضه فى المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع . فعندنا مسألتان :  
(١) الضرر المادى والضرر الأدبى (٢) مدى التعويض عن الضرر .

### § ١ — الضرر المادى والضرر الأدبى

#### الضرر المادى :

يجب التعويض عن كل ضرر مادى حال ، أو ضرر مستقبلى إذا كان محقق الوقوع .

فإذا لم يقع ضرر أصلاً ، فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب فى الوصول فى الميعاد المحدد قد لا ينتج عنه أى ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته ،

فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا تعويض الموكل إذ لم يلحقه ضرر .

أما إذا وقع الضرر وكان حالاً ، وجب التعويض عن كل خسارة تحملها الدائن وعن كل ربح فاته . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات فيخل المورد بالتزامه ، فيضطر المصنع إلى شراء هذه الخامات من جهة أخرى بثمان أعلى ، فالفرق في الثمن خسارة تحملها المصنع يرجع بها على المورد . وقد يترتب على تأخر توريدات الخامات للمصنع أن تفوته صفقات كان يستطيع عقدها لو أن الخامات لم تتأخر ، فالربح الذي كان يعود على المصنع من هذه الصفقات ربح فاته فيرجع به على المورد .

وقد لا يقع الضرر في الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل . فإذا تعاقد المصنع على استيراد خامات لا لصنعها في الحال بل ليدخرها للمقبل من الأيام ، فيخل المورد بالتزامه ، فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً حينما ينفد ما عنده من الخامات ويصبح في حاجة إلى الجديد الذي تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ويحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لم يعرف بعد . مثل ذلك راكب يصاب بحادث أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض وجب التربص حتى يعرف مدى الضرر فيتقاضى عنه التعويض الواجب .

وقد يكون الضرر محتملاً ، لا هو قد تحقق فعلاً ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خلافاً يخشى معه أن تهدم العين ، فالخلل ضرر حال ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً ، أما الضرر المحتمل فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق .

### الضرر الادبي :

وقوع الضرر الادبي في المسؤولية العقدية ، على خلاف المسؤولية التقصيرية ، نادر ، إذا الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية . ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للتعاقد في تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل ، لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض ، أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يذيع الطبيب سرا للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . والناشر إذا نشر كتابا لمؤلف فشوّهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والقطار إذا تأخر في الوصول عن ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب .

ويوجب القانون التعويض عن الضرر الادبي كالتعويض عن الضرر المادي . ولكن لا ينتقل حق التعويض عن الضرر الادبي إلى الغير من محال له أو وارث ، إلا إذا تحدد الضرر بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ( م ٢٢٢ مدني )

### § ٢ — مدى التعويض عن الضرر

#### الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية :

الضرر غير المباشر لا يعرض عنه أصلا ، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، فلا يعرض إذن في كلتا المسؤوليةين إلا عن الضرر المباشر . ولكن في المسؤولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر مباشر ، متوقعا

كان أو غير متوقع . أما في المسؤولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم ، إذ في هاتين الحالتين يعرض عن كل ضرر مباشر ولو غير متوقع .

وتأتي بمثال يوضح ذلك : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للنزل الأول ولكنه أعلى أجره ، ويكلف بعض المفروشات في أثناء النقل ، ثم يكون في المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع ، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع ، وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، مالم يكن قد أدخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر المباشر غير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية . ولا يكون المؤجر مسؤولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً ، حتى لو كانت مسؤوليته تقصيرية لا عقدية .

**ما الذي يبرر رفضه التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع :**

ويقال عادة في تبرير قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر ، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش — أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم — في جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . ويتمتع بعض الفقهاء فكرة انقلاب المسؤولية العقدية بالغش إلى مسؤولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسؤولاً بالعقد ، حتى لو كان سىء النية في عدم تنفيذه .

ونرى أن نتلمس مبرراً للقاعدة في الاعتبارات الآتية : الأصل في

المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر فهو الذي أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، بإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاق يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالات غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر المباشر ، متوقفاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الضمنى الذى يعدل من مقدار المسئولية . وهذا الرأى يقرب المسألة من أساسها . فالأصل فى المسئولية العقدية ، كالأصل فى المسئولية التقصيرية ، أن يكون التعويض عن كل ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع . إلا أن المسئولية العقدية تفرض وجود شرط ضمنى يعنى من المسئولية عن الضرر غير المتوقع ، وهذا الشرط الضمنى يكون باطلاً في حالات الغش والخطأ الجسيم ، ففي هاتين الحالتين نعود إلى القاعدة العامة بعد إبطال الشرط الضمنى فيكون المدين مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم تكون القاعدة فى المسئولية العقدية هي التعويض عن الضرر غير المتوقع ، والاستثناء هو عدم التعويض ، وليس العكس .

### تحرير الضرر المباشر والضرر المتوقع :

بقى أن نحدد ما هو الضرر المباشر وما هو الضرر المتوقع :  
 الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثه ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

فإذا باع شخص من آخر بقوة موبوءة ، فأعدت مواشى المشتري ، وماتت ومات معها سائر المواشى ، فلم يتمكن المشتري من زراعة أرضه ، فأعوزه المال ولم يستطع الوفاء بديونه ، فحجز الدائنون على أرضه وباعوها بثمن بخس ، فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضا : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . فحتى نحدد من هذه الأضرار ما هو المباشر وما هو غير المباشر ، نطبق المعيار سالف الذكر . فبرى البقرة الموبوءة وقد نفقت بعد أن أعدت سائر المواشى فنفقت هى أيضا ، أكان المشتري يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر فى ذلك إلى الظروف الملازمة ، والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضرارا مباشرة . أما العجز عن الزراعة ، وعن وفاء الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان فى وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان فى استطاعته أن يستأجر مواشى أخرى لزراعة أرضه ، أو أن يؤجر الأرض ذاتها لغيره ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التى أصابته من جراء موت المواشى ، ومن ثم تعتبر هذه الأضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بما يأتى : « اذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار والذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة من الحادث ، كان يقال ان هذا الوابور كان معدا للتركيب على بئر ارتوازية ، وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضا متعهدا بان يروى الاطيان المجاورة فلم يروها لهذا الحادث فطالبه اصحابها بتعويض ، ثم انه لم ينتفع أيضا بالارض التى حفر البئر فيها وبالارض التى أعدها لوضع الوابور . . الخ . الخ » ( ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧ ) - وقضت محكمة النقض بأنه اذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها عن سحب رخصة من متجر بالآثار ، وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجرا بغير رخصة وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وازالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، فلقضاؤه صحيح قانونا ( ٩ ابريل سنة ١٩٢٦ الحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤ ) . وظاهر ان كل هذه اضرار مباشرة ، لان صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول .

بقي تحديد ماهو الضرر المتوقع . ويجب في تحديده أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لاني سببه فحسب ، بل أيضا في مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل « طرد » ، ثم ضاع الطرد في الطريق ، وتبين أنه يحتوي على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، لم تكن الشركة مسؤولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد سبب ضياع الطرد . بل لا تكون مسؤولة إلا عن القيمة المعقولة للطرد ، إذ هي لا نسأل إلا عن الضرر الذي كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره ، وذلك وقت إبرام العقد لا بعد ذلك . وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي ، فالضرر الذي كان يمكن توقعه عادة ، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين ، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات ، هو الذي يكون محل الاعتبار . فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعا ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين الضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن الطرد يحتوي على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره ، فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن هذا الضرر إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلا على تعريفه منخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذي يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت الدائن عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معذورا إذا لم يتوقعه . فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول في الميعاد لأنه سيشارك في سباق أو سيؤدي امتحانا أو سيحضر اجتماعا هاما أو سيمضي عقدا أو سيتقدم في مزاد أو نحو ذلك من الأعمال العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدود ، فلا يكون أمين النقل مسؤولا عما يقع من



ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخرا عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولا عن الضرر الذي ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة . أما إذا رجح عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبي عنهما معا ، فإن المعيار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذي ينطبق في هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أولا يتوقعه .

### المطلب الثالث

## علاقة السببية بين الخطأ والضرر

### عبء الإثبات :

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضا أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ، ولكنه البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث لا تتكسر حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين ، بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة ، إذا ادعى أنها غير موجودة . فعليه الإثبات يقع عليه ، لا على الدائن . ففي المثل المتقدم لا يتخلص عامل النقل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن صاحب البضاعة قد أهمل فلم يصف البضاعة بحيث يامن عليها من الكسر لو كانت السرعة معتادة .

والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي ، وذلك بان يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قادرة أو حادث فجائي ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى خطأ الغير . ونبحث كلا من هذه الأنواع الثلاثة للسبب الأجنبي .

## ١٤ — القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

### القوة القاهرة والحادث الفجائي س١ ، واهم :

يذهب بعض الفقهاء إلى التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ، ولكنهم لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه ، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه . فيكفي إذن أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع ، ولا يلزم اجتماع الخصيصتين . ولا يجوز الأخذ بهذا الرأي ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثا لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضا غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثا لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضا مستحيل الدفع ، ولا يكفي وجود إحدى هاتين الخصيصتين لانعدام رابطة السببية .

ومن الفقهاء من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين ، ولكن يميز في خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي . ولكن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر ، فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي حادثا مستحيل الدفع غير ممكن التوقع . ولكن القوة القاهرة

تكون حادثا خارجيا عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة أو زلزال، والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كانفجار آلة أو انكسار عجلة. ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق المسؤولية، ما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته. وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضا، لأن من المسلم به أن كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي تنعدم به رابطة السببية.

والصحيح أن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد، وإذا كان التعبيران مختلفين فإن أحدهما يكمل الآخر، فالقوة القاهرة تبرز خصيصة استحالة الدفع والحادث الفجائي يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع.

### الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي:

ويبقى أن نفصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة القاهرة أو حادثا فجائيا. وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثا غير ممكن التوقع ويكون في الوقت ذاته مستحيل الدفع.

فيجب أن يكون الحادث غير ممكن التوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة القاهرة أو حادثا فجائيا. ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل أيضا من جانب أشد الناس يقظة، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي، بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لانسيا. وعدم إمكان التوقع يكون وقت إبرام العقد، فحتى كان الحادث غير ممكن التوقع في هذا الوقت كان هذا كافيا، حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ.

ويجب أن يكون الحادث أيضا مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث

حتى لو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وأن تكون الاستحالة مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون فى موقف المدين . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة ، فقد رأينا فى نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لاستحياله .

### تطبيقات عملية :

ونورد بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين ، فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل توقعه ولا يستطيع دفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته الحرب من أحداث واضطرابات . فإذا هاجم العدو بلداً ودخلها فاتحاً وطرده منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ فى جانبه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً فى تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء ،

أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث ما دام شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا .

وقد تنطوي حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائي ، كما إذا انفجرت آلة أو انكسرت عجلة ، أو انزلقت السيارة في أرض زلجة ، أو اعترضها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر شرط استحالة التوقع واستحالة الدفع .

### أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :

وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، فلا تتحقق المسؤولية كما قدمنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، فيتفقا على أن ذلك لا يخلى المدين من التزامه ، أو يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه إذا وقع حادث معين كالإضراب أو الحرب ، وفي هذا ضرب من التأمين يتلسه الدائن من المدين كما قدمنا .

### § ٢ — خطأ المضرور

#### وضع المسألة :

الكلام في خطأ المضرور إنما يكون إذا وقع من المدعى عليه خطأ ووقع في الوقت ذاته خطأ من المضرور . أما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ أصلاً وكان الخطأ هو خطأ المضرور وحده ، فليس هناك مسئول لأن المضرور

هو الذى ألحق بنفسه الضرر . كذلك إذا وقع من المدعى عليه خطأ ولم يقع من المضرور خطأ ، فالمسئول وحده هو المدعى عليه . ويجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ ليس من شأنه أن يخفف من مسئولية المدعى عليه ، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهسه القطار أو السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهسته السيارة ، ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ، وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه . وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ ، أى إذا انحرف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن فى إحداث الضرر ، وجب أن نعرف إلى أى حد يؤثر خطأ المدعى عليه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقي كل من الخطأين غير مستغرق للخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

### استغراق أحد الخطأين بالخطأ الآخر :

إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذى استغرق خطأ المضرور ، كانت مسئولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذى استغرق خطأ المدعى عليه ، فإن مسئولية المدعى عليه تنقضي لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فى حالتين : ( الحالة الأولى ) إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً فى جسامته الخطأ الآخر . ( والحالة الثانية ) إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

في الحالة الأولى ، لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا في صورتين : ( ١ ) إذا كان أحد الخطأين خطأ عمديا والخطأ الآخر غير عمدي ، فيكون المدعى عليه أو المضرور أراد إحداث الضرر متعمدا أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذي أراد إحداث الضرر متعمدا ، كانت مسؤوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل في إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذي نقف عنده سببا لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفا استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس راكبا فيها مكفوف البصر وهو ينزل منها دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسؤوليته ، ذلك أن السائق قد تعمد دهس المضرور ، ولم يكن خطأ المضرور وهو نزوله من السيارة دون قائد مع أنه مكفوف البصر إلا ظرفا استغله السائق في تنفيذ غرضه . أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد لحاق ضرر بنفسه ، فقد استغرق خطأه خطأ المدعى عليه ، وانتفت مسؤوليته المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصا أراد الانتحار فألقى بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة تتجاوز الحد المفروض قانونا ، فهو وحده الجاني على نفسه ، ولا يجوز أن يحتج — هو إذا نجا أو ورثته لو مات — بان السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمده الانتحار هو وحده الذي نقف عنده سببا لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفا استغله المضرور لتنفيذ قصده (١) . ( ٢ ) إذا رضی المضرور بما وقع

(١) وتدق المسألة لو ان كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد احداث الضرر ، كما اذا دفع مصاب بمرض مستعص طيبيا في أن يخلصه من حياته . فانما لم نقل في هذه الحالة بانتفاء خطا الطبيب لاستغراقه بخطا المريض ، جاز القول بانتفاء الضرر ذاته ، فان الطبيب لم يحدث ضررا بمريض خلصه من حياة شقية .

على أنه اذا استقلت نية المدعى عليه في احداث الضرر عن نية المضرور في الحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك اتفاق بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدي هو الذي يبقى قائما ، وهو الذي يستغرق خطأ المضرور العمدي ، وتتحقق مسؤولية المدعى عليه كاملة .

عليه من الضرر . ورضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده ، كما يقع ذلك في المباراة . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ، فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر . والذي يعنينا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى بالضرر ، فلا يعلو إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالمهندس إذا نفذ تصميمًا معينًا يكون مخطئًا حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر يعد خطأ منه ، ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسؤولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك ، فينظر في كل حالة هل كان المضرور مخطئًا عندما رضى بالضرر . ويكون في أكثر الأحوال مخطئًا ، فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك السائق يسوقها وهو في حالة سكرين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد رضاه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسؤولية السائق . وفي بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حدا من الجساماة يكون من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفي المسؤولية لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذي يرضى عن بيئة ينقل مهربات حرية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشيء على صاحب المهربات .

وفي الحالة الثانية ، قد يكون خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، فيستغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول ، ويعتبر خطأ المدعى عليه وحده هو الذي أحدث الضرر ، فتكون مسؤوليته مسؤولية كاملة . فإذا ركب شخص سيارة يسير سائقها بسرعة فائقة ، فاندفع الراكب بدافع الفرع إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماسا للنجاة فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة خطأ



المدعى عليه ، واستغرق خطأ السائق خطأ الراكب وتحققت مسؤولية السائق كاملة . أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذى يستغرق خطأ المدعى عليه ، فلا تتحقق المسؤولية لا نعدم رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة راكبا فيها نزل فجأة من السيارة وهى تسير ، فإن خطأ الراكب يستغرق خطأ السائق المفروض فى جانبه ، وتعدم رابطة السببية فلا تتحقق مسؤولية السائق .

### عدم استفراف أمر الخطأ الآخر — الخطأ المشترك .

فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بل بقيا متميزين كل منهما اشترك فى إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان ، خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) . والتعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركا ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما كما رأينا خطأنا مستقلا أحدهما ارتكبه شخص والثانى ارتكبه الآخر ، ولكنهما اشتركا معاً فى إحداث الضرر .

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، إذ لولاها لما وقع هذا الضرر . ومن ثم تكون المسؤولية بالتساوى بين المضرور والمدعى عليه ، ويكون كل منهما مسئولاً عن نصف الضرر . ولو كان المدعى عليه شخصين لا شخصاً واحداً ، كانا هما والمضرور مسئولين جميعاً بالتساوى ، فيرجع المضرور على كل من المدعى عليهما بثلاث الضرر ، ويتحمل هو الثلث الباقى بسبب خطأه . على أن القضاء جرى على توزيع المسؤولية على أساس جسامه الخطأ الذى صدر من كل من المسئولين ، فلا يلجأ إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامه كل خطأ . مثل ذلك شخص يصاب ويكون المسئول عن الإصابة مسئولاً مسئولاً عقدياً له فيحمل فى علاج نفسه ، فيزيد من الضرر الذى يحدث له ، فيقسم

للقاضي المسئولة بحسب جسامته خطأ كل من المدعى عليه والمضروب. ومثل ذلك أيضا شخص يخرب منزلا استأجره فيجعله غير صالح للسكن، فيهمل صاحب المنزل في إصلاحه وتطول من جراء ذلك المدة التي يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة. ولكن المضروب لا يتحمل إلا نتيجة خطأه هو. فلا يتحمل نتيجة خطأ الغير في زيادة الضرر. فإذا أحدث شخص كسرا في عظام شخص آخر وكان مسئولا عن ذلك مسئولة عقدية ووقع من المعالج خطأ في جبر الكسر تسبب عنه زيادة الضرر، فالمضروب لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضا عن زيادة الضرر، وللمسئول أن يرجع على المعالج بهذه الزيادة.

### § ٣ - خطأ الغير

#### وضع المسألة.

نستبعد هنا أيضا، كما فعلنا عند بحث خطأ المضروب، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما، ووقع الضرر بفعل الغير وحده. فإذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول، وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلا يكون أحد مسئولا.

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه، واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسئولية المدعى عليه. ويشترط هنا، كما اشترط في فعل المضروب، أن يكون فعل الغير خطأ له شأن في إحداث الضرر فإن لم يكن فعل الغير خطأ، فليس له أثره في مسئولية المدعى عليه، وكان هذا وحده هو المسئول مسئولة كاملة. فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ، أي انحرافا عن السلوك المألوف للرجل

المعتاد ، ولا بد أيضاً أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ، وإلا ما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر (١) .

### استفراق أمر الخطأين للخطأ الآخر

إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر - كما بينا في صدر الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استفراق رضا المضرور لخطأ المدعى عليه فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاه الغير .

### عدم استفراق أمر الخطأين للخطأ الآخر - تعدد المسئولية

فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بقي الخطأان قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد . فتنقسم المسئولية بين المسئولين المتعددين بحسب

(١) ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولاً عنهم فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً ، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسئولية المدعى عليه نحو المضرور ، لأن المدعى عليه مسئول في النهاية عن خطأ هذا الغير .

وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث ، وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئولية المدعى عليه ، بل يجوز أيضاً أن يستغرقها .

جسامة خطأ كل منهم ، فإن لم يكن في الاستطاعة تحديد جسامة الخطأ قسمت المسؤولية بالتساوي على عدد الرؤوس. وإذا كانت المسؤولية تقصيرية لاعتقدية كان المسؤولون المتعددون متضامنين في المسؤولية .

فإذا دهست سيارة راكبا فيها، اضطر لأن يقذف نفسه منها لأن السيارة اعترض طريقها فجأة شخص من المارة فانحرفت عن الطريق وانقلبت، فإن سائق السيارة يكون مسؤولا هو والغير بحسب جسامة خطأ كل منهما نحو الراكب ، إلا إذا كان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر فيكون صاحب الخطأ المستغرق هو المسؤول وحده . ويستطيع السائق التخلص من المسؤولية إذ هو أثبت أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة بالنسبة الى السائق فيتخلص من المسؤولية. وفي هذه الحالة يرجع الراكب على الغير الذي كان خطأه هو السبب في إحداث الضرر ، ويكون الغير مسؤولا مسؤولا كاملة عن التعويض ، وتكون مسؤوليته تقصيرية لاعتقدية .

## المبحث الثاني

### المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي

محاولة استعراض نظرية في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي :

لا يمكن القول إن هناك نظرية في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي على النحو الذي رأيناه في الفقه الغربي . وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسؤولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي ، وهذا هو شأننا في المقابلات التي نجرها ما بين الفقهاء .

و من ثم نبحث مسائل ثلاثا هي التي سبق بحثها في الفقه الغربي :

(١) الخطأ العقدي (٢) الضرر (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

## المطلب الأول

### الخطأ العقدي في الفقه الإسلامي

الالتزام بتحقيق غاية والالتزام بمنزل عناية في الفقه الإسلامي :

يمكن القول في الفقه الإسلامي ، كما أمكن القول في الفقه الغربي ، بأن المدين إذا لم يتم بتنفيذ العقد كان هذا هو الخطأ العقدي ، ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ العقد ناشئاً عن عمدته أو عن إهماله أو عن فعله .

ويمكن القول كذلك إن الفقه الإسلامي يتسع للتمييز بين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بنقل الملك أو بنقل المنفعة أو بتسليم العين ، وبين الالتزام بتحقيق غاية كالالتزام بالمحافظة على العين المودعة أو العين المؤجرة أو العين المعارة .

فنبحث هذين النوعين من الالتزام في الفقه الإسلامي .

### ١٨ — الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي

كيف يتصور الالتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي :

ومن الممكن أن تتصور وجود التزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي ، فيكون التزاماً تنفيذه لا يتم إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام . فالالتزام البائع بنقل الملك إلى المشتري لا يتم إلا إذا انتقل الملك فعلاً إلى المشتري . ومهما كانت الأسباب التي تحول دون انتقال الملك ، فإنه إذا لم ينتقل لا يكون البائع قد قام بالتزامه ، ومن ثم يكون هناك خطأ عقدي . كذلك التزام المؤجر بنقل المنفعة إلى المستأجر التزام بتحقيق غاية ، لا يتم إلا بنقل المنفعة

فعلا إلى المستأجر . والالتزام بتسليم عين معينة بالذات لا يتم تنفيذه إلا بتسليم هذه العين .

ويحسن نظراً لجدّة هذه المسألة في الفقه الإسلامي ، بل ولجذتها في الفقه الغربي ذاته فإنها نظرية ظهرت في هذا الفقه في وقت متأخر ، أن نذكر في شيء من الاستقصاء عدداً من الالتزامات التي يمكن تصورها في الفقه الإسلامي على أنها التزامات بتحقيق غاية .

فذكر من ذلك : ( ١ ) التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه ( ٢ ) التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ( ٣ ) التزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة ( ٤ ) التزام المؤجر بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ( ٥ ) الالتزام بالتسليم ( ٦ ) الالتزام بالقيام بعمل معين .  
ونبحث كلا من هذه الالتزامات .

### الالتزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه :

التزام البائع بنقل ملك المبيع وتسليمه التزام بتحقيق غاية ، فالتم يقبض المشتري المبيع لا يعتبر البائع قد نفذ التزامه ، مهما كانت الأسباب التي حالت دون القبض . فإذا هلك المبيع ، ولو بسبب أجنبي ، امتنع على البائع أن يسلم المبيع واعتبر مخلاً بالتزامه ، وانفسخ البيع ، وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع . جاء في المبسوط للسرخسي ( جزء ١٣ ص ٩ ) : « قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن ، والعقار في هذا كالمقول ، حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك ، سقط الثمن ، .

ونرى من ذلك أن البائع لا يعتبر أنه قد نفذ التزامه من نقل الملك والتسليم إلا إذا قبض المشتري المبيع ، فعند ذلك تبرأ ذمة البائع ، وتكون تبعه الهلاك على المشتري . وتقول المادة ٢٩٤ من المجلة في هذا الصدد : « إذا هلك المبيع بعد القبض ، هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع ، . وقبل ذلك

تقول المادة ٢٩٣ من المجلة : « إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري ، يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري » . ويقول الأستاذ سليم باز ( ص ١٥٠ ) تعليقا على هذا النص الأخير . « إذا هلك المبيع قبل القبض بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل نفسه كما إذا كان حيوانا قتل نفسه أو أتلف بعضه البعض الآخر . بطل البيع ، ورجع المشتري بالثمن إن كان قد دفعه إلى البائع . وإن كان بالثمن كفيل بإذن المشتري ، وكان الكفيل قد أدى الثمن ، ثم هلك المبيع قبل القبض ، فإن الكفيل يرجع على المشتري لا على البائع ، ثم يرجع المشتري على البائع » .

### التزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب :

يلتزم البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب ، وهذا الالتزام بالضمان التزام بتحقيق غاية ، فتي استحققت العين أو ظهر بها عيب يوجب الضمان التزم البائع بالضمان أيا كانت الأسباب التي أدت إلى ذلك ولو لم يكن للبائع فيها يد . ذلك أن التزامه هو ألا تستحق العين وألا يكون فيها عيب ، فإن وقع شيء من ذلك فقد أخل بالتزامه ولم يحقق الغاية المقصودة . والضمان هنا يكون بفسخ البيع ، ولا يعرض المشتري بأكثر من رد الثمن إليه ، فلا يعرض عن خسارة تحملها أو عن ربح فاته ، لأن نظرية الضرر الواجب التعويض عنه في الفقه الإسلامي لا تتسع لمثل هذا التعويض<sup>(١)</sup> .

(١) جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٢٣ ) : « اشترى كرما وعمل فيه حتى أدرك العنب والشمس ، ليس له أن يأخذ شيئا كما يعمل الأكار ، وليس له أن يطلب أجر العمل ، لأن المنافع لا تقوم إلا بالفقد ، وهو ما كان أكارا بل كان عاملا لنفسه ، من مشتمل الأحكام . اشترى عبدا وامتقه بمال أخذه منه ، ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بمال على المبتق . هذا قول أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، وأصله نصب عبدا فأجر العبد نفسه ، فأخذ الفاصب الأجر من العبد وأكله ، ويضمن عنده . خلافا لهما » . وجاء أيضا في مجمع الضمانات ( ص ٢٢٥ ) : « لو استحققت الأرض وقد أدى المشتري خراجها لا يرجع بالخراج على البائع » وجاء في ( ص ٢٤١ ) : « لو اشترى طاحونة فكانت في يده مدة ، ثم استحقها رجل ، فليس له أن يطلب بفصالات الطاحونة ، لأنه ليس من أجزاء المبيع ، بل كسبه وفعله » .

أمثلة لضمان الاستحقاق : لو اشترى عبداً فقبضه فوهبه من آخر أو تصدق به على رجل ، ثم جاء رجل واستحقه من يد الموهوب له أو من يد المتصدق عليه ، كان للمشتري أن يرجع بالثمن على بائعه . ولو اشترى عيناً وباعها من آخر وأبرأه من الثمن ، لا يرجع المشتري عليه ، وله أن يرجع على بائعه ، وقال القاضي بديع ليس له أن يرجع . أقر بعين صريحا أنها لفلان ، ثم اشتراها منه ، ثم استحققت ، فالأصح أنه يرجع بالثمن على بائعه ، وقيل لا يرجع ، والمنصوص هو الأول . رجل اشترى جارية وقبضها ووهبها من رجل ، ثم اشتراها من الموهوب له فولدت له ولداً ، فاستحقها رجل ، فإن المشتري يرجع على البائع وهو الموهوب له بالثمن وبقيمة الولد لأنه مغرور . رجل اشترى داراً وهو يعلم أنها لغير البائع ، وقال البائع وكلني صاحبها بالبيع ، فهذا وما لو اشترى من مالكها سواء . ولو قال البائع إن صاحبها لم يأمرني بالبيع لكن أرجو أن يرضى ، فلم يرض حين اشتراها وهو قد بنى ، لا يرجع بشيء لأجل البناء .

أمثلة لضمان العيب : رجل اشترى بغيراً فقبضه ، ثم وجد به عيباً فذهب به إلى البائع ليرده ، فهلك في الطريق ، فإنه يهلك على المشتري ، ثم إن المشتري إن أثبت العيب يرجع بنقصان العيب . لو اشترى عبداً ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات عند المشتري ، فإنه لا يرجع بالثمن ، لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف إلى السابق ، لكن يرجع بنقصانه كما ذكره الزيلعي وكذا في الأشباه .

( أنظر في كل ما تقدم يجمع الضمانات ص ٢٢٨ و ص ٢٣٢ و ص ٢٣٥ و ص ٢٣٩ و ص ٢٤٣ ) .

### التزام المؤجر بنقل منفعة المعين المؤجرة :

والتزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة إلى المستأجر هو أيضاً التزام بتحقيق غاية ، فلا يكفي أن يبذل المؤجر جهده في نقل هذه المنفعة إلى المستأجر ، بل



يجب نقلها فعلاً إليه . ولما كانت المنافع معدومة في الحال ، لذلك قالوا إن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة . والذي يجب على المؤجر حتى يتم تنفيذ التزامه هو تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة وإن لم تستوف حقيقة .

فلو أن المستأجر لم يتمكن من استيفاء المنفعة من المأجور ، أيا كانت الأسباب ولو كانت لا ترجع إلى فعل المؤجر أو كانت سبباً أجنبياً ، فإن المؤجر لا يعتبر قد نفذ التزامه ، لأن تحقيق الغاية فعلاً - أي تمكين المستأجر من الانتفاع - هو المعتمد به في هذا الالتزام .

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المادتين ٤٧٧ و ٤٧٨ من المجلة . فقد نصت المادة ٤٧٧ على أن « تسليم المأجور شرط في لزوم الأجر ، فلا تلزم الأجرة إلا من وقت التسليم . فعلى هذا ليس للآخر مطالبة اجرة مضت قبل التسليم ، وإن انقضت مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق الأجر شيئاً من الأجرة » . ونصت المادة ٤٧٨ من المجلة على أنه « لو فات الانتفاع بالمأجور كلية سقطت الأجرة . مثلاً لو احتاج الحمام إلى الترميم وتعطل في أثناء ترميمه ، تسقط حصة تلك المدة من الأجرة . وكذلك لو انقطع ماء الرحي وتعطلت ، يسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء ، ولكن لو انتفع المستأجر من بيت الرحي بغير الطحن فيلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة » . ويقول الأستاذ سليم باز ( ص ٢٦٧ - ص ٢٦٨ ) في التعليق على هذا النص ما يأتي : « وكذا لو استأجر حماماً فانقطعت ماؤه مدة ، أي فيسقط من الأجر حصة تلك المدة . ومثله لو استأجر حماماً في قرية ، ففقر الناس ووقع الجلاء ومضت المدة ، سقط الأجر عنه ، وإن نفر بعض الناس فلا ( در مختار ) .. وكذا لو طفت مياه الرحي فعطلته عن الطحن مدة ، ومثله لو استأجر أرضاً لا تسقى إلا بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر وإن لم تنفسخ

الإجارة في الأصح (خانية) . كما لو استأجر أرضاً بشرها فانقطع الماء عنها . أو سال عليها حتى لايتها له الزراعة ، فلا أجر عليه لعدم التمكن من الانتفاع . (بجمع الأنهر) . وفي الخيرية استأجر أرضاً لزراع التتون بشرها من صهرج مائها ، فانهدم الصهرج وغار ماؤه ، فلا شيء على المستأجر لفوات التمكن من الانتفاع . . . . . إذا هلك الزرع الذي زرعه في الأرض المستأجرة ، ولم تبق مدة يتمكن فيها من إعادته ، فعليه الأجر لما مضى ، ولا أجر عليه في المدة الباقية (حاهدية) .

### التزام المؤجر بضمان التعرضه وبضمونه العيب :

ولا يكفي أن ينقل المؤجر المنفعة للمستأجر ، بل يجب عليه أيضا أن يضمن له دوامها ، فيضمنها من عيب يفوت على المستأجر المنفعة المقصودة ، ومن تعرض الغير للعين المأجورة تعرضاً يحول بينه وبين التمكن من المنفعة . وهذان الالتزامان — ضمان العيب وضممان التعرض — التزامان بتحقيق غاية . فإذا وجد عيب بالمأجور ، أيا كان سببه ولو لم يكن بفعل المؤجر أو بعلبه ، فقد عجز عن تحقيق الغاية المقصودة ، فالتزم بالضمان . كذلك لو تعرض الغير للمأجور ، ولو بغير علم المؤجر ، كان هذا ضمناً لأن الغاية تخلفت ، وبجرد تخلف الغاية إخلال بالالتزام .

وقد ورد في المجلة في شأن ضمان العيب المادة ٥١٤ ، وتجري على الوجه الآتي : « العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ماتفوت معه بالكلية أو تخلف معه المنافع المقصودة ، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ، ومن الرحي بانقطاع مائها ، أو باختلالها بهبوط سطح الدار ، أو بانهدام محل مضر بالسكنى ، أو بانجراح ظهر الدابة ، فهذه كلها من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة . وأما النواقص التي لا تخلف بالمنافع ، كأنهدام بعض محال الحجرات بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر ، وكانقطاع عرف

الدابة وذيلها ، فليست موجهة للخيار في الإجارة . ، ونصت المادة ٥١٥ من المحلة : « لو حدث في المأجور عيب قبل استيفاء المنفعة ، فإنه كالموجود وقت العقد . ، وهذا بخلاف العيب في البيع ، فلو حدث بعد القبض في يد المشتري ، فلا ضمان على البائع . والسبب أن المنفعة تتجدد شيئاً فشيئاً ، فإذا وجد عيب قبل تجددتها ، كان بمثابة عيب وجد قبل قبض المبيع . ونصت المادة ٥١٦ من المحلة : « لو حدث في المأجور عيب ، فالمستأجر بالخيار ، إن شاء استوفى المنفعة من العيب وأعطى تمام الأجرة ، وإن شاء فسخ الإجارة . »

وورد في مرشد الحيران في شأن ضمان التعرض ما يأتي م ٦٥١ : « إذا عرض في مدة الإجارة ما يمنع الانتفاع بالعين المؤجرة ، بأن غصبت الدار المستأجرة منه ولم يتمكن بأية وسيلة كانت من رفع يد الغاصب ، سقطت الأجرة من المستأجر . ولو عرض ذلك في بعض المدة ، سقطت الأجرة بقدره . ، م ٦٥٢ : « إذا قصر المستأجر في رفع يد الغاصب ، وكان ذلك ممكنه ، فلا تسقط عنه الأجرة ، ولو أمكنه ذلك بإتفاق مال ، لا يلزمه ذلك وتسقط عنه الأجرة . »

### الالتزام بتسليم :

التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، والتزام من تسلّم عيناً على سوم الشراء بردها إلى المالك ، كل هذه التزامات بتحقيق غاية ، فما لم تسلّم العين لصاحب الحق فيها ، كان المدين مخلاً بالتزامه أياً كانت الأسباب التي حالت دون ذلك ولو كانت القوة القاهرة . فلو هلك المبيع بقوة القاهرة قبل تسليمه إلى المشتري ، أو غصب من البائع ، فهو على البائع لأن عليه تسليم المبيع إلى المشتري كما سبق القول . ولو هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، أو هلكت العين المسلمة

على سوم الشراء<sup>(١)</sup> ، لم يخل الهلاك المؤجر أو القابض على سوم الشراء من التزامه بالتسليم ، ومن ثم يكون الهلاك عليهما .

والمبيع في يد المشتري يبيع باطل أمانة عند البعض لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك ، ومضمون عند البعض لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وكذلك المبيع في يد المشتري يبيع فاسد . فيكون التزام المشتري برد المبيع إلى البائع التزاما يبذل عناية أو التزاما بتحقيق غاية ، بحسب ما إذا اعتبرت يده يد أمانة أو يد ضمان .

والتسليم يتم تنفيذه بالتخلية بين الشيء ومن يراد تسليمه إياه بحيث يتمكن هذا من قبضه ، فلو باع رجل شيئاً وخلى بينه وبين المشتري وتمكن هذا من القبض يصير قابضاً حتى لو هلك يهلك عليه . جاء في مجمع الضمانات (ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧) : « رجل له رماك في حظيرة فباع منها واحدة بعينها لرجل وقبض الثمن ، وقال للمشتري ادخل الحظيرة واقبضها وقد خلعت

(١) « المقبوض على سوم الشراء مضمون عند بيان الثمن ، وعلى وجه النظر ليس بمضمون مطلقاً .. قال قاضي خان : رجل جاء الى الزجاج فقال ادفع الى هذه القارورة فاراها ، فقال الزجاج ارفعها ، فرفعها ف وقعت وانكسرت ، لا يضمن الرافع ، لان رفعتها وان كان على سوم الشراء فالثمن غير مذكور ، والمقبوض على سوم الشراء لا يكون مضموناً الا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية . وان كان القابض قال للزجاج بكم هذه القارورة فقال الزجاج بكذا ، فقال اخذها فاراها فقال الزجاج نعم ، فرفعتها ف وقعت من يده وانكسرت ، كان عليه قيمتها . وفي قاضي خان اذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده ، كان عليه قيمته ، وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري .. رجل طلب من البراز ثوبا ، فاعطاه ثلاثة انواب ، وقال هذا عشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين احملها الى منزلك فاي ثوب رضىته بعته ، فحمل الرجل الثياب فاحترقت الكل عند المشتري ، قال الشيخ محمد بن الفضل : ان هلك الكل جملة أو على التعاقب ولا يدري الذى هلك أولا والذي بعده ، ضمن المشتري ثلث ثمن كل ثوب . وان عسرف الأول لزمه ثمنه ، والثوبان أمانة عنده . وان هلك الثوبان وبقي الثالث ، فانه يرد الثالث لانه أمانة ، وأما الثوبان فيلزمه قيمة نصف كل واحد منهما اذا كان لا يعلم أيهما هلك أولا .. وان هلك واحد وبقي اثنان ، لزمته قيمة ما هلك ، ويرد الثوبين وان احترق الثوبان وبعض الثالث لثله أو ربعه ولم يعلم أيهما احترق أولا ، يرد ما بقي من الثالث ، ويضمن نصف كل واحد من الثوبين ولا يضمن نقصان الثالث ( مجمع الضمانات ص ٢١٢ - ص ٢١٥ ) ..

بينك وبينها ، فدخل ليقبضها فعالجها فانفلتت من باب الحظيرة وذهبت . قال محمد إن سلم الرمكة إلى المشتري في موضع يقدر على أخذها بوهق ومعه وهق والرمكة لا تقدر على الخروج من ذلك المكان فهو قبض ، وإن كانت تقدر على أن تنفلت منه فليس بقبض . وإن كان المشتري يقدر على أخذها إن كان معه أعوان ولا يقدر على أخذها بغير حبل ولا أعوان نخلي البائع بينها وبينه فانفلتت كان المشتري قابضاً . وإن كانت الرمكة في يد البائع يمسكها بعناتها فاشتراها منه رجل ونقد الثمن ، فقال له البائع هاك الرمكة ، فوضعها في يد المشتري حتى صارت في أيديهما جميعاً ، فقال البائع خليت بينك وبينها فاقبضها فإني أمسكها لك ، فانفلتت من يد البائع قبل قبض المشتري إلا أن المشتري كان يقدر على أخذها من البائع وضبطها ، فليس هذا بقبض من المشتري . ولو كانت الرماك في حظيرة عليها باب مغلق لا تقدر الرماك على الخروج ، فباعها من رجل وخلي بينه وبينها ، ففتح المشتري الباب ففلتت الرماك وخرجت ، كان الثمن لازماً على المشتري سواء كان يقدر على أخذ الرماك أو لا يقدر . وإن لم يفتح المشتري الباب وإنما فتحه أجنبي أو فتحته الريح حتى خرجت الرماك ، فنظر إن كان المشتري لو دخل الحظيرة يقدر على أخذها يكون قابضاً ، وإلا فلا . وإن اشترى طيراً يطير في بيت عظيم إلا أنه لا يقدر على الخروج إلا بفتح الباب ، والمشتري لا يقدر على أخذه لطيرانه ، وخلي البائع بينه وبين البيت ، ففتح المشتري الباب فخرج الطير ، ذكر الناطني أنه يكون قابضاً للطير ، ولو فتح الباب غير المشتري أو فتحته الريح لا يكون المشتري قابضاً . ولو اشترى ثوباً وأمره البائع بقبضه ، ولم يقبضه حتى غصبه إنسان ، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه أن يمد يده ويقبضه من غير قيام صح التسليم ، وإلا فلا . رجل باع فصاً في خاتم بدينار ودفع الخاتم إلى المشتري وأمره أن ينزع الفص ، فهلك الخاتم عند المشتري ، إن كان المشتري يقدر على نزعه من غير ضرر كان على المشتري ثمن الفص لا غير لأن المشتري كان أميناً في الخاتم ، وإذا كان لا يقدر على

نزعه إلا بضرر لاشيء على المشتري لأن تسليم المبيع لم يصح . رجل اشترى بقرة فقال للبائع سقها إلى منزلك حتى أجيء بحمك إلى منزلك وأسوقها إلى منزلي ، فماتت البقرة في بيت البائع ، فإنها تهلك على البائع . رجل اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقذ الثمن ، فقال للبائع لا آمنك عليه ادفعه إلى فلان فيكون عنده حتى أدفع إليك الثمن ، فدفعه البائع إلى فلان وهلك عنده ، كان الهلاك على البائع ، لأن المدفوع إليه يمسكه بالثمن لأجل البائع فتكون يده كيد البائع . رجل اشترى دابة مريضة في إصطبل البائع ، فقال المشتري للبائع تكون ههنا الليلة فإن ماتت ماتت لي ، فهلكت ، هلكت من مال البائع لا من مال المشتري .

### الالتزام بالقيام بعمل معين :

يجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

أولاً : إذا التزم الأجير المشترك ، كالنساج والقصار والخياط والنجار والبناء والصباع والصانع والخباز والطباخ والغلاف والوراق والكتاتب والأسكاف والطحان ، أن يقوم بعمل معين ، فإن التزامه هذا يكون التزاماً بتحقيق غاية ، ولا يتم تنفيذه إلا بإنجاز هذا العمل . ومهما كانت الأسباب التي حالت دون إنجازه ، فإن عدم تمام العمل يعتبر خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية . والمسئولية هنا تنحصر في عدم استحقاق الأجر ، لأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في هذه الحدود الضيقة . ولا يجوز للأجير المشترك أن يحتج حتى بالقوة القاهرة ، فهو ملتزم بتحقيق غاية ، فإذا تخلفت الغاية لأي سبب كان اعتبر المدين متخلفاً عن تنفيذ التزامه فلا يستحق الأجر .

وإذا كان الأجير المشترك قد تسلم عيناً ليعمل فيها ، فالعين أمانة في يده ، وعليه التزام حفظها . وهذا الالتزام التزم ببذل عناية يكفي في تنفيذه أن يقوم الأجير المشترك بعناية الرجل المعتاد في حفظ العين ، فإن هلكت

بالرغم من ذلك هلكت أمانة وتحمل صاحبها تبعه الهلاك .

جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٧ ) : « الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل .. والمتاع أمانة في يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ولا أجر له . »

ثانياً : وقد يكون العمل الذي التزم به الأجير المشترك عملاً لا يضمن نتيجته ، وإنما يضمن فيه قدرأ من العناية يبذلها في القيام به ، وذلك كالالتزام الطبيب والفصاد والحجام والختان . فعند ذلك يكون الالتزام التزاماً يبذل عناية ، لا التزاماً بتحقيق غاية .

جاء في مجمع الضمانات ( ص ٤٧ - ٤٨ ) : « الفصاد والبزاع والحجام والختان لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوز الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه ، وهي معروفة . ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية ، بطل الشرط إذ ليس في وسعهم ذلك . قال في الفصولين هذا إذا فعلوا فعلاً معتاداً ولم يقصروا في ذلك العمل .. أما لو فعلوا بخلاف ذلك ضمنوا .. وسئل الخلواني عن صبية سقطت من السطح فاتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ، ثم قال لا يضمن إن كان الشق ياذن وكان معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم . فقيل له إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها ، فقال ذلك لا يوقف عليه فاعتبر نفس الإذن . فقيل له فلو كان قال هذا الجراح إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن ، هل يضمن ؟ قال لا .. الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءها ، لا يضمن كالختان إذا غاظ .. لو قال الرجل للكحال داو بشرط ألا يذهب البصر ، فذهب البصر ، لا يضمن ، واختاف في الدلال ، هل التزامه التزام بتحقيق غاية وهو إتمام البيع ، أو هو يؤجر على عمله بقدر جهده . جاء في مجمع الضمانات ( ص ٥٤ ) :

«وسئل بعضهم عن قال للدلال اعرض أرضي على البيع وبعها ولك أجر كذا، فعرض ولم يتم البيع، ثم أخذ دلالاً باع. للدلال الأول بقدر عمله وعنايته. قال أبو الليث هذا قياس، ولا أجر له استحساناً، إذ أجر المثل يعرف بالتجار، وهم لا يعرفون لهذا الأمر أجراً، وبه نأخذ.»

ثالثاً: في عقد الاستصناع يلتزم الصانع بعمل في مادة يصنعها، والتزامه التزام بتحقيق غاية. فلو حال دون تنفيذ التزامه سبب ولو أجنبي، يعتبر أنه لم يتم بتنفيذ التزامه، ولا يرجع بالأجر على المستصنع. والمبيع في الاستصناع هو العين على الأصح لا عمل الصانع، فلو أتى الصانع بما عمله غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه المستصنع صح، لأن المبيع العين لا عمله. ويشترط أن تكون المادة من الصانع، إذ لو كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً. وإذا جاء المصنوع على الأوصاف المطلوبة وجب على المستصنع أخذه، وإلا كان خيراً لفوات الوصف المرغوب فيه. ومن باب أولى يكون للمستصنع، إذا لم يقدم الصانع أصلاً الشيء المطلوب، أياً كان السبب الذي منعه من ذلك، أن يفسخ العقد ويرجع بما دفعه على الصانع. وهذا مما يؤكد أن التزام الصانع إنما هو التزام بتحقيق غاية.

### § ٢ - الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي

**كيف يتصور الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي :**

ومن الممكن أيضاً أن نتصور وجود التزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي على غرار الفقه الغربي، فيكون التزاماً ببذل الجهد للوصول إلى غرض، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، والمهم في هذا الالتزام أن يبذل المدين في تنفيذه قدراً معيناً من العناية.

والأصل أن يكون هذا القدر هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد. فإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية اعتبر مقصراً، ويسمى هذا التقصير في



الفقه الإسلامي بالتعدي . والمدين في عقد يكون مسؤولاً عن الخطأ العقدي إذا تعمد أو تعدى . أما التعمد فعروف ، إذ هو فعل العمد . يبقى التعدي ، والظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي ، كما هو في الفقه الغربي ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . فعياره موضوعي لا ذاتي ، كما هو شأن سائر المعايير في الفقه الإسلامي . فالعبرة إذن في قياس السلوك المألوف بالمعتاد بين الناس ، فما خرج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسؤولية ، وما كان معتاداً لا يكون تعدياً فلا يكون سبباً للضمان .

جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٩ ) : « الراعي لو كان أجير و احد ( أجيراً خاصاً ) . . لو ضرب شاة فقاً عينها أو كسر رجلها ضمن ، لأن أجير الواحد يضمن بالخلاف ، وقد خالف لأن الضرب غير داخل في الإجارة ، وإنما يدخل تحتها الرعي وهو يتحقق بدون الضرب كالصياح والصفق ، لأن الغنم في العادة تساق كذلك ، فإذا ضرب بالخشبة كان ضامناً . » وجاء أيضاً ( ص ٣٠ ) : « سئل نجم الأئمة الحكيمى عن أسلم أفرسه إلى الراعي ليحفظها مدة معلومة ودفع إليه أجرة الحفظ والرعي ، واشتغل الراعي بمهمة وترك الأفراس فضاعت ، فهل يضمن ؟ فقال لا إن كان ذلك متعارفاً فيما بين رعاة الخيل والأنعم ، . وجاء أيضاً ( ص ٣١ ) : « أهل قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة صاحبها ولم يسلمها إليه . ففعل الراعي كذلك ، فضاعت بقرة قبل أن تصل إلى صاحبها ، لا يضمن ، إذ المعروف كالمشروط . . زعم البقار أنه أدخل البقرة في القرية ، ولم يجدها صاحبها ، ثم وجدها بعد أيام قد نفقت في نهر الجبانة . قالوا لو كان عادتهم أن يأتي البقار بالبقور إلى القرية ولم يكلفوا بأن يدخل كل بقرة في منزل ربها ، صدق البقار مع يمينه في أنه جاء بها إلى القرية ، . وجاء كذلك ( ص ٣٧ ) « استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا ، فأخذ في طريق آخر ، فهلك المتاع . فإن لم يكن بين الطريقين تفاوت فلا ضمان عليه ، وإن تفاوتاً بأن كان السلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلكه الناس ، يضمن . »

وقد تتدرج العناية المطلوبة ، فيطالب في حالة مقدار من العناية أكبر أو أقل من العناية المألوفة بين الناس ، ويقع الخلاف في ذلك بين الفقهاء . من هذا ما جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٧ ) : « الأجير على نوعين ، أجير مشترك وأجير خاص . فالأجير المشترك هو الذى يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالمقصر والصباغ ، فله أن يعمل للعمارة ومن هذا يسمى مشتركا والمتاع أمانة في يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ، ولا أجر له عند أبي حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب لا يضمن . لهما أن الحفظ مستحق عليه تبعا لامقصوداً ، ولهذا لا يقبله الأجر . وقيل قوله قول على وقولها قول عمر ، ، ونرى من ذلك أن العناية المطلوبة قد يتفاوت مقدارها ، فقد لا يعتبر تقصيراً أن يهلك المتاع في يد الأجير المشترك بغير عمله وهذا هو قول أبي حنيفة ، فالعناية المطلوبة من الأجير المشترك في حفظ المتاع الذى يقع عليه صنعه هى عناية الرجل المعتاد لأن التزامه بحفظ المتاع جاء تبعا لامقصوداً ، وما دام هلك المتاع بغير عمله فلا ضمان عليه . ولكن الصاحبين يتطلبان عناية أكبر ، فلا يكفي لا تنفاه مسؤولية الأجير المشترك أن يكون الهلاك بغير عمله ، بل لا تنفنى مسؤوليته إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المكابر والحريق الغالب ، لأن حفظ المتاع مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل بدونه .

ويبدو أن الاتفاق على تعديل المسؤولية أكثر تقييداً في الفقه الإسلامى منه في الفقه الغربى . فقد رأينا في الفقه الغربى أنه يجوز الاتفاق على جعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي ويكون هذا بمثابة تأمين ، أما في الفقه الإسلامى فلا يجوز الاتفاق على جعل الأجير المشترك مسؤولاً فيما لا يمكنه الاحتراز عنه وهذا باتفاق الأئمة الثلاثة في المذهب الحنفى ، والاتفاق على جعل الأجير المشترك غير مسؤول فيما يمكنه الاحتراز عنه فيه خلاف بين

الإمام ويذهب إلى جواز الاتفاق وصاحبه ويذهبان إلى عدم جوازه .  
 جاء في مجمع الضمانات (ص ٢٧) في هذا الصدد : « وإن شرط عليه الضمان ،  
 إن كان الشرط فيما لا يمكنه الاحتراز عنه ، فلا يجوز بالاتفاق . وإن كان  
 فيما يمكن ، فعلى الخلاف . وبقولها يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل  
 صيانة أموالهم ، كذا في الإيضاح نقلا عن التبيين . ويتفرع على أن الاتفاق  
 على المسؤولية عن السبب الأجنبي لا يجوز أن شرط الضمان على الأمين  
 باطل . جاء في مجمع الضمانات (ص ٢٣) : « ولو شرط على الراعي ذبح  
 ما خيف هلاكه ، فلم يذبحه فهلك ، ينبغي ألا يضمن ، إذ في هذا شرط فيما مات  
 حتف أنفه وثمة لا يضمن ، وشرط الضمان على الأمين باطل . كذا قال  
 الاستر وشي . وقال عماد الدين في فصوله وعندى أنه يصح هذا الشرط  
 لما مر أن ذبح مثله من الحفظ ، وكأنه شرط عليه غاية ما في وسعه من الحفظ  
 فيجوز ، فلو لم يذبح فقد قصر في حفظ شرط عليه ، فيضمن ، وخرج عن  
 هذا جواب ما ذكره من اشتراط الضمان على الأمين . قال صاحب الفصولين  
 أقول الظاهر أن الذبح ليس من الرعي ، فلا يدخل تحت العقد ، فهو متبرع  
 في التزامه ، فلا يضمن ، وأقل ما فيه أنه لا يخلو من الشك فلا يضمن بالشك .  
 والأصل في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء ، جاء في صدره في مجمع الضمانات  
 (ص ٢٣) ما يأتي : « وفي المشتعل من الذخيرة إذا خاف الراعي هلاك شاة  
 فذبحها ، فهو ضامن قيمتها يوم الذبح ، لأن الذبح ليس من عمل الرعي في شيء  
 فلا يدخل تحت العقد ، قال مشايخنا هذا إذا كانت يرجى حياتها أو كانت  
 مشكل الحال يرجى حياتها وموتها ، أما إذا تبين موتها فلا ضمان عليه ، لأن  
 الأمر بالرعي أمر بالحفظ ، والحفظ الممكن حال تبين الموت الذبح ، فيصير  
 مأموراً بالذبح في هذه الحالة . وكذا الذبح في البقر ، لأن الذبح في مثل هذه  
 المواضع لإصلاح اللحم . فأما الخمار فلا يذبح ، وكذا البغل ، لأن الذبح لا يصلح  
 لحمها ، ولا يذبح الفرس أيضا عند أبي حنيفة إذ الصحيح من مذهبه أن لحم  
 الفرس مكروه كراهة تحريم . وفي الخلاصة الراعي لو خاف الموت على

الشاة فزنجها ، لا يضمن . وكذا استحسن بعض مشايخنا إذا كانت بحيث يتحقق موتها ، . فرى من ذلك أن هناك خلافا فيما إذا كان ذبح الشاة المتيقن موتها تدخل في أعمال الحفظ الواجبة على الراعى ، فمن ذهب إلى أن ذلك يدخل أجاز بطبيعة الحال شرط الضمان على الراعى إذا لم يذبح الشاة . ومن ذهب إلى أن ذلك لا يدخل ، وماتت الشاة ، فلا ضمان على الراعى لأن الموت قوة قاهرة لا يكون الراعى مسئولاً عنها ، فإذا شرط على الراعى الضمان كان الشرط غير جائز لأنه شرط يجعله مسئولاً عما لا يمكن الاحتراز منه (١) .

أما عبء إثبات الخطأ العقدى ، فالظاهر فى الفقه الإسلامى أنه يجب التمييز فى يد المدين بين ما إذا كانت يد ضمان ، فيقع عليه إثبات أنه قام بالتزامه وهو التزم بتحقيق غاية ، وبين ما إذا كانت يد أمانة ، فيقع على الدائن عبء إثبات ، أن المدين ، والتزامه التزم ببذل عناية ، لم يبذل العناية الواجبة . جاء فى مجمع الضمانات ( ص ٢٨ ) فى هذا الصدد : « وفى مشتمل الهداية لو قال الأجير المشترك سرق أو هلك صدق مع حلقه عنده ، لأن يده يد أمانة عنده . وعندهما يضمن لأن يده يد ضمان عندهما ، فلا يصدق بلا برهان . قلت إنما ينفع البرهان عندهما فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما مر ، فلا تغفل . » وجاء فى ص ٢٩ : « ولو كان أجيراً مشتركاً ، فمات من الأغنام ، لا يضمن بالاتفاق ، إذ الموت حتف أنفه مما لا يمكن التحرز عنه . وهذا لو ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينة ، فأما إذا ادعى الراعى الموت وجحد رب الغنم ، فعند أبى حنيفة

(١) « واشتراط الضمان على المستعير باطل .. وقيل اذا شرط الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا فى رواية ، ذكره الزيلعى ، وجزم به فى الجوهرة ولم يقل فى رواية . لكن نقل بعده فرع البزازية عن الينابيع ، ثم قال أما الوديعه والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال ا هـ . ولكن فى البزازية عن الينابيع ، ثم قال على أنه ان ضاع فانا ضامن له ، فاعاره وضاع ، لم يضمن ، من العادة المطردة من الاشياء ، وفى المنتقى اذا قال لغيره أعرنى نوبك فانا ضامن له فلا ضمان عليه ، وهذا الشرط باطل ، وكذا الحكم فى سائر الامانات نحو الودائع وغيرها أحد . » ( مجمع الضمانات ص ٥٥ ) . « واشتراط الضمان على المودع باطل ( مجمع الضمانات ص ٦٨ ) .

القول قول الراعي لأنه أمين . وعندهما القول قول رب الأغنام . ويخلص من ذلك أن الأمين — المودع عنده والمستعير والمستأجر وغير هؤلاء — لا يقع عليه عبء إثبات أنه لم يقصر في الحفظ والقول قوله بيمينه ، ويقع على الدائن عبء إثبات أن الأمين قد قصر .

يبقى بعد ذلك أن نستعرض بعض أنواع الالتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي ، كما استعرضنا بعض أنواع الالتزام بتحقيق غاية . فإمكان اعتباره التزاما ببذل عناية : ( ١ ) التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة ( ٢ ) التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة ( ٣ ) التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة ( ٤ ) التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة ( ٥ ) التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل .

### التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة :

يلتزم المستأجر بحفظ العين المؤجرة ، وعليه أن يبذل في هذا الحفظ عناية الرجل المعتاد ، فإن نزل عن هذا القدر من العناية كان متعدياً ووجب عليه الضمان . ويترتب على هذا الأصل الفروع الآتية :

( ١ ) يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة الاستعمال المعتاد المألوف بين الناس ، فإن خرج على الاستعمال المشروط أو على الاستعمال المألوف بين الناس كان متعدياً وضمن . جاء في مجمع الضمانات (ص ١٣ — ٢١) : « أعلم أن كل فعل قيل فيه ليس للمستأجر أن يفعله ، فإنه يضمن ماتلف بفعله ، ولا تظن أنها منحصره بالمستأجر بل هي أصل شامل لجميع مسائل الصيانة في جميع الأبواب . ولو استأجر دابة للركوب ، فإن أطلق فله أن يركب غيره . ولو قال أن يركبها فلان فأركبها غيره فخطبت ، كان ضامناً . . . استأجر حماراً وقبضه فأرسله في كرمه وتركه ، فسرق بردعته وأصاب الحمار البرد ففرض ، وردده على صاحبه فمات من ذلك المرض . إن كان الكرم

حصيناً والبرد بحال لا يضر مع البردعة ، لاشيء عليه من الضمان في البردعة والخمار . فإن كان بحال يضره مع البردعة ، ضمن قيمة الخمار دون البردعة . وإن كان السكرم غير حصين ، إن كان البرد بحال يضر بالخمار مع البردعة ، ضمن قيمتهما . وإن كان بحال لا يضره مع البردعة ، ضمن قيمة البردعة دون الخمار . وعليه نقصان الخمار إلى وقت الرد إلى صاحبه ، لأنه بمنزلة الغاصب للخمار حين أرسله في السكرم ، فإذا سلمه إلى صاحبه برىء من الضمان . قال رحمه الله ذكر الحصين ولم يفسره في النوازل ، فعرضت على القاضي الإمام فقال أنه يكون له حيطان وباب مغلق فإن عدم أحدهما فهو غير حصين ، والمراد من الحائط أن يكون مرتفعاً بحيث لا يقع نظر المار على مافي السكرم . ومن استأجر دابة إلى مصر ولم يسم ما يحمل عليها ، فحمل ما يحمل الناس أي المعتاد ، فنفتت في الطريق ، فلا ضمان عليه لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر . . . استأجر حماراً وحمل عليه ، وله حمار آخر حمل عليه أيضاً ، فلما سار بعض الطريق سقط حماره فاشتغل به ، فذهب الخمار المستأجر وهلك . فلو كان بحال لو اتبع الخمار المستأجر يهلك حماره أو متاعه لم يضمن ، وإلا ضمنه . لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ . إذا كان بغير عذر . . . استأجر حماراً لينقل عليه الخطب فأوقره بما يوقر به مثله ، فأصاب الخمار حائطاً أو نحوه فوقع في النهر . إن كان المستأجر ساقه سواقاً معتاداً في طريق يسلكه الناس ولم يعنف عليه بالضرب ، لا يضمنه . . . استأجر حماراً ليذهب به إلى موضع معلوم ، فأخبره أن في الطريق لصوصاً فلم يلتفت إلى ذلك ، فذهب فأخذه اللصوص وذهبوا بالخمار . إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدواهم وأموالهم ، فلا ضمان عليه وإلا ضمن . . . استأجر دابة وقبضها ولم يعين الراكب ، كان له أن يوجرها ويعيرها ويودعها ، . وجاء أيضاً (ص ٢٤) : « استأجر خيمة لينصبها في بيته شهراً ، فنصبها في الشمس أو في المطر وإنه يضر ، يضمن ، وإذا سلمت فعليه الأجر . ولو أخرجها إلى السواد يضمن ، من الوجيز . وفي الفصولين أجر خيمة لينصبها في داره ، فنصبها في

دار أخرى في قبيلة أخرى من هذا المصر ، يجب الأجر ولا يضمن لعدم التفاوت ، إلا إذا أخرجها من المصر فنصبها هناك فلا أجر ، سلمت أولاً ، ويضمن لمخالفة أمره حيث أخرجها من المصر فتضرر به إذ مؤونة الرد على المؤجر . . لو أسود بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن ، إلا إذا جاوز ما هو المعروف والمعتاد ، . وجاء كذلك ( ص ٢٥ - ص ٢٦ ) : « وفي الخلاصة لو أقعد فيها ( في الدار ) قصاراً فانهدمت من عمله ، ضمن ولا يجب الأجر فيما ضمن ، وينبغي أنه يجب فيما لم يضمن وهو الساحة . . استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ، ضمن ما نقص لأن الرطب أضر بالأرض من الحنطة ، ولا أجر لأنه غاصب للأرض ، .

( ٢ ) وإذا زاد المستأجر على المشروط أو المألوف ، وعطبت العين ، ضمن . أما إن سلمت ، فهو غاصب بقدر ما زاد ، فإذا ضاعت العين ضمن كغاصب هذه الزيادة . جاء في مجمع الضمانات ( ص ١٣ - ١٦ ) : ولو استأجرها للحمل وسمى نوعاً وقدرأ لحمله عليها ، مثل أن يقول خمسة أفضرة حنطة ، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ، وليس له أن يحمل ما هو أضر كالملاح . ولو استأجرها ليحمل عليه قطناً سماه ، فليس له أن يحمل مثل وزنه حديداً . ولو استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ، ضمن ما زاد الثقل ، إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فيئذ يضمن كل قيمتها ، من الهداية . قلت إنما يضمن ما زاد الثقل فيما إذا كانت تطيق الحمل إذا حملها المسمى والزيادة دفعة واحدة ، أما لو حمل المسمى أولاً ثم حمل الزيادة وهلك ، ضمن كل القيمة لو حمل الزيادة على مكان حمل عليه المسمى ، ولو حمل في مكان آخر . . فن قدر الزيادة أيضاً . لو استأجرها ليحمل عليها كذا فزاد على المسمى وسلمت إلى المقصد ، فلما وضع الحمل جاء بها سالمة ، فضاعت قبل الرد على المالك ، ضمن من قيمتها قدر الزيادة إذ غصب منها ذلك القدر فلا يبرأ إلا بالرد . . استأجرها ليحمل عليها شعيراً فحمل في أحد الجوالقين شعيراً وفي الآخر

حنطة ، فعطبت الدابة ، ضمن نصف قيمتها وعليه نصف الأجر ، لأنه في النصف مخالف ، . وجاء أيضاً ( ص ٢٤ ) : « استأجر رحي على أن يطحن فيها حنطة ، فطحن غيرها ، إن كان قدر ماطحن مثل الحنطة أو دونه لا يكون مخالفاً ، وإن كان فوqe يكون مخالفاً فيعتبر فيه أحكام الغصب ، .

(٣) ويعتبر تعدياً ألا يستعمل المستأجر العين أصلاً ويمسكها ، فيضمن ولا أجر عليه . جاء في مجمع الضمانات ( ص ٢٠ ) : « استأجر دابة ليذهب إلى مكان كذا ، فأمسكها في بيته ، لا يجب الأجر ، ويضمن لو هلكت ، . وجاء أيضاً ( ص ٢٦ ) : « استأجر من أراضى الجبل فزرعها ولم تمطر ولم تنبت حتى مضت السنة ، ثم أمطرت ونبتت فالزرع كله للمستأجر ، وليس عليه كراه الأرض ولا نقصانها ، .

(٤) ويعتبر كذلك تعدياً ألا يرد المستأجر العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة . جاء في مجمع الضمانات ( ص ١٩ ) : « أمسك المستأجر بعد مضى المدة أو تركه في دار غيره ، ضمن ، إذ الرد يجب عليه بعد المدة فيغرم بالترك ، وكذا تركه في دار غيره وغيبته عنه تضييع ، من الفصولين . وفي مشتمل الهداية نقلاً عن التجريد ليس على المستأجر رد المستأجر على المالك ، وعلى الذي أجره أن يقبض من منزل المستأجر ، وإن أمسكها فهلكت لم يضمن ، وليس هذا كعارية . ثم قال نقلاً عن الأجناس قال أبو حنيفة كل شيء لخلقه مؤونة كرحى اليد فعلى المؤجر أجر الرد ، وعليه أخذه وليس على المستأجر رده ، وما لامل له كالثياب والدابة فعلى المستأجر رده ، .

(٥) وإذا ضمن المستأجر لتعديده ، فلا أجر عليه ، إذ الأجر والضمان لا يجتمعان . جاء في مجمع الضمانات ( ص ١٨ ) : « القروي استأجر حماراً ليحمل عليه برأ إلى المدينة ، ففعل ، فوضع عليه في الرجوع قفيز ملح بلا إذن ، فرض فوات ، ضمن الغصبه ، ولا أجر إذ لا يجتمعان ، .



### التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة :

يلتزم المودع عنده التزاماً أصلياً يحفظ العين المودعة ، حتى يردها للمودع . وهذا التزام ببذل عناية ، لا التزام بتحقيق غاية . فيلتزم المودع عنده بأن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد ، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في حفظها كان متعدياً وضمن . أما إذا بذل هذه العناية ، فإنه يكون قد نفذ التزامه من حفظ الوديعة ، حتى لو هلكت فإنها تهلك أمانة في يده ويحمل المودع تبعه الهلاك . فنبحث كيف يكون السلوك المألوف في حفظ الوديعة ، وما يعد انحرفاً عن هذا السلوك فيكون تعدياً ويوجب الضمان :

( ١ ) ليس للمودع أن يودع الوديعة بلا إذن ، ولا يصدق على دعوى الإذن إلا ببينة ، والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه . . فلو أودعها آخر بغير إذن فهلكت ، فللمالك أن يضمن الأول لا الثاني عند أبي حنيفة ، وقال له أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر وإن ضمن الآخر يرجع على الأول ، من الهداية . وليس للمودع أن يؤاجر الوديعة أو أن يرهنها ، فالوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، فإن فعل شيئاً من ذلك ضمن (بجمع الضمانات ص ٦٩) .

( ٢ ) إذا شرط المودع شرطاً مفيداً ، يتقيد المودع عنده به . فلو قال احفظها في هذه الدار ، حفظها في دار أخرى ، ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فيتقيد بالشرط . وقيل لا يضمن لو الدار الأخرى أحرز أو سواء في الحرز ، وقيل يضمن لو لم يحتج في وضعها داراً أخرى ، ولا يضمن لو احتج إذ التعيين يلغو حينئذ إذ لا يطلب منه حفظ ماله بطريق لا يقدر عليه . وهكذا لو قال لا تسافر بها فسافر بها ، ضمن ، لأن التقيد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً . ولو شرط شرطاً لا يفيد أصلاً لغا ، كتعيين صندوق بيت ، ولو قال ضعها في كيسك فوضع في صندوقه لم يضمن ( بجمع الضمانات ص ٦٩ — ص ٧٠ ) .

( ٣ ) ولولم يعين بأن قال احفظ هذا ولم يقل في مكان ذافسافر ، فلو كان الطريق محفوفا ضمن بالإجماع ، وإلا لا يضمن بالإجماع إذا لم يكن له حمل ومؤونة ، وقد أمر بالحفظ مطلقاً ، فلو كان لا بد له من السفر وقد عجز عن حفظه في المصر الذي أودعه فيه ، لم يضمن بالإجماع . ولو لم يكن لا بد له من السفر ، فكذلك لا يضمن عند أبي حنيفة قريباً كان أو بعيداً ، وعند محمد يضمن في الحالين . وإذا وضع الوديعة في داره ويدخلها أناس كثيرة فضاعت ، فإن كان شيئاً يحفظ في الدار مع دخولهم لا يضمن ، والذهب يضمن . وإذا وضع الوديعة في بيت خراب في زمان الفتنة ، فإن وضعها على الأرض يضمن ، وإن جعلها تحت التراب لا يضمن . ولو دفع رجل إلى رجل جواهر لبيعها ، فقال القابض أريها تاجرأ لأعرف قيمتها ، فضاعت الجواهر قبل أن يريها ، قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل إن ضاعت أو سقطت بحركته يكون ضامناً ، وإن سرقت منه أو بمزاحمة أصابته من غيره لا يضمن . وإذا جعل الوديعة في جيبه وحضر مجلس الفسق فضاعت بعد ماسكر بسرقة أو سقوط أو غيره ، قال بعضهم لا يضمن لأنه حفظها في موضع يحفظ مال نفسه ، وقال بعضهم هذا إذا لم يزل عقله أما إذا زال بحيث لا يمكنه حفظ ماله يصير ضامناً لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعاً أو مودعاً غيره . أنظر مجمع الضمانات ص ٧٠ — ص ٧٤ .

( ٤ ) إذا تعدى المودع في الوديعة ، بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو شيئاً فافترضه أو أودعها غيره ، ثم زال التعدي وردها إلى يده إلى الحالة الأولى ، برىء من الضمان ( مجمع الضمانات ص ٧٣ ) .

( ٥ ) إذا كانت الوديعة مما يتطرق إليه الفساد ، كما إذا اشترى بطيخة وتركها عند البائع حتى يرجع ثم غاب وخيف عليها الفساد فللبائع بيعها دون أكلها بشرط الضمان . وإذا كانت الوديعة شيئاً من الصوف والمالك غائب نخيف عليها الفساد ، ينبغى أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه ، وإن لم يرفع

حتى فسد لاضمان عليه . ولو كانت الوديعة حنطة فأفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع عنده على ثقب معروف ، فإن أخبر صاحب الحنطة أن ههنا ثقب الفأرة لا يضمن ، وإن لم يخبر بعدما اطلع على ذلك ولم يسده كان ضامنا . وإذا جعل المودع عنده خاتم الوديعة في خنصره أو بنصره يضمن ، وإن جعله في الوسطى أو السبابة أو الإبهام لا يضمن ، وعليه الفتوى . ولو كان المودع عنده امرأة ، ففي أى أصبع لبسته تضمن . ولو كان في يد رجل ألف درهم وديعة لرجل ، فمات المودع وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه ، وترك ابنا معروفا ، فقتضى المستودع الألف للغريم ، لم يضمن لأن الألف للبيت وقد قضاه إلى من له الحق وهو غريم الميت ، وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين . ولو كانت الوديعة دابة فأصابها شيء ، فأمر المستودع رجلا ليعالجها فعالجها فعضت في ذلك ، فصاحب الدابة بالخيار يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن المستودع لا يرجع هذا على الذي عالجها بأمره ، وإن ضمن الذي عالجها إن كان المأمور علم وقت المعالجة أن الدابة لغير الذي في يديه وعلم أن صاحب الدابة لم يأمر المستودع بذلك لا يرجع ، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظن أنها له كان له أن يرجع على المستودع لأنها كانت في يده واليد دليل الملك من حيث الظاهر . ( انظر بجمع الضمانات ص ٧٣ - ص ٨١ ) .

(٦) إذا خلط المستودع الوديعة بمائه حتى لا يتميز ضمنها ، ثم لاسئيل للمودع عليها عند أبي حنيفة . وقال إذا خالطها بجنسها فهي شركة إن شاء ، مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير . واخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس (بجمع الضمانات ص ٨٢) . وإذا مات المستودع بمجها الوديعة ضمنها (بجمع الضمانات ص ٨٧) .

(٧) إذا طلب الوديعة صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ، ضمنها (بجمع الضمانات ص ٨٤) .

### التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة :

التزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة هو أيضا التزام ببذل عناية ، فيطلب من المستعير مقدار معين من العناية ، هو مقدار عناية الرجل المعتاد حتى يكون قد قام بتنفيذ التزامه . فإن بذل هذه العناية ، وهلكت العين في يده ، هلكت أمانة على المالك . وإذا قصر عن بذلها كان متعديا ، فإذا هلكت العين ضمن قيمتها أو مثلها للمستعير . ويلاحظ في العناية الواجبة على المستعير ما يأتي :

( ١ ) ليس للمستعير أن يؤجر الشيء المعار ، فإن أجره <sup>(١)</sup> فعطب ، ضمن ، ولا يرجع على المستأجر . وإن شاء المعير ضمن المستأجر ، ويرجع المستأجر بما ضمن على المستعير إن لم يعلم أن الشيء كان عارية في يده ، أما إذا علم فلا يرجع . ويجوز للمستعير أن يعير إن لم يعين ما ينتفع به ، سواء اختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة أو لم يختلف كالحمل عليها . وإن عين ما ينتفع للمستعير أن يعير مالا يختلف . وأما الإبداع فقد اختلف فيه بالنسبة لمن يملك الإعارة ، أما من لا يملك الإعارة فإنه لا يملك الإبداع . أنظر مجمع الضمانات ص ٥٥ .

( ٢ ) يعتبر تعديا من المستعير موجبا للضمان أن يستعمل العارية فوق المشروط أو فوق المألوف . فإذا جاوز الوقت أو نوع الاستعمال أو انحرف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد في حفظ العارية ضمن . جاء في مجمع الضمانات (ص ٥٧ - ص ٦٠) . « لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ، ضمن وإن لم يستعملها بعد الوقت .. لو وضع المستعار بين يديه

(١) لو استعار شيئا فأجره ، فالأجرة له ، ويتصدق بها ، كما لو غصب شيئا فأجره ، فالأجرة تكون للغاصب ويتصدق بها لحصولها بسبب خبيث .

ونام ، لا يضمن ، لأن هذا حفظ عادة ، لكن هذا إذا نام جالسا لامضطجعا .. لو نام مضطجعا ضمن في الحضر لا في السفر .. لو استعار دابة إلى الحيرة ، تجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ، فنفقت ، فهو ضامن .. استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر محتوما ، فهلكت الدابة ، يضمن ثلث قيمتها . وهذا بخلاف ما إذا استعارها ليطحن بها عشرة مخاتيم وطحن أحد عشر فعطبت ، فإنه يضمن جميع قيمتها . والفرق أن في الطحن التلف حصل من المحتوم الحادى عشر وهو بغير إذن صاحبها ، وفي الحمل التلف حصل بحمل الكل لأن حمل الكل وجد جملة فكان التلف مضافا إلى الكل .. استعار ثورا يساوى خمسين ليستعمله ، فقمره مع ثور يساوى مائة ، فعطب الثور العارية ، إن كان الناس يفعلون مثل ذلك لا يضمن ، وإلا ضمن . إذا ربط الحمار المستعار بحبل ، فاختنق ، لا يضمن . استعار دابة إلى موضع ، فسلك طريقا ليس بمسوك ، ضمن إن عطب . ولو عين طريقا فسلك طريقا آخر ، إن كانا سواء لا يضمن ، وإن كان أبعد أو غير مسوك ضمن ، وكذا إن كانا متفارقين في الأمن . استعار ثورا واستعمله وفرغ ولم يحل حبله ، فذهب إلى المسرح فاختنق به ، ضمن . استعار دابة إلى مكان ، ففي أى طريق ذهب لم يضمن بعد أن كان طريقا يسلكه الناس ، ولو طريقا لا يسلكه الناس إلى ذلك المكان ضمن إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف .. استعار دابة وعين جهة الانتفاع ثم خالف ، فهو على ثلاثة أوجه : أن يخالف في المعنى مع اتحاد الجنس أو يخالف في الجنس أو يخالف في القدر . أما الأول وهو المخالفة في المعنى مع اتحاد الجنس ، بأن استعار ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذا البر فحمل عليها عشرة مخاتيم من بر آخر ، لم يضمن ، وكذا لو استعارها ليحمل عليها من بره فحمل عليها مثله من بر غيره ، لأن مثل هذا التقييد غير مفيد . وأما الثانى وهو المخالفة في الجنس ، بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة بر فحمل عشرة أقفزة شعير ، يضمن قياسا إذ خالف في الجنس ، لا استحسانا لأنه أخف بخالف إلى خير ، حتى لو سمي مقداراً من البروزنا

فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير ضمن إذ يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ البر . وكذا ولو استعارها ليحمل عليها برا فحمل حطبا أو قطنا أو تبنا بذلك الوزن ضمن لما مر . وكذا لو حمل حديداً أو آجرأ أو حجارة بوزن البر ضمن ، لأنه مما يدق ظهرها فيكون أضرباً . وأما الثالث وهو المخالفة في القدر، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل خمسة عشر مخوماً ، فلو علم أنها لا تطيق حمل هذا القدر ضمن كل قيمتها للإتلاف ، ولو علم أنها تطيق ضمن ثلثها توزيعاً للضمان على قدر ما إذن وغيره .

( ٣ ) إذا هلكت العارية في يد المستعير ثم استحققت ، فللمستحق أن يضمن المعير أو المستعير أيهما شاء ، ولا يرجع أحدهما على الآخر . وفي الإجارة يرجع المستأجر على المؤجر دون العكس . أنظر مجمع الضمانات ص ٦٥ .

( ٤ ) استعار أرضاً ليدبني فيها أو يغررس ، ثم بدا للمالك أن يأخذ الأرض ، كان له ذلك سواء كانت الإعارة مطلقة أو موقفة إلى عشر سنين أو أكثر أو أقل ، لأنها غير لازمة . ثم إن كانت الإعارة مطلقة ، لا يضمن المعير للمستعير شيئاً ويكون للمستعير غرسه وبنائه ، وعلى قول ابن أبي ليلى والشافعي يضمن المعير قيمة البناء والغرس قائماً يوم الاسترداد . ولو كانت الإعارة موقفة ، بأن قال صاحب الأرض أعرتك هذه الأرض عشرين سنة لتغرس فيها أو تبني ، ثم رجع عن الإعارة قبل مضي الوقت ، كان ضمناً للمستعير قيمة الغرس أو البناء يوم الاسترداد ، إلا أن يشاء المستعير أن يرفع الغرس أو البناء فيكون له ذلك إذا كان قلع الأشجار أو رفع البناء لا يضر بالأرض ، وإن كان يضر كان لصاحب الأرض أن يملك الغرس أو البناء بالقيمة . أنظر مجمع الضمانات ص ٦٦ — ص ٦٧ .

( ٥ ) استعار عيناً ليرهنها ولم يسم ما يرهنه ، فله أن يرهن بأي قدر وبأى نوع شاء . فلو هلك المستعار في يد المرتهن ، ضمن المستعير للمعير قدر ما يسقط به عن المستعير من الدين . ولو أن الراهن عجز عن فكك الرهن

فقضى المعير دين الرهن ، كان للمعير أن يرجع على المستعير بقدر ما يسقط من الدين عند الهلاك ولا يرجع بأكثر من ذلك ، حتى لو كانت قيمة الرهن ألفاً ورهنه بألفين يأذن المعير وافتك المالك بألفين لا يرجع على الرهن بأكثر من ألف . وليس للمستعير أن يفتع بالرهن ولا أن يستعمله قبل الرد ولو بعد الفكك ، فإن فعل ضمن . ولو هلك المستعار عند المستعير قبل أن يرهنه أو بعد أن افتكه ، فلا ضمان عليه . ولو هلك المستعار في يد المرتهن بعد قضاء دينه ، يرد ما قبض على الرهن ، ويدفع الرهن ذلك المقدار إلى المعير . أنظر مجمع الضمانات ص ٦٧ - ص ٦٨ .

### التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة :

الرهن لا يلزم ولا يدخل في ضمان المرتهن إلا بالقبض . فإذا قبض المرتهن العين المرهونة ، فقدّر الدين من المرهون ومضمون على المرتهن ، والباقي أمانة في يده (١) . ومعنى ذلك أن هناك التزامين في ذمة المرتهن ، التزاما بتحقيق غاية هو رد قدر الدين من المرهون سالماً إلى الرهن ، والتزاما ببذل عناية هو حفظ باقي العين بالعناية المألوفة من الشخص المعتاد . فإذا هلكت العين في يد المرتهن ، فإن كان الهلاك بغير تعد منه ، فقد قام بتنفيذ التزامه ببذل عناية الشخص المعتاد . وقد أخل في الوقت ذاته بتنفيذ التزامه برد قدر الدين من المرهون ، فإن هذا التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ولا يتم تنفيذه إلا برد هذا القدر ولا يعتد بالأسباب التي تحول دون ذلك ، والضمان هنا يكون بسقوط الدين إذا كان لم يدفع أو برده إذا كان قد دفع . وإن كان هلاك المرهون بتعد من المرتهن ، فقد أخل بالالتزامين معاً ، وكان ضامناً للعين في دفع قيمتها أو مثلها ، ويبقى حقه في المطالبة بالدين .

(١) والسبب في ذلك أنه يضع يده على العين لتحقيق مصلحة لنفسه هي التوفيق للدين ، فيده يد ضمان بقدر الدين أي بقدر مصلحته ، ثم هو يحفظ العين في باقيها للرهن ، فيده على الباقي يد أمانة .

ويلاحظ في التزامي المرتهن السالفي الذكر ما يأتي :

( ١ ) عند زفر الرهن مضمون بالقيمة فلو أن القيمة يوم رهن ألف وخمسة و الدين ألف ، رجع الراهن على المرتهن بخمسة . والمعتبر قيمة المرهون يوم القبض لا يوم الهلاك بالاتفاق ، حتى لو كانت قيمته يوم القبض ألفا وقد رهن بها وكانت يوم الهلاك خمسة بتراجع السعر ، ذهب بالدين كله . والرهن بعد الهبة والإبراء أمانة استحسانا لا يضمن إلا بالتعدي ، وبعد الإيفاء مضمون . فلو وهب المرتهن الدين من المدين أو أبرأه منه ، ثم هلك الرهن في يده بلا حبسه ، يهلك بغير شيء استحسانا ، خلافا لزفر . ولو استوفى المرتهن الدين كله أو بعضه بإيفاء الرهن أو بإيفاء متطوع ، ثم هلك في يده ، يهلك بالدين ويجب عليه رد ما قبض إلى من قبضه منه ، الراهن أو المتطوع .

( ٢ ) للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده الذي في عياله وخادمه الذي في عياله ، فإن حفظ بغير من في عياله أو أودع المرهون ضمن . وليس للمرتهن أن يسافر بالرهن في قول أبي يوسف ومحمد ، فإن فعل كان ضامنا ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة أنه لا يضمن . وإذا ألقى المرتهن الخاتم المرهون في كيسه المتخرق وضاع بالسقوط ، ضمن العين المرهونة كلها لا قدر الدين فقط . وإذا قال الراهن للمرتهن أعطه الدلال للبيع وخذ حقلك ، فدفعه إلى الدلال وهلك في يده ، لا يضمن المرتهن . ولو كان الرهن شاة أو بقرة يخاف عليها الهلاك فذبها المرتهن ، ضمن قياسا . والحاصل أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالباع لا يملكه المرتهن ، ولو فعله ضمن . وإن كان فيه حفظ المال عن الفساد ، إلا إذا كان يأمر الحاكم . وكل تصرف لا يزيل العين ، يجوز للمرتهن أن يفعله ولو بغير أمر القاضي إذا كان فيه حفظ أو تحصين ( مجمع الضمانات ص ١٠٩ ) .

( ٣ ) ليس للمرتهن أن يفتنح بالرهن ، لا بالاستخدام ولا بالسكنى ، إلا أن يأذن له المالك . وليس له أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك ،



فلا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يودع ، فإن فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن . وإن استعمل بلا إذن الرهن وهلك حاله الاستعمال ، ضمن كل قيمته وصار رهنا مكانه ، كما إذا أئلفه أجنبي وضمن القيمة ، ولا يسقط شيء من الدين ( بمجم الضمانات ص ١٠٩ ) . ولو كان الرهن ثوبا فلبسه المرتهن بإذن الراهن وهلك في استعماله ، لا يسقط الدين ، لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن ولو هلك باستعمال الراهن لا يسقط شيء من الدين . ولو رهن ثوبا يساوي عشرين درهما بعشرة دراهم ، فلبسه المرتهن بإذن الراهن فانتقص منه ستة دراهم ، ثم لبسه مرة أخرى بغير إذن الراهن وانتقص أربعة دراهم ، ثم هلك الثوب وقيمه عند الهلاك عشرة ، قالوا يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد ويسقط من دينه تسعة دراهم ، ووجه ذلك أن الدين إذا كان عشرة دراهم وقيمة الثوب يوم الرهن عشرون كان نصف الثوب مضمونا بالدين ونصفه أمانة ، وصار كل درهمين هنا بدرهم . فإذا انتقص من الثوب بلبسه بإذن الراهن ستة لا يسقط شيء من الدين ، لأن لبس المرتهن بإذن الراهن كلبس الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن . وما انتقص بلبسه بغير إذن الراهن وهو أربعة دراهم مضمون على المرتهن ، فما وجب على المرتهن وهو أربعة دراهم تصير قصاصاً بقدرها من الدين . فإذا هلك الثوب وقيمه بعد التقصان عشرة نصفها مضمونة ونصفها أمانة ، فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفيا دينه ، ويبقى من دينه درهم واحد ، فلهذا يرجع على الراهن بدرهم واحد ( بمجم الضمانات ص ١١٠ ) .

( ٤ ) إذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه ، لم يبطل الرهن ، ولكن يخرج من ضمان المرتهن . فإن هلك في يد الراهن ، هلك بغير شيء . وللمرتهن أن يسترجه إلى يده ، لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال . وكذا لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر ، سقط حكم الضمان ، ويبقى عقد الرهن فليسكل منهما أن يردعه رهنا كما كان . وهذا

بمخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرهما أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ، فلا يعود إلا بعقد مبتدأ ، حتى لو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للمغرماء . وثمن المرهون المبيع رهن مكانه . وكذا لو باع العدل المضمون يخرج من أن يكون رهنا ، وبصير الثمن رهنا مكان الأول مقبوضا كان الثمن أو لم يكن ، وإذا توى كان من مال المرتهن . ولو استأجره مرتهنه جاز ، وبطل الرهن لوجود القبض للإجارة ، حتى لا يكون للمرتهن أن يعود في الرهن ، فيهلك أمانة لو لم يجبسه عن رآهه بعد مضى الإجارة . ولو أجر المرتهن الرهن من الراهن لا تصح الإجارة ، ويكون للمرتهن أن يعود في الرهن ويأخذه . ولو رهن المرتهن الرهن لأجنبي بإذن الراهن ، يخرج عن الرهن الأول ، وصار كأن المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول للرهن فرهنه . ولو رهنه مرتهنه بلا إذن رآهه لم يجوز ، وللراهن إبطاله ، ولو هلك فالراهن الأول لو شاء ضمن الأول وضمائه ضمان رهن ويهلك في يد الثاني بدين الضامن إذ ملكه بضمانه فكأنه رهن ملك نفسه ، ولو ضمن الثاني فضمانه ضمان رهن عند الأول وببطل الرهن عند الثاني ويرجع الثاني على الأول بما ضمن بدينه ( بجمع الضمانات ص ١٠٣ — ص ١٠٥ ) .

( ٥ ) جنابة الراهن على الرهن مضمونة ، وجنابة المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها . فإذا استهلك الراهن الرهن ، فإن كان الدين حالا أخذ منه كل الدين ، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمته فتكون رهنا مكانه إلى حلول الأجل . ولو استهلكه أجنبي ، فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده . ولو استهلكه المرتهن وكان الدين مؤجلا ، غرم القيمة وكانت رهنا في يده حتى يحل الأجل ، فإذا حل الدين استوفى المرتهن منها قدر حقه ورد الفضل إن كان ( بجمع الضمانات ص ١١٤ ) .

### الالتزام الوكيل بحسن ادارة اعمال الموكل :

يلتزم الوكيل فيما يلتزم به نحو موكله أن يقوم بالعمل المنوط به وأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد ، فإذا انحرف عن السلوك المألوف في تنفيذ الوكالة كان متعديا وضمن .

ويلاحظ فيما يتعلق بهذا الالتزام ما يأتي :

- (١) إذا وكل المالك وكيلا في البيع ولم يذكر له أن يؤجل الثمن ، فالمألوف في التعامل أن يكون الثمن معجلا ، فلو أجله الوكيل انحرف عن المألوف في التعامل ، وكان للموكل أن يطالبه بالثمن في الحال . ولو قبض الوكيل الثمن زيوفا وتجاوز بها صح عليه ، ويضمن لموكله مثل دراهمه لو علم ونبت قبضه ، وإلا فلا يضمن ( بجمع الضمانات ص ٢٤٦ ) . ويجوز للوكيل إذا لم يعين المالك الثمن ، أن يبيع بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة ، وقال الصحابان لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير . والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز فيها لا يتغابن الناس في مثله ( بجمع الضمانات ص ٢٤٩ ) . وجاء في بجمع الضمانات ( ص ٢٥١ ) : « رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره بأن يشتري له حنطة ويزرعها ، فاشتري المأمور حنطة فزرعها في وقت لا يخرج الزرع . قالوا إن كان اشتراها الوكيل في أوان الزراعة وزرعها في غير أوانها ، يجوز الشراء على الأمر ، وعلى المأمور مثل تلك الحنطة لأنه صار مستهلكا بإلقائها في الأرض في غير أوان الزراعة . وإن كان اشتراها في غير أوان الزراعة ، كان المأمور مشتريا لنفسه ، فيضمن دراهم الأمر ، لأن الأمر بالشراء للزراعة مقيد بأوان الزراعة كالأمر بشراء الجمد والفحم » .
- (٢) الوكيل في عقد وكيل في حقوق هذا العقد حتى لو نهاه الموكل ، فلا يكون متعديا ولا يضمن إذا قام بمستلزمات العقد . فالوكيل بالبيع إذا

باع ، ونهاه الموكل عن قبض الثمن إلا بحضرة الشهود أو إلا بحضور فلان أو نهاه عن قبض الثمن ، لا يصح نهيه ، وله أن يقبض الثمن بغير شهود وبغير محضر فلان (بجمع الضمانات ص ٢٤٧) .

(٣) ما يقبضه الوكيل لحساب الموكل أمانة في يده ، إن هلك بغير تعد فقد هلك على الموكل . جاء في مجمع الضمانات (ص ٢٤٩) : « رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له بها عبداً ، فوضع الوكيل الدراهم في منزله ، وأراد أن يأخذ الدراهم ليدفعها إلى البائع ، فإذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد في منزله . فجاء البائع وطلب منه الثمن ، وجاء الموكل فطلب منه العبد ، كيف يفعل ؟ قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا في يده على الأمانة . قال الفقيه أبو الليث هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده ، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في إيجاب الضمان على الأمر . والوكيل بالشراء إذا قبض الثمن فهلك عنده ، إن كان قبض الثمن من الموكل قبل الشراء يكون أمانة ، سواء هلك قبل شراء الوكيل أو بعده ، وإن قبض الثمن من الموكل بعد الشراء يهلك مضمونا . فلو وكل إنسانا بالشراء ودفع إليه المال ، فاشترى الوكيل ولم ينقد الثمن حتى هلك ، يرجع عليه مرة أخرى ، فإن هلك نانيا لا يرجع بذلك (بجمع الضمانات ص ٢٥٣) . والوكيل بالشراء إذا أخذ السلعة على سوم الشراء فأذاها للهوكل فلم يرض وردها على الوكيل ، فهلكت قبل أن يردها على البائع ، ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع ، ولا يرجع بها على الموكل إذا لم يكن الموكل أمره بالأخذ على سوم الشراء ، والأمر بالشراء لا يكون أمراً بالأخذ على سوم الشراء . فإن كان الأمر أمر بالأخذ على سوم الشراء ، فهلكت عند الوكيل ، كان للوكيل أن يرجع بها على الموكل (بجمع الضمانات ص ٢٥٨) .

(٤) الوكيل بقبض الثمن أو الأجرة لو وكل من ليس في عياله بقبض ذلك جاز ، إذ حق القبض للوكيل فله تفويضه إلى غيره . لكن الوكيل يضمن

للأمر لو هلك في يد وكيله قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ، كقبضه بنفسه ثم دفعه إلى من ليس في عياله ( بجمع الضمانات ص ٢٦٢ ) .

( ٥ ) الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أيه وجده ومن لا تقبل شهادته له ، إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة . وقال صاحبان يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده ومكانبه ( بجمع الضمانات ص ٢٦١ ) .

## المطلب الثاني

### الضرر في الفقه الاسلامي

#### فكرة الضرر في الفقه الاسلامي فكرة محدودة ضيقة :

يختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي اختلافاً بينا في تحديد معنى الضرر . ففي الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي . وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يحمله الدائن من خسارة ومافاته من ربح ، ولو كان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أي أمر آخر . وقد رأينا أنه لا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً ، وإلا أن يكون في المسؤولية العقدية ضرراً متوقفاً على التفصيل الذي قدمناه .

أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه . فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل . إلا في استثناءات محدودة سيأتي ذكرها . ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته ، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله أو قيمته . فلو ضمن المدين داراً ، دفع قيمتها ، ولا يدفع ماخسره صاحب الدار من الاتفَاع بها مدة من الزمن ، ولا مافاته من كسب لو باعها بقيمتها واشترى صفقة رابحة .

وزيد في التضييق من فكرة الضرر في الفقه الإسلامي قاعدتان معروفتان فيه ، نعرض لهما في إيجاز ، وهما : ( ١ ) الخراج بالضمان ( ٢ ) الأجر والضمان لا يجتمعان .

### الخراج بالضمان :

نصت المادة ٨٥ من المجلة على أن « الخراج بالضمان » . يعني أن من يضمن شيئاً لو تلف ، ينتفع به في مقابلة الضمان . مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة ، لالتزمه أجرته ، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله ، أى أن خسارته كانت راجعة عليه .

ويقول الأستاذ سليم باز ( ص ٥٧ ) في التعليق على هذا النص : « الخراج ما خرج من الشيء ، فخراج الشيء ثمره ، وخراج الحيوان دره ونسله . ومن فروع هذه القاعدة ماسياتى في خيار العيب من أن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل ، كالكسب والغلة ، لا تمنع الرد بالعيب ، وتسلم للمشتري . ولا يضر حصولها له مجاناً لأنها لم تكن جزءاً من المبيع ، فلم يملكها بالثمن إنما ملكها بالضمان ( أشباه ) .»

### الأجر والضمان لا يجتمعان :

نصت المادة ٨٦ من المجلة على أن « الأجر والضمان لا يجتمعان » . فإذا جاوز المستأجر الشروط بوجه يوجب الضمان ، كما إذا استأجر دابة إلى محل معين فجاوز هذا المحل وهلكت الدابة فلزمه الضمان ، لم يجتمع الأجر مع الضمان فلا أجر على المستأجر . أما لو سلمت الدابة فيلزمه الأجر المسمى لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها وزيادة ، ولا أجر عليه لزيادة المسافة لأنه في هذه الزيادة كان ضامناً للدابة .

وقد يصل القياس في هذه القاعدة إلى حد الغرابة ، ولذلك يعدل عنه

إلى الاستحسان . فإذا استأجر عينا لغرض معين ، فاستعملها لغرض آخر ، فالقياس أنه لا يضمن ولا أجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان . فإذا فرض أن العين لم يصعب ضرر من استعمالها في الغرض الآخر ، فإنه لا يضمن شيئاً ولا يجب عليه الأجر ، ولذلك قيل إنه يجب الأجر في هذه الحالة استحساناً لا قياساً . وقد جاء في مجمع الضمانات ( ص ٣٥ ) : « لو أقعد بها قصاراً فأنهدمت من عمله ضمن ، ولا يجب الأجر فيما ضمن .. ولو لم ينهدم شيء من القصاره لا يجب الأجر قياساً ، ويجب المسمى استحساناً » .

وبلاحظ أن هناك قاعدة ثالثة في الفقه الإسلامي تكمل القاعدتين السابقتين ، وتقضي بأن الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه . فهل يمكن أن نقرن هذه القاعدة الأخيرة بالقاعدة التي تقضي بأن الأجر والضمان لا يجتمعان ، فيكون الضابط في عدم اجتماع الأجر والضمان أن يقع الضمان فعلاً ، فيدفع المدين قيمة الشيء أو مثله ، ويعتبر مالسكاً له من يوم قبضه ، وتكون منافعه له كما لك ، فلا يجب عليه الأجر ؟ إذا صح هذا التصوير ، وجب القول بأن الأجر والضمان لا يجتمعان في حالة وجوب الضمان فعلاً . أما إذا لم يجب الضمان ، فبجرد احتمال تحمل تبعه الهلاك لا يمنع من الأجر ، ويكون اجتماع الأجر واحتمال تحمل التبعة في هذه الحالة آتياً على سبيل القياس .

ونأتي ، بعد ما قدمناه ، بتطبيقات تبين متى يعوض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، وأخرى تبين متى لا يعوض عنه .

#### متى يعوض عن الضرر في الفقه الإسلامي :

قدمنا أن الضمان يجب فيه أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته ، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه .

فالعين المأجورة ، قيمة أو مثلية ، وهي مال متقوم في ذاته ، تكون محلاً

للضمان . فإذا تلفت أو ضاعت في يد المستأجر ، وكان ذلك بتعديه أو تعمده ، وجب عليه الضمان . فلو استأجر دابة ليحمل عليها الخطب إلى مصر ، فحملته وصدمت حائطاً فوقعت في النهر ، وكان الطريق وعراً ويعلم المستأجر أن وقر الخطب لا يمر سالماً في الغالب من هذا الطريق ، ضمن الدابة لصاحبها . ويكون الضمان بدفع قيمة الدابة . وكذلك يدفع القيمة كلها لو ضرب الدابة فماتت من الضرب أو ساقها بعنف وشدة فهلكت . ولو استأجر ثوباً فلبسه على خلاف المعتاد فتحرق الثوب ، ضمن نقصان قيمته بأن يقوم سالماً ثم يقوم مخروفاً فيضمن التفاوت ما بين القيمتين .

ولو تلفت العين المستأجر فيها أو المودعة أو المعارة بتعدى الأجير الخاص أو المشترك أو بتعدى المودع عنده أو بتعدى المستعير ، أو تلفت العين المسلبة على سوم الشراء مع بيان ثمنها ولو بغير تعد ، ضمن المدين قيمتها أو مثلها أو نقصان القيمة بحسب الأحوال . ولو ضرب الراعي الشاة ففقأ عينها أو كسر رجلها ، ضمن نقصان القيمة . ولو أعطى الخياط قماشاً وقال إن خرج قباء فصله ، فقال الخياط إنه يخرج ثم فصله ، ولكن لم يخرج قباء ، كان لصاحب القماش أن يضمن الخياط قماشه ، وذلك بأن يستبقى الخياط القماش له ولا يأخذ أجراً على عمله ثم يعطى صاحب القماش مثل قماشه أو قيمته .

### منى لايعوضه عن الضرر في الفقه الإسلامي :

فإذا لم يسكن المضمون مالا متقوماً في ذاته ، فإن الفقه الإسلامي لا يعوض عن الضرر .

وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عدم ضمان المنافع في الفقه الإسلامي ، لأنها أموال غير متقومة في ذاتها ، وذلك على التفصيل الآتي : الأصل أن المنفعة - كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير - من قبيل الأعراض ، فهي



ليست مالا متمقوماً في ذاته حتى يجب فيه الضمان . ولا تقوم المنفعة إلا بعقد كعقد الإيجار ، فعند ذلك تستحق الأجرة عن المنفعة ، لا بحكم الضمان ، بل بحكم العقد الذي قوماها . ومن ثم لا تكون المنفعة مضمونة بالنصب إذا لعقد هنا يقوماها . وقد جاء في مجمع الضمانات (ص ٢٤١) : « لو اشترى طاحونة فكانت في يده مرة ، ثم استحقها رجل ، فليس له أن يطالب المشتري بفلات الطاحونة ، لأنه ليس من أجزاء المبيع بل كسبه وفعله . سئل حافظ الدين البزازی عن رجل اشترى كرماً فقبضه ، وتصرف المشتري فيه ثلاث سنين أو أكثر أو أقل ، ثم استحق الكرم المذكور رجل آخر فأقام بينه وأخذه بقضاء القاضى . ثم طلب المستحق من المشتري الغلة التي تصرف فيها المشتري ، هل يجب على المشتري رد الغلة أم لا ؟ ولو كان الكرم خراباً حتى اشترى ، وعمر المشتري وأنفق في عمارته من قطع الكرم وإصلاح السواقي وبناء الحيطان ومرمته ، فازدادت قيمة الكرم وصار يساوى ضعف الثمن أو أضعافه ، هل يوضع من الغلة مقدار ما أنفق أم لا ؟ فأجاب إن كانت الغلة قائمة في يد المقضى عليه وقت القضاء وعلم القاضى بها ردها إلى المقضى له ، وهو متبرع بما أنفق . ولو هالكه وخارجة عن ملكه وقت القضاء به فلا ، نص عن محمد في مشتمل الأحكام . »

#### استثناءات مهمة يعرض فيها عن الفقه الإسلامى :

ولما كانت هذه النظرة إلى المنافع نظرة صناعية محضة ، وهى نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية ، فقد وسع الفقه الحنفى منها قليلاً باستثناءات ثلاثة :  
أولاً - إذا استخدم شخص صغيراً بدون إذن وليه ، كان للصغير متى بلغ أن يأخذ أجر مثل خدمته عن تلك المدة ، ولو توفي الصغير فلورثته أن يأخذوا أجر مثل المدة من مستخدم الصغير ( م ٥٩٩ المجلة ) . ذلك أن عقد إيجار الأشخاص هنا لا ينفذ لأنه انعقد دون إذن الولي ، فلا يستطيع الصغير أن يرجع بالأجر المسمى في العقد على مستأجره . فأعطى للصبي عند بلوغه أن يرجع بالتعويض على مستأجره عن العمل الذى قام به له ، وهذا العمل

يعتبر في الفقه الإسلامي منفعة الأدمى فيرجع بأجر المثل لا بالأجر المسمى. وكان الأصل الا تعويض عن المنفعة، ولكن أجزت التعويض هنا رعاية للصغير. والظاهر أنه إذا أجاز الولي عقد الإيجار، أو بلغ الصبي وأجاز العقد، رجع الصبي على مستأجره بالأجر المسمى بموجب العقد، لا بأجر المثل بموجب الضمان.

ثانياً - إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، فحينئذ يلزم من يستولى عليه ضمان المنفعة أي أجرة المثل. فلو سكن شخص دار آخر مدة بدون عقد إيجار لا تلزمه الأجرة، لكن إن كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير لزمه أجر مثل المدة التي سكنها في كل حال (م ٥٩٦ من المجلة).

ويقول الأستاذ سليم باز (ص ٣١٩) تعليقا على المادة ٥٩٦ من المجلة: «ولا فرق فيما إذا كان الوقف موقوفا للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما كالمسجد، فقد أفتى العلامة المقدسي في مسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة بلزوم أجر مثله مدة شغله، كذا في الخيرية والحامدية. وبناء عليه إذا ضبط أحد تغلبا ومستقلا طاحونة مشتركة بينه وبين وقف أو صغير وتصرف فيها مدة، كان للمتولى أو للوصى بعد استخلاص حصة الوقف أو اليتيم أن يغرم الغاصب أجرة المثل بالغة ما بلغت، كما في الخانية. وكذا لو كان للوقف دار بشروط السكنى فيها لاثنتين، فاضبط أحدهما تلك الدار وسكنها مدة تغلبا ومستقلا بدون إذن الآخر، كان للمتولى أن يغرمه أجر مثل حصة رفيقه عن المدة كلها.»

ثالثاً - إذا كان المال معدا للاستغلال، فيلزم من يستولى عليه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد. فإذا كانت الدار دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد، يلزم أجر المثل، ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها لزمه أجر المثل (م ٥٩٦ من المجلة). ذلك أن المستولى باستيلائه على مال بدون تأويل عقد أو ملك مع

علمه أنه معد للاستغلال يكون بمثابة من قبل استئجار هذا المال من صاحبه ،  
ولما لم يكن هناك أجر متفق عليه كان الواجب أجر المثل .

ويخلص من ذلك أن هناك شروطاً ثلاثة لضمان المنفعة في الحالة الثالثة  
التي نحن بصدددها :

( ١ ) أن يكون المال معداً للاستغلال ، كالخان والحمام ودار الكراء .

( ٢ ) وأن يكون المستولى على المال عالماً أنه معد للاستغلال ، فلو لم يعلم  
بذلك لم يجب عليه الضمان . ولكن إذا طالبه المالك بالأجرة فسكت وبقى  
ساکتاً ، يلزمه الأجر الذي سماه المالك ، لأنه بسكناه يكون راضياً بالأجر .

( ٣ ) وألا يكون المستولى على المال قد استولى عليه بتأويل ملك أو عقد .  
فلا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال ،  
فلو اشترى حانوتاً أو خاناً أو طاحونة أو نحو ذلك من الأموال المعدة  
للاستغلال ، ونصرف فيه مدة ، ثم استحقه رجل ، لا يلزم المشتري أجر المدة  
لأنه إنما تصرف فيه على أنه ملكه . ولو تصرف أحد الشركاء بالاستقلال  
في المال المشترك بدون إذن شريكه ، فليس للشريك الآخر أن يطالبه بأجرة  
حصته ، لأنه استعمله على أنه ملكه . ولو غصب رجل دار آخر ، سواء  
كانت معدة للاستغلال أو غير معدة ، وسكنها مدة على أنها ملكه ، لم يجب  
عليه الأجر للمالك ، لأنه سكن الدار على أنها ملكه . كذلك لا يلزم ضمان  
المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد ، وإن كان معداً للاستغلال . فلو باع  
واحد من آخر حانوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره بدون إذن شريكه ،  
وتصرف فيه المشتري مدة ، ثم لم يجز البيع الشريك الآخر واسترد  
حصته من المبيع ، فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحانوت معداً  
للاستغلال ، لأن المشتري استعمله بتأويل عقد هو عقد البيع . وكذلك  
لو ارتهن رجل حانوتاً وتصرف فيه مدة ، ثم بان الحانوت لغير الراهن ،

فليس للمستحق أن يضمن المرتهن أجر المثل ، لأنه استعمل الخانوت بتأويل عقد الرهن ( الأستاذ سليم باز ص ٣٢١ ) .

هذه هي الاستثناءات الثلاثة التي أقرها المذهب الحنفي . وعند الشافعي منافع المغصوب مضمونة ، جاء في مجمع الضمانات ( ص ١٣٠ ) : « ومنافع الغصب لا تضمن عندنا ، سواء استوفأها الناصب أو عطله ولم يستعمله . فإذا استعمل عبداً أو حرأ قهراً أو أمسكه زماناً ولم يستعمله ، لا يضمن شيئاً عندنا ، خلافاً للشافعي ، من الحقائق . ولو استعمل المغصوب بأن كان عبداً فأجره ، فالاجرة له ولا تطيب له فيتصدق بها . وكذا لورج بدرامم الغصب ، كان الربح له ويتصدق به . ولو دفع الغلة إلى المالك ، حل للمالك تناولها كما في الهداية . وفي الأشباه منافع الغصب لا تضمن إلا في ثلاث ، مال اليتيم ومال الوقف والمعد للاستغلال ، .

### أجابه ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المنفعة :

ويخلص مما قدمناه أن هناك تيارات ملحوظة في الفقه الإسلامي تتجه إلى ضمان المنافع . الشافعي يجعلها مضمونة في الغصب . والحنفية يجعلون الاجرة والربح للغاصب ، ولكن ذلك لا يطيب له ويجب عليه أن يتصدق به ، ولو دفعت الغلة إلى المالك حل له تناولها . وهذا يقرب من فكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الغربي ، فيكون في ذمة الغاصب للمغصوب منه التزام طبيعي أن يرد له غلة المغصوب ، فإذا ردها حل للمالك تناولها لأنه إنما يستولى على - قه ولا يجوز للغاصب استردادها منه بعد أن ردها إليه ، وإذا لم يرددها لم تطب له ووجب عليه التصديق بها . هذا إلى أن المذهب الحنفي يجعل المنافع مضمونة في حالات ثلاث . وإذا كان هذا المذهب قد أقر الحالتين الأولى - أجر الصغير وأجر مال الوقف ومال الصغير - لأسباب إنسانية ولحماية الوقف ، فإن الثالثة - أجر المال المعد للاستغلال - قد أقرها لأسباب فنية ،

ومن ثم فهي الحالة التي نقف عندها . و خلاصة القول فيها أن الأصل في المذهب الحنفي أن المستولى على مال غيره لا يضمن منفعته ، لأن المنفعة لا تقوم إلا بالعقد فهي ليست مالا متقوما في ذاته . ولكن الفقه الحنفي ، إبتغاء توسيع هذه القاعدة الضيقة ، افترض عقد إيجار ضمنى ، إذا وضع المستولى يده على مال الغير المعد للإستغلال وهو يعلم ذلك ولم يضع يده كمالك أو بتأويل عقد آخر . وينقض افتراض الإيجار الضمنى أن يكون المال غير معد للإستغلال ، أو يكون معداً له ولكن المستولى يعلم ذلك ، أو كان يعلم ولكنه وضع يده على المال بتأويل عقد آخر غير الإيجار الضمنى أو بتأويل ملك مما يتعارض مع افتراض الإيجار الضمنى . فعقد الإيجار المفترض هذا - وقد أقيم بحيث لا يتعارض مع الملابسات والظروف - صناعة فقهية أريد بها التوسيع من قاعدة ضيقة جامدة . فن هنا يجب أن يستمر التطور ، بحيث يفترض الإيجار في كل الظروف ، ثم يترك هذا الفرض بتاتا ويقال مباشرة بتقوم المنافع : وهذا هو ما فعله التقنين المدنى العراقى ، فقد وصل في مراحل هذا التطور إلى المرحلة الأخيرة .

### نقوم المنافع ووجوب التعويض عنها في التقنين المدنى العراقى :

سار التقنين المدنى العراقى في مراحل التطور إلى غايتها ، وأصبح يضاهاى الفقه الغربى في تقويم المنافع ووجوب التعويض عنها في المسئوليتين العقدية والتقصيرية . بل هو قد وضع القاعدة العامة المقررة في الفقه الغربى من وجوب أن يشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان هذا نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه ، أى متى كان الضرر نتيجة مباشرة للخطأ . ونص صراحة كذلك على أن حق التعويض يتناول الضرر الأذى ، فلا يقتصر على الضرر المادى ، وعلى أن الأجر والضمان قد يجتمعان . ونورد النصوص الواردة في هذا المعنى :

م ١٦٩ عراقى : ١٥ — إذا لم يكن التعويض مقدرأ فى العقد أو بنص فى القانون ، فالمحكمة هى التى تقدره ٢٠ - ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد ، سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أى حق عيني آخر أو التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل . ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر فى استيفائه ، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به . ٣ — فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقفاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل أو كسب يفوت ، .

م ٢٠٥ عراقى : ١٥ — يتناول حق التعويض الضرر الأدينى كذلك . فكل تعد على الغير فى حريته أو فى عرضه أو فى شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى يجعل المتعدى مسؤولاً عن التعويض . ٢ — ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدينى بسبب موت المصاب . ٣ — ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدينى إلى الغير ، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائى ، .

م ٢٠٧ عراقى : ١٥ — تقرر المحكمة التعويض فى جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع . ٢ — ويدخل فى تقرير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ، ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر ، .

م ٢٠٩ عراقى : ١٥ — تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز فى هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ — ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للمحكمة ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر ، أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل فى المثليات وذلك على سبيل التعويض ، .

### المطلب الثالث

## علاقة السببية بين الخطأ والضرر

### في الفقه الإسلامي

السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي وأثره في الضمان :

نبحث في الفقه الإسلامي عما يقابل السبب الأجنبي في الفقه الغربي ، ثم ننظر في أثر السبب الأجنبي في الضمان .

### ١٤ - السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي

يمكن أن نجد في الفقه الإسلامي ما يقابل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وكثيراً ما يسمى بالآفة السماوية . ثم نجد أن خطأ المضرور أو خطأ الغير ، وكثيراً ما يسمى بفعل الأجنبي ، له أثر كبير في الضمان . ويمكن القول بوجه عام إن عبء إثبات السبب الأجنبي يكون على الدائن إذا كانت يد المدين يد أمانة .

### القوة القاهرة أو الآفة السماوية :

يبدو من نصوص الفقه الإسلامي أن هناك ما يقابل القوة القاهرة في الفقه الإسلامي ، ويطلق عليه في بعض النصوص عبارة « الآفة السماوية » . وقد رأينا أن ما يصيب الثمرة من السماء يسمى « بالجامحة » ، وهو ضرب من ضروب الآفات السماوية تناولناه عند الكلام في نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي .

ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي للآفة السماوية

وللجانحة هلاك الشاة بأفة سماوية ، وأكل الذئب للغنم بشرط أن يتعدد الذئب أما الواحد فيمكن للراعي مقاومته ، والحريق الغالب ، وغرق السفينة وأمر السلطان ، وسقوط الآنية بغير فعل المدين ، وانزلاق الحيوان ، والبرد ، والقحط ، والعفن ، والعطش .

ويظهر من النصوص أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه ، ولا في الوسع توقعه ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وهذا هو عين ماقررناه في الفقه الغربي .

ونورد بعض النصوص في هذا المعنى : « الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يدها بشرائط ثلاثة : أحدها أن يكون في وسعه دفع ذلك الفساد ، حتى لو غرقت السفينة من موج أو جبل صدمها ، أو زلق الحمل إذا زحمه الناس وانكسر الدن ، أو مات الختون من ذلك ، لا يضمن . . » ( بجمع الضمانات ص ٢٨ ) .

« أما إذا هلكت ( شاة ) عند السقي بأفة سماوية ، فلا يضمن ( الراعي ) . وفي البرازية لو أكل الذئب الغنم والراعي عنده ، إن كان الذئب أكثر من واحد لا يضمن لأنه كاسرقة الغالبة ، وإن كان واحداً ضمن لأنه تمكن المقاومة معه فكان من جملة ما يمكن الاحتراز عنه بخلاف الزائد على الواحد ، ( بجمع الضمانات ص ٢٩ - ص ٣٠ ) .

« الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ ، فله أن يعمل للعامة ، ومن هذا سمي مشتركا . والمتاع أمانة في يده ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ، ولا أجر له ، عند أبي حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالعدو المسكبر والحريق الغالب لا يضمن ، ( بجمع الضمانات ص ٢٧ ) .

« استأجر جوالقا ليحمل فيه شيئا وأخذ الجوالق ، فأخذه السلطان ليحمل له حملا فذهب الحمل واشتغل بما أمره به السلطان ، فسرق الجوالق .



فلو لم يجد الحمال بدأ من أمر السلطان وخاف العقوبة بترك ذلك لم يضمن ،  
 لأنه مضطر فلا يجب الحفظ . ولو له بد من أن يشتغل بذلك الحمل ، ضمن  
 بترك الحفظ . . حمال زلق رجله يضمن ، وقيل ينبغي ألا يضمن قياساً على  
 من استأجرت ثوباً لتلبسه فتخرق من لبسها فإنها لا تضمن من الفصولين .  
 وفي الفنية عن صاحب المحيط والصحيح عدم الضمان . وكذا مسألة القصة  
 لا يضمن إن سقطت حال الانتفاع بها . وفي الخلاصة استأجر قدراً ، فلما  
 فرغ حملها على الحمار وذهب بها إلى صاحبها ، فزلق الحمار فانكسرت ، لا يضمن  
 إن كان حماراً يطبق ذلك وإن كان الرد على المؤجر إلا أن العادة أن المستأجر  
 يحمل ، ( بجمع الضمانات ص ٢٣ - ص ٢٤ ) .

### خطأ المضرور :

إذا كانت يد المدين يد أمانة ، وهلك الشيء بخطأ الدائن أى خطأ  
 المضرور ، لم يضمن المدين الهلاك ، فقد قام بواجبه من الحفظ ، والهلاك قد  
 حدث بسبب أجنبي عنه وهو خطأ المضرور .

وإذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المبيع ، فالأصل  
 أن البائع يضمن هلاك المبيع قبل القبض حتى لو حدث الهلاك بسبب أجنبي ،  
 وهذا ما لم يكن السبب الأجنبي هو خطأ المشتري أى خطأ المضرور . فإذا كان  
 الهلاك بخطأ المشتري ، ولو قبل قبض المبيع ، لم يضمن البائع . ونرى من ذلك أن  
 خطأ المضرور عندما تكون يد المدين يد ضمان أبعد أثراً من خطئه عندما  
 تكون يد المدين يد أمانة .

جاء في بجمع الضمانات ( ص ٢٣٦ ) : وذكر في المنتقى رجل اشترى سمناً  
 ودفع إلى البائع ظرفاً وأمره بأن يزن فيه ، وفي الظرف خرق لا يعلم به  
 المشتري والبائع يعلم به ، فتلف ، كان التالف على البائع ولا شيء له على  
 المشتري . وإن كان المشتري يعلم به والبائع لا يعلم ، أو كانا يعلمان جميعاً ، كان

المشتري قابضاً للبيع وعليه جميع الثمن ، « وإن هلك المبيع ( قبل القبض ) بفعل المشتري ، فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له . وإن كان البيع فاسداً أو بشرط الخيار للبائع ، لزم المشتري ضمان مثل المبيع إن مثلياً أو قيمته إن قيمياً » ( سليم باز في شرح المادة ٢٩٣ من المجلة ص ١٥٠ ) .  
وتفسير ذلك أنه في الحالة الأولى يتخلص البائع من التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري ، إذا أصبح تنفيذ التزامه هذا مستحيلاً بفعل المضرور نفسه ، فتنتق علاقة السببية بين فعل البائع والضرر الذي أصاب المشتري ، فهلك المبيع على المشتري بثمنه . أما في الحالة الثانية فالبائع الذي له الخيار يفسخ البيع بحكم الخيار ، والبائع بعقد فاسد يفسخ البيع بحكم الفساد ، ويبقى المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع لأنه هو الذي تسبب في هذا الهلاك ، فيرجع البائع عليه بمثله أو بقيمته .

### خطأ الغير :

إذا كان هلاك الشيء بفعل أجنبي ، انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، فلا يضمن المدين . فإذا سرقت العارية من المستعير ، فلا يضمن ، لأن السرقة بفعل أجنبي ولا يده له فيها . وإذا تعدى السلطان على الوديعة مهدداً المودع عنده بأذى لا يطيقه ، لم يضمن المودع عنده تعدى السلطان ، إذ يعتبر هذا التعدى فعل الأجنبي . وإذا هلك الوديعة بفعل عدو مكابر ، كان هذا فعل الأجنبي ، ولم يضمن المودع عنده .

ونورد نصوصاً فيما تقدم : « استعار ثوباً من رجل ، ثم طلب المعير أن يردّه فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك ، ثم فرط في الدفع حتى مضى شهر ، ففرق من المستعير . قال إن كان المستعير عاجزاً عن الرد وقت الطلب ، لا ضمان عليه . وإن كان قادراً على الرد فإن أظهر المعير السخط والكره في الإمساك ضمن المستعير ، وكذلك إذا لم يظهر السخط ولا الرضا لأن الرضا لا يثبت

بالشك ، وإن صرح بالرضا لا يضمن ، . (بجمع الضمانات ص ٦٦) . رجل أودع عند فامى ثياباً ، فوضعها الفامى فى حانوته . وكان السلطان يأخذ الناس بمال فى كل شهر جعله وظيفه عليهم ، فأخذ السلطان ثياب الوديعه من جهة الوظيفة ورهنها عند غيره فسرقت . قالوا إن كان الفامى لا يقدر على منع السلطان من رفعها لا يضمن لأنه أمين ، ويضمن المودع لأنه مرتهن الغاصب ، فيخير المالك إن شاء ضمن السلطان وإن شاء ضمن المرتهن . . رجل فى يديه مال إنسان ، فقال له السلطان الجائر إن لم تدفع إلى هذا المال حبستك شهرأ أو ضربتك ضربا ، لا يجوز له أن يدفع المال ، فإن دفع كان ضامنا . وإن قال له إن لم تدفع إلى المال أقطع يدك أو أضربك خمسين سوطا فدفع إليه ، لا يكون ضامنا ، لأن دفع مال الغير إلى الجائر لا يجوز إلا أن يخاف تلف عضوه والضرب المتوالى يخاف منه التلف ، (بجمع الضمانات ص ٧٤) . « المتاع أمانة فى يده (يد الأجير المشترك) ، إن هلك بغير عمله لم يضمن ، ولا أجر له ، عند أبى حنيفة . وعندهما إذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه ، كالعدو المكابر والحريق الغالب ، لا يضمن ، (بجمع الضمانات ص ٢٧) .

وفى كل ما قدمناه كانت يد المدين يد أمانة ، فلا يحمل المدين تبعه فعل الأجنبي . أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل قبض المبيع ، وهلك المبيع بفعل أجنبي ، فالهلاك على البائع وتحمل هذا تبعه فعل الأجنبي لأن التزامه التزام بتحقيق غاية ، وهذا بخلاف فعل المضرور أى فعل المشتري فقد رأينا فيما قدمناه أن البائع لا يحمل تبعته . جاء فى جمع الضمانات (ص ٢١٨) . « إذا اشترى خطبا ، فلما ذهب فى الطريق غصب الخطب من البائع فهو على البائع ، لأن على البائع تسليم المبيع إلى المشتري ، » .

## § ٢ - أثر السبب الأجنبي في الضمان

التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي :

لتبين أثر السبب الأجنبي في الضمان ، يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي . ويمكن تأصيل هذا التمييز الهام بمراعاة الآسس الآتية :

أولاً : الأصل أن المالك إذا جمع إلى الملك الحيازة ، تحمل تبعه الهلاك ، وهذا أساس بديهي .

ثانياً : فإذا انفصلت الحيازة عن الملك ، وكانت في يد غير يد المالك ، فسواء انتقلت الحيازة بعقد كالإيجار والعارية والوديعة ، أو بإذن كما في سوم الشراء ، أو بغير إذن كما في الغصب ، فإن الحائز يحمل تبعه الهلاك إذا كانت يده يد ضمان ويكون التزامه برد الشيء إلى مالكة التزاماً بتحقيق غاية ، ويحمل المالك تبعه هلاك الشيء إذا كانت يد الحائز يد أمانة ويكون التزام الحائز برد الشيء إلى مالكة التزاماً ببذل عناية .

ثالثاً : وتعتبر يد الحائز يد ضمان إذا كان يحوز الشيء لمصلحة نفسه ، فالغاصب يده يد ضمان لأنه يحوز المغصوب كما لك له ، والقابض على سوم الشراء مع تعيين الثمن يحوز الشيء لمصلحة نفسه لأنه يحوز الشيء بقصد شرائه لنفسه . أما إذا كان الحائز يحوز الشيء لمصلحة المالك ، فإن يده تكون يد أمانة ، فالمستأجر يده يد أمانة لأنه يحوز العين المؤجرة لحفظها لمصلحة المؤجر أما منفعة العين فيقبضها لمصلحة نفسه ، وكذلك المستعير ، والمودع عنده يده يد أمانة لأنه يحوز الوديعة لمصلحة المودع ، والمرتهن يده على المرهون يد ضمان بمقدار الدين لأنه يحوز هذا القدر لمصلحة نفسه توثيقاً لدينه ، ويده يد أمانة فيما جاوز الدين لأنه يحوز هذا القدر لحفظه لمصلحة المالك .

رابعا : إلا أنه إذا كان شخص قد كسب الملكية بعقد كما في البيع ، فإذا هلك المبيع قبل التسليم فقد انفسخ البيع ، واعتبر البائع هو المالك والحائز في وقت واحد وذلك منذ البداية ، فتحمل تبعه الهلاك .

وقد عالج التقنين المدني العراقي يد الأمانة ويد الضمان نقلا عن الفقه الحنفي في النصوص الآتية :

م ٤٢٦ : إذا انتقل الشيء إلى يد غير صاحبه ، بعقد أو بغير عقد ، وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد ضمان ، هلك الشيء على صاحب اليد . وإن كانت يد أمانه ، هلك الشيء على صاحبه .

م ٤٢٧ : ١ - تكون اليد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه . وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه ، بل باعتباره نائباً عن المالك .

٢ - وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه .

م ٤٢٨ : إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد ، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان . وتنقلب يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس .

ويمكن القول إنه إذا كانت يد المدين يد أمانة ، فإن التزامه يكون التزاما يبذل عناية وإذا كانت يده يد ضمان ، فإن التزامه يكون التزاما بتحقيق غاية .

### السبب الأجنبي بنفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان :

والسبب الأجنبي لا ينفي الضمان في الفقه الإسلامي إلا إذا كانت يد المدين يد أمانة . فالمستعير والمستأجر والمودع عنده والوكيل والشريك وغيرهم ممن يده يد أمانة ، تفتني المسؤولية عنهم ولا يضمنون إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، بل يكفي في كثير من الأحوال لانتفاء المسؤولية أن يكون الهلاك بغير فعل المدين ، وهي مرتبة أدنى من السبب الأجنبي . وعبء الإثبات على الدائن ،

فإذا ادعى أن الهلاك كان بفعل المدين ، فعليه هو إثبات ذلك كما سبق القول .  
 أما إذا كانت يد المدين يد ضمان ، كيد البائع قبل تسليم المبيع وكما في ضمان  
 الاستحقاق أو العيب وفي تسليم منافع العين المؤجرة ، فإن الالتزام يصبح  
 التزاما بتحقيق غاية ، فلا يفتني الضمان حتى بالسبب الأجنبي . ذلك أن الفقه  
 الإسلامي يكتفي في هذه الأحوال بفسخ العقد كما قدمنا ، ولا يوجب فوق  
 الفسخ تعويضا آخر ، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ . أما في الفقه الغربي  
 فهناك تعويض فوق الفسخ ، وهذا التعويض وحده هو الذي يتمتع بالسبب  
 الأجنبي ، ويبقى الفسخ لا يمنع السبب الأجنبي . ومن ثم لا يوجد فرق عملي  
 في هذه المسألة بين الفقهاء الإسلامي والغربي . ولكن يلاحظ في الفقه  
 الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ المضرور ، فإنه يمنع الفسخ  
 كما قدمنا . وما دام السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي لا يفتني الضمان إذا كانت  
 يد المدين يد ضمان ، فلا جدوى من إثباته ، لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان ،  
 ومن ثم لا محل للتساؤل عن يقع عليه عبء الإثبات هنا ، كما فعلنا في حالة  
 ما إذا كانت يد المدين يد أمانة .

### الأسباب الثلاثة لزوال العقد

المقصود بزوال العقد

المقصود بزوال العقد ما هو أن يجعل العقد بعد أن العقد صحيحاً بالتمام  
وقبل أن يتم بطلانه . فليس المقصود من هنا إبطال العقد من غير أن

## الباب الثالث

### زوال العقد

والعقد يعني هذه العقد الاتصافاً بغيراً أو تصدياً عن طريق التبرع . والعقد التبرعي هو الذي يخرج العقد . بعضه يملك ما يملكه من الاتصاف . وبعضه يملك ما يملكه من الاتصاف الأخرى التي وقع الاتصاف بجميع الاتصاف الأخرى التي تقع من العقد . وكل هذه الاتصاف . إذا من وقت الوفاء جاء كقوله في الآراء  
عقد واحدة أو على أساس . والعقد الذي يقتضيه مقوله . قضاء الزمان لأن الزمان عنصر جوهرى فيه . فالإجماع يقتضي باقضاء المدة المحددة ويقابلها  
تحدد المدة التي بإنهاء من أحد المتعلقين بغير إرادة عند الإحاطة الذي يمتد بالتاريخ أو الاتفاق . وكالاتجار الشركة وعقد العمل . وقد بين  
العقد من عند انتهاء مدته . ويكون هذا إجراء استثنائياً يقتضي به القانون في  
طريق استثنائية . كإحدى الشركات لتمامه بغير إجماع المالك عند انتهاء  
أزمة المالك على حركته أو نحو ذلك . وقد يقتضي المصلحة من قبل انتهاء  
مدته . فبوت أحد المتعلقين إذا رويت شخصيته عند التعاقد . كما في الشركة  
والأمانة والإجماع التي تراعى فيه شخصية المتأخر

(والأمر الثاني) إبطال العقد استثنائياً . ذلك أن الإبطال يرد  
على عقد غير صحيح أو عقد غير نافذ . وكلانا مما في زوال العقد الصحيح





## الأسباب المختلفة لزوال العقد

### المقصود بزوال العقد :

المقصود بزوال العقد هنا هو أن ينحل العقد بعد أن انعقد صحيحاً نافذاً ، وقبل أن يتم تنفيذه . فنستبعد من بحثنا هذا إذن أمرين :

( الأمر الأول ) زوال العقد بالتنفيذ أو بالانقضاء (extinction) .  
 فالعقد ينقضى عادة بتنفيذ الالتزامات التي بنشئها تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً عن طريق التعويض . فالعقد الفوري ، ولو كان مؤجلاً التنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات ، فينقضى البيع مثلاً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، إذا حل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط . والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن لأن الزمن عنصر جوهري فيه ، فالإيجار ينقضى بانقضاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل ، وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون في ظروف استثنائية ، كما في التشريعات الخاصة بعقود إيجار المباني عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته ، بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما في الشركة والمزارعة والإيجار التي تراعى فيه شخصية المستأجر .

( والأمر الثاني ) إبطال العقد (annulation) . ذلك أن الإبطال يرد على عقد غير صحيح أو عقد غير نافذ ، وكلامنا هنا في زوال العقد الصحيح

النافذ . في للفقه الغربي ، قد يكون العقد باطلا وهذا عقد غير موجود ، فلا محل للكلام في زواله وهو لم يوجد . وقد يكون العقد قابلا للإبطال لنقص في الأهلية أو لعيب في الإرادة ، فيزول بأن يبطله المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته . وقد سبق الكلام في كل ذلك . وفي الفقه الإسلامي ، قد يكون العقد باطلا ، وهو عقد غير موجود كما في الفقه الغربي فلا يرد عليه الزوال . وقد يكون العقد فاسداً ، فيزول بالفسخ من أحد المتعاقدين . وقد يكون موقوفاً ، فإذا لم تلحقه الإجازة بطل وزال ، وقد تقدم تفصيل مسائل البطلان في الفقه الإسلامي وهي مسائل لاشأن لنا بها هنا .

ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز في زوال العقد (disparition) بين زواله بالانقضاء (extinction) ، وزواله بالإبطال (annulation) ، وزواله بالانحلال (dissolution) . ولا شأن لنا في هذا البحث بالانقضاء ولا بالإبطال ، وإنما يتركز البحث في الانحلال . والفرق بين الانحلال والانقضاء أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا بعد تمام التنفيذ . والفرق بين الانحلال والإبطال أن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً نافذاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح أو غير نافذ ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال (١) .

ونرى مما تقدم أن منطقة انحلال العقد ، وهي موضوع بحثنا هذا ، تتحدد في العقد الصحيح النافذ يزول حتى قبل أن ينفذ أو قبل أن يتم تنفيذه .

### أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي :

وانحلال العقد ، بالمعنى الذي حددناه ، يقع في الفقه الغربي للأسباب التي يقررها القانون أو باتفاق المتعاقدين . والأسباب التي يقررها القانون لانحلال

(١) والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر

العقد أهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) ، والانحلال بانفاق المتعاقدين هو التقايل أو الإقالة (résiliation conventionnelle)

والإلغاء بإرادة منفردة يجعله القانون في بعض العقود تارة من حق كل من العاقدين، وطوراً من حق أحدهما دون الآخر. ففي الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهى الوكالة، كما يجوز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن التوكيل . وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية ، كما يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة . وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، كما يجوز للمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع . وفي الشركة يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، كما يجوز لأي شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها . هذا ضرب من العقود جعل القانون فيه حق الإلغاء بإرادة منفردة في يد كل من المتعاقدين . وهناك ضرب آخر من العقود يجعل القانون فيه هذا الحق في يد أحد المتعاقدين دون الآخر . ففي المقاوله لرب العمل — دون المقاول — أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل . وفي القرض إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين — دون الدائن — إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان . وفي عقد

التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية — دون المؤمن — أن يتحلل في أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة . ويجوز له أيضا ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل ، أن يصفي التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين موقتا . وفي الهبة يجوز للواهب — دون الموهوب له — أن يرجع في الهبة متى استند في ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع .

يقع من أسباب انحلال العقد في الفقه الغربي الفسخ والإقالة ، وهذان نستقيهما لبحث تفصيلي ، مع مقارنتهما بنظيريهما في الفقه الإسلامى .

### أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامى :

وانحلال العقد على النحو الذى حددناه ، يقع في الفقه الإسلامى لأحد أسباب ثلاث : ( ١ ) إما لأن العقد غير لازم . ( ٢ ) وإما للفسخ . ( ٣ ) وإما للإقالة .

وقد بسطنا تفصيلا فيما تقدم متى يكون العقد غير لازم ، وذكرنا أن العقد يكون غير لازم بطبيعته ، كما في الوكالة والعارية والوديعة والشركة والقرض والهبة . وهذا ما يقابل في الفقه الغربى حق إلغاء العقد بإرادة منفردة . وقد يكون العقد غير لازم لاقتراحه بخيار من الخيارات التى يقرها الفقه الإسلامى ، من ذلك الخيارات الأربعة المعروفة — خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب — ومن ذلك أيضاً خيار الوصف وخيار الغلط وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفريق الصفقة . أما خيار القبول وخيار المجلس فهما خياران يتعلقان بانعقاد العقد لا بعدم لزومه .

فيبقى إذن عندنا من أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامى السببان اللذان استبقيناها في الفقه الغربى وهما الفسخ والإقالة ، وهما اللذان نتولى بحشما تفصيلا مع المقارنة بالفقه الغربى كما تقدم القول .

### الفهم والاقالة:

خلص لنا إذن هذان السبيان في انحلال العقد ، لتعقد فيما يلي موازنة فيما بين أحكام الفقه الغربي وأحكام الفقه الإسلامي .

ونلاحظ بادىء ذي بدء أن الفسخ نظرية يعالجها الفقه الغربي في إسباب واستفاضة ، فهي عنده نظرية عامة تنطبق على جميع العقود الملزمة للجانبين أما الفقه الإسلامي فيقتضِب الفسخ اقتضاباً ظاهراً ، فليس عنده فيه نظرية عامة ، بل يجريه على بعض العقود دون بعض وفي بعض حالات دون حالات أخرى . وعلى العكس من ذلك الاقالة ، فالفقه الغربي ليس عنده نظرية خاصة في الاقالة ، ويقتصر على تطبيق القواعد العامة فيها ، إذ الاقالة عقد كسائر العقود . أما الفقه الإسلامي فيفيض في الاقالة ويتبسط في مسائلها ، حتى تبدو نظرية معقدة في حاجة إلى مزيد من النظر والتعمق .

## الفصل الأول

### الفسخ

---

#### الفرع الأول

##### الفسخ

##### في الفقه الغربي

---

### الفسخ والمسئولية العقدية :

هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية ، فكلهما جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين ، وأخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وجاز له أن يطالب بالتعويض ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بالتعويض جزء الاخلال بالالتزام وهذه هي المسئولية العقدية التي فصلنا أحكامها فيما تقدم . على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزامه إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي فتنتفي مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد في هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى .

## أساس نظرية الفسخ :

ولست نظرية الفسخ بالنظرية التي تبده العقل القانوني فيسلم بها بادية ذي بدء ، بل هي ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الروماني يأبي التسليم بها ، وكان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض دون أن يكون بينها تقابل أو ارتباط . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً ، فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً (lex commissoria) يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن<sup>(١)</sup> . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، وقد قالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه ، فقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ، لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضا عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن التقنين المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام . وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد إذا لم يقم

(١) وسنرى أن الفقه الإسلامي ، كالقانون الروماني ، لا يعرف الفسخ نظرية عامة ، وإنما أعطى للبائع خيار النقص بشرطه في البيع ، فيفسخه بموجبه إذا لم يستوف الثمن في ثلاثة أيام .

المدين بالتزامه ، أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه  
الاعتبارات التاريخية التي قدمناها .

وليس صحيحاً أن نظرية الفسخ تقوم على أساس الشرط الفاسخ الضمني ،  
ولوصح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط  
فينفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح ، لأن الفسخ يكون إلا بحكم  
قضائي أو باتفاق صريح ، وللقاضي في الأصل حق التقدير فيجب طلب الفسخ  
أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن  
يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذي  
سنبينه فيما يلي .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ ، كما تذهب إلى  
ذلك النظرية التقليدية في السبب ، فقد سبق أن انتقدنا هذه النظرية وقاننا إن  
السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، فلا علاقة له بفسخ العقد .

ونؤثر أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط  
(interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة (réciproques) في العقود  
الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد  
المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر ، فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم  
يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل هو أيضاً من  
تنفيذ التزامه وذلك بفسخ العقد .

### الفسخ والرفع بمرم التنفيذ:

وهناك خطوة قبل الفسخ يستطيع الدائن أن يعتمد إليها قبل أن يطالب  
بفسخ العقد ، وهي أن يدفع بعدم تنفيذ العقد ، فيوقف من جانبه تنفيذ ما في  
ذمته من التزام . وهذا مجرد وقف لتنفيذ العقد لا فسخ له ، ومن حق الدائن  
أن يبدأ إذا شاء بوقف التنفيذ فيبقى التزامه موقوفاً ، قبل أن يفسخ العقد



فيحلل نهائياً من التزامه . وهذا ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . فالدائن مخير في العقد الملزم للجانبين ، إن شاء دفع بعدم تنفيذ العقد ، وإن شاء طلب فسخه .

### مطلة البحث :

والفسخ صور ثلاث ، فهو إما أن يكون بحكم القاضى وهذا هو الأصل ، وقد يكون باتفاق المتعاقدين ، ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ويسمى عند ذلك انفساخاً .

فنبحث إذن : ( ١ ) فسخ العقد بحكم القضاء . ( ٢ ) فسخ العقد بحكم الاتفاق . ( ٣ ) انفساخ العقد بحكم القانون . ( ٤ ) الدفع بعدم تنفيذ العقد .

## المبحث الأول

### الفسخ بحكم القضاء

#### مسائل مهمات :

نتكلم في مسائل ثلاث : ( ١ ) شروط المطالبة بالفسخ . ( ٢ ) كيف يستعمل حق الفسخ . ( ٣ ) ما يترتب على الفسخ من أثر .

### المطلب الأول

#### شروط المطالبة بالفسخ

#### شروط مهمات :

يجب توافر شروط ثلاثة حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد : ( ١ ) أن يكون العقد ملزماً للجانبين . ( ٢ ) ألا يقوم أحد المتعاقدين

بتنفيذ التزامه . ( ٣ ) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

### لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين :

العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، القضائى والاتفاقي والقانونى ، وهى وحدها التى يرد عليها الدفع بعدم التنفيذ . ذلك أن كلا من الفسخ بأنواعه الثلاثة والدفع بعدم التنفيذ مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا ، وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة ، فهى وحدها التى تتوفر فيها حكمة الفسخ . أما العقود الملزمة لجانب واحد ، كالأوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض ، فإنه لا يمكن تصور الفسخ فيها ، إذ أن طرفاً واحداً هو الملتزم ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ ، بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد .

### لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه :

إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته بسبب أجنبي ، فإن التزام المدين ينقضى فينقضى الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون كما سيأتى . ونرى من ذلك أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي ، خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ .

فيجب إذن ، لتبقى فى نطاق الفسخ ، أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن

يطلب بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً — ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيماً — فإنه يبقى مع ذلك للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يقتصر على إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ الجزئي يبرر الفسخ ، بقي عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يكسفي بفسخ جزء منه مع استبقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يشمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي في الالتزام .

لا يكون الفسخ إلا إذا طأ الدائن مستمراً للمقباس بالالتزام وفادرا  
على إعادة الحال إلى أصلها :

ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالالتزام الذي نشأ من العقد الملزم للجانبين ، فليس من الحق أن يخل هو بالالتزام ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام . أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة في جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذي يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بموجب العقد ، وباعه من آخر ، فالتزامه بالضمان يجرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ في هذا إخلال بالالتزام بالضمان . وسرى في العقود الزمنية

أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود ، فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد الدائن ما سبق تنفيذه . أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض كما سيأتى .

## المطلب الثانى

### كيف يستعمل حق الفسخ

#### إعذار المدين :

يجب على الدائن ، قبل المطالبة بفسخ العقد ، أن يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ بعد إعذار آ . ولكن يختلف رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار عن رفعها مسبقاً بإعذار ، من الناحية العملية ، فى الوجوه الآتية : ( ١ ) رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار إذا ترتب عليه أن يبادر المدين إلى التنفيذ بمجرد رفع الدعوى ، يمنع من الحكم على المدين بالمصروفات ، لأنه لم يعذر قبل رفع الدعوى وبمجرد رفع الدعوى بادر إلى التنفيذ . ( ٢ ) سبق الإعذار على رفع الدعوى يجعل القاضى أكثر استجابة لطلب الفسخ . ( ٣ ) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ .

ويلاحظ أنه لضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل وأخل به المدين .

### صدور حكم بالفسخ :

مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه وإعذار المدين إياه لا يقتضى بذاته فسخ العقد ، بل لا بد للفسخ من صدور حكم قضائي بذلك . وهنا يظهر الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ بحكم الاتفاق والانسحاب بحكم القانون . ففي الفسخ بحكم الاتفاق والانسحاب بحكم القانون ، يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ وليس منشئاً له . أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من اعمال التصرف ، فلا يجوز للوصي المطالبة به من غير إذن المحكمة .

### السلطة التنفيذية - والخيار بين الفسخ والتنفيذ :

وإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتماً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لسكل من الدائن والمدين والقاضي .

فالدائن ، بعد أن يرفع دعوى الفسخ ، له أن يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ، كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ له أن يعدل عنه إلى الفسخ . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد ، لأنهما أمران متعارضان . كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولاً منه عن الطلب الآخر .

وللمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه فيتنجب الفسخ ، ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك محل لتعويض الدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وبخاصة إذا كان الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى . فيسوغ إذن المستأجر أن يمنع الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع الأجرة المستحقة قبل صدور الحكم النهائي ، وللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن قبل صدور الحكم النهائي .

كذلك القاضى ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ ، بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية واسعة . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك ، وقد يرفض الحكم بالفسخ ويكتفى بتعويض ، وقد يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه . وبما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إعماله فى ذلك إعمالاً واضحاً ، رغمًا من إعداء الدائن له قبل رفع الدعوى . وبما يحمله على استبقاء العقد والاكتفاء بتعويض أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته . وبما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر ، أو أن يكون الدائن سعى النية فى طلب الفسخ كما إذا أراد البائع لأرض انتهاز فرصة تأخر المشتري قليلاً فى دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأرض .

### الفروق بين الفسخ والإبطال :

ويجب التمييز بين فسخ العقد وإبطاله ، إذ توجد الفروق الآتية بين

### الفسخ والإبطال :

١ - يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، بينما يرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص فى الأهلية أو إلى عيب فى الإرادة . ومن ثم ينشأ العقد القابل للفسخ صحيحاً ، أما العقد القابل للإبطال فلا ينشأ صحيحاً ، فتقوم القابلية للإبطال عند تكوين العقد بينما تقوم القابلية للفسخ عند تنفيذه . ويترتب على أن العقد القابل للفسخ بنشأ صحيحاً أنه إذا كان عقداً زنياً وفسخ ، يبقى العقد صحيحاً إلى وقت الفسخ ، وتسكون الأجرة المستحقة حتى هذا الوقت مضمونة بامتياز المؤجر كما سنرى . أما إذا كان العقد الزمنى قابلاً للإبطال وأبطل ، فإنه لا يكون صحيحاً منذ البداية ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر .

٢ — فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلاطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

٣ — دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقدم بها ، فتقدمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تتقدم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

### المطلب الثالث

## ما يترتب على الفسخ من أثر

#### القاعدة العامة :

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها وقت العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض . وهذه قاعدة عامة فى جميع أنواع الفسخ ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . والعقد المفسوخ ينحل ، لامن وقت النطق بحكم الفسخ فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى ، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى فى الماضى . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم بالفسخ على تقرير أن العقد مفسوخ فلا ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا كاشف عنه . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً وأن يكون له أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة حكم منشئ ولكن ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لامن وقت النطق بالحكم .

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير .

## أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن كما قدمنا ، وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بثمراته ، ويرد البائع الثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية . وإذا هلك المبيع ، وكان المشتري هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذ تعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا ، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسؤولية العقدية . أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع فى يد المشتري ، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري ، حكم عليه بالتعويض مع فسخ العقد إذ استحال الرد عيناً . وإن كان الهلاك بسبب أجنبي ، لم يكن المشتري مسؤولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، فلا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ ، وخير له فى هذه الحالة أن يستبقى البيع ويطلب بالثمن .

وللدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع فوق ذلك بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطأه لتعمد أو إهمال . والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض .

وإن كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعى ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمنى يقاس محله بالزمن ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه . ويترتب على ذلك أن المدة التى انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد



مفسوخا من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر .

### أثر الفسخ بالفسخ إلى الغير :

ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضا . فإذا كان العقد بيعا ، وباع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رب عليها حقا عينا كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه ، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق . ويشترط في العقار أن يكون البائع قد سجل صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يسجل متلقي الحق من المشتري حقه ، فإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت بعد ذلك اشترط أن يكون متلقي الحق من المشتري عالما بسبب الفسخ وقت أن تلقى حقه .

## المبحث الثاني

### الفسخ بحكم الاتفاق

متى يكون الاتفاق على الفسخ - التراجع في هذا الاتفاق :

قد يتفق المتعاقدان على الفسخ عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا ، ويقع ذلك غالبا في ثنايا إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور الحكم في الدعوى ، كان هذا بمثابة تقابل ذي أثر رجعي ، ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للإضرار بحقوق الغير .

ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدما وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ عند إنشاء العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار . ونبحث الآن حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء .

### الاتفاق على أنه يكون العقد منسوخا :

الغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى هذا لا يغني هذا الشرط عن الإعذار ، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ . ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل إن هذا الشرط لا يسلب المدين حقه من توقي الفسخ ، إذا هو قام بتنفيذ التزامه . فهذا الشرط إذن لم يغير من قواعد الفسخ التي قدمناها شيئا ، وإنما هو تعبير صريح من المتعاقدين عن أنهما يريدان تطبيق هذه القواعد ، وترديد ما في عبارة واضحة .

### الاتفاق على أنه يكون العقد منسوخا حتما من تلقاء نفسه :

يفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ ، فيصبح الحكم بالفسخ حتما كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط

لا يعني من إعدار المدين ، ولا من رفع الدعوى بالفسخ ، ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا كاشفاً عنه ، كما هو الأمر في الفسخ القضائي .

الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوخاً متى من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم :

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه ، فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ فسخ العقد . وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في إعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقيق من أن المدين لم ينفذ التزامه ، فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ ، ولكن حكمه يكون كاشفاً عن الفسخ لا منشئاً له .

ولا يعني الشرط من إعدار المدين ، فإذا أراد الدائن إعمال الشرط وجب عليه تكليف المدين بالوفاء ، فإذا لم يقوم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعدار انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذي بيناه .

على أنه لا شيء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ ، وإلا كان الدائن واقعاً تحت رحمة المدين إن شاء هذا ماطل في تنفيذ التزامه فيفسخ العقد .

الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوخاً متى من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار :

وهذا هو أقصى ما يصل إليه شرط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به ، دون حاجة إلى إعدار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، ويكون الحكم إذن كاشفاً عن الفسخ لا منشئاً له .

ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله . فإذا اتفق طرفان على مد الأجل ، فقد ترى المحكمة أن مد الأجل قد جعل الالتزام يتجدد ، فيبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً ، فلا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد . وإذا قبل الدائن قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك بحقه في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط آخر ، فقد ترى المحكمة أن تساهل الدائن فيما مضى يحمل على أنه غير متمسك بشرط الفسخ .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترب على ما تقدم أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به . ومن ثم نرى أن شرط الفسخ الذي نحن بصدده هو وسط بين الفسخ القضائي والانسحاض بحكم القانون ، فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم يكون كاشفاً عن الفسخ لا منشئاً له ، وهو أدنى من الانسحاض بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك .

### ما يترتب على الفسخ الانقاضي من أثر :

إذا فسخ العقد بحكم الإنفاق ، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم مفسىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض . وينحل العقد بأثر رجعي ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذي تقدم بيانه عند الكلام في أثر الفسخ بحكم القاضى .

## المبحث الثالث

### انفساخ العقد بحكم القانون

انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه :

ينقضى الالتزام إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي كما قدمنا . أما إذا استحال تنفيذ الالتزام عيناً بغير سبب أجنبي ، فإن الالتزام لا ينقضى بل ينقلب إلى تعويض ، وقد سبق بيان ذلك .

وفي العقد الملزم للجانبين ، إذا انقضى أحد الالتزامات المتقابلة فيه بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، انقضت الالتزامات المتقابلة وانفسخ العقد ، فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقي ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

فستعرض إذن حالة ما إذا كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي ، وحالة ما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى هذا السبب .

استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي :

إذا استحال على المدين في العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه ، حكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، وهذه هي المسؤولية العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فمتبق علاقة السببية مفروضة ، وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة ، بل على التمييز من ذلك قد بقي وتأكد وجوده إذ أصبح هو الأساس المطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فللدائن وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه ، بدلا من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية . وفي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يجيبه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، فيحكم بفسخ العقد . والحكم هنا منسئ للفسخ لا كاشف عنه ، والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضى .

### استحالة التنفيذ ترجع الى سبب اجنبى :

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام ينقضى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه كما قدمنا . والعلة في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، فلم يعد محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي ، فلم يبق إلا فسخ العقد . فالعقد إذن ينفسخ من تلقاء نفسه ، بل إنه لا محل للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا . ولأن التنفيذ لم يعد ممكنا لا يكون هناك أيضا خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ ، وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن في جميع صور الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي . كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قدمنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء ، فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق . فقد يقوم نزاع في ذلك . وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يكشف عن الفسخ لا يثبت ، على النحو الذى رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي .

### مبدأ تحمل التبعة :

فإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يبدله في استحالة

التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل ، فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذي يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين . ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وهي الفكرة التي انبنى عليها انفساخ العقد .

ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبي بأن هلك الشيء في يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذي يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن — وهو هنا المودع — ليس في ذمته التزام يتحمل منه في مقابل تحلل المدين — وهو هنا المودع عنده — من التزامه . فالدائن هو الذي يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذي يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد .

### الأثر الذي يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون :

وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القانون أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . ولا محل هنا للتعويض ، لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من انحلال العقد بأثر رجعي ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا .

## المبحث الرابع

## الدفع بعدم تنفيذ العقد

## تاريخ القاعدة :

تقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي : إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد : الإرتباط فيما بين الإلتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى .

ولم يكن المبدأ معروفا في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بموجب عقد ملزم للجانبين ، دفعا بالغش (exception de dol) . ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم . فالإصطلاح ليس إذن رومانياً وإن كان لاتينيا ، وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الروماني .

ولم يضع التقنين المدني الفرنسي ، ولا التقنين المدني المصري السابق على غراره ، نصاً عاما يقرر به القاعدة ، بل اقتصر التقنينان على تطبيقات عترة للبدأ .



أما التقنيات الحديثة ، كالتقنين الألماني وتفنيز الالتزامات السويسري ، فقد صاغت المبدأ في نص عام ، وسار التقنين المدني الجديد ، ومعه التقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي والتقنين المدني العراقي ، على نهج التقنيات الحديثة ، فأوردت هي أيضاً نصاً عاماً يقرر المبدأ .

ونبحث كما فعلنا في الفسخ الفضائي ، المسائل الآتية : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) وكيف يكون التمسك به . (٣) وما يترتب على التمسك به من أثر .

### المطلب الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق في الحبس :

الحق في الحبس يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والالتزام بكل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به ، فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس . فن حاز بمقد أو بغير عقد ، شيئاً مملوكاً للغير ، كالودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه والحائز مدين للمالك برد الشيء ، ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والحق في استرداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه برد الشيء ، حتى يتقاضى من المالك حقه في استرداد المصروفات . وهذا هو الحق في الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، وبين الالتزامين ارتباط واضح ، فمن حقه أن يحبس العين حتى

يستوفى الثمن ، وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد .

ومن ثم يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحبس ، بحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق ، عاد حقاً في الحبس ، لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للبصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ ، بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لسكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ، وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم تنفيذ العقد لأن العقد قد زال .

فالدفع بعدم تنفيذ العقد ، كالفسخ ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين .

ويمكن مما تقدم أن ندرك ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات . فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق ما عليه من دين — وهذه هي المقاصة والفسخ — أو في القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحداً هو الدفع بالفض ، يستعملونه في المقاصة وفي الدفع بعدم التنفيذ وفي الحق في الحبس .

الالتزام الذي يرفع بعدم تنفيذه يجب أنه يكونه واجب التنفيذ مالا:

ولا يكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، بل يجب أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا . فلا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام غير حال ، ولا يستطیع البائع أن يحبس العين لعدم استيفائه الثمن إذا كان الثمن مؤجلا . وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع ، إذ يتعين عليه أن يفي بما التزم به أولا ثم يطالب بعد ذلك بما له من حق .

### عدم التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ:

ويجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع ، فلا يجوز المتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادىء بعدم تنفيذه، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع ، إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يلق إلا جزء يسير لا يبرر إمتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزء من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يمتنع المشتري عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطرا أ يتهدد العين المبيعة إذا كان هذا الخطر ليس بجدي ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها هذا عليه .

## المطلب الثاني

## كيف يمكن التمسك بالدفع بعد التنفيذ

عدم ضرورة الإعذار :

لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذي بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع التمسك عن تنفيذ التزامه ، وفي هذا إعذار كافٍ للعقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذي في ذمته . وقد يكون الإعذار واجباً ، لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا يفتش إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

ترك الأمر إلى تقدير التمسك بالرفع نحو رفاة القضاء :

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه هو كقول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحل العقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده في آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أولاً يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ التمسك بالدفع إلى القضاء عند البداية ، فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل التمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذي ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين . الدور الأول ، وهو دور غير قضائي ، يتمتع فيه بالتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهو مجرد امتناع لاحاجة فيه إلى عمل إجباري . والدور الثاني ، وهو الدور القضائي ، لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء ، فإذا أقر القاضى التمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنع من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته .

وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ ، إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

### تمسك كل من المتعاقدين بالدفع :

وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ، ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجاوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخالف عن الوفاء من المتعاقدين . فإذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين متعنت ، فإن كان المدعى رفض دعواه ، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتا ، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلها ينفذان التزامهما في وقت واحد .

## المطلب الثالث

## ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ

فبما بين المتعاقدين :

إذا توافرت شروط الدفع . بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما يزول بالفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني ، كالالتزام بالبائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يمتنع عن معارضة المشتري في تسجيل البيع حتى لا تنتقل الملكية إليه .

وإذا كان التزاما بعمل ، كالالتزام المقاول . بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وهناك حالات لا يتصور فيها وقف الالتزام ، وذلك إذا كان القيام بعمل واجباً في وقت معين وإلا فالتعرض المقصود منه . مثل ذلك أن يتعهد صانع بإنجاز مصنوعات عرضها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد العرض لأنه لم يستوف أجره الحال ، كان له ذلك ويكون هذا بمثابة فسخ العقد .

وإذا كان التزاما بامتناع عن عمل ، كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حي معين منعاً للزحمة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحي . وهناك حالات أيضاً لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مغل أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال ، فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال لم يسع الدائن إلا إحياء الحفلة ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف .

وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع

العين حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفي الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس . ويجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حتى امتياز عليه . وينتضى الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه ، أو إذا خرج الشيء من حيازة المالك باختياره . أما إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، فله أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه (٢٤٨م مدني) .

وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يتمتع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة . وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصا في مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائيا — لا مؤقتا — التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد .

### بالنسبة إلى الغير :

يسرى الدفع في حق الغير . فإذا تأخر المشتري عن دفع الثمن وتمسك البائع بالدفع وحبس العين المبيعة ، فسلك من كسب حتما من المشتري على العين المبيعة يسرى في حقه الدفع . فإذا باع المشتري العين من مشتري ثان أو رهنها لدائن مرتين ، جاز للبائع أن يبقى حابسا للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتين . وللمستأجر إذا كان إيجاره غير ثابت التاريخ أن يحبس العين لا ضد المؤجر فحسب ، بل أيضا ضد المشتري من المؤجر ، حتى يستوفي التعويض المستحق له على المؤجر لخروجه من العين المؤجرة .

## الفرع الثاني

### الفسخ

#### في الفقه الإسلامي

#### الفسخ والرفع بعرض التنبؤ في الفقه الإسلامي :

يعرف الفقه الإسلامي نظرية الفسخ ، ولكنه في غير الأحوال التي يكون العقد فيها غير لازم بطبيعته أو غير لازم لقيام خيار فيه ، يضيق من المدى الذي تفسخ فيه العقود تضيقاً ملحوظاً ، هو أقرب إلى التضيق الذي رأيناه في القانون الروماني . وعلى النقيض من ذلك يتوسع الفقه الإسلامي توسعاً كبيراً في إقرار الدفع بعدم تنفيذ العقد ، في صورته الخاصة وفي الصورة العامة التي يسمى فيها بالحق في الحبس . وسبب ذلك واضح ، فإن فسخ العقد ، أي حله بعد عقده ، أمر خطير ، فوجب الاحتراز منه والتضيق فيه ما أمكن . أما الدفع بعدم تنفيذ العقد فليس فيه حل للعقد ، بل هو وقف لتنفيذه ، ومن ثم كان أقل خطراً فجاز التوسع في إقراره .

ونبحث : (أولاً) متى يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي (٢) ثم متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد .

### المبحث الأول

#### متى يجوز فسخ العقد في الفقه الإسلامي

#### استعراض العقود المشمولة في الفقه الإسلامي :

قدمنا أن الفقه الإسلامي لم تؤصل فيه النظريات العامة ، وعلى الباحث أن يؤصلها بعد أن يستخلصها من الحلول الموضوعية للمسائل المختلفة وسنجرى



على هذه الخطة ، فنستعرض من العقود المسماة في الفقه الإسلامي ما يصلح مجالاً لبحث نظرية الفسخ .

ونستبعد بادئ ذي بدء طائفتين من العقود : ( الطائفة الأولى ) العقود التي يقوم فيها خيار ، فقد قدمنا أن قيام خيار في العقد يجعله قابلاً للفسخ ، ولكن ذلك لا يرجع إلى نظرية عامة في الفسخ ، بل إلى قيام الخيار ذاته ، وقد بسطنا القول في ذلك فيما قدمناه في الجزء الرابع . ( والطائفة الثانية ) العقود غير اللازمة بطبيعتها ، فهذه يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما بحسب العقد المسمى أن يستقل بالفسخ . فالعارية عقد غير لازم ، وكذلك القرض والوديعة والوكالة . ونستبعد أيضاً الكفالة ، فإنها عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيل ، فلا يتصور فيها الفسخ كنظرية عامة . أما الحوالة فإنها تفسخ لأسباب لا نرجع إلى نظرية الفسخ ( أنظر المواد ٨٩٧ — ٩٠٥ مرشد الخيران ) .

ونستبقى من العقود المسماة البيع والإيجار بأنواعه المختلفة والرهن والصلح . ونستعرض الحالات التي لا يجوز فيها فسخ هذه العقود ، والحالات التي يجوز فيها الفسخ ، ثم نستخلص من كل ذلك قاعدة عامة تنتظم ما تشتمل من هذه التفصيلات .

## المطلب الأول

### الحالات التي لا يجوز فيها فسخ العقد

لا يجوز للمدعى فسخ العقد بل يطالب بتنفيذه إذا أحل المدين بالتزامه :

يبدو أن الأصل في الفقه الإسلامي أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا أحل المدين بالتزامه ، بل يطالب بتنفيذ العقد . فالعقود الملزمة للجانبين — أو عقود المعاوضة — اللازمة بطبيعتها والحالية من الخيارات ، الأصل فيها إذن أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، لم يستطيع الدائن أن يفسخ العقد

ليتحلل هو أيضا من التزامه المقابل . بل كل ما يستطيع عمله ، بعد أن انعقد العقد صحيحا لازما ، هو أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه ، على أن يقوم هو من جانبه بتنفيذ ما في ذمته من التزام .

ونستعرض في هذا الصدد من العقود المسماة البيع والإيجار والرهن والصلح .

### § ١ - عقد البيع

عزم فباص المشتري بالتزامه من دفع الثمن .

إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن عند استحقاقه ، فليس للبائع أن يطالب بفسخ البيع . بل يبقى البيع قائما غير قابل للفسخ ، وتبقى العين المباعة في ملك المشتري . ولكن البائع يطالب المشتري بالثمن ، ويجبره على أدائه طبقا للقواعد المقررة في أداء الديون في الفقه الإسلامي . فليس للبائع إذن في الفقه الإسلامي كإله في الفقه الغربي ، الخيار بين المطالبة بفسخ البيع أو المطالبة بأداء الثمن ، بل ليس له إلا المطالبة بأداء الثمن ولا فسخ .

والأصل أنه يجب على المشتري أن يتقد الثمن أولا في بيع سلعة بنقد إن أحضر البائع السلعة ، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري ( م ٤٨١ مرشد الحيران ) . أما إذا بيعت سلعة بمثلها مقايضة ، أو نقود بمثلها صرفاً ، سلم المبيع والثمن معاً ( م ٤٨٢ مرشد الحيران ) . وإذا كان الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم لزم أدؤه عند حلول أجله ، وإن كان مقسطاً أدى كل قسط في ميعاده ، فإن تأخر المشتري عن أداء قسط لاتصير الأقساط الأخرى حالة إلا إذا كان ذلك مشروطاً في العقد ( م ٤٨٣ مرشد الحيران ) . ويحل الثمن المؤجل بموت المشتري ، ولا يحل بموت البائع بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول

الأجل لاستيفاء الثمن أو الأقساط التي تكون باقية في ذمة المشتري (م ٤٨٤ مرشد الحيران) .

فإذا استحق الثمن الأداء على الوجه الذي قدمناه ، وجب على المشتري الوفاء به للبائع . فإذا لم يدفع المشتري الثمن حالاً إن كان معجلاً أو عند حلول أجله إن كان مؤجلاً ، لم يفسخ البيع ، بل أجبر المشتري على دفع الثمن ، فإن امتنع بيع من متاعه ما يفي بالثمن المطلوب منه (م ٤٨٧ مرشد الحيران) . وإذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن ، فالبائع أسوة الغرماء ، ولو وجد متاعه بافياً بعينه فلا يسكون أحق به من غيره من أرباب الحقوق على المشتري في المذهب الحنفي (م ٤٦٣ مرشد الحيران) . هذا كله إذا قبض المشتري المبيع . أما إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركه المشتري أو يبيعه القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه . فإن زاد الثمن على حق البائع ، دفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص ولم يعرف حق البائع بتمامه كان أسوة الغرماء فيما بقى له (م ٤٦٤ مرشد الحيران) . ونرى من ذلك أنه قبل قبض المشتري للمبيع يسكون للبائع حق حبسه ، كما يسكون له حق امتياز عليه بالثمن الذي له في ذمة المشتري ، ولكن لا يسكون له مع كل ذلك فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن .

#### خيار النقد :

ولا يثبت للبائع فسخ البيع عند عدم استيفاء الثمن ، إلا إذا اشترط لنفسه صراحة في البيع خيار النقد . وعند ذلك يكون له فسخ البيع في حدود ضيقة ، ويرجع الفسخ هنا لا إلى قاعدة عامة في الفسخ ، بل إلى قيام خيار في العقد يجعله غير لازم وفقاً للقواعد المقررة في سائر الخيارات .

وقد جاء في صدد خيار النقد في مرشد الحيران ما يأتي : « إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام صح البيع

والشرط . فإن أدى المشتري الثمن في المدة المعينة لزم البيع . وإن لم يؤديه في المدة المعينة أو مات في أثناءها قبل أداء الثمن فسد البيع ، .

## ٢ - عقد الإيجار بأنواعه المختلفة

### عقد الإيجار قابل المفسخ في أكثر الأحوال:

عقد الإيجار ورد على خلاف القياس ، وأجيز استحسانا . والخاصية البارزة فيه هو أنه يرد على منفعة هي في أول الأمر معدومة ، وتتجدد شيئاً فشيئاً .

ومن ثم جاز فسخ عقد الإيجار في أكثر الأحوال . فهو يفسخ ، كما سنرى ، لعدم استيفاء المؤجر أو الأجير الأجرة ، ولهلاك المأجور أو تغيره تغييراً يخل باستيفاء المنفعة منه، ويفسخ الإيجار للعذر ولموت أحد المتعاقدين ، ولغير ذلك من الأسباب الكثيرة التي سنذكرها فيما يلي .

### عقد الإيجار لا يفسخ في كل حال يخل فيها المدين بالتزامه :

ومع ذلك فإن عقد الإيجار لا يفسخ في كل حال يخل فيها المدين بالتزامه ، بل إنه في بعض هذه الحالات ، وهي قليلة ، لا يجوز فيه طلب الفسخ ونذكر من هذه الحالات ما يأتي :

( ١ ) جاء في المادة ٥٩٨ من مرشد الخيران : « من استأجر دابة لنقل حمل له إلى محل معين بأجر معلوم ، فتعبت الدابة في الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود ، فإن كان المستأجر استأجر الدابة بعينها كان له الخيار إن شاء نقض الإجارة وإن شاء تربص إن شاء تقوى الدابة ، وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى ، وإن كان المستأجر استأجر دابة بغير عينها كان له أن يطالب بدابة أخرى ، . ويفهم من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين .

الفرض الأول أن المستأجر استأجر دابة بعينها وتعاقدها عليها ، وعند ذلك لا يستطيع أن يطالب بدابة أخرى لأنها تكون غير المعقود عليه ، وله نقض الإجارة . والنقض هنا أى الفسخ ، سببه استحالة إستيفاء المنفعة المتعاقدها عليها . وللمستأجر أن ينزل عن بعض حقه إن شاء ، ويتربص إلى أن تقوى الدابة ، فلا ينقض الإيجار . والفرض الثاني ألا يكون المستأجر قد استأجر دابة بعينها ، فهو قد تعاقدها على نقل الحمل إلى مكان معين على أية دابة ، وفي هذه الحالة إذا تعبت الدابة التي بدأ بها ، لم يكن تنفيذ الإلتزام مستحيلا ، بل يستبدلها غيرها أى يطلب التنفيذ العيني ، وليس له فسخ العقد .

وتنص المادة ٥٢٨ من المجلة في هذا الصدد على أنه ، كما يصح استكراه دابة معينة ، كذلك يصح الاشتراط على المسكاري الإيصال إلى محل معين . ويقول الأستاذ سليم باز ( ص ٢٩٣ ) تعليقا على هذا النص : « ففي الصورة الأولى يكون عقد الإجارة وارداً على منفعة الدابة المعينة ، فليس للمؤجر أن يعطى غيرها ، ولو فعل فلا أجر له ، لأنه أتى بغير المعقود عليه (هندية) . وليس للمستأجر أن يطلب غيرها إذا تعبت في الطريق ، بل يخير بين فسخ الإجارة أو انتظار الدابة حتى تستريح . . وفي الصورة الثانية يكون العقد وارداً على ذمة المسكاري ، فعليه إيصال الحمل إلى المحل المعين على أية دابة شاء ، حتى لو تعبت دابته في الطريق لا يكون ذلك عذراً في فسخ الإجارة ، بل يجبر على إيصال الحمل إلى المحل المسمى بتحميله على دابة أخرى . »

(٢) في خصوص عقد المزارعة — وهو ضرب من عقد الإيجار —  
أورد مرشد الحيران النصوص الآتية :

م ٧٢١ : « إذا قصر المزارع في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب ، فلا ضمان عليه إن كانت المزارعة فاسدة ، وعليه الضمان في المزارعة الصحيحة الواجب عليه العمل فيها . »

م ٧٢٢ : « إذا ترك الأكار سقى الأرض عمداً حتى يبس الزرع ، ضمن وقت ما ترك السقى قيمة الزرع نابتاً في الأرض ، وإن لم يكن للزرع قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن نصف ما فضل بينهما ، .

م ٧٢٣ : « إذا أخرج الأكار سقى الزرع تأخيراً معتاداً فلا ضمان عليه ، وإن أخره تأخيراً غير معتاد فعليه الضمان لو المزارعة صحيحة ، .

م ٧٢٤ : « إذا ترك حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه ، وإن لم يرد المزارع الجراد حتى أكل الزرع كله مع إمكان رده ضمن ، وإلا لا ، .

ويستخلص من هذه النصوص أن على الزارع التزامات بموجب عقد المزارعة ، فإن أخل بها ، كأن قصر في سقى الأرض حتى هلك الزرع ، أو ترك السقى حتى يبس الزرع ، أو أخر السقى تأخيراً غير معتاد ، أو ترك حفظ الزرع حتى أكله الدواب ، أو لم يرد الجراد حتى أكل الزرع كله ، لم يرد النص بجواز أن يطلب صاحب الأرض فسخ المزارعة ، بل ورد بوجوب الضمان على المزارع في جميع هذه الأحوال .

(٣) عقد المساقاة — وهو ضرب آخر من عقد الإيجار — عقد لازم من الجانبين ، فلا يجوز فسخه إلا بالتراضي أى بالتقابل ، ولا يصح أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخه حتى لو أخل المتعاقد الآخر بما عليه من التزام ، وإنما يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . والعقد — كسائر الإيجارات — يفسخ للعدر ، كما إذا عجز العامل عن العمل أو كان غير مأمون على الثمر .

وقد وردت في هذا الخصوص النصوص الآتية في مرشد الخيران :  
 م ٧٣٤ : « عقد المساقاة لازم من الجانبين ، فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا الآخر إلا بعدر ، ويجبر المساقى على العمل إلا من عدر ، . وتطبيقاً لقاعدة العذر تنص المادة ٧٣٨ على أنه « إذا عجز العامل عن العمل ، أو كان غير مأمون على الثمر ، جاز فسخ المساقاة ، . وتطبيقاً لقاعدة عدم

الفسخ والاقتصار على التنفيذ تنص المادة ٧٣٦ على أنه «لا يجوز للمساق أن يساقى غيره إلا بإذن مالك الشجر . فإن ساقى بغير إذنه ، فالخارج للمالك وللمساقى الثاني أجر مثله على المساقى الأول بالغاً ما بلغ ولا أجر للأول .» .

### ٣ - عقد الرهن

#### الرهن عقد ملزم للجانبين

الرهن - ويراد به في الفقه الإسلامي رهن الحيازة دائماً - عقد ملزم للجانبين في تعبير الفقه الغربي . فيلتزم الراهن بعدم التعرض للمرتهن في العين التي ارتهنها منه حتى يفك الرهن بسبب من أسباب فسكه . ومن ثم لا يملك الراهن استرداد العين قبل فك الراهن ، كما لا يملك بيعها ولا إيجارها ولا إيجارها بدون رضا المرتهن . ويلتزم المرتهن بالعناية بحفظ الرهن كعنايته بحفظ ماله ، ولا يجوز له بيع الرهن إلا إذا كان وكيلاً في بيعه من قبل الراهن ، وليس له إيداعه ولا إيجارته ولا إيجارته ولا رهنه بلا إذن الراهن . ولا يجوز له أن ينتفع بالرهن دون إذن الراهن .

#### لا يفسخ الرهن لعزم فبإم أهد المتعاقدين بالتزاماته .

والأصل في الرهن أنه لازم للجانبين ، فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بفسخه ولو لعدم تنفيذ الآخر لالتزاماته . وإنما يملك المطالبة بالتنفيذ ، ويجب الضمان على العاقد المخالف ، ويبقى عقد الرهن قائماً دون أن يفسخ .

فإذا أدخل الراهن بالتزامه وباع الرهن بلا إذن المرتهن ، فالعقد لا يفسخ ، ولكن يبيع الراهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن . وإن هلك الرهن في يد المشتري من الراهن قبل أن يجيز المرتهن البيع فلا تصح الإجازة بعد الهلاك ، والمرتهن الخيار إن شاء ضمن المشتري قيمته يوم هلاكه ، وإن شاء ضمنها الراهن .

وإذا أدخل المرتهن بالتزاماته ، بقى الرهن قائماً بالرغم من ذلك ، وطولب بالتنفيذ والضمان . والأصل أن الرهن مضمون على المرتهن بهلاكه دون تعد بعد قبضه بالأقل من قيمته ومن الدين ، وتعتبر قيمته يوم قبضه لا يوم هلاكه . وما زاد من الرهن على الدين فهو أمانة في يد المرتهن ، إن هلك بتعد ضمن ، وإلا لم يضمن .

فإن تعدى المرتهن وباع الرهن بلا إذن الراهن ، لم ينفذ البيع ، ويبقى الرهن قائماً لا يفسخ . فإن تسلم المشتري الرهن من المرتهن وهلك في يده قبل الإجازة ، كان للراهن الخيار في تضمين المشتري أو المرتهن .

وإذا تعدى المرتهن ورهن الرهن بلا إذن الراهن ، لم ينفذ الرهن الثانى ، ويبقى الرهن الأول قائماً لا يفسخ . وإن هلك الرهن فى يد المرتهن الثانى قبل الإجازة ، فللراهن الخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول قيمة الرهن بالغة ما بلغت ويصير ضمانه رهناً ويملكه المرتهن الثانى بالدين ، وإن شاء ضمن المرتهن الثانى ويكون الضمان رهناً عند المرتهن الأول وبطل رهن الثانى ويكون للمرتهن الثانى الرجوع على الأول بما ضمنه وبدينه ( م ١٠٠٣ مرشد الخيران ) .

وإذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا إذن الراهن الحاضر أو بلا إذن القاضى لو الراهن غائباً ، فلا يفسخ الرهن بل يبقى قائماً ، ويضمن المرتهن قيمة الثمار .

وإذا قصر المرتهن فى المحافظة على الرهن أو انتفع به دون إذن الراهن ، لم يفسخ الرهن بل يبقى قائماً ، ولكن إن هلك الرهن كان ضمانه على المرتهن ، فيهلك بالدين من الرهن ما يساوى الدين ، ويضمن المرتهن قيمته ما زاد على الدين .

ونرى من ذلك أن الرهن لا يفسخ لإخلال الراهن أو المرتهن بالتزامه ،



وعلاج هذا ليس هو الفسخ ، بل هو تارة عدم نفاذ التصرف ، وطوراً الإيجار على التنفيذ ، وثالثة الضمان عند الهلاك ، أما الفسخ فلا .

#### ٤ - عقد الصلح

##### الصلح عقر ملزم للجانبين :

والصلح في الفقه الإسلامي ، كالبيع والإيجار والرهن ، عقد ملزم للجانبين . فإذا تم الصلح على الوجه المطلوب ، دخل بدل الصلح في ملك المدعى ، وسقطت دعواه المصالح عنها ، فلا يقبل منه الادعاء ثانياً ، ولا يملك المدعى عليه استرداد بدل الصلح الذي دفعه للمدعى . ويخلص من ذلك أن كلا من المتصالحين يلتزم نحو الآخر ، فيلتزم المدعى بالتزول عن ادعائه في مقابل التزام المدعى بتسليم بدل الصلح .

##### لا يفسخ الصلح لعدم قيام امر المتعاقدين بالتزامه :

ولا يفسخ الصلح لعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه ، بل يبقى قائماً ، ويجبر العاقد على التنفيذ . وقد جاء في المادة ١٠٤٧ من مرشد الحيران : « إذا كان الصلح بمعنى المعاوضة ، فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما ، وإذا انفسخ يرجع المدعى به للمدعى ويدل الصلح للمدعى عليه . » ويخلص من ذلك أنه لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخ الصلح ، بل يجب أن يسكون الفسخ بتراضيهما أي بالتقابل . وأيضاً لذلك جاء في المادة ١٠٤٨ من مرشد الحيران : « إذا كان المدعى عليه منكرأ لما ادعى عليه به ، وصالح المدعى على بدل ، سقط حق المدعى في الخصومة فليس له أن يخاصمه في الدعوى المصالح عنها ، ولا أن يحلفه اليمين ، ولا أن يفسخ الصلح . »

وحتى لو ضاع بدل الصلح أو استحق ، وكان مما لا يتعين بالتحسين ، لم يفسخ

الصلح، ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع أو استحق. أما إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين، كان لامناص من فسخ الصلح لهلاك المحل. وقد جاء في المادة ١٠٤٩ من مرشد الخيران في هذا الصدد: «إذا ضاع بدل الصلح أو استحق كلا أو بعضاً قبل تسليمه للبدعي، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو غير جنسه ولكن ضاع قبل الافتراق عن المجلس، فلا ينقض الصلح ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلا أو بعضاً سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار. وإن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين، فضايع كله أو بعضه قبل تسليمه للبدعي، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به كلا أو بعضاً، وإن كان الصلح عن إنكار يرجع المدعى إلى المخاصمة» (١).

### المطلب الثاني

## الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد

### يجوز فسخ العقد استثناءً :

ومع ذلك فقد أجاز الفقه الإسلامي في بعض الحالات فسخ العقد، إذا تذر على أحد المتعاقدين القيام بالنزاهة بأن هلك أو كان في حكم الهالك أو فوات منفعته المقصودة. ويقع ذلك بوجه خاص في عقدي البيع والإيجار.

(١) كذلك عقد الشركة لا يفسخ لاخلال أحد الشركاء بالتزامه، بل يجب على الشريك انخل بالتزامه الضمان. جاء في المجلة (١٢٨٣م) : « إذا نهى أحد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار أخرى ولا تبع المال نسيئة، فلم يسمع له وذهب الى ديار أخرى أو باع نسيئة، ضمن حصة شريكه من الخسار الواقع ». ويقول الاستاذ سليم باز (ص ٧٣٦) تعليقا على هذا النص : « أي اذا هلك الباع، أما لو كان المبيع قائما فيتوقف البيع على اجازة الشريك، فان اجازة جازو: لربح بينهما ».

١٨ - عقد البيع

ضمان البائع للمبتاع :

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه للمشتري ، جاز للمشتري فسخ البيع لانعدام المحل بعد العقد ، والرجوع على البائع بالثمن إذا كان البائع قد قبضه . ويستوى أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية . أما إذا كان بفعل المشتري لم يجز له فسخ البيع ووجب الثمن في ذمته . وإذا كان الهلاك بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع والرجوع بالثمن والبائع يرجع على الأجنبي المتعدي ، وبين إبقاء البيع ودفع الثمن وعندئذ يرجع المشتري على الأجنبي . أما إذا قبض المشتري المبيع ثم هلك في يده ، فقد تم تنفيذ البيع ، ويملك المبيع في هذه الحالة على المشتري ، إذ يمنع عليه الفسخ ويجب عليه دفع الثمن . أنظر المواد ٤٦٠ - ٤٦٢ و ٤٦٥ من مرشد الحيران .

ضمان مفرار المبيع :

ولا يضمن البائع هلاك المبيع لحسب ، بل هو أيضاً يضمن مقداره . فإذا بيعت جملة من المكبلات أو الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبيعها ضرر أو من العدديات المتقاربة ، وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن الوحدة ، فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين في العقد ، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإن ظهر أنه زائد على المقدار المعين في العقد ، فالزيادة للبائع . أنظر م ٤٤٨ مرشد الحيران .

وإذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبيعها ضرر أو بيعت قطعة أرض ، وعين مقدار المبيع مع بيان جملة الثمن ، فإن ظهر المبيع ناقصاً عن المقدار المعين في العقد ، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ

البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بجميع الثمن المسمى . وإن ظهر أنه زائد على المقدار المعين في العقد ، فالزيادة للشترى ولا خيار البائع . أما إذا كان الثمن مقدراً بسعر الوحدة ، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً ، فالمشترى مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحقه من الثمن . أنظر المادتين ٤٤٩ — ٤٥٠ مرشد الحيران .

وإذا بيع بمجموع من العدييات المتفاوتة مع بيان جملة ثمنها ، وظهر المبيع ناقصاً أو زائداً ، كان البيع في الصورتين فاسداً . أما إذا قدر الثمن على أساس أحاد المبيع ، وظهر المبيع زائداً كان البيع فاسداً ، أو ظهر ناقصاً أخذه المشتري بحقه من الثمن . أنظر المادتين ٤٥١ — ٤٥٢ مرشد الحيران (١) .

### ضمائم استحقاق المبيع :

ويضمن البائع للمشترى استحقاق المبيع ، ولو لم يشترط الضمان في العقد . فإن ظهر للمبيع مستحق ، فسخ المشتري البيع لأن المبيع لم يخلص له ، ورجع على البائع بالثمن ، وهذا حتى لو كان يعلم من قبل بأن المبيع لبس ملكاً للبائع . ويسترد المشتري الثمن بتمامه من البائع ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع أو زادت .

وإذا استحق المبيع من يد المشتري الأخير وقضى به المستحق ، كان قضاء على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائعه بالثمن ، لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري .

(١) ويضمن البائع أيضا توابع المبيع ، فإذا هلك في يده قبل تسليمها للمشترى ، لم يقابلها شيء من الثمن ، ولكن يكون للمشترى الحق في فسخ البيع . وقد نصت المادة ٤٧٨ من رشد الحيران في هذا الصدد على أن « كل ما يدخل في البيع تبعاً إذا هلك قبل التسليم ، لا يقابله شيء من الثمن . فلو اشترى داراً فانهدم بناؤها قبل التسليم ، خير المشتري أن شاء أخذها بكل الثمن ، وإن شاء ترك » .

ولو أثبت المستحق الاستحقاق وقضى له ، ثم دفع إليه المشتري شيئاً وأمسك المبيع ، كان هذا شراء للمبيع من المستحق ، وله أن يرجع على بائعه بالثمن .

### ضمان العيب في المبيع :

ويضمن البائع العيب في المبيع ، وخيار العيب هو أحد الخيارات الأربعة المعروفة وقد سبق تفصيله . فرأينا أنه يثبت للمشتري خيار العيب وإن لم يشترطه في عقد البيع ، ويشترط أن يكون العيب قديماً أي موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم . فإن ظهر عيب في المبيع على هذا النحو ، فالشترى الخيار إن شاء قبله بكل الثمن المسمى ، وإن شاء فسخ البيع ورد المبيع واسترد الثمن .

وقد يتعذر فسخ البيع ، كما إذا حدث في المبيع زيادة مازمة من الرد كصبغ الثوب والبناء والغرس في الأرض المبيعة ، وكما إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة ، وكما إذا هلك المبيع في يد المشتري ، وكما إذا حدث بالبائع عيب جديد عند المشتري ، ففي جميع هذه الأحوال يتعذر فسخ البيع ، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن . ويقدر نقصان الثمن بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، وبمقتضى هذه النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان .

### ٢ - عقد الأيجار

الأحوال المختلفة التي يجوز فيها فسخ عقد الأيجار :

قدمنا أن عقد الأيجار ورد على خلاف القياس ، وأن أحوال الفسخ هي الأكثرية الغالبة فيه . فهو قابل للفسخ إما لأسباب ترجع إلى العين المؤجرة ، وإما لأسباب ترجع إلى الأجرة ، وإما للعدو ، وإما لموت أحد العائدين .

وفسخ الإيجار للعدر أو لموت أحد المتعاقدين ليس تطبيقاً مباشراً لقاعدة  
فسخ العقد لعدم تنفيذه . بقيت الأسباب التي ترجع إلى العين المؤجرة ، وتلك  
التي ترجع إلى الأجرة .

### أسباب الفسخ التي ترجع إلى العين المؤجرة :

القاعدة أن العين المؤجرة إذا هلكت أو امتحقت أو حدث بها عيب  
أو طرأ عليها ما يفوت منفعتها المقصودة على المستأجر ، كان للمستأجر أن  
يفسخ عقد الإيجار عن المدة التي لم يستوف فيها منفعة العين . وتطبيقات هذه  
القاعدة كثيرة ، نذكر منها :

١ — إذا تغيرت الدار المؤجرة قبل التسليم عن الحالة التي كانت عليها  
وقت العقد ، فإذا كانت قد تغيرت بفعل المؤجر أو بفعل غيره تغيراً يخل  
بالمسكني ، فالمستأجر يخير إن شاء قبلها وإن شاء فسخ الإجارة .

٢ — لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما اختل من  
بنائها ، وإن كان ذلك عليه لا على المستأجر . فإذا لم يفعل المؤجر ذلك ، كان  
للمستأجر أن يفسخ الإجارة ويخرج من الدار ، إلا إذا كان استأجرها وهي  
كذلك وقد رآها فليس له الفسخ .

٣ — إذا حدث بالعين المؤجرة عيب يفوت به النفع كخراب الدار ،  
أو يخل بالمنفعة المقصودة كأنهدم جزء منها ، كان للمستأجر فسخ الإجارة .  
فإذا بنيت الدار أو أصلح الخلل الذي حدث فيها قبل أن يفسخ المستأجر ،  
بطل حق الفسخ .

٤ — إذا احتاجت الدار المؤجرة لعمارة ضرورية ، لم يجوز للمستأجر أن  
يمنع المؤجر من إجرائها ، فإن ترتب على العمارة ما يضر بالمسكني أو يخل  
بالمنفعة المقصودة كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة .

هـ - إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زراعتها ، أو انقطع الماء منها فلم يمكن ربيها ، لم تجب الأجرة أصلا ، وللمستأجر فسخ الإجارة . أما إذا زرع المستأجر الأرض فأصاب الزرع آفة فهلكت ، وجب عليه من الأجرة حصة ماضى من المدة قبل هلاك الزرع وسقطت حصة ما بقى من المدة بعد هلاكه ، إلا إذا كان متمسكنا من زراعة مثل الأول أو دونه في الضرر فتجب حصة ما بقى من المدة أيضا .

### أسباب الفسخ التي ترمج إلى الإجمرة :

ويختلف عقد الإيجار عن عقد البيع في أنه يجوز فسخ المؤجر للإيجار إذا لم يستوف الأجرة ، كما يجوز للأجير فسخ الإيجار إذا لم يستوف أجره . وهذا بخلاف البيع ، فقد رأينا أن لا يفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا اشترط البائع خيار النقد .

وقد نصت المادة ٥٨٣ من مرشد الحيران في هذا الصدد على أنه « إذا اشترط تعجيل الأجرة لزم المستأجر دفعها وقت العقد ، وللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفى الأجرة ، وله أن يفسخ عقد الإجارة عند عدم الإيفاء من المستأجر ، . ونصت المادة ٥٨٤ من مرشد الحيران : « يجوز للأجير أن يمتنع من العمل إلى أن يستوفى أجرته المشروط تعجيلها ، وله فسخ الإجارة إن لم يوفه المؤجر الأجرة ، .

### المطلب الثالث

## استخلاص قواعد الفسخ في الفقه الإسلامي

لدار تباط في الفقه الإسلامي بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم

الجانبيين :

ويستخلص من المسائل التي قدمناها أنه لا يوجد في الأصل ارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين في الفقه الإسلامي ، بخلاف الفقه

الغربي فقد رأينا أن هذا الارتباط موجود وهو الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ هناك . ففي الفقه الإسلامي كل التزام مستقل عن الالتزام المقابل له ، فالإتزام المشتري بدفع الثمن ، وهو الذي يقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه ، لا يرتبط بهذا الإلتزام المقابل .

**فالقاعدة إذنه أنه العقر للفسخ إذا أهل المرتهن بالإنزاه :**

وقد ترتب على انعدام الارتباط ما بين الإلتزامين المتقابلين أن ضمرت نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي ضموراً ظاهراً . فالأصل أن العقد الملزم للجانبين — أو عقد المعاوضة — لا يفسخ لإخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة ، وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال والعقد هو الذي يكون مصدر المطالبة بالتنفيذ أو الضمان . وهذا قريب مما كان عليه القانون الروماني فيما قدمناه .

فإذا لم يتم المشتري بدفع الثمن عند استحقاقه ، فليس للبائع أن يفسخ البيع ، بل كل ماله هو أن يطالب المشتري بالثمن ، ولا يتحلل هو من التزامه بنقل المبيع إلى المشتري عن طريق فسخ البيع . وإذا أخل المرتهن بالتزامه ، لم يملك الراهن فسخ الرهن ، بل يقتصر على مطالبة المرتهن بتنفيذ التزامه أو مطالبته بالضمان إذا هلكت العين المرهونة . وإذا لم يتم أحد المتعاقدين في الصلح بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يفسخ الصلح ، بل يطالب المدين بأن يقوم بتنفيذ التزامه . وهكذا لا توجد قاعدة عامة في الفقه الإسلامي — كما وجدت في الفقه الغربي — تقضي بأنه إذا لم يتم أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد فيتحلل هو أيضاً بما في ذمته من التزام .



والاستثناء جواز الفسخ - مرد هذا الاستثناء الى أمرين :

على أن هناك أحوال يجوز فيها التعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، وهذه الأحوال مردها إلى أمرين :

( الأمر الأول ) إنعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة . ذلك أنه يمكن القول في الفقه الإسلامي بأن هناك محلا للعقد ، وهذا غير محل الالتزام . فمحل عقد البيع هو المبيع لا الثمن ، ومحل عقد الإيجار هو العين المؤجرة أو عمل الأجير لا الأجرة ولا الأجر . فإذا انعدم محل العقد أو فأت منفعته المقصودة ، بأن هلك كلياً أو جزئياً أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة كما رأينا في الأسباب التي ترجع إلى المبيع وإلى العين المؤجرة ، فإن الخلل لذى يصيب المحل بعد انقضاء العقد صحيحاً يؤثر في القوة الملزمة للعقد ، فيصبح العقد قابلاً للفسخ بناء على طلب من تتأثر مصالحته من المتعاقدين بهذا الخلل . ويرجع الفسخ هنا للخلل الذي يصيب محل العقد ، لا لفكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وإلا لما جاز فسخ البيع لهلاك المبيع أو لاستحقاقه ثم لا يجوز لعدم الوفاء بالثمن .

( والأمر الثاني ) عقد الإيجار خاصة ، فهو قابل للفسخ في أكثر الأحوال كما قدمنا . ذلك أن هذا العقد قد جاء على خلاف القياس استحساناً ، والمعقود عليه فيه وهو المنفعة أو العمل - معدوم ويتجدد آناً فآناً . ومن ثم أمكن تصور الفسخ في الإيجار ، لا فسخ عندما يخلل المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو حصول أى مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة ، بل أيضاً عندما لا يبنى المستأجر بأجرة العين أو بأجر العامل ، على خلاف البيع وغيره من العقود كالرهن والصلح على ما رأينا . ولا يرجع الفسخ في عقد الإيجار إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة ، فهذه الفكرة غير موجودة في الفقه الإسلامي كما قدمنا ، بل يرجع

إلى فكرة نجد المفقود عليه آنا فأنا . فتنفعة العين المؤجرة تتجدد ، فكان عقودا متوالية تقع على وحدات المنفعة المتجددة ، وتستحق الأجرة عن كل وحدة . فإذا امتنع المستأجر من دفع الأجرة ، أمكن للوَجْر أن يمسك ما يقابل هذه الأجرة من المنفعة ، وفي هذا فسخ للعقد . وكذلك الحال في الأجير ، يمسك عن العمل حتى يستوفى أجره .

وبلاحظ في الحالات التي يجري فيها فسخ العقد أنه يجب التمييز بين فسخ العقد وانفساخه . وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه إذا هلك محل العقد هلاكا كاملا ، فعند ذلك لا فائدة من صدور عمل من المتعاقد يفسخ العقد ، فإن العقد ينعدم بطبيعته لا لعدم محله . وفي غير حالة الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة إلى فسخ ، والفسخ إما أن يكون من عمل المتعاقد بحضرة المتعاقد الآخر أو بغير حضرته ، وإما أن يكون من عمل القاضى على التفصيل الذي رأيناه عند الكلام في الخبرات الأربعة المعروفة وبخاصة خيار العيب . ونورد مثلا على ما قدمناه من انفساخ العقد وفسخه ما جاء في المادة ٦٤٦ من مرشد الخيران : « إذا حدث بالعين المستأجرة عيب يفوت به النفع بالسكية كخراب الدار ، أو يخل بالمنفعة كأنهدام جزء منها يؤثر هدمه على المنفعة المقصودة منها ، يكون للمستأجر خيار فسخ الإجارة . ويسقط عنه الأجر في الصورة الأولى سواء فسخ أم لا ، وأما في الصورة الثانية فإن فسخ بحضرة رب الدار يسقط عنه الأجر ، وإن لم يفسخ لا يسقط الأجر سواء استوفى المنفعة مع العيب أم لا . فترى من هذا النص أنه إذا فأت منفعة العين المؤجرة بالسكية لخرابها أو هلاكها هلاكا كاملا ، فلا حاجة للمستأجر بفسخ العقد ، بل العقد يفسخ من تلقاء نفسه ، وتسقط الأجرة عن المستأجر . أما إذا اختلت المنفعة فلم تفت إلا فرانا جزئيا ، فلا بد من فسخ العقد بحضرة المؤجر ، فإن لم يفسخ المستأجر العقد لم يفسخ من تلقاء نفسه ، ووجبت الأجرة استوفى المستأجر المنفعة مع العيب أو لم يستوفيا .

أعمال التقنين المدني العراقي فمكرة الارتباط . بين الالتزامات المتقابلة:

والتقنين المدني العراقي ، كما هو معروف ، مأخوذ في جزء كبير منه من الفقه الإسلامي مع تعديلات اقتضتها سنة التطور . وبما أدخله هذا التقنين من التعديلات فمكرة الارتباط مايز الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين وإقامة نظرية الفسخ على هذه الفكرة ، وقد اقتبس التقنين العراقي ذلك من الفقه الغربي .

وهذه هي نصوص التقنين المدني العراقي في هذه المسألة :

م ١٧٧ عراقي : ١ - في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد ، جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتض . على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل ، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته . ٢ - في عقد الإيجار إن امتنع المستأجر عن إيفاء الاجرة المستحقة الوفاء ، كان للمؤجر فسخ الإجارة . وفي أيجار العمل إن امتنع المستأجر عن إيفاء الاجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد . وفي عقد البيع يجوز للبائع أو للمشتري أن يطلب الفسخ ، إذا لم يؤد العاقد الآخر ماوجب عليه بالعقد . كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب ، من غير اشتراط في العقد .

م ١٧٨ عراقي : ( يجوز الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لايعني من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته ، .

م ١٧٩ عراقي : ١٠ - إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه ، انفسخ العقد ، سواء كان هلا كه بفعله أو بقوة قاهرة ، ووجب

عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه . ٢ - فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يتبضه المشتري ، يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري .

م ١٨٠ عراقى : وإذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ ، سقط الالتزام الذى كان مترتباً عليه . فلا يلزم تسليم البديل الذى وجب بالعقد ، وإن كان قد سلم يسترد . فإذا استحال رده ، يحكم بالضمان .

وهذه النصوص تحمل أثر النوفيق بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الغربى ، ولكنها أكثر نزوعاً إلى الفقه الغربى . فقد وسعت من نظرية الفسخ وجعلتها القاعدة بعد أن كانت استثناء فى الفقه الإسلامى ، وأقامت نظرية الفسخ على فكرة الارتباط ما بين الالتزامين المتقابلين . وفكرة الارتباط هذه يأبأها الفقه الإسلامى على الأقل فيما يتعلق بالفسخ ، وإن كان قد قبلها فيما يتعلق بالدفع بعدم تنفيذ العقد على ما سنرى .

## المبحث الثانى

مى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد

### فى الفقه الإسلامى

الرفع بعرض تنفيذ العقد أوسع نطاقاً من النسخ فى الفقه الإسلامى :

الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى أوسع نطاقاً من الفسخ كما سبق القول ، ويمكن أن تستخلص من تطبيقاته المختلفة نظرية عامة أكثر شمولاً من نظرية الفسخ .

فستعرض أولاً تطبيقات مختلفة لهذا الدفع ، ثم نستخلص من هذه التطبيقات نظرية عامة (١) .

### المطلب الأول

## تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي

### عقود متنوعة :

نستعرض تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الآتية : عقد البيع وعقد الإيجار ، وعقد الوكالة ، وعقد الزواج .

### ١ - عقد البيع

#### المشترى بنقر الثمن أو الأتم بقبضه المبيع :

إذا كان البيع بيع سلعة بنقد — وهذا هو البيع المعروف في الفقه الغربي — فإنه يجب على المشتري أن بنقد الثمن أولاً ، ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري .

أما إذا كان البيع مقايضة ( بيع سلعة بمثلها ) أو صرفاً ( بيع نقود بمثلها ) فإن المبيع والثمن يسلمان معاً في وقت واحد .

#### هيس البائع للمبيع متى يستوفي الثمن :

فإذا كان الثمن حالاً ، سواء في البيع أو المقايضة أو الصرف ، فإن للبائع

(١) انظر في هذا الموضوع في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء — بحث موازن — القاهرة سنة ١٩٢٥ .

حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن . ولا يسقط حق البائع بإعطاء المشتري له رهناً أو كفيلًا ولا بإيرائه من بعض الثمن ، بل له حبسه إلى إستيفاء الثمن بتمامه (١) .

أما إذا لم يكن الثمن حالا ، بأن كان مؤجلا عند البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق للبائع في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ، ولا يطالبه بالثمن إلا عند حلول الأجل .

كذلك إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبسه ، فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع .

وإذا استوفى البائع الثمن ولو من طريق الحوالة ، بأن أحال البائع أحداً على المشتري بالثمن أو أحال المشتري البائع بالثمن على مسدين له ، وقبل المشتري أو البائع الحوالة ، سقط حق البائع في حبس المبيع ، إذ يعتبر مستوفيا للثمن .

وحق البائع في حبس المبيع يقترن به حق امتياز له على المبيع يتقدم به

(٢) وقد قرر حبس المبيع ، الى جانب الحنفية ، المالكية . وهو المختار عند الحنابلة ، وان كان المشهور في مذهب أحمد عند أصحابه ان البائع لا يملك الحبس ( اعلام الموقعين ) ص ٢٧ - الشرح الكبير ٤ ص ١١٢ - ابن جزى ص ٢٢٩ ) .

وفي قول في مذهب الشافعي للبائع حق حبس المبيع كما عند الحنفية ، وفي قول آخر يجبر البائع على الابتداء بالتسليم لرضاء بدمعة المشتري ولاستقرار ملكه ، ولان ملك المشتري للمبيع غير مستقر فعلى البائع تسليمه حتى يستقر « الشرح الكبير » ص ١١٢ - ص ١١٤ .  
وفي قول ثالث يجبران لوجوب التسليم عليهما ( الوجيز للزالي ١ ص ١٤٦ - النهاية على المنهاج ٢ ص ١٥٩ - البدائع ٥ ص ٢٤٩ - البسوط ١٢ ص ١٩٢ ) . ويوجد اجماع في مذهب الشافعي على ان للبائع حبس المبيع عند خوف فوته عليه ( المنهاج ٤ ص ٢٠٦ ) . وللبيع ان يشترط رهن العين المبيعة عنده حتى يستوفى الثمن ( اعلام الموقعين ٤ ص ٢٨ ) .

وعند الامامية جاء في مفتاح الكرامة كتاب المتاجر ( ص ٧١٩ - ص ٧٢٠ ) : « والاطلاق يقتضى تسليم الثمن والمثمن ، فان امتنعا أجبرا ، ويجبر احدهما لو امتنع ، سواء كان الثمن عينا أو دينا . فاما اذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفا من تعلق تحصيل الثمن ، فله ذلك بلا خوف ، وكذا للمشتري حبس الثمن خوفا من تعلق تحصيل المبيع » .

على سائر غرماء المشتري . فإذا مات المشتري مفلماً قبل قبض المبيع ودفع الثمن (١) ، فالبايع أحق بحبسه كما قدمنا إلى أن يستوفى الثمن من تركة المشتري أو يبيعه القاضى . ويؤدى للبايع حقه من ثمنه ، فإن زاد الثمن على حق البايع يدفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص ولم يوف حق البايع بنهاية كان أسوة الغرماء فيما بقي له .

### محبس المشتري للثمن :

وإذا كان البيع مقايضة أو صرفاً فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد ، فالظاهر أن للمشتري حبس الثمن إذا امتنع البايع عن تسليم المبيع . لكن إذا قبض المشتري المبيع وكان الثمن حالاً ، لم يجز له أن يحبس الثمن إلا إذا استحق المبيع في يده بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن .

وإذا استحق المبيع حتى قبل قبضه من المشتري ، كان للمشتري أن يحبس الثمن ، بل إن له في هذه الحالة حق الفسخ واسترداد الثمن إذا كان قد دفعه للبايع .

### ٢٥ - عقد الإيجار

#### المستأجر يرفع الأجرة أولاً ثم يفسلم العين المؤجرة :

وفي عقد الإيجار يرتب الفقه الإسلامي الالتزامين المتقابلين من حيث المبادأة في التنفيذ ، بأن يجعل المستأجر يبدأ بدفع الأجرة إذا كانت معجلة ، ثم على المؤجر بعد قبضه الأجرة أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة .

(١) أما إذا قبض المشتري المبيع واغلس ، ففي المذهب الحنفي يكون البايع أسوة الغرماء وليس له حق امتياز ، لأن المشتري قبض المبيع . وعند الشافعي والاوزاعي وأهل الظاهر للبايع استرداد سلطته بشرط أن يجدها بعينها كاملة . وعند الحنابلة للبايع أيضاً استرداد السلعة ، ويعطون ذلك تمسح البيع ( المعنى ) ص ٤٥٩ ) .

على أن الأجرة لا تلزم بمجرد العقد ، فلا يجب تسليمها به إلا إذا اشترط على المستأجر تعجيلها وكانت الأجرة منجزة . فإذا كانت الإجارة مضافة إلى وقت مستقبل ، فلا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة ، ولو عجلت لا تملك ويجوز استردادها ، وإذا كانت الإجارة منجزة ، جاز اشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها وتقسيطها إلى أقساط تؤدي في أوقات معينة . وإذا لم يشترط تأجيل الأجرة ولا تعجيلها في الأجرة المنجزة ، لم تجب الأجرة إلا بتسليم العين المؤجرة للمستأجر واستيفائه المنفعة فعلا أو بتمسكته من استيفائها بتسليمها له ولو لم يستوفها . فإن قبض المستأجر الدار المؤجرة فارغة عن متاع المؤجر ، لزمته أجرتها ولو لم يسكنها .

ويخلص مما قدمناه أن الأجرة لا تجب قبل تسليم العين المؤجرة إلا إذا كانت الإجارة منجزة واشترط تعجيل الأجرة أو تعجيل أقساطها قسطاً قسطاً (١) .

### مبعض المؤجر العين المؤجرة متى يستوفى الأجرة :

فإن اشترط تعجيل الأجرة في الإجارة المنجزة ، كانت واجبة الأداء بمجرد العقد وقبل أن يسلم المؤجر المستأجر العين المؤجرة . وللمؤجر أن يحبس العين المؤجرة ويمنع عن تسليمها للمستأجر حتى يستوفى الأجرة ، وهذا عدا حقه في فسخ الأجرة على النحو الذي قدمناه .

### مبعض المستأجر العين متى يستوفى ما عجز عن الأجرة عند موت المؤجر :

وهناك حالة يحبس فيها المستأجر العين عن الرد ، ذلك أنه إذا مات المؤجر فانقضت عقد الإيجار ، وكان المستأجر قد عجل الأجرة لمدة لم يستوف المنفعة فيها ، فله حبس العين المأجورة إلى حين استرداد

(١) انظر في ميماد دفع الأجرة : البدائع ٤ ص ٢٠١ - ٢٠٤ - الزيلعي ٥ ص ١٠٨ -

ص ١٠٩ - بداية المجتهد ٢ ص ٨١٨ - المجلة م ٤٧٤ .



ما عجله . بل إن المستأجر في هذه الحالة حق امتياز على العين المؤجرة بما وجب له استرداده من الأجرة المعجلة ، فلو مات المؤجر مديونا وليس له ما يسد به دينه غير العين المؤجرة ، بيعت العين والمستأجر أحق بثمانها من سائر الغرماء إن كانت العين في يده ، فيستوفى حقه من ثمنها وما زاد للغرماء ، وإن نقص للمستأجر شيء مما عجله كان في الناقص أسوة الغرماء .

ويلاحظ هنا أن حق الحبس ثبت للمستأجر بعد انقضاء العقد بموت المؤجر ، وقد استحق المستأجر استرداد المعجل من الأجرة بموجب قاعدة دفع ما لا يجب لا بموجب العقد .

### امتناع الأجير عن العمل متى يستوفى أجره :

والأجير الخاص يستحق أجره بتسليم نفسه للخدمة وتمكينه منها ، سواء خدم أو لم يخدم . على أنه يجوز اشتراط تعجيل الأجر قبل أن يسلم الأجير نفسه للعمل ، فيجوز في هذه الحالة للأجير أن يمتنع عن العمل — أي أن يحبس نفسه أو عمله — إلى أن يستوفى أجره المشروط تعجيله (١) . هذا عدا حقه في فسخ الإجارة فيما قدمناه .

### حبس الأجير المشترك العين المعقود عليها متى يستوفى أجره :

وإذا كان الأجير مشتركا كالتخياط والحمال ، فمن كان لعمله أثر في العين كالتخياط جاز له حبسها وعدم تسليمها للمستأجر حتى يستوفى أجرته إن كانت الأجرة حالة ، فإن تلفت عنده فلا ضمان عليه ولا أجر له . وإن كانت مؤجلة ، فليس له حبسها ، فتلفت فعليه قيمتها .

ومن ليس لعمله أثر كالحمال ليس له حبس العين للأجرة ، فإن حبسها

(١) انظر في امتناع الأجير الخاص عن العمل حتى يستوفى أجره « البدائع » ص ٢٥٥

وتلفت ضمن قيمتها ، وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وعليه له الأجر ، وإن شاء ضمنها غير محمولة ولا أجر عليه<sup>(١)</sup> .

### § ٣ — عقد الوكالة وعقد الزواج

**حبس الوكيل بالثمن المبيع عن الموكل متى يستوفى الثمن :**

وإذا دفع الوكيل بالثمن المبيع من مال نفسه للبائع . فله الرجوع به على موكله ، وله حبس المبيع عن الموكل لاستيفاء الثمن وإن لم يكن دفعه للبائع .

**حبس الزوجة نفسها عن زوجها متى تستوفى المهر :**

وقد جرى حق الحبس في الفقه الإسلامي حتى في غير عقود المعارضات المالية . ففي عقد الزواج ، وهو ينطوي على مبادلة البضع بالمهر احتياط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها ، فأجاز لها حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفى المعجل من المهر . فللزوجة إذن قبل الدخول أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما اشترطت تعجيله من المهر ، ويثبت لها هذا الحق حتى لو كانت قد انتقلت إلى بيت زوجها . ذلك أن الزواج عقد معارضة ، فيقتضى المساواة من الجانبين ، والمرأة عينت حق الزوج فيجب أن يعين الزوجة حقها ، وإنما يعين بالتسليم ( البدائع ٢ ص ٢٨٨ ) .

(١) انظر في حبس الاجير المشترك العين الذي لعمله فيها أثر حتى يستوفى أجره :

البدائع ٤ ص ٢٠٤ - الزيلعي ٥ ص ١١١ - المجلة م ٤٨٢ - ٤٨٣ .  
والمالكية لا يقولون بوجود أن يكون لعمل الاجير أثر في العين . جاء في المدونة : « قلت . رأيت الخياطين والقصارين والجزارين والصوافين وأهل الصناعات اذا عملوا للناس بالاجرة ، لهم أن يجسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم . قال وكذلك في التفليس هم أحق بما في أيديهم وكذلك في الموت هم أحق بما في أيديهم اذا مات الذي استعمل عندهم وعليه دين . قلت رأيت ان استاجرت حمالا يحمل لى الطعام أو متاعا أو عرضا من العروض الى موضع من المواضع بأجر معلوم على نفسه أو على دابته أو على ابله أو على سفينته ، فحمل ذلك حتى اذا بلغ الموضع الذى اشترطت عليه معنى متاعى أو طعامى حتى يقبض حقه ؟ قال ، قال مالك ذلك له ، وان فلس رب المتاع كان هذا الحمال أو الكرى أحق بما في يديه من الفراء حتى يستوفى =

وحق المرأة في حبس نفسها حتى تستوفي المعجل من المهر يقتضى  
 الا تلتزم بما كانت تلتزم به لو دخل بها الزوج ، فلا يكون للزوج منعها من  
 السفر أو الخروج من منزله أو زيارة أهلها قبل إيفاء المهر (١) .  
 ولا يمنع حبس المرأة نفسها عن زوجها حتى تستوفي المهر من وجوب  
 النفقة لها على زوجها ، حتى في مدة الحبس ( الزيلعي ٣ ص ٥٠ - ص ٥٢ ) .

## المطلب الثاني

### استخلاص نظرية عامة في الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي

#### عناصر هذه النظرية:

ويمكن أن نستخلص من التطبيقات المتقدمة عناصر نظرية عامة للدفع  
 بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي ، باعتبارها صورة خاصة من صور الحق  
 في الحبس ، فنقتصر على بحث الدفع وحده دون أن نعم القول في  
 الحق في الحبس .

---

== حقه » . ( المرونة الكبرى ٣ ص ١٤ ) تحت عنوان القضاء في الاجارة ) .  
 على أن الحنيفية أنفسهم خففوا من حدة هذا التمييز المادى ، فقالوا ليس المراد بالاثم  
 عينا مملوكة للعامل كالنشاء والغراء وغيرها ، بل مجرد ما يعاين ويرى . وعلى هذا ففاسل  
 الثوب لتخصينه وكاسر الفستق والحطب لهم حبس العين حتى يستوفوا الاجرة ( الاستاذ  
 سليم باز في تعليقه على المادة ٤٨٢ من المجلة ) .

(١) « لان حق الحبس انما يثبت لاستيفاء المستحق ، فاذا لم يجب عليها تسليم النفس  
 قبل ايفاء المهر لم يثبت للزوج حق الاستيفاء ، فلا يثبت حق الحبس . واذا وافاها المهر فله  
 ان يمنعها من ذلك كله ، الا من سفر الحج . . وله ان يدخل بها ، لانه اذا وافاها حقها يثبت  
 له حق الحبس لاستيفاء المقود عليه . فان اعطاها المهر الا درهما واحدا ، فلها ان تمنع نفسها  
 وان تخرج من مصرها حتى تقبضه ، لان حق الحبس لا يتجزأ » ( البدائع ٢ ص ٢٩٨ ) .

ويمكن إفراد عناصر هذه النظرية على الوجه الآتي . (١) شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد . (٢) الأثر الذي يترتب على هذا الدفع . (٣) الأساس الذي يقوم عليه هذا الدفع .  
ونعقب ذلك بما سار عليه التقنين المدني العراقي في هذا الموضوع .

### شروط الرفع بعدم تنفيذ العقد :

يمكن القول إن هناك شرطين للدفع بعدم تنفيذ العقد :

١ - يجب أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين أي عقده معاوضة . ففي هذا النوع من العقود يوجد الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، ويكون تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين منوطاً بتنفيذ الالتزام المقابل . فهذه الرابطة العقدية وما نشئته من ارتباط هي التي ميزت الدفع بعدم تنفيذ العقد عن سائر التطبيقات المتنوعة في الحق في الحبس في الفقه الإسلامي ، ونطاق الحق في الحبس أوسع بكثير من نطاق الدفع بعدم تنفيذ العقد<sup>(١)</sup> .

(١) فمن الامثلة على حق الحبس في غير العقود : (١) من يرد العبد الأبق له جعل ، وله ان يحبس العبد حتى يستوفيه ( الزيلعي ٣ ص ٢٠٨ - ص ٢٠٩ - البدائع ٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ ) . وحق المنتقط في حبس اللقطة بما أنفق عليها ( الزيلعي ٣ ص ٢٠٦ ) . ( ب ) اذا انهدم الملك المشترك الذي لا يقبل القسمة ، وأراد أحد الشريكين بناءه وامتنع الآخر ، يجبر على العمارة . فان لم يعمر ، ياذن القاضي للشريك بالعمارة ، ثم يمنع الآخر من الانتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصروفات ( م ٨٥١ مرشد الجيران ) . واذا انهدم السفلى او احتاج الى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فان امتنع وعمر صاحب العلو باذنه او باذن القاضي ، فله الرجوع عليه بما أنفقه على العمارة بالقدر المعروف . ولصاحب العلو ان يمنع صاحب السفلى من الانتفاع حتى يوفيه حقه . واذا انهدم حائط مشترك بين جارين وكانت عليه حمولة لهما كقصر أو رؤوس جنوع ، وعمر أحدهما عند امتناع الآخر ، فله منع شريكه من وضع حمولة على ذلك الحائط حتى يؤديه نصف ما صرفه ( م ١٢١٦ المجلة ) . ( ح ) اذا بنى الفاصب على الارض المفصوبة بناء أو غرس غرسا ، وكان القلع أو الهدم مضرا بالأرض ، فلصاحب الأرض ان يعطى قيمة البناء أو الفراس مستحق القلع ويتملكه جبرا على الفاصب ، وللفاصل حبس الأرض حتى يستوفى حقه . ولو غيب الفاصب المفصوب وضمن قيمته ، فان ظهر بعد ذلك وأخذه المالك ، فللفاصل حبسه حتى يسترد القيمة التي دفعها ( الزيلعي ٥ ص ٢٢١ ) .

٢ — يجب أن يكون الالتزام المحبوس أو الذي يقف المدين تنفيذه حتى يستوفي الالتزام المقابل التزاماً يتأخر تنفيذه عن تنفيذ الالتزام المقابل . وقد رأينا ترتيب تنفيذ الالتزامات المتقابلة في العقود المختلفة ، ففي البيع مثلاً يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة ، فالذي يقف تنفيذه من الالتزامات هو التزام البائع بتسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفي الثمن ، وليس العكس . وكذلك الأجرة لا تستحق إلا إذا تمسك المستأجر من إستيفاء المنفعة ، فلا يجوز للمؤجر حبس العين إلى حين استيفاء الأجرة إلا إذا كانت الأجرة معجلة . أما إذا كان الالتزامان المتقابلان واجبي التنفيذ في وقت واحد ، لم يبق إلا أن يودع كل من المتعاقدين التزامه في يد عدل ، ويسلم العدل كلا منهما حقه في نفس الوقت الذي يسلم فيه الحق للمتعاقد الآخر .

### الامر الذي يترتب على الرفع بعزم تنفيذ العقد :

ويترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد أن يوقف تنفيذه دون أن يفسخ أو ينحل . فالعقد لا يزال قائماً واجب النفاذ ، وإنما ابيح لأحد المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه — لا التحلل منه — حتى يستوفي حقه في ذمة العاقد الآخر .

وفي العقود الزمنية كالإيجار ، ما وقف تنفيذه من مدة ينقص من العقد لأن هذه هي طبيعة العقود الزمنية ، الزمن معقود عليه فيها وما مضى من الزمن لا يعود .

ويسقط الدفع بعدم تنفيذ العقد : (١) بتنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ، فلو حبس البائع المبيع حتى يستوفي الثمن ، سقط حقه في الحبس إذا وفي المشتري الثمن . ويجب أن يوفي المشتري كل الثمن ، فلو بقي منه درهم لم يسقط حق الحبس ، لأن هذا لا يتجزأ . (٢) بالنزول عن الدفع صراحة أو ضمناً .

وإذا أعطى البائع المشتري أجلاً في دفع الثمن ، كان منه نزولاً ضمناً عن حقه في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . فلو أن المشتري لم يقبض المبيع حتى حل أجل دفع الثمن ، فليس للبائع حبس المبيع ، لأنه أسقط هذا الحق بتأجيل الثمن والساقط لا يعود . كذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أصر البائع الثمن بعد العقد إلى أجل ، فليس له حق حبس المبيع ولو كان لم يسلم إلى أن حل أجل دفع الثمن . (٣) بانقضاء الالتزام المقابل لأى سبب . فليس للبائع حبس المبيع إذا أحال أحداً بالثمن على المشتري ، أو أحال المشتري البائع على مدين للمشتري .

### الأساس الذى يقوم عليه الرفع بعرض تنفيذ العقد :

يمكن القول بأن ارتباط الالتزامين المتقابلين فى عقد المعاوضة هو الأساس الذى يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى . فقد كان هذا الارتباط محل الاعتبار ، وانبئ عليه أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يترتب عليه وقف تنفيذ الالتزام المقابل . وهذا بخلاف الفسخ فلم يعتبر فيه الارتباط ، لأن الفسخ هو حل للعقد لا مجرد وقف له ، فهو أشد خطورة من الدفع بعدم التنفيذ ، وإذا أباح الارتباط الأقل فلا يتعين أن يبيح الأكثر .

على أن الارتباط هنا يجب أن يفهم فى ضوء فكرة عامة فى الفقه الإسلامى تتعلق بعقود المعاوضة ، وهذه الفكرة هى أن المساواة فى هذه العقود هى مقصود المتعاقدين . وتحقيق المساواة بين المتعاقدين يقتضى ألا يجبر أحدهما على تنفيذ التزامه بينما الآخر لم يقم بتنفيذ الالتزام المقابل ، وإلا كان فى ذلك إخلال بالمساواة المقصودة . وفى هذا المعنى بقول صاحب البدائع « ولأن المعاوضات مبناه على المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، ولأن المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين إلا بالتسليم ، فلا بد من تسليمه أولاً تحقيقاً للمساواة ( البدائع ٥ ص ٢٤٩ ) .

ويقول أيضاً : « إن المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر ، إذ لو ثبت لا تكون معاوضة حقيقية ، لأنه لا يقابله عوض ، ولأن المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة إذا لم يثبت الملك في أحد العوضين ، (البدائع ٤ ص ٢٠١) .

### التقنين المدني العراقي في الرفع بعزم تنفيذ المقرر :

وقد قنن التقنين المدني العراقي قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي في نص واحد ، جعله من العموم والشمول بحيث يوسع من القاعدة على النحو الذي وجدناه في الفقه الغربي . فنصت المادة ٢٨٠ من هذا التقنين على ما يأتي : « ١ - للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، وللعاقل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء أو لم يكن ، وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون ٢٠ - وفي كل معاوضة مالية بوجه عام ، لسكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق . »

ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي جعل الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعاً عن الحق في الحبس وأدرج النص في هذا المكان .

## الفصل الثاني

### الإقالة

\*\*\*

## الفرع الأول

### الإقالة

في الفقه الغربي

كيف تتم الإقالة من العقد والاثر الذي يترتب عليها :

الإقالة في الفقه الغربي لا تشغل الإمكان ضيقاً محدوداً ، ولا تكاد تذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات يخضع لجميع القواعد العامة في الاتفاقات والعقود . ومن ثم سيكون بحثها في الفقه الغربي موجزاً ، فتكلم في أمرين : (١) كيف تتم الإقالة . (٢) الاثر الذي يترتب عليها .

### المبحث الأول

كيف تتم الإقالة

تتم الإقالة من العقد بإيجاب وقبول :

كما ينشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشائه ، كذلك يزول إقالة بإيجاب وقبول متطابقين على الغائه . فالعقد إتفاق ينشئ الالتزام ، أما الإقالة



فهى اتفاق يقضيه . والإيجاب والقبول قد يكونان صريحين أو ضمنين ، كما هو الأمر في إنشاء العقد الأصلي .

وإذا كان العقد الذى حصلت الإقالة منه عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمى ، لم تتم الإقالة إلا بنفس الشكل الذى أنشأ العقد ، فلا بد إذن من ورقة رسمية للإقالة من الهبة والرهن الرسمى .

والتراضى على الإقالة يوجد بتلقى الإيجاب والقبول متطابقين ، ويصح إذا صدر من ذى أهلية خالياً من عيوب الإرادة وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

والإقالة محلها إلغاء الالتزامات التى نشأت من العقد الماقال منه ، وسببها هو الباعث الذى دفع المتقابلين إلى هذا الإلغاء .

### كيف تقوم الإقالة بإرادة منفردة :

وقد تتم الإقالة بإرادة منفردة تصدر من أحد العاقدين ، ولكن يجب أن يكون متفقاً بين العاقدين من قبل على جواز الإقالة بهذه الإرادة المنفردة . فالإرادة المنفردة التى تتم بها الإقالة هى إرادة منفردة متفق عليها بإرادتين متطابقتين سابقتين ، فلا بد إذن من الاتفاق فى الإقالة ، إما عند الإقالة ذاتها وإما فى وقت سابق عليها . مثل ذلك ما يتفق عليه عادة فى عقود الأيجار من أن لكل من المتعاقدين الحق فى إلغاء عقد الأيجار بإعلان يرسله إلى المتعاقد الآخر قبل الإلغاء بمدة معينة . فهنا عقد الأيجار يجوز إلغاؤه بإرادة أحد العاقدين عن طريق إعلان هذه الإرادة للمتعاقد الآخر فى مدة معينة ، ولكن الإقالة على هذا الوجه متفق عليها فى عقد الأيجار بين المتعاقدين . ويستوى فى ذلك أن تكون مدة الأيجار مذكورة فى عقد الأيجار حداً أقصى كما لو اتفق على أن تكون المدة تسع سنوات ولكن يجوز إلغاء العقد قبل ذلك بإعلان أحد الطرفين الآخر فى مدة معينة ، أو يكون المذكور من المدة هو الحد الأدنى

كما لو اتفق على أن تكون مدة الإيجار سنة تمتد إلى سنوات متوالية حتى يعلن أحد الطرفين الآخر في مدة معينة بإلغاء الإيجار ، أو ألا تكون المدة المذكورة أصلاً كما لو اتفق على الإيجار دون تحديد مدة ما على أن يلغى العقد بإعلان أحد الطرفين الآخر في مدة معينة ويلاحظ أن هذه المدة المعينة تكون في هذه الحالة هي الحد الأدنى للإيجار . وكما تقع الإقالة على هذا الوجه في عقد الإيجار، تقع أيضاً في عقد العمل وفي عقد التأمين وفي عقد الشركة وفي غير ذلك من العقود .

### الرجوع في الهبة :

ويقرب من الإقالة الرجوع في الهبة ، فإنه يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك . فإن تم الرجوع بالراضى ، فهذه إقالة من الهبة ، ويجب أن تتم في ورقة رسمية كما في إنشاء الهبة ، إلا إذا كانت قد تمت بالقبض في المنقول فتم برد المقبوض .

على أن الرجوع في الهبة قد يتم بغير الإقالة ، ذلك أنه إذا لم يقبل الموهوب له الإقالة جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع . ويعتبر عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، أو أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير ، أو أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع أو يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي . أما موانع الرجوع من الهبة فمعرفة في الفقه الإسلامي .

## المبحث الثاني

## الأثر الذي يترتب على الإقالة

## انحلال العقد :

يترتب على الإقالة انحلال العقد ، فتنقضي بالإقالة الالتزامات التي أنشأها العقد ، سواء كانت هذه الالتزامات لم يبدأ تنفيذها فنزول دون أن تنفذ ، أو بدأ تنفيذها ولكنها لم يتم فنزول أيضاً دون يتم تنفيذها . أما إذا كانت الالتزامات قد تم تنفيذها ، ولا يراد الرجوع فيها بأثر رجعي ، فلا محل للإقالة من العقد لأن العقد ذاته يكون قد انقضى .

## ليس للإقالة في الأصل أثر رجعي :

والإقالة في الأصل ليس لها أثر رجعي ، فينحل العقد بانفاق نال له هو الإقالة ، وماتم تنفيذه من العقد لا يرجع فيه بطريق الاستناد . ويترتب على ذلك النتائج الآتية في العقود الناقلة للملكية :

١ - إذا تقابل المتعاقدان من عقد ناقل للملكية كالبيع ، فالملكية التي انتقلت للمشتري الأصلي لا تزول بأثر رجعي ، ولكنها تعود إلى البائع بعقد جديد هو الإقالة . وتعود مثقلة بالحقوق العينية التي أنشأها المشتري على المبيع كرهن أو ارتفاق ، أو التي تكون قد نشأت من جهته كحق امتياز أو حق اختصاص .

٢ - ومن ثم يجب تسجيل الإقالة حتى تعود الملكية إلى البائع ، وقبل التسجيل تبقى الملكية للمشتري ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيها .

٣ - ويجب دفع رسوم جديدة عن عودة الملكية من جديد إلى البائع ، تعادل الرسوم التي دفعت عند تسجيل البيع الأصلي .

٤ - ولا يسقط حق الشفيع في الشفعة بسبب البيع الذي تقايل منه المتعاقدان ، بل يثبت للشفيع حق جديد في الشفعة بالاقالة إذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة في البيع الأصلي .

### فرد يكوره لمقالة أثر رجعي :

على أن المتقابلين قد يتفقان عند الاقالة على أن يكون لها أثر رجعي ، فابدأ تنفيذه من الالتزامات أو تم يرجع فيه ويعتبر العقد الأصلي كان لم يكن ، وهنا تقترب الاقالة من الفسخ الاتفاقي .

ولكن الأثر الرجعي المتفق عليه للإقالة ترد عليه القيود الآتية :

١ - بالنسبة إلى التسجيل والخزانة ، لانزال الإقالة ذات الأثر الرجعي تعتبر عقدا جديدا ، وماقرناه من وجوب تسجيلها ودفع رسوم جديدة عند التسجيل ينطبق هنا كما انطبق هناك .

٢ - بالنسبة إلى الغير ، لا يضار هؤلاء بالأثر الرجعي . فاذا كان المشتري قبل التقايل قدرتب حقا عيننا على العين المبيعة أو ترتب من جهته هذا الحق العيني ، كرهن أو ارتفاق أو امتياز أو اختصاص ، فإن الأثر الرجعي للإقالة لا يمس حقوق الغير ، وتعود العين إلى البائع مثقلة بهذه الحقوق .

٣ - بالنسبة إلى الدائنين ، لا يضارون هم أيضا بالأثر الرجعي إذا وقعت الإقالة من المدين غشا إضرارا بحقوقهم . فيجوز للدائنين في هذه الحالة الطعن في الإقالة بالذعوى البولصية ، بل إنهم يستطيعون هذا الطعن ولو لم يكن للإقالة أثر رجعي ، ذلك إن الإقالة قد تضر حقوق الدائنين ولو لم يكن لها أثر رجعي .

٤ - بالنسبة إلى العقود الزمنية كالإيجار ، لا يمس الأثر الرجعي ما تم تنفيذه من هذه العقود حتى فيما بين المتقابلين . فطبيعة العقد الزمني أن ما تم تنفيذه ماله لا يمكن الرجوع فيه ، إذ الزمن معقود عليه وما مضى من الزمن لا يعود . وفي هذا مستوى الإقالة والفسخ ، فقد قدمنا أن الفسخ ليس له أثر رجعي في العقود الزمنية .

# الفرع الثاني

## الإقالة

### في الفقه الإسلامي

خطة البحث :

يفيض الفقه الإسلامي في الإقالة أكثر مما يفيض الفقه الغربي كما سبق القول . وسنجرى في بحث الإقالة في الفقه الإسلامي على الخطة التي جرينا عليها في الفقه الغربي ، فنبحث : ( أولا ) كيف تتم الإقالة : ( ثانيا ) الأثر الذي يترتب على الإقالة ( ثالثا ) وننتهي بعدموازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإقالة .

### المبحث الأول

#### كيف تتم الإقالة

تتعقد الإقالة بالإيجاب والقبول :

ركن الإقالة في الفقه الإسلامي الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر ، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن . ولاخلاف في أن الإقالة تعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، وكذلك تعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كما في الزواج وبخلاف البيع عند إنشائه لا عند التقابل منه ، وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، أما عند محمد فلا تعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كما في البيع عن إنشائه . هـ وجه قوله — كما جاء في البدائع ٥ ص ٣٠٦ — أن

ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول كركن البيع . ثم ركن البيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، فكذا ركن الإقالة . ولهما الفرق بين الإقالة وبين البيع وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة ، والمساومة في البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع إيجاباً ، بخلاف الإقالة لأن هناك لا يمكن حمل اللفظة على حقيقتها لأن المساومة فيها ليست بمعادة فتحمل على الإيجاب ولهذا حملناها على الإيجاب في النكاح ، كذا هذا .

### شروط صحة الإفالة :

#### وشروط صحة الإقالة :

١ — رضا المتقايين أى خلو التراضي من الإكراه ، لأن الإكراه يفسد العقود .

٢ — المجلس ، لأن معنى العقد موجود في الإقالة فيشترط لها المجلس كما يشترط للعقد .

٣ — تقابض بدلى الصرف في الإقالة من الصرف .

٤ — أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر ، فإن لم يكن بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب لانصح الإقالة عندهما . وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط .

٥ — قيام المبيع وقت الإقالة ، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح . فأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط . ووجه الفرق أن إقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع ، وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لأنه هو المعقود عليه على معنى أن العقد ورد عليه لا على الثمن ، لأنه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لأنه لا يحتمل التعيين وإن عين لأنه اسم لما في الذمة فلا يتصور إيراد العقد عليه . دل أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن ، فإذا هلك لم يبق محل حكم البيع

فلا يبقى حكمه ، فلا تصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة . وإذا هلك الثمن فحل حكم البيع قائم ، فتصح الإقالة . وكذا إن كان المبيع قائماً وقت الإقالة ثم هلك قبل الرد على البائع ، بطلت الإقالة سواء كان الثمن قائماً أو هالكا لأن الإقالة فيها معنى البيع ، وهلاك المبيع بعد الإقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض ، فإنه يوجب بطلان البيع فكذا يوجب بطلان الإقالة . ولو تباعا عينا بعين وتقابضا ، ثم هلك إحداهما في يد مشتريها ثم تقايلا ، صححت الإقالة ، وعلى مشتري الهالك رد مثله أو قيمته ويسترد العين الباقية ، لأن المبيع إحداهما والآخر ثمن فإذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للبيع لما فيه من تصحيح العقد . أنظر في شرائط صحة الإقالة البدائع ص ٢٠٨ - ص ٢١٠ .

### الرجوع في الهبة :

والرجوع في الهبة بالتراضي في الفقه الإسلامي نوع من الإقالة ، كما هو الأمر في الفقه الغربي . بل إن أحكام الرجوع في الهبة في مصر مأخوذة عن أحكام الفقه الإسلامي ، وقد قنن التقنين المصري هذه الأحكام من حيث جواز الرجوع في الهبة بالتراضي أو بحكم القاضي ، ومن حيث الموانع التي تمنع الرجوع في الهبة . أما العذر الموجب لفسخ الهبة بالتقاضي في التقنين المدني المصري فأخوذ عن التقنين المدني الفرنسي .

### المبحث الثاني

## الأثر الذي يترتب على الإقالة

### انحلال العقد :

يترتب على الإقالة انحلال العقد ، فيرتفع حكمه . ولذلك يجب أن يكون

العقد منعقداً في حق الحكم حتى ترد عليه الإقالة ، فإذا لم ينعقد في حق الحكم كأن هلك المبيع قبل الإقالة أو بعد الإقالة وقبل الرد ، لم تصح الإقالة ، لأنه لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع ، وقد تقدم بيان ذلك .

### التكليف القانوني للإقالة - ماهية الإقالة :

وقد اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة . فعند أبي حنيفة الإقالة فسخ في حق المتقابلين ، ويبيع جديد في حق الغير . وقال أبو يوسف إنها بيع جديد في حق المتقابلين وفي حق الغير ، إلا إذا تعذر إعمالها بيعاً فتجعل فسخاً ، وهذا هو أيضاً مذهب مالك . وقال محمد هي فسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير إلا إذا تعذر إعمالها فسخاً فتجعل بيعاً ، وهذا هو أيضاً مذهب الشافعي ومذهب أحمد . وقال زفر هي فسخ في حق المتقابلين وفي حق الغير .

ويترتب على هذا الاختلاف في الرأي اختلاف الحكم في المسائل الآتية :

١ - إذا تقابل المتبايعان ولم يسميا الثمن الأول ، أو سميا زيادة على الثمن الأول ، أو أنقصا من الثمن الأول ، أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول قل أو كثر ، أو أجلا الثمن الأول ، فالإقالة تكون على الثمن الأول عند أبي حنيفة لأنها عنده فسخ في حق العاقدين ، والفسخ رفع العقد ، والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة ، وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل ، وتبقى الإقالة صحيحة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأن الشرط إنما يؤثر في البيع لأنه يمكن الربا فيه والإقالة رفع البيع فلا يتصور تمسك الربا فيه . وعند أبي يوسف - إذ الإقالة بيع إلا إذا تعذر فتجعل فسخاً - إن كانت الإقالة بعد قبض المبيع مطلقاً أو قبل القبض في العقار فهي بيع ، لأن بيع المشتري المبيع بعد قبضه مطلقاً وقبل قبضه في العقار يجوز ، وتكون الإقالة بالثمن الجديد لأنه لم ينعذر إعمالها بيعاً ، أما قبل القبض



في المنقول فلا يجوز للمشتري التصرف فيتعذر إعمال الإقالة بيعاً فتجعل فسخاً على الثمن الأول وتبطل التسمية . وعند محمد — إذ الإقالة فسخ إلا إذا تعذر فتجعل بيعاً — إن كانت الإقالة قبل القبض تعذر إعمالها بيعاً إذ لا يجوز عنده للمشتري بيع المبيع قبل قبضه في المنقول والعقار على السواء فتجعل فسخاً وتبطل التسمية ، وإن كانت الإقالة بعد القبض لم يتعذر إعمالها بيعاً فتجعل بيعاً وتجوز التسميه فيما زاد أو أجل أو في جنس آخر كثر أو قل ، وتجعل فسخاً عند عدم التسمية أو تسمية الثمن الأول أو النقص فيه فتكون على الثمن الأول ، وتبطل تسمية النقصان لأن السكوت عن النقص لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول وهنا يجعل فسخاً لا بيعاً فهنا أولى . وعند زفر — إذ الإقالة فسخ دائماً — تبطل التسمية وتقع الإقالة على الثمن الأول .

٢ — إذا كان المبيع داراً ولها شفيع فقصى له بالشفعة ، ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر ، كانت التسمية باطلة عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ، لأنه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة إليه بالثمن الأول ، فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر يكون إقالة تعتبر فسخاً عندهم جميعاً فتسكون على الثمن الأول وتبطل التسمية وعند أبي يوسف تصح التسمية ، لأن الإقالة عنده بيع ولا يتعذر هنا إعمالها بيعاً .

٣ — لو تقابل المتبايعان البيع في المنقول بعد القبض ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل أن يسترده من يده ، جاز البيع عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ، لأن الإقالة عندهم فسخ ، لا بيع جديد فلا يقال إن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز . وعند أبي يوسف ، إذ الإقالة بيع ، لم يجز البيع الثاني ، لأنه يعتبر بيعاً للمنقول قبل قبضه وهو لا يجوز .

٤ — لو باع البائع بعد التقابل مع المشتري المنقول من غير المشتري ، لم يجز البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الإقالة في حق الغير عند

أبي حنيفة يبيع ، وعند أبي يوسف يبيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً ، فيكون البائع بعد أن اشترى المنقول بالإقالة باعه قبل قبضه وهذا لا يجوز . وعند محمد وزفر الإقالة فسخ ، فلا يكون هذا بيع المنقول قبل قبضه فيصح البيع . وإن كان المبيع عقاراً والمسألة بحالها ، جاز البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر جميعاً . لأن بيع العقار قبل قبضه جائز عند الأولين ، ولأن الإقالة فسخ عند الآخرين .

٥ — إذا اشترى داراً ولها شفيع فسلم الشفعة ، ثم تقابل المتبايعان بالبيع ، أخذ الشفيع بالشفعة عند التقابل عند أبي حنيفة لأن الإقالة يبيع في حق الغير والشفيع غير ، وعند أبي يوسف لأن الإقالة يبيع مطلقاً ولم يتعذر إعمالها بيعاً فجعلت بيعاً . ولا يأخذ الشفيع بالشفعة عند محمد وزفر ، لأن الإقالة عندهما فسخ .

٦ — لو اشترى شيئاً وقبضه قبل نقد الثمن ، ثم باعه من أجنبي ، ثم تقابل مع الأجنبي فعاد المبيع إلى المشتري . ثم إن باعته اشتراه بأقل مما باعه بالثمن الأول قبل النقد ، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الإقالة عند أبي حنيفة يبيع في حق الغير والبائع الأول ههنا غير ، وهي عند أبي يوسف يبيع في حق العاقدين وغيرهما . فسكان المشتري الأول اشتراه تازياً من الأجنبي بموجب الإقالة ، ثم باعه من بائعه بأقل من الثمن الأول قبل النقد وذلك جائز . وأما على أصل محمد وزفر فلا يجوز ، لأن الإقالة عندهما فسخ فكانت إعادة إلى قديم الملك ، ولا يجوز للمشتري الذي لم ينقد الثمن أن يبيع المبيع من البائع بأقل من الثمن الأول .

أنظر في كل ذلك البدائع ٥ ص ٣٠٦ — ص ٣٠٨ — الفتاوى الهندية

### المبحث الثالث

## موازنة بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي

### في الإقالة

الموازنة من حيث انعقاد الافاقه وصورتها :

ويتبين مما تقدم أن الإقالة في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ،  
تتعد بإيجاب وقبول جديدين ، فلا يستقل أحد المتعاقدين بالإقالة .

ويلاحظ أن أحكام الفقه الإسلامي في صحة الإقالة تختلف عن أحكام  
الفقه الغربي من حيث :

١ - عدم صحتها في الفقه الإسلامي إذا لم يكن المبيع بمحل الفسخ  
بسائر أسبابه .

٢ - ضرورة تقابض البدلين في الصرف في الفقه الإسلامي .

٣ - وبخاصة ضرورة قيام المبيع وقت الإقالة في الفقه الإسلامي .

الموازنة من حيث الأثر :

ينحل العقد الاصلى بالإقالة في الفقهين .

ولكن القاعدة في الفقه الغربي أن الإقالة ليس لها أثر رجعي ، ولا يكون  
لها هذا الأثر إلا باتفاق المتقابلين ، ولا يمتد الأثر الرجعي حتى عند الاتفاق  
عليه إلى التسجيل وإلى العقود الزمنية وإلى العلاقة بالغير .

أما الفقه الإسلامي فيجعل الإقالة فسخاً تارة وطوراً يبعاً جديداً . والفرق

بين الفسخ والبيع الجديد هو أن الفسخ رفع لحكم البيع الاصلى بأثر رجعي فيعتبر البيع كأن لم يكن . أما في البيع الجديد فيبقى البيع الاصلى ، ثم يعود المبيع إلى البائع بعقد جديد بحكم الإقالة ، فلا تكون الإقالة إذن أثر رجعي . ولا يقتصر الفرق على هذا الاثر الرجعي وجوداً أو عدماً ، بل هناك أيضاً فروق أخرى . ذلك أن الإقالة إذا اعتبرت بيعاً كان لهذا نتائجه من نواح مختلفة ، كعدم جواز التصرف في المبيع قبل القبض ، وجواز الخلاف في الثمن وفي الإقالة الصادرة من الشفيع ، وفي أخذ الشفيع بالشفعة عند التقايل ، وفي إعادة البيع من المشتري الاول للبائع بعد أن يتقايل مع المشتري الثاني . ومن ذلك نرى أن الإقالة في الفقه الإسلامي إذا اعتبرت فسخاً بأثر رجعي لا يقتصر ذلك على العاقدين بل قد يتعداهما إلى الغير ، وإذا اعتبرت بيعاً دون أثر رجعي لا يقتصر أثر ذلك على الغير بل قد يكون أيضاً في العلاقة فيما بين المتعاقدين .

### التقنين المدني العراقي :

وقد وفق التقنين المدني العراقي بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الفقه الغربي في الإقالة .

فهو قد ساير الفقه الإسلامي في اشتراطه أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة . وسايره أيضاً - في قول أبي حنيفة - في أن الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد .

وفيا عدا ذلك من الاحكام ساير القواعد العامة ، وهي مأخوذة في أغلبها من الفقه الغربي .

وهذه هي نصوص التقنين المدني العراقي في هذه المسألة :

م ١٨١ عراقي : للعاقدين أن يتقابلا العقد برضاهما بعد انعقاده .  
 م ١٨٢ عراقي : ١ - يلزم أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً  
 في يد العاقد وقت الإقالة . ٢ - ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً  
 وموجوداً في يد المشتري ، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في  
 الباقي بقدر حصته من الثمن . أما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الإقالة .  
 م ١٨٣ عراقي : الإقالة في حق العاقدين فسخ ، وفي حق الغير

عقد جديد .

٦	عقد جديد .
٦	١ -
٦	٢ -
٦	٣ -
٦	٤ -
٦	٥ -
٦	٦ -
٦	٧ -
٦	٨ -
٦	٩ -
٦	١٠ -
٦	١١ -
٦	١٢ -
٦	١٣ -
٦	١٤ -
٦	١٥ -
٦	١٦ -
٦	١٧ -
٦	١٨ -
٦	١٩ -
٦	٢٠ -
٦	٢١ -
٦	٢٢ -
٦	٢٣ -
٦	٢٤ -
٦	٢٥ -
٦	٢٦ -
٦	٢٧ -
٦	٢٨ -
٦	٢٩ -
٦	٣٠ -

# فهرس

## الفصل الثانى

### آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع

صفحة	
٣	الفرع الأول - العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه
٣	المبحث الأول - ما يلزم العاقدين بالعقد فى الفقه الغربى
٣	المطلب الأول - تفسير العقد وتحديد نطاقه
٤	§ ١ - تفسير العقد
٥	حالات التفسير الثلاث :
٥	( أ ) عبارة العقد واضحة
٦	( ب ) عبارة العقد غير واضحة
١٠	( ج ) قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين
١٢	§ ٢ - تحديد نطاق العقد
١٢	العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد نطاق العقد :
١٢	طبيعة الالتزام
١٢	القوانين التكميلية والتفسيرية
١٣	العرف والشروط المألوفة
١٣	العدالة
١٤	المطلب الثانى - إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد ( العقد شريعة المتعاقدين )
١٤	§ ١ - تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه
١٨	§ ٢ - نظرية الحوادث الطارئة :
	( أ ) التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة
٢٣	( ب ) نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين المدنى المصرى
	وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى

صفحة	
٢٧	المبحث الثاني — ما يلزم العاقدين بالعقد في الفقه الإسلامي
٢٨	المطلب الأول — تفسير العقد وتحديد نطاقه
٢٩	§ ١ — تفسير العقد :
٢٩	العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة
	لا بالإرادة الباطنة
٣٢	قواعد في الفقه الإسلامي تؤهم أن العبرة بالإرادة الباطنة
٣٣	ولسكن الصحيح هو أن العبرة بالإرادة الظاهرة
٣٦	قواعد كلية أخرى في تفسير العقد في الفقه الإسلامي
٤١	يفسر الشك في مصلحة المدين في الفقه الإسلامي
٤٣	§ ٢ — تحديد نطاق العقد
٤٣	العوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد :
٤٣	العرف والعادة
٤٩	طبيعة الالتزام
٥١	المطلب الثاني — إزام المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد
٥٢	§ ١ — تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه :
٥٢	تقسيم العقود في الفقه الإسلامي :
٥٤	( أ ) نقل الملك
٦٧	( ب ) نقل المنفعة
٨٠	( ج ) ترتيب الدين في الذمة
٨٥	( د ) الإلزام بعمل معين
٩٠	( هـ ) توثيق الديون
٩٥	§ ٢ — فسخ العقد للعدر أو لحوادث طارئة :
٩٦	( أ ) الأعذار في عقد الإيجار
٩٧	المذهب الحنفي في فسخ الإيجار بالعدر
١٠٣	المذاهب الثلاثة الأخرى في فسخ الإيجار بالعدر
١١٠	( ب ) الجوائح في بيع الثمار :
١١٢	حكم الجوائح في المذهب المالكي

صفحة	
١١٥	حكم الجوانح في المذهب الحنبلي
١١٩	الفرع الثاني — المسؤولية العقدية
١١٩	المبحث الأول — المسؤولية العقدية في الفقه الغربي
١٢٠	المطلب الأول — الخطأ العقدي
١٢٠	§ ١ — ماهو الخطأ العقدي
١٢٦	§ ٢ — تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالانفاق
١٣٠	المطلب الثاني — الضرر
١٣٠	§ ١ — الضرر المادى والضرر الأدبى :
١٣٠	الضرر المادى
١٣٢	الضرر الأدبى
١٣٢	§ ٢ — مدى التعويض عن الضرر :
١٣٢	الضرر المباشر المتوقع هو الذى يعوض عنه فى المسؤولية العقدية
١٣٤	تحديد الضرر المباشر والضرر المتوقع
١٣٧	المطلب الثالث — علاقة السببية بين الخطأ والضرر :
١٣٨	§ ١ — القوة القاهرة والحادث الفجائى
١٤١	§ ٢ — خطأ المضرور
١٤٦	§ ٣ — خطأ الغير
١٤٨	المبحث الثانى — المسؤولية العقدية فى الفقه الإسلامى
١٤٨	المطلب الأول — الخطأ العقدي فى الفقه الإسلامى :
١٤٩	§ ١ — الالتزام بتحقيق غاية فى الفقه الإسلامى
١٦٠	§ ٢ — الالتزام ببذل عناية فى الفقه الإسلامى
١٨١	المطلب الثانى — الضرر فى الفقه الإسلامى :
١٨١	فكرة الضرر فى الفقه الإسلامى فكرة ضيقة محدودة
١٨٢	الخراج بالضمان
١٨٢	الأجر والضمان لا يجتمعان
١٨٣	مق يعوض عن الضرر فى الفقه الإسلامى
١٨٤	مق لا يعوض عن الضرر فى الفقه الإسلامى



صفحة	
١٨٨	اتجاه ملحوظ في الفقه الإسلامي نحو التعويض عن المنفعة
	تقوم المنافع ووجوب التعويض عنها في التقنين المدني
١٨٩	العراق
١٩١	المطلب الثالث - علاقة السببية بين الخطأ والضرر في الفقه الإسلامي
١٩١	١٤ - السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي :
١٩١	القوة القاهرة أو الآفة السببية
١٩٣	خطأ المضرور
١٩٤	خطأ الغير
١٩٦	٢٤ - أثر السبب الأجنبي في الضمان :
١٩٦	التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي
١٩٧	السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة لاني يد الضمان

## الباب الثالث

### زوال العقد

٢٠١	تمهيد : الأسباب المختلفة لزوال العقد
٢٠٢	أسباب انحلال العقد في الفقه الغربي
٢٠٤	أسباب انحلال العقد في الفقه الإسلامي

## الفصل الأول

### الفسخ

٢٠٦	الفرع الأول - الفسخ في الفقه الغربي
٢٠٩	المبحث الأول - الفسخ بحكم القضاء
٢٠٩	المطلب الأول - شروط المطالبة بالفسخ
٢١٢	المطلب الثاني - كيف يستعمل حق الفسخ
٢١٥	المطلب الثالث - ما يترتب على الفسخ من أثر

- ٢١٧ المبحث الثاني - الفسخ بحكم الاتفاق
- ٢١٨ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا
- ٢١٨ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه
- ٢١٩ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه
- ٢١٩ دون حاجة إلى حكم
- ٢١٩ الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا حتما من تلقاء نفسه
- ٢١٩ دون حاجة إلى حكم أو إنذار
- ٢٢٠ ما يترتب على الفسخ الاتفاقى من أثر
- ٢٢١ المبحث الثالث - انقضاء العقد بحكم القانون
- ٢٢١ انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه
- ٢٢١ استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي
- ٢٢٢ استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي
- ٢٢٢ مبدأ تحمل التبعة
- ٢٢٣ الأثر الذى يترتب على انقضاء العقد بحكم القانون
- ٢٢٤ المبحث الرابع - الدفع بعدم تنفيذ العقد
- ٢٢٥ المطلب الأول - متى يمكن التمسك بعدم تنفيذ العقد
- ٢٢٨ المطلب الثاني - كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ
- ٢٣٠ المطلب الثالث - ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم التنفيذ
- ٢٣٢ الفرع الثاني - الفسخ فى الفقه الإسلامى
- ٢٣٢ المبحث الأول - متى يجوز فسخ العقد فى الفقه الإسلامى
- ٢٣٣ المطلب الأول - الحالات التى لا يجوز فيها فسخ العقد
- ٢٣٤ § ١ - عقد البيع
- ٢٣٦ § ٢ - عقد الإيجار بأنواعه المختلفة
- ٢٣٩ § ٣ - عقد الرهن
- ٢٤١ § ٣ - عقد الصلح
- ٢٤٢ المطلب الثاني - الحالات التى يجوز فيها فسخ العقد
- ٢٤٣ § ١ - عقد البيع
- ٢٤٥ § ٢ - عقد الإيجار

صفحة	
٢٤٧	المطلب الثالث - استخلاص قواعد الفسخ في الفقه الإسلامي
٢٥٢	المبحث الثاني - متى يجوز الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي
٢٥٣	المطلب الأول - تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي
٢٥٣	١ § - عقد البيع
٢٥٥	٢ § - عقد الإيجار
٢٥٨	٣ § - عقد الوكالة وعقد الزواج
	المطلب الثاني - استخلاص نظرية عامة في الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي
٢٥٩	شروط الدفع بعدم تنفيذ العقد
٢٦٠	الأثر الذي يترتب على الدفع بعدم تنفيذ العقد
٢٦١	الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم تنفيذ العقد
٢٦٢	

## الفصل الثاني

### الإقالة

٢٦٤	الفرع الأول - الإقالة في الفقه الغربي
٢٦٤	المبحث الأول - كيف تتم الإقالة
٢٦٧	المبحث الثاني - الأثر الذي يترتب على الإقالة
٢٦٩	الفرع الثاني - الإقالة في الفقه الإسلامي
٢٦٩	المبحث الأول - كيف تتم الإقالة
٢٧١	المبحث الثاني - الأثر الذي يترتب على الإقالة
٢٧٥	المبحث الثالث - موازنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في الإقالة

٢٥٦	٢٥٦	٢٥٦
٢٥٧	٢٥٧	٢٥٧
٢٥٨	٢٥٨	٢٥٨
٢٥٩	٢٥٩	٢٥٩
٢٦٠	٢٦٠	٢٦٠
٢٦١	٢٦١	٢٦١
٢٦٢	٢٦٢	٢٦٢
٢٦٣	٢٦٣	٢٦٣
٢٦٤	٢٦٤	٢٦٤
٢٦٥	٢٦٥	٢٦٥
٢٦٦	٢٦٦	٢٦٦
٢٦٧	٢٦٧	٢٦٧
٢٦٨	٢٦٨	٢٦٨
٢٦٩	٢٦٩	٢٦٩
٢٧٠	٢٧٠	٢٧٠
٢٧١	٢٧١	٢٧١
٢٧٢	٢٧٢	٢٧٢
٢٧٣	٢٧٣	٢٧٣
٢٧٤	٢٧٤	٢٧٤
٢٧٥	٢٧٥	٢٧٥
٢٧٦	٢٧٦	٢٧٦
٢٧٧	٢٧٧	٢٧٧
٢٧٨	٢٧٨	٢٧٨
٢٧٩	٢٧٩	٢٧٩
٢٨٠	٢٨٠	٢٨٠
٢٨١	٢٨١	٢٨١
٢٨٢	٢٨٢	٢٨٢
٢٨٣	٢٨٣	٢٨٣
٢٨٤	٢٨٤	٢٨٤
٢٨٥	٢٨٥	٢٨٥
٢٨٦	٢٨٦	٢٨٦
٢٨٧	٢٨٧	٢٨٧
٢٨٨	٢٨٨	٢٨٨
٢٨٩	٢٨٩	٢٨٩
٢٩٠	٢٩٠	٢٩٠
٢٩١	٢٩١	٢٩١
٢٩٢	٢٩٢	٢٩٢
٢٩٣	٢٩٣	٢٩٣
٢٩٤	٢٩٤	٢٩٤
٢٩٥	٢٩٥	٢٩٥
٢٩٦	٢٩٦	٢٩٦
٢٩٧	٢٩٧	٢٩٧
٢٩٨	٢٩٨	٢٩٨
٢٩٩	٢٩٩	٢٩٩
٣٠٠	٣٠٠	٣٠٠

### بدا فصل الثالث

الأول الذي يربط بين أشباح القوم على قناتون

٣٠١	٣٠١	٣٠١
٣٠٢	٣٠٢	٣٠٢
٣٠٣	٣٠٣	٣٠٣
٣٠٤	٣٠٤	٣٠٤
٣٠٥	٣٠٥	٣٠٥
٣٠٦	٣٠٦	٣٠٦
٣٠٧	٣٠٧	٣٠٧
٣٠٨	٣٠٨	٣٠٨
٣٠٩	٣٠٩	٣٠٩
٣١٠	٣١٠	٣١٠
٣١١	٣١١	٣١١
٣١٢	٣١٢	٣١٢
٣١٣	٣١٣	٣١٣
٣١٤	٣١٤	٣١٤
٣١٥	٣١٥	٣١٥
٣١٦	٣١٦	٣١٦
٣١٧	٣١٧	٣١٧
٣١٨	٣١٨	٣١٨
٣١٩	٣١٩	٣١٩
٣٢٠	٣٢٠	٣٢٠
٣٢١	٣٢١	٣٢١
٣٢٢	٣٢٢	٣٢٢
٣٢٣	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٤	٣٢٤	٣٢٤
٣٢٥	٣٢٥	٣٢٥
٣٢٦	٣٢٦	٣٢٦
٣٢٧	٣٢٧	٣٢٧
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٨
٣٢٩	٣٢٩	٣٢٩
٣٣٠	٣٣٠	٣٣٠
٣٣١	٣٣١	٣٣١
٣٣٢	٣٣٢	٣٣٢
٣٣٣	٣٣٣	٣٣٣
٣٣٤	٣٣٤	٣٣٤
٣٣٥	٣٣٥	٣٣٥
٣٣٦	٣٣٦	٣٣٦
٣٣٧	٣٣٧	٣٣٧
٣٣٨	٣٣٨	٣٣٨
٣٣٩	٣٣٩	٣٣٩
٣٤٠	٣٤٠	٣٤٠
٣٤١	٣٤١	٣٤١
٣٤٢	٣٤٢	٣٤٢
٣٤٣	٣٤٣	٣٤٣
٣٤٤	٣٤٤	٣٤٤
٣٤٥	٣٤٥	٣٤٥
٣٤٦	٣٤٦	٣٤٦
٣٤٧	٣٤٧	٣٤٧
٣٤٨	٣٤٨	٣٤٨
٣٤٩	٣٤٩	٣٤٩
٣٥٠	٣٥٠	٣٥٠







