

الرقم التسلسلي: 22 / 99

إجازة العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي
-دراسة مقارنة-

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة و قانون

إشراف الأستاذ:

بن مختار ابراهيم

إعداد الطالب:

دشوشة سعد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
بن مختار ابراهيم	المدرسة العليا للتجارة - الجزائر	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and
Student Issues

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: 2021/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد (د) : د. سونّة سعد

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دائم) : طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200338779

المسيلة

الصادرة بتاريخ : 2016/04/24 عن دائرة :

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والإشائية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 161635112343

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: إجازة العهد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
دراسة مقارنة -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة

الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2022/05/29

امضاء المعني (د) :

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كَلِمَةُ الشُّكْرِ

- (رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ). النمل:19
- الشكر والتقدير والامتنان إلى أساتذتنا الأعزاء الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة ألا وهي العلم.
- وبالأخص الأستاذ الدكتور بن مختار ابراهيم الذي أشرف على هذا العمل وأفادني بتوجيهاته.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

- إلى كل من ساعدني فيه خاصة، الأستاذ المشرف.
- إلى والدي اللذين كانا السند والعمود لي في كل حياتي خاصة الدراسية.
- إلى إخوتي وأهلي وأقاربي وأصدقائي.
- إلى زوجتي ورفيقتي في الحياة وابنتي الغالية منار.
- إلى كل أساتذة وعمال وطلبة قسم الشريعة الإسلامية بجامعة المسيلة.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ب ت ن: بدون تاريخ نشر.

ب ب ن: بدون بلد نشر.

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ط: طبعة.

ج: جزء.

مقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والشكر له والمنّة على تتالي الخيرات
أحمده تعالى حمدا كثيرا، وأشكره شكرا جزيلا، وأصليّ وأسلمّ على نبيّ الهدى
والرحمة، معلّم الناس بالحكمة والموعظة الحسنة، الهادي إلى صراط الله المستقيم،
والمرشد إلى شرعه القويم، القائل: " من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين " ، وبعد:

تبرز أهمية العقد باعتباره من أهم مصادر الالتزام، والأكثر انتشارا في
التعاملات، وهذا ما يتضح جليا في الحياة العملية، ولقد قسّمه فقهاء الشريعة
الإسلامية من حيث الصحة والبطلان إلى عقد صحيح وعقد باطل كما هو رأي
جمهور الفقهاء، وإلى عقد صحيح وباطل وفسد كما هو مستقر عليه في المذهب
الحنفي.

ولكي يُنتج العقد آثاره، أبرز فقهاء الحنفية المراحل الأربعة للعقد وهي: الانعقاد،
والصحة، والنفاد، واللزم، وأحكموا صياغتها صياغة محكمة، ويميّزون بين الركن
والشرط ، ويجعلون الشرط على درجات منها ما هو يرجع إلى الانعقاد أو إلى الصحة
أو إلى النفاذ أو إلى اللزم.

يصبح العقد نافذا بعد تخطي مرحلة الانعقاد والصحة، فالعقد النافذ هو الذي
يصدر ممن يملك الولاية على نوع التصرف وعلى محل العقد، فإذا تخلفت هذه
الشروط، أي صدر التصرف من غير مالك أو من غير ذي ولاية كبيع ملك الغير،
أو ما تعلق به حق الغير، كأن يبيع شيئا مرهونا، كان العقد موقوف النفاذ على إجازة
من له الحق في الإجازة.

إن الكلام عن إجازة العقد، التي هي تصرف إرادي، يفترض وجود تصرف
قانوني لم يستوف كافة شروط صحته، وأنّ هذا التصرف إما أنه لم يرتب أية آثار منذ
تاريخ إبرامه، وهو العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي وفي بعض التقنيات

العربية وكذا في قانون الأسرة الجزائري(م 83)، وإما أن هذا التصرف أنتج آثاره منذ إبرامه ولكنه يظل مهدداً بالزوال إلى حين ورود الإجازة عليه، وهو العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، وفيما يقابله في الفقه الإسلامي وهو العقد غير اللازم بسبب اقترانه بأحد عيوب الإرادة أو بأحد الخيارات العقدية التي تعطي لصاحبها الحق في فسخه أو إجازته.

تكمن أهمية مقارنة موضوع الإجازة في التقنين المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، كون أنّ البحث في كثير من المسائل في القانون المدني الجزائري لا يكون كاملاً إن لم تتم مقارنته بفقه الشريعة الإسلامية، وذلك لأن نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري يقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون الجزائري، وكذا لأنّ الفقه الإسلامي يعتبر من أهم روافد ومصادر النصوص القانونية، لما يميّز به من أصالة ودقة وربط بين أمور الدنيا والدين.

ونرى أن هذه الدراسة المقارنة بين مختلف المذاهب الإسلامية والقانون المدني الجزائري تساعدنا على التحرر من التقليد في الأصول والفروع، فالله تعالى لم يخص بالحق فقيهاً أو مذهباً واحداً بعينه، بل إنّ العلوم كما يقول التسوّلي: " وإذا كانت العلوم منحا إلهية ومواهب اختصاصية فغير مستبعد أن يدّخر لبعض المتأخرين ما عسر على كثير من المتقدمين"¹.

ومن خلال هذه المقدمة سنتناول الإشكالية الآتية:

ماذا تضيف الإجازة إلى العقد وفق التقنين المدني الجزائري والشريعة الإسلامية؟.

¹ ابن عبد السلام التسوّلي: البهجة في شرح التحفة(شرح تحفة الحكام)، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ، بيروت، ج1، ص8.

اعتمدت في هذا الموضوع على منهجين، المنهج المقارن بجمع وتحصيل ومقارنة كل ما له صلة بموضوع الرسالة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، والمنهج التحليلي بمعالجة كل ما تم الوقوف عليه وجمعه من تعاريف لغوية واصطلاحية وآراء فقهية ونصوص قانونية في نسق متسلسل حسب الترتيب الموضوعي للعناصر، مع الاقتصار على المسائل التي تخدم البحث بصورة مباشرة.

لقد تم دراسة موضوع إجازة العقد في العديد من رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير، التي تناولت هذا الموضوع، مثل رسالة الدكتور محمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل الغشم تحت عنوان "إجازة التصرفات: دراسة مقارنة في الفقہ الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري"، جامعة أم القرى، 1995. أو الرسائل التي تدخل في الإطار العام لهذا الموضوع وتتقاطع معه، كرسالة عبد الرزاق حسن فرج التي تحمل عنوان "نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة-" جامعة القاهرة، 1968، بالإضافة إلى رسالة اسعد فاطمة "نظرية العقد الموقوف في الفقہ الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري" جامعة تيزي وزو، 2015.

لقد حاولت دراسة إجازة العقد في القانون المدني الجزائري وفي الفقہ الإسلامي بانتهاج خطة تشمل فصلين:

تناولت في الفصل الأول بيان ماهية إجازة العقد من خلال تعريفها وتحديد صاحب الحق فيها وبيان خصائصها وشروط صحتها ، وفي الفصل الثاني تناولت كيفية التعبير عن الإجازة وإثباتها والآثار المترتبة عن تحققها، وذلك باستعراض آراء المذاهب الفقهية المختلفة وكذا القانون المدني الجزائري.

وختمت هذه الدراسة بخلاصة توصلت فيها إلى نتائج واقتراحات تخص موضوع إجازة العقد.

الفصل الأول

ماهية إجازة العقد

إن الإجازة في القانون المدني الجزائري تلحق العقد القابل للإبطال الذي هو عقد صحيح منتج لجميع آثاره، غير أنه مهدد بالزوال ممن له الحق في ذلك، كما أنها تلحق العقد الموقوف أو غير النافذ في الفقه الإسلامي.

ترد الإجازة في القانون المدني الجزائري على العقد القابل للإبطال، فهي من التصرفات القانونية الناتجة عن إرادة منفردة، فتصحح البطلان الذي كان يهدد التصرف، بتنازل من تقرر حق الإبطال لمصلحته عن هذا الحق¹.

وبذلك فإن الإجازة لا ترد على العقد الباطل بطلانا مطلقا، فلا يملك أي من الطرفين الحق في إبطال التصرف، لأن التصرف مرتبط بالنظام العام، فبيع المال العام يكون باطلا بطلانا مطلقا وليس للطرفين حق إجازته.

أما في الشريعة الإسلامية فتلحق الإجازة التصرفات الموقوفة، كتصرف الفضولي في ملك الغير وتصرف الوكيل الذي تجاوز حدود وكالته وغيرها، كما تلحق التصرفات التي اقترنت بالخيار، كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب.

العقد الموقوف هو عقد صحيح، غير أنه غير نافذ، بحيث لا ينتج آثاره ولا يفيد حكمه إلا إذا أمضاه صاحب الحق في الإجازة، أما العقد المقترن بخيار عقدي فهو عقد صحيح منتج لجميع آثاره، غير أنه غير لازم لمن ثبت له الخيار في إجازته أو فسخه.

سنتناول في هذا الفصل مفهوم الإجازة في اللغة وفي القانون المدني الجزائري وفي الشريعة الإسلامية (المبحث الأول) وخصائصها وتمييزها عن الإذن والإقرار (المبحث الثاني):

¹ خالد محمد حسنين ابراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 24.

المبحث الأول: مفهوم الإجازة

لكي يفيد العقد القابل للإبطال حكمه لابد من إمضائه أو إجازته ممن له الحق في الإجازة، فالإجازة تصرف بإرادة منفردة يُسقط الحق في الإبطال مستقبلا، ويزيل التهديد الذي كان يشوب العقد قبل الإجازة.

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الإجازة وصاحب الحق فيها والخصائص المميزة للإجازة وتمييزها عن مصطلحي الإذن والإقرار اللذين يقترب معناهما من مفهوم الإجازة.

المطلب الأول: تعريف الإجازة وصاحب الحق في الإجازة

العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية أو معيب الإرادة هو عقد صحيح، غير أنه مهدد بالزوال إلى أن تلحقه الإجازة ممن خول له القانون أو الشرع ذلك. وسندرس في هذا المطلب تعريف الإجازة (الفرع الأول)، وصاحب الحق فيها أو المجيز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإجازة

أولاً: **التعريف بالإجازة لغة:** مشتقة من الجوز، يقال: جاز المكان يجزوه جوزا وجوازا سار فيه وسلكه، وأجازه: قطعه أو أنفذه أو أمضاه، وأجزت الرأي والفعل: سوغته، وجاوزت الشيء وتجاوزته: تعديته، وتجاوزت عن الشيء: عفوت عنه وصفحته، وأجاز له البيع: أمضاه¹.

ثانياً: التعريف بالإجازة في القانون المدني الجزائري

لم يقم المشرع الجزائري بتعريف الإجازة في القانون المدني، إلا أن فقهاء القانون تناولوا تعريف الإجازة، وسنستعرض بعض التعريفات في هذا الجزء من البحث:

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 5، دار المعارف، القاهرة، ص 724.

فالإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فلا حاجة إلى اقتران قبول بها ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر، وإذا أُجيز العقد على هذا النحو، انقلب صحيحا على وجه بات من وقت صدوره لا من وقت الإجازة فحسب¹.

الإجازة تصرف من جانب واحد هو صاحب الحق في طلب الإبطال، يترتب عليه أن يصبح العقد القابل للإبطال صحيحا، بحيث لا يجوز طلب إبطاله بعد ذلك².

الإجازة هي عمل قانوني يتم بإرادة منفردة ويصدر من جانب من تقرّر لمصلحته البطلان النسبي، وعلى ذلك فهي لا تحتاج إلى أن يقترن بها قبول، ولا يمكن الرجوع فيها على أساس أن القبول لم يصدر³.

وتُعرّف الإجازة كذلك بأنها الرضا ببقاء العقد واستقراره نهائيا ممن له حق إبطاله، أو بعبارة أخرى هي التنازل عن حق الإبطال من صاحب هذا الحق⁴.

ثالثا: تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي

الإجازة هي إنفاذ التصرف بكل ما يدل على الرضا به، وقد عرّفها الفقهاء بتعريفات كثيرة مفادها: إظهار رغبة صاحب الحق، وموافقته على إمضاء العقد، باعتبار أن العقد إنما حكم عليه بالوقف مراعاة له، ودفعا للضرر عنه⁵.

عرّفها الكاساني بقوله: "الإجازة: هي تصرف في العقد بالتغيير، وهو الإلزام لا بالإعدام"¹.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص202.

² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الحق، ط2009، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص 104.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام(العقد والإرادة المنفردة)، ط4، ب ت ن، دار الهدى، عين مليلة، ص250.

⁴ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مصادر الالتزامات، ط1972، 2، بيروت ص227.

⁵ عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، 1979، ص104.

ومعنى تعريف الكاساني: أن الإجازة إذا وقعت وحصلت غيرت وضع المعقود عليه من حالة إلى أخرى، ومن مالك إلى آخر. أما الإلزام فيفيد أن رد العقد ليس بإجازة، وإنما يترتب الإلزام من جانب العاقدين معا، حيث يلزم كل منهما ما يترتب عليه من حقوق وأحكام للعقود، سواء أكانت مستندة إلى وقت وجود العقد، أو إلى وقت صدور الإجازة².

والإجازة هي أيضا تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه إما مستندا إلى وقت وجوده أو مقتصرًا على حال صدورها. فللولي أو لناقص الأهلية عندما يستكمل أهليته أو مالك الشيء في حالة بيع الفضولي لمال الغير حق إجازة التصرف الموقوف³.

رابعاً: مقارنة بين تعريف الإجازة في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي

الإجازة هي تنازل عن التمسك بحق الإبطال عن عقد منشئ لجميع آثاره منذ البداية في القانون المدني الجزائري، غير أنها إزالة لمانع الوقف عن العقد غير النافذ في الفقه الإسلامي. وسنستعرض في هذا العنصر أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين التعريفين:

أ- أوجه الشبه

- الإجازة هي تصرف صادر من جانب واحد في كل من القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.
- تنتج أثرها دون الحاجة إلى قبول من الطرف الآخر في كل منهما.
- عدم جواز الرجوع في الإجازة متى صدرت صحيحة ممن يملك إصدارها⁴.

1 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1976، ب ب ن، ج5، ص271.

2 عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 116.

3 عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1968، ص202.

4 عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج4، ط 1958م، ص403.

ب-أوجه الاختلاف

- الإجازة في الفقه الإسلامي ترد على عقد منعقد لكنه موقوف النفاذ على الإجازة، أما الإجازة في القانون فتد على عقد منعقد منتج لكل آثاره.
- إجازة العقد الموقوف، في الفقه الإسلامي، هي التي تجعل العقد ينتج آثاره منذ وقت إبرامه. أما إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني فهي تعتبر مجرد نزول عن طلب حق الإبطال ولذا فهي وسيلة لتأكيد آثار العقد لأنها لا تضيف للعقد شيئاً جديداً، إذ أنه كان منتجاً لآثاره قبل ورود الإجازة عليه.¹

الفرع الثاني: صاحب الحق في الإجازة أو المجيز

المجيز هو ذلك العاقد أو نائبه الذي تقرر له حق الإبطال بسبب نقص الأهلية كالصبي المميز، أو بسبب عيب اعتري إرادته، كما يمكن أن يكون المالك في تصرف الفضولي. وسنتناول في هذا الفرع المجيز في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، وكذا مسألة موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدورها.

أولاً: تحديد المجيز في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي

أ- تحديد المجيز في القانون المدني الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري المجيز في القانون المدني صراحة، ولكن من خلال فقه القانون فهو من يثبت له الحق في التمسك بإبطال العقد. ومثال ذلك: ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال يملك هذا الحق، وهذا ما يقضي به المنطق القانوني، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان، ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه، ويجب في المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص402.

إلى العقد الذي يجيزه، وألا تشوب الإجازة عيب من عيوب الإرادة ، ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان.¹

1- ناقص الأهلية:

إذا صدر التصرف من ناقص الأهلية فهو مهدد بطلب إبطاله ممن خوله المشرع حق الإبطال وهو ناقص الأهلية نفسه، وما لم يطلب الإبطال في وقته فإنّ العقد يبقى صحيحا نهائيا.

ناقص الأهلية هو الصبي المميّز ، ووفقا للتقنين المدني الجزائري هو من بلغ ستة عشر سنة ويقلّ عن تسعة عشر سنة، وهو سن الرشد، كما يكون نقص الأهلية لعاهة عقلية كالجنون والعتة.²

فإذا لحقت الإجازة التصرف بأن تم النزول عن دعوى إبطاله استقر نهائيا، سواء كان النزول عن دعوى الإبطال صريحا أو ضمنيا، أو كان بترك المدة المقررة لإعمال حق الإبطال أو الإجازة تمضي دون إعمال هذا الحق.³

2- معيب الإرادة:

معيب الإرادة هو المجيز الذي يمتلك الحق في طلب إبطال التصرف، لأنّه اعترى تصرفه عيب من عيوب الإرادة التي هي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال عند إبرامه العقد.

ونص القانون المدني الجزائري صراحة على أنّ الجزاء في جميع الحالات عن عيوب الرضا هو قابلية العقد للإبطال⁴، التي شرعت لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية أو من وقع

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص512-513.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص244.

³ محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 26-27.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص244.

في غلط أو للمدلس عليه أو للمكره أو لمن استغل، فإن شاء أحدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الإبطال فيصح العقد ويظل قائما ومنتجا لآثاره¹.

وتم ذكر صاحب الحق في الإجازة في القانون المدني الجزائري من خلال المادة 99: (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)².

أما في قانون الأسرة الجزائري الذي خالفت بعض أحكامه القانون المدني، فقد تكفلت المادة 83 من تقنين الأسرة بالنص على أن تصرفات القاصر المميز تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. وبذلك فلقد جاءت هذه المادة موافقة لنظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي فيما يخص حكم تصرفات القاصر المميز المترددة بين النفع والضرر.

فالمجيز في القانون المدني الجزائري هو كل من قرّر له القانون حقا في التمسك بالإبطال. ولا يملك هذا الحق في حالة عيوب الإرادة إلا معيب الإرادة نفسه، وفي حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، لا يملكه إلا الولي أو الوصي أو ناقص الأهلية بعد اكتمال رشده، وفي تصرف الفضولي، طبقا لفكرة العقد الموقوف، لا يملكه إلا من وقع التصرف في حقه. وعليه فإن لكل من هؤلاء الأشخاص، أن يجيز أو يقر العقد الذي يعنيه³.

ب- تحديد المجيز في الفقه الإسلامي:

المجيز في الشريعة الإسلامية هو كل من يملك مباشرة التصرف الموقوف، فقد يكون المجيز هو المالك الذي بيع ملكه بغير إذن شرعي أو وليه أو وكيله، فإذا باع الفضولي ملك

1 علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2005، الجزائر، ص77-78.

2 الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد: 78.

3 محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص28-29.

الغير توقف العقد على إجازة ذلك الغير، وإذا أُجيز تصرف الفضولي اعتبر وكيلا ونُقذ التصرف منذ عقده، وإذا لم يجزه من له الحق في إجازته بطل¹.

وسنحاول تحديد المجيز في مختلف التصرفات الموقوفة في الشريعة الإسلامية من خلال ما يلي:

1- المجيز في بيع الفضولي:

الفضولي لغة، من المصدر: الفضل أي: الزيادة، وجمعه فضول ومنه فضولي، قيل هو الشخص الذي يشتغل بما لا يعنيه².

فالفضولي هو الشخص الذي يقوم بتصرفات في حق الغير وبدون إذن شرعي، لذلك لا يكون تصرفه نافذا.

أما في الاصطلاح، عرّف الفقهاء الفضولي بأنه الشخص الذي يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي الذي يبيع ملك غيره³.

وعقد الفضولي هو من العقود الموقوفة على إجازة صاحب الحق في ذلك، كأن يبيع الفضولي عقارا لشخص رشيد أو لناصر له أب يرعى شؤونه، أو يعقد الفضولي نكاح امرأة على رجل قبل أن يرجع إليها ويستأذنها ففتيبه، ففي كل هذا وأشباهه يكون عقد الفضولي موقوفا على إجازة ذي الشأن، فإن لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلا كالخلع عن صغير مميز، فإن الخلع لا يملكه الصغير ولا يملكه الولي أو الوصي أيضا، فلا ينعقد العقد، لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه، إنما التوقف يفيد إذا كان هناك من يملك إجازة العقد وإعطاء الفضولي صفة الوكالة⁴.

1 عبد الرزاق حسن فرج، نظرية القد الموقوف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 213.

2 أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الأميرية، 1909، ص 181.

3 إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 17.

4 محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996، ص 337-338.

المجيز في الإجازة في بيع الفضولي هو المالك الذي بيع ملكه دون إذنه أو وليه أو وصيه أو وكيله، فيتوقف العقد على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ واعتبر البائع وكيلًا عنه منذ انعقاد العقد، وإن لم يجزه بقي العقد موقوفًا غير مرتب لآثاره إلى وقت غير محدد¹. أما إذا رفض المالك إجازة العقد أصبح العقد في حكم الباطل.

ولا يثبت حق الإجازة لكل من الفضولي ولا المشتري، فالعقد الموقوف مُنع نفاذه إلا بإجازة المجيز الشرعي لتحقيق المصلحة والفائدة التي يربوها المجيز من هذا العقد، فو أن للفضولي حق الإجازة، لم يكن هناك أي فائدة من وقف تنفيذ العقد، وهذا مخالف لطبيعة وحكم العقد الموقوف².

ليس للمشتري كذلك حق الإجازة ولكن له حق فسخ العقد الذي أجراه مع الفضولي قبل إجازة المالك، لأنه إذا سبق أن أجاز المالك العقد فلا يكون للمشتري من الفضولي حق الفسخ، وبهذه الإجازة يعتبر عقده نافذا منذ إبرامه ويصبح المشتري مالكا للشيء المبيع من ذلك الوقت³.

2- المجيز في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة:

إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته، كان العقد الذي أنشأه موقوفًا على إجازة الموكل الذي يملك الحق في إجازته تطبيقًا للقاعدة الفقهية: (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)⁴.

غير أنّ المشرع الجزائري لم يورد نصًا بخصوص التصرف الذي يقوم به الوكيل خارج الحدود المرسومة لوكالته، كما فعل في بيع ملك الغير الذي يعتبره تصرفًا قابلاً للإبطال طبقًا للمادة 397 مدني التي جاء فيها: (إذا باع شخص شيئًا معينًا بالذات وهو لا يملكه

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1954 ج4، ص181.

² عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص106.

³ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 213؛ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص31.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج7، ص455.

فلمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري).

ويمكن اعتبار تصرف الوكيل المتجاوز لحدود وكالته موقوفا على غرار التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي، إذ لا مانع من القول بالوقف لعدم وجود نص حكم الوكيل المتجاوز حدود الوكالة، وهذا تطبيقا لحكم المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي¹.

3- المجيز في حالة تعلق حق للغير بالمعقود عليه:

إذا ارتبط المعقود عليه بحق الغير، فيكون التصرف في هذا المعقود موقوفا على إجازة هذا الغير، غير أنّ الغير يختلف على حسب التصرف:

- يتوقف نفاذ العقد على إجازة المستأجر في بيع العين المستأجرة، لأنه هو الذي يملك إجازة التصرف.
- ويتوقف نفاذ العقد على إجازة المرتهن في بيع الشيء المرهون لأن الوقف شرع أصلا لحمايته².
- وفي البيع الذي يصدر من المريض مرض الموت لوارث بدون عوض أو بعوض متجاوزا فيه حدود الثلث، يثبت الحق في الإجازة للوارث.
- وفي الوصية للوارث أو لغير وارث إذا جاوزت حدود الثلث، فإن إجازتها ترجع إلى الورثة أو إلى الدائنين إذا كانت مستغرقة بالدين³. فإذا كان الدين مستغرقا للتركة

¹ اسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 148.

² محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، العددان 1 و2، القاهرة، 1956، ص42.

³ رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984، ص84.

فتكون الوصية موقوفة على إجازة الدائنين لأن الدين واجب القضاء قبل الوصية طبقاً للقاعدة الفقهية (لا تركة إلا بعد سداد الديون)¹.

يجب أن تصدر إجازة الورثة والدائنين بعد الوفاة، لأنها لو صدرت قبلها فإنما صدرت قبل ثبوت الحق في المال، ولذلك تكون باطلة لانعدام المحل.

4- المجيز في حالة تصرف الصبي المميز:

إن ما يبرمه الصبي المميز ومن في حكمه من ناقصي الأهلية كالسفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما من تصرفات تدور بين النفع والضرر، تتوقف على الإجازة. والمجيز في هذه التصرفات هو كل من الولي والوصي والصبي المميز بعد بلوغ رشده والسفيه وذو الغفلة بعد رفع الحجر عليهما.

وقد أشارت المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية إلى أن المجيز قد يكون ولي الصبي المميز إذ قضت بما يلي: (... أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتتعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مُخَيَّر بين إعطاء الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا...). وكذلك نصت المادة 334 من مرشد الحيران على ذلك: (إذا انعقد البيع موقوفاً غير نافذ ... أو كان العاقد صبياً مميزاً أو صبياً كذلك فلا يفيد ملك المبيع للمشتري ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجازته ... الولي أو الوصي ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة).

وخوّلَ الفقه الإسلامي للصبي المميز حق إجازة تصرفه بعد بلوغه سن الرشد، لأنه بعد بلوغ هذه السن ينتقل إليه حق إجازة تصرفاته الموقوفة التي كان قد باشرها حال صغره ولم

¹ تنص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

(يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

الوصية...).

يسبق لوليه أو لوصيه أن أجازها أو ردّها، لأنه متى بلغ سن الرشد استقل في التصرف بحقوقه¹.

ويلاحظ أن التقنيات العربية التي استمدت فكرة العقد الموقوف من الفقه الإسلامي، حوّلت حق الإجازة للصبي المميز بعد رشده إلى جانب إجازة ممثله القانوني، أما تقنين الأسرة الجزائري فقد أغفل ذكر حق الصبي المميز بعد زوال نقص أهليته وبلوغه سن الرشد وغير محجور عليه في إجازة التصرف الذي كان قد باشره في حال قصره ونقص أهليته، في نص مادته 83: (تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر).

ونظرا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ونص المادة 222 من تقنين الأسرة، فإنه يمكننا القول بأن القاصر يملك الحق في الإجازة بعد بلوغه سن الرشد².

5- المجيز في تصرف معيب الإرادة:

من له الحق في الإجازة أو المجيز في تصرف معيب الإرادة هو العاقد الذي اعترت إرادته عيب من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. فالمجيز هنا كما في القانون المدني الجزائري هو من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة، أما العاقد الآخر فلا يملك هذا الحق طالما لم يثبت له حق فسخ العقد نظرا لسلامة إرادته من العيب³.

وإذا كان العقد بسبب قابليته للإبطال يعود إلى وجود عيب في إرادة المتعاقد فلا يجوز لهذا الأخير أن يطالب بإبطال العقد إلا بعد زوال هذا العيب⁴.

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 214.

² تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقنين المدني على ما يلي: (وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية...)، وتقضي المادة 222 من تقنين الأسرة بما يلي: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

³ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 29-30.

⁴ توفيق حسن فرج ومحمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، 1989، ص 509.

6- المجيز في التصرف اللازم الذي اقترن بأحد الخيارات العقدية:

الخيار في العقد هو الحق الذي يمنحه الشارع لأحد المتعاقدين عند اشتراطه ذلك، مثل خيار الشرط الذي يشترط فيه كلا المتعاقدين أو أحدهما أو لأجنبي الحق في فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معينة على اشتراط ذلك العقد، وهذا التصرف هو الذي رعي أن لزومه يمس أحد المتعاقدين فجعل له حق فسخه دفعا للضرر عن نفسه¹.

فالمجيز في التصرف المقترن بالخيار هو المتعاقد المُخَيَّر الذي له الحق في إمضاء العقد أو رده.

ثانيا: موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدور الإجازة

إذا مات من له الحق في الإجازة قبل أن يجيز التصرف الذي يمكن أن تلحقه الإجازة، فهل ينتقل هذا الحق إلى ورثته أو لا ينتقل؟

للإجابة عن هذا السؤال، يجب تعريف مصطلحي الخلف العام والخلف الخاص:

الخلف العام: هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو جزء منها باعتبارها مجموعة من المال كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها.

أما الخلف الخاص: فهو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصي، والمنتفع يخلف المالك في حق الإنتفاع².

والخلف سواء أكان عاما أو خاصا ينصرف إليه أثر العقد فهو لا يعتبر من الغير.

أ- موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدور الإجازة في القانون المدني الجزائري

إنّ كلا من الحق في الإبطال والحق في الإجازة ينتقل إلى الوارث باعتباره حقا متعلقا بالمال. فإذا كان للوارث حق طلب إبطال العقد بعد وفاة مورثه، فإن له من باب أولى أن

¹ اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص30.

² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص198.

ينزل عن هذا الحق بإجازته. فالقاعدة العامة هي أنّ آثار العقد تتصرف بعد موت العاقد إلى خلفه العام.

وفي التشريع الجزائري لم يرد لا في التقنين المدني ولا في قانون الأسرة ما يشير إلى انتقال الحق في الإجازة أو الإبطال إلى الوارث، وإن كانت القواعد العامة في انصراف أثر العقد إلى الخلف العام في هذا التشريع تغني عن ذلك.

ب- موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدور الإجازة في الفقه الإسلامي

إذا مات المجيز قبل أن يجيز التصرف الموقوف، كالمالك في حالة بيع الفضولي مثلا. فهل ينتقل حق الإجازة إلى ورثته؟.

يرى الحنفية إلى أنّ الوارث ليس له الحق في أن يجيز التصرف الموقوف لأنه لم يكن ذا شأن وقت صدور هذا التصرف من الفضولي ومن في حكمه ممن يعتبر تصرفهم موقوفا على الإجازة، وإنّما كان الشأن لمورثه فلا يصح حينئذ اعتبار الفضولي ذا ولاية في تصرفه عند حدوثه إذا ما أجاز الوارث بعد وفاة المالك، لأنه لو اعتبر كذلك لكان في وضع يعد فيه وكيفا عن الوارث، وليس للوارث في هذه الحالة حينئذ من الشأن إلا ما للفضولي نفسه، إذن فهو لا يستطيع أن يمه بولاية ليست له، ولا يملك أن يملكه ما لا يملك. وبناء عليه فلا ينتقل حق إجازة تصرف الفضولي إلى وارث المالك بوفاته بل يبطل العقد بموت صاحب الحق¹.

غير أنّه هناك من خالف رأي الحنفية، فحق إجازة العقد الموقوف في مثل هذه الحالة إنّما هو أثر من آثار الملك ونتيجة لثبوته، ولذلك كان من المعقول القول بانتقاله إلى الوارث تبعا لانتقال الملك إليه. ويرد الأحناف على ذلك، بأن هذا الحق صار ملحقا بالحق الشخصي في الحكم لأنه مختص بمن له الملك أو الولاية وقت صدور العقد الموقوف².

¹ ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، ط1، 1970، بيروت، ج7، ص56، حيث جاء فيه ما يلي: (ولو هلك المالك لا ينفذ

بإجازة الوارث لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره...).

² عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 192-193.

ويتفق المالكية والشافعية والحنابلة، فهم يرون التوسع فيما ينتقل بالوراثة عن الميت إلى الوارث، فيورثون الحقوق على العموم التي لها شبه بالمال كحق إجازة العقد المشروط فيه الخيار، ما عدا الحقوق التي هي لصيقة بالشخص وليست في معنى المال كحق الحضانة فهم في هذا يتفقون مع الحنفية، كما يتفق جمهور الفقهاء على أن الحقوق التي هي في معنى المال كحق الارتفاق وحق الشرب والمسيل تورث¹.

المطلب الثاني: خصائص الإجازة وتمييزها عن الإذن والإقرار

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين ، نتناول في الأول خصائص الإجازة وفي الثاني تمييز الإجازة عن الإذن والإقرار.

الفرع الأول: خصائص الإجازة

تعتبر الخصائص المميزة للإجازة من المسائل التي يتفق فيها القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي. وسنظهر هذا الاتفاق من خلال ما يلي:

أولاً: الإجازة تصرف انفرادي

تصدر الإجازة من طرف واحد، وهو المجيز الذي له حق إبطال العقد، ولا يحتاج إلى قبول العاقد الآخر، ويتعين سلامة إرادة المجيز من العيوب ويقتضي ذلك علم المجيز بالعيب الذي يشوب العقد وعلمه بحقه في الإبطال بناء على ذلك العيب، وزوال عيب الإرادة أو نقص الأهلية، عند صدور الإجازة، وعدم تعرض المجيز لعيب في الإرادة أو نقص في الأهلية في هذا الوقت.

يتحمل مُدَّعي الإجازة عبء الإثبات، فكلما ادَّعى شخص أن الرضا غير سليم لصدوره من ناقص الأهلية كان عليه أن يقيم الدليل على نقص أهليته، إذ الأصل في التصرفات الصحة وعلى من يدعي العكس، إقامة الدليل².

¹ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص195.

² كمال حمدي: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الاسكندرية، ب.ت.ن، ص120.

وبذلك، يترتب على الإجازة باعتبارها تصرف قانوني انفرادي ثلاث نتائج تتمثل في ما يلي:

- أن الإجازة تحدث أثرها بمجرد التعبير عن إرادة المجيز، وليست بحاجة إلى اقترانها بقبول العاقد الآخر الذي سبق له أن عبر عن قبوله أثناء إبرام العقد المجاز، وعليه، فلا حاجة إلى موافقة جديدة من الطرف الآخر، لأن الإجازة تحدث أثرها بمجرد تعبير المجيز، إما بالمطالبة بالإبطال أي التمسك في حقه بالإبطال أو العدول عن هذا الحق. ذلك أن الهدف من الإجازة ليس إحداث التزام جديد ولا إنهاء التزام قائم¹. إضافة إلى عدم كون الإجازة ذات طبيعة تعاقدية لأنها تتوقف فقط على الطرف الذي حوّل له القانون الحق في التمسك بالإبطال لمصلحته، ولهذا الأخير وحده أن يختار إما المطالبة بالإبطال أو العدول عنه، فيجيز العقد، وذلك بالتنازل عن حقه في طلب الإبطال².

- لا يستطيع المجيز الرجوع عن الإجازة التي صدرت منه، حتى ولو بحجة أن الطرف الآخر لم يقبلها بعد، ذلك أن الإجازة تلزم المجيز بمجرد صدورها، ولا يمكن الرجوع فيها³.

- تعتبر الإجازة من التصرفات القانونية غير واجبة التسليم فلا حاجة لإبلاغ الطرف الآخر، فترتب أثرها بمجرد صدورها من صاحبها دون حاجة لاتصالها بعلم العاقد الآخر، إضافة إلى أن الإجازة رضائية لا تحتاج إلى شكل معين حتى وإن كان العقد الأصلي شكلياً⁴.

¹ محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة: التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2000، ص 91-92.

² محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي ، المرجع السابق، ص 48.

³ محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 14.

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: إجازة العقد القابل للإبطال، ط 1983، ص 83.

والإجازة في فقه الشريعة الإسلامية تعبير عن الإرادة يصدر من المجيز الذي يفصح عن رغبته في إزالة المانع من النفاذ والإبقاء على التصرف المجاز وترتيب آثاره التي لم تترتب بعد. وبهذا المعنى، فإن الإجازة هي تعبير عن الإرادة بقصد إحداث أثر قانوني، وهي تصدر ممن شرع الوقف لحمايته¹، وبذلك فإنها ليست تصرفاً تبادلياً أو ذات طبيعة تعاقدية².

ثانياً: الإجازة تصرف إسقاطي

صاحب الحق في الإجازة مخير بين طلب الفسخ (أي الإبطال في القانون المدني) والإجازة في الفقه الإسلامي، وكذا في القانون المدني الجزائري، فإن فضل الإجازة سقط خياره في المطالبة بفسخ العقد، فهي إسقاط لحق الفسخ أو حق الإبطال.

فالإجازة هي تصرف إسقاطي، أي تسقط من صاحبها الحق في الإبطال، بحيث يتمتع عليه بعد ذلك أن يطالب بالإبطال، فإن تمت الإجازة أصبح التصرف نافذاً لا يمكن المطالبة بإبطاله مجدداً، فالحق يسقط من صاحبه بمجرد صدور الإجازة³.

وينصرف أثر الإجازة في النزول عن حق الإبطال إلى المجيز وحده، وعلى ذلك فإنه لا يحتج بها في مواجهة غيره من العاقدين الذين تقرر حق الإبطال لمصلحتهم، أو غيرهم ممن تقرر لهم حق إبطال العقد حيث يظل حقهم في التمسك بالإبطال قائماً، طالما أنه لم تصدر من جانبهم إجازة العقد⁴.

¹ محمد جبر الألفي، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وبلدان الشرق الأوسط، مجلة الحقوق والشريعة، العدد3، الكويت، 1980، ص 75.

² محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 48.

³ نفس المرجع، ص56.

⁴ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص83.

ثالثاً: الإجازة تصرف كاشف

توصف الإجازة إلى جانب أنها تصرف انفرادي إسقاطي، أنها تصرف قانوني كاشف، لأن مهمة الإجازة تتمثل في تأييد وتثبيت الآثار القانونية التي كان التصرف المجاز قد أنتجها في الفترة السابقة على الإجازة.

يزول طلب إبطال العقد وذلك منذ إبرام العقد الأصلي، وليس من وقت صدور الإجازة، وبالتالي يصبح العقد غير مهدد بالزوال من وقت إبرامه، وبذلك تتأكد صحة العقد، لأن الإجازة لا يترتب عليها أثر جديد، إذ لا يجوز إضافة أي شرط للعقد، إذ يعتبر ذلك تعديلاً لمضمون العقد¹.

لا تضيف الإجازة شيئاً إلى العقد الموقوف، لأنه كان منعقداً وصحيحاً، بل إن أثرها ينحصر فقط في تنفيذ العقد من تاريخ إبرامه. فهي بذلك تعتبر كاشفاً لما كان موقوفاً من آثار العقد، فهي تعمل على فتح الطريق لآثاره المتوقفة لكي تسري فتلحق تلك الآثار بالتصرف المنشئ لها اعتباراً من تاريخ إبرامه لا من وقت إجازته.

الفرع الثاني: تمييز الإجازة عن الإذن والإقرار

تختلف الإجازة القانونية عن مصطلحي الإذن والإقرار اللذين كثيراً ما يقع التشابه بينهما وبين الإجازة. لذلك سنتطرق إلى الفرق بين الإجازة والإذن وبين الإجازة والإقرار.

أولاً: الإجازة والإذن

قال ابن عابدين: "...الفرق بين الإذن والإجازة: أنّ الإذن لما سيقع، والإجازة لما وقع، لكن قد يكون الإذن بمعنى الإجازة إذا كان الأمر وقع وعلم به الآذن"².

تكون الإجازة على العقد الذي وقع سابقاً، وبالتالي هي تصرف لاحق له، إما بتنفيذ عقد موقوف أو إزالة حق الإبطال لعقد قابل للإبطال، أما الإذن فهو الترخيص بإجراء

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 84.

² ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، دار الفكر، بيروت، 1966، ج 3، ص 167.

التصرف قبل حصوله، أي يكون لما سيقع من تصرف، إضافة إلى أن الإذن يكون لكل التصرفات الجائزة مباشرتها والمتعلقة بالتجارة ويكون فيها كامل الأهلية.

الإجازة هي الرضا بالتصرف بعد وقوعه، أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله وكل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة، وقد يملك الإجازة صاحب الشأن الأصلي في التصرف متى كان أهلاً لذلك وقت الإجازة، كذلك يملك القاضي كلا من الإذن والإجازة إذا تعنت الولي أو الوصي رفعا للظلم¹.

إضافة إلى أن الإجازة تنتج أثرها في الحال ومن ثم لا يقبل الرجوع فيها من طرف المجيز، ففي العقد الموقوف مثلا ينفذ العقد بمجرد حصول الإجازة وإذا نُفذ لم يتوقف نفاذه، وفي العقد القابل للإبطال يزول الحق في التمسك بحق الإبطال مباشرة بعد صدور الإجازة من صاحبها، فيسقط خطر الإبطال الذي كان محققا به.

أما الإذن بإجراء التصرف فيعد توكيلا فيه، فيقبل الرجوع فيه قبل حدوث التصرف من المأذون له².

ثانيا: الإجازة والإقرار

كما جاء في تعريف الإجازة، هي الرضا ببقاء العقد واستقراره بصفة نهائية ممن خول له القانون ذلك، الذي هو أحد طرفي العقد. أما الإقرار فهو رضا شخص ثالث بأن تسري عليه أحكام عقد عقده طرفان آخران، وليس ساريا عليه، كما في حالة بيع الغير، إذا أعقب ذلك رضا المالك بهذا البيع³.

ومنه فالإجازة تصدر من أحد طرفي العقد الذي يتنازل بموجبها عن حقه في إبطال العقد، أما الإقرار فيصدر من شخص أجنبي عن العقد، يريد به أن يجعل العقد ساريا في حقه رغم أنه طرف خارج عن العقد.

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 203.

² محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 60.

³ مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 227.

الإقرار (RATIFICATION) عمل قانوني أيضا، ولكنه يصدر من شخص خارج عن العقد، وبه يضيف آثار العقد إليه. كما في حالة إقرار الأصل للعقد الذي أبرمه نائبه خارج حدود نيابته. ومثله أيضا بيع ملك الغير فلا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا بإقراره) كما جاء في المادة 308 مدني جزائري¹.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250.

المبحث الثاني: شروط صحة الإجازة

تصح الإجازة كتصرف قانوني باستيفاء أركان التصرف القانوني الذي يتطلب شروط لصحته وانعقاده، فيشترط لصحة الإجازة ما يشترط لإنشاء التصرف، فتلحق الإجازة التصرف منذ وجوده ويصير بها نافذا¹.

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول شروط صحة الإجازة في القانون المدني الجزائري وفي المطلب الثاني نتناول شروط صحة الإجازة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: شروط صحة الإجازة في القانون المدني الجزائري

الإجازة تصرف من جانب واحد، فلا يشترط أن يوافق عليها الطرف الآخر، ولا يشترط أن تتصل بعلمه. وهي كذلك تصرف بات فلا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لم تصل إلى علم الطرف الآخر. والإجازة تصدر من صاحب الحق في طلب الإبطال وهو ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب. ويجب أن تصدر في وقت يكون فيه سبب الإبطال قد زال، أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد أو بعد زوال عيب الإكراه أو الغلط أو التدليس².

تصح الإجازة بتوافر شروط موضوعية وأخرى شكلية حتى يترتب أثرها وفيما يلي نستعرض ذلك:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للإجازة

تعرضنا من قبل إلى أن الإجازة هي عمل قانوني يصدر من جانب واحد، هو المجيز أي من قرّر له القانون الحق في طلب الإبطال في حالة البطلان النسبي، وينزل به عن التمسك بالإبطال.

وسنتعرض إلى الشروط الموضوعية للإجازة كما يلي:

¹ محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص44.
² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الحق، ط2009، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص104.

أولاً: أن يكون العقد قابلاً للإبطال:

فالإجازة لا ترد على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لأنه منعدم. أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح موجود منتج لجميع آثاره، غير أنه مهدد بالزوال من العاقد المجيز، وذلك لقص الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة.

ثانياً: علم المجيز بالعيب واتجاه ارادته نحو الإجازة:

فينبغي أن يكون المجيز على علم بالعيب، وأنه قصد تأييد العقد وتثبيتته، وأنه نزل عن حقه في التمسك بالإبطال¹.

إذا كان العقد مشوباً بعدة عيوب، فلا يكون للإجازة أثر إلا إذا كان صاحب حق الإجازة عالماً بها جميعاً، فإذا كان يجهل بعضها فإن أثر الإجازة لا ينصرف إلا إلى تلك التي كان عالماً بها وقت صدور الإجازة².

إذا تم تنفيذ العقد القابل للإبطال، دون علم من تقرر لمصلحته الإبطال بالعيب الذي شابه، فتنفيذ العقد لا يعني إجازة ضمنية له مهما طالّت المدة. ويتضح أنه من غير الجائز أن ينزل من تقرر لمصلحته الإبطال عن حقه في التمسك به مقدماً، وإلا شاع اشتراط النزول عن هذا الحق في إبرام العقود³.

يعتبر شرط " نية الإجازة " مُكَمِّلاً لشرط " العلم بالعيب " على نحو لا يمكن فصله عنه، فإذا اتجهت نية العاقد إلى إجازة العقد، فمعنى ذلك أنه كان، من باب أولى، عالماً بسبب قابلية عقده للإبطال⁴.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 250.

2 محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، ص 63.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 251.

4 محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، ص 64 : غير أن بعض الفقهاء الفرنسيين وبعض أحكام القضاء الفرنسي وبعض أحكام القضاء الفرنسي يشترطان أن تكون نية العدول عن طلب الإبطال واضحة لا يكتنفها أي غموض، وهذا لأن النزول عن الحق لا يفترض.

ثالثاً: زوال عيب الإرادة أو نقص الأهلية عند صدور الإجازة:

لكي تكون الإجازة صحيحة، لا بد أن يكون العيب قد زال، وإلا استمر نفس العيب في الإجازة نفسها. ففي عيب الرضا مثلاً إذا كانت حالة الإكراه قائمة وقت الإجازة، كانت معيبة. ولذا يجب زوال تلك العيوب، وهي الغلط والتدليس والإكراه، وفي حالة نقص الأهلية لا تصح إلا عند بلوغ القاصر سن الرشد.

ولكن تجوز الإجازة في حال نقص الأهلية من الولي في حدود سلطته، أما في حالة الاستغلال، فليس من اللازم اختفاء العين الذي اقترن بالعقد، بل يكفي زوال ظروف التعاقد وهي حالة الطيش البين أو الهوى الجامح¹.

يشترط لصحة الإجازة أن تتوافر فيها شروط صحة التصرفات القانونية بشكل عام، وخاصة تلك التي تتعلق بأهلية المجيز وقت الإجازة بالنسبة إلى العقد الذي يبغى إجازته وسلامة رضاه في تلك اللحظة من العيوب المفسدة له التي تتمثل في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. فلا يكفي لصحة الإجازة أن يعلم المجيز بالعيب وأن تتجه إرادته نحو الإجازة، بل يجب فوق ذلك، أن يكون سبب قابلية الإبطال قد زال².

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للإجازة

تأخذ الإجازة شكلين: إجازة صريحة وإجازة ضمنية.

فالإجازة الصريحة تظهر في شكل شفوي أو كتابي، وإثباتها يخضع للقواعد العامة الخاصة بإثبات الأعمال القانونية.

أما الإجازة الضمنية، فإنها تستخلص من الوقائع التي تدل عليها دلالة قاطعة، فالتصرف الذي يصدر من جانب المجيز، وتتجه فيه إرادته إلى النزول عن حقه في الإبطال يكون إجازة ضمنية، على أن تتوافر شروط الإجازة الأخرى.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 251.

² محمد سعيد جعفرور: إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 93.

فإذا أنشأ ناقص الأهلية عقداً، ثم بعد بلوغه سن الرشد ومع علمه بقابلية العقد للإبطال لمصلحته ينفذ العقد، ويسلم المبيع إلى المشتري إذا كان بيعاً، أو يقوم ببيع الشيء الذي اشتراه. وكذلك الحال إذا شاب إرادة المتعاقد عيب من عيوب الرضا وقام بعمل يفيد إجازته للعقد مع علمه بالعيب، وبعد انكشاف هذا العيب أو زواله. كما إذا أوفى بقسط من الثمن في عقد البيع أو قام ببيع ما اشتراه¹.

يقع عبء إثبات الإجازة على الطرف الآخر غير المجيز. ويستطيع هذا الطرف إثباتها بكافة الطرق ولو بالبينة أو القرائن لأنها غير صادرة منه.

المطلب الثاني: شروط صحة الإجازة في الفقه الإسلامي

لا بد من أن تتوفر في الإجازة شروط معينة حتى يترتب عليها آثارها والمقصود منها، ولقد أولى فقهاء الحنفية العناية في بيان هذه الشروط، في حين لم يشترط فقهاء الجمهور أكثرها، ولذلك سوف أقوم ببيان الشروط التي اتفق الفقهاء على وجوب توفرها، ثم التي وافق بعض الفقهاء الحنفية عليها، وأخيراً الشروط التي انفرد الحنفية بها.

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

أولاً: وجود المجيز الأهل للإجازة

اتفق الفقهاء من مختلف المذاهب على أنّ وجود المجيز شرط في صحة الإجازة، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم، هل وجود المجيز شرط عند العقد أم شرط عند الإجازة، وذلك على ثلاثة أقوال:

- فذهب المالكية² إلى أنه يشترط وجود المجيز عند الإجازة فقط، لكن بشرط أن

لا يطول الفصل بين العقد والإجازة.

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص252.
2 الإمام مالك، المدونة، ج2، دار الكتب العلمية، 1994، ص206.

- وذهب الحنفية والشافعية، وهو قول للإمام أحمد¹ إلى أنه يشترط وجود المجيز عند العقد.

- وذهب الحنابلة² في المعتمد إلى أنه يشترط وجود المجيز عند الإجازة فقط سواء كان موجودا عند العقد أم لا.

وسبب اشتراط وجود المجيز عند العقد أو عند الإجازة: أن ماله مجيز يتصور إذنه، بخلاف ما ليس له مجيز، فإنّ الإذن قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيدا ومرتباً لآثار العقد، وإن لم يحدث لم يكن مفيداً، وهذا شك في حصول الفائدة، فلا ينعقد العقد مع الشك، وغير المنعقد لا تلحقه الإجازة³.

ومثال ذلك، لو تصرف الفضولي في مال الصبي، انعقد تصرفه موقوفاً إن بلغ قبل الإجازة على مذهب المالكية والحنابلة، ولم ينعقد هذا التصرف أصلاً على رأي الحنفية والشافعية وقول الإمام أحمد.

ثانياً: عدم تقدم الرد أو البطلان على الإجازة

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، سواء وقع الرد باللفظ أو الفعل، وسواء وقع من المجيز أو من الفضولي مثلاً. فالمردود مفسوخ والمفسوخ لا يقبل الإجازة، لأن الفسخ أقوى من الإجازة، فإن المجاز يحتل الفسخ والمفسوخ لا يحتل الإجازة⁴.

الفرع الثاني: الشروط التي وافق الحنفية على اشتراطها

أولاً: صدور الإجازة ممن يملك التصرف

وهذا الشرط يحفظ حق المالك أو من له ولاية التصرف في المال، فإذا نفذ العقد بإجازة غيره، لم يكن هناك فائدة من وقف العقد أصلاً.

1 ابن قاضي سماوة، جامع الفصوليين، المطبعة الأزهرية، 1300هـ ج1، ص 317.

2 المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1995، القاهرة، ج4، ص283.

3 عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 109.

4 نفس المرجع، ص109..

وقد وافق الشافعية الحنفية في اشتراط هذا الشرط، وهو مقتضى مذهب كل من قال بوقف العقود، إذ به تتحقق الفائدة¹.

ثانيا: مطابقة الإجازة للعقد

يجب أن تكون الإجازة مطابقة للعقد في المعقود عليه والتمن، وذلك حتى يترتب على الإجازة حكمها، ويترتب على العقد آثاره، بهذا قال الحنفية والشافعية².

فلو باع فضولي أرضا، ثم أجاز المالك العقد، لكن في نصف الأرض وفسخ في النصف الثاني، غلب الفسخ، كما لو فسخ أحد العاقدين وأجاز الآخر فإنه يفسخ³.

وكذلك إذا أجاز المالك بيع الفضولي بتمن غير التمن الأول مع الفضولي، انفسخ العقد، لأن التمن الذي سمّاه الفضولي شرط في صحة البيع.

ثالثا: الشروط التي انفرد الحنفية بها

بالإضافة إلى الشروط السابقة، يرى الحنفية أن بيع مال الغير يتوقف على إجازة المالك، ويشترط لصحة الإجازة قيام المتعاقدين، وقيام المعقود عليه، ولا يشترط قيام التمن، إن كان التمن نقدا، فإن كان عينا يشترط قيامه أيضا⁴.

أ- وجود المتعاقدين:

توفر العاقدين شرط أساسي لصحة الإجازة عند الحنفية، فلو مات أحدهما قبل صدور الإجازة ممن تقرّر له الحق في ذلك فسخ العقد، ولا اعتبار للإجازة بعد ذلك إن حصلت، فحق المجيز في إجازة العقد متوقف على وجود كل من المتعاقدين، ولا يكفي وجود أحدهما⁵. وهذا في جميع العقود إلا عقد النكاح وعقد الكفالة عند بعض الحنفية.

1 عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 110.

2 النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، ب ت ن، ب ب ن، ج 9، ص 209؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة مكتبة النهضة، بيروت ج 1، ص 345.

3 عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 111.

4 فخر الدين الحسن بن منصور، فتاوى قاضيخان، المرجع السابق، ج 2، ص 56.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 54.

ففي عقد النكاح لا يشترط وجود العاقد بطريق النيابة، لأن حقوق العقد وأحكامه كلها في عقد النكاح تنصرف إلى المعقود عليه مباشرة، وفي عقد الكفالة لا يملك الفضولي أن يبطل الكفالة أو يردها، لأنه لا يدفع برده العقد عن نفسه شيئاً. قال السرخسي: (إذا قال رجل لرجل: لفلان على فلان مال، فاكفل له بنفسه، فقال: قد فعلت ثم بلغ الطالب فقال: أجزت. فإنه يجوز، لأنه عقد جرى بين اثنين، ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فإذا كان فضولياً توقفت على إجازته فإذا أجاز صار ملتزماً...)¹.

ب- وجود المعقود عليه:

المعقود عليه شرط في صحة الإجازة، لأنه هدف أحد العاقدين من إبرام العقد، فلو هلك المعقود عليه قبل صدور الإجازة من المجيز فُسخ العقد لاستحالة تنفيذه.

وهلاك المعقود عليه عند الحنفية يكون بأحد أمرين:²

- الهلاك الحقيقي، كتلف العين وفواتها.
- الهلاك الحكمي كتغير العين تغيراً تعد به شيئاً آخر.

ج- وجود الثمن:

إن ثمن المبيع قد يكون ديناً أو عيناً، فإذا كان عيناً يرى الحنفية اشتراط بقائها لصحة إجازة العقد الموقوف، فإذا هلك الثمن قبل إجازة المالك بيع الفضولي هلك عليه ولا تصح الإجازة بعد ذلك، بل إذا أجاز المالك كانت إجازة نقد لا عقد، ويتعين على الفضولي أن يضمن للمالك مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً³. أما الراجح عند المالكية أن بقاء المحل المعقود عليه ليس بشرط، وبالتالي لا يشترط بقاؤه، فيمكن أن تلحق العقد الإجازة ولو قد تلف⁴.

1 السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ب ط، ج19، ص174-175.

2 درر الحكام لعلّي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص344.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص152.

4 محمد بن محمد بن محمد اسماعيل الغشم، إجازة التصرفات: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي زالقانون المدني اليمني والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1995، ص271.

أما إن كان الثمن دينا أي نقدا، فإن الراجح في الفقه الإسلامي لا يشترط بقاءه في يد البائع وقت صدور الإجازة¹.

وقد اشترطت المادة 578 من مجلة الأحكام العدلية بقاء الثمن والمحل وقت الإجازة، أما في القانون المدني الجزائري، فإن الثمن إذا كان عينا فهو يعتبر عقد مقايضة، فيكون كل من المتعاقدين بائعا ومشتريا في نفس الوقت². وعليه تطبق على الثمن عينا أحكام البيع، فإذا تلف الثمن قبل القبض انفسخ العقد ولم يعد قابلا لأن تلحقه الإجازة. وعليه نرجح تطبيق الحكم نفسه على التصرف الموقوف إذا هلك المبيع قبل الإجازة ولو بعد القبض³.

¹ اسعد فاطمة، الرسالة السابقة، ص 163.

² تنص المادة 415 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: (تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قابض عليه).

³ اسعد فاطمة، الرسالة السابقة، ص 164.

الفصل الثاني

التعبير عن إرادة الإجازة والآثار

المرتبة عن تحققها

تصدر الإجازة ممن حوّل له القانون أو الشرع ذلك بشكل صريح أو بشكل ضمني، إذا قام المجيز بتصرف يدل دلالة قاطعة على إجازته العقد، كما قد تكون الإجازة بمرور المدة المحددة قانوناً لها، أو ما يعرف بالتقادم.

ويتم التعبير الصريح باستخدام وسيلة تصلح للتعبير عن الإرادة حسب المألوف بين الناس، وقد يكون ذلك بالكتابة أو القول، أو بالإشارة، أو باتخاذ موقف لا تدع الظروف شكاً في دلالاته على المقصود.¹

غير أن التعبير الضمني يستنتج من الظروف المختلفة التي ترافق اتجاه الإرادة نحو ترتيب أثر قانوني معين، دون استخدام وسيلة شائعة للتعبير عن الإرادة كما هو مألوف عند الناس.

يرى أغلب الفقهاء أنّ العاقد الآخر غير المجيز هو الذي يتحمل عبء إثبات صدور الإجازة من طرف العاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته، وذلك باستعمال مختلف طرق الإثبات.

تكون الإجازة بالإرادة المنفردة للعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته، ومن الطبيعي أن ينصرف أثر الإجازة إلى المجيز، ومع ذلك فإن للإجازة أثراً في العقد من حيث زوال الحق في التمسك بإبطاله، وينعكس ذلك أيضاً على العلاقة بين المتعاقدين.

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول التعبير عن الإجازة وكيفية إثباتها، وفي الثاني الآثار المترتبة عن صدور الإجازة.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 19.

المبحث الأول: التعبير عن إرادة الإجازة وكيفية إثباتها

سنقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول التعبير عن إرادة الإجازة، وفي الثاني نتناول كيفية إثبات الإجازة.

المطلب الأول: التعبير عن إرادة الإجازة

يأخذ التعبير عن إرادة الإجازة صورا وأشكالا مختلفة، تكون إرادة المجيز حرة في اتخاذ أحدها، سنتطرق في هذا المطلب إلى هذه الصور في فرعين، نتناول في الأول التعبير عن إرادة الإجازة في القانون المدني الجزائري، وفي الثاني هذه الصور في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: التعبير عن إرادة الإجازة في القانون المدني الجزائري

يقوم المجيز بإجازة التصرف بالتعبير عن الإجازة سواء بتعبير إرادي صريح، وهي ما تعرف بالإجازة الصريحة، أو بتعبير ضمني وهي ما تسمى بالإجازة الضمنية، وذلك بحسب الصورة التي يتخذها للتعبير عنها، وقد نصت المادة 100 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "يزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية".

كما تصدر الإجازة على شكل إجازة مفترضة، وهي التي تتحقق بمضي المدة التي حددها القانون لممارسة حق طلب الإبطال.

أولاً: الإجازة الصريحة

تُعرّف الإجازة الصريحة بأنها التي تعبر بشكل صريح عن اتجاه نية المجيز نحو التنازل عن الحق المخول له قانوناً، وهو التمسك بالإبطال، وبذلك تصدر الإجازة بعبارة واضحة، كأن يقرر صاحب الحق في طلب الإبطال أنه يتنازل عن هذا الحق¹.

ويجب أن يكون التعبير عن إرادة الإجازة كافياً لبيان نية المتعاقد المتجهة إلى الإجازة، وذلك بالنزول عن الحق في إبطال العقد القابل للإبطال، ويقضي ذلك تحديد العقد

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص104.

الذي تتجه إرادة المجيز في النزول عن التمسك في إبطاله، وعلمه بالسبب الذي أدى إلى إبطال العقد وإفصاحا منه عن نيته في النزول عن الحق في إبطال هذا العقد.

لقد حددت المادة 60 من التقنين المدني الجزائري طرق التعبير عن الإرادة، إذ نصت على ما يأتي: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صحيحا).

ولأن الإجازة تصرف قانوني لازم، مما يتمتع معه على المجيز الرجوع فيه، لذلك فإن الإجازة لا تقع إذا احتفظ المجيز بحقه في هذه الإجازة¹.

ثانيا: الإجازة الضمنية

الإجازة الضمنية هي التي تفهم وتستدل من ظروف الحال بشرط أن يكون الاستدلال استدلالا قطعيا يفيد التنازل عن حق الإبطال، كأن يقوم ناقص الأهلية بتنفيذ العقد القابل للإبطال بعد بلوغه سن الرشد، أو أن يرفع دعوى يطالب فيها المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أو يطالب فيها فسخ العقد لأن الطرف الآخر لم ينفذ الالتزام الواجب عليه، لأن الفسخ لا يكون إلا على العقد الصحيح².

وقد نصت المادة 100 من القانون المدني الجزائري على أن الإجازة قد تكون ضمنية لكنها لم توضح صور التعبير عنها.

قد تُستنتج الإجازة من قيام المجيز بتنفيذ العقد مع علمه السابق بالعيب الذي يعتريه، مثلا لو أنّ القاصر زيد أبرم عقدا دون الحصول على إذن من نائبه الشرعي، ثمّ بادر إلى تنفيذه وهو ما زال قاصرا، لما اعتد بهذا التنفيذ، وظل باستطاعة زيد المطالبة بإبطال العقد رغم تنفيذه. أمّا لو وقع التنفيذ أصبح فيه زيد كامل الأهلية، فإن ذلك يعتبر بمثابة إجازة

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 20.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 104.

ضمنية للعقد، يمتنع على زيد بعد حصولها الطعن بالعقد لنقص الأهلية الذي كان يعيبه وقت إبرامه¹.

وتستنتج أيضا من قيام من تقرر القانون لمصلحته حق الإبطال إلى إبرام وتنفيذ العقد لمطالبة الطرف الآخر بتنفيذه، وهذا دليل على أنه أجاز التصرف ضمنيا².

ويعتبر تنفيذ العقد اختياريا من جانب العاقد الذي تقرر له حق الإبطال بمثابة إشارة منه عن إرادته الضمنية بإجازة هذا العقد، لكن تنفيذ هذا العقد لا يصلح في حد ذاته على الإجازة، إذ يلزم استخلاص نية النزول عن الحق من وقائع تؤكد تحققها ويخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض في استخلاصه نية النزول من الوقائع المختلفة، والتنفيذ وحده لا يكفي للتعبير عن هذه النية، إلا إذا اقترنت به ظروف تؤكد بوضوح نية النزول عن التمسك بإبطال العقد.

ويستلزم ذلك علم العاقد وقت التنفيذ سبب إبطال العقد، ولا يكفي مجرد استطاعة العلم إذا لم يكن عالما بالفعل³، وعليه تعد إجازة ضمنية للتصرف كل مسلك يستفاد منه عدول صاحب الحق في طلب الإبطال عن مباشرة حقه هذا.

ويعتبر التنفيذ الاختياري للعقد القابل للإبطال أبرز صورة للإجازة الضمنية، ومثال هذا العقد أن يتصرف المشتري ناقص الأهلية بعد بلوغه في المبيع الذي تسلمه من البائع اختيارا.

عندما يقوم المتعاقد الذي شرع له حق الإبطال بتصرفات تحول دون إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فهذا يعد بمثابة إجازة ضمنية، ومثال ذلك أن يبرم المتعاقد تصرفا قانونيا لاحقا بين نفس المتعاقدين، كاتفاق القاصر بعد بلوغه سن الرشد على استئجار الشيء الذي

¹ مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 229.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة مقارنة معمقة بالفقه الإسلامي، ب ب ن، 1984، ص 475.

³ أحمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 24-25.

كان قد باعه قبل اكتمال أهليته، إذ لا يمكن تفسير تصرفه إلا بعدول من قبله عن الحق الذي شرعه له القانون في التمسك بإبطال العقد، وليس ذلك إلا إجازة ضمنية من قبله¹.

ثالثاً: الإجازة المفترضة أو المقدرة

الإجازة المفترضة أو المقدرة أو ما يعرف بالتقادم هي التي تكون بعد مرور المدة المقررة قانوناً لصاحب الحق في إبطال العقد، إذا لم يتم أثناء هذه المدة بإبطال العقد أو إجازته.

تنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات، وتبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد".

إلا أنّ هذه المادة تم تعديلها في قانون 20 يونيو 2005، لتصبح كالتالي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشرة (10) سنوات من وقت تمام العقد".

وبذلك يختار الصبي المميز الذي بلغ سن الرشد إما أن يجيز تصرفه الدائر بين النفع والضرر الذي أجراه وهو قاصر صراحة أو ضمناً، أو لأن يتمسك بالحق المخوّل له قانوناً وهو إبطال العقد خلال الفترة المحددة قانوناً وهي خمسة سنوات تبدأ من يوم اكتمال أهليته.

إذا لم يتم ناقص الأهلية أو معيب الإرادة بالإجازة الصريحة أو الضمنية ولم يعبر عن رغبته بإبطال التصرف أي كان موقفه السكوت، فما هو حكم السكوت؟.

¹ محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 106-107.

يعتبر السكوت موقف سلبي، باعتبار الساكت لم يعبر عن إرادته نحو إجازة العقد أو ردّه، لهذا كان المبدأ العام الذي وضعه الإمام الشافعي واعتمده الفقه الإسلامي من بعده هو أنه: " لا ينسب إلى ساكت قول". ومع ذلك قد تقتزن بالسكوت ملايسات تجعل دلالتة تنصرف إلى الرضا، فهل يعتبر السكوت في هذه الحالة إجازة؟¹.

لا يعتبر السكوت المجرّد من أي سلوك أو موقف ضمني إجازة ضمنية للعقد. فإذا لم يقم المميز أثناء المدة القانونية للإجازة أو الإبطال بأي تصرف يفيد الإجازة صراحة أو ضمنا، لا يعتبر سكوته إجازة ضمنية.

فإذا امتد سكوت المميز إلى نهاية المدة المقررة قانونا فحقه في طلب الإبطال يسقط، وبذلك يمنع من التمسك بقابلية التصرف للإبطال ويعتبر التصرف كما لو أنّه مُجاز، فسقوط الحق في الإبطال لمضي المدة المقررة قانونا يطلق عليه بالإجازة المفترضة².

الفرع الثاني: التعبير عن إرادة الإجازة في الفقه الإسلامي

التعبير عن إرادة الإجازة هو ما تتم الإجازة به من قول أو إشارة أو كتابة أو فعل، وذلك لإظهار إرادة ونية من تقرر حق الإبطال لصالحه.

ويتناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع صور التعبير عن الإرادة في معرض كلامهم عن عقد البيع ويعتبرونه القاعدة العامة للعقود والتصرفات عندهم. والإجازة عند هؤلاء الفقهاء أيضا تكون صريحة أو ضمنية، فقد قال الكاساني: (... الإجازة نوعان: صريح وما هو في معنى الصريح ...) ³.

¹ محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص 84.

² محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 110-111.

³ الكاساني، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 267.

أولاً: الإجازة الصريحة

يُعرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الإجازة بأنها تصرف إرادي، لذلك فهي تصدر ممن له الحق فيها باللفظ الصريح، بأن يقول أجزت التصرف أو رضيت به أو قبلته¹.

وقد اختلف الفقهاء في تصرف الفضولي، إذا قال المالك أو صاحب الشأن الذي تقررت له الإجازة، أحسنت أو أصبت أو وفقت أو كفييتي مؤنة البيع، فقال بعضهم أنها لا تكون إجازة صريحة، فقد تحتمل معنى الاستهزاء، ورأى بعضهم أنها وان احتملت هذا المعنى، فإذا لم توجد قرينة تصرفها إليه حُملت على الإجازة لأن الأصل الجِد².

أ- الإجازة باللفظ:

يعتبر اللفظ أهم وسائل التعبير عن إرادة الإجازة، فتكون الإجازة صريحة سواء بالكلام أو باستخدام الألفاظ التي تدل على المعنى الذي تنطوي عليه الإجازة³.

يعتبر الفقهاء أن الكلام هو الأداة الرئيسية لتبادل الأفكار، ولا يشترطون صيغا معينة أو ألفاظا محددة للتعبير عن إجازة التصرف الموقوف، إذ أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، ومن قبيل ذلك أن يقول صاحبها: " أجزت البيع " أو " رضيت به " أو " قبلته " أو أن يقول: " أسقطت حقي في طلب الفسخ أو الإبطال " ، ونحوها من الألفاظ التي تفصح عن إرادة مجيز التصرف.

يرى بعض الفقهاء أن الإجازة لا تتحقق إلا إذا كانت باللفظ، أما دون اللفظ فلا يكفي لتحقيق الإجازة، غير أن غالبية الفقه يرى أن الإجازة تتحقق بكلّ تعبير إرادي يدل على رضاه صاحبه¹.

¹ عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص206.

² فخر الدين الحسن بن منصور، فتاوى قاضيخان، دار الكتب العلمية، ط1، 2009، بيروت، ج2، ص57، جاء فيها ما يلي: (رجل باع عبدا غيره بغير إذنه، فقال المولى: أحسنت أو أصبت أو وفقت، لم يكن كلامه إجازة للبيع، وله أن يردّه لأنه يذكر على وجه الاستهزاء، وإن قبض الثمن يكون إجازة. وكذا لو قال: كفييتي مؤنة البيع، وأحسنت، فجزاك الله خيرا، لم يكن ذلك إجازة البيع، إلا أن محمدا رحمه الله تعالى قال: قوله: أحسنت أو أصبت يكون إجازة استحسانا).

³ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص142.

وقد نصت المادة 303 من مجلة الأحكام العدلية: (الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت...) ، التي تقابلها المادة 241 من مرشد الحيران، على أن: (...الإجازة القولية أو الفعلية هي كل قول أو فعل يدل على رضا من له الخيار بلزوم العقد)².

ب - الإجازة بالفعل³:

إذا قام المميز بفعل يدل على رضاه في إنفاذ العقد، كان هذا الفعل إجازة منه. كأن يأخذ الثمن من المشتري أو يستلم المبيع أو يقدم المهر لزوجته وغيرها، فهي الأفعال والتصرفات تدل على رضا المميز في إنفاذ العقد⁴.

ولا يشترط أن يتلفظ المميز بلفظ يدل على إجازته لهذا التصرف، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل ينعقد به العقد، كأن يتم تسليم المبيع، أو يقبض المالك الثمن كله أو بعضه من المشتري⁵.

ت - الإجازة بالكتابة

تعد الكتابة من أهم وسائل التعبير عن الإرادة في العصر الحديث، وليس للكتابة صورة معينة تفرغ في وثيقة الإجازة. وهي وسيلة لنقل ما يمكن قوله شفويا، فهي قول مكتوب. فإذا صدرت الإجازة مكتوبة أخذت حكم التلفظ بالإجازة بشرط أن تكون الكتابة واضحة مستبينة أي لها بقاء بعد الانتهاء منها⁶.

¹ محمد جبر الألفي، الفضالة، المرجع السابق، ص 80.

محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ط2، 1891م، ص 40.

³ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ب ب ن، ب ت ن، ج 6، ص 161، جاء فيها: (ثم الإجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول فمن الأول تسليم المبيع إجازة وكذا أخذه الثمن ومن الثاني طلب الثمن)؛

الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، المرجع السابق، ص 186.

⁴ عبد العزيز مصطفى الخالد، المرجع السابق، ص 118-119.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 193.

⁶ اسعد فاطمة، الرسالة السابقة، ص 167.

ويشترط في الإجازة المكتوبة أن تحمل الكلمات المستعملة معنى التصرف الذي يقصده عرفاً، لأنه إذا كانت تدل على مجرد الرغبة في الإجازة مستقبلاً كمثل أن يقول: (سوف أجز)، فلا تتحقق الإجازة لا عند النطق ولا عند الكتابة.

وبما أنّ الإجازة تصرف من طرف واحد، فإنه لا يشترط فيها قبول الطرف الآخر ولا حتى علمه، فمتى تمت الكتابة بعبارة دالة على الإجازة تحققت هذه الأخيرة وأنتجت آثارها ونفذ العقد منذ تاريخ إبرامه.

ث - الإجازة بالإشارة

تقوم الإشارة مقام اللفظ في التعبير عن الإرادة، وتكون بتحريك عضو من أعضاء الجسم للدلالة على الرضا أو الرفض، كتحريك الرأس عمودياً للدلالة على القبول أو تحريكه أفقياً للتعبير عن الرفض، وهو حسب ما يقضي به عرف الناس في كل مجتمع¹.

ولقد أجمع الفقهاء على أنّ إشارة الأخرس تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عن إرادته بشرط أن تكون إشارة مفهومة في ذلك²، وعليه فالإشارة هي الطريقة الطبيعية للتعبير عن إرادة الأخرس، أمّا غير الأخرس فيملك وسائل أخرى للتعبير عن إرادته كاللفظ مثلاً، ويشترط في الإشارة لكي تعبّر عن الإجازة، أن تكون متداولة عرفاً لتدل على ما يعنيه الشخص الذي عبّر بها عن نيته في الإجازة.

وقد اختلف الفقهاء بصدد التعبير عن الإرادة بواسطة الإشارة بحسب ما إذا كان الشخص قادراً على النطق أم غير قادر عليه بأن يكون أخرساً:

1- إشارة القادر على النطق:

رَجَّح جمهور الفقهاء أن الشخص القادر على النطق لا يعتد بإشارته، لأن الأصل في التعبير هو الكلام، وأنّ الإشارة لا تكون إلا عند الضرورة، كما أن دلالة الإشارة لا ترتقي

¹ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 190.

² محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص 81.

مهما قويت إلى درجة اللفظ أو الكتابة¹، غير أن علاء الدين الكاساني، وهو أحد فقهاء المذهب الحنفي خالف موقف هذا المذهب إذ قال: (إن الإشارة متى تعلقت بها العبارة، نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع الكلام بها، وهو الإعلام، والدليل عليه العرف والشرع أيضا أما العرف فظاهر)².

وحجج أصحاب الرأي الذي يجيز تصرف القادر على النطق المعبر بالإشارة ما يلي :

- الإشارة قد تسمى كلاما، فقد جاء في القرآن الكريم: ((قال رب اجعل لي آية ، قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا)) آل عمران الآية: 41.
- قبول الإشارة الصادرة من القادر على النطق في تعاملات الناس وعرفهم.

2- إجازة الأخرس:

ميّز الفقهاء بين الأخرس الذي يعرف الكتابة والذي لا يعرفها:

- الأخرس الذي يعرف الكتابة:

قال الفقهاء بأنه يمكن أن يعبر عن إرادته إما بالكتابة أو بالإشارة على حد سواء، لأن المناط هو الإفهام³، بينما قال بعض الفقه بأنه يتعين عليه التعبير بالكتابة لا بالإشارة لكونها أوضح من الاحتمال، وعليه لا يجيزون عقد الزواج بالإشارة ما دام يعرف الكتابة⁴، وخالفهم المالكية الذين ذهبوا إلى جواز التعبير عن الإرادة بالإشارة وإن كان الشخص قادرا على النطق والتعبير، وهو ما نص عليه التقنين المدني الجزائري بأن الإشارة وسيلة للتعبير عن الإرادة دون تفرقة بين صدورها من قادر عن الكلام أو عاجز عنه حيث جاء في المادة 60

¹ عند الحنفية: ابن نجيم ، البحر الرائق، ج5، المرجع السابق، ص 344؛ وعند الشافعية: السيوطي: الأشباه والنظائر، ط 1938، دار الكتب العلمية، ط1، 1983، لبنان، ص 312؛ وعند الحنابلة: ابن قدامة، المغنى ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، 1997، الرياض، ج8، ص412.

² الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج3، ص109.

³ الحنفية: ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، ط1، 1970، بيروت، ج 3، ص492.

الشافعية: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ط 1984، بيروت، ج6، ص 436.

⁴ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ط4، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1952، ص192.

منه: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

- الأخرس الذي لا يعرف الكتابة:

يرى جمهور الفقهاء أن إشارة الأخرس هي الوسيلة الأصلية للتعبير عن إرادته لكن بشرط فهمها، لأن حرمانه منها يحرمه من التعاقد، وفيه من الضرر ما لا يخفى. وقد ورد في بدائع الصنائع للكاساني بشأن عقد البيع أن: (النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنهايتهما وصحتهما، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت الإشارة مقام عبارته)¹. ولقد نصت المادة 70 من مجلة الأحكام العدلية: (إن الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان)².

وفي الأخير، فإن الإشارة في الحالات التي تعتبر فيها وسيلة للتعبير عن الإرادة، تصلح تعبيرا عن الإجازة.

ثانيا: الإجازة الضمنية

تكون الإجازة بالدلالة الضمنية إذا فعل المجيز فعلا يدل على الرضا والإقرار، ومثل ذلك أن يتصرف المالك للشيء المبيع في الثمن بأن يقبضه أو يهبه أو يتصدق به، وكذلك فإنه يعتبر قيام المالك بتسليم المبيع للمشتري أو أخذه الثمن منه إجازة بالفعل، وكذا هبة المالك الثمن للمشتري أو التصديق به عليه إجازة بالفعل، ولو قال المالك لا أجزى يكون ردا للبيع فيسقط ولا تلحقه الإجازة³.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق، ص 135.

² وهو ما نصت عليه المادة 263 من مرشد الحيران: (إيماء الأخرس خلقة أي إشارته المعروفة كالبيان باللسان فإذا باع الأخرس أو اشترى شيئا بإشارته المعروفة صح بيعه وشراؤه وإشارته معتبرة إن كان قادرا على الكتابة وكتابتها كإشارته).

³ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص 207.

ومثال الإجازة الضمنية في النكاح أن يدفع الزوج المهر أو تقبله المرأة، ومثاله في الخلع أن يقبض البذل¹.

ولقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 304 على الإجازة الفعلية: (الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا، والفسخ هو كل فعل يدل على عدم الرضا، مثلا لو كان المشتري مخيرا وتصرف في المبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره، كان إجازة فعلية يلزم بها البيع...).

هل تتم الإجازة بالسكوت؟

لا يعتبر السكوت إجازة، لأنه على قول الشافعي (لا ينسب لساكت قول)، فهو إذن لا يدل على الإرادة في إجازة العقد أو رفضه، عكس التعبير الضمني الذي يتجسد في موقف تستخلص فيه الإرادة ظروف إيجابية تدل عليه، ولهذا يقول فقه الشريعة الإسلامية إنه: (لا ينسب إلى ساكت قول)².

أما الحنفية، فالسكوت لا يعتبر إجازة ضمنية إلا إذا تضرر الغير، كما في بيع الفضولي لا ضرر على أحد من عدم اعتبار السكوت إجازة، ولكن الضرر على المالك بخروج ماله عن ملكه بدون رضاه³.

والحالات التي يكون فيها ضرر للغير، يتجه رأي الحنفية إلى اعتبار السكوت إجازة، مثلا: إذا رأى المالك المشتري يتصرف في ملكه الذي اشتراه من الفضولي ولم يغير ذلك، فإن سكوته يعتبر إقرارا أو إجازة، حتى لو قام بعد ذلك بطلب البطلان فلا تسمع دعواه⁴.

¹ جامع الفصوليين، المرجع السابق، ج1، ص231.

² السيوطي،، المرجع السابق، ص266. حيث جاء فيها: (لا ينسب إلى ساكت قول وهي عبارة الإمام الشافعي كما يقرر ذلك الإمام السيوطي).

³ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص208.

⁴ جامع الفصوليين، المرجع السابق، ج2، ص139، جاء فيه ما يلي: (رأه يبيع عرضا أو دارا وتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت تسقط دعواه).

ولذلك فقد رجّح الفقهاء ضرر المالك على ضرر الغير، لأنّ حقه في العين أسبق، وسكوت المالك يحتمل الرضا وعدم الرضا، حيث قال السرخسي: (لو جعلنا السكوت رضا تضرر به المالك ولزمه حكم تصرف الفضولي، لأن ملكه يزول ولو لم نجعله رضا تضرر به المشتري، فرجحنا جانب المالك لأن حقه في العين أسبق والمشتري هو المقر حين لم يسأل المالك أن البائع وكله أم لا واعتمد سكوتا محتملا... وبالمحتمل لا يزول الملك فلا يجعل ذلك تسليما منه للبيع)¹.

وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يلزم تصرف المشتري في المبيع بعلم المالك أو المجيز ليعتبر السكوت إجازة، بل يكفي أن يكون إنشاء تصرف الفضولي بعلم من المجيز ثم لا ينكره ليعتبر سكوته إقرارا لتصرف الفضولي².

فالسكوت كأصل عام لا يصلح دليلا على الرضا ولا على الإجازة، إذ لا ينسب إلى ساكت قول. وفي هذا المعنى نصت المادة 396/ف2 من مرشد الحيران على عدم اعتبار السكوت إجازة، إذ قضت بأن: (سكوت المالك عند بيع الفضولي ماله بلا إذنه لا يكون رضاء منه بالبيع).

ونستخلص أنّ صور التعبير عن إجازة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي تنطبق على صور التعبير عن إجازة العقد القابل للإبطال في التقنين المدني الجزائري. فقد نصت المادة 60 من تقنيننا المدني على أن التعبير عن الإرادة، وبالتالي التعبير عن الإجازة باعتبارها تصرفا إراديا، يكون بأية وسيلة من وسائل التعبير، من لفظ وكتابة وإشارة واتخاذ موقف يدل على مقصود صاحبه.

المطلب الثاني: كيفية إثبات الإجازة

سنتناول في هذا المطلب فرعين، نعرض في الأول المقصود بإثبات الإجازة وعبء الإثبات، ونعرض في الثاني محل الإثبات وطرق إثبات الإجازة.

1 المبسوط للسرخسي، المرجع السابق، ج30، ص140-141.

2 جامع الفصوليين، المرجع السابق، ج2، ص139.

الفرع الأول: المقصود بإثبات الإجازة وعبء الإثبات

أولاً: المقصود بإثبات الإجازة

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها¹. ومعناه أن إثبات أي واقعة قانونية كالإجازة مثلاً يكون بطرق محددة قانوناً من خلالها تثبت الحقيقة القضائية.

يقوم الإثبات على ثلاث مبادئ رئيسية وهي: نظام قانوني أي تنظمه قواعد يقرها القانون، مبدأ حياد القاضي أي يكون فيه القاضي محايداً، الخصوم يقومون فيه بالدور الإيجابي وهذا هو حق الخصم في الإثبات².

والأصل العام في الإثبات مقرر في الحديث الشريف: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)³. وهذا الحديث قاعدة أساسية في إثبات أي تصرفات يقوم بها المدعي عليه ويتحمل إثباتها المدعي.

ثانياً: عبء الإثبات

يقصد بعبء الإثبات تحمل إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المعروفة. فعلى من يدعي الإجازة إثباتها استناداً إلى القاعدة الفقهية القائلة بأن: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) المأخوذة من الحديث الشريف للنبي صلى الله عليه وسلم، وذلك هو نص المادة 76 من مجلة الأحكام العدلية.

القاعدة العامة في الإثبات أنّ المدعي هو المكلف قانوناً بإثبات دعواه وتقديم الأدلة، أمّا المدعي عليه فعليه إثبات العكس ونفي ما يدعي به خصمه.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 543.

² نفس المرجع، ص 544.

³ الحديث أخرجه البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنه في السنن الكبرى، ج 10، ص 202، ورواه الترمذي بلفظ (البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه)؛ سنن الترمذي الجامع الصحيح، ج 3، رقم الحديث 1341 ص 626؛ والبخاري في صحيحه، ج 3، ص 116.

فعبء الإثبات ينتقل من طرف إلى آخر في الخصومة حتى يعجز أحدهما عن إثبات إدعائه فيخسر دعواه¹. وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 323 بقوله: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

يكون الإثبات بتقديم الخصم للقاضي جميع ما تحت يده من الأدلة التي يسمح بها القانون، فإن لم يمكنه القاضي من ذلك، كان هذا إخلالا بحقه وكان سببا للطعن في الحكم بالنقض، غير أنه لا يجوز للمدعي أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون، كما لا يجوز له أن يطلب إثبات واقعة (كالإجازة) لم تتوافر فيها الشروط الواجبة، ويبقى للقاضي بعد كل ذلك الحرية في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم².

فينشأ على ذلك أن من يدعي إجازة التصرف عليه إثباتها، سواء كان المجيز أو غيره، بينما الطرف الآخر لا يكلف بالإثبات إذ يكفي أن ينكر مزاعم الخصم. والأصل هو عدم إجازة العقد أو التصرف، ويقع على من يدعي أنه أجزى، إثبات هذه الإجازة لأنه يدعي أمرا خلاف الثابت أصلا³.

الفرع الثاني: محل الإثبات وطرق إثبات الإجازة

أولا: محل الإثبات

محل الإثبات هو المصدر الذي ينشئ الحق المدعى به، ولا يقتصر المدعى به على أن يكون قيام حق، فقد يكون انقضاء هذا الحق، كالمدين يدفع بانقضاء الدين. وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله، بل وضع قانونيا كأسباب البطلان وأسباب الفسخ التي تلحق العقد⁴.

¹ مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحداث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص 22-23.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 547-548.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 32.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 550.

إن محل الإثبات هو الواقعة القانونية أو التصرف مصدر الأثر الشرعي أو القانوني للحق وليس الحق ذاته. ومنه فالمحل الذي يقع عليه الإثبات في مجال إجازة العقد الموقوف هو التصرف أو العمل المادي الذي يفيد حصول الإجازة. فإذا أثبت المدعي وقوع الإجازة من شرع له حق الوقف، كان على القاضي أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من آثار، فمثلاً، في بيع الفضولي لملك الغير لو ادعى المشتري أن المالك هو الذي سلم له المبيع ومعناه أجاز البيع، فمحل الإثبات هو واقعة التسليم إلى المشتري وكذا علم المالك بسبب توقف العقد لأنه صادر من الفضولي.

أما في إجازة العقد القابل للإبطال، فيجب إثبات أن الإجازة صادرة عن علم بالعيب الذي شاب التصرف المجاز¹.

أما في التصرف في ملك الغير، فيجب إثبات صدور الإقرار، أي إثبات أن المقر كان عالماً بالتصرف الذي يقره وبأنه خارج حدود النيابة إذا كان صادراً من نائب، وأن الغير أجراه في ماله دون أن تكون له سلطة في ذلك فأصدر الإقرار بناء على هذا العلم².

ثانياً: طرق إثبات الإجازة

الإجازة هي تصرف إرادي انفرادي ممن له الحق فيها لا يشاركه فيه الغير، الذي يعتبر أجنبياً عن العقد، فقد قرّر الفقهاء لهذا الغير إثباتها بكافة طرق الإثبات كالكتابة والقرائن وشهادة الشهود أو البيّنة والإقرار واليمين. وبالنظر إلى أن الأعمال التي تفيد الإجازة، سواء كانت تصرفات شرعية أو قانونية حسب مصطلح فقه القانون المدني، أو كانت وقائع مادية تمثل بالنسبة إليه وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة الوسائل من كتابة وشهادة وقرائن وإقرار واليمين، والتي نص عليها تقنيننا المدني في المواد من 324 إلى 350.

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 32.

² اسعد فاطمة، الرسالة السابقة، ص 175.

يتم إثبات الإجازة بطرق ووسائل هي نفسها الوسائل المستعملة في إثبات كافة التصرفات القانونية، ونذكر من هذه الوسائل:

أ- الإثبات بالكتابة

تعتبر الكتابة أهم وسيلة في الإثبات، وقد نص القانون المدني على الكتابة كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية. والكتابة هي كل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها لأن تكون دليلاً على من وقعها¹. وقد أمر القران الكريم بالكتابة لصون معاملات الناس من خلال أطول آية، وهي الآية 282 من سورة البقرة: (يا أيهل الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه...).

ولإثبات الإجازة بالكتابة، يكفي إفراغ محتواها في محرر رسمي أو عرفي، يستدل به المجيز أو المتعاقد الآخر أو من له مصلحة في الإجازة، وفي حالة مخالفة مضمون الإجازة يستعمل هذا المحرر كدليل قاطع.

ب- الإثبات بالقرائن

أنشأ المشرع الجزائري القرائن لتخفيف عبء الإثبات على المدعي، وذلك في نص المادة 337 بقوله: (القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

والقرينة نوعان، قانونية وهي التي نص عليها المشرع لإثبات واقعة معينة، وإما قضائية ترك المشرع أمر استنباطها للقاضي وفقاً لنص المادة 340 قانون مدني.

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2008، ص 68.

ج-الإثبات بالبيّنة

الإثبات بالبيّنة يكون بشهادة الشهود، الذين يثبتون أو ينفون التزام ما. وقد نصت المادة 333 على الإثبات بالبيّنة فيما لا يستوجب القانون إثباته كتابة أو في حالة توفر موجبات الإثبات بالبيّنة، سواء وجدت بداية إثبات بالكتابة أو لم توجد، وذلك في حالتين كما نصت المادة 336 ق م: (يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، كما في حالة التصرف بين الأزواج أو الفروع أو الأصول.

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته، وفي هذه الحالة يتعين على الدائن تقديم البيّنة على وجود هذا الدليل الكتابي الذي ضاع منه. وقد حددت المواد من 63 إلى 74 من قانون الإجراءات المدنية كيفية استعمال شهادة الشهود كدليل للإثبات).

د-الإثبات بالإقرار

الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بالواقعة القانونية المدّعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى (المادة 341 قانون مدني). والإقرار بهذا المعنى يكون حجة على المقرّ ولا يتجزأ على صاحبه فأما يؤخذ به كله أو يترك كله، وهذا ما نصت عليه المادة 342 من القانون المدني.

ه-الإثبات باليمين

اليمين هو حلف المدّعي لإثبات الواقعة المدعى بها وحلف المدّعى عليه لنفيها، نصت عليها المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تحقق الإجازة

إذا صدرت الإجازة من المميز مع كل شروط صحتها، يترتب على ذلك آثار تمس العقد المجاز وكذا أطراف العقد.

سندرس في هذا المبحث هذه الآثار في مطلبين نتناول في الأول الآثار المترتبة عن تحقق الإجازة في القانون المدني الجزائري، وفي الثاني الآثار المترتبة عن تحقق الإجازة في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: آثار الإجازة في القانون المدني الجزائري

أهم ما يترتب عن إجازة العقد في القانون المدني الجزائري هو تثبيت العقد وزوال حق التمسك بطلب الإبطال، بحيث يصبح العقد باتا بعد أن كان مهددا بالزوال.

سننتقل إلى آثار الإجازة في القانون المدني الجزائري في ثلاث فروع: ندرس في الأول آثار الإجازة بالنسبة إلى العقد المجاز، وفي الثاني نتناول آثار الإجازة بالنسبة إلى أطراف العقد، وفي الثالث آثار الإجازة بالنسبة إلى الغير.

الفرع الأول: آثار الإجازة بالنسبة إلى العقد المجاز

إذا أجزى العقد القابل للإبطال، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد، واستقر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال. وبذلك ينقلب العقد صحيحا بوجه بات.

فالعقد القابل للإبطال يملك وجودا قانونيا، فإذا صدرت الإجازة عليه استقر هذا الوجود نهائيا، وسقط حق المميز بإبطال العقد، وترتب عليه زوال هذا الحق أو سقوطه، وهذا هو الأثر الجوهرى للإجازة¹.

يعتبر العقد المجاز صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الإجازة، لأنّ للإجازة أثرا رجعيا ولكنّ هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، لا بالنسبة للغير ممن كسب حقا

¹ أنور طلبة، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ب.ت.ن، ص 184-185.

عينيا على الشيء موضوع العقد. فلو أنّ قاصرا باع عينا، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين، فإنّ إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن¹.

في هذا المثال، الإجازة لها أثر رجعي وهي تجعل عقد البيع صحيحا منذ تاريخ إبرامه في العلاقة بين البائع والمشتري، ولكن بالنسبة للغير وهو في هذا المثال الدائن المرتهن الذي اكتسب الرهن من البائع قبل إجازة البيع، فإنّ الإجازة تنفذ في مواجهته لأنّ حقه سابق عليها، وتبرير هذا الحكم أنّ القاصر الذي رهن العقار بعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازة البيع يعتبر قد نقل إلى الدائن المرتهن حقه في طلب إبطال البيع باعتبار ذلك من مستلزمات الرهن. فلا يجوز له بعد ذلك أن يجيز العقد القابل للإبطال إضرارا بالدائن المرتهن الذي أصبح من حقه أن يتمسك ببطلان البيع فيما يتعارض مع الحق في الرهن².

ولقد نصت المادة 100 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير) ، ويُفهم من هذه المادة أن للإجازة أثرا رجعيا منذ إبرام العقد وليس منذ صدور الإجازة، غير أنّ هذا الأثر يتعلق فقط بأطراف العقد ولا يتعلق بالغير.

غير أنّ هناك من فقهاء القانون من يعترض على أنّ الأثر الرجعي لا يضر الغير، ويرى بأنّه غير منطقي ولا يتفق مع اعتبار العقد صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يُقضى بإبطاله. فالأثر الرجعي للإجازة كالأثر الرجعي لتقادم دعوى الإبطال يجب أن يزيل حقوق الغير الذي تعامل مع معيب الإرادة، مع أنّه يعلم أنّ العقد الذي أبرمه هذا الشخص صحيح ومنتج لكل آثاره حتى يتم إبطاله، فيكون هذا الغير سيء النية وجزاؤه ألا يحترم حقه³.

وسنتناول في هذا المطلب بعض المسائل التي لها علاقة بآثار الإجازة على العقد

المجاز:

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق ، ص518.

2 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص105.

3 علي سليمان، المرجع السابق، ص83.

أولاً: الإجازة الكاملة والإجازة الجزئية

عند الإجازة، يجب التثبت إلى ما اتجهت إليه إرادة المميز، فقد تكون هذه الإجازة كاملة تشمل كل العيوب والشروط التي في العقد، وقد تكون جزئية تشمل فقط أحد العيوب أو أحد الشروط دون غيرها.

لا تحدث الإجازة أثرها إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذي انصبت عليه، والذي استهدف بها تصحيح العقد منه. فإن قام العقد على أكثر من عيب وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره، تصحح العقد منه ولكنه يبقى مشوباً بالعيوب الأخرى، وقابلاً للإبطال بسببها¹.

فإذا اعترى العقد مجموعة من العيوب تقتضي إبطاله، فالإجازة تتناول العيوب التي يعرفها المميز أثناء صدور الإجازة. ولا تتناول ما لا يعرفه المميز. كما أن للمميز أن يحصر إجازته على أحد تلك العيوب دون الآخر، وبذلك تكون الإجازة جزئية تتناول العيب المقصود من المميز، ويبقى باب قابلية إبطال العقد مفتوحاً من أجل العيوب الأخرى غير المقصودة بالإجازة.

ومثال ذلك، إذا أبرم ناقص الأهلية عقداً وشاب عقده عيب الغلط، وبعد بلوغه سن الرشد أجاز العقد فيما يتعلق بنقص الأهلية، بقي له الحق في طلب إبطال العقد للغلط².

إن المميز في الإجازة الجزئية ينزل عن التمسك بالإبطال بسبب أحد شروط صحة العقد ويتمسك بالإبطال من أجل شرط آخر، واختلف فقهاء القانون في مدى جواز الإجازة الجزئية، وذلك لأنها تؤدي إلى تغيير محتوى العقد الذي أسهم فيه الطرف الآخر³. فالعقد شريعة المتعاقدين، وقد تحدث ضرراً يلحق مصالح الغير نتيجة تجزئة وحدة العقد، بالإضافة إلى أن الإجازة هي إخراج حق التمسك بالإبطال، وبالإجازة الجزئية لا يزول هذا الأثر.

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 477.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المرجع السابق، ص 519.

³ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، المرجع السابق، ص 196.

ثانياً: عدم التأثير في مضمون العقد المجاز

الإجازة هي تصرف من جانب واحد، فلا يجوز للمجيز إضافة شروط أخرى للعقد من خلال إرادته المنفردة، لما يتضمنه ذلك من تعديل للعقد الذي يستلزم اتفاقاً جديداً بين الطرفين عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

فأثر الإجازة ينحصر في زوال حق المجيز في التمسك في الإبطال منذ تاريخ إبرام العقد وتأكيد صحة الآثار التي ترتبت على هذا العقد، وامتناع المجيز عن المعارضة في أي حق في أي حق يستند إلى هذا العقد¹.

الفرع الثاني: آثار الإجازة بالنسبة إلى أطراف العقد

إذا قرّر صاحب الحق في الإجازة إجازة العقد القابل للإبطال، فلن يكون له أن يتمسك بطلب الإبطال بعدها، وبذلك يطمئن الطرف الآخر بعدم زوال المعاملة أو التصرف بعدما كان مهدداً بالإبطال.

سندرس في هذا الفرع مسألتين اثنتين:

أولاً: أثر الإجازة يلزم صاحب الحق فيها فقط

يسقط حق المجيز في طلب إبطال العقد بعد صدور الإجازة منه، ويحرم من الاعتراض على آثار التصرف المجاز التي نتجت قبل أو بعد الإجازة، وكأنّ العقد صحيح منذ إبرامه. فخرج حق الإبطال من ذمة المجيز، إنما هو مبني على ما للإجازة من أثر نسبي ينصرف إلى المجيز دون سواه، فالإجازة لا تلزم إلا صاحبها.

لا يستطيع الخلف العام للمجيز ممارسة دعوى الإبطال إذا كان سلفه قد عدل عن حقه في التمسك به بإجازته للعقد، ذلك أن الخلف العام ليس من الغير بالنسبة إلى إجازة سلفه

¹ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 199.

حين تنتقل إليه الذمة المالية لهذا السلف أو جزء منها، بل يتقرر له نفس المركز القانوني لسلفه، ويتقيد بالآثار القانونية المترتبة على الإجازة الصادرة من سلفه¹.

ثانياً: تعدد الأشخاص المقرر لهم حق الإبطال

إذا أقرَّ القانون دعوى إبطال العقد لمصلحة عدة أشخاص، فإنَّ الإجازة الصادرة عن أحدهم الذي يزول حقه في طلب الإبطال، لا يكون لها أثر في مواجهة الآخرين، بل إنَّ حقهم في طلب الإبطال يظل قائماً، بينما يسقط حق المجيز في المطالبة بالإبطال.

وللأشخاص الذين لهم حق الإبطال أن يلزموا المجيز بتحمل نتائج إجازته بقدر حصته، وذلك لأن الإجازة شخصية لا تلزم إلا صاحبها تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بأن الشخص لا يلتزم بإرادة غيره.

الفرع الثالث: آثار الإجازة بالنسبة للمجيز

لا يقتصر أثر إجازة العقد على المتعاقدين فقط، وإنما يمتد كقاعدة إلى الغير، أي كل من اكتسب حقاً بمقتضى العقد القابل للإبطال وقبل الإجازة²

أثر الإجازة لا ينصرف إلى وقت صدورها فحسب، بل إلى وقت إبرام العقد، أي أن العقد يعتبر صحيحاً من وقت إبرامه، وهذه القاعدة تسري في العلاقة ما بين المتعاقدين ولكنها لا تسري في حق الغير، وهذا ما يقرّه المشرع صراحة في المادة 100 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: (يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير).

ومن الأمثلة التي يظهر فيها هذا الحكم، أنه إذا باع قاصر عيناً يملكها، وبعد بلوغه سن الرشد رهن نفس العين، ثم أجاز بعد ذلك البيع، فإنَّ الرهن يظل مع ذلك نافذاً في حق المشتري. فالإجازة لها أثر رجعي، وهي تجعل عقد البيع صحيحاً من وقت إبرامه في العلاقة

¹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 52.

² مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة قرطبة، أكادير، ط 2019، ص 150.

بين البائع والمشتري، ولكن بالنسبة للغير وهو في هذا المثال الدائن المرتهن الذي اكتسب الرهن من البائع قبل إجازة البيع. فإن الإجازة تنفذ في مواجهته لأنّ حقه سابق عليها، ويقال في تبرير هذا الحكم أنّ القاصر الذي رهن العقار بعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازة البيع، يعتبر قد نقل إلى الدائن المرتهن حقه في طلب إبطال البيع، باعتبار ذلك من مستلزمات الرهن. فلا يجوز له بعد ذلك أن يجيز العقد القابل للإبطال إضرارا بالدائن المرتهن الذي أصبح من حقه أن يتمسك ببطلان البيع فيما يتعارض مع الرهن¹.

المطلب الثاني: آثار الإجازة في الفقه الإسلامي

تطراً للإجازة على التصرفات الموقوفة وعلى العقود المقترنة بالخيار أو بعبء إرادي، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول أثر الإجازة على العقد الموقوف، ونتناول في الثاني أثر الإجازة على العقود المقترنة بالخيار أو بعبء إرادي.

الفرع الأول: آثار الإجازة على العقد الموقوف

العقد الموقوف هو عقد صحيح مشروع بأصله ووصفه، غير نافذ لتخلف أحد شروط النفاذ، لا يفيد حكمه ولا تترتب آثاره إلا بإجازته ممن له الحق في ذلك.

بعد صدور الإجازة، ينفذ التصرف الموقوف ويرتب آثاره ويفيد حكمه، سواء كان التصرف هو تصرف الفضولي أو تصرف ناقص الأهلية².

التصرفات الموقوفة نوعان، منها ما هو مرتبط بحق الغير كتصرف الفضولي وتصرف المريض مرض الموت، ومنها ما هو موقوف لنقص الأهلية كتصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر وتصرف السفية المحجور عليه.

سنتناول آثار الإجازة على العقد الموقوف في نقطتين، نستعرض في النقطة الأولى أثر الإجازة في تصرف الفضولي، وفي الثانية أثر الإجازة في تصرف ناقص الأهلية.

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص105.

2 محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص4-5.

أولاً: أثر الإجازة في تصرف الفضولي

الفضولي هو الشخص الذي يتصرف تصرفاً شرعياً، لكن ليست له ولاية عليه، كمن يبيع مالا دون ولاية أو وصاية، أو كمن يشتري لغيره شيئاً لم يوكله في شرائه، أو هو من يتصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً، دون تفويض شرعي، أو من يتدخل في شؤون غيره دون ولاية أو وصاية لإصدار هذا التصرف¹.

ولقد اختلف رأي الفقهاء في عقد الفضولي إلى قولين²:

- أنه موقوف على الإجازة، وإلى هذا ذهب المالكية، وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، وبه قال الحنفية في عقد البيع وفي بعض الصور في الشراء.
- أنّ عقد الفضولي باطل، وإلى هذا ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين والشافعية في القول الجديد، والظاهرية في عقد البيع.

يترتب على صدور الإجازة من المالك إسقاط حقه في إبطال العقد الموقوف فينفذ التصرف ويستقر، ولا يجوز له بعده إبطاله لأنّ الإجازة قد أخرجت هذا الحق من ذمته نهائياً³.

وسنتطرق الآن إلى أثر الإجازة على تصرف الفضولي من خلال دراسة العلاقات بين مختلف أطراف عقد الفضولي المجاز.

أ- العلاقة بين المالك المجيز والفضولي

للمالك الحقيقي الحرية في إجازة تصرف الفضولي أو رفضه، فإذا أجازه أصبح طرفاً فيه وأنتج العقد أثره اتجاه المالك، وبذلك يتحمل كافة الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد.

1 محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص337-338.

2 عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1، 1413هـ، ص44.

3 عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص232.

أما إذا امتنع المالك عن إجازة العقد، يبقى العقد عاجزا عن نقل الملكية إلى المشتري في عقد بيع الفضولي مثلا، إذ لا يرتب أي أثر من آثاره اتجاه المالك لأنه أجنبي عن العقد¹.

عملا بالقاعدة الفقهية: (إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)، فإنه إذا صدرت الإجازة من المالك، أصبح الفضولي بمثابة الوكيل في العقد المجاز منذ إبرام العقد وكأن المجيز وگله قبل انعقاد العقد، فيحكم العلاقة بين المجيز والفضولي والمتعاقد معه أحكام الوكالة، باعتبار أن المجيز هو الموكل والفضولي هو الوكيل والمتعاقد مع الفضولي هو المتعاقد مع الوكيل.

ويكون من أثر إجازة تصرف الفضولي أن يصبح تصرفه نافذا، ويكون حكم التصرف للمالك المجيز، ويعتبر الفضولي وكيلا وتطبق عليه أحكام الوكالة². وذلك عملا بالقاعدة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".

اختلف الفقهاء حول مسألة حقوق العقد، هل ترجع إلى الفضولي الذي أصبح وكيلا بالإجازة، أم ترجع إلى المجيز الذي يعتبر موكلا؟

يرى **الحنفية** أنّ من العقود والتصرفات ما يجب إضافته للموكل أو المجيز مثل: عقود النكاح والخلع، إذ تنتهي مهمة الفضولي بمجرد إبرام العقد، وبالتالي في هذه العقود لا يرجع إلى الفضولي شيء من الحقوق التي نتجت عن العقد.

ومن التصرفات والعقود ما لا يجب إضافته إلى الموكل، ويكفي أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه كالبيع والإيجار، وهنا نفرق بين أمرين، فإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه فترجع إليه كافة الحقوق، أما إذا أضاف العقد إلى موكله فلا يعود إليه شيء من الحقوق وتتنصرف إلى الموكل.

1 سليمان مرقس، شرح القانون المدني: العقود المسماة، عقد البيع، ط4، ب ب ن، 1985، ص509.

2 إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير، المرجع السابق، ص127-128.

أما المالكية فيقولون أنّ الفضولي يصير وكيلًا بالإجازة، ويفهم من ذلك أنّ الفضولي هو الذي تعود إليه حقوق العقد في المعاوضات المالية حتى وإن صرّح بأنه وكيل.

وعند الحنابلة يعترفون بحقوق العقد للموكل، سواء كان العقد مما يصلح إضافته للوكيل كالبيع أو مما لا يصلح إضافته كالنكاح.

ب-العلاقة بين الفضولي والمتعاقد معه

يحكم العلاقة بين الفضولي والمتعاقد معه على حسب ما إذا كانت حقوق العقد ترجع إلى الفضولي أو إلى المجيز، فإن كانت حقوق العقد ترجع إلى المجيز تنشأ مباشرة علاقة بين المجيز والمتعاقد مع الفضولي¹.

وإذا كانت حقوق العقد الذي قام به الفضولي ترجع إليه، تنشأ العلاقة بين الفضولي والمتعاقد معه، فإذا كان التصرف بيعاً كان للفضولي مطالبة المشتري بتسليم الثمن وللمشتري مطالبة الفضولي بتسليم المبيع².

ج-العلاقة بين المجيز وبين المتعاقد مع الفضولي

تنشأ هذه العلاقة كما ذكرنا من قبل، إذا كانت حقوق العقد ترجع إلى المجيز وليس الفضولي، ويطالب المجيز والمتعاقد مع الفضولي بحقوقهما وينتهي دور الفضولي، فمثلاً لو كان التصرف بيعاً من الفضولي، فللمجيز مطالبة المشتري المتعاقد مع الفضولي بدفع الثمن، وللمشتري المطالبة بتسليم المبيع. وأن كانت حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فإنه تنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المتعاقد معه، ولا يمكن للمالك المجيز مطالبة المتعاقد مع الفضولي بحقوقه إلا بإذن الفضولي³.

1 محمد بن محمد بن محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 415-418.

2 منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 178-180.

3 محمد محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 419-421.

إنّ صدور الإجازة من المالك بإرادته المنفردة يرتب التزام المالك من وقت صدور الإجازة منه بكلّ التزامات البائع، لأنّه حل محل الفضولي، ومن ثم تقوم علاقة مباشرة بين المالك المجيز والمشتري، ولهذا الأخير حق مطالبة المالك بتسليم المبيع له والرجوع عليه بالضمان في حالة وقوع التعرض أو استرداد المبيع أو كشف عيب في المبيع¹.

ثانياً: أثر الإجازة في تصرف ناقص الأهلية

يمكن للصبي المميز مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، غير أنّها تكون قابلة للإبطال لصالح ناقص الأهلية، ويستثنى من ذلك القاصر الذي تم ترشيده بحكم قضائي لمباشرة بعض التصرفات، مثلاً لممارسة الأعمال التجارية(المادة 38 قانون مدني)². فمن يكون بين سن التمييز وسن الرشد يكون ناقص أهلية³، غير أنّه يعتبر ناقص أهلية كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة.

إذا صدر تصرف من ناقص الأهلية وكان هذا التصرف دائراً بين النفع والإضرار، كان هذا التصرف موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي أو من الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد، لكي يفيد حكمه ويرتب التصرف آثاره.

فالإجازة على تصرف ناقص الأهلية أثر بالنسبة إلى التصرف ذاته، وبالنسبة إلى من صدرت منه الإجازة.

أ- أثر الإجازة على عقد ناقص الأهلية

يصبح العقد الموقوف الذي أبرمه الصبي المميّز نافذاً في حقه بعد صدور الإجازة، وبذلك تترتب نتائجه وآثاره هذا العقد المجاز.

1 سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص519-520.

2 عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ج ج، ص21.

3 حسن كبير، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص578.

وعليه، ينفذ العقد الموقوف بالإجازة، إذ يعتبر كأنه صدر بناء على إذن سابق من المجيز، فالإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، لأن الإجازة لم تنشئ العقد، إذ كان منعقدا صحيحا، والإجازة نفذته أي فتحت الطريق لآثاره الموقوفة لتسري، وتلحق تلك الآثار بالتصرف اعتبارا من تاريخ إبرام العقد لا من حصول إجازته¹.

فتصرف ناقص الأهلية هو تصرف موقوف على الإجازة وفق قانون الأسرة الجزائري لم يكن منتجا لأي من آثاره قبل إجازته، بل إن الإجازة هي التي تجعله ينتجها، ومن ثم كان طبيعيا استناد أثرها إلى وقت إبرام التصرف²، على عكس القانون المدني فهو منتج لآثاره منذ إبرامه غير أنه مهدد بالإبطال فقط.

ب- أثر الإجازة على مجيز عقد ناقص الأهلية

تصدر إجازة عقد ناقص الأهلية من وليه أو وصيه، أو من ناقص الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته، وسنتطرق إلى أثر الإجازة بالنسبة إلى المجيز سواء الولي أو الوصي أو بالنسبة إلى ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته.

1- أثر الإجازة على الولي أو الوصي

إذا صدرت الإجازة من النائب الشرعي لناقص الأهلية، ولم تكتمل أهلية هذا الأخير، ينفذ التصرف المجاز، ويسقط حق المجيز ولها كان أو وصيا في طلب إبطال العقد لاحقا. ولا يتمسك الصبي مثلا، بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد الذي سبق لوليه أو وصيه أن أجازه، إذ بالإجازة يسقط حق كل من ولي أو وصي الصبي المميز، وكذا حق الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد مستقبلا في طلب الإبطال.

1 جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 157-160.

2 محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 156-158.

2- أثر الإجازة على ناقص الأهلية

يترتب على إجازة ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته تنفيذ العقد وسقوط حقه في رفع دعوى الإبطال مستقبلاً.

فالمقصود بأثر الإجازة بالنسبة للقاصر بعد بلوغه سن الرشد هو إخراج خيار الإجازة أو الإبطال من ذمته نهائياً ومن ذمة ممثله، إذا صدرت منه والصبى لم يبلغ سن الرشد¹. وإذا أجاز الممثل الشرعي تصرف القاصر المميز، سرى العقد في حق المتعاقد مع القاصر. أما في حالة عدم إجازة التصرف أو رده، فلن يكون في وسع المتعاقد مع القاصر إلا الانتظار إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد لعله يجيز التصرف بدلاً من طلب إبطاله.

إذا كان الحق في إجازة العقد أو إبطاله مخولاً قانوناً لكلا طرفي العقد، بأن كان كل منهما صبياً مميزاً، فإن الإجازة الصادرة من أحدهما تسقط حقه هو في طلب الإبطال، ولا تؤثر في حق المتعاقد الثاني الذي يظل قادراً على التمسك بالإبطال، فإن طلب الإبطال سقط العقد وأصبح كأنه لم يكن، وسبب ذلك أن أثر الإجازة نسبي ينصرف فقط إلى من صدرت منه².

الفرع الثاني: أثر الإجازة في العقد المقترن بخيار عقدي أو بعيب إرادي

إذا كان العقد مقترناً بأحد الخيارات العقدية أو عيوب الإرادة أنتج كل آثاره وأفاد حكمه، إلا أنه يبقى غير لازم لذي الخيار أو لمعيب الإرادة، أمّا إذا أُجيز هذا العقد أصبح لازماً واستمر في ترتيب آثاره.

أولاً: أثر الإجازة في العقد المقترن بخيار عقدي

إذا اقترن العقد بأحد الخيارات العقدية كخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب، أصبح هذا العقد غير لازم لصالح من ثبت الخيار في إجازته أو رده.

¹ محمد سعيد جعفرور وإسعد فاطمة، المرجع السابق، ص 157.

² نفس المرجع، ص 156-158.

كما جاء في البدائع للكاساني، في حالة العقد المقترن بخيار العيب أن: (حكم المبيع بعيب هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط، وهو ملك غير لازم لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع)¹. وجاء في شرح الخرشي أن: (بيع الخيار بيع وقف بثُّه على إمضاء يُتَوَقَّع)².

يترتب عن العقود المقترنة بخيار عقدي كلُّ آثار العقد منذ انعقاده، غير أن هذا العقد ينقضي بمجرد إبطاله من طرف المتعاقد ذي الخيار، وذلك استناداً إلى تاريخ إبرامه، أمّا إذا أجازته، فيترتب على الإجازة لزوم العقد واستمراره في إنتاج آثاره، وذلك لسقوط الخيار بالنسبة إلى من صدرت منه الإجازة.

ثانياً: أثر الإجازة في العقد المقترن بعيب إرادي

إذا شاب إرادة العاقد عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، كان لمعيب الإرادة فسخ العقد أو إجازته، فإن هو أجازته ترتب على ذلك أن يصبح العقد لازماً في حقه فيستمر في ترتيب آثاره كما لو لم يكن غير لازم بالنسبة إليه أبداً. ونرى أن العقد غير اللازم هذا صورة مماثلة للعقد القابل للإبطال في القانون المدني، فكل منهما ينتج آثاره إلى أن يُعمل العاقد خياره في إجازته أو إبطاله، فإذا حكم بالإبطال زال وانقضى، وإن أُجيز تأيّد واستقر نهائياً³.

الفرع الثالث: الإجازة لا تضر بحقوق الغير

الغير في العقد الموقوف هو الشخص الذي لا يكون طرفاً في هذا العقد، والذي يكتسب ما بين إبرام العقد وصدور الإجازة حقوقاً على محل العقد، وهذه الحقوق تتأثر بإجازة التصرف بأثر رجعي¹.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص273-274.

² الخرشي، شرح الخرشي، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، 1317هـ، مصر، ج5، ص109.

³ محمد سعيد جعفرور: إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص218.

مثلاً، لو أنّ فضولياً باع شيئاً لآخر، ثم في فترة توقف التصرف قام مالك الشيء ببيعه إلى مشتري ثاني، وفي فترة لاحقة أجاز المالك تصرف الفضولي، فحكم الإجازة ينفذ التصرف بأثر رجعي أي يعود إلى تاريخ إبرام العقد، الذي يعني أن المشتري الأول يعتبر مالكا للشيء من تاريخ إنشاء العقد، فيعتبر البيع الثاني تصرفاً صادراً من غير مالك².

وسنتناول في هذا الفرع ثلاث مسائل:

أولاً: إذا كان تصرف الفضولي نازعاً للملك

قد يعتبر التصرف الذي قام به المالك في المثال السابق رفضاً لإجازة تصرف الفضولي، وعليه تنتقل الملكية للمشتري الثاني من المالك، وذلك شرط علم المالك بتصرف الفضولي.

ولكن إذا كان المالك على غير علم بتصرف الفضولي بالبيع، فلا يُقال إنه رفض تصرف الفضولي لأن رفض العقد هو تصرف قانوني يجب إبراز قصده. ففي هذا المثال نرى أن خروج المبيع من ملك المالك يبطل التصرف الموقوف، لأن طروء ملك بات على ملك موقوف يبطل الموقوف ولا يبقى محل للإجازة، ويستقر الملك للمشتري من المالك وهو ما استقر عليه الفقه الحنفي والفقه الزيدي³.

كما أن إجازة تصرف الفضولي بعد البيع ليس لها أثر، لأنه أصبح غير مالك استناداً إلى كون الإجازة تحدث أثرها إذا كانت صادرة من مالكها وليس الغير.

¹ محمد اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص428، حيث جاء فيه: (والتصرف الذي يرتب حقوقاً للغير هو التصرف النافذ وهو الذي يعتد به، أما إذا كان التصرف إلى الغير موقوفاً فإنه إذا أجاز المالك أحد التصرفات الموقوفة جاز بذاته وبطل ما عداه).

² أسعد فاطمة، الرسالة السابقة، ص192.

³ السرخسي، المبسوط، ج11، المرجع السابق، ص65؛ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص429.

ثانياً: إذا كان تصرف الفضولي غير نازع للملك

يرى الدكتور محمد اسماعيل الغشم، كما في المثال السابق أنّ تصرف المالك اللاحق لتصرف الفضولي هو تصرف صادر من المالك وهو تصرف نافذ، فإذا كان هذا التصرف ليس مزيلاً للملك كأن يكون تصرفاً بالإيجار أو الرهن ثم قام المالك بإجازة تصرف الفضولي، فإن الأثر المستند للإجازة يقضي بأن التصرف ينفذ من تاريخ صدوره، ومعنى ذلك أن تصرف المالك اللاحق يصبح تصرفاً صادراً من غير مالك، فيتوقف إذن على إجازة المشتري فإن أراد أجازته فينفذ في حقه وإن شاء رده فيفسخ ويزول. لذلك نقول بأنه لا ينبغي أن يضر الأثر المستند للإجازة بحقوق الغير التي اكتسبها في الفترة ما بين التصرف والإجازة، حيث يكون المشتري تلقى الحق من مالك مسلوب المنفعة أو محمل بحق الرهن، فيكون للمشتري الفسخ لظهور البيع مستأجراً أو مرهوناً¹.

ثالثاً: في حالة تصرف الصبي المميز

إذا باع قاصر مميز شيء ما مثلاً، وعند بلوغه سن الرشد باع الشيء ذاته إلى شخص آخر، ثم أجاز العقد الأول، فالبيع الثاني يعتبر رفضاً لإجازة التصرف السابق حيث يزيله ولا يبقى للإجازة معنى.

لكن يختلف الأمر فيما لو قام ولي القاصر ببيع المحل ذاته دون أن ينتبه إلى تصرف القاصر ثم بعد علمه بتصرف القاصر قام بإجازته فما هو أثر الإجازة؟

في هذه المسألة، نرى أنه ليس للإجازة أي تأثير، لأن الشيء خرج من ملك ناقص الأهلية، الأمر الذي يبطل التصرف الموقوف لطوء الملك البات عليه، إضافة إلى اعتبار الإجازة بعدها صادرة من شخص أجنبي على محل العقد، وبالتالي لا تحدث أي أثر. أما لو تصرف الولي في العين بالرهن أو الإيجار ثم علم بتصرف ناقص الأهلية بالبيع وأجازته

¹ محمد بن اسماعيل الغشم، المرجع السابق، ص 431.

وأحدثت الإجازة أثرها، فإنه ينبغي أن لا يضر هذا الأثر بحقوق الغير التي اكتسبها في الفترة ما بين إبرام التصرف والإجازة¹، فيكون للمشتري الخيار، لظهور المبيع مرهونا أو مستأجرا. فالإجازة لا تضر بحقوق الغير في أغلب الأحيان، لأن التصرف الموقوف لم يرتب عليه أي أثر، وبالتالي فإن زواله لا يؤثر على حقوق مكتسبة، وكما في حالة رفض التصرف حيث يزول التصرف ولا يبقى للإجازة مجال بعد ذلك، وهو منطوق يؤدي إلى ضمان استقرار المعاملات. أما في حال إبرام تصرف لاحق رتب حقوقا للغير بطريقة صحيحة، فإن هذا التصرف هو الذي ينبغي أن يحصن وتحمى الحقوق التي رتبها، وبالتالي لا يسمح بإجازة التصرف الموقوف، وحينها يبطل التصرف الموقوف بطرء الملك البات على الموقوف، والقول بخروج الشيء عن ملك من يملك الإجازة يبطل الموقوف².

¹ يقول عبد المنعم الصدة في بحثه: العقد بين الصحة والبطلان في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص 239 ما يأتي: (... أن عدم نص القانون العراقي على استناد أثر الإجازة ألا يضر بحقوق الغير يجعل من الممكن أن تضر الإجازة بهذه الحقوق). نقلا عن: محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي

² اسعد فاطمة، الرسالة السابقة، ص 195.

الخاتمة

من خلال هذه المذكرة المتواضعة، حاولت أن ألقى الضوء على موضوع مهم وهو إجازة العقد، واعتمدت دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري. وفي كلاهما تم تناول موضوع الإجازة. ففي الفقه الإسلامي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف أو غير النافذ، فالإجازة ترد على مثل هذه العقود، غير أنه في القانون المدني الجزائري ترد الإجازة على العقد القابل للإبطال الذي هو عقد منتج لجميع آثاره وترد كذلك على العقود المقترنة بشرط الخيار.

تعتبر الإجازة في الفقه الإسلامي تصرفا لاحقا لتصرف شرعي غير نافذ تم إبرامه، غير أنها تكون بقصد إبعاد خطر الزوال الذي كان يهدد العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري.

لفظ الإجازة الذي يستعمله القانون المدني الجزائري والذي استعاره من المشرع المصري والفقه الإسلامي لا يضيف أي معنى للعقد القابل للإبطال. والأفضل استعمال لفظ التأييد كما جاء في القانون المدني الفرنسي وفي الصياغة الفرنسية للقانون المدني الجزائري في المادة 100 من خلال لفظ Confirmation. ويخطط قانوننا المدني بين مصطلحي الإجازة والإقرار مع أنهما مختلفان.

إن خصائص الإجازة في القانون المدني الجزائري تتفق مع الفقه الإسلامي في أنها تصرف انفرادي وإسقاطي وكاشف.

المجيز في القانون المدني الجزائري أو في الفقه الإسلامي هو كل من خوّله القانون أو الشرع حقا في طلب إبطال العقد أو فسخه.

لم يرد في القانون المدني الجزائري أي شرط أو شكل معين للإجازة، غير أنه يمكن استخلاص جملة من الشروط الموضوعية من المبادئ العامة في القانون، فيشترط في الإجازة ما يشترط في بقية التصرفات القانونية. أما في الفقه الإسلامي فلم يعالج سوى تلك

المتعلقة بإجازة تصرف الفضولي، إلا أن الشروط الأخرى يمكن صياغتها وفق منطق الفقه الإسلامي العام.

فيما يخص التعبير عن الإجازة، يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري، ففي كليهما تكون إما صريحة أو ضمنية. أما ما سميناه بالإجازة المفترضة أو المقدره فيمكن إيجاد ما يقابله في الفقه الإسلامي، مثلا في حالة سقوط خيار صاحب الخيار في الإجازة أو الفسخ بمضي المدة.

أما أثر الإجازة، ففي القانون المدني هو زوال حق الإبطال من المجيز واستمرار العقد في إنتاج آثاره بصورة مشابهة قبل الإجازة، وفي الفقه الإسلامي، فالأثر هو تنفيذ العقد منذ تاريخ إبرامه بعد أن كان موقوفا لنقص شرط من شروط صحته أو لأحد العيوب التي شابته. يظهر من نص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري الذي يقرر الأثر الرجعي للإجازة، أنه غير صائب لأن الإجازة لا تنتج أثرا لم يكن له من قبل، بل تؤيد هذه الآثار وتمنع احتمال زوالها، وبالتالي لا يمكننا أن نتصور الأثر الرجعي الذي يمكن أن يضر بحقوق الغير. أما في الفقه الإسلامي، فالعقد الموقوف لم ينتج أية آثار والإجازة هي التي تجعله ينتجها، وبالتالي فلقد أصاب باستناد أثر الإجازة إلى تاريخ إنشاء العقد، وكذلك لا مجال أصلا في الفقه الإسلامي للكلام عن أثر الإجازة بالنسبة إلى الغير، ذلك أنه لم ينشأ عنه قبل الإجازة أي حق حتى بالنسبة للمتعاقدين، وبالتالي لا يتصور إضرار الإجازة به.

عند المقارنة بين محل الإجازة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أي بين العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف، نرى أن فكرة العقد الموقوف أفضل لأن القول بعدم التنفيذ يحقق الحماية ويمنع الضرر، على عكس فكرة العقد القابل للإبطال الذي يعتبر صحيحا نافذا رغم ما شابهه من عيب حتى يجاز أو يبطل. والعقد الموقوف أيضا لا يدع مجالاً للإضرار بالغير إذ لا ينفذ قبل إجازته.

ونقترح في الأخير أن يأخذ المشرع الجزائري بفكرة العقد الموقوف، لما تحققت من حماية وتمنع الضرر، ولأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول للقانون الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: في اللغة

1. بن منظور، لسان العرب، ج 5، دار المعارف، القاهرة.
2. أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الأميرية، 1909.

ثانياً: في الفقه الإسلامي

1. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1976، ب ب ن.
2. النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، ب ت ن، ب ب ن، ج9.
3. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1995، القاهرة، ج4.
4. فخر الدين الحسن بن منصور، فتاوي قاضيخان، دار الكتب العلمية، ط1، 2009، بيروت، ج2.
5. الخرشي، شرح الخرشي، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، 1317هـ، مصر، ج5.
6. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، ط1984، بيروت، ج6.
7. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ب ط، ج19.
8. السيوطي: الأشباه والنظائر، ط1938، دار الكتب العلمية، ط1، 1983، لبنان.
9. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة مكتبة النهضة، بيروت ج1.
10. ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، ط1، 1970، بيروت، ج3.
11. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، دار الفكر، بيروت، 1966.
12. ابن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ، بيروت.

13. ابن قاضي سماوه، جامع الفصوليين، المطبعة الأزهرية، 1300هـ ج 1
14. ابن قدامة، المغنى ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، ط3، 1997، الرياض.
15. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ب ب ن، ب ت ن.
16. عبد الله بن عبد الواحد بن عبد الكريم الخميس، التصرفات الموقوفة في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1، 1413هـ.
17. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996.

ثالثاً: في القانون

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: إجازة العقد القابل للإبطال، ط 1983.
2. إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
3. أنور طلبة، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ب.ت.ن.
4. توفيق حسن فرج ومحمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، القاهرة، 1989.
5. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
6. حسن كيره، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
7. خالد محمد حسنين ابراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

8. رشاد السيد ابراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1984.
9. سليمان مرقس، شرح القانون المدني: العقود المسماة، عقد البيع، ط4، ب ب ن، 1985.
10. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الحق، ط2009، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
12. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1954.
13. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة: دراسة مقارنة معمقة بالفقه الإسلامي، ب ب ن، 1984.
14. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ج4، ط 1958م.
15. علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ط4، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1952.
16. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2005، الجزائر.
17. كمال حمدي: الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الاسكندرية، ب.ت.ن.
18. مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مصادر الإلتزامات، ط1972، 2، بيروت.

19. محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة: التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2000.
20. محمد سعيد جعفرور واسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2000.
21. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه، ط 2009.
22. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
23. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط4، ب ت ن، دار الهدى، عين مليلة.
24. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2008.
25. مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحداث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012.
26. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة، عمان، 2012.
27. مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة قرطبة، أكادير، ط2019.
28. محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ط2، 1891.

الرسائل والمجلات

1. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1968.
2. عبد العزيز مصطفى الخالد، العقد الموقوف والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، 1979، السعودية.
3. محمد بن محمد بن محمد اسماعيل الغشم، إجازة التصرفات: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1995.
4. اسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2015.
5. محمد زكي عبد البر: مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري، العددان 1 و2، القاهرة، 1956.
6. محمد جبر الألفي، الفضالة: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وبلدان الشرق الأوسط، مجلة الحقوق والشرعية، العدد3، الكويت، 1980.

النصوص القانونية

1. مجلة الأحكام العدلية: الصادرة بالدولة العثمانية سنة 1876، مستمدة من التقنين المدني العثماني، والذي طبق في أغلب الدول العربية.
2. الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية العدد:78، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.
3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الفهرس

- 1.....مقدمة
- 4.....الفصل الأول: ماهية إجازة العقد
- 6.....المبحث الأول: مفهوم الإجازة
- 6.....المطلب الأول: تعريف الإجازة وصاحب الحق في الإجازة
- 6.....الفرع الأول: تعريف الإجازة
- أولاً: التعريف بالإجازة
- لغة.....6
- ثانياً: التعريف بالإجازة في القانون المدني الجزائري.....6
- ثالثاً: تعريف الإجازة في الفقه الإسلامي.....7
- رابعاً: مقارنة بين تعريف الإجازة في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي 8
- أ- أوجه الشبه.....8
- ب- أوجه الاختلاف.....9
- الفرع الثاني: صاحب الحق في الإجازة أو المجيز.....9
- أولاً: تحديد المجيز في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.....9
- أ- تحديد المجيز في القانون المدني الجزائري.....9
- 1- ناقص الأهلية.....10
- 2- معيب الإرادة.....10
- ب- تحديد المجيز في الفقه الإسلام.....11
- 1- المجيز في بيع الفضولي.....12

- 2-المجيز في حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة.....13
- ثانيا: موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدور الإجازة.....17
- أ- موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدور الإجازة في القانون المدني الجزائري.....17
- ب-موت صاحب الحق في الإجازة قبل صدور الإجازة في الفقه الإسلامي....18
- المطلب الثاني: خصائص الإجازة وتمييزها عن الإذن والإقرار.....19
- الفرع الأول: خصائص الإجازة.....19
- أولا: الإجازة تصرف انفرادي.....19
- ثانيا: الإجازة تصرف إسقاطي.....21
- ثالثا: الإجازة تصرف كاشف.....22
- الفرع الثاني: تمييز الإجازة عن الإذن والإقرار.....22
- أولا: الإجازة والإذن.....22
- ثانيا: الإجازة والإقرار.....23
- المبحث الثاني: شروط صحة الإجازة.....25
- المطلب الأول: شروط صحة الإجازة في القانون المدني الجزائري.....25
- الفرع الأول: الشروط الموضوعية للإجازة.....25
- أولا: أن يكون العقد قابلا للإبطال:.....26
- ثانيا: علم المجيز بالعيب واتجاه ارادته نحو الإجازة.....26
- ثالثا: زوال عيب الإرادة أو نقص الأهلية عند صدور الإجازة:.....27
- الفرع الثاني: الشروط الشكلية للإجازة.....27

- المطلب الثاني: شروط صحة الإجازة في الفقه الإسلامي.....28
- الفرع الأول: الشروط المتفق عليها.....28
- أولاً: وجود المجيز الأهل للإجازة.....28
- ثانياً: عدم تقدم الرد أو البطلان على الإجازة.....29
- الفرع الثاني: الشروط التي وافق الحنفية على اشتراطها.....29
- أولاً: صدور الإجازة ممن يملك التصرف.....29
- ثانياً: مطابقة الإجازة للعقد.....30
- ثالثاً: الشروط التي انفرد الحنفية بها.....30
- أ- وجود المتعاقدين.....30
- ب- وجود المعقود عليه.....31
- ج- وجود الثمن.....31
- الفصل الثاني: التعبير عن إرادة الإجازة والآثار المترتبة عن تحققها.....33
- المبحث الأول: التعبير عن إرادة الإجازة وكيفية إثباتها.....35
- المطلب الأول: التعبير عن إرادة الإجازة.....35
- الفرع الأول: التعبير عن إرادة الإجازة في القانون المدني الجزائري.....35
- أولاً: الإجازة الصريحة.....35
- ثانياً: الإجازة الضمنية.....36
- ثالثاً: الإجازة المفترضة أو المقدرة.....38
- الفرع الثاني: التعبير عن إرادة الإجازة في الفقه الإسلامي.....39
- أولاً: الإجازة الصريحة.....40

- 40.....أ-الإجازة باللفظ.
- 41.....ب-الإجازة بالفعل.
- 41.....ج-الإجازة بالكتابة.
- 42.....1-إشارة القادر على النطق.
- 43.....2-إجازة الأخرس.
- 44.....ثانيا: الإجازة الضمنية.
- 45.....هل تتم الإجازة بالسكوت.
- 46.....المطلب الثاني: كيفية إثبات الإجازة.
- 47.....الفرع الأول: المقصود بإثبات الإجازة وعبء الإثبات.
- 47.....أولا: المقصود بإثبات الإجازة.
- 47.....ثانيا: عبء الإثبات.
- 48.....الفرع الثاني: محل الإثبات وطرق إثبات الإجازة.
- 48.....أولا: محل الإثبات.
- 49.....ثانيا: طرق إثبات الإجازة.
- 50.....أ-الإثبات بالكتابة.
- 50.....ب-الإثبات بالقرائن.
- 51.....ج-الإثبات بالبيّنة.
- 51.....د-الإثبات بالإقرار.
- 51.....هـ-الإثبات باليمين;.
- 52.....المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تحقق الإجازة.

- 52.....المطلب الأول: آثار الإجازة في القانون المدني الجزائري.
- 52.....الفرع الأول: آثار الإجازة بالنسبة إلى العقد المجاز.
- 54.....أولا: الإجازة الكاملة والإجازة الجزئية.
- 55.....ثانيا: عدم التأثير في مضمون العقد المجاز.
- 55.....الفرع الثاني: آثار الإجازة بالنسبة إلى أطراف العقد.
- 55.....أولا: أثر الإجازة يلزم صاحب الحق فيها فقط.
- 56.....ثانيا: تعدد الأشخاص المقرر لهم حق الإبطال.
- 56.....الفرع الثالث: آثار الإجازة بالنسبة للغير.
- 57.....المطلب الثاني: آثار الإجازة في الفقه الإسلامي.
- 57.....الفرع الأول: آثار الإجازة على العقد الموقوف.
- 58.....أولا: أثر الإجازة في تصرف الفضولي.
- 58.....أ-العلاقة بين المالك المجيز والفضولي.
- 60.....ب-العلاقة بين الفضولي والمتعاقد معه.
- 60.....ج-العلاقة بين المجيز وبين المتعاقد مع الفضولي.
- 61.....ثانيا: أثر الإجازة في تصرف ناقص الأهلية.
- 62.....أ-أثر الإجازة على الولي أو الوصي.
- 63.....ب-أثر الإجازة على ناقص الأهلية.
- 63.....الفرع الثاني: أثر الإجازة في العقد المقترن بخيار عقدي أو بعيب إرادي.
- 63.....أولا: أثر الإجازة في العقد المقترن بخيار عقدي.
- 64.....ثانيا: أثر الإجازة في العقد المقترن بعيب إرادي.

- 64.....الفرع الثالث: الإجازة لا تضر بحقوق الغير.
- 65.....أولاً: إذا كان تصرف الفضولي نازعاً للملك.
- 66.....ثانياً: إذا كان تصرف الفضولي غير نازع للملك.
- 66.....ثالثاً: في حالة تصرف الصبي المميز.
- 68.....الخاتمة.
- 71.....قائمة المصادر والمراجع.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila



جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
Université Mohamed Boudiaf M'sila

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Chancellorship of the College for Studies and
Student Affairs

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسابقات المرتبطة بالطلبة



وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

إجازة العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي
- دراسة مقارنة -

إعداد الطلبة:

1- د. شوشة سعد رقم التسجيل: 161635112343

2- رقم التسجيل:

القسم: العلوم الإسلامية الشعبية، شريعة وقانون التخصص شريعة وقانون
إشراف: بن مختار إبراهيم الرتبة: أستاذ محاضر - أ -

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طويلة الموسم الجامعي: 2020-
2021 وأسمح بإيداعه على مستوى إدارة القسم للمناقشة.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وامضاء المشرف(ة):

رئيس القسم

بالواقعة
ع. م.

Web site : <http://virtuelcampus.univ-msila.dz/facshs/> الرقم الإلكتروني:
Face book : <https://www.facebook.com/FshsUinvMsila/> الفيسبوك
Tel / Fax : + 213 35 35 3044 هاتف/فاكس: