



حقوق الغير المقترنة بالعقد بحث مقارنة بالفقه الاسلامي بحث مقدم من قبل

الاستاذ الدكتور عباس علي محمد الحسيني

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/دائرة البعثات والعلاقات الثقافية

الخلاصة .

استناداً الى قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، والتي تقضي بأن حكم العقد ينصرف الى اطرافه، أو من يقوم مقامهم ، فإن الغير عنهم من المفروض أن لايتأثر بما ورد فيه من أحكام ، إلا أن العقد لما كان وليد ارادتين ، وأن هذه الارادة التي حددت آثار العقد بين عاقديه، قد تسمح أحياناً بأنصراف هذه الآثار إلى غيرهما، وأحياناً أخرى قد يجيز القانون بأن يفيد أحد من عقد ليس طرفاً فيه بعد أن وضع تلك القاعدة الحاكمة بحصر آثار العقد بين اطرافه فقط، حقوقه بالعقد المبرم بعيداً عنه لم يكن من السهل تحديده، أو بيان الحدود الفاصلة بين كونه اجنبياً تماماً عن العقد فيسمى غيراً اجنبياً وبين عده غيراً غير اجنبي يتأثر بما تضمنه العقد من أحكام. كما ان تحديد ماهية الحقوق التي يمكن ان يفيد منها الغير لم تكن هي الأخرى محل اتفاق ووافق. ولذلك كان لابد من بحث التأصيل القانوني لمفهوم الغير، وكذلك تحديد الحقوق التي يمكن سريانها إزانه أو ترتبط بمصالحه، فضلاً عن بحث الآثار المترتبة على سريان حقوق العقد تجاه الغير والآثار المترتبة على عدم سريان حقوق العقد إزانه.

الكلمات المفتاحية: حقوق ، العقد ، الغير ، المقترن ، الفقه ، الاسلامي .

Abstract .

According to the rule of the relative effect of the contract in terms of the people, which requires that the rule of the contract goes out to its parties or their deputies , the foreigner of the contract is supposed to be unaffected by the rules of the contract. However, the contract come out from two wishes and these wishes allow sometimes to the non-parties of that contract, and sometimes the law allows others to benefit from that contract after the ruling put that rule to limit the effects of the contract between its parties only. This third party , which may be associated with the contract rights away, is not easy to determine or statement boundaries between being a foreigner is called the contract completely changed between foreigners is influenced by foreign contents , including the provisions of the contract . Also, determine what rights that can take advantage of them non- are not the other shop agreement and reconciliation, and therefore it is necessary to search rooting legal concept of others as well as to determine the rights that effect about it or linked to its interests, as well as discuss the implications of the validity of the contract rights to third parties and the effect implications of the lack of validity of the contract rights toward it .

Key words: Rights , Contract , Contract , Associated , Hadith , Islamic.



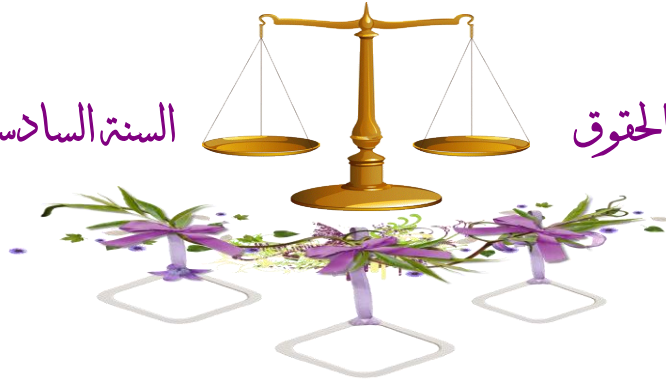
المقدمة

أولاً : موضوع البحث .

من المنفق عليه ان العقد لا ينشئ حقوقاً، أو التزاماتٍ إلا بالنسبة لعاقديه كأصل عام، وهو ما يطلق عليه بنسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، ويقضي بأنصراف أحكام العقد إلى أطرافه، أو من يكون في حكمهم ، فالعقود لا تضر ولا تنفع سوى عاقدتها. وإذا كان هذا المبدأ العام الذي يحكم آثار العقد في ضوء أحكام القانون وحدود حرية المتعاقدين من حيث أن النصوص القانونية، تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين يلتزمان بتنفيذه دون الخروج عن أحكامه، ومن حيث أن للمتعاقدين الحرية في حصر آثار العقد بينهما؛ كون الأخير هو عمل إرادي، وقد يقتضي أعمال ارادتهما، أن لا تتعدى آثاره إلى غيرهما. ولكن هذا المبدأ وقف أحياناً عائقاً أمام إمكانية سريان العقد إلى غير المتعاقدين، ونفاذه في حق من ينشئ هذا العقد بان له حقوقاً فيه. فمثلما تكون للارادة دور في حصر آثار العقد بين أطرافه، فقد تسمح لغيرهما الاستفادة من بعض آثاره. وإذا كان القانون قد عد أن هذه الآثار لا تضر ولا تفيد سوى الطرفين المتعاقدين فإنه أحياناً يرتب لغيرهما حقوقاً ناشئة منه. وفي الحالة الأخيرة نكون أمام طائفتين من الأشخاص هما أطراف العقد والغير، ويقف كل من هؤلاء في مركز متناقض للآخر، فمن اللحظة التي يخرج فيها أي منهم من الطائفة الأولى فإنه يدخل في الثانية والعكس صحيح أيضاً. وأمام الاعتراف للغير بحقوق له نشأت من عقد أبرمه طرفاه، جاء موضوع هذا البحث.

ثانياً : أهمية البحث وأسباب اختياره .

لا شك في أن كل بحث في فرع من فروع القانون يجب ان يكون له أهمية ونتائج مستوفاة منه. ولا شك في أن بحث حقوق الغير المقترنة بالعقد لا يخلو من هذه الأهمية. فعلى الرغم مما كتب عن نسبية العقد في مؤلفات النظرية العامة للالتزام وما تناولته الدراسات الفقهية من أن للعقد حجية مطلقة لأحكامه، سواء بين المتعاقدين أو غيرهم، ما يزال هذا الموضوع يشغل بال الباحثين؛ بسبب عدم حسم نتائجه وحصر خلافاً المتعلقة بمفرداته، ف"الغير" كمفهوم قانوني ما يزال غامضاً؛ فقد تردت التعريفات الفقهية في وضع تعريف واضح له، وتحديد معالمه وعلى نحو يميزه بشكل لا لبس فيه عن الطرف في العقد، كما أن الحقوق من حيث ماهيتها ومداهما التي يمكن أن يفيد منها "الغير" ما تزال محل نقاش وجدل. وإذا كان من الحقوق التي يمكن أن يكتسبها "الغير" من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه قد اقر بانتقالها اليه، إلا أن البحث مازال مستمراً حول أساس سريانها، ومدى إمكانية توفير إطار قانوني محكم لحماية "الغير" عن العقد وأوجه هذه الحماية ومظاهرها. ولهذا أرتبنا أن نخصص هذا البحث لدراسة حقوق "الغير" المقترنة بالعقد؛ لعلنا نأتي بامر للنتاج الفقهي والتشريعي والقضائي حول هذا الموضوع إن لم تزده تعقيداً وخلافاً، ليكون بحثاً متعمقاً حول هذه الحقوق من خلال عرض الآراء الفقهية وتبيان النصوص التشريعية والكشف عن الأحكام القضائية إزائه.



ثالثاً : نطاق البحث .

سيدور بحثنا في نطاق مقارنة بين الفقه الاسلامي والمدني كلما كان لنا سبيل في الوقوف على أحكام الفقه الاسلامي بخصوص جزئيات هذا البحث؛ لما يتمتع به هذا الفقه من أصالة وعمق في بحث جزئيات وتفصيل في غاية الأهمية، فضلاً على ما يتمتع به من أسبقية عن الفقه المدني. وحتى يستكمل البحث نطاقه لابد من عرض الاتجاهات التشريعية والأحكام القضائية التي اوضحت حدود معالم هذه الحقوق ومدى إمكانية إستفادة "الغير" منها. وسنستعرض آراء الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين، ونبين آراء تلك المقارنة مفيدة ولازمة للبحث. وسنستعرض آراء الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين، ونبين آراء الفقه المدني العربي والعراقي مما له صلة بالموضوع، والنهج ذاته سنختطه لأحكام القضاء المدني والوقوف على اتجاهات القضاء العراقي.

رابعاً : خطة البحث .

سنعتمد في بحثنا هذا التقسيم الثنائي لمحتوياته، فنقسمه على مبحثين، يتعلق الأول بالتأصيل النظري لحقوق "الغير" المقترنة بالعقد ونقسمه على مطلبين، يشمل الأول على مركز "الغير" في التصرفات الموجبة لأقتران حقوقه بالعقد. ونبين في الثاني منه أنواع الحقوق المقترنة بالعقد وأساس سريانها بحق الغير. أما المبحث الثاني فسيخصص لأحكام حقوق "الغير" المقترنة بالعقد وسيتموزع على مطلبين، يتضمن الأول منه آثار عدم سريان الحقوق الى "الغير" ويتناول الثاني من هذا المبحث للآثار المترتبة على سريان الحقوق الى "الغير". وفي النهاية سنعرض لأهم نتائج البحث وتوصياته. فان كتب لهذا العمل النجاح فذلك فضل من الله، وأن كتب له القصور فذلك شأن أي عمل إنساني ينتابه النقص.

المبحث الأول/التأصيل النظري لحقوق الغير المقترنة بالعقد .

لكي نقر للغير حقاً يكتسبها من العقد المبرم بين طرفيه، لابد من أن يكون هناك عقد أبرم بصورة صحيحة، وأصبح نافذاً ولازماً بين طرفيه، ووجود ما يسوغ لأكتساب هذا "الغير" من حقوق، وهذا يتحقق بالتصرف الذي يصدر من أحد طرفي العقد. وإذا ما سلمنا بأن هذا التصرف من شأنه أن ينشئ لهذا "الغير" بعض الحقوق، كان لابد من بيان أنواع هذه الحقوق، وأساس سريانها بحق "الغير". وهو ما سنعمد لدراسته في هذا المبحث الذي سنقسمه على مطلبين. نتناول في الأول منه التصرفات الموجبة لأقتران حقوق "الغير" بالعقد، ونبحث في الثاني أنواع الحقوق المقترنة بالعقد وأساس سريانها في حقه.

المطلب الأول/التصرفات الموجبة لأقتران حقوق الغير بالعقد .

قلنا أننا نكون أمام حقوق للغير تقترن بالعقد عندما يتصرف أحد طرفي العقد بالمال الذي يتعلق به حق لشخص آخر، ويلحق هذا التصرف ضرراً به. ولذلك لابد من توضيح معنى هذه التصرفات وشروط قيامها لكي ينشأ الأعتراف للغير بأن له حقوقاً من هذا العقد، وهو ما سيكون موضوع مطلبنا هذا. وسنقسمه على فرعين نتناول في الأول المركز القانوني للغير، ونبحث في الثاني مفهوم التصرفات المنشئة لحقوق "الغير".



الفرع الأول/المركز القانوني للغير .

إن تحديد المركز القانوني للغير يتطلب منا أن نبين مفهوم الغير في هذا البحث. ويفيد مصطلح "الغير" لغة بأنه أسم مفرد مذكر وجمعه أغيار، وهو بمعنى سوى، وهي كلمة يوصف بها ويستثنى^(١). أما اصطلاحاً فقد تناوله الفقهاء المسلمون في مؤلفاتهم في بعض الأبواب كالبيع والوكالة وأن لم يرد فيها تعريف محدد له . فورد في بعض كتبهم أن (الأصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره)، وورد كذلك (لأن الوكالة حق للموكل فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق لغيره)^(٢). ومن المحدثين من الفقهاء المسلمين من عرف "الغير" بأنه من لم ينفذ العقد في حقه^(٣). ويتحدد مفهوم "الغير" في الفقه المدني على نحوين، الأول هو "الغير" الأجنبي عن العقد، وهو الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه ولا تربطه أية علاقة إلتزام بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل، فلا يكون خلفاً عاماً، ولا خاصاً، ولا دائماً لأحد طرفي العقد، بل هو أجنبي عنه، والثاني هو "الغير" غير الأجنبي، وهو الذي يتأثر من عقد معين ولم يكن طرفاً، أو ممثلاً فيه، أو مساهماً في إبرامه. ويكون له حق في هذا العقد يخوله الطعن فيه؛ بسبب العلاقة التي تربطه بأحد أطراف العقد يظهر بسببها التعارض بين مصالحه ومصالحة الأطراف المتعاقدة^(٤)، وهذا التعارض هو الذي كان سبباً في تدخل المشرع أحياناً لحماية هذا الغير^(٥). وهذا المعنى الثاني للغير هو الذي يدخل في موضوع بحثنا، فعلى الرغم من أن قاعدة نسبية آثار العقد تقضي باعتبار الغير أجنبياً عن العقد لا يتأثر بما ينشئه من حقوق والتزامات، إلا أن مقتضيات العدالة أو استقرار التعامل سمحت بوجود بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، وإذا كان الفقه الفرنسي قد أستعان بطريقة الأستبعاد لتحديد مفهوم "الغير" من خلال إستبعاد المتعاقدين عن فئة الأشخاص التي لا ينطبق عليها مبدأ نسبية أثر العقد، إلا أن الفقهاء هناك أقرروا بعدم وجود حد واضح بين المتعاقد وبين "الغير"، فسرعان ما يخرج الشخص من طائفة معينة ليدخل في الأخرى^(٦). وأنتهج المشرع الفرنسي الطريقة ذاتها في تحديد مفهوم "الغير" على اساس من قاعدة نسبية أثر العقد، عندما اشارت المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، انه ليس للاتفاقيات مفعولاً الا بين الفريقين المتعاقدين، وهي لا تضر بالأشخاص الثالثين ولا تفيدهم الا في الحالات المحددة قانوناً^(٧). وتبنى المشرع المصري المبدأ نفسه في المادة (١٥٢) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، عندما نصت على انه (لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير)^(٨). كما اقر المشرع العراقي هذا المبدأ بأسلوب مغاير في الصياغة، ولكنه أراد المعنى نفسه عندما نص في المادة (١/٤٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه (ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين ...). ويفهم من ذلك أن هذا الاثر لا يمكن ان ينصرف الى غيرهما. وهكذا يصور جانب من الشراح أن قاعدة النسبية وقفت عائقاً امام أعمال قاعدة نفاذ العقد، اذ لا يمكن تصور إنصراف آثار العقد الى غير المتعاقدين، فعدم الزام "الغير" بعقد لم يكن طرفاً فيه هو جوهر قاعدة النسبية، وكلما تجاوزناها يعني ذلك اننا وضعنا إستثناءً عليها، وكلما أصبح الشخص ملزماً بالعقد وجب النظر اليه في اطار الاستثناءات على هذه القاعدة^(٩). ولم يكن موقف القضاء بعيداً عن ما عرضه الفقهاء لتحديد مفهوم "الغير" ومدى تأثيره بتصرفات أحد المتعاقدين.

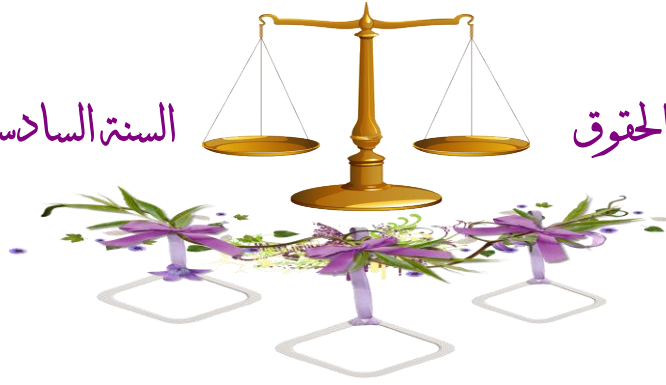


وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بان آثار العقد، سواء كانت حقاً أم إلزاماً، لا تنصرف الى "الغير" الذي لم تربطه صلة بأي من طرفيه، وفي حكم آخر طبقت المحكمة ذاتها نص المادة (١٥٢) من القانون المدني، وقضت بأن الأصل في العقود، طبقاً لنص هذه المادة، لا ينصرف أثرها إلى غير المتعاقدين، إلا إذا كان من شأنها أن تكسب هذا "الغير" حقاً، فعندئذ يمكن الخروج عن هذا المبدأ بأرادة طرفيه في شقه الايجابي، وهو إنشاء الحق دون شقه السلبي وهو تقرير الألتزام، بمعنى أنه ليس لطرفي العقد أن يرتبا باتفاقهما إلزاماً في ذمة "الغير"، وإن كان لهما أن يشترطا حقاً لمصلحة ذلك "الغير"، وإذا كان أثر العقد يقتصر على طرفيه والخلف العام والخاص في الحدود التي بينها القانون، فلا ينصرف هذا الأثر إلى "الغير"، وتطبيقاً لذلك لا يترتب على أفراد أسرة المستأجر أي التزم تجاه المؤجر في عقد الأيجار الذي أبرمه معه المستأجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر في السكن، ويبقى الأخير هو الطرف الأصلي والوحيد في التعامل مع المؤجر، فهؤلاء ليسوا طرفاً في عقد الأيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقة تعاقدية مباشرة^(١٠). وفي هذا السياق ذهب القضاء العراقي، في أكثر من مناسبة، الى تحديد مفهوم "الغير" من خلال بعض التطبيقات القضائية بالقول بأن "الغير" هو من لم يكن طرفاً في العقد الاصيلي، فجاء في أحد احكام محكمة التمييز الاتحادية (إن المدعى عليه لم يكن طرفاً في عقد البيع... فكان من المقتضى أن ترد الدعوى عنه)^(١١). وجاء في حكم آخر للمحكمة ذاتها ليؤكد على عدم قدرة المتعاقدين إلزام غيرهما، بأنه إذا وعد شخص بأن يجعل "الغير" يلتزم بأمر فإنه لا يلزم "الغير" ولكن يلزم نفسه^(١٢). وهكذا تبين أن العقد متى توافرت أركانه وأنعقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره، فإن هذه الآثار تنصرف إلى المتعاقدين ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنصرف إلى "الغير"، وهو ما يطلق عليه بنسبية آثار العقد من حيث الاشخاص، ولهذه القاعدة وجهان، الأول إيجابي يتمثل بإمكانية أن يكسب "الغير" حقاً من العقد، والثاني سلبي يتمثل بإمكانية أن يحمله هذا العقد التزمناً. ويظهر من قراءة بعض النصوص التشريعية أن الجانب الإيجابي ليس مطلقاً بخلاف الجانب السلبي، إذ يمكن أن يكتسب شخص ليس طرفاً في العقد حقاً من هذا العقد، ولكن لا يمكن، بأي حال من الأحوال، ان يرتب عليه التزمناً. وهذا الرأي متفق عليه في الفقه المدني، غير أن الفقه الاسلامي لا يقر بهذه القاعدة مطلقاً بجانبها الايجابي والسلبي، فلا يجيز ان ينصرف الى "الغير" لا إلزام ولا الحق^(١٣). والواقع أن تحديد مفهوم "الغير"، سواء في إنصراف الحقوق اليه أو في تحمله للألتزامات، كان واقعاً تحت تأثير قاعدتين أرساهما الفقه وأقرهما التشريع، الأولى والتي عرضناها ومفادها ان أثر العقد ينصرف إلى أطرافه فقط، وهي قاعدة نسبية أثر العقد إذ انها لا تسري في مواجهة أشخاص وصفوا بأنهم "غير". ويكون "الغير" وفق هذه القاعدة شخصاً مستقلاً لا يمتد أثر العقد اليه، إنطلاقاً من أن هذه القاعدة ما هي إلا تطبيق صريح لمبدأ أستقلال الإرادة، ذلك أن أطراف العقد إنما يبرمون العقد طبقاً لأرادتهم، وهي التي تقدر مصالحهم وبالتالي ينفذون ما أتفقوا عليه، على أساس من أن هذا الأتفاق هو بمثابة قانون ينظم علاقتهم. أما الشخص الذي لم تتحرك إرادته ليبدل في دائرة العقد فهو مستقل عنه؛ لأن إرادته لم تتجه الى التقييد بأحكامه. وأن عدم التعاقد من قبله لا يجعله ملتزماً بقانون العقد، وبالتالي لا ينطبق هذا القانون عليه ويكون مستقلاً عنه ولا ينصرف اليه أثره ما دام هو بعيد عن دائرة التعاقد، ومن ثم فإن عقد الصلح المبرم بين أحد الورثة



والدائن لايسري في حق بقية الورثة، وبيع ملك "الغير" لايسري في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد^(٤). وأما القاعدة الثانية فهي ما تسمى بقاعدة حجية العقد على الكافة، والتي ظهرت بعد الانتقادات التي وجهت الى القاعدة الأولى، ودافع عنها جانب من الفقه الفرنسي يتزعمهم الفقيه سافاتيه الذي رأى بان الانتقادات التي وجهت إلى نسبية العقد جعلتها بعيدة عن الواقع العملي، الذي قد يدفع بآثار العقد خارج النطاق الذي حددته إرادة المتعاقدين، فإذا لم يكن بوسع المتعاقدين إلزام غيرهما بعقدهما، إلا أن هذا "الغير" قد يقوم بعمل يرتب أثراً مادياً تكون نتيجته أن يضرار به طرفا العقد أو احدهما، وليس من العدالة ان يترك هذا الأمر دون معالجة. وإذا كان "الغير" لايفيد من عقد لم يكن طرفاً فيه، إلا أن وجود هذا العقد يفرض عليه واجب إحترام هذا الوجود على اساس من ان العقد بالنسبة اليه واقعة قانونية لها حجيتها تجاه الكافة. ومن هنا نجد أن من الفقهاء من يرى أن بعض العقود ينصرف آثارها الى الكافة؛ لما لها من حجية، فمثلاً تنصرف آثار عقد الزواج الى الكافة فيوجب حرمة الزوجة على غير زوجها ما دامت الرابطة الزوجية قائمة، وكذلك الحال لبعض العقود الناقلة للملكية أو المنشئة لحقوق عينية^(٥). وهكذا وقفت قاعدة النسبية عائقاً أمام إعمال قاعدة نفاذ، أو الزامية، أو حجية العقد، إذ كان لايتصور إنصراف آثار العقد إلى غير المتعاقدين. وقد تزايدت الاستثناءات على قاعدة النسبية إلى درجة القول أنها أهدرتنا. وبالمقابل تعرضت بعض هذه الاستثناءات إلى إنتقادات كان من شأنها الأبقاء على المبدأ كاساس. وعلى أية حال فإن ماتقدم ذكره يدفعنا للقول بأن حجية أو نفاذ العقد يعد مبدأ مكملاً لمبدأ نسبية العقد غير أن أطارهما مختلف، إذ أن الأول خاص بالآثار الخارجية للعقد والثاني يتعلق بالآثار الداخلية للعقد، وبالتالي لا بد من وضع الحدود الفاصلة بين المبدأين لكي لايستعمل نفاذ العقد كحيلة قانونية لألزام "الغير"، وإذا كان حكم قاعدة النسبية يقضي بعدم أنصراف آثار العقد إلى "الغير" فهذا لا يكفي لتحديد مفهوم "الغير" في نطاق بحثنا. ومن دون شك ان تحديد هذا المفهوم ليس بالأمر الهين؛ فالفقهاء في القانون المدني لم يضعوا حدوداً واضحة يتم بموجبها تطير مفهوم "الغير"، ومن ثم القول بأمكانية إنتقال الحقوق إليه من عقد ليس طرفاً فيه، أو إمكانية تأثر مصالحه بهذا العقد، كما أن شرعي القانون المدني ممن أستعملوا مصطلح "الغير" لم يبينوا المقصود منه. الأمر الذي أدى إلى أن تحديد هذا المفهوم تعرض للمراجعة مرات عدة؛ بسبب تشابك الحياة وتداخل العلاقات وتعقيدها وخضوعها لقانون التطور، ف"الغير" هو شخص يعيش في داخل المجتمع ولايمكنه، بأي حال من الأحوال، الوقوف اللامبالاة بالنسبة لما يحدث في المجتمع من وقائع قانونية. ولذلك حاول الفقه إيجاد مفهوم جديد للغير يخرج به عن مضمونه كونه المفهوم الذي يفيد إستقلاله بالنسبة للعقد، ولذلك بدأ الحديث عن مركز مفهوم "الغير" لتحديد وصفه، إلا أن هذا المفهوم مايزال غامضاً حتى أن من الفقهاء من بحث هذا الموضوع من خلال جمع شتاته في نسق واحد أعترف بأن ما توصل اليه لا يشكل منهجاً جامعاً وامنعاً^(٦).

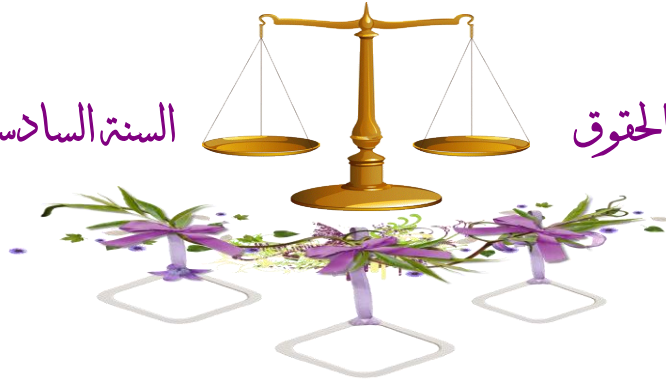
وإذا كنا قد أنتهينا الى أن "الغير" المقصود في بحثنا هو "الغير" غير الأجنبي الذي يكون له حق في العقد المبرم يحق له الطعن فيه إستناداً الى هذا الحق، الا أنه يجب ان نشير إلى مسألتين في غاية الأهمية. الأولى: إن هذا "الغير" قد يكون متعاقداً أصلاً، أو في حكم المتعاقد كالخلف العام (الوارث)، فإذا كانت القاعدة العامة أنه ليس من "الغير" فينصرف إليه أثر العقد، كما صرحت بذلك المادة (٤٢/١) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام.....) فهو



يفيد من الحقوق التي أنشأها عقد سلفه كما يلتزم بالالتزامات التي ترتبت عنه مع مراعاة قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون؛ فالعقود التي أبرمها المورث (السلف) تستمر في ترتيب آثارها في اشخاص ورتته، ولكن الخلف العام يكون من "الغير" إذا أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه ينطوي على الاضرار به كما لو كان من شأن هذا التصرف أن يمس حقه في التركة عن طريق الغش أو التحايل على مخالفة لأحكام الأثر، فلا يعد الوارث قائماً مقام المورث، وإنما يعد في هذه الحالة في حكم "الغير" ^(١٧). والخلف الخاص إذا كان يخلف سلفه في عين معينة بالذات فإنه يكون من "الغير"، ولا ينصرف إليه أثر العقد إذا كان هذا العقد غير سابق على إنتقال الشيء إلى الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل أو غير محدد له، أو يكون من "الغير" كذلك إذا تصرف السلف بالعين إلى أكثر من شخص سواء ورد هذا التصرف في الحاليتين على ملكية العين أو ينشئ لها حقاً أو عليها التزاماً في حالة وينقل ملكيتها في حالة ثانية. وكذلك الدائن العادي الذي يعد "غيراً" متى كانت اموال المدين تساوي أو نقل عن حقوق الدائنين فلا يسري اي تصرف صادر في حقهم ويعد من "الغير" بشأنها، على الرغم من انه يخلف مدينه في حق شخصي يضمن له الحصول على حقه، فمتى ما أقدم المدين على إخراج العناصر الموجبة من ذمته أو زاد في العناصر السالبة فيها، فلا تعد تلك التصرفات نافذ في حق دائنيه ^(١٨). هكذا قد يعد من كان في حكم الطرف المتعاقد "غيراً" في الأحوال المشار إليها، ومن ثم قد تتعلق حقوقه بالعقد الذي يبرمه أحد أطراف العقد. المسألة الثانية: قد يقصد الطرفان المتعاقدان، بأرادتهما، ان يجعلاً شخصاً، هو في خارج نطاق العقد، مكتسباً لحق أو يلتزم بالتزام، كما في حالة الاشتراط لمصلحة "الغير" أو التعهد عن "الغير"، وهذا الذي صرح به النصوص القانونية في أن المتعاقدين يمكنهما أن يجعلاً "غيراً" يكتسب حقاً من العقد ولا يمكنهما ان يجعلاه ملتزماً بشئ؛ فالأشترط لمصلحة "الغير" ينصرف أثره الى "الغير" ويكسبه حقاً، والتعهد عن "الغير" لا ينصرف اثره الى "الغير" ولا يرتب في ذمته إلتزاماً. فهذه الآثار هي مقصودة من قبل المتعاقدين وأنتجتها إرادتهما على الرغم من تغاير قدراتهما في إنشاء الحق أو للغير أو تحمله للإلتزام. وهذا ما يخرج عن نطاق بحثنا؛ فلنأنا أمام شخص من "الغير" يجعله المتعاقدان في منزلتهما من حيث أكتساب الحقوق. من كل ما تقدم نقول أن "الغير" الذي يتحدد به نطاق بحثنا هو كل من تتأثر مصالحه بالعقد المبرم بين طرفين، أو كان في حكم العاقد ويصبح من الاغيار الذي لم يقصد الطرفان سريان حقوق العقد اليه.

الفرع الثاني / التصرفات المؤثرة في حقوق الغير.

قلنا أن حقوق "الغير" تنشأ من جميع التصرفات التي تصدر من شخص بمال من أمواله، بحيث يكون هذا التصرف موجباً لتعلق حقوق "الغير" بها. والأمر يتطلب متاً تحديد مفهوم هذه التصرفات ونطاقها، ومن ثم الشروط الواجب توافرها لكي تتعلق بها حقوق "الغير". إبتداءً نقول أن التصرف، بصورة عامة، يعرف لغة بأنه رد الشيء عن وجهه، فيقال صرف الشيء، أعمله في غير وجهه، كأنه يصرفه من وجهه الى وجهه، والتصرف بهذا المعنى هو بيع الذهب بالفضة؛ لأنه يتصرف به من جوهر الى جوهر ^(١٩). أما اصطلاحاً فإن الفقهاء القدامى من المسلمين لم يعرفوا حقيقة التصرف، وإنما أشاروا الى حالات جوازه أو منعه في أبواب كثيرة من مؤلفاتهم الفقهية. ولهذا حاول جانب من الفقه الحديث صياغة تعريف ينسجم مع



مفهوم التصرف في الأصلاح الشرعي حين عرفه بأنه كل (ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أم في غير صالحه) ^(٢٠). وهو التعريف الراجح من بين عدة تعريفات وضعت لهذا الغرض؛ لأنه تعريف جامع لكل أنواع التصرفات، سواء كانت هذه التصرفات ناتجة عن القول، أم ناتجة عن الفعل، وسواء كانت عن طريق إرادة المتصرف أم عن غير طريق إرادته ^(٢١). أما في اصطلاح القانون فإن إدراك حقيقة التصرف وتحديد معناه بصورة دقيقة يتوقف، إلى حد كبير، على ترتيب مصادر الألتزام، ولذلك فإن فقهاء القانون ينظرون إلى كل أمر يقع وترتب علة وقوعه أثراً قانونياً يتمثل في كسب الحق، أو نقله، أو زواله، بأنه واقعة قانونية، وهذه الأخيرة قد لاتنشأ من إرادة الشخص، ومع ذلك يرتب القانون على حدوثها أثراً، كولادة الانسان أو وفاته، فمن شأنها ان تنشئ حقوقاً، أو تكون سبباً في إنقضائها. وقد يكون لأرادة الشخص دور في هذه الواقعة، وهي تكون على نحوين:

الأول: عمل مادي، أو ما يسمى عند الفقهاء المسلمين بالتصرفات الفعلية. وهي أعمال تصدر من شخص قد يريدها ويريد الأثر المترتب عليها، كبناء جدار آيل للسقوط، أو يريدها ولايريد الأثر المترتب عليها، كأتلاف أموال الغير، وقد لايريد الشخص تلك الأعمال ولايريد أثارها كما لو صدم أحد المارة بسيارته، فهذه كلها يترتب عليها آثار بقوة القانون وفي أي فرض من الفروض الثلاثة.

الثاني: عمل إرادي، ويراد به كل الأعمال الصادرة عن إرادة الشخص قاصداً بها إحداث أثر قانوني معين عليها. ويعبر عنها بالأعمال الأرادية المحصنة التي تتجه الى إحداث نتائج قانونية معينة، وهي ما يسمى بالتصرفات القانونية وتقابل التصرفات القولية في الفقه الاسلامي. وهذه قد تصدر من جانب واحد، أي ناشئة من الأرادة المنفردة للشخص، كما في الوصية والوعد يجعل أو بجائزة، وقد تصدر من جانبين وهي العقد، كعقد البيع والأيجار. ومن هنا فان التصرف القانوني هو في الواقع فرد من أفراد الواقعة القانونية، فكل تصرف قانوني يعد واقعة قانونية، وليس كل واقعة قانونية تعد تصرفاً قانونياً ^(٢٢). ولما كان بحثنا ينحصر في حقوق "الغير" المقترنة بالعقد فإن معنى ذلك أن هذه الحقوق تدور في مدار التصرفات القانونية، فلا شأن لنا بحقوق "الغير" التي تنشأ من تصرفات مادية بحتة، كما في حالة الأضرار التي تنشأ من إستعمال المالك لحقوقه التي يترتب عليها الأضرار بجاره، فهذه أعمال مادية تكون سبباً في نشوء حق للغير بطلب التعويض، وكذلك الأمر لو أستندت هذه الأعمال المادية الى عقد من العقود كما في عقد المقاوله عند قيام المقاول أو أتباعه بألحاق الضرر بالغير كما لو سقط شئ من البناء أدى إلى إصابته، أو في عقد الأيجار فيما لو أحدث المستأجر في العين المؤجرة بناءً فتضرر "الغير" منه. فهذه وغيرها من التصرفات المادية قد يترتب للغير حقاً متعلقاً بها، ولكنها تخرج عن نطاق التصرفات القانونية. وإذا كانت هذه الأخيرة من أقسام التصرفات بأعتبار ذاتها التي تنقسم على تصرفات ناشئة عن إرادتين، أو ناشئة عن إرادة واحدة، فإن الأخيرة تخرج عن نطاق التصرفات محل البحث، وإن كانت حقوق قد تترتب على صدورها للغير كما في حالة الوصية بأكثر من الثلث الى موصى له؛ فالورثة يعدون بمقتضى هذه الوصية وبالقدر الزائد عن ثلث التركة من الغير ما لم يجيزوها، فالموصى عندما يتجاوز النصاب الشرعي إنما يتصرف فيما لا يملك، إذ هو يتصرف في حق للورثة فلا يكون لهذا التصرف من أثر نافذ في حقهم على اساس من انهما من الغير بالقدر الواجب أن يؤول اليهم من التركة؛ ذلك أن حق الورثة في



ثلثي صافي التركة هو حق خاص أستمدوه من الشارع ومن نص القانون، فلا يجوز أن يمسه تصرفات مورثهم. وكذلك يسري الحكم نفسه في كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت يكون مقصوداً به التبرع وبالتالي يسري عليه أحكام الوصية^(٢٣).

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية في أحد احكامها بأن الوارث يكون في حكم "الغير" إذا كان تصرف مورثه يشكل إحتيالاً على قواعد الأثر لتجاوزه القدر الجائز الأيضاء به شرعاً. كما أكدت في حكم آخر أن الوارث يعد من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من مورثه، وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث (إلا انه يخفي وصية فيها اضرار بحقه في الميراث)، أو انه صدر في مرض موت المورث، فيعد إذ ذاك في حكم الوصية^(٢٤). وأمام إستبعاد التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، يبقى أماننا التصرفات القانونية الصادرة من جانبين، ونعني بها العقد الذي يطلق عليه ثلاثة إطلاقات حسب إصطلاح الفقهاء.

الأول: يطلق العقد على تعلق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل.

الثاني: يطلق العقد على ما يتم به الارتباط بين إرادتين إرتباطاً يترتب عليه التزام بين طرفيه. وهو بهذين الأطلاقين لا يكون إلا من طرفين، ولذلك فقد عرف، على اساس من هذا، بأنه ربط بين كلامين، أو ما يقوم مقامهما، وينشأ عنه أثره الشرعي.

الثالث: يطلق العقد على كل تصرف ينشأ منه حكم شرعي، سواء صدر هذا التصرف من شخص واحد كاليمين أو من شخصين كالبيع والأجارة. وهذا الأطلاق الأخير هو ما يفضله جانب من الفقه مستشهداً بعبارات الفقهاء التي تدل على أن بعض العقود التي أوردوها لا تكون إلا من طرف واحد، فضلاً عن أن تعريف العقد لغة بأنه يفيد الربط والتوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين يؤيد ذلك. ولذلك فالعقد المكون من إرادتين متقابلتين هو في الحقيقة يعد مؤلفاً من عقدين، فالبايع حين يقول بعث هذا الشيء كان هذا عقداً بسيطاً، والمشتري حين يقول أشتريته أو قبلت كان هذا عقداً بسيطاً آخراً^(٢٥). ويرى آخرون ان للعقد تعريفين رئيسيين، أحدهما أعم من الآخر، فالعقد بالمفهوم العام، هو ما يصدر عن إرادة واحدة كاليمين أو عن إرادتين كالبيع، وهذا المعنى يتبناه من الفقهاء من يجعل الإرادة المنفردة نوعاً من العقد، اما المفهوم الخاص فهو يطلق على الالتزام الصادر من جانبين، وقد غلبت كلمة العقد في لسان الفقهاء على المفهوم الخاص وهو المتبادر عند الإطلاق، ولا يتبادر إلى الذهن المفهوم العام منه إلا بقريئة تدل على ذلك^(٢٦). وأجتمعت كلمة الفقه المدني على أن العقد هو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه؛ ولذلك فهو يتطلب إرادتين أو أكثر تتجهان إلى إحداث أو ترتيب أثر قانوني^(٢٧). وفي هذا المعنى عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ العقد بأنه (إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه). وحسب تعبير جانب من الفقه المدني العراقي أن المشرع بهذا النص أراد أن يستبعد المعنى العام للعقد، بأنه ما ينشأ من إلتزامات شرعية، سواء كانت نتيجة إتفاق بين طرفين أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد، ويحصر العقد في نطاقه الفني المتعارف عليه في الفقه المدني، فيقصره على الإلتزامات الناشئة من إتحاد إرادتين^(٢٨).

والعقد الذي من الممكن أن يقترن به حق للغير، يجب ان يكون من العقود المالية، وهو ذلك العقد الذي يرد على عين من الأعيان، سواء كان موضوعه نقل ملكية هذه العين بعوض كالبيع أم بغير عوض كالهبة، أو



يرتب حقاً عينياً كالرهن، وإذا كان العقد عقداً غير مالي كالزواج، على الرأي الراجح، فلا يدخل في نطاق التصرفات التي يتعلق بها حق "الغير"، وإن كان مشتملاً على مال من أحد طرفيه، وهو الصداق أو المهر الذي يقدمه الزوج؛ لأن هذا المال ليس مقصوداً فيه بدليل أنه يصح بالقليل أو بالكثير^(٢٩). وهذا العقد المالي الذي يتعلق به حق "الغير" يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:-

١- أن يكون التصرف الناشئ من هذا العقد وارداً على أحد الأموال المملوكة للمتصرف، فالذي يسوغ نشوء حق للغير في العقد هو التصرف الصادر من شخص يملك الشيء محل التصرف الذي تعلق به حق الغير أو له حق عيني عليه. وحسب عبارة أحد الشراح أن من يتصرف في مال له تعلق به حق "الغير" هو من يتمتع بالولاية على محل التصرف^(٣٠). فلو كنا بصدد عقد بيع وتسلم المشتري المبيع ثم تصرف فيه الى "الغير"، فهذا الأخير يعد من الأعيان بالنسبة للعقد الأول، ومن الطبيعي ان تتأثر مصلحته بهذا العقد، سواء كان "الغير" قد انتقلت اليه ملكية المبيع، أو ترتب له حق عيني أصلي كحق المنفعة، أو تبقي كحق الرهن على هذا المبيع. وقد أورد الفقهاء المسلمون تطبيقات عديدة لحقوق "الغير" المقترنة بالعقد، منها حالة فساد العقد أو فسخه بالعيب، أو بسبب إفسار المدين، أو بسبب إقتران العقد بخيار الشرط، فعندهم إن العقد لو أنفسخ بسبب العيب مثلاً وكان المتصرف اليه كالمشتري قد تصرف ثانية في المعقود عليه، فإنهم فرقوا في الحكم بين ما إذا كان التصرف هذا يؤدي الى خروج المعقود عليه من ملك المشتري كالبيع، وما إذا كان هذا التصرف لا يخرج محل العقد من ملكه كالرهن والأجارة. فبالنسبة للنوع الأول من التصرفات أترفوا للغير بحقوقه المستمدة من العقد، ومنعوا من ترتيب آثار الفسخ بزوال ملك المشتري؛ على اساس من أن المبيع قد خرج من ملك المشتري وتعلق به حق "الغير". فقد ورد في مجمع الأنهر بأن البائع يسقط حقه في إسترداد المبيع إذا تصرف المشتري به؛ لأنه تعلق به حق العبد، فالفسخ لحق الشرع وما أجمع حق الله تعالى وحق العبد الأ و غلب حق العبد لحاجته وغناء الله تعالى^(٣١). أما إذا كان التصرف لا يخرج المعقود عليه من ملك المتصرف اليه (المشتري) كالرهن والأجارة، فلا يمنع ذلك من فسخ العقد وترتيب آثاره، وبالتالي يستطيع البائع إسترداد المبيع خالياً من هذه التصرفات التي تعلق بها حق "الغير" ما لم يستطيع المتصرف اليه أن يخلصه مما تعلق به ورده الى مالكة كأن يفك إليه الرهن أو تنتهي مدة الأجارة قبل فسخ العقد؛ ذلك بان رجوع المعقود عليه ما يزال ممكناً الى مالكة (البائع)، كما أن هذه التصرفات لا تؤدي إلى خروج المعقود عليه من الملك تماماً^(٣٢). ويقر الفقه المدني بضرورة أن يرد التصرف على المال الذي يملكه المتصرف، ويتمثل هذا المال بالحق العيني كحق المرتهن على المرهون وحق المستأجر على المأجور. وأن حق "الغير" قد يتعلق بعين محل التصرف كحق المالك في بيع ملك "الغير"، أو يتعلق بماليتها كحق الدائن المرتهن، أو الدائن العادي بالنسبة للمال الذي تصرف فيه مدينه المعسر^(٣٣).

٢- أن يكون التصرف القانوني (العقد) ناقلاً للملكية، أو مرتباً لحق عيني على الشيء المتعلق به حق للغير، وأن يكون مضرراً به؛ فالعقود التي تتعلق بها حقوق "الغير" هي العقود الناقلة للملكية كعقد البيع، وقد لا تؤدي الى نقل الملكية، وإنما تؤدي الى ترتيب حق عيني على الشيء محل التصرف كحق الرهن، أو حق المنفعة، إذ يعد "الغير" هنا في مركز الخلف الخاص للمتصرف، وهو يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء، وهذا الخلف قد يتأثر بعقود سلفه إستناداً الى ما ورد من نص



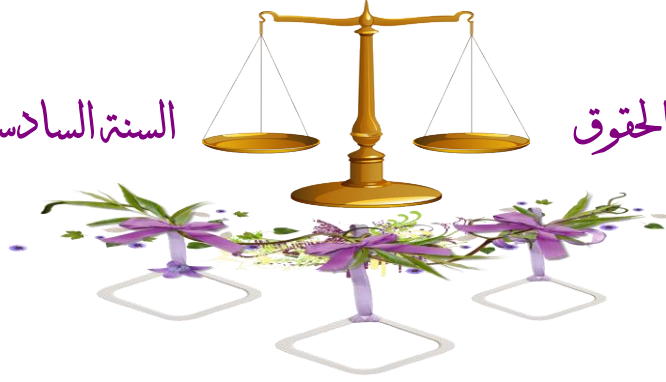
في عقد معه، وفي هذه الحالة ينصرف أثر العقد الى هذا الخلف ما دام قد قبل بهذا الشرط، أي أنه يتلقى أثر العقد بموجب إرادته. ولكن المشكلة تظهر في غياب أي شرط أو اتفاق بين السلف وخلفه الخاص بانصراف أثر العقد الى الأخير، وطبقاً لنص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي التي أشارت في فقرتها الثانية الى انتقال الالتزامات والحقوق الى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إليه، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، فإن الخلف الخاص يحتفظ بوصف "الغير"، أي إن هذا النص لم ينف وصف "الغير" عن الخلف الخاص، وإنما أجاز إنصراف بعض آثار العقد اليه على سبيل الاستثناء^(٣٤). فضلاً عما تقدم ذكره أن يكون التصرف ضاراً بحقوق "الغير"، ويظهر ذلك واضحاً في الحالات التي يتعلق حق "الغير" بمالية المحل المتصرف فيه وليس بعينه كحق المرتهن على المال المرهون وحق الدائن في اموال مدينه، فليس كل تصرف بالمرهون من الراهن، وليس كل تصرف من المدين بأمواله يعد تصرفاً فيما تعلق به حق الغير، وإنما يعد كذلك إذا أضر بالدائن المرتهن متى كان شأن التصرف أن يضعف قيمة المال المرهون، أو يضر بالدائن العادي كما لو أدى تصرف المدين إلى أعساره أو زيادة في إعساره إذ في هذه الحالة يكون التصرف ضاراً بحقوق الدائنين^(٣٥). نخلص من كل ما تقدم أن حقوق "الغير" تقتصر بالعقود المالية الناقلة للملكية، أو المنشئة لحقوق عينية، وكذلك المنشئة لحقوق شخصية للدائنين في حالات معينة.

المطلب الثاني/أنواع الحقوق المقترنة بالعقد وأساس سريانها .

الحقوق التي تكون للغير ليست من طائفة واحدة، وإنما تختلف باختلاف طبيعتها، وبأختلاف العقود المنشئة لها، وأياً كان نوع هذه الحقوق، لا بد من البحث عن أساس قانوني يصلح لتسوية سريانها في حق "الغير"، أو يجعله في مركز يستطيع من خلاله أن يحدد موقفه بوضوح منها. وإزاء ما تقدم سنتناول في هذا المطلب أنواع الحقوق التي تكون للغير وأساس سريانها في حقه من خلال فرعين، نبحث في الأول أنواع الحقوق، ونخصص الثاني لأساس سريانها في حق "الغير".

الفرع الأول/أنواع الحقوق.

إن الوصول إلى تحديد أنواع الحقوق التي يكتسبها "الغير" من العقد يتوقف على تعريف الحق لغةً وإصطلاحاً؛ لما لهذين التعريفين من صلة تكشف عن المعنى المقصود به. والحق لغة هو ضد الباطل، وهو الواجب الثابت الذي لا يجوز إنكاره، ومصدره حقه يحقه حقاً، غلبة على الحق، وصار منه على يقين، والحق مفرد الحقوق، ويقال أن الأمر تحققه وتبينه، وحق الأمر وجب وثبت ووقع بلا شك^(٣٦). أما إصطلاحاً فإن الذي يتطلع إلى مصادر الفقه الإسلامي يجد أن فقهاء الشريعة القدامى لم يضعوا تعريفاً صريحاً ومحدداً للحق، ولكن بعض الفقهاء المحدثين منهم عد الحق نوعاً من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق الرهن، أو متعلق بعقد كحق الخيار المتعلق بالعقد، فهو مرتبة من الملك مقصور على جهة خاصة من جهات التصرف. ويمكن إستخلاص تعريفه من بعض اقوالهم، بأنه المصلحة الثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معاً يقررها المشرع الحكيم^(٣٧). وقد رد هؤلاء الفقهاء تعريف الحق الى أصول ثلاثة وهي، تعريفه على اساس من مصدره، فمصادر التشريع هي مصدر الحقوق وأساسها، او بتعريفه على اساس من محله المتمثلة بالمصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحصيلها من خلاله. أو تعريفه على



اساس من صاحبه أي على أساس من ثبت له ^(٣٨). وينظر علماء الأصول الى الحق بحسب أقسامه، وهي أنه حق لله، وحق للعبد، وحق مشترك. فالأول هو الذي يتعلق به النفع العام من غير إختصاص بأحد، ويختص بكل الأمور الاجتماعية التي لا يكون فيها إعتداء على حق أحد، ولكن يكون فيها دفع إعتداء عن المجتمع، وهو ثابت لا يحتاج فيه إلى دعوى، كالإيمان والصلاة والخراج والكفارات. والثاني، ويسمى بحق العبد الصرف، وهو ما يتعلق بالأموال نقلاً وبقاءً خالصة للعباد والاعتداء عليها ظلم، ولا يقبل الله تعالى توبة عبد قد أكل حقاً من حقوق العباد إلا إذا أداه أو اسقطه صاحبه وعفا، كضمان المتلفات وملك المبيع. والثالث ما أجمع فيه حق الله والعبد، وهو أما أن يكون حق الله غالباً، وهو حد القذف، أو يكون حق العبد هو الغالب، وهو القصاص. وقد يترجم عن حق الله بما فيه المصلحة العامة، وعن حق العبد بما فيه المصلحة الخاصة ^(٣٩).

أما فقهاء القانون فأنهم، بدورهم، قد نظروا إلى الحق من زوايا مختلفة، فعرفوه من حيث صاحبه، بأنه سلطة إرادية للشخص تثبت له بنص القانون، وعرفوه على أساس من محله، بأنه مصلحة يحميها القانون، وعرفوه بالنظر إلى عناصره وخصائصه المميزة له، بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية ^(٤٠). وهكذا يبدو أن الحق في الفقه الإسلامي أوسع منه في فقه القانون، فالأخير يعترف بحقوق الإنسان دون حقوق الله بخلاف الأول الذي يتناول الحقيين معاً لشمول أحكامه؛ والسبب في ذلك أن أحكام القانون الوضعي لا تهتم إلا بمعالجة أمور الإنسان بعيداً عن الدين ^(٤١). وعلى أية حال فإن حقوق "الغير" أما أن تكون حقوقاً عينية، وأما أن تكون حقوقاً شخصية، وهذا التقسيم هو في الواقع ليس تقسيماً للحق؛ لأن حقوق "الغير" قد تكون حقوقاً غير مالية كحقه في إسمه، أو في عدم إفشاء أسراره، وإنما هو تقسيم لحقوق "الغير" في العقد المالي المعتدى فيه على حقه ^(٤٢). ولتوضيح هذه الحقوق فسنتناولها على التوالي

أولاً : الحقوق العينية .

يقصد بالحقوق العينية بأنها حقوق تتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة على شئ مادي معين بموجبها يستطيع صاحبها أن يباشرها دون حاجة إلى وساطة شخص آخر ^(٤٣). وقد يبدو، لأول وهلة، أن وصف الحقوق بأنها حقوق عينية هو وصف ينحصر تعبيره في فقه القانون، إلا أنه في الواقع هو إصطلاح شرعي ورد في كتب الفقه الإسلامي قبل ذلك، من خلال النظر والتدقيق فيها، إذ ورد في بعض منها أن الحقوق المتعلقة بالتركة أما ثابتة قبل الموت أو بالموت، والثابت قبله منها ما يتعلق بالعين، وهي الحقوق العينية ^(٤٤). ويلاحظ بأنها أكثر الحقوق التي يبرز فيها حق للغير بسبب إكتسابها من أحد المتعاقدين؛ لأن هذه الحقوق تكون قابلة للانتقال من شخص إلى آخر دون أن تختفي وتضيع معالمها ومميزاتها، ويستطيع المدعي أن يبحث عنها في ذمة "الغير" حيث توجد منفصلة عن بقية العناصر التي تتألف منها ذمته المالية ^(٤٥). ومن قراءة ما أورده الفقهاء من تطبيقات لحقوق "الغير" المتعلقة بالعقد يتبين لنا أن هذه الحقوق قد تنشأ مشتركة بين طرفين ثم يصبح أحدهما "غيراً"؛ بسبب تصرف الآخر بهذا الحق كما في حالة قيام الشريك، على الشروع، بالتصرف بما يزيد عن حصته في المال المشاع بينه وبين شريكه، فيكون هذا الأخير من "الغير" بالنسبة لهذا التصرف، وقد يكون "الغير" أحياناً بعيداً عن الرابطة القانونية التي كانت السبب في نشوء حق لهذا "الغير" كما في حالة تصرف الراهن بالمرهون إلى مشترٍ



له، أو إلى مرتتهن آخر فيكون المرتتهن الأول بحكم "الغير" الذي يكون له الحق في الطعن بهذا العقد، أو كما في حالة بيع ملك "الغير"، فهذا الآخر ينشأ له الحق في نقض هذا العقد أو إجازته. كما يلاحظ، من جانب آخر، أنّ حقوق "الغير" قد تجتمع فيها الرقبة والمنفعة معاً، وهو ما يسمى بالملك التام الذي يثبت في الشيء ذاته ومنافعه، ويمكن صاحبه من ممارسة جميع حقوق المالك على ملكه، فيتصرف في العين ومنافعه بكافة التصرفات المشروعة من بيع وهبه وإجاره ووقف ووصية والتي لا يترتب عليها إلحاق ضرر بالغير، وقد لا تجتمع الرقبة والمنفعة معاً وإنما يثبت الحق في الشيء وحده أو منفعته وحدها، وهو ما يسمى بالملك الناقص، وهو تقسيم الحق على أساس من كونه تمام متعلقه أو عدم تمامه^(٤٦).

ويدخل في النوع الأول من الملك ما يطلق عليه بالتعاقد على ملك "الغير" كما في عقد الفضولي، إذ يتقرر الحق للمالك هذا في أن ينقض العقد أو يجيزه لكي يكون نافذاً في حقه، وكذلك حق الشريك المشتاع عند تصرف أحد الشركاء بكل المال الشائع أو بما زاد عن حصته؛ فالمالك والشريك المشتاع يملك كل منهما الرقبة والمنفعة معاً. مع الإشارة، هنا، إلى أن هناك أختلافاً بين الفقه المدني والفقه الإسلامي حول نطاق سلطة الفضولي يتمثل في أمرين.

الأول: أن تصرف الفضولي المسبب لنشوء حق للغير (المالك) يكون تصرفاً مطلقاً، فلا تنحصر بالبيع وإنما تتعداه إلى تصرفات أخرى من هبة، أو رهن، أو إجارة، وغير ذلك من التصرفات القولية عندهم^(٤٧). بخلاف الفقه المدني الذي وردت تطبيقاتهم في عقد البيع، بأن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات، وهو ليس بمالك فيه، قاصداً نقل ملكيته في الحال، ويدخل في ذلك بيع الوارث لمال التركة المستغرقة بالدين، وبيع الشريك في الشبوع لكل العين الشائعة، وهو لا يملك إلا حصة فيها. وهذه التصرفات وغيرها يطلق عليها بيع ملك "الغير"، و"الغير"، هنا، من لم يشترك في العقد، ولم يكن طرفاً فيه، ولكن تعلق حقه بالتصرف موضوع العقد^(٤٨).

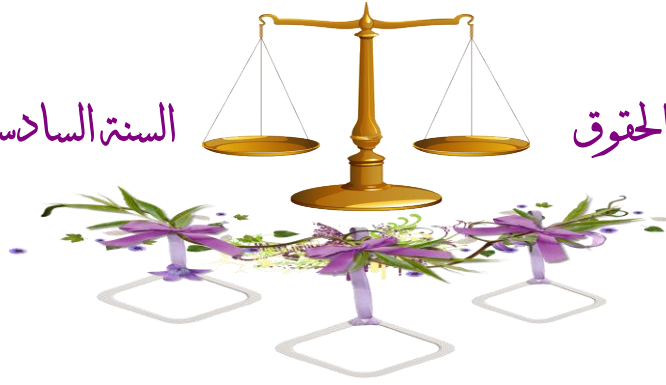
الثاني: أن من يتعاقد على ملك غيره في الفقه الإسلامي، هو كل من يتدخل في شؤون غيره دون توكيل أو نيابة، وإن لم تكن هناك حاجة ضرورية عاجلة لتدخله، بخلاف ما هو عليه في الفقه المدني ممن عد الفضالة مصدر للالتزام، فهو من يقوم بحاجة ضرورية وعاجلة لرب العمل من باب التفضل. فلا يكفي فيه أن يكون نافعاً أو مفيداً فحسب^(٤٩). وقد عبرت النصوص القانونية عن حقوق "الغير" في التعاقد بمال "الغير"، إذ أشارت المادة (١/١٣٥) من القانون المدني العراقي إلى التصرفات مطلقاً بقولها (من تصرف في ملك غيره بدون إذنه...)، ورددت المعنى نفسه المادة (١٠٦٢) منه (٢- إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع...)، في حين أورد القانون المدني المصري أهم تطبيقات هذا التصرف وهو البيع، فقد جاء في المادة (٤٦٦) منه بأنه (١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات ولا يملكه...)، وهو ما نهجه القانون المدني الفرنسي في المادة ١٥٩٩ منه. وأكدت هذا المعنى العديد من أحكام القضاء المصري إذ جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية مفاده (عقد بيع ملك الغير...). وفي حكم آخر (أن بيع ملك الغير...)^(٥٠). أما النوع الثاني من الملك، وهو الملك الناقص، فيدخل فيه كل الحالات التي لا يجتمع فيها ملك الرقبة مع ملك المنفعة كما قلنا، وأهم تطبيقاته هو تأجير الملك أو بيعه الذي يتعلق به حق للغير، أو التصرف بالمرهون الذي ينشئ حقاً للغير. ففي عقد الإيجار يملك المؤجر الرقبة في الوقت الذي يملك فيه المستأجر المنفعة. ولذلك فإن حق المؤجر "الغير" في تعاقد المستأجر على المنفعة (التأجير من الباطن)، هو حق



عيني محله ملك الرقبة، وحق المستأجر "الغير" في بيع المؤجر للعين المؤجر، هو حق عيني محله ملك منفعة العين^(٥١). فإذا كان عقد الأيجار يخول المستأجر منفعة العين المؤجرة خلال المدة المتفق عليها، ويكون له الحق، تبعاً لذلك، في التصرف بها للغير بتأجيرها من الباطن. ولكن لما كانت ملكية المنفعة هذه مرتبطة بملك المؤجر للعين ذاتها (رقبتها) فهنا ينشأ حق للأخير بوصفه من "الغير" في عقد الاجارة من الباطن. وعلى الرغم من أن المؤجر يملك حق رقبة العين، فيملك تبعاً لذلك الحق في بيعها، وعلى الرغم من أن هذا البيع يكون نافذاً بين البائع (المؤجر) والمشتري، إلا أن حق المستأجر الذي يعد "غيراً" عن هذا العقد يتعلق بالعين المبيعة^(٥٢). ويأخذ حكم تصرف الراهن بالمرهون الحكم نفسه عند بيع المأجور، فمع الاعتراف بأهمية ومشروعية الرهن في المحافظة على أموال الدائنين المرتهنين من الضياع عن طريق إستيثاق الدين بالرهن من خلال حبس المرهون في الرهن الحيازي، ومع الأقرار بحق الراهن في التصرف بالمرهون بعد رهنه إلا أن هذا التصرف يجب أن لا يضر بحقوق الدائن المرتهن، ومن ثم ينشأ لهذا الأخير حق في العقد الذي يجريه الراهن على المال المرهون، سواء كان عقداً ناقلاً للملكية أو منشأً لحق عيني تبقي آخر^(٥٣). وإذا كان الأصل أن لا يعترض الدائن على هذا التصرف إذ لا يضره، ولكن إذا شكل تصرف المدين تعرضاً قانونياً للدائن كان من حق الأخير الاعتراض على ذلك. ويتبين، من ذلك، أن نفاذ تصرف المدين من عدمه يتوقف على مدى ما يمثله هذا التصرف من تهديد لضمان الدائن، وبالمقابل فإن حق الدائن في الاعتراض يختلف تبعاً لذلك، فإذا تصرف المدين في جزء من المال المرهون وكانت الأجزاء المتبقية تكفي للوفاء بالدين لم يكن للدائن أي حق، أما إذا ثبت أن التصرف يؤدي إلى الأنتقاص من الضمان، فعندئذ ينشأ الحق للدائن في الاعتراض على هذا التصرف^(٥٤).

ثانياً : الحقوق الشخصية .

إذا كان قوام الحقوق العينية هو السلطة التي يخولها لصاحبها ، فان أساس الحقوق الشخصية هو العلاقة أو الرابطة التي تربط المدين بالدائن ، وينظر الفقهاء المسلمون الى هذه الرابطة بأنها علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما مكلفاً تجاه الآخر ، وهو بالمقابل مطلب يقره الشرع لشخص على آخر يتضمن عمل ذات قيمة لمصلحة صاحبه أو ينطوي على إمتناع عن فعل مناف لمصلحته^(٥٥). اما فقهاء القانون فقد شبهوا الحق الشخصي بالالتزام وعرفوه بأنه حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين أو طرفين محلها إعطاء شئ أو قيام بعمل أو إمتناع عن عمل له قيمة مالية يقتضيه أحدهما ويسمى الدائن من الآخر الذي يسمى المدين^(٥٦). وينظر أحد الفقهاء الى الحقوق الشخصية مع الحقوق العينية الى أنهما يشكلان ما يسمى بالأحوال العينية، وهي مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال، أي إنها روابط مالية، وهذه القواعد تنظم سلطة الفرد على الشئ، وهي أما ان تكون سلطة مباشرة، وهذا هو الحق العيني، وأما ان تكون غير مباشرة، وهذا هو الحق الشخصي، وهذا الأخير هو الالتزام نفسه إذا نظرت اليه من جهة المدين، وهو الحق إذا نظرت اليه من جهة الدائن^(٥٧). وإذا كان المقرر في الفقه والقانون المدني أن محل الحق الشخصي هو نقل حق عيني بأعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمله^(٥٨)، فإن الفقه الإسلامي لا يبرز فيه، حسب تصوير جانب من الفقه المدني، الألتزام بقيام بعمل أو الألتزام بامتناع عن عمل، وإنما يبرز فيه هو الألتزام بالدين والألتزام بالعين. فالأول يتعلق بذمة المدين والثاني يتعلق بعين معينة. ومن هذا فإن حقوق "الغير" الشخصية في العقود المالية تنقسم على حقوق



تتعلق بالعين كحق الورثة في تعاقد مورثهم في مرض الموت، وحقوق تتعلق بالذمة، وهي أما أن ترتبط بالتزام بالدين، أساساً، كحق الدائن في أموال مدينة، وأما ان تكون، بالأساس، إلتزام بعين، ولكنه يتحول إلى إلتزام بدين كتحويل إلتزام الغاصب برد العين المغصوبة إلى رد المثل في المثليات أو القيمة في القيميات في حالة تعذر رد العين^(٥٩). وفي مقابل هذا الرأي هناك من يرى أن تعلق الحقوق بالعين أو بالدين إنما يرجع الى نظرة مغايرة للفقهاء الإسلامي لتقسيم الحقوق المالية عن الفقه المدني، فالفقه الإسلامي قد عنى بتقسيم هذه الحقوق بحسب ما ترد عليها من محال يؤدي بطريق غير مباشر إلى التفرقة بين نوعين من الحقوق، هما الحقوق المنصبة على الأعيان، والحقوق الواردة على الذمة. فالأعيان ما كان لها وجود مستقل ومتميز في العالم الخارجي، بخلاف الديون التي ليس لها هذا الوجود المستقل خارج ذمة المدين بها، وإنما تتعين داخل هذه الذمة. ويترتب على ذلك أن الفقه الإسلامي قابل لتقسيم الحقوق على عينية وشخصية بحدود معينة، وأخرى تنصب على الأعيان وتنصب على الذمة أو الدين^(٦٠). وعلى الرغم من هذا الأختلاف حول النظر الى تقسيمات الحقوق المالية أو أنواع الحقوق الشخصية، فإن من المتفق عليه بين الفقهاء أن من أهم الحقوق الشخصية للغير المقترنة بالعقد هي حقوق الدائنين في أموال مدينهم وحقوق الورثة في تركة مورثهم بحدود معينة، فبالنسبة للحق الأول، والذي يسمى أيضاً بحدود الدائن الشخصية المتعلقة بذمة المدين، فإنه ينشأ في الحالات التي يكون من شأن تصرفات المدين ان تضعف حق الدائن المتمثل بالضمان العام على أموال المدين. فكما هو معروف، حسب رأي جانب من الفقه المدني، أن الدائن العادي ليس بخلف عام للمدين لأنه لايتلقى مجموع حقوقه أو نسبة معينة منها، كما أنه، حسب رأي قسم آخر من الفقهاء، ليس خلفاً خاصاً له، إذ لاينتقل اليه حق كان قائماً في ذمة سلفه، ومع ذلك يتأثر الدائن بالعقود التي يبرمها مدينه^(٦١). والمهم في حقوق الدائنين في أموال مدينهم تحديد الأموال التي يتعلق بها هذا الحق، والوقت الذي يحصل فيه هذا التعلق. فمن حيث الأموال التي يتعلق بها حق الدائن، فإن حق الأخير يتعلق بأموال المدين بالقدر الكافي منها لسداد هذا الحق، ومن ثم إذا كانت أموال المدين تزيد عن حق الدائن فإن أي تصرف يصدر منه ينصب على هذا القدر الزائد لايعد تصرفاً فيما تعلق به حق الدائنين، أما إذا كانت أمواله تساوي حق الدائن أو أقل منه، فإن أي تصرف يصدر من المدين يعد تصرفاً فيما تعلق به حق الدائنين، أما الوقت الذي يتعلق فيه هذا الحق فهو الوقت الذي تتحقق فيه الخطورة أو الخشية على حقوق الدائنين من التصرفات التي قد يجريها المدين، وتحدد هذه الخطورة بمعيار المركز المالي للسئ للمدين عندما تكون أمواله مستغرقة بالديون، وبسوء تصرفه إذا لم يكن حريصاً في المحافظة على أمواله، أو لم يكن حريصاً على إداء ما بذمته من ديون^(٦٢).

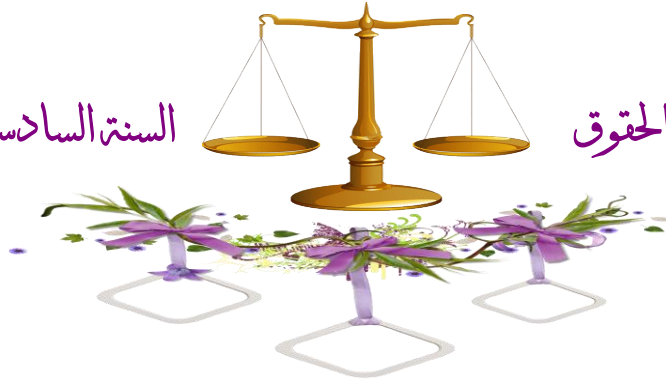
وهكذا يتبين أن الدائن العادي، وإن لم يرتبط مع المدين بعقد، ينقل شيئاً معيناً إلا أنه يتأثر بالتصرفات التي تتعلق بذمة المدين المالية؛ ولذلك لايمكن عده "غيراً" اجنبياً تماماً عن نشاط مدينه^(٦٣). ويرى جانب من الفقه أن الدائن العادي لايعد "غيراً" في القانون العراقي؛ والسبب في ذلك يعود إلى عدم وجود تمييز واضح في الفقه العراقي بين الحجية التي يتأثر بموجبها الدائن بعقود مدينه بوصفه واقعة، والأثر الملزم الناشئ عنه والذي يجعل من الشخص دائناً أو مديناً. ووفق ذلك لايكفي ان يكون الدائن العادي اجنبياً بالنسبة للأثر الملزم للعقد لكي يعد "غيراً" وإنما يجب، فضلاً عن ذلك، أن لا يكون حجة عليه مثلما يطعن الدائن بالعقد الذي يبرمه المدين بموجب الدعوى البوليصية^(٦٤). اما بالنسبة الى الحق الثاني، وهو ما



يكون للورثة من حقوق في تركة مورثهم، فقد تبين لنا أن الأصل أن الوارث لا يعد من "الغير" بالنسبة للعقود التي يجريها مورثه، ورأينا أن هذا الأصل يرد عليه إستثناء بخصوص الآثار الناشئة عن تلك العقود إن كان فيها ضرر يلحق بهذا الوارث، فيعد حينئذ "غيراً" بحدود هذه الآثار. وتتمثل تلك التصرفات الضارة بالوصية الصادرة من مورثه لأحد الورثة، أو الصادرة من المورث لغير وارث وأكثر من الثلث، فمن الفقهاء المسلمين من عد أن الوصية لو ارث موقوفة على إجازة بقية الورثة، ومنهم من قال أن الوصية للوارث كالوصية بغير الوارث يتوقف على إجازة الورثة إذا زادت عن ثلث التركة^(١٥). فيكون حق الورثة متعلقاً بالباقي من أموال المورث بعد ما يلزم لتجهيزه وتكفينه وقضاء ديونه على الرأي الأول، ويكون حق الورثة بما زاد عن الثلث، حسب الرأي الثاني، ويتعلق حق الورثة في حالة الوصية لغير وارث إذا زادت عن ثلث التركة^(١٦). وهكذا يتحدد المال الذي يتعلق به حق الورثة، بقي أن نحدد وقت تعلق هذه الحقوق. وتحديد هذا الوقت يتوقف على تحديد وقت إنتقال التركة إلى الورثة، وهو وقت وفاة مورثهم دون مرض سابق ظاهر فليس لهؤلاء الأعتراض على تصرفات مورثهم قبل ذلك؛ لأن تصرفاته أنصبت على أموال مملوكة له. وينتهي هذا الحق عند وفاته؛ لأنها تنتقل إلى الورثة في هذا الوقت. وبناءً على ذلك لا يحق للأنسان أن يتصرف بأمواله تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت كأصل عام^(١٧). ويضاف إلى الحالة المتقدم ذكرها ويطبق الحكم نفسه على كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، ويعد تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية. وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن العبرة في عد التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ان يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة^(١٨). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق بأن إبراء المريضة لمدينها وقع في مرض موتها فيكون في حكم الوصية^(١٩). فالمال في هذه الحالة يكون على وشك الأنتقال إلى الورثة، فكل تصرف عندئذ يأخذ حكم التصرف المضاف إلى ما بعد الموت وإن كان منجزاً. أما وقت تعلق حق الورثة بهذه الأموال، فهو وقت المرض، على رأي، أو وقت الوفاة أو الموت على رأي آخر^(٢٠). وإن كنا نميل إلى إعتبار وقت المرض هو الوقت الذي يتعلق به حق الورثة لأن الغاية منه هو لحفظ حقوقهم ولمنع مورثهم من التصرفات الضارة بهم بعد أن يتم التحقق من أن هذا المرض هو مرض الموت بأن يجعل غير العاجز من قبل على حد قول بعض الأحكام القضائية عاجزاً على القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك وأتصال الموت به^(٢١).

الفرع الثاني/أساس سريان الحقوق الناشئة من العقد إلى الغير .

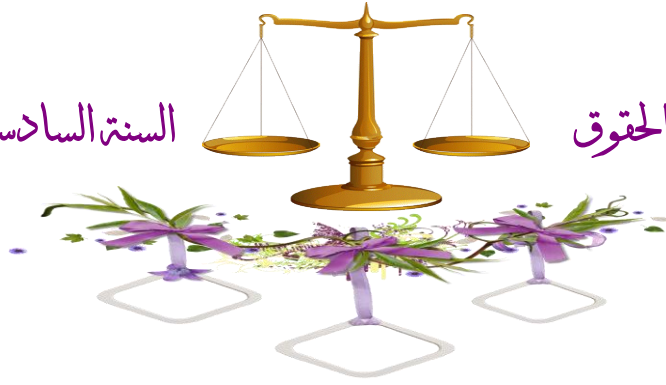
إن الأعتراف للغير بحقوق ناشئة من عقد لم يكن طرفاً فيه أياً كان نوعها يتطلب منا البحث في إيجاد الأساس القانوني السليم لأكتساب هذه الحقوق .لابد من القول، إبتداءً، أن كل ما يترتب على العقد من آثار قد تكون آثاراً عقدية إرادية أتجهت إليها إرادة المتعاقدين فهي تنصرف، وبالتالي، إلى "الغير" . وأساس ذلك يكمن في الإرادة نفسها التي أعترفت للغير بهذه الحقوق، ولهذا فأنها تسمى بالآثار العقدية الإرادية؛ لأن الأطراف المتعاقدة هي من ارادتها ومن أجلها أبرم العقد. ولعل هذا الذي أكده الفقه ونصت عليه



التشريعات المدنية من ان العقود لا ترتب إلتزامات في ذمة "الغير"، ولكن يجوز أن تكسبه حقوقاً، كما ذكرنا ذلك سابقاً؛ ولذلك درج الفقهاء على بحث التعهد عن "الغير" كأساس لعدم سريان الإلتزام إلى "الغير" ويقابله الإشتراط لمصلحة "الغير" الذي به ينصرف أثر العقد إلى "الغير" ويكسبه حقاً منه. إلا أن ثمة آثاراً غير عقدية لم تنتج إليها إرادة الأطراف عند إبرام العقد، وهذه الآثار التي تنصرف في حق "الغير" هي آثار غير مقصودة ولم يرد لها المتعاقدان، فهي مبنية على إعتبارات لا تدخل للإرادة فيها^(٧٢)؛ فالمرشع أحياناً قد يتدخل بسبب تعارض مصالح "الغير" مع مصلحة أحد العاقدين لحماية هذا "الغير"، مخالفاً بذلك القواعد العامة التي يمثلها مبدأ نسبية آثار العقود التي تقضي بعد "الغير" أجنبياً عن العقد لا يتأثر بما ينشئه من حقوق وإلتزامات^(٧٣). والمرشع في تدخله لتنظيم المصالح المتعارضة لا بد من أن يفضل أحدها على الأخرى، أو يكفل لكليهما من الحماية بحيث يجعل أصحابها في مراكز متعادلة أو متساوية. وكان لا بد للمرشع من أن يوجد أساساً منطقية، واقعية كانت أو فلسفية، تسوغ تدخله، وتسمح بسريان الحقوق إزاء "الغير". وتأسياً لذلك فإن المتطلع إلى التطبيقات التي في ضوئها تسري بعض آثار العقد إلى "الغير" يمكن أن يقف على أهم هذه الأسس:-

أولاً / العدالة .

ذهب جانب من الفقهاء إلى أن إعتبارات العدالة قد تقضي بأنصراف أثر العقد إلى "الغير" من خلال تمكينه من إستعمال دعوى أحد المتعاقدين على الآخر في عقد لم يكن هذا "الغير" طرفاً فيه، وهي ما تسمى بالدعوى المباشرة التي تعرف بأنها وسيلة قانونية يقرها المرشع تسمح للدائن أن يسعى مباشرة بأسمه شخصياً إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين^(٧٤). فقد يرى المرشع في بعض الحالات أن يوفر للدائن حماية خاصة بأن يمنحه إلى جانب الدعوى غير المباشرة دعوى مباشرة قبل مدين مدينه، وبذلك يصبح هذا الدائن في مركز أفضل بالنسبة إلى غيره من الدائنين، فلا يزاحمه، في حقه، أحد من هؤلاء، ولا يشاركهم في قسمة الغرماء. ومن أهم تطبيقاتها دعوى المؤجر تجاه المستأجر من الباطن، ودعوى المقاول من الباطن، وعماله تجاه رب العمل، ودعوى الموكل على نائب الوكيل، ودعوى المضرور تجاه شركة التأمين في بعض صور عقد التأمين . وهذه الحالات السابقة التي تجد سندها في إعتبارات العدالة لا تمثل أثراً ينشأ عن العقد؛ فهم من "الغير" بالنسبة للعقد ولذلك أستوجب الأمر البحث عن أساس هذه العلاقة خارج دائرة العقد، أرجعها، جانب من الفقه، إلى وجود حق للدائن يستند إلى ما قدمه من منفعة لمدينه، ففي دعوى المؤجر تجاه المستأجر من الباطن نجد أن حق المؤجر يتمثل في المنفعة التي قدمها إلى المستأجر الأصلي، وهي تأجير العين له، وفي دعوى المقاول من الباطن والعمال آزاء رب العمل نجد أساسها في المنفعة التي قدمها المقاول من الباطن إلى المقاول الأصلي. والعدالة هي السند القانوني للدعوى المباشرة للمضرور تجاه شركة التأمين، ويستمد المتضرر حقه المباشر من العمل غير المشروع نفسه الذي أنشأ حقه تجاه المؤمن له؛ إذ ليس من العدل أن يضار المضرور ثم تحول القواعد العامة بينه وبين الوصول إلى التعويض. فيكفي إستظهار العدالة من دون البحث عن أي سند قانوني للدعوى المباشرة في هذا الغرض، وهي تحقق، بالتالي، أهداف التأمين، وتحقق التوازن بين الذمم. تحقق، في النهاية، هدفاً اجتماعياً من الناحية العملية^(٧٥).



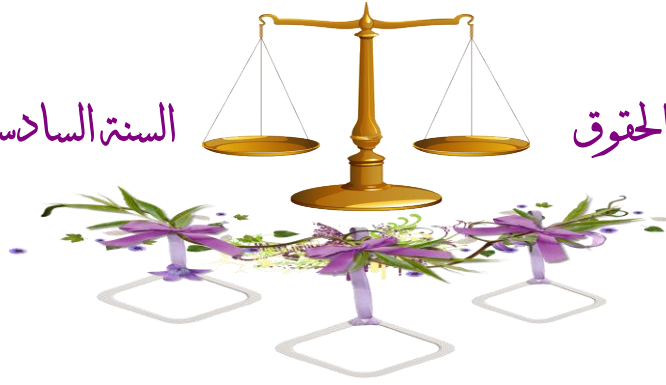
وهذه الدعوى لا تنتقرر باتفاق المتعاقدين وليست أثراً إرادياً لعقدتهما، وإنما يقررها القانون بنصوص تشريعية خاصة. وتأييداً لذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن هذا المركز المتميز للدائن ليس مقصوداً في ذاته لتحقيق ضمان معين لمصلحته، وإنما يتواجد فيه الدائن مصادفة حيث يتصادف أن يكون هناك مدين لمدينه ثابت في ذمته دين لهذا المدين، ويوجد نص قانوني يعطي للدائن في هذه الحالة حق الرجوع مباشرة على مدين المدين^(٧٦). وقد أخذ المشرع العراقي بتطبيقات الدعوى المباشرة في نصوص قانونية خاصة، منها ما جاء في المادة (٢/٧٧٦) من القانون المدني، والتي أعطت للمؤجر دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن. وما ورد في المادة (١/٨٨٣) من تقرير الحق للمقاول الثاني وعمال المقاول الأول من مطالبة رب العمل مباشرة بمالهم من حقوق في ذمة المقاول في حدود ما لهذا المقاول في ذمة رب العمل، وما ذكرته المادة (٩٣٩) من حق الوكيل الثاني في دعوى مباشرة قبل الموكل بوصفه وكيلاً عن الموكل، وكذلك المادة (١٠٠١) التي أجازت للمؤمن الرجوع مباشرة على من تسبب بفعله في وقوع الضرر الذي تحققت به مسؤولية المؤمن^(٧٧). وتدللياً على إقامة هذه الدعوى على أساس من العدالة ينتقد جانب من الفقه ما تؤدي إليه الدعوى غير المباشرة من نتائج تؤدي إلى مزاحمة الدائن مع غيره من الدائنين. فهذه النتائج، وإن كانت تتفق مع المنطق القانوني البحث، غير أنها لا تتفق مع مقتضيات العدالة؛ فليس من العدل أن يستفيد دائن كسول من مجهود دائن نشط. وتلافياً لهذه الأضرار فقد عمد المشرع، في بعض الأحيان، إلى إعطاء الدائن دعوى مباشرة قبل مدين مدينه لاقتضاء حقه منه مباشرة^(٧٨). وهناك من الفقهاء من يجعل من العدالة أساساً لحماية الأوضاع الظاهرة، فقد يستأثر شخص لنفسه مركزاً قانونياً معيناً يوحي الظاهر أنه موجود، ولكنه في واقع الأمر غير موجود، فيقدم آخر على التعاقد معه بحسن نية واضعاً ثقته بهذا الوضع الظاهر كما في حالة الوارث الظاهر الذي يظهر أمام الكافة على أنه وارث حقيقي في حين أنه ليس وارثاً، وحتى مع وجود وارث حقيقي، ويتولى إدارة الشركة بصفته الظاهرة كوارث حقيقي ثم يتضح غير ذلك لظهور الوارث الحقيقي والدائن الظاهر وهو شخص غير الدائن الحقيقي ولكنه يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقي ويكون الوفاء إليه صحيحاً مبرئاً لذمة المدين. ويعرف "الغير"، في ضوء هذه النظرية، بأنه من يتأثر بوضع قانوني معين ولا يكون طرفاً فيه، أو ممثلاً فيه، أو ساهم في قيامه. وأن الاستناد إلى الوضع الظاهر هنا، كأساس لسريان الحقوق، يتمثل في جعل "الغير" الذي تعاقد مع المتصرف الظاهر يفيد من هذا العقد على الرغم من اعتراض المالك الحقيقي. وهذا ما يؤيده جانب من الفقه عندما عرف "الغير"، في هذا الخصوص، بأنه من تعامل مع صاحب وضع ظاهر مستنداً، في ذلك، إلى أحد الأحكام الشهيرة لمحكمة النقض الفرنسية على الرغم من عدم وجود نص ان العدالة تقتضي بتطبيق نظرية الوضع الظاهر، وكذلك ما جاء في أحد أحكام محكمة النقض المصرية عام ١٩٨٦ بأن إستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد أعتمد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لأمر توجبها العدالة، تلك العدالة التي تتطلب نجدة المتضرر الذي وقع في غلط من جراء ظاهر لرابطة قانونية. وسند هذا القول أن القاضي يسعى لتحقيق العدالة بتطبيق القانون في بحثه لمدى توافر شروط تطبيق نظرية الظاهر يحقق من خلالها العدالة، وينتهي هذا الرأي إلى التسليم بأن نظرية الظاهر قريبة من العدل والأنصاف. فالظاهر يعطي للغير حماية بالسماح له بأكتساب حقوق لا يكون لها أي نفاذ وفقاً للقواعد العامة، إلا أن مقتضيات العدالة التي تقوم على الأنصاف وإعطاء كل ذي حق حقه أقرت له بذلك الحق،



وإن كانت أحياناً تقف حائرة بين مصلحة المالك الحقيقي، الذي يطالب بعدم المساس بحقه، وقد لا ينسب إليه أي خطأ، وبين حماية "الغير" الذي يطالب بنفاذ التصرف في حق المالك الحقيقي، ويتمسك بعدم وجود تفصيل يمكن نسبته إليه عند تعاقد مع صاحب الوضع الظاهر. ولذلك إذا كانت العدالة تغلب مصلحة مكتسب الحق، فإن ذلك يجب أن يكون وفق ضوابط معينة؛ لأنه ليس من العدالة فقط تفضيل مصلحة "الغير" على حساب المالك الحقيقي، فهي قد لاتسوغ بقناعة كاملة إنتصار الواقع على القانون^(٧٩). إلا أن العدالة، بنظر جانب من الشراح، ليست هي عدالة شخصية بحته هدفها مصلحة "الغير" الذاتية، وإنما هي عدالة للمصلحة العامة، وهذا هو الذي دفع المشرع إلى حماية هذا الوضع وترتيب آثاره تقديراً منه للثقة المشروعة^(٨٠). وقد عرض المشرع العراقي لبعض تطبيقات الوضع الظاهر من خلال نص المادة (٤٣٨) من القانون المدني التي جاء فيها (إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقرّ الدائن هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر)^(٨١)

ثانياً / إستقرار المعاملات .

تقوم فكرة إستقرار المعاملات على أساس من حماية المعاملات بين الأفراد وشعورهم بالأطمئنان إليها، وعدم تعرضهم لمفاجآت قد تؤثر في صحتها. فإذا كان من الضروري الحفاظ على الحقوق في ثباتها من خلال توفير الأمان لها من أي إعتداء عليها من "الغير"، وهو ما يسمى بالأمان الثابت، إلا أن ذلك لا يقل أهمية عن تحقيق الإستقرار لحركة هذه الحقوق، وهو ما يسمى بالأمان المتحرك، وحيث يثار التنازع بين الأمان الثابت والأمان المتحرك؛ فإن التضحية بالأول قد تؤدي للفوضى، في حين أن التضحية بالثاني تعيق حركة المعاملات، لذا فإن تحقيق التوازن يأتي بالتضحية بالأقل أهمية مع إعمال ضوابط تحول دون تفشي مساوئ الآخر. ومن ثم فإن إستقرار التعاملات هو أساس يتفق عليه مع الاتجاهات الحديثة للقانون ويشجع تداول الاموال^(٨٢). ومن هنا فإن إستقرار التعامل، حسب وجهة نظر القائلين به، هو الذي يقضي بأنصراف أثر العقد تجاه من لم يكن طرفاً فيه، كالتصرف الذي يصدر من الوارث الظاهر، فإنه يسري في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا الأخير لم يكن طرفاً فيه، فالوضع الظاهر هنا أستند اليه القائلون به إلى نفاذ التصرف في حق المالك الحقيقي على أساس من انه من "الغير" بالنسبة للتصرف الذي أبرمه صاحب الوضع الظاهر ومن تعاقد معه حسن النية، وأساس ذلك يكمن عن طريق تأويله بانضمام صاحب الحق للعلاقة كأثر للأعتداد بالوضع الظاهر، على أن يفسر هذا الانضمام في نطاقه المحدود لا يتعدى إلى ما ألتزم به صاحب الوضع الظاهر من إلتزامات شخصية. والأستناد إلى فكرة الانضمام تسمح بإمكانية مطالبة صاحب الحق لمن تعاقد مع صاحب الوضع الظاهر بماله من حقوق يرتبها التصرف، كما يحق له الطعن في التصرف في مواجهة هذا الشخص إن كان له محل. كما سنرى في حينه وتسويغ كل ذلك هو الاعتبارات المستندة إلى إستقرار المعاملات^(٨٣) كذلك أن إستقرار التعامل يؤسس لسريان آثار العقد الجماعي إلى كل أفراده وليس فقط إلى من أشرت في إبرامه، كما في عقد تأجير المال الشائع بموجب عقد لأغلبية الشركاء التي يتطلبها القانون. فهذا النوع من العقود يلزم جميع الشركاء، من وافق عليه منهم، ومن لم يوافق. وهو بذلك يتضمن خروجاً على مبدأ نسبية العقود؛ لأن من



لم يشترك في إبرامه من المفروض أن يعد أجنياً عنه، وينبغي أن لا ينصرف إليه أثر العقد، ولكن هذا الأثر يسري، على الرغم من ذلك، في حق الجميع وبقوة القانون^(٨٤).

ثالثاً / حسن النية .

إن فكرة حسن النية هي، في الواقع، فكرة تتصف بالعمومية في مجال التصرفات القانونية. ويقصد بها، في مجال كسب الحقوق، أنها عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف^(٨٥). وسبب عموميتها يعود إلى أنها تحمل في طياتها معنى واسعاً ومختلفاً في النصوص القانونية وعلى نحو دفع المشرعين إلى عدم إيراد تعريف لها. وبالنظر لأهمية هذا المفهوم في التصرفات القانونية فلا غرابة أن يلعب دوراً مهماً في حماية "الغير"؛ بما يحمله من أثر إنشائي ينحصر في كسب هذا "الغير" حقاً على حساب المالك الأصلي، ولعل من أهم تطبيق لما تقدم هو إستثناء عدم سريان الأثر الرجعي للعقد عند الحكم بفسخه أو ببطلانه تجاه "الغير" إستناداً إلى حسن نيته^(٨٦). فإذا كنا بصدد عقد بيع وكان البائع فيه قد سلم المبيع إلى المشتري الذي تصرف فيه بدوره إلى "الغير"، ثم فسخ هذا العقد فإن الأثر الرجعي للفسخ يستلزم أن يعود المبيع من يد "الغير" الذي اشتراه من المشتري الأول إلى البائع خالياً من كل حق للغير عليه؛ لأن تصرفات المشتري في هذه الحالة تكون صادرة عن غير مالك، فلا يكون لها أي أثر في مواجهة البائع، والأثر نفسه يترتب إذا كان تصرف المشتري في المبيع يتمثل بترتيب حق عيني عليه كحق أنتفاع، ففي كل هذه الحالات يترتب على فسخ عقد البيع عودة المبيع إلى البائع خالياً من كل حق ترتب عليه للغير. غير أن أعمال هذه القاعدة على إطلاقها قد يمثل، في بعض الحالات، ضرراً بالنسبة للغير الذي أكتسب حقاً على الشيء محل العقد المفسوخ وكان حسن النية، أي لا يعلم بما يمكن أن يؤدي إلى فسخ العقد، ففي هذه الحالة لاتعمل قاعدة الأثر الرجعي للفسخ في مواجهة "الغير" حسن النية، وتعود العين المبيعة، من ثم، إلى البائع نتيجة فسخ عقد البيع، وهي محملة بحق هذا الغير^(٨٧). ولاجله يؤكد، جانب من الفقه، أن المصلحة التي يحميها الأثر الرجعي هي مصلحة جديرة بالحماية، وهي مصلحة المالك الحقيقي تقابلها مصلحة "الغير" الذي يتعامل على أساس ما يستقر من أوضاع، ولو إلى حين، وما دام أنه حسن النية لا ينسب إليه إهمال أو تقصير فإن مصلحته جديرة كذلك لكي لا يضيع جهده أو وقته في تصرف يزول فيفاجئه الزوال بعد إطمئنانه^(٨٨). إلا أن هناك من يعيب على الحكم القانوني إعماله على حسن النية وحدها لسريان حقوق العقد إلى "الغير"، على أساس من أن هذا المفهوم هو عنصر نفسي يتعذر، في الغالب، على القضاء تبينه مما يحمل القاضي عناء البحث عنه والتوصل إليه، ويصعب، بالتالي، تفضيله حسن النية على المالك الحقيقي وحرمانه من ملكه، خاصة إذا كان حسن النية هو الآخر ولم يرتكب أي خطأ^(٨٩). كما أن الاعتماد على حسن النية وحدها، كأساس، لأكتساب وسريان الحقوق معناه أن حسن النية تكفي لتحقيق مثل هذا الأثر، ويؤدي، بالتالي، إلى إلغاء أسباب كسب الحقوق الأخرى، فحسن النية لاتعدو أن تكون شرطاً ضمن شروط أخرى يجب توافرها لسريان الحق تجاه "الغير"^(٩٠).

ويمكن القول، من خلال ما ذكرناه من تفصيل لما أعتبرناه أساساً لسريان حقوق العقد إلى "الغير"، أن فقهاء القانون المدني لم يبحثوا هذه الأسس مفصلاً، وإنما توزعت آراؤهم في مواضع متعددة من آثار العقد من حيث الأشخاص، فضلاً عن أنهم لم يسموا ما ذكرناه بالأسس وإنما تناولوها كأستثناءات على مبدأ أو قاعدة النسبية، وأنهم قد اختلفوا في تحديد هذه الأسس، أو الأستثناءات، أو على الأقل في تحديد



تطبيقاتها، فكما رأينا أن الوضع الظاهر تارة يكون تطبيقاً لمبدأ العدالة، وتارة أخرى يكون تطبيقاً لمبدأ إستقرار المعاملات إستناداً إلى إختلافهم في تحديد مفهوم "الغير" الذي يمكن أن يكسب حقاً من عقد ليس طرفاً فيه، أو بالزامه بتصرف ليس له علاقة به سوى عد هذا السريان كأثر ملزم له بشكل غير مباشر؛ إستناداً إلى كون التصرف، أو العقد، واقعة قانونية تسري على الجميع، وتتعدى آثارها نطاق الطرفين المتعاقدين. وعلى أية حال فأنا يمكن أن تنتهي إلى القول بأن الأساس الرئيس لسريان حقوق العقد إلى "الغير" يجد سنده في نصوص القانون، وأن اتخذ تدخل المشرع صوراً متعددة كالدعوى المباشرة أو تأطر بأسس فلسفية، أو واقعية:- كالعدالة، وإستقرار المعاملات.

المبحث الثاني/ أحكام حقوق الغير المقترنة بالعقد.

إذا ثبت للغير حق من عقد لم يكن طرفاً فيه وعلى النحو الذي عرضناه في المبحث السابق، فإنه يثبت لهذا الحق أحكامه إزائه. وإذا كان العقد يلزم أطرافه؛ بما ينشئه من حقوق وإلتزامات، ولكنه، في الوقت نفسه، يسري بآثار على الكافة لأحترام ما ينشأ عنه من آثار. إلا أن هذا السريان في الحالة الأخيرة لا يتخذ إطاراً عقدياً وإنما يخلع عليه وصف الواقعة القانونية الواجبة الاتباع على الكافة. إلا أن الأحكام التي تعنيها هنا تخرج عن الوصف الأخير، وتبقى محتفظة بوصفها آثار ناتجة من عقد، فهي تسري، بالتالي، بحق "الغير" كعقد من العقود. بمعنى أن يكون لأرادة "الغير" دور في إقرار هذا السريان في حقه من عدمه. ومن ثم فإن الحقوق التي تنشأ له، من هذا العقد، تبقى حبيسة إرادته من حيث السريان في حقه. ولهذا كان لا بد من بحث الآثار المترتبة على عدم سريان حقوق العقد تجاه "الغير"، وآثار سريان هذه الحقوق بحقه. وهذا ما سنعمد إلى توضيحه في هذا المبحث مقسمين إياه على آثار عدم سريان الحقوق إلى "الغير" في المطلب الأول، وإلى آثار سريان الحقوق إلى الغير في المطلب الثاني.

المطلب الأول/ آثار عدم سريان الحقوق إلى الغير.

إذا كان من حق المتعاقدين ترتيب آثار على عقدهما، إلا أنه ليس بالضرورة أن تسري هذه الآثار في حق "الغير" الذي تعلقت حقوقه بهذا العقد، وبالتالي فقد لا تكون هذه الحقوق نافذة آزاء "الغير" لأسباب معينة، كما أن من حق "الغير" أن يحتفظ بكل حقوقه على المعقود عليه وتوابعه تأكيداً لعدم سريان آثار العقد في حقه. ولتوضيح مصاديق عدم سريان الحقوق إلى "الغير" سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص أولهما لعدم نفاذ الحقوق تجاه "الغير"، ونبين في ثانيهما إحتفاظ "الغير" بكل حقوقه على المعقود عليه.

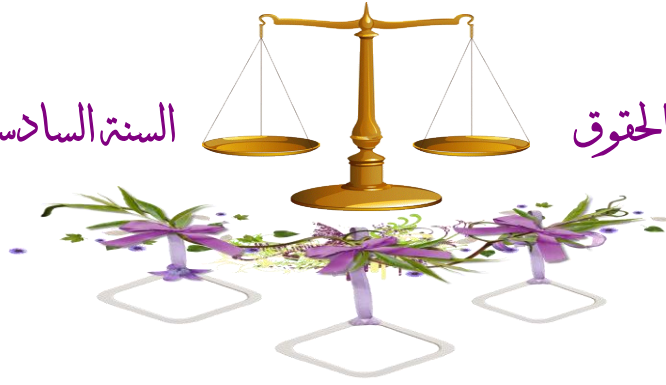
الفرع الأول/ عدم نفاذ الحقوق تجاه الغير .

يراد بعدم نفاذ حقوق العقد تجاه "الغير" بأنه عدم الاحتجاج بآثار العقد تجاه "الغير" الذي ليس من أطرافه. وهذه الحقوق تنشأ بين العاقدين صحيحة وترتب آثارها فيما بينهم إلا أنها لا تكون نافذة في حق "الغير". وهذه الحقوق، كما رأينا، قد تكون حقوقاً عينية أو حقوقاً شخصية، وفي باب الحقوق العينية تنشأ هذه الحقوق من عقود متعددة تنطوي تحت ما يسمى بالتعاقد على ملك "الغير". وفي مقدمة الحقوق العينية التي لا تنفذ بحق "الغير" هو حق المالك الحقيقي في تصرف الفضولي عن طريق البيع، أو الهبة، أو الرهن، ونحو ذلك من العقود لأموال مملوكة لغيره. وهذا العقد يصفه أغلب الفقهاء المسلمون بأنه عقد



موقوف؛ لأنه يمس حقاً من حقوق "الغير" وهو يتوقف، وبالتالي، على إرادته، فلو باع الفضولي صح بيعه ووقف على اجازة المالك؛ لأنه عقد له مجيز حال وقوعه فيجب أن يقف على إجازته كالوصية، فالعقد الموقوف هو عقد صحيح ولكنه لا ينتج أي أثر في مواجهة "الغير" إلا إذا أجازته^(٩١). وقد أستند أنصار هذا الرأي إلى أدلة عقلية وعقلية، فمن الأدلة النقلية قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى)^(٩٢)، وقوله تعالى (وأحل الله البيع) (٩٣)، فالآية الأولى تحث على التعاون على أعمال البر، وعمل الفضولي لا يخرج عن دائرتها. والثانية لم تفرق في حكمها بحلية التصرف بين ما إذا صدر من المالك أصالة أو عن الفضولي عن طريق الأجازة^(٩٤).

ومن الأدلة العقلية هو القياس والمعقول، إذ ينظر جانب من الفقه إلى تصرف الفضولي كأنه وصية بأكثر من الثلث، فالأخيرة موقوفة على اجازة الورثة؛ لتعلق حقوقهم بها، وكذلك الحكم بالنسبة للتصرف في مال "الغير" دون إذنه، هذا من جهة القياس، ومن جهة المعقول أن عقد الفضولي قد أستوفى أركان العقد الصحيح من تعبير للأرادة، وتلافي هاتين الإرادتين على محل متقوم مشروع، ولا يعدم وجوده؛ كونه صدر من غير المالك، على الرغم من أن الأخير قد يرضى بأبرامه، فعدم رضا المالك من شأنه أن يؤثر في نفاذ العقد دون التأثير على صحته. وبعبارة أن تأخر الأثر عن التصرف لا يجعل هذا التصرف لغواً، وإنما يلغ التصرف ويعد باطلاً إذا أنعدم الحكم شرعاً^(٩٥). ولما كان التعاقد على ملك "الغير" يجعل من الأخير "غيراً" عن العقد، فلا يحتج به في مواجهته ويبقى غير نافذ في حقه مهما طاللت المدة التي تنقضي بين وقت إبرامه ووقت تدخل المالك بالأجازة، أو النقص، وهو ما أخذ به جانب من الفقهاء المسلمين، بينما ميز آخرون في حكم نفاذ هذا العقد من عدمه من حيث المدة، بين ما إذا كان المالك حاضراً لمجلس العقد، وما إذا كان غائباً عنه. فسكوت المالك في المرة الأولى إجازة وقبولاً منه بالعقد، وفي المرة الثانية يعطى للمالك مدة عام من وقت علمه بالعقد لتقرير إجازة العقد أو نقضه، وإذا أنهت دون بيان المالك لموقفه الصريح، أو سكت عن الرد، فيفسر ذلك الموقف على إنه إجازة للعقد وتترتب عليه جميع آثاره^(٩٦). إن الحكم المتقدم ذكره يطبق في حالة إذا لم يتمكن الفضولي من تسليم المعقود عليه إلى من تعاقد معه، أما إذا كان الفضولي قد سلم المعقود عليه إلى من تعاقد معه فإنه يكون في حكم الغاصب، وتكون للغير (المالك الحقيقي)، من ثم، حقوق المغصوب منه في مواجهة الغاصب (الفضولي)^(٩٧). من كل ما تقدم تبين لنا إن التعاقد على بيع ملك "الغير" يعد عقداً موقوفاً على إجازة المالك. وبهذا التكييف أخذ المشرع العراقي إذ جاء في المادة (١/١٣٥) من القانون المدني على أنه (١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه أنعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك)، واشترطت المادة (٢/١٣٦) من القانون نفسه إستعمال خيار الاجازة، أو النقص خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد، فأذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد عد العقد نافذاً، أما القانون المدني المصري فقد عد بيع ملك "الغير" بيعاً غير سارٍ في حق المالك الحقيقي إلا باقراره على الرغم من أنه يرتب كل آثاره فيما بين المتعاقدين من وقت إبرامه، وهو ما ذكرته المادة (٢/٤٦٦) منه، من أن هذا البيع لا يسري في حق المالك للمعين المبيعة، وهو يخالف، بذلك، حكم الفقه الاسلامي في أغلب اتجاهاته ونصوص القانون المدني العراقي الذي عد هذا البيع موقوفاً، أي غير نافذ بين المتعاقدين ولا ينفذ، كذلك، بحق المالك إلا بالاجازة. وسبب هذا التباين أن القانون المدني المصري أعنتق العقد القابل للأبطال السائد في الفقه



والقانون الفرنسيين، وهذا العقد يكون صحيحاً منتجاً لأثاره حتى يبطل. وبعبارة أدق أن له وجوداً قانونياً ما دام بطلانه لم يتقرر، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال، فإذا لحقته الأجازة أستقر^(٩٨). ورددت بعض أحكام القضاء المصري عبارة عدم نفاذ التصرف بحق المالك الحقيقي للتعبير عن عدم سريان هذا التصرف في حقه، إذ جاء في أحد أحكام محكمة النقض المصرية أن المالك الحقيقي يكفي أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف في حقه أصلاً^(٩٩).

ومن خلال المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري يبرز لدينا التمييز بين عدم السريان وبين عدم النفاذ، فعدم سريان العقد يفيد أنه ينتج آثاره بين المتعاقدين (البائع والمشتري)، وإن كان لا يسري في حق "الغير" (المالك الحقيقي)، أما عدم النفاذ فإنه لا يجعل للعقد أي أثر، سواء بين المتعاقدين أو في حق "الغير". ولا ريب، حسب وجهة نظر جانب من الفقه العراقي، إن النظام الإسلامي في العقد الموقوف يفضل على النظام الغربي في العقد القابل للأبطال. فالقول بأن تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك واضح ومنطقي، على خلاف الأمر في الفقه الغربي، فمثل هذا التصرف ذو وجهين، هو قابل للأبطال بالنسبة للمشتري الذي يشتري عيناً لا يملكها البائع، وهو غير سارٍ في حق المالك الحقيقي. ولما كان المشتري يملك إبطال هذا العقد فإنه يملك إجازته كذلك، ومع هذا يبقى العقد سارٍ في حق المالك الأصلي. وواضح إن الأخذ بفكرة العقد الموقوف تجنباً لكل هذه التناقضات^(١٠٠).

وأمام أفضلية العقد الموقوف على العقد القابل للأبطال فقد أبدى جانب من الفقه المصري إستغرابه من مسلك القانون المدني المصري متسائلاً عن أي نوع من العدالة تقضي بنفاذ عقد متعدي فيه على حق صاحبه؟! وهو يدعو، في النهاية، إلى تعديل في موقف القانون المدني المصري، بأن يتبنى نظرية العقد الموقوف، ويحكم بعدم نفاذ العقد الوارد على ملك "الغير" أسوة بما قرره علماء الفقه الإسلامي بهذا الخصوص^(١٠١). ومن مصاديق التعاقد على ملك "الغير" أيضاً، في مجال الحقوق العينية، حالة تعاقد الشريك على الشيوع على ما يزيد عن حصته في المال المشاع، سواء كان التعاقد ينصب على بيع أو رهن وإبتداءً، لا بد من القول أن تصرف الشريك يكون غير نافذ في حق الشركاء الآخرين الذي يكونون بحكم "الغير" عند تصرف الشريك بما زاد عن حصته، وكان التصرف الأخير بدون إذن شركائه، فمن المبادئ المستقرة في الملكية الشائعة أن تصرف الشريك في حصته الشائعة يكون نافذاً في مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم؛ على أساس من كونه مالكاً لها، إلا أنه يعد، في الوقت نفسه، كل شريك أجنبياً عن حصص بقية الشركاء، فلا يجوز له أن يتصرف فيما زاد عن حصته حفاظاً على حقوق الشركاء مجتمعين، وهذا الحكم أقره الفقهاء المسلمون وفقهاء القانون المدني على حد سواء، فقد أكد جانب من الفقه الإسلامي، في بعض أقوالهم بخصوص شركة الملك، على أن كل واحد من الشركاء، أجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه^(١٠٢). ويكون الشريك المتصرف غاصباً لحصة شريكه، ويترتب على هذا التصرف إذا كان وارداً على كل المال المشاع حكم البطلان في نصيب شريكه، دون أن يبطل في نصيبه^(١٠٣). ومن وجهة نظر الفقهاء في القانون المدني أن تصرف الشريك في المال الشائع كله، أو في مقدار شائع يزيد على حصته من هذا المال، سواء كان ذلك بالبيع أو بالرهن أو بأشياء حق عيني آخر، فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك بالنسبة إلى ما زاد على حصته، ويكون هذا التصرف غير نافذ في حق الشركاء الآخرين بهذا المقدار. ويبرز هذا، بوضوح، عند تصرف الشريك في



جزء مفرز من المال الشائع، فهذا التصرف يعد من قبيل التصرف في ملك "الغير" بقدر ما يكون لهذا (الغير- الشركاء) من حقوق في هذا الجزء. وتأكيداً لحقوق الشركاء في هذا الجزء المفرز فان لهم الحق في رفع دعوى الاستحقاق على كل من المتصرف والمتصرف إليه، والهدف من هذه الدعوى ليس هو منع صحة التصرف بين طرفيه، بل تأكيد لحقهم في الجزء المتصرف فيه، وهذا بخلاف لو تصرف الشريك في كل المال الشائع فيكون التصرف غير نافذ في حقهم إلا بمقدار حصة الشريك، فليس لباقي الشركاء أن يطلبوا إبطال التصرف في هذه الحصة، ولا أن يدعوا الاستحقاق فيها بخلاف تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع^(١٠٤). وعد المشرع المصري هذا التصرف بمثابة التصرف القابل للإبطال، فاذا كان بيعاً طبقت أحكام المادة (٤٦٦) من القانون المدني، وتطبيقاً لهذا النص جاءت المادة (٨٢٦) من القانون نفسه مقررّة بأنه إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، أنتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بعد القسمة. وهذا النص ينظم بحكمه، حسب رأي جانب من الفقه، العلاقة بين طرفيه فقط^(١٠٥). ولم يتضمن القانون المدني العراقي ما يشير إلى أن تصرف الشريك في الحالة المذكورة يرتب أثراً حتى لو كان بين المتعاقدين فقط، وإنما جعل المشرع العراقي ترتيب آثار هذا التصرف مرهوناً بوقوع الجزء نفسه محل التصرف في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة. وهذا هو ما أشارت إليه المادة (٢/١٠٦٢) من القانون المدني العراقي. ويفسر موقف المشرع العراقي هذا أنه ما أراد أن يأخذ بحكم المشرع المصري السابق الذكر، ولم يشأ الخروج عن قواعد الشيوخ وأحكامه التي تقضي بأن كل شريك أجنبي في حصة الآخر، وهو ما ذكرته الفقرة الأولى من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي. وأيدت محكمة النقض المصرية الاتجاه السابق الذكر الذي يجعل من تصرف الشريك بأكثر من حصته أو بجزء مفرز من المشاع تصرفاً صحيحاً بين طرفيه، ولا يمنع ذلك من تسجيل المشتري لعقده وبه تنتقل الملكية إليه ويصبح شريكاً لباقي الشركاء، ولكن لا يجوز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له^(١٠٦). وطبقت المحكمة المبدأ نفسه في عقد الإيجار، فمتى صدر الإيجار للعين كلها، أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة، فإن الإيجار، وإن وقع صحيحاً وناقذاً فيما بينه وبين المستأجر منه، إلا إنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الأجازة، فيحق لهؤلاء أن يطلبوا اخراج المستأجر من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون إنتظار نتيجة القسمة^(١٠٧). وأعدت بعض أحكام محكمة التمييز الاتحادية في العراق تصرف الشريك بما يملكه الشريك الآخر من حصص دون رضاه بمثابة الغصب، ويكون للشريك الآخر الخيار في المطالبة بأجر المثل، أو إقامة دعوى منع المعارضة. وإذا حلف الشركاء المدعون على عدم علمهم بالتصرف فإنه يكون غير نافذ في مواجهتهم، ولهم حق طلب منع المعارضة بسهامهم من الملك المشاع^(١٠٨). وإذا كان ما ذكرناه سابقاً يتعلق بالملك التام سواء كان مفرزاً أو شائعاً، إلا أن عدم النفاذ يبرز أيضاً في حالة الملك الناقص، وهو الذي لا تجتمع فيه ملك الرقبة مع ملك المنفعة، وكما أشرنا إلى ذلك سابقاً، ما يتعلق بتأجير الملك، أو بيعه، أو التصرف بالمرهون. ففيما يتعلق بعقد الإيجار يعد المستأجر من "الغير" بالنسبة لتصرف المؤجر بالمأجور بيعاً، أو رهناً، أو هبة، ولا يكون، بالتالي، نافذاً

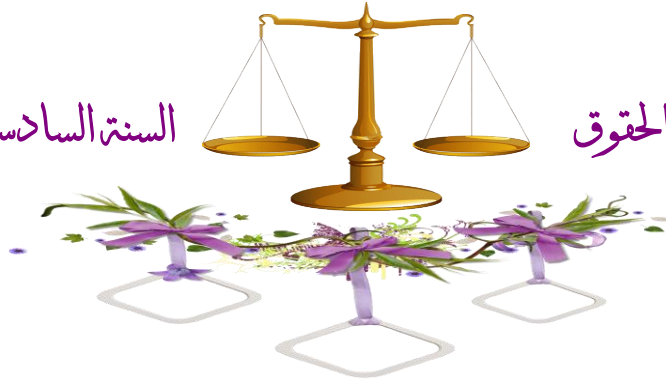


في حق المستأجر، حسب رأي جانب من الفقه الإسلامي، ويتوقف هذا التصرف على إجازة المستأجر؛ لعدم قدرة المؤجر على التسليم لتعلق حق المستأجر بالعين^(١٠٩). ويتفق الفقه المدني والتشريع على أن إنتقال ملكية المأجور إلى شخص آخر ليس من شأنه أن يؤثر في عقد الأيجار المبرم بين المستأجر والمؤجر، بل يظل قائماً على الرغم من إنتقال الملكية. وقد يحصل ان يتفق المؤجر والمستأجر على بيع العين المؤجرة دون أن ينتهي عقد الأيجار، فيجب على المشتري إحترام هذا العقد، وكذلك الحكم لو حصل هذا الاتفاق بين المؤجر والمشتري. أما في حالة عدم وجود هكذا إتفاق، وكان ايجار العين ذا تاريخ ثابت سابق على عقد البيع فيجب على المشتري إحترامه، وهذا ما أخذ به المشرع المصري من خلال المادة (٦٠٤٩) من القانون المدني، التي ذكرت بأنه إذا أنتقلت ملكية العين المؤجرة، إختيار أو جبراً، إلى شخص آخر، فلا يكون الأيجار نافذاً في حق هذا الأخير إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية. وبهذا الحكم خرج المشرع عن القواعد العامة التي تقضي بأن القوة الملزمة للعقد، بما ينشئه من حقوق وإلتزامات، لا تتصرف إلا إلى أطراف العقد وخلفهما العام^(١١٠). وبهذا المعنى نصت المادة (٧٨٦) من القانون المدني العراقي على انه اذا انتقلت ملكية المأجور الى شخص آخر فلا يكون الايجار نافذاً في حقه، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب عليه إنتقال الملكية. وبينت المادة (٧٨٧)، بفقرتها، حالة إذا لم يكن الأيجار نافذاً في حق من أنتقلت إليه الملكية، فلا يجوز أن يجبر المستأجر على الإخلاء قبل التنبيه عليه، وإذا تم تنبيه المستأجر قبل إنقضاء الأيجار، فإن المؤجر يكون ملزماً بتعويض المستأجر عندئذ، وفي ذلك دلالة على أن تصرف المؤجر في العين المؤجرة في مثل هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق المستأجر. أما عن حق المؤجر عند تأجير العين المؤجرة ثانية من قبل المستأجر، فمن دون شك إن المستأجر يملك المنفعة التي خولها إياه عقد الأيجار المبرم مع المؤجر، ويستطيع، بالتالي، التصرف بها كأصل عام، ولكن هذا التصرف يتأثر بتملك المؤجر للعين المؤجرة. والمتطلع الى آراء المذاهب الإسلامية يرى أن الفقهاء المسلمين أنقسموا حول مدى جواز هذا التصرف على ثلاثة آراء، فمنهم من أعطى هذا الحق للمستأجر مطلقاً وليس من حق المؤجر بوصفه من "الغير" أن يمنعه من ذلك، ومنهم من منعه مطلقاً، ومنهم من أجاز هذا التصرف بأذن المؤجر. ومع ذلك فأياً كانت آراء الفقهاء المسلمين فإنهم وضعوا ضوابط لتأجير المستأجر للعين المؤجرة رعاية لحق "الغير" (المؤجر)، سواء تعلقت بالمدة أو بشخص المستأجر الثاني أو بمقدار الأجرة^(١١١). أما الفقه المدني فقد عرف الأيجار من الباطن بأنه عقد يبرمه المستأجر الأصلي مع شخص آخر يسمى المستأجر من الباطن بمقتضاه يلتزم المستأجر الأصلي بتمكين المستأجر من الباطن من الانتفاع بكل، أو بعض المنفعة المؤجرة^(١١٢). وهو يختلف، بذلك، عن التنازل عن الأيجار الذي يقوم على نقل المستأجر لجميع حقوقه المترتبة على عقد الأيجار إلى شخص آخر يحل محله، فهو تنازل عن جميع الآثار القانونية المترتبة عن العقد^(١١٣). وهذا الأختلاف بين الأيجار من الباطن والتنازل عن الأيجار لا يؤثر على كون المؤجر يعد من "الغير" بالنسبة إلى هذا العقد، أما حكم نفاذه في حقه فقد تباينت النصوص التشريعية إزائه، فقد وضعت المادة (١/٧٧٥) من القانون المدني العراقي قاعدة عامة في جواز الأيجار من الباطن أو التنازل عن الأيجار ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. ويسوغ جانب من الفقه العراقي سبب إرساء هذه القاعدة العامة في القانون المدني، أن عقود الأيجار ليست من العقود التي يُراعى فيها



الأعتبار الشخصي للمستأجر^(١١٤). ولكن إذا كان هذا الحق للمستأجر يعد من طبيعة عقد الأيجار إلا أنه ليس من مستلزماته، بمعنى يمكن تقييد إطلاق هذه القاعدة من خلال إتفاق الطرفين. كما أشارت إلى ذلك المادة (١/٧٧٥) من القانون المدني العراقي السابق الاشارة اليها. وفي حالة وجود هذا الاتفاق بين المؤجر والمستأجر، أو وجود شرط من المؤجر على المستأجر، وهو ما يسمى بالشرط المانع وقيام المستأجر بالتأجير من الباطن على الرغم من ذلك يجعل هذا العقد غير نافذ في حق المؤجر ولايسري هذا العقد في مواجهته.

إلا أن هذا الامر قد تغير في ظل القوانين الخاصة للأيجار التي جعل بعضها القاعدة العامة المشار اليها أعلاه أستثناءً، بينما تخطى بعضها الآخر هذه القاعدة وحظرت هذه القوانين التأجير من الباطن مطلقاً، فنجد ان المادة (١/١١) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ قد حظرت الأيجار من الباطن والتنازل عنه حتى في حالة وجود إتفاق بين الطرفين على خلاف ذلك؛ وسبب هذا الحظر يعود إلى أن المستأجر عند إقدامه على مثل هذه العقود يدل على إنتقاء حاجته إلى المأجور، فضلاً عن أن الغاية من إبرام هذه العقود في الغالب هو حصول المستأجر على ربح على حساب المؤجر^(١١٥). ثم صدر قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠، التي حظرت المادة (١١) منه الأيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً، أو جزءاً، إلا إذا أتفق الطرفان، تحريماً، على خلاف ذلك^(١١٦). وجاءت المادة (٥٩٣) من القانون المدني المصري موافقة في حكمها للمادة (٧٧٥/١) من القانون المدني العراقي، فقد أجازت للمستأجر التنازل عن الأيجار والتأجير من الباطن ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك. أما في ظل قوانين إيجار الأماكن المصرية، وأخرها قانون رقم لسنة ١٩٩٦، فالأصل فيها عدم جواز التأجير من الباطن للغير إلا بأذن كتابي من المالك^(١١٧)، وبه أخذ القضاء المصري، ذهبت بعض أحكام محكمة النقض المصرية إلى جعل حظر الأيجار من الباطن دون إذن كتابي من المؤجر قاعدة قانونية مستقرة، ومن الأصول المقررة في القوانين الخاصة بأيجار الأماكن^(١١٨). ولم يبتعد القضاء العراقي عن تطبيق نصوص القانون المدني ونصوص القوانين الخاصة المنظمة للأيجار من الباطن وجعلت قيام المستأجر بهذا التصرف سبباً يسوغ للمؤجر طلب تخلية المأجور^(١١٩). وهو ما يعني إقرار من القضاء العراقي باعتبار المؤجر من "الغير" فلا ينفذ هذا التصرف في حقه. ويسري الحكم المتقدم على تصرف الراهن بالمرهون، تأمينياً أو حيازياً، إذ يعد هذا التصرف غير نافذ بحق المرتهن إستناداً إلى الحكمة من تشريع الرهن، وهي المحافظة على أموال الدائنين من الضياع عن طريق الأستيئاق بعين معينة يستوفى منها الدين عند تعذر وفائه من جانب المدين^(١٢٠). وإلى هذا ذهب أغلب الفقهاء المسلمون إلى عد هذا التصرف باطلاً، أو موقوفاً على رضا المرتهن وإذنه^(١٢١). وأقر فقهاء القانون المدني وكذلك النصوص التشريعية المنظمة لعقد الرهن الحق للراهن في التصرف بالمرهون أيأ كان نوع التصرف، قانونياً أو مادياً، بشرط ان لا يضر بحقوق الدائن المرتهن^(١٢٢). ويظهر عدم نفاذ تصرفات الراهن بحق المرتهن بالتصرفات القانونية أكثر منه في التصرفات المادية بفعل أثر اجراءات التسجيل، إذا كان المرهون عقاراً، والتي من شأنها أن تجعل المرتهن من "الغير" بالنسبة لهذه التصرفات ولايحتج بها عليه؛ طالما انها تاليه في تسجيلها لتسجيل عقد الرهن. وحسب وجهة نظر بعض الفقهاء ان هذه التصرفات لا تغير من طبيعة المرهون، وهي لذلك لا تؤثر في حق الدائن المرتهن؛ طالما



كان حقه أسبق في التسجيل، فتصرف الراهن بعد ذلك لا يسري في مواجهة المرتهن^(١٢٣). ويسوغ جانب من الشراح الحكم المتقدم من أن الهدف من منع الراهن من التصرف في المرهون هو حماية حق المرتهن المتعلق بهذا المرهون، وهذه الحماية يمكن تحقيقها من خلال الحكم بعدم نفاذ التصرف بحق المرتهن وعدم تأثيره في حق المرتهن، سواء في الرهن التأميني أو الحيازي. ويؤيد ذلك استخدام المشرع العراقي الصياغة ذاتها في كلا العقدين من خلال المادة (١٢٩٥) المتعلقة بالرهن التأميني والمادة (١٣٣٤) المتعلقة بالرهن الحيازي وهي أن التصرف يجب أن لا يخل بحقوق المرتهن^(١٢٤).

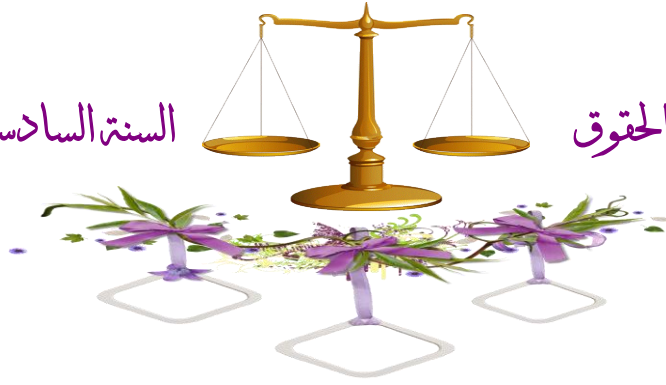
أما الحقوق الشخصية التي لا تكون نافذة في حق "الغير"، فهي حقوق الدائنين المتعلقة بذمة مدينهم والتي لا تكون مضمونة بأي ضمان خاص كما هو حال الدائن المرتهن؛ إذ تكون الذمة المالية للمدين هي الضمان الوحيد لحقوق الدائنين، وبالتالي فإن حماية الدائنين من تصرفات مدينهم، هو عدهم من "الغير" بالنسبة إليها وصولاً إلى عدم نفاذها في حقهم، خاصة متى أدرك المدين أن أمواله مصيرها يؤول إلى التنفيذ عليها من قبل دائنيه فيبادر إلى التصرف بها أضراراً بهم. وعدم نفاذ هذه التصرفات بحق الدائنين يكون من خلال وسيلة قانونية يلجأ إليها هؤلاء الدائنون تسمى بدعوى عدم نفاذ التصرفات، يطلب فيها أصحابها عدم نفاذ التصرفات غير نافذة أو غير سارية في حقهم، وهذا هو الأثر أو الحكم الذي يترتب على إقامتها، فيعد التصرف كأنه لم يقع، وبالتالي يظل المال أو الحق الذي أنصب عليه التصرف في ذمة المدين ويعد عنصراً من عناصر الضمان العام للدائنين جميعاً على الرغم من أنها لا تمس صحة التصرف بين المدين وبين خلفه. ولكن يشترط لذلك أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وأن يكون كذلك سابقاً على التصرف المطعون به. وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة (٢٦٣) من القانون المدني العراقي^(١٢٥)، فإذا كان الدائن العادي لا يعد خلفاً عاماً ولا خاصاً، حسب رأي أغلب الفقهاء، إلا أن ذلك لا ينفى تأثيره بما يبرمه مدينه من تصرفات تؤثر على ذمته المالية والتي تشكل الضمان العام لحقوقه؛ ولهذا السبب تدخل المشرع لوضع قواعد يحمي بها مصلحة الدائن من تصرفات مدينه الضارة^(١٢٦). وأجازت أحكام القضاء للدائن العادي الحق في الطعن بوصفه من "الغير" في تصرفات مدينه الضارة به عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرفات، إذا أثبت إعسار المدين، وكان حق الدائن سابقاً على تصرف المدين المتمثل بالبيع^(١٢٧). فإذا تبين أن دين الدائن كان مستحق الأداء، وأن المدين قد باع مطعمه لأبيه مع علم الأب بعسر ولده، بأنه يقصد من البيع تهريب أمواله التي سبق وأن اشتراها الدائن نفسه ولم يدفع له ثمنها، فإن شروط دعوى عدم النفاذ تعدد متحققه، ويحق للدائن ان يطعن في التصرف^(١٢٨).

الفرع الثاني/ الاحتفاظ بالحقوق الناشئة من العقد .

إن القول بعدم نفاذ العقد بحق "الغير" أو عده قابلاً للأبطال، وبالتالي عدم سريانه في مواجهته يؤدي إلى الاعتراف بأحتفاظ هذا "الغير" بكل الحقوق الناشئة من العقد كصاحب حق عيني، أو صاحب حق شخصي. وفي مقدمة الحقوق التي يبقى "الغير" محتفظاً بها هو حق ملكية الشيء الذي ورد التصرف عليه، سواء أنصب حق الملكية هذا على أصل الشيء أو على ملحقاته ففي جميع الاحوال التي يتم التصرف فيها بالمعقود عليه، خلافاً لأرادة المالك أو بدون رضاه، كما لو لم يقر أو لم يجيز تصرف الفضولي فإن تصرف الأخير يكون في حكم الغصب، الذي عرفه جانب من الفقهاء المسلمين بأنه الاستيلاء على حق

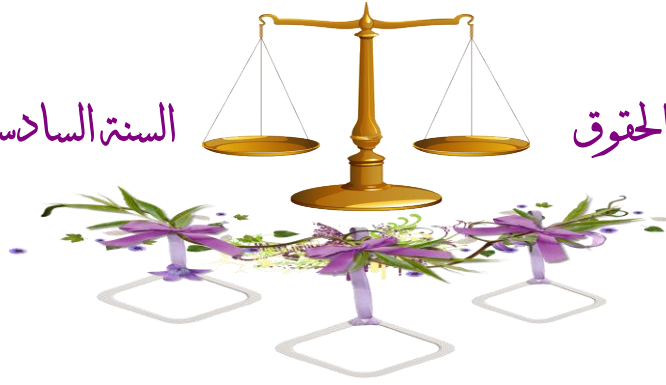


"الغير" بغير حق، وخاصة عندما ينشئ الفضولي التصرف لنفسه وليس للمالك^(١٢٩)، فمن المتفق عليه أنه إذا رفض المالك بيع الفضولي فإن العقد ينتفي من أساسه، ولا يبقى محل للأجازة؛ لأن الرفض، أو الرد يسلب إنتساب العقد للمالك، ولأن البيع الواقع على ملك "الغير" فضولاً يبطل إذا لم يوافق المالك على البيع بعد إطلاعه على العقد؛ ذلك أن أدلة الوفاء بالعقود مفادها وجوب الوفاء على كل إنسان بالعقد الصادر منه، والعقد على مال "الغير" لا يكون عقداً للمالك إلا بأجازته وموافقة عليه، فإن رفض العقد ولم يوافق عليه لا تشمله أدلة العقود. ويترتب على ذلك أن المال لو كان بيده فلا حق له على أحد، وإن كان بيد المشتري من الفضولي فله أن ينزعه منه^(١٣٠). فأذا ثبت لهذه الصورة حكم الغصب ومقتضياته، فأنها تدخل ضمن أفراده، وبالتالي إن كان المغصوب باقياً لزمه رده، وإن تلف لزم مثله، إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً بحسب قيمته يوم التلف. وهذا هو المشهور عند الفقهاء^(١٣١). وهذا الحق الذي يثبت للمالك (الغير) إنما يستند إلى حق الملكية نفسه الذي من خلاله يستطيع أن يطالب بأسترداد الشيء، إن كان باقياً من الغاصب، ويثبت له حق الأسترداد أيضاً من مشتري العين المغصوبة. كما يثبت له الحق في المطالبة بقيمته، إن تعذر عليه رده، وهو ما يعبر عنه جانب من الفقه الاسلامي بأن المغصوب إذا ذهب من اليد وتعذر رده كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة؛ لأنه قد حيل بينه وبين ماله، فوجب له البديل كما لو تلف، وإذا قبض البديل ملكه؛ لأنه بدل ماله فملكه كبديل التالف^(١٣٢). وينقل جانب من الفقه المدني الحديث أدلة رد العين إلى مستحقها في الفقه الاسلامي تتمثل بالسنة والمعقول، فأما السنة فقول الرسول الكريم محمد (ص): (من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع المشتري من باعه)، ووجه دلالة الحديث هو وجوب رد الشيء المستحق بعينه لمالكة ولاحق لمن توالى يده عليه بشراء، ونحوه أن يمنع صاحب الحق من إسترادده، وإنما يكون له إذا كان حسن النية لا يعلم بالمتعدي على حق "الغير" أن يرجع على البائع الذي مكنه من هذه الحيازة بغير حقها. وأما المعقول أن المتعدي على حق غيره بغصب، أو سرقة، ونحو ذلك، ملزم برد العين إلى صاحبها على أكمل وجه. وأكمل وجوه الرد هو رد العين بذاتها؛ لأنه أكمل وأعدل في رفع الضرر بخلاف رد المثل أو القيمة. فهو عوض فلا يصر إليه إلا عند تعذر رد العين^(١٣٣). ولا يقتصر حق المالك في المطالبة بأصل المعقود عليه، وإنما يمتد ليشمل كذلك زوائده ومنافعه. ولم يختلف الفقهاء المسلمون حول الزيادة المتصلة ووجوب ردها مع الشيء إلى مالكة. ويقصد بالزوائد المتصلة هي كل ما يتصل بالشيء من نماء كالسمنة، والحمل، والحسن والجمال، فيجب ردها مع الأصل؛ لأن هذه الزيادة المتصلة تتبع الأصل في البقاء والزوال، كما في الفسخ بسبب العيب فإذا فسخ في الأصل، فسخ في الزيادة تبعاً لفسخ الأصل^(١٣٤). إلا أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في حكم الزيادة المنفصلة، سواء كانت متولدة من الشيء كنتاج الماشية وثمر الشجر والبيض، أو غير متولدة منه كالأجر، وما يوهب إلى المعقود عليه أو يوصى له. إذ ذهب رأي إلى أن المالك يسترد الأصل فقط كما هو في الفسخ بسبب العيب، فإذا فسخ العقد أسترد البائع الأصل دون الثمار^(١٣٥). بينما ذهب رأي آخر إلى أن هذه الزوائد يجب ردها إلى المالك مع الأصل^(١٣٦)، وأستدل أصحاب الرأي الأول بالقاعدة الفقهية (الخارج بالضمآن)، واصلها حديث نبوي شريف^(١٣٧). والخارج هو الذي يخرج من ملك الأنسان، أي ما ينتج منه من الننتاج وما يغله من الغلات، ومعنى الضمان هو الاتفاق على الأصل لانتاج هذه الغلة^(١٣٨). وتطبيق هذه القاعدة أن من ضمن شيئاً بعقد صحيح وأنفع بالمعقود عليه منفعة مستوفاة، فيكون خراجه، حينئذ، في مقابل



ضمانه^(١٣٩). وأستند أصحاب الرأي الثاني الى أن هذه الزوائد تكون ملكاً للمالك؛ لأنه ما دام العقد قد زال وجوده، فكأن المبيع لم يزل في ملكه فيسترده مع جميع زوائده، فهذه الزوائد هي بمثابة بعض المبيع فتدخل في الرد مع الأصل^(١٤٠). ويضاف إلى حق الرد، سواء بالمطالبة بأصل المعقود عليه أو مع الثمار، حسب التفصيل السابق يحق للمالك في المطالبة بالتعويض عند رد الشيء وكانت قيمته قد نقصت بسبب عيب لحق به أو بسبب إنخفاض قيمته بحسب سعر السوق^(١٤١). وأقر فقهاء القانون المدني حق المالك في عدم اقرار العقد القابل للإبطال والتمسك ببطلانه خلال ثلاث سنوات من وقت زوال العيب، أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد، ويعد هذا العقد، بالتالي، معدوماً أمام القانون، والحكم يسري عند استعمال خيار نقض العقد الموقوف من قبل المالك الحقيقي للمعقود عليه خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد، وتترتب، بالتالي، على العقد أحكام العقد الباطل من حيث كونه لا يرتب أية آثار قانونية بوصفه عقداً، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير كأصل عام. ويترتب على ذلك وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام هذا العقد. ويبرز حق المالك الحقيقي في طلب إسترداد الشيء من الفضولي، إن كان في يده، أو يطالب بأسترداده ممن تعاقده مع الفضولي، إن كان الشيء باقياً على حاله. ويطلب كذلك برد ثماره جميعاً أيأ كانت طبيعتها أعتباراً من تاريخ المطالبة القضائية بها. وتطبق في هذه الحالة أحكام الغصب الذي عرفه فقهاء القانون المدني بأنه أخذ مال منقوم محترم مملوك للغير بطريق التعدي على وجه يزيل يده عن العين، وبموجب هذه الأحكام التي يعد فيها الفضولي غاصباً، إن كان سئ النية يستطيع المالك أن يطالب برد العين، وتسليمها اليه، وإذا كانت قد هلكت فأنها تكون مضمونة على الغاصب بقيمتها، إن كانت قيمة ويمثلها إن كانت مثلية^(١٤٢). ويوضح جانب من الفقه المدني ذلك بالقول أن المالك الحقيقي في عقد بيع ملك "الغير" يبقى مالاً للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري، ويترتب على ذلك أن البائع لو سلم المبيع إلى المشتري فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الأستحقاق؛ لأنه لا يزال مالاً فيسترده من تحت يده، كما يحق له مطالبة المشتري بالتعويض إن كان سئ النية، وللمالك أن يرجع على البائع بدعوى التعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة، أو بالتقادم، أو تملك ثمار المبيع إن كان حسن النية، كما له أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده، خاصة إذا كان سئ النية، فإنه يكون في هذه الحالة غاصباً^(١٤٣). ولا ريب في إثبات الحقوق المذكورة أعلاه للمالك، فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله، وحق إستغلاله، وحق التصرف فيه. وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، فلا يكون الحق في الشيء حق ملكية إذا منع صاحب الحق من استعمال هذا الشيء، أو من إستغلاله، أو من حق التصرف فيه على نحو دائم^(١٤٤).

ويضيف جانب من الفقه الى ما تقدم من أحكام حالة إستراط البائع (المالك الحقيقي) الأحتفاظ بالملكية حتى يدفع المشتري الثمن، إن البائع يظل المالك الوحيد للمبيع ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد الوفاء بكامل الثمن، ويظهر الأمر أكثر بساطة ووضوحاً فيما لو بقي المبيع في حيازة البائع، أي قبل تسليمه للمشتري حيث يجمع الأول بين يديه كل عناصر الملكية من استعمال، وإستغلال، وتصرف. وإذا قام البائع بالتصرف في المبيع الذي باعه، تصرفاً مادياً أو قانونياً، كان تصرفه صحيحاً؛ لأنه يتصرف في

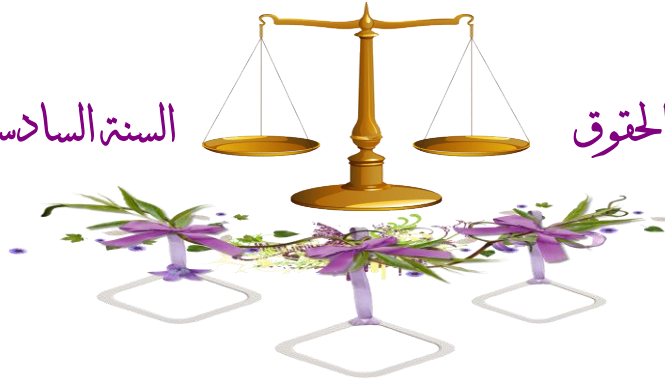


شئ مملوك له. ولا يختلف الأمر كثيراً في حالة تسليم المبيع للمشتري، فالبايع رغم تخليه عن حيازته للمبيع يبقى مالكا له فيستطيع الحصول على ثماره كما يمكنه التصرف فيه، ويحرم فقط من سلطة الاستعمال بسبب وجود المبيع في حيازة المشتري. ومؤدى ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للمبيع، ولا يجوز له، ومن ثم، التصرف فيه قانوناً، فأذا باعه ثانية فلا يسري هذا البيع في مواجهة المالك الحقيقي طبقاً لأحكام بيع ملك "الغير" (١٤٥). ولاشك في أن المالك عند استعماله لهذه الحقوق إنما يستند إلى نصوص قانونية صريحة نص عليها المشرع في القانون المدني، ولعل في مقدمة هذه النصوص ما ورد في المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري التي أعطت للمالك وحده، في حدود القانون، الحق في استعمال الشئ وإستغلاله والتصرف به، وكذلك المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي التي وصفت حق الملكية بالملك التام الذي من شأنه أن يتصرف المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً، ومنفعة، وإستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها، ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة وتجبسداً لهذا الحق جاءت النصوص المقررة لحقوق المالك في أي تصرف يجريه غيره على المعقود عليه الذي يمكنه. فالمتطلع إلى نصوص القانون المدني المصري المنظمة لأحكام بيع ملك "الغير" كالمادة (٢/٤٦٦)، يجد انها ذكرت (وفي كل الأحوال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد)، وهذا يعني إن إجازة المشتري للعقد ليس من شأنها أن تؤثر على حقوق المالك الحقيقي في طلب إسترداد المبيع تأكيداً لحق الملكية. وفي باب تصرف الفضولي نصت المادة (٣/١٣٥) من القانون المدني العراقي بأنه (٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البديل فله الرجوع عليه به ، فإن هلك البديل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشئ منه)، واعطت المادة نفسها في فقرتها الرابعة الحق للمالك أن يطالب بقيمة العين المعقود عليها، إذا هلكت بيد من تعاقد مع الفضولي، وكان الهلاك بدون تعد منه ، وللمالك أن يختار في تضمين أيأ منهما، فإن أختار أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر. وبطبيعة الحال أن المالك يستطيع المطالبة بأسترداد العين المعقود عليها. من باب أولى إن كانت باقية ولم تهلك.

كما يمكن الأستفادة من أحكام الغصب التي أرساها المشرع عند قيام الفضولي بالتصرف في مال "الغير" على الرغم من علمه بعدم الأذن من المالك الحقيقي (الغير)، وفي هذا الصدد نصت المادة (١٩٣) من القانون المدني العراقي على أنه يضمن الغاصب إذا أستهلك المال المغصوب، أو أتلفه، أو ضاع منه، أو تلف كله أو بعضه بتعديه أو بدون تعديه. وأعطت المادة (١٩٢) من القانون نفسه الحق للمالك بالمطالبة برد المال المغصوب عيناً دون الاخلال بحقه بالتعويض عن الأضرار الأخرى. وتطرقت المواد (١٩٤-١٩٥) من القانون نفسه حكم حالة تغيير المغصوب في الفترة بين الغصب والحكم على الغاصب بالرد. وأعد المشرع العراقي من خلال المادة (١٩٦) زوائد المغصوب مغصوبة مثله، وتسري عليها الأحكام نفسها التي تسري على أصل المغصوب من حيث الضمان، وهو بذلك أخذ برأي جمهور الفقهاء المسلمين مخالفاً رأي الفقه الحنفي الذي عد زوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب، سواء كانت متصلة أو كانت منفصلة؛ وذلك بان الغصب إنما ورد على الأصل، وهي إنما طرأت بعده ولم يرد عليها

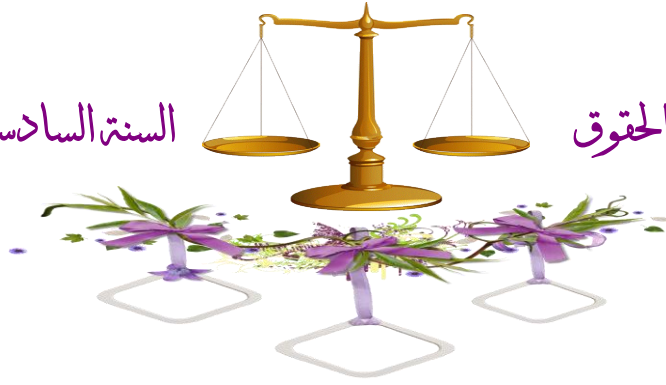


الغصب^(١٤٦)، وأوردت بعض الأحكام القضائية تطبيقات لأحتفاظ "الغير" بحقوقه الناشئة من العقد، فأشارت بعض الأحكام الى حق المالك في بيع ملك "الغير" بعدم نقل ملكية المبيع للمشتري ما لم يقره، وأعطت الحق لهذا المالك أن يطلب طرد المشتري من ملكه عند عدم تسجيل عقد البيع؛ لأن يد المشتري تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته^(١٤٧). وأشارت بعض الأحكام إلى إلزام الغاصب برد عين المغصوب إلى المغصوب منه أو رد بدله ان هلك الأصل، سواء كان البديل مثلياً أو قيمياً، ويتعين على المحكمة أن تحكم للمغصوب منه حقه في إسترداد المغصوب وما يستحقه من أجر المثل^(١٤٨). ويبقى حق المالك في المطالبة بالإسترداد حتى لو كان من تلقى الشيء من البائع حسن النية عندما يكون الشيء منقولاً. فإذا كان الفقه والتشريع قد أقر بأن من تلقى منقولاً بسبب صحيح من غير مالكة، وكان حسن النية، فإنه يمتلك هذا المنقول فور الحيازة حتى غدت هذه القاعدة إستثناءً بدرجة الفقهاء على زوال أثر العقد عند الحكم ببطلانه أو بفسخه، الأمر الذي عده جانب من الفقه المدني بأن يعد تطوراً هاماً على صعيد المعاملات وإستقرارها^(١٤٩). إلا أن المشرع وعلى الرغم من هذه الأهمية الكبيرة لهذه القاعدة أجاز للمالك طلب إسترداد البيع من الحائز حسن النية متى خرج المنقول من يد المالك بسبب السرقة، أو الغصب، أو خيانة الأمانة، أو الضياع، وخلال ثلاث سنوات من وقت تحقق أحد هذه الأمور الأربعة^(١٥٠). وإذا كان المالك من حقه أن يطالب بإسترداد ملكه، فإن له ان يطالب أيضاً بإسترداد ما تولد عنه من ثمار متصلة أو منفصلة، فلم تميز النصوص القانونية في حق المالك بطلب الإسترداد بين أنواع الثمار، وهذا الحق يستمده المالك من نص المادة (٨٠٤) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه لملك الشيء الحق في كل ثماره، ومنتجاته، وملحقاته، ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك. أما في القانون المدني العراقي فقد أشارت المادة (١٠٤٨) السابق الإشارة إليها الى حق المالك في ثمار الشيء المملوك له. إلا أن إعتبرات من العدالة وإستقرار المعاملات أدى إلى الاعتراف بحق من تعاقد مع البائع أو الفضولي تملك الثمار التي انتجها الشيء خلال مدة حيازته لهذا الشيء متى كان حسن النية، وذلك أن المالك متى أسترد الشيء، فمن حقه أن يسترد معه كل ما أنتج هذا الشيء من ثمار بعد أن تبين ان الحائز لها ليس مالكا للشيء، ويعد، بالتالي، غير مالك لهذه الثمار أيضاً، إلا أن المشرع خرج عن هذا الاصل مراعاة للأعتبرات أعلاه والمستندة إلى الموازنة بين مصلحة المالك الذي قد يكون مهملاً في المحافظة على أمواله أو في المطالبة بإستردادها إذا خرجت من يده، وبين مصلحة الحائز لها الذي يعتقد أنه يحوز هذا الشيء بوصفه مالكا لها، خاصة أنه قد يكون أنفق مصروفات وبذل جهوداً في إنتاجها، ثم من المحتمل أن يكون قد أستهلك هذه الثمار وأصبحت، بالتالي، جزءاً من دخله الدوري، والمطالبة بها يشكل إفقاراً له، وهذا الأستثناء كرسه المشرع المصري في المادة (١/٩٧٨) من القانون المدني التي جاء فيها بأنه يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية، أيأ كان نوع هذه الثمار، سواء كانت طبيعية كنتاج المواشي، أو كانت مستحدثة كالمحصولات الزراعية، أو كانت مدنية كأجرة المنازل وأرباح الأسهم والسندات^(١٥١). وفي المعنى نفسه جاءت المادة (١١٦٥) من القانون المدني العراقي لتقرر ملكية الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما أستوفاه مدة حيازته. ولكن على الرغم من هذا الاعتراف للحائز بهذا الحق إلا أن ذلك لا يطول أو يستمر دائماً، فسرعان ما ينتهي حق الحائز في كسب الثمار من الوقت الذي يصبح فيه سئ النية، أي من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته إعتداء على حق للغير، يكون، بالتالي، مسؤولاً من هذا



الوقت حسب تعبير المادة (١١٦٦) من القانون المدني العراقي عن جميع الثمار التي أنتجها الشيء طوال مدة الحيازة. وإذا كان قد أصبح سئ النية أثناء الحيازة ألترم برد الثمار من الوقت الذي أصبح فيه سئ النية، وهو يعد حتماً كذلك متى رفع المالك الدعوى عليه^(١٥٢).

وهناك حقوق لا تقل أهمية عن حق المالك في رقبة الشيء المملوك، سواء بالمطالبة بأسترداده عيناً، أو بأسترداد بدله بوصفه مالاً. ويتمثل ذلك في حق صاحب الحق العيني كالمرتهن الذي يرد حقه على العين المضمونة بالرهن، أو حق المؤجر، أو المستأجر الواد على العين المؤجرة. فالدائن المرتهن على الرغم من تصرف الراهن بالمرهون، على النحو الذي بيناه سابقاً، يبقى محتفظاً بحقوقه، سواء كان الرهن تأمينياً أو حيازياً. فليس من شأن هذه التصرفات أن تبطل حقوق المرتهن من الوثيقة، ولا أن تزيل يد المرتهن عن المرهون^(١٥٣). فالمرتهن له حق عيني على المال المرهون، وهذا الحق، وإن لم يخوله أية مزية من مزايا ذلك المال، وهي الأستعمال والأستغلال والتصرف، إلا أنه يخوله حق التنفيذ على المال المرهون. ومزية التقدم على غيره من الدائنين في إستيفاء حقه من ثمن ذلك المال بعد بيعه بالطرق القانونية، إذا كان المال لازال بيد الراهن، كما له أن يتتبع المرهون متى خرج من يد الراهن، إذا كان رهنه نافذاً في حق من أنتقلت إليه ملكية المرهون، يعد، بالتالي، من "الغير" بالنسبة لهذه التصرفات. وكذلك الحكم لو رتب الراهن حقوقاً عينية أخرى كحق منفعة، أو حق رهن آخر، فللمرتهن ان ينفذ على المرهون خالياً من هذه الحقوق، وإذا كان الرهن حيازياً؛ فإن المرتهن يبقى محتفظاً بحق الحبس الذي بمقتضاه أن يحبس المرهون في مواجهة الراهن، أو المدين، وفي مواجهة أي شخص أنتقلت إليه ملكية المرهون، أو ترتب له حق عيني له عليه حتى يستوفي كامل دينه، ولايهم في ذلك ما إذا كان المرهون، عقاراً أم منقولاً، مع بعض الفروقات المتعلقة برهن كل منهما، أو بنفاذه تجاه الغير. وكذلك الحكم فيما يتعلق بالأجارة الصادرة من الراهن والتي لا تنفذ في حق المرتهن إلا إذا كانت ثابتة بالتاريخ قبل الرهن، أما الأجارة التي تنعقد بعد تسجيل الرهن، فهي لا تنفذ بحق المرتهن إلا إذا أشرت في السجل بموافقة المرتهن^(١٥٤). فالمرتهن إنما يستند في كل ذلك إلى ما يملكه من حق عيني، وهو حق الرهن، وأن لم يكن حقاً عينياً أصلياً كحق الملكية. أما في عقد الأيجار إذا تصرف المؤجر بالعين المؤجرة في الفقه الاسلامي، فإن يد المستأجر على هذه العين تمنع من التسليم بحق المتصرف اليه، حتى وأن صح هذا التصرف بين طرفيه إلا أن من حق المستأجر أن يستوفي كامل منفعة. ولايكون للبايع (المؤجر) أن يأخذها من يد المستأجر من غير إجازته^(١٥٥). ويخضع بيع العين المؤجرة إلى غير المستأجر للاتفاق بين المؤجر والمستأجر في الفقه والقانون المدني. فقد يتفق الطرفان على أن بيع العين المؤجرة لا يؤدي إلى إنتهاء الأيجار بل يبقى سارياً في حق المشتري الجديد، أما عند عدم وجود هذا الاتفاق فإن للمستأجر الحفاظ على حقوقه الناشئة من عقد الأيجار، إذا كان تاريخه الثابت سابقاً على عقد البيع، إذ يجب على المشتري إحترام هذا العقد والحفاظ على حقوق المستأجر في العين المباعة. ويسري هذا الحكم حتى لو لم يضع المستأجر في العين المؤجرة؛ وعلّة ذلك ترجع إلى الرغبة في إعطاء حق المستأجر شيئاً من الثبات والأستقرار الذي يكون بأمس الحاجة اليه^(١٥٦). والى هذا المعنى أشارت المادة (١/٦٠٤) من القانون المدني المصري إلى أن إنتقال ملكية العين المؤجرة إلى شخص آخر ليس من شأنه أن يجعله نافذاً في حق المستأجر، إذا كان للأيجار تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية. وبعد أن أقر المشرع



العراقي حكماً مشابهاً لما ورد في التشريع المصري من خلال المادة (٧٨٦) من القانون المدني. أعطت المادة (٧٨٧) منه الحق للمستأجر في البقاء بالمأجور وعدم إجباره على التخلية قبل التنبيه عليه، كما أعطت للمستأجر الحق في طلب التعويض إذا حصل التنبيه بالأخلاء قبل إنقضاء مدة الإيجار، وزيادة في ضمان هذا الحق لا يجبر المستأجر على الأخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض، أو الحصول على تأمين كافٍ للوفاء بهذا التعويض من أيهما. وهذا يعني ضمناً إقرار المشرع العراقي الحق للمستأجر في حبس العين إلى حين إستيفاء التعويض المستحق له، وازداد المشرع العراقي إلى هذه الحقوق ما أقره في قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ من خلال المادة الرابعة عشرة لبعض الضمانات للمستأجر منها ضرورة أخطاره من قبل المالك الجديد للعقار عن طريق كاتب العدل بخصوص إنتقال الملكية مؤيداً بوثيقة صادرة من دائرة التسجيل العقاري. وهذا فيه دلالة واضحة على حرص المشرع على رعاية وإحترام حقوق المستأجر في العين المؤجرة. وأعطت بعض الأحكام القضائية في حالة بيع المأجور بعض الضمانات للمستأجر حتى عند سريان عقد نقل ملكية المأجور إلى شخص آخر، فأشترطت وجوب تسجيل عقد الشراء للأحتجاج به من قبل المستأجر، كما أنها أقرت سريان عقد الإيجار في حق المالك الجديد بالشروط السابقة ذاتها دون حاجة إلى تحرير عقد جديد^(١٥٧). وفي مقابل ذلك إذا قام المستأجر بتأجير العقار من الباطن، فبعد أن بينا حكم هذا التصرف في القانون المدني والقوانين الخاصة بالإيجار نشير إلى ما يكون للمؤجر من حقوق أو ما يحتفظ منها على الرغم من قيام المستأجر بهذا التصرف، حتى في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك، مطلقاً، أو بقيود معينة. فيجب أولاً أن تراعى التزامات المستأجر الأصلي، فالإيجار من الباطن يجب أن يكون مقصوداً على المدة المتبقية من عقد الأيجار.

وأن يكون التآجير من الباطن على نحو لا يحصل إلا للغرض الذي أعدت له العين المؤجرة. وفضلاً عن ذلك يحق للمؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بتنفيذ إلتزاماته عن طريق دعوى مدينه المباشر، وهو المستأجر الأصلي، وهي الدعوى المباشرة. كما أن للمؤجر حق إمتياز على منقولات المستأجر من الباطن بقدر ما أستحق من الأجرة على هذا الأخير للمستأجر الأصلي^(١٥٨). وأياً كان التنظيم التشريعي للإيجار من الباطن، سواء في القانون المدني العراقي أو في قوانين إيجار العقار، يمكن القول أنه أمام حظر الأيجار من الباطن في ضوء المادة (١/١١) من قانون إيجار العقار لعام ١٩٧٩، فإن هذا التصرف يعد باطلاً، ويمكن وصف المستأجر في مثل هذه الحالة بمثابة الغاصب للمنفعة، لو قام بتأجير العقار من الباطن على الرغم من هذا الحظر. ولضمان حق المؤجر في عقود الأيجار من الباطن المبرمة قبل نفاذ هذا القانون بينت الفقرة الثانية من المادة المذكورة بأن يحل المالك (المؤجر) محل المستأجر الأصلي في العقد الذي أبرمه هذا مع المستأجر من الباطن، كما أعطى القانون المذكور الحق للمؤجر في أن يطلب التخلية إذا أجزّ المستأجر المأجور من الباطن من خلال المادة (١٧/ب) من القانون المذكور. وبعد صدور قانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ أصبح الأيجار من الباطن محظوراً في الأصل ما لم يوجد اتفاق تحريري بين المؤجر والمستأجر. ويفسر موقف المشرع هذا بالنسبة إلى حقوق المؤجر أنه أخضع هذه الحقوق والمحافظة عليها للاتفاق المبرم بينهما. وحرصت الأحكام القضائية على إحترام حق المؤجر في الاتفاق الكتابي الذي يضمن هذا الحق عند الإيجار من الباطن، فضلاً عن حق المؤجر في أن يطلب تخلية العين المؤجرة عند قيام المستأجر بالتآجير من الباطن^(١٥٩). كما أقرت بعض الأحكام في العراق حلول المالك



محل المستأجر الأصلي في عقد الايجار من الباطن المبرم قبل صدور قانون إيجار العقار لعام ١٩٧٩^(١٦٠) بقي أن نشير أخيراً الى ما يكون للدائن العادي صاحب الحق الشخصي في ذمة مدينه من حقوق تضمن الوفاء بديونه. وتتمثل مصلحته في الحفاظ على ذمة مدينه التي تمثل الضمان العام لحقوقه؛ ولذلك فإن أي تصرف من المدين من شأنه الأضرار بها يعرضها للخطر، ومن هنا تتحدد حقوق الدائن من خلال فرض بعض القيود على سلطة المدين في التصرف بأمواله بما أقره الفقهاء المسلمون من نظام الحجر على المدين الذي أرادوا به منع المحجور من التصرف في ماله، على أن لا يثبت الحجر إلا بحكم الحاكم، ومن بين المحجور عليهم، هو المفلس الذي يحكم عليه لكثرة ديونه وقصور أمواله من الوفاء بها. فاذا ثبت هذا الحكم عليه فإن الحاكم يأمر ببيع ما لديه من أموال وينصف بها الغرماء الذين يتساوون في إستحقاقهم من ذمته. وبعد الحكم عليه بالحجر فإن أي تصرف يجريه يكون باطلاً، وإن كان جانب من الفقه الاسلامي قد أجاز حبس المدين لأجل الدين متى أمتنع عن إيفاء الدائنين لحقوقهم^(١٦١).

وهذا دلالة على إحتفاظ الدائنين بحقوقهم في أموال مدينهم، وإن كانت أقل ضماناً من حقوق الدائنين المرتهنيين. أما فقهاء القانون المدني فقد عرفوا الحجر على المدين بمنعه من التصرف في أمواله إذا ما زادت ديونه المستحقة عن أمواله، وهذا هو الإعسار القانوني، وخشي دائئوه أن يعمد إلى إضاعة هذه الأموال أو تهريبها، وكانت خشيتهم هذه مبنية على أسباب معقولة فإنه يجوز لأي منهم مراجعة المحكمة لأيقاع الحجر على هذا المدين. وأثر ذلك تُشَل يد المدين عن التصرف في أمواله ويترك أمر ذلك كله إلى الحارس الذي تعينه المحكمة^(١٦٢). ويجب الإشارة إلى أن حق الدائن في التنفيذ للوفاء بحقوقه لا يرد على ذمة المدين نفسها؛ لأن هذه غير قابلة للحجز ولا للبيع، وإنما ينفذ على عناصر الذمة الايجابية، سواء وجدت وقت الدين أو أضيف إليها بعد ذلك؛ لأن الضامن للدين هو الذمة المالية أي المجموع من المال الذي وجد وقت نشوء الدين أو وجد بعده. فهو في الحالتين عنصر من عناصر الذمة المالية، وبالعكس لا يضمن الدين المال الذي يكون قد خرج من الذمة المالية وقت التنفيذ حتى لو كان موجوداً وقت نشوء الدين^(١٦٣). ومن هنا تبدو خطورة وأهمية هذا الضمان بالنسبة للدائنين، ولذلك حرص المشرعون على توفير عدة وسائل قانونية للدائن للحفاظ على الذمة المالية للمدين. فبعد أن وضع المشرع العراقي المبدأ العام في المادة (١/٢٦٠) من القانون المدني الذي يقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، عرض لهذه الوسائل التي أتخذ بعضها شكل الدعوى كالدعوى غير المباشرة (م ٢٦١-٢٦٢)، ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن (٢٦٣-٢٦٩)، وبعضها يتخذ شكل الأجراء المتمثل بالحجر على المدين المفلس (م ٢٧٠-٢٧٩)، والأخير يتخذ صورة الدفع المتجسد في الحق في الحبس للضمان (م ٢٨٠-٢٨٤). وحاولت الأحكام القضائية أن تعرف إعسار المدين بأنه حالة قانونية تقيد من عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه المستحقة الأداء^(١٦٤)، ووضعت بعضها المبدأ العام القاضي بأن جميع أموال المدين المنقولة والعقارية ضامنة للوفاء بديونه^(١٦٥)، واعترفت بحق الدائن بالتمسك بالدعوى التي تحقق مصلحته وتحافظ عليها، فله أن يختار بين دعويين إزاء التصرف الواحد الصادر من مدينه بغية إعادة المال الى ملك المدين، أو أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى فإن لم ينجح في الأولى أنتقل إلى الدعوى الأخرى^(١٦٦).



المطلب الثاني/ آثار سريان حقوق العقد الى "الغير".

مثلما يترتب من آثار على عدم سريان الحق الناشئ من العقد تجاه "الغير" الذي لم يكن طرفاً فيه، قد تترتب آثار أخرى على سريان هذه الحقوق تجاه هذا "الغير"، وهذه الآثار تستمد وجودها، بدرجة أساس، من إرادة "الغير" التي تسمح بنفوذها بحقه، على الرغم من أننا قلنا أن هذه الآثار هي ليست إرادية، أي لم يريدها الطرفان المتعاقدان في أغلب الأحوال. وتترتب على سريان حقوق العقد إلى "الغير" زوال هذه الصفة عنه، إذ لم يعد بالأمكان نعته بالغير عن العقد الذي أبرمه طرفاه الحقيقيين، وبالتالي فإن كل الألتزامات الناشئة من هذا العقد تثبت في حقه. ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبحت في أولهما زوال صفة "الغير"، ونبتاول في ثانيهما ثبوت الألتزامات الناشئة من العقد.

الفرع الأول/ زوال صفة الغير .

رأينا أن "الغير" يبقى محتفظاً بهذا الوصف طوال الفترة التي يكون فيها بعيداً عن العقد وآثاره، وهذا هو الأصل. فليس من الممكن أن نجعل هذه الآثار تمتد إليه؛ طالما هو لم يريدها ولايسمح بسريانها إزائه، ولكن في بعض الأحيان قد يلجأ "الغير" إلى وسيلة هيأها له القانون إلى القبول بها، وإستعمال هذه الوسيلة وإن كان يعتمد، بالدرجة الأساس، على إرادته ورغبته، إلا أنه قد يندفع وتحت تأثير من الأعتبارات العملية وأغراض إستقرار التعامل فلا يجد بدأ من القبول بها والخضوع إليها على الرغم من أن مصلحته تكون ملحوظة وقيتند، إذ لايمكن أن يتصرف بالصد منها، وإلا أنتفت أصلاً الغاية الأساسية التي ينشدها الطرفان المتعاقدان من إنشاء أي عقد من العقود، وهي تحقيق مصالحها الأقتصادية والأجتماعية من وراء إبرام هذا العقد. وتتخذ هذه الوسيلة شكل إذن "الغير" في العقد الذي أبرماه طرفان ولم يكن هو من بينهما، ولكن مصلحته تعلقت بآثاره، وهذا الأذن يتخذ تسميات متعددة وأوصاف مغايرة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، كما أنه قد يختلف في بعض الأحيان من حيث آثاره، فقد يجعل العقد نافذاً في حقه، وفي حق الطرفين المتعاقدين، وقد يجعله تارة أخرى يستقر بعد أن كان نافذاً بين الطرفين، ولكنه معرضاً للزوال فضلاً عن أنه غير سار في حقه. كما أن هذا الأذن قد يجعل "الغير" طرفاً في العقد أحياناً فتكون أمام ما يسمى بالمجموعة العقدية. وقد يقتصر أثره على تصحيح وقبول حقوقه وتحمل الألتزاماته. ويبدو أن إستعمال هذا الأذن يظهر بصورة بارزة في مجال الحقوق العينية أكثر منه في الحقوق الشخصية، ففي الحقوق العينية سواء كانت واردة على الرقبة والمنفعة معاً، وهو ما أسماه الفقهاء المسلمون بالملك التام كما رأينا سابقاً كبيع ملك "الغير"، أو سواء كانت واردة على ملكية الرقبة لوحدها أو المنفعة لوحدها، وهو ما أطلق عليه الفقهاء المسلمون بالملك الناقص، كما هو حال تصرف المؤجر برقبة العين المؤجرة أو تصرف المستأجر بمنفعتها، أو تصرف الراهن بالعين المرهونة. ولكنه لا يظهر واضحاً في الحقوق الشخصية إلا في حالات محددة من عقود المورث في مرض الموت وحقوق وراثته فيها. وهي حقوق متعلقة بمحل العقد كما يسميها جانب من الفقه المدني^(١٦٧). ولكن لايمكن أن نجد لهذا الأذن تطبيقاً واضحاً في حقوق الدائنين المتعلقة بذمة مدينهم، إذ لايعقل أن يأذن الدائن بتصرف أجراه مدينه إضراراً بالضمان العام الذي يستوفي منه حقوقه، على الرغم من أن آثار العقد قد تتصرف إليه في بعض الأحيان كما هو الحال في تصرفات الدائن الظاهر في حالات محددة. بالأطلاع على بعض كتب

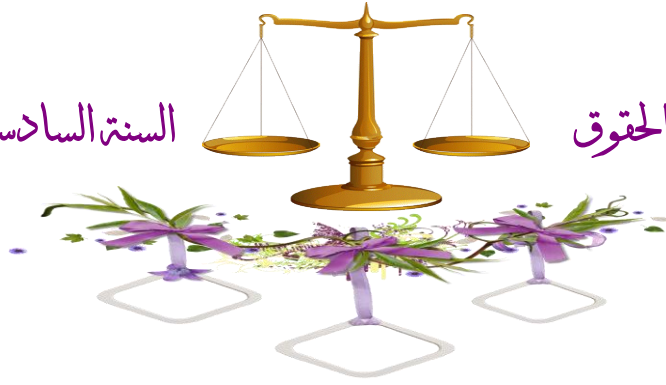


الفقه الاسلامي نجد أن الفقهاء قد أستعملوا مصطلح الأذن، سواء في التصرف في ملك "الغير" أو في تصرف المؤجر بالعين المؤجرة، أو في تصرف الراهن بالعين المرهونة، إذ ربطوا كل تلك التصرفات بالأذن الصادر من المالك الحقيقي أو المستأجر أو المرتهن. وإن كان جانب من الفقهاء قد أستعمل تعبير الأجازة، وخاصة في بيع ملك "الغير"، أي في بيع الفضولي وأرادوا، من ذلك، التمييز بينهما وبين الأذن من حيث وقت صدور كل منهما، وإن كان أثرهما واحد، وهو إسناد العقد إلى المالك أو نسبته إليه، ويحصل ذلك بالأذن قبل إنشاء العقد ويحصل، كذلك، بأجازته له بعد إنشائه، فنسبة العقد لا تتوقف على صدوره منه، وإنما يمكن أن ينشأ بالأذن بأجراء العقد أو بأجازة المتأخره عنه^(١٦٨). وتطبيقاً لذلك فإن بيع مال "الغير" بلا إذن ولا ولاية فإنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ والا لغا^(١٦٩)، وهو عند من يعد هذا البيع موقوفاً، وكذلك التمييز بينهما يبرز عند من يعد هذا البيع باطلاً، إذ جاء في عبارات أحد الفقهاء ما تفيد بان بيع ملك "الغير" بغير اذنه باطل ولو أجازته المالك بعد ذلك^(١٧٠). وعد الأجازة سبباً في نفاذ العقد ومن دونها بلغو دلالة على إنها تأتي متأخرة عن إبرام العقد، وإن إسناد العقد إلى المالك بالأجازة المتأخرة جعله جانب من الفقهاء طرفاً في هذا العقد بعد أن كان أجنبياً عنه؛ فالأجازة تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وأن الفضولي يكون بعدها كالأجنبي وجوده وعدمه سواء، فلا يمكن إعتبار الفضولي بعدها كالوكيل؛ لأن ذلك يحتاج إلى إثبات فإن ثبت ذلك من دليل آخر فهو كذلك، وإلا فإن الأجازة تفيد نسبة العقد إلى المجيز. ومن هنا فلا مانع من تأثير الأجازة أثرها لو مات الفضولي قبلها^(١٧١). ويبدو أن هذا الرأي يفرق بين الأجازة والأذن من حيث وقت صدورها، بدليل أنه أشار إلى الأجازة في أثرها دون الأذن، بخلاف رأي آخر يذهب الى أن نفاذ تصرف الفضولي موقوف على إجازة صاحبه والأجازة في الانتهاء كالأذن في الأبتداء^(١٧٢)، فلم يفرق بين الأذن والأجازة وان كان أثرهما واحد والسبب الذي دفع الفقهاء المسلمون إلى اضافة العقد إلى المالك وعده طرفاً فيه وزوال صفة "الغير" عنه مرده أن وجوب الوفاء بالعقد إستناداً الى قوله تعالى (وأوفوا بالعقود)، إنما هو في حق العاقدين أو من قام مقامهما، فوجوبه من قبل العاقد على اساس من أنه قد ألترزم به، ولكن يحصل بالأذن لغيره في إنشائه أو بالأجازة له بعد انشائه، ولذلك يجب ألا يحصل ما يؤدي إلى سقوطها، بأن لا تكون الأجازة مسبقة برد من المالك للعقد، فإن كانت كذلك بطل تأثيرها^(١٧٣). ويترتب على الأجازة أثرها بحق المالك، سواء تحققت باللفظ أو بالفعل الدال على الرضا بالعقد وإنسابه إليه، وكذلك السكوت لو أكتنف بقرائن تدل عليه^(١٧٤). ولم يرد في الفقه المدني تعبير الأذن، وإنما ورد تعبيران، هما الأقرار والأجازة، والأول أستعمله الفقهاء في العقد القابل للأبطال، والثاني أوردوه في باب العقد الموقوف، وكلاهما يرتبان الأثر نفسه بالنسبة للمالك الحقيقي، فيجعلان العقد نافذاً في حقه وتزول عنه صفة "الغير"؛ إذ يرى فقهاء القانون ممن يأخذ بالعقد القابل للأبطال أن الاقرار يؤدي إلى زوال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع، ومتى أنتقلت الملكية إلى المشتري، فقد زال السبب الذي من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للأبطال، فينقلب صحيحاً بأقرار المالك الحقيقي^(١٧٥). وفي مقابل ذلك يرى فقهاء القانون ممن يتبنى العقد الموقوف أن الأجازة تؤدي إلى نفاذ العقد، ويصبح المالك بأجازته للعقد طرفاً فيه، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المشتري، ويصبح الفضولي وكليلاً بالأجازة وتنطبق عليه أحكام الوكالة^(١٧٦). وهناك من يرى بأن الأقرار يصدر من غير طرف في العقد يضيف به آثار العقد إلى نفسه،



ومن ثم فإن هذا الاقرار يترتب عليه حكمه من تاريخ العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، فالمالك في بيع ملك "الغير" بأقراره يعد بائعاً، وتتحدد علاقته بالمشتري على اساس من هذا^(١٧٧). ولا يمكن اعتماد هذا الرأي لتأسيس الاختلاف بين الاقرار والاجازة؛ إذ أن كلاهما يصدر من "الغير" الذي هو ليس طرفاً في العقد المبرم بين البائع (الفضولي) والمشتري (المتصرف اليه)، كما أن الاجازة يترتب عليها آثارها من تاريخ العقد وليس من تاريخ صدورهما. ولكن إذا أردنا أن نحمل القول المتقدم على أنه يميز بين الأقرار والاجازة فإنه يمكن القول أن هذا التمييز ينحصر في العقد القابل للأبطال لنفسه وليس بينه وبين العقد الموقوف، فالاجازة تصدر في العقد القابل للأبطال من المشتري الذي هو حقاً طرف في العقد، وعلى خلاف الاقرار الذي يصدر من المالك الذي هو ليس طرفاً فيه. ولكن يمكن أن نضع فرقاً بين الاجازة في العقد الموقوف والاقرار في العقد القابل للأبطال، أن الأول لا يكون نافذاً لا بالنسبة للمالك ولا بين الطرفين قبل صدورهما. أما الثاني فإنه يكون نافذاً بين طرفيه، ولا يسري في حق المالك الحقيقي قبل صدوره، ومن هنا برز الاختلاف بين عدم النفاذ وعدم السريان؛ ولهذا فإن آثار الاجازة أوسع نطاقاً من آثار الأقرار، ففي الوقت الذي يكون لآثار الاجازة نفاذ في حق المالك وطرفي العقد في العقد الموقوف، يكون للاقرار أثره فقط بالنسبة إلى المالك وحده، كما في العقد القابل للأبطال. ويترتب على الأقرار والاجازة آثارهما، أي كانت طريقة التعبير عنهما، سواء بالقول أي بالتعبير الصريح عن الإرادة أو بالفعل، وهو الذي يستخلص من سلوك من تقرر التوقف أو الابطال لمصلحته، على أن يكون قاطعاً في الدلالة ولا يُفسر بأكثر من وجه، ومثال الأول أجزت وقبلت ورضيت، ومثال الثاني يتمثل إذا قبض المالك البديل من البائع. ولو تطلعنا إلى نصوص القانون المدني لبيان آثار سريان العقد في حق الغير والآليات التي كرستها لزوال صفة "الغير" عنه نلاحظ إنها لم تبتعد كثيراً عن تصورات وآراء الفقه، وإن كان هذا الأخير هو أيضاً متأثر بها عند تناول رجاله لآثار العقد الموقوف أو العقد القابل للأبطال.

ف نجد أن نص المادة (١/٤٦٧) من القانون المدني المصري نصت على أنه (١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وأنقلب صحيحاً في حق المشتري). فالأقرار من المالك أبعث أثراً من اجازة المشتري في هذا العقد، فالاجازة، سواء كانت صريحة أو ضمنية، ينقلب بها البيع صحيحاً بين الطرفين (البائع والمشتري)، ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا باقرار المالك، ولهذا فالأقرار لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري^(١٧٨). ويظهر أن المشرع العراقي قد أعتق التمييز بين الاذن والاجازة فبعد أن نصت المادة (١/١٣٥) من القانون المدني على أنه (١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه أن عقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك)، جاءت الفقرة الثانية من المادة نفسها لتتنص على أنه (٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً....) فأول ما يلفت النظر أن المشرع العراقي أستعمل تعبير الاذن قبل تعبير الاجازة، مما يدل على أن الاذن يسبق التصرف على عكس الاجازة التي تلي التصرف غير المأذون به ابتداءً لتجعله نافذاً في حق المتعاقدين وفي حق المالك الحقيقي على السواء. وبموجب هذا النص أيضاً أن الفضولي يصبح وكيلاً بالاجازة وتطبق بحقه أحكام الوكالة، وأهمها أن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه (م ٩٤٢)، كما تطبق الأحكام الأخرى المتعلقة بجعل يد الوكيل أمانة على المال الذي قبضه لحساب موكله (م ٩٣٥) ومدى إستحقاق الوكيل للأجر ومقدار العناية الواجبة الأتباع (م ٩٣٤، م ٩٤٠). وكان من



الأفضل أن لا يصر إلى تطبيق أحكام الوكالة على إجازة العقد الموقوف؛ طالما توجد نصوص خاصة تنظم هذه الإجازة، أو على أقل تقدير أن لا تطلق العبارة بجعل الفضولي وكيلاً مالم يقدّم دليل آخر على وجود الوكالة، فالفضولي بعد الإجازة يعد أجنبياً عن العقد، وهو ما أخذ به جانب من الفقهاء المسلمين مثلما ذكرنا، كما أن عدم صدور ما يدل على الرغبة في نقض العقد خلال المدة المحددة للإجازة يؤدي إلى عد العقد نافذاً بموجب المادة (٢/١٣٦)، في حين أن عدم صدور الإجازة عند تجاوز الوكيل لحدود وكالته خلال المدة التي يحددها من تعاقد مع الوكيل للموكل يعد ذلك تحلاً من العقد (م٢/٩٤٤)، وهذا يدفعنا إلى عدم إطلاق أحكام الوكالة على تصرف الفضولي. ولكن مهما كان الأمر فإن للإجازة أثراً هاماً يتمثل في نقل أحكام العقد إلى المالك الحقيقي، تزول عنه، بالتالي، صفة "الغير" عن هذا العقد.

وعرفت بعض الأحكام القضائية إجازة بيع ملك "الغير" بأنها عمل قانوني من جانب واحد يتم بإرادة المقر الصريحة والضمنية، وأن للمالك أن يقر البيع ويسري، عندئذ، في حقه وتنتقل به الملكية إلى المشتري^(١٧٩). وأن بطلان العقد، أو عدم نفاذه، ليس من النظام العام بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولا يجوز لغيره التمسك به^(١٨٠). ويحتل الأذن في عقد الرهن في الفقه الإسلامي أهمية كبيرة أيضاً عند تصرف الراهن؛ ذلك بأن حق المرتهن يتعلق بالرهون، وبالتالي فإن تصرف الراهن به دون إذن المرتهن يفوت حق المرتهن بالوثيقة، ويجعله من "الغير" بالنسبة لذلك التصرف، وبالعكس فإن إذن المرتهن بتصرف الراهن يجعله نافذاً في حقه ويؤدي إلى زوال الرهن. وبحث الفقهاء المسلمون تأثر الأذن على صحة ونفاذ تصرف الراهن بحثاً مستفيضاً، فقد جاءت عبارات أغلبهم بعد التصرف موقفاً على إذن المرتهن، وهذا الأذن يرتب آثاراً مختلفة حسب تعبير الفقهاء المسلمين. فإن أجاز المرتهن بيع الراهن للمرهون، كان هذا البيع جائزاً ولكن عليه أن يجعل للمرتهن حقه، ويكون للمرتهن أن يجيز البيع أو يرده إذا باع الراهن بأقل من حق المرتهن، فأما إذا باعه بمثل حق المرتهن أو أكثر فلا خيار له؛ لأن المرتهن يستطيع أن يستوفي حقه فلا حجة له عليه^(١٨١). وبمقتضى هذا الرأي أن إذن المرتهن في تصرف الراهن لا قيمة له لو كان التصرف بقدر حق المرتهن أو أكثر منه، كما أن هذا الأذن لا يؤثر على حق المرتهن لو كان مؤجلاً، إذ يجب أن يجعل الراهن أو المدين حق الدائن معجلاً. وجعل جانب من الفقهاء أثر الأذن يقتصر على التصرف الذي لحقه، فإذا تصرف الراهن بالرهون ثم قام المتصرف إليه بتصرف آخر وهكذا، فإن إذن المرتهن يقتصر على التصرف الذي ورد عليه هذا الأذن وحده دون التصرفات الأخرى^(١٨٢). ومن الفقهاء من جعل للأذن أثراً مطلقاً في إنقضاء الرهن وزواله، فلو باع الراهن المرهون بأذن المرتهن أنفسخ الرهن، ولا تجب على الراهن قيمته مكانه كما لو أتلّف الراهن المرهون بأذنه، حتى لو باع الراهن ودين المرتهن مؤجلاً. ولكن يجوز للمرتهن أن يرجع عن الأذن قبل تصرف الراهن، ولو اختلف مع الراهن حول حصول الأذن فالقول للمرتهن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الأذن^(١٨٣). وحدد جانب آخر من الفقهاء لأذن المرتهن أثراً يختلف باختلاف ما لو كان الدين مؤجلاً أم حالاً، فإن أذن المرتهن بيع المرهون في الحالة الأولى صح البيع ويكون ثمنه رهناً مكانه، وفي الحالة الثانية يصح البيع لصدوره من المالك ويبطل الرهن في عين المرهون ويصبح الثمن رهناً ويستوفي الدائن حقه منه عند الاشتراط، أما إذا كان البيع والدين مؤجلاً، ولم يشترط جعل ثمنه رهناً مكانه، فإن حق المرتهن يبطل ببيع المرهون لخروجه عن ملك الراهن بأذن المرتهن، ولا يكون ثمة رهن مكانه ويسقط حق المرتهن في الوثيقة^(١٨٤).

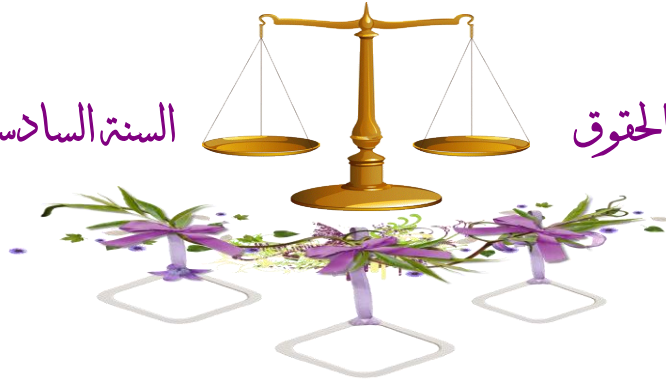


وليس لأذن المرتهن أثر في تصرف الراهن بالمرهون في القانون المدني، فحق الراهن بالتصرف بالمرهون يستمد وجوده من نص القانون ولا يجوز أن يمنع منه^(١٨٥). وهذا التصرف، سواء كان بنقل ملكية المرهون أو بتقرير حق عيني عليه، يكون نافذاً في حق المرتهن لو كان محله عقاراً، ولا يعد من "الغير" فيها إذا كانت مسجلة قبل تسجيل الرهن، سواء كان الرهن تأمينياً أو حيازياً، أو كان تأريخها أسبق في التأريخ الذي تحمله الورقة التي دون فيها عقد الرهن، لو كان منقولاً في الرهن الحيازي^(١٨٦). ويتضح أن أثر سريان الرهن في حق المرتهن، وإن كان لا يجعله طرفاً في عقد بيع المرهون من الراهن، إلا أن هذا البيع متى حصل في الأحوال السابقة يؤثر على ضمانه في المرهون، وبالتالي يتأثر حقه بنشوء هذا العقد. كذلك ليس للأذن أثر بارز سواء في الفقه الإسلامي أو المدني عند تصرف المؤجر بالعين المؤجرة للغير، إذ يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى صحة تصرف المؤجر، وإذا كان هذا التصرف قبل تسليم المأجور إلى المستأجر فإن ذلك يؤدي إلى فسخ الأيجار؛ لأنه يحكم إتلاف للمعقود عليه، وإذا كان بعد التسليم فلا تنفسخ الإجارة^(١٨٧). وجعل جانب آخر منهم لأجزة المستأجر أثراً في بيع المأجور، فلو باع المؤجر العين إلى غير المستأجر بدون إذنه فليس للبائع (المؤجر) أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير إجازته للبيع، وإذا باعها إلى غير المستأجر دون إذنه ثم باعها إلى المستأجر جاز البيع من المستأجر ونقض البيع الأول^(١٨٨). ومن الفقهاء الذين أقروا بنفاذ البيع أثناء الأجارة في حق المستأجر، أعطوا الحق للمستأجر إستيفاء المنفعة للمدة الباقية من عقد الأيجار^(١٨٩). أما في القانون المدني، فإن حق المستأجر عند قيام المؤجر بنقل ملكية للمأجور للغير يرتبط بوجود إتفاق بينهما، أو عدم وجود هذا الإتفاق. فقد يتفق الطرفان على أن بيع العين المؤجرة لا يؤدي إلى إنهاء الأيجار وعلى المشتري أن يحترم عقد الأيجار، أما عند عدم وجود هذا الإتفاق فإن المشتري يلتزم بأحترام عقد الأيجار إذا كان ثابت التاريخ وسابق على تاريخ عقد البيع، وبخلاف ذلك فإن المستأجر يلزم بالتخلية بعد مراعاة مواعيد التنبيه عليه من قبل المشتري، وإذا سرى الأيجار بحق المشتري فإنه يحل محل المؤجر في إلتزاماته وحقوقه^(١٩٠). وهذا المعنى اكده القضاء في بعض أحكامه من أن عقد الأيجار يسري في حق المالك الجديد بالشروط السابقة ذاتها، ولا يعد تحرير المالك الجديد عقد إيجار مع المستأجر إنشاء لعلاقة إيجارية جديدة وإنما يعد أمتداداً للعقد السابق^(١٩١). وهذا يعني إن المستأجر يصبح طرفاً في عقد الأيجار ولكن ليس مع المؤجر، وإنما مع المالك الجديد وحتى إنتهاء المدة المحددة للأيجار مع مراعاة النصوص القانونية الخاصة بأمتداد عقد الأيجار بحكم القانون^(١٩٢). أما عن حق المؤجر إذا تصرف المستأجر بمنفعة المأجور حسب تعبير الفقهاء المسلمين، أو الأيجار من الباطن حسب تعبير فقهاء القانون المدني، فنجد أن المؤجر لو قبل الأيجار من الباطن دون تحفظ بعد إبرامه، سواء كان قبوله صريحاً أو ضمناً، فإن ذلك يولد علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن يستطيع كل منهما أن يرجع على الآخر بدعوى مباشرة دون حاجة إلى توسط المستأجر الأصلي. وهذا الحكم يمكن إستخلاصه من بعض عبارات الفقهاء المسلمين الصريحة من أن للمستأجر له أن يؤجر العين إستناداً إلى أن الأجارة تملك للمنفعة، وهو يقوم مقام المؤجر، أو من مفهوم المخالفة لبعض عباراتهم من أن هذا الأيجار يصح بأذن المؤجر، وكذلك ما ذكره فقهاء القانون المدني، ونصت عليه القوانين المدنية والخاصة بأيجار العقار، وأيدت أحكام القضاء



بوجود علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن بعد أن يحل الأول بدلاً عن المستأجر الأصلي^(١٩٣). ومن خلال المقارنة بين حق المستأجر في بيع المأجور وحق المؤجر في الأيجار من الباطن من حيث زوال صفة "الغير" عنهما، نجد هذا الأثر يبرز واضحاً في الأيجار من الباطن، إذ أن المؤجر يصبح طرفاً في عقد الأيجار من الباطن، ويحل محل المستأجر الأصلي، ويستعمل الدعوى المباشرة تجاه المستأجر من الباطن، وهي دعوى المستأجر الأصلي. في حين نجد أنه في حالة بيع المأجور أن المستأجر يبقى غالباً بعيداً عن العقد الذي نقل ملكية المأجور إلى المشتري ولا يمكن، بحال من الأحوال، أن تزول عنه صفة "الغير" عن هذا العقد، وإن كان القانون قد هياأ له بعض الضمانات للمحافظة على حقوقه في العين المؤجرة، وهي تدل على أن هذا العقد ينحصر بآثاره بين طرفيه، ولكن إذا طالبه المالك الجديد بالتخلية بعد مراعاة مواعيد التنبيه فكأنما يكون المستأجر هنا بحكم الطرف في عقد بيع المأجور مع المشتري الذي يطالبه بالتخلية على الرغم من توفر ضمانات للمستأجر في هذه الحالة كما رأينا. أما الحقوق الشخصية فتظهر زوال صفة "الغير" فيها أكثر وضوحاً عندما يتعلق هذا الحق بمحل العقد، وهو حق الورثة في عقود مورثهم في مرض الموت التي يكون فيها محاباة للغير والأضرار بالورثة، فتأخذ حكم الوصية، وبالتالي تكون نافذة في حدود الثلث بحق الورثة، وما يزيد عنها توقف على إجازتهم؛ لأن الشارع قد عد المرض المؤدي إلى الموت كغيره من العوارض التي تحد من سيطرة المالك وسلطته على ملكه إرفاقاً بمال ورثته وتقديماً لمصلحتهم على مصلحة غيرهم^(١٩٤).

فالذي يزيل صفة "الغير" عن الورثة هنا في أمرين، الأول عندما يكون تصرف المريض، مرض الموت، خالياً من المحاباة أو بعوض يعادل قيمة المبيع، فمثل هذا التصرف لا يعد فيه الورثة من "الغير" ابتداءً وبالتالي يتأثرون به، والثاني عندما يتجاوز بيع المريض قدرًا معيناً من التركة ولكن يجيز، على الرغم من ذلك، للورثة هذا التصرف بعد موته، وينفذ في حقهم، وبالتالي، وتزول عنهم صفة "الغير" ولو إنتهاءً. وبالتالي فإن إجاز الورثة لعقد البيع الصادر في مرض الموت بعد عده بحكم الوصية، وإن جاوز حدود الثلث يكون نافذاً في حقهم^(١٩٥). أما حقوق الدائن المتعلقة بذمة المدين فمن دون شك أن سكوت الدائن وعدم قيامه بالأجراءات التي كفلها القانون لحماية حقوقه وعده من "الغير" بالنسبة لعقود المدين الضارة به أما أهمالاً أو لعدم توافر شروطها، فإنه يؤدي إلى عدم عده من "الغير" أصلاً، وبالتالي يتأثر بهذه العقود بانقراض العناصر الموجبة للمدين أو زيادة للعناصر السالبة فيها. كذلك يظهر أثر سريان عقود المدين في حق دائنيه عند صدورهما بعد الحكم بالحجر عليه عند من يرى من الفقهاء المسلمين بأن تصرفات المحجور بعد صدور الحكم تعد نافذة عند موافقة هؤلاء الدائنين حتى لو كانت مضرة بهم؛ فالحكم يوقف هذه التصرفات إنما هو لحماية الدائنين، وبالتالي فإنهم إن أذنوا بها أصبحت نافذة في حقوقهم^(١٩٦). كذلك إذا رضي الدائنون أو بعضهم بالتنازل عن بعض ديونهم بحيث أصبح الباقي من الديون لا يزيد على ما عند المدين من أموال ينتهي، عندئذ، الحجر على المدين، وتصبح تصرفاته نافذة في حق دائنيه، وفي بعض الأحيان قد تنصرف آثار العقد إلى الدائن، وإن لم يكن لأرادته دور في ذلك، ولكن بالنظر لأعتبرات العدالة وإستقرار المعاملات كما هو الحال في تصرف الدائن الظاهر الذي يسري أثره إلى الدائن الحقيقي على الرغم من صدوره من شخص لا يمكن، حسب الأصول المستقرة، أن يصدره ويرتب آثاره في حق شخص آخر وينفذ في مواجهته وفقاً للقواعد العامة^(١٩٧). ويترتب على ذلك، وبالتالي،

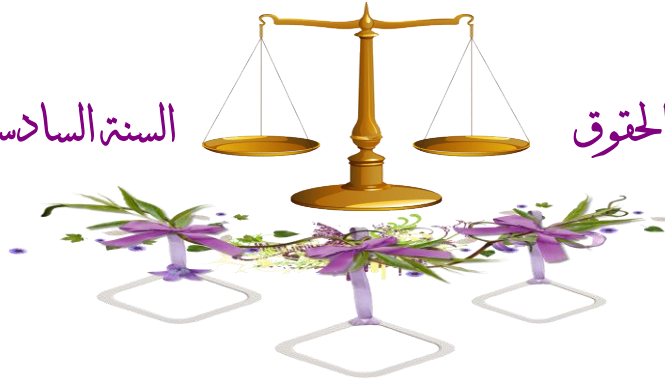


إنشاء حق مباشر للغير متى كان حسن النية في مواجهة الدائن الحقيقي الذي ليس له إلا أن يقبل نفاذ هذا التصرف في حقه. ويعبر أصحاب هذه النظرية عن ذلك بالقول أن صاحب الحق ينظم للعلاقة العقدية، فهو لا يحل محل صاحب الوضع الظاهر بل ينظم للعلاقة العقدية ويكون أثر هذا لأنضمام جعل التصرف نافذاً في مواجهة صاحب الحق^(١٩٨). ويسوغ القضاء، في بعض أحكامه، سريان التصرف إلى الدائن الحقيقي بأن هذا الأخير قد أسهم بخطئه، سلباً أو إيجاباً، في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحب الحق، مما مقتضاه نفاذ التصرف المبرم في مواجهة صاحب الحق^(١٩٩).

الفرع الثاني/ ثبوت الألتزامات الناشئة من العقد .

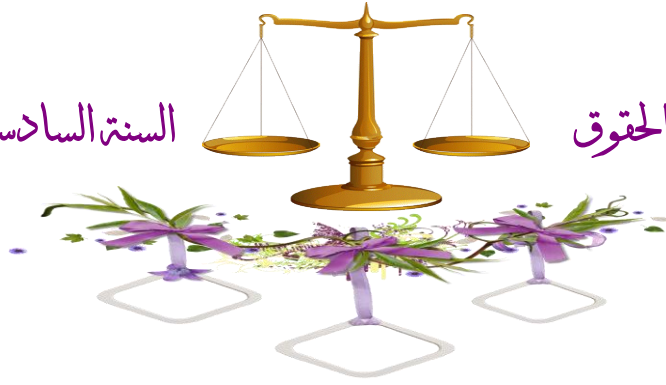
عند إقرار المالك بالتصرف الذي أجراه "الغير" أو صدر منه إذن أو إجازة للعقد الذي لم يكن طرفاً فيه، فإنه فضلاً عما يؤدي إليه ذلك من نتائج تتمثل في إزالة صفة "الغير" عن المالك الحقيقي في أغلب الأحوال وعده طرفاً في العقد كما رأينا، فإنه يؤدي أيضاً إلى ترتيب الألتزامات على كل طرف في العقد وثبوتها وعلى نحو يؤدي إلى إستقرار التعامل. والواقع أن ثبوت الألتزامات ما هو إلا أثر يترتب على عد المالك الحقيقي طرفاً في العقد، وبالتالي فإنه في الحالات التي لا يكون لأقراره أو لأجازته المالك سبباً في جعله طرفاً في العقد. ففي حالة بيع الفضولي تؤدي الإجازة عند من يجعل بيعه موقوفاً إلى أن يتملك المشتري المبيع وتترتب عليه الألتزامات، وأن القول بأن العقد سبب تام في حصول الملك لعموم قوله تعالى (أوفوا بالعقود) وتمامه في الفضولي إنما يعلم بالأجازة، فوجب ترتيب الملك عليه، وليس للمشتري أن يطلب فسخ العقد بعد ان دخل المعقود عليه في ملكه من حين العقد إستناداً إلى الأثر الكاشف للإجازة^(٢٠٠). وطبقاً لهذا الأثر فإن جميع الثمار التي أنتجها الشئ الحاصلة منه من البيع إلى الإجازة تكون للمشتري، ولا ضمان عليه لو أستهلكها قبل الإجازة لأن الملك تم له من وقت الشراء^(٢٠١). ويترتب على ثبوت الألتزامات بحق المالك الحقيقي أثر سريان العقد في حقه أن تتوافر فيه من الشروط ما يشترط وجودها في العاقدين من بلوغ وعقل ورشد ونحوها من الشروط المعتبرة في صحة التصرف^(٢٠٢). وأما عن مركز الفضولي أثر إجازة المالك لعقد بيعه، فقد ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى عده بمنزلة الوكيل إستناداً إلى قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ورتبوا على ذلك أن يد الفضولي يد أمانة، فلا يضمن هلاك المعقود عليه دون تعدٍ منه^(٢٠٣).

في حين ذهب جانب آخر منهم إلى أن عد الفضولي وكيلاً أمر يحتاج إلى إثبات؛ إذ الإجازة لا تفيد أكثر من نسبة العقد الصادر إلى المجيز، أما ترتيب الأثار واللوامز فهذا أمر لا يمكن إستفادته منها، إلا إذا ثبت ذلك بدليل آخر، وبخلاف ذلك يكون الفضولي بعد إجراء صيغة الإجازة كالأجنبي وجوده وعدمه سواء، وبالتالي لا مانع من تأثير الإجازة أثرها لو مات الفضولي قبلها^(٢٠٤). وأيد جانب من الفقه المدني، ممن كتب عن الفقه الإسلامي، الرأي الأول القائل بأن الوكيل يكون بحكم الفضولي ناقلاً عن أنصار هذا الرأي بأن الفضولي كالوكيل، وبالتالي فإن حكم العقد ينصرف إلى المالك^(٢٠٥). وأيد جانب آخر من الفقه المدني مشيراً إلى تمتع الفضولي بهذه الصفة إستناداً إلى القاعدة المذكورة^(٢٠٦)، وبه أخذ القانون المدني العراقي، إذ عدت المادة (٢/١٣٥) الإجازة توكيلاً ورتبت على ذلك أن أحكام العقد تضاف إلى الملك، ويترتب على ذلك حقه في المطالبة بالبدل، إن كان قد قبضه الفضولي من العاقد الآخر، ويحق للمشتري أن يطالب المالك بتسليم المبيع، إن لم يكن قد تسلمه من الفضولي. وإعتناق المشرع العراقي



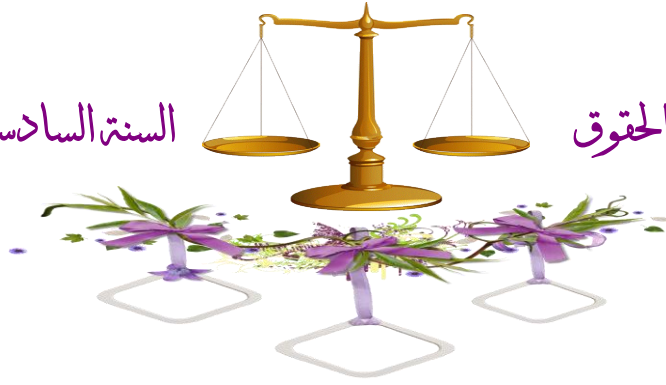
للرأي القائل بأن الفضولي كالوكيل يفيد بأن الفضولي يجب أن يكون موجوداً وقت الأجازة، وهو ما قاله بعض الفقهاء المسلمون ممن عد الفضولي كالوكيل؛ لأنه إذا مات لا يلزمه شيء من ذلك حسب قولهم، ولأن حقوق العقد لم يلزمه حال حياته فلا يلزمه بعد وفاته^(٢٠٧)، إلا أنه أشار في المادة (١/١٣٦) إلى شروط صحة الأجازة وجود من يملكها وقت العقد دون اشتراط قيام العاقدين، وهو ما أخذ به الرأي الثاني الذي أشرنا إليه والذي يعد الفضولي أجنياً فلا يشترط بقاءه حال الأجازة. أما القانون المدني المصري فقد تبني نظرية العقد القابل للأبطال عند بيع ملك "الغير"، وقد رأينا أن الأقرار الصادر من المالك يؤدي إلى نقل الملكية إلى المشتري، وينقلب به العقد صحيحاً في حقه من وقت صدوره، أي أن للأقرار أثراً رجعياً، وبأنقلاب العقد صحيحاً فإنه يبقى مرتباً لألتزاماته، فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية، ويكون كذلك ملتزماً بضمان المستحق لو كان المالك قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع، كما يلتزم بضمان العيوب الخفية، أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع، وتبرؤ ذمة البائع من الألتزامات التي أنشأها عقد البيع؛ لأن هذه الألتزامات تنتقل إلى ذمة المالك^(٢٠٨). وهذه الأحكام عبرت عنها المادة ((١/٤٦٧) من القانون المدني المصري بقولها (١- إذا أقر المالك البيع، سرى العقد في حقه وأنقلب صحيحاً في حق المشتري). وأيدت بعض الأحكام المصرية أثر إقرار المالك في ثبوت الألتزامات بين المالك والمشتري بعد أن أدى هذا الأقرار مفعوله في سريان العقد في حقه وإنقلابه صحيحاً في حق المشتري^(٢٠٩).

ورغم الأختلاف في طبيعة بيع ملك "الغير"، سواء كان عقداً موقوفاً أو عقد قابلاً للأبطال، إلا أن أحكامه واحدة فيما يتعلق بسريان هذا العقد في حق المالك وما يترتب هذا السريان من آثار في جعل كل من المالك والمشتري ملتزماً إزاء الآخر، زد على ذلك أن تبني نظرية العقد القابل للأبطال أيد القول بأن إقرار المالك للبيع يجعل البائع في حكم النائب عنه فينصرف أثر العقد إلى المالك، بعد أن كان منصرفاً إلى البائع؛ وذلك بأثر رجعي من وقت البيع وليس من وقت الأقرار، ويصح القول هنا أيضاً بأن الأجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وعلى البائع بوصفه وكيلاً أن يقدم حساباً للمالك عما قبضه من ثمن كما لو كان بالفعل وكيلاً عنه في عقد البيع الذي أبرمه مع المشتري^(٢١٠). أما فيما يتعلق بعقد الأيجار، لو تصرف المؤجر برقبة العين المؤجرة في الفقه الاسلامي، فقد رأينا أن هناك من جعله موقوفاً على إذن المستأجر لتعلق حقه فيها، أو من جعله نافذاً، سواء أذن المستأجر به أو لم يأذن، ومع ذلك فالحكم واحد فيهما، وهو بقاء العين بيد المستأجر إلى إنقضاء مدة عقد الأيجار، ويكون نافذاً في حقه بعد ذلك وتنتقل الملكية إلى المشتري، وهي مسلوقة المنفعة خلال مدة الأجازة، ويحق للمشتري أن يطلب فسخ البيع ان كان جاهلاً بأن العين مؤجرة؛ لأن نقص المنفعة من العيوب التي تسوغ الفسخ، وإن كان عالماً بذلك فلا فسخ له^(٢١١). ويترتب هذا الحكم لو أن المؤجر سلم المأجور إلى المستأجر، أما إذا تصرف المؤجر قبل تسليم المأجور إلى المستأجر حكم بفسخ عقد الأيجار لأتلاف المعقود عليه^(٢١٢). وهناك من عد أن إجازة المستأجر بالبيع يؤدي إلى نفاذه في حق البائع (المؤجر) والمستأجر والمشتري، ولهذا الأخير أن يأخذ المأجور من يد المستأجر بعد أن يرد إليه بدلات الأيجار التي دفعها مقدماً، وإن سلمه إلى المشتري قبل إستيفائه ذلك سقط حقه في حبس المأجور^(٢١٣). وهذا يعني أن آثار عقد البيع لا تكون نافذة في حق المستأجر إلا بعد انقضاء مدة الأيجار أو بعد إذن المستأجر به، وبالتالي يبقى المستأجر محتفظاً بمنفعة



المأجور من دون أن يكون للمشتري الحق في الرجوع عليه مباشرة، وإنما تبقى علاقته محكومة بعقد البيع مع المؤجر. أما فقهاء القانون المدني فقد أخضعوا أثر بيع العين المؤجرة إلى وجود إتفاق يحدد مصير هذا الأيجار كما ذكرنا، فإذا وجد إتفاق بين المؤجر والمستأجر على أن يكون للأول بيع العين المؤجرة، ففي هذه الحالة يجب على المستأجر إخلاء العين، حتى لو كان الأيجار ثابت التاريخ وسابقاً على البيع، ويحق للمشتري أن يتمسك بهذا الإتفاق وينتهي الأيجار دون أن يكون للمستأجر أي حق في الرجوع على المؤجر بالتعويض. أما عند عدم وجود هذا الإتفاق فأن المستأجر يكون بعيداً عن آثار عقد البيع، لو كان إيجاره ثابت التاريخ، سابقاً على تاريخ البيع. وفي هذه الحالة يسري الأيجار في حق المشتري، ولا يكون أمامه إلا إحترام حق المستأجر بأن يحل محل المؤجر في إلتزاماته وحقوقه، ويحق للمستأجر الرجوع على المشتري بجميع إلتزامات المؤج، كما أن للمشتري أن يفيد مما أشترطه المؤجر لصالحه في عقد الأيجار، فضلاً عن ذلك يحق للمشتري مطالبة المستأجر بتنفيذ جميع إلتزاماته. أما إذا لم يكن للأيجار تاريخ ثابت، أو كان تاريخه متأخراً عن تاريخ البيع، ففي هذه الحالة لا يسري عقد الأيجار بحق المشتري إلا إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على سريانه^(٢١٤). والقاعدة في نصوص القانون المدني إنه إذا كان للمؤجر أن يتصرف بالعين المؤجرة، فأن من حق المستأجر أن لا يعد هذا التصرف نافذاً في حقه، وله ان يبقى في العين المؤجرة لحين إنتهاء مدة الأيجار، وليس من شأن هذا التصرف أن يقضي على عقد الأيجار، بل يظل العقد قائماً، وبذلك تنتقل جميع الحقوق والألتزامات المترتبة على عقد الأيجار إلى المشتري الذي يعد خلفاً خاصاً للبائع ويحل محل سلفه، ويتم هذا الانتقال بقوة القانون بمجرد إنتقال الملكية. وأكدت المادة (١/٦٠٤) من القانون المدني المصري هذا المعنى، كما ان المادة (١/٧٨٨) من القانون المدني العراقي اكدت على حلول المشتري محل المؤجر في جميع ما ينشأ من عقد الأيجار من حقوق وإلتزامات في جميع الحالات التي يكون فيها الأيجار نافذ في حقه، وهو ما أكدته أيضاً المادة (١/١٤) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩. وسائر القضاء الأتجاهات الفقهية والتشريعية بانتقال حقوق وإلتزامات عقد الأيجار إلى المشتري بوصفه خلفاً خاصاً وحق المشتري بمطالبة المستأجر بالحقوق الناشئة من عقد الأيجار، وأن ما يضعه المؤجر، من شروط في عقد الأيجار، تسري بحق المشتري إذا كانت لمصلحته، أو لمصلحة المستأجر^(٢١٥). أما عند قيام المستأجر بالتصرف بمنفعة المأجور عن طريق تأجيرها للغير، فأن نفاذ هذا الأيجار في حق المؤجر عند أغلب الفقهاء المسلمين غير مرتبط بموافقة أو ممانعة المؤجر؛ لأنه يملك حق المنفعة، ولأن الأجرة تملك المنفعة إلا إذا أشترط المؤجر عليه أن يستوفي المنفعة بنفسه^(٢١٦). وعلى أية حال فان الآثار المترتبة على هذا الأيجار تتمثل بأن يحل المؤجر محل المستأجر حسب تصوير جانب من الفقه الإسلامي، وتترتب، بالتالي، الألتزامات بين المؤجر والمستأجر من المستأجر بمعزل عن المستأجر الأصلي، إذ جاء في بعض العبارات أنه إذا تسلم المؤجر بدلات الأيجار من المستأجر من الباطن طوال مدة عقد الأيجار الأصلي حتى أنتهت، فأن ذلك يكون سبباً في إنتهائه وفسخه؛ بسبب وجود الأيجار من الباطن^(٢١٧).

إلا أنه ليس من السهولة إستيعاب أن يكون للمؤجر علاقة مباشرة تجاه المستأجر من الباطن؛ ذلك بان الأصل هو عدم وجود هذه العلاقة إعمالاً لمبدأ نسبية اثر التصرفات، ويصعب، بالتالي، وجود إلتزامات متبادلة بينهما، إلا أن الفقهاء حاولوا كسر جمود التشريع بالتمسك بهذا الأصل، ولاسيما في مجال



العلاقات التعاقدية المتعاقبة على محل واحد تنبثق من تصرف قانوني أصلي الذي لولا وجوده لما تكونت هذه العلاقات، والقصد هو تحقيق هدف مشترك واحد، وهو ما يطلق عليه بالمجموعة العقدية^(٢١٨). لذلك فإن وجود العقد الباطن يلوح بظهور تلك الفكرة. وفي ضوءها يمكن ان تنشأ علاقات مباشرة بين المؤجر من جهة والمستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن من جهة أخرى، ويترتب على هذه العلاقة أن المستأجر الأصلي يبقى ملتزماً بعقده مع المؤجر دون أي تعديل أو تغيير؛ بسبب وجود الأيثار من الباطن، فيلتزم بدفع الأجرة والمحافظة على العين المؤجرة وردها في نهاية مدة العقد إلى المؤجر. وبعبارة أخرى أن المستأجر الأصلي يبقى مسؤولاً عن الالتزامات التي ينشؤها عقد الأيجار، فالمستأجر لا ينتازل عن مركزه التعاقدى بلجونه إلى الأيثار من الباطن ولا عن الحقوق التي تنشأ له بمقتضى عقد الأيجار الأصلي، فهو يستطيع، ومن ثم، مطالبة المؤجر بتنفيذ التزاماته بمقتضى هذا العقد^(٢١٩). أما علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن فلا يجوز أن يرجع أحدهما على الآخر، فالمستأجر من الباطن يعد مستأجراً من المستأجر الأصلي وليس المؤجر، فله أن يطالب المستأجر الأصلي بالالتزامات المؤجر، ولكن ليس له ان يطالب المؤجر بذلك، فلا يجوز له ان يطالبه بتسليم العين إذا لم يكن قد أستلمها وكانت لاتزال في يد المؤجر، ولا يجوز له أن يرجع عليه بدعوى ضمان التعرض أو العيوب الخفية. ولكن يجوز للمستأجر من الباطن، وهو دائن للمستأجر الأصلي بهذه الالتزامات، أن يستعمل الدعوى غير المباشرة كأى دائن ضد مدين مدينه إذا تحققت شروطها، كما له ان يرجع على المؤجر مباشرة بدعوى المسؤولية التقصيرية إذا ارتكب المؤجر خطأ الحق ضرراً بالمستأجر من الباطن، إذا كان هذا الخطأ يعد إعتداءً على الواجب العام المفروض على الكافة بأحترام حق المتعاقد من الباطن^(٢٢٠).

ولتلافي المساوئ الناجمة عن الدعوى غير المباشرة، فقد حرص المشرع، سواء في مصر أو في العراق، على منح المؤجر دعوى مباشرة تجاه المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة المستحقة له قبل المستأجر الأصلي، كما سمح بقيام علاقة مباشرة بينهما في حالة قبول المؤجر الصريح للتأجير من الباطن، فأشارت المادة (٥٩٦) من القانون المدني المصري إلى دعوى المؤجر تجاه المستأجر من الباطن مباشرة بقدر ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر. بينما أشارت المادة (٥٩٧) من القانون نفسه إلى وجود العلاقة المباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن إذا قبل صراحة الأيجار من الباطن، أو أستوفى منه الأجرة مباشرة دون ان يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي^(٢٢١). أما المشرع العراقي فبعد أن بين في الفقرة الأولى من المادة (٧٧٦) من القانون المدني خضوع العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأول (المستأجر الأصلي) لأحكام عقد الأيجار الأول وخضوع العلاقة بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني (المستأجر من الباطن) لأحكام العقد الثاني (العقد من الباطن)، فقد أشار في الفقرة الثانية إلى الدعوى المباشرة للمؤجر تجاه المستأجر من الباطن بما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأول وقت ان ينذره المؤجر. كما بينت الفقرة الثانية من المادة (٧٧٨) من القانون نفسه صورة أخرى للعلاقة المباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، فتمثل بأستيفاء المؤجر الأجرة مباشرة من المستأجر الثاني دون أن يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأول.

وعند صدور قانون ايجار العقار لعام ١٩٧٩ الذي منع الأيجار من الباطن بموجب المادة الحادية عشرة منه، وضعت المادة نفسها في فقرتها الثانية حلاً لعقود الأيجار المبرمة قبل نفاذ هذا القانون، سواء



كانت بموافقة المالك التحريرية أو بدونها، وذلك عن طريق حلول المالك (المؤجر) محل المستأجر الأصلي في العقد الذي أبرمه هذا مع المستأجر من الباطن، أما بعد صدور قانون ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ فقد أجاز الأيجار من الباطن إستثناءً بوجود اتفاق تحريري بين المؤجر والمستأجر، وهذا يعني العودة إلى أحكام القانون المدني بخصوص علاقة المؤجر بالمستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن. ومهما كان حال النصوص المنظمة للأيجار من الباطن في العراق، فإنه يمكن القول بأن الأصل هو عدم وجود علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر من الباطن تخول الأول مقاضاة الثاني بدعوى مباشرة إزائه، والأستثناء هو جواز ذلك. وفي ضوء هذا الأصل والأستثناء يتم ترتيب الالتزامات على الاطراف الثلاثة بعد نفاذ عقد الأيجار من الباطن في حق المؤجر. وايدت بعض أحكام المحاكم المصرية بأن قبض المالك للأجرة من المستأجر من الباطن بعد إقراراً منه بوجود الأذن بالأيجار^(٢٢٢). كما قضت المحاكم العراقية بتطبيق نص المادة الحادية عشرة من قانون إيجار العقار لعام ١٩٧٩، والمتمثل بحلول المالك محل المستأجر الأصلي في عقد الأيجار من الباطن^(٢٢٣). أما في عقد الرهن نجد ان تصرف الراهن بالمرهون وإن كان بأذن المرتهن في الفقه الإسلامي إلا أنه يرتب التزاماً على الراهن بأن يكون التصرف بقدر حق المرتهن أو أكثر بحيث لا يتضرر المرتهن من هذا التصرف، وإذا أراد أن يبيع المرهون فعليه ان يبقي ثمنه رهناً حسب رأي جانب من الفقهاء. أو يكون هذا التصرف سبباً لأنقضاء عقد الرهن وخروج المرهون من ضمان المرتهن، وإن كان الدين مؤجلاً. اما المشتري فإن هذا التصرف يرتب عليه أثره في الحق بطلب الفسخ، إن لم يكن يعلم بأن المبيع مرهوناً أو عليه أن يصير حتى إنفكاك الرهن^(٢٢٤). ولكن لايمكن ان نجد هناك علاقة مباشرة بين المرتهن والمشتري، كما رأينا ذلك في عقد الأيجار، إذ يبقى كل تصرف خاضعاً للعقد الذي كان سبباً في نشوئه، سواء كان عقد الرهن أو عقد البيع. ولاشأن لموافقة المرتهن بتصرف الراهن في الفقه والقانون المدني؛ ذلك بان الأصل أن للراهن أن يبيع المرهون دون إضرار بحق المرتهن، وهو ما يتفق مع الفقه الإسلامي، كما أن هذا البيع لا يؤثر في حقوق المرتهن؛ طالما كانت تالية لتسجيل حق الرهن كما بينا، ولكن قد يتأثر المرتهن ببيع الراهن للمرهون إذا أنتقل إلى حائز يمكن أن يحتج بالتقادم إذا سكت المرتهن دون عذر عن رفع دعوى الرهن عليه مدة خمس عشرة سنة، وهو ما أقرته المادة (٢/١٣١٩) من القانون المدني العراقي المتعلقة بالرهن التأميني على الرغم من ان الاخذ به ينافي العدالة ولايتفق مع الغاية التي شرع الرهن من إجها، خاصة أنه لايمكن أن ينسب أي أهمال إلى المرتهن عندما يجهل وجود هذا الحائز^(٢٢٥). كما يمكن ان يؤدي موافقة المرتهن على التصرف بالمرهون دون تحفظ إلى تنازله عن حق الرهن وبالتالي إنقضائه. وهو ما عبرت عنه المادة (١٣٤٩) من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن الحيازي على الرغم من أن التنازل هنا قد لايفيد التنازل عن حق الرهن بقدر ما يفيد التنازل عن حق التتبع لوحده^(٢٢٦). كما يمكن للراهن ان يطلب من المحكمة بيع المرهون قبل حلول أجل الدين إذا عرضت أمامه فرصة لبيع المرهون وكان البيع صفقة رابحة. وهذا يعني أن البيع يجوز ولو دون إذن المرتهن ولكن دون اهدار لحقوق المرتهن من خلال ما تضعه المحكمة من ضمانات، سواء في شروط البيع أو في أمر إيداع الثمن، وهو ما عبرت عنه المادة (١٣٥٣) من القانون المدني العراقي الواردة في باب الرهن الحيازي. ويتبين من الحالات المتقدمة أن بيع المرهون أو التصرف به، وإن كان ينفذ في حق المرتهن بموافقة أو بحكم المحكمة، إلا إنها ترد أستثناءً



على الأصل المتقدم ذكره، وهو ان الراهن له الحق في التصرف بالمرهون دون حاجة إلى رضا المرتهن أو إذن المحكمة؛ ما دام لم يضر بالمرتهن أو يؤثر في حق الرهن. وليس من شأنها أن ترتب أي التزام على المرتهن، سواء إزاء الراهن أو إزاء من تصرف إليه على الرغم من انها تترك آثاراً في حقه بزوال ضمانه تجاه الراهن. اما فيما يتعلق بالحقوق الشخصية فقد وجدنا أن من هذه الحقوق ما تتعلق بمحل العقد كحق الورثة في عقود مورثهم في مرض موته، فاذا باع المريض، مرض الموت، بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن تجاوز ثلث التركة، فان البيع فيما يجاوز الثلث لايسري في حق الورثة بعد الموت، أما إذا كان البيع لم تبلغ فيه الزيادة هذا المقدار نفذ في حقهم كما رأينا، وترتب على ذلك التزامهم بقبول التركة بالمقدار المتبقي بعد إخراج المبيع منها. وهذا الحكم يفيد، ضمناً، من مفهوم المخالفة لعدم إجازة الورثة للتصرف إذا كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة، فليس للورثة مطالبة المشتري بأن يؤدي اليهم مبلغاً بحيث تصل الزيادة عن قيمة المبيع بحدود الثلث، ويسري، بالتالي، في حقهم دون حاجة إلى أجازتهم بعد سريان أحكام الوصية على هذا البيع. ويظهر تأثير الورثة، كذلك، إذا كان المتصرف له من المريض، مرض الموت، معاوضة قد باع العين المبيعة من شخص آخر، فإن الورثة ليس لهم الحق في تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية، لا يعلم وقت أن أشتري العين أن للورثة حقاً فيها، بل كان يعتقد إنها ملك خالص للبايع، ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض^(٢٢٧).

اما الحقوق الشخصية المتعلقة بذمة المدين، وهي حقوق الدائن العادي، فقد لاحظنا أن تصرفات مدينه تنفذ في حقه، إن لم يتخذ من الوسائل التي كفلها القانون لحماية هذا الحق، أو كانت شروطها غير متوافرة. ومن ثم فإن تصرف المدين في مثل هذا الفرض ليس من شأنه أن يرتب إلتزامات على أصحاب العلاقة، سواء الدائن أو المدين أو المتصرف اليه، سوى ما قلناه سابقاً، بأن الدائن لا يعد "غيراً" بشأنها، وبالتالي يتأثر بهذه التصرفات، فلا علاقة مباشرة بين الدائن والمتصرف إليه. وتبقى علاقة الدائن بمدينه محكومة بالسند الذي أنشأ له الدين في ذمة مدينه. ولكن ما دمنا نتكلم عن حقوق الدائن بوصفه من الحقوق الشخصية أن نشير إلى أثر تصرف الدائن الظاهر في مواجهة الدائن الحقيقي، فتطبيق نظرية الظاهر يؤدي إلى ثبوت الألتزامات الناشئة من العقد الذي أبرمه الدائن الظاهر بحق الدائن الحقيقي، وفي المقابل يكون له الحق في مطالبة "الغير" بألتزاماته، ويفسر ذلك بقاعدة الغنم بالغرم، فكما أن التصرف قد ألزم الدائن الحقيقي فله أيضاً أن يفيد من أية مميزات يمنحها له العقد، ويكون ذلك عن طريق إنضمامه لهذا العقد بما يسمح له بالمطالبة حتى بأبطال ذلك العقد إذا توافرت أسبابه، إلا أن الألتزامات التي يلتزم بها إنما تنشأ من العقد نفسه، أي المرتبطة بحقه دون الألتزامات الشخصية التي قد يرتبها العقد على عاتق الدائن الظاهر للغير، حيث يلتزم وحده بتلك الألتزامات ويبقى للغير الحق بالرجوع بالتعويض عليه. وهذا التعويض يختلف مداه بحسب ما إذا كان هذا "الغير" حسن النية أو سئ النية^(٢٢٨). وأشارت بعض الأحكام القضائية إلى أن ابرام العقد على أساس من نظرية الظاهر يلزم الدائن الحقيقي متى كانت الظروف تشير إلى ذلك، وكان "الغير" حسن النية يعتقد بأن الدائن الظاهر هو صاحب الحق نفسه^(٢٢٩).



الخاتمة.

بعد أن حاولنا، من خلال هذا البحث، الكشف عن الحقوق التي من الممكن ان يكتسبها "الغير" من عقد لم يكن طرفاً فيه، وبعد أن تبين لنا كيف ان هذا "الغير" كان إبتدأً أجنبياً عن العقد لايفيد منه ولا يضاربه، ومررنا به بعد أن اصبح "غيراً" ليس أجنبياً يمكن أن يكتسب حقاً من هذا العقد، وحتى وصلنا إلى ان هذا "الغير" في الاخير، يمكن أن يحل محل أحد أطراف العقد، أو ينضم إليه، وتثبت عليه من الالتزامات ما تثبت على أحد أطراف العقد الحقيقيين، فضلاً عن الحقوق التي أكتسبها منه، نخلص إلى أهم الأستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها، ونعرضها على النحو الآتي:

أولاً / الأستنتاجات.

1- ليس من السهولة بمكان تحديد مفهوم "الغير" الذي يكتسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه، فالدراسات الفقهية التي تعرضت لهذا المفهوم لم تخلص إلى ما يمكن إعتماده من تحديد واضح له، فكثيراً ما يلتبس مفهوم "الغير" بالأجنبي عن العقد الذي ليس له شأن في عقد يبرم و"الغير" الذي لا يكون أجنبياً ومن الممكن أن يتأثر بهذا العقد. وهذا المعنى الأخير هو الذي أردناه في بحثنا، وهو أما أن لا يكون طرفاً في العقد أصلاً، وأما أن يكون أحد أطراف العقد، ولكنه يعد "غيراً" لأعتبارات يقرها المشرع ترجع إلى توفير الحماية لهذا "الغير" ولأغراض متعلقة بأستقرار المعاملات.

2- إذا كان الأصل أن العقد لاينصرف أثره إلى غير أطرافه إستناداً إلى قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، إلا أنه يمكن أن يرد إستثناء عن هذا الأصل، بأن يرتب المتعاقدان بعض الحقوق لغيرهما، وإذا كانت إرادتهما تقف عند حد تقرير الحقوق دون الالتزامات، فأن الذي أنتهينا إليه هو أن الحقوق التي يكتسبها "الغير" من العقد هي ليست الحقوق التي أراها المتعاقدان وإنما انصرفت آثارها إلى "الغير" دون النظر إلى إرادتهما، وبذلك فلم نتناول الأشتراط لمصلحة "الغير"؛ على اساس من ان هذا الاشتراط هو الاستثناء الحقيقي على قاعدة النسبية من جهة، ولأنه يمثل تطبيق حقيقي لإرادة الطرفين في ترتيب حقوق للغير.

3- يتنازع آثار العقد بحق "الغير" قاعدتان تتناقض أحدهما الأخرى، الأولى هي قاعدة النسبية، ومفادها أن أثر العقد يقتصر على طرفيه دون أن يتعداه إلى "الغير" بحيث يكون هذا الأخير شخصاً مستقلاً طبقاً لما تمليه إرادتهما وأستقلالها، فهما يبرمان العقد وفقاً لمصالحهما على اساس من أن هذا العقد هو بمثابة القانون المنظم لعلاقتهم. أما القاعدة الثانية، وهي ما تسمى بقاعدة حجية العقد على الكافة، والتي ظهرت أثر الأنتقادات الموجهة إلى القاعدة الأولى، مفادها أن آثار العقد قد تندفع خارج النطاق الذي حددته إرادة المتعاقدين، فإذا كان "الغير" لايفيد من عقد لم يكن طرفاً فيه، إلا أن وجود هذا العقد يفرض عليه واجب إحترام هذا الوجود على اساس من ان العقد بالنسبة إليه واقعة قانونية لها حجيتها تجاه الكافة. وإذا كانت قاعدة النسبية قد وقفت عائقاً أمام أعمال قاعدة نفاذ أو إلزامية العقد. إلا أنه يمكن عد الأخيرة مكملة للأولى على الرغم من أن إطارهما مختلف، الأمر الذي يقتضي وضع حدود فاصلة بينهما على النحو الذي لا يستعمل فيه حجية العقد كحيلة قانونية لألزام "الغير".



٤- إن الحقوق المالية التي يكتسبها "الغير" من العقد، أو التي تنصرف آثارها إليه، تكون أما حقوقاً عينية أو شخصية. والأولى أما تكون حقوقاً تامة كحق الملكية، أو حقوقاً ناقصة كحق الأجرة. والثانية أما أن تكون واردة على محل العقد كحقوق الورثة في عقود مريضهم، مرض الموت، وأما أن تكون واردة على ذمة المدين كحقوق الدائنين في ذمة المدين المعسر.

٥- أن حقوق "الغير" المتعلقة بالعقد قد تنشأ أحياناً مشتركة بين طرفين يكون أحدهما الطرف الذي سيصبح "غيراً" كما في حالة الشيوخ عند قيام أحدهما بالتصرف بأكثر من حصته في المال الشائع، فيكون الشريك الآخر من "الغير" في هذا التصرف، وأحياناً أخرى قد يكون "الغير" بعيداً عن الرابطة القانونية التي كانت السبب في نشوء حق لهذا "الغير"، كما في حالة بيع ملك "الغير"، فهذا الأخير ينشأ له الحق في نقض هذا العقد أو إجازته. كما يلاحظ، على هذا الحقوق، انها قد تجتمع فيها الرقبة مع المنفعة، كما في الحق الذي ينشأ للمالك عند بيع ملكه دون إذنه، وقد لا تجتمع الرقبة مع المنفعة، وانما يثبت الحق في ذات الشيء وحده أو منفعته وحده كما في بيع رقبة المأجور أو بيع منفعته، أو التصرف بالمرهون الذي ينشئ حق للغير في هذا التصرف.

٦- على الرغم من عدم اتفاق حكم المشرع العراقي مع المشرع المصري حول بيع ملك "الغير"، فقد عده الأول بيعاً موقوفاً، وعده الثاني بيعاً قابلاً للأبطال، إلا أن الملاحظ أن الفقهاء لم يستعملوا المصطلحات المناسبة التي تتفق مع حكم كل تشريع حول هذا البيع، فنجد أن الفقهاء يخلطون بين مصطلحي عدم النفاذ وعدم السريان، ويستعملون أحدهما مكان الآخر على الرغم من أن عدم النفاذ ينصرف إلى العقد الموقوف فهو يكون غير نافذ بحق المالك الحقيقي، وعدم السريان ينصرف إلى البيع القابل للأبطال، الذي يكون غير سارٍ في حق المالك الحقيقي "الغير"، وأن هذا الخلط وعدم الدقة وصل أحياناً إلى أحكام القضاء إذ قضت بعض أحكام القضاء المصري في بيع ملك "الغير" بأن المالك الحقيقي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ العقد في حقه. على الرغم من أن هناك فرقا واضحاً بين عدم النفاذ وعدم السريان.

٧- من المتفق عليه عند الحكم للغير بعدم نفاذ العقد في حقه أنه يحتفظ بكامل حقوقه على المعقود وطلب رده، إن كان باقياً، وكذلك الحق في رد ثماره وزوائده. وإذا كان الفقه الاسلامي قد اختلف في حكم المطالبة برد الثمار المنفصلة دون المتصلة، إذ سلم الفقهاء بحق المالك في المطالبة بالزوائد المتصلة على أساس من إنها تتبع الأصل في البقاء والزوال، إلا أنهم اختلفوا في الزوائد المنفصلة بين من رأى باحقية المالك بالمطالبة بها، ومن رأى عكس ذلك، وطبقوا ذلك عند فسخ العقد بسبب العيب. إلا أن فقهاء القانون المدني لم ينهض لديهم هذا التمييز، إذ يحق للمالك، بحسب وجهة نظرهم، المطالبة بأسترداد جميع الثمار، أياً كانت طبيعتها، سواء كانت طبيعية أم صناعية أم مدنية، وإعتباراً من تاريخ المطالبة القضائية بها، وكل ذلك إستناداً إلى ما يتمتع به المالك من حق الملكية للمعقود عليه ولثماره ومنافعه.

٨- يترتب على سريان آثار العقد بحق "الغير" أن تزول عنه هذه الصفة ويصبح طرفاً في هذا العقد، وهذا يتحقق من خلال وسيلة هيأها المشرع لهذا "الغير" تتمثل بالأذن أو الأجازة أو الأقرار حسب الاحوال، على الرغم من أن الأذن والأجازة، وإن كان لهما أثر واحد، وهو سريان العقد في حق "الغير"، إلا إنهما يختلفان من حيث وقت صدورهما، فالأذن يصدر قبل إبرام العقد المقترن حقه به، أما الأجازة فهي تصدر بعده، ولا محل للترقية بين الأجازة والأقرار بالقول أن الأولى تصدر عن أحد اطراف العقد،



وأن الثاني يصدر عن خارج أطراف العقد؛ لأن مثل هذه التفرقة إنما تنحصر نطاق تطبيقها في العقد القابل للأبطال وحده وليس بينه وبين العقد الموقوف، فالإجازة في العقد الأول تصدر عن المشتري، وهو طرف في العقد، وأما الأقرار فهو يصدر عن المالك، وهو ليس طرفاً فيه. أما الإجازة في العقد الموقوف فهي تصدر دائماً عن من لم يكن طرفاً في العقد. ويمكن تأسيس الاختلاف بين الأقرار والإجازة بان الأقرار يجعل العقد سارياً في حق المالك فحسب، ولا تأثير له، قبل ذلك، على علاقة الطرفين، فإن أجاز المشتري البيع يكون البيع صحيحاً نافذاً بين البائع والمشتري، بخلاف الإجازة في العقد الموقوف التي تجعل العقد نافذاً بحق المالك وفي حق طرفيه في الوقت نفسه بعد أن كان غير نافذ حتى بين أطرافه قبل صدورها.

ثانياً / التوصيات .

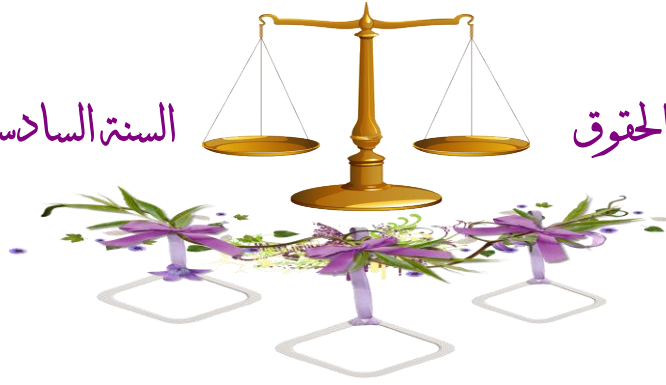
١- أمام صعوبة تحديد مفهوم "الغير" في العقود المالية، وعدم وضع حدود فاصلة وواضحة عن الحالات التي يتأثر فيها "الغير" بالعقد من عدمه. يمكن أن يتدخل المشرع في القانون المدني ويضع نصاً صريحاً لمفهوم "الغير" الأجنبي عن العقد الذي لا يفيد أو يضار من عقد ليس طرفاً فيه، والغير غير الأجنبي الذي يمكن أن يكون من خارج العقد وتمتد إليه آثار العقد، أو من بين أطرافه، ولكنه يصبح من "الغير" مراعاة لحمايته وتحقيق استقرار التعامل.

٢- بغية المحافظة على حقوق الورثة بوصفهم "غيراً" من تصرفات مورثهم في مرض الموت ندعو المشرع العراقي إلى النص في قانون الأحوال الشخصية على عد وقت المرض هو الوقت الذي يتعلق به حق الورثة؛ لأن الغاية منه هو لحفظ حقوقهم ولمنع الضرر من تصرفات مورثهم بعد أن يتم التحقق من أن هذا المرض، وهو مرض الموت، بالوسائل الشرعية والقانونية.

٣- في الحالات التي يرى المشرع ضرورة سريان حقوق العقد إلى "الغير" يجب أن ينص المشرع على ذلك صراحة دون ترك ذلك لآراء الفقه وأحكام القضاء سعياً للبحث عن أسس فلسفية أو منطقية يمكن من خلالها الاعتراف بأن للغير حق في هذا العقد يكتسبه منه، أو يقف منه موقف الشخص الذي يملك حق نقضه كاعتبارات العدالة، أو استقرار التعامل، أو حسن النية. فالاعتراف بأهمية دور المشرع تتجسد بالنص صراحة على هذا الحق للغير بحيث يكون هذا النص القانوني هو الأساس الصريح لسريان حقوق العقد إلى الغير.

٤- لغرض المحافظة على حقوق "الغير" في العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ولكن مصلحته تتعلق بالمعقود عليه كما في تصرف المستأجر بمنفعة العين المؤجرة، أو تصرف المؤجر برقبتها، أو في تصرف المرتهن بماله من حق على المرهون، أو تصرف الراهن بالمرهون. ويمكن القول بأن جعل مثل هذه التصرفات موقوفة على إذنه تكون أفضل من حيث السياسة التشريعية من أن نخضعها للاتفاق أو لنصوص قانونية متفرقة تقرر أحكاماً مغايرة لالترتقي إلى درجة إعتبار مثل هكذا تصرف غير نافذ في حق "الغير"، ويمكن بدلاً من معالجة كل حالة بنص خاص أن يصار إلى صياغة نص موحد يقرر هذا الحكم، ويسري على كل الحالات التفصيلية التي تنطوي تحته، إنسجاماً مع رغبة المشرع في المحافظة على حقوق "الغير" وإقتداءً بآراء أغلبية الفقهاء المسلمين.

٥- إن توفير حماية فعالة للدائن ضد تصرفات مدينه الضارة به، يمكن التوصية بأحقيته في رفع أكثر من دعوى على الدين، أما في وقت واحد بأن يختار اي منها كالدعوى الصورية، أو دعوى عدم نفاذ



٦- التصرفات، أو ان يقر له الحق في رفع الدعوى التي يريدھا، فأن فشل فيها كان له الحق في رفع الدعوى الثانية حماية لحقوقه على اساس من كونه من "الغير"، وان تصرفات المدين لاتكون نافذة في حقه.

٧- لغرض الاعتراف بحقوق المستأجر عند تصرف المؤجر بالعين المؤجرة، أو بحقوق المؤجر عند تصرف المستأجر بمنفعتھا، يجب الحكم أولاً بأعتبار هذا التصرف موقوفاً على إجازة الآخر الذي يكون في مركز "الغير"، وضمان الاحتفاظ له بالحقوق المترتبة على عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، وأن ينص على ذلك صراحة في القانون المدني، أو في قوانين إيجار العقار؛ وذلك بغية التقليل من التصرفات التي ترد على معقود عليه متعلق به حق للغير أياً كانت طبيعته، وبهدف تحقيق إستقرار للتعامل كأن ينص على حق المستأجر في إشغال المأجور لحين إنتهاء عقد الإيجار عند تصرف المؤجر بربقته، وحق

٨- المؤجر في أن يحل محل المستأجر عند قيام الأخير بالتصرف بمنفعته خلاف إرادته، وحتى في حالة التأجير من الباطن بموافقة المؤجر يجب أن يحترم الغرض من المأجور، وشخصية المستأجر من الباطن، ومقدار الأجرة، وأن لا يكون مدة الإيجار تجاوز مدة عقد الأيجار الأصلي.

٩- الدعوة إلى عدم تطبيق احكام الوكالة على بيع الفضولي بعد إجازة المالك له؛ إذ ليس هناك من ضرورة تدعو إلى اللجوء إلى أحكام الوكالة، طالما كانت هناك نصوص قانونية تنظم حكم إجازة بيع الفضولي، أو على أقل تقدير أن لا نطلق الحكم بتطبيق أحكام الوكالة دون وجود دليل خارجي. ويدل على ذلك إختلاف الأجازة الضمنية للمالك في العقد الموقوف عن إجازة الموكل عند تجاوز الوكيل لحدود وكالته، فإذا كان السكوت عن أستعمال خيار الأجازة أو النقص في العقد الموقوف خلال المدة الممنوحة للمالك يجعل العقد نافذاً بحقه، فأن السكوت في عقد الوكالة من قبل الموكل يعد تحلاً منه لهذا العقد. فضلاً عن أن المشرع العراقي لم يشترط بقاء الفضولي وقت الأجازة، وهذا يتعارض مع إعتباره وكيلاً والذي يقع عليه واجب نقل حقوق العقد اليه وأحكام العقد الى موكله.

١٠- ليس من العدالة أن يسقط حق المرتهن بالرهن عند إنتقال العقار المرهون إلى حائز سكت عنه المرتهن خلال مدة خمس عشرة سنة. وهذا الحكم الذي أخذ به المشرع العراقي في المادة (٢/١٣١٩) من القانون المدني لا يتفق مع الغاية التي شرع الرهن من أجلھا، خاصة أنه قد لا يمكن نسبة أي تقصير أو إهمال إلى المرتهن عند جهله وجود هذا الحائز، ولذلك فأن الحاجة تدعو إلى النص على عدم سقوط حق المرتهن بالتقادم لوحده، وإنما يجب أن يكون ذلك تبعاً مع الدين المضمون.

الهوامش .

- ١- أنظر في التعريف اللغوي لمصطلح "الغير"، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، دون سنة طبع، ص ٤٨٦.
- ٢- علاء الدين بن بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء (٥)، طبعة جديدة منقحة مصححة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص ٢٠، ٣٣، ٤٢. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء (٣)، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢٣٥، ٩٥.



- ٣- د. مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، النظرية الكبرى الأساسية في مباني الأحكام الفقهية تعريفاً وتأريخاً وأصولاً ، دمشق ، ١٩٦٨ ، ص ٤٢٩ .
- ٤- انظر في ذلك د. مصطفى محمد جمال ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٢٧٠ . د. حسن محمد أحمد بودي ، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٥٢٠٥ . د. فايز عبد الله ، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير . بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة (٤٢) ، العدد (٢) ، يوليو ، ٢٠٠٠ ، ص ١٧٣ .
- ٥- نظر تفصيل ذلك د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٢٧ وما بعدها ..
- ٦- د. مصطفى احمد جمال ، المصدر السابق ، ص ٣٧١ ، د. حسن بودي ، المصدر السابق ، ص ١١٣
- ٧- أنظر هذا النص وتطبيقاته ، دالوز ، القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية ، المطبعة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٥٨ وايضاً ، محمد رياض دغمان ، إلزامية العقد ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٥ .
- ٨- وانظر كذلك نص المادة (١١٣) من القانون المدني المغربي التي نصت على أنه (لايرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز ان يكسبه حقاً) . وكذلك أنظر نص المادة (٢١٥) من القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ التي نصت على أنه (لا يوجب العقد التزاماً على الغير الذي لم يشترك فيه ولم يرض به ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً جاءه تبرعاً إذا قبله) .
[http:// knol.google . com .](http://knol.google.com)
- ٩- المادة (٢٠٨) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ التي نصت على انه (لايرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) . وأنظر كذلك نص المادة (٢٢٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ الذي جاء فيه (ان العقد لاينتج في الأساس مفاعيله في حق شخص ثالث بمعنى أنه لايمكنه أن يكسبه حقاً أو يجعله مديوناً ، فان للعقد مفعولاً نسبياً ينحصر بين المتعاقدين أو الذين نالوا حقوق هؤلاء على وجه عام) . أشار إليه محمد دغمان ، المصدر السابق ، ص ١٤٥ . وكذلك المادة (٢٥٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ التي ورد فيها (لايرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) .
[http:// www.gcc-legal . com .](http://www.gcc-legal.com)
- ١٠- محمدي سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون .
[www>droit_dz.com/forum/showthread.php](http://www.droit_dz.com/forum/showthread.php)
- ١١- انظر حكمها جلسة ١٩٩١/٧/١٧ وحكمها جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ . أشار إليهما ، أنور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، المكتبة الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٤٥-١٥٢ . وانظر ايضاً نقض مدني فرنسي في ١٩٩٧/١/٢٨ و ١٩٩٧/٤/٢٩ ، دالوز ، المصدر السابق ، ص ١١٥٨ .



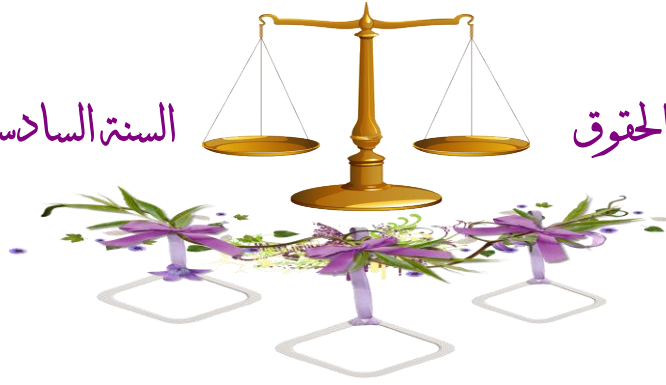
- ١٢- انظر قرارها رقم ٩٧م٢٠٩٤، ١٩/٩/١٩٩٧. أشارت إليه ندى عبد الكاظم حسين ، آثار بطلان العقد ، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠٧ ، ص ١٥١ .
- ١٣- انظر قرارها ١٧٤ / الهيئة الاستئنافية / العقار / ٢٠٠٨ في ٢٧ / ١ / ٢٠٠٨ . مجلة التشريع والقضاء ، مجلة فصلية تصدر بالتعاون مع اللجنة العراقية لدعم إستقلال القضاء ، ١٤ ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨٨ .
- ١٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الأجزاء (٤-٦) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ١٥٩ .
- ١٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٦١٥ . د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق، ص ٦٢-٦٣ . وأيضاً نقض مدني فرنسي في ٧ تموز ١٩٨١ وفي ٣٠ حزيران ١٩٩٣ ، دالوز ، المصدر السابق ، ص ١١٥٩ .
- ١٦- أنظر تفصيل هذه القاعدة . سعد ربيع عبد الجبار ، حجية العقود وأثرها في إستقرار العلاقات القانونية ، دراسة قانونية مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٨ ، ص ١٩ وما بعدها . وايضاً نقض تجاري فرنسي ٢٢ تشرين الاول ١٩٩١ ، دالوز ، المصدر السابق ١١٦ .
- ١٧- د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٥٨ .
- ١٨- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، المجلد الأول ، ص ٦٤٤ . وأنظر في مظاهر عدم اعتبار الوارث في حكم الغير ، د. عصام أنور سليم ، إعتبار الوارث من الغير إستثناءً ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٢٣ وما بعدها . وهذا ما أكده القضاء المصري قديماً وحديثاً . أنظر في ذلك حكم محكمة النقض المصرية في ١٥ / ٤ / ١٩٣٧ و حكمها في ٩ / ١ / ١٩٦٤ و حكمها في ٢٢ / ١٢ / ١٩٩١ . المجموعة الماسية ، الجزء (١٣) ص ٢٧٥ ، ٢٨٩ ، ٢٨١ ، وكذلك أنظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، في مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٣١٧-٣١٨ .
- ١٩- د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، آثار العقد وإنحلاله ، بدون مكان طبع ، ١٩٦٢ ، ص ٨٣ وما بعدها . د. علي هادي العبيدي ، تقييم حكم التصرف فيما يتعلق به حق الغير في القانونين الأردني والإماراتي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، مجلة فصلية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة (٣٠) ، العدد (٣) ، ٢٠٠٦ ، ص ١٣٥-١٣٦ .
- ٢٠- إبن منظور، لسان العرب، الجزء (٩) ، دار الكتاب المصري، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١٨٤ ، ١٩٣ . محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، المصدر السابق ، ص ٣٦١ . بطرس البستاني قطر المحيط ، قاموس لغوي ميسر ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٣١٥ .
- ٢١- محمد زكريا البرديسي ، التصرف الأسقاطي ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مجلة تصدرها كل ثلاثة أشهر إدارة قضايا الحكومة لنشر البحوث القانونية والأحكام والوثائق ، السنة الثانية عشرة ، العدد الثاني، ١٩٦٨ ، ص ٢٨٧ .



- ٢٢- د. محمود محمد الطنطاوي ، حقيقة التصرف وأقسامه ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة الخامسة عشر ، العدد الأول ، يناير ، ١٩٧٣ ، ص ١ ، وأنظر إلى تعريفات عدة للتصرف أشار إليها المؤلف ، ص ٢ .
- ٢٣- د. سيف رجب قزامل ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٦-٢٧ . محمد زكريا البرديسي ، المصدر السابق ، ص ٢٨-٢٥ .
- ٢٤- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٣١ ، وأنظر أيضاً نص المادة (١/١١٢٨) من القانون المدني الأردني ونص المادة (١/١٢٦٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ١٩٨٥ في المؤلف نفسه ص ١٣١ .
- ٢٥- أنظر حكمها في ١٩٥٠/١٢/٢١ وحكمها في ١٩٦٤/٤/٩ . أشار إليهما د. عصام انور سليم ، المصدر السابق ، ص ٤٩ .
- ٢٦- محمد زكريا البرديسي ، المصدر السابق ، ص ٣٧٨ . وأنظر كذلك في تعريف العقد في الفقه الإسلامي ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ١٩٩-٢٠٠ . د. رمضان علي الشرباصي ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي . نظرية العقد ، الملك ، الحق ، الطبعة الأولى منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٩ .
- وأنظر أيضاً المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت (العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهدهما به وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول) . وأيضاً ما جاء في المادة (١٠٤) منها (الأنعقاد تعلق محل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما) . انظر في ذلك ، سليم رستم باز ، شرح المجلة ، دار العلم للجميع ، بيروت ، لبنان ، ١٣٠٥ ، ص ٥٦-٥٧ .
- ٢٧- عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، ١٩٧٥ ، ص ٤٤-٤٦ . د. سيف رجب قزامل ، المصدر السابق ، ص ٢٩ .
- ٢٨- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الأول ، ص ١٤٩ . د. مصطفى محمد الجمال ، المصدر السابق ، ص ٤٩ . د. محمد حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥ .
- ٢٩- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، أحكام الالتزام ، إثبات الالتزام ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٢٧ . وبالمقابل نجد أن القانون المدني المصري لم يعرف العقد وأشارت المذكرة الأيضاحية لهذا القانون إلى أن المشرع رأى أنه من المفيد حذف هذا التعريف من المشروع التمهيدي الذي عرف العقد في المادة (١٢١) منه بأنه اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها ، حتى يتجنب التعريفات بقدر الأمكان فيما لا ضرورة لتعريفه . د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٢ هامش (١) . وانظر أيضاً م (١١٠١) مدني فرنسي التي عرفت العقد بأنه اتفاق .
- ٣٠- د. حسن محمد أحمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .



- ٣١- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .
- ٣٢- إبراهيم بن محمد الحلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ٢٢١ .
- ٣٣- راجع تفصيل ذلك د. أحمد إبراهيم الغول ، الأثر الرجعي في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٦٠-٢٦٨ .
- ٣٤- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .
- ٣٥- د. صبري محمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ١٢٣ .
- ٣٦- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ .
- ٣٧- راجع في تعريف الحق لغة ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، المصدر السابق ، ص ١٤٦-١٤٧ . بطرس البستاني ، المصدر السابق ، ١٢٠ .
- ٣٨- هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، عرض وإستدلال ومقارنات ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٦ . د. محمد علي محجوب ، الوسيط في التشريع الاسلامي ونظرياته العامة ، عابدين ، دون سنة طبع ، ص ٢٣١ .
- ٣٩- د. عبد الله مبروك النجار ، تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق ، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠-٢٠٠١ ، ص ٤٠-٤٨ .
- ٤٠- محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢٩٢-٢٩٣ . محمد الخضري أصول الفقه ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٣١-٣٤ . وأيضاً أنظر ، د. محمد علي محجوب ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ وما بعدها .
- ٤١- د. عبد الهادي فوزي ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٨ وما بعدها . د. عبد الله مبروك النجار ، المصدر السابق ، ص ١٧-٤٧ . د. عزيز جواد هادي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، الوزيرية ، بغداد ، ٢٠٠٩-٢٠١٠ ، ص ١٠٣-١٠٨ .
- ٤٢- د. حسن محمد أحمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٤٧ . د. رمضان علي الشرنباصي ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .
- ٤٣- د. حسن محمد أحمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٤٧ ، هامش (١) .
- ٤٤- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٤ ، د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٨ . د. عزيز جواد هادي ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .
- ٤٥- د. حسن محمد أحمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٤٨ . وأنظر ما يقابل ذلك ما يذكر هاشم معروف الحسني من أن الفقه الإسلامي لم يميز بين الحق العيني والشخصي وإنما أكتفى ببيان معنى الحق الجامع لهما وأعطى من الامثلة ما يصلح لكل منهما ، المصدر السابق ، ص ٦٥ .
- ٤٦- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ . ص ٣٥٧ .



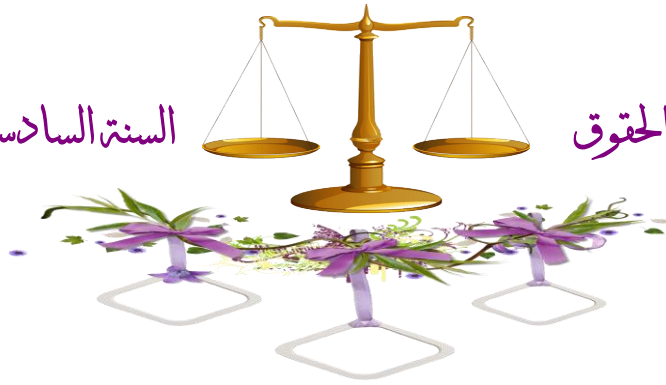
- ٤٧- د. رمضان علي الشرنباصي ، المصدر السابق ، ص ٤٨٣ . د. محمد علي محجوب ، المصدر السابق ، ص ٢٦٩ ، ٣٠١ . د. أسامة محمد العبد ، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، مجلة علمية نصف سنوية تصدر عن كلية الشريعة والقانون ، جامعة القاهرة ، ع ١٥٤ ، ١٩٩٨ . ص ٣٣٢ وما بعدها . وأنظر أيضاً ما ورد بشأن شرح المادة (١٢٥) من المجلة بأن الملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٦١ .
- ٤٨- د. أحمد إبراهيم الغول ، المصدر السابق ، ص ٦٩١ . د. محمد علي محجوب ، المصدر السابق ، ص ٤٥٨ ، وأنظر ما يذكره هاشم معروف الحسني تأكيداً على ذلك (وتعني بهذا النوع من العقود أن يتصرف الإنسان في ملك غيره بالبيع أو الشراء أو يغيرهما من أنحاء التصرفات ...) المصدر السابق ، ص ٢٧٦ .
- ٤٨- د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٤ . د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ . د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص ١٣٦ .
- ٤٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ١٨٣ . د. محمد حسام لطفي ، المصدر السابق ، ص ٤٠٢ ، د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٠٦ .
- ٥٠- أنظر حكمها في ١٩٧٩/٣/٢٩ ، وكذلك ١٩٨٤/١٢/١٠ . عبد المنعم حسني ، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ نشأتها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥ ، الأصدار المدني ، الجزء الخامس ، مركز حسني للدراسات والأستشارات القانونية والمحاماة ، ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ . وايضاً نقض مدني فرنسي في ١٩٩٩/١٢/٨ . دالوز ، المصدر السابق ، ص ١٥٧٤ .
- ٥١- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ١٣١ ، وأنظر في ذلك أيضاً ما جاء في شرح المادة (٥٨٦) من المجلة أن المستأجر في حق المنفعة قائم مقام المؤجر . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٢٦٨ . بينما يذهب جانب من الفقه المدني إلى أنه ليس للمستأجر إلا حق شخصي قبل المؤجر ، ولكنه يستطيع التصرف في هذا الحق بالبيع وبالهبية أيضاً ، وله أن يؤجره ، وهو في ذلك يتصرف في دين له في ذمة المؤجر . أنظر، في ذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود ، عقد الايجار (إيجار الأشياء) ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٤٩٨ - ٤٩٩ . ويضيف جانب آخر من الفقه إلى ما ذكره الأستاذ السنهوري أن عقد الايجار لا ينشئ حقاً عينياً على العقار المأجور بل أنه يولد فقط حقوق شخصية متبادلة بين المؤجر والمستأجر ولكن هذا لا يمنع وجود بعض الفقهاء من دافع عن ان عقد الايجار لا يولد فقط حقاً شخصياً لمصلحة المستأجر بل حقاً عينياً لأنه حق يلتصق بالعقار ويتبعه بالانتقال ، فلا بد أن يشكل حقاً عينياً . وأن التشريعات الحديثة بدأت تستبعد رويداً رويداً فكر الحق الشخصي على المأجور وتدفع إلى قبول فكرة أن عقد الايجار يولد حقاً عينياً . أنظر في ذلك ، جورج سيوفي ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص ٢٢٢ .



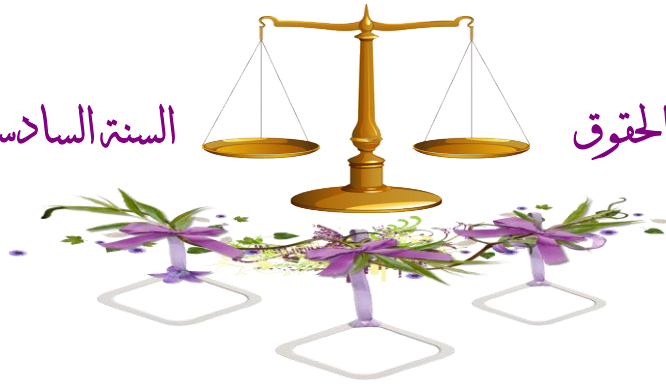
- ٥٢- د. السنهوري ، عقد الأيجار ، المصدر السابق ، ص ٥٧٢ وما بعدها . د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ١٥١ وما بعدها . د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٤٦ .
- ٥٣- د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطابع الولاء الحديثة، بدون ذكر مكان الطبع ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٧٢ . وأنظر ما يقابل ذلك حول رأي مجلة الأحكام العدلية ، سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٣٥٥ وما بعدها .
- ٥٤- د. محمد عبد الظاهر حسين ، التأمينات العينية والشخصية ، الجزء الأول ، التأمينات العينية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٢ ، ص ٧٨-٧٩ .
- ٥٥- د. مصطفى أحمد الزرقاء ، المصدر السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٦ ، د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٤٩ .
- ٥٦- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص ١١٥ . د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٢٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، المصدر السابق ، ص ٥٥ ، د. عزيز جواد هادي ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ .
- ٥٧- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص ٨ .
- ٥٨- د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٧ . د. محمد حسام لطفي ، المصدر السابق ، ص ٤ . وأيضاً (م ١٦٩ مدني عراقي) ولم يرد في القانون المدني المصري الحالي تعريفاً للالتزام رغم أن المشروع التمهيدي كان يتضمن نصاً لتعريف الالتزام هو نص المادة (١٢١) منه التي عرفته بأنه (حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل) ، إلا أن هذا النص قد حذف في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الأماكن فيما لا ضرورة لتعريفه ، فهذا التعريف أليق أن يكون مكانه الفقه وليس التشريع . أما القانون المدني الفرنسي فقد عرف الالتزام عرضاً عند تعريفه للعقد في المادة (١١٠١) منه بأنه (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بأعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) . أنظر في ذلك ، د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص ١٢٤-١٢٥ .
- ٥٩- د. أسامة محمد العبد ، المصدر السابق ، ص ٣٤٥ . د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٥٠-٥٢ . د. عبد الله مبروك النجار ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ . وأنظر في مقابل ذلك حول شرح المادة (٨٩٠) من المجلة التي تقضي بأن يلزم رد المغصوب عيناً ، وشرح المادة (٨٩١) منها بأنه يلزم الغاصب بقيمته إن كان قيمياً وإن كان مثلياً يلزم اعطاء مثله . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٤٣٣-٤٣٢ .
- ٦٠- د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ١٦-١٧ .
- ٦١- د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، د. محمد حسام لطفي . المصدر السابق ، ص ١٦٥ . د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ١٣٦-١٤٨ . ويذكر جانب من الفقه أن المشرع اللبناني اعتبر الدائنين العاديين من ضمن الخلف العام متأثراً بالرأي الشائع عند الفقهاء الفرنسيين وبعض قرارات محكمة النقض الفرنسية من حيث أنهم لا يدخلون ضمن دائرة الأشخاص الثالثين المقصودين في المادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن العقود لا تتعدى المتعاقدين إلى غيرهم وأنها لا



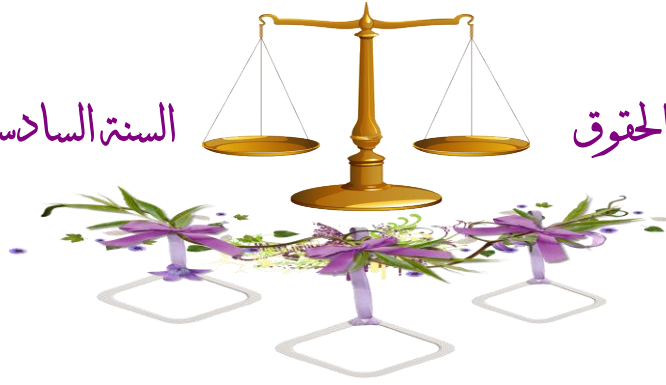
- تؤثر على الأشخاص الثالثين ، وهي لا تفيدهم وبالتالي يجب إعتبارهم كالخلفاء العامين . محمد دغمان ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ .
- ٦٢- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٢٥-١٢٦ .
- ٦٣- د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ١٤٤ .
- ٦٤- المصدر نفسه ، ص ١٤٨ .
- ٦٥- انظر تفصيل تلك الآراء د. أحمد إبراهيم الغول ، المصدر السابق ، ص ٦٤٤ ، وما بعدها . د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢-٢٠٣ . نقض مدني مصري جلسة ١٩٩٤/٢٣ . الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٣٤٤ .
- ٦٦- د. بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركات والمواريث في الشريعة الاسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص ٦٦-٦٧ . د. حسن نعمة الياسري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٤٧ . وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية أنه للمحكمة أن تحكم بصحة الوصية لدار سكن إذا كانت تقل عن ثلث التركة ولو كانت لوراث . أنظر قرارها ٦٩/هيئة عامة / ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٤/٧ . مجلة القضاء ، ع ٣٤ ، ص ١٩٧٩ ، ص ٢٠٩ .
- ٦٧- د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ ، د. بدران ابو العينين ، المصدر السابق ، ص ٤٥ . د. عصام أنور سليم ، المصدر السابق ، ص ٣٨ ، وفي ذلك أنظر أيضاً نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٧٣/٥/٢ . المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٢٨٢ .
- ٦٨- نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ . الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، (جزء ١٣) ص ٢٣٩ .
- ٦٩- قرارها ٤٦١ ، ح- ٩٥٨ في ١٩٥٩/١/١٥ ، مجلة القضاء ، س ١٧ ، ع ٣ ، ص ١٩٥٩ ، ص ٣١٨ .
- ٧٠- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ . د. حسن الياسري ، المصدر السابق ، ص ٢٠٦ وما بعدها .
- ٧١- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ١٣٣/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٢٨ ، مجلة حمورابي ، مجلة فصلية تصدرها جمعية القضاء العراقي ، العدد الأول ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٩ . ويذكر جانب من الفقه تأييداً لما تقدم أن المورث إذا كان قد سبقموته مرض أتصلت الوفاة به فعلاً فإن إبتداء المرض الذي ظهر فيما بعد أنه كان مرض الموت هو الوقت الذي يثبت به حق الوارث في التركة لأن هذا المرض متى كان يغلب على الظن الهلاك منه يجعل المريض يشعر بأنه سائر إلى الموت بسببه . د. بدران ابو العينين بدران ، المصدر السابق ، ص ٤٥ . وتأييداً لذلك ذهبت محكمة التمييز في العراق في أحد قراراتها إلى أنه إذا وهب مورث المدعية داره لورثته دون زوجته (المدعية) التي كان على خلاف معها وتوفي خلال سنة من تاريخ خروجه من المستشفى نتيجة إصابته بالسرطان فيعتبر مريضاً مرض الموت وتسري عليه أحكام الوصية . رقم القرار ٥٢٧ / عقار في ٨٧-١٩٨٨ - في ١٤/١٢/١٩٨٧ . مجموعة الأحكام العدلية ، ع ٣ ، ص ١٩٨٧ ، ص ٢١ .



- ٧٢- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الأول ، ص ٦١٦ . د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٤٠ .
- ٧٣- د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٢٧١ .
- ٧٤- د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ١١٥ . جمال الدين جوده اللبان ، تعليقات على الأحكام المصرية ، الدعوى المباشرة للمضروب في حوادث السيارات قبل شركة التأمين ، منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، ١٤ ، س ١٨ ، ١٩٧٤ ، ص ٢٤٤ . وانظر نقض مدني فرنسي في ١٩/٢/١٩٩٧ الذي اجاز للمالك ان يقيم دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن . دالوز ، المصدر السابق ، ص ١٦٤٨ .
- ٧٥- د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٣٢ ، د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٨٩-٩٠ .
- ٧٦- د. نبيل إبراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .
- ٧٧- أنظر المادة (٥٩٦) من القانون المدني المصري المقابلة للمادة (٢/٧٧٦) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٦٦٢) المقابلة للمادة (١/٨٨٣) ، المادة (٧٠٨) المقابلة للمادة (٩٣٩) .
- ٧٨- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥-٣٦٦ .
- ٧٩- د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص ٢٠٥-٢٠٦ . د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٣٧٩ . د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الألتزامات ، الجزء الأول ، تنقيح محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٨٨ .
- ٨٠- د. ندى عبد الكاظم حسين ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ .
- ٨١- أنظر ما يقابل ذلك نص المادة (٣٣٣) من القانون المدني المصري .
- ٨٢- د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص ١٩٣-١٩٤ .
- ٨٣- د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الأول ، ص ٦١٦ . د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٩٣-٩٤ . د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ .
- ٨٤- د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ ، د. محمد حسام محمود لطفي ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ . وأنظر فيما يتعلق بسلطة الأغلبية في إجراء أعمال الإدارة المعتادة التي يدخل التأجير خلال مدة لاتزيد عن ثلاث سنوات ضمنها وكذلك سلطتها في أعمال الإدارة غير المعتادة نص المادة (٢/١٠٦٤) والمادة (١/١٠٦٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٨٢٨) من القانون المدني المصري .
- ٨٥- د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص ٢٠٤ .
- ٨٦- د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٠ .
- ٨٧- د. علي نجيدة ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الألتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤-٢٠٠٥ ، ص ٣٢٢ .
- ٨٨- د. نوري حمد خاطر ، الأثر الرجعي في التصرف القانوني ، دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي والمقارن ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٢٠٦ .
- ٨٩- د. ندى عبد الكاظم حسين ، المصدر السابق ، ص ١٦١ .



- ٩٠- د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص ٢٠٤ .
- ٩١- أنظر في ذلك الحسن بن يوسف المطهر ، تذكرة الفقهاء ، الجزء (١٠) ، الطبعة الأولى ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، قم ، ١٤٠ هـ ، ص ١٤-١٥ ، ص ٣١٥ . جامع المقاصد ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ١٨ . محمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، الجزء (٧) ، ص ٤٠٠ .
- وأيضاً أنظر ما جاء في المادة (١١١) من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت البيع الموقوف بأنه بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي . ويعلق شراح المجلة على هذا النص بالقول أن هذا العقد ينعقد صحيحاً ذاتاً ووصفاً غير أنه يفيد الملك موقوفاً على إجازة المالك . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٥٨ . وفي مقابل هذا الرأي هناك من الفقهاء من يجعل العقد على ملك الغير باطلاً وإن أجازته المالك ولو كان البيع بحضرتة وسكوته لفوات شروطه . أنظر منصور يونس بن ادريس البهوقي ، كشاف القناع عن متن الأفتاع للحجاوي ، الجزء (٣) ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ١٨٢ . وأيضاً أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار ، الجزء (٧) ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ٣٥١ ، ويعلل بعضهم البطلان بعدم القدرة على التسليم كمن يبيع الطير في الهواء وهو باطل بالاتفاق ، محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، تكملة المجموع شرح المهذب ، الطبعة الأولى ، الجزء (١٦) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٢١٢ .
- ٩٢- المائدة ٢/ .
- ٩٣- البقرة / ٢٧٥ .
- ٩٤- راجع المصادر المشار إليها في هامش (٩١) .
- ٩٥- أنظر في ذلك عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٧٣ ، البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ، ص ١٤٨-١٤٩ .
- وأنظر في تفصيل ما تقدم أيضاً د. محمد جبر الألفي ، الفضالة ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الاوسط ، القسم الثاني ، آثار الفضالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، مجلة دورية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية ، جامعة الكويت ، السنة الرابعة ، العدد الثالث ، ١٩٨٠ ، ص ٦١-٦٨ .
- ٩٦- د. محمد جبر الألفي ، المصدر السابق ، ص ٧٠ . وينقل أحد شراح المجلة عن بعض المصادر عند شرحه للمادة (٣٧٧) من المجلة التي تقول (البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة) أن سكوت المالك عند بيع الفضولي لا يعد إجازة أو قبولاً . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ١٨١ .
- ٩٧- د. حسن محمد احمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .
- ٩٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٦٦-٥٦٧ . انظر المادة ١٥٩٩ مدني فرنسي وايضاً . د. رمضان جمال كامل ، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، عابدين ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٤ .
- ٩٩- نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٨/٢/١٤ . الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ١٠٣-١٠٤ . وأنظر أيضاً ما جاء في حكم المحكمة ذاتها في ١٩٨٤/١٢/١٠ (لايسري بيع ملك الغير



في حق مالك العين المبيعة . وكذلك في المعنى نفسه حكمها في ٢٠٠٥/٦/١٣ ، الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ص٣٣٦ ، ص٣٣٩ . ويعلق الأستاذ السنهوري على أثر بيع ملك الغير بالنسبة إلى المالك الحقيقي بان المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ، فلا يسري في حقه ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع ، ولانتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع . أنظر مؤلفه ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (٤) البيع ، ص٣٦٩-٣٧٠ . وايضاً نقض مدني فرنسي في ٤ كانون الثاني ١٩٧٦ الذي جاء فيه انه على المالك الحقيقي ان يثبت لدى ممارسته دعوى الاستحقاق انه لم يوافق على البيع الذي يتذرع به المشتري ضده . دالوز ، المصدر السابق ، ص١٥٧٤ .

١٠٠- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص١٣٧ .

١٠١- د. حسن محمد احمد بودي ، المصدر السابق ، ص٧١ .

١٠٢- البدائع ، المصدر السابق ، الجزء السادس ، ص٩١ . محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، الجزء (٢٠) ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ١٤٢٨ هـ ، ص٣٤٥ .

١٠٣- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الأمامية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المشرفة ، ١٤٢٥ هـ ، ص٣٣٧ . وجاء في المادة (١٠٧٥) أيضاً بأنه كل من الشركاء في شركة الملك أجنبي في حصة سائرهم فليس أحدهم وكيلاً عن الآخر ولا يجوز له من ثم أن يتصرف في حصة شريكه بدون اذنه . أنظر في شرح هذه المواد سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص٥١٨-٥١٩ .

١٠٤- د. جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص٢٠١ .

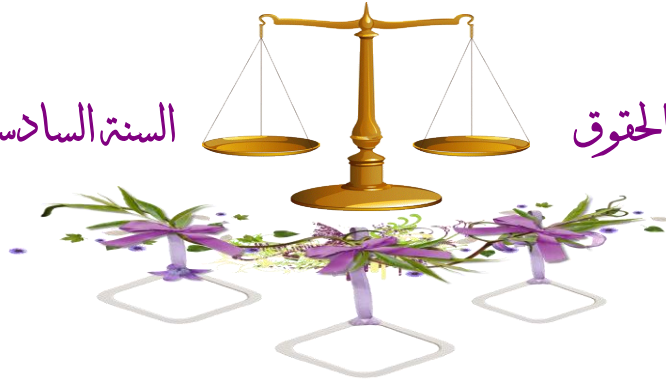
١٠٥- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، المصدر السابق ، ص١٨٠ .

١٠٦- نقض مدني مصري جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ . نقض مدني مصري جلسة ١٩٨٨/١/٧ . نقض مدني مصري جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ . المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء الثالث عشر ، ص١٢٨ . ونقض مدني جلسة ١٩٩١/١٢/٢٦ . أنظر ، السيد خلف محمد ، قضاء النقض في الملكية في أربعة وسبعين عاما ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٨٠٨ .

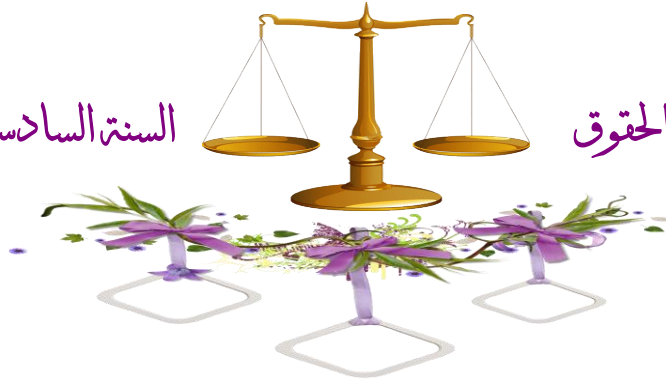
١٠٧- نقض مدني مصري جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١ . نقض مدني مصري جلسة ١٩٩٢/١١/١١ . المجموعة الماسية ، المصدر السابق ، ص١٤٥١٢١ .

١٠٨- أنظر قرار محكمة التمييز رقم ١٩٦ / هيئة عامة / ١٩٧١ في ١٩٧١/٩/٤ ، النشرة القضائية ، س٢، ع٣ ، نيسان ، ١٩٧٣ ، ص٥١ . والقرار رقم ٦٥ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٤ (غير منشور) والقرار رقم ٤١١٧ / الهيئة الاستئنافية / العقار / ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٣٠ (غير منشور) .

١٠٩- أحمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص٥٦ . البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص٢٠٧ . أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الأمامية ، الطبعة الأولى ، الجزء (٣) مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المشرفة ، ١٤٢٨ هـ ، ص٤٤ . وأنظر ما جاء في المادة (٥٩٠) من مجلة الأحكام العدلية



- التي جاء فيها (لو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر كان البيع نافذاً بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذاً بحق المستأجر) . أنظر في شرح هذه المادة ، سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٢٧٠ .
- ١١٠- أنظر في ذلك ، د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الأيجار ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ٥٧٦ . د. أحمد شرف الدين ، عقد الأيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن المبنية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٢٧ .
- ١١١- أنظر تفصيل هذه الآراء ، د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ١٣٣-١٣٨ .
- ١١٢- أنظر في تعريف الأيجار من الباطن د. أسامة محمد طه إبراهيم ، النظرية العامة لعقود الباطن ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٥ . والمراجع الأخرى التي يشير إليها . د. أحمد شرف الدين ، المصدر السابق ، ص ١٧١ .
- ١١٣- د. نبيل إبراهيم سعد ، التنازل عن العقد ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٦ . د. جعفر محمد جواد الفضلي الوجيز في شرح أحكام عقد الأيجار في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار المعدل ، الطبعة الثانية ، الموصل ، ٢٠٠٨ ، ص ٨١ .
- ١١٤- د. صاحب عبيد الفتلاوي ، د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، ١٩٩٣ ، ص ٣٢١ .
- ١١٥- د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون تنظيم إيجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ ، الطبعة الأولى ، مطبعة السلام ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ٨٢ .
- ١١٦- نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) ، العدد ٣٨٤٨ في ١٦/١٠/٢٠٠٠ .
- ١١٧- د. أحمد شرف الدين ، المصدر السابق ، ص ٢٩٣ .
- ١١٨- أنظر حكمها في ١٤/٦/٢٠٠٠ ، المحاماة المصرية ، العدد الاول ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٧ . وأنظر حكمها في ١٦/٤/١٩٩٨ وحكمها في ١٢/٥/١٩٩٧ ، أشار إليهما عزت الدسوقي ، الموسوعة الحديثة لأحكام النقض المصرية ، لسنة ١٩٩٧-٢٠٠٠ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، دون سنة طبع ، ص ٨٦٩ .
- ١١٩- من ذلك مثلاً أنظر قرار إستئناف بغداد الرصافة في ٢٧/٩/٢٠٠٥ وقرارها في ٢٨/١/٢٠٠٢ (غير منشوران) .
- ١٢٠- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ .
- ١٢١- أنظر ما جاء في تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٢٠٩ (يمنع الراهن من كل تصرف يزيل الملك الى الغير كالبيع والهبة والافات الوثيقة ويمنع أيضاً مما يزاحم المرتهن في مقصود الرهن وهو الرهن من غيره) ، وأنظر ما جاء أيضاً في جامع المقاصد ، علي بن الحسين الكركي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، ٢٠٠٨ ، ص ٨٢ (ولو باع الراهن بأذن المرتهن صح) . وأيضاً المبسوط للأمامية ، المصدر السابق ، الجزء (٢) ، ص ١٦٣ . وأيضاً مجمع الأنهر ، المصدر السابق ، الجزء (٤) . كشف القناع ، المصدر السابق ، الجزء (٣) ، ص ٣٧٢ . وكذلك ما جاء في تكملة المجموع (لأن حق المرتهن متعلق بمحلين ، ذمة الراهن وعين الرهن ، ولو أراد الراهن أن يحول الحق من ذمته إلى ذمة غيره لم يصح بغير رضا المرتهن فكذلك لو أراد تحويل حقه من عين الرهن) ، المصدر السابق ، ص ٦٥٣ .



١٢٢- د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ١٩٠. محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، دراسة تحليلية مقارنة ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ٩٧٤ ، ص ٩٥-٩٦. وأيضاً أنظر المادة (١٠٣٤) من القانون المدني المصري . والمادة (١٢٩) والمادة (١٣٣٤) من القانون المدني العراقي .

١٢٣- د. رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٢.

١٢٤- د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ١٤٩.

١٢٥- أنظر تفصيل هذه الشروط وأثارها المواد (٢٦٣-٢٦٩) من القانون المدني العراقي . وكذلك أنظر د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر السابق ، ص ٣٦٧. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ٨٢، وأنظر ما يقابل ذلك المادة (٢٣٧) من القانون المدني المصري .

١٢٦- أنظر المادة (١١٦٧) مدني فرنسي . وايضاً نص مدني فرنسي في ١٣/٧/١٩٦٥ ، دالوز ، المصدر السابق ، ص ١١٦٧.

١٢٧- أنظر نقض مدني مصري جلسة ١٠/٦/١٩٥٤ و جلسة ٣٠/٣/١٩٧٨ و جلسة ٢٩/٥/١٩٩٤ . الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، ص ٦٣٠ ، ص ٦٣٥ ، ص ٦٤٤.

١٢٨- أنظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٩٠ /٩٩٠ / مدينة الثالثة /١٩٧٤ في ٣٠/٩/١٩٧٤ ، النشرة القضائية، س ٣٤٥ ص ٥٢. وكذلك قرارها رقم ٩٧١ / مدينة ثانية عقار / ١٩٧٤ في ١٨/٣/١٩٧٥ ، مجموعة الأحكام العدلية ، س ٦٤٦ ص ٦٢.

١٢٩- تكملة المجموع شرح المذهب ، المصدر السابق ، الجزء (١٥) ، ص ١٨٣. مجمع الأنهر ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٦٥ . عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٦٤ . المحيط

البرهاني ، المصدر السابق ، جزء (٦) ، ص ٢٢٩. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، الطبعة الثانية ، الجزء (٦) ، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، ١٩٩١ ، ص ١٧٩. وجاء في تعريف المجلة للغصب في المادة (٨٨١) بأنه أخذ مال واحد وضبطه بدون إذنه ويقال للأخذ غاصب وللمال المضبوط مغصوب ولصاحبه مغصوب منه . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٤١٩.

١٣٠- هاشم معروف الحسني ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥-٣١٠ . عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٤٥.

١٣١- مجمع الأنهر ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٦٦. روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص ٨٠٨ . هاشم معروف الحسني ، المصدر السابق ، ص ٣١٠، وإن أختلفت قيمة المغصوب من حين الغصب إلى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب في الحالة التي زادت فيها قيمته ، فلزمه ضمان قيمته فيها كالحالة التي غصب فيها . المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٥) ، ص ٥١٦ . عبد الهادي الحكيم . المصدر السابق ، ص ٣٩٥. ويعلل سبب إلزام الغاصب بالقيمة بيوم الأداء والدفع لأنه الوقت الذي يحصل فيه التعويض عن العين . وعكس ذلك هناك من يرى إلزام الغاصب بقيمة المغصوب



- يوم الغضب لأنه لو نقضت لكان ضامناً بقيمتها يوم غضبها فكذلك إذا زادت . مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، الجزء (٥) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٣٩٩ .
- ١٣٢- تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٥) ، ص ٥١٦ .
- ١٣٣- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .
- ١٣٤- روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص ٨١٢ . البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ، ص ٤٨٧ . هاشم معروف الحسيني ، المصدر السابق ، ص ٣١٠ . وأنظر ما جاء في المادة (٩٠٣) من مجلة الأحكام العدلية (زوائد المغضوب لصاحبه) ، سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٤٣١ .
- ١٣٥- تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٥) ، ص ٥١٦ . مفتاح الكرامة ، المصدر السابق ، الجزء (١٤) ، ص ٣٠٦ .
- ١٣٦- البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ، ص ٤٨٧ . بينما جاء في كتاب مجمع الأنهر في باب الغضب أن زوائد المغضوب غير مضمونه ما لم يتعد فيها أو يمنعها بعد طلب المالك أياها سواء كانت متصلة أو منفصلة ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٧٦ .
- ١٣٧- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، سنن الترمذي ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ١٢٩٠ .
- ١٣٨- علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الأول ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص ٨٨ .
- ١٣٩- ناصر مكارم الشيرازي ، القواعد الفقهية ، المجلد الثاني ، قم ، ١٣٨٠ هـ ، ص ٣١١ . أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء (٢٢) ، دار الجيل ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٨ . وأنظر ما جاء في المادة (٨٠) من المجلة أن الخراج بالضمان يعني أن من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان ، ويعلل الشراح بهذه القاعدة أن الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل كالكسب والغلة لاتمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري ، فلم تكن جزء من المبيع ولم يملكها بالثمن وإنما ملكها بالضمان ، سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٤٩ .
- ١٤٠- د. أحمد الغول ، المصدر السابق ، ص ٣٦٠ . ومن الفقهاء من ربط بين تملك المشتري للثمار أورها الى المالك مع الأصل بطبيعة الأجازة في العقد الموقوف إذ يقول (ومن الآثار الشرعية التي يختلف الحكم بالنسبة اليها بين القول بالكشف أو النقل هو أن النماء الناتج من العوضين بثناء على أن العقد لا يؤثر في النقل والتمليك إلا من حين الأجازة يكون للمالك الأول لأنه نتج في ملكه وأما بناء على الكشف فهو للمالك الثاني) ، أنظر هاشم معروف الحسيني ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ .
- ١٤١- تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٥) ، ص ٥١٨ ، د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ١٠٧-١١٣ .
- ١٤٢- د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ١١٠ . د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥ . د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للألتزامات ، المصدر السابق ، ص ١٣٦ ، ص ٢٧٣ . وقد تأثر تعريف الغضب الوراد في الفقه المدني بتعريف الحنفية له وهو الوراد في المحيط البرهاني ، الجزء (٦) ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ .



- ١٤٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الرابع ، عقد البيع ، ص ٣٦٩-٣٧١ .
- ١٤٤- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الثامن ، حق الملكية ، ص ٦١٥ ، نقض مدني مصري ، جلسة ، ١٩٩٩/٢/٤ ، الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٨٦ .
- ١٤٥- د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٦-١١٧ ، ص ٢٢٥-٢٢٦ .
- ١٤٦- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للألتزامات ، المصدر السابق ، ص ٢٧٦ .
- ١٤٧- أنظر ، نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٧/٢/١٤ ، جلسة ١٩٩٤/١/٩ ، أشار إليهما السيد خلف محمد ، عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام النقض ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٧٢١-٧٢٢ .
- ١٤٨- قرار محكمة التمييز رقم ١٣٨٧ ج - ١٩٥٨ في ١٩٥٨/١١/١٥ ، مجلة القضاء ، س ٧، ع ٢ ، ص ٣، ١٩٥٩ ، ص ٣١١ . وقرارها رقم ٢١٩ / الهيئة الاستئنافية / العقار / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١/٢٨ ، التشريع والقضاء ، المصدر السابق ، ص ١٨٨ .
- ١٤٩- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص ٢٢٧ . وأيضاً أنظر د. رمضان جمال كامل ، المصدر السابق ، ص ٦٩٥ . وعلى صعيد التشريع أنظر المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري والمادة (١/١١٦٣) من القانون المدني العراقي . وعلى صعيد القضاء . أنظر نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ . الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٢٩ .
- ١٥٠- أنظر المادة (٢/١١٦٣) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٧٧) من القانون المدني المصري والمادة ٢٧٩ ، مدني فرنسي .
- ١٥١- د. عبد المنعم فرج الصدة الحقوق العينية الأصلية ، المصدر السابق ، ص ٢١٦ . وأيضاً نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٧/١/٢٩ ، الموسوعة الماسية ، ج ١٣ ، ص ٥٢ .
- ١٥٢- نقض مدني فرنسي في ١٩٨٩/٢/٧ ، دالوز ، المصدر السابق ، ص ٢٠١٠ . نقض مدني جلسة ١٩٨٢/٥/٦ و جلسة ١٩٨٣/٣/٢٠ و جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٢ ، الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٤٤ . ص ٤٦ ، ص ٩٣ .
- ١٥٣- تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٦٤٩ . روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص ٦٤١ .
- ١٥٤- أنظر في تفصيل ذلك . د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء (٤) ، في الحقوق العينية ، المجلد الثاني ، في الحقوق العينية التبعية ، القسم الأول ، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٥ ، ص ١٧٨ . د. محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر السابق ص ٢٣٩ . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٢٨٠ ، د. سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق ، ص ٦٢٥ . وأيضاً انظر المواد (١٠٤٣'١٠٤٥'١٠٩'١١٠٧'١١١٠) من القانون المدني المصري . والمواد (١٢٩٥'١٣٠٣'١٣٠٤'١٣٠٦'١٣٠٦'١٣٠٤'١٣٣٤'١٣٤٢) من القانون المدني العراقي .



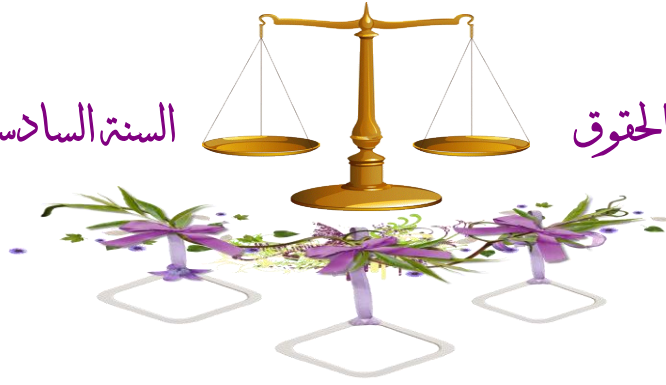
- ١٥٥- البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٤)، ص٣١٧. روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص٩١١.
تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٦) ، ص٣٧٩. المبسوط للامامية ، المصدر السابق ،
الجزء (٣) ، ص٤٤.
- ١٥٦- د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الأيجار ، دار إحياء التراث ، بيروت ، دون ذكر مكان الطبع ،
ص٥٧٢-٥٨٠.
- ١٥٧- أنظر نقض مدني مصري جلسة ٢٠٠٠/١/١٣ . وجلسة ٢٠٠٠/٥/١٤ ، المحاماة المصرية ،
العدد الأول ، ٢٠٠١ ، ص١١٤.
- ١٥٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الأيجار ، المصدر السابق ، ص٥٢٦-٥٢٧. د. أسامة محمد طه ،
المصدر السابق ، ص١٨٤.
- ١٥٩- نقض مدني فرنسي في ١٣/٦/١٦٩ ، دالوز ، المصدر السابق ، ص١٦٤٨. نقض مدني مصري
جلسة ٢٠٠٠/٢/١٦ . وجلسة ٢٠٠٠/٤/٩ المحاماة المصرية ، ع ٢٠٠١ ص١٥٤-١٥٥.
- ١٦٠- قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٤ / هيئة موسعة أولى / ٨٢/٨٣ في ٢٣/١/١٩٨٣ ، مجلة القضاء ،
ع ٢٠١٣ ص ٣٧٦.
- ١٦١- أنظر في تعريف الحجر وشروطه وأحكامه وتعريف المفلس ، المحلى ، المصدر السابق ، الجزء
(٦) ، ص٤٧٥. تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، الجزء (١٤) ، ص٦. وأيضاً شرائع الإسلام ، المصدر
السابق ، الجزء (٣) ، حيث ورد في ص٢٢٩ منه (لايجوز حبس المعسر مع ظهور إيساره) المحيط
البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (١٠) ، حيث ورد في ص٨٨ منه (يجب أن يعلم بأن الحبس لأجل
الدين مشروع لقوله عليه السلام (لصاحب الحق اليد واللسان) والمراد من اليد الحبس) .
- ١٦٢- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص٢٥٩. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة
للالتزامات ، المصدر السابق ، ص٣٧٢. د. عبد المجيد الحكيم ، أحكام الالتزام ، المصدر السابق ،
ص١١٢.
- ١٦٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (٨) ، حق الملكية ، ص٢٩٣.
- ١٦٤- نقض مدني مصري ، جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨ ، المحاماة المصرية ، ع ١ ، ٢٠٠١ ، ص٢٥.
- ١٦٥- نقض مدني فرنسي ١٩٩٥/١/٤ ، دالوز ، المصدر السابق ، ص٢٠٢٤. قرار محكمة التمييز
١٠٠٢ / هـ ٢ / ٢٠٠١ في ١٤/٤/٢٠٠١ ، مجلة القضاء ، ع ٢٠١٤ ، ص٦٥٥ ، ص٣٠.
- ١٦٦- نقض مدني مصري جلسة ١٩٧١/٧/٢٥ ، وجلسة ١٩٩٤/٥/٢٩ ، الموسوعة الماسية ، المصدر
السابق ، جزء (٨) ، ص٦٣ ، ص٦٤٤. وأنظر أيضاً ما جاء في إحدى قرارات المحكمة ذاتها ، (الدائن
الشخصي للمتصرف إعتبره من الغير في الصورية سواء كان حقه سابقاً على التصرف او لاحقاً له ، ما
دام حقه خالياً من النزاع ويجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات) . جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ ، المصدر نفسه ،
ص٦٥٤.
- ١٦٧- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص١٧٥.
- ١٦٨- هاشم معروف الحسني ، المصدر السابق ، ص٢٧٧.



- ١٦٩- روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص ٦٣٨ . وجاء في تذكرة الفقهاء ، ص ١٤-١٥ (فلو باع الفضولي صح ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته ...)
- ١٧٠- كشاف القناع ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ .
- ١٧١- عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٢٢ ، ص ٢٢٩ ، ص ٢٣٢ .
- ١٧٢- المحيط البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (٩) ، ص ٤٠٠ .
- ١٧٣- هاشم معروف الحسني ، المصدر السابق ، ص ٢٧٧ . عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٢٠٧ . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ .
- ١٧٤- عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٢٣ . د. عبد المجيد الحكيم ، ص ٣١٢ ، سليم رستم باز ، مصادر الألتزام ، المصدر السابق ، ص ١٨١ .
- ١٧٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الرابع ، البيع ، ص ٣٧٣ ، د. محمود جمال الدين زكي ، ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ .
- ١٧٦- د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥ ، د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للألتزامات ، المصدر السابق ، ص ١٣٦-١٣٧ .
- ١٧٧- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ٦٩ . د. علي نجيدة ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ .
- ١٧٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء الرابع ، البيع ، ص ٢٧٢-٢٧٣ .
- ١٧٩- نقض مدني مصري جلسة ١٦/٦/١٩٨٨ ، وجلسة ٣٠/١١/١٩٨٨ . اثار اليهما ، د. رمضان جمال كامل ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .
- ١٨٠- نقض مدني مصري جلسة ٢٥/٧/١٩٩٠ . السيد خلف محمد ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٧٢٢ .
- ١٨١- المدونة الكبرى ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ، ص ٢٣٥٧ .
- ١٨٢- المحيط البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (٧) ، ص ٢٩٢ .
- ١٨٣- تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص ٢٢٨-٢٣٢ .
- ١٨٤- كشاف القناع ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ .
- ١٨٥- أنظر المواد ، (١٢٩٥) و (١٣٣٤) و (١٣٤٤) من القانون المدني العراقي .
- ١٨٦- د. سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق ، ص ٣٤٧ ، د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ١٩١ . د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص ١٧١ .
- ١٨٧- كشاف القناع ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٢٥ . روضة الطالبين المصدر السابق ، ص ٩١١ . الميسوط للأمامية ، المصدر السابق ، الجزء (٣) ، ص ٤٤ ، الذي جاء فيه (إذا باع الرقبة المستأجرة لم تبطل الاجارة ، فأن كان قد علم المشتري بذلك أمضاه وإن لم يعلم كان له ردها بالعيب) .
- ١٨٨- المحيط البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (٧) ، ص ٢٩٢ ، البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٣١٧ .
- ١٨٩- تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٦) ، ص ٣٧٩ .



- ١٩٠- د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الأيجار ، المصدر السابق ، ص٥٧٣-٥٨٣. د. جعفر محمد جواد الفضلي ، المصدر السابق، ص٩٤-٩٥. وأيضاً أنظر المادة (٥٦٣) من القانون المدني المصري والمواد (٧٨٨-٧٨٦) من القانون المدني العراقي . والمادة (١٤) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ .
- ١٩١- نقض مدني مصري ، جلسة ٢٠٠٠/١/١٣ . المحاماة المصرية ، ١٤ ، ٢٠٠١ ، ص١١٤ .
- ١٩٢- أنظر المادة الثالثة من قانون تنظيم ايجار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٨ وأيضاً قانون التعديل السادس المرقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ الذي جاء معدلاً لمدى ونطاق الامتداد القانوني .
- ١٩٣- المحيط البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (٩) ، ص١٢٥ . شرائع الأسلام ، المصدر السابق ، الجزء (٣) ، ص٤٢٠ . د. عبد الرزاق السنهوري عقد الأيجار المصدر السابق ، ص٥٢٦ . د. أسامة محمد طه ابراهيم ، المصدر السابق ، ص٨٥ . د. جعفر محمد جواد الفضلي ، المصدر السابق ، ص٨٧ .
- المادة (٥٩٣) مدني مصري . والمادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي ، المادة (١١) المعدلة بموجب قانون ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ . نقض مدني مصري ، جلسة ٢٠٠٠/٦/١٤ . المحاماة المصرية لسنة ٢٠٠١ ، ص١٥٧ ، قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٤ / هيئة موسعة اولى / ٨٢/٨٣ في ١/٢٣ / ١٩٨٣ ، مجلة القضاء ، ١٤ ، ٣ ، ٢ ، ٤ ، ص٣٧٦ ، ١٩٨٢ ، ص٣٧٦ .
- ١٩٤- هاشم معروف الحسني ، المصدر السابق ، ص١٠٨ .
- ١٩٥- نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ . الموسوعة الماسية ، المصدر السابق ، الجزء (١٣) ، ص٣٤٨ .
- ١٩٦- د. حسن محمد بودي ، المصدر السابق ، ص٢٨٤ ، عكس ذلك ما جاء في شرائع الأسلام ، الجزء (٣) ، ص٢٤٠ ، تذكرة الفقهاء ، الجزء (١٤) ، ص١٠ .
- ١٩٧- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة الألتزامات ، المصدر السابق ، ص٣٧٣ . د. علي نجيده ، المصدر السابق ، ص١٩٥ ، جورج سيوفي ، المصدر السابق ، ص٢٥٦ .
- ١٩٨- د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص٢١٧ .
- ١٩٩- نقض مدني مصري ، جلسة ١٩٨٨/٥/٢ . جلسة ١٩٩٧/٧/١٥ . السيد خلف محمد ، قضاء النقض في الملكية ، المصدر السابق ، ص٨١٤ .
- ٢٠٠- جامع المقاصد ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص٧٤ .
- ٢٠١- هاشم الحسني ، المصدر السابق ، ص٢٩٠ . سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .
- ٢٠٢- عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص٢٤٣ .
- ٢٠٣- مجمع الأنهر ، المصدر السابق ، الجزء (٣) ، ص١٠١ . المحيط البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (٧) ، ص١٠٠ . وأيضاً أنظر سليم رستم باز ، بخصوص المادة (٣٧٨) من المجلة إذ يشير إلى أن الفضولي بعد الأجازة يكون كالوكيل فترجع حقوق العقد عليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب ، المصدر السابق ٢٧٨ .
- ٢٠٤- عبد الهادي الحكيم ، المصدر السابق ، ص٢٣٢ .
- ٢٠٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الأسلامي ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص١٩٣ .



- ٢٠٦- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز ، مصادر الألتزام ، المصدر السابق ، ص ٣٠٨.
- ٢٠٧- مجمع الأنهر ، المصدر السابق ، الجزء (٣) ، ص ١٠٠.
- ٢٠٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٣٧٤. وفي حالة إقرار المالك يكون للمشتري مدينان بالتضام هما البائع والمالك ويكون هذان دائنان بالتضام للمشتري . د. رمضان جمال كامل ، المصدر السابق ، ص ٦٣.
- ٢٠٩- نقض مدني ، جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ ، المصدر نفسه ، ص ٦٣.
- ٢١٠- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق الجزء (٤) ، ص ٣٧٤ والمصادر التي يشير إليها هامش (٢) .
- ٢١١- البدائع ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٣١٧. تكملة المجموع ، المصدر السابق ، الجزء (١٦) ، ص ٣٧٩ . روضة الطالبين ، المصدر السابق ، ص ٩١١. هاشم معروف الحسني ، المصدر السابق ، ص ٦٩.
- ٢١٢- كشاف القناع ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٢٥.
- ٢١٣- سليم رستم باز ، المصدر السابق ، ص ٢٧٠، وهو بصدد شرحه للمادة (٥٩٠) من المجلة .
- ٢١٤- د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الأيجار ، المصدر السابق ، ص ٥٧٣-٥٨٥. د. أحمد شرف الدين ، المصدر السابق ، ص ٢٢٧. د. جعفر محمد جواد الفضلي ، المصدر السابق ، ص ٩٣.
- ٢١٥- نقض مدني ، جلسة ٢٥/٩/٢٠٠٠ ، وجلسة ١٢/١٥/٢٠٠٠ ووجلسة ١٢/١/٢٠٠٠ . المحاماة المصرية ، ع ١٤ ، ٢٠٠١ ، ص ١١٣-١١٤.
- ٢١٦- الجواهر ، المصدر السابق ، الجزء (١٠) ، ص ٤٢.
- ٢١٧- المحيط البرهاني ، المصدر السابق ، الجزء (٩) ، ص ١٢٥.
- ٢١٨- د. مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٣٧٤. سعد ربيع عبد الجبار ، المصدر السابق ، ص ١٧٨.
- ٢١٩- د. أسامة محمد طه ، المصدر السابق ، ص ١٦٨-١٧٥.
- ٢٢٠- د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد الأيجار ، المصدر السابق ، ص ٥٢٦. د. أسامة محمد طه ، المصدر السابق ، ص ٢٨١.
- ٢٢١- انظر في ذلك ايضاً حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩/٢/١٩٩٧ الذي جاء فيه (يحق للمالك ان يرفع دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ضمن حدود الايجار من الباطن) ، دالوز ، المصدر السابق ، ص ١٦٤٨.
- ٢٢٢- نقض مدني ، جلسة ٧/٢/٢٠٠٠ ، المحاماة المصرية ، ع ١٤ ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٤.
- ٢٢٣- قرار محكمة التمييز رقم ٢٩٤ / هيئة موسعة أولى ٨٣/٨٢ في ٢٣/١/١٩٨٣ . مجلة القضاء ، ع ١ ، ص ٣٧ ، ١٩٨٢ ، ص ٣٧٦.
- ٢٢٤- تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، الجزء (٣) ، ص ٢٣٢. المدونة ، المصدر السابق ، ص ٢٣٥٧ . مجمع الأنهر ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٢٣٥ . البحر الزخار ، المصدر السابق ، الجزء (٥) ، ص ١٨٠.



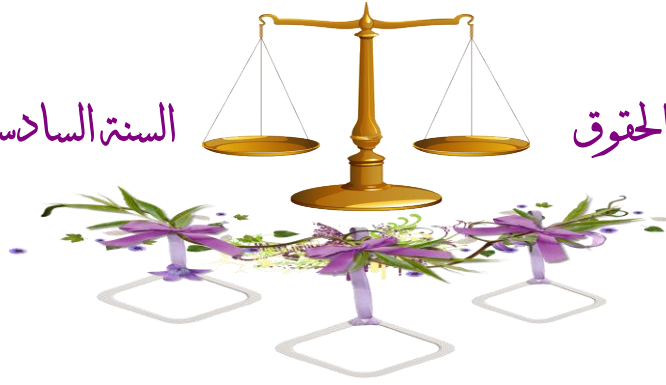
- ٢٢٥- ولم يرد في القانون المدني المصري نصاً مشابهاً ، ويعبر عن ذلك جانب من الفقهاء في مصر أن هذا الحكم لا يتفق تماماً واحكام قانوننا إذ أنه لا يتسق إتساقاً تاماً مع أنواع التقادم التي يقرها والقول بالرأي العكسي يؤدي إلى نتائج غريبة ومغايرة للعدالة ، فالمرتهن الذي يقوم بكل ما يجب عليه من قبض فوائد الدين وتجديد قيد الرهن قد يرى نفسه وقد سقط حقه في الرهن لفائدة حائز من المتصور جهل وجوده ومن الواضح ما في ذلك من تفويت لقصد الشارع الذي يرمي بنظم الرهن إلى إحاطة المرتهن بالأمن والضمان . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٤٥١-٤٥٢ . د سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٤٩٠-٤١٠ .
- ٢٢٦- أنظر ما يقابل ذلك م(١١١٣) من القانون المدني المصري .
- ٢٢٧- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، الجزء (٤) ، ص ٤١٩-٤٢٣ .
- ٢٢٨- د. شوقي محمد صلاح ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥/٢١٥ .
- ٢٢٩- نقض مدني مصري ، جلسة ٢٠٠/٢/٣ و جلسة ٢٠٠/٤/٩ ، المحاماة المصرية ، ع ١٤ ، ٢٠٠١ ، ص ١٥ .

المصادر.

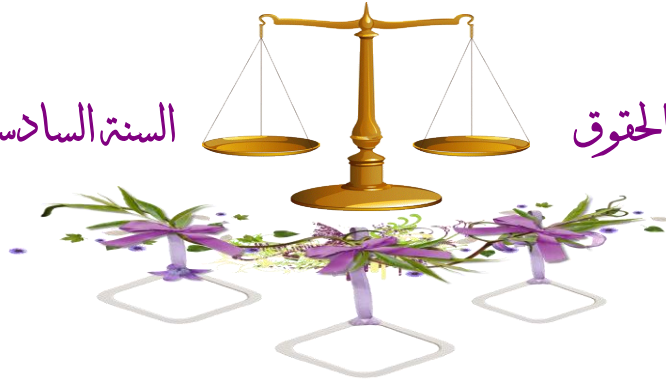
القرآن الكريم .

أولاً / مؤلفات الفقه الاسلامي .

- ١- إبراهيم محمد الحلبي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، الجزء (٣ ، ٤) ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ .
- ٢- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، الطبعة الثانية ، الأجزاء (٣ ، ٦) ، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩١ .
- ٣- أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الأمامية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم المشرفة ، ١٤٢٥ هـ .
- ٤- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى بالآثار ، الجزء (٦ ، ٧) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠١ .
- ٥- أحمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ .
- ٦- د. أسامة محمد العابد ، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، مجلة علمية نصف سنوية تصدر عن كلية الشريعة والقانون ، جامعة القاهرة ، ١٥٤ ، ١٩٩٨ .
- ٧- الحسن بن يوسف المطهر ، تذكرة الفقهاء ، الجزء (١٠ ، ١٣ ، ١٤) الطبعة الأولى ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، قم ، ١٤٢٠ هـ .
- ٨- د. بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركة والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .

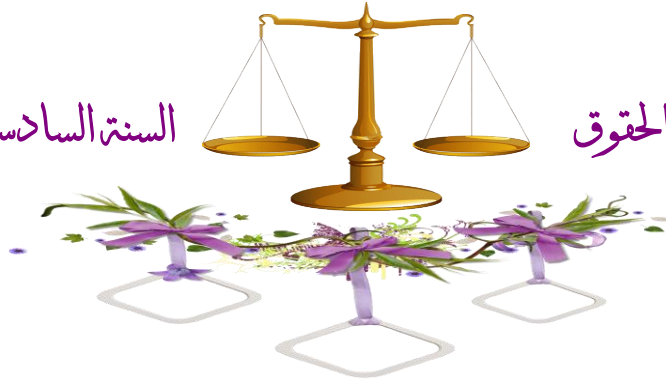


- ٩- د. رمضان علي الشرنباصي ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، نظرية العقد ، الملك ، الحق ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .
- ١٠- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ١٩٩٨ .
- ١١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الاجزاء (٤-٦) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ .
- ١٢- عبد الهادي الحكيم ، عقد الفضولي في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، ١٩٧٥ .
- ١٣- علاء الدين بن بكر مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء (٥) ، طبعة جديدة منقحة مصححة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٦ .
- ١٤- علي بن الحسين الكركي ، جامع القاصد في شرح القواعد ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث ، قم ، ٢٠٠٨ .
- ١٥- مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، الجزء (٥) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
- ١٦- محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ١٧- محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ .
- ١٨- محمد أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء (٣) ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٢ .
- ١٩- محمد الخضري ، أصول الفقه ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
- ٢٠- د. محمد جبر الألفي ، الفضالة ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين بلدان الشرق الاوسط ، القسم الثاني ، آثار الفضالة ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، مجلة دورية تعنى بالدراسات القانونية والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الرابعة ، العدد الثالث ، ١٩٨٠ .
- ٢١- محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، الجزء (٢٠) ، الطبعة الأولى ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ١٤٢٨ .
- ٢٢- د. محمد علي محجوب ، الوسيط في التشريع الإسلامي ونظرياته العامة ، عابدين ، دون سنة طبع .
- ٢٣- محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، الطبعة الأولى ، الاجزاء (٦، ٧، ٩، ١٠) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
- ٢٤- منصور يونس بن إدريس البهوقي ، كشاف القناع عن متن الأقتناع للحجاوي ، الطبعة الأولى ، الجزء (٣) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ .
- ٢٥- محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، تكملة المجموع شرح المهذب ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، الاجزاء (١٣، ١٥، ١٦) .
- ٢٦- هاشم معروف الحسني ، نظرية العقد في الفقه الجعفري ، عرض وإستدلال ومقارنة ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٦ .

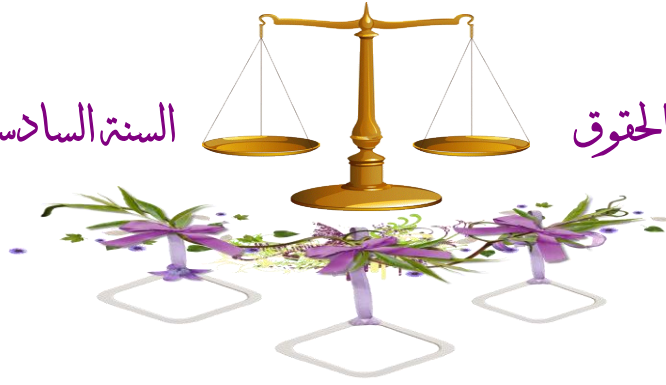


ثانياً / مؤلفات القانون المدني .

- ١- د. أحمد إبراهيم الغول ، الأثر الرجعي في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ .
- ٢- د. أحمد شرف الدين ، عقد الأيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الاماكن المبنية، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ٢٠٠٦ .
- ٣- د. أسامة محمد طه إبراهيم ، النظرية العامة لعقود الباطن ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
- ٤- د. أنور سلطان ، النظرية العامة للألتزام ، أحكام الألتزام ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .
- ٥- أنور طلحة ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، المكتبة الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- ٦- د. جعفر محمد جواد الفضلي ، الوجيز في شرح أحكام عقد الأيجار في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار المعدل ، الطبعة الثانية ، الموصل ، ٢٠٠٨ .
- ٧- د. جمال خليل النشار ، تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ١٩٩٩ .
- ٨- د. جورج سيوفي ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٩٤ .
- ٩- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الاول ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ .
- ١٠- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للألتزامات ، مصادر الألتزام - أحكام الألتزام - إثبات الألتزام ، بغداد ، ١٩٧٦ .
- ١١- د. حسن محمد أحمد بودي ، حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الأسلامي والقانون المدني ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- ١٢- د. رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٥ .
- ١٣- د. رمضان جمال كامل ، الموسوعة الحديثة في البطلان في ضوء الفقه والقضاء ، الجزء الثاني ، نظرية البطلان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، الطبعة الأولى ، عابدين ، ٢٠٠٩ .
- ١٤- د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطابع الولاء الحديثة ، بدون ذكر مكان الطبع ، ٢٠٠٤ .
- ١٥- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء (٤) ، المجلد الثاني في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٥ ،
- ١٦- د. سيف رجب فزامل ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .



- ١٧- د. شوقي محمد صلاح ، نظرية الظاهر في القانون المدني ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي ، دار الفكر ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
- ١٨- د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .
- ١٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٠ .
- ٢٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- ٢١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني في العقود ، عقد الأيجار (إيجار الاشياء) ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، بدن سنة طبع .
- ٢٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، في مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
- ٢٣- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ .
- ٢٤- د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، آثار العقد وانحلاله ، بدون مكان طبع ، ١٩٦٢ .
- ٢٥- د. عبد الله مبروك النجار ، تعريف الحق ومعيار تصنيف الحقوق ، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠-٢٠٠١ .
- ٢٦- د. عبد الهادي فوزي ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- ٢٧- د. عزيز جواد هادي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، الوزيرية ، بغداد ، ٢٠٠٩-٢٠١٠ .
- ٢٨- د. عصام أنور سليم ، إعتبار الوارث من الغير إستثناءً ، الأسكندرية ، بدون سنة طبع .
- ٢٩- د. علي نجيدة ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥/٢٠٠٤ .
- ٣٠- د. علي هادي العبيدي ، تقييم حكم التصرف فيما يتعلق به حق الغير في القانونيين الأردني والإماراتي ، بحث نشر في مجلة الحقوق ، مجلة فصلية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة (٣٠) ، العدد (٣) ، ٢٠٠٦ .
- ٣١- د. فايز عبد الله ، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة (٤٢) ، العدد (٢) ، يوليو ، ٢٠٠٠ .
- ٣٢- د. محمد حسام لطفي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ٢٠٠٠ . ٣٣-
- ٣٣- محمد رياض دغمان ، إلزامية العقد ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ .



- ٣٤- محمد زكريا البرديسي ، التصرف الاسقاطي ، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة ، مجلة تصدرها كل ثلاثة اشهر إدارة قضايا الحكومة لنشر البحوث القانونية والأحكام والوثائق ، السنة الثانية عشرة ، العدد الثاني ، ١٩٦٨ .
- ٣٥- محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، دراسة تحليلية مقارنة ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، مطبعة الحكومة ، بغداد ١٩٧٤ .
- ٣٦- د. محمد عبد الظاهر حسين ، التأمينات العينية والشخصية ، الجزء الأول ، التأمينات العينية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، بدون ذكر مكان الطبع ، ٢٠٠٢ .
- ٣٧- محمد سليمان ، نفاذ العقد ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون

[ww. Droit_ dz.com / for um / show threadpbp.](http://ww.Droit_dz.com/for_um/show_threadpbp)

- ٣٨- د. مصطفى محمد الجمال ، مصادر الألتزام ، الطبعة الأولى ، الأسكندرية ، بدون سنة طبع .
- ٣٩- د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الأول ، مصادر الألتزام ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
- ٤٠- د. محمود محمد الطنطاوي ، حقيقة التصرف وأقسامه ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية ، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، السنة الخامسة عشر ، العدد الاول ، يناير ، ١٩٧٣ .
- ٤١- د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للألتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الألتزام، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠١ .
- ٤٢- د. نبيل إبراهيم سعد ، التنازل عن العقد ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
- ٤٣- ندى عبد الكاظم حسين ، آثار بطلان العقد ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٧ .

ثالثاً / المعاجم اللغوية .

- ١- ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء (٩) ، دار الكتاب المصري ، القاهرة، بدون سنة طبع .
- ٢- بطرس البستاني ، قطر المحيط ، قاموس لغوي ميسر ، مكتبة لبنان ، ناشرون ، بيروت ، ١٩٩٥ .
- ٣- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة طبع .

رابعاً / المراجع القضائية .

- ١- السيد خلف محمد ، قضاء النقض في الملكية في أربعة وسبعين عاماً ، الطبعة الثانية، القاهرة ، ٢٠٠٨ .
- ٢- عبد المنعم حسين ، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥ ، الأصدار المدني ، مركز حسني للدراسات والأستشارات القانونية والمحاماة ، بدون سنة طبع ، الأجزاء (٥ ، ٨ ، ١٣) .

السنة السادسة العدد الثالث 2014

مجلة رسالة الحقوق



- ٣- المحاماة مجلة قانونية تصدرها نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية ، العدد الثالث ، السنة (٥١) ، ١٩٧٣ . العدد الأول، ٢٠٠١ .
- ٤- مجلة حمورابي مجلة فصلية تصدرها جمعية القضاء العراقي ، ع ١ ، ٢٠٠٩ .
- ٥- مجلة التشريع والقضاء ، مجلة فصلية تصدر بالتعاون مع اللجنة العراقية لدعم استقلال القضاء ، ع ١ ، ٢٠٠٩ .

خامساً / القوانين .

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .