

عمار ثليجي الاغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



العقد الموقوف في القانون الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور:
سالمي موسى

من إعداد الطالبة :
- بن عبد الرحمن رقية

لجنة المناقشة:

الدكتور	بوعيشة بوغفالة	رئيسا
الدكتور	سالمي موسى	مشرفا ومقررا
الأستاذ	غريبي عطاء الله	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2015/2016

إهداء

- إلى من لهما الفضل في نجاحي هذا و عوني في هذه الحياة العملية والدي حفظهما الله ورعاهما.
- إلى زوجي الوفي المخلص الصادق حفظه الله.
- إلى كل عائلتي وعائلة زوجي.
- إلى كل من أنار دربي بالعلم والكلمة الطيبة.
- إلى جميع رفقاء الدراسة.
- إلى كل الساهرين على إرساء كلمة الحق والعدل بين الناس في ربوع هذا الوطن العزيز والعالم أجمع.

أهدي هذا العمل المتواضع.

كلمة شكر

الشكر لله على ما أولانا من الفضل والكرم
والحمد لله حمدا يوافي ما تزايد من النعم
وبعد

أشكر الأستاذ سالمى موسى قدوتي فى العلم الذى شرفنى بإشرافه على
إنجاز هذه المذكرة ، وأساتذة الحقوق جميعهم . وفى الأخير " إلى كل من
علمني حرفا "

الصفحة	الفهرس
	كلمة شكر
	إهداء
أ	مقدمة
	الفصل الأول: حقيقة العقد الموقوف
5	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقد الموقوف.....
5	المطلب الأول: طبيعة العقد الموقوف في الفقه الاسلامي
5	الفرع الأول: بطلان العقد الموقوف.....
7	الفرع الثاني : صحة العقد الموقوف.....
9	المطلب الثاني : طبيعة العقد الموقوف في القانون
9	الفرع الأول: طبيعة العقد الموقوف في القوانين المقارنة.....
11	الفرع الثاني: طبيعة العقد الموقوف في القانون الجزائري.....
12	المبحث الثاني: الأسباب القانونية لاعتبار العقد موقوفا.....
12	المطلب الأول: الوقف لانعدام الولاية على محل العقد.....
12	الفرع الأول: تصرف الفضولي في مال غيره.....
16	الفرع الثاني: تجاوز الوكيل حدود الوكالة.....
19	الفرع الثالث: التصرف في محل تعلق به حق الغير.....
24	المطلب الثاني: وقف العقد لانعدام الولاية على نوع التصرف.....
24	الفرع الأول: تصرفات الصبي المميز.....
30	الفرع الثاني: تصرفات السفهه وذي الغفلة.....
33	الفرع الثالث: تصرفات معيب الإرادة.....

الفصل الثاني: دور الإجازة في تصحيح العقد الموقوف

- 37المبحث الأول: تحديد صاحب الحق في الإجازة.....
- 37المطلب الأول: تحديد المجيز في القانون المدني والفقهاء الإسلامي.....
- 37الفرع الأول: المجيز في القانون المدني.....
- 38الفرع الثاني: المجيز في الفقهاء الإسلامي.....
- 40المطلب الثاني: موت العاقد الذي له حق الإجازة قبل الإجازة.....
- 40الفرع الأول: موت صاحب الحق في الإجازة قبل الإجازة في القانون المدني.....
- 41الفرع الثاني: موت صاحب الحق في الإجازة قبل الإجازة في الفقهاء الإسلامي.....
- 44المبحث الثاني: شروط صحة الإجازة وآثارها.....
- 44المطلب الأول: شروط صحة الإجازة في القانون المدني.....
- 44الفرع الأول: وجوب أن يكون العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة.....
- 47الفرع الثاني: علم المجيز بالعيب الذي شاب العقد وزوال هذا العيب عند صدور الإجازة.....
- 48المطلب الثاني: شروط صحة الإجازة في الفقهاء الإسلامي.....
- 49الفرع الأول: شروط صحة إجازة العقد الموقوف.....
- 54الفرع الثاني: شروط صحة إجازة العقد المقترن بخيار الفسخ أو الإجازة.....
- 57المطلب الثالث: آثار الإجازة في القانون المدني.....
- 58الفرع الأول: أثر الإجازة بالنسبة إلى العقد المجاز.....
- 60الفرع الثاني: أثر الإجازة على أطراف العقد الموقوف.....
- 65الخاتمة.....

قائمة المراجع

مقدمة

مقدمة :

من المعروف أن القانون المدني هو أصل القانون الخاص ويعتبر من أهم القوانين و أدقها في الدولة والمجتمع لما له من أهمية عظمى في مختلف المسائل والمواضيع و القضايا القانونية التي قد تثار وهو مرجعية كل فروع القانون الخاص ، وعليه لا يمكن تجاوزه في أي منها .

لذلك فعلى المشرع عند وضع القانون المدني توخي الحيطة والحذر بأدق التفاصيل بما فيها المصطلحات اللغوية لذلك من أثر في تطبيق القانون وسيادة العدالة .

ومن المسائل التي لا بد مناقشتها مسألة ذكر العقد الموقوف فهو في الاصل مستمد من الشريعة الإسلامية فهو في بعض القوانين العربية تسميه بالعقد القابل للإبطال فهو مستمد من التشريعات اللاتينية غير أن هناك اختلاف واضح بينهما ، وقد عرفه فقهاء القانون بأنه ما صدر من شخص ثبتت له أهلية التعاقد دون أن تثبت له ولاية إصداره أو هو عقد ينعقد من الناحية التصورية انعقادا مجردا فلا تترتب عليه آثاره فور انعقاده بل تتوقف ويبقى في معزل عن آثاره حتى تلحقه الإجازة فتنتقل هذه الآثار من عقالها أو تتخلف الإجازة فيزول وزواله يستند إلى الماضي أي إلى وقت انعقاده فمن خلال هذه التعريفات يتضح أن العقد الموقوف عقد صحيح لكنه غير نافذ لأنه صادر ممن لا يملك ولاية إنشاؤه أو إصداره لذلك فإن العقد الموقوف لا أثر له في الواقع مع أنه صحيح حتى تلحقه الإجازة ممن يملك الحق فيها ، فإن أجازه نفذ العقد وبدأت آثاره تظهر وإن لم يجزه اعتبر العقد كأن لم يكن .

والعقد الموقوف عرفته أول مدون وضعت في الفقه الإسلامي ألا وهي مجلة "الأحكام العدلية العثمانية" الصادرة ابتداء من عام 1286 هـ، 1868 م" والتي بدء تطبيقها عام 1293 هـ، 1875 م" وبقية مطبقة في الكثير من البلدان العربية حتى استبدل المشرعون بها القوانين الوضعية الحديثة والمحلية هذه هي تقنين للمعاملات المالية والعقود و ووضعت وفق الرأي الراجح من المذهب الحنفي .

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة استعراض النظريات الفقهية و الآراء المذهبية حول مواقف التشريعات الوضعية من مكانته بين العقود الصحيحة و الباطلة ، وفكرة العقد الموقوف تكفي لذاتها لحماية كافة المصالح المرتبطة بالعقد ، كما أن العقد الموقوف ذاتيته سواء بالنظر إلى مرتبته بين العقود في الفقه الإسلامي أو ما يقابل أسباب الوقف و شروط النفاذ في القانون المدني ، ذلك أن وقف نفاذ العقد يفتح باب النفع لإتاحة فسحة لتقرير نفاذه أو رده ، كما يسد باب الضرر الذي يمكن أن يلحق من جراء نفاذ تصرف كان ينبغي التريث في إنفاذه .

أما عن القانون الجزائري فإنه بعد أن نظم المشرع أحكام تصرفات الصبي المميز في التقنين المدني وجعلها قابلة للإبطال ، جاء تقنين الأسرة ليعيد تنظيمها من جديد ولكنه جعل التصرفات الدائر بين النفع والضرر موقوفة ، كما أحال المشرع بصريح نص المادة 222 من تقنين الأسرة على أحكام التشريع الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص خاص وهذا التردد في موقف المشرع الجزائري هو ما دفعنا إلى اختيار موضوع العقد الموقوف في القانون الجزائري و غرضنا من هذا البحث هو عرض هذه النظرية كاملة كما تبناها الفقه والقانون.

و من خلال هذا التمهيدي يتبادر في ذهننا طرح عدة تساؤلات التي سنتمكن من الإجابة عنها في مضمون هذه الرسالة وهي كالآتي: ما مفهوم العقد الموقوف وأحكامه؟

الفصل الأول

حقيقة العقد الموقوف

الفصل الأول:

حقيقة العقد الموقوف

العقد الموقوف قسم من أقسام العقود قد عرف اختلافاً بينا في مذاهب الفقه الإسلامي وشراح القانون المدني مما أدى إلى ظهور اتجاهات فقهية بين مؤيد لفكرة الوقف ومعارض لها وهو ما دفع بالتشريعات إلى وجوب اتخاذ موقف واضح سواء باعتناقه وتنظيم أحكامه أو بإغفاله واستبداله بنظام آخر¹.

وفي سبيل التوصل إلى حقيقة العقد الموقوف يمكننا تعريفه فقد عرفه الأستاذ عبد الرزاق حسن فرج بأنه التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف أثره عليه بالفعل على الإجازة²، وقد وجهت إلى العقد الموقوف عدة تعريفات إلا أننا انتقينا هذا التعريف الذي أراه مناسباً، فهو العقد الذي لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف المشرع بوجوده بل يتوقف ترتب الأثر على إجازته ممن له حق مباشرته، أما التشريعات التي اعتنقت فكرة الوقف فلم تضع تعريفاً للعقد الموقوف وذلك لأنه ليس من مهام التشريع وضع التعريفات أو الخوض في التفاصيل، بل أن وظيفته تنحصر في وضع الخطوط العريضة والمبادئ العامة كما يمكن الإشارة إلى أن العقد الموقوف له بعض الأنظمة المشابهة له كالعقد المعلق الذي ينطبق تعريفه على الالتزام المعلق على شرط واقف في فقه القانون المدني بنص المادة 203 بحيث أن كلا من العقد الموقوف والعقد المعلق يلتقيان في أن كلا منهما لا ينتج آثاره حال تطابق الإرادتين بل يتراخى ترتب أثر العقد المعلق إلى حين تحقق الشرط كما يتراخى أثر العقد الموقوف إلى حين صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً وكذلك العقد القابل للإبطال فإنه ينتج جميع آثاره ما لم يتقرر بطلانه بعكس العقد الموقوف لا ينتج أي أثر إلا بعد صدور الإجازة ممن يملكها شرعاً وكذلك يسقط الحق في طلب إبطال العقد بمضي مدة معينة طبقاً للمادة 101 من التقنين المدني، أما العقد الموقوف فيبقى غير نافذ إذا ظل صاحب الحق في الإجازة ساكناً لا يجيز ولا يرد العقد. وبعد هذا التمهيد نحاول توضيح مكانة العقد الموقوف من حيث الصحة والبطلان ومواقف التشريعات العربية عامة والجزائر خاصة منه وهذا ما سندرجه في المبحث الأول أما المبحث الثاني سنخصصه لأسباب توقف العقد وبيان الضابط المؤدي إلى الوقف.

¹ عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مناقشة علمية بتاريخ: 08/09/2005، ص 08.

² عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، 1968، ص 24.

المبحث الأول:

الطبيعة القانونية للعقد الموقوف

نحاول في هذا المبحث إلى التطرق لآراء الفقهاء حول طبيعة العقد من حيث كونه عقدا صحيحا أو باطلا وكذا طبيعته في القوانين المقارنة والقانون الجزائري، وفي هذا التمهيدي المقدم أحاول أن أعرف العقد الصحيح والعقد الباطل إذن فالعقد الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه وذلك لسلامة أركانه وصفاته جميعاً فإذا كان صادراً من مالك أهل الاستقلال بصدور العقد كالحرة البالغة العاقل أو من غير مالك لكن له ولاية إصداره كالولي الوصي والوكيل كان نافذاً، وإن كان صادراً من مالك غير أهل الاستقلال بصدوره كالصبي المميز في عقود المعاوضات المالية أو كان صادراً من غير ذي ولاية شرعية كالفضولي، أو في مال تعلق به حق الغير كبيع المرهون كان العقد موقوفاً، والعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه فإذا كان العاقل مجنوناً أو صبياً غير مميز فإن العقد يبطل لفوات ركن من أركانه ولا يصلح لأن يترتب عليه أثر من آثاره لأنه معدوم شرعاً والقاعدة أن العلة إذا انعدمت لم يكن لها أصلاً، وهي تدور مع المعلوم وجوداً وعدمًا، ومن ثم فلا تكفيه الإجازة بهذا يتميز عن العقد الموقوف الذي ترد عليه الإجازة¹.

المطلب الأول:

طبيعة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي :

لم يكن العقد الموقوف محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك أنهم اختلفوا في تحديد مرتبته بين الصحة و البطلان، وانقسموا في هذا إلى فريقين فريق يرى أن العقد الموقوف عقد من العقود الصحيحة وفريق يرى أنه عقد باطل، وسنحاول توضيح هذا في الفرعين الموالين.

الفرع الأول:

بطلان العقد الموقوف:

يرى أنصار هذا الرأي أن العقد الموقوف باطل، لأن صحة العقود في نظرهم لا تكتمل إلا بتوافر الملك والولاية، فأساس الانعقاد عنده هو الولاية الشرعية التي تعتبر كالأهلية تماماً، من حيث اعتبارها شرطاً لصحة العقد، ولتخلف هذا الشرط في العقد الموقوف فإنه يكون باطلاً، والقائلون بهذا الرأي هم فقهاء الشافعية في المذهب الجديد، و الحنابلة حيث استند أنصار هذا الاتجاه على أدلة من الكتاب والسنة، كما استدلوا بالقياس والمعقول².

¹ عبد الرزاق حسن فرج، نفس المرجع، ص 24، 25.

² عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 33.

أولاً : الاستدلال بالكتاب والسنة: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن كل نفس لا تسأل إلا عن أعمالها إسناداً لقوله تعالى: [وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى] ¹ ووجه الدلالة في الآية الكريمة أنها أفادت بطريقة الحصر أن اكتساب الإنسان يكون له لا لغيره ، ومن يتصرف في شيء ليس له ولاية عليه فإن تصرفه باطل ، وقد نوقش الاستدلال بهذه الآية أنها خارجة عن محل النزاع لأنها تحمل الثواب و العقاب الأخرى ولا تخص الأحكام الدنيوية ، وعلى فرض التسليم بأن الآية تحمل هذه الأحكام، فإن تصرف الإنسان، وإن كان يحسب الأصل فإنه قد يكون لغيره بإذن سابق، كما هو الأمر في الوكالة، أو الإذن اللاحق والإجازة كما هو الحال في العقد الموقوف، كما احتج أنصار الرأي القائل ببطلان العقد الموقوف بأن تصرف الإنسان فيما ليس له ولاية عليه منهي عنه شرعاً والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه، وأساس ذلك ما روي عن حكيم بن حزام أنه قال: " أتيت رسول الله ﷺ ، فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعته ؟ قال : " لا تبع ما ليس عندك". فهذا الحديث يمنع الشخص من بيع ما لا يملك، وإذا كان الحديث وارداً في البيع، فيلحق به غيره من التصرفات بالقياس. ويعود سبب النهي في نظر هذا الجانب من الفقه إلى اشتغال العقد على الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما يترتب عليه من النزاع².

ثانياً - الاستدلال بالقياس : قاس الشافعية، ومن سار على نهجهم، العقد الموقوف على بيع الطير في الهواء والسّمك في الماء الذي يعد باطلاً لعدم القدرة على تسليم محله ، والعلة في القياس هي عدم القدرة على التسليم في العقدين فكان حكمهما واحداً هو البطلان لاتحاد العلة.

ثالثاً - الاستدلال بالمعقول : إن التصرف عند أصحاب هذا الرأي لا يوجد شرعاً إلا بتوافر الولاية على نوع التصرف التي تتحقق باكتمال أهلية التصرف ، والولاية على محل العقد ، وذلك بأن يكون المتصرف مالكا أو نائباً عن المالك³. وكما لا يوجد العقد من فاقده الأهلية لا يوجد من فاقده الولاية وذلك لأن انعقاد العقد معناه الارتباط بين كلامي العاقدين حتى تترتب آثاره الشرعية، وأنه يحمل في طياته تعهداً ضمناً من كل منهما مفاده تمكين الآخر من أحكام العقد كاملة، ونظراً لعدم توافر الولاية في المتعاقد فإن العقد يبطل لتخلفها.

كما أن أصحاب هذا الرأي لا يسلمون بتراخي حكم العقد عن وقت انعقاده، فهم يرون أنه إذا لم يترتب حكمه حالاً كان باطلاً، إضافة إلى أن غير المالك إذا تصرف فيما لا يملك فإنه غير قادر على تنفيذ العقد إذا لم يصدر الإذن السابق، وأجاب أصحاب الرأي الأول عن ذلك بأنه كلام يحتاج إلى سند فلا دليل عليه، بل أن

¹ الآية 164 من سورة الأنعام .

² عجالي بخالد ، مرجع نفسه ، ص 34.

³ عيد الرزاق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 67 .

الدليل على ثبوت مشروعية العقد الموقوف هو تحقق الحاجة والمصلحة لكلا العاقدين والمالك من غير ضرر أو مانع شرعي، ويدخل ثبوته في العموميات¹.

الفرع الثاني :

صحة العقد الموقوف:

يرى أصحاب هذا الرأي أن التصرف الموقوف منعقد لاستيفاء ركنه وشروط انعقاده، فهو ينطبق عليه تعريف العقد الصحيح من أنه مشروع بأصله ووصفه. كما ينطبق عليه حكم العقد الصحيح ، وليس توقف ترتب أثره على الإجازة إلا كتوقف العقد المقترن بخيار عقدي على إسقاطه ممن شرع له الخيار، وغني عن البيان أن العقد المقترن بخيار عقدي عقد صحيح²، وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من الحنفية والمالكية، واتفق معهم الحنابلة في إحدى الروايتين، عندهم والشافعية في المذهب القديم

أولاً: الاستدلال بالكتاب والسنة: استند القائلون بصحة العقد الموقوف إلى آيات المعاملات ومنها:

قوله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ]³

وقوله تعالى: [وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا]⁴

وقوله تعالى: [وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى]⁵

ووجه الدلالة في هذه الآيات التي لعمومها تخص جميع المعاملات سواء كان العقد نافذاً أو موقوفاً، ولذلك لا بد من العمل بها على إطلاقها إلا ما خص بنص صريح⁶.

كما أنها أفادت الحث على التعاون على كل ما يجلب الخير للناس، وحتى لو ثبت قصد التعدي من الفضولي مثلاً إذ يتصرف في ملك غيره فلا ضرر يقع على المالك الذي له الحق في الإجازة أو الرد.

ثانياً - الاستدلال بالقياس: قاس أصحاب هذا الرأي العقد الموقوف على الوصية الزائدة على الثلث ، فهي تصرف منعقد يتوقف نفاذها ولا يثبت حكمها إلا بعد إجازة ذوي الشأن ، وهذا الأمر بالنسبة للعقد الموقوف الذي ينعقد ويتوقف نفاذه وترتب آثاره على الإجازة ممن يملكها شرعا ، ولأن عدم ثبوت حكم الوصية حال انعقادها لا يؤثر في صحتها فإن عدم نفاذ العقد الموقوف لا يؤثر في صحته ، وهذا أصل لقياس صحيح

¹ عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص ص 35، 36 .

² انظر في موضوع العقد المقترن بخيار عقدي د/ محمد سعيد جعفرور الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري ، دار هدى للطباعة والنشر 1998 ، ص 19 وما يليها .

³ سورة النساء ، الآية 29 .

⁴ سورة البقرة ، الآية 274 .

⁵ سورة المائدة ، الآية 02 .

⁶ عبد الرزاق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص 55.

واعترض الشافعية على هذا الدليل بأنه قياس غير صحيح ، لأن الوصية تحتل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم خلافا للعقد الموقوف¹.

ثالثا- الاستدلال بالمصلحة: رغم إيراد القرآن الكريم لآيات المعاملات مجملة دون تفصيل، ورغم قلة الأحاديث الواردة بشأنها إذا ما قورنت بغيرها، فإن الكتاب والسنة قد بينا في أكثر من موضع الأساس الذي ينبغي أن تبنى عليه المبادلات المالية وهو التراضي. فالشرع يعتد بكل معاملة انعقدت بتوافر رضاء سليم حر، ويرتب عليها آثارها الشرعية، ولا أدل على ذلك من اعتبار فقهاء الشريعة الإسلامية ركن العقد الوحيد الصيغة أو الإيجاب والقبول ، و لما كان كل عمل أو تصرف يحقق المقاصد الأصلية مرغوبا فيه، فإنه لا يوجد ما يمنع من انعقاد التصرف الموقوف وتوقف نفاذه على صاحب الشأن. ذلك أن المالك في تصرفات الفضولي مثلا مخير بين الإجازة أو الرد، وفي الوقف حماية له من الضرر الذي قد يلحق بملكه في حال نفاذ العقد²، وأما المتعاقد مع الفضولي فإنه يحقق مصالحه في إبرام العقد، كما تتحقق له الحماية في وقف العقد الصادر من غير المالك، وأما الشخص الذي يبرم العقد الموقوف وهو الفضولي ومن في حكمه، فإنه يفترض فيه حسن النية، وأنه ما قام بالتصرف إلا لمصلحة عاجلة، كما أن أعماله وأفعاله خير من إهماله.

رابعا- الاستدلال بالمعقول: لما كان السبب البات يثبت الملك البات ، فإن السبب الموقوف يثبت ملكا موقوفا. وتصرف الفضولي، وهو أبرز حالات العقد الموقوف ، تصرف تمليك صادر من أهله في محله. فأما أنه صدر من أهله فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ، وقد توافرا في عقد الفضولي، وأما أنه في محله فإن محل العقد هو المال المنقول ، وانعدام الملك لا يعني انعدام المالية أو التقويم، بدليل أنه إذا باعه بإذن المالك جاز، وغني عن البيان أن الإذن لا يقلب غير المحل محلا. كما أنه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب الموقوف أي العقد وإنما الضرر في زوال ملكه، وفي الملك الموقوف لا يزول الملك البات. وبذلك ينعقد التصرف الموقوف في الحال على أن يجعل إجازته في الانتهاء كإذنه في الابتداء، بخلاف بيع الطير في الهواء والسماك في الماء فهناك لا ينعقد العقد لانعدام محله، والمحل غير مملوك أصلا³.

¹ عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص ص 31 ، 32 .

² عجالي بخالد ، مرجع نفسه ، ص 32 .

³ عجالي بخالد، مرجع نفسه ، ص ص 32، 33.

المطلب الثاني :

طبيعة العقد الموقوف في القانون .

إن بعض التقنيات في بعض الدول العربية تأثرت بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، فنصت عليها بصريح العبارة في بعض نصوصها معتبرة هذا العقد صحيحا غير نافذ، أي جعلت ترتيب آثاره رهن إجازته من ذي الشأن في الإجازة أو الإبطال، حيث سنتناول فرعين في هذا المطلب بحيث نخصص الفرع الأول طبيعة العقد الموقوف في القوانين المقارنة والفرع الثاني نفرده للقانون الجزائري .

الفرع الأول:

طبيعة العقد الموقوف في القوانين المقارنة.

سنورد في هذا الفرع نصوصا في كل من مجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الكويتي والقانون المدني العراقي، وقانون المعاملات السودانية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية والتقنين المدني اليمني، وقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية.

أولا : مجلة الأحكام العدلية: تعتبر مجلة الأحكام العدلية أول تقنين رسمي مستمد من الفقه الإسلامي وبالضبط من الفقه الحنفي، وقد اعتنقت فكرة العقد الموقوف واعتبرته عقدا صحيحا.

أ- من حيث اعتناقها لهذه الفكرة : نجد المجلة قد نصت على هذه الفكرة في عدة مواد منها المواد 111-113-365-377-967 ، فالمادة 111، مثلا تنص على العقد الموقوف بصدد عقد البيع .

ب- أما من حيث اعتبارها هذا العقد صحيحا: فذلك ما يستفاد من نص المادة 377 منها التي تنص على أن " البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة "، إذا لم يكن مثل العقد صحيحا لما أمكن ورود الإجازة عليه.

ثانيا: في التقنين المدني الكويتي: كانت دولة الكويت كما سبق القول آخر دولة استمر العمل فيها بمجلة الأحكام العدلية إلى غاية 1981/02/25 تاريخ صدور التقنين المدني الكويتي إلى أن أخذ فيه المشرع بنظرية البطلان النسبي غير أنه وإثر تعديل تم سنة 1995 عاد المشرع الكويتي للأخذ بنظرية العقد الموقوف بدلا من العقد القابل للإبطال بموجب المواد من 179 إلى 189 منه والواضح أن مبرر هذا التعديل هو الرغبة في العودة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية¹.

ثالثا: التقنين المدني العراقي: يعد هذا التقنين الصادر بالقانون رقم 40 لسنة 1951 وهو يعد من أبرز التقنيات العربية التي تأثرت بالفقه الإسلامي في شأن الموضوع الذي ندرسه وهو يعتبر العقد الموقوف الذي أحله محل العقد القابل للإبطال عقدا صحيحا وقد نص على العقد الموقوف ونظم أحكامه من المواد 133

¹ عاجلي بخالد ، مرجع سابق، ص 76.

إلى 136 منه فالمادة 2/133 منه تقضي بأنه : "إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال". ويتضح من نص هاته الفقرة بأن العقد الصحيح إما أن يكون نافذاً يترتب أثره في الحال بأن يكون موقوفاً¹. كما نصت المادة 1/135 منه على أن "من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك" ، أما وقف تصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر فهو يستفيد من نص المادة 136 منه التي تقضي بأن خيار الإجازة أو النقص "أي طلب الإبطال يجب أن يستعمل خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد، أو من الوقت الذي يعلم فيه وليه بصدور العقد منه.

رابعاً: قانون المعاملات المدنية السوداني²: صدر قانون المعاملات المدنية السوداني عام 1984. وقد تبنى فكرة العقد الموقوف ونظم أحكامه في المواد من 87 إلى 90، وجعله يشمل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر طبقاً للمادة 55، وتصرفات السفهية وذي الغفلة طبقاً للمادة 59.

كما جعل الوقف جزءاً لتوافر عيب أو أكثر من عيوب الإرادة الغلط المادة 63 والتدليس المادة 67، والإكراه المادة 69. أما الغرر والغبن فقد طبق عليه فكرة العقد غير اللازم وأعطى لمن تعاقد بغبن فاحش تحت تأثير التغرير حق فسخ العقد المادتان : 83 و 85.

خامساً:مجلة الأحوال الشخصية التونسية: اعتنقت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بتاريخ: 13 أوت 1956 فكرة وقف تصرفات الصبي المميز المالية المترددة بين النفع والضرر، قضت الفقرة الثانية من المادة 156 منها بأن "الصغير الذي تجاوز الثالثة عشر يعد مميزاً وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها من غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي".

سادساً: في التقنين المدني اليمني: صدر التقنين المدني اليمني سنة 1992، واعتنق فكرة العقد الموقوف وجعلها تشمل تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، أما باقي الحالات فجعلها قابلة للإبطال مقتدياً في ذلك بالتشريعات المستمدة من الفقه الغربي³.

سابعاً : في القانون المدني الأردني: نظم القانون المدني الأردني العقد الموقوف ضمن نظرية عامة في المواد 171، 175 فالمادة 171 تناولت حالات وقف العقد وبينت المادة 172 صاحب الحق في الإجازة في كل

¹ محمد سعيد جعفرور فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومة، الطبعة الثالثة 2009،ص 76.

² عجالي بخالد ، مرجع سابق، ص ص 42، 43.

³ صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2001 ، ص 34.

من الحالات، والمادة 173 بينت كيفية التعبير عن الإجازة في العقد الموقوف وأثر رفض إجازته¹.

الفرع الثاني:

طبيعة العقد الموقوف في القانون الجزائري.

اعتنق المشرع الجزائري في تقنين الأسرة، الذي يعد من أحدث التقنيات المستمدة نصوصها من الفقه الإسلامي، فكرة العقد الموقوف واعتبره صحيحا بشكل لا يشوبه غموض، وذلك بموجب المادة 83 من هذا التقنين التي تنص على أن تصرفات الصبي "..... تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيها إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ...". وهذا على عكس التقنين المدني الذي أثار بموجبهنا مشرعا الأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال، متأثرا بنظرية المصري والفرنسي، ومع ذلك يلاحظ ما انتهى عليه المادة 575 من التقنين المدني المقابلة للمادة 703 من نظيره المصري من أن "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة". ومقتضى هذا النص هو وجوب تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة دون أن يتجاوز الوكيل هذه الحدود، فإذا تعداها الوكيل نظرا لتحقيق الشرط الوارد بالنص فإنه يمكن القول حينئذ أن الوكيل يعتبر فضوليا، فإذا أقر الأصيل العمل المتجاوز فيه، فإنه ينفذ ويصبح وكأنه قد تم في حدود الوكالة، فيتقيد به كل من الأصيل والغير الذي تعامل معه الوكيل من وقت إبرام التعاقد لا من وقت الإقرار ويرى في هذا الصدد، أن التصرف الذي قام به الوكيل خارج الحدود المرسومة لوكالاته لا يعد قابلا للإبطال، إذا لم يرد نص في هذا الخصوص كما ورد في بيع ملك الغير المادة 379 من التقنين المدني وعليه نرى أن الأولى اعتباره تصرفا موقوفا على غرار التصرف الموقوف في العقد الإسلامي².

¹ اقتدى بالقانون المدني الأردني في تنظيمه للعقد الموقوف كل من قانون المعاملات المدنية السوداني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية والقانون المدني الكويتي بعد تعديله والمشروع الموحد لقانون المعاملات المالية العربي الصادر عن جامعة الدول العربية.

² محمد سعيد جعفرور فاطمة أسعد، مرجع سابق، ص ص 77، 78.

المبحث الثاني:

الأسباب القانونية لاعتبار العقد موقوفاً.

سنتناول في هذا المبحث أسباب وقف العقد في مطلبين بحيث المطلب الأول وهو السبب الأول لانعدام الولاية على محل العقد مستدرجين في ذلك تصرفات الفضولي في مال غيره و تجاوز الوكيل في حدود الوكالة و التصرف في محل تعلق به حق الغير و أما السبب الثاني و هو وقف العقد لانعدام الولاية على نوع التصرف و نتطرق فيه إلى تصرفات الصبي المميز و تصرفات السفهيه و ذي الغفلة و تصرفات معيب الإرادة.

المطلب الأول:

الوقف لانعدام الولاية على محل العقد:

إن الفقهاء الذين يعترفون بفكرة الوقف يخلصون إلى أن شروط النفاذ هي الولاية على نوع التصرف، و يكون العقد في حال تخلفهما موقوفاً عليه فان الولاية سواء على محل التعاقد أو على نوع التصرف، تعتبر سبباً للوقف إذا تخلفت و شرطاً للنفاذ لا يرتب العقد أي أثر إلا إذا تحقق عن المالك مهما كان مصدر النيابة¹ إذا انعدمت الولاية على المحل كان العقد موقوف النفاذ على إجازته أو إقرار من يملك هذا الحق شرعاً².

الفرع الأول:

تصرف الفضولي في مال غيره.

إذا لم يكن المتصرف في محل العقد مالكا له، ولم تكن له وكالة من المالك أو ولاية أو وصاية عليه، وقام بالتصرف رغم ذلك فإنه يسمى في لغة الفقه فضولياً، وتكون تصرفاته تلك في الرأي الراجح في الفقه، موقوفة على الإجازة، وذلك لأن الولاية على محل التصرف وهي شرط نفاذ، قد تخلفت.

هذا وقد أخذ المشرع الجزائري بالفضالة كمصدر من مصادر الالتزام، وعرفها في المادة 150 من التقنين المدني بما يلي: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون له ولاية التصرف، فإنه يختلف عنه في أن الفضولي في القانون المدني هو من يقوم بحاجة ضرورية عاجلة تفضلاً منه، في حين أن الفضولي في نظر الفقه الإسلامي هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة و ليس من اللازم أن يكون ما قام به ضرورة عاجلة.

أولاً: حكم تصرفات الفضولي: أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية في تناول موضوع بيع الفضولي باعتباره التصرف الأكثر شيوعاً في المعاملات، وقد انقسموا بصدد مشروعية تصرف الفضولي وبالتبعية مشروعية

¹ تكون النيابة بحسب مصدرها اتفاقية كالوكالة أو قانونية كنيابة الولي عن الصبي، أو قضائية كنيابة الوصي عن السفهيه وذي الغفلة.

² عبد الرزاق حسن فرح، مرجع السابق، ص ص 104، 102.

العقد الموقوف إلى فريقين: فريق يرى أنه عقد صحيح، في حين ترى قلة قليلة أنه عقد باطل على اعتبار أن شروط النفاذ هي شروط انعقاد في نظرهم، وقد سبق أن رأينا أن التصرف هو سبب تحقق الأثر، فإذا كان السبب موقوفاً كان التصرف موقوفاً، وهو ما يصدق على تصرف الفضولي، على أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اشترطوا لوقف التصرفات التي يجريها الفضولي شرطاً إذا لم تتوافر كان العقد نافذاً غير موقوفاً، وتلك الشروط هي:

1- أن يكون ما يصدر عن الفضولي تصرفاً شرعياً: ويقصد بالتصرف الشرعي، التصرفات الإرادية في فقه القانون الوضعي، وبذلك تخرج الوقائع المادية من حكم تصرف الفضولي¹. وعموماً كل عقد أو تصرف يصح فيه التوكيل، يتوقف عقد الفضولي فيه على الإجازة، لأن الإجازة إنما ترد على التصرفات القولية، وليس محلها التصرفات الفعلية².

2- أن يكون التصرف مما يقبل الإجازة: وهذا الشرط معناه أن يكون التصرف قد استوفى شروط انعقاده وصحته، فإذا كان التصرف لا يقبل الإجازة كان باطلاً ولا ينعقد موقوفاً، لأن الباطل لا ترد عليه الإجازة ومثال ذلك أن يهب شخص مال يتيم أو يبيع ماله بغبن فاحش، فهذه التصرفات باطلة غير موقوفة ولا تقبل الإجازة، وإن أجزت كانت الإجازة باطلة.

3- أن يكون تصرف الفضولي مجيزاً عند إنشائه: ومؤدى هذا الشرط أن يوجد من له ولاية التصرف، من مالك أو ولي أو وصي، ولو لم يجز بعد ذلك بالفعل، فإن لم يوجد المجيز، وهو من يملك إجازة التصرف كان العقد باطلاً غير موقوف، وتطبيقاً لهذا الشرط إذا باع الفضولي عيناً يملكها شخص رشيد، كان هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك إن شاء أجاز وإن شاء رد التصرف، وعندئذ تكون الإجازة - في حال صدورهما كالإذن السابق - لأن صاحب الحق فيها هو الشخص³ البالغ الذي كان يستطيع إجراء العقد بنفسه، فيستطيع بالتالي إجازته بعد صدوره من الفضولي. فكان لهذا العقد مجيزاً عند إنشائه⁴، أما إذا كان الشيء الذي تصرف فيه الفضولي مملوكاً لصبي غير مميز فإن التصرف لا ينعقد أصلاً ولو مع وجود ولي، لأن العقد لم يكن له مجيز وقت إجرائه⁵، ويكون تبعاً لذلك تصرف الفضولي باطلاً لا موقوفاً.

4- عدم نفاذ التصرف على العاقد: إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي في حال رفض صاحب الشأن أن يجيزه، فإن هذا التصرف لا يتوقف ولا يبطل، بل ينفذ على الفضولي، وذلك لأن الأصل في الإنسان أن

¹ صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص 47.

² عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 111.

³ عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 48، 49.

⁴ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية 2009، دار هومه، ص 101.

⁵ صلاح الدين شوشاري، مرجع نفسه، ص 49.

يعقد لنفسه ما لم يتم ما يصرفه عن هذا الأصل، كما أن الإجازة ترد على العقد الموقوف ولا ترد على العقد النافذ¹

ثانياً: موقف التشريعات العربية من تصرفات الفضولي: انتهت بعض التشريعات العربية إلى ما انتهى إليه الرأي الراجح في الفقه الإسلامي من أن تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك غير أن عدداً من التشريعات سار على نهج الفقه الغربي، ونص على بطلان تصرف الفضولي، وهو ما يعرف ببيع ملك الغير. وسنرى تباعاً التشريعات التي سارت على نهج معظم مذاهب الفقه الإسلامي لنقف بعدها على بطلان بيع ملك الغير، وكذا موقف التشريع والفقه الحديث منه، فأما بالنسبة إلى القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي، فقد أخذ التقنين المدني العراقي بالرأي الغالب في فقه الشريعة الإسلامية الذي يعتبر تصرفات الفضولي موقوفة النفاذ على إجازة المالك، وهذا ما نصت عليه المادة 135 من هذا التقنين، والتي تقابل المادة 171 من التقنين المدني الأردني، والمادة 87 من التقنين المدني السوداني، والمادة 212 من التقنين المدني الإماراتي، والمادة 179 من التقنين المدني الكويتي، والمادة 439 من التقنين المدني اليمني. وهو ما أخذ به مشروع المعاملات المدنية للدول العربية الموحد في نص المادة 211 منه².

وقد اختلف شراح القانون المدني حول أساس هذا البطلان والحكمة منه، على النحو التالي:
فمن قائل بالبطلان المطلق إلى قائل بالفسخ، وقائل بالوقف ففائل بالإبطال، وهناك من احتزم صراحة النص. وسنسلط الضوء على كل من هذه الآراء بشيء من الاختصار بعد بيان النصوص التشريعية.
فقد نصت المادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي على ما يلي: "بيع ملك الغير باطل ويكون هناك محل للتعويضات إذ كان المشتري يجهل أن العين مملوكة للغير"³، وما يلاحظ على هذه المادة هو أنها اكتفت بالنص على البطلان دون أن تبين طبيعته، لذلك فإن القضاء في فرنسا اجتهد في سد هذا القصور، فقرر أن هذا البيع لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره⁴. وقد حذا المشرع الجزائري حذو ما وصل إليه القضاء الفرنسي فجاء في المادة 397 من التقنين المدني الجزائري: "إذ باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فالمشتري الحق في طلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه.

¹ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 105 و محمد سعيد جعفرور، بيع الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، العدد 01، سنة 2001، ص 30.

² صلاح الدين محمد شوشاري، مرجع سابق، ص 48، و محمد سعيد جعفرور، بيع الفضولي، المقال نفسه، ص 32.

³ جاء نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي كما يلي: " La vente de la chose d'autrui est nulle: Elle peut "

" donner lieu à des dommages - intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut a autrui

⁴ راجع في ذلك: د. محمد سعيد جعفرور، بيع الفضولي، نفس المقال، ص 33.

وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري. " كما نصت المادة 398 من التقنين المدني على أنه: " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري. وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد العقد" ونعرض فيما يلي لجزاء بيع ملك الغير عند شرح القانون المدني.

1. بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا:

يرى جانب من الفقه أنه طبقا للمادة 1599 من التقنين المدني الفرنسي فإن بيع ملك الغير باطل لمخالفته النظام العام والآداب العامة، ونظرا لاستحالة المحل استحالة مطلقة، غير أن هذا العقد يمكن أن يتحول من بيع ناقل للملكية إلى عقد منشئ لالتزام بنقل الملكية طبقا لنظرية تحول العقد المعروفة في القواعد العامة وهذا إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة قد انصرفت إلى ذلك لو علما أن نقل الملكية بناء على العقد مستحيل. وقد انتقد هذا الرأي من عدة وجوه منها: - أن الاستحالة في بيع ملك الغير ليست استحالة مطلقة، وإنما استحالة نسبية، بدليل أنه إذا أقر المالك أصبح البيع ساريا في حقه، وكذلك الأمر إذا تملك البائع المحل بعد البيع فإنه لا مجال للكلام عن الاستحالة.

- إن البطلان المطلق يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك به طبقا للمادة 102 من التقنين المدني الجزائري أما البطلان المنصوص عليه بشأن بيع ملك الغير فلا يتمسك به إلا المشتري.

- إن نظرية التحول المنصوص عليها في المادة 105 من التقنين المدني الجزائري والمادة 144 من نظيره المصري تشترط لقيامها انصراف نية كل من الطرفين إلى ذلك وقت إبرام العقد، كما أن نية المتعاقدين قد لا تتجه إلى إبرام عقد منشئ للالتزامات محل العقد الناقل للملكية¹.

2. فسخ بيع ملك الغير: لأن البائع إذا لم ينفذ التزامه بنقل الملكية يكون قد اخل بالتزامه، كان من حق الطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ، وبذلك فإن المشرع في نظر هذا الرأي، قد خول للمشتري طلب فسخ العقد، وإن القانون إذا نظم ما سمي ببطلان بيع ملك الغير، إنما نظم في الواقع الفسخ لعدم تنفيذ بيع ملك الغير.

3. بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا: ظهر رأي آخر في الفقه يرى أن جزءا من بيع ملك الغير هو البطلان النسبي، ذلك أن المشرع قد خول حق طلبه إلى المشتري فقط، ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن بيع ملك الغير أحقه الإجازة من المالك الحقيقي، وقد حاول بعض الفقه تبرير هذا البطلان النسبي بالقواعد العامة وقال أن بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا إنما يرجع إلى فساد الرضا بحجة أن رضا المشتري كان مشوبا

¹ عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف، ص ص 51،52 .

بالغلط في شخص البائع، غير أن الغلط المفسد للرضا لا بد أن يكون جوهرياً طبقاً للمادة 81 من التقنين المدني الجزائري، كما يؤخذ على هذا التأسيس أن المشرع قد خول للمشتري حق الإبطال، سواء في حالة علمه أو جهله بأن البائع يملك أو لا يملك محل العقد.

4. وقف بيع ملك الغير: يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن بيع ملك الغير موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي ذلك انه بيع غير نافذ في حق المالك إلا إذا اقره¹، ولكن رغم وجهة هذا الرأي، فإنه لا يمكن الأخذ به مع صراحة نص المادة 397 القانون المدني الجزائري والمادة 466 من التقنين المدني المصري².

الفرع الثاني:

تجاوز الوكيل حدود الوكالة:

رغم أن الأصل في التصرف القانوني هو النسبية، وهي مبدأ عام في العقود يقتضي اقتصار آثار التصرف على شخص المتصرف فلا تتعداه إلى غيره فإن الحاجات العملية والضرورات اليومية قد تدعو إلى إمكان تصور أن يبرم شخص ما تصرفاً قانونياً تضاف آثاره إلى شخص آخر بناء على اتفاق مسبق، أو نص قانوني أو حكم قضائي، وهذا ما يسمى في لغة الفقه والقانون بالنيابة في التعاقد³، ولترتيب النيابة آثارها يجب أن يكون للنائب سلطة النيابة عن الأصيل، وهذا يتطلب إلى جانب توافر صفة النيابة أن يتقيد النائب بحدود سلطته التي يحددها سند النيابة ومصدرها، والعقد الذي يبرمه النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة هو تصرف صحيح غير انه لا يترتب أي اثر في مواجهة الأصيل إلا إذا أجاز⁴، ولأن الوكالة تعتبر أهم صورة من صور النيابة، فإننا سنقتصر الحديث عنها، وتقاس عليها الصور الأخرى للنيابة، وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوكالة وكان أساسها عندهم أن كل عقد جاز للإنسان أن يقوم به بنفسه جاز أن يوكل به غيره، إلا أن هناك أعمالاً قليلة لا تجوز فيها الوكالة كاليمين مثلاً⁵، الوكالة قد تكون مطلقة إذا لم يقيد الموكل بأي قيد أو إصدار بأي تعليمة ويتصرف الوكيل فيها تصرف الرجل العادي، وقد تكون الوكالة مقيدة إذا حدد الموكل للوكيل حدود لا ينبغي أن تخرج عنها، وصور مخالفة الوكيل حدود الوكالة كثيرة، ولكننا

¹ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 30. هامش 1.

² محمد سعيد جعفرور، بيع الفضولي، المرجع السابق، ص 36، 37.

³ د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، 01، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1995، ص 84.

⁴ صلاح الدين محمد شوشاري، مرجع سابق، ص 57.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الجزء 1، 1998، ص 208.

نذكر منها أهمها وهو ما يتعلق بالبيع والشراء لشيوعه¹، فإذا خالف الوكيل الحدود المرسومة في الوكالة فإن هذه المخالفة قد تكون في البيع أو الشراء في الشيء أو ثمنه، أو زمن الشراء والبيع.

- **أولاً: مخالفة الوكيل في جنس الشيء الموكل فيه أو ثمنه:** تتحقق المخالفة في جنس الشيء الموكل فيه إذا كان قد أمر ببيع أو شراء ثوب معين من قماش معلوم، فاشترى أو باع قماشاً آخر من نوع آخر، وأما المخالفة في جنس الثمن فصورته أن يأمر الموكل الوكيل بشراء أو بيع بضاعة معينة بعملة محددة فيشتري أو يبيع بعملة أخرى.

- **ثانياً: مخالفة الوكيل في قدر الشيء الموكل فيه أو ثمنه:** وصورتها أن يوكل الرجل غيره في شراء شاة واحدة فيشتري شاتين وهذه القصة المشهورة لعروة البارقي وحكيم بن حزام وكنا قد انتهينا إلى أن تصرفاتهما ان عقد موقوفاً على إجازة الموكل وكذلك لأمر إذا وكله لشراء شاة بدينارين فاشتراها بدينار.

- **ثالثاً: مخالفة الوكيل في وصف الثمن:** قد يوكل شخص آخر بالبيع أو الشراء حالاً فيبيع أو يشتري بثمن مؤجل، فإن مثل هذا التصرف يعد تصرفاً موقوفاً على إجازة الموكل لأن هذا الأخير قد يكون بحاجة إلى ثمن المبيع حالاً، وقد يلحقه ضرر من جراء التأخير في السداد، إذا ارتفع سعر العملة أو نزل².

- **رابعاً: مخالفة الوكيل لأمر البيع أو الشراء بعض ما وكل فيه:** يعد التصرف في حدود هذه المخالفة موقوفاً على إجازة المالك، وذلك انه قد يحصل ضرر للموكل في حالة التجزئة ما أراد شرائه أو بيعه.

خامساً: مخالفة الوكيل تعليمات محددة أخرى: قد يعطي الموكل للوكيل تعليمات محددة، كان يأمره بالشراء أو البيع في زمن محدد أو في مكان معين، أو كأن يحدد له شخصاً معين يرغب الأصيل في إبرام العقد معه، وقد يخالف الوكيل هذه التعليمات، فيقتضي المنطق أن يكون التصرف الناتج عن مخالفة التعليمات موقوفاً على إجازة الموكل إن شاء أمضاه وإن أبى رده، وإذ ذلك يلتزم به الوكيل وحده . وقد نصت المادة 575 من التقنين المدني الجزائري المطابقة لنص المادة 703 من التقنين المدني المصري على ما يلي: "الوكيل الملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة". لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذ تعذر عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالاً بتجاوزه حدود الوكالة. ومؤدى هذا النص انه يجب على الوكيل أن يلتزم حدود الوكالة، إلا إذا أجازت له الظروف الخروج عن تلك الحدود³.

¹ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 256.

² عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 58، 59.

³ عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 59.

والحالات التي يجوز فيها للموكل الخروج عن حدود الوكالة هي: أن تدل ظروف الحال على أن الموكل ما كان يسعه إلا أن يوافق على الخروج عن حدود المرسومة له. وإن حدث نزاع بين الطرفين حول ملائمة الخروج عن حدود الوكالة رفع الأمر إلى القاضي الذي تكون له سلطة تقديرية واسعة في النظر إلى ملائمة الخروج لمصلحة الموكل أو عدم ملائمة الخروج لمصلحة الموكل أو عدم ملائمة ذلك، وعلى كل حال يجب على الوكيل أن يبادر إلى إخطار الموكل بالخروج في أقرب وقت ممكن، إذا استحال على الوكيل المبادرة إلى إخطار بخروجه عن حدود الوكالة، وتقدير هذه الاستحالة متروك أيضا لسلطة القاضي.

ومهما تكن الحالة، فإن يمكن القول أن الوكيل يعتبر فضوليا في القدر الذي جازو فيه حدود الوكالة، فإذا أجاز الأصيل ما تم التجاوز فيه، نفذ وأصبح كأنه تم في حدود الوكالة، والتزم الوكيل والغير الذي تعامل معه الوكيل به¹، ووقف نفاذ تصرفات النائب الذي جاوز حدود نيابته فيما جاوز به الحدود ليست قاعدة مطلقة، بل ترد عليها بعض الاستثناءات التي تهدف إلى رعاية استقرار المعاملات وحماية حسنة النية، ذلك أن هناك حالات يتجاوز فيها النائب حدود النيابة ورغم ذلك تنفذ في حق الأصيل، ولا تتوقف على إجازته وأهم تلك الحالات:

1) التصرفات الصادرة عن النائب الذي تجاوز حدود نيابته فيما هو أكثر نفعا للأصيل

2) إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء الوكالة" وهذا ما نصت عليه المادة 76 من التقنين المدني الجزائري".

وأساس تقرير هذا الاستثناء هو حماية الغير حسن النية وضمان استقرار المعاملات، وتسمى هذه الحالة في لغة الفقهاء والقضاء بنظرية الوكالة الظاهرة، وهذه النظرية لا تحد مجالها في صور النيابة لا في النيابة الاتفاقية أي الوكالة، إذ في النيابة القانونية والقضائية، حيث يحدد القانون سلطات النائب تحول قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون دون التمسك بالنظرية. وفي غير هذه الاستثناءات فإن التصرف الذي يقوم به الوكيل خارج الحدود المرسومة له لا يعد قابلا للإبطال، وإذ لم يرد بشأنه نص خاص، ولأنه لا بطلان إلا بنص كما تقتضي بذلك القاعدة الفقهية فقد رأى بعض الفقه انه يجب اعتباره موقوفا حيث لا مانع من قول بالوقف وذلك لوضع حكم لتصرف الوكيل خارج الوكالة، وهذا طبقا للمادة الأولى من التقنين المدني الجزائري التي تقتضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي².

¹ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 277.

² محمد سعيد جعفرور وفاطمة أسعد، مرجع سابق، ص 78، عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 278.

الفرع الثالث:

التصرف في محل تعلق به حق الغير.

الأصل أن الإنسان حر في التصرف في ملكه، على أن هذه الحرية قد يحدّها ما ينقرر للغير من حقوق على شيء محل التصرف ، فإذا ترتب للغير حقوق على محل التصرف انعدمت الولاية على المحال التي تعتبر شرط لنفاذ التصرفات ، تتعدد صور تعلق حقوق الغير بمحل التصرف، ولعل أهم هذه الصور بيع العين المرهونة والمستأجرة، وتصرف الشريك في حصته الشائعة، وتصرف المريض مرض الموت والوصية ونعالج كل صورة منها بإيجاز فيما يلي:

أولاً: بيع العين المرهونة: تقتضي طبيعة الرهن كتأمين عيني ألا يتصرف المدين الراهن في العين المرهونة تصرفاً يضر بمصلحة الدائن المرتهن ، ولأن الرهن لا يخرج الشيء المرهون من ملك الراهن فقد يحدث أن يقوم المدين الراهن ببيع العين المرهونة مما يعرض مصلحة الدائن المرتهن إلى الخطر. وقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم هذا البيع، فذهب بعضهم إلى انه بيع باطل وإلى هذا جنح الشافعية وبعض الحنابلة¹. غير أن الأمر الراجح اعتبره عقداً موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنفية وذلك لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال مملوك له ومقدور التسليم من غير ضرر، فلا ينفذ لتعلق حق المرتهن به²، وقد نصت المادة 894 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن يتصرف أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن" كما أن الإيجار الصادر من الراهن لا يسري في حق الدائن المرتهن تطبيقه للمادة 896 مدني جزائري ، كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 899 من التقنين المدني الجزائري على انه: " في جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف، أو جعله غير كاف للضمان، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر" غير أنه ووفقاً للقواعد العامة فإن مالك العين المرهونة يستطيع أن يتصرف في ملكه دون إذن من الدائن المرتهن وينفذ تصرفه في مواجهة الدائن، لذلك فقد أعطى المشرع الدائن إضافة إلى الوسائل المنصوص عليها في المادة 899، وسيلة أخرى أكثر حماية هي حق التتبع المنصوص عليه في المادة 882 من التقنين المدني الجزائري غير أن هذا لا ينفى القول بأن الأخذ بنظام الوقف يقدم حماية أكثر وضمانات أقوى للدائن المرتهن فإن أجاز البيع نفذ في حقه، وإن لم يرض به فإنه لا يفقد حتى يستوفي حقه.

¹ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع نفسه ، ص 364.

² عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 62، 63.

ثانيا: بيع العين المستأجرة: يرى فقهاء المذهب الحنفي أن بيع العين المستأجرة، كبيع المرهون، ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة المستأجر وذلك لتعلق حقه به، فإن أجاز البيع نفذ وانفسخت الإجازة، ووجب بالتالي على المستأجر تسليم العين إلى المشتري، ويحق له حبسها حتى يسترد ما عجله من أجرة، وإذا لم يجز المستأجر البيع، فإنه يتوقف في حقه إلى انقضاء الإجازة، ومن جانب آخر يثبت للمشتري خيار الفسخ إذا لم يكن وقت الشراء يعلم أن العين المباعة يتعلق بها حق المستأجر، وتقرير هذا الفسخ هو عيب يحق للمشتري استعمال خيار الفسخ بسببه¹. فالبيع بذلك وقع على غير المعقود عليه في الإجازة، كما انه لا ضرر يلحق المستأجر من بيع العين، لأن المشتري لا يستلمها إلا عند انقضاء المدة². وفي فقه القانون المدني وتشريعه فإن الإيجار، وهو حق شخصي محله التمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة، وتنفيذ هذا الالتزام لا يؤدي إلى نزع الملكية عن المؤجر ولا تقييد حق التصرف فيها، فمن حق المؤجر أن يبيع العين المؤجرة سواء إلى المستأجر أو إلى غيره، فإذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى الغير بالبيع فإن ذلك لن يؤثر في عقد الإيجار من منطلقين:

فتطبيقا للمبدأ العام الذي تضمنته المادة 109 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "إذا انشأ 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 إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"، وغني عن البيان أن هذا النص في القواعد العامة يطبق على الإيجار في حال بيع العين المؤجرة، ذلك أن الإيجار يخول المستأجر حقا شخصيا ينتقل إلى المالك الجديد ويسري في حقه. كما تضمن التقنين المدني الجزائري نصا آخر في هذا المجال وهو نص المادة 469 مكرر 3، إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية.

ويتضح من النص أن المشرع الجزائري قد خول للمستأجر أن يحتج بحق الإيجار على العين المؤجرة محل البيع تجاه المشتري، إذا كان للإيجار تاريخ ثابت وسابق التصرف الذي نقل الملكية، وعليه نخلص إلى انه من حق المؤجر بيع العين المؤجرة، وينعقد بيعه صحيحا نافذا، ويبقى حق المستأجر أيضا نافذا في مواجهة من انتقلت إليه الملكية الذي يجب عليه أن يحترم عقد الإيجار، ويستمر في تنفيذ التزامات المؤجر³.

ثالثا: تصرف الشريك في حصته الشائعة للبيع: يرى جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة أن بيع الشريك لحصته الشائعة يصح مطلقا، أي سواء كان الشيوع يقبل القسمة أم لا وسواء تم البيع إلى شريكه أو

¹ عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 63، 64.

² عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 372.

³ انظر في هذا الرأي: عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 375.

إلى غير شريكه، وسواء كان الشيوخ قد تم بالخلط أو الاختلاط، وأساس ذلك هو أن بيع الشريك إذا كان في حدود حصته الشائعة فإنه يكون تصرفا في خالص حقه ولا يمنع الإنسان من تصرف في حقه. وخالف في ذلك الحنفية حينما فرقوا بين ما إذا كانت حالة الشيوخ قد تمت بالخلط و الاختلاط أو غيرهما، فإذا كانت الشركة بغير الخلط أو الاختلاط فإن لكل شريك الحق في أن يتصرف في حصته كيفما يشاء بدون إذن شريكه، وذلك كما في حالة الميراث والهبة، وذلك انه في حالة الخلط أو الاختلاط يعتبر المال الشائع مملوك لجميع الشركاء وليس للشريك فيتوقف على إجازته¹، ومهما يكن الأمر فإن حجة الحنفية وجمهور الفقهاء في القول بالوقف هو الإسناد إلى حديث النبي صل الله عليه وسلم إذ يقول: « من كان له شريك في نخل أو أربعة فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذه، وإن كره تركه».

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن بيع الشريك حصته الشائعة المختلطة بحصة شريكه ينعقد موقوفا على إجازة هذا الشريك منعا للضرر الذي قد يلحق به²، وعرفت المادة 713 من التقنين المدني الجزائري حالة الشيوخ بما يلي:

"إذا ملك أثناء أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوخ وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك".

والشريك في الشيوخ إذا تصرف في كل المال الشائع فإن القواعد العامة في بيع ملك الغير كفيلة ببيان حكم تصرفه، أما إذا تصرف في حصته غير المفترزة فإن الفقرة الأولى من المادة 714 ضمن القانون المدني الجزائري قد نصت على: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وإن يستولي على ثمارها وإن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

رابعا: بيع المريض مرض الموت³: المريض مرض الموت شخص عاقل رشيد يتمتع بأهلية الوجوب والأداء لذا فإنه بحسب هذا الأصل أهل للتعاقد شرعا وقانونا ولهذا فإن القانون المدني وفقهاء الشريعة الإسلامية لم يحدا من تصرفاته لانعدام الأهلية فيه أو نقصها ولأن الموت سبب للخلافة العامة، فإن المرض المؤدي إلى الموت هو سبب لتعلق حق الورثة والدائنين بمحل التصرف، وبذلك فإن ولاية المريض على محل التصرف تكون مختلفة ، وإن المشرع الجزائري نص عليه في القانون المدني فقد نصت المادة 408 على ما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره بقية الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 376.

² عبد الرزاق حسن فرج، نفس المرجع، ص 370.

³ عجالي بخالد، مرجع سابق، ص ص 69، 70، 71.

نرى أن الصياغة العربية لنص المادة 408 لا تتطابق مع صياغتها الفرنسية من حيث شروط البيع وجزاؤه. فمع شروطه جاء في الترجمة الفرنسية انه يشترطان يتم البيع في حالة امتداد المرض Dans la période aigue وهذا الشرط لم يرد في النص العربي، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يورده، وإنما ذهبوا إلى انه يجب أن يصدر التصرف خلال مرض الموت لانطباق الحكم عليه، وإذا كانوا قد اختلفوا في المدة التي يعتبر التصرف خلالها صادرا في مرض الموت، فبعضهم حددها بنسبة، وبعضهم الآخر لم يشترط أية مدة¹. أما من حيث أساس الجزاء، فترى انه بينما جاء في النص العربي لهذه المادة "يعتبر التصرف غير مصادق عليه، ومن اجل ذلك يكون قابلا للإبطال" فان النص الفرنسي يقول: "يفترض انه تم بدون رضاء صحيح" "Est présumée avoir été faits sens consentement valable"

وإذا كان النص العربي جعل أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه فما معنى المصادقة ومن يملكها؟ كما أن مصطلح المصادقة مصطلح لا يعرفه القانون المدني، وهذا في حين جعل النص الفرنسي أساس القابلية للإبطال الانعقاد بدون رضاء صحيح، فما الذي شاب الرضا حتى أصبح غير صحيح إذا كانت عيوب الإرادة معروفة في القواعد العامة بالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال؟ يضاف إليها نقص الأهلية الذي يجعل هو الآخر العقد قابلا للإبطال لم يقل احد من فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي مصدر حكم هذه التصرفات أنها مشوبة بعيب في الإرادة²، فهل يمكن أن يكون المشرع الجزائري قد اخذ بإزدواج حكم بيع المريض مرض الموت؟ فان كان لو ارث فانه لا يسري في حق الورثة مما يعني انه موقوف على إجازتهم، أما إذا كان لغير وارث فانه يكون قابلا للإبطال.

خامسا: الوصية³: رغم أن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة، فإننا آثرنا دراستها مع أسباب وقف العقد ذلك لأن الموصي ليس له ولاية كاملة على محل الوصية، مما يجعلها موقوفة النفاذ على إجازة الورثة كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون مصطلح العقد على الوصية. ورغم أن الموصي يتصرف في ملكه الخالص وبأهلية كاملة، ورغم أن النصوص القرآنية لم تحدد مقدارها فإن السنة النبوية قد حددتها بمقدار معين⁴.

¹ راجع في ذلك: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص ص 128، 129.

² راجع في ذلك: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 130.

³ في تفصيل موضوع الوصية، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 02، الميراث والوصية ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1995.

⁴ راجع في ذلك عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 343، وصالح الدين محمد شوشاري، مرجع سابق، ص 114.

وقد شرع الإسلام الوصية و وضع لها ضوابط تسير عليها ونصابا لا يجب أن تخرج عنه، وهي قد تكون لأحد الورثة وقد تكون لأجنبي. فما حكم كل منها في فقه الشريعة الإسلامية والقانون المدني؟ وقد اختلفت الآراء الفقهية في الوصية إذا زادت عن ثلث التركة، وانقسمت بهذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات:

فقد ذهب الشافعية والحنابلة والمالكية في رواية عندهم إلى أن الوصية لأجنبي باطلة فيما زاد عن ثلث التركة، واستدلوا في ذلك بالحديث المروي عن سعد ابن أبي وقاص: "إذا أجاز الورثة ما زاد عن الثلث كان ذلك تبرعا منهم وليس إجازة"¹.

وذهب اتجاه آخر إلى انه للمريض أن يتصرف في ماله كيف يشاء، فان أوصى بأكثر من ثلث التركة كانت وصيته نافذة.

ويرى اتجاه ثالث أن الوصية لأجنبي فيما زاد عن ثلث التركة تقع صحيحة موقوفة على إقرار الورثة، وقال بهذا الرأي المالكية والحنابلة في رواية عنهما، والشافعية إشتراط وجود الوارث ومال الحنفية لهذا الرأي أيضا². والواقع أن القول بوقف الوصية لأجنبي فيما زاد عن ثلث التركة هو في نظر عجالي بخالد القول الأقرب إلى الصواب ذلك أن التصرف من أهله في محله والأخذ بفكرة الوقف إلى حيث الإجازة يهدف إلى حماية حق الورثة في التركة وأعيانها، كما انه وعلى عكس القول بالبطلان الذي يشكل قيда على حرية الموصي في التصرف فيما يملك. بقي أن نشير إلى انه إذا اقر بعض الورثة الوصية الزائدة عن الثلث وردها البعض الآخر تنفذ في حصة المقر فقط، كما أن المشرع الجزائري قد اخذ في نص المادة 185 من تقنين الأسرة بالرأي القائل بالوقف، إذ جاء فيه: "تكون الوصية في حدود الثلث وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة".

المطلب الثاني:

وقف العقد لانعدام الولاية على نوع التصرف

لا يكفي في المتعاقد أن يكون ذا ولاية على محل التصرف الذي يباشره، حتى يرتب العقد آثاره المقصودة، بل يجب أن يكون ذا ولاية على نوع التصرف أيضا، والولاية على نوع التصرف تقتضي توافر الأهلية اللازمة في المتعاقد وخلو هذه الأهلية من عوارضها المعدمة أو المنقصة لها وسلامة إرادته من العيوب³.

¹ جاء في الآية 179 من سورة البقرة: « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف » وجاء في الآية 11 من سورة النساء « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وعن سعد بن أبي وقاص قال: "مرضت مرضا أشفيت منه، فأتاني رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله: إن لي مالا كثيرا، وليس يرثني إلا ابنتي، فأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا قلت: فالشطر؟ قال: لا قلت: فالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، انك إن تركت ورثتك أغنياء خير من أن تدعمهم عائلة يتكفون الناس".

² عجالي بخالد، مرجع سابق، ص ص 72، 73.

³ عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 76.

الفرع الأول:

تصرفات الصبي المميز

سننتظر في هذا الفرع إلى احكام و تصرفات الصبي المميز بصفة عامة

أولاً: حكم تصرفات الصبي المميز المالية:

أ. حكم تصرفات الصبي المميز المالية في القانون:

لبيان حكم هذه التصرفات ينبغي الوقوف على ما يقضي به كل من التقنين المدني وتقنين الأسرة في هذا المجال، وهذا كما يلي: ان التقنين المدني الجزائري لم يأخذ بفكرة تقسيم تصرفات الصبي المميز إلى الأقسام الثلاثة كما انه لم يبين حكم هذه التصرفات بل انه فيما يبدو ترك مهمة بيان هذا الحكم إلى ما سماه "مدونة الأحوال الشخصية" أو "تقنين الأسرة"، و بموجب نص المادة 79 من القانون المدني تقضي بما يلي: "تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية قواعد الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية". ومع ذلك فانه يستفاد من نصوص التقنين المدني ما من شأنه اعتبار نقص الأهلية سببا من أسباب قابلية العقد للإبطال يقوم إلى جانب الأسباب الأخرى، وهذا ما يتضح من مفهوم نص الفقرة الثانية من المادة 101 من هذا التقنين التي تقتضي بان الحق في طلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية يسقط بمضي عشر سنوات من يوم زوال نقص الأهلية، دون أن يبين أي عقد يمكن فيه ذلك وان كان مما لا ريب فيه أن المقصود به هو ذلك العقد الذي ينصب عن تصرف دائر بين النفع والضرر.

ب. حكم تصرفات الصبي المميز في تقنين الأسرة: سلك المشرع الجزائري في تقنين الأسرة مسلكا مغايرا لما سلكه في التقنين المدني إذ نص في المادة 83 من التقنين على ما يلي: "من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر¹"

فمن نص هذه المادة يمكننا استخلاص أمرين هما:

الأمر الأول: لقد اعتنق المشرع الجزائري في تقنين الأسرة _ على خلاف التقنين المدني _ فكرة الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات القانونية إلى تصرفات نافعة نفعاً محضاً وتصرفات ضارة ضرراً محضاً وتصرفات مترددة بين النفع والضرر.

الأمر الثاني: لقد خالف تقنين الأسرة تقنيننا المدني بصدد التصرف الدائر بين النفع والضرر فلم يعتبر نقص الأهلية سببا موجبا لقابلية العقد للإبطال بل جعله سببا موجبا لوقفه.

¹ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص 16، 17، 18.

ثانيا : حكم كل قسم من أقسام التصرفات المالية : وسنتولى الآن بيان حكم كل قسم من أقسام التصرفات المالية الثلاثة:

1- حكم التصرفات النافعة نفعا محضا: قلنا فيما سبق أن التصرفات النافعة نفعا محضا هي تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملك الصبي المميز من غير مقابل، وهذه التصرفات تتعدّد صحيحة ذلك أن للصبي المميز أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بمباشرة هذا النوع من التصرفات وهي ما يسمى بأهلية الاغتناء، ولما كان هذا النوع من التصرفات نافعا نفعا محضا لا ضرر فيه، كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة إلى الصبي المميز دون حاجة إلى إجازة ولي أو وصي، لان الرفض منها لا يصلح وهو ضرر به، فلا مصلحة لأي منهما في إبطالها ما دامت من قبيل النفع المحض للصغير، بل يكون شأن هذه التصرفات كشأن التصرف الصادر¹ من بالغ راشد، ولان في الحكم بمصلحة تصرف الصبي المميز النافع نفعا محضا من غير اعتماد على احد، ويدرك المنافع والأرباح والخسائر، ويهتدي إلى أبواب المعاملة المالية من غير أن يلحق ماله نقص.

وعلى اعتبار هذا النوع من التصرفات صحيحا قضت المادة 83 من قانون الأسرة بما يلي: "من بلغ سن التمييز ... تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له"، ويفهم من عبارة هذا النص أن التصرفات النافعة نفعا محضا التي يباشرها الصبي المميز تتعدّد صحيحة نافذة بمعنى أنها ترتب آثارها المقصودة منها دون توقف على إجازة احد ونرى، في هذا الصدد أن مصطلح "نافذة" الذي استعمله المشرع الجزائري في الصياغة العربية لهذه المادة أكثر دلالة من اصطلاح "Valides" بمعنى "صحيحة" الذي استعمله في الصياغة الفرنسية لها لان لفظ Valides يحتمل أن يكون التصرف صحيحا نافذا في ذات الوقت ويحتمل أن يكون صحيحا موقوفا بمعنى تعليق ترتيب آثاره إلى حين ورود الإجازة عليه كما سنرى بعد حين عند عرضنا لحكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

2- حكم التصرفات الضارة ضررا محضا: بينا في ما تقدم أن التصرفات الضارة ضررا محضا هي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الصبي لمميز من غير مقابل، بحيث لا يكون فيها أي نفع مالي له كالتبرعات بجميع أنواعها، إن هذا النوع من التصرفات لا يملك الصبي المميز مباشرته لأنه يضر به وعبارته إنما تصاغ فيما فيه مصلحة له، فإذا قام بشيء من ذلك لا يصح ولا ينفذ، نظرا لما فيه من ضرر محض دون أن يجلب له أية منفعة، بل يقع باطلا ولا ينفذ حتى ولو أجازاه وليه أو وصيه، لان ما صدر باطلا لا ينقلب صحيحا، ولان الولي أو الوصي لا يصح منه هذا النوع من التصرفات التي يترتب

¹ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص ص 20، 21، 22.

عليها إخراج شيء من مال الصغير بدون مقابل إذا باشره بنفسه ابتداء، فإذا لم يملك الولي أو الوصي ذلك ابتداء فأولى ألا تصح منه الإجازة انتهاء، ذلك أن تصرفات كل من الولي والوصي مقيدة بما لا يكون فيه ضرر للصبي المميز، أي أن الولاية أو الوصاية مشروطة دائما بالنظر والمصلحة، وليس من النظر أو المصلحة إخراج شيء من مال الصبي المميز بدون مقابل¹.

هذا وإذا كان كل من الولي والوصي لا يملك الإذن للصبي المميز لمباشرة مثل هذه التصرفات كما لا يملك إجازتها بعد صدورها، فإن الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد لا يملك حق إجازتها لأنها وقعت باطلة منذ صدورها، والإجازة لا تقلبها صحيحة، ذلك أن العقد الباطل لا يزول بالإجازة لأنه لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع²، وقد نصت المادة 83 من تقنين الأسرة على بطلان تصرفات الصبي المميز الضارة به ضررا محضا إذا قضت بما يأتي: "من بلغ سن التمييز ... تكون تصرفاته ... باطلة إذا كانت ضارة به ..."، كما نصت المادة 30 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف على بطلان وقف الصبي وهو تصرف ضار ضررا محضا، إذا قضت ما يلي: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي". ويفهم من مضمون هذا النص أن الوقف لكي يكون صحيحا يجب أن يصدر من شخص كامل الأهلية متمتع بقواه العقلية، وهذا هو المعنى الذي يستفاد منه أيضا من نص المادة 215 من تقنين الأسرة التي يشترط في الوقف أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه، وذلك مع ملاحظة وقوع المشتري في خطأ في الإحالة، إذا كان ينبغي الإحالة في هذه المادة إلى نص المادة 203 لا 204.

3- حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر هي تلك التصرفات التي تحتل أن تكون نافعة للصبي المميز، وتحتل أن تكون ضارة به، وذلك كالبيع والشراء وغيرهما من عقود المعاوضات المالية المحتملة للربح والخسارة، وقد نصت المادة 83 من تقنين الأسرة بصدد حكم هذا النوع من التصرفات على ما يلي: "... من بلغ سن التمييز ... تتوقف تصرفاته على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر"³. ويتضح أن المشرع الجزائري اخذ بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، وهو العقد الصحيح الذي يتوقف نفاذه على الإجازة، ولم يسلك النهج الذي سار عليه بموجب القانون المدني⁴ المستمد من تقنين نابليون ومن بعده التقنين المدني المصري فقد نص في التقنين المدني

¹ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص 22، 23.

² تقضي المادة 102 من التقنين المدني بما يلي: "لا يزول البطلان بالإجازة".

³ وهو ما يطابق نص المادة 97 من مدني عراقي والمادة 171 مدني أردني والمادة 156 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁴ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص 23، 24، 25.

بان العقد إما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإما أن يكون صحيحا نهائيا إذا لم يشبه أي عيب وإذا كان قد اعتراه احد عيوب الإرادة أو كان صادرا من ناقص الأهلية، فان صحته تكون مهددة بطلب إبطاله ممن خوله المشرع حقا في الإبطال، وما لم يطلب الإبطال في حينه فان العقد يظل صحيحا نهائيا، وهذا ما يتجلى من نصي المادتين 100 و 101 من التقنين المدني، بينما قضى مشرعنا في المادة 83 من تقنين الأسرة بان العقد إما أن يكون باطلا أو أن يكون صحيحا نافذا أو صحيحا غير موقوفا أي غير نافذ.

ثالثا: اختلاف أحكام تقنين الأسرة عن أحكام التقنين المدني في شأن التصرف الدائر بين النفع والضرر¹:

إن أحكام تقنين الأسرة تختلف عن أحكام التقنين المدني الذي لا يأخذ بفكرة وقف تصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر التي يأخذها تقنين الأسرة، وبهذا فان تصرف قانون الأسرة مع العقد الموقوف يختلف عن العقد القابل للإبطال من حيث حكم كل منها فهما ليسا صنوي بل هما ضدان فالواحد منهما صورة عكسية تماما للثاني ويظهر وجه التضاد أو الاختلاف بينها خاصة في أن العقد الموقوف وإن كان منعقدا، فهو لا ينتج آثاره قبل أن يجاز من ذي الشأن في الإجازة أما العقد القابل للإبطال فهو عقد منتج لكل آثاره حتى قبل إجازته، فان هو أجزى فلن تزيده الإجازة صحة، بل أنها تزيل عنه خطر الإبطال الذي كان محققا به فقط.

ويرى محمد سعيد جعفرور انه يحسن بمشرعنا أن يعمل على توحيد جزاء التصرف الدائر بين النفع والضرر وذلك بان يسلك احد المسلكين الآتين:

1- فإما أن يأخذ بأحكام التقنين المدني التي يفهم منها أنها تعتبر هذا التصرف صحيحا نافذا أي منتجا لآثاره إلى حين تقرير إبطاله، وحينئذ يجب تعديل نص المادة 83 من تقنين الأسرة حتى يصبح منسقا ومنسجما مع نصوص التقنين المدني التي تنظم قابلية العقد للإبطال.

2 - وإما أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف المنصوص عليها في المادة 83 من تقنين الأسرة، فلا يكون هناك محل طلب الإبطال ولا لسقوط حق فيه الذي تقضي به المواد من 99 إلى 101 من التقنين المدني²، ويا حبذا لو اخذ مشرعنا بهذا المسلك الثاني الذي يسلكه الفقه الإسلامي الراجح، فإذا ارتأى مشرعنا تفضيل فكرة وقف العقد على قابليته للإبطال، فإننا نلفت نظره إلى ضرورة تعديل صياغة نص المادة 83 من قانون الأسرة وهذا لعدة اعتبارات هي:

¹ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص ص 26، 27، 28.

² انظر في الرأي أستاذ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1992، ص ص

أ- إن المشرع الجزائري جعل حكم التصرف الدائر بين النفع والضرر، بموجب النص المذكور الوقف على إجازة الولي أو الوصي فقط، وبذلك اغفل ذكر إجازة الصبي المميز نفسه بعد أن يصبح راشداً، وذلك مع الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي الذي نقل عنه مشرعنا فكرة نص المادة 83 تلك يخول الصبي بعد بلوغه سن الرشد حق إجازة تصرفه الدائر بين والنفع والضرر الذي يباشره في حالة نقص أهليته إن لم يسبق لممثله الشرعي أن رده¹.

ب- لم يحدد النص المدة التي يستطيع فيها الولي أو الوصي إجازة تصرف الصبي المتردد بين النفع والضرر أو رده، ومنه يفهم أن شرط صحة الإجازة أو الرد هو أن يصدر كل منهما قبل بلوغ القاصر سن الرشد دون تقييد الولي أو الوصي بأية مدة بعد صدور التصرف من القاصر وقبل بلوغ هذا الأخير سن الرشد².

ج- لم يفصل النص في مصير تصرف الصبي المميز بعد بلوغه رشده إن لم يسبق لوليه أو وصيه أن بت فيه بالإجازة أو بالرد، ما دام هذا النص لم يخول الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد حقاً في الإجازة أو الإبطال، فهل معنى ذلك أن التصرف يبقى موقوفاً غير نافذ مهما طالّت المدة؟ إذ ليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر العقد مجازاً أو غير مجاز.

د- رب قائل يقول أن نص المادة 83 من تقنين الأسرة لم يعط القاصر بعد بلوغه سن الرشد الحق في الإجازة أو الإبطال، ولم يحدد مدة لإعمال هذا الحق في خلالها، لأنه سبق تحويل هذا الحق للقاصر وتحديد مدة إعمال هذا الحق بموجب المواد من 99 إلى 101 من التقنين المدني، غير انه يرد على ذلك خاصة بان المادة 101 من التقنين المدني جعلت المدة التي يستطيع فيها الصبي بعد اكتمال أهليته ممارسة حقه في طلب الإبطال أو الإجازة طويلة جداً، وهي عشر سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد، وهذا لا يخدم استقرار التعامل لذا نرى ضرورة تقصير هذه المدة وتقييد حق الصبي بعد بلوغه سن الرشد في الخيار بين إجازة تصرفه أو رفضه بمدة معقولة ولتكن هذه المدة سنة واحدة مثلاً، سواء بالنسبة إلى الولي أو الموصي أو بالنسبة إلى القاصر نفسه وقد اكتملت أهليته على أن تبدأ مدة السنة بالنسبة إلى القاصر من يوم زوال نقص أهليته، وبالنسبة إلى الولي أو الوصي من يوم علمه بصدور التصرف من القاصر³.

وتتمثل الحكم من المناداة بتقصير المدة التي ينبغي من خلالها استعمال خيار الإجازة أو الرفض في أن التصرف الدائر بين النفع والضرر موقوف لا نافذ، وإذا كان المشرع الجزائري قد اخذ في تقنين الأسرة

¹ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص ص 28، 30.

² محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع نفسه، ص 30.

³ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع نفسه، ص ص 30، 32.

بالتقسيم الثلاثي لتصرفات الصبي المميز بموجب المادة 83 منه، فانه يكون بذلك قد اعتنق بشكل صريح الرأي الراجح في الفقه الإسلامي القائل بوقف تصرفات الصبي المميز فيما إذا تراوحت بين النفع والضرر، إذ جاء في المادة 83 "وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع أو الضرر" وهذا مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد جعل التصرف الدائر بين النفع والضرر يأخذ حكما مزدوجا فبموجب المادة 101 من التقنين المدني الجزائري يعتبر هذا التصرف قابلا للإبطال، في حين انه بمقتضى نص المادة 83 من تقنين الأسرة يكون التصرف موقوف النفاذ على "إجازة" الولي أو الوصي وإذا كان التصرف الدائر بين النفع والضرر الذي يجريه الصبي المميز قابلا للإبطال في ظل التقنين المدني بموجب المادة 101 منه وموقوف على إجازة الولي أو الوصي بمقتضى المادة 83 من تقنين الأسرة، فهذا يدعو إلى التساؤل عن أي النصيين يجب تطبيقه على هذا النوع من التصرفات¹، وإجابة عن هذا السؤال نقول: أن المشرع الجزائري بإصداره تقنين الأسرة متضمنا نصوص المواد من 81 إلى 86 من تقنين الأسرة والمادة 101 من التقنين المدني، وبهذا نجد أنفسنا أمام تعارض بين نصين قانونيين يستحيل الجمع بين الحكمين الواردين في كل منهما، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ علي علي سليمان انه لا يمكن القول ان القانون المدني قانون عام وقانون الأسرة قانون خاص بالأحوال الشخصية وبالتالي فلا يمكن إعمال القاعدة المعروفة التي تقضي بان الخاص يقيد العام ويلغيه لان أحكام تقنين الأسرة لا تعد أن تكون جزء مكملًا للتقنين المدني، كما لا يمكن القول بان التقنين المدني سابق وتقنين الأسرة لاحق إعمالا للقاعدة الفقهية التي تقضي بان اللاحق ينسخ السابق لنفس الاعتبار².

غير أن الأستاذ علي علي سليمان بعد أن أورد جملة من التناقضات بين نصوص التقنين المدني نصوص تقنين الأسرة لم يقترح أي حل لهذا التعارض.

الفرع الثاني:

تصرفات السفه وذو الغفلة

نصب اهتمامنا في هذا الفرع حالة السفه وذو الغفلة والمقصود منهما حتى نتمكن من تعريف كل منهما ونصل إلى أن كليهما يعتبران ناقصي الأهلية³.

أولا المقصود بالسفه والغفلة: السفه في اصطلاح الفقهاء هو تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والحكمة حيث نصل إلى أن السفه هو من ينفق ماله من غير رؤية في العواقب محمودة كانت أو غير

¹ راجع في ذلك: محمد سعيد جعفرور، فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر، مرجع سابق، ص 167.

² راجع في ذلك، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 263.

³ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقصي الأهلية، مرجع سابق، ص 32، 33.

محمودة، لان من عادته التبذير والإسراف في النفقة والتصرف لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء غرضا صحيحا، وإذا كان السفه كما تقدم يتمثل في تبذير المال وإتلافه، فهو لا يخل بمناط أهلية الأداء لدى السفهيه وهو العقل، بل يمس تدبيره فالسفيه كامل العقل، ولكنه مغلوب بهواه، سيء لتدبيره، لذا يمنع من التصرف في ماله صيانة له وخشية عليه من الضياع في إنفاقه بغير وجه صحيح.

و ان الغفلة في الاصطلاح الفقهي هي عدم الاهتداء إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة وسلامة القلب وفي ختام تعريفنا للسفه و وقفنا على معنى الغفلة ، يتبين أن السفه والغفلة بوجه عام "يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع، أما الغفلة فإنها تعتبر من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير .

وإذا بلغ الشخص سن الرشد سفيها أو ذا غفلة يحجر عليه ويتوقف الحجر على القاضي، طبقا لما يفهم من النصوص القانونية صراحة تارة، وضمنيا تارة أخرى، فذلك ما يشعر به أولا بمفهوم المخالفة لنص المادة 40 من التقنين المدني الذي يقضي بان "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ...". وذلك أيضا هو ما يتضح جليا من نصي المادتين 101 و 103 من تقنين الأسرة اللتين تقضيان على التوالي بما يلي¹:

المادة 101 "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

المادة 103 "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات الحجر"² ويلاحظ أن الحجر لا يسري في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفق المبادئ العامة في القانون، ولا يستطيع الغير أن يحتج بعدم علمه بالحجر متى كان هذا القرار مسجلا، وهذا ما يشعر به نص المادة 106 من تقنين الأسرة الذي يقضي بان "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"³ والحكمة من نشر حكم القاضي بالحجر تكمن في تمكين الغير من العلم به لمنع الادعاء مستقبلا بالجهل

¹ محمد سعيد جعفرور، فاطمة أسعد، مرجع سابق، ص ص 24، 26.

² تنص المادة 113 من التقنين المدني المصري على ما يأتي: "المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون"، ونشير هنا إلى انه يتضح خاصة من المادة 103 من تقنين الأسرة أن موقف المشرع الجزائري مستعد من رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم الشافعي ومالك وكذا أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية القائل بضرورة أن يكون الحجر بناء على حكم من القضاء

³ تجري الصياغة الفرنسية لنص المادة 106 هذه كالآتي:

« je jugement d'interdiction est susceptible de toutes voies de recours et doit être rendu public»

عديما الأهلية ولو كان النص متعلقا بالسفيه وحده لقلنا أن المشرع سلك نهج الفقه الإسلامي واخذ بنظرية وفق تصرفاته، وهو ما لم يحدث، مما يعني أن النص الفرنسي لهذه المادة هو الأصح أي البطلان.

أما بالنسبة إلى ذي الغفلة فقد اغفل تقنين الأسرة أن يذكر ذا الغفلة إلى جانب السفيه مع أن كل المذاهب الفقهية والقوانين المدنية قد سوت بينهما في الحكم وبذل أن يذكر المشرع الجزائري ذا الغفلة في نص المادة 43 ذكر المعنوه مع أن هذا الأخير عديم الأهلية وليس ناقصها¹، كما أن المشرع في الصياغة الفرنسية للنص المذكور سمى ذا الغفلة خطأ "frappé d'imbécillité" بدل أن يسميه "étourdi"²، ومهما يكن من أمر بشأن التناقض والأخطاء في النصوص فإن السفيه وذا الغفلة يعتبران كالصبي المميز في الحكم، أي ناقص الأهلية، لذا فإنه يجب الحجر عليهما عملا بمقتضى المادتين 40 من التقنيين و 101 من تقنين الأسرة³.

الفرع الثالث:

تصرفات معيب الإرادة⁴

ما دام الأصل في الالتزامات التعاقدية هو أن الإنسان لا يلتزم إلا بما ارتضاه وما انصرفت إرادته إليه كان لا بد لهذه الإرادة أن تكون سليمة من أي عيب. وعيوب الإرادة التي يعرفها الفقه الإسلامي قبل القانون المدني هي: الإكراه والتدليس والاستغلال أو الغبن

وقد جعل جمهور الفقهاء الشريعة الإسلامية جزاء عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والغبن هو عدم اللزوم، وخولوا للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب منها حق الخيار لفوات الوصف، أو لعدم سلامة إرادته⁵.

أما فقهاء المذهب المالكي فقد وحدوا الجزاء بالنسبة إلى كل عيوب الإرادة بما فيها الإكراه وجعله عدم لزوم العقد لمن وقع في أحدها⁶، وبصدد الإكراه اختلفت المذاهب في حكم تصرفات المكروه فمنهم من قال أنها فاسدة، ومنهم من قال أنها باطلة، ومنهم من نادى بوقفها ، ونعالج فيما يلي حكم تصرفات المكروه في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية، ثم نتطرق لأنواع وشروط الإكراه .

¹ جاء في المادة 42 من التقنين المدني "لا يكون أهلا" لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون ثم جاء في المادة 43 منه كل من بلغ سن التمييز وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية".

² عجالي بخالد، مرجع سابق، ص ص 89، 90.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 55، وضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري مرجع سابق ص 269

⁴ في تفصيل نظرية عيوب الإرادة ، راجع على الخصوص: محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة و النشر طبعة 2002 .

⁵ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 315.

⁶ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 34، هامش 62.

أولاً- حكم تصرفات المكره:

1- المقصود بالإكراه:¹ عرفه بعض الفقهاء بأنه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فيبتغي به رضاه. أو ما يفسد به اختياره، وعرفه آخرون بأنه حمل الإنسان غير على فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالوعيد والتهديد وإنزال الأذى إن لم يجب داعية. والإكراه منهي عنه في كثير من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: « لا إكراه في الدين »² وقوله جل شأنه: « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء »³.

2-أنواع الإكراه: وقد قسم فقهاء المذهب الحنفي الإكراه إلى تقسيماً ثنائياً استندوا فيه إلى شدة الإكراه ودرجة تأثيره فارتأوا أن الإكراه نوعان: ملجئ وغير ملجئ.

الإكراه الملجئ أو التام: وهو ما كان بالتهديد بالقتل أو بتر عضو، أو ضرب مبرح يخشى منه تلف النفس أو المال.

أما الإكراه غير الملجئ أو الناقص: فهو التهديد بالضرب الذي لا يخشى منه التلف أو بإتلاف بعض المال أو بالتشهير وهذا النوع يختلف باختلاف الأشخاص وأجناسهم وبيئتهم ودرجة تعليمهم. وتكمن التفرقة بين نوعي الإكراه في أن الإكراه بنوعيه معتبر في التصرفات القولية أي التصرفات الشرعية أو القانونية كما تسمى في لغة القانون المدني، سواء كانت عقوداً أم تصرفات بإرادة منفردة. أما التصرفات الفعلية وهي الوقائع القانونية فلا عبرة فيها إلا للإكراه الملجئ ولا اثر فيها للإكراه غير الملجئ⁴. ونظر لأن الأثر المترتب على الإكراه بالنسبة للتصرفات الشرعية واحد فإنه ليست هناك أهمية عملية للتمييز بين نوعي الإكراه.

ثانياً- شروط تحقق الإكراه: حتى يكون الإكراه بالمعنى الذي رأيناه فإنه لا بد من توافر عدة شروط أهمها:

1- أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به، فإن لم يكن قادراً على تنفيذ ما هدد به لعجز أو لتمكن المكره من الإفلات منه فلا يتحقق الإكراه.

2- أن يبعث الإكراه رهبة في نفس المتعاقد تحمله وتدفعه إلى التعاقد وتجعله خائفاً من المكره . ولا بد أن نشير في هذا المقام إلى أن معيار الإكراه بسبب هذا الشرط يكون معياراً شخصياً أي ذاتياً ينظر فيه إلى ظروف من وقع عليه الإكراه من جنس، وسن، وحالة اجتماعية، ونفسية، وصحية، وظروف زمانية ومكانية.

¹ في التعريف اللغوي للإكراه راجع محمد سعيد جعفر، نفس المرجع، ص 126

² الآية 256 من سورة البقرة .

³ الآية 37 من سورة النورة .

⁴ محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة، مرجع سابق، ص 145، هامش رقم 57.

3- أن تكون وسيلة الإكراه شديدة: فمن شروط تحقق الإكراه في الفقه الإسلامي أن تكون الوسيلة المتحملة فيه على درجة كبيرة من الشدة، بحيث يشق على النفس تحمله، ذلك أن الفقه الإسلامي يقرر شيئاً من التناسب بين الخطر الذي يقصده المكره والعمل الذي يجبر على القيام به بحيث لا يعتبر الإكراه متوافراً إلا إذا كان الأول اشد من الثاني¹. وعن وسيلة الإكراه المعتبر فانه يستوي أن تكون مادية أو أدبية، ما دامت ذات تأثير على الشخص.

4- أن يكون الإكراه غير مشروع: ويكون الإكراه غير مشروع إذا كان ما يقصد منه هو الوصول إلى تحقيق غرض غير مشروع، وذلك أن الإكراه إذا كان غرضه مشروعاً كالإكراه الدائن مدينه على الوفاء، وإكراه القاضي بيع المحكوم عليه لوفاء ما عليه للغرماء كان مباحاً².

5- أن يكون المهدد به عاجلاً: فلا يتحقق الإكراه إذا هدد شخص آخر بإيقاع ضرر في المستقبل إن لم يبيع داره، ذلك أن بالتأجيل يتمكن المكره من التخلص من المكره³.

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة، مرجع نفسه، ص 138.

² صلاح الدين محمد شوشاري، مرجع سابق، ص 59.

³ ويرى بعض الفقه أن هذا الشرط لا بد من توافره لتحقيق الإكراه راجع: محمد سعيد جعفرور، نفس المرجع، ص 142.

الفصل الثاني
دور الإجازة في
تصحيح العقد الموقوف

الفصل الثاني:

دور الإجازة في تصحيح العقد الموقوف

لم يعرف المشرع الجزائري الإجازة، وهذا على غرار نظيره الفرنسي والمصري وقد أحسن صنعا إذ لم يفعل ذلك، لأنه ليس من مهمة المشرع إيراد التعريفات ولا الخوض في التفاصيل بل أن وظيفته الحقيقية تكمن في وضع الخطوط العريضة والمبادئ العامة للأحكام القانونية، وترك أمر التفاصيل والتعريفات الى أصحابها من رجال الفقه والقضاء وقد تصدى فقهاء الغرب والعرب الى تعريف الإجازة تعريفات شتى لا يتسع المجال هنا لحصرها او الإحاطة بها جميعا، بحيث يرى بعض الفقهاء أن الإجازة تصحح العقد الذي تلحقه وذلك بتطهيره من العيب الذي كان يعتريه، ويشترك في هذه الفكرة جانب كبير من الفقه الفرنسي مع فئة من فقهاء القانون العرب، واستنادا الى هذه الفكرة فان تعريفات هؤلاء الفقهاء تدور حول كون الإجازة تصرفا قانونيا انفراديا يتم بمقتضاه النزول عن الحق في طلب ابطال العقد وتطهيره من العيب الذي كان يشوبه بحيث ينتج هذا العقد آثاره كما لو كان صحيحا منذ تاريخ إبرامه حيث عرفوها الفقيهين الكبيرين Aubry و Rau بأنهما تصرف قانوني بمقتضاه يزيل العيوب المشوب بها الاحترام والتي كان يمكنه المطالبة بالإبطال بسببها وبالتالي نتعرف على أن للإجازة عنصرين بأنها نزول طلب الإبطال وهي فوق ذلك تصحيح للعيب الذي إنتاب العقد والذي كان يؤدي إلى إبطاله وإضافة الى ذلك فان للإجازة خصائص تتمثل في أنها تصرف انفرادي اذ تتم بإرادة منفردة هي إرادة من شرع له حق طلب الإبطال وبأنها تصرف إسقاطي وذلك لأنها تؤدي إلى إخراج حق التمسك بالإبطال من ذمة المميز، فليس له بعد الإجازة ان يطالب بالإبطال لأنه إجازته أسقطت هذا الحق، والساقط لا يعود وكذلك ان الإجازة تصرف كاشف وذلك لان وظيفة الإجازة ليست إنشاء الآثار القانونية التي أنتجها العقد المجاز إذ أن تلك الآثار إنما ترتب بموجب عقد صحيح ، بل إن وظيفتها تنحصر فقط في تأييد هذه الآثار ومنع احتمال زوالها مستقبلا وذلك بزوال حق المميز في التمسك بالإبطال منذ تاريخ إبرام العقد لا من وقت صدور الإجازة فحسب¹. وبعد هذا وذلك سنحاول تحديد صاحب الحق في الإجازة في المبحث الأول وشروط صحة الإجازة و آثارها وهو ما سنعرضه في المبحث الثاني.

¹ محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 10، 47 وما يليها.

المبحث الأول:

تحديد صاحب الحق في الإجازة:

ترد الإجازة في الفقه الإسلامي على عدة عقود، منها العقد غير اللازم الذي اقترن بأحد الخيارات العقدية فأصبح غير لازم في حق من شرع الخيار لمصلحته، فله أن يجيزه أو يفسخه، كما ترد الإجازة على العقد المشوب بأحد عيوب الإرادة، وقد رأينا أن جزء عيوب الإرادة غير موحد في الفقه الإسلامي، وخلصنا إلى أن الإكراه يجعل العقد موقوفا في حق المتعاقد المكره، في حين تجعل عيوب الإرادة الأخرى العقد غير لازم في حق معيب الإرادة الذي ملك الإجازة أيضا، وسنحاول في هذا المبحث التطرق إلى تحديد المجيز في القانون المدني و الفقه الإسلامي وهذا ما نخصص له المطلب الأول أما المطلب الثاني فندرج فيه موت العاقد الذي له حق الإجازة في القانون والفقه الإسلامي والمطلب الأخير نخصصه لأثار الإجازة.

المطلب الأول:

تحديد المجيز في القانون المدني والفقه الإسلامي

نتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول نتطرق فيه للمجيز في القانون المدني والفرع الثاني المجيز في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول:

المجيز في القانون المدني

من تعريفنا السابق للإجازة، يتبين بوضوح من هو صاحب الحق فيها. فالإجازة تصرف قانوني انفرادي يترتب عليها إسقاط حق إبطال العقد، يملكها من شرع حق الإبطال لمصلحته لأنه هو صاحب الحق في التمسك بالإبطال، فهو الذي يملك النزول عنه، أما الطرف الآخر في العقد، فلا يثبت له هذا الحق إعمالا لمقتضى المادة 99 من التقنين المدني تنص على أنه: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، فالمجيز إذن في القانون المدني، هو من يثبت له الحق في التمسك بالإبطال. وعليه فإن ناقص الأهلية ومن كان رضاه مشوبا بأحد عيوب الإرادة¹. كلاهما يملك هذا الحق. فطالما أن الإجازة هي النزول عن الحق في طلب الإبطال، فانه لا ينزل عن هذا الحق إلا من يملكه. وهذا كله طبقا لحكم المادة 99 المذكورة منذ حين. لكن ما هو الوضع في تقنين الأسرة الجزائري الذي جاءت

¹ وشذ عن ذلك بيع ملك الغير (المواد من 397 الى 399 من التقنين المدني) فالمالك له الحق في إقراره وان لم يكن له الحق في الإبطال لأنه ليس طرفا في العقد، ولان هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري فإذا اقر المالك العقد، لم يعد هناك ما نع من انتقال الملكية وتقتضي علة البطلان فيزول (السنهوري، الوسيط في شؤح القانون المدني الجديد الجزء 01 نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث طبعة

بعض نصوصه متضمنة أحكام تصرفات ناقصي الأهلية وفاقيها؟

لقد تكلفت المادة 83 من تقنين الأسرة بالنص على أن تصرفات القاصر المميز " تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، انه يتبين من هذا النص أن تقنين الأسرة قد خالف التقنين المدني في حكم تصرفات القاصر المميز المترددة بين النفع والضرر إذا اعتنقت نظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي، ثم إننا نلاحظ على نص المادة 83 على ما يلي:

1- انه جعل حكم هذه التصرفات هو الوقوف على إجازة الولي أو الوصي. فالذي يجيزها هو الممثل الشرعي للصبي المميز، ولهذا فإن هذا النص قد أغفل ذكر إجازة الصبي المميز نفسه بعد أن يصبح راشداً إن لم يسبق لممثله الشرعي أن أقره أو أبطله¹ في فترة قصره².

2- إن الولي أو الوصي يقر بتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر ولا يجيزه لأنه أجنبي عن العقد، والأجنبي عن العقد يقر العقد، أما المتعاقد فيجيزه³. ولهذا ننتهي إلى أن المجيز في القانون المدني هو كل من خوله القانون حقا في التمسك بالإبطال، وطالما منحه القانون هذا الحق، فان له أن ينزل عنه ولا يملك هذا الحق في حالة عيوب الإرادة المعيب الإرادة نفسه، وفي حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، لا يملكه إلا الولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال رشده.

الفرع الثاني:

المجيز في الفقه الإسلامي⁴

يختلف شخص المجيز في الفقه الإسلامي بحسب اختلاف العقد الذي يمكن أن تلحقه الإجازة، ذلك أن الإجازة في هذا الفقه قد ترد على العقد الموقوف كما قد ترد على العقد المبرم من طرف العاقد المشوبة إرادته بأحد العيوب التي تعتري الإرادة فتجعله غير لازم بالنسبة إليه، وأخيرا فقد تلحق الإجازة العقد اللازم الذي اقترن بأحد الخيارات العقدية فصار غير لازم لمن شرع الخيار له ، وبناءا عليه فان المجيز في الفقه الإسلامي هو كما يلي:

¹ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص ص 26، 27.

² وعلى عكس تقنين الأسرة الجزائري فان التقنين المدني الفرنسي لم يشر إلى إقرار الممثل الشرعي لتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر بل اكتفى بالنص على الإجازة من القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد.

³ ولعل السبب الذي جعل تقنين الأسرة الجزائري يستعمل لفظ الإجازة في المادة 83 هو تأثره بالفقه الإسلامي الذي يستعمل بدوره لفظي الإجازة والإقرار كمترادفين.

⁴ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني، مرجع سابق، ص ص 26، 27.

1-المجيز في التصرف الموقوف : المجيز في التصرف الموقوف هو كل من يملك مباشرته، ومن ثم فإن المجيز قد يكون هو المالك الذي بيع ملكه دون إذن منه أو وليه أو وصيه أو وكيله ، فإذا باع فضولي ملك غيره، توقف العقد على إجازة ذلك الغير، فإن أجازته اعتبر البائع وكيلًا عنه فينفذ تصرفه منذ انعقاده، وإن لم يجزه، فإن مؤدى عدم الإجازة بقاءه غير نافذ إلى وقت غير محدد التاريخ¹، أي أن المالك إذا سكت لا يجيز البيع ولا يرده، بقي العقد غير مرتب لآثاره، إذ ليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزًا أو غير مجيز، أما الفضولي والمشتري منه، فلا يثبت لأي منهما الحق في الإجازة.

أ - فالنسبة إلى الفضولي، فإنه يثبت له الحق في فسخ العقد الذي أجره، وذلك حتى يتمكن من دفع الالتزامات التي تنشأ عن العقد بعد الإجازة الصادرة من المالك، لأنه بعد الإجازة يصبح كالوكيل، فترجع حقوق العقد إليه والتزاماته عليه، وفي ذلك ضرر.

ب - أما بالنسبة للمشتري من الفضولي، فيثبت له أيضا حق فسخ العقد الذي أجره مع الفضولي غير أنه يجب أن يتمسك بهذا الحق على غرار الفضولي، قبل إعمال مالك الشيء المبيع حقه في الإجازة فإذا كانت الإجازة قد صدرت، فإن حق المشتري في الفسخ يسقط، لأن المشتري ابتداء من صدور هذه الإجازة يصبح مالكا للمبيع، إذ بمجرد إجازة المالك ينفذ العقد منذ وقت إبرامه².

1- المجيز في تصرف معيب الإرادة: إن المجيز في مثل هذا التصرف هو العاقد الذي اعتزى إرادته أحد عيوب الإرادة المعروفة في الفقه الإسلامي وأهمها الإكراه، فالمجيز هنا كما هو الأمر في القانون المدني هو من شاب رضاه عيب منها، أما العاقد الآخر فلا يملك هذا الحق طالما يثبت له حق فسخ العقد نظرا لسلامة إرادته من العيب.

2- المجيز في التصرف اللازم الذي اقترن به أحد الخيارات العقدية: وهذا التصرف هو ذلك الذي روعي عن أن لزومه يمس أحد العاقدين ، فجعل له حق إمضائه أو فسخه دفعا للضرر عن نفسه وهذا كالبيع والإجازة وغيرهما من عقود المعاوضات .

¹ انظر في مؤلفات الفقه الإسلامي الحديث، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1998، ج4 ص ص 181، 194. وعبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 213.

² محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص ص 29، 30، 31.

المطلب الثاني:

موت العاقد الذي له حق الإجازة قبل الإجازة:

إذا مات من له حق الإجازة قبل أن يجيز التصرف الذي يمكن أن تلحقه الإجازة فهل ينتقل هذا الحق إلى وارثه أو لا ينتقل؟

الفرع الأول:

موت صاحب الحق في الإجازة قبل الإجازة في القانون المدني:

تكون الإجابة عن السؤال المطروح منذ حين برجعنا إلى المبادئ القانونية العامة وذلك للوقوف على معنى الخلف العام والخلف الخاص ومعرفة ما إذا كان الوارث خلفا عاما ينتقل إليه ما كان لمورثه من حقوق.

1. فبالنسبة إلى الخلف العام نصت المادة 108 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام. كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

فالخلف العام: هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال. وهذا هو الوارث الذي يخلف المورث في تركته أو الموصى له بقدر منها كالربع أو الخمس¹.

2. أما الخلف الخاص: فقد نصت عليه المادة 109 من التقنين المدني الجزائري وهو كل من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري بخلف البائع في ملكية المبيع والموصى له بعين من أعيان التركة يخلف فيها الموصى وصاحب حق الانتفاع بخلف من تلقى منه هذا الحق².

والخلف العام أو الخاص على السواء لا يعتبر من الغير إذ ينصرف أثر العقد إليه وليكن ما يعنينا هنا هو الخلف العام إذ ينتقل الحقوق التي ينشئها العقد إلى الوارث بعد موت سلفه³.

فمما تقدم نستنتج أن كلا من الحق في الإبطال والحق في الإجازة تنتقل إلى الوارث باعتباره حقا متعلق بالمال فإذا كان الوارث حق طلب إبطال العقد بعد وفاة مورثه فإن له من باب أولى أن ينزل عن هذا الحق

¹ انظر في تعريف الخلف العام: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج02، الإثبات وأثر الالتزامات، ص 542 ومصادر الحق في الفقه

الإسلامي، مرجع سابق، ج05، ص 10، عبد الرزاق فرج، مرجع سابق، ص 198.

² انظر في تعريف الخلف: السنهوري، الوسيط ج02، مرجع نفسه، ص 546.

³ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص 37 هامش 66.

بإجازته فالقاعدة العامة هي أن آثار العقد تتصرف بعد موت العاقد إلى خلفه العام¹.

فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة إلى انتقال الحق في إبطال إلى الوارث فإننا نرى من باب أولى أن ينتقل الحق في الإجازة إليه وذلك عن طريق النزول عن دعوى الإبطال التي تثبت له إذ ليس من شأن إجازته أن يضيف جديدا إلى العقد وإنما غايتها هي تقوية عوامل الصحة فيه وتأكيد ما أنتجه من آثار في الفترة ما بين انعقاده وصدور الإجازة أن القول بانتقال حق الإجازة إلى الوارث أد في نظرنا إلى الصواب من التسليم بانتقال حق الإبطال إليه ذلك أن تمكين الوارث من الإجازة من شأنه أن يحافظ على استقرار المعاملات في المجتمع وهذا بالإبقاء على التصرف الذي كان قد أبرمه مورثه أما استعمال حقه في الإبطال فيؤدي إلى زعزعة هذا الاستقرار.

الفرع الثاني:

موت صاحب الحق في الإجازة قبل الإجازة في الفقه الإسلامي²

لقد حدث خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية فيما إذا كان الحق في الإجازة ينتقل إلى الوارث من سلفه أو انه لا ينتقل إليه فانقسموا إلى فريقين. فريق يقول بانتقال هذا الحق وهو فريق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وفريق آخر يقول بعدم انتقال هذا الحق من السلف إلى الخلف وهو فريق أبي حنيفة ولكل فريق أدلته التي يحتج بها.

أولا: رأي الفريق الأول: انتقال حق الإجازة إلى الوارث

الأصل في الفقه الإسلامي الراجح أن كل ما كان مملوكا للمورث حين يجيئه الموت ينتقل بالموت إلى ورثته لان هذا ما تقضي به مصلحة المورث فهو إنما قد جمع ماله وحازه حال حياته لينتفع اقرب الناس إليه كإنتفاع نفسه به. ألا ترى أن الإنسان إذا ما أراد أن ينتفع بماله عن طريق صلة غيره ، بدأ بصلة ذوي قرابته؟ لذلك رأى الشارع أن يصرف ماله إليهم بعد وفاته تماشيا مع رغبته وتحقيقا لاننتفاعه بماله على الوجه الممكن وهذا الأصل عام يشمل جميع الأموال والمنافع والحقوق.

1- حجج هذا الفريق: استدلت الفقهاء القائلون بانتقال الحق في الإجازة إلى الوارث بما يلي:

ا. قوله ﷺ: "من ترك مالا أو حقا فلورثته". وقد فهم هؤلاء الفقهاء من هذا الحديث أمرين:

¹ ويستثنى من ذلك حالات أشار إليها نص المادة 108 من التقنين المدني الجزائري فلا تتصرف آثار العقد إلى الخلف العام في الأحوال الآتية . إذا اتفق المتعاقدان على ذلك ب. إذا تبين ذلك من طبيعة التعامل ج. إذا نص القانون على ذلك.

² محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق ص 38 .

- إن الحديث الذي ورد بألفاظ عامة، لذا فإنه يشمل الحق والمال دون تمييز ما تعلق به الدين على المورث وما لم يتعلق به.

- إن الكلمة "من" الواردة في الحديث لفظ عام، لذا فإنه يشمل كل مورث دون تمييز أيضا بين من ترك مالا أو حقا.

ب. إن حق الإجازة ليس مجرد رغبة ومشية، بل هو من حقوق التي لها شبه بالمال ومتعلقة به، وإن الناحية المالية فيها متغلبة على الناحية الشخصية، فالوارث يرث مال مورثه، فيرث ما يتعلق به تبعاً له.

ثانياً: رأي الفريق الثاني¹: عدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث:

لقد خالف الحنفية وبعض الحنابلة ذلك الأصل العام الذي تواضع عليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية والرأي الراجح عند الفقهاء الحنابلة، فذهبوا إلى أنه لا يورث عن المتوفي إلا ما كان مالا أو في حكم المال من الحقوق المالية كالديون، أما ما عدا ذلك فلا يورث. ونتيجة لذلك ذهب فقهاء هذا الفريق إلى أنه إذا مات من له حق الإجازة شرعا قبل أن يستعمل هذا الحق، فليس لوارثه أن يقوم مقامه فيه.

1- حجج هذا الفريق: استدلت هذا الفريق في قولهم بعدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث فيما يلي:

أ. بما صح عندهم من أن الرسول ﷺ قال: "من ترك مالا فلورثته" أما ما روي من إضافة كلمة حق إلى الحديث فمردود لأن الصحيح أنها زيادة من الراوي فلا يصح دليلاً. وبناء على ذلك قال فقهاء هذا الفريق بعدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث لأن الوراثة حكم شرعي لا يثبت للشخص إلا بالنص وقد ورد مقتصرًا على المال فوجب الوقوف عنده والاقْتِصَارُ عليه أي أن النص خص المال بالذكر دون الحق ومن شأن تخصيص أمر بالذكر نفي الحكم عما عداه وبالتالي فإن الزيادة على الإجازة لا ينتقل إلى الوارث.

ب. بما رآه هذا الفريق من أن الوارث لم يكن ذا شأن وقت صدور التصرف الشأن لمورثه ولأن حق الإجازة على عكس ما ذهب إليه الفريق الأول وهو من قبيل الحقوق التي هي مجرد رغبة ومشية وهي ما دامت كذلك فإنها تعتبر حقا شخصيا تغلب فيها الناحية الشخصية على الناحية المالية فلا تنتقل إلى الوارث بل تنتهي بوفاته صاحبها ولأن التوقف إنما كان على إجازة المورث نفسه فلا تجوز بإجازة غيره².

ج. وقد ذهب محمد بن الحسن الحنفي إلى أن القول بعدم نفاذ التصرف الموقوف بإجازة الوارث يعتبر حكما عاما بالنسبة إلى كل تصرف يباشره من ليست له ولاية إبرامه ولم يجزه ذو الشأن في إجازته شرعا قبل موته.

¹ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص ص 42، 43.

² محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع نفسه، ص 44.

غير أن أبا حنيفة وأبا يوسف خالفا في ذلك فستثنيان من هذا الحكم القسمة التي يباشرها الفضولية ثم الموت ، المالك، الشريك قبل إجازتها فقد جعلوا الوارثة حينئذ حق إجازتها استحسنا الحاجة الشركاء إليها غالبا ولأنه لا فائدة من نقص القسمة وإبطالها بمزج الانصباء وخطها ثم الرجوع إليها نفسها بعد ذلك وبل هذا هو العبث **ثالثا الرأي الذي نرجحه:** بعد اعتراض الرأيين السابقين بصدد موضوع انتقال أو عدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث نرى ترجيح ما ذهب إليه الفريق الأول وهذا لإعتبارين:

1- أن حق الإجازة اثر من آثار الملك ونتيجة لثبوته لذا فإنه من المعقول أن ينتقل إلى الوارث تبعا لانتقال الملك إليه فيصير أمر إجازة العقد بعد وفاة مورثه إن شاء رضي به فأجازته وأنفذه وإن شاء رفضه وأبطله واستبقى لنفسه المال الذي ورثه.

2- إن في انتقال حق الإجازة إلى الوارث تيسيرا على الناس، وعدم انتقال هذا الحق إلى الوارث لا يصح أن يكون أساسا للتعامل بينهم، فإذا مات صاحب حق الإجازة قبل أن يستعمل حقه هذا، قام وارثه مقامه في ذلك لأنه صار صاحب الشأن وقد خلف المورث فيما له ، واليه يعود خير العمل وثمراته، وكان للوارث حق إجازته وإنفاذه، لأنه لا يدعو أن يكون حقا ماليا لما يترتب عليه من التملك، فكانت الناحية المالية متغلبة عليه فيه على الناحية الشخصية، لذلك وجب أن يورث، ولأن المال ينتقل إلى الورثة انتقالا جبريا، فينتقل إليه بجميع حقوقه ومنها حق الإجازة¹.

وإذا ما انتهينا إلى ترجيح الرأي القائل بانتقال حق الإجازة في الفقه الإسلامي إلى الوارث، فنكون قد خلصنا إلى ما انتهى إليه القانون المدني من انتقال هذا الحق إلى الوارث. وبهذا نجد القانون المدني متفقا مع الفقه الإسلامي فيما يلي:

أ. إن المجيز هو من شرع حق الإبطال لمصلحته².

ب. إن حق الإجازة ينتقل من السلف إلى خلفه.

¹ وإن مثل هذا المعنى ذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين، انظر عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 193 وما بعدها.

² أو حق الفسخ بحسب تعبير الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني:

شروط صحة الإجازة وآثارها

لكي تحقق الإجازة أثرها وتخرج العقد الموقوف من مرحلة الوقف إلى مرحلة النفاذ، لا بد أن تتوافر فيها شروط معينة، ومن الطبيعي أن تختلف شروط صحة الإجازة باختلاف سبب الوقف وحالته، فلا إجازة التصرف الذي أبرمه الفضولي شروط تختلف على شروط صحة إجازة العقد الذي أبرمه ناقص الأهلية أو ذاك الذي أجراه المكره، وكما رأينا أن الإجازة هي تصرف انفرادي، تعد رفعا للمانع الذي كان يعترض سبيل التصرف الموقوف ويمنعه من ترتيب آثاره، فإذا صدرت الإجازة على النحو الذي قدمناه مستوفية شرائط صحتها ومنتخدة إحدى صور التعبير عنها، كان لها أثر في العقد المجاز وفي مراكز أطرافه وبالنسبة إلى الغير أيضا وسنتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب بحيث سنخصص الأول لشروط صحة الإجازة في القانون المدني والثاني لشروط صحة الإجازة في الفقه الإسلامي والمطلب الأخير لآثار الإجازة.

المطلب الأول:

شروط صحة الإجازة في القانون المدني

نتناول في هذا المطلب شروط صحة الإجازة في القانون المدني وذلك في فرعين متوالين بحيث الفرع الأول سنتطرق منه للشرط الأول وهو وجوب أن يكون العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة أما الشرط الثاني والذي سندرجه في الفرع الثاني وهو علم المجيز بالعيب الذي شاب العقد و زوال هذا العيب عند صدور الإجازة .

الفرع الأول:

وجوب أن يكون العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة.

نعلم أن الإجازة هي العدول عن التمسك بالحق في طلب إبطال العقد، لكن في أي نوع من العقد يمكن ذلك؟ فهل تسوغ إجازة العقد الباطل؟ أو أن الإجازة تقتصر على العقد القابل للإبطال؟

أولا: مدى جواز إجازة العقد الباطل: العقد الباطل في القانون المدني هو ما تخلف فيه أحد أركانه أو إختل شرط من شروط المحل و السبب¹، ولم يضع المشرع الجزائري قائمة يبين فيه متى يكون العقد باطلا ، لأن مهمته هنا إنما هي بيان أركان العقد التي يترتب البطلان على تخلفها لذا فإنه للإمام بالحالات التي يكون فيها العقد باطلا ، يجب الرجوع إلى ما وضعه المشرع من أركان لإنعقاد الفقه، إذا ما فعلنا ذلك انتهينا إلى أن العقد يكون باطلا في حالة إبرام عقد من شخص عديم الأهلية ، يستوي في ذلك أن يكون هذا الشخص

¹ أنظر في تعريف البطلان ، السنهوري - الوسيط الجزء الأول - مرجع سابق ص 486، وعبد الرزاق حسن فرج - مرجع سابق ص 33

صيا غير مميز المادة 42 من التقنين المدني الجزائري ، وأن يكون راشدا لكنه مصاب بجنون وعته طبقا لنفس المادة وذلك بعد تسجيل قرار الحجر عليه المادة 107 من تقنين الأسرة و في حالة إبرام عقد ينعدم فيه التراضي¹ أو المحل أو السبب أو عدم توفر شروط المحل أو السبب طبقا للمواد من 93 إلى 98 من التقنين المدني و في حالة تخلف الشكل المطلوب لإنعقاد العقد الشكلي طبقا للمواد 324 مكرر 1 و 418 و 883 من التقنين المدني أو تخلف التسليم المطلوب لإنعقاد العقد العيني المادة 206 من قانون الأسرة بصدده المنقول² وكذلك في حالة حكم القانون ببطان العقد في صور معينة كبطان التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه طبقا للمادة 2/92 من القانون المدني و بطلان الإتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية أو على عدم إعفاء الطرف المذعن منها في عقد الإذعان المادة 110 و بطلان بيع الوفاء المادة 396 .

ففي كل الحالات السابقة يكون العقد باطلا، و مقتضى البطلان منه أن يكون للعقد وجود في نظر القانون فلا يرتب أي أثر باعتباره تصرفا قانونيا، وهو ما دام كذلك، فهل يمكن أن تلحقه الإجازة ؟ سنجيب على هذا السؤال على ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء وما نص عليه التشريع.

1- في الفقه والقضاء : يكاد إجماع الفقه العربي³ والفرنسي يعتقد أن استبعاد العقد الباطل من نطاق الإجازة ، ذلك أنه ولد ميتا وليس من شأن الإجازة أن تتفخ فيه الروح ثانية ففي رأي هذا الفقه وذلك ، لا يسوغ أن ترد الإجازة على عقد يرجع سبب بطلانه إلى تخلف الرضا أو المحل أو السبب أو إلى عدم المشروعية بصفة عامة أو إلى أي شرط آخر يستلزمه القانون ليتعرف بوجوده ، و لا يسوغ لمن له مصلحة في بطلان العقد أن ينزل عنه ، إذ ليس له حق في البطلان يقبل الإسقاط بالنزول عنه ، وإنما له فقط مجرد ميزة قانونية تقوم على مصلحة عامة لا يجوز التفريط فيها فلا تقبل الإسقاط ، ثم إن النظام العام هو الذي يرجع إليه في أصل تقرير البطلان الذي يأبى إلا أن يظل العقد باطلا لا يرتفع عنه بطلانه طالما أنه لا يوجد شيء يعمل على النزول عن حق ثابت للجمع، و بذلك نخلص إلى أن الفقه يكاد يجمع على أن العقد

¹ كما إذا كان العاقد مميزا أو راشدا لا كنه لم يعبر بحرية عن رضاه بالعقد ، بل إن رضاه إنتزع منه عنوة ، كما في حالة الإكراه المادي أو حالة وقوع العاقد في غلط في ماهية العقد، الغلط المانع ففي هاتين الحالتين ، لا يمكن الكلام عن تطابق الإرادتين لإنعدام التراضي .
² العقد العيني يشبه العقد الشكلي من جهة أنه مثله لا يتم بمجرد إتفاق الإرادتين بل يلزم إلى جانب ذلك توافر ركن إضافي ويختلف عنه في هذا الركن الإضافي ، فهو في العقد الشكلي شكل خاص يفرغ العقد فيه أما في العقد العيني فهو تسليم المعقود عليه من أحد طرفي العقد إلى الآخر .

³ أنظر في الفقه العربي - السنهوري : الوسيط - جزء الأول - مرجع سابق ص 514 و علي سليمان النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ص 77 .

الباطل لا ترد الإجازة عليه وهو ما يسانده القضاء فيه غير انه إذا كان العقد الباطل لا تسوغ إجازته ، فهذا لا يمنع من ان يعاد إبرامه من جديد بعد زوال سبب البطلان .

2- في التشريع : سنقف هنا عند التقنين المدني الفرنسي باعتباره احد اهم الروافد المكونة لتقنيننا المدني ثم نخرج على هذا الاخير .

أ: في التقنين المدني الفرنسي¹: إن موقف هذا التقنين يبدو جليا في قصر الإجازة على التصرف الباطل بطلانا نسبيا ، ذلك أن هذا النص إنما ينظم تقادم دعوى الإبطال الناشئة عن حالات البطلان النسبي وهي حالة نقص الأهلية وحالة عيوب الإرادة المعروفة في هذا التقنين وهي الإكراه والغلط و التدليس.

ب - في التقنين المدني الجزائري: إذا رجعنا إلى نصوص هذا التقنين ، وجدنا موقف المشرع الجزائري صريحا في إستبعاد العقد الباطل من نطاق الإجازة ، و نص المادة 102 قاطع في دلالاته على أن " لا يزول البطلان المطلق بالإجازة " . وقد أسنده المجلس الأعلى " المحكمة العليا حاليا" على حكم هذه المادة حين إصداره لقراره رقم 699. 25 المؤرخ في 07 جويلية 1982.

غير أنه يمكننا التسليم بهذا الرأي ، فشتان ما بين تنفيذ الالتزام الطبيعي و إجازة ، إذ يفترض أن من نفذه التزاما طبيعيا لا يجوز له استرداد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام ، وهذا إعمالا لما تقضى به المادة 162 من التقنين المدني الجزائري " غير أن تقنين الأسرة ، الذي عرض لبعض أحكام الهبة ، أغفل الكلام صراحة عن هذه المسألة ، لكنه مع ذلك نص في المادة 206 على ما يأتي : " - تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحياة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات.- وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

و يتضح جليا من هذا النص أن الهبة الواقعة على عقار ، بخلاف هبة المنقول ، تعتبر تصرفا شكليا يجب أن يتم أمام الموثق ، فإن تخلف هذا الشكل الرسمي ، كانت الهبة باطلة².

وإذا نحن خالصنا إلى ذلك ، نكون قد انتهينا إلى ما يكاد يشبه إجماع كل من القفه و القضاء و التشريع على عدم إمكان ورود الإجازة على العقد الباطل بطلان مطلقا³ .

ثانيا: وجوب أن يكون العقد المراد إجازته قابلا للإبطال: العقد القابل للإبطال هو ما إستوفاء أركان انعقاده و لكن تخلف فيه أحد شروط صحته . ولم يبين المشرع الجزائري متى يكون العقد قابلا للإبطال . غير أنه

¹ تقضي الصياغة الفرنسية للمادة 1304 بما هو آت: « dans tous les cas ou l'action en nullité ou en rescision n'est cette action dure cinq ans ... » , pas limitée à un moindre temps par une loi particulière

² وهو المعنى نفسه الذي ضمنته المادة 12 من قانون التوثيق المؤرخ 1970/12/15.

³ محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد ، مرجع سابق ، ص ص 80-81 .

مع ذلك يمكن استنتاج ذلك من نصوص التقنيين المدني التي تتكلم عن حالة نقص الأهلية " المادة 43 " وحالة عيوب الإرادة " المواد من 81 إلى 91 " .

وبناء على ما تقدم، يكون العقد قابلاً للإبطال، في الحالتين الآتيتين:

أ - حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع و الضرر .

ب - حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين¹ .

الفرع الثاني:

علم المجيز بالعيب الذي شاب العقد وزوال هذا العيب عند صدور الإجازة

سنتناول علم المجيز بالعيب و اتجاه إرادته نحو الإجازة، و زوال عيب الإرادة أو نقص الأهلية عند صدور الإجازة في هذا الفرع .

أولاً: علم المجيز بالعيب و اتجاه إرادته نحو الإجازة : وتكون هذا الشرط من شقين العلم بالعيب و اتجاه الإرادة نحو إجازة العقد.

1- علم المجيز بالعيب الذي شاب العقد: فلا نستطيع بداهة أن ننزل طوعية و اختياراً إلا على ما نعلم فلا يمكن تصور نزول صحيح عن دعوى الابطال إلا بناء على العلم بالعيب الذي كان أساس هذه الدعوى فبدون معرفة العيب لا يمكن أن توجد ثمة إجازة . و إذا كان العقد مشوباً بعدة عيوب، فلن يكون للإجازة أثر إلا إذا كان صاحب حق الإجازة عالماً بها جميعاً، فإن كان يجهل بعضها، فإن أثر الإجازة لا ينصرف إلا إلى تلك التي كان عالماً بها وقت صدور الإجازة. ويترتب على ما ذكر ، أن إثبات الإجازة ، كما سنرى في حينه ، أمر متعلق بإثبات معرفة العيب بحيث أن عبء إثبات أحدهما يقع على عاتق من يتمسك به .

2- اتجاه إرادة المجيز نحو إجازة العقد : وهذا شرط بديهي استقر عليه القضاء² و الفقه كما استلزمه التقنين المدني الفرنسي صراحة في الفقرة الأولى من المادة 1338 وهذا الشرط فيما نرى ، لا يتحقق إلا إذا كان المجيز على علم بالحق في الابطال الذي خوله إياه بناء على العيب الذي يشوب العقد ، فيلزم إذن أن تتم الإجازة عن بينة³ ، أي ينبغي أن يعلم من تقرر حق الابطال لمصلحته بأنه يجيز عقداً معيناً بعيب معين

¹ وإلى جانب حالة نقص الأهلية وحالة عيوب الإرادة ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال أيضاً في كل حالة ينص فيها القانون على اتسامه بهذا الوصف حتى لو كان من شأن القواعد العامة أن لا تضمنه عليه . وأهم صورة لهذه الحالة بيع ملك الغير "المواد 397، 398 و 399 من التقنين المدني". غير أنه يلاحظ أن إجازة المشتري في بيع ملك الغير ، لا تؤيد العقد ولا تفيد إلا أنه تنازل عن طلب الإبطال ، إذ لا يسري هذا العقد على المالك الحقيقي للشيء المبيع إلا إذا أقره .

² فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 1953/11/26 " بأن الإجازة التي تصحح العقد هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد، وأن يكون قاصداً لإجازته " .

³ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 228.

رغبة منه في تثبيته و تأييده ، و أن تتصرف إرادته إلى النزول عن الحق في الطعن في العقد بالإبطال ذلك أن الإجازة لا يتصور حصولها في حالة علم المتعاقد بالعيب الذي كان يعتري العقد دون علمه بحقه في الابطال المخول له قانونا بناء على هذا العيب .

وكخلاصة لهذا الشرط ، نقول إنه يجب ان يكون المجيز على علم بالعيب و قاصدا النزول عن التمسك به فإذا نفذ العقد القابل للإبطال ، دون علم منه بالعيب الذي شابه ، فلا يمكن أن يقال إن هذا التنفيذ كان بمثابة إجازة ضمنية للعقد .

ثانيا: زوال عيب الإرادة أو نقص الأهلية عند صدور الإجازة : لكي تكون الإجازة صحيحة، يجب أن يكون صدورها لا حقا على زوال عيب الإرادة أو نقص الأهلية لا قبلها. فلا تصح الإجازة إلا إذا كان العيب الذي جعل العقد قابلا للإبطال قد انقضى ، إذ لو بقي العيب قائما لكان من شأنه أن يجعل الإجازة ذاتها مشوبة بذات العيب ، ذلك أن الإجازة على غرار كل تصرف قانوني يجب أن تكون و ليدة إرادة حرة منزهة عن كل عيب، و إلا كانت بدورها قابلة للإبطال، و بعبارة أخرى يشترط لصحة الإجازة أن تتوافر فيها شروط صحة التصرفات القانونية بوجه عام ، و خاصة تلك التي تتعلق بأهلية المجيز و وقت الإجازة بالنسبة إلى العقد الذي ينبغي إجازته و سلامة رضاه في تلك اللحظة من العيوب المفسدة له التي تتمثل في الغلط و التدليس والإكراه و الاستغلال. فلا يكفي لصحة الإجازة أن يعلم المجيز بالعيب و أن تتجه إرادته نحو الإجازة، بل يجب فوق ذلك، أن يكون سبب قابلية العقد للإبطال قد زال فلو أن العقد كان قابلا للإبطال لنقض أهلية العاقد، فيشترط لصحة الإجازة أن يكون قد بلغ سن الرشد و وقت صدورها منه، و إلا كانت بدورها قابلة للإبطال، كما أنه إذا كان العقد مشوبا بأحد هذه العيوب الثلاثة، فيجب بعد زوال هذا العيب، أن لا يقع المتعاقد و هو يجيز العقد تحت تأثير عيب آخر، و إلا كانت الإجازة ذاتها قابلة للإبطال لهذا السبب¹. تلك هي إذن شروط صحة الإجازة في القانون المدني.

المطلب الثاني:

شروط صحة الاجازة في الفقه الإسلامي

قلنا أن الفقه الإسلامي يعرف الإجازة بأنها تصرف في العقد بالإبقاء² وبتحقق هذا الإبقاء بطريقتين وهي رفع المانع الذي كان يعترض نفاذ العقد الموقوف فمنعه من ترتيب آثاره و إمضاء العقد غير اللازم بسبب اقترانه بأحد الخيارات العقدية أو بأحد عيوب الإرادة.

¹ محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد ، مرجع سابق ، ص ص 92-93 .

² راجع تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول:

شروط صحة إجازة العقد الموقوف.

العقد الموقوف هو العقد الذي يتوقف نفاذه على الإجازة، ويعتبر تصرف الفضولي وتصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر ابرز حالات العقد الموقوف.

أولاً: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي¹: من تتبع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، القدامى منهم والمحدثين وجدنا أنظارهم تتفق على شروط معينة لصحة إجازة تصرف الفضولي وسنعرض هذه الشروط :

1. الشروط المتفق عليها لصحة إجازة الفضولي: من رجوعنا إلى أمهات كتب الفقه الإسلامي التي تيسر لنا أمر الوصول إليها والتدقيق فيها. اهتدينا الى استخلاص مجموعة من الشروط التي وجدناها تتردد في جميع هذه الكتب وتتمثل في الآتي:

أ. الشرط الأول: ان يكون لتصرف الفضولي مجيز عند صدور الإجازة : يشترط الفقه الإسلامي لصحة إجازة تصرف الفضولي أن تصدر ممن كان يملك ولاية مباشرة التصرف من مالك أو ولي أو وصي، ولو لم يجز التصرف حال صدوره ، فان لم يوجد في هذا الوقت من يملك إجازة التصرف الذي أجره الفضولي، كان العقد باطلا فلا تلحقه الإجازة².

وإعمالاً لهذا الشرط: إذا باع فضولي مال شخص بالغ، انعقد هذا العقد موقوفاً على الإجازة، إذا لصاحب الشيء أن يجيزه، وحينئذ تكون هذه الإجازة اللاحقة كالإذن السابق أو كالوكالة السابقة، لان صاحب الشأن وهو هنا شخص بالغ، كان يستطيع إجراء هذا العقد بنفسه، فيستطيع بالتالي ان يجيزه بعد وقوعه من الفضولي، فكان لهذا العقد مجيز وقت إنشائه. أما إذا فعل فضولي شيئاً من ذلك في بالنسبة إلى صغير غير مميز فان العقد لا ينعقد ولو مع وجود الولي، ولا قيمة لإجازته من الصبي بعد بلوغه أو من وليه، لأن أحداً منها لا يملك مباشرة مثل هذا التصرف، فلم يكن له مجيز وقت العقد³.

ب. الشرط الثاني: أن يكون محل العقد باقياً وقت صدور الإجازة.

في معرض بحثهم لهذا الشرط، وجدنا فقهاء الشريعة الإسلامية يميزون بين أربعة حالات هي:

¹ الفضولي في الفقه الإسلامي هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي.

² محمد سعيد جعفرور ، مرجع سابق ، ص ص 101 . 102 .

³ لأن التصرف الصادر من الفضولي في هذه الحالة ولو مع وجود ولي لا يصح لأن الولي نفسه لا يملك إنشاء هذا التصرف فلا يملك إجازته و هذا بغض النظر عن كونه ضاراً بالصغير أو نافعاً له أو دائر بين النفع والضرر ولذلك يصدر باطلا حتى لو بلغ الصغير لم يكن له إجازته وإن أمكنه حينئذ أن يتولاه بنفسه لأنه لم يكن له مجيز وقت إجرائه فيصدر باطلاً والباطل لا تلحقه الإجازة ، محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد مرجع نفسه ، ص 101 هامش 16 .

الحالة الأولى: بقاء المحل على حالته وقت العقد: شرط لصحة الإجازة أن تصدر حال بقاء المحل المعقود عليه، وهذا لينصب عليه حكم العقد بعد الإجازة، أي حتى يظهر فيه أثرها عند صدورها، إذ بالإجازة يصبح العقد نافذاً بعد أن كان موقوفاً، ومعنى نفاذ العقد، هو ظهور أثر العقد في محله والأثر لا يظهر في معدوم.

الحالة الثانية: هلاك المحل : إذا تبين عدم وجود المحل وقت الإجازة، بأن هلك المعقود عليه، بطل العقد لإنعدام المحل، فلم تصح الإجازة لأن الملك لم ينتقل في المحل، وإنما ينتقل بالإجازة، والملك لا يمكن انتقاله بعد هلاك المعقود عليه.

الحالة الثالثة: تغيير المحل: إذا تغير محل العقد بحيث أصبح يعد شيئاً آخر وأجاز المالك البيع، فإن الرأي اختلف، فهناك من قال بصحة العقد، وهناك من قال ببطلانه.

الحالة الرابعة: الشك في وجود المحل أو عدم وجوده : اختلف أنظار الفقهاء أيضاً في حالة ما إذا لم تعلم حالة المحل من حيث وجوده أو عدم وجوده، فهل تصح الإجازة حينئذٍ أو تبطل؟¹

فمنهم القائل بصحة الإجازة²، ومنهم القائل بعدم صحة الإجازة³.

ج. الشرط الثالث: أن يكون الثمن باقياً وقت صدور الإجازة : إن الثمن قد يكون ديناً وقد يكون عيناً، وقد قال الكاساني ما يلي: "... وإن كان الثمن عيناً فقيامه شرط للحقوق الإجازة، وقد يكون الثمن البائع لا للمالك لأن الثمن إذا كان عيناً كان البائع مشترياً من وجه، والشراء لا يتوقف على الإجازة بل ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً عليه بأن كان أهلاً، وهو أهل، وللمالك حق الرجوع عليه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً لأنه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الإجازة، فإذا أجاز مالكة بعد النقد، فيرجع عليه بمثله أو قيمته، بخلاف ما إذا كان الثمن ديناً، فإن العاقد يكون بائعاً من كل وجه ولا يكون مشترياً لنفسه أصلاً فيتوقف على إجازة المالك، فإذا أجاز كان مجيزاً للعقد فكان بدله له".

ويتضح من قول الكاساني في هذا أن الثمن قد يكون ديناً أو عيناً.

د. الشرط الرابع: أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي ومن تعاقد معه: يجب أن تصدر الإجازة من صاحب الشأن فيها شرعاً حال حياة طرفي العقد، أي الفضولي ومن تعاقد معه، وذلك حتى يوجد من يلزم

¹ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص ص 103، 104.

² ذهب محمد وأبو يوسف في أحد القولين له إلى أن الأصل هو بقاء المحل، وما لم يتيقن من هلاكه، فإن المحل يعتبر موجوداً، فصح العقد بوجوده وبناء على ذلك قالوا بصحة الإجازة في هذه الحالة.

³ إن أبا يوسف نفسه، في القول الثاني له، رجع عن قوله الأول وقال بعدم صحة الإجازة حتى يعلم قيام المحل عند صدورها، لأن من شروط الإجازة بقاء المحل والحال أن الشك في هذه الحالة يدور حول تحقق هذا الشرط بالذات، وما دام الشك قائماً، فإن الإجازة لا تثبت مع بقاء الشك.

بحكم العقد وتترتب الحقوق له، والالتزامات عليه. ولا يمكن لشيء من ذلك أن يترتب في ذمة الورثة مباشرة بل يجب أن تترتب أولاً للمورث، ثم تنتقل بعد ذلك إلى ورثته، وعليه فيجب أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي، لأنه بها سيصبح وكيلًا، كما يجب أن تصدر كذلك حال حياة من تعاقد معه حتى يظهر نفاذها في حقه، فيطالب بما أوجبه له من حق، ويطالب بما أوجبه عليه من واجب أما إذا مات أحدهما قبل صدور الإجازة ممن يملكها شرعًا، فلا تصح الإجازة لعدم وجود من تترتب له الحقوق والالتزامات التي نتجت عن العقد الموقوف.

2- الشرط المختلف فيه: بقاء المميز وقت الإجازة: انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد دراسة هذا الشرط إلى فريقين: فريق يشترط أن تصدر الإجازة ممن له ولاية إنشاء العقد نفسه، وفريق آخر يرى عدم اشتراط ذلك¹.

رأي الفريق الأول: وجوب صدور الإجازة ممن يملك ولاية إنشاء العقد: ففي حالة بيع ملك الغير، وهو ينعقد موقوفًا على إجازة المالك، يجب لصحة هذه الإجازة أن تصدر من المالك نفسه "أو ممن يمثله". فإذا مات المالك قبل إعمال حقه في الإجازة بطل هذا التصرف.

رأي الفريق الثاني: عدم اشتراط بقاء المميز لحين الإجازة: ذهب هذا الفريق إلى الاكتفاء بالشروط الأربعة السابق عرضها لصحة الإجازة ونفاذ العقد أما شرط صدور الإجازة ممن كان يملك إنشاء العقد نفسه، فقد استبعده هذا الفريق الذي يرى أن موت صاحب الحق الأصلي في الإجازة لا يؤثر في بقاء العقد الصادر من الفضولي موقوفًا وأن الوارث يقوم مقام مورثه، لأن حق الإجازة هو من الحقوق المتعلقة بالتركة التي تنتقل من المورث إلى ورثته.

ثانياً: شروط صحة إجازة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر : لم يلتفت فقهاء الشريعة الإسلامية لدراسة شروط صحة إجازة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، بل إنهم صبوا اهتمامهم على شروط صحة إجازة تصرف الفضولي فقط، وهذا ما من شأنه أن يضع على كاهلنا عبء استنتاج هذه الشروط، وذلك استنادًا إلى المبادئ الأساسية والقواعد العامة التي توصل إليها هؤلاء الفقهاء بمناسبة دراستهم لعقد البيع بصفة خاصة، وقد اتضح لنا، من أقوال بعض الفقهاء أن تصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر ينعقد موقوفًا على الإجازة، وإن الإجازة قد تصدر من الولي قبل بلوغ الصبي، وقد تصدر من هذا الأخير نفسه بعد بلوغه لأنه بعد بلوغه يصبح مالكا لسلطة إنشاء التصرف فأولى أن يملك حق الإجازة².

¹ محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد ، مرجع سابق، ص ص 105-107 .

² محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد ، مرجع نفسه، ص 108.

1- شروط صحة الإجازة الصادرة من الولي:

أ. الشرط الأول: أن يكون تصرف الصبي المميز دائرا بين النفع والضرر.

فإذا كان التصرف الذي أجراه الصبي مما يدخل تحت التصرفات الضارة به ضررا محضا، وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو صدقة أو كفالة دين على غيره، لما فيه من التبرع بالتزام أداء دين على غيره، فإنه لا يجوز للولي إجازته، فإن أجازته كانت إجازته غير صحيحة ذلك أن إجازة الولي لا تصح إلا إذا كان هو نفسه يملك إنشاء هذا التصرف وإنفاذه ابتداء والحال هنا أن الممثل الشرعي للصبي ليس له إبرام هذا النوع من التصرفات التي يترتب عليها إخراج شيء من مال الصغير بدون مقابل إذا باشره بنفسه ابتداء. فإذا لم يملك الممثل الشرعي ذلك ابتداء، فأولى أن لا تصح منه الإجازة انتهاء، إذ الولاية مشروطة دائما بالمصلحة وليس من المصلحة إخراج شيء من مال الصغير بدون مقابل فلا يمكن إجازة مثل هذا التصرف إذا صدر من الصبي، ذلك أن العقد يقع باطلا من أول الأمر.

ب. الشرط الثاني: ألا يكون الولي قد رد التصرف قبل بلوغ الصبي: قلنا أن الولي مخير بين إجازة أو رفض تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر فإذا سبق للولي أن رد هذا التصرف، قبل بلوغ الصبي رشده، اعتبر التصرف باطلا بهذا الرد، والرد لا تلحقه الإجازة. فإذا هو أجازته بعد ذلك وقعت الإجازة غير صحيحة، ذلك انه لن يعود بإمكان الولي الرجوع عن رد التصرف إلى الإجازة وهذا لإعتبارين: الأول: أن الولي كان له، بادئ ذي بدء، أن يجيز التصرف أو يرده إذا كان مصير العقد بيده غير انه لا يمكنه التعسف في هذا الحق، أي حق الإجازة أو الرد وذلك بأن يبدي رغبته في رد التصرف حيناً، ويدلي برغبته في الإجازة حيناً آخر.

الثاني: إن الرد يتضمن إسقاط حق صاحب الشأن في الإجازة وزواله. والساقط متلاش لا يعود، ويصبح العقد في هذه الحالة في حكم الباطل من حيث عدم إنتاج آثاره، والعقد الباطل لا ترد عليه الإجازة.

ج- الشرط الثالث: أن تصدر الإجازة من الولي قبل بلوغ الصبي: يشترط لصحة الإجازة الصادرة من الولي أن تقع قبل بلوغ الصبي، ذلك أن الإجازة بعد بلوغ هذا الأخير لن تعود حقا للولي، الذي تنتهي ولايته، بل تغدو حقا للصبي. فإذا صدر من الصبي المميز، قبل بلوغه، تصرف دائر بين النفع والضرر دون إذن سابق من وليه كان تصرفه موقوفا على إجازة هذا الأخير، فإن ظفر بها والصبي لم يبلغ بعد نفذ بأثر رجعي من حين صدوره لأن الإجازة اللاحقة للتصرف تصير كالإذن السابق. أما إذا سكت الولي فلم يجز التصرف ولم يرفضه إلى أن بلغ الصبي فإن حق الإجازة يرج من بين يديه.

2- شروط صحة الإجازة الصادرة من الصبي¹: وتتمثل في ثلاثة:

أ. الشرط الأول: أن تصدر الإجازة من الصبي بعد بلوغه: إن تصرف الصبي المميز الموقوف على الإجازة إذا بقي معلقاً لم يبت فيه ممثله الشرعي بقبول أو برفض حتى بلغ الصبي واكتملت أهليته، انتقل إليه حق إجازته، لأنه ببلوغه يستقل في تصرفاته، فله أن يجيزها وأن يرفضها، وتأسيساً على ما سبق بيانه، فإن الإجازة الصادرة من الصبي نفسه لا تصح إلا إذا كانت بعد بلوغه رشده، أما قبل ذلك فإن الإجازة حق لممثله الشرعي، بيد أننا نرى ضرورة طرح هذا التساؤل: هل يشترط لصحة الإجازة هنا أن تصدر في فترة زمنية محددة بعد بلوغ الصبي رشده؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول إذا كان الفقه الإسلامي يشترط لصحة الإجازة الصادرة من الولي أن تكون قبل بلوغ الصبي، من دون تقييده بمدة زمنية قبل بلوغ هذا الأخير، فإن الأمر بالنسبة إلى إجازة الصبي نفسه بعد بلوغه، انه لا يوجد ما يقيده بوقت معلوم للتعبير عن إرادته في إجازة التصرف الذي بأشهره قبل بلوغه أو رفضه وهذا ما من شأنه في نظرنا، أن يطيل أمد توقف التصرف ويؤدي إلى زعزعة استقرار التعامل، وعليه نرى ضرورة تحديد مدة معينة لصدور الإجازة خلالها من الصبي بعد بلوغه. فنص في الفقرة الثانية من المادة 136 من تقنينه المدني على ما يلي "ويجب أن يستعمل خيار الأجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يوجد في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد، اعتبر العقد نافذاً".

وقضى في الفقرة الثالثة من نفس المادة بالآتي: "ويبدأ سريان المدة، إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد".

فطبقاً للفقرتين السابقتين، تنقيد إجازة الولي بقيدين هما:

أن تكون الإجازة صادرة منه قبل بلوغ الصبي، أي قبل زوال نقص الأهلية.

أن تكون هذه الإجازة صادرة منه في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من الوقت الذي يعلم فيه بصدور العقد من الصبي، بحيث يعتبر العقد مجازاً إذا مضت هذه المدة ولم يبلغ الصبي رشده بعد.

أما إجازة الصبي بعد بلوغه فتتقيد بشرط صدورهما خلال مدة ثلاثة أشهر تبدأ من وقت بلوغه رشيداً، شريطة أن لا يكون من يمثله شرعاً قد رفض العقد في المدة الزمنية التي كان يمكنه فيها فعل ذلك.

ب. الشرط الثاني: أن يكون التصرف المراد إجازته مما يدور بين النفع والضرر:

فإذا كان التصرف مما يحمل احد معاني الضرر المختلفة، فإن الصبي لا يملك حق مباشرته لأنه يضر به ولأن عبارته إنما تساغ فيما فيه مصلحة له فإذا قام بشيء من ذلك لا يصح ولا ينفذ لا بإجازته ولا بإجازة

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 118-121.

وليه قبل بلوغه، لأن ما صدر منه باطلا لا ينقلب صحيحا بإجازته بنفسه أو بإجازة ممثله الشرعي، وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء¹.

ج. **الشرط الثالث: ألا يكون الولي قد رد التصرف الموقوف قبل بلوغ الصبي:** قلنا أن للصبي المميز بعد بلوغه رشيدا، أن يجيز التصرف الموقوف الذي أتاه حال صغره، لأنه متى بلغ استقل في تصرفاته، فله أن يجيزها أو يرفضها. غير أن انتقال حق الإجازة إليه مشروط بألا يكون عليه قد رد هذا التصرف ولما يبلغ الصبي سن الرشد، فإن سبق للولي أن فعل ذلك، فإن الصبي بعد بلوغه لا يملك إجازته لأن التصرف يكون قد صار في حكم الباطل بذلك الرد، وإذا بطل فلا يقبل الإجازة بعد ذلك. بل أن الولي نفسه لا يملك قبل بلوغ الصغير رشده أن يرجع عن رده للتصرف إلى الإجازة.

الفرع الثاني:

شروط صحة إجازة العقد المقترن بخيار الفسخ أو الإجازة²

لم يعالج فقهاء الشريعة الإسلامية شروط صحة إجازة العقد المقترن بخيار الفسخ أو الإجازة لذا نرى انه من قبيل الاجتهاد الشخصي المتواضع أن نعمل على استخلاص هذه الشروط من المبادئ العامة المقررة في الفقه الإسلامي ومن بديهيات الأمور التي يمكن استنتاجها عقلا.

أولا: شروط صحة إجازة العقد المقترن بخيار عقدي: الخيار كما يقول الكاساني هو "التخيير بين الفسخ والإجازة" أو هو "أن يكون للمتعاقد أو لكليهما حق إمضاء العقد أو عدم إمضائه بفسخه بعد التروي وإمعان النظر" وفقا للمتعاقدين، مع أن مقتضى العقد يكون لازما لا خيار فيه ضمانا لإستقرار التعامل والعقود بين الناس وقطعا للمخاصمات، والمنازعات، ذلك أن المستقر عليه في الفقه الإسلامي بصدد عقد البيع، أنه إذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار فيه لواحد من المتعاقدين، ويمكننا بعد طول تمعن في معنى كل من العقد المقترن بخيار وفي المقصود من إمضائه أن تقف على هذه الشروط وهي:

1. الشرط الأول: ألا يكون صاحب الخيار قد رد على العقد: يثبت لمن جعل الخيار لصالحه خيار في فسخ العقد أو في إجازته، فله حق فسخه كما أن له حق إجازته، فإن هو فسخه اعتبر كأن لم يكن، وإن هو أجازه استمر في إنتاج آثاره. غير انه يشترط لتكون هذه الإجازة صحيحة ألا يكون من ثبت الخيار له قد رد العقد المقترن به الخيار، فإن سبق له أن بت فيه بالرد فسخ العقد، ولا يمكن العودة إلى الإجازة بعد الفسخ، فإن

¹ محمد سعيد جعفرور ، مرجع سابق، ص ص 121، 123.

² محمد سعيد جعفرور ، مرجع نفسه، ص ص 123. 124.

أجاز العقد بعد ذلك، وقعت الإجازة غير صحيحة¹.

ب. الشرط الثاني: أن تصدر الإجازة في المدة المقررة لممارسة حق الخيار: يلزم لصحة إجازة العقد المقترن بأحد الخيارات العقدية أن تصدر في المدة المقررة لإعمال الخيار، أي خيار الفسخ أو الإمضاء، غير أنه مما تجدر الإشارة إليه، انه إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية على اتفاق بالنسبة إلى ضرورة توفر هذا الشرط فإن الخلاف بعد ذلك فيما بينهم على أشده فيما يتعلق بالمدة التي تجعل ان يعمل ذو الخيار فيها خياره، فهذه المدة عندهم هي غيرها في خيار الشرط وفي خيار العيب وفي خيار الرؤية وينبغي أن نلاحظ أن هؤلاء الفقهاء، إذ يشترطون هذا الشرط، إنما يقصدون من ورائه ضرورة ممارسة الخيار في المدة المطلوبة، وهم يقصدون من لفظ الخيار، كقاعدة عامة، خيار الفسخ فيجب في نظرهم أن يستعمل العاقد خياره في رد العقد في المدة المحددة له والمدة المقررة لصدور الإجازة في العقد المقترن بخيار الشرط في الفقه الإسلامي هو أن يشترط احد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لأجنبي حق فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معلومة من الزمان بناء على اشتراط ذلك في العقد وقد اختلفت أنظار الفقهاء في تقدير هذه المدة، ويمكن صب هذا الاختلاف في آراء ثلاثة تتمثل في الآتي:

- تحديد مدة إعمال الخيار بثلاثة أيام².

- ترك تحديد مدة الخيار لرضا المتعاقدين³.

- ترك تحديد مدة الخيار للحاجة⁴.

ونرى أن الرأي الأول أولى بالإتباع، ذلك أن الأيام الثلاثة كافية للتروي وتخير احد الأمرين، فأما الفسخ وإما الإجازة، وهذا استقرار للمعاملات وتقاديا للنزاعات.

¹ كما انه لا يمك العودة إلى الفسخ بعد الإجازة فان هو أمضى العقد المقترن به الخيار أصبح لازما في جانبه ولن يعود بإمكانه إعمال حقه في الفسخ، إن بالإجازة يسقط حقه في الفسخ والساقط لا يعود.

² وهو رأي كل من أبي حنيفة والشافعي ويجب أن يمارس صاحب حق الخيار حقه، إجازة أو فسحا، خلال الآتية الثلاثة التالية لصدور العقد فان أجاز تصرفه المقترن بالخيار خلال هذه المدة جاز، وان أثر فسحه اعتبر كان لم يكن أما إذا سكت لم يرد التصرف ولم يجزه، عد التصرف في حكم المجاز، إذ لو كان يفضل فسحه لما سكت إلى أن مضت المدة، ثم انه لو كانت رغبته عدم الإجازة لأسرع إلى إبانة غرضه وفسخ العقد، ومما سلف يتضح انه يشترط لصحة إجازة العقد المقترن بخيار الشرط، وفقا لهذا الرأي أن تصدر الإجازة خلال ثلاثة أيام من صدور العقد.

³ هو رأي الإمام احمد بن حنبل ويوافقه فيه صاحبنا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد، فإن مدة الخيار تترك للمتعاقدين، فيجوز لهما اشتراط مدة أطول من الثلاثة أيام بحيث يصح صدور الإجازة أو الرفض خلالها، فإذا مضت هذه المدة من غير إفصاح المعني بالأمر عن رغبته في الفسخ أتبّر العقد مجازا.

⁴ وهو رأي المالكية فان مدة الخيار لا تتقيد بثلاثة أيام كما أنها لا تترك لحرية العاقدين، بل يترك تقدير المدة إلى الحاجة التي تختلف باختلاف المبيعات وعليه فالإجازة يجب أن تصدر في المدة التي تقتضيها هذه الحاجة، فان مضت المدة، اعتبر ذلك إجازة ضمنية للعقد.

- **المدة المقررة لصدور الإجازة في العقد المقترن بخيار الرؤية:** يعرف خيار الرؤية بأنه "حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محله إذا لم يكن رآه وقت العقد أو قبله". لكن هل يتقيد حق صاحب خيار الرؤية بمدة زمنية معينة بعد الرؤية؟ لقد اختلف النظر الفقهي هنا أيضا، فقد قال بعضهم أن خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقا في جميع العمر إلى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ وإلا فيبقى على حالة ولا يتوقف بإمكان الفسخ لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه. وقال بعضهم انه يثبت مؤقتا إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الأسباب المسقطه للخيار لأن من الأسباب المسقطه للخيار الرضا والإجازة، والامتناع الفسخ بعد الإمكان دليل على الإجازة والرضا، والله عزوجل اعلم".

ويتضح في هذا القول أن هناك رأيين:

الأول: يرى أن خيار الرؤية غير مؤقت بفترة زمنية معينة بعد الرؤية لذا فالعقد يكون غير لازم ما لم تصدر الإجازة، ولو استمر ذلك طول العمر، فالإجازة حق لمن شرعت له وهي ليس لها أمد محدد، بل يجوز لمن ثبت له الخيار أن يجيز العقد متى شاء فلا يسقط خيار الرؤية برؤية المبيع وسكوته طالما بقي سالما ولم يظهر منه ما يدل على رضاه المبيع ولا يدل على رفضه له.

الثاني: يرى في أن عدم تقيد حق الإجازة بمدة معينة ظلما بالمتعاقدين الآخر وضررا يلحقه وزعزعة الاستقرار والمعاملات فقال بان هذا الحق مؤقت بزمن معين بعد الرؤية، وهذا الزمن هو الوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ أو الإجازة فان هو لم يباشره في هذا الوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ أو الإجازة فان هو لم يباشره في هذا الوقت الكافي لذلك اعتبر منه سكوته إجازة صحيحة فيلزمه العقد.

ثانيا: شروط صحة إجازة عقد معيب الإرادة: لم يبين فقهاء الشريعة الإسلامية القائلون بعدم لزوم عقد معيب الإرادة ذلك وعليه فإننا، كما فعلنا في غير هذا الموضوع، فإن هذه الشروط في نظرنا لا تخرج عما يلي:

الشرط الأول: يجب أن تكون إرادة المجيز سليمة من العيب وهو يجيز العقد: فلا يتصور صدور الإجازة من ذي الخيار والعيب الذي كان قد اعتري إرادته لا يزال قائما، كما لا يتصور صدور الإجازة بعد زوال هذا العيب ولكن كانت إرادة المجيز أسيرة عيب آخر فلكي تصح الإجازة يجب أن تكون إرادة صاحب الخيار وهو يجيز العقد بمنأى عن كل عيب يشيها فلا تصح الإجازة الصادرة منه حينئذ والذي يقصد به معنى الإجازة تصرفا غير لازم بالنسبة إليه يخوله حق الخيار بين الفسخ والإمضاء وفي هذا الصدد نرى أن ما قلناه ونحن نعالج هذا الشرط تحت عنوان "شروط صحة الإجازة في القانون المدني" يصدق هنا تمام وعليه فلا جدوى من إعادته هنا .

ب. الشرط الثاني: يجب أن تصدر الإجازة في المدة المقررة : لم نجد من تتبع أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية ما يشير إلى ضرورة صدور الإجازة من معيب الإرادة في وقت محدد وعليه فإن العقد المشوبه إرادته بأحد عيوبها يبقى غير لازم إلى أن يرده أو يجيزه، وهذا على غرار إجازة ناقص الأهلية لتصرفه الدائر بين النفع والضرر بعد بلوغه سن الرشد. إذ هنا أيضا لم يحدد هؤلاء الفقهاء مدة معينة يجب أن تصدر الإجازة خلالها، ونرى أن من شأن هذا الأمر أن يطيل أمد عدم لزوم عقد معيب الإرادة، وقد يركن المتعاقد الآخر مع صاحب الخيار إلى الموقف السلبي لهذا الأخير، الذي لا يجيز العقد ولا يرده، فيترتب على المعقود عليه، الذي انتقل إليه بموجب العقد غير اللازم آثار الفسخ¹.

وترتبيا على ذلك نرى وجب تحديد مدة زمنية معلومة للطرفين يجب أن تصدر فيها الإجازة وإلا عدة العقد في حكم المجاز، ونقترح في هذا الصدد تكملت ما وقف عنده الفقه الإسلامي القائل بعدم لزوم عقد معيب الإرادة، أن يقيد الحق في ممارسة الخيار بأشهر معدودات وإلا اعتبر العقد لازما، وليكن الاقتراح على هذا النحو "يسقط خيار الفسخ أو الإجازة الذي يستعمله صاحبه خلال ثلاثة اشتر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة لا يدل على فسخ العقد فاعتبر العقد لازما، ويبدأ سريان هذه المدة، إذا كان سبب عدم اللزوم الإكراه، من الوقت الذي يرتفع فيه وإذا كان سبب عدم اللزوم التدليس والغبن أو الغلط، فمن الوقت الذي نكشف فيه التدليس أو الغبن، ومن الوقت الذي يتبين فيه الغلط"².

المطلب الثالث:

آثار الاجازة في القانون المدني

ان الاجازة تجعل العقد في موضع حصين لا يرقى اليه حق التمسك بالابطال لهدمه، اذ ان هذا الحق يكون قد سقط وبذلك يتايد العقد ويستمر في انتاج آثاره وستنصب دراستنا في هذا المطلب على مسالتين الاولى اثر الاجازة بالنسبة الى العقد المجاز وهو ما نخصص له الفرع الاول والثانية اثر الاجازة الى اطراف العقد وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الأول:

أثر الاجازة بالنسبة الى العقد المجاز

أولا: قصر أثر الإجازة على موضوع الإجازة: ان الاجازة وهي تصرف ارادي لا يمكن ان يكون مداها الا ما

¹ محمد سعيد جعفرور ،مرجع سابق، ص ص 126 وما يليها.

² اما التقنين المدني الجزائري فقيده صدور الإجازة لمدة معينة ايا كان سبب قابلية العقد للإبطال، يستوي في ذلك أن يكون السبب هو نقص الأهلية أو عيوب الارادة (راجع المادة 101 بالنسبة الى حالة نقص الاهلية وحالات الغلط والتدليس والإكراه والمادة 90 بالنسبة الى الاستغلال).

أرادته المجيز فإذا كان من شأنها في غالب الاحيان ان تؤيد العقد بشكل تام، بحيث يمكن وصفها بأنها كاملة فانها قد تكون جزئية وحينئذ يجب الرجوع الى قرار المجيز للتعرف على ما اتجهت اليه ارادته فقد يكون حصر اجازته في أحد العيوب المشوب بها تصرفه او في بعض شروطه دون غيرها، وبعبارة أخرى إذا كانت الإجازة تسقط حق صاحبها تمسك بالابطال، فان المجيز قد لا يبقى مكتوف اليدين بل يعتمد الى تكييف نزوله عن حقه أو إلى تضيق مجاله، وسيكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن.

1- الحدود المتعلقة بعيوب التصرف: لا تتناول الاجازة الا العيوب التي كانت معروفة من قبل المجيز اثناء صدور الاجازة فكما يقال: "لا يمكن النزول عن ما لا نعلم" غير انه اذا كان التصرف مشوبا بعدة عيوب توجب ابطاله، وليس ثم ما يمنع صاحب الحق في طلب الابطال، لو فرضنا انه كان عالما بها جميعا، من قصر اجازته على احد تلك العيوب فقط ذلك ان الاجازة لا تتناول الا العيب المقصود فاذا كانت هناك عيوب اخرى، بقيت باب الطعن في التصرف مفتوحا لاجلها، ومن ثم فاذا تعاقد ناقص الاهلية وكان واقعا في غلط واجاز العقد بعد بلوغه سن الرشد في ما يتعلق بنقص الاهلية بقي له الحق في طلب ابطال العقد للغلط اي ان الاجازة لا تثبت العقد الا بالنسبة الى العيب الذي انصبت عليه.

ويلاحظ انه في حالة تعدد العيوب، يقع على من يدعي الاجازة عيب الاثبات على المجيز بها جميعا كل منها على حدى، وهذا طبقا للقواعد العامة في اثبات الاجازة.

2- الحدود المتعلقة بشروط التصرف: سنتناول تحت هذا العنوان مدى جواز الإجازة الجزئية وهل يمكن تعليق الاجازة على تحقيق شرط معين:

أ- مدى جواز الاجازة الجزئية: ان بعض من احكام القضاء الفرنسية القديمة كان يقضي بجواز حصر مدى الاجازة في بعض شروط العقد المعيب بحيث يستطيع المجيز ان يفصل في شروط العقد بين تلك التي ينزل عن التمسك بالابطال بسببها والتي يتمسك بالابطال من اجلها¹. ومثلا ذلك حالة شراء ناقص الاهلية عقارا مع اشخاص اخرين، فنزل ورثته، بعد وفاته، الابطال حق مورثهم في اكتتاب ملكية العقار بناء على عقد البيع مع تمسكهم بحقهم في ابطال الالتزام التضامني بدفع الثمن الوارد ضمن شروط العقد، وبذلك فان هذا القرار القديم الذي يسانده جانب من الفقه لا يمنع في الحصول على الاجازة الجزئية لشروط العقد

ب. مدى جواز تعليق الاجازة على تحقق شرط معين: يرى جانب كبير من الفقه أن لا شيء يحول دون أن تكون الإجازة معلقة على تحقق شرط معين بحيث يجب في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة في القانون وبإعمال هذه القواعد لا يتصور أن ترتب الإجازة أي أثر قبل تحقق هذا الشرط فالعقد يبقى قابلا للإبطال كما

¹ محمد سعيد جعفرور ، مرجع سابق ، ص 128 وما يليها .

كان ولم يتأيد إلا ابتداء من وقت تحقق هذا الشرط، فتبدأ الإجازة في إنتاج آثارها، وذلك كما لو عقل العقاد إجازته لبعض العقود التي ابرمها، وهو ناقص الأهلية على شرط أن يكون رصيد حسابه من هذه العمليات في صالحه، وقد جنح القضاء الفرنسي الى مثل هذا الرأي وصرح في أحكام عديدة بان إجازة الالتزام الذي يخول القانون شخصا الحق في طلب ابطاله يمكن ان تكون معلقة على شرط معين¹.

ثانيا: نتائج الاثر الكاشف للاجازة بالنسبة الى موضوع الاجازة: يترتب على الاثر الكاشف للاجازة نتيجتان هامتان هما عدم تأثير في مضمون العقد المؤيد وتأكيد ما تم تنفيذه بناء عليه اذن فان اثر الاجازة ليس انشاء الاثار التي انتجها العقد المؤيد وان التأييد لا يعتبر تجديدا لهذا العقد وعليه فلا يجوز تضمينه شروطا اخرى غير تلك التي وردت في العقد المؤيد بما ينطوي عليه ذلك من تعديل للعقد، وهو ما لا يجوز عمله بالارادة المنفردة للمجيز اذا حينئذ يستلزم هذا التعديل اتفاقا جديدا فيما بين الطرفين اعمالا لقاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين² فإثر الاجازة اذا ينحصر في زوال حق المجيز في التمسك بالابطال منذ تاريخ ابرامه العقد لا من وقت صدور الاجازة فحسب وتأكيد صحة الاثار التي تترتب على هذا العقد، وامتناع المجيز عن المعارضة في اي حق يستند الى هذا العقد، وهذا يضعه من اعادة النظر مستقبلا في العمليات التي سبقت صدور الاجازة وبذلك تتأكد الالتزامات الموفى بها بناء على هذا العقد فلا يجوز المطالبة باسترداد ما تم الوفاء به بناء على دعوى دفع غير مستحق اذا كان الاداء نقديا او بناء على دعوى الاسترداد اذا كان الوفاء يتمثل في نقل ملكية الشيء.

تحديد القانون الواجب التطبيق زمنيا على العقد المجاز وإعمال قواعد التقادم نتيجة للأثر الكاشف للإجازة فان القانون الواجب التطبيق زمنيا على العقد الذي تم إجازته القانون الذي كان ساري المفعول أثناء إبرام العقد وليس القانون الساري بتاريخ صدور الإجازة فيجب النظر في تطبيق آثار العقد حسب القانون القديم اي قانون الابرام العقد وهذا رغم ان استمرار نفاذ هذا العقد كان وليد الاجازة ذلك ان هذه الاخير لم تخلق وضعا جديدا لم يكن موجودا حتى يجب تطبيق القانون الجديد عليه، ويترتب على الأثر الكاشف بالإجازة أيضا، أن مدة التقادم المسقطه للحق تحسب من تاريخ ابرام العقد لا من تاريخ اجازته فليس للإجازة شان في فتح مرحلة

¹ انظر احكام محكمة النقض الفرنسية ما يلي:

22 avril 1976M bull.vciv3.،Cass.civ.19aout1857MD.P.1857.1.339Mcass-2

وقد جاء فيه ما يلي: " la ratification d'une obligation contre la quelle la loi admet une action en nullité peut être conditionnelle.

وهذا مع ملاحظة استعمال القضاء الفرنسي المصطلح الإقرار ratification بدلا من مصطلح التأييد confirmation (محمد سعيد

جعفور، مرجع سابق، ص 198 هامش 11)

² انظر في الفرق بين الاجازة وتجديد العقد، السنهوري، الوسيط، الجزء 01، ص 515.

زمنية جديدة وفي هذا الصياغ فان نفاذ العقد الشكلي القابل للإبطال والذي كان قد تم شهره ثم بعد ذلك وردت الاجازة عليه، يبدأ من تاريخ شهره لا من تاريخ تحرير وثيقة الاجازة، وعليه فان مدة التقادم المسقطه بالحق تحسب من وقت شهر هذا العقد اذا كان مستحق الاداء، لا من تاريخ حصول الاجازة ولا تعتبر الإجازة إقراراً لذلك لا يترتب عليها خطر التقادم لانها نزول ارادي من المجيز عن حقه في الإبطال، في حين أن الإقرار يتضمن اعترافاً لدين في ذمة المقر وقبل ان ننتهي بحث موضوع اثر الإجازة بالنسبة الى العقد المجاز الذي نحن بصددده نرى ضرورة التذكير بما تقضي به نص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري¹ وما يراه جانب كبير من الفقه من ان الاجازة متى صدرت استند اثرها الى تاريخ العقد اي انها ذات اثر رجعي غير ان هذا الراي لا يمكن التسليم به، بل لا بد لنا من ابداء النظر فيه.

الفرع الثاني:

أثر الإجازة على أطراف العقد الموقوف

يختلف أطراف العقد الموقوف باختلاف سبب الوقف، فبالنسبة لتصرف ناقص الأهلية، كان وليه أو وصيه قبل بلوغ الصبي طرفاً في العقد الموقوف، فإن بلغ الصبي انتقل إليه الحق في الإجازة وكان طرفاً في العقد كما أن التصرف الذي يجريه الفضولي يعني ثلاثة أشخاص هم الفضولي، ومن تعاقد معه، والمالك، ونرى أثر الإجازة على كل واحد من هؤلاء.

أولاً: أثر الإجازة بالنسبة إلى ناقص الأهلية أو وليه: بينا فيما تقدم أن الحق في إجازة التصرف الدائر بين النفع والضرر يثبت للولي قبل بلوغ الصبي سن الرشد، فله أن يختار بين إجازة العقد أو إبطاله، فإن رده فإن الصبي لا يستطيع الإجازة بعد بلوغه، لأن العقد يكون قد أبطل، والإجازة لا ترد على عقد باطل²، وإذا أجاز الولي أو الوصي التصرف الموقوف، فإنه لا يحق للصبي بعد بلوغه أن يرد التصرف أو يبطله، لأن الإجازة تصرف إسقاطي، وهي بهذا الوصف قد أخرجت خيار الإجازة من ذمة الصبي نهائياً، كما أخرجته من ذمة المجيز³، ورغم أن المشرع الجزائري قد اعتنق فكرة الوقف بمناسبة تصرفات الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، فإنه لم يفصل في حالة صدور الإجازة أو الرد من الولي، وسقوط حق الصبي بعد بلوغه في الرد

¹ والمادة 2/139 من التقنين المدني المصري والليبي والمادة 2/140 من نظيره السوري وكذا معنى نص المادة 237 من قانون المجيبات والعقود اللبناني المقتبس من المادة 3/1338 من التقنين المدني الفرنسي وكذلك معنى المادة 706 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية،

محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 198 هامش 16.

² محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص 58، 218.

³ محمد سعيد جعفرور، فاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر، مرجع سابق، ص 157.

أو الإجازة ، كما أنه لم يذكر أن الحق في الإجازة ينتقل إلى الصبي بعد بلوغه، وسدا لهذا القصور يرى بعض الفقه¹ وجوب الرجوع إلى أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي استنادا للمادة الأولى من التقنين المدني، والمادة 222 من تقنين الأسرة.

ثانيا: أثر الإجازة على أطراف تصرف الفضولي: يضم التصرف الذي يبرمه الفضولي طرفين هما: الفضولي ومن تعاقد معه، في حين يملك الإجازة صاحب الملك الذي وقع التصرف عليه، ولذلك فإن الإجازة إذا صدرت تؤثر في مركز المميز أولا، ثم إنها تؤثر على الفضولي وعلى من تعاقد معه ثانيا.

1- أثر الإجازة على المميز: لما كانت الإجازة تصرفا إسقاطيا، كان طبيعيا أن يترتب على صدورهما من صاحب الحق فيها إسقاط حقه في إبطال العقد الموقوف وبالتالي إنفاذه، ولا يستطيع بعد ذلك إبطاله، لأن الإجازة قد أخرجت هذا الحق من ذمته نهائيا² ، فإذا كان التصرف الذي أجراه الفضولي عقد بيع مثلا، فإن المميز، وهو صاحب الملك، يعتبر مالكا للثمن منذ وقت إبرام العقد لا من وقت صدور الإجازة. وهذا إذا كان الثمن لا يزال قائما لأنه بدل ملكه. أما إذا هلك الثمن في يد الفضولي قبل الإجازة ثم أجزى العقد، فإنه يهلك أمانة على الفضولي كما لو كان وكيفا وهلك الثمن في يده³ ، وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن حكم العقد ينصرف إلى المميز، فإنهم قد اختلفوا حول حقوق العقد هل تنصرف إلى المميز أم إلى الفضولي؟ ويقصد بحقوق العقد الالتزامات والحقوق التي يترتبها العقد في ذمة الطرفين، وهي ما يصطلح عليه في لغة القانون المدني بآثار العقد.

2- أثر الإجازة على من تعاقد مع الفضولي: يعتبر المشتري في عقد بيع الفضولي مالكا للمبيع من وقت انعقاد البيع الصادر عن الفضولي لا من وقت الإجازة الصادرة عن المالك، وذلك بكل ما يحدث في المبيع من زيادة كالكسب والنماء، ولو حصل هذا الكسب أو النماء قبل الإجازة، فكل ما يحدث في محل التصرف الموقوف من زيادة ونماء يملكه من يثبت له الملك بالإجازة، ومثل الزيادة والنماء ما يؤخذ كتعويض عما يكون قد لحق محل التصرف الموقوف قبل الإجازة، فكل ما يحدث في البيع الموقوف من كسب فللمشتري. ولكن هل يمكن للمشتري أن يرجع على المالك مباشرة لمطالبته بتسليم البيع أو ليرده إن خرج معيبا أو مستحقا؟.

إجابة عن هذا السؤال يرى الحنفية أنه لا يجوز لمن تعاقد مع الفضولي الرجوع على المالك مباشرة، وإنما يرجع على الفضولي أولا، ثم يرجع الفضولي بعد ذلك على المالك، وقد وافق المالكية الحنفية في أن عدم

¹ محمد سعيد جعفرور، فاطمة أسعد، مرجع سابق، ص 158 وما يليها.

² عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 231.

³ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص 215.

جواز رجوع المشتري على المالك أصل عام، لكنهم خالفوه في أنه ترد استثناءات على هذا الأصل، ذلك أنه يجوز عندهم رجوع المشتري على المالك مباشرة إذا كان هناك اتفاق مسبق، أو عرف يقضي بذلك، أو إذا كان المشتري عالماً بالفضالة، أما الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية، فإنهم يجيزون للمشتري أن يرجع على المالك مباشرة، لأنهم يرون أن حقوق العقد وآثاره تنصرف إليه¹.

3- أثر الإجازة على الفضولي: إذا صدرت الإجازة من صاحب الحق فيها صار الفضولي بمنزلة الوكيل في العقد المجاز منذ لحظة إنشائه، وكأنما وكله المميز فيه قبل إبرامه، ذلك أن القاعدة الشهيرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية مفادها أن "الإجازة في الانتهاء بمثابة الإذن في الابتداء" وأن "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"²، وبناء على القاعدتين المذكورتين يكون لإجازة المالك ما يكون للوكالة السابقة من أحكام شرعية ويترتب على تصرف الفضولي بعد صدورهما جميع الأحكام التي تطبق على تصرفات الوكيل، فإذا كان التصرف الذي يباشره الفضولي عقد بيع مثلاً، فإن حكمه يظهر في محله مستنداً إلى وقت حدوثه³، وقد رأينا أن الحنفية والمالكية يجمعون على أن الفضولي هو من ترجع حقوق العقد إليه كالوكيل تماماً فيطالب بتسليم العين ويخاصم بالعيب، وأنه إذا هلك الثمن بيد الفضولي فإنه لا يضمنه كما لا يضمنه الوكيل نظراً لاعتبار الثمن أمانة في يده إذا هلك بغير تعد منه ولا تفريط، وفي هذا يقول ابن الهمام "إذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشتري والثمن مملوكاً أمانة في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمنه كالوكيل، فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، حيث أنه بها أصبح تصرفه نافذا"⁴.

والخلاصة أن نقول أن الإجازة إذا وردت على العقد الموقوف، فإنها تجعله نافذا منذ لحظة إبرامه وكأنه لم يتوقف في لحظة من اللحظات، ويصبح الفضولي، وكأنه قد وكل لإبرام التصرف الذي أجره. والآن يأخذنا الفضول إلى التكلم عن آثار الإجازة بالنسبة إلى الغير فطالما أن الإجازة تجعل العقد الموقوف ينتج آثاراً لم يكن قد أنتجها من قبل كان من الطبيعي ألا تضر الإجازة بحقوق المتعاقدين ولا بحقوق الغير إذ لم يترتب على العقد الموقوف أي حق لأي طرف.

¹ عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص ص 152.153 .

² عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 236.

³ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد، مرجع سابق، ص 220.

⁴ عبد الرزاق حسن فرج، مرجع سابق، ص 233.

خاتمة

خاتمة:

من خلال مناقشتنا و دراستنا لهذا الموضوع الشائك يمكننا أن نستنتج أن فكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي تتصف بالدقة و الشمول ، فضلا عما تحققه من حماية أكثر مما تحققه كل من العقد القابل للإبطال و العقد غير النافذ و غير الساري في فقه القانون ، كما أن الأولى هو أن يوقف العقد حتي يستكمل ما نقصه لا أن يعبر صحيحا نافذ ، وعقد ما شبها من عيب حتى يبطل .

أما من ناحية عمومة فكرة العقد الموقوف وشمولها ، فقد رأينا من خلال تحليلنا لهذه الفكرة، أنها صالحة للأخذ بها بالنسبة لجميع التصرفات التي تصدر ممن ليست لهم ولاية التصرف، كالفضولي وكذا تصرفات ناقص الأهلية ، وحالات التصرف مما تعلق بي حق الغير كتصرف المدين المعسر في ماله إضرار بدائنيه وكبيع المرهون و كتصرف الشريك في حصته الشائعة إضرار شريكه أو سائر الشركاء الآخرين فهي بهذا صالحة لأن تحل محل فكرتي العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا وكذا غير النافذة في القانون المدني .

ولم كانت فكرة العقد القابل للإبطال فكرة قاصرة ، فإن هذا قد دعا الكثيرين من الفقهاء إلى اعتبار بعض التصرفات موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو من له هذا الحق لعدم وجود نص في هذا القانون وذلك كما في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة ، و ذلك استنادا إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تقضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص ، وبذلك فإننا اعتمدنا في دراستنا هذه على جانب كبير من الفقه و حجتنا في ذلك هو عدم وضع المبادئ العامة في القانون المدني لنظرية العقد الموقوف بل كان المنطق من قانون الأسرة الذي يحيل إلى الشريعة الإسلامية ويمكننا استنتاجه كذلك أن معظم التشريعات العربية أخذت بفكرة العقد الموقوف و نظمت أحكامها بعدما اتضحت دقتها وسلاستها وذلك ما هو موضح من خلال تطرقنا لطبيعة العقد الموقوف في الفقه وهذا ما يستدرجنا لموقف المشرع الجزائري من هذا العقد بحيث أخذ به المشرع الجزائري طبقا لما وضعت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائرية وتعد الأحكام المخالفة لتقنين الأسرة الواردة في التقنين المدني ملغاة لتعارضها من حيث الأثر و الجوهر مع نصوص الأسرة إلا أننا نقترح تعديل هذه المادة و هذا طبعا حسب رأي الشخصي كما يلي :

1 - " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 83 من التقنين المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به ، أما تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر فتكون موقوفة على إجازته بعد بلوغه سن الرشد أو على إجازة وليه أو وصيه قبل بلوغه هذا السن " .

2 - و يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو الرد خلال سنة واحدة فإذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في رد العقد أعتبر العقد نافذ.

3 - ويبدأ سريان هذه المدة وقت بلوغ القاصر سن الرشد أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي أو الوصي بصدور العقد.

وفي الأخير يمكننا القول أننا وضعنا ملخص قصير جدا لبعض النقاط الهامة من خلال دراسة موضوع العقد الموقوف الذي هو مستمد من الفقه الإسلامي، والتي بين بعض مواطن القصور في تشريعنا المستمد من الفقه الغربي، هذا القصور الذي أثبتته التطبيق العملي للتقنين المدني و إنني إذ أؤدي إعجاب غير الخفي بشتى مواضيع الفقه الإسلامي عموم، والعقد الموقوف التي أكتمل بناءه و أحكمة صياغته خصوص فإننا لتدارك مواضع النقص في تشريعنا لا يسعنا في ذوق هذه الدراسة إلا القول بأن اقتراحات التي يطرحها الطلبة الجزائريون في رسائل التخرج من تعديل للمواد خاصة كفيلة بالنهوض بنظرية العقد الموقوف في القانون الجزائري لأنني أرى في هذا العقد عدة إيجابيات .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

- 1 - الأستاذ المحامي صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة الطبعة الأولى 2001.
- 2 - الدكتور محمد سعيد جعفرور و فاطمة أسعد ، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ، الطبعة الثالثة 2009.
- 3 - الدكتور محمد سعيد جعفرور تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دار هومة ، طبعة في 2002.
- 4 - الدكتور عبد الرزاق حسن فرج نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة 1968.
- 5 - رسالة عجالي بخالد ، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة مناقشة عليها بتاريخ 2005/09/13 .
- 6 - الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية الجزء الثاني لبنان 1998 .
- 7 - الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 1998 .
- 8- على على سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1992.
- 9 - الدكتور محمد سعيد جعفرور ، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر 1998.
- 10 - الدكتور محمد سعيد جعفرور ، بيع الفضولي في الفقه الإسلامي و القانون المدني مقالة منشورة للمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية الجزء 39 ، العدد 1 ، سنة 2001.
- 11 - الدكتور بالحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء 1 التصرف القانوني ، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1995.
- 12 - الدكتور محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دارهوما الطبعة الثانية 2009 .
- 13 - الدكتور بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية ، الجزء 2 الميراث والوصية ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1995.

14 - على على سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ديوان مطبوعات الجامعية طبعة 1992.

15 - الدكتور محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي دار هومة للطبعة و النشر طبعة 2002 .