

اجازة العقد الموقوف في القانون المدني العراقي "دراسة مقارنة"

د. محمد احمد الگزنى . كلية الحقوق – اربيل

بسم الله الرحمن الرحيم

خطة البحث:

هذا البحث يتكون من فصلين:

الفصل الأول: اجازة العقد الموقوف و آثارها ويتكون من اربعة مباحث :

تمهيد: التعريف بالأجازة

المبحث الأول: اركان الأجازة

المبحث الثاني: شروط الأجازة وطبيعتها

المطلب الاول: شروط الاجازة وطبيعتها عند الحنفية وبعض الامامية.

المطلب الثاني: شروط الاجازة وطبيعتها عند المالكية وبعض الامامية.

المطلب الثالث: شروط الاجازة وطبيعتها في القانون المدني العراقي.

المطلب الرابع: شروط الاجازة وطبيعتها في القانون المدني الاردني.

المبحث الثالث: اثار الاجازة

المطلب الاول: اثار الاجازة بالنسبة للعاقدين

المطلب الثاني: اثار الاجازة بالنسبة للغير

المطلب الثالث: اثار الاجازة بالنسبة للكفيل

المبحث الرابع: آثار الاجازة العقد القابل للأبطال في القانون المصري

الفصل الثاني: نقض العقد الموقوف و آثاره و يتكون من اربعة مباحث:

تمهيد: في تعريف النقض

المبحث الاول: اركان نقض العقد

المبحث الثاني: طبيعة نقض العقد

المبحث الثالث: سقوط الحق في نقض العقد الموقوف

المبحث الرابع: آثار نقض العقد الموقوف

الفصل الاول:

اجازة العقد الموقوف واثارها

تمهيد في: التعريف بالاجازة:

الاجازة لغة: مصدر من اجاز يجيز، واصل اجازة اجوازا. نقلت حركة الواو الى ما قبلها. فقلبت الواو الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها فاجتمع الفان ساكنان فحذف احدهما وعوض عنه بالتاء فصارت اجازة، ومثلها اقامة. وجاءت بمعنى الانفاذ و الامضاء و الاذن، فيقال: اجاز رايه أي انفاذه واجاز له البيع أي امضاه. وطلب الاجازة أي الاذن.

الاجازة في استعمال فقهاء الفقه الاسلامي واصطلاحهم:

لاتخرج استعمال الفقهاء لكلمة الاجازة عن هذا المعنى العام فالأحناف يستعملونها في انفاذ العقود الموقوفة صحتها. وكذلك يستعملونها بمعنى الامضاء وهو اسقاط حق الفسخ وذلك في العقود النافذة اذا كان فيها خيار لاحد العاقدين، فيقولون: انها تصير لازمة ويسقط خياره باجازتها^١ واما المالكية فانهم يستعملونها بمعنى الامضاء فقط وهو اسقاط حق الفسخ.

الفرق بين الإمضاء والإنفاذ:

لا فرق في اللغة بينهما حيث يرد الامضاء بمعنى النفاذ كما يرد النفاذ بمعنى الامضاء حيث قالوا: النافذ: الماضي في جميع اموره^٢ وقالوا: امضاه أي انفاذه ومضيت على بيعي وامضيته أي اجرته^٣. وامضى الامر: انفاذه^٤. واما عند الفقهاء فان الحنفية يفرقون بين الامضاء والانفاذ، حيث يرون: ان اجازة العقد غير النافذ هي انفاذ له، واما اجازة العقد النافذ غير اللازم فهي امضاء له.

المبحث الاول: اركان الاجازة:

الاجازة تصرف قانوني، وجميع التصرفات القانونية تحتاج الى الرضا و المحل و السبب.

الاول الرضا يشترط للرضا ما يلي:

١- اهلية الاجازة: لا بد من توافر اهلية الاداء الكاملة، لان الاجازة تتضمن نزولا عن حق التمسك بفسخ العقد، والنزول عن الحق يحتاج الى كمال الاهلية.

٢- علم المجيز بالعيب الذي يشوب العقد، لان نزول الشخص عن حق معين يتطلب علمه بذلك الحق. فلا يستساع النزول عما يجله المرء، والعبرة في ذلك بالعلم الحقيقي و يقع عبء اثباته على عاتق مدعي الاجازة، ويمكن استنباطه من القرائن، وفي هذه الحالة يتعين على قاضي الموضوع ان يستعرض في حكمه الوقائع التي يستنبط منها علم المجيز بالعيب الذي اجاز العقد معه .

ومسالة العلم بالعيب واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات.

(١) الفيروز ابادي، القاموس المحيط ١٧٠/٢-١٧١، فادة: جاز.

(٢) موسوعة الفقه الاسمي، المجلس الاعلى لشؤون الاسلامية، القاهرة ٣٣٠/٢-٣٣١.

(٣) الفيروز ابادي، المصدر السابق، ٣٦٠/١.

(٤) المصدر السابق ٣٩٠/٤

(٥) ابن السيد البطليوسى، الفرق بين الحروف الخمسة ٢٦٩، مطبعة العالى/ بغداد سنة ١٩٨٥ ص ٢٦٩.

۳- علم المجيز بحقه في رفض العقد، لان النزول عن الحق يستلزم علم المتعاقد بان له حقا، وعلى هذا فان الاجازة لا تتحقق في حالة علم المتعاقد بالعيب دون علمه بانه له حق فسخ العقد بسبب هذا العيب.

ولايجوز الاعتراض على ذلك استنادا الى قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، لان المتعاقد لا يجهل حقه في الاجازة والرفض بناء على العيب الذي يشوب العقد، ولكن يجهل ان هذا العيب يدخل ضمن العيوب التي تبرر الاجازة.

۴- زوال عيب الارادة او نقص الاهلية عند صدور الاجازة في حالة توقف العقد بسببهما، لان بقاء عيب الارادة منذ ابرام العقد الى حين الاجازة يجعل الاجازة معيبة بنفس العيب الذي شاب ارادة المجيز في العقد الاصلي، غير انه بالنسبة لعيب الغبن مع التفرير فانه يكفي زوال عيب التفرير حتى ولو بقي الغبن قائما.

۵- عدم تعرض المجيز لعيب ارادي طارئي وقت الاجازة، لان ارادة الاجازة تكون معيبة، والقاعدة العامة في هذه الحالة ان المجيز له الحق في ابطال اجازته.

التعبير عن ارادة الاجازة:

تنص المادة (۱۳۶) الفقرة لاوولى على ان (اجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة).

من هذا يظهر ان التعبير عن الاجازة ينقسم الى نوعين:

التعبير الصريح، والتعبير الدلالي:

التعبير الصريح: هو اللفظ الذي انكشف المراد منه في نفسه بسبب كثرة الاستعمال، وقيل: هو ما وضع اللفظ له، فيدل عليه بالمطابقة او التضمن.

مثال الاجازة الصريحة ان يقول المجيز: اجزت العقد الذي ابرمه فلان او امضيته او قبلته او رضيت به^۱.

التعبير الدلالي او الضمني:

والدلالة: ان يكون الشئ بحالة يلزم من العلم به العلم بشئ اخر، وهذا النوع من التعبير يكون بالقول وبالفعل وبالسكوت:

۱- الاجازة دلالة بالقول: مثل احسنت او اصبت او نعم ماصنعت او وفقت، اذا دلت القرينة على انه يقصد الاجازة^۲.

۲- الاجازة دلالة بالفعل: وهو كل فعل يصدر من المجيز يدل على رضاه بالعقد كاحذ الثمن او طلبه، او تسليم المبيع او الامر بتسليمه الى المشتري^۳.

۳- الاجازة دلالة بالسكوت: يرى المالكية: ان المجيز اذا سكت مع علمه بان الغير يبيع ماله وكان حاضرا في مجلس العقد من غير ان يكون هناك مانع يمنعه من رفض العقد يعتبر اجازة من غير حاجة الى مضي مدة معينة. واما اذا كان غائبا عن مجلس العقد وعلم بعد ذلك بالعقد وسكت حتى مضي عام. فان السكوت في هذه المدة يعتبر اجازة. والقانون المدني العراقي يعتبر السكوت اجازة اذا مضي ثلاثة اشهر على علم المجيز بان له حق الاجازة او الرفض وكان المجيز تتوافر فيه شروط الاجازة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (۱۳۶) على انه (يجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة مايدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا).

ومن هذا يظهر ان المشرع العراقي جعل مضي ثلاثة اشهر اعتبارا من تاريخ علمه بان له الحق في فسخ العقد دون استعمال خيار نقض العقد يعتبر دليلا على رضاه بالعقد.

(۱) الجلال المحلي، شرحه على المنهاج، مع حاشيتي القلوبوي وعميرة- الجزء الثاني- ص ۱۹۲، والكمال بن الهمام، شرح فتح القدير ۴۳۱/۲.

(۲) الشبرواني، حاشيته على تحفة المحتاج، لابن حجر الهيثمي الجزء الرابع ص ۳۴۹ طبعة مصطفى محمد، مصر بلا سنة. الكمال، الفتح القدير ۴۳۱/۲.

(۳) ابن حجر، تحفة المحتاج، المصدر السابق ص ۳۵۰.

واذا شاب ارادة المَجيز عيب في تلك الفترة او فقد المَجيزه فان القاضي ينظر فيه ويحكم بما هو الاصلح له عند المالكية، حيث قال الزرقاني: (من جن ايام الخيار فخر له السلطان)^٩ اما اذا غاب من له الخيار او حبس او مرض، فانه لا يؤثر في حقه لان خيار الاجازة والرفض تسرف بارادة منفردة، فهو يستطيع ان يجيز او يرفض مع كونه محبوسا او غائبا او مريضا ثم يطالب برد ماله وان كان بعد مضي المدة، اذا اثبت انه رفض العقد قبل تمام المدة. واثبات رفض العقد واقعة مادية يمكن اثباتها بجميع طرق الاثبات^{١٠}، ويرى بعض المالكية ان القاضي ينظر له بالاصح، فان لم ينظر له القاضي فله الحق في استئناف المدة بعد رجوعه من سفره او اطلاق سراحه^{١١}. وبما ان المشرع العراقي اخذ هذا الحكم في المذهب المالكي فانه لا بد ان يفسر النص على ضوء هذا المذهب. وبمقتضى هذا التفسير فان من له الخيار اذا سكت مدة ثلاثة اشهر بعد علمه بانه له حق فسخ من غير عذر. فان العقد ينفذ ويلزم، واما اذا فقد الاهلية او شاب ارادته عيب او غاب او فقد او حبس القاضي يتولى خيار الاجازة والفسخ عنه، ويستعمل هذا الخيار بمقتضى مصلحة من له الخيار.

واما ما ذهب اليه بعض الشراح من ان القانون المدني في هذا النص ساوى بين المعذور وغير المعذور فحرم صاحب الخيار من حقه في فسخ العقد بعد مضي ثلاثة اشهر وان كان مغلوبا على امره، لأنه غلب اعتبار الحرص على استقرار العقود على مقتضيات العدل والانصاف^{١٢} غير صواب لسببين:

السبب الأول: لان القانون وان لم ينص على عدم سقوط حق من يملك الخيار ان كان معذورا، لكنه في نفس الوقت لم ينص على سقوط حقه، اذن لا بد من الرجوع الى القواعد العامة، والقاعدة العامة بالنسبة للمسائل التي لم يرد في القانون نص بشأنها الرجوع الى العرف فاذا لم يوجد عرف فمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة (المادة الاولى). هذه المسألة لا يوجد فيها نص ولا عرف، لذلك لا بد من الرجوع الى قواعد المذهب المالكي، لانها اكثر ملائمة حيث اخذ القانون حكم هذه المسألة من قواعده.

السبب الثاني: ان اساس اعتبار السكوت مدة معينة اجازة دلالة يعود الى القاعدة التي تقول: (ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا) المادة (٨١ - ٨٢) وهذه القاعدة مبنية على العرف الذي يقضي بانه اذا علم بالعقد و علم ان له حق فسخه فسكت مدة فان سكوته هذه يعتبر قرينة على انه راض بالعقد و انه اقرار ضمني به. كما يفسر اعتراضه على العقد والمطالبة بنقضه بعد ذلك بانه عمل كيدي وخديعة يتوصل بها الى ضرب مصلحة الطرف الأخر في العقد، أو طرفي العقد اذا كان المَجيز غير العاقدين.

وهذا الأساس لا يتفق مع امضاء العقد على المَجيز بسكوته اذا كان مغلوباً على أمره بسبب فقد أهليته أو عيب في ارادته مثلاً. كما يجب ان تعطي له الفرصة باثبات رفضه العقد في الوقت المناسب اذا كان غائبا ورجع بعد مضي المدة، او كان محبوساً واطلق سراحه بعد مضيها.

ومهما غلبنا جانب الأستقرار في المعاملات لا بد ان لانهدر حق المالك و مصلحته اذا استطعنا ان نجتمع بينهما، وهنا نستطيع الجمع، لأنه يمكن المحافظة على استقرار المعاملات مع مراعاة حقوق المالك، بأن نخول القاضي او مدير رعاية القاصرين بأختيار ما هو الأصلح للمَجيز المعذور.

ثانياً: محل الاجازة:

(٩) شرح مختصر خليل ٧/٥.

(١٠) وهو المعتمد عند المالكية حيث قال الكفائي: (فيكتب بذلك.. ان اخاه باع عليه ماله بموضع كذا وانه غير مضمض لفعله ولا راضي به وطالب لحقه في ذلك متى حضر. وشهد على اشهاده بذلك في كذا) العقد المنظم للحكام في هامش تبصرة الحكام ٢١٢/١.

(١١) الزرقاني، شرح المختصر ١٢٦/٥.

(١٢) السيد زبير مصطفى، العقد الموقوف، رسالة ماجستير، مطبوعة بالكمبيوتر ص ١١٥.

العقد الذي تلحقه الاجازة، قد يكون غير نافذ، وقد يكون نافذا غير لازم وهناك فرق بين اجازة هذين النوعين من العقد من حيث شروطها واثارها، وذلك لان العقد غير النافذ ليس عقدا صحيحا، بل هو عقد صحته موقوفة، لان الصحة تساوي النفاذ^{١٤}، وهذا يعني ان غير النافذ منعقد لكن صحته موقوفة. والعقد الموقوف يساوي غير النافذ عند جمهور الحنفية وبعض الامامية.

ويرى المالكية وبعض الامامية: ان العقد الموقوف يساوي غير اللازم أي انه عقد صحيح نافذ، لان كل عقد منعقد فهو صحيح نافذ.

فعلى هذا فان طبيعة الاجازة تختلف باختلاف طبيعة العقد الذي تلحقه الاجازة، ومعلوم ان العقد الموقوف هو قسم من اقسام العقد المنعقد عند جميع المذاهب القائلين به، لكنهم مختلفون في طبيعة العقد المنعقد، فالاحناف وبعض الامامية يرون: ان الانعقاد هو: ارتباط الايجاب بالقبول على وجه يمكن ان يصحح ويمكن ان لا يصحح، اذن العقد الموقوف يمكن ان يصحح بالاجازة ويمكن ان لا يصحح اذا رفض. ولا يترتب عليه اثاره الى ان يصحح بالاجازة. لكن المالكية وبعض الامامية ذهبوا الى انه لا فرق بين الانعقاد والصحة، فكل منعقد صحيح والموقوف منعقد وصحيح، ويترتب عليه اثاره منذ انعقاده، لكنه غير لازم بالنسبة لمن توقف العقد لمصلحته حيث يكون له الحق في ان يفسخه، فاذا امضاه اسقط حقه في الفسخ.

المبحث الثاني: شروط الاجازة وطبيعتها:

المطلب الاول: شروط الاجازة وطبيعتها عند الحنفية و بعض الامامية:

يشترط لصحة الاجازة عند هؤلاء ما يلي:

١- ان يكون للعقد مجيز خاص وقت ابرامه، والمجيز الخاص بالنسبة الى عقد الصبي المميز والسفيه هو وليهما او وصيهما، وبالنسبة الى العقد على ملك الغير هو المالك. ويترتب على هذا الشرط ان من باع مال يتيم ليس له ولي او وصي حال العقد، يكون عقده باطلا، وكذلك اذا باع الصبي المميز ماله قبل ان ينصب له ولي او وصي، يكون عقده باطلا وان نصب له الولي والوصي بعد ذلك^{١٥} وبهذا اخذ القانون المدني العراقي حيث نص في المادة (١٣٦) الفقرة الاولى على انه (يشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد).

٢- يشترط بقاء نفس المجيز الى ان يجيز العقد بنفسه، فلو باع الفضولي مال غيره في حياة المالك ثم توفي المالك قبل ان يجيز العقد، فان العقد يبطل، لان حق الاجازة لا تنتقل الى ورثته^{١٥}، وكذلك اذا باع الصغير المميز ماله ثم توفي وليه قبل ان يجيز العقد فانه يبطل العقد.

٣- يشترط بقاء العاقدين وقت الاجازة، فعلى هذا لو باع شخص مال غيره ثم توفي البائع او المشتري او كلاهما قبل صدور الاجازة من المالك فان العقد يبطل، ولا تلحقه الاجازة.

٤- يشترط بقاء المعقود عليه بحاله، ويترتب على هذا الشرط انه اذا هلك المبيع او استهلك او هلك احد البديلين في عقد المقايضة يبطل العقد، ولا تلحقه الاجازة.

٥- يشترط ان تصدر الاجازة قبل صدور الحكم برد المبيع الى المالك، وعلى هذا فان الحكم برد المعقود عليه الى مالكة يعتبر فسحا للعقد، والاجازة لا تلحق العقود المفسوخة.

٦- ان لا تكون الاجازة مسبقة برفض العقد من قبل من كانت الاجازة لمصلحته، فاذا رفض العقد ثم اجاز لا تصح الاجازة، لان الرفض يؤدي الى فسح العقد او بطلانه والعقد الباطل او المفسوخ لا تلحقه الاجازة.

(١٤) قال التفتازاني: (النافذ اعم من اللازم، و المنعقد اعم من النافذ، ولا يظهر فرق بين الصحيح و النافذ) شرح التلويح

۷-السكوت مع مضي المدة لا يعتبران اجازة ضمنية، لان الاجازة اللاحقة بالعقد تعتبر توكيلاً سابقاً، والوكاله لا تنعقد بالسكوت.

۸-ان يكون المجيز متمتعاً باهلية الاداء الكاملة، وعلى هذا لا اعتبار بالاجازة الصادرة من ناقص الأهلية.

طبيعة هذا النوع من الاجازة:

هذه الاجازة ذات طبيعة منشئة من وجه و كاشفة من وجه و يغلب عليها طابع الانشاء لانها جزء او شرط لتمام العقد، ومعلوم ان العقد لا يترتب عليه اثاره الا بعد تمام اركانه وشروطه، فالعقد الموقوف في هذه الحالة يعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف وهو الاجازة، وعلى هذا فالعقد الموقوف قبل تحقق الاجازة يعتبر ناقصاً، لذلك فان رفض اجازته يؤدي الى بطلانه.

اثار هذا النوع من الأجازة:

العقد قبل اجازته لا يترتب عليه أي اثار الى ان تلحقه الاجازة، فاذا لحقته الاجازة ترتبت عليه اثاره، ولكن متى يترتب عليه الاثر هل من وقت انشاء العقد او من وقت الاجازة؟ هؤلاء الفقهاء يقسمون التصرفات الموقوفة الى نوعين: تصرفات تقبل التعليق على شرط، وتصرفات لا تقبل التعليق على شرط.

بالنسبة للتصرفات التي تقبل التعليق على الشرط كالكفالة مثلاً فانها تترتب عليها اثارها من وقت الاجازة، حيث لا يصير الكفيل ملتزماً الا من وقت اجازته الكفالة لان الموقوف كالمعلق على الشرط في المعنى، اما اذا كانت التصرفات مما لا يقبل التعليق كالبيع فان الاجازة تجعله صحيحاً نافذاً منذ صدوره وتترتب عليه اثاره من ذلك الوقت من وجه دون وجه، وعلى ذلك اذا اجيز البيع الموقوف فان المشتري يملك زوائد المبيع وثمراته ومنافعه منذ وقت العقد، لا فرق بين ما يحدث قبل الاجازة وما يحدث

بعدها^{١١}، ولكن بالنسبة للتصرف في المبيع يترتب الاثر من وقت الاجازة، فاذا باع المشتري من الفضولي المبيع الى شخص آخر، ثم اجاز المالك البيع الاول نفذ البيع الاول دون الثاني، بل يبطل الثاني، او اجاز البيع الثاني فانه يبطل العقد الاول^{١٢}.

المطلب الثاني: شروط الاجازة وطبيعتها عند المالكية و بعض الامامية.

يشترط لصحة الاجازة عند هؤلاء ما يلي:

١-لا يشترط ان يكون للعقد مجيز خاص، بل يكفي وجود مجيز عام وقت انشاء العقد، مثلاً اذا باع الصغير المميز ومن في حكمه ماله قبل نصب الولي او الوصي، فالعقد صحيح موقوف (غير لازم) لكن السلطان ينظر له بالاصح في اتمام العقد وفسخه^{١٣}، وهو مجيز عام، لكن لو باع فضولي المال الموقوف على غير معين، فانه عقده يبطل، لعدم وجود المجيز العام والخاص.

٢-لا يشترط بقاء المجيز نفسه، فاذا توفي من له حق الاجازة انتقل هذا الحق الى ورثته حيث نص الزرقاني على انه (لغايب نقض ما باعه حال غصبه او وهبه ان ورثه من المغصوب منه (ان لم يسكت).. وانما كان له نقضه لانتقال ما كان لو ارثه له)^{١٤} واليه ذهب بعض الامامية^{١٥} وبه اخذ القانون المدني في المادة (١٣٦) الفقرة الاولى ونصها: (ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الاصلي... وقت الاجازة) وهذا يدل على انه اذا توفي حل وارثه محله في حق الاجازة او الرفض.

(١١) قال الكمال في فتح القدير ٣١٦/٥ (فحاصل الخلاف... يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد، وهو الملك... وعندهما يوجب موقوفاً).

(١٢) الكمال، شرح فتح القدير ٣١٢/٥ والبايرتي، العناية في هامش فتح القدير ٣١٧/٥.

(١٣) الزرقاني، شرح مختصر خليل ٧/٥.

(١٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٨/٥-١٩.

٣-لايشترط بقاء العاقدين، حال صدور الاجازة، لان العقد لازم بالنسبة للبائع الفضولي والمشتري منه^{٢١} والعقد اللازم لا يتاثر بموت العاقدين. وبه اخذ القانون المدني (١٣٦) الفقرة الاولى. كما ذكرنا، وايدته محكمة التمييز في قرار لها بانه (ليس للعاقف الفضولي فسح العقد، وانما طلب الفسخ من حق المالك)^{٢٢}.

٤-لا يشترط بقاء المعقود عليه حيث قال الزرقاني: (تنبيه: للمالك نقض بيع الفضولي غاصبا او غيره ان لم يفت، فان فات بذهاب عينه فعليه الاكثر من ثمنه وقيمتة غاصبا ام لا)^{٢٣} وبه اخذ القانون المدني العراقي في المادة (١٣٦) الفقرة الاولى.

٥-تملك الفضولي للمبيع بالشراء او الهبة او القيمة يؤدي الى لزوم عقده فليس له نقض بيعه لتقرر الملك وكأنه دفع القيمة للمالك^{٢٤} لكن اذا تملكه بالارث فان له نقض عقده بغير ارثه فان سكت يسقط حقه في نقضه بل يلزم البيع، والفرق بين التملك بالارث وبين التملك بالشراء او الهبة او دفع القيمة، ان في الارث ينتقل له ما كان لمورثه من الحقوق ومن جملة حقوق مورثه حقه في نقض هذا العقد فله هذا الحق، بخلاف الشراء والهبة فان للفضولي اختيار قبول ذلك من المالك فليس له نقض بيعه الصادر من قبل هبة مالكة له او شراء منه، كذلك القانون المدني في المادة (٥٤٩) الفقرة الاولى تقضي بانه، يمنع البائع من التعرض للمشتري سواء كان التعرض ماديا او قانونيا، ومعلوم ان مطالبة البائع الفضولي بنقض عقده بعد تملكه للمبيع يدخل ضمن التعرض القانوني من غير فرق بين تملكه بارث او بتصرف قانوني.

٦-السكوت مع مضي المدة يؤدي الى لزوم العقد، فلو سكت المالك مع علمه ببيع الفضولي لماله ومضى على هذا السكوت عام كامل سقط حقه في رفض العقد، بل له الحق في المطالبة بالثمن فقط، هذا اذا لم يكن المالك حاضرا ببيع الفضولي واما اذا كان حاضرا وسكت حتى انقضى مجلس البيع سقط حقه في نقض العقد فورا عند الملكية^{٢٥}. والقانون المدني اخذ ايضا بفكرة اعتبار السكوت مع مضي المدة اجازة مع تقليص المدة من عام الى ثلاثة اشهر حيث نصت المادة (١٣٦) الفقرة الثانية على مايلى: (يجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر فاذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا) ونصت الفقرة الثالثة على انه (يبدأ سريان المدة. . . واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد).

٧-ان يكون المجيز متمتعا باهلية الاداء الكاملة.

طبيعة هذا النوع من الاجازة:

هذه الاجازة ذات طبيعة كاشفة لانها ليست جزءا لتمام العقد ولا شرطا من شروطه، فالعقد صحيح قبل الاجازة، وتترتب عليه جميع اثاره منذ ابرامه، لكنه قابل للفسخ من قبل من شرعت الاجازة لمصلحته، فاذا اجاز العقد اسقط حقه في الفسخ ومضى العقد، فالعقد الموقوف في هذه الحالة يعتبر بمثابة عقد معلق على شرط فاسخ. وهو الرفض فاذا تحقق الشرط: وهو رفض العقد من قبل من شرعت الاجازة لمصلحته انفسخ العقد، واذا زال خطر الفسخ باجازة المالك او سكوته مدة عام عند الملكية او مدة ثلاثة اشهر عند المشرع العراقي، او تملك البائع المبيع بتصرف قانوني زال خطر الفسخ. واصبح العقد لازما.

اشار هذا النوع من الاجازة:

(٢٠) العاملي، مفتاح الكرامة ١٩٦/٤.

(٢١) الزرقاني المصدر السابق ١٩/٥ والشيخ صالح عبدالسميع الابي، جواهر الاكليل ٥/٢ والعاملي، مفتاح الكرامة ١٩٦/٤.

(٢٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٥٣٦) في ١٩٤٦/٥/٦ المجموعة الرسمية عدد ٣ ص ٢٢٠ نقلا عن زبير مصطفى المصدر

السابق ص ١٠٧.

(٢٣) الزرقاني، شرح مختصر خليل ١٩/٥ والمرونة الكبرى ٣٤٨/٥.

(٢٤) الزرقاني، المصدر السابق ١٩/٥ والقراقي، الذخيرة، مخطوط ٢٩١/٥ نقلا عن بحثنا نظرية الاستحقاق ص ١٧٥ هامش (١)

والشيخ صالح الابي، جواهر الاكليل ٥/٢.

(٢٥) الزرقاني، المصدر السابق ١٩/٥.

العقد قبل الاجازة تترتب عليه جميع اثاره حيث يستحق المشترك حسن النية ثمار المبيع منذ صدور العقد حتى لو نقض العقد^{٣٦}، و يترتب على هذه الاجازة زوال خطر فسخ العقد و نفاذ جميع التصرفات الصادرة من المشتري منذ انشاء العقد، والغاء جميع الحقوق التي رتبها المميز على العقود عليه منذ ابرام العقد. وتملك جميع الزوائد والمنافع التي حصلت منذ ابرام العقد، والزام الفضولي بدفع ما اخذه من الثمن الى المالك، والزام المشتري بدفع ما بقي في ذمته الى المالك المميز ايضا.

المطلب الثالث: شروط الاجازة و طبيعتها في القانون العراقي:

اجازة العقد الموقوف في هذا القانون يتفق مع راي المالكية القائل بان العقد الموقوف عقد صحيح غير لازم من قبل من شرعت الاجازة لمصلحته من حيث الشروط والطبيعة والاثار، وقد اشرنا الى موقف القانون عند ذكر شروط الاجازة، واما بالنسبة لطبيعة الاجازة فان القانون ينص على ما يلي: (اجازة العقد الموقوف تكون صراحة ودلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد) المادة (١٣٦) الفقرة الاولى. ونصت المادة (١٣٥) الفقرة الثانية على مايلي: (فاذا اجاز المالك تعتبر اجازته توكيلا) ونصت المادة (٩٢٨) على ان (الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة).

يلخص من هذه النصوص ان الاجازة بصدورها المتأخر عن العقد تكشف عن ان العقد تترتب عليه اثره من وقت ابرامه، لامن وقت صدور الاجازة، ويترتب على هذا الحكم ان العقد الموقوف اذا لحقته الاجازة تحول الى عقد نافذ لازم منذ صدوره. ويستقر وجوده القانوني نهائيا بحيث لا يلحقه النقض فيما بعد بسبب توقفه. ومن هذا يظهر ان الاجازة كاشفة لتفاد العقد ولزومه وليست منسئة، لانها لا تضيف اثرا جديدا الى العقد الاصلي فحقوق والتزامات المتعاقد تظل كما هي متولدة عن العقد، من غير تعديل في نطاقه وشروطه. و هذا معنى الكشف في الاجازة ومن هذا يظهر ان طبيعة الاجازة كاشفة من كل وجه في القانون المدني العراقي.

تنبيه: ان القانون استعار فكرة الوكالة بالنسبة لاجازة عقد الفضولي في المادة (١٣٥) الفقرة الثانية في الفقه الحنفي، لكن لم يلتزم بها بالنسبة لتطبيق جميع احكام الوكالة على الاجازة، لان من جملة احكامها اعتبار يد الوكيل يد امانة، وعلى هذا لوضاع الثمن الذي اخذه الفضولي من المشتري من غير تقصير من الفضولي فان الخسارة تقع على المالك المميز حسب قواعد الوكالة. واليه ذهب الحنفية اذا كانت الاجازة تشمل العقد وقبض الثمن^{٣٧} لكن القانون لم يعتبر يده يد امانة، بل الزمه بتسليم الثمن الى المالك، حيث نص في نفس المادة (١٣٥) بانه (يطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الأخر) وهذا يشمل ما اذا كان البدل (الثمن) باقيا او هالكا بتقصيره او بغير تقصيره وهذا الاتجاه من القانون يتفق مع راي الراجح عند المالكية^{٣٨}.

المطلب الرابع: شروط الاجازة و طبيعتها في القانون الاردني:

اورد القانون المدني الاردني العقد الموقوف في المواد (١٧١-١٧٥) على الوجه الاتي:

المادة ١٧١: يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من فضولي في مال غيره، او من مالك في مال له تعلق به حق الغير، او من ناقص الاهلية في ماله و كان تصرفا دائرا بين النفع و الضرر، او من مكره، او اذا نص القانون على ذلك.

المادة ١٧٢: تكون اجازة العقد للمالك او لمن تعلق له حق في العقود عليه او للولي او الوصي اوناقص الاهلية بعد اكتمال اهليته او للمكره بعد زوال الاكراه او لمن يخوله القانون ذلك

المادة ١٧٣: تكون الاجازة بالفعل او بالقول او باي لفظ يدل عليها صراحة او دلالة. ويعتبر السكوت اجازة ان دل على

الرضاعرفا

(٣٦) الزرقاني، شرح مختصر الخليل مع حاشية البناي ١٩/٥

(٣٧) الهداية مع شرح فقه القدير ٣١٢/٥.

(٣٨) راجع المدونة الكبرى ٣٤٨/٥، والدسوقي، حاشيته على الشرح الكبير ٣١٠/٣.

المادة ١٧٤: يشترط لصحة الاجازة قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة ووجود من له الاجازة وطرفي العقد و المتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت الاجازة.

المادة ١٧٥: اذا اجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا الى وقت صدوره واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، واذا رفضت الاجازة بطل التصرف.

يفهم من هذه النصوص انه يشترط لصحة الاجازة ما يلي:

١- ان يكون العقد قابلا للاجازة وقت ابرامه حيث نصت المادة ١٧٤ بقولها: (يشترط لصحة الاجازة

قبول التصرف للاجازة وقت صدوره ووقت الاجازة) ويترتب على هذا الشرط ان الصبي المميز اذا باع ماله قبل نصب الولي او الوصي فالعقد موقوف، لانه قابل للاجازة باذن السلطات، ولكن لو باع الفضولي المال الموقوف على غير معين، فان عقده هذا لا تلحقه الاجازة لان بيع الموقوف غير قابل للاجازة، وهذا يتفق مع راي المالكية.

٢- يشترط وجود المجيز وقت الاجازة، لكنه لا يشترط بقاء نفس المجيز الذي كان موجودا وقت صدور العقد، ويترتب عليه انه اذا توفي من له حق الاجازة وقت صدور العقد فان لورثته الحق في اجازة العقد، وهذا يتفق مع راي المالكية.

٣- ويشترط وجود طرفي العقد حيث نصت المادة ١٧٤ على ذلك بقولها: (وجود من له الاجازة وطرفي العقد.... وقت الاجازة) ويترتب عليه انه لو باع الفضولي مال غيره ثم توفي البائع او المشتري قبل صدور الاجازة من المالك، فان العقد لا تلحقه الاجازة، وهذا يتفق مع راي الحنفية، ويخالف راي المالكية كما يخالف القانون العراقي الذي ينص في المادة ١٣٦ الفقرة الاولى على انه (لا يشترط قيام العاقدين او المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة)

٤- ويشترط وجود المعقود عليه، ويترتب عليه انه اذا هلك المبيع او استهلك او هلك احد البدلين في عقد المقايضة، فان العقد لا تلحقه الاجازة، ونصت المادة ١٧٤ على هذا الشرط بقولها: (وجود من له الاجازة.... والمتصرف فيه وبدله ان كان عينا وقت الاجازة) وهذا يتفق مع راي الحنفية، ويخالف راي المالكية كما يخالف القانون العراقي المادة (١٣٦)

٥- ان تكون الاجازة مسبوقه بالرفض، لان الفقرة الثانية من المادة ١٧٥ تنص على انه (اذا رفضت الاجازة بطل التصرف) والتصرف الباطل لا تلحقه الاجازة

٦- السكوت يعتبر اجازة ضمنية ان دل على الرضا عرفا الفقرة الثامنة من المادة (١٧٣)، وهذا يوافق راي المالكية ويخالف راي الحنفية

وطبيعة الاجازة انها كاشفة حيث نصت الفقرة الاولى من المادة (١٧٥) على انه (اذا اجيز التصرف الموقوف نفذ مستندا الى وقت صدوره، واعتبرت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة).

المبحث الثالث: اثار الاجازة

المطلب الاول: اثار الاجازة بالنسبة للعاقدين:

اذا كان سبب توقف العقد وقوع احد العاقدين في غلط جوهري او وقع عليه الغبن مع التفرير. او الاكراه او نقص الاهلية، فان الاجازة تؤدي الى سقوط حق المجيز في فسخ العقد، دون ان تسري في مواجهة الغير الذين توقف العقد لمصلحتهم ان وجدوا، حيث ان حقهم في رفض العقد ونقضه يظل قائما طالما لن تصدر منهم اجازة العقد بقدر ما يتعلق بحقهم، واساس هذا الحكم هو ان الاجازة تصرف قانوني صادر بارادة المجيز المنفردة والقاعدة العامة تقضي بأن أي تصرف قانوني صادر بالارادة المنفردة لا يلزم الا من صدر منه.

ومن هذا يظهر ان اثر الاجازة بالنسبة للعاقد المجيز نسبي، ويترتب عليه انه لو كان المبيع مالا مشاعا واكره جميع الشركاء على بيعه، فهنا يثبت خيار الاجازة والرفض لكلهم، فلو زال الاكراه وبعده اجاز احد الشركاء او اكثر العقد، فان هذه الاجازة لا تؤثر على حق الباقيين في الخيار، حيث يبقى لهم الحق في رفض العقد، فاذا رفضوا فانه يمكن تطبيق قواعد البطلان الجزئي في هذا الصدد، وكذا الحال لو كان احد العاقدين ناقص الاهلية والعاقد الاخر وقع في غلط جوهري، فاجاز ولي (ناقص الاهلية) العقد. فانه يسقط حقه في رفض العقد ويصبح العقد لازما في حقه، لكن اجازته لا تؤثر في حق العاقد الاخر الذي وقع في الغلط، فانه يبقى له الحق في فسخه. ولا تؤثر الاجازة الصادرة من الطرف الاخر على حقه في

الرفض.

ب-اما اذا كان العقد موقوفا لاجل عدم ولاية احد العاقدين، كما لو باع فضولي مال غيره، فان العقد يكون موقوفاً على اجازة المالك، وهو غير العاقدين، ويترتب على اجازته لزوم العقد في حق الجميع اعتباراً من تاريخ ابرامه، ويترتب عليه جميع اثاره منذ ابرامه^{٢٩}. والاساس الفقهي لترتب هذه الاثار منذ ابرام العقد ان الاجازة تجعل العقد كأنه قد صدر من ذي الولاية عليه، فاذا صدر من فضولي اعتبر العقد صادراً من وكيل^{٣٠}، أي ان الفضولي يعتبر وكيلاً عن المالك، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٥) على التوكيل بقولها: (اذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً) لذلك يعتبر العقد نافذاً لازماً منذ صدوره، لانه صادر من الوكيل وعقد الوكيل في حدود وكالته نافذ لازم.

ولكن يثار التساؤل التالي: هل ان الوكالة الناشئة عن الاجازة تنتهي بعد الاجازة فوراً وان جميع اثار العقد تعود على المالك؟ او ان الفضولي يبقى وكيلاً بعد الاجازة وتعود عليه الاثار بقدر الوكالة؟ اختلف فيه فقهاء الفقه الاسلامي على رأيين:

الاول: ان الوكالة تبقى، واليه ذهب الحنفية، حيث يرون استمرار الوكالة، لانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع اليه حقوق العقد^{٣١} ويترتب عليه ان يتحول يد الفضولي الى يد امانة بالنسبة للثمن الذي اخذه من المشتري، فلا يضمن هلاكه الا بالتعدي^{٣٢} ويكون مسؤولاً عن ضمان العيوب والاستحقاق. وذهب المالكية الى ان الوكالة التي تنشأ عن الاجازة وكالة مستعارة ضعيفة، لذلك تنتهي بمجرد الاجازة، ولا تحول يد الفضولي الى يد امانة، حيث قال الزرقاني: (لانه بامضاء بيعه كأنه البائع) وقال قبله بسطر: (واذا امضاه فيتبع الغاصب بالثمن ان قبضه من المشتري.. .. والا رجع على المشتري)^{٣٣} وفي المدونة (قلت: أي للامام مالك): الا تراه اذا اجاز البيع جعل الغاصب مؤتمناً في الثمن، قال: لا، لأن الغاصب لم يزل ضامناً.. . فلا يبرئه من ضمانه الذي لزمه الا الاداء)^{٣٤}.

ونعود الى المشرع العراقي لنعرف هل اخذ هذا الحكم من المذهب الحنفي او من المذهب المالكي؟
ارجح انه اخذ برأي المالكية دون الحنفية لسببين:

الاول: ان صياغة النص تشبه صياغة كلام المالكية حيث نصت المادة (١٣٥) الفقرة الثانية على ما يلي: (.. . ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر) وهذا النص يشبه قول الزرقاني السابق: (اذا امضاه فيتبع الغاصب بالثمن ان قبضه من المشتري) ولو كان اراد الاخذ برأي الحنفية كان يقول: اذا اجاز كان الثمن مملوكاً له امانة في يد الفضولي. لكن استعمال تعبير (ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه) مشعر بان يد الفضولي لم تتحول الى يد امانة.

الثاني: ان المشرع التزم برأي المالكية مخالفاً رأي الحنفية في الاجازة من حيث شروطها وطبيعتها واثارها، ويستشف منها انه هنا ايضا التزم برأي المالكية دون رأي الحنفية.

المطلب الثاني: اثار الاجازة بالنسبة للغير:

المقصود بالغير هنا الخلف الخاص للمجيز، وهو من تلقى ملكية المعقود عليه او حقا عينياً اخر عليه من قبل من توقف العقد لمصلحته قبل صدور الاجازة، ثم يجيز العقد الموقوف.
هل تنفذ الاجازة في حق الخلف الخاص وتضر حقه ام لا؟

(٢٩) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٥٣٦) السابق.

(٣٠) موسوعة الفقه الاسلامي ٣٣٣/٢.

(٣١) الكمال، شرح فتح القدير ٣٠٩/٥ و٣١٢، والكاساني، البدائع ١٥١/٥ وكذلك في الفتح ٤٣١/٢.

(٣٢) الكمال، المصدر السابق ٣١٢/٥ و٤٣١/٢.

(٣٣) شرح مختصر خليل ١٥٣/٦.

(٣٤) المرونة الكبرى ٣٤٨/٥.

أبالنسبة لمن تلقى حق الملكية سواء كان بشراء او هبة، فان قيام من توقف العقد لمصلحته بنقل ملكية العقود عليه الى الغير يعتبر رفضا للاجازة دلالة، حيث نصت المادة (١٣٦) الفقرة الثانية على مايلي: (فاذا لم يصدر في هذه المدة مايدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا) وتصرف من توقف العقد لمصلحته تصرفا نافلا للملكية الى شخص اخر يدل على رغبته في نقض العقد الموقوف، اصف الى ذلك فانه بعد نقل ملكية المبيع الى الغير يصبح

اجنبيا عن محل العقد. فلا يستطيع اجازة عقد لا يملك فيه أي حق على العقود عليه حين صدور الاجازة. باما بالنسبة لترتيب حقوق اخرى التي لا تتعارض مع الاجازة على محل العقد قبل الاجازة، فانها تلغي بالاجازة، لانه اذا اجاز العقد، فانه ينفذ منذ ابرامه وينتج اثره. ويرتب عليه ان جميع ماصدر من المجيز بين ابرام العقد وصدور الاجازة يعتبر تصرفا في ملك الغير (وهو من صدرت له الاجازة) ويتوقف على اجازته، فاذا اجاز هذه التصرفات فانه يستطيع ان يطالب المجيز الاول بالبدل ان قبضه، وان رفض فانه يستطيع ان يطالب المستغل باجرة المثل، لان جميع الثمار والزوائد ملك له منذ ابرام العقد.

وهذا هو الاتجاه السائد في القانون المدني العراقي، لان الفقرة الاولى من المادة (١٣٦) تنص على مايلي: (وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد) وهذا النص يدل على ان الاجازة كاشفة عن ان العقد كان صحيحا. يترتب عليه اثره وهي نقل الملكية وتملك الثمار والمنتجات منذ ابرامه اذا كان محله عينا معينة بالذات، ومنذ افرازه وتسليمه اذا كان عينا معينة بالنوع. موقف بعض الشراح:

وذهب بعض الشراح الى ان الاجازة لا بد ان لا تضر بحقوق الغير، أي انه اذا اكراه شخص على بيع ماله فباع تحت تاثير الاكراه ثم زال الاكراه وقبل ان يجيز العقد رهن نفس المال بدين ثم اجاز البيع، فان الاجازة تجعل عقد البيع نافذا لازما بالنسبة للبايع والمشتري منذ ابرامه، لكن لا يحتج بها على الدائن المرتهن، لان الاجازة لا تضر بحقوق الغير^{٣٥}.
نوقش هذا الراي من عدة وجوه:

اولا: ان القواعد العامة تقضي بان الاجازة كاشفة عن ترتب جميع اثار العقد من نقل الملكية وغيرها الى المشتري منذ ابرام العقد، وليس منذ صدور الاجازة، لذلك يعتبر المجيز اجنبيا عن محل العقد منذ ابرامه، فتعتبر تصرفاته واقعة على ملك الغير كما دل عليه قوله: (وتستند الاجازة الى الوقت الذي تم فيه العقد).

ثانيا: انه تطبيق لما ورد في القانون المصري على القانون العراقي، وهذا غير صحيح، وبيانه: ان الفقرة الثانية من المادة (١٣٩) مصري تنص على انه (تستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير) وبالمقارنة بين هذا النص وبين النص العراقي نجد المشرع العراقي حذف جملة (دون اخلال بحقوق الغير) وهذا الحذف كان عن علم، لانه كان مطالعا على النص المصري، فمحاولة تطبيق هذه الزيادة في القانون مخالف لقصد المشرع العراقي.

ثالثا: ان النص المصري انتقد من قبل كثير من الشراح المصريين، لانه يقضي بان الاجازة اللاحقة لا تخل بالحق الذي كسبه الغير، وهذا لا يتقف مع قواعد البطلان النسبي التي تعوق الوجود القانوني للعقد الذي يشوبه^{٣٦}، لذلك فان بعض

(٣٥) د. محمود سعد الدين الشريف، نظرية الالتزام مطبعة العاني بغداد سنة ١٩٥٥، ١/ ١٤٩-١٥٠ وعبدالرسول الجصاني، مذكرات في العقد والفعل الضار، بغداد سنة ١٩٨٤ ص ١٣٦-١٣٧.

(٣٦) د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص ٢٣٢ ف ١٢٣، د. جميل الشراوي، المصدر السابق ص ٢٤٦ ف ٥٥ وعبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات مصادر للالتزام القاهرة سنة ١٩٧٧ ص ٣٥٤ ود. عبدالمنعم فرج الصدة، اصول القانون دار النهضة العربية القاهرة سنة ١٩٧٨ ص ٢٣٨ ود. اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، القاهرة سنة ١٩٦٦ فقرة ١٣٨، ود. سليمان مرقص نظرية العقد القاهرة سنة ١٩٧٠ ص ٢٤٦.

شراح المصرىين حاول تفسير عدم الاخلال بحقوق الغير بان القانون يقصد تقرير حق الخلف الخاص في الحصول على تعويض ما يلحقه من ضرر بسبب الاجازة وفقا للقواعد العامة^{٣٧}، اي انه يقصد عدم سريان الاجازة في حقه. فاذا كان النص المصري منتقدا لانه، مخالف للقواعد العامة للبطلان النسبي وتوقف العقد، والنص العراقي موافقا للقواعد العامة، لماذا نحاول استعارة النص المصري ونفضله على النص العراقي، لو فعلنا ذلك لارتكبنا خطأ في حق القانون المدني العراقي.

المطلب الثالث: اثر الاجازة بالنسبة للكفيل:

اذا ضمن شخص استحقاق المبيع وهو ما يسمى عند الفقهاء بضمان الدرك، وهو ان يضمن للمشتري الثمن الذي دفعه للبائع اذا خرج المبيع (ملكا لغير البائع) مستحقا^{٣٨} وحكم للمالك باسترداده، فان هذه الكفالة معلقة على شرط واقف، ومضمونه كان الكفيل يقول للمشتري: اذا تبين ان المبيع ليس ملكا للبائع وان المالك الاصلي رفض العقد واخذ المعقود عليه فانني استرد لك الثمن من البائع، وعلى هذا لاتجوز الكفالة باستخلاص المبيع، لانه لا يملك اجازة العقد، بل المالك هو وحده يملك هذا الحق و على هذا تكون الكفالة برد الثمن^{٣٩} او جبران الخسارة.

ويشترط لصحة هذه الكفالة ان يكون المشتري قد دفع الثمن للبائع، لانه كفيل للبائع ولا يوجد الحق على البائع الا بعد اخذ الثمن، وفي هذه الكفالة لا يستطيع المشتري مطالبة الكفيل الا بعد الحكم بفسخ العقد وضمان الاستحقاق، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٠) على انه (لا يطالب كفيل البائع بالدرك، اذا ظهر مستحق، مالم يحكم على البائع بضمان الاستحقاق وفسخ البيع) وبما ان هذه الكفالة معلقة على رفض العقد فان الاجازة لا تؤثر فيها اذا كانت مطلقة، واما اذا كانت مقيدة بان عين فيها الشخص الذي توقف العقد لمصلحته، فان الكفالة تنتهي باجازه للعقد.

واما اذا كانت الكفالة عن المشتري مثل ان يبيع الفضولي بثمن مؤجل وياخذ كفيلا عن المشتري بالثمن، وقبل حلول اجل الدين اجاز المالك العقد، في هذه الحالة ينتقل حق المطالبة بالثمن من البائع الفضولي الى المالك المجيز، لان القاعدة القانونية تقضي بان ينتقل (الحق الى المحال له بصفته وضماناته) المادة (٣٦٥) الفقرة الاولى. ومعلوم ان الكفالة من جملة الضمانات، ومن هذا يظهر ان الاجازة

لا اثر لها على كفيل المشتري بالثمن. بل تبقى الكفالة كما هي الى ان تبرا ذمة المشتري من الثمن .

هناك مسألة يثار حولها التساؤل وهي: ان المالك المجيز غير ملزم بالاجل الذي اتفق عليه البائع والمشتري لسداد الثمن اذا كان هناك اجل، وعليه فان المجيز اذا اجاز العقد والاجل لا اشكال فيه، ولكن لو اجاز العقد دون الاجل، فان الاجل يسقط ويستطيع مطالبة المشتري بالثمن فورا، ولكن هل له مطالبة الكفيل فورا اولا يستطيع مطالبته الا بعد حلول الاجل؟ والراجح ان المجيز لا يستطيع مطالبة الكفيل قبل حلول الاجل، لانه لايجوز ان تكون الكفالة بشروط اشد من شروط الدين المكفول وقت ابرام عقد الكفالة فالمادة (١٠١٣) تنص على ان الدين اذا كان مؤجلا على الاصيل تاجل على الكفيل ايضا، ولكن اذا تاجل على الكفيل فقط فانه لا يتاجل على الاصيل، وبناء عليه فان الكفيل لا يضار من اجل سقوط اجل الالتزام الاصلي، لكنه قد يستفيد منه، فاذا امتد اجل الالتزام الاصلي فمن حق الكفيل ان يستفيد من هذا التمديد، فيكون مخيرا بين التمسك بالاجل الجديد وبين الوفاء في ميعاد الاجل الاصلي لأنه ربما كان له مصلحة في التعجيل بهذا الوفاء^{٤٠}.

(٣٧) د. جميل الشراوي، المصدر السابق ص ٢٤٦ ف ٥٥ وقال في الهامش: والقانون الالمانى رغم حرصه على استقرار

المعاملات لم ينص على عدم اضرار الاجازة بالغير.

(٣٨) الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج ٢/ ٢٠١ والكمال، المصدر السابق ٥/ ٤٠٤-٤٠٥.

(٣٩) الزرقاني، المصدر السابق ٢٥/٦.

(٤٠) د. عبدالخالق حسن، الكفالة ص ١٠٥-١٠٦، ف: ٥ طبعة دار الهدى مصر سنة ١٩٨٦.

وبناء على ما تقدم فان اجل الدين المكفول اذا سقط باتفاق الدائن والمدين، فان الكفيل لا يضر بهذا الاتفاق لانه لا يجوز للمدين ان يسوء مركز الكفيل.

اما اذا سقط اجل الالتزام الاصلي بسبب لايد للمدين فيه، فان الكفيل ايضا يكون من حقه التمسك بالاجل الاصلي رغم سقوط الاجل بالنسبة للمدين، لان تبعية التزام الكفيل لا تمنع ان يكون التزامه بشروط اهن من الالتزام المكفول، لانه قد يكون الكفيل قد قبل الكفالة على اساس الاجل الاصلي، واتخذ احتياطاته للوفاء عند حلول هذا الاجل اذا لم يقم المدين بالوفاء، فاجبار الكفيل بالوفاء قبل حلول الأجل الاصلي فيه تضيق عليه^{٤١}. لكن رفض العقد يؤدي الى فسخ الكفالة، لانه يؤدي الى انتهاء التزام المشتري بدفع الثمن للبائع الفضولي، وهو الالتزام المكفول به، وسقط بسبب انفساخ العقد بالرفض، المادة (١٠٥٤) مدني عراقي.

المبحث الرابع : اثار اجازة العقد القابل للابطال في القانون المصري:

اثر العقد القابل للابطال في القانون المصري يشبه العقد الموقوف في القانون العراقي الا في حكمين او اثرين: الاول: ان العقد بعد الاجازة يقتصر اثاره على العاقدين فقط، وبمعنى اخر ان الاجازة لاتمس حقوق الغير الذي تلقى من المميز حقوقا عينية على الشئ المعقود عليه قبل اجازة العقد^{٤٢} حيث تنص المادة (١٣٩/٢ ف مدني مصري) على ان الاجازة تستند الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير) وهذا النص يقرر مايسمى بالاثر الرجعي للأجازة، أي تصحيحها التصرف منذ ابرامه، ولكن فكرة عدم الأخلال بحقوق الغير تبدو غريبة على معنى الاجازة لان الكلام عن عدم الأخلال قد يوحي بان الاجازة تؤدي الى تصحيح التصرف من وقت صدورهما مع ان الاجازة لا تأتي بحال جديدة للتصرف، وانما هي تأكيد لحالته القائمة، أي يقتصر اثارها على بيان ان صحته القائمة يجب الا تكون موضع شك كاي تصرف لم يقم أي شك في صحته منذ البداية^{٤٣}.

ويترتب على اعتبار الاجازة تاكيدا لصحة التصرف منذ ابرامه، ان اثار هذا التصرف المجاز هي التي تحدد حقوق المميز. وكذا حقوق خلفه ودائنيه، لكن المادة (١٣٩/٢ ف) تقضي في نهايتها بان الاجازة رغم اثارها الرجعي لاتضر بالغير. وهذا النص ماخوذ من نص المادة (١٣٣٨) فرنسي. وقد حدد الفقه الفرنسي هذا الغير بانه الخلف الخاص للمميز، وحدد الحقوق بانها الحقوق الناشئة عن التصرف الذي صدر من المميز قبل الاجازة كما فسر هذا الفقه عدم الاضرار بهذا الخلف بانه عدم سريان اثر الاجازة عليه ان تعارضت مع حقوقه^{٤٤}. وقد اختلف الفقه في تعليل عدم السريان المذكور الى عدة اراء كلها لم يسلم من الاعتراض عليه. لذا ذهب البعض الى ان الخلف الخاص له ان يتمسك ببطلان التصرف الاول (المجاز) بمقتضى حق خاص به من التمسك بالبطلان قرره له القانون بالنص المذكور^{٤٥}.

ولكن تقرير عدم سريان الاجازة على هذا الخلف يتعارض مع معنى الاجازة باعتبارها كاشفة عن صحة التصرف المجاز منذ ابرامه^{٤٦} لذلك حاول الدكتور جميل الشرقاوي تفسير عدم السريان هذا بتقرير حق الخلف في الحصول على تعويض مايلحقه من ضرر بالاجازة، لان هذا المعنى هو الذي يتفق مع اعتبار الاجازة تاكيدا لصحته الظاهرة منذ البداية، فضلا عن كفايته في تحقيق حماية الخلف الخاص من سلوك المميز^{٤٧}.

(٤١) د.عبدالخالق حسن، المصدر السابق ص ١٠٦-١٠٨ ف:٥.

(٤٢) د.محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق ص ٢٣١-١٢٣.

(٤٣) د.اسماعيل غانم، مصادر الالتزام طبعة القاهرة ١٩٦٨ فقرة ١٣٨.

(٤٤) د.جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص ٢٤٥ ف:٥.

(٤٥) د.جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص ٢٤٦، ف: ٥٥.

(٤٦) د.محمود جمال الدين، المصدر السابق ص ٢٣٢ ف ١٢٣، ود.جميل الشرقاوي المصدر السابق /٢٤٦.

(٤٧) حيث قال: (ومن الممكن ان نفسره على انه يقصد الى تقرير حق الخلف في الحصول على تعويض ما يلحقه من ضرر

بالاجازة وفقا للقواعد العامة في العويض) المصدر السابق ص ٢٤٦ ف: ٥٥.

الثانى: بيع ملك الغير او ايجاره او اجراء تصرف اخر عليه، فان هذا العقد يكون موقوفا على اجازة المالك فى ضوء القانون المدنى العراقى، فاذا اجازته ترتب عليه الاثار منذ ابرام العقد، اما فى القانون المصرى فان له حكمين: حكم بالنسبة لملك الشئ، وحكم اخر بالنسبة للمشترى من الفضولى.

الحكم الاول: انه عقد غير سار بالنسبة للمالك حيث نصت المادة (٤٦٦) على انه (وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المببعة) لانه اجنبى عن العقد فلا يتاثر حقه بالعقد الذى ابرمه غيره على ملكه بغير اذنه.

وعدم السريان معناه: عدم نفاذ التصرف فى حقه مع بقاء العقد صحيحا بين العاقدين^{٤٨}.

والحكم الثانى: انه عقد قابل للابطال (البطلان النسبى) بالنسبة للمشترى، ويترتب عليه انه من حق المشترى ان يطلب ابطال العقد، لان الملكية لا تنتقل الى المشترى بمجرد العقد، وفى ذلك اضرار بالمشترى. لذلك اجاز المشرع له ان يدفع عن نفسه الضرر بان يطلب ابطال العقد حيث نصت الفقرة الاولى من المادة (٤٦٦) على انه: (اذا باع شيئا معيننا بالذات وهو لايملكه جاز للمشترى ان يطلب ابطال البيع) ومن هذا يظهر ان المشترى متى علم بعدم ملكية المبيع للبائع كان بالخيار بين التمسك بحقه فى ابطال العقد وبين مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة من العقد:

فاذا تمسك بالبطلان وحكم له به، لم يعد له الحق فى المطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد، بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن بطلان العقد، وهذا التعويض يختلف باختلاف نية المشترى، اذا كان حسن النية. أى انه كان يجهل ان المبيع مملوك لغير البائع وقت ابرام العقد، فان له الحق ان يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية حسب المادة (٤٦٨) ويفهم منه ان المشترى اذا كان سئ النية أى كان يعلم بان المبيع ليس مملوكا للبائع فان حقه يقتصر على استرداد الثمن فقط^{٤٩}.

واما اذا اختار المطالبة بتنفيذ العقد عد ذلك منه اجازة للعقد، وفى هذه الحالة يصبح العقد صحيحا بين البائع والمشترى، لكنه غير سار فى حق المالك الاصلى، لذلك فان له الحق فى ان يتعرض للمشترى تعرض قانونيا^{٥٠}.

فاذا تعرض له المالك الحقيقى تعرضا قانونيا. واثبت ملكيته للمبيع وحكم له باستحقاق المبيع، كان للمشترى حق الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق وفقا للمادة (٤٤٣) وله ايضا حق فسخ العقد لاخلال البائع بالتزام ضمان التعرض وفقا للقواعد العامة، وكذلك له الحق فى ابطال العقد، اذا لم يكن قد اجازته بعد، ولكن بعد الاجازة يخير بين ان يطلب فسخ البيع او التنفيذ بمقابل وهو طلب التعويض وليس له ان يجمع بين هذه الدعاوى^{٥١}. ان المشترى يسقط حقه فى ابطال العقد فى ثلاث حالات: حالة اجازته العقد وحالة موافقة المالك على العقد و يسمى اقرار العقد، حيث نصت المادة (٤٦٧) على انه (اذا قرر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى) وكذلك يسقط حقه فى الابطال اذا ملك البائع المبيع بعد صدور العقد، وكذلك يسقط حقه بالتقادم الطويل وهو مضى خمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد، لان المادة (١٤٠) التى حددت مدة تقادم دعوى الابطال بثلاث سنوات قد عينت فى كل حالة من حالات الابطال مبدا هذه المدة. وهو تاريخ كشف الغلط او التدليس او انقطاع الاكراه او زوال نقص الاهلية ولم تحدد مبدا لمدة تقادم دعوى ابطال بيع ملك الغير، فيتعين القول بان هذه المدة تبدأ من وقت ابرام العقد، وبان الحق فى رفع دعوى الابطال لا يتقادم بضى ثلاث سنوات بل يتقادم بضى خمس عشرة سنة ابتداء من وقت ابرام العقد^{٥٢}. اما البائع فليس له الحق فى ابطال البيع، بل العقد نافذ فى حقه. لان العقد يخوله كافة الحقوق التى تنشأ من العقد الصحيح الصادر من المالك، ومنها حقه فى

(٤٨) د. جميل الشرقاوى، نظرية البطلان مطبوعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٦ ص ١٤٤ ف ٥٣.

(٤٩) د. سليمان المرقص، عقد البيع ص ٥١٣-٥١٥ ف ٢٩٢ و ص ٥٢١ ف ٩٩.

(٥٠) د. سليمان مرقص، المصدر السابق ص ٥١٤ مع ملاحظة هامش (٤).

(٥١) د. سليمان مرقص، المصدر السابق ص ٣٩٢٠ ف ٢١٠ و ص ٥١٥ ف ٢٩٢.

(٥٢) د. سليمان مرقص، المصدر السابق ف: ٢٩٢. ٥١٥-٥١٦

اقتضاء الثمن، فهو لايتضرر من شئ، وبالتالي لا محل لحمائته عن طريق منحه الحق في ابطال البيع سواء كان حسن النية او سيئها^{٥٣}.

غير ان ذلك لايعني ان لافرق بين البائع حسن النية والبائع سئ النية اذ ان قواعد المسؤولية العقدية تفرق بين المدين حسن النية والمدين سئ النية من حيث مدى التعويض الذي يلتزم به كل منهما، فالاول لايسال الا عن الضرر المباشر الذي كان متوقعا وقت العقد، اما الثاني فيسال عن جميع الاضرار المباشرة متوقعة كانت او غير متوقعة^{٥٤}.

ومن هذا يظهر ان بيع ملك الغير في القانون المصري عقد قابل للابطال من قبل المشتري من ناحية، وعقد غير سار (غير لازم) في حق المالك من ناحية اخرى، لذلك يترتب عليه مايلي:

١- ان المشتري اذا اجاز العقد يسقط حقه في الابطال دون ان تمس هذه الاجازة بحق المالك في عدم سريان العقد في حقه المادة (٤٦٦).

٢- اذا اقر المالك بيع الفضولي فانه يسقط حقه في عدم سريان العقد عليه ، وفي نفس الوقت يسقط حق المشتري في التمسك بالابطال اعتبارا من تاريخ الاقرار (المادة ٤٦٧).

٣- اذا اقر المالك العقد، فان العقد يصبح نافذا في حقه من تاريخ الاقرار، وليس من تاريخ ابرام العقد ويترتب عليه ان الاقرار لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك قبل صدور الاقرار^{٥٥} بخلاف الحقوق التي كسبها بعد الاقرار.

٤- اختلف الفقه في تحديد المقصود بسريان العقد في حق المالك بالاقرار على رايتين:

الراي الاول: ان المالك المقر يحل محل البائع الفضولي اعتبارا من تاريخ صدور الاقرار في جميع حقوقه والتزاماته في العقد، فتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة، وتبرا ذمة الفضولي من الالتزامات الناشئة عن البيع، فيجوز للمالك مطالبة المشتري بالثمن، ومطالبة البائع بما يكون قد قبضه، وللمشتري مطالبة المالك المقر بالتسليم وله الرجوع عليه بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية^{٥٦}.

الراي الثاني: ان اقرار المالك يقتصر اثره على امكان الاحتجاج بالبيع عليه، وازالة العقبة التي كانت تحول دون نقل الملكة الى المشتري وفيما عدا ذلك يظل المالك اجنبيا عن العقد فلا ينصرف اليه ماينشئه من حقوق والتزامات، وذلك لان الاقرار تصرف صادر عن ارادة منفردة هي ارادة المالك ولايصح ان يتغير المدين دون موافقة الدائن الذي قد يكون له مصلحة في بقاء البائع ملتزما بما يفرضه عليه العقد من التزامات، فاذا اريد انصراف اثر البيع الى المالك واحلاله محل البائع فلا بد ان يتفق على ذلك اصحاب الشأن جميعا وهم البائع والمشتري والمالك^{٥٧}.

الفصل الثاني:

نقض العقد الموقوف واثاره:

تمهيد في: تعريف النقض:

(٥٣) د. سلمان مرقص، المصدر السابق ص ٥١٦ ف: ٢٩٣.

(٥٤) د. سليمان مرقص، المصدر السابق ص ٥٢٢ ف: ٢٩٩.

(٥٥) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع طبعة دار النهضة العربية، القاهرة سنة ١٩٨١ ص ٨٢-٨٣ ف: ٥٤.

(٥٦) مال الى هذا الراي د. خميس خضر، عقد البيع ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٤ مكتبة القاهرة الحديثة ص ٢٧٨-٢٧٩ ف:

١٧٧، ود. سليمان مرقص، المصدر السابق ص ٥١٩ ف: ٢٩٦ يؤيد هذا الراي ولكنه يضيف اليه: بقاء مسؤولية البائع مع المالك المقر، لان ذمة البائع لاتبرا من هذه الالتزامات الا بالوفاء بها من جانبه او من جانب المالك الذي اقر البيع فعلى هذا اذا اخل المالك المقر بالالتزامات فان المسؤولية تقع عليه وعلى البائع معا.

(٥٧) واليه مال د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق ص ٨٣ ف: ٥٤ والسنهوري الوسيط ٢٩٩/٤ ف: ١٦١.

النقض لغة ضد الابرام^{٥٨} ، وانفسخ العزم والبيع والنكاح انتقض^{٥٩}.

النقض فى اصطلاح الفقهاء:

واستعمال الفقهاء لهذه الكلمة قريب من المعنى اللغوي، حيث قال النووي: قال الليث: النقض افساد ما ابرمته من عقد او بناء^{٦٠} وقال الباجوري: ينقض معناه الاصلي هو ان يزيل الشئ من اصله^{٦١}. وقال القليوبي: الناقض: ما يزيل الشئ من اصله اللازم عليه بطلان مامضى بما يترتب عليه^{٦٢} وقد يطلق على ازالة الشئ من حينه وقطع استمرار حكمه^{٦٣} حيث يقولون: ينقض الوضوء بحدث فهنا الحدث يزيل الوضوء من وقت حدوثه وليس من اصله، لانه لو كان يزيله من اصله لادى الى بطلان الصلاة التي صلاحها المصلى قبل نقض وضوءه، وقال الكمال بن الهمام: النقض فى الاجسام ابطال تركيبها، وفي المعاني: اخراجها عن افادة ما هو المطلوب منها^{٦٤}.

ومن هذا يظهر ان كلمة النقض عند الفقهاء تطلق على البطلان الذي يزول به التصرف من اصله، وتطلق ايضا على الفسخ الذي هو قطع لاستمرار الحكم السابق عن افادة ما هو المطلوب منه وازالته له من وقت حدوث سببه. وبناء على ماسبق فانه يمكن تعريف نقض العقد الموقوف بانه:

حق مقرر لمن توقف العقد لمصلحته وبموجبه تزول اثار العقد الموقوف منذ ابرامه.

المبحث الاول: اركان النقض والتعبير عنه:

نقض العقد الموقوف كأجازته من حيث انه تصرف قانوني صادر بارادة منفردة، وهي ارادة من توقف العقد لمصلحته، لذلك فانه يحتاج الى الاهلية الكاملة وخلو ارادة الناقض من العيوب التي تشوب الارادة، والتعبير عن ارادة النقض تعبيرا واضحا يدل على الرغبة فى نقض العقد كما نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٦) بقولها: (فاذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذا) ومفهوم النص يدل على انه: اذا صدر من المجيز ما يدل على الرغبة فى النقض يعتبر العقد مفسوخا.

وما يدل على الرغبة فى نقض العقد قد يكون صريحا مثل فسخت العقد او نقضته او رفعته او استرجعت المبيع او انه غير ممض للعقد^{٦٥} وقد يكون دلالة، مثل استهلاك المعقود عليه او التصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية كالبيع او الهبة للغير^{٦٦} ، وكذلك صدور الحكم برد المال المعقود عليه الى مالكه بناء على طلبه. وهلاك المعقود عليه عند الحنفية، يؤدى الى بطلان العقد، والعقد الباطل لا تلحقه الاجازة والنقض^{٦٧} واما المالكية فانهم يرون ان هلاك المحل لا يمنع الاجازة، لكنه يمنع النقض^{٦٨} وكذا التصاق المعقود عليه بمال المشتري الحسن النية يعتبر فوتا مانعا من النقض كما لو باع فضولي ارضا

(٥٨) الفيروز ابادي، القاموس المحيط ٣٤٧/٢ مادة نقض.

(٥٩) الفيروز ابادي، المصدر السابق ٢٦٦/١ مادة فسخ.

(٦٠) النووي تهذيب الاسماء واللغات ، الطباعة المنيرية مصر، بلا سنة طبع : ١٧١/٢.

(٦١) حاشيته على شرح ابن قاسم الغزي طبعة مصطفى البالي ، مصر سنة ١٣٤٣هـ ٦٩/١.

(٦٢) حاشيته على شرح المنهاج للمحلي ٢٩/١.

(٦٣) البباني، حاشيته على شرح الزرقاني ٨٢/١.

(٦٤) شرح فتح القدير ٢٤/١.

(٦٥) الكفاني، المصدر السابق ٢١٢/١، وشرح المنهاج للمحلي ١٩٢/٢.

(٦٦) واما العرض على البيع، فالاصح انه ليس نقضا، شرح المنهاج للمحلي ١٩٣/٢.

(٦٧) الكاساني، البدائع ١٥١/٥.

(٦٨) الصاوي، حاشيته على الشرح الصغير ٢٩/٤ جاء فيها (محل كون المالك ينقض بيع الفضولي اذا لم يفت المبيع، فاذا فات بذهاب عينه فقط، كان على الفضولي الاكثر من ثمنه وقيمته) والزرقاني، شرح مختصر خليل ١٩/٥.

لغيره وبنى عليها المشتري فانه يمنع من نقض العقد، بل يجب على قابض الارض قيمتها يوم الشراء عند الملكية^{٦٩} كما ان جميع التصرفات التي تعتبر رجوعا عن الوصية اذا صدرت عن الموصي يمكن اعتبارها نقضا للعقد الموقوف اذا صدرت ممن توقف العقد لمصلحته، وكذلك كل تصرف يمكن اعتباره فسخا اذا صدر ممن له الخيار في حالة خيار الشرط، هنا ايضا يعتبر نقضا اذا صدر ممن توقف العقد لمصلحته.

المبحث الثاني: طبيعة نقض العقد الموقوف:

العقد الموقوف اذا كان سبب توقفه هو التصرف في مال الغير بغير اذنه، يكون نقضه بدعوى استحقاق العقود عليه اذا كان المشتري قد قبضه، واذا لم يقبضه يكون بالامتناع عن تسليمه بالدفع بعدم سريان العقد عليه، وكلاهما يؤدي الى فسخ العقد.

واما اذا كان سبب توقفه نقص الاهلية او عيب من عيوب الارادة، فان نقضه يؤدي الى فسخه ايضا، لان رفض العقد من قبل من توقف العقد لمصلحته يخوله استرداد العقود عليه من المشتري او استرداد الثمن من البائع اذا تم قبضهما، كما يخوله الامتناع عن تسليم المبيع او الثمن اذا لم يتم قبضه بعد.

كما ان الفقهاء القائلين بان العقد الموقوف عقد صحيح، يكيّفونه على انه عقد معلق على عدم نقضه في مدة معينة، اي انه عقد معلق على شرط فاسخ.

كما ان تعريف النقص وهو افساد ما ابرمه الانسان من عقد او بناء، او ازالة العقد من اصله الذي يلزم منه بطلان ما ترتب عليه من اثار، يتفق مع تعريف الفسخ وهو انتهاء عقد ابرم وظل قائما في نظر القانون حتى تقرر فسخه فيزول وجوده^{٧٠} ويظهر من هذا ان نقض العقد الموقوف يؤدي الى فسخه، لذا فان طبيعة النقص انه فسخ. وتستثنى عدة عقود، فان رفض العقد الموقوف فيها يؤدي الى بطلانها لخصوصية في هذه العقود، لا لكونها عقودا موقوفة: وهذه العقود هي: الصرف اذا كان احد العوضين او كلاهما ملكا لغير العاقد، ورفض المالك اجازة العقد، فانه يبطل، لان رفض الاجازة يؤدي الى ان القبض كان غير صحيح في العوض الذي هو ملك للغير، و ان العاقدين تفرقا من غير ان يقبض احدهما العوض، والتفرق قبل القبض يؤدي الى بطلان عقد الصرف. وكذلك بيع الربويات بعضها ببعض اذا كان احد العوضين ملكا لغير العاقدين، ورفض المالك اجازة العقد، فان الرفض يؤدي الى التفرق قبل التقابض، فيؤدي الى بطلانه. كذلك اذا كان راس مال السلم مملوكا للغير ورفض اجازة العقد، فان الرفض يؤدي الى اعتبار القبض غير صحيح، وعدم صحة قبض راسمال السلم يؤدي الى بطلانه.

كيفية تقرير فسخ العقد الموقوف:

ان رفض العقد الموقوف يتم بالأرادة المنفردة لمن توقف العقد لمصلحته، ومعلوم ان الرفض يؤدي الى فسخ العقد، لكن التساؤل هنا متى ينفسخ العقد، هل ينفسخ بمجرد صدور الرفض او يحتاج الى حكم القاضي؟
الجواب: ان رفض العقد يعتبر اعلانا من الطرف الراض بعدم التزامه بالعقد لانه فسخه، وفي هذه الحالة لا يخلو الامر من احد احتمالين، وهما:

١- صدور الرفض قبل تسليم العقود عليه واستلام بدله.

٢- صدور الرفض بعد تسليم العقود عليه واستلام بدله.

في الحالة الاولى: فان الراض يمتنع عن تنفيذ التزامه بالدفع بعدم سريان العقد عليه استنادا الى الرفض الصادر منه، وفي هذه الحالة اذا وافق الطرف الثاني وانهى حقوقه والتزاماته، فسخ العقد، واما اذا لم يرض بذلك، بل طعن في صحة الرفض، وطالب بتنفيذ الالتزام فان القضاء يتولى حسم القضية، فاذا أصدر القاضي الحكم بصحة رفض العقد، انفسخ العقد.

(٦٩) الكنانى المصدر السابق ١/١٨٧.

(٧٠) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص ٤٠١ ف ٨٨.

فى الحالة الثانية: وهى صدور الرفض بعد تسليم المعقود عليه، فان الراض يطالب الطرف الثانى باعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد، فاذا وافق ورد المعقود عليه واسترد بدله انفسخ العقد. واما اذا رفض رد المعقود عليه، فان الطرف الراض له الحق فى ان يرفع دعوى فسخ العقد، فى اذا افلح فى كسب دعواه كان له استرداد المعقود عليه من الطرف الثانى جبرا عليه. واذا كان سبب توقف العقد هو التصرف فى ملك الغير، فان المالك له الحق فى ان يرفع دعوى الاستحقاق، فاذا رفع الدعوى، فان مجرد رفع الدعوى لا يؤدى الى فسخ العقد، بل لا بد من حكم القاضى بالاستحقاق ورد المال الى المالك، وقيل لا ينفسخ العقد ما لم يرجع المشتري على البائع بالثمن بعد ثبوت الاستحقاق والحكم ببرد المعقود عليه الى المالك واسترداده فعلا^(٧١).

المبحث الثالث: سقوط الحق فى نقض العقد الموقوف:

المطلب الأول:

يسقط الحق فى نقض العقد الموقوف بالتقادم المسقط، حيث نصت المادة (١٣٦) على انه (٢- يجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقص خلال ثلاثة اشهر، فاذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذا. ٣- وتبدا سريان المدة اذا كان سبب التوقف نقص الاهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب او من الوقت الذى يعلم فيه الولي بصدور العقد، واذا كان سبب التوقف الاكراه او الغلط او التغرير فمن الوقت الذى يرتفع فيه الاكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه التغرير، واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد) اساس هذا التقادم هو انه يعتبر قرينة على انه اجاز العقد دلالة، لان سكوت من توقف العقد لمصلحته وعدم استعماله حقه فى نقض العقد مدة ثلاثة اشهر مع علمه بان له الحق وقدرته على استعمال حقه فى الرفض يدل على انه نزل عن هذا الحق، وقد سبق تفصيله فى الاجازة.

بدا سريان المدة :

أذا كان سبب التوقف نقص الاهلية، فان المدة تبدا باحد الامرين: بلوغ العاقد الأهلية الكاملة، او علم وليه بصدور العقد، ايها سبق.

ب- واذا كان سبب التوقف عيب من عيوب الرضا، فان المدة تبدا من الوقت الذى يزول فيه العيب، وهو الوقت الذى يرتفع فيه الاكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه التغرير.

ج- واذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه، فان المدة تبدا من الوقت الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد. د- وبالنسبة للوكيل الذى تجاوز حدود وكالته فى تصرفه فى ملك موكله يجوز للمشتري ان يقصر مدة التقادم عن ثلاثة اشهر بالاتفاق مع الوكيل بان يحدد له ميعادا مناسباً يجيز الموكل خلالها التعاقد بحيث اذا لم تصدر الاجازة خلال الميعاد المحدد تحل المشتري من العقد، المادة (٩٤٤) والحكم الوارد فى هذه المادة يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى الفسخ الاتفاقي فى المادة (١٧٨) على ان وقوع الفسخ هنا معلق على ارادة الدائن (المشتري) الذى يكون له ان لا يتمسك به وينتظر سقوط حق المالك بمضى ثلاثة اشهر اعتباراً من وقت علمه بصدور هذا العقد من الوكيل. ومن المعلوم ان المدة المحددة من قبل المشتري لا بد ان تنتهى قبل مضي ثلاثة اشهر من علم الموكل بتصرف وكيله الذى تجاوز حدود الوكالة، لان سكوت الموكل مدة ثلاثة اشهر تعتبر اجازة ضمناً، وصدور الاجازة قبل انتهاء المدة المحددة بين الوكيل والمشتري يؤدى الى سقوط حقه فى الفسخ.

(٧١) ابن قاضى سماونة، جامع الفصولين ١٥١/١ وابن قطلوبغا، موجبات الاحكام ص ٢٦٨، ولكن هناك قرار لمحكمة تمييز العراق يعتبر اقامة الدعوى من المالك باسترداد ملكه الذى اجره الفضولي يدل على رغبته فى نقض العقد، وهو قرار صادر فى ١٩٥٦/٦/١٨ منشور فى مجلة القضاء العدد الرابع ص ٦ سنة ١٩٥٦.

هـ-القانون لم يعبر الاستغلال سببا من اسباب توقف العقد، بل اعطى له حكما خاصا، وهو ان من استغل يحق له في خلال سنة اعتبارا من وقت ابرام العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول اذا كان العقد معاوضة، ويطلب نقض العقد اذا كان العقد تبرعا، المادة (١٢٥).

والقانون المدني المصري وان اعتبر الاستغلال سببا من اسباب جعل العقد قابلا للابطال، الا انه اعطاه حكما خاصا قريبا من حكم المادة (١٢٥) عراقي) وهو ما تقضى به المادة (١٢٩ مصري) بانه (يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ان يبطل العقد او ان ينقص التزامات هذا المتعاقد) فاذا طلب ابطال العقد فان للقاضي سلطة تقديرية من خلالها يستطيع ان يحكم بانقاص التزامات المغبون اذا راه كافيا لرفع الغبن عنه، ومن هذا يظهر ان القاضي يملك سلطة تقديرية بالنسبة لاستجابة المغبون لطلب الابطال، واما اذا طلب المغبون انقاص التزامه، فان القاضي لا يملك اي سلطة تقديرية للحكم بابطال العقد، بل تقتصر سلطته على الحكم بانقاص الالتزام فقط، وتقضي المادة (١٢٩ ف٣) بانه يجوز للطرف المتعامل مع المغبون ان يوقف دعوى الابطال، بعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن او بعرض زيادة التزاماته الى الحد الذي يراه القاضي كافيا لازالة الغبن الناجم عن عدم التعادل^{٣٢} (نلاحظ) ان القانون المصري في المادة (١٢٩ ف٢) حدد مدة سقوط حقه بالتقادم بمضي سنة اعتبارا من تاريخ ابرام العقد، اي انه يجب ان يرفع المغبون المستغل دعواه خلال سنة من تاريخ ابرام العقد، والا كانت غير مقبولة^{٣٣}.

المطلب الثاني :

اثر التقادم المسقط على حق من توقف العقد لمصلحته في المطالبة بالبديل الاخر، بينا فيما مضى ان من له الحق في نقض العقد الموقوف اذا لم يصدر منه ما يدل على الرغبة في نقض العقد خلال ثلاثة اشهر يعتبر العقد نافذا، وفي هذه الحالة له حق المطالبة بالبديل الاخر (التمن اذا كان العقد بيعا) ولكن هل يسقط حقه في المطالبة بالتمن ايضا؟

نعم يسقط حقه في المطالبة بالتمن ايضا اذا مضى خمسة عشر عاما حيث نصت المادة (٤٢٩) على ان (الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة)

ومدة هذا التقادم تبدا اعتبارا من يوم ابرام العقد اذا لم يكن هناك عذر شرعي، واما اذا كان هناك عذر، فان التقادم لا يبدا الا بعد زوال العذر، لذلك فان سبب التوقف اذا كان نقص اهلية العاقد فان التقادم لا يبدا الا اعتبارا من يوم بلوغه سن الرشد اذا لم يكن له ولي يتولى التصرف في شؤونه^{٣٤}. واذا كان سببه الاكراه، فان التقادم لا يبدا الا من اليوم الذي يرتفع فيه الاكراه، لان الاكراه مانع من سريان مدة التقادم في حق المكره، لانه من عيوب الاجازة. واذا كان السبب وقوع العاقد في الغلط او وقع عليه تغير مع الغبن، فان سريان المدة تبدا من يوم انكشاف الغلط او التغير، لان عدم علم الدائن بان له حقا على غيره يكون مانعا من سريان مدة التقادم لان المادة (٤٣٤) تنص على (يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الاداء) ومعلوم ان الالتزام لا يكون مستحق الاداء بالنسبة لمن وقع في الغلط ولمن وقع عليه التغير الا بعد تبين الغلط وانكشاف التغير.

واما اذا كان سبب التوقف عدم الولاية على المعقود عليه، فان المدة تبدا من وقت ابرام العقد باثر رجعي، لكن لا ينكشف الا من اليوم الذي يسقط فيه حق المالك في استرداد المعقود عليه بسبب اجازة العقد صراحة او دلالة او اعتبار العقد نافذا بمضى ثلاثة اشهر على علمه بصدور العقد من الفضولي، لان المالك لا يستطيع مطالبة المشتري بالتمن قبل

(٣٢) د. جميل الشرقاوي، المصدر السابق ص ١٦٣-١٦٥ ف ٤٠.

(٣٣) د. محمود جمال الدين، المصدر السابق ص ١٦٧ ف ٩٣.

(٣٤) المادة (٤٣٥) تنص على ما يلي: (١-تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي كان يكون المدعي صغيرا او

محجورا وليس له ولي . . .)

ذلك، بل له الحق في رفع دعوى الاستحقاق: ودعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم المسقط، لأنها دعوى حق الملكية، والملكية حق دائم لا تسقط بالتقادم ولا تزول بعدم الاستعمال^{٧٥} وعلى هذا فان المالك اذا اجاز العقد او سقط حقه في نقضه بمضى ثلاثة اشهر، ولم يطالب بالثمن خمس عشرة سنة، فانه لا يستطيع اجبار البائع او المشتري بدفع الثمن المذكور بعد مضي المدة المذكورة، ويستطيع المدين بالثمن، ان ينكر حقه استنادا الى المادة (٤٢٩) وهذا موافق مع رأي المالكية حيث قال الزرقاني: (فان سكت مع العلم عاما، فلارد له، وليس له الاطلب الثمن، فان سكت مدة الحيازة لم يكن له شيء)^{٧٦}.
المطلب الثالث:

اثر التقادم المكسب على سقوط حق من توقف العقد لمصلحته: ان هذا النوع من التقادم ينقسم الى قسمين: التقادم الطويل ومدته خمسة عشر عاما، والتقادم القصير وهو خمس سنوات. فالتقادم الطويل سبب لعدم سماع الدعوى على الحائز، وهو يشمل المنقول والعقار، ويشترط فيه وجود حيازة صحيحة وان لا يكون المدعي قد ترك دعواه لعذر شرعي وان يقع الدفع بالانكار، واذا كان محله عقارا يجب ان يكون غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري. ويبدأ سريان مدة التقادم اعتبارا من الوقت الذي تم فيه الحيازة الصحيحة، فعلى هذا اذا كان سبب توقف العقد الاكراه، فان الحيازة تبدأ اعتبارا من رفع الاكراه وزواله، لان الاكراه عيب من عيوب الحيازة، واما اذا كان سببه نقص الاهلية، فانه تؤدي الى توقف التقادم اذا لم يكن له ولي، واما اذا كان سببه الوقوع في الغلط او وقع عليه التغيير مع الغبن، فان الحيازة لا تبدأ الا بعد تبين الغلط وانكشف التغيير، لان صاحب الحق لا يعلم ان له حقا الا بعد ذلك، واما اذا كان سببه عدم الولاية على محل العقد، فان الحيازة تبدأ بعد علم المالك بالتصرف الذي صدر من الفضولي، لانه قبل ذلك تكون الحيازة مخفية من المالك، والخفاء عيب من عيوب الحيازة.

والتقادم القصير وهو خمس سنوات يشترط فيه السبب الصحيح مع حسن النية وهذا النوع من التقادم خاص بالعقار. وان هذا التقادم يحتاج الى حيازة صحيحة، وقد بينا بدأ الحيازة بالنسبة لكل سبب من اسباب توقف العقد، كما انه يحتاج الى السبب الصحيح وحسن النية، والسبب الصحيح هو العقد الذي يتوفر فيه جميع الاركان والشروط غير انه صدر من غير المالك ومن جملة الشروط ان يكون العقد مسجلا لكي يعتبر سببا صحيحا، وتسجيل العقد يجعل بيع ملك الغير مستحيلا عادة بسبب التحقيقات التي تجري خلال تسجيل العقد، وكذلك يتعذر اكراه المالك على اقرار البيع امام موظفي التسجيل العقاري كما انهم لا يسجلون بيع القاصر الا بموافقة الولي، وكذلك يستبعد استمرار حسن نية البائع مع الاجراءات التي تتخذها دائرة التسجيل العقاري وتخمين لجنتها الخاصة لقيمة العقار، والتأكد من هوية المتعاقدين، كل هذا يجعل اثر التقادم الخمسي عديم الجدوى والاهمية بالنسبة للعقد الموقوف.

المطلب الرابع: اثر قاعدة: (الحيازة في المنقول سند ملكية) على العقد الموقوف:

ان قاعدة (الحيازة في المنقول سند ملكية) لاتشمل جميع المنقولات، بل نطاق تطبيق القاعدة ينحصر في المنقولات المادية التي تجوز حيازتها ويمكن تداولها من يد الى يد دون حاجة الى اجراءات او شكلية خاصة، كما نصت الفقرة الاولى من المادة (١١٦٣) على انه (من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا الحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد) هل ان العقد الموقوف يعتبر سببا صحيحا او لايعتبر؟

معلوم ان التصرفات الباطلة لاتعتبر سببا صحيحا، وكذلك التصرفات المعلقة على شرط واقف قبل تحقيق الشرط، وكذلك فان القاعدة لاعلاقة لها بالحالة التي يسعى فيها المشتري للافلات من الدعوى الشخصية بطلب فسخ العقد اذا كان قد تعامل مع مالك ناقص الاهلية، وكذلك العيوب التي يشوب سند المشتري (الحائز) فاذا ترتب على تلك العيوب دعوى فسخ العقد او البطلان فان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لاتمنع هذه الدعوى، لان القصد من هذه القاعدة حماية

(٧٥) د. غني حسون طه، ومحمد طه البشير، الحقوق العينية ص ٤٣ ف ٢٣.

(٧٦) الزرقاني، شرح مختصر خليل ١٩/٥ وحدد العلامة احمد الصاوي مدة الحيازة بعشرة اعوام، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢٩/٤.

حائز المنقول من دعوى الاسترداد المرفوعة من الغير، لامن الدعوى التي يقيمها من كان طرفا في التصرف الذي كان سببا للحيازة سواء كان طرفا فيه او كان من تلقى الحق عنه طرفا فيه للطعن في هذا التصرف ، لأن الحائز ملزم بان يسلم اليه

المنقول بناء على التزامه الشخصي .^{٧٧}

وبناء على ماسبق فان العقد الموقوف اذا كان سبب توقفه نقص اهلية احد العاقدين او وقوع الاكراه عليه او وقوعه في الغلط او وقع عليه الغبن مع التغيرير، لاتدخل ضمن القاعدة المذكورة^{٧٨} واما اذا كان سبب توقفه انعدام الولاية مثل بيع ملك الغير ففى هذه الحالة اذا كان المشتري يعلم بانه يشتري من غير المالك فان القاعدة لا تشملها ايضا، لانه لايعتبر حسن النية، وحسن النية شرط لتطبيق هذه القاعدة.

وعلى هذا فان التساؤل يدور حول تطبيق هذه القاعدة على بيع ملك الغير او هبته وتجاوز الوكيل حدود وكالته في بيع ملك موكله او هبته وكان المشتري حسن النية؟ بالنسبة لبيع ملك الغير فاننا لابد ان نعرف سبب خروج المال من يد مالكة ووقوعه تحت يد البائع الفضولي، فاذا عرفنا ان المال خرج من حيازة مالكة بسبب غصب او سرقة، فان للمالك ان يسترد المنقول ممن يكون حائزا له ولو كان حسن النية خلال ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ الغصب او السرقة، استنادا الى المادة (١١٦٤) وكذلك اذا كان خرج من حيازته بسبب تجاوز الوكيل حدود وكالته وتجاوز الولي او الوصي او القيم حدود صلاحياته، لان تصرف هؤلاء يدخل ضمن خيانة الامانة بسبب تجاوز صلاحياتهم ، فيكون للمالك ان يسترد ماله خلال ثلاث سنوات من تاريخ حدوث خيانة الامانة ولو كان المشتري حسن النية، وكذا الحال لو باع المستعير العارية او المودع لديه الوديعة او المستاجر المنقول الذي هو محل الاجارة، وكذا اذا كان سبب خروجه الضياع، كما لو التقط شخص منقولا وباعه لمشتري حسن النية دون ان يعلمه بانه لقطه^{٧٩} ، استنادا الى المادة (١١٦٤) مدني عراقي التي تنص على مايلي: (استثناء من احكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب او خيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة) كما اننا لو تتبعنا حالات التصرف في ملك الغير نجد انها لاتخلو عن حالة من هذه الحالات الاربع ، لذلك فانه يتعذر تطبيق قاعدة تملك المنقول بالحيازة الواردة في المادة (١١٦٣) على بيع ملك الغير، بل تطبق عليه القاعدة الاستثنائية الواردة في المادة (١١٦٤) وحتى القاعدة الأصلية لاتحول دون حق المالك في اجازة العقد او رفضه ، وانما تحول دون تمكن المالك من استرداد منقوله من المشتري حسن النية، لذلك لايبقى امامه في حالة نقضه للعقد الا مطالبة الفضولي بقيمة المنقول الذي باعه مع ضمان فوائده ومنافعه، كما انها مخصصة للمادة (٥٥٣) التي تنص على انه اذا استحق المبيع في يد المشتري الاخير وحكم به للمستحق كان هذا حكما على جميع الباعة.

(٧٧) د.محمد كامل مرسي، الحيازة في المنقول سند الملكية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد السادس، القسم الاول سنة ١٩٣٧ ص ٩٠٠-٩٠١، ف: ٨.

(٧٨) وتؤكد ما ذهبنا اليه المادة (١٣٤) الفقرة الاولى التي تنص على مايلي: (اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه او غلط او تغيرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغيرير كما ان له ان يحيزه فاذا انقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين، وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي).

(٧٩) لفقهاء الفقه الاسلامي راي اخر بالنسبة لتصرف الملتقط في المال الضائع حيث يرون انه اذا كان مما يسرع اليه الفساد، فان للملتقط ان يتصرف فيه بالبيع، ويحفظ ثمنه لحين ظهور صاحبه، ويكون بيعه صحيحا لازما. واما اذا كان مما لايفسد بالاستبقاء فانه لايجوز له ان يتصرف فيه قبل مضي سنة من تاريخ التقاطه مع التعريف به، ويجوز له ان يتصرف فيه بعد ذلك، ويكون تصرفه بالبيع صحيحا لازما، فاذا جاء المالك بعد ذلك فليس له فسخ البيع، وانما يحق له ان يطالب بالثمن من الملتقط البائع، كما له ان يطالبه بما حابا به المشتري اذا باعه محاباة باقل من سعره، واما اذا تصرف فيه بالتبرع فان المالك يستطيع استرداده اذا كان باقيا، وله ان يضمن الملتقط القيمة اذا كان هالكا واليه ذهب المالكية وهو وجه عند الشافعية. انظر: الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٣/٤ - ١٢٤ والروضة ٤١٥/٥.

ربما يتسال البعض عن الفرق بين بيع ملك الغير في القانون المدني المصري، الذي يعتبره سببا صحيحا لقاعدة الحيازة في المنقول سند المالك، وبينه في القانون المدني العراقي الذي لايعتبره سببا صحيحا للقاعدة المذكورة. يجاب على هذا التساؤل بان هناك اختلافا بينهما من وجهين:

الوجه الاول: ان بيع ملك الغير في القانون المصري يكون قابلا للابطال لمصلحة المشتري فاذا اسقط المشتري حقه في الابطال اصبح عقدا لازما بالنسبة له، اذن يصبح العقد سببا صحيحا اعتبارا من تاريخ اجازته، لانه بالاجازة يزول العيب الذي كان سببا في كونه باطلا بطلانا نسبيا، يبقى انه غير سار في حق المالك، وهو لايملك رفض العقد، بل يملك فقط اقراره، اذن المالك لايملك حقا شخصيا في فسخ العقد او ابطاله، بخلاف القانون المدني العراقي الذي يعطي للمالك حقا شخصيا في فسخ العقد الموقوف واجازته، لذلك لايتصور اعتبار العقد الموقوف سببا صحيحا بعد اجازته ولاقبلها، لانه بعد الاجازة يصبح عقدا لازما في حق المالك ايضا لانه يصبح كأنه صدر منه ، فهو يكون سببا للملكية بذاته، اما قبل الاجازة فان العقد الموقوف يعتبر عقدا معلقا على شرط فاسخ والعقد المعلق لا يكون سببا صحيحا.

الوجه الثاني: ان القانون المصري يجعل الشراء من الغاصب ومن خائن الامانة سببا صحيحا بعد اجازة المشتري له، وادخلا في نطاق قاعدة: الحيازة في المنقول سند الملكية، اذا كان المشتري حسن النية وقت ابرام العقد وقبض المبيع، ولو اصبح بعد ذلك عالما بالحال، ولايشمله الاستثناء الوارد في المادة (۹۷۷) التي تنص على انه (يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا فقده او سرق منه ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة) والفرق بين هذه المادة والمادة (۱۱۶۴) عراقي، ان الاستثناء في هذا القانون ينحصر في حالتي الضياع والسرقة، بخلاف القانون العراقي الذي يشمل هذا الاستثناء فيه بالاضافة الى الحالتين الوارديتين في القانون المصري حالتين اخريين وهما الغصب وخيانة الامانة.

لذلك فان الشراح الذين يعتبرون بيع ملك الغير في القانون العراقي سببا صحيحا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية قياسا على بيع ملك الغير في القانون المصري لم يصيبوا الحقيقة، لانهم لم ينتبهوا للفرق في حكمه بين القانونين، علما بان الفرق بينهما ظاهر كما بينا.

اضف الى ذلك فان الفقرة الثالثة من المادة (۱۳۵) تنص على انه (اذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف، واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البديل فله الرجوع عليه) فالمرجع في هذه المادة يقصد بقوله (اذا لم يجز) أي صدر منه ما يدل على الرغبة في نقض العقد^{۸۰}، ويقصد بقوله (بطل التصرف) انفسخ التصرف، لان العقد الصحيح لايبطل، بل يفسخ او ينفسخ، وهنا يستحيل على الفضولي ان ينفذ التزامه بنقل ملكية المبيع الى المشتري بسبب نقضه من قبل المالك، ويحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه^{۸۱}.

وهذا النص اعطى للمالك الحق في فسخ العقد واسترداد العقود عليه، من غير فرق بين كون المشتري حسن النية او سيئ النية بالنسبة لحق الاسترداد، وانما فرق بين المشتري حسن النية و بين كونه سيئ النية بالنسبة لحقه في الرجوع على البائع بالتعويض، استنادا الى ماورد في نفس المادة وهو قوله: (فان هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان البائع الاخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشئ منه).

كما تؤكد عدم خضوع تصرفات الفضولي لقاعدة: الحيازة في المنقول سند الملكية المادة (۵۵۳) التي تنص على ما يلي: (اذا استحق المبيع في يد المشتري الاخير وحكم به للمستحق كان هذا حكما على جميع الباعة. و لكل ان يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل ان يرجع عليه المشتري منه) قوله: (كان هذا حكما على جميع الباعة) صريح في انه يستطيع ان يسترد المبيع وان تداولته الايدي، وان كان صاحب اليد حسن النية وانما للمشتري الرجوع بالضمان على البائع مع مراعاة ماورد في المواد (۱۳۴) الفقرة (۲) و(۱۳۵) الفقرة ۳ و(۱۳۸) و(۶۱۴). وبناء على ماتقدم فان حق المالك في نقض عقد

(۸۰) خلال ثلاثة اشهر من تاريخ علمه بتصرف الفضولي المادة (۱۳۶) الفقرة (۳،۲).

(۸۱) كما نصت المادة (۱۶۸) والمادة (۵۵۰) الفقرة الاولى، والمواد (۵۵۲، ۵۵۳، ۵۵۴).

الفؤولى يسقط بمضى ثلاثة اشهر اعتبارا من تاريخ علمه بتصرف الفؤولى، وبمضى ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ خروج المال من يده ايها اسبق.

المبئء الرباع: اءار نقض العقد الموقوف:

يترتب على نقض العقد الموقوف فسخه وقد بينا فيما مضى ان الاصل فى الفسخ زوال اثر العقد من اصله، لكن فى بعض الحالات يؤدى الى زواله من حين الفسخ وهذا يظهر من تعريف الفقهاء للفسخ.

تعريف الفسخ فى اصطلاح الفقهاء:

قال الزركشى: قال ابن عبدالسلام: الانفساخ انقلاب كل واحد من العوضيين الى دافعه، والفسخ هو قلب كل واحد من العوضيين الى صاحبه^{٨٢}.

وقال كمال بن الهمام: وحقيقة الفسخ ليس الرفع الاول كان لم يكن، فثبت الحال الاول، وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الاول الى مالكه^{٨٣}.

وقال ابن نجيم: وحقيقته حل ارتباط العقد^{٨٤}.

وقال الزركشى: الفسخ الحقيقى هو الراجع للعقد كالفسخ بعيب المبيع، والمجازى ان لا يكون رافعا بل قاطعا كالطلاق فانه ليس رافعا لعقد النكاح بل قاطعا للعصمة^{٨٥}.

وقال السيوطى: الفسخ هل يرفع العقد من اصله او من حينه؟ فيه فروع^{٨٦}.

وبناء عليه فان نقض العقد الموقوف يؤدى الى زواله من اصله، واعادة الحال الى ماكانت عليه قبل العقد.

ويترتب عليه انه اذا قام طرفا العقد او احدهما بتسليم العقود عليه الى الطرف الاخر يجب عليه رده الى صاحبه فيجب على المشتري رد المبيع الى البائع، ويجب على البائع رد الثمن الى المشتري، ويستثنى من قاعدة رد الثمن الى المشتري عدة حالات وهي:

١. اذا اشترى شخص من ناقض الاهلية شيئا وسلمه الثمن ثم نقض العقد بسبب نقص الاهلية وقد ضاع الثمن من ناقض الاهلية فلا يلزم برد الثمن، لان المشتري وضع ماله فى يد غير صالحه للضمان، واذا ضاع البعض فانه يرد مابقى المادة (١٢٨) مدنى.

٢. لو باع المكره ماله واجبر على استلام البديل، وهلك الثمن عنده من غير تعد ولا تقصير ثم زال الاكراه ثم نقض العقد، فانه لا يلزم برد الثمن فى هذه الحالة المادة (١٣٤) ف: ٢.

٣. اذا وقع الغبن مع التفرير على البائع واقتبض الثمن تفريرا ايضا وضاع منه الثمن من غير تعد، ثم انكشف التفرير ونقض العقد، فانه لا يلزم برد الثمن ايضا المادة (١٣٤) ف: ٢.

٤. اذا ضاع الثمن فى يد الفؤولى دون تعد منه، وكان المشتري يعلم انه فؤولى اي كان سيئ النية ثم نقض المالك العقد، فلا يلزم الفؤولى برد الثمن المادة (١٣٥) ف: ٣.

٥. واذا كان العقد تبرعا واسترد المالك ماله من المتبرع له، فانه لا يحق له ان يطالب الفؤولى بشئ، المادة (٦١٤).

فيما عدا هذه الحالات فان البائع ملزم برد البديل الذى اخذه من المشتري الى المالك ان كان باقيا ورد قيمته او مثله ان كان هالكا او ضائعا عنده، سواء كان الهلاك بتقصيره او بغير تقصيره، حسب قواعد ضمان التعرض والاستحقاق.

(٨٢) المنثور فى القواعد ٤٢/٣.

(٨٣) شرح فتح القدير ٢٤٦/٥-٢٤٧.

(٨٤) الاشباه والنظائر ص ٣٣٨.

(٨٥) المنثور فى القواعد ٤٨/٣.

(٨٦) الاشباه والنظائر ص ٢٩٢.

- زوائد المعقود عليه ومنافعه:

يرى المالكىة ان المالك اذا نقض عقد الفضولى واسترده من المشتري فان ما قبضه من غلته تكون للمشتري اذا كان حسن النية ، ويعتبر حسن النية ان اعتقد ان الفضولى هو المالك او لم يكن عنده اعتقاد شئ اصلا، او علم انه غير مالكة ولكن له شبهة اعتقد بها نفي اعتدائه على المالك ، كان يزعم انه وكيله لتعاطيه امور المالك في بعض الحالات. ويجب عليه رد الغلة الى المالك اذا كان سئ النية ويعتبر سئ النية، في حالة واحدة وهي اذا علم بتعدي البائع على ملك الغير ولم تكن له شبهة^{٨٧}. وراى المالكىة هذا يتفق مع ماورد في المادة (١١٦٥) التي تنص على انه (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وماستوفاه من المنافع مدة حيازته) والمادة (١١٦٦) التي تنص على انه (يكون الحائز سئ النية مسؤولا من وقت ان يصبح سئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها).

- تبعة هلاك المعقود عليه:

اذا كان سبب توقف العقد نقص الاهلية او الغلط، وهلك المعقود عليه في يد المشتري من ناقص الاهلية او في يد العاقد الذي لم يقع في الغلط ضمن، قيمتها لناقص الاهلية ولمن وقع في الغلط، المادة (١٣٤) الفقرة الاولى. واما اذا هلك في يد ناقص الاهلية ثم نقض العقد، فان العاقد الاخر يرد الثمن، واما ناقص الاهلية فانه لايلزم الابد ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، المادة (١٣٨) الفقرة الثالثة. واما اذا هلك في يد من وقع في الغلط، فانه يسترد مازاد على القيمة الحقيقية بسبب غلظه.

واذا كان سبب التوقف الاكراه او التغيرير وهلك المبيع في يد غير المكره او المغرور فان كان الاكراه او التغيرير من قبل العاقد الاخر، فانهما يعودان عليه بقيمة المعقود عليه ويردان له مادفعه.

وان كان الاكراه او التغيرير من قبل شخص اخر، فانهما يخيران بين الرجوع بالضمان على العاقد الاخر، وبين الرجوع بالضمان على المكره او الغار، ولكن يستقر الضمان في النهاية على العاقد الاخر، المادة (١٣٤) الفقرة الثانية.

وان هلك في يد المكره او المغرور، فان كانا قد قبضا المعقود عليه مكرها او مغرورا و هلك بلا تعدد منهما، لاضمان عليهما، واما اذا قبضاه دون اكراه او تغيرير، او قبضاه تحت تاثير الاكراه او التغيرير ولكن هلك الشئ بتعددهما ، فعليهما ضمان قيمته، المادة (١٣٤) الفقرة الثانية.

واذا كان سبب التوقف عدم الولاية (عقد الفضولى) فأننا نكون امام علاقتين: علاقة المالك بكل من الفضولى والعاقد الاخر، وعلاقة الفضولى بالعاقد الاخر.

اعلاقة المالك بكل من الفضولى والعاقد الاخر، فاذا هلك في يد الفضولى، بان باع ملك غيره وهلك قبل ان يسلمه للمشتري، لابد ان تفرق بين حالتين: حالة ما اذا كانت يد الفضولى على مال الغير يد امانة كالمودع لديه والمستاجر والوكيل، وحالة ما اذا كانت يده يد ضمان كالغاصب والسارق. في الحالة الاولى لاضمان على الفضولى والمشتري اذا كان الهلاك دون تعدد او تقصير منه، لان بيع مال الغير بلا تسليم الى المشتري لايعتبر تعديا، بل التعدى يتحقق باحد الامرين: الاستيلاء على مال الغير، او بتسليمه الى الغير بدون اذنه^{٨٨}. واما اذا هلك بتعدده او تقصير، فانه يضمن قيمته للمالك. وفي الحالة الثانية فان عليه قيمته سواء كان الهلاك بتعديده او بتقصيره او دون تعدد وتقصير، لان الاستيلاء على مال الغير بغير اذنه يعتبر بحد ذاته تعديا حيث نصت المادة (٤٢٦) على انه (اذا انتقل الشئ الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد، وهلك دون تعدد او تقصير، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشئ على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشئ على صاحبه) وفي المادة (٤٢٧) الفقرة الثانية (تنقلب يد الامانة الى يد ضمان اذا كان . . او اخذه بغير اذنه).

(٨٧) الزرقاني - شرح مختصر خليل مع حاشية البناني ١٩/٥.

(٨٨) ابن قاضي سماونة - جامع الفصوليين ٦٣/١ وابن نجيم، البحر الرائق ٧٦/٦.

وفى هذه الحالة ينفسخ العقد بين الفضولي وبين من تعاقد معه بسبب استحالة التنفيذ.

واما اذا هلك فى يد من تعاقد مع الفضولي، أى كان الهلاك بعد القبض.

فان كان العقد ناقلا للملكية فان للمالك الخيار فى تضمين ايهما شاء من الفضولي والعاقد الاخر، فان اختار تضمين الفضولي فانه يملك المال بسبب بذل بدله ويؤدى الى لزوم تصرفه مع العاقد الاخر، لانه يدفع البديل يحل محل المالك منذ تسليمه للعاقد الاخر، وان اختار تضمين من تصرف له الفضولي، فان هذا يؤدى الى الغاء العقد. استنادا الى المواد (١٣٥) الفقرة الرابعة و(١٨٦) الفقرة الاولى.

والحكمة فى اعطاء المالك الخيار بين تضمين الفضولي وبين تضمين من انقلت اليه حيازة الشيء هي:

أ- ان سبب الضمان موجود من كل منهما، وهو التسليم من الفضولي، والقبض من العاقد الاخر، لان تسليم مال الغير بغير اذن صاحبه سبب للضمان، وكذلك قبض مال الغير بغير اذن مالكه سبب للضمان. اذن كل واحد منهما قام بعمل يعتبره الشرع سبباً للضمان بحد ذاته.

ب- فى منح المالك الخيار بتضمين ايهما شاء مصلحة، لانه يحميه من خطر اعسار مدينه، فقد يكون الفضولي معسرا لا يستطيع دفع الضمان، فيرجع المالك على من تعاقد مع الفضولي اذا كان ميسور الحال او يرجع بالضمان على الفضولي اذا كان الامر بالعكس.

وهذا الحكم وهو خيار المالك فى تضمين ايهما شاء جاء مطلقا من دون فرق بين ان يكون العاقد مع الفضولي سىء النية او حسن النية، وبين ان يكون الهلاك بفعله او بافة سماوية، وهذا يتفق مع راي جمهور فقهاء الفقه الاسلامي عدا المالكية. اما المالكية فأنهم ذهبوا الى التفريق بين المشتري حسن النية والمشتري سىء النية، حيث يوافقون الجمهور اذا كان المشتري سىء النية او كان حسن النية ولكن الهلاك حدث باتلافه او استهلاكه.

واما اذا كان حسن النية وهلك المبيع بافة سماوية فانه لا يحق للمالك الرجوع على المشتري، بل ينحصر حقه فى الرجوع على الفضولي^{٨٩} ووجهة نظرهم فى هذه المسالة: ان الحائز حسن النية دخل فى العقد على انه لا ضمان عليه، وربما لو كان عالما لما دخل فى هذا العقد، فلا يتحمل جنائية من تلقى منه الحيازة. ولان الرجوع على الفضولي يؤدى الى تصحيح العقد ولزومه، والرجوع على الحائز يؤدى الى فسخه، وما يؤدى الى لزوم العقد اولى مما يؤدى الى فسخه.

واما اذا كان العقد غير ناقل للملكية كما لو اجر الفضولي ملك الغير وهلك الشيء المؤجر تحت يد المستاجر. فان المالك يخير بين الرجوع بالضمان على المؤجر الفضولي وبين الرجوع على المستاجر اذا كان الهلاك بتعدي المستاجر. واما اذا كان الهلاك بغير تعدد منه، فقد اختلفوا فيه على رايين:

الجمهور يرون: ان المالك مخير ايضا، ويرى المالكية وبعض الشافعية انه لا يضمن المستاجر. بل له الحق فى ضمان المؤجر فقط^{٩٠}.

مقدار الضمان الذي يستحقه المالك

يرى المالكية ان الضمان الذي يعطى للمالك هو الاكثر من قيمة العقود عليه او الثمن الذي بيع به^{٩١} واما جمهور الفقهاء فانهم يرون: اعطاء المثل او القيمة، وكذلك يستحق التعويض عن الزوائد والمنافع ان وجد، وهذا يختلف باختلاف الشيء محل العقد ويتاثر بحسن نية المشتري وسوء نيته.

٢- العلاقة بين الفضولي ومن تعاقد معه. فاذا رجع المالك على الفضولي، فاذا كان العقد معاوضة، فانه يؤدى الى لزوم العقد، لذلك لا يعود الفضولي على من تعاقد معه. واما اذا كان العقد تبرعا، كان وهب الفضولي مال غيره وسلمه ثم هلك

(٨٩) د. محمد الكزنى نظرية الاستحقاق بغداد سنة ١٩٩٠ ص ٢٧٥.

(٩٠) القراني، الذخيرة (٥ ف ٢٦٩) محظوظ، والرافعي، فتح العزيز ١٠/١٤١ فى هامش المجموع، طبعة دار الفكر، بلا سنة.

(٩١) الزرقاني، المصدر السابق ١٩/٥.

الموهوب له، واخذ المالك الضمان من الفضولي الواهب، هل يرجع بما ضمن على الموهوب له؟ هنا لابد ان نفرق بين حالتين: حسن نية الموهوب له وسوء نيته.

فان كان سيء النية فان الفقهاء اختلفوا على رايتين:

احدهما: انه لا يرجع بما ضمن على الموهوب له، واليه ذهب الحنفية، لان الواهب لما ضمن العين ملكها، فاذا ملكها تبين انه وهب ملك نفسه فصحت الهبة.

والثاني: انه يرجع على الموهوب له، واليه ذهب الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية، لان العين تلفت تحت يده من غير ان يفره احد، لذا فهو يتحمل الضمان.

وان كان الموهوب له حسن النية، فانه ليس للواهب ان يرجع عليه بما ضمن^{٩٢}.

وان اختار تضمين من تعاقد مع الفضولي. هل يرجع هو على الفضولي بما دفعه؟

فاذا كان العقد معاوضة، كالمشترى، فاذا كان سيء النية، فانه لا يرجع على البائع بما ضمن للمالك، ولم اجد في هذا خلافا بين فقهاء الفقه الاسلامي. اما القانون المدني العراقي فانه ينص في المادة (١٢٥) الفقرة الثانية على انه لا يعود على الفضولي بالبديل الذي دفعه له اذا كان البديل تلف بدون تعد منه، وهذا يفيد بانه اذا كان البديل باقيا يعود عليه به، وكذا اذا كان تالفا بتعد منه فانه يعود عليه بمثله. كما تنص المادة (١٣٥) الفقرة الثالثة على انه (فان هلك البديل في يد الفضولي بدون تعرضه وكان العاقد الاخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيئ منه) و المادة (١١٦٨) على انه (اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء ولو كان ناشئا عن حادث مفاجيء الا اذا اثبت ان الشيء كان يهلك ولو كان باقيا في يد من يستحقه).

واما اذا كان المشتري حسن النية، فيرى المالكية انه لا يحق للمالك الرجوع عليه بالضمان. ويرى جمهور الفقهاء انه يخير بين الرجوع عليه وبين الرجوع على الفضولي، فاذا رجح عليه، فانه يرجع على الفضولي بالثمن الذي دفعه الى الفضولي، وقيل: يرجع بما دفعه للمالك^{٩٣}.

والقانون المدني العراقي لم ينص على حكمه، ولكن ذهب بعض الشراح الى انه لا يسال عن هلاكه الا بقدر ما عاد عليه من الفائدة بسبب التلف او الهلاك من التعويض، كما لو كان الهلاك بفعل الغير وادي تعويضا الى الحائز حسن النية.

واما اذا كان العقد تبرعا كان استحققت الهبة بعد هلاكها في يد الموهوب له، ورجع المالك على الموهوب له بالضمان، هل يرجع هو على الواهب بما دفع؟ اذا كان الموهوب له سيء النية فانه لا يرجع بما دفعه على الواهب، ولم اجد في هذا خلافا. اما اذا كان حسن النية فقد اختلفوا فيه على رايتين:

الاول: انه لا يرجع بما دفعه على الواهب، لانه غير ملزم بعهدة الهبة بغير عوض^{٩٤}.

والثاني: يرجع عليه بما دفعه، لانه غرر به.

والقانون المدني اخذ بالراي الثاني، حيث نصت المادة (٦١٥) على انه (اذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له، فلا يرجع هذا على الواهب بما ضمن، الا بالقدر الذي يضمن به الواهب في الاستحقاق) وهذا القدر حددته المادة (٦١٤) الفقرة الاولى بما يلي: (لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق، او كانت الهبة بعوض، في الحالة الاخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض).

د . محمد الكزني، نظرية الاستحقاق ص ٤٠٧-٤٠٨.

(٩٢) انظر د. الكزني، المصدر السابق ص ٢٧٦-٢٧٧.

(٩٣) انظر د. الكزني، المصدر السابق ص ٢٧٦.

الخاتمة

البحث توصل الى ما يلي:

- ۱- بالنسبة لشروط الاجازة فان القانون المدني العراقي لم ياخذ براي الحنفية الا في شرط واحد و هو ان يكون للعقد مجيز وقت ابرامه، وفي ماعداه من الشروط اخذ براي المالكية.
- ۲- ويختلف القانون العراقي عن القانون الاردني في ان الاخير يشترط لصحة الاجازة وجود المتعاقدين و العقود عليه وقت الاجازة، والقانون العراقي لا يشترط وجود اي واحد منها.
- ۳- بالنسبة لاثار الاجازة اخذ القانون العراقي براي المالكية في عدة مسائل منها: ان الفضولي اذا اصبح خلفا خاصا للمالك نفذ تصرفه ولزم، وعند الحنفية يؤدي الى بطلان تصرفه، ومنها ان الاجازة لا تحول يد الفضولي على الثمن من يد الضمان الى يد الامانة، وعند الحنفية تتحول يد الفضولي الى يد الامانة.
- ۴- بالنسبة لاثار نقض العقد فان القانون العراقي اخذ براي المالكية في مسائل الثمار التي حدثت في الفترة ما بين العقد وبين نقضه حيث يملك المشتري حسن النية تلك الثمار خلافا للحنفية.

كورتەى باسەكە بە كوردى

ئەو باسە برىتيە له دوو فەسل، فەسلى يەكەم باس دەكات له بەرە لاكردى گرىبەندى راگىراو (اجازە العقد الموقوف) له باسەكە دەرگەوت كە ياساى شارستانى عىراقى دەگونجى له گەل مهزەبى ماليكى له بارەى مەرجه كانى بەرە لاكردى گرىبەندەكە وئاسەوارەكانى.

فەسلى دووهم باس دەكات له هەلۆه شاندىنە وهى گرىبەندى راگىراو (نقح العقد الموقوف) لهو باسەش دەرگەوت كە ياسا هەر بە مهزەبى ماليكى وەرگرتوو به تايبەتى له بارەى كرىپارى نىيەت پاك، چونكە مافى دايبە به و جۆره كرىپاره كە بەر و بوم بۆخۆى ببات له كاتى وەرگرتنى تاهەلۆه شاندىنە وهى گرىبەندى، هەر وها له بارەى فەوتانى شتە كراوه كە له دەست ئەو جۆره كرىپاره بەبى كەمتەر خەمى، چونكە واى بپىراداوه كە بەر پىرسىيار نيه تەنها ئەگەر سودى له فەوتانەكە وەرگرتى ئەو كاتى بەر پىرسىيار بەگىرەى قەوارەى سودەكە.

summery

This subject contains two sections, the first one deals with allowance of the halted contracts, in it we concluded that iraqi civilian law is going with Malik creed in the conditions of allowance of the halted contracts and its effects.

second section deals with canceling of halted contracts, here we concluded that the law also took the Malik creed especially in the setting of purchasers with innocent intention, because it gives that type of purchasers the right to take the benefits from receiving till cancelling the contract, and about the damage of the purchased object in such purchaser's hand without omission, because he decided that he is not responsible except if he gained from the damage then he is responsible according to the benefit gained by the damage.

المصادر

(۱) ابن السلمون الكنانى، العقد المنظم للحكام في هامش تبصرة الحكام.

(۲) ابن السيد البطلوسى، الفرق بين الحروف الخمسة، مطبعة العانى / بغداد سنة ۱۹۸۵

- (٣) ابن حجر ،تحفة المحتاج. طبعة مصطفى محمد بلا سنة
- (٤) ابن قاضى سماونة، جامع الفصولين. طبعة بولاق مصر سنة ١٣٠٠
- (٥) ابن قطلوبغا، موجبات الاحكام. مطبعة الارشاد بغداد
- (٦) ابن نجيم ،البحر الرائق طبعة دار المعرفة
- (٧) اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، القاهرة سنة ١٩٦٦.
- (٨) البابرئى، العناية فى هامش فتح القدير.
- (٩) البنائى، حاشيته على شرح الزرقانى.
- (١٠) الجلال المحلى، شرحه على المنهاج، مع حاشيتي القلوبى و عميرة. طبعة بولاق مصر سنة ١٣٠٦
- (١١) جميل الشرفاوى ، نظرية البطلان ، مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٦.
- (١٢) حاشية الباجورى على شرح ابن القاسم الغزى، طبعة مصطفى البالى، مصر سنة ١٣٤٣هجرى.
- (١٣) حاشية القليوبى على شرح المنهاج للمحلى.
- (١٤) الخطيب الشربينى، مغنى المحتاج . طبعة دار الفكر بلا سنة
- (١٥) خميس خضر ، عقد البيع ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٤ مكتبة القاهرة الحديثة.
- (١٦) الدسوقى، حاشيته على الشرح الكبير. مطبعة الازهر
- (١٧) الزرقانى ، شرح مختصر خليل. طبعة دار الفكر بلا سنة
- (١٨) الزركشى، المنثور فى القواعد. الطبعة الثانية كويت سنة ١٩٨٢
- (١٩) سليمان مرقص، نظرية العقد، القاهرة سنة ١٩٧٠.
- (٢٠) السنهورى، الوسيط. طبعة دار النهضة العربية مصر سنة ١٩٦٧
- (٢١) السيد زبير مصطفى، العقد الموقوف ، رسالة ماجستير، مطبوع بالكمبيوتر.
- (٢٢) السيوطى ، الاشباه و النظائر. مطبعة مصطفى البابى مصر سنة ١٩٥٩
- (٢٣) الشيخ صالح عبد السميع الابى، جواهر الاكاليل. طبعة عيشى البابى
- (٢٤) الشيروانى، حاشيته على تحفة المحتاج طبعة مصطفى محمد، مصر بلا سنة.
- (٢٥) الصاوى، حاشيته على الشرح الصغير. طبعة عيسى البابى بلا سنة
- (٢٦) العاملى، مفتاح الكرامة. طبعة دار احياء التراث العربى بلا سنة
- (٢٧) عبد الخالق حسن ، الكفالة ، ف: ٥ طبعة دار الهدى مصر سنة ١٩٨٦.
- (٢٨) عبد الرسول الجصانى، مذكرات فى العقد والفعل الضار، بغداد سنة ١٩٨٤.
- (٢٩) عبد المنعم البدر اوى ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، القاهرة سنة ١٩٧٧.
- (٣٠) عبد المنعم فرج الصرة ، اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة سنة ١٩٧٨.
- (٣١) غنى حسون طه، و محمد طه البشير، الحقوق العينية.
- (٣٢) الفيروز ابادى، القاموس المحيط، طبعة بولاق مادة: جاز.
- (٣٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٥٣٦)، المجموعة الرسمية عدد ٣.
- (٣٤) القرافى، الذخيرة، مخطوط نقلا عن بحثنا نظرية الاستحقاق.
- (٣٥) الرافعى، فتح العزيز فى هامش المجموع، طبعة دار الفكر، بلا سنة.
- (٣٦) الكاسانى، البدائع. طبعة دار الكتاب العربى سنة ١٩٨٢
- (٣٧) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، الطبعة الاولى بولاق مصر سنة ١٣١٥

- (38) الكنانى، العقد المنظم للحكام فى هامش تبصرة الحكام. طبعة دار الكتب العلمية بيروت بلاسنة
- (39) مالك ، المدونة الكبرى. طبعة مكتبة السعادة مصر سنة 1332
- (40) مجلة القضاء، العدد الرابع، سنة 1956.
- (41) محمد الكزنهئى، نظرية الاستحقاق. بغداد سنة 1990
- (42) محمد كامل مرسى، الحيازة فى المنقول سند الملكية، بحث منشور فى مجلة القانون الاقتصاد، العدد السادس، القسم الاول سنة 1937.
- (43) محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، طبعة دار النهضة العربية ، القاهرة سنة 1981.
- (44) محمود سعد الدين الشريف، نظرية الالتزام مطبعة العانى، بغداد سنة 1955.
- (45) موسوعة الفقه الاسلامى، المجلس الاعلى لشؤون الاسلامىة، القاهرة.
- (46) النووى، تهذيب الاسماء و اللغات ، الطباعة المنيرية مصر ، بلا سنة.
- (47) النووى روضة الطالبين ، طبعة دار الفكر سنة 1995