

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة جرش الأهلية



كلية الحقوق

قسم الدراسات العليا

القانون الخاص

"التنظيم القانوني للإعالة في عقد بيع العقار بين الفقه

الإسلامي و التشريع الأردني "

إعداد

غازي منصور عبدالله العديدي

إشراف

الأستاذ الدكتور نادية محمد مصطفى قزمار

" قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الماجستير في

القانون الخاص "

كلية الحقوق / جامعة جرش الأهلية

2020/2019

تفويض

أنا غازي منصور عبدالله الحديدي، أفوض جامعة جرش بتزويد نسخ من رسالتي التنظيم القانوني للإعالة في عقد بيع العقار بين الفقه الإسلامي والتشريع الأردني، للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع :

التاريخ:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة والمقدمة من الطالب غازي منصور عبدالله الحديدي بعنوان:

التنظيم القانوني للإعالة في عقد بيع العقار بين الفقه الإسلامي والتشريع الأردني.

وأجيزت بتاريخ:/...../2020.

من قبل أعضاء لجنة المناقشة

الإسم	الرتبة الأكاديمية	مكان العمل	التوقيع
أ. د. ناديا محمد مصطفى قزمار	أستاذ دكتور	جامعة جرش الأهلية
		عضواً داخلياً
		عضواً داخلياً

الإهداء

إلى روح والدي الذي أفخر بالانتساب إليه ...

إلى والدتي أطال الله في عمرها وأدام عليها ثوب العافية والصحة ...

إلى زوجتي الغالية التي كانت لي السند والمعين ...

إلى قرتا عيني بناتي لين وحلا حفظهما الله بحفظه ...

إلى أخوتي ولكل من له حق علي ولكل محب أراد لي الخير ...

أتقدم لكم بجزيل الشكر والعرفان على صبركم الطويل، أملاً من الله العلي القدير أن يجعل هذا المجهود في ميزان الحسنات، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وفوق كل ذي علم عليم .

الشكر والتقدير

لا يسعني وأنا أتقدم لمناقشة هذه الرسالة المتواضعة، إلا أن أتقدم بعظيم الشكر وجزيل العرفان، وخالص الثناء للاستاذ الدكتورة ناديا محمد قزمار، على إشرافها على هذه الرسالة، والتي كان لها الأثر الطيب في إثراء هذه الرسالة بالمعلومات القانونية، وكما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لجامعة جرش ممثلة برئيسها، ولعميد كلية الحقوق الأستاذ الدكتور أحمد الحوامدة، وكافة أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الحقوق على جهودهم الطيبة التي ما بخلوا بها في سبيل الارتقاء العلمي والقانوني لكافة الطلبة، ولا أنسى أخوتي وزملائي وزميلاتي في كلية الحقوق، الذين كان لهم الأثر الطيب في نمو المعرفة القانونية والاجتماعية التي كنا نبغي لها .

الباحث

غازي منصور عبدالله الحديدي

فهرس المحتويات

ب.....	تفويض
ت.....	قرار لجنة المناقشة
ث.....	الإهداء
ج.....	الشكر والتقدير
ح.....	فهرس المحتويات
د.....	الملخص
1.....	المقدمة
7.....	الفصل التمهيدي
7.....	المبحث الأول: عقد البيع
15.....	المطلب الثاني : أركان البيع
23.....	المبحث الثاني: العقار في عقد البيع
23.....	المطلب الأول: مفهوم العقار وأقسامه
27.....	المطلب الثاني: الشكلية في التصرفات العقارية
32.....	الفصل الأول: أحكام الإعالة في عقد بيع العقار
33.....	المبحث الأول: ماهية الإعالة
33.....	المطلب الأول: مفهوم الإعالة
43.....	المطلب الثاني: التزام الإعالة في عقد بيع العقار واشتباؤه بالتصرفات الأخرى
63.....	المبحث الثاني: الغرر وأثر الغبن والاستغلال في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

63.....	المطلب الأول: الغرر في عقد بيع العقار لقاء الإعالة
78.....	المطلب الثاني: أثر الغبن والاستغلال على عقد بيع العقار لقاء الإعالة
88.....	الفصل الثاني: حق الملكية وانتهاء الإعالة كقيد والتزام
89.....	المبحث الأول: حق الملكية وقيود التصرف
89.....	المطلب الأول: حق الملكية بوجه عام
108	المطلب الثاني : القيود الواردة على التصرف
136	المبحث الثاني: انتهاء الإعالة وانقضاؤها وشطب قيدها
137	المطلب الأول: انتهاء الالتزام وانحلال العقد في الفقه الإسلامي
141	المطلب الثاني: انتهاء الإعالة باتفاق الطرفين
145	المطلب الثالث: انتهاء الإعالة بوفاة المُعال
148	المطلب الرابع: انتهاء الإعالة بوفاة المُعيل دون وارث
154	المطلب الخامس: انتهاء الإعالة باسترداد العقار
162	النتائج والتوصيات
166	المصادر والمراجع

المخلص

التنظيم القانوني للإعالة في عقد بيع العقار بين الفقه الإسلامي والتشريع الأردني

إن هذه الدراسة تتحدث عن التنظيم القانوني للإعالة بالمقارنة مع الفقه الإسلامي، ولم تخلو هذه المقارنة في غالب الأحيان مع التشريعات المدنية المقارنة، كالتشريع المصري والتشريع اللبناني، حيث كان هدف الدراسة معرفة كيفية تنظيم المشرع الأردني للإعالة في عقد بيع العقار، حيث أفرد المشرع الأردني المواد 17 و 18 و 19 من قانون الملكية العقارية لتنظيم هذا العقد، ومعرفة موقف الفقه الإسلامي من مشروعية هذا العقد، وتكمن مشكلة الدراسة في مدى كفاية القواعد القانونية التي أفردها المشرع الأردني لتنظيم هذا العقد، لكون محل العقد يشتمل على عقار مبيع لقاء ثمن سماه المشرع بالإعالة، وهذه الإعالة مرتبطة بحياة المُعال، فموت المُعال ما هو إلا انقضاء لهذا الالتزام، مما يترتب على ذلك جهالة الثمن المقابل للعقار المبيع، مما يعد خروجاً عن القاعدة القانونية العامة التي نص عليها المشرع الأردني في المادة 479 من القانون المدني، والتي تشترط أن يكون الثمن معلوماً وقت إبرام العقد، أو تحديد أسس صالحة لتحديده، مما يوقع المتعاقدين في غرر من جراء إبرام هذا العقد هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى فقد تحدثت الدراسة عن مدى الحماية القانونية لأطراف العقد نظراً لخصوصية شخصية المتعاقدين، وذلك خوفاً من الوقوع في الغبن الفاحش أو حتى في الغبن اليسير، وعدم تبني المشرع الأردني لنظرية الاستغلال أو نظرية عدم تعادل الالتزامات التعاقدية،

وتكمن أهمية الدراسة في مدى جراءة المشرع الأردني على تقييد حق الملكية بحيث لا يجوز للمشتري أن يتصرف في العقار المبيع بكافة التصرفات القانونية، ولا أن يتم الحجز عليه من قبل الدائنين، مما يرتب خطورة في إبرام مثل هذا العقد على الدائنين في حق البائع فقد يكون إبرامه للعقد بشكل صوري وذلك للتحايل على الدائنين في عدم الجواز لهم بالحجز على العقار المبيع، ولا بد أن نشير إلى أن المشرع الاردني قد رتب لانقضاء الإعالة أحكام خاصة ينقضي فيها الالتزام وينتهي فيها القيد الواقع على حق الملكية، ومدى خروج المشرع الأردني عن قاعدة أثر نسبية العقود، والتي تقر أن الالتزام يبقى بين أطرافه ولا ينتقل إلى الغير، بحيث رتب المشرع الأردني أن الالتزام لا ينقضي بوفاء المُعيل بينما يبقى الالتزام قائماً بحق الورثة، وتحدثت الدراسة مدى النقص الذي اعترى التنظيم القانوني لانقضاء الإعالة بحيث أن المشرع الأردني خلط بين انقضاء العقد كالتزام، وانقضاؤه كقيد على حق الملكية.

Abstract

This study talks about the legal organization of maintenance in comparison with Islamic jurisprudence, and this comparison is often not without comparative civil legislation, such as Egyptian legislation and Lebanese legislation. The aim of the study was to know how the Jordanian Maintenance Bill organized the contract for the sale of the real estate, where the Jordanian legislator had set out articles 17, 18 and 19 of the Real Property Act to regulate the contract, and to know the Islamic jurisprudence's position on the legality of the contract. The problem of the study is the adequacy of the legal rules set out by the Jordanian legislature to regulate this contract, as the contract is in place of a sale drug for the price that the legislator called maintenance, and this dependency is related to the life of the estate. This is a departure from the general legal rule stipulated by the Jordanian legislator in article 479 of the Civil Code, which requires that the price be known at the time of the conclusion of the contract, or to establish valid grounds for determining it, which would fall into the trap of the contractors as a result of the conclusion of this contract on the one hand, but on the other hand the study talked about the extent of the legal protection of the parties to the contract due to the privacy of the personality of the contractors, for fear of falling into the wrongfulness or even in the simple dust, and not to adopt the Jordanian legislator for the theory of exploitation. or the theory of non-equivalent contractual obligations

The importance of the study lies in the extent to which the Jordanian legislator is so bold in restricting the right of ownership so that the buyer may not dispose of the property sold by all legal actions, nor be detained by creditors, which would result in a risk of concluding such a contract against the creditors against the seller, which may be the conclusion of the contract in a sham manner in order to circumvent creditors in not allowing them to seize the property sold, and we must point out that the Jordanian legislator has arranged for the expiry of the maintenance special provisions in which the obligation expires. The restriction on the right to property ends, and the extent to which the Jordanian legislator departs from the rule of relative impact of contracts, which recognizes that the obligation remains between the parties and does not pass on to others, so that the Jordanian legislator arranged that the obligation does not end with the death of the breadwinner while the obligation remains the right of the heirs, and the study spoke of the extent of the deficiency of the legal regulation of the expiry of the maintenance so that the Jordanian legislator confused the expiry of the contract as an obligation, and its expiration as a restriction on the right of ownership

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين سيدنا محمد صلّ الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه الكريم وبعد:

بداية أعترف أنه كان لدي تخوّف من هذه الدراسة، وذلك للحدّاثّة التشريعية لهذا العقد، حيث أفرد المشرع الأردني لهذا العقد تنظيمًا قانونيًا في المواد 17 و 18 و 19 من قانون الملكية العقارية لسنة 2019، والحقيقة أن هنالك الكثير بحسن نية من حاول أن يثني عن هذه الدراسة وأن أقوم بدراسة أخرى، قد درسها غيري من الباحثين وذلك لكون نيل درجة الماجستير لا تحتاج أن تكون الدراسة لموضوع جديد لم يكتب عنه من قبل، ولكن هي فطرة التميز التي يحتاج لها كل باحث هي التي أرشدتني إلى بحث هذه الدراسة .

ولقد اخترت أن تكون دراستي لهذا الموضوع، دراسة تحليلية مقارنة، وذلك أن الدراسات المقارنة تثري الفكر القانوني، وتجعل تصور الامور أكثر شمولية، بحيث كانت هذه الدراسة مقارنة بين التشريع الأردني والفقهاء الإسلامي، وذلك لما يعتريه هذا العقد من خروج عن القواعد الفقهية للشريعة الإسلامية.

ولقد كنت طوال هذا البحث أضع التشريع الاردني نصب عيني، فتارة أبتعد عنه قليلاً لأضع نصب عيني قليلاً على التشريعات العربية المقارنة، كالتشريع المصري والتشريع اللبناني، وأكثر ما دفعني للبحث في هذا الموضوع هو عدم وجود دراسات أولية لهذا العقد وذلك بسبب حداثة هذا التنظيم الذي أفرد المشرع الاردني، مما يجعلني سابقاً لدراسة هذا الموضوع وذلك لخطورة أحكامه والآثار التي تترتب على هذا التنظيم كأطراف العقد، وطبيعة العقد الاحتمالية، والغبن الذي قد يتعرض له أطرافه، وحتى خطورة الأحكام التي أفرد المشرع الأردني في تنظيم الإعالة كالالتزام.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في بحث الإعالة كالالتزام وضمن للعقار المبيع، والجهالة التي تعتري الإعالة كثنمن للعقار المبيع، حيث أن المشرع الأردني قد نص صراحة على الطبيعة القانونية لهذا العقد باعتباره عقد بيع، وعلى ذلك فإنني سأمهد لهذا البحث بفصل تمهيدي عن عقد بيع العقار وأركانه بوجه عام، وكذلك عن مفهوم العقار والشكلية المتبعة في التصرفات العقارية بوجه عام.

أما عن الفصل الأول فسأتعرض لأحكام الإعالة في عقد بيع العقار من حيث ما هية الإعالة، ووصف الإعالة كالالتزام يقع على عاتق المشتري لإعالة البائع أو شخص آخر يحدد في العقد، وكذلك عن الغرر الذي يتصف به هذا الالتزام من حيث جهالة مقدار ثمن العقار والمحددة بوفاء المٌعال كإنقضاء طبيعي لهذا الالتزام وموقف الفقه الإسلامي من هذه الجهالة، وأثر الغبن والاستغلال على أحد المتعاقدين والذي يكون في الغالب بائع العقار في هذا العقد، بحيث تظهر جلياً نظرية عدم تعادل الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد .

أما في الفصل الثاني فسأعالج موضوع حق ملكية العقار التي تؤول إلى المشتري في هذا العقد، منقطة بقيد سوف تتم دراسته وتحديد طبيعته بين القيود القانونية والقيود الإرادية، وذلك لأن المشتري الذي يقع عليه التزم الإعالة لا يجوز له التصرف في العقار المبيع طيلة حياة المٌعال، ولا يجوز للدائنين الحجز عليه بحيث تبقى ملكية العقار مقيدة بشكل مؤقت وهي مدة حياة المٌعال، ولا تكون هذه الملكية مطلقة إلا بعد إنقضاء التزم الإعالة الواقع على مشتري العقار أو ورثته، مما يجعل أهم سلطات المالك وهي التصرف غير ممنوحة له، بحيث سأعرض في هذا الفصل كذلك لانقضاء الإعالة كالالتزام وقيد على حق الملكية في هذا العقد وسأختم هذه الرسالة بخاتمة أوجز فيها ما تم بحثه وما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات .

وفي الختام لا أقول إنني وفقت، فذلك أمر متروك لقرار المحكمين ولجنة المناقشة، ولا يسعني إلا أن أقول في ذلك إن وفقت فبفضلٍ وتوفيقٍ من الله، وإن لم أوفق فلقصور لا لتقصير، وشفيعي في ذلك أن الكمال لله وحده والله ولي التوفيق .

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في عدم كفاية القواعد القانونية التي أفردها المشرع في تنظيم التزام الإعالة في عقد بيع العقار، وتعارض القواعد القانونية التي نص عليها المشرع الأردني في قانون الملكية العقارية لسنة 2019 مع قواعد القانون المدني الأردني، وكذلك خروج المشرع الأردني عن القواعد الفقهية للشريعة الإسلامية لعقد البيع في تنظيمه لهذا العقد، والذي يتصف التشريع الأردني بتأثره بقواعد الفقه الإسلامي ولا سيما المذهب الحنفي .

أسئلة الدراسة

إن دراسة التنظيم القانوني للإعالة في عقد بيع العقار يُثير الكثير من التساؤلات وهي :

1. ما مدى كفاية القواعد القانونية التي أفردها المشرع الأردني في تنظيم عقد بيع العقار لقاء الإعالة ؟
2. ما مدى الحماية القانونية لأطراف العقد، في وقوع أحد المتعاقدين لاستغلال المتعاقد الآخر وذلك نظراً لحاجة أحد المتعاقدين لإبرام هكذا عقد، ومدى الحماية القانونية للمتعاقد من أثر الغبن الفاحش كأثر مترتب على إبرام ذلك العقد ؟
3. ما هو موقف الفقه الإسلامي في تصحيح عقد بيع العقار لقاء الإعالة أو إبطاله وذلك بوصفه من العقود الاحتمالية التي يقع فيها الغرر ؟
4. ما هو موقف المشرع الأردني والفقه القانوني بشكل عام من الاحتمالية التي يتسم بها التزام الإعالة ؟
5. هل الإعالة عبارة عن ثمن للعقار المبيع أو بمعنى آخر محل للعقد، وإن كانت ثمن فهل توصف بأنها ثمن جدي للعقار المبيع؟
6. ما هي الطبيعة القانونية لالتزام الإعالة ؟
7. هل القيد الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة في عدم جواز المشتري في التصرف في العقار المبيع يعد انتهاكاً لحق ملكية المشتري في العقار المبيع وما موقف الفقه الإسلامي من هذا القيد أو الشرط ؟

8. ما هو التصرف الذي عنى به المشرع الأردني هل هو التصرف بشقيه القانوني والمادي؟
9. هل خرج المشرع الأردني عن قاعدة أثر نسبية العقود، حيث أن التزام الإعالة لا ينقضي بوفاة المُعيل ، وإنما يبقى التزام الإعالة في حق المُعال على ورثة المشتري المورث ؟
10. ما هي الطبيعة القانونية لحق البائع في استرداد العقار عند إخلال أو تقصير المُعيل أو ورثته من بعده بالتزامهم في إعالة المُعال ؟
11. ما هو أثر فسخ عقد بيع العقار لقاء الإعالة على ما قدمه المُعيل من التزام قبل استرداد العقار للمُعال، هل يعاد الحال إلى ما كان عليه حيث أن هذا هو الأصل في فسخ العقود ؟
12. هل خلط المشرع الأردني بين الإعالة كالتزام وبين الإعالة كقيد عندما نظم انتهاء الإعالة وانقضاؤها ؟

هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى بيان التنظيم القانوني للإعالة كمحل لعقد بيع العقار، وكالتزام يوصف بأن الزمن عنصر جوهري لقيامه، فهو التزام موصوف وليس بسيط، بحيث يلحق به وصف يعدل من أثاره، وعلى ذلك يبقى التزام الإعالة قائماً مدى حياة المُعال، بحيث يتطلب أن يكون التنظيم القانوني الذي أفرده المشرع الأردني وافياً وكافياً لهذا الالتزام أو للعقد إجمالاً .

أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في كونها الدراسة الأولى حسب علم الباحث التي بحثت الإعالة، كالتزام وضمن للعقار المبيع وفقاً لقانون الملكية العقارية، ولهذه الدراسة أهمية في معرفة رأي الفقه الإسلامي وموقفه من هذا العقد من حيث صحته وبطلانه فهو محل خلاف، بحيث يكون المتعاقد وقت إبرام العقد على بينة في مشروعية العقد وفقاً للشريعة الإسلامية، وتكمن أهمية هذه الدراسة الوصول إلى تنظيم قانوني أمثل لهذا العقد فغالباً المشرع يأخذ بتوصيات الباحثين إذا كانت مجدية في تحسين التنظيم القانوني للعقود بشكل عام وخاصة إذا كان هذا التنظيم يوصف بالحدث التشريعية بحيث يصل المشرع من هذه التوصيات إلى تطور في الصياغة القانونية .

منهجية الدراسة

اتخذت في مسيرتي في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، حيث قمت بتحليل نصوص القانون، وخاصة القانون المدني الأردني، وقانون الملكية العقارية الأردني، ومقارنتها بالفقه الإسلامي، ولم تخلو هذه المقارنة في اغلب الأحوال بالتشريعات العربية، كالتقنين المصري واللبناني، للوصول إلى نظرة شمولية لهذه الدراسة مما كان لها الأثر في إثراء الفكر القانوني لحيثيات هذا البحث .

الدراسات السابقة

لم أجد كباحث بحسب علمي دراسات سابقة، تتحدث عن الإعالة كالتزام يقع على عاتق المشتري كتمن للعقار المبيع، وليس ذلك بشيء عجيب وذلك للحدثة التشريعية لهذا العقد من قبل المشرع الأردني، ولعدم تنظيم معظم التشريعات العربية لهذا العقد، فهو عقد مسمى لدى المشرع الأردني، وعقد غير مسمى لغالب التشريعات العربية، ولكن يوجد دراسات سابقةً تتشابه حيثياتها مع جزئيات هذا البحث نذكر منها :

1- الإعالة في العصر البابلي القديم، أدا ب الرافدين، 2009، العدد 54، للباحث محمد عبدالغني البكري.

حيث تحدث الباحث في هذه الدراسة عن الإعالة من نظرة اجتماعية وأدبية وتاريخية، ولم تخلو هذه الدراسة من نظرة قانونية بسيطة، وذلك بسردها شريعة حمورابي، والنظام التشريعي الذي كان قائماً في العصر البابلي، ولكن لم تصل هذه الدراسة إلى الدراسة القانونية بشكل عام ، وقد اتخذ الباحث في مسيرته البحثية المنهج الوصفي.

2- الغبن والاستغلال في نطاق عيوب الإرادة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2005-2006، للباحث محمد بديوي أبو دلو.

لم يتحدث الباحث عن الإعالة إطلاقاً، حيث كانت رسالته تتحدث عن الغبن والاستغلال وأثرها في العقود سواء كانت هذه العقود محددة أو احتمالية، وتنبنت هذه الرسالة توصية بتطبيق نظرية الاستغلال لدى المشرع الأردني، حيث أن نظرية الاستغلال تقوم على أساس عدم تعادل الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد، مما يكون الغبن أثر من أثار

عدم تعادل تلك الالتزامات، وما هذه الرسالة إلى جزء من أجزاء الرسالة التي قمت بدراستها، وقد اتخذ الباحث في مسيرته البحثية المنهج المقارن مع التشريعات الوضعية .
3- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2004، للباحثه ملك نور محمد الخصالونه .

لم تتحدث الباحثة عن الإعالة إطلاقاً، حيث كانت رسالتها تتحدث عن أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة، بحيث تحدثت عن أثر نسبية العقود وكيفية انتقال الحقوق إلى الخلف العام والخلف الخاص، وكذلك عن طبيعة انتقال الالتزام من المورث للورثة عند كساد التركة، وتوصلت إلى نتيجة فحواها أن الالتزامات المترتبة على المورث لا تنتقل للورثة، ويصبح التزام المورث التزاماً طبيعياً لا التزاماً قانونياً، وقد اتخذت في مسيرتها البحثية المنهج المقارن مع الفقه الإسلامي، وما هذه الرسالة إلا جزء من أجزاء الرسالة التي قمت ببحثها .

أما ما يميز الدراسة التي قمت ببحثها فهي دراسة شاملة للإعالة كالتزام، وتعتبر الدراسة الأولى حسب علم الباحث التي تتحدث عن الإعالة كضمن للعقار المبيع ، وكذلك عن التنظيم القانوني الذي أفرده المشرع الأردني في قانون الملكية العقارية، وقد اتخذت في مسيرتي البحثية المنهج المقارن بين التشريع الأردني والفقه الإسلامي وفي اغلب الأحوال مقارنة مع التشريع المصري واللبناني .

الفصل التمهيدي

عقد بيع العقار مفاهيم عامة

ويتضمن المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: عقد البيع

المبحث الثاني: العقار في عقد البيع

المبحث الأول

عقد البيع

وقد اقتضى أن يوزع هذا المبحث لمطلبين:

المطلب الأول: مفهوم البيع

المطلب الثاني: أركان البيع

المطلب الأول: مفهوم البيع

الفرع الأول: البيع لغة

البيع في اللغة هو مقابلة الشيء بالشيء ونقل المعاجم اللغوية باعه يبيعه بيعا مبيعا، والقياس مَباع إذا باعه أو اشتراه، وابتعته عرضته للبيع وابتاعه اشتراه، والتبايع المبايعة، واستباعه سأله أن يبيعه⁽¹⁾

ويقال باع الشيء إذا أخرجه من ملكه، وباعه إذا اشتراه وأدخله في ملكه وهو من الأضداد وكذا شري إذا أخذ وشري إذا باع، يقول الله تعالى " وشروه بثمن بخس دراهم معدودة"⁽²⁾

(1) الفيروز، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجبل، بيروت، ج3، ص 8

(2) سورة يوسف، الآية 20

والبيع لغة دفع عوض وأخذ عوض عنه⁽¹⁾ وفي المعجم الاقتصادي الإسلامي⁽²⁾ عرف البيع:

- البيع ضد الشراء وقيل هما سواء ويستعمل كل واحد منهما في معنى صاحبه، وقد بعت بيعة فيهما، وبعته الشيء، وبعته منه، وابتعته اشتريته، وأبعت الشيء عرضته للبيع، والبيع اسم مبيع، والجمع بيوع، ورجل بيوع (بفتح الباء) وبياع من البيع.
- البيع إعطاء المُثمن وأخذ الثمن

الفرع الثاني: البيع فقهاً واصطلاحاً

تنوعت عبارات الفقهاء في تعريفهم البيع فلكل مذهب اصطلاحه ولكل فقيه تعبيره وصناعته، فمنهم من عرفه بمفهومه الأعم فأدخل فيه غيره من العقود ومنهم من اقتصر على المفهوم الأخص ليشمل البيع دون سواه وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: المذهب الحنفي

جاء في الدر المختار⁽³⁾ البيع هو مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص .

ومراد قوله على وجه مخصوص الإيجاب والقبول لأن البيع لا يكون إلا بالإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الآخر وبذلك تخرج الهبة بدون عوض وعقود التبرعات من مفهوم البيع .

ويعرفه الكمال بن الهمام أن البيع مبادلة مال بمال بالتراضي⁽⁴⁾ وبذلك يخرج ما أخذ غصباً أو من غير تراضي من مفهوم البيع .

(1) ابن المنظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، ج1، ص401

(2) الشرياضي، أحمد، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجبل، بيروت، ص 57

(3) الحصفكي، علاء الدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، كتاب البيوع، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1، 1996، 11/7،

(4) ابن همام، كمال الدين، فتح القدير، كتاب البيوع، دار احياء التراث، بيروت، ج5، ص 455

وعرفه الكاساني⁽¹⁾ هو مبادلة شيء بشيء مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل، أما القول فهو ما يسمى بالإيجاب والقبول، وأما الفعل فهو بالمبادلة ويسمى هذا النوع بالمعاطاة أو بيع المراوضة .

ويقسم الاحناف البيع بالنظر إلى معناه إلى نافذ وموقوف وفساد وباطل، فالنافذ هو ما يفيد الملك في الحال، وأما الموقوف فهو يفيد انتقال الملكية عند الإجازة وعند تحقق الشرط الواقف المعلق عليه، وأما الفاسد هو لا يفيد الملك إلا عند القبض، وأما الباطل فهو الذي لا يفيد الملك أصلاً .

ويقسمونه من حيث المبيع إلى مقايضة وصرف وسلم وبيع مطلق، فإن كان عين بعين فهو مقايضة، وأما كان المبيع نقداً بنقد فهو صرف، وإن كان نقداً بعين فهو بيع السلم وهو بيع أجل بعاجل وقد أجزى على سبيل الاستحسان والاستثناء لا على سبيل القياس، أو أن يكون عين بنقد عاجل أو أجل أو مقسط وهو البيع المطلق الغالب في البيوع .

ويقسمونه كذلك من حيث الثمن إلى بيع تولية ومراحة ووضيعة ومساومة، فإذا بيع بالثمن الأول أي ثمن المبيع دون ربح ولا خسارة فيسمى تولية، وإذا بيعت بزيادة على الثمن الأول فيسمى مراحة، وإذا قل عنه فيسمى وضیعة، وإذا تم الاتفاق على بيع السلعة دون النظر إلى الثمن الأول فيسمى مساومة .

(1) الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج5، ص 123

ثانياً: المذهب الشافعي

يعرف الشافعية البيع بأنه مقابلة مال بمال على وجه مخصوص⁽¹⁾ وفي تعريف آخر أنه عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة مؤبدة⁽²⁾، والمراد بقول مبادلة مال بمال هو المعاوضة وبذلك تخرج عقود التبرعات من مفهوم البيع لأنها تملك بلا عوض ويخرج عقد النكاح لأنه مقابلة مال بغيره وقوله أو منفعة مؤبدة فيخرج بذلك الإجارة من مفهوم البيع⁽³⁾.

وينقسم البيع عند الشافعية إلى قسمين صحيح وهو ما توافرت فيه الشروط والأركان وفاسد وهو ما اختل به بعض ذلك .

ثالثاً: المذهب المالكي

عرفت المالكية البيع بتعاريف عدة فعرفه اللخمي بقوله دفع عوض في معوض⁽⁴⁾ وفي هذا التعريف يدخل في مفهومه البيع الفاسد والبيع الصحيح وعرفه ابن عرفة بمفهومين أعم وأخص :

- المفهوم الأعم: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، وفي هذا التعريف يدخل الصرف والمراطلة والسلم وهبة الثواب في مفهوم البيع .
- المفهوم الأخص: عقد معاوضة على غير منافع ولا منفعة لذة ذو مكايسة⁽⁵⁾، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه، وبهذا المفهوم الأخص يخرج هبة الثواب أو الهبة المشروطة بعوض، وقوله ذو مكايسة يخرج بيع التولية وهو بيع بالثمن الأول، وقوله أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة فيخرج الصرف من مفهوم البيع، وقوله غير العين فيه أي ماليس ديناً في الذمة فيخرج بيع السلم لأنه دين في ذمة البائع⁽⁶⁾.

(1) الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، كتاب البيوع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 1994، ج2، ص 322
(2) الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، كتاب البيوع، المكتبة الإسلامية، ج3، ص 361
(3) جاب الله، سمير عبد النور، ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع، كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة 1، ص 30
(4) المغربي (الخطاب)، أبي عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب البيوع دار الفكر، الطبعة 3، 1992، ج4، ص 222
(5) المكايسة هي : هي المغالبة والتي تتمثل في المساومة ومحاوله كل من البائع والمشتري أن يصل إلى الثمن الذي يحقق الفائدة، راجع في ذلك المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، ص 439
(6) المغربي (الخطاب)، مواهب الجليل، مرجع سابق، ص 224-225

رابعاً: المذهب الحنبلي

عرّف الحنابلة البيع بأنه مبادلة مال ولو بالذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض⁽¹⁾.

وعرّفه ابن قدامة بأنه مبادلة مال بمال تمليكاً وتملكاً⁽²⁾، ففي قولهم مبادلة مال أو منفعة على وجه التأبيد يوصف البيع أنه معاوضة فتخرج عقود الإجارة والإعارة والوديعة والرهن من مفهوم البيع، وقوله غير رباً وقرض فيخرجهما من مفهوم البيع لأن الربا حرام والقرض وإن قصد به المبادلة إلا أن مقصوده الأعظم هو الإفراق.

الفرع الثالث: تعريف البيع في التشريع الأردني وبعض التشريعات العربية الأخرى

عرّف المشرع الأردني البيع في المادة 465/مدني "البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"

وعرّفه المشرع المصري في المادة 418/ مدني " البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي "

وكذلك عرّفه المشرع اللبناني في المادة 372/ موجبات " البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع الثمن "

(1) البيهوتي، منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، كتاب البيوع، دار الفكر، ج3، ص 164

(2) المقدسي، ابن قدامة، الشرح الكبير على مختصر الخرفي، كتاب البيوع، دار الحديث، القاهرة، الطبعة 1، 1996، ج5، ص 244

نستخلص مما سبق أن المشرع الأردني عرف البيع بمصطلح التملك حيث عرف البيع استناداً لحُكمه، وهذا التعريف يتفق على ما عرفه مرشد الحيران في المادة 343 " تملك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً "، ومعنى أن يعرّف البيع بحُكمه وأنه تملك أنه يجب أن يكون البائع مالاً للمبيع؛⁽¹⁾ وبذلك أوقف المشرع الأردني بيع ملك الغير على إجازة المالك وهذا ما نصت عليه المادة 551/ مدني " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً " وكذلك نص المادة 396/ مرشد الحيران " إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله بغير إذنه إجازة معتبرة بالقول أو الفعل تعتبر إجازته توكيلاً له عنه في البيع ... "

وهذا بخلاف ما عرّفه المشرع المصري واللبناني والذي اعتبره التزام بنقل ملكية وليس بتمليك والحقيقة أن تعريف المشرع المصري واللبناني من هذه الناحية هو الأدق والأسلم، حيث أن في العقود التي يتطلب فيها القانون التسجيل لنقل الملكية وإلا أُعتبر العقد باطلاً لا تنتقل الملكية بمجرد البيع وإنما بمجرد التسجيل كبيع العقار فلا تنتقل ملكية العقار ولا تنتفرغ من البائع للمشتري إلا بالتسجيل وبذلك يقع على البائع التزام بنقل ملكية المبيع وليس تملكاً إلا أن حكمه يرد من وقت العقد وليس بوقت التسجيل.

وأما قول المشرع مال أو حق مالي فهو يختلف مع المشرع المصري واللبناني والذي يفرق بين المال والشيء، فالشيء غير المال، فالمال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء، وأما الشيء هو محل هذا الحق⁽²⁾،

(1) سلطان، أنور، العقود المسماة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص 21

(2) تكرت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التحضيرية 1 / ص 457) حيث تميز بين الأشياء والأموال، فالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق عيننا أو شخصياً أم حق من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية، أما الشيء سواء كان مادياً أو غير مادي فهو محل ذلك الحق، وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين الحالي (السابق) ومعظم التقنيات الأجنبية من خلط الشيء والمال، مما جعل التقنيات تعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء وفي بعض نصوصها الأخرى بأنه حق، راجع المنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج8، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، الطبعة 3 الجديدة، ص 9

هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى فنجد أن المشرع الأردني يتفق مع المشرع المصري في تملك أو نقل حق مالي وهذا الذي سكت عنه المشرع اللبناني، فتعريف المشرع الأردني والمصري يمتاز من هذه الناحية أنه لا يقتصر موضوع البيع على نقل ملكية مال أو شيء كما يسميها المشرع المصري وإنما قد يرد البيع على حق من الحقوق المتفرعة عن الملكية كحق ارتفاق أو حق انتفاع فقد يكون التزام البائع بنقل حق ملكية أو أي حق مالي آخر⁽¹⁾.

وقول المشرع لقاء عوض فقد اتفق مع المشرع اللبناني والذي عبر عن العوض بالثمن ولا خلاف بين المصطلحين⁽²⁾ فالمعنى واحد، ولكن يختلف مع المشرع المصري حيث ضيق من مفهوم البيع باشتراطه أن يكون الثمن نقدي وبذلك تخرج المقايضة من مفهوم البيع، وذلك بخلاف مفهوم البيع لدى المشرع الأردني فهو أوسع بالتعبير عن الثمن بالعوض فلا تخرج المقايضة من مفهوم البيع لديه ولكن أورد لها تفصيلاً معيناً تميزها عن البيع المطلق والبيع الأخرى فنص في المادة 552/ مدني " المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود " بحيث تسري أحكام البيع على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها⁽³⁾

ومهما يكن الاختلاف في تعريف عقد البيع بين التشريعات إلا أنهالك خصائص وميزات لعقد البيع تجتمع بها، فهو عقد من عقود المعاوضات لأن البائع يأخذ عوضاً عن المبيع وهو الثمن فإن لم يكن هنالك ثمن كان العقد هبة أو من عقود التبرعات، وكذلك فهو من أعمال التصرفات لأن البائع يلتزم بمقتضاه بأن ينقل للمشتري ملكية مال أو شيء أو حق مالي آخر،

وكذلك فهو عقد ملزم لجانبين، لأنه يلزم كلا من البائع والمشتري بالتزامات متقابلة، وهو من عقود التراضي التي يكفي لانعقادها مجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين إلا إذا تطلب القانون لانعقاده شكلية معينة كالتسجيل في السجل العقاري إذا كان المبيع عقاراً أو ما هو بحكمها في الإنعقاد.

(1) سلطان ، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق ص 22

(2) الثمن: هو ما يقدره العاقدان بكونه عوضاً للمبيع في عقد البيع، راجع، الشرباصي، المعجم الاقتصادي الاسلامي، مرجع سابق، ص 87

(3) القانون المدني الأردني، المادة 556

المطلب الثاني : أركان البيع

إن عقد البيع كغيره من العقود له أركان يقوم عليها بحيث تكون جزء من أجزاء حقيقته، فقد نص المشرع الأردني على أركان البيع في المواد (466-477) / مدني ولا يعني أن المشرع قد حصر تلك الأركان في هذه المواد فقط، بل رد ما نقص من أحكام إلى القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد بشكل عام، ويمكن أن نستخلص أركان عقد البيع بوضوح بالرجوع للمشرع اللبناني حيث نص في المادة 373/ موجبات " أن صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ما هية العقد وعلى المبيع والثلث والشرائط العامة لصحة الموجبات العقدية " وما نصت عليه المادة 388/ موجبات " لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدون على نوع العقد وعلى المبيع والثلث "

نستخلص من هذه النصوص أن اركان عقد البيع اللازمة لانعقاده هي رضا المتعاقدين، والمبيع موضوع التزام البائع، والثلث موضوع التزام المشتري " وبما أننا بصدد عقد بيع العقار سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتحدث في الفرع الأول عن الرضى وفي الفرع الثاني عن المبيع وهو في هذا العقد عقار وفي الفرع الثالث نتحدث عن الثلث.

الفرع الأول: الرضى

نص المشرع الأردني في المادة 90/ مدني " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " وسنتناول في هذا الفرع موضوع الرضى في عقد البيع.

موضوع الرضى

تمت الإشارة الى أن صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين العقد وعلى المبيع وعلى الثمن وبذلك يتضح لنا ما هي موضوعات التراضي في عقد البيع وهذا ما أوضحته المادة 373/ موجبات والتراضي لا يكون إلا بارتباط الإيجاب والقبول تطبيقاً لنص المادة 90/ مدني أردني .

أولاً : التراضي على ما هية العقد

يجب أن تنتج إرادة المتعاقدين سواء كان البائع والمشتري إلى التراضي والاتفاق على عقد بيع العقار، فلو كان اتجاه المتعاقدين على غير هذا العقد تم العقد صحيحاً ولكن لا يعتبر هذا العقد عقد بيع، فقد يشتبه هذا العقد بغيره من العقود فقد يشتبه هذا العقد بعقد إيجار أو هبة بعوض .

وكذلك لا يكون هنالك توافق بين الإرادتين على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت الإرادة الأخرى إلى عقد آخر ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد التي اتجهت الإرادة إلى أبرامهما وذلك لعدم توافق الإرادتين على ما هية العقد⁽¹⁾.

ثانياً: التراضي على الثمن

يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين على الثمن، والثمن في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو الإعالة، فإذا كان الثمن محدداً في عقد البيع وليس من العقود غير المحددة فقد انصرف التراضي إلى عقداً آخر فطبيعة هذا العقد أنه من العقود الاحتمالية التي يكون الثمن فيه من الجهالة والغرر.

(1) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 29

ثالثاً: التراضي على المبيع

ما يميز عقد بيع العقار لقاء الإعالة أن المبيع لا يكون إلا عقاراً فإذا انصرف التراضي إلى مبيع غير العقار فلا نكون أمام عقد بيع عقار لقاء الإعالة فالمبيع هنا محدد بنص القانون وهذا ما نصت عليه المادة 17/ قانون الملكية العقارية " يجوز للمالك أن يبيع عقاره إلى آخر لقاء الإعالة بإعالة المشتري البائع أو شخصاً آخر يحدده في عقد البيع طيلة حياة المَعَال " فلو كان التراضي على منقول والثمن إعالة فلا نكون أمام عقد بيع من هذا القبيل ونكون أمام عقد بيع آخر.

وإذا ثبت التراضي بين المتعاقدين على العقار فيجب أن يكون العقار (المبيع) معلوماً لدى المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة وهذا ما نصت عليه المادة 1/466 مدني أردني " يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة "

ويعتبر العلم بالمبيع كافياً لدى المشتري إذا ذكر في عقد البيع أوصافه الأساسية المميزة له وهذا ما أكدته المادة 2/466 مدني أردني " يكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الإشارة إليه "

وما نصت عليه المادة 1/419 مدني مصري " يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن تعرفه "

الفرع الثاني: المبيع

مفهوم المبيع فقهاً واصطلاحاً

المبيع هو محل التزام البائع وقد يكون حق ملكية أو حقاً مالياً آخر (1) ويسمى في الفقه الاسلامي المعقود عليه وهو الشيء الذي وقع عليه التعاقد وعرفه الزنجاني بقوله هو الموضوع الذي يرد عليه العقد (2) وقد اختلف فقهاء المذاهب في تحديد المعقود عليه فاعتبر الجمهور البدلين الثمن والمبيع كليهما محلاً للعقد بينما قصره المذهب الحنفي على المبيع فقط لأنه المقصود الأصلي من عقد البيع، أما الثمن فيقصد التوصل به إلى المبيع، وجاء في البحر الرائق " اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الاصل فيه المبيع دون الثمن ولذا يشترط القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن (3)، في حين أن الجمهور ذهب إلى أن الثمن والمبيع هما كلاهما المعقود عليه ومحلاً للعقد، ويشترط في المبيع في الفقه الإسلامي أن يكون موجوداً في الاصل وكان الاستثناء في بيع المعدوم في السلم والاستصناع كاستصناع ثوب أو أثاث بحيث تكون العين (المبيع) مؤجلةً تحتلها الذمة، والشرط الثاني أن يكون معيناً بالعلم به علماً مانعاً للجهالة الفاحشة (4)، أما الشرط الثالث فيجب أن يكون المبيع صالحاً للتعامل فيه فلا يجوز أن يكون المبيع خمرأً أو خنزيراً أو بيع الحر وهذه الشروط تتوافق مع تم اشتراطه في الفقه القانوني للمبيع .

(1) سلطان، انور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 91

(2) الزنجاني، شهاب الدين، تخريج الفروع على الأصول كتاب البيوع، المسألة 11، مؤسسة الرسالة، الطبعة 3، 1979، ص 94

(3) الحنفي، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق، كتاب البيع، الطبعة 3، دار المعرفة، 1993، بيروت، ج 5، ص 278

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 62

الفرع الثالث: الثمن

مفهوم الثمن

أولاً: لغة و فقهاً

ثمن الشيء لغة ما استحق الشيء وجمعه أثمان وأثمن، ونقول: أئمنه سلعته وأئمن له أي: أعطاه ثمنها، وهو أسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع عيناً كان أو سلعة⁽¹⁾.

وعرّفه المعجم الاقتصادي الإسلامي بأنه ما استحق به الشيء ويقال الثمن للأشياء المادية، ويجمع على أثمان، وثامت الرجل في المبيع ساومه على بيعه وشرائه، والثمن قد يكون مساوياً للقيمة وقد يكون زائداً عنها وقد يكون ناقصاً عنها، وقيل هو ما يقدره العاقدان بكونه عوضاً للمبيع في عقد البيع، والثمن إذا أُطلق يراد به الدراهم والدنانير⁽²⁾.

أما الفقه فقد عرّفه الأحناف بعدة تعريفات فعرفه ابن عابدين الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة⁽³⁾، أما عند الجمهور فلم أجد تعريفاً خاصاً للثمن، فالثمن عند الشافعية هي الدراهم والدنانير خاصة وهذا قول النووي⁽⁴⁾ وعنده أن حقيقة الثمن ما ألصق به الباء كقولك بعثت كذا بكذا، فالأول المثلث والثاني ثمن وهذا قول القفال، أي الأصل عندهم أن الثمن ما كان من الدنانير والدراهم بمعنى النقد، وإذا لم يكن في العقد نقداً أو كان العوضين نقداً فالثمن ما ألحقت به الباء والمثلث ما يقابله، وكذلك عند المالكية الثمن عندهم الدراهم والدنانير وما عدا ذلك مثمانات⁽⁵⁾،

(1) الفيروز، مجد الدين مجد، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت، مادة ثمن

(2) الشرياضي، احمد، المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، ص 87

(3) ابن عابدين، مجد أمين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 1996، كتاب البيوع، ج 7، ص 375

(4) النووي، محي الدين بن شرف، شرح المهذب، مكتبة الارشاد، جدة، كتاب البيوع ج 9، ص 330

(5) المغربي (الخطاب) لابي عبدالله بن عبدالرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 479

وعندهم إذا كان المثلن والمثلن عيماً أو عوضاً فكلاهما مثلن من جهة ومثلن من جهة أخرى، وكذلك الحنابلة فلم يعرّفوا المثلن من حيث ما هيته كما فعل الأحناف وإنما عرفوه بما يميزه عن المثلن أو المبيع فالمثلن عندهم النقد وإذا تساوا المثلن والمثلن كأن كانا عيماً أو كانا الأثنين نقداً فما ألحقت به الباء فهو المثلن⁽¹⁾، ولا يعني ذلك أن الجمهور قد حصروا المثلن بالنقد فقط فقد يكون المثلن عيماً أو عوضاً أو طعاماً، ولكن لما كان الغالب أن يشتري بالنقد أطلق عليها الفقهاء بمسمى المثلن لشيوعه بين الناس⁽²⁾

والتفرقة بين الجمهور والمذهب الحنفي أن الأحناف قد عرّفوا المثلن بما هيته وحقيقته وقد قصروا المثلن أنه ديناً في الذمة خلافاً للجمهور الذين يعترفون بأن المثلن قد يكون عيماً وقد يكون ديناً، وعناصر المثلن عند الأحناف هي أن يكون المثلن ديناً في الذمة، وأن يكون في عقد وهذا معنى المقابلة في تعريف الأحناف، ورضى أطراف العقد على المثلن سواء زاد على القيمة⁽³⁾ أو لا، أما عند الجمهور فعناصر المثلن هي العوض الذي تراضى عليه المتعاقدان، وأن يكون في عقد، وقد يكون المثلن عيماً أو عوضاً أو منفعة ويترتب على ذلك أنه عند الأحناف إذا كان المثلن عيماً فلا يجوز تأجيل القبض فيه .

ثانياً: التطور التاريخي لمفهوم المثلن

لم تعرف الجماعات الأولى مفهوم المثلن أو بالأحرى عقد البيع فاتخذت من المقايضة وسيلة للتبادل، والمقايضة هي مبادلة سلعة بسلعة أخرى بحيث يكون المبيع ثمناً والمثلن مبيعاً في نفس الوقت، حيث كان الإنسان البدائي يقوم بمبادلة ما يفيض عن حاجته بما هو بحاجة إليه، ولكن ظهر عيب هذا النوع من المبادلة عندما تعددت الروابط الاجتماعية فلم يكن من السهل دائماً إيجاد توافق بين رغبات الناس وحاجاتهم وكان مفهوم المبيع هو نفسه مفهوم المثلن⁽⁴⁾،

(1) البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، كتاب البيوع، دار الفكر، ج 2، 205

(2) الدردير، مجد، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، كتاب البيع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 1990، ج 3، ص

70

(3) الفرق بين المثلن والقيمة أن المثلن هو العوض الذي يتراضى عليه المتبايعان في مقابل المبيع سواء زاد على القيمة أو نقص، بينما القيمة فهي ما قوّم

به الشيء أو هي مقدار مالية الشيء ويتم حسابها بتقويم المقومين، انظر جاب الله، سمير عبد النور، ضوابط المثلن وتطبيقاته في عقد البيع، مرجع

سابق، ص 68

(4) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 17

ونظراً لعيوب التبادل بادرت الجماعات الأولى إلى إيجاد شيء ثمين يثمن تلك المبادلات فاتجهت إلى ما المعادن لكونها أثنى قيمة ولسهولة حملها وتداولها وعدم تلفها، وفي ذلك يقول أبو الفضل الدمشقي " نظرت الأوائل في شيء ثمين يثمن به جميع الأشياء فوجدوا ما في أيدي الناس من نبات وحيوان فاسقطوها كمعيار للتبادل، أما المعادن فقد وقع اجتماع الناس كافة على تفضيل الذهب والفضة لسرعة المواتاة في السبك والطرق والجمع والتفرقة والتشكيل بأي شكل مع حسن الرونق وبقاؤها على ميزاتهما عند الدفن، ووجدوا أن الذهب أفضل من الفضة في القيمة والميزه⁽¹⁾، ومع تطور الحضارات وجدت الجماعات الإنسانيه أن النقود المصكوكة من الذهب والفضة ذات قيمة عالية وخوفاً من ضياعها وخشية الناس من السرقة ذهبت الدولة بوضع مخزون الذهب والفضة لدى الناس في خزينة الدولة وإعطائهم بقيمتها أوراق معتمدة لدى الدولة ويجري التعامل بها بين الناس كما هو في وقتنا الحالي،

نستخلص من دراسة التطور التاريخي لمفهوم الثمن أنه ليس مقصوراً على النقد وإنما نتيجة تطور لمفهوم الثمن لدى الجماعات، والثمن يبقى ثمناً بقيمته بين الناس وهو باقياً ليومنا هذا وهو ما يسمى بعقد المقايضة والذي يكون فيه الثمن من غير النقود .

ثالثاً: مفهوم الثمن في التشريع الأردني والتشريعات العربية الأخرى

لم يعرف المشرع الأردني الثمن مسائراً في ذلك التشريع المصري واللبناني، ويمكن أن نستخلص ماهية الثمن لدى المشرع الأردني من تعريف البيع حيث عرّفه بأنه تملك مال أو حق مالي لقاء عوض⁽²⁾، والعوض في اللغة هو بدل ما ذهب أو أخذ، تقول عُضْتُ فلاناً وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والثمن هو مقابلة العوض، أما المشرع المصري⁽³⁾

(1) جاب الله، سمير عبد النور، ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع، مرجع سابق، ص 106

(2) المادة 465 / مدني أردني

(3) المادة 418 / مدني مصري

فقد اشترط الثمن النقدي لكي نكون أمام عقد بيع، بينما المشرع اللبناني نجد أنه أخذ بما أخذ به المشرع الأردني على اعتبار الثمن بأنه عوض ونجد ذلك في نص المادة 387/ موجبات حيث نصت " إذا لم تُذكر في عقد البيع مواعيد الثمن ولا شروط هذا الدفع عُدَّ البيع نقداً بلا شرط " أي أن الثمن في الأصل هو عوض وقد يكون نقداً وغير نقد فإذا لم يبيّن في العقد ماهية الثمن هل هو نقد أو غير نقد أُعتبر الثمن نقداً.

والحقيقة أن المشرع المصري أخرج عقد المقايضة من مفهوم البيع وذلك لحصره عقد البيع بأن يكون الثمن نقداً، بينما المشرع الأردني جعل المقايضة جزء من مفهوم البيع حيث نص في المادة 552/ مدني " المقايضة مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود "

ويتفق موقف المشرع الأردني مع ما نصت عليه المادة 152/ مجلة الأحكام العدلية حيث عرّفت " الثمن: ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلّق بالذمة " فسمت الثمن بدلاً متعلّق بالذمة ولم تحصره بالنقد، وكذلك عرّفه مرشد الحيران في المادة 413 " الثمن ما يتراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص " فجاء الثمن بالعموم وهو ما تراضى عليه المتعاقدان .

المبحث الثاني: العقار في عقد البيع

وقد اقتضى أن يوزع هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم العقار وأقسامه

المطلب الثاني: الشكلية في التصرفات العقارية

المطلب الأول: مفهوم العقار وأقسامه

الفرع الأول: مفهوم العقار

عرّف المعجم الاقتصادي الإسلامي⁽¹⁾ العقار المال إذا كان ضيعة ومستغلاً، وفي النهاية هو الضيعة والنخل والأرض ونحو ذلك وقيل العقار ماله أصل وقرار في الأرض والدار، والعقار صنفان أحدهما المسقف وهو الدور والحوانيت والمعاصر والفواخير والأفران والمدابغ، أما الصنف الآخر المزروع ويشتمل على البساتين والكروم وما تحويه العيون والحقوق في مياه الأنهار. وعرّفته المادة 58/ مدني أردني " بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول "

وعرّفه قانون الملكية العقارية الأردني في المادة 2/ بند 8 " قطعة الأرض والبناء المُقام عليها وأي حصة

أما جمهور فقهاء المسلمين اتفقوا على تعريفه أنه كل ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله⁽²⁾، وكذلك نصت المادة 82/ مدني مصري "كل شيء شائعة في أي منهما "

1- مستقر بحيزه، ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول

2- ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله "

(1) الشرياضي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، ص 298

(2) المادة 2 / مرشد الحيران

الفرع الثاني: تقسيم العقار في التشريع الأردني

يرجع تقسيم العقارات في القانون الأردني إلى التقسيم الذي قسمه القانون العثماني الصادر سنة 1274 هجري والذي نظم أحكام العقارات وأقسامها ولا شك أن المشرع الأردني أبقى على هذا التقسيم في قانون الملكية العقارية الصادر سنة 2019 مع التعديل في بعض هذه العقارات وخاصة الأراضي الأميرية والتي أُلغيت هذه الأراضي كتصنيف من أصناف العقارات المعتبرة لدى المشرع الأردني حيث نص في المادة 8/ قانون الملكية العقارية " اعتباراً من تاريخ نفاذ أحكام هذا القانون، يلغى تصنيف العقارات من نوع (الميري) وتحول العقارات الأميرية إلى (الملك)، كما يلغى (حق التصرف) في العقارات الأميرية، وجميع الأحكام القانونية النازمة له ويحل محله (حق الملكية) على العقارات المتحوّلة " وبذلك أدخل المشرع هذا الصنف في العقارات المملوكة .

ويصنف المشرع الأردني العقارات حسب قانون الملكية العقارية في المادة 5 منه إلى :

أولاً: العقارات المملوكة

عرّفها الفقه بأنها هي التي يتصرف بها صاحبها على وجه الملكيه، برقبته وكافة حقوقها، فيجوز له بيعها ورهنها ووقفها والإيضاء بها، وتنتقل إلى ورثته الشريعيين ولا تعود إلى بيت المال إلا إذا مات ولم يبق من ورثته أحد ولو لم يوصي بها لأحد⁽¹⁾

وكذلك عرّفها المشرع الأردني في المادة 2 / بند 19 قانون الملكية العقارية بأنها " العقارات التي يجري عليها حق الملكية الذي يولي مالكيها حق استعمالها واستغلالها والتصرف فيها ضمن القانون "

(1) حيدر، شاكر ناصر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، الطبعة 1، مطبعة الاعتماد، بغداد، 1947، ص 14

ثانياً: العقارات الموقوفة

عرّفها المشرع الأردني في المادة 2/ بند 2 قانون الملكية العقارية بأنها " العقارات التي أوقفها مالكوها، فحُبست عن التصرف على وجه التأييد وخصصت منافعتها للبر ولو مالاً"، ومعنى ذلك انه لا يصح تملكها بالبيع أو بأي تصرف ناقلاً للملكية، على اعتبار أن الوقف متى صدر من أهله مستكماً لشرائطه، ينتقل الملك فيه إلى مؤسسة الوقف، فإن ادعاء أي شخص أنه اشترى هذا العقار لا يكون مقبولاً، وبذلك يخرج هذا الصنف من العقارات التي يجوز تملكها عن طريق عقد البيع.

ثالثاً: الأراضي المتروكة

عرّفها الفقه بأنها الأراضي التي تُترك حق الانتفاع بها لعامة الناس منذ القديم أو خصصت لانتفاع أهالي قرية فتكون مشتركة فيها⁽¹⁾

وكذلك عرّفها المشرع الأردني في المادة 2/ بند 21 قانون الملكية العقارية بأنها " العقارات العائدة رقبتهما للخرينة وترك حق الانتفاع بها لمنفعة عامة الناس أو جماعة مُحددة منهم"، وبذلك لا يجوز تملك هذا النوع من الأراضي ولا تكون محلاً لعقد البيع وهذا ما أكدته المادة 6/ أ من نفس القانون حيث نصت " لا يجوز بيع الأراضي المتروكة، ولا شراؤها، ولا التصرف فيها ولا يجري عليها حُكم مرور الزمان " فهي مخصصة لمنفعة الناس فإذا زالت هذه المنفعة عن هذه العقارات تسجل باسم الخرينية بقرار من مجلس الوزراء وتخضع لأحكام قانون إدارة أملاك الدولة⁽²⁾

(1) حيدر، شاكر ناصر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مرجع سابق، ص 27

(2) المادة 6 / ب قانون الملكية العقارية الأردني

رابعاً: الأراضي الموات

هي الأراضي الخالية الواقعة بعيدة عن القرى والقصبات بدرجة لا تسمع بها صيحة الشخص ذي الصوت الجهير من أقصى العمران، أي التي تبعد عن أقصى العمران مسافة ميل ونصف، وهي ليست في تصرف أحد وغير متروكة ولا مخصصة للأهالي⁽¹⁾

أما عن المشرع الأردني فقد عرفها في المادة 2/ بند 22 قانون الملكية العقارية بأنها " العقارات البعيدة عن العمران والعائدة للخزينة والخالية التي لم تُزرع وليست ملك أحد، ولم تجري عليها أعمال التسوية⁽²⁾ ولم تسجل⁽³⁾، ولم تترك لمنفعة عامة الناس ولا لمنفعة جماعة محددة منهم" وهذا النوع من العقارات لا يجوز أن تكون محلاً لعقد البيع حيث نصت المادة 7/ قانون الملكية العقارية الأردني " لا يجوز تملك الأراضي الموات أو استغلالها أو وضع اليد عليها خلافاً لأحكام هذا القانون "

يتضح لنا مما سبق أن العقارات التي يجوز أن تكون محلاً لعقد البيع عموماً وفي عقد بيع العقار لقاء الإعالة خصوصاً هي العقارات المملوكة مع اشتراط بيعها ضمن القانون حسب المادة 2/ بند 19 قانون الملكية العقارية .

(1) دواس، أمين، قانون الأراضي، المعهد القضائي الفلسطيني، فلسطين، 2013، ص 243

(2) التسوية : هي تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة بأي حق تصرف أو حق تملك في الأرض أو المياة أو حق منفعة فيها أو أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل. المادة 2 / بند 18 قانون الملكية العقارية

(3) معاملة التسجيل : هي تسجيل تصرف أو عقد أو تغيير في ملكية أو تعديل عليها أو شطبها أو حجز أو اشارة بشأن عقار بوجب القانون تسجيل أي منها في السجل العقاري وفقاً لأحكام القانون . المادة 2/ بند 15

المطلب الثاني: الشكلية في التصرفات العقارية

أحاط المشرع الأردني العقار نظراً لأهميته بالنسبة للدولة والأفراد بنوع من الحماية خرج فيها على قاعدة الرضائية في التصرفات القانونية، والشكلية مهمة لحماية أطراف العلاقة القانونية وحق الغير في معرفة المركز القانوني للعقار وكذلك التنبيه لأطراف العقد لخطورة التصرف القانوني المقدم عليه⁽¹⁾، والأصل في عقد البيع خضوعه لمبدأ الرضائية حيث نصت المادة 1/485 مدني " تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع الى المشتري مالم ينص القانون أو الاتفاق بغير ذلك " وهذا ما أكدته أيضاً المادة 1148/ مدني حيث نصت " لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به "، والحقيقة أن الفرق بين التصرف الرضائي والتصرف الذي يتطلب القانون شكلية معينة وهي التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري في التصرفات العقارية عموماً، وأن الشكل هنا ركناً في التصرف مما يترتب عليه بطلانه إذا لم يكن موجوداً، ويستفاد ذلك من نص المادة 168/ مدني في تعريف العقد الباطل حيث نصت على أنه " العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب أثر ولا ترد عليه الإجازة "، ويجب أن نفرق بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات فإذا كان الشكل مفروضاً على الإرادة بحيث لا تكفي الإرادة أو الرضائية للانعقاد بحيث يصبح ركناً من أركانه فيعتبر التصرف شكلي الانعقاد،

(1) المومني، صهيب موسى، دور الشكلية في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2005، ص 107

أما إذا انعقد التصرف صحيحاً مستوفياً أركانه وشرائط صحته إلا أن إثباته يستلزم شكلاً معيناً فنكون أمام شكلية إثبات وليس انعقاد بحيث لا يترتب على التصرف في تخلف هذه الشكلية بطلان التصرف كما هو في شكلية الانعقاد، ولا شك أن التصرفات العقارية ومنها عقد بيع العقار لقاء الإعالة هي شكلية الانعقاد بحيث يترتب على عدم توافر الشكلية بطلان عقد البيع أو التصرف لا فقدان دليل الإثبات⁽¹⁾ الأمر الذي يجعل من غير الممكن إثبات حق ملكية العقار بدون تسجيل فلا يستطيع المتعاقد إثبات الانعقاد بأدلة الإثبات المنصوصة في المادة 72/ مدني أردني من كتابة أو شهادة أو غيرها من الأدلة الإثباتية .

ولا يعني اتخاذ مبدأ الشكلية الانعقادية في التصرفات العقارية أن المشرع والقضاء لم يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة أو الرضائية في العقود، فكما تمت الإشارة الية أن عقد البيع والتصرفات العقارية عموماً هي من العقود الرضائية، فالأصل تحقق ركن الرضائية في هذا العقد فتحقق ركن الشكل لا يترتب عليه إعطاء التصرف قوة مطلقة لا يقبل الطعن فيه فلو ثبت أن عقد البيع العقاري المسجل مزور فإنه يترتب على هذا التزوير بطلان مطلق للبيع لا يكسبه التقادم صفة المشروعية ولا يكون سبباً مكسباً لحق الملكية⁽²⁾، فلا بد من أن يتوافر في الرضا شروط صحته فلو اتفق البائع والمشتري على قطعة أرض معينة وموصوفة وتم إفراغ قطعة أرض أخرى غير المتفق عليها فإن ركن التراضييم يتحقق ويكون العقد باطلاً⁽³⁾، وكذلك الأمر يقال عن عيب الإكراه حيث يترتب على الإكراه بطلان عقد البيع العقاري ولو تمت معاملة البيع أمام دوائر التسجيل⁽⁴⁾، بمعنى آخر أن الشكل لا يغني عن الإرادة ومبدأ الرضائية ولا بد من توافرها معاً لقيام الانعقاد .

(1) الصدة، عبدالمنعم فرج، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة الحلبي، القاهرة، الطبعة 2، 1954، ص 299

(2) تمييز حقوق، 265 / 83، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1983، ص 990

(3) تمييز حقوق، 252 / 65، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1965، ص 1619

(4) تمييز حقوق، 743 / 82 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1983، ص 551

أما عن الفقه المصري فالرأي الراجح في البيع العقاري غير المسجل باطل لتخلف ركن الشكل المتمثل في التسجيل في الشهر العقاري ويتحول عقد البيع إلى عقد بنقل الملكية يُرتب التزام بالتعويض ولا يرتب انتقال الملكية إذا تم النكول عنه وهذا الرأي⁽¹⁾ يتفق مع تعريف المشرع المصري لعقد البيع والذي يعرفه أنه التزام بنقل الملكية بعكس المشرع الأردني الذي اعتبره تملك مما يظهر عدم التناسق بين الأحكام القانونية لدى المشرع الاردني على اعتبار أن عقد البيع هو تملك في الأصل ومن ثم يأتي بمناقضة ذلك التعريف ويعتبر أن جزءا عدم توافر شكلية التسجيل بطلان البيع أو التصرف .

وحتى نستوفي دراسة الشكلية الانعقادية الواردة على التصرف او البيوع العقارية فلا بد من التمييز بين نوعين من العقارات ميز المشرع بينهما في شكلية الانعقاد وهي العقارات التي تمت فيها التسوية والعقارات المستثناة من التسوية .

أولاً: العقارات التي تمت فيها التسوية

عرّفت المادة 2/ بند 18 قانون الملكية العقارية التسوية بأنها " تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة بأي حق تصرف أو حق تملك في الأرض أو المياه أو حق منفعة فيها أو أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل "

وما يعنينا في هذه الدراسة أن الشكلية في هذه العقارات هي شكلية انعقاد بحيث تعتبر التصرفات الواقعة عليها باطلة إذا لم تتوافر الشكلية المطلوبة في التسجيل لدى دائرة التسجيل المختصة وهذا ما أكدته المادة 63/ قانون الملكية العقارية حيث نصت على أنه " لا تكون التصرفات أو العقود أو أي معاملات تجري على العقارات أو المياه صحيحة في المناطق التي تمت التسوية فيها إلا إذا سجّلت لدى دائرة التسجيل، ويعد باطلاً كل تصرف أو عقد أو معاملة أُجري خلافاً لذلك "

(1) مرقس، سليمان، شرح القانون المدني، العقود المسمّاة، عقد البيع، الطبعة 4، 1968، ص 167

وبهذا النص أنهى المشرع الخلاف الفقهي في انعقاد البيع العقاري أو التصرفات الواردة على العقارات التي تمت تسويتها خارج دائرة التسجيل وهذا موقف القضاء الأردني وما استقر عليه في بطلان عقد البيع خارج دائرة التسجيل واعتبار الشكلية ركن في العقد لا ينعقد العقد إلا بتوافره⁽¹⁾

ثانياً: العقارات التي لم تتم فيها التسوية

أما عن شكلية الانعقاد في العقارات التي لم تتم فيها التسوية فقد أوضحتها المادة 40/ قانون الملكية العقارية حيث نصت " يعد نافذاً التصرف الجاري بسند على عقار واقع في منطقة لم تعلن التسوية فيها أو مستثناة من التسوية إذا مرت على التصرف فيه تصرفاً فعلياً مدة 15 خمس عشرة سنة من تاريخ التصرف "

يستفاد من هذا النص أن المشرع الأردني استثنى العقارات التي لم تتم فيها التسوية من وجوب توافر شكلية الانعقاد وحتى يتحقق هذا الاستثناء في هذه العقارات يجب توفر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يتصرف المشتري بالمبيع تصرفاً فعلياً، ويقصد بالتصرف الفعلي أن يقوم المشتري بالأعمال التي تُظهر رغبته في تملك العقار كأن تكون أرض زراعية فيزرعها، أو يكون عقاراً فيسكنه أو يؤجره أو يحسن عليه أو يزيده، بمعنى أن يقوم المشتري بما يثبت حيازته فعلياً للعقار المبيع⁽²⁾.

(1) تمييز حقوق، 1170 / 93 لسنة 1994، ص 2272، تمييز حقوق، 850 / 86، لسنة 1987، ص 1190، تمييز حقوق، 142 / 87، لسنة

1989، ص 2495، مجلة نقابة المحامين الأردنيين

(2) الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، عقد البيع، عمان، 1993 ص 283

الشرط الثاني: مضي خمس عشرة سنة على التصرف الفعلي، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في أحد قراراتها حيث ذكرت " شراء العقارات الواقعة في مناطق مستثناة من التسوية شراءً خارجياً لم يسجل في دائرة التسجيل لا يعتبر صحيحاً وناقلاً للملكية مالم يقترن تصرف المشتري مدة التقادم"⁽¹⁾ .

الشرط الثالث: أن يتم البيع بموجب سند، أي سند مكتوب ومعنى ذلك أن شكلية الإثبات المنصوص عليها في المادة 72/ مدني أردني مقتصرة على الكتابة دون أدلة الإثبات الأخرى كالشهادة والقرائن وغيرها، وكأن المشرع استثنى هذه العقارات من شكلية الانعقاد وحصر شكلية الإثبات في الكتابة التي عبر عنها المشرع بالتصرف الجاري بسند .

(1) تمييز حقوق، 387 / 83،مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1983، ص 1417

الفصل الأول

أحكام الإعالة في عقد بيع العقار

ويتضمن المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية الإعالة

المبحث الثاني: الغرر وأثر الغبن والاستغلال على عقد بيع العقار

لقاء الإعالة

المبحث الأول

ماهية الإعالة

واقضى توزيع هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الإعالة

المطلب الثاني: التزام الإعالة في عقد بيع العقار واشتباؤه بالتصرفات الأخرى

المطلب الأول: مفهوم الإعالة

الفرع الأول: تعريف الإعالة لغةً واصطلاحاً

أولاً: تعريف الإعالة لغةً

والإعالة لغة هي لفظ مشتق من المصدر عَوَّلَ فهي عالٌ عُوِّلاً وعِيَالَةً وعُوُولاً، وقيل الرجل افتقر وقل ماله وأمن معيشته عائلته وعال اليتيم كفله وأمن معيشته⁽¹⁾، ومنها العائل الفقير، عال الرجل يعيلُ عيلةً إذا افتقر وفي الحديث " إن الله يبغض العائل المُختال، وجمع العائل عالة، وفي الحديث " ابداء بمن تعول " أي بمن يلزمك نفقته من عيالك⁽²⁾، والعالة هي الفاقة والفقر ومنها العيلة الفقر والحاجة وعيّل الرجل هم أهل بيته الذين يكفلهم ويقال كثر عياله فهو مُعِيل، وعيّل أي قاتهم وكفلهم وأنفق عليهم⁽³⁾، وفي قوله تعالى في محكم التنزيل " وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ " ⁽⁴⁾، أي إن خفتم فقراً بانقطاع تجاريتكم⁽⁵⁾

(1) عبدالله، أيمن وآخرون، المعجم الوسيط، دار إحياء التراث العربي، ص 350

(2) الشرباصي، أحمد، المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، 283 و 307

(3) مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، المكتبة العلمية، طهران، ص 646

(4) سورة التوبة، الآية 27

(5) للإمامين، جلال الدين المحلي و جلال الدين السيوطي، تفسير الجلالين، مكتبة المشي، التراث العربي، بيروت، ص 252

ثانياً: تعريف الإعالة فقهاً واصطلاحاً

عرّف فقهاء المسلمين الإعالة بمفهومها اللغوي وهي النفقة، وقد سار الفقهاء المعاصرون على هذا التعريف فعرفها الشيخ سليمان بن ابراهيم الأصبغة⁽¹⁾ بأنها النفقة: يقال عال عياله يعولهم عولاً وعيالة أي قاتهم وأنفق عليهم، والحقيقة أن مفهوم الإعالة اوسع من مفهوم النفقة، فالنفقة جزء من أجزاء الإعالة وليست هي الإعالة نفسها، فهي تشمل الإطعام والكسوة والعلاج والتعليم والإعانة والخدمة وتدبير الشؤون والمصالح ويمكن تعريفها بأنها القيام بشؤون الغير وتدبير أموره ورعاية مصالحه أو الإنفاق عليه⁽¹⁾، ويمكن تعريف الإعالة الواردة في عقد بيع العقار هي العوض الذي يلتزم المشتري بأداءه لقاء العقار المبيع والمتمثل بالتزامه بإعالة البائع أو شخص آخر يحدد في العقد طيلة حياته ويمكن أن يكون هذا الالتزام مرتب مدى الحياة أو أن يكون عبارة عن التزام بعمل من علاج أو خدمة كأن يكون الملتزم طبيباً أو ممرضاً أو أي شخص آخر يكون واقعاً عليه التزام الإعالة .

(1) الأصبغة، سليمان بن ابراهيم، منكرة في القضايا الإثباتية، ص 50، نقلاً عن الفعيم، سليمان ابراهيم، الألوكة الشرعية، آفاق الشريعة، تاريخ النشر

2018/3/27

الفرع الثاني: التطور التاريخي لمفهوم الإعالة

عرفت العصور القديمة الإعالة والحقيقة من استقرار العقود القديمة كانت الإعالة شائعة⁽²⁾ بشكل أكبر من عصرنا الحالي وذلك لما اعترته عقود تقسيم التركة من قصور في توزيع الإرث بين الأبناء، بحيث كان الإرث يؤول للزوجة أو الأم ويشترط عليها في عقد التركة أن تعيل أبنائه من أموال التركة⁽³⁾، فإذا تزوجت يؤول الإرث لأحب أبنائها ومن ثم يقع على عاتق الإبن إعالة إخوته⁽⁴⁾ وكذلك لوجود فئة معينة من الأشخاص ليس لهم مُعيل ومن هذه الفئات النساء الكهنة والتي يحكم عليهم عدم الزواج وعدم الإنجاب فكانت تعقد مع أشخاص عقد تبني يقوم اساسه على التزام المتبني بإعالة الكاهنة بحيث يؤول اليه الميراث بعد وفاتها، ومن التطبيقات التي كانت تلزم الإعالة على بعض الأشخاص، ما استلزمته شريعة حمورابي في حرمة تعدد الزوجات إلا في حالات معينة كأن تكون الزوجة الأولى مريضة فكان يسمح له بالزواج بشرط إعالة الزوجة الأولى والقيام بعلاجها طيلة حياتها⁽⁵⁾، وكذلك إعالة الأب لإبنائه حتى بلوغهم، وإعالة الأم لأطفالها من إرضاعهم بحيث تتمثل لدينا الإعالة أنها التزام بعمل وليست نفقة فقط، وإعالة الإخوة القصر بحيث يقع على البالغين منهم إعالة الصغير، وإعالة الزوج لزوجته ما دامت الرابطة الزوجية قائمة⁽⁶⁾

أما عن مدة الإعالة فكانت من استقرار ما ذكر أنها قد تكون طيلة حياة المُعال كما في حالة الزوجة الأولى المريضة بحيث يتكفل المُعيل الإنفاق عليها وعلاجها طيلة حياتها، وقد تكون مدة محدودة وهي مدة التربية والبلوغ⁽⁷⁾ أو مدة معينة يحددها شرط معين كزواج الأم بعد وفاة زوجها بحيث ينتقل الإرث إلى أحد أبنائها ويقع عليه التزام إعالة أخوته من تركة أبيه المتوفي، أو أن تكون مرهونة بفعل معين كطلاق الزوجة بحيث تنقطع الرابطة الزوجية ويسقط التزامه بإعالة زوجته.

(1) الفعيم، سليمان بن ابراهيم، مرجع سابق

(2) البكري، محمد عبدالغني، الإعالة في العصر البابلي القديم، آداب الرفادين، العدد 54، 2009، ص 17

(3) سليمان، عامر، نماذج في الكتابات المسمارية، ج 1، بغداد، 2002، ص 153

(4) انظر المواد، 29 و 137 و 177، قانون حمورابي

(5) انظر المادة 148، قانون حمورابي

(6) انظر المادة 149، قانون حمورابي

(7) انظر المادة 180 و 181، قانون حمورابي،

الفرع الثالث: الإعالة في الفقه الإسلامي

عرّف الفقه الإسلامي الإعالة بأنها النفقة وقليل ما اصطلح الفقه الإسلامي مصطلح الإعالة لأنهم يعتبرون النفقة هي الجزء الأكبر من الإعالة ولذلك أفردوا لها أبواب وأقوال نظراً لأهميتها في الحياة العملية، ودائماً ما تُفرد تحت باب الأحوال الشخصية، والحقيقة أن في ذلك سبب لدى الفقه لعدم ذكر مصطلح الإعالة وهي:

- 1- تنظيم الشرع لأحكام الميراث بحيث يتم توزيع الميراث لأصحابه بحيث تقل نسبة الأشخاص التي تحتاج للإعالة.
- 2- فرض الشرع نظام الزكاة وهي الزيادة في طائفة من المال في مال مخصوص لمالك مخصوص⁽¹⁾، بحيث تؤخذ الزكاة المفروضة للفقراء لمن فرضة لهم من الفقراء وأصحاب الحقوق، مما يقل نسبة الإعالة لدى المجتمع الإسلامي
- 3- حثّ الشرع على نظام التكافل الاجتماعي، كمساعدة الآخرين والوقوف مع الضعيف في قضاء حاجاته، ومحاربة الربا والعقود الفاسدة، والسماحة في القروض الحسنه .
- 4- تكفّل الدولة الإسلامية لأصحاب الحاجة والعوز بحيث يتم صرف لهم ما يحتاجون من بيت مال المسلمين مما يساهم في القضاء على الإعالة، وعلى ذلك كان مصطلح الإعالة في بطون كتب الفقهاء المسلمين محصوراً بالنفقة .

الفرع الرابع: اقسام الإعالة

يتبين لنا أن الإعالة على قسمين من حيث مصدر الالتزام وهي الإعالة بحكم القانون والإعالة بمقتضى العقد.

أولاً: الإعالة بحكم القانون وهي الإعالة التي نص عليها المشرع في قانون الأحوال الشخصية وهي إعالة واجبة بحكم القانون فرضها على الزوج لزوجته والوالد على ولده، والأبناء على أبائهم⁽²⁾، والقربة الموجبة للنفقة وهي على أساس الإرث، ولهذا النوع من الإعالة إذا استثنينا إعالة الزوج لزوجته شروط يجب مراعاتها لموجبات النفقة أو الإعالة كاشتراط الميراث في القربة، وحاجة طالب النفقة فإن لم يكن محتاجاً لا يستحق النفقة أو عجزه عن الكسب مع مراعاة أن بعض هذه الشروط لا تنطبق على فئة معينة كالنفقة الواجبة للأب وما علاه فهي غير مرتبطة بشرط العجز عن الكسب، واشتراط يسار المنفق وغيرها من الشروط⁽³⁾.

ثانياً: الإعالة بمقتضى العقد وهي الإعالة التي يتم الالتزام بها على ما اقتضاه العقد، وهو عقد البيع وهي العوض الذي يكون مقابلة للعقار المبيع بحيث يلتزم به المشتري (المُعيل) بأداءه كما هو محدد في عقد البيع وقد يكون هذا الالتزام عبارة عن:

1- مرتب مدى حياة البائع أو الشخص المحدد في العقد (المُعال)، فلا يشترط في الثمن أن يكون مجمداً، بل يصح أن يكون مقسطاً على آجال، ومدة هذه الأقساط تمتد مدى حياة المُعال، بحيث يتعهد المشتري إذا اكتملت أركان العقد وشرائطه بالإعالة ويتبادر إلى الأذهان عن ما هية الثمن هل هي في جميع الأقساط مدى حياة المُعال أم في الإيراد نفسه الذي يلتزم فيه المشتري بشكل دوري والحقيقة أن في ذلك اختلاف في هذه المسألة فمنهم من يرى أن الثمن هو في الإيراد نفسه، والرأي الآخر يرى أن الثمن هو جميع الاقساط مدى حياة المُعال⁽⁴⁾، ويتفق الباحث مع الرأي الثاني وذلك لأن طبيعة هذا العقد هو عقد بيع ومن العقود الاحتمالية .

(1) الشرياضي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، ص 209

(2) انظر المادة 197 / أ قانون الأحوال الشخصية

(3) الإمام أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 415 و 416

(4) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 116

2- وقد يكون عبارة عن التزام بعمل مدى حياة المستفيد من الإعالة، بحيث يلتزم المتعاقد البائع بنقل ملكية العقار في مقابل التزام المتعاقد الآخر المشتري بإطعامه وإيوائه وكسوته مدى حياته أو بعلاجه أو بتعليمه وغيرها من الالتزامات التي تندرج تحت هذا النوع، ومثل هذا النوع من العقود الذي يلتزم فيه المشتري بالالتزام بعمل لا يعتبر عقد بيع في القانون المصري وذلك لاشتراط النقد في الثمن حتى ولو أطلق عليه المتعاقدان بعقد بيع، وكذلك لا يعتبر عقد مفاضلة لأن المفاضلة تستلزم وجود بدلين يحل احدهما محل الآخر في ذمة كل من المتعاقدين ولذا يعتبر هذا العقد من العقود غير المسماة في القانون المصري⁽²⁾ وتسري عليه الأحكام العامة في الالتزامات، أما في القانون الأردني فيعتبر هذا العقد عقد بيع ومن العقود المسماة، وذلك لأن طبيعة الثمن في عقد البيع لدى القانون الأردني هو العوض وهو يشمل ما ذكر من إطعام وكسوة وعلاج وتعليم .

(1) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 114

الفرع الخامس: الطبيعة القانونية لإلتزام الإعالة

تعتبر الإعالة بأنها التزم المشتري بإعالة البائع أو الشخص الذي تم تحديده عند إبرام العقد حيث نصت المادة 17 / أ من قانون الملكية العقارية على أنه " يجوز للمالك أن يبيع عقاره إلى آخر لقاء الإعالة، بإعالة المشتري البائع أو شخصاً آخر يحدده في عقد البيع طيلة حياة المُعال "

ويثور التساؤل عن الطبيعة القانونية للإعالة كالتزام في عقد البيع، حيث يقسم الفقه القانوني الإلتزامات إلى نوعين وهما التزم بسيط وهو التزم لا يلحق به وصف يعدل من أثاره، والتزم موصوف وهو التزم يلحق به وصف يعدل من أثاره، وهذا الإلتزام الموصوف بدوره ينقسم إلى عدة أقسام منها ما يتصل بنفاد الإلتزام أو وجود ذاته وذلك هو الأجل والشرط، ومنها ما يتصل بمحل الإلتزام فقد يتعدد المحل، ومنها ما يرد على طرف الإلتزام كتعدد الدائنين⁽¹⁾، وما يهمننا في هذه الدراسة القسم الأول والذي يتصل بنفاد الإلتزام أو وجود ذاته، فالإعالة هو التزم موصوف اتصل به أجل أو شرط عدل من أثاره، فهو عقد غير منجز من جهة المشتري في حق البائع ويعتبر من العقود الزمنية الذي يكون فيه الزمن عنصراً جوهرياً لانقضائه وهو موت المُعال بحيث يبقى الإلتزام قائماً ما دام المُعال على قيد الحياة، وهذا ما يتفق عليه الفقه القانوني ولكن يختلف في تحديد الوصف نفسه هل هو أجل أم شرط، ويتفق الشرط مع الأجل بأنهما أمر مستقبل والتفرقة الأساسية بينهما أن الشرط يقوم على أمر غير محقق كمن يقول أهبك هذا الشيء إذا تزوجت ابنتي فهذا أمر غير محقق الوقوع، أما الأجل⁽²⁾ يقوم على أمر محقق كمن يقول أقضي لك دينك إذا أتت قوافل الحجيج فهذا أمر محقق الوقوع أما إذا قال أقضي لك دينك عندما يأتي فلاناً من الحج فهذا أمر غير محقق الوجود وذلك لاحتمالية رجوعه فيمكن أن يموت في الحج.

(1) غانم، اسماعيل، أحكام التزم، المطبعة العالمية، 1956، ج 2، ص 3

(2) المذكرات الإيضاحية، القانون المدني الأردني، شبكة قانوني الاردن، ص 148، حيث تكرت أن الأجل موعدين يضرب لنفاد التزم أو انقضائه وهو

أمر مستقبل محقق الوقوع وتحقق الوقوع هو الفارق الجوهري بين الشرط والأجل

والأجل كالشرط عنصر عارض في الالتزام لا عنصر جوهري وهو لا يقترن بالالتزام إلا بعد أن يستوفي الالتزام جميع عناصره ويترتب على ذلك نتيجة مهمة أن الأجل في العقود الزمنية لا يقترن به وذلك لأن الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يبطل العقد إذا تخلف عنصر الأجل ومثال على ذلك إيراد مرتب مدى الحياة فهو عقد زمني فإذا تعهد شخص لآخر بأن يؤدي مرتباً مدى الحياة لشخص ثالث ثم تبين أن صاحب الإيراد قد مات قبل العقد فإن الأجل هنا وهو المحل على رأي الدكتور السنهوري⁽¹⁾ يكون قد انعدم ويكون العقد باطلاً، فيبين من ذلك أن الإعالة كالالتزام هو ليس أجلاً وإن كان أمر محقق الوقوع فموت المُعال هو أمر محقق الوقوع ولو كان الأجل غير معين وذلك لأن الزمن هنا عنصر جوهري وليس عارضاً بحيث إذا اختل الزمن في هذا العقد خلت أركانه وشرائطه وكان معرضاً للإبطال هذا من ناحية .

أما من ناحية أخرى وهي الأهم أن الأجل وهو موت المُعال قد اقتترن فيه ملاسبات نقله من طائفة الأجل إلى طائفة الشرط فالملاسبات التي دخلت على الأجل في التزام الإعالة هو استرداد العقار في حال عدم تنفيذ الالتزام أو إعالة المُعال وهو ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 18 من قانون الملكية العقارية حيث نصت " للبايع الحق في استرداد العقار المبيع لقاء الإعالة بقرار من المحكمة المختصة إذا قصر المُعيل أو ورثته من بعده في حال وفاته في التزامه بإعالة المُعال وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع " وهذا سنام التفرقة حيث أن تقصير المُعيل أو ورثته في التزامه بإعالة المُعال هو أمر غير محقق فيمكن أن يقوم بالتزامه أو ان يقصر فيه وهو الفرق الجوهرى بين الأجل والشرط وبذلك يتبين لنا أن الإعالة التزام لحق به وصف عدل من أثاره وهو الشرط الفاسخ بحيث يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، والفرق بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف هو أن الشرط الفاسخ يرتب عليه زوال الالتزام أما الشرط الواقف فيترتب عليه وجوده وبما أن التزام الإعالة كان موجوداً وترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام لا وجوده فإننا نكون بصدد شرط فاسخ وليس شرط واقف.

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، مرجع سابق، ص 81

والحقيقة أن التزام الإعالة في عقد بيع العقار لو لم يجز للبائع الحق في استرداد العقار فإن الوصف الذي لحق الالتزام هو أجل فاسخ وذلك لأن موت المُعال هو أمر محقق وهو سبب من أسباب انقضاء الالتزام فيكون سببه آتياً عن طريق الوفاء، ولكن دخول ملابسات لهذا الأجل جعل الوصف الذي لحق بالالتزام هو شرط فاسخ وذلك لاحتمالية تنفيذ الالتزام من قبل المشتري بإعالة المُعال وهو أمر غير محقق الوقوع فنكون بصدد شرط فاسخ وليس أجل فاسخ.

الفرع السادس: الأهمية العملية التي تفي بها الإعالة

تكمن أهمية الإعالة كأن تكون الإعالة عبارة عن مرتب مدى الحياة البائع، أو عمل يقوم به الملتزم مقابل العقار المبيع، أن البائع حوّل العقار المبيع إلى إيراد مرتب مدى حياته، فكفل لنفسه ما يقوم بأوده إيراداً ثابتاً لا ينقطع هو أعلى من فائدة رأس المال أو أعلى من ريع العين، وفي نظير ذلك يكون قد استهلك رأس المال أو العين فلا يبقى شيء من ذلك لورثته ويكون قد استمتع بكل رأس المال أو العين دون أن يترك شيئاً للورثه ويتمثل هذا الاستمتاع في هذه الأقساط الدورية التي يتقاضاها، ويلجأ إلى ذلك العقد عادة شخص في أواخر حياته، بحيث يكون مالكاً لعقار وليس له ورثة أو له ورثة من ذوي القرابة البعيدة، أو ورثة أقربون ولكن لا يلقي بالألهم، وتكمن أهمية الإعالة أنها تقدم خدمة لبائع العقار في عدم تحمل تبعه إدارة العقار والتقلبات الاقتصادية التي تطرأ على سعر العقار على مر الزمن، فبذلك يكفل إيراداً ثابتاً دون عناء إدارة ذلك العقار والتقلبات التي تطرأ على ريع العقار مع مرور الزمن،⁽¹⁾

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 7، منشورات الحلبي، الطبعة 3 الجديدة، 1998، ص 1045

وقد تكون الإعالة عبارة عن عمل يلتزم به المشتري كإعالة، وقد تمت الإشارة أن الإعالة قد تشمل التعليم والعلاج، وتظهر أهمية الإعالة كعلاج إذا كان البائع شخص في أواخر العمر كتأمين صحي إذا كان المشتري (المُعيل) طبيباً أو صاحب صرح طبي يكفل له علاجاً طيلة حياته. وتظهر أهمية الإعالة أيضاً إذا اشترط المالك أو البائع الإعالة لمصلحة الغير، بأن تكون الإعالة لمصلحة شخص ثالث، بحيث يكفل المتبرع البائع مالك العقار دخلاً ثابتاً يقوم بنفقات معيشته أو تعليمه أو علاجه، ويلجأ إلى ذلك عادة الزوج إذا أراد أن يكفل لزوجته بعد موته ما يقوم بأودها، أو الأب إذا أراد أن يكفل لولد له عاجز عن كسب العيش ما يقوم بأوده، أو يكون الابن فيه طيش فيخاف على ضياع العقار ببيعه وأن يكون سفيهاً أو مسرفاً بحيث يضيع ثمن العقار في فترة زمنية قصيرة، فيعمد الأب إلى هذا العقد ليكفل له دخلاً ثابتاً يكفيه عوز الحياة .

المطلب الثاني

التزام الإعالة في عقد بيع العقار واشتباهاه بالتصرفات الأخرى

الفرع الأول: مفهوم عام عن عقد بيع العقار لقاء الإعالة

نظم المشرع الأردني عقد بيع العقار لقاء الإعالة حيث نص المشرع في المادة 17/ أ قانون الملكية العقارية " يجوز للمالك أن يبيع عقاره إلى آخر لقاء الإعالة، بإعالة المشتري البائع أو شخصاً آخر يحدده في عقد البيع، طيلة حياة المُعال "

يتبين من النص أن المشرع أقر أن هذا العقد هو عقد بيع وبذلك تسري أحكام البيع بما لا يتعارض مع طبيعة ذلك العقد، ونستطيع أن نستخلص من النص تعريف لعقد بيع العقار لقاء الإعالة بأنه " عقد يلتزم فيه البائع (المالك) بنقل ملكية عقار لقاء التزام المشتري بإعالة البائع أو أي شخص آخر يحدد في العقد طيلة حياته، ويسمى المشتري في هذا العقد باسم المُعيل والشخص المستفيد من الإعالة سواء كان البائع أو شخص آخر يحدد في العقد باسم المُعال .

والذي يميز هذا العقد عن غيره من عقود البيع الأخرى أن التزام المشتري لا ينتهي فور نقل الملكية من قبل المالك وذلك لأن ملكية العقار تؤول إلى المشتري ويبقى الإلتزام قائماً بإعالة المُعال طيلة حياته، وعلى ذلك جعل المشرع انتقال ملكية العقار مقيداً بعدم جواز التصرف فيه طيلة حياة المُعال من قبل المشتري وهذا ما نصت عليه المادة 17/ ب قانون الملكية العقارية " لا يجوز التصرف في العقار المبيع لقاء الإعالة ولا حجزه ولا رهنه طيلة حياة المُعال " وما يميز هذا العقد أن الإلتزام الواقع على المشتري لا ينقضي بوفاة المشتري وإنما يمتد إلى الورثة من بعده فيقع عليهم التزام إعالة المُعال طيلة حياته وإلا كان للبائع الحق في استرداد العقار بقرار من المحكمة المختصة وهذا الذي أكدته المادة 18/ قانون الملكية العقارية "

للبيع الحق في استرداد العقار المبيع لقاء الإعالة بقرار من المحكمة المختصة، إذا قصر المٌعيل، أو ورثته من بعده في حال وفاته في التزامه بإعالة المُعال وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع" ويبقى هذا الالتزام قائماً طيلة حياة المُعال إلا إذا اتفق الطرفين على شطب قيد الإعالة بحيث لا يوصف هذا العقد بأنه عقد بيع عقار لقاء الإعالة، أو بوفاة المُعال المستفيد من الإعالة، أو بوفاة المٌعيل دون وارث، أو الحكم باسترداد العقار للبايع بحيث لا يبقى للالتزام محل له وهذا ما أكدته المادة 19/ قانون الملكية العقارية.

ولكل عقد بيع هنالك مبيع وهنالك ثمن له، وفي عقد بيع العقار لقاء الإعالة المبيع عقار والثمن إعالة كما نص المشرع وسوف يتم توضيح ذلك في موضعه .

أولاً: المبيع في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

نصت المادة 17/ أ قانون الملكية العقارية الأردني على أنه " يجوز للمالك أن يبيع عقاره إلى آخر لقاء الإعالة بإعالة المشتري البايع أو شخصاً آخر يحدده في عقد البيع طيلة حياة المُعال " يُستفاد من هذا النص أن المبيع في هذا العقد هو عقار ويثور التساؤل هل يشترط في هذا العقد أن يكون محل العقد عقاراً بحيث لا يتصور أن يكون محل العقد منقولاً؟ في الحقيقة هنالك أكثر من تصور في مراد المشرع في ذلك:

التصور الأول: أن هذا العقد لا يجوز أن يكون محلاً للعقد أو المبيع فيه منقولاً بحيث لا يصلح للتعامل فيه وهذا التصور يخالف القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن المشرع حدد الأشياء التي تخرج عن التعامل بها وهي إما لطبيعتها أو لأن التعامل فيها يعتبر مخالفاً للنظام العام أو الأداب وهذا ما أكدته المادة 55/ مدني أردني " الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية "

وقد يأتي رأي بأن هذه المادة هي ما تؤكد بأن المشرع قد أخرج الأموال المنقولة بأن تكون محلاً لهذا العقد بحيث تخرج عن التعامل بحكم القانون، ودحض هذا الرأي أن المشرع قد ينص صراحة على خروج أموال معينة عن التعامل كما هو في الأموال العامة بحيث لا يجوز في جميع الأحوال التصرف بها⁽¹⁾ والمشرع لم ينص صراحة على خروج الأموال المنقولة كمحل لهذا العقد .

التصور الثاني: أن يكون محل العقد في الأصل منقولاً ولم يكن العقار محلاً لهذا العقد وجاء المشرع وأجاز أن يكون محلاً له، وهذا التصور لا يمكن قبوله وذلك لوجود تطبيقات قضائية⁽²⁾ تثبت أن العقار كان محلاً لمثل هذا العقد.

التصور الثالث: أن هذا العقد يصلح أن يكون العقار والمنقول محلاً له ولكن جاء المشرع لينظم هذا العقد عندما يكون المبيع عقاراً لخصوصية المبيع في هذا العقد ولخصوصية الثمن وهو الإعالة بحيث تستمر الإعالة طيلة حياة المُعال وكون العقار هو الأكثر شيوعاً كمحل لهذا العقد، وكان المشرع جاء ليقول بأنه يجوز أن يبيع المالك عقاره لقاء الإعالة ولكن بشرط أنه لا يجوز للمشتري في هذا العقد أن يتصرف في العقار طيلة حياة المُعال ولا رهنه ولا أن يُحجز عليه .

ويرى الباحث أن التصور الثالث هو الأدق وأن هذا العقد يصلح أن يكون المبيع فيه منقولاً أو عقاراً ولكن لا يستفيد البائع من القيد القانوني الذي أورده المشرع في عدم جواز التصرف من بيع ورهن وغيرها من التصرفات القانونية إذا كان المبيع منقولاً، وعلى كل الأحوال يستطيع البائع من الاستفادة من الشرط الإرادي وهو الشرط المانع من التصرف إذا تم الاتفاق مع الطرف الآخر في العقد على هذا الشرط إذا كان المبيع منقولاً.

(1) أنظر المادة 60 / مندي أردني

(2) قرار محكمة التمييز رقم 4049/2005، تاريخ 2006/5/23، هيئة خماسية، منشورات مركز عدالة حيث نص " اذا كان المدعي يطالب في دعواه

الحكم بإبطال حجوزات ومنع البيع بالمزاد العلني وإبطال كافة التصرفات التي قامت بها الجهة المميزة على الحصص العائدة لابنه زيد في قطع

الاراضي المشار اليها في لائحة الدعوى والمحموزة له للإعاشة مدى الحياة ... "

ثانياً: الثمن في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

من دراسة مفهوم الثمن لغة وفقهاً وتشريعاً وتطور مفهوم الثمن لدى الحضارات، وأن الثمن لا ينحصر فقط بالنقد وإنما حصرها العرف الدارج بين الناس لشيوعها وسهولة تداولها، وبما أننا بصدد عقد بيع عقار لقاء الإعالة حيث أن المشرع حدد ما هية الثمن في هذا العقد والذي أطلق عليه المشرع الأردني بمصطلح الإعالة، ويجب أن نميز في ذلك بين الشرط ومحل العقد وهو الثمن، فالإعالة في هذا العقد هي ليست شرط وإنما هي محل العقد المتمثل في الثمن فإذا قال المتعاقد بعثك هذا العقار بشرط أن تعيلني فهذا ليس بشرط وإنما هذا ما اقتضاه العقد بأن تعيلني ثمناً لهذا العقار، والذي يؤكد أن الإعالة هي ثمن في هذا العقد هي المقابلة فقول المشرع لقاء الإعالة بمعنى ثمناً للعقار، وكذلك ما نص عليه المشرع صراحة في تحديد طبيعة هذا العقد حيث نص في المادة 17/ قانون الملكية العقارية " يجوز للمالك أن يبيع عقاره إلى آخر لقاء الإعالة بإعالة المشتري البائع أو شخصاً آخر يحدده في عقد البيع طيلة حياة المُعال " ولا يتصور عقد البيع إلا باكتمال أركانه والثمن ركناً يكمل أجزاء حقيقته، وما حقيقة الإعالة في هذا العقد إلا ثمنٌ للعقار المبيع .

ثالثاً: الاحتمالية في التزام الإعالة

نص المشرع الأردني في المادة 17 من قانون الملكية العقارية على أنه " يجوز للمالك أن يبيع عقاره إلى آخر لقاء الإعالة، بإعالة المشتري البائع أو شخصاً آخر يحدده في عقد البيع، طيلة حياة المُعال " يتبين من النص أن الاحتمالية في التزام الإعالة عنصر أساسي في هذا العقد بحيث التزم المشتري بإعالة المُعال طيلة حياته مما ينطوي على عنصر الاحتمال، فإذا خلت الإعالة من عنصر الاحتمالية والمرتبطة بحياة المُعال أصبح التصرف باطلاً، ونستعرض حالتين لهذا المبدأ بحيث يفقد هذا العقد عنصراً جوهرياً من أركانه أو شروطه :

الحالة الأولى: إعالة قررت مدى حياة شخص وجد ميتاً وقت إبرام العقد

إن ربط الإعالة بحياة المُعال هو الذي يجعل الالتزام احتمالياً، لأن الموت لا يُعرف ميعاده، وهذا الاحتمال هو السبب في العقد، كما هو الأمر في سائر العقود الاحتمالية، فإذا انعدم الاحتمال بطل العقد، أو كان عقداً آخر، ويترتب على ذلك أن العقد إذا رتب إعالة حياة إنسان ميتاً وقت إبرام عقد البيع فهو باطل وذلك لانعدام المحل وهي الإعالة، وفي رأي آخر انعدام السبب،⁽¹⁾ ولكن الحقيقة أن الإعالة هي محل العقد وهو الثمن، فينعدم المحل ويبطل العقد، فالأساس في إبرام عقد بيع العقار أن يكون مقابله ثمن، والثمن في هذا العقد هو التزام الإعالة، فإذا كان الشخص المستفيد من الإعالة ميتاً وقت إبرام العقد، فقد انتفى محل العقد وبذلك اختل ركن من أركانه وانعدم محل الالتزام فكان العقد باطلاً .

الحالة الثانية: إعالة قررت لمدة معينة

نجد أن المشرع الأردني رتب الإعالة بمدة حياة المُعال بحيث تنقضي الإعالة بوفاته، وهذا الانتهاء الطبيعي للوفاء بالالتزام، فخاصيته الجوهرية أن الإعالة تقرر لمدة غير معينة، لأن الموت لا أحد يعرف ميعاده، ولذلك إذا تقرر الإعالة لمدة معينة كأن تكون عشر سنوات مثلاً، فإنه يكون قد فقد العنصر الجوهري فيه، ولا نكون أمام عقد بيع التزامه إعالة لأن عنصر الاحتمال غير موجود، بل نكون أمام عقد آخر فتنقل طبيعته من عقد بيع عقار لقاء الإعالة إلى عقد بيع بالتقسيط وذلك لأن المدة معينة أخرجت الإعالة من كونها إعالة وتكون مدة الإعالة هي عبارة عن أقساط لهذا العقار وذلك لعدم وجود عنصر الاحتمال .

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 7، مرجع سابق، ص 1064

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار لقاء الإعالة

بيع العقار لقاء الإعالة يصنف بأنه عقد من العقود الاحتمالية (غير المحددة)، وهي العقود التي لا يستطيع فيها المتعاقدين وقت إبرام العقد تحديد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى، أي احتمال المكسب والخسارة لكل من المتعاقدين، وتظهر الاحتمالية في عقد بيع العقار لقاء الإعالة بجهالة الثمن أو مقدار التزام المشتري في هذا العقد ومقدار الثمن الذي سيأخذه البائع لقاء العقار المبيع، ويعتبر عقد بيع العقار لقاء الإعالة من العقود المقترنة بشرط ولكن ما يميز هذا الشرط أنه شرط قانوني وليس شرط إرادي وذلك لأن المشرع نص عليه صراحة لحماية مصلحة خاصة أولى بالرعاية، ويمكن وصف هذا البيع بأنه بيع معلق على شرط فاسخ وهو مدى التزام المشتري بالإعالة، فإذا تحقق هذا الشرط اعتبر البيع كأن لم يكن⁽¹⁾.

ويعتبر هذا العقد أنه من العقود الشكلية الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي، وإنما يتطلب اتخاذ شكلية حددها القانون لانعقادها فهو يعتبر من البيوع أو التصرفات العقارية التي يتطلب لصحة التصرف التسجيل لدى مديرية التسجيل، ويتميز أنه من العقود الزمنية والتي يلعب فيها عنصر الزمن دوراً جوهرياً حيث لا يتصور قيامه بدون عنصر الزمن وطبيعة هذا العقد أن الالتزامات الواقعة على المشتري والمتمثلة في الإعالة تنتقل إلى الورثة مع انتقال حق الملكية واكتسابها من الوارث، فلا ينتهي الالتزام بوفاته بحيث يكون هذا العقد صورة واضحة للترقية بين انقضاء العقد وانقضاء الالتزام .

(1) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 308

الفرع الثالث: عقد بيع العقار واشتباؤه بالتصرفات الأخرى

يحدث كثيراً بسبب الحرية التي منحها القانون للناس في إنشاء التصرفات والعقود في حدود النظام العام والأداب، أن تظهر تصرفات تشترك مع عقد البيع عموماً وعقد بيع العقار لقاء الإعالة خصوصاً، فيقوم الشك حول ما هيئة التصرف أو ما هيئة العقد المبرم، ولما كان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، والأصل في الكلام الحقيقية فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي⁽¹⁾ تعين تحديد عقد بيع العقار لقاء الإعالة عن غيره من العقود والتصرفات تبعاً للمعنى المقصود لا بالوصف الذي يطلقه المتعاقدان.

أولاً: اشتباه بالهبة

الهبة لغةً وفي الشرع تملك العين بلا عوض⁽²⁾ وعرفتها المادة 557/ مدني اردني " الهبة تملك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض"⁽³⁾، وعرفها الفقه بأنها تملك العين للحال من غير عوض⁽⁴⁾، يتضح من التعاريف أن الهبة تجتمع مع البيع بأن كلاهما تملك ولكن الاختلاف بينهما أن الهبة من غير عوض بينما البيع لا بد أن يكون مقابل عوض، وفي هذه الحالة لا يثور الشك بين العقدين بحيث نستطيع التمييز بينهما، ولكن الاشكالية تثور عندما تكون الهبة بعوض على أساس أن الهبة هي من عقود التبرعات، وقد بين المشرع الأردني بأنه يجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً وهذا يتوافق مع نص المادة 77/ مرشد الحيران " الهبة تملك العين بلا عوض وقد تكون بعوض "

(1) القانون المدني الأردني، المادة 213

(2) الشرياصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، ص 491

(3) انظر المادة 486 / مدني مصري، والمواد 522 و 527 و 529 / موجبات لبناني

(4) عبد البر، مجدزكي، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، دار الثقافة، قطر، الدوحة، 1986، الطبعة 1، ص 567

وبذلك قد تشتهب الهبة بعوض مع عقد البيع من حيث الطبيعة وينتقل من عقد تبرع إلى عقد معاوضة مما يرتب أحكام أخرى غير أحكام عقود التبرعات كأن تكون نافعة نفعاً محضاً للمتبرع له، وضارة ضرراً محضاً بالنسبة للمتبرع، وكذلك القبض الذي يشترط في الهبة بحيث لا تكون الهبة نافذة قبل القبض بعكس البيع الذي يكون منعقداً نافذاً وقت إبرام العقد وهذا ما أكدته المادة 559/ مدني أردني " لا ينفذ عقد الهبة إذا كان المال الموهوب غير مملوك للواهب مالم يجزه المالك ويتم القبض برضاه" بحيث يستطيع الرجوع عن الهبة قبل القبض بعكس عقد البيع الذي لا يستطيع أطرافه الرجوع عنه إذا تم إبرامه واستوفى أركانه وشرائط صحته.

ويختلف عقد الهبة عن عقد البيع في صيغة الإيجاب والقبول واختلاف الفقه على اعتبار القبول من الموهوب له ركناً في الهبة، فقد جاء في الكاساني " أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر وفي قول أن القبض ركن⁽¹⁾، ولا خلاف لدى المشرع الأردني على اعتبار القبول ركن لانعقاده وذلك لتسمية الهبة بعقد وقد عرف المشرع الأردني العقد في المادة 87/ مدني " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للأخر "

والحقيقة أن المشرع الأردني قد حسم الخلاف في اشتباه عقد الهبة مع عقد البيع في نص المادة 1155/ 2 " وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع " أي رد الهبة بعوض الى الأحكام الناظمة لعقد البيع كحق الشفعة وغيرها من الأحكام الخاصة من تسليم المبيع والثمن.

(1) عبدالير، محمد زكي ، نفس المرجع ص 569

ومع هذا الحسم في الخلاف على اعتبار عقد الهبة بعوض عقد بيع في ترتيب الأحكام إلا أن الخلاف يثور بين التمييز بين عقد الهبة على اعتباره عقد بيع مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة والتمييز بين عقد بيع العقار لقاء الإعالة والبيع الأخرى هو أن الثمن في عقد بيع العقار هو إعالة وليس كأى عوض آخر كما في البيع الأخرى، ولكن يزيد التعقيد في التمييز بين عقد بيع العقار لقاء الإعالة مع الهبة بعوض أن تكون الهبة مشروطة كأن يقول المتعاقد وهبتك هذا العقار على أن تعيلني ما حييت ويزيد في إشكالية التمييز أن يشترط على الموهوب له بأن لا يتصرف في العقار طيلة حياته، والحقيقة أن أحكام هذا العقد هي نفس أحكام عقد بيع العقار لقاء الإعالة والاختلاف في الصيغة القولية فقط كأن يقول في عقد الهبة وهبتك أو منحتك أو أعطيتك هذا العقار على أن تعيلني وفي صيغة عقد البيع أن يقول بعثك على أن تعيلني وبهذا التمييز يتمحور لنا تصورين من الآراء :

1- أن عقد الهبة بعوض وعندما يكون العوض عبارة عن إعالة هو عقد مختلف عن عقد بيع العقار لقاء الإعالة المنصوص عليه في قانون الملكية العقارية وذلك لأن المبيع فيه عقار أما عقد الهبة بعوض وإن كان الثمن فيه إعالة فإنه من المحتمل أن يرد هذا العقد على منقول هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فإن الشرط الوارد في عقد الهبة بعوض بعدم التصرف في العقار طيلة حياة الواهب وإن كان الثمن إعالة هو شرط إرادي وليس قيد قانوني نص عليه المشرع كما في عقد بيع العقار لقاء الإعالة، بحيث يجوز الاتفاق على إلغاؤه ويجوز القاضي النظر في مشروعيته بعكس الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة المنصوص عليه في المادة 17/ ب قانون الملكية العقارية الأردني، وبالإضافة للصيغة القولية التي يتم فيها إبرام عقد الهبة بعوض.

2- الرأي الآخر ينظر أن عقد بيع العقار لقاء الإعالة المنصوص عليه في قانون الملكية العقارية ما هو إلا امتداد على عقد الهبة بعوض، وجاء المشرع لتنظيم هذا العقد بحيث نص صراحة على أن هذا العقد هو عقد بيع وليس عقد هبة بعوض وحتى وإن كانت الصيغة القولية لإبرام العقد هي بمصطلحات يتم فيها انعقاد عقد الهبة وذلك تطبيقاً لنص المادة 214/ مدني اردني " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني "، فكانت عناية المشرع في تنظيم هذا العقد وذلك لأهمية المبيع (العقار) وحماية أطراف العقد من عدم تنفيذ الالتزام المترتب على هذا العقد.

ويرى الباحث أن القرارات القضائية السابقة⁽¹⁾ لتنظيم عقد بيع العقار لقاء الإعالة متضاربة على اعتبار عقد الهبة بعوض عقد بيع أم أنه عقد هبة فنجد تضارب بين نصوص القانون المدني في تحديد طبيعة هذا العقد فقد نصت المادة 2/557 مدني أردني " ويجوز للواهب مع بقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضاً " ومن ثم يأتي في المادة 2/1155 مدني " وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع " ويذكر الدكتور انور سلطان في ذلك أن الألتزام المالي قد يبلغ من القيمة قدراً قد تنعدم معه نية التبرع وفي هذه الحالة تقترب الهبة بعوض في مظهرها من البيع والتفريق بينهما هي نية التبرع وهي حالة موضوعية ترجع للقاضي في تحديدها⁽²⁾ وعلى ذلك يرى الباحث أن المشرع جاء لتنظيم عقد بيع العقار لقاء الإعالة والتأكيد على أنه عقد بيع بغض النظر عن نية التبرع لديه وهذا فقط عند بيع العقار.

(1) تمييز حقوق 4906/ 2017، نافذة المحامين، موقع ويب تعليمي " اذا تضمن عقد البيع الصادر عن البائع في مرض الموت عبارة أن الثمن (الإعاشة

مدى الحياة) فهو عقد هبة بعوض تم سترها بعقد بيع وذلك لتوفر شروطها وفق المادة 557 من القانون المدني "

(2) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 32

ثانياً: بعض صور الهبة في الفقه الإسلامي

هنالك صور للهبة في الفقه الإسلامي تتشابه مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة وتأخذ صورتين وهما :

العمري:

وهي أن يقول أعمرتك هذه الدار أو صرح جعلت هذه الدار لك عمري أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هي لك عمرك أو حياتك فإذا مت أنت فهي رد علي أو أن يقول جعلتها لك عمري أو حياتي فإذا مت أنا فهي رد علي ورثتي، وفي مشروعية العمري جاء عن رسول الله صل الله عليه وسلم أنه قال " أمسكوا عليكم أموالكم ولا تُعمروها فإن من أعمر شيئاً فإنه لمن أعمره " وقوله صل الله عليه وسلم " أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث " وجاء عن رسول الله صل الله عليه وسلم أنه أجاز العمري والرقي.

فدللت الأحاديث على جواز الهبة وبطلان التوقيت في بعض الأقوال لأن قوله جعلت هذه الدار لك بمعنى التملك وقوله عمري توقيت التملك وهذا ما لا يقتضيه العقد⁽¹⁾.

ويختلف العمري عن عقد بيع العقار لقاء الإعالة أنها عقد هبة وكذلك الملكية فيها مؤقتة بحياة إما الواهب أو الموهوب له فهي أقرب لتمليك المنفعة دون الرقبة بعكس بيع العقار لقاء الإعالة فالملكية تنتقل للمشتري وقت إبرام العقد واكتمال أركانه وشروط صحته وتنتقل للورثة من بعده إلا أن الملكية هنا مقيدة بعدم جواز التصرف طيلة حياة المُعال .

(1) عيد البر، مجد زكي، أحكام المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 633-634

الرُّقْبَى:

وهي أن يقول أرقبتك هذه الدار أي إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبلي فهي لي، ولقد اختلف الفقه في طبيعة الرقبي فمنهم من قال أنها عارية وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأما أبو يوسف فقوله أنها هبة وذلك لأنه يقال داري لك تمليك عين ولما قال رقبى فقد علقه على شرط وإنه يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحاً وذلك لما روي عن رسول الله صل الله عليه وسلم أنه أجاز العُمري والرَّقْبَى، أما أبو حنيفة ومحمد فحجّتهم أنها عارية وليست هبة بما روى الشعبي عن شريح ومثلهما لا يكذب أن الرسول صل الله عليه وسلم أجاز العُمري وأبطل الرُّقْبَى، وذلك قوله داري لك رقبى تعليق التمليك بالخطر وسميت الرقبى من الترقب والانتظار أي موت أحدهم وذلك غير معلوم، والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وتصح عارية (1).

أما اختلافها عن عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو طبيعة العقد فالرُّقْبَى وإن كانت هبة أو كانت عارية فهي بدون عوض وكذلك الملكية في عقد بيع العقار لقاء الإعالة فهي للمشتري ولا يوجد فيها خطر أو احتمالية التمليك بين أطراف العقد وإنما الخطر في عدم تنفيذ الالتزام من قبل المشتري وهو إعالة المُعال طيلة حياته .

(1) عيد البر، محمد زكي، أحكام المعاملات التجارية، مرجع سابق، ص 636

ثانياً: اشتباه المرتب مدى الحياة

أجاز المشرع الأردني لشخص أن يلتزم تجاه شخص آخر بإداء مرتب دوري مدى الحياة سواء كانت الحياة هي حياة الملتزم نفسه أو الملتزم له أو أي شخص آخر حيث نصت المادة 916/1 " يجوز أن يلتزم شخص لأخر بأن يؤدي له مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض"⁽¹⁾

يستفاد من النص أن المرتب مدى الحياة هو عبارة عن إلتزام قد يرد في عقد هبة إذا كان بغير عوض أو في وصية وقد يرد في عقد بيع إذا كان الإلتزام مقابل عوض كأن يقوم البائع بالإنفاق مع المشتري على دفع الثمن على شكل مرتب مدى الحياة للبائع أو لأي شخص يحدد في العقد.

ويشتبه الإلتزام في المرتب مدى الحياة مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة أن كلاهما من العقود الاحتمالية أي العقود غير المحددة في العقد وهي جهالة الثمن في عقد بيع العقار وجهالة الإلتزام في المرتب مدى الحياة حيث أن كليهما مرتبط بانقضاء حياة المستفيد من الإعالة أو المرتب مدى الحياة، ويشتبه المرتب مدى الحياة مع عقد بيع العقار في شخص المتعاقد فغالباً من يأتي إلى هذا النوع من التصرفات سواء كان في عقد بيع العقار لقاء الإعالة أو في المرتب مدى الحياة من هم في أواخر العمر أو عاجزين إدارة أعمالهم بأنفسهم وليس لهم مُعيل فيتصرف في ما يملك لإعالة نفسه أو أي شخص يحدد في العقد، ويتشابه المرتب مدى الحياة كثيراً مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة عندما يكون نوع الإلتزام عبارة عن علاج أو تعليم أو إنفاق حيث نصت المادة 916/2 مدني " فإذا تعلق الإلتزام بتعليم أو علاج أو إنفاق فإنه يجب الوفاء به طبقاً لما يجري به العرف إلا إذا تضمن الإلتزام غير ذلك " ومن تعريف الإعالة والتي تم تعريفها سابقاً فالإعالة قد تكون عبارة عن تعليم أو علاج أو نفقة.

(1) أنظر المادة 714 / مدني مصري، و 1028 / قانون الموجبات اللبناني

أما ما يميز المرتب مدى الحياة عن عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو أن المرتب مدى الحياة أعم وأشمل من عقد بيع العقار لقاء الإعالة حيث قد يرد هذا الالتزام في وصية أو في عقد هبة أو في عقد بيع، بحيث يشتبه معه فقط عندما يرد في عقد بيع وما يميزه كذلك أن انتقال الملكية في المرتب مدى الحياة تنتقل بدون قيود إلا إذا تضمن العقد قيد إرادي يمنع من التصرف أو ما يسمى في الفقه القانوني بالشرط المانع من التصرف وكذلك الالتزام في المرتب مدى الحياة يرد في عقد البيع يكون المبيع فيه عقاراً أو منقولاً ويرى الباحث أن المرتب إذا ورد على عقد بيع عقار فهو عقد بيع عقار لقاء إعالة وتطبق عليه أحكامه لتوافق أحكامه مع أحكام بيع العقار لقاء الإعالة ويترتب على ذلك أن الكتابة لا تكفي لبيع العقار مقابل مرتب مدى الحياة كما نصت المادة 3/916 مدني أردني " ويشترط في صحة الالتزام أن يكون مكتوباً " وإنما يترتب على تمام الالتزام وAntقال ملكية العقار التسجيل لدى دائرة التسجيل المختصة وذلك لأن الشكلية هنا شكلية إنعقاد وليست شكلية إثبات ومن مبدأ الخاص يعقل العام فتطبيق نص المادة 63/ قانون الملكية العقارية اولى بالرعاية والتي نصت على بطلان التصرفات الواقعة على العقارات إذا لم تسجل لدى مديرية التسجيل .

ثالثاً: اشتباه بالوصية

تعرف الوصية بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت⁽¹⁾، وعرفها المشرع الأردني في المادة 1/ 1125 مدني " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى بعد الموت " ولا يثور أي إشكال في التمييز بين عقد البيع وبين الوصية حيث أن الوصية هي تصرف إنفرادي من جانب المتصرف بينما عقد البيع قوامه الإيجاب والقبول يثبت أثره في المحل المعقود عليه،

(1) الشرياصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، المرجع السابق، ص 480

ولكن قد يقصد المتصرف التهرب من أحكام الوصية فيعطئها صورة البيع، والحقيقة تمييز التصرف هل كان بيعاً أم وصية هي من اختصاص قاضي الموضوع⁽¹⁾، فله أن يفسر العقد أو التصرف وفقاً لنية المتعاقدين وأن لا يتقيد بالمعنى اللغوي إذا دلت الظروف أن التصرف هو وصية وليس بيع، ومن الظروف التي يستدل بها على نية الإيضاء هو عدم دفع المشتري الثمن المحدد للمبيع أو تنازل البائع عنه، أو ثبوت أن المشتري يعجز عن دفع ثمن المبيع، أو أن يشترط في العقد عودة ملكية المبيع للبائع إذا توفي المشتري وهكذا⁽²⁾ ويثور التشابه بين الوصية وبين عقد بيع العقار لقاء الإعالة عندما يتصرف شخص لأحد ورثته، بحيث يحدث التشابه وعدم التمييز بينهما خاصة إذا احتفظ المتصرف بحياسة العقار وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة حيث نصت المادة 1129/ مدني " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بحياسة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يعم دليل يخالف ذلك"⁽³⁾

ويرى الباحث أن المشرع في هذا النص قد يخرج عقد بيع العقار لقاء الإعالة من طبيعته القانونية بحيث يصبح وصية مضافة لبعء الموت وذلك إذا توافر الحق في الإنتفاع من قبل البائع وكان المشتري أحد الورثة، غير أن دليل قيد الإعالة المدوّن في مديرية التسجيل هل يعتبر دليل يخالف ذلك، كل هذا يرجع لقاضي الموضوع في تفسير العقود والتصرفات والظروف المحيطة للعقد .

(1) ذهب القضاء المصري قبل إلغاء المحاكم الشرعية إلى أن تعرف حقيقة التصرف ونية المتصرف هل هي بيع أم وصية من اختصاص جهة القضاء العادي لا جهة الأحوال الشخصية (نقض 9 نوفمبر سنة 1944 مجموعة القواعد القانونية، ج 4 ص 437 رقم 156) ، قرار تمييز محكمة التمييز في

لبنان (تمييز مدني قرار 38 في 19 تموز 1962 ج 48 ص 16) أنظر هوامش، سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 33

(2) سلطان، أنور، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 34

(3) انظر المادة 917 / مدني مصري

رابعاً: اشتباه بالبيع الإيجاري (الإجارة المنتهية بالتمليك)

وهو عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لأخر سلعة معينة مقابل أجره معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة وتنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لأخر قسط بعقد جديد⁽¹⁾، وعرفها الدكتور توفيق فرج بأنها عقد يصفه المتعاقدان بأنه إيجار ويتفق على أن يقوم المستأجر في هذه الحالة بدفع أجره لمدة معينة ينقلب العقد بعدها بيعاً وتعتبر الأجرة التي دفعت على أقساط ثمناً للمبيع⁽²⁾، وعرفها آخر بأنها عقد إيجار مقرون بوعد بالبيع يقوم بموجبه أحد المتعاقدين بإيجار شيء إلى آخر لمدة معينة يكون للمستأجر عند انقضائها خيار شرائها بسعر معين⁽³⁾.

يستفاد من التعريفات أن البيع الإيجاري هو عقد إيجار ابتداءً ينتهي إلى عقد بيع بعقد جديد عند انتهاء مدة معينة وتكون الأجرة التي دفعت خلال تلك المدة عبارة عن أقساط لثمن المبيع، ولا تثار مشكلة التشابه بين عقد البيع الإيجاري وعقد بيع العقار لقاء الإعالة وذلك لاختلاف الطبيعة القانونية لكلاهما فمن التعريفات نجد أن الأقساط في الإيجار المنتهي بالتمليك تكون فيه مدة الأقساط معينة فهي من العقود المحددة بينما عقد بيع العقار لقاء الإعالة فإن مدة الأقساط لثمن المبيع غير محددة وهي متعلقة بوفاء المأل فطبيعته من العقود الاحتمالية، وقد يتشابه البيع الإيجاري في ملكية المبيع حيث أن المستأجر في عقد البيع الإيجاري لا يملك التصرف في العقار وإنما يملك المنفعة فقط فلا يستطيع بيعه ولا رهنه إلا بعد تمام الأقساط المحددة في العقد على اعتبار أن ملكية الشيء لم تنتقل له بعد وهو ما يتشابه مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة فإنه لا يستطيع التصرف فيه ولا بيعه ولا رهنه غير أن المشتري في هذا العقد قد انتقلت له ملكية العقار ولكن هذا الانتقال مقيد بشرط قانوني بعدم جواز التصرف في العقار طيلة حياة المأل.

(1) الحافي، خالد بن عبدالله، الإجارة المنتهية بالتمليك، المؤسسة السعيدية، الرياض، الطبعة 2، 1421 هـ، ص 60

(2) فرج، توفيق، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الرياض، 1985، ص 43

(3) الحكيم، جاك، العقود الشائعة والمسماة، دار الفكر، لبنان، ص 219

وقد يزيد التشابه في البيع الإيجاري عندما يبرم شخص عقد البيع الإيجاري مع شخص آخر وتكون مدة الأقساط طويلة حياة البائع أو شخص آخر وهنا تكون مهمة قاضي الموضوع في تحديد ما هية العقد، ويرى الباحث ان البيع الإيجاري حتى يتم يجب أن تكون مدة الأقساط محددة وبذلك تنتقل طبيعة ذلك العقد من العقود المحددة إلى العقود الاحتمالية ونكون بصدد عقد بيع عقار لقاء الإعالة

خامساً: اشتباه بالبيع بالوفاء (البيع الوفائي)

لم يتطرق المشرع الاردني في بيان موقفه من بيع الوفاء ومشروعيته وعلى ذلك يتم العودة لبيان ذلك الموقف إلى مجلة الأحكام العدلية تطبيقاً لنص المادة 1448/ مدني⁽¹⁾، حيث اعتبرت انه يجري حُكم الرهن في البيع بالوفاء⁽²⁾، وعلى ذلك يعتبر بيع الوفاء في القانون الأردني باطلاً كما هو في القانون المصري، غير أن هذا البيع هو بيع صحيح في القانون اللبناني حيث نصت المادة 1/473 موجبات " أن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفائي، هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن " ويشترط أن يتفق على الاسترداد في نفس عقد البيع، لانه لو اتفق عليه بعد تمام البيع فيعتبر هذا وعداً بالبيع من جانب المشتري مما يترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يربتها المشتري للغير على المبيع بعد البيع الأول تنفذ في حق البائع بعد إعادة المبيع إليه⁽³⁾، ويقع هذا البيع عندما يكون مالك الشيء في حاجة ماسة إلى مبلغ نقدي ولا يرغب في نفس الوقت في خروج ذات الشيء من ملكه نهائياً فيعهد إلى إبرام ذلك البيع كأن يقول أبيعك هذا العقار بثمن معين على أن أشتريه منك في مدة معينة بثمن أعلى من الثمن الذي بعتهك أياه فإذا انقضت المدة المعينة ينحل المشتري من التزامه في رد العقار أو المبيع،

(1) نصت المادة 1448 / مدني أردني " يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية " ويستفاد من هذا النص أن مجلة الأحكام العدلية مطبقة نصوصها في ما لا يتعارض مع أحكام القانون المدني وعلى ذلك إذا خلى القانون المدني الاردني في توضيح موقف قانوني فلا بد من الرجوع لنصوص مجلة الأحكام العدلية.

(2) المادة 3 مجلة الأحكام العدلية

(3) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 307

وطبيعة هذا العقد هو بيع معلق على شرط فاسخ هو رد الثمن والنفقات في الميعاد المتفق عليه، وكما ذكرنا فإن هذا البيع في القانون الأردني حكمه حكم الرهن، ومعنى ذلك أن البائع في هذا البيع ما عليه إلا أن يرد الدين الذي في ذمته للمشتري، وعلى المشتري أن يرد المبيع عند استحقاق الدين، ولا يستطيع المشتري تملك المبيع إلا بالطرق القانونية المتبعة في الرهن، أو أن يأخذ الدين من قيمة المبيع وليس المبيع نفسه بحيث يكون له حقاً تبعياً لا حق ملكية .

ولا يثور إشكالية في التمييز بين البيع الوفائي وبيع العقار لقاء الإعالة حيث أن البيع الوفائي من العقود المحددة بينما الأخر من العقود الاحتمالية، وفي نوع الحق العيني لدى المشتري في العقدين ففي التشريع الأردني الحق العيني في بيع الوفاء هو حق عيني تبعي وفي التشريع اللبناني هو حق ملكية، بينما الحق العيني لدى المشتري في بيع العقار لقاء الإعالة هو حق ملكية وإن كانت مقيدة.

ولكن التشابه بين العقدين يظهر جلياً عندما يتخلى أو يقصر المشتري في التزامه بإعالة البائع أو الشخص المحدد في العقد بحيث يكون الحق للبائع في استرداد العقار المبيع بقرار من المحكمة المختصة، فتتشابه الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار لقاء الإعالة مع البيع الوفائي بأنه بيع معلق على شرط فاسخ وهو في البيع الوفائي رد الثمن والنفقات وفي الأخر تنفيذ الالتزام بإعالة البائع أو الشخص المحدد في العقد (الموعود)، وكذلك طبيعة حق البائع في استرداد المبيع في العقدين وما هي طبيعة ذلك الحق حيث أن ملكية المبيع في العقدين ليست للبائع وإنما انتقلت للمشتري والاسترداد هو رجوع حق الملكية للبائع، ويختلف العقدين في المدة التي يجوز فيها الاسترداد، ففي البيع الوفائي طبقاً للقانون اللبناني لا يجوز أن تزيد مدة الاسترداد عن ثلاث سنوات من تاريخ البيع وإذا اشترط ميعاد يزيد عن ذلك أنزلت إلى المدة القانونية المنصوصة (1)، بينما في عقد بيع العقار لقاء الإعالة لم ينص المشرع الأردني على مدة معينة يتم خلالها استرداد العقار فهي مرتبطة بتنفيذ الالتزام من قبل المشتري.

(1) المادة 474 / موجبات لبنان

سادساً: اشتباه بعقد التأمين على الحياة

عرّف المشرع الأردني في المادة 920 من القانون المدني التأمين بأنه " عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلالمؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن "⁽¹⁾ يتبين من النص أن عقد التأمين على الحياة عقد يلتزم به المؤمن له بدفع مبلغ معين أو أقساط دورية إلى المؤمن، على أن يقوم المؤمن حين وقوع حادث أو تحقق الخطر المبين في العقد بدفع مبلغ من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي، ويتفق عقد التأمين على الحياة مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة من ناحية الأهمية العملية التي تكمن في تلك العقود، فتكمن أهمية الإعالة في تأمين إيراد مرتب مدى الحياة للمُعال المستفيد من الإعالة، وقد يكون المستفيد منها البائع نفسه وقد تشترط لمصلحة الغير إذا كان المستفيد من الإعالة شخص غير البائع فهي على سبيل التبرع من قبل البائع للمستفيد من الإعالة، وكذلك عقد التأمين على الحياة فهو يتقارب من ناحية الأهمية العملية لذلك العقد فهو أداة من أدوات الإدخار، وفي الأغلب يكون المستفيد من هذا التأمين شخص آخر غير الملتمزم بدفع الأقساط للمؤمن، ويلتقي العقدين من ناحية الخطورة على حياة الشخص الذي يبرم هكذا عقود فحياة المستفيد من الإعالة في خطر وذلك لأن الإعالة تنتهي بوفاته وبذلك ينقضي الالتزام، وكذلك عقد التأمين على الحياة، وتكمن الخطورة على حياة المؤمن على حياته، وذلك لأن التزام المؤمن يبدأ عند حدوث الخطر بحيث يلتزم بدفع مبلغ مالي أو أي عوض عند حدوث ذلك الخطر، ويكمن هذا الخطر من المستفيد من مبلغ التأمين، ولذلك اشترط المشرع الأردني⁽²⁾ لِنفاذ عقد التأمين على حياة الغير موافقته الخطية وتوافر الأهلية فلا ينفذ العقد إلا بموافقة من يمثله قانوناً،

(1) يقابلها في التقنين المصري المادة 747 وفي التقنين اللبناني في قانون الموجبات المادة 950

(2) القانون المدني الأردني المادة 942، يقابلها في التقنين المصري المادة 755، ويقابلها في قانون الموجبات اللبناني المادة

ويتشابه عقد التأمين على الحياة مع التزام الإعالة في كونهما من العقود الاحتمالية، ومن العقود الزمنية التي يعد الزمن عنصر جوهرياً في العقد، فإذا أبرم عقد التأمين على الحياة وتبين أن الشخص الذي أمن على حياته كان ميتاً قبل إبرامه فيعتبر العقد باطلاً ولا يرتب أثر، وكذلك إذا أبرم عقد بيع عقار لقاء إعالة لمصلحة شخص ثالث وتبين أن هذا الشخص ميتاً، فيعتبر العقد كأن لم يكن ويقع باطلاً ولا يرتب أثراً .

أما الاختلاف ما بين العقدين أن التزام الإعالة معلق على شرط فاسخ، وذلك لأن الالتزام يقوم وقت إبرام العقد ويلتزم المشتري بإعالة المُعال طيلة حياته، فإذا مات المُعال انقضى الالتزام بالنسبة للمشتري أو ورثته، بينما التزام المؤمن معلق على شرط واقف، فإذا تحقق هذا الشرط تحقق التزام المؤمن وهو وقوع حادث أو وقوع الخطر المبين في العقد، فتختلف طبيعة التزام الإعالة والتزام التأمين في أن الإعالة معلقة على شرط فاسخ، بينما التأمين معلق على شرط واقف هذا من ناحية .

أما من ناحية أخرى فإن التزام البائع في عقد بيع العقار لقاء الإعالة ينتهي عند نقل الملكية للمشتري، بينما التزام المؤمن له أو الملتزم بدفع الأقساط الدورية ينتهي عند تحقق الخطر المبين بالعقد أو بوفاة المؤمن على حياته، فينتهي التزامه بدفع الأقساط ويبدأ التزام المؤمن بدفع إيراد أو أي عوض مالي على أساس تحقق هذا الشرط أو تحقق الخطر وهو وفاة المؤمن على حياته وبذلك يستحق مبلغ التأمين⁽¹⁾

(1) راجع في ذلك السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 7، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 1421-1431

المبحث الثاني

الغرر وأثر الغبن والاستغلال في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

واقترضى توزيع هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الغرر في الإعالة كتمن للعقار المبيع

المطلب الثاني: أثر الغبن والاستغلال في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

المطلب الأول

الغرر في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

الفرع الأول: مفهوم الغرر

أولاً: الغرر لغة

الغرر بفتحتيْن هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا، وجاء بمعنى الخطر وقرَّه يغزُّه غروراً⁽¹⁾، والغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثن شيء من ذلك خمسون ديناراً، فيقول الرجل أنا أخذه منك بعشرين ديناراً فإن وجد المبتاع ذهب من البائع ثلاثون ديناراً وإن لم يجده ذهب البائع من المبتاع بعشرين ديناراً⁽²⁾

(1) مرغشلي، نديم و اسامه، تجديد صحاح العلامة الجوهري، الحضارة العربية، بيروت، 1974، الطبعة 1، ج 2، ص 193

(2) الشرباصي، المعجم الاقتصادي الاسلامي، مرجع سابق، ص 317 و 318

ثانياً: الغرر فقهاً واصطاحاً

الغرر اصطلاحاً هو المجهول العاقبة⁽¹⁾، وعرفه الشيرازي ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته⁽²⁾، وعرفه الكاساني هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك⁽³⁾ وقال عنه آخرون ما لا يضبط المتبايعان مقداره في حال مبايعتهما له⁽⁴⁾، وهو ما عقد على جهل بمقداره وصفته حين العقد⁽⁵⁾.

يستفاد من هذه التعاريف عناصر للغرر فكلها تدور حول مصطلح المخاطرة، والجهالة سواء كانت في معناها العام أو في المقدار، والاختفاء والاستتار وعدم معرفة العاقبة وأميل كباحث إلى تعريف ابن حزم بأنه ما عقد على جهل بمقداره ووصفه، والتي تجمع ما بين الجهالة في الوصف والمقدار مع إقرار الباحث أن التعاريف الواردة كلها توصف معنى الغرر، إلا أن الجهالة هي من المعاني التي تتصل بمفهوم الغرر فهي سبب من أسباب الغرر، ولا نقصد بالجهالة في عمومها وإنما نقصد بالجهالة الناتجة من طبيعة العقد نفسه أو البيع نفسه، فالغلط في المبيع أو تأثر إرادة المتعاقد من تدليس وتغيير من المتعاقد الآخر أو الغير والتي تؤدي إلى جهالة كمن يشتري أرض تجاربه ويتبين أنها أرض زراعية فهذه الجهالة لا نقصدها، أو أن يشتري ماسة ويتبين أنها زجاجة، وإنما نقصد الجهالة المتحتمة لطبيعة العقد نفسه كمن يشتري ناقة تائهة من مالكةا بسعر معين فإن وجدها فهي له بالسعر الذي رضي به البائع وإن لم يجدها فالثمن للبائع دون أن يلتزم بتسليم المبيع، بمعنى علم المتعاقدين بوجود الغرر وقبول المخاطرة من جراء ذلك العقد مما يحقق غبن أحد المتعاقدين، ويمكن ان نعرف الغرر في حدود دراستنا بأنها الجهالة التي يتقبلها المتعاقدين وقبول المخاطرة بها حين إبرام العقد مما يتحتم أن يغبن أحد المتعاقدين من جراء إبرام ذلك العقد.

(1) ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، مجموع الفتاوى، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1368 هـ، 21/29

(2) النووي، محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب للشيرازي، دار احياء التراث، بيروت، ج 9، ص 310

(3) الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 5، ص 243

(4) ابن وصاف، محمد، شرح الدعائم، وزارة التراث، سلطنة عُمان، 1982، ج 2، ص 457

(5) ابن حزم، أبو محمد الاندلسي، المحلى بالاثار، دار الفكر، بيروت، ج 7، ص 287

الفرع الثاني: شروط تحقق الغرر

للغرر شروط حتى يعتد بها في العقود، وأثر الغرر في العقود هو بطلان العقد وفقاً للفقهاء الإسلامي وحتى في الفقه القانوني مع اختلاف الأسس التي يقوم عليها الفقهاء ولذلك يجب تعيين الشروط الواجب توفرها في الغرر وهي كالآتي:

الشرط الأول: أن يكون الغرر في عقود المعاوضات المالية

تنقسم العقود من حيث المقابله إلى عقود معاوضات وإلى عقود التبرعات كالهبة والوصية، ومن ثم تنقسم عقود المعاوضات نفسها إلى قسمين بعقود معاوضات مالية كالبيع والإجارة والسلم، وعقد معاوضات غير مالية كالنكاح والخلع، ويشترط حتى يعتد بالغرر المصاحب للعقود أن يقع في عقود المعاوضات المالية لأن الحكمة من منع الغرر ما يحدثه من الخصومة والنزاع وهي واقعية الحصول في مثل هذه العقود كالبيع وغيرها وذلك لوقوع الغبن لأحد المتعاقدين، أما في عقود التبرعات كالهبة والوصية فمسألة حدوث الخصومه والنزاع فإن الغرر فيها لا يؤدي إلى خصومة ونزاع كمن قال لشخص إذا وجدت الناقة التائهة فهي لك فالموهوب له لم يدفع مقابل لتلك الناقة حتى يقع في الغرر وهذا رأي المالكية مع اختلاف جمهور الفقهاء في وقوع الغرر في عقد الهبة، ودليل المالكية في قوله تعالى " ما على المحسنين من سبيل "(1)، وقد صح عن النبي صل الله عليه وسلم أنه وهب المشاع المجهول في قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغمم وسأله أن يهبها فقال أما ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لك (2)، بعكس الوصية فهناك إجماع أنه لا يعتد بالغرر إذا صاحبها لأنها تبرع محض.

(1) سورة التوبة، الآية 91

(2) السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 3، ص 41

الشرط الثاني: أن يكون الغرر مؤثراً

ومعنى أن يكون الغرر مؤثراً بأن يكون كثيراً، وهو وقوع غبن فاحش لأحد المتعاقدين من جراء إبرام العقد بحيث يكون معه العقد غير صحيح ويؤدي إلى بطلان العقد كبيع المخاضرة⁽¹⁾، والمساقاة⁽²⁾، فقد استقر الفقهاء أن إطلاق الغرر على كل عقد ليس مراد الشرع ولذلك قسموا الغرر إلى قسمين مؤثر وغير مؤثر ولكن اختلفوا في المعيار الذي يحدد ذلك القسم من الغرر، بحيث كان الفقه الإسلامي في تحديد هذا المعيار مرناً فكان مواكباً لاختلاف البيئة الواحدة والعصر الواحد فما هو غرر مؤثر في العصر القديم قد لا يكون مؤثراً في العصر الحالي، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذا المعيار مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر، ولا شكأن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة دون القواعد الجامدة إنما يدل على تقدم في الصياغة القانونية يجري فيها ما يستحدثه التطور مما يجعله صالحاً على مر العصور⁽³⁾، فمنهم من قال أن الغرر المؤثر هو ما من شأن الناس ألا تسامح فيه⁽⁴⁾، وجاء في المنتقى أن الغرر الكثير أو المؤثر هو ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف بالغرر⁽⁵⁾، وهذا الضابط الذي ذكر في المنتقى لا يصلح أن يكون معياراً لتحديد الغرر المؤثر، إلا أن هنالك محاولات من الفقه الحديث في تحديد المعيار فمنهم من قال أن الغرر المؤثر هو الغرر الكثير في عقود المعاوضات إذا كان المعقود عليه أصالة ولم تدع للمعقد حاجة⁽⁶⁾، والحقيقة أنه قد تم اتخاذ هذا الضابط في تحديد الشروط الواجب توافرها في الغرر حتى يعتد به لإبطال العقد في هذه الدراسة.

(1) المخاضرة هو بيع الثمار خضراً لم يبدأ صلاحها وفي الحديث أن النبي صل الله عليه وسلم نهى عن بيع المخاضرة، الشرياصي، المعجم الاقتصادي

الإسلامي، مرجع سابق، ص 411

(2) المساقاة هي أن يدفع الرجل نخيله أو كرمه إلى رجل ليعمل فيها بما فيه صلاحها وصلاح ثمرها على أن يكون له جزء معلوم من الثمر وقد أجازها

أهل العلم إلا أبا حنيفة، الشرياصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي، مرجع سابق، ص 423

(3) السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 3، ص 51

(4) ابن عرفة، مجد السوق، حاشية السوق على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 1996، ج 4، ص 96

(5) الباجي، ابو الوليد، سليمان، المنتقى شرح الموطأ، الكتاب العربي، بيروت، 1332 هـ، ج 1، ص 41

(6) الضرير، الصديق مجد الأمين، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، الطبعة 2، 1995، ص 583

الشرط الثالث: أن يكون الغرر ظاهراً

إن الشريعة الإسلامية جاءت لرفع الحرج عن الناس، فلا يعتد بالغرر غير الظاهر ومثال ذلك بيع ما يختفي في قشره كالبطيخ فهو بيع فيه غرر ولكن الغرر فيه غير ظاهر فقد تكون الثمرة ناضجة وقد تكون غير ذلك ومع ذلك أقر الشرع هذا البيع، ومن يبيع جبة محشوة وإن لم يرا حشوها الداخلي فإن كان البيع بعد رؤية الحشوة لفسدة الجبة، وإجارة الدار لشهر وقد يكون ثلاثين يوماً أو تسعة وعشرون فهذا من الغرر اليسير أو غير المؤثر الذي لا يؤثر في العقد وصحته .

الشرط الرابع: ألا تدعو للعقد حاجة

بيننا أن الإسلام جاء لرفع الحرج عن الناس وقضاء لحوائجهم فقد تجتمع المصلحة والمفسدة في العقد فإن كانت المفسدة حقيرة أمام المصلحة العظيمة قدمت المصلحة عليها وفي ذلك يقول ابن تيمية " وإن كانت مفسدة الغرر هي كون مظنة العداوة والبغضاء وأكل أموال الناس بالباطل فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها⁽¹⁾، فالغرر الذي دعت إليه الحاجة لا يبطل العقود ولكن المعيار هو توازن المصلحة والمفسدة من هذا الغرر ومثال ذلك بيع السلم بالثمن العاجل مقابل المبيع الآجل ففي هذا البيع مصلحة دعت لها الحاجة وهي حاجة البائع في الثمن العاجل والذي يسمى في الفقه الإسلامي ببيع المفاليس فهو بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم ففي هذا البيع كانت المصلحة راجحة على المفسدة ولانتقاء المفسدة وضع الفقه شروط لهذا البيع حتى يصح لأن فيه من الغرر ما يفسد،

(1) ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، المجموع للفتاوى، مرجع سابق، 48 / 29

فيشترط في المبيع أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحنطة سقية وسط أو تمر فارسي جيد وأن يكون معلوم القدر بالكيل والوزن أو العدد أو الذراع، ولا يقبل في السلم العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلئ والبطيخ والقثاء والرمان، ويجب أن يكون أجل معلوم، فالأجل المجهول كوقت الحصاد لا يجوز فطبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم إذ البائع يبيع ما ليس عنده فيضرب أجلاً للتسليم بثمن عاجل (1)

الشرط الخامس: أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة

ومعنى ذلك أنه إذا وجد غرر في التابع وأنت تريد الأصل فإن هذا الغرر لا يؤثر في صحة العقد، فالغرر في التابع لا يؤثر إلا إذا قصد المتعاقد في العقد، فلا يجوز بيع اللبن في ضرع الشاة لأن فيه غرر ولكن يجوز بيع الشاة مع ما حمل ضرعها من اللبن فالغرر في التابع لا يؤثر إن أريد الأصل وهي الشاة، ففي ذلك يقول النووي " أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً لأنه تابع للحيوان (2)

الفرع الثالث: تحديد الغرر في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

يقع الغرر في العقود والتي منها عقد البيع من جهة الجهالة، وقد تكون الجهالة بوجود المعقود عليه أو بإمكانية وجوده، أو بجنسه أو نوعه أو صفته أو بمقداره، أو بالأجل المضروب له كل هذا الجهل يوجب الغرر، وعندما نقول المعقود عليه نقصد محل العقد وهما المبيع والثمن، والحقيقة أن الغرر الموجود في عقد بيع العقار لقاء الإعالة يتمثل في الثمن وليس المبيع حيث أن المبيع في هذا العقد محدد ومعين وهو في هذا العقد العقار المبيع،

(1) السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 3، ص 36 و 37

(2) النووي، محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب للشيرازي، مرجع سابق، ج 9، ص 396

ولكن يكمن الغرر في هذا العقد بالإعالة التي هي عوض العقار المبيع وقد تمت الإشارة أن الإعالة قد تكون مرتب مدى الحياة ويتمثل الثمن بالنقد الدوري طيلة حياة المُعال أو قد يكون التزام بعمل يقع على عاتق المشتري (المُعيل) مقابل العقار المبيع والغرر في هذه الإعالة تتمثل في الجهالة في صفة الثمن أو الجهل بالثمن ومقداره وقد يكون الغرر في الجهل بالأجل المضروب لهذه الإعالة وهي غير محددة بوقت معلوم وإن كانت محددة بوفاء البائع أو الاستفادة من الإعالة المحدد في العقد وعلى ذلك سنستثني دراسة جهالة المبيع و جهالة صفته ومقداره وحتى الغرر الواقع من جراء صيغة العقد⁽¹⁾ ونستبقي دراسة الغرر الواقع من جراء الجهالة بالثمن عموماً والذي يمثل في هذا العقد الإعالة.

أولاً: الجهل بصفة الإعالة

تمت الإشارة أن الإعالة قد تكون مرتب مدى الحياة وقد تكون التزم بعمل ومن شروط الثمن التي حددتها المادة 479/ مدني أردني بيان مقدار الثمن وجنسه ووصفه إن لم يكن حاضراً أو أن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتقي معها الجهالة الفاحشة⁽²⁾، وهذه الجهالة ليست ناجمة من طبيعة العقد ذاتها وإنما ناجمة عن محتوى العقد كأن لا يذكر صفة الثمن بالدينار أو بالدولار أو لا يذكر طبيعة الالتزام بعمل بشكل محدد، وهذه الجهالة قد تقع في أغلب العقود وذلك لأنها جهالة من صنع العاقدين، وفي ذلك يقول الأزهرى⁽³⁾ " ومن جهل الثمن البيع بدراهم أو دنانير بلا بيان صفتها مع تعددها في البلد وعدم غلبة إطلاقهما على شيء خاص واختلافهما بالقيمة " ،

(1) قد يكون الغرر واقعاً بسبب الجهالة في صيغة العقد كبيع الملامسة والمناذبة وهي لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو النهار وكذلك المناذبة هي أن ينبذ الرجل ثوبه إلى آخر والأخر ينبذ ثوبه من غير نظر ولا تراض وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا البيع وذلك لوقوع الغرر في الصيغة ألا وهي التراضي الإيجاب والقبول، وقد يقع الغرر بالجهالة بالمبيع نفسه كمن يقول بعثك عبد من عبيد من غير تعيين أو يقول بعثك سيارة من نوع مرسيدس دون تعيين أوصافها وفحصها وحالتها فهذا البيع فيه غرر إلا أن ينتقي الغرر بخيار الرؤيا أو الاستصناع وبيع السلم وقد أجازها الشرع لحاجة الناس لها وإلا فإنها من بيوع الغرر وهو بيع المعدوم والحقيقة أن بيع المعدوم ليس منهي عنه ولكن المنهي عنه الغرر الذي قد يلحق من بيع المعدوم وهذا قول ابن تيمية وقول السنهوري من الفقهاء المعاصرين واتفق مع هذا الرأي، راجع النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، مرجع سابق، ج 9، ص 349 - 357، السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق، مرجع سابق، ج 3، ص 40 - 48، ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، المجموع للفتاوى، مرجع سابق، 25/29.

(2) تمييز حقوق، رقم 183 / 1983 (هيئة خماسية) تاريخ 1983/4/18، شبكة قانوني الأردن، وائل للنشر والتوزيع، 2011

(3) الأزهرى، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، ج 2، ص 487

ويقول الزيلعي (1) " ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار إليه لأن جهالتها تفضي إلى النزاع ... وكل جهالة تفضي إليه يكون مفسداً "، والحقيقة أن الإعالة إذا كانت عبارة عن ثمن من النقود فهذه لا تشكل معضلة وذلك لأن المشرع الأردني قد وضع اساساً لتحديد نوع النقود إذا كانت له أفراد مختلفة بحيث تتصرف إلى أكثرها تداولاً في مكان البيع (2)، ولكن الجهالة تزداد في صفة الثمن بالزيادة الطارئة على سعر صرف العملة بحيث أن هذه الإعالة النقدية قد تمتد إلى فترة طويلة حيث أنها دائمة طيلة حياة المعال في حال تنفيذه فقد يتغير مقدار قيمة العملة في هذه الفترة والحقيقة أن محكمة التمييز الأردنية قد أجابة على الاستفسار حيث نصت في إحدا قراراتها "

ان المشتري ليس ملزماً بالزيادة الطارئة على سعر صرف الدولار الأمريكي عند فتح الميزة (البائع) لاعتماد واستيراد البضاعة أخذاً بأحكام المادة 481 من القانون المدني، وإنما هو ملزم بالثمن بالدولار عن تسليم البضاعة وحسب سعر صرفه بالتاريخ المذكور " (3)

أما إذا كانت الإعالة عبارة عن التزام بعمل كأن يكون المعيل طبيباً والإعالة عبارة عن علاج مدى حياة البائع أو المستفيد من الإعالة فيجب أن يحدد الالتزام في العقد بشكل يناهض الجهالة الفاحشة التي تفضي للنزاع، فقد يكون مختصاً في أمراض القلب وتكون طبيعة التزامه بالإعالة خاصة في أمراض القلب فقط، وتحدث الجهالة في هذه الحالة إذا كان يقصد المتعاقد الآخر البائع العلاج لجميع الأعضاء.

(1) الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مكتبة المعرفة، بيروت، الطبعة 2، ج 4، ص 5

(2) المادة 418، القانون المدني الأردني

(3) تمييز حقوق، رقم 233 / 2000، (هيئة خماسية)، تاريخ 2000/9/28، شبكة قانوني الأردن

ويجب على من يقع عليه التزام الإعالة وكان هذا الالتزام عبارة عن عمل أن يتخذ العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام وهذا ما أكدته المادة 358/ مدني أردني " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيطه في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك "

وقد يقوم الالتزام على الاعتبار الشخصي فيكون ملزماً بالتنفيذ العيني للالتزام فيجوز ان يرفض البائع تنفيذ الالتزام من قبل الغير إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ويمكن للمحكمة بناء على طلب المدين (المشتري) إذا رأت أن التنفيذ العيني مرهقاً عليه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً⁽¹⁾، أو أن يطلب الدائن إنذاراً من القضاء بالقيام بالعمل على نفقة المدين أو تنفيذه دون إذن إذا اقتضت الضرورة ذلك⁽²⁾

(1) المادة 355، القانون المدني الأردني

(2) المادة 356 / 2 مدني اردني، أنظر قرار تمييز حقوق، رقم 575 / 1986، (هيئة خماسية) تاريخ 1986/1/1، شبكة قانوني الأردن

ثانياً: الجهل بمقدار وأجل الإعالة

إن عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو من العقود الاحتمالية والتي يكون الغرر نابعا من طبيعة العقد نفسه، وليس نابعاً من إرادة المتعاقدين فقد تكون الالتزامات محددة في العقد ولكن حتمية الغرر واقعة لا محالة في مثل هذه العقود، ولقد قمت بالبحث في كتب الفقه الإسلامي تحت بند الجهالة في مقدار الثمن فوجدتهم يتكلمون عن الجهالة النابعة عن إرادة المتعاقدين كمن يقول بعثك هذا الثوب بما باع به فلاناً ثوبه وهما لا يدریان بما باع فلان، أو أن يبيع جزافاً من الدراهم والدنانير، أو أن يشتمل العقد بين مجهول ومعلوم بثمن واحد كأن يقول بعثك هذا العبد وعبد آخر بكذا، أو الجمع في العقد الواحد بين ما يجوز بيعه ولا يجوز بيعه بثمن واحد، أو البيع بسعر السوق أو حتى البيع بغير ذكر ثمن، فكلها غرر ناتج عن الجهالة في مقدار الثمن، والحقيقة أن هذا ليس بُغيتي، وإنما أتكلّم عن الجهالة الناتجة من طبيعة العقد نفسه، فلو اعتبرنا أن الإعالة هي عبارة عن مبلغ من النقود يعطيها المشتري (المُعيل) إلى المُعال والذي قد يكون البائع أو شخص آخر يحدد في العقد بشكل دوري كل شهر أو سنة على سبيل المثال وذلك مقابل العقار المبيع فما هو مقدار الثمن في هذا العقد، هل هو مجموع الإعالة إلى الأجل المجهول والمرتبب بوفاء المُعال أم هو قيمة الإعالة الدورية سواء كانت شهرية أو سنوية؟

إن الأصل في البيع أن يكون حالاً لأن القصد منه الاستفادة من البيع بالنسبة للمشتري ومن الثمن بالنسبة للبائع، ولكن الضرورة وتيسيراً على الناس قد يلجأ المتبايعان إلى ضرب أجلاً للتسليم، وهذا الأجل يجب أن يكون معلوماً، وبيع العقار لقاء الإعالة هو بيع موصوف في الذمة، فيجوز أن يكون التسليم مؤجلاً بشرط أن يكون الأجل معلوماً وفي ذلك يقول الزيلعي "وصح بثمن حال وبأجل معلوم... ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه تقضي إلى المنازعة"⁽¹⁾ أما إذا وقع الأجل مجهولاً فينظر لهذه الجهالة إن كانت يسيرة أم فاحشة،

(1) الزيلعي، عثمانين علي الحنفي، تبين الحقّق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 5

ويمكن التفريق بين الجهالة اليسيرة والفاحشة بمعرفة الأجل هل هو محقق الوقوع وطول المدة التي قد تفضي للنزاع، فإذا كان الأجل غير محقق الوقوع ولكن جهالته بين التقدم والتأخر كالحصاد ونزول الراتب الشهري فإن هذه الجهالة يسيرة، أما إذا كان الأجل غير محقق الوجود كهبوب الريح ونزول المطر وشفاء شخص من المرض أو موت فلان فإن هذه الجهالة توصف بأنها فاحشة، وقد اختلف الفقهاء في صحة البيع المؤجل إلى جهالة يسيرة واتفقوا على بطلان البيع المؤجل إلى جهالة فاحشة، فلم يصح الأحناف والشافعية وبعض من الظاهرية البيع المؤجل إلى جهالة يسيرة لما روي عن النبي صل الله عليه وسلم أنه قال " من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم " (1)، وكذلك لأن هذه الأجل غير منضبطة وقد يثور النزاع والخصام وفي ذلك يقول الشيرازي " وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول كالبيع إلى العطاء لأنه عوض فبيع فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه " (2) و يؤكد ذلك قول الكاساني " أن يكون الأجل معلوماً في بيع أجل فإن كان مجهولاً يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السماء وموته والميسرة ونحو ذلك أو تكون متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز وقدم الحاج لأن الأول (يقصد الجهالة الفاحشة) فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثاني (يقصد الجهالة اليسيرة) مما يتقدم ويتأخر فيؤدي إلى المنازعة فيوجب فساد العقد " (3)، أما المالكية وفي رواية عن أحمد بجواز البيع إلى أجل فيه جهالة يسيرة واحتجوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صل الله عليه وسلم بعث إلى يهودي أن ابعت إلي بثوبين إلى ميسرة (4) الخلاصة من هذه الدراسة أن الفقه الإسلامي قد أقر البيع بأجل ولكن بشرط أن تكون هذه الأجل معلومة واختلفوا في الجهالة اليسيرة في تصحيح البيع فمنهم من أجازها كالمالكية والحنابلة، ومنهم من لم يصح تلك البيوع الأحناف والشافعية وعلى ذلك فإن الأجل المضروب للإعالة هو أجل غير معلوم ويقع ضمن دائرة الجهالة الفاحشة التي لا تصح مثل تلك البيوع ولكن للفقه القانوني رأي آخر في تصحيح مثل ذلك العقد سنوردها في الفرع الرابع.

(1) شاكر، احمد محمود، مسند الإمام أحمد، دار المعارف، مصر، ج 1، ص 282

(2) النووي، محي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب للشيرازي، مرجع سابق، ج 9، ص 412

(3) الكاساني، ابو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 5، ص 264

(4) شاكر، أحمد محمود، مسند الإمام أحمد، مرجع سابق، ج 3، ص 243

الفرع الرابع: الإعالة والتمن الجدي

يُشترط في التمن كركن في عقد البيع أن يكون جدياً، وعادة ما يكون التمن متناسباً مع قيمة المبيع مقدرة بحسب سعر السوق ولكن قد يحدث أن يزيد التمن أو ينقص عن هذه القيمة، ولا يعتد القانون إذا كان التمن أقل من القيمة الفعلية للمبيع أو أكثر منها إلا في حالات مقصورة على الغبن الفاحش أو الغبن المجرد في حالات حددها المشرع الأردني سوف يتم ذكرها في المطلب الثاني، أو في حالة الاستغلال في القانون المصري واللبناني، إلا أن هذا لا يمنع من أن يشترط في التمن بصفة عامة ان يكون حقيقياً وجدياً، والحقيقة أن دراسة هذا الموضوع هو الإجابة على السؤال الذي طرحناه في الفرع السابق هل التمن في عقد بيع العقار هو مجموع الإعالة إلى الأجل المضروب بوفاة المُعال أم أن التمن هو المبلغ النقدي الدوري الشهري أو السنوي؟ فإذا كان الجواب أن التمن هو مجموع الإعالة إلى الأجل المضروب بوفاة المُعال فإننا قد نصطدم مع ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 3/479 " يشترط أن يكون التمن المسمى حين البيع معلوماً ويكون معلوماً بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد التمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ " وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها حيث قالت " أن من أركان البيع أن يكون ثمن المبيع حين العقد معلوماً حسبما نصت على ذلك المادة 479 من القانون المدني وإنه عند فقدان ركن من أركان عقد البيع يكون العقد باطلاً ⁽¹⁾ وعلى ذلك فإن التمن في هذه الحالة غير معلوم بحيث يقع تحت مفهوم الغرر الفاحش كما تحدثنا في الفرع السابق.

(1) تمييز حقوق، رقم 183 / 183 (هيئة خماسية) تاريخ 18/4/1983، شبكة قانوني الأردن، مرجع سابق

أما إذا كانت الإجابة أن الثمن هو عبارة عن المبلغ الشهري الدوري وهو محدد في العقد بحيث تنتفي الجهالة الفاحشة المصاحبة للعقد ويخرج من نطاق مفهوم الغرر المبطل للبيع، فلا بد أن يتبادر للأذهان هل الثمن الدوري الشهري أو السنوي والمتمثل في الإعالة جدي؟ فقد اتفق الفقه القانوني على أنه يشترط في الثمن في عقد البيع أن يكون جدياً وحقيقياً وعلى ذلك سندرس صور وحالات الثمن وهي :

أولاً: الثمن الصوري

يعتبر الثمن صورياً إذا لم يقصد البائع أن يقتضيه من المشتري، وإنما ذكره استيفاء للشكل، أو إذا أبرأ البائع المشتري من الثمن ووهبه أياه في نفس العقد، ولا يعتبر العقد في هذه الحالة بيع وإنما هبة صريحة وليس هبة مستترة لأن اركان العقد الساتر وهو الثمن غير متوفر، أما إذا أبرأ البائع المشتري من الثمن بعقد لاحق فإن العقد يعتبر بيعاً لتوافر أركانه ومنها الثمن ، وعلى ذلك قد يكون هنالك بيع عقار لقاء الإعالة وتكون الإعالة صورية فلا نكون بصدد عقد بيع بل أمام هبة صريحة، بحيث تطبق أحكام الهبة على أحكام البيع، فلكل عقد أحكامه الخاصة التي يجب مراعاتها، وهذا ما جرى عليه اجتهاد محكمة التمييز الأردنية في إحدا قراراتها " على أن البيع بلا ثمن لا يرتب البطلان ولا يبرر الفسخ لأنه يُحمل على محمل الهبة، وعليه فإن عقود البيع التي لم يذكر فيها الثمن تأخذ حكم الهبة"⁽¹⁾

والحقيقة أن في رد العقد لطبيعته القانونية سواء كان عقد هبة أو بيع أحكام مهمة، فالهبة تنعقد بالإيجاب والقبول ولكن لا تتم إلا بالقبض سواء كانت هبة صريحة أو هبة مستترة أي بعوض⁽²⁾، بحيث تبطل الهبة قبل القبض وهذا ما أكدته محكمة التمييز في إحدا قراراتها حيث قالت " قررت المادة 564 من القانون المدني الأردني أنه إذا توفي أحد طرفي الهبة أو أفلس قبل قبض الموهوب بطلت الهبة ولو كانت بعوض وحيث أن الواهب مورث المدعي عليهم قد توفي قبل قبض الهبة فتعتبر الهبة باطلة ولو كانت بعوض"⁽³⁾

(1) تمييز حقوق، رقم 2007/2298، (هيئة خماسية) تاريخ 2008/1/22، شبكة قانوني الاردن، مرجع سابق

(2) انظر المادة 1/558 والمادة 546، القانون المدني الأردني

(3) تمييز حقوق، رقم 2004/1295 (هيئة عامة) تاريخ 2004/4/12، شبكة قانوني الأردن، مرجع سابق

وغيرها من الأحكام كالرجوع في الهبة فيستطيع الواهب أن يرجع للهبة قبل القبض وبعده بقبول الموهوب له أو بدون قبوله بأن يطلب من المحكمة فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان هنالك سبب مقبول، ويكون السبب مقبولاً إذا كان الواهب عاجزاً على أن يوفر لنفسه أسباب العيش أو أن يرزق الواهب ولدأ يظل حياً حتى تاريخ الرجوع أو إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة⁽¹⁾

ثانياً: الثمن التافه

الثمن التافه هو ما لا يتناسب مطلقاً بينه وبين قيمة المبيع كما لو بعتك منزلاً كبيراً ببعض الدنانير، وحكم الثمن التافه هو حكم الثمن الصوري حيث يلحق به، بمعنى أن العقد لا يعتبر بيعاً وإنما هبة صريحة مع اختلاف الفقه القانوني على اعتبار أنها هبة مستترة⁽²⁾، ومهما يكن فإنها ترد إلى أحكام الهبة وليس عقد البيع إلا في حالة الشفعة فقد نص المشرع الأردني على أن الهبة بعوض تأخذ أحكام البيع⁽³⁾

ثالثاً: الثمن البخس

الثمن البخس هو الذي يقل بكثير عن قيمة المبيع وهو ليس كالثمن التافه، بحيث يوصف العقد بذلك الثمن بالبيع وليس هبة، وذلك لأن الثمن ولو كان بخساً فإن له أهمية حقيقية في نظر البائع لأنهم يتصرف في ملكه إلا بغرض الحصول عليه ولذلك لا يجوز للبائع الطعن في العقد إلا إذا توافرت شروط الغبن والاستغلال⁽⁴⁾

(1) انظر المادة 576 و 577، القانون المدني الاردني، وانظر تمييز حقوق، رقم 2005/232، (هيئة خماسية) تاريخ 2005/8/6، شبكة قانوني الاردن، مرجع سابق

(2) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 119

(3) المادة 2/1155 القانون المدني الأردني

(4) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 119

رابعاً: التفرقة بين الثمن البخس والثنم غير الجدي

إن إثارت التفرقة بين الثمن البخس والثنم غير الجدي تظهر بشكل جلي في عقديع العقار لقاء الإعالة وخاصة عندما يكون ثمن العقار عبارة عن مبلغ من النقود تعطى بشكل دوري أو بمعنى آخر إيراد مرتب مدى حياة البائع أو المستفيد من الإعالة، وخاصة عندما يكون الإيراد مساوياً لغلة العقار المبيع ولذلك ذهب اتجاه من بعض الشراح على اعتبار أن الثمن في هذه الحالة غير جدي وحقيقي لأن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله الخاص وإنما من غلة العقار المبيع نفسه، وعلى ذلك يكون المقصود بالعقد نقل ملكية الرقبة إلى المشتري حال حياة البائع ونقل الملكية التامة إليه عند موت هذا الأخير، كل ذلك دون مقابل، ولذلك يبطل العقد كبيع ويصلح كهبة مستترة⁽¹⁾.

أما الاتجاه الآخر من الشراح يرى بأنه قد تكون للبائع مصلحة في التصرف في عقاره على هذا النحو، وهذه المصلحة تتمثل في التخلص منمتاعب إدارة الملك وفي ضمان الحصول على إيراد ثابت بالرغم من التقلبات الاقتصادية من هلاك العقار وانتقاص قيمته بمرور الزمن، ولذا يجب اعتبار التصرف بيعاً لأن الثمن فيه صفة الجدية وإن كان بخساً .

ويرى الباحث أن الإعالة التي نص عليها المشرع الأردني⁽²⁾ كثنم للعقار المبيع هو ثمن جدي وإن كان بخساً ولكن يجب على المشرع أن يتبنى نظرية الاستغلال التي نص عليها المشرع المصري في المادة 129/ قانون مدني مصري وكذلك جواز الطعن في العقود الاحتمالية كما نص عليها المشرع اللبناني صراحة في المادة 214/ موجبات لبناني.

(1) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 120

(2) المادة 17/ قانون الملكية العقارية الأردني

المطلب الثاني: أثر الغبن والاستغلال على عقد بيع العقار لقاء الإعالة

تكمن أهمية دراسة الغبن والاستغلال وأثرهما على عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو مدى الحماية القانونية التي يوفرها المشرع الأردني للمتعاقد في هذا العقد، وذلك لأن هذا العقد له خصوصية يتميز بها عن باقي العقود التي يتم بها البيع، وذلك لظهور نظرية عدم تعادل الالتزامات التعاقدية بين المتعاقدين إما بسبب الغبن الذي قد يتسبب له ذلك العقد أو استغلال أحد المتعاقدين لحاجة المتعاقد الآخر من إبرام ذلك العقد، وقد تمت الإشارة سابقاً بأن عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو من العقود الاحتمالية والتي لا يمكن لأطراف العقد فيها التعرف على القدر الذي سيعطيه للطرف الآخر والقدر الذي سيأخذه منه وقت إبرام العقد أو إحداهما، وقبل بحث هذه المسألة لابد أن نعرف ما هو الغبن وما هو الاستغلال والفرق بينهما .

الفرع الأول: الغبن

الغبن لغة: هو الغلب والنقص والخديعة يقال غبن فلاناً في البيع والشراء غبناً أي خدعه وغلبه ونقصه فهو غابن والمخدوع مغبون، والغبينة الخديعة يقال: لحقته في تجارته غبينه (1)

لم يعرف المشرع الأردني الغبن مسائراً بذلك أغلب التشريعات ولكن عرفه المشرع اللبناني في المادة 213/ موجبات " الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض "

أما عن الفقه القانوني فقد عني كثيراً بتعريف الغبن فعرفوه بأنه عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين وقت إبرام العقد الملزم لجانبين أي مجرد عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد (2) وعرفه آخر أنه اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه (1)

(1) مصطفى، ابراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، المكتبة العلمية، طهران، ص 650

(2) سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر التزام، دار المعارف، القاهرة، 1965، ص 178

(3) زكي، محمود، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، جامعة القاهرة، 1987، ص 159

الفرع الثاني: الاستغلال

الاستغلال لغة: انتفاع شخص من آخر بغير حق لجأه أو نفوذه (1).

وعرفه الفقه أن يرى شخص ناحية ضعف عند شخص آخر وينتهد الفرصة ويعمد إلى إبرام عقد معه يغبنه فيه غبناً فاحشاً، بحيث يختل التوازن بين الالتزامات العقدية على أن يكون هذا الاختلال مقدراً وقت إبرام العقد وبحيث أن العقد لم يكن ليبرم لولا استغلال حالة الضعف عند المتعاقد المغبون (2).

الفرع الثالث: الفرق بين الغبن والاستغلال

عرّفنا الغبن والاستغلال وقد اتضح أوجه التشابه والتفرقه بينهما، فهما يتشابهان من حيث انعدام التعادل بين الالتزامات العقدية بين أطراف العقد، وأوجه الاختلاف بين الغبن والاستغلال تتضح في أن الاستغلال هو سبب مؤدي للغبن إن لم يكن حتماً (3) فمن الممكن أن يترتب الغبن دون الاستغلال وذلك عن طريق عيب من عيوب الإرادة الأخرى من إكراه وغلط وتدليس أو تغيير، ويعتبر الغبن عيباً في العقد بينما الاستغلال هو عيب من عيوب الإرادة (4) وبذلك إذا توافرت شروطه فإنه يسري على جميع التصرفات القانونية سواء كانت من عقود المعاوضات المحددة أو الاحتمالية (غير المحددة) أو عقود التبرعات بعكس الغبن فهو لا يسري إلا على عقود المعاوضات ويتضح ذلك في التشريع المصري بعكس التشريع الأردني واللبناني فالغبن يجوز الطعن فيه في العقود المحددة وغير المحددة وعقود التبرعات وذلك لأن تحديد الغبن الفاحش يترك لقاضي الموضوع بحيث يحدد عن طريق المقومين وهذا ما أكدته المادة 146/ مدني أردني "الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين"

(1) مصطفى، ابراهيم، واخرون، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 666

(2) الزرقا، مصطفى، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، مطبعة الحياة، الطبعة 4، دمشق، 1964، ص 206

(3) فرح، توفيق، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، جامعة الاسكندرية، 1957،

(4) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 292

ويترتب على هذا النص أنه يمكن الطعن في العقد بسبب الغبن سواء في العقود المحددة أو غير المحددة (الاحتمالية) أو عقود التبرعات وكذلك ما نص عليه المشرع اللبناني في المادة 214/ موجبات " إن الغبن لا يفسد في الأساس رضى المغبون ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للإبطال في الأحوال التالية والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق وطيش أو عدم خبرة في المغبون ويمكن الى الدرجة المعينة فيما تقدم إبطال عقود الغرر نفسها بسبب الغبن ".

والاستغلال ما هو إلا انتقالاً بالغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية، حيث أن الغبن يتكون من ركن واحد وهو الركن المادي الذي يتمثل في عدم التعادل بين الالتزامات التعاقدية، بينما الاستغلال فيقوم على ركن مادي وركن نفسي يتمثل في الحالة النفسية للمتعاقد الآخر من ناحية الضعف والحاجة لإبرام العقد بغبن فاحش.

الفرع الرابع: الغبن والاستغلال في التشريع الأردني والتشريعات العربية الأخرى

عالج المشرع الأردني عيب الغبن في المواد 143-150/ مدني والقاعدة العامة هي عدم الاعتداد بالغبن إلا إذا كان فاحشاً وصاحبه تغرير وهذا ما أكدته المادة 145/ مدني أردني " إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد "(1) ولا يعتد بالغبن المجرد إلا في حالات محددة وعلى سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وبما أننا في صدد عقد بيع العقار لقاء الإعالة ولخصوصية أطراف هذا العقد بحيث يستغل أحد أطرافه ناحية الضعف لدى المتعاقد الآخر وهي واقعية الحصول ومثال على ذلك أن يكون المتعاقد البائع قد شارف على انتهاء أجله في الحياة فيستغل المتعاقد الآخر (المشتري) حاجته للإعالة وذلك لقلّة خبرته في إدارة العقار الذي يملكه أو لطيشه وهواه مما يسهم في عدم توازن الالتزامات العقدية بين الطرفين والسؤال الذي يتبادر للذهن ما مدى الحماية القانونية التي وفرها المشرع الأردني والشريعات العربية الأخرى لحماية أطراف العقد من الاستغلال الذي سيؤدي حتماً إلى الغبن الفاحش؟

(1) عرفت المادة 143/ مدني أردني التغرير " هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها

في الظاهر أن المشرع الاردني لم يأخذ بنظرية الاستغلال على الإطلاق بعكس ما فعل المشرع المصري حيث نص في المادة 1/129 مدني مصري " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينةً أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد "

والمتتبع في دراسة نظرية الاستغلال التي نص عليها المشرع المصري يرى وكذلك يرى الباحث أنها عالجت النقص في تنظيم أحكام الغبن لديه حيث حصر الغبن في بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية وهذا ما أكدته المادة 1/425 مدني " إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل "

ويترتب على هذا النص أنه يشترط للاعتداد بالغبن أن يكون المبيع عقاراً وأن يكون المتعاقد المغبون غير كامل الأهلية، وللبيع دون المشتري الحق أن يطلب تكملة الثمن دون إبطال العقد⁽¹⁾، وكذلك يترتب حتى يُعتد بالغبن أن يكون من العقود المحددة وذلك لتحديد نسبة الغبن بالخمس وهذا ما يتطلب أن يكون الثمن محددًا وقت إبرام العقد بعكس المشرع الأردني الذي جعل معيار الغبن مرناً وفضفاضاً بحيث جعله مالا يدخل تحت تقويم المقومين وكذلك المشرع اللبناني الذي نص صراحة على جواز الطعن في العقود الاحتمالية ولذلك جاءت نظرية الاستغلال التي نص عليها المشرع المصري لتشمل الغبن الواقع على العقود المحددة وغير المحددة وعقود التبرعات والواقعة على العقار والمنقول، وأن تشمل إبطال العقد إذا توافرت شروط الاستغلال .

(1) سلطان ، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 59

أما المشرع الأردني فلم يخرج عن القاعدة العامة والتي تستلزم عدم جواز الطعن في العقود بسبب الغبن إلا إذا وصف ذلك الغبن بالغبن الفاحش وصاحبه تغير، مقررًا في الوقت ذاته أن وظيفة المشرع هي إقامة التوازن القانوني بين أطراف العقد وليس التوازن الاقتصادي وذلك استقراراً للمعاملات المالية⁽¹⁾، وعدم إحجام الأفراد من إبرام العقود وذلك من خلال اشتراط كمال الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، إلا أن عدم الخروج من القاعدة العامة صاحبه بعض الاستثناءات والتي يجيز فيها الطعن بالعقود بسبب الغبن سواء كان فاحشاً أو كان مجرداً، ولا بد أن نوضح بأننا لا نتكلم عن الغبن الفاحش الذي ينشأ عن عيوب الإرادة المعروفة من إكراه أو غلط أو تدليس أو غبن فاحش صاحبه تغير والذي يستطيع فيه المغبون إبطال العقد رجوعاً للقواعد العامة التي تنظم العقود بشكل عام، وإنما نتكلم عن حالة نفسية أثرت على المتعاقد الأضعف في عقد بيع العقار لقاء الإعالة سواء كان البائع أو المشتري، والأغلب في هذا العقد أن يكون البائع هو المتعاقد الأضعف وكما تمت الإشارة الية أن الاستغلال لا يعني أن يقوم طرف العقد باستخدام اساليب احتيالية كما هو في التغير بل يكفي أن يستغل حاجة نفسية في المتعاقد الآخر بحيث يستغله في إبرام عقد يكون فيه مغبوناً، وبما أن المشرع الأردني لم يعتد بالغبن إلا إذا كان فاحشاً وصاحبه تغير كقاعدة عامه إلا أنه خرج عن هذه القاعدة لحماية فئات معينة لتحقيق التوازن القانوني لا بل كذلك لتحقيق التوازن الاقتصادي كما سنرى لاحقاً، والحالات التي اعتد بها المشرع الأردني بالغبن سواء كان فاحشاً أو يسيراً دون أن اشتراط اقترانه بالتغير أو بمعنى آخر تبني المشرع الأردني نظرية الاستغلال فهي على النحو التالي:

(1) أبو دلو، محمد بديوي، الغبن والاستغلال في نطاق عيوب الإرادة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2005-2006، ص 1

الحالة الأولى: السفية وذو الغفلة حيث نصت المادة 2/129 مدني " أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ " ومن النص نجد أن المشرع أخذ بنظرية الاستغلال وذلك لحماية فئة معينة لتحقيق التوازن القانوني في تصرفات السفية وذو الغفلة، حيث يجوز الطعن في تصرفاتهما قبل الحجر وذلك لحالة الضعف الموجودة ، ورغم أن المشرع لم يبين حالة الضعف في تصرفات السفية وذو الغفلة إلا أننا نستطيع أن نرد حالة الضعف للسفية بأنها طيش وهوى، وفي ذو الغفلة إلى حالة ضعف في الإدراك وقلة الخبرة .

الحالة الثانية: بيع السلم حيث نصت المادة 1/538 مدني " إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو شروط مجحفة إجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف "

ومن النص نجد أن المشرع أخذ بنظرية الاستغلال في بيع السلم وهو من عقود الغرر التي أجازها الفقه الإسلامي على سبيل الاستحسان أو الاستثناء لا على سبيل القياس وذلك لأن مقتضى العقد أن يتم تسليم المبيع عند دفع الثمن فهو بيع أجل بعاجل، وحالة الضعف في هذا البيع قد وضحها المشرع واعتبرها حاجة البائع لإبرام العقد فإذا كان هنالك غبن بالثمن بحيث استغل المشتري حاجة البائع في إبرام العقد بغبن فاحش جاز له عندما يحين الوفاء أن يطلب من المحكمة تعديل الثمن أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف .

الحالة الثالثة: المحجور عليه للدين أو المريض مرض الموت⁽¹⁾، حيث نصت المادة 147/ مدني " إذا اصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليهم للدين أو المريض مرض الموت وكان دينهم مستغرقاً لمالهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل "

(1) عرّفت المادة 543 / مدني اردني مرض الموت : هو المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة اعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او اكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح

يتضح من هذا النص أن المشرع الأردني أخذ بالغبن المجرد في حالتين وهما في مال المحجور عليه للدين والحالة الثانية مرض الموت ويشترط أن يكون الدين مستغرق لمالهما وإلا في الأصل لا يعتد إلا في الغبن الفاحش فقط وهذا ما نصت عليه المادة 149/ مدني " لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغيير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة"⁽¹⁾، وقد كان المشرع على صواب في أخذه بالغبن المجرد في حالة الاستغراق في الدين فقد يعمد المحجور عليه بإبرام تصرف يكون فيه سيء النية وذلك للإضرار بالدائنين .

ويتبين من نص المادة 147/ مدني أن من لهم الحق في رفع الغبن اليسير أو إبطال العقد هم الدائنون دون الورثة، وهذا ما أكدته المادة 2/544 مدني " بيع المريض لأجنبي بثمن المثل أو بغبن يسير نافذ لا يتوقف على إجازة الورثة " ويستثنى من ذلك بيع المريض لأحد الورثة فلا ينفذ مالم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث⁽²⁾

الخلاصة

نجد بعد هذه الدراسة أن المشرع الأردني لم يأخذ بنظرية الاستغلال والتي تقوم أركانها على أساس عدم التعادل في الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد واستغلال حالة الضعف لدى المتعاقد الآخر لإبرام عقد معه يغبنه فيه إلا في حالات استثنائية رأى المشرع فيها أنه لا بد من تخصيص حماية قانونية لفئة معينة لتحقيق التوازن القانوني وفي بعض الأحيان لتحقيق التوازن الاقتصادي كما في حالة المحجور عليه المستغرق في دينه وما يهمننا في هذه الدراسة هو وقوع الغبن في العقود الاحتمالية وبما أننا بصدد عقد بيع العقار لقاء الإعالة وحيث أن الإعالة كتمن للمبيع غير محددة في العقد لجهالة المدة التي تستمر بها الإعالة فهي مرتبطة بحياة المُعال، ولا شك أن تحديد الغبن الفاحش أو حتى الغبن اليسير في العقود المحددة لا يثير أي صعوبات وذلك لأن الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد واضحة بحيث نستطيع تحديد الغبن الفاحش أو اليسير عند تطبيق الأحكام التي نظمها المشرع في تصرفات السفه وذو الغفلة أو المحجور عليهم أو تصرفات مريض مرض الموت،

(1) استثنينا دراسة حالة الوقف وأموال الدولة وذلك لعدم الخروج عن نطاق الدراسة .

(2) المادة 1/544 مدني اردني

ولكن الصعوبة تثور في تحديد الغبن في العقود غير المحددة أو الاحتمالية ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 545/ مدني أردني " بيع المريض من أجنبي بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت نافذ في حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته" فهنا المشرع وضع نسبة معينة يُعتد بها في الغبن بحيث لا تتجاوز قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته، والسؤال الذي يثور كيف سيتم تحديد قيمة المبيع مع الثمن في عقد بيع العقار لقاء الإعالة على اعتباره من العقود غير المحددة وهي جهالة الثمن بحيث تقدر بأخر إعالة تقدم للمعال ؟ والحقيقة أن المشرع الأردني قد أجاب عن هذا التساؤل في نص المادة 146/ مدني حيث نص أن " الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين " بحيث يترك موضوع تحديد قيمة العقار مع الثمن وكذلك الغبن الواقع في عقد بيع العقار لقاء الإعالة لقاضي الموضوع بوضع خبراء ومقومين في تحديد قيمة العقار وما يقابله من ثمن وهذا ما يتفق مع المعيار الذي أخذه المشرع اللبناني والذي نص صراحة على جواز الطعن في العقد الاحتمالي (المادة 214/ موجبات) بعكس ما أخذ به المشرع المصري بتحديد نسبة معينة في الغبن تزيد على الخمس (المادة 1/425 مدني) ولكن يحسب للمشرع المصري أنه أخذ بنظرية الاستغلال التي تقوم على تعادل الالتزامات التعاقدية بين المتعاقدين (المادة 129/ مدني) إذا توافرت شروطه، ويرى الباحث أن يتبنى المشرع الأردني نص المادة 214/ موجبات والتي نصت على نظرية الاستغلال وأخذت بالغبن للقاصر وللبالغ واشترطت في الغبن الواقع على الراشد البالغ المغبون أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة وأن يكون نتيجة استغلال المستفيد ضيق وحاجة وطيش وعدم خبرة في المغبون .

الفرع الخامس: الغبن والاستغلال في الفقه الإسلامي

عنى الفقه الإسلامي بدراسة الغبن والظاهر أن الفقه الإسلامي لا يعتد بالغبن إلا إذا صحبه تغيير أو كان الغبن واقعاً في مال المحجور أو الوقف أو بيت المال ممن هم بحاجة لحماية، ونسرد ما ورد في رسائل ابن العابدین (جزء 2 ص 7) (1) "

(1) نقلًا عن السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، دار احياء التراث، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، 1954، ص 134

وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة قيل تصح ويفسخ مطلقاً، وقيل لا مطلقاً وقيل بالتفضيل: إن غره نعم وإلا فلا وبه أفتى أكثر العلماء رفقاً بالناس ومشى عليه في متن التنوير آخر المراجعة وفي الزيغي والصحيح أن يُفتى بالرد إن غره وإلا فلا وبه أفتى الخير الرملي قبيل العقد الفاسد حيث سئل هل له خيار الفسخ به حيث غره بذلك، أجاب نعم له فسخ البيع بذلك والحالة هذه، وقد ذكر المسألة في فتاوي قارئ الهداية في ثلاثة مواضع منها، وكذا ذكره الزيغي في باب التولية والمراجعة وصاحب البحر وصاحب منح الغفار وكثير من الأسفار، فاختار بعضهم الرد مطلقاً وبعضهم عدمه مطلقاً، والصحيح الذي يُفتى به إن غره رد وإلا فلا. انتهى . ونقل قبله في الخيرية قوله وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقاً بالناس. انتهى. فإن قلت لم أطلقتم الجواب في فسخ القاصر بعد بلوغه بدون اشتراط تغيير، قلت إن البائع العاقل يصح شراؤه وبيعه لنفسه بما عز وهان، فصح تعرفه، لكن إن غره البائع مثلاً فهو معذور، فيثبت له خيار الرد، بخلاف وصي القاصر فإن تصرفه في مال القاصر منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة بيعه مال القاصر بالغبن الفاحش ولو بدون تغيير " ويخلص مما تقدم أن الصحيح الذي يُفتى به في المذهب الحنفي أن الغبن الفاحش إذا صحبه تغيير جاز الرد به وإن لم يصحبه تغيير فلا رد وكذلك عند الشافعية.

أما في مذهب أحمد بن حنبل فيثبت خيار الغبن في صور ثلاث⁽¹⁾ وكلها لا تخلو من التغيير الأولى بيع متلقي الركبان، والثانية بيع النجش⁽²⁾ حيث ينطوي تحت هاتين الصورتين من البيع الغش والتغيير، والثالثة بيع المسترسل⁽³⁾ والذي ينطوي تحت هذا البيع الجهل بقيمة السلعة لدى المشتري فيستأمن البائع ويغره.

أما الغبن في مذهب مالك فهو على أنواع ثلاثة: (أولاً) غبن يقدم عليه العاقد وهو على بينة من أمره فهو لا يجهل قيمة المبيع ومع ذلك يشتريها أكثر من قيمتها لغرض في نفسه فهذا الغبن لا يعتد به

(1) السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 136
(2) بيع الركبان هو أن يسمع احد بخير قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم ويشتري جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر ويبيع ما يشاء من الثمن ولو كان بغبن فاحش، اما بيع النجش هو ان تزيد في الثمن لا لرغبة في شرائها بل ليخدع غيره فيشتريها وهو بيع مكروه، انظر الشرياصي المعجم الاقتصادي الاسلامي، مرجع سابق، ص 456
(3) بيع المسترسل هو البيع الذي يكون فيه الشخص مطمئن للبائع ولا يجادله في السعر ولا يعلم في سعر السلعة ويغبنه البائع فيه، راجع الشرياصي المعجم الاقتصادي، مرجع سابق ص 41

(ثانياً) غبن يصحبه التغيرير ويرد هذا في بيع الاسترسال وبيع الأمانة⁽¹⁾ وفي غيرها من المعاملات التي يلجأ فيها أحد المتعاقدين إلى طرق احتيالية توقع العاقد الآخر في الغلط وهذا هو التدليس أو الغبن مع التغيرير (ثالثاً) غبن يقع فيه العاقد عن غلط في قيمة المعقود عليه ويشترط في هذا الغبن أن يكون فاحشاً ويكون راجعاً إلى جهل المغبون وغلطه في قيمة المبيع وأن يقيم المغبون دعوى الغبن خلال عام من وقت صدور التصرف الذي وقع فيه الغبن .

أما عن الاستغلال فنجد في بطون كتب الفقهاء على أخذهم بنظرية الاستغلال ونقراء شيئاً من هذا في المذهب الحنفي فيقول الحموي في غمز عيون البصائر (الجزء 2 ص 195) (2) " خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصي وفي صورة تغيرير البائع المشتري، بأن كان المشتري غيباً لا يعرف فقال البائع اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه، فاشتره مغتراً بقوله، فله خيار الغبن " ومن صور الاستغلال أن يستغل العاقد الطرف الآخر المغبون في حاجته الملحة إذا كان مضطراً للتعاقد وهذا هو بيع المضطر وشراؤه فاسد، وهو أن يضطر الرجل إلى طعام أو لباس وغيرها، ولا يبيعه إلا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك في الشراء منه إذا لم يرضى المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغير فاحش، وبذلك تكتمل صورة الاستغلال المعروفة في الفقه القانوني باستغلال العاقد الطرف الآخر المغبون في عدم خبرته أو في حاجته أو في طيشه ورعونته وبذلك يقرب الفقه الإسلامي كثيراً من الفقه القانوني باتخاذة لنظرية الاستغلال في الحد من الغبن الواقع في العقود وخاصة عقد البيع .

(1) بيع الأمانة وهي المرابحة والوضيعة والتولية والاشراك وهي البيوع التي يكون فيها سعر السلعة محدداً وسميت ببيع أمانة ذلك لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحقاق ، وتسمى مرابحة إذا كانت زيادة عن الثمن الأول، وتسمى وضيفة إذا كانت ناقصة عن الثمن الأول، وتسمى توليعة إذا بيعت بنفس الثمن الأول، وتسمى اشراك إذا تمت التولية في بعض المبيع ببعض الثمن، انظر جاب الله، سمر عبدالنور، ضوابط الثمن، مرجع سابق ص 245

(2) نقلاً عن السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 141

الفصل الثاني

حق الملكية و انتهاء الإعالة كقيد والتزام

ويتضمن المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حق الملكية وقيود التصرف

المبحث الثاني: انتهاء الإعالة وانقضاؤها وشطب قيدها

المبحث الأول

حق الملكية وقيود التصرف

يعتبر الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة والذي نص عليه المشرع في المادة (17/ب/قانون الملكية العقارية) " لا يجوز التصرف في العقار المبيع لقاء الأعالة ولا حجزه ولا رهنه طيلة حياة المُعال " قيودا من قيود التصرف التي قد ينص عليها المشرع وذلك لحماية مصلحة عامة أو مصلحة خاصة أولى بالرعاية، وبما أن الأصل في حق الملكية أن يكون مطلقا وليس مقيدا وعلى ذلك اقتضى توزيع هذا المبحث لمطلبين:

المطلب الأول: حق الملكية بوجه عام

المطلب الثاني: القيود الواردة على التصرف

المطلب الأول: حق الملكية بوجه عام

الفرع الأول : تعريف حق الملكية :

أولا : الملك لغة

هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به⁽¹⁾ ولقد ورد لفظ الملك في القرآن الكريم بعدة استعمالات مختلفة فورد الملك :

1- مطلقا في قوله تعالى " ألم تعلم أن الله له ملك السموات والأرض "⁽²⁾ وقوله تعالى " قل اللهم مالك الملك توتي الملك من تشاء وتنزع الملك ممن تشاء "⁽³⁾ وغير ذلك من الآيات التي تدل على إطلاق الملك له وحده عز جلاله .

(1) لسان العرب ، مثلث الميم ، المصباح المنير 796/2

(2) سورة البقرة الاية (107)

(3) سورة ال عمران الاية (26)

2- مخصصا بالاستخلاف لعباده في الأرض لقوله تعالى " وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه

"(1) فكل ما في الأرض لله والإنسان مستخلف فيها لارتضائه لحمل الأمانة وقوله تعالى "

وأتوهم من مال الله الذي أتاكم"(2)

وقد أقرت السنة النبوية في أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الملكية بوصفها :

1- ملكية جماعية لقوله صلى الله عليه وسلم " الناس شركاء في ثلاث الماء والكلالة والنار

"(3) بحيث أقرت السنة النبوية الملكية الجماعية والمشاركة بين الناس للانتفاع بها .

2- ملكية فردية لقوله صلى الله عليه وسلم " من قتل دون ماله فهو شهيد"(4) وقوله صلى

الله عليه وسلم " من أحيأ أرض فهي له "(5)

ثانيا : حق الملكية في الفقه الإسلامي :

عنى الفقه الإسلامي بدراسة الملكية وذلك أن التملك غريزة إنسانية راسخة في فطرته تولد معه وتظهر في سلوكه وما لها من باعث للنشاط الاجتماعي والاقتصادي وهذا ما أقره الدين الإسلامي وأسبغ عليه الحماية الشرعية من تحريم السرقة وعدم التعدي على عرض المسلم وماله وحتى غير المسلمين في عدم التعدي والعدوان حفاظا على الملكية الفردية للأشخاص وكذلك أنزل في محكم تنزيله في تفصيل قواعد الميراث وهذه كلها دلائل ان الشرع الإسلامي عنى عنايته بالملكية وسبل الحفاظ عليها وعلى أصحابها وعلى ذلك سار الفقه الإسلامي في توضيح حق الملكية وإن كان مصطلح حق الملكية لم يتداوله فقهاء المسلمين فقد اصطلح حق الملكية بالملك أو الملكية وليس ما يسميه الفقه الوضعي او القانوني بحق الملكية حيث أن السلف من الفقهاء يرون الملك أو الملكية تتعلق بالأعيان والمنافع والحقوق فجميعها تصلح ان تكون محلا للملك،

(1) سورة النور الآية (7)

(2) سورة النور الآية (33)

(3) العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري، دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب أحياء الموات، باب الناس شركاء في ثلاث، ج 5/ 343-344

(4) العسقلاني، فتح الباري، كتاب المظالم، باب من قتل دون ماله 6/ 47-48

(5) العسقلاني، فتح الباري، كتاب المظالم، باب من أحيأ أرض موات 5/ 415

بينما فقهاء القانون الوضعي يرون حق الملكية حق عيني فلا تكون المنافع والحقوق محلا لها وعلى ذلك مثلا حق الانتفاع في الفقه الإسلامي هو تملك منفعة بينما في الفقه القانوني هو حق شخصي يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر بالانتفاع بالمملوك كما عن تعريف الملك فقد اختلف الفقه الإسلامي في تعريف الملك حسب النظرة التي ينظر اليها فمنهم من نظر الى المعنى والمنشأ ومنهم من نظر الى تعريفه وصفا وحكما.

1- فمن نظر اليه النظرة الاولى عرفه كما عرفه المقدسي في كتابه الحاوي بأنه الاختصاص الحاجز بحيث يختص بالشيء اختصاصا يمنع غير مالكة من الانتفاع به أو التصرف فيه.

2- اما من نظر اليه من حيث الوصف والحكم وما ترتب عليه من آثار ونتائج فمنهم من عرفه بأنه حكم شرعي أو وصف شرعي مقدر في العين أو في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه⁽¹⁾

3- ومنهم من عرفه بأنه اتصال شرعي بين الإنسان والشيء يطلق تصرفه فيه ويمنع من تصرف غيره فيه وعرفه الكمال بن الهمام بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداء إلا لمانع⁽²⁾

4- ومنهم من عرفه بأنه اختصاص حاجز شرعا يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع ، وفي هذا التعريف يقول الزرقا أنه أوجز وأجمع التعريفات فالمراد بالحاجز بأنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن وأما المانع الذي يمنع المالك نفسه عن التصرف ويشمل حالتين وهما نقص الأهلية كالصغير إذ يتصرف عنه وليه والحالة الثانية حق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون إذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم ، وأن هذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية من ملكية أعيان ومنافع وديون⁽³⁾.

(1) القرافي ، شهاب الدين، الفروق ، دار النوادر، الفرق /180 ، ج 2 ، ص208

(2) الخفيف ، علي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، بيروت 1990 ، ص27

(3) الزرقاء ، مصطفى احمد ، الدخل الفقهي العام ، ج1 ، دار القلم ، دمشق ص 333

من استقراء تلك التعريفات للملكية نجد بأن الفقه الاسلامي يوصف الملك بأنه حكم شرعي أو وصف شرعي أو قدرة شرعية وأساس ذلك ما يراه الفقهاء من أن الحقوق كلها ومنها حق الملكية حقوق أثبتها الشارع لإصحابها ولا يترتب عليها حكم أو أثر إلا ما رتبته الشارع عليها مما يجعل حق الملكية صالحا للتقييد بما تقتضيه الدلائل الشرعية من قيود وهذا ما يتسق مع ما توصل اليه الفقه القانوني والاجتماعي الحديث أن للملكية وظيفة اجتماعية لا حقا ذاتيا يطلق المالك فيه تصرفه والانتفاع المطلق فيه وهذا ما نجده في التشريعات الوضعية الحديثة في تقييد الملكية فنرى المشرع الأردني قد نص قيود الملكية في الباب الأول في فصله الأول من المواد (1021-1029) وكذلك ما نص عليه قانون الملكية العقارية بعدم جواز التصرف من قبل المشتري في عقد بيع العقار بدل الإعالة طيلة حياة المَعَال وهذا النص هو الذي جعل الباحث يقوم بدراسة حق الملكية ودراسة عناصره وخصائصه فملكية العقار في هذا العقد تنتقل الى المشتري حكما ولكن هذا الانتقال مقيد او مشروط بشرط قانوني وليس شرط اتفائي أو ارادي فلا يوصف هذا القيد بأنه شرط مانع من التصرف بحيث تطبق عليه أحكامه وعلى الرغم من التشابه هذا القيد مع الشرط المانع بحيث انه اقرب للشرط في الوصف من القيد القانوني، وذلك أن أغلب القيود القانونية وحتى الشرعية التي فصلها الفقه الإسلامي تقترب الى المنافع (الاستعمال والاستغلال) وقد تقترب الى التصرف المادي منها الى التصرف بمعناه القانوني كالبيع والهبة وسائر التصرفات القانونية، ويختلف القيد الوارد في عقد بيع العقار بدل الإعالة في عدم جواز التصرف عن الشرط المانع من التصرف أن عقد البيع في الحالة الاولى اذا لم ينص على هذا الشرط في متن العقد فإنه لا يبطل الشرط ويبقى قائما وذلك لأنه قيد قانوني اشترطه المشرع بينما الشرط المانع من التصرف إذا لم يرد في العقد فإنه ينقل الملكية بعناصرها الثلاث ويبطل الشرط إذا لم ينص عليه العقد.

رابعاً : تعريف حق الملكية في التشريع الاردني والتشريعات العربية الأخرى

عرف المشرع الأردني حق الملكية في المادة 1018 من القانون المدني الاردني بأنه " سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً .

ونجد أن المشرع الأردني في تعريفه حق الملكية قد أطلق مصطلح التصرف على العين وعلى المنفعة والاستغلال غير أن الفقه القانوني يفرق بين التصرف والانتفاع وهذا التفريق يبني عليه أحكام قانونية فلا بد من التفرقة وان لا يطلق مصطلح التصرف على الانتفاع ، فنجد أن المشرع المصري قد عرف حق الملكية في التقنين القديم فنصت المادة 27/11 منه على أن " الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة " قد فرق بين الانتفاع والتصرف بينما المشرع الأردني وكأنه تأثر من النقل الحرفي للمادة 11 من مرشد الحيران لإطلاق مصطلح التصرف على العين والمنفعة والاستغلال مع ملاحظة أنه قد كرر مصطلح الاستغلال فهي تندرج تحت مصطلح الانتفاع والتي تشمل الاستغلال والاستعمال .

أما من جانب آخر فقد وصف المشرع الأردني حق الملكية بأنها حق مطلق وهذا ما يتناقض مع التوجهات التشريعية الحديثة في تقييد حق الملكية بما يقتضيه القانون في مراعاة المصلحة العامة والمصلحة الخاصة الأولى بالرعاية وحتى ما أفرده المشرع الأردني نفسه من نصوص تقييد فيه حق الملكية فهو ليس حق ذاتي يستطيع فيه المالك بإطلاق سلطاته على المملوك ، ففي عقد بيع العقار لقاء الإعالة فقد نصت المادة 17/ب من قانون الملكية العقارية" لا يجوز التصرف في العقار المبيع لقاء الإعالة ولا حجزه ولا رهنه طيلة حياة المَعَال "

ومن التشريعات التي عالجت صفة إطلاق حق الملكية التشريع المصري حيث عرف التقنين المصري الجديد حق الملكية والحقيقة أنه لم يعرفه ولكن ذكر عناصره بأن لمالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه⁽¹⁾، فهذا النص قد قيد المشرع حق الملكية بما يتناسب مع التوجهات التشريعية الحديثة وسكت عن صفة الإطلاق بما لها من وظيفة اجتماعية وليس حق يطلق المالك فيه سلطاته على المملوك.

وكذلك المشرع اللبناني فقد عرف الملكية العقارية بأنها حق استعمال العقار والتمتع والتصرف به، ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة⁽²⁾ فقيد حق الملكية (العقارات الملك) ضمن حدود القانون.

وفي صدد تعريف الملكية في التشريع الأردني يقترح الدكتور علي العبيدي⁽³⁾ بتعريف حق الملكية بأنه سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات تخوله في حدود القانون استعماله واستغلاله والتصرف فيه .

ويرى الباحث أن هذا التعريف فيه من الصحة من جانب عدم إطلاق حق الملكية ليتوافق مع النصوص التشريعية التي تقيد هذا الحق ، أما من جانب أن حق الملكية سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات فقد اعترى ذلك التعريف النقص بحيث لا يعترف بحق الملكية للشيء غير المعين بالذات كالمال الشائع فهو غير معين بالذات ولا يفقد المالك فيه حقه في تملكه وإنما قد يفقده أحد عناصر ذلك الحق كالتصرف .

ويرى الباحث بأن يعرف حق الملكية بأنه القدرة القانونية لمالك الشيء على شيء في التصرف فيه واستغلاله واستعماله في حدود القانون.

(1) القانون المدني المصري ، المادة 802

(2) قانون الملكية العقارية اللبناني، المادة 11

(3) العبيدي ، علي هادي،الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، 2010 دار الثقافة ، الطبعة السابعة ، ص 31

الفرع الثاني : خصائص حق الملكية

إن للملكية خصائص تختلف حسب نوع ذلك الملك ولذلك اختلف الفقه في جمع خصائص الملكية أوحق الملكية حسب النظرة الى تقسم ذلك الملك ونوعه ولكن يجمع الفقهاء على أن هنالك ثلاث خصائص يجب أن تتوافر حتى يثبت حق الملكية لصاحبه على الشيء أو المملوك، فهي خصائص يجب أن تتوافر في حق الملكية كما يسميها القانون الوضعي أو بالملك التام والتي اصطلح عليها الفقه الإسلامي وهذه الخصائص ينفرد بها حق الملكية عن سائر الحقوق سواء كانت حقوق شخصية أو حقوق عينية أصلية أو تبعية وهي : حق جامع وحق مانع وحق دائم⁽¹⁾ وسنعرض فيما يلي تلك الخصائص ومن ثم نحاول أن نسقط تلك الخصائص على حق الملكية في عقد بيع العقار لقاء الإعالة :

اولا : حق جامع ومانع

ينفرد حق الملكية عن سائر الحقوق الأخرى بانه حق جامع ومانع ومعنى ذلك أنه يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن ان تكون للشخص على الشيء فهي تخول المالك الانتفاع بالشيء باستعماله واستغلاله والتصرف فيه وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات فللمالك أن يصنع بملكه ما يشاء إلا لمانع قانوني فالأصل في الملكية الإباحة والتحریم هو الاستثناء وهذا ما يتفق مع الفقه الإسلامي⁽²⁾.

فالأصل في حق الملكية أنه حق مطلق جامعا لكل فائدة يستطيع صاحبها استيفائها وهذا ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بالملك التام ، أما بالنسبة للملكية الناقصة في الشريعة الإسلامية فإن هذه الخاصية تتحدد تبعا لوضعها بحسب إذا كانت ملكية عين فقط أو ملكية منفعة فقط .

(1) السنهوري ، عبدالرزاق ، حق الملكية ، ج8، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، 1998 ، منشورات الحلبي الحقوقية ص 530 .

(2) الخفيف ، علي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص 84-85

وينفرد حق الملكية بأنه حق مانع ومعنى ذلك أنه حق مقصور على صاحبه دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه ويترتب على ذلك أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد ولا يتناقض ذلك مع حق الملكية في الشيوع فكل الأشخاص المالكين في الشيوع لا يملك الشيء كله بل يملك جزء منه .

ويترتب على حق الملكية بأنه حق مانع وجامع ما يلي :

- 1- شمول حق الملكية على جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء المملوك من استغلال واستعمال والتصرف فيه بجميع التصرفات السائغة شرعا وقانونا ويصل ذلك الحق الى إهلاك الشيء المملوك ومثال ذلك هدم عقار أو بناء أو إنقاص تربة الأرض.
- 2- الأصل في حق الملكية أنه حق مطلق ولكن هذا الإطلاق مقيد بحدود القانون في الفقه الوضعي ومقيد ما أقره الشرع وقيداً من ذلك الحق للمصلحة العامة أو لمصلحة خاصة أولى بالرعاية أو ما يسمى بالفقه الإسلامي منع المفاصد أولى من جلب المصالح .
- 3- حق الملكية مقصور على صاحبه بمعنى أن لصاحبه أن يستأثر بجميع مزايا ذلك الحق ويمنع غيره أن يشاركه فيه في حدود مقتضاه وهو ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بالملك سواء كان تاماً أم ناقصاً ومعنى في حدود مقتضاه أن المالك يستأثر بذلك الحق حتى وإن كان ذلك الحق مقيداً ويمنع غيره ولا ينفي وجود القيد حق الملكية لصاحبه.
- 4- لا يكلف صاحب الحق بإثباته طبقاً للطرق المقررة قانوناً وعلى من يدعي أن له حق في ملك الغير كحق انتفاع أو رهن أو غيرها من الحقوق كأن يقيد الحق لمصلحة الغير فعليه إثبات عكس ذلك⁽¹⁾.

(1) السنهوري ، عبدالرزاق ، حق الملكية ، المرجع السابق ، ص 529

ثانيا : الملكية حق دائم :

ومعنى أن الملكية حق دائم أنه حق يبقى ببقاء المملوك فلا يزول ذلك الحق حتى يفنى المملوك، أما بالنسبة لشخص المالك فهذا الحق قد ينتقل بالطرق القانونية والشرعية كالبيع والإرث وغيرها من التصرفات القانونية التي يتم فيها اكتساب الملكية، وهذا لا يعني أن يصبغ صفة عدم الدوام لحق المالك فحق الملكية لا يقبل التوقيت، ويفرق الفقه الإسلامي بين ملك العين وملك المنفعة، فملك العين لا يقبل التوقيت سواء كان ذلك الملك ناقصا أوتاما وهذا الوصف يختلف في ملك المنفعة فهو بالأصل هو ملك مؤقت فإذا اقترن الدوام مع ملك المنفعة انتفى الملك وتحول الى وقف، وذلك لعدم وجود ملك العين، فالأساس في ملك المنفعة أن ينتهي ويقترن بملك العين وحينها يوصف الملك بأنه ملك تام فمن أوصى لشخص أن ينتفع بأرض لمدة حياته أو لمدة تحدد في العقد فإن ملكية المنفعة ستؤول الى مالك العين عند وفاة من أوصى له أو عند انتهاء المدة المحددة، أما في القانون الوضعي فإن حق الملكية لا يقبل التوقيت وأما الحقوق العينية الأخرى فالأصل انها تقبل أو أنها بالأصل مؤقتة كحق الانتفاع وحق الرهن وحق الارتفاق وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ويقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري⁽²⁾ في هذا الصدد أن حق الملكية حق متميز عن الشيء المملوك فهو الأصل التي تنفرع عنه سائر الحقوق العينية ،

(1) انظر في حاشية ، السنهوري ، عبدالرزاق ، حق الملكية ، المرجع السابق ، ص 535

وإذا كان الشيء له وجود قانوني فعنوان وجوده هو أن يقوم عليه حق الملكية ، ويبقى هذا الحق على سبيل الدوام فإذا تفرعت عنه حقوق أخرى فمصير هذه الحقوق إلى زوال فإذا ما زالت عاد حق الملكية كاملا كما كان وهذا الرأي من الدكتور عبدالرزاق السنهوري يتفق مع رأي الفقه الإسلامي في زوال ملك المنفعة واقتترانه بملك العين بحيث يصبح ملك تاما .

ويترتب على هذه الصفة ما يلي :

- 1- حق الملكية لا يقبل الإسقاط وإنما يقبل الانتقال الى غير صاحبه بسبب من أسباب اكتساب الملكية فهو حق دائم، ويفرق الفقه في هذا الصدد بين العقار والمنقول، فهناك إجماع من الفقهاء⁽¹⁾ على عدم قابلية اسقاط حق الملكية في العقار، بينما في المنقول فيجوز الإسقاط فيصبح من المباحات والتي تكتسب بالحيازة .
- 2- حق الملكية يبقى ما بقي الشيء المملوك ، بينما الحقوق الأخرى قد تزول ويبقى الشيء المملوك قائما .
- 3- عدم جواز اقتتران الملكية بأجل معين تعود فيه الملكية أو حق الملكية للمالك الأصلي ومثال على ذلك كمن يبيع عقار لشخص لمدة معينة وعند انتهاء تلك المدة يعود العقار الى صاحبه الأصلي ففي ذلك ضرر لا يحمد عقباه فالأصل أن الملكية تنتقل بدوامها للمالك الجديد.

(1) الخفيف، علي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 88

الفرع الثالث : خصائص حق الملكية في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

إن حق ملكية المشتري في عقد بيع العقار لقاء الإعالة يتميز بخصائص عن حق الملكية بوجه عام ويمكن استخلاصها كالآتي :

أولاً : حق دائم بالنسبة للمالك والمملوك طيلة حياة المُعال

إن من الخصائص التي يتميز بها حق الملكية هو أنها حق دائم وكنا نقصد بالدوام بالنسبة للشيء المملوك لا بالنسبة إلى شخص المالك ، وما يتميز به حق الملكية في عقد بيع العقار لقاء الإعالة أنه حق دائم بالنسبة للمملوك وبالنسبة للمالك وذلك فترة حياة المُعال بحيث لا يجوز التصرف فيه ولا بيعه ولا أن يهبه وكل التصرفات القانونية الناقلة للملكية بحيث تبقى ملكية المشتري (المُعيل) دائمة طيلة حياة المُعال لأنه ممنوع من التصرف ولكن هذا الدوام يستثنى منه حالتين تكتسب فيها الملكية وهما :

1- وفاة المشتري (المُعيل) بحيث ينتقل حق الملكية مثقلاً بالشرط القانوني بعدم جواز التصرف إلى الورثة .

2- استرداد العقار من قبل البائع بقرار من المحكمة المختصة إذا قصر المشتري (المُعيل) أو ورثته من بعده بإعالة المُعال وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع .

ثانيا : حق متفق مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية

ذلك أن حق الملكية ليس حق مطلق يطلق المالك سلطاته على الشيء المملوك وإنما حق يمارسه المالك بحدود القانون وما يشرعه من القيود فقد يفرض الشارع قيودا مؤقتة على حق المالك في التصرف في ملكيته وما دام القيد مؤقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه في التصرف فيبقى مالكا للشيء وهذا ما أكدت عليه المادة 1021 من القانون المدني الأردني " للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء مالم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا أو مخالفا للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة "

فحق الملكية في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو تطبيق عملي لمبدأ الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية فقد فرض القانون في المادة 17 من قانون الملكية العقارية قيد على تصرف المالك طيلة حياة المعال وهذا مراعاة لمصلحة خاصة أولى بالرعاية عند تقصير المشتري (المُعيل) بالتزامه بإعالة المُعيل سواء كان هو البائع أو الغير الذي اشترط له بالإعالة .

ومن التطبيقات التشريعية والتي تتوافق مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية ما نصت عليه المادة 96 من قانون الملكية العقارية " إذا تعذر اتفاق الشركاء على التصرف في العقار المملوك على الشيوع ببيعه يجوز التصرف في هذا العقار لإنهاء الشيوع فيه بطلب يقدم إلى مدير التسجيل لإحالاته إلى لجنة إزالة الشيوع في العقار من مالكي (4/3) ثلاثة أرباع الحصص على الأقل.....الخ "

فقد قيد التصرف بالعقار بتقديم طلب من (4/3) ثلاثة ارباع الحصص على الأقل ليتم التصرف بالعقار، وقد نرى مثل هذه التطبيقات التشريعية فها هو القانون المدني المصري في المادة 853 يقضي بأنه لا يجوز لأي شريك في ملكية الأسرة أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا .

وهذه القيود القانونية لا تتعارض مع فكرة أن حق الملكية حق مانع وجامع فهو مانع جامع بما يقتضيه القانون وما يحدده .

الفرع الرابع: عناصر حق الملكية

أولاً: الاستعمال والاستغلال

ويقصد بالاستعمال استخدام الشيء للحصول على منفعه فيما عدا الثمار فاستعمال المنزل يكون بسكناه واستعمال الارض يكون بزراعتها اي الانتفاع المباشر بالشيء اي استعمال المالك للشيء مباشرة⁽¹⁾ وقد يصل في الاستعمال الى استهلاك الشيء كأن يكون طعاما فيستهلك او حديقته فيؤكل ثمارها بل قد يصل حد الاستعمال باستهلاكه للشيء الى وصفه بأنه تصرف مادي،

وقد لا يستعمل المالك الشيء بنفسه بل يدعو غيره الى استعماله تبرعا ويندرج تحت مسمى الاستعمال، وبعبارة اخرى يمكن القول بأن الاستعمال هو استخدام الشيء في الغرض الذي أعد له بحسب ما تسمح له طبيعته ويرى الباحث انه لا توجد صعوبة بين التمييز بين الاستعمال والاستغلال المباشر فان استعمالها كطبيعتها والغرض المحدد لها كأن يجني ثمار البستان ويأكلها فتوصف بأنها استعمال واذا قام بجنيها وبيعها فنكون بصدد استغلال، وفي حالة استهلاك الشيء على النحو الذي يوصف بأنه تصرف مادي فلا يخرج استهلاك الشيء الذي من طبيعته الاستهلاك كأن تؤكل ثمار البستان فهي من طبيعتها الهلاك والفناء ولكن يخرج من طبيعة الاستعمال الشيء الذي من طبيعته عدم الاستهلاك كهدم بناء أو عقار الى كونه تصرف مادي وأهمية هذه التفرقة مهمه في عقد بيع العقار بدل الإعاله وذلك لعدم جواز التصرف في العقار طيلة حياة المُعال، ويتساوى الاستعمال مع عدم الاستعمال من ناحية الجزاء القانوني فلا يرتب القانون جزاء على عدم استعمال المالك لمملكه الا ان بعض التشريعات اتجهت لإيجاد جزاء على عدم الاستعمال⁽²⁾

اما الاستغلال فهو الحق في ثمار الشيء ومنتجاته⁽¹⁾ فثمار الشيء هي ما يغله الشيء بصفة دورية دون المساس بجوهره فاستغلال الدار يكون بتأجيرها واستغلال البستان يكون بالحصول على ثماره وقد يكون الاستغلال مباشرا كأن يزرع المالك أرضه ويجني ثمارها أو ان يخصص سيارته كتاكسي لركوب العامة،

(1) العبيدي ، علي هادي ، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ، المرجع السابق ، ص 35
(2) نصت المادة 11 من قانون إيجار الأماكن المصري رقم 121 لسنة 1947 على أنه لا يجوز إبقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية .
(3) فرج ، توفيق حسن ، الحقوق العينية الأصلية ، 1993 الدار الجامعية ، ص 84

وقد يكون غير مباشر كقيام الغير بزراعتها والحصول على ثمارها لقاء أجر ولكي يعتبر ما يغله الشيء ثمارا شرطان هما الدورية وعدم المساس بالجواهر أي عدم الانتقاص من الاصل، ولا تعني الدورية أن يغل الشيء في مواعيد ثابتة ومحدده فقد يكون ذلك على فترات متباعدة، كما لا يعني عدم المساس بجواهر الشيء او الانتقاص من مادته أن الشيء يظل محتفظا بحالته دون تغيير فقد يترتب على أخذ ما يغله من ثمار الانتقاص من جودته او من قيمته .

ثانيا: التصرف

التصرف وهو أحد أوسع سلطات المالك على الشيء فسلطة التصرف هي على قسمين :

1- التصرف المادي وهي سلطة المالك على استهلاك الشيء وإعدامه وتغييره ، وهو العمل المادي الذي يرد على مادة الشيء فيستطيع مالك العقار على هدمه وإعدام وجوده أو زيادة في البناء والتي تتمثل في تغيير كنهه⁽¹⁾.

2- التصرف القانوني وهو العمل القانوني الذي يرد على حق المالك ، كنقل حقه كليا الى الغير بالبيع أو الهبة ، أو تقرير حق عيني للغير كحق انتفاع أو رهن وغير ذلك من الأعمال القانونية بشرط ألا يتجاوز الحدود المقرره قانونا واتفاقا .

يقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري⁽²⁾ في هذا الصدد أن التصرف هو العنصر الثالث لحق الملكية فيجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات فيجوز له أن ينقل ملكية الشيء الذي يملكه إلى غيره بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض ، ونقل الملكية على هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذي يستطيع المالك القيام بها فإنه إذا نقل الملكية لا يستتقي من ملكه شيئا ويصبح غيره هو المالك، وكذلك يجوز للمالك أن ينقل عنصرا من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية له كنقل عنصري الاستغلال والاستعمال ويستتقي الرقبة وحق التصرف بها،

(1) العبيدي ، علي هادي ، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ، المرجع السابق ، ص 37

(2) السنهوري ، عبدالرزاق ، حق الملكية ، المرجع السابق ، ص 501-502

ويختلف التصرف بالملكية نفسها عن التصرف في عنصر من عناصرها لأن التصرف في الملكية ينقل حق الملكية لغيره فلا تعود إليه إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية أما التصرف في عنصر من عناصر الملكية، فإنه لا ينقل الملكية من المالك إلى غيره، بل يستبقي المالك ملكه وهو في الغالب يسترد العنصر الذي تصرف فيه بلا سبب جديد بل بمجرد انقضاء حق الغير كحق الانتفاع وحق السكنى وحق الرهن وهو أشبه بملك المنافع في الفقه الإسلامي فملك المنفعة مؤقت ولا بد أن يقترن بملك العين (الرقبة) عند انقضاء ملك المنفعة .

الفرع الخامس: ماهية التصرف في عقد بيع العقار لقاء الإعالة

لاشك أن دراستنا لحق الملكية وخصائصها وعناصرها هو الوصول الى فهم مراد المشرع لمعنى التصرف فقد نصت المادة 17 من قانون الملكية العقارية على أنه " لا يجوز التصرف في العقار المبيع لقاء الإعالة ولا حجزه ولا رهنه طيلة حياة المُعال "

وقد يفهم من نص المادة 1/1018 والتي عرفت حق الملكية بأنه سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً من أن المشرع قد أطلق مصطلح التصرف على العين والمنفعة والاستغلال وعند الرجوع الى ما نصت عليه المادة 17 من قانون الملكية العقارية فقد يتوهم الدارس بأن المشتري (المالك) لا يستطيع أن يتصرف في العقار مطلقاً بحيث لا يستطيع الانتفاع به ولا استعماله ولا استغلاله إضافة الى عدم التصرف به عيناً والذي يطلق عليه الفقه القانوني بالتصرف وهذا ما يتناقض مع ما يقتضيه حق الملكية بحيث يفقد المالك جميع سلطاته على العقار وحتى ولو كانت لمدة مؤقتة فهذا ليس مراد المشرع ولا تقره التنظيمات القانونية .

وهذا ما تداركته الفقرة 2 من المادة 1018 حيث أوردت عناصر الملكية أو سلطات المالك ولم تطلق مصطلح التصرف إلا على عين الشيء فنصت " لمالك الشيء وحده ان ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعا " .

فهنا المشرع تدارك اطلاق مصطلح التصرف على الاستعمال والاستغلال وهي ما سماها المشرع بأن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها وأخرج التصرف بمعناه القانوني كعنصر من عناصر الملكية أو أهم سلطات المالك على الشيء المملوك بحيث اطلق عليه اصطلاح التصرف في العين بجميع التصرفات الجائزة شرعا .

فمراد المشرع في عدم جواز التصرف في العقار هو حماية طرف العقد وهو المَعَال سواء كان البائع نفسه أو الشخص المستفيد من الإعالة المحدد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة من انتقال العقار من يد المشتري الى الغير أو هلاك العقار وبذلك يتضح لنا أن مراد المشرع في مصطلح التصرف هو التصرف بشقيه القانوني والمادي بحيث لا يستطيع المشتري بالتصرف في العقار بجميع التصرفات القانونية مثل البيع أو الهبة أو الوصية ولا حتى رهنه ولا حجزه وهذا ما يسمى بالتصرف القانوني .

ولا يجوز له أستهلاك العقار وإعدامه طيلة حياة المَعَال وهذا ما يطلق عليه بالتصرف المادي ويبقى التساؤل هل يعتبر الزيادة على العقار من قبيل التصرف المادي أم من قبيل الاستغلال و الاستعمال التي تجوز لمالك العقار (المشتري) ؟

الحقيقة أن الزيادة على العقار هي تغيير في العقار وهو من قبيل التصرف المادي والتحسينات والإنشاءات التي تضاف على العقار فتزيد من قيمته وهناك أكثر من تصور في ذلك :

1- التصور الأول بأنه يسمح للمشتري المالك في عقد بيع العقار لقاء الإعالة التغيير في العقار من تحسينات وإنشاءات تزيد من قيمة العقار وذلك قياسا بالمال المرهون رهنا تأمينيا⁽¹⁾ بحيث يجوز للراهن الزيادة في قيمة العقار من تحسينات وإنشاءات وليس هنالك ضرر لحق البائع أو الشخص المستفيد من الإعالة في تلك الزيادة .

1- التصور الثاني بأنه لا يسمح للمشتري المالك في عقد بيع العقار لقاء الإعالة التغيير في العقار من تحسينات و إنشاءات إلا إذا كانت تلك التحسينات من قبيل المحافظة على العقار فقط و لا قياس في هذا الموضوع مع المال المرهون رهنا تأمينيا وذلك لاختلاف طبيعة استيفاء الحق بين المال المرهون واسترداد العقار في عقد بيع العقار لقاء الإعالة ، ففي المال المرهون يتم إستيفاء الحق من ثمن العقار وهذا ما أكدته المادة 1322 من القانون المدني " الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون " بينما في عقد بيع العقار لقاء الإعالة يكون استيفاء الحق في حال تقصير المُعيل (المشتري) أو ورثته من بعده باسترداد العقار بقرار من المحمة المختصة وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون الملكية العقارية " للبائع الحق في استرداد العقار المبيع لقاء الإعالة بقرار من المحكمة المختصة ، إذا قصر المُعيل، أو ورثته من بعده في حال وفاته في التزامه بإعالة المُعال وفقا للشروط المتفق عليها في عقد بيع "فاستيفاء الحق في المال المرهون يكون من ثمن العقار بينما استيفاء حق البائع في عقد بيع العقار لقاء الإعالة يكون باسترداد العقار أي اكتساب حق ملكية العقار وهذا ما لا يتفق بجواز زيادة منشآت وتحسينات تغيير من قيمة العقار ويتفق الباحث مع هذا التصور و ذلك لأن هذا التغيير يناقض مقتضى الشرط أو القيد القانوني الذي أورده الشارع في عدم جواز التصرف لاحتمالية عدم تنفيذ الالتزام من قبل المشتري (المُعيل) أو ورثته من بعده واسترداد العقار بقرار من المحكمة المختصة وعدم إرجاع الحالة التي كان عليها العقار وقت البيع وقد يجعل البائع مدينا في الوقت الذي كان فيه دائنا ويرى الباحث أن مثل هذه التحسينات والمنشآت واقعية الحصول.

2- التصور الثالث بأنه يسمح للمالك المشتري في عقد بيع العقار لقاء الإعالة بالتغيير في العقار من تحسينات وإنشاءات حتى ولو كانت زيادة على العقار وتطبيق ما نص عليه المشرع في القانون المدني بما يتعلق بالاتصال بفعل الإنسان من حيث إنشاء بناء أو تحسينات في ملك الغير على اعتبار أن البائع عندما يسترد العقار بقرار من المحكمة المختصة يصبح هو المالك الحقيقي للعقار ويكون المشتري المالك السابق الذي أدخل بالإلتزام محدث في ملك الغير بحيث تطبق عليه ما يطبق على من أحدث بناء أو غراس في ملك الغير ونستعرض بعض من هذه النصوص لتتم الفائدة .

نص المشرع في المادة 1137 من القانون المدني " كل بناء أو غرس أو عمل قائم على الأرض يعتبر أن مالك الأرض قد أقامه على نفقته وأنه يخصه مالم يقيم الدليل على عكس ذلك " يتبين من هذا النص عند تطبيق هذا التصور أن المحدثات والتحسينات التي أنشأها المشتري قبل استرداد العقار هي لمالك العقار بعد الاسترداد وعلى المشتري أن يثبت عكس ذلك.

نص المشرع في المادة 1141 من القانون المدني " إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة "

ونص المشرع في المادة 1142 من القانون المدني " إذا أحدث شخص منشآت بمواد منعده على أرض غيره بإذنه فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات ، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها أن يؤدي اليه قيمتها قائمة "

والحقيقة أن المشرع عندما نص على عدم جواز التصرف في عقد بيع العقار لقاء الإعالة لم ينظم أحكام تلك التحسينات والمحدثات التي تقام على العقار المبيع وما هي أحكام تلك التحسينات والمنشآت القائمة التي تزيد فعليا من قيمة العقار وقت البيع ، وحتى وإن كان مراد المشرع من عدم جواز التصرف بأنه لا يجوز للمشتري في هذا العقد أن ينشأ أو يحدث منشآت وتحسينات من قبيل التصرف المادي فإن هذه التحسينات والمنشآت واقعية الحصول فهي ليست كالتصرف القانوني الذي يلزم فيه التسجيل العقاري فمن المعقول حصولها مما يعقد من طبيعة العقد.

بقي أن نذكر أن شرط عدم جواز التصرف في العقار هو شرط مؤقت في حال حياة المَعَال بحيث يسقط هذا الشرط عند وفاته ، بحيث تكتمل سلطاته على الشيء المملوك .

المطلب الثاني : القيود الواردة على التصرف

يرد على حق الملكية قيود تمنع المالك والمتصرف اليه من استخدام بعض سلطاته التي يخولها القانون له في التصرف في الشيء المملوك ومن أهم تلك السلطات هي سلطة التصرف وهي أوسع تلك السلطات بحيث يستطيع من خلال هذه السلطة بنقل ملكية الشيء المملوك إلى الغير بجميع التصرفات القانونية السائغة وكذلك يستطيع إعدام الشيء المملوك والذي يسمى بالتصرف المادي وهناك نوعين من القيود التي تحد من سلطة المالك بالتصرف بالشيء المملوك فهناك قيود قانونية وقيود إرادية وسنتناولها كالآتي :

الفرع الأول : القيود القانونية

وهي تلك القيود التي يفرضها المشرع على أحد سلطات المالك وأهمها وهي التصرف والتي تمثل أهم عنصر من عناصر حق الملكية كما يوصفها الفقه القانوني بحيث يكون المالك مقيد في تصرفه في الشيء المملوك على النحو الذي يمليه المشرع بنص قانوني، ومن التطبيقات التشريعية في ذلك ما نصت عليه المادة 153 من قانون الملكية العقارية الأردني " إذا كان العقار مرهونا رهنا تأمينيا لمصلحة دائن غير أردني أو شخص حكومي وتم عرضه للبيع في المزاد العلني فيتبع بشأن ذلك ما يلي:

أ- يجوز لهذا الدائن الدخول في المزاد العلني شراء العقار دون الحصول على إذن بذلك شريطة بيع العقار الذي أل إليه نتيجة المزاد إلى شخص أردني خلال مدة لا تتجاوز سنتين من تاريخ تسجيل العقار "

نلاحظ أن المشرع الأردني في هذا النص أنه قيد تصرف المالك الأجنبي أو الشخص الحكومي بأن يتصرف بملكه في نقل ملكية العقار عن طريق بيعه إلى شخص أردني هذا من جهة، وكذلك أجبره على التصرف بالعقار بحيث لا يبقى مكتسبا لملكية العقار خلال مدة لا تتجاوز سنتين من تاريخ تسجيل العقار بإسمه، ففي هذا التطبيق نجد أن المشرع أوجد نوعين من القيود

قيد على التصرف في العقار بأن يتصرف به لشخص أردني وقيد على حق الملكية بشكل عام بحيث لا يستطيع أن يمتلك ذلك العقار إلا لمدة محدودة.

وكذلك نص المادة 1021 من القانون المدني " للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا أو مخالفا للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة " ففي هذا النص نجد أن المشرع قد أطلق مصطلح التصرف بشكل عام أي التصرف في استعماله واستغلاله والتصرف بوجهيه القانوني والمادي والذي يهمننا في هذه الدراسة هو القيد الوارد على التصرف .

وكذلك ما نصت عليه المادة 1022 من القانون المدني " العقار الأميري لا يصح للمتصرف فيه وقفه ولا الوصية به ما لم تكن الحكومة قد ملكته أيها تملكا صحيحا بعد توفر المسوغات الشرعية "(1) والحقيقة أن المتصرف إليه هو ليس مالك للشيء المملوك وذلك لأن الرقبة تملكها الدولة ولكن تماشيا على ما أورده المشرع الأردني في هذا النص تحت مسمى قيود الملكية في القانون المدني إلا أنه قيد يرد على تصرف المتصرف إليه في العقار الأميري بحيث لا يستطيع وقفه ولا الوصية به .

يقول الأستاذ السنهوري⁽²⁾ في هذا الصدد أنه قد يفرض المشرع قيود مؤقتة على حق المالك في التصرف في ملكيته وما دام القيد مؤقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه في التصرف ويبقى مالكا ، أما إذا كان المنع من التصرف الذي فرضه القانون دائما غير مؤقت كما في الأموال الموقوفة فإن حق الملكية يفقد عنصرا أساسيا من عناصره ومن ثم لا يمكن أن يوصف بأنه حق ملكية ومثال ذلك ملكية الأسرة بحيث تقضي المادة 853 من القانون المدني المصري بأنه لا يجوز لأي شريك في ملكية الأسرة أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا، وهذا القيد مؤقت من عدة وجوه فهو مقيد بالأجل الذي يتفق عليه لبقاء ملكية الأسرة ولا يجوز أن يزيد على خمس عشرة سنة (م 1/852 مدني مصري) وهو من ناحية أخرى مقيد بمدة ستة اشهر فقط إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل معين، إذ يستطيع الشريك بعد انقضاء هذه المدة إخراج نصيبه من ملكية الأسرة والتصرف فيها بعد ذلك (م 2/852 مدني مصري)

(1) الجدير بالذكر أن المشرع الأردني ألغى العقارات الأميرية بحيث تحول إلى حق ملكية حيث نصت المادة 8 من قانون الملكية العقارية " اعتبارا من تاريخ نفاذ هذا القانون يلغى تصنيف العقارات من نوع (الميري) وتحول العقارات الاميرية على (المالك) كما يلغى (حق التصرف) في العقارات الاميرية وجميع الأحكام القانونية النافذة له ويحل محله (حق الملكية) على العقارات المتحولة "

(2) السنهوري ، عبدالرزاق ، حق الملكية ، ج8 ، المرجع السابق ص 503-504

وهذا ما تقضيه المادة 176 من قانون الملكية العقارية الاردني بحيث لا يجوز للدائن المرتهن إذا أُحيل اليه العقار أن يتصرف فيه بالبيع أو بالرهن أو بالمبادلة أو بالهبة أو بالإفراز خلال سنة واحدة من تاريخ تسجيل العقار بإسمه وستة أشهر إذا أُحيل العقار على شخص آخر غير الدائن المرتهن، فالتشريعات العربية ومنها التشريع الأردني مليئة بالنصوص التي تفرض على المالك قيود على التصرف وهي على سبيل الاستثناء وإلا فالأصل أن المالك يستطيع أن يتصرف بملكه كيف شاء بجميع التصرفات السائغة قانونا .

الفرع الثاني : القيود الإرادية (الشرط المانع من التصرف)

القيود الإرادية هي تلك القيود التي تقيد تصرف المالك أو المتصرف ألية في ملكه ولكن مصدر هذا التقييد هو الإرادة سواء كانت في عقد أو وصية (تصرف انفرادي) وهذا لا يعني أن هذا القيد لا يستند إلى تشريع قانوني بل لا بد أن يكون هذا القيد والذي يصطلح عليه الفقه القانوني بالشرط المانع من التصرف مستندا إلى نص قانوني يقرر مشروعيته، وهذا ما نصت عليه المادة 1028 من القانون المدني " ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقدا كان أو وصية شروطا تقيد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محدودة⁽¹⁾ .

ويفهم من النص السالف الذكر أن الأصل هو تحريم الشروط الإرادية أو الشرط المانع من التصرف لما في ذلك من انتهاك لحق الملكية بحيث يمنع المالك أو المتصرف إليه من التصرف وهو أهم عنصر من عناصر الملكية، وكذلك لما لذلك الشرط من عواقب إقتصادية لمنع تداول الأموال مما يعطل الوظيفة الإقتصادية من جراء حبس تلك الأموال.

(1) الصده، عبد المنعم فرج، حق الملكية، 1964 القاهرة، ص 11

ويلاحظ من النص أن الشرط المانع من التصرف يرد في تصرف قانوني وهذا التصرف إما أن يكون عقداً أو وصية ، والوصية أمرها واضح فهي تصرف قانوني من جانب واحد على سبيل التبرع، فيوصي الشخص للموصى له بمال معين ويشترط عليه في الوصية ألا يتصرف في هذا المال لأحد لمصلحة مشروعة ولمدة مؤقتة، أما العقد فقد يكون من عقود التبرعات كالهبة فقد يهب الواهب للموهوب له شيء ويشترط عليه بعدم جواز التصرف لمدة معينة ويكون الباعث لهذا الشرط مشروعاً ، أو أن يشترط الواهب على الموهوب له بأن

يشترط في هذا المال عقار معين، وقد يكون الشرط واقعا على عقود المعاوضات الهبة المستترة بأن يهب الواهب الشيء ويشترط عليه إيراد مرتب لمدة معينة⁽¹⁾ أو أن يكون عقد بيع صريح ويشترط البائع على المشتري بعد جواز التصرف لمدة معينة ولمصلحة مشروعة

ويتقارب التشريع المصري للتنظيم القانوني للشرط المانع من التصرف مع التشريع الأردني حيث يجب أن يكون الشرط في تصرف قانوني عقد أو وصية وأن الأصل هو تحريم الشرط إلا إذا كان لهذا الشرط باعث مشروع فيه مصلحة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير وأن يكون لمدة معقولة، ومعنى أن يرد الشرط في تصرف قانوني أن المالك لا يستطيع أن يشترط على نفسه بحيث يخرج المال من الضمان العام للدائنين⁽²⁾ ، وكذلك لا يجوز أن يرد هذا الشرط على الورثة المحتملين وذلك لأن الأموال التي تؤول إلى الورثة هي نتيجة الميراث وليس بسبب تصرف قانوني وهذا ما اشترطه المشرع أن يرد الشرط على تصرف قانوني .

(1) تنص المادة 1156 / 2 " وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع "

(2) الذنون، حسن علي، الحقوق العينية الأصلية، 1954 بغداد، 58.

الشروط الواجب توافرها في الشرط المانع من التصرف

ذكرنا أن الشرط المانع هو شرط إرادي ومصدره إرادة الأشخاص ولكن يجب أن يستند هذا الشرط إلى ما أقره المشرع من شروط حتى يصح هذا الشرط ويرتب أثاره وقد أورد المشرع شروط يجب توافرها في الشرط المانع من التصرف حتى يصح.

أولاً : أن يكون الباعث مشروعاً

ومعنى ذلك أن الباعث على اشتراط هذا الشرط هو تحقيق مصلحة جدية ومشروعة لأن الأصل في الشرط التحريم والاستثناء هو وجود مصلحة ومبرر حقيقي في إباحة هذا الشرط ، وتتساوى الإباحة سواء كانت هذه المصلحة للمتصرف (المشتري) أو المتصرف إليه (المشتري إليه) أو الغير، فقد يشترط البائع على المشتري بعدم التصرف بالشيء لحين استيفاء الثمن إذا كان مؤجلاً فهذه مصلحة مشروعة للبائع (المتصرف) أو كأن يشترط الواهب على الموهوب له بعدم التصرف بالعقار الذي رتب عليه حق انتفاع له أو حق سكنى طول حياته ولا يريد أن تكون له علاقة في شأن حقه هذا إلا مع من تصرف إليه وخاصة إذا كان المتصرف إليه من ذويه، أو أن يبيع العقار بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة ويشترط على المشتري بعدم التصرف بالعقار طيلة حياته، أو بيع العقار بثمن مقسط لمدة خمس سنوات ويشترط على البائع ألا يتصرف حتى يوفي جميع أقساط الثمن ، وهذه أمثالهأ مصالح مشروعة للمتصرف يصح له أن يحميها بأن يتضمن تصرفه سواء كان عقداً أو وصية شرطاً مانعاً⁽¹⁾

(1) السنهوري ، عبد الرزاق ، الوسيط ، حق الملكية ، ج8 ، المرجع السابق ، ص 510

وقد يكون الباعث لهذا الشرط حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه وتتحقق هذه المصلحة كأن يوهب شخص لأخر عقار ويكون هذا الأخر (المتصرف إليه) سيء التدبير ويخشى على العقار أن يضيع سفها فيشترط عليه ألا يتصرف في العقار لمدة معينة وإن كانت هذه المدة تستغرق مدى حياته فتكون مصلحة للغير وهم أولاده وورثته من بعده، وقد لا يمنع المتصرف إليه من التصرف ولكن يشترط عليه التصرف كأن يشترط عليه الاستبدال فإذا باع العقار فيشترط عليه الاستبدال بعقار آخر وهكذا وقد يكون الباعث للشرط المانع حماية مصلحة مشروعة للغير كأن يهب شخص عقار ويشترط عليه أن يرتب إيراد للغير مدى الحياة ويشترط عليه ألا يتصرف في العقار طيلة حياته ليكفل ضمان الأيراد⁽¹⁾.

ثانيا : ان تكون مدة المنع لمدة محددة

عبر المشرع الأردني عن الشرط الثاني التي يجب أن تتوافر بالشرط حتى يصح استثناء بأن يكون لمدة محددة وهذا خلافا لما عبر عنه المشرع المصري حيث عبر عنه بالمدة المعقولة في المادة 1/ 823 مدني حيث نصت " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة " ثم جاء المشرع المصري بوصف هذه المدة المعقولة (3/823 مدني) بأنها تجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه، أو الغير ومعنى أن يكون المنع لمدة محددة أو لمدة معقولة أن الشرط حتى يصح يجب أن يكون لمدة مؤقتة وليس منعا أبديا بحيث لا يخرج هذا المال أو الذي اشترط عليه من دائرة التعامل ولا يخرج هذا التصرف من مقتضاه في إكساب حق الملكية للمتصرف إليه أو من آل اليه المال سواء كان عقد أو وصية وإلا كان الشرط باطلا بحيث يلغو ويبقى التصرف مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التصرف فيلغو الشرط والتصرف⁽²⁾،

(1) منصور، مصطفى منصور، حق الملكية، 1965، القاهرة، ص47.

(2) السنهوري، الوصف، حق الملكية، مرجع سابق، ص517.

فقد ورد في المذكرات الإيضاحية أنه " لا يجوز تأييد هذه الشروط ولا جعلها لمدة طويلة تتجاوز الغرض منها"⁽¹⁾ وتحديد ما إذا كانت هذه المدة لا تتجاوز الغرض الذي حدد من أجلها يرجع لقاضي الموضوع في بطلان هذا الشرط فقد نصت المادة 1029/ مدني أردني " يقع باطلا كل شرط يمنع المتصرف أليه من التصرف ما لم تتوافر فيه أحكام المادة السابقة " بحيث يبطل الشرط ولا يرتب آثاره وأما التصرف نفسه الذي اقترن فيه ذلك الشرط الباطل فقد أجابت على هذا التساؤل المادة 164/ مدني أردني حيث نصت " كما يجوز أن يقترن بشرط فيه منفعة لأحد العاقدين أو للغير مالم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الأداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا "⁽²⁾

الفرع الثالث : الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة بين القيد القانوني والأرادي

ذكرنا سابقا أن القيود قد تكون قانونية والتي هي مصدرها القانون وقد تكون إرادية مصدرها إرادة المتعاقدين عندما يكون التصرف عقدا أو إرادة الشخص المنفردة عندما يكون التصرف وصية، وعقد بيع العقار لقاء الإعالة هو عبارة عن تصرف قانوني اقترن بهذا العقد شرط على المشتري (المُعيل) ألا يتصرف بهذا العقار ولا رهنه ولا حجزه طيلة حياة المُعال وبما أننا بصدد قيد على التصرف فيثور التساؤل هل هذا قيد قانوني أم قيد إرادي؟ وللإجابة على هذا التساؤل يتمحور لدينا تصورين أو اتجاهين :

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2، ص 650

(2) تمييز حقوق، رقم 2005/1454، هيئة خماسية، تاريخ 2005/10/16، حيث نصت، يستفاد من منطوق المادة (2/164) من القانون المدني انها تجيز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير مالم يمنعه المشرع أو يخالف النظام العام والأداب وإلا لغا الشرط وصح العقد مالم يكن الشرط هو الدافع للتعاقد.

أولاً : الشرط الوارد في عقد بيع العقار هو قيد إرادي

وأصحاب هذا التصور يرون أن الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو قيد قانوني ويمكن وصفه بأنه شرط مانع من التصرف وأدلتهم في ذلك أن طبيعة القيد القانوني تختلف عن طبيعة الشرط الوارد في ذلك العقد وهو أقرب وصفا للشرط المقترن بالعقد وحجتهم في ذلك ما نصت عليه المادة 2/164 مدني أردني " كما يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير." فهذا شرط مقترن في عقد البيع نص عليه القانون ولا يعني أن المشرع عند النص عليه صراحة أننا أمام قيد قانوني وإنما قيد إرادي وذلك لأن إرادة العاقدين هي التي اتجهت لذلك العقد وهي مصدره .

ثانياً : الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو قيد قانوني

اصحاب هذا التصور يرون أن هذا الشرط هو قيد قانوني وذلك لأن المشرع نص عليه صراحة في عقد بيع العقار لقاء الإعالة وحتى وإن كان وصفه شرط مقترن بالعقد إلا أنه قيد قانوني ولا نستطيع أن نعتبره قيد إرادي لعدة أوجه منها أنه لو كان قيد إرادي لترك المشرع في هذا العقد حرية للمتعاقدين في وضع هذا الشرط أو حتى تعديله أو حتى إلغاؤه فلا يكون للمتعاقدين حرية في الغاء الشرط أو حتى تعديله أو الاتفاق على إسقاطه، ومن ناحية أخرى لقاضي الموضوع في الشروط الإرادية النظر في مشروعية الشرط المقترن في العقد بحيث يستطيع إبطال الشرط أو حتى إبطال التصرف بشكل عام إذا كان الشرط هو الدافع للتعاقد أما في الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة لا يستطيع القاضي النظر في قانونية هذا الشرط وذلك لأن المشرع هو الذي أوجده وما عليه إلا تطبيق النص القانوني الذي أورد هذا الشرط.

ويرى الباحث أن الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو قيد قانوني وليس قيد إرادي ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على النزول عن هذا الشرط أو حتى تعديل ما يتضمنه ذلك الشرط إلا أنه في الحقيقة هو شرط قانوني مقترن في العقد ولا نستطيع تطبيق الأحكام الخاصة التي نظمت الشروط المقترنة في العقد ويمكن وصفه بأنه شرط قانوني ذو حالة خاصة.

الفرع الرابع : مدى مشروعية الشرط في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء المسلمين في مدى مشروعية الشرط المقترن بالعقد فمنهم من ضيق صحة هذه الشروط على أساس أن الأصل في هذه الشروط التحريم وما جاء من الصحة على تلك الشروط جاء على سبيل الاستثناء، ومنهم من وسع من صحة تلك الشروط وجعل الأصل في الشروط الإباحة وما جاء من فسادها يجب أن يكون بنص شرعي على تحريمه سواء من القرآن الكريم أو السنة النبوية، والشرط هو أمر زائد على أصل العقد وتصدر الصيغة المنشئة للعقد مقيدة بشرط حين يحس أطراف العقد أو أحدهما أن الصيغة بإطلاقها لا تحقق الحاجة التي يهدفان إليها أو أحدهما فيلجأ إلى الزيادة في العقد أو النقصان بواسطة شرط يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما فيجد ذلك من الأثر المترتب على الصيغة بالنسبة لإحدهما لمصلحة الأخر أو مصلحة الغير المستفيد من ذلك الشرط⁽¹⁾ ونورد ما قاله السرخسي في المبسوط والتي تبين مدى اختلاف فقهاء المسلمين في مشروعية الشرط " حكى عن عبدالوارث ابن سعيد قال : حجبت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألت عن البيع بالشرط فقال باطل، فخرجت من عنده ودخلت على ابن ليلى وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط باطل، فدخلت على ابن شبرمة وسألته عن ذلك فقال البيع جائز والشرط جائز، فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا علي في هذه المسألة كل الاختلاف، فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته، فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه، فقلت إن صاحبك يخالفانك، فقال لا أدري ما قال، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنهم ان النبي صل الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط، فدخلت على ابن ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قال، حدثني هشام بن عروه عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه لما أرادت أن تشتري بريرة رضي الله عنها أبي موليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فذكرت ذلك لرسول الله صل الله عليه وسلم فقال (اشترى واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق) ثم خطب رسول الله صل الله عليه وسلم فقال (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق، والولاء لمن أعتق)،

(1) الشافعي، احمد محمود، الملكية والعقد، 1988 المكتب العربي للطباعة، ص 189

(2) السرخسي، أبي بكر المبسوط ج 13 "دار احياء التراث" ص 14

فدخلت على ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك، فقال لا أدري ماذا قالوا، حدثني محارب بد دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهم أن النبي صل الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة "

فالأحاديث كما نرى متضاربة في مدى مشروعية الشرط وأثره على التصرف من حيث الصحة والبطان وبعد هذه المقدمة التي توضح مدى الاختلاف بين فقهاء المسلمين فسندرس مدى مشروعية الشرط المقترن بالعقد في المذاهب الأربعة وسنبداً بأضيق هذه المذاهب في توضيح صحة الشروط وهو المذهب الحنفي وننتهي بمذهب الحنابلة الذي وسع في صحة تلك الشروط .

المذهب الحنفي

يعتبر المذهب الحنفي أضيق المذاهب الأربعة⁽¹⁾ في تصحيح الشروط المقترنة في العقود وإباحتها وعندهم الشرط المقترن بالعقد يكون صحيحاً ويصح معه العقد إذا :

أولاً : شرطاً يقتضيه العقد

جاء في المبسوط⁽²⁾ " ثم الشرط في البيع على أوجه إما أن يشترط شرطاً يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في البيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز لأن هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده إلا وكادة"

وجاء في المغني⁽³⁾ والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام أحدهما ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال فهذا وجوده عدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد "

(1) يعتبر مذهب الظاهرية أضيق المذاهب في إباحة الشروط فهم يحرمون الشروط إلا ما ورد نص على إباحته وقام الدليل على الوجوب بوفائه فهم يحتفظون بمبدأ وحدة الصفقة فلا يبيحون الشروط إلا بأضيق الحدود ولا يصحح منها إلا ما ورد نص بصراحته حيث إذا نكر الشرط في حال عقد البيع فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل إلا سبعة شروط اشتراط الرهن فيما يتابعه إلى أجل مسمى لقوله تعالى " ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " واشتراط تأخير الثمن لقوله تعالى " إذا تداينتم بدين على أجل مسمى فاكتبوه " واشتراط صفات المبيع التي ترضيها واشتراط ألا خلاه لقوله تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم " وبيع العبد أو الأمة فيشترط مالهما أو بعضه وبيع أصول النخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده لقوله صلى الله عليه وسلم " من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ومن باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع " فهم بذلك أضيق المذاهب في إباحة الشروط وكل ما عدا السبعة هي شروط باطلة لم يورد بها نص . انظر حواشي السنهوري ، عبدالرزاق ، مصادر الحق ، ج3، 1954 ، مطبعة دار أحياء التراث ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ص 173 وانظر أبو زهرة ، امام مجد الملكية ونظرية العقد ، مرجع سابق ص 246 .

(2) السرخسي، أبي بكر، المبسوط، جزء 13، دار أحياء التراث ص 14

(3) المقدسي، احمد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، 2010، جزء 4 ص 268

يتبين من هذه النصوص أن الشرط الذي يقتضيه العقد هو شرط صحيح وقد نقول بعبارة أخرى أنه ليس بشرط ولكن قد يشترطه أحد المتعاقدين في الذين لا همة لهم وتخوفا من عدم ظهور آثار العقد وإفادة حكمه فهو شرط تأكيد وبيان وهو محض تقرير لمقتضى العقد فمن اشترى بشرط تملك المبيع أو أن يستلمه أو دابة على أن يركبها فكل ذلك شروط صحيحة لبيان حكم العقد وتأكيد له

ثانيا : الشرط الذي يلائم العقد

جاء في البدائع (1) " وكذلك الشرط الذي لا يقتضية، لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضا لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً أيه على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا والرهن معلوم والكفيل حاضر فالبيع جائزا استحسانا والقياس ألا يجوز لأن الشرط يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل "

نجد أن الحنفية لم تجز الشرط الذي يلائم العقد إلا استثناء على سبيل الاستحسان ملحقين إياه في المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد وإلا فإن الشرط ولو لائم العقد ما دام العقد لا يقتضيه لا يجوز على مقتضى القياس فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقدا في عقد وهذا لا يجوز وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً أيه فاشتراط الرهن والكفالة بالثمن يؤكد وجوب استيفاء الثمن واستيفاء الثمن ملائم للعقد ويشترطون في الرهن والكفيل أن يكون معلوماً والكفيل حاضرا وأن يكون الرهن مملوكا للراهن .

وجاء في المبسوط (2) " وإن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه، ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لأن المقصود بالرهن الاستيفاء فإن موجبه ثبوت الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد "

(1) الكاساني، علاء الدين، البدائع، مرجع سابق، جزء 5 ص 171

(2) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، جزء 13 ص 19

فمن مقتضيات العقد تسليم المبيع من قبل البائع وتسليم الثمن من قبل المشتري وشرط الرهن والكفيل مما يخالف مقتضى العقد من التسليم والاستيفاء إلا أنه عند الحنفية استحسانا يجوز مثل هذا الشرط وإن كان مخالفا لمقتضى العقد فهو موافق له بالمعنى فهو أشبه باشتراط صفة الجودة بالثمن ولا يوجب فسادا للعقد

ثالثا : الشرط الذي يجري به التعامل

جاء في المبسوط⁽¹⁾ " وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه عرفا ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى نعلا وشراكا بشرط أن يحذوه البائع لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأن النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا "وأكمل في (ص 221-222) قوله " ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع ، المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق اسم النعل باعتبار أوله فالبيع فاسد وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك.

يتبين من النص أن الأصل في الشرط في العقد أنه مفسد للعقد ولكن الأحناف يجيزون الشرط الذي جرى به التعامل استحسانا لما جرت عليه العادة وما جرى عليه العرف فهذا الشرط الذي جرى التعامل به هو ليس من مقتضى العقد فهو مفسد قياسا ولكن يصح عند الأحناف استحسانا.

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في ذلك⁽²⁾ على أن المذهب الحنفي لا يبدو أنه ينتفع انتفاعا كاملا من قاعدة إباحة الشرط الذي يجري به التعامل ، فالأمثلة التي ترد في كتب المذهب ذات أهمية عملية محدودة : نعل يحذوه البائع أو يجعل له شراكا أو جراب يخززه خفا ، صوفا يجعله قلنسوة ، والظاهر أن الشرط الذي يجري به التعامل عند الحنفية هو أمر ثانوي يتعلق بالمبيع ذاته.

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، جزء 13 ص 14

(2) السنهوري ، عبدالرزاق ، مصادر الحق ، ج 3 ، المرجع السابق ، ص 119-120

نفهم من ذلك أن الشرط الذي جرى به التعامل عند الأحناف هو في أضيق الحدود المتعارف بها في وقتهم وإلا الأصل ان الأحناف لا يجيزون الشرط إلا إذا كان من مقتضى العقد فهم لا يجيزون شرط وبيع وصفقتين في صفقة وبيع وسلف كما سنرى في الشروط الفاسدة عند الأحناف.

الشرط الفاسد

جاء في البدائع (1) " ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو المشتري أو المبيع إن كان من بني آدم كالرقيق وليس ملائم للعقد ولا مما جرى التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها إليه ، أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرا ... أو أن يزوجه ابنته منه فالبيع في هذا كله فاسد لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا والبيع الذي فيه ربا فاسد أو فيه شبهة ربا... وكذا لو باع جارية أو عبدا بشرط ألا يبيعه أو يهبه وألا يخرج من ملكه فالبيع فاسد لأن هذا الشرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي فيكون مفسدا للبيع .

يتبين لنا أن الأحناف يعتبرون الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الشرط الذي ليس من مقتضى العقد وليس ملائم له ولا جرى به التعامل و فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، والمنفعة قد تكون للبائع على نحو إذا ما باع العبد ويشترط على المشتري أن يبقى في خدمته وقتا من الزمن أو أن يبيع دارا على أن يشترط سكنها مدة من الزمن، وقد تكون للمشتري على نحو ما إذا اشترى أرضا واشترط على البائع أن يعتني بثمرها لمدة من الزمن ،

(1) الكاساني، البدائع، مرجع سابق، جزء 5 ص 169-173

وقد تكون للمبيع نفسه إذا كان المبيع من الأدميين كالرقيق كأن يشترط ألا يبيعه أو أن يهبه ففي ذلك منفعة للمبيع ففي كل ذلك يفسد الشرط ويفسد العقد معه ويفرق الأحناف ما بين عقود المبادلات (مبادلة مال بمال) والعقود التي ليست من عقود المبادلات من حيث فساد الشرط وأثره على فساد العقد إذا كان فيه منفعة لطالب المنفعة .

ففي عقود المبادلات والتي حصرها الفقهاء⁽¹⁾ فكانت : عقد البيع ، والإجارة ، والقسمة والصلح على المال والمزارعة والمساقاة ففي هذه العقود إذا اقترن فيها شرطا فاسدا فيه منفعة لطالبا فهي مفسدة للعقد .

أما العقود التي ليست من عقود مبادلة مال بمال كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن كان العقد صحيحا والشرط لاغيا⁽²⁾

(1) أبو زهرة ، إمام محمد ، الملكية ونظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 249

(2) راجع المواد (323 - 326) من مرشد الحيزان

الشرط الباطل

جاء في المبسوط (1) " وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد وكان لغوا والبيع صحيح "

وجاء في البدائع (2) " إذا باع ثوبا على ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه أو دابة على ألا يبيعها أو طعاما على ألا يأكله ولا يبيعه، ذر في المزارعة ما يدل على جواز البيع فإنه قال لو شرط أحد المزارعين في الزراعة على ألا يبيع الأخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل وهكذا روي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله "

يتبين من النص أن الأحناف يعتبرون الشرط باطل والعقد صحيح بحيث لا يؤثر ذلك الشرط على حكم العقد وأثره وهو شرط لا يقتضيه العقد ولا هو ملائمه ولم يجري به التعامل وليس فيه منفعة كأن يبيع دابة بشرط ألا يركبها وكأن يبيع شيء غير الرقيق ويشترط على المشتري ألا يبيعه ولا يهبه فكل ذلك من الشروط هي باطله بحيث تسقط ويبقى العقد صحيحا وقائما .

ويقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري (3) في ذلك أنه يخالف المذهب الحنفي في أن الشرط لا منفعة فيه ، فقد تتحقق هذه المنفعة في بعض الأحوال فقد يشترط البائع على المشتري ألا يبيع أو يهب الشيء الذي اشتراه لمصلحة رعاها للمشتري كأن يخشى منه السرف ويخاف أن يسرع إلى إضاعة ما اشتراه .

(1) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، جزء 13 ص 15

(2) الكاساني، البدائع، مرجع سابق، جزء 5 ص 170

(3) السنهوري ، عبدالرزاق ، مصادر الحق ، ج 3 ، المرجع السابق ص 132

ويرى الباحث بأن هذه المنفعة احتمالية الحدوث فهي منفعة لم يحم عليها دليل فقد يكون المشتري ليس بهذه الصفة من السرف وإضاعة المال الذي أُل إليه وقد يكون هذا الشرط لغوا في العقد من منعه ما اقتضاه العقد من التصرف في المبيع على نحو ما إذا كان التصرف فيه مصلحة للمشتري أكبر من المنفعة الاحتمالية التي اشترط البائع بها الشرط في العقد ولذلك لم يعتد بها الأحناف والله أعلم .

أسباب فساد الشرط وبطلانه

يرد الأحناف لفساد الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعامل وفيه منفعة لطالبه بذلك الشرط بحيث يتعرض هذا الشرط إلى الفساد ومن ثم فساد العقد إذا كان من عقود مبادلة مال بمال وفساد الشرط مع بقاء العقد صحيحا إذا كان من عقود ليست مبادلة مال كالنكاح والهبة وكذلك إلى بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا إذا كان الشرط ليس فيه منفعة لأحد ولم يكن الشرط موافقا لمقتضى العقد ولا ملائم له ولم يجري به التعامل إلى عدة أسباب :

1- أن الشرط فاسد ويفسد معه العقد وذلك لأن فيه زيادة منفعة مشروطة لا يقابلها عوض فكان ذلك ربا أو شبهة ربا والربا وشبهته يفسدان العقود .

2- فكرة تعدد الصفقة وتظهر هذه الفكرة عندما لا توجد شبهة ربا بأن يكون مقابل هذا الشرط مقابل من الثمن فتقوم فكرة الصفقتين في صفقة وقد نهى الرسول صل الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيعتين في بيعة بحيث يجتمع في العقد صفقتين على نحو أبيعك هذه الدار بشرط أن أسكنها سنه فهذا العقد قد جمع صفقتين فإن كان لها عوض عن السكنى فنكون أمام عقد بيع وعقد إيجار وإن لم يكن لها مقابل كنا أمام عقد بيع وإعارة .

3- فكرة بيع وشرط وتقوم هذه الفكرة عندما يكون الشرط لا منفعة فيه وحجة الأحناف في ذلك أن الرسول صل الله عليه وسلم قد نهى عن بيع وشرط وبذلك لا تكون فكرة الربا موجودة في العقد وذلك لعدم وجود زيادة من المنفعة المشروطة وعلى ذلك يقر الأحناف ببطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا وذلك لعدم وجود الربا أو شبهتها .

المذهب الشافعي

ومذهب الشافعي يقرب كثيرا للمذهب الحنفي في الأصل الذي يتمسك به وهو منع تعدد الصفقة وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل ، فالشرط الذي يقتضيه العقد صحيح بدهاة لأنه معمول به دون الحاجة إلى أن يذكر كاشتراط التسليم واشتراط استلام الثمن ، وكذلك الشرط الذي يلائم العقد ويدعى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد او الشرط الذي تدعو إليه الحاجة فهو صحيح ولكن ليس على سبيل الاستحسان أو الاستثناء كما هو في الفقه الحنفي بل هو أصل يقوم بذاته ومثال على ذلك اشتراط الإشهاد على العقد أو كتابة صك واشتراط الرهن والكفيل بالثمن فكل هذه الشروط هي لمصلحة العقد .

والفقه الشافعي لا يفرق بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه الحاجة فهما عنده شيء واحد فهو يتحدث عن الشرط الذي يلائم العقد تحت اسم الشرط الذي فيه مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة .

ويتشابه الفقه الشافعي مع الحنفي بتمسكه بالأصل المعروف فهو يمنع البيع وشرط ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيهما العقد ولا يلائم مقتضى العقد فلا يجوز أن يشتري زرا ويشترط على البائع أن يحصده وكذلك بيع وقرض فلا يجوز أن يبيع دارا بألف على أن يقرضه المشتري قرضا بمائة ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلا أو ألا يبيعها حتى يمضي شهر من وقت حلول الدين،

ويمنع الشافعي البيعتين في بيعة ولكن يختلف الشافعي عن المذهب الحنفي في تأويل الحديث البيعتين في بيعة فهم يؤلونه كمن يقول بعثك هذه الدار بألف نقد أو بألفين نسيئة أو بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري أما الفقه الحنفي يؤوله كمن باع دارا على أن يسكنها سنة فهنا البيع جمع صفتين في بيعه هي البيع والإيجار إن كان له مقابل وإعارة إن لم يكن لها مقابل فكلها عند الفقه الحنفي والشافعي شروط فاسدة .

ويختلف الفقه الشافعي عن الفقه الحنفي في أثر الشرط الفاسد الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائمه على صحة العقد فعند الشافعية الشرط الفاسد يفسد العقد سواء كان في عقود مبادلة مال بمال أو غيرها من العقود التي لا تكون كذلك، فيبطلون العقد سواء كانت معاوضات أو تبرعات فكلها باطلة إذا اقترن بها شرط فاسد⁽¹⁾.

ويتفق الفقه الشافعي مع الفقه الحنفي في الشرط الذي لا غرض فيه ولا منفعة لأحد بحيث يسقط الشرط ويبقى العقد صحيحا .

المذهب المالكي

الأصل في الشرط عند المالكية أنه صحيح وقد يقع فاسدا على سبيل الاستثناء فهو يجيز ما يجيزه المذهب الشافعي والحنفي، ثم يجيز منها ما لا يجيزه المذهبان وسنعرض الشرط الصحيح عند المالكية والشرط الفاسد لنتم الفائدة

(1) الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مرجع سابق، ص 317.

أولاً : الشرط الصحيح

الشرط الصحيح عند مالك أوسع بكثير ما هو عند الأحناف والشافعية وذلك لأن الاصل عندهم صحة الشروط ويأتي فسادها على سبيل الاستثناء بعكس الاحناف والذين يعتبرون الشرط فاسد ويأتي صحيحا على سبيل الاستثناء أو الإستحسان والشرط الصحيح عند مالك :

1- كل شرط يقتضيه العقد فهو صحيح وهذا ما يتفق مع المذهبين في تصحيح الشروط كأن يشترط على المشتري تسليم الثمن أو أن يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع فهي من مقتضيات العقد أو أن يشترط الدائن المرتهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوفي الدين عند حلول أجله فهو من مقتضى العقود سواء كان الشرط موجود أو غير موجود فهو لا يؤثر على حكم العقد وأثره، فمقتضى العقد هو أن يبيع العين المرهونة عند حلول الأجل في استحقاق الدين وهكذا

2- الشرط الذي لا يناقض مقتضى العقد فقد يكون الشرط ليس من مقتضى العقد ولكن لا يناقضه فبذلك توسع المذهب المالكي في تصحيح الشروط وإباحتها فهو يتفق مع المذهبين في تصحيح الشروط التي تلائم العقد وما جرى التعامل بها بل ويدخل الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين أو الغير ولو لم يكن العقد يقتضيه ولا يلائمه ولا جرى به التعامل فهو صحيح عند مالك وفسد في المذهبين فيصح عند مالك الشرط الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع أو يقف الأرض المبيعة أو يبني عليها مسجدا أو غير ذلك، مما يتضمن إيقاع معين في المبيع هو من معاني البر، أو أن يشترط البائع على المشتري الأ يبيع ما اشتراه حتى يعطي الثمن المؤجل وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع ، وأن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة معقولة أو الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الثوب ويشترط على البائع أن يخيظه⁽¹⁾ .

(1) الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص 79.

ثانيا : الشرط الفاسد

ويكون الشرط فاسدا عند الفقه المالكي في موضعين :

1- إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع ، أو أن يشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه ، أو أن يشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء له، وسبب الفساد يرجع لأن العقد لا يسلم مع وجود الشرط ما دام الشرط يناقض مقتضاه فهو شرط لا يتم معه المقصود من العقد .

2- إذا كان الشرط يخل بالثمن وذلك كبيع وسلف بأن يتضمن البيع قرضا أو أن يبتاع البائع سلعة ومضى رد الثمن فالسلعة له وهو ما يسمى ببيع الثنيا أو بيع الوفاء في القانون الحديث أو كبيع يشترط فيه البائع على المشتري إذا باع السلعة فهو أحق بالثمن الذي باع به المشتري ، وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري وقد روعي فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما في بيع الثنيا ، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري كما في بيع وقرض للمشتري من البائع وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن .

أثر الشرط الفاسد على صحة العقد

الشرط الفاسد عند المالكية يبطل في جميع الأحوال أما أثره على العقد :

1- الشرط الفاسد يبطل العقد ويكون ذلك إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد بحيث إذا عمل بالشرط كان حتما على العقد أن يبطل بحيث يختل العقد نفسه كما في حال ما إذا اشترط الواهب على الموهوب ألا يقبض الهبة أو اشترط المقرض أن يرد له المقرض أحسن ما اقترض أو كأن يشترط الزوج على الزوجة بأن لا ترث منه أو لا ينفق عليها أو يشترط الراهن على المرتهن بأن لا يبيع المرهون عند حلول الأجل .

2- الشرط الفاسد يبطل ويبقى العقد ويكون ذلك عندما يكون الشرط يناقض مقتضى العقد ولكن لا يخلت العقد إذا أُعمل بهذا الشرط ، فما دام العقد لا يخلت من زوال الشرط فلا ضرورة لبطلان العقد فيسقط الشرط ويبقى العقد صحيحا فهو أقرب ما يكون في الفقه القانوني الحديث بمخالفة النظام العام والأداب العامة وهو في حال كما في أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها ودارها أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه أن يكون الولاء له فكل هذه الشروط الفاسدة تسقط ويبقى العقد صحيحا مرتبا لحكمه وأثاره .

3- الشرط الفاسد يبطل ويبطل العقد إلا إذا نزل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد صحيحا ويكون ذلك إذا كان الشرط يخل بالثمن كما في بيع وقرض وبيع الثنيا وكما إذا اشترط البائع على المشتري إذا باعه فهو أحق بالثمن ويتحقق ذلك إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معاني البر كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه على الإطلاق وليس كحالة ما اشترط ألا يبيع حتى يستوفي الثمن فهو جائز عند المالكية على اعتبار حكمه كحكم الرهن في استيفاء الثمن⁽¹⁾ وكذلك إذا خصص ناس قليلا بأن يبيعهم فهو جائز عند المالكية .

المذهب الحنبلي

وهو أكثر المذاهب تطورا في إباحة الشروط المقترنة في العقود وهم كالمالكية يعتبرون الأصل في الشروط الإباحة وما جاء من فسادها فهو على سبيل الاستثناء بل هم أكثر من المالكية في هذا الأصل فيقع عندهم الشرط فاسدا على سبيل الاستثناء إذا كان منافيا لمقتضى العقد وإذا ورد نهي عنه بنص خاص وغير هذين فالشرط صحيح عند الفقه الحنبلي⁽²⁾ وسنعرض الشرط الصحيح والشرط الفاسد حتى تتم الفائدة.

(1) راجع السنهوري ، مصادر الحق ج3 المرجع السابق ،ص 156 ، أبو زهرة ، إمام محمد ، الملكية ونظرية العقد ، المرجع السابق ص 252

(2) راجع في بداية المجتهد جزء 2 ص (133-134) نقلا عن السنهوري ، عبدالرزاق ، مصادر الحق ج3 ص 159

أولا : الشرط الصحيح

الأصل عند الحنابلة كما ذكرنا أن كل شرط صحيح إلا إذا جاء الدليل على بطلانه فالشرط الصحيح عندهم:

- 1- كل شرط يقتضيه العقد وهذا متفق عليه عند المذاهب الأربعة فيصح اشتراط التقابض بالحال واشتراط تسليم الثمن فكل هذه الشروط يقتضيها العقد وهي صحيحة .
- 2- كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحة العقد فتتعلق به مصلحة العاقدين كالرهن والضمين والشهادة وهذا ما يتفق عليه المذاهب الأربعة .
- 3- كل شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولكن لا ينافيه وهو بذلك يخالف مذهب أبو حنيفة والشافعي ويتوافق مع مذهب مالك في إباحة الشرط الذي ليس من مقتضاه وهذا خلافا لمذهبي أبي حنيفة والشافعي فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه وسواء لائمه أو لم يلائمه وحتى ولو تضمن منفعة مطلوبة وبذلك تخطى الحنابلة مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاها المالكية والتي يحتج بها المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ، بل وينكر صحة الحديث الذي نهى عن البيع وشرط ، ولا حاجة لما جرى التعامل به كما نادى بها الحنفية وذلك لأن الشروط عند الحنابلة بالأصل صحيحة فيصح عندهم في حال كما لو اشترط البائع سكنى الدار شهرا، أو أن يبيع دابة ويشترط ظهرها شهرا أو أن يعتق العبد ويشترط عليه خدمته مدى حياته وفي إنكارهم لحديث بيع وشرط يحتجون بأن رسول الله صل الله عليه وسلم باع جملا واشترط ظهرها إلى المدينة ويقرون بأن النبي صل الله عليه وسلم نهى شرطين وبيع⁽¹⁾ .

(1) البيهوتي، الحنبلي، منصور، شرح منهي الإيرادات، مرجع سابق، ص255.

4- إباحة الشروط في عقد الزواج بوجه خاص ودليلهم في ذلك لما في الصحيحين أن النبي صل الله عليه وسلم قال " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم الفروج وبذلك يتوسع الحنابلة في إباحة الشروط بشكل أوسع من المالكية التي لا تجوز عندهم مثل هذه الشروط فيكون في حال كما لو اشترطت الزوجة أن لا يخرجها من بلدها فهو شرط صحيح وألا يتزوج عليها فإن لم يفي بشرطها حق لها أن تفسخ الزواج.(1)

ثانيا : الشرط الفاسد

ويكون الشرط فاسدا عند المذهب الحنبلي في موضعين :

1- إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو أن يشترط عليه إن أعنته أن يكون الولاء للبائع ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع الثمن ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري وذلك لأنه اشتراط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه الثمن فكلها شروط فاسدة، ولا تصح عند الحنابلة كل شرط فاسد ورد النهي عنه بنص خاص فقد نهى الرسول صل الله عليه وسلم عن البيعتين في بيعة وعن شرطين في شرط ، وعن بيع وسلف لقوله صل الله عليه وسلم " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك " فيكون هنالك نص بمنع مثل هذه البيوع فلا تصح عند الحنابلة فلو انفرد إحداهما عن الآخر صح الشرط وصح البيع كمن يشترط على البائع طحنه وحمله فهنا البيع باطل ولو انفرد أحد الشرطين صح البيع .

والجمع بين بيع وسلف ومعناه عند أحمد أن يشترط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر عقدا ثانيا مستقلا في مقابل العقد الأول وليس معناه مجرد اجتماع صفتين في عقد واحد،

(1) الشافعي، أحمد محمود، الملكية والعقد، مرجع سابق

ف عندهم اجتماع الصفقتين في صفقة يجوز كما لو اشترط البائع سكنى الدار وكذلك
لشبهة الربا في بيع وسلف كمن لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما وبذلك اختلف
الرأي عند الحنابلة في أثر الشرط على العقد فهل يبطل الشرط ويبقى العقد ولكن الظاهر
في مذهب أحمد أن البيع يفسد من جراء الشرط الفاسد .

استكمال المذهب الحنبلي بأقوال ابن تيمية

يرجع تطور الفقه الإسلامي في تصحيح الشروط وإباحتها حيث وصل هذا التطور لما وصل إليه
الفقه الغربي الحديث في تصحيح الشروط والتي تحدثت عنها نظرية أهرنج في وحدة الدعوى و
وحدة العقد⁽¹⁾ حيث كان الفقه الإسلامي يقوم على أساس وحدة الصفقة وأن لا تتعدد الصفقة في
العقد الواحد وجاء ابن تيمية في تصحيح الشروط وأن الأصل صحتها فيقول ابن تيمية⁽²⁾ " إن "
الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص
أو قياس عند من يقوله ، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول
ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس من الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا
للشروط منه " ويستدل ابن تيمية على قوله من النقل والعقل أما النقل فقوله تعالى " يا أيها الذين
آمَنوا أوفوا بالعقود " ولقوله صل الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا
أو أحل حراما " وأما العقل فيقول أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية (أي ليست من
العبادات) والأصل فيها عدم التحريم حتى يأتي الدليل على تحريمها كما أن الأعيان الأصل
فيها عدم تحريمها لقوله تعالى " وقد فصل لكم ما حرم عليكم " فالوفاء بالشرط إذن واجب بالنقل
والعقل فقد رضيها المتعاقدون لقوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراضي " ولقوله تعالى " فإن
طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء
بشرطه ، وبذلك يجوز عند ابن تيمية الشرط الذي يشترطه المشتري على البائع أن يخيظ له
الثوب أو أن يحمله ويجوز أن يشترط البائع إذا باع رقيق بأن يعتقه المشتري ولكن لا يجوز له
أن يشترط أن يكون الولاء للبائع لأنه شرط يحل حراما ويجوز في التبرعات أن يشترط من أعتق
عبدا أن يخدمه طول حياته ويجوز عنده الغرر في التبرعات ما لا يجوز في المعاوضات .

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 141

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ص 326-329

والشرط الفاسد عند ابن تيمية

الشرط الفاسد عند ابن تيمية في موضعين :

1- إذا كان الشرط ينافي المقصود في العقد مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه و لا يؤجره ، حيث أن هذا الشرط ينافي مقصود العقد في تملك المبيع للمشتري فقد جمع بين متناقضين بين أثبات المقصود ونفيه ، فمثل هذا الشرط باطل، ويفرق ابن تيمية بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود فللعقد حالان حال إطلاق وحال تقييد والأصل أن الشرط لا يناقض مقصود العقد ، وإنما جاء تحريمه لهذا الشرط أنه ينافي مقصود العقد من التملك وحرية التصرف ولكن إن كان هذا الشرط لا ينافي مقصود العقد كاشتراطه لاستيفاء الثمن فهو ضمانا لمقصود العقد من التسليم واستيفاء الثمن ، فالشرط الذي لم يوجب تحريمه ولم ينافي مقصود العقد فلا وجهة لفساده وذلك لولا حاجة الناس لتلك الشروط ما فعلوه فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج

2- الشرط الذي يناقض الشرع فيحل حراما فيدخل ابن تيمية⁽¹⁾ في التمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح فلا يستطيع الشرط في منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالا بل كل ما كان محرما بدون شرط فلا يستطيع الشرط أن يبيحه كالزنا وكثبوت الولاء لغير المعق وأما ما كان مباحا بدون الشرط كالزيادة في مهر المثل والتبرع وبرهن لتوثيق الثمن فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد إن كان تركه مباحا ، ويقول ابن تيمية في ذلك " فإن المشتري ليس له أن يبيح ما حرمه الله وإنما المشتري له أن يوجب بشرطه ما لم يكن واجبا بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما ...

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج3، ص333

وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهنا أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك وهذا المعنى الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط قالوا لأنها تبيح حراما وتحرم حلالا أو توجب ساقطا أو تسقط واجبا وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع وليس كذلك بل كل ما كان حراما بدون شرط فالشرط لا يبيحه كالزنا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت الولا لغير المعتق، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء لم يجز ذلك ولكن إن أراد إعارتها للخدمة فجاز ذلك وأما اثر الشرط الفاسد عند ابن تيمية فهو باطل ويبطل العقد .

الفرع الخامس: عرض الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة على المذاهب الأربعة

درسنا مدى مشروعية الشرط عند المذاهب الأربعة وبعد هذه الدراسة سوف نقوم بعرض الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة والتي نص عليها المشرع الاردني في المادة (17/ب قانون الملكية العقارية) " لا يجوز التصرف في العقار المبيع لقاء الإعالة ولا حجزه ولا رهنه طيلة حياة المَعَال " وهذا الشرط وإن كان قيد قانوني فإنه يوصف بالفقه الإسلامي بأنه شرط مقترن بالعقد فهناك عقد بيع مقترنا به شرط بألا يتصرف في العقار ولا أن يرهنه ولا حجزه طيلة حياة المَعَال والحقيقة أن الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو باطل وذلك لبطلان العقد عند الأئمة الأربعة وذلك لجهالة الثمن، ولكن ستكون الدراسة لهذا الشرط عند الأئمة الأربعة على اعتبار أنه لا يوجد جهالة في تحديد الثمن ومقداره وأن العقد مستوفي أركان وشروط صحته، وسنداء بأول المذاهب توسعا بتصحيح الشروط وهو المذهب الحنبلي وننتهي بأضيقيها المذهب الحنفي والشافعي .

أولا : المذهب الحنبلي

إذا عرضنا هذا الشرط على المذهب الحنفي وبدأنا بأبن تيمية فسوف يكون قوله على هذا الشرط حسب ما تم دراسته كالاتي " إن الأصل في الشروط عندنا الإباحة إلا إذا كان هذا الشرط ينافي مقصود العقد أو ينافي الشرع فيحل حراما وصحيح عندنا الشرط الذي يشترط فيه على المشتري ألا يبيع وألا يتصرف به على الإطلاق هو باطل ومبطل للعقد وذلك لأن هذا الشرط ينافي مقصود العقد فيجمع الشرط مع عقد البيع جمع بين متناقضين ولكن هذا الشرط ليس على

الإطلاق وإنما مؤقت حال حياة المعال ولولا حاجة العقد والوصول إلى مقصوده من تسليم المبيع من جهة البائع وتسليم الثمن من جهة المشتري لما وضع هذا الشرط والأصل عندنا في الشروط أنها توجب ما لم يكن واجبا ولا حراما وإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه وبذلك هذا الشرط عندنا صحيح والعقد صحيح إذا انتفت الجهالة التي تعترى الثمن.

وعند الإمام أحمد هذا الشرط صحيح وإن اختلف في الأقوال على ذلك فالشروط الفاسدة عند أحمد إذا كان الشرط ينافي العقد أو أن يكون قد نهي عنه بنص خاص فالشرط ولو لم يكن من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولكنه لا ينافيه فهو شرط صحيح وبذلك العقد صحيح " .

ثانيا : المذهب المالكي

وإذا عرضنا هذا الشرط على مذهب مالك حسب ما تم دراسته فسوف يكون قوله عن هذا الشرط " إن الأصل عندنا في الشروط الإباحة وكل شرط فاسد يأتي وجهه على سبيل الاستثناء فيصح عندنا الشرط الذي يقتضيه العقد والذي يلائمه وإن كان فيه منفعة معقولة لأحد عاقيه والشرط الذي جرى به التعامل بل ويصح عندنا الشرط الذي يشترطه البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطي الثمن المؤجل فهو شرط يلائم العقد حكمه كحكم الرهن وبذلك يكون هذا الشرط الذي اشترط فيه على المشتري ألا يتصرف في المبيع صحيحا وهو شرط يلائم العقد عندنا لاستيفاء الثمن المؤجل وهو شرط صحيح والعقد صحيح إذا انتفت الجهالة التي اعترت الثمن.

ثالثا : المذهب الحنفي والشافعي

وإذا عرضنا هذا الشرط على المذهب الحنفي والمذهب الشافعي نظرا للتقارب بين المذهبين على تصحيح الشروط وإباحتها حسب ما تم دراسته فسوف يكون قولهم " إنا الأحناف الأصل في الشروط عندنا الفساد وما جاء على وجه التصحيح يأتي على سبيل الاستثناء والاستحسان فقد ورد النهي عن بيع وشرط وبيع وسلف وصفقتين في صفقة فنعتبر الشرط الذي هو من مقتضى العقد صحيحا بالأصل ونصح الشرط الذي يلائم العقد كشرط الرهن والضمين والكفيل لاستيفاء الثمن ونصح الشرط الذي جرى به التعامل استحسانا واستثناء بحيث أن هذا الشرط لا يقبل عندنا القياس وإلا بالأصل فالشرط عندنا فاسد،

لأن العقد لا يقتضيه ويختلف الشافعية عنا بأنهم يسمون الشروط التي تلائم العقد وما جرى التعامل به بالشرط الذي فيه مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو له الحاجة وهم لا يصححونها على سبيل الاستحسان كما نحن وإنما يصححونها بالأصل يقوم بذاته كاشتراط الإشهاد واشتراط كتابة صك ومهما يكن من اختلاف بيننا وبينهم إلا أنهم يتفقون بفساد الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعامل إذا كان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لم يكن فيه منفعة لأحد فالذي فيه منفعة لأحد العاقدين أو لطالبه فهو فاسد عندنا ويفسد العقد في عقود مبادلة مال بمال أما في غيرها فيسقط الشرط ويبقى العقد وذلك بخلاف الشافعية فعندهم يسقط الشرط ويلغى العقد في المعاوضات والتبرعات على حد سواء ، وأما الشرط الذي ليس فيه منفعة لأحد وليس من مقتضى العقد ولا ملائم له ولا جرى به التعامل فهو شرط باطل يسقط ويبقى العقد عندنا وعند الشافعية.

وعلى ذلك فالشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو شرط فاسد ويفسد العقد وعندنا وعند الشافعية العقد باطل وذلك لأنه من عقود مبادلة مال بمال وفيه منفعة زائدة لأحد عاقديه وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعامل ولا من مصلحة العقد نفسه وإن احتج علينا المالكية بأننا نجيز الشرط الذي فيه الرهن والضمين والكفيل ونعتبره ملائم للعقد عندنا ومن مصلحة العقد عند الشافعية فإن هذا الشرط ليس حكمه كحكم الرهن وإن اعتبرنا حكمه حكم الرهن كما تقول المالكية فإننا نشترط في الرهن أن يكون معلوماً وموجوداً ومعيناً وأن يكون مملوكاً للراهن وبما أن العقار عند عقد البيع ليس ملك المشتري فلا يستطيع أن يرهنه في نفس ذات العقد لأنه مملوكاً أصلاً للبايع وعلى ذلك لا يصح عندنا الرهن فيبطل الرهن كشرط لاستيفاء الثمن عندنا وعند الشافعية .

المبحث الثاني

انتهاء الإعالة وانقضاؤها وشطب قيدها

فرق الفقه بين زوال العقد أو انتهائه وهو مصدر الالتزام وبين زوال الالتزام وهو الالتزام ذاته، غير أنه قد يكون هنالك تفاعل بين الشئيين، إذ قد يزول العقد بسبب من أسباب زواله فتتقضي بذلك تبعاً للالتزامات الناشئة من هذا العقد،⁽¹⁾ وقد نص المشرع الأردني في المادة 19 من قانون الملكية العقارية على أنه " تنتهي الإعالة ويشطب قيدها في السجل العقاري باتفاق الطرفين، أو بوفاة المُعال، أو بوفاة المُعيل دون وارث، أو بالحكم للبائع باسترداد العقار " وهذا النص من المشرع الأردني تطبيق عملي للتفرقة بين زوال العقد وزوال الالتزام وبما أن الإعالة هي التزام واقع في عقد زمني بحيث يعتبر الزمن عنصر جوهري في الالتزام فإن انقضاء الالتزام وانتهائه واستيفائه يكمن في عنصر الزمن وهو موت المُعال وهذا الانتهاء الطبيعي لهذا العقد وعلى ذلك سنتبع التقسيم الذي جاء به المشرع الأردني في المادة 19 من قانون الملكية العقارية بحيث نتحدث في المطلب الأول عن انتهاء الالتزام وانحلال العقد في الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثاني انتهاء الإعالة باتفاق الطرفين، وفي المطلب الثالث انتهاء الإعالة بوفاة المُعال، وفي المطلب الرابع انتهاء الإعالة بوفاة المُعيل دون وارث، وفي المطلب الخامس انتهاء الإعالة بالحكم للبائع باسترداد العقار .

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج3، مرجع سابق، ص 630

المطلب الأول: انتهاء الالتزام وانحلال العقد في الفقه الإسلامي

ينحل العقد في الفقه الإسلامي بأن يكون العقد غير لازم أو عن طريق الفسخ أو عن طريق الإقالة⁽¹⁾، ويكون العقد غير لازم إما لطبيعته كالوكالة والعارية والوديعة والشركة والقرض، وهذا ما يقابله في الفقه القانوني الغربي بإلغاء العقد بالإرادة المنفردة.

أو أن يكون غير لازم لاقتترانه بإحدى الخيارات التي أقرها الفقه الإسلامي وهي خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب، وغيرها من الخيارات التي تتعلق بإرادة المتعاقدين كالغلط والتدليس وكذلك الغبن، وبما أننا بصدد عقد بيع وهو ملزم لجانبين، بحيث يوصف في الفقه الإسلامي بأنه عقد لازم بعد استيفاء شروطه وأركانه يبقى أمامنا سببين لانحلال العقد وهما الفسخ والإقالة وهما الذي سنعينهم بالدراسة

الفرع الأول: الفسخ في الفقه الإسلامي

يضيق الفقه الإسلامي من نظرية الفسخ فهي تقوم على أساس عدم قيام محل العقد أو وجود خيار من الخيارات التي أسسها الفقه الإسلامي لفسخ العقد، وذلك بعكس الفقه القانوني الغربي الذي توسع في نظرية الفسخ والتي تقوم على أساس فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة الملزمة لأطراف العقد، ويرجع ذلك بأن الفقه الإسلامي تبنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ الالتزام أو العقد والتي تتضح جلياً في صورتها الخاصة بالحق في الحبس وذلك لاستقرار المعاملات، ولخطورة الفسخ فوجب الاحتراز منه والتضييق فيه ما أمكن، ولما للفسخ من أثر رجعي على حالة العقد بحيث يتطلب إعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد، بينما الدفع بعدم تنفيذ العقد فليس فيه حل للعقد وإنما وقف لتنفيذه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ وسنستعرض الحالات التي يجوز فيها الفسخ في الفقه الإسلامي⁽²⁾:

(1) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، عبدالرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت، لبنان، ج 6، ص 190

(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 6، ص 215

أولاً: هلاك المبيع

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يسلمه للمشتري، جاز للمشتري فسخ البيع لانعدام المحل بعد العقد، والرجوع على البائع بالثمن إذا كان البائع قد قبضه، ويستوي أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية⁽¹⁾، فيكون للمشتري بين فسخ البيع أو بين إبقاء البيع ودفع الثمن للبائع والرجوع على الأجنبي المتسبب بهلاك المبيع بالضمان أو التعويض، ويرجع أساس الفسخ في هذه الحالة لانعدام المحل .

ثانياً: مقدار المبيع

وهو أن يكون مقدار المبيع ناقصاً أو زائداً عن ما هو متفق وقت العقد كأن يكون جملة من الموزونات أو المكيلات أو المذروعات التي ليس في تبويضها ضرر أو من العدديات المتقاربة فإذا وحدت الكمية المبيعة ناقصة عن المقدار المعين في العقد فللمشتري الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن، وإن وجدت زائدة عن ما هو متفق في العقد فالزيادة للبائع⁽²⁾، ويرجع أساس الفسخ في هذه الحالة هو فساد العقد بحيث أصبح عقد غير لازم .

ثالثاً: استحقاق المبيع

يضمن البائع للمشتري استحقاق المبيع ولو لم يشترط الضمان في العقد، فإن ظهر للمبيع مستحق فسخ المشتري البيع لأن المبيع لم يخلص له ورجع على البائع بالثمن⁽³⁾.

(1) انظر المواد 460 و 462 و 465، مرشد الحيران

(2) انظر المواد 448 و 451 و 452، مرشد الحيران

(3) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، مرجع سابق، ص 227

رابعاً: العيب في المبيع

يضمن البائع العيب في المبيع وهي أحد الخيارات التي أقرها الفقه الإسلامي لفسخ العقد، فيثبت للمشتري خيار العيب وإن لم يشترطه في عقد البيع، ويشترط حتى يثبت للمشتري فسخ العقد أن يكون العيب قديماً أي موجود في المبيع وقت إبرام العقد أو وجد بعده وهو في يد البائع قبل القبض للمشتري الخيار إما أن يفسخ العقد ويرجع على البائع بالثمن المسمى وإن شاء قبله.

نلاحظ من دراسة الفسخ في الفقه الإسلامي أنه ضيق حدوده بحيث يقوم أساسها على فساد العقد أو انعدام المحل أو ظهور عيب في المبيع، بعكس الفقه القانوني الغربي الذي أقام الفسخ على أساس الالتزامات المتقابلة وعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.

ونجد بأن الفقه الإسلامي يعطي للمشتري صلاحية الفسخ وذلك على اعتبار المبيع هو المعقود عليه وإنما الثمن ما هو إلا السبيل للحصول على المبيع، وما للبائع إلا أن يدفع بعدم تنفيذ الالتزام إذا لم يوفي المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن المسمى، إلا في حالة أن يشترط البائع لنفسه صراحة في عقد البيع خيار النقد وفي حدود ضيقة بأن يفسخ العقد إذا لم يوفي المشتري بالتزامه، ويقوم أساس الفسخ في هذه الحالة أن العقد يعتبر في حق المشتري بالنسبة للبائع غير لازم.

والأصل أن البائع لا يستطيع فسخ العقد إذا لم يشترط خيار النقد وليس له إلا المطالبة بالثمن فإن كان الثمن مؤجلاً فإذا لزم أدائه عند حلوله وجب الوفاء فإن امتنع المشتري في تنفيذ التزامه بأداء الثمن لم يفسخ البيع وإنما يجبر المشتري على دفعه ببيع ما بقي من متاعه لسداد الثمن⁽¹⁾، وإذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل نقد الثمن فالبائع أسوة الغرماء حتى ولو وجد المبيع باقياً بعينه فلا يكون له أحقية عن غيره من أرباب الحقوق، أما إذا لم يتم القبض فيستفيد البائع بحقه في حبس المبيع تطبيقاً لنظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد.

(1) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، مرجع سابق، ص 218

الفرع الثاني: الإقالة

أفاض الفقه الإسلامي في موضوع الإقالة كسبب من أسباب انحلال العقد ووضع لها اهتماماً لم نجده في الفسخ، ولا شك أن الإقالة لا تقوم إلا على ركن مهم وهو الإيجاب والقبول من قبل المتعاقدين، فهي لا تتم من قبل إرادة منفردة فلا بد من تقابل إرادتين على الإقالة حتى يستوفي ركنها، فهي عقد ينطبق عليها ما ينطبق على العقود من أحكام وشرائط من خلو التراضي من عيوب الإرادة من إكراه وغلط وتدليس، واشتراط المجلس، وأن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب، فإن طرأ على المبيع زيادة تمنع الفسخ فلا تصح الإقالة عند أبي حنيفة وزفر، وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط، وكذلك قيام المبيع وقت الإقالة فإن كان هالكا لا تصح الإقالة⁽¹⁾، وقد اختلف الفقه الإسلامي على التكييف القانوني للإقالة، فعند أبي حنيفة الإقالة فسخ في حق المتقابلين، وبيع جديد في حق الغير وهو موقف المشرع الأردني، وقال أبو يوسف إنها بيع جديد في حق المتقابلين وفي حق الغير، وتظهر أهمية التكييف القانوني للإقالة بأنها بيع أو فسخ، إذا كان المبيع عقاراً ولها شفع قضى له بالشفعة، أو كان المبيع متعلقاً فيه حقوقاً للغير كرهن، بحيث تعود العين أو المبيع متعلقاً بهذه الحقوق، وهذا ما يميز الإقالة عن الفسخ فالأصل فيها أنه ليس لها أثر رجعي، فينحل العقد باتفاق تالٍ له هو الإقالة، وما تم تنفيذه من العقد لا يرجع فيه بطريق الاستناد⁽²⁾.

(1) انظر المادة 463 مرشد الحيران

(2) السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق، ج 6، مرجع سابق، ص 247

المطلب الثاني: انتهاء الإعالة باتفاق الطرفين

نص المشرع الأردني في المادة 19 من قانون الملكية أنه تنتهي الإعالة ويشطب قيدها في السجل العقاري باتفاق الطرفين، وما هذا النص إلا تطبيق للقواعد العامة، وأن العقد شريعة المتعاقدين، وبالرجوع للقواعد العامة نجد أن الالتزام أو العقد يزول أو ينقضي عندما يتفق الطرفين على إنهائه إما عن طريق الإقالة وإما عن طريق التجديد

الفرع الأول: الإقالة

قد يتقايل المتعاقدين بأن يتفقا على إلغاء العقد، والتقاييل يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي المبرم، والأصل في التقاييل ليس له أثر رجعي، وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقاييل أثر رجعي، فيعتبر البيع بهذا التقاييل كأن لم يكن⁽¹⁾، ولكن المشرع الأردني أخذ برأي أبي حنيفة في أن التقاييل في حق العاقدين فسخ وبالنسبة للغير عقد جديد وهذا ما أكدته المادة 243 من القانون المدني حيث نصت على أنه " الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد بخلاف المشرع المصري الذي اعتبر أن هنال عقدان متقابلان، فإذا تقاييل المتبايعان البيع كان هنا عقد بيع أول من البائع للمشتري، ويعقبه عقد ثاني من المشتري إلى البائع ويترتب على ذلك أن الإقالة في القانون الأردني هي فسخ بالتراضي، بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن وعلى المتعاقدين إرجاع الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، أما بالنسبة للغير فهو عقد جديد ويترتب على ذلك إذا كان العقد الذي حصل التقاييل فيه قد نقل الملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين فالتقاييل لا يمس حقوق الغير، فترجع العين لمالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق،

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 2، منشورات الحلبي، الطبعة 3 الجديدة، ص 777

وقد نص المشرع الأردني في المادة 242 من القانون المدني على أنه " للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده" ويفرق المشرع الأردني بين العقد اللازم والعقد غير اللازم، فإذا كان العقد لازماً فلا يجوز إلغاؤه بالإرادة المنفردة بل لا بد من تقابل إرادتين وتوافقهما على إلغاء العقد ومن ثم زوال الالتزام، أما إذا كان العقد غير لازم فيجوز للإرادة المنفردة أن تستقر بإلغاء العقد دون موافقة الطرف الآخر كالوكالة والعارية والوديعة، أو أن يكون البيع بخيار الشرط لأحد المتعاقدين فيكون غير لازم لأحد العاقدين بحق المتعاقد الآخر، وهذا ما أكدته محكمة التمييز ف يأخذ قراتها " يستفاد من المادة 241 من القانون المدني أن العقد متى انعقد صحيحاً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو بالتقاضي أو بمقتضى القانون⁽¹⁾

والحقيقة أن الإقالة هي ليست سبب من أسباب انتهاء الإعالة أو زوالها وإنما أثر من أثارها فالإقالة هي سبب من أسباب زوال العقد، ومن أثار زوال العقد هو زوال الالتزامات الناشئة عن العقد ، فقد يتفق البائع والمشتري على الإقالة بحيث يرجع الحال إلى ما كان عليه وبذلك يزول التزام الإعالة الواقع على المشتري (المٌعيل) ويسترد البائع ملكية العقار، وقد أحسن المشرع عندما قيد حق ملكية المشتري في هذا العقد بعدم جواز التصرف بالعقار المبيع ولا رهنه وأن لا يقع عليه الحجز⁽²⁾ عند استغراق المشتري بالديون أو الحكم بإفلاسه، حيث لا تكون العين المبيعة مثقلة بحقوق للغير فتنتقل ملكية العقار للبائع عند التقايل غير مثقلة بحقوق للغير، باستثناء الحقوق التي تخرج من نطاق التصرف القانوني كحق المستاجر في العقار الذي انتقلت ملكيته من جراء الإقالة .

(1) تمييز حقوق، رقم 2002/1695، هيئة عامة، تاريخ 2003/7/16، شبكة قانوني الاردن

(2) لمادة 17/ب من قانون الملكية العقارية الأردني

الفرع الثاني: التجديد والوفاء الاعتيادي

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم فيكون سبباً بانقضاء أو زوال الدين القديم وفي نشوء دين جديد⁽¹⁾ أي بمعنى استبدال التزام قديم بالتزام جديد بحيث ينقضي الالتزام القديم بسبب تجديد الالتزام بالتزام جديد، أي أن التجديد سبب لانقضاء الالتزام وسبب لنشوءه، والتجديد أوسع من الوفاء الاعتيادي أو ما يسمى في الفقه المصري بالوفاء بمقابل حيث أن التجديد قد ينشأ في محله أو مصدره أو تجديد الدائن أو المدين، وقد أصبح التجديد كنظام قانوني قليل الأهمية وقد قل الالتجاء إليه في التعامل وأصبح يعني عنه الوفاء بمقابل (الوفاء الاعتيادي) عند تغيير محل الدين حوالة الدين عند تغيير المدين وحوالة الحق عند تغيير الدائن، ولكن تظهر أهمية التجديد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة أن التجديد هو واقعي الحصول، فالإعالة هو التزام في عقد زمني، فقد يتفق أطراف العقد على تجديد الالتزام وذلك بتغيير محل الالتزام الأ وهو الإعالة بحيث تنتقل طبيعة الالتزام من التزام موصوف إلى التزام بسيط لا يلحق به وصف يتوقف عليه نفاذه وانقضاؤه، فيصبح العقد منجزاً ويخرج من طبيعته الزمنية كأن ينقد المشتري للبائع ثمن العقار في الحال وتنتهي الإعالة على أثرها ويشطب قيدها في السجل العقاري وذلك لأن المشتري والبائع اتفقا على إنهاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد بتغيير محل الالتزام وهو الدين نفسه، وقد نص المشرع المصري في المادة 356 / مدني مصري على أنه " يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد " (2)

(1) الفار، عبدالقادر، أحكام الالتزام، دار الثقافة، 2018، الطبعة 19، ص 66

(2) بالرغم أن المشرع الأردني لم يتناول التجديد كسبب من الأسباب التي ينقضي بها الالتزام إلا أن ذلك لا يعني أن المشرع الأردني لا يعرف التجديد حيث ورد في المادة 429 من القانون المدني فقد ورد لفظ التجديد كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بالنسبة للدائنين المتضامنين، انظر الفار، عبدالقادر، أحكام التزام، مرجع سابق، ص 66

ويلتقي الوفاء الاعتيادي في هذه الحالة مع التجديد وذلك لأن الوفاء الاعتيادي هو قبول الدائن من المدين في استيفاء حقه شيئاً آخر خلاف الشيء المستحق أصلاً⁽¹⁾ وقد أخذ المشرع الأردني بالوفاء الاعتيادي حيث نصت المادة 340 من القانون المدني على أنه " يجوز للدائن أن يقبل وفاء لدينه شيئاً آخر أو حقاً يؤديه المدين ويخضع الاتفاق على الاعتياض لشروط العقد العامة " ⁽²⁾ وقد أكدت ذلك محكمة التمييز في أحد قراراتها في جواز الاتفاق على أن يكون الوفاء بغير الوفاء الاصلي وهو الوفاء الاعتيادي⁽³⁾ بحيث تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتيادي إذا كان مقابل الوفاء عيناً معينة عوضاً عن الدين، وتسري أحكام الوفاء في قضاء الدين، فإذا أبرم عقد وكان الالتزام إعالة واتفق المشتري مع البائع أن يكون الوفاء هو عقار آخر وقبل به الدائن البائع فتسري احكام البيع على هذا الوفاء، وإن كان التزام الإعالة هو عبارة عن عمل يقوم به المشتري، واستُبدل هذا الوفاء بإيراد مرتب مدى الحياة مثلاً فإن أحكام الوفاء تنطبق على هذا الوفاء، وقد اختلف الفقه القانوني بالطبيعة القانونية للوفاء بمقابل أو الوفاء الاعتيادي ولكن الرأي السائد والذي أخذت به التشريعات المعاصرة أن الوفاء الاعتيادي عمل مركب من تجديد الالتزام بتغيير محله ووفاء عن طريق نقل الملكية⁽⁴⁾

(1) الفار، عبدالقادر، أحكام التزام، مرجع سابق، ص 52

(2) يقابلها في التقنين المصري المادة 350 وفي قانون الموجبات اللبثاني المادة 318

(3) تمييز حقوق، هيئة خماسية، رقم 1991/744، شبكة قانوني الاردن

(4) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، مرجع سابق، ص 802-805

فألوفاء الاعتياضي (الوفاء بمقابل) حسب هذا التكييف هو عبارة عن تجديد بتغيير محل الدين إذ الدائن والمدين يتفقان بادئ ذي بدء على تغيير المحل الأصلي للدين بمحل جديد هو المقابل للوفاء، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهرى فقد أصبح ديناً جديداً يجل محل الدين القديم وهذا هو التجديد ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضي وتنقضي معه تأمياته عن طريق التجديد لا عن طريق الوفاء، ثم يأتي نشوء التزام جديد ينقضي بالوفاء به فهو طبيعة مركبة بين التجديد والوفاء .

والحقيقة أن التجديد والوفاء بمقابل يقتربان لحد القول أنهما شيئاً واحداً، ولكن تظهر الفروق بينهما أن التجديد قد يكون في المحل وفي مصدر نشوء الالتزام وقد يكون تجديداً للمدين أو الدائن بينما الوفاء بمقابل فهو تجديد لمحل الالتزام فقط هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الفرق بين النظامين هو أن الوفاء بمقابل يقتضي أن تنتقل الملكية فوراً إلى الدائن حتى يتم الوفاء، وأما في التجديد بتغيير الدين أو محل الالتزام فالوفاء يكون عن طريق إنشاء التزام جديد لا يكون واجب التنفيذ فوراً⁽¹⁾ .

المطلب الثالث: انتهاء الإعالة بوفاء المُعال

تعتبر الإعالة التزام موصوف بحيث لحق به شرط أو أجل فاسخ أو ما يسميه الفقه القانوني بالأجل المنهي وذلك لأن حلول الأجل ينهي الالتزام، والأجل المضروب لعقد بيع العقار لقاء الإعالة هو وفاة المُعال، وهو التنفيذ العيني الاختياري لتنفيذ الالتزام، وهو الطريق الطبيعي لإنهاء الالتزام وهو ما يسمى في الفقه القانوني والتشريعي بالوفاء، وذلك لأن الإعالة ماهي إلا التزام في عقد زمني، والزمن فيها عنصر جوهرى بحيث لا يقوم الالتزام بدون هذا العنصر.

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، مرجع سابق، ص 845

الفرع الأول: الوفاء

عرّف الفقه القانوني الوفاء بأنه قيام المدين بتنفيذ ما التزم به عيناً عن طريق اداء محل الالتزام⁽¹⁾، ونقصد في الوفاء في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو التزام المشتري بإعالة البائع أو الشخص المحدد في العقد طيلة حياته، وهذا هو الوفاء الطبيعي لهذا الالتزام والذي ينقضي العقد من خلاله، فيكون المشتري ملزماً بشكل دوري أن يعيل المُعال طيلة حياته، ويبقى الالتزام قائماً إلى أن تنتهي حياة المُعال وبذلك ينتهي التزام الإعالة وينقضي العقد كأثر من آثار انتهاء الالتزام، ويسمى الانقضاء في هذه الحالة بالتنفيذ العيني الاختياري وهو الانتهاء الطبيعي للالتزام، والوفاء يفترض وجود دين سابق يوفي به، فسبب الوفاء إذن مفروض⁽²⁾ والدين في التزام الإعالة مفروض وذلك لطبيعة العقد كونه من العقود الزمنية التي يلحق بها وصف يعدل من انقضائه فهو ليس كالعقد المنجز الذي يكون تنفيذه فوراً كمن يبيع شيئاً ويسلمه في الحال ويتم القبض بنفس الحال، فالزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه كما في عقد بيع العقار لقاء الإعالة فمثلاً لو أبرم عقد بيع مقابل إعالة شخص ثالث وتبين ان هذا الشخص الثالث ليس على قيد الحياة فقد انتهى الالتزام قبل تنفيذه، أو بمعنى آخر لبطل العقد لعدم توافر محل الالتزام وهو إعالة الشخص الثالث، فالزمن عنصر جوهري في هذا العقد ولا يقوم إلا بتوفره فهو ليس عنصر عارض يطرأ على العقد ولا يؤثر فيه، والوفاء تصرف قانوني يجري عليه من الأحكام ما يجري على سائر التصرفات القانونية، من توافر الأهلية، وأن يكون خالياً من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه⁽³⁾ ولا يتصور عدم توافر هذه الأحكام لأن الوفاء ناتج عن إبرام عقد بيع، إلا في حالة أن العارض قد حدث بعد إبرام العقد،

(1) الحلالشه، عبدالرحمن أحمد، أحكام الالتزام، دار وائل للنشر، 2010، الطبعة 1، ص 216

(2) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، مرجع سابق، ص 638

(3) الحلالشه، عبدالرحمن، أحكام التزام، مرجع سابق، ص 275 و 276

كمن كان كامل الأهلية وقت إبرامه للعقد ومن ثم جاء عارض وأنقص من هذه الأهلية، ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الموفي به حيث نصت المادة 318 من القانون المدني الأردني على ما يلي : " يشترط للبراءة من الدين أن يكون الموفي مالكا لما وفى به وإذا كان المدين صغيراً مميّزاً أو كبيراً معتوهاً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي " يقابلها في التقنين المصري المادة 325.

الفرع الثاني: المصلحة في الوفاء

الأصل أن الوفاء يقع على عاتق المدين، والمدين في عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو المشتري وورثته عند وفاته ولكن المشرع الأردني قد صحح الوفاء من الغير إذا كان له مصلحة في وفاء الدين فقد نصت المادة 317 من القانون المدني الأردني على أنه " يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء"⁽¹⁾، ومن التصورات العملية لمصلحة الغير في الوفاء هم دائني المشتري وحيث أن العقار لا يجوز التصرف ولا يجوز الحجز عليه فقد يكون هنالك مصلحة لدائني المشتري في الوفاء عنه وذلك لينقضي الالتزام بموت المُعال، بحيث تصبح ملكية العقار غير مقيدة بحق المشتري ويستطيع وقتها دائني المشتري بالحجز على العقار والرجوع على المدين وهو المشتري بكافة الدين الذي أوفى به دائنيه، هذا في حالة إذا كان الالتزام عبارة عن مبلغ من النقود، أما إذا كان الالتزام قائماً على الاعتبار الشخصي فيجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين⁽²⁾،

(1) تمييز حقوق، هيئة عامة، رقم 1996/1679 تاريخ 1996/10/24، شبكة قانوني الأردن

(2) الفار، عبدالقادر، أحكام التزام، مرجع سابق، ص 45

وهذا ما أكدته المادة 356 من القانون المدني الأردني حيث نصت على ما يلي : " إذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره " وأكدته محكمة التمييز في أحد قراراتها حيث ذكرت " أن الشرط الذي يرتب على الطرف المخل بالاتفاقية تعويضاً اتفاقياً لا يمنع من طلب التنفيذ العيني لعقد البيع ما دام أن التنفيذ العيني ممكناً " (1)

المطلب الرابع: انتهاء الإعالة بوفاة المُعيل دون وارث وانتقالها

نص المشرع الأردني في المادة 19 من قانون الملكية العقارية بأن الإعالة تنتهي ويشطب قيدها في السجل العقاري بوفاة المُعيل دون وارث، بحيث ينتهي الالتزام لعدم توفر الملتزم ويمكن تكييف انتهاء الإعالة في هذا الموضع باستحالة التنفيذ، وذلك لاستحالة تنفيذه من قبل المدين ولعدم وجود ورثة يقومون مقامه في تنفيذ الالتزام بعد موته وقبل التحدث عن انتهاء الإعالة لاستحالة تنفيذه، سنتحدث عن انتقال الالتزام بسبب موت المُعيل إلى ورثته وتكييف هذا الانتقال.

الفرع الأول: انتقال الالتزام من المُعيل إلى ورثته بعد وفاته

يراد بانتقال الالتزام بشكل عام أن يتحول الالتزام ذاته سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظر إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين من شخص إلى آخر، من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً، أو من مدين إلى مدين آخر باعتباره التزاماً، ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى آخر بحوالة الحق، وتحويله من مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين، فانتقال الالتزام إذن هو حوالة من دائن إلى دائن أو من مدين إلى مدين، بحيث ينتقل الالتزام بجميع صفاته وجميع ضماناته كالرهن وجميع دفعه التي ترد عليه كاسباب البطلان(2)

(1) تمييز حقوق، هيئة خماسية، رقم 1986/575، تاريخ 1986/1/1، شبكة قانوني الأردن

(2) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، مرجع سابق، ص 413

والأصل أن الالتزام هو رابطة شخصية بين دائن ومدين، ولكن القوانين القديمة قد استساغت انتقال الالتزام إلى الوارث بسبب وفاة المورث وذلك لأن الوارث يرث الحقوق، وذلك لأن الالتزام أو الحق إذا كان المورث دائناً فعند وفاته أو موته يصبح الورثة هم الدائنون مكانه، وعلى ذلك فإن انتقال الالتزام إذا كان المورث مديناً فمن المنطق أن يكون الورثة هم كذلك مديناً مكان المورث، فتعتبر شخصية الوارث ما هي إلا امتداد لشخصية المورث، فكأن الالتزام لم ينتقل إلى شخص جديد بموت صاحبه، بل بقي عند صاحبه ممثلاً بشخص الوارث، ومهما يكن من أمر انتقال الالتزام بسبب الموت، فإن هنالك حدوداً تقيد من هذا الانتقال أو تحور من الالتزام بعد انتقاله، إذا كانت قائمة على الاعتبار الشخصي كعقد الوكالة، أو عقد بيع العقار إذا كان الالتزام عبارة عن عمليقوم على الاعتبار الشخصي، بحيث أن العقد ينقضي بموت أحد العاقدين، فلا ينتقل الالتزام حقاً كان أم ديناً من المورث إلى الوارث، وقد يتحور هذا الانتقال إذا انتقل الالتزام من المورث إلى وارثه واحتفظ الوارث بحق التجريد وهو فصل أموال التركة عن أمواله الشخصية فلا يكون مسؤولاً عن ديون التركة إلا في المال الذي ورثه⁽¹⁾

أما في الفقه الإسلامي⁽²⁾ فالالتزام لا ينتقل إلى الوارث بصفته مدين وإنما ينتقل الالتزام على التركة، فالأصل في الالتزام أو الدين أنه تعلق بذمة المدين حال حياته أو بموت هذا المدين يتعلق هذا الدين في التركة كتعلق الدين المرهون فلا ينتقل الالتزام إلى شخص الوارث وإنما إلى نفس التركة، والحقيقة أن تعلق حق الدائن بالتركة ليس تعلقاً صورياً، أي بصورة التركة وأعيانها القائمة ذاتها، وإنما تعلق في ماليتها ولذلك جاز للورثة استخلاص التركة لأنفسهم وقضاء ديون مورثهم من محل آخر غير أموال التركة نفسها، فلو كان تعلق حق الدائن بأعيان التركة لما جاز للورثة هذا الأمر.

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، مرجع سابق، ص 415

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج 5، مرجع سابق، ص 98

وعلى ذلك قد يُظن أن المشرع الأردني في نص المادة 18 من قانون الملكية العقارية قد خرج عن القاعدة العامة وهي نسبية أثر العقود بحيث يبقى آثار العقد باقياً على أطرافه لا يتعدى إلى الغير، وأنه بهذا النص خرج عن هذه القاعدة بحيث انتقل الالتزام من المورث بعد موته إلى الورثة وخاصة عندما يكون المورث مفلساً أو مال الشركة لا يكفي لسداد الديون فيتحول التزام الورثة إلى التزام طبيعي وليس التزام قانوني .

ويرى الباحث أنه لا انتقال لالتزام الإعالة بين المورث (المُعيل) إلى ورثته بعد وفاته، وذلك أن العقار بقي في تركة المدين (المُعيل بعد موته) وذلك لأن المشتري وهو المُعيل ممنوع من التصرف في العقار بكافة التصرفات القانونية حتى ينقضي الالتزام بوفاء المُعال، فلا بد أن يكون العقار في تركة المدين بعد موته، وما التزام الورثة في إعالة المُعال ما هو إلا استخلاص تركة مورثهم من أموالهم الخاصة أي من محل آخر غير أموال مورثهم شأن ذلك كالمال المرهون، والذي يتطلب على الورثة حتى يُستخلص لأنفسهم أن يقوموا بسداد الدين من أموالهم، إذاً المشرع الأردني لم يخرج عن قاعدة نسبية أثر العقود والتي تعني أن العقد لا ينتج أثره إلا فيما بين أطرافه، هذا من ناحية أما من الناحية الأخرى فإن المشرع الأردني قد نص في المادة 206 من القانون المدني على أنه " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام "، يتبين من هذا النص أن أثر العقد ينصرف على الورثة باعتبارهم خلف عام وقد أكدت ذلك المذكورة الإيضاحية للمادة 206 على أنه لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم بل تتجاوز إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية مالم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة⁽¹⁾،

(1) المذكورة الإيضاحية للمادة 206 ، القانون المدني الاردني، ص 87، شبكة قانوني الأردن

ولكن هل ينصرف أثر عقد بيع العقار لقاء الإعالة للموصى له ؟ الحقيقة أن المشرع الاردني لم يعطي للموصى له الحق في استخلاص العقار فهو ليس من الورثة وذلك لأن المشتري وهو المُعيل المتوفى ممنوع من التصرف والوصية تصرف قانوني فلا يجوز له أن يوصي بالعقار وعلى ذلك يخرج الموصى له في تركة المُعيل من استخلاص العقار ولا ينصرف إليه أثر العقد وبذلك قد خرج المشرع الأردني بنص خاص قانوني في عدم انصراف أثر العقد للموصى له.

يبقى أن نبين إذا كانت الإعالة التي التزم بها المُعيل قبل وفاته عبارة عن عمل وكان قائماً على الاعتبار الشخصي فالأصل بوجه عام أن الالتزام لا ينتقل بشكل عام ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير حسب ما نصت عليه المادة 356 من القانون المدني، ولكن في حالة موت المُعيل يبقى الالتزام قائماً وعلى الورثة أن يقوموا بتنفيذ الالتزام لاستخلاص العقار وذلك على أساس ما نصت عليه المادة 357 من القانون المدني " يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ إذا كان موضوع الحق عملاً وسمحت بذلك طبيعته " ويرجع لقاضي الموضوع إما بفسخ العقد واسترداد العقار وإما تنفيذه من قبل الورثة إذا كانت طبيعة الالتزام تسمح بأن يتم تنفيذه من قبل الورثة أو على نفقتهم ومثال ذلك أن يكون المُعيل طبيباً والالتزام الإعالة عبارة عن عمل وهو علاج المُعال فعند موته يقع على الورثة تنفيذ الالتزام وهو قائم على الاعتبار الشخصي فيمكن أن يتم التنفيذ، بتغيير محل الدين كأن يكون مرتب مدى الحياة يكفيه علاجه أو أن يكون عبارة عن تأمين صحي على نفقة الورثة وذلك لأن خيار الفسخ ليس حتماً بل يكون للقاضي خيار بين التنفيذ والفسخ .

الفرع الثاني: انتهاء الإعالة بوفاة المُعيل دون وارث

ينقضى الالتزام باستحالة تنفيذه، وقد ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي وقد لا ترجع له، فإن كانت الاستحالة لا ترجع لسبب أجنبي، كأن كانت بسبب خطأ من المدين نفسه، فهنا يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه على أساس قيام المسؤولية العقدية، فالمدين قد ارتكب خطأ تتحقق فيها مسؤوليته العقدية، على أساس قيام العقد، وذلك لعدم انفساخ العقد أصلاً في هذه الحالة، ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي، فللدائن وقد أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا أن يطلب فسخ العقد لعدم الوفاء من قبل المدين بدلاً من أن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، ولا يسع القاضي إلا أن يجيبه في طلبه إذ لا محل لإمهال المدين بتنفيذ التزامه بعد أن أصبح مستحيلًا فيحكم بفسخ العقد، والحكم هنا منسئ للفسخ لا كاشف له وذلك لأن الدائن قد اختار طريق من الطريقتين بين التعويض على أساس المسؤولية العقدية وفسخ العقد على أساس استحالة تنفيذ الالتزام⁽¹⁾

أما إذا كانت الاستحالة ترجع لسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضى وينفسخ العقد من تلقاء نفسه وهو ما يسمى بالفسخ بحكم القانون أو ما يسمى بالانفساخ⁽²⁾ لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي وهذا ما أكدته المادة 247 من القانون المدني حيث نصت على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه " فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه، بل أنه لا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً فلا يكون هنالك خيار بين التنفيذ والفسخ فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه، ويثور التساؤل هل موت المُعيل دون وارث يمكن تكيفه بأنه هو استحالة تنفيذ الالتزام؟

(1) السنهوري، عبدالرزاق، مصادر الحق، ج 6، مرجع سابق، ص 206

(2) السنهوري، الوسيط، ج 2، مرجع سابق، ص 791

الحقيقة موت المُعيل دون وارث هو قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا وهذه الاستحالة ليست في محل العقد كأن يهلك المبيع، وإنما الاستحالة لعدم وجود الملتزم وعدم وجود ورثة تستخلص العقار من يد البائع على أساس الشرط الفاسخ بتنفيذ الالتزام، وصورة هذه الاستحالة كمن أبرم عقد بيع العقار لقاء الإعالة ولم يكن له وارث، أو كان له وارث ومات في حياته وأصبح ليس له وارث، فالاصل أن الالتزام يقع على عاتق المدين ولكن عند وفاته دون وارث يصبح التزام الإعالة مستحيلًا وذلك لعدم وجود الملتزم بالإعالة والملتزم بتخليص العقار للتركة بالتزامهم بإعالة المُعال، وبذلك تظهر استحالة التنفيذ لعدم توفر الطرف الآخر، وذلك لأن ذمته خربت، بحيث يفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي فهو قرار كاشف وليس منشئ ويرجع تقدير انتهاء الإعالة بوفاة المُعيل دون وارث بسبب أجنبي لتقدير القاضي ويرى الباحث أن المشرع الأردني قد خلط بين انتهاء الإعالة كالتزام والإعالة كقيد على حق ملكية العقار فقد نص المشرع في المادة 19 من قانون الملكية العقارية تنتهي الإعالة ويشطب قيدها في السجل العقاري بوفاة المُعيل دون وارث ونص المادة 18 من قانون الملكية العقارية " للبائع الحق في استرداد العقار 19المبيع لقاء الإعالة بقرار من المحكمة، إذا قصر المُعيل، أو ورثته من بعده في حال وفاته في التزامه بإعالة المُعال وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع " فإذا نظرنا للإعالة كالتزام في هذه الحالة فإن المشرع قد أبرأ المُعيل من التزامه إذا مات من دون وارث ولا يعتبر مقصراً في التزامه وذلك لأنه نص على أن الإعالة تنتهي بموت المُعيل دون وارث بحيث لا يعتبر مقصراً ولا يجوز حتى الرجوع على تركة المُعيل طبقاً للقواعد العامة، ولا يجوز للبائع استرداد العقار بحيث يصبح التزام الإعالة التزاماً طبيعياً وليس قانونياً فتبقى المديونية وتتقي المسؤولية⁽¹⁾،

(1) الفار، عبدالقادر، أحكام التزام، مرجع سابق، ص 26 و 27

والحقيقة هذا لا يصح ومراد المشرع في انتهاء الإعالة في هذه الحالة هو انتهاء قيد الإعالة القائم على العقار المبيع، بحيث يصبح العقد مفسوخاً بحكم القانون لاستحالة تنفيذه ويشطب قيد الإعالة الواقع على العقار وتطبيق نص المادة 247 من القانون المدني الأردني بحيث يصبح العقد مفسوخاً وانتهاء الإعالة وشطب قيدها ما هو إلا أثر لانفساخ العقد بحكم القانون .

المطلب الخامس: انتهاء الإعالة باسترداد العقار

نص المشرع الأردني في المادة 19 من قانون الملكية العقارية على أن الإعالة تنتهي ويشطب قيدها في السجل العقاري إذا حُكِّم للبائع باسترداد العقار، ومعنى استرداد العقار أن تعود ملكيته إلى البائع بعد أن كانت ملكيته للمشتري مقيدة بعدم جواز التصرف فيه وهو ما أسماه المشرع بقيد الإعالة، فعند استرداد العقار يشطب هذا القيد وتصبح ملكية العقار مطلقة بجواز التصرف في حدود القانون ولكن ليست لمصلحة المشتري وإنما لمصلحة البائع حيث نصت المادة 18 من قانون الملكية العقارية على أنه " للبائع الحق في استرداد العقار المبيع لقاء الإعالة بقرار من المحكمة، إذا قصر المُعيل، أو ورثته من بعده في حال وفاته في التزامه بإعالة المُعال وفقاً للشروط المتفق عليها في هقد البيع " .

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحق البائع في استرداد العقار

يتبادر إلى الأذهان عن ما هية الطبيعة القانونية لحق البائع في استرداد العقار عند إخلال المشتري أو المُعيل في إعالة الشخص المستفيد من الإعالة بمقتضى العقد، حيث أن حق الملكية ولو كان ناقصاً عنصر التصرف القانوني قد انتقل للمشتري عند إبرام العقد وتسجيله في مديرية التسجيل العقاري، بمعنى أن ملكية العقار هي للمشتري، فما طبيعة حق البائع في استرداد العقار؟ وقد اختلف الفقه القانوني في هذه الطبيعة إلى آراء :

أولاً: حق عيني تبعي

يعتبر أصحاب هذا الرأي أن حق البائع في استرداد العقار هو حق عيني تبعي⁽¹⁾ يعطيه سلطة على شيء معين لضمان وفاء المُعيل بالتزامه بإعالة البائع أو الشخص المحدد في العقد، فهو حق عيني شبيه بالرهن التأميني لضمان الوفاء بالالتزام، بحيث يخول صاحبه ميزتي التتبع والتقدم، وأن هذا العقد يضم عقدين في طياته عقد بيع يلتزم فيه البائع بنقل الملكية للمشتري وعقد رهن تأميني يلتزم به المشتري برهن العقار للبائع ضماناً لتنفيذ الالتزام، وقد قوبل هذا الرأي بالانتقاد وذلك من أوجه:

1- أن عقد بيع العقار لقاء الإعالة هو عقد بيع حقيقي انتقلت فيه ملكية العقار للمشتري (المُعيل) غاية ما في الأمر أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ، أما الرهن فلا يوصف بأنه عقد بيع .

2- أن الرهن التأميني هو عقد يكسب الدائن حقاً عينياً في استيفاء حقه من قيمة العقار أو ثمنه وليس كحق البائع في عقد بيع العقار لقاء الإعالة فهو يسترد العقار نفسه ويستفد في ملكيته .

3- الحقوق العينية التبعية جاءت على سبيل الحصر ولا يجوز إنشاء حق عيني جديد لم ينص عليه المشرع صراحة .

ثانياً: حق عيني أصلي (حق ملكية)

يعتبر أصحاب هذا الرأي أن حق البائع في استرداد العقار هو حق ملكية وذلك أن مثل هذا البيع علق على شرط فاسخ، فيصبح العقار له مالكين، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ والآخر مالك على شرط واقف، والشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلى الثاني، فإذا انفسخت ملكية المشتري على أساس الشرط الفاسخ قامت ملكية البائع،

(1) أنور سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 309

أما إذا تخلف الشرط الواقف كموت المَعَال فقد سقطت ملكيته وأصبحت ملكية المشتري باتة وتامة⁽¹⁾، وقد قوبل هذا الرأي بالانتقاد حيث يعطي للبائع أن يمارس سلطاته على العقار باعتباره مالكا له على شرط واقف .

ثالثاً: حق مختلط بين الحق الشخصي والحق العيني الأصلي (حق الملكية)

يفرق أصحاب هذا الرأي بين طبيعة حق البائع قبل الاسترداد وطبيعته بعد الاسترداد، فذهب أصحاب هذا الرأي على أنه ليس للبائع قبل الاسترداد إلا حق شخصي⁽²⁾، لأنه بمجرد البيع تنتقل ملكية العقار للمشتري، بحيث لا يبقى للبائع أي حق عيني، أما بعد الاسترداد فيتفق أصحاب هذا الرأي مع الرأي الثاني والذي اعتبر أن طبيعة حق البائع هو حق ملكية، وذلك لتحقق الشرط الفاسخ لاكتساب الملكية من قبل البائع في حق المشتري، ويتفق الباحث مع هذا الرأي وذلك أن العلاقة بين البائع والمشتري قبل استرداد العقار قائمة على أساس الحق الشخصي بين دائن ومدين، فحق البائع ابتداءً هو حق شخصي وعند تحقق الشرط الفاسخ في حق المشتري ينتقل إلى حق عيني أصلي يكتسب به البائع العقار المبيع بقرار من المحكمة المختصة على أساس تحقق الشرط الفاسخ عندما يخل المشتري بالتزامه بإعالة المَعَال .

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 3، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 1998، الطبعة 3، ص 30 و ص 31

(2) أنور سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 311

الفرع الثاني: الفسخ

في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد وللقاضي سلطة تقديرية في هذا الطلب حيث نصت المادة 1/246 من القانون المدني الأردني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه"⁽¹⁾، والفسخ هو انحلال العقد بأثر رجعي أي إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، والأصل في الفسخ أن يكون بحكم القاضي وقد يكون باتفاق الطرفين، ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون، والحقيقة أن استرداد العقار في عقد بيع العقار لقاء الإعالة لا يكون إلا بحكم القاضي سواء كان انتهاء الإعالة ناشئاً عن فسخ اتفاقي كما هو في الإقالة أو ناشئاً عن فسخ بحكم القانون كما في استحالة التنفيذ أو ناشئاً عن فسخ قضائي بحكم القضاء لعدم تنفيذ المشتري أو ورثته بعد وفاته بالتزامه بإعالة المّعال ، فيكون حكم القاضي في الفسخ الاتفاقي والفسخ بحكم القانون كاشفاً وبالفسخ القضائي منشئاً وذلك لوجود سلطة تقديرية للقاضي بين التنفيذ وبين الفسخ وهذا ما أكدته المادة 2/246 حيث نصت على ما يلي : " ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى " وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها أن للقاضي سلطة تقديرية بين التنفيذ وفسخ العقد⁽²⁾، ويتبين من نص المادة 246 من القانون المدني الأردني أن هنالك شروط لا بد من توافرها حتى يقع الفسخ وهي :

(1) يقابلها في القانون المدني المصري المادة 157 و في قانون الموجبات اللبناني المادة 239 - 241

(2) تمييز ، حقوق، هيئة عامة، رقم 2007/624، تاريخ 2007/9/25، شبكة قانوني الأردن

أولاً: أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين

وهو شرط عام لكل أنواع الفسخ سواء كان اتفاقياً أو بحكم القانون أو بحكم القاضي، وذلك أن الفسخ قائماً على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، ولا توجد فكرة التقابل بين الالتزامات إلا في العقود الملزمة للجانبين، وكذلك تظهر المصلحة في العقود الملزمة لجانب واحد على فكرة تنفيذ العقد، وليس الفسخ وذلك لعدم وجود التزام متقابل للطرف الآخر ليطالب بالفسخ وليس من مصلحته أن يفسخ العقد بل أن يطالب بتنفيذه كأن يكون العقد هبة صريحة بدون عوض فليس من مصلحة الموهوب له فسخ العقد وإنما بتنفيذه⁽¹⁾

ثانياً: أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

وذلك أن الأصل في العقود الملزمة للجانبين تنفيذ الالتزام، فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، يحق لأحد المتعاقدين فسخ العقد بعد إعداره للمدين، وقد يكون عدم تنفيذ الالتزام يرجع لسبب أجنبي، فيصبح التزام المدين مستحيلًا، فينقضي الالتزام المقابل له وينفسخ العقد بحكم القانون ويسمى الفسخ بهذه الحالة انفساخًا، أما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً لسبب غير أجنبي أي يرجع لفعل المدين، أو أن يكون التنفيذ ممكناً ولم يتم المدين بتنفيذه، فيحق للمتعاقد الآخر فسخ العقد، أو يكون له الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، أو المطالبة بالفسخ .

ثالثاً: أن يكون الدائن قادراً على تنفيذ التزامه و إعادة الحال إلى ما كان عليه

فليس من المنطق أن يطالب أحد المتعاقدين بفسخ العقد وهو غير مستعد لتنفيذ التزامه الذي نشأ من العقد هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى فلا بد أن يكون الدائن مستعداً أيضاً أن يعيد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ورد ما أخذه.

(1) السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 789

رابعاً: إعدار المدين

أجازت المادة 246 في فقرتها الأولى من القانون المدني للدائن إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد أن يطالب بفسخ العقد ولكن اشترطت أن يكون ذلك بعد إعداره بتنفيذ التزامه، وتكمن أهمية الإعدار في عدم الوصول إلى الفسخ لما له من عواقب على أطراف العقد من إرجاع الحال لما كان عليه قبل التعاقد، وكذلك يجعل القاضي أسرع إجابة لطلب الفسخ بعد إعدار المدين، وكذلك أقرب للحكم بالتعويض للمدين فوق الفسخ، ويلاحظ أنه قد لا تكون هنالك ضرورة لإعدار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، وكذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكناً أو مستحيلاً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أثر الفسخ على التزام الإعالة

نص المشرع الأردني في قانون الملكية العقارية على أن التزام المشتري هو إعالة المَعَال طيلة حياته، فإن مات المَعَال انقضى الالتزام وبذلك يشطب قيد الإعالة الواقع على العقار وتصبح ملكية المشتري للعقار تامة بدون قيد قانوني يمنعه من التصرف في ملكة، ولم ينص المشرع الأردني صراحة على أثر الفسخ على التزام الإعالة الذي قام به المشتري قبل الفسخ فقد يكون الالتزام عبارة عن إيراد مرتب مدى الحياة، ومعنى الفسخ إعادة الحال لما كان عليه المتعاقدين قبل التعاقد، مما يترتب على البائع أن يكون مستعداً لإعادة الحال لسابقه، وقد يثور الخلاف الفقهي في أحقية المشتري في استرجاع ما قام بتنفيذه من التزام قبل الفسخ وهنالك عدة تصورات لهذا الأثر:

(1) السنهوري، الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 795

أولاً: عدم جواز الفسخ

وهذا هو موقف التقنين المصري القديم حيث كان يستثني عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ وهو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة وهذا العقد يتشابه كثيراً مع عقد بيع العقار لقاء الإعالة كعقد زمني، حيث نصت المادة 480/ 588 من التقنين المصري القديم على أنه " يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كافٍ لأداء المرتبات المتفق عليها "، يقضي هذا الموقف أنه لا يجوز الفسخ ويبقى المتعاقد ملزماً بتنفيذ التزامه ولو جبراً من أمواله عامة ببيعها وتخصيص مبلغ من أثمانها كافٍ لأداء الالتزام⁽¹⁾، وهذا الموقف لا يمكن تصوره في التزام الإعالة الواقع على المشتري حيث أن المشرع الأردني قضى على أن التزام الإعالة ينقضي وينتهي باسترداد العقار المبيع، ولا يكون مبلغاً من أموال المدين المُعيل لتنفيذ التزامه جبراً، وذلك لأن ملكية العقار انتقلت إلى البائع بحكم الشرط الفاسخ والذي نصت عليه المادة 18 من قانون الملكية العقارية .

ثانياً: الحكم بالتعويض

ويقضي هذا التصور أنه يجوز الفسخ في عقد بيع العقار لقاء الإعالة، وأن ما قدمه المشتري من التزام قبل الفسخ من إعالة المُعيل ما هو إلى تعويض يجب الحكم به لصاحب الإعالة (المُعال)، حيث يشير بعض الفقهاء الفرنسيين⁽²⁾ أن المستحق للإعالة كان معرضاً طوال المدد التي قبض فيها الإعالة لأن يموت وذلك لأن الإعالة مربوطة بحياته،

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 7، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 1075

(2) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 7، مرجع سابق، ص 1079

بحيث ينقضي الالتزام بوفاته، وأن هذا الخطر كان موجوداً وتحمله فعلاً، فالواجب عند الفسخ أن يعرض عنه، وينتهون بأن المستحق للإعالة يستتقي ما دفعه المشتري من أقساط أو من التزام أياً كان نوعه كعوض عن هذا الخطر، ويرى الباحث أن هذا الرأي ما هو إلا تدخل في سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض المناسب، وخروج عن طبيعة الفسخ كأثر لإعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد.

ثالثاً: جواز الفسخ

ويقضي هذا الموقف، والحقيقة أنه هو موقف المشرع الأردني وذلك لأنه حدد طبيعة هذا العقد حيث نص على أنه عبارة عن عقد بيع، وبما أن عقد البيع من خصائصه الأساسية أنه عقد ملزم للجانبين فلا بد من تطبيق القواعد العامة الواقعة على مثل تلك العقود بحيث يجوز فيها المطالبة في الفسخ بعد إذار المدين وأن يُعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، بحيث يفسخ البيع ويسترد البائع العقار المبيع، ويلتزم برد الثمن وهي الإعالة إلى المشتري⁽¹⁾، وكذلك النفقات المفيدة التي أدت إلى زيادة قيمة المبيع من تحسينات وغرس، أما المشتري فإذا حكم القاضي باسترداد العقار، فقد انتهت الإعالة فلا يكون ملزماً بها، ويقع عليه رد ما جناه قبل الاسترداد من ريع وثمار العقار وكذلك يُحكم عليه بالتعويض إن كان له محل وهذا هو موقف المشرع المصري في التقنين الجديد⁽²⁾، بحيث نكون أمام مقاصة بين ريع العقار والأقساط التي أخذها المُعال كثمن للعقار .

ويتفق الباحث مع التصور الثالث كأثر للفسخ على التزام الإعالة حيث أن المشرع الأردني نص صراحة على طبيعة هذا العقد بأنه عقد بيع بحيث ترد أحكام الفسخ على هذا العقد كما في عقود البيوع الأخرى، ولا يمنع من إعادة الحال إلى ما كان عليه وماهذه الأقساط إلا ثمن للعقار المبيع فلسنا أمام عقد إيجار بحيث لا يسري الفسخ كأثر رجعي على ما قدمه المستأجر للمؤجر من أقساط بحيث لا يلتزم المؤجر في ردها عند فسخ عقد الإيجار .

(1) سلطان، أنور، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 319

(2) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، ج 7، مرجع سابق، ص 1078

النتائج والتوصيات

وحيث وصلت الدراسة إلى نهايتها، فإنه من الممكن اختصار أهم النقاط التي أثارها هذه الدراسة، والنتائج التي خرجت بها فيما يلي:

أولاً: أن التزام الإعالة الذي نص عليها المشرع الأردني في قانون الملكية العقارية، ما هو إلا ثمن للعقار المبيع، ويمكن القول أن التزام الإعالة هو محل العقد، ولا بد أن توصف هذه الإعالة بالاحتمالية، فإذا وقع التزام الإعالة عند إبرام العقد بإعالة شخص ميت فقد بطل العقد لعدم توفر المحل وهو التزام الإعالة، وإن حددت الإعالة بوقت معين كنا نحو عقد آخر وهو عقد البيع بالتقسيط، وبذلك يكون المشرع الأردني أقرب للفقهاء القانونيين الوضعيين منه للفقهاء الإسلاميين في جواز الاحتمالية في هذا العقد .

ثانياً: هنالك قصور في مدى الحماية القانونية التي أفردتها المشرع الأردني من وقوع أحد المتعاقدين في عقد بيع العقار لقاء الإعالة في الغبن الفاحش، كأثر مترتب على استغلال المتعاقد الآخر لحاجة المتعاقد لإبرام العقد، نظراً لخصوصية أطرافه فالغالب أن من يعتمد إلى إبرام هكذا عقد، هم من كبار السن الذين يكونون بحاجة ماسة للإعالة.

ثالثاً: موقف الفقهاء الإسلاميين من عقد بيع العقار لقاء الإعالة، هو بطلان ذلك العقد وعدم تصحيحه بإجماع الأمة الأربعة، وذلك لجهالة مقدار الثمن، بحيث يوصف بأنه من عقود الغرر الفاحش، بحيث يشترط لصحة الثمن تحديده وقت إبرام العقد .

رابعاً: الرأي الغالب في الفقهاء القانونيين يعتبر الإعالة ثمناً جدياً للعقار المبيع، ولكن الاختلاف في الرأي يظهر عندما تكون الإعالة مساوية لغلة العقار أو ريعه، فمن الشراح من اعتبر الإعالة بأنها ليست ثمناً جدياً إذا كانت مساوية لغلة العقار، أما الرأي الآخر من الشراح اعتبر الإعالة إذا كانت مساوية لغلة العقار أو ريعه هي ثمن جدي وذلك لأن الإعالة تضمن للبائع دخل ثابت، بحيث لا يتحمل مسؤولية التقلبات الاقتصادية للعقار، وكذلك الانتقاص من قيمته بمرور الزمن .

خامساً: هنالك اختلاف فقهي بين الشراح حول الطبيعة القانونية لالتزام الإعالة بحيث أن التزام الإعالة لحق به وصف عدل من آثاره بحيث يرتبط نفاذ الالتزام على تحقق هذا الوصف، والاختلاف بين الشراح على هذا الوصف هل هو أجل فاسخ أم شرط فاسخ، والفرق الجوهرى بينهما أن الأجل الفاسخ يقوم على أمر محقق، بينما الشرط الفاسخ يقوم على أمر غير محقق، والحقيقة أن الاختلاف بين الرأيين كلاهما صحيح وذلك لأن الأجل يقوم على أمر محقق وهو وفاة المَعَال، وكذلك الشرط الفاسخ يقوم على أمر غير محقق وفيه احتمالية الوقوع، وهو عدم تنفيذ الالتزام من قبل المشتري أو الورثة بعد وفاته واسترداد العقار من قبل البائع، ويميل الباحث للرأي الثاني بأنه التزام معلق على شرط فاسخ وذلك لاقتران الأجل بملاسات أخرجته من طائفة الأجل إلى الشرط .

سادساً: الشرط الوارد في عقد بيع العقار لقاء الإعالة والذي قيد حق ملكية المشتري في العقار المبيع هو قيد قانوني وليس قيد إرادي، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على خلافه، وليس لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تعديل هذا الشرط أو النظر في مشروعيته كما هو في القيد الإرادي (الشرط المانع من التصرف)

سابعاً: التصرف الذي قصده المشرع الأردني في نص المادة 17 فقرة ب من قانون الملكية العقارية، هو التصرف القانوني وليس التصرف المادي، فيجوز للمشتري في عقد بيع العقار أن يقوم بإنشاءات أو تحسينات على العقار وكذلك كافة التصرفات التي تتعلق باستغلال العقار واستعماله .

ثامناً: اختلف الفقه الإسلامي في تصحيح الشرط المانع من التصرف، والذي يعرف في الفقه الإسلامي بالشرط المقترن بالعقد، حيث صحح الحنابلة والمالكية الشرط المانع من التصرف بشرط انتفاء الجهالة في الإعالة، فيعتبر الشرط أو القيد الذي أورده المشرع الأردني صحيحاً إذا تم تحديد مدة الإعالة، أما الحنفية والشافعية فلم يصحوا هذا الشرط وذلك لمنافاته مقتضى العقد، وذلك أن عقد البيع مقتضاه التملك وهذا الشرط يخالف مقتضاه بمنع المالك بممارسة حقه في ملكه .

تاسعاً: لم يخرج المشرع الأردني عن قاعدة أثر نسبية العقود، عندما نص على أن التزام الإعالة لا ينتهي بوفاة المُعيل بل يبقى قائماً في حق الورثة، عند وفاة المُعيل، والسبب في قيام الالتزام بحق الورثة هو ما نص عليه المشرع الأردني في عدم جواز التصرف في العقار المبيع بحيث يبقى كدين على التركة وما تنفيذ التزام الإعالة من قبل الورثة إلا استخلاص العقار للتركة فحكمها كحكم العقار المرهون، بحيث يجوز للورثة استخلاص العقار من أموالهم الخاصة لتخليص العقار، وليس كما يتوهم البعض بأن المشرع الأردني خرج عن قاعدة أثر نسبية العقود في انتقال الالتزام لغير أطراف العقد، فالأصل ان الحقوق تنتقل للورثة وتنتقل الالتزامات للتركة نفسها فإن خربت ذمة المدين لعدم وجود تركة تحول الالتزام إلى التزام طبيعي، وما انتقال الالتزام بحق الورثة ما هو إلا انتقال الحق في العقار ولكن هذا الحق مثقل بقيد الإعالة في عدم جواز التصرف في العقار حتى ينقضي هذا الالتزام .

عاشراً: الطبيعة القانونية لحق البائع في استرداد هو حق مختلط بين الحق الشخصي والحق العيني الأصلي والذي يعرف بحق الملكية، حيث رتب المشرع الأردني عند تقصير المُعيل أو ورثته بعد وفاته بإعالة المُعال الحق للبائع باسترداد العقار كجزاء يترتب على عدم تنفيذ الالتزام، فالمشتري في عقد بيع العقار لقاء الإعالة قد انتقلت ملكية العقار إليه ولكن هذه الملكية يتوقف نفاذها على وصف يعدل من اثاره وهو الشرط الفاسخ،

فطبيعة حق البائع بداية قائمة على الحق الشخصي بين دائن ومدين، والدين في هذا العقد هو الإعالة ولكن عند تحقق الشرط الفاسخ تنتقل طبيعة حق البائع إلى حق عيني اصلي وهو حق ملكية العقار على شرط واقف بحيث تنتهي ملكية المشتري بتحقق الشرط الواقف الذي غُلق حق الملكية عليه .

أحد عشر: يجوز الفسخ في عقود البيع بوجه عام ويجوز كذلك في عقد بيع العقار لقاء الإعالة، ويترتب على الفسخ كقاعدة عامة إرجاع الحال كما كان قبل التعاقد، ولقد ظهر الخلاف الفقهي في عدم جواز الفسخ في العقود الزمنية، كما هو في التقنين المصري القديم، ولكن الرأي الراجح هو جواز الفسخ وإرجاع الحال كما كان قبل التعاقد والتزام البائع برد الثمن مع المطالبة بالتعويض، وإلزامه برد الثمن .

اثنا عشر: خط المشرع الأردني بين انتهاء الإعالة كقيد بحيث يشطب القيد في السجل العقاري وبين انتهاء الإعالة كإنقضاء للالتزام ونجد ذلك واضحاً عندما نص على أن الإعالة تنتهي بوفاة المُعيل دون وارث، مما يترتب على ذلك إبراء المُعيل من الالتزام حتى ولو لم تخرب ذمته بأن كانت تركته تستطيع تسديد الالتزام .

وترتيباً على هذه النتائج يمكن القول بالتوصيات التالية:

أولاً: يوصي الباحث بتبني نظرية الاستغلال القائمة على أساس عدم تعادل الالتزامات التعاقدية والتي تبناها المشرع المصري في المادة 1/129 من القانون المدني، والمشرع اللبناني في المادة 214 من قانون الموجبات، فتبني هذه النظرية ما هي إلا حماية قانونية لأطراف العقد .

ثانياً: يوصي الباحث بأن يقوم المشرع الأردني بصياغة قانونية جديدة تتعلق بانتهاء الإعالة، حيث أن المشرع الأردني لم يفرق عندما نص على انتهاء الإعالة، بين انتهائها كقيد وانتهائها وانقضاؤها كالتزام، فخلط بينهما مما قد يفسر هذا التنظيم على أساس يخالف القواعد العامة والقواعد القانونية الثابتة .

ثالثاً: يوصي الباحث بإفراد تنظيم قانوني أوسع وضوحاً وعدم ترك التنظيم للقواعد العامة، حتى لا تكون هنالك اجتهادات وأراء مختلفة، وخاصة في ما يتعلق بالتحسينات والمنشآت التي يقوم بها المشتري قبل استرداد العقار من قبل البائع عند إخلال المشتري أو ورثته من بعده بالتزامهم بإعالة المُعال ، وكذلك تنظيم أوسع وضوحاً بخصوص الفسخ القضائي وما يترتب عليه من إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وتكمن خطورة الفسخ في هذا العقد في كونه من العقود الزمنية والتي يعتبر الزمن فيها عنصر جوهري يقوم العقد على أساسه .

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب الفقهية والقانونية

- الأب سهيل قاشا، شريعة حمورابي، ترجمة محمود الأمين، 2007، دار الوراق للنشر المحدودة، لندن .
- ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم، مجموع الفتاوي، 1368 هـ، مطبعة السنة المحمدية، مصر .
- ابن حزم، أبو محمد الاندلسي، المحلى بالأثر، دار الفكر، بيروت .
- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، 1996، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى .
- ابن عرفة، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 1996، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى .
- ابن همام، كمال الدين، فتح القدير، كتاب البيوع، دار إحياء التراث، بيروت .
- ابن وصاف، محمد، شرح الدعائم، 1982، وزارة التراث، سلطنة عُمان .
- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، 2012، دار الفكر العربي، القاهرة .
- الأزهري، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت .
- الإمامين، جلال الدين المحلي، وجمال الدين السيوطي، تفسير الجلالين، مكتبة المثنى، التراث العربي، بيروت .
- الأنصاري، ابن المنظور، لسان العرب، دار إحياء التراث .
- الباجي، أبو الوليد، سليمان، المنتقى شرح الموطأ، 1332 هـ، الكتاب العربي، بيروت .
- باشا، محمد قدري، مرشد الحيران، 1891، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر .
- البيهوتي الحنبلي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، كتاب البيوع، دار الفكر .

- البيهوتي، منصور، كشف القناع عن متن الاقناع، كتاب البيوع، 1996، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى .
- جاب الله، سمير عبد النور، ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى .
- الحافي، خالد بن عبد الله، الإجارة المنتهية بالتمليك، 1421 هـ، المؤسسة السعيدية، الرياض، الطبعة الثانية .
- الحصفكي، علاء الدين، الدر المختار شرح تنوير الابصار، كتاب البيوع، 1996، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى .
- الحكيم، جاك، العقود الشائعة والمساماة، دار الفكر، لبنان .
- الحلالشة، عبد الرحمن أحمد، أحكام الالتزام، 2010، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى .
- الحنفي، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق، كتاب البيوع، 1993، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة .
- حيدر، شاكر ناصر، أحكام الأراضي والاموال غير المنقولة، 1947، مطبعة الاعتماد، بغداد، الطبعة الأولى .
- الخفيف، علي، الملكية في الشريعة الاسلامية، 1990، دار النهضة العربية، بيروت .
- الدردير، محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، كتاب البيوع، 1990، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى .
- دواس، أمين، قانون الأراضي، 2013، المعهد القضائي الفلسطيني، فلسطين .
- الذنون، حسن علي، الحقوق العينية الأصلية، 1954، بغداد، ص 58.
- الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، كتاب البيوع، المكتبة الإسلامية .
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق .
- الزرقا، مصطفى، شرح القانون المدني، نظرية الالتزام العامة، 1964، مطبعة الحياة، دمشق، الطبعة الرابعة .
- الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، عقد البيع، 1993، عمان .
- زكي، محمود، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون ، 1987، جامعة القاهرة .

- الزنجان، شهاب الدين، تخرّيج الفروع على الأصول، كتاب البيوع، 1979، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة .
- الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، بيروت، الطبعة الثانية .
- السرخسي، أبي بكر، المبسوط، دار إحياء التراث .
- سلطان، أنور، العقود المسماة، 1980، دار النهضة العربية، بيروت .
- سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، 1965، دار المعارف، القاهرة .
- سليمان، عامر، نماذج في الكتابات المسماة، 2002، بغداد .
- السنهوري، عبد الرزاق، منشورات الحلبي، الطبعة الثالثة الجديدة .
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، 2004، منشأة المعارف، الاسكندرية .
- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 1954، دار إحياء التراث، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت .
- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، لبنان .
- الشافعي، أحمد محمود، الملكية والعقد، 1988، المكتب العربي للطباعة .
- شاكر، أحمد محمود، مسند الإمام أحمد، دار المعارف، مصر .
- الشرباصي، أحمد، المعجم الاقتصادي الإسلامي، دار الجبل، بيروت .
- الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، كتاب البيوع، 1994، دار الكتب العلمية، بيروت .
- الصدة، عبد المنعم فرج، الاثبات في المواد المدنية، 1954، مطبعة الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية .
- الصده، عبد المنعم فرج، حق الملكية، 1964 القاهرة، ص11.
- الضيرير، الصديق محمد الأمين، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، 1995، دار الجبل، بيروت، الطبعة الثانية .

- عبد البر، محمد زكي، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، 1986، دار الثقافة، قطر، الطبعة الاولى .
- العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية)، 2010، دار الثقافة، الطبعة السابعة .
- العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري، دار الكتب العلمية، بيروت .
- غانم، اسماعيل، أحكام التزام، 1956، المطبعة العالمية .
- الغربي (الخطاب)، أبي عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب البيوع، 1992، دار الفكر، الطبعة الثالثة .
- الفار، عبد القادر، أحكام الالتزام، 2018، دار الثقافة، الطبعة التاسعة عشر .
- فرج، توفيق، الحقوق العينية الأصلية، 1993، الدار الجامعية .
- فرج، توفيق، عقد البيع والمقايضة، 1985، مؤسسة الثقافة الجامعية، الرياض .
- فرج، توفيق، نظرية الاستغلال في القانون المدني، 1957، جامعة الاسكندرية .
- الفيروز، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجبل، بيروت .
- القرافي، شهاب الدين، الفروق، دار النوادر .
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت .
- مرغشلي، نديم وأسامة، تجديد صحاح العلامة الجوهري، 1974، الحضارة العربية، الطبعة الأولى .
- مرقس، سليمان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، 1968، الطبعة الرابعة .
- مصطفى، ابراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، المكتبة العلمية طهران .
- المقدسي، أحمد ابن قدامة، المغني، 2010، دار عالم الكتب، الرياض .
- منصور، مصطفى منصور، حق الملكيه، 1965، القاهرة، ص47.
- النووي، محي الدين بن شرف، شرح المهذب، كتاب البيوع، مكتبة الارشاد، جدة .

ثانياً: الرسائل الجامعية والمجلات العلمية

- أبو دلو، محمد بديوي، الغبن والاستغلا في نطاق عيوب الإرادة، رسالة ماجستير، 2005-2006، جامعة آل البيت .
- البكري، محمد عبدالغني، الإعالة في العصر البابلي القديم، مجلة علمية، العدد 54، 2009، أداب الرفادين
- المومني، صهيب موسى، دور الشكلية في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير، 2005، جامعة عمان العربية للدراسات العليا .

ثالثاً: القوانين

- قانون الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 .
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 .
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .
- القانون المصري القديم لسنة 1883 .
- قانون الملكية العقارية اللبناني رقم (3339) لسنة 1930 .
- قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 .
- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932 .
- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 .

رابعاً: القرارات

- مجلة نقابة المحامين .
- منشورات العدالة .
- شبكة قانوني الأردن