أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون

أ.م.د.عبد القادر عزيز احمد الحيالي

كلية التربية- الطارمية/ قسم علوم القرآن والتربية الإسلامية

المقدمة

الحمد لله منزل الكتاب ومسبب الأسباب، خاطب بالتكاليف الشرعية وتحمل المسؤولية ذوي العقول والألباب، فله الحمد حتى يرضى وله الشكر على نعمه التي لا تحصى والصلاة والسلام على خير المرسلين محمد ﷺ وعلى اله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

إن من نعم الله ﷻ على خلقه، أن خلق فيهم المواهب، وأمرهم أن يستعملوها فيما خُلِقت له، فوهب لهم نِعَم العقل والحواس والمشاعر ليسترشدوا بها إلى عبادته والوفاء بعهده، فيكون الإنسان الملم بهذه النعم– كامل الأهلية– ملزماً بحفظ العقود والوفاء بالعهود، أما إذا اعترضه عارض فأزال عنه نعمة من هذه النعم أصبح– ناقص الأهلية أو فاقدها– غير ملزم بأداء العبادات أو الوفاء بالعقود، وما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في تحديد خطاب الشارع وتعلقه بأفعال المكلفين فقد أهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالأهلية وبالأحكام التي تتعلق بها عند نقصانها أو فقدانها، وأولوا هذا الموضوع جانباً من الاهتمام لذا نرى ان كثير من العبادات والمعاملات في الشريعة الإسلامية تكون باطلة إذا أجريت من غير مؤهل لممارستها لأن شرط صحتها توافر الأهلية، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الوضعي فقد عنى مشرعوه بالأهلية القانونية وهذا ما نجده واضحاً عند دراستنا لبعض التصرفات التي تتطلب أهلية قانونية كالادعاء بحق أمام القضاء والإقرار بحق أو الشهادة على حق... الخ، وشعوراً مني أن موضوعاً كهذا يستحق وقفة عنده لاتصاله بواقع المجتمع: فهو الذي يحدد مركز المكلف من خلال علاقته بالخالق من جهة وبالأشخاص أو المجتمع من جهة أخرى لذا أثبته عنواناً ضمن الخطة البحثية لكلية الشريعة والقانون باسم (أهلية التعاقد وأحكام فاقديها بين الشريعة والقانون) فأنتظم البحث في ثلاثة مباحث وخاتمة تبرز أهم نتائج البحث.

فتضمن **المبحث الأول:** الحديث عن ماهية أهلية التعاقد فعرفت الأهلية تعريفاً لغوياً وشرعياً وقانونياً ثم أبرزت أهم أنواع الأهلية وكذلك الحال بالنسبة للعقد في التعريف والأنواع.

أما **المبحث الثاني:** فقد خصصته للحديث عن أهم العوامل التي تتأثر بها الأهلية في الشريعة الإسلامية وكذلك القانون الوضعي.

أما **المبحث الثالث:** فقد تحدثت فيه عن حكم تصرفات فاقدي الأهلية من الناحية الشرعية والناحية القانونية، أما الخاتمة فقد دونت فيها أهم ما توصلت إليه في البحث من نتائج وقد اعتمدت على المصادر التي لها علاقة بهذا الموضوع من فقهية وقانونية، وأخيرا وليس أخراً أرجو أن أكون قد وفقت في هذا البحث المتواضع واسأل الله تعالى أن يكون خالصاً لوجهه الكريم إنه نعم المولى ونعم النصير.

المبحث الأول
ماهية أهلية التعاقد وأنواعها

(أهلية التعاقد) مركب إضافي، يعرف معناه بعد معرفة كل جزئية، المضاف والمضاف إليه فهو مكون من جزئيتين **(أهلية)** و**(العقد)** فسنأخذ ماهية كل جزئية مع أنواعها، ويتكون هذا المبحث من مطلبين:

المطلب الأول- ماهية الأهلية وأنواعها:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف الأهلية لغةً وشرعاً وقانوناً

الأهلية لغة: ومعناها الصلاحية للشيء[١]، وقيل معناها: صلاحية الإنسان لصدور الشيء عنه، أو طُلِب منه وقبوله إياه، فيقال أن فلاناً هو أهل لما هو قائم به أو بالعكس[٢]، ومن ذلك قوله تعالى ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾ [الفتح: ٢٦].

الأهلية شرعاً: هي عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أو لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا[٣].

الأهلية قانوناً: «هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق قبل الغير وتثبت التزامات نحوهم»[٤].

المسألة الثانية: أنواع الأهلية

وهي على نوعين: أهلية الوجوب، أهلية الأداء.

١. أهلية الوجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وتجب عليه واجبات[٥]، وهذا النوع يلازم الإنسان منذ بداية حياته، ويكون شرط ثبوتها الحياة، ويطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح (الذمة) وتعرّف بأنها وصف شرعي مقدر يصير به الإنسان أهلا لما يجب له وعليه[٦]، أما فقهاء القانون المدني فيعرفون أهلية الوجوب بأنها صلاحية الشخص ليكون له حقوق وعليه التزامات[٧]، وهذه الأهلية بالمعنى المتقدم وصف في الشخص الذي يأخذه القانون بعين الاعتبار الذي إما أن يكون طبيعياً– وهو الإنسان– أو معنوياً والذي يسميه أهل القانون شخص حكمي أو اعتباري وهو إما أن يكون مجموعة من الأشخاص تهدف إلى غاية معينة وقد أصبح لهذه المجموعة ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين لها كالشركات والجمعيات والنقابات والنوادي... الخ، أو أن يكون مجموعة من الأموال المخصصة لغرض معين كالأوقاف والمؤسسات[٨]، وعلى هذا فأن مفهوم الذمة عند أهل القانون يختلف اختلافا كبيرا عن مفهومها في الشريعة الإسلامية، لان مفهومها عند أهل القانون يرتكز على أساس مادي قوامه المال ولا يدخل في هذا المفهوم إلا ما له قيمة مالية من الحقوق والالتزامات[٩].

وتنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين:

أ. أهلية وجوب ناقصة: وهذه الأهلية تثبت للجنين في بطن أمه أي قبل ولادته وانفصاله عنها.

ب. أهلية وجوب كاملة: وهذه الأهلية تثبت بانفصال الجنين حياً، وبهذه الحياة وبمجرد وجوده كإنسان يكون أهلا لأن تجب له حقوق كميراث ووصية، وتجب عليه واجبات كالنفقة وتبقى معه إلى أن يموت[١٠].

٢. أهلية الأداء: وهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً، ويكون شرط وجوبها العقل وكماله، فأن كمل كملت، وإن نقص نقصت[١١]، أما فقهاء القانون الوضعي فيعرفونها بأنها صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً[١٢]، وهي على نوعين:

أ. أهلية أداء ناقصة: وهذه الأهلية تثبت للصبي المميّز والمعتوه، لأنها تكون في العقل القاصر والبدن الناقص.

ب. أهلية أداء كاملة: وهذه الأهلية تثبت لكل بالغ عاقل، لأنها تكون في العقل والبدن الكاملين(١٣).

والذي يعنينا في بحثنا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب وعليه فإذا أطلقنا كلمة أهلية فأننا لا نعني بها من الآن فصاعدا إلا أهلية الأداء.

المطلب الثاني- ماهية العقد وأنواعه :

ويتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف العقد لغةً وشرعاً وقانوناً

العَقد لغة: العقد بفتح العين وسكون القاف: الضمان والعهد، جمعه عقود قال تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وقيل هي العهود، ومن ذلك قولهم تعاقد القوم أي تعاهدوا(١٤).

العَقد شرعاً: اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد الزواج والبيع(١٥).

العَقد قانوناً: «هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه»(١٦).

المسألة الثانية: أنواع العقود

أن للعقود تقسيمات كثيرة وكما قلنا سلفاً في مطلب ماهية الأهلية وأنواعها أن الذي يخص دراستنا هي أهلية الأداء، فتنقسم العقود من حيث هذه الأهلية إلى ثلاثة أقسام:

١. عقود نافعة نفعاً محضاً: وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع ومثالها الهبة بالنسبة للموهوب له، والعارية بالنسبة للمستعير والوديعة بدون اجر بالنسبة للمودع... الخ.

٢. عقود ضارة ضرراً محضاً: هي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع ومثالها الهبة بالنسبة للواهب والعارية بالنسبة للمعير... الخ.

٣. عقود دائرة بين النفع والضرر: وهي عقود المعاوضة بصورة عامة وهذه العقود على نوعين:

أ. عقود يقصد بها استغلال الشيء واستثماره وتسمى عقود الإدارة ومثالها عقد الإيجار.

ب. عقود ترد على ملكية العين ذاتها وتسمى عقود التصرف ومثالها البيع والمقايضة والرهن والشركة والنكاح والطلاق... الخ.

فهذه العقود بالنسبة لأهلية الأداء أساسها التمييز فهي تدور معه وجوداً وعدماً، تماماً ونقصاً فإذا انعدم التمييز انعدمت الأهلية. وإذا كان التمييز ناقصاً كانت الأهلية ناقصة وإذا كان تاماً كانت الأهلية تامة هذا بالنسبة للشخص الطبيعي أما الشخص المعنوي عند أهل القانون فالقانون الذي يمنحه الشخصية المعنوية هو الذي يحدد مدى الأهلية التي يعترف له بها[١٧].

المبحث الثاني
العوامل التي تتأثر بها الأهلية

الأصل في الإنسان الأهلية، أما نقص الأهلية وعدم الصلاحية لإجراء التصرفات التي يعتد بها شرعاً فهي استثناء وهذا النقص إما أن يكون طبيعياً أو يكون طارئاً، وهذه تسمى العوامل التي تتأثر بها الأهلية، وفي هذا المبحث سنتكلم عن العوامل التي تتأثر بها الأهلية في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، ويتكون هذا المبحث من مطلبين:

المطلب الأول- العوامل التي تتأثر بها الأهلية في الشريعة الإسلامية:

هذه العوامل يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية (عوارض الأهلية) وعرّفوها بأنها أمور لاصقة بالإنسان تؤثر في صلاحيّته لمباشرة التصرفات[١٨]، وهي على نوعين:

النوع الأول- عوارض سماوية: وهي التي ليس للعبد فيها اختيار واكتساب وإنما يرجع أمر وجودها وثبوتها إلى الشارع الحكيم، ولهذا سميت سماوية، وهي احد عشر عارضاً[١٩]:

١. الصغر: وهو أول حالة طبيعية في حياة كل إنسان[٢٠] وذهب فقهاء القانون إلى عدم اعتبار الصغر من عوارض الأهلية باعتبار أن الصغر من الأحوال التي يمر بها كل إنسان[٢١] وأجاب علماء الأصول على ذلك بأن الصغر ليست صفة ملازمة لماهية الإنسان، إذ أن ماهيّة الإنسان لا تقتضي الصغر، بالإضافة إلى أن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان لحمل أعباء التكاليف لذلك فأن أصل خلق الإنسان على صفة تكون وسيلة

إلى حصول ما قصده من خلقه، وهو أن يكون وافر العقل تام القدرة كامل القوى والصغر حالة تتنافى مع كل هذه الأمور فعلى هذا يكون من عوارض الأهلية[٢٢].

٢. الجنون: وهو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل الا نادرا والجنون يسقط الأهلية فلا تصح تصرفاته[٢٣].

٣. العته: وهو آفة توجب خللا في العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعض أخر يشبه كلام المجانين، وكذا سائر أموره، لذلك فأنه ينقص الأهلية ويكون حكمه حكم تصرفات الصبي المميز[٢٤].

٤. النسيان: هو معنى يعتري الإنسان بدون اختياره فيوجب الغفلة عن الحفظ، والنسيان ليس له تأثير على أهلية المكلف فهو لا ينافي وجوب الأداء في حقوق الله تعالى وحقوق العباد، فمن نسي صلاة لا يسقط عنه وجوبها ويجب عليه قضاؤها عند ذكرها، ومن اتلف شيئاً يجب عليه ضمان ما أتلفه ولا يعدّ النسيان سبب للعفو عنها[٢٥].

٥. النوم: وهو فترة طبيعية تحدث في الإنسان بلا اختيار منه تمنع الحواس عن العمل مع سلامتها وتمنع استيعاب العقل مع سلامته أيضاً[٢٦]، والنوم ينفي الأهلية لأنها مترتبة على التمييز وهو متعذر بالنوم[٢٧].

٦. الإغماء: وهو آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة أو المحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوباً[٢٨]. وبالنسبة للأهلية المغمى عليه فبإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية ينطبق عليه حكم أفعال وأقوال النائم[٢٩].

٧. الرق: وهو عجز حكمي عن الولاية والشهادة والقضاء وملكية المال والتزويج وغيرها[30].

٨. المرض: وهو حالة تعتري البدن يزول بها اعتدال الطبيعة: وهو نوعان، نوع لا يفضي إلى الموت في الغالب وهذا لا ينافي الأهلية إلا أن الشارع بسببه يرفع عن المكلف الحرج ولا يرفع التكليف، فمثلا يصلّي وهو جالس أو كيفما يستطيع ويفطر في رمضان حالة المرض ويقضي في أيام أخر، لان المشقة تجلب التيسير، والنوع الآخر وهو مرض الموت وهو الذي يخشى منه الهلاك غالباً فأختلف الفقهاء في أهليته في كمالها أو نقصانها أو نفيها[31].

٩. الحيض والنفاس: فالحيض هو خَبثُ دَمٍ من الرحم لَا لولادةٍ، أما النفاس هو الدَّم من الرحم عقب الولادة وهما لا يعدمان الأهليذة لأنهما لا يخلاّن بالذمّة والعقل وقدرة البدن،

إلا أن وجود احدهما مانع لتحقق شرط الطهارة فقط بسبب الدم المذكور، فتفوت العبادات التي تحتاج إلى طهارة كالصلاة والصيام فتسقط الصلاة للحرج أما الصيام فيقضى[32].

١٠. الموت: وهو عجز ليس فيه القدرة بوجه. وهو ينافي أحكام الدنيا مما فيه تكليف؛ لأنه يعتمد القدرة، والموت ينافيها مع تفصيل في حكم التصرفات والحقوق التي تعلّقت بالمكلف قبل وفاته[33].

النوع الثاني- عوارض مكتسبة:

وهي العوارض التي يكون للعبد فيها مدخل واختيار[34] وهي على قسمين:

أ. القسم الأول: وهي العوارض التي تكون من اكتساب المكلف واختياره، وهي:

١. الجهل: وهو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو به[35].

٢. السُكر: وهو سرور يغلب على العقل بمباشرة أسبابه، فيمنعه عن العمل بموجب عقله، من غير أن يزيله، وله طريقان، الأول طريق مباح نحو شرب الدواء أو شرب المكره والمضطر فهذا ينفي أهلية الأداء وحكمه حكم الإغماء اما الثاني طريق محظور وهو شرب المسكر متعمداً باختياره غير مضطر، فهنا تبقى الأهلية وتعتبر أقواله وأفعاله كالقاصد لها[36].

٣. الهزل: وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له وهو ضد الجد، وحكمه انه لا ينافي الأهلية لأن الهازل يتكلم بما هزل به عن اختيار ورضاء فتصحّ تصرفاته ومنها النكاح[37].

٤. السفه: وهو خفه تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع، مع قيام العقل حقيقة، وحكمه أنه لا ينافي الأهلية، ولا يضع شيئاً من أحكام الشرع ولا يوجب وضع الخطاب بحال وأجمعوا على أن السفيه يمنع من ماله ما بلغ بالنص واختلفوا في حكم الحجر عليه[38].

٥. الخطأ: وهو أن يفعل فعلاً من غير أن يقصد قصداً تاماً، كما إذا رمى صيدا فأصاب إنساناً، وفيما يخصّ أهليته في ممارسة العقود فهناك خلاف بين الفقهاء في ذلك[٣٩].

٦. السفر: وهو خروج عن محل الإقامة يقصد مسيرة ثلاثة أيام بسير وسط من ذلك المحل، وهو لا ينافي أهلية الأحكام وجوباً وأداءً لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة بل جعل

للتخفيف مظنة المشقة، فرخّص فيه قصر الصلاة الرباعية، والفطر في حق الصائم مع تفصيل في شروط هذا السفر عند الفقهاء(٤٠).

٧. الغفلة: وهي عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة وسلامة القلب وبالتالي تؤدي هذه الصفة إلى الغبن في المعاملات، والمراد هنا شخص كامل العقل إلا انه بسبب طيبة قلبه وثقته بالذي يتعامل معه يمكن إن يلحقه غبن في تصرفاته معه، والمغفل لم يكن مفسداً، فبسبب طيبة قلبه وحسن نيته لا يسعه أن يتوصل إلى ما فيه منفعة تجارية بل يغبن في معاملاته مع الآخرين من غير إرادة ولا قصد، وبذلك أصبح حكم أهليته كحكم السفيه(٤١).

ب. القسم الثاني وهي العوارض التي تكتسب من غير المكلف، فتقع من مكلف أخر، وهذا القسم محصور في **الإكراه**. وهو حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل(٤٢).

المطلب الثاني- العوامل التي تتأثر بها الأهلية في القانون الوضعي:

إن الأهلية عند أهل القانون أساسها التمييز فهي تدور معه وجوداً وعدماً وتماماً ونقصاً فهذا النقص في الأهلية يؤدي إلى عدم الصلاحية في إجراء التصرفات القانونية ويأتي نتيجة عوامل هي:

١. **عامل السن (الصغر)**: لم أجد تعريفاً للصغر في كتب القانون و يعتبره مشرعو القانون الوضعي من العوامل التي تتأثر بها الأهلية وليس من عوارض الأهلية كما ذهبت إليها الشريعة الإسلامية.

٢. **عوارض الأهلية**: قد يحدث أن يبلغ الإنسان سن الرشد تام التمييز ولكن يطرأ على تمييزه ما يخل به، فتختل تبعاً لذلك أهليته، والعوارض التي تصيب التمييز فتؤثر في الأهلية أربعة(٤٣) هي:

أ. الجنون: وهو آفة تصيب قوى الإنسان العقلية فتعدم تمييزه(٤٤) ويعتبر عديم الأهلية محجوراً لذاته كالصبي المميز كما نصت المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي «الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم»(٤٥).

ب. العته: وهو عارض يضعف قوى الإنسان العقلية، ولهذا أُلحق بالصبي غير المميز، وهو محجور لذاته دون حاجة إلى صدور إذن من المحكمة(٤٦).

ج. السفيه: وهو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف. والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء[٤٧].

د. المغفّل: هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة المفيدة فيغبن في المعاملات لسلامة نيته[٤٨] وينطبق عليه حكم السفيه.

وهناك حالات تطرأ على الإنسان ولا تخل بتمييزه، ولكنها تمنعه عن التعبير عن إرادته وفي هذه الحالة تعين له المحكمة وصياً، وقد نصت على هذه الحالة المادة (١٠٤) من القانون المدني بقولها «إذا كان الشخص أصم، أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي»[٤٩]، وهناك حالات قد تطرأ فلا تؤثر في تمييز الإنسان ولا في قدرته على التعبير عن إرادته، ولكنها تمنعه مادياً عن إدارة شؤونه، فتنصب له المحكمة قيماً وهذه الحالات هي حالة الغائب غيبة منقطعة، وحالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية[٥٠].

المبحث الثالث
تصرفات فاقدي الأهلية

المطلب الأول- الصغر:

قبل أن نتكلم عن حكم تصرفات الصغير، فالواجب علينا إن نعرف الأدوار التي يمر بها الصغير ثم معرفة حكم التصرف لكل دور، فالصغير يمر بدورين هما:

الدور الأول: دور ما قبل التمييز

ويبدأ من ولادة الطفل ويستمر حتى السابعة من عمره، وان سبب الوقوف على السن السابعة باعتبارها مرحلة التمييز اعتماداً على الأحاديث النبوية التي تتضمن التأكيد على هذه السنة ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ «**مُروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين واضربوهم عليها لعشر سنين وفرقوا بينهم بالمضاجع**»[٥١] ولذلك فقد حدد القانون المدني العراقي سنن التمييز بسبع سنوات كما جاء في الفقرة (٢) من المادة (٩٧)[٥٢]، ويكون الصبي في هذا الدور غير مميز (عديم الأهلية) وذلك لقصور عقله عن فهم خطاب الشارع وضعف بنيته، فيكون غير مكلف بأداء شيء بنفسه، وليس له حق التصرف في ماله[٥٣]، وهذا ما اعتمد عليه القانون حيث جاءت المادة (٩٦) من القانون المدني في ما نصه «تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان أذن له وليه»[٥٤].

الدور الثاني: من سن التمييز إلى البلوغ

ويبدأ بتجاوز سن التمييز ويستمر حتى البلوغ أي الإدراك، وللبلوغ علامات منها الاحتلام عند الذكر والحيض للأنثى، وهذه العلامات لا يمكن تحديدها بسن معين مما نتج عن ذلك خلاف بين الفقهاء في تحديد البلوغ بالسنين للذكر والأنثى، فذهب الجمهور إلى اعتبار سن الخامسة عشرة هو سن البلوغ[٥٥] أما الحنفية فقالوا بعدم تحققه إلا ببلوغ الثامنة عشرة من عمر الذكر، والسابعة عشرة من عمر الأنثى[٥٦]، وقد حدد القانون المدني العراقي سن الرشد بثمانية عشرة سنة كما جاء في المادة (١٠٦) ما نصه «سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة كاملة»[٥٧]، أما تصرفاته خلال هذا الدور فتنقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

أ. تصرفات تصح منه دون توقف على إجازة الولي أو الوصي كقبول الهبة والصدقة والوصية فإنها تنعقد صحيحة نافذة لأنها عقود نافعة نفعاً محضاً[٥٨].

ب. تصرفات لا تصح منه ولا من وليه أو وصيه، كأن يهب ماله لغيره أو يطلق زوجته أو يقرض أمواله لغيره، فأن هذه التصرفات تكون باطلة وسبب ذلك أنها تخرج أموال الصبي من يده من غير عوض مقابل ذلك، أما بالنسبة لعدم صحتها من وليه أو وصيه؛ لأن الغرض من الولاية أو الوصاية على أموال الصبي في هذا السن الرعاية والمحافظة عليها(٥٩).

ج. تصرفات موقوفة على إجازة الولي أو الوصي وذلك إذا قام الصبي بتصرف متردد بين كونه نافعاً وبين كونه ضاراً، ومن أمثلة ذلك بيع الصبي وإجارته ونكاحه وبقية المعاملات التي تتحمل الربح والخسارة والتي إذا باشرها الصبي وقعت صحيحة باعتبار تمتعه بأصل أهلية الأداء إلا أنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي فأن أجازها فأنها تكون نافذة وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة(٦٠)، وخالفهم الشافعية بقولهم لا ينعقد بيع الصبي وشراؤه ونكاحه وسائر تصرفاته لأن العقد عندهم إما صحيح أو باطل أما العقود الموقوفة فلا صحة لها عندهم(٦١).

فبالنسبة للعقود المالية فأن القانون العراقي قد وافق ما قرره الفقهاء في تصرفات الصغير المميز كما جاء في الفقرة (١) من المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص «يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان أذن بذلك وليه أو أجازه أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداءً»(٦٢).

أما بالنسبة للأحوال الشخصية فيما يخص **نكاح الصغير** فقد وافق قانون الأحوال الشخصية العراقي ما قرره الفقهاء، فقد جاءت فقرة (١) من المادة (٧) ما نصه: «يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة»(٦٣) ولكن جرى التعديل عليه بموجب المادة (١) من التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٧ حيث راعى الأوضاع الاجتماعية في العراق وخصوصاً خارج المدن الأصلية حيث الزواج يكون غالباً قبل هذا السن فأجاز لمن أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج بموافقة وليه وإذن من القاضي(٦٤).

أما فيما يتعلق **بطلاق** الصغير، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى عدم صحة طلاقه ولو كان مراهقاً وان كان عاقلاً(٦٥) وخالفهم الحنابلة في

هذا الأمر فذهبوا إلى جواز طلاق الصبي المميز دون عشر سنيين إذا كان عاقلاً مختاراً[٦٦]. أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي فعند مراجعتي لمواده وفقراته لم أجد الصغير ضمن الذين لا يقع طلاقهم كما جاء في الفقرتين (١) و(٢) من المادة (٣٥)[٦٧].

المطلب الثاني- الجنون وهو على نوعين:

١. **الجنون الأصلي:** وهو ان يولد الإنسان فاقد العقل فلا يصلح لقبول ما اعد لقبوله من العقل[٦٨]، ويسمى المطبق وهو متصل بزمان الصبا بأن يجن الإنسان صغيراً ويبلغ مجنوناً وهذا فاقد الأهلية[٦٩].

٢. **الجنون العارض:** وهو ان يبلغ الإنسان سليم العقل كامل الفهم ثم يطرأ له الجنون[٧٠] ويسمى غير المطبق أو المنقطع وهو الذي تتخلله فترات إفاقة والأصل في هذا النوع فقدان الأهلية إلا في فترات الإفاقة فيتمتع بأهلية كاملة[٧١]. ويتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تصرفات المجنون في العقود المالية

إن الجنون يؤدي إلى فقدان التمييز لدى الشخص، ولما كان التمييز احد العوامل التي ترتكز عليها الأهلية كان الجنون سبباً لفقدان هذه الأهلية في حق الشخص المجنون لذا لا يعتد بتصرفاته لبطلانها ولا يؤاخذ على عباراته ولا يترتب عليها أي أثر من الآثار الشرعية المترتبة على عبارات العاقل المميز ولا يقام عليه حد ولا يؤاخذ بإقرار، شأنه في هذه التصرفات شأن الصبي غير المميز[٧٢]، وعلى هذا أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تصرفات المجنون المطبق تعد باطلة بطلان مطلقاً أياً كانت[٧٣]، ولا يعتد بشيء منها إن قام بها؛ لأن صحة العبارة بالتمييز وهو فاقده[٧٤].

وبذلك لا تصح عقوده أياً كانت سواء كانت عقود بيع أو شراء[٧٥]، فلا يعتد بشيء من التصرفات المالية ويحجر عليه فأن أفاق جاز أمره في ماله[٧٦].

أما بالنسبة للقانون العراقي فقد جاءت المادة (١٠٨) من القانون المدني العراقي موافقة لرأي الشرع فقد نصت «المجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز أما المجنون

غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل»[٧٧]، لذا فأن أعماله القانونية تقع باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الإرادة[٧٨].

المسألة الثانية: تصرفات المجنون في عقود الأحوال الشخصية (زواجه وطلاقه)

ذكرنا إن الجنون ليس له تأثير على أهلية الوجوب أصلا ولكنه يزيل أهلية الأداء ويجعلها معدومة وهو يشبه أول أحوال الصبا وحكمه حكم الصبي غير المميز[٧٩] إلا أن الفقهاء يرون صحة زواج المجنون إذا كانت فيه لهفة لذلك إلا انه لا ينفذ إلا بإجازة الولي ولا يجوز تزويجه بأكثر من مهر المثل[٨٠].

أما الطلاق فقد اجمع الفقهاء على انه لا طلاق للمجنون[٨١] لحديث الرسول« ﷺ**كل طلاق جائز إلا طلاق المغلوب على عقله**»[٨٢].

أما بالنسبة للقانون العراقي فقد جاءت الفقرة (٢) من المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية مطابقةً لما أجمع عليه الفقهاء في نكاح المجنون فنصت «للقاضي إن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً أو ثبت بتقرير طبي أن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً»[٨٣]، وكذلك الطلاق فقد جاءت الفقرة (١) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية مطابقةً لرأي الفقهاء فنصت «لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن فقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض»[٨٤].

المطلب الثالث- المعتوه:

يتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تصرفات المعتوه في العقود المالية

اعتبر علماء الأصول تصرفات المعتوه كتصرفات الصبي المميز سواء أكانت هذه التصرفات قوليه أو فعلية وبذلك اثبتوا له أهلية وجوب وأهلية أداء ناقصتين ويترتب على ذلك أن تصرفاته القولية النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة تصح من غير توقف على إجازة الولي، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً كهبة ماله لغيره أو عتقه لعبده لا تصح منه ولا من وليه، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كبيعه وشراءه وإجارته فتكون موقوفة على

إذن الولي وإجازته[٨٥]، أما بالنسبة للقانون فقد وافق القانون العراقي ما قرره الفقهاء فقد جاءت المادة (١٠٧) من القانون المدني العراقي ما نصه «المعتوه هو في حكم الصغير المميز»[٨٦].

المسألة الثانية: تصرفات المعتوه في عقود الأحوال الشخصية

بما أن العارض يثبت للمعتوه أهلية أداء ناقصة فقد أجمع الفقهاء على أنه ليس للمعتوه حق في تزويج نفسه، وكذلك الأمر بالنسبة لطلاقه فأنه غير واقع ولا يصح منه إلا في حالة إفاقته[٨٧] وكذلك ظهاره وخلعه[٨٨] أما بالنسبة للقانون فقد وافق القانون العراقي ما جاءت به الشريعة الإسلامية[٨٩] بالنسبة للنكاح فقد جاءت الفقرة (٢) من المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية موافقة لرأي الفقهاء، أما الطلاق فقد جاءت الفقرة (١) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية موافقة لرأي الفقهاء أيضاً[٩٠].

المطلب الرابع- النائم:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تصرفات النائم في العقود المالية

ذهب الأصوليون إلى انعدام أهلية النائم لأن القوى العقلية تكون معطلة حالة النوم[٩١] وعلى هذا فلا يُعتدّ بألفاظه وتبطل عقوده التي أجراها حالة نومه أياً كانت لانتفاء الإرادة والاختيار حال النوم[٩٢]، والإرادة والرضا شرط صحة من شروط العقد والنائم لا يملك شيئاً منها[٩٣] وقد وافق القانون العراقي ما جاءت به الشريعة الإسلامية من هذه الضوابط وان لم يذكر النوم باعتباره عارضاً من عوارض الأهلية أو عيباً من عيوب الرضا في البيع إلا أن التراضي هو ركن من أركان عقد البيع فأنه يشترط أن تكون إرادة كل من الطرفين قد قصد جدياً إحداث الأثر القانوني[٩٤].

المسألة الثانية: تصرفات النائم في عقود الأحوال الشخصية

إن النوم يؤدي إلى إبطال الإرادة والاختيار وإن عبارات النائم وأقواله لا تصح فيما يعتبر فيه الاختيار كالبيع والشراء والطلاق والنكاح كما أن عباراته وأقواله لا توصف بالخبر

والإنشاء والصدق والكذب[٩٥] وقد جاء في القانون ما وافق الشريعة الإسلامية وهو عدم إيقاع طلاق النائم حيث اعتبره من فاقدي التمييز في نص الفقرة (١) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩[٩٦].

المطلب الخامس- المغمى عليه :

تصرفات المغمى عليه:

اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تصرفات المغمى عليه يمكن إن تنطبق عليها تصرفات النائم التي سبق إن ذكرناها في موضوع تصرفات النائم، وبما إن تصرفات النائم ليست معتبرة شرعاً فكذلك تصرفات المغمى عليه وعلى هذا فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا طلاقه ولا زواجه، وذلك لانعدام القصد والاختيار لديه[٩٧]. أما بالنسبة للقانون العراقي فيما يخص العقود المالية فهو مؤاخذ عليها مؤاخذة مالية إذ يلزمه الضمان المالي إذا أتلف مال غيره[٩٨].

أما فيما يخص عقود الأحوال الشخصية فقد أخذ القانون العراقي برأي الفقهاء فقد نصت الفقرة (١) المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على عدم وقوع طلاقه باعتباره من فاقدي التمييز[٩٩].

المطلب السادس- السفيه :

ويتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تصرفات السفيه في العقود المالية

ذكرنا في مبحث سابق اختلاف الفقهاء في أهلية السفيه فأتفق جمهور الفقهاء على انعدام أهلية السفيه والحجر عليه لسفهه وخالف أبو حنيفة رحمه الله الجمهور في أهلية السفيه والحجر عليه ووافقه في ذلك الظاهرية والزيدية، وحجته أن الحجر تصرف على النفس وإهدار لآدمية السفيه والنفس أعظم خطراً من المال[١٠٠]، ورد الجمهور على احتجاج أبي حنيفة بأن المجنون محجور عليه ومع هذا يبقى إنسانا كامل الأهلية ولم يلحقه الحجر بالبهائم فكذا السفيه[١٠١]، وأختلف الجمهور في بيع السفيه وشرائه فذهب الصاحبان إلى إن السفيه المحجور عليه إذا باع أو اشترى شيئاً لا ينفذ بيعه وشراؤه، لأن فائدة الحجر عدم

النفاذ، ولأنه محجور في تصرفاته المالية، فينظر إلى رأي الحاكم فأن رأى فيه مصلحة له أجازه وإن لم ير فيه مصلحة له لم يجزه لان الحجر على السفيه لمعنى النظر له[١٠٢]، ووافقهم في ذلك المالكية[١٠٣]، وقد ذهب الإمام مالك إلى عدم جواز بيع وشراء السفيه ولو كان بأذن الولي[١٠٤] ووافقه في ذلك الشافعية في قول لهم ووجه قولهم أن تصحيح ذلك يؤدي إلى إبطال معنى الحجر ولأنهما- أي البيع والشراء- إتلاف أو مظنة إتلاف[١٠٥] وهناك قول أخر للشافعية هو انه يجوز بيع وشراء السفيه بشرط إن يقدر الولي العوض، كأن يقول له: اشتر بكذا من الثمن أو بع بكذا، وجاز ذلك لأنه عقد معاوضة تملكه بالإذن كالنكاح[١٠٦].

وبرأي الجمهور اخذ القانون المدني العراقي فاعتبر السفيه في حكم الصغير المميز فقد ذكرت الفقرة (١) من المادة (١٠٩) «السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر»[107].

المسألة الثانية: تصرفات السفيه في عقود الأحوال الشخصية

ذكرنا في مسألة تصرفات السفيه في العقود المالية أن أبا حنيفة قد أجاز له التصرف في أمواله باعتبار السفه لا يؤثر على أهلية السفيه، وذكرنا أن الجمهور اعتبر السفيه فاقداً لأهلية الأداء فلا يجوز للسفيه التصرف بأمواله إلا بأذن الولي، أما هنا في التصرفات المتعلقة بزواجه، وطلاقه، وخلعه.

فبالنسبة **للزواج** ذهب الصاحبان إلى أن نكاح السفيه جائز، فأن سمّى لها مهراً جاز منه مقدار مهر المثل وبطل الزائد، لأن الزائد تبرع والسفيه ليس من أهل التبرع، وقد جوزوا نكاحه لأنه من حوائجه الأصلية[١٠٨] ووافق الشافعية في قول لهم هذا الرأي عند امتناع الولي من تزويجه[١٠٩] ووافقهم في ذلك الحنابلة فقالوا بجوازه إذا كان السفيه محتاجاً إلى النكاح لأنها مصلحة محضة سواء احتاجه لمتعة أو لخدمة، ويتقيد السفيه بمهر المثل ويبطل الزائد عليه لأنه تبرع وهو ليس من أهل التبرع، أما إذا كان غير محتاج إليه فانه لا يصح نكاحه إلا بأذن وليه لأنه تصرف يجب به المال فلا يصح بغير أذن وليه

كالشراء[110]. أما المالكية فذهبوا إلى عدم صحة زواج السفيه المحجور عليه إلا بأذن وليه[111] ووافقهم في ذلك الشافعية في قول أخر لهم[112].

أما بالنسبة **للطلاق والخلع** فقد أجمع الفقهاء على صحة وقوع طلاق السفيه وخلعه لان الحجر وضع لحفظ المال والطلاق لا يضيع المال، بل يوفر عليه، وإذا طلقها قبل الدخول وجب نصف المهر المسمى[113]. أما بالنسبة للقانون العراقي فلم أجد في قانون الأحوال الشخصية مادة تخص زواج السفيه وطلاقه.

المطلب السابع- ذو الغفلة:

تصرفات ذي الغفلة

ذو الغفلة له شبه بالسفيه مع اختلاف معه، أما الشبه فمن جهة تبديد المال وضياعه، وأما الاختلاف فهو أن ذا الغفلة لا يقصد تبديد ماله وإنما يقع ذلك منه لفساد رأيه وضعف عقله، أما السفيه فهو يقصد تبديد ماله لسوء اختياره وعدم تبصره بالعواقب[114]، ونتيجة لهذا المفهوم اختلف الفقهاء، في تصرفات ذي الغفلة فذهب الجمهور إلى اعتباره كالسفيه في التصرفات بما يترتب عليه من حجر وغيره وهو على هذا كالصغير المميز لأن حكم السفيه حكم الصغير المميز[١١٥]. أما القانون العراقي فقد اخذ المشرع العراقي على أن ذي الغفلة حكمه حكم السفيه تحجر عليه المحكمة وان حكم تصرفات السفيه حكم تصرفات الصبي غير المميز كما جاء في المادتين (١١٠ و٩٥)[١١٦].

المطلب الثامن- السكران:

يتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تصرفات السكران في العقود المالية

ذكرنا في مبحث **عوارض الأهلية** أن السُكر نوعان، الأول سُكر بطريق غير محظور وهذا لا خلاف بين العلماء على عدم صحة بيعه وشرائه، والثاني سُكر بطريق محظور وقد اختلف الفقهاء في بيعه، فذهب بعضهم إلى صحة بيعه زجراً له لكونه ارتكب محرما مع علمه به وهذا قول الحنفية وأصح الروايتين عن المالكية والشافعية[١١٧]، وذهب بعض الشافعية إلى صحة ما عليه دون ماله أي انه تصح عقوده التي تضره ولا تصح التي

تنفعه، وعلى هذا يصح بيعه وهبته دون إيهابه وتصح ردته دون إسلامه ذلك لزجره وردعه[١١٨]، وذهب الحنابلة والظاهرية والأمامية والرواية الثانية للمالكية والشافعية إلى عدم صحة بيع السكران مطلقاً[١١٩]. ومن خلال مراجعتي لكتب القانون العراقي لم أجد أن السكر عارض من عوارض الأهلية في العقود المالية مما يدل على إن القانون المدني العراقي لا يعدّ للسكر تأثير على إبرام العقود المالية.

المسألة الثانية: تصرفات السكران في عقود الأحوال الشخصية

أجمع الفقهاء على عدم وقوع الطلاق للسكران بطريق غير محرم لعدم اللذة فيه فلا يقع لعدم الإدراك أو الوعي[١٢٠] أما السكران بطريق محرم فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة بصحة طلاقه[١٢١]، وخالف في ذلك الظاهرية قالوا بعدم وقوع طلاق السكران[١٢٢].

ولم يوافق قانون الأحوال الشخصية العراقي رأي الجمهور فذهب الى عدم وقوع طلاق السكران مطلقا كما جاءت الفقرة (١) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت «لا يقع طلاق الأشخاص السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض»[١٢٣].

المطلب التاسع- الإكراه:

المسألة الأولى: تصرفات المكره في العقود المالية

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار الإكراه عارضاً ومؤثراً في التصرفات القولية للمكلف، لكنهم اختلفوا في مسألة تقسيمه وأثر ذلك على العقود، فذهب فقهاء المذهب الحنفي إلى تقسيم الإكراه إلى نوعين:

١. الإكراه التام (الملجئ): وهو ما كان التهديد فيه بالقتل أو بإتلاف عضو أو الضرب المبرح أو حبسه لمدة طويلة سواء في ذلك إذا وقع الأذى على نفسه أو على من يحرص عليه وهذا النوع من الإكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

٢.الإكراه الناقص (غير الملجئ): وهو ما كانت الوسيلة المستعملة به لا تؤدي إلا إلى الم بسيط كالضرب غير المتلف أو يكون بالتهديد بالحبس، وهذا النوع من الإكراه يعدم

الرضا، لكنه لا يفسد الاختيار، وهو يختلف باختلاف الناس[١٢٤]. وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا التقسيم للإكراه، فنصت (الفقرة ٢) من (المادة ١١٢) على انه «يكون الإكراه ملجأً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال، ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس»[١٢٥].

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في أثر الإكراه، فذهب أبو حنيفة إلى انه يفسد العقد وذهب زفر إلى انه يجعل العقد غير نافذ، أي موقوفاً لا ينفذ في حق من تقرر الوقف لمصلحته إلا إذا أجازه[١٢٦].

ولم تأخذ بقية المذاهب بهذا التفصيل في نوعي الإكراه وحكمه بل ذهبوا إلى إن سائر التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه باطلة ولم يميزوا بين الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ[١٢٧] أما بالنسبة للقانون فليس هناك أهمية عملية للتمييز بين الإكراه الملجئ وغير الملجئ فالأثر الذي يترتب على الإكراه واحد لذلك نرى إن المشرع لم يكن موفقاً في تمييزه الإكراه الملجئ من غير الملجئ، فهو لم يذكر فرقاً في الأثر الذي يترتب على كل منهما، وبناءاً عليه يكون العقد موقوفاً ملجئًا كان الإكراه أو غير ملجئ[١٢٨] فقد نصت (المادة ١١٥) من القانون المدني العراقي على انه «من أكره إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده»[١٢٩] وبناءاً عليه يكون العقد موقوفاً، ملجأًَ كان الإكراه أو غير ملجئ، فإذا اكره احد المتعاقدين إكراها معتبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد البيع فأن العقد المذكور يكون موقوفاً على إجازة الطرف الذي كان تحت تأثير الإكراه، فيجوز لذلك الطرف إن يجيز البيع أو ينفيه خلال مدة ثلاثة أشهر تبدأ بالسريان من التاريخ الذي يرتفع فيه الإكراه، فإذا انتهت تلك المدة دون إن يصدر من المتعاقد ما يدل على النقض فأن العقد يعتبر نافذاً من تاريخ إبرامه[١٣٠].

المسألة الثانية: تصرفات المكره في عقود الأحوال الشخصية

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة إلى عدم وقوع طلاق المكره[١٣١] وخالف في ذلك فقهاء الحنفية فقالوا بوقوع طلاق المكره[١٣٢] أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية فأخذ برأي الجمهور بعدم اعتبار طلاق المكره فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٣٥) «لا يقع طلاق الأشخاص آلاتي بيانهم: السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض»[١٣٣].

المطلب العاشر- مرض الموت:

يتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تصرفات المريض (مرض الموت) في العقود المالية

اختلف الفقهاء في مدى اثر المرض على تصرفات المريض مرض الموت القولية اختلافاً واسعاً يطول به المقام وسأتطرق إلى بعض التصرفات بصورة مختصرة، فللمريض مرض الموت نوعان من التصرفات:

١. تصرفات المريض المتعلقة بحاجاته الضرورية، كأن ينفق من ماله على عياله ونفسه كأن يصرفها في نفقات علاجه من مرضه وأثمان أدويته فيجوز أن يبيع من ماله في سبيل صحته ويعتبر تصرفه على هذا الوجه صحيحاً نافذاً[١٣٤].
٢. تصرفات المريض المتعلقة بحقوق الغير – كالورثة والغرباء – كالعتق والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والمحاباة (بأن يبيع احد الورثة شيئاً بأقل من قيمته للإبراء من الدين) فإذا كانت هذه التبرعات لغير الوارث فأنها تكون نافذة وتخرج من ثلث أمواله[١٣٥]، أما إذا كانت هذه التبرعات أكثر من ثلث ماله، فانه يستحق الثلث وما زاد على الثلث يكون موقوفاً على إجازة الورثة، فأن أجازوه نفذ وان لم يجيزوه بطل في الزائد فقط[١٣٦] وإذا كانت التبرعات لوارث فإنها تكون موقوفة على إجازة بقية الورثة سواء كانت بقدر ثلث ماله أو اقل أو أكثر فأن أجازوها نفذت وان لم يجيزوها بطلت[١٣٧]. أما بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد اعد البيع وبشكل عام كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض موته ويقصد به التبرع أو المحاباة، تصرفاً خاضعاً لأحكام الوصية، سواء كان التصرف لوارث أو غير وارث كما نصت الفقرة (١) من المادة (١١٠٩)، علماً بان الوصية للوارث وغير الوارث جائزة في ثلث التركة، أما ما زاد على الثلث فيكون موقوفاً

على إجازة الورثة كما نصت الفقرة (٢) من المادة (١١٠٨)، فلو باع المريض (مرض الموت) العين العائدة له دون أن يقصد استيفاء الثمن أصلا من المشتري، فأن تصرفه هذا يخضع لأحكام الوصية حتى وان سمى العقد بيعاً[١٣٨].

المسألة الثانية: تصرفات المريض (مرض الموت) في عقود الأحوال الشخصية

نكاحه:

المريض مرض الموت تصرفاته حال حياته صحيحة نافذة وذلك لصدورها من ذي أهلية كاملة فيصح نكاحه ولا فرق بين نكاحه في حال المرض عنه في حال الصحة فيجوز للرجل المريض أن ينكح المرأة المريضة والصحيحة، ويجوز للمريضة أن تنكح الصحيح والمريض وبهذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وقول للمالكية[١٣٩] أما أشهر أقوال المالكية فهو أن النكاح حالة المرض من الأنكحة المحرمة تحريماً مؤقتاً فلا يجوز للرجل أن يتزوج المريضة حال مرضها، وكذا لا يجوز للمريض أن يتزوج حال مرضه[١٤٠].

طلاقه:

أما طلاقه فإذا وصل المريض إلى حالة يغلب عليه الموت ولا يرجى منه الشفاء أو تحقق موته ولو لم يكن مريضاً كأن يحكم عليه بالإعدام[١٤١]، فإذا طلق زوجته وهو على هذه الحالة فلابد من أن يكون هذا الطلاق إما بائناً أو رجعياً لأن طلاقه واقع ولا فرق بينه وبين الصحيح خصوصاً إذا كان يعي ما يقول[١٤٢] وتستحق المطلقة بالطلاق الرجعي ميراث الزوج إذا مات في العدة وهذا باتفاق الفقهاء[١٤٣]، إلا أنهم اختلفوا إذا انقضت العدة أو كان الطلاق بائناً فهل تستحق الميراث أم لا، فذهب ابن حزم، وأحد قولي الشافعي إلى عدم استحقاقها للميراث مطلقاً لان الطلاق واقع[١٤٤]، وذهب الأمام مالك والإمام احمد والحنفية والشافعي في القديم إلى استحقاقها للميراث مطلقاً سواء مات في العدة أو بعد انقضائها[١٤٥]، وفي قول أخر لهم ذهب الإمام أبو حنفية رحمه الله ورواية عن الإمام احمد ورأي للشافعي إلى استحقاقها للميراث في حالة موته أثناء عدتها[١٤٦]، وذهب الإمام أبو حنفية في رأي أخر ووافقه الشافعي وأشهر الأقوال عن الإمام احمد هو أنها ترثه ما لم تتزوج ولو انتهت عدتها[١٤٧] ووافق الشيعة هذا الرأي إلا أنهم جعلوا أقصى مدة الاستحقاق سنة إلا إذا تزوجت[١٤٨].

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد خالف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية فذهب إلى إن طلاق المريض مرض الموت لا يقع مطلقاً، وقد قاس القانون على طلاق المكره ولا علاقة له بالمرض لأنه وقع من كامل الأهلية عاقل مختار[١٤٩]، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية على ما يأتي «لا يقع طلاق الأشخاص إلا في بيانهم: المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك وترثه زوجته»[١٥٠].

والقانون بهذا النص كما يقول د.احمد الكبيسي: «قد خلط بين الحالتين فمنع من اعتبار الطلاق وأعطى الحق للزوجة في الميراث وكان الأولى به أن يأخذ بما قرره فقهاء الأمة الذين استندوا في رأيهم على ما قررته الشريعة الغراء»[١٥١].

النتائج

لعل خير ما نتمم به هذا البحث خُلاصة نوجز فيها أهم نتائجه، وعلى النحو التالي:

١. أهلية التعاقد مركّب إضافي مكوّن من جزئيتين (أهلية) (العقد) فعند جمعها ومعرفة المضاف والمضاف إليه فإنها تعني صلاحية الإنسان لممارسة العقود سواء أكانت هذه العقود مالية أو أحوالاً شخصية.

٢. اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية مع فقهاء القانون الوضعي في تقسيم الأهلية إلى نوعين:

أ. أهلية وجوب وتعني صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وتجب عليه واجبات.

ب. أهلية أداء وتعني صلاحية الإنسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً وأهلية الأداء هي التي يتعلق بها موضوع دراستنا والذي على أساسه قسمت العقود إلى عقود نافعة وعقود ضارة وعقود دائرة بين النفع والضرر.

٣. اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية مع فقهاء القانون الوضعي في بيان ماهية وأعداد العوامل التي تتأثر بها الأهلية والتي يسميها فقهاء الشريعة عوارض الأهلية وعرفوها بأنها أمور لاصقة بالإنسان تؤثر في صلاحيته لمباشرة التصرفات.

٤. فبالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد قسموا العوارض إلى نوعين:

أ. عوارض سماوية وهي الجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء والرق والمرض والحيض والنفاس والموت.

ب. عوارض مكتسبة وهي من جهة السكر والهزل والخطأ والسفر والغفلة والإكراه.

٥. أما بالنسبة لفقهاء القانون الوضعي فقد قسموا العوامل التي تتأثر بها الأهلية إلى قسمين:

أ. عامل السن (الصغر).

ب. عوامل الجنون والسفه والغفلة والعته وأسموها بعوارض الأهلية.

٦. اختلف فقهاء القانون الوضعي مع فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار الصغر عارضاً فاعتبروه عاملاً مؤثراً بالأهلية وكذلك اعتبار الإكراه والغلط عارضاً من عوارض الأهلية وإنما اعتبروهما عيباً من عيوب الرضا.

٧. اتفق فقهاء القانون الوضعي مع فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم تصرفات الصغير والمجنون والنائم والمعتوه وذي الغفلة في العقود المالية والأحوال الشخصية.

٨. اختلف فقهاء القانون الوضعي مع فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم طلاق السكران والمريض مرض الموت.

هوامش البحث

(١) ينظر المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، مطبعة مصر، القاهرة، ١٣٨١هـ/ ١٩٦١م، ٣١/١.

(٢) ينظر مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، بيروت، دار الكتاب العربي، ط١، ١٩٧٩م، ص٣١.

(٣) كشف الأسرار على أصول البزدوي، عبد العزيز بن احمد البخاري، دار الكتاب العربي، لبنان، ٢٦٢/٤.

(٤) محاضرات في القانون المدني العراقي، د.حسن الذنون، القاهرة، دار الطباعة، ١٩٥٦م، ص٣٤.

(٥) الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق إبراهيم موسى الشاطبي، مطبعة الرحمانية، مصر، ١٠٣/١.

(٦) ينظر الوجيز في أصول الفقه، أ.د.وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق– سوريا، ص١٥٧.

(٧) محاضرات في القانون المدني العراقي، حسن الذنون، ص٣٤.

(٨) الموجز في شرح القانون المدني– مصادر الالتزام، د.عبد المجيد الحكيم، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧م، ص١١٤.

(٩) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– مصادر الالتزام، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢م، ص٢٦٧.

(١٠) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوي، ١٣٥٧/٤–١٣٨٢.

(١١) ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح في أصول الفقه، سعد الدين مسعود بن عمر التفتزاني الشافعي، مطبعة علي صبيح، ١٩٢٧م، ١٦١/٢، أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط٩، ١٣٩٠هـ، ص١٣٦.

(١٢) موجز في شرح القانون المدني، د.عبد المجيد الحكيم، ص١١٧.

(١٣) ينظر، التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٦١/٢–١٦٢، أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص١٤٣–١٤٥، الوجيز، الزحيلي، ص١٠٥.

(١٤) ينظر محيط المحيط، بطرس البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٧م، (مادة عقد) ص٦١٨، تاج العروس من جواهر القاموس، السيد محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق د.عبد العزيز، مكتبة الحياة، بيروت– لبنان، ٢١٢٦/١.

(١٥) المعجم الوسيط، ٦٢٠/٢.

(١٦) القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، صباح صادق الانباري، المكتبة القانونية، بغداد، ط٣، ٢٠٠٠م، (المادة ٧٣) ص٢٩.

(١٧) ينظر الموجز في شرح القانون المدني، د.عبد المجيد الحكيم، ص١١٦.

(١٨) عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، د.حسين احمد النوري، مطبعة لجنة البيان العربي، ط١، ١٩٥٣م، ص٩٥.

(١٩) الوجيز في أصول الفقه، الزحيلي، ص٥٩.

(٢٠) عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، د.حسين احمد النوري، ص١٠٢.

(٢١) الموجز في شرح القانون المدني، د.عبد المجيد الحكيم، ص١١٧.

(٢٢) التلويح في شرح حقائق التنقيح، ٢/ ١٦٨.

(٢٣) تيسير التحرير، محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٠هـ، ٤٢٠/٢.

(٢٤) ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٧٧/٢.

[٢٥] ينظر كشف الأسرار، ٩٢٨/٢.

[٢٦] كشف الأسرار، ١٣٩٧/٢.

[٢٧] ينظر مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، محمد بن فراموز ملا خسرو، الاستانه، ١٣١٢هـ، ص٣٣٠، التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٦٩/٢.

[٢٨] التقرير والتحبير شرح التحرير، محمد بن أمير حاج، مطبعة بولاق الاميرية، القاهرة، ١٣١٦هـ، ١٧٤/٢.

[٢٩] ينظر مرآة الأصول، ص٣٣١.

[30] ينظر تيسير التحرير، ٢/ ٤٢٠، شرح التلويح في شرح التنقيح، ٢/ ١٧٠.

[31] ينظر كشف الأسرار، ٤/ ١٤٢٧، المغني أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، طبع إدارة المنار بمصر، ط٣، ١٣٦٧هـ، ٦/ ٥٢٤.

[32] ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ٦٩/٤، التقرير والتحبير، ٤٥٥/٣.

[33] ينظر الوجيز، ص١١٢، التلويح في شرح التنقيح، ١٧٧/٢.

[34] الوجيز في أصول الفقه، الزحيلي، ص٥٩.

[35] ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٨٢/٢– ١٨٥، كشف الأسرار، ٧٦/٥–٨٥.

[36] ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٨٥/٢، كشف الأسرار، ٥/ ١٠٠–١٠٤، التقرير والتحبير، ٤٦٩/٣.

[37] ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٩٠/٢، كشف الأسرار، ١١٤/٥، التقرير والتحبير، ٤٨٣/٣.

[38] ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٩٧/٢، كشف الأسرار، ١٥١/٥، التقرير والتحبير، ٤٩٣/٣.

[٣٩] ينظر كشف الأسرار، ١٩٠/٤، التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٩٥/٢، التقرير والتحبير، ٤/٤.

[٤٠] ينظر كشف الأسرار، ١٧٣/٤، التلويح في شرح حقائق التنقيح، ٢٠١/٢، التقرير والتحبير، ٥٠٠/٣.

[٤١] عوارض الأهلية، د.حسين النوري، ص١٩٨.

[٤٢] ينظر التقرير والتحبير، ١٤١/٤، الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، ١٧٣/١.

[٤٣] الموجز في شرح القانون المدني، د.عبد المجيد الحكيم، ص١١٨.

[٤٤] النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، د.حسين علي الذنون، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦م، ص٨١.

[٤٥] القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٣.

[٤٦] النظرية العامة للالتزامات، ص٨١.

[٤٧] الموجز في شرح القانون المدني، د.عبد المجيد الحكيم، ص١٢٢.

[٤٨] المجلة الطبعة العثمانية (القسطنطينية)، ١٣٠٥هـ، الباب الأول، ص١٦٠.

[٤٩] القانون المدني، صباح صادق الانباري، ص٣٥.

[٥٠] الموجز في شرح القانون المدني، د.عبد المجيد الحكيم، ص١٣٠.

[٥١] المستدرك على الصحيحين محمد بن عبد الله، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م، ٣١١/١، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مط المصرية، ط١، ١٣٥٧هـ، ٣٩٨/١.

[٥٢] القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٤، (وسِنّ التمييز سبع سنوات كاملة).

[٥٣] ينظر الأهلية وعوارضها، احمد إبراهيم، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، ط١، ١٩٥٣م، ص٩٥.

[٥٤] القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٣.

[٥٥] الأشباه والنظائر، ٢٢٣/١.

[٥٦] ينظر الجريمة والعقوبة، محمد أبو زهرة، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ص٤٦٣.

[٥٧] القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٥.

[٥٨] ينظر كشف الأسرار، ١٣٩٣/٤.

[٥٩] أصول الفقه، علي بن محمد بن حسين البزدوي، مكتب الصائغ، القاهرة، ١٣٠٧هـ، ص٣٢١.

[٦٠] ينظر المبسوط، محمد بن احمد بن أبي سهل السر خسي، دار المعرفة بيروت، ط٢، ١١٤/٢، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت٩٥٤هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ٢٩/٦، البحر الرافد، ٤٣٣/٥.

(٦١) فتح العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي (ت٦٢٣هـ)، دار الفكر، ١٠٦/٨.
(٦٢) القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٤.
(٦٣) قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، صباح صادق الانباري، بغداد، ١٩٩٩م، ص٧.
(٦٤) شرح قانون الأحوال الشخصية، فريد فتيان، دار واسط، لندن، ط٢، ١٩٨٥م، ص٥٤.
(٦٥) البدائع، ١٠٠/٣، حاشية الدسوقي، ٣٦٥/٢، مغني المحتاج، ٢٧٩/٣.
(٦٦) كشاف القناع، ١٣٩/٣- ١٤٠.
(٦٧) قانون الأحوال الشخصية، صباح صادق الانباري، ص٢١.
(٦٨) كشف الأسرار، ١٣٨٣/٤.
(٦٩) تيسير التحرير، ٤٢٠/٢.
(٧٠) الوجيز في أصول الفقه، د.وهبة الزحيلي، ص٩٥.
(٧١) تيسير التحرير، ٤٢٠/٢.
(٧٢) ينظر التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٦٧/٢.
(٧٣) ينظر الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط٦، ١٦٠/٢.
(٧٤) ينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت٧٤٢هـ)، المطبعة الكبرى ببولاق، مصر، ط١، ١٣١٥هـ، ٩٤/٧.
(٧٥) ينظر الفقه على المذاهب الأربعة، ١٦٠/٢.
(٧٦) المحلى، أبو محمد علي بن احمد بن حزم (ت٤٥٦هـ)، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، ١٧٠/٩.
(٧٧) القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٥.
(٧٨) نظرية العقد، السنهوري، ص٣٣٦.
(٧٩) أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف ص ٢٦٨.
(٨٠) ينظر الفقه على المذاهب الأربعة، ٧٥/٢.
(٨١) ينظر المغني، ١١٣/٧.
(٨٢) صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، دار الطباعة العامرة، بيروت، لبنان، ٥٨/٧.

[٨٣] قانون الأحوال الشخصية، صباح صادق الانباري، ص٨.
[٨٤] المصدر نفسه، ص٢١.
[٨٥] ينظر الوجيز في أصول الفقه، زيدان، ص٩٧.
[٨٦] قانون الأحوال الشخصية، صباح صادق الانباري، ص٣٦.
[٨٧] ينظر المغني، ١١٣/٧، فتح القدير، ١/ ٤٦٨، بدائع الصنائع، ١٠٠/٣.
[٨٨] ينظر الفتاوى الهندية، تأليف جماعة من علماء الهند الأعلام، وفقاً لمذهب الحنفية وطبعت بالمطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٠هـ، ٣٤٧/١.
[٨٩] صباح صادق الانباري، ص٨ (سبق ذكرها الصفحة السابقة).
[٩٠] صباح صادق الانباري، ص٢١ (سبق ذكرها الصفحة السابقة).
[٩١] ينظر كشف الأسرار، ٢٦٥/٢.
[٩٢] ينظر زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، المطبعة المصرية بالقاهرة، ٣٨/٤.
[٩٣] ينظر التلويح في حقائق التنقيح، ص١٦٩.
[٩٤] شرح أحكام عقد البيع، ص١٧.
[٩٥] ينظر مرآة الأصول، ص٣٣٠، تيسير التحرير، ٤٢٧/٢.
[٩٦] شرح قانون الأحوال الشخصية، فتيان، ص١١٦.
[٩٧] ينظر مرآة الأصول، ص٣٣١.
[٩٨] الجريمة والعقوبة، ص٥٠١.
[٩٩] شرح قانون الأحوال الشخصية، د.أحمد عبيد الكبيسي وآخرون، المكتبة القانونية، بغداد، ص١٣٥.
[١٠٠] ينظر الفتاوى الهندية، ٥٥/٥، المحلى، ٨/ ٢٧٨، شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدار، عبد الله بن أبي القاسم، الشهير بابن مفتاح (ت٨٧٧هـ)، شرح الغيث المدرار، لأحمد بن يحيى المرتضى (ت٨٤٠هـ)، مط السعادة، مصر، ٢٨٤/٤.
[١٠١] قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت٧٤١هـ)، طبع دار العلم للملايين، بيروت، ص٣٤٩، المجموع شرح المهذب، محي الدين بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، مطبعة العاصمة، القاهرة، ٣٦٦/١٣-٣٧٤، المغني،

٤٥٦/٤، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جعفر بن حسن الحلي (ت٧٧١هـ) دار مكتبة الحياة، بيروت، ٩٩/٢، الفتاوى الهندية، ٥٥/٥.

(١٠٢) تبين الحقائق، ١٩٥/٥، بدائع الصنائع، ١٧١/٧.

(١٠٣) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن احمد القرطبي (ت٥٩٠هـ)، مطبعة الحلبي، ١٣٣٩هـ، ٢٨٦/٢.

(١٠٤) ينظر المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس، مطبعة السعادة، بالقاهرة، ١٣٢٣هـ، ٢٢٤/١٣.

(١٠٥) ينظر نهاية المحتاج على شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة الرملي (ت١٠٠٤هـ)، ٣٥٤/٤، روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، نشر المكتب الإسلامي، ط١، ٧١/٣، المهذب، ٣٣٩/١.

(١٠٦) المهذب، ٣٣٩/١.

(107) القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٦.

(١٠٨) ينظر تبين الحقائق، ١٩٦/٥، فتح القدير، ٣٢٠/٧.

(١٠٩) ينظر المهذب، ٣٣٩/١، نهاية المحتاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة الرملي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ٣٥٧/٤.

(110) ينظر المغني، ٥٧٢، شرح منتهى الإيرادات للشيخ منصور بن يونس البهوتي، دار الفكر أبي النجا المقدسي، ط١، ٢٩٤/٢، كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن إدريس الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، المطبعة الشرقية، مصر، ٤٨٩/٣.

(111) ينظر المدونة الكبرى، ١٣/ ٢٢١.

(112) ينظر المهذب ٣٣٩/١، نهاية المحتاج، ٣٥٧/٤.

(113) ينظر تبين الحقائق، ١٩٦/٥، بداية المجتهد، ٣٨٥/٢، كشاف القناع، ٤٩٠/٣.

(114) ينظر تحفة الأحوذي، ٤٥٥/٤-٤٥٧.

(١١٥) الفتاوى الهندية، ٦٠/٥، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب (ت٩٥٤هـ)، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٢٨هـ، ٥٨/٥، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين الشهير بابن عابدين، ط٢، ص١٤٧-١٤٨.

(١١٦) ينظر النظرية العامة للالتزامات، ص٨٣، نص المادة (١١٠) (ذو الغفلة حكمه حكم السفيه) المادة (٩٥) (تحجر المحكمة على السفيه وذي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة).

(١١٧) ينظر مواهب الجليل، ٢٤٢/٤، روضة الطالبين، ٢٦٢/٣.

(١١٨) المجموع شرح المهذب، ١٥٥/٩.

(١١٩) ينظر كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن إدريس الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، المطبعة الشرقية، مصر، ط١، ١٧٣/٣، المجموع شرح المهذب، ٩/ ١٥٩، المحلى، ١٩/٩.

(١٢٠) المغني، ١١٤/٧.

(١٢١) ينظر بدائع الصنائع، ١٠٠/٣، مغني المحتاج (إلى معرفة ألفاظ المنهاج)، محمد بن احمد الشربيني الخطيب، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ، ٢٧٩/٣، الشرح الكبير للدردير على مختصر سيدي خليل، لأبي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي المالكي الشهير بالدردير (ت١٢٠١هـ)، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، ٣٦٥/٢، كشاف القناع، ١٤٠/٣.

(١٢٢) المحلى، ٢٨٠/١٠.

(١٢٣) قانون الأحوال الشخصية، صباح صادق الانباري، ص٢١.

(١٢٤) ينظر بدائع الصنائع، ٦٦/١٦، المبسوط، ٢٠٩/٢٧.

(١٢٥) القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٦.

(١٢٦) ينظر فتح القدير، ٤١/٣.

(١٢٧) المجموع شرح المهذب، ١٦/ ٦٥-٦٧، المغني، ١١٩/٧.

(١٢٨) مصادر الالتزام، د.عبد المجيد الحكيم، ص١٢٥.

(١٢٩) القانون المدني العراقي، صباح صادق الانباري، ص٣٧.

(١٣٠) شرح أحكام عقد البيع، د.كمال قاسم ثروت، ص٤٣.

(١٣١) المجموع شرح المهذب، ٦٥/١٦، مغني المحتاج، ١١٨/٣، الشرح الكبير للدردير، ٤٥٠/١، شرح الأزهار، ٣٨٢/٢، المحلى، ٢٥٢/١٠، شرائع الإسلام، ١٢/٣.

(١٣٢) فتح القدير، ٣٩/٣، المغني، ١١٨/٧.

(١٣٣) قانون الأحوال الشخصية، صباح صادق الانباري، ص٢١.

(١٣٤) ينظر كشف الأسرار، ٢/ ٢٧٤، التلويح في شرح حقائق التنقيح، ١٧٧/٢.

(١٣٥) المغني، ٧١/٦.

(١٣٦) ينظر المغني، ٧٢/٦، مغني المحتاج، ٥٠/٣، شرح الكبير للدردير، ٣١٢/١.

(١٣٧) المغني، ٧١/٦.

(١٣٨) شرح أحكام عقد البيع، ص٤٠٥.

(١٣٩) ينظر بدائع الصنائع، ٢٢٥/٧، المغني، ٢١٢/٧، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، احمد بن يحيى المرتضى (ت٨٤٠هـ)، مطبعة السنة المحمدية، ٣١٩/٦، المحلى، ٢٥/١٠-٢٦.

(١٤٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ٢٧٦/٢.

(١٤١) رد المختار، ٨٠٤/٢.

(١٤٢) المحلى، ٢١٨/١٠، روضة الطالبين، ٧٢/٨.

(١٤٣) المغني، ٣٢٩/٦، بداية المجتهد، ٨٢/٢، فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت٦٨١هـ)، دار الفكر، بيروت، ط٢، ٥٠/٣.

(١٤٤) المغني، ٣٢٩/٦، المحلى، ١٠/ ٢١٩، المهذب، ٦٢/٢.

(١٤٥) المدونة الكبرى، ١٣٢/٢، المغني، ٣٣٠/٦، فتح القدير، ١٥٠/٣، رد المختار، ٨٠٣/٢.

(١٤٦) المغني، ٣٣٠/٦، بداية المجتهد، ٨٢/٢، المهذب، ٦٢/٢.

(١٤٧) المغني، ٦/ ٣٣٠، المبسوط، ١٥٤/٦.

(١٤٨) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ٢٧/٣.

(١٤٩) شرح قانون الأحوال الشخصية، فتيان، ص١١٦.

(١٥٠) قانون الأحوال الشخصية، صباح صادق الأنباري، ص٢١.

(١٥١) الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، د.احمد عبيد الكبيسي، ١٨٧/١.

المصادر

١. الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، د.أحمد الكبيسي، المكتبة القانونية، بغداد، نشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا.ت.

٢. الأشباه والنظائر في الفروع، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بلا.ت.

٣. أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط٩، ١٩٣٠هـ.
٤. أصول الفقه، علي بن محمد بن حسين البزدوي، مكتب الصنائع، القاهرة، ١٣٠٧هـ.
٥. الأهلية وعوارضها، احمد إبراهيم، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، ط١، ١٩٥٣م.
٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت٥٨٧هـ)، المطبعة الجمالية، مصر، ط١، ١٣٢٧هـ.
٧. بداية المجتهد نهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن احمد القرطبي (ت٥٩٠هـ)، مطبعة عيسى الحلبي، ١٣٣٩هـ.
٨. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، احمد بن يحيى المرتضى (ت٨٤٠هـ)، مطبعة السنة المحمدية، مصر.
٩. تاج العروس من جواهر القاموس، السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت١٤٠٥هـ)، تحقيق: د.عبد العزيز، مكتبة الحياة، بيروت– لبنان.
١٠. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت٧٤٢هـ)، المطبعة الكبرى ببولاق، مصر، ط١، ١٣١٥هـ.
١١. التقرير والتحبير شرح التحرير، محمد بن أمير حاج الحلبي، مطبعة بولاق الأميرية، القاهرة، ١٣١٦هـ.
١٢. تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، محمد أمين المعروف بأمير باد شاه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٠هـ.
١٣. الجريمة والعقوبة، محمد أبو زهرة، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، بلا.ت.
١٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.
١٥. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢.
١٦. روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، نشر المكتب الإسلامي، ط١.
١٧. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن تيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، المطبعة المصرية، القاهرة.
١٨. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جعفر بن حسين الحلي (ت٧٧١هـ)، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٧٨م– مطبعة الرصافي، بغداد.

١٩.شرح أحكام عقد البيع (دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة تمييز العراق)، د.كمال قاسم ثروت، ط٢، ١٩٧٦.
٢٠.شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدار، عبد الله بن أبي القاسم، الشهير بأبن مفتاح (ت ٨٧٧هـ)، شرع به الغيث المدار، لأحمد بن يحيى المرتضى (ت٨٤٠هـ)، مط السعادة، مصر.
٢١.شرح فتح القدير، محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت٦٨١هـ)، دار الفكر، بيروت، ط٢.
٢٢.شرح قانون الأحوال الشخصية، د.احمد عبيد الكبيسي وآخرون، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢.
٢٣.شرح قانون الأحوال الشخصية، فريد فتيان، دار واسط، لندن، ط٢، ١٩٨٥.
٢٤.قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت٧٤١هـ)، طبع دار العلم للملايين، بيروت.
٢٥.الشرح الكبير للدردير على مختصر سيدي خليل، لأبي بركات سيدي احمد بن محمد العدوي المالكي الشهير بالدردير (ت١٢٠١هـ)، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.
٢٦.شرح منتهى الإيرادات، للشيخ منصور بن يونس البهوي الحنبلي، دار الفكر، ط١.
٢٧.صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، دار الطباعة العامرة، بيروت– لبنان.
٢٨.عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، د.حسين احمد النوري، مطبعة لجنة البيان العربي، ط١، ١٩٥٣م.
٢٩.الفتاوى الهندية، تأليف جماعة من علماء الهند الأعلام، وفقاً لمذهب الحنفية وطبعت بالمطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٠هـ.
٣٠.فتح العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافعي (ت٦٢٣هـ)، دار الفكر، بيروت.
٣١.الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط٦.
٣٢.قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، إعداد: صباح صادق الانباري، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٩م.
٣٣.القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، إعداد: صباح صادق الانباري، المكتبة القانونية، بغداد، ط٣، ٢٠٠٠م.

٣٤.كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن إدريس الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، المطبعة الشرقية، مصر، ط١.
٣٥.كشف الأسرار على أصول البزدوي، عبد العزيز بن احمد البخاري، دار الكتاب العربي، لبنان.
٣٦.المبسوط، محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت– لبنان، ط٢.
٣٧.المجلة (تحتوي على القوانين الشرعية والأحكام العدلية المطابقة للكتب الفقهية)، قسطنطينية، طبعت في المطبعة العثمانية، ط٢، ١٣٠٥هـ.
٣٨.المجموع شرح المهذب، محي الدين بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، شرح المهذب لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، مطبعة العاصمة، القاهرة.
٣٩.محاضرات في القانون المدني، د.حسن الذنون، القاهرة، دار الطباعة العامرة ١٩٥٦م.
٤٠.المحلى، أبو محمد علي بن احمد بن حزم الظاهري (ت٤٥٦هـ)، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت– لبنان.
٤١.محيط المحيط، بطرس البستاني، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٧م.
٤٢.المدونة الكبرى، للإمام مالك بن انس، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٣هـ.
٤٣.مرآة الأصول شر مرقاة الوصول، محمد بن فرافون ملا خسرو، الأستانة، ١٣١٢هـ.
٤٤.المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م.
٤٥.المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، مطبعة مصر، القاهرة، ١٣٨١هـ/ ١٩٦١م.
٤٦.المغني، أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي (ت٦٢٠هـ)، طبع إدارة المنار، مصر، ط٣، ١٣٦٧هـ.
٤٧.مغني المحتاج، (إلى معرفة ألفاظ المنهاج)، محمد بن احمد الشر بيني الخطيب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ.
٤٨.المهذب، أبو زكريا يحيى بن شرف ألنوري (ت٦٧٦هـ)، نشر المكتب الإسلامي، ط١.
٤٩.الموجز في شرح القانون المدني– مصادر الالتزام، د.عبد المجيد الحكيم، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧م.

٥٠. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ)، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٢٨هـ.
٥١. النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام، د.حسين علي الذنون، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦م.
٥٢. نهاية المحتاج على شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة الرملي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
٥٣. الوجيز في أصول الفقه، أ.د.وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا.
٥٤. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام، د.عبد الرزاق السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢م.