

القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي

الدكتور غني حسون طه
استاذ القانون المرفق المساعد
في كلية الحقوق والعلوم الشرعية - جامعة الكويت .

منذ سنتين ونيف ، وعلى وجه التحديد في ٢٥ مارس (آذار) ١٩٧٦ ، نشرت لنا جريدة « الانباء » الكويتية مقالا بعنوان « في سبيل قانون مدني كويتي موحد » . ولم نشأ بطبيعة الحال لتلك المقالة ان تكون بحثا قانونيا ، وانما اردنا لها ان تتخذ مظهر الدعوة نوجهها الى من يهمهم الامر ، ورجونا لها ان تلقى ما تستحقه من عناية .

وقد حاولنا في تلك « السطور » عرض الصعوبات والمشاكل التي يسببها تفرق قواعد القانون المدني الكويتي بين تشريعات متعددة ، وخلصنا الى القول « بالا مناص من ان نتناول يد الاصلاح قواعد القانون المدني بوصفه دستور المعاملات الخاصة ومناطق القواعد العامة التي تطبق في شأنها . ولا يتسنى ذلك الا بجمع شتات قواعد هذا القانون بين دفتي تقنين موحد منسجم الاحكام يساير ما جد في نطاق المعاملات من اوضاع لا يتيسر للقواعد القانونية القائمة احتواءها . وسيجد المشرع في كنوز الفقه الاسلامي معنا لا ينضب ومصدرا يفيض بروائع الافكار والنظم ، الى جانب ما يتيح القانون المعاصر

والفقه الحديث من نظريات وقواعد مع مراعاة التنسيق واشاعة الالفه والانسجام بين ما يستمد من هذه المصادر ومن قواعد واحكام ليتسع التقنين المنشود لمواجهة ما خلقته الحضارة الحديثة من اوضاع » .

والحق اننا كنا نحاول منذ زمن الاسهام في الكشف عن بعض تلك الافكار والنظم الاسلامية وموازنتها بما يقابلها او يقترب منها في الفقه الغربي وبما اخذت به بعض التقنيات المدنية العربية الحديثة نقلا عنه ، ونضع بين يدي المهتمين بالشؤون القانونية حصيلة هذه المحاولات لتكوين رؤية واضحة عن تلك النظم والافكار .

وموضوع هذا البحث هو حصيلة احدى تلك المحاولات التي سنقتصر فيها على رسم المعالم الرئيسية لنظرية الفقه الاسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي . وحيث ان جل اهتمامنا يتركز على دراسة « القانون المدني الكويتي » فاننا سوف لا نتناول هاتين النظريتين الا بالقدر الذي يقتضيه الهدف من هذا البحث المقارن الا وهو تقدير النظريتين واختيار الانسب منهما للبيئة القانونية الكويتية .

وعلى هذا فاننا سنتناول اولا النظرية الاسلامية في توقف العقود ، ثم نعرض للنظرية الغربية في البطلان النسبي ليقسنى لنا بعد ذلك اجراء المفاضلة بينهما وبيان حظ القانون الكويتي الحالي منهما وسنخصص لكل من هذه المسائل مبحثا خاصا تاركين لذوي الشأن تقرير ما ينبغي ان يكون على ضوء تقدير ما هو كائن .

وبعد ، فان كنا قد وفقنا في هذه المحاولة فما ذلك الا بفضل من عند الله ، والافان خير ما نستجير به قوله تعالى « ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطانا » .

المبحث الاول

نظرية الفقه الاسلامي في توقف العقود

تمهيد وتقسيم

١ — تقتضي دراسة نظرية الفقه الاسلامي في توقف العقود تحديد معنى العقد الموقوف وبيان الاحوال التي يكون فيها العقد في الفقه الاسلامي موقوفا . على انه يجمل بنا ان نعرض ، قبل ذلك ، لاقسام العقود التي يعرفها الفقهاء

المسلمون عامة والفقهاء الحنفي خاصة بغية تحديد موضع العقد الموقوف بين أنواع العقود الأخرى . وحيث أن كلمة الفقهاء المسلمين لم تتفق على الأخذ بفكرة العقد الموقوف ، كان علينا أن نستعرض موقف الفقهاء المسلمين من هذا العقد . ومن جهة أخرى ، فإنه يهمننا معرفة موقف القوانين المدنية العربية الحديثة من العقد الموقوف مع التأكيد على موقف القانون المدني العراقي الذي تفرد بين هذه القوانين بالأخذ بالنظرية الإسلامية في توقف العقود . وحيث أمكننا من دراسة الأسباب التي تؤدي الى توقف العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي أن نستخلص معيارا يمكن الركون اليه في تقرير ما اذا كنا ازاء عقد موقوف أو ازاء عقد نافذ ، ونعني به « سلطة التصرف » ، فقد رأينا أن من المفيد عرض هذا المعيار بعد الانتهاء من بحث ما تقدم . وسنفرد لبحث هذه المسائل المطلب الأول من هذا البحث . أما في المطلب الثاني فأتينا سنتناول حكم العقد الموقوف في أهم حالاته بحسب توفر « السلطة » أو عدم توفرها أو الحد منها .

المطلب الأول

تحديد فكرة العقد الموقوف وموقف الفقهاء المسلمين والقوانين المدنية العربية الحديثة ازاءها

١ — اقسام العقود في الفقه الإسلامي

٢ — العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية إما صحيح أو غير صحيح . ويكون العقد صحيحا إذا صدر من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه ، أو ، بحسب عبارة المادة (١٠٨) من مجلة الأحكام العدلية ، هو العقد « المنعقد والمشروع ذاتا ووصفا » . ويجب لكي ينعقد العقد أن تتوفر له عناصره الجوهرية التي يسميها الفقهاء بشرائط الاعتقاد . وهذه العناصر سبعة هي : (١) مطابقة القبول للإيجاب (٢) اتحاد مجلس العقد (٣) تعدد العاقدین (٤) التمييز (٥) محل قابل للتعامل فيه بأن يكون مالا متقوما (٦) محل مقدور التسليم (٧) محل معين أو قابل للتعين . فإذا تخلف أحد هذه العناصر كان العقد باطلا أو غير صحيح ، أو كما تقول المجلة ، لا يصح ولا يكون مشروعا أصلا (م ١٠٧ و ١١٠ مجلة) . والعقد الباطل أو غير المنعقد عقد لا وجود له ، فلا يترتب عليه حكمه الشرعي .

٣ — على أن فقهاء الحنفية ، ومن ورائهم مجلة الاحكام العدلية ، يعرفون نوعا خاصا من العقود يتوسط بين مرحلتي الصحة والبطلان ، الا وهو العقد الفاسد . وينفرد فقهاء الحنفية بفكرة العقد الفاسد ، اما فقهاء المذاهب الاسلامية الاخرى فلا يميزون بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، فالباطل والفاسد عندهم سواء (١) .

اما ما دعا فقهاء الحنفية الى الاخذ بفكرة فساد العقد فهو أن أسباب عدم صحة العقد ليست على درجة واحدة من الخطورة ، ولهذا فقد نوعوا الجزاء الذي يترتب على تحقق سبب من أسباب عدم الصحة . فان تعلق الامر بناحية اساسية كان العقد باطلا ، اما اذا تعلق الامر بناحية ثانوية اعتبر العقد فاسدا (٢) . والاسباب التي تؤدي الى بطلان العقد تتحدد بتخلف أحد العناصر السبعة آتفة الذكر . اما اذا توفرت هذه العناصر ، وهي لازمة لانعقاده ، فانها لا تكفي لصحته . اذ يجب حتى يكون العقد منعقدا وصحيحا أن تتوفر له اوصاف معينة . فان تخلف وصف من هذه الاوصاف كان العقد منعقدا

ولكنه فاسد . وبهذا يتميز العقد الباطل ، وهو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ، عن العقد الفاسد ، وهو المشروع بأصله ولكنه باطل باعتبار بعض اوصافه الخارجية (م ١٠٩ مجلة) . واهم أسباب الفساد في العقود : الجهالة في المعقود عليه ، والاكره ، والغرر (٣) ، والشرط الفاسد ، والضرر

١ — راجع : جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، دار احياء الكتب العربية (بدون تاريخ) ، ص ٣١٢ حيث ورد فيه : « الباطل والفاسد عندنا مترادفان الا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض .. » . وراجع في الفقه الجعفري : محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج ١ ، التجف الاشرف ، ١٣٥٩ هـ ، ص ١٢٣ — ١٢٤ حيث يقول : « وعندنا أن الفاسد والباطل سواء اذ المدار على النتائج وعدمه وهما سواء في عدم النتائج وان اختلف السبب » . والى هذا ذهب ايضا الحنابلة والظاهرية (راجع : صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ٢ ، بيروت ، ١٩٤٨ ، ص ١٢ — ١٤) .

٢ — انظر : عبد المجيد الحكيم ، نظرية العقد ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ف ٧٥٩ .

٣ — الغرر في الاصطلاح الفقهي يعني قيام العقد على امر غير مؤكد يغرر المعاهد ويورطه في نتيجة وهمية كما لو باعه بقرة على انها تحلب قدرا معيناً أو اذا باعه شاة على أن الجنين الذي تحمله ذكر ، فالبيع في مثل هذه الاحوال فاسد للغرر لاحتمال أن لا تحلب البقرة ذلك المقدار أو ان تضع الشاة أنثى .

الذي يصحب التسليم ، والربا (٤) .

وخلافا للعقد الباطل الذي لا يترتب عليه أي أثر شرعي ولا ينقلب الى عقد صحيح ، فان العقد الفاسد باعتباره مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه عقد منعقد ولكنه يكون مستحقاً للفسخ . ومن مقتضى كونه منعقداً أن تترتب عليه بعض الآثار إذا نفذ ، فبعض العقود الفاسدة تنقلب صحيحة بالقبض كما في البيع والقرض . فالبيع الفاسد ، مثلاً ، يفيد الملك إذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ولو دلالة (٥) .

يبين مما أسلفنا أن العقد في الفقه الإسلامي ينقسم بادئ ذي بدء الى عقد صحيح وعقد غير صحيح ، وأن العقد غير الصحيح في مرتبة واحدة يقال له العقد الباطل ، ما عدا الفقه الحنفي الذي يرتب العقود غير الصحيحة على مرتبتين : البطلان والفساد .

٤— وينقسم العقد الصحيح بدوره الى قسمين : نافذ وموقوف . فالعقد النافذ هو العقد الذي لا يتعلق به حق الغير ويفيد الحكم في الحال (م ١١٣ و ٣٧٤ مجلة) . أما العقد غير النافذ أو الموقوف فهو بحسب المجلة العقد الذي يتعلق به حق الغير ولا يفيد الحكم الا عند اجازة صاحب الحق (م ١١١ و ٣٧٧ مجلة) .

والعقد الصحيح النافذ يترتب عليه أثره في الحال ولا يكون لأي من العاقدين الرجوع فيه بإرادته المنفردة . ولكن قد تدخل على هذه العقود بعض الخيارات ، فيكون أحد العاقدين مخيراً بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه (م ١١٤ و ١١٥ مجلة) . والخيارات في الفقه الإسلامي كثيرة متنوعة كخيار

٤ — راجع في تفصيل ذلك : علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج ١ ، بيروت (بدون تاريخ) ، ص ٩٢ ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، بيروت ، ١٩٢٢ ، ص ٦٦ ، الإيباني والسنجقي ، شرح مرشد الحيران ، ج ١ ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص ١٧٢ — ١٧٣ ، السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ٤ ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص ١٦٧ وما بعدها ، عباس أنصاف ، شرح عقد المبيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١ ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ف ٤٧٢ وما بعدها .

٥ — انظر المادتين ٣٧١ و ٣٧٢ من المجلة والمادة ٢١٨ من مرشد الحيران وراجع في ذلك : سليم رستم باز ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ — ٢٠٨ ، الإيباني والسنجقي ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ وما بعدها ، محبصاني ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

العيب وخيار الرؤية وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار المجلس وخيار الغبن وخيار التدليس (٦) . كما أن هناك عقودا تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون أن يتوقف ذلك على رضا العاقد الآخر كالرهن والوكالة والعارية والوديعة . فالعقد في أحوال كهذه يكون عقدا صحيحا نافذا ولكنه غير لازم . أما إذا كان العقد الصحيح النافذ عاريا عن الخيارات فهو عقد صحيح ونافذ ولازم .

٥ — يخلص مما تقدم أن العقد في الفقه الاسلامي ينقسم الى : عقد صحيح وعقد غير صحيح ، والعقد غير الصحيح في الفقه الحنفي باطل أو فاسد ، والعقد الصحيح ينقسم بدوره الى نافذ وموقوف ، والعقد النافذ إما لازم أو غير لازم .

وسيكون العقد الموقوف مدار بحثنا . ففكرة توقف العقد هي التي تهمننا باعتبارها تقابل فكرة البطلان النسبي (أو القابلية للإبطال) التي كرستها معظم القوانين المدنية الحديثة نقلا عن الفقه الغربي .

٢ — معنى العقد الموقوف وحالاته في الفقه الاسلامي

معنى العقد الموقوف

٦ — عرضت المجلة لمعنى العقد الموقوف في كتابها الاول المخصص للبيوع . فنصت في المادة (١١١) بصدد تعريف البيع الموقوف على أنه : « بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي » وعرفت في المادة (١١٣) البيع النافذ ، وهو الصورة المعكوسة للبيع الموقوف ، بقولها : « البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم الى لازم وغير لازم » . وقضت المادة (١٨٢) من مرشد الحيران بأنه : « يشترط لنفاذ عقود المعاوضات الواردة على الاعيان المالية أو على منافعها أن يكون المتصرف في العين الوارد عليها العقد مالكا أو وكلا

٦ — وقد لكر صاحب اللمعة ، وهو من فقهاء الجعفرية ، أربعة عشر خيارا هي : خيار المجلس وخيار الحيوان ، وخيار الشرط ، وخيار التأخير ، وخيار ما يفسد ليومه ، وخيار الرؤية ، وخيار الغبن ، وخيار العيب ، وخيار التدليس ، وخيار الإشتراط ، وخيار الشركة ، وخيار تعذر التسليم ، وخيار تبويض الصفقة ، وخيار التغليس (راجع : زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٣ ، النجف الاشرف ، ١٩٦٧ ، ص ٢٧) وما بعدها .

عن مالکها ان کان عاقلا بالغاً أو ولياً أو وصياً عليه ان کان صغيراً أو كبيراً
مجنوناً أو معتوها وأن لا يتعلق بالعين حق لغير المتصرف فيها .

ولهذا فقد وصف العقد الموقوف بأنه العقد الصادر من شخص لا يملك
ولاية انشاءه والعقد الذي يمس حقاً من حقوق الغير (٧) . ووصفه آخرون
بأنه العقد الذي يتوقف تأثيره على اجازة غير العاقد اما لكونه مالكا أو لتعلق
حق له في أحد العوضين (٨) .

وذهب البعض (٩) ، في صدد تحليل العقد الموقوف ، الى أن سبب عدم
نفاذ العقد يرجع الى تعلق حق الغير من أوجه ثلاثة : فاما أن يكون متعلقاً بعين
المحل المعقود عليه كما في بيع ملك الغير ، واما أن يكون متعلقاً بمالية المحل
المعقود عليه دون عينه كما في تصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق
الدائنين ، واما أن يكون متعلقاً بصلاحية التصرف نفسه كتصرف ناقص الاهلية
المحجور عليه بسبب الصغر أو السفه أو بسبب الدين المستغرق .

وكان المرحوم الاستاذ السنهوري يذهب الى أنه حتى ينعقد العقد صحيحاً
ونافذاً يجب أن يكون للعاقد (١) الولاية على محل العقد (٢) الولاية على نوع
التصرف . والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا
المحل أو النيابة عن المالك ، والا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهوناً أو
مستأجراً . أما الولاية على التصرف فتكون باستكمال العاقد القدر الواجب من
التمييز لنوع التصرف الذي يباشره . ومن التصرفات ما يكفي فيه التمييز ،
ومنها ما لا يكفي التمييز فيه بل يجب بلوغ سن الرشد . فالولاية على التصرف
هي الاهلية للتصرف . فاذا نقص العقد أحد هذين العنصرين فان العقد ينعقد
صحيحاً ولكنه لا ينفذ ، بل يكون موقوفاً (١٠) .

٧ - انظر : الابياني والسنجقلي ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، حسن علي النون ، اصول
الالتزام ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ف ١٥٠ ، عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ف ٧٧٥ .

٨ - كاشف الغطاء ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

٩ - مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، دمشق ، ١٩٦٤ ، ص ٤٥٩ .

١٠ - السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ - ١٢٨ .

حالات توقف العقد في الفقه الاسلامي

٧ — وللعقد الموقوف في الفقه الاسلامي حالات كثيرة أوصلها فقهاء الحنفية الى ثماني وثلاثين حالة (١١) من أهمها : تصرفات ناقص الاهلية كالصغير المميز والمحجور عليه لسفه أو عته أو غفلة ، وتصرفات العبد ، وتصرفات المكره على رأي بعض فقهاء المذهب الحنفي ، وتصرفات الفضولي ، والبائع الذي يبيع مرة أخرى من غير مشترته ، وتصرفات النائب الذي يجاوز حدود نيابته ، وتصرف المريض مرض الموت أو المدين بدين مستغرق ، وتصرفات مالك العين المرهونة أو المؤجرة أو المعطاة مزارعة اذا كان البذر من قبل العامل ، والورثة اذا باعوا التركة المستغرقة ، والمولى اذا باع عبده المأذون .

هذا ولا بد من ملاحظة أن تصرفات الفضولي لا تقتصر على تصرف من التصرفات أو على طائفة معينة من العقود ، وانما هي من السعة بحيث تشمل ، لدى المذاهب الاسلامية التي تأخذ بفكرة توقف أعمال الفضولي على اجازة صاحب الحق ، جميع التصرفات الشرعية سواء في ذلك التصرفات المالية كالبيع والاجارة والهبة والقسمة والصلح والقرض ، أو العقود والاستقاطات المتعلقة بالاحوال الشخصية وسائر التصرفات القولية كالزواج والطلاق والعتاق والوقف (١٢) ، بل وتتعدى ذلك لدى بعض فقهاء الحنفية والمالكية (١٣) الى

١١ — راجع : الزرقا ، المرجع السابق ، ص ٤٥٤ ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

١٢ — راجع : عالمكير ، الفتاوى الهندية ، ج ٢ ، القاهرة ، ١٣٢٣ هـ ، ص ٣٦٦ ، عبد الرحمن افندي داماد ، مجمع الانهر في شرح ملقى الابحر ، ج ١ ، دار الطباعة العامرة ، ١٣٢٧ هـ ، ص ٣٤٣ — ٣٤٤ ، شمس الدين السرخسي ، المبسوط شرح الكافي ، ج ٦ ، القاهرة ، ١٣٣١ هـ ، ص ١٧٣ ، كمال الدين ابن الهمام ، فتح القدير شرح الهداية ، ج ٥ ، القاهرة ، ١٣١٨ هـ ، ص ٢١١ ، السيوطي ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ — ٢١١ .

١٣ — وهذا ما ذهب اليه محمد صاحب أبي حنيفة وبعض فقهاء المالكية . فقد ذهب هؤلاء الفقهاء الى صحة اجازة تصرف الفضولي الفعلية . فاذا قبض الفضولي دين غيره بدون اننه كان القبض متوقفا على اجازة الدائن . واذا غصب أحد ملك غيره وباعه لآخر ثم اجاز المالك تصرفه صح البيع . واذا اتلف أحد مال انسان ثم رضي المالك بذلك فقد برأت ذمة المتلف (راجع : ابن عابدين ، الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ، دمشق ، ١٩٦٦ ، ص ٥٥٩ ، ابن قاضي سمانه ، جامع الفصولين ، ج ١ ، القاهرة ، ١٣٢٠ هـ ، ص ٣٢٤ ، الامام مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، ج ١٤ ، القاهرة ، ١٣٢٣ هـ ، ص ٥٤) . اما عند الامام أبي حنيفة فان الاجازة لا تلحق سوى التصرفات القولية دون الانعزال (راجع : محمضاني ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٧٠) .

التصرفات الفعلية كالقبض والغصب والاتلاف ، وكل ذلك تطبيق للقاعدة العامة القاضية بتوقف نفاذ تصرفات الفضولي على اجازة صاحب الحق .

٣ — موقف الفقهاء المسلمين والقوانين المدنية العربية الحديثة من العقد الموقوف

موقف الفقهاء المسلمين من العقد الموقوف

٨ — لم يجمع الفقهاء المسلمون على الاخذ بفكرة العقد الموقوف ، فمنهم من أخذ بها ومنهم من أنكرها ولم يقر بصحتها . فقد ذهب فريق منهم ، كالشافعي في مذهبه الجديد وابن حنبل في احدى الروايتين عنه وداود الظاهري وابي ثور من أئمة المذاهب البائدة ، الى بطلان العقود الموقوفة لانها ، في البداية ، صدرت بدون ولاية أو اذن من الغير الذي تعلق حقه بها ، بمعنى انها كانت في الاصل محرمة وباطلة ، فلا يكون لاحد أن يجيز محرما وباطلا ، ويستثنى من ذلك الوصية وهبة المريض وما أشبهه (١٤) وحجة هؤلاء الفقهاء فيما يذهبون اليه الحديث الشريف المروي عن حكيم بن حزام أنه سأل النبي (ص) : « يا رسول الله يأتيني الرجل ف يريد مني البيع ليس عندي ، فأبذله له من السوق » ، فأجابه : « لا تبع ما ليس عندك » . وقد استدلوا بذلك على بطلان بيع الفضولي ، أي بيع ما لا يملكه البائع . ولكن يلاحظ على استدلال هؤلاء الفقهاء بالحديث أنه استدلال قاطع ، اذ ليس فيه ما يدل على عدم جواز تصحيح عمل الفضولي باذن لاحق من صاحب الحق . بالاضافة الى ما في اعتبار بطلان عقد الفضولي ، وبقائه كذلك وان رضي به صاحب الحق ، من حرج ومشقة وقضاء على ما يقتضيه التعامل اليومي من تيسير وسرعة (١٥) .

٩ — على أن فكرة العقد الموقوف مقبولة لدى أغلب الفقهاء . فقد أخذ بها الحنفية ، على الراي الراجح في المذهب ، والمالكية والجعفرية ، كما أخذ بها أحمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه والشافعي في مذهبه القديم .

١٤ — راجع : السيوطي ، المرجع السابق ، ص ٣١٠ وما بعدها ، ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ١٧٢ ، محمساني ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

١٥ — محمساني ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

ويستند القائلون بصحة العقود الموقوفة الى السنة والقياس . ففي السنة عدة أمثلة على اجازة عمل الفضولي ، وهو من أهم صور العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، نكتفي بواحد منها . فقد روي أن الرسول (ص) عهد الى عروة البارقي بشراء شاة بدينار ، فاشتري عروة الشاة ثم باعها بدينارين ، ثم اشترى شاة أخرى ، وعاد بالشاة وبالدينار ، فأقره الرسول (ص) على تصرفه وقال له : « بارك الله في صفقة يمينك » . فوجه الاستدلال ان عروة باع الشاة الثانية بدون اذن من النبي (ص) ، اي كان بيعه فضوليا ، ثم اجازه النبي ، ولو كان تصرف عروة باطلا لما اقره الرسول عليه (١٦) .

اما القياس فهو على الوصية . فالوصية بما زاد على ثلث مال الموصي ليست باطلة ، بل موقوفة على اجازة الورثة ، ان اجازوها صحت والا بطلت . وعمل الفضولي شبيه بذلك . فقياسه على الوصية صحيح ، لما في ذلك من الحاجة والمصلحة لكل من الموصي والموصى له ، ولعدم وجود المانع الشرعي (١٧) .

وبالاضافة الى ما تقدم فانه ليس هناك ما يمنع عقلا من القول بأن صاحب المال أن يجيز تصرف الفضولي الذي اجراه بدون اذن سابق منه باذن لاحق بعد علمه بهذا التصرف .

ومهما يكن من امر فان غالبية المذاهب الاسلامية تقر بصحة العقود الموقوفة ، ليس فقط في نطاق العقود المالية ، بل ايضا في مجال الاحوال الشخصية وسائر التصرفات القولية .

١٠ — وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية بنظرية توقف العقود في نصوص متعددة نذكر من ذلك على سبيل المثال المواد ١١١ و ١١٣ و ٣٦٨ و ٣٧٧ و ٣٧٨ التي وردت في كتاب البيوع ، والمادة ٤٤٧ الخاصة بانعقاد الاجارة ، والمادة ٧٩٣ بشأن الوديعة ، والمادة ٨٥٧ في شأن الهبة ، والمادة ١٠٨٦ بشأن شركة الملك (الملكية الشائعة) ، والمادة ١١٢٦ في قسمة الفضولي ، والمادة ١٤٥٣ في الوكالة ، والمادة ١٥٤٤ في عقد الصلح .

١٦ — نفس المرجع ، ص ٦٦ و ٣٥ في نفس الصفحة .

١٧ — ابن المهام ، المرجع السابق ، ص ٣١٠ ، محمضاني ، المرجع السابق ، ص ٦٦ .

العقد الموقوف في القوانين المدنية العربية الحديثة

١١ — لقد استمد المشرع المصري نظرية البطلان من الفقه الغربي ووضع لها أحكاما شاملة تناولها في المواد (١٣٨ — ١٤٤) من القانون المدني . وقد شايعته في ذلك معظم التقنينات المدنية العربية (١٨) . وعلى هذا فان هذه التشريعات قد كرسست نظرية البطلان النسبي (او القابلية للإبطال) .

أما المشرع العراقي فقد تأثر بالفقه الاسلامي في تنظيمه لاحكام البطلان . فقد تناولت المواد (١٣٣ — ١٤١) من القانون المدني العراقي الكلام في العقود الصحيحة والعقود الباطلة . فعرفت المادة (١٣٣ ف ١) العقد الصحيح بقولها: « العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل » (١٩) . وتضيف الفقرة الثانية من المادة ذاتها الى ذلك قولها : « واذا لم يكن العقد الصحيح موقوفا أفاد الحكم في الحال » . ثم نظمت المواد (١٣٤ — ١٣٧) أحكام العقد الموقوف . وعرفت المادة (١٣٧ ف ١) العقد الباطل بقولها : « العقد الباطل هو ما لا يصح أصلا باعتبار ذاته أو وصفا باعتبار بعض أوصافه الخارجة » . وتضيف الفقرة الثالثة من هذه المادة الى ذلك قولها : « ويكون باطلا أيضا اذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون الموقوف عليه مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون » (٢٠) . ثم تولت المواد (١٣٨) وما بعدها بيان أحكام العقود الباطلة .

يتضح مما تقدم أن القانون المدني العراقي قد استمد نظرية العقد الموقوف من الفقه الاسلامي وأحلها محل نظرية البطلان النسبي (او القابلية للإبطال) المعروفة في الفقه الغربي والتشريعات الحديثة ومنها القوانين المدنية العربية الحديثة . مع ملاحظة أن القانون العراقي قد توسع في الاحوال التي يكون فيها العقد موقوفا بأن الحق بها بعض الصور التي كان العقد يعتبر فيها فاسدا

١٨ — انظر مثلا: المواد ١١٦ و ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٦ و ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣٩ وما بعدها من القانون المدني السوري .

١٩ — تقابل المادة ١٠٨ من المجلة .

٢٠ — يتبين من قراءة هذا النص انه قد اعتبر العقد باطلا ليس فقط في حالة ما لا يصح أصلا كما هو في المجلة (م ١١٠) ، بل كذلك باعتبار بعض أوصافه الخارجة وهذا ما يعتبر في المجلة عقدا فاسدا وليس باطلا (م ١٠٩ مجلة) .

حسب الفقه الحنفي ومجلة الاحكام العدلية . ذلك أن المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة العقد الفاسد . فكان لا بد له أن يلحق بعض صور هذا العقد بالعقد الباطل (م ١٣٧ مدني عراقي) ، وأن يلحق صوراً أخرى بالعقود الصحيحة الموقوفة (٢١) .

فيعتبر العقد موقوفاً في القانون المدني العراقي في الاحوال الآتية :

١ — اذا صدر من ناقص الاهلية كالصغير المميز والسفيه وذو الغفلة وكان العقد من عقود المعاوضات . ذلك أن تصرفات ناقص الاهلية اذا كانت دائرة بين النفع والضرر ، وهي المعاوضات بصورة عامة ، لا تعتبر باطلة بل تنعقد صحيحة ولكنها تكون موقوفة على اجازة وليه (م ٩٧ مدني عراقي) .
أما اذا كان التصرف تبرعاً فيعتبر باطلاً ، وان كان من التصرفات النافعة نفعا محضاً فيعتبر صحيحاً وناظراً ولو بدون اذن الولي .

٢ — اذا كانت ارادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الارادة التي تجعل العقد موقوفاً وهي الاكراه والغلط والتغيير مع الغبن (٢٢) (المواد ١١٥ و ١١٧ و ١١٨ و ١٢١ مدني عراقي) . أما الاستغلال فإنه لا يمنع نفاذ العقد وانما يجيز للمتعاقد المغبون أن يطالب خلال سنة من تاريخ العقد برفع الغبن عنه الى الحد المعقول اذا كان العقد معاوضة ، أو أن يطالب بنقض العقد اذا كان تبرعاً خلال المدة نفسها (م ١٢٥ مدني عراقي) .

٣ — اذا تصرف أحد في ملك غيره بدون اذنه فان العقد ينعقد موقوفاً على اجازة المالك ، وهذه هي حالة الفضولي (م ١٣٥ ف ١ مدني عراقي) .

٤ — اذا أبرم الوكيل عقداً متجاوزاً حدود وكالته ، أو اذا عمل دون توكيل أصلاً فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على اجازته (م ٩٤٤ ف ١ مدني عراقي) .

٢١ — راجع كتابنا الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٧١ ، ف ٦٣٠ و ٤١٥ ص ٣٠٢ .

٢٢ — نشير هنا الى أن القانون المدني العراقي ، متأثراً بالنهج الذي سار عليه فقهاء الحنفية والشافعية ، قد آثر بين التغيير والغبن . فهو لم يعتبر الغبن ، كقاعدة عامة ، عيباً مستقلاً من عيوب الارادة ، كما انه يعتبر التغيير (التدليس) عيباً مستقلاً ، بل اشترط اقترانهما (م ١٢٤ ف ١) . وهذا بخلاف ما فعلته التشريعات الحديثة وما يذهب اليه أئمة المذاهب الإسلامية الأخرى (راجع كتابنا مصادر الالتزام ، ف ٣٩٦ و ٤٢٥) .

هذه هي الاحوال التي اعتبر القانون المدني العراقي العقد فيها موقوفا ، وهي في معظمها ، كما سنرى ، تقابل حالات البطلان النسبي (او القابلية للابطال) في الفقه الغربي والقوانين العربية التي اخذت بنظرية البطلان عن هذا الفقه .

طبيعة العقد الموقوف

١٢ — يبين مما اسلفنا ان العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي عقد صحيح ولكنه لا تترتب عليه اثاره قبل الاجازة ، فهو ليس تصرفا باطلا ، ولا فاسدا ، ولا قابلا للفسخ .

فهو ليس تصرفا باطلا لان البطلان يؤثر في وجود التصرف نفسه . فالتصرف الباطل ليس له وجود شرعي ، فهو والعدم سواء (٢٣) ، ولا يترتب عليه كقاعدة عامة اي اثر (٢٤) . اما التصرف الموقوف فله في فترة توقفه وجود شرعي ومادي .

والتصرف الموقوف ليس تصرفا فاسدا . فالتصرف الفاسد ، كما قدمنا ، هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه . والتصرف الفاسد قد تترتب عليه بعض الاثار اذا نفذ ، وذلك بخلاف العقد الباطل او الموقوف .

٢٣ — انظر : الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص ٣٠٥ حيث يقول : « ولا حكم لهذا البيع اصلا ، لان الحكم للموجود ، ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة . لان التصرف الشرعي لا وجود له بدون الاهلية والمحلية شرعا .. » .

٢٤ — القاعدة ان العقد الباطل عقد منعدم ولا يترتب عليه اي اثر . ولكن قد ينتج عن العقد الباطل بعض الاثار ، ليس باعتباره عقدا بل باعتباره واقعة مادية . ومن صور ذلك في الفقه الاسلامي الزواج الفاسد ، وهو الزواج الذي اختل شرط من شروط صحته ، كما لو عقد بغير شهود او عقد بين محرمين . فهذا الزواج لا تترتب عليه اثاره الاصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث . ولكن لو دخل الزوج دخولا حقيقيا بمن تزوجها زواجا فاسدا ، ترتبت على العقد بعض الاثار المرضية كوجوب المهر على الزوج وسقوط الحد ووجوب العدة وثبوت النسب احتياطا . فهذه الاثار لا تترتب على الزواج الفاسد باعتباره عقدا فهو بهذا الاعتبار باطل منعدم الاثر ، بل باعتباره واقعة مادية هي واقعة الدخول الحقيقي . وفي القانون المعاصر قد تترتب على العقد الباطل اثار عرضية باعتباره واقعة مادية ، وهذه الاثار تتمثل في نظريتين معروفتين هما : نظرية تحول العقد ونظرية انتقاص العقد . وفي احوال اخرى قد تترتب على العقد الباطل بعض اثاره الاصلية كما في الشركة اتواقمية ، والعقد الصوري ، وتطبيقات المبدأ القاضي بان « الخطا الشائع يقوم مقام القانون » . (راجع كتابنا مصادر الالتزام ، ف ٦١٥ — ٦١٨) .

والتصرف الموقوف ليس قابلاً للفسخ ، اذ لا يجوز فسخه أو الرجوع فيه
لا من المتصرف ولا من المتصرف اليه (٢٥) .

٤ - « سلطة التصرف »

كمعيار للتمييز بين العقد النافذ والعقد الموقوف

١٣ - بعد أن تبينا معنى العقد الموقوف وحالاته في الفقه الاسلامي
والتانون المدني العراقي ، يمكن ، في تصورنا ، الادلاء بمعيار وجيز للتمييز
بين العقد النافذ والعقد الموقوف ، فنقول بأن نفاذ العقد يتوقف على ثبوت
« سلطة التصرف » للعائد في الحق محل التصرف . فاذا ثبتت هذه السلطة
للعائد دونها قيد قانوني أو اتفاقي ، وباشرها صاحبها بإرادة واعية سليمة
كان التصرف صحيحاً نافذاً ، والا فهو موقوف على اجازة صاحب السلطة
اجازة معتبرة قانوناً .

١٤ - فلا بد لنفاذ العقد أن تثبت للعائد سلطة التصرف في الحق محل
التصرف . وهذه السلطة بمعناها الواسع (٢٦) تعني قدرة أو مكتة صاحب
الحق على القيام بجميع اعمال الاستعمال والاستغلال والتصرف
بالحق بعوض أو بدون عوض (٢٧) . فللمالك ، مثلاً ، باعتباره
صاحب حق عيني يرد على شيء معين استعمال الشيء باستخدامه فيما يتفق
وطبيعته للحصول على منفعه ، كما له أن يستغله بأن يقوم بالاعمال اللازمة
بقصد الحصول على ثمار الشيء وغلته . وله أيضاً أن يتصرف في الشيء
بجميع التصرفات الجائزة ، سواء كانت هذه التصرفات مادية ترد على مادة
الشيء كالاعمال التي تؤدي الى استهلاك الشيء أو اتلافه أو التغيير فيه ،
أو تصرفات قانونية تؤدي الى زوال حقه كلياً ببيع الشيء أو هبته مثلاً ، أو
الى الانتقال منه بترتيب حق عيني على الشيء كحق انتفاع أو رهن أو ارتفاق .
وقد أشارت المادة (١١) من مرشد الحيران الى كل ذلك بقولها : « الملك التام

٢٥ - انظر : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩٧ .

٢٦ - فلا نعني بسلطة التصرف هنا ما يسمى بسلطة التصرف باعتبارها احدى السلطات الثلاث
التي يخولها حق الملكية لصاحبه (راجع كتابنا في حق الملكية ، ف ٥٧) .

٢٧ - انظر : عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ٢ ، الحق ، الكويت ،
١٩٧٠ ، ف ٩٩ .

من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة » (٢٨) .

١٥ — وسلطة التصرف لا تثبت بحسب الاصل الا لصاحب الحق كالمالك . فاذا لم يكن العاقد مالكا للشيء محل التصرف ، كالفضولي الذي يبيع عينا غير مملوكة له ، كان عقده صادرا ممن لا يملك سلطة التصرف في المعقود عليه ، فيتوقف نفاذ عقده على اجازة صاحب السلطة وهو المالك الحقيقي .

١٦ — وقد تكون للعاقد سلطة التصرف بالمعقود عليه بأن كان مالكا للعين المبيعة ، مثلا ، ولكن سلطته في التصرف قد تنتقد في احوال معينة اما بمقتضى نص في القانون او بمقتضى اتفاق ، بحيث انه لو تصرف بالعين مع وجود هذا القيد كان تصرفه موقوفا على اجازة من تقرر هذا القيد لمصلحته ، كما لو كانت العين مرهونة او مستأجرة على ما هو مقرر في الفقه الاسلامي (٢٩) فان التصرف الذي أبرمه المالك مع الغير لا ينفذ الا اذا اجازه المرتهن أو المستأجر .

ومرد هذا القيد فكرة عامة يقررها الفقهاء المسلمون حماية للغير الذي يكون له على العين محل التصرف حق قد يضار من التصرف الذي اجراه العاقد، ويعبرون عن ذلك باشتراطهم لنفاذ العقد الا يتعلق بالعين محل التصرف حق للغير (٣٠) . وواضح انه ليس من شأن تعلق حق للغير بالعين أن يسلب صاحب السلطة سلطته في التصرف في هذه العين ، بل هو يحددها ويقيدها منها لمصلحة الغير صاحب الحق الوارد على العين فيتوقف نفاذ التصرف على

٢٨ — وقد نقل القانون المدني العراقي هذا النص حرفيا في المادة ١٠٤٨ بصدد تعريف حق الملكية .

٢٩ — بخلاف ما هو مقرر في القانون المعاصر . فالمالك الراهن يظل محتفظا بسلطة التصرف بالرهون بالبيع أو بغيره ، ولا يتوقف تصرفه هذا على اجازة المرتهن وان كانت الملكية تنتقل الى المتصرف اليه منقولة بحق الرهن . كما انه ليس من شأن الاجارة أن تغل يد المالك عن التصرف بالمأجور ببيع أو هبة أو غير ذلك من تصرفات .

٣٠ — للوقوف على احوال أخرى لتعلق حق الغير راجع كتابنا حق الملكية ، ف ٣٠٤ .
وقريب من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي بان « الملكية هي الحق في الانتفاع والتصرف في الاشياء على النحو المطلق بشرط الا يستعملها احد استعمالا محرما بالقوانين أو بالانظمة » .

ارادته ، فهو خير من يقدر الضرر الذي يصيبه من نفاذ هذا التصرف ، فان وجد الا ضرر اجازة فينفذ ، والا فلا يجيزه .

وقد تنقيد سلطة التصرف بارادة صاحب السلطة نفسه، بأن يرتب للغير على ملكه حق انتفاع او ارتفاق مثلا بمقتضى اتفاق او وصية . ولكن سلطة التصرف تبقى قائمة فيما يجاوز هذه القيود او الاعباء . فمالك الرقبة الذي تخلى للغير عن حق الانتفاع بملكه ، والوارث المنقل بوصية يظل كلاهما محتفظا بسلطة التصرف بالقدر الذي صارت اليه سلطته اي في حدود ملكية الرقبة او الملكية المحملة بالاعباء (٣١) . فاذا تصرف بحقه في هذه الحدود كان تصرفه صحيحا وناظرا لا يتوقف على اجازة من احد .

١٧ — وكما يجوز لمن ملك سلطة التصرف في شيء ان يباشر هذه السلطة بنفسه ، يجوز له ان يقيم غير مقامه لمباشرة التصرف نيابة عنه . فاذا أجرى النائب التصرف في حدود نيابته اُنتج هذا التصرف اثره في ذمة صاحب السلطة الاصيل (الموكل) .

١٨ — ولا بد حتى يترتب على التصرف اثره ان يكون صاحب السلطة قد باشره بارادة واعية . فاذا كان المتصرف غير مدرك تماما لما يجريه من تصرف بأن كان ناقص الادراك أو التمييز وقع التصرف الذي يجريه ، اذا كان من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، موقوفا على اجازة من يباشر السلطة نيابة عنه قانونا اي وليه ، او على اجازته هو نفسه بعد ان يكتمل تمييزه . وقد يجري صاحب السلطة التصرف عن وعي وادراك ولكن تصرفه يقع مع ذلك في بعض الاحوال موقوفا لان ارادته لم تكن حرة سليمة على النحو الذي يتطلبه القانون . ففي القانون ، كما في الفقه الاسلامي ، يشترط لصحة التصرفات ونفاذها براءة الارادة من عيوبها كالكراه والغلط والتدليس (التفرير) والاستغلال . فاذا شاب ارادة المتصرف احد هذه العيوب وقبـع تصرفه موقوفا على اجازته بعد زوال العيب . ولكن التصرف يظل موقوفا حتى لو اجازة المتصرف اذا لم تكن هذه الاجازة معتبرة قانونا بأن صدرت منه وهو ما يزال ناقص التمييز او معيب الارادة . اما اذا اكتمل تمييزه او زال ما اعتور ارادته من عيب ، كان له ان يستعمل حقه في اجازة التصرف او عدم اجازته .

٢١ — انظر : عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ف ١٠٠ .

١٩ — وهكذا يمكن ارجاع اسباب توقف العقود في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي الى عدم توفر سلطة التصرف اللازمة لدى المتعاقد :

(١) اما لانه لا يملك هذه السلطة أصلا بأن لم يكن هو صاحب الحق محل التصرف ، ويدخل في هذه الحالة تصرفات الفضولي بصورها المختلفة والبائع الذي يبيع مرة أخرى من غير مشترطه .

(٢) واما بسبب تقييد هذه السلطة لمصلحة شخص آخر يضرار من مباشرتها ، ويدخل في هذه الحالة تصرفات المريض مرض الموت أو المدين بدين مستغرق وتصرفات مالك العين المرهونة أو المؤجرة أو المعطاة مزارعة اذا كان البذر من قبل العامل والورثة اذا باعوا التركة المستغرقة والمولى اذا باع عبده المأذون .

(٣) واما لانه لم يكن مخولا من صاحب السلطة بمباشرتها نيابة عنه ، وهذه هي التصرفات التي يجريها المتعاقد دون أن يكون نائبا عن صاحب السلطة أو كان نائبا عنه ولكنه جاوز حدود نيابته .

(٤) أو لان صاحب السلطة لم يباشر سلطته بإرادة واعية سليمة وهذه هي تصرفات ناقص الاهلية الدائرة بين النفع والضرر وتصرفات المتعاقد اذا كانت ارادته مشوبة بعيب من عيوب الارادة .

٢٠ — ولا يتدح في صحة معيار « السلطة » التوسع الذي يدخله بعض الفقهاء المسلمين على تصرفات الفضولي ونعني بذلك ، كما رأينا ، العقود والاستقاطات الداخلة في نطاق الاحوال الشخصية وكذلك التصرفات الفعلية (٣٢) .

فالاذن اللاحق أو الاجازة لا يعنيان سوى تخويل صادر من صاحب السلطة لشخص آخر بالقيام بتصرف يجوز له القيام به هو نفسه . وفي هذا المعنى تقول المادة (١٤٥٢) من المجلة : « الاذن والاجازة توكيل » . ويترتب على ذلك أن الاذن اللاحق أو الاجازة بمنزلة الوكالة السابقة في كل ما يجوز التوكيل به .

٣٢ — ونحن نحاول ذلك رغم أن هذه الحالات تخرج عن دائرة المعاملات ، مع ملاحظة قلة عدد الفقهاء الذين يدخلون هذا التوسع على تصرفات الفضولي .

فالنزواج عقد يجوز في الشريعة الإسلامية لأي من الزوجين أن يوكل وكيلًا ينوب عنه في عقده (٣٣) . ولذا يجوز تزويج الفضولي ، فيعتقد عقد الزواج موقوفًا على الإجازة شأنه في ذلك شأن باقي العقود . والامر كذلك بالنسبة لطلاق الفضولي وعقائه وخلعه ووقفه . فالطلاق والعتاق والخلع والوقف حقوق ، وكما يكون للزوج أو للواقف مباشرتها بنفسه ، يجوز لشخص آخر أن يباشرها بدلا عنه باذنه أو بإجازته . فاذا وقف شخص عقار غيره كان الوقف متوقفا على إجازة المالك ، فاذا أجازه صح ونفذ .

ويصدق معيار « السلطة » كذلك بالنسبة للتصرفات الفعلية كالقبض والاتلاف . فالوكالة بالقبض جائزة أصلا ، والمال الذي يقبضه الوكيل بالقبض يكون لديه في حكم الوديعة المكلف بردها لصاحبها (٣٤) . فاذا تلف المال في يده بلا تعد ولا تقصير لا يلزمه الضمان (٣٥) . فاذا قبض الفضولي دين غيره بدون اذنه كان قبضه موقوفًا على إجازة الدائن . فلو رضي الدائن بهذا القبض وهلك الدين بيد القابض كان الهلاك على الدائن لا على المدين ، ذلك أن الرضا بالقبض انتهاء كالإذن بالقبض ابتداء (٣٦) .

أما بالنسبة للاتلاف فالذي عليه الفتوى عند الحنفية هو أن الإجازة تلحقه أيضا لأنه من جملة الأفعال ، والأفعال تلحقها الإجازة (٣٧) . ويلاحظ

٣٣ - وهذا بخلاف ما هو مقرر في التشريعات الغربية كالقانون المدني الفرنسي .

٣٤ - انظر المواد ١٤٦٣ و ١٥١٩ و ١٥٢٠ من المجلة .

٣٥ - وقد قضت محكمة الكويت الكلية بأنه : « إذا اتضح أن المدعى عليه وكيل بالقبض فإن المال الذي قبضه هو في حكم الوديعة لديه المكلف بضمانها وردها لصاحبها أعمالا للمادتين ١٤٦٣ و ١٥٢٠ من مجلة الأحكام العدلية .. ومن المقرر أنه لو وكل شخص آخر بقبض دينه فبرهن على الإيفاء إلى موكله يقبل منه عند أبي حنيفة فاذا لم يبرهن على رد ما كلف باستلامه ورده لصاحبه فهو ملزم بما أؤتمن عليه .. » (راجع : حكم المحكمة الكلية الصادر بتاريخ ٢٧-٢-١٩٦٨ في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٨ مدني كلي منشور في مجلة القضاء والقانون ، السنة الأولى ، العدد الثاني ، ص ٧٦ - ٧٧) .

٣٦ - انظر : ابن قاضي سمانه ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ ، صبحي محمصاني ، ج ١ ، ص ٧٠ .

٣٧ - انظر : صبحي محمصاني ، ج ١ ، ص ٧١ والفقهاء المشار إليه في ١ ص ٧١ . وهذا بخلاف ما يذهب إليه فقهاء آخرون . فالإتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الإجازة ، فمن أتلف مال إنسان ثم أجاز المالك ذلك فإنه لا يبرأ (راجع : ابن نجيم ، الإشباه والنظائر ، القاهرة ، ١٣٢٢ هـ ، ص ١١٢) .

على كل حال أن الائلاف يدخل في مفهوم الاعمال المادية التي يكون من شأنها تعديل الشيء محل الحق أو تغيير طبيعته أو هدمه واهلاكه . وقد وجدنا أن الاعمال المادية تدخل ، هي والتصرفات القانونية ، في نطاق سلطة التصرف التي تثبت لصاحب الحق . فكما يكون لصاحب السلطة القيام بها ، يجوز له كذلك أن يأذن لغيره بمباشرتها .

وأما الغصب فإن بعض الفقهاء المسلمين يقررون بأنه إذا غصب أحد مالا ثم باعه وتصرف في ثمنه كان للمالك اجازة البيع واخذ الحاصل منه (٣٨) . ونحن إذا أمعنا النظر في هذه الحالة لتكشفت لنا عن بيع للملك الغير ، أو بيع الفضولي ، وهذا التصرف يتوقف على اجازة المالك . ولكن السؤال يثور حول معرفة هل أن الاجازة تبرئ الغاصب من الضمان أيضا ؟ وبعبارة أخرى هل أن الاجازة تلحق الغصب كما تلحق البيع ؟ لقد اجاب بعض الفقهاء المسلمين كمالك ومحمد بن الحسن الشيباني على ذلك بالايجاب (٣٩) .

وفي تقديرنا أن الغاصب يبرأ من الضمان لا لان الاجازة تلحق الغصب كما تلحق البيع ، فالاجازة لا تلحق سوى البيع ، ولكن منعا لاستيفاء المغصوب منه حقه مرتين ، والا سيكون المغصوب منه غاصبا هو الآخر . ذلك أن المغصوب منه اذا رجع على الغاصب بالضمان تملك الغاصب الشيء المغصوب بالضمان ، ولا يكون للمغصوب منه ان يرجع عليه بعد ذلك بثمن البيع الذي أجراه ، والا فانه سيكون قد كسب على حساب الغاصب دون سبب .

المطلب الثاني حكم العقد الموقوف

٢١ — وبعد أن عرضنا لحالات توقف العقود في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي وتبين لنا انه يمكن ، اخذا بمعيار « السلطة » ارجاع اسباب التوقف اما الى عدم توفر سلطة التصرف لدى المتعاقد ، أو الى تقييد هذه السلطة لمصلحة شخص آخر يضرار من مباشرتها ، أو لانه لم يكن مخولا من صاحب السلطة بمباشرتها ، أو أخيرا لانه لم يباشر سلطته بارادة واعية

٢٨ — السيوطي ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ — ٢١١ .

٣٩ — راجع : مالك ابن انس ، المدونة الكبرى ، ج ١٤ ، ص ٥٤ ، السيوطي ، المرجع السابق ، ص ٣١١ ، صبحي محمضاني ، ج ١ ، ص ٧١ .

سليمة ، فاننا سنتكلم في حكم العقد الموقوف . على أننا لضيق المقام من جهة ، ولأن جل اهتمامنا ينحصر في هذا البحث بالمقارنة بين نظريتي توقف العقود والبطالان النسبي ، فاننا سنقتصر على البحث في احكام أهم حالتين من أحوال توقف العقود من الناحية العملية وهما : ١ — حالة توقف العقد لعدم توفر سلطة التصرف لدى المتعاقد ٢ — وحالة ما اذا لم يباشر المتصرف سلطته بارادة واعية سليمة .

١ — حكم العقد الموقوف لعدم توفر سلطة التصرف

٢٢ — قدمنا أن من أسباب توقف العقود عدم توفر سلطة التصرف في محل الحق لدى المتعاقد ، ومن أهم صور هذه الحالة ما يدخل في مفهوم ما يسمى في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي بتصرفات الفضولي ، وهي ، كما رأينا ، من السعة بحيث تكاد تغطي على حالات التوقف الاخرى . فنرى أولا من هو الفضولي ، وما هي طبيعة تصرفاته في الفقه الاسلامي ، ثم نرى حكم هذه التصرفات .

من هو الفضولي

٢٣ — الفضولي في فقه الشريعة الاسلامية غيره في الفقه الغربي والتشريعات الحديثة . فقد عرفت المادة (١٨٨) من القانون المدني المصري الفضالة بقولها : « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك » (٤٠) . فالفضولي هو من يقوم بشأن عاجل وضروري لرب العمل تفضلا منه فيكون له الرجوع على رب العمل بما أنفق . أما الفضولي في الفقه الاسلامي فهو من يتدخل في شؤون الغير دون اذن أو ولاية ، ولا يشترط في العمل الذي يقوم به أن يكون عاجلا . فمن باع أو وهب أو أجر أو أقرض أو أعار شيئا غير مملوك له ودون أن يكون

٤. — تطابق المادة ١٨٩ مدني سوري وتقابل المادة ١٤٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني . أما القانون المدني العراقي فلم يعرف الفضالة ولم يورد لها احكاما عامة وان كان قد أورد في المادة ٢٣٩ حكم صورة من صور الفضالة وهي قضاء دين الغير بدون اذنه ، كما اشار في المادة ١٣٥ الى تصرف الفضولي في ملك غيره (راجع : صلاح الدين الناهي ، الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ، مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٢٠٢ وما بعدها) .

نائبا أو وكلا عن المالك فهو فضولي (٤١) . فالفضالة في الفقه الغربي والقوانين العربية التي أخذت بهذه الفكرة هي تفضل واحسان ، أما في الفقه الاسلامي فهي تطفل وفضول . وفي هذا المعنى تقول المادة (١١٢) من مجلة الاحكام العدلية : « الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون اذن شرعي » (٤٢) .

طبيعة تصرف الفضولي في الفقه الاسلامي

٢٤ — ذهب فقهاء الشريعة الاسلامية في شأن طبيعة تصرف الفضولي مذاهب مختلفة . فقد ذهب بعضهم كالشافعي وأحمد بن حنبل ، في احدى الروايتين عنه ، وأبو ثور وابن المنذر وداود الظاهري من أئمة المذاهب البائدة، الى بطلان تصرفات الفضولي وان وافق عليها صاحب الحق (٤٣) . وعلى العكس من ذلك فقد ذهب بعض فقهاء الحنابلة كابن القيم الجوزية وابن رجب وابن تيمية الى صحة تصرفات الفضولي ولو لم يجزها صاحب الحق اذا كان فيها لهذا الاخير منفعة وكان قد اجراها بقصد الرجوع على صاحب الحق ، فلا يعتبر الفضولي في بعض الحالات متبرعا وانما يكون له الرجوع على المالك باجرة عمله وبما تكبده من نفقه لما في ذلك من احياء النفس أو المال كما في رد الابق ورد اللقطة وحفظ الضالة والسفينة الغارقة وأجر الموضع ، وكذلك في

٤١ — راجع : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٠٠ — ٢٠١ .

٤٢ — انظر ايضا المادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي .

٤٣ — فقد جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد : « .. واختلفوا من هذا في بيع الفضولي ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، وان لم يرض فسخ ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه ، على أنه ان رضي المشتري صح انشاء والا لم يصح ، فمنعه الشافعي في اتوجهين جميعا ، وأجازه مالك في الوجهين جميعا ، وفرق أبو حنيفة بين المبيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء .. » (راجع : ابن رشد ، المرجع السابق ، ص ١٧٢) . وجاء في الاشباه والنظائر للسيوطي : « قال الرافعي : أصل وقف العقود ثلاث مسائل : احداها بيع الفضولي ، وفيه قولان اصحهما وهو المنصوص في الجديد أنه باطل . والثاني : أنه موقوف ، ان أجازه المالك ، او المشتري له ، نفذ ، والا بطل » (راجع : السيوطي ، المرجع السابق ، ص ٣١٠) . وراجع أيضا : ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، رقم ١٤٦٠ ، ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

الاحوال التي يترتب عليها ابراء ذمة الغير من واجب شرعي عملا بالكتاب والسنة (٤٤) .

ومذهب ثالث ، هو مذهب جمهور الفقهاء المسلمين توسط بين المذهبين السابقين ، فلا يعتبر تصرف الفضولي باطلا وان اجازة صاحب الحق على رأي اصحاب المذهب الاول ، كما انه لا يعتبر صحيحا ولو بدون وكالة سابقة او اجازة لاحقة اذا كان في التصرف فائدة لصاحب الحق كما ذهب الى ذلك اصحاب المذهب الثاني ، بل يعتبر التصرف صحيحا ولكنه لا ينتج اثره الا اذا اجازة صاحب الحق . وممن ذهب هذا المذهب الحنفية والمالكية والجعفرية (٤٥) كما ذهب الى ذلك احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه والشافعي في مذهبه القديم (٤٦) .

وقد اعتبرت مجلة الاحكام العدلية ، وهي تقنين للفقهاء الحنفي ، تصرفات الفضولي موقوفة على اجازة صاحب الحق . فقد ذكرت المجلة بيع الفضولي بين البيوع التي يتعلق بها حق الغير والتي تنعقد موقوفة على اجازة الغير (المواد ١١١ و ٣٦٨ و ٣٧٧) (٤٧) ، واجازة الفضولي تنعقد كذلك موقوفة على اجازة المتصرف (م ٤٤٧) (٤٨) ، وكذلك هبته (م ٨٥٧) (٤٩) ، وقسمته

٤٤ - راجع : ابن القيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ ، ص ٣٢٤ - ٣٢٥ ، صلاح الدين الناهي ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ ، صبيحي محمدي ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٧ .

٤٥ - راجع : السرخسي ، المبسوط ، ج ١٤ ، ص ١٨٢ ، ابن رشد ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ ، الحلبي ، تنكرة الفقهاء ، ج ٧ ، ص ١٣٨ .

٤٦ - راجع : ابن رجب ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ وما بعدها ، ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص ١٦ ، السيوطي ، المرجع السابق ، ص ٣١٠ .

٤٧ - نصت المادة (١١١) من المجلة على أن : « البيع الموقوف : بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي » . ونصت المادة (٣٦٨) على أن : « البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفا على اجازة ذلك الغير » . ونصت المادة (٣٧٧) على أن : « البيع الموقوف يفيد الحكم عند الاجازة » .

٤٨ - نص المادة (٤٤٧) من المجلة على أنه : « تنعقد اجازة الفضولي موقوفة على اجازة المتصرف وان كان المتصرف صغيرا او مجنونا وكانت الاجرة اجرة المثل تنعقد اجازة الفضولي موقوفة على اجازة وليه او وصيه ... » .

٤٩ - نص المادة (٨٥٧) على أنه : يلزم أن يكون الموهوب مال الواهب بناء عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصح ولكن بعد الهبة لو اجازها صاحب المال تصح » .

(م ١١٢٦) (٥٠) ، وصلحه (م ١٥٤٤) (٥١) .

وبعد أن بينا ما المقصود بالفضولي ، وطبيعة تصرفاته في الفقه الاسلامي ، فاننا سنبين حكم هذه التصرفات . وبقصد الايجاز والتيسير فاننا سنفترض بأن تصرف الفضولي هو عقد بيع .

حكم تصرف الفضولي قبل الاجازة

٢٥ — لا تعتبر تصرفات الفضولي ، على الراي السائد في الفقه الاسلامي ، باطلة بل صحيحة ولكنها تتوقف على الاجازة . فاذا كان تصرف الفضولي بيعا كان لهذا البيع منذ انعقاده وجود قانوني ، فهو منعقد وصحيح ولكن اثاره تتوقف على اجازة المالك ، شأنه في ذلك شأن تصرف ناقص الاهلية . فمن باع شيئا مملوكا للغير دون أن يكون نائبا عن الغير فان البيع لا ينتج اثاره حتى يجيزه المالك ، ويستوي في ذلك أن يبيع الفضولي على أن المبيع ملكه هو أو على أنه ملك الغير (٥٢) .

وينبني على توقف بيع الفضولي ان اثار البيع المعتادة لا تترتب عليه قبل اجازته ، فتبقى ملكية المبيع للبائع ولا تنتقل الى المشتري ، كما لا تنتقل ملكية البذل (الثمن) الى البائع . ويترتب على ذلك النتائج الاتية :

٥٠ — تقضي المادة (١١٢٦) مجلة بان : « قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولا أو فعلا . مثلا اذا قسم واحد المال المشترك بنفسه فلا تكون القسمة جائزة لكن اصحابه ان اجازوا قولا بأن قالوا احسنت أو تصرفوا بالحصص المفرزة تصرف المالك يعني بوجه من لوازم التملك كبيع وايجار فالقسمة صحيحة نافذة » .

٥١ — نصت المادة (١٥٤٤) من المجلة على أنه : « اذا صالح أحد وهو فضولي يعني بلا أمر عن عن دعوى واقعة بين شخصين ... واذا لم يسلم بدل الصلح بالصورة الرابعة فيكون موقفا على اجازة المدعى عليه .. » .

٥٢ — التسوية بين حالتي بيع الفضولي على أن المبيع ملكه أو على أنه ملك الغير مسألة لم يتفق عليها فقهاء الحنفية . فمنهم من سوى بين الحالتين واعتبر بيع الفضولي فيهما موقفا (ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٢١٠ — ٢١١) ومنهم من ميز بينهما واعتبر بيع ملك الغير متحققا اذا باع المبيع باعتباره ملك غيره ، أما اذا باع على أن المبيع ملكه هو لم ينعقد البيع أصلا لعدم ورود العقد على محل قابل لحكمه (ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ١٥٠) . (وراجع في ذلك أيضا : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ه ١ ، ص ٢٠٠ ، عباس الصراف ، المرجع السابق ، ه ٢ ، ص ٢٧٣ — ٢٧٤) .

(١) اذا سلم الفضولي المبيع الى المشتري فهلك قبل الاجازة فللمالك ان يضمن الفضولي أو المشتري أيهما شاء (٥٣) . وإيهما اختار ضمانه أبريء الآخر لان في التضمن تمليكا للمبيع ممن جرى تضمينه . فاذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر .

(٢) اذا سلم الفضولي المبيع الى المشتري ، فباع المشتري المبيع من مشتر ثان ، فان أي عقد أجازه المالك جاز هذا العقد دون العقد الآخر .

(٣) اذا صار الفضولي مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه لاي سبب من اسباب الملك فان بيعه يبطل ، وله بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك الى المشتري بعقد جديد لا باجازة العقد الاول (٥٤) .

حكم شراء الفضولي لغيره

٢٦ — يذهب الحنفية الى انه اذا اشترى الفضولي لغيره ولم يصف العقد الى من اشترى له تحول العقد الى شراء للفضولي نفسه اذا وجد العقد نفاذا عليه فنفذ (٥٥) . أما عند المالكية ، فشراء الفضولي كبيعه موقوف دائما ، يستوي في ذلك ان يكون العقد قد أضيف الى الفضولي أو الى من اشترى الفضولي له (٥٦) .

اجازة تصرف الفضولي او نقضه

٢٧ — يقع تصرف الفضولي موقوفا على اجازة المالك . فاذا حصلت الاجازة اعتبر الفضولي بحكم الوكيل في التصرف منذ البداية ، اذ ان الاجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة ، ويعتبر المشتري مالكا للمبيع من يوم شرائه ، ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه وذلك توكيدا لمعنى استناد أثر الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد (٥٧) .

٥٣ — وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٣٥ ف ٤ من القانون المدني العراقي .

٥٤ — راجع في تفصيل ما تقدم : السرخسي ، المبسوط ، ج ١٤ ، ص ٩٦ ، ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٢٢٠ ، الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ، ص ١٥١ ، السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٠٣ — ٢٠٩ .

٥٥ — انظر : علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ .

٥٦ — راجع : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٠٨ .

٥٧ — راجع : الزرقا ، المرجع السابق ، ص ٦٢ .

ويشترط لصحة الاجازة قيام البائع والمشتري والمالك وقت الاجازة ،
ولذلك فانه لا عبرة بالاجازة الصادرة من ورثة المالك . ولا عبرة كذلك باجازة
المالك اذا كان أي من البائع والمشتري قد مات قبل صدورهما . كما يشترط
لصحة الاجازة أن يكون المبيع موجودا عند حصولها وبديل المبيع كذلك اذا كان
هذا البديل عينا . فلو باع الفضولي دارا مملوكة لغيره بسيارة وهلكت السيارة
قبل الاجازة فلا تصح الاجازة . ويشترط كذلك أن يكون للتصرف مجيز وقت
صدوره (٥٨) .

والاجازة قد تكون بالقول أو بالفعل ، وبعبارة أخرى بأي وسيلة من
وسائل التعبير عن الارادة الصريحة أو الضمنية (٥٩) . أما السكوت فلا
يعتبر اجازة لباع الفضولي بالنسبة للمالك (٦٠) . وقد قننت المادة (٣٧٨)
من المجلة شروط الاجازة واحكامها بالنص على أن : « بيع الفضولي اذا اجازه
صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ والا انفسخ . الا انه يشترط لصحة
الاجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائما ، فاذا كان أحد
المذكورين هالكا فلا تصح الاجازة » .

٢٨ — أما اذا اختار المالك نقض العقد فانه يسقط ولا يكون له أن
يجيزه بعد ذلك . واذا كان المبيع قد سلم الى المشتري وهلك بدون تعد منه
فللمالك أن يضمه قيمته أو يرجع بها على الفضولي أيهما شاء . ولكنه ان
اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الآخر ، واذا كان المشتري قد أدى
البديل للفضولي فللمشتري الرجوع عليه بالبديل . فاذا كان البديل قد هلك في
يد الفضولي بدون تعد منه وكان المشتري عالما أن بئعه فضولي فالراجح أنه
لا يرجع عليه بشيء (٦١) .

وليس هناك وقت محدد ينبغي على المالك أن يستعمل خلاله خيار اجازة

٥٨ — راجع : منير القاضي ، شرح المجلة ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ١٩٣ — ١٩٤ .
٥٩ — وفي ذلك تقول المادة ١٣٦ ف ١ من القانون المدني العراقي : « اجازة العقد الموقوف تكون
صراحة أو دلالة » .

٦٠ — انظر : علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٣٤٧ ، عباس الصراف ، المرجع السابق ،
ف ٤٠٦١ .

٦١ — راجع : ابن نجيم ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ ، وانظر المادة ١٣٥ ف ١ مدني عراقي .

العقد أو نقضه ، فاثار العقد تتوقف الى حين اجازته أو رده من المالك (٦٢) .

حكم تصرفات الفضولي في القانون المدني العراقي

٢٩ — جرى القانون المدني العراقي في حكم تصرفات الفضولي على احكام القواعد المقررة في الفقه الاسلامي عامة ومجلة الاحكام العدلية خاصة . فهو لم يعالج بيع ملك الغير باعتباره نوعا خاصا من أنواع البيوع كما فعل القانون المدني المصري في المواد (٦٦ — ٦٨) ، بل اكتفى بالاشارة الى هذا البيع في معرض كلامه على العقد الموقوف وذلك في المادتين (١٣٥ و ١٣٦) (٦٣) .

٢ — حكم العقد الموقوف لعدم مباشرة المتصرف سلطته بارادة واعية سليمة

٣٠ — قلنا أن من أسباب توقف العقود في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي الا يباشر المتصرف سلطته بارادة واعية سليمة . ويتحقق ذلك اما لانه كان عند اجراء التصرف ناقص التمييز لصغر فتكون أهليته تبعا لذلك ناقصة ، او لانه كان بالغاً سن الرشد ولكن اعتور أهليته عارض يختل معه تمييزه فتختل تبعا لذلك أهليته فيلحق بسبب ذلك بالصغير المميز في الحكم ، وهذه العوارض هي : العته والغفلة والسفه (٦٤) ، او لانه لم يجر التصرف

٦٢ — على اننا سنرى أن عدم تحديد هذا الخيار بمدة لا يصدق بالنسبة لجميع المذاهب الاسلامية كما لا يصدق بالنسبة للقانون المدني العراقي .

٦٣ — تنص المادة ١٣٥ من القانون المدني العراقي على أنه : « ١ — من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك . ٢ — فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبذل ان كان قد قبضه من الماقد الاخر . ٣ — واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان الماقد الاخر قد ادى للفضولي البذل فله الرجوع عليه به . فان هلك البذل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان الماقد الاخر قد آداه علماً انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه . ٤ — واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلك في يده بدون تعد منه فللمالك أن يضمن قيمتها ايهاه ثناء . فاذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر » .

٦٤ — اذا كان السفه غير مصاب بعارض عقلي ولكنه يبذر أمواله على غير نهج العقل ومقتضى الشرع ، فان في ذلك ما يكفي للاحاقه بالصغير المميز من حيث تصرفاته . وقد ساوت المجلة بينه وبين ذي الغفلة (م ٩٤٦ مجلة) . والسفيه ولا شك شخص ضعيف الإرادة سيء التدبير ، ولهذا فانه لا يباشر تصرفاته بوعي تام لعواقب افعاله .

بارادة حرة سليمة بان شاب ارادته عيب من العيوب .

ولا نريد أن نعرض هنا لحكم جميع هذه الحالات ، بل سنكتفي ببيان حكم تصرفات ناقص الاهلية لاهميتها من الناحية العملية . ولكن تصرفات ناقص الاهلية ليست كلها موقوفة ، لهذا لا بد لنا أن نبين أي التصرفات التي يجريها تكون موقوفة ومن الذي يملك اجازة هذه التصرفات .

تصرفات ناقص الاهلية الموقوفة

٣١ — اختلف الفقهاء المسلمون بشأن صحة تصرفات ناقص الاهلية (الصغير المميز ومن في حكمه) فذهب بعضهم الى عدم صحتها ولو أجازها عليه (٦٥) . أما الحنفية فقد ميزوا في هذا الخصوص بين أنواع التصرفات القولية بحسب النفع الذي يتحقق لناقص الاهلية أو الضرر الذي يصيبه من مباشرة التصرف (٦٦) .

فيمكننا أن نقسم تصرفات ناقص الاهلية بحسب الفقه الحنفي ومجلة الاحكام العدلية ، مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا . فإذا باشرها بنفسه وقعت تصرفاته صحيحة ونافذة . أما التصرفات الضارة ضررا محضا فإنه لا يستطيع مباشرتها

٦٥ — فقد ذهب الإمام الشافعي الى أن تصرف الصغير المميز لا ينعقد ولو أجازته الولي وسنده في ذلك الحديث الشريف « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » . أما الإمام مالك فقد ذهب الى اعتبار رضا الصغير المميز فجعل بيعه نافذا غير أنه لا يلزم لوليه أن يمضيه أو يرده (راجع : ابن رشد ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ و ٢٨٢ و ٢٨٤ ، السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩٧) . وذهب أحمد بن حنبل الى أن هذه العقود تصح فقط إذا أذن بها الولي قبل عقدها (انظر : صبحي محمدي ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٠٧) . ومن فقهاء الجعفرية من ذهب الى عدم صحة بيع الصبي ولو أجازته الولي (الحلبي ، المختصر النافع في فقه الإمامية ، ص ١٤٢) ومنهم من ذهب الى أن من مقتضى الاحاديث الكثيرة عدم اعتبار جميع تصرفات الصغير المميز له أم عليه إلا ما ورد به الدليل كوصية من بلغ عشرين . . ولكن الاحوط اعتبار اجازة الولي ولا شك أن الولي يجيز ما فيه المصلحة للصغير (كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج ٣ ، ص ١٦١) .

٦٦ — فالتصرفات إما نافعة نفعا محضا ، وهي تصرفات يفتني من يباشرها دون مقابل كقبول هبة أو وصية ، وإما ضارة ضررا محضا ، وهي تصرفات يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلا كالهبه من جهة الواهب ، وإما دائرة بين النفع والضرر ، وهي التي لا تنحصر لا للنفع ولا للضرر وهي المعاولات بصورة عامة كالبيع والإيجار والمقايضة والشركة .

وان اجازته وليه . اما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فهي التي تقع موقوفة على اجازة وليه (٦٧) . ويستثنى من ذلك الصبي المميز المأذون بالتجارة من وليه أو من الحاكم اذ تعتبر تصرفاته الداخلة تحت الاذن صحيحة كما لو انها كانت صادرة من البالغ (م ٩٧٢ مجلة) (٦٨) . وقد تولت تنظيم هذه الحالة مؤخرا في الكويت المادة (٩) من قانون ادارة شؤون القصر رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ (٦٩) .

٣٢ — ولا يكتفي في نظر بعض الفقهاء المسلمين لتوقف تصرف الصغير ان يكون من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، بل يجب الى جانب ذلك أن يكون للصغير ولي وقت صدور التصرف . فاذا لم يكن للصغير ولي حين اجراء ذلك التصرف فانه يكون باطلا وليس موقوفا على اجازة الصغير بعد البلوغ (٧٠) .

الولاية على مال ناقص الاهلية

٣٣ — الولي هو الذي يباشر التصرفات القانونية عن ناقص الاهلية (الصغير المميز أو من في حكمه) . وولي (٧١) الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه

٦٧ — انظر المواد (٩٦٧ و ٩٧٨ و ٩٩٠) من المجلة ، والمادة (٩٧) من القانون المدني العراقي .
٦٨ — نظمت مجلة الاحكام العدلية حالة الصبي المأذون بالتجارة في المواد (٩٦٨ — ٩٧٧) . كما نظم القانون المدني العراقي هذه الحالة في المواد (٩٨ — ١٠٢) باحكام اقتبسها من المجلة . فاذا اكمل الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وسلم له الولي مقدارا من ماله وأذن له بالتجارة تجربة له او اذا أذنت له المحكمة في حالة امتناع الولي عن الاذن . فالصغير المأذون يعتبر بمنزلة البالغ سن الرشد في التصرفات الداخلة تحت الاذن . هذا مع ملاحظة ان المجلة لم تحدد سنا معينة ، كما فعل القانون المدني العراقي ، وانما اكتفت المادة (٩٦٨) منها بالقول بان « للولي ان يسلم الصغير المميز مقدارا من ماله ويأذن له بالتجارة لاجل التجربة فاذا تحقق رشده دفع وسلم اليه باقي امواله » . اما التصرفات التي لا تكون داخلة تحت الاذن فتكون موقوفة على اجازة الولي طبقا لاحكام القواعد العامة .

٦٩ — فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من هذا القانون للصبي الذي يبلغ الثامنة عشرة من عمره ان يطلب من المجلس الاعلى لادارة شؤون القصر ان يسلمه امواله كلها او بعضها لادارتها على سبيل التجربة ، فيجوز للمجلس ان يسلمه امواله ان انس منه رشدا . وفي هذه الحالة تكون تصرفات الصبي المأذون المتعلقة بادارة ما سلم اليه من امواله صحيحة ونافذة .

- ٧٠ — راجع في تفصيل ذلك : علي حيدر ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٦٠٨ .
٧١ — الولي بالمعنى الضيق للمصطلح لا يعني سوى الاب او الجد لاب « الجد الصحيح » .

ثم وصي وصيه ثم جده لآبيه ثم وصي جده ، فان لم يوجد ولي ولا وصي مختار فالقاضي أو الوصي المنصوب من قبله (٧٢) .

وقد نظم قانون ادارة شؤون القصر الصادر سنة ١٩٧٤ الولاية على مال القاصر في الكويت ، وفق ما تقضي به مبادئ الفقه الاسلامي . فتكون الولاية على مال القاصر ، وهو من لم يبلغ احدى وعشرين سنة ميلادية طبقا للمادة العاشرة من هذا القانون (٧٣) ، لآبيه ثم من بعده لوصيه المختار — ان وجد — ثم للجد الصحيح . وفي حالة عدم وجود أحد من هؤلاء تكون الوصاية لادارة شؤون القصر ما لم تعين المحكمة وصيا آخر (٧٤) .

٣٤ — واذا رجعنا الى المجلة والى ما هو مقرر في الفقه الحنفي لمعرفة مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور لوجدنا أن القواعد التي تحكم ذلك هي أنه ليس للولي ، أي كانت صفته ، أن يتصرف في أموال الصغير أو المحجور عليه تصرفا ضاراً ضرراً محضاً ، فليس له هبة شيء من مال الصغير أو المحجور أو الإيضاء به أو التصديق به أو اقراضه . وعلى العكس من ذلك

٧٢ — انظر المادة ٩٧٤ من المجلة ، والمادة ١٠٢ من القانون المدني العراقي والمواد ٢٥ — ٤٠ من قانون التسجيل العراقي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ .

٧٣ — بصور قانون ادارة شؤون القصر رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ أصبحت سن الرشد في الكويت احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة (٩٣ ف ١ من القانون) ، بعد أن كانت هذه السن تتحدد بثماني عشرة سنة ميلادية في نطاق قانون التجارة (م ١١٨ ق . ت . ك) وبثماني عشرة سنة هلالية كاملة في الأمور المدنية (م ٣٦ من قانون التسجيل العقاري) . أما المجلة فقد حددت سن الرشد بالبلوغ الطبيعي الذي من مظاهره الاحتلام والاحبال والحضى والحبل على أن لا يقل سن الرجل عن اثنتي عشرة سنة وسن المرأة عن تسع سنوات . على أن هناك حداً أقصى يعتبر فيه الشخص بالغاً سن الرشد ولو لم تظهر عليه علامات البلوغ وهو ١٥ سنة بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء (انظر المواد ٩٨٥ و ٩٨٦ و ٩٨٧ من المجلة) .

٧٤ — ويلاحظ أن قانون ادارة شؤون القصر قد ضيق في الوصاية على القاصر على نحو ما كان مقرراً في المجلة إذ لم يعد يعتبر من الاوصياء وصي الأب ولا وصي الجد (انظر المادة ٩٧٤ من المجلة) . ويلاحظ من جهة أخرى أن ولاية ادارة شؤون القصر ولاية احتياطية بمعنى أنه اذا لم يكن للقاصر أو المحجور ولي أو وصي أو قيم تثبت ولاية الادارة عليه بحكم القانون (انظر المادة الثانية من هذا القانون) . كما أن هذا القانون لم يعرض لى ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار . ولهذا فإن هذه المسألة ما تزال محكومة بمجلة الاحكام العملية ، فاليها يرجع في تحديد حقوقهم ومدى ولايتهم على أموال القاصر أو المحجور .

يكون للولي ان يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً للصغير أو المحجور كقبول هبة أو صدقة أو وصية أو عارية أو كفالة . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فللولي مباشرتها بشرط عدم لحوق الصغير أو المحجور غبن فاحش . فإذا كانت هذه التصرفات بمثل القيمة أو بغبن يسير فانها تصح وتنفذ . فللولي ان يبيع مال الصغير أو المحجور أو ان يؤجره بأكثر من قيمته أو بمثلها أو بأقل منها اذا كان ذلك في حدود الغبن اليسير ، اي بمقدار ما يتغابن الناس فيه عادة . وله ان يشتري بمال الصغير أو المحجور شيئاً بأقل من ثمن المثل أو بمثلها أو بأكثر منها بمقدار ما يتغابن الناس فيه عادة (٧٥) . وهكذا في سائر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (٧٦) .

وبعد ان تبيننا ان تصرفات ناقص الاهلية الدائرة بين النفع والضرر هي التي تعتبر موقوفة على اجازة من له حق الاجازة ، ننظر في حكم هذه التصرفات.

حكم تصرفات ناقص الاهلية

٣٥ — رأينا ان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي يباشرها ناقص الاهلية تقع موقوفة على اجازة من له حق الاجازة .

فتصرف ناقص الاهلية الدائر بين النفع والضرر ليس باطلا ولا فاسداً ولا قابلاً للفسخ ، وانما هو منعقد وصحيح ولكن اثاره موقوفة على الاجازة . فإذا كان التصرف الموقوف بيعاً ، مثلاً ، فان ملكية المبيع لا تنتقل الى المشتري ، ولا يكون لاي من المتبايعين مطالبة الاخر بتنفيذ التزاماته . فلا يكون للبائع ان

٧٥ — انظر المادة ٩٧٤ من المجلة، وراجع : السنهوري، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩٥-١٩٦ .

٧٦ — لقد بين القانون المدني العراقي ، وكذلك قانون الولاية على المال في مصر ، احكام الولاية على مال الصغير والحدود التي يجوز في نطاقها للولي أو الوصي ان يتصرف في اموال الصغير ، وهي احكام مستمدة في جملتها من فقه الشريعة الاسلامية . ويتبين من نصوص هذين القانونين ان سلطة الولي بالمعنى الضيق (اي الاب أو الجد لاب) اوسع من سلطة الوصي . فالاب أو الجد اوسع سلطة على مال الصغير لانه اكثر شفقة به . ولهذا فانه لا يتقيد باستئذان المحكمة في التصرفات التي لا تدخل في حدود الادارة كما هو الحال بالنسبة للوصي . فإذا كان الاب أو الجد حسن التصرف وتصرف في مال الصغير وكان تصرفه بمثل القيمة أو بغبن يسير كان التصرف صحيحاً وناظراً . أما التبرعات ، وهي تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، فلا يملكها الاب أو الجد ، ولا يملكها احد غيرهما من باب اولي . اما اذا عرف الاب أو الجد بسوء التصرف فللمحكمة ان ترفع ولايتها عن اموال الصغير او ان تقيد منها . اما اذا

يلزم المشتري بدفع الثمن ، ولا للمشتري أن يلزم البائع بتسليم المبيع ، بل عليهما انتظار صدور الاجازة ممن يملكها . فان صدرت مستجمة لشروطها نفذ البيع وترتبت عليه اثاره ، وان تخلفت انعدم التصرف واصبح هو والباطل سواء .

٣٦ — والذي يملك الاجازة هو الولي أو الوصي أو القيم في الحدود التي يجوز له فيها أن يتصرف هو ابتداء . كما يملكها ناقص الاهلية نفسه بعد زوال نقص اهليته ، ما لم يكن الولي قد أعلن عدم اجازته للتصرف قبل اكتمال اهلية المتصرف . ففي هذه الحالة لا تصح اجازة المتصرف بعد استكمال اهليته (٧٧) . فاذا كان الولي قد رفض الاجازة فقد سقط التصرف ، والساقط لا يعود (٧٨) .

لم يكن للصغير ولي فان الذي تكون له الولاية على ماله هو الوصي مختاراً كان أم معيناً من المحكمة . وللوصي أن يباشر عن الصغير عقود الاقتناء كقبول الهبات ، ويباشر عنه كذلك عقود الإدارة ، وهذه العقود تكون صحيحة ونافذة ولو كانت بغبن يسير . ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار اذا لم تزد مدته عن ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية أو المنقولات التي يتسارع اليها التلف والنفقة على الصغير . أما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود الإدارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع فلا تصح إلا بأذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها (انظر المادتين ١٠٣ و ١٠٥ من القانون المدني العراقي ، والمادة (٥) من قانون الولاية على المال المصري) .

٧٧ — يقول الكاساني : « وكذلك الصبي المحجور عليه اذا باع مال نفسه أو اشتري أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه ، يتوقف على اجازة وليه ما دام صغيراً ، أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه في حالة صفه . حتى لو بلغ الصبي قبل اجازة الولي ، فاجاز بنفسه جاز ... » (الكاساني ، البدائع ، ج ٥ ص ١٤٩ — ١٥٠) .

٧٨ — انظر : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩٨ .

المبحث الثاني

نظرية البطلان النسبي في الفقه الغربي

تمهيد

٣٧ — يقتضينا البحث في نظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي أن نحدد أولا مفهوم هذا البطلان ، وهذا يستلزم أن نعرض لأنواع البطلان وحالاته كما وردت في الفقه الغربي والتشريعات التي أخذت عنه ، وسيكون ذلك موضوع المطلب الاول من هذا المبحث . فاذا فرغنا من ذلك فاننا سنتكلم في حكم العقد الباطل بطلانا نسبيا ، وسيكون المطلب الثاني من هذا المبحث مخصصا لذلك .

المطلب الاول

تحديد مفهوم البطلان النسبي وحالاته

١ — انواع البطلان

٣٨ — البطلان في الفقه التقليدي جزاء يترتب القانون لعدم استكمال العقد لاركانه او لاختلال احد هذه الاركان اختلالا يؤدي الى انهياره . فاذا توفرت للعقد اركانه مستوفية لشروطها اعتبر صحيحا منتجا لاثاره .

٣٩ — وتقسم النظرية التقليدية البطلان الى نوعين : بطلان مطلق *Nullité absolue* وبطلان نسبي *Nullité relative* . فالبطلان المطلق هو الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من اركان العقد . فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا اذا انعدم الرضا او تخلف المحل او السبب او الشكل الذي يشترطه القانون في العقود الشكلية . والعقد الباطل بطلانا مطلقا يعتبر معدوما في نظر القانون ، وبالتالي فهو لا ينتج ، كتاعدة عامة اي اثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير ، كما لا يصح بالتقادم ولا تلحقه اجازة ولكل ذي مصلحة ان يتمسك به . اما البطلان النسبي فهو الجزاء الذي يترتب على عقد اجتمعت فيه سائر اركانه من رضا ومحل وسبب وشكلية في الاحوال التي يشترطها القانون ، ولكنه لم يستوف شروط صحته بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الاهلية او كانت ارادته مشوبة بعيب من عيوب الارادة وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

٤. — هذا هو محور التقسيم الثنائي للبطلان . غير أن بعض الفقهاء ، ومنهم الفقيهان (أوبري ورو) (٧٩) أضافوا الى نوعي البطلان المتقدمين نوعا ثالثا هو الانعدام Inexistence . فعند هؤلاء الفقهاء أنه اذا نقص العقد ركن من أركانه فالعقد منعدم ، اذ يستحيل منطقيا تصور وجوده ، ولا يكتفي أن يقال في مثل هذه الاحوال أن العقد باطل بطلانا مطلقا . أما اذا توفرت للعقد أركانه ولكن كان المحل أو السبب غير مشروع ، فإن العقد باطل بطلانا مطلقا . وأما اذا اختل ركن الرضا فالعقد يكون باطلا بطلانا نسبيا .

والحقيقة أن التمييز بين العقد المنعدم والعقد الباطل منتقد من غالبية الفقهاء . ففكرة الانعدام تندرج في البطلان المطلق ، فالعقد الباطل معدوم في نظر القانون كذلك ، والعدم لا تفاوت فيه (٨٠) .

٤١ — ويرد بعض الفقهاء حالات البطلان من ناحية المنطق القانوني الى حالة واحدة هي حالة البطلان المطلق يندمج فيها البطلان النسبي كما اندمج فيها الانعدام (٨١) . ذلك أن ما يسمى بالبطلان النسبي ليس في حقيقته الا وصفا لحالة لا تخرج عن الصحة أو البطلان . فالعقد الباطل بطلانا نسبيا بعد أن يتم ابطاله بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته ما هو الا بطلان مطلق . أما اذا تمت اجازته أو انقضى الحق في طلب ابطاله بالتقدم ، فإن العقد يستمر صحيحا منتجا لجميع آثاره ولا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح .

٤٢ — وينتقد فقهاء آخرون تسمية البطلان بنوعيه . « فعبارة البطلان المطلق تفيد أن هناك تفاوتا في درجات البطلان ، في حين أن البطلان عدم ، والعدم ليس له في ذاته درجات يتفاوت بينها . ثم أن العقد الباطل بطلانا نسبيا

٧٩ — أوبري ورو ، القانون المدني الفرنسي ، ج ١ ، ط ٦ ، باريس ، ١٩٥١ ، ص ٢٣٠ .

٨٠ — انظر : ريبير وبولانجيه ، القانون المدني ، ج ٢ ، باريس ، ١٩٥٧ ، ف ٦٨٨ ، السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ف ٣٠٠ ، جميل الشرقاوي ، بطلان التصرف القانوني ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٣ ، مطبوعات جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ ، ف ١١٩ ، أحمد حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ف ٢٤٨ .

٨١ — السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٣٠٠ . وانظر أيضا : جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ف ١٢٤ .

هو عقد قائم ومنتج لكل اثاره . كل ما هنالك هو انه ينطوي على جرثومة فساد تصلح سببا لابطاله ، وقد يكون من شأن هذه الجرثومة أن تفتك به ، فتميته اي تبطله ، وقد لا نمسه بأذى فتزول هي ، ويتدعم العقد بتطهيره منها . فليس دقيقا أن يقال هنا أن العقد باطل ما لم يكن قد تقرر ابطاله بالفعل . أما قبل ذلك فهو عقد قائم وإن كان البطلان يتهدهده ، فهو عقد صحيح حتى الآن ولكنه صالح أو قابل للإبطال . من أجل ذلك ، أغفل القانون المدني المصري ، ومن ورائه قانون التجارة الكويتي تسمية نوعي البطلان بالمطلق والبطلان النسبي ، مضيفين على النوع الأول لفظ « البطلان » بلا نعت ولا تخصيص ، وعلى الثاني « القابلية للإبطال » . وهذه التسمية بشطريها تصل إلى أبعد مراتب التوفيق « (٨٢) .

ويبدو أن اعتراض هؤلاء الفقهاء ينصب على التسمية . فهم لم ينكروا ، ولا ينكر أحد ، على البطلان النسبي تميزه عن البطلان المطلق من حيث الأسباب ، أو العيوب المقارنة للعقد ، أو من حيث الأحكام . هذا إلى جانب أن القانون ، والقانون المدني بالذات ، يعرف العديد من النظم والحقوق التي توصف بالانطلاق أو بالنسبية (٨٣) ، ولم يعترض أحد على ذلك ، فبماذا يختلف نظام البطلان عن تلك النظم أو الحقوق ؟

٨٢ — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ف ١٥٣ . وانظر أيضا : عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٢٨١ .

٨٣ — من أمثلة ذلك الاستحالة ، فهي توصف بالنسبية حين يستحيل تنفيذ الالتزام على المدين فحسب ، تميزا لها عن الاستحالة المطلقة حيث يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا على الناس كافة . كما أن الحقوق الشخصية توصف بأنها حقوق نسبية بخلاف الحقوق ائتمينية التي توصف بأنها مطلقة . ويراد بذلك أن الدائن في الحق الشخصي لا يستطيع إلا أن يطالب مدينه بالحق الذي له في نتمته ، أما الحق ائتميني فيخول صاحبه الاحتجاج به في مواجهة الكافة ، ولهذا فإنه يوصف بأنه حق مطلق . وكذلك في نطاق الحيابة ، توصف العيوب التي قد تعيبها بأنها ، إلى جانب كونها مؤقتة ، فهي عيوب نسبية ، بمعنى أنها لا يمكن أن يتمسك بها إلا من تحقق بالنسبة إليه عيب من هذه العيوب . وأيضا بالنسبة لآحوال انقطاع التقادم ، حيث يقال بأن الانقطاع الطبيعي يترتب عليه اثره بالنسبة لجميع الأشخاص ، لأنه يستند إلى واقعة مادية ، أما الانقطاع المدني فهو على خلاف الانقطاع الطبيعي ، أمر نسبي لأنه يستند إلى عمل قانوني من المالك أو الحائز ، ولهذا فهو لا يحتج به إلا في مواجهة من صدر هذا العمل خلاف مصلحته .

٤٣ — ونحن نرى أن المسألة ليست مسألة أسماء أو نعوت تطلق . فالأمر سيان إذا خلعنا على عقد من العقود وصف البطلان النسبي أو القابلية للإبطال ، وعلى عقد آخر وصف البطلان المطلق أو البطلان بلا نعت أو تخصيص . ولكن هل حقا أن استبدال الاسماء أو النعوت بغيرها يحل الإشكال أو يرد على السؤال الذي يتطلب في واقع الأمر الجواب : هل نستبعد التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أم لا ؟ وإذا أبقينا عليه فما هو المعيار الذي نركن اليه في التمييز بين هذين النوعين من البطلان ؟

ضرورة الإبقاء على التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

٤٤ — رأينا أن الفقه التقليدي يقسم البطلان الى مطلق ونسبي تبعاً لتخلف ركن من أركان العقد أو لاختلال أحد هذه الأركان . فيكون العقد باطلاً بطلانا مطلقاً إذا نقصه ركن من أركانه أو كان السبب غير مشروع . أما إذا استكمل العقد أركان انعقاده ولكنه لم يستوف شروط صحته بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كان رضاؤه مشوباً بعيب من العيوب ، فإنه يكون باطلاً بطلانا نسبياً .

وقد تعرض تمييز البطلان النسبي عن البطلان المطلق ، كما ذهب اليه الفقه التقليدي ، لانتقادات كثيرة لأنه لا يتفق تماماً مع جميع معطيات القانون الوضعي . ولكن هل كان حقا من شأن هذه الانتقادات القضاء على التمييز بين نوعي البطلان ؟

لقد كتب المرحوم الأستاذ السنهوري الذي كان يرد حالات البطلان الى حالة واحدة هي حالة البطلان المطلق أنه : إذا كان أرجاع حالات البطلان كلها الى البطلان المطلق مما يتفق والمنطق القانوني الصحيح ، فإنه لا يطاوع الصياغة الفنية لنظرية البطلان التي تقتضي التمييز بين نوعي البطلان بالنظر لما يتميز به كل منهما من خصائص (٨٤) .

وذهب آخرون الى أن الأمراض المقارنة للعقد على نوعين : نوع يقضي على العقد لا محالة فيكون العقد بسببه باطلاً بطلانا مطلقاً ، ونوع آخر خفيف يمكن أن يبرأ العقد منه فيغدو سليماً . وهذا النوع يترتب عليه أن يصير العقد

قابلاً للابطال (أو باطلا بطلانا نسبياً) . ومن هنا تقسيم البطلان الذي يصيب العقد الى بطلان مطلق وبطلان نسبي (أو قابليته للابطال) (٨٥) .

ويقول الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : « ولكننا اذا نظرنا الى البطلان من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد ، وجدناه يتشكل نوعين : فهناك بطلان يلحق العقد منذ نشأته ، فهو يجعل العقد يولد ميتاً ، وبالأحرى ، هو يحول أصلاً دون ميلاده . وهناك بطلان لا يلحق العقد الا بعد فترة من الزمن ، طالبت أم قصرت . . . » (٨٦) .

ومن رأي البعض الآخر أن البطلان واحد ولكن التنوع يكون في الامراض أو العيوب التي يصاب بها العقد فتؤدي وجوباً أو جوازا الى بطلانه . ولا شك في سلامة مسلك التشريعات التي تجنبت الدخول في تقسيمات البطلان ولجأت الى تقسيم العقود بحسب انواع العيوب التي صاحبت نشأتها ، فأطلقت على البعض تسمية العقود الباطلة وعلى البعض الآخر العقود القابلة للابطال (٨٧) .

٥٥ — يتبين مما تقدم أنه حتى من وجهة نظر من ينادي بأن البطلان مرتبة واحدة لا تقبل التدرج فان هناك اختلافاً بين نوعين من البطلان أو بين طائفتين من العقود : العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً (أو الباطلة) والعقود الباطلة بطلاناً نسبياً (أو القابلة للابطال) ، أما لان الصياغة الفنية لنظرية البطلان تقتضي شيئاً من التنوع لمواجهة الحالات المتغيرة ، وأما لان بعض « العيوب » أو « الامراض » التي تلحق العقد تقضي عليه لا محالة ، والبعض الآخر يمكن أن يبرأ العقد منه ، وأما من حيث الوقت الذي يلحق فيه البطلان العقد ، فهناك عقود يصيبها البطلان منذ نشأتها وعقود أخرى لا يلحقها البطلان الا بعد فترة من الزمن .

اساس التمييز بين نوعي البطلان

٥٦ — فتمييز البطلان النسبي عن البطلان المطلق اذا كان قد تعرض للنقد فان ذلك لا يعني استبعاده من أجل ذلك . غير أن الإبقاء على هذا التمييز لا يعني أن البطلان على مراتب تتدرج بحسب خطورته ، فالبطلان

٨٥ — عبد الحمي حجازي ، منكرات في النظرية العامة للالتزام ، الكويت ، ١٩٧٢ ، ف ٧٥٩ .

٨٦ — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ف ١٥٣ .

٨٧ — انظر : جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ف ١٢٢ .

واحد لا يتدرج ، ولكن لانه في حقيقته يستند الى اختلاف المصالح التي يريد القانون حمايتها من تقرير البطلان . فاذا كانت القاعدة التي تقرر البطلان تهدف الى حماية مصلحة خاصة فان التصرف المخالف لهذه القاعدة يكون باطلا نسبيا كما لو كانت ارادة المتصرف مشوبة بعيب من عيوب الارادة ولهذا فلا يجوز ان يتمسك ببطلان العقد الباطل بطلانا نسبيا الا من تقرر البطلان حماية لمصلحته ولا يجاز الا باجازه . اما اذا كانت المصلحة المقصود حمايتها من تقرير البطلان مصلحة عامة ، فان الجزاء المقرر للتصرف المخالف للقاعدة التي تقرر هذا البطلان هو البطلان المطلق ، كما في حالة التعامل في شيء لا يجوز التعامل فيه ، او حالة عدم اتباع الشكلية التي يقررها القانون (٨٨) . ولذلك فان التمسك بالبطلان المطلق لا يقتصر على أحد المتعاقدين وانما يكون لكل ذي مصلحة ان يتمسك به وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها .

٢ - حالات البطلان النسبي

٤٧ — رايانا أن العقد يكون ، وفق النظرية التقليدية ، باطلا اذا فقد شرطا من شروط انعقاده . فاذا انعدم الرضا أو المحل أو السبب أو اذا لم يتوفر للعقد الشكل المقرر أو اذا لم يتم تسليم المعقود عليه في العقود العينية ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، وهذا ما تقضي به طبيعة الاشياء . وقد يكون العقد باطلا لان المصلحة العامة تقضي بذلك كما في حالة عدم مشروعية المحل أو السبب (٨٩) .

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا (أو القابل للإبطال) فهو عقد توفرت له أركان انعقاده ولكن الرضاء لم يكن صحيحا ، اما لنقص في أهلية أحد المتعاقدين واما لعيب شاب ارادته . وهكذا فان العقد يقع باطلا بطلانا نسبيا في إحدى حالتين رئيسيتين .

(١) اذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية بالنسبة للتصرف الذي أجراه .

٨٨ — انظر : ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ف ٧٠٣ — ٧٠٦ ، دوباج ، القانون المدني البلجيكي ، ج ١ ، بروكسل ، ١٩٥١ ، ف ٩٧ .

٨٩ — انظر : سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج ٢ ، في الالتزامات ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ١٨٦ — ١٨٧ .

(٢) اذا كانت ارادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الارادة وهي : الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال .

هاتان هما الحالتان الرئيستان اللتان يقع فيهما العقد باطلا بطلانا نسبيا (او قابلا للإبطال) في الفقه الغربي والتشريعات الحديثة بوجه عام(٩٠) والقوانين المدنية العربية الحديثة كالقانون المدني المصري بوجه خاص (٩١) والتقنيات التي أخذت عنه نظرية البطلان كقانون التجارة الكويتي (٩٢) على ما سنرى .

٤٨ — وبالإضافة الى هاتين الحالتين هناك أحوال أخرى يقضي القانون فيها ببطلان العقد بطلانا نسبيا كحالة بيع ملك الغير (م ٤٦٦ مدني مصري) ورهن ملك الغير رهنا رسميا ورهن حيازة (المادتان ١٠٣٣ و ١٠٩٨ مدني مصري) (٩٣) .

فيتضح من ذلك أن بطلان العقد بطلانا نسبيا لا يرجع الى المصلحة العامة بصورة مباشرة بل يرجع الى رغبة المشرع في حماية أحد المتعاقدين من عدم ادراكه لاهمية ما هو مقدم عليه من تصرف أو حمايته من خطر ما وقع فيه من غلط أو تدليس أو ما خضع له من اكراه أو ما تعرض له من استغلال ، أي انها في نهاية الامر ترجع الى حماية مصلحة خاصة بأحد طرفي العقد قدر المشرع بأنها جديرة بهذه الحماية .

وبعد أن تولينا التعريف بالبطلان وأنواعه وبيننا المقصود بالبطلان النسبي وحالاته ، ننتقل الى الكلام في احكام البطلان النسبي .

٩٠ — انظر مثلا المواد ١١١٠ و ١١١١ و ١١١٦ و ١١٢٥ من القانون المدني الفرنسي .

٩١ — انظر المواد ١١١ و ١٢٠ و ١٢٥ و ١٢٧ و ١٢٩ من القانون المدني المصري .

٩٢ — انظر المواد ١٢٠ و ١٢٢ و ١٢٤ و ١٢٦ و ١٣٦ من قانون التجارة الكويتي .

٩٣ — لم يعرض نص المادة ١٠٣٣ ف ٢ من القانون المدني المصري صراحة لوصف رهن ملك الغير رهنا رسميا ولكنه اكفى بالنص على انه : « اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان هذا العقد يصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن » (يطابق نص المادة ٥ ف ١ من قانون التامينات الكويتي) . ومع ذلك ، فان مما لا شك فيه ان رهن ملك الغير لا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا وانما يعتبر باطلا بطلانا نسبيا (او قابلا للإبطال) كما تقول المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري وكذلك المذكرة التفسيرية لقانون التامينات المعينة الكويتي (راجع : كتابنا التامينات المعينة ، مذكرات بالرونيو ، الكويت ، ١٩٧٤ ، ف ٢٩) .

المطلب الثاني حكم العقد الباطل بطلانا نسبيا

٤٩ — يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا ، الى ان يتقرر بطلانه ، عقد صحيح منتج لجميع اثاره التي تصد اليها المتعاقدان ، وهو يستمر كذلك ويستقر وجوده نهائيا اذا ما اجازته المتعاقد الذي تقرر البطلان حماية لمصلحته او اذا لم يستعمل هذا المتعاقد حقه في ابطال العقد خلال المدة التي يحددها القانون لذلك . اما اذا تقرر بطلانه فانه يأخذ حكم العقد الباطل بطلانا مطلقا . وعلى هذا فاننا سنعرض بايجاز لتقرير البطلان ، ثم لاجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا ، واخيرا لاثر التقادم على البطلان .

١ — تقرير البطلان

من له حق التمسك بالبطلان

٥٠ — قلنا ان العقد الباطل بطلانا نسبيا لم يتقرر بطلانه الا حماية لمصلحة احد المتعاقدين ، ولهذا يكون لهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الاخر ، التمسك ببطلان العقد (٩٤) . ولا يستطيع دائنو هذا المتعاقد او خلفه ، عاما كان او خاصا ، التمسك بالبطلان بمقتضى حق مباشر لهم ، وان كانوا يستطيعون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة . كما لا يجوز للمحكمة ان تقضي ببطلان مثل هذا العقد من تلقاء نفسها ومن غير طلب من المتعاقد صاحب الشأن . وهذا بخلاف العقد الباطل بطلانا مطلقا اذ ان التمسك بالبطلان المطلق جائز لكل من طرفي العقد ولا يقتصر على احدهما . ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها وفي اي مرحلة كانت فيها الدعوى لان البطلان متعلق بالنظام العام . كما يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان (٩٥) .

ولا يتم تقرير البطلان النسبي الا بالتراضي او بالتقاضي . ويشترط في حالة التراضي توفر الاهلية في كل من المتعاقدين . فاذا لم يتم الاتفاق بين المتعاقدين فانه لا يجوز لاي منهما ان ينفرد باعلان البطلان ، بل يتعين عليه ان يطلب الى القضاء ابطال العقد .

٩٤ — انظر المادة ١٣٨ مدني مصري ، والمادة ١٣٤ من قانون التجارة الكويتي .

٩٥ — انظر المادة ١٤١ مدني مصري ، والمادة ١٣٧ تجارة كويتي ، والمادة ١٤١ مدني عراقي .

اثر تقرير البطلان

٥١ — وإذا تقرر بطلان العقد زال كل اثر له (٩٦) سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، واعتبر العقد وكأنه لم يكن ، ووجب عندئذ إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد (٩٧) .

أولا — اثر تقرير البطلان فيما بين المتعاقدين

٥٢ — لا اشكال اذا لم يكن اي من المتعاقدين قد نفذ التزاماته ، اذ يعتبر الوضع الطبيعي السابق على التعاقد قائما بينهما ، فلا دائن ولا مدين ، ولا يكون لاي من المتعاقدين اجبار التعاقد الاخر على تنفيذ العقد . أما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان فيجب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وهذا يقتضي أن يرد كل متعاقد ما أخذ ويسترد ما أعطى . فاذا كان العقد بيعا ، مثلا ، وجب أن يرد المشتري المبيع الى البائع وأن يرد البائع الثمن ، اذا كان قد قبضه ، الى المشتري .

استثناءات

٥٣ — ولكن قاعدة وجوب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ترد عليها عدة استثناءات منها ما تقتضيه طبيعة الاشياء لاستحالة تنفيذ الالتزام بالرد تنفيذا عينيا أو ماديا ، ومنها ما يقضي به القانون بنصوص صريحة (٩٨) .

٩٦ — عدا بعض الآثار العرضية التي تتمثل بنظريتي تحول العقد وانقاصه ، وبعض الآثار الأصلية التي تترتب لا نزولا على إرادة المتعاقدين ولكن رعاية للمظهر القائم لا سيما اذا اقترن هذا المظهر بحسن النية (راجع في تفصيل ذلك : السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٣١٢ ، كتابنا مصادر الالتزام ، ف ٦١٥ وما بعدها) .

٩٧ — انظر المادة ١٤٢ ف ١ مدني مصري ، والمادة ١٣٨ ف ١ تجارة كويتي ، والمادة ١٣٩ ف ٢ مدني عراقي .

٩٨ — راجع في تفصيل ذلك : السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٣٣٧ وما بعدها ، عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، بيروت (بدون تاريخ) ص ٣٩٩ — ٤٠١ ، كتابنا مصادر الالتزام ، ف ٥٨٨ وما بعدها .

٥٤ — (١) استحالة الرد : فقد يصبح الرد مستحيلا في بعض الاحوال ما لهلاك العقود عليه كهلاك العين المباعة في يد المشتري ، وبخطأ منه ، أو لان العقد من العقود المستمرة التنفيذ كالإيجار وانتفع المستأجر بالعين المأجورة قبل تقرير البطلان فيستحيل اعمال الاثر الرجعي للبطلان ، فيقتصر اعمال قاعدة الرد على التعويض (٩٩) ، فيلزم المشتري بتعويض البائع بقيمة الشيء وقت الهلاك ، ويلزم المستأجر بتعويض عن المنفعة التي حصل عليها ويقدر التعويض على أساس أجر المثل لا على أساس الاجرة المتفق عليها في العقد ، وبالتالي فلا يكفلها امتياز المؤجر (١٠٠) وقد يكون ما اداه أحد المتعاقدين عمل قام به لمصلحة الآخر فيستبدل بالرد العيني تعويض يعادله ، وهذا التعويض يقدر بأجر المثل وليس بالأجر المتفق عليه .

٥٥ — (٢) اثار الحيازة : وقد تقيد اثار الحيازة من اعمال الاثر الرجعي للبطلان اذا ترتب على العقد الذي تقرر ابطاله انتقال حيازة شيء من أحد الطرفين الى الآخر . فللحائز أن يتمسك بكسب ملكية العقار بالتقادم العادي ، ومدته خمس عشرة سنة ، كما أنه ، اذا كان حسن النية ، يستطيع أن يحتفظ بالثمار فلا يلزم بردها الا من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية أي من الوقت الذي يعلم فيه بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، أو من الوقت الذي يرفع فيه صاحب الحق الدعوى عليه يطالبه فيها بحقه (١٠١) .

٥٦ — (٣) حالة نقص الاهلية : فالعقد الذي يبرمه ناقص الاهلية يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحته . فاذا قضت المحكمة ببطلان العقد بناء على طلبه فانه يسترد ما كان قد سلمه للمتعاقد الآخر ، أما هو فانه لا يلتزم بالرد الا بمقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (١٠٢) . فناقص الاهلية يستثنى من قاعدة وجوب الرد بسبب البطلان لانه لا يلزم بأن يرد غير ما

٩٩ — انظر المادة ١٤٢ ف ١ مدني مصري ، والمادة ١٣٨ ف ١ تجاري كويتي ، والمادة ١٣٨ ف ٢ مدني عراقي .

١٠٠ — انظر مثلا المادة ١١٠ من قانون التامينات العينية الكويتي .

١٠١ — انظر المادتين ٩٦٦ و ٩٧٨ من القانون المدني المصري ، والمادة ١١٦٥ من القانون المدني العراقي وراجع كتابنا حق الملكية ، ف ٣٠٦ وما بعدها .

١٠٢ — انظر المادة ١٤٢ ف ٢ مدني مصري ، والمادة ١٣٨ ف ٢ تجاري كويتي ، والمادة ١٣٨ ف ٣ مدني عراقي .

عاد عليه من منفعة . ومن مقتضى ذلك أن المتعاقد ناقص الاهلية اذا كان بائعا فانه لا يلزم برد الثمن الذي قبضه ، وانما يلزم فقط برد ما عاد عليه من منفعة من قبض هذا الثمن . كما لو اشترى بالثمن الذي قبضه عقارا أو انفقته في تعليم نفسه أو وفى ديناً في ذمته ، فانه يلزم في مثل هذه الاحوال برد الثمن كاملاً . ولكنه قد يبدد الثمن الذي قبضه فيما لا يعود عليه بالنفع ، كما لو قامر به أو انفقته على ملذاته ، فانه لا يلتزم في هذه الحالة برد شيء . على أنه لو صرف جزءاً من مبلغ الثمن الذي قبضه في وفاء دين عليه وصرف الباقي فيما لا نفع له فيه ، فانه يلزم فقط برد قدر الدين الذي أوفاه .

وليس على القاصر اثبات انتفاء المنفعة التي عادت عليه من تنفيذ العقد ، بل يقع على الطرف الثاني عبء اثبات مقدار ما عاد من منفعة على القاصر حتى يتمكن من الاسترداد . والعلة الرئيسية في الحكم الخاص بالتزام القاصر بالرد في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد هي أن الزامه برد الثمن معناه تعجيزه عن طلب الإبطال وبذلك تكون الحماية التي قررها له القانون ، ممثلة في جواز طلب ابطال العقد ، حماية صورية (١٠٣) .

ويلاحظ أن الحكم المتقدم ليس سوى تطبيق لقاعدة عامة أوردتها التقنيات العربية عند الكلام في المدفوع دون حق . فقد قضت المادة ١٨٦ من قانون التجارة الكويتي ، مثلاً ، بأنه : « اذا لم تتوافر اهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ، لم يكن ملزماً الا بالقدر الذي اثرى به » (١٠٤) .

(٤) وهناك استثناء آخر أوردته بعض التشريعات على قاعدة استرداد كل طرف لما اعطاه وهو خاص بالبطلان المطلق لعدم المشروعية (١٠٥) .

١٠٣ — انظر : ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ف ٧٥٧ .

١٠٤ — تطابق المادة ١٨٦ مدني مصري وتقابل المادة ٢٢٤ مدني عراقي .

١٠٥ — فاذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذا لعقد باطل لعدم مشروعية المحل أو السبب ، فإن منطق البطلان يقضي بتمكين المتعاقد الأول من استرداد ما اعطى . فاذا تمهد شخص بان يدفع لآخر مبلغاً معيناً نظير ارتكاب جريمة معينة ، ودفع له المبلغ بالفعل ، ولم ينفذ الطرف الثاني الجريمة ، فهل يجوز للطرف الأول أن يلجأ الى القضاء مطالبا باسترداد ما دفع ؟ كانت هناك في القانون الروماني قاعدة قديمة تقضي بأنه لا يجوز ملوئ اليد أن يطالب بحماية القضاء وبالتالي ما كان له المطالبة باسترداد ما دفع لان عدم المشروعية آت من ناحيته ، كمن يدفع لبغي مبلغاً من المال مقابل اتصاله بها اتصالاً غير مشروع ، أو هو شريك فيه ، كالمقاضي الذي يرتشي ليصدر حكماً غير عادل . فدعوى الاسترداد

ثانياً — أثر تقرير البطلان بالنسبة للغير

٥٧ — ويقصد بالغير هنا كل من تلقى من العاقد حقاً على الشيء محل العقد . والقاعدة العامة في هذا الشأن هي أن لتقرير البطلان أثر بالنسبة للغير . فآثر البطلان لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يجاوزهما الى الغير ، وذلك تأسيساً على قاعدة قانونية مؤداها أنه متى زال حق المتصرف زال حق المتلقي أو على قاعدة أخرى تقرر بأن فاقد الشيء لا يعطيه، فيترتب على بطلان عقد المتصرف بطلان العقود الأخرى التي يجريها المتصرف إليه ، أو على الأقل انعدام أثرها في نقل الحق المتصرف فيه ، وهو ما يسمى بالآثر العيني للبطلان الذي يجعله سارياً في مواجهة الكافة (١٠٦) . فلو اشترى شخص عينا معينة ورهنها عند آخر أو رتب عليها حق انتفاع ثم تقرر بطلان عقد البيع ، فإن حقوق الدائن المرتن أو المنتفع تزول ويسترد البائع العين المبيعة خالية مما رتب عليها المشتري من حقوق للغير .

٥٨ — على أن المشرع ، جرياً منه على حماية الغير حسن النية ، لم يسلم بهذه النتيجة المنطقية دائماً ، بل أورد على القاعدة المتقدمة بعض الاستثناءات التي تخفف من حدتها ، فأبقى على حق الغير رغم زوال حق المتصرف ، ومن أمثلة ذلك :

لم تكن لتثبت ، طبقاً لهذه القاعدة ، إلا إذا كان من يطالب به غير ملوث اليد ، كما لو دفع شخص مبلغاً من المال ليمتنع الطرف الآخر عن ارتكاب جريمة . وقد أقرت بعض التشريعات الحديثة القاعدة الرومانية ، كتقنين الالتزامات السويسري (م ٦٦) والقانون المدني الألماني (م ٨١٧) والقانون المدني الإيطالي (م ٢٠٣٥) والقانون النمساوي (م ١١٧٤) والقانون المدني السوفييتي (م ١٤٧ و م ٤٠٢) . كما ذهب بعض الفقهاء المسلمين إلى وجوب حرمان الطرف الملوث من استرداد ما دفع ليكون ملكاً لمخزينة الدولة تنفقه في الأغراض الخيرية (الدونة الكبرى ، ج ١١ ، ص ٦٨) .

أما التقنينات العربية كالقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي وقانون التجارة الكويتي فقد أغفلت الأخذ بهذا الحكم ، ولذلك فإن الاسترداد لعدم المشروعية يظل ممكناً في ظل هذه التقنينات ، كما هو الحال بالنسبة لأحوال البطلان الأخرى (راجع في تفصيل ما تقدم : ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ف ٧٦١ — ٧٦٣ ، السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٢٨ و الهامشين ٢ و ٤ ص ٥٣٦ ، عبد المجيد الحكيم ، نظرية العقد ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ف ٧٣٢ — ٧٣٨ ، كتابنا مصادر الالتزام ، ف ٥٩٢ — ٥٩٤) .

١٠٦ — انظر : جميل الشراكوي ، المرجع السابق ، ه ٤ ص ٣٧٨ — ٣٧٩ .

(١) ما قضت به المادة السادسة من قانون التأمينات العينية الكويتي بأنه : « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » (١٠٧) . فإذا كان الراهن قد اشترى العقار المرهون بعقد قابل للإبطال وتقرر ابطاله فإن الرهن يبقى لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية فله أن يتمسك بالرهن في مواجهة المالك الأصلي رغم أن الرهن لم يصدر منه (١٠٨) .

(٢) ما قضت به المادتان ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقاري المصري لسنة ١٩٤٦ بشأن تنظيم تسجيل صحائف دعاوى بطلان العقود وغيرها وبشأن عدم سريان أحكام دعاوى البطلان على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحائف دعاوى البطلان .

ذلك أن التسجيل لا يمنع من طلب الحكم ببطلان البيع لعيب في الإرادة مثلا . ولكن لما كان يترتب على الحكم بالبطلان الأضرار بالغير حسن النية الذي تعامل مع المشتري في العقار المبيع في الفترة ما بين التسجيل والحكم بالبطلان فقد أوجب قانون الشهر العقاري شهر الدعاوى التي يراد منها الطعن في عقد البيع من حيث وجوده أو صحته حتى يعلم الغير بهذه الطعون . وجعل أثر شهر هذه الدعاوى أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعاوى (١٠٩) .

(٣) وقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » المقررة في القوانين الحديثة (١١٠) قد تعطل تطبيق القاعدة القاضية بسقوط الحقوق التي رتبها

١٠٧ - تطابق المادة ١٠٢٤ من القانون المدني المصري . ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي .

١٠٨ - راجع كتابنا في التأمينات العينية ، ف ٢٤ .

١٠٩ - راجع : محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ١١٨ ، عباس الصراف ، المرجع السابق ، ف ٥٩٨ .

١١٠ - انظر مثلا : المادة ٩٧٦ ف ١ من القانون المدني المصري ، والمادة ١١٦٣ ف ١ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي ، والمواد ٩٣٠ - ٩٣٤ من القانون المدني السويسري .

المتصرف للغير . فاذا اشترى شخص منقولا وباعه لآخر حسن النية وسلمه اياه ، ثم تقرر بطلان عقد المتصرف فان حيازة المشتري لهذا المنقول تحول دون استرداد البائع الاول للمنقول المباع منه لانه يستطيع أن يدفع مطالبة البائع الاول بتملكه المنقول بالحيازة (١١١) .

٢ — اجازة العقد الباطل بطلانا نسبيا

٥٩ — العقد الباطل بطلانا مطلقا عقد معدوم ، ولذلك فلا يمكن أن تلحق مثل هذا العقد اجازة لان الاجازة لا تحيل العدم الى وجود (١١٢) . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا (أو القابل للإبطال) فهو عقد له وجود قانوني ويرتب جميع اثاره وأن كان مهددا بالزوال . ذلك أن المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته اما أن يتمسك بحقه في طلب ابطال العقد ، فيقتضى به ، وعندئذ يزول العقد بجميع اثاره بأثر رجعي ، واما أن يتنازل عن طلب البطلان . وتنازله هذا هو ما يدعى بالاجازة .

شروط الاجازة وصورها

٦٠ — والاجازة تصرف من جانب واحد فلا حاجة الى قبولها من الطرف الاخر حتى تترتب عليها اثارها ، كما انها لا يمكن الرجوع فيها .

ويلزم لصحة الاجازة ، باعتبارها تصرفا قانونيا ، أن تكون خالية من عيوب الارادة ، ومن بينها العيب الذي لحق العقد ، وان يكون المجيز كامل الاهلية ، والا لوقعت الاجازة معيبة هي الاخرى .

ولما كانت الاجازة وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة فانها قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية . ولا يشترط في الاجازة الصريحة شكل خاص .

١١١ — لا تقر مجلة الاحكام العدلية بدور الحيازة في كسب الملكية وان اقترنت بحسن النية والسبب الصحيح اذا وردت على غير المباح من الاشياء . أما قانون التجارة الكويتي فقد أخذ بقاعدة الحيازة سند الملكية وذلك في المادة ٣٨٢ منه . كما ان المادة ١٠٠ ف ١ من قانون التأمينات العينية الكويتي قد اشارت للآثر المسقط لهذه القاعدة (راجع في تفصيل ذلك : كتابنا حق الملكية ، ف ٢٩٦ و ٢٩٧) .

١١٢ — وفي ذلك تقضي المادة ١٤١ ف ١ مدني مصري ، والمادة ١٣٧ ف ١ تجاري كويتي بانـه « ... ولا يزول البطلان بالاجازة » .

غير أنه إذا كان العقد المراد إجازته عقدا شكليا ، كالرهن الرسمي مثلا ، فإنه يشترط أن تكون الإجازة في ورقة رسمية . أما الإجازة الضمنية فإنها تستخلص من وقائع تدل بوضوح على اتجاه نية العاقد الى إجازة العقد ، كما لو نفذ العقد مع علمه بالعيب الذي يشوبه ، أو صدر منه ما يفيد نزوله عن حقه سواء كان هذا في صورة عمل مادي كبنائه على الأرض التي اشتراها ، أو كان ذلك في صورة تصرف قانوني كما لو تصرف القاصر في المبيع بعد بلوغه سن الرشد .

أثر الإجازة

٦١ — وإذا أجزى العقد الباطل بطلانا نسبيا ، استقر وجوده نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال ، وسقط حق المتعاقدين في طلب إبطاله بعد ذلك .

وللإجازة أثر رجعي ينسحب على الماضي (١١٣) ، فيعتبر العقد صحيحا من وقت انعقاده لا من وقت إجازته (١١٤) . ولكن هذا الأثر الرجعي لا يكون ، بحسب النصوص القانونية (١١٥) ، الا فيما بين المتعاقدين ، أما بالنسبة للغير فليس للإجازة مثل هذا الأثر . ويترتب على ذلك ، أنه لو باع قاصر ، مثلا ، عينا ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته البيع رهن العين المبيعة أو باعها لآخر ، فإذا أجاز البيع الاول ، فإن إجازته هذه لا تؤثر في الحق الذي اكتسبه الدائن المرتهن أو المشتري الثاني على العين .

ولكن الإجازة لا تزيل سوى العيب الذي قصد المتعاقدين إزالته بها . فإذا تعددت العيوب وأجاز المتعاقدين العقد بالنسبة لواحد منها بقي باب الطعن مفتوحا بالنسبة للعيوب الأخرى . فلو شاب إرادة المتعاقدين إكراه وغلط مثلا ،

١١٣ — انظر المادة ١٢٩ ف ٢ مدني مصري ، والمادة ١٣٥ ف ١ تجاري كويتي .

١١٤ — وينتقد بعض الفقهاء بحق استناد الإجازة الى تاريخ انعقاد العقد . ذلك أن هذا الأثر الرجعي للإجازة لا يقدم ولا يؤخر ، فالعقد قبل إجازته كان صحيحا ومنتجا لجميع آثاره . ولا يمكن فهم أثر الإجازة الا بالنسبة الى المستقبل ، لأن من شأنها أن تزيل عن العقد مستقبلا خطر الإبطال الذي كان يهدده قبل إجازته . (انظر : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، هـ ٤١ ص ٢٧٤) .

١١٥ — فقد نصت المادة ١٣٥ ف ٢ من قانون التجارة الكويتي على أنه : « وتستند الإجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير » .

ثم أجاز العقد للاكراه فانه يستطيع أن يطالب بإبطاله بسبب الغلط (١١٦) .

٣ — اثر التقادم على البطلان النسبي

٦٢ — الاصل أن العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم ، والعدم لا ينقلب الى وجود مهما طال عليه الزمن . والنتيجة المنطقية التي تترتب على ذلك هي عدم سقوط دعوى البطلان بالتقادم . على أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد سارا ، منذ سنة ١٨٧٩ ، على وجوب اخضاع دعوى البطلان للقواعد العامة في التقادم حماية للامن الاجتماعي وحفاظا على الاوضاع التي استقرت زمننا طويلا (١١٧) . وقد أخذ القانون المدني المصري بما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ، ففضى في المادة (١٤١ ف ٢) بسقوط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد . وبهذا أخذ أيضا قانون التجارة الكويتي في المادة (١٣٧ ف ٢) (١١٨) .

على أن ذلك لا يعني أن العقد الباطل بطلانا مطلقا ينقلب بمضي المدة الى عقد صحيح ، فهو عدم ، والعدم لا يمكن بعثه ، وانما يقصد بذلك عدم جواز سماع الدعوى التي ترفع لتقرير البطلان وما يترتب على ذلك من وجوب اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

٦٣ — أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فمعقد له وجود قانوني ويرتب جميع اثاره حتى يقضى ببطلانه بناء على طلب من شرع البطلان لمصلحته . فيجب على من له الحق في التمسك بإبطاله أن يستعمل هذا الحق خلال المدة التي يحددها القانون لذلك . فاذا انقضت هذه المدة دون أن يستعمل صاحب

١١٦ — راجع في تفصيل ما تقدم : أوبري ورو ، المطول في القانون المدني الفرنسي ، ج ٤ ، ، باريس ، ١٩٥١ ، ص ٣٨٦ وما بعدها ، ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، ف ٧٢٧—٧٥٣ ، السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٣١٦—٣١٩ ، أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٢ ، ف ٢٤٥—٢٥٠ .

١١٧ — فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في مايو ١٨٧٩ بتقادم دعوى البطلان بمرور ثلاثين سنة (انظر : دالوز . ١٨٨٠—١—١٤٥) .

١١٨ — أما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه نص مماثل . وعلى هذا يمكن القول بعدم تقادم دعوى البطلان في القانون المدني العراقي (راجع كتابنا مصادر الالتزام ، ف ٦٠٩) .

الحق حقه عد متنازلا عن هذا الحق ، وامتنع عليه بعد ذلك طلب ابطال العقد سواء بطريق الدعوى او عن طريق الدفع .

فاذا سقط الحق في التمسك ببطلان العقد فانه يعتبر في حكم المجاز وتتأكد صحته من يوم ابرامه وليس فقط من يوم تمام مدة التقادم ، ذلك ان للتقادم ، كالاجازة ، اثر رجعي ، وان كان يختلف عنها من حيث ان التقادم في استناده الى الماضي يؤثر في حقوق الغير . فاذا باع قاصر عينا ، وبعد بلوغه سن الرشد ، وقبل تقادم البطلان رتب على العين حقا عينيا كحق ارتفاق مثلا ، ثم اكتملت مدة التقادم ، فان ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بأي حق (١١٩) . وهذا هو عكس ما هو مقرر في حالة الاجازة ، فقد راينا انها لا تتناول ما يكون قد تقرر للغير من حقوق .

فيلاحظ الفرق الجوهرى بين تقادم دعوى البطلان المطلق والبطلان النسبي . ففي حين يقصد بتقادم دعوى البطلان في العقد الباطل بطلانا مطلقا عدم جواز سماع الدعوى التي ترفع لتقريره اما العقد فانه يبقى باطلا ولا يصححه التقادم ، يكون من شأن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل بطلانا نسبيا ان يستقر وجود العقد نهائيا ويبقى مرتبا لجميع اثاره بوجه بات . مدة التقادم

٦٤ — القاعدة العامة في القانون الفرنسي ان مدة التقادم هي (٣٠) سنة (م ٢٢٦٢ مدني فرنسي) . ولكن المشرع الفرنسي رأى ان هذه المدة طويلة يبقى العقد خلالها غير مستقر فمضى بسقوط دعوى البطلان النسبي بعشر سنوات (م ١٣٠٤) .

اما المشرع المصري وكذلك المشرع الكويتي فقد جعلوا هذه المدة ثلاث سنوات (م ١٤٠ ف ١ مدني مصري و م ١٣٦ ف ١ تجاري كويتي) . أما المشرع العراقي فهو وان لم يأخذ بنظرية البطلان النسبي ، بل بنظرية العقد الموقوف ، فانه قد امكن بتقصير مدة استعمال خيار اجازة العقد الموقوف او نقضه فجعلها ثلاثة اشهر (م ١٣٦ ف ٢ مدني عراقي) .

١١٩ — راجع في تفصيل ذلك : السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ف ٣٢١ ، انور سلطان ، المرجع السابق ، ف ٢٥٣ ، أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ف ٢٦٩ .

المبحث الثالث

المفاضلة بين نظرية توقف العقود ونظرية البطلان النسبي

٦٥ — رأينا أن العقد الموقوف يحتل ، في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، المكان الذي يحتله العقد الباطل بطلانا نسبيا في الفقه الغربي والتشريعات الغربية والعربية كالقانون المدني المصري ، ولكنه صورة عكسية منه : ففي حين أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر حتى ينفذ بإجازة من له حق الإجازة ، أما قبل ذلك فهو في حالة سبات ، قد يفيق منه إذا أجاز ، وقد يموت إذا رد أو نقض ، نجد أن العقد الباطل بطلانا نسبيا عقد صحيح منتج لكل أثاره حتى يتقرر بطلانه بناء على طلب من شرع هذا البطلان حماية لمصلحته .

ولو أردنا المفاضلة بين النظريتين لوجدنا أن النظرية الاسلامية في توقف العقود ترجح النظرية الغربية في البطلان النسبي ، ويتضح ذلك من المناظرة بين أهم حالات توقف العقود في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي وبين ما يقابلها من حالات البطلان النسبي في الفقه الغربي والتشريعات التي أخذت عنه .

٦٦ — فتصرفات ناقص الاهلية الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع ،

تعتبر في الفقه الاسلامي موقوفة على إجازة من له حق الإجازة ، أما في الفقه الغربي فإنها تعتبر باطلة بطلانا نسبيا . ولا شك أن عدم نفاذ تصرفات ناقص الاهلية قبل أن تلحقها الإجازة خير من القول بنفاذها ثم إبطالها بعد ذلك بناء على طلب وليه أو طلبه هو بعد بلوغه سن الرشد . وقد كتب المرحوم الاستاذ السنهوري بشأن هذه الحالة يقول : « واضح أن الاولى — والصبي غير كامل التمييز ومظنة الضرر المحتمل لحوقه به من التصرف مظنة راجحة — أن يقف عقده حتى يتبين وليه نفع هذا العقد ، أو حتى يتبين هو ذلك بعد بلوغه سن الرشد ، فالفقه الاسلامي في صناعته هنا أرقى من الفقه الغربي » (١٢٠) .

١٢. — السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣٠٥ . وانظر في هذا المعنى أيضا : حسن علي الفنون ، أصول الالتزام ، ص ١٢١ .

٦٧ — هذا من جهة ناقص الاهلية . اما من جهة من تعاقد مع ناقص الاهلية فان الاخذ بنظرية البطلان النسبي يبدو بالنسبة اليه اَوْخَم عاقبة مما لو اخذنا بنظرية العقد الموقوف . ذلك انه في حالة تقرير بطلان العقد ، يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد . ووجدنا ان هناك استثناء هاما يرد على هذه القاعدة ، وهو أن ناقص الاهلية لا يلزم الا برد قيمة ما عاد عليه من منفعة جراء تنفيذ العقد (١٢١) .

حقا ان هذا الحكم قد تقرر بقصد توفير الحماية لناقص الاهلية كما انه يعتبر بالنسبة لمن تعاقد معه بمثابة الجزاء ، ولكنه حكم استثنائي فيه خروج على القواعد التي تحكم البطلان وتشدد في حق من تعاقد مع ناقص الاهلية (١٢٢) . افما كان يكفي هذا المتعاقد جزاء أن يواجه بابطال العقد وتفويت الصفقة عليه وما كان يمكن أن يحققه له من كسب ؟

٦٨ — وحتى في غير حالة ناقص الاهلية ، والاخذ بحكم القاعدة العامة القاضية باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد والتزام كل من الطرفين برد ما كان قد تسلمه من الآخر ، يمكن التساؤل عن هذا الحكم ومدى انطباقه على الواقع خاصة في حالة تعذر الرد أو استحالة لاي سبب من الاسباب التي سبقت الاشارة اليها . فقد رأينا أن القوانين الحديثة تجيز الحكم بتعويض معادل اذا استحال الرد لهلاك العين المباعة ، مثلا . فاذا كان الهلاك بقوة قاهرة ، وجب أن يرد البائع الثمن الذي قبضه الى المشتري ، أما البائع فلا يستقرده شيئا . فهل هناك حقا اعادة للحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ؟ وحتى اذا التزم الطرف الآخر بتعويض معادل ، فهل سيكون من شأن هذا التعويض أن يرد الحال الى ما كانت عليه ؟ فاذا كان الهلاك بسبب يعزى الى المشتري ، فانه يلتزم بدفع قيمة المبيع وقت هلاكه . وفي جميع الاحوال ، لا يمكن أن يقوم التعويض ، أو التنفيذ بمقابل ، مقام التنفيذ العيني للالتزام . فالتعويض ، مهما كان عادلا ، لا يمكن أن يرد الحال الى ما كانت عليه قبل

١٢١ — راجع ما سبق ، ف ٥٦ .

١٢٢ — وفي مقابل هذا التشدد في حق من تعاقد مع ناقص الاهلية نجد أن المشرع يتساهل مع ناقص الاهلية ويقرر له الحماية ولو كان سيء النية ؛ فالقانون المدني العراقي مثلا لا يلزم ناقص الاهلية الا برد ما كسبه ، في حالة المدفوع له دون حق ، حتى لو كان سيء النية (م ٢٣٤ ف ١ مدني عراقي) .

التعاقد ، لان التعويض في معظم حالاته لا يعدو أن يكون « ترسيصة » أو « اختيارا لاهون الشرين » !

أما اذا كان العقد من العقود المستمرة التنفيذ ، كالإيجار ، فان استحالة الرد واضحة تماما ، كما رأينا ، فهل يكون الحكم بالتعويض ، أيا كان مقداره ، ردا للحالة الى ما كانت عليه ، أم تأكيدا لها للفترة التي أنتج العقد خلالها اثاره؟

ومن هنا يتضح اننا لو أخذنا بنظرية توقف العقود لما كان العقد منتجا لاثاره ، ولما التزم كل من المتعاقدين بأن ينفذ التزاماته ، ثم اذا ابطال العقد يطالب كل منهما برد ما كان قد تسلمه تنفيذا للعقد وما قد يترتب على ذلك من اشكالات . ولا يحتاج علينا هنا بأن من هذه الاشكالات ما قد يتحقق في بعض حالات العقد الموقوف ، ونعني بذلك بيع الفضولي . فقد رأينا أنه اذا كان المبيع قد سلم الى المشتري ، وهلك بدون تعد منه ، فللمالك أن يضمه قيمته أو يرجع بها على الفضولي أيهما شاء (١٢٣) ، ذلك أن المالك لا يرجع على المشتري أو على الفضولي باعتباره طرفا في عقد أنتج اثاره ونفذت الالتزامات الناشئة عنه ثم التزم كل من المتعاقدين باعادة ما كان قد تسلمه ، كما هو الحال في عقد تقرر بطلانه أو فسخه . فالمالك لم يكن طرفا في العقد الذي تم بين الفضولي ومن تعاقد معه (المشتري) ، وانما يثبت له حق الرجوع هذا بمقتضى القواعد العامة في الغصب . فالفضولي بتسليمه المبيع الى المشتري يكون غاصبا ، فاذا كان المغصوب قد هلك كان للمالك (المغصوب منه) الخيار بين تضمين الغاصب (الفضولي) وبين تضمين ذي اليد (المشتري) (١٢٤) .

٦٩ — ولا ريب كذلك في أن النظرية الاسلامية في توقف العقود تفضل النظرية الغربية في العقد الباطل بطلانا نسبيا في حكم تصرفات الفضولي كما في بيع ملك الغير . فالقول بأن تصرف الفضولي موقوف على اجازة المالك واضح ومنطقي ، بخلاف الحال بالنسبة لبيع ملك الغير في الفقه الغربي ، ذلك أن لهذا التصرف وجهان : فهو قابل للإبطال بالنسبة للمشتري الذي يشتري عينا لا يملكها البائع ، وهو غير سار في حق المالك الحقيقي الذي لم يشترك في التصرف . فلما كان المشتري ، وهو من تقرر البطلان لمصلحته ، يملك ابطال

١٢٣ — راجع ما سبق ف ٢٥ .

١٢٤ — راجع : منير القاضي ، شرح المجلة كتاب الغصب والاتلاف ، بغداد ، ١٩٣٩ ، ص ٢٥ — ٢٦ .

العقد فانه يملك اجازته كذلك . ومع ذلك يبقى العقد غير سار في حق المالك الحقيقي الا باجازه . فاذا اجازه نفذ في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد . وفي هذا خروج على الصناعة القانونية ، ذلك ان الذي يبطل أو يجيز العقد الباطل بطلانا نسبيا هو العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فحسب ، وهنا يكون للمالك الحقيقي ، وهو ليس طرفا في العقد ، أن يجيز العقد فيصح في حق من تقرر البطلان لمصلحته اصلا وهو المشتري . وهذا أمر يصعب تفسيره (١٢٥) . ومن الواضح أن الاخذ بفكرة العقد الموقوف التي تجعل العقد غير نافذ في حق طرفي العقد ، البائع والمشتري ، وفي حق المالك الحقيقي في وقت واحد تجنبنا كل هذه الصعوبات .

٧. — ولا شك أيضا ان العقد الموقوف يفضل العقد الباطل بطلانا نسبيا من حيث اثر الاجازة أو تقرير البطلان .

فقد رأينا أن العقد الموقوف لا ينتج اثرا حتى ينفذ بالاجازة ، اما العقد الباطل بطلانا نسبيا فمنتج لكل اثاره حتى يبطل . فاذا اجيز العقد الموقوف افاق من سباته وأنتج اثاره ، لا من وقت صدور الاجازة فحسب ، بل من وقت ابرام العقد . فالاجازة احياء للتصرف وما يترتب على ذلك من نتائج . فهي اعتراف بحقيقة وجود العقد ومداواة لشلل اصابه في فترة التوقف — على قصرها في القانون العراقي — واعتباره منتجا لاثاره من يوم وجوده . أما اذا استعمل صاحب الحق حقه في نقض العقد أو رده حقه هذا فان ذلك لا يغير من واقع الامر شيئا ، ولا يؤدي الى الاضرار بأحد طالما ان اثار العقد ظلت « مجمدة » طيلة فترة توقفه .

اما ابطال العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو قضاء عليه وعلى اثاره التي سرت من يوم انعقاده حتى يوم ابطاله ، ويكون ذلك بأثر رجعي يصعد الى يوم انعقاده ، بحيث يعتبر العقد وكأنه لم يكن . وفي ذلك ، الى جانب النتائج التي تترتب على البطلان ، نكران لحقيقة عاشت فترة من الزمن ، قد تطول لسنوات ، وازالة لاثار تترتب على العقد منذ نشوئه وظلت سارية على امتداد تلك الفترة . أما اذا اجيز العقد فان اثر هذه الاجازة يقتصر على ازالة خطر البطلان الذي كان يتهده ولا اثر لها على سريان اثار العقد التي كانت قد بدأت بالسريان قبل صدورها (١٢٦) .

١٢٥ — انظر : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٠٦ .

١٢٦ — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ف ١٨١ .

قد يقال بأن هناك نظماً أخرى تؤدي كذلك إلى إزالة العقد بأثر رجعي كالفسخ بصوره المختلفة وتترتب على ذلك ذات النتائج التي تترتب على إبطال العقد الباطل بطلاناً نسبياً . وهذا صحيح بقدر ما يتعلق الأمر بأثر الفسخ والبطلان . ولكن ينبغي في الوقت نفسه ألا يغرب عن البال اختلاف النظامين من حيث الأساس . فالفسخ نظام يقرره القانون جزاء لخلل أحد المتعاقدين بالتزامه ، وهو كذلك وسيلة من وسائل الضمان يستطيع الدائن بواسطتها المحافظة على حقوقه التي أصبحت عرضة للضياع . وهذا يفترض بالضرورة أن العقد قد نشأ صحيحاً وناظراً ، في حين أن العقد الباطل بطلاناً نسبياً قد نشأ وفيه خلل في التكوين ، أو أنه قد نشأ مريضاً (١٢٧) .

سلبات نظرية التوقف

٧١ — على أنه إذا كان ما تقدم من إجابيات النظرية الإسلامية في توقف العقود ، وهي ترجحها ولا شك على النظرية الغربية في البطلان النسبي ، فهناك مع ذلك ما يؤخذ على النظرية الإسلامية بحيث يمكن اعتباره من سلبياتها .

٧٢ — فأول ما يلاحظ على نظرية توقف العقود عدم تحديد مدة يبقى خلالها العقد موقوفاً وتقرير مصيره بانقضائها . ولا شك أن من شأن ذلك إطالة المدة التي يبقى خلالها العقد مشلولاً وما ينجم عن هذه الحالة غير المستقرة من عاقبة لتداول الأموال وتعطيل الانتفاع بها (١٢٨) .

على أن هذا المأخذ لا ينسحب على جميع المذاهب الإسلامية . ففي مذهب مالك إذا باع أحد مال غيره وكان المالك حاضراً مجلس البيع وسكت اعتبر سكوته إجازة . أما إذا كان المالك غائباً وبلغه البيع فسكت عاماً من وقت

١٢٧ — عبد الحي حجازي ، الالتزام ، ص ٥٤ .

١٢٨ — وقد حاول فقهاء الحنفية معالجة هذه الحالة بأن جعلوا لمن تعاد مع الفضولي والفضولي نفسه نسخ العقد والتخلص من حالة عدم الاستقرار هذه بشرط أن يكون ذلك قبل إجازة العقد من صاحب الحق (راجع : محمضاني ، ج ١ ، ص ٧٤ هـ ١ والفقهاء المشار إليهم) . ولكن يلاحظ أن فسخ العقد يؤدي إلى القضاء عليه فإذا أريد بقاؤه لا يكون للمتعاقد من سبيل سوى انتظار صدور الإجازة وليس لهذه الإجازة وقت معلوم (انظر : السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٠٧) .

علمه اعتبر سكوته بعد مضي العام اجازة ولزمه البيع (١٢٩) .

٧٣ — ويلاحظ كذلك تشدد الفقه الاسلامي في شروط اجازة التصرف .
فقد رأينا ان فقهاء الحنفية يشترطون لصحة الاجازة وجود العاقدین والمالك
الحقيقي والمعقود عليه وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة . فاذا مات
أحد الاطراف الثلاثة أو هلك المعقود عليه فلا تصح الاجازة . ولا يخفى ما في
هذا التشدد من حرج ، اذ قد تدعو الحاجة الى اجازة العقد بعد موت أحد
اطرافه أو بعد هلاك محله .

٧٤ — ويلاحظ أخيراً أن من المقرر في الفقه الحنفي خاصة أنه إذا كسب
الفضولي ملكية المبيع بعد صدور البيع منه بأي سبب من أسباب كسب الملك
كالارث مثلاً يبقى بيعه باطلاً . وله بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك الى
المشتري بعقد جديد لا باجازة العقد الاول ، وذلك تطبيقاً للقاعدة القاضية بأن
الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله . وقد أصبح ملك الفضولي باتاً
بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه وقد طرأ على ملك المشتري منه
وهو ملك موقوف (١٣٠) . وقد لاحظ بعض الفقهاء على هذا الحكم بحق أن
للصنعة فيه أثر واضح وأنه يضيق عن حاجات التعامل (١٣١) .

بيد أنه لا بد من الإشارة الى أن من فقهاء المسلمين من خالف الحنفية
فيما ذهبوا اليه في هذا الشأن . فقد ذهب المالكية الى نفاذ بيع ملك الغير اذا
آلت ملكية المبيع الى الفضولي بعد البيع ، وان كان يجوز عندهم للفضولي
البائع نقض البيع اذا كانت الملكية قد آلت اليه عن طريق الارث ولا يجوز له
ذلك اذا كان قد اشتراه . ويعلل هذا الاختلاف في الحكم بأن الشراء تصرف
ارادي فليس له اجراؤه لان فيه نقض لعقده السابق ، أما الميراث فلا يد له
فيه فيجوز له نقضه (١٣٢) .

١٢٩ — راجع : الدسوقي ، حاشية على الشرح الكبير للدردير ، ج ٣ ، القاهرة (بدون تاريخ)
ص ١٢ .

١٣٠ — راجع : علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .

١٣١ — السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣٠٨ .

١٣٢ — راجع : محمضاني ، ج ١ ، ص ٦٧ .

القانون المدني العراقي يتجنب السلبيات

٧٥ — وإذا كان ما تقدم مما يؤخذ على العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وخاصة في الفقه الحنفي ، فقد قدر للمشرع العراقي أن يتجنب هذه السلبيات ويستكمل ما وقف عنده الفقه الإسلامي من أحكام هذا العقد ، فجعل منه نظاما متطورا يستجيب لمقتضيات التعامل ومتطلبات العصر .

٧٦ — فازاء الوضع القلق الناشيء من عدم تحديد وقت معين يعرف بانقضائه مصير العقد الموقوف كان لا بد للمشرع العراقي من تحديد مدة قصيرة يتبين بانقضائها مصير العقد . ولهذا فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على أنه : « يجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقص خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا » .

ويبدأ سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد . وإذا كان سبب التوقف الاكراه أو الغلط أو التفرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الاكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التفرير . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد (م ١٣٦ ف ٣) . أما اذا كان سبب التوقف راجعا الى مجاوزة الوكيل حدود وكالته فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٩٤٤) من القانون المدني العراقي على أن للغير الذي تعاقد مع الوكيل « أن يحدد للموكل ميعادا مناسبا يجيز فيه التعاقد . فان لم تصدر هذه الاجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد » .

٧٧ — وعلى العكس مما ذهب اليه فقهاء الحنفية من اشتراط وجود العاقدین والمالك الاصلي والمعقود عليه لصحة الاجازة فان المادة (١٣٦ ف ١) من القانون المدني العراقي لا تشترط لصحتها الوجود من يملكها وقت صدور العقد فقط . وخلافا لما هو مقرر في الفقه الحنفي ايضا فان خيار الاجازة أو النقص ينتقل الى ورثة من تقرر هذا الخيار لمصلحته اذا لم تكن المدة التي يلزم استعمال الخيار خلالها قد انقضت . والعلة في الحكم المتقدم أن اثر الاجازة أو النقص يستند بأثر رجعي الى وقت ابرام العقد . فالمنطق يقتضي أن يؤخذ هذا الوقت بنظر الاعتبار ، والفروض أن المعقود عليه والمتعاقدين كانوا جميعا قائمين فيه .

٧٨ — أما من حيث ما يذهب اليه فقهاء المذهب الحنفي من اشتراط اجازة بيع الفضولي لنفاذه وبطلان هذا البيع اذا لم تصدر هذه الاجازة ولو اكتسب البائع فيما بعد ملكية المبيع ، فان القانون المدني العراقي قد سكت عن هذه المسألة ، مما يدل على اعراضه عن الاخذ بما يذهب اليه الفقهاء الاحناف . اُضيف الى ذلك أن الاولى في حكم هذه المسألة القول بأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . وقد قضت بعض القوانين المدنية العربية صراحة بأن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد (١٣٣) .

المبحث الرابع

موقف القانون الكويتي من النظريتين

٧٩ — بعد أن تبينا موقف التقنينات المدنية العربية من نظرية الفقه الاسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي وكيف انها قد انحازت للآخرة عدا القانون المدني العراقي الذي كرس ، كما رأينا ، نظرية توقف العقود بعد أن تلافى ما اخذ على هذه النظرية من مأخذ ، فاننا سنحاول تحديد موقف القانون الكويتي الحالي من النظريتين . والقانون الذي يعيننا هنا هو مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات المالية في الكويت ، وبعبارة أخرى ، القواعد التي تقابل ما يسمى في البلاد العربية بالقانون المدني (١٣٤) .

القانون المدني الكويتي يأخذ بنظرية العقد الموقوف

٨٠ — واذا كانت القوانين المدنية العربية الحديثة قد اتخذت من النظريتين موضوع البحث موقفا واضحا ، فان الامر في القانون الكويتي ، على

١٣٣ — انظر المادة (٤٦٧ ف ٢) من القانون المدني المصري ، والمادة (٣٨٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

١٣٤ — تضم القوانين المدنية عادة مجموعتين من القواعد التي تنظم العلاقات بين الافراد : ١ — قواعد الاحوال الشخصية وهي التي تبحث في الفرد كفرد وفي الفرد كعضو في أسرة فيدخل تحت مدلول أحكام هذه القواعد النسب والرضاع والحضانة والنفقة والزواج والطلاق والميراث وغير ذلك . ٢ — قواعد المعاملات ، وهي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال . أما في البلاد العربية التي صدرت فيها تقنينات مدنية حديثة كمصر وسوريا والعراق ، فان هذه التقنينات تقتصر على تنظيم المعاملات المالية .

خلاف ذلك ، مضطرب بعض الشيء . ذلك ان المعمول به في الكويت منذ فترة من الزمن باعتباره قانونا مدنيا هو مجلة الاحكام العدلية ، وهي تقنين للفقه الاسلامي على المذهب الحنفي اصدرته الدولة العثمانية في اواخر القرن الثالث عشر الهجري (سنة ١٣٩٢ هـ - ١٨٧٦ م) ليطبق في جميع أرجاء الامبراطورية العثمانية باعتباره قانونا مدنيا (١٣٥) . وقد أخذت المجلة ، كما مر بنا ، بفكرة العقد الموقوف . وعلى هذا فان الاحكام الخاصة بتوقف العقود كما وردت في المجلة هي الواجبة التطبيق على المعاملات المالية غير المصطبغة بالصبغة التجارية .

قانون التجارة الكويتي يأخذ بنظرية البطلان النسبي

٨١ - واذا كان المشرع الكويتي قد استبقى مجلة الاحكام العدلية قانونا ينظم المعاملات المدنية ، فانه من الملاحظ أن المجلة لا تشتمل على نظرية عامة للالتزام وانما هي مجموعة من قواعد تفصيلية تتعلق ببعض أنواع العقود والمسؤولية عن الاعمال غير المشروعة وبالحقوق العينية، ولهذا فعندما اريد في سنة ١٩٦١ أن يوضع قانونا للتجارة يجمع بين دفتيه أحكاما مستقاة من القوانين الحديثة لتنظيم المعاملات التجارية ارتأى المشرع الكويتي أن يضمن قانون التجارة قواعد النظرية العامة للالتزام . وهكذا كان ، فنظرية الالتزام تحتل من قانون التجارة كتابه الثاني بعنوان « الالتزام بوجه عام » ، وهو يشتمل على (٢٧٢) مادة (المواد ١٠٣ - ٣٧٥) . وهذا الوضع ينفرد به هذا القانون . فقوانين التجارة لا تشتمل عادة على النظرية العامة للالتزام ، لان هذه القوانين تستند الى القانون المدني الذي يكمل نصوصها ويعتبر الشريعة الام بالنسبة اليها ، ومن أهم أجزاء القانون المدني الجزء الخاص بالالتزامات .

أما قانون التجارة الكويتي فهو ، كما تقول مذكرته التفسيرية : (لم يشر الى القانون المدني يكمل نصوصه ، بل اشار الى العقود والعرف وقواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة وأغفل القانون المدني عمدا . ذلك أن المجلة،

١٢٥- ما تزال مجلة الاحكام العدلية قانونا واجب التطبيق في الكويت على جزء غير يسير من المعاملات المالية رغم صدور بعض القوانين المستمدة من القوانين الحديثة لتطبيق على العلاقات المالية في نطاق القانون المدني كقانون التأمينات العينية رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ ، وقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع رقم ٦ لسنة ١٩٦١ ، وقانون ايجار العقارات والاماكن الصادر برقم ٢٥ سنة ١٩٧١ .

وهي القانون المدني للكويت ، تقوم نصوصها على احكام الشريعة الاسلامية في المذهب الحنفي ، فلا يستطيع قانون التجارة الكويتي ، وهو مأخوذ من القوانين الغربية ، ان يحيل الى المجلة يكمل بها نصوصه . فتعين اذن ان ينقل الى قانون التجارة كتاب خاص يشتمل على نصوص الالتزامات بوجه عام ، وتكون هذه النصوص مستمدة من القوانين الغربية على غرار قانون التجارة نفسه» (١٣٦) . وتتابع المذكرة التفسيرية قولها : « وكان من الممكن ان تؤخذ نصوص هذا الكتاب من نصوص القانون المدني المصري باعتباره أحدث قانون مدني في البلاد العربية ، ولكن وجد من الافضل ان تؤخذ هذه النصوص من القانون المدني العراقي حيث تمتزج أحكام المجلة بأحكام القوانين الغربية ، فيكون ذلك أكثر مناسبة لما تتطلبه البيئة القانونية الكويتية » (١٣٧) .

ولكن يلاحظ انه اذا كان ذلك قد تحقق بالنسبة لمعظم نصوص الالتزام بوجه عام ، حيث اقتبس المشرع الكويتي نصوص القانون المدني العراقي ، فان ذلك لم يتحقق في عدة مواضع ومن بينها نظرية البطلان بالذات . ففي حين أخذ القانون المدني العراقي ، كما رأينا ، بالنظرية الاسلامية في توقف العقود ، نجد ان قانون التجارة الكويتي قد أغفل ، لسبب غير مفهوم ، هذه النظرية ، وأخذ بنظرية البطلان النسبي (أو القابلية للإبطال) المعروفة في الفقه الغربي نقلا عن القانون المدني المصري (المواد ١٣٤ وما بعدها ق . ت . ك) . كما انه نظم أحكام عيوب الإرادة على غرار القانون المدني المصري فجعل العقد قابلا للإبطال اذا صدر عن غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال (المواد ١٢٠ و ١٢٢ و ١٢٤ و ١٢٥ ق . ت . ك) مخالفا بذلك أيضا ما ذهب اليه القانون المدني العراقي من اعتبار العقد في هذه الاحوال موقوفا على اجازة العاقد ضحية احد هذه العيوب (المواد ١١٥ و ١١٧ و ١١٨ و ١٢١ مدني عراقي) .

احوال البطلان النسبي في قانون التجارة الكويتي

٨٢ — وهكذا يكون العقد في ظل قانون التجارة الكويتي باطلا بطلانا نسبيا في الحالتين الرئيسيتين ذاتهما واللتين يكون فيهما العقد كذلك في الفقه الغربي والتقنيات المدنية الحديثة كالقانون المدني المصري ونعني بهما :
١ — حالة صدور العقد من ناقص الاهلية ٢ — وحالة ما اذا كان رضاء احد

١٣٦ — المذكرة التفسيرية لقانون التجارة الكويتي ، ص ٢٨٦ .

١٣٧ — المذكرة التفسيرية ، ص ٢٨٧ .

المتعاقدين معييا بعيب من عيوب الرضا .

٨٣ — ولكن يمكن أن يقع العقد ، كما قدمنا (١٣٨) ، باطلا بطلانا نسبيا في أية حالة أخرى ينص القانون فيها على اتصاف العقد بالبطلان النسبي حتى لو لم يكن من شأن القواعد العامة اضعاف هذا الوصف عليه (١٣٩) .

فمن ذلك مثلا ما نصت عليه المادة (١٣) من قانون الشركات الكويتي رقم (١٥) لسنة ١٩٦٠ بشأن وجود « شرط الاسد » (١٤٠) في شركة التضامن بقولها : « اذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في ارباح الشركة ولا يساهم في خسائرها جاز فسخ (١٤١) عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الارباح أو بناء على طلب أي من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر » . وقد قضت محكمة الكويت الكلية في حكم لها صادر في ١١/٦/١٩٦٩ بأنه : « نحا التشريع الكويتي الى اعتبار بطلان العقد لوجود شرط الاسد بطلانا نسبيا وليس بطلانا مطلقا ، يدل على ذلك ما نصت عليه المادة (١٣) من قانون الشركات في صدد شركات التضامن من أنه : « اذا اتفق ... » (١٤٢) .

ومن أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة الخامسة ف١ من قانون التأمينات العينية في شأن رهن ملك الغير بأنه : « اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن » . وقد نقل هذا النص حرفيا من المادة (١٠٣٣ ف ٢) من القانون المدني المصري . واذا كان النص الكويتي لم يعرض

١٣٨ — راجع ما سبق ف ٤٨ .

١٣٩ — انظر : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٢٧ هـ ٢٦٩ .

١٤٠ — شرط الاسد يعني الاتفاق في عقد الشركة على حرمان أحد الشركاء من الربح أو اعفائه من الخسارة .

١٤١ — يلاحظ بان المشرع استعمل هنا عبارة « الفسخ » ولكنه لا شك يقصد بها « الإبطال » ، لان الفسخ بمعناه الفني جزاء لاخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، وهذا غير متحقق في عقد شركة التضامن المشتغل على شرط الاسد .

١٤٢ — حكم المحكمة الكلية الصادر في ٦-١١-١٩٦٩ في القضية رقم ٦٩/٨٠٦ تجاري المنشور في مجلة القضاء والقانون السنة الاولى ، العدد الثالث ، ص ٧٥ وما بعدها .

شأنه في ذلك شأن النص المصري ، لوصف العقد ، فان مما لا شك فيه ، أن رهن ملك الغير يقع ، كما تقول المذكرة التفسيرية لقانون التأمينات العينية الكويتي ، قابلاً للإبطال ، ترد عليه الاجازة ويصححه الاقرار (١٤٣) . ويترتب على ذلك أن الحق في طلب ابطال هذا الرهن يكون قاصراً على من تقرر البطلان لمصلحته ، وهو الدائن المرتهن . ويترتب على ذلك أيضاً أن حق طلب الإبطال يزول ويصبح نهائياً اذا اجازهُ المرتهن صراحة أو ضمناً أو اذا لم يطلب الإبطال خلال المدة المحددة لذلك (ثلاث سنوات من يوم علم المرتهن أو خمس عشرة سنة من تاريخ الرهن) ، أو اذا أقر المالك الحقيقي الرهن في ورقة رسمية . أما بالنسبة للمالك الحقيقي ، فانه أعمالاً لقاعدة نسبية اثار العقود ، فان هذا الرهن لا يسري في حقه ، ولو اجازهُ الدائن المرتهن ، ما لم يقره المالك الحقيقي في ورقة رسمية .

وهكذا يصدق في حق المشرع الكويتي ما وجه من نقد الى حكم بيع ملك الغير ورهن ملك الغير في الفقه الغربي والتشريعات الغربية والتقنيات العربية التي اعتبرت بيع ملك الغير أو رهنه قابلاً للإبطال بين المتعاقدين ، وغير نافذ في حق المالك الحقيقي ، على نحو ما تقدم بيانه . مع ملاحظة انه اذا كانت التقنيات العربية الحديثة ، كالقانون المدني المصري ، منسجمة مع نفسها حينما أخذت بالحكم المتقدم بشأن رهن ملك الغير لانه يعتبر امتداداً لحكم بيع ملك الغير الذي قضت هذه التقنيات بشأنه بالحكم ذاته ، فان موقف المشرع الكويتي في قانون التأمينات العينية من رهن ملك الغير يصعب فهمه . فقد تقدم القول أن تصرفات الفضولي في الفقه الاسلامي ومجلة الاحكام العدلية تشمل من بين ما تشمل بيع ملك الغير ورهنه ، وهي تصرفات موقوفة على اجازة المالك الحقيقي .

يتضح مما سبق أن الوضع الحالي في الكويت يقتضي التمييز في حكم المعاملات المالية بين المدنية منها والتجارية (١٤٤) . فالمعاملات المدنية تخضع للقواعد المقررة في مجلة الاحكام العدلية وهي تركز العقد الموقوف ، أما المعاملات المصطبغة بالصبغة التجارية فيحكمها قانون التجارة ، وهو يأخذ بفكرة البطلان النسبي (أو القابلية للإبطال) . فهل كان هناك ما يدعوا المشرع الكويتي الى اعتناق فكرتين متعارضتين أصلاً وحكما في دائرة المعاملات المالية ؟

١٤٣ - راجع : كتابنا في التأمينات العينية ، ف ٢٩ .

١٤٤ - انظر : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ف ٨ .

ومما يزيد في الاحاح بالتساؤل عن موقف قانون التجارة الكويتي من هذه المسألة هو أن واضع مشروع هذا القانون المرحوم الاستاذ السنيهوري كان يرجح نظرية توقف العقود على نظرية البطلان النسبي (١٤٥) .

القضاء الكويتي يطبق النظريتين في المعاملات

٨٤ — ولا شك في أن التمييز في حكم المعاملات المالية بين المدنية منها والتجارية ، واخضاع الطائفة الاولى لاحكام نظرية تختلف عن تلك التي تطبق على الطائفة الثانية، ينعكس على موقف القضاء . ونكتفي بأن نسوق فيما يلي مثلين يتبين منهما ان القضاء الكويتي يطبق في حكم مسألة واحدة ، ونعني بها بيع ملك الغير ، نظرية العقد الموقوف في دائرة المعاملات المدنية ، ونظرية البطلان النسبي في نطاق المعاملات التجارية .

فقد جاء في حكم محكمة لتمييز الكويتية انه : اذا اشترى شخص عقارا من شخص اخر بعقد غير مسجل وصدر له حكم بصحة ونفاذ هذا العقد ولم يسجل الحكم ايضا ، ثم تنازع هذا المشتري مع من اشترى نفس العقار من وارث البائع الذي لم يسجل لا عقد شرائه ولا حكم صحة ونفاذ هذا العقد ولا يكون لهذا المشتري ملكية ما في العين موضوع العقد المسجل وبالتالي لا يتأتى لهذا المشتري ملكية ما في العين موضوع العقد المسجل وبالتالي لا يتأتى لهذا المشتري أن يبرم عقدا ببيع هذه العين واذا فعل فان بيعه يكون غير نافذ لانه ليس مالكا لما يبيع ذلك انه يشترط لنفاذ البيع طبقا لما تقضي به المادة (٣٦٥) من مجلة الاحكام أن يكون البائع مالكا لما يبيع ، كما أنه يشترط لنقل الملكية تسجيل التصرف وفقا للمادة السابقة من المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ لقانون التسجيل العقاري التي تقرر أن الملكية لا تنتقل بين ذوي الشأن أو بين غيرهم الا بالتسجيل (١٤٦) .

اما المحكمة الكلية فقد قضت بأنه من المقرر أن الراسي عليه المزاو يجوز له — كأى مشتري — اذا ما تعرض له الغير تعرضا قانونيا في المبيع وثبت لهذا الغير حق على كل المبيع أو بعضه أن يعود على البائع له بدعوى ضمان

١٤٥ — راجع : السنيهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣١٥-٣١٦ .

١٤٦ — حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في ١٦-٥-١٩٧٣ منشور في مجلة المحاماة الكويتية ، العدد السابع ، يناير ١٩٧٤ ، ص ٦٦-٦٧ .

الاستحقاق وله كذلك في هذه الحالة أن يعود على البائع أيضا بدعوى ابطال بيع ملك الغير اذا توفرت شروطها او بدعوى الفسخ ، وهو يستطيع أن يرفع احدى الدعويين بمجرد تحققه من ثبوت حق الغير على المبيع حتى قبل حصول تعرض فعلي من هذا الغير (١٤٧) .

تردد قانون التجارة بين النظريتين

٨٥ — ولا بد أن نشير الى أن التردد كان واضحا في موقف المشرع الكويتي من نظرية البطلان . فهو اذا كان قد تخطى عن نظرية توقف العقود في النصوص التي خصصها في قانون التجارة للبطلان ، فانه قد عاد اليها آخذا باثارها ومثيرا اليها في أكثر من موضع في النصوص اللاحقة من قانون التجارة نفسه .

فالعبرة الاولى من المادة (٢٩٢) من قانون التجارة تنص على أن « الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه لا تكون نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها » ، وهي تقابل الفقرة الاولى من المادة (٣٤٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن « الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له » .

وقد نظمت المواد (١١١ — ١١٣) من قانون التجارة أحكام تعاقد النائب مع نفسه . فقد منعت المادتين (١١١ و ١١٢) من ينوب عن غيره بمقتضى نص أو اتفاق أو أمر من السلطة المختصة والسماسة والخبراء من شراء الاموال المعهود اليهم ببيعها . ولكن المادة (١١٣) قضت بأنه : « يصح العقد في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا أجازته من تم البيع

١٤٧ — حكم المحكمة الكلية الصادر في القضية رقم ٦٩/٣٩٨ بتاريخ ٢٨-٦-١٩٦٩ ، منشور في مجلة القضاء والقانون ، السنة الثانية ، العدد الاول ، ١٩٧١ ، ص ٤٢ .

ولنا على هذا الحكم ملاحظتان : (الاولى) انه حكم اجتهادي ، ذلك ان ضمان الاستحقاق لم يعرض له لا قانون التجارة الكويتي ولا مجلة الاحكام العدلية . و (الثانية) انه يشير الى العلاقة بين دعوى ضمان الاستحقاق ودعوى ابطال بيع ملك الغير . ويبدو ان المحكمة تأثرت في ذلك بما هو مقرر في القانون الفرنسي وبما يذهب اليه جانب من الفقه المصري من اختلاط الدعويين أو قياس دعوى الضمان على دعوى ابطال بيع ملك الغير (راجع في تفصيل هذه المسألة : عباس الصراف ، المرجع السابق ، ف ٧٧٣ والفقه المشار اليه في الهوامش ١ و ٢ و ٣ ص ٥٨٠) .

لحسابه » . فالوكيل مثلا ممنوع من شراء مال موكله الا برضاه . ولهذا فان العقد الذي يشتري فيه الوكيل مال موكله عقد موقوف على اجازة الموكل (١٤٨) . وفي هذا المعنى أيضا قضت المادة (٤٨) من قانون التسجيل العقاري الكويتي بأنه : « لا يجوز للوكيل أن يتعاقد مع نفسه باسم الموكل الا اذا نص على ذلك في الوكالة . الا انه يجوز للموكل الموافقة على تصرفات الوكيل في هذه الحالة فتصبح صحيحة . فالاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » .

وكذلك فان المادة (٥٥٣) من قانون التجارة تقضي بأنه : « اذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقدته حدود الوكالة ، او عمل احد دون توكيل أصلا ، فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على اجازته ... » (١٤٩) . فيتضح من هذا النص انه اذا جاوز الوكيل الحدود التي رسمها الاتفاق المبرم بينه وبين موكله ، او اذا أجرى التصرف دون أن يكون نائباً عنه ، فانه يفقد صفته ويصبح الاصيل اجنبياً بالنسبة للعقد ما لم يقره . فاذا اقره نفذ التصرف في حقه وفقاً لقاعدة « الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة » (١٥٠) ، اما اذا لم يجز الاصيل هذا التصرف فقد تكتلت المادة (٥٥٤) من القانون ببيان الحكم بقولها : « اذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل

١٤٨ — انظر أيضا المادة ٥٩٢ من القانون المدني العراقي والمواد ٤٧٩ و ٤٨٠ و ٤٨١ من القانون المدني المصري ، وراجع : عباس الصراف ، المرجع السابق ، ف ٩٠٣ ، وكتابنا عقد البيع ، ف ٦١٤ .

ومن المتفق عليه بين جمهور شراح القانون المدني المصري أن جزاء الإخلال بمنع النائب من الشراء لنفسه يجب أن يتلصق في القواعد الخاصة بالنيابة لا القواعد الخاصة بالبطلان . ومن مقتضى قواعد النيابة أن تصرف النائب لا ينفذ في حق الاصيل الا اذا تم في حدود نيابته . وشراء النائب لنفسه يعتبر مجاوزة لحدود نيابته لان الاصيل عندما اتى النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري والا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة الى انابته . فاذا باع النائب المال لنفسه يكون قد خرج عن حدود نيابته ، وجزاء الخروج عن النيابة هو عدم نفاذ التصرف في حق الاصيل الا اذا اجازته . (راجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، القاهرة ١٩٦٠ ، ف ٥٥ ، أنور سلطان وجلال المعدي ، الموجز في العقود المسماة ، ج ١ البيع ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ف ١٨٦ ، محمد ليبب شنب ، المرجع السابق ، ف ٤١ ، خميس خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ف ٢٠٤ والفقه المشار اليه في هـ ٤ و ٥ ص ٣٢٧) .

١٤٩ — تطابق الفقرة الاولى من المادة ٩٤٤ من القانون المدني العراقي .

١٥٠ — وفي هذا يتفق القانون الكويتي مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ومجلة الاحكام العدلية والقانون المدني العراقي . فالنائب الذي يتجاوز حدود نيابته يعتبر فضولياً فيكون تصرفه

أن يجيز التعاقد ، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد ، ما لم يثبت من اتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك» (١٥١) . ويتضح من هذا النص أيضاً أن قانون التجارة قد أخذ كذلك بفكرة توقف العقد ، إذ هو يصرح بجواز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل « بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد » .

موقف القضاء الكويتي من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

٨٦ — وإذا كان قانون التجارة الكويتي قد لجأ في النصوص المخصصة للتراضي وللبطلان إلى استعمال مصطلحي « البطلان » و « القابلية للإبطال » متأثراً بذلك بالقانون المدني المصري ، فإن القضاء الكويتي ما يزال ، على العكس من ذلك ، وفيا للتمييز في البطلان بين المطلق والنسبي .

• فقد جاء في حكم المحكمة الكلية الذي تقدمت الإشارة إليه أن التشريع الكويتي قد نحا « إلى اعتبار بطلان العقد لوجود شرط الاسد بطلانا نسبيا وليس بطلانا مطلقا » وأنه « ويلاحظ مع ذلك أن البطلان المذكور ولو أنه نسبي إلا أنه يصبح بطلانا مطلقا إذا ما انتفى وصف الشريك عن متعاقد كويتي لانتهاء نية الاشتراك ... » (١٥٢) .

وذهبت محكمة التمييز الكويتية في حكم حديث لها إلى أن عيوب الرضا تؤدي إلى جعل العقد باطلا بطلانا نسبيا ، وإن المحكمة لا تملك أن تبطل من تلقاء نفسها سنداً لعيب في الرضاء ، وهو الإكراه في القضية موضوع الحكم ، لأن البطلان في هذه الحالة مشرع لمصلحة خاصة (١٥٣) .

منعقدًا ولكنه موقوف على إجازة الاصيل . وفي هذا المعنى تقول المادة ١٤٩٥ من المجلة :
« ليس للوكيل أن يبيع بانقص مما عينه الموكل ، يعني إذا كان الموكل قد عين نمنا فليس للوكيل أن يبيع بانقص من ذلك ، وإذا باع فينمقد البيع موقوفًا على إجازة موكله ، ولو باعه بنقصان الثمن بلا إذن الموكل وسلم المال إلى المشتري فللموكل أن يضمه ذلك المال » .

١٥١ — تطابق المادة ٩٤٥ من القانون المدني العراقي .

١٥٢ — حكم المحكمة الكلية الصادر في ١١-١١-١٩٦٩ في القضية رقم ٦٩/٨٠٦ تجاري منشور في مجلة القضاء والقانون السنة الأولى ، العدد الثالث ، ص ٧٥ وما بعدها .

١٥٣ — حكم محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز الصادر في ٢٤-٣-١٩٧٥ في القضية طمن بالتمييز رقم ١٩٧٢/١١ منشور في مجلة القضاء والقانون ، السنة السادسة ، العددان الأول والثاني ، ص ١١٨ وما بعدها .

المراجع

١- باللغة العربية

- ابن حزم الاندلسي :
— المحلى ، ج ٨ ، بيروت ، ١٩٦٨ .
- ابن قاضي سمانه :
— جامع الفصولين ، ج ١ ، القاهرة ، ١٣٠٠ هـ .
- ابن القيم الجوزية :
— اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٢ ، القاهرة ، ١٣١٧ هـ .
- ابو الفرج عبد الرحمن بن رجب :
— القواعد في الفقه الاسلامي ، القاهرة ، ١٩٣٣ .
- ابو القاسم نجم الدين جعفر الحلي المشهور بالمحقق :
— المختصر النافع في فقه الامامية ، القاهرة ، ١٣٧٧ هـ .
- احمد حشمت ابو ستيت :
— مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
- جلال الدين السيوطي :
— الاشباه والنظائر ، دار احياء الكتب العربية (بدون تاريخ) .
- جميل الشرقاوي :
— بطلان التصرف القانوني ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٣ ، مطبوعات جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ .
- حسن علي الذنون :
— اصول الالتزام ، بغداد ، ١٩٧٠ .

- خميس خضر :
— عقد البيع في القانون المدني ، القاهرة ، ١٩٦٩ .
- زين الدين العالمي :
— الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج ٣ ، النجف الاشرف ، ١٩٦٧ .
- زين العابدين بن نجيم :
— الاشباه والنظائر ، القاهرة ، ١٣٢٢ هـ .
- سليم رستم باز :
— شرح المجلة ، ط ٣ ، بيروت ، ١٩٢٣ .
- سليمان مرقس :
— شرح القانون المدني ، ج ٢ ، في الالتزامات ، القاهرة ، ١٩٦٤ .
- شمس الدين السرخسي :
— المبسوط شرح الكافي ، ج ٦ و ١٤ ، القاهرة ، ١٣٣١ هـ .
- صبحي محمصاني :
— النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ١ و ٢ ، بيروت ، ١٩٤٨ .
- عالمكير :
— الفتاوى الهندية أو العالمكيرية ، ج ٢ ، القاهرة ، ١٣٢٣ هـ .
- عباس الصراف :
— شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط ١ ، بيروت ، ١٩٧٥ .
- عبد الحي حجازي :
— المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ٢ ، الحق ، الكويت ، ١٩٧٠ .
- النظرية العامة للالتزام ، مذكرات بالرونو ، الكويت ، ١٩٧٢ .
- عبد الرحمن أفندي داماد :
— مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ، ج ١ ، القاهرة ، ١٣٢٧ هـ .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري :
 — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ، القاهرة ، ١٩٥٢
 وج ٤ ، ١٩٦٠ .
 — مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٤ ، القاهرة ١٩٥٧ .
- عبد الفتاح عبد الباقي :
 — مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي ، ج ١ ، الكويت ، ١٩٧٧ .
- عبد المجيد الحكيم :
 — نظرية العقد ، بغداد ، ١٩٦٧ .
- عبد المنعم فرج الصوة :
 — مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
- عبد المنعم البدر اوي :
 — دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، بيروت (بدون تاريخ) .
- علاء الدين الكاساني :
 — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، القاهرة ، ١٣٢٧ هـ .
- علي حيدر :
 — درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، ج ١ و ج ٢ ، بيروت (بدون تاريخ)
- غني حسون طه :
 — الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٧١ .
 — الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، ج ١ ، حق الملكية ، الكويت ، ١٩٧٧ .
 — الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، ج ٣ ، التأمينات العينية ، مذكرات بالرونو ، الكويت ، ١٩٧٤ — ١٩٧٥ .
- كمال الدين بن الهمام :
 — فتح القدير شرح الهداية ، ج ٥ ، القاهرة ، ١٣١٨ هـ .
- مالك بن انس :
 — المدونة الكبرى ، ج ١٤ ، القاهرة ، ١٣٢٣ هـ .

- محمد أمين بن عابدين :
 — الدر المختار شرح تنوير الابصار ، ج ٢ ، دمشق ، ١٩٦٦ .
- محمد بن احمد بن رشد القرطبي :
 — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
- محمد الحسين آل كاشف الغطاء :
 — تحرير المجلة ، ج ١ ، النجف الاشرف ، ١٣٥٩ هـ و ج ٣ ، ١٩٦١ هـ .
- محمد زيد الابياني ومحمد سلامة السنجقلي :
 — شرح مرشد الحيران ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٥٥ .
- محمد عرفة الدسوقي :
 — حاشية على الشرح الكبير للدردير ، ج ٣ ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة (بدون تاريخ) .
- محمد لبيب شنب :
 — شرح احكام عقد البيع ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
- مصطفى الزرقا :
 — المدخل الفقهي العام ، ج ١ ، دمشق ، ١٩٦٤ .
- موفق الدين بن قدامة :
 — كتاب المغني ، ج ٤ ، القاهرة ، ١٩٤٩ .

٢- باللغة الفرنسية

AUBRY et RAU :

— Traité de droit civil français, t . 1 et 4, 6e. éd., Paris, 1951.

DE PAGE H. :

— Traité élémentaire de droit civil belge, t . 1, Bruxelles, 1951.

RIPERT, G. et BOULANGER J. :

— Traité de droit civil, t . 2, Paris, 1957.