

جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية و الحضارة
قسم: العلوم الإسلامية



الموضوع:

المؤيدات المدنية بين الفقه الحنفي و القانون المدني الجزائري "التوقف أنموذجا" _دراسة مقارنة_

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص: فقه مقارن وأصوله

تحت إشراف الدكتور:
* نعيبي زيغمي

إعداد الطالبة:
● مروة العقون

الموسم الجامعي: 1443-1444هـ/2022-2023م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

أشكر الله عزّ وجل على فضله وإحسانه، القائل في محكم تنزيله:

﴿لَيْنِ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [سورة إبراهيم، الآية: 7].

أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور نعيمي زيغمي على كل ما بذله معي من مجهودات جلييلة القدر عظيمة النفع، وعلى تفضّله بالإشراف على مذكّرتي، وليس لي وافر عبارات أراها توفيه حقّه، إلّا أنّي أمثل قول الشاعر أحمد شوقي:

قم للمعلّم وفّه التّبجيلا

كاد المعلّم أن يكون رسولا

وكما أشكر كلّ أسرة قسم العلوم الإسلامية كلّ باسمه وجميل وسمه على كل ما قدّموه لي من تصويبات وتوجيهات طيلة هذه الرّحلة العلميّة سائلة المولى أن يرفع قدرهم في الدنيا والآخرة.

وفي الأخير أشكر كل من أسدى لي معروفا من قريب أو بعيد، وأخصّ بالذكر أخواتي اللّواتي لم تلهنّ أمني، رفيقات دربي ومؤنساتي، وكل واحدة تعرف أنّها في ثنايا هذه الحروف مقصودة لأنّ السطر عاجز عن ذكر كلّ الأسماء المحفورة في الصّدر.

إهداء

إلى التي يَحْتار البيان في وصفها، إلى زهرة وربيع عمري وبلسم
فؤادي.... والدتي.

وإلى من فلق صخر الحياة لأصل اليوم إلى ما أنا عليه، والذي
ويكفيني من الوصف ذخرا أنك والذي.

وأهدي، كذلك، هذا العمل المتواضع وثمراته إلى روح غابت
جسدا وبقيت بين حنايا روجي نابضة، لطالما ومُذ كنت صغيرة
ووددتُ لأن أناقش مذكرتي وتكون هي بين الحضور جالسة،
ولكن قد شاء الله أمرا آخر والله المشيئة والقضاء، إليك جدتي
أهدي عملي المتواضع.



مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي أيدّ بالحق شرعه، وحفظ دينه وأعزّ جنده، وطوبى لمن عرف حدّه وتوقف عنده، والصلاة والسلام على من لا نبيّ بعده، أمّا بعد:

ما من نظام إلا وتحكمه قواعد وضوابط محدّدة، وينصبُّ هذا الأمر على تعاملات البشر فيما بينهم في جانب المعاملات المالية عامة والعقود بصفة خاصة، فقد ضبط الشارح الحكيم حدود التعامل وكيفيتها ووضّح الحلال منها والحرام، وعلى الصّعيد الثاني فقد ضبطت القوانين الوضعية هي الأخرى أنظمتها حسب رؤيتها.

إنّ ضبَطَ التصرفات المدنية المالية بشكل أدقّ يكسب التشريع قوة وحصانة تجعله محترماً ومُهاباً لِيتمّ تطبيقه، ومن هنا جاء مصطلح المؤيدات المدنية لتأييد التشريع؛ وهذا الأخير آثاره جليّة في الفقه والقانون وإن لم يصطلح عليه، أو تعدّدت مصطلحاته حيث إنّ الفقه الحنفي- والفقه عامة- لم يعرفاه بهذه التسمية بل جاء الأمر بالتعامل به، بينما القوانين الوضعية قد اصطاحت بهذه التسمية على اختلافهم في ذلك، وهذا الأخير لا بدّ منه لتطبيق وتنفيذ الأحكام، وعليه فإن مصطلح المؤيدات المدنية عصري الاصطلاح له جذوره الممتدّة إلى عهد النبي صلى الله عليه وسلم.

تكتسح المؤيدات المدنية دوراً هاماً في تنظيم الحياة التعاملية -أي ما يتعلّق بالمعاملات الماليّة- بين الناس لتستمرّ بشكل يضمن الحقوق ويدفع المضار، وإنّ هذه الأخيرة تعمل على تسوية وتقويم ما قد يطرأ على العقد من خلل في أي جزء من أجزائه، ولها صور ينفذ عبرها هذا التقويم لا تخرج عن نطاق أربع صور هي: البطلان والفساد والتوقف والتخيير، ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتبرز أهمية المؤيدات المدنية من خلال التوقف أنموذجاً.

مقدمة

أولاً: أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في ما يلي:

- أن المؤيدات المدنية من الطرق التي تكسب التشريع هيبة لما في ذلك من حاجة ماسة لضبط معاملات الناس وفرض احترامها.
- أنه من المواضيع التي تعالج الكثير من القضايا في جانب التعاملات المدنية.
- أن التوقف من العقود ذات الأهمية بمكان فوجب تسليط الضوء عليها لمعرفة مدى يسر الشريعة الإسلامية وحتى مدى توسع القوانين الوضعية في أخذها به على حسب ما اصطلح عليه رجال القانون.

ثانياً: أهداف البحث:

تتمثل فيما يلي:

- توضيح الهدف من تأييد التشريع.
- محاولة تسليط الضوء على مصطلح المؤيدات المدنية وإثرائه بالبحث.
- الوصول إلى مدلول المؤيدات المدنية من خلال دراسة التوقف.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع:

- ترجع لأسباب شخصية وموضوعية، فأما الأسباب الشخصية فهي متمثلة فيما يلي:
- الرغبة في الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون.
- صقل وتنمية القدرات العلمية من خلال البحث في فنين مختلفين وتحصيلاً لمنقبة التكامل المعرفي.
- الوصول إلى نتائج مثمرة تخدم الشرع والقانون من خلال هذه الدراسة.
- وأما بالنسبة للأسباب الموضوعية فهي كالاتي:
- أن الموضوع بحاجة لعناية كبيرة حيث إنّ هناك جزئيات دقيقة تحتاج للتوضيح في فهم وتبسيط الموضوع.
- أن في الأمر مدعاة لفهم موضوع فيه اتصال وتقابل يبين الشرع والقانون.

رابعاً: إشكال البحث:

للتوقف دور كبير في تنفيذ الأحكام وذلك لا يكون إلا باحترام المؤيدات المدنية؛ فوجب توضيح هذه المصطلحات بالإجابة على الإشكال التالي:

- ما أثر التوقف كمؤيد مدني على انضباط العقود وإتيان آثارها على مشروعيتها وثبوت آثارها؟ ويتفرع عن هذا الإشكال أسئلة فرعية تتمثل فيما يلي:

- ما المقصود بالمؤيدات المدنية والتوقف؟ وما مفهوم العقد؟

- هل تهدف تطبيقات التوقف للمحافظة على الحقوق؟

خامساً: الدراسات السابقة:

إن هذا الموضوع المتكون من شقين فيه شق حظي بالدراسة وشق آخر لم يحظ إلا بإشارات خفيفة، وذلك في حدود علمي، ومن الدراسات التي وجدتها ما يلي:

1- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه لعبد الرزاق حسن فرج، تشتمل هذه الأخيرة على باب تمهيدي وفصلين، الأول نظري والثاني تطبيقي، وتشارك مع مذكرتي في كون موضوعها هو نموذج دراستي، وتختلف معها في النقاط التالية:

- هذه الأطروحة تطرقت للمذاهب الأربعة المشهورة وألّمت بالموضوع من عديد القوانين العربية، أما مذكرتي فقد حدّدت المذهب الحنفي دون غيره وكذلك تخصصت في القانون المدني الجزائري دون سواه.

- أيضاً الأطروحة تناولت عديد التطبيقات بينما في مذكرتي اعتمدت على تطبيقات معدودة تسهياً في البحث وتوفيراً للجهد.

2- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة وهي أطروحة دكتوراه من إعداد فاطمة اسعد، وتشتمل على بابين تناولت الباحثة في الباب الأول:

حقيقة العقد الموقوف، ووقفت على مشروعيته وآراء الفقهاء في هذا النوع من العقود إضافة إلى ذلك تطرقت لحكمه... إلخ.

مقدمة

الباب الثاني: خصّصته لتطبيقات العقد الموقوف وأسباب العقد الموقوف وكيف عالج الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وما يقابل ذلك في القوانين الأخرى.

وتختلف دراستي عنها في أنّ هذا الجهد المبذول قد أشار إلى أن العقد الموقوف قسم أو نوع من أنواع المؤيدات المدنية. والاختلافات المقدمة في الأطروحة أعلاه هي نفسها وجدتها هنا فلم أعدها تفاعيا للتكرار.

والمستفاد من المذكرتين أنهما:

قدّمتا للشريعة والقانون على السواء إثراء يكشف اللبس عن العقود الموقوفة، وقد ساهمتا في ترسيخ فكرة أن للشريعة أولوية السبق والاهتمام بكل ما للإنسان فيه منافع.

3-التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، من إعداد الدكتور عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، وهي أطروحة دكتوراه، مهّد فيها للعقد وطبيعة التصرفات الموقوفة، وبابين قسمهما إلى:

الباب الأول: خصّصه للتصرفات العقدية.

الباب الثاني: تطرق فيه بتفصيل دقيق إلى التصرفات غير العقدية.

وتختلف دراستي عنها في أنها تختص بالمقارنة بالقانون، وتتضمن دراسة التصرف العقدي فقط.

والمستفاد من هذه الأطروحة هو:

هو معرفة العقود العقدية الموقوفة من غير العقدية الموقوفة، كذلك معرفة العقود العقدية غير الموقوفة لما في الأمر من تداخل.

سادسا: المنهج المتبع:

اتّبع في هذا البحث ما يلي:

1-المنهج المقارن: و ذلك يتمثل في عرض الآراء والتطبيقات في الفقه الحنفي وما يتقابل معها في القانون المدني الجزائري، ويتداخل معه التحليلي وذلك بتحليل الأقوال والنصوص القانونية متى تطلّب الأمر ذلك.

2-المنهج الوصفي: وذلك من خلال التعريف بمصطلحات البحث الخادمة للموضوع.

مقدمة

سابعا: الخطوات المنهجية في إعداد البحث:

اعتمدت المنهجية التالية:

1- بالنسبة للآيات القرآنية:

أ- عزو الآيات القرآنية إلى موضعها في المصحف بذكر السورة والآية ورقمها.

ب- اعتماد المصحف الإلكتروني برواية ورش عن نافع.

2- بالنسبة للأحاديث النبوية.

أ- إن كان الحديث مذكوراً في الصحيحين أكتفي بأحدهما وإن لم يوجد فيهما أقوم بتخريجه من مظاهره من كتب السنة.

ب- في طريقة التخريج أذكر اسم الشهرة ثم الاسم الكامل، ثم عنوان الكتاب، ثم أضع بين معكوفتين معلومات الكتاب من دار وبلد وطبعة ورقمها وسنة الطباعة، ثم أذكر الكتاب ورقمه والباب ورقمه -على حسب ما رتبّه المصنّف- فإن وجدت الأبواب بدل الكتاب أكتبها، ثم أضع بين قوسين الجزء والصفحة ورقم الحديث.

-بالنسبة لطريقة توثيق المعلومات والإحالات.

أ- سعيت لتوثيق كل المعلومات من مظاهرها حرصاً على الأمانة العلمية.

ب- في توثيق معلومات الكتاب أذكر اسم الشهرة ثم اسم المؤلف كاملاً -عند أول ذكر- ثم أذكر عنوان الكتاب، ثم المحقق إن وجد، ثم دار الطبع، فالبلد، ثم الطبعة ورقمها ثم سنة الطباعة وذكر المجلد- إن وجد- ثم أضع بين قوسين الجزء والصفحة، وإن لم أجد معلومات الكتاب فأرمز بالرموز التالية:

(د، د) تعني (دون دار نشر)، (د، ب) تعني (دون بلد)، (د، ط) تعني (دون طبعة)، (د، س) تعني (دون سنة)، (د، ج) أقصد بها (دون جزء).

ج- اعتمدت قائمة لبعض المختصرات:

(القانون المدني الجزائري: ق م ج - الجمهورية العربية السورية: ج ع س - المجلد: مج - الجزء: ج - الصفحة: ص - التاريخ الهجري: هـ - التاريخ الميلادي: م - السنة: س - الوفاة: ت).

د- إذا تكرّر عندي المرجع أكتفي باسم الشهرة أو الاسم الكامل ثم أذكر أنه مرجع سابق إذا كان نفس الجزء وإن اختلف الجزء أكتبه. وإذا تكررت عندي عدّة عناوين كتب لمؤلف واحد

مقدمة

أذكر اسم الشهرة له أو اسمه وأتبعه بعنوان الكتاب لئلا يقع خلط وتبعثر وأتبع القول بأنه مرجع سابق.

هـ- إذا اقتبست معلومة وانتقلت أسطر منها إلى الصفحة الموالية فإن التوثيق يكون فيها، إلا في بعض الصفحات والمعلومات التي أنقلها حرفياً أضعها بين علامتي التنصيص هكذا (" وأما التي أتصرف فيها أكتب كلمة (بتصرف) فقط، وأما التي أستفيد من معانيها أشير لها بكلمة (ينظر)).

و- أعتد في جمعي للمعلومات الوصول إلى مصادرها الأصلية والمراجع التي حوت تلك المعلومات، وإن لم أستطع الوصول إليها أنقلها بواسطة المرجع الذي نقلها مع الإحالة لذلك.

4- فيما يتعلق بالفهارس.

أ- وضعت فهرساً للآيات والأحاديث وآخر للأعلام الذين ترجمت لهم، وفهرساً للمصادر والمراجع، وفي الأخير فهرساً للموضوعات.

ب- في الترجمة للأعلام ترجمت للمغمورين دون المشهورين، واستثنيت المشهورين من أعلام المذهب الحنفي، وكذلك الصحابة المعروفون وأيضاً العلماء المعاصرون وفي ذكري للأعلام المشهورين عند أول مرة أكتفي بذكر سنة الوفاة.

ج- أدرجت في هذا البحث مقدمة وفصلين، وكل فصل يحتوي مبحثين، وفي كل مبحث ثلاثة مطالب، ثم خاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات.

د- في نهاية كل فصل أرفقه بملخص لأهم ما جاء فيه من بعض المفاهيم واستخلاص بعض النتائج.

تجدر الإشارة هنا بأنني درست هذا الموضوع في المذهب الحنفي والقانون المدني الجزائري فقط، ومتى استعملت مصطلح العقد الموقوف فإنه يعني التوقف.

ثامنا: صعوبات البحث:

- من الصعوبات التي واجهتني في هذا البحث ما يلي:
- صعوبة فهم بعض ما هو مخطوط في بعض مراجع الفقه الحنفي بسبب تلف الحبر في بعض الكتب القديمة مما يُصعّب القراءة من الشاشة.
 - الجمود في بعض العبارات القانونية، وذلك قد يكون من طبيعة الفن، إلا أنه في بعض الأحيان يصعّب كثيرا فهم المقصود.

تاسعا: خطة البحث

من أجل إنجاز هذا البحث في صورة متكاملة شاملة لجميع العناصر، قسّمت الموضوع إلى مقدمة وفصلين وخاتمة بالإضافة إلى فهارس عامة وذلك على النحو التالي:

المقدمة: اشتملت على مدخل عام للموضوع، وأهميته، والأهداف من خلال إنجازها، والأسباب التي دعت لاختياره، كذلك احتوت على المنهجية المتبعة في هذا البحث، بالإضافة إلى إشكال البحث والدراسات التي سبق وأن تطرقت لهذا الموضوع، والخطة التي يسير عليها هذا البحث.

الفصل الأول: تطرقت فيه لتمهيد لما يحتويه الفصل وقد قسّمته لمبحثين، تضمّن المبحث الأول: مدخلا مفاهيميا في العقد والمؤيّدات المدنية والمبحث الثاني تطرقت فيه أيضا إلى مدخل مفاهيمي في التوقف.

الفصل الثاني: ذكرت فيه تمهيدا وقسّمته إلى مبحثين، المبحث الأول تضمّن تصرفات غير المالك، والمبحث الثاني احتوى على تصرفات المالك فيما تعلّق به حق الغير.

الخاتمة: ضمّنت فيها أهمّ النتائج والتوصيات.

الفهارس العامة: تحتوي على فهرس للآيات القرآنية، وفهرسا للأحاديث، وآخر للأعلام، وفهرسا للمصادر والمراجع، وفهرسا للموضوعات.



الفصل الأول

مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات
المدنية والتوقف

المبحث الأول: العقد والمؤيدات المدنية

المبحث الثاني: التوقف

تمهيد:

شريعة الله محكمة النسيج والعقد؛ منظّمة لعلاقات البشر المدنية واضحة الحدود والأوامر والنّواهي، وذلك متجلّ في ضبط المعاملات الماليّة وغيرها، فنجدها قائمة على أركانٍ وشروط تُعدّ بمثابة أرضية لبناء نظام مدنيّ قويم لا يضيع معه حقّ أحد عند إنشاء الالتزامات ولا يتأتّى ذلك إلاّ باحترام قواعد وشروط ما أوضح الشارع لتحقيق النتائج، وإن حدث خلل فإنّه يرتّب أثرا، إمّا بالإلغاء جملة واحدة أو يكون الإلغاء بقدر الخلل الوارد.¹ كما أن القانون المدني هو الآخر سعى لضبط وتنظيم سائر المعاملات المدنية، ولاسيما في جانب المال والأعمال، لكون الأمر هامّا لتنهض الدول باقتصادها. وتنظيم المعاملات فيما بين الناس لا بدّ له من مؤيد للحكم، كي تطبّق القوانين، وإن اختلف جانب فيما يتعلّق بالقبول والإيجاب، حيث يكون الخلل بسيطا لا يؤثر في الصحة فإنّ التأييد لذلك يكون بالتوقف والفقّه الحنفي والقانون المدني الجزائري في ذلك سواء، مع وجود اختلاف في المصطلحات وغيرها من الأمور التي سننتظر لها فيما سيأتي.

¹ محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط1، س1444هـ-1993م (ص 75). [يتصرف].

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

تعاملات البشر فيما بينهم يحكمها العقد كإطار يضبط حدود التعامل ومعرفة الحقوق والواجبات، وليتم الأمر برسمية لأبد منه؛ وعليه فإنني سأنتظر لأمر مفاهيمية تخص العقد وما يتطلبه البحث من غير اختصار مُخلّ ولا إطناب مُملّ، بالإضافة إلى المؤيدات المدنية وأنواعها.

المبحث الأول: ضبط مصطلحات الدراسة

سأنتظر في هذا المبحث لمفهوم العقد وأذكر مقوماته، وذلك سيكون ضمن المطلب الأول كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم العقد

سأقسّم هذا المطلب لفرعين، الأول أضمنّ فيه مفهوم العقد لغة واصطلاحاً والثاني سأذكر فيه مقوماته.

الفرع الأول: مفهوم العقد لغة واصطلاحاً

أولاً: مفهوم العقد في اللغة

يقال: "عقد الحبل والبيع والعهد يعقده: شدّه... والعقد: الضمان والعهد"¹.

ثانياً: مفهوم العقد في الاصطلاح

سأتناول تعريفه في الفقه الحنفي والقانون المدني الجزائري على النحو التالي:

1- مفهوم العقد اصلاً في الفقه الحنفي

جاء في مجلة الأحكام العدلية² في المادة 103 ما يلي: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط إيجاب بقبول".

¹ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، راجعه: أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، د ط، د ج، (ص 1118).

² مجلة الأحكام العدلية مدونة حقوقية في الأحكام الفقهية الإسلامية قانوناً مدنياً للدول العثمانية دولة الخلافة الإسلامية الأخيرة خلال 1868-1926م. الميزة الأساسية لها هي استنادها على المبادئ الأساسية التي شرعها الله في كتابه وما بين رسوله صلى الله عليه وسلم لأئمة، وعلى آراء الفقهاء المجتهدين... إلخ. يوسف قبليج، أنموذجية مجلة الأحكام العدلية في تقنين الفقه الإسلامي المعاصر، مجلة الإحياء، جامعة مرمره، تركيا، العدد 6، س 1423 هـ - 2002م، (ص 292-293).

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

وفيما نقل العلماء المحدثون عن الحنفية في تعريفهم للعقد ما يلي: "الرّبط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما-صادرين من شخصين، على وجه يترتب عليه أثره الشرعي"¹. وهو أيضا: "ارتباط الإيجاب الصّادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ولا بدّ من توافق الإرادتين وذلك بمطابقة القبول للإيجاب"².

2- مفهوم العقد اصطلاحا في القانون

عرّفته المادّة 54 من ق م ج: "العقد اتّفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"³.

ويعرّف أيضا بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه أو تعديله"⁴.

وهو أيضا: "توافق إرادتين على إنشاء التزام، كعقد البيع، يتفق فيه البائع والمشتري على إنشاء التزامات، منها ما هو في جانب البائع، كالتزام بنقل الملكية... ومنها ما هو في جانب المشتري، كالتزام بدفع الثمن والمصاريف"⁵.

المناسبة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحات الفقهية والقانونية:

أنّ التعريفات متقاربة في المعاني، فلفظ العقد والرّبط كلاهما يدلّان على إحكام الشيء وتقويته. ومن معنى الإحكام والتقوية الحسيّة للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد، ولذا صار

¹ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعيّة، دار الفكر العربي، د ط، د ج، (ص 186).

² عز الدين خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، مجموعة دله البركة، ط1، 1414هـ-1993م، د ج، (ص13).

³ المادّة: 54 القانون المعدل والمتمم رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005 من القانون المدني الجزائري.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، د د، د ط، (ج1/ ص 28).

⁵ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ط1، س 1998، (ج1/ ص 28).

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

العقد بمعنى العهد والضمآن، وكلّ ما ينشئ التزاما، فالمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء هو تقييدٌ للمعنى اللّغوي وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم.¹ ومن خلال ما سبق نلاحظ أن:

- فقهاء الشريعة يعبرون عن العقد بكلمة ارتباط، بينما فقهاء القانون يعبرون عنه بأنه اتفاق، وكلمة ارتباط هي وصف ظاهر منضبط (علّة)، وكلمة اتفاق عمل قلبي قد لا يظهر ما لم يعبر عنه.²

- دائرة العقد في الشريعة أوسع بكثير من دائرته في القانون؛ فهو يشمل في النّظام الإسلامي جميع أنواع العقود، سواء تلك المتعلقة بالطابع المالي كمعاوضة المال بالمال، أو المتعلقة بالاقتصاد كالإجارة مثلا، أو تلك التي من شأنها تنظيم الرّوابط الأسريّة كالنّكاح وما يترتب عليه... أو ما كانت صلحا عن جناية ممّا يدخل في القانون الوضعي.

- وأمّا النظام الوضعي فتدور حلقاته في إنشاء العلاقات ذات الطابع المالي أو الاقتصادي.
- العقد في الفقه الإسلامي لا ينتج له أثر، إلّا إذا كان موافقا لحكم الشرع بخلاف العقد لدى القانونيين أنّه شريعة المتعاقدين.³

الفرع الثاني: مقومات العقد

يقوم على أربعة دعائم هي:

أولاً: العاقدان: "فأمّا العاقدان فقد يكون كلّ طرف منهما شخصا منفردا أو متعدّدا، كما لو تخارج فريق من الورثة مع أحدهم، أي تعاقدوا معه على أن يدفعوا إليه مبلغا معيّنا ويأخذوا حصّته الإرثيّة من التّركة فيقتسمونها بنسبة ما دفع كلّ منهم. وقد يكون العاقدان أصيلين أو

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظريّة العقد في الشريعة الإسلاميّة، دار الفكر العربي، القاهرة، س 1996م، د ج، (ص173). [يتصرف].

² من إثراء الأستاذ المشرف نعيمة زيغمي. [يتصرف].

³ حسن الشاذلي، نظريّة الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية-الرياض، ط1، س 1430 هـ -2009م، د ج، (ص 56). [يتصرف].

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

نائبين عن غيرهما في العقد كالوكيلين والوصيين، وقد يكون أحدهما أصيلا عن نفسه والآخر وكيلا عن غيره"¹.

ثانيا: محلّ العقد: يقصد به ما يثبت أثر العقد وحكمه فيه؛ وذلك كالمال المبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن... إلخ

ثالثا: موضوع العقد: "... المراد به غايته النوعية، أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله. وهذا الموضوع ثابتٌ غير مختلف، في أفراد النّوع الواحد من العقود وإنّما يختلف باختلاف نوع العقد... فموضوع عقد البيع، وهو نقل الملكية بعوض، إذا نظرنا إليه من جهة العاقدين المتبايعين، كان غاية لهما يسعيان إلى تحقيقها بهذا النّوع الموصل إليه من العقود، وإذا نظرنا إليه من جهة الشارع كان هو الحكم والأثر الذي يُقرّه التشريع كنتيجة للعقد بعد وقوعه"².

رابعا: أركان العقد: "الأجزاء التي يتكوّن منها، هي شيئان: الإيجاب، والقبول وهما العوامل الإنشائية في بناء العقد... يسميان: صيغة العقد، أي العبارات المتقابلة الدالة على اتفاق الطرفين"³

تختلف أركان العقد الموجودة في القانون على تلك الموجودة في الفقه الإسلامي حيث تنحصر في المحلّ والسبب ويحتاج العقد في انعقاده إلى التعبير عن توافق الإرادتين، وذلك بأن يطابق القبول الإيجاب، وأن يقترنا في الوقت المناسب.⁴

وقد حدّد القانون المدني الجزائري أركان العقد وهي:

1-الرضا: جاء في نص المادة 59 من ق م ج أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين..."

¹ الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، س1425هـ-2004م، (ج2/ ص400).

² الزرقا، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. [بتصرف].

³ الزرقا، المرجع نفسه، (ص403).

⁴ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، تنقيح: حبيب إبراهيم الخليلي، د د، د ب، ط6، د س، (ص617). [بتصرف].

2-المحلّ: أشارت إليه المادة 92 من ق م ج أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"

3-السبب: أشارت إليه المادة 98 من ق م ج أنه: "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك" وهذا في العقود الرضائية.

المطلب الثاني: أقسام العقد

قسّمت هذا المطلب لفرعين، فرع لأقسام العقد في الفقه الحنفي، وفرع ثانٍ لأقسامه في القانون.

الفرع الأول: تقسيم العقد في الفقه الحنفي

إنّ المقصود بالعقود التي يقرّها الشارع ويرتّب عليها آثاراً، العقود التي سلمت فيها الأركان والأوصاف من الخل، ولم يرد منع من الشارع لها، وهي العقود الصحيحة، وهناك نوع آخر وهي العقود غير الصحيحة أي العقود التي طرأ عليها خلل في ركن من أركانها، أو وصف من أوصافها، وورد من الشارع نهي عنها. ويقسم الحنفية العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل حسب نوع الخل، فإن كان في ركن من أركانه كان باطلاً وإن كان في وصف من أوصافه سمّي فاسداً.¹ وتقسيمهم كما يلي:

أولاً: العقد الصحيح: "هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحلّ عقد وموضوع عقد)، وشروطه الشرعية. فيصبح سبباً صالحاً لترتّب حكمه وآثاره". وحكم العقد الصحيح: "ثبوت أثره في الحال، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة، يترتّب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار".²

¹ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية و العقود فيه، مطبعة دار التأليف، مصر، د ط، س 1382هـ-1962م، د ج، (ص497-498). [يتصرف].

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، س 1409هـ-1989م، (ج4/ص234).

ثانياً: **العقد غير الصحيح**: "هو الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه أو ورد في الشرع نهي عنه..."¹. وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر... الخ"². وينقسم هذا النوع من العقد إلى:

1-العقد الباطل: "هو ما كان مختلاً، والخلل راجع إلى أمر أساسي فيه كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية، كالمجنون أو الصبي غير المميز، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد، والخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد، فالباطل غير منعقد، ولا وجود له شرعاً"³.

وعرفوه بأنه: "مالم يكن بأصله، ولا بوصفه، أي: ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة..."⁴.

2-العقد الفاسد: "هو ما اختل فيه أحد عناصره الفرعية وإن كان مستكملاً عناصره الأساسية، وذلك بأن لازمه أو عرض له وصف نهى عنه الشرع فيخرجه عن المشروعية وهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه"⁵.

والفساد لا يكون في العبادات، فهي إما صحيحة أو باطلة، وقد ذكر ذلك الفقيه ابن أمير حاج المعروف بابن الموقت⁶ بقوله:
"الفرق بين الفساد والبطلان في المعاملات"¹.

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، (ص80).

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (ص235).

³ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، (ص500).

⁴ عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، دار مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، (ج1/ص414).

⁵ عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق، (ص72).

⁶ محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت، أبو عبد الله، شمس الدين: فقيه من علماء الحنفية (825-879هـ=1422-1474م)، من مؤلفاته: التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام، وذخيرة القصر في تفسير سورة العصر، خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، ط15، س2002، (ج7/ص49).

وأما العقد الصحيح فكذاك نجده على أقسام هي:

أ- في حالة صدور العقد صحيحا وناظا، لا بدّ أن يكون من شخص كامل الأهلية وله ولاية على محلّ العقد، إما أن يكون أصيلا أو نائبا.

ب- في حالة وصف العقد بأنه صحيح موقوف، يكون صادرا من شخص ناقص الأهلية، أو له ولاية على موضوع العقد، كما هو الحال بالنسبة للفضولي.

ويعد الانعقاد والنفاز تتقسم العقود إلى نوعين:

ج - عقد نافذ لازم، لا يجوز فسخه إلا بإرادة الطرفين، ومثاله البيع والنكاح.

د - عقد صحيح نافذ، ولكنه غير لازم، أو كما يسمى بالعقد الجائز، يستقلّ فيه أحد طرفي العقد بالفسخ؛ ومثاله عقد الوكالة...².

إن؛ فالعقد يتدرّج من الصّحة إلى البطلان فالفساد، والصحيح: يكون نافذا أو غير نافذ (العقد الموقوف) ويكون لازما، أو غير لازم، وغير الصحيح: يكون باطلا أو فاسدا.

"وبذلك يكون الأحناف قد وضعوا مرتبة وسطى بين الصّحة والبطلان، إذ يميّزون بين أصل العقد ووصفه، فيكون أصل العقد هو ركن العقد وشروط انعقاده، أما أوصاف العقد فهي شروط الصحة التي ترجع في أغلبها إلى المحلّ"³.

الفرع الثاني: تقسيم العقد في القانون

سأذكر هنا ما يقابل ما ذكر في أقسام العقود في الفقه الإسلامي:

في القوانين الوضعيّة نجد أنّ الصّحة تقابلها الصّحة في الفقه الإسلامي مع وجود اختلاف في بعض التفاصيل، والبطلان المطلق هو بذاته البطلان في الفقه الإسلامي.

¹ ابن أمير حاج أبو عبد الله شمس الدين محمد، التقرير والتّحبير، دار الكتب العلمية، د ب، ط2، س 1403هـ-1983م، (ج1/ص333).

² محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، س1431هـ-2010م، د ج(ص157-158). [يتصرف].

³ محمد ابراهيم القاسم، الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، العدد 36، مج 6، (ص 830).

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

والبطلان النسبي، في بعض صوره، مرادف للفساد عند الأحناف ومن قبيل العقد الموقوف والعقد غير اللازم، لأنّ العقد الباطل نسبياً يبقى صحيحاً إلى أن يقدر القاضي إبطاله¹.

أولاً: الصّحة: "هي حالة ما إذا توافرت للعقد جميع أركانه من رضاء ومحلّ وسبب وشكل إذا كان من العقود الشكلية كالهبة، وتوافر في كلّ ركن من هذه الأركان الشروط التي يتطلبها القانون"².

ثانياً: البطلان المطلق: "هو جزء العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط الانعقاد... فلا يكون لهذا العقد وجود قانوني ولا ينتج أيّ أثر"³. وكذلك "إذا نقص العقد ركن أو أكثر من أركان انعقاده بأن كان الرضا معدوماً، أو كان المحلّ مستحيلاً أو غير معيّن أو غير مشروع، أو كان سبب الالتزام متخلفاً أو سبب العقد غير مشروع أو كانت الشكلية غير متوافرة حيث يتطلب القانون توافرها".

ثالثاً: البطلان النسبي: "حالة البطلان النسبي ... تتحقّق إذا نقص العقد شرط من شروط الصّحة بأن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال"⁴.

العقد الصحيح في كلا الفقهين، الإسلامي والقانوني، هو ما استوفى جميع أركانه وشروطه لينتج آثاره، وأمّا الباطل فهو خلل يصيب أساس العقد فلا يترتب عليه أثر، والبطلان النسبي يكون في حال وجود عيب صادر من متعاقد ناقص أهلية، والعقد الموقوف هو ما ينعقد موقوفاً على الإجازة وسيأتي بيان ذلك فيما يتقدّم.

¹ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، (ص501-502). [يتصرف].

² أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، س 1998، د ج، (ص172).

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، ط3، س 2004، (ج1/ص172).

⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، (ص172).

المطلب الثالث: المؤيدات المدنية وأنواعها

لابد لكل تشريع من مؤيد يؤيده في تشريعاته ليتمّ تنفيذه، وعليه فالمؤيدات المدنية تعمل على ذلك. والتشريع يوقر ويضمن حق كل المدنيين ولا سيما في جانب معاملاتهم القائمة فيما بينهم بحيث أن الضرر لا يطالهم، وعليه فإن المشرع يأخذ بالتوقف لئلا تضيع الحقوق وتهدر أموال الناس، وعليه فقد قسمت هذا المطلب لفرعين:

الفرع الأول: مفهوم المؤيدات المدنية

ضمن هذا الفرع سأتناول بالبحث مفهوم المؤيدات المدنية لغة واصطلاحاً.

أولاً: المؤيدات المدنية لغة

1- المؤيدات

[أيّد] الأيدُ والآدُ جميعاً: القوّة... قال عزّ وجلّ: ﴿وَأَذْكُرُ عَبْدَنَا دَاوُدَ ذَا الْأَيْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾ [سورة ص، الآية: 17] أي: ذا القوّة. وقد أيّده على الأمر؛ أبو زيد آد يبيد أيّداً إذا اشتد وقوي،

والتأييد: مصدر أيّده؛ قال تعالى: ﴿إِذْ أَيْدَتُكَ بِرُوحِ الْقُدُسِ﴾ [سورة المائدة، الآية: 110].

1

2- المدنية

[مدن] مدن بالمكان أقام به. ومنه سمّيت المدينة... وتجمع على مدائن، وعلى مُدنٍ ومدُنٍ² ومن المعاني المقاربة لذلك:

¹ ابن منظور أبو الفضل مكرم بن علي بن جمال الدين الأنصاري (ت 817هـ)، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، د ط، س 1999م، د ج، (ص 188).

² الجوهري أبو ناصر إسماعيل بن حماد (ت 398هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، راجعه: محمد تامر، أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، د ط، د ج، (ص 1069).

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

ومَدَن: "بمعنى أتاها والمدينة الأمة... ومدن المدائن تمدينا: مصّرها ومدين هي قرية شعيب عليه السلام، والنسبة إلى مدينة النبي صلى الله عليه وسلم: مدني، وإلى مدينة المنصور¹ وغيرها: مديني..."².

تعرّف بما يلي: "المؤيدات اصطلاح قانوني والمراد به الأحكام التي تضمن تنفيذ التشريع، والمحافظة على الحقوق، وأداء الالتزام بها، والتقيّد بها"³.

أولا: المؤيدات المدنية في اصطلاح الفقه الحنفي

يطلق عليها في الشريعة اسم: "المؤيدات الشرعية لأنها تؤيد التشريع. وقد تسمّى ضوامن، جمع ضامن، لأنها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها. وفقهاء الإسلام يسمونها زواجر، لأنها تزجر عن تنكب جادة الشرع ومخالفة أوامره. وهي: كلّ ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية"⁴.

وعرّف مصطفى الزرقا المؤيدات المدنية بقوله: "المؤيدات المدنية أو الحقوقية هي ما يرتبه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج أو كلّها، بتجريد التصرف المخالف عن اعتباره الشرعي تجريدا كليّا أو جزئيا، فيفقد بذلك كلّ نتائجه المدنية أو بعضها"⁵.

¹ مدينة المنصور هي بغداد. الشريشي أبو العباس أحمد بن عبد المؤمن القيسي، شرح المقامات الحريية، د، د ط، (ج 2 / ص 93). وبغداد: أمّ الدنيا وسيّدة البلاد؛ قال ابن الأنباري: "أصل بغداد للأعاجم، والعرب تختلف في لفظها إذ لم يكن أصلها من كلامهم...". وقال بعض الأعاجم: "تفسيره بستان رجل، فباغ بستان وداد اسم رجل... ينظر: ياقوت الحموي شهاب الدين أبي عبد الله، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، س 1398 هـ - 1977 م مج 1 (ص 456).

² ينظر، الفيروزآبادي، المصدر السابق (ص 1815).

³ مسعود بن موسى فلوسي، محاضرات في النظريات الفقهية لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص الفقه وأصوله، جامعة باتنة، س 1438-1439 هـ - 2017-2018 م (ص 32).

⁴ الزرقا، المرجع السابق ص 665-666).

⁵ المرجع نفسه، (ص 672).

ثانياً: مفهوم المؤيدات المدنية في اصطلاح القانون

قبل الشروع في تحديد معنى لهذا المصطلح لا بدّ من التطرق لمفهوم القانون للتدرج في معرفة من أين تنبثق المؤيدات المدنية.

1-تعريف القانون اصطلاحاً: "هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية والتي تقسّر الدولة الناس على اتّباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء"¹.

من خلال هذا التعريف يتبادر إلى الأذهان أنّ القانون عبارة عن قاعدة قانونية أو مجموعة قواعد، ومنه نعرّف القاعدة القانونية بأنّها: "الوحدة التي يتكون منها القانون في مجموعته، وهي في ذاتها خطابٌ موجّه إلى الأشخاص في صيغة عامّة لها قوّة الإلزام"². تتميز القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص منها:

أ-القاعدة القانونية عامّة ومجردة: يعني أنّ أحكامها تنطبق على كلّ من توافرت فيهم شروطاً معيّنة وأنّها لا تعني شخصاً محدّداً، وتجريدها يعني جريانها على كلّ واقعة تحققت فيها أوصاف مشروطة.

ب-القاعدة القانونية اجتماعية وسلوكية: معناها أنّ خطابها يتوجّه للفرد على أنه وحدة من مجتمعه، وموضوعها الاهتمام بسلوكه.³

ج-القاعدة القانونية قاعدة ملزمة: "يقصد بذلك أن يكون للقاعدة القانونية مؤيد أو جزاء، بحيث يجبر الأشخاص على اتّباعها ويفرض عليهم احترامها ولو بالقوّة عند الاقتضاء"⁴. والمؤيد الذي تضعه الدولة للقاعدة ليكفل احترامها وتطبيقها من قبل الأشخاص يكون على نوعين:

¹ عبد الرزاق السنهوري باشا، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، س 1959م (ص 13).

² سليمان مرقس، المرجع السابق، (ص11).

³ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، د ب، د ط، (ص 12-13). [يتصرف].

⁴ محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة السّوريّة، ج ع السّوريّة، س 2018، (ص10).

1- المؤيد الجزائي: ويقصد به الرّجر، ويكون ذلك بإيقاع العقوبة بمخالف القاعدة القانونيّة ردعا له ولغيره عن مخالفتها. ويكون الجزاء الجنائي بالسّجن أو الإعدام أو بدفع غرامة ماليّة يدفعها الجاني كعقوبة له.

2 المؤيد المدني: يقصد به الجبر، أي إزالة الخلل الواقع، يكون ذلك بإعادة الأمور إلى ما كانت عليها وإزالة الخلل الذي أحدثته مخالفة القاعدة القانونيّة أو تصحيحه على قدر الإمكان.¹

والجبرُ معناه: "عندما يجبر المدين على تنفيذ حقّ للدائن قبله، يستوي أن يكون التنفيذ عينا (تنفيذ الالتزام)، أو بمقابل (عن طريق التعويض)، كما قد يكون ببطلان الاتفاق المخالف للقانون (بيع المخدرات مثلا)..."².

وينتقد هذا القول بأنه: جعل جبر العقد كأنه إجبار، وهذا مخالف لفكرة المؤيدات المدنية التي غرضها جبر العقد بمعنى إزالة الخلل الواقع.

بعد عرض التعريفات في شقيها الشرعي والقانوني، يمكن القول أنّ المؤيدات المدنية³: هي بمثابة درعٍ واقٍ يكفل للأحكام سيرها، أو هي ما يترتب من أثرٍ عند وقوع مخالفة ما، وتصحيح ما يمكن تصحيحه في جهة الخلل الطارئ.

ومما يلاحظ: أنّ التشريعات، شرعيّة أو وضعيّة، كلّها مؤيدة بعناصر تحمل الناس على طاعتها وتطبيق أوامرها واجتناب نواهيها، وإن خولفت التشريعات أو القواعد بالعقوبات متعدّدة على حسب نوع كلّ مخالفة، والغاية من ذلك أن يكون التشريع محترما ومطاعاً. وحتى القصد من العقوبات هو ضمان استقرار المجتمعات وتأديب الجناة... إلخ.⁴

¹ محمد سامر عاشور، المرجع السابق، الصفحة نفسها، [بتصرف]. نقلا عن رمضان محمد أبو السّعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى علم القانون.

² عبد الرزاق السنهوري باشا، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، (ص16).

³ بعد البحث والتتبع في القانون المدني الجزائري لم أجده يشير لهذا المصطلح بهذه التسمية بل يستعمل مصطلح الجزاء.

⁴ الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، تقديم: حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، القاهرة، د ط، س 2011، دج، (ص358). [بتصرف].

الفرع الثاني: أنواع المؤيدات المدنية

نظّم الشارع علاقات الناس في كلّ تعاملاتهم المدنية، وجعل لذلك نتائج وآثارا تترتب على ما يصدر من مخالفات بصفة عامّة وفي مجال العقود بصفة خاصّة. فإن قام الفرد بالتصرفات والعقود على أسسها الصّحيحة كما حدّدها الشارع؛ تحقّقت عندئذٍ النتائج للتصرفات والآثار للعقود وإن حاد عن الطريق الشرعي تخلّفت النتائج والآثار بمقدار الحيدان:¹

- فإن كانت المخالفة كبيرة، أو وقعت في جهة أساسية في نظر الشارع، أو اختلّ ركن من أركان العقد، يكون الإلغاء كلياً، والتّصرف يكون باطلاً، والمؤيد لذلك يسمّى البطلان.
- وإن كانت المخالفة صغيرة، أو وقعت في ناحية جزئية؛ فالإلغاء يكون بالتّبع أي جزئياً، والمؤيد لذلك يسمّى الفساد، وهو في نظر علماء الحنفية دون الجمهور.
- وإن كانت المخالفة بسيطة لا يوجد فيها تأثير على صحّة العقد أو انعقاده، بأن تفقد الولاية على محلّ العقد، أو الولاية على نوع التّصرف، فنتوقّف نتائج التّصرف على صاحب الولاية؛ فإن أجازته نفذ، وإن منعه بطل، والمؤيد يسمّى التّوقف.²
- وإن كانت المخالفة لا تحقّق اتّزاناً بين حقوق المتعاقدين، فللمتضرّر حقّ الخيار في فسخ العقد، ويسمّى المؤيد لذلك التّخيير.³

المبحث الثاني: التّوقف، مفهومه، أنواعه والحكمة منه. الإجازة وشروطها

قسّم علماء الحنفية العقد إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح يتفرع عنه عقد باطل، وفساد، ويمرّ في تكوينه أي العقد بمرحلة الانعقاد والصّحة، التي تتضمن العقد الموقوف، ثمّ التّفاد فاللّزوم. وفقهاء القانون نجد العقد عندهم، إما أن يكون صحيحاً أو باطلاً أو قابلاً للإبطال.

¹ مسعود بن موسى فلوسي، المرجع السابق، (ص35). [يتصرف].

² محمد الزحيلي، المرجع السابق، (ص81-82). [يتصرف].

³ المرجع نفسه، الصفحات نفسها. [يتصرف].

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

في هذا المبحث سأتناول تعريف العقد الموقوف وأنواعه والحكمة من وقفه، وأتطرق للإجازة وشروطها.

المطلب الأول: تعريف التوقف لغة واصطلاحا

سأتعرض لتعريف التوقف من الناحية اللغوية والاصطلاحية في الفقه الحنفي والقانون المدني الجزائري، إضافة إلى حكمه وما يقابل العقد الموقوف في القانون كما يلي:

الفرع الأول: تعريف التوقف لغة

(وقف): "الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدلّ على تمكّث في شيء ثم يقاس عليه. منه وقفتُ أقفُ وقوفاً"¹.

الفرع الثاني: تعريف التوقف اصطلاحا

أولا: تعريف التوقف في اصطلاح الفقه الحنفي

سأكتفي بذكر العقد الموقوف دون التطرق للعقد تقاديا للتكرار.

1- يعرّف العقد الموقوف أو التوقف في الفقه الحنفي بما يلي:

- أنه: "يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تماما لأجل غيره وهو بيع ملك الغير"².

- وعرّف أيضا بأنه: "الموقوف ما تعلّق به حقّ الغير"³.

وبناقش هذان التعريفان بأنهما يقصّران مدلول العقد الموقوف على حالة التصرف فيما تعلّق به حق للغير وهو إما ملك الغير كبيع الفضولي لمال هذا الغير... لأنه قد لا يتعلّق

¹ ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكريا، مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د ب، د ط، (ج6/135).

² الزيلعي فخرالدين عثمان بن علي (ت539هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، س 1314هـ (ج4/ص44).

³ ابن عابدين محمد أمين (ت1252هـ)، ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، د ط، س 1433هـ-2003م، (ج7/ص234).

بالتصرف حقّ للغير ويكون موقوفا على الإجازة ومثاله تصرف الصبي المميّز في ماله فيما دار بين النفع والضرر كالبيع¹.

والموقوف هو: "مشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلّق حقّ الغير"².

"ويمتاز هذا التعريف بأنه قد بيّن لنا أنّ العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح فهو مشروع بأصله ووصفه ولا ينتج أثره في الحال لتعلّق حق الغير به، إلّا أنه لم يبيّن لنا أنّ التوقف يكون على صدور الإجازة ممّن يملكها شرعا"³.

2- تعريف العقد الموقوف لدى فقهاء الشريعة المحدثين:

نتحدث عن تعريفه وحكمه فيما يلي:

أ-الموقوف: "هو ما صدر من شخص له أهلية التعاقد، من غير أن يكون له ولاية إصداره"⁴. ومثاله "...العقد الذي يصدر من الفضولي، أو من الصبي المميّز ومن في حكمه إذا كان من العقود التي لا بدّ فيها من رأي وليّه أو وصيّيه"⁵.

ما يميّز هذا التعريف أنّه أضاف عنصر الأهلية، إلّا أنه لم يوضح أن العقد الموقوف من قبيل الصحيح.

"العقود والتصرفات الموقوفة هي التي تصدر... من الفضولي أو هي التي يكون فيها محلّ العقد مرهونا أو مستأجرا وحكمها أنّه لا يظهر أثرها في المعقود عليه إلّا بعد إجازتها إجازة

¹ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي -رسالة دكتوراه-دون مشرف، قسم الحقوق، جامعة القاهرة، س 1388هـ -1968م، (ص 40). [بتصرف].

² داما أفندي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان(ت1078هـ)، مَجْمَع الأنهر، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، س1419هـ-1998م، (ج3/ص77).

³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص41).

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (ص420).

⁵ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، (ص505).

معتبرة شرعا ممن له حق الإجازة. ومعنى كون هذه العقود موقوفة أنها لا توصف بنفاذ ولا بطلان إلا بعد الإجازة أو الفسخ ممن له الشأن في ذلك¹.

"هذا التعريف يمتاز بعمومه فيدخل تحته جميع التصرفات التي يتوقف نفاذها على الإجازة ممن يملكها شرعا. غير أنه لم يبيّن لنا أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الصحيح"².

"ومعنى وقفه أنه لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته"³.

هذا التعريف شامل لجميع عناصر العقد الموقوف. ومما سبق ذكره نستطيع القول أن العقد الموقوف هو: عقد صحيح لا ينتج أثرا له في الحال، بل تبقى إجازته متوقفة على من تحقق له.

ب- حكم العقد الموقوف: "لا تُرتب عليه آثاره إلا إن لحقته إجازة صاحب الشأن، وهو من يملك إصداره، فإن لم تلحقه الإجازة، بطل"⁴.

ثانيا: ما يقابل فكرة العقد الموقوف في القانون

"يقابل فكرة العقد الموقوف، المعروفة في الشريعة الإسلامية... ما يعرف في القانون المدني بكل من قابلية العقد للإبطال وعدم سريان العقد أو عدم نفاذه"⁵.

1- حالات العقد القابل للإبطال:

يكون العقد قابلا للإبطال في ثلاث حالات:

أ- حالات صدوره من معيب الإرادة: وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

¹ أحمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة، مطبعة البوسفور، مصر، ط1، س 1332 هـ - 1913 م، (ج1/ ص 189).

² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص42).

³ علي الخفيف، المرجع السابق، (ص336).

⁴ فتحي الدريني، النظريات الفقهيّة، منشورات جامعة دمشق، ط4، س 1416-1417 هـ - 1996-1997 م، دج، (ص391).

⁵ فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري - رسالة دكتوراه-جعفور محمد سعيد، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، س2015، (ص99).

الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف

- 1-**الغلط:** "الغلط في القانون كالغلط في الواقع يعيب الإرادة، ويجعل العقد قابلا للإبطال"¹. نصت المادة 83 من ق م ج على أنه: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط طبقا للمادتين (81 و 82)² مالم يقض القانون بذلك".
- 2-**التدليس:** هو "إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"³. نصت المادة 86 من ق م ج أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".
- 3-**الإكراه:** هو "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد"⁴. وقد نصت المادة 88 من ق م ج أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".
- 4-**الاستغلال:** "يتمثل الاستغلال في اختلال التعادل بين حقوق والتزامات كل من طرفي العقد، الناتج عن حالة الضعف التي يوجد فيها أحد الطرفين والتي يستغلها الطرف الآخر"⁵. الآخر"⁵.

نصت المادة 90 من ق م ج أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دد، دب، دط، س 1954-1955م (ج 2/ص153).

² نصّ المادتين من ق م ج: المادة 81 من ق م ج أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري في وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله". المادة 82 من ق م ج: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدّا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط". القانون المدني، المعدل والمتمم للقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، سلسلة تحت إشراف: مولود ديدان، د بلقيس، دار البيضاء-الجزائر، د ط، س 2006 (ص16).

³ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، س 1966م (ص127).

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، (ص189).

⁵ فاطمة اسعد، المرجع السابق، (ص 100).

بيّنّا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

ب - حالة تصرف الصبي المميّز (نقص الأهلية): يُعرّف الصبي المميّز بأنه: "هو الذي بلغ سنّا تجعله قادرا على تمييز معاني العقود في الجملة، وإدراك أسس التعامل العامة، ومبدأ التمييز قد أنيط بسنّ محدّدة"¹.

تأثر المشرع الجزائري في تقسيمه لحكم تصرفات الصبي المميّز بالفقه الإسلامي والتي هي على ثلاثة أنواع:²

ب 1 - تصرفات ضارة: كالتبرعات، من هبة ووقف³... إلخ.

ب 2 - تصرفات نافعة: وذلك كقبول الهبة وغيرها.

ب 3 - تصرفات دائرة بين الضرر والنفع: وذلك كالبيع والشراء والإجارة⁴... إلخ.

جاء في نص المادة 101 من ق م ج أنه: "يسقط الحقّ في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (05) سنوات". يفهم منها أن أحد أسباب قابلية الإبطال هو نقص الأهلية، وبالتالي فتصرفات الصبي المميّز قابلة للإبطال إلى حين تقرّر الإبطال.⁵

وجاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 83 أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43)⁶ من القانون تكون تصرفاته نافذة إذا كان نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كان مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

¹ نص المادة 40 من ق م ج: "وسنّ الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". (الصواب: تسع عشرة سنة).

² ينظر أحمد رياحي، حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 05، س 2015، (ص 28).

³ ينظر: الزرقا، المرجع السابق، (ص 804).

⁴ المرجع نفسه، (ص 806-807).

⁵ أحمد رياحي، المرجع السابق، الصفحة نفسها. [يتصرف].

⁶ نص المادة 43 من ق م ج: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقره القانون".

إنّ الملاحظ للنصّ الوارد في القانون المدني وقانون الأسرة يظهر له مدى تعارضهما وهذا الأخير يحلّ بالنظر لحدائثة النصوص. "وطالما أنّ هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبار النصّ الأحدث وهو نصّ المادة 101 من التقنين المدني الصادر عام 1975 المعدّل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ملغيا للنصّ الأقدم وهو نصّ المادة 83 من تقنين الأسرة الصادر في 09 جوان 1984، وهذا تطبيقا لما نصت عليه المادة الثانية للتقنين المدني من أنّه: "...لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمنياً إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع النص القديم..." وعملا بنصّ المادة الثانية تلك وبحكم هذا المبدأ، تعتبر فكرة وقف التصرف الدائر بين النفع والضرر (الواردة في المادة 83 من تقنين الأسرة) ملغاة ضمنياً بنصّ المادة 101 وما بعدها من التقنين المدني"¹.

ج-التصرفات في حقّ الغير:

في هذه الحالات لا يكون العقد نافذا وإنما قابلا للإبطال ومنها ما يلي:

ج1-بيع ملك الغير-قابل للإبطال-ولا ينفذ في حقّ البائع المالك للشيء².

ج2-البيع في مرض الموت لو ارث من الورثة: تنصّ المادة 408 من ق م ج على أنه: "إذا

باع المريض مرض الموت لو ارث، فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقرّه باقي الورثة..."

يفهم من نصّ المادة أنّ تمام العقد منوط بإجازته من الورثة. وفي حال أنهم لم يجيزوه

يبقى المبيع على أنه تركة، وبالتالي: يُردُّ الثمن للبائع³ (أي المشتري يردّ الثمن).

المطلب الثاني: أنواع العقود الموقوفة والفائدة من توقفها

ضمن هذا المطلب سنتطرق في الفرع الأول إلى أنواع العقود الموقوفة وفي الفرع الثاني

للحكمة من وقفها وذلك كما يلي:

¹ فاطمة اسعد، المرجع السابق، (ص 101-102).

² المرجع نفسه، (ص 102-103). [يتصرف].

³ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، ط3، س 2003، (ج4/ص 248). [يتصرف].

الفرع الأول: أنواع العقود الموقوفة

رغم أنها عديدة هي العقود الموقوفة، إلا أننا سنكتفي بسبعة أنواع أساسية وهي:

أولاً: عقد المكره: وفيه نوعان:

النوع الأول: في التصرف الذي يحتمل الفسخ، ويشترط فيه الرضا، كالبيع والشراء والإجارة... إلخ، والإكراه أيًا كان فالتصرف فيه فاسد، إن اتصل به التسليم: يفيد الملك، وإلا فلا.

النوع الثاني: وفي التصرف الذي لا يحتمل الفسخ، كالطلاق والعتاق¹، وغيرهما، فإن التصرف يكون نافذاً.

ثانياً: عقد الصبي المميز: إذا تصرف في ماله تصرفاً يحتمل النفع والضرر، كالبيع وغيره فلأنه ناقص الأهلية ومحجور عليه شرعاً فلوليّه أو وصيه أن يتصرف عنه حماية لحقوقه، فعقده موقوف يعني غير نافذ وتبقى إجازته بيد من تحقق له فإن أجازته نفذ، وإن رده بطل.

ثالثاً: عقد السفه المحجور عليه: السفه من يبذر أمواله... فهذا يحجر القاضي عليه وإن كان كبيراً، فيصبح في الحكم كالصبي المميز ويعين له وصياً يتصرف عنه حماية له.

رابعاً: عقد المدين بدين مستغرق: المدين إذا استغرقت ديونه أمواله جاز شرعاً للقاضي حجبه، أي منعه من التصرف، بناء على طلب دائنيه حماية لحقوقهم².

خامساً: تصرف المريض مرض الموت: عرفت مجلة الأحكام العدلية مرض الموت في نص المادة 1095 أنه: "هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية المصالح الداخلة في داره وإن كان من الإناث...".

¹ في الطلاق والعتاق تفصيل، كما ذكر السمرقندي: "في الطلاق: إن كان قبل الدخول بها: يلزمه نصف المهر المسمى والمتعة في غير المسمى على المكره، وإن كان بعد الدخول بها: يجب على الزوج المكره- أي المهر- لأنه استوفى منفعة البضع"

وفي العتاق: "الضمان واجب على المكره، سواء كان موسراً أم معسراً... ويكون الولاء للمعتق المكره، لأن العتق حصل بفعل المكره، لكن جعل ذلك إتلافاً من المكره، فعليه قيمته". السمرقندي علاء الدين (ت 539هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1405هـ - 1984م، (ج3/ ص 275-276).

² ينظر: الزرقا، المرجع السابق، (ص500-501).

ولا بدّ أن يكون فيه الهلاك غالباً وامتصلاً بالموت فعلاً، كي يتحقق معنى مرض الموت.¹ يبيع المريض لوارثه أو شراؤه منه موقوف على الإجازة، وبيعه لغير وارثه صحيح إذا كان بثمن المثل... وأما بيعه إذا كان مستغرقاً بالديون بنقصٍ عن ثمن المثل موقوف إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته يعتبر موقوفاً على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ البيع وإن كان العكس لا ينفذ.²

سادساً: تصرفات المرتد عن الإسلام: عقوده موقوفة، فإن مات، أو قُتل أو لحق بدار الحرب بطلت. وإن أسلم نفذت.³

سابعاً: عقد الفضولي: الفضولي: "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي..."⁴. ما يمنع عقد الفضولي من النفاذ هو انعدام الملك أو الولاية، فينقذ موقوفاً على إجازة المالك.⁵

الفرع الثاني: الفائدة من توقف العقود

إنّ الفائدة أو الحكمة من جعل بعض العقود موقوفة هي من أجل إعطاء الأشخاص الذين يتوقف نفاذ العقد على إجازتهم فرصة ليتمكنوا من خلالها منح العقد قوة دفع تترتب آثارها عليها إن أرادوا وذلك كما يلي:

¹ ينظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (ص 2978).

² ينظر: علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، س 1411هـ-1991م، (ج4/ص427).

³ هذا رأي أبو حنيفة، أما أبو يوسف فتصرفات المرتدّ عنده صحيحة، وأما محمد فهي عنده مثل تصرف المريض مرض الموت لا تصحّ تبرعاته إلاّ بمقدار الثلث... إلخ.

وأما المرأة المرتدة فتصرفاتها موقوفة عند أبي حنيفة، لأنّها لا تقتل. السمرقندي علاء الدين، المرجع السابق، (ص 310). مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، (ص 502). [يتصرف].

⁴ ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت 970هـ)، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، (ج6/245).

⁵ ينظر: الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2/س1424هـ-2003م، (ج6/ص573).

1- حماية ناقصي الأهلية كالصبي المميز ومن هم في حكمه حين يتصرفون في البيع والشراء.

2- حماية معيبي الإرادة، بتوقف نفاذ العقد على إجازته كالمكروه.

3- حماية مصلحة الفضولي في البيع وغيره.

4- حماية المستأجر والمرتهن في حال بيعت العين المستأجرة أو المرهونة بوقف نفاذ العقد حتى يجيزوه.

5- حماية الدائنين من تصرفات مدينهم المعسر التي تضرّ بحقوقهم.

6- حماية الورثة أو الدائنين من تصرفات المريض مرض الموت بوقف نفاذها على إجازتهم¹.

7- "الهدف من تقرير الإبطال هو حماية أحد المتعاقدين، فيكون لأحد المتعاقدين فقط الحق في التمسك بحق الإبطال...".

"العقد الموقوف يحقق حماية لمن قصد حمايتهم ويمنع الضرر أكثر مما يحققه العقد القابل للإبطال ... لأنّ العقد الموقوف لا ينفذ إلا بالإجازة، ومنه فلا يتحقق ضرر من الوقف على خلاف العقد القابل للإبطال الذي ينفذ حتى يُطلب إبطاله ممن له المصلحة، ومنه فلا يحقق الحماية التي يعرفها العقد الموقوف"².

المطلب الثالث: تعريف الإجازة وشروطها

تطرقنا إلى أن العقد الموقوف عقد صحيح متوقف على إجازة من تحقّ لهم الإجازة، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى ماهيتها وشروط صحتها.

الفرع الأول: تعريف الإجازة لغة

في هذا الفرع سنُعرّف الإجازة لغة:

جاز: المكان (يجوزه) (جوْزا) و (جوازاً) و (جوازا) سار فيه و (أجازه) قطعته... وأنفذه³.

¹ الغزالي محمد الحسن، التكييف الفقهي والقانوني لوقف العقود، جامعة دنقلا، (ص13). [يتصرف].

² اسعد فاطمة، المرجع السابق، (ص 111).

³ الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، ب القاهرة، ط2، دس، مج1 (ص 114).

الفرع الثاني: تعريف الإجازة في اصطلاح الفقه الحنفي والقانون وشروطها

في هذا الفرع سنتطرق لتعريف الإجازة في الشق الشرعي والقانوني وتحت كل تعريف نورد شروطها.

أولاً: الإجازة في اصطلاح الفقه الحنفي وشروطها

عرّفها الكاساني بقوله: "هي تصرف العقد بالتغيير"¹. أي: أنها تجعل التصرف نافذا بعدما كان موقوفاً، تنتقله من حالة التوقف إلى الإمضاء.

وتعرّف بأنها: "تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه... تعتبر تصرفاً انفرادياً وليست تصرفاً تبادلياً أو من الجانبين"².

والمجيز هو من تقررت لديه الإجازة كالفضولي وغيره ويشترط:

1- قيام كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع لتصحّ الإجازة³ وهذا فيما تعلق بالبيع.

ثانياً: الإجازة في اصطلاح علماء القانون وشروطها.

"الإجازة" تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فلا حاجة إلى اقتران قبولهما ولا يمكن

الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر . والذي يجيز هو من يثبت له حق التمسك

بالبطان، ولا بد من أن يكون كامل الأهلية، ولا تصحّ إلا باستكمال الأهلية في حالة ناقص الأهلية وغير ذلك.⁴

ومن معانيها أيضاً أن يتنازل أحد المتعاقدين عن حقه في طلب الإبطال، لأنها لا تلحق

العقد القابل للإبطال الذي له وجود قانوني ومرتب لكافة آثاره إلى حين يتقرر الإبطال وتزول الآثار بأثر رجعي.

ومن شروطها:

- أن يكون العقد القابل للإبطال لنقص أهلية أو لعيب في العاقد.

¹ الكاساني، المصدر السابق، (ص300).

² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص203-204).

³ نص المادة 378 من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيه: "بيع الفضولي إذا أجازاه صاحب المال، أو وكيله، أو وصيه، أو وليه نفذ وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً وإلا فلا تصحّ الإجازة".

⁴ ينظر: السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، (ص202).

- علم المجيز بالعيب اللاحق وأن تكون عنده رغبة في تصحيحه.
- زوال عيوب الإرادة لتتم الإجازة.¹
- ومن خلال عرضنا للتعريفات نستنتج أن:
 - الإجازة في العقد الموقوف في الشريعة الإسلامية والعقد القابل للإبطال في القانون تُعدّ تصرفاً انفرادياً من جانب واحد.
 - الإجازة في الشريعة ترد على عقد منتج لآثاره غير أنه موقوف، وفي العقد القابل للإبطال يتنازل أحد المتعاقدين عن حقه في طلب الإبطال.
 - شروط الإجازة في العقد الموقوف قيام ثلاثة عناصر أساسية وقت التصرف: العاقدان ومحل العقد والمجيز عند البيع.
 - ومن الملاحظ أن من شروط الإجازة في القانون اشتراط زوال العارض كبلوغ سن الرشد لناقص الأهلية.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 14-18-186). [يتصرف].

ملخص الفصل

جاء في هذا الفصل، تعريف المؤيدات المدنية في اللغة وفي الاصطلاح، وكما سبق تعريفها بأنها: " ما يترتب عليه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج أو كلاً، بتجريد التصرف المخالف عن اعتباره الشرعي تجريداً كلياً أو جزئياً، فيفقد بذلك كل نتائج المدنية أو بعضها" والفكرة منها هي إعادة الحال إلى ما كان عليه، أو بتصويب ما اختل قدر الإمكان، وكذلك تطرقت لأنواعها المتمثلة في البطلان والفساد والتوقف والتخيير. ثم تناولت العقد، تعريفه لغة واصطلاحاً، ومقوماته، وأقسامه ومراحل تكوينه بدءاً بمرحلة الانعقاد ثم الصحة، فالنفاذ، فاللزوم.

وفي آخر الفصل ذكرت جزءاً من موضوع الدراسة، فعرفت التوقف لغة واصطلاحاً وهو: "لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن تحقق له إجازته". وضمنت فيه ما يقابل العقد الموقوف في القانون، ما يسمى بالعقد القابل للإبطال الذي يكون كذلك لنقص في الأهلية أو لوجود عيب من عيوب الإرادة، أو لتصرف في ملك الغير؛ وإلى جانب ذلك تطرقت لأنواع العقود الموقوفة، ثم الفائدة من وقفها، وبعد ذلك انتهيت إلى تعريف الإجازة لغة واصطلاحاً في الشريعة وفي القانون، ووقفت على أهم شروطها؛ والفكرة منها أنها تصرف في العقد الموقوف أو العقد القابل للإبطال من أجل ترتب آثارهما وتحقق نتائجهما التي تعود بالنفع على من حقت لهم.



الفصل الثاني: تطبيقات عملية على التوقف

المبحث الأول: تصرفات غير المالك
المبحث الثاني: تصرفات غير المالك فيما تعلق به حق
الغير

تمهيد

من الأمور المسلّم بها أن الإنسان حرّ في تصرفه في كل ما يملكه سواء كان ذلك بيعاً أو شراءً أو هبةً أو وقفاً، لكن قد يطرأ تصرف من غير المالك في ملك الغير، وقد يكون هناك تصرف من المالك فيما يتعلق بحق الغير، لذلك راعى الشرع وكذا القانون على اختلافهما في بعض الاصطلاحات تحت ما يسمى بالعقد الموقوف.

الفصل الثاني: تطبيقات عملية على التوقف

في هذا الفصل سنتحدث عن بعض تطبيقات العقد الموقوف والتي هي كثيرة وقد اخترنا منها سنة فقط حيث جعلنا كل ثلاثة في نوع ونعني بذلك تصرفات غير المالك وتصرفات المالك فيما تعلق به حق الغير وتفصيل ذلك كما يلي:

المبحث الأول: تصرفات غير المالك

سنأخذ ضمن المطلب الأول تعريف كل من الفضولي وبيع ملك الغير وأحكامهما في الفقه الحنفي والقانوني، وشراء الفضولي ضمن المطلب الثاني، والمطلب الثالث إجارة ملك الغير.

المطلب الأول: تصرف الفضولي في بيع ملك الغير
وفيه فرعان كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الفضولي لغة واصطلاحاً

أولاً: الفضولي في اللغة

الفضولي: نسبة إلى الفضول جمع فضل بمعنى الزيادة، وهو المشتغل بما لا يعنيه، أو بما ما ليس من شأنه.¹

ثانياً: تعريف الفضولي اصطلاحاً في الفقه الحنفي وأحكامه

1- في الفقه الحنفي

الفضولي هو: "من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي"².

وهو أيضاً: "من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية عليه... كمن يشتري لغيره شيئاً لم يوكله في شرائه، وليست له عليه ولاية الشراء، وكمن يوجب ملك غيره وهكذا..."³.

¹ ينظر: التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد، **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، تحقيق: رفيق العجم-علي دحروج، مكتبة لبنان، ط1، س 1996، (ص 1277). وينظر، إبراهيم أنس وآخرون، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية-مكتبة الشرق الدولية، ط1، س 2004، مج1 (ص 693).

² ابن عابدين، المرجع السابق، (ص 311).

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، (ص 373).

والملاحظ أن الفضولي: "هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له، وإلا كان تصرفه من بيع مالا يملك¹، وهو منهي عنه"².

وله أيضا تعريف آخر: "هو من يقوم بعمل لحساب الغير دون أن يكون مأذونا منه..."³.

أ- حكم عقد الفضولي

مما يجعل التصرفات نافذة أمران اثنان هما: الملك والولاية، فلا ينفذ عقد إذا انعدم ومنه عقد الفضولي ينعقد موقوفا على إجازة المالك، ويدخل في ذلك كل تصرفاته من إجازة ونكاح وطلاق...إلخ.

جاء في بدائع الصنائع للكاساني بهذا اللفظ: "...فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك... وأصل هذه التصرفات التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على إجازة المجيز..."⁴.

ويشترط في توقف عقده على من يحق له شرطان اثنان هما:

¹ روي عن حكيم بن حزام، قال: "أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاعه له من السوق، ثم أبيعها؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك" حديث حسن صحيح، أخرجه الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى (ت279هـ)، الجامع الكبير، [دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، س1996، مج2، أبواب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك-19-] (ص514، رقم الحديث:1232).

- حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي، القرشي الأسدي... وحكيم ابن أخي خديجة بنت خويلد... وهو من مسلمة الفتح، وكان من أشرف قريش ووجهها في الجاهلية والإسلام، وكان من المؤلفة قلوبهم... وكان مولده قبل الفيل بثلاث عشرة سنة على اختلاف ذلك. وعاش مائة وعشرين سنة؛ ستين سنة في الجاهلية، وستين سنة في الإسلام، وتوفي سنة أربع وخمسين أيام معاوية، وقيل: سنة ثمان وخمسين. ابن الأثير عز الدين أبي الحسن علي بن محمد الجزري (ت630هـ)، أسد الغابة في معرفة

الصحابة، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط1، س433هـ-2016م مج1 (ص294)

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، (ص3339).

³ علي سيد إسماعيل، المصرفية الإسلامية والمعاملات المالية المعاصرة، Dar Humaythira، د ب، د ط، س2019م، د ج، (ص255).

⁴ الكاساني، المصدر السابق، (ص573-574-575). [يتصرف].

1- أن لا ينفذ العقد على الفضولي نفسه، فإن وجد نفاذا ولم يمضه صاحب الإجازة هنا ينفذ عليه ويلزمه إن كان من قبيل العقود اللازمة؛ ومن ذلك الشراء لأن الفضولي ملتزم أمام البائع وفي إمكانه إلزامه به، بخلاف بيع ملك الغير حيث لا يلزمه ذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير.

2- قيام المجيز وقت إنشاء العقد، ومثاله بيع عقار إنسان بمثل قيمته فللمالك حق إجازته إن كان رشيدا وتترتب على ذلك جميع الآثار إن أُجيز، وإن رفض بطل.¹ وفي حالة إجازته يكون الثمن مملوكا للفضولي لأنه بمنزلة الوكيل والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وله حق الفسخ، أي الفضولي، وذلك قبل الإجازة دفعا لأي ضرر عن نفسه، بخلاف تصرفه في النكاح لأن هذا الأخير معبر عنه. والإجازة تكون في النقد لا في العقد.² يستدل الحنفية بأن تصرفات الفضولي موقوفة على الإجازة بما يلي:

1- القرآن الكريم:

استدلوا: "بعموم الآيات الدالة على جواز البيع وغيره من المعاملات"³ قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ

اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [سورة البقرة، الآية: 275].

وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاكُلُوا ءَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً

عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [سورة النساء، الآية: 29].

وقوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [سورة الجمعة، الآية: 10].

¹ علي الخفيف، المرجع السابق، (ص 315-316). [يتصرف].

² المرغيناني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر (ت593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، إخراج: نعيم أشرف نور أحمد، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، س1417هـ (ج5/ ص 212-213). [يتصرف].

³ عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي- أطروحة دكتوراه- سلسلة نشر الرسائل الجامعية، المملكة العربية السعودية، ط1، س1413هـ-1993م، (ص47).

وجه الاستدلال:

"أن الله سبحانه وتعالى شرع البيع والشراء والتجارة من غير فصل، بين ما إذا وُجد من المالك بطريق الأصالة، وبين ما إذا وُجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما حُصَّ بدليل"¹.

وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [سورة المائدة، الآية: 02].

وقال عز وجل: ﴿وَاحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة، الآية: 195].

وجه الاستدلال:

أن إجازة مثل هذه التصرفات تُحصّل المنفعة وبها يُنال الثواب ومنه؛ كان تصرف الفضولي مشروعاً مثله مثل العقد الصحيح.²

2- السنة:

في الحديث الذي رواه الترمذي (ت279هـ) في كتابه الجامع الكبير: "...أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام ليشتري له أضحية بدينار، فاشتري أضحية فأريح فيها ديناراً، فاشتري أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "ضحّ بالشاة، وتصدّق بالدينار"³.

¹ الكاساني، المصدر السابق، (ص576).

² المصدر نفسه، الصفحة نفسها. [يتصرف].

³ أخرجه الترمذي في سننه، مصدر السابق، [أبواب: البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: (دون عنوان) -34-] (ص535، رقم الحديث: 1257). وقال الترمذي: "حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه".

توجيه الاستدلال:

إنّ حكيم بن حزام لم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم ببيع الشاة الأولى ولا بشراء الشاة الثانية، وأقرّ فعله عليه الصلاة والسلام وأجازه؛ فدلّ ذلك على أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على الإجازة.¹

من المعقول:

"أنّ هذا تصرف صدر من أهله في محلّه فلا يلغو كما لو حصل من المالك... وهذا لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحدّه ما هو حدّ سائر الأفعال وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محلّ ينفع فيه فهذا يكون حدّ التصرف باللسان وإذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ثمّ قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان الأهلية في التصرف أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز، واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحلّ إنما يكون محلاً بكونه مالا متقوماً وبانعدام الملك للعاقدة في المحل لا تتعدى المالية والتقوم، ألا ترى أنه لو باعه بإذن المالك جاز وما ليس بمحلّ فبالإذن لا يصير محلاً ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالكا..."²

ثالثاً: تعريف الفضولي في اصطلاح القانون

عرّف المشرع الجزائري الفضالة في المادة 150 من ق م ج كما يلي: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك" وجاء أيضاً في المادة 151 من نفس التقنين: "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأنًا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر"

ونصت المادة 152 من ذات القانون: "تسري قواعد الوكالة إذا أجاز ربّ العمل ما قام به الفضولي"

ويستخلص من هذه المواد أن أركان الفضالة كما يلي:

¹ عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، المرجع السابق، (ص56). [بتصرف].

² السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د ط، د س، (ج13/ص154).

1- قيام الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر.

2- أن يكون في قيامه هذا مصلحة لرب العمل.

3- أن لا يكون تجاه هذا الأمر العاجل ملتزما به وموكلا ولا منهيًا عنه.¹

وبعد عرض التعريفات في الشقّ الشرعي والقانوني نستخلص أن:

الفضولي في الشريعة والقانون هو من يعمل لحساب الغير من غير ولاية، ويختلف الفضولي في الشريعة عن الذي ذكر في القانون من حيث عدم اشتراط الاستعجال في القيام بالشيء، عكس الفضولي في القانون فإنه يتطلب ذلك.²

الفرع الثاني: مفهوم بيع ملك الغير لغة واصطلاحاً، وشروطه

سننظر قبل ذلك لتعريف البيع والملك في اللغة.

أولاً: مفهوم البيع لغة

يقال: "باع الشيء يبيعه بيعة ومبيعا شراه وهو شادٌ وقياسه مباعا وباعه اشتراه فهو من الأضداد"³.

ثانياً: مفهوم البيع اصطلاحاً في الفقه الحنفي:

عرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 105 أنه: "مبادلة مال بمال...". وجاء في الفتاوى الهندية أنه: "مبادلة المال بالمال بالتراضي..."⁴.

ثالثاً: مفهوم الملك لغة

يقصد به: العزّ وملك المال....⁵

¹ السنهوري، الوجيز، المرجع السابق، (ص405) وأيضاً الوسيط لنفس المؤلف، المرجع السابق، (ج1/ص1035). [يتصرف].

² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص119). [يتصرف].

³ الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، الناشر مكتبة لبنان، د ط، س 1986، مج1، (ص29).

⁴ أورك عالم كير محمد، الفتاوى العالمية الكيرية (الفتاوى الهندية)، الناشر المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، س 130 هـ (ج3/ص2).

⁵ ينظر، ابن منظور، المصدر السابق، (ص4266).

رابعاً: مفهوم الملك اصطلاحاً في الفقه الحنفي

جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 125 أنّ الملك بكسر الميم هو: "ما ملكه الإنسان سواء كان من الأعيان أو المنافع".
ويعرّف بأنه: "اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلاّ لمانع شرعي"¹.

خامساً: مفهوم الغير في اللغة

جاء في لسان العرب، الغير: بمعنى تغيّر الحال².
وأما مصطلح الغير فإنّي لم أقف على تعريف له عند الحنفية، وهذا في حدود بحثي، وبالنسبة لما في التعريف اللغوي من معنى يمكن أن نستخلص منه تعريفاً اصطلاحياً، تغيّر الحال فيه مقارنة لانتقال الملكية من المالك إلى شخص آخر.

سادساً: مفهوم البيع اصطلاحاً في القانون:

عرفته المادة 351 من ق م ج أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".
والذي يتضح من خلال هذه المادة أنّ:
البيع هو التزام بنقل ملكية أو حق من الحقوق من البائع إلى المشتري مقابل ثمن يدفعه المشتري³

¹ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، (ص295).

² المرجع نفسه، (ص3325).

³ ينظر: فاطمة اسعد، المرجع السابق، ص 220. وينظر: خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق،

(ص11).

سابعا: مفهوم بيع ملك الغير كمركب إضافي

1- في الفقه الحنفي

وبيع ملك الغير يصطلح على بيع الفضولي.¹ وقد تمّ التطرق لتعريف الفضولي لأنه نفس الشيء. وعليه نعيد تعريف الفضولي هو: "من يشتغل في شؤون غيره دون إذن أو ولاية منه"².

2- في القانون:

إن القانون المدني الجزائري تطرق لمفهوم بيع ملك الغير من خلال بعض أحكامه وكما جاء في نص المادة 397 من ق م ج: "إذا باع شخص شيئا معيّنًا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".

ثامنا: شروط بيع ملك الغير

1- أن يكون المبيع معينا بالذات: "حيث إن الحق العيني وهو سلطة مباشرة على شيء لا يتصور إلا على شيء معيّن بالذات، فلا يتصور أن يكتسب المشتري حقا عينيا على شيء معين بنوعه"³.

وانتقال الملكية يكون بمجرد تمام العقد، إذا كان المبيع منقولاً معيّنًا بالذات.⁴

2- أن يكون البائع مالكا للمبيع: بيع ملك الغير لا تنتقل به الملكية إلى المشتري ويستحيل البيع إذا كان البائع غير مالك للمبيع، ويكون العقد هنا باطلا بطلانا نسبيًا، أي يصبح صحيحا متوقفا على إجازة المالك... وهناك استثناء أي قد تنتقل الملكية للمشتري ولو كان

¹ عبد العزيز أحمد، بوحفص الصادق، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري-مذكرة ماستر-ببلالي إبراهيم، قسم العلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، 1443هـ-2021/2022م، (ص13).

² أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير-أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير-علي السرطاوي، د قسم، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، س2006م، (ص18).

³ زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو (الجزائر)، ط3، د س، د ج، (ص80).

⁴ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (ج/4 ص 426). وأما انتقال الملكية في العقار يكون بتسجيل عقد البيع، ينظر، المرجع نفسه، (ص433).

البائع غير مالك؛ وذلك بموجب عقد البيع ويكون المشتري مالكا كأثر لواقعة مركبة، ويدخل في هذا البيع عناصر تسمى بالسبب الصحيح؛ وذلك بجانب الحيابة وحسن النية.¹
 نخلص إلى: "أن مفهوم بيع الفضولي في الفقه الإسلامي أشمل وأدق من مفهوم بيع ملك الغير، عند فقهاء القانون المدني"².

المطلب الثاني: شراء الفضولي لملك الغير

لا يقتصر تصرف الفضولي على بيع ملك الغير، بل يتعداه أيضا للشراء وهو الأمر الذي سنعالجه في هذا المطلب وفق ما يلي:

الفرع الأول: شراء الفضولي في الفقه الحنفي

إن الفقه الحنفي يُجمل شراء الفضولي في حالتين:

- الحالة الأولى: إضافته لنفسه.

- الحالة الثانية: إضافته إلى الذي اشترى له.

في حالة إضافته لنفسه فإنه ينفذ ولا يتوقف سواء وجدت الإجازة³ أو لم توجد. قال تعالى:

﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [سورة البقرة، الآية: 286].

وقال جل شأنه: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [سورة النجم، الآية: 39].

¹ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، الصفحة نفسها. [بتصرف].

² فاطمة اسعد، المرجع السابق، (ص 223).

¹ تلحق الإجازة تصرف الفضولي بشروط منها:

- تلحق تصرفه عندما يكون منعقدا فقط.

- عندما يكون له مجيز في الحال، وإذا لم يكن له مجيز حال وجوده أو كان مستقبلا فإنه قد يحدث ذلك وقد لا؛ فلما انتفى اليقين فلن يثبت ذلك مع الشك، ويخرج من ذلك ما إذا لو طلق الفضولي امرأة البالغ يبقى موقفا على إجازة المالك، بخلاف لو فعل ذلك مع الصبي فإنه لا ينعقد بسبب نقص أهلية الصبي ولأنه ليس من أهل التصرف. ولا تتعد التصرفات في حال إذا لم يكن لها مجيز ومثاله الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه، فالإجازة تتوقف على وليه أو على إجازته بعد البلوغ في حال لم يكن له ولي. الكاساني، المصدر السابق، (ص 577-578). [بتصرف].

توجيه الاستدلال:

شراء الفضولي كسبه حقيقة، وفي الأصل يكون له لا لغيره، إلا إذا شاء أن ينسبه لغيره، أو لم ينفذ لانعدام في الأهلية، فيكون موقوفاً على إجازة المشتري.¹

وأما في حالة إضافته إلى الذي اشترى له فهناك أربعة أوجه هي:

-الوجه الأول: "أن يقول البائع بعث هذا لفلان بكذا، والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف".

-الوجه الثاني: "أن يقول البائع بعث لأجل فلان والمشتري يقول اشتريته لأجله أو قبلت فيتوقف"².

-الوجه الثالث: "أن يقول بعث هذا منك بكذا فقال اشتريت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه".

-الوجه الرابع: "أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعث منك بطل العقد..."³.

والفقهاء يعللون توقف نفاذ شراء الفضولي في الوجهين الأول والثاني ونفاذه في الوجه الثالث، وبطلانه في الرابع بما يلي:

تعليلهم في الوجه الأول والثاني:

في هذين الوجهين جعله الفضولي للغير؛ فتوقف على إجازة المشتري له لأنه بمثابة الوكيل.⁴

¹ الكاساني، المصدر السابق، (ص579). [يتصرف].

² الأَنْكُورِيُّ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ، الْفَتَاوَى الْأَنْقُورِيَّةُ، د، د ب، د ط، (ج1/ص251). نقل عن الكرابيسي من كتابه الفروق.

- و الأَنْكُورِيُّ هُوَ: "مُحَمَّدُ بْنُ حُسَيْنِ الْأَنْكُورِيِّ الرَّومِي (ت1098هـ-168م): فقيه حنفي، من علماء الروم (الترك) مستعرب... نسبته إلى ((أنكورية)) وهي ((أنقرة)) وربما قيل له ((الأنقروني)). ولد بها، وتعلّم بالقسطنطينية، وولي قضاء بني شهر ومصر... له ((الفتاوى الأنقرونية)) و ((تفسير آية الكرسي)). الزركلي، المرجع السابق، (ج 6/ص103).

³ الأَنْكُورِيُّ، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

⁴ ينظر: الكاساني، المصدر السابق، (ص579). ورد في كتابه بهذا اللفظ: "فإنه يتوقف على إجازة المشتري له؛ لأن تصرف الإنسان، وإن كان على اعتبار الأصل، إلا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك...".

تعليهم في الوجه الثالث:

في هذا الوجه ينفذ الشراء لأنه لم تتم إضافته للغير في الإيجاب والقبول فلا يتوقف، وهذه الأخيرة تكون في أحدهما وهو شرط العقد. ويتوقف لضرورة الإضافة من كلا الجانبين، وإن لم يوجد أحدهما يعمل بالأصل.¹

تعليهم في الوجه الرابع:

يبطل في هذا الوجه لأنه لا بدّ من توافق الإيجاب والقبول، فلا يكفي صدور الإضافة من جانب واحد.²

الفرع الثاني: تصرف العاقد بالشراء عليه في القانون

إنّ تصرفات العاقد في القانون سواء كانت بيعاً أو شراءً لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: تعاقد العاقد باسمه.

في مثل هذه الحالة يلتزم العاقد الذي يعمل لحساب غيره بتنفيذ العقد، وفي هذا يتفق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي.

"إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً لمصلحة ربّ العمل كما إذا تعاقد مع مقاول لترميم منزل لرب العمل، فإن حقوق العقد والتزاماته لا ترجع رأساً إلى رب العمل وإنما تضاف إلى الفضولي..."³

وإذا لم يعلن العاقد أنه يتعاقد بصفة أنه نائب فإن آثار العقد لا تضاف إلى الغير، إلا إذا كان هناك علم بوجود نيابة.⁴

الحالة الثانية: تعاقد العاقد باسم الغير

وفيها حالتين:

1- علم الغير بعدم وجود نيابة مع الذي تعاقد معه، وفي هذه الحالة لا تنترب أية مسؤوليات، ولا تكون هناك حماية للآخر.

¹ الكاساني، المصدر نفسه، (ص580). [يتصرف].

² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص135). [يتصرف]. نقل عن جمال موسى بدر، النيابة في التصرفات القانونية.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، (ص470).

⁴ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص141-142). [يتصرف].

2- جهل الغير بانتفاء صفة النيابة مع الذي تعاقد معه، وفي هذه الحالة لا نفاذ للعقد ولا تترتب آثاره ولا تكون هناك مسؤوليات تجاه العاقد.¹
ونستخلص:

أن الفقه الحنفي يوفر حماية للفضولي وللغير ولرب العمل ويصون حقوقهم ويؤلي أهمية لإيجاب وقبول كل طرف، بينما الشأن في القانون مختلف، إلا في حالة تنفيذ العقد في تعاقد الفضولي باسمه، وربما يؤخذ على الفقه القانوني في عدم اهتمامه بعنصر الإيجاب والقبول في التعاقد لأن الأمر قد يحمل على الغبن أو الإكراه والله أعلم.

المطلب الثالث: إجارة ملك الغير

سنتاولها في الفقه الإسلامي ثم في الفقه القانوني ضمن فرعين نتطرق في الأول إلى مفهومها وفي الثاني إلى أحكامها.

الفرع الأول: مفهوم إيجار ملك الغير في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف إيجار ملك الغير لغة

سنقتصر على تعريف كلمة الإيجار -تفادياً للتكرار- فقط.

جاء في القاموس المحيط أنها بمعنى: " الكراء".²

ثانياً: تعريف الإجارة اصطلاحاً في الفقه الحنفي والقانون

1- في الفقه الحنفي:

تعرف بأنها: "بيع منفعة معلومة بعوض معلوم دين أو عين وما صلح ثمننا صلح أجرة..."³.

وعرفها ابن الهمام (ت 861هـ) في كتابه فتح القدير: "مبادلة المال بالمال..."

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص 142). [ينصرف].

² الفيروزآبادي، المصدر السابق، (ص 39).

³ الحلبي إبراهيم محمد بن إبراهيم (ت 965 هـ)، شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419 هـ-1998 م، (ج3/ص 511).

والمقصود بها: "مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وإن لم يكن مالا حقيقة، فإن أحد البديلين في عقد الإجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين وإقامتها مقام المنفعة"¹.

2- في الاصطلاح القانوني:

الإيجار من العقود المسماة، الواردة على منفعة الشيء دون نقل للملكية ويلتزم المستأجر برد الشيء للمؤجر عند انتهاء مدة العقد². وهو أيضا: عقد رضائي تبادلي، بمعاوضة ويكون مؤقتا وتنفيذه زمني أو منتالي³.

جاء في المادة 467 من ق م ج أنه: "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر". وفي المادة 470 من ذات القانون: "يجوز أن تكون أجرة الإيجار إما نقودا، وإما تقديم أي عمل آخر". يفهم من نصّ المادتين أن انعقاد الإيجار يكون عن طريق العقد بين المؤجر والمستأجر، والأجرة جائز أن تكون نقدا أو تقديم عمل. وقد يؤخذ على المشرع أنه لم يضع قيودا لهذا العمل فقد يدخل تحته أيضا العمل غير المشروع.

الفرع الثاني: أحكام إيجار ملك الغير

أولا: في الفقه الحنفي

سنتطرق قبل ذلك لذكر بعض الأدلة الشرعية على جواز الإجارة ومنها:

1- القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَاجِرَٰنِي تَمَنِّيَ حِجَجَ﴾ [سورة القصص: 27].

وجه الاستدلال: بيّنت الآية أن أخذ الأجر على الإجارة جائز. "وشريعة من قبلنا لازمة مالم يظهر نسخها"⁴.

¹ ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، فتح القدير على الهداية، مطبعة بولاق، د ب، د ط، (ج 9 / ص 179).

² هشام طه محمود سليم، العقود المسماة بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار، د د، د ب، د ط، س 1435 هـ-2014 م، د ج، (ص 236-237). [يتصرف].

³ ديب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، د ب، ط 1، س 2001 م، د ج، (ص 13). [يتصرف].

⁴ العلاء الحصكفي محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المنتقى في شرح المنتقى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، س 1419 هـ-1998 م (ج 3 / ص 512).

2- السنة النبوية: قوله عليه الصلاة والسلام: "من استأجر أجيرا فليعلمه أجره"¹.
- "فلأن بالناس حاجة إليه، ولا مفسدة فيه وتتعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة"².

وأما حكم إجارة ملك الغير فللحنفية فيها تفصيل كالتالي:

الحالة الأولى: قبل استيفاء المنفعة

- "إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة-جاز، وتكون الأجرة للمالك".

الحالة الثانية: بعد استيفاء المنفعة

- "وإن أجازته بعد استيفاء المنفعة، لم يجز بإجازته، وكانت الأجرة للعاقد، لأن المنفعة الماضية تلاشت، فلا يبقى العقد بعد فوات محله، فلا تلحقه الإجازة، وبصير العاقد غاصبا بالتسليم فصار كالغاصب إذا أجر، وقالوا في الغاصب إذا أجر وسلم ثم قال المالك أجزت ما أجزت: إذا انقضت المدة فالأجر للغاصب، وإن أجاز في نصف المدة فالأجر كله للمالك. في قول أبي يوسف، وقال محمد: أجزما ما مضى للغاصب، وأجر الباقي للمالك"³.

ثانيا: في القانون

إيجار ملك الغير ينقسم إلى حالتين:

1- في حالة الحيابة: يكون الإيجاب الصادر الذي من الحائز صحيحا وناظدا في حق المالك الحقيقي متى كان المستأجر حسن النية. ويتمثل ذلك في الوارث الظاهر يضع يده على أعيان التركة ثم يتبين أنه وارث غير حقيقي، وينفذ إيجاره في حق الوارث الحقيقي، سواء كانت نية الوارث الظاهر حسنة أو سيئة ما دام المستأجر حسن النية.⁴

¹ أخرجه ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد (ت235)، المصنف في الأحاديث والآثار، [تقديم: كمال يوسف الحوت، دار التاج، لبنان، ط1، س1409هـ-1989م، كتاب: البيوع والأقضية، باب: من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره]، (ج4/ص366. رقم الحديث: 21109).

² العلاء الحصكفي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

³ السمرقندي، المرجع السابق، (ص326).

⁴ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط3، س2000م مج1 (ج6/ ص63). [يتصرف].

2- في حالة عدم الحيازة: وفيها نفرق بين علاقة المؤجر بالمستأجر وبين علاقة المستأجر بالمالك الحقيقي.

- علاقة المؤجر بالمستأجر: إذا أجر غير الحائز العين فإن إيجاره صحيح فيما بينه وبين المستأجر، بخلاف بيع ملك الغير يكون قابلاً للإبطال بين البائع والمشتري¹.

- علاقة المستأجر بالمالك الحقيقي: "إذا كان المؤجر غير حائز للعين المؤجرة فلا تسري الإجارة الصادرة منه في حق المالك الحقيقي... فيجوز للمالك استرداد الشيء المؤجر من هذا المستأجر... كما يجوز للمالك مطالبة هذا المستأجر بقيمة ما حصل عليه من ثمار الشيء ومنافعه..."².

المبحث الثاني: تصرفات المالك فيما تعلق به حق الغير

تتوعد وتعددت التصرفات الصادرة من المالك فيما تعلق به حق الغير، وفي هذا المبحث اقتصرنا على بيع المرهون وذلك ضمن المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نتطرق لبيع المستأجر، وخصصنا المطلب الثالث للتصرف في الحصة الشائعة بالبيع وتفصيل ذلك كالآتي:

المطلب الأول: بيع المرهون

قسّمنا المطلب هذا لفرعين نذكر في الفرع الأول مفهوم الرهن في اللغة وفي الاصطلاح، وفي الفرع الثاني نتناول أحكامه.

الفرع الأول: مفهوم الرهن لغة واصطلاحاً

سنذكر أولاً تعريف الرهن لغة وثانياً نتطرق لتعريفه اصطلاحاً في جانب الفقه الحنفي وكذا في القانون.

¹ السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، (ج6/ ص67). [يتصرف].

² رمضان أبو السعود، العقود المسماة عقد الإيجار الأحكام العامة، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، د ط، س1999، د ج، (ص88).

أولاً: تعريف الرهن لغة

الرهن: يدل على الثبات والديمومة¹. يقال: "ماء رهن أي راكد، وحالة راهنة أي ثابتة دائمة. وإما الحبس واللزوم، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [سورة المدثر، الآية:38]، أي: محبوسة...²

ثانياً: تعريف الرهن اصطلاحاً

1- في الفقه الحنفي:

عرف الحنفية بيع المرهون بما يلي:

"جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون"³.

وهو مشروع بقوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة، الآية:283] أي: لا بد من

القبض في الرهن.⁴

وروي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: "توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه

مرهونة عند يهودي، بثلاثين صاعاً من شعير"¹.

¹ ينظر: ابن فارس، المصدر السابق، (ج/2 ص452). ورد فيه بهذا اللفظ: "الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو بغيره... والشيء الرهن: الثابت الدائم".

² مجموعة مؤلفين، موسوعة فقه المعاملات، دد، دب، دط، دس، (ج/1 ص706).

³ الكمال بن الهمام، المرجع السابق، (ج/10 ص135).

قوله: (جعل الشيء) معناه: "رهن جعل الشيء" وقوله: (محبوساً بحق) جاء في قول الشارح: (قيده بقوله: "بحق" لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضاً والحق يشملهما)، وقوله: (يمكن استيفاءه) أي: (استيفاء الحق) وقوله: (من الرهن) معناه: (من المرهون) وقوله: (كالديون) أي أنه: (احترز به عن ارتهان الخمر، وعن الرهن في الحدود والقصاص)، بدر الدين العيني محمود بن أحمد بن موسى (ت855)، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، س1420هـ-2000م، (ج/2 ص465).

⁴ محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت189هـ)، الأصل، تحقيق: محمد بوينوكان، دار ابن حزم، بيروت، ط1، س1433هـ-2012م، (ج/3 ص133).

"والإجماع منعقد على ذلك، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب... وقال ابن الهمام: "الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض"².

2- في القانون:

"يصح بيع العين المرهونة رهنا رسميا أو حيازيا، لأن الرهن لا يخرج المرهون من ملك الراهن..."³.

جاء في نص المادة 882 من ق م ج تعريف الرهن الرسمي بما يلي: "الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في يد أي كان".

وجاء في المادة 948 من نفس التقنين أن الرهن الحيازي: "... عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون".

والذي يستخلص من المادتين أن:

- الرهن الرسمي: يطلق على العقد الذي يرتب به للدائن حقا عينيا على عقار لوفاء أو ضمان دينه.⁴

¹ أخرجه البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، [تحقيق: مصطفى ديب البغا، د ابن كثير، دمشق، ط5، س1414هـ-1993م، كتاب رقم-60: الجهاد والسير، باب رقم-88: ما قيل في درع النبي صلى الله عليه وسلم والقميص في الحرب]، (ج3/ ص 1068. رقم الحديث: 2759).

² الكمال بن الهمام، المرجع السابق، (ص136).

³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص366).

⁴ السنهوري، المرجع السابق، (ج 10/ ص 259). [يتصرف].

الفرع الثاني: حكم بيع المرهون

أولاً: في الفقه الحنفي:

اختلفت الحنفية في حكم بيع المرهون:

جاء في المحيط البرهاني لبرهان الدين الحنفي قوله: "اختلفت عبارة الكتب في بيع المرهون وقع في بعض (الكتب بيع) المرهون فاسد ووقع في بعضها أن البيع موقوف، من مشايخنا من قال: في المسألة روايتان، وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف إن قضى الرهن المال أو أبرأه المرتهن منها ورد الرهن عليه ورضي به تمّ البيع وإن لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشتري من القاضي التسليم، فالقاضي يفسخ العقد بينهما، وهذا لأن العقد صدر من المالك، وللمرتهن حق في المحل، وكما يجب مراعاة حق صاحب الحق..."¹.

جاء في المادة 299 من مرشد الحيران لقدري باشا (ت 1306هـ) أن: "بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر... إن أجاز المرتهن أو قضى الرهن دينه أو أبرأه المرتهن منه يتم البيع"².

يفهم مما سبق أن:

بيع المرهون لدى الحنفية موقوف بقضاء المال المرهون أو بالإبراء، أما في الحالة التي لا يجيزه فيها المرتهن فللقاضي أن يفسخ العقد بينهما وفيها روايتان:

الأولى: يفسخ البيع حتى لو افتكه الرهن، فلا سبيل للمشتري عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فأجازته موقوفة على المالك إن أجازته تمّ البيع وإن فسخته فُسخ. **الثانية:** وهي الرواية الصحيحة في المذهب، أنه لا يفسخ حتى لو صبر المشتري إلى أن افتكّه الرهن فله أن يأخذه، لأن المرتهن لا حق له في هذا العقد ولو أجازته المشتري فإنه يبقى أي المشتري متملكاً فله حق الفسخ وللمرتهن الحق في دفع الضرر إلى أن يصل إلى

¹ برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، س1424هـ-2004م، (ج6/ص340).

² قدرى باشا محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، ط2، س1308هـ-1891م، د ج، (ص48).

دينه وذلك يكون بالحبس، ولكن ليس له أن يفسخ العقد لأن ذلك للقاضي في حين عجز البائع عن التسليم وإن لم يكن كذلك فإنه يبقى موقوفا.¹

ثانياً: في القانون

للراهن الحق في مباشرة التصرف ولا بدّ من التفريق بين التصرفات القانونية التي لا تؤثر في العقار المرهون وبين تلك التي تؤثر فيه:

1-التصرفات القانونية غير المؤثرة في الكيان المادي للمرهون:

إن قيّد المرتهن حقه وأصبح نافذاً في مواجهة الغير ممن كان تلقى حقا عينيا على العقار بعد القيد، فإن له الحق في مباشرة سلطته في العقار المرهون²... وقد نصت المادة 849 من ق م ج أنه: "يجوز للراهن التصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن". ويفهم من نص المادة أن: الراهن له حرية التصرف في المرهون بشرط أن لا يلحق ضرراً بالدائن المرتهن.

وأما قبل تقييد المرتهن لحقه، فإن تصرف الراهن يخل بالتزامه في ضمان سلامة الرهن. لأن ما يتقرر للغير قبل قيد المرتهن لحقه ينفذ في مواجهة المرتهن، ولا يحق له الاحتجاج في مواجهتهم بحقه في الرهن، وقد نصت على ذلك المادة 898 من ق م ج: "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن...".

2-التصرفات القانونية المؤثرة في الكيان المادي للمرهون:

المقصود بها ما يمنع الراهن من مباشرته...لما فيها من مساس بسلامة الرهن كتخريب العقار أو تركه يتخرب، فيلزم حين صدور مثل هكذا تصرفات أن يتخذ المرتهن وسائل تحفظية³.

وبهذا الصدد نذكر رهن ملك الغير:

"إذا كان المرهون مملوكاً لغير الراهن، وقع الرهن قابلاً للإبطال لمصلحة المرتهن. إلا أن الرهن يصبح صحيحاً ويزول ما به من بطلان، إذا أجاز المالك، أو إذا أصبح الراهن مالكا

¹ السرخسي، المصدر السابق، (ص11). [يتصرف].

² رمضان أبو السعود، همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، مصر، د ط، س 1998، د ج، (ص296-295). [يتصرف].

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق (ص298). [يتصرف].

للشيء المرهون... هذا بالقياس على بيع ملك الغير¹... ويكون للإجازة أثر رجعي بمعنى أن حق المرتهن في الرهن يعود إلى وقت انعقاد الرهن، ولكن دون أن يضر بحقوق الغير الذين اكتسبوا على الشيء حقوقاً في الفترة بين انعقاد الرهن وبين إقراره. أما إذا لم يجر المالك الرهن، اعتبر الرهن غير موجود بالنسبة له، وحق له أن يسترد المرهون من المرتهن...². إن ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من أن بيع المرهون ينعقد موقوفاً على الإجازة من قبل المرتهن هو الصواب لما فيه من حماية ومحافظة له على حقه، أكثر من التي نصّ عليها القانون المدني³.

المطلب الثاني: بيع المستأجر

سنتطرق في الفرع الأول لبيع المستأجر في الفقه الحنفي، وفي الفرع الثاني نتطرق إليه في جهة القانون.

الفرع الأول: في الفقه الحنفي

قبل أن نتطرق لحكم بيع المستأجر، نتناول معنى المؤجر والمستأجر اصطلاحاً تفادياً للتكرار:

1- المؤجر: هو من يبذل العين المؤجرة لينتفع بها.

2- المستأجر: هو من ينتفع بالعين المؤجرة أو هو الذي يبذل الأجرة⁴.

وبيع المستأجر معناه، أن يتصرف المؤجر في العين المؤجرة من غير المستأجر بالبيع أو غيره ويكون تصرفه صحيحاً وناظراً ولكن قبل انتهاء الإيجار⁵.

وهذا البيع مماثل لبيع المرهون، جاء في الفتاوى الهندية: "وبيع المستأجر نظير المرهون موقوف عند عامة المشايخ، وهو الصحيح..."¹. وهنا نورد مثالا للرهن وينطبق أيضاً على بيع المستأجر:

¹ الأولى أن يكون قياساً على الفضالة.

² القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، د ط، س 2007، د ج، (ص 99-100).

³ ينظر: أحمد حسن فرج، المرجع السابق، (ص 368).

⁴ عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، المرجع السابق، (ص 147).

⁵ اسعد فاطمة، المرجع السابق، (ص 333). [يتصرف].

في مسألة من رهن داره المعلومة عند زيد رهنا شرعيا... ثم باعها من بكر بدون إذن المرتهن.

فتفصيل حكمها كالتالي: البيع موقوف على إجازة المرتهن أو بقضاء الدين أو الإبراء منه، ولا ينفذ البيع في حق المرتهن أو المستأجر وليس لأحد من الراهن أو المرتهن حق الفسخ بخلاف المستأجر، وبيع المستأجر والمرهون صحيح غير نافذ...²

يستنتج من هذه المسألة أن بيع المرهون والمستأجر بيعين صحيحين غير نافذان وموقوفان من جهة، ومختلفان كون أن المُستأجر يحق له الفسخ وأيضا هناك وجه آخر وهو بيع المؤجر العين مرتين. جاء في الفتاوى الهندية ما يلي: "إذا باع الآجر والمستأجر من رجل بغير إذن المستأجر وهو نقض للبيع الأول ولو باعه من رجل ثم باعه من رجل آخر فأجاز المُستأجر البيع الأول والثاني نفذ البيع الأول وبطل البيع الثاني"³.

في إجازة المستأجر في البيع الثاني تعدّ من قبيل التنازل عن حقه في المنفعة، فينفذ البيع الأول لأنه مقدم على الثاني.⁴

الفرع الثاني: في القانون

نصّت المادة 467 من ق م ج أنه: "عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

يفهم من نص المادة العناصر التالية:

- "العناصر الأساسية لعقد الإيجار هي الأجرة والمدة والشيء المؤجر..."⁵.

- الإيجار عقد ملزم للمؤجر والمستأجر.

¹ الفتاوى الهندية (العالمكيرية)، المرجع السابق، (ج3/ص110).

² ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعارف، د ط، د س، (ج1/ص242). [يتصرف].

³ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

⁴ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص 370). [يتصرف].

⁵ زهير بن جدي، خالد هدا، التزامات المستأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-مذكرة ماستر، الطيب طيبي، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مقارنة-مذكرة ماستر، الطيب طيبي، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 1444/1443هـ-2022/2021 (ص8).

- التراضي في عقد الإيجار محله الانتفاع بالشيء المؤجر والمدّة وبدل الإيجار.
- عقد الإيجار عقد مؤقت.¹
- محلّ الإيجار تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.
- قيام المؤجر بالتزامه لا ينزع منه الملكية ولا يمنعه من التصرف في ملكه سواء باع إلى المستأجر أو إلى الغير.

انتقال ملكية العين المؤجرة إلى الغير لا يؤثر في عقد الإيجار، حيث أن المشرع الوضعي قرر مبدأ عاما يطبق في حال بيع العين المؤجرة؛ لأن الإيجار يمنح المستأجر حقا شخصيا تنتقل به الملكية إلى المالك الجديد ويسري في حقه، واشترط علم الخلف بما سبق ترتيبه من التزامات وحقوق تكون متصلة بالشيء، حتى يسري الإيجار فيمن انتقلت إليه الملكية.²

ولقد نص المشرع في المادة 109 من ق م ج: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

إنّ سريان الإيجار في مواجهة الذي انتقلت إليه الملكية يتطلب توافر شرطين:

- أن يكون هناك تاريخ ثابت للإيجار.

- أن يكون التاريخ الثابت سابقا على التصرف الناقل للملكية.³

وفي الأخير نخلص إلى أن:

عقد بيع العين المؤجرة في الشريعة عقد صحيح غير نافذ؛ أي يبقى موقوفا على إجازة المستأجر، بخلاف القانون المدني، حيث إنه يقع نافذا في مواجهة المستأجر، ومن جهة أخرى فإن البيع في كليهما يبقى ساريا ونافذا رغم أن الملكية تنتقل إلى الغير.⁴ وعلى من

¹ سناء شيخ، تحليل بعض إشكاليات عقد إيجار المساكن في القانون الجزائري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، س 2021، (ص 49-50). [يتصرف].

² فاطمة اسعد، المرجع السابق، (ص 337). [يتصرف].

³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص 374). [يتصرف].

⁴ ينظر: المرجع نفسه، (ص 274-275).

الرغم من ذلك فإنه لا بدّ في القانون من تطبيق قاعدة الفضولي العامة على بيع المستأجر للعين المؤجرة، حتى يتوافق مع الحكم الشرعي.

المطلب الثالث: التصرف في الحصة الشائعة بالبيع

في هذا المطلب سنتطرق لتصرف الشريك في الحصة الشائعة بالبيع وذلك في الفرع الأول ثم نتطرق في الفرع الثاني لها من جهة القانون.

الفرع الأول: مفهوم التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في الفقه الحنفي

في هذا الفرع نتطرق لمعنى الحصة الشائعة في الفقه الحنفي والأدلة الواردة في ذلك.

أولاً: معنى الحصة الشائعة لغة

1- في اللغة

أ- الحصة: تعني "النصيب"¹.

ب- الشائعة: يقال شاع: بمعنى ذاع وفشا، ويقال سهم شائع ومشاع: أي غير مقسوم.²

ثانياً: الحصة الشائعة اصطلاحاً

جاء في المادة 139 من مجلة الأحكام العدلية أن: "الحصة الشائعة هي السهم الساري إلى كلّ جزء من أجزاء المال المشترك"³. وتوصف الحصة الشائعة بأنها: "الجزء المنبث في الكل"⁴.

ومن معانيها أيضاً: الجزء غير المحدود في المال المشترك بين اثنين فأكثر.⁵

جاء في المادة 639 من كتاب مرشد الحيران أن: "لكل واحد من الشركاء في الملك أن يتصرف في حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه فله بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا في صورة الخلط والاختلاط

¹ الفيروزآبادي، المصدر السابق، (ص369).

² المصدر نفسه، (ص906). [يتصرف].

³ علي حيدر، المرجع السابق، (ج1/ص119).

⁴ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1،

س1429هـ-2008م، د ج، (ص179).

⁵ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص376). [يتصرف].

فإنه لا يجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضرًا بدون إذن شريكه". والذي يفهم منه نص المادة:

أن لكل شريك من الشركاء حق التصرف في حصته كيفما أراد أن يتصرف، وهذا التصرف مقيد بعدم الإضرار بالشريك الآخر، وفي حالة أخرى يكون العكس أي لا يجوز التصرف إلا بإذن شريكه، ولذلك نجد أن الحنفية يميزون بين حالتين:

أ- الحالة التي ليس فيها خلط واختلاط: "يكون لكل شريك الحق أن يتصرف في حصته كيفما يشاء بدون إذن شريكه أو الشركاء الآخرين، وذلك كما في حالة الميراث أو الهبة".

ب- الحالة التي يكون فيها خلط واختلاط: "كما لو كان المالان مختلطين لا يمكن التمييز بينهما، فلا يجوز للشريك التصرف في حصته بدون إذن شريكه، فينعقد تصرف الشريك موقوفًا على إجازة الشريك أو الشركاء الآخرين".¹

ثانياً: آراء الحنفية بوقف التصرف في المشاع وأدلتهم.

ذهب الحنفية إلى أن وقف المشاع جائز² واستدلوا بما يلي:

1- استدلالهم بقوله عليه الصلاة والسلام: "من كان له شريك في ربة، أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك".³

توجيه الاستدلال:

"أن بيع الشريك لحصته الشائعة والمختلطة بحصة شريكه ينعقد موقوفًا على إجازة هذا الشريك منعا للضرر الذي قد يحيق به".

2- استدلالوا بأن: "تصرف الشريك في الحصة الشائعة بالبيع كتصرف الموصي في القدر الزائد على الثلث وتصرف المدين الضار بمصلحة الغرماء، ينعقد موقوفًا على الإجازة لتعلق حق الغير به".

¹ اسعد فاطمة، المرجع السابق، (ص340-341).

² ينظر: ابن أبي العز صدر الدين علي بن علي (ت759هـ)، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقيق: أنور صالح أبو زيد، الناشر: مكتبة الرشد، السعودية، ط1، س1424هـ-2003م (ج 5/ ص591).

³ أخرجه مسلم أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم، [تحقيق: أحمد بن رفعت بن عثمان حلمي القره وآخرون، دار الطباعة العامرة، تركيا، د ط، س1334هـ، كتاب: البيوع، باب: الشفعة] (ج5/ ص57 رقم الحديث: 1608).

3. وأيضاً أن: "البيع الصادر من الشريك كالبيع الصادر من الفضولي حين يبيع ملك الغير بجامع أن كلاً منهما يتصرف في مال تعلق به حق الغير، فالشريك يعتبر كالفضولي بالنسبة للتصرف في الحصة الشائعة إذا كانت الشركة بالخلط والاختلاط، فيعتبر كأنه قد باع ماله ومال شريكه فيقف على إجازة الشريك"¹. مما يعني أنهم قاسوا تصرف الشريك في الحصة الشائعة المختلطة على بيع الفضولي لتعلق كل منهما بحق الغير. ونستخلص في الأخير: أن وقف التصرف في الحصة الشائعة بالبيع على الإجازة يحمي الشريك من أي ضرر قد يلحقه وهذا هو ديدن الشريعة ومقصدها (تحقيق المصالح وجلب المنافع).

الفرع الثاني: التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في القانون

جاء في نص المادة 713 من ق م الجزائري في تعريف الشيوع أنه: "إذا ملك اثنان أو أكثر وكانت حصة كل منهم غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقدّم الدليل على غير ذلك". والذي يفهم من نص المادة أنّ: الملكية الشائعة هي أن يملك شخصان فأكثر شيئاً، ولا يتعيّن فيه ملك أحدهما، وهي تقرّر لأشخاص متعددين حق الملكية عكس الملكية الفردية.² يتخذ التصرف في الحصة الشائعة بالبيع صورتين:

1- أن يتصرف بها حصة شائعة: كأن يملك شخص ثلث أرض ملكية شائعة بينه وبين غيره فيبيع هذا الثلث، ويكون هنا تصرفه صحيحاً نافذاً غير متوقف على إذن الشركاء أو على أيّ شيء خارجي متى استجمع العقد أركانه.

2- أن يتصرف الشريك بجزء مفرز من الأرض المشاعة: ويكون ذلك بأن يعين الجزء المراد بالبيع تعييناً مادياً لا حسابياً، ويعتبر هذا البيع صحيحاً موقوفاً على القسمة، فإذا وقع البيع في يد البائع نفذ البيع بأثر رجعي، وإن وقع في حصة غيره بطل لأن البائع يعتبر كأن لم يكن مالكاً أبداً للجزء المبيع والذي يقع في نصيبه.³

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، (ص380).

² حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية، الناشر: شركة الرابطة، بغداد، د ط، س1954، د ج، (ص64). [يتصرف].

³ المرجع نفسه، (ص68). [يتصرف].

قد يقوم أحد الشركاء بالتصرف في المشاع دون إذن شركائه أو يستأذن من البعض منهم، في مثل هذه الحالة يكون التصرف وارداً على الحصة الشائعة أو على الحصة المفترزة في المال المشاع؛ وهذا ما سنوضحه ضمن ما يلي:

-تصرف الشريك في حصته الشائعة بالبيع

جاء في نص المادة 714 من ق م ج أن: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثماره وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

للشريك أن يتصرف في حصته بكافة أنواع التصرفات فله أن يقرر الحقوق العينية الأصلية أو التبعية معاوضة أو من غير معاوضة يعني تبرعاً، وذلك بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء ويلتزم الشريك إن أراد التصرف في حصته بتوجيه إنذار إلى الشركاء في حالة كان العقد بيعاً؛ كي يتمكنوا من استعمال رخصتي الشفعة والاسترداد.¹

منح المشرع الوضعي للشريك أمر التصرف بكل حرية في ملكيته، مما يترتب على ذلك إدخال شريك أجنبي على الشركاء، وقد وضع حلاً لمنع دخوله عليهم في المشاع بينهم، وتتمثل هذه الأخيرة في حق الاسترداد في المنقول الشائع، وحق الشفعة في العقار² وهذا ما سنتطرق له في النقطتين التاليتين:

أ- حق الاسترداد في المنقول الشائع

لقد نصت المادة 721 من ق م ج على أن: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل قسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحلّ المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذ هو عوضه عن كل ما أنفقه".

¹ قسّم أحلام، تصرف الشريك في العقد الجماعي في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 02، 2022، مج 05 (ص 177-178). [يتصرف].

² ينظر: فاطمة اسعد، المرجع السابق، (ص 348).

إن حق الاسترداد لا يكون إلا في بيع الحصة الشائعة في منقول معين أو في مجموع من المال، وهو حق استثنائي، خرج فيه المشرع على القواعد العامة فلا يثبت إلا بنص. وحسب نص المادة لا يوجد هناك فرق فيما تعلق بسبب الشيوخ ولا بين شريك آخر، فحق الاسترداد ثابت أيًا كان سبب الشيوخ، ويثبت لكل شريك وقت البيع دون التفرقة بين الشريك الأصلي أو الأجنبي¹. ولحق الاسترداد شروط يجب توافرها، نذكر منها:

- لا بد أن يكون التصرف بيعا.
- لا بد من ورود المبيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال، كما نصت المادة القانونية سالفه الذكر، ومحل الاسترداد لا يرد على العقار المعين بذاته، ولا على الجزء المفرز من المال الشائع؛ ويستوي أن يرد البيع على حصة الشريك في المال الشائع بأكملها أو على جزء منها.²
- أن يكون البيع صادرا لأجنبي ليتم الاسترداد، لأنه لا يكون ذلك فيما بين الشركاء بعضهم البعض.

- الاسترداد لا يقبل التجزئة بل يكون في الحصة بأكملها³.
ولحق الاسترداد المخول من قبل المشرع الوضعي إجراءات لا بد من اتخاذها. وعلى المسترد من الشركاء إعلان رغبته في ذلك، وأن يعلنها أمام البائع والمشتري معا⁴. ومن جملة إجراءات الاسترداد ما يلي:

يتم الاسترداد خلال مدة شهر من تاريخ العلم أو الإعلام بواسطة تصريح يبلغ كل من البائع أي الشريك المتصرف والأجنبي المتصرف له يعني المشتري، حسب ما نصت عليه المادة 721 من ق م ج والتي ورد فيها: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من

¹ سعد حسين عبد ملحم، تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 19، (ج31/ص39-40). [يتصرف].

² سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق، (ص40). [يتصرف]. نقلا عن أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها، [يتصرف].

⁴ فاطمة الزهراء قريشي-نادية لحر، حماية الشريك في الشيوخ-مذكرة لنيل شهادة الماستر-سرايش زكريا، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، س2013-2014، (ص30). [يتصرف].

المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل قسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحلُّ المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كلِّ ما أنفقه". ويستفاد منها أن المشرع لم يحدد للتصريح شكلاً معيناً، فقد يكون مثلاً عن طريق محضر قضائي أو غيره من الوسائل ويكون للمستردّ الحق في الشيء المنتج في المدّة ما بين إبرام عقد البيع وتمام الاسترداد، وإذا كان البائع قد منح المسترد أجلاً فله أن ينتفع به¹.

الاسترداد ليس بيعاً جديداً، بل يبقى عقداً أصلياً، ومن ثمّ لا يكون المسترد خلفاً للمشتري بل يكون خلفاً للبائع يتلقى عنه الحصة المبيعة مباشرة، ومتى تمّ الاسترداد حلَّ المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته بأثر رجعي أي من وقت البيع².
ملاحظة: "يظهر الوقف في حالة تخلف الشروط أو بعضها، فيكون من حق باقي المالكين إجازة البيع أو إبطاله ويجري على البيع أحكام الفضولي"³.

ب- حق الشفعة في العقار

إنّ الشفعة حق أول من أقرّه هو الشرع ومنه استمدّت منه القوانين الوضعية أحكامها لما فيه من تيسير على الشركاء ورفع ما قد يضرّ بحقوقهم.
جاء في السنة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفّت الطرق، فلا شفعة"⁴.

¹ الطاهر تدمراري، أثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 02، مج 12، (ص 315). [يتصرف].

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها، [يتصرف]. نقله عن عبد المنعم فرج الصده، (أحال الباحث أنه المرجع السابق، فاكتفيت بذكر اسم المؤلف لصعوبة في الوصول للمؤلف).

³ من إثراء الأستاذ المشرف نعيمي زيغمي

⁴ أخرجه البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، [تحقيق: جماعة من العلماء، دار طوق النجاة، بيروت، ط 1، س 1422هـ، كتاب رقم 41-: الشفعة، باب رقم -1-: الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة]، (ج 3/ ص 87. رقم الحديث: 2138).

وعن ابن جريح¹، أن أبا الزبير أخبره؛ أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة في كل شريك في أرض، أو ريع، أو حائط..."². ومن خلال الحديثين المذكورين يتضح أن الشفعة تكون في العقار والمنقول.³

ومن الإجماع ما ذكره ابن القطان الفاسي⁴ في كتابه الإقناع في مسائل الإجماع: أن العلماء، على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، وأجمعوا على إيجاب الشفعة في المشاع، والشفعة واجبة في الأرض والبناء والشجر.⁵

أشارت المادة 794 من ق م ج إلى أن: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها".

¹ ابن جريح عبد الملك بن عبد العزيز ابن جريح مولى أمية بن خالد، يكنى أبا الوليد... سمع من طاوس مسألة واحدة ومن مجاهد حرفين من القرآن وسمع الكثير عن عطاء بن أبي رباح وسمع عن الزهري وابن المنكر وقيل: أنه أول من صنف الكتب، (ت50) على اختلاف في ذلك. ولم يُشِرِ المؤلف للتقويم وغالب الظن أنّ التقويم هجري كما هو معتاد. ابن الجوزي جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي(597هـ)، صفة الصفوة، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة-مصر، د ط، س1421هـ-2000م، (ج1/ص417). [يتصرف].

² أخرجه مسلم أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم، [تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د ط، س1374هـ-1955م، كتاب رقم-22-: المساقاة، باب رقم-28-: الشفعة]، (ج3/ص1229. رقم الحديث: 1608).

³ اسعد فاطمة، المرجع السابق، (ص353). [يتصرف].

⁴ ابن القطان الحافظ العلامة قاضي الجماعة أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك بن يحيى بن إبراهيم الحميري الكتامي الفاسي... كان من أبصر الناس بصناعة الحديث وأحفظهم لأسماء رجاله وأشدّهم عناية في الرواية معروفاً بالحفظ والإتقان، صنف الوهم والإبهام على الأحكام الكبرى.... (ت628هـ). جلال الدين السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر(ت911هـ)، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، س553، (ص498).

⁵ ابن القطان الفاسي علي بن محمد بن عبد الملك الحميري الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، دار الفاروق الحديثة، د ب، ط1، س1424هـ-2004م، (ج2/ص208). [يتصرف].

تتميز الشفعة بأنها غير قابلة للتجزئة، أي لا يمكن للشفيع الأخذ بالشفعة في جزء من المبيع، وهي حق استثنائي لأن المشرع الجزائري أورد عليها بعضا من القيود، وهي حسب ما جاء في نص المادة سالفه الذكر ترد على العقارات دون المنقولات.¹

يشترط للشفعة وجود الشفيع وبيع العقار، لأن الأصل فيه أنه تجوز فيه الشفعة، وهي ترد في العقار دون المنقول، فهذا الأخير يرد على حق الاسترداد، ولكي تجوز الشفعة لا بد لها من الورود على عقد البيع.²

وللشفعة بعد توافر شروطها إجراءات حددها القانون للأخذ بها وهي:

أ- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تنص المادة 799 من ق م ج على ما يلي: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك".

قد يثبت حق الشفعة بالتراضي وفي الغالب بالتقاضي، فمتى ثبت بالتراضي سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضى منه، فيكون الشفيع محل المشتري في الصفقة التي عقدها مع البائع، ومتى حصل التسليم بالشفعة وجب تسجيل التسليم حتى تنتقل ملكية العقار إلى الشفيع. وأما في حالة التقاضي، وقل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة، لأنه لو كانت نيته التسليم لتردد كثيرا قبل أن يشتري، مالم يكن جاهلا بوجوده أو يعلم وجوده وغاب عنه أنه يأخذ بالشفعة.³

وحسب ما نصت عليه المادة 800 من ق م ج من أحكام تخص الإنذار تقضي بما يلي: "يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا:

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

¹ معمر ياسين عبد الكريم حمو، إجراءات ممارسة حق الشفعة في القانون المدني -مذكرة ماستر-سلايم عبد الله، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، س2021/2020م، (ص 11). [بتصرف].

² السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، مج01، (ج9/ص480-481). [بتصرف].

³ المرجع نفسه، (ص622-623). [بتصرف].

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه مهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799".

ب- رفع الدعوى

تنص المادة 802 من ق م ج بما يلي: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين (30) يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق". المقصود من نص المادة في رفع الدعوى لا بدّ من احترام الأجل المحدد.

ويظهر تطبيق أحكام الشفعة عند مخالفة شروطها، حيث يصبح تصرف الشريك البائع كالفضولي، فتجري عليه أحكام الفضولي.

ملخص الفصل

في هذا الفصل تطرقت إلى أنّ التصرفات قد تكون من غير المالك في حق الغير وتمّ التطرق لثلاثة نماذج هي: تصرف الفضولي في ملك الغير وهو عقد موقوف صحيح على المُجيز وكذلك الأمر لشرائه مع ما فيه من تفصيل في الفقه الحنفي والقانون المدني الجزائري، وأما التطبيق الثالث فكان لإجارة ملك الغير وقد تمّ أيضا التطرق للأدلة الواردة فيها والدالة على جوازها وأيضا أحكامها وكل ذلك مقارنا بالقانون الوضعي المدني الجزائري. والتصرفات قد ترد من المالك ويكون حق الغير بها متعلّقا، ومن نماذج ما تمّ تناوله بالدراسة ما يلي:

بيع المرهون والمستأجر فقد تمّ أيضا التطرق لحكمه في الفقه الحنفي وأبرزنا اختلافهم فيه وما تعلق ببيع المرهون وكذلك بالنسبة لبيع المستأجر من أحكام وتمّ تناولهما بالدراسة في جانب القانون، وفي الأخير تطرقت إلى التصرف في الحصة الشائعة بالبيع وجاء فيها مفاهيم لغوية واصطلاحية وأيضا حالاتها في الفقه الحنفي وكل ذلك مقارنا بالقانون المدني الجزائري.

الذي يُستنتج أن الشريعة دائرة حمايتها واسعة بالنسبة للمتصرفين وتعطيهم الفرصة التي يتمكنون من خلالها جلب مصالحهم ودفع المفساد عنهم، عكس ما في القانون.



خاتمة

الحمد لله على تمام فضله وتوفيقه في إنجاز هذا البحث المتواضع الموسوم بالمؤيّدات المدنية بين الفقه الحنفي والقانون المدني الجزائري-التوقف أنموذجاً، وقد تمّ التوصل لنتائج-طبيية-وتوصيات نراها خادمة للعلم وهي كالتالي:

أولاً: النتائج

1-المؤيّدات المدنية هي أوقية تؤيّد بها الأحكام الأصلية ويضمن بها التقنين المدني والتشريع نفاذ أحكامهما.

2-المؤيّدات مصطلح قانوني له آثاره الممتدّة إلى عهد النبي صلى الله عليه وسلم بكلّ صورته من بطلان وفساد وتوقف وتخيير.

3-تساهم المؤيّدات المدنية في حماية العقد ويتمثل ذلك في أنواعها التي تهدف لإزالة الخلل الذي قد يطرأ على العقد.

4-التوقف من العقود التي تتعدّد صحيحة موقوفة على إذن شرعي تحت مسمى الإجازة.

5-تهدف العقود الموقوفة إلى حماية كل طرف في العقد وذلك يتمثل في:

أ-حماية الأشخاص الذين بيدهم الإجازة ومنحهم فرصة تسمح لهم بإمضاء العقد أو برفضه.

ب-توفّر الحماية لمن شابهم عيب من عيوب الإرادة فأفقدتهم الأهلية كالصبي المميّز أو المحجور عليه وذلك بتعيين وليّ أو نائب أو وصيّ يتصرف بدلاً عنهم.

ج-تحمي من التعسّف الذي قد يطال الورثة وكذلك الدائنين ومن هم في حكمهم.

6-كل نماذج العقد التي أخذت بالدراسة هنا تتحو نحو هدف واحد حماية المتعاقدين ودفع الضرر عنهم وإن اختلفت الوسائل فالغاية واحدة.

ثانياً: التوصيات والاقتراحات

ترى الباحثة أن من جملة ما قد نتواصى به وتقترحه ما يلي:

1 -تكثيف الدراسات حول ما تبقى من العقود الموقوفة وفرز الموقوفة من غير الموقوفة، لما في الأمر من أهمية لدارسي العلوم الشرعية والقانونية، وكذا دراسة ما بقي من نماذج تطبيقية في هذا الموضوع.

2-نفتّرح على المشرع المدني الجزائري تفعيل مصطلح المؤيّدات المدنية لما يتناسب والتغيّرات الجديدة، فاستخدام مصطلح الجزاء يقابله-والله أعلم-مصطلح العقوبات فمن باب تقادي التكرار نفتّرح تفعيل هذا المصطلح.



الفهارس العامة

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث

فهرس الأعلام

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

فهرس الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	اسم السورة	الصفحة
01	﴿ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ ﴾	195	سورة البقرة	45
02	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾	275	سورة البقرة	44
03	﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾	283	سورة البقرة	57
04	﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ ﴾	286	سورة البقرة	50
05	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ﴾	29	سورة النساء	44
06	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ ﴾	02	سورة المائدة	45
07	﴿ إِذْ أَيْدِيكُمْ بِرُوحِ ﴾	110	سورة المائدة	23
08	﴿ عَلَيَّ أَنْ تَاجِرَنِي ثَمَنِي ﴾	27	سورة القصص	54
09	﴿ وَأَذْكُرْ عَبْدَنَا دَاوُدَ ﴾	19	سورة ص	23
10	﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ ﴾	39	سورة النجم	50
11	﴿ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾	10	سورة الجمعة	44
12	﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾	38	سورة المدثر	56

فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	المصنف	الصفحة
01	"لا تبع ما ليس عندك..."	الترمذي	43
02	"ضحّ بالشاة، وتصدّق بالدينار"	الترمذي	45
03	"من استأجر أجيرا فليعلمه أجره"	ابن أبي شيبه	54
04	"توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم..."	البخاري	57
05	"من كان له شريك في ربة..."	مسلم	65
06	"قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة..."	البخاري	69
07	"الشفعة في كل شرك في أرض..."	مسلم	70

فهرس الأعلام

الصفحة	الاسم الكامل	اسم الشهرة	الرقم
20	محمد بن محمد أبو عبد الله شمس الدين	ابن أمير حاج	01
43	حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشي الأسدي	حكيم بن حزام	02
51	محمد بن حسين الأنكوري الرّومي	الأنكوري	03
69	عبد الملك بن عبد العزيز بن جريح	ابن جريح	04
70	أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك بن يحيى بن إبراهيم الحميري الكتامي الفاسي	ابن القطان	05

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

كتب الأحاديث والآثار

- 1- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، **صحيح البخاري**، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دمشق، ط5، س1414هـ-1993م، ج3.
- 2- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، **صحيح البخاري**، تحقيق: جماعة من العلماء، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، س1422هـ، ج3.
- 3- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، **الجامع الكبير**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، س1996، مج2.
- 4- مسلم أبو الحسين مسلم، **صحيح مسلم**، تحقيق: أحمد بن رفعت بن عثمان حلمي القره وآخرون، دار الطباعة العامرة، تركيا، د ط، س1334هـ، ج5.
- 5- مسلم أبو الحسين مسلم، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د ط، س1374هـ-1955م، ج3.
- 6- ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد، **المصنف في الأحاديث والآثار**، تقديم: كمال يوسف الحوت، دار التاج، لبنان، ط1، س1409هـ-1989م، ج4.

المصادر والمراجع

- 1- إبراهيم أنس وآخرون، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية-مكتبة الشرق الدولية، ط1، س2004، مج1.
- 2- ابن الأثير عز الدين أبي الحسن علي بن محمد الجزري، **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط1، س433هـ-2016م مج1.
- 3- أحمد أبو الفتح، **المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة**، مطبعة البوسفور، مصر، ط1، س1332هـ-1913م، ج1.
- 4- أحمد رباحي، **حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 05، س2015.
- 5- أمير حاج أبو عبد الله شمس الدين محمد، **التقرير والتّحبير**، دار الكتب العلمية، د ب، ط2، س1403هـ-1983م، ج1.

قائمة المصادر و المراجع

- 6- الأثكوري محمد بن الحسين، الفتاوى الأنقورية، د د، د ب، د ط، ج 1.
- 7- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، س 1998.
- 8- أورنك عالم كير محمد، الفتاوى العالمية (الفتاوى الهندية)، الناشر المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 2، س 130 هـ، ج 3.
- 9- الحصفي علاء محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المنتقى في شرح المنتقى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، س 1419 هـ-1998 م، ج 3.
- 10- أيمن محمد حسين ناصر، بيع ملك الغير-أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير- على السرطاوي، د قسم، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، س 2006 م.
- 11- بدر الدين العيني محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط 1، س 1420 هـ-2000 م، ج 2.
- 12- برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط 1، س 1424 هـ-2004 م، ج 6.
- 13- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، ط 3، س 2004، ج 1.
- 14 - التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: رفيق العجم-علي دحروج، مكتبة لبنان، ط 1، س 1996.
- 15- ابن الجوزي جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، صفة الصفة، تحقيق: أحمد بن علي، دار الحديث، القاهرة-مصر، د ط، س 1421 هـ-2000 م، ج 1.
- 16- الجوهري أبو ناصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، راجعه: محمد تامر، أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، د ط.
- 17- حسن الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية، المملكة العربية السعودية-الرياض، ط 1، س 1430 هـ-2009 م، د ج.

قائمة المصادر و المراجع

- 18- حسن علي الذنون، **الحقوق العينية الأصلية**، الناشر: شركة الرابطة، بغداد، د ط، س1954، د ج.
- 19- الحلبي إبراهيم محمد بن إبراهيم شرح **ملتقى الأبحر**، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419هـ-1998م، ج3.
- 20- خليل أحمد حسن قدارة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، س 2003، ج4.
- 21- داما أفندي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، **مجمع الأنهر**، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، س1419هـ-1998م، ج3.
- 22- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، **مختار الصحاح**، الناشر مكتبة لبنان، د ط، س 1986، مج1.
- 23- رمضان أبو السعود، **العقود المسماة عقد الإيجار الأحكام العامة**، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، د ط، س1999، د ج.
- 24- رمضان أبو السعود، همام محمد محمود زهران، **التأمينات العينية والشخصية**، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، مصر، د ط، س1998، د ج.
- 25- زاهية سي يوسف، **عقد البيع**، دار الأمل، تيزي وزو-الجزائر، ط3، د س.
- 26- الزركلي خير الدين، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، ط15، س2002، ج7.
- 27- زهير بن جدي، خالد هداج، **التزامات المستأجر في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة-مذكرة ماستر**، الطيب طيبي، قسم العلوم الإسلامية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 1443/1444هـ-2021/2022.
- 28- الزيلعي فخرالدين عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، س 1314هـ، ج4.
- 29- السرخسي شمس الدين، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت-لبنان، د ط، د س، ج13.
- 30- سعد حسين عبد ملحم، **تقييد سلطة التصرف القانوني للشريك في المال الشائع**، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 19، ج31.

قائمة المصادر و المراجع

- 31- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، تنقيح: حبيب إبراهيم الخليلي، د د، د ب، ط6.
- 32- سناء شيخ، تحليل بعض إشكاليات عقد إيجار المساكن في القانون الجزائري، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، س2021.
- 33- السنهوري عبد الرزاق باشا، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف، القاهرة، س1959م.
- 34- السنهوري عبد الرزاق، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، س1966م.
- 35- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، د د، د ط، ج1.
- 36- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ط3، س2000م مج1، ج6/ج9/ج10.
- 37- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، س553.
- 38- الشريشي أبو العباس أحمد بن عبد المؤمن القيسي، شرح المقامات الحريية، د د، د ط، ج2.
- 39- الطاهر تدمراري، أثر بيع الشريك لحصة شائعة في العقار بين الشفعة والاسترداد في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد02، مج12.
- 40- ابن عابدين محمد أمين، ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: 35- عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، د ط، س1433هـ-2003م، ج7.
- 41- ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعارف، د ط، د س، ج1.
- 42- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي-رسالة دكتوراه-دون مشرف، قسم الحقوق، جامعة القاهرة، س1388هـ-1968م.

قائمة المصادر و المراجع

- 43- عبد السلام ديب، **عقد الإيجار المدني**، الديوان الوطني للأشغال التربوية، د ب، ط1، س 2001م.
- 44- عبد العزيز أحمد، **بوحفص الصادق، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري-** مذكرة ماستر-بالبالي إبراهيم، قسم العلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، 1443هـ-2022/2021م.
- 45- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، **المهذب في علم أصول الفقه المقارن**، دار مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، ج1.
- 46- عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، **التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي-أطروحة دكتوراه-سلسلة نشر الرسائل الجامعية، المملكة العربية السعودية، ط1، س1413هـ-1993م.**
- 47- عز الدين خوجة، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، مجموعة دله البركة، ط1، 1414هـ-1993م، د ج.
- 48- عز صدر الدين علي بن علي، **التنبية على مشكلات الهداية**، تحقيق: أنور صالح أبو زيد، الناشر: مكتبة الرشد، السعودية، ط1، س1424هـ-2003م، ج 5.
- 49- علي الخفيف، **أحكام المعاملات الشرعية**، دار الفكر العربي، د ط، د ج.
- 50- علي حيدر خوجة أمين أفندي، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، س 1411هـ-1991م، ج4.
- 51- علي سيد إسماعيل، **المصرفية الإسلامية والمعاملات المالية المعاصرة**، Dar Humaythira، د ب، د ط، س 2019م.
- 52- ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكريا، **مقاييس اللغة**، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د ب، د ط، ج6.
- 53- فاطمة اسعد، **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري-** رسالة دكتوراه-جعفور محمد سعيد، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، س2015.

قائمة المصادر و المراجع

- 54-فاطمة الزهراء قريشي-نادية لحر، حماية الشريك في الشيوغ-مذكرة لنيل شهادة الماستر-سرايش زكريا، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، س2013-2014.
- 55-فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، س 1416-1417هـ-1996-1997م، دج.
- 56-الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، راجعه: أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد جابر، دار الحديث، القاهرة، د ط، د ج.
- 57-الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، ب القاهرة، ط2، د س، مج1.
- 58-القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، د ط، س2007، د ج.
- 59-القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم رقم05-10 المؤرخ في 20 يونيو س 2005.
- 60-القانون المدني، المعدل والمتمم رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو س 2005.
- 61-قدري باشا محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، ببلاق، ط 2، س1308هـ-1891م، د ج.
- 62-قسمي أحلام، تصرف الشريك في العقد الجماعي في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 02، 2022، مج 05.
- 63-ابن القطان الفاسي علي بن محمد بن عبد الملك الحميري الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، دار الفاروق الحديثة، د ب، ط1، س1424هـ-2004م، (ج2).
- 64-الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2/س1424هـ-2003م، ج6.
- 65-مجموعة مؤلفين، موسوعة فقه المعاملات، د د، د ب، د ط، د س، ج1.
- 66-محمد إبراهيم القاسم، الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، العدد 36، مج 6.

قائمة المصادر و المراجع

- 67- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، س 1996م، د ج.
- 68- محمد الحبيب التجكاني، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، س 1431هـ-2010م، د ج.
- 69- محمد الحسن الغزالي، التكيف الفقهي والقانوني لوقف العقود، جامعة دنقلا.
- 70- محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط1، س 1444هـ-1993م.
- 71- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، د ب، د ط.
- 72- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، د ب، د ط.
- 73- محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الأصل، تحقيق: محمد بوينوكالن، دار ابن حزم، بيروت، ط1، س 1433هـ-2012م، ج3.
- 74- محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، منشورات الجامعة السورية، ج ع السورية، س 2018.
- 75- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، تنقيح: حبيب إبراهيم الخليلي، د د، د ب، ط6.
- 76- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، مصر، د ط، س 1382هـ-1962م، د ج.
- 77- المرغيناني برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، إخراج: نعيم أشرف نور أحمد، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، س 1417هـ، ج5.
- 78- مسعود بن موسى فلوسي، محاضرات في النظريات الفقهية لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص الفقه وأصوله، جامعة باتنة، س 1438-1439هـ - 2017-2018م.
- 79- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، س 1425هـ-2004م ج2.
- 80- معمر ياسين عبد الكريم حمو، إجراءات ممارسة حق الشفعة في القانون المدني- مذكرة ماستر-سلايم عبد الله، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، س 2021/2020م.

قائمة المصادر و المراجع

- 81- ابن منظور أبو الفضل مكرم بن علي بن جمال الدين الأنصاري، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، د ط، س 1999م.
- 82- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، ج6.
- 83- نزيه حمّاد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، س1429هـ-2008م، د ج.
- 84- هشام طه محمود سليم، العقود المسماة بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار، د د، د ب، د ط، س1435هـ-2014م، د ج.
- 85- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، فتح القدير على الهداية، مطبعة بولاق، د ب، د ط، ج 9/10.
- 86- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، س 1409هـ-1989م، ج4.
- 87- ياقوت الحموي شهاب الدين أبي عبد الله، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، س 1398هـ -1977م مج 1.
- 88- يوسف قبليج، أنموذجية مجلة الأحكام العدلية في تقنين الفقه الإسلامي المعاصر، مجلة الإحياء، جامعة مرمره، تركيا، العدد6، س 1423هـ -2002م.
- 89- السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان، ط1، 1405هـ -1984م، ج3.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

	البسمة
	شكر وتقدير
	إهداء
أ	مقدمة
الفصل الأول: مدخل مفاهيمي في العقد والمؤيدات المدنية والتوقف	
14	تمهيد
15	المبحث الأول: العقد، مفهومه، مقوماته، أقسامه
15	المطلب الأول: مفهوم العقد
15	الفرع الأول: مفهوم العقد لغة واصطلاحا
15	أولا: مفهوم العقد في اللغة
15	ثانيا: مفهوم العقد اصطلاحا
17	الفرع الثاني: مقومات العقد
19	المطلب الثاني: أقسام العقد
19	الفرع الأول: تقسيم العقد في الفقه الحنفي
21	الفرع الثاني: تقسيم العقد في القانون
23	المطلب الثالث: المؤيدات المدنية وأنواعها
23	الفرع الأول: مفهوم المؤيدات المدنية
23	أولا: مفهوم المؤيدات المدنية لغة
25	ثانيا: مفهوم المؤيدات المدنية في اصطلاح القانون
27	الفرع الثاني: أنواع المؤيدات المدنية
27	المبحث الثاني: التوقف، مفهومه، أنواعه، الفائدة من وقف العقود. الإجازة وشروطها
28	المطلب الأول: تعريف التوقف لغة واصطلاحا
28	الفرع الأول: تعريف التوقف لغة
28	الفرع الثاني: تعريف التوقف اصطلاحا
28	أولا: تعريف التوقف في اصطلاح الفقه الحنفي
30	ثانيا: ما يقابل فكرة العقد الموقوف في القانون
33	المطلب الثاني: أنواع العقود الموقوفة والفائدة من توقفها
34	الفرع الأول: أنواع العقود الموقوفة
35	الفرع الثاني: الفائدة من توقف العقود

فهرس المحتويات

36	المطلب الثالث: الإجازة وشروطها
36	الفرع الأول: تعريف الإجازة لغة
37	الفرع الثاني: تعريف الإجازة في اصطلاح الفقه الحنفي والقانون وشروطها
37	أولاً: الإجازة في اصطلاح الفقه الحنفي وشروطها
37	ثانياً: الإجازة في اصطلاح علماء القانون وشروطها
39	ملخص الفصل
الفصل الثاني: تطبيقات عملية على التوقف	
41	تمهيد
42	المبحث الأول: تصرفات غير المالك
42	المطلب الأول: تصرف الفضولي في بيع ملك الغير
42	أولاً: الفضولي في اللغة
42	ثانياً: تعريف الفضولي في اصطلاح الفقه الحنفي وأحكامه
46	ثالثاً: تعريف الفضولي في اصطلاح القانون
47	الفرع الثاني: مفهوم بيع ملك الغير لغة واصطلاحاً وشروطه
47	أولاً: مفهوم البيع لغة
47	ثانياً: مفهوم البيع اصطلاحاً في الفقه الحنفي
47	ثالثاً: مفهوم الملك لغة
48	رابعاً: مفهوم الملك في اصطلاح الفقه الحنفي
48	خامساً: مفهوم الغير في اللغة
48	سادساً: مفهوم البيع في اصطلاح القانون
49	سابعاً: مفهوم بيع ملك الغير كمركب إضافي
49	ثامناً: شروط بيع ملك الغير
50	المطلب الثاني: شراء الفضولي لملك الغير
50	الفرع الأول: شراء الفضولي في الفقه الحنفي
52	الفرع الثاني: تصرف العاقد بالشراء عليه في القانون
53	المطلب الثالث: إجازة ملك الغير
53	الفرع الأول: مفهوم إيجار ملك الغير في اللغة والاصطلاح
53	أولاً: تعريف إيجار ملك الغير لغة

فهرس المحتويات

53	ثانيا: تعريف الإجارة اصطلاحا في الفقه الحنفي والقانون
54	الفرع الثاني: أحكام إيجار ملك الغير
54	أولا: في الفقه الحنفي
55	ثانيا: في القانون
56	المبحث الثاني: تصرفات المالك فيما تعلق به حق الغير
56	المطلب الأول: بيع المرهون
56	الفرع الأول: مفهوم الرهن لغة واصطلاحا
57	أولا: تعريف الرهن لغة
57	ثانيا: تعريف الرهن اصطلاحا
59	الفرع الثاني: حكم بيع المرهون
59	أولا: في الفقه الحنفي
60	ثانيا: في القانون
61	المطلب الثاني: بيع المستأجر
61	الفرع الأول: في الفقه الحنفي
62	الفرع الثاني: في القانون
64	المطلب الثالث: التصرف في الحصة الشائعة
64	الفرع الأول: مفهوم التصرف في الحصة الشائعة بالبيع في الفقه الحنفي
64	أولا: معنى الحصة الشائعة لغة
64	ثانيا: الحصة الشائعة اصطلاحا
66	الفرع الثاني: التصرف في الحصة الشائعة في القانون
73	ملخص الفصل
75	الخاتمة
77	الفهارس العامة
78	فهرس الآيات
79	فهرس الأحاديث
80	فهرس الأعلام
81	قائمة المصادر والمراجع
90	فهرس المحتويات
93	ملخص البحث

المخلص

أولى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عناية خاصة بالعقود، تجلّت في ضبطها بضوابط خاصة من أركان وشروط وغيرها، ولم يتوقف الأمر على ذلك بل جعل ثبوت آثار هذه العقود رهنا باحترام الضوابط، ومن هنا جاءت مشروعية المؤيّدات المدنية ومنها التوقف.

وتهدف هذه الدراسة إلى معرفة الحلول المُجدية التي يُوجدها الفقه الحنفي وكذا القانون المدني الجزائري عندما يتدخل شخص في ملك غيره بالبيع أو الشراء أو حتى الإجارة أو غيرهما، وكذلك معرفة كيفية حماية حقوق الغير الذين تعلّقت حقوقهم بالمالك لئلا يمارس في حقهم التّعسف.

الكلمات المفتاحية: المؤيّدات، المدنية، التوقف، الفقه الحنفي، القانون.

Abstract

The Islamic jurisprudence and descriptive law paid special attention to contracts, which was represented in controlling them with special controls of pillars, conditions besides to others .

This study aims to understand the suitable solutions that the Algerian civil law and the Allied legal system showed when someone interferes in someone else's property by selling, buying, or renting in addition to other forms. Moreover, it seeks to understand how to protect the rights of other individuals whose rights are connected to the owner in order to prevent any arbitrary act against them.

Key words: The civil arguments, suspended contract, El Hanafi jurisprudence, law.

University of Ammar Thleji Laghouat

College of Humanities, Islamic Sciences and Civilization

Department of Islamic Sciences

the theme

Civil supports between Hanafi jurisprudence and Algerian civil law "suspended contract as a model" - a comparative study

A memorandum for obtaining a master's degree in Islamic sciences

Specialization: Comparative jurisprudence and its principles

Preparation of the student:

•Marwa El-Agoun

***under the supervision of Dr.**

***Naimi Zighmi**

College year : 2022/2023