مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية
MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

دلالة الحال و أثرها في توجيه احكام العقد

د. ضمير حسين المعموري ، د. اقبال مبدر نايف عبد الحسن

جامعة بابل–كلية القانون

akbaalm@qu.edu.iq

استلام البحث: 2024 /05/22	مراجعة البحث: 10/07/2024	قبول البحث:06/08/2024

الملخص:

مثلما يتم التعبير عن الارادة بوسائل التعبير المعروفة بميدان التصرفات القانونية, و اولها اللفظ الصريح و الكتابة و الاشارة وغيرها من وسائل التعبير, فيمكن ان يتم الاستدلال عن وسائل اخرى , بعلامات وظروف تدل على رضا المتكلم او المتصرف , ولو لم يصرح بذلك صراحة , فهي تغني عن سؤاله , في معرفة مراده ومقصوده, ويُعمل بها ما لم يوجد ما هو أقوى منها بوسائل التعبير عن الارادة الصريحة, وتساعدنا هذه الاحوال و الظروف المصاحبة للعقد في ادراك الغاية منه و توجيه احكامه , ورجحان كفة اعمال التصرف على اهماله بما فيها العقد,و لان المشرع يضع القواعد التشريعية بشكل تنسيق نموذجي مجرد. فنجد في القانون المدني العراقي لم ينص على دلالة الحال, بشكل صريح وانما عبر عنها باتخاذ اي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شك في دلالته على التراضي. لان الاصل في العقد قيامه على توافق الارادتين ,اي من خلال الظروف و قرائن الحال التي تحيط بالتصرف و تقترن به, مما يستدعي البحث في دلالة الحال ومدى قدرتها و صلاحيتها في التعبير عن الارادة و رتبتها من بين وسائل التعبير الاخرى و التحري عنها في بعض التصرفات بل و غلبتها احياناً على دلالة الالفاظ .

الكلمات المفتاحية: دلالة الحال , توجيه , ترجيح الانعقاد, احكام العقد, التعبير عن الارادة.

Abstract

Just as the will is expressed through the means of expression known in the field of legal actions, the first of which is explicit speech, writing, gesture, and other means of expression, inference can be made from other means, with signs and circumstances that indicate the consent of the speaker or the actor, even if this is not explicitly stated, as it is of no use. About his question, in knowing what he meant and intended It is implemented unless there is something stronger than it by means of expressing explicit will. These conditions and circumstances accompanying the contract help us understand its purpose and direct its rulings, and the preponderance of the action over its negligence, including the contract, and because the legislator sets the legislative rules in the form of an abstract model coordination. We find that in the Iraqi Civil Law, the significance of the situation is not explicitly stated, but rather it is expressed by taking any other course that the circumstances of the situation leave no doubt about its significance of mutual consent. That is, through the circumstances and evidence of the situation that surrounds the action and is associated with it, which requires research into the significance of the situation and the extent of its ability and suitability in expressing the will and its rank among other means of expression and investigation of it in some actions and even its dominance sometimes over the significance of words

Keywords: Indication of the situation, direction, likelihood of conclusion, provisions of the contract, expression of will.

CC BY

المقدمة:

في مجال التصرفات القانونية يتم التعبير عن الارادة باللفظ المنطوق الصريح عادة ويصرف الكلام الى ما قصده المتكلم و الافصاح عما يدور في داخله وما عناه اذا كان لايحتمل التأويل , فتأتي بالمقام الاول الخطابات اللسانية المنطوقة فالمكتوبة ,فالمخاطبات المكتوبة تدل على الارادة كدلالة الالفاظ,ثم وسائل التعبير الاخرى بالإشارة الشائعة الاستعمال , الا انه في احيان اخرى يبين الموقف و ظروف الحال التي تصاحبه ارادة الاطراف, مما ينعكس على توجيه و استباط الاحكام و تغليبها احيانا على الصريح ,واذا ما نظرنا الى التعبير الدلالي (الاستدلال) فنجده تصور ذهني محكوم بالقصد و التفكير و التحليل يستدل به على ارادة اطراف التصرف بما يدل عليها من امارات و اشارات مفهومة.

يتم الاستدلال عن الارادة بما يسمى بالتعبير الدلالي اي ينظر لها من منظور تداولي , وكون الشيء بحال يلزم من العلم به العلم بشيء آخر, وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها, وهذا التعبير أخفض رتبة من التعبير الصريح فاذا تعارضتا او تزاحمتا كانت الاولوية للتعبير الصريح, وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية: "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح", والعلة في ذلك أن الدلالة أضعف من التصريح وهو أقوى منها فلا تقدم عليه, لأنها بدل عن اللفظ والتصريح، ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل. ويمكن الاستدلال على هذه الدلالة , من خلال ظروف الحال المحيطة بالتصرف, من خلال اعمال النشاط الذهني لفهم الواقع في اطار نص قانوني معين. يوجه العقد لضفة الانعقاد.

و العقد من الأمور القلبية , لان العقد كما قال بعض اللغوين هو العهد المؤكد[i] , و العهد هو امر قلبي وان كان له مبرز خارجي ,و المعاوضات لا تقع الا بالقصد و الارادة ,وبدون القصد لا تقع فالقصد و الارادة له تمام المدخلية في تحقق العقود , فالعقد ليس من باب الالفاظ بل الامور القلبية و اطلاقه لفظ الايجاب و القبول مجاز من قبيل اطلاق لفظ الموضوع للمدلول على الدال او من قبيل اطلاق لفظ الموضوع المسبب على السبب ,و ان كان في تسميته المنشأ بتلك الالفاظ لا لمسبب وتسمية تلك الالفاظ بالسبب مسامحة , وذلك من جهة ان سبب المنشأ هو العاقد لا الفاظ العقد , اي الفاظ الايجاب و القبول , بل تسميتها بآلة الانشاء الاولى .

و في مرحلة تكوين العقد يقوم فيها الأطراف بتبادل إرادتهما ومناقشة جميع نقاط العقد حتى الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف ويجد كل إيجاب قبولا من الطرف الآخر. ويصبح بذلك عقدا تاما وينتقل العقد بعد ذلك إلى مرحلة ثانية،وهي مرحلة التنفيذ والتي تعد من أهم مراحل العقد حيث يحقق من خلالها العقد الأهداف التي وجد من أجلها و يجد الأطراف أنفسهم ملزمين بالسهر على تنفيذ ما يريده الأطراف وفقا لحسن النية فيحرص كل طرف على أن يتعاون ويبذل جهدا لتنفيذ كل ما ورد في العقد. ولكن قد يحصل أن يتعذر على الأطراف تنفيذ العقد أي تنفيذ التزاماتهم وذلك بسبب ما يعتريه من غموض يحول دون تنفيذه ،حيث يتجه كل واحد من المتعاقدين إلى فهم يخالف ما وصل إليه الطرف الآخر، ويدعي اختلاف التعبير لما اتجهت إليه إرادته, وهنا تلعب دلالة الحال و الظروف المحيطة بالعقد الى الكشف عن الارادة الحقيقية للاطراف .

المبحث الاول

مفهوم دلالة الحال

لكل تصرف من التصرفات دلالات حال تحيط به , و التي تساعدنا في ادراك الغاية من عقد التصرف , و تساعد هذه الدلالات بتفسير الغموض الذي قد يكتنف ارادة الاطراف الجادة التي تسير نحو الانعقاد, وانتاج التصرفات لآثارها ,وهذا ما يستدعي التعرف على دلالة الحال ومدى صلاحيتها كوسيلة للتعبير عن الارادة , وعلى مطلبين الاول, تعريف دلالة الحال و الثاني صلاحية دلالة الحال للتعبير عن الارادة.

CC BY

والارادة و القصد لا يمكن الكشف عنها الا بدلالات و امارات خارجية يمكن اعتبارها و الاخذ بها في الكشف عن الارادة مع الاخذ بنظر الاعتبار توفر بقية الشروط الاخرى الخاصة بالمتعاقدين و المحل.

المطلب الاول

تعريف دلالة الحال و التأصيل الفقهي لها

لدلالة الحال اثر في توجيه احكام التصرف, باعتباره وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة , كما ان هناك قواعد فقهية متعلقة بها , و للإحاطة بتعريف دلالة الحال, سنوزع هذا المطلب على فرعين الاول, معنى دلالة الحال , و الثاني القواعد الفقهية المتعلقة بها.

الفرع الاول

معنى دلالة الحال

الدلالة لغة: هي المرشد إلى الشيء [ii] , والحال لغة: التحول والتغير، والحال اصطلاحاً: الوقت الذي أنت فيه[iii]، وهو كنية الإنسان وما عليه من خير أو شر فيه [iv] وأما الدلالة اصطلاحاً فهي كون الشيء بحال يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[v] , أي أن العلم بالأول يقودك إلى العلم بأمر آخر، والشيء الأول هو الدال، والثاني المدلول ,كالعلم بوجود الدخان فهو دليل على وجود النار، وتناقض كلام الشهود دلالة على كذبهم أو كذب أحدهم، ووجود المعلول دلالة على وجود العلة.

واما موقف الفقه من دلالة الحال ,فنرى ان الفقه الاسلامي يجيز التعبير عن الارادة من خلال دلالة الحال وهي (فهم أمر من أمر)ويقصد بها في مجال العقود و التصرفات ان يكون الانعقاد مستفادا بفعل من شأنه ان يترتب على العقد ويعبر عن تنفيذه ,او مستفادا من حالة تستدعي انعقاده [vi].والتعبير بطريق الدلالة ، والذي يُعبر عنه بالقانون بالتعبير الضمني وله عدة صور في الفقه الاسلامي خاصة في مجال العقود و التصرفات, ومن ابرز تلك الصور التعبير بالمعاطاة او بالتعاطي , فضلا عن صور تطبيقية اخرى للتعبير دلالة [vii].

و اذا اردنا ان نعرف دلالة الحال باعتبارها من وسائل التعبير عن الارادة و احدى الموجهات للكشف عن نية الاطراف , لم نجد من تعريف لدلالة الحال سوى ما عرفها به المرحوم (مصطفى الزرقا) حيث عرفها بقوله: الأمارة القائمة التي تدل على شي[viii],ولكن هذا التعريف فيه من العموم والاتساع ما لا يفي بتعريف دلالة الحال، لأن كل الدلائل أم لفظية أم غير لفظية[ix] هي أمارات التي تدل على شيء آخر، فدلوك الشمس أمارة على وجوب الصلاة، ودخول الشهر أمارة على وجوب الصيام، والعلة أمارة على وجود المعلول، والضوء الأحمر في إشارة المرور يدل على منع المرور والأخضر على جوازه، وتناقض كلام الشاهدة أمارة كذبه، وليس شيء من ذلك بدلالة حال.او انها (ما يحيط بالامر من ظروف وملابسات وقرائن يظهر من خلالها مقصود المكلف ونيته) فهي دلالة غير اللفظ و التي تعبر عن قصد المكلف و مراده من خلال القرائن و الملابسات المحتفة به[x] , وهو ما يسمى بالبساط عند المالكية ومن ذلك قولهم,(ان البساط نية حكمية)[xi].

الأصل أن يُحمل اللفظ الصريح الصادر من المتكلم على ما يقصده في تفسير مراده، ومن ثم يُبنى عليها الأحكام، غير أن دلالة الحال المصاحبة للفظ، قد تنفرد بتفسير المقصود دون النظر إلى اللفظ المقترن، حتى لكأنها تَسُد مسد اللفظ [xii]. ولقد تقرر شرعا و عرفا ان (دلالة الحال تغير حكم الاقوال و الافعال)[xiii] .

و بهذا تعد دلالة الحال تعد كالنية في تأثيرها في الاحكام الشرعية, وتجعل اللفظ المحتمل, وكذلك الافعال كالصريح, حيث انها تغني عن النية وتقوم مقامها, ويمكن النظر الى دلالة الحال و اعتبارها في حالات, اهمها ان تكون دليلا مرجوحاً, وذلك في حال وجود اللفظ الصريح الذي يبين خلاف ما تفيد وهذا بشكل عام وهنا مجال إعمال القاعدة الفقهية "لا عبرة بالدلالة في مقابلة

CC BY

التصريح"؛ لأن التصريح أقوى في التعبير عن المراد من دلالة الحال[xiv],كما لو أودع شخصاً لدى آخر وديعة، جاز للوديع السفر بالوديعة؛ عملاً بدلالة الحال، أما إذا لم يأذن له بالسفر بها صراحة، فليس له ذلك؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة [xv].

كما لا بد ألا يعارض دلالة الحال ما هو أقوى بالمقصود، وهذا بشكل عام، فإذا وجد التصريح بخلافها، لا اعتبار لها حينئذ. ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) , لأن التصريح بالمراد أقوى من دلالة الحال، لأن دلالته وضعية أو استعمالية، بخلاف التعبير الضمني الذي دلالته استنباطية، أي أنها تفهم فهما وتستخلص استخلاصا من الظروف المحيطة بالتصرف [xvi] , وإنما يعمل بالدلالة حينما لا يوجد تصريح أصلاً، فحينئذ تأخذ حكمه ومكانته او ان التصريح جاء لاحقا على دلالة الحال,فحينئذ تغلب دلالة الحال على التصريح لانها كانت اقوى في التعبير عن المقصود من اللفظ اللاحق وهذا ما سيتضح في المبحث الثاني , أن تكون دلالة الحال صالحة للتعبير عن مقصودها. و أن تكون دلالة الحال مصاحبة للتصرف واللفظ الذي يراد تفسيره وحمله على دلالة الحال، أما دلالة الحال الطارئة بعده فلا يعتد بها[xvii].

اذن فدلالة الحال من وسائل التعبير عن الارادة بطريق غير مباشر, واستنباط الارادة من افعال يقوم بها الشخص, وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها , ومثال ذلك أن يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراضه, فيستفاد من ذلك إرادة المستأجر تجديد الإيجار لمدة أخرى وموافقة المؤجر على ذلك، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها [xviii].

ودلالة الحال أخفض رتبة من التعبير الصريح، فإذا تعارضا أو تزاحما كانت الأولوية للتعبير الصريح، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية (لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) و العلة في ذلك أن الدلالة أضعف من التصريح , وهو أقوى منها فلا تقدم عليه, لأنها بدل عن اللفظ والتصريح، ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل. و القانون المدني العراقي لم ينص على دلالة الحال,بشكل صريح وانما عبر عنها باتخاذ اي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شك في دلالته على التراضي. اي من خلال الظروف و قرائن الحال التي تحيط بالتصرف و تقترن به[xix].

الفرع الثاني

القواعد الفقهية المتعلقة بدلالة الحال

هناك قواعد فقهية المتعلقة بدلالة الحال و التي من خلالها نستدل على المقصود منها , ومنها قاعدة (الكناية مع دلالة الحال كالصريح), بما إن دلالة الحال هي الأمارة والعلامة القائمة التي تصاحب الإنسان وتدل على أمر من الأمور، فتكون الأحوال والقرائن المصاحبة لتصرفات الإنسان من الأقوال والأفعال, لها دلالة تمكن من معرفة قصد المتصرف أو المتحدث، ولو لم يصرح بنيته ومراده، وتجعل دلالة الحال اللفظ المجمل أو المشترك أو المبهم بيناً ظاهراً، فلا يُحتاج – مع هذه القرائن – لسؤال المتكلم عن مراده و مقصوده، حتى إن الأحوال والقرائن تدلان على المراد ولو لم يكن هناك لفظ، لا صريح ولا كنائي, لكن دلالة الحال تختلف قوة وضعفاً بحسب الأحوال المصاحبة، فتصل تارة إلى درجة اليقين وتارة إلى غلبة الظن، أو مجرد الظن أو دون ذلك، ويعمل بها كلها ما لم يوجد ما هو أقوى منه[xx], الرضا أو التراضي من الطرفين ركن العقود، والرضا أمر باطن، ولا بدَّ من شيء في الظاهر يدل عليه، ولا يقتصر على اللفظ وحده، بل الحالة التي يتم فيها العقد تدل على ذلك دلالة بينة قاطعة للنزاع كالتعاطي[xxi].

اي ان المقصود بهذه القاعدة , ان حكم الصريح يوجب العمل به، ويترتب الحكم على اللفظ وينتج عنه الاثر,دون الحاجة الى قرينة او نية , و الكناية كلام اسُتتر منه المراد منه بالاستعمال,وان كان معناه ظاهراً في اللغة,سواء كان المراد به الحقيقة او المجاز, فيكون تردد فيما اريد به, فلا بد من النية، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال [xxii].

CC BY

وحكم الكناية أن الحكم بموجبها لا يثبت إلا بالنية، و دلالة الحال, فالكناية تعمل عمل الصريح في الدلالة، وتقوم مقامه في التعبير عن المقصود والإرادة الباطنة؛ حيث إن قرائن الأحوال والملابسات المحيطة بتصرف الإنسان, تثبت بها الأحكام الشرعية كما تثبت بصريح الأقوال والألفاظ، فما ثبت بالدلالة كان كالثابت بصريح اللفظ والعبارة, إذ إن مقاصد المكلفين و نواياهم كما تعرف بصريح اللفظ و الافصاح–وهو الاصل– تعرف كذلك بما يدل عليها, فاذا وجد ما يدل على ارادة المكلف ونيته, اعتبر ذلك كالتصريح منه في افادة الحكم الشرعي , وترتب اثره عليه , وهذه القاعدة معتبرة بالجملة–عند جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة, حيث ان دلالة الحال في الكنايات عندهم لاتفتقر الى نية , بل تاخذ الكناية حكم الصريح مع وجود النية او دلالة الحال[xxiii], اما الشافعية فانهم يرون عدم ترتب الحكم بالكنايات الا بوجود النية فقط[xxiv].

اما القاعدة الاخرى التي تتعلق بالدلالة (ان دلالة الحال تغني عن السؤال) فدلالة الحال هي الأمارة والعلامة القائمة التي تصاحب الإنسان وتدل على أمر من الأمور، فتكون الأحوال والقرائن المصاحبة لتصرفات الإنسان , من الأقوال والأفعال لها دلالة تمكن من معرفة قصد المتصرف أو المتحدث، ولو لم يصرح بنيته ومراده، وتجعل دلالة الحال اللفظ المجمل أو المشترك أو المبهم بيناً ظاهراً، فلا يُحتاج – مع هذه القرائن – لسؤال المتكلم عن مراده ومقصوده، حتى إن الأحوال والقرائن, تدلان على المراد ولو لم يكن هناك لفظ، لا صريح ولا كنائي, لكن دلالة الحال تختلف قوةً وضعفاً بحسب الأحوال المصاحبة، فتصل تارة إلى درجة اليقين وتارة إلى غلبة الظن، أو مجرد الظن أو دون ذلك، ويعمل بها كلها ما لم يوجد ما هو أقوى منها.

كما في الرضا أو التراضي من الطرفين ركن العقود، والرضا أمر باطن، ولا بدَّ من شيء في الظاهر يدل عليه، ولا يقتصر على اللفظ وحده، بل الحالة التي يتم فيها العقد تدل على ذلك دلالة بينة قاطعة للنزاع كالتعاطي. كذلك فيما يتعلق بمطابقة القبول للإيجاب فيما اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية, دون العناصر الثانوية التفصيلية كما في مكان و زمان التسليم ,فهو كاف لانعقاد العقد , اذ هي مسائل ثانوية تفترض ان الطرفين تركاها لأحكام القوانين المكملة و العرف, فالعقد ينعقد دون حاجة للسؤال, عن هذه المسائل فدلالة الحال المتمثلة بالاتفاق على المسائل الجوهرية ,لها دلالة واضحة في ارادة الاطراف على انعقاد العقد وترتيب اثاره[xxv] .

كما ان هناك قاعدة تنص على ان (الثابت دلالة كالثابت افصاحاً) [xxvi],أي أن الإجازة والرخصة الثابتة للشخص للتصرف بمقتضى دلالة الحال تكون في الحكم والأثر، كالإجازة والرخصة الثابتة نطقاً، بعبارة اخرى, ان الحكم الثابت ضمنا كحكم الثابت نطقاً وقد وضع الحنفية قاعدة تنص على التصرفات التي تثبت دلالة هي أن " كل عمل لا يتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة من كل احد دلالة, وما يتفاوت فيه الناس لايثبت فيه الاستعانة لكل احد[xxvii].كما لو لو قبض الموهوب له الهبة في مجلس العقد دون اذن من الواهب صح قبضه استحساناً, و القياس ان لا يصح لان القبض تصرف في ملك الواهب و الموهوب مازال على ملكه قبل القبض . وما نصت عليه المادة(971) , من مجلة الاحكام العدلية التي جاء فيها(كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة ايضا مثلاً, لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري وسكت ولم يمنعه يكون قد اذنه دلالة).

المطلب الثاني

صلاحية دلالة الحال كوسيلة للتعبير عن الارادة

وسائل التعبير عن الإرادة عديدة، و نجد ان دلالة الحال من بينها, و للإحاطة بهذه الوسيلة بإعتبارها من طرق التعبير عن الارادة سنقسم هذا المطلب الى فرعين , الاول رتبتها من بين وسائل التعبير, وهي اللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ,أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين، وفي هذه الحالة يجب التقيد بالمطلوب. كما ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحا تماما. و الفرع الثاني, اثرها على تفعيل العقد.

CC BY

الفرع الاول

مكانتها (رتبتها) من بين وسائل التعبير

لا تنعقد التصرفات القانونية الا اذا صدرت عن ارادة سليمة جادة في احداث الاثر او الغاية من التصرف, ولما كانت الارادة امراً خفياً كان لابد ان يكون هناك وسائل للتعبير عنها, قد يكون التعبير عن الارادة صريحا اذا كان المظهر الذي اتخذه صريحاً– كلاما او كتابة او اشارة او نحو ذلك – مظهرا في ذاته معبرا في ذاته للكشف عن ارادة الاطراف و بحسب المألوف بين الناس ,و التعبير الصريح بالكلام يكون بإيراد الالفاظ الدالة على المعنى,الذي تنطوي عليه الارادة ,مباشرة او بالواسطة كالمخاطبة بالهاتف او بوسائل التواصل الاجتماعي, او بايفاد رسول لا يكون نائبا.

وقد يكون التعبير بالكتابة او في اي شكل من اشكالها عرفية كانت ام رسمية ,او قد يكون بالاشارة المتداولة عرفا , فاشارة الاخرس غير المبهمة تعبير صريح عن الارادة , او اي اشارة من غير الاخرس تواضعت الناس على ان لها معنى خاص يكون تعبيرا صريحاً عن الارادة , واخيراً قد يكون بإتخاذ اي موقف اخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود, كما لو عرض التاجر بضائعه على الجمهور مع بيان اثمانها ,فيعتبر ايجاباً صحيحًا, طالما ان الارادة موجودة في نفس صاحبها وانعقد عزمه على امضائها و اتخذ مظهرا خارجيا بأحد الوسائل التي يعتد بها القانون , باخراج النية من علم الافكار الى نطاق الظواهر[xxviii] .

وأياً كان مظهر التعبير عن الارادة يكفي بوجه عام كي ينتج اثره , بما فيها دلالة الحال من خلال اتخاذ اي موقف لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي, و الكشف من خلال هذه الدلالة عن الارادة بشكل غير مباشر من خلال استنباطها و استنتاجها من الامارات و العلامات, التي لاتعبر بحد ذاتها تعبيراً صريحاً, ولكنها تعد مسلكا ايجابيا للتعبير ,و ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة, فالظروف التعاقدية الخاصة, بين الاطراف ، لا يمكن تفسيره الا بإعتباره تعبيرا عن الارادة .

بعبارة اخرى ان هذه الظروف هي الرداء الذي ترتديه الارادة للظهور بمظهر خارجي اجتماعي ملموس , كما في بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انقضاء مدة عقد الايجار , فمن خلال هذه الدلالة وهي البقاء نستنتج برغبة المستأجر في تجديد عقد الايجار[xxix] . واظهار الارادة امر لابد منه لإنتاج التصرف لآثاره, حتى تتحول من ظاهرة نفسية الى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون [xxx] , يقول الأستاذ السنهوري: (الإاردة لا تكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير، ولايعرف القانون الإرادة ذاتها ، بل يعرف التعبير عن الإاردة) [xxxi]

وطرق التعبير عن الارادة بعضها ايجابية, التي تتم عادة باستعمال اللفظ أو الكتابة، أو الإشارة أو اتخاذ موقف لايدع أي شك في دلالته على الإرادة, وبين القانون المدني العراقي وسائل التعبير عن الارادة [xxxii],و بعضها مظاهر سلبية كما في التعبير عن الارادة بالسكوت, و تبتدأ الوسائل باللفظ والذي يقصد به الكلام الذي يتفوه به الشخص مباشرة أو عن طريق وسيلة كالهاتف أو إرسال رسول، وبأي لغة، شرط أن تكون مفهومة عند المتعاقدين, واللفظ وهو الطريق الطبيعي، والسهل للتعاقد وذلك لقوة دلالته ووضوحه . أما الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية، مكتوبة باليد أو مطبوعة وبأي شكل كانت رسالة أو ، أو إعلان في الصحف, فهي تتسع لأية ألفاظ يدل معناه على إرادة الشخص, أما الإشارة فهي ما تداول عرفا أنها تدل على إرادة الشخص الذي صدرت عنه، مثل هز الرأس عموديا يدل على الموافقة أما هزه أفقيا فيدل على الرفض. أما اتخاذ موقف يدل على الِرضا، فهو كل فعل إيجابي يدل دلالة قاطعة على اتجاه الارادة على إحداث أثر قانوني، مثل عرض التجار لبضائعهم مع بيان أثمانه[xxxiii].

الفرع الثاني

قدرة دلالة الحال في التعبير عن الارادة

من الممكن ان يتم الكشف عن ارادة الاطراف من خلال دلالات الحال, و الكشف عن هذه الارادة بطريق غير مباشر ,عن رغبتهم باتمام العقد و انتاجه لاثاره, وهذه الدلالات لاتعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الارادة , و دلالة الحال لا تصلح للتعبير عن الأمور كلها , وهذا ما يميزها عن التعبير الصريح لكنها اشارات تكشف عنها [xxxiv] ,وكما عرفنا ان التعبير من خلالها يكون اقل رتبة من التعبير الصريح, فأذا تعارضتا او تزاحمتا كانت الاولوية للتعبير الصريح , وهذا ماعبرت عنه القاعدة الفقهية (لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح) , لانها بدل عن التصريح , و لا يصار الى البدل مع وجود الاصل .

واتخاذ اي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على امضاء التصرف,يعد مسلكا ايجابيا للتعبير عن الارادة, فهناك مظاهر مادية و ظروف تكشف عن ارادة الاطراف بما لا تدع شكاً في حقيقة مقصود صاحبها ودالة دلالة واضحة على رضاه, اي ان الاطراف لاتسلك مسلكا سلبيا نابعا من فراغ, من خلال هذا المظهر المادي دالا على رغبته في امضاء التصرف . بعبارة اخرى ان الدلالة لم توضع لها وسيلة للتعبير و انما يستخلص استخلاصاً من الظروف و قرائن الاحوال التي تحيط بالتصرف و تقترن به, و الدلالة في التعبير الصريح تكون مستقلة مكتفية بذاتها غالبا أما الدلالة بالتعبير الضمني فلا دلالة لها باستقلالها، بل لا بد وأن تحتف بها القرائن والظروف لتعطيها الدلالة[xxxv].

ولقد تقرر شرعاً وعرفاً أنَّ دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال ,اذن من حيث الاصل نجد ان الافصاح عن الارادة لا ينحصر بكيفية معينة بل ترك ذلك للعاقدين, وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي بالمادة (79) منه, باختيار اي وسيلة توصلهما للتراضي, وهذا اصل مبدأ الرضائية في التعاقد , و لذا لا يلزم ان يكون الافصاح عن الارادة صراحة, فليس هناك مانع يمنع الاطراف التعاقدية من التعبير عن ارادتهما بأي مسلك يدل على التراضي, باستثناء الحالات التي يشترط القانون ان يكون التعبير عنها صراحة مراعاة وحماية لمصالح الاطراف المتعاقدة.

فالاساس هو الرضا , تسهيلا لانعقاد العقد فكل ما دل عليه , او فهم منه المقصود بواسطة القرائن فهو كاف لانعقاده, وهذه نظرة واسعة و عميقة تحول دون جمود النصوص و الالفاظ , لأنّ الزمن متحرك غير ثابت, والمفاهيم والألفاظ قد تتغير بتغير الظروف والأزمان, وكذلك قد يتم التعبير الصريح عن الإرادة بإستخدام الأفعال والمتمثلة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي, او المُعاطاة او التعاطي وهي أخذ و إعطاء , أي مبادلة فعلية دالة على تبادل الارادتين و التراضي دون تلفظ بإيجاب او قبول, وأكثر ما يكون في البيع بالمحلات التجارية التي تحدد الاثمان على السلع فيأخذها المشتري ويعطي ثمنها للبائع, دون التفوه بلفظ واحد أحياناً , أو مع تبادل عبارات الشكر وحدها , ومنه أيضاً دفع النقود في الآلات الموضوعة في الشارع.

ففي ما يتعلق بالمبادلة الفعلية فقد نص المشرع العراقي(.... وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي) ووقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في مدى صلاحية الفعل للتعبير عن الارادة وانعقاد العقد به [xxxvi] , والموقف الذي لا يدع شكاً كعرض سلعة بثمن في السوق , أو وقوف للحافلة في محطة الوقوف, وعرض البضائع مع بيان أثمانها ونجد ان التعبير عن الارادة واقعة مادية وقد تكون خفية, اي باطنة لا يعلم بها الا صاحبها فتكون بحاجة الى من يظهرها, فلا بد من اظهارها الى العالم الخارج, حتى تتحول الى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون.

المبحث الثاني

حالات ترجيح دلالة الحال على دلالة الالفاظ في العقود

لدلالة الحال اثر في توجيه احكام العقد , اذ من خلالها يمكن ان نكشف عن ارادة الاطراف الحقيقة , وحتى وان كانت الالفاظ تذهب الى اثر اخر لا يريدانه, اي من خلال دلالة الحال و الظروف يمكن ان نستدل على المقصد الحقيقي للأطراف و الاهتداء بهذه الافعال والاستناد عليها للتعرف على المقصد الحقيقي لهما, ولبيان أهم الحالات التي يرجح معها الاخذ بدلالة الحال و اعتبارها على دلالة الالفاظ , سنقسم هذا المبحث على مطلبين الاول, التنازل دلالة عن ضمان عيب التغرير و التدليس بالمبيع و الثاني بيع الفضولي.

المطلب الاول

التنازل دلالة عن ضمان عيب التغرير و التدليس بالمبيع

يلتزم البائع في عقد البيع بضمان المبيع من العيوب الخفية مثلما يلتزم بنقل ملكيته و تسليمه للبائع, الا انه هناك حالات يعفى فيها البائع من هذا الضمان لقيام دلالات حال معينة تؤدي بالنتيجة الى اسقاطه ,كما لو اتخذ المشتري موقفاً سلبياً بعد علمه بوجود العيب الخفي وعدم مبادرته بإخطار البائع بوجود هذا العيب , وتصرفه بالمبيع وهو عالماً بوجود العيب الموجب لحقه في الضمان, كقيامه ببيع المبيع او هبته, فلا يحق له بعد ذلك بالرجوع على البائع بالضمان, لان دلالات الحال دلت على تنازله عن حقه بالضمان .

فلا يجوز للمشتري اذا ماتنازل عن حقه بالضمان ان يرجع على البائع بضمان ماقد يظهر في المبيع من مثالب ,فخيار البيع مقرر لمصلحته وله ان يتنازل عنه وان كان ذلك عند العقد او بعده وسواء اقتصر على عيب بعينه او شمل جميع انواع العيوب فأذا ذكر عيب بعينه وقت العقد اعتبر المشتري قابلا للمبيع بذلك العيب ولا يحق له ان يرجع على البائع بضمانه الا ان ذلك لا يمنع المشتري من ممارسة خياره في رد المبيع اذا ماوجد فيه عيب غير الذي ذكر [xxxvii].

رضا المشتري دلالة المتمثل في اي تصرف يجريه المشتري بالمبيع و لايدع مجالا للشك في انه قد رضا بالعيب و اسقط حقه في الضمان متى كان ذلك التصرف بعد اكتشاف العيب , اي تصرف فيه تصرف الملاك فيبطل حقه بالرد [xxxviii] وهذا ما اكده المشرع العراقي بالمادة (566) من القانون المدني العراقي حيث نصت (اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره)[xxxix] . وهو نص يمكن استخلاصه من القواعد العامة , ولهذا فأن القانون المدني المصري النافذ لم يذكر نص مشابه لهذا النص رغم وجوده في القانون الذي سبقه [xl] .

فدلالة الحال دلت على رضا المشتري بالعيب بعد ان علم بوجوده في المبيع وسكت عليه فالسكوت هنا هو ابطال لحق المشتري في الرجوع على البائع , ويقصد المشرع بعبارة تصرف الملاك جاءت مطلقة فتشمل كل التصرفات التي يمكن للمشتري ان يجريها على المبيع بعد علمه بالعيب كما لو انتفع في المبيع المعيب او تصرف فيه تصرفا ماديا ادى الى اتلافه او تصرفات قانونية تخرج المبيع المعيب عن الملك, وكل هذه التصرفات ما هي الا دلالات و امارات يفهم منها الى تنازل المشتري عن حقه بالضمان لانه يعد راضيا بالعيب .

اما فيما لو تصرف المشتري في المبيع بعد ان ظهر له التدليس و التغرير به , بأن يذكر البائع للمشتري أموراً ترغبه في الإقدام على التعاقد, أو يقوم بإجراءات فعلية تدفعه للتعاقد معه, وعيب الغبن مع التغرير اخذ به المشرع العراقي في القانون المدني العراقي والذي خصص له المواد القانونية من (121-124) ، اذ نصت المادة (121) من القانون المدني العراقي على انه (1- اذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون فاذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغرير لوارثه) [xli].

ويعتبر تغريرا عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة) ، بينما نصت المادة (122) على انه (اذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد) اما المادة (123) فقد نصت على انه (يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن او هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الاحوال.

المطلب الثاني

ترجيح تصرف الفضولي دلالةً

الفضولي هو من يتصرف فيما تظهر ملكية غيره له , فكان تصرفه هذا من بيع و غيرها من التصرفات فيما لا يملك، كمن يبيع ما لا يملك بدون إذن شرعي من المالك وكمن يشتري, شيئا لغيره لم يوكله في شرائه وليس له ولاية الشراء وكمن يؤجر ملك غيره وما أشبه ذلك [xlii] .

فإذا أجاز المالك عقد الفضولي، عُدّت الإجازة توكيلاً من حين مباشرة العقد بأثر رجعي بحكم القانون. فما قبضه الفضولي من بدل عليه تسليمه للمالك وللمالك المطالبة به منه. وإذا لم يجز المالك العقد، بطل، وعلى الفضولي رد ما قبضه من بدل الى المتعاقد الآخر ولهذا الأخير الرجوع على الفضولي بدعوى الكسب دون سبب, وليس للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بنقض العقد إذا طلبه صاحب الخيار المذكور خلافاً للفسخ. والإجازة تكون صراحة أو دلالة وتستند الى وقت تمام العقد ويشترط لصحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام المعقود عليه أو العاقدين أو المالك الأصلي وقت الإجازة. ويجب استعمال الخيار خلال ثلاثة أشهر من الميعاد الذي ذكرناه، فإن لم تصدر اعتبر العقد نافذاً. وخيار الإجازة والنقض ينتقل الى الورثة.

وولكي نكون امام تصرف للفضولي لابد ان يتصرف الفضولي بأشياء معينة بالذات مملوكة للغير, وان يتوافر قصد المتعاقدان لنقل الملكية دون ان يعلم بكونه فضولي , اما المشرع العراقي

فقد نظم احكام تصرفات الفضولي في المادة (135) في القانون المدني [xliii] , وبهذا يكون عقد الفضولي موقوفاً على اجازة المالك فلو اضطر شخص لإجراء عقد من العقود دون ان يكون له الحق في ذلك كما لو كانت لغيره عنده سلعة تعرضت لخطر السرقة او الفساد، فلو لم يبيعها لخسر المالك، فيتصرف فيها في البيع او ما شابه، فيكون عقداً فضوليا ، وقد تكون مبادرته نابعة من الجهل كما لو كان الشخص وكيلاً عن اخر فباع واشترى وتصرف في المال, ثم ظهر ان المالك كان قد عزله بينما لم يكن هو يعلم بذلك , او انه قد تجاوز صلاحياته المحددة بالوكالة، فنكون امام تصرف فضولي .

ويبقى تصرف الفضولي موقوفاً على اجازة المالك , وقد نكون امام دلالات حال نستدل منها على رضا المالك , كأخذه للثمن او اعطاء المشتري المبيع اذا كان تحت يده , أو حضورالمالك واطلاعه على التصرف وبحضرته و عدم ممانعته او اعتراضه على تصرف الفضولي, كما ان سكوت المالك وعدم اعتراضه على تصرف الفضولي يعد قرينة على رضاه , مع سلامة ارادة الساكت الباطنية من العيوب ,رغم ان سكوت تصرف سلبي مجرد الا انه قد ينهض بالتعبير عن الارادة ودالاً على الرضا اذا ما احاطت به دلائل و قرائن تدعم دلالته, وتستند الاجازة الى الوقت الذي تمت فيه.

وقد تكون الاجازة ضمنية وذلك بالتعاطي بالفعل الذي يدل على الرضا و الاذن , كأن يتصرف بالثمن بأن يقبضه او يهبه, فالاذن للفضولي بتصرفه ثابت دلالة مع تخيير المالك بين الاذن و الفسخ.ومن كل ماسبق يتضح لنا ان لدلالة الحال اثر في اجازة تصرف الفضولي كما لها دور في تفسير قصد الاطراف والسير بالعقد الى منطقة الاعمال بدلا من اهماله .

CC BY

الخاتمة

في ختام هذا البحث و بعد ان انتهينا من بحث دلالة الحال وقابليتها في توجيه حكم العقد مما ينعكس في استقرار العقد و تسهيل انعقادة من خلال قدرته في التعبير عن ارادة اطرافه و تفادي بطلانه بقي لنا ان نجمل اهم النتائج التي تضمنها البحث و اجمالها في النقاط الاتية :

اولاً: النتائج

تُعدُّ دلالة الحال إحدى وسائل التعبير عن الإرداة، من إذن ومنع، ورضا ورفض كما ان لها دور كبير في تفسير عن مقصد اطراف العقد حيث إنها توحي بالمراد وتفسير الموقف، سواء اقترن بها لفظ أم لم يقترن, بل احياناً قد تكون أقوى وتقدم على دلالة المقال في أحوال عدة، حيث تثبت بها الأحكام كما تثبت بصريح الاقوال و الالفاظ ضمن الضوابط كما توصلنا الى وجود نماذج تطبيقية يرجح معها الاخذ بدلالة الحال و اعتبارها على دلالة الالفاظ .

ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث القضاة ولجان التحكيم وفض المنازعات التجارية، بالاعتناء بدلالة الحال والظروف المحيطة بالعقد ومراعاتها إذ إنها تفيد في توجيه احكام التصرفات القانونية خاصة العقد و بالنتيجة في تفسير ارادة اطرافه و معرفة مضمونه و الوصول الى الحكم الامثل دون الانحراف عن المعنى الباطن.

الهوامش

[i]– السيد محمد حسن البجنوردي,ا لقواعد الفقهية –ج3,تحقيق مهدي المهريزي و محمد حسين الدرايتي ,مطبعة نكارش, ايران , بلا سنة طبع ,ص 133.

[ii] – ابو العباس الفيومي , المصباح المنير في غريب الشرح الكبير , المجلد الاول , المكتبة العلمية, بيروت ,ص 199 .

[iii] – عبد السلام الأزهري، تهذيب اللغة، ج5, دار المعرفة ,بيروت,245.

[iv] – ابن منظور، لسان العرب، بيروت لبنان، ج11 :ص188.

[v] – ياسين القرالة، ومحمد علي العمري، قواعد تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، بحث في مجلة المنارة ,مجلد15 ،عدد2 ،2009م، ص254

[vi] – د.رمزي محمد علي دراز ، السكوت وأثره على الاحكام في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص146 وما بعدها .

[vii] – ينظر: يُعد بيع المعاطاة من البيوع التي تتم بالفعل الدال على التراضي من دون تلفظ لصيغة التعاقد ، ولم يتفق فقهاء المسلمين على جوازها فهناك من حرمها ، وهناك من اجازها ، واخرون وقفوا موقفا وسطا ، ينظر :

د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، ج/1،ط/1،1997 ، ص 108 وما بعدها .

[viii] – مصطفى احمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2 ، دار القلم ,دمشق , 2004,ص1063 .

[ix] – الدلائل اللفظية هي ما كانت الدلالة فيها على المقصود, ثابتة كان اللفظ أم كناية حقيقة أم مجازا عن طريق اللفظ صريحا وهي ثلاثة أنواع, دلالة عقلية: كدلالة المقدمتين على النتيجة. دلالة طبعية: كدلالة أنين المريض على مرضه.دلالة وضعية: كدلالة الألفاظ على معانيها.وأما الدلائل غير اللفظية فما كانت قوامها غير اللفظ، وهي كاللفظية ثلاثة أنواع. دلالة عقلية: كدلالة وجود الدخان على وجود النار و دلالة طبعية: كدلالة احمرار وجه الإنسان دلالة على خجله.دلالة وضعية: كدلالة الألوان في

إشارات المرور. . لمزيد من التفاصيل انظر :احمد ياسين قرالة, القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، الاكاديميون للنشر و التوزيع, 2014,ص101 .

[x]– مصطفى أحمد الزرقا ،المصدر نفسه , ص1065.

[xi] – شمس الدين محمد عرفه الدسوقي ,حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ,ج2, دار احياء الكتب العربية, ص139 .

[xii] – وقد جعل أصوليو الحنفية الحال نوعا من انواع البيان, جاء في اصول السرخسي(واما بيان الضرورة فهو نوع من البيان يحصل بغير ما وضع له في الاصل وهو على اربعة اوجه منه ما ينزل منزلة المنصوص عليه في البيان, ومنه ما يكون بيانا بدلالة حال المتكلم ومنه ما يكون بيانا بضرورة دفع الغرور ومنه ما يكون كلاما بدلالة الكلام...) انظر: ابو بكر السرخسي, اصول السرخسي, ج 2,ط 1, 1993, ص50.

[xiii] – منصور محمد منصور الحفناوي , الشبهات و اثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون ,ط1, طبعة الامانة, 1986, ص 364.

[xiv] – مصطفى احمد الزرقا, المصدر السابق , ص985.

[xv] – علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج 6 ,ط 2, دار الكتب العلمية, بيروت , 1986, ص210.

[xvi] – تأثير التعبير الصريح أقوى من تأثير التعبير الضمني، ومن الأمثلة على ذلك، ما نصت عليه المادة (844) من المجلة: إذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق، وأما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة ولا يعتبر بعد الافتراق. مثلا لو قال وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح وأما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس فلا يصح، كذلك لو قال وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني ولم يقل اذهب وخذه فإذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح.

[xvii] – جلال الدين عبد الرحمن السيوطي, الاشباه و النظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية,ط1, دار الكتب العلمية , بيروت, 1983, ص142.

[xviii] – عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, ص148

[xix] – وهذا ما نستنتجه من المادة (79) من القانون المدني العراقي حيث نصت (كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لدلالته على التراضي). و هذه المادة مماثلة للمادة(1/90) من القانون المدني المصري .

[xx] – محمد مصطفى الزحيلي, القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الاربعة , ج2,ط1,دار الفكر , دمشق, 2006, ص 798.

[xxi] – عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين, القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعا ودراسة, دار التأصيل, المجلد الاول,ط1, 2002,ص 475.

[xxii] – ابو بكر السرخسي, اصول السرخسي, مصدر سابق,189.

[xxiii] – علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ,مصدر سابق, ص 106

[xxiv] – أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (الشهير بالماوردي), الحاوي الكبير,ج 10, ط1, دار الكتب العلمية، بيروت , ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م, ص156.

[xxv] – د. علي فيلالي , النظرية العامة للعقد, الطبعة الثالثة ,موفم للنشر, الجزائر,2013, ص 119. وهذا ما ذهبت اليه المادة (91) من القانون المدني و تقابلها المادة (95) من القانون المدني المصري .

[xxvi] – السرخسي: المبسوط ، ج11 ، مصدر سابق,ص11.

[xxvii] –غياث الدين البغدادي؛ غانم بن محمد البغدادي، أبو محمد, تحقيق محمد احمد سراج, مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان, المجلد الاول, الطبعة الاولى ,

[xxviii] – د.جميل الشرقاوي , النظرية العامة للالتزام , الكتاب الاول, دار النهضة العربية, القاهرة , 1995, ص86.

CC BY

[xxix] – د.سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2005 ، ص 33 ، وما بعدها

[xxx] – د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999 ،ص62 .

[xxxi] – عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د ارسة مقارنة بالفقه الغربي، ج4 ،منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998 ،ص35.

[xxxii] –المادة (79) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (90) من القانون المدني المصري .

[xxxiii] – د. علي العدوى، صول الالتزامات(مصادر الالتزام)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، الطبعة1997, ص 90.

[xxxiv] - من وجه إليه الإيجاب فأعرض عن التعاقد وانشغل بأمر آخر يكون ذلك دلالة على رفضه للايجاب لأن الاشتغال بغير المقصود اعراض عن المقصود, كما تنص على ذلك القاعدة الفقهية، وهو ما نصت عليه المادة (183) من المجلة: لو صدر من أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول قول أوفعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك، مثلاً لو قال أحد المتبايعين بعت واشتريت واشتغل الآخر قبل القبول بأمر آخر أو بكلام أجنبي لا تعلق له بعقد البيع بطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعده ولو قبل انفضاض المجلس.

[xxxv] – علي حيدر: درر الحكام، ج1 , المصدر السابق ,ص31 .

[xxxvi] – وهذا ما ورد في نص المادة (79) من القانون المدني العراقي ,اما موقف الفقه الاسلامي و قد اختلفوا على ثلاثة اقوال , فذهب القول الاول من جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة الى جواز البيع بالتعاطي مطلقا, لان الله أحلّ البيع ولم يبن كيفيته , فوجب الرجوع فيه إلى العرف , والعرف يسوي بين اللفظ والفعل في الدلالة على التراضي , فوجب التسوية بينهما في الحكم بصحة البيع,. .محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام ,شرح فتح القدير على الهداية –شرح بداية المبتدي,الطبعة الاولى , المجلد السادس ,دار الكتب العلمية ,2003,ص234/6. اما القول الثاني: وهو قول جمهور الشافعية ذهبوا إلى عدم صحة البيع بالمعاطاة وقالوا: بأن الإيجاب والقبول جازمان في الإعراب عن الرضا بخلاف الفعل , فإنه تعبير جازم في التعبير عنه , بل يبقي احتمال عدم الرضا قائماً , إذ قد يكون السكوت للخوف من المشتري أو غير ذلك , فلا يكون دليلاً قاطعاً ولا مظنوناً على الرضا فلا يصح, القول الثالث: قيد بعض فقهاء الشافعية وغيرهم جواز بيع المعاطاة بالتافه من الأشياء بسيطة الثمن , إذا جرى العرف بالمعاطاة بها , فأجازوه بحدود ضيقة جداً ,..شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج – كتاب البيع, الطبعة الاولى ,دار الكتب العلمية ,1994,ص42, اما الامامية فقد اعتبروا على ان مجرد التراضي بدون التعبير عنه بقول او فعل لا يتم به البيع ولا غيره من العقود واختلفوا في بيع المعاطاة على اقوال انهاها الشيخ الانصاري في كتاب المكاسب ويرى ان للعقد ركنان الايجاب و القبول ولهما صور اما ان يكون قولا او فعلا, لمزيد من التفاصيل انظر :الشيخ الانصاري , المكاسب, تحقيق لجنة تحقيق التراث الاعظم,ج 3 ,1420 هـ , ص12 .ورأي الجمهور هو الرأي الراجح الذي يدعمه الدليل ويتفق مع مبادئ الشريعة القاضية برفع الحرج وأصولها الدالّة على أن العقود تصح بكل ما دلّ على مقصدها دلالة واضحة من قول أو فعل مفهم كما و انه يتفق مع الاثر الاقوى للعقد كونه لايبطل البيع بالتعاطي بل يجيزه.

[xxxvii] – د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ,احكام عقد البيع مقارنة بالفقه الاسلامي ,ج 2,الطبعة الاولى , منشورات زين الحقوقية و الادبية ,2017,ص 337.

[xxxviii] – د.عزيز كاظم جبر الخفاجي, الخيارات القانونية و اثرها في العقود المدنية مقارنة بالفقه الاسلامي, الطبعة الاولى , دار الكتب القانونية , المحلة الكبرى – مصر ,ص 129.

[xxxix] – وجاء نص المادة(515) من القانون المدني الاردني مطابقا تماما لنص المادة (566) مدني عراقي.

[xl] – د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني ,ج 4, العقود التي تقع الملكية , المجلد الاول البيع و المقايضة ,دار النشر للجامعات المصرية , 1952, ص 748 هامش 2.

[xli] – د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، 1980 ، ص86.و د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني ، الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق , 420.

[xlii] – فقهاء المسلمين الفضولي بأنه "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي" ولقد جاء في مجلة الأحكام العدلية- المتأثرة بالفقه الحنفي- المادة (112) أن الفضولي "من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي .. لمزيد من التفاصيل انظر : علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام(1991). تعريب المحامي فهمي حسني، الكتاب الأول. ط،1 بيروت: 2 دار الكتب العلمية، المصدر السابق , ص.218, نقلا عن زينة احمد خريسات , التأصيل القانوني لبيع الفضولي , دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق , جامعة الشرق الاوسط, 2014, ص 16. منشورة على الموقع

الالكتروني الاتي :https://iu-juic.com/index.php/juic/article/view/2798 تاريخ الزيارة الثلاثاء 2/7/ 2024 الساعة 9 مساءا.

[xliii] – حيث نصت على (1 – من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك.

2 – فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر.

3 – واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فان هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه.

4 – واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فاذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر)