

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة - 1

نيابة العمادة لما بعد التدرج

كلية العلوم الإسلامية

والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

قسم الشريعة

# أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون

## المدني الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور

عبد القادر بن حرز الله

إعداد الطالب

بوجمعة حمد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
مسعود فلوسي	أستاذ	جامعة باتنة - 1	رئيسا
عبد القادر بن حرز الله	أستاذ	جامعة باتنة - 1	مقررا
مسعود عز الدين	أستاذ	جامعة الجلفة	عضوا
نور الدين حمادي	أستاذ	جامعة الجلفة	عضوا
موسى بن سعيد	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	عضوا
أحمد بروال	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة - 1	عضوا

السنة الجامعية : 1438-1439هـ / 2017-2018م

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إليك والدي الكرئيس

صاحبني الفضل والإكرام علي رجاها الله تعالى وحفظهما

كما أهدي هذا العمل إليك زوجتي وأبنائي أميرة وسعيد ومحمد وأسامة

حفظهم الله

ولجميع الأخوة والأخوات

ولكل من ساهم بالدراسات المقارنة

## شكر وتقدير

أعظم الشكر والحمد والثناء لله عز وجل على كريم فضله، واسع عطائه،  
وتوفيقه، حتى تم العمل على هذا الوجه .

ثم أسمى آيات الشكر والتقدير لمن أخذ بيدي لإكمال هذا البحث وغمرني  
بخميل تواضعه، وجم أدبه، وسديك توجيهه ونصحه، الأستاذ الدكتور عبد  
القادر بن حرز الله الذي أسأل الله تعالى له أن تحفظه ويفيد بعلمه وتجعله ذخراً  
لهذه الأمة.

والشكر موصول لأعضاء اللجنة الموقرة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه  
الأطروحة، فلهم مني سلفاً لكل التقدير والامتنان على ما سيقدمونه من  
توجيهات وملاحظات ونصائح .

والشكر موفور إلى كل من أفادنا بكتاب أو توجيه أو كلمة طيبة شحذنا بها  
همثنا في فترات إنجاز هذا البحث .

فجزاهم الله عني كل خير فهو نعم المجازي ونعم المكافئ .

مَعْرِفَةٌ

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد :

كانت الجزائر منذ أن دخلها الإسلام محكومة بشريعته، مثلها مثل باقي الشعوب والدول والإسلامية ، لكن بوقوع أكثر الدول الإسلامية تحت الغزو الأوروبي والتي منها الجزائر، عمل الاستعمار الفرنسي على إبعاد الشريعة الإسلامية وإحلال قوانينه الرومانية محلها .

غير أن الشعب الجزائري قد قاوم الاستعمار الفرنسي أيما مقاومة ، ومن جميع نواحيها، سواء من الناحية العسكرية أو الاجتماعية أو الثقافية ...وقد أثرت تلك المقاومة الباسلة، واسترجعت بذلك الجزائر حريتها وشخصيتها وإرادتها .

وبعدما ملكت الجزائر أمرها ، كان لزاما عليها إعادة النظر في الموروث الاستعماري الذي أرهاق كاهلها مدة طويلة من الزمن ، ومن ذلك: الموروث التشريعي ، وهو ما عبر عنه الرئيس الراحل هواري بومدين في كلمة له بمناسبة تنصيب اللجنة الاستشارية المكلفة بمناقشة مشاريع القوانين الأساسية ، يوم 12/03/1971م بقوله : " إن التشريعات التي فرضها النظام الاستعماري على بلادنا فرضا مدة قرن وربع ، والتي سلبنا بها مكتسباتنا الروحية والمادية ، وحاول بها طمس معالم ماضيها ، ومحو عناصر شخصيتها ، قد بقي معظمها جاريا به العمل بمقتضى قانون 31 ديسمبر 1962م ، وهي الغريبة عن ديارنا ، والتي وضعت لاستغلالنا وإنكار وجودنا وذاتيتنا .

والآن وقد انفكت الأغلال وملكنا زمام أمرنا لتسيير شؤوننا بأنفسنا ، فعلينا أن نتخلص نهائيا من القوانين الدخيلة علينا ، ومن التركيبة التشريعية التي كانت في خدمة الاحتلال العسكري والاستغلال الاقتصادي ...فالجزائر اليوم وهي منطلقة في ثورتها الثقافية الشاملة تعلم أن قانون كل أمة قطعة من ماضيها الطويل، وحاضرها المائل ، يمثل نشأتها وتطورها وأخلاقها وتقاليدها ودينها ومعتقداتها ، وتعلم أن قوانيننا الحالية غريبة عنا تتعارض مع أحسن ما في تشريعنا الإسلامي التقليدي ... فيجب إذن إعادة النظر فيها جذريا لتردّ إلى المصادر التشريعية الإسلامية ، ولتستطيع تلبية حاجيات وأهداف ثورتنا الاشتراكية"<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> كلمة الرئيس الراحل هواري بومدين بمناسبة تنصيب اللجنة الاستشارية المكلفة بمناقشة مشاريع القوانين الأساسية ، مجلة الأصالة ، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الإسلامية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، أوت 1971م ، ص 8 - 10 .

وقد أعادت الجزائر النظر فعلا في تشريعاتها الوطنية ، ومن ذلك القانون المدني الذي صدر في 26 سبتمبر 1975م .

### أولا : طرح الإشكالية

بعد أن كانت الجزائر تطبق القانون المدني الفرنسي بحذافيره أصبحت بعد تاريخ 26 سبتمبر 1975م تطبق قانونا مدنيا جزائريا ، غير أن واضعي القانون المدني الجزائري لم يصنعوا له مذكرة إيضاحية تبين فيها منهجها في صنع القانون وصياغته ، وأهم من ذلك المصادر المادية التي استمدت منها القانون المدني وخصوصا ما يتعلق بالفقه الإسلامي، وعليه نطرح التساؤل الآتي : أين يكمن أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري ؟ وتندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من الإشكالات الفرعية وهي :

- ماهي المصادر التي استمد منها القانون المدني الجزائري مادته؟
- هل يعد القانون المدني الجزائري مجرد صورة عن القانون المدني المصري ؟
- لماذا لم يستمد القانون المدني نصوصه كلها من الفقه الإسلامي ؟ لأنه لا يصلح للتطبيق في هذا العصر؟ أم لأنه فقه جامد غير متطور ؟
- هل كان استمداد القانون المدني الجزائري لبعض نصوصه من الفقه الإسلامي بطريق مباشر أم عن طريق القانون المدني المصري ؟
- هل المسائل التي استمدتها القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي استمدتها خالصة من الفقه الإسلامي أم زواج في الاستمداد فيها بين الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الغربية ؟

### ثانيا : أهمية الموضوع وأهدافه

تكمن أهمية وأهداف الموضوع في ما يلي :

- إظهار وإبراز مكانة الفقه الإسلامي وغناه بالأحكام الصالحة وأن مرونته تجعله صالحا لكل زمان ومكان، وضرورة السعي إلى أن يحتل مكانه بين النظم القانونية العالمية .
- إبراز صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق ، وأن إبعادها عن الساحة التشريعية لكثير من الدول العربية لم يكن لنقص وقصور في أحكامها، ولكن لعدم وجود الإرادة في تحكيمها.
- بيان أصالة الفقه الإسلامي واستقلاله عن القوانين الوضعية من خلال بيان خصائصه ومميزاته .

- بيان أنه ما من مسألة تناولها القانون المدني إلا ولها حكم في الفقه الإسلامي ويظهر ذلك جليا من خلال المسائل المقارنة في هذه الدراسة، على أن ذلك لا ينفي أبدا ضرورة إعادة بعث الحياة والجدة في الفقه الإسلامي بما يواكب المدنية الحديثة والتطور السريع .

- ضرورة إعادة النظر في نصوص القانون المدني بما يتلاءم مع عادات وأعراف وعقيدة الشعب الجزائري .

- معرفة المصادر التي استمد منها القانون المدني الجزائري نصوصه .

- معرفة المواطن التي تأثر بها القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي ، ثم معرفة المسائل التي استمدتها القانون المدني من الفقه الإسلامي هل كان استمدادها بصفة مباشرة أو عن طريق القانون المدني المصري .

- من الأهداف التي تحققتها هذه الدراسة هو استفادة القضاة في مجال القانون المدني من حصر المواد المستمدة من الفقه الإسلامي ، وذلك بالرجوع في تفسير المادة التي أصلها هو الفقه الإسلامي إلى الفقه نفسه في فهم معناها وما رمت إليه .

### - ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

دفعني إلى اختيار هذا الموضوع جملة من الأسباب أجملها في ما يلي :

- الرغبة في الدراسات المقارنة عموما ، وخصوصا ما يتعلق بالقانون المدني مقارنا بأحكام الفقه الإسلامي ، إذ عندي رغبة كبيرة منذ زمن في مقارنة القانون المدني الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي مقارنة واعية موضوعية بعيدة عن التعصب وإعمال العاطفة ، قصد معرفة مكامن النقص في القانون المدني وسدها ومحاولة تخريج جميع مسائل القانون المدني على أساس من الفقه الإسلامي .

- ادعاء الكثيرين - حتى من بعض المتخصصين- أن الجزائر استمدت قانونها المدني كله من القانون المدني الفرنسي ، وفي أحسن الأحوال يقال أن القانون المدني الجزائري مستمد من القانون المدني المصري ، وهذا الأخير مستمد من القانون المدني الفرنسي ، فأردت أن أكتشف الحقيقة كاملة، وأبين بنفسني مصادر القانون المدني الجزائري، وخصوصا ما استمده من الفقه الإسلامي.

- إزالة الخلاف القائم بين المتخصصين في القانون عموماً وفي القانون المدني خصوصاً حول معرفة الأصول التي استمد منها القانون المدني مادته وخاصة مدى استمداده من الفقه الإسلامي الذي يعتبر أول مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي بعد التشريع.
- المطلع على الدراسات المقارنة في الشريعة والقانون يجد أنها بقدر ما تهتم بالمقارنة وإظهار الفوارق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وبيان أن السبق دائماً للفقه الإسلامي من حيث معالجته لموضوع المقارنة... إلا أنها تفتقر إلى مسألة التأثير والاستمداد من الفقه الإسلامي ، وهي مسألة لها وزنها في أي بحث مقارنة بين الشريعة والقانون ، فأردت أن أبحث في هذا الموضوع ليكون موجهاً لكثير من الباحثين الذين يريدون البحث في المواضيع المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

#### رابعاً : الدراسات السابقة

لم أجد دراسة أكاديمية وافية أعطت الموضوع حقه وبسطت مسأله ، عدا دراسة وحيدة غير أنها اقتصرت على جزئية من الموضوع فقط وهي "مظاهر تأثير القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي- العقد والإرادة المنفردة نموذجاً- " مذكرة ماجستير للأستاذ حمزة بن خدة ، تحت إشراف الدكتور : تشوار الجيلالي ، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2008/2007 : اقتصر صاحب المذكرة على جزئية من موضوع الدراسة وهي العقد والإرادة المنفردة ، وقد اهتم الأستاذ صاحب الدراسة بأوجه الشبه كثيراً وجعلها دليلاً على تأثير القانون المدني بالفقه الإسلامي .

كما أن هناك دراسة أخرى تقترب في عنوانها من دراستنا وهي " مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري " ، للأستاذ مبارك صائغي ، ماجستير تخصص عقود ومسؤولية ، بإشراف الأستاذ : مجد الدين دويدر ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 1985 . غير أن موضوعها هو الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ، أي مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي عند وجود فراغ في التشريع ، أما دراستنا فتتناول الفقه الإسلامي كمصدر مادي لنصوص القانون المدني الجزائري .

في حين أن أكثر ما وقفت عليه كان عبارة عن مؤلفات فقهية تناولت الموضوع كمبحث من مباحثها ، هي :



1- كتاب الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد للدكتور عبد الرزاق السنهوري من إصدار منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000م : والذي تناول في الجزء الأول منه المسائل التي استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي إجمالاً ، ونص عليه تفصيلاً في الأجزاء الأخرى ، وقد كان السنهوري موافقاً تماماً لما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري .

2- أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري للأستاذ وحيد الدين سوار وهو نص مطبوع بالآلة الراقنة، أعده صاحبه لطلبة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية للسنة الدراسية 1978/1979 بكلية الحقوق بن عكنون بالجزائر العاصمة لما كان أستاذاً زائراً بها ، وقد تناول في كتابه هذا مجموعة مسائل تتعلق بالقانون المدني الجزائري من حيث تبويبه ومضمونه ومصادره ، ومن ذلك تأثره بالفقه الإسلامي ، وقد تكلم على ذلك إجمالاً ، وذلك ببيان المسائل التي تأثر بها القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي ، وقد كان جل اعتماده في كتابه هذا على ما نص عليه السنهوري في كتابه الوسيط .

3- كتاب نظرات قانونية مختلفة للأستاذ علي علي سليمان من نشر ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون - الجزائر - ، 1994م : وهو كتاب يحتوي على مجموعة من المقالات ، منها مقال بعنوان : الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية حيث ذكر فيه الأستاذ جملة من المسائل زعم أن القانون المدني الجزائري قد تأثر بها من الفقه الإسلامي ، وقد ذكرها الأستاذ من غير شرح ، ولم أجد لبعض المسائل التي ذكرها دليلاً يصلح لاعتماده ، فمسألة الملكية الشائعة يقول أنها مستمدة كلها من الفقه الإسلامي ولا يعرفها القانون المدني الفرنسي ، لكنني وجدت أن القانون المدني الفرنسي نص على الملكية الشائعة - وقد بينت ذلك في مسألة القسمة الرضائية للمال الشائع ، كما وجدت أن الفقه الإسلامي استمد بعض مسائل الملكية الشائعة من الفقه الإسلامي لا كل مسائلها ، وكذلك الأمر بالنسبة للإرادة المنفردة يقول أنها مستمدة من الفقه الإسلامي ، ولكن بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، - والقانون المدني المصري هو الذي استمد منه القانون المدني الجزائري مسألة الإرادة المنفردة - نجد أنها ليست مستمدة من الفقه الإسلامي، اللهم إلا بعض مسائل الإرادة المنفردة مثل الإبراء بإرادة منفردة.

4- الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري : للمستشار عبد الستار آدم ، من إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م : وقد تكلم فيه عن المسائل التي استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي ، غير أنه لم يلتزم بما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، بل زاد بعض المسائل زاعما أنها مستمدة من الفقه الإسلامي مثل ضمان العيب الخفي ، وحق الحبس حتى استيفاء الثمن وغيرها من المسائل، لكنني لم أجد ما يؤيد ما ذهب إليه بعد الرجوع الى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، ولعله ذهب إلى ما ذهب إليه تقليدا لما نص عليه الأستاذ السنهوري في مقال له بعنوان تنقيح القانون المدني المصري ، والذي ذكر فيه الأستاذ السنهوري بعض المسائل بأنها مستمدة من الفقه الإسلامي في ظل القانون المدني الأهلي والمختلط ، ولكن لم يستمدها القانون المصري الحالي من الفقه الإسلامي .

5- الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ وهبة الزحيلي في الجزء الرابع منه ، وهو من إصدارات دار الفكر ، الطبعة الثانية ، سنة 1985م : فقد ذكر فيه الأستاذ ما استمده القانون المدني السوري من الفقه الإسلامي ، وقد كان مقلدا في ذلك للمستشار عبد الستار آدم في كتابه " الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري دراسة مقارنة" السابق ذكره .

#### خامسا : المنهج المتبع في البحث

اقتضت طبيعة الموضوع أن أعتمد على عدة مناهج علمية يكمل بعضها بعضا أهما منهجان :

- اعتمدت على **المنهج الاستقرائي** : وذلك في الكشف والبحث عن المسائل التي تأثر بها القانون المدني بالفقه الإسلامي .
- اعتمدت على **المنهج المقارن** : وذلك في عرض المسائل المدروسة ومقارنتها في كل من القانون المدني وغيره من القوانين والأنظمة الغربية - في كثير من الأحيان- و كذلك في الفقه الإسلامي ثم الوصول إلى النتيجة من المقارنة .

#### - سادسا : منهجية البحث

- اتبعت في منهجية البحث الخطوات الآتية :
- الرجوع إلى المصادر الأصلية في أكثر الأحيان عند جمع المادة العلمية .

- قمت بتقسيم البحث وفق منهجية القانون المدني الجزائري في تناوله للموضوعات ، وذلك حتى يسهل تناول الموضوعات المدروسة وفق تسلسل منطقي مألوف عند المتخصصين وغيرهم .

- تطرقت إلى المسائل التي استمدها القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي - من خلال القانون المدني المصري طبعاً - مباشرة ، مثل مجلس العقد والإبراء من الدين ... وكذلك المسائل التي زوج القانون المدني في استمداده فيها بين الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الغربية ، وهي أكثر المسائل ، غير أنني لم أتطرق أبداً إلى المسائل الموافقة للفقه الإسلامي غير أنها لم تستمد منه ، وهي أكثر المسائل بالتأكيد ، ذلك أن القانون المدني الجزائري لا يخالف الفقه الإسلامي إلا في بعض المسائل مثل القرض بفائدة والتأمين على الحياة والرهان ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري - أصل القانون المدني الجزائري - بقولها : " ما ورد في المشروع من نصوص هو أيضا يمكن تخريجه على أحكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة " <sup>1</sup> ، أي أن القانون المدني الجزائري وإن لم يكن في أغلبه مستمداً من الفقه الإسلامي ، فإنه لا يخالفه ، ويمكن تخريج جميع نصوصه على أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ، ولذلك فقصداً من هذه الدراسة هو حصر المسائل التي تأثر بها بمعنى استمدها من الفقه الإسلامي ، لا المسائل التي توافق الفقه الإسلامي ولا تخالفه .

- تعمدت في كثير من الأحيان ذكر المسائل الفقهية مجردة عن الأدلة ، واكتفيت بذكر الأقوال الفقهية فقط ، وذلك خشية أن تطول الرسالة .

- أسهبت قليلاً في بعض المسائل مثل مسألة التعسف في استعمال الحق وحوالة الدين والظروف الطارئة ومسؤولية عديم التمييز ، ذلك أنها تعتبر عند أهل الاختصاص بمثابة نظريات أو مبادئ كبرى لها فروع كثيرة منتشرة في القانون المدني ، ولذلك أثناء تناول هذه المسائل ذكرت لها عدة تطبيقات، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني ، أما المسائل التفصيلية مثل مجلس العقد والإبراء من الدين والتقادم المسقط ... فلم أطل بالبحث فيها .

- أشير بحسب المستطاع إلى القوانين المدنية العربية الموافقة للقانون المدني الجزائري في الاستمداد من الفقه الإسلامي .

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وزارة العدل المصرية ، مطبعة دار الكتاب العربي ، شارع فاروق - مصر - 1950م ، ج 20/1.

- تجنبت دراسة المسائل التي أحال القانون المدني الجزائري إلى الرجوع فيها إلى قانون الأسرة ، على أساس أنه المكان الأنسب لها ، وأقصد مسألة الأهلية بالخصوص ، فقد تطرق إليها القانون المدني في بعض المواد ، ثم أحال إلى قانون الأسرة بخصوص معرفة الأحكام المناسبة لها ، ولذلك مع أن مسائل الأهلية المذكورة في القانون المدني الجزائري تعتبر مستمدة من الفقه الإسلامي لم أتطرق إليها ، لأن قانون الأسرة هو المصدر الأصلي لها بحسب تعبير القانون المدني نفسه ( المادة 44 ) ، كما أن المصدر الأساس لقانون الأسرة هو الفقه الإسلامي ، ولذلك لم أر في التطرق إليها كبير فائدة .

- عرفت المصطلحات الفقهية المبهمة أو التي تحتاج إلى مزيد إيضاح .

- قمت بعزو الآيات القرآنية بعد كتابتها بالرسم العثماني إلى سورها .

- قمت بتخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية .

- لم أترجم للأعلام المذكورين في صلب الرسالة لأسباب عديدة منها أن أكثرهم من المشهورين سواء من القدامى كأصحاب المذاهب والصحابة رضوان الله عليهم ، أو المحدثين مثل السنهوري والزرقا وغيرهم ، فهذه الفئة شهرتهم تعني عن ترجمتهم ، أما الفئة الثانية من الأعلام إما أن يكونوا من المشهورين عند أهل الاختصاص ، مثل وحيد الدين سوار ، وعلي علي سليمان ، وفتحي الدريني .. ، كما أنه لا وجود لتراجم متاحة لهم ، أو يكون هؤلاء الأعلام أجانب فمنهم المشهور مثل سالي ، جوسران .. وغير المشهور -وهم قلة- مثل نالينو ، وفيتزجيرالد ... وهؤلاء جميعا إما لا وجود لتراجم متاحة لهم، أو أن العثور على تراجم لهم من الصعوبة بمكان ، وليس لهم أثر كبير في البحث ، فقد كان بالإمكان الاستغناء عن ذكر أكثرهم .

- جعلت عدة فهرس لهذه الدراسة حتى تسهل عملية البحث، وهي فهرس الآيات ، وفهرس الأحاديث ، وفهرس للمصادر والمراجع ، وفهرس للموضوعات .

- ختمت البحث بخاتمة تضمنتها أهم النتائج المتوصل إليها ، وبعض المقترحات المتعلقة بالبحث .

### سابعا : صعوبات البحث

من الصعوبات التي واجهتني أثناء بحثي في هذا الموضوع : البحث عن المصادر الأساسية التي يستند إليها الموضوع ، وخصوصا أن القانون المدني الجزائري يفتقر إلى مذكرة إيضاحية ، والتي عادة ما ترشدنا إلى المصادر التي استمد منها القانون مادته ، وهذا

ما لم أجده ، فقد بحثت عن الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري على أساس أنها غير منشورة في الهيئات والمؤسسات القانونية الرسمية مثل المجلس الشعبي الوطني والمجلس الدستوري ، لكن بدون جدوى .

عدا ما يعرف بعريضة الأسباب لوضع القانون المدني الجزائري: " **Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil** " ، وهي عريضة متكونة من عشر صفحات كتبت باللغة الفرنسية ، تكلم فيها المشرع الجزائري عن أهم الأسباب التي دعت له لوضع قانون مدني جديد ، وإلغاء القانون المدني السابق الموروث عن الاستعمار ، كما جاء فيها أيضا ذكر لبعض مصادر القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> . إضافة إلى صعوبة الحصول على الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري باعتبارها أعمالا منشورة ، حيث لم أتوصل إليها إلا بعد عدة سنوات من البحث .

#### ثامنا: خطة البحث :

للإجابة على الإشكاليات المطروحة تم تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة ، وذلك كما يلي :

**الباب الأول : مدخل مفاهيمي إلى الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري**

**الفصل الأول : مفهوم الفقه الإسلامي ، أصلته وأثره في القوانين المدنية العربية**

المبحث الأول : تعريف الفقه الإسلامي وخصائصه

المبحث الثاني : أصالة الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: أثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية

**الفصل الثاني : مدخل مفاهيمي للقانون المدني الجزائري**

المبحث الأول: التعريف بالقانون المدني وبيان مراحل وضعه والتعديلات التي مر بها

المبحث الثاني : مصادر القانون المدني الجزائري

المبحث الثالث: مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي وكيفية تفسير النصوص

المستمدة منه.

<sup>1</sup> وهي وثيقة صادرة من وزارة العدل الجزائرية ، تحصلت على هذه الوثيقة من الأستاذ الفاضل علي فيلاي ، وهو أستاذ

بكلية الحقوق بجامعة الجزائر 1

**الباب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الالتزامات**

**الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في مصادر الالتزام**

**المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقد وآثاره**

**المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الفعل المستحق للتعويض**

**الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام وانقضائه**

**المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام بحوالة الدين**

**المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انقضاء الالتزام...**

**الباب الثالث: أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة وحق الملكية**

**الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة**

**المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالملكية**

**المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالانتفاع وعقود الغرر**

**الفصل الثاني: أثر أحكام الفقه الإسلامي في حق الملكية**

**المبحث الأول: أثر أحكام الفقه الإسلامي في الملكية الشائعة**

**المبحث الثاني: أثر أحكام الفقه الإسلامي في طرق اكتساب الملكية**

**خاتمة : وفيها أهم النتائج المتوصل إليها .**

هذا وإن وفقت إلى الحق والصواب فبفضل الله وحده ، وما كان من زلل فمني ومن

الشیطان ، وحسبي أني بذلت قصارى جهدي لإصابة الحق ، والكمال لله وحده .

والله أسأل التوفيق والسداد وأن يجعل هذا العمل متقبلا ونافعا وخالصا لوجهه الكريم ،

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

## الباب الأول

مدخل مفاهيمي إلى الفقه الإسلامي والقانون المدني

الجزائري

سنتطرق في هذا الباب إلى مفهوم كل من الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية وبيان الفرق بينهما مع ذكر خصائص الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، كما سنبيين أصالة الفقه الإسلامي واستقلاله عن القانون الروماني وذلك بإبطال دعوى تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني ، كما سنتطرق إلى أثر الفقه الإسلامي في القوانين العربية مع استثناء القانون المدني الجزائري موضوع الدراسة ، وذلك كله في الفصل الأول من هذا الباب .

كما سنتطرق في الفصل الثاني إلى التعريف بالقانون المدني الجزائري وبيان التعديلات التي طرأت عليه من يوم صدوره إلى آخر تعديل ، إضافة إلى بيان مصادره المادية التي استمد منها ، وقد تم عنونة الفصلين بما يلي :

## **الفصل الأول : مفهوم الفقه الإسلامي ، أصالته وأثره في القوانين المدنية العربية**

### **الفصل الثاني : مدخل مفاهيمي إلى القانون المدني الجزائري**



## الفصل الأول : مفهوم الفقه الإسلامي ، أصالته وأثره في القوانين المدنية العربية

ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الفقه الإسلامي وخصائصه

المبحث الثاني : أصالة الفقه الإسلامي

المبحث الثالث : مظاهر أثر أحكام الفقه الإسلامي في القوانين المدنية

للدول العربية

## المبحث الأول : تعريف الفقه الإسلامي وخصائصه

سنتناول في هذا المبحث تعريف الفقه الإسلامي وذلك في المطلب الأول ، أما في المطلب الثاني فسنتناول فيه خصائص الفقه الإسلامي.

### المطلب الأول: تعريف الفقه الإسلامي

قبل التطرق إلى تعريف الفقه الإسلامي لا بد أولاً من تعريف الشريعة الإسلامية ، ثم نعرف الفقه الإسلامي، وبعد ذلك نبين الفرق بينه وبين الشريعة الإسلامية، وذلك لإزالة التداخل الحاصل بينهما عند الكثيرين .

### الفرع الأول : تعريف الشريعة لغة واصلاحاً

#### أولاً : الشريعة لغة

أصل الشريعة في اللغة مشرعة الماء ، وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون. والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء عدّاً لا انقطاع له كماء الأنهار ، ويكون ظاهراً معيناً ولا يستقى منه برشاء، واشتق من ذلك الشريعة في الدين، قال الله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾<sup>1</sup> ، والشريعة: ما شرع الله تعالى لعباده، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾<sup>2</sup> ، وتطلق على الظاهر المستقيم من المذاهب، وقيل الطريق في الدين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سورة المائدة ، آية رقم : 48

<sup>2</sup> سورة الجاثية ، آية رقم : 18

<sup>3</sup> انظر : جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر - بيروت ، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ ، ج8/175. محمد بن أبي بكر الرازي ، ، مختار الصحاح ، عني بترتيبه : محمود خاطر ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، 2001م ، ص : 285. الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثامنة ، سنة 2005م ، ص: 216 . أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية - بيروت ، ج1/310. أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، سنة 1989م ، ج3/262. علي بن محمد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983م. ص: 127.

## ثانيا : الشريعة اصطلاحا

الشريعة ما شرع الله تعالى لعبادة من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء عليهم وعلى نبينا الصلاة والسلام ، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل وتسمى فرعية وعملية، ودون لها علم الفقه، أو بكيفية الاعتقاد وتسمى أصلية واعتقادية، ودون لها علم الكلام<sup>1</sup>.

وقيل " هي الأحكام التي سنها الله لعباده على لسان رسوله ، ليعملوا بها عن إيمان ، سواء أكانت متعلقة بالعقائد أو العبادات أو الأخلاق"<sup>2</sup> .

وعلى التعريفين السابقين الشريعة تضم كلا من الأحكام العقدية والأخلاقية والعملية ، أي مرادفة للدين .

ومن قال بأن الشريعة أخص من الدين عرفها بأنها : " النظم التي شرعها الله ، أو شرع أصولها ، ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه ، وعلاقته بأخيه المسلم ، وعلاقته بأخيه الإنسان ، وعلاقته بالكون ، وعلاقته بالحياة"<sup>3</sup>.

والتشريع بناء على ما سبق هو سن القوانين سواء أكان مصدرها الدين ، ويسمى تشريعا سماويا ، أو من وضع البشر ، ويسمى تشريعا وضعيا<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني : تعريف الفقه لغة واصطلاحا

### أولا : الفقه لغة

الفقه في اللغة هو العلم بالشيء والفهم له، وقيل هو عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه ، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم ، وقد جعله العرف خاصا بعلم الشريعة ، وتخصيصا بعلم الفروع منها ، يقال: أوتي فلان فقهاً في الدين

<sup>1</sup> محمد بن علي التهانوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، تحقيق: د. علي دحروج ، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم ، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1996م. ج1/1018.

<sup>2</sup> محمد سلام مذكور ، المخل للفقه الإسلامي ، دار الكتاب الحديث ، ط2/1996 ، ص: 09.

<sup>3</sup> محمد الدسوقي وأمينة الجابر ، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع - قطر - الطبعة الثانية ، 1999 ، ص: 29

<sup>4</sup> محمد مصطفى شلبي ، المدخل في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية ، الطبعة العاشرة ، 1985 ، ص: 19. محمد سلام مذكور ، مرجع سابق ، ص : 09 .

أي فهما فيه. قال الله عز وجل: ﴿لِيَتَفَقَّهُوْا فِي الدِّينِ﴾<sup>1</sup> ، أي ليكونوا علماء به، ودعا النبي صلى الله عليه وسلم لابن عباس رضي الله عنهما فقال: «اللهم علمه الدين وفقهه في التأويل» أي فهمه تأويله ومعناه ، وفقهه بالكسر، فهم ، وأما فقهه بضم القاف ، فكذلك ، وقيل بالضم إذا صار الفقه له سجية وملكة، ولذلك فإن فقهه بضم القاف، تستعمل في النعوت. يقال: رجل فقيه، وقد فقهه يفقهه فقاهاة إذا صار فقيها<sup>2</sup>. ويقال فقهه بالفتح إذا سبق غيره إلى الفهم. وخلاصة ذلك : فقهه بالفتح إذا سبق غيره إلى الفهم ، وفقهه بالضم إذا صار الفقه له سجية ، وفقهه بالكسر إذا فهم<sup>3</sup>. ولذلك قال السبكي في الإبهاج : " الفقه بحسب اللغة ثلاثة أقوال:

أحدها: مطلق الفهم، والثاني: فهم الأشياء الدقيقة، والثالث: فهم غرض المتكلم من كلامه"<sup>4</sup>.

#### ثانيا : الفقه اصطلاحا

من بين أهم التعريفات لمصطلح الفقه تعريف أبي حامد الغزالي الذي عرفه بأنه : " عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة"، ثم يقول " حتى لا يطلق بحكم العادة اسم الفقيه على متكلم وفلسفي ونحوي ومحدث ومفسر ، بل يختص بالعلماء بالأحكام الشرعية الثابتة للأفعال الإنسانية كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة ، وكون العقد صحيحا وفسادا وباطلا ، وكون العبادة قضاء وأداء ، وأمثاله"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة التوبة ، آية رقم : 122.

<sup>2</sup> ابن منظور ، مرجع سابق ، ج13/522-523. محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص : 423. الفيروز آبادي ، مرجع سابق ، ص: 1250 . أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، مرجع سابق ، ج2/479. ابن فارس ، مرجع سابق ، ج4/442. علي بن محمد الشريف الجرجاني ، مرجع سابق ، ص: 168.

<sup>3</sup> أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي ، أخرجه وصححه: محب الدين الخطيب ، علق عليه: عبد العزيز بن عبد الله بن باز ، دار المعرفة - بيروت ، 1379 هـ ، ج1/164-165.

<sup>4</sup> تقي الدين السبكي وولده تاج الدين ، الإبهاج في شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية - بيروت-، 1995م ، ج1/28.

<sup>5</sup> أبو حامد الغزالي ، المستصفي ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، 1993م ، ص: 05.

وعرفه ابن خلدون بأنه : " معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والنّدب والكرهة والإباحة ، وهي متلقّاة من الكتاب والسنة ، وما نصبه الشارع لمعرفة من الأدلة ، فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه.<sup>1</sup>

وأشهر تعريف لفقه هو ما ينسب للإمام الشافعي، والذي هو : " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية "<sup>2</sup>.

ويقصد **بالعلم** : ما يحصل به المعنى في الذهن، ويطلق على أخص من ذلك، وهو الاعتقاد الجازم المطابق ، ولذلك فالعلم يتناول اليقين والظن ، لأن الأحكام العملية كما تثبت بدليل قطعي تثبت كذلك بدليل ظني وهو الأغلب .

أما **الأحكام** : فجمع حكم ، وهو مطلوب الشارع الحكيم أو ما يصدره للناس من أوامر ونواهي ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقتهم ببعضهم البعض ، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا ، والمراد بالخطاب عند الفقهاء هو الأثر المترتب عليه كإيجاب الصلاة وتحريم القتل ...

والمراد **بالشرعية** : المتوقفة على الشرع ، المأخوذة منه صراحة أو دلالة .

وخرج بقوله: (الشرعية) العقلية واللغوية، والحسية.

<sup>1</sup> عبد الرحمان ابن خلدون ، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر ، تحقيق: خليل شحادة ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية، 1988م ، ص : 563.

<sup>2</sup> علي بن محمد الشريف الجرجاني ، مرجع سابق ، ص: 168. عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسوي ، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان ، الطبعة الأولى ، 1999م ، ص: 11. حسن بن محمد العطار ، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ، دار الكتب العلمية ، ج57/1. أحمد بن عبد الرحيم العراقي ، الغيث الهامع شرح جمع الجوامع ، تحقيق: محمد تامر حجازي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى، 2004م ، ص: 26. عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه ، مكتبة الدعوة ، دار القلم - مصر - الطبعة الثامنة ، ص: 11. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، سنة 1985م ، ج1/16. مصطفى أحمد الزرقا ، الفقه الإسلامي ومدارسه ، دار القلم - دمشق - ، الطبعة الأولى ، 1995م ، ص : 10.

**والعملية:** المتعلقة بالعمل القلبي كالنية، أو غير القلبي مما يمارسه الإنسان مثل القراءة والصلاة ونحوها من عمل الجوارح الباطنة والظاهرة.

واحترز بقوله العملية عن العلم بالأحكام الشرعية الاعتقادية التي هي أصول الدين، وكذا العلم بالأحكام الشرعية التي يشتمل عليها علم أصول الفقه كوجوب العمل بخبر الآحاد، أو وجوب التقيد بالقياس، إلى غير ذلك. وإنما لم تكن هذه من الفقه لأنها ليست أحكاماً عملية، بل هي أحكام علمية أو أصولية، وتسمى العملية أحياناً بالفرعية، والاعتقادية بالأصلية.

**والمكتسب:** صفة للعلم، ومعناه المستنبط بالنظر والاجتهاد، وهو احتراز عن علم الله تعالى، وعلم ملائكته بالأحكام الشرعية، وعلم الرسول صلى الله عليه وسلم الحاصل بالوحي، لا بالاجتهاد، وعلمنا لما هو معلوم من الدين بالضرورة لأنه يعد من البدهيات التي لا تحتاج إلى دليل ونظر، كوجوب الصلوات الخمس، وحرمة الخمر والزنا والقتل... فلا تسمى هذه المعلومات فقهاً، لأنها غير مكتسبة.

والمراد **بالأدلة التفصيلية:** ما جاء في القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس. واحترز بها عن علم المقلد لأئمة الاجتهاد، فإن المقلد لم يستدل على كل مسألة يعملها بدليل تفصيلي، بل علمه مكتسب من دليل إجمالي، وهو أنه أفقاه به المجتهد، وكل ما أفقاه به فهو حكم الله في حقه<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الفرق بين مصطلح الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي<sup>2</sup>

سبق وأن بينا أن الشريعة الإسلامية تشتمل على ثلاثة أقسام رئيسية: وهي العقائد والأخلاق والأحكام العملية، وهذه الأخيرة تشتمل على العبادات والمعاملات، وعليه فمسائل

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج1/16-17. أحمد بن عبد الرحيم العراقي، مرجع سابق، ص: 27-28. الموسوعة الفقهية الكويتية، إصدار وزارة الوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، طباعة ذات السلاسل - الكويت - الطبعة الثانية، 1983م، ج1/12-15. وانظر بتفصيل: تقي الدين السبكي وولده تاج الدين، مرجع سابق، ج1/28 وما بعدها. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق - ط1/1998م، مرجع سابق، ج1/65.

<sup>2</sup> يقول الدكتور عبد الكريم زيدان: " إن بعض الكتاب يطلق اسم الشريعة الإسلامية على ما يشمله اسم الفقه، بل صار هذا المصطلح مألوفاً ومعروفاً، ولا يثير لبساً ولا استنكاراً، فتطلق الشريعة الإسلامية أو أحكام الشريعة الإسلامية على ما يطلق عليه اسم الفقه، مع بقاء التفرقة - في حقيقة الأمر بينهما - ..... " عبدالكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1/2011م، ص: 63.

العبادات والمعاملات تعتبر جزءا من الشريعة فقط ، وهي التي يتناولها مسمى الفقه ، والذي هو العلم بالأحكام الشرعية العملية ، وعليه فمسائل العقيدة والأخلاق تدخل في مسمى الشريعة ولا تدخل في مسمى الفقه ، فالشريعة أعم وأشمل من الفقه .

ثم إن الشريعة هي تلك النصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية بما تتضمنه من أقوال وأفعال وتقريراته صلى الله عليه وسلم ، سواء كانت تفسيراً أو بيانا لنصوص القرآن ، أو أحكاماً جديدة لم ينص عليها القرآن ، وقد قال تعالى : ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۗ ﴾<sup>1</sup>.

أما الفقه فما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة ، وما يستنبطونه منها سواء من نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية أو ما شهدت له النصوص بالصحة والاعتبار .  
على أن هناك نوعين من الأحكام الفقهية :

النوع الأول أحكام قررتها نصوص القرآن والسنة وهي قطعية في دلالتها وثبوتها ، وهي الأحكام التي لم تترك لفهم الناس واستنتاجاتهم ، ولا يجوز مخالفتها بحال كالمعلوم من الدين بالضرورة ، مثل وجوب الصلاة والزكاة والصيام وحرمة الزنا والقتل وحرمة الجمع بين الأختين ونكاح الأمهات ... وهذه الأحكام الفقهية تعتبر جزءا من الشريعة ، أي تشريع إلهي لا يجوز مخالفته ، وهذا النوع هو الجزء الأقل مساحة من الأحكام ، وإن كان هو الأكبر خطراً وأهمية ، لأنه يمثل الأساس المكين لبناء الشريعة كله .

والنوع الثاني : أحكام سكت عنها الكتاب والسنة ، أو جاءت بها نصوص ظنية الثبوت أو الدلالة ، فهذا النوع الثاني من الأحكام هو محل اجتهاد الفقهاء ، وهو يمثل النسبة الأكثر من الأحكام .

وعليه إن استبعدنا النوع الأول فإن النوع الثاني هو الذي يبذل فيه الفقيه جهده في فهم الشريعة وتطبيق نصوصها ، وفيه يختلف فهم فقيه عن آخر ، ومثاله الخلافات الموجودة بين المذاهب الفقهية ، وعليه فما ذهب إليه الفقيه باجتهاده يحتمل الصواب والخطأ ، ويكون

<sup>1</sup> سورة النجم ، آية رقم : 3-4.

قابلا للنقاش ، وليس لرأي الفقيه واجتهاده تلك القدسية التي للنصوص ، وأن أي تخطئة لاجتهاد فقيه ما ترجع إلى فهم الفقيه للنصوص الشرعية ، ولا ترجع إلى تخطئة النص الشرعي ، ذلك أن الفقيه يحاول دائما الوصول إلى المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم، ولا يكون ذلك إلا بالرأي والاجتهاد، ويحتاج إلى النظر والتأمل، ولهذا لا يجوز أن يسمى الله تعالى فقيهاً، لأنه لا يخفى عليه شيء<sup>1</sup> .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن الفقه الإسلامي بمجموعه يبقى مصبوغا بالصبغة الدينية ، لأنه قائم على الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها وأصولها، ومستقى من نصوصها ومن المصادر التي اعتبرتها<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، الفقه الإسلامي ومدارسه ، مرجع سابق ، ص : 16-18. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، دار عمر بن الخطاب -الاسكندرية - مصر ، 1969م ، ص: 65-66. علي بن محمد الشريف الجرجاني ، مرجع سابق ، ص: 168.

<sup>2</sup> عبدالكريم زيدان ، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مرجع سابق ، ص : 63.



## المطلب الثاني : خصائص الفقه الإسلامي

سبق وأن بينا أن الفقه الإسلامي يعالج جزءا مهما من أقسام الشريعة الإسلامية ، وهو القسم الخاص بالمعاملات والعبادات ، ولذلك فإن تعرضنا لخصائص الفقه الإسلامي لا بد وأن يكون مندرجا ضمن الخصائص العامة للشريعة الإسلامية ذاتها ، فكل خصيصة من خصائص الفقه إنما تندرج في الغالب تحت خصيصة من خصائص الشريعة الإسلامية ، ولذلك تجد توافقا كبيرا في الخصائص عند من كتب في خصائص الشريعة الإسلامية ومن كتب في خصائص الفقه الإسلامي، وسوف نركز في بيان هذه الخصائص على الفروق المهمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لملاءمة ذلك لموضوع الدراسة.

### الفرع الأول : الفقه الإسلامي رباني المصدر يجمع بين الجزاء الدنيوي والأخروي

#### أولا : الفقه الإسلامي رباني المصدر

لما كانت الشريعة الإسلامية وهي تلكم النصوص من القرآن والسنة النبوية مصدرها الوحي ، وكانت في بعض الأحيان النصوص واضحة لا تحتاج إلى أي اجتهاد في فهمها ، لم تكن في حاجة إلى الفقهاء لتوضيحها وبيانها ، غير أنه لما كانت أكثر النصوص تحتاج إلى إعمال ذهن وفكر في معرفة المقصود منها ، كان لا بد من الرجوع إلى الفقهاء لمعرفة حكم الله تعالى، غير أن الفقيه لم يكن أبدا في اجتهاده إلا تابعا لتلكم النصوص ، أي أن كل مجتهد مقيد في استنباطه الأحكام الشرعية بنصوص الكتاب والسنة ، وما يتفرع عنهما مباشرة ، وما ترشد إليه روح الشريعة ، ومقاصدها العامة ، وقواعدها ومبادئها الكلية ، فكان بذلك الفقه الإسلامي سوي البنية، وطيد الأركان، لاكتمال مبادئه، وإتمام قواعده، وإرساء أصوله في زمن الرسالة وفترة الوحي على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>1</sup>، ولم يبق بعدئذ إلا التطبيق على وفق المصالح البشرية التي تتسجم مع مقاصد الشريعة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سورة المائدة : آية رقم : 3.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج1/18.

أي أن الفقيه في الفقه الإسلامي يرجع إلى أصول وقواعد إلهية المصدر ويبني عليها اجتهاده وفتواه ، وهنا يتميز الفقه الإسلامي عن غيره من القوانين الوضعية ، والتي هي أساسا من وضع البشر وصنعهم ، أما الشريعة الإسلامية التي يعتمد عليها الفقيه فهي من عند الله، وكلٌّ من الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثمَّ كان القانون عرضة للتغيير والتبديل، فالقانون لا يمكن أبدا أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون ، وإن استطاع الإمام بما كان.

أما الشريعة فصانعه هو الله، وتتمثل قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن، ومن ثمَّ صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال ، فهي ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان.<sup>1</sup>

### ثانيا: الجمع بين الجزاء الدنيوي والأخروي

من أهم خصائص القانون الوضعي أنه مقترن بجزاء ، حتى يفرض على الناس اتباعه والالتزام به ، وهذا الجزاء هو جزاء دنيوي حتما لأن واضعي القانون لا يملكون من أمر الآخرة شيئا ، وقد يكون هذا الجزاء جنائيا بالحبس أو تسليط بعض العقوبات الواقعة على الجسم ، كما قد يكون مدنيا بالتعويض إذا سبب ضررا للغير، أو بفسخ العقد إذا توفرت أسباب ذلك ...

وإن كانت الشريعة الإسلامية تتفق مع القوانين الوضعية في الجزاء الدنيوي على من يخالف أوامرها ونواهيها ، فإنها تختلف عنه بأن الجزاء يكون فيها أخرويا أيضا ، بل الأصل أن الجزاء فيها أخروي ، وما الجزاء الدنيوي إلا لحفظ الاستقرار في المجتمع وتنظيمه<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 41. محمد الدسوقي وأمينة الجابر ، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 31. سريط الهادي محمد ، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مجلة الدراسات العربية ( كلية دار العلوم - جامعة المنيا ) - مصر ، ع 12، مج2، 2005م، ص: 249. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي، بيروت ، ج1/18.

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 43-44. محمد الدسوقي وأمينة الجابر ، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 39.

وكأن هذا الجزاء الدنيوي وضع موضع الضرورة لمن لم يؤمن بالآخرة وما فيها من ثواب وعقاب ، فيتعدى حدود الله<sup>1</sup> .

إضافة إلى أن الفقه الإسلامي يحوي من التكاليف الشرعية ما هو من أعمال الجوارح ، وما هو من أعمال القلوب ، ولذلك فالأعمال الظاهرة المخالفة لأوامر الله يعاقب عليها المخالف بالجزاء الدنيوي مع مطالبته بالتوبة إلى الله تعالى حتى يأمن الجزاء الأخروي ، وذلك مثل الجرائم الظاهرة كالقتل والزنا والقذف... وأما الأعمال الخفية والتي لا يطلع عليها إلا الله تعالى فشرع في حقها الجزاء الأخروي ، وذلك مثل الحسد والبغض والكبر والرياء... ومن المفارقات في هذا الباب أيضا أن الفقه الإسلامي يبشر الممثلين لأوامر الله تعالى بثواب الله لهم ، وينذر ويحذر المخالفين والعاصين بالعقاب ، أما القانون الوضعي فيقتصر على تقرير جزاءات سلبية على مخالفة أحكامه، دون تقرير ثواب على حالة امتثال قواعده<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : اتصاف الفقه الإسلامي بالصفة الدينية حلاً وحرمة وارتباطه بالأخلاق

#### أولاً: اتصاف الفقه الإسلامي بالصفة الدينية حلاً وحرمة

انطلاقاً من كون الفقه الإسلامي أساسه ومصدره الذي بني عليه هو الوحي ، فإن ذلك يجعل للشريعة سلطاناً على الفرد ويكون الفرد دائماً الاستحضر لرقابة الله عليه، فإن نجا من العقاب الدنيوي فإنه يعلم يقيناً أنه لا ينجو من العقاب الأخروي ، ومن ذلك فإن تصرفات الفرد دائماً مقيدة بفكرة الحلال والحرام ، ولذلك نجد الفقهاء يفرقون في الأحكام بين القضاء والديانة ، فالحكم القضائي يبني على ظاهر الفعل أو التصرف، ولا علاقة له بالأمر المستتر الباطني .

فالقاضي ينظر إلى الظاهر لا إلى واقع الأمر، فمن جاء بشهود زور فسيحكم القاضي لصالحه ، ومن طلق امرأته خطأ غير قاصد الطلاق، يقع منه قضاء وإن كان لا يقع ديانة.

<sup>1</sup> شوكت محمد عليان ، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الشواف ، الطبعة الأولى ، 1996 م ، ص:203.

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 44-45. شوكت محمد عليان، مرجع سابق، ص:203. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج1/24.

أما الحكم الدياني فإنه ينظر إلى الحقيقة وواقع الأمر ، فمن جاء بشهود زور يكسب القضية قضاءً ، أما ديانة فلا ، ويحرم عليه ذلك الحق الذي اكتسبه ، ومن طلق زوجته خطأ ولم يكن ينوي الطلاق ، فإن القاضي يحكم بوقوع الطلاق منه، لكن المفتي يفتيه بجواز بقاءه مع زوجته .

ومنشأ التفرقة بين الحكم القضائي والدياني ما روته أم سلمة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، وأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ ، فإنما أقطع له قطعة من النار»<sup>1</sup>.

وبسبب هذه الصفة الدينية التي تحكم أفعال المسلم وتصرفاته لا يستطيع أخذ حق الغير وإن حكم له القاضي به ، ذلك أنه يوجد بداخله زاجر باطني يمنعه من الاحتيال على قانون الشريعة ، ويكون المسلم بذلك مدفوعاً إلى الامتثال لأحكام الفقه الإسلامي بخلاف القانون الوضعي الذي يفتقر إلى هذه الخاصية ، وهذه الرقابة الذاتية ، ولذلك لا سلطان للقانون على النفوس ، وكل شخص استطاع الإفلات من تسلط القانون فإنه يسارع إلى ذلك في الغالب . وقد أدى وجود هذه النزعة الدينية أو الوازع الديني الداخلي إلى إضفاء صفة الهيبة والاحترام للأنظمة الشرعية، وإلى صيانة الحقوق بجانب النزعة المادية التي تلاحظها فقط القوانين الوضعية، لأن الشريعة ترضى الاعتبارين معاً ، الاعتبار القضائي والاعتبار الدياني. ولمكانة النزعة الدينية في المحافظة على الحقوق واستقرارها نجد القوانين الوضعية أحياناً تلجأ إلى الاستعانة بهذه النزعة الدينية ، وذلك يظهر واضحاً في حالة تحليف الخصم اليمين عند عجز المدعي عن إثبات دعواه<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> أخرجه البخاري ، كتاب الحيل ، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت ، حديث رقم : 6967 ، ج9/25.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج1/21-22. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص: 68-96. مصطفى أحمد الزرقا ، الفقه الإسلامي ومدارسه ، مرجع سابق ، ص : 14-15. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 41. محمد الدسوقي وأمينة الجابر ، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 31.

## ثانيا: ارتباط الفقه الإسلامي بالأخلاق

يتميز الفقه الإسلامي بنزعة الأخلاقية التي تتخلل جميع أحكامه ، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأحوال شخصية وعلاقات دولية وشؤون إدارية ودستورية... بخلاف القوانين الوضعية التي لا يهتما الزكاة والطهر والتقوى<sup>1</sup> ، بل تهدف إلى غاية نفعية وهي العمل على حفظ النظام واستقرار المجتمع، وإن أهدرت بعض مبادئ الدين والأخلاق ، أما الفقه فيحرص على رعاية الفضيلة والمثل العليا والأخلاق القويمة، فتشريع العبادات من أجل تطهير النفس وتزكيتها وإبعادها عن المنكرات، وتحريم الربا بقصد بث روح التعاون والتعاطف بين الناس، وحماية المحتاجين من جشع أصحاب المال، والمنع من التعرير والغش في العقود، وأكل المال بالباطل، وإفساد العقود بسبب الجهالة ونحوها من عيوب الرضا، من أجل إشاعة المحبة ، وتوفير الثقة ، ومنع المنازعة بين الناس ، والأمر بتنفيذ العقود قصد به الوفاء بالعهد .

وعليه فالأخلاق عنصر أصيل في تقويم شؤون الحياة وصلاح المجتمع ، وإذا تآزر الدين والخلق مع التعامل، تحقق صلاح الفرد والمجتمع، وسعادتهما معا<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث : شمولية الفقه الإسلامي ومرونته وقابليته للبقاء والتطبيق

#### أولا : شمولية الفقه الإسلامي

ذكرنا سابقا أن الشريعة الإسلامية تضم كلا من الأحكام العقديّة والأخلاقية والعملية ، وهذه الأخيرة هي التي يختص بها علم الفقه ، وتنقسم بدورها إلى قسمين ، قسم خاص بأحكام العبادات من طهارة وصلاة وصيام وحج وزكاة ... مما يقصد به تنظيم علاقة الإنسان بربه.

<sup>1</sup> سريط الهادي محمد ، مرجع سابق ، ص: 250.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج1/23. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 50.

والقسم الثاني خاص بأحكام المعاملات من عقود وتصرفات وعقوبات، وغيرها مما يقصد به تنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض، سواء أكانوا أفراداً أم جماعات. وهذه الأحكام تشمل كلا من روابط القانون الخاص والعام في الاصطلاح الحديث ، وتتفرع إلى ما يلي:

1/ أحكام الأحوال الشخصية: وهي أحكام الأسرة من بدء تكوينها إلى نهايتها من زواج وطلاق ونسب ونفقة وميراث ، ويقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض.

2/ أحكام المعاملات المالية : وهي التي تتعلق بمعاملات الأفراد ومبادلاتهم من بيع وإجارة ورهن وكفالة وشركة وقرض ..، ويقصد بها تنظيم علاقات الأفراد المالية. وتسمى في التعبير القانوني الحديث بالقانون المدني .

3/ أحكام المرافعات: وهي مجموعة القواعد التي تبين ما يجب اتخاذه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها، وقد بحث الفقهاء ذلك في الأبواب المتعلقة بالقضاء والدعوى وطرق الإثبات بالشهادة واليمين والقرائن وغيرها، ويقصد بها تنظيم الإجراءات لإقامة العدالة بين الناس. وقد ورد في القضاء والشهادة وما يتعلق بها في القرآن نحو عشرين آية.

4/ الأحكام الجنائية: وهي التي تتعلق بما يصدر من المكلف من جرائم، وما يستحقه عليها من عقوبات حدية أو تعزيرية، ويقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم، وينظمها في القانون الوضعي قانون العقوبات ، وقد ورد في المجموعة الجنائية في القرآن نحو ثلاثين آية.

5/ الأحكام الدستورية: وهي التي تتعلق بنظام الحكم وأصوله، ويقصد بها تحديد علاقة الحاكم بالمحكوم، وتقرير ما للأفراد والجماعات من حقوق، وما عليهم من واجبات، وإن لم يسمها الفقهاء بالأحكام الدستورية ولكنهم نصوا عليها في كتبهم ككتاب الأحكام السلطانية للماوردي مثلا .

6/ الأحكام الدولية: وهي التي تتعلق بتنظيم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب ، وعلاقة غير المسلمين المواطنين بالدولة، وتشمل الجهاد والمعاهدات.

ويقصد بها تحديد نوع العلاقة والتعاون والاحترام المتبادل بين الدول.

7/ الأحكام المالية: وهي المتعلقة بموارد الدولة الإسلامية ومصارفها ، وتنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، وبين الأغنياء والفقراء ، وينظمها في القانون الوضعي قانون المالية .

8/ الأحكام المتعلقة بمعاملة الأجانب غير المسلمين في الدولة الإسلامية ، وتنظيم علاقاتهم فيما بينهم وبين رعايا الدولة الإسلامية ، وينظم هذه الأحكام في القانون الوضعي القانون الدولي الخاص .

9/ الأخلاق و الآداب: وهي التي تحد من جموح الإنسان، وتشجع أجواء الفضيلة والتعاون والتراحم بين الناس ، من ذلك مثلا إلقاء السلام وإمالة الأذى عن الطريق ، ... وهذا ما يفتقر إليه القانون الوضعي<sup>1</sup>. إلى غير ذلك من الأحكام....

وهذا يؤكد أن الفقه الإسلامي قد شمل بين طياته نظاما قانونيا كاملا يتسع لكل قضايا الحياة ، ويعالج مختلف مسائلها وجوانبها ، وفي بكل حاجات الناس، ويضع الحلول لها ، وهو أوسع من التشريعات البشرية ، لأنه يتناول بالتنظيم شؤون المعاملات التي عالجها القانون الحديث وزاد عليها تنظيمه للعبادات<sup>2</sup>.

### ثانيا: مرونة الفقه الإسلامي وقابليته للبقاء والتطبيق

ومما يتميز به هذا الفقه خصوبته ومرونته وقابليته للبقاء ، وقدرته على النماء والتجديد ، بسبب وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة ، ومواجهة كل الظروف ، وعلاج كل طارئ ، وحل كل مشكلة مهما يكن حجمها ونوعها ، وهذه الخصيصة تدل على صلاحية الشريعة الإسلامية للعموم والبقاء .

<sup>1</sup> انظر : عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 44-45. شوكت محمد عليان ، مرجع سابق ، ص:203. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج1/24. تاريخ الفقه الاسلامي ، عمر سليمان الأشقر ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ص: 24-27. سريط الهادي محمد ، مرجع سابق ، ص: 250.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - ، الطبعة الثانية ، ص: 52.

وفي هذا المعنى يقول الشافعي رحمه الله: " كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم وجب اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، والاجتهاد: القياس.<sup>1</sup>"

والذي أراده الشافعي، أن الشريعة الإسلامية تمتاز بمصادرها المرنة المتطورة والتي تساير كل عصر وتتابع كل واقعة، وتلبي حاجة كل مجتمع و هذه المصادر هي ما صرحت بها الشريعة أو دلت عليها أو أومأت إليها كالقرآن والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والاستصحاب والمصلحة المرسله ...

وتكفل لنا هذه المصادر المرنة والخصبة حركة تشريعية متجددة، وفقها حيا ناميا متحركا، وقوانين وأحكاما تتطور بتطور أحوال الناس، وتساير تغير الزمان والمكان. ولا عجب أن دخل هذا الفقه شتى البيئات والأوطان، وحكم مختلف الأجناس والألوان، من أعراب البوادي إلى ورثة الحضارات العريقة في بلاد الأكاسرة والقيصرة والفراعنة، وقد واجه نظما متباينة، وعادات متضاربة، وأفكارا متباعدة، وأوضاعا متغيرة، وأحوالا متقلبة، فلم يضق ذرعا بالإفتاء فيها، وإيجاد الأحكام المناسبة لها.

حتى في العصور المتأخرة التي غلب فيها التقليد، واشتهر بين الناس خلوها من المجتهدين لم يقف العلماء موقفا سلبيا أمام الحوادث والنوازل الجديدة، بل اجتهدوا فيها واستنبطوا لها الأحكام الخاصة بها وكتب النوازل خير دليل على ذلك<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع: النزعة في الفقه الإسلامي جماعية

من المعلوم أن الفقه الإسلامي يراعي مصلحة الفرد والجماعة معاً، دون أن تظغى واحدة على الأخرى، لكن عند تعارض المصلحتين تقدم مصلحة الجماعة على مصلحة

<sup>1</sup> محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة: الأولى، 1940م. ص: 476.

<sup>2</sup> انظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 67. سريط الهادي محمد، مرجع سابق، ص: 252. حمد عبيد الكبيسي، نظرة في النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع، مجلة كلية الإمام الأعظم، الجامعة المستنصرية - العراق - عدد 2، سنة 1395هـ، ص: 173.



الفرد ، وهذه تعد ميزة أخرى للفقه الإسلامي نراها واضحة الظهور في الفقه الإسلامي منذ نشأته ، على حين لم نكد نلمحها في القوانين الوضعية إلا في القرن التاسع عشر ، كما أنه عند تعارض مصلحة شخصين تقدم مصلحة من يصيبه أكبر الضررين، تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup> و "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"<sup>2</sup>، وفي ذلك رعاية لمصلحة الجماعة ككل.

ومن أمثلة رعاية مصلحة الجماعة: الأمر بالوفاء بالعقود والعهود، وحل البيع وتحريم الربا، وتحريم الاحتكار ، ومشروعية التسعير الجبري، وإقامة الحدود صيانة للمجتمع، وتنظيم الأسرة، ورعاية حقوق الجار، والبيع الجبري للمصلحة العامة كبناء المساجد والمدارس والمشافي، وإنشاء المقابر، وتوسيع الطرق .

ومن أمثلة تقييد حق الفرد عند ضرر الجماعة، أو حدوث ضرر أكبر: عدم طاعة الحاكم إذا أمر بمعصية، أو تنكر للمصلحة العامة ، لأن الطاعة في المعروف، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة »<sup>3</sup>.

و تقييد جواز الوصية بثالث المال منعاً من إضرار الورثة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص: « فالثالث، والثالث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة، فإنها صدقة، حتى اللقمة التي ترفعها إلى في امرأتك »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 19 من مجلة الأحكام العدلية ، محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دار الفكر - دمشق ، الطبعة الأولى ، 2006 م ، ج1/199 ..

<sup>2</sup> المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية. محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق ، ج1/219.

<sup>3</sup> أخرجه مسلم ، كتاب الإمارة ، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية ، حديث رقم : 1839 ، ج3/1469.

<sup>4</sup> أخرجه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ، حديث رقم : 2742 ، ج4/3 . ومسلم ، مرجع سابق ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثالث ، حديث رقم : 1628 ، ج3/1250.

وكذلك ترك الأراضي المفتوحة بيد أهلها على أن يدفعوا ضريبة الجزية والخراج، توفيراً لمورد عام للخرينة، ورعاية لمصلحة المسلمين العامة، ومنه تشريع الشفعة للشريك أو للجار دفعاً للضرر الذي قد يحدث من المشتري الجديد. ومنه إمرار الماء في أرض الغير لإرواء الأرض البعيدة عن مجرى الماء.

هذا هو شأن الشريعة الإسلامية في هذه الناحية، أما القوانين الوضعية فلم تصدر عن هذه النظرة الاجتماعية النبيلة السامية، بل كانت تسودها الروح الفردية، وهو ما أكدته المبادئ التي جاءت بها الثورة الفرنسية، وانتهجها القانون المدني الفرنسي لسنة 1804م، ثم بدأ القانون يتطور ويقترب من نظرة الفقه الإسلامي من أنه يجب النظر إلى الفرد وحقوقه باعتباره عضواً في الجماعة، ومن ثم أخذت هذه القوانين على اختلاف بينها في الحد من حرية الفرد في استعمال حقوقه، وإن كان تخط القوانين الوضعية في الموازنة بين مصلحة الفرد والجماعة قد كان بسبب اعتباره القانون في أول أمره أن حقوق الفرد تعتبر حقا طبيعياً له ، وله أن يستعمله ويتصرف فيه كما يريد ، ومن ثم لا حرج عليه إن أساء استعمال هذه الحقوق ، أما الشريعة الإسلامية فتري أن الفرد نفسه وما يملك ملك الله تعالى وأن ما يعطيه الله سبحانه وتعالى للفرد إنما هو منحة منه سبحانه وأن الله تعالى لا يمنح للأفراد من حقوق إلا لغرض حكيم هو تحقيق الخير للفرد والمجتمع معا ، ولهذا نجد الفقه الإسلامي منذ نشأته قد تكلم عن تقييد استعمال الحقوق، ورعاية مصلحة الغير ومصلحة الأمة في استعمالها<sup>1</sup> .

ومن خلال ما سبق ذكره من خصائص الفقه الإسلامي يتبين لنا مدى سعة الفقه الإسلامي وغزارة مصادره ، ومرونته التي تجعله قابلاً للنمو والتطور، وكذلك استقرار أصوله التي يعتمد عليها في الاستنباط ، خلافاً لما عليه القانون الوضعي .

<sup>1</sup> انظر : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج1/24-25. محمد يوسف موسى ، التشريع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي ، دار العصر الحديث - بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية ، 1991م ، ص: 55-60.

## المبحث الثاني : أصالة الفقه الإسلامي

سنتناول في هذا المبحث استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني وذلك بالرد على جميع ادعاءات المستشرقين المغرضة والتي تتهم الفقه الإسلامي بالتطفل على موائد القانون الروماني ، وذلك في المطلب الأول ، ونبين في المطلب الثاني شهادة المنصفين من أهل القانون أفرادا وهيئات على استقلالية الفقه الإسلامي و مكانته بين النظم القانونية العالمية .

### المطلب الأول : استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني

بظهور الإسلام في بلاد العرب التي كانت عبارة عن مجموعة قبائل يسودها الجهل وتكثر فيها الحروب ، وتحكمها الأعراف والتقاليد ، ولم تعرف أي نوع من القوانين، ويتمكن الإسلام في شبه الجزيرة العربية وانتشاره في مدة وجيزة في كثير من البلدان المجاورة والبعيدة عن طريق الفتوحات التي قام بها المسلمون ، وكان من تلك البلدان الشام ومصر وغيرها من البلدان التي كانت خاضعة للدولة الرومانية ، ومما ترتب على ذلك أن حلت في هذه البلدان المفتوحة الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني ، والذي كان مطبقا في تلك المناطق الخاضعة لسيطرته . من هنا ظهرت مسألة تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني ، والتي أيدها معظم المستشرقين على اختلاف بينهم في مدى هذا التأثير<sup>1</sup> ، وكان **دومينيكو غاتيسكي** أول من زعم أن الفقه الإسلامي مستمد من القانون الروماني ، وذلك في كتابه باللغة الإيطالية والمسمى : " كتاب يدوي للحقوق العثمانية العامة والخاصة " والذي طبع في الإسكندرية سنة 1856م ، والذي زعم فيه مؤلفه أن الشرع الإسلامي يتشابه ويتمثل مع القانون الروماني في عدد من المسائل ، وأن قواعد القانون الروماني قد دخلت وتسربت إلى المسلمين بسهولة في زي الأحاديث الموضوعة التي نسبت إلى النبي صلى الله عليه وسلم<sup>2</sup> . وتبعه بعد ذلك الكثير من المستشرقين مثل **جولد زيهر**، و**سانتيلانا** ، و**شرمان** ، و**كاروزي**، و**أموس**، و**ساشو**، و**ودي بور**، و**فون كريمر**... إلى التشكيك في أصالة الشريعة

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 73.

<sup>2</sup> كارلو ألفونسو نالينو ، نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الرومي ، مقال ضمن كتاب " هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي " ، دار البحوث العلمية ، الطبعة الأولى ، 1973م ، ص:9.

الإسلامية بدعوى أنها مستمدة من القانون الروماني ، أو أنها تأثرت به كثيرا ، أو أن القانون الروماني من أهم مصادرها على تفاوت بينهم في ذلك بين مغال ومعتدل ، ومن الذين غلوا كثيرا في ذلك **شيلدون آموس** الذي زعم في كتابه (القانون المدني الروماني) " أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلا وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية"<sup>1</sup> ، أو " إن القانون المحمدي ليس سوى قانون جستنيان في لباس عربي"<sup>2</sup> ، بل وصل الأمر بأحدهم إلى القول بأن " العرب لم يضيفوا جديدا إلى القانون الروماني سوى بعض الأخطاء"<sup>3</sup> ، فيما اعتدل بعضهم وذهب إلى أن اتصال المسلمين بغيرهم من أصحاب المدنيات بعد الفتوح الإسلامية كان عاملا في تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني، وإن كان هذا الرأي يريد أن ينال من الفقه الإسلامي ويتهمه، لكن بطريقة تقترب من الموضوعية والوسطية ، وممن ذهب إلى هذا الرأي أكثر الكتاب الفرنسيين ، والمستشرق الهولندي **دي بور** الذي يقول : " بعد أن فتح المسلمون بلادا ذات مدنيات قديمة نشأت حاجات لم يكن للإسلام بها عهد ، ذلك أنه بدلا من شؤون الحياة العربية البسيطة ، وجدت هناك عادات وأنظمة لم يحكم فيها الكتاب المنزل ، ولم يرد في السنة بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها ، ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم، وهي وقائع لم ترد فيها نصوص ، ولم يكن للمسلمين بد من الحكم فيها إما بما يتفق مع العرف الموروث ، أو بما يهديهم إليه الرأي الاجتهادي ، ولا بد أن يكون القانون الروماني قد ظل زمانا يؤثر تأثيرا كبيرا في ذلك ، في الشام والعراق ، وهما ولايات الإمبراطورية الرومانية القديمة"<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مكتبة نهضة مصر ، القاهرة ، ص:6 . محمد يوسف موسى ، التشريع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي ، دار العصر الحديث ، بيروت -لبنان- ، الطبعة الثانية ، 1991م ، ص: 68. عادل بسيوني ، تاريخ القانون المصري ، مكتبة نهضة الشرق ، جامعة القاهرة ، ص: 96 . ساجر ناصر حمد الجبوري ، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الأولى ، 2005 م، ص :205. بدران أبو العينين بدران ، تاريخ الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت .ص: 263.

<sup>2</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 6.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص : 6.

<sup>4</sup> دي بور ، تاريخ الفلسفة في الإسلام ، ص:59 . نقلا عن ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 206.

ومن الغريب أن بعض المؤلفين العرب أيد هذا القول كالأستاذ محمد حافظ صبري ، والذي هو من رجال القضاء المصري إذ يقول : " ومنها أن الإسلام عند فتوح البلدان التي كانت تابعة لدولة الرومان ، كالشام ، ومصر ، وأفريقية ، والجزائر ، ومراكش ، وجد الشرع الروماني سائدا فيها فنسخ منه ما نسخ ، وأيد ما أيد ، ولذا كانت أغلب قواعد الفقه الإسلامي موافقة لقواعد الفقه العبري والروماني في مسائل المعاملات الدنيوية ، المعبر عنها بالمسائل المدنية والتجارية والعقوبات ... ومن أهم ما رأيناه وتحققنا من صحته أثناء اشتغالنا بهذا العمل هو أن كل حكومة أوروبية فتحت بلدا من بلاد الشرق ، وأرادت إحداث تغيير في قوانينه وأحكامه ، تعذر عليها تغيير أحكام الأحوال الشخصية ، وسهل عليها تغيير أحكام الأراضي والمعاملات والحدود ، وما ذاك إلا لكون مسائل الأحوال الشخصية وردت عنها النصوص في الكتب السماوية وللدين فيها دخل" <sup>1</sup> ، وكأن أحكام المعاملات والحدود لا تثبت بنصوص دينية بل تثبت من الأعراف والتقاليد فقط ، على حسب رأي الكاتب !!! ، على أن هناك اتجاها ثالثا من بعض المنصفين من المستشرقين أنفسهم نفى أي صلة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني ، ومنهم **نالينو وفتزجيرالد** ، وحمل لواء هذا الرأي بعض أعلام الفقه والقانون العرب من أمثال **الأستاذ علي بدوي** ، **والدكتور عبد الرزاق السنهوري** ، **والدكتور شفيق شحاتة** ، **والدكتور محمد يوسف موسى** ، **والدكتور محمد سلام مدكور** ، **والدكتور عبد الكريم زيدان** ، **والدكتور صوفي أبو طالب** ... وغيرهم <sup>2</sup> ، بل هناك من عكس الأمر تماما وادعى بأن القانون الروماني ليس إلا مجموعة من القواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية ، والتي خوفا من عدم العمل بها والتنكر لها من طرف رجال الكنيسة ، ادعى

<sup>1</sup> محمد حافظ صبري ، كتاب المقارنات المقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى ، طبع بمطبعة هندية بمصر ، الطبعة الأولى ، سنة 1902م ، ص:5.

<sup>2</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق ، ص : 8 . عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 74 ، الدسوقي السيد الدسوقي عيد ، استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني والرد على شبه المستشرقين ، مكتبة التوعية الإسلامية ، جيزة - العراق - ، الطبعة الأولى ، 1989م ، ص:14.

رجال القانون الأوروبيون أنها من صنعهم ، وسموها بالقانون الروماني ، وذلك بعد ترجمة الفقه الإسلامي في إسبانيا من اللغة العربية إلى اللغة الإسبانية ، ومن هؤلاء الأستاذ الإيراني أبو الفضائل الجرقادقاني<sup>1</sup> .

### الفرع الأول : أدلة القائلين بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني

تتلخص أدلة القائلين بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني في مايلي :

1/ ذهب بعض المستشرقين إلى القول بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان على دراية واسعة بالقانون الروماني البيزنطي المطبق في الإمبراطورية الرومانية الشرقية ، وبذلك تسرب إلى الفقه الإسلامي .

2/ لقد أسست الإمبراطورية الرومانية عددا من المدارس للقانون الروماني أهمها مدرسة روما ، والقسطنطينية ، وأثينا ، وبيروت ، وقيصرية الشام ، والإسكندرية ، وكذلك وجدت محاكم في أقاليم الدولة الرومانية تطبق أحكام القانون الروماني ، وقد بقيت تلك المدارس والمحاكم قائمة حتى بعد الفتح الإسلامي ، مما جعل الفقهاء المسلمين يستمدون من تلك المدارس والمحاكم الكثير من الآراء والأحكام، وأدخلوها في الفقه الإسلامي ومن بينهم الإمامان الشافعي والأوزاعي .

3/ قالوا إن فقهاء الشريعة الإسلامية انتشروا في بلاد الإمبراطورية الرومانية بعد فتحها ، وقد مكنهم ذلك من الاطلاع على أحكام القانون الروماني ومخالطة العارفين به ، وحيث إن أهل البلاد المفتوحة تعودوا على القانون الروماني وألفوه فلم يسع فقهاء الشريعة الإسلامية إلا المحافظة على تلك الأعراف والتقاليد الرومانية والحكم بها رعاية لما ألفه الناس<sup>2</sup> .

4/ قالوا إن القانون الروماني أثر بطريق غير مباشر في الشريعة الإسلامية ، وذلك عن طريق الأعراف والعادات الجاهلية وكتاب التلمود اليهودي ، ذلك أن الأعراف الجاهلية تأثرت بالقانون الروماني فتسربت إليه بعض قواعد هذا الأخير كما تسربت إلى التلمود ، وحيث إن

<sup>1</sup> ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 207. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 73.

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 75.

الشريعة الإسلامية أفرت بعض نظم عرب الجاهلية ، فقد تسربت بعض قواعد القانون الروماني بهذا الطريق إلى الشريعة الإسلامية ، وكذلك أخذ فقهاء الشريعة بعض ما في التلمود من أحكام ، مما أدى إلى تسرب بعض أحكام القانون الروماني الموجودة في التلمود إلى الشريعة الإسلامية .

5/ ومن الأدلة أيضا ذلك التشابه الموجود بين النظم والأحكام القانونية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، وكما هو معلوم فإن اللاحق يتأثر بالسابق ، وعليه فالفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : مناقشة أدلة القائلين بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني

سنحاول مناقشة كل دليل من الأدلة السابقة على حدة:

#### أولاً: مناقشة الدليل الأول

الزعم بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان على دراية واسعة بالقانون الروماني زعم لا أساس له من الصحة ، ذلك أنه من الثابت تاريخياً أن النبي صلى الله عليه وسلم نشأ في بيئة عربية خالصة، وعاش حياته كلها إلى وفاته صلى الله عليه وسلم أمياً لا يقرأ ولا يكتب، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتَ تَتْلُو مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَلَا تَخُطُّهُ بِيَمِينِكَ إِذًا

لَأَرْتَابَ الْمُبْطِلُونَ ﴾<sup>2</sup> ، كما أن النبي عليه الصلاة والسلام كما أثبتته أصحاب السير لم يغادر الجزيرة العربية إلا في رحلتين قصيرتين إلى الشام ، الأولى كانت سنة لم تتجاوز الاثني عشر سنة ، وفي الثانية كانت سنة خمسة وعشرين سنة<sup>3</sup> ، كما أن الذين رافقوه في رحلاته كانوا عرباً جميعاً<sup>4</sup> ، فهل هذه الرحلة كافية للتعرف على عادات القوم ، فضلاً عن تشريعاتهم وقوانينهم ؟ ثم إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن ذا حظوة قبل البعثة على غيره من

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 75.

<sup>2</sup> سورة العنكبوت ، آية رقم : 48.

<sup>3</sup> أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ، السيرة النبوية ، تحقيق: مصطفى عبد الواحد ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان- ، 1976 م ، ج1/322.

<sup>4</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 30.

فتيان قريش ، والغالب أن المقدم عند الرومان هم التجار المعروفون بالتجارة ، وهو لم يكن كذلك ، فهل يعقل أن يختصوا به من دون البقية ويعلموه قوانينهم وتشريعاتهم مع أميته ، وجهله بالقراءة والكتابة ، ثم إن التاجر في الغالب لا يشتغل بغير مقصوده الذي جاء من مكان بعيد لأجله ، وهو التجارة ، لا نقل العلوم والمعارف التي تتطلب الزمن الطويل<sup>1</sup> .

### ثانياً: مناقشة الدليل الثاني

أما الادعاء بأن الفقه الإسلامي استمد كثيراً من أحكامه من المدارس والمحاكم الرومانية فهو ادعاء باطل ، ذلك أنه وإن كان حقيقة قد أسست الإمبراطورية الرومانية عدداً من المدارس للقانون الروماني ، والتي من أشهرها مدرسة روما ، والقسطنطينية ، وقيصرية الشام ، وبيروت ، والاسكندرية ، إلا أن الإمبراطور الروماني جوستينيان لما جمع القواعد الرومانية في مجموعته الشهيرة ألغى المدارس التي تدرس القانون الروماني ، مستثنياً في ذلك بعضها فقط ، وهي: مدرسة روما ، والقسطنطينية ، وبيروت ، وذلك في الدستور الذي أصدره في 16 سبتمبر سنة 529م.

أما مدرسة القسطنطينية فبعيدة عن الجزيرة العربية ولم تكن هناك أي صلة بينهما حتى سقطت على أيدي المسلمين الأتراك سنة 1453م ، كما لم يحدث أي اتصال ودي بين الدولة الإسلامية والقسطنطينية إلا في أحوال قليلة ، لذلك لم يقل أحد من المستشرقين بأن الفقهاء المسلمين تأثروا بهذه المدرسة ، وكذلك الأمر بالنسبة لمدرسة روما ، والتي لم يفتحها المسلمون أصلاً .

أما فيما يتعلق بمدرسة بيروت فقد تعرضت لكثير من الكوارث الطبيعية منذ القرن الرابع للميلاد إلى أن زالت نهائياً من الوجود في منتصف القرن السادس للميلاد ، وبالتحديد في

<sup>1</sup> ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 213-214.



سنة 551م ، وذلك بسبب الهزات الأرضية المتوالية على الإقليم كما جاء في بحث للأستاذ كوليني<sup>1</sup> .

ويخصوص استفادة الإمامين الأوزاعي والشافعي من مدرسة بيروت فواضح بطلانها لما سبق ذكره من أن مدرسة بيروت قد اندثرت بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن قبل فتح المسلمين للشام ، كما أن الأوزاعي قد اندثر مذهبه ولم يبق منه غير بعض الأقوال التي حفظتها لنا بعض كتب الفقه ، إضافة إلى أن الأوزاعي يعد من أهل الحديث لا من أهل الرأي<sup>2</sup> ، وفقهه هذا شأنه لا يمكنه أن يتأثر بالفقه البيزنطي على فرض وجوده آنذاك .

أما عن الشافعي فقد ذهبوا إلى حد القول بأنه تلقى دراسته القانونية في بيروت ، وهو أمر غريب حقا فالبيئة التي نشأ فيها الإمام الشافعي والمكان الذي تلقى فيه علومه والبلاد التي أسس فيها مذهبه كانت كلها بعيدة عن القانون الروماني ، وحول هذه الافتراءات يقول **فيتزجيرالد** : " فقد كان هذا المؤرخ ( فون كريمر ) قد ظن في كتابه الألماني ( التاريخ الثقافي للشرق ) أن الإمامين الأوزاعي والشافعي كانا قد ولدا في الشام ، فقال " كانا في أغلب الظن على معرفة بكثير من قواعد القانون الرومي البيزنطي التي قدر لها البقاء في شكل قانون التقاليد والعرف والعادة " وفي أيدي من رووه فيما بعد تحولت عبارة " في أغلب الظن " إلى " من المقرر " ، وعبارة " قانون التقاليد " إلى " القانون البيزنطي " ، حتى انتهى بأحدهم إلى أن قطع مؤكداً أن الشافعي " كما هو معروف جدا تدرّس الفقه في بيروت " ..<sup>3</sup>

وبخصوص مدرسة الإسكندرية فقد كانت حقيقة مركزا قانونيا هاما في الشرق، لكن قد أمر الإمبراطور جستنيان بإغلاقها مع بعض المدارس الأخرى كما سبق بيانه ، ومن المعروف أن الإسكندرية سقطت في أيدي المسلمين في نوفمبر 641م ، وعليه فمدرسة الإسكندرية كانت قد أغلقت أبوابها بما يزيد عن قرن قبل فتح المسلمين لها ، فكيف يمكن

<sup>1</sup> فيتزجيرالد ، الدين المزعوم للقانون الرومي على القانون الإسلامي ، تعريب محمد سليم العوا ، مقال ضمن كتاب " هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي " ، مرجع سابق ، ص: 135. صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق ، ص : 51. ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 215.

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 77.

<sup>3</sup> فيتزجيرالد ، مرجع سابق ، ص: 135-136.

القول بأن الفقهاء المسلمين قد درسوا بها!<sup>1</sup>، أما مكتبتها التي ادعى بعض المستشرقين أن المسلمين أحرقوها بعد فتحهم مصر فغير مسلم به ، ذلك أن مكتبة الإسكندرية كما أثبتته الأستاذ بتلر لم تكن موجودة أصلا بعد الفتح الإسلامي لمصر ، وأن المسلمين لم يجدوا شيئا حتى يقوموا بحرقه ، فكيف لهم أن يطلعوا إذا على المكتبة ويتأثروا بالقانون الروماني<sup>2</sup>!

أما الادعاء بأن المحاكم الرومانية بقيت تقوم بمهمتها بعد الفتح الإسلامي للشام بمئة سنة، فهو ادعاء غير صحيح ، ذلك أن سلطة القضاء أصبحت بيد المسلمين لا بيد الرومانيين ، والقانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام ، وهو لا يبيح للقاضي ولا للفقهاء استمداد أحكامه من قانون أجنبي<sup>3</sup> .

### ثالثا : مناقشة الدليل الثالث

أما بخصوص الشبهة التي مضمونها أن فقهاء الشريعة بانتشارهم في الأقاليم الرومانية المفتوحة تمكنوا من الاطلاع على القانون الروماني ، ومخالطة العارفين به ، وحيث أن أهل البلاد المفتوحة لما تعودوا على ذلك القانون وألفوه ، رأى علماء الشريعة أن يحافظوا على ما ألفه الناس في تعاملاتهم ومنه قبول قواعد القانون الروماني، والحكم بها رعاية لما ألفه الناس.

ويؤيد هذه الحجة ما أوردها سابقا عن المستشرق الهولندي دي بور الذي يقول : " بعد أن فتح المسلمون بلادا ذات مدنيات قديمة نشأت حاجات لم يكن للإسلام بها عهد ، ذلك أنه بدلا من شؤون الحياة العربية البسيطة وجدت هناك عادات وأنظمة لم يحكم فيها الكتاب المنزل ، ولم يرد في السن بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها ، ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم ، وهي وقائع لم ترد فيها نصوص ، ولم يكن للمسلمين بد من

<sup>1</sup> كارلو ألفونسو نالينو ، مرجع سابق ، ص: 12. صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 56-57. ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 215.

<sup>2</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 58. ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 216.

<sup>3</sup> الدسوقي السيد الدسوقي عيد ، مرجع سابق ، ص:34. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 78.

الحكم فيها إما بما يتفق مع العرف الموروث ، أو بما يهديهم إليه الرأي الاجتهادي ، ولا بد أن يكون القانون الروماني قد ظل زمانا يؤثر تأثيرا كبيرا في ذلك ، في الشام والعراق ، وهما ولايات الإمبراطورية الرومانية القديمة<sup>1</sup>

وهذا الدليل لا يصح مستندا لهم ، لأن انتشار الفقهاء المسلمين في البلاد المفتوحة لم يمكنهم من الاطلاع على القانون الروماني ، وقد سبق أن بينا أن المسلمين لم يجدوا أي مدرسة من مدارس القانون بعد دخولهم للأقاليم الرومانية ، كما لم يطلعوا على أي كتاب من كتبهم ، ولو اطلعوا على القانون الروماني أو التقوا بأحد علمائه ، أو استفادوا منه لأشاروا إلى ذلك في كتبهم ، مثل ما أشار أهل الفلسفة والطب والأدب عما أخذوه من كتب اليونان والفرس بعد حركة الترجمة<sup>2</sup> ، ولو أن كتابا واحدا ترجم إلى العربية لكانوا قد نصوا عليه ، ولنقل لنا أهل التاريخ ذلك ، وقد نقل ابن النديم في الفهرست أسماء الكتب التي ترجمت والأشخاص الذين ترجموها إلى العربية<sup>3</sup> ، ولم يرد فيها ذكر لأي كتاب في القانون الروماني ، لأن ترجمة كتب القانون الروماني جاءت متأخرة كثيرا ، فقد ذكر المؤرخون أن أول كتاب ترجم إلى العربية هو الكتاب السوري الرومي سنة 1100م<sup>4</sup> ، وفي العصر الحديث ترجمت مدونة جوستينيان من طرف أحد فقهاء القانون المصري وهو الأستاذ عبد العزيز فهمي<sup>5</sup> ولعل إعراض المسلمين عن الاهتمام بنقل القوانين الرومانية وغيرها راجع إلى أمر عقدي أولا ،

<sup>1</sup> دي بور ، تاريخ الفلسفة في الإسلام ، ص:59 . نقلا عن ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 206.

<sup>2</sup> محمد يوسف موسى ، التشريع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي ، مرجع سابق ، ص: 69. علاء الفاسي ، دفاع عن الشريعة ، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، المنصورة - القاهرة - الطبعة الاولى ، 2014م ، ص: 70.

<sup>3</sup> أبو الفرج محمد بن إسحاق المعروف بابن النديم ، الفهرست ، تحقيق: إبراهيم رمضان ، دار المعرفة بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ، 1997 م ، ص: 302 وما بعدها .

<sup>4</sup> وهو كتاب مدرسي ذو طابع علمي بحت ، احتوى على القانون الروماني القديم الذي تعدل في روما نفسها ، يقول عنه فيتزجيراد : بأنه "كتاب وجيز تافه" . ومن الطبيعي ألا يتأثر الفقهاء المسلمون بتلك الترجمة العربية نظرا لحدوثها بعد اكتمال الفقه الإسلامي ونضوجه منذ القرن الثامن الميلادي . انظر: فيتزجيرالد ، مرجع سابق ، ص: 128-129. صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق ، ص : 79. ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 221.

<sup>5</sup> من طبع دار عالم الكتاب ، بيروت .

مضمونه أنه لا يجوز الحكم بغير ما أنزل الله لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرَهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٤٩﴾ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾<sup>1</sup> ، وغيرها من الآيات الدالة على وجوب الحكم بما أنزل الله ، والأمر الثاني هو أن الشريعة الإسلامية تفرض على المفتي والقاضي الالتزام بمصادرها من قرآن وسنة ، وغيرها من المصادر ، ولا وجود من بين تلك المصادر مصدر يسمى القانون الأجنبي<sup>2</sup> .

على أنه من الممكن القول بأن فقهاء الشريعة قد وجدوا عادات وأعرافا رومانية في البلاد المفتوحة ، والفقه الإسلامي ليس عدوا لكل ما هو روماني ، بل مثل ما فعل الفقهاء في العراق وفارس مع تلك العادات التي ألفها الناس ، فعلوا أيضا مع العادات والتقاليد التي وجدوها في الأقاليم الرومانية المفتوحة ، فيعرضونها على الشريعة الإسلامية وأصولها ، فيقبلون ما كان موافقا لها ويبطلون ما خالفها ، وذلك راجع إلى أن من بين أحكام الشريعة وأصولها الأخذ بالعرف الصحيح والعادة الصحيحة<sup>3</sup> ، ومع ذلك لم يبين هؤلاء المستشرقون ما هي العادات التي ألفها الرومان ، وأبقى عليها المسلمون وحافظوا عليها ، مما يدل على أن ادعاءاتهم محض تخمين فقط ، ذلك أنهم يريدون النيل من أصالة الفقه الإسلامي بأي وسيلة وبأي طريقة .

#### رابعا : مناقشة الدليل الرابع

أما فيما يتعلق بادعاءهم أن الأعراف والنظم الجاهلية قد تأثرت بالقانون الروماني ، والإسلام قد أقر بعض العادات والأعراف الجاهلية ، فلا دليل على ادعاءهم هذا ، لأن

<sup>1</sup> سورة المائدة ، آية رقم : 49-50 .

<sup>2</sup> الدسوقي السيد الدسوقي عيد ، مرجع سابق ، ص:37. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 78.

<sup>3</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 80.

العرب وإن كانت لهم صلة بالبلدان المجاورة عن طريق التجارة ، إلا أنها كانت محدودة ، ولم يظهر لها أي أثر من الناحية القانونية ، إضافة إلى أن العرب أمة أمية ، لا يهتمون بالعلم ، ويجهلون اللغات الأجنبية، والافتباس إنما يكون في الغالب بين العقليات المتقاربة<sup>1</sup> ، كما لا يوجد أي دليل يثبت أن العادات والتقاليد العربية التي احتضنها الفقه الإسلامي قد تأثرت بالقانون الروماني ، وهو ما أكده الأستاذ نالينو<sup>2</sup> ، والأستاذ شاخنت<sup>3</sup>.

أما ما ادعوه من أن القانون الروماني قد أثر في التلمود اليهودي ، وهذا الأخير قد أثر في الفقه الإسلامي فليس بصحيح من عدة وجوه .

1/ أن القانون الروماني البيزنطي بعد القرن الثالث الميلادي هو الذي تأثر بالقانون اليهودي وليس العكس ، وهو ما أكده شراح القانون الروماني في هذا العصر ، من أن النظم القانونية الرومانية يعد بعضها من أصل يهودي ، كنظام الخطبة ، وبعض نظم العقوبات ، وبعض القواعد المتعلقة بالبيع ، ومعنى ذلك أن نظم القانون الروماني لم تنتقل عن طريق التلمود اليهودي .

2/ أن الأحكام الواردة في الشرائع السماوية السابقة لا تكون شرعا لنا وجزء من شريعتنا إلا إذا قام الدليل من الشرع الإسلامي على تشريعها بحق المسلمين .

3/ توجد أحكام كثيرة في الشرع اليهودي مخالفة للشريعة الإسلامية ، منها أن عقد الزواج مثلا عقد شكلي لا يتم إلا بألفاظ معينة ، وبصلاة خاصة يقوم بها رجال الدين ، ولا يجوز في أيام الاعياد اليهودية .. ، وأن الرجل في الشرع اليهودي يتزوج بما شاء من النساء من غير حد ذلك بعدد معين ، وأن أموال الزوجة لزوجها يتصرف فيها كيفما يشاء ، لأن المرأة

<sup>1</sup> ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 225. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 81.

<sup>2</sup> كارلو ألفونسو نالينو ، مرجع سابق ، ص: 12.

<sup>3</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 92.

لا أهلية لها ، وأن الرضاع لا يحرم ، وأن التركة تنتقل بما لها وما عليها إلى الوارث<sup>1</sup> ... وكل ما ذكر يتنافى تماما مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وبذلك يظهر بطلان ما ذهبوا إليه من تأثر الفقه الإسلامي بالقانون اليهودي.

وهو ما أكده المستشرق الفرنسي بوسكه ، ذلك أنه لما قام ببعض المقارنات ، وجد فروقا عميقة بين التشريعين ، مما جعله يقول : " هذا سبب أول سلبي تماما، يدعونا إلى رد الرأي القائل بأن الفقه ليس شيئا آخر غير التلمود ، وسبب آخر إيجابي ، هو مايلي : توجد فروق عميقة بين جسدي هذين النظامين بحيث لا يمكن اعتبار المتأخر ( الإسلامي ) مجرد نقل عن النظام المتقدم زمانا<sup>2</sup> "

### خامسا: مناقشة الدليل الخامس

أما الدليل الذي اعتمدوا عليه بخصوص التشابه في بعض القواعد والأحكام القانونية فينطبق عليه ما ينطبق على غيره من أنواع الفكر المختلفة ، وهو أمر طبيعي بين الأمم جميعا ، لا فرق بين العرب والرومان أو غيرهم من الأمم والشعوب المختلفة ، ولا يستطيع عاقل أن يحكم على أمة بأنها اقتبست عن أمة قانونها أو فكرها بمجرد التشابه ، ذلك أن التشابه في القواعد العامة والمسائل التي يعبر عنها غالبا بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أمر بدهي ، لأنه مرجعه يعود إلى أن العقل الإنساني السليم يتشابه في كثير من ألوان التفكير ونتائجه ، دون حاجة لإجهاد أنفسنا بتفسير هذه الظاهرة بالأخذ والتقليد<sup>3</sup> .

فحرمة القتل والسرقة والزنا، أو قاعدة عبء الإثبات على المدعي ، وتحريم أخذ مال الغير بغير حق ، تعتبر من القواعد الشائعة في جميع الشرائع التي يهتدي إليها العقل السليم

<sup>1</sup> وانظر بتفصيل أكثر : عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 83. صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق ، ص : 61-74. ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص : 227-229.

<sup>2</sup> بوسكة ، سر تكون الفقه وأصل مصادره ، ترجمة : بهجت الأرنؤوط ، مقال ضمن كتاب " هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي " ، مرجع سابق ، ص : 76-77.

<sup>3</sup> محمد يوسف موسى ، التشريع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي ، مرجع سابق ، ص : 68-69.

وتقضي بها العدالة ، وإغفالها في أي تشريع يدل على قصوره وجوره ، وعليه فمثل هذا التشابه لا يدل أبداً على التأثير<sup>1</sup> .

بل حتى التشابه في بعض المسائل الجزئية لا يدل على التأثير ، ذلك أن الأحكام الجزئية إذا بنيت على أسباب وعلل ، فإن نفس الأسباب والعلل إذا تحققت في مكان أو زمان ما تؤدي إلى نفس الأحكام ، وفقاً للمبدأ القائل "إن نظائر الأسباب تولد نظائر النتائج"<sup>2</sup> ، لذلك فإن التشابه في بعض الأحكام الجزئية بين نظامين قانونيين ليس دليلاً على التأثير والتأثير بينها ، بل لعل المجتمعين - كما يقول شاخنت - قد وصلا إلى درجة واحدة من المدنية والحضارة<sup>3</sup> ، وإلى تشابه الظروف الاجتماعية والاقتصادية لهما<sup>4</sup> .

وبالرغم مما يقال من وجود تشابه سطحي في بعض النظم القانونية ، فإن طائفة كبرى من مبادئ الشريعتين تدل بوضوح قاطع على استقلال كل منهما عن الأخرى، فكثيراً ما احتوى القانون الروماني على نظم لا أثر لها في الشريعة الإسلامية ، مثل: نظام السلطة الأبوية ، والسيادة الزوجية ، ونظام التبنّي ، والوصاية على المرأة ، والإجراءات الشكلية .. وكثيراً ما احتوت الشريعة الإسلامية على نظم لا أصل لها في القانون الروماني ، مثل : اعتماد مبدأ الرضائية ، ونظام الشفعة ، وحرمة الزواج بسبب الرضاع ، والوقف الأهلي ، ونظام الحسبة ، ونظام التعزير في العقوبات ، .. وكثيراً ما تحتوي كل من الشريعتين على نظم مشتركة ، ولكن قواعدهما مختلفة ، من ذلك أن المرأة تترث مثل الرجل عند الرومان ، ونصفه في الشريعة الإسلامية ، ولا تعدد للزوجات في القانون الروماني خلافاً للشريعة الإسلامية ، والطلاق من حق الزوج والزوجة ، لكن في الشريعة الإسلامية هو من حق الزوج فقط ..<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 84.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين بدران ، مرجع سابق ، ص: 265.

<sup>3</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 119.

<sup>4</sup> الدسوقي السيد الدسوقي عيد ، مرجع سابق ، ص: 50. ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص: 222-223.

<sup>5</sup> علي بدوي ، أبحاث في تاريخ الشرائع ، مجلة الاقتصاد والقانون - مصر - ، السنة الأولى ، العدد الخامس ، رجب ، 1650هـ ، ص: 734-735.

ونخلص في الأخير من خلال عرض الشبه التي أثارها المستشرقون ، رغبة منهم في الطعن في الفقه الإسلامي لا غير ، وخير دليل على ذلك أنها أثرت منذ سنة 1856 فقط ، إلى أن الفقه الإسلامي لا علاقة له بالقانون الروماني ، وأن القول بالتأثر لا علاقة له بالواقع ، كما أن القائلين بالتأثر قد أقاموا حججهم على أسس واهية ، ولذلك فقد رجع بعضهم عن تلك الادعاءات مثل **جولد زيهر**<sup>1</sup> ، ثم إن الشريعة الإسلامية غنية بمصادرها ومبادئها وأحكامها ومذاهبها ، كما أن فقهاءها يعدّون بالآلاف، ومؤلفاتها لا تعد كثرة ، أفلا يدل ذلك على استقلالها ؟ فضلا عن أن يدعى أنها تأثرت بما هو دونها في كل شيء!.

---

<sup>1</sup> فيتجيرالد ، مرجع سابق ، ص : 121



**المطلب الثاني : شهادات بعض علماء الغرب وفقهاء القانون على مكانة الفقه الإسلامي**

**الفرع الأول : شهادات بعض علماء الغرب وفقهاء القانون على مكانة الفقه الإسلامي**  
 لقد وضع المستشرق الإيطالي "سانتيلانا" مجلة الالتزامات والعقود التونسية سنة 1906م في ظلّ الوجود الفرنسي الذي بدأ سنة 1883 م ، وأدرج فيها الكثير من قواعد الفقه المالكي .

وهذا المستشرق ينفي عن الشريعة الإسلامية ما وصفها به بعض المستشرقين الآخرين من عدم القدرة على التطور بحكم طبيعتها كشرعية دينية ، ويستنتج من احترام الفقهاء في المذهبين المالكي والشافعي للأحكام التي أقيمت على العادات أنّ ذلك يؤدي إلى تطوير الأحكام لمسايرة تطوّر المجتمع ، كما يذكر أنّ للفقهاء المسلمين في موضوع التعسف في استعمال الحق دقائق ما كانت لتخطر على بالنا قط<sup>1</sup>.

ويقول : " إن في الفقه الإسلامي ما يكفي المسلمين في تشريعهم المدني ، إن لم نقل إن فيه ما يكفي الإنسانية كلها " <sup>2</sup>

ويقول الفقيه الفرنسي " زايس" بكل إنصاف " إنني أشعر كلما أقرأ في كتب الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كلما أعرفه عن القانون الروماني ... وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني... " <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبده جميل غصوب مقال بعنوان : القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية تقارب أم تباعد ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق بجامعة بيروت بعنوان " مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي " 1804-2004م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ، سنة 2005م ، ص : 22-23 .

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي ، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، الدار الجامعية للكتاب ، بيروت - لبنان - 1982م ، ص:216. زكي الدين شعبان ، مرونة الفقه الإسلامي وإبطال دعوى جموده ، مجلة الحقوق (الكويت) ، السنة: 6، عدد رقم : 2، (1982م)،ص:233.

<sup>3</sup> صوفي حسن أبو طالب ، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مرجع سابق، ص : 109.

وأشار الأستاذ " لامبير " الفقيه الفرنسي المعروف في مؤتمر القانون الدولي المقارن المنعقد في لاهاي سنة 1932 م إلى التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر .

ويقول "سبيرل" الألماني عميد كلية الحقوق بجامعة فيينا ، مشيراً إلى عظمة التشريع الإسلامي وعظمة من وضع أسسه : إنَّ البشريّة لتفخر بانتساب رجل كمحمد إليها، فإنّه على أمّيته استطاع قبل بضعة عشر قرناً أن يأتي بتشريع سنكون نحن الأوربيّين أسعد ما نكون لو وصلنا إلى قمته بعد ألفي سنة <sup>1</sup>

ويقول الدكتور "هونج" الأمريكي أستاذ الفلسفة بجامعة هارفارد في كتابه روح السياسة العالمية: " إنَّ سبيل تقدّم الدّول الإسلاميّة ليس في اتّخاذ الأساليب المفترضة التي تدّعي أنّ الدّين ليس له أن يقول شيئاً عن حياة الفرد اليوميّة، أو عن القانون والنّظم السياسيّة ، وإنّما يجب أن يجد المرء في دينه مصدراً للنّمو والتّقدم ."

ثمّ يجيب على ما قد يرد من تساؤل في مدى قدرة النّظام الإسلامي على خلق أفكار جديدة ، وإصدار أحكام مستقلّة تتفق مع روح الحياة العصرية . فيجيب قائلاً : " إنَّ في النّظام الإسلامي كل استعداد داخلي للنّمو ، وأمّا من حيث قابليته للتّطور فهو يفضّل كثيراً النّظم والشرائع المماثلة ، والصعوبة لا تتشأ من انعدام وسائل النّمو والنهضة في الشرع الإسلاميّ ، وإنّما في انعدام الميل إلى استخدامه "، أي أنّ القصور لا يكمن في مبادئ الشريعة وأحكامها العامة ، وإنّما في إبعادها عن التطبيق ، ثمّ يستطرد قائلاً " وإنّي أشعر أنّي على حق حين أقرّر أن الشريعة الإسلامية تحتوي بوفرة على المبادئ اللازمة للنهوض <sup>2</sup> ."

<sup>1</sup> سامر مازن القبّج ، مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي ، دار الفتح للطباعة والنشر ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 م ، ص : 8 .

<sup>2</sup> ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص : 243 .

كما يقول المؤرخ الإنجليزي " ويلز " في كتابه ملامح تاريخ الإنسانية : " إنَّ أوربا مدينة للإسلام بالجانب الأكبر من قوانينها الإدارية والتجارية " .<sup>1</sup>

ويشير " ميشيل دي توب " الهولندي إلى تأثير هذه الروح الإنسانية والخلقية التي جاء بها الإسلام ، وتجسدت في فلسفته الفقهية وفضلها على أوربا في العصر الوسيط ، حيث يذكّر بما كانت تعانيه البشرية من بؤس وتعاسة وشقاء، مشيراً إلى تأثير القواعد التشريعية الإسلامية الرامية إلى تخفيف وطأة الحروب على غير المقاتلين ، في التخفيف من هذه المعاناة .<sup>2</sup>

كما يشيد المستشرق المجري " فمبيري " بالفقه الإسلامي قائلاً : " إنَّ فقهكم الإسلامي واسع جداً إلى درجة أنني أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم " .<sup>3</sup>

و يقول الدكتور " إنساباتو " الإسباني في كتابه الإسلام وسياسة الحكم : " إنَّ الإسلام إذا كان محدوداً غير متغير في شكله، فهو يتمشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة ، فهو يستطيع أن يتطور دون أن يتضاءل في خلال القرون ، ويبقى محتفظاً بكل ما له من قوة الحياة والمرونة ...

ولا يجوز أن تهدم يد الخلافة هذا الهيكل العظيم من العلوم الإسلامية ، أو أن تغفله أو تمسه بسوء فهو الذي أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوربية " .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص : 243.

<sup>2</sup> سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي ، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ، تحقيق مركز الدراسة الاقتصادية والفقهية : د / محمد أحمد سراج وآخرون ، دار السلام للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، 2001 م . ص : 9-10 من مقدمة المحقق .

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - 1996 م ، ج 2 / ص 542. زكي الدين شعبان ، مرونة الفقه الإسلامي وإبطال دعوى جموده ، مجلة الحقوق (الكويت) ، س 6، ع 2، (1982) ، ص:233.

<sup>4</sup> إنساباتو : الاسلام وسياسة الخلفاء ص 145-146 . نقلا عن تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 12-13 .

وفي مصر نصح الأستاذ " بيولا كازيلي " الإيطالي مستشار وزارة العدل ورئيس قضايا الحكومة حينذاك بالأخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية حيث يقول: " إنه يجب على مصر أن تستمدّ قانونها من الشريعة الإسلامية فهي أكثر اتفاقاً من غيرها مع روح البلد القانونيّة"<sup>1</sup> .

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " وإذا كان بعض المستشرقين مثل شنوك هيرجرونج و جولد زيهر خيل إليهم أن مبادئ الشريعة الإسلامية جامدة لا تتطور، فذلك راجع إلى أنهم ليسوا من رجال القانون، بل من رجال التاريخ ، فهم ينظرون إلى الشريعة الإسلامية نظرة المؤرخ لا نظرة الفقيه ، وإلا فإن رجال القانون ممن درسوا الشريعة يختلفون عن هؤلاء المستشرقين في نظرتهم إلى الشريعة الإسلامية ، ويكفي أن نشير إلى الفقيه الألماني "كوهلر" والأستاذ الإيطالي " دلفيكيو " عميد كلية الحقوق بروما ، وإلى العميد الأمريكي "فيجمور " ، وإلى كثيرين غيرهم من الفقهاء فهم يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور، ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنجليزي، إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم ... إلى أن قال " إن في الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنّت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول ومسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها عن الفقه الغربي الحديث . - وضرب لذلك أربعة أمثلة فقال - : إن كلّ مطّلع على فقه الغرب يدرك أنّ من أحدث نظريّاته في القرن العشرين: نظرية التعسّف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية تحمّل التّبعة ، ومسؤولية عديم التّمييز .

<sup>1</sup> بيولا كازيلي ، مقال في مجلة مصر العصرية 1921 م مجلد 12 ص : 195 . نقلا عن تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 13

وكلّ هذه النظريّات أساس كبير في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلا إلى الصياغة والبناء"<sup>1</sup>

ويشير الدكتور **علي منصور** إلى اعتراف فقهاء الغرب بما في الفقه الإسلامي من كنوز بقوله: " ولقد عثرت أخيرا على مقال للأستاذ الدكتور **عبد السلام ذهني** تحت عنوان " **تجميع القوانين والشريعة الإسلامية** " ورد فيه " لما كنت بمدينة ليون بفرنسا بقسم الدكتوراه في سنة 1911- 1920 م كان أستاذنا "**لامبير**" يرى أنّ الفقه الإسلامي في المعاملات كنز لا يفنى ومعين لا ينضب ، وكان يشير على الطلبة المصريين بالرجوع لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع من الشريعة الإسلامية ، وفعلا وضع الدكتور **محمد فتحي** رسالة الدكتوراه عن مذهب الاعتساف في استعمال الحق والخروج عما شرع له عند فقهاء المسلمين ، وما كادت الرسالة تطبع في كتاب حتّى نفذت في سنّة أشهر، وكتبت عنه المجلّات القانونية كثيرا ، وأشادت بعظمة التشريع الإسلامي ...

وما كتب الفقيه الألماني "**كوهلر**" في مقال له " إنّ الألمان كانوا يتيهون عجباً على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق؛ وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787 م ، أما وقد ظهر كتاب "**الدكتور فتحي**" وأفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي، فإنّه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، ويعترفوا بالفضل لأهله ، وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا في الكلام عليها قبل الألمان بعشرة قرون ..."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 06 ، العدد 1936، 01م ، ص: 03. علي منصور ، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دار الفتح ، بيروت ، ط/ 01 ، 1970 م . ص 41-42.

<sup>2</sup> من مقال نشر في الجريدة القضائية في 23 جانفي 1937 م نقلا عن مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مرجع سابق . ص 41-42 .

## الفرع الثاني : **شهادات بعض المؤتمرات الدولية للقانون المقارن**

من بين أهم المؤتمرات الدولية التي شهدت بمكانة الشريعة الإسلامية ، وأنها تعتبر من بين أهم النظم العالمية للقانون المقارن ما يلي :

### 1 / المؤتمر الدولي للقانون المقارن

وهو المؤتمر الذي انعقد في مدينة لاهاي في دورته الأولى سنة 1932 م ، حيث يعترف أعضاؤه من الفقهاء الألمان والفرنسيين وغيرهم بأن الشريعة الإسلامية إحدى الشرائع الأساسية التي سادت ولا تزال تسود العالم ، وبأنها مرنة قابلة للتطور ، وهي فقه حيّ نام متطور يجب النظر إليه بعين الاعتبار.

وفي دورته الثانية سنة 1937 م في نفس المدينة قد مثل الأزهر فيه مندوبان من كبار العلماء ببحثين: الأول عن " المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية " والثاني عن " استقلال الشريعة والفقه الإسلامي ، ونفي كل صلة مزعومة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني " .

وقد تمخض المؤتمر عن نتائج مهمة حول الفقه الإسلامي، نبّه إليها رجال التشريع الغربيّ وهي :

- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام .
- أنها حيّة قابلة للتطور .
- أنها شرع قائم بذاته غير مأخوذ عن غيره .

### 2 / مؤتمر المحامين الدولي: والذي انعقد في نفس مدينة لاهاي سنة 1938 م، وقد

اشتركت فيه 53 دولة من جميع أنحاء العالم ، وضم عددا كبيرا من الأساتذة والمحامين اللامعين من مختلف البلدان.

ومن القرارات التي اتخذها المؤتمر - بناءً على اقتراح من لجنة التشريع المقارن في المؤتمر، وعطفا على ما أقرّه مؤتمر القانون المقارن السابق بشأن الشريعة الإسلامية - ما يأتي :

" نظرا لما في التشريع الإسلامي من مرونة ، وما له من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع وتشجع عليها "

### 3/ مؤتمر شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة

وهو المؤتمر المنعقد في كلية الحقوق جامعة باريس للبحث في الفقه الإسلامي سنة 1951 م تحت شعار " أسبوع الفقه الإسلامي " برئاسة الأستاذ " ميو " أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس، دعت إليه عددا كبيرا من أساتذة كليات الحقوق العربية وغير العربية، وكليات الأزهر، ومن المحامين الفرنسيين والعرب وغيرهم من المستشرقين ، وقد اشترك أربعة من مصر ، واثنان من سوريا ، وقد دارت المحاضرات حول خمسة موضوعات فقهية عينها مجمع المكتب الدولي للحقوق المقارنة قبل عام، وتتعلق بالحقوق العامة والخاصة " مدنية ، جنائية ، إدارية ، اقتصادية وتاريخ التشريع " وهي :

- إثبات الملكية .
- الاستملاك للمصلحة العامة .
- المسؤولية الجنائية .
- تأثير المذاهب الاجتماعية بعضها في بعض .
- نظرية الرّبا في الإسلام .

وقد أقيمت المحاضرات كلها باللّغة الفرنسية وخصص لكلّ موضوع يوم ، وعقب كلّ محاضرة كانت تفتح مناقشات مهمة بين المؤتمرين و المحاضرين تطول أو تقصر بحسب الحاجة وتسجّل خلاصتها .

وفي خلال بعض المناقشات وقف أحد الأعضاء ، وهو نقيب سابق للمحاماة في باريس قائلاً :

" أنا لا أعرف كيف أوفّق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته أساسا تشريعيا يفي بحاجات المجتمع العصري المتطوّر، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشاتها ، مما يثبت خلاف ذلك تماما ، ببراهين النصوص والمبادئ " .

وفي ختام المؤتمر وضع المؤتمر بالإجماع التقرير الآتي :  
 "بناءً على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء أسبوع الفقه الإسلامي ، وما جرى حولها من المناقشات التي نستخلص منها بوضوح :

أ - إن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها .

ب - إن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على "ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول الحقوقية" هي مناط الإعجاب ، وبها يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة المدنية ، والتوفيق بين حاجاتها .

وبناءً على ما تقدّم يعلنون رغبتهم في أن يظلّ أسبوع الفقه الإسلامي يتابع أعماله سنة فسنة ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة ، ويأمل المؤتمر أن تؤلّف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي يسهّل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة " .

وأخيراً جاء في توصيات ندوتي كليّات الحقوق في العالم الإسلامي المعقودة أولاً في بيروت سنة 1973م، وثانياً في بغداد سنة 1974 م : " إن الشريعة الإسلامية صالحة كنظام قانوني شامل من خلال تجربتها الواقعية في القرون الماضية ، وأن انحسارها لم يكن لقصورها، بل كان لأسباب خارجة عن ذاتها"<sup>1</sup>.

وذكرنا لما سبق من الشهادات لفقهاء قانون أو مؤتمرات دولية ليس من باب أننا في حاجة إلى من يدلنا ويرشدنا إلى أهمية الشريعة الإسلامية ، أو أننا في شك من صلاحيتها

<sup>1</sup> انظر : ساجر ناصر حمد الجبوري ، مرجع سابق ص : 244-247 . شوكت محمد عليان ، مرجع سابق، ص:196 . سيد عبد الله حسين ، مرجع سابق ، ص: 9-10. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مرجع سابق ، ص : 15 . محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ط/ الثانية ، 1998 ، ص ، ب . محمد الصباغ ، التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه ، المكتب الإسلامي ، ط/ الثانية ، بيروت 1977 م ص 13 - 14 . محمد مصطفى شلبي ، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، مرجع سابق ، ص: 218.



للتطبيق في هذا العصر ، ولكن هذه الشهادات أوردناها من باب أنه إذا كان غير المؤمنين بالشريعة الإسلامية يعترفون بصلاحياتها للتطبيق ، وأنها نظام قانوني متميز ، فماذا عسى أن يكون موقف من يؤمنون بأن الشريعة الإسلامية من عند الله ، وأن الله أمر بتحكيمها في حياة الناس ، ثم تجدهم يعرضون عنها ، ويولعون بقانون الغرب ويقلدونه !

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان " ومع هذا المآل الذي صارت إليه الشريعة الإسلامية - بعد أن شهد لها غير أهلها - فإن المستقبل لها، وإنّ السيادة القانونيّة المطلقة ستعود إليها في يوم قريب غير بعيد، وذلك للأسباب التالية :

- إنّ تطبيق الشريعة الإسلامية يعتبر بحق في نظر المسلمين من الدين ، وجزء من عقيدتهم ، ولهذا هم سيعودون إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ويدعون إلى ذلك على أسنة كتابهم وعلمائهم ، وقد أخذ في المشاركة في هذه الدعوة بعض أولي الرأى، وبعض المعنّيين بدراسة القانون وتدرّسه ، وأكبر الظنّ أنّ الحكومات في البلاد الإسلامية سنلبي هذه الدعوة المشروعة ، وتحقق هذه الرغبة لدى المسلمين .

- أنّ القانون في كلّ أمة يعتبر جزءاً من ضميرها وكيانها وتاريخها ، ومرآة لعقيدها ومثلها العليا في الحياة ، وضمانا لمصالحها، ومستقرا لآمالها وأفكارها في الحياة ، وما تتطلّع إليه وتريده في المستقبل ، والقانون الذي يكتب له البقاء وترضى عليه الأمة هو الذي تتحقّق فيه هذه المعاني في البلاد الإسلامية ، ولهذا فمن الطّبيعي والمعقول والموافق لمقتضيات الأمور ومصلحة الأمة، ومن باب وضع الأمور في نصابها وفي مواقعها الصحيحة ، أن تكون الشريعة الإسلامية هي قانون هذه البلاد، والأساس الوحيد لكل تقنين فيها .

- إنّ الشريعة الإسلامية بذاتها صالحة لكلّ زمان ومكان لأنّ في معانيها ومبادئها وأحكامها ما يجعلها صالحة لهذا العموم الزماني والمكاني ، ولقد تنبه لهذه الحقيقة المعنّيون بدراسة القانون وأعلنتها مؤتمراتهم كما سبق<sup>1</sup>.....

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان ، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، مرجع سابق ، ص:14-15.

### المبحث الثالث: مظاهر أثر أحكام الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية

ظلت الشريعة الإسلامية هي القانون الوحيد المطبق في العالم الإسلامي زهاء ثلاثة عشر قرناً من الزمان ، حتى ابتلي العالم الإسلامي في أكثره بالاستعمار الغربي ، الذي حاول بكل الطرق طمس هوية الدول المستعمرة وتغريبها ، حتى أنه غير نظمها القانونية ، فأحل بذلك نظمه وقوانينه بدل الشريعة الإسلامية ، وشمل ذلك جميع المجالات القانونية عدا مسائل الأحوال الشخصية ، وبعد أن استردت هذه الدول المستعمرة حريتها وأخرجت المستعمر من أراضيها ، لم تقم بتتقية مخلفاته كلها ، بل لقد ترك المستعمر الغربي تراثاً من مخلفاته أهمه وأرذله تلك القوانين الأجنبية التي لا تزال تتضمنها قوانين دولنا العربية حتى الآن ، وكأن هذه الدول قد ألفت تلك القوانين كما يألف المريض علته ، فتركها تحكم شؤونها حتى بعد رحيل المستعمر عنها<sup>1</sup> ، غير أنه مع كثرة الدعوات والأصوات المنادية بالعودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية استجابت أكثر الدول - على الأقل في قوانينها المدنية - لذلك ونصت في دساتيرها كما سيأتي على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدر رئيساً للتشريع ، ونص بعضها على أن الإسلام دين الدولة ...

هذا بالنسبة للدول التي قبع تحت وطأة الاستعمار الغربي ، أما بالنسبة للدول التي نجت من تسلط المستعمر عليها مثل الحجاز " المملكة العربية السعودية حالياً " واليمن فظلت تطبق الشريعة الإسلامية إلى يومنا هذا .

ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أساسية:

نتناول في المطلب الأول الدول التي استمدت قانونها المدني كله من الفقه الإسلامي مثل السعودية - غير مقنن- ، و اليمن 1992م ، والأردن 1976م ، والإمارات العربية 1985م ، والسودان في قانونها الجديد الصادر سنة 1984م الذي استمدته من القانون الأردني وغيره . وفي المطلب الثاني الدول التي زوجت في الاستمداد في قانونها المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الغربي أو ما يمثله كالقانون المدني المصري ، مثل العراق في قانونها

<sup>1</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، أثر الدين في النظم القانونية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2001م ، ص : 363.

الصادر سنة 1952م ، وقبله مجلة الالتزامات والعقود التونسية 1906م التي أعدها المستشرق الإيطالي سانتيلانا على أساس من الفقه الإسلامي ، مما جعل البعض يجزم بأنها مستمدة من الفقه الإسلامي كلها ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي 1913م ، الذي جعل من المجلة التونسية أصلا له.

وفي المطلب الثالث الدول التي استمدت قانونها المدني جله من الفقه الغربي - إلا بعض المسائل - مثل القانون المدني اللبناني ، والقانون المدني المصري 1948م ، والدول التي اتخذت القانون المدني المصري أصلا لقوانينها مثل القانون المدني السوري 1948م، والقانون المدني الليبي 1954م ، - والتي منها القانون المدني الجزائري لسنة 1975م موضوع الدراسة -.

## المطلب الأول : الدول التي استمدت قانونها المدني كله من الفقه الإسلامي

من هذه الدول التي استقت قانونها المدني كله من الفقه الإسلامي الدول التي لم تخضع لأي استعمار غربي فساعدتها ذلك على الاستمرار في تطبيق الشريعة الإسلامية في جميع شؤونها، مثل الحجاز بأقاليمه واليمن، ومنها التي خضعت للاستعمار مثل الأردن والسودان..

### الفرع الأول: المملكة العربية السعودية

المملكة العربية السعودية قبل توحيدها وتسميها بهذا الاسم كانت عبارة عن إقليمين كبيرين هما إقليم نجد وما يتضمنه من مناطق محيطة به ، وإقليم الحجاز الذي من أهم مدنه مكة والمدينة ، والمناطق المجاورة مثل ينبع وعسير...، وما يهمننا في هذا التقسيم هو النظام القانوني السائد في كل منها ، ثم نتكلم عن القانون السائد وخصوصا في جانب المعاملات المدنية في المملكة السعودية بعد توحيدها .

أما بالنسبة لإقليم نجد والمناطق المحيطة به ابتداء من قيام الدولة السعودية الأولى حتى بدايات الدولة السعودية الثالثة كان النظام القانوني الذي يحكم المعاملات المدنية هو عبارة عن خليط بين مذهب الإمام أحمد بن حنبل وبين النظام القانوني القبلي، في حين كان القضاء في المدن الكبرى ولا سيما الخاضعة لحكم آل سعود يلتزم بتطبيق الراجح من مذهب الإمام أحمد ، في حين أن القرى والبوادي الخارجة عن سيطرة آل سعود كان حكم المعاملات المدنية فيها حكما قبليا ويعرف "بقضاء البدو" ، وغالبا ما يكون القاضي هو شيخ القبيلة ، ويعتمد هذا القضاء على العرف والتقاليد الموروثة الملزمة لأبناء القبيلة الواحدة ، سواء وافق ذلك الشريعة الإسلامية أو خالفها<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لإقليم الحجاز فهو إقليم يتميز عن سابقه بالانفتاح والمرونة والتنوع لكونه يعد مكانا تلتقي فيه جميع شعوب الأرض من كل حذب وصوب لأداء المناسك الدينية .

وكان هذا الإقليم خاضعا للخلافة العثمانية قبل توحيد المملكة السعودية ، ولذلك فقد تأثر بالنظام القانوني الذي كان يحكم الدول والأقاليم الخاضعة لسلطان هذه الخلافة ، وكما هو

<sup>1</sup> سليم أيمن سعد، نظام المعاملات المدنية السعودي بين الفقه والتقنين ، مجلة مصر المعاصرة ، مجلد 98 ، عدد 488 ، سنة 2007م ، ص: 93.

معلوم فإن تشريعات الخلافة العثمانية كانت مستمدة من الفقه الإسلامي ، وبالضبط من المذهب الحنفي ، غير أنه بيزوغ نجم الدول الأوروبية ، وظهر علامات سقوط الخلافة العثمانية ، حتى وصفت بالرجل المريض ، بدأت هذه الخلافة في مهادنة الدول الأوروبية ، ومن مظاهر تلك المهادنة اقتباس النظم القانونية الأوروبية وتطبيقها في الخلافة العثمانية ، فمن ذلك على سبيل المثال اقتباس قانون العقوبات الفرنسي سنة 1840م ، وقانون التجارة سنة 1850م ، وقانون الإجراءات المدنية سنة 1880م ...، أما القانون المدني فقد انبرى له جماعة من الفقهاء وهم سبعة فقهاء أشهرهم ابن عابدين الحنفي<sup>1</sup> ، وقنونه في ما يسمى بمجلة الأحكام العدلية من سنة 1870-1877م.<sup>2</sup>

وطبقت مجلة الأحكام العدلية كتقنين للمعاملات المدنية مستمد من الفقه الحنفي على بلاد الخلافة العثمانية الخاضعة لحكمها ، ومن تلك البلاد إقليم الحجاز ، وبالضبط المدن الكبرى من هذا الإقليم فقط ، كمكة والمدنية شرفهما الله تعالى ، وينبع والطائف ، لأنها هي التي كانت خاضعة بصورة فعلية للخلافة العثمانية ، بخلاف القرى والبوادي الذين كانوا يحتكمون إلى القانون القبلي . وبعد أن استولى الملك عبد العزيز على الحجاز كان لزاما فيما يرى هو أن أنسب وسيلة لتمهيد إنشاء المملكة العربية السعودية هو إصدار تنظيم قانوني موحد يحكم المعاملات ، أساسه الشريعة الإسلامية مستمدا من المذاهب الأربعة جميعها<sup>3</sup> ، لأنه لم يكن يريد فرض المذهب الحنبلي على أهل الحجاز وهم في أكثرهم حنفية كما هو معروف، ووضع لذلك خطة عمل ، غير أنها لم تكفل بالنجاح لأسباب أهمها :

- طول المدة التي يستغرقها المشروع ، فإذا كانت مجلة الأحكام العدلية وهي على مذهب واحد دام إنجازها في مدة عشر سنوات تقريبا ، فكيف بمن يريد تقنيننا على أربعة مذاهب ، ذلك أن الملك آنذاك كان يسارع الزمن من أجل توحيد المملكة .

<sup>1</sup> عباس حسني محمد ، الفقه الإسلامي ، آفاقه وتطوره ، سلسلة دعوة الحق ، مطبوعات رابطة العالم الإسلامي . الطبعة الثانية ، السنة 2 ، العدد 10 ، 1402هـ ، ص: 236.

<sup>2</sup> سليم أيمن سعد ، مرجع سابق ، ص : 95-96.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص: 101.

- عدم تحمس العدد الكافي من العلماء الممثلين للمذاهب الأربعة لهذا العمل<sup>1</sup>.  
بعد تعثر مساعي الملك عبد العزيز لأسباب الفارطة أصدرت هيئة الرقابة القضائية بديلا عن خطة العمل التي أرادها الملك ، تتمثل في جعل المذهب الحنبلي هو المصدر الأساسي لحكم المعاملات المالية في المملكة السعودية ، وربما كان ترجيحهم لذلك كونهم كانوا في أكثرهم حنابلة ، وتصديقا على ما رأته الهيئة القضائية أصدر الملك مرسوما ملكيا يحدد من خلاله مصادر الفقه الحنبلي التي يجب اعتمادها في القضاء، وفي حال القضاء بمذهب آخر في حالات استثنائية يجب ذكر دليل ومستند الرأي المعمول به ، وهذه المصادر المعتمدة في الفقه الحنبلي حسب المرسوم الملكي هي :

- \* شرح منتهى الإرادات ، المتن للفتوحى (ت 972هـ) ، والشرح للبهوتي (ت 1051هـ) .
- \* شرح الإقناع . المتن للحجاوي (ت 948هـ) والشرح للبهوتي . فما اتفق عليه الشرحان أو انفرد به أحدهما فعليه العمل وما اختلفا فيه فيقدم ما في المنتهى .
- \* شرح زاد المستقنع المسمى بالروض المربع ، المتن للحجاوي والشرح للبهوتي .
- \* شرح دليل الطالب المسمى منار السبيل ، المتن لمرعي الحنبلي (ت 1032هـ) والشرح لابن ضويان (ت 1353هـ) .
- \* المغني للموفق أحمد ابن قدامة (ت 620هـ) .

\* الشرح الكبير لعبد الرحمان بن أبي عمر بن قدامة (ت 682هـ)<sup>2</sup> .  
ولقد قام بهذه المهمة وانبرى لها القاضي الشرعي أحمد بن عبد الله القاري<sup>3</sup>، حيث قام بصياغة مواد هذه المجلة من الكتب المذكورة في المرسوم الملكي متأسيا بمجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران لقدرى باشا ، حيث وصلت موادها إلى 2382 مادة في مقدمة و 21

<sup>1</sup> سليم أيمن سعد ، مرجع سابق ، ص 103-110 . مقدمة محققي مجلة الأحكام الشرعية لأحمد عبد الله القاري، تحقيق : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد علي، مطبعة تهامة ، جدة ، الطبعة الاولى، 1981م ، ص : 29.

<sup>2</sup> راجع المرسوم في موقع المجلس الأعلى للقضاء على الرابط التالي : <https://www.scj.gov.sa/About>

<sup>3</sup> ومن العجيب أن الشيخ عبد الله القاري كان حنفي المذهب نشأة ومشيخة ، غير أنه ممن مارس القضاء على المذهب الحنبلي ، ولجمعه بين المذهبين استطاع أن يجاري مجلة الأحكام العدلية في تقنين المذهب الحنبلي، وانظر ترجمة الشيخ بإسهاب في مقدمة المحقق ، أنظر: عبد الله القاري ، مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق .

كتاباً<sup>1</sup>، غير أن هذا التقنين لم يكن ملزماً للقضاة ، ولكن مصادر هذا التقنين لم يكن يجوز للقاضي الخروج عنها إلا في حالات خاصة ، وهو ما نص عليه المرسوم الملكي ، ولأن التقنين كان من ميزات الدول الغربية ، ولأسباب أخرى أيضاً ، لم تقم المملكة بتقنين الفقه والإلزام به ، غير أن ذلك لم يدم طويلاً فقد قننت المملكة الكثير من القوانين الجزئية المنظمة لمسائل خاصة بالعقارات مثلاً، وأملاك القصر، وحقوق المؤلف<sup>2</sup> وغيرها...وعليه وبعد صدور العديد من التقنينات الجزئية المنظمة لمسائل كثيرة مرتبطة بالمعاملات أصبح من المهم بمكان أن تجمع في تقنين واحد حتى يسهل على القاضي الحكم في القضايا التي صدرت في حقها هذه القوانين المستمدة طبعاً من الفقه الإسلامي<sup>3</sup>، وبهذا كله لم يصبح لمسألة الاختلاف في التقنين معنى وخصوصاً بعد صدور الكثير من التقنينات كما سبق.

### الفرع الثاني : القانون المدني للجمهورية العربية اليمنية

اليمن من الدول التي لم تخضع لأي احتلال لاتساع أراضيها ، ولأن الدول المستعمرة لم ترها ذات فائدة ، فظلت بذلك بعيدة عن الغزو الأجنبي ، وبقيت تطبق الشريعة الإسلامية في كافة مجالاتها ، وهو ما أكدته موثيق ودساتير الجمهورية اليمنية ، وآخرها دستور سنة 2001م، والذي نص في المادة الثالثة منه على ما يلي " الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات "، وهو ما جاء واضحاً جلياً في المادة الأولى من القانون المدني اليمني "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى ، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة

<sup>1</sup> محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ المنهج التطبيق ، دار إحياء التراث ، قطر ، ط2/ 1986 ، ص: 61.

<sup>2</sup> وانظر الكثير من هذه التقنينات في موقع المجلس الأعلى للقضاء السعودي على الرابط التالي : <https://iservices.scj.gov.sa:9113/home/pdflist>

<sup>3</sup> وهو ما أكدته دستور المملكة في مادته السابعة " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة."

الإسلامية جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة. "

وجاء في تقديم هذا القانون ما يلي " فإن الجمهورية العربية اليمنية تقدم للبشرية عامة وللأمة الإسلامية خاصة ( القانون المدني ، المعاملات الشرعية) مستمداً من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس ، والأخذ بأقوى ما في كل مجموعة المذاهب الاجتهادية...<sup>1</sup> وهذا يدل على أن القانون المدني مستمد من الفقه الإسلامي غير مقيد بأي مذهب من المذاهب الاجتهادية ، وقد صدر هذا القانون على فترتين ، في كل فترة يصدر فيها كتابان، وكلما صدر كتابان من الكتب الأربعة التي تشكل القانون المدني اليمني طبق وعمل به من يوم إصداره .

فقد صدر الكتاب الأول " أحكام عامة في المعاملات " و الكتاب الثاني "الحق والالتزام به بقانون رقم 10 لسنة 1979 يوم 21 أبريل 1979 ، ثم صدر الكتاب الثالث " العقود المسماة في الفقه الشرعي" والكتاب الرابع "الملكية وما يتفرع عنها " قانون رقم 16 لسنة 1983 يوم 20 يونيو 1983م ، وبعدها ألغيت هذه القوانين ووقع تعديل طفيف في الكتب السابقة وصدر القانون المدني بقانون رقم 19 لسنة 1992م، غير أنه تم تعديله أيضاً وصدر بقانون رقم 14 لسنة 2002م.

ومما يلاحظ على هذا القانون أنه أخذ عن القانون المدني المصري مواد كثيرة ، وخصوصاً في الكتاب الثاني المتعلق بالحق والالتزام به ، بحجة أنها لا تخالف الشريعة الإسلامية مع أنهم لم يشارروا إلى هذا في المذكرة الإيضاحية .

وفي جميع الأحوال فهذا القانون يعد قانوناً مستمداً من الفقه الإسلامي ، ويرجع في تفسير نصوصه إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله حسب نص المادة الأولى منه كما سبق.

<sup>1</sup> كان هذا التقديم من طرف رئيس مجلس الشعب التأسيسي - نائب رئيس الجمهورية السيد : عبد الكريم بن عبد الله العرشي في مقدمة القانون المدني لسنة 1992م.



### الفرع الثالث : القانون المدني للمملكة الأردنية

لقد بقيت مجلة الأحكام العدلية هي القانون الذي يحكم المعاملات المدنية بالأردن إلى غاية صدور القانون المدني الأردني في أغسطس 1976م ، وهذا القانون بدأ التحضير له، وشكلت له لجنة بتاريخ 1971/6/3، وبقيت اللجنة في عملها هذا حتى انتهت منه سنة 1976، وقد بلغت مواده 1449 مادة ، وجاء من حيث الترتيب العام على نسق القانون المدني المصري مقسما إلى أربعة كتب وباب تمهيدي .

الباب التمهيدي : يتناول الأحكام العامة من المادة 1-86، و الكتاب الأول : يتناول الحقوق الشخصية من المادة 87-464، و الكتاب الثاني : يتناول العقود وينقسم إلى خمسة أبواب من المادة 465- 1017 ، و الكتاب الثالث: يتناول حق الملكية وينقسم إلى بابين من المادة 1018-1321، أما الكتاب الرابع والآخر: فيتناول التأمينات العينية وينقسم إلى ثلاثة أبواب من المادة 1322-1449.

بل وقبل صدور القانون بربع قرن تقريبا ثار الحوار لدى السلطات التشريعية في القطر الأردني حول النهج الذي يتعين أن يسلكه واضع القانون المدني الأردني الجديد ، أهو نهج القانون المدني العراقي المتأثر بمجلة الأحكام العدلية بنسبة كبيرة أم القانون المدني المصري، وغيره من القوانين المدنية العربية المتأثر بالقوانين الغربية؟ .

لقد اختار واضع القانون المدني نهجا جديدا يميل إلى القانون المدني العراقي ، ويتفوق عليه<sup>1</sup>، وهو ما جاء صريحا في كلمة رئيس مجلس الأعيان حسب ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني: " لأول مرة في تاريخ العرب الحديث تقوم المملكة الأردنية الهاشمية بإعداد مشروع قانون مدني، يتناول أحكام المعاملات ، مستمدا من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة ، وقواعده المتطورة دائما مع متطلبات العصر ، والصالحة للغد وتبديل الأزمان"<sup>2</sup>، فاقتباس القانون المدني الأردني من

<sup>1</sup> محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الثانية ، 2001م ، ص: 11-12.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، هامش ص: 11.

الفقه الإسلامي لم ينحصر على مذهب من المذاهب ، بل استمد نصوصه من قواعد الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ، كما استمد الكثير من نصوصه من مجلة الأحكام العدلية ، وكذلك بعض القوانين الوضعية<sup>1</sup> التي لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي<sup>2</sup> ، وقد استمد الكثير من المواد عن القانون المدني المصري وخصوصا في الكتاب الأول من حيث تقسيم الحق الشخصي وتحديد آثاره ، أو ما يعبر عنه بالالتزام وآثاره ، ويظهر ذلك جليا واضحا لمن قارن بين نصوص القانونين مع أن القانون المدني الأردني خالف كثيرا غيره من القوانين الوضعية المستمدة من القانون المدني المصري، من حيث ترتيب مواد هذا الجزء المتعلق بأحكام الالتزام كبده بالتفويض الاختياري أي بالوفاء ، أو ما يعادل الوفاء ثم التنفيذ الجبري...<sup>3</sup> ، ولتأكيد المشرع المدني الأردني تمسكه بالاستمداد من الفقه الإسلامي نص في المادة الثانية 2/02 من الباب التمهيدي على ما يلي : " فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون ، فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية " ، ثم نص في الفقرة الثالثة من نفس المادة على

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم سرحان ، شرح القانون المدني الأردني ، مصادر الحقوق الشخصية ، دراسة مقارنة ، 1997 ، ص: 703.

<sup>2</sup> وقد جاء عن هيئة تحرير مجلة هدى الإسلام بمناسبة صدور القانون المدني الأردني أن هذا القانون قد اعتمد في مصادره على " مجلة الأحكام العدلية ، والقوانين الأردنية المعمول بها ، ومشروع القانون المدني الأردني السابق الذي تم رفضه سنة 1966م ، والتشريعات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي . ومن العلماء الذين شاركوا في إعداد المشروع : الشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، والأستاذ زكي عبد البر ، والأستاذ عبد القادر الأسود ، ومحمد مصطفى المنفلوطي...ومن القوانين العربية التي استعانوا بها : القانون المدني المصري والقانون المدني السوري ، والقانون المدني العراقي ، واستعانوا كذلك عند إعداد القانون والمذكرة الإيضاحية ، بالأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ومؤلفات الأستاذ عبد الرزاق السنهوري وخاصة كتابه الوسيط في شرح القانون المدني . " انظر : هيئة التحرير. القانون المدني. هدى الإسلام - الأردن ، مج 20 ، ع 5,6 ، (1976)، ص84-85 ، ولقد رأيت كلاما كثيرا في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني منقولاً حرفياً عن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، وانظر على سبيل المثال مسألة التعسف في استعمال الحق .

<sup>3</sup> ومع ذلك قد ادعى بعضهم أن القانون المدني الأردني استمد أكثر أحكامه من القوانين الجرمانية مع مراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية . مثل عبد السلام الترماني ، ومنهم من ادعى بأن أكثر مواد القانون المدني الأردني مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي وهو ما أكده مفتي المملكة الأردنية الهاشمية الشيخ عبد الله القليلي. انظر : عبد السلام الترماني ، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، الطبعة الثانية ، الكويت ، 1982 ، ص: 61. القليلي، عبدالله. نقد مشروع القانون المدني. مجلة هدى الإسلام - الأردن ، مج 9 ، ع 1 ، (1964)، ص: 57.

العرف وقواعد العدالة بشرط عدم المخالفة لأحكام الفقه الإسلامي، ونص في المادة الثالثة من الباب التمهيدي على ما يلي: " يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الاسلامي."

وهكذا يكون القانون المدني الأردني حقيقة هو أول قانون مدني عربي استمد أحكامه من الفقه الإسلامي ، ونص في مصادره الاحتياطية على الرجوع إلى الفقه الإسلامي أولاً، ثم الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية... إلخ ، وإن كان استمد بعض النصوص من قوانين متأثرة بالفقه الغربي ، فإنه قطع الصلة بينها وبين الفقه المستمدة منه بنصه في المادة الثالثة كما سبق ، من أن تفسير النصوص وفهمها ودلالاتها يرجع فيها إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي، وهي الفكرة التي نبه عليها العلامة عبد الرزاق السنهوري في خاتمة مقاله " من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي"<sup>1</sup>.

ومن الجدير بالذكر أيضا أن القانون المدني لم يبلغ بصدوره مجلة الأحكام العدلية تماما، بل نص في المادة ما قبل الأخيرة (1448) " يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية" أي أنه لا يزال معمولاً بها فيما لا يتعارض مع نصوص القانون المدني الجديد.<sup>2</sup>

#### الفرع الرابع : القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة

بعد نهاية الحماية البريطانية على المنطقة في مطلع السبعينات من القرن الماضي سارعت الإمارات السبع للاتحاد، وبدأت في توطيد الاتحاد على كافة المجالات، ومن ذلك الاتحاد القانوني ، فصدر في مجال المعاملات القانون الاتحادي رقم 05 في 15/12/1985 المتضمن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ويتألف هذا القانون من

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مجلة القضاء ، السنة 02 ، مارس 1936، بغداد ، ص : 64-65.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية ، مرجع سابق ، ص : 11.

1528 مادة مقسمة إلى باب تمهيدي وأربعة كتب رئيسة ، متأسيا في ذلك بترتيب القانون المدني المصري والأردني.

الباب التمهيدي : يتناول الأحكام العامة من المادة 1-123. أما الكتاب الأول : فيتناول الالتزامات أو الحقوق الشخصية من المادة 124-488. والكتاب الثاني: يتناول العقود من المادة 489-1132. والكتاب الثالث : يتناول الحقوق العينية الأصلية من المادة 1133-1398. أما الكتاب الرابع والآخر: فيتناول التأمينات العينية التبعية من المادة 1399-1528.

ولقد كان مصدر القانون المدني لدولة الإمارات هو الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، وقد جعل من القانون المدني الأردني أصلا له<sup>2</sup>، وخالفه في بعض المسائل، وزاد عليه في بعضها الآخر. وقد نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول الاحتياطي في حالة عدم وجود نص في المسألة المعروضة على القضاء، على أن يكون المذهب المالكي والحنبلي في المقدمة ، فإن لم يجد القاضي فيهما أنسب الحل للفضية المعروضة عليه نظر في المذهبين الشافعي والحنفي، ثم العرف الموافق للشريعة الإسلامية، وهذا هو نص المادة الأولى: " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساع لاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحل من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة، حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع

<sup>1</sup> سرحان عدنان إبراهيم ، تقييم موقف التشريع و القضاء الإماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر) ، ع 2 سنة 2010م ، ص: 93 ، سرحان، عدنان إبراهيم ، مباحث في أساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة. مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية - مصر ، ع 13 ، 2005م ، ص: 91.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية، مرجع سابق ، ص: 13.

النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة. ". ومما يؤكد استمداد قانون المعاملات المدنية الإماراتي من الفقه الإسلامي نص المادة الثانية "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي" وذلك لأن نصوص هذا القانون مستمدة من الفقه الإسلامي، وحتى وإن استمد بعضها من غير الفقه الإسلامي - مثل ما فعل القانون المدني الأردني - فإنها لا تخالف أحكامه، ولذلك يرجع في فهمها إلى قواعد الفقه الإسلامي، مما يدل على قطع الصلة بينها وبين المصدر الذي استمدت منه، حتى لا يقول قائل إن مصدر تلك المادة هو القانون الفرنسي أو الإيطالي فيجب الرجوع إليهما لفهم هذه المادة.

#### الفرع الخامس: قانون المعاملات المدنية السوداني

بقي القانون الإنجليزي هو القانون الذي يحكم البلاد السودانية حتى قيام بعض الثورات التي من مطالبها ضرورة تبني تشريعات عربية بدل القوانين الأجنبية، فأعلن الرئيس السوداني في ذلك الوقت السيد جعفر نميري في 31/08/1970م بدء الثورة التشريعية، وبصفة عاجلة أحضرت لجنة من كبار المستشارين المصريين بمعية بعض القضاة السودانيين، وفي فترة وجيزة انتهت اللجنة من عملها ف جاء القانون في 917 مادة مقسمة على أربعة كتب، وجاء تقريبا نسخة عن القانون المدني المصري<sup>1</sup>، بل حتى في مذكرته التفسيرية هي مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، غير أن هذا القانون لم يدم العمل به إلا سنتين، بسبب احتدام الصراع، فألغي ورجع العمل بالقانون الإنجليزي في شأن المعاملات المدنية بالإضافة إلى السوابق القضائية، وإصدار بعض القوانين الجزئية، مثل قانون العقود، وقانون البيع، وقانون الوكالة، وذلك سنة 1974، وتوالت صدور بعض القوانين الجزئية حتى سنة 1984م، وهي السنة التي ولد فيها قانون المعاملات المدنية الجديد نتيجة ظهور رغبة رئيس البلاد السيد جعفر النميري نحو النهج الإسلامي تلبية لطلب الغالبية العظمى من الشعب السوداني، فبدأ تجسيد هذه الرغبة بالنص في

<sup>1</sup> فاطمة محمد عبد العليم، مرجع سابق، ص: 429.

دستور 1973 م في مادته التاسعة " الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع" وفي سنة 1977م تشكلت لجنة لمراجعة القوانين السودانية وتعديلها لتتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وفي 11 / 2 / 1984م صدر قانون المعاملات المدنية ، والذي شمل 819 مادة، مستمدا بعض أحكامه من بعض قوانين الدول العربية، وخصوصا القانون المدني الأردني، ومشروعات قوانين بعض دول الإمارات العربية المتحدة قبل صدور قانونها المدني الموحد ، ومصر، والكويت، واليمن، كما استعان في كثير من مواده بفقه المذهبين الحنفي والمالكي، ليصبح قانونا مستمدا من الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>، غير أن هذا القانون تعرض لحملة شرسة، منها ما هو جدير بالذكر والبيان مثل إغفال القانون المدني لكثير من المسائل المهمة كالمبادئ العامة لآثار الالتزام من تنفيذ عيني جبري أو بمقابل، ثم ما يتعلق بأوصاف الالتزام، وما يتعلق بانقضاء الالتزام سواء بالوفاء أو ما يعادل الوفاء أو بالإبراء..<sup>2</sup> ، ومنها ما هو مبالغ فيه كادعاء بعضهم بأن نصوصه تكاد تطابق نصوص القانون المدني القديم لسنة 1971 بنسبة 75 % تقريبا مع بعض التحوير والتغيير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المكاشفي طه : تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة ، الزهراء للأعلام العربي ، ص : 19.

<sup>2</sup> وانظر المؤاخذات على هذا القانون في : أحمد عثمان عمر ، أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني،

الشركة العالمية للطباعة والنشر ، 2006م ، ص: 239 وما بعدها .

<sup>3</sup> أحمد عثمان عمر ، مرجع سابق ، ص: 238.

## المطلب الثاني : الدول التي زاوجت في الاستمداد في قانونها المدني بين الفقه الاسلامي و القانون الغربي

من أهم الدول التي تمثل هذا الاتجاه هي العراق ، وهذا بشهادة أكثر فقهاء القانون ، وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري ، الذي كان رئيساً للجنة التي أعدت المشروع ، أما بالنسبة لمجلة الالتزامات والعقود التونسية التي هي أصل قانون الالتزامات والعقود المغربي والموريتاني، فإن الفقهاء لم يستقروا من حيث مدى تأثيرها بالفقه الإسلامي على رأي كما سنرى في محله ، وقد آثرت أن أضعها في نفس المكانة مع القانون المدني العراقي لكثرة المسائل التي استمدتها من الفقه الإسلامي إذا ما قورنت بالاتجاه الثالث والأخير .

### الفرع الأول : القانون المدني العراقي

ظلت مجلة الأحكام العدلية هي المطبقة في العراق إلى غاية صدور القانون المدني العراقي الجديد ، ففي سنة 1936 ألفت الحكومة العراقية لجنة من رجال القانون لوضع مشروع قانون مدني جديد يقوم على أساس من الفقه الإسلامي مع إدخال ما تقتضيه ظروف التطور من القوانين الحديثة ، وكان من بين أعضاء تلك اللجنة الأستاذ السنهوري ، وكان في ذلك الوقت عميدا لكلية الحقوق في بغداد ، فوضع مشروعا تمهيديا لأحكام عقد البيع ، ثم توقفت اللجنة عن عملها . وفي عام 1943م تألفت لجنة جديدة برئاسة الأستاذ السنهوري لهذه الغاية ، فأنجزت عملها في مدة ثلاث سنوات ، ثم عرض على مجلس الأمة فوافق عليه بتاريخ 1951/9/8 ، على أن يطبق بعد سنتين من تاريخ نشره<sup>1</sup>. وقد جاء هذا القانون في 1383 مادة تنقسم إلى باب تمهيدي وقسمين رئيسيين:

القسم الأول: يتناول الالتزامات والعقود وينقسم إلى كتابين .

القسم الثاني يتعلق بالحقوق العينية ، وينقسم بدوره إلى كتابين.

أما بالنسبة لمصادر هذا القانون فقد جاء في لائحة الأسباب الموجبة لهذا القانون مايلي:

" وقد أخذت الأحكام الواردة في هذا المشروع من :

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية، مرجع سابق ، ص: 9.

المشروع المصري: والذي هو في جملته صفة مختارة من القواعد التي استقرت في أرقى التقنيات الغربية ، والقوانين العراقية الحالية، وفي طليعتها مجلة الأحكام العدلية وقانون الأراضي ، ومن الشريعة الإسلامية .<sup>1</sup>

إذاً مصادر القانون المدني العراقي هي " القانون المدني المصري الذي يمثل القانون الغربي ، والقوانين المعمول بها في العراق وأهمها مجلة الأحكام العدلية ، والشريعة الإسلامية ويدخل فيها جميع المذاهب الفقهية وبعض مشاريع القوانين مثل مرشد الحيران لـقـدري باشا الذي اعتمد عليه في كثير من الأحيان المشرع العراقي "

وبذلك تعتبر العراق من أول الدول العربية التي اعترت بتراتها وحفظته من الضياع، وجعلت من الفقه الإسلامي أساساً لقرابة النصف من مواد قانونها المدني<sup>2</sup>، أو أكثر من النصف<sup>3</sup>.

فعلى سبيل المثال فإن الباب التمهيدي يحتوي على 8 مواد من مجلة الأحكام العلية.

وفي الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام من الكتاب الأول من القسم الأول ، والمشمول على 173 مادة نقل منه ما يقرب من 76 مادة من المجلة ، وما يقرب من 22 مادة من مرشد الحيران، مع وجود الكثير من المواد المتقاطعة والمتشابهة بين المجلة ومرشد الحيران .

وفي الباب الثاني الخاص بآثار الالتزام من نفس الكتاب المشتمل على 39 مادة، نقل منه 5 مواد من المجلة.

وفي الباب الثالث الخاص بالأوصاف المعدلة للالتزام والمشمول على 54 مادة ، نقل منها 13 مادة من مجلة الأحكام العدلية ، و 14 مادة من مرشد الحيران ...

<sup>1</sup> لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني طبعة في مقدمة القانون المدني العراقي في نسخته الأصلية، ص: 04.

<sup>2</sup> محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ المنهج التطبيق، مرجع سابق، ص: 61.

<sup>3</sup> كما أثبتته الدكتور أحمد عبيد جاسم في أطروحته الموسومة بالتأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، وذلك بعد أن رد أكثر نصوص القانون المدني إلى مجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيران، وبعض مدونات الفقه الإسلامي. انظر : أحمد عبيد جاسم ، التأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، منشورات زين الحقوقية ، ط1/ 2013. وخصوصاً النتائج التي توصل إليها كما سبق ص: 489.



وهكذا في جميع الأبواب والكتب<sup>1</sup>.

وفيما يخص مكانة الشريعة الإسلامية من بين المصادر الاحتياطية التي يرجع إليها القاضي فقد جاءت في المرتبة الثانية بعد العرف والعادة ، مقلدا في ذلك القانون المدني المصري ، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون ، وليته لم يفعل ، لأن ابتعدوا خطوة عن الفقه الإسلامي ، وهم الذين يريدون أن يتميزوا عن بقية القوانين بقربهم من الفقه الإسلامي حسب ما تم ذكره في لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي .

ومن الموضوعات التي استمدها القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي إجمالاً نجد : بعض القواعد الفقهية مثل : المادة 2 " لا مسأخ للاجتهااد في مورد النص " ، المادة 3 " ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه " وهكذا من القواعد إلى المادة 5 .

نجد أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 07 ) ، الرضا كأحد أركان العقد ( مواد 77-92 ) ، الأهلية ( مواد 93-111 ) ، أحكام تفسير العقد ، والتي هي عبارة عن قواعد فقهية ( مواد 155-167 ) ، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام ( مواد 184-185 ) ، حوالة الدين ( مواد 339-361 ) ، الإبراء من الدين بإرادة منفردة ( مواد 420-424 ) ، خيار الشرط ( مواد 509-513 ) ، الهبة كأحد العقود التي تقع على الملكية ( مواد 601-625 ) ، وبعض أنواع الشركات كشركة الوجوه ، وشركة المضاربة ، وشركة الأعمال ( مواد 658-683 ) ، إيجار الأراضي الزراعية ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمغارسة كأنواع للإيجار ( مواد 794-833 ) ، وحقوق الارتفاق ، والعلو والسفل والحائط المشترك والميراث والوصية كسببين لكسب الملكية والشفعة ...<sup>2</sup>

كانت هذه بعض الأمثلة فقط التي تبين مدى استمداد القانون المدني العراقي من الفقه الإسلامي ، والقانون العراقي يعد نموذجا خاصا للقوانين التي جمعت بين أحكام الفقه

<sup>1</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص : 494-495.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص : 495-498. احمد عبيد جاسم في رسالة التأصيل الفقهي للقانون المدني العراقي التي سبق الإشارة إليها ، فقد ذكر جميع المسائل المستمدة من الفقه الإسلامي .

الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنبا إلى جنب ، مع تغليب الفقه الإسلامي وجعله هو الأساس الأول الذي يبنى عليه التقنين.

### الفرع الثاني : القانون المدني التونسي و المغربي و الموريتاني :

لم تصطحح بعض هذه الدول على القانون المنظم للمعاملات المالية بين الأفراد المصطلح الغربي المعروف، بل فضلت مصطلح المجلة، على غرار مجلة الأحكام العدلية ، فسمت تونس قانونها المدني بمجلة الالتزامات والعقود ، وتعتبر مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة سنة 1906م هي أصل قانون الالتزامات والعقود المغربي ، والذي صدر سنة 1913م ، وقد حدثت فيه تعديلات عديدة اختصرها الأستاذ السنهاوري بقوله " ولكن التقنين المراكشي جاء أكثر اختصارا من التقنين التونسي ، إذ حذفت بعض النصوص المتعلقة بالإجراءات لا تطبق في مراكش ، ولا شأن لها بالقانون المدني ، وحذفت كذلك بعض النصوص تتعلق بقانون التجارة ، وأخرى بقانون الأراضي لا محل لتطبيقها بمراكش ، وأخيرا حذفت نصوص استمدت أحكامها من عادات محلية بتونس ، كما عدلت بعض المواد...<sup>1</sup> وهذه الثانية هي الأصل لقانون الالتزامات والعقود الموريتاني الصادر سنة 1989م ، مع حدوث بعض التعديلات المتعلقة بالأعراف والعادات ... ولأن مصدر هذه القوانين الثلاثة المذكورة هو مجلة الالتزامات والعقود التونسية سنقتصر عليها فقط.

لما أعلن الفرنسيون الحماية على تونس قرروا إصدار نظام قانوني يحكم البلاد ، فألفوا لجنة مكونة من خمسة أعضاء ، كلهم من رجال القانون الفرنسي بتاريخ 06/09/1896م<sup>2</sup>، ومهمتها وضع مشروع لتقنين حديث يضم أحكام الالتزامات والعقود والتجارة ، وعين مقرا لهذه اللجنة محام إيطالي معروف بتمكنه من الفقه الإسلامي ، اسمه دافيد سانتيلانا.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص: 21.

<sup>2</sup> بوزغيبية محمد ، حركة تقنين الفقه الإسلامي في البلاد التونسية ، مركز النشر الجامعي 2003 ، ص: 197.

وقد بذلت هذه اللجنة جهدها في التوفيق بين أحكام القانون الفرنسي وأحكام القوانين الغربية وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup> مع مراعاة الأعراف والعوائد التونسية<sup>2</sup>، وبعد أن أتمت اللجنة عملها نوقش المشروع على مدار سنة كاملة ، ثم عرض على لجنة أخرى متكونة من اثنين من أعضاء اللجنة الأولى ، وعشرة من علماء الشريعة ، منهم خمسة من أساتذة الشريعة في جامع الزيتونة، وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية ، وهذه اللجنة هي التي قامت بالترجمة أولاً، ثم راجعته مراجعة دقيقة ، وخرجته على أحكام الشريعة الإسلامية، ولم تجد فيه ما ينافيها ، وقد اعتمدت في عملها هذا على الأسس الآتية :

- جواز الاقتباس من الغير .

- ملاحظة مقاصد الشريعة فيما يقتبس من القوانين.

- تجاوز التعصب المذهبي عند الترجيح أو التخريج.<sup>3</sup>

فصدر بذلك مرسوم الباي في 15 ديسمبر 1906م<sup>4</sup> مصادقا على عمل اللجنة ، وبذلك خرج هذا التقنين إلى الوجود باسم مجلة الالتزامات والعقود .

وقد تباينت وجهات النظر من حيث مدى استمداد مجلة الالتزامات والعقود التونسية من الفقه الإسلامي إلى عدة أقوال أهمها :

**القول الأول :** يتزعمه محمد عبد الجواد الفقيه القانوني الكبير ، والمناضل لأجل تطبيق الشريعة وإحلالها محل القوانين الوضعية ، ومن انتصر له كالدكتور بو زغبية في أطروحته " حركة تقنين الفقه الإسلامي في البلاد التونسية" والكثير من الباحثين المغاربة ، يقول الدكتور محمد عبد الجواد : تعليقا على قول سانتيلانا - "بأنه لا يوجد بهذا المشروع أي أثر لما هو مخالف لمذهب أشهر فقهاء الإسلام .... هذا العمل من أعمال الحضارة السامية التي بادرت فرنسا به ، والذي يمكن لها أن تفخر به أمام التاريخ ..- " فإني أؤيده كل التأييد ،

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص: 20.

<sup>2</sup> بوزغبية محمد ، مرجع سابق ، ص: 202.

<sup>3</sup> أحمد أدريوش . أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الرباط 1996م ، ص : 177 وما بعدها .

<sup>4</sup> بوزغبية محمد ، مرجع سابق ، ص: 202.

وليتهمني من شاء بما شاء ، في أن لفرنسا الاستعمارية أن تفخر بأن وكلت إلى مستشرق إيطالي أن يضع قانونا يستمد من الشريعة الإسلامية، في الوقت الذي عمدت فيه مصر بواليتها أو خديوبها المسلم، واستقلالها وأزهرها ، وعلمائها الدينيين والمدنيين إلى نقل القوانين الفرنسية وإصدارها إلى مصر"<sup>1</sup>.

**القول الثاني :** ويتزعمه الأستاذ السنهوري، والذي يرى بأن هذا القانون ينتمي إلى الثقافة القانونية الغربية اللاتينية ، حيث يقول " فوضعت اللجنة المشروع ، وبذلت بعض الجهد في التوفيق بين أحكام القانون الفرنسي وأحكام القوانين الغربية وأحكام الفقه الإسلامي ، ولكن أحكام القانون الفرنسي كانت هي الأساس الذي بني عليه العمل "<sup>2</sup> .

ولعل اللبس الذي حدث بالنسبة للفريق الأول خصوصا لما عرض المشروع على جماعة من العلماء المتخصصين في الشريعة الإسلامية ، وخرجوا نصوصه على أحكام الفقه الإسلامي ، ثم عرض المشروع للمراجع التي استمد منها هذا القانون، وهي متنوعة ما بين كتب في الفقه المالكي كالتبصرة لابن فرحون ، والعقد المنظم لابن سلمون ، والبهجة في شرح التحفة للتسولي ، وتحفة محمد بن عاصم ... وفي الفقه الحنفي : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ورد المحتار لابن عابدين ، والفتاوى الهندية ، ومجلة الأحكام العدلية ، ومرشد الحيران ، كذلك كان من بين المراجع المعتمدة القوانين الغربية مثل القانون الفرنسي، والإيطالي ، والألماني ...وللإجابة على هذا اللبس نطرح التساؤل التالي : هل كل قانون نستطيع تخريجه على أحكام الفقه الإسلامي يصير قانونا إسلاميا؟، فالأولون لما رأوا أن مجلة الالتزامات والعقود لما كانت تحيل إلى مراجع في الفقه الإسلامية تتضمن نصوص مواد المجلة ، قالوا بأنه أخذ نصوصه عن الفقه الإسلامي ، أو أن هذه النصوص مادامت لا تتعارض مع الفقه الإسلامي، ونستطيع تخريجها على أحكامه ومقاصده فهي داخلة في دائرة الفقه الإسلامي ، وهو العمل الذي قام به علماء الشريعة الذين عرض عليهم المشروع.

<sup>1</sup> بوزغبية محمد ، مرجع سابق ، ص: 206-207.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص: 20.

أما من قال بالقول الثاني فهم يرون أنه وإن استطعنا تخريج جميع أحكام القانون على أحكام الفقه الإسلامي، فلن نكتسي هذه النصوص الصبغة الإسلامية، ولا يوصف القانون بأنه مستمد من الفقه الإسلامي، بل يقولون هو قانون غربي النزعة موافق للفقه الإسلامي، ولذلك جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن هذا القانون - أي المصري - نستطيع تخريجه كله على أحكام الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، ومع هذا هم يقولون أنه غربي النزعة يمثل الثقافة القانونية الغربية حق تمثيل<sup>2</sup>.

ولاضطراب الآراء في مدى استمداد هذا القانون من الفقه الإسلامي رأيت أن أضعه في نفس المكانة مع القانون المدني العراقي من حيث الاستمداد من الفقه الإسلامي، وإن كان قد ورد في لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي في تعداد القوانين اللاتينية النزعة فذكر منها القانون المدني التونسي والمغربي، وجعلهم في نفس المرتبة مع القانون المدني المصري والسوري<sup>3</sup>.

هذا ولا ينكر تأثر هذا القانون بالفقه الإسلامي فقد أخذ عنه الكثير من أحكامه مثل مسائل الأهلية (مادة 6-7)، الجعل (مادة 19)، مجلس العقد (مواد 27-36)، الإكراه (مادة 50)، الغبن (مادة 61)، عقد السكران (مادة 58)، التعسف في استعمال الحق (مادة 103)، اليمين (مادة 427)، بيع المريض مرض الموت (مادة 565)، تحريم بعض بيوع الغرر (مواد 571-574)، بيع الزيل (575)، بيع الطعام (مادة 584)، الفضالة (مادة 1179)، عقد القراض (مواد 1195-1225)، الخماسة (مادة 1369)، المساقاة والمغارسة (مواد 1395-1426)<sup>4</sup>. إضافة إلى الكثير من القواعد الفقهية المنثورة بين دفتي هذا القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج20/1.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، أبحاث حقوقية، القانون المدني العربي، مرجع سابق، ص:7.

<sup>3</sup> لائحة الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي، ص: 03.

<sup>4</sup> محمد بوزغيبية، الأصول الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود، مقال ضمن وحدة بحث، كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود 2006، ص: 43-51. وانظر أيضا فاطمة محمد عبد العليم، مرجع سابق، ص: 451-454.

<sup>5</sup> محمد بوزغيبية، الأصول الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص: 52-56.

## المطلب الثالث : الدول التي استمدت قانونها المدني جله من الفقه الغربي إلا بعض

### المسائل

#### الفرع الأول : القانون المدني المصري ومن حذا حذوه كالقانون السوري والليبي ... :

لأن القانون المدني المصري يعد أصلاً لمجموعة من القوانين المدنية العربية مثل القانون المدني السوري لسنة 1949م ، والقانون المدني الليبي لسنة 1953م ، والقانون المدني الجزائري لسنة 1975م ، فهذه القوانين الثلاثة على الخصوص تكاد تكون نسخة طبق الأصل عن القانون المدني المصري ، ما عدا بعض الاختلافات البسيطة التي تميز بها كل بلد من حيث الأعراف والعادات ، أو حذف بعض المواد ، ومن المسائل التي تميزت بها القوانين الثلاثة : السوري والليبي والجزائري عن القانون المدني المصري تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف ، خلافاً للأصل المصري الذي قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للمصادر الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص ، وبعض المسائل مثل تحريم الفوائد الربوية بين الأفراد كما في القانونين المدنيين الليبي والجزائري خلافاً للقانون المدني المصري .

ولذلك سوف أقتصر على القانون المدني المصري ، وكل ما يقال عن القانون المدني المصري من حيث استمداده من الفقه الإسلامي ينصرف في أكثره إلى بقية القوانين المذكورة.

إن أول قانون مدني في مصر هو القانون المدني المختلط سنة 1875م ، الذي وضع ضمن حركة الإصلاح القضائي التي تم الاتفاق عليها بين مصر والدول صاحبة الامتيازات. ثم صدر القانون المدني الأهلي بعد ثمان سنوات ، وذلك في سنة 1983م ، لتطبيقه المحاكم الأهلية في الدعاوى التي تقوم بين المواطنين دون غيرهم .

وبعد أن ألغيت الامتيازات الأجنبية بمعاهدة مونترال سنة 1937م ، كلف الأستاذ السنهوري بوضع مشروع جديد للقانون المدني ليحل محل القوانين المدنية الأهلي والمختلط<sup>1</sup>،

<sup>1</sup>فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص: 410.

فصدر القانون بعد معارك طويلة بين من يريدون قانونا إسلاميا خالصا كالدكتور محمد صادق فهمي ، وبين من يريدون غربي النزعة كواضعه الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، كما تروي ذلك لنا مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون<sup>1</sup>، وصدر القانون سنة 1948م ، وطبق بعد سنة من صدوره ، وجاء مشتملا على 1149 مادة ، مقسما إلى باب تمهيدي وقسمين رئيسيين :

القسم الأول : الالتزامات أو الحقوق الشخصية ، وجاء مقسما إلى كتابين

- الكتاب الأول : الالتزامات بوجه عام ( مواد 89-417 )

- الكتاب الثاني : العقود المسماة ( مواد 418-801 )

القسم الثاني : الحقوق العينية

- الكتاب الأول : الحقوق العينية الأصلية ( مواد 802-1029 )

- الكتاب الثاني : الحقوق العينية التبعية ( مواد 1030 - 1149 )

وقد استقى القانون المدني المصري نصوصه من ثلاثة مصادر هي :

- 1- القانون المدني المصري السابق ( نصوصه وقضاؤه ، وهو قانون فرنسي إلا قليلا ) .
- 2- القوانين الغربية الحديثة من جرمانية ولاتينية وغيرها وقد وصلت إلى قرابة 20 قانونا .
- 3- الفقه الإسلامي ، يقول السنهوري " للفقه الإسلامي مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة ، فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، واستحدث أحكاما جديدة أخذها عن هذا الفقه ، وجعل بعد ذلك كله الفقه الإسلامي مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> انظر : مقدمة الجزء الأول من مجموعة الأعمال التحضيرية .

<sup>2</sup> وهل تقدم الفقه الإسلامي على مبادئ القانون الطبيعي فيه فضل للفقه الإسلامي!!! هذا الترتيب عليه ملاحظات كثيرة

### أ/ القديم من الفقه الإسلامي الذي استبقاه التقنين المصري الجديد

وهذه المسائل هي : بيع المريض مرض الموت ( مادة 477-478)، الأهلية ( مادة 44-48، 109-119)، الشفعة ( مادة 935-948)، الهبة (مادة 486-504)، سداد الديون قبل قسمة التركة ( مادة 891-899)، الغبن في بيع القاصر ( مادة 845)، خيار الرؤية ( 419-422)، تبعة الهلاك في المبيع (437)، غرس الأشجار في العين المؤجرة ، الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ( مادة 856-869)، وبالحوائط المشترك (مادة 814-818)، ومدة التقادم ( مادة 968-969) .

### ب/ الجديد من الفقه الإسلامي الذي استحدثه التقنين الجديد

بعض هذه الأحكام هي مبادئ عامة أو نظريات ، وبعضها مسائل تفصيلية .

#### - المبادئ العامة :

من هذه المبادئ العامة ما لي:

1/ النزعة الموضوعية التي تتخلل كثيرا من نصوصه ، وهي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية، أثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح .

2/ نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 05 ) : لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي ، وخصوصا معايير التعسف ...

3/ حوالة الدين ( مادة 315-322 ) :وكذلك الأمر في حوالة الدين أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي ، فأخذ بها التقنين .

4/ ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ( الظروف الطارئة) ( مادة 2/147 ) : أخذ بها بعض التقنينات الحديثة ، فرجح التقنين الجديد الأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة ، ونظرية العذر في الفقه الإسلامي .



- الأحكام التفصيلية التي استحدثتها التقنين الجديد واستمدها من الفقه الإسلامي :

من هذه المسائل كما يقول السنهوري " الأحكام الخاصة بمجلس العقد (مادة 94-97) ، وإيجار الوقف (مادة 628-634) ، وبالحكر (مادة 999-1014) ، والمسائل المتعلقة بإيجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعدر فقد نصت عليهم المواد (610-627) ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده (مادة 371-372) " <sup>1</sup>.

ثم يقول السنهوري " هذا هو الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبني عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور ، وتنطوي عليها الجوانح ، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن " <sup>2</sup> ، وقال في مكان آخر - فيمن يدعي أن بعض النظريات القانونية كمنظريّة البطلان وعيوب الرضا ونظريّة السبب ونظريّة الفسخ ، هي نظريات يمكن الأخذ بها كما هي مبسّطة في القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب فقهية تتعارض معها كل التعارض <sup>3</sup> - " وبدهي أن الشريعة الإسلامية لا تخدم

<sup>1</sup> هذا ما نص عليه السنهوري من حيث الاستمداد من الفقه الإسلامي انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000م ، ج1/56-59. وهو ما أثبتته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري كما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج1/131-132

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/هامش ص: 60

<sup>3</sup> وهو تعريض للمشروع الذي قدمه الأستاذ محمد صادق فهمي والذي أعده مع بعض علماء الأزهر وبعض فقهاء القانون على أنه مستمد من الفقه الإسلامي ، وكان متعلقاً بنظريّة العقد فقط ، ودار جدال كبير بين الدكتور محمد صادق فهمي والأستاذ السنهوري بهذا الخصوص كما هو مدون في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، وقد عرض الأستاذ محمد صادق فهمي جزءاً من مشروعه هذا مقارناً بمشروع القانون المدني المصري وأبان الفروق بين مشروعه المأخوذ عن الفقه الإسلامي وبين ما ذهب إليه مشروع القانون المدني المصري وذلك في محاضرة ألقاها بعنوان الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن بخصوص انعقاد المؤتمر الثاني للمحاميين العرب . انظر: محمد صادق فهمي ، الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن ، كتاب المؤتمر الثاني للمحاميين العرب ، المنعقد بالقاهرة من 3-8 مارس 1956م ، طبع بإشراف نقابة المحامين ، مصر ، مطبعة حجازي ، سنة 1956م ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/85-89.

عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها ، وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هي الأمانة العلمية ، ولا يعيب الشريعة الإسلامية أنها لا تطاوع في بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يعيبها أن تشوه مبادئها وأن تمسح أحكامها <sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : القانون المدني اللبناني

ظلت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المطبق في لبنان حتى سنة 1934م ، وكان لبنان وقتها تحت الانتداب الفرنسي ، فكلف الأستاذ روبرس بوضع مشروع للالتزامات والعقود ، ولما تم إرساله إلى الأستاذ جوسران، عميد كلية الحقوق بليون ليعيد فيه النظر ، ثم حول إلى اللجنة الاشتراعية الاستشارية بلبنان لتفحيه ووضعه في صيغته النهائية ، وصدر هذا القانون في 1932/03/09م ، ونشر في الجريدة الرسمية في 1932/04/11م ، وعمل به في أواخر سنة 1934م ، وسمي هذا القانون بقانون الموجبات والعقود، وجاء مشتملا على 1106 مادة ، مقسما إلى قسمين رئيسيين ، كل قسم يحوي مجموعة من الكتب <sup>2</sup> .

أما مصادر هذا القانون كما يقول السنهوري " ولكنه تأثر تأثرا كبيرا بالتقنين المدني الفرنسي وبالمشروع الفرنسي الإيطالي ، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما ... كما أنه لم يعن عناية كافية بالتوفيق بين ما أورده من أحكام وأحكام الشريعة الإسلامية ، بل اقتفى أثر تركيا ومصر <sup>3</sup> ، في نبذه للشريعة الإسلامية " ، وفي ذلك يقول نائب رئيس اللجنة الاشتراعية في تقريره " فخلق إذن بالجمهورية اللبنانية أن تقتدي بالأمم الغربية ، وبأقرب جاراتها أعني تركيا ومصر ... <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/هامش ص : 61.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص : 21-22. فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص : 469.

<sup>3</sup> يقصد مصر في قانونها المختلط ( 1875م ) ، والأهلي ( 1883م ) ، لا قانونها الجديد الذي جاء متأخرا عن القانون المدني اللبناني .

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مقال من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص : 22.

ومع هذا فإن هذا القانون جاء متأثراً بالشرعية الإسلامية في جملة من الأحكام، أهمها : نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 124 ) ، الإثراء بلا سبب ( مواد 140-146 ) ، الوعد بمكافأة ( مادة 179 ) ، التعاقد بين غائبين ( 184 ) ، حوالة الدين ( مواد 287-289 ) ، الغبن ( مادة 213-214 ) ، خيار الشرط ( 84-87 ) ، الشفعة ، المغارسة ، المزارعة ، المساقاة ، بيع السلم ، أحكام مرض الموت<sup>1</sup> .

### الفرع الثالث : القانون المدني الكويتي :

بقيت مجلة الأحكام العدلية هي القانون المطبق في الكويت حتى سنة 1980 ، غير أنه عندما كلف الأستاذ السنهوري بوضع مشروعات قوانين دولة الكويت قام بنقل الجزء الخاص بالالتزامات في القانون المدني المصري إلى القانون التجاري الكويتي مما أبعث تطبيق المجلة في هذا الجزء ، وفي سنة 1977م أصدر مجلس الوزراء الكويتي قراراً بتشكيل لجان يكون مهمتها وضع قوانين مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لأحكام الدستور الذي نص على أن " الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع " ، و متمشية مع واقع الكويت وتقاليد ، ومن هذه اللجان لجنة التشريعات المدنية ، والتي أسفر عملها على صدور القانون المدني الكويتي الحالي في أكتوبر 1980م ، والذي ألغى في مادته الأولى العمل بمقتضى مجلة الأحكام العدلية ، وجاء هذا القانون في 1082 مادة ، وجاء من حيث التقسيم موافقاً للتقنين المدني المصري تماماً .

وقد استمد هذا القانون كغيره من قوانين الدول العربية بعضاً من أحكامه من الفقه الإسلامي ، وما استمده من باقي القوانين العربية والغربية خرج على أحكام الشريعة الإسلامية ، فقد جاء في مقدمة هذا القانون ما يلي : " إن هذا القانون قد جاء في أحكامه متوافقاً تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ، حتى إنه لا يوجد فيه يحكم يستعصى تخريجه على مذهب من هذه المذاهب ، أو يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية السمحة ، وذلك مع الاستفادة في الوقت ذاته مما وصل إليه الفكر القانوني المعاصر من

<sup>1</sup>فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص: 470-472.

تقدم رائع في فن صناعة التشريع وأساليبه الحديثة... وأصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع ، ومتفق مع أحكام الشرع الإسلامي الأغر<sup>1</sup>.

وقد جعل القانون المدني الكويتي في مادته (الأولى فقرة 02) أحكام الفقه الإسلامي المصدر الثالث بعد العرف ، تقليدا للقانون المدني المصري ، والعراقي ، غير أن هذه المادة عدلت بعد ذلك ، فقدمت أحكام الفقه الإسلامي على العرف ليكون النص كالاتي " فإن لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الاسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها ، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف" وكان هذا التعديل بمبادرة من اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، التي شكلت بالمرسوم رقم 1991/139م ، لوضع خطة لتهيئة الأجواء لاستكمال لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

### ومن مظاهر أثر الفقه الإسلامي في هذا القانون ما يلي :

نظرية التعسف في استعمال الحق ( مادة 30) ، مجلس العقد ( مادة 46- 50) ، الغبن في عقد القاصر ( 163)،الوعد بجائزة كتطبيق للإرادة المنفردة ( 121-122) ، ضمان أذى النفس ، ويقصد به التعويض بالدية الشرعية ( مواد 248-252) ...وكثير من المسائل التي تدل على الأثر الواضح للشريعة الإسلامية في هذا القانون ، وخصوصا أن جميع مواده لا تعارض الشريعة الإسلامية كما سبق نقله<sup>3</sup>.

وفي الأخير لقد رأينا كيف أن الفقه الاسلامي أثر في جميع قوانين الدول العربية التي تطرقنا إليها - بل وحتى التي أغفلناها تجنبنا للإطالة ، وخصوصا أنه يقال فيها ما يقال في مثيلاتها، كالقانون المدني القطري لسنة 2004م، والقانون المدني البحريني، والقانون المدني

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية، مرجع سابق ، هامش ص: 12.

<sup>2</sup> حشاد حسام. تقنين الفقه الإسلامي كخطوة لتوحيد التشريعات في البلاد العربية و الإسلامية. حلقات نقاشية لرابطة الجامعات الإسلامية حول - التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل - المنظمة بالأزهر في الفترة الممتدة بين 21-23 أبريل 1999م، مصر ، مج 2 (1999)، ص: 182.

<sup>3</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص : 481-485..

لسلطنة عمان..- فلقد رأينا أن بعض الدول بلغ تأثير الفقه الإسلامي فيها ميلا كبيرا، وبعضها كان تأثير الفقه الإسلامي موازيا لتأثير القانون الغربي ، وبعضها كان أثر الفقه الإسلامي فيها قليلا ، وهي أكثر الدول العربية للأسف ، وحاولنا إعطاء بعض الأمثلة التوضيحية من خلال عرض بعض النصوص القانونية من كل القوانين المدروسة .

وفي الختام نقول إن تشريع كل أمة هو من خصائصها ، وله ارتباط وثيق بأخلاقها، وتقاليدها، وجوّها ، وأرضها ، وما هو إلا مظهر من مظاهرها الاجتماعية ، ومرآة لحالتها الاقتصادية ، وإذا ألقينا نظرة على مختلف الأمم التي لها مجد في الحياة ، وشخصية تعتر بها ، وجدنا أن قانونها هو منها ، وهي مصدره الأول ، فها هو القانون الفرنسي ما هو إلا قانون تلك الأمة التي توارثته عن تاريخها القديم ، وعدلته طبقا لحاجاتها الحديثة ، كذلك الحال بالنسبة للقانون الألماني ، فهو مطبوع بطابعهم ، وهو مظهر لعقليتهم وروحهم ، وتقنين لما جرت به تقاليدهم وأنظمتهم ...وهكذا القانون الإنجليزي والإيطالي وغيره<sup>1</sup>، ويثبت نسب القانون للأمة كلما ثبت ميلاده فيها ، أو اتصاله بتاريخها وتأثره بعاداتها وتقاليدها ، ومسايرته لحالتها الاجتماعية والسياسية والدينية ، وإذا ثبت نسب القانون للأمة فقد ثبتت شرعيته وأهليته لحكمها ، ولم تجد الأمة غضاضة في احترام القانون وطاعته ، لأن الأمة في هذه الحالة إنما تحكم نفسها بنفسها ، وتخضع لما تدين به من عاداتها وتقاليدها وآدابها ونظمها وعقائدها ، ولهذا كله حرص المقننون في كل بلاد العالم إذا ما أخذوا لأمة من قوانين أمة أخرى على أن يعدلوا ما يأخذونه ، حتى يأتلف مع قوانين الأمة الآخذة ، ويتفق مع أنظمتها ، لأنهم يعلمون حق العلم أن إلزام أمة قانون أمة أخرى دون مراعاة لما بين الأمتين من اختلاف ، معناه إلزام إحدى الأمتين بالتخلي عن عاداتها ، وتقاليدها ، وآدابها ، ومميزاتها، ونظمها ، وشرائعها<sup>2</sup>، ومن ذلك ما يفخر به بعض الفقهاء السويسريين - وهو الفقيه رسل - في مؤلفه القانون المدني السويسري حيث يقول: " قد استمددنا القانون المدني السويسري من مصادر هي مصادرها، استطعنا أن نتجنب الاستمداد من التشريعات الأخرى،

<sup>1</sup> محمد صادق فهمي ، مرجع سابق ، ص : 246.

<sup>2</sup> عبد القادر عودة ، الإسلام وأوضاعنا القانونية ، نشر دار المختار الإسلامي ، ط5/ 1977م ، ص 25.

وإذا كان طبيعياً أن توجد مسائل مشتركة بين تقنيينا والتقنين الألماني أو التقنين الفرنسي ، فتقنيينا ليس مدينا لأي من التقنينين ، أو هو على الأقل ليس مدينا لهما إلا في بعض المسائل التفصيلية ، ويقدر واحد بالنسبة لكل منهما ، ويمكن القول إن تقنيينا قد نُسج على منوال طباعنا ، وأخلاقنا ، وعقليتنا ، إذ أنه حقا تشريع سويسري قبل كل شيء.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> محمد صادق فهمي ، مرجع سابق ، ص 246.

## الفصل الثاني : مدخل مفاهيمي إلى القانون المدني الجزائري

ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: التعريف بالقانون المدني وبيان مراحل وضعه  
والتعديلات التي مر بها

المبحث الثاني : مصادر القانون المدني الجزائري

المبحث الثالث : مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي  
وكيفية تفسير النصوص المستمدة منه

**المبحث الأول: التعريف بالقانون المدني وبيان مراحل وضعه والتعديلات التي مر بها**  
سنتطرق في هذا المبحث إلى التعريف بالقانون المدني وذلك في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فسننتظر إلى مراحل وضع القانون المدني الجزائري والتعديلات التي مر بها

### **المطلب الأول : التعريف بالقانون المدني**

#### **الفرع الأول : تعريف القانون لغة واصطلاحا**

##### **أولاً: تعريف القانون لغة :**

لفظة قانون لفظة ليست عربية ، وتطلق على مقياس الشيء وطريقه<sup>1</sup> ، وتطلق ويراد بها أصل الشيء<sup>2</sup>، أي أن قانون الشيء أصله وأساسه، فعلى المعنيين السابقين يراد بالقانون من الناحية اللغوية النظام والقاعدة المطردة الثابتة، ومنه يقال قانون الجاذبية ، وقانون العرض والطلب ...وقد كان للعرب السبق في استعمال كلمة القانون بمعنى القواعد التنظيمية<sup>3</sup> ، مع أن أصل الكلمة لاتيني وقيل أصلها فارسي<sup>4</sup> ، ومن معانيها القاعدة والتنظيم والقوة والمبدأ والعصا المستقيمة<sup>5</sup> .

**ثانياً: تعريف القانون اصطلاحاً :** يطلق القانون في الاصطلاح على معنيين ، معنًى عاماً ، ومعنًى خاصاً .

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، نشر دار الدعوة ،سنة 1985، ج2/763.

<sup>2</sup> انظر ابن منظور ، مرجع سابق ، ج13/350، محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص 457.

<sup>3</sup> ومنه كتاب القانون في الطب لابن سينا ، وكتاب القوانين الفقهية لابن جزي المالكي .

<sup>4</sup> مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ج2/763.

<sup>5</sup> انظر : محمد حسام محمود لطفي ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة 5 ، القاهرة 2003م ، ص 13 . غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، الطبعة السابعة ، 2004م ، ص 10 . إسماعيل عبد النبي شاهين ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، جامعة الأزهر ، سنة 2007م ، ص 10. محمد حسين منصور ، المخ إلى القانون " القاعدة القانونية " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2010م ، ص 8 . سعيد سعد محمد عبدالسلام ، المدخل في نظرية القانون ، نشر كلية الحقوق - جامعة المنوفية ، الطبعة الأولى ، سنة 2003 ، ص 10 .



## 1/ المعنى العام لكلمة قانون :

"هو مجموعة قواعد السلوك العامة ، المجردة ، الملزمة ، التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزء مادي حال، وتقسر الدولة الناس على اتباعها بالقوة عند الحاجة"<sup>1</sup>

## 2/ المعنى الخاص لكلمة قانون :

" القانون هو كل قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية في الدولة ، ويكون المقصود بالقانون عندئذ التعبير عن التشريع الوضعي ، فيقال قانون رقم \*\* الصادر بتاريخ \*\* والمنظم لمهنة المحاماة ، أو قانون المنافسة ، أو قانون الشهر العقاري ... "<sup>2</sup> ، وللقانون استعمالات أخرى أيضا ، فيطلق ويراد به التقنين أحيانا ، فيقال القانون المدني أو التجاري ويراد به التقنين المدني أو التجاري ، وقد يطلق على مجموعة القواعد القانونية المطبقة في بلد معين ، فيقال القانون الجزائري ، والقانون المصري ، والقانون الفرنسي ، بل قد يراد به ما هو أوسع من ذلك ، وهي الأنظمة أو العائلات القانونية الكبرى ، فيقال القانون اللاتيني ، والقانون الأنجلوسكسوني ، والقانون الجرمانى ، والقانون الإسلامى<sup>3</sup> .

## الفرع الثاني : تعريف القانون المدني

يعتبر القانون المدني أهم فرع من فروع القانون الخاص، بل يعتبر الشريعة العامة، فالقانون المدني هو أقدم القوانين على الإطلاق، ومنه خرجت فروع القانون الخاص، فتشابه العلاقات وتنوعها وارتباطها بأنشطة خاصة ومهن متنوعة جعل من الضروري فصل واستخراج بعض الحالات التي كان يعالجها القانون المدني وجعلها فرعا مستقلا بذاته لما لتلك الأحكام من خصوصية واتصال بنوع معين من الأنشطة والمهن ، فكان من ذلك أن

<sup>1</sup> غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 10 .

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، مرجع سابق ، ص 10 .

<sup>3</sup> انظر : غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 10-11 . محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 14-15 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 7-8 . سعيد سعد محمد عبدالسلام ، مرجع سابق ، ص 10 - 11 . عبدالله مبروك محمد النجار ، المدخل المعاصر لفقه القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، سنة 2006 ، ص 13 - 14 .

ظهر القانون التجاري ، وقانون العمل ... إلخ ، ولأن القانون المدني هو أصل جميع فروع القانون الخاص كان على القاضي وجوب الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص يخص القضية محل النزاع ، وعلى ذلك فالقانون المدني : هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية بين الأشخاص أنفسهم ، وبينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا في المجتمع<sup>1</sup> .

إذاً فالقانون المدني يضم طائفتين من القواعد، الأولى تنظم علاقات الأحوال الشخصية ، والثانية تنظم علاقات الأحوال المالية .

**أولاً: الأحوال الشخصية :** وهي التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الفرد وأسرته من جهة كالزواج والطلاق والنفقة والميراث ومسائل البنوة والنسب ... أو التي تخص الشخص نفسه كحالة الأشخاص وأهليتهم ، كحالة المفقود والغائب ، والوصية ، والوقف .

**ثانياً: الأحوال المالية ( العينية ) :** وتشمل كل من الحقوق الشخصية والحقوق العينية.

**1/ الحق الشخصي :** وهو رابطة مالية بين شخصين ، يلتزم بمقتضاها المدين بآداء حق ذا قيمة مالية للدائن ، وينطوي تحت هذا الحق ما يتعلق بمصادر الالتزام وأحكامه من انتقال وانقضاء وإثبات ... وكذلك ما يتعلق بالعقود والقواعد المنظمة لها ، كعقد البيع والإيجار والوديعة والعارية والوكالة والحراسة والمقاوله...<sup>2</sup>

**2/ الحق العيني:** ويقصد به السلطة المباشرة التي تقع من الشخص على شيء مادي معين بالذات، ويستطيع بمقتضى هذه السلطة القيام بأعمال معينة لغرض الاستفادة من هذا الشيء، وذلك باستعماله واستغلاله والتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات، وهذه الحقوق

<sup>1</sup> انظر : غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 57-58 . محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 65 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 81 . سعيد سعد محمد عبدالسلام ، مرجع سابق ، ص 97-98 . عبدالله مبروك محمد النجار ، مرجع سابق ، ص 81 .

<sup>2</sup> انظر : غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 58 . محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 65 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 82 . سعيد سعد محمد عبدالسلام ، مرجع سابق ، ص 97-98 . عبدالله مبروك محمد النجار ، مرجع سابق ، ص 82 .

العينية نوعان ، حقوق عينية أصلية كحق الملكية والانتفاع والارتفاق ، وحقوق عينية تبعية كحق الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز<sup>1</sup>.

وعليه فإن القانون المدني في أغلب الدول الغربية وبعض الدول الإسلامية يتضمن كلا من الأحوال الشخصية والمعاملات المالية ، كالقانون المدني الفرنسي والسويسري والتركي، غير أن الدول العربية فصلت الأحوال الشخصية عن المعاملات المالية ، وذلك لاعتبارات دينية، فاستمدت قواعد الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي كالجائر ومصر والمغرب والعراق...، وبقيت الحقوق العينية متنوعة الاستمداد، من الفقه الاسلامي في بعض الدول، وفي أغلبها لا يزال الاستمداد من الفقه الغربي هو المعمول به.

### الفرع الثالث : تبويب القانون المدني الجزائري

لقد جاء القانون المدني الجزائري مقسما إلى أربعة كتب ، وهي كالآتي :

**الكتاب الأول :** " أحكام عامة " من المادة 01 إلى المادة 52 ، وقد جاء مقسما إلى بابين ، الباب الأول يتضمن آثار القوانين وتطبيقها ، والباب الثاني يتضمن الأشخاص الطبيعية والاعتبارية .

**الكتاب الثاني :** " الالتزامات والعقود " من المادة 53 إلى المادة 673، وقد جاء مقسما إلى أحد عشر بابا، الباب الأول يتضمن مصادر الالتزام ، والباب الثاني آثار الالتزام، والباب الثالث الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام ، والباب الرابع انتقال الالتزام ، والباب الخامس انقضاء الالتزام ، والباب السادس إثبات الالتزام ، والباب السابع العقود المتعلقة بالملكية، والباب الثامن العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء ، والباب التاسع العقود الواردة على العمل، والباب العاشر عقود الغرر، والباب الحادي عشر والأخير خاص بالكفالة .

**الكتاب الثالث :** " الحقوق العينية الأصلية " من المادة 674 إلى المادة 881، وقد جاء مقسما إلى بابين، الباب الأول خاص بحق الملكية ، وجاء مقسما إلى فصلين ، الفصل

<sup>1</sup> انظر : غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 57-60 . محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 65-67 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 82 . سعيد سعد محمد عبدالسلام ، مرجع سابق ، ص 97-98 . عبدالله مبروك محمد النجار ، مرجع سابق ، ص 82 .

الأول معنون بحق الملكية بوجه عام وتناول خمسة أقسام، القسم الأول نطاقه وسائل حمايته، والقسم الثاني تقسيم الأشياء والأموال، والقسم الثالث القيود التي تلحق حق الملكية، والقسم الرابع الملكية الشائعة، والقسم الخامس الملكية المشتركة في العقارات المبنية، أما الفصل الثاني فقد تضمن طرق اكتساب الملكية، أما الباب الثاني من هذا الكتاب فقد جاء خاصا بتجزئة حق الملكية، والذي احتوى بدوره على فصلين، الفصل الأول حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن وحق استغلال الأراضي التي تمنحها الدولة، وحق استعمال الأراض الممنوحة لأعضاء المجموعات، أما الفصل الثاني فجاء خاصا بحق الارتفاق .

**الكتاب الرابع :** " **الحقوق العينية التبعية** " وتسمى أيضا التأمينات العينية ، وقد جاء مقسما هذا الكتاب إلى أربعة أبواب ، الباب الأول الرهن الرسمي، واحتوى ثلاثة فصول ، الفصل الأول إنشاء الرهن ، والفصل الثاني آثار الرهن، تضمن هذا الفصل ثلاثة أقسام ، القسم الأول أثر الرهن بالنسبة للمتعاقدين، والثاني أثر الرهن بالنسبة إلى الغير، والثالث خاص بحق التقادم وحق التتبع ،أما الفصل الثالث فتعلق بانقضاء الرهن ، والباب الثاني من هذا الكتاب تضمن حق التخصيص، والذي جاء مقسما إلى فصلين، الفصل الأول إنشاء حق التخصيص، والفصل الثاني آثار حق التخصيص وانقاضه وانقضاؤه، أما الباب الثالث فقد تضمن الرهن الحيازي، والذي تضمن بدوره خمسة فصول، الفصل الأول أركان الرهن الحيازي، والفصل الثاني آثار الرهن الحيازي، والفصل الثالث انقضاء الرهن الحيازي ، والفصل الرابع الرهن العقاري، والفصل الخامس رهن المنقول، أما الباب الرابع والأخير فقد تناول حقوق الامتياز، وجاء حاويا لفصلين، الفصل الأول أحكام عامة، والفصل الثاني أنواع الحقوق الممتازة، وهذا الفصل الأخير بدوره قسم إلى قسمين، القسم الأول حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، والقسم الثاني حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار .

## المطلب الثاني : مراحل وضع القانون المدني الجزائري والتعديلات التي مر بها

### الفرع الأول : مراحل وضع القانون المدني الجزائري

أنشئت بوزارة العدل سنة 1963م مديرية التشريع والوثائق ، وكان من صلاحيات هذه المديرية تحرير النصوص التي تعتمدها وزارة العدل بمبادرة منها ، أو بالاتصال مع وزارات أخرى.

وبعد إنشاء هذه المديرية قامت بتشكيل عدة لجان لإعداد مشاريع القوانين المختلفة ، وكان من بين هذه اللجان " لجنة العقود والالتزامات والحقوق العينية " ، وشكلت هذه اللجنة من قضاة ومحامين وأساتذة في الحقوق ، وممثلين عن الهيئات الوطنية المعنية ، وقد استشير بعض رجال القانون الأجانب من طرف هذه اللجنة ، وقد انقسمت هذه اللجنة إلى أربع لجان فرعية قصد وضع قانون مدني جديد ، إلا أن هذه المحاولة لم تثمر بسبب عدم تمكن اللجنة الفرعية للأموال من إنجاز ما كلفت به ، لأنها لم تتلق التوجيهات اللازمة حول مستقبل حق الملكية ، ذلك أن الموقف من هذه المسألة لم يحدد بعد .

وفي سنة 1973م أنشئت لجنة وطنية للتشريع بالمرسوم رقم 147-1973 وتشكلت هذه اللجنة من 19 عضوا ، برئاسة رئيس الدولة ، وعضوية وزير العدل الذي ينوب عن الرئيس في رئاسة اللجنة ، إضافة إلى مدير الدراسات القانونية في رئاسة الوزراء ، وممثل عن كل وزارة ، وسكرتير عام ، ونائب عام ، والرئيس الأول للمجلس الأعلى ، والنائب العام لدى المجلس ، وأربعة قضاة من المجلس الأعلى ، وأساتذة حقوق ومحامين لهم 10 سنوات في مزاوله المهنة ، ومدير التشريع والوثائق في وزارة العدل .

وكان من صلاحيات اللجنة الوطنية تفويض كل منظمة أو هيئة مختصة للقيام بالدراسات والبحوث التمهيدية بالنسبة للقانون المدني ، وقد أخذت اللجنة الوطنية بالدراسات التي أعدتها لجنة فرعية مكلفة بإعداد المشروع التمهيدي للقانون المدني ،

وكان من التوجيهات التي قدمت لهذه اللجنة الفرعية ضرورة أن يكون مشروع التقنين قائما على الأسس الاقتصادية والاجتماعية للبلاد مع اعتبار واسع للشريعة الإسلامية .

في ظل هذه التوجيهات وبيان الخطوط العامة للملكية العقارية وجدت اللجنة نفسها ملزمة بسلوك أحد الطريقتين لوضع هذا القانون ، إما وضع قانون مدني تقليدي يساير أوضاع البلاد ، أو وضع تقنين يرتكز على الاعتبارات الاشتراكية ، ويعبر عن أسس جديدة مما يحتم البحث عن صيغ جديدة لوضع هذا القانون ..

وقد سلكت اللجنة الطريق الأول وبررت ذلك بعدت حجج منها :

**أولاً:** في كل البلاد الحديثة تقريبا بما في ذلك البلاد الاشتراكية تشكل نظرية الالتزامات الكلاسيكية أساسا مهما للتقنين.

**ثانيا :** إن المفهوم الكلاسيكي للعقد ضروري لإعطاء الطلبة التكوين القانوني اللازم .

**ثالثاً:** إن القانون المدني هو الأساس الأول لكل تكوين حقيقي ، وهو علم وفن ، وهو ما يرتكز عليه التقنين الحديث ، وذلك ما نجده في القانون المدني للدول الحديثة كمصر وسوريا ...

وبعدما أتمت اللجنة عملها ، وهو وضع مشروع تمهيدي للقانون المدني ، قامت اللجنة الوطنية بدراسته وإقراره<sup>1</sup> ، و صدر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 هـ ، والموافق ل : 26 سبتمبر 1975 م ، ونشر في الجريدة الرسمية في 1975/09/30 م .

ومن الغريب أن نصت المادة 1003 من هذا القانون على ما يلي " يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1395 هـ ، الموافق 5 يوليو ( جويلية ) سنة 1975 م ... " وما ذهب إليه المشرع الجزائري يعتبر خرقا لقواعد بدهية ومقررة في جميع قوانين العالم ، فقاعدة عدم رجعية القوانين قاعدة معمول بها في جميع فروع القانون فضلا

<sup>1</sup> مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ، مبارك صائغي ، ماجستير تخصص عقود ومسؤولية ، بإشراف الأستاذ : مجد الدين دويدر ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 1985 .

عن القانون المدني ، بل لقد ناقض المشرع نفسه، فلقد نص في المادة 2 فقرة 1 من هذا القانون على أنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر

### الفرع الثاني : التعديلات التي مر بها القانون المدني الجزائري

لقد عدل القانون المدني الجزائري مرات عديدة ، وهي كآآتي :

**أولا : عدل بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 09/08/1980م** ، والذي ألغى المواد الخاصة بالتأمين من المادة 626 إلى المادة 643.

**ثانيا : القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29/01/1983م** ، والذي عدل الملكية المشتركة في العقارات والمتعلقة بالمادتين 746 و748، وعدل كذلك المواد(750، 754، 756 ، 763 ، 764، 767 ، 769، 772) ، وأضاف من المواد الجديدة ( 750 مكرر، 750 مكرر1، 750 مكرر2، 756 مكرر، 756 مكرر1، 756 مكرر2، 756 مكرر3، 763 مكرر، 764 مكرر، 764 مكرر1، 764 مكرر 2 )، ومن المواد الملغاة ( 751 ، 752، 753، 755 ، 757 ، 758 ، 759 ، 760 ، 761 ، 762، 765 ، 766 ، 768 ، 770 ، 771 )

**ثالثا : القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24/12/1984م** ، والذي عدل المادتين 455 و 456 الخاصتين بالقرض الاستهلاكي .

**رابعا : القانون رقم 87-19 المؤرخ في 08/12/1987م** ، والذي ألغى المواد من 858 إلى 866 والمتعلقة باستغلال الأراضي التي تمنحها الدولة .

**خامسا : القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03/05/1988م** ، والذي عدل بعض في أحكام الإثبات فعدل المادة 324 وأضاف مواد جديدة ( 324مكرر ، 324مكرر1، 324مكرر2، 324مكرر3، 324مكرر4، 324مكرر5، 324مكرر6، 324مكرر7، 326مكرر1، 326مكرر2) ، كما عدل المادة 416 الخاصة بعقد الشركة ، وعدل أيضا المواد من 679 إلى 681 الخاصة بحق الملكية ، كما وأضاف مواد جديدة متعلقة بحالة الاستيلاء ( 681 مكرر 1 ، 681 مكرر 2 ، 681 مكرر 3) .

**سادسا : القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07/01/1989م ، والذي نظم أحكام عقد التسيير بالفصل الأول مكرر من المواد 1 إلى 10 .**

**ثامنا : القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو ( جوان ) 2005م ، والذي تضمن تعديلات كثيرة وخصوصا في البابين الأول ( أحكام عامة ) والثاني ( العقود والالتزامات ) فقد عدل المواد ( 6 ، 7 ، 8 ، 10 ، 11 ، 12 ، 15 ، 16 ، 17 ، 18 ، 19 ، 22 ، 23 ، 24 ، 25 ، 26 ، 36 ، 38 ، 39 ، 42 ، 43 ، 49 ، 52 ، 54 ، 78 ، 79 ، 80 ، 90 ، 93 ، 101 ، 103 ، 121 ، 124 ، 125 ، 126 ، 129 ، 131 ، 132 ، 133 ، 134 ، 136 ، 137 ، 324 مكرر 3 ، 327 ، 333 ، 334 ، 335 ، 336 ، 553 ، 558 ) ، وقد أضاف هذا القانون العديد من المواد الجديدة وهي المواد ( 13 مكرر ، 13 مكرر 1 ، 17 مكرر ، 21 مكرر ، 23 مكرر ، 23 مكرر 1 ، 23 مكرر 2 ، 72 مكرر ، 123 مكرر ، 123 مكرر 1 ، 124 مكرر ، 140 مكرر ، 140 مكرر 1 ، 182 مكرر ، 323 مكرر ، 323 مكرر 1 ) ، وقد ألغيت مواد أخرى وهي المواد ( 41 ، 96 ، 115 ، 135 ) .**

**تاسعا : القانون 07-05 المؤرخ في 13 /05/2007م ، والذي جاء معدلا وملغيا ومضيفا لمواد كثيرة متعلقة بعقد الإيجار على الخصوص ، فقد عدل كلا من المواد ( 467 ، 468 ، 469 ، 476-485 ، 487-490 ، 492 ، 497-501 ، 503 ، 505 ، 507 ) .**

**وأضاف كلا من المواد ( 467 مكرر ، 469 مكرر ، 469 مكرر 1 ، 469 مكرر 2 ، 469 مكرر 3 ، 469 مكرر 4 ، 507 مكرر ، 507 مكرر 1 ) .**  
**وألغى كلا من المواد ( 470-475 ، 504 ، 508-537 )**



## المبحث الثاني : مصادر القانون المدني الجزائري

معرفة مفهوم المصدر المادي والمصدر الرسمي للقانون المدني تقودنا إلى ضرورة معرفة معنى القاعدة القانونية ، ذلك أن القانون ما هو إلى مجموعة من القواعد المتعددة المصادر في كثير من الأحيان ، والمتنوعة الأهداف ..فالقاعدة القانونية هي الأساس الذي يقوم عليه بنيان القانون ، بل هي الوحدة والخلية التي يتكون منها .

**وعليه فالقاعدة القانونية :** هي حكم عام ، مجرد ، منظم لسلوك الفرد في المجتمع ، له قوة الإلزام<sup>1</sup>.

فمن خلال هذا التعريف للقاعدة القانونية نستطيع التعرف بسهولة على خصائص القاعدة القانونية غير أن ما يهمنا معرفته هنا أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين أساسيين هما: **الفرض والأثر<sup>2</sup> وقيل الفرض والحكم<sup>3</sup> ليكون الأثر والحكم في نفس المعنى ، وقيل الحكم والجبر<sup>4</sup>.**

ومعنى الفرض والحكم أن القاعدة القانونية لا بد فيها من فرض ، وهو تصوير المسألة أما الأثر أو الحكم فهو الجزاء المترتب على المسألة المعروضة فيكون التعويض أو البطلان ... ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (124 ق م ج ) أن من سبب بخطئه ضررا للغير يلزم بالتعويض ، فالفرض هو أن يتسبب شخص بخطئه في ضرر لشخص آخر ، والأثر المترتب من ذلك هو التعويض ، أو أن يصدر قانون يقضي بمنع تجارة الذهب أو الفضة ويجعلها حكرا على الدولة ، فالفرض هو منع هذا النوع من التجارة والأثر هو بطلان العقد لمن قام بهذه التجارة الممنوعة قانونا ...

وهناك من قال أن القاعدة القانونية تتكون من الحكم والجبر " الإلزام " فالحكم في المثال السابق هو منع تجارة الذهب ، والجبر هو الجزاء الذي من شأنه أن يجعلها ملزمة لنا ،

<sup>1</sup> هو تعريف مستنبط من خصائص القاعدة القانونية ، ولمعرفة خصائص القاعدة القانونية انظر: المراجع السابقة .

<sup>2</sup> سعيد سعد محمد عبدالسلام ، مرجع سابق ، ص 14.

<sup>3</sup> أحمد السعيد الزقرد ، أصول القانون ، مجموعة محاضرات لطلبة الحقوق ، جامعة المنصور ، سنة 2001/2000م ، ص 10-11.

<sup>4</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 81.

والجزاء هنا هو البطلان ، وكأن القاعدة القانونية بهذا التصوير إنما هي جسم وروح لا ينفصل أحدهما عن الآخر<sup>1</sup> ، فالجسم هو حكم القاعدة ، وروحها هو الجبر والإلزام ، وبهذا التقسيم نستطيع القول بأن القاعدة القانونية تستمد من مصدرين اثنين مصدر مادي يمثل جسم القاعدة ، وهو النص المنظم لشأن من شؤون الجماعة ، ومصدر رسمي يمثل روح القاعدة إذ هو الذي ينفخ فيها الروح ، فيصبح لها من الإلزام ما تحقق بك تكاملها وتثبت به وجودها ، إذ يصبح لها وجود شرعي .

---

<sup>1</sup> انظر : غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 94 . وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 81.

## المطلب الأول : المصادر المادية للقانون المدني الجزائري

المصادر المادية هي تلك المصادر التي تستمد منها القاعدة القانونية مضمونها ومادتها، والتي قد تكون مصادر تاريخية ، طبيعية ، اجتماعية ، اقتصادية ، سياسية ، ثقافية ، أو دينية...<sup>1</sup>

والناظر في نصوص القانون المدني الجزائري يجد تنوعا واضحا في المصادر المادية التي استمد منها القانون مادته ، فنص المادة (2/28 ق م ج) التي تنص على وجوب أن تكون الأسماء جزائرية بالنسبة للأطفال المولودين بالجزائر ليدل على أن المصدر المادي لهذه المادة هو مصدر ثقافي وتاريخي ، ونص المادة (454 ق م ج ) على تحريم القرض بفائدة بين الأفراد هي ذات مصدر ديني ، ونص المادة (455 ق م ج ) التي أجازت الفائدة إذا كان أحد أطراف العلاقة الربوية مؤسسة ، وذلك تشجيعا للادخار هو مصدر اقتصادي ، وقد يكون المصدر تاريخيا، أي يعد الأصل التاريخي الذي أخذ عنه مضمون القاعدة ، فمثلا القانون الروماني يعد مصدرا تاريخيا للقانون المدني الفرنسي ، والقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الألماني والشريعة الإسلامية تعد مصادر تاريخية للقانون المدني المصري ، والقانون المدني المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا تاريخيا للقانون المدني الجزائري ، فالمصدر التاريخي هو نوع من المصادر المادية<sup>2</sup> ، خلافا لمن يراه نوعا قائما بذاته يختلف عن المصدر المادي<sup>3</sup> ، ذلك وقد يجتمع في بعض النصوص القانونية جميع المصادر المادية ، فيكون مصدر المادة اقتصاديا ودينيا وتاريخيا وأخلاقيا في نفس الوقت<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> انظر : عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ، ص : 83 . غالب علي الداودي ، مرجع سابق ، ص 94 . إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص 113-114 . وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 82.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 82 . عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 83 . عبد الناصر توفيق العطار ، مدخل إلى دراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، مطبعة السعادة ، القاهرة - مصر - سنة 1979م ، ص 129.

<sup>3</sup> وهو ما دأب عليه الكثير من المؤلفين ، انظر : محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 101 . محمد حسام محمود لظفي ، مرجع سابق ، ص 93.

<sup>4</sup> عبدالله ميروك محمد النجار ، مرجع سابق ، ص 94.

ومن خلال البحث في نصوص القانون المدني الجزائري نجد أنه استمد نصوصه من مصادر متنوعة ، غير أن معظم نصوصه قد استمدتها من القانون المدني المصري الجديد لسنة 1948م ، مثله مثل أغلب الدول العربية التي وجدت في القانون المدني المصري ضالتها كالقانون المدني السوري ، والقانون المدني الليبي ، والقانون المدني العراقي ..وتتمثل مصادر القانون المدني الجزائري في ما يلي :

### الفرع الأول : التشريعات الجزائرية الخاصة

من النصوص التي استقاها القانون المدني الجزائري من التشريعات الجزائرية الخاصة ما يلي :

أ/ قانون التسيير الذاتي

ب/ قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات

ج/ قانون الحالة المدنية<sup>1</sup>

د/ النصوص المتعلقة بحق المستأجر في البقاء في العين المؤجرة<sup>2</sup> ، ( المواد 514 - 537)<sup>3</sup> .

### الفرع الثاني : المدونات والتشريعات العربية

لقد استمد القانون المدني الجزائري أكثر نصوصه من هذه المدونات وخصوصا القانون المدني المصري كما سنبينه .

### أولاً: القانون المدني المصري الجديد

بصدور القانون المدني المصري الجديد لسنة 1948م ألغي كل من القانون المدني المختلط لسنة 1876م، والقانون المدني الأهلي لسنة 1883م - واللذان يكادان يكونان نسخة طبق الأصل عن القانون المدني الفرنسي - ومن الأسباب التي أدت إلى تنقيح

<sup>1</sup> مبارك صائغي ، مرجع سابق ، ص 53.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 30 ، بن شنيطي حميد ، دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ج39، عدد رقم 02 ، سنة 2002م ، ص 119.

<sup>3</sup> ألغيت جميع هذه المواد بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6).

القانون المدني المصري القديم تتقيحا شاملا العديد من العيوب أهمها - كما يقول السنهوري - " أنه فيه نقص ثم فيه فضول ، وهو غامض حيث يجب البيان ، مقتضب حيث يجب الإفاضة ، ثم هو يسترسل في التافه من الأمر فيعنى به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة ، يقلد التقنين المدني الفرنسي تقليدا أعمى ، فينقل كثيرا من عيوبه ، وهو بعد متناقض في نواح مختلفة ، ويضم إلى هذا التناقض أخطاء معيبة... وهناك مسائل كثيرة نحن في حاجة إلى أن نأخذها لا من التقنين الفرنسي العتيق بل من التقنيات الحديثة ، حيث نشهد أحدث النظريات القانونية مطبقة تطبيقا تشريعا محكما ... فهناك نظريات عامة قد استقرت في القانون وأصبحت إرثا لجميع الأمم لا نجد لها أثرا عندنا ، أو نجد أثرها ناقصا مقتضبا ، فنظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية عامة للغبن تتناول كل نواحي القانون ، وقانون للجمعيات والمنشآت والأشخاص المعنوية بوجه عام ، وتشريع للعمل ... ونظام لعقد التأمين ولعقود الاحتكار والمنافع العامة ، ونظرية للنيابة في التعاقد ، وتنظيم الملكية على الشيوع ، والاعتراف بحوالة الدين أسوة بحوالة الحق ، وإقرار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام ، والاعتراف بالعقود المجردة وعقود الإذعان... كل هذه نظريات لا حظ لتقنيننا منها وهي لازمة لا يجوز إغفالها في تشريع حديث... " <sup>1</sup> ، وكان هذا القانون المدني الجديد قد استمد أحكامه من ثلاثة مصادر أساسية هي :

### 1/ نصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري

لقد استقى التقنين المدني الجديد أكثر نصوصه من التقنين القديم بعد أن هذب ورتب وعدل في نصوصه ، وأضاف إليها أحكام القضاء المصري طوال سبعين سنة بقي فيها هذا القضاء يعمل في تفسير هذه النصوص وتطبيقها ، ومن الأحكام التي استمدها القانون المدني المصري الجديد من أحكام القضاء الملكية الشائعة التي لم ينص عليها القانون المدني القديم ونظمها القضاء ، وقسمة المهاية ، والحراسة ، والحكر ، وحقوق

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني ، مجلة المحاماة ، السنة 22 ، العددان الرابع والخامس ، ديسمبر 1941م ، يناير 1942م ، ص 419-420.

الارتفاق ، والتزامات الجوار ، والتعاقد بالمراسلة ، وضمان العيوب الخفية في الإيجار وفي الهبات والوصايا المخفية تحت ستار البيع ، وفي انتقال حق الشفعة بالميراث .... والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تصل إلى ثلاثة أرباع التقنين الجديد<sup>1</sup> .

## 2/ مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي

يقول السنهوري " للفقه الاسلامي مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة ، فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، واستحدث أحكاما جديدة أخذها عن هذا الفقه ، وجعل بعد ذلك كله الفقه الإسلامي مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

### - القديم من الفقه الإسلامي الذي استبقاه التقنين المصري:

وهذه المسائل هي : بيع المريض مرض الموت ، الأهلية ، الشفعة ، الهبة ، سداد الديون قبل قسمة التركة ، الغبن في بيع القاصر ، خيار الرؤية ، تبعة الهلاك في المبيع ، غرس الأشجار في العين المؤجرة ، الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ، وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم .

### - الجديد من الفقه الإسلامي الذي استحدثه التقنين الجديد

بعض هذه الأحكام هي مبادئ عامة أو نظريات ، وبعضها مسائل تفصيلية .

### - المبادئ العامة :

تتمثل هذه المبادئ العامة في ما يلي :

1/ النزعة الموضوعية التي تتخلل كثيرا من نصوصه ، وهي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، أثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط3/2000م، ج44/1. عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني مرجع سابق ، ص 425.

2/ ومن هذه المبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق ، لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي ...

3/ وكذلك الأمر في حوالة الدين أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي ، فأخذ بها التقنين .

4/ ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ( الظروف الطارئة) أخذ بها بعض التقنينات الحديثة ، فرجح التقنين الجديد الأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة ، ونظرية العذر في الفقه الإسلامي .

- الأحكام التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد واستمدها من الفقه الإسلامي:

من هذه المسائل كما يقول السنهاوري " الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ، وبالحكر ، وبإيجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده " <sup>1</sup>

ثم يقول السنهاوري " هذا هو الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبني عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور ، وتتطوي عليها الجوانح ، ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية في ضوء القانون المقارن ."<sup>2</sup>

### 3/ التشريع المقارن

لقد استند القانون المدني الجديد على هذا المصدر فاستمد منه بعض أحكامه والكثير من صيغه وعباراته ، ومن هذه الأحكام المؤسسات ، وحوالة الدين ، والإعسار ، وبعض

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/56-59 ، عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني مرجع سابق ، ص 426-428 ، وهو ما أثبتته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري كما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج1/131-132.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ هامش ص60.

المسائل التفصيلية كمسؤولية عديم التمييز ، والمسؤولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة ... وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر فائدة .

وتقسم هذه التقنيات الحديثة التي استمد منها القانون المدني نصوصه إلى ثلاثة أقسام :

#### أ / التقنيات اللاتينية قديمها وحديثها

فالقديم يأتي على رأسه التقنين الفرنسي ، والتقنين الإيطالي القديم ، والتقنين الإسباني ، والتقنين البرتغالي ، والتقنين الهولندي ، والحديث يشتمل على التقنين التونسي والمراكشي ، والتقنين اللبناني ، والمشروع الفرنسي الإيطالي ، والتقنين الإيطالي الجديد .

#### ب / التقنيات الجرمانية

وأهمها التقنين الألماني ، والتقنين السويسري ، والتقنين النمساوي .

#### ج / تقنيات متخيرة

وهي التقنيات التي استقت من كلتا المدرستين اللاتينية والجرمانية ، وأهم هذه التقنيات التقنين البولوني ، والتقنين البرازيلي ، والتقنين الصيني ، والتقنين الياباني .  
وقد توخى التقنين المدني الجديد الاستفادة من مزايا هذه التقنيات وتفادي عيوبها ، غير أن أكثر ما رجع إليه التقنين الجديد من هذه التقنيات خمسة ، وهي المشروع الفرنسي الإيطالي ، والتقنين الإيطالي الجديد ، والتقنين السويسري ، والتقنين الألماني ، والتقنين البولوني<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/62-63 ، وانظر أيضا : عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني مرجع سابق ، ص 422-425 ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج1/132-136 .



ولقد أثر القانون المدني المصري في القانون المدني الجزائري تأثيرا كبيرا ، وقام على أساس منه <sup>1</sup>، بل اقتبس منه أكثر نصوصه حرفيا ، حتى أن الدكتور علي سليمان <sup>2</sup> قال في ذلك: " فما كاد القانون المدني يصدر حتى عكفت على دراسته بشوق كبير ، وكم كنت سعيدا حين وجدته يكاد يكون صورة مطابقة للقانون المدني المصري " <sup>3</sup>.

غير أن واضع القانون المدني الجزائري لم يشأ أن يستند استنادا كلياً على القانون المدني المصري ، فاستمد بعض أحكامه من خارج هذا القانون ، فاستمد بعض نصوصه من التشريعات الجزائرية الخاصة ، وبعض النصوص من المدونات والتشريعات العربية كالقانون المدني الليبي ، ومجلة الالتزامات والعقود التونسية ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني ، ونصوص أخرى عن القوانين الغربية كالقانون الفرنسي، ومشروع تنقيحه .

### ثانيا: مجلة الالتزامات والعقود التونسية وقانون الالتزامات والعقود المغربي

من أهم الأحكام التي استمدها القانون المدني الجزائري من القانونين التونسي والمغربي ما يلي :

#### 1/ في نطاق العقد

##### أ/ تضييق نطاق الأشخاص الذين يتأثر المكروه بتهديدهم

لم يشأ واضع القانون المدني الجزائري السير على خطى القانون المدني المصري في صدد توسيع نطاق الأشخاص الذين يتأثر بهم المكروه بتهديدهم ( مادة 2/127 ) ، بل آثر السير على غرار المجلة التونسية ( مادة 54 ) ، والقانون المغربي ( مادة 50 ) اللذين

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مخطوط ، دروس أقيمت على طلبه ماجستير عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الدراسية 1978-1979 ، ص 28.

<sup>2</sup> هو فقيه مصري تدرس في القانون المدني على الخصوص ، شارك في وضع القانون المدني المصري ، فكان ممن أعد المذكرات الإيضاحية لهذا القانون ، كما ساهم في ترجمته إلى الفرنسية ، ورافق العلامة الكبير عبد الرزاق السنهوري مدة عشر سنوات حتى أتيح له الإحاطة بكل نواحي هذا القانون . هكذا ذكر عن نفسه في مقدمة كتابه ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1992م . ص 5-6.

<sup>3</sup> علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 5.

ضيقا من ذلك النطاق ، وجعلا الإكراه يمثل تهديدا إذا وقع على المتعاقد أو أحد أقاربه لا غير ، بخلاف القانون المدني المصري الذي جعل الإكراه يمثل تهديدا إذا وقع على المتعاقد أو أي شخص آخر ولو لم يكن قريبا له<sup>1</sup> ، ولذلك جاء القانون المدني الجزائري في المادة(2/88) مضيقا للأشخاص الذين يتأثر المكروه بتهديدهم " وتعتبر الرهبة قائمة على بيئة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال"<sup>2</sup>.

### ب/ عدم اشتراط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر

لقد اشترط القانون المدني المصري اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر حتى يقبل الإبطال كما في المادة(120 ق م م)<sup>3</sup> خلافا للقانونين التونسي ( مادة 46) والمغربي (مادة 41) ، وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري في مادته (مادة 81) بقوله " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب ابطاله"<sup>4</sup> ، وهذه المادة مأخوذة عن المادة (120 ق م م) ، غير أن المادة (120 ق م م) ، جعلت الغلط الجوهرى مرتبطا باتصاله بالمتعاقد الآخر ، وهو ما لم يقتبسه من المشرع الجزائري ، لأنه لا يرى وجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر متأثرا في ذلك بالتشريعين التونسي والمغربي ، غير أنه مما يلاحظ على هذا التصرف من المشرع الجزائري هو أنه أدى إلى عدم الانسجام الكلي بين المواد المتعلقة بالغلط ، ذلك أن المشرع الجزائري استمد المواد المتعلقة بالغلط كلها من القانون المدني المصري ، ومعلوم أن هذه المواد تخدم بعضها ، ويفسر بعضها بعضا، فهي وحدة كاملة ، فإذا أخذنا جميع هذه المواد المتعلقة بالغلط وحذفنا جزء أو جملة من مادة فيجب علينا أيضا إعادة النظر في باقي

<sup>1</sup> مادة 2/127 ق م مصري : " وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. "

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 32-34 ، بن شنياتي حميد ، مرجع سابق ، 119-120.

<sup>3</sup> مادة 120 ق م مصري : " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه. "

<sup>4</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 35 ، بن شنياتي حميد ، مرجع سابق ، 120.

المواد ذات الصلة بالموضوع الواحد خشية الوقوع في التضارب ، وهو ما يظهر من نص المادة (2/82) " يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية " وهي عن الماد (2/121) مدني مصري " ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص : إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين. أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. " فكيف إذا بالمشرع الجزائري في المادة (2/82) يؤكد اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر وفي المادة (81) يكتفي بالتصريح بإبطال العقد إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرية ، دون أي ذكر لاتصال الغلط بالمتعاقد الآخر كما فعل القانون المدني المصري في المادة(120) والتي استل منها المشرع الجزائري المادة (81) .

## 2/ في نطاق المسؤولية التقصيرية

يفترق القانون المدني الجزائري عن القانون المدني المصري في بعض الوجوه في كل من مسؤولية متولي الرقابة ، ومسؤولية مالك البناء، ومسؤولية حارس الحيوان ، في حين أنه التقى في هذه الوجوه ذاتها مع القانون المدني لكل من تونس والمغرب .

### أ/ مسؤولية متولي الرقابة

عمد القانون المدني الجزائري في المادة (134) إلى استمداد القاعدة العامة بصدد مسؤولية متولي الرقابة من القانون المدني المصري في المادة (173) منه ، ولكنه لم يلبث أن استدرك فعمد إلى التضييق من نطاق تطبيق هذه القاعدة العامة حيث قصر نطاق الأشخاص المسؤولين عن الرقابة في حالة كون الخاضع للرقابة قاصرا على الأب أو الأم بعد وفاته، وهو ما قضت به المادة (135ق م ج ) بقولها : " يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما...".

والظاهر أن القانون المدني الجزائري قد تأثر في هذا التضييق بالمجلة التونسية مادة (2/93) ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي مادة (35) ، وحتى بالقانون المدني

الفرنسي في المادة (3/1334)<sup>1</sup>، غير أن القانون المدني الجزائري قد ألغى المادة (135)<sup>2</sup> المضيق لنطاق الأشخاص المسؤولين عن الرقابة في حالة كون الخاضع للرقابة قاصرا ، ورجع إلى القاعدة العامة في المادة (134) .

### ب/ مسؤولية حارس الأشياء

وسع القانون المدني الجزائري في مسؤولية حارس الأشياء حين جعلها شاملة لكل الأشياء، وعلى هذا جاءت المادة (138 ق م ج) " كل من تولى حراسة شيء، وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء". وجاء توسع القانون المدني الجزائري في هذه المسؤولية على غرار المجلة التونسية (مادة 96) ، والقانون المغربي (مادة 88) في حين أنه خالف القانون المدني المصري (مادة 178) الذي قصر نطاق مسؤولية حارس الأشياء على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة .

### 3/ في نطاق الإثراء بلا سبب

عمد القانون المدني الجزائري إلى مخالفة أصله المصري ومجازاة القانون التونسي والمغربي في نطاق الإثراء بلا سبب في حالات ثلاث :

#### أ/ التضيق من قاعد الإثراء بلا سبب

وهو ما نصت عليه (مادة 141 ق م ج) بقولها " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء "، وذلك على غرار مجلة الالتزامات والعقود التونسية (مادة 72) وقانون الالتزامات والعقود المغربي (مادة 66) الذين اشترطا أن يكون الإثراء بحسن نية ، خلافا للقانون المدني المصري الذي جاء خاليا من هذا الشرط ، وعلى ذلك فإن

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص37 ، بن شنيطي حميد ، مرجع سابق ، 121.

<sup>2</sup> ألغيت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المثري في القانون المدني المصري ملزم بالتعويض لمن أثرى على حسابه سواء أكان ذلك بحسن نية أو سوء نية ( مادة 179 ق م م )<sup>1</sup>.

ب/ حرمان المدين من استرداد دينه الذي قام بسداده قبل حلول أجله في حال جهله قيام الأجل

ذهب القانون المدني الجزائري في المادة (1/145) منه إلى أنه " لا يمكن للدائن أن يطالب بحق مؤجل قبل حلول أجله، أما إذا تم الوفاء معجلاً فلا يجوز استرداد ما دفع حتى ولو كان المدين يجهل الأجل " وهو ما ذهب إليه مجلة الالتزامات التونسية (مادة 146) ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي (مادة 136) ، وحتى قانون الموجبات والعقود اللبناني (مادة 108) ، والقانون المدني الفرنسي (مادة 1186) ، خلافا للقانون المدني المصري الذي منح المدين حق استرداد ما دفعه إلى دائته في حال جهله قيام أجل الاستحقاق (مادة 1/183).

ج/ توسيع نطاق الفضالة ( الاستغناء عن شرط الاستعجال أو الضرورة )

على غرار مجلة الالتزامات التونسية (مادة 1179)، وقانون الالتزامات والعقود المغربي (مادة 943) ، وحتى قانون الموجبات والعقود اللبناني (مادة 149) الذين لم يشترطوا الاستعجال أو الضرورة في العمل الذي يقوم به الفضولي ، سار القانون المدني الجزائري في المادة (150) منه إلى أن " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك" بدون اشتراط الاستعجال أو الضرورة مخالفاً بذلك أصله المصري الذي اشترط ذلك (مادة 188 ق م م) .

<sup>1</sup> مما يلاحظ على القانون المدني الجزائري أنه لما ضيق في مسألة الإثراء بلا سبب لم يتنبه إلى ضرورة التنسيق بين هذا التصديق وبين باقي مواد أحكام الإثراء بلا سبب المستمدة من القانون المدني المصري، والتي أقامت أحكامها على التفصيل بين ما إذا كان المثري حسن النية أو سيئها ، ومن صور الإثراء بسوء نية التي أقرها المشرع الجزائري صورة ما إذا كان الحائز سيء النية حيث ألزمه برد ما قبضه من ثمار أو قصر في قبضه مادة 838 ق م ج . وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 44.

#### 4/ تحديد الحد الأقصى لنظرة الميسرة بسنة واحد

خالف القانون المدني الجزائري في هذه المسألة أصله المصري الذي طلب من القاضي أن يمنح المدين أجلا معقولا لآداء التزامه ، ولم يحدده بزمان معين ، كما جاء في (المادة 346) ، وهكذا الشيء نفسه في القانون المدني السوري (مادة 244) ، والمغربي (مادة 243) والبناني (مادة 115).

أما القانون المدني الجزائري فلم يأخذ بهذا المعيار المرن ، بل وافق مجلة الالتزامات والعقود التونسية (مادة 2/137) والتي حددت هذه المدة بسنة واحدة فقط ، فجاءت (المادة 2/281 ق م ج) والتي تنص على ما يلي: " غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف، دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

#### ثالثا: القانون المدني الليبي

من النصوص التي استقاها القانون المدني الجزائري من التشريع الليبي المواد المتعلقة بحظر الفائدة بين الأفراد وإباحتها فيما بين المؤسسات والأفراد ، وهي المواد (454-456 ق م ج ) ، وقد استمدتها من القانون المدني الليبي رقم 74 لسنة 1972م<sup>1</sup> .

#### رابعا : الأحكام المستمدة من قانون الموجبات والعقود اللبناني

نصت المادة (101ق م ج) على " لقد عزف القانون المدني الجزائري عن الأخذ بمدة التقادم المتعلقة بالحق في إبطال العقد المشوب بعيب الغلط ، أو التدليس ، أو الاستغلال، أو الإكراه ، أو نقص الأهلية الواردة في القانون المدني المصري والبالغة ثلاثة سنوات (مادة 140 ق م م) ، وأثر إطالة هذه المدة إلى عشر سنوات على غرار ما فعل قانون الموجبات والعقود اللبناني ، وذلك في المادة (101ق م ج) غير أنه عدل هذه المادة، وخفض هذه المدة من عشر سنوات إلى خمس سنوات بقوله " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم

<sup>1</sup> انظر تفصيل هذه المسألة في موضوع القرض من هذه الرسالة .

الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : المدونات والتشريعات الغربية

#### أولاً: النصوص المستمدة من القانون المدني الفرنسي

##### 1/ تعريف العقد وتقسيم العقود

استمد القانون المدني الجزائري تعريف العقد وتقسيم العقود من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup> وكان ذلك نقلاً حرفياً من المادة (54 إلى 57) ، والمأخوذة من المواد (1101 إلى 1106) من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup> .

##### 2/ القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية

أوردت المادة 124 مدني جزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية بنصها على أن " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " وهي مادة مقتبسة من المادة 1382 ق م فرنسي<sup>4</sup> .

##### 3/ تضيق نطاق مسؤولية حارس البناء

لقد ضيق القانون المدني الجزائري من مسؤولية حارس البناء موافقاً في ذلك للقانون المدني الفرنسي ( مادة 1386)<sup>5</sup> ، فقد نصت المادة (2/140 ق م ج) على " مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهزام البناء من ضرر ولو كان انهزاماً جزئياً... " وذلك خلافاً

<sup>1</sup> عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. (ج.ر. 44 ص. 22).

<sup>2</sup> لقد أورد أكثر شراح القانون المدني الجزائري ملاحظات كثيرة حول تعريف العقد وتقسيم العقود في القانون المدني الجزائري شكلاً ومضموناً . انظر مثلاً علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 10-19 . وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 51-52.

<sup>3</sup> انظر : القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 1005-1014.

<sup>4</sup> المرجع نفسه ص: 1344.

<sup>5</sup> المرجع نفسه ص: 1453.

للقانون المدني المصري في مادته (177) والذي جعل المسؤولية شاملة لكل حارس سواء كان مالك أو غير مالك .

**4/ تعريف حق الملكية :** استمد القانون المدني الجزائري تعريف حق الملكية من القانون المدني الفرنسي الذي نص في المادة (544) منه على أن حق الملكية هو " الملكية الملكية حق الانتفاع بالأشياء والتصرف بها بشكل مطلق تماما ، شرط ألا يكون استعمالها استعمالها محظورا بالقوانين أو الأنظمة ."<sup>1</sup> ، وهو ما نصت عليه المادة (674 ق م ج) " الملكية هي حق المتمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "غير أنها حذفت عبارة مطلقا ، حتى يكون حق الملكية متفقا مع القيود العديدة التي أوردها القانون المدني الجزائري على هذا الحق<sup>2</sup> .

#### ثانيا: النصوص المستمدة من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي

من النصوص المستمدة من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي تحديد الموطن الإداري العام ، فقد نصت المادة ( 36 ق م ج) على أن " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي ، وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي " ، غير أن هذه المادة وقع فيها بعض التعديل ، فأصبحت كالتالي " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت " ، وقد تأثر واضع القانون المدني الجزائري بالمادة (224) من المشروع التمهيدي لتنقيح القانون المدني الفرنسي ، وإن كان لم يجار هذا المشروع مجازاة تامة .

خلافًا للقانون المدني المصري الذي نص في المادة (40) منه على أن " المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما "<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه ص: 640.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 56-57.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص: 63.



## المطلب الثاني : المصادر الرسمية للقانون المدني الجزائري

وهي تلك المصادر التي يستمد منها القانون إلزامه وينتهي بها خلقه ، فالقاعدة القانونية لا تتكون فقط من جوهر أو مضمون ، وإنما تحتاج أيضا إلى شكل تخرج فيه لكي تكتسب صفة الإلزام ، وتصبح نافذة ، وتكتسب هذه الصفة بإفصاح صاحب الحق في الإلزام بها عن طريق النص عليها ، وهو ما يطلق عليه المصدر الرسمي للقانون ، ويسميه البعض بالمصدر الشكلي لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة<sup>1</sup> وقد نص القانون المدني الجزائري في مادته الأولى على المصادر الرسمية بقوله " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ."

وتتدرج هذه المصادر من حيث الأهمية فالتشريع هو أهم مصدر ، وهو المصدر الأساسي للقانون ، ثم تأتي المصادر الاحتياطية، وهي في المرتبة الثانية بعد التشريع ، ومرتبة حسب أهميتها ورجوع القاضي إليها عند عدم وجود نص تشريعي، وهي مبادئ الشريعة الإسلامية ، ثم العرف ، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وورود هذا النص في صدر الباب التمهيدي للقانون المدني الجزائري وأصله المصري يدل أن المقصود بهذا النص بيان مصادر القانون في فروع القانون الخاص بأسره ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري<sup>2</sup> ، ذلك أن الأحكام التمهيديّة الواردة في الباب التمهيدي للقانون المدني يتناول تطبيقها فروع القانون الخاص كله ، إذ القانون المدني

<sup>1</sup> انظر : مبارك صائغي ، مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ، ماجستير تخصص عقود ومسؤولية ، بإشراف الأستاذ : مجد الدين دويدر ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 1985 ، ص 11 . محمد حسام محمود لظفي ، مرجع سابق ، ص 94 . وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 83 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 101 . عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ، ص: 83.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/174.

هو أصل القانون الخاص بدليل أن القاضي في القانون التجاري يلجأ إلى القانون المدني في معرفة الشخص الاعتباري ، وتعريف الشركة وأركانها ...<sup>1</sup>

وقد خالف القانون المدني الجزائري أصله المصري في ترتيب المصادر الرسمية للقانون المدني فإذا كان القانون المدني الجزائري قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف وجعلها في المرتبة الثانية بعد التشريع فإن القانون المدني المصري بدأ بالعرف كمصدر احتياطي أول وتلاه في المصدر الاحتياطي الثاني بمبادئ الشريعة الإسلامية وأخير مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فجاء في نص المادة الأولى من القانون المدني المصري : " تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ."<sup>2</sup>

ولن نتعرض إلى التشريع باعتباره المصدر الأصلي العام للقاعدة القانونية بحيث يتعين على القاضي عندما يعرض عليه النزاع أن يلجأ إليه أولاً، ولا يعدل إلى غيره إلا إذا لم يجد فيه القاعدة التي يطبقها على المسألة المعروضة أمامه، فيلجأ القاضي حينها إلى المصادر الاحتياطية الثلاث وفق ترتيبها المعروف .

كما لن نتطرق إلى المصدر الاحتياطي الثاني وهو العرف بالشرح والتعريف ، وإن كان للعرف أهمية كبيرة في القوانين الحديثة عموماً ومنها القانون المدني الجزائري ، فالعرف كان هو المصدر الأول للقانون ، وبعد ظهور الدين أخذ يهذب منه ويحل محله ، ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وزاد النشاط فيها ، وتعقدت الروابط الاجتماعية ظهر التشريع كأداة ضرورية للوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد اللازمة في هذا الشأن ، وأصبح التشريع بذلك هو المصدر الأول في أغلب القوانين الحديثة ، ومع ذلك بقي العرف في المرتبة الثانية

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 86. مبارك صائغي ، رجع سابق ، ص : 16.

<sup>2</sup> وقد قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية كذلك القانون المدني الليبي في المادة 2/1 ، والقانون المدني العراقي في المادة 2/1.

في بعض القوانين المدنية العربية مثل القانون المدني المصري والعراقي والليبي ، واحتل المرتبة الثالثة في قوانين مدنية أخرى كالقانون المدني الجزائري والسوري والأردني ...، غير أن وجود العرف كمصدر احتياطي يكمل ما بالتشريع من نقص هو أمر حتمي ، ذلك أن النقص في التشريع أمر لا يمكن ملافاته أبدا ، وخصوصا أن النوازل دائمة الحدوث والنصوص التشريعية محدودة ، فلا بد من اللجوء إلى مصدر آخر يكمل التشريع ، وهذا المصدر هو العرف في بعض الأحيان<sup>1</sup> .

وما يهمنا في موضوعنا هذا هو المصدر الاحتياطي الأول في القانون المدني الجزائري بعد التشريع ، والذي هو مبادئ الشريعة الإسلامية وكونها مصدرا رسميا احتياطيا .

**الفرع الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول للقانون المدني الجزائري**

نص القانون المدني الجزائري في مادته الأولى على المصادر الرسمية بقوله " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها .

وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

وقد استمد القانون المدني الجزائري هذه المادة عن المادة الأولى من القانون المدني المصري ، غير أنه قدم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، خلافا للقانون المدني المصري الذي قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي ، وقد استمد القانون المدني المصري الترتيب الذي ذهب إليه من البدا بالتشريع ثم العرف من المادة 2/1 من القانون المدني السويسري<sup>2</sup> .

وقبل التعرف على المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية يجدر بنا أن نذكر المراحل التي مر بها النص القانوني الذي يجعل مبادئ الشريعة مصدرا رسميا للقانون ، وبما أن القانون المدني الجزائري قد استمد هذا النص عن القانون المدني المصري مع تعديل في ترتيب

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 157.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/187.

المصادر، فسندكر المراحل التي مرت بها هذه المادة في مشروع القانون المدني المصري حتى صارت نصا قانونيا نهائيا فقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدي لهذا التقنين تجعل دور الشريعة الإسلامية قاصرا على كونه مصدرا يستلهمه القاضي للاستئناس فحسب، فلا يكون عليه أن يتقيد به ، كما هو الشأن بالنسبة للفقه والقضاء ، فبعد أن ذكرت المصادر الرسمية التي يستقي منها القاضي القاعدة القانونية ، أضافت في فقرتها الثالثة ما يأتي : " ويستلهم في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية " ، وفي لجنة المراجعة أجري تعديل في هذه المادة يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حتى يجد مجالا عند التطبيق ، وكان ذلك باقتراح من الأستاذ السنهوري ، فأصبحت الفقرة الثانية من هذه المادة على الوجه المذكور.

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت من هذه الفقرة عبارة " الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، دون تقيد بمذهب معين . " لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملاءمة ، ولم تر اللجنة محلا للإشارة إلى عدم التقيد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ ، وهي لا تختلف باختلاف المذاهب <sup>1</sup>.

ولقد اختلف فقهاء القانون الوضعي في المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين المدنية التي نصت على نفس المادة ، فأغلب فقهاء القانون الوضعي يرون أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية أنها الأصول الكلية وحدها ، والتي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية ، أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها ، بل يختلف فيها فقهاء المذهب الواحد <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 169-170. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/182-192.

<sup>2</sup> مبارك صائغي ، مرجع سابق ، ص: 146. محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص: 220 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص: 206. أحمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص : 103 . إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص : 189.

وإذا كانت الأحكام الفقهية تؤخذ من كتب المذاهب ، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تؤخذ من الكتاب والسنة ، ذلك أن الأحكام الفقهية قابلة للخطأ لأنها عبارة عن اجتهادات للفقهاء ، بخلاف مبادئ الشريعة الإسلامية ، وذلك مثل الأمر بالعدل والمساواة ، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، وكقاعدة الخراج بالضمان<sup>1</sup>...، وعلى هذا الرأي فإن تطبيق الأحكام الفقهية التفصيلية في النوازل التي سكت عنها القانون يغدو ممتعا خلافا للقانون المدني الأردني مثلا ، إذ نص في المادة الأولى منه أن أحكام الفقه الإسلامي مصدر رسمي بالإضافة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

غير أن الأستاذ السنهوري ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك ، ولم يقصر مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية على المبادئ المتفق عليها بين المذاهب ، بل ذهب إلى أنها أحكام الفقه الإسلامي من غير التقيد بمذهب معين فقال : " والرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة واجب أيضا عندما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا للقانون المدني...فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة<sup>3</sup> ، بل ولا للتقيد بالمذهب الحنفي في جملته ... " <sup>4</sup> وهو الذي ذهب إليه الأستاذ علي علي سليمان من أنها مجموع ما فيها من حلول ، بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية ، فينبغي على القاضي أن يرجع إلى مبادئ

<sup>1</sup> عمارة محمد القضاة ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، دار الثقافة - عمان ، الأردن - الطبعة الأولى ، 2015م، ص :28.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 86-88 . مبارك صائغي ، مرجع سابق ، ص: 146-148.

<sup>3</sup> و ما ذهب إليه السنهوري في كتابه الوسيط متأخر قطعا عما كان يقول به قبل ، فقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عند مناقشة موضوع مبادئ الشريعة الإسلامية عندما اعترض الأستاذ حلمي عيسى باشا على حكم الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية دون تقيد بمذهب معين قائلا إن ذلك يحدث اضطرابا بين الأحكام لاختلاف المذاهب ...أجاب السنهوري على ذلك بقوله : " إن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة أي كلياتها ، وهي ليست محل خلاف بين الفقهاء . " مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/191.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ 61.

الشريعة ، ويبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها، دون أن يقتصر على مذهب مالك، وهو المعمول به في الجزائر<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني : نظرة في ترتيب المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون المدني الجزائري

من خلال نص المادة 2/1 ق م جزائري : " وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "

وقد تكلمنا على المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية ، ولكن بقي أن ننظر هل وفق المشرع الجزائري في هذا الترتيب، أم كان عليه أن يخطو على خطى المشرع المصري مثلا.

#### أولاً: تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف

لقد سار القانون المدني الجزائري على هدي القانون المدني السوري في المادة (2/1) ، ولما جاء القانون المدني الأردني سار على هديهما في تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف في المادة (3/1) ، خلافاً للقانون المدني المصري الذي قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة (2/1) ، والقانون المدني العراقي في المادة (2/1) ، وكذلك القانون المدني الليبي في المادة (2/1). والملاحظ أن القوانين السابقة قلدت القانون المدني المصري في الصياغة التي جاء بها ، غير أن بعض القوانين المدنية مثل القانون المدني الجزائري خالفه في الترتيب .

وقد أحسن القانون المدني الجزائري في تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف ، ذلك أن الرجوع إلى المبادئ العامة للشريعة والقواعد الفقهية التي لا تختلف حولها المذاهب الفقهية - على التفسير الضيق لمبادئ الشريعة الإسلامية - أو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في جميع مذاهبه - على التفسير الموسع لمبادئ الشريعة الإسلامية - ليغني حقا عن الرجوع إلى العرف ، ذلك أن من العرف ما هو موافق للشريعة الإسلامية وهو الغالب ، ومنه ما هو مخالف ، فالنص على تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية يقطع الطريق أولاً عن

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر-المحمدية - الطبعة الثالثة، 2007م، ص:

الرجوع إلى كل عرف مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية ، ثم إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية تأمر بالرجوع إلى العرف في مبادئها وقواعدها ، وقد اشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف<sup>1</sup> ، كما جعلت الشريعة الإسلامية العرف أساسا لكثير من أحكامها فنصت على أن : " العادة محكمة"<sup>2</sup> ، " استعمال الناس حجة يجب العمل بها"<sup>3</sup> ، " الممتنع عادة كالممتنع حقيقة"<sup>4</sup> ، " المعروف عرفا كالمشروط شرطا"<sup>5</sup> ، " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"<sup>6</sup> ، " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"<sup>7</sup>... والخلاصة أن العرف يعد من بين مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها ، وعليه فإنه لا فائدة من النص عليه بعد مبادئ الشريعة الإسلامية .

ومما ينبغي التنبيه عليه أن المستدمر الفرنسي لم يستطع تكوين أعراف مخالفة للشريعة الإسلامية من خلال القوانين التي كان يفرضها على الجزائريين طيلة المدة التي مكثها ، وبقي الجزائريون متمسكون بتقاليدهم وأعرافهم ودينهم ، يقول الأستاذ وحيد الدين سوار : " كما يشهد على عجز التشريع الدخيل على تكوين أعراف محلية رفض القضاء ذاته ما تعارض من هذه التشريعات مع الفقه الإسلامي .

ولقد حدثني أحد كبار القضاة في المحكمة العليا في الجزائر العاصمة أن القضاء الجزائري قد سبق المادة (454) من القانون المدني الجزائري الجديد في تحريمه الربا بين الأفراد ، حين كان هذا القضاء يأبى إقرار الفائدة ما بين الأفراد في واقع الأمر وبصورة فعلية

<sup>1</sup> تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، 1991م ، ج1/51.

<sup>2</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم - دمشق - الطبعة: الثانية، 1989م ، ج1/219. محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، دار الفكر - دمشق ، الطبعة الأولى ، 2006 م .ج1/298.

<sup>3</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، مرجع سابق ، ج1/223. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/321.

<sup>4</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، مرجع سابق ، ج1/225. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/319.

<sup>5</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، مرجع سابق ، ج1/237. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/345.

<sup>6</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، مرجع سابق ، ج1/241. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/349.

<sup>7</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، مرجع سابق ، ج1/227. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/353.

على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي كان يقرها إلى أن أتت المادة 454 ق م جزائري فصرحت بإلغاء الربا رسميا وأيدت مسلك القضاء الجزائري الذي سبقها إلى هذا التحريم <sup>1</sup> .  
وينص القانون المدني الجزائري على مبادئ الشريعة الإسلامية وجعلها المصدر الأول الاحتياطي بتقديمها على العرف وعلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يعد تقدما واضحا ونية صادقة تبرز مدى اهتمام المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي ، ولا شك في أن ذلك يزيد من الاهتمام بالشريعة الإسلامية سواء من طرف الفقيه القانوني ، بحيث يصبح مضطرا لدراستها دراسة علمية في ضوء القانون المقارن ، أو من طرف القاضي الذي يجد نفسه مجبرا في حالة عدم وجود نص قانوني يطبق على النزاع المعروض أمامه إلى الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي .

### ثانيا : تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

اعتبر القانون المدني الجزائري مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا رسميا احتياطيا أخيرا ، يأتي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ، فإذا لم يجد القاضي حلا لما عرض عليه في التشريع فينشد ضالته في المصادر الاحتياطية ، فيبدأ بمبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف وأخيرا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فماذا يقصد المشرع بهذه المبادئ ؟

في الحقيقة لا يوجد حتى الآن مدلول محدد لاصطلاح مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، مما جعل فقهاء القانون يختلفون في تعريفهم لهذا المصطلح .  
فمنهم من ذهب إلى أن مبادئ القانون الطبيعي هي تلك المبادئ التي يكشفها العقل ، والتي تمثل الكمال ، وهي التي يهتدي بها المشرع عند وضعه للقانون ، أما العدالة فهي القواعد التفصيلية التي تهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه <sup>2</sup> .

ومنهم من ذهب إلى أن مبادئ القانون الطبيعي هي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية باعتبارها المثل الأعلى للعدل ، أو موجبات

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 91-92 .

<sup>2</sup> إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص : 192.



العدل المثالية ، فيسترشد ويهتدي بها المشرع الوضعي حتى يقترب من الكمال في وضع الأحكام القانونية ، . أما العدالة فهي شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحى به الضمير المستنير ، ويهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه<sup>1</sup> .

في حين ذهب فريق آخر إلى أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما تعبيران يقصد بهما معنى واحد<sup>2</sup> ، وقد كثر الخلاف في تحديد المقصود بهما .

وفي الحقيقة فإن مصطلح مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصطلح فلسفي لا يعبر عن قواعد محددة ومنضبطة ، لكن المشرع في الحقيقة أراد بها أن يلزم القاضي بالاجتهاد برأيه في الحالات التي لا يجد فيها حلا في التشريع أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء<sup>3</sup> ، والنكول عن القضاء جريمة يعاقب عليها القانون<sup>4</sup> ، ولذلك يجد القاضي نفسه مجبرا على حل النزاع المعروض أمامه بالاجتهاد فيه، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن عبارة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وما شاكلها من عبارات أخرى في التقنيات الأجنبية " لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني، وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء"<sup>5</sup>، وإذا اعتبرنا أن القصد من عبارة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي دفع القاضي إلى الاجتهاد في حالة عدم وجود حل للقضية المعروضة أمامه فإن عبارة القانون المدني السويسري تعد أكثر توفيقا في التعبير عن هذا المعنى ، فقد نصت المادة الأولى منه

<sup>1</sup> محمد حسام محمود لطفي ، مرجع سابق ، ص 223 . وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 92 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 231 . إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص : 192.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 231-232.

<sup>3</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص: 181 . عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 174-175 . محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 232.

<sup>4</sup> عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص: 180.

<sup>5</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/188.

على أن : " القاضي حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا ، يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع " <sup>1</sup>.

كما يجب على القاضي أن يتجرد من معتقداته الذاتية ، ويجب عليه اللجوء إلى الاعتبارات الموضوعية التي يراعي فيها المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله <sup>2</sup>.

ومن المبادئ التي استنبطها القضاء المصري من هذا المصدر في ظل القانون المدني المصري القديم حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية، كحق المؤلف في تأليفه، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية ، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية ، وذلك قبل أن تصدر القوانين التي تنظم هذه الحماية ، كما أخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الظروف الطارئة <sup>3</sup> .. وذلك كله قبل أن يصدر التقنين المدني المصري الجديد والذي نص عليها ضمن نصوصه ، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري : " ففي كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري ، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية ، واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية ، بل عمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف" <sup>4</sup>.

ولكن إن كان استنباط القانون المدني المصري لكثير من المسائل من خلال مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في ظل التقنين القديم - الذي لم يكن ينص على أن مبادئ الشريعة مصدر من مصادر القانون ، وكان القاضي ينتقل من التشريع إلى العرف إلى

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 174-175.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/189. عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 175. محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 232.

عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص : 176. إسماعيل عبد النبي شاهين ، مرجع سابق ، ص : 195.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، حشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة - 1938م ، ص : 103-105.

<sup>4</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/189.

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة- أمرا معقولا ، لكنه بعيد جدا بعد صدور القانون المدني المصري الجديد ، الذي نص في المادة الأولى منه على أن مبادئ الشريعة مصدر يأتي قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، بل لقد خطا القانون المدني الجزائري خطوة فاق فيها أصله المصري ، وقدم مبادئ الشريعة على العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فهل يتصور أن يلجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة ولا يجد فيها ما يحل به النزاع الذي طرح عليه ويجد ذلك في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ؟

في الحقيقة إذا التجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فمحال ألا يجد فيها حلا ، سواء حلا منصوصا عليه ، أو يجتهد في إيجاد حل من خلال مبادئ وقواعد ومقاصد الشريعة الإسلامية ، ولذلك قد استبعد فكرة القانون الطبيعي واطع القانون المدني العراقي (المادة 2/1) ، والقانون المدني الأردني ( المادة 3/1) ، وعللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني هذا الاستبعاد بقولها : " إيماننا بأن مبادئ الشريعة الإسلامية إذا احتيج للالتجاء إليها تغني عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فضلا عما تتسم به هذه الأخيرة من إبهام وغموض على خلاف الشريعة مبادئ الشريعة الإسلامية فهي مسطورة في كتاب الله وسنة رسوله ومبينة في كتب العلوم الإسلامية المختلفة ..."<sup>1</sup> وهو ما أشار إليه الأستاذ السنهوري بقوله : " بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية وهي أدق تحديدا وأكثر انضباطا من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي التي تحل محل هذه المبادئ والقواعد ، فتغني عنها في كثير من المواطن "<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق ، ص :28.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ 60.

**المطلب الثالث: ما انفرد به القانون المدني الجزائري من أحكام وما أغفل استمداده من**

### **القانون المدني المصري**

**الفرع الأول : ما انفرد به القانون المدني الجزائري من أحكام**

**أولاً: تقييد جواز التعامل في الشيء المستقبل بأن يكون هذا الشيء محققاً**

لم يطلق المشرع الجزائري جواز التعامل في الشيء المستقبلي على غرار أصله المصري الذي نص في المادة (131) منه على أنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً" ، بل قيده بأن يكون محققاً<sup>1</sup> ، وهو ما نصت عليه المادة (1/92 ق م ج) " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"<sup>2</sup> فسلك المشرع الجزائري مسلك الحيطة والحذر في التعامل بالشيء المستقبلي وهو ما سلكه كل من القانون المدني العراقي والأردني متأثرين في ذلك بالفقه الإسلامي .

**ثانياً: استبدال التعويض القضائي بالفائدة التأخيرية المنصوص عليها في القانون**

### **المدني المصري**

حظر القانون المدني الجزائري الفائدة الاستثمارية أو التعويضية التي تشترط عادة في القروض بين الأفراد ، وجعلها من الربا المحرم ، غير أنه لم ينص على حرمة الفوائد

<sup>1</sup> خلافا لكل من القانون المدني الفرنسي (1130) ، والقانون المدني المصري (131)، والقانون المدني السوري (132) ، والقانون المدني المغربي (61) ، والقانون المدني التونسي (66) ، والقانون المدني اللبناني (188) الذين لم يشترطوا في الشيء المستقبلي أن يكون محققاً.

<sup>2</sup> لقد اختلفت أنظار شراح القانون المدني الجزائري في هذه المسألة ، فمنهم من يرى - وهو الأستاذ وحيد الدين سوار- بأن القانون المدني الجزائري أجاد في تقييد جواز التعامل في الشيء المستقبلي بأن يكون هذا الشيء المستقبلي محققاً ، ذلك لأن هذا القيد يضمن حماية مصلحة المشتري ، وينأى بالعقد عن الخوف والمخاطر ، ويكفل قيامه على إرادة مطمئنة بعيدة عن الحسرة والندم ، وعليه إذا تحقق هذا الشرط وهو وجود الشيء وتحققه في المستقبل نفذت آثار العقد بأثر رجعي ، أما إذا تخلف الشرط زال العقد بأثر رجعي عملاً بالقواعد الناظمة للشرط الواقف ( مادة 202-205 ق م ج ) .ومن الفقهاء من يرى خلاف ذلك ، وأن لفظة **محققاً** هي لفظة زائدة لم يوفق فيها القانون المدني الجزائري ، وأنه يشترط فقط في المحل أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود . وسار على هذا الرأي بعض الفقهاء مثل علي سليمان ، ومحمد صبري السعدي . انظر : وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 65-66 . علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 70 . محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 208.

التأخيرية القانونية ، أو ما يسمى بالتعويض القانوني ، وذلك لوضوح الربا فيه ، غير أنه أحل محل هذه الأخيرة التعويض القضائي ، وهو الذي يحكم به القاضي طبقا لما أصاب الدائن من ضرر ، بدل ما يحدده القانون من تعويض جزافي ، وهو ما نصت عليه المادة (186 ق م ج) بقولها : " إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق هذا التأخير".

### ثالثا: إطالة مدد التقادم وإنقاصها

إن الاتجاه العام للقانون المدني الجزائري يتجه إلى إطالة مدد التقادم التي استمدها القانون المدني المصري مثل دعاوى إبطال العقود في حالات نقص الأهلية وعيوب مادة 1/101 ق م ج) والتي تتقادم فيها الدعوى بعشر سنوات قبل التعديل رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، وبعد التعديل بخمس سنوات ، وفي كل الأحوال تعتبر هذه المدة أكبر من المدة التي نص عليها القانون المدني المصري والمقدرة بثلاث سنوات ( مادة 1/140 ق م مصري) ، وفي دعوى التعويض الناشئ عن الفعل الضار (مادة 133 ق م ج) ، والتي تتقادم بمضي خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار حتى لو علم المضرور بالفعل الضار وفاعله ، بخلاف القانون المدني المصري الذي فرق بين علم المضرور بالفعل الضار وعدم العلم به فتقادم في الحالة الأولى بثلاث سنوات ، وفي الحالة الثانية بخمسة عشر سنة ( مادة 1/172 ق م مصري)، وفي دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب ( مادة 142 ق م ج)، التي تتقادم بمضي عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المتضرر بحقه في التعويض ، وفي القانون المدني المصري تتقدم بثلاث سنوات فقط ( مادة 180 ق م مصري)، ودعوى استرداد غير المستحق ( مادة 149 ق م ج)، تتقادم بعشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وفي القانون المدني المصري تتقادم بثلاث سنوات حسب المادة ( مادة 187 ق م مصري) ، وفي دعوى الفضالة (مادة 159 ق م ج)، تسقط بانقضاء عشر سنوات

من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وفي القانون المدني المصري تتقادم بمضي ثلاث سنوات فقط ( مادة 197 ق م مصري) .

هذا وقد عمد القانون المدني الجزائري أيضا إلى إطالة المدة التي أوجب فيها على من يريد الأخذ بالشفعة أن يبلغ رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري فجعلها ثلاثين يوما ( مادة 799 ق م ج) ، بدلا من خمسة عشر يوما كما في القانون المدني المصري ( مادة 940 ق م مصري)، كما أطال مدة التقادم القصير المكسب فجعلها عشر سنوات (مادة 828 ق م ج)، بخلاف القانون المدني المصري الذي جعلها خمس سنوات (مادة 969 ق م مصري)

غير أنه في بعض المدد على قلتها جنح القانون المدني الجزائري إلى تخفيضها خلافا للقانون المدني المصري مثل : تقادم حقوق أرباب المهن الحرة ، والتي تتقادم في القانون المدني المصري بخمس سنوات ( مادة 376 ق م مصري) ، أما في القانون المدني الجزائري فتتقادم بسنتين فقط ( مادة 310 ق م ج).

وكذلك خالف القانون المدني الجزائري أصله المصري في المدة التي ينقضي بانتهائها حق الارتفاق بعدم الاستعمال فجعلها عشر سنوات ( مادة 879 ق م ج) ، في حين أن القانون المدني المصري جعلها خمس عشرة سنة كاملة ( مادة 1/1027 ق م مصري)<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني : النصوص التي أغفل المشرع الجزائري استمدادها من القانون المدني**

**المصري**

**أولا: نصوص أغفل المشرع الجزائري استمدادها من القانون المدني المصري**

لقد أغفل المشرع الجزائري استمداد بعض النصوص التي تعتبر بمثابة المبادئ والقواعد العامة ، كما أغفل استمداد بعض الفقرات من المواد المقتبسة من القانون المدني المصري ، و ذلك كالآتي :

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 71-74.

## 1/ القاعدة العامة في جواز استعمال الحق

لقد نص القانون المدني المصري على القاعدة العامة في استعمال الحق في المادة (4 ق م مصري) منه بقوله: " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " ولا يوجد نص مقابل لهذه المادة في القانون المدني الجزائري ، بل اكتفى القانون المدني الجزائري بإيراد الاستثناء على هذه القاعدة ، وذلك ببيان الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع ( مادة 124 مكرر) ، بعد تعديل سنة 2005 م ، أما قبل التعديل فكان رقم المادة هو (41)، والتي كانت موافقة للمادة (5 ق م مصري) .

## 2/ أحكام الجمعيات والمؤسسات

نظمها القانون المدني المصري في الباب التمهيدي منه ، وأغفلها المشرع الجزائري حتى يصدر بخصوصها قانون خاص ، ولم يشأ إقحامها في القانون المدني<sup>1</sup>.

## 3/ أحكام ناقص الأهلية

أشار القانون المدني الجزائري إلى من هم ناقصوا الأهلية في المواد من (40 إلى 44 ق م ج)، وترك بيان أحكام ناقص الأهلية إلى قانون الأسرة ، مع ما في ذلك من تنافر وتناقض بين نصوص التقنينين المدني وقانون الأسرة في بعض النصوص الخاصة بهذه المسألة<sup>2</sup>.

## 4/ التعويض القانوني

نص عليه القانون المدني المصري في (المادة 227) منه ، وأغفل ذلك القانون المدني الجزائري ، وحسن فعل لظهور الفائدة المحرمة في ذلك جليا .

## 5/ نظام الإعسار

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 4-7.

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال في بيان التنافر والتناقض : علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 48-50.

نظم القانون المدني المصري نظام شهر الإعسار في (المواد 249-264) ، وأغفل ذلك القانون المدني الجزائري .

### **6/ ملحقات الشيء المبيع**

نص عليها القانون المدني المصري في (المادة 432) ، وأغفلها القانون المدني الجزائري رغم أهميتها .

### **7/ عقد الهبة**

أغفل تنظيمه القانون المدني الجزائري ونظمه قانون الأسرة.

### **8/ الدخل الدائم**

نص عليه القانون المدني المصري في المواد (545-548) ، وأغفله القانون المدني الجزائري .

### **9/ بعض أنواع الإيجار**

لقد أغفل القانون المدني الجزائري التطرق إلى بعض أنواع الإيجار مثل إيجار الأراضي الزراعية، والتي نص عليها القانون المدني المصري في (المواد 610-618) ، وكذلك أغفل عقد المزارعة ، والذي تطرق إليه القانون المدني المصري في (المواد 619-627).

### **10/ شرط المنع من التصرف**

نصت عليه (المادة 823 ق م م) ، وأغفله القانون المدني الجزائري . ليلتقي في هذا الإغفال مع أحكام الفقه الإسلامي التي لا تقر هذا الشرط .

### **11/ أحكام العلو والسفل**

نص عليها القانون المدني المصري في المواد ( 859-861) ، وأغفلها القانون المدني الجزائري مكتفيا بأحكام الملكية المشتركة في العقارات المبنية ، التي استمدتها من القانون الفرنسي رقم 557/65 المؤرخ في 10/07/1965م، وكذلك المرسوم رقم 223/67 المؤرخ في



1967/03/17م ، وكل من القانون والمرسوم الفرنسيين ينظمان الملكية المشتركة للعقارات الميينة<sup>1</sup>.

### 12/ رهن الأموال المستقبلية ورهن ملك الغير

لم يتناولها القانون المدني الجزائري مع أنه نص على بيع ملك الغير ( مادة 397 ) .

### 13/ التنفيذ التعويضي في حالة صيرورة تنفيذ الالتزام مستحيلا أو مرهقا

وهو ما نصت عليه المادة (2/203 ق م م)، والتي أغفلها القانون المدني الجزائري، واكتفى بالفقرة الأولى فقط من نص المادة السابقة، حسب المادة (164 ق م ج).

### 14/ اشتراط اتصال الغلط بالعاقد الآخر

نص عليه القانون المدني المصري في ( المادة 120 ) منه ، وأغفله القانون المدني الجزائري .

### 15/ الترخيص للدائن أن ينفذ الالتزام بعمل على نفقة المدين دون ترخيص من

### القضاء في حالة الاستعجال

وهو ما نصت عليه المادة ( 209 ق م م ) ، وأغفله القانون المدني الجزائري مع الأهمية الكبيرة لهذه المسألة .

### 16/ حرمان دائني المتعاقدين والخلف الخاص من التمسك بالعقد الحقيقي

وذلك في العقد الصوري الذي نصت عليه المادة 198 ق م ج ، وألزمتهما بالتمسك بالعقد الصوري فقط ، خلافا للقانون المدني المصري ( مادة 244 ) على أن لهم أن التمسك بالعقد الصوري أو العقد المستتر " الحقيقي "<sup>2</sup>.

ثانيا: نصوص أغفل المشرع الجزائري استمداها من القانون المدني المصري غير

أنه تدارك ذلك ونص عليها في التعديلات اللاحقة للقانون المدني الجزائري

للاطلاع على كل من القانون والمرسوم المذكورين انظر: القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص: 704-732.<sup>1</sup>

<sup>2</sup> انظر: وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 4-17، بن شنيته حميد ، مرجع سابق ، 107-110.

### 1/ تنازع قانون قديم مقصر للتقادم مع قانون مطيل له

نقد أغفل القانون المدني الجزائري هذه المسألة ولم ينص عليها ، غير أنه تدارك ذلك في التعديل رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، وهو نص(المادة 7 الفقرة 2 - 3 ) والتي نص عليها القانون المدني المصري في المادة 8 منه.

### 2/ قواعد الاختصاص وإجراءات المحاكمة

نص عليها القانون المدني المصري في (المادة 22) منه ، وأغفلها القانون المدني الجزائري ، غير أنه تدارك ذلك ونص عليها كمادة جديدة في التعديل رقم 05-10 لسنة 2005م ، وذلك في المادة (21 مكرر) .

### 3/ أحكام العيوب

نص عليها القانون المدني المصري في المادة (103) منه وأغفلها المشرع الجزائري رغم أهميتها الكبيرة وتعامل الناس المستمر بها ، غير أنه تدارك ذلك النقص في التعديل رقم 05-10 لسنة 2005م ، ونص على أحكام العيوب في المادة (72 مكرر) .

### 4/ الضرر الأدبي

نص عليه القانون المدني المصري في المادة (222) منه وأغفله القانون المدني الجزائري ، لكنه تدارك ذلك النقص في التعديل رقم 05-10 لسنة 2005م ، ونص عليه في المادة (182 مكرر).

وهذه المصادر المادية للقاعدة القانونية لا تكفي وحدها لخلق قواعد قانونية لها من المكانة ما تفرض به وجودها ، بل لا بد من وجود مصدر رسمي لهذه القواعد حتى يكون لها من الإلزام ما تفرض به وجودها واحترامها .

## المبحث الثالث: مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي وكيفية تفسير النصوص المستمدة منه

سنتطرق في هذا المبحث إلى بيان مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي ، وذلك في المطلب الأول ، أما في المطلب الثاني فسننتقل إلى كيفية تفسير النصوص التي استمدت من الشريعة الإسلامية ، وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدرا رسميا .

### المطلب الأول : مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي

#### الفرع الأول : الرأي الموسع والمضيق في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي

##### أولا : الرأي الموسع في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي

يتزعم هذا الرأي بعض الفقهاء من أبرزهم الأستاذ علي علي سليمان في مقال له عن الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية ، حيث ذكر الكثير من المسائل التي استمدتها القانون المدني الجزائري عن الفقه الإسلامي من خلال أصله القانون المدني المصري ، وعدد هذه المسائل وزعم أنها مأخوذة كلها عن الفقه الإسلامي، فقال مثلا في مسألة التعسف في استعمال الحق "وهي نظرية عرفتتها الشريعة الإسلامية منذ ألف وأربع مئة عام ، ولم يعرفها القانون الروماني ولا القوانين المستمدة منه ، ولم يكتشفها الفقهاء الفرنسيون إلا في أواخر القرن الماضي" ، في حين أن التعسف في استعمال الحق لم يأخذه القانون المدني الجزائري وأصله المصري عن الفقه الإسلامي فقط ، بل استمده كذلك من القوانين الغربية كما سنبينه بالتفصيل في موضعه ، وقال في مسألة الظروف الطارئة " فهذه مستمدة من الشريعة الإسلامية التي أسندتها إلى نظرية الضرورة " في حين أن هذه النظرية مأخوذة عن القانونين البولوني والإيطالي كما سنبينه ، وإنما رجح القانون المدني المصري الأخذ بها استنادا لنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي ، وكذلك في ما يتعلق بالنزعة الموضوعية فقد زعم أن القانون المدني استمدتها من الفقه الإسلامي ، وقلدته في ذلك بعض التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني والإنجليزي ، ومثلها في مسألة حوالة الدين ، فقد زعم أنها أخذت

عن الفقه الإسلامي فقط ، ولم يشر إطلاقاً إلى مزوجة القانون المدني في استمداده لهذه المسائل من الفقهين الغربي والإسلامي .

هذا التوسع المطروح إنما يتعلق بالنظريات العامة فقط ، أما بالنسبة للمسائل التفصيلية التي استمدها القانون المدني من الفقه الإسلامي فقد وافق فيها ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري ، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري كما سيأتي في الاتجاه الوسط<sup>1</sup> .

### ثانياً: الرأي المضيق في الاستمداد من الفقه الإسلامي

يرى الدكتور أحمد زكي الشيتي خلافاً لما تقدم أن مصدر النزعة الموضوعية السائدة في القانون المدني المصري هو التشريعات الجرمانية لا الفقه الإسلامي ، وقد جاء في بحث له قدمه إلى معهد القانون الدولي المقارن عن تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري ما يلي : " والحق أنه رغم ما جاء في المذكرة الإيضاحية فإن استمداد القانون المدني الجديد من الفقه الإسلامي هو محدود جداً ، ولئن صح القول بأن الفقه الإسلامي متفق مع القانون الجرمانى من حيث النزعة الموضوعية ففي وسعنا القول أن النصوص التي طبقت هذه النزعة استمدت من التشريع الجرمانى ، وسيجد القاضي نفسه مضطراً عند تفسير هذه النصوص إلى الرجوع إلى هذه التشريعات الجرمانية لا إلى التشريع الإسلامي"<sup>2</sup> .

ذلك أن هذا الأستاذ لما رأى ذلك التشابه الكبير بين الفقه الإسلامي والقانون الجرمانى في كثير من الأحكام التي سبب التشابه فيها هو أخذ كليهما بالنزعة الموضوعية ، مما جعله يرجح مباشرة أن القانون المدني المصري اعتمد على القانون المدني الجرمانى ، ولم يعتمد أبداً على الفقه الإسلامي ، وأن ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هو كلام غير دقيق .

<sup>1</sup> علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، نشر ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون - الجزائر - سنة 1994م ، ص 45-48 .

<sup>2</sup> شيتي ، مجلة الاقتصاد والقانون ، السنة 19 ، العدد 1 ، مارس 1949م ، القسم الفرنسي . نقلاً عن وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 97 .

## الفرع الثاني : الرأي الوسط في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي

ويتزعم هذا الرأي الأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري<sup>1</sup> - واضع القانون المدني المصري الجديد - والذي ذهب إلى رأي وسط بين الاتجاهين السابقين ، فلم يدعي بأن جميع المسائل التي نص عليها الاتجاه الموسع للاستمداد من الفقه الإسلامي بأنها كذلك ، كما لم ينفي ذلك مثل ما ذهب إليه الأستاذ شيتي ، فالسنهوري يرى بأن هناك بعض النظريات استمدتها القانون المدني المصري من القانون الجرمانى وغيره ، لا من القانون اللاتيني ، وكان الفقه الإسلامي هو عمدته في الترجيح مثل النزعة الموضوعية وحوالة الدين ونظرية الظروف الطارئة ، ذلك أن لهذه النظريات سند في الفقه الإسلامي مما يقتضي الأخذ بها في القانون المدني المصري ، فيقول " فمن المبادئ العامة التي أخذ بها التقنين الجديد النزعة الموضوعية التي تتخلل كثيرا من نصوصه ، وهي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح.

ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق (مادة 05) : لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدتها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي، وخصوصا معايير التعسف... وكذلك الأمر في حوالة الدين ( مادة 315-322 ) : أغفلتها القوانين اللاتينية، ونظمتها القوانين الجرمانية منققة في ذلك مع الفقه الإسلامي، فأخذ بها التقنين الجديد، ومبدأ الحوادث الطارئة (مادة 2/147) : أخذ بها بعض التقنينات الحديثة، فرجح التقنين الجديد الأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة، ونظرية العذر في الفقه الإسلامي.

أما ما يتعلق بالمسائل التفصيلية التي استمدتها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي فذكرها السنهوري مطابقة لما نقلته المذكرة الإيضاحية ، وقسمها إلى مسائل قديمة

<sup>1</sup> ووافقه في ذلك كثيرون أشهرهم الفقيه المصري الكبير : الدكتور سليمان مرقس حيث قال : " احتفظ المشرع المصري بما كان القانون القديم يحتويه من أحكام هذا الفقه ، ثم زاد عليها أحكاما أخرى استمدتها منه كأحكام مجلس العقد وإيجار الوقف والحكر والإبراء من الدين ، وأحكاما غيرها استمدتها من الفقه الإسلامي ومن القوانين الجرمانية معا كنظرية التعسف في استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث الطارئة ..... " سليمان مرقس ، مذكرة بشأن توحيد القانون المدني في الدول العربية ، مجلة القضاء ، مصر ، السنة 31 ، تشرين الأول ، ، 1976 ، العدد الرابع ، ص : 33.

في التقنين السابق وأبقى عليها القانون المدني الجديد ، ومسائل جديدة استحدثها القانون المدني الجديد، وذلك كالآتي :

### أولاً: القديم من الفقه الإسلامي الذي استبقاه التقنين المدني المصري الجديد

وهذه المسائل هي : بيع المريض مرض الموت ( مادة 477-478 ) ، الأهلية ( مادة 44-48 ، 109-119 ) ، الشفعة ( مادة 935-948 ) ، الهبة ( مادة 486-504 ) ، سداد الديون قبل قسمة التركة ( مادة 891-899 ) ، الغبن في بيع القاصر ( مادة 845 ) ، خيار الرؤية ( مادة 419-422 ) ، تبعة الهلاك في المبيع ( مادة 437 ) ، غرس الأشجار في العين المؤجرة ( مادة 592 ) ، الأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ( مادة 856-869 ) ، وبالحائط المشترك ( مادة 814-818 ) ، ومدة التقادم ( مادة 968-969 ) .

### ثانياً: الأحكام التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد واستمدها من الفقه الإسلامي

من هذه المسائل كما يقول السنهوري " الأحكام الخاصة بمجلس العقد (مادة 94-97) ، وإيجار الوقف ( مادة 628-634 ) ، وبالحكر ( مادة 999-1014 ) ، والمسائل المتعلقة بإيجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعدر فقد نصت عليهم المواد (610-627) ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده ( مادة 371-372 ) " <sup>1</sup>.

وما ذهب إليه الأستاذ السنهوري موافق تماماً لما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي <sup>2</sup> ، بل كلامه منقول عن المذكرة الإيضاحية نفسها ، والتي نصت على ما يلي : "وقد أخذ المشروع أيضاً عن الشريعة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ 56-57.

<sup>2</sup> زعم الأستاذ وحيد الدين سوار بأن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعد ضمن الاتجاه الموسع في الاستمداد من الفقه الإسلامي ، ودلل ببعض النصوص المجملة ، غير أنه بعد الاطلاع على المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري وجدت خلاف ذلك ، لوجود العديد من النصوص المتفرقة في هذه المذكرة تتكلم عن مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي ، بعضها كان مجملاً ، الأمر الذي جعل الأستاذ الكبير وحيد الدين سوار يجعل المذكرة الإيضاحية تنزعم الاتجاه المذكور مثل ما جاء في ج1/30 من هذه المذكرة ، والناظر مثلاً في ج1/21-22 يجد تفصيلاً أكثر ، وتصريحاً من المذكرة الإيضاحية بأن بعض المسائل لم تستمد فقط من الفقه الإسلامي بل استمدت أيضاً من الفقه الغربي .

الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق ... وأورد لها تطبيقات كثيرة اقتبسها هو أيضا من الشريعة الإسلامية ، ومسؤولية عديم التمييز تأخذ بها التقنيات الجرمانية دون التقنيات اللاتينية ، فأخذ المشروع بما ذهب إليه التقنيات الجرمانية لأنها هي التي تتفق مع الشريعة الإسلامية ، وكذلك الأمر في حوالة الدين تغفلها التقنيات اللاتينية وتنظمها التقنيات الجرمانية متفقة في ذلك مع الشريعة الإسلامية ، وقد أخذ المشروع بها اتباعا للشريعة ، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني ، فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي .

وهناك أحكام تفصيلية كثيرة اقتبسها المشروع من الفقه الإسلامي يكفي هنا مجرد الإشارة إلى بعضها ، من ذلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ، والحكر ، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر ، وفسخه بالعدر ، ووقوع الإبراء من الدين بإرادة منفردة ، هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبسها التقنين الحالي من الشريعة الإسلامية ، وجاراه المشروع في ذلك ، كبيع المريض مرض الموت ، والغبن ، وخيار الرؤية ، وتبعية الهلاك في البيع ، وغرس الأشجار في العين المؤجرة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ، والحائط المشترك ، ومدة التقادم ، أما الأهلية والهبة والشفعة والمبدأ القاضي بالألا تركة إلا بعد سداد الديون فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد أخذت برمتها من الشريعة الإسلامية . " 1

ثم يقول الأستاذ السنهوري في آخر كلامه حول الاستمداد من الفقه الإسلامي : " و هذا هو الحد الذي وصل إليه التقنين الجديد في الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، أما جعل الشريعة الإسلامية هي الأساس الأول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الأمنيات التي تختلج بها الصدور ، وتنطوي عليها الجوانح ... " 2

والرأي المختار من الآراء السابقة هو الرأي الأخير ، ليس لكونه هو الرأي الوسط بين الآراء السابقة، ولكن لكونه هو الرأي الذي تعضده الحجة ، وذلك من وجهين :

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/21-22.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/هامش ص 60.

أ/ تعتبر المذكرة الإيضاحية عمل رسمي نابع عن إرادة تشريعية واعية ، والمذكرة الإيضاحية هي المفسرة والشارحة للقانون ، فهي أولى بالاعتبار من غيرها ، ولا سيما وأن هذه المذكرة الإيضاحية نشرت ضمن مجموعة الأعمال التحضيرية، والتي هي عبارة عن سرد لكل الأحداث المتعلقة بمراحل إعداد هذا القانون، والمصادر التي استمد منها مادته، مروراً بالمناقشات التي دارت بين اللجنة المكلفة بإعداد هذا المشروع إلى غاية صدوره والموافقة عليه، وإذا علمنا أن هذا الرأي الوسط بين الرأيين السابقين هو رأي هذه المذكرة فإنه أولى بالاعتبار من غيره .

ب/ يعد الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هو من أشرف على إعداد مواد هذا القانون، وتابع مسيرة هذا القانون من اليوم الذي كلف بإعداده من طرف الوزارة إلى غاية صدوره ، فإن رأيه فيما يتعلق بمدى استمداد هذا القانون من الفقه الإسلامي رأي له وزنه، وله اعتباره، لا سيما وأن رأيه جاء موافقا لما ذهب إليه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، وعليه فإن هذا الرأي هو الأرجح ، وسنرى ذلك تفصيلا عند التطرق إلى المسائل المأخوذة عن الفقه الإسلامي في ثنايا هذه الرسالة .



**المطلب الثاني : كيفية تفسير النصوص التي استمدت من الشريعة الإسلامية وكيف**

**تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدرا رسميا**

قد يحتاج القاضي إلى فهم نص قانوني مستمد من الفقه الإسلامي ، وقد يحتاج إلى الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي قصد تلمس حل للنزاع المطروح أمامه إن لم يسفحه التشريع في ذلك، ولذلك فسننطرق أولا كيفية تفسير النصوص التي استقيت من الشريعة الإسلامية إلى ثم إلى كيفية استخلاص الأحكام القانونية من مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا :

**الفرع الأول: كيفية تفسير النصوص التي استمدت من الشريعة الإسلامية باعتبارها**

**مصدرا تاريخيا للقانون المدني الجزائري**

إن النصوص التي استقاها القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي فأصبحت بذلك نصوصا تشريعية ، وأصبح الفقه الإسلامي مصدرا تاريخيا لها يستند في تفسيرها إلى مصدرين اثنين هما :

**أولا : القضاء الجزائري**

**ثانيا : ما جاء في كتب الفقه الإسلامي المعتمدة ، دون التقييد بمذهب معين ، وعلى أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني في جملته ، وذلك حتى لا يفقد القانون المدني تجانسه وانسجامه ، أي أن القاضي يرجع إلى المذهب أو إلى القول الفقهي - من أي مذهب كان - الذي يتلاءم مع المبادئ والقواعد العامة التي يقوم عليها القانون المدني .<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 131-132 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/60-61.

## الفرع الثاني : كيفية استخلاص الأحكام القانونية من مبادئ الشريعة الإسلامية

### باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا

لكي تستخلص الأحكام القانونية من مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا أولا في القانون المدني الجزائري يتعين الرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة ، وينبغي أن يراعى في هذا الرجوع أمران هما :

أولا : عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من المذهب المالكي ، بل ولا التقيد بالمذهب المالكي في جملته ، بل كما يقول السنهوري " لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد" .

ثانيا : على المفسر أن يختار من مبادئ الشريعة الإسلامية ما كان منها أكثر موافقة لنصوص القانون المدني ، وذلك حرصا على أن لا يفقد القانون المدني تجانسه وانسجامه ، وليس ذلك بالأمر العسير ما دام القاضي له أن يلجأ في ذلك إلى جميع المذاهب الفقهية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 131-133 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ 60-61.

## الباب الثاني

أثر أحكام الفقه الإسلامي في الالتزامات

يعتبر موضوع الالتزامات من أهم المواضيع التي اهتم بها القانون المدني الجزائري ، وخصص لها عددا لا بأس به من النصوص ، فقد عالج موضوع الالتزامات بدءا من المادة 53 إلى غاية المادة 350 ، وذلك راجع لأهميته البالغة، ذلك أن نظرية الالتزام بما تحويه من قواعد كلية ومنطقية ، وما تتميز به من ثبات واستقرار استحق أن تكون الأساس والركيزة التي يقوم عليها القانون المدني ، بل القانون الخاص كله ، وزيادة في استقرار هذه النظرية استمد القانون المدني الجزائري بعض المسائل المكونة لهذه النظرية من الفقه الإسلامي ، وهو ما سنتطرق إليه في هذا الباب، فنتكلم على أثر الفقه الإسلامي في مصادر الالتزام ، ثم نتطرق إلى أثر الفقه الإسلامي في مسألة انتقال الالتزام وانقضائه ، وذلك في الفصلين التاليين :

## الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في مصادر الالتزام

## الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام

### وانقضائه

## الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في مصادر

### الالتزام

ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقد وآثاره

المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الفعل المستحق

للتعويض

**المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقد وآثاره**

يعتبر موضوع العقد وآثاره من أهم المواضيع في القانون المدني ، باعتباره يمثل القواعد العامة التي تنظم معاملات الأفراد فيما بينهم ، كما يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام ، ولذلك كان العقد هو المصدر الأوفر حظا من حيث عدد النصوص التي نظمت مصادر الالتزام ، ولقد كان للفقه الإسلامي حظه من التأثير في هذا الموضوع الهام ، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول أثر أحكام الفقه الإسلامي في موضوع العقد ، ونتناول في المطلب الثاني أثر أحكام الفقه الإسلامي في آثار العقد .

**المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقد****الفرع الأول : نظرية الإرادة الظاهرة**

من المبادئ العامة التي أخذ بها القانون المدني الجزائري مقلدا فيها أصله المصري تلك النزعة الموضوعية التي تتخلل كثيرا من نصوصه ، والتي هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، أثرها التقنين المدني المصري على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح<sup>1</sup> . ومن القانون المدني المصري تسلت هذه النزعة إلى القانون المدني الجزائري ، وهي واضحة جلية في كثير من نصوصه . ومن آثار النزعة الموضوعية في نصوص القانون المدني الجزائري اعتداده بالإرادة الظاهرة ، والتي هي نزعة الفقه الإسلامي كما سيأتي والقوانين الجرمانية، خلافا للنزعة الذاتية التي تعتنقها القوانين اللاتينية، والتي من نتائجها الاعتداد إلى حد كبير بمبدأ سلطان الإرادة ، ومنه الاعتداد بالإرادة الباطنة وتغليبها على الإرادة الظاهرة .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/58.

### أولاً : الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الغربي

إن القانون لا يعتد بالإرادة إذا ظلت كامنة في النفس ، ولذلك كان لا بد من إظهارها والتعبير عنها في الحيز الخارجي حتى يمكن التحقق من وجودها<sup>1</sup> .

فإذا لم تختلف الإرادة الداخلية الباطنة عن مظهرها الخارجي وعبر الشخص عن إرادته بطريق من طرق التعبير ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفسه من إرادة ، فسيان الأخذ بالإرادة الكامنة أو بمظهرها الخارجي<sup>2</sup> ، ولكن إن اختلفت الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فعندها نتساءل من أين يأخذ العقد قوته الملزمة ، هل من الإرادة الكامنة في النفس أم من الإرادة الظاهرة أي المعلنة ؟

وكمثال توضيحي لذلك شخص يريد أن يبيع بضاعته بمبلغ ( 10.000 ) دينار ، فبدل أن يضع عليها هذا المبلغ وضع عليها مبلغاً آخر قدره ( 1000 ) دينار، ويأتي شخص لاقتناء هذه البضاعة على أن ثمنها هو الثمن الثاني ، ففي هذه الحالة هل ينعقد العقد على أساس الإرادة الظاهرة وهي ألف دينار ، أم على أساس الإرادة الباطنة وهي عشرة آلاف دينار؟

هناك اتجاهان يتجاذبان هذا الموضوع ، اتجاه لاتيني ينظر إلى الإرادة الحقيقية التي تجول في نفس الشخص ، ولذلك يرى التمسك بالإرادة الباطنة ، واتجاه آخر جرمانى يقف عند المظهر الخارجي المحسوس ، ولذلك يرى ضرورة التمسك بالإرادة الظاهرة .

#### 1/ نظرية الإرادة الباطنة

سادت هذه النظرية بوجه خاص في القانون الفرنسي والقوانين اللاتينية التي نسجت على منواله ، بل لقد سادت إلى عهد قريب حتى في القوانين الجرمانية قبل ظهور أنصار الإرادة الظاهرة .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة"، مرجع سابق، ص: 88.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري ، نظرية العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ، 1998 م ،

وهذه النظرية هي نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام ، وتحدد مده ، فيجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر ، فهذه النظرية ترى أن الإرادة هي لب التصرف وقوامه ، وما التعبير إلى وسيلة إلى إخراج هذه الإرادة إلى الوجود ، وهو يعتبر دليل عليها قابل لإثبات العكس، ولذلك لا يجوز التعويل على مجرد التعبير بل يجب الرجوع إلى الإرادة التي قصد التعبير عنها ، وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية عن طريق الجزم واليقين فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الظن والتخمين ، والحاصل أن هذه النظرية ترى أن العقد يتكون بتطابق إرادتين لا بتطابق التعبيرين ، إلا إذا كانا متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين<sup>1</sup> .

ولقد تبني القانون المدني الفرنسي هذا الاتجاه فقرر في المادة 1156 منه أنه : " يجب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة بدلا من التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ"<sup>2</sup>.

## 2/ نظرية الإرادة الظاهرة

بعد تبني الألمان لنظرية الإرادة الباطنة مدة من الزمن قامت في النصف الثاني من القرن التاسع عشر حركة فقهية تجديدية بحثت نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق المنتقد ، وخرجوا من بحثهم على أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون ، فهي شيء كامن في النفس ولا بد لإنتاج أثرها أن تتخذ مظهرا اجتماعيا ، وذلك بالإفصاح عنها ، وكان نقد هؤلاء يهدف بالدرجة الأولى إلى إبراز مدى إغفال نظرية الإرادة الباطنة للصفة

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 281-282. وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص : 89. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ج1/167-168. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ، ج4/34. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 88-89. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - الطبعة السادسة ، 2008م ، مرجع سابق ، ج1/62-63. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص : 32.

<sup>2</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص:1155



الاجتماعية للعلاقات القانونية<sup>1</sup> ، ويرى أنصار هذه المدرسة الجديدة أنه لا بد من التعويل على الإرادة الظاهرة التي يطمئن إليها الناس في تعاملاتهم لأنها تؤدي إلى الثقة والأمان في المعاملات بين الأشخاص<sup>2</sup> ، ولذلك فالإرادة الظاهرة هي الإرادة التي يستطيع القانون احتضانها وترتيب ما قصدته من آثار ، أما الإرادة الباطنة الكامنة في النفس والتي لم تخرج إلى الوجود فلا شأن للقانون بها، ما لم تنقلب من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية ، ويعتبر التعبير عند أنصار نظرية الإرادة الظاهرة دليل على الإرادة الباطنة ، غير أنه دليل غير قابل لإثبات العكس<sup>3</sup> ، فالمتعامل لا يستطيع أن يتعرف على إرادة من تعامل معه إلا إذا عبر عن إرادته، فلا يستطيع أن يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية وإرادة أخرى غير التي عبر عنها<sup>4</sup> ، لأن في ذلك هدم لاستقرار المعاملات ، ويورث عدم الثقة والطمأنينة في التعامل ، كما لا يشترط أصحاب هذه النظرية طريقا خاصا لمظهر التعبير عن الإرادة ، فأبي مظهر يصح عندهم سواء كان تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً ، وحتى السكوت قد يكون مظهراً من مظاهر التعبير عندهم أحيانا ، والمهم ألا تقتصر الإرادة على العمل النفسي فقط<sup>5</sup> ، والحاصل من هذه النظرية أن القوة الملزمة للعقد تستمد من التعبير عن الإرادة لا من الإرادة الكامنة في النفس<sup>6</sup> ، وأن عدم مطابقة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة لا يورث العقد بطلانا ، لأن العقد قام بتطابق ركنيه وهما التعبيران المتبادلان<sup>7</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ج1/169-170. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج4/34-35.

<sup>2</sup> علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص :32.

<sup>3</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص :282-283.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ج1/169-170.

<sup>5</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج4/35. وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص :89.

<sup>6</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص :90-91.

<sup>7</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص :282-283.

## 3/ التقريب بين النظريتين

الملاحظ أن الخلاف بين النظريتين هو خلاف نظري في غالبه ، فالقانون الألماني الذي تبنى الإرادة الظاهرة تجده يتراجع عنها في عيوب الرضا ، وذلك باعتماده نظرية الغلط القائمة على حماية الإرادة الحقيقية للمتعاقد ، والقانون الفرنسي نفسه يشترط على من ادعى اختلاف الإرادة المعبر عنها عن الإرادة الباطنة الحقيقية إثبات ذلك وقلما يستطيع شخص إثبات ذلك ، كما أنه يشترط إثبات اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة بالكتابة إذا كان التصرف محل النزاع لا يجوز إثباته إلا بالكتابة أيضاً<sup>1</sup> وهو ما نصت عليه المادة 1341 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>، وعليه في أكثر الأحوال تتعادل النظريتان من حيث النتيجة العملية وإن اختلفت من حيث الأساس النظري ، وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم الدليل والإثبات على اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة تختلف النظريتان في التطبيق العملي ، فنظرية الإرادة الظاهرة لا تسمح بقبول هذا الدليل العكسي ، بل تقف عند حدود الإرادة الظاهرة ، أما نظرية الإرادة الباطنة فتأخذ بالدليل العكسي ، وتعديل عن الإرادة الخارجية إلى الإرادة الداخلية ، ومع هذا الاختلاف فإن النظريتان تتقاربان أيضاً من ناحية أخرى ، وذلك أن نظرية الإرادة الباطنة وإن أهملت التعبير الذي هو المظهر الخارجي ، فهي لا تترك هذا المظهر الخاطئ دون أثر قانوني ، بل يستحق التعويض كل من اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة ، فتكون النتيجة العملية أن المظهر الخارجي ينتج أثراً في كلتا النظريتين، في النظرية الأولى-نظرية الإرادة الظاهرة- على أساس أنه هو الأصل الذي ينتج الأثر ، وفي النظرية الثانية-نظرية الإرادة الباطنة- على أساس أن هذا المظهر الخادع فوت على من اطمأن إليه الأثر الذي يقصده ، فوجب التعويض عن فواته ، وعليه

<sup>1</sup> عدنان إبراهيم سرحان ، نوري حمد خاطر ، الالتزامات دراسة مقارنة ، دار الثقافة - الأردن - الطبعة السادسة ، 2016م ، ص: 58-59. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 283.

<sup>2</sup> بقولها : " يجب تنظيم سند لدى الكاتب بالعدل أو سند ذي توابع خاصة لكل تصرف بشيء تتجاوز قيمته مبلغاً أو قيمة تحدد بموجب مرسوم ، حتى لإيداع إيرادي ، لا تقبل شهادة الشهود لإثبات ما يخالف السند أو يتجاوز مضمونه، ولا بشأن ما يدعى أنه قيل قبل أو أثناء أو بعد السند ، حتى لو تعلق الأمر بمبلغ أقل ."

يُستحق التعويض في النظرية الأولى على أساس العقد، وفي النظرية الثانية على أساس العمل الضار<sup>1</sup>.

### ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من النظريتين

من خلال تعريف العقد في الفقه الإسلامي والذي هو "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>2</sup> أو كما جاء في المجلة بأنه "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه"<sup>3</sup>.

يتضح أن النزعة التي تسود في الفقه الإسلامي هي النزعة الموضوعية دون الذاتية ، فالعقد ارتباط إيجاب بقبول لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين - وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية التي تبنتها القوانين اللاتينية - بل من حيث إنه يثبت أثره في المعقود عليه ، أي يغير المحل من حالة إلى حالة أخرى ، وهنا تبرز النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي<sup>4</sup> ، هذه النزعة هي التي جعلت الفقه الإسلامي يميل إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة طالبا لاستقرار المعاملات دون الإرادة الباطنة الكامنة في النفس<sup>5</sup>.

ولما كانت الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة فقد اعتنى الفقهاء اعتناء كبيرا بصيغة العقد حتى أنهم يقفون طويلا عند بعض العبارات والألفاظ ، وما تدل عليه هذه العبارات من المعاني ، ولذلك تجد اختلافا في الأحكام بسبب الاختلاف في التعبيرات والصيغ مما يدل على اعتنائهم بالإرادة الظاهرة والتي تتمثل في تلك الصيغ

<sup>1</sup> وانظر بتفصيل أوفى : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، مرجع سابق ، ج1/170-182. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج4/35-37.

<sup>2</sup> كما جاء في المادة 262 من مرشد الحيران ، وهي مطابقة للمادة 87 ق م أردني ، والمادة 73 ق م عراقي ، والمادة 73 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

<sup>3</sup> المادة 103 و104 من مجلة الأحكام العدلية .

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/77.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 92. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 17. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في

الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/77

والتعابير، ولكنهم لم يهملوا الإرادة الباطنة، فإذا كان التعبير صريحا ، وهو التعبير الذي لا يفتقر إلى نية حمل على الإرادة الظاهرة اتفاقا ، أما إن كان التعبير غير صريح ، وهو التعبير الذي يحتاج فيه إلى النية لمعرفة مقصد صاحبه ، فإن العبرة آنذاك بالإرادة الباطنة<sup>1</sup> - وهو ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الباطنة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة<sup>2</sup> - ، ولذلك كان لا بد من التطرق إلى تلك الصيغ والتعابير ومعرفة موقف الفقهاء منها ، وماذا تدل عليه ، أهو الإرادة الظاهرة أم الباطنة ؟

### 1/ صيغة الماضي

يؤثر الفقهاء المسلمون صيغة الماضي لانعقاد العقد ذلك أن هذه الصيغة بطبيعتها وضعها اللغوي والشرعي لفظ يتمحض للحال ، فينعقد به العقد دون بحث عن النية أخذًا بالإرادة الظاهرة ، ذلك أن الإرادة قد تجاوزت مرحلة التفكير والمفاوضة إلى مرحلة الحسم والجزم والقطع ، ثم إن الإرادة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجري وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريرته أمر عسير<sup>3</sup>.

وقد جاء في كتب الفقه الإسلامي على تنوع مذاهبه أن صيغة الماضي ينعقد بها العقد دون نظر إلى الإرادة الباطنة<sup>4</sup> ، فقد جاء في البدائع قوله : " أما بصيغة الماضي فهي أن يقول البائع: بعث ويقول المشتري: اشتريت، فيتم الركن؛ لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعا، لكنها جعلت إيجابا للحال في عرف أهل اللغة والشرع، والعرف قاض على

<sup>1</sup> ابن نجيم ، البحر الرائق ، مرجع سابق ، ج3/272. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج3/249. أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج1/316. علي محيي الدين القره داقي، مبدأ الرضائية في العقود -دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي- دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3/2008م، ج2/1220-1221.

<sup>2</sup> اتجه إلى القول بأن الفقه الإسلامي يعتد بالإرادة الباطنة لا الظاهرة الدكتور صبحي محمصاني في كتابه القيم النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية معتمدا على أقوال وشواهد عديدة . صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 302.

<sup>3</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 314. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/88. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:300.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/97.

الوضع، وكذا إذا قال البائع: خذ هذا الشيء بكذا، أو أعطيتكه بكذا، أو هو لك بكذا، أو بذلتكه بكذا، وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك، فإنه يتم الركن، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة.<sup>1</sup>

وجاء في المادة 169 من المجلة: "الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعث واشتريت، وأي لفظ من هذين ذكر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول، فلو قال البائع: بعث، ثم قال المشتري: اشتريت، أو قال المشتري أولاً: اشتريت، ثم قال البائع: بعث، انعقد البيع ويكون لفظ "بعث" في الأول إيجاباً و"اشتريت" قبولاً. وفي الثانية بالعكس.

وينعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك والتملك كقول البائع: أعطيت أو ملكت وقول المشتري: أخذت أو تملكيت أو رضيت أو أمثال ذلك".

ومن هنا نستخلص القاعدة التالية: كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة، وينعقد به العقد، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة.<sup>2</sup>

## 2/ صيغة المضارع

إذا كانت صيغة الماضي تفيد الحال قطعاً وينعقد بها العقد، فإن صيغة المضارع إذا أفادت الحال لا الاستقبال بقريئة قاطعة كقوله **أبيعك الآن** أو **إذا انتفى احتمال المساومة والوعد** كما لو قال شخص لآخر "تزوجني ابنتك" فقال: قبلت، أو قال شخص لآخر "جنّت لتزوجني ابنتك" فقال: زوجت، فإن العقد يتم إذا انتفى احتمال المساومة والوعد<sup>3</sup>، أو

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج5/133.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 341. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1/88.

<sup>3</sup> وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 321. كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، (د ت ن)، ج3/191.

تعارف الناس على استعمال صيغة المضارع للحال<sup>1</sup> فإن هذه الصيغة ينعقد بها العقد اتفاقاً<sup>2</sup>.

أما إن كانت صيغة المضارع يراد بها الاستقبال فإنه لا ينعقد بها العقد وفي ذلك نصت المادة 170 من المجلة : " ينعقد البيع بصيغة المضارع أيضا إذا أريد بها الحال كما في عرف بعض البلاد كأبيع وأشتري، وإذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد " .

وأما إن كانت هذه الصيغة تحتمل الحال والاستقبال ، وإن كان احتمال صيغة المضارع للاستقبال أكثر وأشهر فإنه لا يؤخذ حينها بالإرادة الظاهرة، بل يجب الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة، فإن أريد بها الحال انعقد العقد، وإن أريد بها الاستقبال لم ينعقد، وجاء في بائع الصنائع ما نصه : " وأما صيغة الحال فهي أن يقول البائع للمشتري: أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشتري: اشتريت، أو قال المشتري أشتري منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب، وقال البائع: أبيعك منك بكذا، وقال المشتري: أشتريه ونوى الإيجاب؛ يتم الركن وينعقد، وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح؛ لأنه غالب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا فوقت الحاجة إلى التعيين بالنية. "<sup>3</sup>

ومن هنا نستخلص القاعدة التالية : " كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة فوقت الحاجة إلى التعيين بالنية ، أي الأخذ بالإرادة الباطنة "<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فهمي أبو سنة ، العرف والعادة في رأي الفقهاء ، ط2/1992. ص:54. ابن نجيم الحنفي ، مرجع سابق ، ج285/5.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 321. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج97/4.

<sup>3</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج133/5.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج89/1.

### 3/ صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال

أما بالنسبة لصيغة الأمر فعند الأئمة مالك ورواية عن أحمد ورواية عن الشافعي<sup>1</sup> ينعقد بها العقد ، وهي متمحضة للحال كمن قال لآخر " بعني ثوبك " فقال: قبلت ، أما عند أبي حنيفة<sup>2</sup> فصيغة الأمر متمحضة للاستقبال ، إذ هي عبارة عن طلب للإيجاب والقبول ، وليست إيجابا وقبولا ، ولذلك فلا ينعقد بها العقد ، أي أن الإرادة الظاهرة صريحة الدلالة على عدم البت والقطع ، وعليه جاء في المادة 172 من المجلة أنه : " لا ينعقد البيع بصيغة الأمر أيضا كعب واشتر إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها البيع فلو قال المشتري: بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البائع: بعتك لا ينعقد البيع ، أما لو قال البائع للمشتري: خذ المال بكذا من الدراهم وقال المشتري: أخذته ، أو قال المشتري: أخذت هذا الشيء بكذا قرشا ، وقال البائع: خذه ، أو قال: الله يبارك لك وأمثاله انعقد البيع ، فإن قوله: خذه ، والله يبارك ، ههنا بمعنى: ها أنا ذا بعت فخذ".

أما صيغة الاستقبال وهي صيغة المضارع المقرون بالسين أو سوف مثل: سأبيعك، لأن ذكر السين يدل على إرادة العقد في المستقبل ، فهو وعد بالعقد وليس عقدا ، أي أنه يدل على عدم إرادة الحال ، فلا ينعقد بها العقد اتفاقا، حتى ولو نوى بها العاقد الإيجاب والقبول<sup>3</sup>.

وهو ما أكدته المادة 171 من المجلة بقولها : " صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وأشتري لا ينعقد بها البيع " .

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج2/229. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج2/328. ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج3/481. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/97. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 322.

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/133.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/99. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 339. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/89.

وأما صيغت الاستفهام فهي صيغت تمحضت للاستقبال فلا ينعقد بها العقد كذلك اتفاقاً ، ذلك أنها سؤال الإيجاب والقبول وليست إيجاباً ولا قبولاً ، وذلك كأن يقول المشتري للبائع : أتبيع مني هذا الشيء بكذا ؟ فقال البائع : بعت ، لا ينعقد العقد إلا إذا رد المشتري عليه وقال اشتريت .<sup>1</sup>

ومما سبق نستخلص القاعدة التالية: " كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، فلو نوى العاقد الإيجاب واستعمل صيغة تتمحض للاستقبال لا ينعقد العقد ."<sup>2</sup>

#### 4/ الكنايات

يعتد الفقه الإسلامي كذلك بالإرادة الباطنة في التعبيرات التي تكون فيها الإرادة الظاهرة غير واضحة، وذلك في الحالات التي يكون فيها التعبير كناية ، ذلك أن الكناية لفظ يحتمل المراد وغيره ، فإن وجدت قرينة تدل على المراد كانت الإرادة الظاهرة هي المعول عليها ، وإن لم توجد أي قرينة تدل على المراد من التعبير، وظل الاحتمال قائماً في تحديد مراد صاحب التعبير فإنه يرجع إلى نيته من التعبير وسواء أكان التعبير لفظياً أو كتابياً أو إشارة.<sup>3</sup>

والقاعدة العامة من خلال القواعد السابقة الذكر هي " أن الأصل في صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة واضحة ، فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وإن تمحضت للاستقبال لا ينعقد ، أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة بأن

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/133. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/99. عبد

الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/89.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/89.

<sup>3</sup> راجع تفصيل القول في الكنايات في : وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص :



احتملت الصيغة الحال والاستقبال، (أو كانت الصيغة كناية)، تعين الرجوع إلى النية أي إلى الإرادة الباطنة فإن انصرفت هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد ، وإلا لم ينعقد<sup>1</sup> .  
ومن خلال ما سبق ذكره يتبين أن الفقه الإسلامي موضوعي النزعة بلا ريب، يقدم الإرادة الظاهرة بوضوح وينتصر لها<sup>2</sup> ، وكلما رأى ذريعة إلى حمل الصيغ العقدية على الإرادة الظاهرة فعل ذلك، وإن كانت هذه الصيغ محتملة للإرادتين ، إلا في الحالات التي لم يجد لها سببا لحملها على الإرادة الظاهرة فإنه حينئذ يحملها على الإرادة الباطنة أي ينظر فيها إلى نية صاحبها .

ولقد كان هذا النهج- تغليب الإرادة الظاهرة - هو نهج جميع الفقهاء على مختلف مذاهبهم<sup>3</sup> لم يشذ منهم سوى فقيه واحد ، وهو الفقيه الحنفي المحقق الكمال بن الهمام الذي نادى في كتابه فتح القدير بوجوب العدول عن المعايير الموضوعية السائدة في الصيغ العقدية في الفقه الإسلامي ، والتي توجب الأخذ بالإرادة الظاهرة ، والاستعاضة عنها بمعايير ذاتية ، توجب الأخذ بالإرادة الباطنة ، فقال : " والمعنى هو المعتبر في هذه العقود، ألا يرى إلى ما قالوا، لو قال: "وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا" فرضي، فهو بيع بالإجماع.

قالوا: إنما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق، فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى، وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى لها أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير .  
فإذا فارتقت هذه العقود ذلك، اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية ، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أَراده به .  
وحيئنذ فلا فرق بين " بعت " و "أبيع" في توقف الانعقاد به على النية ، ولذا لا ينعقد بلفظ "بعت" هزلا .

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج1/90.

<sup>2</sup> عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 28.

<sup>3</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 341.

فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل، ثم تقييده بما إذا لم ينو به فإنه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية، ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية<sup>1</sup>.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن اعتناء الفقهاء المسلمين بالصيغ والألفاظ في العقود إنما ذلك لا ينفي اعتدادهم بالنيات والمقاصد بل هو الأصل، وهو الذي دلت عليه نصوص الشريعة وقواعدها كما هو معروف، ولكن لأجل استقرار المعاملات كان ولا بد من الاعتداد بالظواهر<sup>2</sup> لا لأنها هي الإرادة الحقيقية، ولكن لأن الإرادة الظاهرة تعد قرينة ودليل على الإرادة الباطنة التي هي أساس العلاقة الرضائية في حقيقة الأمر، وكذلك لأن الإرادة الباطنة لا يمكن الكشف عنها إلا من خلال الإرادة الظاهرة المتمثلة في تلك الصيغ والألفاظ.

كما يلاحظ بأن تلك الصيغ التي سلف الكلام عليها إنما كانت معتبرة عند الفقهاء لأن العرف عندهم درج على ذلك، ولو كان العرف عندهم لم يعمل فيه بتلك الصيغ لما تردوا لحظة في عدم العمل بها<sup>3</sup>.

ومما ينبغي التنبيه عليه أيضا أن ما تم التطرق إليه من اعتداد الفقهاء بالظواهر دون النيات داخل في ساحة القضاء لا الإفتاء، أو كما يسمونه قضاءً لا ديانة، فقد يعطى الأثر الواحد اعتبارين اثنين، اعتبارا قضائيا واعتبار دينيا، ومؤدى الاعتبار القضائي أن ينظر إلى الصورة المادية للواقعة، وما يترتب عليها من أثر في الخارج، وهي محل القضاء والإلزام، بينما مؤدى الاعتبار الديني النظر إلى الباعث على العمل، والنية المقترنة به، واعتبارهما أساس المؤاخظة الخلقية ومناط الثواب والعقاب من الله تعالى.

ولئن كان مناط الاعتبار الأول هو القضاء فإن مناط الاعتبار الثاني هو الإفتاء، فإذا ما زل لسان مستفت بطلاق، أفتاه المفتي بحل زوجته، رغم صيرورتها أجنبية عنه في نطاق القضاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الكمال بن الهمام، مرجع سابق، ج 6/251.

<sup>2</sup> عبد الستار آدم، مرجع سابق، ص: 28.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص: 302.

<sup>4</sup> وانظر بتفصيل أكثر: نوحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 466.

**ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الإرادتين الظاهرة والباطنة**

اختلفت أنظار الفقهاء في تحديد موقف المشرع الجزائري فمنهم من يرى بأنه أخذ مبدئيا بالإرادة الباطنة، ومنهم من يرى العكس<sup>1</sup> - تبعا لاختلاف فقهاء القانون المدني المصري<sup>2</sup> - ، ومنهم من يرى بأنه أخذ بالإرادة الباطنة وكملة بالإرادة الظاهرة عكس ما فعله المشرع الألماني الذي أخذ بالإرادة الظاهرة وكملة بالإرادة الباطنة<sup>3</sup> .

غير أنه ومن خلال تتبع نصوص القانون المدني الجزائري - المطابقة في مجملها للقانون المدني المصري، والذي كان سابقا في الأخذ بالإرادة الباطنة كأصل والظاهرة كاستثناء على القول الراجح<sup>4</sup> - يظهر أن القانون المدني الجزائري اعتنق ما ذهب إليه القانون المدني المصري والقوانين المستمدة منه ، فقد أخذ بالإرادة الباطنة كأصل عام، واستثناء بالإرادة الظاهرة حفاظا على استقرار المعاملات ، ليبقى القانون المدني الجزائري في حضيرة القوانين اللاتينية لا يتزحزح عنها في قواعدها وأصولها إلا للضرورة أو الحاجة .

**1/ مظاهر تأثير المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة**

لم يشذ المشرع الجزائري كأصله المصري عن القوانين اللاتينية التي ينتمي إليها وخصوصا القانون المدني الفرنسي وأخذ كأصل عام - متبعا في ذلك أصله المصري - **بالإرادة الباطنة** ، ومن بين مواطن أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة ما يلي:

أ/ اعتداده بالتعبير عن الإرادة في حالة مطابقته التعبير للإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وهو التفسير الصحيح لنص المادة (59 ق م ج) : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية " ، لا كما فسرها بعضهم بأن المشرع الجزائري قد اعتد بالتعبير وحده ، وأن هذه المادة دليل صريح بأن المشرع الجزائري قد اعتد بالإرادة الظاهرة ، والغريب في الأمر أن هذا الرأي الثاني هو الذي صرحت به

<sup>1</sup> علي فيلاي ، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008 ، مرجع سابق ، ص : 91.

<sup>2</sup> مصطفى عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص: 154.

<sup>3</sup> محمد حسنين ، مرجع سابق ، ص: 27.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/90.

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص المادة (89 ق م م) ، والتي نصت على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد . " - والتي هي أصل المادة (59 ق م ج) - ، حيث قالت : " قطع المشرع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين"<sup>1</sup>.

والظاهر أن اشتراط تبادل التعبير الذي نصت عليه المادة (89 ق م مصري) و المادة (59 ق م ج) لا ينم عن أخذ المشرع بنظرية التعبير أي بالإرادة الظاهرة ، بل إن اشتراط القانون لتبادل (التعبيرين عن إرادتين متطابقتين) ، لا تبادل (تعبيرين متطابقين عن إرادتين) ليكشف بوضوح عن جوهرية الإرادة في التصرف القانوني ، وأن التعبير ليس له مهمة سوى تبادل هذه الإرادة بين طرفي التصرف<sup>2</sup>.

ب/ أنه لم يعتد في تكوين العقد إلا بالإرادة الحرة السليمة غير المضللة ولا الواهمة ، فمحصها من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، والتي جعلها عيوباً تجيز طلب إبطال العقد<sup>3</sup> ، وهو ما نصت عليه المواد من (81-90) ق م ج .

ج/ أنه اعتبر العقد باطلاً إذا كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب<sup>4</sup>. فاعتناء المشرع بالبائع على التعاقد يدل على انحيازه إلى الإرادة الباطنة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج2/9

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 95. وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 285-286.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 95. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/98.

<sup>4</sup> وهو ما نصت عليه المادة 97 ق م ج .

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 95. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/98.

د/ في تفسير العقد إذا كانت عبارات العقد غير واضحة كما نصت عليه المادة (2/111) ق م ج) بقولها : " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات . " وأصل هذه الفقرة هي الفقرة الثانية من المادة (150 ق م مصري) ، وواضح من هذا النص أن الأصل هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وهي الإرادة الحقيقية، وما المعايير التي نص عليها المشرع من العرف الجاري وطبيعة المعاملة إلا طرقا للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه<sup>1</sup> .

## 2/ مظاهر تأثر المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة

إن المشرع الجزائري لم يبق جامدا على الأخذ بالإرادة الباطنة مثله في ذلك مثل باقي القوانين التي اعتمدت هذه الإرادة ، ذلك أنه لا يمكن لأي قانون أن يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة بصفة مطلقة ، ولا بنظرية الإرادة الباطنة بصفة مطلقة ، وإنما لا بد وأن يجمع بين النظريتين ، فيأخذ بنظرية كأصل عام ويكملها بالأخرى<sup>2</sup> .

ولقد كمل القانون المدني الجزائري الإرادة الباطنة بأخذه بالإرادة الظاهرة طلبا لاستقرار المعاملات وحفاظا على الثقة المتبادلة بين المتعاقدين ، ولذلك فإن مظاهر أخذ المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة تتجلى في ما يلي :

## أ/ في الوقت الذي ينتج التعبير عن الإرادة لأثره

نص في المادة (61 ق م ج)<sup>3</sup> على أنه : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " ، ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ، فإن العقد ينعقد لا على أساس الإرادة

<sup>1</sup> الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/98-99.

<sup>2</sup> مصطفى عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص:155.

<sup>3</sup> المطابقة لنص المادة 91 ق م مصري. والمادة 76 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

الباطنة الحقيقية التي عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة ، وهي الإرادة التي اقترن بها الإيجاب<sup>1</sup>.

### ب/ استقلال التعبير عن الإرادة عن صاحبه

جاء في المادة (62 ق م ج) أنه : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل " .  
ومدلول هذه المادة أن التعبير عن الإرادة يبقى منتجا لآثاره بالرغم من موت صاحبه أو فقد أهليته ، وفي ذلك أخذ بالإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها بموته أو فقد أهليته<sup>2</sup>.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة والتي أصلها المادة 92 من ق م مصري ما يلي:  
"أي أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته ، وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة ، فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائما بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أي التزام آخر، فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه ، ويراعى من ناحية أخرى أن التعبير عن الإرادة لا يسقط كذلك بوفاة من وجه إليه ، أو بفقد أهليته قبل القبول ، وإنما يكون لورثة المتوفى أو ممثلي فاقد الأهلية في هذه الحالة أن يقوموا مقامه في القبول .

ووجود التعبير حتى قبل أن يصبح لازما لا يتأثر هو أيضا بالموت أو بفقد الأهلية ، سواء أكان من مات أو فقد أهليته هو الطرف الذي صدر منه الإيجاب ، أم الطرف الذي

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 95. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/96.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:101. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/198.

وجه إليه ، وغني عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل صدور التعبير .<sup>1</sup>

هذا الرأي الذي ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري وإن أيده الكثير من الفقهاء<sup>2</sup> ، غير أنه لم يلق ترحيبا كبيرا من بعضهم وعلى رأسهم السنهوري<sup>3</sup> .

ذلك أنهم اعتبروا أن التعبير الصادر من الموجب يختلف عن التعبير الصادر من القابل، وحملوا المادة على التعبير الصادر من القابل حتى تتفق مع المادة 91 ق م مصري ، ( المادة 61 ق م ج) التي تعتبر أن التعبير لا ينتج أثره حتى يصل إلى علم من وجه إليه .

أما إذا كان التعبير من الموجب ثم مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إلى القابل ، وأعلن القابل قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو فقده لأهليته فإن العقد لا يتم إذ يشترط لتمامه أن يصل العلم بالقبول إلى الموجب ، وقد مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول العلم بالقبول إليه ، فتخلف الشرط المنصوص عليه في المادة (61 ق م ج).

والحاصل أن أساس الحكم الوارد في المادة (62 ق م ج) ، هو النظرة الحديثة التي ترى أن الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة الشخص الذي تصدر عنه ، وهي فكرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ، انطلاقا من النزعة الموضوعية ، وقد قلدت القوانين الحديثة كالتشريع الألماني والإنجليزي الشريعة الإسلامية في هذه النزعة التي لم يعرفها القانون الفرنسي<sup>4</sup> .

أما عن أثر الموت وفقد الأهلية في الفقه الإسلامي فثمة رأيان بصدد صلة التعبير

بصاحبه:

<sup>1</sup> مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج2/31.

<sup>2</sup> مثل محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 95.

<sup>3</sup> للاطلاع على الخلاف الواقع في المسألة راجع : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج2/31-38.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/198.

<sup>4</sup> علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47 . بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع

سابق ، ج1/66.

### - رأي الجمهور

يرى جمهور العلماء أن التعبير عن الإرادة يتبع صاحبه بعد صدوره عنه، ومقتضى هذا الرأي أن التعبير عن الإرادة يسقط بمجرد وفاة صاحبه أو فقدته لأهليته قبل وصول التعبير إلى علم من وجه إليه ومن حجج هذا الرأي أن الإرادة وإن خرجت من صاحبها لكنها تظل لصيقة به تموت معه ، وتزول بفقده لأهليته ، فالإرادة المحضة ليس يسعها الانتقال إلى خلف صاحبها ، ولا إلى ممثله الشرعي ، إذ ليس من شأنها تلقي التصرفات التي لم يتم تكوينها بعد<sup>1</sup> .

جاء في الفتاوى الهندية أنه " يشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل الإيجاب"<sup>2</sup>.

وجاء في رد المحتار : " قال: في البحر: والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض ويرجع أحدهما عنه ويموت أحدهما؛ ولذا قلنا: إن خيار القبول لا يورث"<sup>3</sup>

### - رأي الإباضية ولازم مذهب بعض المالكية

يرى هؤلاء الفقهاء أن التعبير عن الإرادة يستقل عن صاحبه بعد صدوره عنه ، ومقتضى هذا الرأي أن يظل التعبير قائماً ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه رغم وفاة صاحبه أو فقدته لأهليته ، ومن حجج هذا الرأي أن صاحب التعبير قد عمل ما في وسعه قبل إصداره لتعبيره ليجعل التعبير صحيحاً ، والتعبير إذ ينفصل عن صاحبه يكون له وجود مستقل ، فيجب تبعاً لذلك أن ينتقل إلى الوارث بالحالة التي كان عليها عند مورثه وما

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 109. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، مصادر الالتزام ، شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، دار الفتح - الإسكندرية - الطبعة الأولى ، 1996م، ص:113.

<sup>2</sup> لجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي ، الفتاوى الهندية ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، 1310هـ ، ج3/7.

<sup>3</sup> ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج4/527.



دام أن الموجب كان باستطاعة الرجوع عن إيجابه إذ لم يكن ملزماً له ولم يفعل ، فللورثة أن يرجعوا عن هذا الإيجاب أسوة بما كان يستطيع فعله مورثهم<sup>1</sup> .

فعددهم إذا فقد المشتري أهليته قبل قبول البيع أو مات قام خليفته مقامه في القبول ، وقد جاء في النيل: " وإن تجنن مشتر قبل قبول علق البيع ، وخليفته بمقامه إن كانت ، وإلا أجبر أولياؤه باستحلاف عليه إن طلب البائع في الأظهر ، وإن مات فوارثه بمقامه ، وجاز قبوله إن ارتد أيام استتابته وبعدها ، إما مسلم أو مقتول ، إن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو آلة ضرب " .

وكذلك إن مات البائع أو فقد أهليته قبل قبول المشتري، لم يسقط الإيجاب، وكان للمشتري أن يقبل المبيع بالرغم من ذلك ، وقد جاء في النيل : " ومن باع فمات أو جن أو ارتد ، فبدا له ، علق للمشتري وخير"<sup>2</sup> .

أما لازم مذهب بعض فقهاء المالكية<sup>3</sup> - من كون أن الإيجاب عندهم ملزم ولا يجوز الرجوع عنه ، فلو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 109. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق ، ص:113.

<sup>2</sup> محمد أطفيش ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج2/11 نقلا عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج2/16-17.

<sup>3</sup> ذلك أن المالكية على رأيين في هذه المسألة ، الرأي الأول يوافقون فيه الجمهور من أن الإيجاب غير ملزم ، والرأي الثاني أنه ملزم حتى يمضي الوقت المناسب للرد عليه ممن وجه إليه. جاء في المادة 2/20 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ما يلي : "وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول ممن وجه إليه ذلك الإيجاب ... " وجاء في إيضاح هذه المادة ما يلي : " ما جرينا عليه في النص من أن الموجب له الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول ممن وجه إليه ذلك الإيجاب ، هو أحد قولين في المذهب لأن البيع قبل صدور القبول لم يكن قد تم عليه ، فلا يلزم إيجابه ، والقول الثاني : أنه ليس له الرجوع عنه قبل أن يجيبه من وجه إليه ، بالقبول أو الرد في الوقت المناسب لأنه هو الذي أوجبه على نفسه فيلتزم به ، وقد حكى القرطبي القولين في تفسير قوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا" ولم يرجح أحدهما على الآخر ، وظاهر كلامه كما قال الحطاب في مواهب الجليل : أنهما روايتان في المذهب عن مالك ، وإنما جرينا في النص على القول الأول لموافقته لقول جمهور الأئمة . " انظر: اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية ، إشراف مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ، الطبعة التمهيدية ، 1972م ، ص : 69. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج4/240.

رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول<sup>1</sup> -، فإن الإيجاب لا يسقط بموت الموجب أو فقده لأهليته<sup>2</sup>.

ومن التطبيقات التي أوردها المشرع الجزائري لهذا المبدأ هو عدم انقضاء الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر على أن يكون لورثته الحق في إنهائه (510 ق م ج)<sup>3</sup>، وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي لا يعرفه القانون الفرنسي، في حين أخذ به التشريع السويسري (270 ق م) والألماني (569 ق م)، وهو ما حكمت به المحكمة العليا في اجتهادها القضائي الذي استقر على أن عقد الإيجار لا ينتهي بأي حال من الأحوال بموت المؤجر ولا بموت المستأجر<sup>4</sup>.

### ج/ التدليس والإكراه الصادر من غير المتعاقدين

نص القانون المدني الجزائري في المادة (87) على أن التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يؤدي إلى طلب إبطال العقد، إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس، وكذلك نص في المادة (89) على أن الإكراه الذي يكون من غير المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بذلك الإكراه<sup>5</sup>.

وعليه فإن العقد يكون صحيحاً لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق، ج4/240.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج17/2-18. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص:113.

<sup>3</sup> غير أن هذه المادة ألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر. 31 ص.6).

<sup>4</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج1/66.

<sup>5</sup> محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة"، مرجع سابق، ص: 96. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/97.

<sup>6</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/97.

### د/ في تفسير العقد

نصت المادة (1/111 ق م ج<sup>1</sup>) على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ".  
وفي ذلك أخذ واضح بالإرادة الظاهرة ، وهو ما ذهب إليه الفقه الإسلامي كما سبق بيانه<sup>2</sup>.

### هـ/ في الصورية

نصت المادة (198 ق م ج) على أنه : " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ".  
والعقد الصوري هو العقد الظاهر ، وفي هذا النص اعتداد ظاهر بالإرادة الظاهرة ، وقد أخذ الفقه الإسلامي بالعقد الصوري في صور عديدة كالنكاح والطلاق والعتاق<sup>3</sup>.

### و/ في الباعث غير المشروع

نصت المادة (97 ق م ج) على أنه : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ".  
وظاهر من هذا النص أن الباعث على العقد إذا كان غير مشروع فإن العقد يكون باطلا وهو كذلك في الفقه الإسلامي على خلاف بين الفقهاء في تسمية السبب غير المشروع في العقد من عدمه ، فإن تضمنت صيغة العقد صراحة أو ضمنا الباعث غير المشروع فالعقد باطل عند جميع الفقهاء ، وإن لم تتضمن صيغة العقد الباعث غير المشروع لكن قد

<sup>1</sup> المطابقة للمادة 150 ق م م .

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:101. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 96.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة" ، مرجع سابق ، ص : 96. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:101.

انصرفت إليه نية المتعاقدين فالعقد صحيح عند الحنفية والشافعية<sup>1</sup>، وباطل عند المالكية والحنابلة<sup>2</sup>.

ومن الأمثلة الكثيرة الذكر في هذا الباب نكاح المحلل، وبيع العينة، وبيع العنب لمن يعصره خمرا... الخ ، غير أن التساؤل الذي يثور هنا هو: هل يتعين أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالبائع غير المشروع؟

لقد ذهب الاجتهاد الفقهي والقضائي إلى اشتراط ذلك حتى يقال ببطلان العقد ، وعليه فإن عدم مشروعية البائع الذي حدا بأحد المتعاقدين إلى التعاقد لا يكون سببا في بطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد على علم بذلك ، أما إن كان البائع غير مشروع ولم يعلم به العاقد الآخر فإن العقد يكون صحيحا لا على أساس إرادة المتعاقد الباطنة ، لأن إرادته غير مشروعة بسبب البائع غير المشروع ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر ، واعتمد عليها في ترتيب شؤونه .

<sup>1</sup> يقول الشافعي في الأم : " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما؛ لأنه قد لا يقتل به ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ولا أفسد البيع إذا باعه إياه؛ لأنه باعه حلالا، وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحدا أبدا، وكما أفسد نكاح المتعة.

ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا، وهو ينوي أن لا يمسخها إلا يوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، إنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد." الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة - بيروت - ، 1990م ، ج3/75. وانظر : علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/189-190. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج4/56.

<sup>2</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج4/168. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج4/267. وانظر بتفصيل أوفى وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 229-236.

واشترط علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع يجد له سندا واضحا في المذهبين المالكي<sup>1</sup> والحنبلي<sup>2</sup> ، وعند ابن حزم<sup>3</sup> .

والخلاصة أن اعتداد الاجتهاد بالإرادة الظاهرة في حالة الباعث غير المشروع يجد له سندا في أحكام الفقه الإسلامي<sup>4</sup> .

### الفرع الثاني : مجلس العقد

لما كان الأصل في القبول أن يصدر بعد الإيجاب مباشرة مادام الموجب لم يحدد أجلا للقبول ، تأتي نظرية مجلس العقد الإسلامية المنشأ لتبين أن القبول قد يطول أجله رغم أن الموجب لم يحدد أجلا للقبول ، وذلك مادام المتعاقدان يضمهم مجلس واحد ولم يتفرقا ، ولذلك فسنتكلم على هذه النظرية في الفقه الإسلامي ثم في القانون المدني الجزائري .

#### أولا: مجلس العقد في الفقه الإسلامي :

لنتعرف على أحكام مجلس العقد في الفقه الإسلامي كان لزاما علينا ان نحدد أولا الغرض من هذه النظرية ثم نبين الحدود التي تنتهي إليها وصولا إلى النتائج المبتغاة من السير على خطى هذه النظرية .

#### 1/ الغرض من مجلس العقد

غرض مجلس العقد هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب ، وذلك لكي يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره وتكون له فرصة مواتية لقبول الإيجاب أو رفضه ، ولو اشترطنا أن يكون القبول مباشرة وراء الإيجاب لما تمكن المتعاقد الآخر من التريث والتدبر لإعلان قبوله أو رفضه ، ومن جهة أخرى لا يسمح للقابل أن يتراخى إلى درجة الإضرار بالموجب بإبقائه مدة طويلة دون الرد على إيجابه ، ولذلك وجب الرد على إيجابه ، ولأجل التوسط بين الأمرين ظهرت نظرية مجلس العقد .

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج4/267

<sup>2</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج4/168.

<sup>3</sup> وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 229-236.

<sup>4</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:103.

على أن مسألة مجلس العقد لم يعرفها القانون المدني الفرنسي بخلاف الفقه الإسلامي الذي صاغها بدقة متناهية، بل لقد بلغت من الإتقان حدا كبيرا لولا إغراقها في المادة<sup>1</sup>.

## 2/ حدود مجلس العقد

مجلس العقد هو ذلك المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، أو الاجتماع الواقع من أجل التعاقد<sup>2</sup>، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد، ولم يبدُ أي إعراض من أحدهما.

فإن بدا إعراض من أحدهما فقد انفض مجلس العقد.

وإن قام أحدهما وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب فقد انفض مجلس العقد.

وإن رد المتعاقد الآخر على الإيجاب، قبولا أو رفضا، فيكون مجلس العقد قد أدى الغرض منه.

أما إذا انفض مجلس العقد دون قبول، فقد سقط الإيجاب، ولا يجوز بعد ذلك للمتعاقد الآخر أن يقبل إلا إذا صدر إيجاب جديد من الموجب، أو إذا قبل عد قبوله إيجابا لا بد له من قبول من الطرف الآخر<sup>3</sup>.

يقول السنهوري " نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفي، وهو المذهب الذي قصد التفتين الجديد أن يستمد منه في هذه المسألة، وقد اختلفت الحنفية عن الشافعية في ذلك، فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب، ما دام قد صدر في مجلس العقد<sup>4</sup>، أما الشافعية فيشترطون الفور في القبول، فإذا لم يصدر فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب، ولكنهم في الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس<sup>5</sup>، فيجوز للموجب له أن

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 6/2.

<sup>2</sup> صبجي محمصاني، مرجع سابق، ص: 296.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 7/2.

<sup>4</sup> المادة 182 من المجلة " المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس" وانظر شرحها لسليم رستم باز، مرجع سابق، ص: 85. علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج 136/5.

<sup>5</sup> محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج 4/3. الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 320/2.

يرجع في قبوله قبل انفضاض مجلس العقد ، ومن ثم أصبح مذهب الشافعي بفضل هذه الصياغة الفنية معقولا ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفي محدود المدى من الناحية العملية ، فالحنفية يقولون أن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع في قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس .

أما المذهب المالكي فيشترط الفورية كالمذهب الشافعي<sup>1</sup> ، ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفي ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة ، ولم يختره التقنين الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرَج<sup>2</sup> ، أما المذهب الحنبلي فيجيز لمن وجه إليه الإيجاب التراخي في القبول لآخر المجلس كالحنفية ، ويعطي للمتعاقد خيار المجلس كالشافعية<sup>3</sup> .

### 3/ اختلاف الفقهاء في إثبات خيار المجلس ونفيه

والحاصل أن الفقهاء اختلفوا في إثبات الخيار ونفيه إلى قولين - أي حق المتعاقدين في الرجوع عن العقد بعد القبول وقبل نهاية المجلس - هما :

#### أ/ المثبتون لخيار المجلس

ذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وإليه ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بثبوت خيار المجلس ، أي أنه إذا تلاقى الإيجاب والقبول فإن العقد يقع جائزاً غير لازم ، ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ما دام العاقدان في مجلس العقد ،

<sup>1</sup> ويجوز أيضا الفاصل اليسير ، كما جاء في المادة 20 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك " يتم البيع بالإيجاب والقبول إن صدر أحدهما بعد الآخر فوراً أو بعد فاصل يسير، فإن صدر بعد فاصل يعتبره العرف إعراضاً عن الجواب ، أو بعد انفضاض المجلس فلا ينعقد به البيع " مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك ، مرجع سابق ، ص:68. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج4/240.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/231-232 في الهامش .

<sup>3</sup> نصت المادة 04 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد على : " يجب أن يحصل القبول فور الإيجاب إلا في حالتين . الأولى أن يكون العاقدان في مجلس العقد ولم يتشاعلا عن العقد بما يقطعه عرفاً ... " تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد ، مرجع سابق ، ص : 24 . ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج3/485. عمار محمد القضاة ، مرجع سابق ، ص :92.

ولا يكتسب هذا الأخير صفة اللزوم إلا بعد تفرق العاقدين بأبدانهما ، أو يتخايرا ، ويحدد طبيعة التفرق العرف الشائع بين الناس في التعامل.

واستدلوا على ذلك بقول عليه الصلاة والسلام : " البيعان بالخيار ما لم يتزفقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر<sup>1</sup> " ، أي اختر اللزوم ، وأما التفرق فهو أن يتفرقا بالأبدان ، على أن يخضع ذلك للعرف السائد بين الناس<sup>2</sup>.

### ب/ النافون لخيار المجلس

ذهب أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحابهما إلى القول بعدم ثبوت خيار المجلس ، بل يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من فعل ودلالة ، فمنعوا خيار المجلس ، وأثبتوا خيار الرجوع عن إمضاء العقد إذا أوجب أحدهما البيع ، فكل منهما بالخيار حتى ينتهي كلامهما في العقد إبراما أو تركا<sup>3</sup>.

ومن الأدلة التي استندوا إليها ، أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود فقال ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>4</sup> ، وخيار المجلس ينافي ذلك من ناحية أن الرجوع عن موجب العقد قبل التفرق لم يف به ، وأن العقد يتم بمجرد التراضي لقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>5</sup> ، والتراضي إنما يحصل بمجرد صدور الإيجاب واقتترانه بالقبول ، وذلك يدل على عدم ثبوت خيار المجلس .

<sup>1</sup> أخرجه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، كتاب البيوع ، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع ، حديث رقم 2109. مرجع سابق ، ج3/64.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدليته ، مرجع سابق ، ج4/252. محمد علي فركوس ، مختارات من نصوص حديثة في فقه المعاملات المالية ، دار الرغائب والنفائس ، القبة - الجزائر - 1998م ، ص: 160.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدليته ، مرجع سابق ، ج4/251. محمد علي فركوس ، مرجع سابق ، ص: 161-162..

<sup>4</sup> سورة المائدة ، الآية رقم 01.

<sup>5</sup> سورة النساء ، الآية رقم 29.



ولم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافاتها لعموم الآيات السابقة الذكر ، وقيل أنها منسوخة بالآيات القرآنية، وقيل لمخالفتها عمل أهل المدينة عند المالكية ، وقيل مخالفتها لما تعم به البلوى ، وقيل إن حيث البيعان بالخيار حديث مضطرب<sup>1</sup>... وتؤول الحنفية حديث "البيعان بالخيار ما لم يترفقا " بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد ، فالبيعان أي المتساومان قبل العقد إن شاء عقدا البيع وإن شاء لم يعقدها ، والمراد بالتفرق هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان ، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، وللآخر الخيار ، إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع<sup>2</sup>.

#### 4/ النتائج المترتبة على مسألة مجلس العقد

يترتب على مسألة مجلس العقد من خلال ما سبق التطرق إليه ثلاث نتائج هي :

أ/ أن يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفذ مجلس العقد،

فالقبول هنا غير محتم، ومجلس العقد إنما صيغة نظريته لتحديد الميعاد الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه .

ب/ أن يكون للموجب خيار الرجوع عن إيجابه إلى أن يصدر القبول أو

ينفذ المجلس .

ج / أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس أي خيار الرجوع للموجب

وخيار القبول للذي وجه إليه الإيجاب<sup>3</sup>.

#### ثانيا : مجلس العقد في القانون المدني الجزائري

نصت المادة (64 ق م ج) على مجلس العقد بقولها : " إذا صدر الإيجاب في مجلس

العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم

يصدر القبول فورا ، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو

بأي طريق مماثل .

<sup>1</sup> محمد علي فركوس ، مرجع سابق ، ص: 167.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدليته ، مرجع سابق ، ج4/ 251. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 297.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج2/14.

غير أن العقد يتم ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد"<sup>1</sup>.

ومؤدى هذه المادة أنه إذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً كما في التعاقد بطريق الهاتف ، فالأصل أن يصدر القبول فوراً بعد الإيجاب ما دام الموجب لم يحدد أجلاً للقبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً فإن للموجب أن يرجع عن إيجابه ، ولكن استثناء من هذا الأصل أجاز القانون أن يتراخى القبول ما دام المتعاقدان ما زالوا في مجلس العقد، ومنشغلين بالتعاقد ، وما دام الموجب باقياً على إيجابه ، وهذا مذهب أبي حنيفة<sup>2</sup> كما سبق بيانه ، غير أن القانون المدني المصري - الذي اقتبس منه القانون المدني الجزائري هذه المادة - وإن كان قد اقتبس هذه النظرية من المذهب الحنفي على الخصوص كما ذكرت ذلك المذكرة الإيضاحية<sup>3</sup>، فإنه لم يقلد مذهب أبي حنيفة في التصوير المادي المكاني لمجلس العقد بل استبدل بها التصوير الزمني<sup>4</sup> ، جاء في بدائع الصنائع بهذا الخصوص : " وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل.... ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد، لأنه لما سارا وسارا فقد تبدل المجلس قبل القبول، فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد... ولو تبايعا وهما في سفينة، ينعقد سواء كانت واقفة

<sup>1</sup> هذا النص يطابق المادة 94 ق م مصري، والمادة 95 ق م سوري ، والمادة 78 ق م سوداني ، والمادة 82 ق م عراقي، والمادة 96 ق م أردني ، والمادة 89 من مشروع القانون المدني وفق الشريعة الإسلامية .

<sup>2</sup> علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص : 33-34.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج42/2. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 108.

<sup>4</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 108.

أو جارية، خرج الشطران متصلين أو منفصلين، بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها، فلم يكن جريانها مضافا إليه، فلم يختلف المجلس فأشبهه البيت، بخلاف المشي والسير، أما المشي فظاهر لأنه فعله، وكذا سير الدابة مضاف إليه ألا ترى: أنه لو سيرها سارت، ولو وقفها ووقفت، فاختلف المجلس بسيرها... " <sup>1</sup>

والحاصل -يقول السنهوري - أن الفقه الحنفي أغرق إغراقا شديدا في تصوير مجلس العقد وحدة مكانية مادية، فالمجلس يتبدل بالمشي، لأن الإيجاب وقع في مكان ثم وقع القبول في مكان آخر بانتقال المتعاقدين خطوة من المكان الأول وهما يمشیان، وهذه الخطوة هي التي تخللت الإيجاب والقبول، وكذا الحال في السير على الدابة، ويختلف الأمر في السفينة <sup>2</sup>... والحاصل عند الحنفية أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختياري (المشي أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختياري (جريان السفينة) ينعقد. وفي ذلك ذهب بالمنطق إلى أبعد مدى <sup>3</sup>.

وفي الأخير لقد رأينا كيف أن نظرية مجلس العقد التي تعد بحق نظرية إسلامية خالصة المنشأ، لا نظير لها في النظم القانونية الغربية، وهي تعكس بحق خصوبة الفقه الإسلامي ومرونته، بل لقد بلغت من الإتقان حدا كبيرا، وهي نظرية لم تعرفها القوانين الغربية بالدقة التي رأيناها في الفقه الإسلامي، ولذلك استمد القانون المدني الجزائري وأصله المصري هذه النظرية من أحكام الفقه الإسلامي، ومن المذهب الحنفي على الخصوص.

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج5/137.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2/12-13.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/هامش ص:232.

**المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في نظرية الظروف الطارئة**

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام على الإطلاق فهو شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما ، أو للأسباب التي يقرها القانون ، كما نصت على ذلك المادة (106 ق م ج) ، وذلك تأسيساً على المذهب الاجتماعي - الذي أدى انتشاره إلى التخفيف من النزعة الفردية التي تشعب بها المذهب الفردي ، والتي مؤداها الحرية المطلقة في إبرام العقود ، فلا يجوز لأي أحد التدخل في تعديل العقد أو انهاءه إلا بموافقة طرفي العقد ، حتى لو كان المتدخل هو القاضي تحت أي مبرر ولو كان بحجة تحقيق العدالة - فكانت جملة أو للأسباب التي يقرها القانون هي البوابة التي استطاع القاضي أن يتسلل منها إلى العقد فيعدل فيه أو ينهيه ، كما في الشروط التعسفية في عقود الإذعان ( م 110 ق م ج ) والشرط الجزائي ( م 2/184 ق م ج ) ، والظروف الطارئة ، فالقاضي لا يقتصر دوره على تفسير العقد، بل له أن يعدل في أحكام العقد أيضاً ، وهو ما نصت عليه المادة ( 3/ 107 ق م ج ) بقولها : " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة والفرق بينها وبين النظم القانونية

المشابهة

أولاً : تعريف نظرية الظروف الطارئة :

لقد تعددت التعاريف لهذه النظرية ، وتكاد تتطابق ، وأجمع تعريف لهذه النظرية - في نظري - وهو أنها : " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو

آجال ، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً ، ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف<sup>1</sup> .

فمن خلال هذا التعريف نجد أن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن عقداً تراخى وقت تنفيذه إلى أجل ، ولما حل هذا الأجل إذا بالظروف الاقتصادية - التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تنفيذه - قد تغيرت تغيراً مفاجئاً لحادث لم يكن في الحسبان ، فاختلف التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً .

فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً - وإلا لكان قوة قاهرة - كما أنه لا يجعل هذا التنفيذ يعود بخسارة على المتعاقد لا تخرج عن الحد المألوف في التجارة مثلاً ، فالخسارة للتاجر أمر متوقع ، وعليه فيلتزم بتنفيذ التزامه طالما أن الخسارة لا تخرج عن الحد المألوف ، أما الحادث الطارئ فإنه يترتب عليه حدوث إرهاب للمدين في تنفيذ الالتزام بحيث يهدده بخسارة تخرج عن الحد المألوف لأنها لم تكن متوقعة وقت التعاقد<sup>2</sup> .

هذا وتجد الإشارة إلى التنبيه إلى بعض النظريات المشابهة لنظرية الظروف الطارئة في بعض الأحكام وبيان الفرق بينها وبين هذه النظرية ، ومن أهمها نظريتي الاستغلال والإذعان ، والقوة القاهرة.

## ثانياً : الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والنظم القانونية المشابهة

### 1/ نظريتي الاستغلال والإذعان

تعتبر نظرية الظروف الطارئة نظرية مقابلة لنظريتي الاستغلال والإذعان ذلك أنها تجد تطبيقها أثناء تنفيذ العقد خلافاً لنظريتي الاستغلال والإذعان اللتان تقومان أثناء مرحلة تكوين العقد ، وكل من هذه النظريات وجدت لإعادة التوازن العقدي إلى مساره الصحيح ،

<sup>1</sup> محمد رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، عدد : 2 ، 1408 هـ ، ص 131 .

<sup>2</sup> عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م ، ص 45-36 . عبد الرزق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/705 . عبد الزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 20/6 .

وإن كان في نظرية الظروف الطارئة تتوزع تبعة الاختلال بين المتعاقدين ، لأن حدوث ظرف الطارئ يرجع إلى حادث لا يد للمتعاقدين فيه ، أما في النظريتين الأخريين ، فإن الغبن يرفع كله عن المتعاقد الضعيف ، لأن حدوث الغبن راجع إلى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما<sup>1</sup>.

## 2/ القوة القاهرة

كل من القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة تشتركان في كون كل منهما أمر غير متوقع الحدوث عند التعاقد لا يمكن دفعه ، ولكنهما يختلفان فيما يأتي :

- إن الحادث الطارئ يجب أن يكون عاما وشاملا ، أما القوة القاهرة فيمكن أن تكون فردية تصيب الملتزم وحده.

- إن الحادث الطارئ يصبح فيه تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أما القوة القاهرة فيصبح فيه تنفيذ الالتزام مستحيلا .

- إن أثر الحادث الطارئ هو تعديل الالتزام الذي أصبح مرهقا برده إلى الحد المعقول ، أما أثر القوة القاهرة هو انقضاء الالتزام وبراءة المدين من التزامه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : تطور نظرية الظروف الطارئة والبلاد التي أخذت بها

#### أولا : تطور نظرية الظروف الطارئة

لقد مرت نظرية الظروف الطارئة بمراحل تاريخية عديدة حتى استوت نظرية متكاملة ، وقد أخذ بها القانون المدني الجزائري مقلدا فيها القانون المدني المصري ، مثله مثل أغلب القوانين المدنية العربية التي أخذت هذه النظرية عن القانون المدني المصري ، ولذلك فسوف نتطرق إلى تطور النظرية في كل من التشريعين الأوروبي والإسلامي .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/706. بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، تخصص : عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1983م. ص 11- 13 .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/705-706 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، ط الرابعة ، 1985م ، ص 332.

## 1/ النظرية في القانون الروماني

لم يأخذ القانون الروماني في بديهة عهده بهذه النظرية لتأثره بالثقافات السائدة قبله ولنظرتة الخاصة للعدالة من ناحية أخرى<sup>1</sup> ، فهم يرون في حصول الدائن على حقه كاملا من المدين نوعا من العدالة يبرر الضرب على يد المدين وأخذه بالعسف والقسوة في سبيل إجباره على أداء التزاماته مع غض الطرف عما أحاط به من ظروف قد تكون في معظمها خارجة عن إراداته ، وتطبيقا لقاعدة إعطاء كل ذي حق حقه فلا يلتفتون إلى تلك الظروف ، فيضطرون المدين إلى التنفيذ ظنا منهم أن هذه هي العدالة ، فلم ينظروا إلى قاعدة إعطاء كل ذي حق حقه بطريقة مرنة بما يتلاءم مع كل حالة على حدة .

إلا أن بعض الفقهاء المحدثين يرون أن فقهاء الرومان قد عرفوا هذه النظرية ، وقد استلهموا ما ذهبوا إليه من عبارات كل من الفقهاء بول paul ، وأفريكانوس africanus ، فلقد نقل عن الفقيه بول قوله " ينقضي الالتزام إذا جرد ظرف ما كان يمكن أن ينشأ فيه الالتزام ، ومع ذلك فليس هذا صحيحا في كل الحالات "<sup>2</sup>، ويقول الفقيه أفريكانوس " إذا اشترط شخص على أن يدفع له أو لشخص آخر يسمى تيتوس مبلغا من المال ، فالوفاء لتيتوس يكون صحيحا إذا لم تتغير حالته المدنية - أي شخصيته القانونية - ولا يصح الوفاء لتيتوس إذا تغيرت حالته المدنية بأن صار شخصا آخر، أو نُفي، أو وقعت عليه عقوبة الحرمان من الماء والنار، أو إذا أصبح رقيقا ، وذلك لأن الاشتراط يتضمن شرطا مؤداه : إذا بقي تيتوس في نفس الحالة التي كان عليها وقت الاشتراط "<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> انظر في تطور فكرة العدالة عند الرومان : صوفي أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، 1967 ، ص: 337-339.

<sup>2</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 26.

<sup>3</sup> محمد عبد الجواد محمد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والقانون ، يونيو 1963، العدد الثاني ، السنة الثالثة والثلاثين ، ص 158.

غير أن المعارضين لوجود فكرة الظروف الطارئة في القانون الروماني برروا ما ذكره أفريكانوس على أنه لا يشير إلى مسألة الظروف الطارئة بل يتعلق بالأهلية ، إلا أن الاتجاه الفقهي السائد يرى أن القانون الروماني يجهل هذه النظرية ، وأما ما نسب من أقوال لفقهاء الرومان مثل الفقيه بول إنما هي عبارات غامضة يصعب القول بأنها تؤسس لوجود نظرية تسمى الظروف الطارئة<sup>1</sup>.

إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلاً فقد توثقت صلة الرومان بالثقافة الإغريقية منذ القرن الثاني ق م حتى بلغ الأمر ذروته حين أخضعت روما بلاد الإغريق لحكما نهائياً عام 136 ق م ، حيث ظهر من الرومان من درس الفلسفة الإغريقية ومن أشهرهم شيشرون وسينيكا<sup>2</sup> ، وكان مما قاله شيشرون " لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم ، وإذا أصبح التعهد الذي أعطيته يسبب لك من الضرر أكثر مما يسبب من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفاً للواجب أن الفائدة الأكبر تفضل على الأقل"<sup>3</sup> ، ومن أقوال سينيكا ما يكاد يطابق ما رده سلفه كقوله " أنا لا أعتبر حانثاً لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي، ثم لم أنفذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي ."<sup>4</sup> ، فمضمون ما ذكره كل من شيشرون وسينيكا أن العقد يبقى مستمراً ما استمرت نفس الظروف التي أبرم فيها ، وهو ما يعرف بشرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، أو الشرط الضمني ، وبذلك يمكن القول بأن هذه المرحلة كانت هي البداية لوضع الأسس الأولى لهذه النظرية .

<sup>1</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 26 .

<sup>2</sup> صوفي حسن أبوطالب ، مبادئ تاريخ القانون ، مرجع سابق ، ص 340.

<sup>3</sup> محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-160. محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص: 27-28.

<sup>4</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 27-28 ، محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 159-



## 2/ النظرية في القانون الكنسي

بعد أن أصبح الدين المسيحي ديناً رسمياً للدولة الرومانية اعترف أباطرة الرومان بالقانون الكنسي<sup>1</sup> ، ولأنه كان قانوناً مشبعاً بالروح الدينية لم يكن من المستغرب أبداً أن تظهر فيه هذه النظرية ، فقد كان رجال الكنيسة يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً ، فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز إذ هو من الربا المحرم أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق<sup>2</sup> ، وقد اعتمد أصحاب مدرسة بارتول هذه الفكرة في القرن الثاني عشر وصاغوا منها القاعدة المعروفة بقاعدة " تغير الظروف " وهي تعني بأن العقد يقوم على شرط مضمّر بين المتعاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها ، فإذا تغيرت ظروف العقد الاقتصادية وأدى تبدلها إلى إرهاق أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ الذي لم يكن بحسبان المتعاقدين وقت التعاقد

وقد أخذ الفقهاء الإيطاليون والألمان بقاعدة تغير الظروف الكنسية المنشأ إلى غاية القرن الثامن عشر ، كما أخذ بها قدامى الفقهاء الفرنسيين ، إلا أن فقهاء القرن السابع عشر رفضوها رفضاً تاماً لتأثرهم بالقانون الروماني العتيق من ناحية ، ولانتشار فكرة مبدأ سلطان الإرادة من ناحية أخرى ، ثم ما لبثت أن ظهرت من جديد في أوائل القرن الماضي<sup>3</sup>.

## 3/ النظرية في القانون الفرنسي

تعتبر فرنسا من أشد البلاد عناداً في رفض نظرية الظروف الطارئة، وأكثرها حرصاً على التمسك بحرية التعاقد وقدسيتها العقد ، أو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد التي تقضي بعدم

<sup>1</sup> الذي هو في حقيقته عبارة عن اقتباس من القانون الروماني وتطوير له ، وضعته الكنسية في صياغ جديدة وقامته على مبادئ الدين المسيحي . عبد السلام الترماني ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية ، دار الفكر ، 1971م ، ص 09.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج707/1 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 136.

<sup>3</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 11.

المساس ببند العقد من أي طرف ولو كان القاضي، من حيث تعديله أو إنهاؤه إلا برضى طرفيه .

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضى الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكست على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم متأثرين في ذلك بالقانون الروماني ، وثبت القانون المدني الحديث على الموقف فلم يقر النظرية لا فقها - على خلاف في الرأي - ولا قضاء.<sup>1</sup>

أما من الناحية الفقهية فأصحاب المذهب التقليدي - وهم منكرو النظرية - يبنون رأيهم على وجوب احترام الحرية الفردية لأنها هي مركز الحق وغايته ، وأن الإرادة الحرة هي التي تنشئ العمل الحقوقي، فبمقدار ما تحترم إرادة المتعاقدين تسلم العقود ، وترسخ الثقة ، ويستقر التعامل بين الناس .

وهو ما يؤكد الأستاذ مازو وغيره من أصحاب هذا المذهب ، ويذهبون إلى أن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة يؤدي إلى هدر مبدأ قانوني وأخلاقي معا ، لأن شريعة العقد قاعدة أساسية يستحيل بدونها دوام الحياة الحقوقية ، كما أن العقد عهد وميثاق يحط نقضه من شرف الإنسان<sup>2</sup> ، ولذلك ألف الأستاذ الكبير ريبير كتابا سماه "تدهور القانون" أفاض فيه عن مساوئ الأخذ بهذه النظرية، واعتبر أن تدخل الدولة في الاقتصاد والعقد يعتبر نوعا من اعتداءات القانون على العقد.<sup>3</sup>

وأما المدافعون عن هذه النظرية وهم أنصار المذهب الاجتماعي فيرون أن الإنسان ليست له حقوق لذاته ، إنما تنشأ حقوقه في المجتمع ، فالإرادة في رأي المذهب الاجتماعي لا تنشئ القاعدة القانونية بين الدائن والمدين ، إنما هي شرط لتطبيقها، ولا يمكن تطبيق هذه

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج708/1، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر

الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج21/6

<sup>2</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 21-22.

<sup>3</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 52.

القاعدة إلا إذا كانت تتلاءم مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، ولأجل هذه الضرورات تتدخل الدولة في توجيه العقود ، إما بمنع إدخال شروط عليها ، أو بإضافة شروط تفرضها على المتعاقدين، فتغل من إرادتهما وتفيد من حريتهما ، فمن العدالة إذن أن يتدخل القاضي في تعديل العقد إذا بلغ إلى حد الإرهاق ، لأنه من الظلم التمسك بشريعة العقد إذا زادت أعباء المدين وبلغت حد الإرهاق ، وهو ما ذهب إليه من أنصار هذا المذهب كل الأستاذ أيمن و ديموك وغيرهما<sup>1</sup>.

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا اختلافا كبيرا في الأساس الذي تنبني عليه، فمن قائل بأن أساسها هو العدل والإنصاف ، وقائل بأن أساسها التعسف في استعمال الحق ، وقائل بأن أساسها هو الإثراء بلا سبب ، وقائل بأن أساسها هو الغلط في القيمة...<sup>2</sup> والذي ذهب إليه أنصار المذهب الاجتماعي هو الصواب بلا ريب ، ذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يناقض نظرية الظروف الطارئة ، ذلك أن تطبيق هذه النظرية راجع لأسباب لا علاقة لها بالإرادة التي هي أساس انعقاد العقد، بل راجع لأمر استثنائية تؤدي إلى الإرهاق في التنفيذ ، ومن العدل إرجاع الإرهاق إلى الحد المعقول ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق هذه النظرية<sup>3</sup>.

وأما من ناحية القضاء فلقد حاولت بعض المحاكم غداة صدور القانون المدني الفرنسي ، وفي فترات متعاقبة خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرين أن تفتح ثغرة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بقبول نظرية الظروف الطارئة<sup>4</sup>، غير أن تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بشريعة العقد، ورفضه تطبيق نظرية الظروف الطارئة غدا تقليد راسخا ، فأقام بينه وبينها حجابا لم تستطع بعض المحاكم التي تؤمن بالنظرية أن تتفذ منه، وباءت محاولاتها بالفشل ،

<sup>1</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 22-25.

<sup>2</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 72-120 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج 1/707 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 6/21 .

<sup>3</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 52.

<sup>4</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15.

فقد سعى بعضها إلى تعديل العقد عن طريق تفسيره ، وسعى البعض الآخر إلى تعديله بتأويل مخالفته للنظام العام ، إلا أن محكمة النقض نقضت هذه الأحكام كلها<sup>1</sup> ، وقالت : " إنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ من سلطته في تفسير إرادة الطرفين وسيلة لتعديل العقد ، فمتى كانت عبارة العقد صريحة وواضحة يجب تطبيقها كما وردت ، وليس من حق القاضي أن يعدل فحواها تحت ستار التفسير ، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد بتأويل مخالفته للنظام العام ، لأن مخالفة النظام العام تقضي بإبطال العقد لا تعديله ."<sup>2</sup>

نتيجة لهذا الموقف الصلب اتجه هذه النظرية من طرف محكمة النقض من جهة ، ولتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة أخرى ، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار تشريعات لحالات خاصة هي بمثابة حلول جزئية في مناسبات معينة ، وليست تطبيقاً شاملاً أو إقراراً لنظرية عامة للظروف الطارئة ، ومن أمثلة تلك التشريعات :

- قانون فايو الصادر في 1918/1/21 الذي أجاز للقاضي أن يفسخ العقد أو يوقف تنفيذه ، حتى تنقش غمامة الحرب ، إذا تأكدت المحكمة من اختلال التوازن بين الأداءات في العقد نتيجة ارتفاع الأسعار .

- القانون الصادر في 1939/9/26 الخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، والذي أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد إذا ثبت أن ظروف الحرب العالمية الثانية قد أدت إلى اختلال التوازن بين أداءات كل من المؤجر والمستأجر ...<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> انظر العديد من الاجتهادات القضائية في مسائل كثيرة تؤكد تمسك الاجتهاد المدني الفرنسي بقاعدة شريعة العقد ونفي نظرية الظروف الطارئة في: عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 15-18 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج6/23 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/709-710 .

<sup>2</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18

<sup>3</sup> وانظر أيضا الكثير من القوانين والمراسيم الصادرة بخصوص تعديل الالتزامات بسبب الظروف الطارئة في : عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 28-30 ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 49-50 .

على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد انتكست في القانون الخاص فقد ازدهرت في القانون العام ، بدأت في القانون الدولي العام شرطا ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية ، ثم انتقلت إلى القانون الإداري ، فقد أخذ بها القانون الإداري الفرنسي ، وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى ، بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة ، وكان أول قرار صدر بهذا الشأن بتاريخ 30/05/1916م من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قضية مشهورة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب ، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد ، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى.<sup>1</sup>

وقد أخذ القضاء الإداري دون القضاء المدني بهذه النظرية لسببين هما :

- أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالا وثيقا بالصالح العام ، ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوفق في أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة ، فإذا نظر إلى نظرية شركة الغاز التي أشرنا إليها يجب أن يحسب حسابا للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور إذ هي تقوم بمرفق عام فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة .
- أن القضاء الإداري ليس مقيدا بنصوص تشريعية كالقانون المدني ، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشي تطور الظروف<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 18-19 .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/714-715 .

ثانيا : البلاد التي أقرت نظرية الظروف الطارئة

1/ البلاد التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

أ / القوانين الغربية التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

القوانين "البولوني والإيطالي واليوناني" تعتبر أهم القوانين الغربية الحديثة التي نصت صراحة على هذه النظرية في قوانينها المدنية .

فقد نص القانون البولوني - الذي يعد أول قانون غربي حديث نص على هذه النظرية - في المادة (279) من قانونه المدني الصادر سنة 1934 على ما يلي : " إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات مرهقة أو هدد تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة ، لم يتمكن المتعاقدان من توقعها حين إبرام العقد كالحرب أو الوباء ، أو تلف المحاصيل بأسرها ، أو أية كارثة طبيعية أخرى ، جاز للمحكمة بعد أن تستعين بمبادئ حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين ، إذا رأت ضرورة لذلك أن تعين طريقة تنفيذ العقد أو مقدار الالتزام ، بل والحكم بفسخ العقد. "

أما بالنسبة للقانون المدني الإيطالي المعدل سنة 1942م ، فقد نص في المادة (1467) منه على ما يلي : " في العقود المستمرة أو الدورية أو المؤجلة التنفيذ ، إذا أضى التزام أحد المتعاقدين مرهقا إرهاقا فاحشا ، بسبب حوادث استثنائية لم يمكن توقعها ، فلهذا المتعاقد أن يطلب فسخ العقد ، ويسقط هذا الطلب إذا تقدم الطرف الآخر بقبول تسوية عادلة وفقا لأحكام المادة (1458)".

وأما القانون المدني اليوناني فقد نص في المادة (388) على ما يلي : " إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ، ويتفق مع العرف في المعاملات ، وكان من شأنه أن يجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله، أو تفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه ...."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 33-34. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/716.

## ب/ القوانين العربية التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون

يعتبر القانون المصري الجديد لسنة 1948م أولى القوانين العربية التي نصت على هذه النظرية بنص صريح كما جاء في المادة (2/147) " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وقد احتذى القانون المدني المصري مثال التقنين البولوني فيما أورده من أحكام تشريعية في هذا الشأن، إلا أنه تقدم على التقنين البولوني من حيث بيانه بوضوح الفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، كما أنه اجتنب ذكر أمثلة تطبيقية مثل ما فعل التقنين البولوني واكتفى فقط بوضع ضوابط لمعرفة الظرف الطارئ<sup>1</sup>.

ولقد احتذت القوانين العربية التي جاءت بعد القانون المدني المصري حذوه في النص على هذه النظرية في قوانينها المدنية مثل القانون المدني السوري (2/148)، والقانون المدني الليبي (2/147)، والقانون المدني العراقي (2/146)، القانون المدني الأردني (205)، القانون المدني السوداني (137)، القانون المدني الكويتي (146)، والقانون المدني الجزائري (3/107).

## 2/ البلاد التي أقرت النظرية عن طريق الاجتهاد القضائي

تعتبر كل من ألمانيا و سويسرا من أهم البلدان التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة عن طريق الاجتهاد القضائي، وذلك في الحالات التي تقضي بها العدالة تخفيفا من حدة القوة الملزمة للعقد.

أما بالنسبة لألمانيا فقد عرفت هذه النظرية منذ القرون الوسطى إلى غاية صدور القانون المدني الألماني لسنة 1900م، والذي جاء خاليا من إيراد مبدأ عام يقر هذه النظرية، اللهم

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع ساق، ج2/280.

إلا تطبيقين لهذه النظرية في حالات خاصة ومحددة ، وذلك في المادتين (610 ، 621 ) كما أكدت ذلك الأعمال التحضيرية لهذا القانون<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من عدم نص المشرع الألماني على مبدأ عام يقر هذه النظرية ، فإن فريقاً من الفقهاء الألمان لا زالوا مستمسكين بهذه النظرية مدافعين عنها ، غير أن المذهب الحقوقي المسيطر آنذاك رفض قبولها ، كما رفضت المحكمة العليا إقرارها والأخذ بها ، غير أن التكرار لهذه النظرية لم يدم طويلاً ، فبعد الخراب الاقتصادي الناتج بعد خسارة ألمانيا في الحرب العالمية الأولى، وخاصة فيما يتمثل في هبوط العملة الألمانية، وغلاء أسعار المواد الأولية بنسبة مئة ضعف ، مما جعل القضاء الألماني أمام أحد حلين : إما أن يحمي القوة الملزمة للعقد وإما أن يقضي بحكم العدالة ، فاختار الحل الثاني وعليه بنى نظرية الظروف الطارئة .

وقد تأسست قواعد النظرية في ألمانيا أول الأمر على التوسع في تفسير المادة (275) من القانون المدني الألماني ، والتي تقضي بإعفاء المدين من التزامه ، إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً بقوة قاهرة ، واستخلاص ما أسماه بالاستحالة الاقتصادية ، ثم وجد القضاء الألماني أن إعفاء المدين يترتب عليه زوال العقد ، مما يضر بالتعامل الحقوقي فمنح القاضي سلطة التعديل بدل الفسخ للحفاظ على التوازن والعدالة العقدية<sup>2</sup>.

أما في سويسرا فقد أخذ الاجتهاد القضائي في تطبيق النظرية على أساس مبدأ العدالة وحسن النية ، مما يقضي بتعديل العقد إذا تغيرت الظروف الاقتصادية بما يرد التعادل إليه ، ويرفع الإرهاق من تنفيذه ، وقد اعتمد الاجتهاد السويسري في تخريج هذا الاجتهاد على تفسير المادة (21) من قانون الالتزامات السويسري ، التي تجيز فسخ العقد بسبب الغبن، إذا اعتبر ما أصاب المدين من خسارة بالحادث الطارئ غيباً تجب إزالته لإعادة توازن العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 57.

<sup>2</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 29-31. محمد محي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق، ص 57-58 .

<sup>3</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 31.



وأما بالنسبة إلى أنجلترا فإن القضاء الإنجليزي كان لا يعترف بالقوة القاهرة ولا بالحادث المفاجئ سببا لانقضاء الالتزام ، وحمل بذلك أطراف العقد مسؤولية المخاطر المحتملة عند تنفيذ العقد ، غير أن ذلك ما لبث أمام الظروف التي ولدتها الحرب العالمية الأولى ، فقد أوجد القضاء الإنجليزي ثغرة مضمونها افتراض قيام الشرط الضمني بتبدل ظروف العقد ، وبذلك جرى قوانين القارة الأوربية في اعتبار القوة القاهرة سببا في انقضاء العقد ، ثم توسع في تطبيق هذا الشرط في العقود التجارية ، ففضى بإعفاء المدين من تنفيذ التزامه إذا أضحى التنفيذ مستحيلا أو صعبا بسبب لا يعزى إلى خطئه بل يعزى إلى حوادث تطرأ أثناء تنفيذ العقد بحيث لو توقعها الرجل البصير حين إبرام العقد لما أقدم على التعاقد<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

#### أولا : شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

لقد أغفل المشرع تحديد طبيعة الظرف الطارئ ، كما أغفل بيان العقود المعنية به، غير أنه اكتفى ببيان حصول الظرف الطارئ بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، أي أن هذه النظرية متعلقة بالعقود الزمنية، أو الفورية المؤجلة التنفيذ<sup>2</sup>، ويشترط لهذه النظرية أربعة شروط ، وهي مأخوذة من نص المادة (3/107) وهي :

**1/ أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه :** وذلك بأن يكون مرجأ التنفيذ ، سواء كان العقد

من العقود المستمرة ، كعقد الإيجار ، أو من العقود الفورية مؤجلة التنفيذ كعقد التوريد<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 32.

<sup>2</sup> هناك اختلافات فقهية كثيرة متعلقة بمجال نظرية الظروف الطارئة ، فهناك من يقول إنها تقتصر على العقود التبادلية ، دون العقود الملزمة لجانب واحد، وهناك من يرى بأنها تشمل كلا العقدين الملزم لجانب واحد أو الملزم لجانبين ، وهناك من يستبعد العقود الاحتمالية من أن تعمها النظرية ، وهناك من يرى بأن النظرية شاملة لجميع العقود حتى الاحتمالية منها. انظر : علي فيلالي، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد)، مرجع سابق، هامش ص 373.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج1/255-256 ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1/718 ، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق ، ص 318، محمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص 142.

ويعتبر هذا الشرط شرطاً غالب الحدوث<sup>1</sup>.

## 2/ أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام

وهو الحادث الذي يندر وقوعه كالحرب ، والزلازل ، والوباء أو ارتفاع باهض في الأسعار... ويجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً يشترك فيه طائفة من الناس فإن كان خاصاً بالمدين فقط فلا تطبق أحكام هذه النظرية على هذا العقد ، والحادث الخاص بالمدين مثل مرضه أو إفلاسه أو موته ، أو احتراق محاصيله ، أو إضراب عماله...كلها أمور تفيد حوادث خاصة ، ولا تكفي لتطبيق النظرية ، وفي عدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين هو ضمان لعدم الغش من جانبه بادعائه خلاف الواقع ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، ويظهر أن شرط عمومية الحادث الطارئ هو وسيلة لتضييق تطبيق هذه النظرية<sup>2</sup>.

## 3/ أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها

الحادث الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه هو الحادث الخارج عن المألوف ، أي أن الرجل العادي ليس في وسعه أن يتوقعه ولا أن يدفعه إذا وقع ، والمعيار هنا موضوعي ، وتقديره متروك لقاضي الموضوع ، فإذا كان في الوسع توقعه ودفعه باتخاذ التدابير

<sup>1</sup> يقول الأستاذ السنهوري : على أن العقد إن كان غير متراخ ن وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية ، عقب صدوره مباشرة ، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ولهذا أثر التقنين المصري - مقتدياً في ذلك بالتقنين البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب لا شرط ضروري . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/718.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/720-721 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 142-143 . علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص 376.

الوقائية فلا يعد حادثاً مفاجئاً مثل حصول فيضان في بلد كثيرة الفيضانات ، أو انتشار دودة القطن، وهي حالة كثيراً ما تحدث في هذا النوع من الزراعة ...<sup>1</sup>

#### 4/ أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب الحادث الطارئ

أي أن هذا الحادث المفاجئ يهدد المدين بخسارة فادحة ، دون أن يصل الأمر إلى استحالة التنفيذ ، وفي هذه الحالة يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وبذلك ينقضي الالتزام ، بخلاف الظرف الطارئ الذي يسبب إرهاباً للمدين من غير أن يصل هذا الإرهاب إلى حد عدم القدرة على تنفيذ الالتزام، أو استحالته ، ولذلك فإن الإرهاب المعتد به هو الإرهاب الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل ، حتى إذا ما وقع يكون الجزاء فيه هو رد الالتزام إلى الحد المعقول ، والمعيار الذي يقدر به الإرهاب هو المعيار الموضوعي ، الذي لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه .<sup>2</sup>

فإذا توفرت هذه الشروط جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك ، فالقاضي قد يرى بأن الظروف تقتضي زيادة الالتزام المقابل ، وقد يرى أنها تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ، وقد يرى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث الطارئ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/721-722 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج1/257 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص 318 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 143.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/722/724 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ج1/258 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص 319 ، محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 143-144 ، علي فيلاي ، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد )، مرجع سابق ، ص 378.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/725 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ج1/258-259.

## ثانيا : بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري

زيادة على نص المادة (3/107 ق م ج) الذي يقرر المبدأ العام للنظرية ، فإن القانون المدني الجزائري قد أورد بعض الحالات الخاصة التي تعد تطبيقا من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ، غير أن هذه الحالات لخصوصيتها أورد لها المشرع أحكاما تختلف عن الأحكام المذكورة في النظرية العامة للظروف الطارئة ، مثال إسقاط شرط العمومية في أكثر الحالات ، والحكم بفسخ العقد بدل رد الالتزام إلى الحد المعقول في حالات أخرى .

ومن هذه التطبيقات على سبيل المثال لا الحصر :

### 1/ في عقد الإيجار

أ/ المادة (469 مكرر 1) : "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.

غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين.<sup>1</sup> ويلاحظ أن هذه المادة الجديدة أتت بمبدأ عام ، وهو انتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته المتفق عليها ، دون حاجة إلى التنبيه بالإخلاء وقد أحسن المشرع في اشتراط ذلك ، وهذا المبدأ العام مستمد من المادة (598 ق م مصري)، والقانون المدني المصري بدوره يظهر أنه استمدها من المادة (641) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه : " إذا انتهت مدة الإجارة وجب على المستأجر أن يفرغ الدار أو الحانوت المؤجرة ويسلمها لصاحبها ، ولا حاجة للتنبيه عليه بالتخلية "

كما أتت هذه المادة باستثناء في الفقرة الثانية : " غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين " ، وهذا الاستثناء كان موجوداً من قبل ،

1 أضيفت بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.(ج.ر.31 ص.4)

تضمنته المادة (513)<sup>1</sup> الملغاة: " يجوز للموظف أو المستخدم إذا غير محل إقامته لمصلحة العمل، أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معيناً لمدة على أن تراعى المواعيد المبينة في المادة (477) ، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"<sup>2</sup>.

وهذا الاستثناء المذكور هو حكم مقتبس من الفقه الإسلامي، ومن نظرية العذر في المذهب الحنفي على وجه الخصوص<sup>3</sup> ، وهو موافق لنص المادة (603) من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، والذي ينص على أنه: " يجوز للمستأجر إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه ، إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء..."<sup>4</sup>.

ب/ المادة (469 مكرر)<sup>5</sup> : " لا ينتقل الإيجار إلى الورثة. غير أنه في حالة وفاة المستأجر، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى انتهاء مدته، وفي هذه الحالة، يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة (6) أشهر، إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم". وهي المادة التي جاءت تعديلاً للمادة (510)<sup>6</sup> الملغاة ، والتي كانت تنص على أنه : " لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر. غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى

<sup>1</sup> حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، وألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

<sup>2</sup> المطابقة لنص المادة 609 قانون مدني مصري .

<sup>3</sup> انظر : عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص 51. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:118.

<sup>4</sup> القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص: 553

<sup>5</sup> أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.(ج.ر.31 ص.4)

<sup>6</sup> المطابقة لنص المادة 601 قانون مدني مصري.

مواعيد التنبيه ....<sup>1</sup> ، فإن كانت قد عدلت من القاعدة العامة - وهي أن الإيجار لا ينتقل إلى الورثة<sup>2</sup> ، أي أنه ينتهي بموت المؤجر بقوة القانون ، وبموت المستأجر إن كان هناك اتفاق خاص بذلك- فإن الاستثناء لا زال قائماً لم يلحقه أي تعديل ، وفي ذلك تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة .

والملاحظ أن كل الحالات المذكورة تعتبر حادث شخصي، وليس عاما كما تشترطه النظرية العامة للظروف الطارئة.

## 2/ في عقد المقاولة

نصت المادة (3/ 561)<sup>3</sup> : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول ، بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو فسخ العقد " ، والملاحظ على هذا النص أنه وإن اتفق مع النظرية العامة للظروف الطارئة في ما يتعلق بعمومية الحادث الطارئ ، فقد خالف النظرية بأن أجاز للقاضي فسخ العقد في حين أن النظرية العامة للظروف الطارئة لا تجيز فسخ العقد بل ترد الالتزام إلى الحد المعقول فقط .

<sup>1</sup> حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، و أُلغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6)

<sup>2</sup> مذاهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد أن الإجارة لا تنتهي بوفاة أحد العاقدين ، خلافا لما ذهب إليه الحنفية من أنها تنتهي بوفاة أحدهما ، وقد كان القانون المدني الجزائري ينص على ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة في المادة 510 الملغاة شأنه في ذلك شأن الكثير من القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري في المادة 601 ، والقانون المدني الأردني في المادة 709 ، والقانون المدني السوري في المادة 566، والقانون المدني الكويتي في المادة 611، والعراقي في المادة 783...، غير أنه في التعديل الجديد كما ذهبت إليه المادة (469 مكرر 2 ) رجع إلى المذهب الحنفي في عدم انتقال الإيجار إلى الورثة . انظر في انتهاء الإيجار بموت أحد العاقدين : ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1356. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/322 . شرح مرشد الجبران ، مرجع سابق ، ج3/1074-1075.

<sup>3</sup> المطابقة لنص المادة 04/658 قانون مدني مصري

3/ في حق الارتفاق : نصت المادة (881)<sup>1</sup> على أنه : " يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به" ، فالحادث الطارئ الواقع على مالك العقار المرتفق به في هذه الحالة حادث شخصي وليس عاما كما تشترطه النظرية العامة للظروف الطارئة<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع : نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية بفضل أصلها الديني قد أفسحت في قواعدها مجالا رحبا لمبادئ الأخلاق والعدالة ، فكان طابع الرفق بالناس هو الغالب فيها<sup>3</sup> ، ومن ذلك قول ابن القيم " فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم"<sup>4</sup> . وانطلاقا من مبدأ العدالة ورفع الحرج الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وقررت في نصوصها كقوله تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾<sup>5</sup> ، وقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾<sup>6</sup> ، وقوله سبحانه : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾<sup>7</sup> ،

<sup>1</sup> المطابقة لنص المادة 1029 قانون مدني مصري .

<sup>2</sup> انظر تطبيقات هذه النظرية في : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/729-730 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، ج1/260-261 .

<sup>3</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص 37.

<sup>4</sup> ابن القيم ، مرجع سابق ، ج3/11.

<sup>5</sup> سورة البقرة ، الآية رقم : 185.

<sup>6</sup> سورة الحج ، الآية رقم : 78.

<sup>1</sup>، وغيرها من الآيات الدالة على رفع الحرج والضيق، وإقامة العدل بين الناس، ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تستند على الأسس السابقة وجدت مجالاً خصباً لتطبيقها في الفقه الإسلامي متمثلاً في نظرية الضرورة الشرعية، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1932م: "إن الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية، التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة"<sup>2</sup>.

كما أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري قد دعا إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استناداً إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، وذلك في مقاله الذي نشره بصدد تنقيح القانون المدني المصري، حيث جاء فيه "إن نظرية الظروف الطارئة عادلة، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة، ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع"<sup>3</sup> وهو ما أكدته في محاضرة له حول مشروع تنقيح القانون المدني بقوله: "ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني، فرجح المشروع الأخذ به

<sup>1</sup> سورة النحل، الآية رقم: 90.

<sup>2</sup> إدوارد لامبير، مقال بمجلة الاقتصاد والقانون، السنة 02، العدد 05، القسم الفرنسي، ص 302-303، نقلاً عن: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج1/ 252-253، عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 35-36.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1936، ص 132. نقلاً عن: محمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص 124.



استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية<sup>1</sup> ، وهو ما أكده أيضا في بعض كتبه بقوله : " ومبدأ الحوادث الطارئة أخذت به بعض التقنيات الحديثة، فرجح التقنين الجديد الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي ."<sup>2</sup> ، وهو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بأن "المشروع قد استمد من الشريعة الإسلامية الكثير من نظرياتها العامة ، وأحكامها التفصيلية ، ومن أهم ما اقتبسه من نظرياتها العامة : النزعة المادية والموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي ، كما أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق ...ومبدأ الحوادث غير المتوقعة أخذ به القضاء الإداري في فرنسا دون القضاء المدني فرجح المشروع الأخذ به استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية"<sup>3</sup> ، وعليه فنظرية الظروف الطارئة استمدت في الحقيقة من القوانين الغربية كالقانون البولوني والقانون الإيطالي- وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية كذلك عند الحديث عن المادة (147) - ولم تُستمد من الفقه الإسلامي أصالة ، غير أن الفقه الإسلامي كان دوره في هذه النظرية مرجحا فقط ، فلما كانت الكثير من الدول تعادي هذه النظرية ، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي ، وبالمقابل بعض الدول على قلتها أقرت هذه النظرية بنصوص صريحة في قوانينها المدنية ، أثر القانون المدني المصري الجديد الأخذ بهذه النظرية، وجعل عمدته في ترجيح الأخذ بها هو الفقه الإسلامي، الذي يزخر بتطبيقات عديدة لهذه النظرية مثل نظرية العذر ونظرية الجوائح .

ولذلك فأثر الفقه الإسلامي في نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، وأصله المصري هو أثر مرجح ومؤيد للأخذ بها ، لا أثر منشئ .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني ، مجلة المحاماة ، السنة 22 ، العددان الرابع والخامس ، ديسمبر 1941م ، يناير 1942م ، ص 427.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/59.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع ساق ، ج 1/20-22.

### أولاً : قواعد نظرية الضرورة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة

لنظرية الضرورة قواعد كثيرة<sup>1</sup> نستطيع أن نؤسس نظرية الظروف الطارئة عليها ، وفي هذا المقام نشير إلى بعضها فقط إجمالاً وهي :

**1/ قاعدة المشقة تجلب التيسير<sup>2</sup> :** وفي ضوءها يسعنا أن نيسر على المدين إذا ما لحقت به مشقة ، أو أحاط به ظرف طارئ بحيث أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا .

**2/ قاعدة الضرورات تبيح المحظورات<sup>3</sup> :** بالاستناد إلى هذه القاعدة نستطيع الخروج عن قاعدة احترام "القوة الملزمة للعقد" وبيئدئ هذا الخروج في إقالة المدين الذي غدا التزامه مرهقا من عثرته ، وذلك بتحفيض التزامه ، وهذه الإقالة ترتقي إلى مستوى الضرورة ، ولذلك ساع لنا أن نهدر في سبيلها مبدأ احترام القوة الملزمة للعقد .

**3/ قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف<sup>4</sup> :** وفي ضوء هذه القاعدة يسعنا أيضا أن نخفض التزام المدين المرهق وهو ( الضرر الأشد) بتحمل الدائن جانبا منه كأن يتحمل جانبا من ارتفاع الأسعار المؤدي لإرهاق المدين وهو بالنسبة للدائن في هذه الحالة يمثل ( الضرر الأخف)<sup>5</sup>.

### ثانيا : بعض تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي

ليس قاعد "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضى الطرفين" إلا تطبيقا لقوله تعالى : **﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**<sup>6</sup> غير أن تنفيذ العقد يجب أن لا يسبب ضررا للمدين لقاعدة **لا ضرر ولا ضرار**<sup>7</sup>، فإن كان المدين معسرا فنظرة إلى ميسرة،

<sup>1</sup> انظر : وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص : 193-278.

<sup>2</sup> المادة 17 من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>3</sup> المادة 21 من مجلة الأحكام العدلية .

<sup>4</sup> المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية .

<sup>5</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 106-107.

<sup>6</sup> سورة المائدة آية رقم : 01.

<sup>7</sup> المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية .

ميسرة، وإن لم يقدر على الوفاء دفعة واحدة أداءه مقسما ، استنادا لقاعدة "الأمر إذا ضاق اتسع"<sup>1</sup> ، وإذا تبدلت الظروف عند تنفيذ العقد ، واختلفت عن ظروف نشأته ، فأضر التنفيذ بأحد المتعاقدين، جاز في المذهب الحنفي فسخ العقد في الإيجار تأسيسا على القاعدة المتقدمة ، وجاز إنقاص ثمن الثمار والبقول المباعة قبل جنيها في المذهب المالكي والحنبلي ، إذا أصابتهما آفة قللت من كميتها أو ثمنها ، ومن هنا نشأت نظرية العذر في المذهب الحنفي ، ونظرية الجوائح في المذهب المالكي والحنبلي ، وكلاهما قائمتان على منع الإضرار بأحد العاقدين بسبب تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف نشأته<sup>2</sup>.

### 1/ نظرية العذر

لقد عرف فقهاء الحنفية العذر بأنه : " العجز عن المضي على موجب العقد ، إلا بتحمل ضرر غير مستحق به" أي بعقد الإجارة<sup>3</sup> ، فالعذر يجعل المتعاقد عاجزا عن تنفيذ ما اتفق عليه بموجب العقد ، ولكن لا يصل هذا العجز إلى درجة الاستحالة ، وإنما يتحمل المتعاقد بسبب حصول العذر ضررا زائدا لم يلتزمه بالعقد<sup>4</sup> - لكونه أمر طارئ الحدوث لم يكن متوقعا - وينتج عن تحقق العذر ثبوت الفسخ<sup>5</sup>، وهو ما أكده ابن عابدين بقوله : " كل عذر

<sup>1</sup> المادة 18 من مجلة الأحكام العدلية .

<sup>2</sup> عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 45.

<sup>3</sup> عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، دار إحياء التراث العربي ، ج2/399.

<sup>4</sup> عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، الطبعة: الأولى، 1313 هـ ، ج 146/5. محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص: 155.

<sup>5</sup> يقول الأستاذ محمد عبد الجواد : "ومن الغريب أن نجد التعريف الذي وضعه فقهاء الحنفية للعذر الذي يجيز فسخ عقد الإيجار عندهم ، يتفق مع التسمية التي أطلقها مجلس الدولة الفرنسي على الإرهاق، فيسمي مجلس الدولة الفرنسي العذر الزائد عما كان يتوقعه المتعاقدان عند التعاقد la charge extracontractuelle أي العبء الخارج عما يقتضيه العقد" . محمد عبد الجواد محمد ، شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الرابع ، 1963م ، ص: 15.

لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ<sup>1</sup>.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالعدر في المادة (443)، وجعلته فاسخاً للعقد، فنصت على أنه: " لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تفسخ الإجارة"<sup>2</sup>. والأساس القانوني الذي أقام عليه المذهب الحنفي هذه النظرية هو أن الإجارة بيع المنافع، والمنافع معدومة في الحال، أي عند التعاقد، فلا تحتل البيع، فكان القياس عدم جوازها، ولكنها مع ذلك قد جوزت استحساناً بحكم الضرورة لشدة الحاجة إليها، حتى توفر المنفعة للمتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر وجب الرجوع إلى القياس، والقول بعدم لزوم العقد.

وتوسعوا في ذلك حتى جعلوا العذر في مقام العيب قبل القبض في البيع، فتفسخ به الإجارة كما يفسخ البيع بالعيب، لأن السبب فيهما واحد، وهو الضرر غير المستحق بالعقد<sup>3</sup>.

#### أ/ الأعدار الموجبة للفسخ عند الحنفية والجمهور

- الأعدار الموجبة للفسخ عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام:

##### 1/ عذر من جانب المستأجر

وذلك إذا لحق المستأجر ضرر في نفسه أو ماله، بسبب الالتزام بالعقد والاستمرار فيه، لطروء أمور لم يلتزمها بالعقد، مثل إفلاسه، أو تغييره لحرفته، أو سفره إلى مكان بعيد... كل ذلك يجعل من الاستمرار في العقد لزوم الضرر بالمستأجر، لأنه لم ينتفع بالمعقود عليه لسفره، أو تغيير حرفته، أو إفلاسه كما سبق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن عابدين، مرجع سابق، ج 81/6.

<sup>2</sup> سليم رستم باز، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص: 249.

<sup>3</sup> عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي، مرجع سابق، ج 146/5، عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص: 49.

<sup>4</sup> محمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص 156، علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج 197/4، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق، ص: 321،

ولقد توسع الحنفية في العذر الذي يكون في جانب المستأجر حتى جعلوا العدول عن العمل الذي لا نفع فيه ولا مصلحة عذرا يثبت به حق الفسخ ، كما لو استأجر الشخص رجلا لتنظيف ثياب ، أو خياطتها ، أو ليقطع شجرا ، أو ليزرع أرضا ، أو ليحدث في ملكه شيئا من البناء أو الحفر ، أو ليقلع ضرسا ... ثم بدا له ألا يفعل ، فله أن يفسخ الإجارة ، ولا يجبر على شيء مما ذكر ، لأنه تبين له ألا مصلحة له فيه ، ذلك أن فعل المذكورات السابقة يؤدي إلى إتلاف المال ، وهو ضرر سيلحق بالمستأجر قطعا ، فكان ذلك عذر يبرر له الامتناع عن المضي في العقد ، والمطالبة بفسخه <sup>1</sup>.

## 2/ عذر من جانب المؤجر

وذلك مثل أن يلحقه دين فادح لا يجد طريقا للوفاء به إلا ببيع الشيء المأجور ، ولأن عقد الإيجار عقد لازم ، فإن البيع لا ينفذ إلا إذا أجازه المستأجر ، ولذلك جعل الحنفية الدين عذر يفسخ به عقد الإيجار ، لأنه عدم الفسخ سيؤدي إلى حدوث ضرر بالمؤجر وهو حبسه ، ولا يجوز تحمل ضرر غير مستحق بالعقد ، وكذلك لو اشترى رجل بيتا ثم أجره ، وبعد ذلك اكتشف عيبا بالبيت فله أن يرد ما اشتراه بالعيب ، ولكن البيت المعيب مؤجر ، ففي هذه الحالة للمؤجر أن يفسخ عقد الإيجار بالعذر المتمثل في حق الرد للعيب ، لأنه لو لم يفعل لتحمل ضررا غير مستحق بالعقد ، وهو التزام المبيع المعيب <sup>2</sup>.

## 3/ عذر راجع إلى العين المؤجرة أو الشيء المأجور

مثل أن يستأجر الرجل حماما في قرية ليستغله مدة معلومة ، ثم هاجر أهل القرية ، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/197 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 321 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 51 ،

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 49-50 ،

ومثل أن يؤجر الوالد ولد للخدمة أو الحرفة ، ثم بلغ الولد أثناء الإجارة ، فيجوز فسخها ، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبي ، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه<sup>1</sup>.

### - الأعدار الموجبة لفسخ العقد بسبب العذر عند جمهور الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء : مالك والشافعي وأحمد وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم أن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها ، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة<sup>2</sup>.

تفسخ الإجارة في المذهب المالكي بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، من ذلك ما نص عليه المالكية كما في المدونة عند سؤال ابن القاسم عن انقطاع الماء عن الزرع ، أيكون ذلك عذرا تفسخ به الإجارة ، فقال : " لم أسمع من ملك في انقطاع الماء شيئا ، وأراه عذرا " <sup>3</sup>، ومثله في المدونة أيضا عندما سئل عن العبد الآبق المستأجر ، قال " رأيت إن استأجرت عبدا فأبق ، أنتفسخ الإجارة في قول مالك ؟ قال : نعم " <sup>4</sup>.

وكذلك من أمثلة ما تنفسخ به الإجارة عند المالكية كمن اكترى حماما أو فندقا ، فانجلى أهل البلد عنه ، أو قل وارده ، ولم يجد من يسكنه فلا كراء عليه ، وكسكون الألم عن السن

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج4/198 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 322 ، عبد السلام الترماني ، مرجع سابق ، ص: 52 ،

<sup>2</sup> محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1995م ، ج 4/1355 ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968 ، ج5/336 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ،

<sup>3</sup> مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الأولى، 1994م ، ج 3/425/3.

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ج3/446.

المستأجر على قلعها ، ومن استأجر دابة فمرضت ، وإذا اكترى الرجل أرضا فغاصت بالماء ... كل ذلك يعتبر من الأعدار المبيحة للفسخ ، لعدم استيفاء المنفعة من المعقود عليه <sup>1</sup> .  
 وعند الشافعية تنفسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه ، أو عيب تنقص به المنفعة ، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي ، كمن استأجر دار فانهدمت ، أو اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ، أو استأجر دابة فمرضت ، أو انهدم حائط في الدار المستأجرة ، أو انقطع ماء البئر أو العين ... وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة <sup>2</sup> .  
 أما عند الحنابلة فتتنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا ، أو وجد خلل أو عيب في المعقود عليه تنقص به المنفعة ، ومن ذلك موت العبد ، والصبي المرتضع ، أو موت المرضعة ، وموت الراكب إذا لم يكن هناك من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه ، أو برئه ، وانهدام الدار ، وغرق الأرض وانقطاع مائها ، أو حدوث خوف عام يمنع الناس من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، الطبعة: الثالثة، 1992م ، ج5/433 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/97 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ، عادل مبارك المطيريات ، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظيرتي الضرورة والظروف الطارئة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، القاهرة 2001م ، ص: 134-135 .  
<sup>2</sup> إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية ، ج2/263 ، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، 1984 ، ج5/315 ، عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/99 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ، عادل مبارك المطيريات ، مرجع سابق ، ص: 135 .  
<sup>3</sup> إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ، المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة: الأولى، 1997 م ، ج4/440 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/339 . وانظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، مرجع سابق ، ج6/101-103 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 323 ، عادل مبارك المطيريات ، مرجع سابق ، ص: 136-137 .

ومثله ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية من أن نقص منفعة الحمام والفندق ونحوهما ، ومثل أن ينتقل جيران المكان ، أو يقل الزيتون لخوف أو خراب ، أو تحويل ذي سلطان لهم فإن ذلك يعتبر عذرا يحط به عن المستأجر بعض الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة: <sup>1</sup>.

### ب/ شروط تطبيق أحكام العذر

من خلال ما سبق بيانه نستطيع حصر الأعذار الموجبة للفسخ في مايلي:

- أن يكون العقد من عقود المدة التي يتم تنفيذها في مدة زمنية كعقد الإيجار مثلا .
  - أن يطرأ بعد العقد عذر يمنع من تنفيذ العقد بحيث يعجز أحد المتعاقدين عن المضي على موجب العقد، فإذا لم يصل العذر إلى حد العجز عن تنفيذه لم يكن عذرا .
  - أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر من جراء المضي على موجب العقد ، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقا .
  - أن يكون هذا الضرر غير مستحق بالعقد ، فإن كان مستحقا بالعقد لم يكن عذرا <sup>2</sup>.
- فإذا توفرت الشروط السابقة كان الجزاء هو فسخ العقد للعذر .

### 2/ نظرية الجوائح

كما رأينا سابقا من أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار ، ويتوسعون فيها خلافا للمذهب الفقهي الأخرى، فإن المالكية والحنابلة يفسحون لنظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار خلافا لبقية المذاهب، كالحنفية و الشافعية .

<sup>1</sup> أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى ، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ، 1995م ، ج 30 / 311.

<sup>2</sup> محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 155.



## أ / تعريف الجائحة

- **الجائحة في اللغة** : جاح الشيء استأصله ، ومنه الجائحة ، وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة ، وجاح الله ماله وأجاحه ، أي أهلكه بالجائحة ، والجوح هو الهلاك والاستئصال ، والجائحة المصيبة التي تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله <sup>1</sup>.

### - الجائحة في الاصطلاح :

**الجائحة عند المالكية** : اختلفت آراء فقهاء المالكية في تعريفهم للجائحة إلى عدة آراء فمن ذلك قول ابن القاسم كما في الذخيرة للقرافي " قال ابن القاسم: هي ما لا يستطيع دفعه إن علم به" <sup>2</sup> ومثل لها في المدونة : "بالجراد و البرد ، والمطر ، والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة ، والدود ، وعفن الثمار في رؤوس الشجر ، والسموم تصيب الثمرة ، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها ، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت ، فإن ذلك كله جائحة من الجوائح توضع عن المشتري إن أصابت الثلث فصاعدا. " <sup>3</sup> ، وقال أيضا : " وقال مالك في الجيش: يمرون بالنخل فيأخذون ثمرته، قال: قال مالك: هو جائحة من الجوائح. قال ابن القاسم: ولو أن سارقا سرقها أيضا كانت جائحة في رأبي. " <sup>4</sup> ، وقال خليل : "هي ما لا يستطيع دفعه كسماوي، وجيش أو سارق خلاف " <sup>5</sup> ، وقال ابن رشد الحفيد: "الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء ، مثل البرد والقحط وضده ، والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة ... وأما ما كان من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعض لم يره جائحة ... " <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص 110 . الفيروز آبادي ، مرجع سابق ، ج1/ 216 . ابن منظور ، مرجع سابق ، ج2/ 431 .

<sup>2</sup> أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212.

<sup>3</sup> مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3 / 590 - 591.

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ج3 / 591.

<sup>5</sup> خليل بن إسحاق بن موسى الجندي ، مختصر العلامة خليل ، تحقيق ، أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، 2005م ، ص 160.

<sup>6</sup> محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 / 1269.

ومن المالكية من قصرها على الآفة السماوية دون ما كان من صنع الآدمي<sup>1</sup>.  
**والجائحة عند الحنابلة** هي : كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد  
 والعطش<sup>2</sup>. وتوسع ابن تيمية في ذلك حتى عد الجائحة ما يكون من صنع الآدمي في ما لا  
 يمكن ضمانه كالجيش مثلا ، قال : " إتلاف الجيش الذي لا يمكن تضمينه هو من الآفات  
 السماوية؛ كالجراد. وإذا تلف الزرع بآفة سماوية قبل تمكن الآخر من حصاده فهل توضع فيه  
 الجائحة كما توضع في الثمر المشتري؟ على قولين للعلماء. أصحهما - وأشبههما بالكتاب  
 والسنة والعدل - وضع الجائحة. "3.

وبلاحظ أن الفقهاء متفقون على دخول الآفات السماوية في مفهوم الجائحة ، وأن  
 جمهورهم يقتصر على الآفات السماوية في تفسيرهم للجائحة ، وبعضهم جعل الجائحة في  
 غير الآفات السماوية كصنع الآدمي، وهؤلاء أيضا اختلفوا في ذلك في مسألة الجيش  
 والسرقة والنهب والسلطان الجائر<sup>4</sup>.

### ب/ شروط تطبيق أحكام الجوائح

ومن خلال التعاريف السابقة نستخلص الشروط التي يجب توافرها حتى تطبق أحكام  
 الجوائح ، وهذه الشروط هي :

- أن يكون تنفيذ العقد متراجيا ، فبيع الثمار على رؤوس أشجارها قبل نضجها يحتاج  
 إلى مدة زمنية لتنفيذ العقد ، وذلك بانتظار نضجها ، وقد تطول مدة جنيتها أيضا .

<sup>1</sup> كمطرف بن عبد الرحمان ، وعبد الملك بن الماجشون . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5 / 212 ،  
 والحاصل أن المالكية اختلفوا في مسمى الجائحة إلى ثلاثة أقول : منهم من يجعل الجائحة في الأمور السماوية وحدها ،  
 ومنهم من قال أنها تشمل حتى أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها ، وكان غالبا كالجيش ، ومنهم من قال أنها  
 تشمل أعمال الآدميين التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المشتري . انظر محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي  
 ، مرجع سابق ، ج 3 / 1269. محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 164.

<sup>2</sup> موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4 / 81.

<sup>3</sup> عبد الحلیم ابن تيمية ، مرجع سابق ، ج 30 / 255.

<sup>4</sup> عادل المطيريات ، مرجع سابق ، ص 17.

- أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه : وذلك واضح من خلال الأمثلة التي عرضها المالكية والحنابلة من مطر ويرد وتلج ودود وعطش...وفي أغلبها جوائح عامة .

- أن لا يمكن التحفظ من تلك الجائحة : فلا يمكن التحفظ غالبا من الآفات السماوية كالمطر والبرد والعطش...وحتى ما كان من فعل الآدميين إذا كان غالبا كالجيش مثلا ، لأنه لا يمكن التحفظ منه وإن اتخذ المرء الاحتياطات اللازمة<sup>1</sup>.

### ج/ الجزء في الجوائح والمقدار الذي يحصل به الضمان

أما من حيث الجزء في الجوائح فقد ذهب المالكية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> إلى أن الضمان على البائع في ما أهلكته الجائحة ، خلافا للحنفية<sup>4</sup> والشافعية<sup>5</sup> الذين يرون أن الضمان على المشتري .

أما من حيث المقدار الذي يحصل به الضمان على قول من يرى بأن الضمان يكون على البائع في حال وقوع الجائحة فذهب المالكية إلى أن المقدار الذي يحصل به الضمان على البائع في الجوائح هو الثلث فأكثر إذا كان المحصول ثمارا<sup>6</sup> ، أما إذا كان بقولا ففيه الخلاف ، قيل إذا أصابت الجائحة الثلث ، والأشهر أنه لا فرق بين القليل والكثير ، وهو قول مالك في المدونة<sup>7</sup> ، فالضمان دائما على البائع ، أما الحنابلة فلم يفرقوا بين الثمار والبقول ،

<sup>1</sup> محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 166.

<sup>2</sup> محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج3 / 1267 . أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق : محمد حجي ، سعيد أعراب ، محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي - بيروت ، 1994 م ، ج5/216 . مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج3 / 591.

<sup>3</sup> موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 4/80.

<sup>4</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 5/239 ، وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 323

<sup>5</sup> محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار المعرفة - بيروت ، 1990 م ، ج 3/57 .

<sup>6</sup> مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/583 . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215 .

<sup>7</sup> ونقل القرافي أن مالك يقول بالثلث فيها قياسا على الثمار . أحمد بن إدريس القرافي ، مرجع سابق ، ج 5/215 . مالك مالك بن أنس ، المدونة ، مرجع سابق ، ج 3/587.

، ولا بين المقدار القليل والكثير في ما أصابت الجائحة في ظاهر المذهب<sup>1</sup> ، فالضمان على البائع لأنهم يعتبرون أن العقد لا يتم إلا بالقبض التام ، أو التمكن من القبض<sup>2</sup> .

### الفرع الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في مسألة الظروف

#### الطارئة

لم يهتم الفقهاء المسلمون بصياغة النظريات الفقهية مثل ما اهتم بها فقهاء الغرب مكتفين في ذلك ببيان المسائل الجزئية وفي ذلك يقول الدكتور السنهوري عند عرضه لأسلوب الفقه الإسلامي في معالجة الحوادث والمسائل ، حيث بين في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي عالج المسائل العملية مسألة مسألة ، وقرر أحكاما لها، ولم يتم بصياغة نظريات عامة لها، وذلك لسببين :

1/ أن الفقه الإسلامي لا في نظرية الحوادث الطارئة ولا في غيرها من النظريات ألف وضع النظريات المتماسكة ، وذلك أن الفقه الإسلامي - كالفقه الروماني وكل فقه أصيل - إنما يعالج المسائل مسألة مسألة ، ويضع لها حلولاً عملية عادلة ، ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المتسق ، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار ، وأن يشيد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم ، من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة ، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناءً راسخ الأركان .

2/ أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية ، والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي ، أما في الفقه الإسلامي - حيث مقتضيات العدالة تسود دوماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد - فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في

<sup>1</sup> موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، مرجع سابق ، ج 81/4 .

<sup>2</sup> أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مرجع سابق ، ج 267/30 .

القوة الملزمة للعقد ، دون أن يرى الفقهاء داعيا لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في هذا التبرير<sup>1</sup> .

وبعد إلقاء نظرة إجمالية حول نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ونظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي يلاحظ أن الفقه الإسلامي توسع في تقدير الحادث الطارئ أكثر من القانون المدني الجزائري، وأصله المصري ، فمن حيث الشروط الواجب توفرها في الحادث الطارئ نجد :

**أولا :** أن الحادث الطارئ في القانون المدني يجب أن يكون متراخيا ، أي أن العقد يكون من العقود المستمرة أو الزمنية، التي لا بد لها من مدة حتى يتم تنفيذها، كعقد المقاوله والتوريد ... الأمر نفسه في نظرية العذر فعقد الإيجار من العقود المستمرة ، وكذلك في نظرية الجوائح فمشتري الثمار على رؤوس أشجارها لا بد له من مدة زمنية حتى يتمكن من تنفيذ العقد .

**ثانيا :** أن الحادث الطارئ لا بد أن يكون عاما ، وهو كذلك في نظرية الجوائح عند المالكية والحنابلة ، وخصوصا إذا كان بأفة سماوية ، أما إن كانت الجائحة بفعل آدمي ففي عموميتها خلاف، أما العذر فيكون عاما ، ويكون خاصا أيضا كما سبق .

**ثالثا:** أن الحادث الطارئ ليس في الوسع توقعه ولا دفعه ، وهو كذلك في الجوائح ، فهي غير متوقعة الحدوث ، ولا يمكن دفعها ، أما العذر فيكون غير متوقع الحدوث كإفلاس التاجر المستأجر ، وقد يكون متوقعا مثل بلوغ الصبي المستأجر من طرف وليه ، والذي ببلوغ يمكنه فسخ العقد أو المضي فيه ، وسواء كان العذر متوقع أو غير متوقع فلا يمكن دفعه في كلا الحالتين .

**رابعا :** أن الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل يجعله مرهقا ، والأمر نفسه في نظرية العذر والجوائح ، ففي كليهما لا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكنه يكون مرهقا للمدين.

<sup>1</sup> انظر : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، مرجع سابق ، ج 6/90.

فجميع شروط نظرية الظروف الطارئة متوفرة ومحتواة في نظريتي العذر والجوائح في الفقه الإسلامي ، غير أن الفقه الإسلامي أوسع من حيث توفر بعض الشروط السابقة ، كشرط العمومية في الحادث الطارئ في القانون المدني ، والذي رأينا أن الفقه الحنفي في مسألة العذر يقبل حتى بالظرف الطارئ الخاص...

أما من حيث جزاء توفر الشروط السابقة في الحادث الطارئ ، فقد رأينا أن القانون المدني الجزائري في مادته 03/107 ، وكذلك أصله المصري ، يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، غير أن الفقه الإسلامية إضافة إلى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أجاز أيضا فسخ العقد<sup>1</sup> .

---

<sup>1</sup> محمد رشيد قباني ، مرجع سابق ، ص 173-177 ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية ، مرجع سابق ، ص 324-325.

### المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الفعل المستحق للتعويض

نص القانون المدني الجزائري في الفعل المستحق للتعويض على مجموعة من أنواع المسؤولية منها المسؤولية الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير ... وجميع هذه المسؤوليات تندرج تحتها مجموعة من المسائل ، وسنقتصر على ما تأثر بالفقه الإسلامي منها ، فننتقل إلى مسألة التعسف في استعمال الحق، والمندرجة ضمن المسؤولية عن الأفعال الشخصية ، وذلك في المطلب الأول ، كما سنتطرق إلى مسؤولية عديم التمييز، والمندرجة ضمن المسؤولية عن فعل الغير، وذلك في المطلب الثاني .

### المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في نظرية التعسف في استعمال الحق

هذه النظرية عرفها الفقه الإسلامي منذ نشأته ، فقد انبثقت أنوارها الأولى، ونبت غرسها المبارك ، ووضعت أصولها الأولى من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، ثم أخذت هذه النظرية تتطور وتحتل مكانها المرموق في التشريع الإسلامي بتعهد الفقهاء لها في جميع مراحل التشريع، حتى استوت خلقا سويا، كامل التكوين واضح المعالم ، حتى كان لها من العموم والشمول ما لم يتحقق لها في التشريعات الوضعية التي نبتت فيها هذه النظرية ، بعد آحاد طويلة من رسوخها واستقرارها في الفقه الإسلامي .

حقا إن الفقهاء المسلمون لم يتناولوا هذه النظرية بوصف كونها نظرية على النظام المعروف في الفقه الغربي، لأن الفقه الإسلامي لم يُبين بوجه عام على النظريات العامة ، بل هو بصورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص من القضايا الفردية ، والناظر في تلك القضايا الفردية يستطيع أن يستخلص من أحكامها التي قررها الفقهاء نظرية عامة لسوء استعمال الحق على غرار ما صنع فقهاء التشريع الوضعي<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> عيسوي أحمد عيسوي . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ( كلية

الحقوق - جامعة عين شمس ) - مصر ، مج 5، ع 1 (1963) ، ص: 01.

وترتبط هذه النظرية ارتباطا وثيقا بالحق الذي ذهب أكثر الفقهاء في عصرنا الحاضر إلى أنه ذو وظيفة اجتماعية<sup>1</sup> ، فلا يجوز لمستعمله أن يخرج عن وظيفته هذه، وإلا عد ذلك تعسفا في استعمال الحق، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقا نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها ...

وحيثما أراد المشرع المصري - الذي هو أصل القانون المدني الجزائري في هذه النظرية - أن يورد في التقنين المدني الجديد لأول مرة هذه النظرية لم يجد أمامه في سائر القوانين الأجنبية من الضوابط خيرا مما ورد في الفقه الإسلامي<sup>2</sup> .

أما بالنسبة لمصطلح التعسف فلم يرد على لسان الفقهاء المسلمين ، إنما هو مصطلح وارد إلينا عن فقهاء القانون الغربي، فيطلق عليه الفرنسيون مصطلح *De la bus des droit* ، والإنجليز يطلقون عليه *The abuse of rights* ، غير أن الترجمة الحرفية لكلمة (*abuse*) إساءة ، وهو المصطلح الذي أخذ به القانون المدني اللبناني ، غير أن أكثر الفقهاء درجوا على استعمال مصطلح التعسف بدل الإساءة كما في مصر وسوريا وليبيا والجزائر والأردن..

<sup>1</sup> تعتبر مسألة الحق من أكثر المسائل التي احتدم حولها الصراع وطال فيها النقاش بين المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي والمذهب المختلط. انظر تفصيل ذلك في : عيسوي أحمد عيسوي ، مرجع سابق ، ص 10 وما بعدها . فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، الطبعة الثالثة ، 2008، ص: 341-361.

<sup>2</sup> مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري، سنة 1982، برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، وعضوية أكثر من سبعين عضوا من أساتذة الشريعة والقانون على رأسهم شيخ الأزهر جاد الحق علي جاد الحق صدر ضمن سلسلة تجمع جميع مشاريع القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي والتي أعدها مجلس الشعب المصري 1982 وعنون جامع هذه السلسلة هذا المجموع بعنوان قوانين الشريعة على المذاهب الأربعة ، وخص القانون المدني بجزء خاص : قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م ، ج2/29-30..



ولقد استعمل الفقهاء المسلمون بعض الألفاظ والعبارات التي تؤدي نفس المعنى مع الإساءة والتعسف ، فلقد استعمل الشاطبي عبارة الاستعمال المذموم<sup>1</sup> ، وابن القيم عبارة المضارة في الحقوق<sup>2</sup> ، أما الفقهاء المعاصرون فمنهم من آثر لفظة المضارة<sup>3</sup> على التعسف ، ومنهم من فضل الترجمة الأصلية للمصطلح وهي الإساءة<sup>4</sup> ، ومنهم من فضل استعمال كلمة التعسف لدقتها في تأدية المعنى المراد ، ذلك أن التعسف انحراف عن الجادة، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير ، كمن يقصد باستعمال حقه الإضرار بغيره، وقد لا يكون كما في نكاح التحليل مثلا ، إذ القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثا إلى زوجها الأول ، ولا مضارة فيه لأحد ، وإنما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج ، وهو التماسل والألفة والمودة وبناء أسرة ، فلم يشرع الزواج في الأصل للتحليل<sup>5</sup> .

### الفرع الأول: تعريف التعسف وتطوره

#### أولا : تعريف التعسف لغة واصطلاحا

#### 1/ تعريف التعسف لغة

العَسْفُ والتَّعَسُّفُ والاعتِسَافُ: السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق ، والعَسْفُ: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد، ولا هداية، ولا توخي صوب، ولا طريق مسلوكة. يقال: اعتسف الطريق اعتسافاً إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه. والتَّعَسِيفُ: السير على غير عَلم ولا أثر. ومنه قيل: رجل عَسُوفٌ إذا لم يقصد قَصْدَ الحقِّ ، ثم كثر حتى قيل: عَسَفَ

<sup>1</sup> أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، خرج أحاديثه : أحمد السيد سيد احمد علي ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التوفيقية ، 2003م ، د ت ط ، ج3/181.

<sup>2</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ص52. نقلا عن الطرق الحكمية لابن القيم ، ولقد رجعت إلى الكتاب المذكور فلم أجد ذلك.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، السنة الخامسة ، سبتمبر 1961م ، العدد الثالث . ص: 82.

<sup>4</sup> أو سوء استعمال الحق بدل إساءة استعمال الحق كما يعبر به صبحي محمصاني ، مرجع سابق، ص: 44.

<sup>5</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 53.

السلطان: إذا ظلم. وتعسف فلانٌ فلانًا إذا ركبهُ بالظلم ولم ينصفه. ورجل عسوف إذا كان ظلومًا<sup>1</sup>.

وخلاصة المعنى اللغوي للتعسف دورانه بين السير على غير الطريق الصحيح، وركوب الأمر من غير تدبير، والظلم والجور.

## 2/ تعريف التعسف اصطلاحاً

عرف العديد من الفقهاء التعسف بتعاريف متقاربة، من أشهرها تعريف الأستاذ فهمي أبو سنة حيث عرفه بأنه: " تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً " .

معنى ذلك - يقول أبو سنة - " قرر الفقهاء كما في الفقه الحنفي وغيره أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ، ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد<sup>2</sup> ، ومما يلاحظ على هذا التعريف - كما يقول الدريني- ملاحظات أهمها أن التعسف في حقيقته ليس مرتبطاً بغير المعتاد من التصرف ، إنما يرتبط أساساً بغاية الحق ونتيجة استعماله ، يدلنا على ذلك أن التصرف قد يكون معتاداً ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة ...

غير أن أشهر تعريف متداول للتعسف هو تعريف الأستاذ فتحي الدريني ، وهو تعريف دقيق ، وشامل للتصرف المعتاد وغير المعتاد ، ومؤسس على الغاية الاجتماعية للحق المنبثقة من قاعدة نسبية الحقوق ، فعرفه بأنه: " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل " .

فمناقضة قصد الشارع قد تكون مقصودة وتشمل بذلك استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار ، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو استعمال دون نفع ، أو لنفع تافه ، في حين يلحق بغيره ضرراً بيناً . وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة ، وهذه تشمل الأفعال

<sup>1</sup> انظر: محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق، ص 208. أحمد بن فارس ، مرجع سابق ، ج 4 / 311. مجد الدين الفيروزآبادي ، مرجع سابق ، ص 837.

<sup>2</sup> أحمد فهمي أبو سنة ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مقال منشور في مجلة الأزهر ، جمادى الآخرة ، سنة 1382 ، عدد 218 ، ص 432. وأصل هذا المقال محاضرة بأسبوع الفقه الإسلامي .

التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام في الشرع لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة فإذا آل استعمالها إلى ما يناقض هذا الأصل لم تشرع ، وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي .

ويكون التعسف في جميع التصرفات القولية والفعلية المأذون فيها شرعا بحسب الأصل ليخرج بذلك التصرفات والأفعال غير المشروعة لذاتها ، لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا ، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق هذه النظرية<sup>1</sup> .

### ثانيا : تطور نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد مرت فكرة التعسف في استعمال الحق بمراحل عديدة، حتى استقرت على ما هي عليه في وقتنا الحاضر نظرية متماسكة، ذات معايير دقيقة ومؤصلة ،انطلاقا من كون الحقوق مطلقة ومقدسة، وصولا إلى نسبية الحقوق وقصرها على تأدية غاية اجتماعية لا تتعدها .

#### 1/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني

من الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني القديم نصوصا صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، ذلك أن القانون الروماني لم يكن وليد النظريات بل كان أساسه القضايا العملية والمسائل الحقيقية الفرعية التي عرضت على فقهاء<sup>2</sup>، إضافة إلى ذلك فإن القانون الروماني مشبع بفكرة الحق المطلق والروح الفردية ، فلم تظهر فيه نظرية التعسف بوضوح<sup>3</sup> ، بل كانت تسود فيه قواعد ضد مبدأ التعسف ذاته فقد جاء في الديجست<sup>4</sup> قول الفقيه الروماني الكبير كايوس " ليس بالمعتدي من يستعمل حقه" ، وعن الفقيه بولس " أنه لا

<sup>1</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 91.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 431.

<sup>3</sup> علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، الطبعة السابعة ، 2003 ، ص 210.

<sup>4</sup> وهي "مدونة الاجتهاد" إذ تعد من أبرز مؤلفات الرومان القانونية ، كما جاء في : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 433. صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1972 ، ج 1 ص 50.

يأتي عملا ضارا إلا من يعمل بدون حق " وعن أولبيانوس " إنه ليس بالموذي من استعمل حقه " ، " من استعمل حقه فما ظلم " <sup>1</sup>.

غير أنه نقل عن بعض فقهاء القانون الروماني بعض الأمثلة التي تدل على أنهم فكروا في هذه النظرية وبعد ذلك بداية لنشأتها حتى تتطور فيما بعد ، ومن ذلك المقولة الشهيرة " منتهى الحق منتهى الظلم " فهم قد عرفوا أنه لا تناقض بين أن يقال في مسألة واحدة أنها تمثل الحق والظلم في آن واحد.

ومن ذلك ما ينسب إلى الفقيه مارسيلوس قوله " من يحفر في ملكه ويجذب بذلك الماء عن بئر جاره فلا يكون ضامنا ، ولكن بشرط أن يفعل ذلك بنية تحسين أرضه أما إذا فعله بنية الإضرار بالجار فهو ضامن ومسؤول بدعوى الاحتيال " <sup>2</sup>. ومن ذلك ما يعزى إلى الفقيه إيلبيان " أن من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره ، لا يكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر ، ولكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار " <sup>3</sup> ، والملاحظ لهذه الأمثلة يدرك جيدا تذبذبها بين نفي المسؤولية في حالة، وإثباتها في حالة أخرى، مما يدل على أن هذه التطبيقات قامت على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة ، أكثر من كونها تطبيقا لنظرية التعسف، ولعل العادات كان لها تأثير في تقييد بعض الحقوق <sup>4</sup>.

## 2/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي

انتقلت هذه النظرية إلى القانون الفرنسي القديم بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى ، فذهب دوما إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا هو

<sup>1</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص:433.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:50.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/948. علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص : 211.

<sup>4</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص:434.

قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله، وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها فتتحقق مسؤوليته<sup>1</sup>.

أما القضاء فقد كان يطبق هذه النظرية رغم عدم النص عليها في القانون باعتباره كان يتسم بوجه عام بالنزعة الفردية اللهم إلا تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية، ومن ذلك الحكم الصادر سنة 1855م عن محكمة كولمار القاضي بمسؤولية المالك الذي أقام مدخنة فوق سطح منزله أدت إلى حجب النور على جاره<sup>2</sup>، ففكرة التعسف كانت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين، وجرت بها أقلامهم، كما عرفت في مجال القضاء، ولعلم كانوا يستوحون في ذلك مبادئ العدالة فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقاً، وهو حق الملكية، غير أن هذه التطبيقات التي ظهرت في القانون الفرنسي القديم قد طمسها الثورة الفرنسية إلى أن ظهرت في أواخر القرن التاسع<sup>3</sup> وبداية القرن العشرين<sup>4</sup>.

أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي لسنة 1804م فقد جاء مشبعاً بالروح الفردية، مما جعل أساس القانون هو الحق المطلق، وكان من آثار ذلك أنه لم يرق النظرية على أساس مستقل، بل تستر وراء مبنى المسؤولية التصويرية، وهو "الخطأ"، في المواد (1382، 1383)، وحاول أن يبرر أحكامه بناء على مقتضى هذه النظرية بالاستناد إلى فكرة الخطأ<sup>5</sup>.

ومن الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال ما قضت به محكمة استئناف باريس سنة 1941م، من أن المالك يكون متعسفاً في استعمال حقه وتجب مساءلته لأنه وإن كان قد أقام حائطاً في مدخل مسكنه الكائن وسط حديقته بهدف منع الأتربة، إلا أنه قد سد بذلك فناء جاره الذي كان بمثابة ممر له، فهو اختار في التنفيذ طريقة تعد أكثر إضراراً بجاره،

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج 1/949.

2 محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1979، ص: 313. عبد

الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص: 950.

3 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص: 436.

4 عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 1/949.

5 فتحي الدريني، مرجع سابق، ص: 438.

إذ كان يمكنه أن يقيم الحائط بمادة شفاقة لا تحجب الضوء عن جاره وتمنع مرور الأتربة في ذات الوقت<sup>1</sup> .

وعلى الرغم من أن قانون نابليون لم يتعرض بتاتا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، فإن المشرع الفرنسي تأثر ببروز هذه النظرية إلى الوجود، وأخذ يصدر التشريعات المتوالية تطبيقا لهذه النظرية، ومن هذه التشريعات:

- 1 - القانون الصادر في 1890/12/27م الذي عدل المادة (1780)، وجعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض ، وقد جدد هذا الحكم في قانون العمل بالمادة (23) من الكتاب الأول في 1910/12/26.
- 2 - القانون الصادر بتاريخ 1941/2/5 الذي يعتبر المؤجر متعسفا إذا رفض إيجار مسكن لشخص لديه أولاد .
- 3 - القانون الصادر بتاريخ 1956/4/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة<sup>2</sup> .

### 3/ نظرية التعسف في استعمال الحق في باقي الدول الغربية

لقد أخذت التشريعات الحديثة بهذه النظرية على خلاف بينها في مدى توسعها وتضييقها في نطاق المعايير ، فقد اقتصرت بعض التشريعات على المعيار الذاتي في أضيق حدوده ، وهو قصد الإضرار، وبعضها على المعيار المادي وحده ، وبعضها مزج بين المعيارين الذاتي والموضوعي .

فقد نص القانون المدني الألماني الصادر سنة 1896م ، والمعمول به ابتداء من سنة 1900م ، على التعسف في استعمال الحق في المادة (226) منه بقوله " لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير " .

1 محمد شوقي السيد ، مرجع سابق ، ص 316.

2 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 221.

فنص القانون المدني الألماني يسمح بتطبيق نظرية التعسف في حدود ضيقة جدا إذ قصرها على قصد الإضرار فقط ، وهو معيار ذاتي محظ ، فلو صاحب قصد الإضرار حصول منفعة ولو قليلة لصاحب الحق ، كان استعماله لحقه مباحا <sup>1</sup>.

أما القانون المدني السوفييتي الصادر سنة 1926م ففي المادة الأولى منه أخذ بالمعيار المادي وحده فضلا عن غموض المادة واتساعها ، فقد نصت على أن " القانون يكفل الحقوق المدنية ، إلا أن يكون استعمالها مخالفا للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله " ، وعند صدور القانون المدني الجديد سنة 1964م نقل الحكم إلى المادة الخامسة منه <sup>2</sup>.

ومن القوانين التي زوجت بين المعيارين الذاتي والموضوعي :

- **قانون الالتزامات السويسري** الصادر سنة 1906م، والمعمول به ابتداء من 1912م، متوسعا في حالات التعسف فنص في المادة الثانية منه على أنه "يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه ، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق ، فلا يقره القانون " .

- **مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات** فقد جاء في المادة (2/74) على أنه " يعتبر متعسفا كل من يلحق ضررا بالغير ، متجاوزا في استعماله حقه حدود النية الحسنة ، أو الهدف الذي من أجله وجد الحق " .

- **القانون المدني البولوني** في المادة (35) منه " أن كل من يلحق عن قصد أو إهمال ضررا بالغير وهو يستعمل حقا من حقوقه ، يكون ملزما بضمانه ، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق " .

- **القانون المدني النمساوي** في المادة (1295) والتي تم تعديلها سنة 1916م " يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تنتافي مع الآداب وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير " <sup>3</sup>.

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462.

2 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 222.

3 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 462-463.

## 4/ تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في الدول العربية:

لم تخلوا التقنيات العربية من النص على هذه النظرية إما متأثرة في ذلك بالقوانين الغربية، أو بالفقه الإسلامي، فقد نصت المادة (124) من قانون الموجبات والعقود اللبناني - الذي وضعه الفقيه الفرنسي جوسران - على أنه " يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعمال حقه حدود حسن النية ، أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق " . وهذا النص يقرر نفس ما يقرره مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات ، وهو بعمومه يشمل المعيارين الذاتي والموضوعي ، فيعتبر الشخص متعسفا إذا استعمل حقه بنية الإضرار بالغير ، أو استعمله لغرض يخالف الغرض الذي من أجله شرع هذا الحق ، أيا كان هذا الغرض الأخير ، اقتصاديا أو اجتماعيا أو سياسيا ...

أما القانون المصري الجديد فهو ثاني قانون في البلاد العربية نظم نظرية التعسف في استعمال الحق في صلب التقنين، وصاغها ومعايير التعسف كاملة في مادتين ( 4،5) من الباب التمهيدي . وقد عدها واضعه وشارحه الأستاذ السنهوري في جملة المبادئ التي استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي، حيث قال " ...ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق ، لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي<sup>1</sup> . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتصر عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله"<sup>2</sup>. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما يلي:

1 يقول الأستاذ مصطفى الزرقا " بل إن قول السنهوري " لم يأخذها القانون الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي " يفيد أن الأحكام التي تضمنتها المادتان المذكورتان فيه عن التعسف في استعمال الحق هي خليط ومزيج من القوانين الأجنبية والفقه الإسلامي، ثم تابعته القوانين العربية التي أخذت عنه متابعة حرفية في هاتين المادتين عن التعسف " مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، دار البشير ، عمان ، ط2/1987.ص 10.

2 السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ج47/1.



"وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي ، وهي قواعد صدر عنها التشريع المصري في بعض تطبيقاته ، واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه ."

"ولهذا لم ير المشروع أن ينسج على منوال التقنين السويسري في النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه ويفي بالتزاماته وفقا لما يقضي به حسن النية ، وأن التعسف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحمي القانون ، ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التي آثرها المشروع السوفييتي إذ قضى في المادة الأولى من التقنين المدني بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادي أو الاجتماعي من وجودها ."

وأعرض أيضا عن الصيغة التي اختارها التقنين اللبناني (م 124) ، وهي لا تعدو أن تكون مزاجا من نصوص التقنين السويسري والتقنين السوفييتي .

وجانب أيضا كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستمد من الفقه الإسلامي بوجه خاص الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص<sup>1</sup> .

وتقول في مكان آخر : " وعلى هذا النحو وضع المشروع دستورا لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية، وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة"<sup>2</sup> .

1 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج 1/207-209

2 المرجع نفسه ، ج 1/211.

وقد جاء نص المادة (4) على أن: " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " وهي تعد قاعدة عامة في نفي المسؤولية عن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً، غير أن المادة (5) جاءت لتبين أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع فإن المسؤولية تترتب عليه إذا نشأ عن ذلك الاستعمال ضرر كما يلي: " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة "

وعن القانون المدني المصري استقت الدول العربية هذه النظرية كالقانون المدني السوري، والليبي، والجزائري، والأردني، والذي جاء في مذكرته الإيضاحية للمادة (66) التي تضمنت حكم التعسف ومعاييره : " تتناول هذه المادة حالة إساءة استعمال الحق ، وقد عرف فقهاء الإسلام هذه الحالة منذ القديم ، وشرعوا لها الأحكام ثم لحق بهم الغربيون ..

وقد أقرت الشريعة الإسلامية ذلك - أي مبدأ إساءة استعمال الحق - على أنه نظرية عامة ، وعني الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع ، إن لم تفق في دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . "

وقالت عن بعض المعايير : " قد استقر الفقه الإسلامي على الأخذ بها " ، وقالت عن

بعضها الآخر " إن الفقه الإسلامي أساسها . "

ثم قالت أخيراً : " وعلى هذا النحو وضع المشروع قاعدة لمباشرة الحقوق ، استناداً إلى ما

استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية المتفقة مع ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية إساءة استعمال الحق " <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> نقلاً عن مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ،

**الفرع الثاني : موقف الفقهاء الغربي والإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق**

**أولاً : موقف الفقه الغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق**

لأن معظم فقهاء العالم أضحى يسلم اليوم بأن الحقوق نسبية لا مطلقة ، وأن استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله ، فقد تبلورت هذه النظرية في تشريعات العلم جله على تفاوت بينها في مفهوم التعسف ومدى تطبيقه ، وأخذت طريقها إلى التقنين مع الانتقادات الكثيرة لبعض الفقهاء ومعارضتهم لها<sup>1</sup> .

### **1/ الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق**

من أبرز الفقهاء المعارضين لهذه النظرية الفقيهان الكبيران اسمان و بلانيول / رأي اسمان : يرى اسمان أن هذه النظرية غير منطقية لأنها مبنية على أساس غير صحيح ، فالمسؤولية التقصيرية مبنية على الخطأ المولد لها ، أما في حالة التعسف في استعمال الحق فإننا لم نخرج من دائرة الحق ، وهي دائرة مشروعة مهما تكن نية صاحبه عند استعماله ، بخلاف الخطأ فهو فعل غير مشروع ، لأننا لو سلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية أدى إلى قيام المسؤولية ، فقد ينتهي هذا بنا إلى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطأ القانوني مما يؤدي إلى الخلط بين علم الأخلاق وعلم القانون<sup>2</sup> ، ثم يضيف بأن هذه النظرية من الخطورة بمكان لأننا إذا أسندنا إلى القاضي الكشف عن النية و الباعث فإن ذلك يجعل الناس معرضون لأهواء القضاة وتقديرهم الشخصي وتحكمهم الكيفي ، إذ لا شيء يمنع القاضي من أن يقرر أن هذا العمل مقصود فيه الإضرار ، أو أنه يشكل تعسفا في استعمال الحق من غير قصد ، وبالتالي يستطيع القاضي أن يضرب بالنص عرض الحائط ، ويكون بذلك سلطانا فوق القانون<sup>3</sup> .

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 444. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 448.

3 عدنان القوتلي ، مرجع سابق ، ص 317.

وعلى هذا فإن الفقيه إسمان قد أسس نقده للنظرية على أساس الخلط بين القانون وعلم الأخلاق ، وما قد يؤدي إليه من تحكم القضاة عند البحث عن النية التي صحبت استعمال الحق

ومما قد يرد به على الفقيه إسمان ما يلي :

- إذا كان مبنى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق هو الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية فإن القاضي لم يمنح أي سلطة جديدة ، وإنما عليه تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية لا غير .

- لقد أباح القانون للقاضي في أكثر من موضع البحث عن النية والكشف عنها ، وإعمال سلطته التقديرية في ذلك ، فضلا عن ان هذه السلطة التقديرية غير مطلقة بل هي مقيدة بأسس وقواعد وضوابط ، ثم إذا كانت سلطة القاضي التقديرية مطلوبة في مواضع كثيرة فلماذا نخشاها فقط في مسألة التعسف<sup>1</sup> .

- أما ما يتعلق بالخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق فهو أمر لا أهمية له ذلك أن القواعد القانونية ما هي إلا قواعد أخلاقية مصحوبة بجزاء ، ولذلك يقول الفقيه جوسران " إن هذه الحدود - أي بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية - لم توجد فقط إلا في مخيلة بعض الفقهاء .... فعلم الأخلاق ما هو إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والقضاء " .

ومع ما سبق فإن إسمان يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي إلى قيام المسؤولية إذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر ، ومثل لذلك بحالة الإضراب الذي يقوم به العمال لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين إلى النقابة ، إذ في هذا الإضراب تعطيل لحق رب العمل ، واعتداء على حرية العمل<sup>2</sup>.

1 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 449. عدنان القوتلي ، مرجع سابق ، ص 318.

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 456.

## ب / رأي بلانيول :

يرى بلانيول أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية إنما هو أساس متناقض في ذاته ، فاستعمال الحق أمر مشروع ، والتعسف مجاوزة لحدود الحق ، وهو أمر غير مشروع، فإذا وجد الحق انتفى التعسف ، وإذا وجد التعسف انتفى الحق ، بل تنكر لها حتى قال عنها أنها خاطئة حتى في تسميتها<sup>1</sup> ولذلك قال كلمته المشهورة " ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف في استعماله ، ولا يمكن ان يكون تعسف في استعمال حق ما ، لسبب لا يمكن أن يدحض، وهو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في وقت واحد موافقا للقانون ومخالفا له " <sup>2</sup> .

فرأي الفقيه بلانيول يرتكز على نقطتين :

- أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع وغير مشروع في وقت واحد.

- أن ركن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية - وهو مبنى التعسف في نظره - لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع لا يستند إلى حق ،وعليه فجميع حالات التعسف تعد حالات خروج عن الحق .

غير أن هذا الرأي قوبل بعدة انتقادات أهمها :

- يرى السنهاوري " أن النقد الذي توجه به بلانيول إنما هو نقد شكلي لا غير، إذ يمكن لرده أن نقول : إن هناك نوعين من الخروج عن الحق ، خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتعسف في استعماله ، ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثاني ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً في استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق ...ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون في الوقت ذاته مخالفاً للقانون " <sup>3</sup> .

1 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

2 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/ 951.

3 المرجع نفسه ، ج 1/ 951-952.

ولذلك رد جوسران على ذلك بقوله " إن كلمة Droit في اللغة الفرنسية لها معنيان ، فهي تعني الحق الشخصي تارة ، وتارة أخرى تعني القانون ، ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفا للقانون<sup>1</sup> .

وفي السياق نفسه يقول الدريني : " المشروعية وعدم المشروعية لم ينصبا على ذات الفعل في وقت واحد ، إذ الأولى - وهي المشروعية - منصبة على ذات الفعل ، لاستناده إلى حق ، وعدم المشروعية منصب على الباعث أو نتيجة الفعل....كتلقي السلع فإنه يمنع وإن كان الباعث عليه مشروعا وهو جلب الرزق من طريق مشروع وهو حرية التجارة ، أما المنع - عدم المشروعية - فذلك بالنظر لمخالفته للقاعدة العامة القاضية بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام...وعلى ذلك فلا تناقض ، فيمكن أن يكون الفعل في ذاته مشروعا ، ولكن في الوقت نفسه مخالف لروح الشريعة وقواعدها العامة، ومثل ذلك يقال في القانون<sup>2</sup> .

- أما القول بأن التعسف صورة من صور الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية ، وحدثه يعني الخروج عن حدود الحق ، ذلك أن الخطأ إنما هو خروج عن حدود الحق فمحل نظر ، لأنه لا يسلم بأن التعسف هو خروج عن الحق ، ذلك أن الخروج ومجاوزة الحق أمر محرم في جميع الشرائع ، والفعل غير المشروع في ذاته ، سواء أترتب عليه ضرر أم لا ، بل يمنع ولو جر للغير نفعاً ، ويكفي إثبات مجرد حصول الفعل ليتشكل الاعتداء أو المجاوزة ، كمن يبني في أرض غيره ، أو يزرع فيها ، أو يبيع ثمارها ... ولا يشترط إثبات حدوث الضرر . أما التعسف فالفعل فيه مشروع لذاته ولكن قصد به مثلاً تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو حدوث ضرر أكبر من المنفعة التي تعود على صاحبه ، فيمنع التسبب لذلك كمن يبني في أرضه من غير مجاوزة لحدود ملكه ، وإنما يبني بقصد الإضرار بجاره ليحجب النور عنه<sup>3</sup> .

1 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 216.

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 446.

3 المرجع نفسه ، ص 446-449.

ومن الأقلية من الفقه العربي التي تنكرت لهذه النظرية وانتقدتها انتقاداً مريراً ، الأستاذ **مصطفى مرعى** الذي أبى أن يسمي هذه النظرية بالاسم الذي عرفت به ورأى أن يسميها " الخطأ تحت ستار الحقوق " ، ثم ينتهي إلى القول بأنه من المعترضين على هذه النظرية لأن الحقوق لا يساء استعمالها ولكن من يستعمل حقه لا ليحقق به نفعاً لنفسه ، ولكن ليقع به ضرراً بالغير فهو مخطئ<sup>1</sup>.

## 2/ الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق

لم تقلح معارضة بعض الفقهاء لهذه النظرية بل شقت طريقها إلى التقنين إذ فرضها الواقع وإقرار أغلب الفقهاء بنسبية الحقوق مما جعل جمهور فقهاء القانون يقرونها على اختلاف بينهم في مدى اتساعها واحتوائها لجميع المعايير الشخصية والمادية ، وبين مقتصر على أحد هذه المعايير ، فمن بين الفقهاء الذين أيدوا النظرية ودافعوا عنها الفقيهان الفرنسيان **سالي و جوسران** .

### أ/ رأي سالي :

يعتبر الفقيه سالي من الفقهاء الفرنسيين السابقين إلى الإقرار بهذه النظرية والدفاع عنها غير أنه جعل المعيار المادي أساساً لها ، بخلاف المعيار الذاتي الذي يجعل في رأيه النظرية بغير فائدة لعسر تبيين القصد والنية ، ولذلك جعل علة التعسف تظهر في الاستعمال غير الطبيعي للحق ، بحيث جعل الظروف والبيئة والعرف هي المحدد ما إذا كان الاستعمال عادياً أم غير عادي ، ويقصد بالاستعمال غير العادي الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي الذي شرع من أجله الحق من دون اعتبار لنية صاحبه<sup>2</sup>.

### ب/ رأي جوسران :

يعتبر **جوسران** الحق في ذاته وظيفة اجتماعية ، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية إلزامية ، والحقوق كونها متفرعة عنها تأخذ طابعها ، فهي إذا اجتماعية في نشأتها وروحها

1 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ص 218.

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 455.

والغرض منها ، وإذا كانت الجماعة قد منحت الأفراد هذه الحقوق فما ذلك إلا لكي تكون في أيديهم وسائل أمن وعمل لصالح الجماعة ، ولا يتم ذلك إلا عن طريق استعمالها الاستعمال الذي يؤدي الغرض منها .

فحق الملكية مثلا ليس إلا وظيفة اجتماعية ، فإذا استعمله الفرد فيجب أن يستعمله بما يؤدي إلى حفظ الصالح العام وأمن المجتمع وراحته .

فالتعسف إذا هو الخروج بالحق عن الهدف الاجتماعي الذي وضع له<sup>1</sup> ، ولما كان هذا المعيار من التجريد والسعة بحيث يعسر تطبيقه ، ويفتح المجال واسعا أمام القضاء ليتحكم في النظر إلى الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق بمنظاره الشخصي المبني على معتقدات حزبية أو سياسية...

ولهذا دعا جوسران إلى الاستغاثة بالباعث النفسي حتى إذا كان موافقا للغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق لم يكن تعسفا وإذا خالفه عد ذلك تعسفا لأنه دافع غير مشروع.

ومما يؤخذ على رأي جوسران أنه جعل الحق وظيفة اجتماعية ، والحق في الواقع ليس بذاته وظيفة اجتماعية ، وإنما له وظيفة اجتماعية، وفرق بين الأمرين ، ففي الحالة الأولى يكون الشخص مجرد وكيل أو موظف ، بل يعتبر الشخص مجرد آلة اجتماعية أو عنصر تكوين لا يعمل لصالحه الخاص بل لصالح الجماعة ، وفي الحالة الثانية يكون الحق مجرد وسيلة لتحقيق غرض وغاية لصالح الجماعة بحيث للفرد أن يمارس حقوقه بكل حرية بشرط أن يحافظ على الغرض الذي شرع الحق لأجله ، وفي ذلك يتحقق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة<sup>2</sup>.

1 علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص 217.

2 فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 455-458.



## ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق

على غرار فقهاء القانون الوضعي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا أيضا في مدى الأخذ بهذه النظرية وإن لم يسموها بهذا الاسم - مما يدل على سبقهم في التعميد لهذه النظرية - على عدة أقوال أهمها:

### 1/ نظرية الحق المطلق

يمثل هذه النظرية اتجاه كبير في الفقه الاسلامي ، فقد ذهب إليها كل من أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة وداود الظاهري وابن حزم وغيرهم<sup>1</sup> ، ومن مستنداتهم ما تقرر في الفقه من أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان"<sup>2</sup> .

فقد قال أبو حنيفة " من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جاره به " ، وحكي أن رجلا تضرر من بئر حفرها جاره في داره فأتى أبا حنيفة شاكيا مستفتيا فلم ينكر عليه فعله في ملكه ، بل هدى المستفتي إلى حيلة بقوله " احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة" ، ففعل . وكلا الأمرين - يقول صبحي محمصاني - كما ترى فيه ضرر وأذى ، ولكنه جائز لم ينكره أبو حنيفة<sup>3</sup>...ومثله ما نقله الكاساني أيضا " وله أن يرفع بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس؛ لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه، وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تتورا أو حماما أو رحي؛ لما قلنا، وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا، أو قصارا، وإن كان يتأذى به جاره؛ لما قلنا، وله أن يفتح بابا أو كوة؛ لما ذكرنا ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى، وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو كرباسا، وإن كان يهيي بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك؛ لم يجبر على التحويل، ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في

<sup>1</sup> زعم الدكتور فيض الله ، مرجع سابق ، ص 191. بأن هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي، وذلك محل

نظر ، إذ جاء عن كثير من الفقهاء والأصوليين المدققين خلاف ذلك، مثل الشيخ أبو زهرة والدكتور فتحي الدريني ..

<sup>2</sup> وهي نص المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 39 .

ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن. <sup>1</sup>

ونقل عن الشافعي في حديثه عن الغاصب للأرض قوله : - عند شرحه لحديث « لا ضرر ولا ضرار » - "وجهه الذي يصح به: أن لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، ولا ضرر في أن يمنع رجل من ماله ضررا ولكل ما له وعليه... أو رأيت رجلا له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهما فسأله الرجل أن يبيعه منها ممرًا بما شاء من الدنيا ، هل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟ أو رأيت رجلا عنده أمة عمياء لا تنفعه ، أعطاه بها ابن لها بيت مال هل يجبر على أن يبيعه؟ فإن قال لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له. قلنا: وكل هؤلاء يقول إنما فعلت هذا إضرارًا بنفسي ، وإضرارًا للطالب إلي ، حتى أكون جمعت الأمرين ، فإن قال: وإن أضر بنفسه وضرار غيره ، فإنما فعل في ماله ما له أن يفعل. قيل: وكذلك حافر البئر في أرض الرجل، والمزوق جدار الرجل ، وناقل التراب إلى أرض الرجل ، إنما فعل ما له أن يفعل ومنع ما له أن يمنع من ماله. <sup>2</sup>

وخلاصة كلام الشافعي كما لخصها - صبحي محمصاني - هو أنه " لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وإن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ، ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضا " <sup>3</sup>.

وجاء عن ابن حزم أنه قال " لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقا " وقال أيضا " ولكل أحد أن يعطي بنيانه ما شاء - وإن منع جاره الريح والشمس - لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له، ولكل أحد أن

<sup>1</sup> علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثانية، 1986م ، ج28/7-29.

<sup>2</sup> الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، 1990 ، دون طبعة ، ج3/255

<sup>3</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 40 .

يبني في حقه ما شاء من حمام، أو فرن، أو رحى، أو كمر أو غير ذلك، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك.<sup>1</sup>

وهذا الرأي - يقول الأستاذ صبحي محمصاني - شبيه بالنظرية الأوروبية التقليدية ، التي تنظر إلى الفرد وحده وإلى حقوقه بحد ذاتها ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين وعن حقوق المجتمع الذي ينتسب إليه، فهي ترى حقوقه هذه مطلقة، لا يكون استعمالها أبد غير مشروع، وتراها ثابتة لصاحبها يستعملها بحرية، دون تغيير ودون التفات كبير إلى الغاية التي منحت لأجلها ، ولذلك سميت هذه النظرية بالنظرية الفردية<sup>2</sup> .

## 2/ النظرية المادية

تنظر هذه النظرية إلى الضرر الناتج من استعمال الحق ، بغض النظر عن نية ممارس الحق ما دام يضر بالآخرين ضرراً فاحشاً ، وممن قال بهذه النظرية جمهور الفقهاء من المالكية ومتأخري الحنفية والحنابلة<sup>3</sup>، مستندهم في ذلك العديد من القواعد الفقهية مثل قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>، " الضرر يزال"<sup>5</sup>، " درء المفسد أولى من جلب المصالح"<sup>6</sup> ، " إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع"<sup>7</sup>...

<sup>1</sup> أبو محمد علي بن أحمد حزم الأندلسي الظاهري ، المحلى بالآثار ، دار الفكر - بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ ، ج7/85-86.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:40 .

<sup>3</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 187. أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 105.

<sup>4</sup> محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1/199 . مجلة الاحكام العدلية المادة 19.

<sup>5</sup> عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، 1990م . ج1/83 ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، علق عليه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى 1999م . ص72. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق، ج1/210. مجلة الأحكام العدلية المادة 20.

<sup>6</sup> مجلة الاحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/87. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

<sup>7</sup> السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/115. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص 100. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ج1/244. مجلة الاحكام العدلية المادة 46.

غير أن الضرر المذكور ليس على إطلاقه ، بل يشترط فيه أن يكون بينا ، والبين هو الفاحش في التعابير الفقهية ، ومن ذلك ما جاء في المجلة م1198 " كل أحد له التعلي على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ، ما لم يكن ضررا فاحشا" .

ومن النصوص الفقهية ما جاء عن مالك في المدونة في الرجل يفتح كوة في داره يطل منها على جاره " قلت: فلو أن رجلا بنى قصرا إلى جنب داري ورفعها علي، وفتح فيها أبوابا وكوى، يشرف منها على عيالي أو على داري، أكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟

قال: نعم، يمنع من ذلك <sup>1</sup> للضرر الفاحش البين من اطلاع الغير على العيال وصحن الدار والمطبخ والبئر <sup>2</sup> ، وجاء عنه أيضا: " قلت: وكذلك إن لم يفتح فيها أبوابا ولا كوى، ولكنه منعني الشمس التي تسقط في داري ومنعني الريح التي كانت تهب في داري، أكون لي أن أمنعه من أن يرفع بنيانه إذا كان مضرا بي في شيء من هذه الوجوه التي سألتك عنها في قول مالك؟

قال: لا يمنع من هذا، وإنما يمنع إذا أحدث كوى أو أبوابا يشرف منها، فهذا الذي يمنع منها ويقال له سدها، ولم أسمع من مالك في الريح والشمس شيئا. ولا أرى أن يمنع من ذلك <sup>3</sup> . لأنه لا يرى فيها ضررا فاحشا وهو ما أكدته المجلة في المادة 1201 " منع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة أو منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش ... <sup>4</sup> .

<sup>1</sup> مالك بن أنس ، المدونة ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الاولى ، 1994م ، ج4/474.

<sup>2</sup> وهو ما أكدته المادة 1202 من المجلة ومثلت للضرر الفاحش في عدة مواد منها 1200 ، 1201 ، 1202 ، 1204

...

<sup>3</sup> مالك بن أنس ، مرجع سابق ، ج4/475.

<sup>4</sup> وهو ما أكدته الشيخ أبو زهرة بقوله " ولا يعد في عرف الفقهاء ضوء الشمس من الحوائج الأصلية" محمد أبو زهرة ، مرجع

مرجع سابق، ص 106.

ومنه قول ابن جزى "من أحدث ضرراً أمر بقطعه ... وينقسم الضرر المحدث قسمين: أحدهما متفق عليه والآخر مختلف فيه ، فالمتفق عليه أنواع : فمنه فتح كوة أو طاق يكشف منها على جاره فيؤمر بسدها أو سترها، ومنه أن يبني في داره فرناً أو حماماً أو كير حداد أو صائغ مما يضر بجاره دخانه فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان، ومنه أن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه أو يجري في داره ماء فيضر بحيطان جاره، وأما المختلف فيه فمثل أن يعلي بنياناً يمنع جاره الضوء والشمس فالمشهور أنه لا يمنع منه وقيل يمنع"<sup>1</sup> .

ومنه ما جاء عن بعض متأخري الحنفية كابن عابدين قوله : "القياس في جنس هذه المسائل أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضرراً بيناً، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه كمن أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز دائماً أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضرراً فاحشاً."<sup>2</sup> .

والخلاصة من هذه النظرية هو أن الضرر البين والفاحش عند استعمال الحق يكون ممنوعاً بغض النظر عن نية صاحبه أكانت حسنة أم سيئة ، وإن كان الضرر غير بين فهو من قبيل استعمال صاحب الحق حقه وإن ثبت أن نية صاحبه كانت لأجل الإضرار بالغير ، لهذا سميت هذه النظرية بالنظرية المادية لتمييزها عن النظرية المعنوية التي تنظر في استعمال الحقوق إلى نية صاحبها<sup>3</sup> .

### 3/ النظرية المعنوية

وهذه النظرية تقوم على تحري نية ممارس الحق ، الذي أنزل بممارسته إياه ضرراً بالغير . - فإن لم تكن له نية سوى مجرد الإضرار بغيره ، من غير ما مصلحة له في تصرفه ، كان مسيئاً في ممارسته لحقه ، فيرد قصده عليه ، ويؤمر بإزالة الضرر .

<sup>1</sup> أبو القاسم، محمد بن أحمد ابن جزى ، القوانين الفقهية ، مرجع سابق ، ص 224.

<sup>2</sup> ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر- بيروت ، الطبعة: الثانية، 1992م ، ج 237/5.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 48.

- وإن لم تتجه نيته إلى غيره بإضرار أو أذى ، ففعله سليم وإن لحق الضرر بغيره ، ولا يعتبر مسيئاً في ممارسته لحقه .

فمدار هذه النظرية هو التركيز على نية مستعمل الحق ، وتتبع حركاتها عند استعماله لحقه ، وذلك في ضوء الدلائل والقرائن الخارجية التي تشير إلى ذلك<sup>1</sup> .  
وممن نبه إلى ذلك أبو إسحاق الشاطبي والذي أوجب تنفيذ الأحكام الشرعية وفقاً للمقاصد التي وضعت لها ، فقال عند كلامه في المسألة الثالثة تحت عنوان بطلان العمل المغاير لقصد الشارع : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل .

أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ، فإن المشرعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفساد ، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة<sup>2</sup> .

ثم قسم هذه الأفعال المؤدية إلى جلب منفعة أو دفع مفسدة - والتي يؤصل من خلالها لنظرية التعسف - إلى ثمانية أقسام ، اختصرها الدكتور صبحي محمصاني في أربعة أقسام كالآتي :

1 - إذا كان الفعل الجائز شرعاً لا يلزم عنه إضرار الغير ، فهو يبقى جائزاً على " أصله من الإذن ، ولا إشكال فيه ، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه ، لثبوت الدليل على الإذن ابتداءً " .

2 - إذا كان الفعل الجائز شرعاً يلزم عنه إضرار الغير ، وكان فاعله لا يقصد إضراراً بأحد ، فهو يبقى جائزاً لمن ثبت حقه فيه شرعاً ، إلا في حالتين : الأولى إذا كان الضرر

<sup>1</sup> فيض الله ، مرجع سابق ، ص 135 - 136 .

<sup>2</sup> أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج 2/283.

عاما فالفاعل يمنع مما هم به ...والثانية إذا كان الفعل يسبب ضررا خاصا من نوع المفسدة القطعية ، وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضررا...

وفي البندين الآتين بيت القصيد في النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق :

3 - إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا لم يقصد منه فاعله إلا الإضرار بالغير ، فهذا ممنوع من دون شك.

4 - إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا قد قصد به فاعله نفع نفسه والإضرار بغيره معا . كالمرخص في سلعته قصدا لطلب معاشه وللإضرار بالغير ، فهنا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصلي في الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد ؟ فالجواب على هذا السؤال يحتمل تفصيلا ، وهو أنه :

إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل أمكن تحصيل النفع للفاعل من وجه آخر ، فحينئذ لا إشكال في منعه منه ، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار ، فلينقل عنه ولا ضرر عليه .

وإما أن لا يكون له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير ، فحق من ثبت له الحق مقدم ولا يمنع أبدا من استعماله .

ويتلخص كلام الشاطبي في أن من يثبت له حق شرعي في أمر ما فإنه يمنع من استعماله إذا لم يقصد به إلا الإضرار بالغير . وعلى الجملة - يقول صبحي محمصاني - أن هذه النظرية موافقة أكثر من غيرها لروح التشريع الاسلامي...وأنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق ، إن لم تكن أرقى منها من حيث الدقة والتعليل<sup>1</sup>.

ونسبة هذه النظرية من طرف الدكتور صبحي محمصاني إلى الشاطبي لا يعني أن الشاطبي لم يتكلم عن النظريتين السابقتين ، بل نص في الأوجه السابقة على جميع

<sup>1</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:51- 53.

النظريات التي توصل للتعسف وزاد عليه وجها آخر متعلق بالجانب المعنوي لم يتطرق إليه الفقهاء وهو قصد الإضرار .

### الفرع الثالث : طبيعة التعسف في استعمال الحق وموقف المشرع الجزائري منها

#### أولاً : طبيعة التعسف في استعمال الحق

اختلف الفقهاء في تكييف التعسف إلى أربعة أقوال ، فمنهم من يرى بأن التعسف خروج عن حدود الحق أصلاً ، ومنهم من يرى أنه خطأ من نوع خاص ، ومنهم من يرى أنه تطبيق لفكرة المسؤولية التقصيرية ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه ، ومنهم من يرى أنه ذو طبيعة مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية ، وسنقتصر على بيان الاتجاهين الأخيرين لأهميتهما وأرجحيتهما ، وشيوع الأخذ بهما في تكييف التعسف مقارنة بباقي الاتجاهات.

#### 1 - التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية

يرى أنصار هذا التكييف أن التعسف في استعمال الحق يعد صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية ، ويتقدم أنصار هذا الاتجاه العلامة السنهوري ، والذي تطرق إلى مسألة التعسف في استعمال الحق عند شرحه للقانون المدني المصري الجديد، أثناء شرحه للفعل الضار كمصدر للالتزام ، وما يتولد عنه من مسؤولية تقصيرية ، مع أن التعسف في استعمال الحق ورد في مقدمة القانون "مادة 4 -5"، حيث يقول السنهوري "فالأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض ، والتعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى ، وهي صورة الخروج عن حدود الحق ، أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً ، وليس التعويض العيني - كالقضاء بهدم المدخنة التي تحجب النور على الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى ، ولا نحن في حاجة إلى القول



بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية كما ذهب بعض الفقهاء إلى ذلك.<sup>1</sup>

في حين أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أكدت انبساط ظل هذه النظرية وأحكامها على كافة أنواع الحقوق ، مبينة سبب استناد القضاء المصري والفرنسي في اجتهداهما لدرء التعسف إلى قواعد المسؤولية التقصيرية قبل صدور القانون المدني الجديد، وهو خلو القانون القديم من نصوص تقرر نظرية التعسف<sup>2</sup> ، حتى لا يكون العمل القضائي حجة على تحديد طبيعة التعسف ، لأن لجوء القضاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في الوقائع التي تشتمل على أفعال تعسفية في ظل القانون القديم ، إنما كان للضرورة ، ولعل هذا هو المسوخ للقضاء الفرنسي أيضاً<sup>3</sup> ، لخلوه من نصوص تقرر نظرية التعسف ، إذ لجأ إلى النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية في المواد(1382،1383) من القانون المدني، فظن بعضهم أن القضاء الفرنسي يجعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، وذلك غير صحيح ، بل هناك محاولات جادة من الفقه الفرنسي اتجهت إلى تقرير نظرية التعسف مستقلة عن نطاق المسؤولية التقصيرية والتي كانت في مطلع القرن العشرين 1905م ، وكذلك أعمال اللجنة التي تألفت لمراجعة تنقيح القانون المدني الفرنسي بجلساتها المنعقدة سنتي 1950-1951م .

ويشير تقرير هذه اللجنة الأخيرة إلى اقتراح نص عام في الباب التمهيدي يقرر نظرية التعسف وعللت ذلك بخلو القانون المدني من قاعدة عامة حول التعسف في استعمال الحقوق، وأن هذه النظرية ليس من المؤكد انتماؤها إلى المسؤولية المدنية أو الخطأ. وخلال النقاش الدائر بين أعضاء اللجنة أشار بعضهم إلى إمكانية وجود تعسف دون خطأ ، ومثلوا لذلك بمثال من يقيم مصنعا يحتاج إلى مداخن مختلفة في حي سكني ، بعد حصوله على

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/955-956.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق ، ج1/207.

<sup>3</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 287-288.

ترخيص من جهة الإدارة، ودون أن يرتكب أي إهمال ، أو عدم تبصر ، فإنه يعتبر متعسفا وإن لم يكن مخطئاً<sup>1</sup>.

## 2 - التعسف في استعمال الحق ذو طابع مستقل عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية

لقد أدرك الكثير من الفقهاء قصور الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن استيعاب جميع حالات التعسف فنادوا بضرورة استقلالية نظرية التعسف عن المسؤولية التقصيرية للفارق الجوهرى بينهما ، ذلك أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي<sup>2</sup> ، أما في التعسف في استعمال الحق فإن الخطأ هو انحراف صاحب الحق في استعماله عن الغرض الاجتماعي للحق ، ذلك أن للحق غاية اجتماعية لا يتعداها، فإن تعداها صاحب الحق سمي متعسفا ، وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تقر بوجود حقوق وسلطات مطلقة ، وإنما هناك حقوق نسبية فقط، يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها<sup>3</sup>.

فإذا كان الفعل مجاوزا للحدود الموضوعية للحق ، ويشكل بالتالي اعتداء على حق الغير، تعمدا، أو إهمالا وتقصيرا ، كان الخطأ تقصيرا ، أما الفعل التعسفي فإنه في الأصل مشروع لكونه ناشئا عن حق ، وليس مجاوزا مضمونه وسلطانه ، ولكنه يصبح تعسفيا لا لذاته ، بل لما فيه من الانحراف عن الغاية أو المصلحة التي شرع الحق من أجلها ، أو نية الإضرار ، أو لنتائجه ، فالفرق بينهما ظاهر ، إذ الخطأ فعل غير مشروع في ذاته ، أما الفعل التعسفي فهو مشروع في ذاته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 289-290.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات ، المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر الطبعة الأولى ، 2011م ، ص :47.

<sup>3</sup> مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج30/2 .

<sup>4</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 283-284.

فلو أن شخصا أقام بناءه على أرض غيره ، أو زرع أرض غيره بدون إذن المالك، اعتبر غاصبا أو معتديا ، ففعله غير مشروع أصلا ، ومحرم لذاته ، لأنه لا يستند إلى حق ، فهو تصرف في ملك الغير ، وعلى العكس من ذلك لو أن مالك الأرض بنى فيها وضمن حدودها بناء، أو حائطا عاليا ، بحيث سد على جاره منافذ الضوء والهواء والشمس ، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، فهذا المالك يعتبر متعسفا، ولو لم يجاوز حدود ملكه ، وأساس التعسف هو النتيجة أو الثمرة من هذا التصرف ، لا ذات التصرف من حيث هو ، فالتصرف مشروع في أصله أما ثمرته ونتيجته أضرت بالغير ضررا غير معتاد ، فكان ذلك تعسفا<sup>1</sup>.

ومما يدل على أن التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية أيضا إدراجه ضمن الباب التمهيدي لكثير من القوانين الأجنبية<sup>2</sup>، وكذا القوانين العربية<sup>3</sup>، وخصوصا المستمدة من القانون المصري<sup>4</sup> ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيديّة، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تتبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ، وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعا ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها

<sup>1</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 292.

<sup>2</sup> كالتقنين المدني السويسري " م : 2 " ، والتقنين المدني السوفييتي " م : 1 " ، القانون المدني البولوني ، " م : 35 " ...

<sup>3</sup> كالقانون المدني المصري " م : 4 - 5 " ، القانون المدني الليبي " م : 4 - 5 " ، القانون المدني الأردني " م : 61-66 " ، القانون المدني العراقي " م : 6 - 7 " ، القانون المدني السوري " م : 5 - 6 " ومشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية " م : 36-37 " ...

<sup>4</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص : 23 .

تسري في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتذيا مثال أحدث التقنيات وأرقاها ( انظر المادة 2 من التقنين المدني السويسري ، والمادة 1 من التقنين المدني السوفييتي )<sup>1</sup> .

ثم إن هناك فرقا جوهريا بين المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق ، لما لهذا الأخير من دور وقائي - فصاحب الحق يمنع من استعماله ابتداء إذا كان سيسبب ضررا للغير - ودور علاجي على السواء ، خلافا لفكرة المسؤولية التقصيرية التي لها دور علاجي فقط وهو التعويض<sup>2</sup> .

ومن الأدلة أيضا على استقلال نظرية التعسف عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية يقول - علي علي سليمان - " ولقد رأى بعض الفقهاء الغربيين والعرب إرجاع التعسف إلى فكرة الخطأ، واعتباره تطبيقا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية ، واني أعتقد أنه نظام مستقل بذاته ، ومن أدلة ذلك:

أ/ فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية ، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية .

ب/ إذا كان التعسف صورة من المسؤولية التقصيرية فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له ؟ أليس النص على أن كل عمل خاطئ يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ ؟

ج/ ثم إن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي ، وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعة ، أو بنظرية الضمان ، أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي إزاء الخطأ ، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون إقامة التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق ، ج 207/1

<sup>2</sup> انظر : فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 311 . ، عيسوي أحمد عيسوي . مرجع سابق، ص 33.

من صور هذه المسؤولية ، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية .

د/ إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلاً ، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ ، بل تنظر إليها نظرة موضوعية ، وخذت حذو المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ<sup>1</sup> .

والخلاصة - يقول الدريني - أن التعسف لو كيّف على النحو الذي جاءت به الشريعة الإسلامية - وهي المعين الصافي لهذه النظرية - من أن حقيقته مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل ، مما يربط التعسف بالحق من حيث نتيجته أو غرضه ، لأغنانا ذلك عن الخوض في هذه التفسيرات الفقهية المتناقضة التي تحاول رد معايير التعسف إلى فكرة الخطأ<sup>2</sup> .

### ثانياً : موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف في استعمال الحق أسوة بالقوانين المدنية العربية، وخصوصاً بالقانون المدني المصري ، الذي تأثر به المشرع الجزائري تأثراً كبيراً ، ويعتبر القانون المدني المصري قد استمد هذه النظرية من الفقه الإسلامي، وكذلك من القوانين الأجنبية كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها " وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي ، وهي

<sup>1</sup> علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224-225.

<sup>2</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 474.

قواعد صدر عنها التشريع المصري في بعض تطبيقاته ، واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه<sup>1</sup>.

وتقول في مكان آخر : " وعلى هذا النحو وضع المشروع دستورا لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ، ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ، وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة ، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامي في أرقى نواحيه و أحفلها بعناصر المرونة والحياة"<sup>2</sup>.

وكان المشرع الجزائري قد نص على التعسف في استعمال الحق في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية ، وجاءت نشازا ضمن المواد الخاصة بالأهلية ( 40-41) وهو مكان غير مناسب مطلقا ، وكان من الواجب أن توضع في مكان بارز من التقنين المدني يتناسب مع أهميتها ، أسوة بالقوانين العربية الأخرى التي جاءت نظرية التعسف فيها في مقدمة القانون<sup>3</sup>.

وللأسباب السابقة اتجهت الإرادة التشريعية الجزائرية في سنة 2005 بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005م، إلى تعديل المادة 41 من حيث :

- تغيير مكان المادة من الفصل الأول الوارد في الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية من الكتاب الأول ( أحكام عامة) ، والذي توسطت فيه نظرية التعسف المواد المتعلقة بالأهلية، إلى المادة 124 مكرر الواردة في القسم الأول ( المسؤولية عن الأفعال الشخصية) الوارد في الفصل الثالث ( الفعل المستحق للتعويض) من الباب الأول ( مصادر الالتزام) الوارد في الكتاب الثاني ( الالتزامات والعقود) .

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/207-208

<sup>2</sup> المرجع نفسه ج1/211.

<sup>3</sup> انظر في هذا النقد : محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 60-61. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في

القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 1992 ، دون رقم الطبعة ، ص : 16.

- تعديل نص المادة بما يتفق وموضعها الجديد فلما كانت تنص على أنه: " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية ... " جاءت في التعديل الجديد " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية ... " .

ومما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية الإيجابية ما يلي :

- أنه فصل في النزاع القائم في الفقه اليوم حول أساس التعسف في استعمال الحق هل يعد خطأ وعملا غير مشروع تحكمه المسؤولية التقصيرية؟، أم يعد نظاما مستقلا بذاته الخطأ فيه يختلف عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية؟.

فإيراد التعسف ضمن المواد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ووصفه صراحة بأنه خطأ ليؤكد اتجاه المشرع الجزائري إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق ينبني على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية.

- الفصل في النزاع القائم في الفقه حول معايير التعسف المذكورة في المادة ، هل هي على سبيل الحصر أم لا ؟ فنص المشرع بقوله "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية" ليبين أن المعايير المذكورة هي أهم المعايير غير أنها ليست على سبيل الحصر .

كما يلاحظ على هذا التعديل من الناحية السلبية ما يلي :

- أنه قزم من نظرية التعسف في استعمال الحق ، وجعلها صورة من صور الخطأ فقط، بحيث لم يصبح لهذه النظرية أي فائدة ، وجعل النص عليها من قبيل الاستطراد في ذكر بعض حالات الخطأ ليسترشد بها القاضي ، إذ كان يكفي المشرع نص المادة 124 " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" ليشمل التعسف ما دام مبنيا على الخطأ.

- كان المفروض على المشرع الجزائري أن ينص على نظرية التعسف في مقدمة القانون ، وخصوصا أنه انفرد عن جميع القوانين المدنية العربية المستمدة لهذه النظرية من القانون المدني المصري بوصفه لاستعمال الحق في الحالات المذكورة بأنه تعسفي ، ولم

يصفه بأنه غير مشروع كما فعلت تلك القوانين ، مما جعل الكثير من الفقهاء يجزمون بأن القانون المدني الجزائري يجعل التعسف في استعمال الحق نظاماً متميزاً يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup> ، وخصوصاً أنه نص في المادة 691 على أنه " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة ، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف، و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له " وعليه فالجار الذي يضر بجاره من غير قصد ، مع أخذه بكافة الاحتياطات عند ممارسته لحقه والتزامه بالحيلة والحذر اللازمين و المعهودين عند ممارسة الشخص العادي لحقه، ومع ذلك حدث لجاره ضرر غير مألوف فالقول بأن الجار يعرض لجاره على أساس الخطأ هو عين التعسف ، بل لا مناص هنا من إقرار نظرية التعسف لأن الجار يستعمل حقه المشروع في ملكيته ، ولم يصدر منه أي اعتداء ، ومع ذلك حدث لجاره ضرر فاحش أو غير مألوف فإنه يُلزم بالتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق لا على أساس الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية . ولذلك كان من المنتظر أن يحسم القانون المدني الأمر بنصه على التعسف في استعمال الحق في مقدمة القانون - ليجعل لهذه النظرية من الشمول ما تستغرق به جميع أنواع الحقوق ومن العموم ما تنبسط به على جميع القوانين الخاص منها والعام ، مثل الكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية كما سبق ذكره - لا أن يجعله صورة من صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية ، فيعسر عليه إيجاد أساس للمسؤولية في كثير من المسائل التي لا وجود للخطأ فيها كما سبق في المادة 691.

<sup>1</sup> مثل :علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص:224 . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 280



## الفرع الرابع : تطبيقات على معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

نصت المادة 124 مكرر على ما يلي : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "

### أولاً : معيار قصد الإضرار

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير شهرة ، وأكثرها شيوعاً<sup>1</sup> ، فقد تكلم عنه فقهاء الرومان ، وأجمع عليه من جاء بعدهم ، واستقر الأخذ به في الفقه الإسلامي والفقه الغربي ودرج القضاء على العمل به<sup>2</sup> ، غير أن هذا المعيار يعد معياراً شخصياً ذاتياً يصعب إثباته ، لأن أساسه الذي يبني عليه هو النوايا والقصود ، وهي أمر مستكن في النفس ، ولذلك توسع القضاء في هذا المعيار من حيث إثباته ، فجعلوا من القرائن والأمارات - وهي معيار مادي - ما يدل على قصد الإضرار ، وذلك بأمرين هما :

- انتفاء المصلحة وانعدامها في التصرف في الحق : لأن الحق لم يشرع لغير مصلحة ولا للعبث من غير فائدة ، مما يعد صاحبه قد ناقض قصد المشرع في أصل تشريع الحق<sup>3</sup> ، ويستوي انتفاء المصلحة مع تحققها تحققاً عرضياً غير مقصود لصاحبه ، فمن غرس أشجاراً

<sup>1</sup> محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، سنة 2001م ، ص 82.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209

<sup>3</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 385.

في أرضه بقصد حجب النور عن جاره لا غير يعد متعسفا في استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع<sup>1</sup>.

- تفاهة المصلحة : لأن الحقوق لم تشرع إلا للمصالح الجدية الحقيقية ذات الأهمية لصاحب الحق نفسه ، وللمنفعة الاجتماعية أيضا<sup>2</sup>، فالحاق ضرر بالغير مقابل مصلحة تافهة تتحقق لصاحب الحق يعد ذلك تعسفا في استعمال الحق ، كما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري<sup>3</sup>.

### 1 / تطبيقات على معيار قصد الإضرار في الفقه الإسلامي

لقد أكد هذا المعيار الشاطبي بقوله : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل<sup>4</sup> مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات...»<sup>5</sup>.

ولقد وردت أمثلة كثيرة لهذا المعيار في الفقه الإسلامي منها إجمالا تحريم الرجعة إضرارا بالزوجة ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا<sup>6</sup> وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ<sup>6</sup> ،

<sup>1</sup> السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/959. محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 82.

<sup>2</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 386.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209.

<sup>4</sup> أبو إسحاق الشاطبي ، مرجع سابق ، ج2/283.

<sup>5</sup> أخرجه البخاري من حديث عمر ابن الخطاب مرفوعا ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم 1 ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر: دار طوق النجاة ، الطبعة: الأولى، سنة 1422هـ ج1/06.

<sup>6</sup> سورة البقرة ، آية رقم : 231.

وقوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>1</sup>، فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك .

وهذا كما كانوا في أول الإسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امراته ثم يتركها حتى يقارب انقضاء عدتها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية فيدع المرأة لا مطلقة ولا ممسكة ، فأبطل الله ذلك ، وحصر الطلاق في ثلاث مرات<sup>2</sup> .

والوصية إضراراً بالورثة والدائنين ، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ<sup>3</sup> فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ<sup>4</sup> مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾<sup>3</sup> .

قال الأستاذ الزرقا في شرحه للآية " ذكر المفسرون ابن كثير وغيره تفسيراً لقوله تعالى ﴿غَيْرِ مُضَارٍّ﴾ أن معناه أن تكون وصيته على العدل لا بقصد الإضرار بالورثة والجور عليهم بحرمانهم من الإرث أو نقص لحقوقهم فيه ، ونقل عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الإضرار في الوصية من الكبائر » ورواه ابن جرير عن ابن عباس موقوفاً عليه ، ووقفه هو الصحيح.

ولذا منعت الوصية للوارث بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا وصية لوارث » لأن فيها زيادة لبعض الورثة ونقصاً لآخرين فتتحقق بها المضارة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة ، آية : 228.

<sup>2</sup> ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، تحقيق : محمد الأحمد أبو النور ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 2004م ، ج3/917.

<sup>3</sup> سورة النساء ، آية رقم : 12.

<sup>4</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 31-

ومضارة الوالدة بولدها والوالد بولده لقوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَبَوْلِدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ<sup>1</sup> ، أي إذا أرات الأم أن تأخذ أجرا على الرضاع تخير بين أن تقبل بأجر المثل الذي يلتزم به الأب ، أو تترك لأبيه عبء إرضاعه ليستأجر له مرضعة ، وذكر الجصاص في تفسيره أنها إن لم ترض بأجرة مثلها أجبر الزوج على إحضار المرضعة حتى ترضعه في بيت أمه ، حتى لا يكون مضارا لها بولدها في حقها بحضانتها في بيتها، ونقل عن مجاهد في تفسير قوله تعالى: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا ۗ<sup>2</sup> أنه لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك.

ثم تكلم عن المضارة التي تكون من جهة الأم في قوله تعالى: ﴿ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ<sup>3</sup> والتي تكون : إما بأن تشتط وتطلب فوق حقها في النفقة ، أو تمنعه من رؤيته . قال ويحتمل تفسيره بأن تغترب به وتخرجه من بلده.

ويتضح من تفسيرات هذا النص أن المضارة استعملت فيه لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سيء لإلحاق الضرر برفيقه في حقه المقابل<sup>2</sup>. وسفر الزوج بزوجه بعيدا عن بلدها وأهلها إضرارا بها ، ورفع الدعوى على الفضلاء بالتهم الباطلة للتشهير بهم<sup>3</sup>، وإقرار مريض مرض الموت بالدين لحرمان الورثة أو الدائنين ، وطلاق مريض مرض الموت لزوجته حرمانا لها من الميراث<sup>4</sup> ...

<sup>1</sup> سورة البقرة ، آية رقم : 233

<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 29-30.

<sup>3</sup> وهو ما جاء موضحا في المادة 1629 من مجلة الأحكام العدلية والتي تشترط في المدعى به أن يكون محتمل الثبوت فالدعوى بما هو محال عقلا او عادة لا تصح ، ومثلوا بدعوى شخص معروف بالفقر أنه أقرض شخصا آخر مبلغا عظيما من المال ، أو أنه غصب مبلغا كبيرا منه . انظر : سليم رستم باز اللبناني شرح المجلة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، سنة 1986م ص 925-926.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/32.

## 2/ تطبيقات على معيار قصد الإضرار في القانون المدني الجزائري

نجد من تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني الجزائري على سبيل المثال المادة 189 والتي تنص على ما يلي: " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان خاصا بشخصه ، أو غير قابل للحجز ، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال هذه الحقوق ، وأن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ن أو أن يزيد فيه " <sup>1</sup> .

وهذه المادة تعد استعمالا سلبيا للحق من طرف صاحبه - المدين - بالتقاعس وعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير إضرارا بدائنيه ، ولذلك وضع القانون في يد الدائن بحكم هذه المادة دعوى تسمى الدعوى غير المباشرة ، ليحمي بها حقه في الضمان العام نتيجة تقصير المدين <sup>2</sup> ، ولذلك يحل الدائن باسم المدين ونيابة عنه في المطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير <sup>3</sup> وإدخالها الضمان العام حتى يتيسر له بعد ذلك استيفاء حقه .

وعلى ذلك يعد موقف المدين - موقفا سلبيا بعدم المطالبة بحقوقه لدى الغير - قرينة واضحة على قصده السيء ، وهو الإضرار بالدائن ، وهذا هو التعسف في معياره الذاتي <sup>4</sup> .

### ثانيا : معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه أيضا حسب المادة (124 مكرر) إذا " كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير " .

<sup>1</sup> يقابل هذه المادة 235 مدني مصري، والمادة 236 مدني سوري ، والمادة 261 مدني عراقي ، والمادة 238 مدني ليبي ، والمادة 276 قانون العقود اللبناني .

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر سنة 2010م ، ص 115 .

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن الطبعة الأولى ، سنة 2012م ، ص 148 .

<sup>4</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 389 .

وهذا معيار موضوعي مادي<sup>1</sup> - استقاه القانون المدني عن الفقه الإسلامي<sup>2</sup> - ، لا شأن له بالنية ، ويختلف عن المعيار السابق في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، ذلك أنه يقوم على التفاوت الكبير بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق من استعماله لحقه ، والضرر الذي يصيب الغير<sup>3</sup> ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالاختلال البين في توازن المصالح ، ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت معيار التناسب والتوازن بين المصالح المتعارضة ، بحيث يصبح استعمال الحق تعسفيا إذا كان على وجه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة إخلالا بينا ، إذ يصبح التفاوت شاسعا بين ما يبتغيه صاحب الحق من فائدة ، وبين الضرر الناشئ للغير<sup>4</sup> سواء كان ذلك الضرر لاحقا بالفرد أم بالجماعة ، أو مقصودا أو غير مقصود ، فلا ينظر في المعيار المادي إلى القصد بل إلى النتيجة<sup>5</sup> .

**1/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في الفقه الإسلامي**  
من القواعد التي تثبت هذا المعيار في الفقه الإسلامي قاعدة لا ضرر ولا ضرار<sup>6</sup> ، الضرر يزال<sup>7</sup> ، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف<sup>1</sup> ، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر  
الضرر

<sup>1</sup> السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/958 ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ص223 .

<sup>2</sup> كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209 .

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، المسؤولية التقصيرية ، مرجع سابق ، ص59 .

<sup>4</sup> يقول الدكتور الدريني معلقا على اشتراط القانون المدني الجزائري التفاوت الشاسع في هذا المعيار واعتباره شرطا يتوقف عليه تحقق التعسف ، بأنه يضيق من مجال نظرية التعسف ودورها ، ويفتح السبيل أمام أصحاب الحقوق لممارستها على وجه تعسفي ، مادام لم يبلغ ذلك القدر من جسامه الضرر ، فكان الفقه الإسلامي أوسع مجالا في محاربة التعسف ، ودوره أكثر تفعيلا لأنه يشترط فقط - في ما عدا مضار الجوار غير المألوفة - أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة . فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص411 .

<sup>5</sup> المرجع نفسه ، ص410 .

<sup>6</sup> مجلة الاحكام العدلية المادة 19 ، محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق . ج1/199

<sup>7</sup> مجلة الأحكام العدلية المادة، 20، جلال الدين السيوطي ، مرجع سابق ج1/83 ، ابن نجيم المصري ، مرجع سابق . ص72 . محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/210 .

العام<sup>2</sup>، درء المفساد أولى من جلب المصالح<sup>3</sup>...

تطبق هذه القواعد في حالة ما إذا استعمل الإنسان حقه لغرض تحقيق مصالح مشروعة، ولكنه أثناء استعماله لحقه أصاب غيره بضرر أكبر من الفائدة التي تحصل عليها ، أو مساو لها<sup>4</sup> ، فيمنع سدا للذريعة ، وقد يكون هذا الضرر لاحقا بالجماعة نتيجة تصرف فرد ما ، كما يكون ضررا لاحقا بفرد مقابل مصلحة لفرد آخر، ومن أمثلة الضرر العام اللاحق بالجماعة الاحتكار وهو شراء ما يحتاجه الناس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة الناس إليه ، وهو محرم لقوله عليه السلام " لا يحتكر إلا خاطئ "<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مجلة الأحكام العدلية المادة 27. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/219.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية المادة 26. محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ج1/235.

<sup>3</sup> مجلة الاحكام العدلية المادة 30 ، السيوطي ، مرجع سابق ، ج1/87. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ص78.

<sup>4</sup> القانون لا يعتبر الضرر المساوي ، أو الذي يزيد قليلا على المنفعة واجب الإزالة تحت غطاء التعسف أو غيره خلافا للشريعة الإسلامية ، وهذه من المسائل التي يتوجب على المشرع الجزائري تداركها ، ويقول في هذا الدكتور الدريني : فافتصار المشرع الجزائري على التفاوت الشاسع واعتباره شرطا يتوقف عليه التعسف يضيق من مجال النظرية، وخصوصا وأن الشريعة الإسلامية لا تشترط في ما عدا مضار الجوار غير المألوفة أن يكون الاختلال بينا، بل يكفي أن يزيد الضرر على النفع ولو بدرجة يسيرة ، فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 411. والظاهر أن فقهاء القانون وحتى الكثيرين من فقهاء الشريعة يعتبرون أن هذه القاعدة داخلية في المباحات لا الحقوق، وهو المتبادر إلى الذهن لمن نظر في جميع معايير التعسف المأخوذة عن الفقه الإسلامي في الدول التي جعلت منه المصدر الأول في تشريعها كالأردن والإمارات ، وحتى من المشاريع المعدة للقانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية أساسا ، كمشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي الذي أعد مجلس الشعب برئاسة الدكتور صوفي أبو طالب ، والذي لم ينص على ذلك مطلقا بل نص فقط على الضرر الكبير أو الضرر الفاحش ، مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 5 / 10. ولا حتى من المشاريع التي أعدها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية مثل الشيخ الزرقا الذي له كتاب بعنوان صياغة جديدة لنظرية التعسف ، أورد فيه جملة من المعايير وأغفل مسألة تساوي الضرر والمنفعة، أو زيادته زيادة يسيرة...مصطفى الزرقا ، صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص59.

<sup>5</sup> رواه مسلم من حديث معمر ابن عبد الله مرفوعا ، كتاب المساقاة ، باب تحريم الاحتكار في الأقوات ، حديث رقم 1605 ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت دون رقم الطبعة ولا سنة النشر ج3/1228.

ومنه تلقي الركبان : وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم ، وشرائها بثمن أقل من السعر القائم ، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع ، وهو محرم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان<sup>1</sup>.

ومنه منع تجار السلاح من بيعه أثناء الفتنة لما في ذلك من إشعال نارها وإن لحق التجار ضرر من ذلك المنع ، ولكن اتقاء الفتنة العامة أولى لأن ضررها أشد<sup>2</sup> ، أو بيعه لقطاع الطرق .

وبيع العنب لمن يعصره خمرا ، فالضرر الذي يلحق بالمجتمع من بيع الخمر وانتشارها أعظم من تعطل مصلحة بائع العنب والضرر الذي يلحق به<sup>3</sup>.

ونزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة لأن المصلحة العامة مقدمة مع استحقاق صاحب الملكية الخاصة تعويضا عادلا فبناء مستشفى أو مدرسة إن لم يكن له مكان ملائم إلا مكان صاحب الملكية الخاصة فتقدم المصلحة العامة على مصلحته لأن الضرر الذي يلحقه لا يقارن أبدا بالضرر الذي يلحق بالجماعة...

ومثال الضرر الخاص الأشد فتح نافذة في بناء تطل على مقر نساء الجار إلا إذا كانت أعلى من مستوى النظر، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم سمرة ابن جندب من دخول بستان لأحد الأنصار لتفقد نخله بسبب تأذي الأنصاري من دخوله ، لأن الضرر في الدخول كان أشد من عدم تفقد صاحب النخل نخله<sup>4</sup>.

هذا ويزيد الفقه الإسلامي في تطبيقاته للتعسف في استعمال الحق من ذلك إذا كان الضرر مساويا للمصلحة ، على ما اقتصر عليه القانون المدني الجزائري الذي يشترط

<sup>1</sup> رواه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب النهي عن تلقي الركبان... ، حديث رقم 2162 ، ج3/72. ورواه مسلم،

مرجع سابق، كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ، حيث رقم 1515 ، ج3/1155.

<sup>2</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 416.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج4/34.

<sup>4</sup> المرجع نفسه ، ج4/34.



كأصله المصري أن يكون الضرر راجحاً رجحانا كبيرا على المصلحة الحاصلة للطرف المقابل .

## 2/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في القانون المدني

### الجزائري

أ/ نص المادة 788 ق م ج : " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل" <sup>1</sup> .

وهو نص صريح في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، فيزال الضرر الأشد بالأخف ، وهو ترك هدم البناء الذي اعتدى صاحبه بتجاوزه لحقه مقابل تعويض عادل للمعتدى عليه ، وهو صاحب الأرض المعتدى عليها بحسن نية ، ويكون الاستناد لنظرية التعسف في مقابلة الشخص مالك الأرض المعتدى عليها ، فيقال له من حقه المطالبة بحقه وهو إزالة البناء الواقع في ملكه ، غير أنه لا يجوز له التعسف في ذلك وخصوصا إذا كان الضرر الذي سيبقى الجار الذي بنى خطأ في ملك جاره أشد وأكبر من الضرر الذي يصيب صاحب الأرض ، ولذلك يجبر صاحب الأرض على قبول تعويض عادل ، وهذا كله في النهاية حسب تقدير المحكمة .

ب/ نص المادة 881 ق م ج : " يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به" <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> وأصل هذه المادة: المادة 928 قانون مدني مصري.

<sup>2</sup> يقابل هذا النص المادة 1029 قانون مدني مصري ، المادة 993 مدني سوري ، 1032 مدني ليبي ، 1284 مدني عراقي ، 1319 مدني أرني. قدارة، خليل أحمد حسن ،نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق ، مجلة الجامعة الإسلامية. مج. 8، ع. 1 (جانفي 2000م)، ص 232.

مفاد هذا النص أن المشرع الجزائري قد أجرى موازنة بين فائدة العقار المرتفق وقد انعدمت أو أصبحت قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يحمل العقار المرتفق به من أعباء فنتج عن ذلك انعدام التناسب ، أو اختلال التوازن إلى درجة كبيرة ، فيعد ذلك من التعسف غير الجائز<sup>1</sup> ، وعليه يجوز التحرر من حق الارتفاق<sup>2</sup> ، ومثال ذلك إذا كان حق الارتفاق حق مرور ، وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر ، فيجوز لصاحب العقار المرتفق به في هذه الحالة أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويض مناسباً إذا كان هناك محل لذلك<sup>3</sup> .

ج/ نص المادة 708 فقرة 2 ق م ج : " غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي<sup>4</sup> إذا كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط"<sup>5</sup> .

علقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري -الذي أخذ عنه القانون المدني الجزائري هذه المادة ، والتي اقتبسها القانون المدني المصري بدوره من أحكام الفقه الإسلامي كما سيأتي ذكره لاحقاً - على هذه الفقرة بما يلي "إذا لم يكن الحائط مشتركاً ، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين ، فليس للجار الآخر أن يجبره على الاشتراك ولو بدفع التعويض ، على أن له - الجار الملاصق لمالك الحائط - أن يستتر بالحائط ، فلا يجوز لمالكة أن يهدمه دون عذر قوي إذا كان هدمه يضر بالجار المستتر ، وفي هذا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية"<sup>6</sup> .

<sup>1</sup> فتحي الدريني ، مرجع سابق ، ص 407.

<sup>2</sup> السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج9/1402.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/653.

<sup>4</sup> ورد في النص العربي للقانون المدني الجزائري كلمة قانوني بدل قوي وهو خطأ مطبعي على الغالب لأن النص الفرنسي وردت فيه الكلمة صحيحة ، "sans motif sérieux" ويستبعد أن يكون خطأ في الترجمة .

<sup>5</sup> يقابل هذه المادة المادة 818 فقرة 2 مدني مصري ، والمادة 827 مدني ليبي ، 1092 مدني عراقي . وانظر قدادة، خليل أحمد حسن ، مرجع سابق ، ص 232.

<sup>6</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.

د/ نص المادة 958 ق م ج : "يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر بمقتضى تدخله.

فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق، أو أدار الشيء إدارة سيئة، أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه"....

### ثالثا : معيار المصلحة غير المشروعة

نصت الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر على اعتبار أن الشخص يكون متعسفا في حقه " إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " ، ويعد هذا المعيار معيارا موضوعيا أيضا ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق<sup>1</sup> ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها " إن معيار المصلحة المشروعة وإن كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة"<sup>2</sup> ، ولمعرفة متى تكون المصلحة غير مشروعة أجابت المذكرة الإيضاحية أيضا بقولها "ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام ، أو الآداب"<sup>3</sup> ، كمن يؤجر منزلا لغرض مقابلات مخالفة للآداب ، أو كفصل عامل لأنه التحق بنقابة العمال...

<sup>1</sup> السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج1/959، محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 59.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/209-210.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ج1/209.

## 1/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في الفقه الإسلامي

من تطبيقات هذا المعيار في الفقه الإسلامي اتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، إذ لا يقصد الزوج الثاني دوام العشرة مع هاته الزوجة ولكنه يريد تحليلها فقط وبذلك يستطيع زوجها الأول تزوجها من جديد ، ومثل إسلام الزوجة الكتابية عند مرض موت زوجها قصد الإرث منه <sup>1</sup> ، وتطليق الزوج لزوجته تطليقا بائنا عند مرض موته ليحرمها من الميراث ، فذلك تعسف في استعمال حق الطلاق قد أفضى إلى مصلحة غير مشروعة، وهي إبعاد الزوجة عن الميراث حتى يستحوذ عليه الأبناء فقط ، وكذلك امتناع الأب عن تزويج ابنته إذ تقدم لخطبتها من هو كفاء لها ، لأجل مصالح شخصية له كأن تكون ابنته تخدمه وليس له غيرها ، أو ادعاؤه أن المهر المقدم غير كاف ... فإذا تبين للقاضي أن رفض الولي ليس له مبرر معقول كان له تزويجها دون إذن وليها درءاً لتعسفه في استعمال حق الولاية <sup>2</sup>.

## 2/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في القانون المدني الجزائري

أ/ من التطبيقات القانونية لهذا المعيار ما قضت به المادة 85 ق م ج : " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ".  
ومثال ذلك أن يشتري شخص لوحة على أنها من رسم فنان مشهور ، ثم يتبين أنها ليست من رسمه ، فيكون له الحق في طلب إبطال البيع للغلط ، ولكن إذا أظهر البائع حسن نيته واستعداده لتقديم اللوحة المطلوبة ، فليس للمشتري أن يصر على طلب إبطال العقد وإلا كان متعسفا في استعمال حقه.

ب/ ما قضت به المادة 187 ق م ج : " إذا تسبب الدائن بسوء نيته - وهو يطالب بحقه - في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق ، أو لا

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ج3/4.

<sup>2</sup> فتحي الديني ، مرجع سابق ، ص 421.

يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " لأن الدائن أراد أن يزيد في مبلغ التعويض على عاتق المدين، وهو بذلك يريد تحقيق فائدة غير مشروعة من خلال إطالة أمد النزاع فكان الجزاء على ذلك هو تخفيض المبلغ المتفق عليه في العقد أو عد الحكم به مطلقاً جزاء لما صدر من الدائن من دافع غير مشروع .

ج/ نص المادة 427 فقرة 1 ق م ج : " للشريك المنتدب للإدارة بنص خاص في عقد الشركة أن يقوم بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين بأعمال الإدارة، وبالتصرفات التي تدخل في نطاق نشاط الشركة العادي، على شرط أن تكون أعمال الإدارة والتصرفات خالية من الغش، ولا يجوز عزل هذا الشريك من وظيفة المتصرف بدون مبرر مادامت الشركة قائمة".

#### رابعا : معيار مضار الجوار غير المألوفة " الضرر الفاحش "

هذا المعيار لم ينص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة الخاصة بالتعسف في استعمال الحق " المادة 124 مكرر" ، ولكنه نص عليه في محل آخر ، وهو المحل المناسب لذكره ، لارتباطه الوثيق بما قبله وما بعد من المواد التي تتكلم عن التزامات الجوار، أو ما يعبر عنه قانونا بالقيود التي ترد على حق الملكية، وبما أن المشرع الجزائري لم يحصر معايير التعسف في المادة السالفة الذكر ، فالغالب أن المشرع الجزائري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة أحد معايير التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>، ولذلك سنتكلم على هذا المعيار حتى يكون البحث متكاملًا مجتمعا ، لا سيما وأن المشرع الجزائري مهّد للمادة 691 بقوله: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه " خلافا لأصله المصري الذي نص على ذلك بقوله : " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه ... " إيثارا من المشرع

<sup>1</sup> مثل المشرع المدني الأردني الذي نص عليها في المادة الخاصة بالتعسف "66 فقرة د " ، ولذلك نبه الأستاذ حسن كبيرة عليه بقوله "وعدم ظهور هذا النص في القانون المدني المصري لا يعني بأي حال من الأحوال استبعاد المشرع المصري لهذا المعيار من نطاق نظرية التعسف ولكنه اكتفى بالتطبيق الخاص له الموجود في نطاق حق الملكية ، ثم إن المعايير المذكورة للتعسف ليست على سبيل الحصر كما قررت ذلك المذكرة الإيضاحية . انظر: حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998م، ص 145.

الجزائري للفظه التعسف على الغلو ، كما أثر لفظه التعسف على عدم المشروعية كما سبق بيانه.

وجاء نص المادة 691 كالاتي: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين ، والغرض الذي خصصت له"<sup>1</sup>.

ولقد نص المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على هذا المعيار ضمن المعايير الخاصة بالتعسف ، غير أنه حُذف في النهاية مع معيار آخر كان قد نُص عليه في المشروع وهو "حالة استعمال الحق استعمالاً يتعارض مع مصلحة عامة جوهرية".

يقول السنهوري عن هذا المعيار : وهذا معيار مادي استقاه المشروع من الفقه الإسلامي وقتنته المجلة من قبل، في المواد (29.28.27.26)<sup>2</sup>، ثم يعلل الأستاذ السنهوري عدم النص على هذا المعيار بأنه " أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الأفضية اليومية"<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> يقابلها نص المادة 807 مدني مصري ، والمادة 776 مدني سوري ، والمادة 1501 مدني عراقي ، والمادة 816 مدني ليبي ، والمادة 522 مدني سوداني ، والمادة 1168 مدني يمني ، والمادة 91 التزامات وعقود مغربي ، والمادة 1027 مدني أردني . والمادة 811 من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما جاء في مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/814. ومن القوانين الأجنبية المادة 906 مدني ألماني ، والمادتين 684-685 مدني سويسري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي . انظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/ هامش ص 693.

<sup>2</sup> وهو ما أكدت مشروع القانون المدني المستمد من الفقه الإسلامي بقوله : وسواء بالنسبة إلى المعايير التي وردت في التقنين الحالي - أي القانون المدني المصري الحالي - وتلك التي وردت في النص المقترح - يشير إلى هذين المعيارين - فإنها جميعاً مستمدة من الفقه الإسلامي. انظر مشروع القانون المدني مع مذكرته الإيضاحية المستمد من الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 30/2.

<sup>3</sup> السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/961-962.

وقد قالت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على معيار الضرر الفاحش: " والمعيار في هذه الحالة مادي ، وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل ، والقضاء في مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي..."<sup>1</sup> ، ثم مثلت المذكرة الإيضاحية على هذا المعيار " الضرر الفاحش" بمواد عديدة من المجلة، وهي المواد ( 1198 إلى غاية 1212) وذكرت أن القضاء المصري جرى منذ عهد بعيد على الأخذ بها<sup>2</sup>، وعندما علقت المذكرة على المادة (807)، وهي الأصل في مسألة مضار الجوار ، قالت : " هذا نص جوهرى في الموضوع، يقرر التزامات الجوار ، فيجعلها التزامات قانونية ، وهي الآن التزامات لا مصدر لها إلا القضاء المصري ، قررها مهتديا في تقريرها بالشرعية الإسلامية....ويجب التسامح فيما يحدثه الحيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف، وإلا غلت أيدي الملاك عن استعمال حقوقهم.

أما إذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجوار ، فإنه يصبح مسؤولا عن تعويض هذا الضرر، وهذا ما تقضي به المادة 57 من مرشد الحيران ، إذ تنص على أن " للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فيعلي حائطه ، ويبني ما يريده ، مالم يكن تصرفه مضرا بالجوار ضرا فاحشا" ، فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف ، وقد عرفته المادة (59) من مرشد الحيران بما يأتي " ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء ، وأما ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصلية فليس بضرر فاحش "<sup>3</sup>... " ، ثم تكلمت المذكرة عن بعض الأمثلة للضرر الفاحش نقلا عن مرشد الحيران ، نكتفي بمثال واحد حسب ما ورد في المادة (61) " سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرا فاحشا ، فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسد به

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/210.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ج1/210.

<sup>3</sup> وهو ما يطابق المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية

شباك بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه ، وإن فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه " <sup>1</sup> .

وهكذا نجد أن مسألة المضار غير المألوفة قد استمدها القانون المدني المصري من الفقه الإسلامي، وبالضبط عن مجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيران ، واستمدها عنه القانون المدني الجزائري .

هذا ويلاحظ أن الفقه اختلف في أساس مسؤولية مضار الجوار غير المألوفة إلى عدة أقوال أشهرها هو التعسف في استعمال الحق ، غير أن الأستاذ السنهوري يعتبر مضار الجوار غير المألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ هي في نظره خارجة عن حدود الحق أصلا <sup>2</sup> .

ونختم بحثنا في موضوع التعسف في استعمال الحق بهذه الشهادة والاعتراف بأسبقية الفقهاء المسلمين في معرفة هذه النظرية والتأصيل لها ، يقول الدكتور علي منصور :  
ولقد عثرت أخيرا على مقال للأستاذ الدكتور عبد السلام ذهني تحت عنوان " تجميع القوانين والشريعة الإسلامية " ورد فيه: " لما كنت بمدينة ليون بفرنسا بقسم الدكتوراه في سنة 1911-1920 م ، كان أستاذنا "لامبير" يرى أن الفقه الإسلامي في المعاملات كنز لا يفنى ومعين لا ينضب ، وكان يشير على الطلبة المصريين بالرجوع لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع من الشريعة الإسلامية ، وفعلا وضع الدكتور محمد فتحي رسالة الدكتوراه عن مذهب الاعتساف في استعمال الحق والخروج عما شرع له عند فقهاء المسلمين

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/31-32. وانظر أيضا أمثلة أخرى على الضرر الفاحش في المواد 62. 63 من مرشد الحيران ، والمواد 1200 وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>2</sup> السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/963. وللتفصيل في مسألة أساس مضار الجوار غير المألوفة ينظر السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ج8/702-707. غسان محمد مناور أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار في القانون المدني الأردني والفقه المقارن ، رسالة ماجستير ، إشراف الدكتور أيمن مساعد ، قسم القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، سنة 2003م. زرارة عواطف ، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، إشراف رحاب نادية ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، تخصص عقاري ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2013م .



وما كادت الرسالة تطبع في كتاب حتى نفدت في ستة أشهر، وكتبت عنه المجلات القانونية كثيرا ، وأشادت بعظمة التشريع الإسلامي ...

وما كتب الفقيه الألماني " كوهلر " في مقال له " إنَّ الألمان كانوا يتيهون عَجبا على غيرهم لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق؛ وإدخالها ضمن التشريع في القانون المدني الذي وضع سنة 1787 م ، أما وقد ظهر كتاب "الدكتور فتحي" وأفاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي، فإنه يجدر بعلماء القانون الألماني أن يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم، ويعترفوا بالفضل لأهله ، وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا في الكلام عليها قبل الألمان بعشرة قرون ...<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> من مقال نشر في الجريدة القضائية في 23 جانفي 1937 م ، نقلا عن مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق. ص 41-42 .

### المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في مسؤولية عديم التمييز

لقد تقرر في أبحاث القانون أن المسؤولية تنقسم إلى قسمين أساسيين هما : المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، وهذه الأخيرة بدورها تنقسم إلى مسؤولية عقدية تقوم على الإخلال بالالتزام تعاقدي ، ومسؤولية تقصيرية تقوم على الإخلال بالالتزام القانوني العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير ، وكل إخلال بهذا الالتزام العام يترتب عليه قيام مسؤولية المخل ، وذلك بتعويض ما يقع للمضرور من أضرار ، وعليه لكي تتحقق المسؤولية يجب توفر أمرين الأول هو وقوع إخلال بالواجب العام ( حدوث خطأ ) ، والثاني حدوث ضرر للغير بسبب ذلك الخطأ<sup>1</sup>.

وهو ما نصت عليه صراحة المادة (124 ق م ج) بقولها : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " .

فالواضح أن القانون المدني الجزائري قد أخذ بركن الخطأ بعنصره المادي والمعنوي كقاعدة عامة في ترتب المسؤولية على الأفعال الشخصية ، ولم يأخذ بركن الضرر فقط لترتب المسؤولية مثل ما أخذ به الفقه الإسلامي وبعض القوانين الحديثة كما سيأتي، وعليه فلا بد من توفر كل من الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، إضافة إلى عنصر الإدراك والتمييز حتى تترتب المسؤولية ، غير أن المشرع الجزائري لما قرر مسؤولية المميز فاقد الأهلية في المادة (1/125) قبل تعديلها ، أورد استثناء إمكانية تحمل عديم التمييز المسؤولية عن أفعاله الضارة في نفس المادة (2/125) وهو موضوع دراستنا .

ولقد جاء نص القانون المدني الجزائري في المادة (125)<sup>2</sup> قبل التعديل ، كما يلي :  
" يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز .

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج ، مصطفى الجمال : مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ، لبنان - 2009م ، ص : 364.

<sup>2</sup> والتي حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975

غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم ."

إلا أن هذه المادة عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.<sup>1</sup> ليكون نصها كالتالي : "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته ، إلا إذا كان مميزاً".

والملاحظ أن النص موضوع الدراسة قبل التعديل أخذ عن القانون المدني المصري ، والذي ينص في المادة (164) منه على أنه : "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم"<sup>2</sup>

ونحن إذ نعرض للفقرة الثانية من المادة (125) مع كونها ملغاة فإن ذلك لا يتعارض مع موضوع البحث أبداً ، فقصدنا من هذه الدراسة هو بيان ما استمده القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي منذ صدوره إلى وقتنا الحاضر .

#### الفرع الأول : أسباب انعدام التمييز

إن الشخص غير المميز هو ذلك الشخص الذي لا تكون له القدرة على فهم ماهية الأفعال التي يقدم عليها ، وما قد يترتب عليها من نفع أو ضرر بالنسبة له أو لغيره ، فتجده لا يدرك معنى المعاملات المدنية ، من أن البيع سالب للملك ، والشراء جالب ، ولا يدرك

1 انظر الجريدة الرسمية رقم 44، ص 23، يونيو 2005 .

<sup>2</sup> وهو مطابق للمادة 165 ق م س ، والمادة 167 ق م ل ، ومقارب للمادة 191 ق م ع .

الغبن الفاحش من اليسير... فالذي لا يصل إلى هذا الوعي والإدراك يسمى غير مميز ، وإن كان له تمييز في كثير من الأمور الطبيعية<sup>1</sup>.

ومن خلال نص المادة (42) من القانون المدني الجزائري يمكن حصر أسباب انعدام التمييز في سببين رئيسيين : **الصغر في السن ، والمرض العقلي** ، وقد جاء النص على ذلك كالآتي : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة."

### أولا : انعدام التمييز بسبب صغر في السن

لقد نص القانون المدني الجزائري في المادة (2/42) على السن التي يكون فيها الشخص مميزا فقال : " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة."<sup>2</sup>

ويتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري قد حدد سن التمييز بثلاثة عشر سنة ، وعليه فأى شخص لم يبلغ هذا السن يعتبر عديم التمييز . وإن كان التمييز في حقيقة الأمر لا يحد بسن معينة ، ذلك أنه يختلف من طفل إلى آخر بحسب فطرة الطفل وذكائه وقدراته العقلية ، لكن ترك الأمر على هذا النحو بحيث تبحث ظروف كل شخص على حدة ، من شأنه أن يؤدي إلى عدم انضباط الأحكام ، وعدم تحقيق الاستقرار .

<sup>1</sup> علي فيلاي ، الالتزامات " الفعل المستحق للتعويض" ، موقم للنشر - الجزائر - ، الطبعة الثانية ، 2010 م ، ص : 73-74 . مصطفى أحمد الزرقا ، مرجع سابق ، ج2/ 795. مصطفى، أبو زيد عبد الباقي، مدى مسئولية عديم التمييز التصيرية في القانون المقارن : بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي " القسم الأول . مجلة الحقوق (الكويت) ، س 6، ع 3، (1982) ، ص: 15 . محمد سلام مذكور ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 454 .

<sup>2</sup> لقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005. والتي كان سن التمييز فيها 16 سنة ، وقد أحسن المشرع الجزائري بخفض سن التمييز إلى 13 سنة ، وخصوصا أن الكثير من القوانين المدنية في الدول العربية تحدد سن التمييز بأقل من ذلك .

لذلك فإن الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي ذهب إلى تحديد سن التمييز بسبع سنوات<sup>1</sup>، طالما أن هذا الشخص لم يصب بمرض عقلي، انطلاقاً من أن الغالب هو تمام الإدراك في هذا السن، استناداً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين... »<sup>2</sup> مما يدل على أن الصغير في هذه السن يتمتع بأهلية أداء، ولو قاصرة، كي تصح منه الصلاة<sup>3</sup>، غير أن بلوغ الشخص لهذا السن لا يعد قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، بل إذا ثبت أن هذا الشخص مع بلوغه لسن التمييز قد أصابه مرض عقلي كالجنون أو العته فإنه بذلك يبقى غير مميز<sup>4</sup>.

وقد تأثر بالسن الذي حدده الفقه الإسلامي للتمييز القانون المدني المصري في المادة (2/45)، والقانون المدني الأردني في المادة (2/44)، وكذلك القانون المدني العراقي في المادة (2/97)<sup>5</sup>.

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتأثر بالرأي الغالب في الفقه الإسلامي، ولا تأثر كعادته بالقانون المدني المصري في تحديد سن التمييز، بل لعل القانون المدني الجزائري تأثر بمجلة الالتزامات والعقود التونسية (مادة 05) التي حددته بثلاثة عشر سنة. كما يلاحظ أنه لا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص تشريعي عام يحدد سناً معينة للتمييز في نطاق المسؤولية المدنية، وإن كان المشرع قد تدخل بمقتضى القانون رقم 631

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2/802. أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية - القاهرة - 1936م، ص: 76. مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق، ص: 15. محمد سلام مذكور، المدخل إلى الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 454. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي - القاهرة - ص: 334.

<sup>2</sup> صحيح أبي داود، تخريج ناصر الدين الألباني، كتاب الصلاة، باب: باب متى يؤمّر الغلام بالصلاة، حديث رقم: 509. إسناده حسن صحيح. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1/2002 م، ج401/2.

<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2/802.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج1/908. علي فيلاي، الالتزامات " الفعل المستحق للتعويض"، مرجع سابق، ص: 75.

<sup>5</sup> وكذلك المادة 2/51 من مشروع القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 36.

لسنة 1974م ، والصادر في 05 يوليو 1974م ، محددًا سن الرشد بثمانية عشر عامًا في المادة (388) مدني ، واعتبرت المادة (388) مدني فرنسي القاصر كل ذكر أو أنثى لم يبلغ سن الثامنة عشرة ، وبالتالي فإن تحديد سن التمييز تعد مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع في كل حالة على حدة .<sup>1</sup>

### ثانيا : انعدام التمييز بسبب المرض العقلي

من خلال نص المادة (1 / 42 / ق م ج ) : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. " يتبين أن السبب الثاني لفقد التمييز هو المرض العقلي الذي يصيب الإنسان فيفقد تمييزه وإدراكه ، وهذا المرض العقلي لا يخرج عن أمرين هما : الجنون والعته .

والجنون كعارض من عوارض الأهلية يؤدي إلى انعدام التمييز ، ذلك أنه مرض يصيب العقل فيفقد ، والفقهاء المسلمون يميزون بين نوعين من الجنون ، الجنون المطبق وهو الذي يكون موجودا كل الوقت ، وهو الذي يؤدي إلى انعدام التمييز ، كما أن هناك الجنون المتقطع ، وهو الذي لا يستوعب كل الوقت ، وإنما تتخلله فترات يفوق فيها الشخص ، ومن ثم يعد مدركا لأفعاله<sup>2</sup> ، ومعظم القوانين المدنية العربية لا تختلف عن الفقه الإسلامي في هذه التفرقة<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، جامعة القديس يوسف - بيروت - ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية ، 2009م ، ص : 517 . أمجد محمد منصور ، مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار - دراسة مقارنة - ، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات ، المجلد الرابع ، العدد الثاني ، 2002م ، ص : 39.

<sup>2</sup> أحمد إبراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، مرجع سابق ، ص : 76. محمد سلام مذكور ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 461-462. مصطفى أبو زيد عبدالباقي. مرجع سابق ، ص : 20.

<sup>3</sup> أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 39 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/908 .

ومن ذلك ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> في المادة (85) منه بقوله : " تعتبر تصرفات المجنون ، والمعتوه ، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته ، أو السفه " مما يدل بمفهوم المخالفة أن تصرفات المجنون في غير حالة الجنون هي تصرفات صحيحة ونافذة<sup>2</sup>.

أما العته فلا يؤدي إلى زوال العقل كالجنون ، وإنما يؤدي إلى نقصانه ، فيكون الشخص مختلط الكلام ، قليل الفهم ، سيء التدبير<sup>3</sup> ، وقد نص فقهاء الشريعة الإسلامية - ووافقهم في ذلك بعض فقهاء القانون الوضعي - في أن العته نوعان ، عته كامل يكون به الشخص عديم التمييز فيأخذ حكم المجنون والصبي غير المميز ، وعته لا يعدم التمييز لتوفر عنصر الإدراك ، فيكون حكمه حكم الصبي المميز<sup>4</sup> . غير أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 85 سألفة الذكر قد نص على أن تصرفات المعتوه غير نافذة في حالة العته لأنه ليس أهلا

<sup>1</sup> أُلحنا إلى قانون الأسرة لأن القانون المدني الجزائري في المادة 44 منه قد أحال مسائل الأهلية إلى قانون الأسرة ، وإن كان القانون المدني قد تكلم على بعض المسائل في الأهلية ، غير أنه لما صدر قانون الأسرة قد خالف القانون المدني وناقضه في بعض المسائل التي نص عليها ، فتجد القانون المدني يذكر أن ذا الغفلة ناقص الأهلية (مادة 43 ق م ج)، ولا يعده قانون الأسرة كذلك (مادة 81 ق أسرة ج)، وتجد أن السفيه تصرفاته غير نافذة مثل تصرفات المجنون والصبي غير المميز والمعتوه، في حين أن القانون المدني لم يذكره (مادة 42 ق م ج)، وملاحظات كثيرة ليس هذا مكان بسطها .  
<sup>2</sup> ونجد تلك التفرقة أكثر وضوحا في القانون المدني الأردني الذي نص على ذلك في المادة 2/128 : " المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل . " وكذلك القانون المدني العراقي في المادة 108.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، مرجع سابق ، ص : 76 . مصطفى أبو زيد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص : 21 . محمد سلام مذکور ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 462 .

<sup>4</sup> أحمد إبراهيم بك ، المعاملات الشرعية المالية ، مرجع سابق ، ص : 76 . مصطفى أبو زيد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص : 21 . محمد سلام مذکور ، المدخل إلى الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 462 .

أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 40 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 908/1 .

لمباشرة حقوقه المدنية، وبمفهوم المخالفة للمادة (85) نجد أن المعتبره إذا باشر أي عمل ، ولم يكن في حالة عته، فإن تصرفاته صحيحة ونافاذة<sup>1</sup>.

إلا أنه توجد حالات أخرى لم يتطرق إليها القانون المدني الجزائري، ولا قانون الأسرة ، تعد من أسباب عدم التمييز لحدوث خلل في إدراك صاحبها ، مما يجعله لا يميز بين الخير والشر، ولا بين الضار والنافع ، ومن ذلك الحالات التي تؤدي إلى فقد التمييز لسبب عارض لا يرجع إلى خطأ الشخص مثل حالات الصرع ، وتناول عقاقير مخدرة ، والمنوم تنويماً مغناطيسياً...<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الجزائري

لقد استمد القانون المدني الجزائري مسؤولية عديم التمييز من القانون المدني المصري ، والذي لا يزال إلى يومنا هذا يطبق النص الخاص بمسؤولية عديم التمييز ، ولم يقدم على إلغائه مع كونه يتعارض مع القواعد العامة في القانون المدني ، وذلك بسبب أنه نص لا بد منه لغرض تحقيق العدالة<sup>3</sup> ، غير أن القانون المدني الجزائري قد أقدم على تعديل المادة (125) ، وذلك بإلغاء الفقرة الثانية منها المتضمنة لمسؤولية عديم التمييز بموجب القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري .

وقد جاء نص المادة (125) قبل تعديلها كما يلي : " يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز .

<sup>1</sup> وذلك خلافاً لما نص عليه كل من القانون المدني الأردني في المادة 1/128 ، والقانون المدني العراقي في المادة 107 من أن المعتبره في حكم الصبي المميز .

<sup>2</sup> مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 23 . أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 40 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/909 . أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - ، دار الثقافة - الأردن - ط1/2007 م ، ص:313.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/906 في الهامش .



غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.

والملاحظ أن النص قد جاء متضمنًا لفقتين، الأولى تبين الأصل العام في تحمل المسؤولية بالنسبة لفاقد الأهلية، والفقرة الثانية من المادة تضمنت مسؤولية عديم التمييز في الحالات الاستثنائية، وهو ما سنتطرق إليه في ما يلي:

#### أولاً: الأصل عدم مسؤولية عديم التمييز

إن القاعدة العامة في تحقق المسؤولية في القانون المدني الجزائري هي ما أوضحتها المادة (124 ق م ج) بقولها: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". ولما كان الخطأ هو انحراف عن السلوك الواجب اتباعه مع ضرورة توفر عنصر الإدراك في الشخص الذي صدر منه الخطأ، يتبين أن للخطأ ركنان هما: الركن المادي، وهو الانحراف، والثاني هو الركن المعنوي، وهو الإدراك والتمييز.

ولما كان الطفل الذي لم يتعدى سن الثالثة عشرة، وكذلك المجنون والمعتوه، لا يتمتعون بالتمييز والإدراك فإنهم لا يتحملون أي مسؤولية في حالة الإضرار بغيرهم، وهو ما يفهم من المادة (1/125): " يكون فاقد الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز". بل وحتى بعد تعديلها بالقانون رقم 05-10 ليكون نصها: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته، إلا إذا كان مميزاً"، ويتضح أن المادة (125) قد ربطت أهلية المسؤولية التقصيرية بالتمييز، ومن ثم فلا مسؤولية على الصبي غير المميز، وكذلك المجنون والمعتوه، ولو لم يحجر عليهما، لأن الحجر مرتبط بالتصرفات القانونية فقط، وكذلك لا مسؤولية على من فقد إدراكه بسبب عارض، بغير خطأ منه، كمرض أو سكر أو تنويم مغناطيسي كما سبق بيانه.

والحاصل أن عديم التمييز لا يمكن نسبة الخطأ إليه لانتفاء قدرته على الإدراك والتمييز ، فلا خطأ من غير إدراك ، وبذلك تنتفي المسؤولية عنه لانتفاء ركن الخطأ<sup>1</sup> .

### ثانيا : الأخذ بمسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء

سبق وأن ذكرنا أن الأصل الذي سار عليه القانون المدني الجزائري هو عدم مسائلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة ، غير أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري تأثرا ببعض القوانين الحديثة التي أخذت بمسؤولية عديم التمييز استثناء ، والتي منها القانون المدني الإيطالي في المادة (2/2047) ، والقانون المدني الألماني في المادة (829) ، والقانون المدني السوفييتي في المادة (406) ، والقانون المدني اليوناني في المادة (818) ، وقانون الالتزامات السويسري في المادة (54) ، والقانون المدني الإسباني في المادة (77) ، والقانون المدني الياباني في المادة (376) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي لقانون الالتزامات والعقود في المادة (76)...<sup>2</sup> ، فضلا عن الفقه الإسلامي الذي تأثر به القانون المدني المصري في وضع هذا الاستثناء حسب أعماله التحضيرية ، والتي جاء فيها في مناقشة الأستاذ السنهوري لبعض أعضاء اللجنة : "يقول الأستاذ السنهوري - عندما اعترض الدكتور حامد زكي على جملة تعويض عادل : " إن مبدأ مسؤولية الصبي غير المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني . والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي ، وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادي"<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص: 41. مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 84-85. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 1/903-908.

<sup>2</sup> مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 57

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق : ج 2/361.

وجاء في قرار اللجنة بعد المناقشة قولهم: " وافقت اللجنة على الفقرة الثانية من المادة (168) ، ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقضي به العدالة ، وله سند في الشريعة الإسلامية ( المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية)<sup>1</sup> .

ويتضح مما سبق بيانه أن مسؤولية عديم التمييز مستمدة من بعض القوانين الغربية ، وخصوصا التقنيات الجرمانية ، ومما جعل المشرع المصري يستمد هذا الحكم من هذا القانون هو وجود سند له في الشريعة الإسلامية ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها : " ومسؤولية عديم التمييز تأخذ بها التقنيات الجرمانية دون التقنيات اللاتينية ، فأخذ المشروع بما ذهب إليه التقنيات الجرمانية لأنها هي التي تتفق مع الشريعة الإسلامية<sup>2</sup> .

وقد نص القانون المدني الجزائري على هذا الاستثناء في المادة (2/125) الملغاة بقوله : " غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم<sup>3</sup> .

أي أن عديم التمييز يمكن أن يسأل في حالة خاصة ، ولو لم يكن هو من تسبب في فقدته تمييزه ، و تتحقق هذه الحالة عندما لا يستطيع الشخص المضرور الحصول على تعويض من متولي الرقابة ( وليه ، أو الوصي عليه ) .

وقد اقتضت قواعد العدالة النص على هذه الفقرة حتى لا يضيع حق المضرور في التعويض ، فمسؤولية عديم التمييز إذاً لا تقوم على أساس الخطأ ، لأن عديم التمييز يكون فاقد الإدراك ، وإنما تقوم على أساس تحمل التبعة ، أو التضامن الاجتماعي ، أو مقتضيات العدالة .

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق : ج2/360.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ج1/21.

<sup>3</sup> وهي تقابل المادة 2/164 ق م مصري، والمادة 2/165 ق م سوري ، والمادة 2/167 ق م ليبي ، وتقابل المادة 829 ق م ألماني ، والمادة 54 ق م سويسري ، والمادة 143 ق م بولوني .

ولهذا كانت مسؤولية عديم التمييز وفق نص المادة السالفة الذكر مسؤولية استثنائية ، واحتياطية ، وجوازية ، ومخففة<sup>1</sup> .

فكونها مسؤولية استثنائية فذلك راجع إلى أنها جاءت خلافا للأصل المنصوص عليه في المادة 1/125 قبل تعديلها ، والأصل هو لا مسؤولية بدون خطأ ، ومسؤولية عديم التمييز لا تقوم على فكرة الخطأ لأن عنصر الإدراك غير متحقق ، بل تقوم المسؤولية على أساس تحمل التبعة وقواعد العدالة<sup>2</sup> .

وهي مسؤولية احتياطية إذ لا يلجأ إليها المضرور إلا في حالة تعذر الحصول على تعويض من الشخص المكلف بالرقابة ، فإذا وجد المسؤول عن عديم التمييز فإنه يتحمل التعويض كاملاً ، أما في حالة عدم وجوده ، أو أنه موجود ولكنه معسر ، أو أنه أفلح في نفي الخطأ عن نفسه ، فإن المضرور يرجع بالتعويض على عديم التمييز<sup>3</sup> .

وهي مسؤولية جوازية لأن أمرها متروك للقاضي ، فله أن يحكم بها إذا رأى أن حالة عديم التمييز المالية تسمح بإلزامه بالتعويض ، وله ألا يحكم بالتعويض إذا وجد أن حالة

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج2/79. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص: 42. توفيق حسن فرج ، مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص: 373. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/911. وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية ، مرجع سابق ، ص : 140.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج2/79. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص: 43. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/911.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص: 42. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج2/80. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/912.

عديم التمييز لا تسمح بإلزامه بذلك ، أو رأى أن المضرور في حالة من اليسار لا يحتاج معها إلى تعويض<sup>1</sup>.

وهي أخيرا مسؤولية مخففة لأنها تقوم على أساس العدالة أو التضامن الاجتماعي لا على أساس القانون ، فالقاضي لا يحكم بالتعويض كله ، بل طبقا للنص عليه أن يحكم بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم ، فقد يحكم بتعويض جزئي إذا كان عديم التمييز متوسط الحال والمضرور فقيرا ، أو يقضي بالتعويض الكامل إذا كان ثريا والمضرور رقيق الحال<sup>2</sup>.

وقد أراد المشرع الجزائري باستحداثه لهذه المسؤولية أن يخفف من مساوئ عدم مسؤولية فاقد التمييز لما يؤدي إليه من نتائج غير عادلة ، والقانون المدني الجزائري في أخذه بهذه المسؤولية يسير على نهج الفقه الإسلامي - كما سيأتي - الذي ألزم في كل الأحوال محدث الضرر بتعويضه ، ولو كان عديم التمييز ، كالصغير والمجنون ، لأن الضرر علة للتضمنين وسبب له ، فالفقه الإسلامي يقرر مسؤولية عديم التمييز عن أعماله الضارة إذا لم يوجد من هو مسؤول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض الضرر من المسؤول عنه<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث : مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي

إن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي ألا يسأل أحد عن فعل غيره - إلا في حالة الإكراه - وفي ذلك تكريس للمسؤولية عن الأفعال الشخصية القائمة على جملة من الأدلة النقلية ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾<sup>4</sup> ، وقوله تعالى : ﴿ لَهَا مَا

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج2/80. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص: 42. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/912.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص: 43. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج2/80. توفيق حسن فرج ، مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص: 374. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/912.

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج2/81.

<sup>4</sup> سورة الإسراء ، آية رقم : 15.

كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا أُكْتَسَبَتْ<sup>1</sup>، وقوله أيضا: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾<sup>2</sup>... وقد عمل بقاعدة المسؤولية عن الأفعال الشخصية الفقهاء والأصوليون من جميع المذاهب ، ذلك أن الشريعة الإسلامية نظرت إلى المسؤولية المدنية بنظرة موضوعية ، ولم تعتبر الخطأ ركنا في قيام المسؤولية ، ولذلك يسأل كل إنسان عن تعويض ما أحدثه من ضرر للغير بفعله ، حتى ولو كان مجنونا أو صبيا غير مميز<sup>3</sup>.

فإذا أتلف عديم التمييز شيئا ما للغير فلا يخلو من أن يكون هذا الإلتلاف وقع مباشرة منه ، أو كان سببا فيه ، وعليه سيتم التطرق إلى مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي من خلال قاعدتين مهمتين هما أن: "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"<sup>4</sup>، "والمتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"<sup>5</sup>.

إلا أن بعض الفقه الحديث يذهب إلى أن الصياغة الصحيحة للقاعدتين هي "المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي" . ذلك أن التعمد يقصد به إتيان الفعل بقصد الإضرار بنفس الغير أو بماله ، أما التعدي فلا يقصد به إلا مجرد تجاوز الحدود المشروعة قانونا ، دون قصد الإضرار بالغير ، ولذلك فجوهر الخلاف بين التعمد والتعدي يكمن في أن المتعمد قد قصد النتيجة الضارة التي أدى إليها فعله ، بينما لم يقصدها من تعدي ، ففكرة التعدي أعم وأشمل من التعمد ، وهي كافية للتضمنين ، وقد ذهب إلى استعمال لفظة التعدي بدل التعمد الكثير من الفقهاء القدامى ، وذلك يدل على أن الصياغة التي اختارها واضعوا المجلة هي صياغة غير متفق عليها ، وخصوصا أن الكثير من فقهاء الحنفية أثناء إيراد القاعدة يستعملون لفظة التعدي بدل التعمد سواء في المباشرة أو

<sup>1</sup> سورة البقرة ، آية رقم : 286.

<sup>2</sup> سورة الطور ، آية رقم : 21.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، دار المكتبي ، سوريا -دمشق- ط/1 ، 1995م ، ص : 25 . علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص : 11. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 219.

<sup>4</sup> المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية .

<sup>5</sup> المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية .

التسبب فيقولون " المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا مع التعدي " <sup>1</sup> ، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء المحدثين يجزم بأن الأصح هو لفظ التعدي لا التعمد <sup>2</sup> . بل من المحدثين من نقل اتفاق المذاهب الأربعة على ذلك <sup>3</sup> .

ولذلك فسوف نتطرق إلى مسؤولية عديم التمييز في حالة المباشرة ثم في حالة التسبب.

### أولاً : مسؤولية عديم التمييز في حالة المباشرة

لقد ذكر الفقهاء عدة تعاريف لحالة المباشرة وإن كان تصب في معنى واحد ، فنجد أن الحنفية عرفوا المباشرة بأنها : " من يلي الأمر بنفسه " <sup>4</sup> ، وعرفها المالكية بأنها : " ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط " ، كأكل الطعام ، وقتل حيوان ، وإحراق ثوب <sup>5</sup> . وهي عند الشافعية : " ما يؤثر في الهلاك ويحصله " <sup>6</sup> ، أما عند الحنابلة وإن لم يوجد تعريف للمباشرة عندهم فقد أوردوا لها عدة أمثلة منها : " كمن يقتله بمتقل ، أو يلقيه من شاهق ، أو في النار ، أو من يسد أنفه وفمه ... " <sup>7</sup> .

وقد عرفت المادة (887) من مجلة الأحكام العدلية المباشرة بقولها : "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات " .

<sup>1</sup> انظر كل من : غانم بن محمد البغدادي الحنفي ، مجمع الضمانات ، دار الكتاب الإسلامي ، ص : 146 . ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/747 . ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج3/249 ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج28/280 .

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر - دمشق - ط9/2012م ، ص 171-173 .

<sup>3</sup> علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 59 .

<sup>4</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص 60 .

<sup>5</sup> أحمد بن إدريس القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، دراسة وتحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، بإشراف : محمد أحمد سراج ، وعلي جمعة محمد ، دار السلام - القاهرة - ط1/2001م ، ج4/1146 .

<sup>6</sup> محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج5/216 .

<sup>7</sup> موسى بن أحمد المقدسي ، زاد المستقنع في اختصار المقنع ، تحقيق : عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر ، دار الوطن للنشر - الرياض - ( د ت ن ) ، ص 207 . ابن قدامة المقدسي ، مرجع سابق ، ج8/263 .

ويمكننا أن نخلص من خلال هذه التعاريف إلى أن الشخص يعتبر مباشرا للضرر متى حصل بفعله ، من غير أن يكون بين فعله والضرر واسطة<sup>1</sup>.

ولما كانت القاعدة العامة في الضمان هي أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"<sup>2</sup> ، أي أنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله ، سواء كان عن قصد منه أو لم يكن ، ولمعرفة مدى انطباق هذه القاعدة على عديم التمييز يمكن أن نميز بين اتجاهين في الفقه الإسلامي، هما: اتجاه يرى بتطبيق هذه القاعدة على عديم التمييز ، وهم الجمهور ، واتجاه لا يرى ذلك ، وهو منقول عن بعض المالكية .

### 1/ رأي الجمهور

يرى جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم بأن عديم التمييز في حال مباشرته الإلتلاف مسؤول عن أفعاله الضارة مثل غيره ، وأن عدم التمييز لا يعفي من المسؤولية وتحمل الضمان<sup>3</sup> ، ذلك أن العبرة بتحقق الضرر لا بوجود الخطأ .

وعليه فإن عديم التمييز ومن في حكمه يضمنون الضرر الذي يباشرونه ولا يكون وليهم مسؤولا عنهم ، فلو أتلّف الصبي غير المميز ، أو المجنون، أو المعتوه مالا للغير يضمنه من ماله ، وكذلك لو أتلّف من في حكمهم مالا للغير ضمنه ، كالنائم إذا انقلب على متاع فكسره ، فإنه يضمنه<sup>4</sup>. فالصغير والمجنون والمعتوه وإن كانوا محجورا عليهم فلا تعتبر

<sup>1</sup> علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي - القاهرة - 2000م ، ص : 58 . وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ، مرجع سابق، ص : 164. مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 96.

<sup>2</sup> المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>3</sup> ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/146. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج8/90. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق ، ج3/296. محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ج5/293. تقي الدين السبكي وولده تاج الدين ، مرجع سابق ، ج1/158. علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص:74. وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، دار المكتبي ، سوريا - دمشق - ط/1 ، 1995م ، ص : 30 . صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 223. مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 98.

<sup>4</sup> ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/146. ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج8/90. علي الخفيف ، المسؤولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي. مجلة البحوث والدراسات العربية - مصر، ع 3، (1972) ، ص 99.



تصرفاتهم القولية ، لكنهم مؤخذون بتصرفاتهم الفعلية ، إذ لا حجر في الفعلي<sup>1</sup> ، وهو ما نصت عليه المادة (960) من مجلة الأحكام العدلية : " المحجورون وإن لم يعتبر تصرفهم القولي كالبيع والشراء فإنهم يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم ، فيجب الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز " .

فإذا سبب عديم التمييز ضررا للغير لزمه التعويض من ماله ، ولا يضمن وليه ، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين يساره ، وهو ما نصت عليه المادة (916) من المجلة بقولها : " إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله<sup>2</sup> . وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة ، ولا يضمن وليه<sup>3</sup> " .

فالخلاصة إذن أنه متى ارتكب الشخص فعلا ألحق ضررا بغيره ، لزمه التعويض دون تمييز في ذلك ، فيستوي أن يكون مميزا ، أو عديم التمييز ، كما هو شأن عامة الأحكام الوضعية<sup>4</sup> .

ذلك أن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمنين ، فإذا وجدت العلة وجد المعلول .

والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، وخطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف ولا التمييز<sup>5</sup> ، ولذا لزم الضمان من لا إدراك له في ماله ، وشغلت ذمته

<sup>1</sup> غانم بن محمد البغدادي الحنفي ، مرجع سابق ، ص : 423. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/146. سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 539.

<sup>2</sup> ولو كان غير مميز لأنه وإن كان محجورا عليه في الأصل حتى لا تعتبر تصرفاته القولية إلا أنه لا يعفى من ضمان الضرر الذي نشأ عن فعله. سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص 510.

<sup>3</sup> لأنه لم يمكن إضافة فعله إلى وليه ما لم يكن أمرا ، ولو كان غير مجبر ، أما إذا أمر الصبي بالإتلاف يضمن الصبي غير أنه يرجع بعد ذلك على الأمر ، وقد جاء ذلك مفصلا في شرح المادة 89 من المجلة . سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص 58.

<sup>4</sup> مصطفى أبو زيد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص : 99.

<sup>5</sup> أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار المعارف ، ج3/386.

به ، دون أن تشغل ذمته بالأداء ، وإنما يجب الأداء في هذه الحال على من له ولاية على مال القاصر .

وهذا إذا لم يسلط من لا تمييز له على المال ، أما إذا سلط عليه من صاحبه فلا ضمان عليه . فمن أعطى صغيراً مالا وديعة أو قرضاً أو إعارة ... فأتلفه ، فلا ضمان عليه ، لأن إعطائه إياه يعد تسليطاً له عليه ، فكان بمثابة الأمر له بالإتلاف ، وعند الأمر ينتفي الضرر ، وبانتفائه ينتفي سبب التعويض ، وذلك هو رأي الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور المالكية<sup>1</sup>.

## 2/ رأي المالكية

خلافاً لما ذهب إليه أكثر المالكية تبعاً للجمهور من أن عديم التمييز مسؤول عن أفعاله الضارة ، فقد ذهب بعض المالكية إلى أن الصبي الذي لا يعقل لا ضمان عليه فيما أتلفه من نفس أو مال ، لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب إليه ، فكان كالعجماء ، وقد تلخصت أقوال المالكية في مسؤولية عديم التمييز في ثلاثة أقوال :

أ/ مثله مثل المميز يضمن المال في ماله والدية على عاقلته .

ب/ لا يضمن المال في ماله والدية على عاقلته.

ج/ لا ضمان عليه ولا دية<sup>2</sup>.

والمذهب المعتمد لدى المالكية هو الضمان على المميز و غير المميز ، وأن التمييز لا يحد بسن ، لأن أساس الضمان هو الجبر ورفع الضرر .

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، مرجع سابق ، ص : 29-30.

<sup>2</sup> انظر : أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، تحقيق : ( محمد حجي ، سعيد أعراب ، محمد بوخبزة ) ، دار الغرب الإسلامي - بيروت - ، ط1/1994م ، ج271/8. محمد ابن جزى ، مرجع سابق ، ص:218. علي بن أحمد العدوي ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر - بيروت - 1994م ، ج2/283. محمد بن أحمد بن محمد عlish ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر - بيروت - ، 1989م ، ج6/91.

ومنه قول الشيخ خليل : **وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه . أي :** وضمن الصبي ولو غير مميز ما أفسد أي ما أتلّفه في ماله إن كان له مال، وإلا اتبع بالقيمة في ذمته **هذا هو الصواب** ، قال ابن عرفة : إلا ابن شهر فلا ضمان عليه لأنه كالعجماء ،...<sup>1</sup> ويكون المقرر في المذاهب الأربعة تضمين الصغير والمجنون ونحوهما ، ولا تفرقة بين المخطئ والعامد ، والجاد واللاعب ، والعاقل والمجنون ، والبالغ والصبي<sup>2</sup> .

### ثانيا : مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب

لما كان جوهر الخلاف بين المباشرة والتسبب أن الفعل في المباشرة يؤدي إلى حدوث النتيجة عادة دون واسطة ، بينما يكون بين الفعل والنتيجة في التسبب واسطة تتخللهما ، فلا يؤدي الفعل بمفرده إلى النتيجة<sup>3</sup> .

وحول هذا المعنى تدور تعريفات الفقهاء من جميع المذاهب ، فقد جاء في المادة 888 من مجلة الأحكام العدلية - وهي على مذهب الحنفية - أن التسبب "هو أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ، ويقال لفاعله متسبب" ، كمن قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلّف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا<sup>4</sup> .

والتسبب عند المالكية : "ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى ، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة " كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه ، ووضع السموم في

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق ، ج3/296. محمد بن عبد الله الخريشي ، مرجع سابق ، ج5/293. محمد بن أحمد بن محمد عليش ، مرجع سابق ، ج6/91. أحمد بن محمد الخلوّتي الصاوي المالكي ، مرجع سابق ، ج3/386. وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، دار المكتبي ، سوريا - دمشق - ط1 ، 1995م ، ص : 30 . صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 223. مصطفى أبو زيد عبدالباقي، مرجع سابق ، ص : 99.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، مرجع سابق ، ص : 30

<sup>3</sup> مصطفى أبو زيد عبدالباقي، مرجع سابق ، ص : 100. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، مرجع سابق ، ص : 164-165.

<sup>4</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص 488.

الأطعمة ، ووقود النار بقرب الزرع ، ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يفضي غالبا للإتلاف<sup>1</sup> .

وهو عند الشافعية : "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"<sup>2</sup>.

واستنادا إلى القاعدة العامة في الضمان في حالة التسبب وهي قولهم " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد (أو التعدي)"<sup>3</sup> فإن المسؤولية تتحقق في حالة تجاوز حدود الحق المشروع سواء كان ذلك بطريق العمد أو الإهمال والتقصير .

أما في حالة العمد فقد سبق وأن رأينا في حالة المباشرة أن المسؤولية تتحقق ولو لم يتعمد المسؤول الإتلاف ، أما في حالة التسبب فلا بد لتحقق المسؤولية من التمييز والإدراك عند الفاعل ، وإن هذا القول وإن لم يذكره الفقهاء صراحة ، لكنه يستند إلى ما هو معروف من اشتراط التعمد في الإضرار تسببا ، عملا بالقاعد السابقة " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد" وهو ما يفهم أيضا من خلال ما ذكرته المادة (916) من المجلة عن ضمان الصبي في حالة المباشرة فقط ، ولم تتطرق إلى ضمان عديم التمييز مطلقا عند الحديث عن التسبب . والحاصل أنه في حالة التسبب بطريق العمد لا يوجد خلاف حول مطلب التمييز ، ذلك أن العمد يستلزم الإرادة ، وهذه الأخيرة لا تقوم بغير إدراك وتمييز ، ومن ثم ففي حالة التسبب تعمدًا يسأل عديم التمييز عن فعله الضار<sup>4</sup> .

أما في حالة الإهمال والتقصير فقد أثارت الخلاف في الفقه الحديث ، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهين اثنين، اتجاه يرى بمسؤولية عديم التمييز في حالة الإهمال والتقصير ، واتجاه آخر لا يرى ذلك .

<sup>1</sup> أحمد بن إدريس القرافي ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، مرجع سابق ، 4/1146.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد الخطيب الشرييني ، مرجع سابق ، ج5/216.

<sup>3</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص 60.

<sup>4</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 223 . أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 43 . مصطفى أبو

زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 102.

**الاتجاه الأول :** يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بمسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب إهمالا وتقصيرا ، ويستندون في ذلك إلى أن العبرة تكون بالنظر إلى ذات الفعل لا إلى شخص الفاعل ، فمتى كان الفعل محظورا ، واقترفه الشخص ، كان من قبيل التعدي الموجب للضمان<sup>1</sup> .

يقول الشيخ علي الخفيف : " إذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب ، وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة ، إذا لم يكن معتديا فيه اتفاقا<sup>2</sup> ، ثم يعلق الشيخ على كلامه السابق فيقول : " ذلك ما يدعوا إلى النظر فيما إذا كان المسبب صيبا ، أو مجنونا فهل ينظر إلى أهليته ، فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء مسببا ، لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه حينئذ ، أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظورا ليعتد اعتداء ، ويكون عليه الضمان ، ذلك ما لم أره ، ويظهر من إطلاقهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني ، محافظة على الأموال .<sup>3</sup>

إذن هذا الاتجاه يركز على ذات الفعل لا على مسبب الضرر ، ويرى أن ذلك هو النظر الذي يتمشى مع النزعة الغالبة في الفقه الإسلامي ، وهي نزعة مادية موضوعية لا نزعة ذاتية شخصية .

وينتهي هذا الاتجاه إلى أن التعدي الذي يصدر في صورة إهمال وتقصير يحكمه معيار موضوعي مجرد لا يعتد فيه بشخص الفاعل ، فيتحمل المسؤولية كل من أهمل أو قصر متسببا في إلحاق ضرر بالغير سواء كان الفاعل مميزا أو عديم التمييز<sup>4</sup> .

**الاتجاه الثاني :** يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن القاعدة العامة في تحمل الضمان في حالة التسبب إلى عدم التعدي ، والتعدي لا يصدر إلا من الشخص الذي يقال في حقه

<sup>1</sup> أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 43-44 . مصطفى أبو زيد عبدالباقي، مرجع سابق ، ص : 102.

<sup>2</sup> علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 59.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، هامش ص : 59.

<sup>4</sup> أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 44 . مصطفى أبو زيد عبدالباقي، مرجع سابق ، ص : 103.

قد أخطأت ، وذلك يصدق على الشخص المميز فقط ، أما عديم التمييز فلا يصدق في حقه ذلك ، فينتفي بذلك التعدي إذا كان المتلف لمال الغير صبيا أو مجنونا<sup>1</sup> .

ولعل الاتجاه الأول هو الاتجاه الأولى بالاعتبار ، لأنه هو الاتجاه الموافق لمبادئ وقواعد الفقه الإسلامي التي تقرر الضمان ، ولأن الشريعة الإسلامية بقدر ما تنظر إلى عديم التمييز المحدث للضرر ، فهي تنظر أيضا إلى مصلحة الشخص المتضرر ، وهي إذ ترفع العقوبة البدنية على عديم التمييز لكنها لا ترفع عنه التعويض المالي في ما يحدث من إتلاف لمال الغير ، وتلك هي الوسطية التي يعرف بها التشريع الإسلامي ، ومما يدعم الأخذ بالاتجاه الأول ما يلي :

- أن الضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، وهو ما يقضي بترتيب المسبب على سببه ، فالشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمنين ، فإذا وجدت العلة وجد المعلول .

ومن ثم كان الإتلاف بغير حق الواقع من عديم التمييز سببا لوجوب الضمان في ماله ، نظرا لتمتعه بأهلية الوجوب التي يستلزمها خطاب الوضع، فكما تجب علي الصبي والمجنون الزكاة في مالهما يجب عليهما أيضا ضمان الأضرار التي سببها للغير<sup>2</sup> ، وإن كان عديم التمييز ليس أهلا لأداء ذلك لعدم تمتعه بأهلية الأداء ، فإن وليه أو وصيه ملزمون بأداء ذلك في الحال ، ويخاطب به الصبي بعد البلوغ<sup>3</sup> . وكون الضمان من خطاب الوضع لا

<sup>1</sup> وممن ذهب إلى هذا الاتجاه كل من عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، هامش ج1/56 ، منصور مصطفى منصور ، الخطأ في المسؤولية المدنية ( دروس في القانون المدني مع التعمق ألقاها على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص) - كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت 1975م ، ص: 76 ، وغيرهم ، انظر : مصطفى أبو زيد عبدالباقي، مرجع سابق ، ص : 103.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، مرجع سابق ، ص : 328. وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، مرجع سابق ، ص : 29. أمجد محمد منصور ، مرجع سابق ، ص : 44 . مصطفى أبو زيد عبدالباقي، مرجع سابق ، ص : 103.

<sup>3</sup> الإبهاج شرح المنهاج ، مرجع سابق ، ج1/158.

من خطاب التكليف فإنه يؤدي بنا إلى عدم التفريق في ترتيب الضمان بين المباشر والمتسبب ، لأن كليهما كان سببا في إلحاق ضرر بالغير ، إما بدون واسطة أو بواسطة .

- أن الضمان من الجوابر ، وهي شرعت لجلب ما فات من المصالح ، بخلاف الزواجر فإنها شرعت لدرء المفسد ، فأساس الضمن هو الجبر لا الجزاء والعقوبة ، وهو وسيلة لرفع الضرر الحادث بالغير ، ولا شك أن إتلاف عديم التمييز مال الغير ضرر يلزمه رفعه وجبره ، ولا يتحقق ذلك إلى بالتعويض ، ولا فرق في ذلك بين المخطئ والعامد ، والجاد واللاعب ، والعاقل والمجنون ، والبالغ والصبي<sup>1</sup> .

ومما نخلص إليه من العرض السابق لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي هو :

- إن كان القانون قد قرر مسؤولية الأولياء والأوصياء على ما يحدثه من هو تحت رقبته سواء كان مصابا بمرض عقلي أو جسمي ... فيتحمل المسؤولية عنهم في حال إلحاقهم ضررا بالغير من يتولى رقابتهم على أساس الخطأ المفترض في حقه ، وهو الإهمال والتقصير في الرقابة ، وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> وغيره من القوانين المدنية العربية<sup>3</sup> . وذلك بسبب اتجاههم في بناء المسؤولية على أساس الخطأ ، أي اتجاههم نحو النزعة الشخصية الذاتية .

أما الفقهاء المسلمين فقد قرروا مسؤولية القصر والمجانين ومن في حكمهم عن كل فعل يصدر عنهم ، وذلك من أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلية التي تتكون لديهم بعد الرشد ، مما يدل على اتجاههم في التضمن نحو النزعة الموضوعية المادية<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 105. علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 69.

<sup>2</sup> وذلك في المادة 1/134 " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره ، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار."

<sup>3</sup> المادة 173 ق م مصري ، والمادة 174 ق م سوري.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، مرجع سابق ، ص : 218.

- مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري ، والقوانين المستمدة لهذه المسؤولية منه كالقانون المدني الجزائري - هي مسؤولية مستمدة من القوانين الجرمانية ولها سند في الشريعة الإسلامية ، ولذلك هي مسؤولية غير موافقة في جميع جزئياتها للشريعة الإسلامية ، بل موافقة في أصلها فقط ، وهو أن غير المميز يكون مسؤولاً عن أفعاله الضارة التي أحدثها بالآخرين ، أما كونها مسؤولية جوازية ، مخففة .... فإن ذلك لا يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية التي لم تقيد المسؤولية بأي قيد<sup>1</sup> ، ولذلك فقد جاء في بعض القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي - على الأقل في موضوع دراستنا - أن عديم التمييز مسؤول مسؤولية أصلية عن أفعاله الضارة وهو ما نصت عليه المادة (191) قانون مدني عراقي) والمادة (256 ق م أردني)، لكن إذا تعذر الحصول على التعويض منه فيمكن للقاضي طبقاً للمادة (288 ق م أردني) ، والمادة (2/191 ق م عراقي) الرجوع على المسؤول عنه ( متولي الرقابة) ، إذا ثبتت مسؤولية هذا الأخير في التقصير بواجب الرقابة ، ولذلك فمسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية ، ومسؤولية متولي الرقابة مسؤولية احتياطية إذا توفرت شروطها<sup>2</sup> .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري وفقاً للشريعة الإسلامية بخصوص نص المادة (169) من المشروع ما نصه: " كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولو كان غير مميز "

أما عن عدم مسؤولية عديم التمييز فقد رُئي في النص المقترح أن يؤخذ بما يقره الفقه الإسلامي ، حيث تكون القاعدة هي مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار الذي يصدر منه ، فلا تكون مسؤوليته على سبيل الاستثناء كما يقضي التقنين الحالي- أي القانون المدني المصري - ، ووجه العدالة ظاهر في الحل المقترح ، والذي يأخذ به الفقه الإسلامي ،

<sup>1</sup> عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص 34.

<sup>2</sup> عدنان إبراهيم السرحان ، نوري حمد أبو خاطر ، مرجع سابق ، ص : 500-501.



والاتجاه الآن نحو التوسع في الحالات التي تقوم فيها المسؤولية على أساس الضرر ، وليس على أساس الخطأ<sup>1</sup> .

وجاء في المادة (170) من نفس المشروع : " إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعذر الحصول على التعويض من ماله ، جاز للقاضي أن يلزم من هو مسؤول عنه بمبلغ التعويض . " وجاء في مذكرتها الإيضاحية : " وحكم المادة المقترحة يبسر للمضروب الحصول على التعويض إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز ، وتعذر الحصول على التعويض من ماله ، حيث يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم من هو مسؤول عنه بمبلغ التعويض كولي أو وصي أو قيم أو مكلف بالرقابة ، يكون لهذا المسؤول إذا استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه أن يرجع فيما بعد على عديم التمييز ."<sup>2</sup>

وفي الأخير نقول إن الاستثناء القانوني الذي ورد في المادة (2/125) قبل التعديل هو أصل شرعي مراعاة لمبدأ العدالة في تحميل الضمان بالتعويض لمن كان مرتكبا إياه ، لا شخصا آخر سواه ، والعدل أو الحق ما يتفق مع الواقع ، وغير المميز هو مرتكب الضرر ، فكان اتجاه الفقه الإسلامي متصفا بالعدالة<sup>3</sup> والواقعية ، وبه أخذ الكثير من القوانين الوضعية كما سبق بيان ذلك، غير أن المشرع الجزائري عدل المادة (125) وألغى بذلك مسؤولية عديم التمييز، ويقول في هذا الصدد بعض شراح القانون المدني الجزائري "ونحن لا نعلم السبب الذي حدا بالإرادة التشريعية الجزائرية إلى إلغاء مسؤولية عديم التمييز، وقد رأينا أن التشريعات العربية وكثيرا من التشريعات الأجنبية نصت على تلك المسؤولية مراعاة للعدالة"<sup>4</sup> والتي منها القانون المدني الإيطالي في المادة (2/2047) ، والقانون المدني الألماني في المادة (829) ، والقانون المدني السوفييتي في المادة (406) ، والقانون المدني اليوناني في المادة (818) ، وقانون الالتزامات السويسري في المادة (54) ، والقانون المدني الإسباني

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص : 142.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ، ص : 144.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي ، المسؤولية عن فعل الغير ، مرجع سابق ، ص : 28.

<sup>4</sup> محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات " المسؤولية التقصيرية" ، مرجع سابق ، ص : 43.

في المادة (77) ، والقانون المدني الياباني في المادة (376) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي لقانون الالتزامات والعقود في المادة (76)...<sup>1</sup> .

ففي الوقت الذي تأخذ أكثر القوانين الوضعية وأشهرها بترتيب مسؤولية عديم التمييز استثناء مراعاة للعدالة ، نعود نحن للخلف بعد سنوات عديدة من تطبيق ذلك الاستثناء لأجل حجج واهية ، وفي ذلك يقول بعض شراح القانون المدني الجزائري " ونرى أن المشرع وفق عند إلغائه للفقرة الثانية من المادة (125 ق م ج) ، حيث تجنب كل تحريف للمبادئ التي استقر عليها نظام المسؤولية المدنية ، ويتبين أيضا من اعتماده هذا الحل أن المشرع الجزائري لم يتبع المشرع الفرنسي الذي يلزم بمقتضى المادة (2/489) كل من أحدث ضررا للغير ، وهو تحت اضطراب عقلي بتعويض الضرر الذي تسبب فيه - فالعبرة هنا بما يسمى بالخطأ الموضوعي - واعتقادنا أنه يمكن التكفل بهذه الحالات في إطار النظام الجديد للتعويض ، لا سيما المادة (140 مكرر 1 ق م ج)<sup>2</sup> ."

في حين كان الأولى بالمشرع الجزائري أن يحذو حذو بعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني الأردني والعراقي، وغيرهما من القوانين التي استمدت مسؤولية عديم التمييز من الفقه الإسلامي ، ويجعل عديم التمييز مسؤول مسؤولية أصلية عما يحدثه من أضرار بالغير لا أن تلغي مسؤوليته كلية ، ونحمل متولي الرقابة تلك المسؤولية<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص : 57

<sup>2</sup> علي فيلاي ، الالتزامات " الفعل المستحق للتعويض " ، مرجع سابق ، ص : 79.

<sup>3</sup> وفي ذلك يقول الأستاذ علي علي سليمان " لقد كانت رقابة الوالدين سائغة في العصور السالفة ، حين كان الولد يحترم أبويه ، ويطيعهما طاعة عمياء في كل ما يأمران به ، ويخضع لنصائحهما ، ويخشى عاقبة غضبهما. أما اليوم فقد تحرر الشباب من هذه الرقابة، وتغير الزمن ، وأصبحت رقابة الوالدين في ذمة التاريخ ، إن كل والد يبذل اليوم كل ما في وسعه لتنشئة ولده على خير وجه ، ويفني نفسه ليكون ولده خيرا منه ، ولا يدخر وسعا في تلقينه الدروس وبذل النصائح ، ومع ذلك ينحرف الولد ، فكيف نؤاخذ والده على ما يرتكب هذا الولد من أعمال ضارة ، ونرميه بالتقصير في تربيته وبالإهمال في رقا به ؟ لقد كانت الشريعة الإسلامية على حق حين قضت بمسؤولية الولد في ماله الخاص - ولو كان غير مميز - عن أفعاله الشخصية ، ولم تثقل عاتق والديه بهذه المسؤولية ، ولذا فإنني أرى السير على هدي شريعتنا الغراء أو قصر مسؤولية الرقيب على الصبي غير المميز إذا لم تكن له ذمة مالية مستقلة ...". علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون ، الجزائر - 1994م ، ص 35.

## الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال

### الالتزام وانقضائه

ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام

بحوالة الدين

المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انقضاء الالتزام

### المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام بحوالة الدين

نص القانون المدني الجزائري على حوالة الدين في الفصل الثاني من الباب الرابع " انتقال الالتزام" من الكتاب الثاني " الالتزامات والعقود " في المواد (251-257). مقلدا في ذلك كعادته أصله المصري ، والذي نص على حوالة الدين في المواد ( 315-321) ، جريا على سنن التقنيات الحديثة ، والفقه الإسلامي الذي نظم حوالة الدين تنظيما محكما دقيقا<sup>1</sup> . ولذلك فقد استمد القانون المدني الجزائري وأصله المصري حوالة الدين من القوانين الجرمانية والفقه الإسلامي ، وفي ذلك يقول السنهوري " كذلك الأمر في حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي ، فأخذ بها التقنين الجديد"<sup>2</sup> ، فالتقنين المدني المصري أخذ حوالة الدين عن القانونين الجرمانية ، وجعل سبب ذلك هو اتفاق ما ذهب إليه القانونين المدنية الجرمانية وعلى رأسها القانون المدني الألماني مع أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة ، حيث إن كليهما يستند إلى المذهب المادي في الالتزام، والنزعة الموضوعية<sup>3</sup> ، ولذلك فالقول بأن القانون المدني الجزائري استمد حوالة الدين فقط من الفقه الإسلامي على إطلاقه فيه نظر<sup>4</sup> .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، ما نصه " استحدث المشروع في هذا الفصل نظاما جديدا هو نظام حوالة الدين ، ويراعى أن هذا النظام إسلامي بحت ،

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/304.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/59.

<sup>3</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 104.

<sup>4</sup> كالإطلاق الذي قال به الدكتور علي علي سليمان حيث قال "استمد القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين المدنية العربية الأخرى حوالة الدين من الفقه الإسلامي ". علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص 48.

وإن كان له نظير في التشريعات الجرمانية<sup>1</sup>، وغني عن البيان أن نفعه من الناحية العملية يقتضي إقراره في نطاق التشريع<sup>2</sup> 3.

### المطلب الأول : تعريف حوالة الدين ومقارنتها بالنظم القانونية التي تقترب منها

#### الفرع الأول : تعريف حوالة الدين

##### أولاً : الحوالة في اللغة

يقال تحول من مكانه انتقل عنه ، وحوالته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع، وحوال هو تحويلاً يستعمل لازماً ومتعدياً، وحوالت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر. والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا فأحلتها بدينه نقلته إلى ذمة غير ذمتك ، وأحلت الشيء إحالة نقلته أيضاً.

فالحوالة اسم من الإحالة أو من التحويل ، أي النقل من مكان إلى آخر ، فهي تفيد معنى لازماً هو التحول والانتقال ، ومعنى متعدياً هو التحويل والنقل<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> لأنه كما سبق بيانه قد استمد القانون المدني المصري ما تعلق بحوالة الدين من القانون المدني الألماني أصالة وجعل عمدته في ترجيح الأخذ بها هو الفقه الإسلامي .

<sup>2</sup> لأن القانون المدني الأهلي والمختلط لم ينص على حوالة الدين تقليداً للقانون المدني الفرنسي ، وقد أدرك المشرع المصري ضرورتها في التشريع لذلك نص عليها في هذا القانون المدني الجديد. وانظر في فوائد حوالة الدين العملية على سبيل المثال : محمد صبري مصطفى ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص 280-281 ، محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، دون رقم الطبعة ، 2006م ، ص : 423. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/553-555.

<sup>3</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق ، ج3/136.

<sup>4</sup> انظر : أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، مرجع سابق ، ج1/157. قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، المحقق: يحيى حسن مراد ، دار الكتب العلمية ، 2004م ، ص : 82. سعدي أبو حبيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، دار الفكر . دمشق - سورية ، ط/2 ، 1988 م ، ص : 105. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين - بيروت ، ط/4 ،

1987م ، ج4/1681. مصبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 601. زكي عبد البر ، الحوالة في الفقه الإسلامي ، مجلة الدراسات الشرعية والإسلامية ، منشورات جامعة الكويت ، عدد رقم 2 ، 1985م ، ص : 08.

## ثانيا : حوالة الدين اصطلاحا عند فقهاء القانون

يدخل تحت مصطلح حوالة الدين جميع الحالات التي يتحمل فيها أحد المتعاقدين مسؤولية التزام المتعاقد الآخر قبل ثالث ، ومسؤولية المدين الجديد تتدرج في الشدة حسب الاتفاق بينه وبين المدين الأصلي ، فقد يحتال على نفسه الوفاء فقط ، وفي هذه الحالة يكون التزامه قاصرا على العلاقة بينه وبين المدين ، مثل هذا الاتفاق لا يكسب الدائن حقا قبل المدين الجديد ولا يؤدي إلى براءة المدين القديم ، وهذا النوع يسمى **الوعد بالتنفيذ**.

وقد يتدرج التزام المدين الجديد في الشدة فيصبح مدينا بنفس الالتزام إلى جانب المدين الأصلي ، ويكتسب الدائن قبل المدين الجديد حقا يمكنه من المطالبة به ، غير أن هذا الاتفاق لا يؤدي إلى براءة المدين القديم ، وهذا النوع يسمى **حوالة التوثيق** .

وقد يصل التزام المدين الجديد إلى درجته القصوى فيصبح مسؤولا عن الدين بدل المدين القديم ، وبذلك يتم إبراءه كليا من التزامه قبل الدائن ، وهذا النوع يسمى **حوالة الإبراء** ، وهي المعنى الدقيق لما يعبر عنه اليوم بحوالة الدين<sup>1</sup> .

وعليه **فحوالة الدين : هي اتفاق على نقل الدين من المدين الأصلي إلى ذمة مدين جديد يحل محله في مواجهة الدائن، على أن يتحمل المدين الجديد الدين ذاته بكافة مقوماته وخصائصه و ضماناته ودفوعه<sup>2</sup>**.

فحوالة الدين إذا هي ذلك العقد الذي بموجبه يبرأ المدين القديم من الدين ويدخل المدين الجديد محله على أن يبقى الالتزام كما هو دون تغيير<sup>3</sup> ، ففي حوالة الدين يوجد ثلاثة أطراف

<sup>1</sup> عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص: 10-11.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، الطبعة الأولى ، 2012م . ص: 304. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، عين مليلة - الجزائر - 2010 ، ص : 279. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/553 .

<sup>3</sup> عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص: 07.

رئيسية ، المدين الأصلي ويسمى المحيل ، والمدين الجديد ويسمى المحال عليه ، وأخيرا الدائن ويسمى المحال له .

والملاحظ أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري لم يستعملا المصطلحات الخاصة بأطراف الحوالة ، خلافا لما ذهب إليه الفقه الإسلامي والقوانين المستمدة منه ، كالقانون المدني الأردني والعراقي .. فأطلق على أطرافها الدائن والمدين والمحال عليه ، فاكتفى بالمصطلح الخاص بالأجنبي فقط، وهو المحال عليه ، في حين سمي المحيل بالمدين ، والمحال بالدائن<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : مقارنة حوالة الدين بالنظم القانونية التي تقترب منها

من أهم النظم القانونية التي تقترب من حوالة الدين في الكثير من المسائل رغم أن هذه النظم تعد من طرق انقضاء الالتزام لا من طرق انتقاله نجد : التجديد والإنابة في الوفاء .

#### أولا : حوالة الدين والتجديد

التجديد هو اتفاق بين طرفي الالتزام على إنهاء الالتزام الأصلي في مقابل إنشاء التزام آخر جديد يحل محله ، فالتجديد إذا هو استبدال دين جديد بدين قديم يختلف عنه في أحد عناصره الأساسية سواء في المحل ( الدين ) أو طرفي الالتزام ( الدائن والمدين ) .

فيتغير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عن الالتزام الأصلي مع بقاء الدائن والمدين من دون تغيير ، ومثال ذلك أن يكون التزام الطرفين القديم هو دفع مبلغ من النقود ، فبتفقا على تجديده بتسليم كمية معينة من بضاعة متفق عليها<sup>2</sup>.

ويتغير الدائن إذا اتفق الدائن و المدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

<sup>1</sup> ويسمى أيضا الدائن بالمحتال ، والأجنبي بالمحتال عليه كما في مرشد الحيران وغيره .

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 318

وإما بتغيير المدين وهي الصورة التي تعيننا ، وذلك إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد <sup>1</sup> .

غير أن التجديد يختلف عن الحوالة في أنه ينشئ التزاما جديدا بدل الالتزام الأصلي ، فيحل محل الالتزام الأصلي التزام جديد بضمانات وصفات ودفوع تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا الجزائرية في قرار مشهور لها على أنه : " ينتفي التجديد قانونا عند عدم نشوء التزام جديد في ذمة المدين يختلف عن الالتزام الأصلي في طرفي الالتزام، أو يختلف عنه في محله أو في مصدره ."<sup>2</sup>، وهذا خلافا لحوالة الدين إذ ينتقل فيها الالتزام نفسه بجميع مقوماته وخصائصه من مدين إلى آخر، والحاصل أن الحوالة أفضل من التجديد ، فهي تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه ، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفوعه لمصلحة المدين ، ولهذا ذهب التقنين المدني الألماني بعد أن نظم حوالتى الحق والدين إلى حد إلغاء التجديد بتاتا ، أما في الدول التي نظمت كل من الحوالة والتجديد مثل القانون المدني الجزائري وأصله المصري، وأكثر الدول العربية، فلم يعد للتجديد فيها مكان يذكر بل هُجر إذ أن أغلب الناس أصبحت تؤثر في تعاملاتها الحوالة لما تتميز به كما سبق، وأصبحت بذلك الحوالة تحل محل التجديد في الغالب <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/438.

<sup>2</sup> المحكمة العليا الجزائرية ، غ . م ، 2005/06/08 ، ملف رقم 354458، مشار إليه في القانون المدني المعلق عليه باجتهادات المحكمة العليا ، للأستاذ يوسف دلاندة ، ص: 64 . نقلا عن بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 320 .

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/439 . بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص320، محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 343.



## ثانيا : حوالة الدين والإنابة في الوفاء

الإنابة في الوفاء هي تصرف بمقتضاه يحصل المنيب على رضاء المناب لديه بشخص ثالث هو المناب ، يلتزم بوفاء الدين مكان المدين <sup>1</sup>.

ومن هنا فإن للإنابة ثلاثة أطراف : المنيب ( وهو المدين الأصلي ) ، والمناب ( وهو الشخص الأجنبي الذي يلتزم بتحمل الدين والوفاء به مكان المدين ) ، والمناب لديه ( وهو الدائن ) ، والإنابة تفترض أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه ، لأنها من طرق انقضاء الالتزام ، وتنقسم الإنابة إلى قسمين : إنابة كاملة وإنابة ناقصة.

**1/ الإنابة الكاملة :** وتكون إذا تم الاتفاق على أن ذمة المنيب تبرأ في مواجهة دائئه ، فينقضي دينه ويصبح المناب هو المدين الجديد بدلا منه ، ويتضمن ذلك في الحقيقة تجديد الدين بتغيير المدين ، والفرق بين هذه الإنابة وحوالة الدين هو الفرق نفسه بين التجديد وحوالة الدين وقد سبق بيان ذلك .

وهذه الإنابة الكاملة التي تتضمن تجديدا بتغيير المدين هي التي تردُّ إليها الحوالة في الفقه الإسلامي ، وخاصة عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.

ونظرا لمبدأ عدم افتراض التجديد في الإنابة ، فإنه في حالة النزاع يظل المدين ملزما بالدين في مواجهة دائئه إلى جانب التزام المناب<sup>2</sup>، وهو ما نصت عليه المادة (295 ق م ج)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وهو ما نصت عليه المادة 294 ق . م . ج بقولها : " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير . "

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 316-317. محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 345-355.

<sup>3</sup> تنص المادة على مايلي : " إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد ارتضاه المناب صحيحا ، وألا يكون هذا الأخير معسرا وقت الإنابة .

غير أنه لا يفترض التجديد في الإنابة ، فإن لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد . وهذا النص مطابق لأصله المصري م 360 ، وكذا القانون المدني السوري ، م 358 ، و القانون المدني الليبي م 327 ، و القانون المدني العراقي م 406 ..

2/ **الإنبابة الناقصة** : وهي الإنبابة التي لا تتضمن تجديد الدين بتغيير المدين ، حيث يظل المدين الأصلي ( وهو المنيب ) ملزما بالدين في مواجهة الدائن إلى جانب التزام الشخص الأجنبي ( وهو المناب ) ، فأثرها هو إضافة مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي ، فيكون للدائن مدينان يستطيع أن يطالب أيًا منهما ، فإذا وفى أحدهما برئت ذمة الآخر<sup>1</sup> ، وهو ما نصت عليه المادة 2/295 ق م ج<sup>2</sup>.

والفرق بين الإنبابة الناقصة وحوالة الدين يكمن في أن حوالة الدين ينتقل فيها الدين ذاته إلى ذمة مدين آخر ، أما في الإنبابة الناقصة يبقى الدين القديم في ذمة المدين الأصلي ، وينشأ إلى جانبه دين جديد في ذمة مدين آخر ، وهذا الدين الجديد يكون دينًا مستقلًا عن الدين القديم الذي في ذمة المدين الأصلي في مقوماته وخصائصه...<sup>3</sup>

**ثالثا : حوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير** : الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد بين شخصين يرمي إلى إنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد ، يشترط في هذا التصرف القانوني أحد المتعاقدين - يدعى المشتراط - على المتعاقد معه - يدعى المتعهد - أن يقوم بأداء معين لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد - يدعى المستفيد أو المنتفع<sup>4</sup> - وقد تناول القانون المدني الجزائري مسألة الاشتراط لمصلحة الغير في المواد من (116-118)<sup>5</sup> ، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك . ومن أهم تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير التي نصت عليها جل التقنيات الحديثة مسألة التأمين على الحياة ، ومثال ذلك أن زوجا آمن على حياته لدى شركة تأمين بمبلغ 10.000 دج تدفع لزوجته ، فإن الزوج

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص 317 ، محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، 356.

<sup>2</sup> والتي تنص على ما يلي : " غير أنه لا يفترض التجديد في الإنبابة ، فإن لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد ."

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج 3/440.

<sup>4</sup> علي فيلاي ، الالتزامات ( النظرية العامة للعقد ) ، مرجع سابق ، ص : 416.

<sup>5</sup> وهي تطابق المواد (154-156) ق م مصري ، والمواد (210-212) ق م أردني .

يسمى المشتراط ، وشركة التأمين تسمى المتعهد ، والزوجة تسمى المنتفع ، ويكون عقد التأمين بين الزوج وشركة التأمين قد أنشأ حقا مباشرا في مبلغ التأمين لمصلحة الزوجة دون أن تكون طرفا في هذا العقد ، مما يؤكد أن الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء من قاعدة أن الأصل في العقد أنه نسبي لا يلزم إلا المتعاقدين وخلفهما ولا ينشئ حقوقا إلا لصالحهم ، ولا يلزم الغير ولا يرتب له حقا<sup>1</sup>.

ولقد جعل القانون المدني الفرنسي الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليه في المادة (1121) منه وسيلة من الوسائل التي يمكن أن تحقق الآثار المتوخاة من حوالة الدين ، على أن نظام الاشتراط لمصلحة الغير لم يقصد به أن يكون وسيلة لنقل الدين ، ولكن قصور الإنابة عن تحقيق هذه النتيجة دفع الفقهاء إلى التساؤل عما إذا كان من الممكن الوصول إلى الآثار العملية والاقتصادية لحوالة الدين بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير<sup>2</sup>.

ومن الأمثلة التي تقرب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير من حوالة الدين كما لو فرضنا أن: أ دائن ل : ب بدين مصدره قرض ، و ب يبيع عقارا ل : ج ويشترط عليه أن يدفع ثمن الشراء لمصلحة دائنه أ الذي يعلن رغبته في الاستفادة من هذا الاشتراط ، وتبدو العملية بهذا الشكل كما لو أنها كانت حوالة دين طرفاها هم طرفا عقد البيع .

غير أن هناك فروقا جوهرية بين الاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الدين تكمن في أن المدين إذا اشترط على شخص آخر أن يفي بدينه للدائن فيكسب الدائن من وراء هذا الاشتراط حقا مباشرا قبل المتعهد أن يوفي له الدين ، فلا يزال المدين الأصلي ملزما هو أيضا بالدين ولم تبرأ ذمته منه ، بل انضم إليه مدين جديد بموجب الاشتراط لمصلحة الدائن، هذا إلى أن الدين نفسه بصفاته و ضماناته ودفوعه لم ينتقل من مدين إلى مدين ، بل وجد إلى جانب الدين الأصلي دين جديد بصفات و ضمانات ودفوع مستقلة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي علي سليمان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 90-91.

<sup>2</sup> عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص 83.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج 3/556. عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص 83-92 .

## المطلب الثاني : نشأة حوالة الدين وتطورها في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

### الفرع الأول : نشأة حوالة الدين وتطورها في القانون الوضعي

#### أولاً : حوالة الدين في القانون الروماني

لما كانت نظرة فقهاء الرومان إلى الالتزام نظرة شخصية لا مادية ، محتواها أن الالتزام يقع على شخص المدين لا على ذمته ، ليكون بذلك محل الالتزام هو نفسه المدين لأن الدائن ما كان سيقبل أن يكون دائناً لمدين بعينه لولا ثقته فيه ، ثم إن العقاب سيلحق شخص الدائن بحبسه إذا لم يوف بالالتزامه، بسبب هذه النظرة القاصرة لم يكن يمكن بأي حال من الأحوال قبول انتقال الالتزام من مدين إلى آخر ، وبقي الحال على ما هو عليه في جميع مراحل تطور القانون الروماني ، سواء في العصر العلمي للقانون الروماني أو حتى في عهد جستنيان ، فقد استمرت الصفة الشخصية للالتزام هي الغالبة ، ولا زالوا ينظرون إلى الالتزام بأنه رابطة بين شخصين لا يمكن تعديلها بأية طريقة ، وأي تغيير في هذه الرابطة يؤدي إلى انقضاء الالتزام وإنشاء التزام جديد محله <sup>1</sup>.

ولذلك ما كان مقبولاً أبداً بل لم يكن حتى متصوراً في أذهان فقهاء الرومان تغيير المدين بمدين آخر ، وقد بقيت فكرة الرابطة الشخصية بين الدائن ومدينه هي الفكرة المتبعة والسائدة عصوراً طويلة في القوانين اللاتينية ، فلم يكن يمكن معها تصور انتقال الالتزام لا من دائن إلى دائن آخر، ولا من مدين إلى مدين آخر <sup>2</sup>.

على أن استعصاء الالتزام على الانتقال لم يثبت في هذه القوانين القديمة إلا في انتقاله فيما بين الأحياء ، أما انتقاله بسبب الموت فقد كان معروفاً منذ زمن بعيد فينتقل الالتزام من الدائن عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه ، وكذلك ينتقل الالتزام من المدين عند موته إلى ورثته من بعده ، ويصبح هؤلاء هم المدينون مكانه .

<sup>1</sup> عبد الودود يحيى ، حوالة الدين دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الألمانية والمصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1957م ، ص 34-36.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج 414/3.

والذي ساعد على هذا التصور أن تركة المورث تنتقل كمجموع من المال إلى الورثة ، فيشتمل هذا المجموع من المال على الالتزامات حقوقا وديونا ، وتعتبر شخصية الوارث إنما هي استمرار لشخصية المورث ، فكأنما الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه ، بل بقي عند صاحبه ممثلا في شخص الوارث. هكذا كان تصور القانون الروماني ، وما زال هذا هو تصور الشرائع الغربية ، والشريعة الإسلامية نفسها تنقل الالتزام باعتباره حقا من المورث إلى الوارث ، أما الالتزام باعتباره دينا فلا تنقله من المورث إلى الوارث ، بل تبقى في تركة المورث حتى تفي به التركة ، ثم تنتقل التركة بعد سداد الديون إلى الورثة بما تشتمل عليه من أعيان وحقوق<sup>1</sup>.

إن انتقال الالتزام ذاته بمقوماته وخصائصه ما بين الأحياء لم يكن معروفا في القانون الروماني ، إذ كانت الفكرة التي تصور الالتزام رابطة شخصية - كما سبق بيانه - تقوم حائلا دون ذلك ، وإذا كان قد أمكن في انتقال الالتزام بسبب الموت جعل الوارث خلفا عاما للمورث ، وتصوير هذه الخلافة العامة كأنها استمرار لشخصية المورث ، ففي انتقال الالتزام ما بين الأحياء حيث الخلافة الخاصة لا يمكن تصوير هذه الخلافة الخاصة حال الحياة كما أمكن تصوير الخلافة العامة بعد الموت استمرارا لشخصية السلف ، ذلك أنه إذا أمكن القول بأن المورث وقد زالت شخصيته بالموت يتصور استمرارها في شخص الوارث ، فإنه يتعذر القول بأن السلف وهو لا يزال حيا تستمر شخصيته في شخص خلفه الخاص .

من أجل ذلك لم يكن ممكنا أن ينتقل الالتزام حال الحياة في القانون الروماني من دائن إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق ، أو من مدين إلى مدين آخر عن طريق حوالة الدين. ولم يكن ممكنا إذا أريد تغيير شخص الدائن إلا بتجديد الالتزام بتغيير الدائن ، أو أريد تغيير شخص المدين إلا بتجديد الالتزام بتغيير المدين<sup>2</sup> ، أو عن طريق الإنابة في الوفاء ، وهي

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/414.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ج3/416-417.

طرق ما زال العمل بها جاريا في النظم اللاتينية في كثير من الأحيان ، لا على أنها وسائل للخلافة الخاصة في الدين ، بل على أنها من الطرق المؤدية إلى انقضاء الالتزام .

### ثانيا : حوالة الدين في القوانين اللاتينية

التطور في القوانين اللاتينية فيما يتعلق بانتقال الالتزام لم يزل عبئا على القانون الروماني، فلم يصل القانون الفرنسي حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أي انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين في الالتزام إلا عن طريق بعض الطرق المعروفة منذ عهد الرومان وهي التجديد أو الإنابة في الوفاء ، أو الاشتراط لمصلحة الغير ، ذلك أن شخصية المدين في الالتزام أكبر خطرا من شخصية الدائن ، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه تتوقف قيمة الدين. فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفا في هذا التحويل عن طريق التجديد مثلا ، لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه المدين دون رضائه ، ويعنيه تغيير مدينه ما لا يعني المدين تغيير دائنه ، فبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور ولم تستكملها إلى غايتها، ورضيت بالطرق السالفة الذكر تسد بها النقص ، غير أن هذه الطرق لا تغني أبدا عن حوالة الدين للفروق الجوهرية بين حوالة الدين وبين تلك الطرق المذكورة .

هذا مع وجود بعض الحالات الخاصة نص عليها القانون المدني الفرنسي كحلول المشتري للعين المؤجرة محل المؤجر في التزاماته نحو المستأجر ، أو قامت بها نظريات فقهية كحلول الخلف محل السلف في الالتزامات المتعلقة بالعين التي انتقلت إليه ، فإن طريق الحوالة كان مسدودا ، رغم المحاولات الكثيرة لبعض الفقهاء من بناء حوالة الدين على أساس اتفاق الطرفين عليها طبقا لمبدأ سلطان الإرادة ، فيكون اتفاق الأطراف عليها يقوم مقام القانون ما لم يكن الاتفاق مخالفا للنظام العام والآداب العامة ، غير أن تلك المحاولات لم تحقق الغرض المنشود<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/557.

كانت هذه هي نظرة القوانين اللاتينية لحالة الدين وذلك مع استثناء التقنين المدني الإيطالي الجديد في المادة 1273 منه ، حيث أقر حالة الدين عند الكلام على الإنابة في الوفاء<sup>1</sup> .

### ثالثاً : حوالة الدين في القوانين الجرمانية

عندما دخل القانون الروماني ألمانيا في نهاية القرن الخامس عشر وجد الفقهاء تعارضاً جلياً بين نصوص القانون الروماني والعادات المطبقة في البلاد ، غير أن القضاء الألماني كان يغلب العادات المنتشرة في ذلك الوقت على القانون الروماني ، ومن تلك العادات ما يعرف بحوالة الدين ، فقد وجدت عملياً في ألمانيا قبل أن تنظم تشريعياً ، ولكن كان ينقصها التبرير القانوني ، وإقامة النظرية على أساس علمي ، ولذلك ظهرت العديد من النظريات محاولة إعطاء الأساس القانوني الذي تتبني عليه حوالة الدين ، الأمر الذي أدى في الأخير بالمشروع الألماني إلى إقرار حوالة الدين في صلب التشريع .

ولعل من أهم النظريات التي أثارت خلافاً كبيراً في الفقه الألماني في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين هي نظرية الخلافة الخاصة في الدين ، وقد بدأت هذه الثورة التشريعية بمؤلف دلبريك سنة 1853م ، وما لبث أن تبعه الكثير من الفقهاء الذين قالوا بأن حوالة الدين هي خلافة خاصة في الالتزام ، وإن اختلفوا فيما بينهم على الطريقة التي تتم بها هذه الحوالة ، بينما تمسك فريق آخر من الفقه بمبادئ القانون الروماني محاولاً الوصول إلى آثار حوالة الدين على أساس آخر غير الخلافة الخاصة<sup>2</sup> .

وقد لخص الأستاذ السنهوري العراك الطويل بين الفقهاء الألمان في هذه المسألة بقوله " حاول دلبريك أن يوفق بين الفكرة الرومانية وإمكان الحوالة ، فميز بين الالتزام حقا كان أو ديناً ، وهو رابطة شخصية لا يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر ، وهذا ما عناه القانون

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج418/3. وانظر بتفصيل أكثر : عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص 68-100.

<sup>2</sup> عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص :46.

الروماني، وبين ما ينتج عن الالتزام من قيم مادية ، فهذه من ناحيتها الإيجابية والسلبية يمكن أن تنتقل من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى .

وقد أحدثت نظرية **دلبريك** حركة فقهية قوية في ألمانيا ، واعترض الفقهاء على التقسيم الذي قال به ، وهؤلاء اختلفوا فيما بينهم أيضا فيما إذا كان الالتزام قابلا للانتقال أم غير قابل للانتقال ...

ثم جاء **كينتز** بعد **دلبريك** لكنه ظل أمينا على تقاليد القانون الروماني وجاء بحلول شبيهة إلى حد كبير بالإنابة والتجديد ، وبعده الفقيه **بير** الذي لجأ في تكييف حوالة الدين إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

وذهب الفقهاء الثلاثة ( **سالبيس** ، **جارس** ، و **منزل** ) إلى أن القانون الروماني لا يستعصي على حوالة الدين ، وتصوروا هذه الحوالة على النحو التالي : يقدم المدين الأصلي والمحال عليه إجابا مشتركا إلى الدائن ، فإن قبله الدائن أصبح المحال عليه هو المدين مكان المدين الأصلي ، وبرئت ذمة المدين الأصلي ، على أن الفقيه **سالبيس** يجعل الحوالة تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه

أما الفقيه **وندشايد** فقد عارض القانون الروماني صراحة ، وقال إن الالتزام قد تطور منذ عهد الرومان ، وأصبح المعتبر فيه هو القيمة المادية لا الرابطة الشخصية ، وبذلك تقضي التقاليد الجرمانية ، ومن ثم يجوز أن ينتقل الالتزام باعتباره قيمة مادية من ذمة مدين إلى ذمة مدين آخر باتفاق بين المدينين ، ولما كان المحال عليه إنما يتصرف في مال مملوك للغير ( الدائن ) فقد وجب أن يقر الدائن هذا التصرف ، فإذا ما أقره أصبح ساريا في حقه بأثر رجعي من وقت اتفاق المدينين لا من وقت إقراره.

وهكذا ظهر التقنين المدني الألماني في أعقاب هذه الحركة الفقهية فأقر حوالة الدين آخذا بنظرية **وندشايد** و**دلبريك** في صورة الحوالة التي تتم باتفاق ما بين المدين الأصلي والمحال



عليه ، وبنظرية سالبيس في صورة الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه .<sup>1</sup> ، وهو ما جاء صريحا في التقنين المدني الألماني في المواد (1414-1419) .

### الفرع الثاني : حوالة الدين في الفقه الإسلامي

إذا كان القانون الروماني لم يجز حوالة الدين لتأثره بالنظرية الشخصية في طبيعة الالتزام، خلافا للتشريع الألماني الذي أخذ بها لتأثره بالنظرية الموضوعية في طبيعة الالتزام، فإن الفقه الإسلامي اتجه إلى اعتبار الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين - ومن ذلك الحوالة - وإما بعمله كما في الأجير ، ولكن ترافق هذا الالتزام سلطة شخصية تأييدا لتنفيذه منعا من قيام المكلف بإخفاء ماله أو امتناعه عن عمله .

ولأجل ذلك شرع في الإسلام الحبس والتضييق على المدين<sup>2</sup> والأجير، وكل من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره حتى يقوم بعمله، غير أن الدائن لا يجوز له ممارسة هذه السلطة الشخصية بنفسه على مدينه ، كما هو معمول به في التشريع الروماني ، بل الحاكم وحده هو الذي منحته الشريعة الإسلامية هذه الصلاحية ، غير أنها موقوفة على طلب الدائن<sup>3</sup> . فالشريعة الإسلامية قد أجازت حوالة الدين باتفاق المذاهب جميعا بدون اختلاف ، وهي وإن كانت من نوع بيع الدين بالدين الذي حرمه كثير من الفقهاء ، فإنها جُوزت لحاجة الناس إليها مسامحة وإرفاقا<sup>4</sup> ، ومن الفقهاء من جعلها معاملة مستثناة أو رخصة من بيع الدين بالدين<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/558-559. وانظر بتفصيل أكثر : عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص: 46-67.

<sup>2</sup> المراد بالمدين المدين الموسر

<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1999م ، مرجع سابق ، ص 65-66. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/304.

<sup>4</sup> أبو محمد موفق الدين بن قدامة ، مرجع سابق ، ج4/390. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 600.

<sup>5</sup> ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1478. محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ، المكتبة العلمية ، ط1 ، 1350هـ ، ص : 317.

وتستند الحوالة في مشروعيتها إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه أبو هريرة رضي الله عنه: «مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»<sup>1</sup> ، وقد أجمعت الأمة على مشروعيتها<sup>2</sup>.

ولمعرفة مفهوم الحوالة في الفقه الإسلامي سنتطرق أولاً لمذهب الحنفية ثم نتبعه بمذهب الجمهور .

### أولاً : حوالة الدين عند الحنفية

لقد عرف فقهاء الحنفية حوالة الدين بأنها : " نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"<sup>3</sup> ، وهو ما نصت المادة (860) من مرشد الحيران بقولها : " الحوالة هي نقل الدين من المحيل إلى ذمة المحتال عليه"<sup>4</sup> ، ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك أيضاً في المادة (673) بقولها : " الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى".

وبعد اتفاق الحنفية على أصل النقل اختلفوا في كيفية هذا النقل وطبيعته فقيل :

1/ هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . ونسب هذا القول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف ، ومعنى ذلك أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه، وفرغت ذمة المحيل عن الدين ، ونتيجة لذلك لو أبرأ المحال له المحال عليه من الدين أو وهبه له صحت البراءة أو الهبة، أما لو أبرأ المحال له المحيل أو وهبه الدين لا يصح ذلك لأن تمليك الدين لغير من عليه الدين غير جائز ، وهذا دليل على أن الدين انتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وإلا لما وجدت البراءة محلاً في الحالة الأولى ، ولصحت

<sup>1</sup> أخرجه البخاري كتاب الحوالات ، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟ حديث رقم :2287، مرجع سابق ، ج3/94 . وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة ، باب : باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء رقم 1564 ، مرجع سابق ، ج3/1197.

<sup>2</sup> فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج4/171. أبو محمد موفق الدين بن قدامة ، مرجع سابق ، ج4/390.

<sup>3</sup> زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم ، مرجع سابق ، ج6/266. ابن عابدين، مرجع سابق ، ج5/317. فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق، ج4/171.

<sup>4</sup> ومثله نص القانون المدني الأردني في المادة 993 : "الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"

في الحالة الثانية لبقاء الدين في ذمة المحيل، غير أنّ الدين يعود إلى ذمة المحيل إذا هلك عند المحال عليه<sup>1</sup>.

2/ هي نقل المطالبة دون الدين من ذمة إلى أخرى . ونسب هذا القول إلى محمد بن الحسن.

أي أنّ الدين يبقى في ذمة المدين دون المطالبة التي تنتقل منه إلى المحال عليه، فلو أراد المدين قضاء الدين الذي عليه للدائن المحال له يكون قد أدى ما عليه ولا يكون متبرعا، ويجبر الدائن على الاستيفاء ، ولو أبرأ الدائن المحال عليه لا يرتد الإبراء بالرد، لأن الدائن إنما أسقط المطالبة لا الدين ، ولا يرجع المحال عليه على المدين ولو كانت الحوالة بأمره ، لأن الدائن لا يبرئ المحال عليه من الدين بل من مجرد المطالبة ، وإذا هلك الدين عند المحال عليه عادت المطالبة إلى المدين واجتمعت عنده مع الدين ، فيرجع الدائن على المدين بالدين نفسه ، ولو كان الدين قد انتقل إلى المحال عليه لما كان للدائن الرجوع بنفس الدين وإنما كان يرجع بالضمان<sup>2</sup> .

3/ هي ضم ذمة إلى ذمة في الدين والمطالبة جميعا . وهو قول زفر ، والحوالة على هذا الرأي لا تنقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه ، وإنما هي عقد للتوثيق كالكفالة، فلا يبرأ بها المحيل لا من الدين ولا من المطالبة ، ويكون للدائن حق مطالبة أيهما شاء (المحيل أو المحال عليه)<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج6/17 . ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج6/266 . فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج4/172 . سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 371 . عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 104 .

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج6/17 . ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج6/266 . فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج4/172 . سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 371 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/423 . عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 105-106 .

<sup>3</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج6/17 . فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ، ج4/171 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/423 . عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 106 .

وثمره الخلاف بالنسبة للرأيين السابقين تكمن في أنه إذا أبرأ المحال له المحيل من الدين لم يصح الإبراء على القول الأول لأن المحيل بريء من الدين بالحوالة ، أما على القول الثاني فالإبراء صحيح لأن الدين باق في ذمة المحيل ، وإنما المطالبة فقط تحولت عنه<sup>1</sup> .  
أما على التعريف الثالث فإن الحوالة تعد نوعاً من الكفالة ، أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازماً فيها ، فالحوالة إذا هي نقل من ذمة إلى أخرى لا ضم ذمة إلى ذمة كما ذهب إليه زفر<sup>2</sup> . ويقسم الحنفية الحوالة إلى قسمين خلافاً للجمهور ، فيقسمونها إلى حوالة مطلقة وحوالة مقيدة

**الحوالة المطلقة :** وهي التي يحيل فيها شخص غيره بالدين على شخص آخر ، ولا يقيد بالدين الذي عليه فيؤديها المحال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مدينا للمحيل أو غير مدين<sup>3</sup> ، وهو ما نصت عليه المادة (679) من مجلة الأحكام العدلية بقولها " الحوالة المطلقة : هي التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه ."  
**الحوالة المقيدة :** هي أن يحيل شخص غيره على آخر ليستوفي منه دينه ، ويقيد بالدين الذي له عليه ، فيؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للمحيل ، أو من دين عليه للمحيل<sup>4</sup> . وهو ما نصت عليه المادة (678) من المجلة بقولها : " الحوالة المقيدة : هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه ، أو في يده ."

ومن السهل تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل ، فإذا كان المحيل دائناً فهي حوالة حق ، وإن كان المحيل مدينا فهي حوالة دين .

<sup>1</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 371

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 17/6 . زكي عبد البر ، الحوالة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 10

<sup>3</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 16/6 . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج 307/4 . مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 75 .

<sup>4</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج 16/6 . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج 307/4 . مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 75 .

ولذلك فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائئه على آخر هي من قبيل حوالة الدين ، إذ يتبدل فيها المدين ويبقى الدائن هو نفسه .

وكل حوالة مقيدة يكون فيها الإنسان مدينا لشخص ودائنا لآخر ، فيحيل دائئه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه هي حوالة حق<sup>1</sup> ، وحوالة دين في وقت واحد<sup>2</sup> ، لأن المحيل فيها هو دائن للمحال عليه ، ومدين للمحال ، فيتبدل فيها بالنسبة إلى المحال عليه ، دائن مكان دائن فتكون بذلك حوالة حق ، كما يتبدل فيها المدين بالنسبة إلى المحال ، فتكون بذلك حوالة دين<sup>3</sup> .

**ثانيا: حوالة الدين عند الجمهور :** تختلف طبيعة الحوالة عند المذاهب الأخرى عنها عند الحنفية، فهم يرون أن في الحوالة عملية قصد بها تسوية الدين الذي على المحيل للمحال له بما للمحيل قبل المحال عليه، ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة: كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا<sup>4</sup> ، فيوفي المدين الدين الذي في ذمته للدائن بالدين الذي له في ذمة المحال عليه .

<sup>1</sup> ومن صور حوالة الحق ضمن الحوالة المقيدة : أن يحيل البائع دائئه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر ، ويحيل صاحب الحق في ريع الوقف دائئه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر ، ويحيل الغانم حقه من الغنيمة المحرزة على الإمام ، ففي كل هذه الأمثلة حل دائن جديد - وهو المحال - محل الدائن الأصلي ، وهو البائع ، أو المرتهن ، أو الزوجة ، أو مستحق غلة الوقف ، أو الغانم . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 308 . مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 79 .

<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 78 . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/307 .

<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 78 .

<sup>4</sup> واشترط الحنابلة أن يكون التوافق كذلك في الحلول والأجل ، أما المالكية فاشتروا أن يكون الدين حالا حتى لا يكون من باب بيع الدين بالدين

وأن لا يكون الدينان أو أحدهما طعاما من سلم . انظر ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1478 . أبو القاسم محمد بن جزي ، مرجع سابق ، ص :215 . أبو محمد بهاء المقدسي ، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة ، 2003 م ، ص : 271 . محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني ، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل ، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، ط/1، 2004 م ، ص : 263 .

ولذلك يجب تصور وجود التزامين سابقين عن إبرام عقد الحوالة ، الالتزام الأول هو دين للمحال له على المحيل ، والثاني هو دين للمحيل على المحال عليه . وهذا يدل على أن الجمهور لا يرى ذلك التقسيم للحوالة إلى مطلقة ومقيدة كما فعل الحنفية ، بل لا يوجد إلا حوالة واحدة وهي الحوالة المقيدة ، أما الحوالة المطلقة فليست بحوالة أصلاً حتى بالاسم ، فإذا حول المدين دائنه على أجنبي غير مدين له فهو إنما يجعل من هذا الأجنبي كفيلاً له ، فالحوالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها ، أو هي حمالة كما تقول المالكية ، ولا بد من رضا الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة ، فإذا انعقدت اعتبر المحال عليه كفيلاً للمدين ، وكان الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب المحال عليه<sup>1</sup>.

ولذلك فأى تعريف للحوالة عند غير الحنفية ينصرف مباشرة إلى الحوالة المقيدة لدى الحنفية ، لأن الجمهور لا يعترف بالحوالة المطلقة بتاتا ، ويعرف ذلك من خلال الشروط السابقة الذكر والتي تنصرف مباشرة إلى الحوالة المقيدة ، ومن بين التعريفات للحوالة لدى الجمهور ، ما عرفها به المالكية بأنها : " نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى"<sup>2</sup> وقيل " طَرَحُ الدَّيْنِ عَنْ ذِمَّةِ بَمَثَلِهِ فِي أُخْرَى "<sup>3</sup> .

وعند الشافعية هي : " عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة "<sup>4</sup>.

وعند الحنابلة " نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه "<sup>5</sup> .

وهذه التعريفات كلها متقاربة ولا تختلف عن تعريف الحنفية للحوالة المقيدة .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/428. عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 108 .

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ( د ت ن ) ، ج 3/325.

<sup>3</sup> محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع ، مرجع سابق ، ص : 316.

<sup>4</sup> محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، 1984م ، ج4/421.

<sup>5</sup> محفوظ بن أحمد بن الحسن ، أبو الخطاب الكلوزاني ، مرجع سابق ، ص:263.

## المطلب الثالث: انعقاد حوالة الدين وآثارها في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

### الفرع الأول : انعقاد حوالة الدين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

لقد نص القانون المدني الجزائري على أن انعقاد الحوالة يكون بطريقتين :

**الطريقة الأولى :** تتم هذه الطريقة بعقد بين المدين الأصلي والمحال عليه . وهو ما نصت عليه المادة (251) : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين".<sup>1</sup> ، غير أن الحوالة لا تنتج أثرها حتى يتم إقرار الدائن لها<sup>2</sup> ، وهو ما أكدته المادة (252) : " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها .

وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون صدور الاقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة"<sup>3</sup>.

وهذه الصورة تتعد عند الفقهاء أبي حنيفة ومالك والشافعي موقوفة على قبول الدائن ( المحال له) ، فإذا قبلها نفذت وإلا كانت باطلة ، وهو ما نصت عليه المادة (683) من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال عليه تتعد موقوفة على قبول المحال له "، وهذه المادة تعد هي الأصل الذي استمدت منه المادة (316) ق م مصري<sup>4</sup> ، والتي تعد بدورها أصلا للمادة (252) ق م ج، أما عند الإمام أحمد وداود

<sup>1</sup> أصل هذه المادة هو المادة 315 ق م م ، وتطابق المادة 304 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية الذي أعده مجلس الشعب المصري ونصها : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين. " ، كما تطابق المادة 315 ق م س ، والمادة 302 ق م ل . وتقابل كذلك المادة 1/339 ق م ع : " حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه " ، وتقابل المادة 993 ق م أ ، والمادة 1/377 ق م ك .

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، 281 .

<sup>3</sup> وهي مطابقة للمادة 305 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مع تغيير طفيف ، كما تطابق المادة 316 ق م سوري ، والمادة 303 ق م ليبي، وتقابل المادة 340 ق م عراقي ، والمادة 2/996 ق م أردني ، والمادة 378 ق م كويتي .

<sup>4</sup> عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص : 40 .

الظاهري فلم يشترطوا قبول الدائن إذا كان المحال عليه مليئاً نزولاً على ظاهر الحديث ، إذ ظاهر الحديث وجوب الاتباع في حالة الملاءة " وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع " <sup>1</sup>.

**الطريقة الثانية :** تتم هذه الطريقة بعقد بين الدائن والمحال عليه ، وهو ما نصت عليه المادة (257) : " تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه على أن يتقرر فيه أن هذا الأخير يحل محل المدين الأصلي في التزامه، وفي هذه الحالة تسري أحكام المادتين (254 ، 256) " <sup>2</sup> ، وفي هذه الصورة تنتج الحوالة أثرها بمجرد العقد <sup>3</sup> .

وهذه الطريقة موافقة لمذهب الحنفية - إذ هم الوحيدون من قال بالحوالة المطلقة - وهو ما نصت عليه المادة (681) من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما . مثلاً لو قال أحد لآخر خذ ما لي على فلان من الدين وقدره كذا قرشاً حوالة عليك ، فقال له الآخر قبلت ، أو قال أقبل الدين الذي لك بزمة فلان وقدره كذا قرشاً حوالة عليّ فقبل ، تصح الحوالة . حتى أنه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته " . وهذه المادة تعد أصلاً اقتبست من المادة (321 ق م م) <sup>4</sup> ، والتي تعد بدورها أصلاً للمادة ( 257 ق م ج) .

فهنا اعتبرت المجلة أنّ رضی المحيل غير ضروري لعقد الحوالة ، وهو الرأي الحنفي المختار <sup>5</sup> ، خلافاً لباقي المذاهب التي اشترطت رضی المحيل لانعقاد الحوالة <sup>6</sup> .

<sup>1</sup> أبو محمد بهاء المقدسي ، مرجع سابق ، ج1/271. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 604. سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 372.

<sup>2</sup> مطابقة لنص المادة 321 ق م مصري ، والمادة 308 من القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما تطابق المادة 321 ق م سوري ، والمادة 308 ق م ليبي، وتقابل المادة 379 ق م كويتي ، والمادة 341 ق م عراقي .

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، 281.

<sup>4</sup> عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص : 43. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق ، ج3/158.

<sup>5</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 373. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 603.

<sup>6</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ، ط/3 ، 1991م ، ج4/228 . محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني ،



ومن الطرق التي لم ينص عليها القانون المدني الجزائري وهي طرق معروفة في الفقه الإسلامي طريقتان آخران ، أحدهما يقره القانون حتما - بل يفهم جوازه ضمنيا من نص المادة (252 ق م ج) - لو وقع لأنه هو الأصل ، والثاني لم يشر إليه القانون المدني .

**الطريقة الثالثة :** تتعدّد الحوالة برضى المحيل والمحال له والمحال عليه ، وهذه الصورة تفترض رضى الثلاثة جميعا ، فرضى المحال له لا بد منه عند جمهور الفقهاء ، إذ أن الدين حقه ، وهو ينتقل من ذمة إلى أخرى ، وإن الذمم مختلفة والناس متفاوتون في القضاء والاقضاء .

وكذلك لا بد من رضى المحال عليه في هذه الصورة ، لأنه هو الذي يلتزم بالدين ، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذه الصورة في المادة (680) بقولها : " لو قال المحيل لدائنه أحلتك على فلان وقبل المحال له والمحال عليه تتعدّد الحوالة " <sup>1</sup> .

وهذه الصورة هي التي أرى أن القانون قد أشار إليه ضمنيا في المادة (252 ق م ج).

**الطريقة الرابعة :** تتعدّد هذه الطريقة بالاتفاق بين المحيل والمحال له ، وهذه الحوالة التي تحصل بين المحيل والمحال له وحدهما جائزة في المذهب الحنفي ، غير أنها تكون موقوفة على رضاء المحال عليه ، فإن قبلها بعد العلم بها صحت ونفذت ، وإلا كانت باطلة . وهو ما نصت عليه المادة 682 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: " الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له لا تصح ولا تتم إلا بعد إعلام المحال عليه وقبوله " . أما عند بقي الأئمة : مالك والشافعي وأحمد بن حنبل فالحوالة باتفاق المحيل والمحال له بدون رضى المحال عليه صحيحة <sup>2</sup> .

= = مرجع سابق ، ص:263 ، أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، ط/3 ، 1992م ، ج5/90.

<sup>1</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 373. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 603.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 604. علي الخفيف ، أحكام المعاملات المالية ، دار الفكر العربي - القاهرة - ، 2008م ، ص : 481.

## الفرع الثاني : آثار الحوالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

سبق وأن ذكرنا في انعقاد الحوالة أنها تتم بعدة طرق ، وأن القانون المدني الجزائري نص على طريقتين فقط هما : انعقاد الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه مع اشتراط إقرار الدائن لها ، وانعقادها بين الدائن والمحال عليه .

ومن خلال هذين الصورتين تتحدد آثار الحوالة في العلاقة بين كل من : العلاقة بين الدائن والمحال عليه أولا ، وثانيا في علاقة المدين الأصلي بالدائن ، وأخيرا في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه .

### أولا : أثر الحوالة في علاقة الدائن بالمحال عليه

إذا أقر الدائن حوالة الدين المبرمة بين المدين الأصلي والمدين الجديد تبرأ ذمة المدين الأصلي من الدين ، ويصبح المدين بالنسبة إليه هو المحال عليه ، وبالتالي يستطيع أن يطالبه بالوفاء بالالتزام كما لو كان هو المدين الأصلي . وينتقل الدين ذاته من ذمة المدين الأصلي ( وهو المحيل ) إلى ذمة المدين الجديد ( وهو المحال عليه ) بنفس صفاته وضمائنه ودفعه<sup>1</sup> ، وهو ما نصت عليه المادة (254 ق م ج) .

أما بالنسبة إلى انتقال الدين بصفاته التي كان عليها فمعنى ذلك أنه إذا كان الدين معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل فينتقل بشرطه أو أجله ، ومثله أيضا إذا كان الدين تجاريا فينتقل على هذا الوصف ، أو أن يكون منتجا لفوائد فينتقل منتجا لفوائد بنفس السعر وبنفس الشروط... وينتقل الدين على هذا النحو إلى ذمة المحال عليه من تاريخ انعقاد الحوالة.

أما بالنسبة إلى انتقال الدين بجميع ضمانته فيتضح ذلك من خلال نص المادة (254 ق م ج) والتي تنص : " يحال الدين بكامل ضماناته.

غير أنه لا يبقى للكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ، التزام تجاه الدائن الا إذا رضي بالحوالة ."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 309

<sup>2</sup> مطابقة لنص المادة 318 ق م م ، والمادة 309 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما تطابق المادة 318 ق م س ، والمادة 305 ق م ل ، والمادة 1004 ق م أ ، وتقابل المادة 341 ق م ك ، والمادة 348 ق م ع .

ويتضح من هذا النص أن الدين ينتقل بجميع ضمانته كالرهن وحق التخصيص والامتياز غير أنه إذا كان الدين مضمونا بكفالة عينية أو شخصية فإن الكفالة تنقضي إلا إذا رضي الكفيل بقاء كفالته ، إذ لا يتصور إكراهه على ضمان غيره .

وينتقل الدين أيضا بكامل دفعه وهو ما نصت عليه المادة (256 ق م ج) بقولها : " يتمسك المحال عليه قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة".<sup>1</sup> ، فيستطيع المحال عليه بموجب حوالة الدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفوع القانونية التي كان للمحيل الحق في التمسك بها ، سواء أكانت متعلقة بذات الدين ( كالدفع ببطلان الدين ، والدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة ، وغيرها من الدفوع ... ) ، أم مستمدة من عقد الحوالة ذاته ، كالدفع ببطلان عقد الحوالة ، أو الدفع بعدم التنفيذ<sup>2</sup> .

كان هذا في ما يتعلق بالقانون المدني الجزائري ، أما في الفقه الإسلامي فإن الدين كذلك ينتقل من المدين الأصلي (المحيل) إلى المدين الجديد (المحال عليه) ، فيثبت بذلك للمحال له (الدائن) حق مطالبة المحال عليه بالدين المحال به ، ولا يبرأ المحال عليه من الدين قبل المحال له إلا بأسباب سقوط الدين المعروفة سواء بالإيفاء ، أو الحوالة على آخر ، أو الإبراء من الدين ، أو هبة الدين ، أو اتحاد الذمة ( المواد : 690 ، 699 ، 700 من مجلة الأحكام العدلية )<sup>3</sup> .

وينتقل الدين كذلك من المحيل إلى المحال عليه بجميع صفاته ، وهو ما نصت عليه المادة (876) من مرشد الحيران بقولها : " يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي

<sup>1</sup> مطابقة لنص المادة 320 ق م م ، والمادة 310 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والمادة 105 ق م أ ، وتقابل المادة 382 ق م ك ، والمادة 349 ق م ع .

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 309-310. محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 290-291. عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 142. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/584-604.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 609.

على المحيل، فإن كان الدين على المحيل حالاً تكون الحوالة به على المحتال عليه حالة ، ويدفع المحتال عليه الدين المحال به معجلاً .

وإن كان الدين على المحيل مؤجلاً تكون الحوالة به على المحتال عليه مؤجلة ، ولا يلزم الدفع إلا عند حلول الأجل...<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بانتقال الدين بجميع تأميناته وهو ما نصت عليه المادة (254 ق م ج ) فالفقه الإسلامي لا يقر ذلك ، أي أن الدين إذا انتقل من المحيل إلى المحال عليه ، وكان هذا الدين موثقاً برهون وضمائنات فإنها تنتضي بمجرد النقل<sup>2</sup> ، ومما يدل على ذلك نص المادة (690) من مجلة الأحكام العدلية : " حكم الحوالة براءة المحيل وكفيله .." ونص المادة (871) من مرشد الحيران : "إذا قبل المحتال الحوالة ورضي المحتال عليه بها برئ المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا ، وثبت للمحتال حق مطالبة المحتال عليه... " وعليه لا يستطيع الدائن (المحال له) مطالبة المحال عليه بالضمانات والتأمينات التي كانت توثق الدين بينه - المحال عليه - وبين المحيل .

**ثانياً : أثر الحوالة في علاقة المدين الأصلي بالدائن ( علاقة المحيل بالمحال له )**

من خلال نص المادة 255 : " يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك ."<sup>3</sup> يتبين أن علاقة المحيل بالمحال له تتلخص في مسألتين : براءة ذمة المدين الأصلي ، وضمان المدين الأصلي يسار المحال عليه .

<sup>1</sup> محمد قذري باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، شرح ودراسة وتحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بإشراف : محمد أحمد سراج و أحمد جابر بدران ، دار السلام - مصر - ط1/ 2011م، ج3/1296.

<sup>2</sup> زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي ، ( د ت ن ) ، ج2/232. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ط1/ 1994م ، ج3/193.

<sup>3</sup> هذه المادة تطابق المادة 319 ق م م ، والمادة 307 من القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، و تطابق المادة 319 ق م س ، والمادة 306 ق م ل ، كما تقابل المادة 369 ق م ع ، والمادة 1011 ق م أ .

1/ براءة ذمة المدين الأصلي : إذا انعقدت الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة فإن المدين تبرأ ذمته بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجة إلى رضائه ، أما إذا تمت بعقد بين المدين والمحال عليه فلا تكون نافذة حتى يقرها الدائن .

## 2/ ضمان المدين الأصلي يسار المحال عليه :

إذا انعقدت الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي فإن هذا الأخير لا يضمن للدائن شيئاً ، وتبرأ ذمته ، وعلى الدائن أن يتحمل إفسار المحال عليه لأنه هو الذي اختار الاتفاق معه .

أما إذا انعقدت الحوالة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه وأقرها الدائن فإن القانون افترض أن المدين الأصلي يضمن للدائن المحال له يسار المحال عليه وقت إقراره الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

أما إذا رفض الدائن الحوالة فإنها لا تسري في حقه ، ويطالب المدين الأصلي بالوفاء ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يحتج بالحوالة<sup>1</sup>.

وفي الفقه الإسلامي نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (690) على ذلك بقولها : " حكم الحوالة براءة المحيل وكفيله إن كان له كفيل .." ومقتضى ذلك أن الحوالة تبرئ ذمة المحيل ، وتسقط التأمينات العينية والشخصية ، غير أن هذه البراءة ليست على إطلاقها بل تقع عليه مستثنيات عدة .

فعند الإمامين الشافعي<sup>2</sup> وأحمد<sup>3</sup> لا يحق للمحال له أن يرجع على المحيل بوجه من الوجوه ، لأن البراءة عندهما تحصل بصورة مطلقة إلا إذا اشترط المحال له الرجوع ، وبهذا

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 292-294. وانظر بإسهاب أكثر: عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 128-136 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/605-610.

<sup>2</sup> محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي ، مرجع سابق ، ج4/428.

<sup>3</sup> ابن قدامة المقدسي ، مرجع سابق ، ج4/390. المادة 1181-1182 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ، للشيخ أحمد بن عبد الله القاري ، مرجع سابق ، ص : 379.

الرأي قال الإمام مالك، غير أنه أعطى للمحال له حق الرجوع على المحيل إذا غرّه وأحاله على عديم مفلس قبل الإحالة<sup>1</sup>، وذهب أهل الظاهر إلى أنّ الحوالة لا تجوز إلا على مليء بداية، وأنّ إفسار المحال عليه إثر الإحالة لا عبرة به، ولا يعطي المحال له حق الرجوع على المحيل إلا إذا غرّه وأحاله على غير مليء، فللمحال له عندها حق الرجوع على المحيل<sup>2</sup>.

أما في المذهب الحنفي فإنّ الحوالة تبرئ المحيل مبدئياً ، ولكن للمحال له الرجوع على المحيل إذا تويّ أي هلك حقه ويحدث ذلك في حالتين : الأولى أن يجحد المحال عليه الحوالة دون أن يكون للمحال له بينة عليه ، والثانية أن يموت المحال عليه مفلساً ، وقد زاد الصحابان حالة ثالثة ، وهي حكم الحاكم بإفلاس المحال عليه حال حياته<sup>3</sup> .  
والملاحظ أن المادة (255 ق م ج) قد جاءت موافقة تماماً لم ذكرنا في الفقه الإسلامي سواء أكان ذلك بمنطوق المادة أو مفهومها .

أما منطوق المادة بقولها : " يضمن المدين الأصلي يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك " وهذا موافق لما عليه الحنابلة وأهل الظاهر الذين يشترطون أن تكون الحوالة على المليء وجوباً ، فإنّ غرّه وأحاله على مفلس كان للمحال له حق الرجوع عليه - أي على المحيل - وهو مذهب الإمام مالك وأهل الظاهر كذلك .  
فإن اتفق المحيل والمحال له على عدم ضمان يسار المحال عليه وقت إقرار المحال له للحوالة فإنّ ذلك يؤدي إلى عدم رجوع المحال له على المحيل، وهو مذهب الشافعي ومالك ، وأبي حنيفة بالشروط السالفة الذكر .

أما مفهوم المادة والذي مؤداه براءة المحيل في حالة ما إذا انعقدت الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة دون تدخل المدين الأصلي ، فإنّ هذا الأخير لا يضمن للدائن شيئاً ، وتبرأ ذمته ، وعلى الدائن أن يتحمل إفسار المحال عليه لأنه هو الذي اختار الاتفاق معه

<sup>1</sup> محمد بن جزى المالكي ، مرجع سابق ، ص: 215. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج5/95.

<sup>2</sup> أبو محمد بن حزم ، المحلى بالآثار ، دار الفكر - بيروت ، ( د ت ن ) ، ج6/396.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 607-608.

فقد سبق وأن أشرنا إليها في الطريقة الثانية من طرق انعقاد الحوالة ، وجعلنا نص المادة (681) من مجلة الأحكام العدلية أصلا لذلك ، وقد نصت المادة على ما يلي : " يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما . مثلا لو قال أحد لآخر خذ ما لي على فلان من الدين وقدره كذا قرشا حوالة عليك ، فقال له الآخر قبلت ، أو قال أقبل الدين الذي لك بذمة فلان وقدره كذا قرشا حوالة عليّ فقبل ، تصح الحوالة . حتى أنه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته " .

### ثالثا : أثر الحوالة في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه

من خلال نص المادة (253 ق م ج ) : " ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة.

غير أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام لم يتم بما التزم به قبل المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة.<sup>1</sup>

يجب التمييز في إطار العلاقة بين المدين الأصلي بالمحال عليه بين مرحلتين : الأولى قبل إقرار الدائن للحوالة ، والثانية مرحلة ما بعد إقرار الدائن للحوالة .

### 1/ قبل نفاذ الحوالة في حق الدائن :

من خلال الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر يتبين أن القانون أوجب على المحال عليه تنفيذ التزامه قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المتفق عليه ، ويلتزم بالوفاء قبل إقرار الدائن للحوالة، وعند رفضه لها أيضا ، ذلك أن رفض الدائن للحوالة لا يترتب عليه بطلان عقد الحوالة والالتزام القائم في ذمة المحيل .

<sup>1</sup> هذه المادة تطابق المادة 317 ق م م ، والمادة 306 من القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، و تطابق المادة 317 ق م س ، والمادة 304 ق م ل .

غير أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن طالما لم يتم دوره بما التزم به نحو المحال عليه بموجب عقد الحوالة ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (253 ق م ج) ، ومثال ذلك أن يبيع المدين الأصلي للمحال عليه عقارا ، وفي مقابل ثمنه يتحمل المحال عليه بدين في ذمة البائع ( المدين الأصلي ) . ففي مثل هذه الحالة يكون التزام المحال عليه بتحمل الدين في مقابل العقار الذي اشتراه ، فإذا لم يتم البائع ( المدين الأصلي ) بتسليم العقار إلى المحال عليه أو بنقل ملكيته إليه طبقا للقواعد المقررة فلا يحق له مطالبة المحال عليه بوفاء الدين المحال به للدائن مادام البائع ( المدين الأصلي ) لم يتم بما التزم به نحو المحال عليه .

## 2/ بعد نفاذ الحوالة في حق الدائن

تعتبر الحوالة نافذة في حق الدائن إذا أقرها ، ويكون المحال عليه هو الملتزم قبله بالدائن المحال به ، وتبرأ ذمة المدين الأصلي ( المحيل ) من الالتزام نهائيا ، وذلك من تاريخ إقرار الدائن بالحوالة ، ومن ثم يتخلص المدين الأصلي من الدين في مواجهة الجميع . كما أن رجوع المحال عليه على المدين الأصلي بعد أن يلتزم بالدائن المحال به تحكمه العلاقة القانونية التي قامت بينه وبين المدين الأصلي . كما أن علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه في مرحلة ما بعد إقرار الدائن بالحوالة تحكمها العلاقة السابقة بينهما ، فالمحال عليه قد يكون قاصدا أن يقرض المدين بما يعادل قيمة الدين ، أو أن يقصد التبرع له ، أو أن يفى له بدين ترتب في ذمته ...<sup>1</sup> أما عن أثر حوالة الدين في العلاقة بين المحيل والمحال عليه في الفقه الإسلامي فقد سبق وأن قسمنا حوالة الدين إلى حوالة مطلقة وحوالة مقيدة .

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 310. محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 296-295. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/611-620. عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 136-141.



فإن كنا بصدد حوالة مطلقة ولم يكن للمحيل عند المحال عليه دين ، كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل بعد الأداء - وهو ما يعرف بالإثراء بلا سبب وقد جعله القانون المدني الجزائري مصدرا من مصادر الالتزام - .

وإذا كان للمحيل دين على المحال عليه فإن ما يؤديه المحال عليه يكون مقاصة بدينه . وهو ما نصت عليه المادة (691) من مجلة الأحكام العدلية<sup>1</sup>.

أما إن كنا بصدد حوالة مقيدة - وهي التي تعطي من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه - ففي هذه الحوالة ينقطع حق المحيل بالمطالبة بالدين المحال به، ولا يجوز للمحال عليه بعد علمه بالحوالة أن يدفع هذا الدين للمحيل، وإن فعل لزمه ضمانه، وإذا توفي المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته فليس للغرماء مشاركة المحال له بالدين المحال به ، أما رجوع المحال عليه على المحيل فلا يجوز قبل أداء الدين أبدا ، ويجوز بعده ولكن يكون بجنس المحال به لا بجنس المؤدى ، وهو ما نصت عليه المادة (698) من المجلة ، ومثال ذلك لو أحيل على المحال عليه بفضة ، وأعطى ذهبا للمحال له ، فعليه أخذ الفضة من المحيل ، ولا يجوز له المطالبة بالذهب . كذلك لو أداها بأموال وأشياء أخرى، فليس له إلا أخذ ما أحيل عليه<sup>2</sup> .

والخلاصة من العرض السابق لمسألة الحوالة في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الجزائري وبعد ما وجدنا من أوجه شبه كثيرة بينهما - بل إن بعض النصوص مقتبسة أصالة من الفقه الإسلامي كما سبق بيانه - نستطيع القول بأن من أهم الفوارق الرئيسية بين حوالة الدين في الفقه الإسلامي وحوالة الدين في القانون المدني الجزائري وأصله المصري أنّ حوالة الدين في القانون المدني إنما تنتقل التأمينات إلى الدين الجديد، فإذا كان الدين الذي في ذمة المدين الأصلي موثقا برهن مثلا فإنه ينتقل عن طريق عقد الحوالة إلى المدين الجديد ( المحال عليه) موثقا بنفس الرهن لأنه الدين ينتقل هو ذاته من مدين إلى مدين .

<sup>1</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 609. سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 378.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 610. سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص : 383

أما في الفقه الإسلامي فقد رأينا أن الدين الذي ينتقل من المدين الأصلي ( المحيل ) إلى المدين الجديد ( المحال عليه ) لا ينتقل موثقا بنفس التأمينات والضمانات التي كانت واقعة على الدين الذي في ذمة المدين الأصلي ، بل ينتقل الدين من المحيل إلى المحال عليه خاليا من أي تأمين، مما يدل على أن التأمينات تتقضي بمجرد إبرام عقد الحوالة ، ليدل ذلك على أن الدين انتقل مفرغا من التأمينات التي كان موثقا بها ، وذلك يعني أن الدين الذي كان على المدين الأصلي ليس هو نفس الدين الذي انتقل منه إلى المدين الجديد، بل هما دينان، الأول موثق بتأمينات، والثاني مفرغ منها، وذلك يدل أن الدين الذي تحمله المدين الجديد ( المحال عليه ) هو دين جديد منفصل تماما عن الدين الذي كان على المدين الأصلي ( المحيل )<sup>1</sup>، الأمر الذي جعل الكثير من فقهاء القانون المدني المبرزين من أمثال الأستاذ السنهوري يجزمون بأن الفقه الإسلامي لا يعرف حوالة الدين بالمعنى المنصوص عليه في الفقه الغربي، وأنّ حوالة الدين في الفقه الإسلامي إنما هي على حالات وقد لخصها الأستاذ السنهوري فقال: " ويخلص من ذلك أن الحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة تختلف في طبيعتها عن الحوالة المقيدة ، فالأولى **كفالة محضة** - لأنها ليست حوالة أصلا على مذهب الجمهور لعدم توفر شروط الحوالة فيها - ، وأما الحوالة المقيدة -وهي الحوالة المقصودة عند الجمهور إذا ما أطلقوا هذا اللفظ - فهي **تجديد بتغيير المدين** وذلك إذا كانت حوالة دين ، **وتجديد بتغيير الدائن** إذا كانت حوالة حق كما سبق بيان ذلك .

أما في المذهب الحنفي فالحوالة المطلقة لا تختلف عن الحوالة المقيدة في طبيعتها ، كلتاهما إما **تجديد بتغيير المدين** إذا قلنا بانتقال المطالبة والدين جميعا على رأي أبي يوسف - ومما يقطع بذلك انقضاء التأمينات التي كانت تكفل الدين وتوثقه، أي صار الدين الذي في ذمة المحال عليه ليس هو الدين نفسه الذي كان في ذمة المحيل قبل النقل - ، وإما

<sup>1</sup> ويؤيد ذلك ما جاء في الإقناع لحل ألفاظ أبي شجاع بقوله : " وتبرأ بالحوالة الصحيحة ذمة المحيل من دين المحتال ، ويسقط دينه عن المحال عليه ، ويلزم دين محتال محالا عليه أي يصير نظيره في ذمته . " محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، الإقناع بحل ألفاظ أبي شجاع ، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - ، دار الفكر - بيروت ، ( د ت ن ) ، ج2/311.

**كفالة محورة** إذا قلنا بانتقال المطالبة وحدها دون الدين على رأي محمد - لأن الأصل في الحوالة انتقال الدين نفسه ، وعند محمد الدين يبقى في ذمة المحيل، والذي ينتقل من المحيل إلى المحال عليه هو المطالبة فقط، وذلك أن على المحال له أن يطالب المحال عليه بالدين أولاً فإن لم يتمكن من تأديته رجع المحال له على المحيل، لأن المطالبة تنتقل من المحال عليه إلى المحيل إذا توى الدين عنده، أما في الكفالة العادية فالدائن له الخيار في الرجوع على أيهما شاء أولاً المدين الأصلي أم الكفيل -، وإما **كفالة محضة** إذا قلنا بعدم انتقال أي من الدين والمطالبة على رأي زفر، وإنما تزيد الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة في المذهب الحنفي بوجود دين في ذمة المحال عليه للمدين يخصص لوفاء الدين المحال به على قول الأئمة الثلاثة<sup>1</sup>.

يقول الأستاذ زكي عبد البر : والظاهر أن أستاذنا السنهوري أخذ بالفقه الفرنسي فأنكر ما في الفقه الإسلامي ( الحوالة) وأدخل فيه ما ليس فيه ( التجديد والكفالة المحورة والإنابة القاصرة) . وهي نتيجة طبيعية لدراسة الفقه الإسلامي بأسلوب القانون<sup>2</sup>.

وما ذهب إليه الأستاذ السنهوري صحيح قطعاً إذا ما حاكمنا الفقه الإسلامي إلى القانون الغربي، وقارنا الفقه الإسلامي بما وصل إليه الفقه الغربي من تطبيقات لبعض المسائل المنسجمة مع منهجه وأسلوبه، غير أن الصواب خلاف ذلك، لأنه من المعلوم في الفقه المقارن أن جميع التشريعات التي لها ذاتيتها - وهي التشريعات الأربعة المعروفة: القانون الفرنسي والقانون الألماني والقانون الإنجليزي والفقه الإسلامي - لها أصول معينة ومصادر معروفة بالضبط وتطبيقات عملية تدل على معانيها<sup>3</sup>، أي أن التطبيقات العملية لمسألة معينة في القانون الفرنسي يجب أن تكون متنسقة مع مصادر القانون الفرنسي وأصوله، وإلا فهي لا تنسب إلى القانون الفرنسي... وكذلك في الفقه الإسلامي يجب أن ننظر إلى المسائل المراد

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/433 ( الهامش ) .

<sup>2</sup> زكي عبد البر ، الحوالة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 86

<sup>3</sup> محمد صادق فهمي ، محاضرة بعنوان : الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن ، كتاب المؤتمر الثاني للمحاميين العرب ، المنعقد بالقاهرة من 3-8 مارس 1956م ، طبع بإشراف نقابة المحامين بمصر ، جويلية 1956م ، ص : 237.

دراستها وفق مصادر وأصول وتطبيقات هذا الفقه ، ولا يجوز لنا أن نحاكم هذا الفقه إلى فقه آخر يختلف عنه في المصادر والأصول والمقاصد .

وكخلاصة لمسألة الحوالة في الفقه الإسلامي بغير الطريقة التي سار عليها الأستاذ السنهوري في محاكمة الفقه الإسلامي إلى الفقه الغربي<sup>1</sup> نقول : نعم توجد حوالة دين في الفقه الإسلامي ، وهي تشبه حوالة الدين في الفقه الغربي إلى حد كبير - مع وجود اختلاف يسير يخرج حوالة الدين في الفقه الإسلامي بنظرة الفقه الغربي إلى أن تكون من قبيل التجديد بتغيير المدين - وهي قسمان : حوالة مقيدة وحوالة مطلقة . أما الحوالة المقيدة فهي طريق من طرق الوفاء بالدين<sup>2</sup> ، وليست حوالة حقيقية إذ هي وكالة بالأداء من وجه والقبض<sup>3</sup> من وجه ، إذ المحال عليه وكيل في الدفع ، والمحال له وكيل في القبض<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> وقد خالف الأستاذ السنهوري الطريقة التي رسمها لنفسه في مقدمة كتابه القيم مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، حيث جاء فيها " ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته ، وتقتضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه ، ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي ، ولا يعني لنا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والإبداع ، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم " عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 1/6-7.

<sup>2</sup> ونقل ابن القيم عن شيخ الإسلام ابن تيمية في معرض بيان أن الحوالة إنما هي ثابتة وفق القياس قوله " أن الحوالة من جنس إيفاء الحق ، لا من جنس البيع ، فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاءً ، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي في ذمة المحيل ، ولهذا ذكر النبي - صلى الله عليه وسلم - الحوالة في معرض الوفاء ، فقال في الحديث الصحيح " مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع " فأمر المدين بالوفاء ، ونهاه عن المطل ، وبين أنه ظالم إذا مطل ، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على ملي ، وهذا كقوله تعالى : " فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان " ، أمر المستحق أن يطالب بالمعروف ، وأمر المدين أن يؤدي بإحسان ، ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة . " محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق : محمد عبد السلام إبراهيم ، دار الكتب العلمية - بيروت - ، ط 1 ، 1991م ، ج 1/294.

<sup>3</sup> يقول ابن الهمام " المطلقة هي حقيقة الحوالة ، أما المقيدة فوكالة بالأداء من وجه والقبض " كمال الدين ابن الهمام ، فتح القدير ، دار الفكر ، ( د ت ن ) ، ج 246/7.

<sup>4</sup> زكي عبد البر ، الحوالة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 86.

وأما الحوالة المطلقة فهي حوالة حقة<sup>1</sup> بالمعنى المقصود بالحوالة في الفقه الإسلامي ، أي انتقال الدين نفسه من ذمة إلى ذمة<sup>2</sup>. وذلك لما يأتي :

1/ إن الدين المحال به إذا كان مؤجلا فإنه يثبت في ذمة المحال عليه مؤجلا ، وإن كان حالا فإنه يثبت حالا . وهو ما نصت عليه المادة 876 من مرشد الحيران كما سبق بيانه.

2/ أما عدم انتقال التأمينات فلعله مردود إلى طبيعة عقود الوثيقة في الفقه الإسلامي ، والتأمينات في الفقه الإسلامي إما كفالة أو رهن أو حوالة ، وقد سبق أن إبرام الحوالة في الفقه الإسلامي يتضمن التنازل عن وثيقة الدين ، لأن الحوالة تعتبر وثيقة ، فمعنى قبول الحوالة يعد إثارا لها بوصفها وثيقة على وثيقة الرهن والكفالة .

وأخيرا نقول إن الشريعة الإسلامية عرفت حوالة الدين قبل أن ينادي بها دلبروك في ألمانيا سنة 1853م بمئات السنين ، وأنه وإن اختلف الدافع إلى وجودها في الشريعة الإسلامية عنه في القانون الحديث ، إلا أن هذا لا ينفي أن فقهاء المسلمين قد أقاموا نظاما لحوالة الدين يتفق في معظم أحكامه وآثاره مع ما تقرره التشريعات الحديثة . هذا إلى أن حوالة الدين كانت مطبقة في تشريعات الدولة العثمانية ابتداء من سنة 1869م ، في الوقت الذي كان الجدل حول هذا الموضوع لا يزال قائما ما بين الفقهاء الألمان . وبهذا تكون حوالة الدين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية قد طبقت فعلا قبل أن تطبق حوالة الدين في ألمانيا بأكثر من ثلاثين عاما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كمال الدين ابن الهمام ، مرجع سابق ، ج7/246.

<sup>2</sup> زكي عبد البر ، الحوالة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص : 86.

<sup>3</sup> عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص : 150.

**المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انقضاء الالتزام**

يعد الالتزام أو الحق الشخصي مؤقتا ، إذ لا يجوز أن يبقى المدين ملزما إلى الأبد ، لذا فمصير العقد إلى زوال ، ولذلك عرض المشرع الجزائري إلى أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الثاني من التقنين المدني ( المواد 258-322) ، وقد رد ذلك إلى عدة طرق ، ونحن سنعرض للطرق التي تأثر فيها بالفقه الإسلامي واستمدها منه دون الطرق الأخرى .

ومن هذه الطرق انقضاء الالتزام دون الوفاء به، ويتم ذلك (بالإبراء من الدين وبالتقادم المسقط) وهي الطرق التي استمدها القانون المدني الجزائري وأصله المصري من الفقه الإسلامية حسب الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري كما سيأتي .

**المطلب الأول : انقضاء الالتزام بالإبراء**

يعتبر الإبراء من بين أهم أسباب انقضاء الالتزام سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي ، غير أنه يعتبر في بعض القوانين كالقانون المدني الفرنسي اتفاقا يتم بإيجاب وقبول ، ولا ينعقد بالإرادة المنفردة ، ذلك أن القانون المدني الفرنسي لا يعدّ الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام كما هو معروف ، فهل هو كذلك في الفقه الإسلامي ؟ أم أنه يتم بالإرادة المنفردة ؟ ثم هل يتم في القانون المدني الجزائري بعقد بين الدائن ومدينه؟ أم يتم بإرادة الدائن لوحدها ؟

**الفرع الأول: الإبراء من الدين في الفقه الإسلامي**

الإبراء في الفقه الإسلامي إما أن يكون إبراء استيفاء أو إبراء إسقاط ، ويدخل في النوع الأول الوفاء بمقابل، أما الثاني فهو إبراء إسقاط فيدخل في أسباب الانقضاء<sup>1</sup> وهو الإبراء المقصود بالدراسة ، وهو الذي نص عليه القانون المدني الجزائري في المواد المشار إليها .

وقد نصت المادة (232) من مرشد الحيران على أن " الإبراء على نوعين : إبراء إسقاط وإبراء استيفاء، فإبراء الإسقاط : هو أن يبرئ الغريم مديونه من كل الدين ويسقطه عنه أو

<sup>1</sup> عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق ، ص : 440، بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 399.

يحط بعضه عن ذمته ، وإبراء الاستيفاء : هو عبارة عن إقرار الدائن باستيفاء دينه الذي كان له في ذمة مدينه" .

وعلى ذلك فإبراء الإسقاط في الفقه الإسلامي هو إسقاط الدائن ما له في ذمة المدين من دين كئمن مبيع أو دين قرض، ويترتب عليه انتهاء التزام الدين كله أو بعضه حسب الإبراء، وتفرغ منه ذمته<sup>1</sup>.

والإبراء بهذا التعريف هو تصرف يتم بالإرادة المنفردة للدائن ، ولا يتوقف على إرادة المدين ، وهو عند الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> لا يحتاج إلى قبول ، بناء على أنه إسقاط للحق ، والإسقاطات لا تحتاج إلى القبول كإسقاط الشفعة والقصاص ، والراجح في مذهب المالكية أن الإبراء عقد أو اتفاق يحتاج إلى الإيجاب والقبول ، على اعتبار أنه نقل للملك فيكون من قبيل الهبة<sup>4</sup> ، وقد ذهب الحنفية مذهباً وسطاً بين الحنابلة والقول المختار بين المذهب الشافعي وبين المالكية ، واعتبروا الإبراء إسقاطاً مبدئياً فلا يتوقف على قبول المدين ، ولكنهم أضافوا أن في الإبراء أيضاً معنى التملك وأوجبوا أن يرتد بالرد ، أي أنه لا يتم إذا رفضه المدين<sup>5</sup>.

جاء في المادة (1568) من المجلة أنه " لا يتوقف الإبراء على القبول . ولكن يكون بالرد مردوداً ، لأنه إذا أبرأ أحد آخر فلا يشترط قبوله ، ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله : لا أقبل ، يكون ذلك الإبراء مردوداً ، يعني لا يبقى له حكم ، لكن لو رده بعد قبول الإبراء لا يكون الإبراء مردوداً ... "

وجاء في المادة (234) من مرشد الحيران أن " من أبرأ شخصاً من حق له عليه يصح الإبراء عنه ، سقط عن المبرأ ذلك الحق " .

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/336. شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج2/508.

<sup>2</sup> الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج4/436.

<sup>3</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج7/256.

<sup>4</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، ج4/99.

<sup>5</sup> شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج2/512. عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق ، ص :441.

وجاء في المادة (239) من أيضا أنه " لا يتوقف الإبراء على قبول المدينون، لكن إذا رده قبل القبول ارتد ، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من التركة " .  
وفي ما يخص شروط الإبراء فقد جاء في المادة (235) من مرشد الحيران أنه " يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرئ عاقلا بالغا أهلا للتبرع ."  
وجاء في المادة (1541) من المجلة أنه "لا يصح إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقا".

تشير هذه المواد إلى أن الإبراء يعد نوعا من التبرع ، ولذلك فلا بد من أن يكون المتبرع رشيدا عاقلا بالغا غير محجور عليه لسفعه أو مديونية ، كما تشترط ولايته على الحق المبرأ منه ، بأن يكون مالكا له ، أو وكيفا في الإبراء أو فضوليا أجاز صاحب الحق إبراءه<sup>1</sup> .

#### الفرع الثاني : الإبراء من الدين في القانون المدني الجزائري

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل ، وهو تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة ، فقد نصت المادة (305 ق م ج)<sup>2</sup> على أنه " ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين " .

ونص في المادة (306 ق م ج) على أنه " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع . ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان "

<sup>1</sup> شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج2/510. عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق ، ص :441.

<sup>2</sup> مطابقة للمادة 371 ق م مصري غير أن القانون المدني المصري التزم بتعبير مجلة الأحكام العدلية كما سيأتي ، ونص في آخر النص على أنه "يرتد برده" ، لا كما عبر عنه القانون المدني الجزائري بقوله "ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين " ، والمادة تقابل أيضا المادة 420-422 ق م عراقي ، والمادة 444-445 ق م أردني ، والمادة 935 ق م كويتي .  
والمادة 468 ق م إماراتي ، والمادة 362 من مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .



ويتضح من النص أن الإبراء عمل قانوني يتم بإرادة منفردة، وهي إرادة الدائن، ويتم إذا اتصلت إرادة الدائن بعلم المدين، دون حاجة إلى قبوله، خلافا للقانون المدني الفرنسي ومن هذا حذوه مثل القانون اللبناني إذ يعتبر أن الإبراء اتفاق لا بد فيه من القبول.

كما أن نص المادة جاء صريحا في عدم فرض قبول الإبراء على المدين، بل يجوز للمدين رفض الإبراء ورده<sup>1</sup>.

وقد نصت المادة (306 ق م ج) على أن الإبراء من حيث الموضوع تسري عليه الأحكام العامة في عقود التبرعات كتوفر الأهلية القانونية، وخلو الإرادة من العيوب. ومن حيث الشكل فلا يشترط فيه شكل خاص، حتى ولو كان الدين محل الإبراء عن نشأ من عقد كان يشترط القانون أو الطرفان لانعقاده شكلا معينا، إلا أن يكون الإبراء قد وقع في شكل وصية فلا تنفذ إلا بعد الوفاة، ومن ثم يأخذ حكم الوصية شكلا وموضوعا<sup>2</sup>.

جاء في مذكرة المشروع التمهيدي حول المواد (371-372 ق م مصري) والتي هي أصل المواد (305-306 ق م ج) ما يلي: " يتم الإبراء في أحكام المشروع بإرادة منفردة، وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية، ويستكمل حكمه متى وصل إلى علم المدين، ولم يعترض عليه<sup>3</sup>، وفي لجنة المراجعات اقترح السنهوري إبدال عبارة " ولم يعترض عليه" بعبارة " ويرتد برد"، فوافقت اللجنة على ذلك، وذكر السنهوري أن هذا النص مقصود به أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية، وفيها يتم الإبراء بإرادة الدائن وحده

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج3/965. وحيد الدين سوار، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 109. محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص: 380-381. بلحاج العربي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص: 399.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص: 382.

<sup>3</sup> وقد أحالت المذكرة الإيضاحية إلى المادة 353 من مجلة الالتزامات التونسية والتي تنص على أن " إسقاط الالتزام لا يترتب عليه شيء إذا امتنع المدينون من قبوله امتناعا صريحا وليس له أن يمتنع في حالين: أولهما: إذا تقدم منه القبول. وثانيهما: إن كان مبنيا على طلب منه"

ويرتد بالرد من المدين ، ويعتبر الرد بمنزلة التبرع ، فلا يقبل ممن لا تتوافر فيه أهلية التبرع<sup>1</sup>.

ونخلص في الأخير أن المواد (305-306 ق م ج) وأصلها المواد (371-372 ق م م) قد اقتبست من أحكام الفقه الإسلامي - كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري<sup>2</sup>- وعلى الخصوص أحكام المذهب الحنفي (المواد المشار إليها من المجلة ومرشد الحيران) الذي جاء وسطا بين المذاهب المشار إليها في أن الإبراء يكون بالإرادة المنفردة ولا يحتاج إلى قبول المدين ، غير أنه إذا رده المدين ورفضه ارتد .

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/295.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ج3/295. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/56-

### المطلب الثاني : انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط

إن للتقادم ومرور الزمان أثر كبير على الحقوق من ناحية اكتسابها وإسقاطها ، فهو تارة يكسب الحق لمن لم يكن له حق في نظر القانون ، فيسمى بالتقادم المكسب ، وهو التقادم الذي تقترن به الحياة دائما ، فيستطيع الحائز اكتساب ما حازه من حقوق عينية إذا استمرت حيازته مدة معينة<sup>1</sup> .

وتارة أخرى يسقط الحق عن تركه طويلا فيسمى بالتقادم المسقط ، وهو يعد سببا من أسباب انقضاء الالتزام بمضي المدة ، وهذه المدة يحددها القانون من وقت استحقاق الالتزام دون مطالبة الدائن للمدين ، فإذا انقضت هذه المدة يستطيع المدين دفع مطالبة الدائن له ، وذلك بأن يتمسك بهذا النوع من التقادم<sup>2</sup> .

ويقوم التقادم المسقط على أساس قرينة الوفاء ، فسكوت الدائن عن المطالبة القضائية بدينه لمدة طويلة من الزمن يعد قرينة على أن قد استوفى حقه من مدينة ، وهناك من يرى أن أساس التقادم المسقط هو إبراء الدائن للمدين طالما سكت طول هذه المدة ، غير أن الرأي السائد لدى الفقه هو أن الأساس الذي يقوم عليه التقادم المسقط هو وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها ، وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة ، ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذي يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب بالدين دون أن يواجه بتقادمه ؟ عشرين عاما ، أو ثلاثين ،..؟ لا بد من تحديد وقت إذ انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين ، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:565 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/995 . محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 390-391 . بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص: 350.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:565 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/995 . محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 391.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/997 . محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 392.

لقد اختار القانون المدني الفرنسي ثلاثين عاما، واختارت قوانين أخرى عشرين عاما وأخرى عشرة أعوام...، واختلفت مذاهب الفقه الإسلامي في مدة التقادم المسقط إلى عدة أقوال ، فما هي المدة التي اختارها القانون المدني الجزائري ؟ ومن أين استمدتها ؟

### الفرع الأول : انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط في الفقه الإسلامي

لا يعتبر التقادم أو مرور الزمن في الشريعة الإسلامية سببا صحيحا من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة ، إذ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ، ولأن الحق أبدي لا يزول إلا بمسوخ شرعي مقبول ، وإنما التقادم مانع فقط للقاضي من سماع الدعوى بالحق القديم الذي أهمل صاحبه المطالبة به زمنا طويلا بلا عذر ، وذلك للشك في أصل الحق وفي إثباته بعد هذه المدة الطويلة وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية ، وتجنبنا لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه ، لأن القضاء مظهر للحق لا مثبت له ، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد<sup>1</sup>.

إن مبدأ عدم سماع الدعوى هو مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، وهو ما قد نصت المادة (1674) من المجلة " لا يسقط الحق بتقادم الزمان..." وقد أخذ بهذا المبدأ جميع المذاهب الفقهية<sup>2</sup>.

إلا أن المذهب المالكي والحنفي وإن كانا قد أقرّا عدم سقوط الحق بالتقادم إلا أنهما أقرّا من جهة أخرى عدم سماع الدعوى بالدين بعد مضي مدة معينة.

ففي المذهب المالكي إذا سكت صاحب الحق بدون عذر مانع مدة من الزمن قدرها بعض المالكية بعشرين سنة - وهو قول مطرف - ، وقدرها بعضهم الآخر بثلاثين سنة - وهو قول مالك - ، ثم طالب الدائن المدين بعد ذلك ، وادعى هذا أنه دفع الدين فإنه يصدق بدون بينة ، ولا تسمع دعوى المدعي ، وعلة ذلك أن إثبات الدفع بعد هذه المدة قد لا يكون

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/337.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:571 . عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق، ص: 445. مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص:288.

ميسورا بسبب نسيان الشهود أو وفاتهم ، كما أن تخلف الدائن عن المطالبة بدون عذر يتضمن إقرارا بعدم أحقيته في المطالبة<sup>1</sup> .

أما الحنفية فقد أقاموا رأيهم على الاستحسان ، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا ، وقد قدر بعض فقهاء الحنفية مدة مرور الزمان المانع من سماع الدعوى بثلاث وثلاثين سنة ، وقدره آخرون بستة وثلاثين سنة<sup>2</sup> ، إلا أن الخلفاء العثمانيين رأوا أن هذه المدة طويلة ، وأنها لا تتفق مع تطور المعاملات وحاجات الناس ، ولذا رأوا بأن تكون مدة مرور الزمان المانعة من سماع الدعوى خمس عشرة سنة ، مع بعض الاستثناءات التي تتضمنها نصوص المجلة .

وقد استند الحنفية في اجتهادهم هذا إلى أن طاعة ولي الأمر فيما لا يصادم الشرع واجبة، وإلى أن ولاية القضاء مستمدة منه ، وأنها تحتل التخصيص بالزمان والمكان، طبقا لقاعدة القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان، مع استثناء بعض الخصوصيات ( المادة 1801 من المجلة)<sup>3</sup> .

كما يمكن تسويق ذلك بنظرية المصالح المرسلة التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لإقرار الحقوق والاهتمام بها<sup>4</sup>.

ومما تقدم يتضح بأن المذهبين المالكي والحنفي قد أفرا مبدأ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ، وبينيا ذلك على الاستحسان والضرورات العملية ، وعدم وجود الحق ظاهرا ، وقرينة الإيفاء المستنتجة من السكوت على الحق ، وبقطع الحيل والتزوير ونسيان الشهود أو موتهم وغيابهم، أو ما إلى ذلك .

<sup>1</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب ، مرجع سابق ، ج6 / 228-230. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 571 . عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق، ص: 445.

<sup>2</sup> ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج5/421-422.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 571 . عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق، ص: 445. مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص: 288. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج5/419.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/337.

والغاية من تحديد المدة المانعة من سماع الدعوى بالنسبة للحق هي الحيلولة بين القضاء وبين التعرض للحق أيا ما كان سببه بعد مضي المدة المحددة<sup>1</sup>.

ومن النصوص التي جاءت بخصوص عدم سماع الدعوى بمرور الزمن مع الاعتراف بأن الحق لا يسقط - على خلاف ما ذهب إليه القانون كما سيأتي - عدة مواد في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، وهي المصادر التي اعتمد عليها القانون في استمداد مدة التقادم المسقط .

فقد جاء في المجلة في المادة (1674) أنه: " لا يسقط الحق بتقادم الزمن بناء عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن، ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه، وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر، فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار. ولكن إذا كان الإقرار المدعى به قد ربط بسند حاو لخط المدعى عليه أو ختمه المعروفين، ولم تمر مدة مرور الزمان من تاريخ السند إلى وقت الدعوى فعند ذلك تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة."

كما نصت المادة (1660) من المجلة على أن: " لا تسمع دعوى الدين ... بعد تركها خمس عشرة سنة " .

ونصت المادة (1663) من المجلة أيضا بخصوص اعتبار العذر في عدم سماع الدعوى بمرور الزمن بقولها: " والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعدار الشرعية ككون المدعي صغيرا أو مجنونا أو معتوها سواء كان له وصي أو لم يكن له أو كونه في ديار أخرى مدة السفر أو كان خصمه من المتغلبة فلا اعتبار له ، فإذلك يعتبر

<sup>1</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:571-573 . عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق، ص: 445. مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص:288.

مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر. مثلاً لا يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ كذلك إذا كان لأحد مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه وحصل مرور زمن لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى وإنما يعتبر مرور الزمن من تاريخ زوال التغلب." وتزيدنا المادة (1669) أيضاً آخر بخصوص العذر فنقول: "إذا ترك أحد الدعوى بلا عذر على الوجه الآنف، ووجد مرور الزمن فكما لا تسمع الدعوى في حياته لا تسمع من ورثته بعد مماته أيضاً."

وجاء في نفس معنى المواد السابقة في مرشد الحيران في المادة (256) على أن: "دعوى الدين أياً كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة..." ، وجاء في المادة (259) منه أيضاً أنه: "كما لا تسمع دعوى الدين ممن ترك المطالبة به من غير عذر خمس عشرة سنة ، فكذا لا تسمع من ورثته بعد موته."

وبالمواد السابقة الذكر من المجلة ومرشد الحيران تأثرت العديد من القوانين المدنية العربية مثل القانون المدني العراقي في المادة (429) ، والقانون المدني الأردني في المادة (449) ، والتقنين الكويتي في المادة (442).

## الفرع الثاني : انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط في القانون المدني الجزائري

نصت المادة (308 ق م ج) على التقادم المسقط بقولها : " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ، وفيما عدا الاستثناءات الآتية <sup>1</sup> .

ويتضح من هذا النص أن القاعدة في التقادم في التقنين المدني الجزائري أنه يتم بخمس عشرة سنة ميلادية ، فجميع الالتزامات أيا كان مصدرها أو موضوعها ، وبصرف النظر عن صفتها المدنية أو التجارية ، تتقادم بمضي هذه المدة ، والهدف من تقرير هذا النوع من التقادم هو استقرار الحقوق ، فعدم مطالبة الدائن بحقه طوال هذه المدة يؤدي إلى انقضاء الالتزام بصرف النظر عما إذا كان المدين قد وفاه أو يفترض فيه أنه وفى ، ولذا فللمدين الحق في التمسك بهذا التقادم حتى ولو اعترف بعدم وفاء الدين <sup>2</sup> .

وإذا كان التقادم يترتب انقضاء الالتزام في حق المدين ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب التزام طبيعي يقع على عاتق المدين ، فإذا أداه عن اختيار يكون ذلك وفاء مبرئاً لذمته ، وليس تبرعاً ولا دفعا غير مستحق <sup>3</sup> .

على أن هناك حقوقاً لا تقبل التقادم وهي تلك الحقوق الخارجة عن دائرة التعامل ، كحقوق الحالة المدنية إلا ما تفرع منها من حقوق مالية، والحقوق المتعلقة بالاسم...، وبعض الدعاوى لا تسقط أيضاً بالتقادم كدعوى الصورية ... كما أن هناك حالات وردت متناثرة في نصوص التقنين المدني الجزائري ، مثله في ذلك مثل باقي التقنينات المدنية ، يتم فيها التقادم بمضي مدة أقل ، فمنها ما يتقادم بسنة واحدة ( المادة 312 ) ، ومنها بسنتين (مادة 310) ، وخمس سنوات ( المادة 309 )، وأربع سنوات ( المادة 311 )...

<sup>1</sup> يطابق هذا النص المادة 347 ق م مصري ، والمادة 372 ق م سوري ، والمادة 361 ق م ليبي ، والمادة 429 ق م عراقي

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 396.

<sup>3</sup> بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق، ص: 350.



غير أن ما يهمننا هنا تقرير القاعدة العامة فقط وهي التقادم بخمس عشرة سنة ، وقد استمد المشرع الجزائري هذه المدة من أحكام الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، وفي ذلك يقول السنهوري: " وهي مدة أخذت عن الشريعة الإسلامية في نظامها المعروف من منع سماع الدعوى ، وقد روعي في تحديدها أنها مدة مناسبة ، لا هي بالطويلة بحيث ترهق المدين ، ولا هي بالقصيرة بحيث تباغت الدائن ، ثم هي المدة التي ألفتها الناس منذ حقب طويلة"<sup>2</sup>.

وقد قررت ذلك أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها: " قضى المشروع كقاعدة عامة بتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة مقتديا في هذا التحديد بالشريعة الإسلامية."<sup>3</sup> وقد أحالت إلى المواد السالفة الذكر من المجلة .

ومما ينبغي الإشارة إليه أن القانون المدني الجزائري - وأصله المصري- لم يأخذ بمبدأ عدم سماع الدعوى الذي يقول به الفقه الإسلامي ، بل أخذ بمبدأ سقوط الالتزام أو انقضائه بالتقادم مثل ما أخذت به القوانين الغربية ، فهو إذا لم يأخذ من الفقه الإسلامي سوى المدة المقدرة بخمس عشرة سنة، وهي مدة عدم سماع الدعوى ، في حين لم يأخذ من الفقه الإسلامي بقاء الحق وعدم سقوطه بالتقادم ، وأن الحقوق تبقى في ذم أصحابها في حياتهم وتنتقل إلى ورثتهم بعد وفاتهم .

هذا مع أن النتيجة في الأخير غالبا ما تكون واحدة، وخصوصا إذا أنكر المدين الدين ، وهي بقاء الشيء في يد المدين ، ففي الشريعة الإسلامية بسبب عدم سماع الدعوى المرفوعة ضده - إلا إذا أقر بالدين وهو ما يخالف فيه القانون إذ يعتبر أن الدين قد سقط ، حتى لو اعترف به المدين بعد مضي المدة المحددة فليس للقضاء أن يجبره على أداءه خلافا للشريعة الإسلامية التي تلزمه بذلك إن أقر - وفي القانون بسبب سقوط الالتزام على المدين نهائيا .

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 109 . علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47 . محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 395.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/1008.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج3/302.

## الباب الثالث

أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة

وحق الملكية

تعتبر العقود المسماة وحق الملكية من أهم المسائل في القانون المدني ، ولذلك لجأ المشرع الجزائري وأصله المصري إلى استمداد بعض أحكامها من الفقه الإسلامي ، فاستمد جملة من الأحكام في عقد البيع وبعض الأحكام في عقد الإيجار وبعضها في عقد القرض ، كما استمد جملة من الأحكام من الفقه الإسلامي وضمنها حق الملكية ، بعضها في الملكية الشائعة ، وبعضها الآخر في طرق اكتساب الملكية مثل الشفعة وغيرها ، ولذلك سنقسم هذا الباب إلى فصلين نتناول فيهما مايلي :

## **الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة**

### **الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في حق الملكية**

## الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالملكية

المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالانتفاع

وعقود الغرر

### المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالملكية

سنتناول في هذا المبحث أحكام الفقه الإسلامي في عقد البيع الذي يعد من أهم العقود المتعلقة بالملكية ، والتي كان للفقه الإسلامي الأثر الواضح والبين في هذا العقد ، وذلك في المطلب الأول ، ونتناول في المطلب الثاني أحكام الفقه الإسلامي في عقد القرض .

#### المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد البيع

##### الفرع الأول : خيار الرؤية ( العلم بالمبيع )

طبقا للقواعد العامة للقانون المدني الجزائري وأصله المصري وحتى القانون الفرنسي ... فإنه يكفي لانعقاد العقد تعيين محل الالتزام تعيينا كافيا يميزه عن غيره ، ويكون مانعا من الجهالة الفاحشة ، بحيث إذا لم يعين محل العقد تعيينا كافيا لا ينعقد العقد ، غير أن المشرع الجزائري وأصله المصري لم يكتفيا بالقواعد العامة في هذا الشأن ، ونصا على أن للمشتري من حقه أن يعلم بالمبيع علما كافيا ، وإلا كان له طلب إبطال العقد .

ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر منزلا مع تعيينه بموقعه وحدوده ، فشرط التعيين قد تحقق بهذا ، وبذلك ينعقد العقد ، ولكن قد لا يعلم المشتري بالمنزل علما كافيا ، وهذا العلم يشمل أوصاف المنزل الأساسية من مساحة وعدد طوابق وعدد الحجر ، فهنا يكون للمشتري الحق في طلب إبطال العقد ، أي أن العقد يبقى منتجا لآثاره حتى يحكم في طلب إبطال العقد<sup>1</sup> .

واشترط العلم الكافي الذي نص عليه القانون المدني الجزائري وأصله المصري إنما هو اقتباس من أحكام الشريعة الإسلامية مع بعض التعديلات حتى يتلاءم هذا الاستمداد من أحكام الشريعة الإسلامية مع القواعد العامة التي سار عليها القانون المدني في محل الالتزام السابق ذكرها .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/117. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 54.

ويتمثل هذا الاستمداد في مسألة خيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي ، والذي استمد منه القانون المدني الجزائري نص المادة (352 ق م ج) ، والمطابق لنص المادة (419 ق م مصري)<sup>1</sup>، وسوف نتطرق إلى خيار الرؤية في الفقه الإسلامي بصفة إجمالية فقط ، ثم نتطرق إليه في القانون المدني .

### أولاً : أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي

الأصل في العقد هو أن يكون لازماً لا خيار فيه ضماناً لاستقرار المعاملات ، غير أن الشريعة الإسلامية شرعت الخيارات على خلاف مقتضى العقود لما فيها من تحقق كمال الرضا وسلامته بين المتعاقدين ، وقد شرعت الخيارات في حالات خاصة تدعو المتعاقدين أو أحدهما إلى التروي والبحث، أو المشاورة قبل الإقدام على إبرام العقد ، ومن هذه الخيارات خيار الرؤية.

فقد يشتري شخص شيئاً لم يره اعتماداً على وصف غيره له ، غير أنه لما رآه وجده على خلاف ذلك الوصف ، فلا يتحقق رضاه عندئذ ، ويكون له الحق بعد رؤيته للمعقود عليه إمضاء أو فسخاً<sup>2</sup> .

ومن خلال ما سبق يتبين أن خيار الرؤية هو : وهو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد، من الحق في فسخ العقد أو إمضاءه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد وقبله<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق ، ج4/19. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/117. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 53. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/313. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 64. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص:46.

وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 110.

<sup>2</sup> مطلوب ، عبدالمجيد محمود. خيار الرؤية : دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ( كلية الحقوق - جامعة عين شمس ) - مصر ، مج 18 ، ع 1 ، (1976)، ص: 484.

<sup>3</sup> علي الخفيف ، أحكام المعاملات المالية ، دار الفكر العربي - القاهرة - 2008م ، ص : 378.

وقد نصت المادة (320) من المجلة على ذلك بقولها : " من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتى يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية.".

والهدف من ثبوت هذا الخيار هو أن الشيء المعين مهما بالغ الإنسان في وصفه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية ، لأن الرؤية تفيد علماً أشمل وأدق ، فيكون الرضا به غير تام ، والرضا التام هو أساس صحة العقد ولزومه<sup>1</sup>.

كما يلاحظ أن الرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة ، وإنما تكون في كل شيء بحسبه ، وبالحاسة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه .

فشم المشمومات وذوق المطعومات ولمس ما يعرف باللمس ، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وإن لم ينظر لونها، وجس الضرع في شاة اللبن ... كل ذلك يعد رؤية كافية في الأشياء وإن لم تشترك العين فيها، حتى أنها لو نظرت بالعين فقط لما كان ذلك رؤية كافية . ومن ثم كان اطلاع الأعمى على هذه الأشياء التي تعرف بغير حاسة النظر يعد رؤية كافية كرؤية البصير<sup>2</sup>.

### أقوال الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية

اختلف الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية على قولين ، وسبب خلافهم في خيار الرؤية هو خلافهم في صحة التعاقد على الشيء الغائب ، فمن أجاز التعاقد على الشيء الغائب قال بخيار الرؤية ، ومن لم يجز ذلك أنكر خيار الرؤية .

<sup>1</sup> مطلوب ، عبدالمجيد محمود ، مرجع سابق ، ص: 484. علي الخفيف ، أحكام المعاملات المالية ، مرجع سابق ، ص: 378.

<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا ، عقد البيع ، دار القلم - دمشق - الطبعة الثانية ، 2012م ص: 65.

## 1/ القائلون بخيار الرؤية:

إلى مشروعية خيار الرؤية ذهب الحنفية<sup>1</sup>، ووافقهم الشافعي في القديم<sup>2</sup>، ورواية عن أحمد<sup>3</sup>، ومن حججهم في ذلك كما لخصه الكاساني بقوله: " أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »<sup>4</sup> ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافاً فيه، واختلاف الرضا في البيع يوجب الخيار، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له .

ويؤيد ذلك ما روي أن سيدنا عثمان بن عفان - رضي الله عنهما - باع أرضاً له من طلحة بن عبيد الله - رضي الله عنهما - ولم يكونا رأياها، فقيل لسيدنا عثمان - رضي الله عنه - : غبنت ، فقال: لي الخيار لأنني بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة مثل ذلك فقال: لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره، فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة - رضي الله عنه - وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً منهم على ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/292.

<sup>2</sup> أبو اسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/14.

<sup>3</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج3/495.

<sup>4</sup> أبو بكر بن أبي شيبة ، كتاب : البيوع والأفضية ، باب : في الرجل يشتري الشيء ولا ينظر إليه من قال: هو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذ، وإن شاء ترك ، حديث رقم 19974. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ، تحقيق: كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الأولى ، 1409هـ ، ج4/268. وأخرجه أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني ، كتاب البيوع ، حديث رقم : 2803. وقال فيه : هذا مرسل وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف. سنن الدارقطني ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ، 2004م ، ج3/382.

<sup>5</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/292.



## 2/ المنكرون لخيار الرؤية :

ذهب الإمام مالك<sup>1</sup> والشافعي في الجديد<sup>2</sup> وأحمد في إحدى الروايتين<sup>3</sup> إلى عدم جواز خيار الرؤية ، ذلك أن العقد لا يصح على العين الغائبة لوجود الغرر بسبب جهالة المعقود عليه، لأنه محل العقد يجب أن يكون معلوم الذات والصفات ، ومحل العقد لا يمكن معرفته إلا بمشاهدته، وإلا أدى ذلك إلى النزاع في أصل العقد ووصفه ، ثم إن أساس العقد هو التراضي ، ولا يتصور ذلك دون رؤية محل العقد ، وإن حصل فإنه يؤدي غالباً إلى الضرر المنهي عنه شرعاً<sup>4</sup>.

أما إذا كان محل العقد موصوفاً فقد أجاز المالكية<sup>5</sup> والحنابلة في ظاهر المذهب<sup>6</sup> بيع الغائب مع بقاء خيار الوصف ، فإن لم يكن محل العقد موصوفاً ، فيجوز بيع الغائب بشرط الخيار عند الرؤية ، فإذا لم تكن العين موصوفة، أو لم يشترط الخيار في العقد فالبيع فاسد، خلافاً للحنفية ومن وافقهم الذين يعتبرون أن الخيار ثابت بالشرع، فلا حاجة لاشتراطه في العقد .

والحاصل أن المالكية لا يقولون بخيار الرؤية إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف أو وصفت وكانت بعيدة جداً ، ولا يثبت خيار الرؤية عندهم إلا بالشرط في العقد ، ووافقهم الحنابلة في رواية عندهم عن أحمد كما سبق ، وهم في هذا القدر فقط يتفقون مع الحنفية

<sup>1</sup> أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 1994 م . ج 6/119.

أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج 4/296.

<sup>2</sup> أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج 2/14.

<sup>3</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 3/495.

<sup>4</sup> محمد سعيد جعفر ، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامية كمصدر للقانون المدني الجزائري ، دار هومة - الجزائر - 1998 م . ص : 77.

<sup>5</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج 4/296. محمد بن عبد الله الخرشبي ، شرح مختصر خليل ، دار الفكر للطباعة - بيروت - . ج 5/34.

<sup>6</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 3/496.

القائلين بخيار الرؤية على الإطلاق، وأنه ثابت بحكم الشرع من غير حاجة إلى اشتراطه في العقد .

ويتضح مما سبق ذكره أن من متعلقات مسألة خيار الرؤية ما يسمى بخيار فوات الوصف ، ففي حالة رؤية محل العقد فلا محل للوصف ويكون العقد لازماً ، أما إذا لم ير محل العقد ووصف من طرف البائع فإن المشتري عند رؤيته لمحل العقد فإن وجده على الصفة المذكورة فالعقد لازم، ولا يجوز فسخه عند الملكية ومن وافقهم ، أما عند الحنفية فالعقد غير لازم، وللمشتري حق الفسخ عند الرؤية لأنهم يقولون بخيار الرؤية على إطلاقه كما سبق ذكره .

أما إذا رأى المشتري المبيع رؤية جزئية، وهو ما يسمى البيع بالعينة أو النموذج ، فإن تلك الرؤية تكفي لانعقاد العقد، وهو ما جاء صريحاً في المادة (324) من المجلة : " الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط".

وعليه فإن العقد يصير لازماً إذا كان باقي المبيع مطابق للعينة والنموذج، وإلا فالمشتري الخيار في إمضائه أو فسخه<sup>1</sup> ، وهو ما أكدته المادة (325) من المجلة بقولها : " ما بيع على مقتضى الأنموذج إذا ظهر دون الأنموذج يكون المشتري مخيراً إن شاء قبله وإن شاء رده، مثلاً الحنطة والسمن والزيت ، وما صنع على نسق واحد من الكرياس والجوخ وأشباهها إذا رأى المشتري أنموذجها ثم اشتراها على مقتضاه فظهرت أدنى من الأنموذج يخير المشتري حينئذ. "

والخلاصة مما تقدم أن المعرفة والعلم بالمبيع يحصل برؤيته حال العقد ، أو رؤية بعضه فقط ( العينة والنموذج ) ، أو ببيان أوصافه الأساسية<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> وقيده الملكية بالكثير فقط ، أما إن كانت عدم المطابقة يسيرة فإن العقد يلزمه . انظر: أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق ، ج4/293.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/313.

## ثانيا: خيار الرؤية في القانون المدني الجزائري

### 1/ العلم بالمبيع في القانون المدني الجزائري

لقد تطرق القانون المدني الجزائري إلى بعض الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، غير أنه لا يملك نظرية متكاملة في ذلك مثل ما هو عليه الحال في الفقه الإسلامي ، ومن هذه الخيارات التي نص عليها خيار الرؤية ، والذي قد أشار إليه في المادة 352 منه . وهو ما سيتم التطرق إليه بشيء من التفصيل ، لنرى إلى أي مدى استمد هذا الخيار من الفقه الإسلامي.

يقول الأستاذ السنهوري ما ملخصه " وقد نقل التقنين المدني الجديد على غرار التقنين المدني السابق خيار الرؤية على الفقه الإسلامي، مع بعض التعديلات تظهر في ما يأتي :

فقد أوجب في المادة 419 - أصل المادة 352 ق م ج - أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا . والعلم بالمبيع شيء غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معينا كل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه ، والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتا، ولكن التقنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين.

الأول : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه ، حيث نصت المادة (352 ق م ج) وأصلها المصري المادة (419) ، على أنه ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه .

وهذه تعتبر خطوة أبعد من تعيين المبيع، ذلك أنها تمثل وصفا دقيقا للمبيع، وهذا الوصف يقوم مقام الرؤية ، وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة بخلاف المذهب الحنفي تستغني من الرؤية بالوصف .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بهذا الخصوص ما يلي : " هذا النص ( مادة 419) يلخص ... على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة

الإسلامية وبين المبادئ العامة في القانون المدني ، وهذه لا تشتت رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معنا تعينا كافيا .

فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ... ثم أراد أن يوفق بين هذا العلم ( والمقصود به خيار الرؤية ) ، وبين الاكتفاء بتعيين الشيء ، فذكر أن العلم يعتبر كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه، فرؤية المبيع يغني عنها تعيينه بأوصافه الأساسية تعينا من شأنه أن يمكن من تمييزه عن الأشياء الأخرى<sup>1</sup>.

ثانيا : إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 352 على ذلك بقولها : " وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به ، إلا إذا أثبت غش البائع."<sup>2</sup> فإذا أقر المشتري أنه على علم بالمبيع، أو أنه قد سبقت له رؤيته ، فيكون هذا الإقرار حجة عليه ، ولا يستطيع بذلك أن يطعن في البيع بالإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، إلا إذا أثبت أنه وقع ضحية تدليس وغش من طرف البائع .

وقد نصت على ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها : " إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على المبيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع ، فأصبح يغني عن الرؤية إما تعيين الشيء تعينا كافيا، وإما إقرار البائع في العقد أنه عالم بالمبيع ، هذا كله إذا لم يكن هناك تدليس من البائع ."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق ، ج4/19.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/123-124. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، دار الهدى - عين مليلة - ، الجزائر ، 2012م ، ص :

58-59. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 110.

<sup>3</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق ، ج4/19.

وهذا الذي ذهب إليه القانون يعد مخالفاً للفقه الإسلامي<sup>1</sup> الذي قد رأينا أنه لا يسقط حق الخيار على المشتري الذي كان على علم بالمبيع سابقاً - على المذهب الحنفي - ، بل للمشتري حق خيار الرؤية إذا أثبت أنه لم ير المبيع فعلاً<sup>2</sup> .

والحاصل أن خيار الرؤية في القانون المدني الجزائري وأصله المصري قد آل في النهاية إلى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن المشتري من تعرفه ، فإذا لم يوصف على هذا النحو وجب على الأقل أن يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ولا يظهر خيار الرؤية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية إلا في فرض نادر ، وهو أن تكون العين المبيعة معينة تعييناً نافياً للجهالة ، غير أنها لم توصف وصفاً يمكن المشتري من تعرفها، وفي الوقت ذاته لا يقر المشتري أنه على علم بالمبيع ، ولم يكن له سابق رؤية له .

ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار الرؤية، على نحو لاعم فيه القانون المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ العامة للقانون<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ويلخص الأستاذ الكبير وهبة الزحيلي ذلك بقوله : " ويثبت للمشتري عند فقهاءنا حق خيار الوصف بعد رؤية المبيع ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده ، سواء أكان موافقاً للصفة أم لا ، وهذا لا يتفق مع القانون . وقال المالكية ورأيهم متفق مع القانون : إذا جاء المبيع على الصفة صار العقد لازماً ، لكن القانون رغم محاولته التوفيق بين خيار الرؤية المقرر في الشريعة وبين مبادئ القانون العامة ، فقد خالف الفقه الحنفي في الاكتفاء بوصف المبيع وصفاً كافياً ، وفي إسقاط حق المشتري إذا ذكر أنه عالم بالمبيع ، وفي حصر حق المشتري بإبطال البيع عن طريق القاضي ، لا فسخه بدون تقاض أو تراض." وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/314.

<sup>2</sup> . محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 110. علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي - القاهرة - 2008م ، ص: 379.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/123-124. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 58-59. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 110.

## 2/ البيع بالعينة ( النموذج )

نصت المادة (353 ق م ج) على هذا البيع بقولها : " إذا انعقد العقد بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها ، وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة " <sup>1</sup> وقد جاء في شرح أصل هذه المادة ، وهي المادة (420 ق م مصري) حسب المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مايلي : " ...وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقا لهذا النموذج ، وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية ، وهو موضوع النص السابق ... والبائع على كل حال مسؤول عن مطابقة المبيع للنموذج ، فإن اختلفت هذه المطابقة جاز للمشتري أن يرفض تسلّم المبيع ، وله أن يفسخ البيع لعد قيام البائع بالتزامه .

هذا كله إذا كان النموذج لا يزال قائما ، أما إن تلف أو هلك ، فإن كان ذلك وهو في يد المشتري وهو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق له ، فعليه هو أن يثبت ذلك ، سواء أكان التلف أو الهلاك بخطأ منه أم بقوة قاهرة ، فإن البائع لا يد له في ضياع النموذج حتى يثبت المشتري العكس ، ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة ، وإن كان النموذج في يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق له ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة ... " <sup>2</sup>.

لم تشر صراحة المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنها مستمدة من الفقه الإسلامي كما هي عاداتها ، غير أنه يستنتج ذلك من أمرين :

<sup>1</sup> ويطلق هذا النص المادة 420 ق م مصري ، والمادة 388 ق م سوري ، والمادة 409 ق م لبيبي .

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/22.

أولهما أن المذكرة الإيضاحية أشارت إلى أن هذه المادة لها اتصال بخيار الرؤية المستمد كأصل عام من الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

والثاني أن المادة المتعلقة بالبيع بالنموذج تأتي من حيث الترتيب بعد الكلام على خيار الرؤية مباشرة ، فلما أخذ القانون المدني المصري مسألة خيار الرؤية عن الفقه الحنفي، وبالضبط من مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران، قلدهما أيضا وتكلم في المادة التي تلي خيار الرؤية ( العلم بالمبيع) عن البيع بالنموذج أو العينة ، مثل ما فعلت مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران تماما.

### الفرع الثاني : الغبن في بيع العقار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

#### أولا : الغبن في بيع العقار في الفقه الإسلامي

لما كانت التجارة وسيلة للكسب كان فيها كل عاقد يسعى إلى تحصيل الربح والمنفعة ما استطاع إلى ذلك سبيلا ، ومجال ذلك هو عقود المعاوضة ، والتي يفترض فيها التساوي والتعادل في البديلين ، غير أن أصل المساواة هذا ليس إلا نظريا ، ذلك أن المساواة لا تتحقق في الواقع غالبا ، إذ أن تقدير القيمة هو أمر نسبي ، ولذلك كان ولا بد من التفاوت بين التزامات المتعاقدين<sup>2</sup>، غير أن هذا التفاوت قد يكون تفاوتًا يسيرا وقد يكون تفاوتًا كبيرا، ولكل منهما حكم خاص به ، ويعرف هذا التفاوت عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالغبن، والذي بدوره قد يكون غبنا يسيرا وقد يكون غبنا فاحشا .

وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الغبن : " بأن يكون أحد البديلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة عند التعاقد "<sup>3</sup> .

ومعنى ذلك أن يبيع البائع سلعته بأقل من قيمتها الحقيقية ، أو أن يشتري الطرف الآخر سلعة بأكثر من قيمتها عند التعاقد ، فالغبن قد يلحق البائع كما قد يلحق المشتري.

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/22. وانظر في تأكيد ذلك أيضا : عبد

الستار آدم ، مرجع سابق ، ص : 65. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/313.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 432.

<sup>3</sup> علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ، ص:356.

غير أن هذا الغبن منه اليسير ومنه الغبن الفاحش ، والثاني هو المراد إذا ما أطلق لفظ الغبن في الغالب ، حتى إن بعض الفقهاء المالكية قيدوا الغبن بالغبن الفاحش فقط ، ولم يعدوا الغبن اليسير غبنا أصلاً لأنه غبن متسامح فيه ، ولا تخلوا منه المعاملات في الجملة ، فعرفوه بأنه : " أن يشتري بأكثر من القيمة بكثير فيغبن المشتري، أو يبيع بأقل من القيمة بكثير فيغبن البائع " <sup>1</sup>.

### 1/ اختلاف الفقهاء في التفريق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش

وقد ذهب الفقهاء في التفريق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش اتجاهاً اثنين ، اتجاهاً يختار معياراً جامداً ثابتاً ، واتجاهاً يعتمد معياراً مرناً .

#### أ/ الاتجاه الجامد في تحديد الغبن

وقد ذهب إلى هذا الاتجاه بعض الحنفية والمالكية والحنابلة ، فمن الحنفية نصير بن يحيى البلخي حيث قال : " ما يتغابن الناس فيه في العروض نصف العشر، وفي الحيوان العشر، وفي العقار الخمس، وما خرج عنه فهو مما لا يتغابن الناس فيه، ووجهه أن التصرف يكثر وجوده في العروض، ويقل في العقار، ويتوسط في الحيوان، وكثرة الغبن لقلّة التصرف " <sup>2</sup>.

وهذا الرأي هو الذي اختارته المجلة فنصت في المادة 165 على أن : " الغبن الفاحش: غبن على قدر نصف العشر في العروض، والعشر في الحيوانات، والخمس في العقار أو زيادة "

وقد ذهب بعض المالكية إلى اعتبار الثلث فأكثر معياراً ثابتاً لاعتبار الغبن من عدمه <sup>3</sup>، وقد نظم ذلك صاحب التحفة فقال :

<sup>1</sup> محمد بن أحمد الفاسي ميارة ، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام- المعروف بشرح ميارة- ، دار المعرفة ، ج2/39  
<sup>2</sup> ابن نجيم ، البحر الرائق ن مرجع سابق ، ج7/169.  
<sup>3</sup> ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/140. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج4/470. أبو القاسم، محمد بن أحمد ابن جزى ، القوانين الفقهية ، مرجع سابق ، ص 177. أبو عبد الله المواق المالكي ، مرجع سابق ، ج6/399.



ومن بغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما  
وأن يكون جاهلا بما صنع **والغبن بالثلث فما زاد وقع**<sup>1</sup>.

وقد حدده بعض الحنابلة بالثلث، وبعضهم بالربع، وبعضهم بالسدس، غير أنه قول  
ضعيف عندهم<sup>2</sup>.

### ب/ الاتجاه المرن في تحديد الغبن

ذهب إلى هذا الاتجاه أكثر الحنفية<sup>3</sup>، والمالكية في رأي عندهم<sup>4</sup>، والصحيح من مذهب  
الحنابلة<sup>5</sup>، فقد عد الحنفية في ظاهر الرواية عندهم أن الغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم  
المقومين، قال ابن عابدين من الحنفية " وهو الصحيح كما في البحر، وذلك كما لو وقع  
البيع بعشرة مثلا، ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة،  
وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش؛ لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال  
بعضهم: ثمانية، وبعضهم تسعة، وبعضهم عشرة، فهذا غبن يسير"<sup>6</sup>.

أما المالكية فقد جاء عند الحطاب " والغبن ما خرج عن العادة، وقيل الثلث، وقيل ما  
زاد عليه"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام لابن عاصم، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان -، 2009م، ص: 144-145.

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، أشرف على طباعته الشيخ محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي - مصر - ج4/79. علاء الدين علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1375هـ، ج4/395.

<sup>3</sup> ابن عابدين، مرجع سابق، ج5/143.

<sup>4</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق، ج4/472.

<sup>5</sup> علاء الدين المرادوي الحنبلي، مرجع سابق، ج4/394.

<sup>6</sup> ابن عابدين، مرجع سابق، ج5/143.

<sup>7</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق، ج4/472.

وعند الحنابلة يرجع الغبن إلى العرف والعادة<sup>1</sup>، قال المرادوي في الإنصاف: " يرجع الغبن إلى العرف والعادة على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقيل يقدر الغبن بالثلث ... ، وقيل يقدر بالسدس، وقيل يقدر بالربع"<sup>2</sup> .

ولا شك أن الاتجاه الثاني الذي جعل معيار الغبن مرنا يُرجع في تحديده إلى عرف التجار وتقويمهم أرجح، وخصوصا أنه لم يرد في الشرع دليل صريح في تحديد معيار الغبن، مع أن الاتجاه الأول الذي حدد الغبن بنسبة معينة لا يخلوا من فوائد ، مثل سهولة معرفته عند التنازع ، غير أنه معيار جامد لا يستجيب لجميع متطلبات التعامل وحالاته، مما يؤدي إلى الوقوع في التعسف والإجحاف في بعض تطبيقاته ، أما المعيار المرن فيمنح للقاضي ميدانا واسعا للبحث عن العدالة في كل قضية على حدة ، وهو أقرب إلى مقاصد الشريعة وقواعدها العامة في التعامل<sup>3</sup> .

## 2/ حكم الغبن المجرد ومستثياته في الفقه الإسلامي

لا يعد الغبن الفاحش معيبا للرضا ما لم يصاحبه تغرير، وهو ما استقرت عليه أكثر المذاهب<sup>4</sup> - على أن هناك من الفقهاء من لا يعتد بالغبن مطلقا سواء أصبح تغرير أم لم يصاحبه<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> وقد جاء في المادة 407 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد أنه : " ليس للغبن حد شرعا ، فالمرجع فيه العرف ، فما يتعارفه التجار غبنا في العادة يوجب الخيار، أما اليسير الذي لا يخرج عن العادة فلا خيار فيه . " مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ، مرجع سابق ، ص 173 .

<sup>2</sup> علاء الدين المرادوي الحنبلي ، مرجع سابق ، ج4/394-395 .

<sup>3</sup> علي محيي الدين القره داقي ، مرجع سابق ، ص:738 .

<sup>4</sup> الراجح من مذهب الحنفية ، والمعتمد عند المالكية ، والحنابلة ، والشافعية في مسألة تلقي الركبان . انظر : ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج5/143 . ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/141 . أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/54 . علاء الدين المرادوي، مرجع سابق ، ج4/394-395 .

<sup>5</sup> الحنفية في ظاهر الرواية ، وقول للمالكية . انظر : ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج5/143 . ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/141 .

ومنهم من يعتد به مطلقا بغض النظر عن التغيير من عدمه<sup>1</sup> - ذلك أن الغبن المجرد عن كل خديعة لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري الأسعار ، ومعرفة البديل العادل ، ولا يدل على وجود مكر من العاقد الآخر الذي من حقه كسب المزيد من الربح، مالم يصل في ذلك إلى الغش أو الإضرار بالغير ، فحينئذ يحد من حريته وطلبه للمزيد من الربح ، كما في حال احتكار المواد الضرورية ، أو التحكم بالأسعار ...أما في التعامل العادي بين الناس في غير حالة الاحتكار والتحكم في الأسعار فليس من مهمة التشريع أن يمنع التغبان المجرد عن وسائل الغش والخديعة<sup>2</sup>.

غير أنه وإن استقر عند أكثر المذاهب الفقهية أن الغبن المجرد لا يعتد به إلا إذا صاحبه تغيير كما سبق بيانه، إلا أن القائلين بذلك لم يستطيعوا السير على هذه النظرية كقاعدة عامة دون اللجوء إلى عدة استثناءات<sup>3</sup>، فالحنفية يستثنون ثلاث مسائل من الغبن الفاحش الواقع بغير تغيير، وهي أموال الوقف، ومال اليتيم، وبيت المال، وقد عبرت عن ذلك المادة (356) من المجلة بقولها : " إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغيير فليس للمغبون أن يفسخ البيع، إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف، وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم."

والمالكية والحنابلة يرون أن الغبن يكون سببا لفسخ العقد وإن لم يصاحبه تغيير، في بيع النجش وبيع الاسترسال وتلقي الركبان... على تفصيل عندهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قول عند الحنفية ، وقول عند المالكية إذا وقع على وجه المكايسة ، وقول عند الحنابلة ، وقول عند الشافعية .انظر : ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج5/143. أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب ، مرجع سابق ، ج4/470. أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/63. علاء الدين المرادوي، مرجع سابق ، ج4/394.

<sup>2</sup> أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص:469-470.

<sup>3</sup> علي محيي الدين القره داقي ، مرجع سابق ، ص:751.

<sup>4</sup> انظر : أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب ، مرجع سابق ، ج4/470 . ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/141. علاء الدين المرادوي، مرجع سابق ، ج4/394-395. أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص: 470. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص : 440.

والخلاصة مما سبق أن فكرة الغبن في الفقه الإسلامي لم تعرف استقرارا كبيرا بسبب كثرة الخلاف بين الفقهاء في اشتراط التغيرير في الغبن أو عدم اشتراطه ، ثم اختلافهم في تحديد نسبة الغبن حتى يكون غبنا فاحشا، أو عدم اشتراط نسبة معينة للغبن وربطه بالعرف والعادة<sup>1</sup>.

كما رأينا أن الغبن المادي في الفقه الإسلامي غير مقصور على العقار فقط مثل ما هو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري كما سيأتي ، وإنما هو عام في كل شيء ، وذلك على رأي من لا يرى وجوب مصاحبة التغيرير للغبن كما سبق ذكره .

### ثانيا : الغبن في بيع العقار في القانون المدني الجزائري

الغبن هو عدم التناسب بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه من مقابل ، وهو بهذا المنظور يعتبر المظهر المادي للاستغلال.

ولقد نظم القانون المدني الجزائري الغبن في العقود بصفة عامة وجعله عيبا لكل أنواع التصرفات إذا ما اصطحب بالاستغلال ، وهو ما نصت عليه المادة (90 ق م ج) بقولها : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز

<sup>1</sup> انظر الخلاف في مسائل الغبن بإسهاب : علي محيي الدين القره داقي ، مرجع سابق ، ص:735-764. أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ص : 459-472. الخفيف، علي ، الغبن في العقود ، مجلة البحوث والدراسات العربية - مصر ، ع 10 ، 1980م. علي بن عبدالرحمن، خيار الغبن في المعاضات المالية، مجلة الدراسات العربية ( كلية دار العلوم - جامعة المنيا ) - مصر ، ع 7، مج2 ، 2002م . بوركية ، السعيد. نظرية الغبن بين الشريعة و القانون. مجلة دار الحديث الحسنية (المغرب)، ع 4، (1984). المحاسنة ، محمد يحيي، حالات الاعتراف بالغبن بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الأردني : دراسة مقارنة، مؤتمة للبحوث والدراسات - العلوم الانسانية والاجتماعية - الأردن ، مج 5، ع 1، (1990).

في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن. " ويتضح من هذا النص أنه لكي يطعن في عقد من العقود بسبب الاستغلال يجب توفر عنصرين :

العنصر الأول عنصر مادي، يتمثل في عدم التوازن والتعادل بين التزامات أحد المتعاقدين وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد و التزامات المتعاقد الآخر ، وهذا هو الغبن .

أما العنصر الثاني فهو عنصر نفسي، وهو أن الغبن الحادث كان نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيش أو هوى دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد .  
فإذا ما حدث غبن على أحد المتعاقدين فإنه لا يكفي للطعن في العقد طبقاً للقواعد العامة حتى يصحبه استغلال وهو العنصر الذاتي أو الشخصي<sup>1</sup> .

وقد سار المشرع الجزائري على غرار القوانين الحديثة - كالقانون الألماني، والسويسري، والبولوني، والإيطالي، واللبناني، والمصري، والعراقي، والسوري ...- فأخذ بنظرية الاستغلال ، وأبقى على بعض الحالات الخاصة التي نص عليها في مواد متفرقة تتعلق بالغبن المادي فقط<sup>2</sup> ، والتي منها نص المادة 358 المتعلقة بالغبن في بيع العقار والتي تنص على أنه : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (1/5) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (1/5) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"<sup>3</sup>.

ويتضح من نص المادة أنه يشترط للطعن بالغبن في عقد البيع ثلاثة شروط هي :

- أن يكون المبيع عقاراً .

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 62-63.

<sup>2</sup> بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، ج1/127.

<sup>3</sup> وهذا النص يقابل المادة 425 ق م مصري، والتي تنص على أنه : " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع "

- أن يكون الغبن يزيد على خمس قيمة المبيع وقت حصول البيع .
- أن لا يكون المبيع قد تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون<sup>1</sup>.

والشرط الذي يهمننا هو أن يكون الغبن يزيد على خمس ثمن المثل ، وهذا الشرط يعني أنه لا يكفي للطعن في العقد بالغبن مجرد زيادة قيمة العقار المبيع على الثمن بقدر يسير ، بل يجب أن يكون الغبن فاحشا ، والغبن الفاحش هو الغبن الذي زادت فيه قيمة العقار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة ، أما إذا بيع العقار بثمنٍ هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع ، أو بثمن أكثر من ذلك، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن ، وتحديد الغبن بما يزيد على الخمس مستمد من الفقه الإسلامي<sup>2</sup>، وبالضبط من المذهب الحنفي الذي تأثر به كثيرا القانون المدني المصري كلما أراد الاستمداد من الفقه الإسلامي . وقد اتفق القانون المدني الجزائري مع أصله المصري وخالفا القانون المدني الفرنسي في تقدير الغبن بما يزيد على الخمس، فقد رأى القانون المدني الجزائري وأصله المصري أن الخمس نسبة يتسامح فيها في المعاملات الواقعة على العقار ، بينما قدر القانون المدني الفرنسي الغبن بمقدار 12/7 أي بما يزيد على النصف .

كما اتفق القانون المدني الجزائري والمصري في الهدف من دعوى الغبن ، والتي هي تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ، أما القانون المدني الفرنسي فالهدف عنده من رفع دعوى الغبن هو فسخ العقد ، أي رد المبيع ، وهو الالتزام الأصلي ، وإما تكملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة وقت البيع ، وهو التزام بدلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 63.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/397. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:111. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص :66. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/316.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 64. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/397. محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - ، الطبعة الثانية ، 1982م، ص:69.

ومما يلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خالف أصله المصري في كون هذا الأخير قيد دعوى الغبن في العقار بأن يكون صاحب العقار غير كامل الأهلية ، في حين أن القانون المدني الجزائري لم يفرق بين ناقص الأهلية وكاملها ، فكلهم لهم الحق في رفع دعوى الغبن إذا تحققت شروطها ، وقد جرى في ذلك القانون المدني الفرنسي في إطلاق حق الطعن بالغبن في كل بيع عقاري سواء أكان البائع كامل الأهلية أو ناقصها<sup>1</sup> .

والخلاصة مما سبق أن الغبن عند أكثر الفقهاء لا يكون سببا لفسخ العقد ما لم يصاحبه تغيير ، أما على رأي من قال بأن الغبن المادي لوحده كاف لفسخ العقد بغض النظر عن التغيير، فإن هذا القول موافق لما جاء في القانون المدني الجزائري فيما يخص بيع العقار، أما باقي المسائل ففي القانون المدني الجزائري لا بد للغبن المادي من العنصر النفسي، وهو استغلال أحد المتعاقدين طيش أو هوى دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد .

ثم إن الغبن الحادث يؤدي إلى فسخ العقد في الفقه الإسلامي ، أما القانون المدني الجزائري فقد جعل الغبن سببا لطلب تكملة الثمن، وإن لم يتحصل المغبون على ذلك فله طلب فسخ العقد.

والحاصل أن القانون المدني الجزائري استمد من خلال القانون المدني المصري تحديد الغبن في بيع العقار بما يجاوز الخمس من الفقه الحنفي، حيث كان أكثر حماية للطرف المغبون مما ذهب إليه الفقه المالكي في أحد قوليه ، والذي اشترط للطعن في العقد بالغبن أن يصل الغبن إلى حدود ثلث الثمن .

كما نشير إلى أن القانون المدني الجزائري لم يجر أصله المصري في الاقتصار على حماية المغبون القاصر، بل امتدت حمايته إلى المغبون الراشد أيضا، وبذلك يكون قد خالف أصله المصري (المادة 425) الذي جاءت الحماية فيه مقصورة على المغبون القاصر دون الرشيد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 64.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 111-112.

## الفرع الثالث : تبعة هلاك المبيع

## أولاً : تبعة هلاك المبيع في الفقه الإسلامي

ينعقد البيع بمجرد تطابق الإيجاب والقبول ، وينتقل كنتيجة مباشرة للعقد ملك المبيع إلى المشتري ، ويثبت للبائع الحق في الثمن في ذمة المشتري ، ويلتزم بذلك البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، وكما يلتزم المشتري بتسليم الثمن إلى البائع<sup>1</sup> ، وتسليم المبيع يعني جعله سالماً للمشتري وخالصاً له ، بحيث لا ينازعه فيه غيره ، ويتم هذا عند جمهور علماء المسلمين بالتخلية ، وذلك بأن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن معه المشتري أو من يمثله من قبضه بلا مانع ولا حائل ، وقد زاد بعض الفقهاء على شرط التخلية قبض المبيع لتمام التسليم<sup>2</sup>.

ولكنه قد يهلك المبيع قبل تسليمه للمشتري ، فقد يهلك بتقصير من البائع ، كما قد يهلك بسبب تقصير المشتري في تسلم المبيع ، كما قد يهلك بسبب قوة قاهرة لا يد لأي من المتعاقدين فيها ، فإن أخل البائع بالتزامه ولم يسلم المبيع إلى المشتري فإن للمشتري أن يسترد الثمن من البائع إن كان قد دفعه ، وإن لم يكن قد دفعه فله أن يمتنع عن دفعه له ، لأن البائع كان هو السبب في هلاك المبيع ، والعكس صحيح ، إن كان المشتري هو السبب في هلاك المبيع كأن يكون البائع قد مكن المشتري من المبيع غير أن المشتري لم يستلمه ، فإن المشتري هنا تقع عليه تبعة الهلاك ويتحمل المسؤولية ، وليس للبائع أن يرد الثمن للمشتري إن كان قد استلمه منه ، وله أن يطالبه به إن لم يكن قد دفعه له ، وكذلك إن كان الهلاك قد وقع من طرف أجنبي عن العقد ، فإن هذا الأخير يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر للمتضرر الذي تقع عليه تبعة الهلاك ، سواء تحمل تبعة الهلاك البائع أو المشتري على تفصيل عند الفقهاء

<sup>1</sup> محمد زكي عبد البر ، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، دار التراث ، القاهرة-مصر- ، 2004م ، ص: 59.

<sup>2</sup> عبدالناصر توفيق العطار ، توحيد تقنينات الأزهر للشريعة الإسلامية ، المكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة-مصر- ، 2010م ، ج1/338.



غير أن المبيع إذا أصابته آفة سماوية قبل تسليمه للمشتري فهلك، سواء هلك هلاكاً كاملاً أم هلاكاً جزئياً ، فمن يتحمل تبعه الهلاك ؟ هل يتحملها البائع الذي لا يد له في هلاك المبيع؟ أم يتحملها المشتري الذي لا يد له كذلك في هلاك المبيع ؟

وسنقصر البحث على الهلاك بقوة قاهرة أو بآفة سماوية<sup>1</sup> على تعبير الفقهاء، لأنها هي المقصودة بالبحث - ذلك أن المواد التي سيتم التطرق إليها ، وإثبات أنها مستمدة من الفقه الإسلامي تتكلم عن تحمل تبعه الهلاك بقوة قاهرة فقط - دون البحث في هلاك المبيع بسبب ضلوع البائع فيه أو المشتري أو طرف أجنبي ، والذي قد أشرنا إليه في بداية البحث .

بقي إذن حالة ما إذا كان مرجع الهلاك والاستحالة<sup>2</sup> قوة قاهرة ( آفة سماوية )، ففي هذه الحالة لا نجد حلاً من الحلول السابقة ، فلا الاستحالة من فعل المدين ( البائع ) فيلزم بالتعويض أو يفسخ العقد ، ولا من فعل الدائن ( المشتري ) فيلزم بالوفاء ولا يستطيع فسخ العقد ، وبذلك يكون محل التساؤل هو : هل يبقى الدائن ملزماً بالوفاء بالتزامه رغم أن المدين بريء ، بالاستحالة القهرية من التزامه نحو الدائن ، أو هل يبرأ الدائن من التزامه بصرف النظر أن سبب ذلك القوة القاهرة ؟ فهذه الحالة وحدها هي التي تعرض فيها مسألة تحمل التبعة - أو تبعه الهلاك - ، والسبب في ذلك انقضاء المسؤولية ، فشرط القوة القاهرة هو الذي يحدد مسألة تحمل تبعه الهلاك من مسألة المسؤولية القائمة على الخطأ<sup>3</sup> .

ولتوضيح المسألة نضرب المثال الآتي : رجل باع حيواناً معيناً بمبلغ معين من النقود ، فعلى البائع التزام هو تسليم المبيع إلى المشتري ، وعلى المشتري مقابل ذلك دفع الثمن المتفق عليه ، فإذا نفق الحيوان المبيع قبل التسليم انقضى التزام البائع بتسليمه ، ولكن ما الحكم في التزام المشتري بدفع الثمن ؟ هل يبقى المشتري ملزماً بالوفاء به رغم أن الحيوان لم يسلم إليه ، ولن يسلم إليه لأنه هلك ، أم أنه يبرأ منه نتيجة انقضاء التزام البائع بالتسليم ؟ إذا قلنا إن المشتري وهو الدائن يلزم بدفع الثمن فمعنى ذلك أنه هو الذي يتحمل تبعه هلاك

<sup>1</sup> وهي كل حادث لا يد للأدعي فيه . صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 497 .

<sup>2</sup> يعبر عن تحمل تبعه الهلاك بعدة تعابير أهمها تحمل التبعة ، وتبعة الاستحالة

<sup>3</sup> محمد زكي عبد البر ، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 18.

المبيع لأنه هو الذي سيدفع الثمن ولا يتسلم المبيع ، وإذا قلنا إنه يبرأ من الثمن فمعنى ذلك أن البائع وهو المدين هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع ، لأنه لم يعد له الحق في اقتضاء الثمن من المشتري ، رغم براءته من التزامه نتيجة استحالته بقوة قاهرة لا يد له فيها .

ويتضح مما تقدم أن عناصر مسألة تحمل تبعه الهلاك أربعة ، وهي :

- أن يكون هناك التزامان متقابلان .
- أن يصير تنفيذ أحدهما مستحيلا .
- أن يكون مرجع الاستحالة سببا لا يد لأحد المتعاقدين فيه .
- أن يظل تنفيذ الالتزام المقابل ممكنا<sup>1</sup> .

### 1/ اختلاف الفقهاء في من يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم بقوة قاهرة

في الفقه الإسلامي اتجاهاً في تبعه هلاك المبيع بقوة قاهرة أو بأفة سماوية ، ومعنى ذلك أن ضمان المبيع قبل التسليم هل يقع على البائع أو يقع على المشتري؟ .

#### أ/ الاتجاه الأول :

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن المبيع إذا هلك بقوة قاهرة وأفة سماوية لا يد لأي من المتعاقدين فيها فإن ضمان المبيع يقع على البائع قبل التسليم ، أي أن تبعه الهلاك يتحملها البائع . ذلك أن المشتري ما دام لم يقبض المبيع، وإن كانت قد انتقلت ملكيته إليه بالعقد فضمانه على البائع ما لم يقبضه ، وهو قول الحنفية<sup>2</sup>، وقول الشافعية<sup>3</sup>، ومن حججهم أن تسليم المبيع واجب على البائع، لأن المبيع في يده، فإن تعذر التسليم انفسخ البيع ووجب

<sup>1</sup> محمد زكي عبد البر ، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 10.

<sup>2</sup> وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية في (المادة 293) "المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري". كما جاء في (المادة 294) "إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع". كما جاء في المادة 460 من مرشد الحيران أنه : " إذا هلك المبيع عند البائع بفعله ، أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية بطل البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان مدفوعاً" وانظر : محمد بن أحمد السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة - بيروت-، 1993م ، ج11/171. علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/238.

<sup>3</sup> وهو ما نصت عليه المادة 84 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الشافعي ، بقولها : " المبيع قبل قبضه من ضمان المشتري" وانظر : مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج2/456.

على البائع رد الثمن للمشتري، كما أن الفقهاء مجمعون أن كل طعام وكل مكيل أو موزون أو معدود إذا هلك قبل أن يقبضه المشتري فإن هلاكه يقع على البائع<sup>1</sup>.

**ب/ الاتجاه الثاني :** يذهب هذا الاتجاه إلى أن المبيع إذا هلك بعد إبرام العقد وقبل التسليم والقبض فإنه يهلك على المشتري ، وممن ذهب إلى ذلك المالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، ذلك أن المبيع يكون من ضمان المشتري منذ انعقاد البيع صحيحا- وذلك إذا لم يكن المبيع طعاما أو مكيفا أو موزونا أو معدودا لما في ذلك من الإجماع أن تبعة الهلاك في ذلك تقع على البائع كما سبق - لأن المشتري قد تملك المبيع بالعقد الصحيح ، فيكون نماء المبيع لفائدته، فيقع بالمقابل الضمان عليه إذا هلك المبيع بقوة قاهرة، إذ لا يد للبائع في ذلك الهلاك ، وبذلك يبقى الهلاك من ضمان المشتري ، ويبقى مسؤولا عن الثمن رغم هلاك المبيع<sup>4</sup>.

وهذا الاتجاه يشبه إلى حد كبير ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي كما سيأتي من أن تبعة الهلاك متعلقة بالملك ، فبمجرد العقد ينتقل الملك بغض النظر عن التسليم والقبض .

<sup>1</sup> عبدالناصر توفيق العطار ، توحيد تقنيات الأزهر للشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ج1/370.

<sup>2</sup> هذا هو الأصل عند المالكية واستثنوا بعض المسائل يكون فيها تبعة الهلاك على البائع ، كما جاء في المادة 68 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب مالك " ينتقل ضمان المبيع إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم ، ولو لم يقبضه من البائع ، إلا في المبيعات الآتية : 1/ المبيع الذي فيه حق للمشتري ، فإن ضمانه لا ينتقل إلى المشتري إلا بقبضه بمعياره المعتاد . 2/ المبيع الذي حبسه البائع عنده حتى يقبض ثمنه ، أو الذي بيع على الصفة ، أو على رؤية سابقة ولم يكن عقارا ، فإن ضمانهما لا ينتقل إلى المشتري إلا بالقبض . 3/ الثمار المبيعة قبل كمال طيبتها ، فإن ضمانها بالنسبة إلى الجوائح يكون من البائع إلى كمال طيبتها وأمن جوائرها ولو قبضها المشتري ، وأما بالنسبة لغير جوائرها فإنها تدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد الصحيح اللازم . " انظر : محمد بن عبد الله الخرشى ، مرجع سابق ، ج5/158.

<sup>3</sup> وهو ما نصت عليه المادة 101 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أحمد بقولها : " يضمن المشتري المبيع بعد قبضه مطلقا ، ويضمنه قبل قبضه إلا في الأحوال الآتية : 1/ إذا كان عدم القبض بسبب امتناع البائع عن تسليم المبيع . 2/ المبيع بكيل أو عد أو وزن أو ذرع ، إلا إذا امتنع المشتري عن قبضه . 3/ المبيع بوصف أو رؤية متقدمة . 4/ الثمر المبيع على الشجر قبل جنيته . " ومثل ذلك ما نصت عليه المادة 315 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد . وانظر : ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج4/110.

<sup>4</sup> عبدالناصر توفيق العطار ، توحيد تقنيات الأزهر للشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ج1/370. صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص: 499.

## 2/ الهلاك الكلي والجزئي للمبيع قبل التسليم

كما يلاحظ أن الهلاك بقوة قاهرة قد يقع على المبيع كله، كما قد يقع على بعض المبيع، ولذلك سوف نتطرق إلى مسألة تبعة الهلاك الكلي للمبيع ، ثم نتطرق إلى الهلاك الجزئي .

### أ/ الهلاك الكلي للمبيع قبل التسليم

إذا هلك المبيع كله بأفة سماوية قبل وفاء البائع بالتزامه بالتسليم انفسخ البيع ، وسقط الثمن عن المشتري<sup>1</sup> ، عند من يرى من الفقهاء بأن الهلاك قبل القبض يقع على البائع وهم فقهاء الحنفية والشافعية ، وينفسخ البيع لأن تنفيذ الالتزام يصبح مستحيلا في جانب البائع ، وإن بقي ممكنا في جانب المشتري الملتزم بدفع الثمن .

وهو ما أكدته المادة 37 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أنه : " إذا هلك المبيع قبل قبضه بأفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع بطل البيع " وكذلك المادة 293 من المجلة : " المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري."<sup>2</sup>

كما جاء في المادة 85 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الشافعي: " إذا تلف المبيع بأفة سماوية أو أتلفه البائع انفسخ البيع ، وسقط الثمن ..."<sup>3</sup> أما عند المالكية والحنابلة فالأصل عندهم أن الهلاك قبل تسليم المبيع للمشتري يقع على المشتري ، غير أنهم استثنوا بعض المسائل من ذلك ، واعتبروا أن الهلاك يقع فيها على البائع لا على المشتري .

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي ، مرجع سابق ، ج205/12. زكي عبد البر ، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص:72. مصطفى أحمد الزرقا ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص :122.

<sup>2</sup> وفي ذلك يقول الكاساني : " فإن هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع؛ لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري، لأن انفساخ البيع ارتقاعه من الأصل " علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج238/5.

<sup>3</sup> انظر : مغني المحتاج ، مرجع سابق ، ج456/2.

فإذا هلك المبيع كله عند الملكية بطل العقد ، وهو ما نصت عليه المادة 70 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك بقولها : " إذا ادعى البائع حدوث تلف للمبيع المعين بغير جناية أحد عليه ، وهو في ضمانه ، وثبت ذلك بالبينة أو صدقه المشتري ، وكان التلف لكل المبيع بطل البيع "<sup>1</sup>.

والأمر نفسه عند الحنابلة، وهو ما نصت المادة (102) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أحمد على ذلك بقولها : " إذا تلف كل المبيع الذي يضمنه البائع بأفة سماوية انفسخ العقد ."

وقد نصت المادة (404) من مشروع القانون المدني وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية- الذي أعده مجلس الشعب المصري - على ذلك بقولها : " إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتعاقدين فيه انفسخ البيع ، واسترد المشتري الثمن الذي أداه ، إلا إذا كان الهلاك بعد إغذار المشتري لتسلم المبيع ."

والحاصل أن جميع المذاهب متفقة على انفساخ البيع إذا حدث بقوة قاهرة ، وتكون تبعة الهلاك على البائع عند الحنفية والشافعية ، واستثناء إذا حدثت في بعض المسائل عند المالكية والحنابلة ، لكون من يتحمل تبعة الهلاك في الأصل عند المالكية والحنابلة هو المشتري ، كما سبق الإشارة إلى ذلك .

#### ب/ الهلاك الجزئي للمبيع قبل التسليم

يتفق الهلاك الجزئي للمبيع قبل تسليمه للمشتري مع الهلاك الكلي من حيث الأصل ، وهو تحمل تبعة الهلاك التي تقع على البائع عند من يرى بأن الضمان يقع على البائع قبل التسليم، وهم الحنفية والشافعية ، خلافا لمن يرى بأن الضمان يقع على المشتري بعد العقد، وقبل القبض، وهم المالكية والحنابلة، غير أنهم يتفقون جميعا على أن الضمان يقع على

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله الخرشى ، مرجع سابق ، ج5/158.

البائع حالة كون المبيع في ضمانه ، وذلك هو الأصل عند الحنفية والشافعية ، واستثناء عند المالكية والحنابلة .

جاء في المادة (38) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة أنه : " إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص ، وخير المشتري بين الفسخ والإمضاء، وإن كان النقصان بالوصف بآفة سماوية خير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك <sup>1</sup> . ونصت المادة (70) من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب مالك أنه : " إذا ادعى البائع حدوث تلف للمبيع المعين بغير جناية أحد عليه ، وهو في ضمانه ، وثبت ذلك بالبينة أو صدقه المشتري ، وكان التلف لكل المبيع بطل البيع ، فإن كان التلف لبعضه وتعدد المبيع ، وكان السالم النصف فأكثر لزم المشتري أن يتمسك به ، ويرجع على البائع بما يخص التالف من الثمن ، فإن كان متحداً أو كان السالم أقل من النصف خير المشتري في رد المبيع وأخذ ثمنه ، أو التمسك بالسالم والرجوع على البائع بما يخص التالف من الثمن " .

أما في المذهب الحنبلي فقد نصت المادة (102) من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أحمد على ذلك بقولها : " إذا تلف كل المبيع الذي يضمنه البائع بآفة سماوية انفسخ العقد ، وإن كان التلف في بعض المبيع فالمشتري بالخيار بين إمساك الباقي بقسطه من الثمن ، وبين الرد ، واسترداد ما دفع <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> وفي ذلك يقول الكاساني: " أما إذا هلك بعضه فإن كان قبل القبض، وهلك بآفة سماوية ينظر إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكبلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن؛ لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابلة شيء من الثمن، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل، وسقوط كل الثمن، فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع، وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه، وإن كان النقصان نقصان وصف، وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر، والبناء في الأرض، وأطراف الحيوان، والجودة في المكبل والموزون لا يفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض أو الجناية؛ لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض، "

<sup>2</sup> وقد نصت على ذلك أيضاً المادة 315 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد .

وقد نصت على ذلك أيضا المادة (405) من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية بقولها: " إذا هلك بعض المبيع أو أصابه تلف قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع، إذا كان النقص في قيمة المبيع جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع ، وهذا ما لم يكن الهلاك أو التلف قد حصل بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع ."

والحاصل أن تبعة الهلاك الجزئي إذا وقعت على البائع فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع أو إمضائه بما يستحق الباقي من المبيع من ثمن على تفصيل عند فقهاء الحنفية فيما إذا كان النقص الذي لحق المبيع هو نقص في القدر أو الوصف ، وعند المالكية في التفريق بين حالة المبيع المتعدد والمبيع المتحد ، ثم بين المبيع الذي سلم نصفه فأكثر من الهلاك، وبين المبيع الذي هلك نصفه فأكثر<sup>1</sup>.

### ثانيا : تبعة هلاك المبيع في القانون المدني الجزائري

طبقا للقواعد العامة في عقد البيع فإن ذمة البائع تبرأ بتسليمه المبيع إلى المشتري، طبقا لما اتفق عليه الطرفان في عقد البيع ، وفي حالة ما إذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع كأن يتم التسليم في غير الحالة التي كان عليها في وقت البيع، أو امتنع البائع عن التسليم ، أو أخل بالزمان والمكان المتفق عليه ... فإن المشتري له أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا توفرت شروطه ، أو يطالب بالتعويض ، أو يطالب بالفسخ ، وذلك طبقا للقواعد العامة<sup>2</sup>، غير أنه في بعض الأحيان لا يكون سبب عدم تسليم المبيع للمشتري راجعا إلى تماطل البائع، أو ندمه ... ، بل يكون عدم تسليم المبيع بسبب هلاكه إما هلاكا كلياً أو هلاكا

<sup>1</sup> وفي ذلك يقول الخرشي: " فإن كان الباقي النصف فأكثر لزم التمسك به بحصته من الثمن، وإن كان أقل من النصف وجب رده، وحرم التمسك بالباقي الأقل " محمد بن عبد الله الخرشي ، مرجع سابق ، ج5/160.

<sup>2</sup> سي يوسف زهية حورية، الوجيز في عقد البيع ، دار الأمل للطباعة والنشر ، تيزي وزو -الجزائر - 2008م ، ص 165:

جزئياً ، وهو ما نصت عليه المواد (369،370 ق م ج)، والمقابلة للمواد (437،438 ق م مصري).

فقد نصت المادة (369) على أنه : " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط<sup>1</sup> البيع، واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع " ونصت المادة (370) على أن : " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً، بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقي البيع مع انقاص الثمن " ولذلك فإن البحث في تبعة الهلاك يفترض أن هلاك الشيء المبيع قد حدث بعد انعقاد البيع ، أما إذا كان الهلاك سابقاً على البيع فإن البيع يكون عندئذ باطلاً لاستحالة محل الالتزام .

ثم إن الكلام حول تبعة الهلاك يفترض أيضاً أن يكون الأمر متعلقاً بالعقد الملزم لجانبين أو عقود المعاوضة ، أما عقود التبرع فلا مكان للكلام فيها على تبعة الهلاك . كذلك فإن تبعة الهلاك لا تثور إلا حيث يكون المبيع معيناً بالذات ، أما المعين بنوعه فقط فهلاكه لا يعني استحالة تنفيذ الالتزام بتسليمه ، لأن البائع يستطيع الحصول على مثله تماماً من السوق ويسلمه للمشتري ، ويعبر عن ذلك عادة بأن **المثلثات لا تهلك**. غير أن بيع كمية من المثلثات جزافاً ، يعتبر بيعاً منصفاً على معين بذاته ، فإذا هلك لا يلتزم البائع بتسليم بديل له ، وتطبق في هذه الحالة أحكام تبعة الهلاك ، كما أن إفراز المعين بنوعه يجعله معيناً بذاته ، وتطبق عليه أحكام تبعة الهلاك إذا هلك بعد إفرازه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هكذا جاءت في النسخة العربية للقانون المدني ، وهي تعريب لكلمة Résolu في النسخة الفرنسية لهذا القانون ، ولعل الصواب في تعريبها هو " انفسخ" وهو اللفظ الوارد في المادة 437 من القانون المدني المصري التي هي أصل المادة المذكورة .

<sup>2</sup> محمد حسنين، مرجع سابق ، ص:119. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :293.



وأخيراً لا يثور بحث تبعة الهلاك إلا إذا كان الهلاك لسبب أجنبي لا يد للبائع أو المشتري فيه ، ذلك أنه إذا هلك المبيع بفعل البائع بقي البائع مسؤولاً عن إخلاله بالتزامه ، ويكون للمشتري أن يسترد الثمن من البائع ويطالبه بالتعويض ، وإذا هلك المبيع بفعل المشتري ، بقي المشتري ملتزماً بالثمن ، وإذا هلك المبيع بفعل شخص أجنبي كان هذا الشخص مسؤولاً عن ذلك .

### 1/ التفرقة بين تبعة الملك وتبعة العقد

تكمن الصعوبة في تبعة الهلاك في عقد البيع أن تبعة الملك وتبعة العقد تختلطان في البيع مع اختلافهما في الحكم ، والمقصود بتبعة الملك هي تلك الخسارة التي تلحق المالك بضياح الشيء ، فإذا هلك الشيء المبيع بقوة قاهرة تحمل المالك الخسارة التي تتمثل في ضياح قيمته بهلاكه، فالعبرة بالتملك لا بالحيازة ، فيهلك المبيع على المالك ولو كان غير حائز له .

أما تبعة العقد فتقع في العقد الملزم لجانبين على المدين ( البائع ) الذي استحال تنفيذ التزامه بهلاك الشيء المطلوب تسليمه، وعليه سينقضي الالتزام المقابل ويبرأ منه المشتري وينفسخ العقد .

فإذا ما طبقت قاعدة تبعة العقد فإن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع وهو في يده بسبب أجنبي ، ولو كانت ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري ، لأن البائع لا زال حائزاً للمبيع وتقع عليه مسؤولية تسليمه للمشتري، ويحق للمشتري استرداد الثمن إن كان قد دفعه للبائع . وإذا طبقنا قاعدة تبعة الملك فإن الهلاك يقع على المالك وهو المشتري ، حتى ولو لم يكن حائزاً للمبيع ، وكان المبيع لا يزال في يد البائع ، فمن حق البائع المطالبة بالثمن وإن هلك المبيع وهو في يده بسبب أجنبي، لأن الملك انتقل إلى المشتري ، كما لا يجوز للمشتري المطالبة باسترداد الثمن إن كان قد دفعه إلى البائع<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> محمد حسنين، مرجع سابق ، ص:120. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/612-613. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:297.

وقد طبق المشرع الفرنسي هذه القاعدة ونص عليها في المادة (2/1138) في القانون المدني ، والتي نص على أنه : " وهو يجعل الدائن مالكا، ويحمله مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسليمه، ولو لم يتم التسليم على الإطلاق، إلا إذا كان المدين قد أُنذر بوجوب التسليم، ففي هذه الحالة يتحمل هذا الأخير مخاطر الشيء " <sup>1</sup>.

كما طبقها في القانون التجاري ونص عليها في المادة (100) منه ، حيث قضت بأن البضاعة المباعة تهلك في أثناء النقل على مالكاها ، وهو المشتري ، وإن كانت الكثير من التشريعات الأجنبية قد هجرت هذه القاعدة التي تبناها القانون المدني الفرنسي وتبنت قاعدة تبعة العقد السالفة الذكر <sup>2</sup> .

أما بالنسبة إلى قاعدة تبعة العقد فقد تبناها القانون المدني الجزائري وأصله المصري والكثير من القوانين المدنية العربية والأجنبية خلافا للقانون المدني الفرنسي الذي تبنى قاعدة تبعة الملك كما سبق بيانه .

كما يلاحظ أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري قد استمد هذه القاعدة من الفقه الإسلامي <sup>3</sup> كما أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها : " هذه النصوص تعرض لبيان تبعة الهلاك قبل التسليم ، وقد استبقى المشروع هنا أحكام التقنين الحالي ، فجعل التبعة على البائع قبل التسليم خلافا للقوانين اللاتينية ، وأخذا بأحكام الشريعة الإسلامية ... " <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 1097.

<sup>2</sup> محمد حسنين، مرجع سابق ، ص:120. محمد زكي عبد البر ، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص: 54-55.

<sup>3</sup> وانظر في تقرير ذلك كل من : عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص:70. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص:46. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 112. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج4/314.

<sup>4</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/75. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/57.

غير أن جانبا من الفقه<sup>1</sup> أنكر استمداد هذه المواد من الفقه الإسلامي، واعتبرها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الفسخ<sup>2</sup>، وقد أشار الأستاذ السنهوري إلى ذلك الخلاف، وانحاز إليه تقريبا، فقال: " وهذا التأصيل وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامي، وهي تجعل تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم، ولذلك اعتاد الفقه المصري أن ينسب القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري إلى الفقه الإسلامي، وذلك لما رأى هذا التقنين سار عليها مخالفا بذلك القاعدة التي أخذ بها التقنين الفرنسي<sup>3</sup>."

## 2/ ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم في القانون المدني الجزائري

ذكرنا أن القانون المدني الجزائري أخذ بقاعدة تبعة العقد، وجعل بذلك الهلاك على البائع قبل التسليم، فالهلاك إذا مرتبط بالتسليم، فإن وقع قبل التسليم كان على البائع، وإن وقع بعد التسليم كان على المشتري، بغض النظر عن انتقال الملكية إلى المشتري أم عدم انتقالها، ذلك أن تبعة الهلاك مرتبطة بالحياة لا بالملك، فإن هلك المبيع عند الحائز وإن لم يكن مالكا له، لأن الملكية انتقلت بالعقد إلى المشتري، تقع عليه تبعة الهلاك.

غير أن الشيء المبيع قد يهلك كلياً، وقد يهلك جزئياً، وفي كلا الحالتين تكون تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم.

<sup>1</sup> ومن هؤلاء الأستاذ أحمد نجيب الهلالي، والأستاذ حامد زكي. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج4/612. محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص:134. محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، هامش ص:298-299.

<sup>2</sup> وقد ذكر الأستاذ زكي عبد البر الأدلة التي استدل بها القائلون بأن المواد المتعلقة بتبعة الهلاك غير مستمدة من الفقه الإسلامي، ودحض حججهم، وأثبت أن هذه المواد مستمدة من الفقه الإسلامي، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري. انظر بتفصيل أكثر: محمد زكي عبد البر، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص:134-140.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج4/612.

### أ/ الهلاك الكلي قبل التسليم

نصت على ذلك المادة (369 ق م ج) بقولها: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع"<sup>1</sup>.

ويتضح من هذا النص أنه ربط تبعة الهلاك بالتسليم، ولم يربطها بانتقال الملكية كما فعل القانون المدني الفرنسي، وأن تبعة الهلاك تظل على البائع حتى يقوم بتنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع، حتى ولو انتقلت الملكية إلى المشتري، والعكس صحيح، فإن المشتري يتحمل تبعة الهلاك إذا سلمه البائع المبيع، ولو لم تنتقل الملكية إليه<sup>2</sup>.  
ويترتب على ذلك أن التزام البائع ينقضي لاستحالة تنفيذه، كما ينقضي تبعا لذلك التزام المشتري بدفع الثمن، وينفسخ العقد بقوة القانون<sup>3</sup>.

### ب/ الهلاك الجزئي قبل التسليم

وهو ما نصت عليه المادة (370 ق م ج) بقولها: " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما، بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع مع انقاص الثمن"<sup>4</sup>.

ويتضح من هذا النص أنه إذا نتج عن السبب الأجنبي هلاك جزئي للمبيع، أو تلفه فإن قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم تكون واجبة التطبيق فتكون التبعة على البائع، غير أن

<sup>1</sup> يقابل هذا النص المادة 437 ق م مصري، والتي تنص على أنه: " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسليم المبيع." ويطلق نص المادة 426 ق م ليبي، والمدة 405 ق م سوري، كما يقابل نص المادة 587 ق م عراقي، والمادة 478 ق م كويتي، والمادة 500 ق م أردني.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 298.

<sup>3</sup> سي يوسف زهية حورية، مرجع سابق، ص: 167.

<sup>4</sup> ويقابل هذه المادة كل من المادة 438 ق م مصري، والمادة 427 ق م ليبي، والمادة 406 ق م سوري، والمادة 1/547 ق م عراقي والمادة 479 ق م كويتي، والمادة 2/502 ق م أردني.

كيفية تحميل البائع لتبعية الهلاك الجزئي تختلف حسب جسامته ، وتقدير ذلك يكون للقاضي بخلاف الهلاك الكلي الذي يكون بقوة القانون<sup>1</sup> .

كما لا يستطيع المشتري طلب الفسخ إلا إذا كان التلف جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما وافق المشتري على التعاقد ، وهنا يكون المشتري بالخيار بين أن يطلب الفسخ وبيراً من التزامه بدفع الثمن ، ويسترده إن كان قد دفعه ، وبين أن يكتفي بطلب إنقاص الثمن مع الإبقاء على المبيع ، دون أن يكون له الحق في طلب التعويض ، أو المطالبة بإصلاح التلف، لأن الهلاك والنقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ لا يد للبائع فيه.

**ج/ حالات استثنائية في القانون المدني الجزائري تكون فيها تبعية الهلاك على**

### **المشتري قبل التسليم**

خلافاً للقاعدة العامة السابقة الذكر وهي أن تبعية الهلاك تقع على البائع، سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً ، فإن هناك بعض الاستثناءات في القانون المدني الجزائري بمقتضاها تكون تبعية الهلاك على المشتري قبل التسليم لا على البائع، وهذه الحالات هي:

- الاتفاق بين البائع والمشتري على أن تبعية الهلاك تقع على المشتري ولو قبل حصول التسليم ، لأن تسليم المبيع ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على مخالفته.

- حالة امتناع المشتري عن تسلّم المبيع عند حلول الأجل المتفق عليه بعد إعداره من طرف البائع ، وهو ما نصت عليه المادة (369 ق م ج) ، والمادة (270 ق م ج) التي تنص على أنه : " إذا تم إعدار الدائن فإنه يتحمل تبعية هلاك الشيء أو تلفه ويصبح للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر "

- إذا كان عدم قيام البائع بتسليم المبيع يستند إلى حقه في حبس المبيع بسبب عدم قيام

المشتري بالوفاء بالثمن ، وهو ما نصت عليه المادة (391 ق م ج)<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> محمد حسنين، مرجع سابق ، ص:124.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص:124-125. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :300-301. سي يوسف زهية حورية، مرجع سابق، ص :170-172. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/618.

ونخلص مما سبق ذكره أن القانون المدني الجزائري تقليدا لأصله المصري رجح الأخذ بقول الفقهاء القائلين بأن الضمان في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة يقع على البائع، قبل قبض المشتري للمبيع وتسلمه ، سواء كان الهلاك كلياً أم جزئياً ، وذلك لأن المشرع الجزائري - والمصري- كعادته يميل إلى الاستمداد من الفقه الحنفي ، وبالأخص مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران ، وقد سبق وأن بينا أن المذهبين الحنفي والشافعي كأصل عندهم ، والمالكية والحنابلة في كثير من المسائل يجعلون تبعه الهلاك تقع على البائع .

#### الفرع الرابع : تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون المدني

##### الجزائري

لقد تناول القانون المدني الجزائري حكم تصرفات المريض مرض الموت في الفصل الخاص بعقد البيع ، وفي الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية وبالضبط في القسم الخاص بالوصية ، أي أن تصرفات المريض مرض الموت سواء كانت تبرعا أو معاوضة قد نص عليها القانون المدني الجزائري في بعض مواده ، وقد استمد القانون المدني الجزائري هذه الأحكام المتعلقة بالمريض مرض الموت من الفقه الإسلامي<sup>1</sup> سواء المتعلقة بالتبرع والتي تأخذ حكم الوصية ، أو المتعلقة بالمعاوضة ، وهي التي نص عليها في عقد البيع .

ولذلك بعد بيان المقصود بمرض الموت سنبين حكم تصرفات المريض مرض الموت التي يقوم بها على سبيل التبرع أولا<sup>2</sup>، ثم نتطرق إلى حكم تصرفات المريض مرض الموت التي قام بها على سبيل المعاوضة ، ونقتصر في ذلك على عقد البيع .

<sup>1</sup> انظر بشيء من التفصيل : علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص:47. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 113. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :483.مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/216. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/57.عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص:74. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج4/332.

<sup>2</sup> وإن كان المكان الذي ينبغي أن يعالج فيه هذا الموضوع هو الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية وبالضبط في القسم الخاص بالوصية ، ولكن رغبة في جمع شتات الموضوع وعدم تفرقه ، وحتى يسهل فهمه للقارئ آثرت أن أدرسه في أقرب مكان نص على مسألة مرض الموت ، وهو عقد البيع .

**أولاً : مفهوم مرض الموت**

لم يعرّف القانون المدني الجزائري المريض مرض الموت لأن ذلك ليس من أولويات التقنين ، بل بين أحكام المريض مرض الموت ، وترك التعريف للفقه والقضاء ، وعند الرجوع إلى القضاء نجده لا يختلف في تعريفه للمريض مرض الموت عن الفقه الإسلامي وبالخصوص المذهب الحنفي الذي استمد منه القانون المدني الجزائري بعض أحكام مرض الموت كما سيأتي بيانه .

وبالرجوع الى الفقه الإسلامي نجد أن هناك الكثير من التعاريف لمرض الموت التي تؤدي في الأخير إلى معاني متقاربة ، فعند الحنفية هو الذي يغلب منه الموت<sup>1</sup> ، وعند المالكية هو المرض الذي يكون منه الموت كثيرا وشهيرا<sup>2</sup> ، وعند الشافعية والحنابلة هو المرض المخوف<sup>3</sup> ، وقيل غير ذلك .

وقد عرفته المادة (1595) من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " مرض الموت : هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث ، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت ، وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازما للفرش ، أو لم يكن ، وإذا امتد مرضه ، وكان دائما على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يمتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه ، وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد مرضه اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت".

وعليه حتى يحكم على مرض ما بأنه مرض الموت طبقا لما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية فلا بد من توفر ثلاثة شروط :

<sup>1</sup> ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج4/50. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/661.

<sup>2</sup> ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/306.

<sup>3</sup> شهاب الدين الرملي ، مرجع سابق ، ج6/63. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية ، ( د ت ن ) ، ج4/325.

1/ أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه .

2/ أن يغلب فيه الموت .

3/ أن ينتهي بالموت فعلا<sup>1</sup> .

هذا وقد ألحق الفقهاء حالات أخرى بمرض الموت مثل: من كان في سفينة وهاج البحر، من قدم ليقتل بقصاص أو رجم ، الحامل في حال الطلق ، من وقع في أسر قوم عادتهم قتل الأسرى ، من كان في بلد انتشر فيها الوباء...<sup>2</sup>

وقد ذهب القضاء الجزائري في كثير من القرارات إلى الأخذ بالشروط السابقة للحكم على المرض بأنه مرض موت ، ومنها :

1/ قرارا صادرا عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22 جاء في حيثياته :

"..... عندما تصرف والدهم المرحوم بإجراء عقد الهبة لصالح المطعون ضدها ، كان في حالة مرض الموت ، و ذلك بصحة شهادة الشهود ، كما أن النصوص الفقهية نصت على أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف موت المريض ، و يعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف"<sup>3</sup>.

2/ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/07/21 ينص في حيثياته :

" حيث أنه من المتفق عليه فقها و قضاء أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك و يتصل به الموت فعلا ، و أنه لذلك يشترط القول أن يكون الشخص قد أبرم التصرف و هو

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/314. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/134.

<sup>2</sup> ابن نجيم ، مرجع سابق ، ج4/50-51. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6-661. ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/306-307. شهاب الدين الرملي ، مرجع سابق ، ج6/63-64. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/134. محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي - القاهرة -1996م ، ص : 312.

<sup>3</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارد ملف 237858 فهرس رقم 257 بتاريخ 2000/02/22



يعاني من مرض يؤدي في الغالب إلى الموت ، و أن يتصل الموت بالمرض بحيث لا تفصل بين المرض و الوفاة فترة شفاء واحدة<sup>1</sup>.

3/ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/02 نص في حيثياته :

" لكن حيث أنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت ، أن يؤثر المرض على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف ، إذ من المعلوم بالضرورة أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض ، حدد له الفقه و القضاء شروط ثلاثة و هي : أن يقعد المرض صاحبه على قضاء مصالحه ، و أن يغلب فيه الموت ، و ينتهي بالموت فعلا ، و هذه العلامات مجتمعة ، و هي أمور موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنه مشرف على الموت ، و أنه يكفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها القضاة أن المريض و هو يتصرف ، كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنى ، فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة ، ولا حاجة بعد ذلك إلى البحث في خفايا نفس المريض ، لمعرفة ما إذا كان مميّزا، أو غير مميز، لأن البحث عسير إن لم يكن متعذرا. "<sup>2</sup>

4/ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/23 ينص في حيثياته :

" .... أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه ، ليس في محله ، ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا و بأسباب كافية ، أن الواهب تصرف في مرض الموت ، و أثبتوا بتوافر ثلاثة شروط فيه وهي : أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه ، وأن يغلب فيه الموت ، وأن ينتهي بالموت ، وقد تأكدوا من توفر الشروط الثلاثة "<sup>3</sup>.

غير أنه في بعض اجتهادات المحكمة العليا نجد اجتهادا آخر ، يتمثل في اعتبار مرض الموت مؤثرا على القوة العقلية وتمييز المريض ، في حين أنه لا الفقه الإسلامي قال بأن مرض الموت يؤثر على أهلية المريض وتمييزه- وإن كان يحجر عليه لا بسبب نقص في

<sup>1</sup> قرار صادر عن الغرفة المدنية ملف رقم 283817 فهرس رقم 682 بتاريخ 2004/07/21 .

<sup>2</sup> قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ملف رقم 284738 فهرس رقم 1 بتاريخ 2005/02/02 .

<sup>3</sup> قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 312593 بتاريخ 2005/11/23

أهليته ، بل حماية لحقوق الدائنين ، ولحقوق الورثة المتعلقة بالتركة -<sup>1</sup> ، ولا القانون المدني الجزائري في نصوصه ، بل قد بين القانون المدني حالات البطلان والقابلية للبطلان بسبب عدم الأهلية ونقصها ، ويسبب عيب من عيوب الإرادة ، ولم يذكر أبداً أن مرض الموت يعيب الإرادة ، ولذلك فبعض اجتهادات المحكمة العليا تعتبر مناقضة للفقه الإسلامي ونصوص القانون المدني، وحتى للكثير من اجتهادات نفس المحكمة ، ومن ذلك : قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/07/09 جاء في حيثياته :

" يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحبه مرض الموت ، و في هذا الصدد فإن المعروف فقها و اجتهادا أن المرض الذي يبطل التصرف ، هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت ، وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه ، و بحسب ذلك فعلى الطاعنين ، أن يثبتوا بأن البائع لم يملك تمييزه و لا صحة عقله، وأن المرض الأخير الذي انتابه ، أدى إلى تصرف باطل ، و لكن قضاة الموضوع اقتنعوا بما وضع أمام أيديهم من أدلة أن المرض الأخير لم يكن مرض من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة المال، و كان هذا من سلطتهم التقديرية في قضية لا تمس النظام العام ، وعليه فإن قرارهم جاء معللا بما فيه الكفاية "<sup>2</sup>

### ثانيا : حكم تصرفات المريض مرض الموت المالية

مرض الموت لا يؤثر على حقوق المريض ، إلا على حقه في القيام ببعض التصرفات المالية ، ذلك لأن المريض مرض الموت مشرف على الهلاك ، وبذلك كان هذا المرض سببا لتعلق حقوق الغرماء والورثة بمال المريض ، فيكون مرض الموت من أسباب تقييد حق المريض في التصرف في ماله ، وذلك صيانة لحق الغرماء والورثة .

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/134. ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/306.

محيي الدين النووي ، مرجع سابق ، ج4/353. الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج11/215.

<sup>2</sup> قرار صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 33719 بتاريخ 1984/07/09.

وإذا كان تصرف المريض لا يؤثر على حقوق الغرماء والورثة فتصرفات صحيحة ولا يحجر عليه<sup>1</sup>.

ثم إن تصرفات المريض مرض الموت المالية قد تكون تبرعا ، وقد تكون معاوضة ، ونبدأ بتصرفات المريض تبرعا لأنها هي الأصل في حالة مرض الموت ، وتأخذ حكم الوصية ، ثم نتكلم عن تصرفات المريض مرض الموت معاوضة .

### 1/ تصرفات المريض مرض الموت تبرعا

لقد نص القانون المدني الجزائري على حكم تصرفات المريض مرض الموت التي يقصد بها التبرع واعتبرها في حكم الوصية ، كما جعل المعاوضة التي يقوم بها المريض مرض الموت تبرعا ما لم يثبت المتصرف إليه خلاف ذلك ، فقد جاء في المادة (776 ق م ج)<sup>2</sup> أن : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه "

فوفقا للمادة (776 ق م ج) لا بد من توفر شرطين حتى يسري على هذا التصرف حكم الوصية ، وهما :

<sup>1</sup> فهد ساير محمد خطاب ، محمد شرف الدين. مرض الموت و أثره على الحقوق المالية في الفقه الإسلامي و القانون الكويتي. حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية ( كلية دار العلوم - جامعة القاهرة ) - مصر، ع 40، (2013)، ص : 366.

<sup>2</sup> مطابقة لنص المادة 916 ق م مصري .والمادة 920 ق م ليبي .

أ/ أن يتم التصرف في مرض الموت .

ب/ أن يكون التصرف تبرعا .

كما يلاحظ من نص المادة أن كلمة التصرف تتسع لتشمل التبرعات والمعاوضات فكما تشمل الإبراء والهبة ، تشمل أيضا البيع والإيجار ... فإذا أثبت الورثة أن التصرف وقع في مرض موت مورثهم فإن هذا التصرف يعتبر في نظر القانون تبرعا، وتجري عليه أحكام الوصية ، سواء كان هذا التصرف تبرعا محضا أو معاوضة ، وظاهر أن القانون قد خفف عبء الإثبات على الورثة ، فليس عليهم إثبات أن التصرف الصادر من مورثهم كان على سبيل التبرع ، وإنما حسبهم أن يقيموا الدليل على أن التصرف الصادر من مورثهم قد صدر منه في مرض الموت ، وبذلك يكون للمتصرف إليه نقض هذه القرينة بأن يثبت عكس ما يدعيه الورثة ، فإذا لم ينجح في ذلك فلا يسري على الورثة من تصرف مورثهم وتبرعه إلا الثلث من التركة ، وما زاد على ذلك فلا يصح إلا إذا أجازوه<sup>1</sup> ، وذلك طبقا لنص (المادة 185 ق أ ج): " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة . " ، وهو ما استقر في الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه من أن تبرعات الشخص في مرض موته حكمها حكم الوصية ، والوصية لا تجوز للوارث إلا برضى باقي الورثة ، كما لا تجوز لأجنبي بأكثر من الثلث إلا إذا أجازها الورثة<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> انظر: زهدود محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991م ، ص : 138-139.

<sup>2</sup> ابن حزم ، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ، دار الكتب العلمية - بيروت - ( د ت ن ) ، ص: 112-113. محمد بن أحمد السرخسي ، مرجع سابق ، ج153/27. علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج7/369. المطيري ، فهد ساير محمد خطاب ، مرجع سابق ، ص : 378.

## 2/ تصرفات المريض مرض الموت معاوضة ( عقد البيع )

تصرفات المريض مرض الموت معاوضة قد تكون بالبيع و الإيجار أو المقايضة ...  
وسنقتصر على تصرفات المريض مرض الموت في ما يخص عقد البيع فقط لأنه هو الذي  
نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة (408) كما سيأتي ، كما أن تصرف المريض  
بالبيع قد يكون مع الورثة أو مع غير الورثة ، كما أنه يكون بيعا بثمن المثل أو محاباة .

## أ/ بيع مريض مرض الموت لوراث

إذا باع المريض مرض الموت لورثه أو اشترى منه بثمن المثل فالبيع عند المالكية<sup>1</sup>  
والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> وأبو يوسف ومحمد من الحنفية<sup>4</sup> صحيح نافذ ، دون توقف على إجازة  
من الورثة ، لأن حق الورثة مثل حق باقي الدائنين يتعلق بقيمة التركة لا بأعيانها .  
وخالف في ذلك أبو حنيفة فذهب إلى القول بأن بيع المريض مرض الموت للوراث أو  
اشتراؤه منه بثمن المثل - فضلا عن محاباته إياه - موقوف على إجازة بقية الورثة ذلك أن  
حق الورثة يتعلق بمالية التركة إن تصرف المريض لأجنبي غير وارث ، ويتعلق حقهم  
بأعيان التركة إن تصرف المريض لوراث ، أي أن حقهم في الحالة الثانية حق عيني ، وفي  
الحالة الأولى حق شخصي ، وبناء عليه يصح تصرف المريض لغير وارث ببعض أموال  
التركة بمثل القيمة، دون اعتراض من أحد الورثة .

ولا يصح تصرف المريض لوراث ببعض أموال التركة ولو بقيمته بلا أي غبن ، أي حتى  
ولو باع المريض لوراث بثمن المثل ، بل حتى أكثر من ثمن المثل ، فإنه يحق لباقي الورثة  
نقض هذا التصرف لأنه يضر بمصلحتهم ، ذلك أن حقهم تعلق بأعيان التركة لا بقيمتها ،

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله الخرشبي ، مرجع سابق ، ج5/305.

<sup>2</sup> محمد بن إدريس الشافعي ، مرجع سابق ، ج7/112. محيي الدين النووي ، مرجع سابق ، ج6/112.

<sup>3</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/237.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/137-138. شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج2/716.

وإيثار بعض الورثة على بعض لا يجوز ، بخلاف تصرف المريض مرض الموت مع غير الورثة ، لأن حقهم غير متعلق بأعيان التركة بل بقيمتها<sup>1</sup> .

وقد تأثر القانون المدني الجزائري في (المادة 1/408) بالفقه الحنفي ، وبالخصوص بقول أبي حنيفة الذي ذهب إلى أن يبيع المريض مرض الموت للوارث أو اشتراؤه منه موقوف على إجازة بقية الورثة .

وقد جاء نص المادة 1/408 كالآتي : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة."<sup>2</sup>

والناظر في الفقرة الأولى من المادة (408 ق م ج) : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. " يجدها موافقة تماما لما نصت عليه المادة (189 ق أ ج) : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " ، ذلك أن البيع المذكور في المادة (408 ق م ج) يأخذ حكم الوصية كما نصت على ذلك المادة (776 ق م ج) إذا وقع التصرف في مرض الموت ، وإذا أخذ حكم الوصية فنص المادة (1/408) موافق تماما لما نصت عليه المادة (189 ق أ ج).

كما يلاحظ أيضا أن الفقرة الأولى من المادة (408 ق م ج) وإن خالفت ما ذهب إليه القانون المدني المصري فإنها موافقة لما ذهب إليها الإمام أبو حنيفة ، وهو ما جاء صريحا في المادة (393) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه : "إذا باع شخص في مرض موته شيئا من ماله لأحد ورثته يعتبر ذلك موقوفا على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع وإن لم يجيزوا لا ينفذ". والمادة (358) من مرشد الحيران :

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/

<sup>2</sup> ومما يلاحظ أن النص في النسخة الفرنسية للتقنين المدني الجزائري أورد شرطا لم يتضمنه النص العربي ، فاشتراط أن يتم البيع في فترة حدة واشتداد المرض Dans la période aigué ، في حين أن هذا الشرط لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :487. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :113. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :275.

بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بثمن المثل ، فإن أجازوه جاز ، وإن لم يجيزوه بطل ."

### ب/ بيع مريض مرض الموت لأجنبي

لا يوجد أي خلاف فيما لو باع المريض مرض الموت لأجنبي أو اشترى منه بثمن المثل، أما إن كانت هناك محاباة فيجب أن تكون في حدود الثلث ، وإن زادت على الثلث فلا بد من إجازة الورثة<sup>1</sup>.

والحاصل أن تصرفات المريض مرض الموت مع أجنبي صحيحة على التفصيل السابق، والغريب في الأمر أن القانون المدني الجزائري جعل تصرف المريض مرض الموت مع أجنبي يقع قابلاً للإبطال ، وهو ما لا تقره الشريعة الإسلامية ، ولا يشهد للقانون المدني الجزائري في ذلك أي مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي ، كما أنه مناقض لنصوص قانون الأسرة الجزائري المستمد في الأساس من الفقه الإسلامي.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (408 ق م ج) : " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال." ومما يلاحظ على هذه الفقرة ما يلي :

- لقد جاء في النسخة الفرنسية عبارة *Est présumée avoir été faite sans consentement valable* ، وقد عربت خطأ في النسخة العربية بالعبارة التالية " فإنه يعد غير مصادق عليه" ، وهو اصطلاح غير معروف في القانون المدني ، والصحيح أن يقال في تعريبها " يعد البيع قد حدث دون رضاء صحيح"<sup>2</sup>.

- كما يلاحظ أن موقف القانون المدني الجزائري في فرضه جزاء قابلية الإبطال على بيع المريض مرض الموت في الفقرة الثانية من المادة (408) يطرح عدة تساؤلات ، لأن

<sup>1</sup> المطيري ، فهد ساير محمد؛ خطاب ، مرجع سابق ، ص :367.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، هامش ص: 113. محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص :487. علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:274.

النص لم يبين من له الحق في طلب الإبطال ، كما لم يصرح عن سبب قابلية العقد للإبطال فهو لعييب في الإرادة أم لشيء آخر؟<sup>1</sup> ، غير أن هذه التساؤلات قد نجد لها إجابات عندما نكتشف أن القانون المدني الجزائري قد تأثر ببعض القوانين المدنية العربية في ذلك ، فنجد أن موقف القانون المدني الجزائري مشابه لموقف كل من مجلة الالتزامات والعقود التونسية<sup>2</sup> ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي<sup>3</sup> ، اللذين فرضا جزاء قابلية الإبطال على تصرفات المريض والحالات الأخرى المشابهة لها .

كما يجدر التنبيه إلى أن موقف القانون المدني الجزائري يختلف عن موقف القانونين التونسي والمغربي من ناحيتين اثنتين ، هما سبب الجزاء ومكانه :

1/ فمن حيث سبب الجزاء فقد فرض القانون المدني الجزائري جزاء قابلية الإبطال على بيع المريض مرض الموت ، في حين أن القانون المدني التونسي والمغربي قد فرضا قابلية الإبطال على تصرفات المريض عموما ، سواء كان في حالة مرض الموت أم لا .

2/ أما من حيث مكان الجزاء فقد فرض القانون المدني الجزائري قابلية الإبطال في الباب المخصص لعقد البيع ، أما القانونين التونسي والمغربي قد فرضا قابلية الإبطال على تصرفات المريض في الباب المخصص لعيوب الإرادة .

والملاحظ - يقول الأستاذ وحيد الدين سوار - أن النهج الذي سلكته مدونتنا المغرب وتونس هو الأقوم ، لأن الفقه الإسلامي لا يعرف القابلية للإبطال جزاء لبيع مريض مرض الموت ، ثم إن فرض جزاء قابلية الإبطال على المريض عموما يتيح لنا تطبيق قواعد هذا الجزاء الواردة في المادة (99 ق م ج) وما بعدها ، ذلك لأن مقتضى هذه القواعد أن يقوم من شرع البطلان لمصلحته في إبطال العقد بعد زوال سبب قابلية الإبطال ، وهذه القواعد

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 489.

<sup>2</sup> في المادة 59 التي نصت على أن : " أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر الحاكم "

<sup>3</sup> في المادة 54 والتي نصت على أن : " أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة "



يتسنى لنا تطبيقها هنا ، ذلك لأن من شرع البطلان لمصلحته وهو المريض يسعه أن يطلب إبطال العقد خلال عشر سنوات بدءا من شفائه من مرضه ، أما في حالة المريض مرض الموت فإنه يتعذر تطبيق هذه القواعد بسبب أن الإبطال متعذر بعد زوال سبب قابلية الإبطال ، لأن هذا الزوال لا يكون إلا بعد وفاة المريض ، فكيف يتسنى له والحالة هذه أن يمارس حق الإبطال بعد وفاته .

والذي يبدو لنا -يقول الأستاذ وحيد الدين سوار - أنه كان في نية واضع القانون المدني الجزائري وضع الفقرة الثانية من المادة (408) في باب عيوب الإرادة على غرار مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، وقانون الالتزامات والعقود المغربي ، ولكنها وردت سهوا تحت عنوان البيع في مرض الموت ، يشهد على ذلك أن النسخة الفرنسية قد أكدت علاقة هذه المادة بعيوب الإرادة حين وضعت البيع في هذه الحالة على أنه ورد دون رضاء صحيح<sup>1</sup>. كما يلاحظ أيضا أن الفقرة تتعارض تماما مع نص (المادة 185 ق أ ج) ، والتي تنص على أنه : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ."

ومقتضى هذا النص أن الوصية في حدود الثلث لغير الوراث صحيحة ، وبدون إقرار من الورثة ، وهو ما يتناقض مع نص الفقرة الثانية من (المادة 408 ق م ج) التي قضت بأن البيع غير مصادق عليه ، وبالتالي يكون قابلا للإبطال .

فكان من الأولى أن يأتي نص الفقرة الثانية على نسق آخر وهو : " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يكون صحيحا في حدود الثلث ، وما زاد على الثلث تتوقف على إقرار الورثة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 115/114.

<sup>2</sup> علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 275.

## المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد القرض

القرض عقد من عقود التمليكات الواردة على الأعيان ، وهو تملك استهلاك الأعيان مع رد مثلها<sup>1</sup> ، ذلك أن الشريعة الإسلامية قد شرعت العقود وفق حاجات الناس ، فقد احتاج الناس إلى تملك الأعيان فشرعت لهم تملكها بعوض عن طريق البيع ، وبغير عوض عن طريق الهبة ، واحتاجوا إلى تملك المنافع فشرعت لهم تملكها بعوض بعقد الإجارة ، وبغير عوض بعقد الإعارة ، وقد احتاج الناس في قضاء حوائجهم إلى استهلاك أعيان ورد مثلها بعد مدة من الزمن فشرع لهم عقد القرض<sup>2</sup> .

وقد نصت المادة (450 ق م ج) على تعريف القرض بقولها : " قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفة " إضافة للشروط العامة في محل عقد القرض ووفقا للمادة (450 ق م ج) يجب أن يكون الشيء المقترض من المثليات ، أي يجب على المقترض أن يرد مثله ، ولا يمكن رد المثل إلا في المثليات .

وأكثر ما يكون الشيء المقترض نقودا ، كما يكون غير ذلك كمن يقترض حبوبا أو قطنا أو زيتا وغير ذلك من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة متى كانت معينة النوع والمقدار<sup>3</sup> ، ولذلك فلا يتصور القرض في العقار أو الحيوان مثلا لأنه قيمي ، ولا الأسهم وهي منقولات معنوية قيميية ، كما قيد المشرع الجزائري القرض بالاستهلاك<sup>4</sup> ،

<sup>1</sup> عقد القرض شرعا كما نصت عليه المادة 780 من مرشد الحيران هو : " أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها " وهو تعريف لا يختلف عن التعريف القانوني للقرض

<sup>2</sup> شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج3/1187.

<sup>3</sup> وهو ما نصت عليه المادة 782 من مرشد الحيران بقولها : " يصح القرض في الأعيان المثلية ، وهي التي لا تتفاوت أحادها تفاوتًا تختلف به قيمتها كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ."

<sup>4</sup> مقلدا في ذلك القانون المدني الفرنسي الذي نص في المادة 1892 منه : " إن قرض الاستهلاك عقد يسلم بموجبه أحد الطرفين إلى الآخر مقدارا من الأشياء التي تستهلك بالاستعمال ، بشرط أن يرد إليه المقترض مقدارا يماثلها نوعا وصفة " والقانون المدني اللبناني الذي نص في المادة 754 منه " أن قرض الاستهلاك هو عقد بمقتضاه ....."

فالشيء الذي هو غير قابل للاستهلاك من حيث طبيعته أو غرضه لا يصلح محلا لعقد القرض<sup>1</sup>.

وقد حظر القانون المدني الجزائري الفوائد على القروض بين الأفراد ، وأجازها إذا كان أحد طرفي العقد مؤسسة من مؤسسات القرض في المواد (454-456).

### الفرع الأول : حظر القرض بفائدة بين الأفراد من حيث المبدأ

من خصائص عقد القرض إضافة إلى أنه عقد رضائي وملزم للجانبين ، فهو أيضا عقد تبرع في الأصل ، ذلك أن المقرض يخرج عن ملكيته الشيء المقترض ولا يسترد المثل إلا بعد مدة من الزمن ، وبدون مقابل ، فإذا اشترط المقرض على المقترض - وكانا شخصين طبيعيين - دفع فوائد مقابل القرض عد ذلك من قبيل الفائدة غير المشروعة والتي تعود على العقد بالإبطال، وهو ما نصت عليه المادة (454 ق م ج) بقولها : " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص<sup>2</sup> يخالف ذلك " .

وهو ما أكدته عريضة الأسباب لوضع القانون المدني الجزائري بقولها : " من المهم التنويه إلى أن الفائدة بجميع صورها ممنوعة في الكتاب المقدس " القرآن الكريم" والإجماع حاصل في جميع المذاهب الفقهية ، بهذا الخصوص أدرجت المادة 454 لتأكيد هذا التوجه " <sup>3</sup>

وظاهر من نص المادة (454 ق م ج) أن القانون المدني الجزائري قد تأثر بأحكام الشريعة الإسلامية القاضية بتحريم الربا بجميع صوره ، ومنه قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج5 / 440-441.

<sup>2</sup> ورد في النص الفرنسي للمادة 454 عبارة "وكل شرط " بدل "وكل نص" والنص الفرنسي هو الصحيح.

<sup>3</sup> انظر : عريضة الأسباب ص: 6 في الملحق : " il a été rappelé que l'intérêt sous toutes ses formes " et que tous les docteurs et "le coran "est formellement prohibé par le livre sacré juristes sont unanimes sur ce point . c'est dans ce sens qu'a été rédigé l'article 454

بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿١﴾ ،  
 وقوله تعالى : ﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾<sup>2</sup> ، ومن السنة ما جاء من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل : يا رسول الله ، وما هن ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم وأكل الربا ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات »<sup>3</sup> ، كما قد جاء من حديث جابر رضي الله عنه أنه قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ، وموكله ، وكاتبه ، وشاهديه ، وقال : هم سواء »<sup>4</sup> ...

كما أن كل اتفاق أو شرط في العقد على تقاضي فوائد في مقابل القرض يعد ربا ، لأنه قرض جر نفعاً مشروطاً في العقد ، إذ أي نوع من الزيادة يؤديها المقرض للمقرض وتكون مشروطة في العقد فإنها تعد من الربا المحرم بالإجماع ، كأن تشترط فوائد لمبلغ القرض ، أو يكون الشيء المقرض برا مثلاً فيشترط رد ما يزيد عليه في مقداره ، أو رد ما يفضله في نوعه.

<sup>1</sup> سورة البقرة ، الآية رقم : 275-278.

<sup>2</sup> سورة النساء ، الآية رقم : 29

<sup>3</sup> رواه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الوصايا ، باب قول الله تعالى : "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً، إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً" ، حديث رقم : 2766 ، ج4/10 . ومسلم ، مرجع سابق ، كتاب الإيمان ، باب بيان الكبائر وأكبرها ، حديث رقم : 89 ، ج1/92. وأبو داود ، مرجع سابق ، كتاب الوصايا ، باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم ، حديث رقم : 2874 ، ج3/115.

<sup>4</sup> رواه مسلم ، مرجع سابق ، كتاب المساقاة ، باب آكل الربا وموكله ، حديث رقم : 1598 ، ج3/1219. وأبو داود ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب في آكل الربا وموكله ، حديث رقم : 3333 ، ج3/244.

وقد نصت على أن اشتراط أي فائدة للمقرض في العقد هي من قبيل الربا المحرم المادة (233) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة بقولها : " إذا اقترن القرض بشرط يلغى الشرط ويصح القرض ، ويلزم المقرض رد مثل ما قبضه " .

كما نصت المادة (119) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على أنه : " يفسد عقد القرض باشتغال عوضه على زيادة شرطت في العقد ، أو جرى بها العرف في بلد العقد ، ولا حق للمقرض في المطالبة بهذه الزيادة مهما طال بقاء رأس المال في ذمة المقرض " .

وأيضاً المادة (164) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد أن : " من الشروط المنهي عنها في القرض شرط تحصيل منفعة للمقرض ، وشرط المقرض أن يوفي المقرض أنقص مما أقرض " <sup>1</sup>

كما أن المادة (454 ق م ج) تتفق في حكمها مع ما نصت عليه بعض القوانين المدنية العربية فقد جاء في المادة (547 ق م كويتي) : " يكون إقراض الأفراد بغير فائدة ، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته .

ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض " .

ونصت المادة (870 ق م مغربي) على أن : " اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ، ومبطل للعقد الذي يتضمنه ، سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض ، أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له " .

وكذلك المادة (640 ق م أردني) بقولها : " إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغى الشرط وصح العقد " .

الفرع الثاني: إباحة القرض بفائدة بالنسبة للمؤسسات المالية

لما نص القانون المدني الجزائري في المادة (454) منه على حظر الفائدة على القرض بين الأشخاص الطبيعيين أجاز استثناء - ولأجل الحاجة الاقتصادية مقلدا غيره من قوانين

<sup>1</sup> مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص: 487-488.

الدول العربية في ذلك<sup>1</sup> - الفائدة على القرض إذا كان أحد طرفي العقد مؤسسة من مؤسسات القرض في الحالات التالية :

### أولاً : منح الفوائد في حالة الإيداع لدى المؤسسات المالية

وهو ما نصت عليه المادة (455 ق م ج) بقولها : "يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار"<sup>2</sup>.

### ثانياً : تقاضي الفوائد عن القروض بقصد تشجيع النشاط الاقتصادي

وهو ما نصت عليه المادة (456 ق م ج) بقولها : "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"<sup>3</sup>

والملاحظ أن القانون المدني المصري - الذي هو أصل أكثر مواد القانون المدني الجزائري- قد نص على إباحة الفوائد على القروض بإطلاق سواء كانت القروض بين أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنوية خلافا لما نص عليه القانون المدني الجزائري كما سبق بيانه ، فقد نصت المادة (542 ق م مصري) أنه : " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر

<sup>1</sup> لما بين الأستاذ السنهوري موقف التقنينات العربية من مسألة الفوائد زعم أن مقتضيات النظام الاقتصادي الرأسمالي قد حتمت على الدول العربية الأخذ بالفائدة ، وأن موقف الدول العربية موقف معتدل إذ لم تغال في إباحة الفوائد ... عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج3/239.

<sup>2</sup> عدلت هذه المادة بالقانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984. (ج.ر.ص 72.ص.2544) ، و كانت قد حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي : "يجوز للمؤسسات المالية في حالة ايداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بنص قانوني لتشجيع الادخار".

والتعديل لم يمس مسألة الفائدة في حد ذاتها ، بل تطرق إلى المسؤول عن تحديدها ، فلما كان تحديدها بموجب قانون ، أصبح تحديدها يتم بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية .

<sup>3</sup> عدلت هذه المادة بالقانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984. (ج.ر.ص 72.ص.2544) و كانت قد حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي : "يجوز للمؤسسات المالية التي تمنح قروضا بقصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بنص قانوني".

القرض بغير أجر." وكذلك نصت على إباحة اشتراط الفائدة في عقد القرض المادة (510 ق م سوري) ، والمادة (692 ق م عراقي) ، والمادة (766 ق م لبناني) .

وظاهر مما تقدم أن القانون المدني الجزائري خلافا لما ذهب إليه أكثر القوانين المدنية للدول العربية قد عمد إلى الاحتياط في فرض الفائدة الربوية ، متأثرا بالقانون المدني الليبي رقم 74 لعام 1972 ، والذي أباح الفائدة بين الأشخاص الاعتبارية ، وحظرها على الأشخاص الطبيعية<sup>1</sup> ، ولأن القانون المدني الجزائري كغيره من قوانين الدول العربية متأثر إلى حد كبير بالنظام الاقتصادي الغربي والذي من قواعده المشهورة " لا اقتصاد بلا بنوك ولا بنوك بلا فائدة" ، فالفائدة على القروض من صلب النظام الاقتصادي الغربي ، ولذلك أباحها القانون المدني الجزائري إذا كان أحد طرفي العقد بنك ، ولا شك أن ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تفرق بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية في مسألة القرض بفائدة ، وأنه من الربا الذي جاءت النصوص القطعية بتحريمه .

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 116. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 48.

**المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالانتفاع وعقود الغرر**  
 سنتطرق في هذا المبحث إلى أثر الفقه الإسلامي في عقد الإيجار بصفته من العقود المتعلقة بالانتفاع ، وذلك في المطلب الأول ، أما في المطلب الثاني فسننتقل إلى أثر الفقه الإسلامي في عقد القمار والرهان ، وهو أحد العقود التي نص عليها القانون المدني الجزائري ضمن عقود الغرر، وذلك في المطلب الثاني .

### **المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد الإيجار**

لقد مر القانون المدني الجزائري بتعديلات كثيرة ، كان من بينها التعديل الذي تم بموجب القانون 05-07 المؤرخ في 13/05/2007م ، والذي جاء معدلا وملغيا ومضيفا لمواد كثيرة متعلقة بعقد الإيجار على الخصوص، فقد عدل كل من المواد ( 467، 468، 469، 476-485، 487-490، 492، 497-501، 503، 505، 507 ) .

كما أضاف كل من المواد ( 467 مكرر، 469 مكرر، 469 مكرر 1، 469 مكرر 2، 469 مكرر 3، 469 مكرر 4، 507 مكرر، 507 مكرر 1 ) .

وألغى كل من المواد ( 470-475، 504، 508-537 )

ومن المواد التي ألغيت المادة (504) ، والتي كان القانون المدني الجزائري قد استمد حكمها من الفقه الإسلامي من خلال القانون المدني المصري<sup>1</sup> ، وسوف نشير إليها مع كونها ملغاة ، لنبين مدى تأثير المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي .

### **الفرع الأول : التعريف بعقد الإيجار :**

لقد عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في التعديل الجديد فقط ، إذ لم يعط له تعريف من قبل ، وقد فعل ذلك لأنه كان قد عرف جميع العقود التي نص عليها في القانون المدني كعقد البيع والشركة والصلح والمقاوله...، وقد أحسن في ذلك ، وإن كانت التعاريف من عمل الفقه في الغالب.

<sup>1</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص: 117. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 97-98. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج4/321.



وقد عرفت المادة (1/467ق م ج) عقد الإيجار بقولها : " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم " وهذا التعريف للإيجار في القانون المدني الجزائري لا يختلف عن تعريف الإيجار في الكثير من القوانين المدنية العربية مثل القانون المدني المصري الذي عرفه بقوله : " الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم " ، وعرفه القانون المدني الأردني في المادة (658) منه بأنه : " تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم " ، وهكذا القانون المدني العراقي في المادة (722) ، والقانون المدني الكويتي في المادة (561) ... كما أن تعريف القانون المدني الجزائري ، وباقي التعاريف المذكورة تتوافق مع تعريف عقد الإيجار في الفقه الإسلامي ، فقد نصت المادة (405) من مجلة الأحكام العدلية على أن : " الإجارة بيع المنفعة المعلومة في مقابل عوض معلوم " <sup>1</sup> ، كما نصت المادة (564) من مرشد الحيران بأن : " عقد الإجارة هو تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة " <sup>2</sup> .

<sup>1</sup> وانظر أيضا : ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج4/6.

<sup>2</sup> تعريف عقد الإيجار يكاد يكون متطابقا في جميع المذاهب ، فعند المالكية هو : " تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض " ، وعند الشافعية هو : " عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم " ، وعند الحنابلة هو : " عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا " .

انظر : الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج438/3. ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج2/4 . منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، مرجع سابق ، ج546/3. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- ، الطبعة: الثانية، 2003 م . ج3/86-91.

الفرع الثاني : إدخال التحسينات على العين المؤجرة ( البناء وغرس الأشجار.. ) في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

نصت المادة ( 504 ق م ج)<sup>1</sup> على ما يلي : " إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات العادية مما يزيد من قيمة العقار، فعلى المؤجر أن يرد له عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذي أصاب العقار من هذه الإزالة إن اقتضى الحال ذلك.

فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات على أن يرد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تمنحه أجلا للوفاء بها."<sup>2</sup>

بينت هذه المادة حكم التحسينات التي يحدثها المستأجر في العين المؤجرة من بناء أو غراس ، أو تحسينات أخرى مشابهة ، كأن يدخل المستأجر الكهرباء والغاز والهاتف .... فإن كانت هذه التحسينات ناتجة عن اتفاق بين المؤجر والمستأجر وجب الالتزام بمضمون العقد ، وإن لم يكن هناك اتفاق وأقدم المستأجر على القيام بتلك التحسينات وجب التمييز بين فرضين :

1/ إذا كانت التحسينات من بناء أو غراس ... بعلم المؤجر ودون اعتراض منه فيرد في هذه الحالة أدنى القيمتين ، أي أن المؤجر يرد للمستأجر ما أنفقه من تحسينات على العين المؤجرة ، أو يرد له ما زاد في قيمة العقار بسبب تلك التحسينات .

2/ إذا كانت هذه التحسينات بغير علم المؤجر ، أو بعلمه ولكنه اعترض عليها ففي هذه الحالة يجوز للمؤجر أن يطلب من المستأجر إزالة هذه التحسينات إذا أثبت أنها لا تعود

<sup>1</sup> حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م ، وألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 (ج.ر.31 ص.6).

<sup>2</sup> تقابل المادة 592 ق م مصري ، و المادة 774 ق م عراقي ، والمادة 701 ق م أردني ، والمادة 598 ق م كويتي .

عليه بفائدة ، وأن يطلب تعويضا عن الضرر الذي يصيب العقار من الإزالة ، وله أن يحتفظ بها على أن يرد أدنى القيمتين المتقدمتين ، ويجوز أن يُنظر إلى أجل للوفاء<sup>1</sup>.  
وقد استمد القانون المدني الجزائري حكم البناء والغرس في العين المؤجرة من الفقه الإسلامي عن طريق القانون المدني المصري، والذي بدوره استمد ذلك من الفقه الإسلامي ، وبالضبط من الفقه الحنفي متمثلا في مجلة الأحكام العدلية ومرشد الحيران باعتبارهما تقنينين مستمدين من المذهب الحنفي .

فقد جاء في المادة (660) من مرشد الحيران أنه : " إذا انقضت مدة الإجارة وكان المستأجر قد بنى في الأرض بناء أو غرس بها أشجارا يؤمر بهدم البناء وقلع الأشجار ، إلا أن يرضى المؤجر بتركهما في الأرض بإجارة أو إعارة ، فيكون البناء والشجر للمستأجر والأرض للمؤجر .

فإن تركهما بإعارة للأرض يكون لهما أن يؤجرا الأرض والبناء لثالث ويقتسما الأجرة على قيمة الأرض بلا بناء ، وعلى قيمة البناء بلا أرض ، فيأخذ كل منهما حصته ."  
كما نصت المادة (661) من مرشد الحيران على أنه : " إذا كان هدم البناء وقلع الشجر يضران بالأرض وينقصان قيمتها ومضت مدة الإجارة ، فللمؤجر أن يملكهما جبرا على المستأجر ، وتقدر قيمتهما مستحقين للقلع قائمين ، بأن تقوم الأرض بهما مستحقي الهدم والقلع وبدونهما ، فيضمن المؤجر ما بين القيمتين .

وإن كانت الأرض لا تنقص بقلعها فلا يكون للمؤجر تملكهما بدون رضاء المستأجر، وإنما له أمر المستأجر بقلعها من أرضه ."

وجاء في المادة (531) من مجلة الأحكام العدلية أنه : " لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة فالأجر<sup>2</sup> مخير عند انقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء أو الشجرة وإن شاء أبقى ذلك وأعطى قيمته كثيرة كانت أم قليلة ."

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج4/556. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/618-626.

<sup>2</sup> أي المؤجر .

أي أن المستأجر يجب عليه أن يرد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها عند تسلمها ، فإذا كان قد أحدث فيها شيئا جاز إلزامه بإعادة العين إلى ما كانت عليه ، ولذا لو استأجرها ليغرس بها شجرا ، وانقضت المدة ، لزمه أن يقلع الشجر ويسلم الأرض فارغة ، إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا إن كان في قلعها ضرر فاحش ، وإلا قلعها إذا كان القلع لا يضر<sup>1</sup> .

هذا إذا بنى المستأجر أو غرس بدون علم المؤجر ، أما إذا كان ذلك بموافقة فإن المستأجر يرجع عليه بما أنفق في العين المؤجرة<sup>2</sup> .

كما تنفق المادة (504 ق م ج) الملغاة مع المادة (587) من القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي تنص على أنه : " إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات ، أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ، فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته كان له أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة .

وإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل الوفاء بها<sup>3</sup> .

إضافة إلى تأثير القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي في مسألة إدخال التحسينات على العين المؤجرة ، نجد أيضا أن القانون المدني الجزائري كان قد تأثر بنظرية العذر (فسخ الإيجار للعذر) التي قال بها فقهاء الحنفية في العديد من نصوصه ، وهو ما تم التطرق إليه في نظرية الظروف الطارئة ، كما أوردنا بعض التطبيقات على تلك النظرية من نصوص القانون المدني الجزائري ، ومن المسائل التي أشرنا إليها في عقد الإيجار :

<sup>1</sup> ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/30-31 . شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج3/1051.

<sup>2</sup> سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص:290.

<sup>3</sup> القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص:535.

1/ مسألة جواز طلب إنهاء عقد الإيجار من طرف المستأجر لسبب عائلي أو مهني ،  
وهو ما نصت عليه المادة (469 مكرر 1) .

2/مسألة انتهاء الإيجار بموت المستأجر وأن لورثة المستأجر أن يطالبوا بإنهاء الإيجار  
إن كانت أعباء العقد أكثر من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار يجاوز حاجاتهم ،  
وهو ما نصت عليه المادة (469 مكرر 2) .

## المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد القمار والرهان

تعتبر المقامرة عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر .

أما الرهان فهو عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين أن يدفع ، إذا لم يصدق قوله في واقعة غير محققة للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه<sup>1</sup> .

والفارق الجوهرى بين المقامرة والرهان أن المقامرة يقوم فيها المقامر بدور إيجابي يبذل فيه جهده في سبيل تحقيق هدف معين ، ويدفع بمقتضاه إذا خسر المقامرة للمقامر الآخر الذي كسبها مبلغا من المال أو أي شيء آخر يتفق عليه ، ومثلها المباراة في الألعاب الرياضية كالجري والقفز والمصارعة .

أما الرهان فهو عقد لا يقوم فيه المتراهن بأي دور إيجابي في سبيل تحقيق ما يقوله في واقعة غير محققة ، ويدفع بمقتضاه إذا لم يصدق قوله في الواقعة للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغا من المال أو أي شيء آخر يتفق عليه ، ومثله أن يتراهن عدد من الناس يشهدون مباراة سباق الخيل والرماية أو الجري ، ولا يشتركون فيها ، على من يكون الفائز من المتبارين<sup>2</sup> .

### الفرع الأول : بطلان عقد القمار والرهان كقاعدة عامة في القانون المدني الجزائري

إضافة للخصائص العامة في عقد القمار أو الرهان<sup>3</sup> هو عقد احتمالي ، أي من عقود الغرر، وعقود الغرر هو العنوان الذي وسم به الباب العاشر من الكتاب الثاني من القانون

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج985/7. ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1974 ، ص : 249 .

<sup>2</sup> مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، ص : 735-736. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج985/7. ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، مرجع سابق ، ص: 249.

<sup>3</sup> وهي : التراضي ، الإلزام لجانبين ، المعاوضة.

المدني الجزائري ، وهو الباب الذي ينظم بالإضافة إلى المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ينظم أيضا ما يتعلق بالرهان والقمار ، ذلك أن عقد المقامرة أو الرهان عقد لا يستطيع فيه كل من المقامرين أو المتراهنين أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي يأخذه أو الذي يعطيه ، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعا لحدوث أمر محتمل وغير محقق .

وقد نصت المادة (612 ق م ج) على حظر وتحريم المقامرة والرهان بقولها : " يحظر

### القمار والرهان.

غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري".

فوفقا للفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر يتبين أن القانون المدني الجزائري قد ذهب إلى حظر القمار والرهان كقاعدة عامة ، وإذا أبرم العقد فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالته للآداب والنظام العام ، ذلك أن المقامر والمراهن يكسب أموالا لا عن طريق الكد والعمل بل عن طريق المصادفة ، ثم إن الثروات التي يتداولها المتراهنون والمقامرون كثيرا ما ينجم عنها خراب بيوت عامرة والعصف بأسر آمنة في هاوية الفقر ، ثم إن المقامر والمراهن يختطف مالا لم يبذل جهدا مشروعاً في كسبه ، بل لمجرد الحظ والمصادفة ، ويصير بذلك كالمرايبي الذي تتأصل في نفسه غريزة الجشع والطمع ، فإذا كان المرايبي يعتمد على استغلال حاجة الناس ، فإن المقامر يعتمد حسن طالعهِ ومواتاة الحظ له<sup>1</sup>.

ولما كان عقد القمار والرهان عقدا باطلا ومخالفا للنظام العام فإنه لا يرتب أي أثر لصالح من أبرمه ، وعلى ذلك فإذا دفع شخص لآخر مبلغا من المال بموجب عقد القمار فإن له أن يسترد ما دفعه على أساس الدفع غير المستحق ، وفقا لما نصت عليه المادة (149 ق م ج) بقولها : " تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء عشر (10) سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد وتسقط

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج993/7. مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، ص : 736.

الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

وعليه فإن القانون المدني الجزائري لم يرتب أي التزام على عاتق الخاسر بدفع ما خسر ، وإذا دفع ما خسر فله استرداد ما دفع ما لم يتجاوز عشر سنوات من يوم علمه بذلك ، أو خمسة عشر سنة في جميع الأحوال كتقادم طويل المدة .

ولم ينص القانون المدني الجزائري على مسألة استرداد ما دفع في النص الخاص بالقمار والرهان كما فعل القانون المدني المصري<sup>1</sup> ، بل طبقت في مسألة الاسترداد القواعد العامة الخاصة بدفع غير المستحق .

وقد أجاز القانون المدني الفرنسي عقد القمار والرهان غير أنه لا يجبر من خسر على دفع ما خسره ، وهو ما نصت عليه المادة (1965) بقولها : " لا يخول القانون حق المدعاة في شأن دين المقامرة أو لآداء بدل المراهنة"<sup>2</sup>.

غير أنه إذا دفع الخاسر في القمار والمراهنة للربح فيها لم يجز له استرداد ما دفع ، إذا كان قد دفع ذلك باختياره ، إلا إذا كان قد دفع ذلك بسبب غش من الطرف الآخر ، وهو ما نصت عليه المادة (1967 ق م فرنسي) بقولها : "لا يستطيع الخاسر في أي حال أن يسترد ما دفعه اختياريا ، ما لم يكن قد حصل من جانب الربح فعل غش أو تدليس أو احتيال"<sup>3</sup>.

وقد تأثر القانون المدني الجزائري في حظره وتحريمه لعقد المقامرة والمراهنة بالشرعية الإسلامية التي حرمت ذلك .

<sup>1</sup> الذي نص على ذلك في المادة 739 بقوله : " - يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان .

- ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق ."

<sup>2</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 1887.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص : 1888.



### أولاً : من أدلة تحريم القمار والمراهنة في الشريعة الإسلامية

لقد نهت الشريعة الإسلامية نهياً شديداً عن الميسر "القمار" فحرمته بجميع أنواعه، وسدت في وجه المسلمين سبله ونوافذه، وحذرتهم من الدنو من أي ناحية من نواحيه<sup>1</sup>، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا أَحْمَرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>2</sup> وقوله تعالى : ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>3</sup>.

كما أن القمار والرهان لا يعد سببا شرعيا لكسب المال وقد نصت المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية على أنه : " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ".  
ولكن الشريعة الإسلامية أباحت أخذ الجعل في المسابقة "الرهان" تغليباً لمنفعتيها العامة التي تقتضيها الضرورة في كثير من الأحيان، ذلك لأن الشريعة الإسلامية لا غرض لها من التشريع إلا جلب المصلحة ودرء المفسدة على الدوام، وعقد الرهان في المسابقة لا يصح على إطلاقه إنما يصح بشروط مفصلة في المذاهب الفقهية على اختلاف بينها في بعض المسائل<sup>4</sup>.

### ثانياً : الرهان في المسابقات في الفقه الإسلامي

المسابقة نوعان: مسابقة بغير عوض، ومسابقة بعوض.

أما المسابقة بغير عوض: فتجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة. وكذلك تجوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد، وكل ما أدى إلى تقوية الجسم والإعداد للدفاع عن الدين ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿

<sup>1</sup> عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق ، ج2/36.

<sup>2</sup> سورة المائدة ، آية رقم : 90.

<sup>3</sup> سورة النساء ، آية رقم : 29.

<sup>4</sup> عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، مرجع سابق ، ج2/46.

قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ <sup>ط</sup> وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ <sup>1</sup> .

ومن السنة ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما : « أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سابق بين الخيل التي قد أضمرت <sup>2</sup> ، فأرسلها من الحفيا ، وكان أمدها ثنية الوداع وسابق بين الخيل التي لم تضمر، فأرسلها من ثنية الوداع ، وكان أمدها مسجد بني زريق» ، وكان ابن عمر ممن سابق فيها <sup>3</sup> ، وقد سابق النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها <sup>4</sup> ، وصارع النبي صلى الله عليه وسلم الصحابي الجليل زكّانة ، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم <sup>5</sup> ...

وأما المسابقة بعوض: فلا تجوز عند الحنفية وبعض الشافعية إلا في أربعة أشياء: في النصل والحافر والخف والقدم <sup>6</sup> .

<sup>1</sup> سورة يوسف ، آية رقم : 17.

<sup>2</sup> وتضمير الخيل: هو أن يظهر عليها بالعلف حتى تسمن ثم لا تعلق لإقوتها ، انظر : ابن منظور ، مرجع سابق ، ج4/461.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الجهاد والسير ، باب غاية السبق للخيل المضمرة ، حديث رقم : 2870 ، ج4/31. ومسلم ، مرجع سابق ، كتاب الإمارة ، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ، حديث رقم : 1870 ، ج3/1491.

<sup>4</sup> أخرجه أحمد من حديث عائشة ، حديث رقم 24981 ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون ، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة: الأولى، 2001 م ، ج41/447. النسائي في السنن الكبرى ، كتاب عشرة النساء ، باب مسابقة الرجل زوجته ، حديث رقم : 8893 ، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي ، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط ، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة: الأولى، 2001 م ، ج8/177.

<sup>5</sup> سنن أبي داود ، مرجع سابق ، كتاب اللباس ، باب في العمائم ، حديث رقم : 4078 ، ج6/177.

<sup>6</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج6/206. ابن نجيم الحنفي ، مرجع سابق ، ج8/554 . أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/277.

وعند الجمهور لا يجوز السباق بعوض إلا في النصل والخف والحافر<sup>1</sup>، أي في التدريب على حمل السلاح وفي أعمال الفروسية، لقول الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لَا سَبَقَ إِلَّا فِي خَفٍ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَصَلٍ**»<sup>2</sup>.

أما المسابقة على الأقدام والمصارعة، فلا تجوز بعوض، لأنها لا تنفع في الحرب .  
والحاصل إن كانت المسابقة بغير عوض جازت مطلقاً في الخيل وغيرها من الدواب والسفن ، وتجزز المسابقة على الأقدام وفي رمي الأحجار والمصارعة وغيرها.  
أما إن كانت المسابقة بعوض " رهان " فيشترط لجوازها عدة شروط أهمها:  
- أن تكون المسابقة في الأنواع النافعة في الجهاد ، وهي الأنواع الأربعة عند الحنفية وبعض الشافعية النصل والخف والحافر والقدم ، أما عند الجمهور فالأنواع الثلاثة الأولى.  
- أن يكون العوض من أحد المتسابقين أو من شخص ثالث، كأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء عليك ، أو يقول ولي الأمر أو شخص ثالث: من سبق منكما فله علي كذا، لأنه في هذه الحالات لا يوجد قمار محرم، وإنما يكون دفع العوض على سبيل المكافأة أو الجعالة ، والتحريض على الاستعداد لإتقان فنون الجهاد.

فإن كان العوض من الجانبين فهو الرهان المحرم ، ولا يصح الرهان في هذه الحالة إلا بمحلل كأن يتفقا على أن يخصص كل منهما مبلغاً معيناً، يدفعه كل منهما لشخص آخر يكون فرسه أو بعيره مكافئاً لفرسيهما أو بعيريهما مثلاً، وذلك إذا سبقهما، فإن سبقهما جميعاً أخذ الغنم، وإن سبق أحدهما لم يغرم هو شيئاً، ولا يأخذ أحدهم شيئاً، بدليل ما روي أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «**مَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ، وَهُوَ لَا يَأْمَنُ أَنْ يُسَبِّقَ، فَلَيْسَ**

<sup>1</sup> أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، مرجع سابق، ج3/464. أبو عبد الله المواق، مرجع سابق ، ج4/610. أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/277. ابن قدامى مرجع سابق ، ج9/466. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/787.

<sup>2</sup> سنن أبي داود ، مرجع سابق ، كتاب الجهاد ، باب في السَّبَقِ ، حديث رقم : 2574 ، ج4/221. سنن النسائي ، مرجع سابق ، كتاب الخيل ، باب السَّبَقِ ، حديث رقم : 3585 ، ج6/226.

بقمار. ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار»<sup>1</sup> أي أنه يشترط أن يكون فرس المحلل مكافئاً لفرسي الشخصين اللذين جعل العوض منهما ، فلو كان ضعيفاً عنهما أو أقوى منهما، فإنه لا يصح.

وأما إن كان العوض والخطر من الجانبين بدون محل، فيحرم السباق، كقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتي فلك علي كذا، وإن سبقتك فلي عليك كذا ، لأن هذا من القمار المحرم<sup>2</sup>.

والخلاصة أن القانون المدني قد تأثر بالشريعة الإسلامية في تحريمها للقمار والرهان كقاعدة عامة وهو ما جاء صريحا في عريضة الأسباب الخاصة بوضع القانون المدني الجزائري بقولها : " في الفصل المخصص لعقود الغرر النصوص المتعلقة بالقمار والرهان ملغاة كونهما محرمين في القانون الإسلامي"<sup>3</sup> ، غير أن القانون المدني الجزائري قد خرج على القاعدة العامة في بعض المسائل .

### الفرع الثاني : الاستثناءات من تحريم المقامرة والرهان

لم يلتزم القانون المدني الجزائري بما نص عليه من حظر للقمار والمراهنة وسارع في الفقرة الثانية من المادة نفسها (المادة 612 ) إلى وضع بعض الاستثناءات ، فنص على ما

<sup>1</sup> سنن أبي داود ، مرجع سابق ، كتاب الجهاد ، باب في المحلل ، حديث رقم : 2579 ، ج4/224.

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج6/206. ابن نجيم الحنفي، مرجع سابق ، ج8/554 . أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، مرجع سابق، ج3/464. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج3/392. محمد بن عبد الله الخرخشي ، مرجع سابق ، ج3/155 . ابن قدامي مرجع سابق ، ج9/466-474 . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/787-790.

<sup>3</sup> جاء فيها :

"Dans la chapitre consacré aux contrats aléatoires les dispositions relatives aux jeux et paris ont été supprimées des lors que les jeux de hasard et paris prohibés par la loi musulmane " .

انظر ص: 7 من عريضة الأسباب في الملحق : **Exposé des motifs du projet d'ordonnance**

**portant code civil**

يلي : " غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري ."

وهذه الفقرة مستمدة من المادة (740) من القانون المدني المصري مع تعديل طفيف ، والتي تنص على أنه : " يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ."

ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب .<sup>1</sup>

ويعد هذا استثناءً صريحاً من القاعدة العامة القاضية ببطان عقدي المقامرة والرهان ، أي أن المباريات التي يتسابق فيها المتنافسون بمبلغ معين يأخذه الفائز منهم ، أو الرهان الرياضي الجزائري ، وهو ما يقصد به في القانون المدني المصري أوراق النصيب ، فإن العقد المنصب عليهما هو عقد صحيح يحميه القانون ، ومنتج لجميع آثاره .

أما بالنسبة للرهان الخاص بالمسابقات الرياضية فيعمل فقهاء القانون سبب الأخذ به كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص المادة (740) بقولها : " إذا كان الأمر متعلقاً بمباراة في الألعاب الرياضية ، أو في ألعاب يكون من شأنها تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة بشرط أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم في هذه الألعاب ، حتى يكون هذا وسيلة لتشجيعهم ... " <sup>2</sup> ، كما عللت المذكرة الإيضاحية نفسها سبب الأخذ بأوراق اليانصيب بقولها : " توخياً لتحقيق بعض الأغراض الخيرية التي تقوم على اقتطاع جزء من الكسب الذي تدره هذه الألعاب " .

كما أن الفقرة الثانية للمادة (612 ق م ج) ، والمادة (740 ق م مصري) توافقان المادة (1966 ق م فرنسي) والتي تنص على أنه: " تستثنى من أحكام المادة السابقة الألعاب

<sup>1</sup> يقابل هذه المادة كل من المادة 706 ق م سوري ، والمادة 740 ق م لبيبي ، والمادة 976 ق م عراقي ، والمادة 1025 ق م لبناني .

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج303/5. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1018/7-1020.

المختصة بالتمرن على الأسلحة وسباقات الجري على الأرجل أو الأحصنة وسباقات العربات، ولعبة الكف وألعاب أخرى من الطبيعة ذاتها التي ترتبط ببراعة الجسد ويتمرنه .  
إلا أن المحكمة تستطيع ردّ الدعوى عندما ترى أن القيمة مجاوزة للحدّ<sup>1</sup>.

وسبق أن رأينا أن الشريعة الإسلامية قد حرمت الرهان المقدم من المتبارين أنفسهم إذا لم يوجد معهم محل ، كما أن أوراق النصيب تعد من القمار والميسر المحرم قطعاً في شريعتنا الغراء ، ذلك أن ما يحصل عليه الفائز لا يستند إلى أي سبب شرعي يجيز له ما اكتسبه ، وقد نصت المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية على أنه : " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي " .

والخلاصة مما سبق ذكره أن القانون المدني الجزائري قد استمد من الفقه الإسلامي القاعدة العامة فقط ، ووافق في استثناءه القانون المدني الفرنسي والكثير من القوانين المدنية للدول العربية ، وعلى رأسها القانون المدني المصري والليبي والسوري والعراقي ...  
وقد تجنب الأخذ بعقدي القمار والرهان على الصورة التي أخذت بها القوانين المدنية العربية المذكورة آنفاً القانون المدني الأردني ، ومن هذا حذوه كالقانون المدني الإماراتي في المادة (1019) منه ، وقد نصت المادة (914 ق م أردني) على أنه : " إذا كان الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن الجعل للفائز جاز ، وأما إذا شرط المتعاقدان أن للفائز قبل الآخر جعلاً فلا يجوز لأنه ينقلب قماراً " .

وهو ما نصت عليه كذلك المادة (740) من مشروع القانون المدني المصري طبقاً للشريعة الإسلامية بقولها : " يستثنى من أحكام المادة السابقة المقامرة التي تعقد بجعل لمن يفوز بتحقيق هدف معين فيما هو من الرياضة أو الاستعداد لأسباب القوة .  
ويصح أن يكون الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن يعطى للفائز ، ولا يجوز أن يشترط المتعاقدان جعلاً لمن يفوز منهما قبل الآخر " .

<sup>1</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 1888.

## الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في حق الملكية ويحتوي على مبحثين :

### المبحث الأول : أثر الفقه الإسلامي في الملكية الشائعة

### المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في طرق اكتساب

الملكية

## المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الملكية الشائعة

سننتظر في هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول إلى مسألة نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن أما المطلب الثاني فسنتكلم فيه عن أحكام الحائط المشترك .

### المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن

لما كان الغالب في الملكية أن تكون مفرزة ، يملكها صاحبها ملكا كاملا ، وله أن يستغلها ويتصرف فيها كيف ما شاء ، غير أنه كثيرا ما تكون هذه الملكية شائعة بين اثنين فأكثر<sup>1</sup> ، فيكون لكل شريك الحق في جميع المال الشائع ، من حيث الاستغلال و الاستعمال والتصرف<sup>2</sup> ، دون إفرز أو تحديد جزء من المال الشائع لكل شريك<sup>3</sup> ، ومصدر هذه الملكية الشائعة<sup>4</sup> في الغالب هو الميراث ، ذلك أن أموال المورث تنتقل إلى الورثة أموالا شائعة ،

<sup>1</sup> وهو ما نصت عليه المادة 713 ق م ج بقولها : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر دليل على غير ذلك." وهي مطابقة للمادة 825 ق م مصري .  
<sup>2</sup> وهو ما نصت عليه المادة 1/714 ق م ج بقولها : " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء." ، والمطابقة لنص المادة 1/826 ق م مصري .

<sup>3</sup> لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، حق الملكية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري - ، مكتب الأشول للطباعة ، طنطا - مصر - ، 1996م ، ص : 159.

<sup>4</sup> يذكر بعض المؤلفين أمثال الدكتور وحيد الدين سوار والدكتور علي علي سليمان أن جميع نصوص الملكية الشائعة في القانون المدني الجزائري والمنقولة عن القانون المدني المصري مصدرها الأساسي هو الفقه الإسلامي ، وليس القانون المدني الفرنسي ، غير أنه وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري نجد أنها تؤكد من جهة أن نصوص الملكية الشائعة تقن لأول مرة في القانون المدني المصري الجديد ، وتؤكد من جهة ثانية أن مصدرها هو القضاء المصري ، ولم تذكر أن مصدرها هو الفقه الإسلامي ، غير أنها لما تكلمت عن أنواع الملكية الشائعة والتي منها ملكية الطبقات وهي شيوع إجباري ، ذكرت أن مصدر هذا الشيوع الإجباري هو الفقه الإسلامي ، إلا أن القانون المدني الجزائري لم يستمد ملكية الطبقات من القانون المدني المصري ، واستمدها من القانون المدني الفرنسي . وهذا نص المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري : " أما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالي - السابق - يذكر عنها شيئا ..... وكلها نصوص جديدة تقن المبادئ التي استقر عليها القضاء المصري ، وتريد عليها بعض الأحكام الصالحة ..... بقيت ملكية الطبقات ، ونصوص المشروع فيها مقتبسة من التقنين الحالي ومن الشريعة الإسلامية ومن القضاء المصري ." وقد أكد الأستاذ السنهوري ما ذهب إليه المذكرة الإيضاحية بقوله : " ولا يكاد التقنين المدني السابق يشتمل على نصوص في الشيوع فيما عدا بعض النصوص التي تبين إجراءات قسمة المال الشائع ... وقد عمل القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق =



وقد تكون الوصية هي مصدر الشيوخ، وذلك بأن يوصي شخص لاثنتين فأكثر فيكون ذلك المال الموصى به شائعا بينهم ، كما قد يكون مصدر الشيوخ هو العقد ، كما لو اشترى شخصان مثلا مالا على الشيوخ ، وقد يكون مصدر الشيوخ أي سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالاستيلاء أو الالتصاق أو التقادم أو الشفعة<sup>1</sup> .

إلا أن الملكية الشائعة في العادة هي حالة مؤقتة مصيرها إلى الانقضاء والزوال ، وينقضي الشيوخ بأسباب مختلفة ، من هذه الأسباب: العقد ، كأن يبيع أحد المالكين في الشيوخ حصته للمالك الآخر ، أو يبيع المالكين معا مالهما الشائع إلى مشتر واحد ، فينقضي الشيوخ وتصبح الملكية مفرزة في يد المالك الآخر في الحالة الأولى ، وفي بد المشتري للمال الشائع في الحالة الثانية . وقد يكون الميراث سببا لانقضاء الشيوخ ، بأن يرث أحد المالكين في الشيوخ المالك الآخر ، والوصية كالميراث قد ينقضي بها الشيوخ ، كأن يوصي أحد المالكين في الشيوخ للمالك الآخر بحصته الشائعة .

غير أن هذه الأسباب المذكورة كلها أسباب عارضة ، أما السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ وانتهائه هو القسمة<sup>2</sup> .

### الفرع الأول : تعريف القسمة

لم يعرف القانون المدني الجزائري القسمة في نصوصه، وترك ذلك للفقهاء لأن التعريف من صنع الفقهاء في الغالب ، والمتأمل في تعاريف فقهاء القانون للقسمة يجد أن مجملها

= كما عمل القضاء الفرنسي على سد النقص ، وقرن التقنين المدني الجديد أحكام القضاء المصري في هذا الشأن ، وزاد على هذه الأحكام كثيرا من القواعد التي تنظم الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها في مصر ، ووقف بوجه خاص عند إدارة المال الشائع ...." انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/794-795. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/9. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 121. علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/801. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/79.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/803-804..

يدور حول إعطاء نصيب كل شريك مما يملكه من المال الشائع عن طريق الفرز الذي يتم بالتراضي أو عن طريق القضاء ، ومن تلك التعاريف أن القسمة " هي اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال ."<sup>1</sup>  
غير أن بعض القوانين المدنية كالقانون المدني الأردني قد عرّف القسمة في المادة (1038) منه بأنها : " إفرار وتعيين الحصة الشائعة " .

أما تعريف القسمة عند فقهاء الشريعة فكانت مشابهة لتعريف فقهاء القانون في الغالب، فقد عرف الحنفية القسمة بأنها : عبارة عن إفرار بعض الأنصاء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض<sup>2</sup> ، أو كما جاء في المادة (1114) من مجلة الأحكام العدلية بأنها : " تعيين الحصة الشائعة ، يعني إفرار الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما، كالذراع والوزن والكيل . " ، وتعريف الحنفية يقترب كثيرا من تعريف القسمة عند باقي المذاهب الفقهية ، والتي في مجموعها تتفق على أن القسمة هي تمييز بعض الأنصاء عن بعض وإفرازها، بحيث يتعين نصيب كل شريك في الشروع على حدة<sup>3</sup> ، والقسمة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع<sup>4</sup> .  
كما أن القسمة قد تكون مؤقتة وهي قسمة المهاية - قسمة المنافع - وقد تكون قسمة نهائية ، وهذه الأخيرة قد تكون قسمة اتفاقية رضائية ، وقد تكون قسمة قضائية إذا لم يصل الشركاء في الشروع إلى اتفاق رضائي .

والغبن حسب نص المادة (732 ق م ج) لا يكون إلا في القسمة الرضائية ، وهو ما سنتطرق إليه في ما يلي .

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد عوض ، الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية - مصر - 2005م ، ( د ط ) ، ص : 125 .

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج7/17 .

<sup>3</sup> انظر : الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج6/326 . أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي ، مرجع سابق ، ج3/659 . محمد بن أحمد الفاسي ميارة ، مرجع سابق ، ج2/58 . شهاب الدين النفراوي ، مرجع سابق ، ج2/242 . ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8/228 . منصور بن يونس البهوتي ، مرجع سابق ، ج3/544 .

<sup>4</sup> انظر : منصور بن يونس البهوتي ، مرجع سابق ، ج3/544 . ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/253 . الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج6/326 . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/657 .

الفرع الثاني : نقض القسمة الرضائية للغبن في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

أولاً : نقض القسمة الرضائية للغبن في القانون المدني الجزائري

لقد نص القانون المدني الجزائري في المادة (732) منه على أنه : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته<sup>1</sup> ، فخص القسمة الرضائية بجواز نقضها إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة ، ويفهم من ذلك أن القسمة القضائية لا يمكن أن تنقض ، وهو ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بخصوص المادة (845) ، والتي هي أصل المادة (732 ق م ج) ، بقولها : " وفي قسمة التراضي وحدها يجوز نقض القسمة ... أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن<sup>2</sup> .

وقد نصت على القسمة الرضائية المادة (723 ق م ج) بقولها : " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتصموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون. "

<sup>1</sup> يطابق هذا النص المادة 845 ق م مصري ، والمادة 799 ق م سوري ، والمادة 849 ق م لبيبي . وموافق للمادة 841 من القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية : " إذا تمت القسمة ولحق أحد المتقاسمين منها غبن يزيد على الخمس كان عقد القسمة موقوفاً على إجازته، وتكون العبرة في تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة. ولا تسمع دعوى إبطال القسمة بعد مضي سنة من وقت القسمة .وللمدعى عليه أن يتقاضي الإبطال إذا أكمل المدعي نقداً أو عيناً ما نقص من نصيبه. "

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/128.

ويتضح من نص المادة أن القسمة الاتفاقية أو الرضائية تعتبر عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحله المال الشائع ، ومن ثم تسري على هذه القسمة الرضائية أحكام العقود ، والتي لا بد فيها من توفر رضا الشركاء ، وتوافر الأهلية ، وخلو الإرادة من العيوب ، واستيفاء المحل لشروطه ، ووجود سبب مشروع .

كما ينطبق على عقد القسمة الرضائية ما ينطبق على باقي العقود من القواعد العامة في الإثبات ، وجواز أن يعلق عقد القسمة الرضائية على شرط واقف أو فاسخ...

وللشركاء أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، كأن يفتسموه كله ، أو يفتسموا بعضه ويتركوا بعضه على الشيوخ ، كما لهم أن يفتسموا المال الشائع قسمة عينية ، فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع ، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وقد تكون بطريق التصفية إذا تعذر قسمة المال عينا ...<sup>1</sup> ، فإذا اختلفوا لجأوا إلى القسمة القضائية ، وهو ما جاء منصوصا عليه في المادة (724 ق م ج).

### ثانيا : نقض القسمة الرضائية للغبن في الفقه الإسلامي

إذا كان فقهاء القانون متفقون على جواز نقض القسمة الرضائية بشروط معينة ، فإنه قد تعددت أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز نقض القسمة إلى عدة أقوال .

#### 1/ : أقوال الفقهاء في جواز نقض القسمة :

**القول الأول :** ذهب الحنفية<sup>2</sup> والشافعية إلى أن القسمة تنقض بالغبن ، سواء كانت القسمة رضائية ، بأن تولى القسمة الشائعة المالكون بأنفسهم أو أدخلوا أجنبيا للقسمة بينهم ، أم قضائية عن طريق الحاكم ، وسواء كانت القسمة قد لحقها تعديل أو لم تعدل . غير أن فقهاء الشافعية قد رأوا جواز نقض القسمة للغبن على أساس تكييفها على أنها إفراز ، أما على تكييفها بأنها بيع ففيها قولان في المذهب ، والصحيح أنه لا غبن فيها ، قياسا

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/892-896. لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 174-175.

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج7/26. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/267.

على عدم قبول دعوى الغبن في البيع والشراء<sup>1</sup>.

### القول الثاني :

ذهب الحنابلة إلى أن القسمة الرضائية لا تقبل النقص للغبن ، إلا إذا نصّب الشركاء في الشئوع أحدا للقسمة بينهم ولم يرض بقسمته بعضهم ، وادعوا الغبن فلهم نقضها ، كما يجوز نقض القسمة للغبن إذا كانت قسمة قضائية<sup>2</sup> .

### القول الثالث :

ذهب المالكية إلى أن القسمة الرضائية لازمة لا تنتقض بالغبن أبدا ، لأنها كالبيع ، وهو لا يرد بالغبن وإن خالف العادة ، غير أن القسمة الرضائية إن وقع فيها تعديل وتقويم فإنها تنتقض بالغبن ، وكذلك القسمة التي وقعت بطريق القرعة فإنها تنتقض بالغبن إلا إذا رضي بها المتقاسمون<sup>3</sup> .

## 2/ : نوع الغبن الذي يجيز نقض القسمة ومقداره

### أ/ نوع الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة

سبق وأن بينا - عند تعرضنا لمسألة الغبن في بيع العقار - أن الغبن نوعان غبن فاحش وغبن يسير ، أما الغبن الفاحش فهو مراد الفقهاء بداية عند قولهم يجوز للشريك نقض القسمة للغبن ، ولكن إذا كان هناك غبن يسير فهل يجيز للشريك في الشئوع طلب نقض القسمة بسببه ؟ .

<sup>1</sup> الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج6/337. محيي الدين النووي ، مرجع سابق ، ج11/209. أحمد بن حجر الهيتمي

، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، نشر المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ( د ط ) ، 1983 م ، ج10/210.

<sup>2</sup> ابن مفلح ، مرجع سابق ، ج8/244. منصور بن يونس البهوتي ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، عالم الكتاب ، الطبعة الأولى ، 1992 ، ج3/553.

<sup>3</sup> ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/512. أحمد بن محمد الخلوئي الصاوي المالكي ، مرجع سابق ، ج3/678.

محمد بن عبد الله الخرشبي ، مرجع سابق ، ج6/196. شهاب الدين النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، دار الفكر ، ( د ط ) ، 1995 م ، ج2/243.

قد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

### القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>، وأكثر المالكية<sup>3</sup> إلى أن الغبن اليسير لا يجيز طلب نقض القسمة للغبن ، لأنه غبن متسامح فيه لا تكاد تخلوا المعاملات منه، وأنه لا بد من الغبن الفاحش حتى يكون للشريك المغبون الحق في طلب نقض القسمة ، وقد نصت على ذلك المادة (1160) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: " إذا تبين للغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسّم ثانية قسمة عادلة".

### القول الثاني :

ذهب الشافعية<sup>4</sup>، والإمامان أشهب وعبّاض من المالكية<sup>5</sup> إلى القول بأن الغبن اليسير يجيز طلب نقض القسمة إذا ثبت ببينة .

والقول الأول هو المعمول به في جل القوانين، لأنه هو القول الذي يؤدي إلى استقرار المعاملات، وتحقيق العدالة، لأن الأعراف تقره، كما يسهل التقطن له ، خلافا للغبن اليسير.

### ب/ مقدار الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة

سبق أيضا وأن بينا عند التطرق إلى موضوع الغبن في بيع العقار في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي أقول فقهاء الشريعة الإسلامية في مقدار الغبن ، وذكرنا أن جمهور الفقهاء تركوا تحديد الغبن الفاحش إلى العرف والعادة، ليكون معيار تحديد الغبن معيارا مرنا ، غير أن بعض الفقهاء جعلوا للغبن مقدار محددًا إذا وصل إليه الغبن عدّ غبنا فاحشا يجيز لمن وقع فيه طلب الإبطال ، فمنهم من حدده بالثلث ، ومنهم من حدده بالربع ،

<sup>1</sup> علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية في شرح بداية المبتدي ، تحقيق : طلال يوسف ، دار احياء التراث العربي ، بيروت - لبنان - ، ج4/333.

<sup>2</sup> علاء الدين المرادوي الحنبلي ، مرجع سابق ، ج11/352.

<sup>3</sup> ابن عرفة الدسوقي ، مرجع سابق ، ج3/512. محمد بن عبد الله الخرشبي ، مرجع سابق ، ج6/196.

<sup>4</sup> أحمد بن حجر الهيتمي ، مرجع سابق ، ج10/209-210.

<sup>5</sup> أحمد بن محمد الخلوّتي الصاوي المالكي ، مرجع سابق ، ج3/677.

والخمس، والسدس .. كما بينا أن القانون المدني الجزائري تبعا لأصله المصري قد أخذ بقول من قدره بالخمس ، وهو قول في المذهب الحنفي ، وأخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (165) بقولها أن الغبن يكون " على قدر نصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقارات أو زيادة ."

وإن كان الفقه الحنفي قد حدد الخمس مقدارا للغبن في بيع العقار فقط ، فإن المشرع المصري استمد ذلك التحديد - الذي هو الخمس - من الفقه الحنفي وطبقه في بيع عقار القاصر ، ثم عمم الخمس مقدارا للغبن المادي كله ، ومن ذلك تحديد الخمس مقدارا للغبن في القسمة الرضائية .

وتبعا للقانون المدني المصري خفض القانون المدني الجزائري معيار الغبن الذي يخول للشريك المقاسم الحق في نقض القسمة ، وذلك إذا بلغ الغبن إلى أزيد من الخمس ، وهو ما نصت عليه المادة (732 ق م ج) بقولها : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (1/5)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة."

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته " <sup>1</sup> .

وقد استمد القانون المدني الجزائري هذا الحكم من الفقه الإسلامي من خلال القانون المدني المصري الذي استمد عنه هذه المادة <sup>2</sup> ، يقول الأستاذ السنهوري : " وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة (845 ق م مصري) يشترط في الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن في القسمة في القانون المدني الفرنسي ، ولكن لجنت المراجعة عدلت مقدار الغبن إلى الخمس أسوة بالغبن في بيع عقار القاصر، ولأن الخمس هو المقدار المألوف في الغبن في الشريعة الإسلامية" <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> مطابقة للمادة 845 ق م مصري .

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 120.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/903.

أما القانون المدني الفرنسي فقد جعل مقدار الغبن الذي ينقض القسمة هو ما يزيد على الربع ، وقد نصت على ذلك المادة (887 ق م فرنسي) بقولها : " يمكن إبطال القسمة لعلّة الغبن بسبب الإكراه أو التدليس ، ويمكن أيضا أن يكون هناك مجال للبطلان، عندما يثبت أحد الشركاء في الإرث حصول غبن له يزيد على الربع ... " <sup>1</sup> .

وكمثال على تقدير الغبن في القسمة بما يزيد على الخمس كأن يقسم شركاء مالا على الشيوع قدره 500000 دج ، ويكون عدد الشركاء خمسة شركاء ، فيكون نصيب كل شريك من المال المفروض 100000 دج ، لكن لو كان سهم أحد الشركاء أقل من 80000 دج ، وهو خمس نصيبه فله أن يرفع دعوى الغبن لأن نصيبه أقل من أربعة أخماس ، أما لو كان نصيبه يساوي أربعة أخماس فلا يعد مغبونا <sup>2</sup> .

أما في ما يتعلق بسقوط دعوى القسمة فقد نصت المادة (2/732) على ذلك بقولها : " ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته "

فأما سقوط دعوى نقض القسمة للغبن في حالة القسمة الرضائية فتتقضي بمضي سنة من يوم القسمة إذا كان المقسوم منقولا ، ومن يوم شهره إن كان عقارا ، والمدعي فيها هو الشريك المغبون ، وهذه المدة تتفق مع ما ذهب إليه بعض المالكية من تحديد المدة التي تسقط فيها دعوى نقض القسمة للغبن إذا وصلت إلى سنة كاملة <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> وقد ألغيت هذه المادة ، وحلت مكانها المادة 889 ، حسب تعديل يونيو 2006م ، فبعد أن كان الطرف المغبون له الحق في طلب الإبطال أصبح له الحق في طلب تكملة حصته فقط ، ونص المادة كالاتي : " عندما يثبت أحد المتقاسمين إلحاق الغبن فيه بما يزيد على الربع ، يعطى تكملة حصته ، حسب خيار المدعى عليه ، إما نقدا أو عينا ، ولتقدير ما إذا كان ثمة غبن تخمن الأشياء حسب قيمتها بتاريخ القسمة . وتتقدم دعوى تكملة الحصة بمضي سنتين اعتبارا من القسمة " انظر : القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص: 858.

<sup>2</sup> انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/903.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد الفاسي ميارة ، مرجع سابق ، ج2/65.



كما يمكن للمدعى عليه حسب نص الفقرة الثانية من المادة (732 ق م ج) تفادي نقض القسمة بإكمال نصيب الشريك المغبون سواء كان ذلك نقداً أو عيناً ، وتوافق هذه الفقرة نص المادة (889 ق م فرنسي) <sup>1</sup> .

## المطلب الثاني: الحائط المشترك والفاصل<sup>2</sup> في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

كنا قد تطرقنا في ما سبق إلى أن السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ وانتهائه هو القسمة ، غير أن القسمة لا تكون إلا في الشيوخ الذي يقبل القسمة ، وهو ما يسمى بالشيوخ العادي ، بخلاف النوع الثاني من الشيوخ وهو الشيوخ الإجباري ، وهو ذلك الشيوخ الدائم الذي ليس للشركاء فيه طلب القسمة<sup>3</sup> ، وقد نصت عليه المادة (737 ق م ج) ، بقولها : " ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوخ"<sup>4</sup> ، ويفهم من هذا النص أن الشيوخ الإجباري لا يجوز لأي شريك من الشركاء طلب قسمته ، ذلك لأن الغرض الذي أعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى دائماً على الشيوخ<sup>5</sup> ، والشيوخ الإجباري نوعان :

<sup>1</sup> انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/907-910. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 132.

<sup>2</sup> الحائط الفاصل بين ملكين لا يدخل في الملكية الشائعة بخلاف الحائط المشترك ، ذلك أن الحائط الفاصل يعد ملكاً لصاحبه ، وقد نص عليه القانون المدني الجزائري في القيود المتعلقة بحق الملكية ، وله أحكامه الخاصة به ، ولكن تكلمنا عنه في الملكية الشائعة ومع الحائط المشترك لكبير الصلة بينها .

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 175.

<sup>4</sup> والمطابقة لنص المادة 850 ق م مصري ، المادة 805 ق م سوري ، والمادة 854 ق م ليبي .

<sup>5</sup> لقد نص القانون المدني الجزائري وأصله المصري على الحائط المشترك قبل التطرق إلى الملكية الشائعة ، في حين أن الحائط المشترك يعد من قبيل الملكية الشائعة كما بينا ، ولذلك فإن المكان المناسب له هو ضمن نصوص الملكية الشائعة ، ولذلك عالج الكثير من المؤلفين موضوع الحائط المشترك أثناء التطرق للملكية الشائعة ، وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني المصري .

**شيوخ إجباري أصلي :** وهو الشيوخ الذي لا تكون فيه الأشياء الشائعة تابعة لعقار ، وإنما توجد مستقلة ، وتكون مخصصة لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد ، كمدافن الأسرة ، وصورها ، ووثائقها ، وأوسمتها ...<sup>1</sup>

**شيوخ إجباري تبعي :** وهو الذي تكون الأشياء الشائعة فيه تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة ، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات . ومثال ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طريق مشترك ، أو فناء مشترك بين ملكين متجاورين ، أو بئر مشترك . أو الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات ... ومن ذلك أيضا الشيوخ في الحائط المشترك .<sup>2</sup>

ويتميز الشيوخ الإجباري عن الشيوخ العادي بأمرين هما :

1/ أن الشريك لا يحق له أن يطلب قسمة المال المشترك ، بل يجب عليه أن يتحمل الشيوخ على وجه الدوام ، لأن الغرض الذي أعد له هذا المال يقتضي أن يبقى دائما على الشيوخ .

2/ أن الشريك لا يجوز له أن يتصرف في حصته في المال الشائع مستقلة عن العقار الذي يخص الشيء المشترك لخدمته ، وإذا تصرف في العقار فإن التصرف يشمل حقه في الشيء الشائع ، لأنه يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار .<sup>3</sup>

وقد نص على هذه المميزات في المادة (737 ق م ج) ، والمادة (853) من مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تنص على أنه : " إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى على الدوام شائعا ، فليس للشريك

<sup>1</sup> مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/866 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/986-987 . نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 175 .

<sup>2</sup> مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/866 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/986-987 . نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 175 .

<sup>3</sup> مشروع القانون المدني المصري المستمد من الشريعة الإسلامية مع مذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ج2/867 .

أن يطلب قسمته ، ولا أن يتصرف في حصته فيه مستقلة عن العقار الذي أعد هذا المال لخدمته . " ، وتتفق أحكام المادة (737 ق م ج) مع نص المادة (1142) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على ما يلي : " كما أنه لا يجوز تقسيم أوراق الكتاب المشترك ، كذلك لا يجوز أيضا تقسيم الكتاب المتعدد الأجزاء ، والجلود جلدا جلدا " ، وكذلك نص المواد (1143 ، 1144 ، 1145 ، 1146 ، 1223) من مجلة الأحكام العدلية .

### الفرع الأول : الحائط المشترك في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

لقد نظم القانون المدني الجزائري القواعد المتعلقة بالحائط المشترك في المواد (704-707 ق م ج) ، والمستمدة من المواد (814-817 ق م مصري) ، والقانون المدني المصري الجديد بدوره استمدها من التقنين المدني المصري السابق ، واستكملها من الشريعة الإسلامية ، ومن تقنينين أجنبيين هما التقنين المدني الفرنسي والمشروع الإيطالي<sup>1</sup> .

والحائط الفاصل بين عقارين يكون مشتركا إذا أنشأه الجاران على الحدود بين ملكهما بمصروفات مشتركة ، وقد يكون الحائط ملكا لأحدهما ثم يتفق معه الجار الملاصق له بدفع نصف تكاليف الحائط الفاصل بينهما فيصير مشتركا...<sup>2</sup>

وملكية الحائط المشترك ليست خالصة لكل من الشريكين بحيث يفعلون ما يشاؤون بالحائط المشترك ، بل قد نص القانون المدني الجزائري ، وأصله المصري على القيود والصلاحيات التي يملكها كل شريك من الجيران في ملكية الحائط . وهو ما سنتطرق إليه في ما يلي :

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/64. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 28. لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 147. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص: 76. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 121. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47. علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، دار الفكر العربي ، 1996م ، ( د ط ) ، ص: 166.

<sup>2</sup> لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 148. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/990.

### أولاً : استعمال الحائط المشترك

لقد نصت المادة (704 ق م ج) على الحقوق والالتزامات الواقعة على ملاك الحائط المشترك ، والمتعلقة باستعماله بقولها : " لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له ، و أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته.

فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له فإن نفقة ترميمه وإعادة بنائه تكون على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه"<sup>1</sup> ، والذي يتضح من هذا النص أن هناك قيدين هامين على حق كل شريك في الحائط المشترك هما :

**القيد الأول :** أن يكون استعمال كل شريك للحائط متفقاً مع الغرض الذي أعد له الحائط ، والغرض الذي أعد له الحائط المشترك هو من جهة استتار كل شريك به ، بحيث يستند إليه بناؤه ، ومن جهة أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بناؤه.

وبناء على ذلك لا يجوز لأي شريك أن يفتح مطلات في الحائط المشترك ، لأن ذلك يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط .

**القيد الثاني :** ألا يحمل الحائط فوق طاقته في استعماله للغرض الذي أعد له ، وألا يعطل حق شريكه في استعمال الحائط لنفس الغرض ، ويترتب على ذلك لأنه لا يجوز للشريك أن يضع من العوارض إلا بمقدار نصف مل يتحملة الحائط ، مع ترك فراغ لجاره ليضع عوارضه أيضاً ، كما لا يجوز لأي شريك أن يستعمل الحائط لشيء ينهكه أو يعرضه للخطر .

أما الالتزامات التي تقع على كل شريك في الحائط المشترك كما نصت عليها الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر، فتكمن في ضرورة صيانة وإصلاح الحائط المشترك إذا لم

<sup>1</sup> تطابق المادة 814 ق م مصري ، والمادة 823 ق م لبيي ، وتقابل المادة 974 ق م سوري ، والمادة 1087 ق م عراقي ، والمادة 1278 ق م أردني

يعد قادرا على تأدية الغرض الذي أعد له ، ونفقة صيانتة يتحملها جميع الشركاء ، كل بنسبة حصته ، أما إذا تهدم الحائط بسبب خطأ من أحد الشريكين ، فإنه يقع عليه وحده تحمل تبعة الصيانة والتجديد<sup>1</sup>.

وتتفق أحكام هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي ، كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للمادة (814 ق م مصري) ، بل هي مستمدة منه ، وبالخصوص من نص المادة (71) من مرشد الحيران<sup>2</sup> ، والتي تنص على أنه : " لكل من الشريكين في الحائط أن يضع عليه أخشابا بقدر ما لشريكه ، بشرط ألا يتجاوز كل منهما ما يتحملة الحائط ، وليس لأحد منهما أن يزيد في أخشابه بدون إذن الآخر ، كما أنه لا يجوز لأحدهما أن يحول محل أخشابه التي على الحائط يمينا أو شمالا ، ولا من أسفل إلى أعلى ، ولو من أعلى إلى أسفل جاز ، وإذا كان لكل منهما عليه أخشاب فلصاحب الأسفل أن يرفع أخشابه بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط، وكذا لصاحب الأعلى أن يسفل أخشابه إن لم يضر بالحائط " .

ونص المادة (1210) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه : " ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يعليه بدون إذن الآخر، ولا أن يبني عليه قصرا أو شيئا آخر سواء كان مضرا بالآخر أو لا ، لكن إذا أراد أحدهما وضع جذوع لبناء غرفة في عرصة على ذلك الحائط ، أي تركيب رعوس الجذوع على ذلك الحائط فليس لشريكه منعه ، وبما أنه لشريكه أن يضع جذوعا بقدر ما يضع هو من الجذوع ، فله أن يضع نصف عدد الجذوع

<sup>1</sup> انظر : لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 148-149. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/994-997. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 76. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان -الأردن - الطبعة الثانية ، 1997م ، ص: 218. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/64-65.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/326. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 28.

التي يتحملها الحائط فقط ، وليس له تجاوز ذلك ، وإن كان لهما على ذلك الحائط جذوع في الأصل على قدم المساواة وأراد أحدهما تزييد جذوعه فلآخر منعه."

وكذلك نص المادة (1121) من المجلة: " ليس لأحد صاحبي الحائط المشترك أن يحول جذوعه التي على الحائط يمينا أو شمالا أو من أسفل إلى أعلى ، أما إذا كانت رعوس جذوعه عالية فله تسفيلها."

وأیضا نص المادة (1318) من المجلة ، والتي تنص على أنه : " إذا حصل للحائط المشترك بين جارین وهن وخيف سقوطه وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقص والهدم بالاشترك."

كما تتفق المادة (704 ق م ج)<sup>1</sup> مع ما ورد في المادة (855) من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والتي تنص على أن : " لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذي أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليه السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته .

وإذا احتاج الحائط إلى إصلاح ، أو لم يعد صالحا للغرض الذي أعد له ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته فيه ."

### ثانيا : تغطية الحائط المشترك

نصت المادة (705 ق م ج) على أحكام تغطية الحائط المشترك بقولها : " للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تغطية الحائط المشترك أن يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التغطية وصيانة الجزء المعلى ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التغطية دون أن يفقد شيئا من متانته.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التغطية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة،

<sup>1</sup> المطابقة للمادة 814 ق م مصري

ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركاً دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض.<sup>1</sup>

ويستخلص من هذا النص أن هناك حالتان لتعلية الحائط المشترك هما :  
تعلية الحائط دون إعادة بنائه ، وتعليته عن طريق إعادة بنائه .

### 1/ : تعلية الحائط دون إعادة بنائه

إذا اتفق الشريكان على تعلية الحائط المشترك فلهما ذلك ، على أن تكون نفقة التعلية عليهما معا ، ويكون الجزء السفلي والمعلى مشتركاً بينهما .

أما إذا اقتضت مصلحة جدية لأحد الشريكين تعلية الحائط المشترك فله ذلك بشرط ألا تضر التعلية بشريكه ، وعلى الشريك الذي يقوم بالتعلية أن يتحمل وحده نفقتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية ، دون أن يفقد شيئاً من متانته ، ويكون عليه وحده صيانة الجزء المعلى لأنه يكون ملكاً خالصاً له بخلاف الجزء السفلي المشترك بينهما<sup>2</sup> .

### 2/ : تعليته عن طريق إعادة بنائه

في بعض الأحيان لا يمكن تعلية الحائط المشترك لمن له مصلحة جدية في ذلك من الشريكين إلا بهدمه وإعادة بنائه ، بسبب ضعف الحائط أو قدمه ، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة (705 ق م ج) ذلك ، وذلك إذا لم يكن في هدم الجدار ضرر جسيم بالجار الشريك ، على أن تكون نفقة هدم الجدار وإعادة بنائه على الجار الذي يريد التعلية ، وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه أن يجعل ما زاد من سمك

<sup>1</sup> مطابقة لنص المادة 815 ق م مصري ، والمادة 824 ق م لبيبي ، وتقابل المادة 975 ق م سوري ، والمادة 1089 ق م عراقي .

<sup>2</sup> : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 150. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/998. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 79. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص: 218-219.

الحائط في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضا عما زاد في سمك الحائط من ناحية هذا الجار<sup>1</sup> .

وبعد عملية البناء يظل الحائط المجدد مشتركا بين الجارين ، أما الجزء العلوي من الجدار فيكون ملكا لمن قام بتعليته ، إلا في حالة ما إذا رغب الجار الذي لم يشارك في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى ، وعليه إذا رغب في ذلك أن يدفع لجاره الذي قام بالتعلية نصف ما أنفقه على التعلية ، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة ، وهو ما نصت عليه المادة (706 ق م ج)<sup>2</sup> ، بقولها : " يمكن للجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه ، وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة"<sup>3</sup> .

وقد استمدت المادة 705 ق م ج ( 815 ق م مصري ) ، كما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من الفقه الإسلامي ( المادة 70 من مرشد الحيران ) ومشروع القانون الإيطالي (المادة 75) والقانون المدني الفرنسي(المادة 659) .

وبالرجوع إلى المادة (70) من مرشد الحيران نجدتها تنص على أنه : " إذا كان الحائط مشتركا بين اثنين ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه بتعلية أو زيادة بناء عليه بلا إذن الآخر ، سواء كان تصرفه مضرا بالآخر أم لا " ، ويوافق هذه المادة كذلك ما نصت عليه

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 150. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/999-1000. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 79. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص: 219.

<sup>2</sup> تطابق هذه المادة 816 ق م مصري ، والمادة 825 ق م ليبي ، وتوافق المادة 2/975 ق م سوري ، والمادة 1090 ق م عراقي.

<sup>3</sup> انظر بإسهاب : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 150. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1000-1002. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80. وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص: 219-220.



مجلة الأحكام العدلية في المادة (1210). والملاحظ أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري لم يستمد هذه المادة بكاملها من الفقه الإسلامي وبالخصوص المادة المشار إليها من مرشد الحيران ، ذلك أن الملاحظ من المادة (70) من مرشد الحيران أنها لا تجيز تصرف الجار في الحائط المشترك بزيادة أو تعليية إلا باتفاق الشريكين ، أما نص المادة 705 ق م ج ( 815 ق م مصري) ، فإنها تجيز تصرف الجار الذي يحتاج إلى التعليية على الحائط المشترك إذا لم يؤدي ذلك التصرف إلى إلحاق ضرر جسيم بجاره ، ولو لم يوافق الجار الشريك في الحائط على التعليية<sup>1</sup>. غير أنه بالرجوع إلى نص المادة (659 ق م فرنسي) ، وهي المادة التي أحالت عليها أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري نجد أن المادة 815 ق م مصري ( 705 ق م ج) قد استمدت في الحقيقة من المادة (659 ق م فرنسي) ، والمادة (658) وإن لم تشر إليها المذكرة الإيضاحية .

وقد نصت المادة (658) على أن : " كل شريك في الملكية يمكنه تعليية علو الحائط المشترك ، لكن يترتب عليه وحده دفع مصاريف التعليية ، وتصليحات الصيانة التي تتعدى ارتفاع السور المشترك ، فضلا عن ذلك يجب عليه منفردا دفع نفقات الجزء المشترك من الحائط الناتجة عن التعليية...<sup>2</sup> ، وهذه المادة تقابل الفقرة الأولى من المادتين (705 ق م ج) و (815 ق م مصري) . أما نص المادة (659 ق م فرنسي) ، والمقابلة للفقرة الثانية من المادتين (705 ق م ج - 815 ق م مصري) ، فتنص على أنه : " إذا لم يكن الحائط المشترك في حالة يتحمل معها التعليية ، فيترتب على من يرغب في هذه التعليية أن يعيد بناء الحائط بكامله على نفقته ، على أن تؤخذ زيادة السماكة اللازمة من جهته"<sup>3</sup> .

كما أن نص المادة 706 ق م ج ( 816 ق م مصري) قد استمدت من المادة (660 ق م فرنسي) لا من الفقه الإسلامي ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني

<sup>1</sup> انظر : لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 151.

<sup>2</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 701.

<sup>3</sup> المرجع نفسه ، ص : 702.

المصري<sup>1</sup> ، وقد نصت المادة (660 ق م فرنسي) على أنه : " يحق للجار الذي لم يساهم في تغطية الحائط اكتساب حق الشراكة فيه بدفع نصف المصاريف التي استلزمها ، وقيمة نصف مساحة الأرض المقدمة للزيادة في سماكته في حال حصولها ..."<sup>2</sup>

ونخلص في الأخير إلى أن أحكام الحائط المشترك هي أحكام مستمدة من كل من الفقه الإسلامي وخصوصا المادة 704 ق م ج ( 814 ق م مصري) ، ومن القانون المدني الفرنسي ، والمشروع الإيطالي ، كما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المصري ، لا كما ذكر بعض المؤلفين من أن أحكام الحائط المشترك في القانون المدني الجزائري ، والقانون المدني المصري مستمدة من الفقه الإسلامي من غير تفصيل<sup>3</sup> .

### الفرع الثاني : الحائط الفاصل غير المشترك

إن لم يكن الحائط الفاصل بين الجارين مشتركا فإنه يكون ملكا لأحد الجارين ، ويطلق على الحائط غير المشترك الحائط الفاصل ، وهو ذلك الحائط الذي يفصل بين ملكين ، ويكون ملكا لأحد الجارين .

فلو أقام المالك حائطا يفصل بين ملكه وملك جاره داخل حدود عقاره وبنفقاته الخاصة ، فإن له حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ماديا وقانونيا دون منازع له<sup>4</sup> ، كما لا يجوز للجار إجبار جاره على بناء حائط منفصل خاص به . وهو ما نصت عليه المادة 708 ق م ج ( 818 ق م مصري) ، بقولها : " ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 (706)<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.

<sup>2</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 702.

<sup>3</sup> مثل : وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 121. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص: 28.

<sup>4</sup> لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص: 141.

<sup>5</sup> أخطأ المشرع الجزائري في الإحالة للمادة 697 ، وإنما الصحيح هو الإحالة للمادة 706 ، لأمرين هما : أنه لا علاقة للمادة 697 بالمادة 708 من حيث الموضوع ، وثانيا بالمقارنة مع الإحالة التي نصت عليها المادة 818 ق م مصري ، =

غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط" <sup>1</sup> .

وقد استمد القانون المدني الجزائري نص المادة (708) من الفقه الإسلامي من خلال القانون المدني المصري (المادة 818 ق م مصري) ، والذي استمد هذه المادة من المادة (69) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه : " لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ، ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط "

ويتضح من النص المذكور آنفاً أن المادة (1/708) قد استمدت من المادة (69) من مرشد الحيران ، من خلال القانون المدني المصري ، أما الفقرة الثانية للمادة (708) إنما هي تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق في حق الملكية ، وقد سبق وأن بينا عند التطرق لدراسة نظرية التعسف في استعمال الحق أن معايير التعسف في استعمال الحق قد استمدت من الفقه الإسلامي .

والملاحظ من نص المادة (708 ق م ج) أنها تقرر بشأن الحائط المنفصل غير المشترك عدة أحكام ، وهي :

- أنه ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط فاصل يحوط به ملكه .
- ليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً لهذا الجار .
- لا يجوز للجار دون عذر قوي أن يهدم الحائط الفاصل الذي يكون ملكاً خالصاً له إذا كان جاره مستتراً به .

= والتي أحالت إلى المادة 816 ق م مصري ، والتي تقابلها المادة 706 ق م ج ، نستطيع اكتشاف أن المشرع الجزائري عوض أن يحيل إلى المادة 706 أحال خطأ إلى المادة 697.

<sup>1</sup> تطابق هذه المادة كل من المادة 818 ق م مصري ، والمادة 827 ق م لبيبي ، والمادة 1279 ق م أردني ، وتقابل المادة 1092 ق م عراقي ، كما تتفق مع المادة 818 من القانون المدني طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

**أولاً : ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه**

نصت العبارة الأولى من المادة 708 / 1 ق م ج (818 ق م مصري) في العبارة الأولى منها على أنه : " ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه " أي أنه للجار الذي يريد تحويط ملكه بجدار منفصل عن جاره فله أنه يفعل ذلك إن أراد ، ولا يحق لجاره أن يجبره على فعل ذلك ، ولا أن يجبره أيضا على مشاركته في جدار أراد بناءه للفصل بين الملكين ، فإذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره بناه على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه في هذه النفقات، وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط، وبترميمه إذا اقتضى الأمر ذلك .

وقد جاء هذا النص مخالفا لما يقضي به القانون المدني الفرنسي من جواز إلزام الجار لجاره بتحويط ملكه بالمساهمة في بناء أو إصلاح الحائط الفاصل بينهما<sup>1</sup>، وهو ما نصت عليه المادة (663 ق م فرنسي) بقولها : " يحق لكل شخص إرغام جاره في المدن والضواحي على الإسهام في بناء وتصليح السور الفاصل بين منزليهما ، والباحات ، والحدائق الكائنة في المدن والضواحي ..."<sup>2</sup>.

وجاء موافقا للفقه الإسلامي ، وبالخصوص العبارة الأولى لنص المادة (69) من مرشد الحيران، والتي نصت على أنه : " لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه "<sup>3</sup>.

**ثانيا : ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائط جاره**

وفق العبارة الأخيرة لنص المادة (1/708) فإنه كما لا يجوز للجار أن يلزم جاره على المشاركة في الحائط الفاصل الذي بناه على نفقته ، كذلك لا يجوز أيضا للجار الآخر أن يجبر الجار الذي أقام الحائط على الاشتراك معه في هذا الحائط ، ولو عرض عليه أن يدفع

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1003. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.

<sup>2</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص : 704.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.

له نصف النفقات أو كلها<sup>1</sup> ، ونص العبارة الثانية للمادة (1/708) هو أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره : " على التنازل عن جزء من حائط ، أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط ، إلا في الحالة المذكورة في المادة 706 ."

وقد جاءت العبارة الثانية للمادة 1/708 ق م ج ( 818 ق م مصري) موافقة تماما للعبارة الثانية من المادة (69) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره " على أن يعطيه جزءا من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط " مما يدل صراحة أنها منقولة منها ، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري<sup>2</sup> .

والحالة المذكورة في المادة 706 ق م ج (816 ق م مصري) هي حالة ما إذا قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته ، فإنه يجوز لجاره أن يطلب الاشتراك في الجزء المعلى ، ويصبح الحائط مشتركا بينهما ، ولكن يشترط أن يكون الحائط مشتركا منذ البداية ، فإن كان الحائط غير مشترك فلا يجوز للجار أن يطلب من جاره المشاركة في الجزء المعلى<sup>3</sup> .

وقد سبق وأن بينا أن نص المادة 706 ق م ج ( 816 ق م مصري) قد استمد من المادة (660 ق م فرنسي) لا من الفقه الإسلامي ، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.

### ثالثا : ليس لمالك الحائط الذي يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوي

إذا كان هناك حائط فاصل غير مشترك مملوك لأحد الجارين ملكا خالصا ، فإن الجار إذا كان لا يستطيع إلزام جاره بالاشتراك فيه ، فإنه يملك بقوة القانون أن يمنع من هدم هذا الحائط الذي يستتر به ، إذا لم يكن هناك عذر قوي لهدمه ، وهو ما نصت عليه المادة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1004-1005. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 80.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/1004. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.

(2/708) بقولها : " غير أنه ليس لمالك الحائض أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي<sup>1</sup> إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائض" ، وفي ذلك تطبيق واضح لنظرية التعسف في استعمال الحق<sup>2</sup> ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك في بحث نظرية التعسف في استعمال الحق . ونخلص في الأخير إلى أن أحكام الحائض المنفصل غير المشترك المنصوص عليها في المادة (1/708 ق م ج) مستمدة من المادة (69) من مرشد الحيران ، ماعدا الإحالة المذكورة إلى المادة (706) والتي سبق وأن بينا أنها مأخوذة عن القانون المدني الفرنسي . وأما الفقرة الثانية للمادة (708 ق م ج) فهي تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وقد سبق وأن أشرنا إلى ذلك عند التطرق إلى تطبيقات معايير التعسف في استعمال الحق.

<sup>1</sup> ورد في النص العربي للقانون المدني الجزائري كلمة قانوني بدل قوي وهو خطأ مطبعي على الغالب لأن النص الفرنسي وردت فيه الكلمة صحيحة ، "sans motif sérieux" ويستبعد أن يكون خطأ في الترجمة .

<sup>2</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/65.

**المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في طرق اكتساب الملكية**

سنتطرق في هذا المبحث إلى الميراث والعقد كسبب من أسباب كسب الملكية وذلك في المطلب الأول ، ونتطرق في المطلب الثاني إلى الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية ، أما في المطلب الثالث فنخصصه إلى مدة التقادم المكسب في الحياة .

**المطلب الأول : الميراث والعقد كسبب من أسباب كسب الملكية****الفرع الأول : الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية**

يعتبر الميراث من أهم أسباب كسب الملكية وقد أشار إليه القانون المدني الجزائري في طرق اكتساب الملكية غير أنه مما يلاحظ على القانون المدني الجزائري أنه لما نص على طرق اكتساب الملكية في الفصل الثاني من الباب الأول الخاص بحق الملكية ضمن الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، بدأ في تعداد طرق اكتساب الملكية فنص في القسم الأول على طريقتين منفصلتين عن بعضهما البعض كان الأولى ذكر كل طريق في قسم خاص مثل ما فعل القانون المدني المصري ، غير أن القانون المدني الجزائري لم يفعل ذلك ودمج الطريقتين في قسم واحد وتحت عنوان واحد " الاستيلاء والتركة " ثم نص على الاستيلاء في مادة واحدة (المادة 773) وكان الأولى بالمشعر الجزائري أن يقلد القانون المدني المصري ويفصل في مسألة الاستيلاء فيبدأ بالاستيلاء على المنقول ثم الاستيلاء على العقار لا أن يجمع الاستيلاء باعتباره طريقا من طرق كسب الملكية في مادة واحدة مجملة ، ويتكلم في نفس المادة على مسألة انتقال أموال التركة إلى ملكية الدولة إذا لم يكن هناك وارث أو كانت تركة مهملة .

ثم أحال في المادة (774 ق م ج) إلى أن انتقال أموال التركة يخضع لقانون الأحوال الشخصية.

ولو أن القانون المدني الجزائري نص على الاستيلاء كطريق لاكتساب الملكية منفصلا عن التركة لكان أدق ، ثم ينص في الطريق الثاني لكسب الملكية على الميراث لا على التركة ، لأن الميراث يعتبر هو الطريق لاكتساب الملكية لا التركة ، ويحيل في نفس الوقت

إلى قانون الأسرة في معرفة الورثة وكيفية انتقال أموال التركة ، وهو ما نص عليه فعلا في المادة 774 ق م ج ، غير أن القانون المدني الجزائري لما نص على التركة لم يتطرق إلى طرق تصفيتها خلافا للقانون المدني المصري الذي نص على تصفية التركة في عدة مواد ، وعنون للطريق الثاني من طرق اكتساب الملكية بعنوان " الميراث وتصفية التركة " ، ثم نص على أن مسائل الميراث يرجع فيها إلى قانون الأحوال الشخصية في المادة 875 ق م مصري (773 ق م جزائري) ونص بعدها على تصفية التركة في المواد ( 876-914) ولا مقابل لها في القانون المدني الجزائري .

وما يهمننا في هذا المقام أن الخزينة العامة يكون لها الحق في اكتساب أموال التركة التي لا وارث لها ، أو التركة المهملة من طرف الورثة ، كما أن انتقال أموال التركة إلى الورثة مقيد بقاعدة شرعية هي لا تركة إلا بعد سداد الديون ، وكل ذلك قد استمده القانون المدني الجزائري عن الشريعة الإسلامية كما سيأتي .

#### أولا : التركة التي ليس لها وارث تكون حقا للخزينة العمومية (بيت المال)

بيت المال هو الجهة التي يؤول إليها كل مال استحقه المسلمون ولم يتعين مالكة منهم<sup>1</sup> ، وقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن المال الذي يتركه الميت ولم يكن له مستحق بإرث أو وصية يوضع في بيت المال ، غير أن وضعه في بيت المال عند الحنفية والحنابلة ليس من باب الإرث بل باعتباره مالا لا مستحق له، فيأخذه بيت المال كما يأخذ كل مال ضائع لا ملك فيه لأحد كاللقطة، ويصرفه في المصلحة العامة للمسلمين<sup>2</sup> .

أما المالكية والشافعية فيرون أن بيت المال يعتبر وارثا ، ويستحق المال إرثا عسبة لا من باب المصلحة فقط ، ومتقدمي المالكية والشافعية يعتبرون بيت المال وارثا سواء انتظم أمره بإمام عادل أم لا ، فيستحق بيت المال الباقي من التركة أو كلها إن لم يوجد للميت وارث ، غير أن متأخريهم يرون أن بيت المال يكون وارثا عسبة إن كان الإمام عادلا وبيت

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج3/45.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص : ج407/8 ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج3/45.



المال منتظم ، وإلا فيرد على ذوي السهام غير الزوج والزوجة ، ويدفع لذوي الأرحام<sup>1</sup> ، وفي ذلك يقول صاحب مواهب الجليل : " وقال في باب توريث ذوي الأرحام: قال إسماعيل القاضي متى كان للميت عصابة من ذوي الأرحام فهم أولى، فإن لم يكونوا فالولاء، فإن لم يكن ولاء **فبيت مال المسلمين**، قال ابن يونس: فإن لم يكن بيت مال فأولوا الأرحام لما في ذلك من الآثار المتقدمة، لا سيما إذا كانوا ذوي حاجة، فيجب اليوم أن يتفق على توريثهم، وإنما تكلم مالك وأصحابه إذا كان للمسلمين بيت مال، لأن بيت المال يقوم مقام العصابة إذا لم يكن عصابة، ألا ترى أن الرجل لو قتل قتيلاً خطأ ولم يكن له عصابة ولا مولي وجب أن يعقل عنه من بيت المال، فكذلك يكون ميراثه لبيت المال، وإذا لم يكن بيت مال ، أو كان بيت مال لا يوصل إليه شيء منه، وإنما يصرف في غير وجهه، فيجب أن يكون ميراثه لذوي رحمه الذين ليسوا بعصابة إذا لم يكن له عصابة ولا مولي، وإلى هذا رأيت كثيراً من فقهاءنا ومشايخنا يذهبون في زماننا هذا، ولو أدرك مالك وأصحابه مثل زماننا هذا لجعل الميراث لذوي الأرحام إذا انفردوا، والرد على من يجب له الرد من أهل السهام انتهى.<sup>2</sup> ، ويقول صاحب مغني المحتاج : " فأصل المذهب أنه لا يورث ذوو الأرحام ولا يرد على أهل الفرض، بل المال لبيت المال، وأفتى المتأخرون إذا لم ينتظم أمر بيت المال بالرد على أهل الفرض غير الزوجين ما فضل عن فروضهم بالنسبة، فإن لم يكونوا صرف إلى ذوي الأرحام"<sup>3</sup>.

وقد نصت المادة (773 ق م ج) على أن المال الذي لا وارث له يؤول إلى الخزينة العمومية ( بيت المال ) بقولها : " تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق ، ج4/468. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج12/4.

<sup>2</sup> أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب ، مرجع سابق ، ج6/415. محمد بن أحمد بن محمد عيش ، مرجع سابق ، ج9/633.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج4/12-13.

ليس لها مالك ، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث ، أو الذين تهمل تركتهم ."

ثم أحال القانون المدني الجزائري في المادة الموالية (774 ق م ج) على قانون الأسرة فيما يتعلق بانتقال أموال التركة بقوله : " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة " .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في المادة (180) منه نجدها قد نصت على أن الخزينة العمومية هي الجهة التي تؤول إليها التركة كاملة أو الجزء الباقي منها إذا لم يكن للميت وارث صاحب فرض أو عاصب أو ذوي أرحام ، وقد جاء نص المادة كالآتي : " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع .
- الديون الثابتة في الذمة
- الوصية

فإذا لم يوجد ذوو فرض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة ."

ولم تبين المادة (180 ق أ ج) هل الخزينة العمومية تعتبر وارثا أم لا ، غير أنه بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة في ترتيب الورثة لا نجد ذكرا للخزينة العمومية، ولو كانت وارثا لذكرها المشرع بعد ذوي الأرحام مباشرة لكنه لم يفعل ، فدل على أن الدولة لها الحق في اكتساب الملكية التي لا وارث لها بطريق الاستيلاء ، وهو ما نصت عليه المادة (773 ق م ج) سالفة الذكر.

## ثانيا : قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " :

جاء في نص المادة 774 ق م جزائري ( 876 ق م مصري) أنه : " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم في الميراث، وعلى انتقال أموال التركة"<sup>1</sup>.

ويتضح من هذا النص أنه تطرق للموضوعات الأساسية للميراث وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، وانتقال أموال التركة إلى الورثة ، وبين أن القانون الذي يحكم هذه المسائل هو قانون الأسرة ( الشريعة الإسلامية )، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة 876 ق م مصري (774 ق م ج) : " وجعل هذه الشريعة هي التي تطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة ، فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بآلا تركة إلا بعد سداد الديون ، وهي قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث ، وإن كانت تغاير النظم اللاتينية فإنها تتمشى مع النظم الجرمانية ، ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضي وضع نظام مفصل لتصفية التركات"<sup>2</sup>.

وقد أشار إلى هذه القاعدة أيضا ما نصت عليه المادة (108 ق م ج) : " ينصرف 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 مراعات القواعد المتعلقة بالميراث"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تقابل نص المادة 876 ق م مصري ، والمادة 3/825 ق م سوري ، والمادة 1/879 ق م ليبي ، والمادة 2/1106 ق م عراقي ، والمادة 2/1086 ق م أردني .

<sup>2</sup> وهو ما أغفله القانون المدني الجزائري وحتى قانون الأسرة.

<sup>3</sup> مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 6/200-201. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج 9/76-77.

<sup>4</sup> تقابل المادة 145 ق م مصري : " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام. دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام." ، والمادة 146 ق م سوري ، والمادة 145 ق م ليبي ، والمادة 1/142 ق م عراقي ، والمادة 206 ق م أردني ، والمادة 201 ق م كويتي . والمدة 144 من مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

بداية الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوراث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها. أما الخلف الخاص فهو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ، كالمشتري يخلف البائع في المبيع ، والموصى له بعين من التركة يخلف فيها الموصي ، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع<sup>1</sup> .

ويتبين من هذا النص أن العقد ينصرف أثره إلى الخلف العام ، أي الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة إلا في حالات معينة تفهم من طبيعة التعامل أو نص عليها القانون أو العقد<sup>2</sup>.

فإذا فرضنا أن شخصا باع شيئا غير أن توفي قبل أن يقبض الثمن فإن أثر العقد ينصرف إلى ورثته ويكون لهم الحق في قبض الثمن ، غير أنه إذا كان المتوفى هو المشتري ولم يسدد الثمن الذي عليه ، فإن هذا الدين يبقى في ذمته بعد وفاته ولا يسقط عنه ويخرج من تركته ، وذلك وفقا لقاعدة معروفة في الفقه الإسلامي وهي " لا تركة إلا بعد سداد الديون"<sup>3</sup> ، وهي القاعدة التي تشير إليها المادة (108) في آخرها بقولها " كل ذلك مع مراعات القواعد المتعلقة بالميراث "

وهو ما أكدته كما سبق المادة (774 ق م ج) : " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة " .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمادة 145 ق م مصري(108 ق م جزائري) أنه : " ينقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق والتزامات ، أما الحقوق فيكون انتقالها كاملا ، بيد أن الالتزامات يقتضي تحفظا خاصا يتصل بأحكام الميراث ، ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ 596.

<sup>2</sup> مع أن المادة 108 ق م جزائري مستمدة من المادة 145 ق م مصري غير أنها حذف ما لا ينبغي حذفه وهو صلاحية العاقدين في عدم صرف أثر العقد للخلف العام ، وهو ما جاء صريحا في نص المادة 145 ق م مصري بقولها : " ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون " ، هذا وقد تكون سقطت لفظة العقد سهوا .

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج11/5.

مورثه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ، بل وبنسبة ما يؤول إليه منها في صلته بالورثة الباقيين .<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري في المادة (180) منه نجدها تنص على أنه : " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع .

- الديون الثابتة في الذمة

- الوصية

فإذا لم يوجد ذوو فرض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة ."

من خلال نص المادة (180 ق أ ج) يتضح أن الديون التي في ذمة الميت تخرج من التركة بقوة القانون ، ولا يجوز أبدا للخلف العام الاعتراض على ذلك .

كما يلاحظ أن ديون المتوفى تسدد من تركة الميت ولا يجبر الورثة على أداء ديون مورثهم إن استغرقت ديونه التركة وبقي عليه دين .

وظاهر من هذه النصوص أن القانون المدني الجزائري يتبنى قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون " وهو مبدأ إسلامي المنشأ لا مثيل له في القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup> الذي يعتبر الخلف العام استمرارا لشخصية السلف إيجابا وسلبا ، فيخلفه في التزاماته كما يخلفه في حقوقه<sup>3</sup>.

كما تبنت مبدأ " لا تركة إلا بعد سداد الديون " جميع التشريعات العربية<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج2/272. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/598.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:121.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/ هامش ص : 598.

<sup>4</sup> علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص:44 .

وإن كان القانون المدني الجزائري قد استمد هذا المبدأ من القانون المدني المصري فإن هذا الأخير قد استمده من أحكام الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

ويكفي أن القانون المدني الجزائري قد أحال إلى قانون الأسرة في هذه المسألة لمعرفة مدى تأثيره بالفقه الإسلامي.

### الفرع الثاني : العقد كسبب من أسباب كسب الملكية

وهو ما نصت عليه المادة (792 ق م ج)<sup>2</sup> بقولها : " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة (164)<sup>3</sup> وذلك مع مراعاة النصوص التالية."<sup>4</sup>

ويقصد بذلك المادة الموالية وهي المادة (793) والتي تنص على أنه : " لا تنتقل<sup>5</sup> الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

<sup>1</sup> مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج2/272. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/598. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج5/11. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص:44. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:121. عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص:53 ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/308.

<sup>2</sup> عنون المشرع الجزائري لهذه المادة بعنوان غريب خالف فيه أصله المصري وغيره من القوانين المستمدة من القانون المصري كالقانون المدني السوري مثلا ، فعنون المشرع الجزائري لهذه المادة ب : " عقد الملكية " ، خلافا لأصله المصري الذي عنون لها ب : " العقد " والمصري هو الأصح ذلك لأن العقد ليس دوره مقصورا على نقل حق الملكية ، بل يعد سببا لنقل الملكية وسببا لنقل الحقوق العينية الأخرى على حد سواء .. انظر : وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:122.

<sup>3</sup> أخطأ المشرع الجزائري في الإحالة فعوض أن يحيل إلى المادة 165 أحال إلى المادة 164.

<sup>4</sup> مطابقة للمادة 936 ق م لبيي ، والمادة 894 ق م سوري والذي اقتصر على ذكر المنقول بدل العقار ، وتقابل المادة 1126 ق م عراقي والتي تنص على أن : " الملكية تنتقل بالعقد في المنقول والعقار "

<sup>5</sup> ورد في النص الفرنسي عبارة تنتقل وهي الأصح ، انظر : وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:122.

والملاحظ بداية أن القانون المدني الجزائري كعادته دائما قد استمد هذه المواد من القانون المدني المصري ، فقد نصت المادة (932 ق م مصري) على أنه : " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقا للمادة (204) ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية" .

ونصت المادة (934) على أنه : " في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري..."

وقد خالف القانون المدني الجزائري أصله المصري مخالفة لا سبب ظاهر يبررها ، فقد كان ما ذهب إليه القانون المدني المصري أكثر انسجاما ووضوحا ، فقد نص على القاعدة العامة في نقل الملكية وهي العقد سواء في العقار أو المنقول ، ثم استثنى العقار في كون انتقال الملكية فيه لا بد فيها من بعض الإجراءات حتى يتم الانتقال النهائي.

أما القانون المدني الجزائري فلم يتطرق في المبدأ العام إلا إلى انتقال ملكية العقار بالعقد وحذف المنقول - وملكية المنقول تنتقل بالعقد قطعا - ثم نص على الاستثناء في المادة الموالية ، بحيث لم يصبح للمادة المقررة للأصل كبير فائدة ، فمفهوم المادة المستثنية ( المادة 793) يتناول القاعدة العامة<sup>1</sup> .

هذا وقد استمد القانون المدني الجزائري (المادة 792) وأصله المصري (المادة 932) من الفقه الإسلامي وبالضبط من نص المادة (74) من مرشد الحيران ، والتي تنص على أنه : " ينتقل ملك العين المبيعة للمشتري بمجرد حصول عقد المعاوضة ووقوعه صحيحا باتا نافذا لازما ، سواء كانت عقارا أو منقولا ."

وإن كان في الفقه الإسلامي ينتقل الحق بالعقد فور إبرامه دون حاجة إلى إجراء آخر كما تقدم ذكره في المادة (74) من مرشد الحيران ، فإن اشتراط القانون فيما يخص بيع العقار إلى بعض الإجراءات المتعلقة بالتسجيل ، أو القيد لكسب الحق العقاري ، له ما يبرره وله

<sup>1</sup> انظر : وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:122.

سند شرعي ، لأن هدفه حماية مصالح المتعاقدين في العقار، والقاعدة الشرعية تقول : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة " كما جاء في المادة (85) من مجلة الأحكام العدلية<sup>1</sup>.

كما يلاحظ أن انتقال الملكية في القانون المدني الفرنسي هو التزام وليس حكماً للعقد على غرار الفقه الإسلامي كما بينا<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية

تعد الشفعة باعتبارها قيماً يرد على حرية التصرف وسيلة شاذة من وسائل كسب الملكية ، وهي تثبت للشفيع على خلاف القياس دفعا لضرر متوقع له ، وذلك بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع ، وهو ما أكده ابن قدامة المقدسي بقوله : " جملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل، إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه، وإجبار له على المعاوضة، ... لكن أثبتتها الشرع لمصلحة راجحة"<sup>3</sup> ويبدو أن الفقهاء المسلمين إذ أقروا الشفعة وازنوا بين الضرر الناجم عن تقييد حرية المالك في التصرف، وذاك الذي يلحق بالشفيع من ضرر متوقع ، فاعتبروا الأول هو الضرر الأشد ، والثاني هو الضرر الأخف ، فدفعوا الأول بالثاني<sup>4</sup> إعمالاً للقاعدة الفقهية " يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف "<sup>5</sup>.

وكون الشفعة وسيلة شاذة من وسائل اكتساب الملكية حداً ببعض القوانين المدنية في الدول العربية إلا عدم اعتبارها وعدم النص عليها في قوانينهم مثل ما فعل القانون المدني السوري .

<sup>1</sup> مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص:917.

<sup>2</sup> انظر : وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص:123.

<sup>3</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج230/5.

<sup>4</sup> محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية " أسباب كسب الملكية " ، مكتبة الثقافة ، عمان - الأردن - الطبعة الأولى ، 1999 ، ص : 160-161.

<sup>5</sup> محمد مصطفى الزحيلي ، مرجع سابق ، ج32/1.



ولقد نص القانون المدني الجزائري على الشفعة في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية في المواد من (794-807).

مقلدا في ذلك أصله القانون المدني المصري والذي بدوره استمد مسألة الشفعة بوجه عام من الفقه الإسلامي<sup>1</sup> مع التضييق في الأخذ بها ، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري : " وهناك أحكام تفصيلية كثيرة اقتبسها المشروع من الفقه الإسلامي يكفي هنا مجرد الإشارة إلى بعضها ... أما الأهلية والهبة والشفعة والمبدأ القاضي بالألا تركة إلا بعد سداد الديون فهذه كلها موضوعات على جانب كبير من الأهمية ، وقد أخذت برمتها من الشريعة الإسلامية ."

وتقول في موضع آخر " استقر الرأي على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد ، هذا إلى ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة ."

على أن المشروع إذا كان قد انتهى إلى استبقاء حق الشفعة فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق في الأخذ بها ، إذ هي قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع في الشفعة من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات ، فأورد في الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، إذ جعل قرابة الحواشي المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة ، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، وأنقص المدة التي تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع .

وحذف المشروع الجوار كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة ، وعالج من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضييق في الأخذ بالشفعة فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغا يساوي الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، ..<sup>2</sup>

<sup>1</sup> بل لقد استمدت أكثر الدول العربية مسألة الشفعة من الفقه الإسلامي مثل القانون المدني الليبي (المادة 939..) والعراقي (المادة 1128... والأردني (المادة 1150... والكويتي (المادة 891... ) ..

<sup>2</sup> مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/343-344.

وقد أكده ذلك كثير من الفقهاء<sup>1</sup> من أن المصدر التاريخي للشفعة هو الفقه الإسلامي وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري بقوله: "ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي وهو المصدر الذي اشتقت منه نصوص الشفعة"<sup>2</sup>.

ومن الملاحظ أن القانون المدني الفرنسي لم ينص في قانون 1804 عن مسألة الشفعة إلا أنه استدرك ذلك في تعديلاته اللاحقة ، ونص على الشفعة في قانون رقم 76-1286 المؤرخ بتاريخ 31 ديسمبر 1976، إذ نصت المادة (14/815) منه : "على المالك على الشيوع الذي ينوي أن يتنازل بعوض لشخص أجنبي عن الشيوع عن كامل أو عن جزء من حقوقه في الأموال الشائعة ، أو في أحد أو في بعض هذه الأموال أن يبلغ المالكين على الشيوع الآخرين ، بموجب إجراء غير قضائي عن ثمن قيمة البيع وشروطه ، بالإضافة إلى اسم محل وإقامة ومهنة الشخص الذي يرغب في الشراء.

يستطيع كل مالك على الشيوع خلال مهلة شهر تلي يوم إبلاغه أن يعلم البائع بموجب إجراء غير قضائي أنه يمارس حق الشفعة بالثمن والشروط التي تم إبلاغه إياها .

في حال ممارسة حق الشفعة تكون لمن يمارسه مهلة شهرين ابتداء من تاريخ إرسال جوابه للبائع وذلك للقيام بعملية البيع ، وإذا انقضت هذه المهلة يعتبر تصريحه بممارسة الشفعة باطلا حكما ، وذلك خلال خمسة عشر يوما بعد إنذار لم يؤد إلى نتيجة ، ومن دون المساس بالتعويضات التي يمكن أن يطالبه بها البائع

إذا مارس عدة مالكين على الشيوع حقهم بالشفعة يعتبرون مكتسبين معا الحصّة المعروضة للبيع ، وذلك بنسبة حصة كل منهم في الشيوع ، مالم يتفق على خلاف ذلك"<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، مرجع سابق ، ص: 266. وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 118. علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص: 47 . عبد الستار آدم ، مرجع سابق ، ص : 115. فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 421.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 469/9. ج 56/1.

<sup>3</sup> القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مرجع سابق ، ص: 817.

## الفرع الأول : تعريف الشفعة وأدلة ثبوتها والحكمة من مشروعيتها

### أولاً: تعريف الشفعة

#### 1/ : الشفعة في اللغة

الشَّفْعُ: خلاف الوتر، تقول: كان وترًا فشفعته شفعًا. وشفع الوتر من العدد شفعًا: صيَّره زوجًا وشفعت الشيء شفعًا ضمته إلى الفرد وشفعت الرِّكعة جعلتها ثنتين ومن هنا اشتقت الشفعة. و (الشفعة) في الدار والأرض. و(الشَّفيع) صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة. وتستعمل الشَّفعة بمعنى التملك لذلك الملك ، وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحدًا وترًا فصار زوجًا شفعًا.<sup>1</sup>

#### 2/ : تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي

تعددت تعاريف الشفعة في الفقه الإسلامي وذلك حسب كل مذهب من المذاهب الفقهية فهي عند الحنفية : " تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه " <sup>2</sup> ، وقد عرفت المادة (95) من مرشد الحيران الشفعة بقولها : " هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن " ، وهذا التعريف يدل على أن الشفعة عامة في الشريك على الشيوع والخليط والجار .  
 أما عند الجمهور فقد قصروا الشفعة على الشريك فقط ، فعرف المالكية الشفعة بأنها: " استحقاق الشريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة " <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر الرازي ، مرجع سابق ، ص : 290. ابن منظور ، مرجع سابق ، ج8/184. أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، مرجع سابق ، ج1/317.

<sup>2</sup> ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/217 ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مرجع سابق ، ج2/472 ، فخر الدين الزيلعي ، مرجع سابق ج 5/239.

<sup>3</sup> أبو العباس الصاوي ، مرجع سابق ، ج 3/629 ، أبو عبد الله المواق المالكي ، مرجع سابق ، ج7/366-367، أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج5/310 ، محمد بن عبد الله الخرخشي ، مرجع سابق ، ج6/162، محمد بن أحمد بن محمد عليش ، مرجع سابق ، ج7/187 .

وعرفها الشافعية بأنها : " حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض"<sup>1</sup>

أما عند الحنابلة فهي: " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر العقد عليه"<sup>2</sup>،  
وجميع هذه التعاريف تصب في معنى واحد.

### ثالثا : تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري

لقد نصت المادة (794 ق م ج) على تعريف الشفعة بقولها : "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ضمن الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"<sup>3</sup>

ويتضح بداية أن القانون المدني الجزائري قد جعل الشفعة من بين طرق اكتساب الملكية ولذلك - وتقيدا بالمشروع المصري - لم يعرفها بأنها حق بل رخصة تجيز لصاحبها وهو الشفيع إذا أراد استعمالها أن يملك عقارا باعه صاحبه لغيره ، وذلك بأن يحل محل المشتري في ذلك البيع ، فهي إذن لا تكون إلا في بيع العقار ، والشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذي يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذي يحل محله الشفيع ، وبئنا لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشتريا محل المشتري الأصلي ، وعقارا مشفوعا به وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع فيه<sup>4</sup>.

وكون الشفعة لا تثبت إلا بعقد بيع هو ما ذهب إليه الحنفية فقد جاء في المادة (105) من مرشد الحيران أنه : " لا تثبت الشفعة إلا بعد البيع مع وجود السبب الموجب لها " ، وجاء في المادة (1021) من المجلة أن : " الشفعة لا تثبت إلا بعقد بيع "

<sup>1</sup> أحمد بن حجر الهيتمي ، مرجع سابق ، ج5/6

<sup>2</sup> موسى بن أحمد المقدسي ، مرجع سابق ، ج1/134 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/229 .

<sup>3</sup> مطابقة لنص المادة 935 ق م مصري ، والمادة 939 ق م ليبي ، كما تقابل المواد 1128 ق م عراقي ، والمادة 1150 ق م أردني ، والمادة 1/238 ق م لبناني ...

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج9/447.

وقد نقلت لنا المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ذلك الجدل والخلاف بين الفقهاء في تكييف الشفعة فهي حق عيني أو شخصي وقد سردت لنا أدلة كل طرف ، غير أن ما أخذت به المذكرة في الأخير هو ما ذهب إليه بعض الأعضاء من أنها ليست بحق شخصي ولا حق عيني وإنما هي سبب من أسباب كسب الملكية ، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية بأن " الشفعة رخصة لا حق ، لأنها ليست بحق ، بل هي سبب من أسباب كسب الملكية ، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة حقا عينيا أو حقا شخصيا ..."<sup>1</sup> ، وفي ذلك يقول السنهوري : " والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي ، بل هي ليست بحق أصلا ، إنما الشفعة سبب لكسب الحق ، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر ، والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه . فالملكية مثلا حق عيني ، وتكتسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والحيازة والشفعة ، ولم يتساءل أحد هل الاستيلاء أو الميراث أو الوصية أو الالتصاق أو العقد أو الحيازة حق عيني أو حق شخصي ، فلماذا يتساءلون عن الشفعة هل هي حق عيني أو حق شخصي ."<sup>2</sup>

### ثانيا : أدلة ثبوت الشفعة

دل على ثبوت الشفعة من السنة أدلة كثيرة منها :

حديث جابر رضي الله عنه أنه قال : «جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/346.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج9/447-448.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الشفعة ، باب بيع الشريك من شريكه ، حديث رقم 2213 ، ج3/79 ، ابن ماجه ، كتاب الشفعة ، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، حديث رقم 2499 ، ج2/835 ، أبو داود ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، حديث رقم 3514 ، ج3/285.

وحديث أبي رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم ، قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: « الجار أحق بسقبه»<sup>1</sup>

وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحد»<sup>2</sup>

وحديث سمرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض»<sup>3</sup> وفي رواية "جار الدار أحق بالدار"<sup>4</sup>.

وقد دل الإجماع كذلك على مشروعية الشفعة ، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط<sup>5</sup>، قال ابن قدامة: "ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة، لأن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه، لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فيستضر المالك.

وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الشفعة ، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، حديث رقم 2258 ، ج3/87 ، ابن ماجة ، مرجع سابق ، كتلب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، حديث رقم 2495 ، ج2/833 ، أبوداود ، مرجع سابق، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، حديث رقم 3516 ، ج3/286 ، النسائي ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب ذكر الشفعة وأحكامها ، حديث رقم 4702 ، ج7/320.

<sup>2</sup> أخرجه أبوداود ، مرجع سابق، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، حديث رقم 3158 ، ج3/286 ، الترمذي ، مرجع سابق، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الشفعة للغائب ، حديث رقم 1369 ، ج3/643 ، ابن ماجة ، كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، حديث رقم 2494 ، ج2/833.

<sup>3</sup> أخرجه أبوداود ، مرجع سابق، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، حديث رقم 3517 ، ج3/286 .

<sup>4</sup> أخرجه الترمذي ، مرجع سابق ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في الشفعة للغائب ، حديث رقم 1368 ، ج3/642 .

<sup>5</sup> أبو بكر بن المنذر النيسابوري ، الإجماع ، تحقيق : أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف ، مكتبة الفرقان ، عجمان - الإمارات العربية المتحدة - ، الطبعة الثانية ، 1999، ص : 136.

<sup>6</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/229 ،

### ثالثاً : الحكمة مشروعية الشفعة

لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب وكان الخطاء كثيراً ما يبغى بعضهم على بعض شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقين :

1 / بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه .

2 / وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك.

فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن فالحكمة إذا هي دفع ما يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصاً قد لا تؤمن عواقبه بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب ...

وقد تكون حكمة مشروعية الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة وضرر سوء المشاركة كما ذكر الجمهور.

ولأن المقرر في الشريعة الإسلامية أنه لا ضرر ولا ضرار ، ولأجل تلك الأضرار المتوقعة بالغير شرعة الشفعة ، كما أن حسن العشرة يقتضي رعاية مصلحة الشريك أو الجار ، ورعاية المصلحة أمر مطلوب شرعاً سواء كان سببه الشركة على قول الجمهور، أو الخلطة والجوار على قول الحنفية<sup>1</sup> .

ومن الحكم التي ساعدت على إبقاء حق الشفعة والأخذ من الناحية القانونية ذلك الدور الذي تقوم به الشفعة ، وخصوصاً شفعة الشركة في الملك من تأدية تلك الوظيفة العمرانية الجليلة ، وهي الإسهام في تنظيم الملكية العقارية وتحسينها عندما تجتمع تلك الحصص

<sup>1</sup> الموسوعة الكويتية ، مرجع سابق ، ج26/138، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/217 ، داماد أفندي ، مرجع سابق ، ج2/472 ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/794 ، علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص :266.

الشائعة المبعثرة ، وتنتقل بحق الشفعة إلى يد واحدة تستقل بممارسة سلطاتها عليها ، وبذلك نتحاشى ما تتطوي عليه إدارة المال الشائع واستغلاله والتصرف فيه من محاذير ، فجمع ما تفرق من حق الملكية يعد من الأوضاع المرغوب فيها من الناحية الاقتصادية<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني : محل الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

### أولاً : محل الشفعة في الفقه الإسلامي

اتفق المسلمون على أن الشفعة حق في العقار من دور وأرضين وبساتين .. ، وما يتبعها من بناء وشجر ، واختلفوا في ما عداها<sup>2</sup>.

فقررت المذاهب الأربعة ، كما روي عن الحسن، والثوري، والأوزاعي، والعنبري، وقتادة، وربيعه، وإسحاق وغيرهم ألا شفعة في منقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية<sup>3</sup> ، لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال: « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط ...»<sup>4</sup> كما أن الشفعة في العقار إنما وجبت لخوف أذى

<sup>1</sup> محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية " أسباب كسب الملكية " ، مرجع سابق ، ص:160-161.

<sup>2</sup> ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1405-1406 ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي ، دار الفكر ، ج14/299 ، ابن حجر الهيتمي ، مرجع سابق ، ج6/54 ، الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج3/373 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/232 ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/795.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد السرخسي ، مرجع سابق ، ج14/93 ، علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/4 ، داماد أفندي ، مرجع سابق ، ج2/472 ، ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج6/217 ، الصاوي المالكي ، مرجع سابق ، ج3/630 ، أبو عبد الله المواق المالكي ، مرجع سابق ، ج7/374 ، محمد بن عبد الله الخرشبي ، مرجع سابق ، ج6/164 ، أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/212 ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، مرجع سابق ، ج14/299 ، ابن حجر الهيتمي ، مرجع سابق ، ج6/54 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/232 ،

<sup>4</sup> أخرجه مسلم ، مرجع سابق ، كتاب المساقاة ، باب الشفعة ، حديث رقم : 2608 ، ج3/1229 . أبو داود ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة ، حديث رقم 3513 ، ج3/285 . النسائي ، مرجع سابق ، كتاب البيوع ، باب ذكر الشفعة وأحكامها ، حديث رقم 4646 ، ج7/301.



الدخيل وضرره على سبيل الدوام ، وذلك لا يتحقق إلا في العقار بخلاف المنقول<sup>1</sup>.  
 وقد جاء عن بعض أهل العلم ، وفي رواية عن مالك وأحمد وعطاء<sup>2</sup> أن الشفعة حق في  
 المنقول مثلما هي حق في العقار ولا فرق مستدلين بحديث ابن أبي ملكية عن ابن عباس أن  
 النبي صلى الله عليه وسلم قال: « الشريك شفيح، والشفعة في كل شيء»<sup>3</sup> ، ولأن معنى  
 ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء ، وهو غير مقتصر على العقار فقط ، أما  
 الظاهرية فقد توسعوا في إيجاب حق الشفعة للشفيح أكثر من سائر المذاهب الأخرى ،  
 فأجازوا الشفعة في كل مبيع ، كان عقارا أو منقولا ، قابلا للقسمة أم لا ، وفي ذلك يقول  
 صاحب المحلى : " الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا،  
 من أي شيء كان مما ينقسم، ومما لا ينقسم: من أرض، أو شجرة واحدة، فأكثر، أو عبد،  
 أو ثوب، أو أمة، أو من سيف، أو من طعام، أو من حيوان، أو من أي شيء بيع: لا يحل  
 لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه، فإن أراد من يشركه  
 فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به، وإن لم يرد أن يأخذ فقط سقط حقه، ولا  
 قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه»<sup>4</sup>.

### ثانيا : محل الشفعة في القانون المدني الجزائري

من خلال نصوص القانون المدني الجزائري نجده قد تطرق إلى كل من الشفعة في العقار  
 وإلى الشفعة في المنقول أو ما يسمى بحق الاسترداد

<sup>1</sup> الموسوعة الكويتية ، مرجع سابق ، ج147/26. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ،  
 مرجع سابق ، ج14/299، ابن حجر الهيتمي ، مرجع سابق ، ج6/54 ، الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ،  
 ج3/373، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/232 ،

<sup>2</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/232 ، ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1406-1407، الموسوعة الكويتية ،  
 مرجع سابق ، ج26/147.

<sup>3</sup> أخرجه الترمذي ، مرجع سابق، كتاب الأحكام ، باب : ما جاء أن الشريك شفيح ، حديث رقم : 1371 ، ج3/646 ،  
 وقال عنه الأصح أنه مرسل من حديث أبي ملكية عن النبي صلى الله عليه وسلم .

<sup>4</sup> ابن حزم ، مرجع سابق ، ج8/3. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/800.

## 1/ الشفعة في العقار في القانون المدني الجزائري

إذا كان الفقه الإسلامي في مذهب الأربعة قد قصر الشفعة على العقار فقط كما بينا فإن القانون المدني الجزائري بدوره قد تأثر بذلك في المادة (794 ق م ج) وجعل الشفعة خاصة ببيع العقار فقط فقال : "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري ضمن الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

وقد استمد القانون المدني الجزائري هذه المادة عن القانون المدني المصري الذي نص على ذلك في المادة 935 منه ، ومما يلاحظ حول هذه المادة أنها جعلت الشفعة متعلقة ببيع العقار فقط ، ولم تتكلم عن الشفعة في المنقول ، وذلك بسبب أن القانون المدني الجزائري قد نص على حق الاسترداد - وهو حق يرد على المنقول- في مادة أخرى من مواده .

## 2/ الشفعة في المنقول في القانون المدني الجزائري

يلاحظ من خلال نص القانون المدني الجزائري في المادة (721) منه ، والتي تنص على أنه : " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول ، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته" .

أن القانون المدني الجزائري كما أخذ بالشفعة في العقار فإنه يأخذ كذلك بالشفعة في المنقول المشترك ، وهو ما يعبر عنه بحق الاسترداد ، والذي هو في حقيقته شفعة ، إذ هو عبارة عن حق الشريك في المنقول الشائع أو المجموع من المال ( عقار مع منقول ) في أن يحل محل المشتري مثل الشفعة تماما ، غير أن إجراءات الاسترداد تختلف عن إجراءات الشفعة ، والشفعة متعلقة بالعقار ، أما الاسترداد فمتعلق بالمنقول ، أو المجموع من المال .

وقد استمد القانون المدني الجزائري حق الاسترداد عن القانون المدني المصري ( مادة 833)<sup>1</sup>، والذي بدروه قد استمد مسألة الاسترداد عن القانون المدني الفرنسي وبالضبط من المادة (841) منه والتي تنص على أنه : " يمكن أن يستبعد كل شخص لا يكون مستحقا للإرث ، حتى ذلك الذي تربطه قرابة بالمتوفى ، والذي يكون قد تفرغ له أحد الشركاء في الإرث عن حقه في التركة ، إما من قبل كل الشركاء في الإرث أو من قبل أحدهم وحده عن طريق التسديد له ثمن التفرغ ."<sup>2</sup> ، وإن كان حق الاسترداد مصدره التاريخي هو القانون المدني الفرنسي فإن القانون المدني المصري لم يستمده بنصه من القانون المدني الفرنسي بل أضيف عليه بعض التعديلات ، وفي ذلك يقول السنهوري " ومع ذلك فقد خالف التقنين المصري التقنين الفرنسي في حق الاسترداد من وجوه مختلفة ، منها أن الحق مقصور في فرنسا على الشيوخ الإرثي ، وهو جائز في مصر أيا كان سبب الشيوخ ، ثم هو في فرنسا لا يرد إلا في مجموع من المال هو التركة ، ويرد في مصر إلى جانب المجموع من المال في المنقول الشائع القائم بذاته ، وفي فرنسا يصح استعمال في أية معاوضة ولو لم تكن بيعا ، أما في مصر فلا يصح استعمال الحق إلا في البيع ، وليس لاستعمال الحق في فرنسا مواعيد معينة ، أما في مصر فيتعين استعماله في خلال مدة معينة ."<sup>3</sup>

وعن القانون المدني المصري استمد القانون المدني الجزائري حق الاسترداد مع اختلاف يسير في الألفاظ كما هو واضح من النصين المصري و الجزائري ، وحتى نستطيع الجمع بين تلك الألفاظ التي قد يتوهم منها أن القانون المدني الجزائري يجعل حق الاسترداد في العقار أيضا ، لا بد من شرح موجز للمادة التي نصت على ذلك الحق .

<sup>1</sup> والتي تنص على أنه : " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته ."

<sup>2</sup> وقد ألغيت هذه المادة بالقانون رقم 67-1286 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1976.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج8/هامش ص : 851.

ومقتضى هذه المادة أنه إذا كان كذاك شركاء على الشيوع في منقول معين بالذات مثل سيارة أو أثاث منزل ... فإن باع أحد الشركاء حقه في المال الشائع جاز لشركائه أو أحدهم أن يسترد ذلك المال لأنه هو أولى به مثل ما سيأتي في الشفعة تماما ، وقد يكون الشركاء على الشيوع في مجموع من المال مثل التركة أو متجر ، فإذا باع أحد الشركاء حصته لأجنبي ، جاز لباقي الورثة أو الشركاء أخذ هذه الحصة من المشتري الأجنبي باستعمالهم لحق الاسترداد ، حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات ، مادامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال ، وكذلك إذا باع احد أصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي جاز لباقي الشركاء في المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبي عن طريق استعمال حق الاسترداد .

إذن المجموع من المال الذي نصت عليه المادة 721 ق م ج (833 ق م م) قد يحتوي على منقولات وعقارات وقد اكتفت المادة (833 ق م مصري) بذلك العموم ، في حين أن المادة (721 ق م ج) فصلت في بيان المجموع من المال فقالت " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار" أي سواء كان هذا المجموع من المال منقولاً أو عقاراً.

وهذا التفسير لنص المادة أولى من القول بأن القانون المدني الجزائري يجيز حق الاسترداد في العقار المعين بالذات مما يؤدي إلى وجود تداخل بين الشفعة وحق الاسترداد ، ومما يؤيد التفسير الذي ذهبنا إليه عدة أمور منها :

- أن القانون المدني الجزائري على عادته عند استمداده لكثير من المواد من القانون المدني المصري يحاول قدر الإمكان تغيير بعض الألفاظ ، غير أنه قد يفلح في بعضها ولا يحالفة الحظ في البعض الآخر ، ففي المادة موضوع الدراسة مثلا حاول تفسير جملة أو مجموع من المال ، أي أن هذا المجموع قد يحتوي على المنقول والعقار جميعا ، غير أن الأولى ترك ذلك الإيضاح لأنه من عمل الفقه ، ثم إن هذا الإيضاح عوض أن يعمل عمله

زاد الأمر تعقيدا ، حيث أوهم أن القانون المدني الجزائري يجيز الاسترداد في العقار المعين بالذات<sup>1</sup> .

- أن القانون المدني الجزائري نص على الشفعة في المادة (794) منه مقتصرًا فيها على العقار المعين بالذات مما يدل على أنه عند نضه على حق الاسترداد وذكره للعقار لم يكن يقصد العقار المعين بالذات بل يقصد العقار الذي هو ضمن مجموع من المال ، ثم إن اختلاف إجراءات الشفعة عن إجراءات حق الاسترداد يدعم ذلك .

- أن طبيعة حق الاسترداد لا تختلف أبداً عن الشفعة من حيث أن في كليهما الحق في استرداد الحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء لآخر فهما متماثلان من هذا الوجه<sup>2</sup> ويختلفان في بعض الأمور منها أن الشفعة إضافة إلى أنها تثبت للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار إلى أجنبي فهي تثبت أيضا لمالك حق الرقبة ولصاحب حق الانتفاع ، وهي في كل ذلك لا تكون إلا في العقار . وحق الاسترداد لا يكون إلا في المنقول أو المجموع من المال ، ولو قلنا أن حق الاسترداد يثبت أيضا في العقار لما اختلف حق الاسترداد عن الشفعة في وجه من الوجوه التي تختص بها الشفعة فقط، ولأن إجراءات كل منهما تختلف عن الأخرى فأى الإجراءات يتبع الشريك الذي باع شريكه حصته لأجنبي؟ إجراءات الاسترداد أو الشفعة ، وبينهما اختلاف كبير ، ولو قلنا كما سبق أنه إذا كان هناك عقار معين بالذات فتتبع إجراءات الشفعة وإن كان العقار ضمن مجموع من المال فتتبع إجراءات حق الاسترداد لسهل الأمر ، ولزال احتمال التداخل .

<sup>1</sup> كما قد غير في نفس المادة عبارة ثلاثين يوما كما جاء في النص المصري بعبارة شهر كما هو واضح من نص المادة ، وبينهما اختلاف بين فعبارة النص المصري أدق في حين أن عبارة النص الجزائري مجملة فقد يكون الشهر أقل من الثلاثين يوما أو أكثر ، ولو ترك المشرع الجزائري نص المادة من غير تغيير لتلك الألفاظ لكان أفضل وأدق .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج 8/ 851.

## الفرع الثالث : أسباب الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

### أولاً : أسباب الشفعة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيع ما لم يقسم<sup>1</sup>.

واختلفوا في شفعة المنفعة والاتصال بالجوار وحقوق المبيع وتفصيل ذلك فيما يلي:

#### 1/ : الشفعة للشريك على الشيوع

اتفق الفقهاء كما سبق ذكره على جواز الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات العقار المبيع ما دام لم يقاسم مستدلين على ذلك بحديث جابر رضي الله عنه السابق ، غير أن العقار قد يكون قابلاً للقسمة وقد لا يكون قابلاً لها ، ولذلك اختلف الفقهاء في الشركة التي تكون محلاً للشفعة على اتجاهين:

#### الاتجاه الأول:

ذهب مالك في إحدى روايته<sup>2</sup>، والشافعي في الأصح<sup>3</sup> والحنابلة في ظاهر المذهب<sup>4</sup> إلى أن كل ما لا ينقسم - كالبئر، والحمام الصغير، والطريق - لا شفعة فيه.

<sup>1</sup> ابن رشد القرطبي ، مرجع سابق ، ج4/1405-1406 ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي ، دار الفكر ، ج14/299 ، ابن حجر الهيتمي ، مرجع سابق ، ج6/54 ، الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج3/373 ، ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/232 ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/795 .

<sup>2</sup> محمد بن عبد الله الخرخشي ، مرجع سابق 6 / 164 ، أبو عبد الله المواق المالكي ، مرجع سابق ، ج7/374 ، محمد بن أحمد بن محمد عليش ، مرجع سابق ، ج7/195 ،

<sup>3</sup> أبو إسحاق الشيرازي ، مرجع سابق ، ج2/213 ، ابن حجر الهيتمي ، ج6/53 ، الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج3/374 ،

<sup>4</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/230 .

## الاتجاه الثاني:

ذهب الحنفية<sup>1</sup>، ومالك في الرواية الثانية<sup>2</sup>، وأحمد في رواية والثوري وابن سريج<sup>3</sup> إلى أن الشفعة تجب في العقار سواء قبل القسمة أم لم يقبلها.

### 2/ الشفعة في المنفعة

الشركة المجيزة للشفعة هي الشركة في الملك فقط، فثبتت الشفعة للشريك في رقة العقار. أما الشركة في ملك المنفعة فلا تثبت فيها الشفعة عند الجمهور<sup>4</sup>، وفي قول لمالك للشريك في المنفعة المطالبة بالشفعة أيضا. قال الشيخ عليش: (لا شفعة لشريك في كراء، فإن اكرى شخصان دارا مثلا ثم أكرى أحدهما نصيبه من منفعتها فلا شفعة فيه لشريكه على أحد قولي مالك، وله الشفعة فيه على قوله الآخر)<sup>5</sup>.

### 3/ شفعة الجار المالك والشريك في حق من حقوق المبيع

اتفق الفقهاء كما سبق على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات المبيع ما دام لم يقاسم. ولكنهم اختلفوا في ثبوتها للجار الملاصق وللشريك في حق من حقوق المبيع، ولهم في ذلك اتجاهان.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي ، مرجع سابق ، ج14/95 ، علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/5 ، ابن عبادين ، مرجع سابق ، ج6/236 ،

<sup>2</sup> محمد بن عبد الله الخرخشي ، مرجع سابق 6 / 164 ، أبو عبد الله المواق المالكي ، مرجع سابق ، ج7/374 ، محمد بن أحمد بن محمد عليش ، مرجع سابق ، ج7/195 ،

<sup>3</sup> ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/230 .

<sup>4</sup> الخطيب الشربيني ، مرجع سابق ، ج3/376 . محمد بن أحمد السرخسي ، مرجع سابق ، ج14/95 . ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج5/232 . الموسوعة الكويتية ، مرجع سابق ، ج26/139 .

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن محمد عليش ، مرجع سابق ، ج7/192 ، أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، مرجع سابق ، ج5/312 .

## الاتجاه الأول:

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى عدم ثبوت الشفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع، وبه قال: أهل المدينة وعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر<sup>1</sup>.

واستدلوا على ذلك بحديث جابر رضي الله عنه: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن في صدره إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم، لأن كلمة إنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه، وآخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق، والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية في هذه الحالة<sup>2</sup>.

وقالوا: إذا كان الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري. ولا يدفع ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري، فإن المشتري في حاجة إلى دار يسكنها هو وعياله، فإذا سلط الجار على انتزاع داره منه أضر به ضررا بينا، وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا. وتطلبه دارا لا جار لها كالمتعذر عليه أو كالمتعسر، فكان من تمام حكمة الشارع أن أسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضا، ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار أن يتم له مقصوده وهذا بخلاف الشريك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن رشد القرطبي، مرجع سابق، ج4/1404. أبو عبد الله المواق المالكي، مرجع سابق، ج7/369. أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، مرجع سابق، ج5/312. محمد بن عبد الله الخرشبي، مرجع سابق، ج6/163. محمد بن أحمد بن محمد عيش، مرجع سابق، ج7/191، أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج2/213. الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج3/375. ابن قدامة، مرجع سابق، ج5/230. الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، ج26/139. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5/800.

<sup>2</sup> الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، ج26/139.

<sup>3</sup> ابن القيم، مرجع سابق، ج2/99.



## الاتجاه الثاني:

ذهب الحنفية، وابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى إلى إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع، فسبب وجوب الشفعة كما يقول الكاساني أحد شئئين: الشركة أو الجوار. ثم الشركة نوعان:

أ - شركة في ملك المبيع.

ب - شركة في حقوق المبيع كالشرب والطريق<sup>1</sup>.

وقد جاء في المادة (96) من مرشد الحيران: "سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعمارة المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار"

واستدل هؤلاء بحديث عمرو بن الشريد قال: "وقفت على سعد بن أبي وقاص، ف جاء المسور بن مخرمة، فوضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا سعد ابتع مني بئني في دارك؟ فقال سعد والله ما أبتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة، أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمس مائة دينار، ولولا أني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»، ما أعطيتها بأربعة آلاف، وأنا أعطى بها خمس مائة دينار، فأعطاها إياه".<sup>2</sup>

ففي هذا الحديث دليل على أن الشفعة تستحق بسبب الجوار، واستدلوا بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائبا، إذا كان طريقهما واحد»<sup>3</sup> وحديث أبي رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج4/5.

<sup>2</sup> رواه البخاري، مرجع سابق، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، حديث رقم: 2258، ج3/87.

<sup>3</sup> سبق تخريجه.

<sup>4</sup> سبق تخريجه.

واستدلوا من المعقول بأنه إذا كان الحكم بالشفعة ثبت في الشركة لإفضائها إلى ضرر المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها، وهذا لأن المقصود دفع ضرر المتأذي بسوء المجاورة على الدوام، وضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر دائم . والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ويرغب عن جوار البعض لسوء خلقه، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث على هذا الوجه ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر<sup>1</sup> .

#### ثانيا : أسباب الشفعة في القانون المدني الجزائري

تنص المادة (795 ق م ج) على أنه : " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها "

وقد استمد القانون المدني الجزائري هذه المادة عن المادة (936 ق م مصري) والتي تنص على أنه: " يثبت الحق في الشفعة :

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.
- (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي .
- (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها .
- (د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .
- (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية :

إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

<sup>1</sup> محمد بن أحمد السرخسي ، مرجع سابق، ج91/14. علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق ، ج5/5. الموسوعة الكويتية ، مرجع سابق، ج140/26.

إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل"

غير أن القانون المدني الجزائري قد خالف أصله المصري ولم ينص على مسألة الجوار وحق الارتفاق ولم يجعلهم سببا للأخذ بالشفعة ، وقد كان القانون المدني الجزائري في استبعاده للشفعة بسبب الجوار وحقوق المبيع متأثرا بما ذهب إليه المذهب المالكي ، بل بما ذهب إليه جمهور العلماء عدا الحنفية من أنه لا شفعة للجار ولا للخليط في حق من حقوق المبيع كما سبق بيانه .

ثم إن ثبوت الشفعة للجار والخليط لم يعد مستساغا في الوقت الحاضر على رأي كثير من فقهاء القانون المدني<sup>1</sup> ، و لأن الشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات في الغالب ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها ، كما لم يعد للجوار في الوقت الحاضر ذات الخطر الذي كان له في الماضي ، بل إنه حتى في الماضي لم يكن سببا للأخذ بالشفعة في أكثر المذاهب الفقهية ، فلم يقل بالشفعة للجار من فقهاء المذاهب سوى أصحاب المذهب الحنفي ، أما الجمهور الأعظم من هؤلاء الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر فقد اجتمعت كلمتهم على أن الشفعة لا تثبت للجار كما سبق بيانه ، فضلا عن ذلك فإن الجوار كثيرا ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية والتوسع في التملك على حساب صغار الملاك ، وهو ما يتعارض مع الاتجاه الحديث الذي يأبى قيام الملكيات الكبيرة<sup>2</sup>

ومن خلال المادة (795 ق م ج) فإن الشفعة تثبت لثلاثة أصناف :

<sup>1</sup> انظر إلى النقاش الكبير بين أعضاء لجنة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري حول هذه المسألة ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج6/359 وما بعدها .

<sup>2</sup> مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص:918.

**1/ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة**

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملايس لها أو بعضه ، والشفعة في هذه الحالة ليست سببا لكسب حق الملكية بل هي سبب لكسب حق الانتفاع ، ويصبح بها الشفيع مالكا ملكية تامة ، والحكمة من تقرير حق الشفعة في هذه الحالة هي أنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وبذلك تجتمع للمالك سلطاته على الشيء<sup>1</sup> ، وهذه الحالة وإن كانت نادرة الحصول في العمل يمكن أن نتصور تحققها في عدة فروض، أبسطها أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر ، فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان لمالك العقار وهو مالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع ، ويكون هو أولى من غيره به كونه مالك الرقبة ، فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم تشتت ملكيته وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة .

ويعد اعتبار لم تشتت الملكية بعد تفرقها إلى مالك للعين ومالك للانتفاع اعتبارا غريبا عن الفقه الإسلامي<sup>2</sup> ، ولم يشر إليه الفقهاء في مسائل الشفعة ، والسبب في ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تجيز بيع المنافع حتى تثبت فيه الشفعة ، إذ البيع لا يكون إلا في الأعيان ولا يكون في المنافع<sup>3</sup>.

**2/ للشريك في الشروع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي**

تثبت الشفعة في المرتبة الثانية للشريك في الشروع إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي ، فيكون للشركاء في الشروع الآخرين أو لأي منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة ، وعليه فيجب لتحقيق ذلك أن يكون هناك عقار شائع ، وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة ، وأن يكون البيع لأجنبي .

والحكمة من ذلك هي إبعاد الأجنبي من أن يقتحم نطاق الشركاء في الملكية الشائعة ، والتقليل من هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك، فثبت للشريك في الشروع صفة الشفيع إذا بيع

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص: 285.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج9/ 542-545.

<sup>3</sup> علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، مرجع سابق ، ص: 277.

شيء من العقار الشائع إلى أجنبي، وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا في الفقه الإسلامي<sup>1</sup> ، وقد سبق وأن بينا اتفاق الفقهاء على أن الشفعة حق للشريك في الشيوخ قبل القسمة .

### 3/ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها

تثبت الشفعة في المرتبة الثالثة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، ويتضح من ذلك أن صاحب الانتفاع هنا يشفع في الرقبة عكس الحالة الأولى التي فيها أن الشفعة تثبت لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ، ومن الأمثلة على ثبوت الشفعة لصاحب حق الانتفاع في الرقبة كأن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط ، فإذا باع هذا الأخير الرقبة التي يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المباعة ، فيجتمع بذلك شتات الملكية ، إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة<sup>2</sup> .

وليس لمالك انتفاع الحق في طلب الشفعة في العين المنتفع بها في نظر فقهاء الشريعة ولم يتطرقوا إليها بالذكر لعدم انسجامها مع قواعدهم في الشفعة التي سبق ذكرها<sup>3</sup> . والملاحظ أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري لم يتقيدوا بما ذهب إليه الفقه الإسلامي من تحديد من لهم الحق في طلب الشفعة سواء على رأي من ضيق وهم الجمهور، أو من وسع في ذلك وزاد على الشريك في الرقبة الجار الملاصق والخليط في حق من حقوق المبيع وهم الحنفية .

بل لقد نص القانون المدني الجزائري نقلا عن أصله المصري شفعاء آخرين لم ينص عليهم الفقهاء في مذاهبهم كما سبق ذكره .

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج9/ 548. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص: 286.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج9/ 555. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص: 292.

<sup>3</sup> علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، مرجع سابق ، ص: 277.

وهكذا في باقي مواد الشفعة (796-807) لم يتقيد بما ذهب إليه الفقه الإسلامي تماماً<sup>1</sup>، والذي يهمننا في هذا كله أن القانون المدني الجزائري وأصله المصري قد استمدا نصوص الشفعة من الفقه الإسلامي كأصل عام، وهو ما أكدته عريضة الأسباب لوضع القانون المدني الجزائري بقولها: "النصوص الأخرى الجديدة المدرجة ضمن الفصل الثاني من هذا الكتاب "الحقوق العينية الأصلية"، والمتعلقة بحق الشفعة، استعير مبدأها من الفقه الإسلامي لفوائده العملية"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وللتفصيل أكثر يراجع: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، مرجع سابق، ص: 265-326. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ج9/ 445-758. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية "أسباب كسب الملكية"، مرجع سابق، ص: 160-218. الجندي محمد. الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي (القسم الأول). مجلة الحقوق (الكويت)، مج 9، ع 1، (1985)، ص: 171 - 235. الجندي محمد. الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي (القسم الثاني). مجلة الحقوق (الكويت)، مج 9، ع 2، (1985)، ص: 193 - 255. بوركة السعيد. الشفعة، و مجالات تطبيقها. مجلة دار الحديث الحسنية (المغرب)، ع 5، (1985)، ص: 143 - 179. أبو الليل إبراهيم الدسوقي. خيار الشفعة: دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي. مجلة الحقوق (الكويت)، مج 12، ع 2، (1988)، ص: 11 - 91.

<sup>2</sup> نظر: عريضة الأسباب ص:9 في الملحق " D'autres dispositions nouvelles qui font l'objet du chapitre 2 de ce livre concernant le droit de chefaa dont le principe est emprunté en raison "de son intérêt pratique au droit musulman.

### المطلب الثالث : مدة التقادم المكسب في الحيازة

إن للتقادم ومرور الزمان أثر كبير على الحقوق من ناحية اكتسابها وإسقاطها ، فهو تارة يكسب الحق لمن لم يكن له حق في نظر القانون ، فيسمى بالتقادم المكسب ، وهو التقادم الذي تقترن به الحيازة دائما ، فيستطيع الحائز اكتساب ما حازه من حقوق عينية إذا استمرت حيازته مدة معينة<sup>1</sup>.

وتارة أخرى يسقط الحق عن تركه طويلا فيسمى بالتقادم المسقط ، وقد سبق التطرق إليه.

### الفرع الأول : مدة التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري

التقادم المكسب وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقا عينيا آخر ، إذا استمرت حيازته مدة معينة وتمسك بكسب هذا الحق<sup>2</sup>.

وقد نصت على مدد التقادم المكسب المواد ( 827 ، 826 ، 829 ) ، وما يهمننا في موضوعنا هذا هي المواد (827 ، 829) فقط ، على أساس أن تقصير مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة في التقادم الطويل - وقد كانت ثلاثين سنة<sup>3</sup> - قد استمدت من الفقه الإسلامي كما سنرى ( المادة 827 ) ، وأن ما نصت عليه (المادة 829 ) من أن التقادم الخاص بحقوق الإرث يكون بمضي ثلاث وثلاثين سنة ، هي كذلك مدة مستمدة من الفقه الإسلامي كما سنبينه.

<sup>1</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:565 . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج3/995. محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص : 390-391. بلحاج العربي ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق، ص: 350.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 415.

<sup>3</sup> أخذنا عن المادة 2272 من القانون المدني الفرنسي .

### أولاً : مدة التقادم المكسب الطويل في غير حق الإرث

لقد نصت المادة 827 ق م ج ( 973 ق م مصري ) على أن: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع."<sup>1</sup>

فإذا وقعت الحيازة على شيء له مالك فإنها تكسب الحائز ملكية هذا الشيء ، إما بالتقادم الطويل في العقار والمنقول ، أو بالتقادم القصير في العقار وحده ، أو بمجرد الحيازة في المنقول وحده ، أو بالقبض في الثمار .

ومما ينبغي التنبيه عليه أن الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية قد تكون حيازة بسوء نية وقد تكون بحسن نية .

فالحيازة بسوء نية تكون سبباً لكسب الملكية في العقار والمنقول على السواء بالتقادم الطويل ( 15 سنة ) ، والحيازة بحسن نية تكون سبباً لكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، ولكسب ملكية المنقول بمجرد الحيازة ، إذ الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولكسب ملكية الثمار بمجرد قبضها وحيازتها<sup>2</sup> .

فالتقادم المكسب يصح المطالبة به سواء كان الحائز حسن النية أو سيئها غير أن مدته تختلف بذلك كما سبق ذكره ، وما يهمنا هنا هو التقادم الطويل ( 15 سنة ) .

كما أن التقادم المكسب يعتبر أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه مالك بعد مرور خمس عشرة سنة على حيازته .

كما أن هناك وظيفة أخرى يؤديها التقادم المكسب وهي قلب الوضع الفعلي إلى وضع قانوني ، إذ تتقلب الحيازة وهي وضع فعلي إلى ملكية وهي وضع قانوني مشروع ، وبذلك

<sup>1</sup> تقابل هذه المادة كل من المادة 917 ق م سوري ، والمادة 972 ق م لبيبي ، والمادة 1/1158 ق م عراقي .

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج9/ 983-984.



تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية ، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين ، ذلك أنهم يعلمون أن الحياة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية<sup>1</sup> .  
و يستخلص من نص المادة 827 ق م ج ( 973 ق م مصري ) أن الحقوق العينية وحدها هي التي تكون محلا للتقادم المكسب الطويل سواء كان هذا الحق عقارا أو منقولاً<sup>2</sup> ، بخلاف الحقوق الشخصية التي لا يجوز تملكها بالتقادم المكسب، غير أنها تنقضي بالتقادم المسقط<sup>3</sup> .

### ثانيا : مدة التقادم المكسب في حقوق الإرث

وهو ما نصت عليه المادة 829 ق م جزائري ( 930 ق م مصري )<sup>4</sup> بقولها : " لا تكسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحياة ثلاثا وثلاثين سنة " ومما ينبغي الإشارة إليه أولا أن القانون المدني الجزائري قد نص على حق الإرث عند الكلام على التقادم المكسب وآثار الحياة مقلدا في ذلك أصله المصري ، غير أن النص على ذلك لم يكن في مكانه الصحيح ، ذلك أن التركة عبارة عن مجموع من المال لا يقبل الحياة ، ولذلك فما نص عليه المشرع من أن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية في الحياة ولا يمكن التسليم به ، والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط ، أي لا يجوز سماع الدعوى فيه ، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب<sup>5</sup> ، وقد أشارت إلى هذا الخطأ المذكورة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها : " أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثين

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج9 / 988-994.

<sup>2</sup> وذلك بشروط يجب توفرها في هذا الحق العيني ، إضافة لشروط متعلقة بالحياة ذاتها . راجع ذلك تفصيلا عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج9 / 994 وما بعدها .

<sup>3</sup> زاوي فريدة، الحياة والتقادم، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر ط2000، ص:86. نبيل إبراهيم سعد عوض ، مرجع سابق ، ص : 415.

<sup>4</sup> والتي تنص على أنه : " في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم ، إلا إذا دامت الحياة ثلاث وثلاثين سنة "

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج9/1008..

سنة ، والتقادم هنا مسقط لا مكسب ( لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة 970 ، وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط )<sup>1</sup>.

من أجل ذلك - يقول السنهوري - نميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود في التشريع ، والذي نبهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ، ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التي سار فيها النص ، ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقادم لأنه غير قابل للحيازة ، وإنما تكسب أعيان التركة كل عين على حدة ، بالتقادم المكسب ، إذا حاز العين حائز وانقضى على حيازته لها خمس عشرة سنة ، لا ثلاث وثلاثون سنة .

ولكن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط ، أو لا يجوز سماع الدعوى فيه ، فإذا سكت الوارث مع التمكن ودون عذر شرعي عن مطالبة سائر الورثة بحقه في الإرث مدة ثلاث وثلاثين سنة ، ثم رفع دعوى المطالبة بالإرث بعد ذلك ، فإن أقر الورثة بحقه قضى له به ، وسلم نصيبه في التركة ، أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه ، قضى بعدم جواز سماع دعواه ، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة أعيان التركة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : مدة التقادم المكسب في الفقه الإسلامي

سبق وأن بينا في مسألة التقادم المسقط أنه لا يعتبر مرور الزمن أو التقادم في الشريعة الإسلامية سببا صحيحا من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها ديانة ، إذ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ، ولأن الحق أبدي لا يزول إلا بمسوخ شرعي مقبول ، وإنما التقادم مانع فقط للقاضي من سماع الدعوى بالحق القديم الذي أهمل صاحبه المطالبة به زمنا طويلا بلا عذر ، وذلك للشك في أصل الحق وفي إثباته بعد هذه المدة الطويلة وحماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية ، وتجنبنا لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه ، لأن

<sup>1</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج498/6.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1010-1009/9.

القضاء مظهر للحق لا مثبت له ، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها مرور الزمان وتقادم العهد.<sup>1</sup>

إن مبدأ عدم سماع الدعوى هو مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، وهو ما قد نصت المادة (1674) من المجلة " لا يسقط الحق بتقادم الزمان..." وقد أخذ بهذا المبدأ جميع المذاهب الفقهية<sup>2</sup> .

إلا أن المذهب المالكي والحنفي وإن كانا قد أقرّا عدم سقوط الحق بالتقادم إلا أنهما أقرّا من جهة أخرى عدم سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة.

ففي المذهب المالكي كما جاء عند خليل أنه : " إن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته إلا بإسكان ونحوه" أي أن الحيّزة إن استوفت شروطها وهي :

- أن يحصل من الأجنبي الحائز تصرف بالبناء أو الهدم ... .
- أن يكون المنازع له المدعي للملكية حاضرا معه بالبلد حقيقة أو حكما .
- أن يكون ساكتا ولا مانع له من التكلم مدة عشر سنين على المشهور في المذهب وقيل لا حد لذلك بل الأمر راجع للعرف وهو قول مالك ، وقال ابن القاسم بل سبع سنوات فأكثر .
- أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحاز وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه ذلك الادعاء.

- ألا تكون الحيّزة عرضية بحيث يكون الحائز مستأجرا مثلا .  
فإن توفرت هذه الشروط فإن دعوى ملكية المال المحاز لا تكون مسموعة ولا تقبل من مدعيها وإن قدم البينة على أن المال المحاز ملك له ، أي لا يقبل منه أي إثبات يقدمه ،

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج4/337.

<sup>2</sup> صبحي محمصاني ، مرجع سابق ، ص:571 . عمارة محمد القضاة ، مرجع سابق ، ص:445. مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومذكرته الإيضاحية ، مرجع سابق ، ص:288.

لأن الحيابة مدة عشر سنوات كاملة مع توفر باقي الشروط السابقة تعتبر بمثابة بينة قوية على ملكية المال المحاز .

فإن كان الشيء الواقع تحت الحيابة منقولاً وليس عقاراً فلا يشترط فيه أقدمية عشر سنوات، بل يكفي في حيابة الدابة استعمالها في ركوب ونحوه، وفي أمة الخدمة استعمالها ، وفي الثوب استعماله سنة كاملة، وهكذا في أثاث البيت وآلات الزرع السنتان، وجميع المنقولات تكون مدة حيابتها بحسب طول مدة المنقول فالثوب ليس كالنحاس وهكذا ، ومدة عدم سماع الدعوى في المنقولات في المذهب المالكي غير متفق عليها ، وهي بحسب كل منقول كما سبق<sup>1</sup> .

أما في المذهب الحنفي فقد وقع الخلاف في تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى، فجعلها بعضهم ستاً وثلاثين سنة ، وبعضهم ثلاثاً وثلاثين سنة، وبعضهم ثلاثين فقط ، إلا أنه لما كانت هذه المدد طويلة استحسّن أحد السلاطين العثمانيين أن يجعلها خمس عشرة سنة فقط ، ولما كان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التقييد والتعليق فقد نهى هذا السلطان قضاة عن سماع الدعوى التي تركها المدعي مدة خمس عشرة سنة بلا عذر مع استثناء بعض المسائل من ذلك ، والمدة المذكورة هي التي أخذت بها مجلة الأحكام العدلية ، فقد نصت المادة (1660) من المجلة على أنه " لا تسمع دعوى الدين والوديعة والعقار المملوك والميراث وما لا يعود من الدعاوى إلى العامة ولا إلى أصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة."

كما نصت المادة 151 من مرشد الحيران على أنه : " من كان واضعاً يده على عقار أو غيره، ومتصرفاً فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع

<sup>1</sup> انظر : أبو عبد الله المواق المالكي ، مرجع سابق ، ج8/275. أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب ، مرجع سابق ، ج6/221-224. محمد بن عبد الله الخرخشي ، مرجع سابق ، ج7/242. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق ، ج4/233. محمد بن أحمد بن محمد عليش ، مرجع سابق ، ج8/572. أحمد بن محمد الخلوئي الصاوي المالكي ، مرجع سابق ، ج4/319.

عليه دعوى الملك بغير الإرث من أحد ليس بذى عذر شرعي إن كان منكرا " ، وهو ما نصت عليه المادة 949 من القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية على أنه : " من حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني ، أو حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية ، أو بحق عيني آخر من أحد تركها طول هذه المدة بغير عذر شرعي . "

والملاحظ أن المادة (151) من مرشد الحيران قد قصرت النهي السلطاني عن سماع الدعوى بعد مدة خمس عشرة سنة في غير الإرث والوقف ، أما في حالة الإرث والوقف فتسمع الدعوى فيهما ولو بعد مضي خمس عشرة سنة ، وهو الذي نصت عليه المادة (152) من مرشد الحيران بقولها : " من كان واضعا يده على عقار متصرفا فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الإرث ولا دعوى أصل الوقف إلا لعذر شرعي " وقد نص الفقهاء على أن الخصم لو ترك الخصومة مدة ثلاث وثلاثين سنة في الإرث والوقف ، وهو يشاهد واضع اليد يتصرف في العين التي تحت يده تصرف الملاك بدون منازع ولا معارض ، ولم يكن له عذر شرعي يمنعه من الخصومة ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ، لأن ترك الخصومة هذا الزمن الطويل يدل على أنه غير مالك لما يدعيه ، وهذا الحكم ليس مبنيا على نهي سلطاني فحسب ، بل على اجتهاد الفقهاء كذلك ، ولذا لا تسمع الدعوى بعدها ولو أمر ولي الأمر بسماعها ، كما أن المدة المذكورة لم يتفق عليها الفقهاء فمنهم من حدها بثلاثين سنة ، ومنهم من صرح بأنها ست وثلاثون سنة ، ومنهم من حدها بخمس عشرة سنة ، والمشهور هو الذي نصت عليه المادة (152) من مرشد الحيران<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> انظر : شرح مرشد الحيران ، مرجع سابق ، ج1/ 422-424 ، سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص 983-984. ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج5/ 420. الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق ، ج13/ 119. علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، مرجع سابق ، ص: 87.

كما قد نصت المادة (157) من مرشد الحيران على تلك الأعذار التي تبيح سماع الدعوى بعد مرور المدة المانعة من سماعها بقولها : " إذا تركت الدعوى لعذر من الأعذار الشرعية في المدة المحددة كأن كان المدعي غائبا أو قاصرا أو مجنونا ولا ولي لهما ولا وصي فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الإرث أو الوقف ... "

وعن الفقه الإسلامي وخصوصا المذهب الحنفي استمد القانون المدني المصري مدة التقادم المكسب<sup>1</sup> ، وعن القانون المدني المصري استمد القانون المدني الجزائري هذه المدة<sup>2</sup> ، سواء مدة التقادم المكسب في غير حق الإرث والمقدرة بخمس عشرة سنة ، أو التقادم المتعلق بحق الإرث وهو ثلاث وثلاثين سنة ، وقد جاء في عريضة الأسباب للقانون المدني الجزائري حول التقادم الخاص بحقوق الإرث أنه مستمد من الفقه الإسلامي بقولها : " الآجال الأخرى للتقادم المسقط في الفقه الإسلامي أدرجت ضمن هذا القانون ، من مثل أجل 33 سنة في الحقوق الميراثية أو حقوق الارتفاق على مال موروث "<sup>3</sup> .

وقد استمد القانون المدني المصري مدة التقادم في الإرث من الفقه الإسلامي ، وفي ذلك يقول السنهوري : " وقد كان هناك خلاف في الرأي في عهد التقنين المدني السابق فيما يتعلق بمدة التقادم ، فرأي كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ورأي آخر كان يذهب إلى أن هذه المدة هي خمس عشرة سنة ، وهي مدة التقادم العادي "<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 422. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج 4/337.

علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، مرجع سابق ، ص : 256.

<sup>2</sup> وحيد الدين سوار ، أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 126. علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، مرجع سابق ، ص : 47.

<sup>3</sup> انظر: عريضة الأسباب " **Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil** "

ص : 9 حيث جاء فيها ما يلي : D'autres délais de prescription propres au droit musulman ont été introduits tel le délais de 33 ans en cas de droits successoraux ou de servitude sur un bien successoral.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، هامش : ج 9/1009.

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد بمدة ثلاث وثلاثين سنة في تقادم حق الإرث ، وهي المدة التي نصت عليها المادة 375 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية<sup>1</sup> ، والتي تنص على أن : " القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعي من رفعها ، وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها ، إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي ، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة "<sup>2</sup>.

كما قد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري حول التقادم المكسب الطويل ما يلي: " وهناك أحكام تفصيلية كثيرة اقتبسها المشروع من الفقه الإسلامي يكفي هنا مجرد الإشارة إلى بعضها ، من ذلك الأحكام الخاصة بمجلس العقد ، وإيجار الوقف ... ومدة التقادم "<sup>3</sup>.

وهو ما أكده الأستاذ السنهوري عند حديثه عن القديم من الفقه الإسلامي الذي استبقاه التقنين المدني المصري الجديد فقال: " ومن هذه المسائل : بيع المريض مرض الموت ... ومدة التقادم "<sup>4</sup>.

ويقول في موضع آخر : " حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم وهي مأخوذة من الشريعة الإسلامية "<sup>5</sup>.

وبالمواد السابقة الذكر من المجلة ومرشد الحيران تأثرت العديد من القوانين المدنية العربية مثل القانون المدني العراقي في المادة (1/1158) ، والقانون المدني الأردني في المادة (1181) ، والتقنين الكويتي في المادة (935).

<sup>1</sup> صدرت لائحة المحاكم الشرعية على مذهب أبي حنيفة سنة 1880 ، وقد كان معمولاً بها قبل صدور القانون المدني المصري لسنة 1948 . انظر : شفيق شحاته ، تاريخ حركة التجديد في النظم القانونية في مصر منذ عهد محمد علي ، دار إحياء الكتب العربية - مصر - ص:91.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، هامش: ج9/999.

<sup>3</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج1/22.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج1/56-57.

<sup>5</sup> المرجع نفسه ، ، ج9/1016.

ونخلص في الأخير إلى أن الفقه الإسلامي لا يقر مبدأ التقادم المكسب على أنه سبب للملكية مثل ما هو مقرر قانوناً، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين ، توفيراً لوقت القضاء ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق ، أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاءه له ديانة ، فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال<sup>1</sup> .

والقانون المدني الجزائري وأصله المصري وإن كانا قد اعتادا بالتقادم المكسب كسبب لكسب الملكية على خلاف الشريعة الإسلامية ، غير أنهما اختلفا فيما يتعلق بالمدة التي من شأنها أن تمنع من سماع الدعوى .

---

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ج5/502. علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، مرجع سابق ، ص : 256. فاطمة محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 422.



## الخاتمة :

من خلال ما تطرقنا إليه في هذه الدراسة المعنونة بأثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري ، والتي قمنا بتقسيمها إلى ثلاثة أبواب ، تطرقنا في الباب الأول إلى مفهوم الفقه الإسلامي وخصائصه و أصوله ، ومفهوم القانون المدني ومصادره المادية والرسمية ، وتطرقنا في الباب الثاني إلى أثر أحكام الفقه الإسلامي في موضوع الالتزامات ، والذي يعتبر جزء أهم كتاب من كتب القانون المدني وأطولها ، ولذلك كان أهم الأبواب وأطولها كذلك في هذه الدراسة ، وتكلمنا في الباب الثالث على أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة وحق الملكية ، وقد تضمنت هذه الأبواب جميعا الإجابة على الإشكالية الرئيسية والإشكالات الفرعية المنصوص عليها في مقدمة الدراسة ، وقد خلصنا من خلال ما تطرقنا إليه في ثنايا هذه الرسالة إلى جملة من النتائج نجملها في ما يلي :

- نستطيع القول أن القانون المدني الجزائري يكاد يكون نسخة طبق الأصل عن القانون المدني المصري ، فما من مسألة تم التطرق إليها إلا وهي مستمدة من القانون المدني المصري، ولم يخالف القانون المدني الجزائري أصله المصري إلا في بعض المسائل، وأحيانا يخالفه مخلفة شكلية فقط كأن يقدم أو يؤخر في التعابير ، أو يغير بعض الألفاظ ببعض ، وكثيرا ما لا يفلح في ذلك التغيير والمخالفة بل يزيد الأمر غموضا ، وقد سبق وأن بينا بعضا من ذلك ثنايا هذا البحث .
- القانون المدني الجزائري قانون لاتيني النزعة مثل أصله المصري ، أي أن أصوله وفروعه في الغالب موافقة لأصول وفروع القوانين اللاتينية ، والذي يقارن القانون المدني الجزائري بالقانون المدني الفرنسي مثلا يدرك ذلك، فالخلاف غالبا ما يكون في التعابير فقط أو حذف بعض المسائل .
- إضافة إلى استمداد القانون المدني الجزائري لأكثر نصوصه من القانون المدني المصري يظهر تأثره كذلك بقوانين مدنية عربية أخرى مثل القانون المدني الليبي و التونسي و اللبناني ...أو غربية مثل القانون المدني الفرنسي وغيره .

- القانون المدني الجزائري متأثر في أكثر أحكامه ونصوصه بالقانون المدني الفرنسي إما بصفة مباشرة كاستمداده لتعريف العقد وأقسامه ، والملكية المشتركة ...أو بصفة غير مباشرة من خلال القانون المدني المصري الذي استمد هو الآخر أكثر أحكامه من القانون المدني الفرنسي .
- لم يتأثر القانون المدني الجزائري في نصوصه بأحكام الفقه الإسلامي على غزرتها إلا ببعض المسائل وهي التي تم التطرق إليها ، ونعني بالتأثر هنا الاستمداد ، أما لو أردنا بالتأثر موافقة القانون المدني الجزائري لما نص عليه الفقه الإسلامي من أحكام لما وجدنا إلا بعض المسائل مخالفة لما نص عليه الفقه الإسلامي مثل: القرض بفائدة، والتأمين على الحياة، والرهان .. والغالبية العظمى من المسائل يمكن تخريجها على أحكام الفقه الإسلامي بما يحويه من مذاهب وأقوال واجتهادات لفقهاء.
- لم يكن في الغالب تأثر القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي بصفة مباشرة، إنما كان تأثره به من خلال القانون المدني المصري .
- أكثر المسائل التي تأثر بها القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي لم يكن تأثرا خالصا ، بل كان تأثرا مشتركا بين الفقه الإسلامي وغيره من النظم القانونية ، مثل مسألة التعسف في استعمال الحق والظروف الطارئة وحوالة الدين والإرادة الظاهرة ... استمدها القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الغربية ، على أن هناك بعض المسائل لا تعرفها القوانين الغربية وخصوصا القانون الفرنسي ، لذلك استمدها القانون المدني الجزائري بصفة مباشرة من الفقه الإسلامي مثل مسألة مجلس العقد والإبراء بإرادة منفردة ..
- الاستمداد من الفقه الإسلامي لم يكن مقصودا للقانون المدني الجزائري كونه لم يكن مقصودا أيضا من القانون المدني المصري ، بل كان لملء الفراغ التشريعي فقط في كليهما ، إذ المسائل التي لم يتطرق إليها القانون المدني الفرنسي على الخصوص أو القوانين الغربية الأخرى ، أو تطرق إليها ولكن فيها قصور كبير يلجأ المشرع

المصري ونظيره الجزائري إلى استمدادها من الفقه الإسلامي بشرط أن يتلأم هذا الاستمداد مع القواعد العامة في القانون المدني لكليهما .

- الفقه الإسلامي فقه غني بالأحكام الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، ويمثل نظاما قانونيا متميزا ، وهو ما شهد به أعلام القانون وأقرت به المؤتمرات القانونية للقانون المقارن .

### على ضوء ما توصلنا إليه من نتائج نقترح ما يلي :

- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري من حيث استمداده أولا ، فالقانون المدني الجزائري لا زال قانونا لاتيني النزعة يستمد أكثر نصوصه عن القانون المدني الفرنسي إما مباشرة ، أو عن طريق القانون المدني المصري .

- لا بد من استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي باعتبار الإسلام دين الدولة الرسمي ، كون الفقه الإسلامي فقه ثري جدا ، وخصوصا في هذا العصر الذي ما من شيء تكلم فيه أهل القانون إلا ووجد ما يقابله في الفقه الإسلامي ، وذلك من خلال الدراسات المقارنة اليوم في الجامعات الجزائرية وغيرها ، ولا زالت هذه الدراسات تشق طريقها إلى الإمام بجميع الجزئيات التي نص عليها القانون ، وخصوصا القانون المدني ليجدوا ما يقابلها في الفقه الإسلامي ، حتى تقطع الحجة على الذين رموا الفقه الإسلامي بالجمود والتخلف وعدم مسايرة روح العصر .

- لا بد من إعادة صياغة الفقه الإسلامي -بعد غربلته وتنظيمه- صياغة بلغة العصر يفهمها هذا الجيل ، وذلك حتى تسهل عملية الاستفادة من هذا الفقه ، سواء بالنسبة لدارسي العلوم الإسلامية أو غيرهم .

- حتى نمكن للفقه الإسلامي في هذا العصر في أن يؤثر في القوانين العربية والغربية لا بد من تقنينه مثل القوانين الوضعية ، لما في ذلك من فوائد كبيرة جدا ، منها تسهيل عملية المقارنة بالقانون الوضعي ، سواء للعرب المسلمين أو الغرب ، ومنها معرفة القصور إن وجد ، وخصوصا في المسائل الجديدة والحديثة ، وفي ذلك تفعيل

لآلة الاجتهاد بصفة منظمة ودورية ، كما يجعل التقنين أحكام الفقه الإسلامي مواكبة للأحداث، ملبية للحاجات الاجتماعية ومسايرة لتطورات المجتمع في جميع المجالات. وقد سبق وأن تم تقنين الفقه الإسلامي على شكل مواد قانونية ، وذلك مثل ما فعل مجلس الشعب المصري برئاسة الدكتور صوفي أبوطالب رحمه الله في سنة 1981م ، فقد قننوا جميع فروع القانون مستمدين مادتها من الفقه الإسلامي ومن ذلك القانون المدني، فقد أصبح من الضروري وضع تقنين للقانون المدني الجزائري مستمد من الفقه الإسلامي، على أن نراعي فيه الأعراف والبيئة الجزائرية ، على أن يقوم بذلك جماعة من الأساتذة المختصين في هذا المجال، أو يكون هذا العمل ضمن مخبر من مخابر البحث .

- تنقيح وتصحيح القانون المدني الجزائري الحالي من الأخطاء المطبعية والعلمية التي لم يلتفت إليها أصحاب الشأن مع كثرة التعديلات التي مر بها القانون .

وفي خاتمة هذه الدراسة التي لم أدخر جهدا في إخراجها على الوجه المرضي ، أرجو أن أكون قد وفقت فيها وأحمد الله تعالى على توفيقه ورعايته ، وما كان من خطأ فيها أو سهو فمني ومن الشيطان ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الملاحق

## عريضة الأسباب لوضع القانون المدني الجزائري

MINISTRE DE LA JUSTICE

48

EXPOSE DES MOTIFS DU PROJET  
D'ORDONNANCE PORTANT CODE  
CIVIL

Au lendemain de l'Indépendance, l'une des principales préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national, donc conforme aux principes proclamés par la révolution dans les domaines politique, économique et social.

La première manifestation de cette volonté fut la promulgation de nombreux textes à caractère législatif notamment:

- le Code de la Nationalité,
- le Code de Justice militaire,
- l'ordonnance portant réforme judiciaire,
- le Code pénal, le Code de Procédure Pénale et le Code de Procédure civile,
- l'ordonnance portant statut général de la Fonction publique et les différents textes relatifs aux statuts particuliers,
- le Code de Wilaya et le Code communal,
- le Code des Marchés publics,
- l'ordonnance portant réforme pénitentiaire,
- le Code de la Route,
- l'ordonnance portant gestion socialiste des entreprises,
- l'ordonnance portant révolution agraire et bien d'autres textes encore tels le Code de la famille et le Code du Travail élaborés mais non encore adoptés.

Enfin tout récemment et en vue d'apurer la législation algérienne de toute empreinte de nature à rappeler la législation héritée de l'époque coloniale, il a été décidé que la loi n°62-157 prorogeant la législation en vigueur au 31.12.62 serait abrogée à compter du 5 juillet 1975.

ASD 11

15.04.83

Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques ainsi que dans les apports positifs du monde-moderne dans lequel évolue notre société.

Tel est l'objet du présent projet de Code civil qui se subdivise en 4 livres traitant le premier des dispositions générales, le second, des obligations et contrats, le troisième des droits réels principaux, le quatrième, des droits réels accessoires ou des sûretés.

Avant d'aborder l'analyse de ces quatre livres, il importe de rappeler que le but recherché par le législateur n'a pas été d'établir une codification classique seulement adaptée à la situation et aux conditions économiques de l'Algérie ni de concevoir un Code fondé sur des bases nouvelles à découvrir et à formuler.

Il s'agit beaucoup plus, tout en puisant dans le droit musulman et en se fondant sur la législation intervenue depuis l'Indépendance d'élaborer un texte de grande portée pratique dès lors qu'il est enrichi par l'apport de nombreuses codifications étrangères ainsi que par les connaissances acquises au cours de leur longue expérience par les praticiens du droit ayant contribué à l'élaboration de ce projet.

C'est au demeurant pour répondre à cet impératif qu'il est proposé la simplification des procédures (moyens de preuve et prescriptions) et l'introduction de règles s'appuyant sur des pratiques ayant cours dans le monde musulman mais néanmoins adaptées à l'évolution sociale.

Par ailleurs en vue de faciliter la tâche du juge par la mise à sa disposition d'un outil de travail complet un certain nombre de textes qui, dans la législation héritée étaient édictés séparément sont désormais intégrés au Code. Il en est ainsi des textes se rapportant au loyer, au bail, à la copropriété etc...

- 3 -

## Livre I : Des dispositions générales

Le livre I intitulé "Des dispositions générales" se subdivise en 2 titres et ne se présente pas comme une partie générale exposant des principes dont les autres livres ne seraient que le développement et la mise en oeuvre. Bien au contraire, dans son titre I sont édictées des dispositions dont certaines ont une portée qui dépasse le domaine du droit civil proprement dit. Ces dispositions se rapportent à la mise en vigueur des lois, posent le principe de la non-rétroactivité des lois, traitent du conflit des lois dans le temps et dans l'espace en consacrant les solutions de la Jurisprudence en matière de droit international privé. Le titre II qui a trait aux personnes physiques et morales régit les droits de la personnalité individuelle, définit l'exercice abusif d'un droit (chapitre I) et énumère les personnes morales ainsi que les droits attachés à ces personnes morales (chapitre II).

Néanmoins il convient de mentionner que tout en définissant la personnalité le projet de Code renvoie contrairement à certains codes étrangers, à certains textes particuliers, notamment au code de la famille en ce qui concerne les prescriptions en matière de disparition et d'absence, au Code de la nationalité pour tous les problèmes relatifs à la nationalité et enfin aux textes sur l'Etat civil pour tout ce qui s'y rattache (déclaration d'état civil, acquisition et changement de nom etc...)

S'agissant des problèmes qui ont particulièrement retenu l'attention des membres de la commission chargée de l'élaboration de ce projet de texte, l'article 13 relatif à la loi applicable aux effets du mariage a donné lieu à un riche débat : Fallait-il ou non maintenir les termes de "répudiation" et de "séparation de corps" deux institutions que le droit algérien ignore ? Il est alors fait remarquer que le conflit peut naître entre la législation locale et une législation étrangère dans un procès intéressant deux étrangers.



L'article 22 bien que consacrant le principe de la nationalité effective en cas de pluralité de nationalités n'autorise pas le juge à accorder arbitrairement telle ou telle nationalité. Désormais, il devra prendre en considération des liens d'attaches certains tel le domicile, le mode de vie etc...

En revanche dans le cas où l'individu se prévaut de plusieurs nationalités dont la nationalité algérienne le juge consacrera cette dernière.

L'article 36 reprend la notion de résidence habituelle que l'on retrouve dans le Code de procédure civile.

Les articles 40 et 49 de ce livre méritent d'être cités dès lors qu'ils visent respectivement à l'uniformisation en matière de majorité en fixant la majorité civile à 21 ans et à l'énumération des différentes personnes morales en faisant la distinction entre les personnes morales de droit tels l'Etat la Wilaya la commune, celles qui n'ont cette qualité que dans les conditions déterminées par la loi (Etablissements et offices public.) et enfin celles auxquelles la loi peut accorder la personnalité morale et parmi lesquelles on retrouve les entreprises socialistes, les cooperatives et les associations.

Le livre II comporte 11 titres traitant des obligations et des contrats.

Le titre I se rapporte aux obligations qui trouvent leurs sources dans la loi, le contrat, l'acte dommageable ou enfin dans les quasi contrats.

Les titres II et III traitent respectivement des effets de l'obligation (exécution en nature et exécution par équivalent) et des modalités de l'obligation à savoir : l'obligation conditionnelle, l'obligation à terme, l'obligation alternative et l'obligation facultative.

- 5 -

Le titre IV est consacré à la transmission de l'obligation (cession de créance et cession de dette) alors que le titre V a trait à l'extinction de l'obligation qui peut intervenir soit par le paiement ou par d'autres modes équivalents au paiement telles la dation en paiement, la novation ou la délégation, la compensation, ou la confusion, soit sans paiement en cas de remise de l'obligation, d'impossibilité d'exécution ou de prescription.

Enfin, après la preuve de l'obligation qui fait l'objet du titre VI, les titres VII et suivants définissent les différents types de contrats suivant que ceux-ci portent :

- 1° - Sur la propriété tels le contrat de vente, le contrat d'échange, le contrat de société, le contrat de prêt à la consommation ou la transaction ;

- 2° - Sur la jouissance des choses comme le bail et le prêt à usage ;

- 3° - Sur une prestation de service : le contrat d'entreprise le mandat, le dépôt et le sequestre.

Viennent ensuite les titres X et XI qui se rapportent respectivement à la rente viagère, au contrat d'assurance et au cautionnement.

D'une manière générale le livre II consacre une large place au contrat qui apparaît comme un ensemble de dispositions qui, pour être conformes à la loi ne doivent être contraires ni à l'ordre public ni aux bonnes moeurs.

A ce titre le contrat reste un acte de volonté faisant la loi des parties mais limité par la loi.

La responsabilité civile en tant que composante principale du droit civil est traitée dans le chapitre III de ce titre intitulé : de l'acte dommageable.

La notion de responsabilité telle que définie par l'ancienne législation est reprise mais considérablement enrichie par tous les apports de la jurisprudence en la matière.

En ce qui a trait aux sources de l'obligation la commission s'est

référé à un projet de texte franco-italien qui n'a pas été consacré par les deux parties concernées. Il a inspiré la législation de nombreux pays.

D'après les articles 323 et suivants relatifs à la preuve de l'obligation, la preuve par écrit est exigée pour toute opération dont la valeur est supérieure à 1000 D. et ce dans un souci de sécurité des opérations entre particuliers.

Cependant ce principe n'est pas absolu. En effet d'une part il ne s'applique pas à la matière commerciale qui demeure régie par ses règles propres et d'autre part il est tempéré par plusieurs exceptions en cas par exemple d'existence de commencement de preuve par écrit ou de présomptions.

Il convient toutefois de souligner que l'adoption de ce principe apporte un grand changement au système de preuve antérieur qui considérait la preuve testimoniale comme la preuve par excellence alors qu'en droit musulman le mode de preuve privilégié est la preuve écrite. Le Coran en effet, recommande de constater par écrit toute opération entraînant une obligation.

L'évolution dans le sens de la préférence de la preuve écrite s'est d'ailleurs déjà manifestée dans la législation algérienne depuis l'Indépendance avec l'ordonnance n° 70-91 du 15 décembre 1970 portant organisation du notariat.

Mais le problème le plus important abordé dans le livre II et qui a donné lieu à une vive controverse est celui qui touche à l'intérêt.

Il a été rappelé que l'intérêt sous toutes ses formes est formellement prohibé par le livre sacré "le Coran" et que tous les docteurs et jurisconsultes sont unanimes sur ce point. C'est dans ce sens qu'a été rédigé l'article 454.

Cependant, pour des raisons d'ordre économique et sans qu'il soit apporté de limites à l'observation de ce principe sacré, il est admis que dans les rapports entre particuliers et les établissements financiers, ces derniers peuvent soit verser des primes d'encouragement (épargne, souscription de bons du trésor) soit recevoir une rémunération à titre de contribution aux frais administratifs.

Notons que la contribution des particuliers aux frais administratifs ne peut tomber sous l'effet d'une quelconque prohibition dans la mesure où en Algérie le crédit est entièrement aux mains de l'Etat et que le fait de payer à ce dernier une contribution équivalente au paiement d'une taxe, chose parfaitement licite.

Dans le même ordre d'idée la rente perpétuelle qui s'analyse comme l'aliénation d'un immeuble moyennant une redevance annuelle perpétuelle ne figure plus dans les dispositions du Code et est par conséquent interdite en ce sens que dans l'ancienne législation elle figurait au premier plan parmi les procédés utilisés pour tourner la prohibition du prêt à intérêt.

Le chapitre I (Titre VIII livre II) mérite d'être mentionné dans la mesure où ses dispositions recouvrent celles de textes spéciaux telle la loi de septembre 1948, adaptés toutefois aux données nouvelles intervenues depuis l'Indépendance notamment dans le domaine des biens de l'Etat.

Dans le chapitre consacré aux contrats aléatoires les dispositions relatives aux jeux et paris ont été supprimées des lors que les jeux de hasard et paris sont prohibés par la loi musulmane.

Le Livre III traite des droits réels principaux sous deux aspects : le droit de propriété et les démembrements du droit de propriété à savoir l'usufruit, l'usage et l'habitat.

A propos de l'article 673 qui définit le droit de propriété la question s'est posée de savoir s'il y a lieu d'inclure dans le code certaines dispositions prévues par l'ordonnance portant révolution agraire notamment son article 1er qui stipule :

"La terre appartient à ceux qui la travaillent ; seuls ceux qui la cultivent et la mettent en valeur ont des droits sur elle."

Il est alors précisé que le droit de propriété au sens de l'article 673 est une notion plus large qui ne concerne pas seulement les terres agricoles ou à vocation agricole mais tous les biens.

- 8 -

De plus l'article 673 donne au propriétaire l'usus le fructus et l'abusus mais dans les limites de la loi.

L'article 676 pose le principe que "nul ne peut être privé de sa propriété que dans les cas et conditions prévus par la loi" et il est complété par l'article 677 qui dispose : "La Nationalisation ne peut être prononcée que par la loi. Les conditions et les modalités du transfert ainsi que la forme de l'indemnisation sont fixées par la loi". Toutefois l'article 676 réserve à l'Etat la faculté de nationaliser toute propriété moyennant une indemnisation juste et équitable mais non préalable.

A cet égard la procédure de fixation du montant de l'indemnisation ne peut constituer un obstacle à la main mise de l'Etat sur le bien nationalisé.

Des articles 684 et 685 se rapportant aux biens meubles et immeubles propriétés de l'Etat, il ressort que la distinction classique consistant à répartir les biens entre d'une part biens du domaine public de l'Etat, de la Wilaya et de la Commune, et d'autre part biens faisant partie du domaine privé de l'Etat de la Wilaya et de la Commune est maintenue. Ces articles tout en posant le principe suivant lequel les biens meubles et immeubles propriétés de l'Etat sont inaliénables insaisissables et imprescriptibles disposent cependant que l'Etat peut les affecter et fixer dans les lois d'affectabilité les conditions d'aliénabilité.

Les articles 739 à 768 présentent également un grand intérêt si l'on considère qu'ils introduisent des dispositions nouvelles régissant désormais la copropriété des immeubles bâtis en harmonie avec d'une part les énonciations du décret n° 73-82 du 5 juin 1973 relatif à la copropriété et dont elles sont le complément indispensable et d'autre part avec celles de l'ordonnance du 16 novembre 1971 portant gestion socialiste des entreprises.

S'agissant des modes d'acquisition de la propriété le Code les prévoit dans leur totalité à l'exception toutefois de l'acquisition par succession qui relève du Code de la famille.

D'autres dispositions nouvelles qui font l'objet du chapitre IV de ce livre concernent le droit de chefaâ dont le principe est emprunté en raison de son intérêt pratique au droit musulman.

Les articles 854 à 862 se rapportant à l'usage des terres allouées par l'Etat reprennent certaines dispositions de l'ordonnance de décembre 1968 relative à l'autogestion agricole, celle du 8 novembre 1971 portant révolution agraire et celle du 16 novembre 1971 portant gestion socialiste des entreprises.

Le livre IV enfin, a pour objet les droits réels accessoires ou les sûretés réelles à savoir l'hypothèque et le droit d'affectation, le nantissement, le gage ainsi que les différents privilèges.

Dans ce livre il a été tenu compte dans une large mesure des règles concernant la publicité foncière. En effet notre système de publicité en tant que système personnel et tel qu'il résulte du décret du 21 octobre 1959 vise à centraliser tous les renseignements sur la situation patrimoniale des individus et par là même s'adapte parfaitement aux règles posées par le présent projet du Code civil en matière de transactions et opérations hypothécaires.

S'agissant des règles<sup>de</sup> prescription qui apparaissent çà et là dans le texte et dont la référence figure dans le tableau annexé au projet de Code, il convient de signaler d'une part qu'un effort d'uniformisation des délais a été fait et d'autre part que les délais de prescription prévus antérieurement ont été généralement réduits. C'est ainsi que la prescription de 30 ans est réduite à 15 ans

celle de 15 ans	"	à 10 ans
" de 5 ans	"	à 4 ans
" de 2 ans	"	à 1 an.

D'autres délais de prescription propres au droit musulman ont été introduits tel le délai de 33 ans en cas de droits successoraux ou de servitude sur un bien successoral.

Telles sont les grandes lignes de ce projet de Code civil qui, avec l'ordonnance de Février 1970 sur l'Etat civil et l'adoption du Code de la Famille inspireront désormais le législateur dans l'éla-

- 10 -

laboration des textes susceptibles d'être pris dans le cadre de l'abrogation de la loi du 31 Décembre 1962 en vue d'une part, d'accélérer l'algerianisation de la législation en général et du droit des personnes en particulier et d'autre part, de mettre à la disposition du juge un ensemble de textes clairs, harmonieux et cohérents tout en mettant fin à une législation en la matière qui était, pour le moins, éparse et obscure.

# فهارس البحث

وتحتوي على :

1/ فهرس الآيات القرآنية

2/ فهرس الأحاديث النبوية

3/ فهرس المصادر والمراجع:

4/ فهرس الموضوعات



## فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	الآية	اسم السورة
	185	يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ..	البقرة
	228	وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا	البقرة
	231	وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ ...	البقرة
	233	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ..	البقرة
	-275 278	الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ .	البقرة
	286	لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ	البقرة
	12	وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلِيلَةً أَوْ امْرَأَةً ...	النساء
	29	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ ..	النساء
	01	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	المائدة
	3	الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي ..	المائدة
	48	لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا ...	المائدة
	50-49	وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ..	المائدة
	90	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ ...	المائدة
	122	لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ..	التوبة

	17	يوسف قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ..
	90	النحل إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ
	15	الإسراء وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى..
	78	الحج وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ..
	48	العنكبوت وَمَا كُنْتُمْ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَلَا تَخُطُّهُ بِيَمِينِكُمْ...
	18	الجاثية ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا ...
	21	الطور كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ
	4-3	النجم وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ﴿١﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ

## فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
26	إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ...
31	على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره..
31	فالتلت، والتلت كثير، ...
239	إنما الأعمال بالنيات
258	مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين
295	مطل الغني ظلم، ...
333	من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه
377	اجتنبوا السبع الموبقات ..
377	لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا..
391	سابق بين الخيل التي قد أضمرت...
391	سابق النبي صلى الله عليه وسلم عائشة
391	وصارع النبي صلى الله عليه وسلم الصحابي
392	لا سبَق إلا في خوف أو حافر أو نصل
393	من أدخل فرساً بين فرسين
434	جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة..
446-435	الجار أحق بسقبة..
446-435	الجار أحق بشفعة جاره..
435	جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض..
435	جار الدار أحق بالدار..
437	قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة..
438	الشريك شفيع..
446	وقفت على سعد بن أبي قاص...

## فهرس المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم.

ثانياً : مصادر الحديث الشريف وشروحه

- \* جامع العلوم والحكم ، ابن رجب الحنبلي ، تحقيق : محمد الأحمدى أبو النور ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2004م .
- \* الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، تحقيق : محمد زهير بن ناصر الناصر ، نشر : دار طوق النجاة ، الطبعة الأولى ، 1422هـ .
- \* سنن الدارقطني ، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون ، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ، 2004م .
- \* صحيح أبي داود ، أبو داود السجستاني ، تخريج ناصر الدين الألباني ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت ، الطبعة الأولى ، 2002م .
- \* فتح الباري شرح صحيح البخاري ، أحمد بن حجر العسقلاني ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه : محمد فؤاد عبد الباقي ، أخرجه وصححه : محب الدين الخطيب ، علق عليه : عبد العزيز بن عبد الله بن باز ، دار المعرفة - بيروت ، 1379هـ .
- \* الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ، أبو بكر بن أبي شيبة ، تحقيق : كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشد - الرياض - الطبعة الأولى ، 1409هـ .
- \* مختارات من نصوص حديثية في فقه المعاملات المالية ، محمد علي فركوس ، دار الرغائب والنفائس ، القبة - الجزائر - 1998م .
- \* المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت .

### ثالثاً : المعاجم والقواميس

- \* أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي ، المحقق: يحيى حسن مراد ، دار الكتب العلمية ، 2004م.
- \* التعريفات ، علي بن محمد الشريف الجرجاني ، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1983م.
- \* الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين - بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1987م.
- \* القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، سعدي أبو حبيب ، دار الفكر. دمشق - سورية ، الطبعة الثانية ، 1988 م .
- \* القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثامنة ، 2005م .
- \* لسان العرب ، جمال الدين ابن منظور ، دار صادر- بيروت ، الطبعة: الثالثة - 1414هـ.
- \* المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المكتبة العلمية - بيروت .
- \* مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر الرازي ، عني بترتيبه : محمود خاطر، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، 2001م .
- \* المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، نشر دار الدعوة ، 1985م.
- \* معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، 1989م .
- رابعاً : كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية :**
- \* الإبهاج في شرح المنهاج ، تقي الدين السبكي وولده تاج الدين ، دار الكتب العلمية - بيروت- ، 1995م .

- \* الأشباه والنظائر ، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي ، دار الكتب العلمية ، 1991م .
- \* الأشباه والنظائر ، عبد الرحمن بن أبي بكر ، جلال الدين السيوطي ، دار الكتب العلمية ، 1990م .
- \* الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ، علق عليه وخرج أحاديثه : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى، 1999م .
- \* أصول الفقه ، محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي - القاهرة - .
- \* أنوار البروق في أنواع الفروق ، أحمد بن إدريس القرافي ، دراسة وتحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، بإشراف : محمد أحمد سراج ، وعلي جمعة محمد ، دار السلام - القاهرة - الطبعة الأولى ، 2001م .
- \* حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ، حسن بن محمد العطار ، دار الكتب العلمية .
- \* شرح القواعد الفقهية ، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم - دمشق - الطبعة: الثانية، 1989م .
- \* علم أصول الفقه ، عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة ، دار القلم - مصر - الطبعة الثامنة.
- \* الغيث الهامع شرح جمع الجوامع ، أحمد بن عبد الرحيم العراقي ، تحقيق: محمد تامر حجازي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 2004م .
- \* القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، محمد مصطفى الزحيلي ، دار الفكر - دمشق ، الطبعة الأولى ، 2006 م .
- \* المستصفي ، أبو حامد الغزالي ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ، 1993م .

\* الموافقات في أصول الشريعة ، أبو إسحاق الشاطبي ، خرج أحاديثه : أحمد السيد سيد احمد علي ، تعليق عبد الله دراز ، المكتبة التوفيقية ، 2003م .

\* نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1999م .

### خامسا : مراجع في الفقه الإسلامي

#### 1/ مراجع في فقه المذاهب الأربعة

##### أ/ مراجع في المذهب الحنفي

\* بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أحمد الكاساني الحنفي ، دار الكتب العلمية ، الطبعة: الثانية ، 1986م .

\* تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، القاهرة ، الطبعة : الأولى ، 1313 هـ .

\* رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، دار الفكر - بيروت ، الطبعة الثانية، 1992م .

\* شرح المجلة ، سليم رستم باز اللبناي دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، سنة 1986م .

\* الفتاوى الهندية ، لجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، 1310هـ .

\* المبسوط ، محمد بن أحمد السرخسي ، دار المعرفة - بيروت - ، 1993م .

\* مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان داماد أفندي ، دار إحياء التراث العربي .

\* مجمع الضمانات ، غانم بن محمد البغدادي الحنفي ، دار الكتاب الإسلامي .

## ب/ مراجع في المذهب المالكي

- \* إحكام الأحكام على تحفة الحكام لابن عاصم ، محمد بن يوسف الكافي ، المكتبة العصرية ، بيروت - لبنان - ، 2009م..
- \* الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام ، محمد بن أحمد الفاسي ميارة ، دار المعرفة .
- \* بلغة السالك لأقرب المسالك ، أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي ، دار المعارف .
- \* التاج والإكليل لمختصر خليل ، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 1994م .
- \* حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، دار الفكر.
- \* حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني ، علي بن أحمد العدوي ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر - بيروت - 1994م.
- \* الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق: (محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة) ، دار الغرب الإسلامي- بيروت- الطبعة الأولى ، 1994م.
- \* شرح حدود ابن عرفة ، محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع ، المكتبة العلمية ، الطبعة الأولى ، 1350هـ.
- \* الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، شهاب الدين النفراوي ، دار الفكر، 1995م .
- \* مختصر العلامة خليل ، خليل بن إسحاق بن موسى الجندي ، تحقيق ، أحمد جاد ، دار الحديث ، القاهرة ، 2005م .
- \* المدونة ، مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1994م.
- \* منح الجليل شرح مختصر خليل ، محمد بن أحمد بن محمد عlish ، دار الفكر - بيروت- ، 1989م.



\* مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، دار الفكر ، الطبعة الثالثة ، 1992م .

### ج/ مراجع في المذهب الشافعي

\* أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي .

\* الإقناع بحل ألفاظ أبي شجاع ، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - ، دار الفكر - بيروت .

\* الأم ، محمد بن إدريس الشافعي ، دار المعرفة - بيروت - ، 1990م .

\* تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، أحمد بن حجر الهيتمي ، نشر المكتبة التجارية الكبرى - مصر - 1983 م .

\* روضة الطالبين وعمدة المفتين ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق: زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ، الطبعة الثالثة ، 1991م .

\* مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، 1994م .

\* المهذب في فقه الإمام الشافعي ، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، دار الكتب العلمية.

\* نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي ، دار الفكر، بيروت ، 1984م .

### د/ مراجع في المذهب الحنبلي

\* الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، تحقيق : محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، 1375هـ .

\* دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، منصور بن يونس البهوتي ، عالم الكتاب ، الطبعة الأولى ، 1992 .

\* زاد المستقنع في اختصار المقنع ، موسى بن أحمد المقدسي ، تحقيق : عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر ، دار الوطن للنشر - الرياض - .

\* الشرح الكبير على متن المقنع ، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي ، أشرف على طباعته الشيخ محمد رشيد رضا ، دار الكتاب العربي - مصر - .

\* العدة شرح العمدة ، أبو محمد بهاء المقدسي ، دار الحديث، القاهرة ، 2003 م .

\* فتح القدير ، كمال الدين ابن الهمام ، دار الفكر .

\* كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، دار الكتب العلمية .

\* المبدع في شرح المقنع ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، الطبعة: الأولى، 1997 م .

\* المغني ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، نشر مكتبة القاهرة ، 1968م .

\* الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل ، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني ، تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2004 م .

\* الهداية في شرح بداية المبتدي ، علي بن أبي بكر المرغيناني ، تحقيق : طلال يوسف ، دار احياء التراث العربي ، بيروت - لبنان - .

## 2/ مراجع عامة في الفقه الإسلامي :

\* أحكام المعاملات المالية ، علي الخفيف ، دار الفكر العربي - القاهرة - ، 2008 م .

\* إعلام الموقعين عن رب العالمين ، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم ، دار الكتب العلمية - بيروت - ، الطبعة الأولى ، 1991م .

\* الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، محمد يوسف موسى ، دار الفكر العربي - القاهرة - 1996م .

- \* بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق : ماجد الحموي ، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1995م .
- \* تاريخ الفقه الإسلامي ، بدران أبو العينين بدران ، دار النهضة العربية ، بيروت .
- \* تاريخ الفقه الاسلامي ، عمر سليمان الأشقر ، مكتبة الفلاح ، الكويت .
- \* التشريع الإسلامي وأثره في الفقه الغربي ، محمد يوسف موسى ، دار العصر الحديث ، بيروت -لبنان- ، الطبعة الثانية ، 1991م .
- \* التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية ، ساجر ناصر حمد الجبوري، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى، 2005 م .
- \* التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه ، محمد الصباغ ، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ، 1977م .
- \* تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة ، طه المكاشفي ، الزهراء للأعلام العربي .
- \* دفاع عن الشريعة ، علال الفاسي ، دار الكلمة للنشر والتوزيع ، المنصورة - القاهرة - الطبعة الأولى، 2014م .
- \* ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر ، عبد الرحمان ابن خلدون ، تحقيق: خليل شحادة ، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1988م .
- \* السيرة النبوية ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ، تحقيق: مصطفى عبد الواحد ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان- 1976 م .
- \* الضمان في الفقه الإسلامي ، علي الخفيف ، دار الفكر العربي - القاهرة - 2000م .
- \* العرف والعادة في رأي الفقهاء ، أحمد فهمي أبو سنة ، الطبعة الثانية ، 1992م .
- \* عقد البيع ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم - دمشق- الطبعة الثانية ، 2012م .
- \* الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره ، عباس حسني محمد ، سلسلة دعوة الحق ، مطبوعات رابطة العالم الإسلامي . الطبعة الثانية ، السنة 2 ، العدد 10 ، 1402هـ .

- \* الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، محمد مصطفى شلبي ، الدار الجامعية للكتاب ، بيروت - لبنان - 1982م .
- \* الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، سنة 1985م .
- \* الفقه الإسلامي ومدارسه ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم - دمشق - ، الطبعة الأولى ، 1995م .
- \* الفقه على المذاهب الأربعة ، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- ، الطبعة: الثانية، 2003 م .
- \* الفهرست ، أبو الفرج محمد بن إسحاق المعروف بابن النديم ، تحقيق: إبراهيم رمضان ، دار المعرفة بيروت - لبنان- الطبعة الثانية ، 1997 م .
- \* مجموع الفتاوى ، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية ، 1995م .
- \* المحلى بالآثار، أبو محمد بن حزم الأندلسي الظاهري ، دار الفكر - بيروت .
- \* مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ، ابن حزم ، دار الكتب العلمية - بيروت- .
- \* المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم - دمشق- الطبعة الأولى، 1998م .
- \* المدخل إلى الفقه الإسلامي ، محمد سلام مذكور ، دار الكتاب الحديث - القاهرة - الطبعة الثانية ، 1996م .
- \* المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1999م .
- \* المدخل في الفقه الإسلامي ، محمد مصطفى شلبي ، الدار الجامعية ، الطبعة العاشرة ، 1985 .

- \* المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - ، الطبعة الثانية .
- \* المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، عبد الكريم زيدان ، دار عمر بن الخطاب - الاسكندرية - مصر ، 1969م.
- \* المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك ، المطبعة الفنية - القاهرة - 1936م.
- \* مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، محمد الدسوقي وأمينة الجابر ، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع - قطر - الطبعة الثانية ، 1999م .
- \* الموسوعة الفقهية الكويتية ، إصدار وزارة الوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ، طباعة ذات السلاسل - الكويت - الطبعة الثانية ، 1983م.
- \* موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ، محمد بن علي التهانوي ، تحقيق: علي دحروج ، تقديم وإشراف ومراجعة: رفيق العجم ، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 1996م.
- \* نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2011م .
- \* نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، وهبة الزحيلي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ، 1985م .
- \* نظرية الضمان ، وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق - الطبعة التاسعة ، 2012م.

### سادسا : مراجع في القانون والدراسات المقارنة

- \* أبحاث إضافية في القانون المدني الجزائري ، محمد وحيد الدين سوار ، مخطوط ، دروس ألفت على طلبة ماجستير عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، السنة الدراسية 1978-1979 .
- \* أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - 1996م.

- \* الاتجاهات العامة في القانون المدني - دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربية - ، محمد وحيد الدين سوار ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، 2001م.
- \* أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني ، أحمد عثمان عمر، الشركة العالمية للطباعة والنشر ، 2006م.
- \* أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، بلحاج العربي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، الطبعة الأولى ، 2012م.
- \* استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني والرد على شبه المستشرقين ، الدسوقي السيد الدسوقي عيد، مكتبة التوعية الإسلامية ، جيزة - العراق - ، الطبعة الأولى ، 1989م.
- \* الإسلام وأوضاعنا القانونية ، عبد القادر عودة ، نشر دار المختار الإسلامي ، الطبعة الخامسة ، 1977م.
- \* أصول القانون ، عبد الرزاق السنهوري ، حشمت أبو ستيت ، مطبعة لجنة التأليف الترجمة والنشر -القاهرة - 1938م.
- \* أصول القانون ، عبد المنعم فرج الصدة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت -
- \* أصول القانون، أحمد السعيد الزقرد ، مجموعة محاضرات لطلبة الحقوق ، جامعة المنصور ، 2001/2000م .
- \* أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي ، أحمد أدريوش ، الرباط ، 1996م.
- \* الالتزامات " الفعل المستحق للتعويض " ، علي فيلاي ، ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2010م .
- \* الالتزامات " النظرية العامة للعقد " ، علي فيلاي ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008م .
- \* الالتزامات دراسة مقارنة ، عدنان إبراهيم سرحان ، نوري حمد خاطر ، دار الثقافة - الأردن - الطبعة السادسة ، 2016م .

- \* بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، صوفي حسن أبو طالب، مكتبة نهضة مصر، القاهرة .
- \* تاريخ القانون المصري ، عادل بسيوني ، مكتبة نهضة الشرق ، جامعة القاهرة.
- \* تاريخ حركة التجديد في النظم القانونية في مصر منذ عهد محمد علي ، شفيق شحاته ، دار إحياء الكتب العربية - مصر - .
- \* التاصيل الفقهي للقانون المدني العراقي ، أحمد عبيد جاسم ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2013م .
- \* التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، شوكت محمد عليان ، دار الشواف ، الطبعة الأولى ، 1996 م .
- \* التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، عبد القادر عودة ، دار الكاتب العربي، بيروت.
- \* التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، محمد وحيد الدين سوار ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن الطبعة الثانية ، 1998م.
- \* التعسف في استعمال الحق ، محمد شوقي السيد ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة، 1979م.
- \* تقنين الفقه الإسلامي المبدأ المنهج التطبيق ، محمد زكي عبد البر ، دار إحياء التراث ، قطر ، الطبعة الثانية ، 1986م.
- \* توحيد تقنيات الأزهر للشريعة الإسلامية ، عبدالناصر توفيق العطار ، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة-مصر-، 2010م.
- \* حركة تقنين الفقه الاسلامي في البلاد التونسية ، بوزغيبية محمد ، مركز النشر الجامعي 2003 م .
- \* حق الملكية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري- ، لاشين محمد الغياتي ، رضا متولي وهدان ، مكتب الأشول للطباعة ، طنطا - مصر - 1996م

- \* حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، محمد وحيد الدين سوار ، دار الثقافة ، عمان - الأردن - الطبعة الثانية ، 1997م .
- \* الحقوق العينية الأصلية ، نبيل إبراهيم سعد عوض ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الاسكندرية - مصر - 2005م .
- \* الخطأ في المسؤولية المدنية ( دروس في القانون المدني مع التعمق ألقاها على طلبية الدراسات العليا في القانون الخاص ) ، منصور مصطفى منصور ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت 1975م .
- \* الخيارات العقدية في الفقه الإسلامية كمصدر للقانون المدني الجزائري، محمد سعيد جعفر ، دار هومة - الجزائر - 1998م .
- \* دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، علي علي سليمان ، ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون ، الجزائر - 1994م .
- \* شرح القانون المدني الأردني ، عدنان إبراهيم سرحان ، مصادر الحقوق الشخصية ، دراسة مقارنة ، 1997م .
- \* الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ، عبد الستار آدم ، إصدارات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة ، 1969م .
- \* صياغة قانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مصطفى أحمد الزرقا ، دار البشير ، عمان ، الطبعة الثانية ، 1987م .
- \* ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، علي علي سليمان ، بن عكنون الجزائر ، 1992 .
- \* عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، محمد حسنين ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون - الجزائر - ، الطبعة الثانية ، 1982م .
- \* عقد البيع والمقايضة في القانون المدني الجزائري ، محمد صبري السعدي ، دار الهدى - عين مليلة - ، الجزائر ، 2012م .



- \* القانون المدني الفرنسي بالعربية ، جامعة القديس يوسف - بيروت - ، طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية ، 2009م .
- \* القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، مصادر الالتزام - شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية- ، مصطفى محمد الجمال ، دار الفتح - الإسكندرية - الطبعة الأولى ، 1996م .
- \* القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ، عبد السلام الترماني ، الطبعة الثانية ، الكويت ، 1982م .
- \* كتاب المقارنات المقابلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود في شرع اليهود ونظائرها من الشريعة الإسلامية الغراء ومن القانون المصري والقوانين الوضعية الأخرى ، محمد حافظ صبري ، طبع بمطبعة هندية بمصر ، الطبعة الأولى ، 1902م .
- \* مبادئ تاريخ القانون ، صوفي أبوطالب ، دار النهضة العربية ، 1967م .
- \* مبدأ الرضائية في العقود-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي-، علي محيي الدين القره داغي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 2008م .
- \* مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي ، سامر مازن القبيج ، دار الفتح للطباعة والنشر ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 م .
- \* مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مطبعة دار الكتاب العربي ، 1950م .
- \* المدخل إلى العلوم القانونية ، عمار بوضياف ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر - المحمدية - الطبعة الثالثة ، 2007م .
- \* المدخل إلى القانون " القاعدة القانونية " ، محمد حسين منصور ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى ، 2010م .
- \* المدخل المعاصر لفقه القانون ، عبدالله مبروك محمد النجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2006م .

- \* مدخل إلى دراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ، مطبعة السعادة ، عبد الناصر توفيق العطار ، القاهرة - مصر - 1979م .
- \* المدخل إلى علم القانون ، غالب علي الداودي ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، الطبعة السابعة ، 2004م .
- \* المدخل في نظرية القانون ، سعيد سعد محمد عبدالسلام ، نشر كلية الحقوق - جامعة المنوفية ، الطبعة الأولى ، 2003م .
- \* المدخل لدراسة العلوم القانونية ، إسماعيل عبد النبي شاهين ، جامعة الأزهر ، 2007م .
- \* المدخل لدراسة القانون ، محمد حسام محمود لطفي ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، 2003م .
- \* المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، عمارة محمد القضاة ، دار الثقافة - عمان ، الأردن - الطبعة الأولى ، 2015م .
- \* المسؤولية عن فعل الغير ، وهبة الزحيلي ، دار المكتبي ، سوريا - دمشق - الطبعة الأولى ، 1995م .
- \* مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - ، أنور سلطان ، دار الثقافة - الأردن - الطبعة الأولى ، 2007م .
- \* مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - الطبعة الثانية
- \* مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة ، توفيق حسن فرج ، مصطفى الجمال ، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت ، لبنان - 2009م .
- \* مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، علي علي منصور ، دار الفتح ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1970م .
- \* المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي ، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك ، سيد عبد الله علي حسين ، تحقيق مركز الدراسة الاقتصادية

- والفقهية : محمد أحمد سراج وآخرون ، دار السلام للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، 2001م.
- \* الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ، علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، 1996م .
- \* الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية-، حسن كيرة، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1998م .
- \* نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الرومي ، كارلو ألفونسو نالينو ، مقال ضمن كتاب " هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي " ، دار البحوث العلمية ، الطبعة الأولى ، 1973م .
- \* نظرات قانونية مختلفة ، علي علي سليمان ، نشر ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون - الجزائر - ، 1994م .
- \* نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ، محمد زكي عبد البر ، دار التراث ، القاهرة- مصر - ، 2004م.
- \* نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، فتحي الدين ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، الطبعة الثالثة ، 2008م.
- \* نظرية الظروف الطارئة ، عبد السلام الترماني ، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر ، 1971م .
- \* نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، محمد محي الدين إبراهيم سليم ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007م .
- \* النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - ، محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر، 2006م.

- \* النظرية العامة للالتزام ، علي علي سليمان ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، الطبعة السابعة ، 2003م .
- \* النظرية العامة للالتزامات ، المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة في القوانين العربية - ، محمد صبري السعدي ، دار الهدى ، ميله ، الجزائر الطبعة الأولى ، 2011م.
- \* النظرية العامة للالتزامات ، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر - الطبعة السادسة ، 2008م .
- \* النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، صبحي محمصاني ، دار العلم للملايين ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1972م.
- \* نظرية العقد ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ، 1998م .
- \* الواضح في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام- ، محمد صبري السعدي، دار الهدى ، ميله - الجزائر - 2010م .
- \* الوجيز في عقد البيع ، سي يوسف زهية حورية، دار الأمل للطباعة والنشر ، تيزي وزو -الجزائر - 2008م .
- \* الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000م.
- \* الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، زهدود محمد ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991م .

### سابعا : الرسائل العلمية

#### 1/ الدكتوراه

- \* أثر الدين في النظم القانونية ، فاطمة محمد عبد العليم ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 2001م.

\* أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة ، عادل مبارك المطيرات ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم ، القاهرة ، 2001م.

\* مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، وزارة عواطف ، رسالة دكتوراه ، إشراف رحاب نادية ، كلية العلوم القانونية والإدارية ، تخصص عقاري ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2013م.

## 2/ الماجستير

\* مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري ، مبارك صائغي ، ماجستير تخصص عقود ومسؤولية ، بإشراف الأستاذ : مجد الدين دويدر ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 1985 .

\* مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المألوفة في التشريع الجزائري ، غسان محمد مناور أبو عاشور ، رسالة ماجستير، إشراف الدكتور: أيمن مساعد ، قسم القانون ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، سنة 2003م.

\* نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، بولحية جميلة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، تخصص : عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1983م.

## ثامنا : المقالات

\* أبحاث حقوقية " القانون المدني العربي " ، عبد الرزاق السنهوري ، مجلة القانون ، وزارة العدل ، سوريا ، العدد 01 ، السنة 18 ، كانون الثاني 1967.

\* أبحاث في تاريخ الشرائع ، علي بدوي ، مجلة الاقتصاد والقانون - مصر - ، السنة الأولى ، العدد الخامس ، رجب ، 1650هـ .

\* إساءة استعمال الحق ، محمد أبو زهرة ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مصر ، السنة الخامسة ، العدد 3 ، سبتمبر 1961م.

- \* الأصول الفقهية لمجلة الالتزامات و العقود ، محمد بوزغيبية ، مقال ضمن وحدة بحث ، كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود ، 2006م.
- \* تقييم موقف التشريع و القضاء الإماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار، سرحان عدنان إبراهيم ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر) ، عدد 2 ، سنة 2010م .
- \* حالات الاعتراف بالغبن بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني - دراسة مقارنة - ، محمد يحيى المحاسنة ، مؤتمة للبحوث والدراسات - العلوم الانسانية والاجتماعية - الأردن ، مجلد 5، عدد 1، سنة 1990م.
- \* الحوالة في الفقه الإسلامي ، محمد زكي عبد البر، مجلة الدراسات الشرعية والإسلامية، منشورات جامعة الكويت عدد رقم 2 ، 1985م .
- \* خيار الرؤية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - ، عبدالمجيد محمود مطلوب ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ( كلية الحقوق - جامعة عين شمس ) - مصر ، مجلد 18، عدد 1، سنة 1976م.
- \* خيار الغبن في المعاوضات المالية ، علي بن عبدالرحمن ، مجلة الدراسات العربية ( كلية دار العلوم - جامعة المنيا ) - مصر ، عدد 7، مجلد 2 ، سنة 2002م .
- \* دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري ، حميد بن شنيطي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جزء39، عدد رقم 02 ، سنة 2002م .
- \* شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد ، محمد عبد الجواد محمد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الرابع ، 1963م .
- \* الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، محمد عبد الجواد محمد ، مقال منشور بمجلة الاقتصاد والقانون ، العدد 2 ، السنة : 33 ، يونيو 1963م .

- \* الغبن في العقود ، علي الخفيف ، مجلة البحوث والدراسات العربية - مصر ، ع 10 ، 1980م.
- \* الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، الهادي محمد سريط ، مجلة الدراسات العربية ( كلية دار العلوم - جامعة المنيا ) - مصر ، عدد 12، مجلد 2، سنة 2005م.
- \* الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن ، محمد صادق فهمي ، كتاب المؤتمر الثاني للمحاميين العرب ، المنعقد بالقاهرة من 3-8 مارس 1956م ، طبع بإشراف نقابة المحامين بمصر ، جويلية 1956م.
- \* القانون المدني ، هيئة التحرير ، هدي الإسلام - الأردن، مجلد 20، عدد 5,6، سنة 1976م .
- \* القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية تقارب أم تباعد ، عبده جميل غضوب ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق بجامعة بيروت بعنوان " مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي " 1804-2004م، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ، سنة 2005م.
- \* كلمة الرئيس الراحل هوارى بومدين بمناسبة تتصيب اللجنة الاستشارية المكلفة بمناقشة مشاريع القوانين الأساسية ، مجلة الأصالة ، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الإسلامية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، أوت 1971م.
- \* مباحث في أساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي وفقاً لأصوله من الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- ، سرحان عدنان إبراهيم ، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية - مصر، عدد 13 ، 2005م.
- \* محاضرة عن مشروع تنقيح القانون المدني ، عبد الرزاق السنهوري ، مجلة المحاماة ، السنة 22 ، العددان الرابع والخامس ، ديسمبر 1941م ، يناير 1942م.

- \* مدى مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن : بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي " القسم الأول " ، مصطفى أبو زيد عبد الباقي، مجلة الحقوق (الكويت) ، السنة 6 ، العدد 3، سنة 1982م .
- \* مرض الموت و أثره على الحقوق المالية في الفقه الإسلامي و القانون الكويتي، فهد ساير محمد خطاب ، محمد شرف الدين، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية ( كلية دار العلوم - جامعة القاهرة ) - مصر، عدد 40، سنة 2013م.
- \* مسئولية عديم التمييز عن فعله الضار - دراسة مقارنة - ، أمجد محمد منصور ، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات ، المجلد الرابع ، العدد الثاني ، 2002م .
- \* المسئولية المدنية في الميزان الفقهي الإسلامي ، علي الخفيف ، مجلة البحوث والدراسات العربية - مصر، العدد 3 ، سنة 1972م.
- \* من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي ، عبد الرزاق السنهوري ، مجلة القضاء ، السنة 02 ، مارس 1936م، بغداد.
- \* نظام المعاملات المدنية السعودي بين الفقه والتقنين ، سليم أيمن سعد ، مجلة مصر المعاصرة ، مجلد 98 ، عدد 488 ، سنة 2007م.
- \* نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق ، خليل أحمد حسن قدامة ، مجلة الجامعة الإسلامية. مجلد 8، عدد 1 ، جانفي 2000م.
- \* نظرة في النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع ، حمد عبيد الكبيسي ، مجلة كلية الإمام الأعظم ، الجامعة المستنصرية - العراق - عدد 2 ، سنة 1395هـ .
- \* نظرية التعسف في استعمال الحق ، أحمد فهمي أبو سنة، مقال منشور في مجلة الأزهر، جمادي الآخرة ، سنة 1382 ، عدد 218 .



- \* نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، عيسوي أحمد عيسوي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ( كلية الحقوق - جامعة عين شمس ) - مصر ، مجلد 5 ، عدد 1 ، سنة 1963م .
- \* نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، محمد رشيد قباني ، مجلة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ، عدد : 2 ، 1408 هـ .
- \* نظرية الغبن بين الشريعة والقانون ، السعيد بوركبة ، مجلة دار الحديث الحسنية ، المغرب ، عدد 4 ، سنة 1984م .
- \* نقد مشروع القانون المدني ، عبدالله القليلي ، مجلة هدي الإسلام - الأردن ، مجلد 9 ، عدد 1 ، 1964م .
- \* وجوب تنقيح القانون المدني المصري ، عبد الرزاق السنهوري ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الأول ، يناير 1936م .

### تاسعا : القوانين والوثائق

#### 1/ القوانين

- \* القانون المدني الجزائري
- \* القانون المدني المصري
- \* القانون المدني العراقي
- \* القانون المدني الليبي
- \* القانون المدني الكويتي
- \* القانون المدني الأردني
- \* القانون المدني اليمني
- \* قانون المعاملات المدنية الإماراتي
- \* قانون المعاملات المدنية السوداني
- \* قانون الموجبات والعقود اللبناني

\* مجلة الالتزامات والعقود التونسية

## 2/ وثائق رسمية

### Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil

#### عاشرا : مشاريع تقنين الفقه الاسلامي

\* مجلة الأحكام الشرعية ، أحمد عبد الله القاري، تحقيق : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد علي، مطبعة تهامة ، جدة ، الطبعة الأولى ، 1981م .

\* مشروع القانون المدني المصري المستمد من الفقه الإسلامي ومذكرته الإيضاحية ، إعداد مجلس الشعب المصري، سنة 1982، منشور ضمن سلسلة قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة إعداد لجنة تقنين الشريعة بمجلس الشعب المصري ، قدم له وحيد عبد السلام بالي ، دار ابن رجب ، الطبعة الأولى 2013م .

\* مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية ، إشراف مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ، الطبعة التمهيدية، 1972م .

\* مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد، اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية ، إشراف مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ، الطبعة التمهيدية ، 1972م.

\* مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي ، اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية ، إشراف مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ، الطبعة التمهيدية ، 1972م.

\* مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك، اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية ، إشراف مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ، الطبعة التمهيدية ، 1972م.

\* مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، شرحها: سليم رستم باز ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان - الطبعة الثالثة ، 1986م .

\* مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدري باشا ، شرح ودراسة وتحقيق :  
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بإشراف : محمد أحمد سراج و أحمد جابر بدران ، دار  
السلام - مصر - الطبعة الأولى، 2011م.

**إحدى عشر : مواقع الشبكة الإلكترونية**

\* موقع المجلس الأعلى للقضاء السعودي على الرابطين التاليين :

<https://www.scj.gov.sa/About>

<https://iservices.scj.gov.sa:9113/home/pdflist>

## فهرس الموضوعات

2	مقدمة
13	<b>الباب الأول : مدخل مفاهيمي إلى الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري</b>
15	<b>الفصل الأول : مفهوم الفقه الإسلامي، أصلته وأثره في القوانين المدنية العربية</b>
16	المبحث الأول : تعريف الفقه الإسلامي وخصائصه
16	المطلب الأول: تعريف الفقه الإسلامي
16	الفرع الأول : تعريف الشريعة لغة واصطلاحاً
16	أولاً : الشريعة لغة
17	ثانياً: الشريعة اصطلاحاً
17	الفرع الثاني : تعريف الفقه لغة واصطلاحاً
17	أولاً : الفقه لغة
18	ثانياً : الفقه اصطلاحاً
20	الفرع الثالث : الفرق بين مصطلح الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
23	المطلب الثاني : خصائص الفقه الإسلامي
23	الفرع الأول : الفقه الإسلامي رباني المصدر يجمع بين الجزاء الدنيوي والأخروي
23	أولاً : الفقه الإسلامي رباني المصدر
24	ثانياً: الجمع بين الجزاء الدنيوي والأخروي
25	الفرع الثاني : اتصاف الفقه الإسلامي بالصفة الدينية حلاً وحرمة وارتباطه بالأخلاق
25	أولاً: اتصاف الفقه الإسلامي بالصفة الدينية حلاً وحرمة
27	ثانياً: ارتباط الفقه الإسلامي بالأخلاق
27	الفرع الثالث : شمولية الفقه الإسلامي ومرونته وقابليته للبقاء والتطبيق
27	أولاً : شمولية الفقه الإسلامي
29	ثانياً: مرونة الفقه الإسلامي وقابليته للبقاء والتطبيق

31	الفرع الرابع : النزعة في الفقه الإسلامي جماعية
33	المبحث الثاني : أصالة الفقه الإسلامي
33	المطلب الأول : استقلال الفقه الإسلامي عن القانون الروماني
36	الفرع الأول : أدلة القائلين بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني
37	الفرع الثاني : مناقشة أدلة القائلين بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني
37	أولاً: مناقشة الدليل الأول
38	ثانياً: مناقشة الدليل الثاني
40	ثالثاً : مناقشة الدليل الثالث
42	رابعاً : مناقشة الدليل الرابع
44	خامساً: مناقشة الدليل الخامس
47	المطلب الثاني : شهادات بعض علماء الغرب وفقهاء القانون على مكانة الفقه الإسلامي
47	الفرع الأول : شهادات بعض علماء الغرب وفقهاء القانون على مكانة الفقه الإسلامي
52	الفرع الثاني : شهادات بعض المؤتمرات الدولية للقانون المقارن
52	1 / المؤتمر الدولي للقانون المقارن
52	2 / مؤتمر المحامين الدولي
53	3/ مؤتمر شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة
56	المبحث الثالث: مظاهر أثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية
58	المطلب الأول : الدول التي استمدت قانونها المدني كله من الفقه الإسلامي
58	الفرع الأول: المملكة العربية السعودية
61	الفرع الثاني : القانون المدني للجمهورية العربية اليمنية
63	الفرع الثالث : القانون المدني للمملكة الأردنية
65	الفرع الرابع : القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة
67	الفرع الخامس : قانون المعاملات المدنية السوداني
69	المطلب الثاني : الدول التي زاوجت في الاستمداد في قانونها المدني بين الفقه الإسلامي و القانون الغربي

69	الفرع الأول : القانون المدني العراقي
72	الفرع الثاني : القانون المدني التونسي و المغربي و الموريتاني
76	المطلب الثالث : الدول التي استمدت قانونها المدني جلّه من الفقه الغربي إلا بعض المسائل
76	الفرع الأول: القانون المدني المصري ومن حذا حذوه
80	الفرع الثاني : القانون المدني اللبناني
81	الفرع الثالث : القانون المدني الكويتي
85	<b>الفصل الثاني : مدخل مفاهيمي للقانون المدني الجزائري</b>
86	المبحث الأول: التعريف بالقانون المدني وبيان مراحل وضعه والتعديلات التي مر بها
86	المطلب الأول : التعريف بالقانون المدني
86	الفرع الأول : تعريف القانون لغة واصطلاحا
86	أولاً: تعريف القانون لغة
86	ثانياً: تعريف القانون اصطلاحا
87	1/ المعنى العام لكلمة قانون
87	2/ المعنى الخاص لكلمة قانون
87	الفرع الثاني : تعريف القانون المدني
89	الفرع الثالث : تبويب القانون المدني الجزائري
91	المطلب الثاني : مراحل وضع القانون المدني الجزائري والتعديلات التي مر بها
91	الفرع الأول : مراحل وضع القانون المدني الجزائري
93	الفرع الثاني : التعديلات التي مر بها القانون المدني الجزائري
95	المبحث الثاني : مصادر القانون المدني الجزائري
97	المطلب الأول : المصادر المادية للقانون المدني الجزائري
98	الفرع الأول : التشريعات الجزائرية الخاصة
98	الفرع الثاني : المدونات والتشريعات العربية
98	أولاً: القانون المدني المصري الجديد
99	1/ نصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري

100	2/ مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي
101	3/ التشريع المقارن
103	ثانياً: مجلة الالتزامات والعقود التونسية وقانون الالتزامات والعقود المغربي
103	1/ في نطاق العقد
105	2/ في نطاق المسؤولية التقصيرية
106	3/ في نطاق الإثراء بلا سبب
108	4/ تحديد الحد الأقصى لنظرة الميسرة بسنة واحد
108	ثالثاً: القانون المدني الليبي
108	رابعا : الأحكام المستمدة من قانون الموجبات والعقود اللبناني
109	الفرع الثالث : المدونات والتشريعات الغربية
109	أولاً: النصوص المستمدة من القانون المدني الفرنسي
109	1/ تعريف العقد وتقسيم العقود
109	2/ القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية
109	3/ تضيق نطاق مسؤولية حارس البناء
110	4/ تعريف حق الملكية
110	ثانياً: النصوص المستمدة من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي
111	المطلب الثاني : المصادر الرسمية للقانون المدني الجزائري
113	الفرع الأول : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي أول للقانون المدني الجزائري
116	الفرع الثاني : نظرة في ترتيب المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون المدني الجزائري
116	أولاً: تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف
118	ثانياً : تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
122	المطلب الثالث : ما انفرد به القانون المدني الجزائري من أحكام وما أغفل استمداده من القانون المدني المصري
122	الفرع الأول : ما انفرد به القانون المدني الجزائري من أحكام
122	أولاً: تقييد جواز التعامل في الشيء المستقبل بأن يكون هذا الشيء محققاً

122	ثانيا: استبدال التعويض القضائي بالفائدة التأخيرية
123	ثالثا: إطالة مدد التقادم وإنقاصها
124	الفرع الثاني : النصوص التي أغفل المشرع الجزائري استمداها من القانون المدني المصري
124	أولا: نصوص أغفل المشرع الجزائري استمداها من القانون المدني المصري
120	1/ القاعدة العامة في جواز استعمال الحق
125	2/ أحكام الجمعيات والمؤسسات
125	3/ أحكام نقاص الأهلية
125	4/ التعويض القانوني
126	5/ نظام الإعسار
126	6/ ملحقات الشيء المبيع
126	7/ عقد الهبة
126	8/ الدخل الدائم
126	9/ بعض أنواع الإيجار
126	10/ شرط المنع من التصرف
126	11/ أحكام العلو والسفل
127	12/ رهن الأموال المستقبلية ورهن ملك الغير
127	13/ التنفيذ التعويضي في حالة صيرورة تنفيذ الالتزام مستحيلا أو مرهقا
127	14/ اشتراط اتصال الغلط بالعاقد الآخر
127	15/ الترخيص للدائن أن ينفذ الالتزام بعمل على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء في حالة الاستعجال
127	16/ حرمان دائني المتعاقدين والخلف الخاص من التمسك بالعقد الحقيقي
128	ثانيا: نصوص أغفل المشرع الجزائري استمداها من القانون المدني المصري غير أنه تدارك ذلك ونص عليها في التعديلات اللاحقة للقانون المدني الجزائري
128	1/ تنازع قانون قديم مقصر للتقادم مع قانون مطيل له



128	2/ قواعد الاختصاص وإجراءات المحاكمة
128	3/ أحكام العربون
128	4/ الضرر الأدبي
129	المبحث الثالث: مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي وكيفية تفسير النصوص المستمدة منه
129	المطلب الأول : مدى استمداد القانون المدني من الفقه الإسلامي
129	الفرع الأول : الرأي الموسع والمضيق في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي
129	أولا : الرأي الموسع في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي
130	ثانيا: الرأي المضيق في الاستمداد من الفقه الإسلامي
131	الفرع الثاني : الرأي الوسط في مدى الاستمداد من الفقه الإسلامي
135	المطلب الثاني : كيفية تفسير النصوص التي استمدت من الشريعة الإسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدرا رسميا
135	الفرع الأول: كيفية تفسير النصوص التي استمدت من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا تاريخيا للقانون المدني الجزائري
136	الفرع الثاني : كيفية استخلاص الأحكام القانونية من مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا
137	<b>الباب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الالتزامات</b>
138	<b>الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في مصادر الالتزام</b>
139	المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقد وأثاره
139	المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقد
139	الفرع الأول : نظرية الإرادة الظاهرة
140	أولا : الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في الفقه الغربي
140	1/ نظرية الإرادة الباطنة
141	2/ نظرية الإرادة الظاهرة
143	3/ التقريب بين النظريتين

144	ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من النظريتين
145	1/ صيغة الماضي
146	2/ صيغة المضارع
148	3/ صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال
149	4/ الكنايات
152	ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الإرادتين الظاهرة والباطنة
152	1/ مظاهر تأثير المشرع الجزائري بالإرادة الباطنة
154	2/ مظاهر تأثير المشرع الجزائري بالإرادة الظاهرة
154	أ/ في الوقت الذي ينتج التعبير عن الإرادة لأثره
155	ب/ استقلال التعبير عن الإرادة عن صاحبه
159	ج/ التدليس والإكراه الصادر من غير المتعاقدين
160	د/ في تفسير العقد
160	هـ/ في الصورة
160	و/ في الباعث غير المشروع
162	الفرع الثاني : مجلس العقد
162	أولا: مجلس العقد في الفقه الإسلامي
162	1/ الغرض من مجلس العقد
163	2/ حدود مجلس العقد
164	3/ اختلاف الفقهاء في إثبات خيار المجلس ونفيه
166	4/ النتائج المترتبة على مسألة مجلس العقد
166	ثانيا : مجلس العقد في القانون المدني الجزائري
169	المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في آثار العقد (نظرية الظروف الطارئة)
169	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة والفرق بينها وبين النظم القانونية المشابهة
169	أولا : تعريف نظرية الظروف الطارئة
170	ثانيا : الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والنظم القانونية المشابهة

170	1/ نظريتي الاستغلال والإذعان
171	2/ القوة القاهرة
171	الفرع الثاني : تطور نظرية الظروف الطارئة والبلاد التي أخذت بها
171	أولا : تطور نظرية الظروف الطارئة
172	1/ النظرية في القانون الروماني
174	2/ النظرية في القانون الكنسي
174	3/ النظرية في القانون الفرنسي
179	ثانيا : البلاد التي أقرت نظرية الظروف الطارئة
179	1/ البلاد التي أقرت النظرية بنص صريح في القانون
180	2/ البلاد التي أقرت النظرية عن طريق الاجتهاد القضائي
182	الفرع الثالث : نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري
182	أولا : شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري
182	1/ أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه
183	2/ أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام
183	3/ أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها
184	4/ أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارئ
185	ثانيا : بعض تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري
185	1/ في عقد الإيجار
187	2/ في عقد المقاولة
188	3/ في حق الارتفاق
188	الفرع الرابع : نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي
191	أولا : قواعد نظرية الضرورة التي تستند إليها نظرية الظروف الطارئة
191	ثانيا : بعض تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي
192	1/ نظرية العذر
193	أ/ الأعدار الموجبة للفسخ عند الحنفية والجمهور
197	ب/ شروط تطبيق أحكام العذر

197	2/ نظرية الجوائح
198	أ / تعريف الجائحة
199	ب/ شروط تطبيق أحكام الجوائح
200	ج/ الجزاء في الجوائح والمقدار الذي يحصل به الضمان
201	الفرع الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في مسألة الظروف الطارئة
204	المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الفعل المستحق للتعويض
204	المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في نظرية التعسف في استعمال الحق
206	الفرع الأول: تعريف التعسف وتطوره
206	أولا : تعريف التعسف لغة واصطلاحا
208	ثانيا : تطور نظرية التعسف في استعمال الحق
208	1/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني
209	2/ نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي
211	3/ نظرية التعسف في استعمال الحق في باقي الدول الغربية
213	4/ تطور نظرية التعسف في استعمال الحق في الدول العربية
216	الفرع الثاني : موقف الفقهاء الغربي والإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق
216	أولا : موقف الفقه الغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق
216	1/ الفقهاء المعارضون لنظرية التعسف في استعمال الحق
220	2/ الفقهاء المؤيدون لنظرية التعسف في استعمال الحق
222	ثانيا : موقف الفقه الإسلامي من نظرية التعسف في استعمال الحق
222	1/ نظرية الحق المطلق
224	2/ النظرية المادية
226	3/ النظرية المعنوية
229	الفرع الثالث : طبيعة التعسف في استعمال الحق وموقف المشرع الجزائري منها
229	أولا : طبيعة التعسف في استعمال الحق
229	1 / التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية

231	2 / التعسف في استعمال الحق ذو طابع مستقل عن الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية
234	ثانيا : موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق
238	الفرع الرابع : تطبيقات على معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي
238	أولا : معيار قصد الإضرار
239	1 / تطبيقات على معيار قصد الإضرار في الفقهاء الإسلامي
242	2/ تطبيقات على معيار قصد الإضرار في القانون المدني الجزائري
242	ثانيا : معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا
243	1/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في الفقهاء الإسلامي
246	2/ تطبيقات على معيار رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا في القانون المدني الجزائري
248	ثالثا : معيار المصلحة غير المشروعة
249	1/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في الفقهاء الإسلامي
249	2/ تطبيقات على معيار المصلحة غير المشروعة في القانون المدني الجزائري
250	رابعا : معيار مضار الجوار غير المألوفة " الضرر الفاحش
255	المطلب الثاني : أثر أحكام الفقهاء الإسلامي في مسؤولية عديم التمييز
256	الفرع الأول : أسباب انعدام التمييز
257	أولا : انعدام التمييز بسبب صغر في السن
259	ثانيا : انعدام التمييز بسبب المرض العقلي
261	الفرع الثاني : مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الجزائري
262	أولا : الأصل عدم مسؤولية عديم التمييز
263	ثانيا : الأخذ بمسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء
266	الفرع الثالث : مسؤولية عديم التمييز في الفقهاء الإسلامي
268	أولا: مسؤولية عديم التمييز في حالة المباشرة

272	ثانيا : مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب
280	<b>الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام وانقضائه</b>
281	المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انتقال الالتزام بحوالة الدين
282	المطلب الأول : تعريف حوالة الدين ومقارنتها بالنظم القانونية التي تقترب منها
282	الفرع الأول : تعريف حوالة الدين
284	الفرع الثاني : مقارنة حوالة الدين بالنظم القانونية التي تقترب منها
284	أولا : حوالة الدين والتجديد
286	ثانيا : حوالة الدين والإنابة في الوفاء
287	ثالثا : حوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير
289	المطلب الثاني : نشأة حوالة الدين وتطورها في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
289	الفرع الأول : نشأة حوالة الدين وتطورها في القانون الوضعي
289	أولا : حوالة الدين في القانون الروماني
291	ثانيا : حوالة الدين في القوانين اللاتينية
292	ثالثا : حوالة الدين في القوانين الجرمانية
294	الفرع الثاني : حوالة الدين في الفقه الإسلامي
295	أولا : حوالة الدين عند الحنفية
298	ثانيا: حوالة الدين عند الجمهور
290	المطلب الثالث: انعقاد حوالة الدين وآثارها في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
300	الفرع الأول : انعقاد حوالة الدين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
303	الفرع الثاني : آثار الحوالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
303	أولا : أثر الحوالة في علاقة الدائن بالمحال عليه
305	ثانيا : أثر الحوالة في علاقة المدين الأصلي بالدائن
308	ثالثا : أثر الحوالة في علاقة المدين الأصلي بالمحال عليه
315	المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في انقضاء الالتزام
315	المطلب الأول : انقضاء الالتزام بالإبراء

315	الفرع الأول: الإبراء من الدين في الفقه الإسلامي
317	الفرع الثاني : الإبراء من الدين في القانون المدني الجزائري
320	المطلب الثاني : انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط
321	الفرع الأول : انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط في الفقه الإسلامي
325	الفرع الثاني : انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط في القانون المدني الجزائري
327	<b>الباب الثالث: أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة و حق الملكية</b>
329	<b>الفصل الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المسماة</b>
330	المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالملكية
330	المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد البيع
330	الفرع الأول : خيار الرؤية ( العلم بالمبيع )
331	أولا : أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي
332	أقوال الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية
336	ثانيا : خيار الرؤية في القانون المدني الجزائري
336	1/ العلم بالمبيع في القانون المدني الجزائري
339	2/ البيع بالعينة ( النموذج )
340	الفرع الثاني : الغبن في بيع العقار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
340	أولا : الغبن في بيع العقار في الفقه الإسلامي
341	1/ اختلاف الفقهاء في التفريق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش
343	2/ حكم الغبن المجرد ومستثنياته في الفقه الإسلامي
345	ثانيا : الغبن في بيع العقار في القانون المدني الجزائري
349	الفرع الثالث : تبعة هلاك المبيع
349	أولا : تبعة هلاك المبيع في الفقه الإسلامي
351	1/ اختلاف الفقهاء في من يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم بقوة قاهرة
353	2/ الهلاك الكلي والجزئي للمبيع قبل التسليم
353	أ/ الهلاك الكلي للمبيع قبل التسليم

354	ب/ الهلاك الجزئي للمبيع قبل التسليم
356	ثانيا : تبعة هلاك المبيع في القانون المدني الجزائري
358	1/ التفرقة بين تبعة الملك وتبعة العقد
360	2/ ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم في القانون المدني الجزائري
361	أ/ الهلاك الكلي قبل التسليم
361	ب/ الهلاك الجزئي قبل التسليم
362	ج/ حالات استثنائية في القانون المدني الجزائري تكون فيها تبعة الهلاك على المشتري قبل التسليم
363	الفرع الرابع : تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
364	أولا : مفهوم مرض الموت
367	ثانيا : حكم تصرفات المريض مرض الموت المالية
368	1/ تصرفات المريض مرض الموت تبرعا
370	2/ تصرفات المريض مرض الموت معاوضة
370	أ/ بيع مريض مرض الموت لوراث
372	ب/ بيع مريض مرض الموت لأجنبي
375	المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد القرض
376	الفرع الأول : حظر القرض بفائدة بين الأفراد من حيث المبدأ
378	الفرع الثاني : إباحة القرض بفائدة بالنسبة للمؤسسات المالية
379	أولا : منح الفوائد في حالة الإيداع لدى المؤسسات المالية
379	ثانيا : تقاضي الفوائد عن القروض بقصد تشجيع النشاط الاقتصادي
381	المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في العقود المتعلقة بالانتفاع وعقود الغرر
381	المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد الإيجار
381	الفرع الأول : التعريف بعقد الإيجار
383	الفرع الثاني : إدخال التحسينات على العين المؤجرة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي



387	المطلب الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في عقد القمار والرهان
387	الفرع الأول : بطلان عقد القمار والرهان كقاعدة عامة في القانون المدني الجزائري
390	أولا : من أدلة تحريم القمار والمراهنة في الشريعة الإسلامية
390	ثانيا : الرهان في المسابقات في الفقه الإسلامي
393	الفرع الثاني : الاستثناءات من تحريم المقامرة والرهان
396	<b>الفصل الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في حق الملكية</b>
397	المبحث الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في الملكية الشائعة
397	المطلب الأول : أثر أحكام الفقه الإسلامي في نقض القسمة الرضائية للغبن
398	الفرع الأول : تعريف القسمة
400	الفرع الثاني : نقض القسمة الرضائية للغبن في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
400	أولا : نقض القسمة الرضائية للغبن في القانون المدني الجزائري
401	ثانيا : نقض القسمة الرضائية للغبن في الفقه الإسلامي
401	1/ أقوال الفقهاء في جواز نقض القسمة
402	2/ نوع الغبن الذي يجيز نقض القسمة ومقداره
402	أ/ نوع الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة
403	ب/ مقدار الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة
406	المطلب الثاني : الحائط المشترك والفاصل في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
408	الفرع الأول : الحائط المشترك في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
409	أولا : استعمال الحائط المشترك
411	ثانيا : تعلية الحائط المشترك
412	1/ : تعلية الحائط دون إعادة بنائه
412	2/ : تعليته عن طريق إعادة بنائه
415	الفرع الثاني : الحائط الفاصل غير المشترك
417	أولا : ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه

417	ثانيا : ليس للجار أن يطلب الاشتراك في حائط جاره
418	ثالثا : ليس لمالك الحائط الذي يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوي
420	المبحث الثاني : أثر أحكام الفقه الإسلامي في طرق اكتساب الملكية
420	المطلب الأول : الميراث والعقد كسبب من أسباب كسب الملكية
420	الفرع الأول : الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية
421	أولا : التركة التي ليس لها وارث تكون حقا للخبزينة العمومية
424	ثانيا : قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الديون
427	الفرع الثاني : العقد كسبب من أسباب كسب الملكية
429	المطلب الثاني : الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية
432	الفرع الأول : تعريف الشفعة وأدلة ثبوتها والحكمة من مشروعيتها
432	أولا: تعريف الشفعة
432	1/ : الشفعة في اللغة
432	2/ : تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي
434	ثانيا : أدلة ثبوت الشفعة
436	ثالثا : الحكمة مشروعية الشفعة
437	الفرع الثاني : محل الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
437	1/ محل الشفعة في الفقه الإسلامي
438	2/ محل الشفعة في القانون المدني الجزائري
439	أ/ الشفعة في العقار في القانون المدني الجزائري
439	ب/ الشفعة في المنقول في القانون المدني الجزائري
443	الفرع الثالث : أسباب الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
443	أولا : أسباب الشفعة في الفقه الإسلامي
443	1/ الشفعة للشريك على الشيوخ
444	2/ الشفعة في المنفعة
444	3/ شفعة الجار المالك والشريك في حق من حقوق المبيع
447	ثانيا أسباب الشفعة في القانون المدني الجزائري

449	1/ لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
449	2/ للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي
450	3/ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها
452	المطلب الثالث : مدة التقادم المكسب في الحيازة
452	الفرع الأول : مدة التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري
453	أولا : مدة التقادم المكسب الطويل في غير حق الإرث
454	ثانيا : مدة التقادم المكسب في حقوق الإرث
455	الفرع الثاني : مدة التقادم المكسب في الفقه الإسلامي
462	الخاتمة
466	ملاحق
478	فهرس الآيات القرآنية
480	فهرس الأحاديث النبوية
481	فهرس المصادر المراجع
505	فهرس الموضوعات
-	ملخص الرسالة باللغة العربية والإنجليزية والفرنسية

## ملخص الرسالة باللغة العربية :

### عنوان الرسالة : أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري

تناولت هذه الدراسة أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري ، ذلك أن الجزائر بعد الاستقلال ظلت تطبق القانون المدني الفرنسي إلى غاية صدور قانون مدني جزائري جديد ، وكان أن صدر القانون المدني فعلا في 26 سبتمبر 1975 ، وبصدوره ألغي العمل بالقانون المدني الفرنسي ، غير أنه بعد صدور القانون المدني تبين أنه يكاد يكون نسخة طبق الأصل على القانون المدني المصري ، كما استمد بعض المسائل من غيره ، فاستمد من القانون المدني الليبي ، والتونسي والمغربي واللبناني والقانون المدني الفرنسي وغيره ، كما استمد بعض نصوصه من الفقه الإسلامي ، وذلك من خلال القانون المدني المصري ، وكون القانون المدني الجزائري قد صدر من غير مذكرة إيضاحية تشرح نصوصه وتبين المصادر التي استمد منها القانون ، جاءت هذه الدراسة لتكشف عن جزء من هذه المصادر وهو الفقه الإسلامي ، فتناولت المسائل التي استمدتها القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي .

وتم تقسيم البحث إلى ثلاثة أبواب : تناولت في الباب الأول مدخل مفاهيمي إلى كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني ، فعرفت الفقه الإسلامي وذكرت خصائصه وبينت أصالته ومدى تأثيره في القوانين المدنية للدول العربية بصفة إجمالية ، ثم عرفت القانون المدني وذكرت مصادره التي استمد منها ، وبينت التعديلات التي طرأت عليه من يوم صدوره إلى آخر تعديل .

أما في الباب الثاني فقد تكلمت على أثر الفقه الإسلامي في موضوع الالتزامات ، ويعتبر هذا الموضوع من أكثر المواضيع التي تأثر فيها القانون المدني الجزائري بالفقه الإسلامي ، ومن بين المسائل التي تطرقت إليها في هذا الباب : مجلس العقد ، التعسف في استعمال الحق ، الظروف الطارئة ، الإبراء من الدين ، التقادم المسقط ...

كما تطرقت في الباب الثالث إلى أثر الفقه الإسلامي في العقود المسماة وحق الملكية ،  
فبينت أثر الفقه الإسلامي في مسألة تبعة هلاك المبيع ، حظر القرض بفائدة ، الغبن في  
القسمة الرضائية، الحائط المشترك، وطرق اكتساب الملكية والتي من بينها الشفعة والميراث  
والعقد ...

وخلصت في الأخير إلى أن القانون المدني الجزائري لم يستمد الكثير من الفقه الإسلامي ،  
وأنه رغم استمداده لبعض المسائل من الفقه الإسلامي لم يخرج ذلك عن كونه قانونا لاتيني  
المنزعة كأصله المصري ، كما خلصت إلى أنه لا بد من ضرورة إعادة النظر في نصوص  
القانون المدني حتى تتلاءم مع طموح الشعب الجزائري الذي يريد أن يحكم بما يتوافق مع  
تقاليد وأعرافه وعقائده ، وذلك حتى يكون للقانون هبة في النفوس ، ولا تنفر من الطباع .

## ملخص الرسالة باللغة الإنجليزية

### **Effect of Islamic Jurisprudence in Algerian Civil Law**

This study dealt with the impact of Islamic jurisprudence on Algerian civil law. After independence, Algeria continued to apply French civil law until the promulgation of a new Algerian civil law. The Civil Code was issued on 26 September 1975. The French Civil Code was repealed, but following the promulgation of the Civil Code, it was found to be almost identical to the .Egyptian Civil Code. Some of the issues were derived from others laws

It was derived from the Libyan, Tunisian, Moroccan, Lebanese, French and others civil law. He also drew some of his texts from Islamic jurisprudence, Due to the fact that the Algerian civil law was issued without explanatory memorandum explaining its texts and indicating the sources from which the law was derived. Therefore, this study revealed some of these sources, namely Islamic jurisprudence, which dealt with the issues derived from Algerian jurisprudence.

The research was divided into three sections: The first section dealt with a conceptual approach to both Islamic jurisprudence and civil law. The Islamic jurisprudence was known and its properties were described and its originality and its impact on the civil laws of the Arab countries were revealed. Which came from the day it was issued to the last amendment.

While in the second part I have spoken on the impact of Islamic jurisprudence in the subject of obligations, and this is one of the most important topics in which the Algerian civil law influenced by Islamic jurisprudence. Among the issues addressed in this section are the Council of the contract, abuse of rights, Exemption from debt, statute of limitations ...

In the third part discusses the effect of Islamic jurisprudence on the named contracts and property rights . The effect of Islamic jurisprudence on the issue

of the loss of the sale, the prohibition of the loan at interest, the injustice in the consensual division, the common wall and the methods of acquisition of property, including preemption, inheritance and contract.

The study concluded that the Algerian civil law did not draw much from Islamic jurisprudence, and that despite taking it to some issues of Islamic jurisprudence, it did not exclude it from the fact that it was a Latino law. It also concluded that it is necessary to review the provisions of the Civil Code So as to be compatible with the ambition of the Algerian people, who wants to govern in accordance with the traditions and customs and beliefs, so that the law will .be having its prestige in the soul, and not be deficient from the obedience

## **Effet de la jurisprudence islamique en droit civil algérien**

Cette étude a porté sur l'impact de la jurisprudence islamique sur le droit civil algérien: après l'indépendance, l'Algérie a continué à appliquer le droit civil français jusqu'à la promulgation d'une nouvelle loi civile algérienne, qui a été publiée le 26 septembre 1975. Le droit civil français a été abrogé mais, à la suite de la promulgation du Code civil, il a été jugé quasiment identique au Code civil égyptien et certaines questions ont été soulevées par d'autres: libyen, tunisien, marocain, libanais.

Il a également tiré certains de ses textes de la jurisprudence islamique.

En raison du fait que le droit civil algérien a été publié sans exposé des motifs expliquant ses textes et indiquant les sources de la loi, cette étude a révélé certaines de ces sources, à savoir la jurisprudence islamique, traitant des questions issues de la jurisprudence algérienne.

La recherche était divisée en trois sections: La première partie traitait d'une approche conceptuelle de la jurisprudence islamique et du droit civil. La jurisprudence islamique était connue et ses propriétés étaient décrites et son originalité et son impact sur les lois civiles des pays arabes étaient révélés. Qui est venu du jour où il a été délivré au dernier amendement.

Dans la deuxième partie, j'ai parlé sur l'impact de la jurisprudence islamique sur le sujet des obligations, et fait l'objet des plus sujets dans lesquels le droit civil algérien influencé par la jurisprudence islamique, et parmi les questions abordées dans cette section: Conseil du contrat, l'abus du droit, les circonstances d'urgence, Exemption de dette, prescription ...

Comme évoqué dans la partie III de l'impact de la jurisprudence islamique dans les contrats nommés et droit de propriété, elle a déclaré l'impact de la jurisprudence islamique sur la question de la responsabilité de la perte de ventes, l'interdiction du prêt de taux d'intérêt, l'injustice dans la division



Consensual, la paroi commune et des moyens d'acquisition de la propriété dont, y compris la préemption, l'héritage et le contrat ...

L'étude a conclu dans ce dernier que la loi civile algérienne n'a pas tiré beaucoup de jurisprudence islamique, et que, tout en prenant certaines des questions de jurisprudence islamique n'a pas réalisé qu'elle d'être une loi tendance latine du Kosalh égyptien, comme l'origine égyptienne, et la recherche a conclu qu'il doit y avoir la nécessité de réexaminer les dispositions du Code civil Afin d'être compatible avec l'ambition du peuple algérien, qui veut gouverner en conformité avec les traditions et les coutumes et croyances, afin que le prestige de la loi dans l'âme, ne soit pas l'obéissance déficiente.