

((نظرية العقد في الفقه الإسلامي))

أ.د عبد الامير كاظم زاهد
جامعة الكوفة

المقدمة

والرهن والشركات والقروض والوكالة والكفالة ١٠٠٠٠ الخ . من أبحاث فقه المعاملات كما يعد العقد واحداً من الأسباب الناقلة للملكية وهو المنشئ للالتزامات والحقوق ، وهو ضابط قانوني لإنهاء النزاعات وله من جهات الأهمية العلمية ما يجعله جليل الشأن في المباحث القانونية والفقهية والاصولية .

إن العقد جزء من منظومة قانونية تنشئ الالتزام ويعد من جنس التصرف القانوني ومعناه كل ما يصدر عن شخص كامل الاهليه و ملئ ارادته مما يرتب الشرع عليه نتائج حقوقية ، ويقسم التصرف القانوني الى نوعين فعلي وقولي والتصرف الفعلي ما كان قوامه عمل غير لساني مثل إحراز المباحات ، والغصب ، والإتلاف ، وقبض الدين ١٠٠٠٠ الخ .

تتجه الدراسات الفقهية الحديثة اليوم الى نمط تشكل حول فقه النظرية ، أي تناول إحدى كبريات البحوث الفقهية في محاولة إعادة ترتيب البيانات فيها بما يشكل تصوراً علمياً شبه متكامل وقد عرف د. محمد سلام مذكور النظرية بأنها مفاهيم كبرى ، كل منها يؤلف لوحدة نظاماً حقوقياً أجزاءه في ثانيا المسائل الفقهية في أكثر من باب بحيث بعد جمعها وترتيبها تصبح معياراً في كل ما يتصل بموضوعها وهذا ما يدعى بالنظرية أي (التصور الفقهي الكامل لموضوع محدد) ومن تلك النظريات نظرية المقاصد ونظرية الملكية او نظرية العقد ، او نظرية الحق ، او نظرية الاهليه ، ونظرية الضمان ، نظرية الشروط وقد اخترنا نظرية العقد بوصفها إحدى أهم المشتركات العلمية التي تشتمل على بحوث المعاملات من البيع والإجارة

أما التصرف ألقولي : فهو نوعان ايضاً : تصرف عقدي، وتصرف غير عقدي ، والتصرف العقدي : قولان من إرادتين يرتبطان كالبيع والشراء والاجاره إما التصرف ألقولي غير العقدي فهو تصرف من أراده منفردة تنشئ حقاً او تنهي التزاماً او تسقط حقاً مثل الوقف ، والطلاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة ومن الجدير بالذكر ان تسامحاً عند بعض الفقهاء بحيث يسمون إيقاعات الإرادة المنفردة عقداً على سبيل التوسع في الاستعمال^(١) ومن أصناف التصرف ألقولي غير العقدي ، قول ترتبت عليه نتائج حقوقية كإقامة الدعوى، والإقرار ، والإنكار ، لذلك فالعقد عند الفقهاء يطلق ويراد به احد معنيين .

- أ- ارتباط قولين من جانبين بما ينشئ التزامات وحقوق .
- ب- ما يعقده الشخص من طرف واحد كالطلاق ولكن أثره يقع على شخص آخر .

ألا ان الأغلب على رجحان الإطلاق الأول ، ويسمى الثاني

بالإيقاع^(٢) والعبرة في تمييز العقد عن عموم التصرف ألقولي القصد ، ولذلك فان دفع الثمن وتسلم المبيع بلا إجراء صيغة تعاقدية وان كان تصرفاً فعلياً الا انه يتضمن طبيعة تعاقدية ،

مما تقدم يظهر لنا : ان التصرف أعم من العقد فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقد.

تعريفات العقد :

- ١- عرفه صاحب مرشد الخيران انه (عبارة عن : ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين مع قبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه^(٣) وبهذا التعريف اخذ ق . المدني العراقي مادة ٢١٣ والتجاري الكويتي ١٠٢٢ الاردني م ٨٧ الامارات ١٢٥.
- ٢- عرفته مجلة الأحكام العدلية ((ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله))^(٤) .

- ٣- عرفه السنهوري : ((اتفاق إرادتين على إنشاء حق ، او

وقبول ولا تكفي المعاظة الا قولاً للمفيد ،

والدليل : بقاء الملك على ماله لا ينتقل الا بسبب معتبر شرعاً وفي تقديم الايجاب على القبول قولان : الأشهر ان يقدم ، ومحل العقد هو الملكية المنقولة به ، أو الخدمة المسخرة لا حد طرفيه بينما موضوع العقد هو الأثر المقصود تحقيقه والذي شرع العقد لأجله .

الرؤية الشرعية للعقد والرؤية القانونية : لتحديد نطاق العقد لابد من الإشارة الى النقاط الآتية :

١- في الفقه الإسلامي نلاحظ اتجاهاً شمولياً يطلق على كل اتفاق بين شخصين عقداً ، وأساس ذلك إجماع المفسرين على ان قوله تعالى ((يا أيها الذين امنوا امنوا أوفوا بالعقود))^(٩) أمر الهي بالوفاء يقتضي الامثال قال المفسرون ان العقود هي الاتفاقات والعهود بما في ذلك تلك التي ما بين الإنسان وبين الله تعالى ، لذلك فمصطلح العقد شرعاً

على نقله ، أو ما يضاف له هو ما جاء في المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي))^(٥) وعرفه المحقق الحلبي : لفظ دال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم^(٦) وهو في هذا يعرف عقد البيع وليس مطلق العقد

وجوهر التعريفات : تتضمن (توافق إرادتين على أحداث التزام) .

فالمستخلص : ان العقد جزء من التصرف القانوني وهو ناتج إرادتين متوافقتين والإرادة خفية لا تظهر الا بالتعبير عنها بالإيجاب او القبول ، وإلا يجاب ما صدر أولاً ، والقبول ما صدر من آخر موافقاً بعد الايجاب معبراً عن الموافقة والتطابق بمعنى ان الا راده الواحدة لا تكفي ، والترابط بين الإرادتين وحده لا يكفي إنما الاتجاه نحو الأثر هو المكمل فلو انصرفت أحدهما نحو البيع والأخرى نحو الا جاره لا ينعقد عقد.^(٧)

قال الفقهاء : البادئ في الغالب هو الموجب ، والآخر هو القابل به قال العلامة في المختلف^(٨) لابد من إيجاب

ما نتج عن اتفاق إرادتين متوافقتين من آثار والتزامات .

٢- لم يضع الفقهاء المسلمون تقسيماً للعقد في ذاته ، وأدرجوا العقود من دون ترتيبها على أساس موضوعي ، فهذا كتاب الكاساني بدائع الصنائع يضع (١٨) عقداً بلا ترتيب او أساس ما لترتيب .^(١٠) وهنا تبرز الأسئلة المهمة : هل من منهجية لترتيب هذه العقود ترتيباً منطقياً ؟ الا يوجد في الفقه الإسلامي غير هذه العقود ؟ وسؤال ثالث : هل نظم الفقه الإسلامي حرية التعاقد ؟ .. أن هذه الأسئلة لا بد ان تجيب عنها دراسات متخصصة

٣- العقد في نظر أغلب فقهاء المسلمين ليس الاتفاق بين الإرادتين فحسب ، بل الارتباط الناتج عن الاتفاق ، فقد يحصل الاتفاق ولا تتحقق الشروط الأخرى للانعقاد . بينما التعريف

القانوني يشتمل على العقد الصحيح والفاقد والباطل ، والسري في ذلك ان علماء القانون يعرفون العقد بواقعه المادية ، بينما الفقهاء يعرفونه بواقعه الشرعية ، فالتعريف القانوني يشمل الوعد مع انه ليس بعقد ، بوصفه اتفاقاً .

٤- يرى علماء القانون ان العقود منحصرة في نطاق القانون الخاص ، أما في القانون العام (الإداري ، الدستوري ، الدولي) ، فتسمى الاتفاقيات او المعاهدات بل أنهم يحصرون في نطاق الاتفاقيات المدنية (المالية) حتى أنهم لا يرون عقد الزواج عقداً إنما هو اتفاق ، والخلاصة ان العقد عند أكثر أهل القانون يكاد يختزل بـ (العقد المالي) بينما هو عند الفقهاء المسلمين مجمل ارتباط إرادتين على وجه يترتب عليه أثر شرعي .

تكوين العقد وإنشائه:

يثبت العقد ، وتوجد حقيقته ، إذا
اجتمعت مكوناته وهي أركانه ،
شروطه وأجزائه ، فكينونة العقد
أركان وشروط وأجزاء .

أركان العقد :

الركن :- هو جزء الشئ الجوهرى
الذي يتركب منه ، بحيث يتحقق به
وجوده وينتفى بانتهائه ، أي انه قوام
الشئ ووجوده ، بما يعد جزءاً في
ماهيته فمثلاً ركن القياس العلة فإذا
سقطت العلة يسقط القياس برمته .

وأختلف العلماء في أركان العقد
على أقوال :

ذهب بعضهم الى أن :

- ١- اتفاق الإرادتين ، والتعبير
عن ذلك الاتفاق بالإيجاب
والقبول هما ركننا العقد
لذلك يرى أصحاب هذا
الاتجاه ان العاقد ليس ركننا
كما ان الفاعل ليس من
ماهية الفعل .

- ٢- ويرى الغزالي ان العاقدين ،
والإيجاب والقبول بوصفهما
الجانبيين الأساسيين .
- ٣- أما القراني فيرى ان أركان
العقد (العاقدان والعوضان)
(١١) .

وذهب الحنفية والحنابلة الى ان ركن
العقد الصيغة ارتباط الإيجاب
بالقبول ويرى الزرقا : ان العاقدين
ومحل العقد من مقومات العقد وليس
من أركانه (١٢) والمقوم اعم من الركن .

أما في الفقه الغربى : فأركان العقد
التراضي والمحل والسبب لان العقد
نتاج الإرادة ، أي التراضي المتجه
لإحداث اثر قانوني ، والغاية من
العقد هي السبب ، لأنه مما ربط به
المشرع أمراً آخرأ وجوداً وعدماً . أي
ان وجود السبب يلزم منه وجود
المسبب والعكس صحيح .

فأتلاف مال الغير سبب للضمان ،
والقتل العمد سبب للقصاص القراية
سبب للإرث والشركة سبب للشفعة
ولنظرية السبب أهمية وثمرات ترد
في موضعها .

لكن السبب : أمر خارج عن ماهية العقد وليس جزءاً منه فالإتلاف ليس جزءاً من الضمان ، إنما هي أسباب لما أضيف إليها. والمختار : أن أركان العقد الذاتية الصيغة و العاقدان و الأثر المتحقق المبحث الأول :-

الصيغة هي الشكل القانوني المعبر عن الإرادة الباطنة ويتفق الدارسون ان الفقه الاسلامي يتسم بنزعة موضوعية (Objectivity) أي انه يلتزم فيما يقتضيه حال العقد فان كان يحتاج الى إرادة ظاهرة التزم بالإرادة الظاهرة دون ألباطنه لأنها هي المظهر الخارجي للإرادة والمعبر المعتبر به فيها هو اللفظ ، وتنزلاً تعتبر أكتابه ثم الإشارة مما يقوم مقام اللفظ ويؤخذ اللفظ بمعناه الظاهر ، فمتى كان معنى اللفظ واضحاً جازياً على التخاطب في عرف المتعاقدين أغنى عن التفحص عن النية ، ولكن في الوقت ذاته لا يهدر ، الإرادة ألباطنه ، إذ يرجح أغلب الآثار المترتبة على القصور دون التعويل على النطق ومن تلك أجازة الفقهاء لبيع المعاطاة

قال الفقهاء: لا ينحصر البيع بتحقيق اللفظ وتكفي المعاطاة وتجزى كما يجزى العقد اللفظي في جميع المعاملات الا ما خرج بالدليل كالنكاح ، والطلاق ، والنذر ، واليمين وإليه ذهب الأنصاري في المكاسب فالمعاطاة مجزية في الملك اللازم والجائز وإباحة التصرف (١٣)

الأدلة : قوله تعالى أحل الله البيع : في كلام من الوضعي و التكليفي ، فالحل ليس للبيع فقط إنما لصحة التصرف ، وعليه لا بد من إفادة الملك بدليل التمسك بالإطلاق، لكن ذلك عند المذاهب الإسلامية مختلف فيه ، فبعض فقهاء المذاهب يعالجون قضية اللفظ في سياقه وظروفه وحالات السعة والاختيار فلا يصح التعميم (١٤)

وقد تقدم ان الصيغة عبارة عن إيجاب يعقبه قبول ، وقد أثر الفقهاء المسلمون اشتراط ان يكون لفظ الايجاب والقبول بالماضي لأنه المظهر الواضح للتعبير الجازم وفيه الدلالة على الجزم ، إما صيغة المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام والجملة الاسمية فلأنها تحتل عدم الجزم فلم يؤثرها الفقهاء في

مراد الإرادة الباطنة وكل لفظ احتملت دلالة على الحال والاستقبال تقع الحاجة فيه الى تعيين النية وكل لفظ احتمل دلالة الاستقبال لا ينعقد به العقد .

و جاء في الشرائع في عقد البيع أنه ((لفظ دال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم ولا يكفي التقابض من غير لفظ ، وأن حصل بالإمارات ما يدل على إرادة البيع ويقوم مقام اللفظ الإشارة مع العذر . وفي تقديم الإيجاب شرطاً على القبول تردد والأشبه عدم الاشتراط))^(١٨) لكن العلامة الحلبي في المختلف يرى انه الأشهر^(١٩)

بينما قال فتح القدير: العبرة بالنية لا بالصيغة يقول فكما لا ينعقد اذا قال بعث (بالماضي) هزلاً ، ينعقد لو قال أبيعك بالمضارع صادقاً^(٢٠) لكن وهذه محاولة منه للعدول عن المعايير المتعارفه بأعمال على ظاهرة وهي دعوى لا أثر لها ان الفقهاء غير غافلين عن ان العبرة في التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، الا أنهم يستخلصون الإرادة الباطنة من الصيغة ، فالصيغة اذا تمخضت عن معنى وجب الوقوف عندها ،

تنجيز العقد، بل اذا انعقد بهذه وجب الرجوع الى الظروف والملايسات ، لوقوع الحاجة الى تعيين النية ، يقول المحقق الحلبي (ولا ينعقد الا بلفظ الماضي ولو أستعمل غيره وان حصل القبول لم يصح)^(١٥)

وقال العلامة في المختلف^(١٦) فيه آراء لكن الراجح انه ينعقد فقط بالماضي فإذا وقع بالأمر أو الاستفهام لا يقع كما لو قال بعني وأجابه بعثك فقد قالوا ينعقد . وكذا (بالمضارع) تبيني فإذا أجابه بعثك ينعقد ، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام اتفاقاً . وقال الحنفية: اذا كان الإيجاب بصيغة الأمر مثل (بعني سيارتك) فلا ينعقد الا اذا قال المشتري اشترت ، وينعقد عند الشافعي ، قائساً على ألفاظ الزواج ، وأعرض على استعمال الماضي : فقالوا أنها لزم من مضى وضعاً ، الا ان العرف جعلها للحال ، والعرف حاكم على الوضع^(١٧) .

والقاعدة المستخلصة المستفادة من الخلاف :

ان كل لفظ دلت صيغته على الحال والجزم يؤخذ بوصفه معبراً عن الإرادة وينعقد العقد به ولا يعدل به الى فحص

وليست الصيغة الاقربنة على هذه الإرادة

موقف الفقهاء من التعبير عن الإرادة بالكتابة : _
أختلف الفقهاء في

هل تجزي الرسالة المكتوبة في التعبير عن الإرادة على أقوال؟ ذهب المالكية ^(٢١) وبعض الشافعية ^(٢٢) والمتأخرون من الامامية ^(٢٣) الى ان الكتابة تجزى في إيقاع التصرف سواء للحاضر او للغائب أما الحنفية ^(٢٤) والحنابلة ^(٢٥) فلا يريانها للغائب وأما عند متقدمي الامامية ^(٢٦) والزيدية ^(٢٧) وقول للشافعية ^(٢٨) أنها لا تصلح الا عند العجز عن النطق .

و اختلفوا في هل ينقذ النكاح بالكتابة على قولين أحدهما لا ينقذ وهو قول الامامية ^(٣٠) ، الحنابلة ^(٣١) والمالكية ^(٣٢) والثاني ينقذ وهو قول للشافعية ^(٣٣) وعند الحنفية ^(٣٤) أما في الطلاق : فأيضاً اتجاهاً : الأول : عدم الاعتداد بالكتابة الا عند العجز عن النطق ^(٣٥) وهو مذهب الامامية او اذا كانا غائبين الثاني : جواز الأخذ بها عند المذاهب الأخرى ^(٣٦)

لأنها بمصاف اللفظ أو على الأقل تقوم مقام اللفظ في ترتب الأثر

لكن الأصل : في مجلس التعاقد ان يسمع كل منهما لفظ الآخر ، فمع غياب احد العاقدين يرسل الايجاب كتابة ، وبوصول الايجاب الى مجلس القابل ينقذ وكما يقع الايجاب كتابه ويقع القبول كتابة والرسول هنا ناقل للإرادة وهو يختلف عن النائب ، وعلى هذا يجوز ان ينقذ بكتابة الطرفين . .

التعاقد بالإشارة : _ وكما اختلفوا في مدى الاعتداد بالكتابة معبراً عن الإرادة اختلفوا في الإشارة.

فذهب أكثر الفقهاء ان العقد ينقذ العقد بالإشارة حتى اذا كان العاقد ناطقاً ، أما الامامية ولم يميزوه الا مع العذر يقول المحقق الحلبي ﴿ وتقوم الإشارة مقام اللفظ مع العذر ﴾ ، وكذلك الحنفية : إذ يميزونه للأخرس سواء كان الخرّس أصلياً أو عارضاً ويشترطون أن تكون الإشارة مفهومة وهم يميزون للأخرس أن يتعاقد بالكتابة ، وأنفرد المالكية حيث

أجازوا انعقاد العقد بالإشارة لغير الأخرس لأن العقد ينقذ بما دل على الرضا وعندهم أن العقد لما جاز بالمعاطاة وهي (الصمت) ، جاز بما فوق ذلك ولأن الأشاره فوق الصمت .

المعاطاة :

تعرف المعاطاه أنها تبادل العوضين بين شخصين بلا لفظ معتبر إيجاباً وقبولاً ، يوضع هنا النص المحدد بالأسود في الصفحة القادمة وأركانها معلومية البديلين ، والرضا ، والتقابض ، ومجالها : عقود المعاوضات كالبيع والاجاره واتفقوا على منع جريانها في النكاح ، واشترطوا له الصيغة المنطوقة المحددة شكلاً ومضموناً

وقيل هي المبادلة الفعلية الدالة على التراضي (أي أن يعطيه الثمن فيعطيه الثمن من غير أيجاب ولا قبول) وقد اختلف الفقهاء فيها .

ويرى الامامية أن لا مجال للمعاطاه في الطلاق والعتق والنذر ، فمذهب الشافعي : لا يميز العقد الا باللفظ مع الإمكان فلا يميز المعاطاة

أما مالك : فيجيزه مطلقاً من جانب واحد او من جانبيين ما دام البدلان معينان ، وعند الحنفية والحنابلة: جائز على تفصيل (إذا كان معتاداً ، دالاً على الرضا فإنه يصح في الخسيس دون النفيس عند الأقدمين ، ثم قالوا أنه عند المتأخرين في كليهما النفيس والخسيس ومثلوا للنفيس : ثمن الذهب والخسيس ثمن الخبز . (٣٧)

واختلفوا في هل قبض البديلين : شرط في صحة المعاطاه ؟ على آراء

١- يكفي قبض احدهما كما في فتح القدير

٢- لا بد من قبض البديلين معاً .

٣- ان قبض المبيع كاف ، وأن تأجل الثمن ، ودفع الثمن دون المبيع لا يصحح المعاملة .

و اتفق الفقهاء كما قول الامامية على عدم انعقاد الزواج بالمعاطاة فلا يميزونه الا بألفاظ النكاح والزواج فقط لأنها مما ذكرت بالقرآن لان الزواج أشبه بالعبادة فحقه التوقيف ، وفي لفظة متعتك تردد ، ولا ينقذ

بلفظ الهبة الا عند الحنفية : وينعقد عندهم بكل لفظ دال واستدلوا :

أ- لورود لفظ الهبة بالقرآن ((وأمره وهبت نفسها)) .

ب- اذا كان تعبداً فالإعتاق كذلك ومع ذلك يجوز بأي لفظ.

ت- العبارة الدالة على الإرادة تتم بأي لفظ

ومما تقدم : يظهر أنه لا يمكن القول بان الفقه الاسلامي يتبنى إحدى النظريتين (الإرادة الظاهرة ، ألباطنه) ، أنما القول الصحيح ان لكل مسألة سياقها وحكمها ووضعها الخاص ففي الزواج والطلاق والرجعة يتطلب الاعتراف بالإرادة الظاهرة فالبعبارة دالة على الإرادة وفي العبادات فأن المعول على الإرادة الباطنة وعليها أقيمت قاعدة العبرة بالقصود الا ما خرجه الدليل .

خيار المجلس:

المقصود بالمجلس مجلس العقد : والمراد بخيار المجلس ان المتعاقدين في

فترة بقائهم في المجلس الذي تحاورا فيه او الذي قد حصل فيه الايجاب والقبول فلهم ، وقبل انتهاء وقت المجلس الرجوع عن الالتزام ويسمى هذا(خيار المجلس) وهو حق يثبت لكل من المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية، وخيار المجلس غير خيار الشرط الذي لا يثبت الا باشتراطه في العقد ، وقد وقع فيه خلاف بين الفقهاء فمنهم من أجاز له لمستند ومنهم من منعه لأدله عنده . .

خلاف الفقهاء في خيار المجلس :

(١) يرى الامامية (٣٨) والشافعية (٣٩)

والحنابلة (٤٠): أن خيار المجلس مشروع

وجائز أما الحنفية والمالكية وفقهاء المدينة

السبعة فيذهبون الى أن العقد يلزم بمجرد

الايجاب والقبول وينكرون خيار المجلس .

أدلة المانعين : أستدل الذاهبون

الى عدم مشروعية خيار المجلس بـ :

١- انه عقد المعاوضه ملزم بمجرد

تمام اللفظ ، وخيار المجلس

يفسخ ما يترتب قهراً على

اللفظ فيبقى اللفظ بلا أثر .

٢- أن خيار المجلس لم يألفه مالك عن أهل المدينة فهو ليس مما عرفه الصحابة والتابعون ، ولذلك عد اجتهداً من غير مستند لا سيما وأنه ثبت بحديث آحاد ومعيار قبوله عند المالكية أن يجد ما يوافقه من عمل أهل المدينة .

٣- أن حديث البيعان بالخيار مالم يفترقا (حتى مع اعتماده يجوز ان يفهم التفريق في الأقوال دون الأجسام بيد أنه حديث تعارضه أصول شرعية فهو معارض بقوله تعالى ((الا ان تكون تجارة عن تراض)) وقد حصل التراضي ، ومعارض بقوله تعالى ((أوفوا بالعقود)) وخيار المجلس ناقض للوفاء ، والخيار فسخ والفسخ يزلزل الوفاء والقاعدة المنطقية كل حديث يعارضه أصل شرعي او قاعدة كبرى لا يعمل به .

٤- لما كان الخيار مفتوحاً للعاقدين قبل تمام العقد ،

فإذا انعقد . فلا معنى للفسخ بخيار إذ الفرصة للتفكير وحساب الاحتمالات مفتوحة قبل القبول .

٥- ان هذا الفقه يزلزل المعاملات ، ويقلل من القوة الملزمة للعقود وفي ذلك ضرر عام على سريان التعاقد بين الناس .

أدلة المجيزين :

أستدل الذاهبون الى مشروعية خيار المجلس بـ :

أ- أن أقصى ما يوجب خيار المجلس انه يمنح فرصه لفسخ العقد بعد الايجاب والقبول مادام العاقدان في المجلس والمراد بالتفريق : معناه العرفي ، فلا سبيل الى تفسير النص بالهوى .

ب- أن قوة الحديث يعبر عنها أبين رشد : بقوله إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، ويصرح ابن حزم : بأنه بمنزلة التواتر^(٤) فلا

سبيل للطعن في الحديث
سنداً ولا دلالة .

ويرى الامامية : بعد اتمام الايجاب
والقبول أن لكل منهما خيار الفسخ
ماداماً في المجلس ويسقط باشتراط
سقوطه في العقد ويرون ان المفارقة
بالخطوة (٤٢).

ومن المعلوم لأهل الفقه أن كثيراً من
الفقهاء يرون أن للموجب الحق في
الرجوع بإيجابه اذا لم يتم القبول ،
فإذا تم الايجاب والقبول وبقياً في
مجلس العقد فخير المجلس فإذا تفرقا
لزم العقد على قول أغلب المذاهب
ولو ربط الموجب إيجابه بفترة زمنية
يلزم ، وأن لم يقتزن بقبول او تركه
سائياً أما في المجلس الواحد ، فإذا
صدر الايجاب فالفقهاء يرون ان
المتعاقدين بالخيار بعد الايجاب الى
آخر المجلس . أما لو صدر القبول
المطابق للإيجاب والمجلس منعقد
فخلاف الفقهاء الذي تقدم .

ومن الجدير بالذكر ان الشافعية يرون
ضرورة اتصال القبول بالإيجاب فور
صدوره بلا فاصل ، فإذا فصل بينهما
فاصل انتهى مجلس العقد لأنه يعد
إعراضاً عن الايجاب ، ومع هذا
اثبتوا خيار المجلس (٤٣) كي لا يضار
من شرط الفورية ، وبهذا تكون
العقود المالية لازمة لكن بعد انتهاء
مجلس العقد.

أما الحنفية : فأنهم رغم اعتقادهم
ان القياس يقتضي الفورية ولكنهم
استحسنوا لمصالح الناس قالوا يترك
العاقد الآخر يفكر ، مادام مجلس
العقد قائماً ، وقرر الحنفية ان
الموجب من حقه الرجوع مادام لم
يتصل به قبول الآخر لخلوه من
أبطال حق الغير (٤٤) بخلاف المالكية
الذين لا يميزون رجوعه عن الايجاب
(٤٥) . فبمجرد اتصال القبول بالإيجاب
يتم العقد ولا يملك احدهما ان يفرد
بفسخ العقد ، إما التفرق المذكور
بمقتضى الحديث فقد فهمه أكثر الفقهاء
بحسب العرف لأن الحديث ذكره ولم

مكتوب فان مجلس قراءة
الرسالة هو مجلس عقد.

المبحث الثاني : العاقدان وهما
الشخصان المعبران عن طرفي العقد
والطرفين اللذان تقع عليهما
التزامات العقد وقد يكونان :
شخصين منفردين ، أو متعددين
(كما في صورة تخارج الورثة) ، وقد
يكونان أصليين أو نائبين عن غيرهما
، ويجب أن يتمتع كل منهما بالأهلية
والأهلية لغة : الجدارة والكفاية لأمر
من الأمور

وشرعاً هي :

((صفه يقدرها الشارع في الشخص
تجعله أهلاً للخطاب الشرعي)) (٤٨)
أي صلاحية الشخص لأن تكون له
حقوق وعليه واجبات وهي نوعان
أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء.

أهلية الوجوب :

وهي صلاحية الشخص لتحقيق
الحقوق المشروعة له ، أو عليه (٤٩)
وهو وصف يتحقق بوجود الإنسان ،
وتعرف عند أهل القانون بالشخصية

بينه فيدل هذا على ترك بيانه للعرف
، أما الامامية فأنهم يميزون التراضي
في المجلس ماداموا على جواز خيار
المجلس (٤٦) و يجدر الذكر ان هناك
عقوداً لا يشترط فيها اتحاد المجلس
وهي :-

١- عقد الوصية : فان قبول
الموصي يصدر بعد موته فلا
وجود للمجلس ولا فرصه
للخيار .

٢- عقد الوكالة : فان قبول
الوكيل يجوز في غير مجلس
العقد فقد نقل العلامة في
المختلف ان الطوسي يرى ان
الوكالة والعارية والوديعة
والقراض والجعالة يدخلها
خيار المجلس ، وتراجع في
الخلافاً وقال : هي عقود
جائزة أصلاً (٤٧) .

وقيل : أن التعاقد بأجهزة
الهاتف تعتبر (مجلس عقد) ،
أما اذا كان الايجاب بخطاب

قال في الجواهر: الحمل يرث بشرط انفصاله حياً وادعى عليه الاجماع والنصوص المستفيضة^(٥٠) ولو سقط ميتاً لم يكن له نصيب ، وتبقى حصته في مال الميت فأن ولد حياً ورثها ، ويعطي الورثة الباقي وهو جنين النصيب الأدنى ان كان ممن يحجبه الحمل من النصيب الأعلى كالزوجة والام مع عدم وجود ولد غيره فان ولد ميتاً أكمل النصيب ، بناءً على أصالة السلامة في الحمل والتولد حياً^(٥١).

مما تقدم نعلم ان مناط اهليه الوجوب الصفة الإنسانية وهي نوعان :-

- ١- اهليه وجوب ناقصة : ما لا مجال فيها لترتب الالتزامات على صاحبها كالحمل في بطن أمه ودور الانفصال الى سن التمييز ، ودور التمييز الى سن البلوغ مع الرشد .
- ٢- اهليه وجوب كاملة : اذا كان أهلاً لترتب الالتزامات عليه وهو الشخص البالغ العاقل الراشد .

القانونية إما ان تكون طبيعية او معنوية ، فالطبيعي هو الإنسان ، والمعنوي هو (الحكمي او الاعتباري) هو كيان مؤلف من مجموعة أشخاص يهدفون الى غاية لهم ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين لها كالشركات والجمعيات والمنظمات ، ومؤسسات الوقف ، وثبتت هذه الأهلية للإنسان الطبيعي والمعنوي بمجرد وجوده ، فالجنين في بطن أمه له أهلية وجوب الى ما بعد موته وتصفية تركته ، وما يترتب على أهلية الوجوب لا ينشأ من تصرف قولي او فعلي إنما لمجرد وجوده كائناً له ذمه ، أي ان أهلية الوجوب توجب عليه المسؤولية التقصيرية إما المسؤولية التعاقدية فلا تتحقق عليه الا بعد اكتسابه اهليه الأداء ، وهذه لا تنعدم لأنها تدور مع الوجود الفعلي (وجوداً وعدماً) أي اذا انعدم وجوده الفعلي انعدمت الاهليه ، وليس العكس . مثل ان يولد الجنين ميتاً ، او الميت بعد تصفية ديونه واستيفاء حقوقه ، لكن مادام في بطن أمه فالقانون يتعامل معه كأنه حي فأذا ولد ميتاً زال الافتراض ، وكذلك الشركة بعد تصفيتها .

١- شرط العقل : يعد الجنون من

عوارض الاهلية ، والمجنون عديم الاهلية وهو رديف البلوغ فلا عبء بقول الصبي غير المميز وعليه فأن جميع تصرفاته باطلة اذا كان الجنون مطبقاً إما اذا كان غير مطبق ففي إفاقته يكون تصرفه مثل تصرف العاقل على خلاف في مدى إفاقته ويعد مجبوراً لذاته ولا حاجة لصدور الحكم عليه بالحجر ويتولى أبوه او جده أموره فأن فقدا نصبت المحكمة له وصياً .

٢- التمييز : نصت المادة (٢/٩٧)

من القانون المدني العراقي ان سن التمييز هي السابعة وليس للشخص قبلها إجراء أي نوع من أنواع العقود حتى العقود النافعة نفعاً محضاً ، فكل تصرفاته باطلة وأن أذن له ، وليه وينوب عنه وليه (الأب ، الجد) أو وصيه (٥٤) وتبدأ سن التمييز من أول يوم من السنة الثامنة حتى بلوغ سن الرشد

عرفها د. الحنيف : أنها صلاحية الإنسان ان يطالب لنفسه بحق ، وأن يطالب بما عليه من حق للغير ، وتعتبر عبارته في إنشاء العقود وتترتب عليها الآثار الشرعية (٥٢) أي أنها صلاحية الشخص لا استعمال الحقوق التي يتمتع بها وبعبارة أخرى ((صلاحية الشخص لا نشاء التصرفات القولية على وجه يعتد به شرعاً)) (٥٣) او صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجع يعتد به شرعاً ، وكل من ثبت له اهليه الأداء فقد ثبت له اهليه الوجوب ، وليس العكس وتقتزن اهليه الأداء بالسن والرشد والاختيار ، فإذا انعدم التمييز انعدمت اهليه الأداء . لذلك : يشترط في العاقد حتى تترتب الآثار على عبارته ان تكون له اهليه أداء ، وعليه اشترط ان يكون عاقلاً ، راشداً ، مميزاً ، غير مكره وفيما يأتي عرض موجز لهذه الشروط

وهذه لا تصح الا من اكتملت أهليته.

٣- عقود دائرة بين النفع والضرر ، وهي عقود المعاوضه وهي على نوعين :

أ- عقود الإدارة : مثل عقد الإيجار للمؤجر .

ب- عقود على ملكية العين ، عقود التصرف كالبيع والشركة فمن كانت له اهليه كاملة كان له مباشرة هذه العقود جميعاً ، ومن كانت أهليته ناقصة كالصبي المميز فله ممارسة التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، إما الدائرة بين النفع والضرر فإنها عقود موقوفة على إجازة الولي بالنسبة للصبي المميز الذي له ان يقبل الهبة ، او الإبراء من دين عليه ، وتفرعاً على ذلك يشار في كتب الفقه موضوع ممارسة الصبي للإعمال التجارية ، ما حكمه ؟ وما الخلاف فيه ؟ ولا جل ذلك سنعرض له عرضاً موجزاً .

وهي ثماني عشرة سنة عند بعض الفقهاء وخمسة عشر عند الامامية وسبعة عشر عند آخرين فالأدوار (سن ما قبل التمييز من ١-٧) و (سن التمييز من ٨ - ١٨) وسن البلوغ مع الرشد ما بعد سن (١٨) ولكل دور أهليته الأدائية ومن شروط اكتمال أهليه الأداء انعدام العوارض التي تسمى بعوارض الاهليه:

وعليه تنقسم العقود من جهة تحقق الاهليه الى ثلاث أقسام :

١- عقود نافعة نفعاً محضاً ، وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع له مثل الهبة للموهوب له ، والوقف له ، والصدقة عليه ، والهبة له وهذه العقود تصح لمن له أهلية الوجوب.

٢- عقود ضارة ضرراً محضاً مثل عقود التبرع بالنسبة للمتبرع بالكسر وهبة الواهب ، ووقف الواقف وإبراء الغير عن الدين

ممارسة الصبي المميز للتجارة :

قال فقهاء القانون إذا أكمل الصبي الخامسة عشرة من عمره جاز للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم له مقداراً من المال ويأذن له بممارسة التجارة لتدريبه ليتحقق معنى (الابتلاء) ، ويصبح بمنزلة البالغ سن الرشد فإذا فشل فله أن يحجره ويطلب الأذن، وإذا أمتنع الولي عن الأذن فللمحكمة أن تأذن له ولها ان تعيد الحجر^(٥٥) فإذا بلغ سن التاسعة عشرة ولم يحكم عليه باستمرار الولاية لجنون او عته او سفه او غفلة فله التصرف بأمواله كيف يشاء ، وممارسة جميع العقود فأن طرأت عليه عوارض الاهليه كالعته فحكمه حكم الصبي المميز بعد قرار قضائي ، أما السفه وهو (من يصرف أمواله في غير موضعها ويذرهما في مواضع غير مستحقة) ، فهو ليس محجوراً لذاته بل لا بد من قرار من المحكمة بوضع الحجر عليه عند الفقهاء جميعاً الا أبي حنيفة فلا يراه لأن الحجر على السفه بعد بلوغه سن (٢٥ سنة) تصرف على النفس ، وإهدار للأدمية ، والنفس أعظم

خطراً من المال ، وبه أخذ القانون المدني ، أحتج الموجبون للحجر بـ :

بقوله تعالى ((ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)) وفي الآية الشريفة نهى عن تسليمهم المال وهو نص ولا اجتهاد في مقابل النص ، فضلاً عن عشرات الروايات في هذا الشأن .

وأحتج أبو حنيفة ، ان الحجر أما ان يكون للتأديب وأما ان يكون عقوبة على التبذير بوصفه من المحرمات او هو حكم غير معقول المعنى ، فأن كان للتأديب فان الفترة من ١٨ - ٢٥ اذا كانت مرجوة النتائج فنعم ، ولما لم تكن فالحكم عبثي ، والإحكام لا تشرع للعبث ، وأن كان للعقوبة فالعقوبة تسقط بالشبهة وهي قائمة بشيء من الرشد ، وقطعاً ان الحكم لم يكن غير معقول المعنى ، وقال : أن الحجر أهدار للأدمية وإلحاق للإنسان بالبهائم^(٥٦) وقد وجد المال لصيانة أدمية الإنسان ، والحجر ضرر عام فلا يتحمل الضرر الأشد للضرر الأخف لأنه عكس الافتراض

فيما يقربه على نفسه من الأسباب وأختار أبو يوسف ومحمد : أن الحجر عليه على سبيل النظر له (لمصلحته) بينما ذهب الشافعي انه زجر له ^(٥٩).

تعدد العاقد :

أشترط الفقهاء تعدد العاقد أي أن يكون العاقد متعدداً الموجب والقابل: فلا يكون وكيل البائع وكيلاً للمشتري بذاته الا الأب ووصيه والقاضي ، بخلاف وكيل الزوجين إذ يصح لأن حقوق عقد الزواج لا ترجع اليه وعليه ، ويجوز للأب ان يبيع مال نفسه من أبنه الصغير بالقيمة او التغاين لكمال الشفقة ، إما الوصي فله مثل القيمة أو النفع الظاهر لليتيم ، لكن عند محمد بن الحسن لا يصح للوصي ان يشتري مال الصبي بمثل القيمة .

آثار الإكراه على انعقاد العقد :

يتصل بمبحث الإكراه بعيوب الرضا ، وأهلية العاقد ، والأصل أن الإنسان لا يلزم الا بما ارتضاه ، وألا

العقلي ، ويدافع المؤيدون عن موقف أبي حنيفة بالاستناد بقوله تعالى ((ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده)) وألا شد : أن يصل الإنسان الى سن الخامسة والعشرين ، ويقول تعالى : ((أوفوا بالعقود)) فهو مخاطب بالتكاليف ومأمور بالوفاء . وقوله (ص) لحيان بن منقذ - وكان مبذراً - إذا بعث فقل لا خلافة ولك الخيار ثلاثاً ، فلما أثبت له الخيار ولم يحجر عليه فثبت أنه لا يجوز ^(٥٧)، ونقلوا عن سموهم أهل العلم ان المراد بالسفهاء (الصغار) فقط فلا يجوز الحجر على الكبار وقالوا ان كلمة (رشداً) جاءت نكره ، فلو جاءت معرفة لكانت كل الرشد. فكفى بعضه ، وقال أبو حنيفة اذا بلغ خمسة وعشرين صار جداً والجد يفترض فيه أصالة الرشد ^(٥٨).

لذلك : قالوا لا تنعدم الأهلية بسبب السفه وليس هو عذراً في إسقاط الخطاب عنه ولا في أهدار عبارته

تلفاً لعضو ، أو إتلاف كل المال أو الحبس المديد) ، هذا النوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار .

أما غير الملجئ : فهو ما دون ذلك ، وهو يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التقسيم ، رغم الاعتراضات عليه لوحدة الأثر .

حكم العقد الذي يشوبه

الإكراه : أختلف الفقهاء في العقد الذي

يشوبه الإكراه على أقوال :

١. عند الجمهور : العقد باطل من أساسه اذا وقع تحت الإكراه .

٢. الحنفية : الإكراه يفسد العقد أي أن العقد (منعقد ولكن مستحق الفسخ) فلو أجازته المستكره نفذ .

كره إتيان الشخص أمراً ما كان يصدر منه لولا الوعيد والتهديد الذي صدر من الطرف الآخر لحمله عليه وقانوناً هو ((أجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه))^(٦٠).

وقالوا ان ألا كراه : هو سبب يحدث رهبة أو خوف في نفس المكره فيدفعه الى التعاقد.

أنواع الإكراه :

في أنواع الإكراه اتجاهاً فقهيان هما :

١- اتجاه جمهور الفقهاء : ان

الإكراه نوع واحد فلم يميزوا بين نوعي الإكراه الملجئ وغير الملجئ فهما عندهم واحد.

٢- اتجاه فقهاء الحنفية : يقسمونه

الى أكراه ملجئ ، وإكراه غير ملجئ ويرتبون على كل واحد أثر .

ويعرف الإكراه الملجئ بأنه (ما كان تهديداً للنفس او

يوسف محمد : الإكراه يحصل من السلطان ومن غيره.

٢- ان يغلب الظن انه سينفذه

وعيده والمكره عاجز عن الاستغاثة والمقاومة والهرب

٣- ان يكون الإكراه أشد خطراً من الفعل المكره عليه .

٤- اذا فعل ما يكره عليه يتحقق منه الخلاص مما هدد به .

٥- ان يكون المهدد به عاجلاً ، لأنه اذا كان أجلاً فكلاً في وقته .

٦- الا يزيد في الفعل على ما اكره عليه كما اذا اكره على (طلقة رجعية) فيطلق ثلاثاً .

٧- ان يكون الفعل المكره عليه محدداً .

ان يكون حقاً للمكره وان توصل الى ما لاحق له .

٨- ان يكون المكره جاداً فيما يفعله .

٣. في القانون : العقد مع الإكراه صحيح قابل للإبطال بطلب من المستكره.

تصرفات المكره : واختلفوا أيضاً في تصرفات المكره

قال أغلب العلماء ان الإكراه مفسد

للعقود ويعدم الرضا ولا تترتب الآثار

على عقد حصل بالإكراه

وقال الحنفية : يصح من المكره النكاح

والطلاق والعتيق ، وقال الامامية : لا

يصح شيء منه ، إما اذا اكره الذمي على النطق بالشهادتين مكرهاً فرأيان .

الاول : صحة إسلامه وهو قول الحنفية

و الشافعية و قول ضعيف عند الامامية

وعندهم ايضاً اذا كان ممن يقر على دينه

(لا يصح) إما اذا كان ممن لا يقر على

دينه (يصح) ، وعندهم جميعاً : فإذا

اكره المسلم على الكفر لا يصح منه عند

الجميع وليس كل أكره مبطل للعقد او

لعموم التصرف فللإكراه المفسد شروط :

شروط الإكراه الذي تترتب آثاره:

١- أن يكون المكره قادراً على

تنفيذ ما هدد به والمستغرب

انه عند أبي حنيفة لا أكره

الا من السلطان وعند أبي

**آثار الإكراه على التصرفات
العقدية : هناك نوعان من
الآثار على العقود:**

١- ما لا يقبل الفسخ كالزواج
والطلاق فان الإكراه نافذ ،
وتصح العقود وتلزم حتى مع
تحقق الإكراه فان طلق مكرها
فطلاقه نافذ عند الحنفية ، أما
الشافعية والأمامية فان الإكراه
يجعل كل التصرفات غير
نافذة .

٢- ما لا يحتمل الفسخ : كالبيع
، الشراء والهبة والاجاره فأن
الإكراه يفسد العقد لانتفاء
الرضا ، والإفساد غير
الإبطال فلو أجاز به بعد زوال
الإكراه صار نافذاً.

وأختلف الفقهاء في بيع المستكره
على أقوال :

١- فذهب أبو حنيفة
وصاحبائه : الى أن
البيع فاسد.

٢- ويرى زفر : أنه
موقوف على قبول
المالك وهو في حالات
السعة .

٣- أما المالكية : فيرون أنه
غير لازم
٤- وعند الامامية و
الشافعية والحنابلة :
أنه باطل

أما أثره الاكراه على الإقرار :
فالأمامية والحنفية والشافعية والحنابلة
والظاهرية يرون أن (أقرار المكره
لغو) ويرى المالكية : إن أجاز به بعد
الإكراه فيترتب عليه الأثر.

صور الإكراه : للإكراه أربع
صور :

١- استعمال وسيله غير
مشروعة لغرض غير مشروع
:

مثل التهديد بقتل أو خطف
ان لم يتعهد بدفع نقود او
بيع الملك وحكمه انه

((تصرفات السكران))

لما كان زوال العقل من عوارض
الاهلية قد ناقش الفقهاء تصرفات
السكران فقالوا السكر زوال العقل
بتناول المسكر وهو يعدم التمييز ،
ويتم أما بطريق مباح او بطريق محرم
، وما يتم بالمباح فحكمه حكم المغمى
عليه فلا تصح عبارته ، أما ما يتم
بطريق محظور اذا تناوله عن علم
ورغبة واختيار فقد اختلف الفقهاء
في الآثار المترتبة على تصرفاته على
أقوال :

خلاف الفقهاء تصرفات

السكران :

قال أكثر الفقهاء السكران : من شرب ما
يزيل العقل ، فهو الذي لا يعي ما يقول ،
وإرادته لا يعتد بها ، وعند الامامية لا
عبرة بعبارته التي تنشئ التزاماً ، فلا يلزم
بيعه ولا يقع طلاقه لانعدام الارادة
والقصد أما عند المذاهب فني طلاق
السكران ثلاثة هي :

موقوف على أجازته بعد
زوال الإكراه .

٢- وسيله مشروعه لغرض
مشروع :

مثل ان يهدد الدائن بإقامة
دعوى للحصول على دينه
ان لم يدفعه بالحال ، فيضطر
الى بيع داره وهذا لا يعد
أكراهاً .

٣- وسيله مشروعة لغرض غير
مشروع :

مثل التاجر المدين المستحق
الأداء ولا يوجد لديه ما يسد
الدين فيهدده الدائن بإشهار
إفلاسه ان لم يكتب له سنداً
ببلغ زائد وهنا يتحقق
الإكراه .

٤- وسيله غير مشروعه لهدف
مشروع :

مثل ان تهدد أمراه عاشرت
رجلاً مده ، التشهير به عند
خطيبته الجديدة اذا لم يوقع
لها سنداً بما يعوضها عما
يصيبها من ضرر عند تركها
وهذا أكراه أيضاً .

٢- إلزامه بنفاذ طلاقه إدخال
ضرر على الغير بلا ذنب
منهم وهم الزوجة والأطفال
.

٣- الأصل في صحة العقود
الارادة توفر الواعية وهو
فاقدها فلا تترتب على
تصرفاته الآثار لأن ذلك
خلاف الأصل .

النيابة في العقد :

وهي ان يقوم شخص مقام آخر
بالتعاقد نيابة عنه ، على ان تضاف
آثار العقد للأصيل ويسمى العاقد
(النائب) عن الأصيل ، لذلك
وعرفت النيابة بأنها ((حلول إرادة
النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء
تصرف قانوني مع إضافة أثره الى
شخص الأصيل)) . (٦٢)

دواعي النيابة :

١- القيام القانوني بمهام ناقص
الاهليه فيكون الولي او

١. يقع عند مالك والشافعي
وأبي حنيفة وصاحبيه
،لاستنادهم الى حديث
((ثلاثة جدهن جد وهزلهن
جد)) (٦١) .

٢. لا يقع عند الامامية وعدد
من الفقهاء مثل الكرخي و
الطحاوي.

٣. فيه توقف عند غير أو لئلك
وهؤلاء .

ومن الفقهاء : من ألزموه بعبارة
زجراً له وردعاً ، وفرق بعضهم : بين
السكر بمحرم أقدم عليه مختاراً عالماً
به فيلزم بما تصرف لأنه عرض نفسه
لفوات عصمة العقل بمعصية منه
ولأن فعله جريمة فلا ينبغي الإفادة
من الجريمة .

ويرد على هذا الرأي بـ :

١- ان الله تعالى عاقب السكران
بعقوبة ليس فيها إلزامه بما
تصرف .

أو اتفاقية - كالوكالة إذ أن مصدرها هو الاتفاق.

الوصي أو القيم بالتصرف نيابة .

٢- القيام بمهام الغائب عن مكان العقد لبعده جغرافي أو عدم وجود متسع أو أي مانع مقبول .

أنواع النيابة :

١- نيابة قانونية : وهي التي يقررها القانون ، يتولى تحديد النيابة مثل الولي والوصي فهي من نواتج أعمال القانون.

٢- نيابة اتفاقية : ومصدرها الاتفاق فهو الذي يحدد النائب وهو الذي يرسم سلطة النائب كالوكالة. وعليه فسلطة إقامة النائب أما قانونية - كالولي حيث ينص القانون ان الأب أو الجد ولي الصغير أو قضائية - كالوصي / القيم / الحارس على أموال المحجور عليه فمصدرها هو القضاء

شروط صحة تصرف النائب :

- ١- ان تحمل إرادته محل إرادة الأصيل .
- ٢- يتعاقد باسم الأصيل ، لا باسمه .
- ٣- الا يتجاوز الحدود المرسومة لنيابته .
- ٤- في النيابة الاتفاقية لابد من توفر الأهلية لدى الأصيل والنائب .

المبحث الثالث : محل العقد

يختلف المراد بمحل العقد بحسب طبيعة العقد ذاته ، فالعقد المالي محل العقد هو المبيع والثمن ، وعقد الزواج محل العقد هو حلية المعاشرة بمعناها العام والالتزامات المتبادلة بين الزوجين ، وعقد العمل محله الإفادة من قوة العمل ، وعقد الوظيفة الالتزام بالمهام الوظيفية ،

وعقد الاجاره تسليم المأجور مقابل مبلغ الاجاره وهكذا

ويصح ان يرد على غير ذلك مما لا يكون ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام والآداب ، وللتفريق بين محل العقد ، ونوع الالتزام نذكر ان محل العقد ما ورد عليه العقد ومحل الالتزام ما ينفذ من الاتفاق ففي عقد البيع محل العقد هو المبيع والضمن ، ومحل الالتزام تسليم المبيع والضمن لذلك فمحل العقد أنواع هي :

- ١- الأعيان : سواء كانت منقولة ، او عقار لتملكها بعوض كالبيع او بغير عوض كالهبة .
- ٢- منافع الأعيان : بعوض (الاجاره) وبغير عوض (الإعارة) .
- ٣- العمل او الخدمة في عقود المنافع.
- ٤- الامتناع عن عمل .

أذن : فمحل العقد هو ما يقع عليه الالتزام وهناك ربط وثيق بين محل العقد وآثاره لذلك قيل ان محل العقد ما تتعلق به إحكام العقد وآثاره ، او ما كان التعاقد بخصوصه

وقد اختلف الفقهاء في : هل المحل ركن في العقد أم ركن في الالتزام فذهب بعضهم الى الأول ، وذهب غيرهم الى الثاني ، وقال فريق بالتفصيل .

الشروط الواجب توفرها في

محل العقد :

- ١- أن يكون محل العقد موجوداً او ممكن الوجود .
 - ٢- ان يكون معيناً او قابلاً للتعين .
 - ٣- ان يكون التداول فيه مشروعاً .
- وفيما يأتي تفاصيل كل شرط :

١- موجودية المحل :

يقصد به : أن يكون محل العقد موجوداً فعلاً اذا كان حقاً عينياً وقت إبرام العقد ، لذلك يسمى الحق العيني ، أما اذا كان محل العقد

(فيقبل من التبرع المعلوم ،
والموجود) .

أما حكم التعامل على تركه (تتحقق
بالمستقبل) أي المحتمل الوجود :

مثال : بيع الحاصلات قبل ظهورها
فأنها متى حددت تحديداً نافياً
للجهالة والغرر صح البيع ولا يجوز
التعاقد على تركه مستقبلة للعقد
عليها باطل . وفي صدد إمكان تحقق
المحل :

فأن استحالة التحقق لا تجعل العقد
منعقداً(باطل) والقاعدة المعمول بها
(لا التزام بمستحيل) والاستحالة
أنواع مطلقه ونسبيه ، والمطلقه
استحالة الشيء في ذاته (الاستحالة
الموضوعية) والنسبية : بالنسبة
للمتعاقد فتسمى بالاستحالة
الشخصية ، والاستحالة المطلقة تبطل
العقد إما النسبية فيصح العقد ويلزم
المدين بالتعويض ، وهناك استحالة
ثالثة (استحالة قانونية) (المحامي
يستأنف بعد انقضاء المدة) ويضيف

من المنافع فشرطه الإمكان أي أنه
ممکن الوجود فإذا تبين أن المحل غير
موجود فلا ينعقد العقد ولا ينشأ
الالتزام ومثال الأول أن يظن التاجر
أن عنده هذه البضاعة وهي أصلاً
غير موجودة ، أو أن يبيع شخص
حصته من التركة ثم يتبين أنه غير
وارث .

إما إذا هلك المبيع قبل العقد فأن
العقد ينعقد ولكن الالتزام يتعذر
تنفيذه لهلاك المبيع فالحلاك على
البائع قبل التسليم ، أما إمكانية
وجوده في المستقبل فيجب أن يعين
تعييناً غير قابل للجهالة والغرر وعند
الفقهاء فأن بيع المعلوم من الأعيان
باطل حتى لو كان ممكناً الوجود ، أو
ممكناً أن يتحقق في المستقبل لقوله
(ص) لا تبع ما ليس عندك (٦٤).

ويحظر الفقه الإسلامي التعاقد (على
المحتمل وجوده للجهالة والغرر) مثل
بيع اللبن في الضرع وبيع حمل الدابة
، وقد نهى (ص) عن بيع الحبل . إلا
ما روى عن مالك أن عقود التبرعات
تسري على ما يوجد في المستقبل

الفقه الاسلامي الى أماكن الوجود ان يكون مقدور التسليم فلو فقد شخص شيئاً، وجاءه آخر فاشتراه منه على ان يستحله هو فالعقد صحيح .

٢- مملوكية المحل :

ومن الموجودة العامة الى موجودة التملك . فيشترط الفقهاء ان يكون محل العقد مملوكاً ملكاً شخصياً فلا يجوز التعاقد على ما يشترك المسلمون فيه قبل الحياة كالكلأ والماء والسّمك والغزال قبل اصطياده ، أما بيع جزء من الأرض المفتوحة عنوة ففيها آراء :

يجوز بيعها تبعاً لآثار المتصرف (البناء والشجر) فأن زالت رجعت الى أصلها (٦٥). وأن يكون المملوك طلقاً فلا يصح بيع الوقف مالم يؤد بقاؤه الى تلفه كأن يختلف أربابه ، ولا يجوز بيع الرهن الا مع الإذن إما مقدورية التسليم فقد قال بالشرائع : لا يصح بيع الأبق صفقة ، إنما يصح بيعه منظماً الى ما يصح بيعه ولو لم

يظفر به . ويصح بيع ما جرت العادة بعودته مثل الطيور ويتردد الفقهاء في بيع ما يتعذر تسليمه الا بعد مده والأرجح الجواز مع ثبوت الخيار للمشتري او ينقصد العقد موقوفاً على القبض .

٣- تعيين المحل :

لا يكفي ان يكون المحل موجوداً ومملوكاً للبائع ، بل يجب ان يكون معلوماً من المتعاقدين معاً وقت العقد او قابلاً للتعيين بما ينفي الجهالة المؤدية الى النزاع فإذا كان عيناً : فيجب تعيينه وتحديد أوصافه ، وكمثال في بيع سيارة ، فإذا كان عنده من نوعها أكثر من واحدة ميزها عن غيرها ، او ارض او دار كذلك فإذا كان المبيع معيناً بنوعه : فيلزم تعيين المقدار والوصف

مثال في بيع التمر: لا بد من الوصف والمقدار ، ودرجة الجودة فأن كان محل العقد عملاً او امتناع عن عمل (كالقاول ...) فعليه توصيفه بشكل دقيق ويمكن تعيين المراد : من ظروف

العقد والمتعاقد إما الامتناع عن عمل :
مثل التزامات شركة بعدم صنع الموديل
الفلائي فالمراد تعيين المدة والمنوع ، او
منطقة التصدير الا ان ما تقدم تجري فيه
الاستثناءات الآتية :

أ- اذا لم يكن لدى البائع غير المبيع
هذا فلا حاجة للتوصيف .

ب- اذا كان مشاهداً من العاقدین
فلا حاجة للتوصيف لأن
(الوصف في الحاضر لغو ، في
الغائب معتبراً) م ٦٥ المجلة .

٤- مشروعية محل العقد :
والمراد به قابلية المحل للتعاقد

أن يكون المحل موجوداً مقدوراً على
تسليمه و معيناً ولكن ويلزم ان يكون
صالحاً للتعامل :

فهناك أشياء لا تصلح للتعامل :

أ- أما لطبيعتها

ب- او الغرض الأساس الذي فيها .

ت- او الى القانون والنظام العام
والآداب .

وللتفاصيل نذكر :

أ- وكمثال على عدم

الصلاحية لطبيعة الشيء :

فمثل الشمس والهواء

والأنهار والبحار فهذه كلها

ليس بمقدور الإنسان بيعها

والتداول فيها

للاستحالة ، أي لعدم

القدرة على تملكها بها

وعدم مقدورية التسليم ،

لكن اذا انتقلت بعض

معطياتها من المورد الطلق

الى الحيازة ، ثم الى

الإحراز تغير الموضوع

وجاز البيع لأن المبيع ذا

طبيعة ممكنة (٦٦) .

ب- الغرض الذي خصص له

الشيء : مثل الأملاك العامة

فهي موارد عقارية مخصصة

للمنافع العامة ، ومثل

الوقف الخيري فهو مخصص

لتقديم نفع اجتماعي لفئة ،

مع ذكر أن الوقف : يباع

متى آل الى الخراب فعند

الامامية يباع ويوزع ثمنه

ومعيار الأدب القيم
المجتمعية غير المتعارضة مع
النص ، والناموس الأدبي ،
والأعراف المتوارثة .

أمثلة على محل العقد الممنوع لمخالفته
النظام العام :

في نطاق القانون العام
:-

٣- في المجال الدستوري :

أ- لا يجوز النزول عن حق
الترشيح للنيابة البرلمانية
بمقابل او بدون مقابل
(بعقد).

ب- لا يجوز النزول عن الحرية
الشخصية مقابل عوض او
بلا عوض .
ت- لا يجوز التعهد بالخدمة مدى
الحياة (للخادم / المخدم
).

ث- لا يجوز التعهد بعدم الزواج
وتفرع على هذا :مدى
مشروعية تعهد زوجه
لزوجها بعدم التزوج بغيره

على المستحقين في حالات
خاصة اذا كان وفقاً ذرياً
(٦٧).

ت- ما اذا كان المانع يرجع الى
القانون : فلا يجوز بيع
المحرّمات وما لا يصح
الانتفاع بها شرعاً على وجه
مثل بيع آثار القديمة ،
وبيع المخدرات وكلها تخرج
من مشروعية التعامل بحكم
القانون فلا تكون محلاً
للحقوق المالية وكذلك
حينما تصدر الدولة أمراً
بمقاطعة بضاعة معينة .

ث- إما النظام العام والأدب :
﴿ فتلك التي تمس المصالح
العليا للمجتمع سواء كانت
اجتماعية او اقتصادية او
سياسية والتي تعلو على
مصالح الأفراد ﴾ ، ويختلف
مفهوم النظام العام
 باختلاف الأزمان والأمكنة
 ، فمعيار النظام العام :
النص ، والمصالح العامة ،

بعد وفاته ؟ وإزاء ذلك قال

الفقهاء يصح التعهد ، فإذا

تزوجت تدفع تعويضاً جـ-

لا يجوز النزول عن حرية

العمل ولورضي بذلك .

٤- في المجال الإداري :

يقرر القانون بطلان الاتفاق

الذي يتعهد به شخص لا يتولى

عمل رسمي بتعيين آخر بوظيفة

، وبطلان الاستقالة من وظيفة

ليشغلها غيره لأن الوظيفة

العامة ليست محلاً للتعامل

والمساومة .

٥- في مجال القوانين المالية :

أ- شروط السداد بالذهب او

بالدولار باطل (إذا منعت

منه ألدوله).

ب- إذا اتفق المؤجر ان يقوم

المستأجر بدفع ضريبة العقار

فالاتفاق (باطل) غير ملزم

لهيأة الضرائب .

٦- المرافعات :

١- الاتفاق على رفع دعوى شرعية

إمام محكمة مدنية باطل ، لأن

الاختصاص النوعي للمحاكم

جزء من النظام العام .

٧- الجنائي :

١- الاتفاق على ارتكاب فعل

جرمي باطل.

٢- الاتفاق على الامتناع عن فعل

جرمي مقابل مال باطل.

٣- الاتفاق على عدم التبليغ عن

جريمة مقابل مال باطل .

في نطاق القانون الخاص :-

٨- الاحوال الشخصية :

١- لا يجوز الاتفاق على تغيير

النسب .

٢- لا يجوز النزول عن مركز

الشخص في الأسرة البنوة ،

والأبوة .

٣- لا يجوز الاتفاق على تعديل

شروط الاهليه .

٤- لا يجوز الاتفاق على تعديل

الحقوق الزوجية .

٩- المعاملات المالية :

لا يجوز الاتفاق على وقف الشخص من

التعاملات المالية في أملاكه عدم جواز

منفعة فيه إما اذا كان قابلاً للإصلاح والانتفاع به فجائز .

مثال ذلك المعاوضه على عصير العنب اذا غلى ولم يذهب ثلثاه لأنه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بذهاب ثلثيه . لأصالة بقاء المالية ولم تخرجه النجاسة منها لأن النجاسة تمنع من المالية اذا لم تقبل التطهير كالخمر إذ لا تزول النجاسة الا بزوال موضوعها غاية الأمر انه مال معيوب .

كذلك يشترط في محل العقد المالي ان يكون طلقاً أي مملوكاً ملكاً تاماً ليس عليه قيد مانع من التصرف كحق شريك ممتنع عن البيع ، وحق قاصر ممتنع مع وليه عن البيع ، او وقف منه ، ... الخ .

١١ - أنواع العقود وأقسامها :

تقسم العقود بحسب طبيعتها الى أقسام :

١- العقود الرضائية ، والعقود الشكلية والعقود العينية .

الاتفاق على سعر الفائدة عدم جواز الاتفاق على النزول عن التعويض المدني للعامل : بأصابه من جراء العمل) .

١٠ - التقوم :

ويشترط الفقه الاسلامي لمحل العقد ان يكون (مالاً، متقوماً ، مملوكاً).

التقوم : أي ان يكون له قيمة في نظر الشارع للمأثور ((ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه)) (٦٨) الذي يترتب عليه الضمان : إذ لا يضمن المال المتلف اذا كان مال غير متقوم لمسلم ، فان كان مما هو حلال للذمي ويضمن للذمي . . لأنه متقوم في حقه وتحريم البيع راجع إما الى تحريم جميع منافعه ، او الى أهمها التي يتبادر إليها الذهن عند الإطلاق بحيث يكون غيره غير مقصود منه . لأن فيه ايضاً مالا ينتفع به منفعة محله مقصودة فمن التحريم لماهية الشيء حرمة الخمر والتكسب به وبكل مسكر ومن التحريم لانعدام المنافع : كل محل ماهية ولكن لا

- ٢- العقود الملزمة لجانب واحد ،
والملزمة لجانبين .
- ٣- عقود المعاوضه ، عقود
والتبرع .
- ٤- العقود المحدودة ، والعقود
الاحتمالية .
- ٥- العقود الفورية التنفيذ
والمستمرة التنفيذ .
- ١- الرضائية : العقود الملزمة
لمجرد الارتباط بين الايجاب
والقبول على وجه مشروع
كالبيع والاجاره والشركة .
- ٢- الشكلية : العقود التي لا
يكفي فيها التراضي إنما
يلزمها شكل يحدده القانون
مثل ضرورة التسجيل بدائرة
التسجيل العقاري .
- ٣- العيني : العقد الذي لا
يكتمل انعقاده الا بتسلم محل
العقد ، كالإعارة ، الهبة ،
الوديعة ، الرهن الحيازي.
- ٤- الملزم للجانبين : ما كان فيه
التزامات متقابلة (عقد البيع)
.
- ٥- الملزم لجانب واحد : مثل
الوديعة والكفالة .
- ٦- عقود المعاوضه : وهي تلك التي
كل منها يأخذ مقابلًا لما يعطي .
التبرع : ما كان المتبرع لا يأخذ
مقابل ما يعطي (العارية ،
الهبة ، القرض ، الوديعة)
- ٧- الفوري التنفيذ : ما كان
الزمن فيه عنصر عرضي ،
ولو حصل التقسيط بالثمن
المستمر التنفيذ : فالزمن فيه
عنصر جوهري ، (الإيجار)
.
- ٨- المحدد : ما كان مركز
المتعاقدين محددًا .
الاحتمالي : ما كان أحد
العوضين أو كلاهما غير
محدد عقد التأمين (عقود
الغمر).
- ١٢ - أقسام العقود :

الرجوع فيه متى يشاء ، والجواز يكون حق لكلاً الطرفين) مثل الشركة ، الوكالة ، المضاربة ، الوصية ، العارية ، الإيداع ، القرض أما الجائزة من طرف واحد فهي مثل الرهن : (ليس بـ لازم في حق المرتهن بلا توقف على إذن الراهن) الكفالة) لازمة من الكفيل وليست لازمة من المكفول) .

(ج) - العقد الموقوف :

ما تعلق به حق الغير مثل بيع الفضولي مال غيره ، أجازته نفذ وان رده بطل بيع الصبي المحجور المتوقف على أجازة الولي .

طبيعة العقد الموقوف : أختلف الفقهاء في تحديد طبيعة العقد الموقوف على قولين :

أ- الامامية الحنفية والمالكية اعتبروه من جنس العقد الصحيح لأنه مشروع بأصله

- تقسم العقود الى الصحيح والفاقد والباطل .

- ويقسم العقد الصحيح الى .
أ- نافذ لازم (البيع / الصرف / الصلح / الاجاره / الهبة / النكاح) .

ب- نافذ جائز .

ت- موقوف .

(أ) النافذ اللازم : وهو العقد الذي اكملت شروطه وقد صدر

عن اهليه كاملة ، ولم يتعلق به حق الغير ولا تلحقه خيارات الفسخ .

حكمه : انه تترتب آثاره بلا

توقف على إجازة احد ، ولا

يملك احد المتعاقدين فسخه اذا

كانت طبيعته تقبل الفسخ إما ما

لا يقبل الفسخ كالزواج فأن

الطلاق هو طريق إنهاء العقد

بخلاف ما يقبل الفسخ : كالبيع

والاجاره والصلح .

(ب) النافذ الجائز :

ويقصد بالجواز عدم اللزوم

(أي يجوز لأحد العاقدین

ووصفه بأنه يفيد الملك ،
بعد إجازته .

ب- الشافعية والحنابلة : لا يرون
أنه من جنس العقد
الصحيح لعدم النفاذ .

الشروط المقترنة بالعقد :

ورد في الحديث (ان المؤمنين عند
شروطهم الا شرطاً أحل حراماً او حرم
حلالاً)^(٦٩) ومن الحديث يمكن استنتاج
ان في الشروط : نوعان شرط جائز لا
يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وشرط غير
جائز ، اختلف الفقهاء في اقتران العقد
بالشرط على قولين :

- أ- الأصل في الشروط
العقدية (المنع) حتى يقوم
دليل على الإباحة .
- ب- الأصل في الشروط
العقدية (الجواز) حتى
يقوم دليل على المنع .

وعلى النظرية الثانية ، جاز ان تقترن
بالعقد شروط تؤكد مقتضاه ، أو شروط
فيها نفع لا حد العاقلين ، أو اشتراط

لمصلحة الغير ان لم يكن ذلك الغير
ممنوعاً من الإفادة من العقد ، على ان لا
يكون الشرط هو الدافع للتعاقد وكأمثلة
على ذلك :

- ١- اشتراط دفع الثمن نقداً ، أو
تسليم المبيع في الحال وهذا
(شرط مؤكد) .
 - ٢- ان يأتي المشتري بكفيل او رهن
اذا كان الثمن مؤجلاً ويسمى
بالشرط الملازم .
 - ٣- اشتراط إيصال المبيع الى محل
المشتري ويسمى بالشرط المعتاد .
- أما مثال الشرط (الدافع الى التعاقد)
فمثل مبلغ من المال يدفع لامرأة لمعاشرتها
(بلا عقد شرعي) أو يبيع داره على ان
تتخذ مكاناً للقمار (محل العقد مستخدم
لغرض غير شرعي). فالشرط لاغ
والعقد صحيح .

١٣- حكم بيع العنب لمعامل الخمر :-

ما حكم بيع العنب لمن يعرف انه
يعصره خمرأ ؟

بظاهرة شيء ، وبحسب الدافع اليه شيء آخر .

أما الحنابلة : فعندهم ان العقد باطل سداً للذريعة : فما يتوصل به الى الحرام فهو حرام ولو بدون القصد لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الأثم والعدوان) .

وفي الفقه الغربي : هناك نظرية تسمى بنظرية السبب ولم نجد بحثاً مستقلاً لها في الفقه الاسلامي ، إنما أدرجها الفقهاء في حديثهم عن القصد من العقد فكل عقد ، وكل تصرف عقدي للمتعاقد يكتفي وراءه سبب (قصد) فهو أما قصد مشروع أو غير مشروع والقصد غير المشروع إما ظاهر في العقد أو غير ظاهر أي لم يدخل في اتفاق الطرفين فإذا قصد غير مشروع ، ولم يدخل في الاتفاق ، ولم يعلم به العاقد الآخر فالعقد صحيح لكن الاختلاف يقع في عقد لم يدخل شرطه في الاتفاق - وعلم به البائع فقيه خلاف على ثلاث قوال :

مشهور الامامية : اذا باعه على من يعلم انه يجعله خمرأ كان حراماً ، (٧٠) وأن لم يشترطه او كان البائع لا يعلم كان البيع جائزاً .

وعند ابن إدريس : البيع مكروه حتى مع العلم والشرط ، والإثم على من يجعله كذلك .

وعند الشيخ الطوسي في (المبسوط) : العمل مكروه كونه يعين على فعل الحرام ، والعقد ليس بباطل - لقوله ((أوفوا بالعقود)) فالبيع صحيح ، والشرط باطل.

ويمنع العلامة الحلبي منه : كونه مساعداً على فعل الحرام وأعانه عليه فهو محرم وباطل ، والشرط الباطل يبطل المشروط .

وفي فقه الحنفية والمالكية والشافعية : يصح البيع وعند الظاهرية يصح مع الكراهة لعدم التحقق من انه يعصره خمرأ ان الإنسان يؤاخذ على مقاصده ان الحكم على العقد

أنه عقد غير مشروع أنه عقد جائز على كراهة أنه عقد صحيح

فلو كان العاقد في استطاعته ان يعلم به فقولان :

أحدهما : أنه عقد صحيح لأنه مكلف بالظاهر الآخر : أنه عقد باطل لأن المطلوب منه معرفة القصد

أذن لدينا ثلاث حالات هي :-

- الحالة الأولى : ينص العقد على قصد محرم فالعقد باطل
- الحالة الثانية : لا ينص ولكن يعلمه العاقد الآخر مثل بيع السلاح أو زواج بنية الطلاق فهذا عقد جائز عند الشافعي وعند الجمهور باطل وعند أبي حنيفة جائز مكروه أما أبو يوسف ومحمد فهم مع الجمهور (باطل) .

- الحالة الثالثة : لا ينص العقد على قصد غير مشروع وبإمكان العاقد ان يعلمه ففيه قولان .

الفساد والبطلان : تقدم ان العقد فيه أصل ووصف ، فما كان أصله ووصفه سليم فهو عقد صحيح وما كان أصله ووصفه غير سليم فهو باطل واختلفوا فيما كان أصله سليماً ووصفه غير سليم فان جمهور الفقهاء لم يميزوا تقدم القول بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، ولا ينقسم العقد غير الصحيح عندهم الى أقسام ، فغير الصحيح هو الباطل ، وحينما يعبرون بالفاسد فهم يقصدون الباطل وحكم (الباطل و الفاسد عندهم) انه العقد لا ينعقد أصلاً ، ولا تترتب عليه آثاره سواء كان السبب خللاً في ركنه أو محله كصدوره عن من ليس له أهليته فهو باطل ، لا ينعقد ، ولا يفيد الملك والتصرف ولو بالقبض لذلك فهم يعرفونه بأنه مالم يس مشروعاً بأصله ووصفه ، إما الفاسد عند الحنفية مما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أي ان أركانه سالمة و محل العقد سالم عن الخلل إنما الذي يفسده فقدان بعض الأوصاف الخارجية المعتبرة شرعاً ، كمجهول المعقود عليه جهالة مفضية الى المنازعة ،

((أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين))

الأثر : هو الالتزام المترتب من جراء العقد ، ويترتب الأثر :

- على المتعاقدين بالذات .
- على الخلف العام .
- على الدائنين .

الخلف العام : وهو من يخلف غيره في ذمته أئاليه : كالوارث والموصى له : وكمثال على ذلك اذا باع رجل عيناً و لم يستلم الثمن ، ينتقل الحق الى الوارث أو الموصى له كذلك لو اشترى ولم يستلم المبيع ، لكنه لا يلزم بديون مورثه اذا لم تكن للميت تركة .

القاعدة : ان الحقوق الايجابية تنتقل ولا يلزم بديونه والتزاماته الا بانقاصها للتركة وبالتالي ستؤثر الحقوق السلبية على مقدار التركة ولا يتلقى الورثه حقوقهم من الميراث الا بعد سداد ديونه .

ما لذي ينتقل للورث ؟

فبازالة الجهالة والتعيين يعود صحيحاً مثل ما لو باعه بثمان مؤجل ولم يسم الأجل

وحكمه :

١- انه يفيد الملك اذا اتصل به القبض لان الخلل فيه ليس في ركن من أركانه .

٢- نظراً لما يترتب عليه من نزاع فقد نهى الشارع عنه ، واوجب عدم تنفيذه ، مالم يزال الوصف المخل ويفسخ ان لم يعالج فيه الخلل .

٣- فان لم يفعل المتعاقدان فسخه او تعديله أفسخه القضاء جبراً فهو وسط بين الصحيح والباطل

ومرد الخلاف الى طبيعة النهي : فإذا ورد النهي على عقد هل يقتضي فساد ماهية العقد أو خابراً نسبياً بالعوارض

يرى الجمهور : متى ورد النهي على أي جزء او شرط على العقد يقع العقد باطلاً لأن النهي يقتضي عدم الصحة ، وعدم الانعقاد وهو البطلان .

١- ما يمثل قيمة ماله تضاف الى ذمة الشخص .

٢- ما يمثل حقاً كالشفعة والخيار فمن يرى أن الحديث النبوي

أ- من ترك مالا فلورثته (٧١)

فهم لا يميزون

انتقال الشفعة والخيارات

لأنها ليست مالا إنما مجموعة حقوق .

ومن يرويه من ترك مالا أو حقاً

فلورثته فهم يرون جواز

الانتقال الى الورثة ويرى الحنفية

: الأول أي أن المنافع والحقوق

لا تنتقل لأنها - أعراض لا بقاء

لها ليتمكن إحرازها أنما الذي

ينتقل فهو المال .

وكمثال على الأثر : أن عقد الإجارة

ينفسخ بموت احد العاقدين والسؤال

لماذا لا تنتقل حقوق

الشفعة والخيار عندهم ؟ ويجب

أصحاب هذا الاتجاه أن الحقوق هي

في الأصل رضائيه وبموته لارضا

ولكن استحساناً : خيار العيب

ينتقل أما الإماميه ومن وافقهم :

فيرون أن الحقوق تنتقل لثبوت

الحديث بالمتن الثاني في مروياتهم

بينما أطبقت كتب الحديث عند أهل

السنة على المتن الاول .

حالات :

١- لو أثنى عاقدان على ان الحقوق

لا تنتقل بعد موته صح الاتفاق .

٢- المرتب الوظيفي لا ينتقل الا

بصيغة أخرى أي ((تشريع

قانون)) .

٣- لو أن طبيباً تعاقد مع مؤسسة

ومات وله ابن طبيب ، لا يحق

له أكمال المدة .

٤- عقود بطبيعتها تنتهي بموت

المتعاقد كالوكالة وعقد العمل

والشركة .

الخلف الخاص :

من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد (

دينياً ، عين) كالمشتري في المبيع

والموهوب له والموصى له مثل شخص

أمن على بيته من الحريق ، ثم باعه ، هل

٢- الحوالة : اذا اشترط فيها عدم براءة ذمة الأصيل — كفالة .
٣- الوصية : أثناء الحياة وكاله ، والوكالة بعد الوفاة وصايا أنت وصيي في بيع الدار لفظاً وصاية معنى وكالة أنت وكيل بعد موتي لفظاً وكالة معنى وصية .

يكملها :

أ- الأصل في الكلام الحقيقة فإذا تعذرت يصار الى المجاز .
مثال : التامين لصالح الأولاد ، فإذا لم يكن له الا أحفاد . يصار لهم

القاعدة الثانية : تترك الحقيقة بدلالة العادة :

إذا حلف شخص الا يضع قدمه في دار آخر اللفظ : مجرد وضع القدم ولكنه معنى مهجور فأن دخلها راكباً هل يحنث ؟

القاعدة الثالثة : لا عبارة للدلالة في مقابل التصريح :

ينتقل حق التامين مع انتقال الملكية ؟
الجواب (نعم) وكذلك شخص يشتري متجر ، ويشترط على البائع الا يفتح جواره متجراً له فهل ينتقل الالتزام اذا باع المشتري ، (لا) لأن الأول من الحقوق المكمل والثاني من الحقوق غير المكمل .
القواعد القضائية في تفسير العقد :

هناك خمسة عشر قاعدة : يسترشد بها القاضي في تفسير العقد تسمى قواعد فض نزاعات العقود

القاعدة الأولى : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني :

الرهن : بيع وشرط بحيث اذا رد المشتري الثمن استرد المبيع (فهو بيع لفظاً رهن معنى).

١- الكفالة : ضم ذمة الكفيل الى المدين الأصيل

لكن

اذا اشترط فيها براءة ذمة الأصيل — حواله .

إذا حصل التباس في هبة — فإن كان القبض إمام الواهب تمت ، وإن نهى عن القبض وضحت .

قالوا : إذا عرض شخص بضاعة ، فالعرض دلالة على أرادة البيع فإذا جاء شخص فأخذها من يتفحصها وسقطت منه وتلفت فانه لا يضمن لوجود الإذن دلالة ، فإن كتب البائع لا تلمس فأخذها وتلفت فعليه الضمان ولو لم يكن متعدياً أو مقصراً .

القاعدة الرابعة : أعمال الكلام أولى من إهماله إلا إذا تعذر :

التامين للأولاد — الأخفاد فإن لم يكن له أولاد ولا أخفاد
إذا اقر شخص لمن هو أكبر منه سنا انه ابنه

أو لمن هو أصغر منه سنا انه أبوه يهمل الإقرار لأنه يتعذر إعماله

يلحق بها : قاعدة التأسيس مقدّم على التأكيد :

إذا تكرر الكلام يحمل أصالة على التأسيس فإذا تعذر حملناه على التأكيد .

لو شهد إنسان على نفسه (قراراً) ان عليه (١٠٠) دينار ولم يذكر السبب ، ثم أقر مرة أخرى .

فهل يحمل على الإقرار بدين جديد أم تأكيد الأول ؟
يقال الأصل التأسيس

القاعدة : الاشهاد الثاني دين جديد إلا إذا أقام دليلاً عن التأكيد .

القاعدة الخامسة : ذكر بعض (ما لا يتجزأ) كذكر كله :

ما لا يقبل التجزئة مثل الشفعة : شفعتك في نصف الدار . إسقاط نصف القصاص كما إذا قبل نصفهم بالدية ، أو عفوا . واحد نصفهم على القصاص . القصاص يسقط على الدية .

القاعدة السادسة : يبقى المطلق على إطلاقه ان لم يقم الدليل على التقييد نصاً أو دلالة :

إذا قال (رجل) يشمل كل ذكر إلا إذا وصف (فقير) إذا قال لوكيله (صالح الخصم) وسكت فهو مطلق .

القيد : صريح او دلالة ، كما لو قال اشتر مدفأة فاشترها في الصيف الشراء غير نافذ

رجل أعطى بضاعة لآخر يبيعها - ثم باعها- وطلب أجراً (عرف السوق) الخيوط والأزرار على الخياط .

القاعدة السابعة : الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر :

أذا وصفه في المجلس وكانا حاضرين فهو لغو لكن لو وصفه و المبيع ليس في المجلس ثم ظهر انه غير متصف بالعقد موقوف وله الخيار . فلو قال في المجلس هذا (الفص الأحمر) وهو اصفر فهو لغو .

القاعدة الثامنة : السؤال المصدق معاد ، في الجواب المصدق :

لو ادعى شخص على آخر دين ، وأجاب الآخر نعم .(أقرار) ، لو قال مشتري (اشتريت سيارتك بألف) وقال البائع نعم فهو جواب ينعقد به البيع .

القاعدة التاسعة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً التعيين بالعرف كالتعيين بالنص الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (إذا ادعى فقير انه دفع المال كله) العادة محكمة (إذا أقر بدين ثم كذبه ، فلا يسمح لأن الإقرار تمنع عادة استعمال الناس حجة) .

القاعدة العاشرة : تعتبر العادة المطردة او الغالبة ، والعبرة للغالب الشائع لا النادر . إذا بلغ المفقود تسعين سنة حكم القاضي بوفاته .

القاعدة الحادية عشر : يفسر الشك لمصلحة المدين أساسها : أن المدين يلتزم بأضييق نطاق من الالتزام قاعدة القدر المتيقن يتفرع عنها : الأصل براءة الذمة ، ولا تشغل الا بالقدر الذي يقام الدليل عليه .

القاعدة الثانية عشر : عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . الخاص يفيد العام - ينظر للعقد كلاً لا يتجزأ .

قال : بعثك أثاث البيت ثم نص على المباع - فالنص قيد فلا يجوز التمسك بالعام او المطلق مع وجود النص على القيد .

القاعدة الثالثة عشر: اليقين لا يزول بالشك تفرعات :

- ثبت دين ، ثم مات وشككنا فالدين باق .
- ثبت أبراء ، ووقع شك في رد الدين فألا براء نافذ .
- ثبت عقد ، وشككت في الفسخ فالعقد قائم .

القاعدة الرابعة عشر: الأصل براءة الذمة أدعى على غيره التزاماً فعليه الإثبات وإنكار الخصم مؤيد بالأصل .

القاعدة الخامسة عشر: قاعدة لا ضرر :

- لو انتهت فترة الاجاره قبل الحصاد . أو أي موسم تبقى بأجر المثل حتى يتم منعاً لضرر بقلع الزرع .
- لو باع شيئاً (سريع الفساد) وغاب المشتري قبل دفع الثمن وضيف الفساد . فللبائع فسخ البيع .
- لو اشترى داراً وأجرها ثم أكتشف العيب يسوغ له فسخ الاجاره لردّها .

انحلال العقد :

انحلال العقد فسخه وفيه صور :

- ١- ما يجعل القانون لأحد العاقدين ، أو لكل منهما

- ان يستقل بأنها الرابطة التعاقدية فيسمى الإلغاء بإرادة منفردة العقود التي تقبل ذلك :
- الوكالة : بعزل الموكل الوكيل يعزل نفسه و العاريه : للمعير ان يطلب إنهاء العاريه اذا لم تحدد مدة المستعير له ان يرد المعار اذا لم يكن ضاراً والوديعة كلاهما لكل منهما رد الوديعة .

الفسخ :

إذا تم التعاقد ، ولم ينفذ احدهما التزاماته فالآخر :

- أ- يطلب التنفيذ العيني جبراً .
- ب- يطلب الفسخ وحل الرابطة وإعفائه من التزاماته .
- ولا يصح الفسخ الا بعد توفر ما يأتي :
- ١- ان يكون العقد ملزماً للجانبين .
- ٢- ان لا يقوم احد بتنفيذ التزاماته .
- ٣- ان يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بتنفيذ التزاماته .

- ١- العقد الملزم : فالكفيل ،
المكفول غير ملزم بشيء.
- ٢- ان يقوم طالب الفسخ بتنفيذ التزاماته : فيستطيع ان يطلب التعويض وطلب الفسخ .
- حدث نزاع في تحقق الاستحالة . فيتم اللجوء للقضاء لحصول حكم يقرر ذلك .

آثار الفسخ :

- ١- زوال حكم العقد بأثر رجعي .
- ٢- الرجوع في المنفذ منه قبل الفسخ .
- ٣- رد المبيع مع ثمراته - عينا أو مثلاً أو قيمة واختلفوا على أقوال قيمة وقت الفسخ يوم الرد او ثمن المثل مطلق .
- ٤- اذا ظهرت موجبات التعويض للضرر يتحملها (غير المنفذ لالتزاماته) .

الخلل العقد : زوال الرابطة التعاقدية

- الفرق بين الانحلال والبطان : البطان - غير منعقد ، الانحلال - منعقد / منتج لآثاره.

- طريقة تحقق الفسخ
- بحكم قضائي .
- اتفاق سبق .
- بحكم القانون .
- (١) الحكم القضائي : لما لم يتم الطرف الثاني بتنفيذ ما عليه ينه بالأعذار و الإنذار بواسطة كاتب العدل . بالخيار : فيقدم طلب (للتنفيذ).
- فيقدم طلب (للفسخ).
- (٢) بالاتفاق : مقدماً (اذا لم ينفذ احد فالعقد منفسخ من غير حاجة لحكم قضائي) . لكن الاتفاق لا يعني من الأعذار . الا اذا أسقطاه .
- (٣) بحكم القانون : اذا استحال التنفيذ لسبب أجنبي انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ، ألا اذا

وينتهي العقد :

أ- عقد جديد (المالكية

والظاهرية) .

ب-فسخ اتفاقي (الشافعية

والحنابلة).

ت-فسخ بين المتعاقدين ، وعقد

بالنسبة للغير (الامامية)

والحنفية راجحية (ح) لها

تبعات .

أ- ثبوت الشفعة فإذا باع

داره ولم يطلب جاره

الشفعة ثم اتفقا على

الاقاله فللجار ان

يطلب الشفعة .

ب-ترتب حق للغير : إذا

أشترى أرضاً ثم منح

الغير حق مرور ثم

حصلت الاقاله

فهي لا تبطل حق الغير

. أو أجزها وطلب الا

قاله فتستعاد مؤجرة.

١- بتنفيذه من العاقدين .

٢- صورة الفسخ ، الانفساخ.

٣- الاقاله .

٤- موت العاقد (تفصيل)

في عقود البيع : لا ينتهي .

في عقود الشركة والمضاربة والمزارعة

والمساقاة عند الحنفية تنتهي الاجاره

بموت احدهما .

الإقالة :

أنفاق المتعاقدين على إلغاء العقد

وإرجاع الحالة الى ما كانت عليه قبل

إبرامه ورد ما سلم الى صاحبه .

لا بد من توفر شروط الفسخ ، وقد

نصت على :

١- ان يكون المعقود عليه قائماً

وموجوداً في يد العاقد

سؤال : هل الإقالة فسخ أم عقد

جديد ؟ ثلاثة آراء

قائمة المصادر والمراجع

- (١) الأنصاري : مرتضى : المكاسب ، تحقيق محمد كلانتر ، الآداب / النجف ١٣٩٧.
- (٢) الحلبي : العلامة : الحسن بن يوسف : مختلف الشيعة .
- (٣) الحلبي : المحقق : نجم الدين جعفر بن الحسن : شرايع الاسلام تحقيق عبد الحسين محمد علي / الآداب ١٩٦٩.
- (٤) الحكيم : محسن : منهاج الصالحين ، الآداب / النجف .
- (٥) الحيدر : علي : درر الاحكام شرح مجلة الاحكام النهضة / بيروت
- (٦) العاملي : زين الدين الجبجي (الشهيد الثاني) مسالك الافهام حجرية .
- (٧) العاملي : محمد جواد ، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة .
- (٨) ابن قدامة : عبد الله بن أحمد بن محمد (المغني) دار الكتب / بيروت ١٩٧٢.
- (٩) الكاساني : علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتب العلمية بيروت / ١٩٨٦.
- (١٠) اليزدي : السيد محمد كاظم : العروة الوثقى ، المرادوي : علي بن سليمان :
- (١١) المقدسي : شرف الدين موسى ، الاقناع في فقه أحمد المطبعة التجارية /
- (١٢) الموصلي : عبد الله بن محمود ، الأختبار لتعليل المختار . البادي / الحلبي ١٣٥١.
- (١٣) السرخسي : محمد بن سهل : المبسوط / مطبعة السعادة ١٣٢٤.
- (١٤) الميرغيناني : علي ابن ابي بكر : الهداية شرح بداية المبتدى مصطفى البادي / الحلبي ١٩٨٦.
- (١٥) ابن المرتضى : البحر الزخار : مطبعة السعادة / مصر .
- (١٦) الميرغيناني : علي ابن ابي بكر : الهداية شرح بداية المبتدى مصطفى البادي / الحلبي ١٩٨٦.
- (١٧) العاملي : محمد جواد ، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة .
- (١٨) ابن قدامة : عبد الله بن أحمد بن محمد (المغني) دار الكتب / بيروت ١٩٧٢.
- (١٩) الكاساني : علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتب العلمية بيروت / ١٩٨٦.
- (٢٠) اليزدي : السيد محمد كاظم : العروة الوثقى ، المرادوي : علي بن سليمان :

- (٩) الرملي : محمد ابن ابي العباس بن حمزة / نهاية المحتاج الى شرح الفاظ المنهاج البادي الحلبي : ١٩٣٨.
- (١٥) الشيرازي : ابراهيم بن علي بن يوسف : المهذب في فقه الشافعي الحلبي : مصر ١٩٥٨.
- (٦) الخفيف : علي ، الملكية في الشريعة الاسلامية جامعة الدول العربية / ط ١ / ١٩٦٦.
- (٢٤) محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة دار الفكر العربي القاهرة ١٩٧٧.
- (١١) الزرقا : مصطفى : المدخل الفقهي العام مطبعة جامعة دمشق ١٩٦١.
- (٧) ابن حزم : علي بن احمد بن سعيد . المحلى دار الطباعة المنيرية .
- (١٢) زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ، المطبعة العربية ١٩٦٤.
- (٨) الدسوقي : محمد عرفة : حاشية على الشرح الكبير للدردير مطبعة / مصطفى محمد : ١٢٣٠.
- (١٤) السنهوري : عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، جامعة الدول العربية ١٩٥٤.
- (١٠) ابن رشد : احمد بن محمد بن احمد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد مطبعة الاستقامة / مصر ١٩٥٢.

هوامش البحث

- ١- الزرقا المدخل الى الفقه الاسلامي ص ٢٨٩ / ١
- ٢- الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد فقرة (١٠ - ١٠٢)
- ٣- مرشد الحيران المادة ٢٦٢ وبه أخذ القانون المدني المصري والعراقي
- ٤- مجلة الأحكام العدلية المادة ١٠٣
- ٥- السنهوري : نظرية العقد الفقرة ٧٧ - ٨٠
- ٦- عرفه المحقق الحلبي : لفظ دال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم
- ٧- نستخلص منه ان الركن هو الصيغة.

- ٨- العلامة الحلبي : مختلف الشيعة ج ٨٤/٥
- ٩- سورة المائدة / الآية (١)
- ١٠- ظ بدائع الصنائع : أنه يضع الاجاره ، الاستصناع ، البيع ، الكفالة ، الحوالة ، الوكالة ، الصلح ، الشركة ، المضاربة ، الهبة ، الرهن ، المزارعة ، المساقاة ، الوديعة ، العارية ، القسمة ، الوصايا ، القرض.
- ١١- الفروق ج ٢ ، الفرق ٧٠
- ١٢- المدخل الى الفقه الاسلامي ج ٣٠١/١
- ١٣- الشيخ الأنصاري : المكاسب ج ٣ ص ١٥
- ١٤- فطلاق السكران مختلف فيه ورده السكران مختلف فيها، وتصرفات المكره محمولة على التصفح والنقصي، فليس دقيقاً ان يجعل المدار على اللفظ وعلى إطلاقه دون ان ترد عليه المقيدات..
- ١٥- المحقق الحلبي الشرائع ١٣/٢
- ١٦- العلامة الحلبي : مختلف الشيعة ج ٨٥/٥
- ١٧- الكاساني : بدائع الصنائع ١٣٥/٥
- ١٨- شرايع الاسلام ١٤/٢
- ١٩- العلامة : المختلف ٨٦/٥
- ٢٠- فتح القدير ٧٥/٥
- ٢١- الدردير : الشرح الكبير ٣/٣
- ٢٢- الرملي : نهاية المحتاج ٣٦٩/٣
- ٢٣- الحكيم : منهاج الصالحين ١٥/٢
- ٢٤- الموصلبي : الاختيار ١٠/٢
- ٢٥- الإقناع: ٥٧/٢
- ٢٦- ألعلمي : مفتاح الكرامة ح ١١٥/٧
- ٢٧- البحر الزخار ٢٩٨/٤
- ٢٨- الشيرازي : المهذب ٢٥٧/١
- ٢٩- اليزدي : العروة الوثقى ٩٤٨
- ٣٠- المرادوي : الأنصار ف ٥٠/٨
- ٣١- الدردير : الشرح الصغير ٣٥٠/٢
- ٣٢- الرملي : نهاية المحتاج ٢٠٨/١٣
- ٣٣- الغدير ٧٥/٥
- ٣٤- الشهيد الثاني : مسالك الامهام ١٢/٢
- ٣٥- المرادوي : المهذب للشيرازي
- ٣٦- ☆ فسر الفقهاء النفيس (مثل ثمن الذهب) والخسيس مثل (ثمن الخبز) وقال آخرون النفيس (نصاب السرقة)
- ٣٧- المحقق الشرايع
- ٣٨- نهاية المحتاج ٨/٣
- ٣٩- ابن قدامه : المفتي
- ٤٠- أبين رشد : بداية المجتهد ١٦٩/٢، المحلى: ج : ص :
- ٤١- العلامة : مختلف الشيعة ٩٤/٥
- ٤٢- نهاية المحتاج ٨/٣
- ٤٣- ظ الهداية ١٧/٣
- ٤٤- مواهب الجليل ٢٤١/٢
- ٤٥- المحقق الحلبي الشرايع ج ٢٣/٢

- ٤٦- العلامة : المختلف ١٠٤/٥
- ٤٧- فقه المعاملات : مجموعة من المؤلفين
- ٤٨- د. زيدان : المدخل لدراسة الشريعة ٣/٣
- ٤٩- جواهر الكلام ح ص
- ٥٠- جواهر الكلام ح ص
- ٥١- الشيخ علي الخفيف : نظرية الملكية ص ٨٤
- ٥٢- عبد المجيد الحكيم : مصادر الالتزام ١١٦/
- ٥٣- ولي الصغير أبوه ، ثم وصيه أبيه ، ثم جده الصحيح ، ثم وصي الجد ثم المحكمة وسلطة الولي أوسع من سلطة الوصي إذ الولي لا يحتاج أمر المحكمة بالتصرف .
- ٥٤- ظ المواد ٩٨ - ١٠١
- ٥٥- ظ السرخسي : المبسوط ج ١٦٠/٢٤ ظ العناية على الهداية ح ١٣ / ص ٢٠٣
- ٥٦- الهداية : الميرغيناني ٢٨١ / ٣
- ٥٧- الكاساني : بدائع الصنائع ١٦٩/٧
- ٥٨- المبسوط : السرخسي ٤٩٠/٢٧
- ٥٩- مجلة الأحكام المادة (٩٤٨) ، السنهوري : مصادر الحق ١٧٥/٢ ، عبد المجيد الحكيم (الوسيط في نظرية العقد ٢٢٤/١)
- ٦٠- ظ تحفة الفقهاء ح ١٤٦/٢ قال الزيعلي رواه البخاري والترمذي ، وأخرجه الحاكم وقال صحيح الاسناد رواه الدارقطني في السنن برقم ٣٩٨٥ ، ج ٩ ص ٢٥٥ عن أبي هريرة ورواه في جامع الاصول ٧/ح ٥٧٩٥ قال أخرجه أبو داود ٦١- د . عبد المجيد الحكيم : مصادر الالتزام ص ٩٤
- ٦٢- ظ موسوعة التخرج ج ١/ الحديث ٤-١٩٨٩ ، رواه أحمد في مسنده ٤٠٢/٣ البيهقي في السنن ٢٨٣/٣ ، أبو داود ٢٨٣/٣
- ٦٣- الشرائع ١٧/٢
- ٦٤- أ.د عبد الأمير كاظم زاهد / أحكام النهر الدولي ص ٧٢
- ٦٥- أ.د عبد الأمير كاظم زاهد / فقه الوقف دراسة استدلالية ص ١١٠
- ٦٦- الطبراني : المعجم الكبير ٢٠٠/٢ ، ح ١٢٨٨٧ سنن الدارقطني ٧/٣ ، ح : ٢٠
- ٦٧- وسائل الشريعة ٢٨٩/٢١ ، مستدرك الوسائل ٢٦٣/١٣ من لا يحضره الفقيه ١٦٨/٣ ، الاستبصار ١٤٢/٢
- ٦٨- المختلف ١٧٦/٥
- ٦٩- القاضي النعمان : دعائم الاسلام ٢٤٣/٢ ، ح ١٣٨٦
- ٧٠- ظ : مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول
- ٧١- ظ : نصب الراية ٢٠٤/٩ ، المسند الجامع ٤٢ / ١٥١ تحفة الاشراف ٤٥٩/١١