



الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود

"دراسة مقارنة"

**Legal Controls and Legitimacy for the Consent in
Contracting
Comparative Study**

إعداد

عبد الرحمن زعل الشرايعة

(401220136)

إشراف

الأستاذ الدكتور وليد عوجان

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون أول / 2014

التفويض

أنا الطالب عبد الرحمن زعل الشرايعه أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من

رسالتي ورقياً و إلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث

والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: عبد الرحمن زعل الشرايعه

التوقيع: 

التاريخ: 2014 / 12 / 9

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها " الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود "دراسة مقارنة"

وأجيزت بتاريخ: 2014/ 12 /9

أعضاء لجنة المناقشة:

التوقيع

.....
.....
.....

1- الأستاذ الدكتور وليد عوجان، مشرفاً ورئيساً.

2- الدكتور، محمد أبو الهيجاء عضواً.

3- الأستاذ الدكتور، صاحب الفتاوي ممتحناً خارجياً

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي بعث فينا محمداً - صلى الله عليه وسلم - هادياً وبشيراً. الحمد لله على ما

أسبغ علينا من نعم ظاهرة وباطنة، فلك الحمد يا رب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذي القدير ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور وليد

عوجان لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، وما بذله معي من جهد وإرشاد، ولما منحني من

علمه ووقته طوال إعداد هذه الرسالة حتى بدت كما هي عليه، فله مني كل الشكر والتقدير

والاحترام.

كما أتقدم بالشكر والجزيل والعرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرين

وكذلك أساتذتي الأفاضل في جامعة الشرق الأوسط.

جزاكم الله جميعاً عني كل خير وسدد على طريق الحق خطاكم

عبد الرحمن الشرايعه

الإهداء

إلى روح جدي وجدتي الغالية والتي مازالت ذكراهما عبقة بين جوانحننا.

وإلى والدي الحبيب والذي كان دوماً مثلاً يحتذى به

وإلى والدتي الغالية أطل الله في عمرها، التي أفهمتني بعفوية صادقة أن العلم هو الحياة،

وأنارت أمام عيني شموع الأمل.

وإلى أخواني وأخواتي الذين كانوا دوماً بجانبني يترقبون نجاحي وتقدمي.

وإلى جميع من ساندني أهدي رسالتي هذه رمزاً للمحبة والوفاء وعتراً فافاً مني بفضلهم علي.

لهم جميعاً أهدي عملي

مع المحبة والاحترام والعرفان

قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
أ	العنوان
ب	التفويض
ج	قرار لجنة المناقشة
د	الشكر والتقدير
هـ	الإهداء
و	قائمة المحتويات
ح	ملخص الدراسة باللغة العربية
ط	ملخص الدراسة باللغة الانجليزية
المقدمة	
1	أولاً: تمهيد
2	ثانياً: مشكلة الدراسة
3	ثالثاً: أسئلة الدراسة وفرضياتها
3	رابعاً: أهداف الدراسة
4	خامساً: أهمية الدراسة
4	سادساً: حدود الدراسة
4	سابعاً: مصطلحات الدراسة
5	ثامناً: الإطار النظري والدراسات السابقة
7	الفصل التمهيدي عيوب الرضا في العقود
17	الفصل الأول الإكراه
18	المبحث الأول: معنى الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون وشروطه
27	المبحث الثاني: أنواع الإكراه
30	الفصل الثاني الغلط

32	المبحث الأول: التعريف بالغلط في الفقه الإسلامي والقانون	
40	المبحث الثاني: شروط الغلط في الفقه الإسلامي والقانون	
56	المبحث الثالث: أنواع الغلط في الفقه الإسلامي والقانون	
72	الفصل الثالث التغريير "التدليس" والغبن والاستغلال	
73	المبحث الأول: التعريف بالتغريير والغبن في الفقه الإسلامي والقانون	
78	المبحث الثاني: شروط التغريير في الفقه الإسلامي والقانون	
87	المبحث الثالث: أنواع التغريير والغبن	
91	المبحث الرابع: الاستغلال.	
91	المطلب الأول: شروط الاستغلال	
94	المطلب الثاني: الاستغلال مصدر عام للالتزام في الشريعة الإسلامية	
98	الفصل الرابع الخاتمة والنتائج والتوصيات	
104	قائمة المراجع	

الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود

"دراسة مقارنة"

إعداد

عبد الرحمن زعل الشرايعة

إشراف

الأستاذ الدكتور وليد عوجان

الملخص

هدفت الدراسة التعرف على الضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود "دراسة مقارنة". وتكمن مشكلة هذه الدراسة في التفرقة بين عيوب الرضا في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي. وعليه سوف اقوم بجمع هذه العيوب من مظانها الأصلية، والاشارة إليها وترتيبها، والعمل بها، وأخراجها في تقنين جديد خالية من هذه العيوب التشريعية.

وقد توصلت الدراسة إلى نتائج متعددة منها: العقد ينشأ عن ارتباط يجاب بقبول أو ما

يقوم مقامهما على وجه مشروع، يترتب عليه الالتزام كل منهما بما وجب عليه للآخر،

ويلتقي الفقہ والقانون على اعتبار الرضا بين العاقدين هو الأساس الذي يقوم عليه عمل

المتعاقدين.

كما اوصى الباحث بضرورة تعاد صياغة المادة (167) لتكون على النحو التالي:

1- العقد الصحيح هو المشروع ذاتاً ووصفة.

2- العقد الصحيح تترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده مالم يكن موقوفاً أو معلقاً على شرط أو

مضافاً إلى أجل.

الكلمات المفتاحية: الضوابط القانونية والشرعية، الرضا، العقود

Legal Controls and Legitimacy for the Consent in Contracting
Comparative Study

Prepared by

Abd-alrahman za'al al-sharayeh

supervised by

Prof. Dr.

Waleed owjan

Abstract

This study aimed to know the lawful and legal controls for the satisfaction in the contracts (comparative study).

The problem of this study embarks in the differentiation between the satisfaction defects in the Jordanian civil law and the Islamic jurisprudence.

So, I will collect these defects from its original assumptions and indicating to them and coding them, working with them and editing them in a new way free from these defects.

The study has reached many results including that the contract is established by the acceptance of link legally, that result on the commitment of the parties to each other.

The fight and the law meet together in considering the satisfaction between the parties is the base upon which the work of the contractors is established.

Also, the researcher recommended the necessary to re-formulate article (167) to be as follows:

1. The right contract is the project by itself and description.
2. The right contract has its effects as soon as it is made unless it is stopped or connected to a condition or added to a term.

Key Words: Legal Controls and Legitimacy, the Consent, Contracting

المقدمة

أولاً: تمهيد:

تعتبر العقود من أهم الوسائل القانونية التي تهدف إلى تنظيم معظم العلاقات بين الأشخاص، وهذه العقود في تكوينها وإبرامها وتنفيذها تخضع لضوابط والتزامات محددة يعينها القانون ترمى إلى ضبط وتوجيه سلوكيات وتصرفات أطراف العقد بصورة لا تؤدي إلى إجهاض العدالة العقدية. ومن هذه الضوابط أو الالتزامات الالتزام بمبدأ حسن النية، الذي يعتبر من أكثر المسائل القانونية تعقيداً. وذلك باعتباره من الأسس الأخلاقية التي أقيمت للتطبيق على الواقع القانوني لما لها من فوائد كبيرة في ضبط سلوكيات المتعاقدين أو حتى المتفاوضين في المراحل السابقة على العقد.

ولمَّا للعقود من أهمية في حياة الناس أمرنا الله بها فقال عز وجل "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁽¹⁾. وتتقسم العقود من حيث اللزوم وعدمه إلى عقود لازمة، أي لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخها كالبيع والإجارة، وعقود غير لازمة، أي التي يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخها كالشركة والوكالة. لقد أخذ العقد معنى قوته الإلزامية عن القانون الروماني الذي جعل المدين يرتبط بدائنه -مجازاً- ولا يفك من قيده إلا بقيامه بما التزم به².

إن للرضا في الفقه الإسلامي منزلة عظيمة اعتداداً بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)، والحمد لله رب العالمين، القائل في محكم التنزيل: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود".

¹ سورة المائدة، الآية 1.

² عامر، حسين (1949) القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، ص9، 10.

ويعتبر الرضا ركن أساسي لإنشاء العقد وقيامه صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية، هذا بالإضافة إلى توافر الركنين (المحل والسبب) إلا أنه لا يكفي في ركن الرضا أن يكون موجوداً وذلك بارتباط القبول بالإيجاب على نحو تتوافق فيه الإرادتين.

بل لا بد أيضاً أن يكون هذا التراضي صحيحاً صادراً عن ارادة حرة وخالية من العيوب التي تؤثر عليه، وإن العقد قوامه الأرادة معدومة يعتبر العقد غير موجود. ⁽¹⁾ وقد تكون الارادة موجودة ولكنها غير سليمة فيكون التراضي معلولاً.

وان العقد في حقيقة تلاقى إرادتي العاقدين واتفقهما على إنشاء عقد معين وهذا الاتفاق يتضمن رغبة العاقدين فيه ورضاؤها به، ولكن قد يكون في إرادة العاقد خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم، فينشأ العقد معيباً لا تترتب عليه الآثار المقررة له شرعاً لو كان قد نشأ صحيحاً، وهذه العيوب التي قد تلحق الإرادة وتلابس إنشاء العقد. ⁽²⁾

وأن العيوب التي تجعل الارادة معيبة في القانون المدني الأردني والشريعة الاسلامية، هي (الاکراه، التغرير مع الغبن، والغلط والاستغلال).

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة في التفرقة بين عيوب الرضا في القانون المدني الأردني والفقہ الإسلامي. وعليه سوف اقوم بجمع هذه العيوب من مظانها الأصلية، والاشارة إليها وترتيبها، والعمل بها.

¹ أحمد، محمد شريف (1999). مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقہ الاسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص78.

² زيدان، عبد الكريم (2006)، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، بيروت، ص335.

إن سبب اختياري لهذا الموضوع لانه له صلة بالحياة العملية نظراً لما للعقود من أهمية في حياة المسلمين، إذ لا بد من معرفة الصحيح من الباطل منها، لأنه قد يترتب الحرام على الباطل منها شرعاً.

والوصول إلى معرفة الأصلح والأجدى، وما ينبغي أن يكون عليه القانون، وخاصة أنه مستمد بمجمله من الفقه الاسلامي، تقين عيوب العقد، وذلك ببيان مفهوم كل واحد منهما، ثم الكشف عن كل ما من شأنه أن يعيب أركانه، وكشف كل ما من شأنه أن يعيب العقد بسببها.

ثالثاً: أسئلة الدراسة وفرضياتها:

- كيف عالج القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي عيوب الرضا بالعقود.
- ما حكم العقود التي يكون محلها عيوب العقود.
- ما الآثار المترتبة على عيوب الرضا.
- تقوم هذه الدراسة على فرضية مؤداها أن هناك تباين بين ما سار عليه القانون المدني الأردني والفقه الاسلامي في العيوب التي تصيب العقود.
- وتقوم هذه الدراسة على العديد من التساؤلات النظرية حول موطن العيوب الظاهرة والخفية وما بينهما في العقود، والتي تتمحور حول عدم احتكام القانون المدني الأردني إلى الفقه الاسلامي مع الاخذ بعين الاعتبار أن القانون مستمد منه ولهذا يجب إن يوافق.

رابعاً: أهداف الدراسة:

يمكن توضيح هدف الدراسة من خلال النظر بعمق في حيثيات المشكلة والتي تتركز في كشف عيوب العقود في القانون والفقه، وبيان مدى موافقة القانون المدني الأردني للفقه الاسلامي، وما ينبغي أن يكون عليه القانون.

خامساً: أهمية الدراسة:

تتبع أهمية هذا البحث من كونه يتعلق بمعرفة العيوب التي تبطل العقود في القانون وفي الفقه الإسلامي، ومحاولة حصرها وتنظيمها وتبويبها وإعادة تقنينها، سواء كانت هذه العيوب متعلقة بإرادة العاقدين، أو بأركان العقد.

وخاصة أن الدراسات التي عالجت العيوب لم تعالجها بطريقة مقارنة بين ما نص عليه الفقه الإسلامي وما نص القانون المدني عليه، وتبدو أهمية البحث من بيان موافقة أو مخالفة القانون المدني الأردني للفقه الإسلامي.

سادساً: حدود الدراسة:

سيكون لهذه الدراسة حدود معينة، الحدود المكانية والحدود الزمانية:

الحدود المكانية: توجد في اجتهادات المحاكم الأردنية في مسائل عيوب الرضا، والاقتصار على المذاهب الأربعة المتفق عليها عند أهل السنة والجماعة¹ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة² دون التطرق لغيرها من المذاهب.

الحدود الزمانية: توجد في القانون المدني الأردني الساري رقم 43 لسنة 1976، وأيضاً مجلة الأحكام العدلية وما نص عليه الفقه الإسلامي.

سابعاً: مصطلحات الدراسة:

العقد: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه بثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.⁽¹⁾

العيوب: إن عيوب العقد موضع الدراسة، هي تلك الأمور التي تلابس إنشاء العقد أو تظهر بعد انعقاده، مما يؤدي إلى فسخة أو بطلانه أو فساده، سواء كانت هذه العيوب متعلقة بمحل العقد أو

¹ نص المادة (87) من القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976.

بالعاقدين أو بصيغة العقد بالاضافة إلى العيوب المؤثرة على الإرادة العقدية، وهي الاكراه، والتغريب والغبن والغلط.

الفقه: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية.⁽¹⁾

بمعني معرفة ما يصدره الشارع الحكيم صراحة أو دلالة للناس من أوامر ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم ببعض.

القانون: هو مجموعة القواعد والمبادئ والأنظمة التي يضعها أهل الرأي في أمة من الامم، لتنظيم شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية، إستجابة لمتطلبات الجماعة.

ثامناً: الإطار النظري والدراسات السابقة:

الإطار النظري:

سأقوم بتقسيم هذه الدراسة بحسب الفصول الآتية:

الفصل الأول: سأعرض فيه إلى ملخص عن فكرة الدراسة ولأهمية الدراسة، ولأهداف الدراسة، ولفرضيات الدراسة وأسئلتها، إلى حدود الدراسة، وإلى مصطلحات الدراسة، ومنهجية الدراسة.

الفصل الثاني: سأعرض فيه إلى الغلط.

الفصل الثالث: سأعرض فيه إلى التغريب والتدليس والغبن والاستغلال.

الفصل الرابع: سأقوم بوضع خاتمة للدراسة وإلى النتائج التي توصلت إليها وإلى توصياتي حول مشكلة الدراسة وفرضياتها وأسئلتها.

الدراسات السابقة:

- الصوري، كفاح عبد القادر أحمد (1995)، التغريب وأثره في العيوب، (رسالة ماجستير

منشورة)، الجامعة الأردنية كلية الدراسات العليا، عمان، الأردن.

¹ نجيب، مصطفى أحمد والهزايمة، محمد (1991) المدخل إلى دراسة التشريع الاسلامي، ط1، عمان، دار عمار، ص5.

حيث تناولت هذه الدراسة بالتحليل والتغريب وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، والأحكام المترتبة عليه، وقد اشتملت الدراسة وفق الأصول العلمية والمنهجية، على بيان أقول الفقهاء المسلمين وأدلتهم، والناقشات التي شارح حول هذه الأدلة، وبيان الرأي الراجح في المسائل التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء.

- السسي، محمد بود (1989)، عيبا الغلط والتغريب (التذليس) في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الأردنية كلية الحقوق قسم القانون الخاص، عمان، الأردن.

لقد تناولت هذه الدراسة جزئية من عيوب الرضا وهما الغلط والتذليس، فهما من العيوب التي تشوب اردة التعاقد في شتى أشكال التصرفات القانونية، وايضاح وجه الوفاق .

الفصل التمهيدي

عيوب الرضا في العقود

يحتاج الناس إلى العقود في جميع شؤون حياتهم، فالبيع عقد والناس في حاجة للبيع والشراء لقضاء حوائجهم وإشباع رغباتهم، والإجارة عقد والناس في حاجة للإجارة، والوكالة عقد والناس بحاجة للوكالة، وكذا الشركة وسائر العقود المسماة وغير المسماة.

ولمّا للعقود من أهمية في حياة الناس أمرنا الله بها فقال عز وجل "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (1). وتنقسم العقود من حيث اللزوم وعدمه إلى عقود لازمة، أي لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقلّ بفسخها كالبيع والإجارة، وعقود غير لازمة، أي التي يجوز لأحد الطرفين أن يستقلّ بفسخها كالوكالة. لقد أخذ العقد معنى قوته الإلزامية عن القانون المدني الذي جعل المدين يرتبط بدائنه -مجازاً- ولا يفك من قيده إلا بقيامه بما التزم به (2).

يتعين لإتمام العقد أن يصدر إيجاب يقترن به قبول، وإذا توافقت الإرادتان تم العقد. فإذا نشأ العقد خالصاً مما يمكن أن يعتريه من النقص -التي تعمل على بطلانه، أو ما إلى ذلك من فسخ أو تعديل- فإن العقد يستكمل قوته الملزمة ويتحتم على كل من المتعاقدين أن يقوم بتنفيذ ما التزم به (3).

إن الآثار التي يرتبها العقد من التزامات أو حقوق، إنما تقتصر على المتعاقدين وحدهما، ولا تصرف إلى غيرهما إلا في أحوال معينة (4)، وتلك هي قوة العقد الملزمة فيما يتصل

¹ الآية الأولى من سورة المائدة.

² عامر، حسين، مرجع سابق، ص 9، 10.

³ أنظر المادة 241 مدني أردني.

⁴ أنظر المواد 206، 207 مدني أردني.

بالأشخاص. أمّا الآثار التي يربتها العقد، وفق ما تضمنه من التزامات وحقوق فهذه هي القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع (1) .

تعريف الرضا لغة واصطلاحاً :

أولاً: في اللغة : طيب النفس بما يصيبه ويفوته مع عدم التغير (2)

ثانياً : في الاصطلاح : هو " امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من

ظهور البشاشة في الوجه ونحوها " (3) . أو " هو الرغبة في الفعل والارتياح إليه " (4)

ويعرف الأستاذ الزرقا عيوب الرضا بأنها : " حالات لا يحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية

الحقيقية، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة، بل يوجد آفة أصابت إرادة العاقد، ولا

يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً " (5)

تعريف العقد لغة:

كلمة عقد مأخوذة من (عَدَّ) وهو الجمع بين الأجزاء جمعاً خاصاً، فيقال عقدتُ الحبل إذا جُمعتُ

أجزاؤه، ويقال عقدتُ الحبلَ والعقدة ما يمسكه ويوثقه مثل عقدت البيع وعقدت اليمين). (6)

تعريف العقد اصطلاحاً:

يقصد به الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يثبت عليه حكم شرعي بإلزام

لأحد الطرفين أو لكليهما، وهناك من الفقهاء المسلمين من يجعل كل ما عَزَمَ المرءُ على فعله

¹ أنظر المادة 199 مدني أردني.

² المناوي، محمد عبد الرؤوف (1410 هـ) التعاريف تحقيق : د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية ، 365/1.

³ أبو البركات، عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي (ت 710) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار : دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ 383/4.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، دار الصفوة، مصر، الطبعة الأولى، 1414 هـ / 1994 م، 5/3.

⁵ الزرقا، مصطفى أحمد (1998) المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق، سورية، ص 452.

⁶ ابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم الأنصاري (2003م)، لسان العرب (تحقيق: عامر أحمد حيدر)، ط: 1، ج: 3، ص: حرف الدال، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

عقداً، سواءً أكان ذلك بإرادته المنفردة كالوصية والإبراء من الدين أو بتطابق إرادتين كالبيع والإيجار والشركة والقرض ونحوهما، ويرى هؤلاء أن كل هذه التصرفات عقود لما فيها من معنى العزم وإنعقاد النية على عملها، بل إن عزم المرء على فعل هكذا أمر ما هو إلا تقوية لإرادته، وإلى هذا إتجه المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾، وهو تعميم لا يقره البعض كالأحناف الذين يريدون المعنى الخاص وهو التصرف الذي يتم بين طرفين وتتشأ عنه إلزامات، ولذلك عرفوا العقد بأنه (ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثر شرعي)⁽²⁾.

تعريف العقد في القانون والفقهاء القانونيين:

عرفت المادة (87) من القانون المدني الأردني العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه إلتزام كل منهما بما وجب عليه لآخر".

وهذا هو تقريباً تعريف العقد في المادة (73) من القانون المدني العراقي⁽³⁾ إذ تقول: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه". فيما لم يعرف القانون المدني المصري⁽⁴⁾ الجديد العقد على خلاف القانون القديم تاركاً تعريفه للفقهاء، كما عرف القانون المدني الكويتي العقد في المادة 31 منه على أنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني.

¹ أبو البركات، عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ، ص22.

² أبو السعود، رمضان (1990). شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الدار الجامعية، ط1، ص33.

³ قانون رقم (40) لسنة (1951)

⁴ قانون رقم (131) لسنة (1948)

وبالعودة لتعريف العقد الوارد في المادة 87 من القانون المدني الأردني يرى بعض الفقه أنه لم يكن تعريفاً دقيقاً للعقد بذاته ولكن جاء موفقاً في بعض مواقعه في إبراز المبادئ الأساسية التي تحكم نظرية العقد بحسب رؤية المشرع الأردني لها، فقد أكد المشرع الأردني مفهوم الرضائية في العقد والتي تشمل على كل من مبدأ الحرية العقدية والعقد شريعة المتعاقدين عندما إشتراط توافق في الإيجاب والقبول، ثم أكد مبدأ المشروعية في العقد من خلال اشتراطه لوجوب ثبوت الأثر في المعقود عليه، وقيام الإلتزامات على عاتق أطراف العقد، حيث لا يتحقق هذان الأثران للعقد بوصفه عقداً إلا إذا كان صحيحاً وهذا ما أشارت إليه المادة 167 مدني أردني⁽¹⁾ وأما ما ينشأ من آثار عن العقد الباطل فليست أثراً له كعقد وإنما كواقعة مادية، ويضيف مما يدفعنا للقول بأن نص المادة 87 من القانون المدني الأردني هو تفسيراً للعقد وليس تعريفاً دقيقاً له.

كما علق بعض الفقه على التعريف الوارد بالمادة (87) ق.م أردني بقوله، إن تعريف العقد الوارد في المادة(262) من مرشد الحيران، والذي نقله القانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني الأردني مع شيء من الإضافة في المادة (87) يعمم فكرة الإرتباط بين القبول والإيجاب دون أن يخصّه بحصوله بين متعاقد وآخر، لإمكان أن يقوم العقد بين أكثر من طرفين كما هو الشأن في الشركة والقسمة، وعرف العقد بأنه إرتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني. ويرى أن الأثر القانوني يتمثل في إنشاء الإلتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه. وقد كان الأجدى بالتشريعات عدم اللجوء إلى إيراد تعريف للعقد لا سيما وأنه لا يوجد تعريف لم يوجه له النقد، وأن يترك ذلك للفقه، لا سيما وأنه حتى هذا الأخير في حالة تطوّر

¹ ملكاوي، بشار عدنان (2008) ، تقييم تعريف العقد في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد الثاني، ص ص 500-509 - وتنص المادة 167 مدني أردني "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له.

وتبدّل. فإن كان من شأن العقد أن يولّد الإلتزام والحقوق والواجبات وينقل الحق أو الإلتزام ويعدّل فيه ويمكن أن ينهيه، فهو بذلك يتفق في مدلوله مع إصطلاح الإتفاق⁽¹⁾. فالعقد والإتفاق أصبحا في لغة القانون المعاصر والقضاء والفقه إصطلاحين مترادفين يعني أحدهما الآخر⁽²⁾.

وإذا تم العقد وفقاً لقواعد القانون بأن تم التوافق على إبرامه بين إرادتين صحيحتين بالإتقاء القبول بإيجاب ما زال قائماً، وإذا كان التراضي فيه على عقد نهائي فلا هو مجرد وعد بالعقد ولا هو عقدٌ معلق على شرط واقف، ولم يشترط فيه حق العدول صراحة أو ضمناً، ففي هذا الحال يقوم العقد ملزماً للمتعاقدين إلزاماً نهائياً يرتبطان بما إتفقا عليه من شروط طالما أنه أجري في الحدود التي يبحثها القانون، من ناحية عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب العامة.

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً، وكما أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين منفرداً بإرادته وحده أن ينقض العقد أو ينهيه أو يعدّل فيه أو ينهيه، فإنه لا يجوز للقاضي أن يفعل شيئاً من ذلك، وهذا ما يعبر عنه بالقول أن العقد شريعة المتعاقدين، ذلك أن العقد له شأن القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين.

كما أن العقد ينسخ القانون في حدود النظام العام والآداب العامة، وأن أحكام القانون التي تدخل في هذه الحدود ليست إلا أحكاماً تكميلية لإرادة المتعاقدين، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في نطاق هذه الأحكام التكميلية، سرى عليهما ما أَراداه لأنه هو الأصل، واختفت الأحكام التكميلية، لأن البديل يتوارى إذا ظهر الأصل⁽³⁾، فكما لا يجوز للفرد

¹ الحنفي، أحمد بن أبي سعيد (1998) نور الأنوار في شرح المنار، تحقيق حافظ الزاهدي، الجامعة الإسلامية، الباكستان، ص33.

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1998) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص79، 83، الحكيم، عبد المجيد (د.ت) مصادر الإلتزام، الجزء الأول، لام، ص30، 31.

³ السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص698.

أن يتحلل من إلتزام فرضه القانون لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من إلتزام أنشأه عقد كان هو طرفاً فيه.

سبق وأن أوردنا أن العقد أخذ معنى قوته الإلزامية (La force obligation) عن القانون الروماني الذي كان يعبر عن الإرتباط القانوني بما كان يسميه (Vinculum juris) وبه يرتبط المدين بدائنه مجازاً- ولا يفك قيده إلا بقيامه بما إلتزم به وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسي¹ ونصت عليها المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي بقولها (الإتفاقيات المعقودة على وجه شرعي تعتبر مقام القانون لمن عقدها) ثم صارت هذه القاعدة من المبادئ الأولية في تشريع كل بلد فقد نصت عليها المادة (147) من القانون المدني المصري بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين". وفي ذات الصياغة نصت المادة 196 من القانون المدني الكويتي والمادة 148 من القانون المدني السوري، كما نصت المادة 146 من القانون المدني العراقي عليها بقولها (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي ونصت المادة (241) منه على ما يلي:

" إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون". وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق فهناك وجوه شبه كما أن هنالك وجوه خلاف وكما يلي:

أوجه الشبه بين نصوص العقد ونصوص القانون:

1. أن كلاً منهما ملزم ويترتب على مخالفته جزاء.
2. يجوز لكل منهما الخروج على قانون أو عرف.

¹ أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص 80.

3. جواز حل العقد وإلغاء القانون بالطريقة التي صنع بها كل منهما.

أوجه الخلاف بين نصوص العقد ونصوص القانون:

1. لا يجوز للعقد أن يخرج على نص قانوني أمر (يعتبر من النظام العام)، فيما يجوز للقانون أن يلغي قانوناً ولو كان معتبراً من النظام العام.

2. قد يقع إلغاء العقد بغير الطريقة التي تم بها العقد، على خلاف القانون فلا يلغى إلا بالنحو الذي عمل به، فهناك بعض العقود يحرّم القانون إلغائها ولو برضاء الطرفين إلا في أحوال معينة كما أن بعض العقود تحل بإرادة واحدة ولو أنشئت بإرادتين، كالحق المخول لأحد طرفي عقد العمل الفردي المبرم لمدة غير محددة بإنهائه بإرادته الفردية، وكذلك الحال في عقود الوكالة والوديعة والشركة والإيجار إذا كانت عقود الشركة والإيجارات غير محددة المدة¹.

3. أن تفسير القانون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز أما تفسير العقود فهو مسألة موضوعية يختص بها قاض الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه.

إذا كانت القاعدة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ بإتفاق أطرافه أو للأسباب التي يقررها القانون، فإنها لا تنطبق إلا على العقود اللازمة، أما العقود غير اللازمة سواءً بنص القانون أو بإتفاق الطرفين فيجوز فيها إنهاء العقد والتحلل من قوته الملزمة بالإرادة المنفردة، لكنّ سلطة المتعاقد في التحلل من العقود غير اللازمة لا تعطيه سلطة تعديل العقد إلا بالإتفاق مع الطرف الآخر للعقد. ونصت عليها المادة (146) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ بقولها: " إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" ونصت على هذا المبدأ المواد (196) من القانون المدني الكويتي والمادة (148) من القانون المدني السوري.

¹ زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص335.

² القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951)

أما القانون المدني الأردني فإنه يلتقي مع التشريعات السابقة الذكر فقد جاء هذا المبدأ في المادة (241) حيث نصّت على: " إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"⁽¹⁾. قاعدة العقد شريعة المتعاقدين نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ويترتب على هذه القاعدة النتائج الآتية:

(1): لا يجوز للمتعاقد أن يستقل بنقض العقد أو تعديله.

إذا كان العقد صحيحاً لازماً فإنه لا يجوز لأحد العاقدين أن ينقض أو يعدل فيه بإرادته وحده الا أن يتفق الطرفان أو بإذن ووفقاً لذلك فإن نقض العقد أو تعديله يكون من عمل المتعاقدين إذا اتفقا على ذلك، أو قد يتفقا على تخويل هذا العمل لأحدهما، أو قد يكون هذا النقض أو التعديل لسبب أقره القانون، فهناك عقود أجاز فيها القانون لأي من المتعاقدين أن يستقل بنقضه، كالوكالة والوديعة، وعقد العمل الفردي عندما تكون هذه العقود الثلاثة الأخيرة غير محددة المدة، كما أن القانون قد يجيز لشخص واحد بعينه أن يستقل بنقض العقد كما في الهبة، ومن المفيد التنويه أن هنالك عقود يمنع القانون إلغاءها ولو برضى الطرفين إلا في أحوال معينة .

وبمقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يجوز للعاقدين نقض العقد أي أن يتقايلا العاقدين العقد برضاها وفي ذلك تقول المادة (242) من القانون المدني الأردني والمادة (181) من القانون المدني العراقي (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده)⁽²⁾ كما يجوز تعديله بعد إنعقاده برضى عاقديه كما لو اتفقا على زيادة الأجرة أو تخفيضها، فالتراضي على نقض العقد أو تعديله كالتراضي على إبرام العقد فكلاهما جائز.

¹ أنظر المواد 87، 199، مدني أردني السابق سردها

² أنظر المادة 243 مدني أردني التي تقول (الإقالة في حق العاقدين فسخ...)

ونقض العقد بالإتفاق ليس له أثر رجعي على عكس فسخ العقد الذي يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد سواء كان هذا الفسخ بالإتفاق أو بالتقاضي وفي هذا تقول المادة (248) من القانون المدني الأردني " إذا إنفسخ العقد أو فُسخ أعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد فإذا إستحال ذلك يحكم بالتعويض". وهذا هو نفس نص المادة (160) من القانون المدني المصري.

(2): تقييد القاضي بقانون العقد.

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فإن القانون قد أراد له ذلك ليصير العقد نوعاً من القانون الخاص لمن عقده برضاهم، وبهذا الوضع الذي تساوت فيه الاتفاقات والقانون فإنه يتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما اشترعاه، كخضوعهما لما شرعه القانون، كما يتعين على القاضي رعاية تلك الاتفاقات وحمايتها كرعائه للنصوص القانونية وحمايته إياها، بمعنى إذا طرح عليه نزاع بشأنها، فإنه يجب عليه تطبيق ذلك القانون الخاص الذي وضعه المتعاقدان فيما بينهما، والذي فرض له القانون العام تلك الصفة وذلك الإلزام⁽¹⁾.

ودور القاضي هنا يبقى مقيداً بإرادة المتعاقدين، فهو يتقصى مراميها ويتعرف على طبيعة المعاملة بينهما، ويحكم في ذلك بما تقتضيه طبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة على أن تكون هذه مكملة لإرادة المتعاقدين اللذين أنشأ العقد⁽²⁾

والرضا ركن من أركان العقد فبدونه لا نكون أمام عقد صحيح ، وللرضا عيوب عند دراستها لا بد من الوقوف على مناط الرضا وهي الإرادة، فالإرادة لدى المتعاقد قد تكون معدومة (كإرادة الصبي غير المميز أو المجنون) ويترتب عليها بطلان العقد ، وقد تكون الإرادة موجودة

¹ أحمد، محمد شريف، مرجع سابق، ص86.

² زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص335.

(إذا صدرت من كامل الأهلية) ولكنها معيبة بعيب (الإكراه أو التغرير والغبن أو الغلط) ففي هذه الحالات لا يكون العقد باطلاً وإنما يكون العقد موقوفاً وفي حالات أخرى يكون عقداً صحيحاً لكنه غير لازم أي يجوز للمتعاقد فسخه (بحسب القانون المدني الأردني والشريعة الإسلامية) ، وباطلاً بطلاناً نسبياً (بحسب القانون الفرنسي والمصري).

وإذا كان المذهب الحنفي يعتد بالعبارة الصادرة عن العاقل ويرى فيها ركن العقد، ويعتمد على ما هو محسوس دون القصد الحقيقي، فإن بعض فقهاء الحنفية ذاتهم صرحوا بأن الاعتبار للمعنى لا للألفاظ؛ فلا يتوقف عند النص، وإنما عند معناه، ودلالته، فتفسر العبارة حسب ما تدل عليه الجملة جميعها، بمساقها، ولحاقها، وقرائنها⁽¹⁾

وقال الشافعية بمبدأ الإرادة الظاهرة. ويبدو أن الحنفية كانوا أقرب إلى الإرادة الظاهرة منها إلى الباطنة ويظهر الخلاف الفقهي في القانون المدني الأردني لتعددية الآراء الفقهية؛ فقال البعض بالإرادة الظاهرة، وقال البعض الآخر بالإرادة الباطنة واتجه آخرون بالقول بالجمع بين النظريتين⁽²⁾

وإن كان بعض الفقه يرون أن الإيجاب والقبول من أركان العقد، ويعرفانها بأنهما العمل القانوني الذي يربط المتعاقدين فتعتبر به إرادتهما شرعية ملزمة لهما في حدود حقوقهما فالعقد بالنسبة إليه، في حقيقته إيجاب وقبول⁽³⁾.

¹ داغي، علي محي الدين علي (1985)، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والفقه المدني

"الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي، ج 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ص 219.

² شلبي، محمد (1983)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيها، دار النهضة

العربية، بيروت، لبنان، ص 27.

³ الزرقا، مصطفى (1963) المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ص 342.

الفصل الأول

الإكراه

للإكراه عند دراسته إطارين يتمثل الأول بالإكراه المعدم للرضا كمن يمسك بيد المكره (بفتح الكاف) ويجبره على توقيع عقد البيع فهنا تتكون الإرادة معدومة وبالتالي يترتب عليه بطلان العقد وما يهم في دراستنا هو الإطار الثاني للأكراه أي (الإكراه المفسد للرضا) وهذا ما عرفتاه المادة 135 من القانون المدني الأردني¹ بأنه (إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً) وعليه يفهم من نص المادة أن للإكراه نوعين هما : إكراه مادي (وهذا النوع يقع على جسم الإنسان فيقبل الشخص بإبرام العقد بهدف التخلص من الألم) ، وإكراه معنوي (يتمثل في التهديد بالإيذاء أو القتل فيقبل الشخص بالتعاقد بداعي الخوف مستقبلاً)، والإكراه في الغالب ما يكون إيجابي (أي التهديد بالقيام بعمل) وقد يكون سلبي يتمثل في الامتناع عن عمل ومثاله : الطبيب الذي يمتنع عن القيام بعملية جراحية إلا في حالة زيادة الأجرة المتفق عليها في وقت يصعب على المريض الاستعانة بطبيب غيره⁽²⁾.

¹ المادة 135 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² أحمد، محمد شريف مرجع سابق، ص90.

المبحث الأول

معنى الإكراه في الفقه الإسلامي والقانون وشروطه

يقول الفراء: المكروه ما أكرهك غيرك عليه تقوم جنتك كرهاً، وأدخلتني كرهاً، وأكرهته تعني حملته على أمر هو له كاره⁽¹⁾، والكره معنى قائم بالمكروه ينافي المحبة والرضا؛ ولهذا يستعمل كل واحد فيهما مقابل الآخر، ويقول الله تعالى: "كتب عليكم القتال وهو كره وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم والله يعلم وأنتم لا تعلمون"⁽²⁾.

تعريف الإكراه لغة واصطلاحاً:

الإكراه لغة: هو مصدر أكره يكره إكراهاً، إذا غضبته وحملته على أمر هو له كاره، فأصل الكلمة يدل على خلاف الرضا والمحبة⁽³⁾.

الإكراه اصطلاحاً: هناك تعريفات متعددة في اصطلاح الفقهاء منها:

- جاء في معجم لغة الفقهاء أن الإكراه: هو حمل إنسان على عمل أو ترك بغير رضاه، ولو ترك بدون إكراه لما قام به⁽⁴⁾.
- بقول السرخسي في المبسوط الإكراه: "اسم لفعل يفعله المرء بغير فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب"⁽⁵⁾.
- جاء في شرح المنار الإكراه: "حمل الإنسان على ما يكرهه ولا يريد ذلك الإنسان مباشرته"⁽¹⁾.

(1) ابن منظور (د.ت). لسان العرب، ج5، طبعة دار المعارف، ص386 باب كره..

(2) سورة البقرة، الآية: 216.

(3) ابن منظور، ت، 711، مرجع سابق:، دار المعارف، الرياض، السعودية، بدون تاريخ.

(4) قلججي، محمد رواس (1998) معجم لغة الفقهاء: دار النفائس، بيروت، لبنان، 1408 هـ / 1988 م.

(5) السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت 483) أصول السرخسي، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت،

لبنان، هـ 1993، 4/115.

- عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 948 بأنه: "إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق دون رضاه بالإخافة"⁽²⁾. ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبره مجبر ولذلك

العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به

تعريف الزرقا للإكراه:

يعرف الشيخ مصطفى الزرقا الإكراه بأنه: "الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية، أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك"⁽³⁾.

التعريف المختار:

ويرجح الباحث التعريف الوارد في شرح المنار كونه لم يتقيد بالأفعال دون الأقوال فهو يشمل الأقوال والأفعال، أما التعريفات الأخرى فافتصر فيها الإكراه على الأفعال، فقد يقع الإكراه للأقوال كوقوع الأفعال.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي:

يتفق المعنيان اللغوي والاصطلاحي على كون الإكراه على نقيض من الرضا، وبذلك تتجلى لنا العلاقة الوطيدة التي تربط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للإكراه.

شروط الإكراه:

أولاً: أن لا يكون الإكراه بحق، فإن كان الإكراه مشروعاً، كإكراه القاضي مديناً على بيع ماله الزائد عن حاجته لوفاء الدين. فلا يكون إكراهاً.
ثانياً: أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به.

¹ الحنفي، أحمد بن أبي سعيد (1998) نور الأنوار في شرح المنار، تحقيق حافظ الزاهدي، الجامعة الإسلامية، الباكستان، 307/2

² حيدر، علي (د.ت) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 10/9.

³ الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص 632

ثالثاً: أن يكون الشيء المكروه به متلفاً للنفس أو عضو من أعضائه، أو مما يصعب على النفس احتمالها، وهذا يختلف من شخص لآخر فقد يؤثر المكروه به على شخص ويؤذيه ولا يؤثر على آخر.

رابعاً: أن يغلب على ظن المكروه وقوع ما هدد به المكروه في حال امتنع الأول عن تنفيذ ما أمره به المكروه.

خامساً: أن يكون المهدد به عاجلاً وليس آجلاً. إمكان المكروه باللجوء لمن هو أعلى مكانة من المكروه⁽¹⁾.

ويقسم فقهاء القانون الإكراه إلى مادي ومعنوي، وذلك طبقاً لنوع الضغط المباشر على المكروه. ويقسمه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار، ويسمى إكراهاً تاماً أو ملجأً، وإكراه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ويسمى إكراهاً ناقصاً أو غير ملجئ⁽²⁾. وقد بينا أن الإكراه في الشريعة الإسلامية "اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب؛ لأن المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب، ولا شك أنه مخاطب في غير ما أكره عليه"⁽³⁾.

وللإكراه عند دراسته إطارين يتمثل الأول بالإكراه المعدم للرضا كمن يمسك بيد المكروه (بفتح الكاف) ويجبره على توقيع عقد البيع فهنا تكون الإرادة معدومة وبالتالي يترتب عليه بطلان العقد وما يهم في دراستنا هو الإطار الثاني للأكراه أي (الإكراه المفسد للرضا) وهذا ما

¹الموصلي عبد الله بن محمود (ت683هـ) الاختيار لتعليم المختار مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 2، 105/1963.

⁽²⁾عبد الفتاح، محمد السعيد (2002). أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص61.

⁽³⁾السرخسي، محمد بن أحمد (ت 490 هـ) (1414 هـ)، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفيغان، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ص332 و333 و340، ص28.

عرفته المادة 135 من القانون المدني الأردني بأنه (إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً)¹.

وعليه يفهم من نص المادة أن للإكراه نوعين هما : إكراه مادي (وهذا النوع يقع على جسم الإنسان فيقبل الشخص بإبرام العقد بهدف التخلص من الأقدم) ، وإكراه معنوي (يتمثل في التهديد بالإيذاء أو القتل فيقبل الشخص بالتعاقد بداعي الخوف مستقبلاً) . والإكراه في الغالب ما يكون إيجابي (أي التهديد بالقيام بعمل) وقد يكون سلبي (يتمثل في الامتناع عن عمل) ومثاله : الطبيب الذي يمتنع عن القيام بعملية جراحية إلا في حالة زيادة الأجرة المتفق عليها في وقت يصعب على المريض الاستعانة بطبيب غيره.

والتقسيم الأكثر أهمية في الإكراه هو انقسامه إلى أكره ملجئ وإكراه غير ملجئ .

• الإكراه الملجئ (هو الذي يقع بتهديد بخطر جسيم على الجسم أو المال) كالتهديد بالقتل أو بإتلاف المال.

• الإكراه غير الملجئ (هو مادون ذلك أي الإكراه الذي لا يصل إلى حد القتل أو إتلاف المال) كالحبس أو التأييب أمام الناس⁽²⁾ .

• الفرق بينهما : 1- الإكراه الملجئ يعد م الرضا ويفسد الاختيار (المقصود من أنه يعدم

الرضا أي يعدم رغبة المتعاقد في آثار العقد كرهبته في تملك المبيع في عقد البيع أو

رهبته في استعمال العين المأجورة ، والمقصود من أنه يفسد الاختيار أي انه يفسد

اختيار المتعاقد في قصده بالألفاظ أو العبارة المنشئة للعقد كقوله قبلت السيارة في مدة

شهر أن لم احصل عليها في المدة المحددة يسقط قبولي بالمبيع . 2- الإكراه غير الملجئ

يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار .

¹ مادة 135 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

² الموصلي عبد الله بن محمود مرجع سابق، 2، 105/1963.

الإكراه الملجئ طالما أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار فهو بذلك يؤثر على جميع التصرفات القولية والفعلية للمتعاقد ، بينما الإكراه غير الملجئ يؤثر فقط في التصرفات القولية دون الفعلية.

حكم الإكراه : سواء كان الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ فالعقد يكون (موقوف) أي غير نافذ و لا ينفذ إلا بإجازة المكره نفسه (أي من وقع عليه فعل الإكراه) هذا ما نصت عليه م141 مدني أردني.

أما بالنسبة لشرط الإكراه المادي فقد حدد الفقه والقضاء شروطه فثمة إجماع أن الإكراه المادي لا بد أن يتوافر فيه شرطان هما⁽¹⁾:

1- أن تكون القوة غير قابلة للرد.

2- أن تكون هذه القوة غير متوقعة.

ويقصد بالقوة غير القابلة للرد بأنها: "القوة المعدمة للمسؤولية في الإكراه المادي، وهي التي تبلغ حداً من الجسامة يجعل من المستحيل على المكره تجنبها وعدم الامتنال لأمرها، سواء بالفعل أو الامتناع عن الفعل الذي تقوم به الجريمة"⁽²⁾، أما إذا كانت القوة التي وجهت الفاعل إلى السلوك الإجرامي قد جعلت اجتنابه أمراً صعباً فإن الإكراه المادي لا يتحقق.

وقد اشترطت الشريعة الإسلامية أن يقع في نفس المكره أن الذي توعد به المكره سينفذ، منه وأنه عاجز كل العجز عن الخلاص من ذلك بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة؛ وذلك لأن معيار الأحداث هو حدوث الخوف في نفس المكره، فإذا هدد المكره بشيء واستطاع أن يتلافاه وفي قدرته التخلص منه لا يحدث له ذلك الخوف الذي يعتبر معياراً للإكراه، ويرى الكاساني أن

(1) عامر، حسين، مرجع سابق ، ص11.

(2) عوض، محمد محي الدين (1986). القانون الجنائي مبادئه الإسلامية ونظريات في الشريعة الإسلامية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ص50.

الشرط الذي يرجع إلى المكره هو أن يكون قادراً على تحقيق ما وعد؛ لأن الضرورة لا تتحقق إلا عند القدرة، وعلى هذا قال أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان⁽¹⁾.

أما المقصود بأن تكون القوة غير متوقعة، "ألا يكون المتهم قد توقع خضوعه للقوة التي أكرهته على الفعل، وألا يكون ذلك في استطاعته إذا أصبح متعيناً عليه عند التوقع الفعلي أو عند استطاعه التوقع أن يتفادى الخضوع لهذه القوة، فإن لم يفعل فمعنى ذلك أن لإرادته نصيباً في هذا الخضوع وفي الفعل أو الامتناع الذي صدر عنه فلا يكون للإكراه المادي محل"⁽²⁾.

ولم يتطلب فقهاء الشريعة الإسلامية شرط عدم التوقع صراحة، ولكنه يستفاد من مجمل الشروط التي تطلبها الفقهاء لتحقيق الإكراه أن شرط التوقع شرط جوهري للحكم بتوافر الإكراه، والشرط الموضح لهذا تفصيلاً هو تطلب أن يكون الخطر حالاً، فالحلول بمفهوم المخالفة ينفي التوقع بالخطر وأن الخطر ليس آجلاً⁽³⁾.

أما بالنسبة للإكراه المعنوي، فإن هناك شروط تتعلق بالخطر، ومنها ما يتعلق بالفعل المرتكب درءاً لهذا الخطر، أما بالنسبة لشروط المحقق للإكراه المعنوي فهي⁽⁴⁾:

- 1- أن يكون الخطر مهدداً للنفس.
- 2- أن يكون الخطر جسيماً.
- 3- أن يكون الخطر حالاً.
- 4- ألا تكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، مرجع سابق، ص176. وانظر الشيخ، عبد الفتاح (1998). مرجع سابق، ص42 وما بعدها.

(2) أبو زهرة، محمد (1999). الجريمة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص40.

(3) عبد الفتاح، محمد السعيد، مرجع سابق، ص99.

(4) عبد الفتاح، محمد السعيد، مرجع سابق، ص105.

ونجد أن الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الأمر الذي هدد به المكره متضمناً لإتلاف نفس المكره أو عضوه أو إتلاف ماله، أو متضمناً أذى من يهمله أمره من الناس كالتهديد الذي يمس الزوجة أو الوالدين⁽¹⁾.

ولا يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية في أحكام الضرورة في نفس الفاعل ونفس الغير ولا بين مال الفاعل ومال الغير. الأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد باتلاف المال ليس إكراهاً، ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه، لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال، واختلف المالكية في التخويف بأخذ المال هل يعتبر إكراهاً أم لا؟ فذهب مالك إلى أنه إكراه، والثاني لإصبح أنه ليس إكراهاً، والأخير لابن الماجشون فيرى أنه إن كثر فهو إكراه⁽²⁾.

ونرى ان الشريعة قد اصابته في اعتبارها المال كالنفس، فالمال يعد نفساً حكيمية؛ لأن المال قرين الروح؛ ومن ثم يتوافر الأعضاء من العقاب عند التهديد بإتلاف المال كالتهديد بإتلاف النفس.

كما تطلبت الشريعة الإسلامية أن يكون الخطر جسيماً، فيشترط الفقهاء أن يكون الخطر المهدد به أشد خطراً على المكره مما حمل عليه؛ لأن على الإكراه أن يدفع عن نفسه ما هو أعظم مما يقدم عليه، وشرط الجسامة يعتبره الفقهاء شرطاً بديهياً. وفي نصوص القرآن الكريمة ما يدل على أهمية هذا الشرط، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم"⁽³⁾، وهذا النص يدل على اشتراط الخطر الجسيم⁽⁴⁾.

(1) عودة، عبد القادر، مرجع سابق، ص 567.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، ص 365.

(3) سورة المائدة، الآية: 3.

(4) ابن عبد البر، يوسف النمري القرطبي، (ت 463 هـ)، (1980)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد الموريتاني، ج 2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ص 211.

وياخذ الفقه الإسلامي بالمعيار الشخصي في تحديد مدى جسامه الخطر، حيث أنها تشترط لكي يكون الإكراه قائماً أن يغلب على ظن المكره أنه لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به، ويجب أن يكون ظن المكره مبني على أسباب معقولة. ومما يؤكد أخذها بهذا المعيار أن فقهاء الشريعة يرون أن تقدير الوعيد يختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراهاً في حق شخص دون آخر وفي سبب دون آخر⁽¹⁾.

وقد تطلب الفقه الإسلامي أن يكون الخطر المهدد به عاجلاً فلو كان أجلاً فإن الإكراه لا يتحقق، لأن التأجيل فيه فطنة تخلص المكره مما هدد به بالاستغاثة والاحتفاء بالسلطات العامة؛ فحينئذ فالمكره ليس عاجزاً عن دفع ما هدد به، ومن شروط الإكراه العجز عن دفع ما هدد به، وانعدام الشرط يترتب عليه انعدام المشروط، فاشتراط التعجيل أمر لا بد منه عند الحنفية والشافعية والمالكية فقد صرحوا بعدم اشتراط أن يكون المهدد به عاجلاً.

كما اشترطت الشريعة الإسلامية ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في حلول الخطر، وهي بهذا تتفق مع القانون الوضعي، ولقد ورد هذا الشرط في كتاب الله الحكيم⁽²⁾.

أما بالنسبة لشروط الفعل الذي يدرأ به خطر الإكراه فهي: ألا تكون هناك وسيلة أخرى لدرء الخطر سوى المقاومة المشروعة، وأن يكون الفعل لازماً لدفع الخطر، وأن يكون الفعل متناسباً مع جسامه الخطر.

وتشترط الشريعة الإسلامية ألا تكون هناك وسيلة أخرى غير الجريمة لدفع الخطر، وإن كانت لم تصرح به، ولكنه يستفاد من مواقف قد تم الفعل فيها، فقد روي أنه أنت امرأة إلى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه - فقالت: يا أمير المؤمنين إني فجرت فأقم في حد الله فأمر

(1) السرخسي، شمس الدين، ج24، مصدر سابق، ص51.

(2) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (1995م)، الجامع لأحكام القرآن، (تحقيق هشام البخاري)، ط: 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، مجلد1، ج2، ص214.

برجمها، وكان علي - رضي الله عنه - حاضراً، فقال له: سلها كيف فجرت فقالت: كنت في خلاء من الأرض فأصابني عطش شديد فوقفْتُ إلى خيمة فأنيتُها فأصبت فيها رجلاً أعرابياً فسألته الماء، فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي، فوليت منه هاربة، فاشتد بي العطش حتى غارت عيناى، وذهب لساني، فلما بلغ مني أتيتُه فسقاني ووقع علي، فقال له على هذه هي التي قال الله تعالى فيها: "فمن اضطر غير باغٍ ولا عاد"⁽¹⁾، وهذه غير باغية ولا عادية، فخل سبيلها، فقال عمر لولا علي لهلك عمر⁽²⁾. ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية أن يترتب على فعل ما أكره المرء عليه الخلاص من المهدد به، فلو قال إنسان لآخر اقتل نفسك وإلا قتلتك، لا يعد هذا إكراهاً، لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدد به، وفي هذه الحالة لا يحكم عاقل أن المكره يقدم على ما أكره عليه حينئذ لا استواء المهدد به والمكره عليه، وإذا استويا فقد انعدم شرط أن يكون المهدد به أشد خطراً من المكره عليه، وانعدام الشرط يترتب عليه انعدام المشروط⁽³⁾. وتتطلب الشريعة الإسلامية للزوم والتناسب بين الخطر والفعل المرتكب رداءً له، فقد جاء في المبسوط "ولو قيل له لنقتلنك أو لتأكلن هذه الميتة أو لتقتلن هذا المسلم عمداً فينبغي له أن يأكل الميتة لما هو ثابت من أن حرمة الميتة تتكشف عند الضرورة، وقد تحققت الضرورة منا فالتحقت الميتة بالمباح من الطعام، كما لو أكره عليه بعينه فإن لم يأكل الميتة وقتل المسلم، فعليه القود، لأنه طائع في الإقدام على القتل حين تمكن من دفع البلاء عن نفسه بتناول الميتة وذلك مباح له عند الضرورة، وليس في التحرز عند المباح إظهار الصلابة في الدين فلهذا لزم القود⁽⁴⁾.

(1) سورة البقرة، آية: 173.

(2) وزير، عبد العظيم، مرجع سابق، ص 586.

(3) البرديسي، زكريا، (1960). الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 1، ص 11 وما بعدها.

(4) السرخسي، شمس الدين، مرجع سابق، ص 136.

المبحث الثاني

أنواع الإكراه

الإكراه نوعان: إكراه مادي، وإكراه معنوي.

أما الإكراه المادي فقد تنازع تعريفه اتجاهان، أما الاتجاه الأول الذي يعرف الإكراه المادي بأنه: "قوة إنسانية عنيفة مفاجئة أو غير مفاجئة تجعل من جسم الإنسان أداة لتحقيق حدث إجرامي معين، بدون أن يكون بين هذا الحدث وبين صاحب الجسم نفسه أي اتصال إرادي"⁽¹⁾. أما الاتجاه الثاني فيعرف الإكراه المادي بأنه: "قوة مادية يستحيل على الشخص مقاومتها تسيطر على أعضائه وتسخرها في عمل أو امتناع عن عمل يعاقب عليه القانون"⁽²⁾. ويدعى هذا الإكراه في الشريعة الإسلامية بالإكراه التام الملجئ وهو "الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويوجب الإلجاء والاضطرار، وذلك بتعريض النفس أو عضو من أعضائها إلى التلف، سواء نجم ذلك عن تلف النفس أو عضو منها"⁽³⁾. قال شريح رحمه الله "القيد كرهه، والوعيد كرهه، والضرب كرهه، والسجن كرهه"، وقال عمر رضي الله عنه "ليس الرجل على نفسه بأمين إذا ضربت أو أوثقت أو جوعت، أي هو بطائع عند خوف هذه الأشياء وإذا لم يكن خائفاً كان مكرها"⁽⁴⁾.

كما يوجد نوع آخر من الإكراه في الشريعة الإسلامية هو الإكراه الناقص أو غير الملجئ، وهو لا يوجب الإلجاء والاضطرار ويعدم الرضا ولا يفيد الاختيار، وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى أن يلحق منه الاغتمام البين من

⁽¹⁾ الغمار، إبراهيم (1980). الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، جامعة القاهرة، القاهرة، ص 609.

⁽²⁾ عبد الفتاح، محمد السعيد، مرجع سابق، ص 63.

⁽³⁾ البرديسي، زكريا، مرجع سابق، ص 19.

⁽⁴⁾ السرخسي، شمس الدين، مرجع سابق، ج 24، ص 51.

هذه الأشياء وأعني الحبس والقيود والضرب⁽¹⁾، فإذا لم يؤد الفعل إلى حد الاغتمام البين لم يكن إكراهاً، كما لو أكره بضرب سوط أو حبس يوم، ولا يبالي به عادة ويخضع لتقدير القاضي، ما لم يكن المكروه ذا مروءة لأن ضرره أشد من الضرب الشديد أو الحبس الطويل فيفوت به الرضا. وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا على التصرفات التي تحتاج إلى الرضاء كالبيع والإجارة والإقرار، فلا تأثير له على الجرائم⁽²⁾.

ولا أثر له من ناحية الترخيص أو الإباحة بالنسبة لموجبات الحدود والقصاص والتعازير، ولذلك كانت الحرمة بحكمها قائمة، فالمكروه يريد دفع الغم عن نفسه فقط، وبالتالي فهذا الإكراه لا يفسد الاختيار وتجب العقوبة⁽³⁾. ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن أثر الإكراه التام⁽⁴⁾، في الأفعال هو نقل الفعل من المكروه إلى المكروه، وهو ليس بصحيح، فإنه لا يتصور نقل الفعل الموجود من شخص إلى غيره، والمسائل تشهد بخلاف ذلك أيضاً، فإن البائع إذا أكره صبيّاً على القتل يجب القود على المكروه، وهذا الفعل في محله غير موجب للقود فلا يصير موجباً بانتقاله إلى محل آخر، ولكن الأصح أن تأثير الإكراه في جعل المكروه آلة ليس يرجع إلى أن الإكراه يندم فيه الاختيار أصلاً، ولكن لأنه يفسد اختياره به لتحقيق الإلجاء، فالمرء مجبول على حب حياته وذا يحمله على الإقدام على ما أكره عليه فيفسد به اختياره من هذا الوجه، والفاقد في معارضة الصحيح كالمعدوم فيصير الفعل منسوباً إلى المكروه لوجود الاختيار الصحيح منه، والمكروه يصير كالآلة للمكروه لانعدام اختياره حكماً في معارضة الاختيار الصحيح

(1) عبد الفتاح، محمد السعيد، مرجع سابق، ص 68.

(2) عودة، عبد القادر (1999). التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 564.

(3) عوض، محي الدين (1992). الأحكام العامة للتجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية، منشورات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياضي، ص 26.

(4) عبد الفتاح، محمد السعيد، مرجع سابق، ص 71.

أما بالنسبة للإكراه المعنوي فقد انقسم الفقه القانوني فيه إلى اتجاهين، أما الاتجاه الأول يعرف الإكراه المعنوي بأنه: "العامل الذي بقاءه على الإرادة من الوجهة المادية فإنه يشكل حركتها ويذهب بقيمتها من حيث القدرة على الاختيار، وذلك تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع، وليس في الإمكان دفعة أو الإفلات منه إلا بارتكاب الجريمة"⁽¹⁾. أما الاتجاه الثاني فيعرف الإكراه المعنوي بأنه: "القوة التي تمارس على نفسية الشخص فتعدم إرادته على النحو الذي يفعله الإكراه المادي، ومع ذلك فعلى حين يرد الإكراه المادي على جسم المكره مباشرة، فإن الإكراه المعنوي يرد على نفسية الفاعل فيعدم حرية اختياره"⁽²⁾. ويعرّف الإكراه الأدبي في الفقه الإسلامي بأنه: "التهديد الذي يعدم تمام الرضا، ولا يعدم الاختيار كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع أو الأخت أو ما يجري مجرى ذلك، فما يصيب الابن بحبس أبيه من الأذى ليس أذى حسيّاً يقرع جسمه وإنما هو أذى أدبي"⁽³⁾. ولقد اختلف بعض فقهاء المسلمين حول هذا النوع على اعتبار أنه لا يتوافر له ركن الإكراه وهو انعدام الرضا، ولكن المعتبر في الإكراه هو عدم تمام الرضا لانعدامه. وقد جاء في المبسوط في باب الإكراه ما نصه "لو قيل لنحسبّن أباك أو ابنك في السجن أو لتبيعنّ عبدك هذا بألف درهم ففعل ففي القياس البيع جائز، لأن هذا ليس بإكراه فإنه لم يهدده بشيء في نفسه، وحبس أبيه لا يلحق به ضرراً، ما لتهديد به لا يمنع صحة بيعه وإقرار هبته وكذلك في حق كل ذي رحم محرم"⁽⁴⁾.

(1) حسني، محمود نجيب (1982). قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 543.

(2) المرصفاوي، حسن (1972). قواعد المسؤولية في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ص 212.

(3) البرديسي، زكريا، مرجع سابق، ص 20.

(4) السرخسي، شمس الدين، ج 24، مرجع سابق، ص 143.

الفصل الثاني

الغلط

الغلط لغة: بمعنى الخطأ في الشيء. والخطأ: ما لم يتعمد، وضده الصواب⁽¹⁾ ذلك في قوله تعالى⁽²⁾: (ومن قتل مؤمناً خطأً). أي غير عمد.

وأما الغلط في الاصطلاح الشرعي فلم يلق الغلط كعيب من عيوب الإرادة ما لقيه الإكراه من عناية عند الفقهاء نظراً لما يمتاز به الفقه من نزعة موضوعية واضحة، وإنما جاءت المسائل مبعثرة في مواضع متفرقة عالجه الفقهاء بدقة من خلال خيار العيب والشرط والرؤية حيث تبدو لأول نظرة أنها مسائل مستقلة، ولا صلة بينها، مع أنها في الحقيقة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالغلط، فكان هم الفقهاء منصرف إلى مبدأ استقرار التعامل، وانضباطه بين الناس من جهة واحترام الإرادة الحقيقية للعاقدين من جهة أخرى، وهما في الحقيقة عاملان متضادان وكلاهما واجب الرعاية.

ولذلك "وترجيحاً لمبدأ استقرار التعامل" لم يهتم الفقه كثيراً بالغلط كنظرية مستقلة؛ لأنه يعتمد مبدأ الإرادة الظاهرة القائمة على احترام الإيجاب والقبول.

ولم يعرف الفقهاء الغلط كما عرفوا الإكراه مثلاً؛ وإنما ورد استعمال الغلط عند الفقهاء بمعانٍ مقاربة للمعنى اللغوي؛ حيث استعمل بعضهم الغلط بمعنى الجهل بالشيء أو الخطأ فيه⁽³⁾ كما استعمله بعضهم بمعنى الخطأ في الحساب، أو في المحل أو في الوصف⁽⁴⁾،.

وقد عرف الاستاذ الزرقا الغلط حيث قال⁽⁵⁾ هو: توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه".

¹ الفبروز أبادي: القاموس المحيط ج 1 ص 14.

² سورة النساء: الآية 92.

³ قال الخرشي في شرحه على المختصر " المراد بالغلط في ذات المبيع جهل اسمه الخاص " ج 5 ص 152.

⁴ بهاء الدين المقدسي، العمدة مع شرحه العدة- القاهرة، المطبعة السلفية د.ن ص 232.

⁵ أبو زهرة، عبد الرحمن، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 421.

الخطأ لغة : هو أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه⁽¹⁾، وهو الكلام لشيء لم ترده⁽²⁾.

الخطأ اصطلاحاً : يشير فقهاء القانون إلى الخطأ كعيب من عيوب الإرادة بتسميات مختلفة تدور حول الاشتباه والنسيان والخطأ والجهل، وعرفه بعضهم بالقول : "أنه الشعور بالشيء على خلاف ما هو" لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا قامت أركانها والأركان جمع ركن وهو جزء الشيء الداخلة في حقيقته وماهيته بحيث لا يتم تصوُّره دونه، فأركان الضمان (المسؤولية) أجزاءه التي لا وجود لها دونها.⁽³⁾

وأركان المسؤولية العقدية ثلاثة هي⁽⁴⁾:

الإخلال بالالتزام العقدي (الخطأ) والضرر الناجم عن هذا الإخلال والرابطة السببية بين الإخلال والضرر، وهي نفس أركان المسؤولية التقصيرية، وتتفق محكمة التمييز الأردنية مع الفقه القانوني في تحديده لأركان العقد بهذه الأركان الثلاثة⁽⁵⁾.

¹ ابن منظور، لسان العرب ، لات ، حرف الغين، منشورات الحلبي ، بيروت

² ابن منظور، لسان العرب ، لات ، حرف الغين، منشورات الحلبي ، بيروت

³ المحمد، محمد نجات (2007) ضمان العقد، دار المكتبي، دمشق، ص55

⁴ الحكيم عبد المجيد (1980) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي وزارة التعليم العالي والبحث بغداد، ص401 وانظر الذنون، حسن علي (2006) المبسوط في شرح القانون المدني.. الغلط دار وائل للنشر عمان، ص59

⁵ انظر قرارات محكمة التمييز الاردنية ارقام 2002/444 تاريخ 2002/6/25 و2005/1705 تاريخ 2005/5/11 و2006/2764 تاريخ 2006/2/12 و2007/414 تاريخ 2007/5/30

المبحث الأول

التعريف بالغلط في الفقه الاسلامي والقانون

يعتبر الغلط واحدا من عيوب الرضا كالتدليس او الاكراه او الغبن أو الاستغلال

الحالات المشابهة وسوف نتناول في بحثنا هذا عنصر من هذه العناصر وهو الغلط.

والغلط وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص، أو حالة تقوم بالنفس تجعله يتصور الامر على غير

حقيقته أي على غير الواقع . والوهم او غير الواقع قد يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان

صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . فالمتعاقد يتوهم امرا ويقوم بناء على ذلك

الوهم بالتعاقد، ولكن سرعان ما يتبين الحقيقة والغلط الذي وقع فيه⁽¹⁾.

فهل يجوز ابطال العقد أم لا ، فمن يشتري ساعة اعتقادا منه أنها ساعة ذهبية ثم يتبين

أنها من معدن اخر هل يجوز له ابطال العقد ؟

ومن هنا الغلط يجيز ابطال العقد سواء جوهري او او نفسي ولهذا وضعت ضوابط تكفل

سلامة الارادة وضرورة الاستقرار من جهة اخرى ،فاذا توافرت تلك الشروط كان الغلط عيبا

في الارادة ويجيز ابطال العقد .

الغلط لغة يأتي على معنيين⁽²⁾: يأتي بمعنى العمل المحذور الذي يرتكبه الشخص عمدا

عن علمٍ بخطرهِ وقصدٍ إلى نتائجهِ وبهذا يفسر الخطأ في قوله تعالى (إِنَّ فِرْعَوْنَ وَهَامَانَ

وَجُنُودَهُمَا كَانُوا خَاطِئِينَ)⁽³⁾.

¹ المحمد، محمد نجدات، مرجع سابق، ص59.

² ابن منظور ،لسان العرب ، لات ، حرف الخاء، منشورات الحلبي ، بيروت

³ الآية 8 من سورة القصص

ويأتي الغلط بمعنى ضد العمد كمن رمى إلى صيد فأصاب إنسانا والفعل منه أخطأ يخطئ ومنه قوله تعالى (رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا) وقوله صلى الله عليه وسلم (وَضِعَ عَنْ أُمَّتِي الْغُلْطَ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ).

وتعريف الفقه الإسلامي والقانون المدني للخطأ بالمعنى الثاني وليس الأول، فالفقه الإسلامي يُعرّف الغلط بأنه (ما أصبت مما كنت تعمدت غيره) وبشكل أوضح (مجازة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة).⁽¹⁾

وعرّف بأنه إخلال بواجب قانوني سابق أو الإنحراف عن السلوك العادي والمألوف للرجل المعتاد⁽²⁾

هذه التعاريف التي حاولت تعريف الخطأ بشكل عام لم يسلم أي منها من النقد⁽³⁾ إلا أنها حاولت تقريبنا من مفهوم الغلط بشكل عام، ومما يجدر التنبيه إليه أن فكرة الغلط فكرة مجردة Abstraite غير قابلة للتعيين، ولعل هذا هو السبب في أن الشارع لم يتعرض لتعريفها ففتح بذلك بابا للإجتهاد وكثرت التعاريف وتنوعت مما زاد الفكرة تعقيدا.⁽⁴⁾

أما الخطأ العقدي فقد عرفه الفقيه السنهاوري بأنه عدم تنفيذ المدين لإلتزامه الناشئ من العقد ويعتبر المدين مخطئا إذا لم يتم بتنفيذ إلتزامه فمجرد عدم قيامه بتنفيذ إلتزامه يعتبر خطأ يوجب مسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر.⁽⁵⁾

¹ المحمد، محمد نجدات ضمان العقد مرجع سابق ص75

² الشامي، محمد حسين علي (1990) ركن الغلط في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدنى بالمصري والمنى والفقه الاسلامي دار النهضة العربية- القاهرة، ص98

³ الذنون، حسن (2006) علي المبسوط في المسؤولية المدنية، الغلط دار وائل للنشر عمان، ص79

⁴ سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية رسالة دكتوراه منشورة قدمت في كلية الحقوق بالجامعة المصرية القاهرة 1936 مطبعة الاعتماد القاهرة ص13

⁵ تعريف السنهاوري ورد في بسام محتبس الله المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق ط2 د

المطلب الاول

موقف القانون المدني والقضاء من ركن الخطأ

الفرع الأول

ركن الخطأ في القانون المدني المصري

عَنِيَّ عن القول بأنه لم يرد في القانون المدني المصري الجديد نص يتضمن قاعدة عامة تشترط خطأ أساساً لمسؤولية المدين في المسؤولية التعاقدية⁽¹⁾. غير أن المذكرة الإيضاحية² أشارت في أكثر من موقع إلى الغلط كشرط جوهري لتحقيق مسؤولية المدين كما أن القانون المشار إليه وفي مواقع متفرقة تضمّن نصوصاً يستلزم فيها الغلط لقيام المسؤولية العقدية في بعض العقود.³ إن الفقه والقضاء في مصر⁽⁴⁾ يسلمان بالخطأ ركناً في المسؤولية العقدية فقد كان الشارع في التقنين القديم يستلزم صراحة في المادة (119، 177) منه (تقصير المدين) لإلزامه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه ولم يمنع عدم ظهورها في التقنين الجديد من العمل بمقتضاها في ظله، فلا شك أن الغلط ركن في المسؤولية العقدية وهي بذلك تتفق في استلزامه مع المسؤولية التصويرية⁵ والقول بغير ذلك يقوم على تحليل غير عميق لفكرة الغلط واعتباره مرادفاً للإهمال أو عدم الاحتياط وهو تصوير غير صحيح، لأن الغلط يكمن في نكث المدين بالعهد الذي قطعه في العقد على نفسه أو بعبارة أخرى بإخلاله بالإلزام الذي رتبته العقد في ذمته، فالمدين الذي لا ينفذ الإلتزام الذي رتبته العقد في ذمته يرتكب غلطاً لإخلاله بهذا العقد الذي يعتبر بالنسبة له

¹ هذا على خلاف المسؤولية التصويرية إذا نصت المادة 163 مدني مصري على قاعدة عامة في المسؤولية التصويرية بقولها (كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)

² الشواربي، عبد الحميد (1988) المشكلات العملية في تنفيذ العقد دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ص375

³ انظر المواد 2/217، 211، 650، 496، 221، 1/707، 2/708 من القانون المدني المصري

⁴ زكي، محمود جمال الدين (2000) مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الاول مطبعة جاملة القاهرة ص17، 16

⁵ انظر المادة 163 مدني مصري والتي جاءت بالقاعدة العامة في المسؤولية عن الفعل الضار حيث جاء فيها (كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)

بمثابة القانون وعلى ذلك تعتبر عبارة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه مرادفاً لإصطلاح خطأ المدين لأن مجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى يعتبر في حد ذاته موجبا للمسؤولية ولا يجوز القول كما يقال أحيانا أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه قرينة على خطئه لأن عدم التنفيذ بعد الغلط العقدي ذاته.¹

الفرع الثاني

ركن الخطأ في القانون المدني الأردني

جاءت القاعدة العامة في المسؤولية عن الفعل الضار خلواً من عبارة الخطأ خلافاً لما جاء بالقانون المدني المصري⁽²⁾ وخلافاً لما جاء بالقانون المدني الفرنسي.⁽³⁾ فقد نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر" وجاء في المادة اللاحقة (257) "1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر." وتقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني⁴ والمقصود بالإضرار هنا مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الإمتناع مما يترتب عليه الضرر فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الإيجابي وتتصرف دلالاته إلى الفعل العمد والى مجرد الإهمال على حد سواء ذلك أن الفقه الإسلامي كما يعرف الغلط الإيجابي وهو ظاهر يعرف الغلط السلبي ويسميه التقصير وعدم التحرز والتفريط.

¹ بن زكريا، زهير ج(1999) جرح الغلط في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة في النظام الانجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني) رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة عين شمس غير منشورة، ص145.

² انظر المادة 163 مدني مصري .

³ انظر المادة 1382 مدني فرنسي والتي تنص (كل فعل ايا كان يحدث ضررا للغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر ان يقوم بتعويضه) وانظر المادة 1383 منه والتي تنص (لا يسأل المرء عن الضرر الذي يسببه بفعله فقط ولكن ايضا عما يسببه باهماله أو بعدم تبصره).

⁴ انظر المذكرات الإيضاحية مرجع سابق ص289

وتضيف المذكرات الإيضاحية¹ (فالحظاً في القانون يرادف التعدي في الفقه الإسلامي الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليه إلتزامها في سلوكه شرعاً وقانوناً وهو إنحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أو عن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير) وتضيف المذكرات (أن القانون المدني الأردني أخذ بحكم الفقه الإسلامي بعبارة عامة واضحة موجزة خلاصتها أن كل من أضرَّ بالغير في ماله أو في نفسه بفعل إيجابي أو بفعل سلبي يلتزم بالتعويض في ماله سواء أكان مميزاً أم غير مميز). أما في المسؤولية التعاقدية فلم يرد في القانون المدني الأردني قاعدة عامة تشترط الخطأ² أساساً لمسؤولية المدين العقدي غير أن هنالك نصوص متفرقة وردت في هذا القانون³ تقيم مسؤولية المدين على الغلط حيث أقامت هذه النصوص مسؤولية المدين العقدي بتعديده أو بتقصيره وقد بينا أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني إعتبرت أن الغلط في القانون يرادف التعدي في الفقه الإسلامي الذي أخذ عنه القانون المدني الأردني وأن تعبير التقصير الذي جاء به الفقه الإسلامي ما هو إلا الإهمال وعدم الإحتياط الذي تم التعبير عنه في لغة القانون.⁴ وحيث لم تُعرّف التشريعات⁵ الخطأ فلا يبقى أمامنا إلا الركون إلى ما جاء بتعريفات وتعليقات فقهاء وشرّاح القانون المدني وأحكام القضاء بهذا الخصوص.

¹ المرجع السابق ص 290

² يلتقي القانون المدني الأردني مع القانون المدني المصري والسوري والعراقي على عدم وضع قاعدة عامة تشترط الغلط أساساً لقيام مسؤولية المدين التعاقدية على خلاف المسؤولية عن الفعل الضار.

³ انظر المواد 527، 1/692، 2/731، 2/770، 817، 872، 2/886، 2/890، 1/1214، 2/1396، 3/1396 وانظر بمفهوم المخالفين المواد 792، 764، 775، 876، 2/893، 2/1211

⁴ بن زكريا، زهير، مرجع سابق، ص 144 حيث يقول ويعبر عن الإهمال بتغييرات أخرى منها الغلط غير العمدي والتقصير وعدم الإحتياط والتبصر.

⁵ انفرد المشرعين المغربي والتونسي بتعريف الغلط فقد عرّف في المادة 79 من قانون الإلتزامات العقود المغربي بالقول والغلط هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير قصد لحدوث الضرر) كما عرّف في المادة 83 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية بنفس النص الوارد بالتشريع المغربي.

الفرع الثالث

موقف القضاء من ركن الخطأ في المسؤولية العقدية

إستقرَّ إجتهااد محكمة التمييز الأردنية بإعتبار الخطأ ركناً في المسؤولية العقدية¹ وأن أركان هذه المسؤولية هي غلط من جانب المدين وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين الغلط والضرر وضرورة إعدار المدين. وجاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية " إن إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه يُعدُّ في حد ذاته خطأً موجباً للمسؤولية تجاه الدائن " ² " ويشكل تأخر المميز ضدها في إعداد وتقديم عرضي إشتراك في العطائين موضوع الدعوى في الموعد المحدد إخلالاً منها بإلتزامها. وخطأً عقدياً موجباً للضمان وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية " ³.

وتقول محكمة التمييز أيضاً في حكم آخر " حيث أن المميز ضدها المذكورة تشير في كتابها بوقوع خطأ منها في حساب مساحات الأدوار الثلاثة التي يتكون فيها العقار. فإن ركن الخطأ والحالة هذه قد تحقق بجانب المدعي عليها الأولى " ⁴.

¹ انظر قرارات محكمة التمييز الاردنية منشورات مركز عدالة ارقام 2008/2645 (هيئة عامة) تاريخ 2009/2/24 2002/444 2002/6/25 نتريخ 2007/414 تاريخ 2007/5/30 ، 2006/2764 تاريخ 2007/2/12 ، 2001/1841 تاريخ 2001/9/17 ، 1988/390 تاريخ 1992/2/20.

² تمييز حقوق رقم 2001/1841 تاريخ 2001/9/17 منشورات مركز عدالة.

³ تمييز حقوق 2008/2645 (هيئة عامة) تاريخ 2009/2/24 منشورات مركز عدالة

⁴ تمييز حقوق 2005/1705 تاريخ 2006/5/11

المطلب الثاني

صور الغلط الجوهري

أولاً : الغلط في صفة جوهرية في الشيء¹ : الغلط في صفة الشيء يكون جوهرياً إذا كان هو الدافع الرئيسي الى التعاقد .

ثانياً : الغلط في شخص المتعاقد : يكون الغلط جوهرياً إذا كانت شخصيته محل اعتبار ويقع عادة في عقود التبرع وقد يقع في عقود المعاوضة ويقع العقد في ذات المتعاقد ، كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريف⁽²⁾

ثالثاً : الغلط في القيمة : يكون الغلط في القيمة سبباً للإبطال، إذا كان جوهرياً أي دافعا الى التعاقد، ومن أمثلة الغلط في القيمة ما حكم به القضاء من أنه إذا اتفق صاحب البضاعة مع مالك السفينة على أن يكون سعر النقل أما بحساب الحجم أو بحساب الوزن طبقاً لما يختاره صاحب السفينة. واختار هذا الأخير أن يكون السعر بحساب الحجم، ثم تبين بعد ذلك أن السعر بهذه الحالة ثمانية أمثال السعر بحساب الوزن، ولم يكن صاحب البضاعة يعلم ذلك بدليل أنه رفض التعاقد مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل عن السعر المطالب به، فإن صاحب البضاعة له في هذه الحالة إبطال عقد النقل.

رابعاً : الغلط في الباعث⁽³⁾ : يجوز إبطال العقد إذا وقع الغلط في الباعث الذي دفع الى التعاقد ، فإذا اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته سرقت ثم اتضح غير ذلك ، كان واقعا في غلط في الباعث يعطيه الحق في الإبطال . وإذا استأجر شخص منزلاً في مدينة معتقداً أنه نقل إليها ، له إبطال عقد الإيجار ، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر في الحالتين قد اتصل بهذا الغلط . ولكن

¹ زكي، محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص 88

² داغي، علي محي الدين علي مرجع سابق، ص 230.

³ أحمد، محمد شريف مرجع سابق، ص 90.

لا يكفي علم المتعاقد الاخر بالباعث وانما يجب ان يعلم بأن من يتعاقد معه واقع في غلط، أي يعلم بأن السيارة لم تسرق وأن الموظف لم ينقل⁽¹⁾.

خامسا: الغلط في القانون² : لا فرق بين الغلط في الواقع والغلط في القانون ، فيجوز لمن وقع في غلط في القانون أن يطلب ابطال العقد . فاذا باع شخص نصيبه في التركة معتقدا انه يرث الربع ثم تبين انه يرث النصف، فانه يكون واقعا في غلط القانون يجيز له طلب ابطال العقد واذا وهب شخص لمطلقاته مالا معتقدا أنه استردها الى عصمته، جاهلا أن الطلاق الرجعي يصبح بائنا بانقضاء العدة يكون واقعا في غلط في القانون له ابطال الهبة⁽³⁾.

¹ أحمد، محمد شريف مرجع سابق، ص94.

² عبد الرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص480

³ داغي، علي محي الدين، مرجع سابق، ص219.

المبحث الثاني

شروط الغلط في الفقه الإسلامي والقانون

بالرجوع إلى الكتب القانونية والفقهية نجد ان هناك شروط للغلط وسنقوم ببحث هذه الشروط في

الفقه الاسلامي وفي القانون بشيء من الإيجاز وكما يلي:

أولاً: شروط الغلط في الفقه الاسلامي:

توجد شروط عدة للغلط في الفقه الإسلامي وهذه الشروط هي¹:

الشرط الأول: أن يكون الغلط في جنس المعقود عليه، أو في ما يؤدي إلى تفاوت فاحش في

المنفعة أو يفوت وصفاً مرغوباً فيه.

الشرط الثاني: أن يكون الغلط ظاهراً، أما طرق معرفة الغلط فهي:

1- ظهور الغلط من كلام العاقد.

2- ظهور الغلط من مقتضى الحال.

الشرط الثالث: ظهور الغلط من عيب في المعقود عليه كأن يظهر عيباً في محل العقد لم يطلع

عليه المشتري أثناء التعاقد.

ثانياً: شروط الغلط في القانون:

توجد شروط عدة للغلط في القانون وهذه الشروط هي:

¹ السرخسي، شمس الدين الأنصاري، المبسوط، ج13، دار الفكر العربي، بيروت، ص12، الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، (1998م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (تقديم عبد الرزاق الحلبي)، (تحقيق: محمد عدنان ياسين درويش)، ، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، (د.م.) ، ج5، ص292، ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، ص158. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (1996م)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (تحقيق: محمد الزحيلي)، دار القلم، دمشق، ج1، ص294.

الشرط الأول: وجود عقد

يعتبر وجود عقد بين المسؤول والمضروب لقيام المسؤولية العقدية شرطاً له¹ إذ أنه

بداية إذ لا يوجد عقد لا تقوم المسؤولية التعاقدية.²

ويثور في بعض الحالات شك فيما إذا كانت العلاقة بين المسؤول (المدين) والمضروب (الدائن)

هل هي علاقة عقدية وتقوم عندها المسؤولية العقدية عن الإخلال بالإلتزام الناشئ عنها أم هي

غير ذلك فتقوم المسؤولية التقصيرية؟

ونقف على بعض الحالات التي تثير بعض الصعوبات حول التحقق من وجود عقد أو

عدم وجوده وكما يلي:

مدى وجود العقد في العلاقات المجانية:

قد يثور تساؤل حول مدى وجود العقد إذا كانت العلاقة مجانية، كما لو إستضاف شخص

صديقه على الغداء فيصاب هذا الصديق بتسمم، وكعابر السبيل الذي يدخل دورة مياه أحد الفنادق

دون أن يكون نزيلاً على أي نحو كان، فإنزلقت قدماه فأصيب بجروح³ وكما لو أدى شخص من

تلقاء نفسه خدمة لآخر دون أن ينتظر منه مقابلاً كشخص في الطريق يوقف جواداً جامحاً أو

قائد سيارة ينقل مصاباً فاقدًا للوعي إلى مستشفى أو جاء يطفئ في غيبة جاره حريقاً شب في

منزله، فإنه لا يثور شبهة في إنتفاء العلاقة العقدية في هذه الحالات لعدم توافر التراضي.⁴

ولكن توجد فروض أخرى أكثر شيوعاً تُقدّم فيها الخدمة المجانية تنفيذاً لوعده ممن قدّمها أو بناء

على طلب من قدّمت له، فقد جاءت مثل هذه الخدمة المجانية وليدة التراضي، فهل تكون العلاقة

¹ زكي، محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص 100

² الشواربي، عبد الحميد (1997) فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء ط3 نشأة المعارف بالاسكندرية، ص 351 .

³ عبد الرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص 499-500

⁴ زكي، محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص 151

الناشئة عنها من قبيل العلاقات التعاقدية أم من قبيل المجاملات الإجتماعية وبالتالي لا يطبق على هذه الأخيرة أحكام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالإلتزام بها؟

ويذهب عدد من الفقهاء أن الإخلال بالعلاقات المجانية ترتب مسؤوليةً عقديةً أقلُّ شدة من تلك التي تترتب في دائرة المعاوضات كدرجة العناية المطلوبة إذا كان العلاقة بأجر عنها إذا كانت بدون أجر.¹

وأن إنتفاء الصفة العقدية عن هذه الخدمات لا يتأسس على المجانية وحدها إذ يوجد في النظام القانوني عقود التبرع إلى جانب عقود المعاوضات ولا بد من البحث عن النية المشتركة لطرفي العلاقة فيقوم عقد بينهما إذ إتضح إتجاه النية لترتيب الإلتزام، وإذا لم تتجه النية لترتيب الإلتزام فلا يقوم الإلتزام، وبالتالي لا تقوم مسؤولية عقدية.

وقد إشتهر من العلاقات المجانية، المعالجة المجانية، والنقل المجاني وكما يلي:

(أ) المعالجة المجانية:

أخذت المحاكم الفرنسية مسؤولية الطبيب الذي يعالج مجاناً زميلاً له بقواعد المسؤولية العقدية على تقدير قيام عقد بينهما ولم تعتبر ما يؤديه الطبيب لزميله خدمة مجانية حيث أن إنعدام المقابل الذي إرتضاه الأطباء فيما بينهم طبقاً لعادة ثابتة يمكن تفسيره على أنه إبراء إختياري من الدين مؤسس على فكرة التبادل ليكون العقد في حقيقته معاوضة². والباحث بدوره يؤيد هذا الرأي إذ يتفق مع أحكام المادة (41) من الدستور الطبي وواجبات الطبيب وآداب

¹ انظر المادة 841 من القانون المدني الأردني حيث تقول (1- على الوكيل ان يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة إذا كانت بلا اجر 2- وعليه ان يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت باجر وانظر المادة 873 حيث تقول 1- يجب على المودع لديه ان يعني بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله وعليه ان يضعها في حرز مثلها).

² زكي، محمود جمال الدين، المرجع السابق ص105 وانظر أيضاً في هذا المعنى الحياي، احمد حسن عباس (2004) المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والجزائري اصلها رسالة ماجستير مقدمة لجامعة جزائرية (منشورة) دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان، ص62.

المهنة¹، ذلك أنه وإن كانت الأتعاب عنصر مميز لمثل هذا العقد إلا أن عدم إستيفائه بالشكل المعتاد لا يعني غيابه في مثل هذه العلاقة التبادلية.

(ب) النقل المجاني

النقل المجاني (مجانلة) هو عبارة عن قيام شخص بنقل آخر طواعية بإستخدام وسائل النقل ولتكن سيارة دون أن تكون لديه نية الحصول على أجر نقدي ولم تكن له مصلحة في النقل².

وإنعدام المقابل بصورة كلية لا يكفي لوحده للقول بأننا أمام نقل بالمجان (مجانلة) بل لا بد من أن تتوافر لدى الناقل النية بعدم الحصول عليه (المقابل).

وبذلك نكون أمام عنصرين للنقل مجانلة، عنصرٌ مادي وهو عدم حصول الناقل على مقابل مهما كان نوعه وأياً كانت طبيعته مقابل قيامه بأداء خدمة النقل وعنصرٌ معنوي وهو توافر نية المجانلة لدى الناقل بهذه الخدمة وأن لا يكون في نيته الحصول على أي مقابل³.
كثيراً ما يحدث أن يقوم شخص بنقل آخر نظير مقابل لا يحصل عليه من هذا الراكب وإنما من شخص آخر يتولى الوفاء بهذا المقابل كمنقل العسكريين مقابل ربع الأجرة أو نقل الموظفين بموجب إستثمارات تتقلّ تتولى جهات الإدارة الوفاء بقيمتها، فمن المتعين أن النقل هنا نقلٌ بعوضٍ ولا يهيم من قام بالوفاء.

¹ تنص المادة 41 من الدستور وواجبات الطبيب واداب المهنة الصادر بالإستناد لقانون نقابة الاطباء الاردنية رقم 13 لسنة 1972 والتي تنص (.. ولكن الطبيب حر في اتعاب من زملائه الاطباء..). وانظر المادة 27 من قرار وزير الصحة المصري رقم 234 لسنة 1974 باصدار لائحة وميثاق شرف مهنة الطب البشري والتي تنص (لا يجوز للطبيب ان يتقاضى اتعابا عن علاج زميل له أو علاج زوجته واولاده)

² خطاب، طلبه وهبه (1970) المسؤولية المدنية لناقل الاشخاص بالمجان، دار الفكر العربي، القاهرة، ص51
³ شنب، محمد لبيب (1957) المسؤولية عن الاشياء مكتبة دار النهضة العربية القاهرة، ص183 وانظر المقادي، عادل علي عبد الله (1997) مسؤولية الناقل البري في نقل الاشخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص54

وقد نكون بصدد عقد نقل أشياء بمقابل متفق عليه غير أنه يصاحب هذا نقل شخص أو

أشخاص معه فهل يعتبر نقل الأشخاص في مثل هذه الحالة هنا بمقابل أم لا؟

جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية قالت فيه "لا يكفي أن يكون عقد المعاوضة مناسبة

لنقل ليضفي عليه طبيعته ويجعله معاوضة مثله، فإذا كان الأجر المتفق عليه لنقل الأثاث زهيدا

لا يمكن أن يشمل أجرة صاحبه معه ولم يكن للناقل أية مصلحة في نقله كان هذا الأخير متبرعا

به.¹

وقد إستقرَّ القضاء يؤيده أغلب الفقهاء في فرنسا على إنتفاء العلاقة العقدية عن النقل

مجاملة، ولا وجود فيها لعقد ولو غير مسمى²، لأن الناقل الذي يعرض أو يقبل تأدية خدمة بنية

المجاملة أو بدافع المودة لا تنصرف إرادته البتة إلى ترتيب أثر قانوني على عرضه أو قبوله،

كما لا يقصد من يقبل أو يبرجو هذه الخدمة منه أن يرتب في ذمته إلتزاما بأدائها له، ولا يمكن

تبعا لهذا أن ينشأ عن تراضيهما الأثر القانوني الذي لا يقوم عقد بغير إتجاه التراضي إلى

إحداثه.

فلو عجز الناقل عن متابعة السير لعطب في السيارة، ولو كان يرجع إلى إهماله في

صيانتها لا يكون مسؤولا في مواجهة الراكب، لأنه لم يلتزم إزاءه بإتمام السفر ولا يكون

بالأولى مسؤولا أمامه إذا عدل عن السفر قبل البدء فيه، أمّا إذا ترك الراكب وسط الطريق بعيدا

عن القرى فإنه يكون مسؤولا قبله ليس لأنه أخلّ بإلتزام عقدي بنقله ولكن لأن فعله يُعتبر خطأ

تقصيرياً، ولا يقوم من ثم على عاتق الناقل إذا أصيب الراكب سوى مسؤولية تقصيرية ثم إن

هنالك حالات تلحق بالنقل المجاني ويعتبر بها المضرور (الراكب) من الغير وبالتالي لا تطبق

¹ زكي، محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص 107

² ابو الليل، ابراهيم الدسوقي (1977) مسؤولي ناقل الاشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار

النهضة العربية، القاهرة، ص 112

عليه أحكام المسؤولية التعاقدية وهي حالة النقل الخفي كأن يتسلسل الراكب خلسة إلى واسطة النقل دون علم الناقل وخاصة في الحالات التي يتوجب فيها الحصول على التذكرة مقدماً فيصعد الراكب إلى واسطة النقل بدون هذه التذكرة مع نيته عدم دفع الأجرة، أو أن يحمل تذكرة مزورة لنفس الغاية.¹

وعقد النقل في الأردن ما هو إلا عقدٌ تجاري² من حيث المبدأ والنقل وفقاً لأحكام القانون هو نوع من إجارة العمل أو من إلتزام المشاريع وله بحكم الضرورة صفةٌ بعوض³.

وذهب الدكتور أكرم يا ملكي - بحق - بخصوص أداء أجرة النقل من عدمها:⁴

"بالإضافة إلى كون أجرة النقل عنصراً مميزاً لعقد النقل. الذي بدونه لا يخضع أصلاً لأحكام هذا العقد (عقد النقل) ولا لأحكام القانون التجاري ولا تسري على الأضرار الناشئة عنه القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية وإنما يكون محكوماً بالقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية كما هو بالنسبة للنقل مجاناً على سبيل المجاملة فإن أهم التزم يرتبه عقد نقل الأشخاص في ذمة الراكب أو المسافر هو أداء أجرة النقل إلى الطرف الثاني فيه وهو الناقل".

وكما أن المسؤولية العقدية تبدأ بقيام العقد ولا وجود لها قبل إبرامه فإنها تنتضي كذلك بإنقضاء العقد ولا بقاء لها بعد زواله ذلك أن المسؤولية العقدية جزء الإخلال بالالتزام عقدي ومتى زال العقد إنقضت الإلتزامات الناشئة عنه.

¹ مقدادي، عادل علي، مرجع سابق، ص 65

² انظر الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 والتي تنص (1- تعد الاعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية اعمالاً تجارية.. ز- النقل براً أو جواً أو على سطح البحر

³ انظر المواد 55، 69 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 وانظر المادة 225 من قانون التجارة البحرية رقم 12 لسنة 1972 وانظر فوزي محمد سامي شرح القانون التجاري الجزء الأول دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1993 ص 236

⁴ يا ملكي، أكرم (1998) القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 212

غير أن هناك بعض الحالات الإستثنائية يُنشئُ فيها العقد التزامات تستمر بعد إنقضاء مدته كالتزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية ولو بعد إنقضاء العقد وفقاً لما يقتضيه الإتفاق أو العرف¹ وكذلك إلتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل وأن لا يشترك في عمل ينافسه بعد إنتهاء العقد.²

والإلتزام في هذه الحالات هو إلتزام تعاقدي رغم إنتهاء مدة العقد ذلك أن إرادة الطرفين قد إنصرفت في إلزام العامل بهذا الإلتزام بعد إنتهاء العقد.³

الشرط الثاني: أن يكون العقد صحيحاً

سبق وأن بينا أن المسؤولية العقدية هي جزاء العقد ولا يكفي لقيام هذه المسؤولية وجود عقد بل يجب أن يكون هذا العقد صحيحاً، وقد عرّفت المادة (167) من القانون المدني الأردني العقد الصحيح "بأنه العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له."⁴ فيما لم يُعرّف المشرع المصري والسوري العقد الصحيح وهذا موقف حميد إذ أن هذه التعريفات ما هي إلا تكرار لأركان وشروط صحة العقد الواردة في نفس القوانين التي عرّفته. وقد يكون العقد غير صحيح، أي باطلاً، أو قابل للإبطال⁵، فإذا كان العقد باطلاً¹ أو قابلاً للإبطال² وتقرر إبطاله لا يمكن ان تثور بين طرفيه سوى مسؤولية تقصيرية.

¹ انظر المادة 5/814 مدني اردني والمادة 685 مدني مصري

² انظر المادة 1/818 مدني اردني المادة 686 مدني مصري

³ الشواربي ، عبد الحميد، مرجع سابق، ص352 .

⁴ انظر المادة 133 مدني عراقي والتي تقول (1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل..).

⁵ نصت بعض التشريعات المدنية العربية على قابلية العقد للإبطال مثل المدني المصري والسوري والكويتي اما الأردني والعراقي فقد نص على العقد الموقوف على خلاف بين القابل للإبطال والموقوف.

فإذا وقع العقد باطلاً³ إنعدم وجوده القانوني ولا يمكن أن يكون مصدراً لمسؤولية عقدية بين طرفيه إذا إمتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه.

وقد عرّف البطلان بأنه جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذا افتقر العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية لصحته قانوناً ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فاعلية العمل القانوني وإفتراده لقيّمته المفترضة له في حالة صحته. وعرّف أيضاً بأنه وصف يلحق التصرف القانوني المعيب لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية أو إتفاقية فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شلّ فعالية التصرف وإفتراده آثاره القانونية.⁴

وفي هذا المعنى الأخير عرّف بأنه ينصب على التصرف القانوني المعيب بإعتباره مصدر الآثار القانونية المقصودة به، وهذا الوصف هو الشرط الذي يحرك الجزاء الذي يرتبه القانون على البطلان وهو عدم نفاذ هذا التصرف ببطلانه.

¹ عرفت المادة 168 مدني اردني العقد الباطل بانه ما ليس مشروعاً باصله ووصفه بان اختل ركنه أو محله أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الاجازة.. انظر المادة 137 مدني عراقي

² ينطبق هذا الحكم ايضا على العقد الموقوف الذي لم تتم اجازته ممن له حق الاجازة في القانون المدني الأردني وكذا العراقي انظر المادة 2/175 مدني اردني

³ جميل الشرفاوي رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري مقدمة لجامعة القاهرة 1953 تنشر النهضة العربية القاهرة 1993 حيث يرى انه لا يصح وصف العقد بالبطلان لأن العقد ليس الارادة أي ليس تصرفاً قانونياً كما لا يصح لديه من باب اولى وصف الالتزام بالبطلان لأن الالتزام أثر قانوني ينشأ عن التصرف الصحيح ولا يقبل لذلك وصفاً خاصاً بالتصرف نفسه ويضيف والجزاء الذي يرتبه القانون على بطلان التصرف هو عدم ترتيب اثار هذا التصرف التي ينتجها لو قام صحيحاً واذا كان هذا التصرف هو مصدر الالتزامات حتى في نطاق العقد فيجب ان ينصب الوصف (البطلان) الذي يقصد به منع اثار التصرف على مصدر هذه الاثار أي ان يوصف هذا التصرف بالبطلان دون العقد (أي ارتباط الارادات) ويرى ان تصوره للتصرف القانوني يخالف التصور التقليدي للفقهاء ويخالف ايضا القانون المدني المصري الحالي الذي اعتنق تصور هذا الفقه التقليدي ص 49-53

⁴ الشواربي، عبد الحميد (1991) البطلان المدني الاجرائي الموضوعي منشأة المعارف الاسكندرية، ص 9

والعقد الباطل لا يترتب أي أثر، لأنه معدوم ولا وجود له إلا من حيث الصورة فقط، ولا يستطيع أي من المتعاقدين المطالبة بتنفيذه، وإذا حدث وإن نُفِّذ فإنه لا يترتب عليه أثره، فلا يمتلك المشتري المبيع ولو قبضة، غير أنه استثناء من هذه القاعدة، قد يترتب بمناسبة العقد الباطل في بعض الحالات آثاره الأصلية، وليس ذلك نزولاً على حكم العقد، لأنه معدوم، ولكن نزولاً على حكم القانون الذي يسعى إلى ضمان الأمن المدني والإستقرار في المعاملات، فالعقد الصوري هو عقد لا وجود له بالنسبة للمتعاقدين إذ العبرة فيما بينهما بالعقد الحقيقي، ومع ذلك يعتبر العقد الصوري قائماً بالنسبة للغير لحسن النية وهذا ما نصت عليه المادة 368 من القانون المدني الأردني بقولها: " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري.. الخ."

كذلك قد يترتب بمناسبة العقد الباطل آثار عرضية ترجع بإعتباره واقعة قانونية أي عملاً مادياً بإعتباره تصرفاً قانونياً كما لو قبض المشتري المبيع بناء على البيع الباطل وهلك المبيع في يده فإنه يتحمل تبعه الهلاك¹.

ولا بد من الإشارة هنا، هل يمكن أن يقتصر جزاء البطلان على تعطيل بعض آثار التصرف ونفاذ بقية الآثار؟ نستطيع ان نقول جواز ذلك فقد نصت المادة (169) من القانون المدني الأردني على²:

¹ انظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 171 لسنة 2006 تاريخ 2006/11/6 والتي تقول: جرى اجتهاد محكمة التمييز على ان يد المشتري على المبيع في عقد البيع الباطل يد ضمان على اساس انه قبض المبيع لصالحه وبموافقة البائع وبما ان العقد الباطل لا يترتب اثرا ويتوجب ان التزام كل من المتداعين منحصر برد ما اخذاه فإن استحال الرد يصار إلى التعويض عما يستحيل رده، انظر ايضا قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 3100 / 2006 تاريخ 2001/3/28

² انظر المادة 143 مدني مصري والمادة 144 مدني سوري والمادة 190 مدني كويتي والمادة 139 مدني عراقي والمادة 122 مدني بحريني

" 1- إذا كان العقد في شق منه باطلا بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحا في الباقي.

2- وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجزى نفذ العقد كله وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته." وقد يكون العقد موقوفاً¹ أو قابلاً للإبطال فكلاهما عقد صحيح إلا أن العقد الموقوف لا يترتب آثاره إلا إذا لحقته الإجازة ممن يملكها أمّا العقد القابل للإبطال فإنه يترتب آثاره حتى يُقضى ببطلانه، فإذا قضي ببطلانه ألحق بالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً وتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. فالعقد اللازم الصحيح النافذ هو الذي يترتب على الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه المسؤولية العقدية.

الشرط الثالث: أن يكون العقد بين المسؤول (المدين) والمضروب (الدائن): لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يوجد عقد صحيح، وأن يقع إخلال بالإلتزام الوارد في هذا العقد وإنما يلزم أن يلحق هذا الإخلال ضرراً ينصرف إليه أثر العقد، فإذا كان الإخلال قد وقع ممن لا ينصرف إليه أثر العقد فإن مسؤولية هذا الأخير هي مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية حتى ولو كان مكلفاً بتنفيذ الإلتزام التعاقدية أو إشتراك مع المدين بهذا الإخلال.²

¹ نصت المادة 171 من القانون المدني الأردني على العقد الموقوف:

(يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الاهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك) وانظر المادة 134 من القانون المدني العراقي والتي توسعت في حالات وقف عقد من شاب ارادته عيب من عيوب الرضا.

² العدوي، جلال علي (1997) اصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص270

وإذا كان العقد ينتج آثاره في ذمة عاقدية¹ إلا أنه لا يقف عندهما فهو يتعداهما إلى من يحل محلها في الحقوق التي ينظمها هذا العقد ويقصد بذلك الخلف العام والخلف الخاص.²

مدى إمتداد أثر العقد إلى الخلف

(أولاً): الخلف العام هو الشخص الذي تنتقل إليه الذمة المالية لسلفه أو جزء منها يُقدَّر بكسرٍ حسابي كالربع أو الثلث وهذه الصفة لن تتحقق إلا بوفاة السلف حيث يكون الخلف العام إما وارثاً أو موصى له بنصيب شائع من التركة. وعُرف أيضاً بأنه من يتلقى عن سلفه كل حقوقه أو نسبة معينة منها بإعتبارها مجموعة قانونية، والخلافة العامة تتحقق بالوفاة عن طريق الميراث أو الوصية³. وهنا يثور تساؤل هل يعتبر الخلف العام إمتداد لشخصية سلفه وينقرر له بالتالي نفس المركز القانوني لسلفه؟

فقد تبنى القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي، وهي -ألاً تركة إلا بعد سداد الديون - ومقتضى هذه القاعدة أن لا يُسأل الوارث إلا في حدود التركة، فإذا كانت أموال التركة كافية لوفاء الديون وفاض منها شيء بعد ذلك خُصَّ هذا الفائض للورثة، وإن لم تكن كافية، لم يكن لدائني المورث رجوع على الورثة فيما بقي لهم من ديون.

فإذا كانت المادة (206) ق.م.أردني تضمنت القاعدة المذكورة والتي تكاد تتطابق مع أحكام المواد الواردة في التشريعات المدنية العربية المشار إليها في الهامش، فإنه يجب التمييز بين الحقوق والإلتزامات، فبينما يتلقى الخلف العام حقوق السلف فإن مسؤوليته عن الإلتزامات تنحصر في حدود

¹ تنص المادة 110 من القانون المدني الأردني على: من باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من احكام

² السرحان عدنان وخاطر نوري (2009) شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية والإلتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص261 وانظر ايضا المواد 206 و207 مدني اردني.

³ زكي، محمود جمال الدين (1978) الوجيز العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ط3 مطبعة جامعة القاهرة، ص256 - وبنفس المعنى طه، غني حسون (1971) الوجيز في النظرية العامة للإلتزام: الكتاب الاول مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف بغداد، ص309.

الأموال التي يتلقاها من سلفه، فلا يُسأل في أمواله الخاصة عن ديون السلف، فمسؤوليته تنحصر في حدود نصيبه في أموال التركة، وتتقرر لدائني المورث الأولوية في التنفيذ على هذه الأموال دون أن يزاحمهم في ذلك دائنو الوارث، ويُستخلص من ذلك أن أموال الشركة تنتقل إلى الخلف العام محملةً بحق عيني لمصلحة دائني المورث.¹

لكن هذه المادة (206) أوردت إستثناءات من إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام منها:

(أ) **العقد:** فقد ينفق المتعاقدان على إقتصار آثار العقد عليهما أو عدم إمتدادها إلى ورثة أحدهما كما لو إتفقا في عقد الإيجار على أن الإجارة تنتهي بموت المستأجر.²

(ب) **طبيعة التعامل:** إذا كانت طبيعة الأثر المترتب على العقد حقاً كان أو إلتزاماً تآبى أن ينتقل إلى ورثة المتعاقد، كما لو كان الأثر إيراداً مرتباً مدى الحياة، فمن طبيعة هذا الإلتزام أنه ينتهي بموت الدائن بالإيراد(السلف)، وقد تكون شخصية المدين قد روعيت في الإلتزام كما في التعاقد مع طبيب أو فنان.

(ج) **نص القانون:** وقد ينص القانون على عدم إنتقال آثار بعض العقود إلى الورثة نظراً لإتصال الإلتزامات الناشئة منها بشخص العاقد، فينتهي مثلاً حق الإنتفاع بموت المنتفع، وتنتهي الشركة بموت أحد الشركاء، وتفسخ الإعارة بموت المعير أو المستعير، وينفسخ العقد بموت

¹ طه، غني حسون، مرجع سابق ص310 حيث يقول وهو يعلق على المادة 142 من القانون المدني العراقي والتي تطابق المادة 206 مدني اردني و145 مدني مصري: اما بالنسبة إلى الإلتزامات فقد اشارت الفقرة الا إلى من المادة 142 مدني عراقي إلى قيد يحد من مدى انصراف العقد إلى الخلف وذلك بقولها (.. دون إلى قيد يحد من مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف وذلك بقولها (.. دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث..). ذلك ان الشريعة الاسلامية هي التي تحكم قواعد الميراث في القانون العراقي وفي الشريعة الاسلامية مبدأ اساسي يقضي بان (لا تركة الا بعد سداد الديون وهذا المبدأ يجعل الوارث غير ملتزم بديون مورثة الا بقدر ما يعود عليه من الشركة فإذا كان من شأن العقد الذي ابرمه المتعاقد ان يحمله باللتزام معين ثم مات هذا المتعاقد فإن هذا الإلتزام يوفي عن طريق دفعه من اموال الشركة فإن بقي بعد ذلك فائض من هذه الاموال اخذه الوارث وان كان الورثة متعددين وزع هذا الفائض عليهم كل بقدر نصه فكان الخلف العام انما يخلف السلف في الحقوق دون الإلتزامات وان الشركة هي التي تخلف (السلف) في ديونه والتزاماته.

² انظر المادة 1/709 مدني اردني 1/ 568 سوري 1/601 مصري، 611 كويتي، 553 بحريني

العامل. ولا بد من الإشارة إلى بعض الحالات التي يعتبر فيها الخلف العام من الغير فلا ينصرف إليه أثر العقد. فالوصية لأجنبي لا تعتبر نافذة في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة إلا إذا أجازوها بعد وفاة مورثهم، والوصية لو ارث لا تعتبر نافذة بحق الورثة إلا بإجازتهم لها، وكذلك الهبة والبيع في مرض الموت فقد أضي عليهما المشرع أحكام الوصية.¹

وما دام أن الورثة أضحوا من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث في مرض الموت فلا يجوز الإحتجاج عليهم بتاريخ التصرف إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، بينما كان يستلزم ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله للإحتجاج به أو عليه.

(ثانياً): **الخلف الخاص** فهو كل من تلقى مالا معيناً من سلفه، ويستوي في ذلك أن يكون حقا عينيا أو حقا شخصياً. والخلف الخاص لا يُعتبر خلفاً إلا فيما يتعلق بالحق الذي تلقاه عن سلفه²، أما فيما عدا ذلك من حقوقه أو من حقوق سلفه فلا يُعدُّ خلفاً لذلك السلف، وإنما يكون من الغير بالنسبة إليه، وإن هذه الصفة هي صفة نسبية مقصورة على مركز الشخص فيما يتعلق بحق معين من حقوقه إزاء السلف الذي تلقى عنه هذا الحق.³

وتثبت صفة الخلف الخاص للشخص وقت تلقّيه الحق المُعيّن عن السلف، ويقتصر أثر الخلافة الخاصة على التصرفات السابقة على إنتقال الحق إلى الخلف، أما التصرفات اللاحقة فلا يعتبر الخلف ممثلاً فيها في شخص السلف، بل يُعدُّ من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات وإلى السلف. ويعتبر من قبل الخلف الخاص، مشتري الشيء إختيارياً، والراسي عليه المزداد، والموهوب له، والموصى له بمال معين، والمحال له الذي ينتقل إليه حق الدائن بمقتضى حوالة الحق. ويخرج

¹ تنص المادة 565 ق.م.أردني على تسري الهبة في مرض الموت أحكام الوصية"، وتنص المادة 545 ق.م.أردني "1- بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. 2- أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة أو يكمل المشتري ثلثي قيم المبيع وإلا كان للورثة فسخ البيع."

² طه، غني حسون، مرجع سابق، ص314

³ مرقس، سليمان (1956) نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص370

من مجال الخلف الخاص المستأجر، حيث لا ينتقل إلى ذمته مال يتلقاه من ذمة المؤجر، ويكون بالتالي مجرد دائن عادي للمؤجر، بعكس المنتازل له عن الإيجار الذي ينتقل إليه الحق الشخصي للمستأجر المنتازل ويكون بالتالي خلفاً خاصاً له. ولا يعتبر الدائن العادي خلفاً خاصاً للمدين، فلا يغير حقه في استعمال الطرق القانونية المتاحة للمحافظة على الضمان العام من هذا الوضع، كما في الدعوى غير المباشرة إذ يقتصر دوره على المطالبة بحقوق مدينة نيابة عنه ولا يختص وحده بهذه الحقوق حيث تدخل في ذمة مدينه.

وقد عالج القانون المدني الأردني أحكام الخلف الخاص¹ في المادة (207) التي تنص "إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية² تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه". يتضح من نص المادة (207) أعلاه أنه لإنصراف أثر العقد من السلف إلى الخلف لا بد من توافر بعض الشروط وكما يلي:

1. يجب أن يكون العقد الذي أنشأ الحقوق أو الإلتزامات التي يقع فيها الإستخلاف سابقاً في إبرامه على إنتقال الشيء من السلف إلى الخلف، فلو أن شخصاً أمّن على منزله ضد الحريق ثم باعه، أمكن أن ينتقل هذا الحق في التأمين من السلف (البائع) إلى الخلف (المشتري)، على عكس لو أنه قام بالتأمين بعد البيع فلا إستخلاف فيه.

2. يجب أن تكون الحقوق أو الإلتزامات التي يحصل فيها الإستخلاف من مستلزمات المال الذي إنتقل من السلف إلى الخلف، وتعدّ الحقوق من مستلزمات الشيء، إذا كانت مكملّة له، أو إذا كانت محدّدة له، والحقوق المكملّة للشيء إنما هي في الواقع من توابع الشيء، والتابع ينتقل مع

¹ انظر المواد التي نصت على الخلف الخاص في التشريعات المدنية العربية 146 مصري، 147 سوري، 202 كويتي، 134 بحريني، 176 قطري، 251 امارات، 229 مغربي، 2/142 عراقي.

² انظر المادة 68 مدني اردني والتي تنص (الحق الشخصي رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

الأصل، أمّا الإلتزامات التي تحدّد الشيء فيتوجب أن تنتقل معه أيضا، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك.¹ ويُعلّق الفقيه السنهوري على عبارة (من مستلزماته) الواردة بالمادة (146) مدني مصري فيقول -بحق- هي عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق إذ أن معناها الحرفي هو الأمور التي يتحتم تواجدها حتى يؤدي الشيء العناية المقصودة منه، وليس هذا هو المقصود في الخلافة الخاصة بطبيعة الحال، وإنما المقصود منها هو لزوم إتصال الحقوق والإلتزامات بالشيء الذي يحصل الإستخلاف فيه إتصالا مباشرا بحيث يمكن إعتبار الأولى (الحقوق) من توابعه الخادمة له والثانية (الإلتزامات) من محدّداته.

3 أن يَعْلَمَ الخلف الخاص وقت إنتقال الشيء إليه بالإلتزامات والحقوق الناشئة عن عقد سلفه. تنبدي أهمية هذا الشرط بالنسبة لإنتقال الإلتزامات إلى الخلف لأنها تتمخضُ غُرمًا، فمن العدل أن يكون على بيّنة من أمرها عند إنتقال الشيء إليه، ولا يكفي إمكان علمه، بل لا بد من العلم فعلاً.² ويرى أحد الشراح - بحق - أن هذا الشرط يثير مسألتين:

الأولى: أن يَعْلَمَ الخلف الخاص بالتصرف الذي يبرمه السلف، والذي ينجم عنه هذا الأثر، وليس بالأثر مثلما نصت النصوص التشريعية لأن من الصعب إثبات هذا العلم متى إنصبَّ على الأثر، بينما يكفي أن يَعْلَمَ بوجود التصرف.

الثانية: أنه لا قيمة للعلم بُغية الإستخلاف إذا كان وقت إنتقال الشيء إلى هذا الخلف، لأن هذا الإنتقال يتم بالتسليم بعد أن يصبح الشخص خلفا خاصا بموجب التعاقد مع السلف، فلا يهيئ له العلم إمكانية تجنّب التعاقد وعدم الإلتزام بالأثر. لذلك فقد أحسن المشرعان الكويتي والبحريني عندما نصا على العلم بالتصرف لا العلم بالأثر، فجاء نص المادة (2/202) من القانون المدني الكويتي والمادة (2/134) من القانون المدني البحريني على: "على أن هذه الإلتزامات المتّصلة بالمال لا تنتقل معه

¹ السنهوري، عبد الرزاق (1934) النظرية العامة للإلتزامات نظرية العقد ط1 مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ص740،741.

² سوار، محمد وحيد الدين، مرجع سابق، ص288

إلى الخلف الخاص إلا إذا كان عند إبرام التصرف يعلم بها أو في مقدوره أن يعلم بها.. " غير أن هذين التشريعين لم يشترطا العلم الحقيقي الذي تبناه المشرع الأردني، وإكتفيا بقدرة الخلف الخاص على العلم، وهما بذلك أهدرا ميزة قيمة العلم عند إبرام التصرف التي إمتاز بها هذين التشريعين.¹ والقاعدة، أن الغير² لا يتقيد بعقد لم يكن طرفا فيه، فلا تشمله القوة الملزمة للعقد ولا تنصرف إليه بالتالي آثاره القانونية فلا يكتسب منه حقا ولا يتحمل منه إلتزاماً.

¹ خاطر، صبري حمد (د.ت) النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام، منشورات جامعة البحرين، ص183
² ان معنى الغير (أو الغير المطلق كما يسمى احيانا) لا يمكن تحديده بطريق الحصر ولا بد في تحديده من اللتجاء إلى طريق الاستبعاد فنقول ان الغير هو الذي لم يكن طرفا في العقد لا اصالة ولا نيابة والذي هو ليس خلفا عاما ولا خلفا خاصا ولا دائنا للمتعاقد - انظر سوار، محمد وحيد الدين، مرجع سابق، ص292 .

المبحث الثالث

أنواع الغلط في الفقه الإسلامي والقانون

تعرض الفقهاء في الإسلام لأنواع الغلط، كما تم تناول هذه الأنواع من قبل فقهاء

القانون، وفيما يلي تفصيل ذلك.

وسيتم تناول المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أنواع الغلط في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أنواع الغلط في القانون.

المطلب الأول

أنواع الغلط في الفقه الإسلامي

فيما يلي إيراد لأنواع الغلط في الفقه الإسلامي.

أنواع الغلط في الفقه الإسلامي:

توجد أنواع عدة للغلط في الفقه الإسلامي وهي:¹

أولاً: الغلط في ذات العقد:

1. الغلط بفواف جنس المعقود عليه، ومثله الغلط الذي يؤدي إلى تفاوت فاحش في المنفعة.

ويتضح أثر هذا الغلط بالنسبة لعقود المعاوضات عند الفقهاء في:

أ. بطلان العقد وبه قال جمهور الحنفية⁽²⁾ وهو رأي للشافعية⁽³⁾ وحجتهم أن محل العقد غير

موجود أثناء التعاقد.

¹ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13، ص12، الدسوقي، الشرح الكبير، ج3، ص140، الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1، ص187.

(²) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ط2، ج7، ص33.

(³) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (1996م)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (تحقيق:

محمد الزحيلي)، ط1، ج5، ص372، دار القلم، دمشق.

ب. صحة العقد وهو ما قال به المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ وهو الرأي الراجح عند الشافعية لأن العاقد الغلطان رضي بالمعقود عليه.

2. الغلط بفوات وصف مرغوب فيه بالمعقود عليه كمن يشتري بالليل فرساً راغباً بلونها الأحمر فيتبين بأنه أسود، وأجمع الفقهاء في هذا على عدم لزوم العقد وإثبات الخيار.

ثانياً: **الغلط في الشخص**: قد يحدث الغلط من أحد العاقدين في شخص العاقد الآخر أو في صفه من صفاته، ومثاله عقد الشفعة، فالغلط في شخص الشفيع يبيح فسخ العقد.

ثالثاً: **الغلط في التعبير**: وهو أن يصدر اللفظ من الإنسان من غير ما يقصده، وذلك أن يقصد بقوله شيئاً فيصادف غير ما قصد، والغلط في التعبير له تأثير على عقد المعاوضات من خلال قولين⁽³⁾:

أ. فساد العقد وبه قال الحنفية وحثهم أن الرضا في عقود المعاوضات يعتبر شرطاً لصحتها.

ب. بطلان العقد وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء إذا أثبت أنه كان مخطئاً في قوله.

رابعاً: **الغلط في القاتون**: العاقد في هذا المقام لا يعرف القواعد الشرعية المنظمة للعلاقات بين الأفراد في المجتمع المسلم، والغلط قد يكون في⁽⁴⁾:

أ. أمور تحرمها الشريعة الإسلامية كالعقود الربوية.

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، (د.ط)، ج4، ص313.

(2) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (2003م)، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ص2995، دار عالم الكتب، الرياض.

(3) الحسيني الواسطي، محب الدين أبو فيض السيد محمد مرتضى، (د.ت)، تاج العروس، ج3، ص13، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د.م).

(4) ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، (2004م)، المغني ويليه الشرح الكبير، (تحقيق: محمد شرف الدين خطاب، السيد محمد السيد)، ج9، ص114، دار الحديث، القاهرة.

ب. أشياء غير محرمة وإنما للشريعة فيها تنظيمات خاصة غلط بها العاقد، فمن باع نصيبه من الميراث مثلاً معتقداً أنه الربع فإذا هو النصف فهو معذور في الغلط هنا وله الحق بالمطالبة بتصحيح ما وقع فيه من غلط. ونخلص مما سبق أن الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً إلا ممن هو قريب عهد بالإسلام ومن في حجمه.

إن القاعدة أن الغلط أياً كان عمدياً أو جسيماً أو يسيراً يكفي لإقامة المسؤولية المدنية، والإهمال قد يكون جسيماً أي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وقد يكون يسيراً أي لا يرتكبه شخص عادي من أوساط الناس ليس أكثرهم حرصاً أو إهمالاً. ومن المسلم به أن الغلط الجسيم كالغلط اليسير بالنسبة لترتيب المسؤولية¹ فالقاعدة أن التعويض يحدّد تبعاً لمقدار الضرر لا طبقاً لدرجة الغلط² ومع ذلك فإن المحاكم عادة تميل إلى زيادة التعويض في حالات الغلط الجسيم عنها في حالات الغلط اليسير ومع ذلك فإن القانون يستلزم أو يشترط في حالات معينة لقيام المسؤولية أن يكون المسؤول قد ارتكب خطأ جسيماً فقد نصت قوانين العمل ومن بعدها قوانين التأمينات الاجتماعية على ألا يجوز للعامل فيها فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أي قانون آخر ما لم يكن الحادث نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل³ كما أن المشرع يساوي بين الغلط الجسيم والغلط العمد في بعض الأحيان كما في قاعدة

¹ بن زكريا، زهير، مرجع سابق، ص 215

² نظراً لإنفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية فقد انفصل التعويض عن العقوبة، ولم يعد يتحدد بما تتحدد به الأخيرة، بل يرتبط بالضرر، مناطه وأساسه، والذي يسعى إلى جبره، وإستقل عن الغلط، وأصبح لا يتأثر من حيث قدره بجسامة خطأ المسؤول عنه أنظر أبو الليل، ابراهيم الدسوقي (1995) تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، ص 23.

³ تنص المادة 37 من قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم 19 لسنة 2001 على (مع مراعاة ما ورد في أي قانون أو تشريع آخر لا يحق للمصاب أو لورثته أو للمستحقين عنه المطالبة بأي تعويضات غير الواردة في هذا القانون وذلك فيما يتعلق بإصابات العمل إلا إذا كانت الإصابة ناشئة عن خطأ جسيم من المنشأة)

بطلان الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التعاقدية¹ وفيما يتعلق بمدى التعويض فيها. وعليه لا بد أن نقف على تقسيمات الغلط ولو بشكل من الإيجاز لا سيما وأن التشريعات المدنية نصت عليها. وتقسّم الأخطاء إلى خطأ عمد وخطأ غير عمد وهذه الأخيرة تقسم إلى خطأ تافه وخطأ يسير وخطأ جسيم وخطأ غير مغتفر.²

المطلب الثاني

أنواع الغلط في القانون

فيما يلي إيراد لأنواع الغلط في القانون:

أولاً: الغلط العمد

يكون الغلط عمدياً إذا كان مرتكبه قد تعمّد حصول ضرر للغير بإنحرافه عن سلوك الشخص المعتاد (قال تعالى: وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ) ³ فلا يكفي لإعتبار الغلط عمدياً أن يكون الفاعل قد تعمّد الإنحراف، بل يجب أن يكون إنحرافه بقصد إحداث ضرر للغير،⁴ ولما كان القصد هو الذي يحدد هذا النوع من الغلط فإنه لا يمكن أن ينسب العمد إلى عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون.⁵

والغلط العمد يماثل الغش⁶ dolus في القانون الروماني ولكن القانون الفرنسي قد اتّبع النظرية التقليدية في القانون الروماني عن الغش من أن الجريمة المدنية، إنّما من خصائصها، ما يكون

¹ انظر المواد من القانون المدني 217 مصري و218 سوري و259 عراقي و296 كويتي، علماً بأن القانون

المدني الأردني لم يورد نصاً صريحاً كقاعدة عامة يجيز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية

² بني زكريا، زهير، مرجع سابق، ص 207.

³ سورة الأحزاب، آية 5.

⁴ بني زكريا، زهير، مرجع سابق، ص 211

⁵ عامر، حسين، مرجع سابق، ص 143

⁶ خاطر، نوري (2008) تحديد فكرة الغلط الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة

للدراستات القانونية، جامعة آل البيت، المجلد السابع، العدد الثالث، ص 49

لدى المسؤول من خبث في فعله أو من قصد الإيذاء بالغير أو الرغبة في إلحاق الضرر به ولو لم يكن ما تحقق من نتيجة هو الهدف الأساسي فيما يفعل وإنما كان أحد الأهداف التي يسعى إليها.¹ فلا يكفي تطور النتيجة لإعتبار الغلط عمدي بل يجب على الأقل أن تتجه الإرادة لحدوث النتائج الضارة من الفعل، وكل غش هو خطأ عمدي وصورة من صورته، وإنه أي الغش ينطوي على خرق أشدّ للأخلاق من مجرد الغلط العمد البسيط فالغش يمثل مرتبة عليا من الغلط العمد.² ويكون الغلط عمديا في العقود كمخالفة أحد المتعاقدين لشروط العقد مخالفة صريحة بقصد إضراره بالطرف الآخر، فتتاح للدائن الفرصة لتلافي ما يتعرض له من أضرار، كما في حالة رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها أو تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك، أما حالة الغش فإن مرتكبه يُغلف مخالفته بالخدعة والمكر فيحتمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح له الفرصة للكشف عن المخالفة، فيتقبل الضرر طائعا في حين يجني مرتكب الغش ثماره حتما ولو إلى حين، فيستدلّ في نطاق العقد بأنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش أما في حالة الغلط العمد فلا يوجد أي تنفيذ له.³

وبذلك يكون الغلط العمد هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير فلا بد فيه من فعل أو إمتناع " يُعدُّ خطأً "، أي إخلالا بواجب قانوني ومن النتائج التي ترتب على إعتبار الغلط بأنه عمدي ما يلي:

(1) أن القانون يفرّق فيما يتعلق بجواز التأمين من المسؤولية بين المسؤولية عن خطأ العمد والمسؤولية عن خطأ الإهمال، فيجيز الأخيرة دون الأولى، فأساس التأمين هو إحتمال وقوع الخطر المؤمن ضده ويفترض ذلك أن للصدفة نصيبا في تحققه، فإذا كان تحقق الخطر يعتمد

¹ حكم نقض فرنسي اشار اليه عامر، حسين، مرجع سابق، ص144

² خاطر، نوري، مرجع سابق، ص49

³ المرجع السابق ص49

كلية على إرادة أحد المتعاقدين، فيندعم الإحتمال بالنسبة إليه وينعدم بالتالي عنصر من عناصر الخطر فيقع عقد التأمين باطلاً بطلاناً مطلقاً لإنعدام محله، وقد تتدخل إرادة المؤمن في تحقق الخطر وهذا نادر في العمل أو إرادة المؤمن له في وقوع الخطر وهو الغالب في العمل، فإذا كان هذا التدخل هو السبب الوحيد لتحقيق الخطر بطل التأمين وتطبيقاً لذلك لا يجوز التأمين على خطأ المؤمن له العمد وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 934 من القانون المدني الأردني على: "ولا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً ولو اتفق على غير ذلك) وتنص الفقرة الأولى من المادة 943 ق. م اردني على "لا يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إذا إنتحر المؤمن له.."¹

(2) أن القضاء يجري في بعض البلاد على تقدير التعويض في حالات الغلط العمد بأكثر مما يقدره في حالات خطأ الإهمال ولو أن قوانين تلك البلاد لا تنص على هذه المغايرة في التقدير وقد نص القانون المدني المصري على أن يراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الملازمة وإن من هذه الظروف جسامه الغلط وبلوغه حد العمد أو عدمه والغلط العمدي هو أكثر صور الغلط جسامه فيميل القضاء إلى تقدير التعويض في حالات الغلط العمدي بأكثر مما يقدره في خطأ الإهمال.²

(3) أن القوانين الخاصة بإصابات العمل تُفرّق بين الإصابات التي تحدث للعامل بخطئه وبين ما يقع منها بخطأ عمد وما يقع دون عمد وتُبقي للعامل حقه في الحصول على التعويض

¹ انظر المادة (2/786) مدني مصري والتي تنص على "أمّا الخسائر والأضرار التي يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً فلا يكون المؤمن مسؤولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك".¹

² بني زكريا، زهير، مرجع سابق، ص 212

في حالة الغلط غير العمد.¹ أن الرأي السائد أن الغلط العمد يستغرق الغلط غير العمد فإذا كان الغلط العمد هو خطأ المضرور فلا مسؤولية على المدعى عليه وإن كان الغلط العمد هو خطأ المدعى عليه كانت مسؤوليته كاملة.

(4) أن القوانين التي أجازت الإتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية قرنت نفاذ ذلك بأن لا يصدر من المدين غش أو خطأ جسيم، على أن تقدير التعويض وإن كان الإتجاه القضائي يحدد قدرة وفقاً لجسامة خطأ المسؤول فإن ذلك لم يصمد ورفض من قبل القضاء لاحقاً إستناداً إلى أن التعويض المدني وظيفته جبر الضرر وليس عقاب المسؤول وبالتالي فإن قدره لا يتوقف على قدر جسامة خطأ هذا المسؤول² من حيث الأصل.

والباحث يرى أن مسؤولية المدين العقدية تقوم إذا أخل المدين بالتزامه التعاقدية بغض النظر عن درجة الغلط وجسامته من حيث المبدأ، وأن المشرع الأردني لم يربط تقدير التعويض درجة الغلط، فيما ربطه بالضرر وجوداً وعدماً ومقداراً³، والأمر ليس على إطلاقه، فإذا كان الأصل أن تقصر المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع عند التعاقد غير أنه يتخطأه إلى الضرر غير المتوقع في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم⁴، ولا تقوم مسؤولية رب العمل عن الضرر الذي

¹ تنص المادة 94 من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 على (أ- يسقط حق المصاب في البديل اليومي والتعويض النقدي.. 1- إذا نشأت الإصابة عن فعل متعمد أو عن خطأ أو إهمال جسيمين من المصاب) وهو نفس حكم المادة 1/31/أ من قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم 19 لسنة 2001

² ابو الليل، ابراهيم الدسوقي (1995) تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص146.

³ انظر المواد 363، 364 ق.م اردني

⁴ انظر المواد 2/358، ق.م أردني وانظر قرارات محكمة التمييز الأردنيه

لحق بالعامل إذا ارتكب الأخير خطأً جسيماً¹، ولا تقوم مسؤولية شركة التأمين عن الخطر المؤمن عليه إذا تحقق الخطر بفعل المؤمن له العمد².

ثانياً: الغلط غير المغتفر

الغلط غير المغتفر درجة من درجات الغلط إستحدثها المشرع الفرنسي³ في قانون تأمين إصابات العمل الصادر سنة (1898)⁴ بعد أن شاع إستعمال الآلات الميكانيكية الكهربائية وزاد تبعاً لذلك عدد الحوادث التي تقع بسبب هذه الآلات وبخاصة في الصناعة والنقل.

ففي محاولة المشرع الفرنسي في قانون (1898) للتوفيق بين المسؤولية الموضوعية والمسؤولية الخطيئة أورد فكرة الغلط غير المغتفر في المادة (20)⁵ من هذا القانون والتي يجري نصها على النحو التالي:

1. إذا تَعَمَّدَ المضرور إصابة نفسه فإنه لا يستحق التعويض المقرر في هذا القانون.
2. ومن حق المحكمة متى ثبت لها أن الحادث قد وقع نتيجة خطأ غير مغتفر من العامل أن تُقَصِّم مقدار التعويض المحدد في الباب الأول.

¹ انظر المادة (1/أ/94) من قانون العمل الأردني ، والمادة (31/أ) من قانون الضمان الإجتماعي الأردني .

² انظر المواد 2/934 ، 1/943 ق.م أردني

³ رشدي، محمد السعيد (2008) الغلط غير المغتفر (سلوك الفاحش المقصود) دراسة في القوانين الفرنسي المصري والكويتي - منشأة المعارف الاسكندرية، ص13 وانظر الزبيدي، محمد عوض حماد (2004) الغلط غير المغتفر في القانون الأردني رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة لجامعة ال البيت، ص5

⁴ صدر هذا القانون في 9 نيسان 1898 وعدل بالقانون الصادر في حزيران 1938 ثم استبدل بالقانون الصادر في 30 تشرين الاول 1946 ولم يعرف أي من هذه القوانين المقصود بالغلط غير المغتفر، انظر عامر، حسين، مرجع سابق، ص149.

⁵ انظر المادة 94/أ من قانون العمل الأردني والمادة 31 من قانون الضمان الاجتماعي الأردني بنفس المعنى مع ملاحظة أنه نص في التشريع الاردني على الغلط الجسيم فيما الاصطلاح في القانون المصري بسلوك الفاحش المقصود.

3. وإذا تبين لها أن الحادث قد وقع نتيجة خطأ غير مغتفر من صاحب العمل أو ممن ينوب عنه في الإدارة فإنها تزيد في مقدار التعويض على أن لا تتجاوز قيمة التعويض المستحق بعد الزيادة كامل قيمة الأجر السنوي الفعلي.

ثم ظهرت فكرة الغلط غير المغتفر في القانون المصري لأول مرة عندما صدر قانون ينظم التأمين من إصابات العمل عام (1936) وإحتفظ المشرع المصري بإصطلاح " سلوك الفاحش المقصود" بصدور القانون رقم (79) لسنة (1975) "قانون التأمين الإجتماعي الموحد" حيث نص هذا القانون على عدم إستحقاق العامل تعويض الأجر وتعويض الإصابة في الحالات التالية: إذا تَعَمَّدَ المؤمن عليه إصابة نفسه. وإذا حدثت الإصابة بسبب سوء سلوك فاحشٍ ومقصود من جانب المصاب ويعتبر في حكم ذلك: كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر والمخدرات. وكل مخالفة صريحة لتعليمات الرقابة المعلقة في أمكنة ظاهرة في محل العمل.

ويرى البعض¹ أن المشرع الأردني أخذ بفكرة الغلط غير المغتفر في المسؤولية العقدية وإستدل على ذلك بحكم المادة (360) من القانون المدني الأردني والتي تنص " إذا تم التنفيذ العيني أو أصرّ المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه". ويُدلل على رأيه بأن مصدر القانون المدني الأردني هما القانون المدني المصري والعراقي وأن المواد (253 و254) عراقي و(213 و214) مصري ما هن إلا تطبيقات للخطأ غير المغتفر وأن المادة (360) من القانون المدني الأردني تطابق أحكام المواد (254) عراقي و(214) مصري وبالتالي إعتبر أن فكرة الغلط غير المغتفر ترد في حكم المادة (360) من القانون المدني الأردني بإعتبار أن عبارة العنت والإصرار على عدم التنفيذ الواردة في هذه المادة ليس إلا خطأ غير مغتفر.

¹ الزبيدي، محمد، مرجع سابق، ص15، 14

والباحث يرى عدم صواب هذا الرأي وعدم الإتفاق مع هذا التخريج لحكم المادة (360) للأسباب التي سيوردها عند البحث في الغلط الجسيم في الفرع القادم حتى يؤدي هذا البحث غايته.

ثالثاً: الغلط الجسيم

إن فكرة الغلط الجسيم وإن كانت ظهرت حديثاً فهي تمتد في جذورها إلى القانون الروماني حيث عرّف الغلط الجسيم "بأنه الغلط الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية أو الغلط الذي يتم عن عدم فهم ما يدركه كل الناس".¹ وأن ما يرتكبه الشخص من الغلط غير عمد ينقسم إلى ثلاثة أنواع حسب خطورته، غلط جسيم *Cupla lata* لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به أو كما عرفه (بواتيه Pothiers)²: "عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر إلا من أقل الناس حرصاً وأشدهم غباء في شؤونهم الخاصة، وهذا الغلط يتعارض مع مبدأ حسن النية".³

وقد أُستقرَّ على معاملة الغلط الجسيم معاملة الغش فيما يتعلق بتحديد المسؤولية أو التخفيف أو الإعفاء منها وفي مدى التعويض الذي يلتزم به المدين في المسؤولية العقدية⁴ ولم تتجاهل التقنيات المدنية العربية فكرة الغلط الجسيم فقد أخذ بها القانون المدني المصري والقانون المدني السوري والأردني والكويتي والعراقي.⁵

¹ خاطر، نوري، مرجع سابق، ص46

² المرجع السابق نفس الصفحة

³ عامر، حسين، مرجع سابق، ص151 .

⁴ خاطر، نوري، مرجع سابق، ص47

⁵ انظر المواد في القانون المدني (358 اردني ، 170 ، 211 ، 221 مصري، 244 ليبي، 163 ، 300 ، 304 كويتي ، 166 ، 170 ، 173 ، 217 عراقي).

وإذا كان التعويض في نطاق المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المتوقع في حالة الغلط اليسير، فإن المدين يُلزم بالتعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية.

وعلى الرغم من أن المشرع في القانون المدني غالباً ما كان يُقرن الغلط الجسيم مع الغش إلا أن هنالك فارق بينهما، فللغش ركنان معنوي وموضوعي، يتمثل ركنه المعنوي في الرغبة في التضليل توصلًا لغرض غير مشروع بمعنى نية أو قصد الإضرار بالغير، أمّا الركن الموضوعي للغش فيتخذ صورة الفعل أو الكتمان وهو بهذا المعنى خطأً عمد، غير أن الفارق بينهما في نطاق العقد بوجود تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش أمّا في حالة الغلط العمد فلا يوجد أي تنفيذ.¹

والملاحظ أن القوانين المدنية تساوي في الحكم بين الغش والغلط الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية.²، فإذا كان الغلط الجسيم وهو مرتبة من مراتب الغلط غير العمد يساوي الغش من حيث الأثر، فيكون من باب أولى أن يتساوى الغش والغلط العمد في الحكم على الأقل، وفي هذا المعنى لا يقصد بالغش إلا الغلط العمد بالمعنى الواجب إعطائه لهذه الكلمة في القانون المدني، فالغش يراد منه سوء النية، وإن إلحاق القانون للخطأ الجسيم بجانب الغش لا

¹ خاطر، نوري، مرجع سابق، ص49

² انظر مواد القانون المدني 2/358 اردني والتي تنص (2)- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما ياتيه من غش أو خطأً جسيماً) و3/169 عراقي والتي تنص (فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت و3/170 عراقي والتي تنص (أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً و2/259 عراقي والتي تنص على: "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم.. الخ" وبنفس المعنى المواد 211، 221، 225 مصري)

يعني المساواة بينهما إنما أعطاه هذا الأثر لما ينجم عنه من خطورة على المراكز القانونية تقترب به من الغلط العمد.

وأما الفرق بين الغلط الجسيم والغلط غير المغتفر فيكمن في الصفة الإرادية لنشاط الفاعل، ففي الغلط الجسيم ينشأ الغلط عن إهمال أو عدم احتياط، في حين لا يقع الغلط غير المغتفر إلا إذا أراد الفاعل الفعل أو الإمتناع الذي يترتب عليه الضرر، متمثلاً خطره، دون قصد تحقيق النتيجة الضارة، وإلا كان عمداً.

وقد عرّف الغلط الجسيم بأنه إنحرافٌ شديدٌ بالسلوك مقرونٌ بتوقع الفاعل أو بإمكانه أن يتوقع احتمال حصول الضرر لو بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي.¹

فدرجات الغلط تتصل بمدى توقع الفاعل لما يؤدي إليه مسلكه من نتائج ضارة، فإن كان غير ممكن توقع تلك النتيجة ولم يكن يتوقعها الناس عادة فهو غير مخطئ، وإن كان ممكن توقعها ولكن بمراعاة الظروف التي وجد فيها فإنها متوقعة لدى الشخص العادي فإنه مهمل لأنه لم يحتط ولم يتبصر، وإن كان هو نفسه يتوقع النتائج الضارة فعلاً ولكن لم يكثر لتجنب وقوعها فإن إهماله ليس خطأ عادياً بل هو غلط جسيم لأنه توقع النتيجة الضارة ولم يتخذ حذره لتلافئها، أمّا إذا توقع النتيجة الضارة وإرتضاها في تصرفه فهو متعمد لها قاصداً إحداثها.

وقد إعتبرت محكمة التمييز في قرار للهيئة العامة لها " أنه إذا كان العطل الفني سببا في تدهور المركبة الإنشائية العائدة للمدعى عليها ووفاة سائقها أثناء قيادته لها ناشئ عن عدم قيامه بصيانتها وتجهيزها فنياً فإن ذلك يشكل غلط جسيماً من جانبها"² وقالت في حكم آخر "على فرض أن المدعى عليها قد قامت بتشغيل المدعى ساعات عمل إضافية وأن العمل الإضافي كان سببا في تعرضه للإصابة بالجلطات فإن تشغيل المدعى بأعمال إضافية يرتب له حقوقاً أخرى

¹ خاطر، نوري، مرجع سابق، ص76

² انظر تمييز حقوق اردنية هيئة عامة رقم 2008/3194 تاريخ 2009/1/28 منشورات مركز عدالة

نصت عليها المواد (59 و60) من قانون العمل رقم (8 لسنة 1996) وأن هذا العمل لا يرقى إلى مرتبة الغلط الجسيم الذي يُوجب مسؤولية رب العمل عنه".¹ وفي حكم آخر قالت " حيث أن المدعي أقام هذه الدعوى بصفته حاملاً للشيك موضوع الدعوى على الساحب والمظهر -المدعى عليهما- لمطالبتهما بقيمتها.. وأن مجرد الإدعاء بعدم وجود تعامل ومعرفة بين المُظهِر والمُظهِر له لا يؤثر على صحة الخصومة طالما أن المُظهِر قد ظهّر الشيكات للحامل على بياض ولم يثبت بأن المظهِر له - الحامل - قد حصل عليها بنية سيئة أو غلط جسيم".²

وجاء في حكم آخر " إن قيام المدعى عليه الأول (المميز) ببيع السيارة موضوع الدعوى للمدعي (المميز ضده) رغم علمه أنّ السيارة صادرة بحكم قضائي يعتبر بمثابة غش للمدعي"³ وجاء أيضاً في حكم لهذه المحكمة " أنه إذا كان المؤمن يشكو من العديد من الأمراض قبل تقديمه طلب التأمين وإبرام العقد موضوع الدعوى لدى الجهة المميزة ضدها ولم يُظهر هذه الأمراض أو يُفصح عنها فيكون قد أخلّ بالتزامه التعاقدية الذي يهّم المتعاقد الآخر ويكون قد ارتكب غشاً يرتب عليه بطلان عقد التأمين".⁴ سبق أن بيّنا أن البعض يرى أن القانون المدني الأردني قد نص على فكرة الغلط غير المغتفر في المسؤولية العقدية وتحديداً في المادة (360) من هذا القانون، وعندها بيّن الباحث أنه لا يتفق مع هذا التخريج، للأسباب التالية:

1. إن نصوص المواد (213، 214) من القانون المدني المصري (254، 253) من القانون المدني العراقي وردتا تحت عنوان التنفيذ العيني في هذين القانونين، فيما وردت المادة (360) من القانون المدني الأردني تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض.

¹ انظر تمييز حقزق اردنية رقم 2003/4199 تاريخ 2004/5/4

² انظر تمييز حقوق اردنية رقم 2002/1018 تاريخ 2002/5/29 منشورات مركز عدالة

³ انظر تمييز حقوق اردنية رقم 2010/550 تاريخ 2010/4/1 منشورات مركز عدالة

⁴ انظر تمييز حقوق اردنية رقم 2006/3764 تاريخ 2007/2/13 منشورات مركز عدالة.

2. إن هذه المواد تتحدث عن الإلتزام الذي تعتبر فيه شخصية المدين محل إعتبار في التنفيذ العيني، ولذا نصت هذه المواد على الغرامة التهديدية لقهـر المدين الممتنع على التنفيذ العيني للإلتزام، وهي إن كانت-الغرامة التهديدية- تتسجم مع التنفيذ العيني إلا أنها تتناقض مع التنفيذ بطريق التعويض الذي جاءت تحت لواءه المادة (360) ق.م أردني، فكيف بالتالي تتقابل هذه المادة مع المواد المشار إليها ؟

3. إن أحد شراح القانون المدني الأردني¹ يقول "بحق" في حكم هذه المادة "لا يسعنا إلا أن نقول بأن المادة (360) عبارة عن خطأ تشريعي فادح نتج نتيجة النقل عن القانون المصري دون الإلتزام بكل الأحكام التي يقرها القانون المصري، وأن هذه المادة لا يمكن الإستناد إليها لتقرير حقيقة معينة يتبنّاها المشرع الأردني لتحديد أنواع الضرر.

4. أو كيفية التعويض، وأنها بالتالي كمادة قانونية ولدت ميتة واصبحت كأنها غير موجودة في القانون".

5. إن القانون المدني المصري وكذا العراقي لم ينصا على الغلط غير المغتفر وإنما ورد النص عليه في القوانين المتعلقة بإصابات العمل، فقد نصت المادة (57) من القانون رقم (79) لسنة (1975) قانون التأمين الاجتماعي الموحد (مصري) على ما يلي²:

لا يستحق العامل تعويض الأجر وتعويض الإصابة في الحالات التالية:

1. إذا تعمّد المؤمن عليه إصابة نفسه.

¹ المحاسنة، محمد يحيى (2000) المادة 360 مدني اردني والتعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية، بحث محكم منشور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، 2000، ص261

² خاطر، نوري، مرجع سابق، ص78.

2. إذا حدثت الإصابة بسبب سوء "سلوك فاحش ومقصود" من جانب المصاب ويعتبر في حكم ذلك * كل فعل يأتيه المصاب تحت تأثير الخمر أو المخدرات * كل مخالفة صريحة لتعليمات الوقاية في أمكنة ظاهرة في محل العمل.

6. إن ما جاء بقانون (79) لسنة 1975 وخاصة المادة (57) ما هو إلا ترديد للمادة (20) من قانون التاسع من نيسان لسنة (1898) الفرنسي المتعلق بإصابات العمل والذي نص بكل صراحة ووضوح على الغلط غير المغتفر.

7. إن ما جاء بالمادة (57) من التشريع المصري والمادة (20) من التشريع الفرنسي هو عين ما جاء بالمواد (94) من قانون العمل الأردني والمادة (33) من قانون الضمان الإجتماعي الأردني.

8. إن المشرع الأردني في القانون المدني الأردني وفي معرض معالجته لأحكام التنفيذ العيني نص في المادة (2/358) على " وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن كل ما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

9. فقد ساوى المشرع في هذه المادة بين الغش والغلط الجسيم من حيث الأثر.

وحيث أن الغش حسب تعبير أحد شراح القانون المدني يمثل مرتبة عليا من الغلط العمدي¹، وأن الغلط غير المغتفر يتخلف عن الغلط العمدي بعدم القصد، وبذلك يقع الغلط غير المغتفر بين الغش "العمدي" والغلط الجسيم، ولما ساوى فيه المشرع بين الغش والغلط الجسيم من حيث الأثر فإن حكم المادة (2/358) ينسحب على الغلط غير المغتفر تبعاً لذلك²، وبالتالي فإن الغش والغلط غير المغتفر والغلط الجسيم لها نفس الأثر بالنسبة لفعل المدين الشخصي.

¹ خاطر، نوري، مرجع سابق، ص 49

² السعيد، رشدي، محمد (1994)، مسؤولية العامل قبل رب العمل عن التنفيذ المعيب للعمل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثامنة عشرة، العدد الثالث، ص ص 413-455 (من الحالات التي أقرها القضاء مسؤولية العامل قبل رب العمل والتزامه بالتعويضات لتوافر (خطأ جسيم) في جانبه، حالة العامل قائد السيارة الذي قاد السيارة رغم عدم فحصه لمستوى المياه داخل المحرك وهو ما بدا له أثناء قيادته للسيارة من ارتفاع صوت محركها بشدة وسخونتها الشديدة. ولكنه رغم ذلك لم يتوقف لتزويدها بالمياه اللازمة مما ترتب عليه تلف

رابعاً: الغلط اليسير

إن القاعدة أن الغلط أياً كان عمدياً أو جسيماً أو يسيراً يكفي لإقامة المسؤولية والإهمال قد يكون جسيماً لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وقد يكون يسيراً أي لا يرتكبه شخص عادي من أوساط الناس ليس أكثرهم حرصاً أو إهمالاً. ومن المسلم به أن الغلط اليسير كالغلط الجسيم بالنسبة لترتيب المسؤولية فالقاعدة أن التعويض يُحدّد تبعاً لمقدار الضرر لا طبقاً لدرجة الغلط.¹

والغلط اليسير، هو الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته وهو الشخص الذي تُعيّنه المادة (1/358) من القانون المدني الأردني² بإعتباره معياراً عاماً مجرداً، فما تحدّده من مدى العناية التي توجب على المدين أن يبذلها في الإلتزام بعناية، والذي يتعين فيه على القاضي أن يُجري المقارنة بمسلك الرجل العادي في حرصه ويقظته أمّا إذا كان الإلتزام بغاية أي بنتيجة obligation de resultat فإن عدم وفاء المدين بما إلتزم به من عمل محدد لا يرجع فيه إلى بحث سلوكه إذا تحققت مسؤوليته بعدم الوفاء ولا يُعفى منها إلا إذا أثبت هو أن عدم وفائه كان لسببٍ أجنبي.³

بعض أجزائها ، حيث قررت المحكمة أن مثل هذا الأمر لا يمكن ألا يلاحظه السائق الخبير ، ومن ثم فإن العامل ، منظوراً إلى خبرته ، يكون قد ارتكب خطأً غير مغتفر . (حكم قضائي فرنسي .
¹ لم يجد الباحث في التشريعات المدنية العربية أي نص يربط التعويض بدرجة الغلط الصادر من المدين إلاّ نص المادة 264 من قانون الموجبات والعقود المغربي التي تنص (الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين عن عدم الوفاء بالالتزام وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول الفطنة المحكمة التي يجب عليها ان تقدر التعويضات لكيفية مختلفة حسب خلل المدين أو تدليسه) وكذلك نص المادة 278 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والتي تنص (الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعمّا فاتته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الاحوال الخاصة بكل نازلة موكولة لحكمة المجلس وعليه ان يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدليسه.

² انظر المواد 211 من القانون المدني المصري والمادة 1137 من القانون المدني الفرنسي والمادة 212 من القانون المدني السوري والمادة 251 عراقي والمادة 290 من القانون المدني الكويتي.

³ عامر، حسين، مرجع سابق، ص148

الفصل الثالث

التغريب "التدليس" والغبن

تمهيد:

نجد أن عقد البيع قد حظي باهتمام واضح من المشرع الأردني، ونجد ذلك في نصوص المواد من 465 - 556 من القانون المدني، ونجد أن المادة 167 من القانون المدني الأردني قد اعتبرت أن عقد البيع الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفة، بأن يكون صادرا من أهلة مضافا إلى محل قابل لحكمة وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة⁽¹⁾، وخيار العيب ليس كخيار الرؤية، فيثبت للعاقدين دون شرط في العقود التي تحتل الفسخ، أو دون حاجة إلى اشتراطه من قبل العاقدين في العقد، أما خيار الرؤية فلا يثبت بالشرط إنما يثبت بحكم القانون.⁽²⁾

ولمزيد من التفاصيل سيتم تناول الفصل من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: التعريف بالتغريب والغبن في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: شروط التغريب والغبن في الفقه والقانون.

المبحث الثالث: أنواع التغريب والغبن.

(1) تنص المادة 167 من القانون المدني الأردني على ان: "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفة ، بان يكون صادرا من أهلة مضافا إلى محل قابل لحكمة وله غرض قائم وصحيح ومشروع واوصافة صحيحة، ولم يقترن به شرط مفسد له"، انظر الجبوري، ياسين محمد (2002)، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص141.

(2) السنهوري، عبد الرزاق احمد (1998)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط1، ج4، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت، ص270.

المبحث الأول

التعريف بالتغريب والغبن في الفقه الإسلامي والقانون

يستعرض الباحث فيما يلي تعريف التغريب والغبن في الفقه والقانون، حيث تم تناول

هذين الموضوعين باهتمام واضح من قبل الفقهاء والقانونيين وذلك كما يلي:

المطلب الأول

تدليس العيب

التدليس لغة : يأتي التدليس في اللغة بمعنى الخديعة والكتمان والإخفاء، فقد جاء في المصباح

المنير⁽¹⁾: دلس البائع تدليساً كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه.

التدليس اصطلاحاً : وردت عدة تعريفات للتدليس عند الفقهاء منها :

- عرفه ابن عبد البر القرطبي بأنه : " التدليس أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع ولا يذكر العيب

للمشتري " .

- وجاء في المجموع أن التدليس " المراد به إخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة، قال

الأزهري : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري لهم بذلك العيب

الباطن ويكتمه إياه فإذا كتم البائع العيب لم يخبر به فقد دلس".⁽²⁾

- وجاء في المغني " معنى دلس العيب كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاه عنه بما يوهم

المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله في

ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به.⁽³⁾

1 الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (ت770هـ)، المصباح المنير، مادة التدليس، مكتبة الايمان، المنصورة، مصر، 2008، 2/270 .

2. النووي، أبو زكرية محي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ) تحقيق: نجيب المطيعي، دار الارشاد، السعودية، بدون تاريخ 344/3.

3. الشريبي، شمس الدين محمد (ت977هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط4، 462/1.

تعريف الزرقا للتدليس :

عرفه الزرقا بقوله : " هو كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد

الآخر في عقود المعاوضة ، كالبيع والإجارة" (1)

ومن الواضح جداً من خلال التعريفات السابقة أن الشيخ الزرقا - يرحمه الله - يتفق مع من سبقه في كون التدليس كتمان للعيب في محل العقد ، وعدم إظهاره للمتعاقد الآخر .

المطلب الثاني

علاقة التعريف اللغوي بالاصطلاحي

من خلال ما سبق يتبين لنا أن المعنى اللغوي والاصطلاحي للتدليس واحد، وأن تعريف الفقهاء له هو نفس تعريف أهل اللغة .

مسألة : إذا اشترط البائع البراءة من كل عيب، فرضي المشتري بهذا الشرط ، فما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك ؟

تختلفت الآراء الفقهية في هذه المسألة على النحو التالي :

أولاً : الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن اشتراط البراءة من العيب جائز مطلقاً سواء علمه البائع أم لم يعلمه ، وسواء سمى العيوب أم لم يسمها إلا عيب الاستحقاق (أي لو ظهر غير حلال أي مسروقاً أو مغصوباً يرجع عليه المشتري)⁽²⁾.

وعلى مثله نصت المادة (342) من مجلة الأحكام العدلية : (إذا باع مالاً على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب).

1 الزرقا، مصطفى أحمد (1988) ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، ص466.
2 الكاساني، علاء الدين بن مسعود (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1406 هـ / 1986 م، ، ، 172/5.

ودليلهم في ذلك : ما روته أم سلمة رضي الله عنها قالت : " أتى رسول الله رجلاً يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة إلا دعواهما فقال النبي: فذكر مثله⁽¹⁾ فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقي لك. فقال لهما النبي: أما إذ فعلتما ما فعلتما فاقتما وتوخيا الحق. ثم استهما ثم تحال⁽²⁾

وقال صاحب بدائع الصنائع : "وعلى هذا إجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم في سائر الأعصار من غير إنكار".⁽³⁾

واستدلوا أيضاً بأن البيع بهذا الشرط إبراء والإبراء إسقاط لا تمليك ، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ، وبما أن المشتري قبل هذا البيع بكل عيب يظهر به فلا خيار له بالرد⁽⁴⁾

ثانياً المالكية : للمالكية في المسألة قولان :

الأول: ما رجحه الدسوقي في حاشيته من أن البائع في غير الرقيق لا تنفعه البراءة مطلقاً. أما في الرقيق فيبرأ البائع عن كل عيب لا يعلم به وطالت إقامته عنده (قدروها بستة أشهر) بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر له. وشرط البراءة باطل والعقد صحيح⁽⁵⁾

الثاني: وهو الراجح في مذهب الإمام مالك : أن البائع يبرأ من كل عيب لا يعلمه⁽⁶⁾

واستدلوا لذلك بقصة عبد الله بن عمر مع زيد بن ثابت رضي الله عنهم أجمعين: فقد روى الإمام مالك في الموطأ: أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة. فقال الذي ابتاعه - وهو زيد بن ثابت - لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان

1 أبو داود في سننه، 3/328 ح 3585.

2 أخرجه أبو داود في سننه، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ 328/3 ح 3586. قال الألباني: ضعيف.

3 بدائع الصنائع ، الكاساني ، 5/173

4الموصلني، عبدالله(ت683هـ)، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1937، 4/95.

5 . ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، 3/119.

6 الغرناطي، ابن جزري، القوانين الفقهية، ص263.

بن عفان فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة. ففضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم⁽¹⁾

وجه الدلالة :

تشير الرواية السابقة إلى أنهم اتفقوا على جواز البيع بشرط البراءة من العيب؛ لأن عثمان رضي الله عنه لم يحكم بفساد الشرط عند رفع النزاع إليه، ولكنه أراد التثبت من عدم علم عبد الله بن عمر بالعيب قبل التعاقد فدل ذلك على أن البائع إذا اشترط البراءة ولم يعلم بالعيب صح الشرط وبرئ، وإن علم فكتمه لم يصح الشرط ولم يبرأ. وقال الإمام مالك في الموطأ: "ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة، فقد برئ البائع من العهدة كلها من كل عيب، ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكتمه، فإن كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه البراءة، وكان ذلك البيع مردوداً"⁽²⁾

ثالثاً الشافعية: ذهب الشافعية في الأظهر إلى أن البائع يبرأ من كل عيب باطن في الحيوان لا يعلمه البائع (دون غيره) أي العيب المذكور فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لا ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه. والمراد بالباطن ما لم يطلع عليه غالباً⁽³⁾

واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه بأن قبول المشتري البيع على هذا الشرط إبراء للبائع من ضمان العيوب التي قد توجد في المبيع، وهو عنده، وهذه العيوب مجهولة للمشتري؛ لأن

1 أخرج الإمام مالك في الموطأ، 2/613.

2. الكاند هلوي، محمد، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، 12/3440.

3. الشرييني، مغني المحتاج، 2/53.

الفرض أنه غير عالم بها والإبراء من المجهول لا يصح شرعاً لأن الإبراء تملك، وتمليك المجهول لا يصح باتفاق. وخرج عن هذا الأصل صورة واحدة وهي ما إذا كان العيب في قصة عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت التي رواها الإمام مالك في الموطأ؛ إذ دل قضاء سيدنا عثمان على صحة البراءة من العيب في بيع العبد، إذا لم يعلم بعيبه البائع، وقيس بالعبد سائر الحيوانات⁽¹⁾.

ويقول الإمام الشافعي موضحاً الفرق بين الحيوان وغيره: "ولأن الحيوان يفارق ما سواه؛ لأنه يتغذى بالصحة والسقم، وتحول طباعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه"⁽²⁾.

رابعاً الحنابلة : للحنابلة في المسألة ثلاثة أقوال.

الأول: ذهبوا إلى موافقة الأحناف في أن البيع بشرط البراءة من العيب جائز مطلقاً. واستدلوا بحديث أم سلمة السابق⁽³⁾ ووجه الدلالة عندهم : أن البراءة من العيوب المجهولة جائزة؛ ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه، فصح من المجهول، كالعناق والطلاق، ولا فرق بين الحيوان وغيره، فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر، وقول ابن عثمان قد خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة.

الثاني: لا يبرأ البائع من العيوب إلا أن يعلم بها المشتري؛ لأن العيب لا يثبت مع الجهل⁽⁴⁾.

الثالث: يبرأ البائع من كل عيب لا يعلمه، بدليل القصة السابقة بين عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽⁵⁾.

1 الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، 288/1.

2. المرجع نفسه 288/1.

3 (ابن قدامة، المغني، 279/2.

4 المرجع نفسه، 279/4.

5 ابن قدامة، المغني، 279/4.

المبحث الثاني

شروط التعرير والغبن في الفقه الإسلامي والقانون

نعلم أن هدف المشتري من عقد البيع هو الحصول على منفعة الشيء الذي يريد شراءه، ومن أجل تحقيق هذا الهدف فإن البائع يلتزم بتوفير مبيع للانتفاع به، وعليه يكون البائع ضامناً للعيوب التي تظهر في المبيع إذا كان من شأنها أن تحدث خللاً في منفعة المبيع⁽¹⁾. ويتمكن المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً تاماً متى توافرت فيه الضمانات التي تسمح باستعماله فيما أعد له وفقاً لقصد المتعاقدين أو لطبيعته أو لمبيع وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد أو التي تسمح بالانتفاع به، فإذا خلا المبيع من صفاته المتفق عليها بين المتعاقدين أو ظهر به عيب أنقص من قيمته أو من الانتفاع به، فعندئذ يعد البائع غير منفذ لالتزاماته، وتترتب على ذلك آثار قانونية تعرض القانون المدني الأردني لتنظيمها في المواد من (512-521) وطبقت على هذا العقد أحكام خيار العيب التي نظمها المشرع ضمن القواعد العامة⁽²⁾.

إن التزام البائع بضمان العيوب الخفية هو التزام تستلزمه طبيعة الأشياء، لأن الشخص عندما يقوم بشراء شيء يفترض به أن يكون خال من العيوب، ولو كان يعلم أن به عيباً لما تعاقد على شرائه، أو كان تعاقد به شروط أفضل له⁽³⁾.

وضمان العيب يشمل جميع البيوع سواء كان محلها عقاراً أو منقولاً شيئاً مادياً أو غير مادي، ومن الأمثلة على ضمان العيب في البيوع الواردة على أشياء غير مادية فيما لو ورد البيع على متجر وتبين أن سمعته سيئة⁽¹⁾.

(1) العلوان، عبد الكريم سالم (2002). ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الدول العربية، ص24.

(2) سندنا ما تضمنه المادة (2/512) من القانون المدني الأردني التي نصت على "وتسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة الأحكام التالية".

(3) العلوان، عبد الكريم سالم، مرجع سابق، ص24.

ومما يجدر ذكره أن وجود العيب الخفي في المبيع لا يخل بحق المشتري باللجوء إلى دعاوى أخرى غير دعوى العيب الخفي لفسخ العقد إذا توافرت شروط إقامة تلك الدعوى وذلك حسب مقتضى المادة (153) من القانون المدني الأردني.

وبناءً عليه سيتم تناول هذا المبحث من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف التغيرير في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: متى يكون التغيرير مؤثراً في العقود؟.

المطلب الأول

تعريف التغيرير في اللغة والاصطلاح

ان العقد في حقيقة تالقي إرادتي العاقدين واتفاقهما على إنشاء عقد معين وهذا الاتفاق يتضمن رغبة العاقدين فيه ورضاؤها به، ولكن قد يكون في إدارة العاقد خلل يجعلها معيبة غير صالحة لتكوين عقد سليم، فينشأ العقد معيباً لا تترتب عليه الآثار المقررة له شرعاً لو كان قد نشأ صحيحاً، وهذه العيوب التي قد تلحق الإرادة وتلابس إنشاء العقد.⁽²⁾

التغيرير لغة اسم مصدر من التغيرير⁽³⁾، وهو: الخطر، والخدعة، وتعريض المرء نفسه أو ماله للهلكة، وبيع الغرر: أن يكون على غير عهدة ولا ثقة⁽⁴⁾.

والتغيرير اصطلاحاً:

عرّفه السرخسي: بأنه [ما يكون مستور العاقبة]⁽¹⁾.

(1) عامر، عبد العزيز (1976). عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ص55.
 2 زيدان، عبد الكريم (2006)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، ص335.
 (3) يُنظَر: الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (1987م)، مختار الصحاح، ط: (بلا)، دار الجليل، بيروت، لبنان، مادة (غرر).
 (4) ابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم الأنصاري (2003م)، لسان العرب (تحقيق: عامر أحمد حيدر)، ط: 1، ج: 3، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، مادة (غرر).

وعرفه القرافي: بأنه [الذي لا يُدرى هل يحصل أم لا؟]⁽²⁾.

وعرفه النووي: بأنه [ما انطوى عليه أمره، وخفي عليه عاقبته]⁽³⁾.

وعرفه ابن تيمية: بأنه [المجهول العاقبة]⁽⁴⁾.

والغرر والميسر متشابهان في النتيجة، ومن القواعد الفقهية أنه (إذا دار الأمر بين غنم

وغرم فهو ميسر)⁽⁵⁾، والفرق بينهما:

أن الميسر يكون في اللعب والمغالبات، بينما يكون الغرر في المبيعات.

ومن قرار المجمع الفقهي الإسلامي⁽⁶⁾: [عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات

المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش؛ لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد:

مقدار ما يعطي، أو يأخذ، فقد يدفع قسطاً، أو قسطين، ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به

المؤمن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً، فيدفع جميع الأقساط، ولا يأخذ شيئاً، وكذلك المؤمن لا

يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده].

ومن تعريف التأمين الإسلامي وتمييزه عن التأمين التقليدي لدى هيئة المحاسبة

والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون

لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس

الالتزام بالتبرع، ويتكوّن من ذلك صندوق تأمين له الشخصية الاعتبارية، والذمة المالية

(1) السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت. 68/13.

(2) القرافي، شهاب الدين الصناجي، الفروق، دار السلام، القاهرة، 2001، 265/3.

(3) النووي، محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع، تحقيق محمد نجبل، مكتبة الارشاد، جدة. 257/9.

(4) ابن تيمية، أحمد عبد الحلیم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، 'دارة ترجمان السنة، لاهور، ط2، 1982، ص 138.

(5) الشوكاني، محمد علي، نيل الأوطار في أسرار منتقى الأخبار، تحقيق طارق بن عوض الله، دار ابن القيم، الرياض، 2005، 258/8.

(6) في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي.

المستقلة، يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق.

وأما التأمين التقليدي فهو عقد معاوضة مالية يستهدف الربح من التأمين نفسه، وتطبق عليه أحكام المعاوضات المالية التي يؤثر فيها الغرر.

الحكم التكليفي: إن الغرر الذي يتضمن خديعة أو تدليساً حرام ومنهي عنه، والأصل في

الغرر التحريم، وعقد فيه غرر يُعد باطلاً، وذلك لحديث رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغُرْرِ⁽¹⁾.

والغرر قد يكون في صيغة العقد، أو يكون في محل العقد.

والغرر في المعقود عليه قد يكون بسبب الجهل بذات المعقود عليه أو في معرفة جنسه أو

نوعه أو صفته أو مقداره أو أجله، أو عدم القدرة على تسليمه، أو التعاقد على محل معدوم.

ومن أهم شروط المعقود عليه⁽²⁾: أن يكون سالماً من الغرر.

وأن يكون المبيع موجوداً حين العقد⁽³⁾؛ فلا يصح بيع ما له خطر العدم⁽⁴⁾، وذلك باتفاق

الفقهاء، ومن أمثلته: بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، أي: قبل أن تخلق⁽⁵⁾.

(1) النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري (بلا سنة)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط: بلا، كتاب العقود، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1533، 1153/3.

(2) يُنظَر: ابن رشد، محمد بن احمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة محمد علي صبح، القاهرة، 204/2.

(3) يُنظَر: ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 2000، 505/4،

(4) يُنظَر: ابن عابدين، الدر المختار، 59/5.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، 112/2.

المطلب الثاني

متى يكون التغيير مؤثراً في العقود

في التطبيق العملي للعقود يمكن القول بأن الغرر ينقسم من حيث تأثيره على العقد

إلى (1):

1. تغيير مؤثر.

2. تغيير غير مؤثر.

شروط التغيير المؤثر:

1 – أن يكون التغيير كثيراً.

قال القرافي: [الغرر والجهالة – أي في البيع – ثلاثة أقسام: كثير ممتع إجماعاً...،

وقليل جائز إجماعاً...، ومتوسط اختلف فيه] (2).

وفي ضبط الكثرة والقلّة يقول الباجي: [الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح

العقد يوصف به] (3).

2 – أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة؛ أما إذا كان الغرر تابعاً للمعقود عليه فإنه

لا يؤثر في العقد، وفي القواعد الفقهية: [يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها] (4).

3 – ألا تدعو للعقد حاجة؛ فإن كان للناس حاجة لم يؤثر الغرر في العقد، وكان العقد

صحيحاً.

(1) يُنظَر: ابن رشد، بداية المجتهد، 187/2.

(2) انظر، الشاطبي، الفروق، 265/3.

(3) يُنظَر: ابن عابدين، الدر المختار، 60/5.

(4) السيوطي، جلال الدين (بلا سنة)، الاشباه والنظائر، ط: بلا، ج: 5، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 228.

وقال ابن تيمية: [ومفسدة الغرر أقل من الربا؛ فلذلك رُخص فيما تدعو الحاجة إليه منه، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً] (1).

4 – أن يكون التغيرير في عقد من عقود المعاوضات المالية، أما عقود التبرعات والاشتراكات فلا يؤثر فيها الغرر (2).

والدليل على تخصيص حرمة الغرر في المعاوضات، لا في التبرعات: أن النهي جاء في الحديث بصيغة "بيع الغرر"؛ فيختص بالمبايعات، ويبقى ما عداها على أصل الحل.

الفرع الأول

أثر التغيرير في التأمين بأنواعه

يعد الغرر من أبرز الأسباب التي تمسك بها أصحاب الرأي القائل بتحريم التأمين بالكلية، فالمؤمن لا يعلم مصير الاموال التي سيدفعها لشركة التأمين هل سيستردها أو لن يستردها، وتختلف درجة الغرر باختلاف نوع التأمين، وهذا ما ستبحثه فيما يلي (3)

1- الغرر في التأمين التعاوني:

يعد هذا الغرر من الغرر اليسير المعفي عنه لحاجة الناس لمتلة، ولأن الهدف منه هو التعاون والتواد بين افراد المجتمع، كما أن الجهل بتحقيق أحد العوضين لا يؤدي للمنازعة بين المؤمنين.

2- الغرر في التأمين الاجتماعي:

الغرر متحقق في عقد التأمين التجاري وربما وصف الغرر فيه بالكثير الا أنه يعتبر من الغرر المعفي عنه لأن الحاجة تدعو له.

(1) ابن تيمية، القواعد النورانية، ص 140.

(2) يُنظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 402/2.

³ القضاة، مالك (2014) أثر الغرر في المعاملات المصرفية، دار أمنه للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص102.

3- الغرر في التأمين التجاري⁽¹⁾:

يدخل الغرر في التأمين التجاري من عدة وجوه:

أ- دخول الغرر من جهة صيغة العقد:

شركة التأمين من خلال العقد المبرم بينها وبين المؤمن تلتزم بمبالغ محددة تشترط أن لا يزيد التعويض عنها وتختلف تلك المبالغ باختلاف نوع الضرر.

ب- دخول الغرر من جهة الجهل بمقدار أحد العوضين: فالمبلغ المستحق للمؤمن له ليس ثابتاً، فربما يزيد عما يدفعه المؤمن له من أقساط بأن يحدث الضرر المؤمن منه بعد مدة يسيرة من اشتراك المؤمن له لدى الشركة، وقد يدفع المؤمن به الأقساط إلى مدة تطول أو تقصر دون أن يتعرض لأي حادث مما يجعل مقدار العوض مجهولاً للمتعاقدين.

ت- دخول الغرر من جهة الجهل بأجل العوض: وهذا من الغرر الفاحش المفسد للعقود، لأن الأجل الذي سيدفع فيه التعويض مجهول للعاقدين كما أن مقداره مجهول ايضاً.

أما اقسام التأمين من حيث دخول الغرر فيه⁽²⁾:

1- نوع يحوي غرراً يسيراً كالتأمين التعاوني وليس لهذا الغرر تأثير في صحة العقد.

2- نوع يحوي غرراً كثيراً إلا أنه لا يؤثر في صحة العقد كالتأمين التعاوني.

3- نوع يحويه التأمين التجاري من الغرر الكثير المؤثر في صحة العقود لكونه من عقود

المعاوضات المالية، وبه حكمنا ببطلان التأمين التجاري بكافة أنواعه وصورة.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 112/2.

² القضاة، مالك، مرجع سابق، ص106.

الفرع الثاني

أثر التغير في بيع المرابحة للأمر بالشراء والمشاركة

ذهب المانعون إلى أن الغرر في أن الثمن مجهول للبائع وللمشتري لكن لا يكون هذا إلا إذا تم التعاقد على مجهول بأن لا يحدد المشتري أي الثمنين هو الذي يريد فيكون قد عقد على ثمن مجهول⁽¹⁾.

كما أن الغرر يظهر في أن هذا العقد غير جائز لأن فيه بيع ما لا نملك وهو منهي عنه.

1- دخول المصرف كطرف ثالث في عقد المضاربة: بينت أن الفقهاء قد اتفقوا على جواز دخول المصرف كطرف ثالث في عقد المضاربة المشتركة، مع اختلافهم في الصفة التي يدخل بها، فذهب فريق إلى أن المصرف يعتبر في هذه الحالة مضارباً مطلقاً، فيحق له الصفة أن يعطي المال لمضارب جديد ليضارب به والربح بينهما، بالإضافة إلى صاحب أو أصحاب رؤوس الأموال، وذهب الفريق الثاني إلى أن المصرف يعتبر وكيلاً عن أصحاب رؤوس الأموال وليس طرفاً رئيسياً في المضاربة المشتركة، وبذلك فليس للمصرف الحق في اقتسام الربح مع المضارب وأصحاب رؤوس الأموال، إنما يستحق مكافأة على الخدمة التي قدمها للمضارب والمستثمر على أساس الجعالة⁽²⁾.

فإن أخذنا بقول الفريق الأول أن المصرف مضارب مطلق ويستحق جزءاً من الربح بالتساوي مع المستثمر والمضارب الثاني، فليس في ذلك غرر أبداً.

2- خلط أموال المضاربة: يقوم مبدأ خلط أموال المضاربة على اندماج أموال المستثمرين بشكل متلاحق، فتضاف أموال إلى عملية المضاربة بعد انعقادها بشكل متكرر وقد يمر عليها عدة حالات من الربح أو الخسارة مثلاً، فيجبر الربح الخسارة ثم يحصل كل

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 112/2.

² شبير، محمد عثمان، مرجع سابق، ص 346 وما بعدها.

مستثمر على حصته من الربح بحسب تاريخ انضمامه إلى المضاربة، وبهذا فإن الغرر في هذا الفرق واضح لعدم علم الطرفين بحال ماله من الربح أو الخسارة، إنما ما يحصل هو أن يجبر ربح شخص خسارة آخر فهل يعتبر هذا الغرر مفسداً للعقد أم لا(1)؟

3- توزيع الأرباح بناء على التتضيض التقديري: قلنا أن التتضيض التقديري هو توزيع الأرباح على المساهمين بطريق التقدير لا الحساب الدقيق إذ يتعذر ذلك في المضاربة المشتركة بسبب الدخول المتلاحق للمستثمرين في الغرر المفسد أم أنه من الغرر اليسير؟

4- انسحاب أحد الشركاء من المضاربة: في حالة انسحاب أحد الشركاء من المضاربة المشتركة فإنه الأمر لا يخلو من أمرين لا ثالث لهما:

أ- أن يسحب المستثمر كل المال المودع قبل انقضاء السنة المالية: وفي هذه الحالة فإن على المصرف أن ينظر إن كان المال المسحوب قد أسهم في رأس مال المضاربة المشتركة وأنه انتفع به انتفاعاً حقيقياً أو حقق ربحاً حقيقياً فينبغي أن يعطي إلى مالكيه ما يلحق به من ربح أو يتصدق بما يقابل أموالهم مما هو ربح ما لم يضمن تطبيقاً للربح كله(2)، وبذلك ينتقي الغرر ويزول أثره عن المضاربة المشتركة.

ب- أن يكون المسحوب جزءاً من مال المودع: فإن المضاربة تفسخ في هذا المبلغ المسحوب فقط، ويبقى رأس المال منحصراً في الباقي من تاريخ إيداعه للاستثمار(3).

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 112/2.

² شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص354، نقلاً عن الفوارق التطبيقية للصوا، ص269، بتصرف.

³ شبير، مرجع سابق، ص354، نقلاً عن الفوارق التطبيقية للصوا، ص269 بتصرف.

المبحث الثالث

أنواع التغيرير والغبن

متى توافرت الشروط السابقة الذكر المتواجدة في العيب سواء أكان القدم أم التأثير أم الخفاء أم جهل المشتري بالعيب يكون للمشتري الحق في المطالبة بالضمان بشروط اقتضاها القانون، منها ألا يكون العيب يسيراً، أو اشتراط البائع البراءة من العيب أو رضا المشتري بالمبيع، فعندما يقوم المشتري بالمطالبة بالضمان فإنه لا بد أن يثبت هذا الحق لإخلاله ببعض الالتزامات، لأنها في رأي المشرع ضرورية لحماية استقرار المعاملات بين الناس كأن يتقاعس في المطالبة بالضمان خلال مدة معينة أو عدم إخطار البائع بالعيب عندما فحص المبيع الخ...

كما أن حق المشتري لا يثبت إلا في عقود المعاوضة بصفة عامة، ويثبت بالنسبة لكل البيوع مهما تنوعت مواضيعها سواء أوردت على أشياء مادية أو غير مادية فيقوم الضمان بالنسبة للعقارات أو المنقولات، وغير المادية بالنسبة لبيع القيم المنقولة والأوراق المالية، ولكن المشرع استثنى البيوع القضائية والإدارية في المزاد بأنها لا ضمان فيها، فالبائع لا يضمن للمشتري هذه البيوع لحكمة تشريعية، وهي أن هذه البيوع تحتاج إلى إجراءات طويلة ويتاح من خلالها للمشتري فحص المبيع فحصاً كافياً يحميه من مخاطر العيوب⁽¹⁾. كما أن ضمان العيوب الخفية يثبت بلا شرط، كما أورد المشرع الأردني بخصوص المبيع الذي يكون فيه نقداً والذي يقتضي أن يكون المبيع سالماً من كل عيب مشروطاً فيه السلامة من العيوب⁽²⁾.

ولهذا جعل المشرع البائع ضامناً للعيوب الخفية في البيوع باستثناء البيوع القضائية والإدارية، حيث ينشأ على عاتقه الضمان بقوة القانون، ويستطيع المشتري الرجوع على البائع

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج2، ص732.

(2) بك، محمد حلمي عيسى (1916). شرح البيع في القوانين المصرية والعربية وفي الشريعة الإسلامية، مطبعة المعارف، ط1، ص528-529..

والبائعين السابقين، ويبقى الالتزام بالضمان ديناً في تركة البائع، ولا ينتقل إلى الورثة⁽¹⁾.

ولتوضيح ذلك سوف نعرض هذا في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أنواع التغيرير.

المطلب الثاني: أنواع الغين.

المطلب الأول

أنواع التغيرير

لكي يكون التغيرير عيباً من عيوب الرضا لا بد له من عناصر أو شروط هي :

- استعمال الحيلة : لأن الحيلة قد تكون بصور شتى ومختلفة بإختلاف حالة العاقد المغرور

، فهي بذلك تكون وفق معيار ذاتي ، بحيث تتكون هذه الحيل من وقائع إيجابية أي من

تأكيدات كاذبة تسندها طرق احتيالية بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن المتعاقد على النحو التالي:

1- الكذب: الكذب وحده في الأصل لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التغيرير إلا إذا كان هذا

الكذب وإن كان مجرداً من الطرق الاحتيالية تناول واقعة لها أهمية عند التعاقد ففي هذه الحالة

يكون الكذب مجرد عنصر من عناصر الحيلة في التغيرير لأنه لولاها ما كان ليقدم المتعاقد

على إبرام العقد ومثال : الشخص الذي يعطي بيانات كاذبة لشركة التأمين بقصد إخفاء حقيقة

الأخطار التي يتعرض لها والتي تزيد في نفس الوقت من تبعة الشركةوالكذب يعتبر خديعة

وتغيريراً في الفقه الإسلامي إذا وجد في عقد من عقود الأمانة التي يقال لها بيوع الأمانة حيث

يطمئن المشتري إلى أمانة البائع فيشتري منه على أساس الثمن الذي اشترى به السلعة فإذا بيعت

السلعة على أن يزداد قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي سميّ البيع مرابحةً ، وإذا بيعت

على أن ينقص قدر معلوم من هذا الثمن سميّ البيع وضيعة ، وإذا بيعت بثمنها الأصلي سمي

(¹) منصور، محمد حسين (2006). ضمان صلاحية المبيع، الدار الجامعية الجديدة للنشر، ص164.

البيع تولية إذا اخذ المشتري كل السلعة⁽¹⁾ ، وسمي اشتراكاً إذا اخذ المشتري بعضها منها ، ففي هذه العقود إذا كذب البائع في بيان الثمن الأصلي كان هذه الكذب تغريراً وسمي عمله خيانة⁽²⁾ ومن أمثلة عقود الأمانة في العصر الحديث عقود التأمين ، وفي الفقه الإسلامي يعد من قبيل عقود الأمانة بيع الاسترسال والاستئمان .

2- الكتمان: أو السكوت يعتبر تغريراً فهو الوجه السلبي للكذب فإذا تناول الكتمان المتعمد واقعة يجب الإفضاء بها نزولاً عند حكم القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد وما يحيط به من ظروف وملابسات وجب اعتباره تغريراً مادام الطرف المغرور لا يستطيع معرفة حقيقة الواقعة من طريق آخر ، وقد نصت عليه المادة 144 مدني أردني بقولها (يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسه تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس) .

المطلب الثاني

أنواع الغبن

1- الغبن اليسير: هو كل ما يدخل تحت تقويم المقومين (أي تقدير الخبراء) للشيء محل العقد ، فمثلاً إذا بيعت سيارة قيمتها 80 ألف ريال سعودي ، وقومها أحد الخبراء بثمانية ألف ريال ، والآخر قومها بسبعين ألف ريال ، والثالث بمائة ألف ريال ، كان الغبن يسيراً واعتبر يسيراً لأن النقص فيه ليس متحققاً بل متحتملاً فقط . أثر الغبن اليسير ((لا يؤثر الغبن اليسير في رضا المتعاقد ، لأن هذا الغبن قلما يخلو منه عقد ، فالعاقد مهما احترز فلن يستطيع أن يتفاداه في كل عقود ، وعليه نقول أن الأصل في الغبن اليسير لا يعيب الرضا ولكن المشرع الأردني

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 2/114.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج2، ص740.

استثنى من ذلك حالتين نص عليهما في المادة 147 مدني وهما : الغبن اليسير الذي يصيب مال المحجور عليه لدين ، والمريض مرض الموت ، بشرط أن يكون دينهما مستغرقاً لما لهما ففي هذه الحالات يكون العقد موقوف على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين (إي دائني المحجور عليه والمريض مرض الموت) وإلا بطل العقد⁽¹⁾.

2- الغبن الفاحش: هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين أي الخبراء (عكس الغبن اليسير تماماً).

*أثر الغبن الفاحش (في حالة الغبن الفاحش لا يكون حكم العقد موقوف كما هو الحال في الغبن اليسير إذا يعتبر حكمه موقوف على إجازة دائني المحجور عليه أو المريض مرض الموت، وإنما يكون حكمه فاسداً ويجوز بالتالي فسخه إذا وقع على مال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 149 مدني أردني وعليه، إذا باع الولي أو الوصي مال الصغير المحجور عليه لصغر، أو باع ناظر الوقف مال الوقف أو باع المأمور مالاً من أموال بيت المال بغير يسيير صح البيع، أما إذا كان بغير فاحش فإن العقد يكون فاسداً وحتى ولو لم يكن المشتري غاراً . أما فيما عدا ذلك (أي الغبن الفاحش الواقع على مال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة) فلا أثر للغبن الفاحش ما لم يكن مصحوباً بتغريب ، أي انه يشترط لفسخ العقد أن لا يكون الغبن فاحشاً فقط وإنما لا بد أن يكون مصحوباً بتغريب أي وسائل احتيالية قولية وفعلية وهذا ما نصت عليه المادة 145 مدني أردني إذا اشترطت لكي يجوز فسخ العقد شرطين هما⁽³⁾:

3- تحقق الغبن الفاحش

4- تحقق التغريب من العاقد الآخر.

(1) بك، محمد حلمي عيسى (1916). شرح البيع في القوانين المصرية والعربية وفي الشريعة الإسلامية، مطبعة المعارف، ط1، ص528-529..

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 2/115.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 2/116.

المبحث الرابع

الاستغلال

عرف الغبن منذ زمن بعيد في كتابات و فقه أهل العلم ، بيد أن الاستغلال كمصطلح مستقل له شروطه و احكامه فقد ظهر في العصور الحديثة الذي اعتمد في بعض أحكامه على الغبن بصورته التقليدية و ابتكر أحكاماً أخرى نتيجة تصديه لمشاكل العصر و أفكاره الجديدة، وقد جعلت القوانين الوضعية الاستغلال نظرية فعلية لها شروطها و عناصرها و آثارها في تلك القوانين .

ولتوضيح ذلك سوف نعرض هذا في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: شروط الاستغلال.

المطلب الثاني: الاستغلال مصدر عام للالتزام في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

شروط الاستغلال

ولقيام الغبن وفق نظرية الاستغلال شروط ثلاث هي :

1- أن يخلل التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد أو أن يندم هذا التعادل عند عدم

وجود مقابل .

2- أن يكون هناك استغلال لضعف معين في المتعاقد المغبون .

3- أن يكون هذا الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد .

الشرط الأول - اختلال في التعادل بين الأداءات المتقابلة⁽¹⁾:

يأتي هذا العنصر وفق هذه النظرية في المقام الأول ، فهو أول ما يتجه إليه البحث عند

النظر في الغبن وفق نظرية الاستغلال ، لأنه ظاهر واضح و هو سهل الإثبات ، و يتحقق هذا

(¹) بك، محمد حلمي عيسى، مرجع سابق، ص530.

الشرط كما تقول المادة 1/129 مدني مصري و 130 مدني سوري : (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الاخر) .

كما أوردت المادة 214 موجبات و عقود لبناني إذا كان الغبن (فاحشاً و شاذاً عن العادة المألوفة) .

و على هذا نرى أن القانون السوري و المصري لم يشترطاً في هذا الشرط إلا الغبن الفاحش .

(الشرط الثاني) : أن يكون هناك استغلال لضعف معين في المتعاقد المغبون :

يختلف نطاق الغبن وفق نظرية الاستغلال من حيث حالات الضعف التي يستغل بها المتعاقد المغبون من القانونين المصري و السوري إلى القانون اللبناني . لذلك سوف نتعرض لهذا الشرط في القانون المصري و السوري.

كما هو معلوم أن معظم نصوص القانون المدني السوري مطابق لنصوص القانون المصري ، لأنه في الأصل مقتبس منه ، لذلك كان لا بد من البحث في القانونين لأنهما أصل واحد.

تنص المادة 1/129 مدني مصري و المادة 1/130 مدني سوري على ما يلي¹ :

"...قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً" وكان نص المادة 129 مدني مصري في

المشروع التمهيدي للتقنين المصري يشترط على أن يكون الطرف المغبون قد استغل حاجته ،

أو طيشه أو عدم إدراكه أو يكون قد تبين بوجه عام أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف .

¹ مادة 1/129 مدني مصري و المادة 1/130 مدني سوري.

ومما تقدم يتبين أن واضعي هذا المشروع قد أرادوا التوسع في تقرير نواحي الضعف التي يصح أن تكون محل استغلال في المتعاقد المغبون ، بيد أن لجنة من مجلس الشيوخ رأّت ألا تصل إلى هذا الحد من التوسع و أن تجعل النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح ، إمعاناً في تضيق الدائرة التي يطبق فيها الاستغلال خشية من التحكم ورغبته في انضباط التعامل و استقراره⁽¹⁾ .

وهكذا فإن العنصر النفسي في الاستغلال محصور في الطيش البين أو الهوى الجامح ، لأن الغبن لا يعتبر سبباً قانونياً لإبطال العقد أو تعديله ما لم يكن مصحوباً بعوامل استغل بها أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً .

فإن ثبت أن العقد المتفق عليه جرى بدافع الطيش الذي استغله الطرف الآخر فإنه يقتضي إيجاد التعادل بين التزامات الطرفين، أما إذا كان المدعي كامل الأهلية حين إبرام العقد ، كان الفرق بين الثمن الحقيقي و المسمى في العقد لا يشكل غبناً يؤدي إلى اختلال التوازن الفاحش الذي أوجبه المشرع في الاستغلال فإن ذلك يوجب رد الدعوى .

و يلاحظ أن نص المادة 129مدني مصري والمادة 130مدني سوري² بوضعهما الحالي عجزاً عن مواجهة الحالات التي يبرم فيها الشخص وهو مسلوب الإرادة، دون أن يكون ذلك راجعاً إلى طيش بين أو هوى جامح، وقد عرض على القضاء حالات من هذا القبيل فلجأ إلى نظرية الاستهواء و التسلط على الإرادة التي أخذ بها القضاء الفرنسي ، بأن قضى بإبطال عقد البيع لفساد رضا البائع كونه متقدماً في السن و مصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه في المنزل .

(1) منصور، محمد حسين مرجع سابق، ص165.

² نص المادة 129مدني مصري والمادة 130مدني سوري.

وكان من واجب المتشرعين المصري و السوري أن يواجهوا هذه المسألة بنص صريح يهتدي به القضاء لكثرة وقوع مثل هذه المسائل في مجتمعنا بدلاً من الالتجاء إلى نظرية الاستهواء و التسلط على الإرادة التي أخذ بها القضاء الفرنسي .

هل تكفي الحالات التي وردت في القانونين المصري والسوري لحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية⁽¹⁾

الشرط الثالث: أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع على التعاقد:

لم تكثف القوانين المغبون قد غبن غبناً فاحشاً نتيجة هوى جامح أو طيش بئى ، كما في القانونين السوري و المصري أو الضيق أو الطيش أو عدم الخبرة كما في التقنين اللبناني ، بل زادت الأمور تعقيداً بأن اشترط شرطاً ثالثاً و هو أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد .

و إرادة الاستغلال لا تشترط أن يكون المتعاقد مع المغبون هو الذي حمله بذاته على التعاقد بل يكفي أن يكون قد عرف بالضعف في المغبون و رغب في استغلاله وحقق ما رغب به ، فجاء الاستغلال بالوجه الذي دفع على التعاقد (2)

المطلب الثاني

الاستغلال مصدر عام للالتزام في الشريعة الإسلامية

دليل هذا الافتراض :

الكتاب : 1- الكتاب: قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء:29) .

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج2، ص755.

(2) منصور، محمد حسين (2006). ضمان صلاحية المبيع، الدار الجامعية الجديدة للنشر، ص164.

يستدل بهذه الآية الكريمة أن الشارع الحكيم قد حرّم استغلال المؤمنين لبعضهم البعض وجعل هذا التصرف باطلاً وهو {يشمل كل طريقة لتداول الأموال بينهم لم يأذن بها الله، أو نهى عنها}.¹ -2 السنة: عن أبي سعيد {سعد بن سنان} الخديري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لا ضرر ولا ضرار}.²

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرّم على المسلم أن يضر المسلم أو يلحق به مفسدة والضرار مقابلة الضرر بالضرر، ولعل الاستغلال ضرر فادح يدخل ضمن أحكام هذا الحديث.

3- فقه المذاهب: ففي فروع فقه المذاهب نجد أن الفكر الفقهي عند هذه النظرية ولعل خير دليل على ذلك بطلان بعض البيوع القائمة على الاستغلال مثل بيع المسترسل، بيع النجش، بيع الحاضر للبادي، بيع تلقي الركبان.³

ففي بيع المسترسل نجد أن البائع يستغل عدم خبرة المشتري في البيع والشراء فيغبنه غبناً فاحشاً ويستغله استغلالاً بشعاً، أما النجش فإن البائع يستغل المشتري عن طريق المكر والخداع ليغبنه غبناً فاحشاً ويستغله استغلالاً بشعاً وكذلك الأمر في بيع الحاضر للبادي وبيع تلقي الركبان، وسوف ندرس نماذج ثلاث في هذه البيوع في المبحث الرابع من هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

¹-قطب، سيد، في ظلال القرآن، دار الشروق، بيروت، الطبعة الشرعية السابعة عشرة 1412هـ/1992م مج2، ص693

²-رواه مالك ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً وهو حديث حسن ورواه مالك في الموطأ مرسلأ وله طرق يقوي بعضها بعض انظر متن الأربعين البنووية للإماما النووي، محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة 198هـ/1987م ص74

4-البهوتي، منصور بن ادريس، كشف القناع عن متن الامتاع، دار الفكر بيروت 1402هـ/1982م، مج2/211 وانظر ابن حزم المحلى 449/89

وبهذا نجد في الفقه الإسلامي صوراً واضحة لنظرية الاستغلال القريبة من نظرية الاستغلال المعروفة في الفقه الغربي.

الاستغلال ليس مصدر عام للالتزام وإنما هناك تطبيقات لا تعني تقرير نظرية عامة للاستغلال في الشريعة الإسلامية أعني بهذا الافتراض أن الاستغلال ليس مصدر عام للالتزام في الفقه الإسلامي وإنما هناك تطبيقات متناثرة في كتب الفقه لا تعني من قريب أو بعيد أن هذه التطبيقات يمكن ردها إلى نظرية عامة للاستغلال بل يمكن ردها إلى أصول أخرى تتلائم مع الفقه الإسلامي ونظرياته.

ومن هذه التطبيقات⁽¹⁾ :

1- استغلال عدم الخبرة: وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي المعترف به ببيع

المسترسل، فبيع المسترسل يمكن رده إلى نظرية الغبن وليس له نظرية الاستغلال.

2- استغلال ضعف الإدراك : ولعل أوضح مثال على هذا التطبيق الحديث المشهور ب{لا

خلافة} .

3- استغلال الحاجة : وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع المضطر وهو أن يضطر إلى

الطعام أو الشراب أو اللباس أو غيره ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنه بكثير وكذلك

في الشراء منه²

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمر قبل أن

تدرك³.

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج2، ص880.

²-السفدي، علي بن حسين بن محمد، النتف في الفتاوى، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، الطبعة الثانية 1402هـ/1948م، مج1/468.

³أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار إحياء السنة النبوية، بيروت، كتاب البيوع، ج3/255.

4- استغلال طيش المتعاهد: وهو ما يمكن أن يتشابه في الفقه الإسلامي مع حالة السفية

الذي يبذر أمواله على ملذاته وشهواته.

ومن هذه التطبيقات أستطيع بأن أقول بأن الفقه الإسلامي عالج الاستغلال عن طريق

نظريات أخرى ولعل من أهمها نظرية الغبن التي تتمتع بمعيار مرن وموضوعي بالإضافة إلى

أن معيار الغبن في الفقه الإسلامي معيار منضبط ومعلوم وسهل الإثبات.

وأخيراً أستطيع أن أرجح الافتراض الثاني القائل بأن الاستغلال ليس مصدر عام

للالتهام وإنما هناك تطبيقات لا تعني بتقرير نظرية عامة للاستغلال في الفقه الإسلامي، ولا

ضرر في عدم معرفة الفقه الإسلامي للاستغلال كنظرية متكاملة، لأن لكل فقه منهجه الخاص

وأسلوبه في معالجة قضاياها، والفقه الإسلامي عالج آثار الاستغلال ووسائله من خلال نظريات

أخرى ولعل من أهمها نظرية الغبن .

(لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ

أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِمْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا

بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ) (البقرة : 286) .

الفصل الرابع

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

يعتبر الرضا ركن أساسي لإنشاء العقد وقيامه صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية، هذا بالإضافة إلى توافر الركنين (المحل والسبب) .

تكمن مشكلة هذه الدراسة في التفرقة بين عيوب الرضا في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي. وعليه سوف أقوم بجمع هذه العيوب من مظانها الأصلية، والاشارة إليها وترتيبها، والعمل بها، وأخراجها في تقنين جديد خالية من هذه العيوب.

يمكن توضيح هدف الدراسة من خلال النظر بعمق في حيثيات المشكلة والتي تتركز حول كشف عيوب العقود في القانون والفقهاء، وبيان مدى موافقة القانون المدني الأردني للفقهاء الاسلامي، وما ينبغي أن يكون عليه القانون.

نصت معظم القوانين على اعتبار الغلط في القانون عيباً من عيوب الرضا التي تؤثر على سلامة الإرادة عند إبرام التصرفات القانونية، كما نص على ذلك القانون المدني المصري(المادة 122) والقانون المدني الأردني(المادة 154)، وذلك نقلاً عما هو مستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسيان اعترافهما بأثر الغلط في القانون على صحة الرضا.

وللإكراه عند دراسته إطارين يتمثل الأول بالإكراه المعدم للرضا كمن يمسك بيد المٌكروه (بفتح الكاف) ويجبره على توقيع عقد البيع فهنا تتكون الإرادة معدومة وبالتالي يترتب عليه بطلان العقد وما يهم في دراستنا هو الإطار الثاني للأكراه أي (الإكراه المفسد للرضا) وهذا ما عرفته المادة 135 من القانون المدني الأردني بأنه (إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً). وعليه يفهم من نص المادة أن للإكراه نوعان هما : إكراه

مادي (وهذا النوع يقع على جسم الإنسان فيقبل الشخص بإبرام العقد بهدف التخلص من الألم) ، وإكراه معنوي (يتمثل في التهديد بالإيذاء أو القتل فيقبل الشخص بالتعاقد بداعي الخوف مستقبلاً) ، والإكراه في الغالب ما يكون إيجابي (أي التهديد بالقيام بعمل) وقد يكون سلبي (يتمثل في الامتناع عن عمل) ومثاله : الطبيب الذي يمتنع عن القيام بعملية جراحية إلا في حالة زيادة الأجرة المتفق عليها في وقت يصعب على المريض الاستعانة بطبيب غيره .

والتغريب هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به غيرها)) يلاحظ على هذا النص في تعريفه للتغريب أنه لا يعتبر التغريب في الواقع عيباً من عيوب الرضا وإنما هو علة لعيب آخر هو (الغلط في محل العقد) لأنه الغلط قد يكون تلقائياً أي ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه أو يكون مستثراً ، أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع العاقد وفي كلا الحالتين يكون العقد معيباً .

ثانياً: النتائج:

توصلت الدراسة للنتائج التالية:

1. توصلت الدراسة إلى أنه يوجد تباين في بعض الاحوال بين ما اخذ به القانون المدني الأردني والفقہ الاسلامي في ما يتعلق بالضوابط القانونية والشرعية للرضا بالعقود.
2. العقد ينشأ عن ارتباط يجب بقبول أو ما يقوم مقامهما على وجه مشروع، يترتب عليه الالتزام كل منهما بما وجب عليه للاخر.
3. يتدرج العقد من حيث المشروعية وعدمها في الفقہ والقانون، من البطلان إلى الفساد، من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم.
4. يلتقي الفقہ والقانون على اعتبار الرضا بين العاقدین هو الاساس الذي يقوم عليه عمل المتعاقدين.
5. بالنسبة لاثر الاكراه فلقد اخذ القانون برأي الحنفية باعتبار العقد موقوف على الاجازة بعد زوال الاكراه.
6. اتفق الفقہ والقانون على ضرورة رفع الضرر عنمن وقع عليه التغيرير وذلك باعطائه حق الفسخ ولكن القانون لا يعطي هذا الحق مالم يكن الغبن فاحشاً.
7. اتفق الفقہ والقانون على اعتبار اعراف الناس في معاملاتهم معياراً لتحديد الغبن بنوعيه.
8. عالجة الفقہ مسائل الغلط منفصلة وذهب القانون إلى القول بعدم لزوم العقد واثبات الخيار لمن وقعه بالغلط.
9. يوجد عدد العيوب التي تجعل الارادة معيبه في القانون المدني الأردني والشرعية الاسلامية، هي (الاکراه، التغيرير مع الغبن، والغلط).

10. يقسم فقهاء القانون الإكراه إلى قسمين مادي ومعنوي، وذلك طبقاً لنوع الضغط

المباشر على المكره، ويقسمه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار، ويسمى إكراهاً تاماً أو ملجأً، وإكراه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ويسمى إكراهاً ناقصاً أو غير ملجئ.

11. لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يوجد عقد صحيح، وأن يقع إخلال بالالتزام

الوارد في هذا العقد وإنما يلزم أن يلحق هذا الإخلال ضرراً ينصرف إليه أثر العقد، فإذا

كان الإخلال قد وقع ممن لا ينصرف إليه أثر العقد فإن مسؤولية هذا الأخير هي

مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية حتى ولو كان مكلفاً بتنفيذ الإلتزام التعاقدية أو

إشترك مع المدين بهذا الإخلال

ثالثاً: التوصيات:

في ضوء النتائج يوصي الباحث بما يلي:

(1) عقد مجالس علمية تضم كبار العلماء من رجال الفقه والقانون، ليكونوا خبراء في مجالس الفقهاء لاستنباط وتقنين الاحكام من مصادر التشريع المختلفة للمسائل المستجدة. مواكبت التقدم العلمي والافادة من اهل الاختصاص في مسائل العقود خاصة التي يمتد اثرها للغير.

(2) الاخذ والاستفادة من جميع المذاهب الفقهية لتسهيل على الناس.

(3) تعاد صياغة المادة (87) والتي تعرف العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

لتكون على الشكل التالي:

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقادين بقبول الآخر أو ما يقوم مقامهما وتوافقهما على وجه مشروع يتبث أثره في العقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

(4) تعاد صياغة المادة (167) والتي تقول: "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له؟"

لتكون على النحو التالي:

1- العقد الصحيح هو المشروع ذاتاً ووصفتاً.

العقد الصحيح تترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده مالم يكن موقوفاً أو معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

(5) إيراد نص يُقرّر مبدأً عاماً يُقرُّ فيه بشمول التعويض للتأخير في التنفيذ، وهي عبارة.. (ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)، ذلك أن القانون المدني الأردني لم ينص على مسؤولية المدين عن التأخير في تنفيذ التزامه سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية، بل إنه يُحرّم ذلك تمشياً مع ما جاء به الفقه الإسلامي بهذا الخصوص. والباحث يرى ضرورة النص على هذا الحكم ولا سيما وأنه حتى القواعد مقررة بأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون البنك المركزي الأردني وقانون التجارة الأردني، وأن هناك أحكام متعدّدة لمحكمة التمييز الأردنية أقامت فيها مسؤولية المدين عن التأخير في تنفيذ الالتزام التعاقدية.

قائمة المراجع:

1. الغمار، إبراهيم (1980). الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دراسة قانونية نفسية، جامعة القاهرة، القاهرة.
2. النووي، أبو زكرية محي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ) شرح النووي تحقيق: نجيب المطيعي، دار الارشاد، السعودية، بدون تاريخ.
3. ابن عبد البر، يوسف النمري القرطبي، (ت 463 هـ)، (1980)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد الموريتاني، ج2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
4. ابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم الأنصاري (2003م)، لسان العرب (تحقيق: عامر أحمد حيدر)، ط: 1، ج: 3، ص: حرف الدال، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
5. أبو البركات، عبد الله بن أحمد النسفي الحنفي، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
6. أبو السعود، رمضان (1990). شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الدار الجامعية، ط1.
7. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (1995) تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت.
8. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (1977) مسؤولي ناقل الأشخاص في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
9. أبو زهرة، محمد (1999). الجريمة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

10. أبو هزيم، محمد (1984). التزام البائع بضمان المبيع، بحث دبلوم دراسات عليا، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء.
11. أحمد، إبراهيم (1934). العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، عدد6، السنة الرابعة .
12. أحمد، محمد شريف (1999) مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
13. أحمد، محمد شريف (1999). مصادر الالتزام في القانون الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
14. إلياس ناصيف (1995). موسوعة العقود المدنية التجارية، ج3، عقد البيع، دراسة مقارنة، بيروت.
15. البرديسي، زكريا، (1960). الإكراه بين الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، العدد1 وما بعدها.
16. بسام، محتبس الله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق ط2 د ن 2006.
17. بك، محمد حلمي عيسى (1916). شرح البيع في القوانين المصرية والعربية وفي الشريعة الإسلامية، مطبعة المعارف، ط1.
18. بن زكريا، زهير ج(1999) الغلط في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة في النظام الانجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني) رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة عين شمس غير منشورة.

19. الجبوري، ياسين محمد (2002)، **المبسوط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان.
20. حزبون، جورج (2002) **قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي**، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد2، السنة26.
21. حسن علي (2006) **المبسوط في شرح القانون المدني.. الغلط**، دار وائل للنشر عمان.
22. حسني، محمود نجب (1982). **قانون العقوبات**، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة.
23. الحكيم عبد المجيد (1980) **الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي**، وزارة التعليم العالي والبحث بغداد.
24. الحكيم، جاك (1970). **العقود الشائعة أو المسماة**، عقد البيع، دار الفكر، عمان.
25. الحنفي، ابن الهمام (1424 هـ) **فتح القدير في شرح الهداية**، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
26. الحنفي، أحمد بن أبي سعيد (1998) **نور الأنوار في شرح المنار**، تحقيق حافظ الزاهدي، الجامعة الإسلامية ، باكستان.
27. الحيارى، احمد حسن عباس (2004) **المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والجزائري اصلها**، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة جزائرية (منشورة) دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان.

28. حيدر، علي (د.ت) **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تحقيق فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
29. خاطر، صبري حمد (د.ت) **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، منشورات جامعة البحرين.
30. خاطر، نوري (2008) **تحديد فكرة الغلط الجسيم في المسؤولية المدنية**، دراسة نظرية مقارنة، مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت، المجلد السابع، العدد الثالث.
31. خطاب، طلبه وهبه (1970) **المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان**، دار الفكر العربي، القاهرة.
32. داغي، علي محي الدين علي (1985)، **مبدأ الرضا في العقود**، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والفقه المدني " الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي، ج 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان.
33. الذنون، حسن علي (2006) **المبسوط في المسؤولية المدنية**، الغلط دار وائل للنشر عمان.
34. ذياب، أسعد (1993). **ضمان العيوب الخفية**، دار اقرأ، بيروت، ط1.
35. راجع حيدر، علي (1999). **درر الحكام شرح محلة الأحكام**، تعريب فهمي الحسيني، الكتاب الأول البيوع، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد.
36. رشدي، محمد السعيد (2008) **الغلط غير المغتفر (سلوك الفاحش المقصود)**، دراسة في القوانين الفرنسي والمصري والكويتي - منشأة المعارف الإسكندرية،

- الزبيدي، محمد عوض حماد (2004) الغلط غير المغنفر في القانون الأردني رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة لجامعة ال البيت.
37. الرومي ، عبد الوهاب علي سعد الإستحالة والسبب الخارجي عن المدين ، دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب ، (1998) مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة الثانية والعشرون (1998) ، العدد الثاني .
38. الرومي، عبد الوهاب (1994) الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي في الفقه الاسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة.
39. الزرقا، مصطفى (1963) المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، سوريا.
40. الزرقا، مصطفى أحمد (1998) المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق، سورية.
41. زكي، محمود جمال الدين (2000) مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول مطبعة جاملة القاهرة .
42. زكي، محمود جمال الدين (1978) الوجيز العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ط3 مطبعة جامعة القاهرة.
43. زيدان، عبد الكريم (2006)، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط5، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت.
44. سامي، فوزي محمد، شرح القانون التجاري الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1993 .
45. السرحان عدنان وخاطر نوري (2009) شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

46. السرحان، عدنان وخاطر، نوري (2000) مصادر الحقوق الشخصية، ط 1، دار الثقافة، عمان.
47. السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت 483) أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى
48. السعيد، رشدي، محمد (1994)، مسؤولية العامل قبل رب العمل عن التنفيذ المعيب للعمل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثامنة عشرة، العدد الثالث.
49. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه منشورة قدمت في كلية الحقوق بالجامعة المصرية القاهرة 1936 مطبعة الاعتماد القاهرة.
50. السمدان، احمد (1993) القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور، مجلة الحقوق، السنة 17، العدد الأول والثاني.
51. السنهوري، عبد الرزاق (1934) النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد ط 1 مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة.
52. السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1998) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 79، 83، الحكيم، عبد المجيد (د.ت) مصادر الالتزام، الجزء الأول، لام .
53. السنهوري، عبد الرزاق احمد (1998)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط 1، ج 4، مطبعة الحلبي الحقوقية، بيروت.
54. الشامي، محمد حسين علي (1990) ركن الغلط في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المدن بالمصري والمني والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية- القاهرة.

55. شفيق الجراح (1983). القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرياض، دمشق.
56. شلبي، محمد (1983) ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيها، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
57. شنب، محمد لبيب (1957) المسؤولية عن الاشياء، مكتبة دار النهضة العربية القاهرة.
58. الشواربي، عبد الحميد (1988) المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.
59. الشواربي، عبد الحميد (1997) فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط3 نشأة المعارف، بالاسكندرية.
60. الشواربي، عبد الحميد (1991) البطلان المدني الاجرائي الموضوعي منشأة المعارف الاسكندرية.
61. صالح بن محمد السلطان (1421هـ). أثر اختلاف المتتابعين على عقد البيع، دار أصداء المجتمع، ط1.
62. طه، غني حسون (1971) الوجيز في النظرية العامة للالتزام: الكتاب الاول مصادر الالتزام، مطبعة المعارف بغداد، .
63. عامر، حسين (1949) القوة الملزمة للعقد، ط1، مطبعة مصر، القاهرة.
64. عامر، عبد العزيز (1976). عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة.

65. عبابنة، علاء الدين (2004) القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن.
66. عبد العال، عكاشة (1993) قانون العمليات المصرفية الدولية، الدار الجامعية، بيروت.
67. عبد الفتاح، محمد السعيد (2002). أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية: دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة.
68. عبدا لله، عز الدين (1986) القانون الدولي الخاص، ج1، ط9، دار النهضة العربية، القاهرة.
69. العدوي، جلال علي (1997) اصول الالتزامات مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية.
70. عطا الله، برهام محمد (1999). عقد البيع، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
71. العطار، عبد الناصر توفيق (1959). استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى.
72. العلوان، عبد الكريم سالم (2002). ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الدول العربية.

73. علوان، محمد (2004) المعاهدات الدولية في النظام القانوني الأردني، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون.
74. العمروسي، أنور (1993). التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، ج3.
75. العمروسي، أنور (1998). التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، ج2.
76. عودة، عبد القادر (1999). التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة.
77. عوض، محمد محي الدين (1986). القانون الجنائي مبادئه الإسلامية ونظريات في الشريعة الإسلامية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة.
78. عوض، محي الدين (1992). الأحكام العامة للتجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية، منشورات المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياضي.
79. فرج، توفيق حسن (1979). عقد البيع والمقايضة، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
80. الفضل، منذر (1996) النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
81. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (ت770هـ)، المصباح المنير، مادة التدليس، مكتبة الايمان، المنصورة، مصر، 2008.

82. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (1995م)، **الجامع لأحكام القرآن**، (تحقيق هشام البخاري)، ج2، ط: 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان ، مجلد 1.
83. قلعة جي، محمد رواس (1985). **معجم لغة الفقهاء**، ط1، دار النفائس.
84. قلعجي، محمد رواس (1998) **معجم لغة الفقهاء** : دار النفائس، بيروت، لبنان، 1408هـ.
85. الكردي، أحمد الحجي (1982). **فقه المعاوضات**، الجزء الأول، مطابع مؤسسة الوحدة، دمشق.
86. المحاسنة، محمد يحيى (2000) **المادة 360 مدني اردني والتعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية**، بحث محكم منشور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، 2000.
87. محمد، عبد الرسول عبد الرضا (1974). **الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي**، القاهرة، دار حراء.
88. المحمد، محمد نجدات (2007) **ضمان العقد**، دار المكتبي، دمشق.
89. المرصفاوي، حسن (1972). **قواعد المسؤولية في التشريعات العربية**، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية.
90. مرقس، سليمان (1956) **نظرية العقد**، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.
91. مرقس، سليمان (1998). **العقود المسماة، عقد البيع**، ط4، ج3، عالم الكتب.
92. المصري، محمد وليد (2009) **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، ط1، دار الثقافة، عمان.

93. مصطفى، منصور (1959). تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الأولى.
94. المقدادي، عادل علي عبد الله (1997) مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
95. ملكاوي، بشار عدنان (2008) ، تقييم تعريف العقد في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد الثاني.
96. المناوي، محمد عبد الرؤوف (1410 هـ) (التعاريف تحقيق : د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية.
97. المنجي، محمد (1987). عقد البيع الابتدائي، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية.
98. منصور، محمد حسين (2006). ضمان صلاحية المبيع، الدار الجامعية الجديدة للنشر.
99. المهدي، نزيه الصادق (1999). الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
100. موسى، طالب حسن (2001) الوجيه في قانون التجارة الدولية، ط1، الدار العلمية الدولية، عمان.
101. الموصلي عبد الله بن محمود (ت683هـ) الاختيار لتعليم المختار مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1963.

102. الموصلي، عبدالله(ت683هـ)، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، 1937، 95/4.
103. نجيب، مصطفى أحمد والهزايمة،، محمد (1991) المدخل إلى دراسة التشريع الاسلامي، ط1، عمان، دار عمار.
104. الهداوي، حسن (1997) القانون الدولي الخاص، ط2، دار الثقافة، عمان.
105. وزير، عبد العظيم (1991). علم الإجرام وعلم العقاب، ج1، علم الإجرام، دار النهضة العربية، القاهرة .
106. يا ملكي، اكرم (1998) القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
107. ياقوت، محمود محمد (2004) الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
108. يكن، زهدي (1970). شرح قانون الموجبات والعقود، الجزء المتمم للجزء السابع في العقود المسماة، ط1، عقد البيع، بيروت، دار الثقافة.