



جامعة كربلاء  
كلية القانون  
الفرع الخاص

## جمالة العقود عليه في العقود المعاصرة "دراسة مقارنة"

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء  
للحصول على درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص

تقدمت بها الطالبة

زينب يحيى كاظم

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور عبد الله عبد الأمير العماري

1445 هـ

2024 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا  
أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ) .

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء/ الآية (29)

## إقرار المشرف

أشهد إن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (زينب يحيى كاظم) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فإسفة في القانون الخاص ، وقد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة... مع التقدير ...



التوقيع :

الأسم : أ.م.د. عبد الله عبد الأمير طه

الاختصاص : القانون المدني

كلية القانون / جامعة كربلاء

## إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ ( جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة "دراسة مقارنة" ) المقدمة من قبل الطالبة (زينب يحيى كاظم عبد خليفه ) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية و التعبيرية ، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة .... ولأجلة وقعت .



الخبير اللغوي

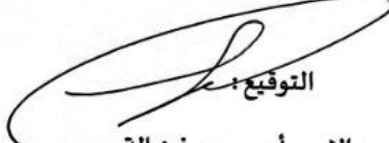
أ.م. د معالي هاشم أبو المعالي

الاختصاص العام : لغة عربية

الأختصاص الدقيق : لغة ولسانيات


إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الأطروحة الموسومة بـ (جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالبة (زينب يحيى كاظم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ) .

التوقيع:   
الاسم: أ.د. حسين فضالة موسى

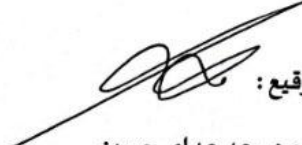
(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع:   
الاسم: أ.د. علي شاکر عبدالقادر

(رئيساً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع:   
الاسم: أ.م.د. رعد عداي حسين

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع:   
الاسم: أ.د. اشواق عبدالرسول

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع:   
الاسم: أ.م.د. عبدالله عبدالاميرطه

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع:   
الاسم: أ.م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ: 2024/5/8

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:   
أ.د. باسم خليل نايل السعيد

رئيس عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2024

## الإهداء

إلى معلم البشرية الأول محمد (صل الله عليه وآله وسلم) وإلى أهل بيت النبوة وموضع الرسالة ومختلف الملائكة  
ومهبط الوحي ومعدن الرحمة وخزان العلم ومنهجي الحلم وأصول الكرم وقادة الأمر وامناء الرحمن وأركان  
البلاد.

إلى من أشواق له وفراقه أثلم قلبي والذي العزيز (مرحمة الله)

إلى من أشواق دائماً لرؤيتها وقرنها وأسأل الله أن يطيل بعمرها (والدتي العزيزة)

إلى من جمعني به طريق العلم ونض الفؤاد (زوجي)

إلى من ازهرت حياتي بولادتها ابنتي (زهراء)

إلى اخوتي واخواتي اضلع فؤادي

إلى عائلتي الثانية (مراثير وابو اثير)

إلى الشموع التي أضأت لي طريق العلم... أساتيدي الأفاضل

إعترافاً بفضلهم جميعاً

## شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون، ولا يحصي نعمه العادون، ولا يؤدي حقه المجتهدون، الذي لا يدركه بعد الهمم، ولا يناله غوص الفطن، الذي ليس لصفته حد محدود ولا نعت موجود ولا وقت معدود ولا أجل ممدود.

وبعد...

بعد إتمام كتابة هذه الاطروحة يسعدني أن أتقدم بفائق الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور (عبد الله عبد الامير العماري)، الذي يعجز اللسان عن شكره لما حبانني من الرعاية والأهتمام والنصح والأرشاد ومتابعته المتواصلة ونصائحه وتوجيهاته السديدة التي كانت لها الأثر في إظهار البحث بالشكل الذي تروونه، ولخلقه الرفيع الذي عاملني به، فأسأل الله تعالى أن يمدّه بالصحة والعافية وجزاه الله عني خير الجزاء.

والشكر موصول إلى أساتيذي الذين نهلتُ من ينابيع علومهم في مرحلة السنة التحضيرية لما ابدوه من جهد في وصولي إلى هذه المرحلة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير لكل من ساعدني في إتمام هذه الاطروحة، ولا يفوتني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى موظفي أمانة مكتبة كلية القانون في كل من جامعة كربلاء وبغداد والنهرين، وموظفي المعهد القضائي وموظفي أمانة مكتبة الروضة الحيدرية والحسينية والعباسية والعاملين على قنوات (الفكر القانوني)، (الرافد العراقي للمصادر القانونية)، (الفقه والقضاء اليمني)، (الفقه القانوني اليمني)، (الباحث الشامل)، (بورصة الرسائل والأطاريح القانونية)، (المكتبة الشاملة)، (المكتبة الوقفية الإسلامية الشاملة)، (النجف مكتبتي)، (شبكة الفكر) على التليكرام.

وأود ان اشكر الدكتور (محمد الحسني) مسؤول برنامج الشريعة والقانون لدى جامعة العلوم والتكنولوجيا اليميني، والدكتور (عبد الرحمن قايد الفقيه) جامعة العلوم والتكنولوجيا في كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والدكتور (ابراهيم الجوفي) المدعي العام في محكمة بني الحارث الابتدائية بأمانة العاصمة، والدكتور في الفقه المقارن واصوله في جامعة العلوم والتكنولوجيا (محمد عبد الله شيبان)، ودكتور القانون المدني في كلية الشريعة والقانون في جامعة صنعاء (محمد يحيى المطري) لما ابدوه من مساعدة لتوفير المصادر والاحكام المتعلقة بالقانون اليمني.

الباحثة

## المحتويات

الصفحة	الموضوع
10 - 1	مقدمة
63 - 11	الفصل الأول: مفهوم جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
42 - 13	المبحث الأول: ماهية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
31 - 14	المطلب الأول: التعريف بجهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
25 - 14	الفرع الأول: تعريف جهالة المعقود عليه
31 - 25	الفرع الثاني: تعريف العقود المعاصرة
42 - 31	المطلب الثاني: ذاتية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
35 - 31	الفرع الأول: شروط الجهالة المؤثرة
42 - 35	الفرع الثاني: تمييز الجهالة عما قد يشتبه بها من اوضاع قانونية
63 - 43	المبحث الثاني: أقسام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
54 - 44	المطلب الأول: الجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة
49 - 44	الفرع الأول: التعريف بالجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة



الصفحة	الموضوع
54 - 49	الفرع الثاني: حكم الجهالة الفاحشة
63 - 55	المطلب الثاني: الجهالة غير المؤثرة
60 - 55	الفرع الأول: الجهالة اليسيرة
63 - 61	الفرع الثاني: الجهالة المتوسطة
124 - 64	الفصل الثاني: أسباب جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
86 - 66	المبحث الأول: أسباب جهالة العقود المعاصرة
76 - 67	المطلب الأول: الأسباب العامة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود
72 - 67	الفرع الأول: عدم العلم بالقدرة على التسليم
76 - 72	الفرع الثاني: جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء
86 - 76	المطلب الثاني: الأسباب الخاصة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود
83 - 77	الفرع الأول: إذا كان العقد من عقود المعاوضات والتبرعات
86 - 84	الفرع الثاني: ضم المجهول إلى المعلوم
124 - 87	المبحث الثاني: أسباب جهالة المعقود عليه

الصفحة	الموضوع
110 - 88	المطلب الأول: أسباب الجهالة المتعلقة بالمبيع
98 - 88	الفرع الأول: عدم العلم بذات المعقود عليه وجنسه
110 - 98	الفرع الثاني: عدم العلم بنوع المعقود عليه وصفته
124 - 111	المطلب الثاني: أسباب الجهالة المتعلقة بالثمن
120 - 111	الفرع الأول: عدم العلم بمقدار المعقود عليه
124 - 120	الفرع الثاني: عدم العلم باجل المعقود عليه
187 - 125	الفصل الثالث: أحكام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
155- 127	المبحث الاول: آثار جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
146 - 128	المطلب الاول: أثر جهالة المعقود عليه في العقد الالكتروني
136 - 129	الفرع الاول: تحقق الجهالة بالمعقود عليه في العقد الالكتروني
146 - 136	الفرع الثاني: جزاء وجود الجهالة في العقد الالكتروني
155 - 147	المطلب الثاني: أثر جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي
153 - 148	الفرع الأول: تحقق الجهالة بالمعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي
155 - 154	الفرع الثاني: جزاء وجود الجهالة في عقد الذكاء الاصطناعي
187 - 156	المبحث الثاني: وسائل توقي جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة
176- 157	المطلب الاول: الوسائل العادية لتوقي جهالة المعقود عليه
165 - 158	الفرع الاول: دليل المبيعات

الصفحة	الموضوع
172 - 166	الفرع الثاني: العلامة التجارية المشهورة
176 - 172	الفرع الثالث: النموذج المجسم
187 - 176	المطلب الثاني: الوسائل الإلكترونية لتوقي جهالة المعقود عليه
179 - 177	الفرع الأول: الصورة الرقمية
181 - 179	الفرع الثاني: تقنية البث المباشر
187 - 182	الفرع الثالث: المحاكاة في الحاسوب
192 - 188	الخاتمة
225 - 193	المصادر والمراجع
i-iii	خلاصة باللغة الأنكليزية

## المستخلص

أدى التطور التكنولوجي إلى ظهور نماذج من العقود وصوراً من المعاملات، تمثلت بالعقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي، وإن هذه العقود على الرغم من أن لها طبيعة وإجراءات خاصة، إلا أنها تبقى تخضع لنظرية العقد التقليدية ففيما يخص المعقود عليه يجب أن يكون معلوماً ومعيناً بشكلٍ نافياً للجهالة.

تعتمد الجهالة في المعقود عليه على حالة نفسية وفكرية تخيم على المتعاقد عند إبرام العقد، وتقوم بشكلٍ أساس نتيجة انتفاء العلم بالمعقود عليه، أو انعدام الصورة الذهنية الإدراكية لدى المتعاقد عن الشيء محل التعاقد، فهو عدم العلم وانتفاء المعرفة بحقائق الأشياء التي تعد محلاً للعقد، فقد يبرم الشخص عقداً وهو في كامل قواه العقلية ولكن تحت تأثير الجهل، الذي قد ينصب على المبيع أو الثمن والتي تعد من العناصر الأساسية للمعقود عليه، ولما كان الجهل وصفاً سلبياً يؤثر على إبرام العقود المعاصرة، عن طريق انعدام العلم بالمعقود عليه، مما يترتب عليه انتفاء أحد شروط المعقود عليه الأساسية.

لم تتفق كلمة الفقهاء إزاء جهالة المعقود عليه وأثارها؛ نظراً لإختلاف وجهة نظرهم في مدى وجود الأسباب التي تحقق الجهالة الناتجة عن عدم العلم بجنس ونوع وصفة وذات وأجل ومقدار المعقود عليه، وعدم تعيينه وبين بطلان العقد وفساده، فالمذاهب الإسلامية (كالأمامية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية) يرون بطلان العقد لوجود الجهالة بكل أنواعها، لأن العلم وتعيين المعقود عليه شرط أساس، إلا أن الحنفية اعتبروا أن وجود الجهالة في صلب العقد مؤدية إلى بطلانه وما سواها تؤدي إلى فساد العقد، بينما اتفقت القوانين محل الدراسة (القانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني والقانون المدني المصري) على تعيين المعقود عليه بكلا عنصريه المبيع والثمن، إلا انهما لم يبينا العلم به، باستثناء القانون العراقي إذ بين أن العلم به يغني عن وصفه أو تعريفه، وهذا الشرط أتفقت المذاهب الإسلامية على وجوده.

وفيما يتعلق بالجهالة فقد اعتمدنا الأفكار التي جاء بها الفقه الإسلامي من أن الجهالة تكون مؤثرة وهي الفاحشة وما يدخل ضمنها كالجهالة المتوسطة المتضمنة على جهالة قريبة من الفاحشة، و جهالة غير مؤثر لا يوجد عليها نزاع والمقصود منها اليسيرة، وهذا ما جاء به القانون اليمني وهو الذي ميزه عن القانون المدني العراقي والمصري عندما ذكر لفظ(الجهالة المؤثرة).

وقد تمثلت المشكلة البحثية لموضوعنا(جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة "دراسة مقارنة")، بغياب المعايير التي عن طريقها توضيح الجهالة، إذ أن التشريعات لم تكن موفقة في وضع

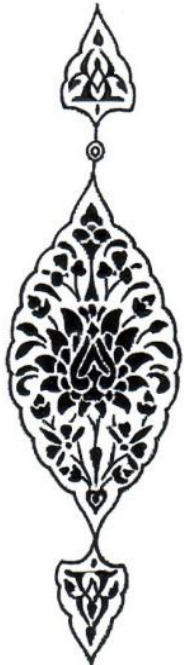
معيار دقيق يبين نوع الجهالة في المعقود عليه، وكما أنها لم تبين الأسباب التي تؤدي إلى جهالة المعقود عليه بشكل كافٍ عند صياغتها لنص تعيين المعقود عليه، فقد ضيقت من الأسباب التي تساهم في تحقيق جهالة المعقود فإكتفت بتعيين صفة و جنس ومقدار المعقود عليه.

وقد تناولت البحث المكون من مقدمة وتلويها ثلاثة فصول تليها خاتمة بينت أهم النتائج والمقترحات وفق خطة علمية، إذ تعرضنا في الفصل الأول مفهوم جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، في حين الفصل الثاني جاء بعنوان أسباب جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، أما الفصل الثالث فعقدناه لبيان أحكام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.

واتبعنا فيما تقدم المنهج الاستقرائي و التحليلي المقارن؛ إذ أن البحث مقارن بين القانون والفقہ الإسلامي، ففي الفقہ الإسلامي ركزنا على مذهب الأمامية والحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية والزيدية، وبخصوص القوانين فقد أخذنا القانون المدني العراقي، القانون المدني المصري والقانون المدني اليمني.

وتوصل البحث إلى أن هنالك تقارب بين موقف القانون المدني العراقي والتشريعات موضع المقارنة مع مذهب الأمامية والشافعية والحنبلية في حكم العقد الذي تطرأ عليه الجهالة في المعقود عليه، إذ أن حكم العقد يكون باطلاً، وتكمن العلة من منع الجهالة بالمعقود عليه؛ لأنها تفضي للمنازعة، وتمنع من صحة العقد وان الأعيان تختلف بحسب رغبات المتعاقدين مما يصيبهم ضرر من جرائها، إلا أن الفقہ الحنفي والمالكي خالف الأجماع الشرعي والقانوني وأعتبر العقد فاسداً ما لم تمس صلب العقد، و تبين في نتيجة هذه الدراسة أن القانون المدني العراقي يشوبه قصور تشريعي في مسألة تنظيم الجهالة و تحديد كيفية تحققها ، لذا فقد أوصت الدراسة بتعديل نصوص القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 ذات الصلة بموضوع بحثنا ولاسيما المادة(128) منه.

# المقدمة



## المقدمة

العقد هو من أكثر مصادر الألتزام أهمية، إذ أنه يعد الطريق الأمثل الذي يمكن الأفراد عن طريقه تبادل التزاماتهم، فيجب أن يكون صحيحاً وناظاً ويرتب جميع آثاره، فلا يمكن أن يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره ما لم يكن المعقود عليه خالياً من الجهالة؛ لأنه يعد الأساس الذي يرتكز عليه العقد، لهذا تعد الجهالة من الأوصاف التي تلحق المعقود عليه، والتي تسعى الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية إلى الحد من تواجدها في العقود، ومما ينبغي الالتفات إليه أن التطور التكنولوجي الذي طال جميع جوانب الحياة، قد اثر على المنظومة العقدية التقليدية، إذ ظهرت عقود معاصرة يتم أبرامها أو تنفيذها جزئياً أو كلياً عبر الشبكة العنكبوتية.

### أولاً- موضوع البحث

إن الرضا هو أساس التعاقد وهذا يقتضي وجوب تعلق الإرادة بالمعقود عليه وقت التعاقد، ولا يتحقق هذا الأمر إلا بتعيينه والعلم به عن طريق تحديده عما يتميز به أو ينفرد به عن غيره، فيكون العاقدان على بينة بما سوف يتلقاه أحدهما من الآخر وما على كل واحد منهما أن يؤديه، إلا أن عدم تحقق شرط تعيين المعقود عليه الذي نصت عليه القوانين كشرط من شروط المعقود عليه يوجب تحقق الجهالة مما يؤدي إلى عدم تعلق الإرادة بالمعقود عليه وقت التعاقد، فالجهالة من الأوصاف التي تؤثر في العقود، فتمنع صحة العقود؛ لأنها تفضي للنزاع بسبب ضررها على المتعاقد.

ففي ضوء التطور التكنولوجي الهائل الحاصل في المجتمع، إذ بدأ الأفراد يبرمون العقود والصفقات الكبيرة من دون رؤية المعقود عليه، وإنما بمجرد وصفه من قبل الطرف المتعاقد، فمن المؤكد أن الطرفان يقعان في الجهالة، فيتخذ موضوع دراسة البحث إن المعقود عليه يجب أن يكون معيناً أو قابل للتعيين، فيلزم أن يكون المعقود عليه معيناً تعييناً نافعاً للجهالة، ومقتضى هذا الشرط هو وجوب العلم بالمعقود عليه علماً كافياً نافعاً للجهالة المؤدية إلى النزاع وهو محل إجماع في الفقهاء الإسلاميين والقانونيين، ويجوز أن يكون محل الألتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول عليه في المستقبل وعين تعييناً نافعاً للجهالة والغرر، فالجهالة التي تعتري المعقود عليه تكون على نوعين، جهالة مؤثرة في صحة العقد وجاهة غير مؤثرة والتي لا تكاد العقود تخلو منها، وإن للفقهاء الإسلاميين توجه في بيان الشروط الهامة الواجب توافرها في المعقود عليه، فبين الفقهاء يجب أن يكون المعقود عليه معلوماً، أي نفي الجهالة عنه ونزع الخفاء، وقد نهى الشرع عن كل جهالة تفضي للنزاع وتؤدي إلى خلل في تقييم ثمنه في المعاوضات على الأعيان أو المنافع، وليس عند هذا الحد بل أنها تتعارض مع

فطرة الأنسان السوية التي لا تقبل دفع عوض لشيء مجهول محاط بالضرر المفضي للنزاع والخلاف وهذا ما يتناقض مع الرضا الذي هو أساس التعامل.

أن مدار بحثنا سيتركز بالعقد الإلكتروني الذي هو من العقود تتم عبر وسائل ووسائط تعمل عن طريق الإلكتروني، ومنها العقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي، الذي يقوم على تسجيل العقود بشكل مشفر عبر البلوك شين من دون الحاجة لوسيط، فهي آلية إجرائية ذكية لتنفيذ العقود التقليدية، وهي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالعملات الافتراضية وبتقنية سلسلة البلوك شين، إذ تعتبر هذه التقنية المنصة الرقمية التي يتم عن طريقها تنفيذ وإجراء العقود الذكية في حين تعتبر العملات الافتراضية العملة المتداولة في إنجاز هذه العقود.

### ثانياً- إشكالية البحث

وتكمن إشكالية البحث أيضاً في أن الجهالة تتخذ من العقود المعاصرة ملاذاً لها؛ بسبب طبيعة هذه العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً، الأمر الذي يساهم في شكل فعال في توسع دائرة جهالة المعقود عليه، سواء أفي تحديد وصفه أو جنسه أو مقداره أو أجله أو القدرة في تسليمه، فالوضع القائم في الآراء الفقهية والقانونية التي طرحت بشأن جهالة المعقود عليه لا تكاد تخرج عن دائرة أن الجهالة الفاحشة هي التي تؤثر في العقود المعاصرة، وهي تدور حول قطب واحد هو تأثيرها على ذلك العقد، من هنا فان غياب المفهوم والمعايير التي عن طريقها تتضح الجهالة هو ما يعبد الطريق لنا أمام وضع مفهوم ومعيار لتحقيق الجهالة في العقود المعاصرة.

يعد القانون المدني العراقي مثلاً للتشريعات العربية والإسلامية المستوردة صياغته من التشريعات الغربية، فالقانون المدني العراقي أقتبس من القانون المدني المصري، واعتمد واضعو الأخير على القانون المدني الفرنسي، فهذا القانون يعد الأصل التاريخي لنصوص القانون المدني العراقي والمصري، إلا أن هذا لا يعني مخالفة أحكام القانون المدني للشريعة الإسلامية بشكل مطلق، في حين القانون المدني اليمني قد جاءت صياغته في معظم نصوصه من كتاب التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار للقاضي العنسي وتيسير المرام في مسائل الأحكام للباحثين والحكام للعلامة السرحي.

وفي مراجعة دقيقة للقواعد القانونية النازمة لتعيين المعقود عليه في العقود أن التشريعات لم تكن موفقة في وضع معيار دقيق يبين نوع الجهالة التي تؤثر في المعقود عليه، وانها لم تبين الأسباب التي تؤدي إلى جهالة المعقود عليه بشكل كافٍ عند صياغتها لنص تعيين المعقود عليه كالمادة(128) من القانون المدني العراقي فقد ضيقت من الأسباب التي تساهم في تحقيق جهالة المعقود عليه فقد اكتفت



بعدم تعيين الصفة أو الجنس والمقدار وهذا ديدن بقية التشريعات موضوع المقارنة فالمشرع المصري في المادة(133) انتهج الأسباب نفسها لا سيما أنه بين أسباب عدم التعيين هي ذات ونوع ومقدار المعقود عليه، وبالأحرى انه لم يتطرق بشكل صريح إلى الجهالة، أما المشرع اليمني فقد حاول الإحاطة بها قدر اللازم في المادة(190) فذكر أن عدم تعيين الوصف والمقدار والجنس والنوع والوصف المميز.

ولو أمعنا النظر إلى موقف الفقه الإسلامي لوجدنا هنالك اختلاف كبير بينه وبين القانون الوضعي في بيان العلم وتعيين المعقود عليه، ففقهاء الشريعة الإسلامية مجمعين أن من شروط المعقود عليه أن يكون معلوماً للطرفين، فحددت الأسباب التي تساعد على تحقق الجهالة هي عدم العلم بذات المعقود عليه وجنسه ونوع وصفه وأجله ومقداره والقدرة على تسليمه، وان الجهالة التي تعرقل سير العقد هي الجهالة المؤثرة التي تنضوي على الجهالة الفاحشة والجهالة المتوسطة، إلا أن الفقه الإسلامي قد اختلف في تأثير الجهالة على العقد على شقين، فبعض عد العقد باطل والآخرين اعتبروه فاسد، في حين التشريعات قد نحت الاتجاه الأول في بطلان العقد لتحقيق الجهالة.

### ثالثاً- منهجية البحث

إن طبيعة البحث تقتضي أن ندرسه في أكثر من منهج علمي فقد أتبع في هذا البحث ثلاثة مناهج وهي:

1- **المنهج الاستقرائي:** سنقوم بتتبع جزئيات العنوان والوقوف على معانيها ابتداء من الجهالة ومروراً بالمعقود عليه وصولاً للعقود المعاصرة، للتوصل إلى حكم كلي يتعلق بالأسباب التي تساهم في تحقق الجهالة، والأحكام المترتبة على هذه الجهالة، والطرق التي يمكن اتباعها لتوقي حصولها أو الحد من شدة وطأتها، وذلك عن طريق تتبع موقف المذاهب الإسلامية والنصوص القانونية من الجهالة في المعقود عليه.

2- **المنهج التحليلي المقارن:** وذلك عبر تحليل موقف المذاهب الإسلامية والتشريعات المحددة بالدراسة والنصوص القانونية الناظمة لجهالة المعقود عليه وتحليلها، ومن أجل الإحاطة التامة بجميع جوانب موضوع البحث وتغطيتها، فقد تمت الاستعانة بالمنهج المقارن، وذلك لغرض معرفة موقف الفقه الإسلامي والتشريعات من جهالة المعقود عليه، لتشخيص المسائل السلبية والإيجابية فقد اعتمدنا في بحثنا على القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 والقانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 وذلك لانه يتقارب مع القانون المصري من حيث ان مصادرهما متحدة، والقانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002 وقد انتخبنا القانون المدني اليمني وذلك لقرب افكاره

وصياغاته من الفقه الإسلامي وكذلك لحدائته، وسنتصدى إلى بيان موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه فالأمامي وذلك لأنه المذهب الإقوم منطقاً والاعدل حكماً وانطلاقاً من الحديث النبي "صل الله عليه وآله وسلم" كأي دعيت فاجبت، اني قد تركت فيكم الثقلين، احدهما اكبر من الآخر: كتاب الله وعترتي، فانظروا كيف تخلفوني فيهما، فانهما لن يتفرقا حتى يردا علي الحوض"، والمذهب الحنفي لان توجه المشرع العراقي والمصري في صياغته جاء منسجماً ومجسداً لأحكامه، واللذان يكادان يقتربان في الصياغة التشريعية، والمذهبان الشافعي والزيدي فقد تناولهما؛ لأن المشرع اليمني منقسم بينهما. إما مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية فقد تطرقنا لهم لغرض الاستئناس بأرائهم.

#### رابعاً- استعراض الدراسات السابقة

1- د. ضو مفتاح ابو غرارة الرفروفي، بيع المجهول احكامه واثاره واشكالية عقود النفط الليبية"دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الليبي"، ط1، المجموعة العربية للنشر والتدريب، مصر-القاهرة، 2010.

#### أ- خطة البحث

افتتح الباحث كتابه بمقدمة وأعقبها بخمسة أبواب وخاتمة، فالباب الاول خصه للجهل عند الفقهاء واقسامه واحكامه، والباب الثاني لضابط تحديد الجهل وتطبيقه على الاستثناءات، والباب الثالث متعلقات الجهل واثاره وعلاقته بالغرر وربما البيوع، اما الباب الرابع المقارنة بين الجهل في الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي من حيث الأحكام والآثار، الباب الخامس اشكالية عقود استكشاف واستخراج النفط الليبية.

#### ب- ملخص البحث

قد بين الباحث الجهل وأقسامه وأحكامه، وبين عدم صحة بيع المجهول في الشريعة، والجهل يمنع تحقق الرضى فهو يمنع من ارتباط الإرادة بالمعقود عليه لعدم وجود كل العناصر والأوصاف التي يرتبط بها الرضى، ولا فرق بين الجهل الواقع من الطرفين فقط او طرف واحد، ان الجهل بالمعقود عليه يبطل العقد ويرجع المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد، وان القانون نهى عن بيع المجهول عن طريق اشتراط تعيين المحل ووجوده، ان عقود الاستكشاف تدور بين الاجارة والجمالة، فان عقود استخراج النفط لا تعدُّ استثناءً من بيع المجهول .

## ت- تقييم الدراسة

جاءت هذه الدراسة متوازنة من حيث المبنى والمعنى العلمي، وانها عرضت موقف الفقه الاسلامي بشكل مفصل.

## 2- محمد علي سميران، الجهالة وأثرها في عقود التوثيقات "دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، مج20، ع 5، 2005.

## أ- خطة البحث

عالج الباحث في بحثه مفهوم الجهالة واثرها في عقود التوثيقات في خمسة مطالب، إذ خص المطلب الأول لبيان مفهوم الجهالة وعقود التوثيقات، وتطرق في المطلب الثاني إلى بيان أقسام الجهالة، وتعرض إلى بيان اثر الجهالة في عقد الرهن في المطلب الثالث، واثرها في عقد الكفالة في المطلب الرابع، وخصص المطلب الخامس إلى اثر الجهالة في عقد الحوالة، ثم اختتم بحثه بخاتمة تتضمن نتائج وتوصيات.

## ب- ملخص البحث

تعرض الباحث الى بيان التعريفات التي طرحت في الجهالة الا انه اقتصر على التركيز على المعنى اللغوي وما جاء في كتب الفقه الإسلامي وقد قارن بين الجهالة والغرر، وبين ان للجهالة ثلاثة اقسام الفاحشة والمتوسطة واليسيرة، وبين ان للجهالة ضوابط هي أن تكون كثيرة وان يكون المعقود عليه أصالة ومن عقد المعاوضات، ومن ثم وضح اثرها في عقد الرهن إذ بين عدم جواز رهن المجهول؛ لان ذلك يؤدي إلى المنازعة والمخاصمة، أما الكفالة فبين وجوب معرفة المكفول له الدائن ولا تتم الكفالة الا بمعرفة الكفيل المكفول له، ولا تتم الكفالة مع الجهالة، أما الحوالة فبين انها كالبيع لا تصح الا بمال معلوم ولا تجوز في مجهول.

## ج- تقييم الدراسة

على الرغم من الجهد العلمي المبذول من قبل الباحث الا انه يلاحظ عليه انه لم يذكر أي تعريف للفقه القانوني عن الجهالة، ولم يبين موقف القانون من الجهالة وانواعها، وكذلك لم يبين الاسباب التي تساهم في عدم العلم بالمعقود عليه مما يؤدي لجهله، وكذلك انه لم يأخذ بعين الاعتبار العقود المعاصرة التي تشغل التفكير القانوني في إيجاد حلول لجهالتها، وهذا خلاف ما سنقوم به في بحثنا إذ نتعرض فيه لبيان موقف القانون من الجهالة من حيث تعريفها وحكمها، وكذلك بيان الأسباب التي تؤدي إلى خلقها،

وأيضاً سيركز بحثنا على نوعين من العقود التي تعاصرنا وهي العقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي وبيان حكمها نتيجة الجهالة.

**3- محمد بن عبد العزيز بن ابراهيم يحيى، الجهالة في العقود وطريقة رفعها، بحث منشورة في مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، مج 10، ع72، جامعة القاهرة-كلية القانون، 2016.**

#### أ- خطة البحث

تعرض الباحث للعنوان وفق خطة مكونة من مبحثين وخاتمة، فالمبحث الاول قسمه على ستة مطالب تعرض في المطلب الاول لتعريف الجهالة وفي المطلب الثاني للعلاقة بين الجهالة والغرر، والمطلب الثالث إلى حكم الجهالة ومراتبها، أما المطلب الرابع الجهالة في تعرض إلى العقود اللازمة والجائزة، وبين الجهالة في بيوع الناس اليومية وطريقة رفع الجهالة في المطلبين الخامس والسادس، أما المبحث الثاني فقد عقد لطريقة رفع الجهالة.

#### ب- ملخص البحث

لم يوضح ماهية الجهالة من حيث الاصطلاح والقانون، وإنما اكتفى بذكر المعنى اللغوي ودلالته في انها نقيض العلم، وبين ان الغرر والجهالة مترادفان، وبين حكمها على انها محرمة، وتعرض الى مراتب الجهالة وهي كثير ويسيرة ومتوسطة، وبين أن الجهالة تؤثر في العقود اللازمة، وبين اتجاه الفقه بين الجهالة في عقد التبرع والمعاضات، وبين الجهالة في العقود اليومية ونماذج عنها كعقد الاستجرار، وكذلك بين طريقة تصحيح الجهالة فعند الحنفية ان الجهالة تجعل العقد فاسد ويمكن تصحيحها.

#### ث- تقييم الدراسة

لا نطعن بالجهد العلمي المبذول من قبل الباحث، فعلى الرغم من التصويبات والأفكار التي جاء بها، فانه يلاحظ عليه لم يتبع خطة علمية متوازنة، إذ انه لم يضع تعريف اصطلاحي للجهالة سواء في الفقه الاسلامي أو الفقه القانوني، كما أنه لم يوضح هل ان الجهالة تؤثر في عقود التبرع وانما اكتفي بعرض الاراء، وايضا بين نماذج لعقود قديمة تحدث فيها الجهالة باعتبارها عقود يومية كعقد الاستجرار، اما بخصوص الطريقة تصحيح برفع الجهالة فلم يبين أي وسيلة يمكن عن طريقها العلم بالمعقود عليه، وانه لم يبين الاسباب التي تؤدي الى حصول الجهالة وكذلك لم يبين حكم العقد عند وجود الجهالة ولم يذكر أحكام قضائية حول الموضوع، وهذا ما سيوضحه بحثنا.

**4- عمر فلاح الشقراء، أحكام الجهالة في العقود المالية المستجدة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة آل البيت-كلية الدراسات العليا، الأردن، 2017.**

#### أ- خطة البحث

قسم الباحث رسالته الى تمهيد وفيه مبحثين، فالمبحث الأول بين فيه مفهوم الجهالة والفروق وأقسامها واسبابها، أما المبحث الثاني فبين العقود المستجدة مفهومها وأقسامها وضوابطها، ثم عرض ثلاث فصول وانتهى بخاتمة، فالفصل الاول عقده لبيان أحكام الجهالة في عقود المعاوضات المستجدة وأخذ نماذج كعقد التوريد والتأمين وعقود الوكالات العامة والخاصة وعقود الاجارة المنتهية بالتملك، أما الفصل الثاني فخصه لأحكام الجهالة في عقود التوثيقات المستجدة، وتطرق إلى عقد الرهن وعقود الكفالات، اما الفصل الثالث فعين لأحكام الجهالة في عقود المشاركات فبين عقود الشراكة المتناقصة وعقود التعامل بالاسهم بيعا وشراء.

#### ب- ملخص البحث

ان الباحث عرف الجهالة بأنها ما علم حصوله وطوي المقصود عن او المراد منه أو جنسه او صفته او نوعه او مقداره أو وقت حصوله، وبين ان الجهالة تقسم إلى جهالة يسيرة وفاحشة، وأن أسباب جهالة العقد قد تكون في صيغة العقد أو في العاقدين أو في الثمن أو المبيع والمدة أو الاجل، وأوضح أن العقود المستجدة وهي العقود التي لم تكن موجودة في السابق والتي تم استحدثت مع ظهور متغيرات العصر الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهي شأنها شأن العقود السابقة التي تعامل بها الناس تخضع لأحكام الشرع والضوابط الفقهية.

#### ج- تقييم الدراسة

لا يمكن أن نخفي المجهود المبذول من قبل الباحث، وأسلوب الطرح السهل والمباشر البعيد عن التعقيد، وكذلك التقسيم العلمي لمفردات الخطة وتنوع المصادر؛ الا انها لم تقف على اسباب جهالة المعقود عليه بشكل مفصل ولم تبين موقف القانون منها، وكذلك انها قصرت نطاق البحث في عقود وان عدت مستجدة منذ قرن من زمن إلا أنها في الوقت الحالي تعد عقوداً ليست مستجدة، وهذا ما سنعمد الى بيانه في بحثنا.

## خامساً- أهمية البحث

تنماز الجهالة بأن لها نصوص معينة ومحددة تحكمها؛ لكونها لا تقتزن فقط في المعقود عليه، وإنما لها صلة وثيقة في صلب العقد مما ينعكس أثرها على العقود المعاصرة مما يترتب عليها بطلان العقد وعدم صحته، أن يكون المبيع معلوماً أي أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً ينفي الجهالة.

فإن أهمية بحثنا تتعاضد من ناحيتين، ناحية علمية وناحية عملية، فالأهمية العلمية لبحثنا تتمخض بأنه على الرغم من كثرة المراجع القانونية التي تتناول الجهالة، إلا أنها كانت تتناول هذا الموضوع بإيجاز شديد، ومع أن في العراق فقهاء وشراحاً للقانون يتمتعون بمقدرة لا يستهان بها علماً واجتهاداً، إلا أن دراسة جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة لم تحظ منهم بالاهتمام، بالرغم من أن الفقه الإسلامي أفرد لهذا الموضوع أبواباً خاصة، وبرزت العديد من الاختلافات والتباينات في موضوعه، وكان ينبغي أن يشكل هذا الأمر دافعاً للكتابة فيه لمعرفة النهج الذي اتبعه المشرع العراقي عند تنظيمه لجهالة المعقود عليه، ولذلك فقد حاولت الكتابة في هذا الموضوع لتوضيح الكيفية التي صاغ بها المشرع العراقي أحكامها، وفهم مضمون هذه الأحكام، وعندئذ يمكن معرفة القصور الحاصل في التنظيم القانوني.

فالمشرع العراقي حينما قرر تنظيم الجهالة فبينها عند الكلام عن المحل بشقيه المبيع والتمن، على الرغم من ذلك فإن القانون العراقي لم يحط بأدق التفاصيل في الجهالة من حيث تحديد مفهوم وماهية الجهالة والأسباب الكافية التي تساهم في تحقيقها والكيفية التي يمكن توقيها، وبما أن المجتمع يعيش حالة الانفتاح إلكتروني في التعاقد مما يقتضي أن تكون هنالك نصوص قانونية تغطي الفروض المحتملة كافة لتنظيم هذا الأمر.

أما الأهمية العملية إذ تعد أول دراسة قانونية عراقية تفصيلية، وسيساهم موضوعنا بأثره المكتبة القانونية والمعرفة العلمية القانونية، وعلى العاملين في مجال السلك القضائي.

## سادساً- خطة البحث

سنعتمد في بحثنا على خطة علمية متزنة من حيث الفصول والمباحث والمطالب بما يتفق مع عنوان بحثنا الموسوم **(جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة "دراسة مقارنة")** الى مقدمة وثلاث فصول وخاتمة، سنتطرق في الفصل الأول لمفهوم جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة عن طريق مبحثين، نبين في المبحث الأول ماهية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة ونوضح في المبحث الثاني أقسام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، أما الفصل الثاني سيكون بعنوان أسباب جهالة

المعقود عليه في العقود المعاصرة ونقسمه على مبحثين، نوضح في المبحث الأول أسباب جهالة العقود المعاصرة، وفي المبحث الثاني أسباب جهالة المعقود عليه، أما الفصل الثالث فسنعده لبيان أحكام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، عن طريق مبحثين سنخصص المبحث الأول الآثار المترتبة على جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، والمبحث الثاني لوسائل توقي جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.

# الفصل الأول

مفهوم جهالة العقود عليه في

العقود المعاصرة





## الفصل الأول

### مفهوم جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

#### تمهيد وتقسيم

إن حياة الناس في تطور مستمر، إذ تتغير ظروف عيشتهم وتتنوع وتختلف حاجتهم، الأمر الذي أحدث تطور نوعي في مجال العقود المدنية، فقد ظهرت الحاجة إلى أنواع متجددة من المعاملات قائمة على الدوام ومواكبة تطورات الحياة المدنية، إذ أفرزت مقتضيات العصر والتطورات التكنولوجية والمالية التي شملت مجالات الحياة المختلفة الكثير من العقود المعاصرة والمسائل المستجدة، فيعد العقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي الأنموذج الأكثر شيوعاً في الواقع العملي، باعتبارهما أداة لتبادل الإيرادات والخدمات الإلكترونية، مما ينبغي أن يكون العقد مستوفياً لجميع أركانه الأساسية من رضا ومحل وسبب، وعلى أساس ذلك فإن المعقود عليه هو أحد أركان العقد فلا بد من تعيينه تعييناً نافياً للجهالة المؤثرة، وبذلك فقد عدت الجهالة موضوعاً بكرراً في العقود المعاصرة؛ لكونها من المسائل التي تدخل في صلب العقود وتتعلق بأحد أركانه، ومن هذا فقد أنصبت أنظارهم نحوها ومدى تأثيرها على العقود المعاصرة، فضلاً عن اثارها العديد من المشكلات في بعض الأبواب الفقهية والتشريعات القانونية، إذ قد تؤدي إلى النزاع والخصومة بين المتعاقدين وتمنع من التسليم والتسلم، مما تؤثر في انعقاد العقد.

سيتم تحديد مفهوم جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة؛ لأنه يثير تحديات فقهية وقانونية مهمة، فضلاً انه اصطلاحاً لم ينتشر في حقل الدراسات القانونية، لذا يتطلب الأمر بيان ماهيته ليتسنى رفع اللبس والغموض بشكل دقيق، وعرض الأفكار الفقهية والقانونية التي تناولته، وان جهالة المعقود عليه تكون على أقسام، وتأسيساً على ما تقدم أعلاه، سيقسم هذا الفصل على مبحثين، نبين فيهما ماهية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، واقسام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة كالآتي:

المبحث الاول- ماهية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.

المبحث الثاني- أقسام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.

## المبحث الأول

## ماهية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

أن المعقود عليه أو محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره، وقد يكون عيناً مالية أو منفعة، ويتكون المعقود عليه من الثمن وهو المقابل المأخوذ على السلعة ومن المبيع وهو السلعة، فيشترط فيه أن يكون معلوماً عند المتعاقدين، ويكون العلم بالمعقود عليه أما برؤيته رؤية مقارنة للعقد، أو متقدمة عليه بزمن لا يتغير فيه المبيع ظاهراً في العادة؛ لأن بعض البيوع تتغير في يوم ومنها ما يتغير في شهر ومنها ما يتغير في عام، ولا يقتصر العلم على هذه الطرق فقط، وإنما يحصل كذلك بلمس المعقود عليه أو قد يحصل العلم بالوصف الكافي الذي يقوم مقام الرؤية، فلا يصح العقد مع جهالة المعقود عليه؛ لأن جهالة المعقود عليه تساهم في شكل كبير في تحقيق الغرر، مما يؤثر ذلك في انعقاد العقد.

ومن أجل الوقوف على ماهية جهالة المعقود عليه فلا بد من تعريف الجهالة، وأن جهالة المعقود عليه قد تتمايز مع بعض المفاهيم القانونية الأخرى، الأمر الذي يدفعنا إلى بيان حقيقة العقود المعاصرة وتوضيح التفاصيل الدقيقة والجزئية التي تتسم بها، مما ساهمت بشكل كبير في ريادتها في البيئة التعاقدية. لذا سنبين في هذا المبحث التعريف بجهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة بالمطلب الأول، ومن ثم سنتعرض في المطلب الثاني لذاتية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة وكالاتي:

**المطلب الأول- التعريف بجهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.**

**المطلب الثاني-ذاتية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.**

## المطلب الأول

## التعريف بجهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

يروى ان "فولتير" كان يبدا المناقشة دائماً بقول: (حدد الفاظك)، فالعلم بمعاني الالفاظ علماً صحيحاً لا يستغنى عنه للتفكير الصحيح والحكم الصحيح<sup>(1)</sup>.

ومن أجل الإلمام بالموضوع سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لتعريف جهالة المعقود عليه، ونبين في الفرع الثاني تعريف العقود المعاصرة وكالاتي:

الفرع الأول- تعريف جهالة المعقود عليه

الفرع الثاني- تعريف العقود المعاصرة

## الفرع الأول

## تعريف جهالة المعقود عليه

تعددت المعاني التي سبقت بشأن لفظي الجهالة والمعقود عليه(المحل)، ويعود هذا التعدد إلى الاختلاف في وجهات النظر إلى جوهر المعقود عليه والجهالة عند اللغويين وفقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، فإن جهالة المعقود عليه لفظ قانوني مركب مكون من لفظين الجهالة والمعقود عليه، فاللفظ المركب لكي يكتمل معناه ينبغي ان يدل جزؤه على جزء معناه، وللوقوف على جهالة المعقود عليه بشكل مفصل يقتضي بنا الأمر بيان معنى الجهالة والمعقود عليه(لغةً وأصطلاحاً) عن طريق تقسيم هذا الفرع وفقاً للمنهجية الآتية:

## أولاً- معنى الجهالة

لبيان معنى الجهالة والوقوف عليها ينبغي استجلاء معناها في المعجمات اللغوية وفي القران الكريم، فضلاً عن ذلك توضيح معناها في اصطلاح الفقه الإسلامي والفقه القانوني وكالاتي:

(<sup>1</sup>) فولتير (Voltaire) فيلسوف وشاعر فرنسي (1668-1694) كتب روايات كثيرة وله شهرة فائقة في الادب والروايات التمثيلية ينظر ازسزرايوبرت، مبادئ الفلسفة، ترجمة: احمد امين، ط1، دار طيبة للطباعة، مصر-القااهرة، 2015، ص144-ص31.

## 1- معنى الجهالة لغة

أن بيان معنى الجهالة ينبغي أن نقف على معنى العلم<sup>(1)</sup>، والذي يقابل الجهل؛ لأن الوقوف على معنى العلم سيساهم في استجلاء معنى الجهل وكذلك ان الأشياء تعرف بأضدادها فالعلم هو "اعتقاد الشيء على ما هو به على سبيل الثقة كان ذلك بعد لبس أو لا"<sup>(2)</sup>.

أما الجهل<sup>(3)</sup> فيراد به "مفرد مصدر جهل فالجهل خلاف المعرفة أو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه، والجهل نوعان جهل بسيط تعبير اطلق على من لا يسلم بجهله، و جهل مركب فهو تعبير اطلق على من لا يسلم بجهله ويدعي ما لا يعلم"<sup>(4)</sup>.

ولو لاحظنا المدلولات اللغوية الواردة في بيان الجهل في هذه الفقرة فالذي يتعلق بموضوع بحثنا ويدخل ضمن نطاقه هو المعنى الذي يراد منه هو عدم العلم والشعور بالشيء، على خلاف ما هو به أي انه توهم لذا يجب الوقوف على حقيقة الشيء والعلم به والتثبت منه.

وتجسد معنى الجهل في القران الكريم بمعانٍ متعددة، منها المعصية والهداية والضلال بمشيئة الله وحكم عبدة الأوثان وللدلالة على العصر ما قبل الإسلام وغيرها ولكن ما يهمنا في نطاق بحثنا المعاني الآتية:

**المعنى الأول: السفه ورواية الكذب عن الله تعالى** كما في قوله تعالى: {وَإِذْ قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقْرَةً قَالُوا أَتَتَّخِذُنَا هُزُؤًا قَالَ أَعُوذُ بِاللَّهِ أَنْ أَكُونَ مِنَ الْجَاهِلِينَ} <sup>(5)</sup> يعني: أعوذ بالله أن أكون من السفهاء الذين يروون عن الله عز وجل الكذب والباطل<sup>(6)</sup>.

(1) وقد عرف العلم "بأنه انطباع صورة الشيء في الذهن وينقسم إلى تصور وتصديق" ينظر د. عبد الهادي الفضلي، خلاصة المنطق، ط1، مطبعة شريعت، ايران-قم، 1427هـ، ص11.

(2) ابي هلال العسكري ونور الدين الجزائري، معجم الفروق اللغوية الحاوي، ط6، مؤسسة النشر الاسلامي، ايران-قم، 1433هـ، ص371. وينظر محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، ج12 باب علم، دار صادر، لبنان-بيروت، 1388هـ، ص417.

(3) والجهل هو "إن يتصور الجاهل نفسه بصورة العالم ولا يجوز خلاف ما يعتقده وأن كان قد يضطرب حاله فيه لأنه غير ساكن النفس إليه" ينظر ابي هلال العسكري ونور الدين الجزائري، المصدر نفسه، ص170.

(4) د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مج1، ط1، عالم الكتب، مصر- القاهرة، 2008، ص413 و ص414. وينظر زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، لبنان-بيروت، 1999، ص49.

(5) سورة البقرة، الآية (67).

(6) أبو جعفر، محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، ج2، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، بدون ذكر سنة النشر، ص183.

**المعنى الثاني: اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه كقوله تعالى: {يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ} (1)، أي يعتقد الذي لا يعرف حالهم أنهم أغنياء من تعففهم عن المسألة وتركهم التعرض لما في أيدي الناس صبراً منهم على البأساء والضراء (2).**

**المعنى الثالث: خلاف العلم كما في قوله تعالى: {قَالُوا يَا مُوسَى اجْعَلْ لَنَا إِلَهًا كَمَا لَهُمْ آلِهَةٌ قَالَ إِنَّكُمْ قَوْمٌ تَجْهَلُونَ} (3)، ومعناه إنكم أيها القوم لا تعلمون عظمة الله عز وجل وواجب حقه عليكم، ولا تعلمون أنه لا تجوز العبادة لشيء سوى الله جل ذكره الذي له ملك السماوات والأرض (4). وقوله تعالى: {إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا} (5) فالجهل إنما يتصف بهما من كان من شأنه الاتصاف بالعدل والعلم فالجبال مثلاً لا تتصف بالظلم والجهل فلا يقال: جبل ظالم أو جاهل لعدم صحة اتصافه بالعدل والعلم، أي الأصل فيه عدم العلم وميله إلى ما يهواه من الشر (6).**

**المعنى الرابع: القول بخلاف الحق كما في قوله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ} (7) وأعرض عن الجاهلين أي إذا أقمت عليهم الحجة وأمرتهم بالمعروف فجهلوا عليك فأعرض عنهم؛ صيانة له عليهم ورفعاً لقدره عن مجاوبتهم هذا أمر من الله جل ثناؤه لنبيه (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يعرض عن من قال بخلاف الحق (8).**

لعل ممّا ينبغي الإشارة إليه إن الجهل يكون على أربعة أوجه، يتمثل الأول بخلو النفس من العلم، والثاني هو اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه، والثالث يتمحور بفعل الشيء على خلاف ما حقه أن يفعل، سواء أكان الاعتقاد فيه اعتقاداً صحيحاً أم فاسداً، والرابع يتجسد بالقول بخلاف الحق.

(1) سورة البقرة، الآية (273).

(2) محمد هويدي، التفسير المعين، ط1، دار البلاغة، لبنان-بيروت، 2011، ص53.

(3) سورة الاعراف، الآية (138).

(4) ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج ٥، مدرسة الإمام علي بن أبي طالب، ايران-قم، 1426هـ، ص١٨٨.

(5) سورة الاحزاب، الآية (72).

(6) محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، ج ١٦، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1417هـ، ص350.

(7) سورة الاعراف، الآية (199).

(8) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج7، ط2، دار الكتب المصرية، مصر-القاهرة، 1964، ص176. ينظر د. محمد الينبيعي، مفهوم الجهل والجاهلية في القرآن الكريم والسنة النبوية "دراسة مصطلحية وتفسير موضوعي"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2013، ص79.

## 2- المدلول الاصطلاحي للجهالة

إن مصطلح الجهالة له معنى واسع لدى فقهاء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، وهذا ما سنلاحظه في هذه الجزئية من البحث:

## أ- مدلول الجهالة في الفقه الإسلامي

يعرف الفقه الجعفري الجهل بأنه "عدم الالتفات إلى الأحكام الشرعية حين العمل بها أمراً أو نهياً، لعدم علم المكلف بها تهاوناً منه أو لسبب قاهر حتى غفل حين العمل"<sup>(1)</sup>.

ليس الجهل إلاّ عدم العلم ممن له الاستعداد للعلم والتمكن منه، فالجمادات والعجاوات لا نسميها جاهلة ولا عالمة، مثل العمى، فإنه عدم البصر فيمن شأنه أن يبصر، فلا يسمى الحجر "أعمى"<sup>(2)</sup>.

أما الأحناف عندهم الجهل<sup>(3)</sup> هو "انتفاء العلم بالمقصود بأن لم يدرك أصلاً أو أدرك على خلاف هيئته"<sup>(4)</sup>. ويعد هذا التعريف جامعاً مانعاً مع اختصاره، أما كونه جامعاً فلهشمله على خلو الذهن، وهذا يفهم من قوله بأن لم يدرك أصلاً، وهذا مثال على الجهل البسيط كما يشمل الاعتقاد الجازم غير المطابق للواقع، وهذا يفهم من قوله أو أدرك على خلاف هيئته وهذا مثال الجهل المركب، وكذلك يشمل الظن غير المطابق للواقع والوهم والشك، وأما لكونه مانعاً فلأنه خرج من التعريف الجماد والبهيمة؛ لأنها لا توصف بالجهل وبانتفاء العلم عنها وخرج بقوله انتفاء العلم كل الإدراك الجازم والاعتقاد الجازم المطابق للواقع.

أما المذهب المالكي فقد عرفوا الجهل بتعريفات متعددة إذ عرف هو "ما علم حصوله وجهلت صفته، كبيع الشخص ما في كفه فهو يحصل قطعاً لكنه لا يدري أي شيء هو"<sup>(5)</sup>.

(1) محسن الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج1، ط4، مطبعة الاداب، العراق-النجف، بدون سنة طبع، ص36. وينظر محمد الري شهري وآخرون، موسوعة العقائد الإسلامية، تحقيق: مركز بحوث دار الحديث، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر، ص334.

(2) محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة النشر الإسلامي، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر، ص18.

(3) فقد عرف الجهل عندهم بأنه "اعتقاد الشيء على خلاف ما هو به"، أي انه يستلزم كون المعدوم شيئاً، أذن الجهل يتحقق يتحقق بالمعدوم كما يتحقق بالموجود أو كونه المعدوم المجهول غير داخل في التعريف وكلا الأمرين فاسدين. ينظر علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، بهامشه أصول البزدوي، ج4، ط1، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، 1308هـ، ص330.

(4) امير باد شاه محمد امين، تيسير التحرير على كتاب التحرير لابن همام، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1403هـ، ص211. فالجهل عندهم من عوارض الأهلية وجعلوه من العوارض المكتسبة، فأوضحوا الجهل بمعنى واسع وأوردوا له عدة أنواع وصور. ينظر زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشياء والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص303.

(5) احمد بن ادريس القرافي، انوار البروق في انواء الفروق، ج1، دار النور، الكويت، 2010، ص271.

يُلاحظ على هذا التعريف انه ذكر (جهلت صفته) فهي سبب من أسباب جهل المعقود عليه، غافلاً عن ذلك الأنواع الأخرى كالجهل في الأجل أو الصيغة أو غيرها فهو غير دقيق؛ لأنه قصره على شيء معين وكان الأولى استعمال معنى جامع مانع، وكذلك أنه عرف الجهالة مع ذكر المثال وهذا ما يسمى التعريف بالمثال، إذ لم يبين معنى الجهالة وماهيتها .

أما الشافعية<sup>(1)</sup> فقد عرفوا الجهل أنه "عدم العلم بالأحكام الشرعية أو أسبابها ممن شأنه العلم"<sup>(2)</sup>. فنلاحظ على هذا التعريف أنه ينسجم ويتفق مع تعاريف فقهاء القانون للجهل، وأن كان هذا التعريف ليس جامعاً أيضاً، فالجهل بالأحكام الشرعية لا يعني عدم الجهل بغيرها كالأفعال والعقائد وليس بالضرورة أن يكون عدم العلم، فقد يكون جزئياً فيكون عبارة عن قلة العلم وليس عدمه تماماً.

أما موقف المذهب الحنبلي من تعريف الجهل فأوضحوا بأنه "اعتقاد الشيء جزماً على خلاف ما هو به في الواقع"<sup>(3)</sup>. أن ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه عرف الجهل على نقيض تعريف العلم واليقين، وكذلك أنه لم يعرف الجهل بصورة عامة وإنما عرفه بتعريف الجهل المركب.

والجهالة عند الزيدية هي "ما تمنع من استقرار العقد على شيء يمكن تسليمه والمطالبة به"<sup>(4)</sup>، وعندهم ان الجهالة تدخل ضمن الغرر فيبينوا ذلك "أصل الغرر هو ما طوى عنك علمه وخفي عليك باطنه وسره، وكل بيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم، أو معجزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر"<sup>(5)</sup>.

(1) فقد عرفوه "تصور الشيء أي إدراكه على خلاف ما هو به في الواقع كإدراك الفلاسفة أن العالم وهو ما سوى الله تعالى قديم". ينظر جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي، شرح الورقات في أصول الفقه، تحقيق: د. حسام الدين بن موسى عفانة، ط1، الناشر جامعة القدس، فلسطين، 1992، ص80. وعرف كذلك هو "اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه". أي أن الشخص قد يكون الحكم أو الأفكار والمبادئ في ذهنه ونفسه ولا يقبل الشك فيه سواء كان يتماشى مع ما يتفق عليه في محل العقد أو لا يتفق. ينظر علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، ط4، دار الكتاب العربي، لبنان-بيروت، 1418هـ، ص108. وهناك من فصل الجهل بالقول: "ولست أعني بالجهل ههنا عدم العلم بالحكم، بل إما هذا وإما أن يكون عبارة عن فعل ما لا يسوغ وإن كان العلم بالحكم موجوداً؛ لأنه قد يقال في هذا إنه جهل ويقال لفاعله جاهل، والسبب فيه أن الشيء ينتفي لانتهاء ثمرته والمقصود منه، فيقال: فلان ليس بإنسان إذا لم يفعل الأفعال المناسبة للإنسانية، ولما كان المقصود من العلم العمل به جاز أن يقال لمن لا يعمل بعلمه: إنه جاهل غير عالم". ينظر ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ج1، مطبعة السنة المحمدية، مصر-القااهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص223.

(2) د. عمر عبد الله كامل، الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار ابن حزم، لبنان-بيروت، 1420هـ، ص108.

(3) ابو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، ط1، دار الفكر، سوريا-دمشق، بدون ذكر سنة النشر، ص71. وينظر محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، ج1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص101.

(4) العلامة شمس الدين جعفر بن احمد بن عبد السلام، الروضة البهية في المسائل المرضية شرح نكت العبادات، ط3، مكتبة بدر للطباعة والنشر والتوزيع، اليمن-صنعاء، 2011، ص198.

(5) العلامة شرف الدين الحسين بن احمد السياغي، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، ج3، ط2، مكتبة المؤيد، السعودية، 1388هـ، ص483.

وتعريجاً على ما تقدم أن التعاريف الاصطلاحية التي ذكرها الفقهاء كانت متقاربة من حيث المعنى ومتباينة من حيث الصياغة، وعند التأمل في التعاريف التي طرحت في هذا المضمون نجد أن الفقهاء في كثير من الأحيان يكتفون بتعريف الجهالة بذكر أنواعها والأعم يعرفونها بأنها عدم العلم وقليل يعرفونها بغياب الصورة الإدراكية.

### ب- مدلول الجهالة في الفقه القانوني

عرف الفقه القانوني الجهالة كمصطلح قانوني على انفراد، بينما عرفوها في مواطن أخرى ضمن العقد وبالأخص في المعقود عليه<sup>(1)</sup>.

فعرفوا الجهالة بأنها "عدم توفر الصورة الذهنية الإدراكية لشيء ما في ذهن الشخص، لذا فهي تمثل حالة ذهنية سلبية إذ يخلو ذهن من الصورة الإدراكية للشيء خلواً تماماً كاملاً كان أم جزئياً"<sup>(2)</sup>، وأيضاً قيل في الجهالة هي: "إنعدام العلم بصورة كلية أو جزئية وعدم معرفة الحكم السليم للقانون بصدد إباحة أو منع التصرف الذي يقدم عليه الشخص"<sup>(3)</sup>.

فلنلاحظ على التعريفين المتقدمين أن أحدهما قرن تعريفه بانتفاء الصورة الإدراكية، والآخر عرفه بإنعدام العلم، وهناك فرق واضح بين مبنى التعريفين فالإدراك موقوف على أشياء مخصوصة والإدراك طريق من طرق العلم، ويتطرق إلى الشيء على أخص أوصافه وعلى الجملة، بينما العلم يقع بالمعوم ولا يدرك إلا الموجود فننتهي أن التعريفين تربطها علاقة عموم وخصوص، إذ أن عدم العلم اعم من عدم الإدراك.

في حين عرف الفقه القانوني جهالة المعقود عليه بأنها "كل عقد علم حصوله وجهل وصفه أو قدره أو جنسه أو نوعه لا يؤول إلى العلم ومؤد للتنازع"<sup>(4)</sup>. يلاحظ على التعريف المذكور أنه عرف الجهالة (كل عقد) والحقيقة أن الجهالة ليست عقد؛ إذ أنها لا تصنف ضمن العقود المسماة أو غير المسماة وإنما هي وصف يطرأ على أحد أركان العقد وتحديداً في المعقود عليه، وقد قصد ب (علم حصوله) أي أن

(1) وهناك من يرى بأن الجهالة "وصف لما علم حصوله وطوي عنا المراد منه أو جنسه أو نوعه أو صفته أو مقداره أو وقت وجوده" ينظر عمر فلاح الشقراء، أحكام الجهالة في العقود المالية المستجدة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة آل البيت-كلية الدراسات العليا، الأردن، 2017، ص8. نلاحظ على هذا التعريف أنه شامل ودقيق من ناحية ذكر أن الجهالة هي (وصف)، وكذلك أورد (لما علم حصوله) أي أن الشيء حصوله مؤكد، وطوي عنا المراد إي المجهول المبهم أو الغامض الذي خفي نتيجة جهالة الفرد بالصيغة أو بمعناها، وكذلك أنه جاء بشكل مفصل لمواطن وقوع الجهالة في المعقود عليه وكان الأفضل أن يكون التعريف جامع مانع بعيداً عن التفاصيل.

(2) د. محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، مصر-القاهرة، 1967، ص45.

(3) د. محمد وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، مطبعة الاجيال، مصر-القاهرة، 1972، ص105.

(4) د. صابر محمد سيد، العلم بالمبيع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط1، مكتبة الصحابة، مصر-القاهرة، 1429هـ، ص33.



وجوده متحقق، وقد ذكر جهل وصفه أو قدره أو جنسه أو نوعه هذه كأنواع للجهالة التي ترد في العقد وهذا الأمر لا يمكن قبوله، بالإضافة انه ذكر الجهل قد يطرأ على الوصف أو القدر أو الجنس أو النوع متناسياً الجهل في الآجل، وانه أراد بـ (لا يؤول إلى العلم) إي أن ما يؤول إلى العلم يعد متناسماً فيه.

وعرفت جهالة المعقود عليه كذلك بأنها "وصف يطرأ حين التعاقد مجهول حقيقته"<sup>(1)</sup>. نلاحظ على التعريف المتقدم انه استهل بكلمة (وصف يطرأ) وهذا امر حسن؛ لأنه أخرج به الجهل عن الجهالة؛ لان الوصف خارج الذات، وقد ذكر (حين التعاقد) وأراد بها اخرج الجهالة التي تحصل بعد أو قبل التعاقد، إلا اننا لا نتفق في ايراد عبارة (مجهول حقيقته) قاصداً بها إخراج الأمور غير المجهولة وهذه العبارة تعد تزيدياً على التعريف؛ كون من باب أولى الأمور غير المجهولة لا تدخل في هذا السياق، وكان الأفضل به أن يعرف الجهالة بأنها وصف يطرأ على أحد المتعاقدين أو كلاهما حين التعاقد في ركن المعقود عليه.

ينظر الفقهاء إلى الجهل والجهالة وكأنه يوجد تفريق بينهما، فيستعملون الجهل غالباً في حالة ما اذا كان الإنسان موصوفاً به في اعتقاده أو قوله أو فعله، أما اذا كان الجهل متعلقاً بخارج عن الإنسان كمبيع ومشتري وكذا أركانها وشروطها فانهم في هذه الحالة غلبوا جانب الخارج وهو الشيء المجهول فوصفوه بالجهالة وان كان الإنسان أيضاً متصفاً بالجهالة<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- معنى المعقود عليه

أشارت القوانين موضع المقارنة إلى اصطلاح المعقود عليه في نصوص كثيرة وهو اصطلاح مأخوذ من الفقه الإسلامي ومستقر عليه، إذ يقابل اصطلاح المعقود عليه اصطلاح (المحل) في القوانين الوضعية، ويقصد به هو الشيء الذي يرد عليه العقد ويثبت اثره فيه. فسنبين في هذه الجزئية من البحث معنى المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون وكالاتي:

#### 1- معنى المعقود عليه في الفقه الإسلامي

يراد بالمعقود عليه في الفقه الإسلامي هو "المال المقصود نقله من أحد العاقدين إلى الآخر، ثمناً كان أو مئتماً، وأن النقد يكون ثمناً دائماً والمبيع مقابلة، وإن دخلت عليه الباء، فإذا قلت: بعثك هذا الدينار بعشرة أقلام، فالدينار هو الثمن والعشرة أقلام مقابل الثمن، أما إذا كان الثمن والمبيع نقدين، أو عرضين

(1) محمد علي سميران، الجهالة وأثرها في عقود التوثيق "دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، مج 20، ع5، 2005، ص154.

(2) د.احمد حميد سعيد النعيمي، اثر الجهالة في صيغة عقد البيع "دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة اباحات كلية التربية الاساسية، جامعة الموصل-كلية العلوم الاسلامية، مج14، ع2، 2018، ص458.

فالثمن ما دخلت عليه الباء، والمبيع مقابله، ومثال ذلك ما إذا قلت: بعثك هذا الثوب بحقيبة، فالحقيبة هي الثمن والثوب في مقابله"<sup>(1)</sup>.

ان من شروط المعقود عليه في الفقه الإسلامي انهم متفقين على بعض الشروط، ومختلفين فيما بينهم بتوافر بعض الشروط، فالشروط المتفق عليها أن يكون المعقود عليه مالاً، وأن يكون مملوكاً للعاقده أو لموكله أو لمن هو تحت ولايته، وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون المبيع موجوداً حين العقد، فلا يصح بيع المعدوم وقت البيع إلا في السلم، وأن يكون معلوماً لكل من العاقدين فلا يصح بيع المجهول، والعلم يحصل بكل ما يميز المبيع من غيره ويمنع المنازعة، أما الشروط المختلف فيها ان المالكية والشافعية أشرطوا الطهارة في المبيع، وأضاف المالكية أن يكون المبيع منتفعاً به انتفاعاً شرعياً، وان لا يكون المبيع منهياً عن بيعه، وأن لا يكون المبيع محرماً ببيعته"<sup>(2)</sup>.

## 2- معنى المعقود عليه في القانون

المعقود عليه هو الركن الثاني من أركان العقد، والذي يتمثل بالأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لمصلحة الدائن، ومن اجل الاستزادة عن المعقود عليه سنبين في هذه الجزئية من البحث معناه في الفقه لقانوني، وموقف القوانين المدنية منه وكالاتي:

### أ- معنى المعقود عليه في الفقه القانوني

اختلف الفقهاء بخصوص معنى المحل اختلافاً كبيراً، ويمكن إرجاع هذا الاختلاف إلى الآراء التي طرحت في بيان ماهية المحل، وسنبين في هذه المفصلية من البحث الاتجاهات التي قيلت بهذا الخصوص وكالاتي:

**الاتجاه الأول:-** ذهب إلى تعريف المحل بأنه "الشيء الذي يجب نقل ملكيته أو العمل أو الامتناع الذي ينشأ واجب القيام به على عاتق المتعاقده"<sup>(3)</sup>. ويرجع السبب في إيراد هذا التعريف؛ أن انصاره يرون أن المحل ركن في العقد فقط، فيقتضي الأمر ان يكون المحل واحداً، والعقد كائن قانوني بسيط له شروطه وأركانه،

(1) عبد العزيز محمد عزام، فقه المعاملات، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، الجزائر، 1998، ص28.  
 (2) السيد عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، الفتاوى الميسرة، ج1، ط3، مطبعة الفائق الملونة، 1997، ص248.  
 وينظر علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1986، ص138-ص140 او ص146-ص147. وينظر عبد الله بن محمد الطيار وآخرون، الفقه الميسر، ج6، مدار الوطن للنشر، السعودية-الرياض، 2011، ص13. وينظر محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر الشيخ خليل مع حاشية الدسوقي، ج3، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، 2000، ص10-ص15. وينظر شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر، لبنان-بيروت، 1995، ص15-ص26. وينظر منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1997، ص1382 و ص1388 و ص1392 و ص1393. وينظر الامام الحسين بن محمد المغربي، البدر التمام شرح بلوغ المرام، ج6، ط1، بدون ذكر مكان النشر، 1414هـ، ص10.  
 (3) د.جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ع1، السنة الرابعة والثلاثون، 1964، ص311.

فان هذا الأمر يستلزم ان يكون للمحل الوحدة التي تستلزمها وحدة العقد، ولهذه الغاية ظهرت محاولات لدى بعض الفقهاء لإبراز هذه الوحدة في المحل<sup>(1)</sup>.

**الاتجاه الثاني-** ذهب إلى أن المحل هو "الأداء الذي يلتزم المدين القيام به وهو أما أن يكون أعطاء شيء أو اداء عمل أو الامتناع عن عمل"<sup>(2)</sup> ويعزو السبب وراء تعريفهم هذا؛ لأن انصار هذا التعريف يرون أن المحل ركن في الالتزام فقط، فتظهر أهميته عند بيان الالتزام في نفسه لا عند بيان أركان العقد، ولكن الاعتبار العملية في اغلب الأحيان تقتضي بيانه في النظرية العامة للعقد<sup>(3)</sup>.

**الاتجاه الثالث-** أوضحوا بأن محل العقد هو "مجموع الالتزامات التي انشأها العقد، أما محل الالتزام فإنه عبارة عن مضمونه، فمحل الالتزام بدفع الثمن هو عبارة عن دفع المبلغ المتفق عليه في المكان والزمان المحددين وعلى الوجه المحدد معجلاً كان أو مؤجلاً مقسماً كان أو دفعة واحدة"<sup>(4)</sup>. يعود السبب وراء اتخاذهم هكذا منحى في التعريف؛ لأنهم يرون أن للعقد محل وللإلتزام محل، وكل منهما يختلف عن الآخر<sup>(5)</sup>، ونحن نميل الى هذا الاتجاه.

**الاتجاه الرابع-** عرف أصحاب هذا الاتجاه المعقود عليه بأنه "العمل الذي يتعهد به من صدرت منه الإرادة وهو أما أن يكون فعلاً ويدخل فيه نقل الحق العيني، وأما أن يكون امتناعاً عن فعل" ويرجع القصد من وراء هذا التعريف، إلى أنهم يرون المحل عنصر من عناصر الإرادة وليس ركناً في العقد أو الإلتزام، فيذهبون إلى أن المحل ليس ركناً في العقد أو الإلتزام، وإنما هو عنصر من عناصر الإرادة<sup>(6)</sup>.

#### ب- معنى المعقود عليه في القوانين المدنية

لم تعرف القوانين المدنية موضع المقارنة المعقود عليه "المحل"، وإنما اكتفت بالإشارة إليه على أنه محل للإلتزام الناشئ عن العقد فان المشرع العراقي في القانون المدني تكلم عن المحل في عدة مواضع

- (1) د.جميل الشراوي، المصدر نفسه، ص303.
- (2) د.عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - بدون مكان طبع ، 1992 ، ص 250-251. وينظر د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزامات، ج1 مصادر الإلتزام ، بدون ناشر، 2018، ص152.
- (3) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ج1 ، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص463. وينظر د.حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للإلتزام-المصادر الارادية للإلتزام، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر-القاهرة، بدون سنة طبع، ص137.
- (4) د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، مطبعة وزارة الزراعة، العراق-اربيل، 2007، ص73-74. وينظر اسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبه ومطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1958، ص236.
- (5) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام - المصادر الارادية وغير الارادية للإلتزام ، بدون ناشر، 2008، ص66-67. وينظر د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الاول ، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، 1954، ص96.
- (6) حلمي بهجت بدوي، اصول الإلتزامات، الكتاب الاول - نظرية العقد ، بدون ناشر، 1943، ص71-73 و ص145.

منها المادة (74) و(75) وتوضح هاتين المادتين الأمور التي يمكن أن تكون محلاً للعقد، وتتمثل بالأعيان سواء أكانت منقولات أم عقارات، ومنافع الأعيان، والأعمال أو إبي خدمة معينة<sup>(1)</sup>، وبين كذلك يمكن أن يرد على إبي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب<sup>(2)</sup>، وأيضا تكلم على المحل ضمناً في المادة (133) في فقرتها الأولى عندما ذكر أن من مقومات العقد الصحيح أن يكون له محلاً قابلاً لحكمه<sup>(3)</sup>.

وأشار المشرع العراقي كذلك على المحل في المواد (126-130)، إذ يلاحظ على نص المادة (126) من القانون المدني العراقي أنها تتكلم عن محل الالتزام، وينتقد البعض هذا المسلك من المشرع العراقي، إذ يرى أن هنالك تناقض بين العنوان الذي يخصصه المشرع لهذا الموضوع وما يتكلم عنه في هذه المادة، فالعنوان الذي وضعه المشرع هو اركان العقد، وقد تكلم عن المحل، فالعنوان يقضي أن يكون المحل ركن في العقد إلا أن المشرع في المادة (126) تكلم عن محل الالتزام، والمتأمل في نص المادة يتبين أن واضعي مشروع القانون المدني العراقي يتبنون فكرة كون المحل ركن في الالتزام، أما بخصوص ذكر النصوص التي تكلمت عن محل العقد فان ذلك قد فرضه عليهم الفقه الإسلامي الذي تأثر به القانون المدني العراقي، إذ أنه يعد المحل ركن في العقد<sup>(4)</sup>، فالمصدر التاريخي لهذه المادة هو المادة (208) من مرشد الحيران<sup>(5)</sup> وقد جاء فيها "لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون محل العقد مالاً عينياً كان أو دينياً أو منفعة أو عملاً"<sup>(6)</sup>.

أما المشرع المصري فقد تكلم على المحل في المواد (131-135) والظاهر من نصوص القانون المدني المصري أنها جاءت صريحة، بأن المحل هو (محل الالتزام) ولم يذكر محل العقد، ولم يقع في الخلط الذي حصل لدى المشرع في القانون المدني العراقي، إلا أنه قد وقع في تعارض بين العنوان وبين النصوص التي أدرجت تحته، فالقانون المدني المصري تكلم على مصادر الالتزام، وعلى المحل تحت

(1) إذ تنص المادة (74) "يصح ان يرد العقد: 1- على الاعيان منقولة كانت او عقاراً لتمليكها بعوض ببيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً. 2- وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض أجارة أو بغير عوض أعاره. 3- وعلى عمل معين أو على خدمة معينة".

(2) اذ نصت المادة (75) "يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب".

(3) فنصت المادة (133) من القانون المدني العراقي "1- العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بان يكون صادراً من اهله إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخل. 2- وإذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال".

(4) علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص252

(5) علاء الدين الوسواسي وعبد الرحمن محمود العلام، تخريج القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، 1953، ص 21.

(6) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، ط2، المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق، 1891، ص34

عنوان أركان العقد، إلا أن المشرع تعرض لمحل الالتزام؛ والعلة من ذلك ان المحل لا تظهر أهميته إلا في الالتزام الناشئ عن العقد، فالإرادة هي التي تحدده لذلك وجب البحث عن مدى توافر الشروط القانونية في المحل الناشئ عن الالتزام العقدي، وتقوم الإرادة بتحديد شروطه وتعيينه وفي أغلب الأحيان يكون مبلغاً من المصادر الأخرى غير العقدية، فالمشرع يقوم بتحديد شروطه وتعيينه وفي أغلب الأحيان يكون مبلغاً من النفود<sup>(1)</sup>.

كان الأجدر بالمشرع المصري، لتجنب الوقوع في الإشكالية الأصلاحية في النصوص والاضطراب الفقهي المصاحب لهذه الإشكالية، أن يستخدم مصطلح "محل العقد" للتعبير عن الركن الثاني للعقد (المحل)، على أن يخص مصطلح "محل الالتزام" للإشارة إلى "محل الالتزام الناشئ عن العقد"، وكذلك لم يكن موفقاً في أقصاء النصوص المقترنة بمصطلح "محل العقد"؛ لأنها خصت لركن المحل بغض النظر عن التعددية الأصلاحية، وأنه باستبعادها يكون ركن المحل غير مكتمل<sup>(2)</sup>، وعلى الرغم من المغايرة في الطبيعة والآثار القانونية لكل منهما، فالأول "محل الالتزام" وهو ركن للعقد ولا يقوم العقد إلا به، في حين أن التعبير الآخر "محل الالتزام الناشئ عن العقد" هو بمثابة ركن في الالتزام فحسب، حيث يتوقف مصير الالتزام على استيفائه شرائط صحته، إلا أنه لا يؤثر على صحة العقد في جميع الأحوال<sup>(3)</sup>.

أما القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 فقد تكلم عن المحل في المواد (184-195) وفي المادة (472)، إذ لم يورد القانون المدني اليمني تعريفاً محدداً لمحل العقد إلا انه يفهم من نص المادة (184) انه بينه بما يلي "هو ما يلزم لوجود العقد ويكون قابلاً لأحكام العقد" وحدد المشرع اليمني طبيعة المحل في ذات المادة عندما أشار (184) "يلزم لكل عقد محل (معقود عليه) يضاف إليه يكون قابلاً لأحكامه، ويكون محل العقد "المعقود عليه" مالاً أو منفعة أو ديناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل"، ان المشرع اليمني بهذا التحديد يكون قد عرف المحل بأنه ما يعقد عليه، أي كان المعقود عليه مالاً أو منفعة، عملاً أو امتناعاً عن عمل، وبهذا التعريف يكون قد وقع في الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام، فجعل محل العقد هو نفسه محل الالتزام، فصحيح أن لكل من الالتزام والعقد محل لكنهما متميزان عن بعضهما، إذ يفرق شراح القانون بين محل الالتزام ومحل العقد<sup>(4)</sup>.

(1) د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 2.

(2) د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، المصدر نفسه، ص 22.

(3) د. محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1959، ص 115.

(4) د. يحيى محمد حسين راشد الشعبي، النظرية العامة للالتزام، ج [مصادر الالتزام، بدون ذكر مكان الطبع، بدون ذكر سنة طبع، ص 128.

وبذلك فإن ما يمكننا القول به ان محل الألتزام هو الأداء أو التعهد الذي يلتزم المدين بتسليمه أو القيام به لصالح الدائن سواء أكان إعطاء شيء أم القيام بعمل أم الامتناع عن عمل، أما محل العقد فهو الألتزامات الأساسية التي تترتب عن العقد.

## الفرع الثاني

### تعريف العقود المعاصرة

أن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية جاءت لتواكب تبدل الأحوال وتغير الظروف، فكل عصر أدواته ووسائله ولكل أهل زمان عاداتهم وأعرافهم الخاصة، الأمر الذي يقتضي أن تتسم النصوص الشرعية والقانونية بالمرونة والقدرة على مواكبة التطور؛ لأن هذا العصر قد شهد تطور تكنولوجي ومادي كبير، شمل نواحي الحياة كافة ولاسيما في مجال أبرام العقود، إذ تشهد البيئة التعاقدية في الوقت الحالي تقدماً مذهلاً في وسائل التعاقد والاتصال وتقنية المعلومات، وقد ساهمت هذه الوسائل في دور هام، إذ اضطلعت بتيسير أمور الناس وقضاء احتياجاتهم فصاروا يعتمدون عليها في أغلب شؤون حياتهم، ولم يعد بإمكان المتعاقدين من الاستغناء عنها، إلى درجة قد ساعدت في تغيير البيئة العقدية من التقليدية إلى الافتراضية، إذ أن العقود أصبحت تبرم في بيئة افتراضية وبمساعدة الشبكة العنكبوتية.

وقد أفرز هذا التطور جملة من العقود المعاصرة والمسائل الجديدة في أبرام العقود أو تنفيذها، والتي تتطلب من فقهاء الشريعة والقانون بذل الجهد وأستفراغ الوسع في الوقوف على أحكامها، ولبيان ما تقدم بشكل أكثر تفصيلاً سنقسم هذا الفرع على وفق المنهجية الآتية:

### أولاً- مدلول العقود المعاصرة

أن مصطلح(العقود المعاصرة) مركب وصفي متكون من العقود والمعاصرة، لذلك لايد من تعريف الكلمتين أولاً، ثم تعريف المصطلح المركب منهما، ومن أجل التوسع في بيان ذلك سنقسم هذه الفقرة البحثية كالاتي:

#### 1- مدلول العقد

العقد هو أحد مصادر الألتزام وله أهمية كبيرة في حياتنا اليومية، ولتوضيح ذلك سنتناول مدلوله في الفقه الإسلامي والفقه القانوني والقوانين المدنية وكالاتي:

إن للعقد في الفقه الإسلامي معنيان، معنى عام ومعنى خاص، فالمعنى العام يتجلى بقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)<sup>(1)</sup>، فالعقد هنا عام يشمل جميع ما لزم الله سبحانه وتعالى عباده به من أحكام وتكاليف وما يعقدونه بينهم من عقود ومعاملات مما يجب الوفاء به، وقد سماها عقوداً؛ لأن الله سبحانه وتعالى ربط عباده بها كما يربط الشيء بالشيء بالحبل الموثق<sup>(2)</sup>.

المأخوذ عنه بأنه يقترب ويتقاطع مع المعنى اللغوي<sup>(3)</sup> وهو الشائع عند فقهاء المالكية<sup>(4)</sup> والشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup>، فيقصد بالعقد في المعنى العام "كل ما عزم المرء على فعله، سواء أصدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن"، فهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء صدر من شخص واحد أم من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو التزاماً، فالعقد بالمعنى العام ينظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام<sup>(7)</sup>.

وحول المعنى الخاص للعقد، فقد عرف الأمامية العقد هو "شئ أحد الالتزامين وعقده بالآخر، ويشمل العقد الصحيح والفاقد"<sup>(8)</sup>.

(1) سورة المائدة، الآية (1).

(2) ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القران، ج2، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 1992، ص294.

(3) كلمة العقود جمع عقد، والعقد جاء بمعان كثيرة منها "العهد" لمزيد من التفاصيل حول الموضوع ينظر محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج3، ط3، دار صادر، لبنان-بيروت، ص297. "وشدة الوثوق" ينظر احمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، ج4، دار الفكر، 1979، ص86. "والشدة؛ عقد الحبل والبيع والعهد يعقده: شدة" ينظر مجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، 2005، ص300. كما يأتي العقد بمعنى الالتزام ينظر الحسن بن عبدالله بن سهل العسكري، الفروق اللغوية، تحقيق: محمد ابراهيم سليم، دار العلم والثقافة، مصر-القاهرة، بدون سنة طبع، ص57.

(4) فإن العقد عندهم "أعلم أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات ويناسب ذلك اللزوم دفعا للحاجة وتحصيلاً للمقصود غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود على قسمين: أحدهما أن التصرف بالمقصود يحصل عقب العقد، كالبيع والإجارة وغيرها، وثانيهما لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم يحصل عقب العقد، كالبيع والإجارة وغيرها، وثانيهما لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم، وهو خمسة عقود الجعالة والقراض والمضاربة والوكالة، تحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة" ينظر شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الفروق، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت، 2003، ص31.

(5) فقد عرفوه "هو ربط اجزاء التصرف، أي الإيجاب والقبول شرعاً" ينظر الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق: د تيسير فائق أحمد محمود، ج2، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1985، ص397.

(6) فقد عرفوه بأنه "كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق الا من طرفين أو أكثر". ينظر الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن عبد الرحمن المشهور بابن رجب، القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر السنة، ص78.

(7) د.وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته" الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها"، ج4، ط4، دار الفكر، سوريا-دمشق، 2015، ص917-918.

(8) السيد كاظم الحائري، فقه العقود، ج1، ط5، مجمع الفكر الاسلامي، ايران-قم، 1433هـ، ص183.

وعرفه الحنفية بأنه "مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الاخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما"<sup>(1)</sup>.

بينما الزيدية فالعقد عندهم "هو مبادلة مالٍ بمالٍ لا على وجه التبرع"<sup>(2)</sup>.

مما سبق بيانه من معان للعقد في الفقه الإسلامي، يتبين أن الفقهاء قد بينوا العقد في المعنى العام والخاص بأنه كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو غيرها، وتطلق مفردة عقد عندهم على ما يتم به الارتباط بين العاقدين من كلامين أو كتابة أو غير ذلك ما يدل عليه.

أما في الفقه القانوني هو "ارتباط الأيجاب بالقبول على أحداث أثر يرتبه القانون"<sup>(3)</sup>.

بينما في التشريعات موضع المقارنة فقد عرف المشرع العراقي في القانون المدني العقد في المادة(73) أنه "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه".

أما القانون المدني المصري فلم يعرف العقد وأما ذكر كيفية الانعقاد في المادة(89) إذ نص "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لأنعقاد العقد".

أما القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002 فقد عرفه في المادة(138) "العقد أيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الاخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه(المحل)ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر، ولا يشترط التقييد بصيغة معينة بل المعتبر ما يدل على التراضي".

أن ما يمكن استنتاجه من موقف التشريعات إنها جاءت موفقة في بيان المبادئ والأركان الأساسية للعقد، فقد بينت ان العقد تحكمه مبدأ الرضائية التي تشكل الركيزة المتينة التي تنبثق منها حرية التعاقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك عن طريق الإشارة إلى اشتراط توافق الإيجاب مع القبول، وكذلك بينت ثبوت الأثر في المعقود عليه ونشوء الالتزامات على عاتق أطرافه، وهذا مصداق لمبدأ مشروعية العقد، وكل مما تقدم من مبادئ وقواعد للعقد مرهونة في كون العقد صحيحاً.

(1) محمد امين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج3، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان-بيروت، 2000، ص3

(2) الامام الحسين بن محمد المغربي، مصدر سابق، ص7.

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والأرادة المنفردة"دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الاول، 1984، ص33. وينظر د.محيي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد"مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية"، ط3، دار النهضة العربية، مصر- القاهرة، 1994، ص71



## 2-مدلول المعاصر

المعاصر لغة يقصد به المستجد الحادث الذي يقابل القديم، والجديد مالا عهد لك به، وجد الشيء بعد ان لم يكن<sup>(1)</sup>.

أما المعاصر اصطلاحاً هو "ما استحدثه الناس في العصر الحديث، أو القضايا التي تَغير موجب الحكم عليها نتيجة التطور وتغير الظروف، أو القضايا التي تحمل اسماً جديداً، أو القضايا التي تتكون من صور قديمة"<sup>(2)</sup>.

وأيضاً عرف "المعاصر من العصر ويُقصد بها مواكبة الشيء مع مقتضيات العصر ومستجداته"<sup>(3)</sup>. وبناء على ما تقدم نستنتج ان المقصود بالمعاصرة هنا ما استجد من عقود ومسائل وقضايا، تتعلق بحياة الناس في هذا العصر وتحتاج إلى البت في أحكامها شرعاً وقانوناً.

وتأسيساً على ما سلف ذكره من مدلول للعقد والمعاصر، فإن العقود المعاصرة قد عرفت بأنها "العقود التي استحدثت ولم تكن موجودة من قبل أصلاً أو موجودة ولكن تغيرت صورتها ومقوماتها فبدأ كأنه جديد مستقل عن صورته السابقة مما لا حكم له في السابق"<sup>(4)</sup>. نتفق مع التعريف أعلاه من جانب أنه أشار إلى العقود التي استحدثت ولم تكن موجودة من قبل أصلاً أو موجودة ولكن تغيرت صورته ومقوماته، وكذلك بين أنه بدا كأنه جديد مستقل ولكن هذا جزء من العقود المعاصرة، وهناك أنواع من العقود التي استجدت بالفعل ولم تكن موجودة، واختلفت من حيث أبرامها وأنها حتى في تنفيذها كعقود الذكاء الاصطناعي.

(1) محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل ابن منظور، لسان العرب ج 4، ط3، دار صادر، لبنان-بيروت، ص575 وينظر احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، تحقيق: يحيى مراد، ط1، مؤسسة المختار، مصر-القاهرة، 2008، ص247. وينظر محمد رواس قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، لبنان-بيروت: دار النفائس، 1996، ص283. وينظر ابو الحسين ابن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، مراجعة وتعليق: انس محمد الشامي، دار الحديث، مصر-القاهرة، 2008، ص680.

(2) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط2، دار النفائس، عمان، 1998، ص13. وينظر د. عبد الله بن محمد الطيار، كتاب الفقه الميسر "النوازل الطبية المعاصرة موسوعة فقهية حديثة"، ج13، مدار الوطن للنشر، الرياض-السعودية، بدون ذكر سنة النشر، ص6.

(3) صدر الدين القبانجي، الأصالة والمعاصرة في نظرية أهل البيت (ع) / تاريخ المسألة، بحث منشور في مجلة افاق الحضارة الاسلامية، ع15، 2006، ص1. وينظر محمد رافت سعيد، الاصاله والمعاصرة في الفكر الاسلامي، بحث منشور في مجلة اضواء الشريعة، ع13، تصدرها جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، 1402هـ، ص460. وينظر د.ابراهيم محمد عطا، المناهج بين الاصاله والمعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، مصر-القاهرة، 1992، ص15.

(4) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ط3، دار النفائس، عمان-الاردن، 1999، ص27.

يمكننا أن نعرف العقد المعاصر هو "اتفاق طرفين، على إنشاء التزام أو إنهاء التزام أو نقله أو تعديله، بواسطة وسيلة إلكترونية، فيتخذ شكلاً جديداً من حيث وسيلة الإبرام أو التنفيذ أو الإنهاء أو جميعاً، أو كان لها أصل وركبت من عقدين فاكثر".

وعطفاً على ما تقدم بيانه من معان لمصطلح الجهالة والمعقود عليه والعقود المعاصرة، سواء على مستوى الفقه الإسلامي أم على مستوى القوانين الوضعية، نتوصل إلى عدم وجود تعريف جامع مانع للمصطلح، فيمكننا وضع تعريف لجهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة بأنها "وصف تظراً على المعقود عليه يدفع المتعاقد حين التعاقد، إلى عدم العلم بالمعقود عليه في العقود المعاصرة، بحيث يخلو الذهن من الصورة الإدراكية للشيء خلواً تاماً كاملاً كان أم جزئياً مما يؤدي إلى إثارة النزاع والتأثير على صحة العقد".

ولما تقدم ذكره من التعريفات التي ذكرها الفقهاء يمكن أن نستنتج أهم الخصائص التي امتازت بها العقود المعاصرة، من أنها عقود رضائية؛ لأن الرضا هو أساس العقود، وأيضاً تتميز معظم العقود المعاصرة بوجود تنظيماً تشريعياً لها يقف على بيان أدق تفاصيلها وماهيتها كالعقد الإلكتروني، وكذلك أنها تدور في ضمن المعاملات المالية، وتتماز بالحدثة؛ لكونها اتخذت طابعاً جديداً في الوسائل المتخذة في إجراءات المفاوضات أو في إبرام العقد أو تنفيذه.

### ثانياً- أقسام العقود المعاصرة

إن الإطار العملي للعقود المعاصرة اخذ بالتزايد في البيئة التعاقدية، الأمر الذي أدى إلى تنوع أشكال هذه العقود ، وهذا ما سنوضحه في هذه الفقرة من البحث وكالاتي:

#### 1- أقسام العقود المعاصرة

تنقسم العقود المعاصرة على ثلاثة أنواع هي:

- أ- العقود المعاصرة التي لا أصل لها تستند عليه<sup>(1)</sup>، وهي التي تنظم أنواعاً من العلاقات المستجدة بين الناس والتي لا أصل لها تقاس عليه، لأنها لم تكن معهودة أو لأنها جاءت وليدة النهضة الحديثة، كالعقود التلقائية الموجودة في منصات إلكترونية مثل الايثريوم والبلوك تشين.
- ب- العقود المجتمعة (نظرية العقود الجماعية)، وهي مجموعة من العقود لها صلة فيما بينها، وهي أيضاً الاتفاقيات التي تولد حقوقاً والتزامات مستمدة من أكثر من علاقة تعاقدية كعقد البيع الإلكتروني، فإن لكل عقد ملامحه الواضحة وأركانه وشروطه المكتملة، لكنها تقع جميعاً في داخل تلك الاتفاقية وقد

(1) عمر فلاح الشقراء، مصدر سابق، ص30.

اتجهت إرادة العاقدين إلى جمع تلك العقود في اتفاقية واحدة، لمصلحة التحقق لكليهما إذ إنها لو انفصلت عن بعضها أو استقلت لم تتحقق تلك المصلحة، أو ربما تتحقق بالصورة المرغوبة<sup>(1)</sup>. وتعد المفاوضة السابقة والمواعدة المتقدمة على العقود المجتمعة مرتبطة بالاتفاقية الجامعة لتلك التعاقدات في سلك واحد وشطراً منها، من حيث الحكم والآثار المترتبة عليها، وذلك سداً لذريعة التوسل بما هو مشروع إلى ما هو ممنوع بوساطتها<sup>(2)</sup>. فعقد العمل الجماعي ينشأ ليكون بمثابة القاعدة التشريعية التي تنظم علاقة العمل داخل المشروع؛ ونتيجة لما يتمتع به عقد العمل الجماعي من خصوصية تميزه عن غيره من العقود نجد أن أثره لا تسري على أطرافه فحسب بل إنها تسري على أشخاص آخرين لم يكونوا طرفاً في عقد العمل الجماعي، فبواسطة المفاوضة الجماعية بين صاحب العمل والعمال ينشأ عقد العمل الجماعي، إذ أن للمفاوضة دور بارز يتعدى حالة إنشاء عقد العمل الجماعي ليصل إلى كل ما يتعلق بتنظيم علاقة العمل المهنية بين أطراف علاقة العمل فبواسطة المفاوضة الجماعية يمكن لأطراف التعديل على عقد العمل الجماعي أو تمديده أو حل للنزاعات التي قد تنشأ بين العمال وأصحاب العمل<sup>(3)</sup>.

ت- **العقود المركبة** هو ذلك العقد الذي يتضمن التزامين جوهريين أو أكثر، ويكون كل التزام مقصوداً لنفسه عند تنفيذ العقد، أو بعبارة أخرى أن المتعاقدين ما كانا ليبرما العقد لولا تعدد التزاماته الجوهرية<sup>(4)</sup>. فإن اتفاق الطرفين على ابرم معاملة تحوي على عقدين فأكثر، بحيث تعد جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها وحدة متكاملة لا تقبل التفكيك والقطع والاجتزاء بمثابة آثار العقد الواحد، فالاتفاقيات التي تجتمع فيها عناصر مستمدة من أكثر من عقد تترايط فيها عناصر العقد، بحيث لا يتحقق مقصود الطرفين من الاتفاقية المذكورة إلا بوجودها جميعاً، فإن عناصر العقود فيها ما لا يمكن فصلها عن بعضها، بل أن أي محاولة لذلك ربما تؤدي إلى انتفاء المقصود منها، كعقد الإيجار الإلكتروني للمواقع المنتهي بالتملك، ففيه نوعين من العقود عقد إيجار إلكتروني وبيع إلكتروني، فيكون في بداية الأمر إيجار وفي نهاية المدة المتفق عليها ينتهي بيع الموقع، وذلك عندما يقوم

(1) حمد فخري عزام، حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة "دراسة تأصيلية تطبيقية معاصرة، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج3، ع1، 2007، ص77.  
(2) د. محمد بن علي القري، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، ع10، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية-جدة، ص953.  
(3) د. منصور حاتم محسن و حسن كاظم عباس، احكام عقد العمل الجماعي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع3، 2009، ص130 و ص145.  
(4) عمر عمور، العقود المركبة حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مج4، ع2، 2018، ص172.

المستأجر بدفع الأقساط المتفق عليها في نهاية الشهر للمؤجر عن طريق الوسائط الإلكترونية، وفي نهاية المدة يدفع المستأجر مبلغ يكون في العادة اكبر من قيمة القسط فتنتقل ملكية الموقع للمستأجر<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### ذاتية جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

لكي تتحقق جهالة المعقود عليه، ينبغي توافر شروط عدة والتي لها أثراً مهماً في مدى قيام وتحقق الجهالة وتأثيرها في العقود المعاصرة، كما وإن الجهالة لها ذاتية خاصة بها تميزها عن غيرها من الألفاظ القانونية المقاربة لها، ولبيان ما تقدم بشكل أكثر تفصيلاً سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة شروط الجهالة المؤثرة، وفي الفرع الثاني نبين تمييز الجهالة عما يشتهر بها من المصطلحات القانونية وكالاتي:-

#### الفرع الأول- شروط الجهالة المؤثرة.

الفرع الثاني- تمييز الجهالة عما يشتهر بها من اوضاع قانونية.

## الفرع الأول

### شروط الجهالة المؤثرة

أن الجهالة لكي تؤثر في العقود المدنية المعاصرة لا بد من توافر عدة شروط، يعد تحققها من الأساسيات التي من شأنها أن تجعل الجهالة مؤثرة في العقد، وتتجلى هذه الشروط بكون الجهالة فاحشة وان تقع في عقود المعاوضات المالية، وكون المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة وهذا ما سنبينه بالتفصيل الآتي:

#### أولاً- أن تكون الجهالة فاحشة

أن القاعدة الأساسية التي تقوم عليها جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة، بأن الجهالة لكي تؤثر في العقد المعاصر يجب إن تكون فاحشة، إذ أن الجهالة اليسيرة لا تؤثر في العقود، ولكن هنالك اختلاف بتطبيقها في حالة تردد الجهالة بين الكثير واليسير، فرأي يلحقها بالكثير ويفسد العقد المعاصر، ورأي آخر يلحقها باليسير ويكون العقد المعاصر صحيحاً، وأوردت أمثلة عدة تطبيقية للجهالة اليسيرة

(1) عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، العقود المالية المركبة، ط1، دار كنوز اشبيليا، الرياض، 2006، ص46.

التي لا تؤثر في انعقاد العقد، كإجارة الموقع الإلكتروني لمدة شهر فأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين أو ثلاثين أو احدى وثلاثين يوماً، وبيع الدار وان لم ير أساسه<sup>(1)</sup>.

والرأي الأخير محل نظر ففي الوقت المعاصر، وفي طور تطور الحياة في جميع الميادين القانونية والاقتصادية والاجتماعية وبحث المتعاقد عن الأمور التي تخدم مصلحته وتحقق الغاية التي من أجلها عقد العقد، أن الدار الذي لم يرى أساسها أو لم يستطيع تقدير جودته فيعد جهالة فاحشة؛ لان في الوقت الحاضر اغلب الدور السكنية أصبحت تبنى على أساس عقد المقاول، وبأقل التكاليف للمقاول وبالوقت ذاته يبيعه للمشتري بفارق سعر كبير، الأمر الذي يدفع المشتري إلى البحث عن كل التفاصيل الدقيقة للبناء .

وبخصوص التطبيقات غير المعاصرة التي اتفق الفقهاء على عدها جهالة فاحشة ومؤثرة في العقد، كبيع الحصة وبيع الملامسة وبيع المناذرة في المتفق عليه فلا يوجد خلاف بين الفقهاء على فساد هذين البيعين، وقد روي عن النبي (صل الله عليه وآله وسلم) أنه "نهى عن الملامسة والمناذرة"<sup>(2)</sup>، وقال (صل الله عليه وآله وسلم): " لا يبيع بعضكم على بعض " ومعناه: أن لا يقول الرجل للمشتري: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأقل من الثمن أو خيراً منها بالثمن أو أقل، وكذا لا ينبغي أن يقول للبائع في مدة خياره أنا أزيدك في الثمن<sup>(3)</sup> .

### ثانياً- تكون الجهالة في الأغلب بعقود المعاوضات المالية

أن تأثير الجهالة لا يظهر إلا في عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة؛ لأن الأصل في الفقه الإسلامي والقانون حرية التعاقد ما لم يوجد نص يحد أو يقيد إطلاق هذه الحرية، فإن الجهالة منعت في عقد البيع؛ كونها أساس للعداوة والبغضاء وأخذ للمال بالباطل وقياساً على البيع، فإن الجهالة منعت في سائر عقود المعاوضات المالية<sup>(4)</sup>.

وعليه هنالك رأي يرى لا يكون أثر للجهالة في أنواع العقود الأخرى؛ لانعدام السبب الذي منعت فيه الجهالة بعقد البيع ولعدم وجود دليل نصي أو قياسي يمنع الجهالة فيها، فعقود التبرعات كالهبة لا

(1) د. الصديق محمد الأمين الضريير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، ط1، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، السعودية- جدة، 1993، ص 39 و ص40.

(2) بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة: تحقيق احمد بن علي، دار الحديث، مصر- القاهرة، 2003، ص241.

(3) السيد محمد جواد العاملي، ط1، مفتاح الكرامة، تحقيق وتعليق: محمد باقر الخالصي، ج ١٢، مؤسسة النشر الاسلامي، ايران-قم، ص 472

(4) تريحان ترميجان، الغرر وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة سوراكرتا المحمدية، 2015، اندونيسيا، ص13.

يترتب على الجهالة فيها خصومة ولا اخذ المال بالباطل، فإذا وهب شخص لآخر ما تثمره نخلته العام القادم فإن أثمرت النخلة انتفع الموهوب له بما أثمرته قليلاً كان أو كثيراً، وان لم تثمر لا يخسر شيئاً؛ لأنه لم يدفع عوضاً فليس هنالك ما يدعو إلى الخصام ولا ما يترتب عليه من أخذ المال بالباطل، وهذا بخلاف ما إذا باع شخص لآخر ما تثمره نخلته، فإن هذا العقد يترتب عليه غالباً أخذ أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل ويؤدي إلى النزاع والخصومة؛ ذلك أن البيع مدخول فيه على التقارب بين العوضين فإذا ظهر أن هناك تفاوتاً كبيراً بينهما حصلت الخصومة، فلهذا كان من الحكمة والعدل منع كل عقد يكون مظنة لحدوث هذه الأشياء لتستقر المعاوضات ويقضى على أسباب النزاع فيها<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً- أن تكون الجهالة في المعقود عليه أصالة

من ابرز شروط الجهالة التي تؤثر في العقد المعاصر أن يكون المعقود عليه أصالة، فالمعقود عليه أو محل العقد هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، وهو يشمل البدلين في عقود المعاوضات المبيع والتمن<sup>(2)</sup>. وعليه إن الجهالة في التابع أي بما يكون تابعاً للمعقود عليه لا يؤثر في ذلك العقد<sup>(3)</sup>، وذلك استناداً للقاعدة الفقهية "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها" يغتفر أي يتسامح ويتساهل "في التابع"، أي ما اشتمل عليه غيره سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل أو لوازمه أو عقداً أو فسخاً متضمناً له أو من حقوق عقد متعلق به، فيغتفر فيها ما دامت تابعة ما لا يغتفر فيها إذا صارت متبوعة، أي أصلاً معقوداً، فإن الشروط المطلوبة في محل التصرفات يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ويتساهل بها في توابعه، ولذلك ورد ما يقرب من ذلك بقاعدة "التابع لا يفرد بالحكم"<sup>(4)</sup>.

ومن أمثلة هذه القاعدة بيع الثمرة التي لم يبدو صلاحها<sup>(5)</sup> مع الأصل مفردة؛ كون الجهالة متحققة ولكن لو بيعت مع أصلها جاز لقول الرسول (صل الله عليه وآله وسلم) "من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها

(1) د. الصديق محمد الأمين الضرير، مصدر سابق، ص42.

(2) د. علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر- القاهرة، 2008، ص 267.

(3) د. الصديق محمد الامين الضرير، مصدر سابق، ص43.

(4) د. محمد مصطفى الزحيلي، كتاب القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ط1، دار الفكر، سوريا- دمشق، 2006، ص447.

(5) وقد بين القانون المدني اليمني(14) لسنة 2002 حكم ذلك في المادة(489)"لا يجوز بيع الثمار وهي على شجرها حتى يبدو صلاحها إذا بيعت لذاتها بشرط التخلية فلا يجبر البائع على ابقائها حتى تصلح للأكل أو تنضج، ولكن إذا بقيت على شجرها برضاه حتى بدا صلاحها أو نضجت صح البيع". ان صياغة المشرع اليمني لهذه المادة جاءت قريبة جدا منصياغات الفقه الإسلامي في الإشارة الى البيوع المنهي عنها وقد خلت القوانين موضع المقارنة من الإشارة إليها.

للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع"<sup>(1)</sup>، أي انه لا يجوز أن يشترط مشتري النخل التي أبرت أن تكون الثمرة له مع الأصل فإذا قبل البائع ذلك انعقد البيع على الشجرة والثمرة مع أن الثمرة لم يبدُ صلاحها<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً- إن تكون الجهالة سبباً للخصومة

ليست كل جهالة تعترى العقود المعاصرة تكون مبطلّة ومحرمّة له، إذ لا بد أن تكون مؤدية للخصومة؛ لأنها تذهب بالغاية الأساسية من أبرام العقد المعاصر إذ يكون العقد عبثاً<sup>(3)</sup>، لأن المقصود من العقود انتفاع كل من المتعاقدين عموماً بما تعاقدوا عليه، حسن المعاملة والتراضي بين المتعاقدين، ولذلك كان كل ما يسبب الخصومة والمنازعة بينهما مفسداً للعقد والمعاملة؛ وعليه فكل جهالة في العقد سواء في المبيع أو الثمن أو ما يتعلق بأحدهما وتفضي إلى المنازعة والخصومة، فإنها تمنع انعقاد العقد وتوجب بطلانه، بخلاف ما إذا كانت الجهالة قليلة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع انعقاد العقد<sup>(4)</sup>.

#### خامساً- أن تكون الجهالة مانعة من التسليم والتسلم

أن التسليم والتسلم التزام يجب الوفاء به في العقد، والجهالة المؤثرة تمنع التسليم والتسلم<sup>(5)</sup>، فإذا تعذر التسليم والتسلم إلا بعد مدة وكانت هذه المدة مما يتسامح فيها، كساعة أو ساعتين أو يوم أو يومين، فلا أشكال في الصحة، كما إذا باع جوهراً وكان في صندوق مقل و كان المفتاح عند شخص لا يحضر إلا بعد ساعة أو يوم ونحوهما، فإن هذه المدة مما يتسامح فيها عرفاً، فلا يصدق على هذه المعاملة أنها متضمنة للجهالة، لعدم وجود الضرر فلا يذهب مال المشتري هدرًا ويصبح معدوماً، بل يحصل له بعد مدة قليلة، والفرص أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهة أخرى، أما اذا كان

(1) ابو الفضل احمد بن علي بن محمد بن احمد بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج 3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1989، ص73.

(2) د. محمد امين علي القطان، اثر الغرر على الوفاء في العقود والاثار المترتبة على عدم تسليم المعقود، بحث القى في مؤتمر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الاسلامية، 2010، ص7.

(3) أبو محمد محمود بن أحمد بن حسين الغيتابي، البناية شرح الهداية، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 2000، ص15.

(4) محمد صدقي بن احمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت، 2003، ص39.

(5) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، ج3، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص24. وينظر محمد فاضل اللنكراني، المكاسب المحرمة، تحقيق ونشر: مركز فقه الأئمة الاطهار، ط1، اعتماد، ايران-قم، 1427هـ، ص34.

المنع من التسليم والتسليم لمدة لا يتسامح فيها وكانت ليست في ضمن الشروط المتفق عليها، فالجهالة متحققة<sup>(1)</sup>.

وخلاصة ما تقدم نستنتج أن الجهالة لكي تكون مؤثرة في نطاق العقود المعاصرة يجب أن تكون فاحشة أي نسبة عدم العلم أو الجهل يعتد به، بحيث يؤثر على مصلحة المتعاقد، وان تتعلق في المعقود عليه الأصيل دون التابع، وأن تؤدي للخصومة بين المتعاقدين وان تكون مانعة من التسليم والتسليم.

## الفرع الثاني

### تمييز الجهالة عما قد يشتبه بها من اوضاع قانونية

تتعدد الالفاظ القانونية فتتقارب أحيانا في ذهن المتلقي لتتقاطع مع مفاهيم أخرى، وقد تبعد من جانب آخر، والواقع أن لفظ الجهالة من الألفاظ التي وتتمايز بتقاربها من ألفاظ أخرى، إلا أنها لا تمتها بصلة، فكل مصطلح فقهي له دلالاته الخاصة وقضاياه التي يعالجها، لذا يقتضي الأمر في هذا الفرع تمييز الجهالة عن بعض المصطلحات التي تتشابه وتختلف عنها في المفاهيم والشروط والآثار، ولكي نقف على حقيقتها سنبين الجهالة عن الغرر والقمار والغلط على وفق الفقرات الآتية:-

#### أولاً- تمييز الجهالة عن الغرر

يذهب جانب من الفقه على أخذ الجهالة في معنى الغرر سواء أعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه ام بصفاته كما وكيفاً<sup>(2)</sup>، وكذلك على اعتبارها نوعاً من أنواع الغرر، إذ ادرجوها في طيات مباحث الغرر، فالغرر يشمل المعلوم وما لا يقدر على تسليمه وما لم يستقر ملكه والمجهول<sup>(3)</sup>، وعليه فالغرر هو "ايهام الشخص بما يرغبه في التعاقد"<sup>(4)</sup>.

(1) محمد على التوحيدي، مصباح الفقاهة"تقرير أبحاث سماحة آية الله العظمى السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (قدس سره)"، ط1، مكتبة الداوري، ايران-قم، 1377هـ، ص586 وص587.  
(2) مرتضى الانصاري، كتاب المكاسب، ج4، ط17، مجمع الفكر الاسلامي، ايران-قم، 1432هـ، ص178.  
(3) كفاح عبد القادر السوري، التغيير واثره في العقود، ط1، دار الفكر، الاردن-عمان، 2007، ص58.  
(4) د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد"مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي"، ج1 انعقاد العقد(اركان العقد)، شركة الطبع والنشر الاهلية، العراق-بغداد، 1967، ص319. وينظر د.سليمان مرقس، شرح القانون المدني-العقود المسماة-عقد البيع، ط4، عالم الكتب، مصر-القاهرة، 1980، ص211.



فأنه يقوم على إغراء المتعاقد و خديعته ليأخذ المعقود عليه وهو يعتقد أنه قد أخذه بأقل من قيمته ، أو أن به فوائد كثيرة اشتراه من أجلها في حين الواقع غير ذلك<sup>(1)</sup>، فهو يتضمن الخطر للعاقدين بحيث لا يدرى كل واحد منهما الحصول على الشيء من عدمه ، ففحوى الغرر هو دخول المرء في معاملة يجهل عاقبتها ويكون العقد عندها دائراً بين احتمال الربح أو الخسارة، فأحد الأطراف سيغنم والآخر سيغرم، أما الجهالة هي وصف لما خفي على أحد المتعاقدين أو كليهما فيما يختص بالتعاقد<sup>(2)</sup>.

إن الغرر والجهالة مصطلحان يتوسع فيهما العلماء فيستعملون احدهما مقام الآخر؛ لأن الغرر يوجد في البيوع من جهة الجهل بتعيين العقد، والجهل بتعيين المعقود عليه والجهل بالجنس، والجهل بالنوع والجهل بالحصول والجهل بالمقدار<sup>(3)</sup>، فترابطهما علاقة عموم وخصوص، فهما يجتمعان من جهة ويفترقان من جهة أخرى، وتأسيساً على ما سبق تتخذ الجهالة مع الغرر ثلاث صور وهي:-

- 1- **وجود الغرر بدون الجهالة**، ك شراء العبد الأبق معلوم الأوصاف للمشتري لا جهالة فيه؛ لأنه معلوم ولكن فيه غرر لا يدرى العاقدان أيحصل أم لا<sup>(4)</sup>.
  - 2- **وجود الجهالة بدون الغرر**، مثال ذلك شراء حجر يراه المشتري ولا يدرى هل هو ياقوت أم زجاج، وبيع المجهول لا غرر فيه؛ لأنه موجود وحصوله متيقن وإنما الجهالة لعدم معرفة أوصافه<sup>(5)</sup>.
  - 3- **وجود الغرر مع الجهالة**، ك شراء العبد الأبق مجهول الأوصاف، إذ أن المتعاقدين مترددان في حصوله فإنه بيع الغرر، ومن حيث أنه مجهول الأوصاف فإنه بيع المجهول<sup>(6)</sup>.
- ويتلخص مما تقدم أن الفرق بين الغرر والجهالة نابع من حالة الوقوع وعدمه، فالغرر خاضع للإحتمال والترجيح، في حين الجهالة حاصلة وواقعة لكنها خفيت في جزء من أجزاء العقد، سواء أكان في الجنس أم النوع أم الصنف أم غيره، وعلى أساس ذلك فلا يوجد تقاطع أو تداخل بين الغرر والجهالة، فليس الغرر كما قيل ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد<sup>(7)</sup>.

(1) د.محمد سلام مذكور، التشريع الإسلامي، ط2، بدون ذكر مكان النشر، 1959، ص516.  
(2) د.عماد عبد الحفيظ الزيادات ود. محمد عوايد عايد السكر، جهالة المبيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني والتطبيقات المعاصرة والقانونية لرفعها، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، مج3، ع6، 2010، ص92.  
(3) احمد بن ادريس القرافي، انواء البروق في انواء الفروق، دار النور، الكويت، 2010، ص270 و ص271.  
(4) مرتضى الانصاري، كتاب المكاسب، ج4، مصدر سابق، ص180.  
(5) احمد بن ادريس القرافي، انواء البروق في انواء الفروق، دار النور، مصدر سابق، ص270 و ص271.  
(6) مرتضى الانصاري، كتاب المكاسب، ج4، مصدر سابق، ص180.  
(7) ابن حزم محمد، المحلى بالآثار، ط1، تحقيق: احمد شاكر، دار الجيل، لبنان-بيروت، ج8، بدون ذكر سنة النشر، ص389.

وتعقياً على ما سبق يتضح أن الفرق بين الجهالة والغرر، يكمن هذا الأمر في حقيقة كل منهما، فعند النظر إلى حقيقة الغرر نجده يتمثل في التردد بين حصول الشيء أو عدم حصوله، وبالتعريض للهلاك والخطر، بينما الجهالة مأخوذة من الجهل وعدم المعرفة وهي قائمة على عدم العلم بالمعقود عليه سواء بجنسه أو مقداره أو صيغته.

ومما تقدم يتجلى لنا أن التشابه بين الجهالة والغرر يكمن في أمور عدة:

- 1- من حيث المقدار الذي يؤثر في العقد: تشترك الجهالة مع الغرر في انهما يشترط لتحقيقهما أن يكون كثيراً لكي يؤثر في العقد، أي أن تكون الجهالة والغرر غالبية على العقد حتى أصبح العقد يوصف به، ومن شأنهما أن يؤدياً إلى النزاع، وهذا يتأثر باختلاف البيئات والعصور، ومرجعه إلى العرف.
  - 2- من حيث وقوعه: تتشابه الجهالة مع الغرر في انهما يقعان في المعقود عليه أصالة، فيؤثران في صحة العقد، أما في التابع، أي ما يكون تابعاً للمعقود فإنه لا يتأثر بالجهالة والغرر.
  - 3- من حيث محل وقوعه: يشترط في الجهالة والغرر أن تقع في عقود المعاوضات المالية؛ وذلك لأن الأصل حرية التعاقد، ما لم يرد نص يحد من هذه الحرية، إلا انه يمنع كل بيع فيه غرر؛ لأنه يخلق العداوة ويثير الخصومة، وأخذ المال بالباطل، فإن هذا المعنى متحققاً في كل عقود المعاوضات المالية قياساً على عقد البيع بوصفه في قمة هذه العقود.
  - 4- من حيث الأقسام: يتحقق التشابه بين الجهالة والغرر في انهما يتخذان ثلاثة اقسام، قليلة ومتوسطة وفاحشة.
  - 5- من حيث الأسباب: أن سبب الغرر راجع إلى الجهل بالمعقود عليه من وجه أو أكثر، فالغرر يوجد في البيوع ويتحقق أما نتيجة للجهل بتعيين نوع أو وصف أو جنس المعقود عليه، أو من جهة الجهل بمقدار المبيع والتمن، أو بأجله إن كان هناك أجل.
- وتأسيساً على ما تم ذكره من مفاهيم وأوجه الشبه بين الغرر والجهالة، يتبين لنا أن الاختلاف بين الجهالة والغرر يكمن في عدة أمور:

- 1- من حيث المفهوم: فالجهالة هي "وصف لما خفي على احد المتعاقدين أو كليهما فيما يختص بالتعاقد"<sup>(1)</sup>، بينما الغرر هو "ما كان يتضمن الخطر للعاقدين، بحيث لا يدري كل واحد منهما الحصول على الشيء من عدمه"<sup>(2)</sup>.

(1) د. عماد عبد الحفيظ الزيادات ود. محمد عوايد عايد السكر، مصدر سابق، ص92.  
(2) حاتم بشير أحمد المسلاتي، الغرر وأثاره الاقتصادية (عقد التأمين نموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، مج 2، ع12، 2011، ص7.

- 2- من حيث الوصف: أن الجهالة وصف يطرأ على المعقود عليه، بينما الغرر عيب من عيوب الإرادة.
- 3- من حيث الأثر: أن الغرر يؤثر في صحة العقد ويجعل العقد موقوفاً لمدة ثلاثة أشهر<sup>(1)</sup>، في حين الجهالة تؤثر في العقد وتجعله باطلاً في حال إذ كانت فاحشة، وهذا الأثر مترتب على المعقود عليه شرعاً وقانوناً، بإستثناء الفقه الحنفي فجعل العقد فاسداً.
- 4- من حيث الاحتمال: أن الفرق بين الغرر والجهالة نابع من حالة الوقوع وعدمه، فالغرر خاضع للاحتمال والترجيح، ويعد الاحتمال العنصر الأساسي الذي يبرم من أجله العقد، بمعنى غير مستحيل وغير مؤكد الوقوع، وبالتالي فإن لصفة الاحتمالية وظيفية أساسية في الغرر عند إبرام العقد لارتباطها المباشر بعنصر الخطر، بينما الجهالة حاصلة وواقعة لكنها خفيت في جزء من أجزاء العقد سواء أكان في الجنس أو النوع أو الصنف أو غيره.
- 5- من حيث العموم والخصوص: تختلف الجهالة عن الغرر، في أن الغرر مصطلح أعم من مصطلح الجهالة، فالغرر أعم من الجهالة من جهة أنه قد يحصل الشيء وقد لا يحصل، والجهالة أعم من الغرر من جهة الجهل بالصفة، فقد يكون الشيء موجود وهو حاصل لا محال ولكن صفته مجهولة، ولكن لا يجتمع غرر و جهالة، فلا يمكن للشيء أن يكون غرر و جهالة؛ لأن الغرر ما لم يعلم هل يحصل أم لا، بينما الجهالة يعلم حصوله ولكن جهلت صفته.
- 6- من حيث القصد: أن خفاء العيب في الجهالة غير مقصود، في حين خفاء العيب في الغرر مقصود دائماً.

### ثانياً- تمييز الجهالة عن المقامرة

فالقمار هو ما تتوقف الغلبة فيه على إعمال الفكر وقوته<sup>(2)</sup>، أن القمار عقد مبناه على الجهالة متردد بين الغنم والغرم، ويقوم على المراهنة<sup>(3)</sup>، ويعد القمار نوع من أنواع الغرر، وهو اخص من الجهالة؛ لأن كل قمار فيه جهالة؛ وليس كل ما فيه جهالة قماراً<sup>(4)</sup>.

وصفوة القول أن كل قمار جهالة؛ وليست كل جهالة قمار؛ لأن الجهالة يتساوى وجودها وعدمها في المعاوضات والمسابقات، أما القمار فهو الغالب الأعم يقع في اللعب والمسابقات، وتقترب الجهالة من

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الاهلية، العراق-بغداد، 1963، ص281.

(2) محمد سعيد الحكيم، مصباح المنهاج، ج1 كتاب التجارة، ط1، مؤسسة الحكمة للثقافة الاسلامية، العراق-النجف الاشرف، 2007، ص196. وينظر سليمان بن احمد الملحم، القمار وأحكامه، ط1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 2008، ص62.

(3) تريحان ترميجان، مصدر سابق، ص10.

(4) عمر فلاح الشقراء، مصدر سابق، ص10.

القمار بشكل كبير؛ لأن كلاهما يدخل في ضمن طيات الغرر، الأمر الذي يجعلها تتشابه وتختلف مع القمار في جزئيات كثيرة، وهذا ما سنوضحه في هذه الفقرة البحثية وكالاتي:

### 1- أوجه التشابه بين الجهالة والقمار

أ- **من حيث الانتماء:** تتشابه الجهالة مع القمار في بأنهما نوعان من أنواع الغرر.  
ب- **من حيث الإدراك:** إن الجهالة والقمار كلاهما قائمان على عدم توافر الإدراك لدى المتعاقد بحقيقة العقد المقبل عليه.

ت- **من حيث عدم العلم بالنتائج:** وهي موجودة ومستحكمة في القمار والجهالة معاً، وفي اغلب أنواع القمار لا يعرف المقامر المال الذي سيدفع، ولا المال الذي سيحصل عليه، فهو يبذل ماله؛ لأجل ربح موهوم ليس عنده وزن ذرة في ترجيحه على الخسران، فكذلك الجهالة.

ث- **من حيث المخاطرة:** فهي موجودة في الجهالة والقمار معاً؛ لأن القمار لا يتناسب المكسب فيه مع الخسارة، وكما أن المكسب فيه غير محقق، فأحد طرفيه يغرم، في حين الآخر يغنم، وكذلك الجهالة. وتعريجاً على ما سبق ذكره من جزئيات تبين بدقة أوجه الشبه بين الجهالة والقمار، فلا يسعنا في هذه الفقرة البحثية إلا أن نوضح الاختلاف بين الجهالة والقمار يكمن في أمور عدة.

ج- **من حيث الحكم:** فإن الجهالة تفضي إلى النزاع وتمنع من انعقاد العقد فتجعله باطلاً متى ما كانت فاحشة، أما حكم القمار، ففي الفقه الإسلامي فإنه متفق على تحريم القمار واعتبروه من الميسر، فقد ورد في عباراتهم "بلا خلاف نجده، بالإجماع محرم وأنه من الميسر المتفق على حرمة وحرمة المال المأخوذ منه"<sup>(1)</sup>. ففيه حرمة تكليفية وهو ترتب العقاب عليها وحرمة وضعية هو عدم صحة المعاوضة وفسادها<sup>(2)</sup>.

وقد بين القانون المدني العراقي حكم الجهالة في العقد، فالعقد يكون باطلاً إن كان المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، إذ نصت المادة (137) في فقرتها الثالثة من القانون المدني العراقي "ويكون باطلاً أيضاً إذا إختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون". وكذلك القمار فإنه يترتب عليه بطلان العقد فقد نصت المادة (975) من القانون أعلاه على "1- يقع باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان".

(1) جعفر الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط2، مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان، ايران-قم، دون ذكر سنة الطبع، ص334.

(2) مرتضى الانصاري، المكاسب، تحقيق: محمد كلانتر، ج4، ط1، منشورات النور للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1990، ص104.

وتجسد حكمه في القانون المدني المصري بالمادة(739) "1-يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان".

أما حكم القمار في القانون المدني اليمني فقد أوضح في المادة(1096) "كل عقد خاص بمقامرة أو رهان باطل ولا يعمل به ويعاقب طرفاه طبقاً لما هو مقرر في قانون العقوبات، والقمار أو الرهان هو ما تعلق فيه احتمال الكسب أو الخسارة على عوامل لا يمكن تعيينها ولا السيطرة عليها مقدماً".

## 2-أوجه الاختلاف بين الجهالة والقمار

أ- **من حيث المفهوم:** فالجهالة هي "وصف لما خفي على أحد المتعاقدين أو كليهما فيما يختص بالتعاقد"<sup>(1)</sup>، في حين القمار هو "عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغاً من النقود، أو أي شيء آخر يتفق"<sup>(2)</sup>.

ب- **من حيث الشروط:** تختلف الجهالة عن القمار في أن الجهالة يشترط فيها أن تكون فاحشة، وواقعة في عقود المعاوضات المالية، وأن تكون في المعقود عليه أصالة، بينما شروط القمار تتمثل بوجود محل مخصص للعب الأقمار، والآت القمار<sup>(3)</sup>، ويجب توافر لاعبين اثنين أو أكثر هما المشاركان في اللعبة أو المسابقة من جهة.

ت- **من حيث محال وقوعهما:** فإن الجهالة تقع في عقود المعاوضات، في حين القمار لا يقع في عقود المعاوضات؛ لأن القمار لا مالية له شرعاً وإن كان يعد مالا عرفياً.

ث- **من حيث الحرمة:** القمار محرم بالإجماع، وذلك لعدة أسباب تتمثل في أن القمار يتضمن أخذ أموال الناس بالباطل، فالكسب والخسارة في القمار لا يقوم على تبادل المنافع بالطرق المشروعة، بل يقوم على المخاطرة والحظ، وأخذ المال بلا مقابل، وأنه أساس للخصومات بين المتلاعبين<sup>(4)</sup>، وأن الاستمرار على القمار يضعف علاقات المقامر الاجتماعية والعائلية<sup>(5)</sup>. أما الجهالة فليست كذلك.

ج- **من حيث توافر العلم:** أن الجهل يعني انعدام العلم بصفة كلية للشيء، بينما القمار يتمثل بعدم اكتمال العلم بالفوز أو الخسارة فهو جهل جزئي.

(1) د. عماد عبد الحفيظ الزيادات ود. محمد عوايد عايد السكر، مصدر سابق، ص 92.

(2) محمد احمد عابدين و محمد حامد قماوي، جرائم الاداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، مصر-الاسكندرية، 1985، ص 227.

(3) د. امير عبد الزهرة جاسم ود. مصطفى عقيل حمد، احكام لعب القمار في القانون والشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، ع 1، 2006، النجف، ص 167.

(4) ابو عمر ديبان بن محمد الديبان، المُعَامَلَاتُ الْمَالِيَّةُ أَصَالَةٌ وَمُعَاصِرَةٌ، ج 4، ط 2، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية-الرياض، 1432 هـ، ص 315.

(5) د. عبدالرحيم عبدالحميد الساعاتي، المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة "تحليل اقتصادي وشرعي"، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، مج 20، ع 1، 1428 هـ، ص 14.

ح- من حيث قيامه: الجهل قائم على وجود فراغ في العقل، أما القمار فيقوم على خلاف التوقع بشكل كلي أو جزئي.

خ- من حيث ذاته: إن الجهالة صفة تطرأ على العقد، بينما القمار هو عقد قائم على احتمال الفوز أو الخسارة<sup>(1)</sup>، أي لا يمكن لطرفيه أن يحددا وقت أبرامه قيمة ما يعطيه أو يأخذه، بحيث يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وأن احتمال الكسب والخسارة عناصره الرئيسية.

د- من حيث الاحتمالية: فأن الجهالة لا تقوم على الاحتمال، أما القمار فقوامه على الاحتمال، أي أن موضوع القمار هو الاحتمالية المتمثلة بعدم التأكد، ويكون عدم التأكد في القمار في محل العقد موضوع المعاملة وقيمتها، وهو حالة خاصة من الغرر الذي يكون عدم التأكد فيه أعم، إذ يشمل عدم التأكد في العقد وشروطه الغرر الفاحش في المعاملة<sup>(2)</sup>.

ذ- من حيث الكثرة: أن القاعدة الأساسية التي تقوم عليها الجهالة، إنها لا تكون مؤثرة إلا اذا كانت فاحشة، إذ أن الجهالة اليسيرة لا تأثير لها في العقود<sup>(3)</sup>، في حين القمار مجرد وجود النية فيحكم على العقد بحرمة.

ر- من حيث الدافع: تختلف الجهالة عن القمار أن احتمال الربح وحده هو الدافع إلى المقامرة المتداولة بين الناس، أما الجهالة فإنها غير قائمة على هذا الدافع.

### ثالثاً- تمييز الجهالة عن الغلط

إن الغلط وهم يقوم في ذهن المتعاقد يصور له الأمر على غير حقيقته، فيدفعه إلى التعاقد تحت وطأته، بحيث ما كان ليتعاقد لو علم بحقيقة الأمر، وللاعتداد بالغلط يجب أن يقع في وصف جوهرى، وأن يبلغ درجة من الجسامه، ويجب أن يكون المتعاقد الآخر مشتركاً معه في الغلط، أو يكون على علم به<sup>(4)</sup>.

وتعقيباً على ما سبق ذكره، سنعدد هذه الفقرة لبيان أوجه التشابه والأختلاف بين الجهالة والغلط كما يأتي:

(1) د. نادية محمد مصطفى قزمار، مدى امكانية التعاقد على عمل شيء قابل للوجود مستقبلاً في القانونين الاردني والكويتي "دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي"، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط، ع 46، لم تذكر السنة، ص415.

(2) ابراهيم ابو العلا وآخرون، الازمة المالية العالمية، أسباب وحلول من منظور اسلامي، ط1، مركز النشر العلمي، السعودية-جدة، 2009، ص204.

(3) د. الصديق محمد الأمين الضيرير، مصدر سابق، ص 39 و ص40.

(4) د. محمود المظفر، مصادر الالتزام- نظرية العقد ونبذة عن الارادة المنفردة، ط4، دار المثني، العراق، 2010، ص124. وينظر د.انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج 1 مصادر الالتزام، دار لمعارف، مصر، 1965، ص146-ص148.

## 1- أوجه التشابه بين الجهالة والغلط

- أ- من حيث عدم العلم:- أن الجهالة والغلط يشتركان بأنهما قائمان على عدم العلم الكافي بالمبيع وعدم تمييزه عن غيره، وعدم العلم بكل الأوصاف الأساسية للمبيع التي تمكن من التعرف عليه بسهولة.
- ب- من حيث نوع العقود التي تتحقق فيها:- تقع الجهالة والغلط في عقود المعاوضات وتؤثر فيهما.

## 2- أوجه الاختلاف بين الجهالة والغلط

- أ- من حيث المفهوم:- فالجهالة هي وصف لما خفي على احد المتعاقدين، أو كليهما فيما يختص بالتعاقد، في حين الغلط هو وهم يستولي على النفس فيحمل على الاعتقاد بصحة أمر أو فساده على خلاف الواقع.
- ب- من حيث الآثار:- أن الجهالة تفضي إلى النزاع وتمنع من انعقاد العقد فتجعل العقد باطلاً متى ما كانت فاحشة، وقد بين القانون المدني العراقي حكم الجهالة عندما تعتري العقد، فالعقد يكون باطلاً ان كان المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة إذ نصت المادة(137) في فقرتها الثالثة من القانون المدني العراقي"ويكون باطلاً أيضاً اذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة.....". أما الغلط فيؤثر في صحة العقد ويترتب عليه أن يكون العقد موقوفاً لمدة ثلاثة اشهر.
- ت- من حيث الشروط:- فيشترط في الجهالة أن تكون فاحشة وان تقع في عقود المعاوضات، وأن يكون المعقود عليه أصالة، وأن تؤدي إلى إثارة المنازعة، بينما الغلط فيشترط فيه أن يكون جوهرياً، ودافعاً للتعاقد فيكون الغلط معيباً للرضا إذا ما كان في صفات الشيء الجوهرية، أي الصفات التي توافرت في المعقود عليه وكانت الباعث الدافع للتعاقد، وان يكون متصلاً بعلم المتعاقد الآخر<sup>(1)</sup>.
- ث- من حيث المخالفة للواقع:- فإن الجهالة تتمثل في حالة فراغ ذهني، أما الغلط يخالف الواقع مخالفة كلية أو جزئية، إي هناك واقعة غير صحيحة يتوهم المتعاقد صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم المتعاقد عدم صحتها.
- ج- من حيث الأقسام:- إن الجهالة لها ثلاثة اقسام جهالة فاحشة و جهالة متوسطة و جهالة قليلة، في حين الغلط فقد يكون غلط مانع، والغلط في التعبير عن الإرادة وفي نقلها، والغلط المادي.
- ح- من حيث التبعية:- الغلط دوماً شكل من أشكال الجهل<sup>(2)</sup>.
- خ- من حيث الذاتية:- أن الجهالة هي وصف، أما الغلط فهو عيب من العيوب الصريحة للإرادة.

(1) د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، ط1، دار الميسرة، الاردن-عمان، 2009، ص130 و ص135.

(2) د. عبد المجيد الزروقي، احكام الغلط"دراسة في المنهجية التشريعية، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 2010، ص17.

## المبحث الثاني

## أقسام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

لم يحدد الفقهاء بشكل دقيق بعيد عن الخلافات معيار محددًا لبيان الجهالة المؤثرة، وقد حاولوا وضع معايير للتفرقة بين الجهالة المؤثرة، والجهالة غير المؤثرة، وذلك عن طريق أحكامهم في المسائل التطبيقية، التي عرضت عليهم والسائدة في زمنهم، إلا أن ذلك لم يمنع الخلاف حتى لفقهاء العصر الواحد، ومع استعمالهم لمعيار معين، ولكن لا يعني ذلك اختلافهم في كل المسائل، بل إن الاختلاف التطبيقي أضيق من الاختلاف النظري، وهذا الاختلاف لم يمنع من اتفاقهم في كثير من المسائل التطبيقية، وغير المنصوص عليها بالجواز أو بالمنع، فقد اتفقوا على جواز كثير من المعاملات مع احتوائها على الجهالة، وأعدو هذه الجهالة مما يمكن التجاوز عنها، وأنها لا تؤثر في صحة البيوع، وإن اختلفت طريقة تبريرهم للتسامح عن هذا الجهالة.

ومن بين الاختلاف النظري لدى الفقهاء بين الجهالة المؤثرة وغير المؤثرة، فقد جعلوا لجهالة المعقود عليه تقسيم ثلاثي، يشمل الجهالة الفاحشة والجهالة المتوسطة والجهالة اليسيرة، ومنهم من جعل لها تقسيم ثنائي يقتصر على الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة، دون الاعتداد بالجهالة المتوسطة.

ولعل من بين أبرز المعايير والتي اتفق عليها هو مدى إمكانيتها لأثارة النزاع، إذ إن الجهالة الفاحشة تفضي إلى نزاع يتعذر حسمه، بينما الجهالة اليسيرة فهي على خلاف الفاحشة فلا تثير التنزع بين المتعاقدين، وجهالة متوسطة تكون بين الفاحشة واليسيرة، والناظر إلى تقسيمات الفقهاء للجهالة من حيث معيار حجمها يجد أن الجهالة الفاحشة، هي عبارة عن جهالة كثيرة تؤدي بكل تأكيد إلى نزاع بين المتعاقدين.

أن تقسيم الجهل بالمؤثر، وغير المؤثر مسألة نسبية تختلف باختلاف طبيعة المعقود عليه، و ساهم تطور الحياة الاقتصادية، وتعقدها، وتطور صورها، وتشابكها في اتساع رقعة هذا الخلاف. ولما تقدم أعلاه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول لتوضيح الجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة، أما المطلب الثاني فنبين فيه الجهالة غير المؤثرة في العقود المعاصرة وكالاتي:

المطلب الأول- الجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة.

المطلب الثاني-الجهالة غير المؤثرة في العقود المعاصرة.



## المطلب الأول

### الجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة

أن الجهالة تخل بشرط العلم إذا يترتب عليها عدم ارتباط الرضا بكل العناصر، والأوصاف المعتبرة عادة، وهذه العناصر والأوصاف هي التي تختلف بسببها الأغراض والدوافع للتعاقد، ويقوم على أساسها المبيع عادة، فالرضا لا يتحقق إلا إذا تحددت معالم وحدود ما وقع عليه العقد، وان العناصر الأساسية والأوصاف المعتبرة هي التي تحدد المعالم والحدود، وبصرف النظر عن الوسيلة، أي سواء أكان ذلك بالرؤية أم بالوصف، لأنهما وسائل تحقيق العلم، ولا ينظر إلى الوسيلة إلا بقدر تحقيقها للمعنى السابق، لأن الوسائل هنا غير مرادة لنفسها.

فالجهالة التي تؤثر في العقود المعاصرة هي الجهالة الفاحشة، والتي تتمخض عن عدم العلم بما من شأنه أن يكون معلوماً، لدى المتعاقدين في العقود المعاصرة، وأن جهل المتعاقدين بالمعقود عليه يعد وصف ذاتي لهم، وعلى أساس ذلك قد عالجت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية موضوع الجهالة الفاحشة، وتأثيرها على العقود المعاصرة بشكل صريح وبيان حكمها، لتجنب وقوعها.

ولتفصيل ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول التعريف بالجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة، أما الفرع الثاني حكم الجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة وكالاتي:

الفرع الأول- التعريف بالجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة.

الفرع الثاني- حكم الجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة.

## الفرع الأول

### التعريف بالجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة

تحصل الجهالة عند عدم العلم الكافي في المعقود عليه، مما تتسبب في حدوث نزاع قد يتعذر حله، فتعد الجهالة من الأوصاف التي تؤثر في إرادة العاقدين في سائر أنواع العقود المعاصرة، وقد تكون هذه الجهالة كثيرة فتسمى ب(الجهالة الفاحشة)، إذ انها تؤدي إلى الخصومة والشريعة الإسلامية والقانون يمنعان كل ما يفسد العلاقات ويسبب الخصومات، ويحرصان على وضع المعايير التي يستقر بها التعامل لتحقيق مصالح الأطراف المختلفة. و سنبين ذلك بشكل أكثر تفصيلاً على وفق المنهجية الآتية:

## أولاً- مدلول الجهالة الفاحشة في العقود المعاصرة

هنالك تعريفات اصطلاحية كثيرة للجهالة الفاحشة لدى فقهاء الشريعة والقانون بحسب فهم المعرف وإيجازه فقد عرفت "هي الجهالة الفاحشة التي تكثر وتكون غالبية وتقضي إلى النزاع بين المتعاقدين عادة كبيع الطير في الهواء وغيرها فهذه ونحوها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهي محرمة لكثرة الغرر والجهالة الفاحشة فيها"<sup>(1)</sup>. يلحظ على التعريف المتقدم انه كان موفقاً في بيان الجهالة بشكل واضح وصريح بأنها تقضي إلى النزاع، وبين نوعها وحكمها في انها بيوع جاهلية ومحرمة، ويلاحظ عليه انه يصطبغ بالصبغة الشرعية.

وعرفت بأنها "عيب يقترن بشروط صحة التصرف القانوني ويفضي إلى النزاع، ويترتب عليها بطلان التصرف" أو هي "عيب فاحش يشيب تصرف قانوني ليجعله في قائمة التصرفات القانونية الباطلة"<sup>(2)</sup>.

اما الجهالة الفاحشة في القوانين المدنية فقد نصت المادة(128) من القانون المدني العراقي "1- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

أما القانون المدني المصري فلم يشر إلى لفظ الجهالة الفاحشة لا صراحة ولا ضمناً في المادة(133) إذ نصت "1- اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً".

في حين القانون المدني اليمني فقد اشار في المادة(190) الى لفظ الجهالة المؤثرة والذي يحوي الجهالة الفاحشة والجهالة المتوسطة متى ما ترتب عليها ضرر فقد نص على "يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز، ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها".

(1) محمد بن عبد العزيز بن ابراهيم اليحيى، الجهالة في العقود وطريقة رفعها، مقالة منشورة في مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، مج 10، ع 72، جامعة القاهرة-كلية القانون، 2016، ص459.

(2) محمد عمر ابو هلال، الجهالة واثرها في الدعوى القضائية، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، 2013، ص22. وينظر مقالة بعنوان ما المقصود بالجهالة الفاحشة كمصطلح قانوني، منشورة على الموقع

<https://www.mohamah.net/law5> تمت الزيارة بتاريخ 2022/7/31

ان ما يمكن ملاحظته على موقف التشريعات من تعريف الجهالة الفاحشة عدم ايراد توضيح في القانون المدني العراقي واليمني ما يشير إلى تعريف الجهالة الفاحشة، ويحمد المشرعان على ذلك، لأن التعريفات هي من اختصاص الفقهاء لا القانون، وبينت هذه المادة ضرورة أن يكون المحل معيناً بشكل نافي للجهالة الفاحشة.

ويمكننا تعريف الجهالة الفاحشة "بأنها وصف يطرأ على المتعاقدين فتعيب إرادة المتعاقد مما يجعلها تؤثر في صحة التصرف القانوني وتفضي إلى النزاع مما يترتب عليها بطلان التصرف الذي اقدم عليه المتعاقدان؛ لانهم لا يدركون حقيقة المعقود عليه وما هم مقبلين عليه".

أن الجهالة الفاحشة تتعلق بالأوصاف الجوهرية للمعقود عليه، ولا يتسامح الناس فيها، لهذا عند كثير من الفقهاء بيع الزروع المغيبة في الأرض تعد جهالة فاحشة؛ لأن المعقود عليه مجهول لأنه قد يقل ويكثر ويكبر ويصغر وليس من سبيل لمعرفة العلم به<sup>(1)</sup>. ولما تقدم بيانه من التعريفات الفقهية، يتبادر إلى الذهن سؤال هل يوجد معيار معين للجهالة الفاحشة؟

طرحنا العديد من المعايير المميزة للجهالة الفاحشة، وتميزت أن هنالك من أقامها على الكمية، وآخر بين انه يجب وضع معيار للجهالة الفاحشة وما عداها فلا يؤثر في العقود، وهنالك من ابتعد عن الكم والنوع واعتمد على العرف كمعيار أساسي للجهالة المؤثرة، وسنبين هذه المعايير كالاتي:-

- 1- **المعيار الأول** بين أن الجهالة الفاحشة ما كثرت في العقد وغلبت حتى صار العقد يوصف بوجود الجهالة، كبيع الحصة والملامسة وغيرها من البيوع<sup>(2)</sup>.
- 2- **المعيار الثاني** أن الجهالة المؤثرة هي الجهالة الفاحشة فينبغي وضع معيار للجهالة الفاحشة، وما عدا الجهالة الفاحشة فليس له تأثير في انعقاد العقود فلا حاجة إلى بيان معيارها<sup>(3)</sup>، وهذا مقيد بقيود شرعية وقانونية لا يصح للعرف أن يتعدها، فلو نهى الشرع أو القانون عن نوع من أنواع البيوع التي وصفت بالغرر وجاء أهل بلد فأباحوه فلا عبرة لعرفهم<sup>(4)</sup>، ومزية هذا المعيار انه يقلل إلى حد كبير من الاختلاف بين الجهالة المؤثرة وغير المؤثرة.

3- **المعيار الثالث** وتجسد ببيان أن معايير الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة تختلف من بيئة إلى بيئة، ومن عصر إلى عصر، حتى تختلف وجهة نظر العلماء في العصر الواحد، فما كانت جهالة فاحشة

(1) د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة، سعد سمك للنسخ والطباعة، مصر- القاهرة، 1990، ص132 و ص 133.

(2) أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ص41.

(3) الصديق محمد الامين الضريير، مصدر سابق، ص592.

(4) د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دار القلم، سوريا-دمشق، 2004، ص907.

عند احد قد لا تكون جهالة فاحشة عند آخر، بل تكون جهالة يسيرة عنده فيجب أن تكون للجهالة معايير مرنة تصلح للتغير على وفق الظروف والوقائع<sup>(1)</sup>.

يتضح إن الخلاف السابق في معايير تحديد الجهالة الفاحشة ظاهري، وليس خلافاً حقيقياً؛ لأن المعايير السابقة التي ذكرت اعلاه لها دور في تحديد الجهل المانع من صحة البيوع عند الجميع، والاختلاف في طريقة العرض، أو في التطبيق، وهذا حصل حتى باستعمال المعيار الواحد، فمن اعتمد المنازعة كمعيار للفرقة لم يهمل المعايير الاخرى.

وصفوة القول أن من الصعوبة وضع معيار محدد ودقيق، للتمييز بين الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة؛ بسبب تطور الحياة المدنية وانتشار الكثير من الصفقات وتعدد غايات المتعاقدين، إلا انه يمكن القول أن كل جهالة يمكن أن التسامح فيها بين المتعاقدين ولا تؤثر في العقد ولا تثير نزاع بين اطراف العقد فهي يسيرة، أما اذا كانت مدعاة للنزاع وتؤثر في العقد بشكل واضح ولا يمكن التسامح فيها فهي جهالة فاحشة، أي أن المعيار يقوم على أساس الإفضاء إلى النزاع من عدمه.

### ثانياً- تطبيقات الجهالة الفاحشة

شاع في زمن الجاهلية<sup>(2)</sup> بيوع عديدة والتي اتفق العلماء على تحريمها وبطلانها<sup>(3)</sup>؛ وذلك لكثرة الغرر والجهالة الفاحشة فيها<sup>(4)</sup>، ومن البيوع التي يوجد فيها هذا النوع من الغرر والجهالة بيوع منصوص على تحريمها شرعاً، وبيوع مسكوت عنها، ومن البيوع التي شاع تحريمها كبيع حبل الحبلية، وبيع الملامسة<sup>(5)</sup>،

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج3، ط1، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 1417هـ، ص38.
- (2) تعارف الجاهليون في اسواقهم انواعاً من البيوع الشكلية على غرار العقود الشكلية الرومانية القديمة، إذ كانت المراسيم الشكلية تعتبر إجراءً جوهرياً لصحتها والزاميتها ونفاذها. ينظر الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج8 عقد البيع، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2010، ص25.
- (3) بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، مصدر سابق، ص241.
- (4) موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، ج6، دار عالم الكتب، السعودية-الرياض، 1997، ص297 و ص298.
- (5) وهو أن يلمس الإنسان الثوب ولا ينشره، أو يشتريه في الظلام ولا يعلم ما فيه، فهذا النوع من البيع لا يجوز؛ لوجود الجهالة والغرر ينظر محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ط1، بيت الأفكار الدولية، السعودية، 2009، ص408. ان تفسير الملامسة مختلف عليه بين الفقهاء فقبل فيها ثلاثة أوجه، أصحها أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه الملمس، فيقول له صاحب الثوب: بعتك بكذا، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته، والثاني أن يجعل نفس اللبس ببيعاً بغير صيغة زائدة، والوجه الثالث أن يجعل اللبس شرطاً في قطع خيار المجلس وغيره، والبيع على التأويلات كلها باطل، ومأخذ الأول عدم شرط رؤية المبيع واشتراط نفي الخيار، ومأخذ الثاني اشتراط نفي الصيغة في عقد البيع فيؤخذ عليه بطلان البيع، والوجه الثالث. كذلك ينظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج4، مصدر سابق، ص420. وينظر محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج3، مكتبة ابن تيمية، مصر-القاهرة، 1415هـ، ص287.

والمناذبة<sup>(1)</sup>، والحصاة<sup>(2)</sup>، وبيع العُربان<sup>(3)</sup>، وبيع حبل الحبلية<sup>(4)</sup>، أما في الوقت الحاضر فهناك بيوع لا يمكن التعامل بها لأحتواءها على الجهالة والتي سنبين منها بالآتي:

**1- بيع المجهول** فلا يصح بيع المجهول ولا الشراء به، ولا تكفي المشاهدة في المكيال والموزون والمعدود سواء أكان عوضاً أم ثمناً، بل لا بد من الاعتبار بأحدها، ولا يكفي الاعتبار بمكيال مجهول ولو تعذر وزنه أو كيلاه أو عده<sup>(5)</sup>.

**2- عقد التأمين التجاري** يعد عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الجهالة الفاحشة؛ لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ، فقد يدفع قسطاً أو قسطين، ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الأقساط، ولا يأخذ شيئاً، وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ فيما يخص لكل عقد بمفرده<sup>(6)</sup>.

(1) بيع المناذبة هو أن يئذ الرجل إلى الرجل ثوبه ويئذ الآخر بثوبه ويكون بيعهما عن غير نظر ولا تراض، أو أنبذ ما معي وتبذ ما معك يشترى كل واحد منهما من الآخر ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر ونحو ذلك. ينظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج4، مصدر سابق، ص420. اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال أصحها أن يجعل نفس النبذ بيعاً كما تقدم في الملامسة، والثاني أن يجعل النبذ بيعاً بغير صيغة، والثالث أن يجعل النبذ قاطعاً للخيار، فتعد هذه بمثابة بيع الغائب وهي باطلة ينظر عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، مصدر سابق، ص241.

(2) وهو أن يقول ارم هذه الحصاة، فعلى أي شاة من هذا القطيع وقعت فهي لك بكذا، فرمى الحصاة وسقطت على شاة هزيلة جداً اشتراها بمائة وهي لا تساوي عشرين، فيكون قد خسر وتحقق الضرر؛ لأن كل عقد دار بين الغرم والغرم فهو ضرر وميسر لا يجوز ومحرم؛ لأنه مجهول وكل بيع فيه غرر فهو منهى عنه لما فيه جهالة واحتمال؛ لأنه إذا كان غانماً أداه ذلك إلى الجشع والطمع لأنه كسب فيريد أن يستمر في هذا الكسب، وإن كان الأمر بالعكس بأن كان غارماً ألحقه الندم والحزن مما يولد العداوة بينهما ينظر محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي، ج3، ط1، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، 2006، ص538-540.

(3) هو أن يشتري الرجل العبد أو الأمة ويكترى، ثم يقول للذي اشتري منه أو أكثرى منه أعطيتك ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من ثمنها وإلا فهو لك، ويرى الفقه في عدم جواز هذا البيع وبطلانه، لما فيه من شرط فاسد وتحقق الجهالة ودخوله في أكل المال بالباطل ينظر الحافظ ابن حجر العسقلاني، تصنيف: محمد بن اسماعيل الصنعاني، تعليق محمد ناصر الدين الالباني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 2006، ص36.

(4) يقصد به أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فكان الرجل يبتاع الجوزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنه، اختلف جمهور الفقهاء بشأن ما نوع النتاج الذي نهى الرسول عن بيعه، فالأجاء الأول الذي فسر حديث البيع المنهي عنه بأن يبيع شيئاً إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها، بينما الاتجاه الثاني يرى أنه يبيع نتاج النتاج، أما الاتجاه الثالث أنه يبيع ما في بطون الأنعام، الاتجاه الرابع أن الحبلية هنا شجرة العنب وأن المراد به بيع العنب قبل أن يبدو صلاحه ينظر عبد الرحيم بن زين العراقي، طرح التثريب في شرح التثريب، المحقق: أحمد بن عبد الرحيم أبو زرعة، ج6، دار إحياء التراث العربي، الطبعة المصرية، ص58-60. وينظر حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، المحققين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، ج5، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، 1995، ص62 و ص63.

(5) علي بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج4، ط1، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ايران-قم، 1408 هـ، ص93.

(6) قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، 1398 هـ.

3- **الجهالة في شكل البضاعة المعروضة وجودتها وصورتها** أي أن يكون شكل وجودة البضاعة المعروضة في المتاجر والمزادات الإلكترونية يخالف ما عليه في الواقع، من شكل وجودة فنجد كثير من الأشخاص يقعون بهذه النوع من الجهالة لعدم قدرتهم من الاطلاع على البضاعة المشتراة بشكل مباشر قبل استلامها، وإضافة إلى ذلك أن البضاعة اذا لم تكن مطابقة للإعلان التجاري فسيحمل المشتري حينها تكاليف أرجاعها، كون البضاعة تحتاج إلى وقت لفحصها ومعرفة كونها مطابقة لجودة الإعلان التجاري التي تم الشراء بناءً عليه من عدمه، هذا إن كان المشتري في داخل البلد، أما أن كان الشراء من خارج البلد فيلزم حينها المشتري دفع ثمن البضاعة قبل أن تصل إليه وهو لا يعلم بها فتتحقق الجهالة والضرر حينما يؤكد شراءه له إلكترونياً كما هو الحال فيما يسمى بـ (سوق أمازون) ومن أشهر المتاجر الإلكترونية العالمية وغيره، لذلك تعد هذه الصورة من أكثر التطبيقات انتشاراً في التجارة الإلكترونية<sup>(1)</sup>.

4- **منح القروض المالية بواسطة (الماستر كارد)** تقوم بعض الجمعيات أو الشركات التي تمنح القروض المالية عن طريق ترويجها وإعلاناتها لذلك، إذ أنها تمنح المواطن قرضاً مالياً بقدر معلوم ووفق آلية تعلن عنها إلكترونياً، على أن تكون بطاقة (ماستر كارد) وجودها شرط للحصول على القرض وانها للضمان فقط، ألا أنها في الحقيقة أن هذه الشركة تقوم بسحب قرض بهذه البطاقة من المصارف المانحة لها فيجد المقرض نفسه أمام التزامين، التزام أمام الشركة المقرض منها والتزام أمام المصرف وهو يجهل بوجوده<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### حكم الجهالة الفاحشة

تقوم الجهالة الفاحشة في المعقود عليه عند عدم تحديد عناصره وأوصافه، لذا فلا يمكن أن تصلح لشغل الذمة، ولاسيما إذا لم يستحضر المتعاقدان صورة المعقود عليه أثناء التعاقد، ولا توجد له صورة محددة يمكن الرجوع إليه عند الاختلاف لمنع المنازعة، ومن ثم فهي جهالة منهي عنها لما تفضي له من منازعة وتمنع من صحة العقد، ولا يقتصر الأمر على ذلك وإنما تساهم في منع التسليم والتسليم فلا يحصل

(1) موزة احمد ابراهيم الباني، حماية المستهلك من الغش التجاري في القانون الاماراتي، بحث مقدم الى جامعة الشارقة- كلية القانون، 2020، ص22.

(2) مقدار خليفة حسين، نماذج معاصرة عن التدليس في البيع، بحث منشور في مجلة نسق، مج38، ع1، جامعة ديالى، 2023، ص799.

المقصود من العقد<sup>(1)</sup>. لذا سنوضح في هذه الفقرة حكم الجهالة الفاحشة في الفقه الإسلامي، والقوانين المقارنة وكالاتي:

### أولاً-حكم الجهالة الفاحشة في الفقه الإسلامي

إن للفقه الإسلامي وقفة جميلة في بيان حكم الجهالة الفاحشة التي تشوب التصرف، فالأمامية يتجسد موقفهم من الجهالة، في أن مناط البطلان في العقد هو الجهل الفاحش بمقدار الأخذ والعطاء، فلو باع مالا لا يعلم انه أي مقدار فلا يجوز إلا اذا كان الجهل على نحو لا يضر، كما إذا علم البائع بالمبيع وبيعه على القيمة السوقية، ويعلم المشتري أيضا ان ما يشتريه على النحو المتعارف في السوق، فإنه لا وجه هنا للبطلان إلا اذا كان هناك أجماع على البطلان، وإذ لا أجماع فيعد تعيينه لدى المتعاقدين بحسب مورد العقد أن كان قيميا فيكفي معرفته بنوعه ووصفه بالإشارة إليه، وإن كان مالا مثليا فلا يكفي تعيينه بمعرفة نوعه ووصفه ما لم يعين بمقداره وزناً أو كميلاً أو عدداً<sup>(2)</sup>.

أما رأي بقية المذاهب من حكم الجهالة الفاحشة فقد تمحور في قولين:

**القول الأول-** الجهالة الفاحشة مبطللة للعقد إن لم تكن لحاجة، فإن كانت لحاجة فلا يبطل بها العقد، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(3)</sup>، فمثلاً الشافعية يرون عدم جواز بيع السلعة من دون معرفة أوصافها وذلك؛ لأن الجهالة تكون فيها فاحشة<sup>(4)</sup>. واستدلوا انصار هذا القول بالمعقول: فعندهم البيع يصح في المجهول عند الحاجة، كأساسات الحائط، وطى البئر<sup>(5)</sup>.

**القول الثاني-** الجهالة الفاحشة مفسدة للعقد، وإليه ذهب الحنفية والمالكية<sup>(6)</sup> والزيدية وعندهم ان الجهالة على ثلاثة أوجه، أحدهما جهالة العقد نحو أن يكون فيه الخيار إلى امد غير معلوم أو لإنسان غير معلوم؛ لأن استقرار العقد مع ذلك يكون مجهولاً، فإن كان الخيار إلى امد معلوم، أو لرجل معلوم

(1) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط1، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 2010، ص180.

(2) أبو القاسم الموسوي الخوئي، مصباح الفقاهة، تقريرات بقلم محمد علي التوحيدى، ج3، ط1، مطبعة العلمية، ايران-قم، 1377هـ، ص621 و ص622.

(3) سليمان بن عمر بن منصور العجلي الازهرى، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج3، دار الفكر، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة الطبع، ص33. وينظر الامام عبد الحميد الشرواني، حاشية الشرواني مطبوع مع تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج4، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357 هـ، ص250. وينظر إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1997، ص264.

(4) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص18.

(5) ابراهيم بن محمد ابن مفلح، مصدر سابق، ص264

(6) ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مصدر سابق، ص165. وينظر محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، دار الفكر للطباعة، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص75.

جاز، وثانيها جهالة المبيع نحو ان يعقد البيع على بعض ما يملكه من العبيد أو من الدور أو من الاراضي من غير تعريف بشيء من ذلك، وثالثها جهالة الثمن نحو ان يجعل الثمن ما يجده من الدنانير والدرهم وما جرى هذا المجرى إذ تجعل العقد فاسد<sup>(1)</sup>.

إذ ان الحنفية أجازوا بيع السلعة من دون معرفة أوصافها مع توافر خيار الرؤية<sup>(2)</sup>، واعتبر المالكية لزوم هكذا نوع من البيوع بدون توافر الخيار، بشرط اذا كانت أوصافها لا تتغير قبل القبض ويرون أن الجهالة فيه يسيرة<sup>(3)</sup>، وكذلك الأمر في بيع ما يختفى في قشره كالجوز واللوز والبقلاء، فالمالكية أجازوا هكذا نوع من البيوع ويرون أن الجهالة فيه يسيرة، بينما الحنفية ذهبوا إلى عدم جوازها؛ كون الجهالة فيه فاحشة<sup>(4)</sup>.

واستدل انصار القول الثاني بالمعقول، فالمبيع إن كانت الجهالة فيه فاحشة، كانت مفضية إلى المنازعة يفسد البيع؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم، فلا يحصل مقصود البيع<sup>(5)</sup>.

وعطفاً على ما سبق بيانه نستنتج أن الحكمة من بطلان العقد لجهالته في الفقه الإسلامي تتمحور، في ان الجهالة تؤدي إلى غياب ركن الرضا الذي يشترط توافره في العقود وإلى النزاع، كالتسوق عبر الشبكة العنكبوتية من بعض الصفحات الإلكترونية المزيفة، فإن المشتري يطالب بالأحسن والبائع يقدم الاسوء والشريعة تمنع كل ما يفسد العلاقات ويسبب الخصومات، وتحرص على وضع الشروط التي يستقر بها التعامل، وتحقيق مصالح الأطراف المختلفة، كما أنه يمكن الاستعانة بالأعراف لدى التجار وأهل الصناعات بديلاً عن كثير من البيانات للعلم بالمعقود عليه.

(1) العلامة شمس الدين جعفر بن احمد بن عبد السلام، مصدر سابق، ص198.  
(2) محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، 2002، ص405.  
(3) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4، ط3، دار الفكر، 1992، ص296.  
(4) ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لامهات مسائلها المشكلات، تحقيق: د.محمد حجي، ج2، ط1، دار الغرب الاسلامي، لبنان-بيروت، 1988، ص78  
(5) زين الدين بن ابراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، الطوري، ج5، ط2، دار الكتب الإسلامية، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص295.



## ثانياً-حكم الجهالة الفاحشة في القانون المدني العراقي

لقد عالج المشرع العراقي موضوع الجهالة الفاحشة والحكم المترتب عليها في المادتين (128) والمادة (137)، فقد بين في الفقرة الأولى من المادة (128) إذ نصت "يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

عند النظر في نص هذه المادة يمكننا ان نستشف أمور عدة منها:

1- العلم بالمعقود عليه وانتفاء الجهالة عنه هو شرط للعقد، الأمر الذي يترتب على غياب العلم بالمعقود عليه انتفاء لهذا الشرط، مما سيؤثر في صحة العقد، وقد بين ان الجهالة التي تؤثر في العقد هي الجهالة الفاحشة.

2- قد أورد طرق العلم بالمعقود عليه على سبيل المثال المتمثلة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو يكون من المقدرات فيكتفى بذكر الأوصاف المميزة مع ذكر مقداره، وقد ذيل الفقرة بعبارة (أو نحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة) فنلاحظ ان العبارة جاءت بصيغة مرنة لا على سبيل الحصر، وهذا موقف يحمد عليه؛ لانه بصياغته هذه يجعلها تواكب التطور الذي يحصل في المجتمع من ظهور وسائل إلكترونية تمكن المتعاقد من العلم بالمبيع.

ورتب المشرع العراقي على وجود الجهالة في العقد بطلانه، فلا يترتب عليه الاجازة ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها، فأشارت المادة (137) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثالثة حكم العقد المشوب بجهالة فاحشة إذ نصت "ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلف بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

## ثالثاً- حكم الجهالة الفاحشة في القوانين المقارنة

بينت القوانين موضع المقارنة موقفها من الجهالة الفاحشة حينما نصت على وجوب العلم بالمبيع لصحة العقد، إذ إن القوانين موضع المقارنة إذ بينت موقفها من الجهالة في المعقود عليه، فقد بين القانون المدني المصري موقفه من الجهالة الفاحشة بشكلٍ ضمني إذ أورد في المادة (133) "1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. 2- يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من

حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

يتضح من النص المادة أعلاه:

- 1- ان المشرع المصري قد استلزم في القواعد العامة أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً كافياً سواء بذاته أم نوعه أم مقداره ويتحدد هذا الأمر بحسب طبيعة الأداء الذي يلتزم به المدين، إذا كان الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل أو الالتزام بإعطاء شيء أو مبلغ من النقود.
- 2- اكتفى بالنص على تعيين المعقود عليه بنوعه فقط، إذا كان العقد متضمن ما يستطيع به تعيين مقداره.
- 3- يدل النص السالف الذكر بطلان العقد إذا كان المحل مجهولاً، وقد تحدثت في صدر النص عن الالتزامات بصفة عامة، إلا أن المشرع ختم بالعقد في تحديد الالتزام، وهذا يعني أن أهم ما يراد بهذه الأحكام هو تطبيقها على العقد.
- 4- أن المشرع المصري لم يشير إلى الجهالة الفاحشة بشكل صريح في نص هذه المادة، وإنما اكتفى ببيان أن يكون المحل معيناً أو قابل للتعيين، وكذلك لم يشر إليها حينما تحدثت عن أركان البيع إذ أوجب في المادة (419) أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ويتحقق هذا العلم بالوقوف على المبيع والأوصاف الأساسية له<sup>(1)</sup>. فيجب ان يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً نافيةً للجهالة ويتحقق العلم إذا اشتمل عقد البيع على بيانه وأوصافه الأساسية.
- 5- حرص المشرع المصري على بيان وجوب التعيين للمعقود عليه، وبيان الجزاء المترتب على عدم التعيين الكافي له وهو البطلان.
- 6- وقد استعمل المشرع المصري في المادة (133) مصطلح التعيين وفي المادة (419) مصطلح العلم، وهناك فرق بين المصطلحين، فالتعيين تمييزه عن غيره عن طريق الوقوف على الأوصاف الأساسية، وان التعيين هو أحد شروط المحل اللازمة لإنعقاد العقد، والذي بإنعدامه يبطل العقد. لذا فقد يكون المعقود عليه معيناً تعييناً كافياً ألا ان المشتري غير عالم به، لذا فان رضائه قد شابه عيب. في حين القانون المدني اليمني فموقفه من حكم الجهالة الفاحشة بين في المادة (190) "يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافيةً للجهالة المؤثر سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقدار أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها".

(1) إذ نصت المادة (419) في فقرتها الأولى "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه".

و يتضح من النص المتقدم الآتي:-

- 1- بين المشرع اليمني بيع المجهول في العديد من المواد، منها المادة(185) التي اشترطت في محل العقد"أن يكون معلوماً" وجاء هذا الشرط في شروط المبيع في المادة(471)"أن يكون معلوماً للعاقدين علماً نافياً للجهالة" وأيضاً في المادة(503)، "يشترط في الثمن ما يأتي:.....4-ان يكون معلوماً للمتعاقدین علماً نافياً للجهالة. 5-ان يكون مقدور التسليم".
- 2- أن المشرع اليمني قد فاق التشريعات موضع المقارنة في صياغته لهذه المادة، حيث بين الزامية تعيين المعقود عليه تعيين تام.
- 3- وأيضا ذكر أن يكون هذا التعيين بالإضافة إلى تمامه أن يكون نافياً للجهالة المؤثرة وخير ما اختار من لفظ؛ لأن التشريعات موضع المقارنة ذكرت أن الجهالة تكون فاحشة فقط هي التي تؤثر في المعقود عليه، في حين المشرع اليمني اختار لفظ"الجهالة المؤثرة" وهذا الصياغة تدخل ضمنها الجهالة الفاحشة والجهالة المتوسطة متى تحقق الضرر.
- 4- أن المشرع اليمني سار على خلاف خطى المشرع العراقي والمصري إذ أنه اشترط ابتداء ان يكون محل العقد معيناً ولم يشر إلى محل الالتزام.
- 5- عد الفقه اليمني الجهالة مشكلة من المشاكل القانونية الاجتماعية المعقدة التي تمس بالعدالة وتؤدي إلى أضرار اجتماعية جمة<sup>(1)</sup>.
- 6- وقد بين المشرع اليمني طرق التعيين النافية للجهالة هي التعيين بالإشارة أو إلى مكانه أو بأسمه أو صفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات مع ذكر حدوده أو غيرها وذكر الجنس أو النوع أو الوصف.
- 7- لقد أوجب المشرع اليمني في المادة(190) بأن محل العقد"ان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة"، مما يعني ترجيح القانون اليمني لرأي جمهور الفقهاء في بطلان بيع المجهول خلافاً لرأي الاحناف الذين ذهبوا إلى صحة بيع المجهول عند القبض<sup>(2)</sup>.

(1) د.محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الاسلامي، تم النشر من قبل جامعة عين الشمس، 1992، ص161.

(2) جهاد بدر حسين الطفي، عقود البيوع الممنوعة في القانون المدني اليمني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام درمان الاسلامية-كلية الشريعة والقانون، 2013، ص182.

## المطلب الثاني

### الجهالة غير المؤثرة

جاءت أحكام الشريعة الإسلامية والقانون لتحقيق استقرار المعاملات، وذلك عن طريق قطع كل السبل التي تؤدي إلى النزاع والخصومة والاختلاف والتنافر، ولا يكون ذلك إلا بتحقيق الرضا بين المتعاقدين عن طريق العلم بجميع جزئيات العقد، فإن العقد الذي تشوبه جهالة فهو مضنة لعدم الانعقاد، فاحتاجت العقود؛ لتحقيق صحتها إلى عدم وجود الجهالة حتى تتعقد صحيحة ملزمة لأطرافها أو فيها جهالة غير مؤثرة، وحتى تنتهي إلى التسليم والتسلم الذي هو غرض العقد وغايته، إلا أن خلو العقد من الجهالة بشكل مطلق قد لا يتحقق في كل حال، فاحتاج الأمر إلى معيار للجهالة التي لا تؤثر في العقد.

سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة الجهالة اليسيرة، و نبين في الفرع الثاني الجهالة المتوسطة، وكالاتي:

الفرع الأول- الجهالة اليسيرة.

الفرع الثاني- الجهالة المتوسطة.

## الفرع الأول

### الجهالة اليسيرة

اختلف الفقه في تعريف الجهالة اليسيرة في المعقود عليه، ولكن مهما اختلفت التعريفات والتسميات، فأنها ترد إلى معيار واحد يجمع بينهما، هو أنها لا تؤدي للنزاع. عرفت الجهالة اليسيرة في الفقه الاسلامي "بأنها الجهالة التي لا تؤدي إلى المنازعة وهي جائزة بالاتفاق، وتصح معها العقود"<sup>(1)</sup>. يلاحظ على التعريف المتقدم بأنه بين ان الجهالة اليسيرة لا تؤدي إلى النزاع، لأن الأطراف اعتادوا على أن يتسامحون على الأمور التي تضمنتها ومن ثم فلا تؤثر في العقد.

أما تعريف الجهالة اليسيرة في الفقه القانوني فقد عرفها جانب من الفقه بأنها "التي لا تنشأ عن تفاوت فاحش في القيم ويكون الجنس معها معلوماً فلا تؤثر في العقد فيكون صحيحاً"<sup>(2)</sup>. أن ما يمكن ملاحظته

(1) فوز محمد علي فارح القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص800. وينظر د.وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته الشامل للدلالة الشرعية والاراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها، ج5، ط4، دار الفكر، سوريا-دمشق، ص441. وينظر د. علي احمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الاسلامي، دار عالم المعرفة، الجزائر، 1999، ص243.

(2) د.عماد عبد الحفيظ الزيادات، ود.محمد عواد عايد السكر، مصدر سابق، ص92.

على هذا التعريف انه أصاب في بيان مفهوم الجهالة اليسيرة في الوقت الذي خلت منه اغلب كتب القانون من بيان مفهوم الجهالة اليسيرة، وأيضاً انه بين حكمها من حيث عدم تأثيرها في العقد، ولكن يلحظ عليه ان غفل عن بيان ماهية الجهالة اليسيرة.

ويمكننا تعريف الجهالة اليسيرة بأنها "وصف يطرأ على احد المتعاقدين أو كلاهما يجعلهما لا يدركون حقيقة المعقود عليه الذي هم مقبلين عليه، ولا يكاد يسلم منها عقد وجرى الناس على التسامح عند وجودها ولا تؤثر في تحقيق مقتضى العقد".

### أولاً- تطبيقات الجهالة اليسيرة

من ابرز تطبيقات الجهالة اليسيرة هي:

1- أساس الدار الذي لا يظهر أمام العاقدين ولا يعلمه المشتري، ورداءة باطن الفواكه<sup>(1)</sup>، إن ما يمكن ملاحظته على هذه التطبيقات أنها تغيرت بحكم العرف ومرور الزمن وهذا مصداق لما أوضحناه في طيات البحث السابقة بشأن وضع معيار محدد بين الجهالة اليسيرة والفاحشة، فإساس الدار الذي لا يظهر أمام العاقدين ولا يدري المشتري ما هو سابقا كان يعد جهالة يسيرة، اما في الوقت الحاضر فيعد جهالة فاحشة؛ لأن المشتري يبحث عن دار ذي أساس متين وبنوعية مواد بناء ممتازة. وكذلك رداءة باطن الفاكهة فعندنا في الوقت الحاضر وبعد كثرة متاجر الخضار، فإن المشتري يبحث عن الفاكهة الناضجة والممتازة مظهرها وباطناً، فاذا كانت رديئة باطناً من شأنها أن تثير نزاع وتحقق الجهالة الفاحشة، لا سيما اذا كان المشتري يقوم بالشراء لأجل التحضير لمناسبة شخصية، بينما في حالة أخرى اذا كان المشتري يستوي عنده أن تكون الفاكهة رديئة من عدمها فإن الجهالة اليسيرة متحققة ولا تثير نزاع.

2- بيع الأدوية المسعرة من قبل الدولة برقمها وان لم يعلم المشتري ثمنها في الحال وهو أن يبيع السلعة برقمها، أي الثمن المكتوب عليها، وأحد العاقدين أو كلاهما يجهل ذلك الرقم عند العقد، فإن التسعير إذا كان من جهة معتبرة كالدولة، بحيث لا يكون البائع هو الذي يضع الرقم الذي يريد على السلع فهو بيع صحيح؛ لان الثمن وان كان مجهولاً عند العقد إلا أنه لا يؤدي إلى المنازعة لان مآلها إلى العلم<sup>(2)</sup>.

3- عقد البوفيه المفتوح ان من ابرز تطبيقات الجهالة اليسيرة عقد البوفيه المفتوح به غرر وجهالة، فالناس يتفاوتون في مقدار ما يأكلون تفاوتاً كبيراً، والبوفيه المفتوح به شرط ينافي

(1) د. عماد عبد الحفيظ الزيادات، ودمحمد عواد عايد السكر، المصدر السابق، ص92.

(2) د. محمد بن علي القرني، الجهالة التي تؤول الى العلم، بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي "الثاني عشر"، السعودية-جدة، 2019، ص157.

مقتضى العقد إذ لا يحق للمشتري أن يحمل الطعام معه، والبوفيه المفتوح، توجد فيه جهالة يسيرة، والجهالة اليسيرة مغتفرة أيضاً، ومما يدل على كون هذه الجهالة يسيرة؛ أنها لا تفضي إلى المنازعة، فيتحقق مع وجودها مقصود العقد من التسليم والتسلم، فلا تكون مبطلّة للعقد، إذ لا يحق ويناقد دليلهم للمشتري أن يحمل الطعام معه، بأن يقال: هذا الشرط لا يمنعه من التصرف في المعقود عليه بالأكل، وهو دخل ليأكل، واشترط هذا الشرط لا يضر المشتري، فلا يمنع؛ لأنه لا ينافي المقصود من العقد، وهو الأكل<sup>(1)</sup>.

4- عقود الاستكشافات النفطية إن المنفعة في عقود الاستكشاف مكونة من العمل الواجب في ذمة المستكشف، وهو معلوم ومحدد العناصر والأوصاف حقيقة أو حكماً، فضلاً عن العمل الموصوف شملت نتيجة العمل أي ثمرة العمل وهو تحقق وجود النفط، والأجير غير قادر على استيفاء هذه المنفعة؛ لأن المنطقة التي وقع عليها العقد قد يوجد بها نطف وقد لا يوجد، إن المنفعة في عقود الامتياز هي العمل والنتيجة، وإن عقد الاستكشاف يشترط تحقق النتيجة، وهي وجود النفط، وهذه المنفعة مجهولة وقت العقد، إن الجهل بالمنفعة في عقود الاستكشاف فرضته طبيعة العقود، وهو من الجهل المتجاوز عنه، وذلك لاحتوائه على معنى خروج الفقهاء عن الأصل، وإجازتهم للعقد على نتيجة العمل، وإن كانت هذه النتيجة معرضة لخطر العدم، وغير منضبطة، ولا تخضع لإرادة المتعاقد وحده، بل تساهم ظروف أخرى في تحققها، والأمثلة عليها متعددة، وقد عرضت بعضها فيما سبق، هذا على اعتبار أن نتيجة العمل جزءاً من المعقود عليه وفقاً لعبارات الفقهاء، أما إذا كان المعقود عليه هو العمل والأجرة فلا تثار مسألة الجهالة أصلاً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- حكم الجهالة اليسيرة

إن حكم الجهالة اليسيرة لا يكاد يختلف عليه اثنين، لذا سنبين حكمها في الفقه الإسلامي وفي الفقه القانوني وكالاتي:

#### 1- حكم الجهالة اليسيرة في الفقه الإسلامي

انطلاقاً من القاعدة الفقهية "اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام"<sup>(3)</sup>، فإن فقهاء الشريعة يتسامحون في الجهالة اليسيرة؛ لأنها تابعة غير مقصودة وعندهم لا تؤثر في الأحكام، لذلك فقد أجازت عندهم لأسباب عدة، تتمثل بالتيسير والتخفيف على المتعاقدين، ولقلة الضرر المترتب عليها، ولعدم انفكاكها عن

(1) د. محمد عبد الفتاح الفقي، البوفيه المفتوح بثمن مساو لصمن الاكلة المعتادة "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، مج 3، ع 37، مصر-الاسكندرية، 2019، ص 573.

(2) د. ضو مفتاح أبو غرارة الرفروفي، بيع المجهول احكامه واثاره واشكالية عقود النفط الليبية "دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الليبي"، ط 1، المجموعة العربية للنشر والتدريب، مصر-القاهرة، 2010، ص 272-ص 283.

(3) د. علي احمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 456.

المعاملات التي يحتاج الناس إليها ولو منعت الجهالة اليسيرة لكان ضررها أكبر من نفعها لما يترتب من عرقلة المعاملات، وان المنع والنهي انصب على الجهالة الفاحشة، فاليسير مرخص فيه ومستثنى للأسباب الشرعية والقانونية.

فالأمامية يذهبون إلى ان هناك ارتكاز عرفي عقلائي على أن المبيع الذي يُشترى يجب أن يكون تاماً<sup>(1)</sup>، إذ يجب "الاعتماد على أصالة السلامة التي هي من الأصول البنائية التعاملية عند الناس، وهذا الاعتماد يوجب صحة العقد"<sup>(2)</sup>، وبينوا وجوب العلم بالمبيع فلا يصح بيع المكيل والموزون والمعدود مجازفة<sup>(3)</sup>، ومما سبق يمكن ان نستشف ان الجهالة اليسيرة معفو عنها.

أما الحنفية والشافعية يرون أن الجهالة اليسيرة ليست مبطلّة للعقد<sup>(4)</sup>، فالشافعية يجوزون بيع الجوز في قشره؛ لأن جهالة معفو عنها لما فيها من الضرورة وفيها جهالة يسيرة وذلك أنه لو نُزِع لبه عن قشره أسرع إليه الفساد والعفن<sup>(5)</sup>. واستدلوا بالمعقول: المبيع إن كان مجهول جهالة يسيرة لا يفسد العقد؛ لأن الجهالة اليسيرة لا تفضي إلى المنازعة، فلا تكون مانعة من التسليم والتسلم، فيحصل المقصود من العقد<sup>(6)</sup>.

اما الحنابلة فعندهم ان الجهالة اليسيرة ليست مبطلّة للعقد إن كانت للحاجة، أو كان ذلك تبعاً<sup>(7)</sup>.

في حين المالكية يرون أن الجهالة اليسيرة غير المقصودة ليست مبطلّة للعقد<sup>(8)</sup>، واما الغرر اليسير

(1) العلامة الحلبي جمال الدين ابو منصور الحسن بن يوسف المطهر، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ج11، ط1، ايران-قم، 1414هـ، ص190.  
(2) عبد الاعلى الموسوي السيزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، ج17، ط1، دار التفسير للنشر، ايران-قم، 2009، ص183.

(3) وعن الرضا، عن آبائه عن علي عليهم السلام نحوه، وزاد: وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر ينظر محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج17، ط4، نشر وتحقيق، مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث، 1438هـ، ص341. وص448.

(4) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج5، ط2، دار الكتب الإسلامية، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص295، ص295. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج4، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1983، ص297. وينظر سليمان بن عمر العجيلي، مصدر سابق، ص23.

(5) أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، ج3، ط1، المطبعة العلمية، سوريا-حلب، 1932، ص84.

(6) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج5، مصدر سابق، ص295.

(7) ابن مفلح ابراهيم بن احمد، مصدر سابق، ص264. وينظر أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن لابن قدامة على مختصر: أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، ج4، ط1، تحقيق: طه الزيني وآخرون، مكتبة القاهرة، 1969، ص368.

(8) محمد بن عبدالله الخرشى، شرح الخرشى على مختصر خليل، ج5، مصدر سابق، ص75.

فانه لا يؤثر في فساد عقد البيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه<sup>(1)</sup>.  
وبخصوص الزيدية إن دعت الحاجة إلى ارتكاب الجهالة ولا يمكن الاحتراز عنه الا بمشقة، او  
كانت يسيرة جاز البيع وإلا فلا<sup>(2)</sup>.

وكلاهما استدلوا بالمعقول:

أ - الجهالة اليسيرة ليست مبطله للعقد عند الحاجة، بدليل بيع أساسات الحيطان، وطي الآبار،  
وما مأكوله في جوفه<sup>(3)</sup>.

ب - الجهالة اليسيرة ليست مبطله للعقد إذا كانت تبعاً، كما لو بيع الحمل أو النوى أو اللبن أو  
الصوف تبعاً للحامل وذات اللبن والتمر وذوات الصوف فيصح، كبيع شاة حامل ذات لبن  
وصوف، وتمر فيه نوى؛ لأنه يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال، وكذا بيع دار  
يدخل فيها أساسات الحيطان<sup>(4)</sup>.

صفوة القول أن جمهور الفقهاء متفقين على جواز الجهالة اليسيرة وانها تصح معها العقود، فهي  
لا تنافي صحة البيع ولا تضر بأحد المتعاقدين، اذا جرى العرف على التسامح فيها، ويمكن الاستنتاج أن  
الجهالة اليسيرة جائزة ولا يبطل العقد بها.

## 2- أما موقف فقهاء القانون من الجهالة اليسيرة

لم يبين المشرع العراقي في المادة(128) الجهالة اليسيرة وانما بين ان الجهالة التي تؤثر في العقد  
هي الجهالة الفاحشة، فنستنتج ان الجهالة اليسيرة والمتوسطة التي تقترب من اليسيرة فلا تؤثر في انعقاد  
العقد؛ لانها لا تتضمن على تفاوت فاحش في القيم، ولا تؤدي الى النزاع والخصومة بل انه لا يكاد يخلو  
منها عقد من العقود، وقد اعتاد الناس على التسامح، ويمكننا القياس على المادة(123) في شأن مسألة  
الجهالة اليسيرة وذلك من باب التقارب المنعقد بين الجهالة والغرر كما أوضحنا سلفاً، فأشار انه للعاقد  
المغرور اذا وقع في غبن يسير فله التعويض ويكون العقد نافذاً<sup>(5)</sup>.

(1) أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ،  
مصدر سابق، ص41.

(2) العلامة شرف الدين الحسين بن احمد السياغي، مصدر سابق، ص490.

(3) ابن مفلح ابراهيم بن احمد، مصدر سابق، ص264.

(4) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج2، ط1،  
عالم الكتب، لبنان-بيروت، 1414هـ، ص13.

(5) إذ نصت المادة (123) من القانون المدني العراقي على أن "يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن  
يسير.....ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الأحوال".



فاذا كانت الجهالة يسيرة وهي التي لا تفضي إلى منازعة لتفاهة الأمر المختلف عليه كمن يبيع بيضا فيستلمه المشتري بني اللون وكان يعتقد أن لونه ابيض فأنها لا تجعل العقد باطلا؛ لان الجهالة في مثل هذه لا تفضي إلى منازعة، والتي من أجلها جعل المشرع العقد باطلا<sup>(1)</sup>.

أما القانون المدني المصري فلم يبين المشرع فيه حكم الجهالة اليسيرة في العقد، الا انه يمكن استنتاجها عن طريق نص المادة(133) في الفقرة الاولى من القانون اعلاه أنه"إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

### يتضح من النص السالف الذكر:

- 1- اشتراط وجوب العلم بجنس المعقود عليه ونوعه ومقداره والأوصاف المميزة له، والجهل بهذه العناصر والأوصاف يخل بشرط التعيين، وفي هذا الإطار قسموا الأشياء إلى مثلية وقيمية، ويختلف التعيين تبعاً لاختلاف المعقود عليه، فإذا كان قيمياً معيناً بالذات وجب ذكر الأوصاف المميزة له، أما إذا كان مثلياً غير معين بالذات، وجب تعيين الجنس والنوع والمقدار، وأما المقصود بالقابلية لتعيين المقدار فهو الاتفاق على الأسس التي على أساسها يتم تعيين المقدار.
  - 2- أن تعيين المعقود عليه لا يتحقق إلا إذا وصف المحل وصفاً نافياً للجهالة، فإن الجهل لعدم التعيين يمنع نشوء الالتزام، أو حدوث اتفاق بين الأطراف.
  - 3- يترتب على عدم تعيين المعقود عليه بطلان العقد، ويمكن ان نستشف عن طريق آراء الفقه القانوني ان الجهالة الفاحشة هي التي تؤثر في العقد، وقد أجمعت الآراء على بطلانها، فمن باب أولى وبما يقتضيه العقل والمنطق والعرف أن الجهالة اليسيرة متفق على التسامح فيها.
- اما الحال في القانون المدني اليمني، فيتضح أن المادة(190) لم تعين المعقود عليه أو نوعه ومقداره ، مما يؤثر على علم المتعاقد كلها مقومات لنشوء الجهالة الفاحشة، وما عدا ذلك مما لا يؤثر في علم المتعاقد فتعد من قبيل الجهالة اليسيرة. فبين الفقهاء صحة بيع الغائب بأوصاف يتفق عليها الطرفان، فإن الجهالة متوفرة في بيع الغائب الا انها جهالة يسيرة بحكم المواصفات المتفق عليها بين الطرفين<sup>(2)</sup>.

(1) محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، 2006، ص158 و ص159.

(2) جهاد بدر حسين الطفي، مصدر سابق، ص.173.

## الفرع الثاني

## الجهالة المتوسطة

إن الجهالة المتوسطة تكون بين الفاحشة واليسيرة، فمتى ما كانت تقترب من اليسيرة فتأخذ حكمها ومتى ابتعدت عن ذلك يحكم عليها بالفحش، وارتأينا عرض الجهالة المتوسطة في هذه المفصلية من البحث وذلك اخذين بنظر الاعتبار في حال كانت قريبة من اليسيرة فهي لا تؤثر في العقد، وأيضاً للضرورة البحثية.

تعددت المعاني التي طرحها الفقهاء في شأن الجهالة المتوسطة، وهي لا تكاد أن تخرج عن انها واقعة في منتصف الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة.

فعرفت الجهالة المتوسطة بأنها "الجهالة التي تكون دون الفاحشة وفوق اليسيرة وتكون بين جهالة النوع وجهالة الجنس"<sup>(1)</sup>.

## أولاً- تطبيقات على الجهالة المتوسطة

أ-بيع الغائب على العين هي العين المملوكة للبائع الموجودة في الواقع، ولكنها غير مرئية وأهم خصائص هذه العين عند الفقهاء أنها ليست معدومة ولا غير مملوكة، فالعين الغائبة هي كل عين مملوكة للبائع موجودة في ملكه، وليس بالإمكان رؤيتها سواء أكانت موجودة في مجلس العقد أم غائبة عنه<sup>(2)</sup>.

ب-عقد التأمين التجاري أو التأمين بقسط ثابت هو عقد معاوضة يلتزم احد طرفيه وهو المؤمن ان يؤدي الى الطرف الاخر وهو المؤمن له او من يعينه عوضاً مالياً يتفق عليه، فهو عقد احتمالي لأن كل طرف يجهل كم سيدفع وكم سيعطي بالتحديد، وذلك مرهون بوقوع الخطر وهذا خارج علمهما فالعقد فيه جهالة<sup>(3)</sup>.

## ثانياً-حكم الجهالة المتوسطة

ان العلم بالمعقود عليه شرط أساس لدى الفقهاء ويتحقق بأمرين رؤية المبيع ان لم تدل بقبته عليه، أو رؤية بعضه ان دلت رؤية بعضه على قبته، ويشترط في الرؤية أن تكون مقارنة للعقد أو متقدمة على

(1) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج3، ط2، دار الكتب الإسلامية، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص175.

(2) د.بدر ناصر مشرع السبيعي، احكام بيع العين الغائبة وتطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور في مجلة كلية دار العلوم، ع131، مج37، 2020، ص228.

(3) د.وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته" الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها"، ج4، مصدر سابق، ص41.

العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع يقيننا أو ظاهراً، والأمر الثاني وصف المبيع وصفاً كافياً<sup>(1)</sup>، فإذا لم يتحقق العلم تحققت الجهالة المتوسطة، وقد اختلف الفقهاء في مسألة الجهالة المتوسطة هل تلحق بحكم الجهالة الفاحشة أو تلحق بحكم الجهالة اليسيرة، أن سبب الاختلاف نابع من أنها متى ارتفعت عن الجهالة اليسيرة لحقت بالجهالة الفاحشة، ومتى انخفضت عن الفاحشة ألحقت باليسيرة، فأن مدار البطلان الجهالة الفاحشة، وهو أنه إذا دعت حاجة إلى الوقوع في الجهالة، ولا يمكن الاحتراز منها إلا بمشقة، وكانت الجهالة يسيرة، جاز البيع وإلا فلا.

في حين المالكية فقد بينوا "الغرر ثلاثة أقسام، الأول كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء ومن ذلك جميع البيوع التي نهى عنها الرسول (صلى الله عليه وسلم) وهي محرمة لكثير الغرر الحاصل من جهات الجهالة المذكورة، والقسم الثاني: قليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة، والقسم الثالث: متوسط اختلف فيه هو يلحق بالأول أو الثاني<sup>(2)</sup>".

أما الشافعية فبينوا "نقل العلماء الاجماع في أشياء غررها حقيب(منها) أن الامة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة وإن لم ير حشوها ولو باع حشوها منفرداً لم يصح، وأجمعوا على جواز إجازة الدار وغيرها شهراً مع انه قد يكون ثلاثين يوماً وقد يكون تسعة وعشرين، وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرة وعلى جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء أو مكثهم في الحمام"<sup>(3)</sup>.

والزيدية عندهم جواز الشرب من السقاء بالعوض مع جهالة قدر المشروب، واختلاف عادة الشاربين، وعكس ذلك يرون بطلان بيع الأجنة في البطون والطير في الهواء<sup>(4)</sup>.

أن سبب بطلان البيع بوجود الجهالة المتوسطة القريبة من الجهالة الفاحشة، لأن الجهالة الداخلة في البيع إما تكون في الثمن أو المبيع، وعلى التقديرين إما تكون واقعاً، أي لا يكون المبيع أو الثمن معيناً في الواقع أيضاً، نحو: أحد هذين الشيين، إذ إن تعيين كونه مبيعاً يتوقف على قصد المتبايعين، ولا يمكن تعيينه من هذه الحيثية إلا به، ولا قصد لهما على التعيين، أو يكون ظاهراً أي لا يكون معلوماً بخصوصه

(1) خالد بن محمد بن العزيز اليحيا، تقريب الروض المربع كتاب البيع والفرائض والعنق، ط1، دون ذكر دار النشر، 1443هـ، ص10.

(2) أحمد بن إدريس القرافي المالكي. للقرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج3، عالم الكتب، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص433.

(3) محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، مكتبة الارشاد، السعودية-جدة، دون ذكر سنة الطبع، ص258.

(4) العلامة شرف الدين الحسين بن احمد السياغي، مصدر سابق، ص490.

عند المتبايعين أو أحدهما وإن تعين في الواقع، نحو: بعت ما في هذا الصندوق، الجهل إما يكون في المقدار، أو الجنس أو الوصف<sup>(1)</sup>.

أن الجهالة المتوسطة التي تبطل العقد تتخذ ثلاثة وجوه، فأما أن تكون بسبب عدم تعيين المبيع أو الثمن في الواقع، أو أن يكون موجباً للغرر، أو أن يكون أحد العوضين مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ولم يتعين قدره<sup>(2)</sup>.

وننتهي بالقول أن بعضهم لا يرى وجود الجهالة المتوسطة، فالجهالة تكون أما جهالة فاحشة أو جهالة يسيرة، إذ أن القسم الأعظم من الفقه المعاصر يراها على نوعين، ويعطلون ذلك أن من شروط صحة المبيع عامة أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً علماً يمنع حدوث المنازعة أو الخصومة، أما أن كان أحدهما مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة والخصومة بطل العقد، وان كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة والخصومة والقطيعة لم يفسد العقد<sup>(3)</sup>؛ لأن الجهالة إذا كانت تفضي إلى إي شكل من أشكال المنازعة والخصومة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يتحقق مراد العقد، وإذا كان العكس فإن الجهالة لا تفضي للمنازعة ولا تمنع التسليم والتسلم فيتحقق المراد من العقد<sup>(4)</sup>.

#### حكم الجهالة المتوسطة في القانون

لم يشر القانون المدني العراقي ولا القوانين موضع المقارنة القانون المصري والبيمني إلى حكم الجهالة المتوسطة؛ وذلك نظراً لأنها إذا كانت تتضمن على جهالة كثيرة فإنها تلحق بالفاحشة ويترتب عليها بطلان العقد، وفي حال احتوائها على جهالة قليلة فتلحق باليسيرة ولا تؤثر في العقد.

(1) أحمد بن محمد مهدي النراقي، عوائد الأيام، التحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، ط1، مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، 1417هـ، ص107.

(2) أحمد بن محمد مهدي النراقي، المصدر نفسه، ص109.

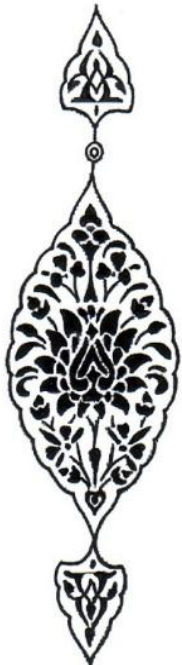
(3) د. عبد العزيز رمضان سمك، النظريات العامة في الفقه الاسلامي "المال-الملكية-العقد"، ط1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2009، ص239-ص241.

(4) عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، مديرية المطبوعات الجامعية، 1965، ص129.

## الفصل الثاني

أسباب جهالة العقود عليه

في العقود المعاصرة



## الفصل الثاني

### أسباب جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

#### تمهيد وتقسيم

يعد العقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي من التصرفات القانونية المهمة و المؤثرة في المعاملات المالية في الوقت الراهن، وأكثرها شيوعاً في الواقع العملي، باعتبارهما أداة لتبادل الإيرادات والخدمات الإلكترونية ، فان عدم تعيين المعقود عليه فيهما والعلم به يكون سبباً رئيساً لتحقق الجهالة. وهناك فرق شاسع بين العلم بالمعقود عليه و تعيينه، فأن العلم بالمعقود عليه أوسع نطاقاً من مجرد المعرفة المتحققة بالتعيين، فأن تعيين المعقود عليه هو تمييزه عما سواه ورفع الإيهام عنه، فيختص بهذه الاشياء هو من دون سواه، فيختص البيع بالمعقود عليه المعين فقط؛ لأنه المميز في العقد المعني، فالتعيين شرط في المعقود عليه، إذ لا يتم البيع إلا على مبيع معين للعاقدين، كما ان تعيين المعقود عليه بالتسمية والعنوان أو العرف أو العادة، وبالقول والكتابة والإشارة وما إلى غيرها من الطرق التي تساهم في تعيين المعقود عليه.

أما العلم بالمعقود عليه فيتمخض على معرفة ذاته وأوصافه الأساسية، ومدى ملائمته للغرض من شرائه، فيكون هذا العلم أساساً للرضى الذي يصدر من المشتري، فإن العلم بالمبيع يجب أن يكون شاملاً لذات وصفة وجنس ونوع ومقدار وأجل المعقود عليه، وأن عدم تحقق تعيين المعقود عليه والعلم به، عن طريق المحددات السالفة الذكر يعد سبباً لتحقق الجهالة وهذا الذي سنبينه في هذا الفصل.

واعتماداً على قول أرسطو: "إن العلم هو معرفة الأسباب"، فمن المستحيل أن يقوم الاستدلال العملي دون قيام مبدأ السببية، بل يمكن القول بأن كل المعارف البشرية قائمة على مبدأ السببية، وبخصوص هذه المفصلية من البحث فأسباب الجهالة أما أن تطال على العقد وهي قد تكون عامة وخاصة، واما ان تصيب المعقود عليه، ومن اجل بيان ذلك تفصيلاً، سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نخصص المبحث الاول لبيان أسباب جهالة العقود المعاصرة، وسنوضح في المبحث الثاني أسباب جهالة المعقود عليه.

المبحث الأول- أسباب جهالة العقود المعاصرة.

المبحث الثاني- أسباب جهالة المعقود عليه.

## المبحث الأول

### أسباب جهالة العقود المعاصرة

أن العقود المعاصرة لها أهمية في الحياة اليومية؛ لأنها أكثر وقوعاً وانها تعمل على تلبية حاجات الناس الأساسية، وانها تشكل الدعامة الرئيسية للحياة المتجددة، لما لها من شأن، لكونها تعد وسيلة التعاون بين الناس وتبادل المنافع والأموال فيما بينهم، فيقدم كل واحد للآخر ما يحتاجه ليحصل هو الآخر على ما يحتاجه منه، فالمعقود عليه يشترط تعيينه، ويكون هذا التعيين اما بالذات مع بيان الأوصاف المميزة أو بمعرفة الجنس، والنوع والمقدار، وهذا يدل على أنه لا يمكن الجهل بالأوصاف المميزة للمعقود عليه المعين بالذات، تحديد المراد من التعيين، والعبرة في تحقق التعيين هو الاتفاق الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، فإن الجهل بمحل العقد لعدم التعيين هو الجهل بالعناصر الأساسية، والأوصاف المقصودة، لذا تكون اسباب الجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة عامة ، وأحياناً تكون هذه الاسباب خاصة.

عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نخصص المطلب الأول لبيان الأسباب العامة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة، و في المطلب الثاني نتعرف على الأسباب الخاصة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود. وكالاتي:

المطلب الأول- الاسباب العامة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة.

المطلب الثاني- الأسباب الخاصة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود.

## المطلب الأول

### الأسباب العامة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود المعاصرة

كفلت الشريعة الإسلامية والقانون حق إنشاء العقود والمعاملات الا ما جاء نص فيها على تحريمها وبطلانها، ولا يكفي لقيام العقد ان يكون المعقود عليه معيناً وإنما يجب أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ويسري هذا الشرط على سائر العقود، إذ تقوم الجهالة على جملة من الاسباب العامة التي تؤثر بشكل مباشر في العقود المعاصرة، وليبيان ما تقدم بشكل اكثر تفصيلاً، سنقسم هذا المطلب على فروعين نخصص الفرع الأول لدراسة عدم العلم بالقدرة على التسليم ، اما الفرع الثاني فنخصصه لبيان جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء، وكالاتي:

الفرع الأول-عدم العلم بالقدرة على التسليم.

الفرع الثاني- جهالة الكل تؤدي الى جهالة الجزء.

## الفرع الأول

### عدم العلم بالقدرة على التسليم

إن عدم العلم بالقدرة على تسليم المعقود عليه تعني هو عدم تخلية تسليم المبيع بين البائع وبين المشتري على وجه لا يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل<sup>(1)</sup>.

فالتصرف في المبيع من التزامات العقد، وعدم العلم بالقدرة على تسليم المعقود عليه محل التعاقد يُخل بهذا الأمر؛ لأنه يولد جهالة في إمكانية حصول التعاقد عليه، ولهذا لا تصح البيوع التي يكون محلها ليس مملوكاً وقت التعاقد، أو أن يكون احتمال وجوده غير متحقق، أو لا يمكن أحراره أو التمكن منه. وعليه سنتناول هذا الفرع على وفق المنهجية الآتية :

(1) الفتاوي الهندية، الفتاوي العالمية المكبرية المعروفة بين الناس بالفتاوي الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة تأليف جماعة من علماء الهند ، ج3، المطبعة الأميرية ، بولاق ، 1310هـ، ص 15 .



أولاً- موقف الفقه الإسلامي من عدم العلم بالقدرة على تسليم المعقود عليه

على الرغم من اختلاف الفقهاء في تحديد الأشياء التي يدخلها النهي عن بيع المعقود عليه غير المعلوم في القدرة على تسليمه، إلا أنهم متفقون على فكرة التحوط من الجهالة الناشئة عنه؛ لأن اختلاف وتنوع المعقود عليه في العقد هو ما يولد أفكاراً ومباحث للنظر فيه، فليس كل ما لا يقدر على تسليمه يدخله الجهالة وإنما يمكن الاحتراز من ذلك أو تقليده، فالأصل في العقود هو القدرة على تسليم المعقود عليه وأن يكون هذا الأمر متحققاً؛ ليكون العقد منتجاً لآثاره ومحققاً لمنافعه<sup>(1)</sup>.

أن جمهور الفقهاء متفق على العلم بالقدرة على تسليم المعقود عليه شرط في البيع فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه<sup>(2)</sup>. إلا أن الأمامية يشترطون شروطاً فيما يباع وشروطاً في البيع نفسه وشروطاً فيما يبيع ويشترى، منها العلم بمقدار ما يباع وزناً أو كميلاً أو عدداً أو مساحةً حسب اختلاف الأجناس فيما تقدر به، والقدرة على تسليم المبيع، فلا يجوز مثلاً بيع السمك وهو في النهر<sup>(3)</sup>.

إذ يشترط في كل من العوضين أن يكون مقدوراً على تسليمه، فجعلت القدرة على التسليم من شرائط العوضين، وبالإمكان أن يعد من شروط المتعاقدين فيلزم أن لا يكون المتعاقدان عاجزين عن تسليم العوضين، فإذا لم يتمكن البائع عن تسليم المبيع وكان عاجزاً عن ذلك، فيمكن أن يقال إنَّ عجزه عن تسليمه يسلب المالية عن المبيع، وبذلك يصير المورد من عدم مالية العوضين فيخرج باشتراط اعتبار مالية العوضين، وإن شرط القدرة على تسليم العوضين فقد يستدل على ذلك بعدة أدلة فالحديث النبوي المعروف "نهى النبي عن بيع الغرر" ومع عدم القدرة على التسليم يكون البيع غررياً والنهي هنا أرشاد إلى الفساد، وإلا لا يحتمل أن يكون المقصود هو الحرمة التكليفية<sup>(4)</sup>.

إن كلمة غرر مرادة بين احتمالات ثلاثة، فإما أن يقصد من الغرر الخديعة، أو يقصد منه الخطر، فبيع الغرر يعني المخاطرة والذي لا نعم بالقدرة على إمكان تسليمه وتسلمه الأقدام عليه في شيء من المخاطرة، أو يقصد منه أن يكون هذا النهي من النبي صلى الله عليه وآله وسلم هو نهى حكومتي ولأبي سلطاني، فنقول إنَّ هذا نهى ولأبي من قبل النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) لأجل حفظ النظام، فلا يجوز بيع ما فيه غرر بمعنى المخاطرة تحفظاً من وقوع النزاع بين الناس؛ لأن مثل هذا الشيء الذي لم يحرز القدرة على تسليمه قد تكون عواقبه الخلاف والنزاع بين الطرفين فالنبي(صلى الله عليه وآله وسلم) حذراً

(1) د. اسيد سليمان فطاير ود. عبد الناصر موسى ابو البصل، الدلالات التحوطية لضوابط العقود في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة التحولات الاقتصادية، مج2، ع2، 2021، ص13.

(2) د. الصديق محمد الأمين الضرير، مصدر سابق، ص27.

(3) السيد عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص248.

(4) محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مصدر سابق، ص448.

على الأمة فأصدر نهياً سلطانياً ولائياً بأنه لا يجوز بيع الغرر، والذي ينفعنا هو أن يكون الغرر بمعنى الخطر دون الخديعة، وإلا فالخديعة خارج محل كلامنا لأن؛ الخديعة ليست موجودة في محل كلامنا وإنما مثل بيع الطير في الهواء لا خديعة فيه وإنما القدرة على التسليم غير محرزة، إذ إنَّ الحديث مردد بين هذه الاحتمالات واحتمال المخاطرة ليس هو الوحيد فيصير الحديث مجملاً، مضافاً إلى أنه بناءً على الاحتمالين الآخرين، أي الخديعة ومن باب حفظ النظام، إذ يكون النهي نهياً تكليفاً وليس شرطاً في الصحة، ونحن في صدد اعتبار القدرة على التسليم كشرطٍ في الصحة، أما بناءً على هذين الاحتمالين الآخرين فسوف يكون النهي نهياً تكليفاً وليس وضعياً كبيانٍ لشرطٍ من شرائط الصحة<sup>(1)</sup>.

أما الحنفية فيرون أنه يجب أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم عند العقد، فإن كان غير مقدور على التسليم عنده لا ينعقد<sup>(2)</sup>.

البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر، عند المالكية هي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه، "والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه: أما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه، أو تعيين العقد، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمبيع، أو بقدره..... أو تعذر القدرة عليه، وهذا راجع إلى تعذر التسليم"<sup>(3)</sup>.

وان شروط البيع عند الشافعية خمسة "أن يكون البيع طاهراً منتقفاً به مقدوراً على تسليمه معلوماً، فبيع الأبق والضال باطل، عرف موضعه ام لا؛ لانه غير مقدور على تسليمه في الحال، هذا هو المذهب المعروف قال الاصحاب: لا يشترط في الحكم بالبطلان الياس من التسليم، بل يكفي ظهور التعذر"<sup>(4)</sup>.

وإذا بيع طائراً في الهواء لم يصح مملوكاً أو غير مملوك، لا يجوز عند الحنابلة لعلتين، أحدهما العجز عن تسليمه والآخر أنه غير مملوك له، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن، وإنما يقدر عليه إذ عاد، فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال،

(1) يوسف احمد الاحسائي، البشارة في شرح كتاب الاجارة تقريراً لبحث الاستاذ محمد باقر الايرواني، ط1، مؤسسة ام القرى للتحقيق والنشر، لبنان-بيروت، 1421هـ، ص70 و ص71.

(2) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مصدر سابق، ص147.

(3) ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، مصر القاهرة، 2004، ص166.

(4) أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج9، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، مصر-القاهرة، 1347هـ، ص226. وينظر أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، ط3، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص358.

والغائب يقدر على استحضاره، والطير لا يقدر صاحبه على رده، إلا أن يرجع بنفسه، ولا يستقل مالكة برده، فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الوساطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب<sup>(1)</sup>.

وعند الزيدية ان البيع مع عدم التمكن من القبض والتسليم لم يصح البيع، وان لم يعلم هل يتمكن من قبضه من الغير ام لا كان من بيع الغرر<sup>(2)</sup>.

خلاصة ما تقدم أن المذاهب الإسلامية اجتمعت على ضرورة توافر شرط القدرة على تسليم المعقود عليه، إلا أنهم اختلفوا في ذات هذا الشرط فالبعض عده شرط صحة من شروط عقد البيع، إلا أن الإمامية قد اعتبرته من قبيل النهي التكليفي (الحرمة)<sup>(3)</sup>.

### ثانياً- موقف القوانين من عدم العلم بالقدرة على تسليم المعقود عليه

إن من اسباب الجهالة التي تلحق العقود بشكل عام هو عدم القدرة على تسليم المعقود عليه، إذ ان عدم استطاعة البائع تسليم المعقود عليه من قبيل الجهالة المحققة، ومن اجل الوقوف على هذا السبب بشكل مفصل سنعقد هذه الفقرة لبيانها وكالاتي:

#### 1- موقف القانون المدني العراقي

أشارت المادة(541) من القانون المدني العراقي إلى أن "مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع. 2- أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور"<sup>(4)</sup>. وبينت المادة(573) "إذا كان مكان اداء الثمن معيناً في العقد لزم ادائه في المكان المشترط ادائه فيه، فإذا لم يعين المكان وجب ادائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك". نستنتج مما تقدم من نصوص قانونية ان المشرع العراقي لزم تسليم المعقود عليه سواء المبيع ام الثمن.

(1) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة على مختصر: أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، مصدر سابق، ص151.

(2) العلامة محمد بن اسعد المرادي، المهذب في فتاوى الامام المنصور بالله عبد الله بن حمزة، ط1، مؤسسة الامام زيد بن علي الثقافية، الاردن، 1421هـ، ص198.

(3) د. أحمد فتح الله، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، ج1، ط1، مطابع المدوخل، الدمام، بدون ذكر سنة النشر، ص431.

(4) القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951.

## 2- موقف القوانين المقارنة

ان العلم بالقدرة على تسليم المعقود عليه من الامور المسلم بها، لذا سنبين موقف القانون المدني المصري والقانون المدني اليمني منه كالآتي:

## أ- موقف القانون المدني المصري

لم يشر المشرع المصري صراحة إلى القدرة على تسليم المعقود عليه إلا أنه يمكن ان نستخلص ضمناً من المادة(132) إذ نصت "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً". ويتضح من النص المتقدم ان الاستحالة في المعقود عليه تجعل العقد باطلاً.

## ب- موقف القانون المدني اليمني

أن المشرع اليمني جعل شرط القدرة على التسليم من شروط الأنعقاد في المعقود عليه في عقد البيع على غرار الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>.

تعرض المشرع اليمني في القانون المدني للقدرة على التسليم في اكثر من مورد:

- المادة(471) إذ نصت "يشترط في المبيع ما يأتي:.....7-ان يكون مقدور التسليم". يلاحظ أن المشرع اليمني اشترط ذكر أن يكون مقدور التسليم.
- المادة(491) إذ أوضحت "لا يجوز بيع ما لا يعد مالا، وما ليس مقدور التسليم.....". ان المشرع اليمني بين في هذه المادة عدم جواز بيع ما لا يقدر على تسليمه.
- المادة(503) قد نصت " يشترط في الثمن ما يأتي:-.....ان يكون مقدور التسليم".
- بينت المادة(533)"يلزم البائع تسليم المبيع حيث كان وقت العقد وإذا كان المشتري على جهل بمحل البيع وانكشف له انه بمكان لو علمه لما تم البيع كان بالخيار ان شاء فسخ وان شاء استلم المبيع حيث هو، إذا اشترط في العقد تسليم المبيع في مكان معين لزم البائع ذلك، وإذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم الا إذا وصل اليه مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"<sup>(2)</sup>. الزم المشرع اليمني تسليم المعقود عليه حيث يكون وقت العقد وإذا كان المشتري يجهل محل المعقود عليه وتبين له بعد ذلك انه بمكان لو كان يعلمه لم يشرع في العقد، وان كان هناك شرط بين المتعاقدين على تسليم المعقود عليه في مكان معين لزم البائع ذلك، مما يعني أن المشرع اليمني قد بين انه يجب ان تكون هناك قدرة على تسليم المعقود عليه والا فان العقد لا يترتب عليه حكمه.

(1) د.محمد حسين علي الشامي، مصادر الالتزام، ج1، مكتبة الجيل الجديد، اليمن، 2012، ص217.

(2) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

- اشارت المادة(555)"في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع وحل الميعاد دون ان يدفع الثمن فللبائع دون إعدار أو طلب ان يفسخ البيع مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء

يعد هذا السبب من الأسباب المهمة المؤثرة في العقود؛ لأنه يبين حكم توافر الجهالة في العقد، فإن كل جهالة تقضي للمنازعة فهي مؤثرة في العقد، وفي ابتداء المعاملة مفسدة للمعاملة، وكذلك كل شيء مجهول في بيع فإنه يفسد البيع فيه، وان البيع بجهالة احد البديلين مفسد للعقد<sup>(2)</sup>.

أن وقوع الجهالة على المعقود عليه كله أو في جزء منه سواء كان في الثمن أو المبيع تعد سبب من الأسباب التي تجعل العقد باطل، فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار نتيجة لخلل في ركن من أركانه<sup>(3)</sup>.

### اولاً- موقف الفقه الإسلامي من جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء

صنف هذا السبب من الأسباب العامة الممهدة لما يأتي بعده، فان الجهالة المؤثرة في العقد أحد الأسباب الرئيسية في فساد العقد وبطلانه وعدم ترتب الأثر الذي من أجله عقد العقد متى دخلت عليه واعترت المعقود عليه، فإن كل جهالة في العقد سواء في المبيع أو الثمن أو ما يتعلق بأحدهما، وهذه الجهالة تقضي للمنازعة والخصومة وتمنع صحة العقد وتوجب بطلانه وفساده<sup>(4)</sup>.

واستندوا في ذلك على نهي النبي (صل الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر وبيع الحصاة وبيع الملامسة وغيرها من البيوع، وإن النهي هنا جاء نتيجة الجهالة التي تعترى المعقود عليه ولما كانت الجهالة منهيًا عنها كان النهي في هذه النصوص مدعاة للفساد المنهي عنه؛ لأن النهي فيها راجع لعين هذه المنهيات أو لوصف لازم لها وقد مثل الفقهاء للشيء المنهي عنه لعينه ببيع الملاقيح والمضامين ومثلوا للشيء المنهي عنه لوصف لازم له ببيع الملامسة والمنابذة وغيرها، وعلى أساس قيست باقي العقود<sup>(5)</sup>.

(1) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

(2) علي الندوي، القواعد الفقهية، ط4، دار القلم، سوريا-دمشق، 1418هـ، ص57..

(3) د. محمد ابراهيم القاسم، بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون السعودي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الازهر، المقالة 8، مج 22، ع 3، 2020، ص2109.

(4) محمد صدقي البورنو، موسوعة القواعد الفقهية ط1، ج5، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت، 1424هـ، ص39.

(5) سليمان بن صالح الثنيان، الاحاديث الواردة في البيوع المنهي عنها، ج1، ط1، الناشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، السعودية-المدينة المنورة، 2002، ص303.

أن الجهالة الواردة في اصل المعقود عليه مبطلّة للعقد كبيع الحمل وبيع ضربة القانص وغيرها فوافقوا الجمهور في ذلك الحكم، وجعلوا الجهالة الواردة في الأوصاف والمقادير ونحوها من النواحي الفرعية مفسد للبيع غير مبطل له، فالعقد الفاسد عند الحنفية مانع من موانع الصحة غير مبطل للعقد فإذا قبض المشتري المعقود عليه في العقد الفاسد ترتب عليه اثره الشرعي وأفاد الملك، وإذا لم يقبض لم يفد ذلك، ويكمن الفرق بين فاسد العقد وباطله في ان العقد الباطل لا يفيد الملك حتى بعد القبض بخلاف الفاسد وان الخلاف بين الجمهور والحنفية لا اثر له في كون الجهالة المؤثرة سبب من أسباب فساد العقد واختلاله وانه داخل تحت النهي الشرعي الوارد متى دخلت عليه<sup>(1)</sup>.

فالأمامية عندهم ان قال:بعتك عشرة اذرع من ها هنا الى حيث ينتهي الذرع فهو باطل؛ لأن الذرع مختلف والموضع الذي ينتهي إليه الذرع لا يعلم حال العقد فكان مجهولاً<sup>(2)</sup>.

فالحنفية عندهم شرائط الصحة عامة وخاصة لكل بيع، فالعامة أن يكون المبيع معلوماً والتمن معلوماً علماً يمنع حصول أي منازعة فبيع المجهول جهالة تفضي اليها غير صحيح كبيع شاة من هذا القطيع، وغيرها من الشروط، وأما الخاصة فمنها معلومة الأجل فالبيع بثمن مؤجل فاسد ان كان مجهولاً<sup>(3)</sup>.

أما المالكية فيرون "أن بيع الأرض قدر ما انتهت إليه رمية الحصاة، ولا شك أن هذا مجهول لأختلاف قوة الرامي وعوائق الرمي وقيل معناه: أي ثوب وقعت عليه حصاتي فهو المبيع، وهذا أيضاً مجهول كالأول وقيل معناه: أرم بالحصاة فما خرج كان لي بعدده دنانير أو دراهم، وهذا أيضاً مجهول فهذا باطل"؛ لأنه قد وضع من التّمّن لأجل الشرط فصار له حصة من المعاوضة فيجب بطلان ما قابله من العوض لفساده والذي ينوبه من العوض مجهول وهذا يؤدي إلى الجهالة بما يقابل ما سواه في العوض فوجب فسخ الكل<sup>(4)</sup>.

اما الشافعية"فان بيع الدار مثلاً بالف بشرط قرض لمائة رواه جماعة وصححه بعضهم ووجه بطلانه جعل الالف ورفق العقد الثاني ثمناً واشتراطه فاسد فبطل مقابله من الثمن وهو مجهول فصار الكل

(1) د. علي احمد الندوي، جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، ج1، ط1، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار المجموعة الشرعية، 1421هـ، ص315.

(2) إبي منصور الحسن بن يوسف المطهر الأسيدي(العلامة الحلبي)، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، ج5، ط1، مؤسسة النشر الاسلامي، ايران-قم، 1413هـ، ص267.

(3) محمد اورنك عالم كبير نظام الدين البرنهابوري البلخي،الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية، ج3، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1310هـ، ص3.

(4) ابو عبدالله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي، المعلم بفوائد مسلم، تحقيق:محمد الشاذلي النيفر، ج2، ط2، الدار التونسية للنشر، 1988، ص229 و ص244.

مجهول ثم اذا عقدا الثاني مع علمهما بفساد الاول صح والا فلا كما صححه في المجموع وما وقع في الروضة واصلها من صحة الرهن فيما لو رهن بدين قيد مع ظن الصحة إذ لا جهالة تمنعة بخلاف ما هنا وانما بطل الرهن مع البيع فيما إذا قال لدائنه بعني هذا بكذا على ان ارهتك على الاول و الاخر كذا؛ لأنه شرط الرهن على لازم هو الاول وغير لازم وهو الاخر الذي هو ثمن البيع الفاسد فبطل للجهالة بما يخص كلا من الدائنين من الرهن"<sup>(1)</sup>.

اما الزيدية فعندهم من باع اغناماً أو غيرها وأستثنى منها ثلثاً أو غيرها ولم يعينها بطل البيع للجهالة<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- موقف القوانين من جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء

عد هذا السبب للجهالة من الأسباب المؤثرة في العقد؛ إذ أن التعاقد على شيء مجهول أو بعوض مجهول وهو من جملة أجزاء العقد، فيحكم بجهالته ومن أجل بيان موقف القوانين سنخصص هذه الفقرة لبيانه وكالاتي:

#### 1-موقف القانون المدني العراقي

بين القانون المدني العراقي وجوب ان يكون المعقود عليه معيناً نافياً للجهالة الفاحشة، وبين التعيين يكون أما بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أو بيان الأوصاف وهذا ما نصت عليه المادة(128) في فقرتها الأولى إذ ورد فيها"يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعينياً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتقي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف". يلاحظ عليه أنه قد جاء بنص صريح وعام مطلق بخصوص المعقود عليه، فنستنتج من ذلك أنه يجب أن يكون المعقود عليه سواء أفي كله أم أبعاضه سالماً من الجهالة، وذلك أن وجود الجهالة تحتم على العقد بالبطلان وهذا ما اوضحته المادة(137) في فقرتها الثالثة فنصت"ويكون باطلاً أيضاً إذا أختلت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

نستنتج أن العقد إذ وقع على جملة مجهولة بطل فيها وفي أبعاضها كلها، وقياساً على نص المادة(519) "إذا بيعت جملة اشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحدة منها على

(1) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، ج4، مصدر سابق، ص295.

(2) العلامة محمد بن اسعد المرادي، مصدر سابق، ص205.

حدة" فإن النص إشتراط في عقد البيع على المشتري أن تكون لديه الأحاطة الكافية بالمبيع والعلم التام، فان رؤية كل وحدة من الاشياء التي تباع جملة واحدة دليل لتجنب وقوع المتعاقدين في الجهالة.

## 2- موقف القوانين المقارنة

أن جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء، من أجل بيان موقف القانون المدني المصري والقانون المدني اليمني سنخصص هذه الفقرة لهذا البيان وكالاتي:

### أ- موقف القانون المدني المصري

على الرغم من أن المشرع المصري لم يشر إلى لفظ الجهالة في المعقود عليه إلا انه بين يجب أن يكون معيناً بشكل تام، واختلف توجه القانون المصري الحالي عما كانت عليه المجموعة الملغية، إذ اعتبر أن قابلية العقد للأبطال هو جزاء تخلف شرط العلم بالمبيع، وهذا ما اتفق عليه شراح هذا القانون، فشرط العلم بالمبيع في القانون المدني المصري هو شرط لصحة العقد لا للزومه، وبذلك خرج القانون المدني المصري عما ذهب إليه فقهاء المسلمين من اعتبار هذا الشرط للزوم العقد، فتخلى بذلك عن فكرة الفسخ كجزاء لانعدام شرط العلم مبرراً ذلك كما يذهب اغلب شراحه إلى تقريب قواعد خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية، وهو أصل شرط العلم بالمبيع من القواعد العامة لذا جعل قابلية العقد للأبطال هو الجزاء المترتب على انعدام شرط العلم بالمبيع<sup>(1)</sup>.

### ب- موقف القانون المدني اليمني

ألزم المشرع اليمني أن يكون المعقود عليه معيناً تعييناً نافي للجهالة المؤثرة، وخير ما فعل عندما أشار لمصطلح الجهالة المؤثرة إذ أن ليست الفاحشة فقط من تؤثر في العقد، وانما قد تكون الجهالة المتوسطة مؤثرة كذلك، وهذه المادة تختص بجميع العقود فيلزم أن تكون خالية من الجهالة، فقد نصت المادة(190)"يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز، ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"<sup>(2)</sup>. وقد بين المشرع اليمني ضمناً هذا الحكم، إذ أنه ألزم رؤية كل وحدة من الاشياء إذا بيعت جملة واحدة، إي أنه اشتراط العلم بالكل وفي الجزء وذلك محاولة في منع الجهالة والغرر، إذ نصت المادة (483)"إذا بيعت اشياء متفاوتة صفقة واحدة لزم رؤية كل واحد منها على حدة فإن رأى المشتري بعضها

(1) د. انور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية ، دار المطبوعات الجامعية ، 1983م، ص47.

(2) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.



حال الشراء أو قبله على النحو المبين في المادة(477) (.....) فيمكن أستنتاج أن جهالة الكل تؤدي إلى جهالة الجزء مما تؤدي إلى بطلان العقد.

نستخلص مما سبق عرضه من آراء الفقه الإسلامي والقوانين موضع المقارنة أنها بينت أن العقد متى ما وقع على جملة مجهولة بطل فيها وفي أبعاضها كلها، أي أن العقد لا يقوم ولا يترتب حكمه بين المتعاقدين؛ لأن جهالة كل المبيع هي جهالة في صلب العقد مما تؤدي إلى جهالة جزءه؛ لأن صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، والبيع يقوم بالعوضين، فكل فساد يكون في أحدهما يكون فسادا في صلب العقد .

## المطلب الثاني

### الأسباب الخاصة المتعلقة بالجهالة المؤثرة في العقود

بنيت العقود على أسس متينة منها ان يكون له معقود عليه وان يكون معلوم، ومنع كل ما يخل بهذه الأسس ويؤدي إلى اخذ المال بالباطل، وان ابرز ما يخل بهذه الأسس هي الجهالة؛ لأنها مظنة للتلف والظلم بذهاب المال المبذول من غير مقابل، وهو أمر لا يرضى به الطرف الآخر من العقد، إلا أنه نظراً لمقتضيات التعاقد والضرورة ودفعاً للحرج فأخذت الشريعة والقانون بالتسامح في الجهالة اليسيرة، إذ إن وجود الجهالة في المعقود عليه في سائر عقود المعاملات عامة وفي العقود المعاصرة خاصة، تسبب مشاكل كثيرة بين المتعاقدين مما يؤدي إلى تولد الخصومة واللجوء إلى القضاء للنظر في موضوع النزاع، الأمر الذي يعرقل سير حياة العقد وقد ينتهي العقد بالحكم عليه بالبطلان أو الفساد مما يؤدي إلى عدم ترتب الآثار المرجوة من نشوء الرابطة العقدية، ولبيان الاسباب الخاصة للجهالة المؤثرة في العقود، سنقسم المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول إذا كان العقد من عقود المعاوضات والتبرعات، الفرع الثاني ضم المجهول إلى المعلوم وكالاتي:

الفرع الأول- إذا كان العقد من عقود المعاوضات والتبرعات.

الفرع الثاني ضم المجهول إلى المعلوم.

## الفرع الأول

## إذا كان العقد من عقود المعاوضات والتبرعات

أن هذا السبب وان تباينت الآراء في توضيحه، إلا أن الفكرة موحدة عند الجميع في أن الجهالة تؤثر في سائر عقود المعاوضات والتبرعات، وان العلة من منع الجهالة في عقود المعاوضات هو تلافياً للضرر الذي يلحق المتعاقد اذا ضاع ماله من غير مقابل نتيجة الجهالة.

عمد الفقهاء إلى تقسيم العقود من حيث اعتبار العوضين على قسمين، عقود المعاوضات وعقود التبرعات (1)، فعقود المعاوضات هي العقود التي يجري فيها بذل عوض في مقابل عوضه كعقد البيع الإلكتروني، إذ يبذل البائع سلعته مقابل ما يحصل عليه من المنفعة (2). أما عقود التبرعات فهي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر (3)، وكان المتبرع لا يأخذ مقابل ما يعطي كالعارية والهبة والقرض (4).

أن الإنسان يجوز له إذا باع عيناً أو منفعة أن يستثنى منفعتها، لكن هذه التنايا لا بد أن تكون معلومة إذا كان العقد عقد معاوضة، وتغتر الجهالة فيها إذا كان العقد عقد تبرع على الراجح نهى النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) عن التنايا إلا أن تعلم (5).

## أولاً- موقف الفقه الإسلامي من إذا كان العقد من عقود المعاوضات

يتمحور موضوع عقود التبرعات بالإحسان إلا ما استثنى، فلا يقصد بها تنمية المال والمضاربة عليه، فالشرع وحكمته تشيد بالإحسان والإكثار فيه بكل طريق انطلاقاً من قوله تعالى ( لِلَّذِينَ أَحْسَنُوا الْحُسْنَىٰ وَزِيَادَةٌ وَلَا يَرْهَقُ وُجُوهَهُمْ قَتَرٌ وَلَا ذِلَّةٌ أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) (6)، سواء كان بالمعلوم أو المجهول، فان ذلك ايسر لكثرة وقوعه قطعاً وفي المنع تعد وسيلة لتقليله (7).

(1) هاشم معروف الحسني، ، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1996، ص132.

(2) د. محمد سراج، مصدر سابق، ص23.

(3) عبد الودود مصطفى مرسى السعودي، احكام الغرر في عقود التبرعات "دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة بيت المشورة، مج1، ع1، 2014، ص104.

(4) د.عبد الأمير كاظم زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مج1، ع7، المنتدى الوطني لبحاث الفكر والثقافة، 2011، ص46.

(5) وليد السعيدان، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، ج2، دار اللؤلؤة، مصر-المنصورة، 2021، ص44

(6) سورة يونس، الآية (26).

(7) ابراهيم جالو، القواعد الفقهية في عقود المعاملات "دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاربعة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية-كلية الشريعة، السعودية، 1421هـ، ص361.

أن عقود التبرع ليست عقود معاوضة فلا تؤثر جهالة العوض فيها، وان وقع العقد على مكيلا وموزون فتلف بعضه قبل قبضه لم يفسخ العقد في الباقي سواء أكانا من جنس واحد أم من جنسين ويأخذ الباقي بحصته من الثمن لأن؛ العقد وقع صحيحاً<sup>(1)</sup>.

أن عقود التبرع اذا شابتها الجهالة فان الأمر اخف عما سواها من عقود المعاوضة؛ وذلك لان المتعاقد ان حصل على ما يريد فهو المطلوب وان لم يحصل فلا ضرر عليه، فعقود التبرعات ان حصلت فمغرم وان لم تحصل فليس فيه مغرم ولذلك يسامح فيها بالجهل<sup>(2)</sup>.

أن للفقه الإسلامي في تحقق الجهالة في عقود المعاوضات والتبرعات ثلاثة أقوال:

**القول الأول** تمثل بأراء الامامية، فالرأي الأول النهي عن الغرر والجهالة وعن بيع المجهول مختص بالمعاوضات المحضة كالبيع؛ لانه لا يمكن القياس عندهم على بيع الغرر المنهي عنه، ويرون ان هناك أقسام ثلاثة:

**الأول-** تصرف موجب لتنمية المال وتحصيلها بإزاء عوض محض مقصود بالذات، كالبيع بأقسامه، والصلح على الأقوى، والإجارة، منفعة وعوضاً، على الأقرب وهذا لا تجوز فيه الجهالة.

**الثاني-** إحسان محض لا قصد فيه إلى تنمية مال ولا تحصيل ربح، كالصدقة، والهبة، والإبراء وهذا لا تضر فيه الجهالة إذ لا ضرر في نقصه ولا في زيادته.

**الثالث:** تصرف الغرض الأهم فيه أمر وراء المعاوضات، كالنكاح، فإن المقصود الذاتي فيه هو الألفة والمودة، لتحصيل التحصين من القبائح، وتكثير النسل، ولكن قد جعل الشرع فيه عوضاً، لقوله تعالى: (أن تبتغوا بأموالكم...) (وأتوا النساء صدقاتهن نحلة)، فبالنظر إلى الأول، جاز تجريده عن المهر و جهالة قدره، وبالنظر إلى الثاني، امتنع فيه الغرر الكثير، كالتزويج على عبد أبق غير معلوم، أو جمل شارذ غير معلوم، ومن ثم قال الأصحاب: لو تزوجها على خادم أو بيت، كان له وسط: لقلّة الغرر فيه، وكذلك الخلع، يكفي في ماله المشاهدة، لان البضع ليس عوضاً محضاً، ولهذا كان الغالب النزول عنه بغير عوض، كالطلاق.

لو وهبه المجهول المطلق، كشيء ونحوه، لم يصح وكذا لو وهبه دابة من دوابه، أو درهما من كيسه، من غير تعيين ولكن الجهالة في الكيل أو الوزن أو الوصف، لا تضر<sup>(3)</sup>.

(1) الامام شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج4، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، 1934، ص39.

(2) محمد بن صالح العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة، مصر-الاسكندرية، ص64 و ص65.

(3) الامام أبي عبد الله محمد بن مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول، القواعد والفوائد، تحقيق: د. عبد الهادي الحكيم، ج2، منشورات مكتبة المفيد، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر، ص61-ص63. فالأمامية يرون "بيع هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك أو أنقصك قفيزاً و الخيار لي في الزيادة و النقصان فإنه لا يجوز لأن المبيع مجهول، و لأنه لا يدري أيزيده أم ينقصه" ينظر ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج2، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ايران-طهران، 1387هـ، ص152. وينظر الشيخ ميرزا علي الغروي، التفتيح في شرح المكاسب، ج2 البيع، ط1، مؤسسة احياء اثار الامام الخوئي، العراق، 2005، ص369 و ص370.

في حين رأي آخر يرى ان النهي يشمل التبرعات والمعاضات وهو الراجح إذ انه يعلل" ان الدائر على أسنة الاصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتى انهم يستدلون به في غير المعاضات كالوكالة، فضلاً عن المعاضات كالأجارة والمزارعة والمساقاة والجمالة، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) أنه نهى عن الغرر"<sup>(1)</sup>.

**القول الثاني** تمثل بالحنفية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> والزيدية<sup>(5)</sup> إذ بينوا أن الجهالة تؤثر في عقود التبرعات فتبطلها، فقاموا عقود التبرع عليها كالهبة والوقف فهي عقود تملك في الحياة فلم تصح في المجهول كالبيع، إلا أن تأثير الجهالة في عقود التبرعات اخف وطأة من تأثيرها في عقود المعاضات عند جمهور الفقهاء وان اكثر المذاهب تشددا على هذه الفكرة بالدرجة الأولى الشافعية ثم يليهم الحنفية وتخف هذه الفكرة نوعاً ما عند الحنابلة، ويعللون ذلك بان كل ما جاز بيعه جازت هبته<sup>(6)</sup>. وكذلك يرون أن القاعدة الشرعية والضابط الكلي أن النبي(صل الله عليه واله) "نهى عن بيع الغرر"<sup>(7)</sup>، وهذا الأمر شامل لجميع أنواع البيع والإيجارات كلها لا يجوز منها الجهالة الظاهرة<sup>(8)</sup>، وذلك داخل في

(1) مصطفى الخميني، مستند تحرير الوسيلة، ج2، ط1، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، 1418هـ، ص29.  
(2) ان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير و جهالة التقديم والتأخير لا تقضى إلى المنازعة في باب الكفالة لأنه يسمح في أخذ العقد مالا يسمح في غيره لامكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة إلى هذه الأجل متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر إلى هذه الأوقات جاز أيضاً ما ذكرنا وإن كان لا يشبه آجال الناس كمجئ المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة ينظر الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط1، مكتبة الحبيبية، باكستان، 1989، ص3 وينظر عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب علي: المختصر المشتهر باسم «الكتاب» الذي صنّفه أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي، ج2، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص25.

(3) "لا تصح هبة المجهول الا في صور منها اذا لم يعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الارث، كما لو خلف ولدين احدهما خنثى ذكره الرافي في الفرائض قال الامام: ولا بد ان يجري بينهما تواهب والا لبقى المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون الا عن جهالة لكنها تحتمل للضرورة ولو اخرج بعضهم نفسه من البنين ووهبه لهم عن جهل، صحت الهبة وان كان مجهول القدر والصفة للضرورة" ينظر جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مصدر سابق، ص470.

(4) والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع الا ان الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض ينظر علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج4، ط1، مطبعة السنة المحمدية، 1955، ص319.

(5) العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الاثمة الاطهار، ج3، دار احياء الكتب العربية، ط1، 1366هـ، ص289. وينظر الامام النظار المؤيد بالله احمد بن الحسين الهاروني الحسني، شرح التجريد في فقه الزيدية، ج4، ط1، مركز التراث والبحوث اليمني، اليمن-صنعاء، 2006، ص132.

(6) دهام بن كريم بن شبيب ابو خشبة الفضلي، القواعد والضوابط الفقهية في الجهالة المؤثرة في العقود واثارها، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية-كلية الشريعة، السعودية، 1427هـ، ص108.

(7) ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1424هـ، ص339.

(8) فواز محمد علي فارغ القحطاني، مصدر سابق، ص704.

الميسر، وحكمة ذلك ظاهرة وهي وجود الجهالة المتضمنة للخطر؛ لأنه لا بد أن يغبن أحدهما من حيث لا يشعر وأحدهما أما غانم أو غارم وهذا هو الميسر بعينه ولكونه يؤدي للنزاع والشقاق، ويكون مدعاة إلى اخذ الناس بالباطل، وان الجهالة أحد الأسباب العامة لبطلان العقود أو فسادها لا سيما أن كانت الجهالة في اصل المعقود عليه<sup>(1)</sup>.

**القول الثالث-** تمثل برأي للمالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> فبينوا ان الجهالة لا تؤثر في عقود التبرعات فتصح مع الجهالة فلو وهب شيئاً مجهولاً لصحت الهبة، واستدلوا بذلك على دليل وتبرير، فالدليل حديث النبي "أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم وقال لرجل منهم أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك"<sup>(4)</sup>، لك<sup>(4)</sup>، فان النبي(صل عليه واله وسلم) قد وهب شيئاً مجهولاً، وهذا دليل أن التبرعات لا تضار بالجهالة، وأما التبرير أن عقود التبرعات إحسان صرف لا يقصد بها تنمية المال فاقتضت حكمة الشرع وحته على الإحسان التوسعة فيه بكل الطرق بالمعلوم والمجهول وانها لا تسبب ضرر؛ لأنه لا يوجد فيها بذل اذا فاتت التبرعات واستدلوا كذلك بان الاحاديث الناهية انما وردت في البيع فلا يقاس عقد من التبرعات على البيع وذلك للفارق القائم بينهما<sup>(5)</sup>.

أن عقود المعاوضات مبناها على المبادلة، حتى ينتفع كل واحدٍ منهما بما صار إليه فالبايع ينتفع بالثمن والمشتري ينتفع بالسلعة، وهذا هو مقصود عقد المعاوضة، فإذا جاز الاستثناء فيها بلا اشتراط

(1) عبد الرحمن النجدي، مصدر سابق، ص247.

(2) فكل مملوك وتجاوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الأبق والجمل الشارد والمجهول والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب والمغصوب خلافاً للشافعي وتجاوز هبة المشاع خلافاً لابي حنيفة وتجاوز هبة المرهون بقيد الملك ويجبر الواهب على افتكاكه له ومنعه الشافعي وتجاوز هبة الدين خلافاً للشافعي واما الصيغة فكل ما يقتضي الايجاب والقبول من قول او فعل كلفظ الهدية

والعطية ينظر أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص241 بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة(ما يؤثر فيه ذلك من التصرفات)وردت الاحاديث الصحيحة في نهيها عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك فيهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والابراء والخلع والصلح وغير ذلك ومنهم ومن فصل وهو مالك بين قاعدة ما يجتنب في الغرر والجهالة فتعد من التصرفات الموجبة لتنمية الاموال وما يقصد به تحصيلها وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد. ينظر أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج1، عالم الكتب، بدون سنة طبع، ص151.

(3) بيع قبل قبضة لا يصح بيعه وتصح هبته على أحد الوجهين واختاره الغزالي وطائفة ومنها: العبد الأبق لا يصح بيعه وحكى الماوردي عن ابن سريح أنه تصح هبته. ومنها: المرهون تجوز هبته على وجه وفرق القائل به بينه وبين البيع، فإن الهبة لا تقبل الملك في الحال ويشترط فيها القبض وهي بمجرد لا توجب التسليم بخلاف البيع. ومنها: هبة الأرض المزروعة دون الزرع يصح على أحد الوجهين ورجحه الكثيرون ينظر أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصري، القواعد للحصري، تحقيق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، د. جبريل بن محمد بن حسن البصلي، ج4، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 1997، ص183.

(4) احمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار ابو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، ج 6، تحقيق:حسن تحقيق:حسن عبد المنعم شلبي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت ، 2001، ص263.

(5) عطية عدلان عطية رمضان، القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الاسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، المعاصرة، دار الايمان، مصر-الاسكندرية، 2018، ص201.

علمها فإن العقد حينئذٍ لا تترتب عليه المصلحة المطلوبة ويكون من نوع الغرر والجهالة وقد نهى النبي(صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر في البيع.

فمن يبيع داره واستثنى سكنها مدة حياته فإن هذه الثنايا لا تصح؛ لأنها مجهولة والعقد عقد معاوضة، فمن شروط صحتها أن تكون معلومة، لكن لو قال: واستثنيت سكنها شهراً أو يوماً أو سنةً ونحوها من الآجال المعلومة فهذه الثنايا صحيحة للعلم بها وانتفاء الجهالة عنها<sup>(1)</sup>.

### ثانياً-موقف القوانين من إذا كان العقد من عقود المعاوضات

يتنافس المشرعون في صياغتهم لقوانينهم المدنية، حيث صاغوا نصوصاً للمعقود عليه قدر اللازم تجعله معلوماً ومتعيناً للمتعاقدين تلافياً لحصول الجهالة ولأجل بيان موقفهم من ذلك، سنخصص هذه الفقرة لبيان ذلك:

#### 1- موقف القانون المدني العراقي

بينت المادة(137) في فقرتها الثالثة إذ نصت " ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون".

يتضح من نص هذه المادة:

1- أن العقد يكون باطلاً إذا كان المعقود عليه قد اختلفت بعض أوصافه كأن يكون مجهولاً جهالة فاحشة، فإن هذه القاعدة قد جاءت بنص عام ينطبق على عقد التبرع وعقد المعاوضة على حد سواء.

2- ان المشرع العراقي قد جاء بنص صريح في المحل لجميع العقود إذ الزم في المادة(128)"1-يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف"، لأن المعقود عليه الذي تعثر به الجهالة لم يصلح أن يكون موضوع للعقد، وذلك انطلاقاً من النهي عن الغرر الذي جاء بشكل مطلق.

3- ان الجهالة تساهم بشكل فعال في تولد النزاع في العقد ولعدم القدرة على تمام العقد وترتب آثاره<sup>(2)</sup>. فيجب ان يكون المعقود عليه معيناً تعييناً نافياً للجهالة سواء أكان التعيين اما بالذات إذا كان قيمياً كالعقارات والاراضي ام بالنوع إذا كان مثلياً كالحبوب، ويأخذ التعيين بالذات شكلين أما الإشارة إلى

(1) محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر-القاهرة، 1996، ص259.

(2) محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص258.

الشيء اشارة مادية بعتك هذه الحقيقية أو عندما يكون للشيء رقم تسجيل فيكفي بذكر رقم التسجيل ويكون هذا بالسيارات، أما التعيين بالنوع فحتى يكون التعيين بالنوع صحيحا يجب أن يفترن به تحديد المقدار ودرجة الجودة<sup>(1)</sup>.

## 2- موقف القوانين المقارنة

سبق وأن بينا موقف الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي أن الجهالة لها تأثير كبير في عقود المعاوضات، اما تأثير الجهالة في التبرعات فان القوانين متفقة على ذات الحكم لذا سنبيين في هذه الفقرة موقف القانون المدني المصري واليميني من ذلك كالآتي:

### أ- موقف القانون المدني المصري

يشترط القانون المدني المصري أن يكون المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعين وقد ورد في نص المادة(133) "1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. 2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره..."<sup>(2)</sup>.

أن ابرز ما يمكن ملاحظته على هذه المادة:

- 1- أن المشرع المصري قد جاء بنص عام في المعقود عليه ينطبق على جميع العقود إلا ما استثنى منه بنص خاص.
- 2- أوجب أن يكون المعقود عليه معيناً بنوعه ومقداره سواء كان الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل أو أعطاء شيء سواء كان الشيء معيناً بالذات<sup>(3)</sup>.
- 3- فيجب أن تحديد ذاتية الشيء عن طريق ذكر الأوصاف الأساسية، وإذا كان معيناً فان كان من المثليات فيكفي تعيين جنسه ونوعه مقداره<sup>(4)</sup> في عقد المعاوضة ام في عقد التبرع .

### ب- موقف القانون المدني اليميني

بينت المادة(210) "التبرع بلا عوض يلحق بالعقد ولا يتم إلا بقبض المتبرع له العين المتبرع بها قبضاً تاماً، وعقد التبرع بشرط العوض لا يتم إلا بقبض العوض"

نستنتج من هذه المادة:

(1) د. احمد عبد الدائم، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2003، ص115.

(2) القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948 وتعديلاته.

(3) د.معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني يشتمل على نصوص القانون المدني معلقا عليها بالشرح وآراء والمذكرة الايضاحية واحكام النقص من عام 1931 حتى عام 2003 مقارنا بالتشريعات العربية، مج5 العقود المسماة البيع، ط7، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص17.

(4) د.نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص21.

1- أن المشرع اليمني قد أراد أن يكون العوض في عقد التبرع معلوماً، وذلك عن طريق اشتراطه القبض للعين المتبرع بها من قبل المتبرع له، فمن باب أولى أن المتبرع له قد علم بالمعقود عليه فوقف على اهم خصائصه وصفاته وجنسه.

2- ان الجهالة تؤثر في عقود التبرعات فلم تصح في المجهول شأنها شأن البيع، إلا أن تأثير الجهالة في عقود التبرعات اخف باعتبار أن القصد منها الإحسان لذلك فقد لا تثير النزاع بين المتعاقدين كما في عقود المعاوضات التي يحتدم فيها النزاع كون المتعاقدين كلاهما يسعيان إلى الربح.

ان موقف القوانين موضع المقارنة متفق مع رأي الامامية في الراجح والرأي الاول والثاني الذي يرى بتأثير الجهالة في التبرعات ونحن نميل مع ما ذهبوا إليه في تأثير الجهالة في عقود التبرعات والمعاوضات على حد سواء؛ لان النصوص قد جاءت عامة مما يعني ان الجهالة مثلما تؤثر في عقود المعاوضات فانها تؤثر في عقود التبرعات، لأنها وأن كانت تقوم على الاحسان إلا إن الطرف المقابل قد يتضرر ضرراً معنوياً وذلك؛ لانه امل في شيء ظهر خلاف ذلك.



## الفرع الثاني

### ضم المجهول إلى المعلوم

يقصد بهذا السبب أن المجهول إذا ضم إلى المعلوم، وجمع بينهما في عقد سواء أكان ذلك في المعقود عليه أم في الثمن، فإن ذلك الضم والجمع يؤدي إلى جهالة الكل؛ لأن جهالة المعقود عليه أو الثمن تفسد العقد.

#### أولاً- موقف الفقه الإسلامي من ضم المجهول إلى المعلوم

ان الامامية يرون "لا يصح بيع صبره مشتمله على صيعان مجهوله و لا بيع صيعانها كل صاع بكذا مع جهالة مقدارها للغرر و يصح بيعها مع العلم جملة و كل صاع منها بكذا أو صاع واحد منها على سبيل الإشاعة أو الفرد الرد المضمون ككسر منها مشاعاً معلوماً و لا يصح بيع كل قفيز منها بكذا مع عدم ضبط قدر الأقفزة و لو باع ذراعاً من أرض أو ثوب يعلمان قدرهما مع قصد الإشاعة اختلفت أجزاؤها أو تماثلت جاز و مع الإطلاق ينزل على الإشاعة على الظاهر و لو قصدا معيناً من غير تعيين كلياً مضموناً منها بطل للإيهام في الأول و لاختلاف الأغراض في الثاني و للإجماع المنقول و لو عين الذراع مبدأً أو آخراً أو وسطاً أو كونه من أول الثوب أو آخره أو وسطه جاز لعدم الغرر و لفتوى المشهور بل نسب للأصل و في الفرق بينه و بين الكلي إشكال؛ لأن تعيين الذراع مبدأً الثوب قبل ذرعه لا يعلم قدره منه حين البيع فيعود كالكلي"<sup>(1)</sup>. فعن "محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن الحلبي ، عن أبي عبد الله ( عليه السلام ) قال : ما كان من طعام سميت فيه كياً فلا يصلح بيعه مجازفة ، وهذا مما يكره من بيع الطعام"<sup>(2)</sup>.

المعروف بين القدماء جواز بيع المجهول مع الضميمة، والمشهور بين المتأخرين عدم جوازه، والمقتضى في ذلك عدم الجواز فيما إذا لم يكن المجهول من توابع المبيع، كمفتاح الدار وجروزها مثلاً، بداهة أن بعض أجزاء المبيع المستقلة في البيع إذا كانت مجهولة كان البيع غررياً وسرت الجهالة إلى مجموع المبيع لا محالة. وبعبارة أخرى: ضمّ معلوم إلى مجهول لا يرفع الغرر عنه، وإلا لم يكن البيع غررياً في مورد أصلاً، لكون مقدار من المبيع معلوماً في جميع الموارد، إلا أن في صحة بيع المجهول مع الضميمة روايات، هي المستند للقائلين بالجواز، وفيها الموثقة والصحيحة منها: ما ورد في جواز بيع ما في الأجمة منضمماً بكف من السمك، أن موردها الجهل بأصل وجود المبيع، ومحل الكلام هو الجهل بالأوصاف أو أعمّ من ذلك، وأن التعدي عن موردها إلى غيرها لا وجه له بعد كون الحكم على خلاف

(1) الشيخ حسن كاشف الغطاء ، أنوار الفقاهة (كتاب البيع) ، ج1، مكتبة كاشف الغطاء العامة، بدون ذكر سنة النشر، ص71.

(2) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مصدر سابق، ص341.

القاعدة، وأنها غير معمول بها حتى في موردها، لأن القائل بجواز بيع المجهول مع الضميمة إنما يقول بالجواز فيما إذا كانت الضميمة معلومة، وفي موارد الروايات الضميمة أيضا مجهولة؛ فإنَّ السمك في الأولى من الموزون ولذا يجري فيه الربا ولم يفرض العلم بوزن السمك الذي يجعل ضميمة بل الظاهر عدم العلم بوزنه، وكذا الأصواف التي على ظهر الحيوان في بيع الحمل، وكذا ما ورد في تقبل الخراج، والظاهر عدم ورود شيء من المناقشات؛ لأن بيع المجهول مع الضميمة إن صح في فرض الجهل بوجود المبيع الذي يكون الغرر فيه أعظم، فبالأولوية يصح عند الجهل بالأوصاف<sup>(1)</sup>. فلو باع شاة غير معلومة من قطيع غنم معلوم العد مشاهد، وإن تساوت أثمان ما اشتمل عليه من الشاة، لم يصح لمجهولية المبيع<sup>(2)</sup>.

والحنفية يرون "ضم المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع، وإذا اشتراه بالف درهم الا ديناراً أو بمائة دينار إلا درهماً أو بالف درهم إلا قفيز جنطة أو الا شاه فالبيع فاسد؛ لأن المستثنى إذا كان من غير جنس المستثنى منه فإنما يستثنى بالقيمة وطرق معرفة القيمة الحرز فلا يتيقن به وجالته المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد"<sup>(3)</sup>. ومنها ما إذا جمع بين مجهول ومعلوم في البيع فإن كان مجهول لا تفضي جهالته إلى المنازعة لا يضر والافسد في الكل كما علم في البيوع<sup>(4)</sup>.

أما المالكية "يجوز ذلك عندهم من ثلاثة أوجه: بذهب من ذهب أو بكيل من جزافٍ أو بكيل من كيل مثل أن يقول: ثلث أو ربع وانفرد مالك بمسألة دون سائر العلماء وهي بأن يختار نخلات من الجملة ووافقه بعضهم فيها على تفصيلٍ وهي وإن كانت غرراً؛ لأن هذا الذي يختار لعله يجعل يده في الأطيب، ولكن هذا الغرر يسير ولا خلاف بين العلماء في أن يسير الغرر لغو معفو عنه وهذا يستمد من بحر المقاصد كما تقدم بيانه في القواعد واتفق فقهاء الأمصار على أن ذلك لا يجوز"<sup>(5)</sup>.

(1) العلامة آية الله السيد علي الحسيني الشاهرودي، محاضرات في الفقه الجعفري، ج3، دار الكتاب الإسلامي، 2016، ص401-402.

(2) الشيخ يوسف البحراني، الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج18، مؤسسة النشر الاسلامي (التابعة) لجماعة المدرسين إيران-قم، بدون ذكر سنة النشر، ص478.

(3) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج13، مطبعة السعادة، مصر، دون ذكر سنة الطبع، ص7. وينظر من لا يخسر الحنفي، درر الحكام شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية غنية ذوي الأحكام في بغية درر

الأحكام، ج2، دار إحياء الكتب العربية، دون ذكر السنة، مصر-القاهرة، بدون ذكر سنة النشر، ص155.

(4) أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1985، ص348.

(5) محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: د.محمد عبد الله ولد كريم، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان-بيروت، 1992، ص814. وينظر أبو عبد الله محمد بن إبراهيم

البقوري، ترتيب الفروق واختصارها، تحقيق: عمر ابن عباد، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1994، ص116.

"وقال مالك: لا يجوز المزابنة<sup>(1)</sup> كل شيء من الجراف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشيء مسمى من الكيل والوزن والعدد واختصاره اشتراء المجهول بالمعلوم"<sup>(2)</sup>.

أما الشافعية إذا ضم الصحيح غائب مجهول لا مطمع في معرفة قيمته فيتعين ابطال العقد<sup>(3)</sup>.

أما الحنابلة في تفريق الصفقة ، ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقه واحدة بثمن واحد، وهو على ثلاثة أقسام أحدها أن يبيع معلوماً و مجهولاً، كقول بعثك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بالف، فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافاً؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته؛ لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط الثاني، أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه، وكقفيزين من ثيرة واحدة باعهما من لا يملك بعضهما ففيه وجهان، أحدهما يصح في ملكة بقسطه من الثمن و يفسد فيما لا يملكه أو باع معلوماً ومجهولاً يتعذر عليه كهذه الفرس، وما في بطن أخرى ولم يقل كل منهما بكذا لم يصح البيع؛ لان الثمن يوزع على المبيع بالقيمة والمجهول ولا يمكن تقويمه فلا طريق إلى معرفة ثمن المعلوم وكذا لو باعه بمائة ورطل خمر<sup>(4)</sup>.

بينما الزيدية فعندهم لا يجوز إلا بيع شقص معلوم من مبيع معلوم بثمن معلوم<sup>(5)</sup>.

(1) يراد بالمزابنة "كل شيء من الجراف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده" ينظر أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، حلية الفقهاء، ط1، الشركة المتحدة للتوزيع، لبنان-بيروت، 1403هـ، ص128.

(2) القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، القيس في شرح موطأ مالك بن أنس، المصدر نفسه، ص818. وينظر الفقيه ابو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، التفريع في فقه الامام مالك بن أنس، تحقيق: سيد كسروي حسن، ج2، دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة النشر، ص107.

(3) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ج3، ط1، دار السلام، مصر-القاهرة، 1417هـ، ص92.

(4) عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج4، ط1، بدون ذكر ناشر، 1397 هـ، ص366. وينظر عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد الزريراني، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل، ط1، تحقيق: عمر بن محمد السبيل، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، 1431هـ، ص338. وينظر العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرق، ج5، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون ذكر سنة النشر، ص360.

(5) العلامة محمد بن اسعد المرادي، مصدر سابق، ص207. وينظر الامام احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء لامصار، ج3، ط1، دار الحكمة اليمنية، 1344هـ، ص342-343.

## المبحث الثاني

## أسباب جهالة المعقود عليه

يعد المعقود عليه ركن من أركان العقد، فيجب أن يكون معلوماً لدى المتعاقدين ولا يتحقق هذا الشرط ما لم يكن خالياً من الجهالة؛ لأن المعقود عليه هو جوهر العقد والركن المميز له، إذاً أن العلم به وتعيينه تعد من الأوليات التي تسعى إليها التشريعات وتهدف إلى تحقيقها.

فاشترط فكرة أن يكون المعقود عليه في العقد المعاصر المبيع والتمن معلوماً، يقصد به العلم بالمعنى الواسع الذي يكون دافعاً لصفة الجهالة في العقود المعاصرة، فالأمر لا يقتصر على المشاهدة المجردة؛ لأن العلم بالمعقود عليه في العقد لا يكون مرتبطاً فقط بموضوع المشاهدة، وإنما يجب أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة التي تؤدي للخطر بكل أشكاله، فيجب ان يكون المعقود عليه مُعيناً في ذاته ومقداره ونوعه وجنسه وما إلى ذلك من الأوصاف التي تمنع المنازعة أو إدخال الجهل فيه، وأيضاً ببيان خواصه وما يشمل المعقود عليه وما يتبعه أو يستثنى منه، ذلك لتحقيق آثار العقد وتحصيل المنافع من عملية التعاقد، ولأجل ذلك كان للفقهاء دوراً هاماً في ضبط هذا الجانب تحديداً على نحو كبير، عن طريق بيان الأسباب التي تنهض لتحقيق جهالة المبيع والتمن، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص المطلب الاول لأسباب الجهالة المتعلقة بالمبيع، وفي المطلب الثاني اسباب الجهالة المتعلقة بالتمن. وكالاتي:

المطلب الاول- اسباب الجهالة المتعلقة بالمبيع.

في المطلب الثاني- اسباب الجهالة المتعلقة بالتمن.

## المطلب الأول

### أسباب الجهالة المتعلقة بالمبيع

يعد المبيع احد عناصر المعقود عليه، فهو الشيء المعين الذي يقع عليه البيع ، ويتم تعيينه إما بالرؤية أو بالوصف، كبيع سلعة أو بضاعة مشاهده ، أو موصوفة بأوصاف معينة، إذ ان تعيين المبيع يستلزم تمييزه عن غيره ، فإذا كان منزلاً يعين في العقد بتحديد موقعه، وبذلك ينعقد العقد هذا التعين لا يعني ان علم المشتري بالمبيع قد تحقق ، يجب أن يعلم المشتري بكل الاوصاف الاساسية للمبيع التي تمكن التعرف عليه بسهولة وعادة يتحقق العلم بالرؤية أي رؤية المبيع بالعين المجردة، أن تعيين المبيع هو تحديده بالوصاف والأسس الجوهرية وتقديره بالكيل أو الوزن أو القياس أو العدد تتم المعلوماتية للمبيع بالاطلاع عليه ومشاهدته والتعرف عليه وبحث مدى صلاحيته لتحقيق الرغبة والقصد منه.

ينبغي لكي ينعقد البيع أن يتم تعيين المبيع وأن يتم العلم به من قبل المشتري باعتباره هو محل العقد، وقد اشترط الفقه الاسلامي والقانون ذلك. ولتوضيح ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، نوضح في الفرع الاول عدم العلم بذات المعقود عليه وجنسه، أما في الفرع الثاني نخصصه لبيان عدم العلم بنوع المعقود عليه وصفته. وكالاتي:

الفرع الاول- عدم العلم بذات المعقود عليه وجنسه.

الفرع الثاني- عدم العلم بنوع المعقود عليه وصفته

## الفرع الأول

### عدم العلم بذات المعقود عليه وجنسه

سعت الشريعة الإسلامية والقانون إلى تجنب أسباب الجهالة وما يرافقها من خطر على انعقاد العقد، عن طريق اشتراط علم المتعاقدين الكافي في ذات المعقود عليه وجنسه، لان عدم علم اطراف العقد فيهما يعد من الأسباب التي تؤدي إلى جهالة المعقود عليه ، لذا سنبين في هذا الفرع سببين لجهالة المعقود عليه، هما عدم العلم في ذات المعقود عليه وجنسه على وفق التفصيل الآتي:

## اولاً- عدم العلم في ذات المعقود عليه

يعد عدم العلم بذات المعقود عليه<sup>(1)</sup> أحد أسباب جهالة المعقود عليه مما يؤدي إلى التأثير في التعاقد؛ لأن المبيع إذا كان مجهول الذات وكان معلوم الجنس والنوع والصفة والمقدار قد يحصل النزاع في تعيينه، وهذا يكون في الأشياء المتفاوتة إذا بيع واحد منها من غير تعيين لذاته، كبيع ثوب من ثياب مختلفة فإن المبيع يكون هنا مجهولاً جهالة فاحشة مؤدية للنزاع<sup>(2)</sup>. وكذلك أن يقول بائع للسيارات في معرض ما بعثك سيارة من هذا المعرض دون تحديد لنوع هذه لسيارة، فهذه جهالة مؤثرة في العقد؛ لأن جهالة السيارة تؤدي للنزاع والخصومة، لأن المعرض يشتمل على أنواع عدة من السيارات المتفاوتة في جودتها والبائع يريد دفع الرديء والمشتري يريد اخذ السيارة الجيدة وهنا يمنع المبيع<sup>(3)</sup>.

وارتباطاً بفكرة عدم العلم بذات المعقود عليه سبباً لتحقيق الجهالة، سنبين حكمها في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والقوانين موضع المقارنة:

## 1- موقف الفقه الإسلامي من عدم العلم بذات المعقود عليه

عدّ الأمامية أن عدم تعيين ذات العين من الجهالة الفاحشة، لذا فلا بد من تعيين المبيع المعين بالاختيار من المشتري<sup>(4)</sup>، وأن الجهالة بذات المعقود عليه إذا كانت مؤدية إلى الغرر في البيع فهو باطل ومبطل له حتى إذا لم توجب ذلك فهو باطل، بناء على ان المنفي مطلق الغرر كون جهالة ذات المعقود عليه تستلزم جهالة أحد العوضين<sup>(5)</sup>.

أما الحنفية فعندهم يجب ان تكون الأجرة والمنفعة معلومتين؛ لان جهالتهما تقضي الى المنازعة<sup>(6)</sup>، فهم لا يجوزون بيع شاة من قطيع فالبيع فاسد؛ لأن الشاة من القطيع مجهولة وتقضي إلى المنازعة، مما يؤدي للتفاوت الفاحش بين شاة وشاة بعكس لو عينت بذاتها<sup>(7)</sup>. فلو قال بعث منك هذا القطيع من الغنم على أنها مائة شاة بكذا، فان وجده على ما سمي فالبيع جائز وان وجده أزيد فالبيع فاسد في الكل، سواء أذكر للكل ثمناً واحداً بان قال بعث منك هذا القطيع على أنها مائة شاة بألف درهم، أم ذكر

(1) يقصد بذات المعقود عليه نفسه وعينه وجوهره ينظر محمد بن ابراهيم بن احمد الحمد، مصطلحات في كتب العقائد، ط1، دار ابن خزيمة، السعودية-الرياض، دون ذكر السنة، ص54.

(2) د. الصديق محمد الامين الضريير، مصدر سابق، ص26.

(3) عمر فلاح الشقراء، مصدر سابق، ص19.

(4) مرتضى الانصاري، المكاسب للانصاري، ط1، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1995، ص493.

(5) باقر الايرواني، الفقه الاستدلالي، ج2 المعاملات، ط2، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان-بيروت، 2014، ص258.

(6) عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الاميرية، الاميرية، مصر-القاهرة، 1314هـ، ص105.

(7) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، مصدر سابق، ص357-365.

لكل شاة فيها ثمننا على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم؛ لأن كل شاة أصل في كونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد؛ لأنه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعه وهي مجهولة فكان الباقي مجهولاً، ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولاً، وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمي له ثمننا أو لم يسم<sup>(1)</sup>.

أما رأي المالكية"فقد أجاز مالك شراء اربع شجرات من أشجار، واشترطوا الخيار للمشتري وسمو البيع ببيع الخيار، واشترطوا فيه عدم الجهل إي أن يكون الثمن والمبيع معلومين لدى المشتري والبائع والا عد البيع فاسد"<sup>(2)</sup>.

في حين الشافعية فهم تكلموا عن حكم الجهالة بذات المعقود عليه عند الكلام عن الشرط الخامس من شروط المبيع وهو العلم به، "فبيع احد الثوبين باطل ويصح بيع صاع من صبرة تعلم صيغاتها فانهم لا يأخذون بخيار التعيين لذا فلا يجوز بيع مجهول الذات"<sup>(3)</sup>.

أما الحنابلة فهم متفقون في توجيههم مع الشافعية في عدم جواز بيع غير المعين وذلك للجهالة المتحققة<sup>(4)</sup>.

بينما الزيدية فعندهم"ان قال:بعث منك هذا التمر على انه مائة رطل بظرفه بمائة درهم واسقطت عنك خمسة دراهم لاجل الظرف فسد العقد لجهالة المبيع"<sup>(5)</sup>.

فيستخلص مما تقدم ذكره من آراء الفقه الإسلامي أنه لا اختلاف بين الفقهاء في اشتراط عدم وجود الجهالة بذات المعقود عليه، إذ أنه الجهالة في هذه الحالة تؤثر في العقد، ولكنهم اختلفوا في حكم العقد الذي تعتريه الجهالة، حيث انفرد الأمامية والشافعية والحنابلة، فاعتبروا العقد الذي تصاحبه الجهالة باطل فتمسكوا بنظرية بطلان العقد، في حين الحنفية والمالكية بينوا أن المعقود عليه متى ما اكتتفته الجهالة فالعقد فاسد، أي اخذوا بنظرية فساد العقد وقد أعطوا الخيار للمشتري.

(1) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1986، ص162.

(2) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، تحقيق: محمد عليش، دار احياء الكتب العربية، مصر-القاهرة، بدون ذكر السنة، ص15.

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان-بيروت، 1997، ص375.

(4) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج4، مصدر سابق، ص250، ص35.

(5) القاضي صارم الدين ابراهيم بن يحيى بن محمد بن صلاح الشجري السحولي، حاشية السحولي، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1444هـ، ص329.

## 2- موقف القوانين من عدم العلم بذات المعقود عليه

أن تحديد ذات المعقود عليه من الأوليات التي اهتمت بها التشريعات القانونية، لما له من أهمية كبيرة في تحقق العلم بالمعقود عليه، لذا فإن عدم تحديده يعد سبباً أساسياً في تحقق الجهالة، ومن أجل الإحاطة بالموضوع سنوضح موقف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري واليمني وكالاتي:

## أ- موقف القانون المدني العراقي

بين المشرع العراقي في المادة(128) في فقرتها الأولى "يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص....". وكذلك بينت المادة(248) في الفقرة الأولى "1- إذا ورد الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بتعيين الشيء بالذات"<sup>(1)</sup>.

يتبين من نص المادتين اعلاه الاتي:-

- 1- أن المشرع ألزم تعيين المعقود عليه بالذات، عن طريق الإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص، لما يترتب عليه من تحقق العلم الكافي في المعقود عليه.
- 2- لا بد في عقد البيع معرفة المبيع معرفة للجهالة المفضية للمنازعة، فإن عدم تعيين ذات المعقود عليه يكون سبباً أساسياً لتحقيق الجهالة.
- 3- أن الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني على شيء غير معين بذاته لا يتحقق؛ لأن الشيء قبل تعيين ذاته غير معروف مما يساهم بشكل فعال في حدوث الخصومة.
- 4- ان المشرع العراقي أشار بشكل واضح وصريح الى تعيين الشيء بالذات ولا يفي بالغرض تعيين النوع دون الذات.

## ب- موقف القوانين المقارنة

يعد عدم العلم بذات المعقود عليه سبباً رئيسياً ومباشراً لتحقيق جهالة العقد، لذا سنحاول بين موقف المشرع المصري واليمني منه في هذه الزاوية من البحث وكالاتي:

## موقف القانون المدني المصري

أوضحت المادة(133) من القانون المدني المصري "1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً"<sup>(2)</sup>.

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع المصري

(1) القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة1951.

(2) القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948.



- 1- أوجب المشرع المصري أن يكون المعقود عليه معيناً بذاته وفي حال أغفال المتعاقدين ذكر الذات فيكون من الواجب تعيينه بنوعه ومقداره وما إلى ذلك.
- 2- أن المشرع المصري قد أجاز المشرع أن يحل تعيين نوع ومقدار المعقود عليه محل تعيين الذات إذا لم يعين الأخير.
- 3- اذا وقع العقد على شي معين بالذات يجب ان تكون ذاتية الشيء معروفة، فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة، أما إذا كان الشيء غير معين بالذات وجب تعيين جنسه ونوعه ومقداره.

#### - موقف القانون المدني اليمني

بينت المادة(190) من القانون المدني اليمني"يلزم أن يكون محل العقد معيناً بأسمه أو بصفته مع بيان مقداره إن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفى بذكر الجنس أو النوع عن الوصف...". وأشارت المادة (472) في فقرتها الأولى "1- أن المبيع يتعين بذاته فلا يصح أن يكون معدوماً إلا في السلم والصرف وما يتعلق بالذمة"<sup>(1)</sup>. وكذلك المادة نص المادة(473) إذ نصت"يلزم تعيين المبيع حال العقد بذاته أو بذكر جنسه ووصفه أو بالإشارة إليه مع بيان مكانه".

أن ما يمكن ملاحظته على النصوص المتقدمة أنه:

- 1- لم تبين المادة(190) العلم الكافي بذات المعقود عليه بشكل صريح، وإنما أشارت الى بيان اسمه وصفته ومقداره وجنسه ونوعه، ولما كان ذات المعقود عليه هو جوهر الشيء وحقيقته لذا فهو يختلف عما ذكر في نص المادة من محددات لتعيين المعقود عليه.
- 2- بينت المادة(472) ان المبيع يجب إن يتعين بذاته فلا يصح ان يكون معدوماً.
- 3- والزمّت المادة(473) تعيين المبيع عن طريق ذكر الذات.

نستخلص مما تقدم انسجام موقف القانون المدني العراقي والتشريعات موضع المقارنة(القانون المدني المصري واليمني) مع مذهب الأمامية والشافعية والحنابلة في حكم العقد الذي تطرا عليه الجهالة في المعقود عليه، إذ بينوا أن حكم العقد يكون باطلاً، وتكمن العلة من منع الجهالة بذات المعقود عليه لأنها تقضي للمنازعة، وتمنع من صحة العقد وان الأعيان تختلف بحسب رغبات المتعاقدين وكذلك حسب اختلاف ماليتها، فالبائع اذا سلم عينا فمن الجائز أن يطلب المشتري عينا أخرى أجود منها باسم الأولى فيتنازعان.

(1) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

## ثانياً- عدم العلم بجنس المعقود عليه

إن العلم بجنس المعقود عليه في العقود المعاصرة من الأساسيات لانعقاد العقد؛ لأن عدم المعرفة به يعد أحد الأسباب للوقوع في الجهالة، لذا لا تصح التسمية في شيء من العقود مع جهالة الجنس، لأن من شروط العقود معرفة البديلين وتعيينهما، فإذا كان أحد البديلين مجهولاً لم يصح العقد، فجهالة الجنس تمنع انعقاد العقد.

إذ يقصد بجنس المعقود عليه "كل ضرب من الشيء والناس والطير وحدود النحو والعروض والأشياء ويجمع على أجناس"<sup>(1)</sup>. ويراد به كذلك "الضرب من الشيء وهو أعم من النوع"<sup>(2)</sup>. وقد يراد به "اللفظ الدال على القدر الذي يشترك فيه أفراد الحقيقة، إي الدال على الحقيقة النوعية لا الجنس باصطلاح المناطقة"<sup>(3)</sup>.

ومن الأمثلة على جهالة الجنس إذا قال البائع أبيعك هذه الذّابة أو السيارة بألف ولم يعين نوع النقد وفي البلدة نقود مختلفة يتعامل بها الناس، فالعقد باطل غير صحيح؛ لأنّ الألف مجهولة الجنس<sup>(4)</sup>.

ومن أجل الاطلاع التام عن هذا السبب سنخصص هذا المحور من البحث لبيان موقف الفقه الإسلامي والقانون من عدم العلم بجنس المعقود عليه وكالاتي:

## 1- موقف الفقه الإسلامي من عدم العلم بجنس المعقود عليه

أن جهالة الجنس لا تخلو ما إذ كانت في المعقود عليه وهو المبيع والمشتري، أو في المعقود به وهو الثمن، فقد اشترط الإمامية ذكر جنس المعقود عليه في العقد، فلو اخل المتعاقدان عن ذكره بطل العقد<sup>(5)</sup>؛ لأن الجهالة بجنس المعقود عليه إذا كانت مؤدية إلى الغرر في البيع فهو باطل<sup>(6)</sup>.

(1) د. عبد الحميد هندراوي، كتاب العين، تصنيف الخليل بن احمد الفراهيدي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 2003، ص267.

(2) محمد ابن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط1، المطبعة الكلية، مصر، 1329هـ، ص48.

(3) محمد رضا المظفر، شرح كتاب المكاسب للشيخ الانصاري البيوع والخيارات، اعداد وتحقيق جعفر الكوثراني العاملي، مج 3، ط1، مؤسسة بحر العلوم الخيرية، العراق-النجف، 2016، ص379.

(4) محمد صدقي ال بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، القسم الثالث حرف الجيم والحاء والحاء، ط1، دار ابن حزم ، لبنان-بيروت، 2000، ص36-39 و ص851.

(5) حسن بن يوسف بن مطهر اسدى الملقب بالعلامة الحلي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، ج1، ط القديمة، مؤسسة ال البيت عليهم السلام، ايران-مشهد، دون ذكر السنة، ص167.

(6) باقر الايرواني، الفقه الاستدلالي، مصدر سابق، ص258.

فالأمامية يرون انه لابد من بيان جنس المعقود عليه ذكرا ينتفي معه الغرر ولا يصدق عليه الأقدام على المخاطرة فلا بد من العلم المسبق بجنس العين محل التصرف<sup>(1)</sup>.

أما الحنفية فيرون"ان الشرائط التي يحتاج إلى ذكرها في المعقود عليه سبعة، أعلام الجنس وأعلام النوع وأعلام القدر وأعلام الصفة وأعلام الأجل وأعلام المكان الذي يوفيه فيه، واعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد؛ لان ترك إعلامه يفضي إلى المنازعة التي تمنع البائع عن التسليم والتسلم، فدل ذلك عن أن كل جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم فيجب ازالتها بالاعلام، وجهالة الجنس تفضي إلى ذلك"<sup>(2)</sup>؛ لأنه إذا اشترى ثوبين على انهما هرويان كل واحد منهما بثمن مسمى فوجد احدهما مرويا<sup>(3)</sup> فالعقد كله فاسد، فاذا كان في الموضوع الذي كان أحد الثوبين بخلاف جنس ما سمي يفسد العقد كله ففي الموضوع الذي لم يجد احد ما سمي أصلا أولى أن يفسد العقد كله؛ لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس، لأنه عدم الجنس الذي سمي وقد تعلق العقد به<sup>(4)</sup>.

أما بخصوص حكم جهالة الجنس عند المالكية فعندهم"ان الغرر الممنوع على عشرة انواع النوع الاول تعذر التسليم كالجمل الشارد ومنه بيع الجنين في البطن دون بيع امه وكذلك استثنائه في بطن امه وكذلك بيع ما لم يخلق كبيع حبل حبله وهو نتاج ما تنتج الناقة وبيع المضامين وهي ما في ظهور الفحول، اما النوع الثاني فهو الجهل بجنس الثمن أو المثلون، كقوله بعثك ما في كمي، وان مجهول الجنس عندهم فاسد؛ لانه من البيوع الفاسدة، والفساد في البيع يكون من حمسة اوجه وهي ما يرجع الى المتعاقدين وما يرجع الى الثمن والى المثلون وما يرجع إلى الغرر وما يرجع إلى الربا"<sup>(5)</sup>.

أما حكم جهالة الجنس عند الشافعية فهم لا يجوزوها إذ بينوا"ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها، فان بيع ما لا يعرف جنسه غرر كبير، فان علم الجنس والنوع بان قال:بعثك الثوب

- 
- (1) محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق، ج3، انتشارات قدس محمدي، ايران-قم، 1979، ص128 و ص 129.
  - (2) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ج12، بدون ذكر سنة النشر، ص124.
  - (3) ويقصد بمصطلح(هروي) انه منسوب الى هراة بلد بخراسان وقرية بفارس والنسبة هروي محرركة، وقد قيل: ثوب هروي بالتحريك ومروي بالسكون منسوب إلى هراة ومرو، وهما قريتان معروفتان بخراسان، وعن خواهر زاده هما على شط الفرات ينظر ابي جعفر الطوسي، اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشي، تصحيح وتعليق: مير داماد الاسترآبادي، تحقيق: مهدي الرجائي، ج2، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث ، ايران-قم، دون ذكر السنة، ص523.
  - (4) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، كتاب المبسوط، ج13، مطبعة السعادة، مصدر سابق، ص2 و ص3.
  - (5) أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص169 و ص170.

المروي الذي في كمي ففيه قولان، قول في القديم والصرف: يصح ويثبت له الخيار اذا رآها<sup>(1)</sup>، وقول في الجديد: لا يصح ، لذا إذا لم يكن جنس المبيع معلوماً للمشتري فالعقد باطل<sup>(2)</sup>، وعززوا ذلك بأنه في حال لم يذكر الجنس كأن يقول: ثوب أو عبد امتنع أجمعاً أي أن السلعة لم يسميها<sup>(3)</sup>.

أما الزيدية فعندهم "أن الشروط المتعلقة بالمال خمسة منها ان يكون البيع والشراء في حالين معلومين، أي المبيع والتمن، ففي المبيع لا بد ان يكون معلوم الجنس والقدر جملة كبيع الجراف، او تفصيلاً بان يذكر مقداره كيلا او وزنا او عددا للبائع والمشتري فان جهلاه او البائع كان فاسداً، وان جهله المشتري وحده صح وله الخيار عند العلم"<sup>(4)</sup>.

ومما تقدم يتضح أن الأمامية والحنفية والمالكية والشافعية قد حسموا أمر جهالة الجنس في المعقود عليه، فبينوا انها جهالة فاحشة مما يستوجب بطلان العقد عند الأمامية والشافعية والزيدية، وفساده عند الحنفية والمالكية، لأن الجهالة الفاحشة لا تتفق مع مقاصد الشريعة في استقرار المعاملات وحفظ المصالح، وإيتاء كل ذي حقه الذي رسمه الشرع للعقود وتجعله من باب العبث، والعقود ما شرعت عبثاً وإنما لتحقيق النفع للمتعاقدين، وأن عدم تكافؤ البديلين متحقق لوجود جهالة جنس المبيع، مما يؤثر على التوازن بين أطراف العقد خاصة ففي الغالب يكون المشتري أضعف من البائع لحاجة الأول أكثر من الثاني.

## 2- موقف القوانين من عدم العلم بجنس المعقود عليه

أن الجهل بجنس المعقود عليه يهدد استقرار العقود التي يسعى المشرعون إلى وضع الأطر العامة والجزئية لتحقيقها، لذا فان عدم العلم بجنس المعقود عليه سبباً رئيسياً في نهوض الجهالة، لذا سنبين موقف القوانين منها وبحسب الآتي :

### أ- موقف القانون المدني العراقي

بين القانون المدني العراقي في المادة(128)"1-يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان

(1) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج2، مصدر سابق، ص14.  
(2) الامام أبو زكريا محيي بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب للشيرازي، ج9، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، ص348.  
(3) شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس المصري المالكي، الفروق للامام القرافي وبحاشيته ادرار الشروق على انواع الفروق للامام ابن الشاط، تحقيق وتعليق: عمر حسن القيام، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان-بيروت، 2003، ص403.  
(4) العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الاثمة الاطهار، ج2، دار الحكمة اليمانية، اليمن، 1414هـ، ص313.

الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف"<sup>(1)</sup>.

أن ما يمكن ملاحظته على نص المادة

1- أن المشرع العراقي الزم بذكر جنس المعقود عليه؛ لأن عدم تعيين جنس المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة يؤثر في صحة انعقاد العقد؛ لأن العقد غير مستجمع لشروط الصحة، مما يترتب عليه عدم صحة الالتزام بالتعويض<sup>(2)</sup>.

2- يلاحظ انه قد جاء بصياغة تتقارب جداً مع المادة(190) من القانون المدني اليمني وان كان الأخير أكثر تفصيلاً في بيان المعقود عليه، إلا انهما قد أشارا بشكل واضح وصريح إلى وجوب تعيين جنس المعقود عليه.

#### ب- موقف القوانين المقارنة

ان العلم بجنس المعقود عليه امر اساسي، فان عدم العلم به يعد سبباً راجحاً في تحقق جهالة المعقود عليه، لذا سنبين في هذه المفصلية موقف القانون المدني المصري واليمني من ذلك كالاتي:

#### - موقف القانون المدني المصري

نصت المادة(133) "1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. 2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره..."<sup>(3)</sup>.

ويتضح من النص المتقدم أنه:

- 1- ان القانون المدني المصري اشترط أن يكون المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعيين.
- 2- أن ما يمكن ملاحظته على المادة(133) من القانون المدني المصري لم تذكر جنس المعقود عليه صراحة، وإنما أكتفت بذكر النوع والمقدار، فإن ذكر النوع لازم لمعرفة الجنس فيكفي في القيمي المعين بالذات الوصف الكافي المانع من الجهالة، وأن كان مثلياً إي من الأشياء التي يقوم بعضها مقام

(1) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

(2) د.فتحي علي فتحي و عامر مصطفى احمد، التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد "دراسة تحليلية"، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، مج19، ع 68، 2018، ص80

(3) القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948 وتعديلاته.

البعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن فلا بد من العلم بجنسه ونوعه ومقداره<sup>(1)</sup>.

3- أن بيان جنس المعقود عليه والإحاطة به يمكن استنتاجه ضمناً من نص هذه المادة؛ لأنه لا يمكن أن يكون المعقود عليه معلوماً ما لم يبين جنسه بوصفه أو بالإشارة إليه.

4- على حد القول أن معرفة الذات الذي هو أعم أو النوع تغني عن معرفة الجنس، وإذا لم يعين ذات المعقود عليه وجب تعيين جنسه ونوعه ومقداره، فيترتب على ذلك إذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة فمثلاً إذا باع الشخص أرضاً وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها، وأما إذا كان غير معين بالذات وجب ان يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره<sup>(2)</sup>.

#### - موقف القانون المدني اليمني

بين في المادة(190)"يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"<sup>(3)</sup>.

يتبين من نص المادة(190) ان المشرع اليمني:

1- إشارة صراحة إلى الزام أن يكون المعقود عليه معيناً بجنسه حال العقد وذلك، لان عدم الشروع بتعيينه يكون مدعاة للنزاع بين المتعاقدين نتيجة تحقق وجود الجهالة.

2- لم يقتصر بذكر تعيين جنس المعقود عليه في المادة(190) فقط، وإنما اشار اليه في المادة(473)فبين وجوب ذكر جنس المعقود عليه في باب عقد البيع إذ نصت"يلزم تعيين المبيع حال العقد بذاته أو بذكر جنسه ووصفه أو بالإشارة إليه مع بيان مكانه"<sup>(4)</sup>. وأيضاً في نص المادة(477)"يصح البيع لما يراه المشتري حال العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الإشارة إلى المبيع او مكانه.....".

3- بينت المادة(187) من المذكرة الايضاحية للقانون المدني اليمني توضيح شرط تعيين المعقود عليه "تبين كيفية تعيين المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة بالإشارة إليه وهذا أقوى دلالة أو إلى مكانه أو

(1) د.أنور سلطان، العقود المسماة-شرح عقدي البيع والمقايضة"دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، لبنان-بيروت، 1980، ص102 و ص103.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام، دار التراث العربي، لبنان-بيروت، بدون ذكر السنة، ص388.

(3) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

(4) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

باسمه أو بصفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أن كان ثابتاً ونحو ذلك مما ينفي الجهالة ويقطع الخلاف ولا يكفي بذكر الجنس أو الصنف لأن؛ ذلك يشمل افراداً كثيرة لا بد من وصف يتميز به المعقود عليه عن سائر أفراد جنسه أو نوعه إلا ما استثنى فالكفالة مثلاً تقبل الجهالة فيصح ان تقول كفلتك في اي دين تشاء.

صفوة القول أن جهالة الجنس تعدّ مؤثرة وتفضي إلى بطلان العقد أو فسادة؛ لأن ذكر جنس المعقود عليه يكون معتبر ومراده للعاقده، إذ أن العاقده يهمل أن يكون المبيع متعيناً له في جنسه الذي يريده وان تحديد جنس المعقود عليه بالغ في الأهمية، بحيث انه لا يلغي أهمية العلم به وبخاصة إذا علمنا أن بعض الاجناس تتفاوت وقد تكون غير مرغوبة مما ينقص قيمة المبيع نقصاً بيناً، فان اشتراط العلم بجنس المعقود أمر ضروري لنفي الجهالة وقطع النزاع والأكثر مناسبة مع غايات العقد منها مقصد استقرار العقود ووقوعها صحيحة ولازمة، فأن ما يمكن ملاحظته هو اتفاق نصوص القوانين المدنية للمشرع المصري واليمني والعراقي على تعيين الجنس المعقود عليه مع الفقه الإسلامي، وإن القانون المدني العراقي واليمني اشترطا ذكره صراحة وكانا أكثر انسجاماً واقرب نظراً وصراحة مع الفقه الإسلامي بشأن وجوب ذكر جنس المعقود عليه، وذلك تلافياً للجهالة الفاحشة وعدم ترتب الأثر على العقد فيكون العقد بحكم عدم جهالة جنس المعقود عليه.

## الفرع الثاني

### عدم العلم بنوع المعقود عليه وصفته

أن من أهم الأمور التي يتفق عليها المتعاقدان تحديد نوع وصفة المعقود عليه، إلا انه قد لا يتحقق، فيكون عدم تحديدهما والعلم بهما سبباً لنشوء الجهالة في المعقود عليه وللإستزادة حول هذين السببين سنخصص هذا الفرع لبيان ما يأتي:

#### اولاً- عدم العلم بنوع المعقود عليه

أن جهالة النوع تؤثر في انعقاد العقد كجهالة الجنس، لما فيها من جهالة كثيرة، فلو قال: شخص لآخر بعثك ثوباً بمبلغ كذا من غير أن يبين نوعه فتتحقق الجهالة<sup>(1)</sup>. وهذا النوع من الجهالة ألحقه بعض الفقهاء بجهالة الجنس، وبعضهم الآخر أدخله في الوصف مما أوجد هذا عندهم أختلافاً في تحديد النوع، ويدل على ذلك ان الثياب أجناس أي الهروي والاسكندري والمروي والكتان، فيتبين أن الهروي جنس

(1) د. الصديق محمد الأمين الضيرير، مصدر سابق، ص19.

والاسكندري جنس وهكذا، بينما يرى آخر أن هذه أنواع والجنس أعم منها وهو الثوب ويدل على ذلك ان المعين المعلوم جنسه وقدره المجهول نوعه أو صفته، كقوله بعتك الثوب الذي في كمي<sup>(1)</sup>.

وتأسيساً على ذلك ان المقصود بالنوع هو "الصنف من كل شيء" أو هو "وحدة تصنيفية اقل من الجنس يتمثل في أفرادها نموذج مشترك محدد ثابت"<sup>(2)</sup>. أو هي "مجموعة الخصائص التي تميز منتجاً عن غيره من منتجات من الجنس نفسه تسمح بتمييزها عنه"<sup>(3)</sup>.

وتعريجاً على ما تقدم سنبيين في هذه الفقرة البحثية موقف الفقه الإسلامي والقانون من عدم العلم بنوع المعقود عليه وكالاتي:

### 1- موقف الفقه الإسلامي من عدم العلم بنوع المعقود عليه

للفقه الإسلامي آراء عدة بشأن جهالة النوع في المعقود عليه، إذ أن بعضهم يذكرون اشتراط النوع صراحة في المعقود عليه، بينما آخرون يفهم اشتراطهم لذكر النوع في المعقود عليه ضمناً عند كلامهم عن شروط المعقود عليه وتمخضت هذه الآراء بالآتي:

رأي الأمامية إذ اشترطوا بيان نوع المعقود عليه ذكراً صريحاً نافياً للجهالة ولا يشكل خطراً على المعاملات، حيث ذكروا أن معرفة الشيء بنوعه أو صنفه فقط لا يرفع الغرر فلا يصح أن يشتري فرساً أو ثوباً في الذمة دون أن يذكر الوصف الذي تختلف بسببه القيمة والرغبات، وكذا لا يصح أن تشتري فرس زيد الموجود في غير مجلس العقد دون أن تراه، ويصح أن تشتريه وهو غائب عنك اعتماداً على وصف صاحبه بصفات تتفاوت معها الرغبات كالسن والهزل والسمن وانه أصيل وما إلى ذلك مما ينتفي معه الجهالة<sup>(4)</sup>.

أما الحنفية<sup>(5)</sup> فعندهم ان العلم بالمبيع لا يحصل إلا بالإشارة إليه، لأن التعيين لا يحصل الا بها، الا اذا كان ديناً كالمسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية، والعلم بالثمن لا يحصل إلا بالتسمية، والإشارة إليه عندهم مجاز عن تسمية جنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره، ولا يقتصر العلم عند هذا الحد وإنما

(1) عمر الفلاح الشقراء، مصدر سابق، ص19.

(2) د.ابراهيم مذكور وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر-القاهرة، 2004، ص964.

(3) د.فاروق ابراهيم جاسم ود.امل كاظم سعود، الوجيز في شرح احكام قانون حماية المستهلك رقم(1) لسنة 2010، دار السنهوري، لبنان-بيروت، 2016، ص63.

(4) محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام، ج3، مصدر سابق، ص129.

(5) وبخصوص جهالة المهر فهو عندهم اما أن يكون مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة، وأما أن يكون معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة، فإن كان مجهولاً كالحيوان والدابة والثوب والدار بأن تزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين لم تصح التسمية وللمرأة مهر مثلها بالغاً ما بلغ، فهي جهالة فاحشة؛ لان الحيوان اسم جنس تحته أنواع مختلفة



يجب العلم بالثمن فلو قال: بعتك هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد<sup>(1)</sup>.

في حين ذهب المالكية في الراجح إلى عدم صحة بيع مجهول النوع، لان التجارة يكون فيها خفة ومشقة باعتبار الأنواع المتجر فيها إي فلا يبيع إلا اذا غلت السلع<sup>(2)</sup>، فقد أوجبوا ذكر النوع وقدر الثمن؛ لأنه ما يمكن شراؤه والشراء به يكثر، فتزداد فيه الجهالة، فاذا ذكر النوع وقدر الثمن صح لانتفاء الجهالة واقتصر القاضي على ذكر النوع لأنه اذا ذكر نوعاً فقد أذن أعلاه ثمناً فتقل الجهالة<sup>(3)</sup>. فإن قال: بعتك هذا البغل، فبان فرساً، للجهل بالمبيع، ويستند هذا الفريق إلى أن جهالة النوع تتضمن الغرر فنهى عنه وذلك لنهي رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر، فجهالة النوع فاحشة؛ لأن ذكر الجنس للمعقود عليه لا يغني من ذكر النوع، لأن الجهالة تمنع صلاحية الشيء من أن يكون محلاً للعقد بسبب صعوبة تعيينه أو كونه متردد بين حالين يتحقق في احدهما تعيينه وفي الأخرى لا يتحقق، فان وجود جهالة النوع في المعقود عليه تفضي إلى النزاع بحيث لا يمكن الاتفاق ولأن المعقود عليه اذا احتمل حالين ولم يستيقن بأحدهما عند العقد كان ذلك قماراً أو ميسراً<sup>(4)</sup>.

ويرى الشافعية ضرورة ذكر نوع المبيع والثمن فلا يجوز عندهم بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها أو نوعها<sup>(5)</sup> ولا تصح لديهم الوكالة؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء يعد بنفس البيع والشراء، فلا تصح إلا ببيان وصف المعقود عليه، فيعني اشتراط بيان الوصف إذ لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع؛ لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً، وبذكر النوع تقل الجهالة، فمثلاً القول بشراء عبد أو جارية بشكل

وتحت كل نوع أشخاص مختلفة ينظر الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1989، ص282. اما بخصوص الجهالة في الوكالة فعد رأي من الحنفية أن جهالة النوع جهالة يسيرة، كالتوكيل بشراء حمار فأنها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن؛ لان التفاوت بين النوع والنوع يسير ومغتر ينظر محمد علاء الدين افندي، حاشية قرّة عيون الأختيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، ج7، طبعة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص724.

(1) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، مطبعة الجمالية، مصر، 1328هـ، ص165.

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، تحقيق: محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار احياء الكتب العربية، مصر-القاهرة، بدون ذكر السنة، ص15.

(3) ابي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، التنبيهات المستنبطة على كتاب المدونة والمختلطة، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص281.

(4) محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص258.

(5) أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق د.محمد مطرحي، ج9، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان-بيروت، 2005، ص274.

مطلق لا يصح؛ لأنه لفظ عبد أو لفظ جارية يشمل أنواعاً فإذا بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي فيصح لانتفاء الجهالة<sup>(1)</sup>.

بينما الزيدية فعندهم ان قال:بعثك هذا العبد على انه حبشي فاذا هو زنجي فسد العقد، حيث جهل البائع؛ لأنه لم يقصد بيعه لا ان علم فيصح ويخير المشتري<sup>(2)</sup>.

نستنتج مما تقدم إن جهالة نوع المعقود عليه من قبيل الجهالة الفاحشة المؤثرة في العقد، وإن ثبت الخيار للمشتري؛ لأن الخيار وإن كان يرفع الغرر عن المشتري بإثبات الخيار له، فكيف يمكن رفع الضرر عن البائع المتمثل في عود مبيعه إليه، وان جهالة النوع لا ترتفع بخيار الرؤية؛ لأنه لم يشرع لرفع الجهالة الفاحشة، وإنما يجب رفع الجهالة الفاحشة ابتداء ليصح العقد، عن طريق العلم بجنس ونوع المعقود عليه أو الإشارة إليه وما إلى ذلك، ثم يثبت خيار الرؤية بعد صحة العقد لرفع الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحته، وإن عدم اشتراط العلم بنوع المبيع يؤدي إلى الإضرار بمبدأ استقرار العقود.

## 2-موقف القوانين من عدم العلم بنوع المعقود عليه

لقد تنوعت أسباب جهالة المعقود عليه، ومن بين هذه الأسباب عدم العلم بنوع المعقود عليه، إذ تؤثر في انعقاد العقد، ومن اجل الإحاطة القانونية بهذا السبب سنعدد هذا المحور لبيان موقف المشرع العراقي والمصري واليميني منه وكالاتي:

### أ- موقف القانون المدني العراقي

نصت المادة(128)"1-يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف"<sup>(3)</sup>.

1- أن ما يمكن ملاحظته على المشرع العراقي انه لم يبين في المادة(128)بضرورة ذكر النوع في المعقود عليه من قبل المتعاقدين، وهذه مثلبة تؤخذ على المشرع العراقي، لان ذكر النوع يعمل على تفادي حدوث النزاع بينهم الناتج عن الجهالة المؤثرة في صحة العقد.

2- ان المشرع العراقي الزم تعيين المعقود عليه ولم يذكر العلم به.

(1) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، تحقيق: ايمن صالح شعبان، ج9، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 2000، ص236 و ص237.

(2) العلامة ابو الحسن عبد الله بن ابي القاسم بن مفتاح، المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الازهار، ج5، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1440هـ، ص401-ص402.

(3) القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951.

**ب- موقف القوانين المقارنة**

بعد بيان موقف القانون المدني العراقي، سنبيين في هذه الفقرة موقف القانون المدني المصري واليمني من عدم العلم بنوع المعقود عليه وكالاتي:

**- موقف القانون المدني المصري**

أوضحت المادة(133) من القانون المدني المصري"1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً.2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره"<sup>(1)</sup>.

**أبرز ما يمكن تسجيله على هذه المادة:**

- 1- أن المشرع قد ذكر صراحة أن يكون المعقود عليه معيناً بنوعه إذ لم يكن معيناً بذاته.
- 2- بين حكم العقد الذي لم يعين فيه نوع المعقود عليه وهو البطلان للجهالة الحاصلة فيه.
- 3- وإذا كان المعقود عليه غير معين بالذات، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، كأن يقول مائة طن من القمح البرازيلي، فيشترط في المعقود عليه أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحنطة سقية وسط أو تمر فارسي جيد فيكون هنالك تفاوت يسير يمكن للمتعاقدين تجاوزه؛ لأنه عدم تعيين نوع المعقود عليه وصفته أو جنسه يعد جهالة فاحشة تفضي للمنازعة<sup>(2)</sup>.
- 4- ويفهم من صياغة هذه المادة يمكن الاستغناء عن ذكر ذات المعقود عليه عن طريق ذكر نوع المعقود عليه إذا كان في العقد ما يستطاع به تعيين مقداره.

**- موقف القانون المدني اليمني**

فقد بين في المادة(190)" يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"<sup>(3)</sup>. ونصت المادة(191)". يكفي أن يكون محل العقد معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا اختلف الطرفان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من إي ظرف آخر لابس التعاقد وقع العقد على شيء متوسط الجودة من ذلك الصنف"<sup>(4)</sup>.

(1) القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 المعدل.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، مصدر سابق، ص25.

(3) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة2002.

(4) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة2002.

ان ما يمكن ملاحظته على نص المادتين:

- 1- أن المشرع اليمني قد بين صراحة بضرورة ذكر النوع في المعقود عليه فقد أشار في المادة(190) بلزوم أن يكون المعقود عليه معين تعيين نافى للجهالة المؤثرة أي الجهالة الفاحشة والمتوسطة أن كانت تتضمن على فحش.
  - 2- وبين انه يتم التعيين عن طريق بيان النوع كأحد طرق التعيين للمعقود عليه من بين الطرق العديدة التي حددها.
  - 3- بينت المادة(191)منه على الكفاية بذكر النوع للمعقود عليه أن كان العقد يتضمن ما يستطاع به تعيين مقداره، كون ذكر صنف المعقود عليه معلق عليه صحة العقد.
  - 4- وقد عالجت المادة(188)من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني حكم تعيين الشيء بنوعه فقط، إذا كان في العقد ما يبين مقداره كأن تقول مائة قدح من البر البلدي وتستدرك المادة بالنسبة لجودة التعاقد عليه فتحيل على الاتفاق أو العرف فأن أختلفا فعلى شيء متوسط الجودة قطعاً للخلاف وهو أقرب لتحقيق التوازن والعدالة بين الطرفين حتى لا تبطل العقود لشيء يمكن تداركه.
- نلاحظ على ما تقدم ذكره انسجام القسم الأعظم بين آراء الفقه الإسلامي والقانونيين المدني المصري واليمني في ضرورة ذكر النوع في المعقود عليه لما يترتب على أغفال ذكره من قيام نزاع بين المتعاقدين وعرقلة سير حياة العقد للجهالة التي اعترت العقد، أما بخصوص موقف القانون المدني العراقي فلم نلاحظ عليه إي إشارة إلى ذكر نوع المعقود عليه وهذا يترتب عليه بجهل في المعقود عليه مما يترتب على ذلك إثارة النزاع بين المتعاقدين وعدم القدرة على التسليم والتسلم، مما يعني انه يميل إلى عدم اشتراط ذكر نوع المعقود عليه وهذا يتفق مع اتجاه الحنفية.

#### ثانياً- عدم العلم بصفة المعقود عليه

يعد عدم العلم بصفة المعقود عليه احد أسباب الجهالة، إذ يقصد بصفات المعقود عليه هي التي تعرف ولا تدرك أي ما قام به الشيء كالبياض والسواد، وكذلك البيانات والخواص والأشكال والألوان، إي هي ما يتميز به عن غيره وتكون جزءاً منه، فالصفات هي الخصائص والسمات التي تتعلق بموصوفاتها من الأعيان وتجعلها محلاً للطلب بالنظر لهذه الخصائص والسمات، فهي التي تنشئ الباعث والدافع للمتعاقدين لاقتناء موصوفاتها ولو تجردت الأشياء من هذه الصفات لما أقدم الأفراد على شرائها وهذا الأمر ينطبق على كل الأعيان إذ تبعث الرغبات إليها بالنظر إلى صفاتها وحالاتها لا بالنظر إلى ذاتها. سنبين في هذه الفقرة البحثية عدم العلم بصفة المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون كسبب مستقل للجهالة وكالاتي:

## 1- موقف الفقه الاسلامي من عدم العلم بصفة المعقود عليه

الأصل المقرر عند الفقهاء أن يكون المبيع معلوماً للمتعاقدين لقطع النزاع والخلاف بينهما، وأن للعلم بالمبيع طرق منها الوصف فإذا اختل هذا الشرط بغير ذكر الصفة فهل يصح البيع أو لا؟

أن فقهاء الأمامية متفقون على أن جهالة الصفة في المعقود عليه تكون بمعنى الغرر، فقد بينوا اخذ الجهالة في معنى الغرر سواء أتعلق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله في يد من انتقل اليه ام بصفاته كما وكيفا وربما يقال أن المنساق من الغرر المنهي عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع<sup>(1)</sup>، وان خيار الرؤية يثبت لديهم في بيع العين الغائبة، ويشترط في صحة البيع الموصوف ذكر أوصاف المبيع التي ترتفع بها الجهالة الموجبة للغرر<sup>(2)</sup>، ففوات الصفة في المبيع تعد فوات حق للمشتري الذي ثبت له بسببه الخيار دعاً للضرر فالرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة في المرئي فكل ما فات منها فهو بمثابة التخلف في الشرط، فاذا وقع البيع على أن العين سميئة فبانة مهزولة فان حق المشتري لم يصل إليه وهذا مدعاة للخيار<sup>(3)</sup>. فلو اخل بذكر الوصف الراجع للجهالة مع عدم المشاهدة بطل البيع وإن كان المبيع معين، ولو باع المشاهد وجب رؤية كل ما هو مقصود بالبيع ولو شاهد بعضها ووصف له الباقي صحّ و تخير مع عدم المطابقة و لو نسج بعض الثوب و باعه على أن ينسج الباقي و يدفعه بطل العقد<sup>(4)</sup>. ولا يجوز بيع الدابة على أنها تحمل، لأنه مما لا يعلم، فإن باع كذلك فوافق كان البيع ماضياً ولا خيار للمشتري، وإن لم تحمل كان مخيراً بين الإمضاء والفسخ، والحق بطلان البيع في الموضعين؛ لأن الجهالة إذا تطرقت إلى الصفة المشترطة في البيع تطرق الجهل إلى البيع فلا يصح، سواء وافق الشرط أو لا<sup>(5)</sup>.

أما الحنفية فقد اعتبروا العلم بأوصاف المبيع والتمن ليس شرط صحة ولا يمنع من الصحة، الا انه شرط لزوم، فيصح عندهم ما لم يره المشتري لكنه غير ملزم<sup>(6)</sup>. وبينوا ذلك "أما العلم بأوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات، والجهل بها هل هو مانع من الصحة؟ إذ قالوا: ليس

(1) مرتضى الانصاري، المكاسب للانصاري، ج1، ط1، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1995، ص492.

(2) مرتضى الانصاري، المكاسب للانصاري ج2، المصدر نفسه، ص94 و ص93.

(3) مرتضى الانصاري، المكاسب للانصاري، ج1، المصدر نفسه، ص531 و ص528.

(4) حسن بن يوسف بن مطهر اسدي الملقب بالعلامة الحلبي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، ج1، مصدر سابق، ص167.

(5) أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي " العلامة الحلبي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، مصدر سابق، ص242.

(6) بدائع الصنائع، ج4، ص365-367.

بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط للزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم<sup>(1)</sup>.

"وجهالة الوصف تقضي إلى المنازعة أيضاً؛ لأن الغائب عن المجلس إذا حضره البائع فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة، بسبب عدم الرؤية ولأن عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع ونهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع فيه غرر وبيان تمكن الغرر إن الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه أحدها: في أصل المعقود عليه، والثاني: في وصفه لأن دليل الوجود اذا كان غائباً هو الخبر، والخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم...والغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد"<sup>(2)</sup>.

فأذا لم يكن المبيع مشاراً إليه فلا بد من بيان وصفه، لا بد في المبيع والتمن غير مشار إليهما من معرفة القدر والوصف، إلا أن هنالك رأي يرى أن جهالة قدر المبيع الذي سمي جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشاراً إليه أو لا؛ لأن المشار إليه علم بالإشارة والغائب يثبت فيه خيار الرؤية فانفتحت الجهالة المانعة من الصحة فلم يحتاج إلى بيان قدره ولا بيان وصفه لصحة البيع، ويرد عليه أن خيار الرؤية قد يبطل قبلها بنحو بيع ورهن، وقد يسقط برؤية بعض مكيل وموزون فتبقى الجهالة على حالها فعلم أنه لا بد من ذكر ما ينفي الجهالة حتى يصح البيع، ثم بعد صحته يثبت خيار الرؤية؛ لأنه في الأول انتفت الجهالة الفاحشة وبقي نوع جهالة تندفع بالرؤية<sup>(3)</sup>.

أما المالكية فعندهم "التمن أحد العوضين، فيشترط نفي الغرر والجهالة عنه كالآخر والمراد بالآخر هو المبيع الذي هو أحد العوضين، والمعنى أنه يشترط في التمّن والمبيع نفي الغرر ونفي الجهالة عن كل واحد منهما كما تقدم في بيع المزابنة، قال ابن جزي في الممنوعات من بيوع الغرر، النوع الثاني الجهل بجنس التمّن أو المبيع، كقوله بعنك ما في كمي فإنه لا يجوز، النوع الثالث الجهل بصفة أحدهما كقوله: بعنك ثوباً من منزلي، أو بيع شيء من غير تقليب ولا وصف فلا يجوز"<sup>(4)</sup>.

أما الشافعية اشترطوا لصحة البيع ذكر جميع الصفات المسلم فيها وذكر جميع الصفات المقصودة، وبيّنوا أن التمّن كأحد أجزاء المعقود عليه لا بد من ذكر صفته، لأنه عوض في المبيع فلم

(1) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مطبعة الجمالية، مصدر سابق، ص163.

(2) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، مطبعة الجمالية، المصدر نفسه، ص163.

(3) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج5، مصدر سابق، ص298.

(4) أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، ج2، ط2، دار الفكر، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص265.

يجيزوه مع الجهل بصفته<sup>(1)</sup>. ولا يصح في شيء من المأكول أن يسلم فيه عدداً؛ لأنه لا صفة له كصفة الحيوان وذرع الثياب والخشب، ولا يسلف إلا وزناً معلوماً أو كميلاً معلوماً، واحب الى ان لا يسلف جزاف من ذهب، ولافضه ولا طعام ولا ثياب ولاشيء ولايسلف شيء حتى يكون موصوفاً، ان كان دينارا فسكته وجودته ووزنه<sup>(2)</sup>.

لم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم فإذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا فيه ثلاثة أوجه، أولها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات المسلم فيه والثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة، والثالث أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات وهو المنصوص في الصرف لأن الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان، أحدهما لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه والثاني أن له الخيار؛ لأنه يعرف بببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار وهل يكون له الخيار على الفور أم لا؟ فيه وجهان، قال ابن أبي هريرة: هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب وقال أبو إسحاق يتقدر الخيار بالمجلس؛ لأن العقد إنما يتم بالرؤيا فيصير كأنه عقد عند الرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس، وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه وقال أبو القاسم الأنطاقي: لا يجوز في قوله الجديد؛ لأن الرؤية شرط في العقد فعد وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح والمذهب الأول لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة وإن اختلفا فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول قول المشتري؛ لأنه يؤخذ منه الثمن فلا يجوز من غير رضاه وإن كان مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير أو يجوز أن يبني ويجوز أن لا يبقى ففيه وجهان: أولها أنه لا يصح لأنه مشكوك في بقاءه على صفته والثاني يصح وهو المذهب؛ لأن الأصل بقاءه على صفته فصح بيعه قياساً على ما لا يتغير<sup>(3)</sup>.

في حين الحنابلة يرون يجب أن يكون المبيع والثمن المعين معلوماً للمتعاقدين؛ لأن عدم العلم بهما يحقق الجهالة وغرر<sup>(4)</sup>. فلا يصح السلم الا فيما ينضبط وصفاً مع ذكر ما يجب ذكره؛ لأن البيع لا يحتمل

(1) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج2، ص367 و ص378.

(2) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج3، ط2، دار الفكر، لبنان-بيروت، 2009، ص100.

(3) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، مصدر سابق، ص15.

(4) عثمان بن عبد الله بن جامع الحنبلي، الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات، تحقيق: عبد السلام بن برجس آل عبد الكريم و عبد الله بن محمد بن ناصر البشر، ج2، ط2، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر، ص663.

جهالة المعقود عليه<sup>(1)</sup>. ووجه انه بيع غرر وقد نهى رسول الله(صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر ولانه مبيع مجهول الصفة عند العاقد حال العقد فلم يصح بيعه كما لو أسلم في شئ ولم يصفه<sup>(2)</sup>.

اما الزيدية فان المبيع يتعين فلا يصح معدوماً لنهي الرسول(صل الله عليه واله وسلم) عن بيع ما ليس عنده، الا في السلم لترخيصه ولضبطه في الوصف<sup>(3)</sup>، فان ذكر الصفة لا يشترطها فيصح بيع غائب ذكر جنسه وللمشتري لا البائع مالم يره الخيار عقيب الرؤية المميزة<sup>(4)</sup>.

عن خلال ما تقدم أن الفقهاء مختلفون في اشتراط ذكر صفة المعقود عليه لصحة البيع وأكثرهم بين على لزوم اشتراطها كالأمامية والشافعية والمالكية والحنابلة في الراجح، أما الحنفية يرون أن المعقود عليه المشار إليه مبيعا كان أو ثمناً لا يحتاج إلى معرفة وصفه، أما المعقود عليه غير المشار إليه فقد اختلف فقهاء الحنفية في اشتراط وصفه بين هو شرط لصحة البيع وبين انه ليس بشرط؛ لأن جهالة وصف المبيع لا تفضي للمنازعة لأن خيار الرؤية ثابت للمشتري فله أن يرد المبيع إذا لم يوافق ولم يقبل مشروطا الوصف هذا التعليل؛ لأن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع الجهالة اليسيرة لا لرفع الجهالة الفاحشة الناتجة عن عدم الوصف، فلا يصح بيع مجهول الصفة لذ لا بد من ذكر جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة الناشئة عن الجهالة؛ لأن بيع مجهول الصفة باطل.

## 2- موقف القوانين من عدم العلم بصفة المعقود عليه

إن وصف المعقود عليه وصفاً دقيقاً منضبطاً تسعى إليه جميع التشريعات، للقضاء على اسباب الجهالة التي تسبب الخصومات، لذا تنافست فيما بينها في تحديد الكيفية التي يتم فيها تعيين المعقود عليه فبعضها توسع بشكل جيد حتى ذكر كل ما يساهم من تعيين كالوصف والبعض ضيق من نطاقها حتى انه لم يذكر الوصف وللاحاطة بالموضوع سنبيين ما يأتي:

(1) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج2، دار الكتاب الإسلامي، مصر-القاهرة، دون ذكر السنة، ص130.

(2) عبد الكريم بن محمد الرفاعي القرويني، فتح العزيز بشرح الوجيز الشرح الكبير، ج8، دار الفكر، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص146.

(3) الامام احمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار وبهامشه كتاب جواهر الاخبار المستخرجة من لجة البحر الزخار، مج3، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، ط1، 1444هـ، ص269.

(4) العلامة الحسن بن محمد النحوي، التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة، ط1، مركز التراث والبحوث اليمني، اليمن- صنعاء، 1427هـ، ص353.



أ- **موقف القانون المدني العراقي** بينت المادة(128)"1-يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف"<sup>(1)</sup>. أن ما يمكن تسجيله على هذه المادة في ظل هذا السبب:

- أن المشرع العراقي قد أشار إلى ذكر الوصف للمعقود عليه كأحد الأوصاف الأساسية التي تساهم في التعيين الكافي للمعقود عليه مما تساهم في عدم وقوع الجهالة المؤثرة العقد.
- ان تحديد المعقود عليه يجب ان يكون تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة، والتحديد النافي للجهالة يكون عادة تحديداً صريحاً فالأرض الزراعية تتعين بذكر مساحتها وحدودها، فان تعيين صفة المعقود عليه هي شرط من شروط الانعقاد المتعلقة بالمحل<sup>(2)</sup>.

#### ب- موقف القوانين المقارنة

بعد أن بينا موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، سنبين في هذه الفقرة موقف القوانين المقارنة من عدم العلم بصفة المعقود عليه وكالاتي:

#### 1- موقف القانون المدني المصري

بين القانون المدني المصري في المادتين(133)و(419) وجوب تعيين المبيع بوصفه أن كان معيناً بالذات وبيان جنسه ونوعه ومقداره أن كان مثلياً.

- المادة(133) جاءت في محل العقد وأركانه بشكل عام إذ نصت"1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره....2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من إي ظرف آخر التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط". فانها لم تبين ذكر صفة المعقود عليه أو أوصافه وإنما اكتفت فقط بذكر انه يجب ان يعين النوع والمقدار، وهذا مأخذ على المشرع المصري حيث انه لم يتوسع بطرق تعيين المعقود عليه وإنما أشار إلى طريقتين فقط.

- يجب أن يوصف الشيء المبيع وصفاً مانعاً من الجهالة اذا كان البيع معين بالذات، أما اذا وقع البيع على شيء غير معين بالذات وجب أن يكون الشيء معيناً بجنسه ونوعه ومقداره وإذا لم تذكر درجة

(1) القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر-الاسكندرية، 2009، ص73.

الجودة ولا يمكن استخلاصها من العرف أو ظروف التعاقد فيصح العقد ويكون الصنف من الوسط<sup>(1)</sup>.

- جاءت المادة(419) بفقرتها الأولى والثانية، لتبين محل البيع بشكل خاص"1-يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه". فيفهم منها أن المشرع المصري قد أراد التوفيق بين خيار الرؤية في الفقه الإسلامي وبين المبادئ العامة في القانون المدني والتي لا تشترط الرؤية بل تكتفي أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً، والظاهر أن الأحكام الواردة في المادة لا تشبه أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي؛ لأن خيار الرؤية يثبت في المبيع ما دام المشتري لم يراه ولو تضمن العقد وصف المبيع وصفاً كافياً بل لو وجد المشتري المبيع كما وصف له أو إذا ذكر المشتري انه عالم بالمبيع، فالبتعيين والعلم يسقط خيار الرؤية بينما في الشريعة الإسلامية لا يسقط حق الخيار، وكذلك يفسخ المشتري العقد عند الرؤية وبدون حاجة إلى التراضي أو التقاضي، بينما المشرع المصري أعطى الحق بأبطال البيع بدعوى عدم العلم المذكور في المادة(419)وهناك فرق شاسع بين الأبطال والفسخ، إذ أن الأبطال يتطلب إثبات البائع قد دلس على المشتري بانه عرض عليه عين أخرى غير العين المبيعه، فلمشتري في هذه الحالة أن يتمسك بأبطال البيع للتدليس لا للغلط، وبهذا فقد خرج المشرع المصري خيار الرؤية على نظرية الغلط، ويكون الغلط مفترضاً يكفي مجرد ادعائه من المشتري ما دام انه لم ير المبيع من قبل ولم يصف له الوصف اللازم ولم يقر انه عالم به أما إذا تحققت الرؤية أو الوصف اللازم أو الإقرار فعلى المشتري عبء إثبات الغلط<sup>(2)</sup>.

## 2- موقف القانون المدني اليمني

نصت المادة(190)"يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره إن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفى بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"<sup>(3)</sup>.

(1) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، ج1، تحديث وتنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، ط1، دار الشروق، مصر-القاهرة، 2010، ص 331-335، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية(البيع والمقايضة)، ج4، تحديث احمد مدحت المراغي، ط1، دار الشروق، مصر-القاهرة، 2010، ص188 و189.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية(البيع والمقايضة)، ج4، مصدر سابق، ص101-104.

(3) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة2002.

أن ما يمكن ملاحظته على نص المادة(190) من القانون المدني اليمني:

- 1- أنها ألزمت ببيان الوصف للمعقود عليه وإن تم ذكر جنس ونوع المعقود عليه؛ لأن ذلك لا يغني المتعاقدين من العلم الكافي والإلمام بالمعقود عليه، لتحقيق الغايات التعاقدية وذلك تجنباً للجهالة المؤثرة وتحقيق التسليم والتسلم بين المتعاقدين.
- 2- لم يقتصر المشرع اليمني بضرورة ذكر الوصف في المعقود عليه بالمادة(190) فقط، وإنما كرر ذلك في المادة(473)"يلزم تعيين المبيع حال العقد بذاته أو بذكر جنسه ووصفه أو بالإشارة إليه مع بيان مكانه". إذ إن المشرع اليمني قد ألزم وشدد على ضرورة العلم الكافي بالمعقود عليه وعدم الأغفال عن ذكر وصفه، كون المتعاقدين سيواجهون الجهالة في صفة المعقود عليه مما يثير النزاع وما يترتب عليه من آثار في عدم التسليم وكذلك التأثير في صحة العقد.
- 3- كذلك المادة(474) إذ بينت لزوم العلم الكافي بالمعقود عليه فنصت"يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً نافعاً للجهالة إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكنه من التعرف عليه"<sup>(1)</sup>.

يتضح مما سبق استعراضه من آراء الفقه الإسلامي وموقف القوانين موضع المقارنة إنها اشترطت ذكر الصفة في المعقود عليه من أجل تكوين العلم الكافي للمتعاقدين مما يحقق المصالح التعاقدية للأطراف، مما يعني أن عدم ذكره يسبب تنازع بين المتعاقدين بسبب الجهالة الفاحشة التي شابت ظروف التعاقد مما تؤدي إلى التأثير بصحة العقد، وتجدر الإشارة بالقول أن المشرع اليمني قد جاء بصياغات وافية وملمة بخصوص إلزامية ذكر الوصف للمعقود عليه إذ أنه أقترب في هذا الصدد كثيراً من الفقه الإسلامي ولا سيما في البيوع المنهي عنها في الفقه الإسلامي لوجود الغرر والجهالة فيها ونسند ذلك الرأي بالمادة(488)"بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل بدء صلاحه ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل واللبن والبيض قبل انفصالها ولا بيع عشب الفحل ولا يجوز بيع الحقوق بمفردها إلا إذا جرى العرف بخلافه" فلم نجد في القوانين موضع المقارنة أي إشارة إلى هكذا نص مادة يقرر بطلان هذه البيوع فهي غير جائزة عنده بصريح النص لما يترتب عليها من جهالة في الأوصاف الأساسية للمعقود عليه.

## المطلب الثاني

### اسباب الجهالة المتعلقة بالثمن

ان الثمن هو مبلغ من النقود يجب على المشتري دفعه للبائع لقاء نقل ملكية المبيع، فالثمن عنصر أساسي في عقد البيع وموضوع التزام المشتري ويعد ركن أساسي في المعقود عليه، فيكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة، فيلزم ان يكون معيناً ومعلوماً بشكل نافي للجهالة وأن تتجه إرادة المتعاقدين إليه.

فإن العلم وتعيين مقدار المعقود عليه وأجله من الأمور الجوهرية لدى المتعاقدين، فان عدم ذكرهما يؤدي إلى تحقق أحد أسباب الجهالة، وهو عدم العلم بمقدار المعقود عليه وأجله، ومن أجل الوقوف على هذين السببين سنعد المطلب لهذا الغرض وكالاتي:

الفرع الأول- عدم العلم بمقدار المعقود عليه.

الفرع الثاني- عدم العلم بأجل المعقود عليه.

## الفرع الأول

### عدم العلم بمقدار المعقود عليه

إن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، والعلم بمقدار الربح شرط جواز في العقود فكان العلم بمقدار المعقود عليه شرطاً، فإن الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لا فضائها إلى المنازعة<sup>(1)</sup>، وأن العلم بالجنس لا يغني عن العلم بمقدار المبيع؛ لأن جهالة المبيع هنا جهالة فاحشة تؤدي إلى المنازعة وأن علم الجنس، وأن تحديد المقدار له أهمية؛ كونه ينفي الجهالة المبطللة للعقد خاصة أن المقادير متفاوتة تفاوتاً بيناً، يؤثر تأثيراً بالغاً في بدل المبيع وهو الثمن إضافة إلى أن بيان المقدار يقطع النزاع وأكثر انسجاماً مع مقاصد الشريعة والقانون، التي تشترط العلم بالمبيع جنساً ونوعاً وصفة وقدر لأنه ينشأ عن جهالة أي واحد منهما تنازع، وحفاظاً على الوقت والجهد، لذا فان تحديد مقدار المعقود عليه أمر يقتضيه استقرار المعاملات المالية وبه يقطع وجود الجهالة المؤدية إلى النزاع<sup>(2)</sup>.

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1989، ص63.

(2) محمود جلال حمزة، بيع السلم"دراسة موازنة بين الفقه والقانون، بحث منشور في المجلة الاردنية للعلوم التطبيقية، مج11، ع1، عمان-الاردن، 2008، ص22.

أولاً- موقف الفقه الاسلامي من عدم العلم بمقدار المعقود عليه

يرى الأمامية أن الجهل بمقدار المعقود عليه يشمل الجهل بمقدار الثمن أو وزنه أو عدده، فإن حكم العقد الذي تشوبه جهالة مقدار المعقود عليه باطل؛ إذ انه لم يثمن أو يسمى الثمن، ولا يعد العلم بمقدار المنفعة فيما لا غرر مع الجهل به كما في إجارة السيارة مثلاً إلى مكة أو غيرها من البلاد المعروفة فإن المنفعة حينئذ أمر عادي متعارف، ولا بأس بالجهل بمقدارها ولا بمقدار زمان السير، وفي غير ذلك لا بد من العلم بالمقدار وهو إما بتقدير المدة مثل سكنى الدار سنة أو شهراً لمسافة مثل ركوب الدابة فرسخاً أو فرسخين، وإما بتقدير موضوعها مثل خياطة الثوب المعلوم طوله وعرضه ورقته وغلظته ولا بد من تعيين الزمان في الأولين، فإذا استأجر الدار للسكنى سنة والدابة للركوب فرسخاً من دون تعيين الزمان بطلت الإجارة، إلا أن تكون قرينة على التعيين كالإطلاق الذي هو قرينة على التعجيل<sup>(1)</sup>.

وكذلك يرون أن ضبط الكيل والوزن في المعقود عليه في باب البيع يعد من الأمور المتمسك بها، ويدللون بما ورد في صحيحة محمد بن حمران "قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترينا طعاماً فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله، فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز ان ابيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، اما انت فلا تبعه حتى تكيله" وكصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) "سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعدده، فيقال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس"، وان تقريب الاستدلال في كلتا الصحيحتين واحد يتمثل ان السائل قد ارتكز في ذهنه اشتراط معلومية المقدار للمعقود عليه وكان يسأل عن طريقة خاصة لتحديد المقدار والامام (عليه السلام) امضى ذلك الارتكاز وذلك يدل على اعتبار شرطية العلم بالعوضين<sup>(2)</sup>.

لا خلاف في أن الثمن إذا كان مجهولاً بطل البيع، إلا من ابن الجنيد فإنه قال: لو وقع على مقدار معلوم بينهما والثمن مجهول لأحدهما جاز إذا لم يكن يواجبه كان للمشتري الخيار إذا علم، وذلك كقول الرجل: بعني كراماً بغير ما بعته، فأما إن جهلاً جميعاً قدر الثمن وقت العقد لم يجز وكان البيع منفسخاً<sup>(3)</sup>.

(1) ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، ج2 المعاملات، ط28، مطبعة مهر، ايران-قم، 1410هـ، ص80 و81. فالأمامية يبينون "كل ما ينافي المشروع، أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المبيع فإنه باطل، والأقوى بطلان البيع أيضاً" ينظر الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مطهر الحلبي، قواعد الاحكام، ج2، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، ايران-قم، 1418هـ، 90.

(2) يوسف احمد الاحسائي، مصدر سابق، ص73 و74.

(3) أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسيدي " العلامة الحلبي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج5، مصدر سابق، ص244 و245.

اما الحنفية فعندهم "أن معرفة الوصف في المبيع والتمن شرط الصحة كمعرفة القدر فإنه قال: والصفة عشرة دراهم بخارية أو سمرقندية وكذا حنطة بحيرية أو صعيدية، وأقول: هذا وهم فاحش وذلك أن القدوري قال: والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن يكون معلومة القدر والصفة، فبين في (الفتح) الصفة بما قال إذ الكلام في الثمن لا فلي المبيع ولا شك أن الحنطة تصلح ثمناً إذا وصفت كما سيأتي وليس في الكلام ما يوهم ما ذكره بوجه وفي (البدائع) وأما معرفة أوصاف المبيع والتمن فقال أصحابنا: ليس شرطاً والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكن شرط للزوم فيصح بيع ما لم يره"<sup>(1)</sup>.

وكذلك ان قال بعت منك هذا القطيع على أنها مائة شاة بألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمننا على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم لان كل شاة أصل لكونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد لأنه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهي مجهولة فكان الباقي مجهولاً ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولاً وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمي له ثمناً أو لم يسم وان وجده أقل مما سمي فإن كان لم يسم لكل واحدة منها ثمناً فالبيع فاسد لان الثمن مجهول لأنه يحتاج إلى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقي مجهولاً ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة<sup>(2)</sup>.

ألا ترى انه لو اشترى مما في العدل خمسين ثوباً لا يجوز؛ لأنها تتفاوت في المالية فالمشتري يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شراء العدل وكل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد، فان وجده اقل يفسد العقد لجهالة الثمن؛ لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوباً فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدري صفة المعدوم انه كيف كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً، وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسد العقد في الموجود لجهالة الثمن<sup>(3)</sup>.

"ولا بد من معرفة قدر المبيع والتمن، ككر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة فخرج ما لو كان قدر المبيع مجهولاً أي: جهالة فاحشة فإنه لا يصح وقيدينا بالفاحشة لما قالوه: ولو باعه جميع ما في هذه القرية أو هذه الدار والمشتري لا يعلم ما فيها لا يصح لفحش الجهالة، أما لو باعه جميع ما في هذا البيت أو الصندوق أو الجوالق فإنه يصح لأن الجهالة يسيرة، إلا إذا كان لا يحتاج معه إلى التسليم والتسلم فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع كمن أقر أن في يده متاع فلان غصباً أو وديعة ثم اشتراه منه جاز وإن لم يعرف مقداره انتهى. ومعرفة الحدود تغني عن معرفة المقدار ففي (البزازية) باعه أرضاً وذكر

(1) سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، 2002م، ص343.

(2) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مصدر سابق، ص162.

(3) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، كتاب المبسوط، ج13، مطبعة السعادة، مصدر سابق، ص2.

حدودها لا ذرعها طولاً و عرضاً جاز وكذا إن لم يذكر الحدود ولم يعرفه المشتري إذا لم يقع بينهما تجاحد، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لا يمنع وجهل المشتري يمنع" (1).

وعند المالكية أن الغرر يوجد في المبيع من جهة الجهل على أوجه، فيكون أما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن أو بقدره (2)، فلا بد من كون الثمن والمبيع معلومين للبائع والمشتري والا فسد البيع وجهل احدهما كجهلهما على المذهب، سواء على العالم منهما بجهل الجاهل أو لا (3).

أما لدى الشافعية فبينوا اشتراط العلم بمقدار المبيع واعتبروه من شروط المبيع (4)، "ولا يجوز بيع مجهول القدر فإن قال قد بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لنهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر وفي بيع البعض غرر لأنه يقع على القليل والكثير ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم وإن قال بعتك هذه الصبرة جاز وإن لم يعرف قفزاتها وإن قال بعتك هذه الدار أو هذا الثوب جاز وإن لم يعرف ذرعانها لأن غرر الجهالة ينتفي عنهما بالمشاهدة قال الشافعي: وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة وإن قال بعتك ثلثها أو ربعها أو بعتك إلا ثلثها أو ربعها جاز؛ لأن من عرف الشيء عرف ثلثه وربعه وما يبقى بعدهما وإن قال بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً منها أو هذه الدار أو هذا الثوب إلا ذراعاً منه نظرت فإن علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب جاز؛ لأن المبيع معلوم إن لم يعلم ذلك لم يجز، وكذلك عندهم ان بيع نافجة المسك فقال رأي عندهم يجوز بيعها لأن؛ النافجة فيها صلاح للمسك لأن بقاءه فيها أكثر فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الأسفل والقسم الأعظم عندهم قالوا: لا يجوز وهو ظاهر النص؛ لأنه مجهول القدر وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز" (5).

في حين الحنابلة فبينوا أن المقدار يكون معلوماً برؤية أو صفة يحصل بها معرفته (6). ومثلوا فإن قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة الا مكوكاً جاز؛ لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفرضي إلى الجهالة، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم الا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه

(1) سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ص342.  
(2) ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، تحقيق: مجدي فتحي السيد، المكتبة التوفيقية، ص197.  
(3) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، مصدر سابق، ص15.  
(4) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج2، مصدر سابق، ص375.  
(5) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، مصدر سابق، ص16 و ص17.  
(6) ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة، المغني، على مختصر الامام ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص28.

قال بعثك ثلاثة أرباع هذه الثمرة أربعة دراهم ولو قال الا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل فيكون مجهول فيبطل<sup>(1)</sup>.

اما الزيدية فيرون لا يصح شراء مجهول المقدار<sup>(2)</sup>، فان قال المشتري للتمر للبائع أو قال البائع للمشتري: اطرح عنك ظروفها كذا وكذا رطلاً، لم يجز ذلك بينهما؛ لانه شيء مجهول وغرر عليهما<sup>(3)</sup>، فان جهالة الثمن نحو ان يجعل الثمن ما يجده من الدنانير والدرهم وما جرى هذا المجرى تمنع من استقرار العقد على شيء يمكن تسليمه والمطالبة به فأوجب فساده<sup>(4)</sup>.

ويثار تساؤل هل تعد الإشارة إلى مقدار المعقود عليه الحاضر كافية لرفع الجهالة عنه وعده معلوماً أم لا بد من بيان القدر؟

تعددت الآراء في هذه المسألة كالاتي:

الرأي الأول- تمحور بالأمامية لو باع شخص من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل البيع<sup>(5)</sup>.

فبيع الصبرة باطل، إلا أن يعلم قدرها أو يعلمه أحدهما ويخبر به الآخر حالة العقد، ولو جهلاها وقت العقد أو أحدهما بطل، سواء شاهداها أو لا، وسواء كالأمر بعد ذلك أو لا، فإذا قال: بعثك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع، لأن الصبرة مشاهدة، ومشاهدة المبيع تغني عن معرفة مقداره، وقد روي أن ما يباع كيلا لا يباع جزافاً، وهو الأقوى عندي، ثم فرع على جوازه، وهو يدل على ترده وجزم في الخلاف ببطلانه<sup>(6)</sup>.

الرأي الثاني- يرى المالكية وأبي حنيفة والشافعية والحنابلة أن تعيين رأس المال والإشارة إليه كافية في أعلامه ورفع الجهالة ولا يشترط معها بيان القدر، وهو عند الحنفية من شرائط الصحة<sup>(7)</sup>.

(1) موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، على مختصر الامام ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى، ج4، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دون ذكر سنة النشر، ص214.

(2) العلامة محمد بن اسعد المرادي، مصدر سابق، ص202.

(3) الامام يحيى بن الحسين بن القاسم بن ابراهيم، الاحكام في الحلال والحرام، ج2، ط4، مكتبة اهل البيت (ع)، اليمن، 1444هـ، ص38.

(4) العلامة شمس الدين جعفر بن احمد بن عبد السلام، مصدر سابق، ص198.

(5) علي بن الحسين بن عبد العالي الكركي، مصدر سابق، ص107.

(6) أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي " العلامة الحلي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج5، مصدر سابق، ص245.

(7) ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مصدر سابق، ص197. وينظر كذلك علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، مصدر سابق، ص355. وينظر شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج2، مصدر سابق، ص376-377.



الرأي الثالث- يرى الشافعية والحنابلة في قول لكل منه انه يجب وصف المعقود عليه وبيان مقداره<sup>(1)</sup>.

الأصل في التعاقد أن يذكر ثمن المقدار أو وزنه أو عدده كما هو الحال في عقود المعادن المستخدمة في البناء كالحديد والألمنيوم، فكل منها له مقابل مادي وذلك قياساً على رأي الفقهاء في عدم صحة العقود التي تجعل الثمن بوزن حجر أو بإناء لا يعرف قدره أو ما شابههما؛ لأن الحجر لا يعرف وزنه عند العقد وكذلك الأبناء مما يؤدي ذلك إلى فساد العقد<sup>(2)</sup>.

إن المبيع أما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة، فإن كان المبيع شيئاً واحداً فإنه يكتفي برؤية بعضهم الذي يدل على المقصود كرؤية الهيكل الخارجي والمحرك للسيارة، وأن كان المبيع أشياء متعددة فإن كانت أحاده لا تتفاوت وهو ما يعبر عنه بالمتلي ومن علامته أن يعرض بالنموذج كالمكيل والموزون فإنه يكتفي برؤية بعضه إلا إذا كان الباقي اردئ مما رأى فيكون الخيار للمشتري<sup>(3)</sup>. فإن المعقود عليه إذا كان متضمناً أشياء مثلية إي غير معينة بالذات، فإنه يجب تعيينها تعييناً نافياً للجهالة والمعقود عليه المتلي يجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره<sup>(4)</sup>.

#### ثانياً- موقف القوانين من عدم العلم بمقدار المعقود عليه

إن تعيين مقدار المعقود عليه أمراً ضرورياً بوصفه شرطاً جزئياً وتماماً لشرط تعيين المعقود عليه والعلم به، ونظراً لأهمية العلم به وتعيينه فقد كانت التشريعات صريحة في اشتراطه، إذ إن عدم تعيينه يحقق الجهالة، ولغرض الإحاطة بهذا السبب سنخصص هذه الفقرة لبيانه:

#### 1- موقف القانون المدني العراقي

نصت المادة(128) منه على أن "1-يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف"<sup>(5)</sup>.

(1) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج2، المصدر السابق، ص376وص377. وينظر شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج4، مصدر سابق، ص287.

(2) د. عمر فلاح الشقراء، مصدر سابق، ص17.

(3) دخالد علي الجبري، الجهل بصفة المبيع وأثره على عقد البيع، بحث منشور في مجلة القلم، ع13، العراق-كركوك، 2019، ص189.

(4) د. رمضان محمد ابو السعود، شرح احكام القانون المدني العقود المسماة-القسم الاول البيع المقايضة الايجار التأمين، ط1، منشورات الحلبي، لبنان-بيروت، 2010، ص104

(5) القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951.

يتبين لنا من نص المادة أعلاه أنه:

أ- لزوم العلم الكافي بالمعقود عليه مما تنتفي الجهالة الفاحشة عن طريق ذكر مقداره أن كان من المقدرات.

ب- قد جاء بنصوص صريحة وواضحة تتعلق بالمبيع والتمن فبين لزوم كون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة<sup>(1)</sup>، أن الثمن يكون بدلاً للمبيع وأنه يتعلق بذمة المتعاقد ويجب أن يكون هذا الثمن معلوماً عند المتعاقدين علماً كافياً عن طريق تعيينه بشكل تنتفي معه الجهالة الفاحشة<sup>(2)</sup>، ويكون هذا العلم عن طريق مقدار الثمن بالنقد أو عن طريق بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها، وإن كان اتفاق المتعاقدين على أن يكون الثمن بسعر السوق فعند الشك يرجع في الثمن إلى سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، وفي حال انتفاء مكان السوق ينبغي الاستعانة بالعرف لتحديد ذلك<sup>(3)</sup>، وإن لم يقد المتعاقدان بتحديد الثمن فلا ينتج عن ذلك بطلان البيع متى ما تبين من الظروف أنهم اعتمدوا السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما سابقاً، هذا ما بينته نص المادة (528) من القانون المدني "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما"<sup>(4)</sup>.

ت- فيجب أن يكون المعقود عليه معلوم المقدار، فلا يصح بيع المجهول أو الشراء به كبيع أحد هذين الشئيين أو الشراء بأحد هذين المبلغين؛ لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة والمنازعة تؤدي إلى فساد العقد فيحلق بالعقد الغرر ويتحقق العلم بالمقدار بالتعيين أو الإشارة إليه أو بالرؤية أو المشاهدة أو الوصف إذا جاء الموصوف بحسب الطلب والاتفاق<sup>(5)</sup>.

(1) الفقرة الأولى من المادة (514) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 إذ نصت "يلزم أن يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة".

(2) المادة (526) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 إذ نصت "1- الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة. 2- ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة".

(3) فنصت المادة (527) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 "1- في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد. 2- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية".

(4) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

(5) د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول، ط3، دار الفكر، سوريا-دمشق، 2006، ص22.

## 2- موقف القوانين المقارنة

إن معرفة مقدار المعقود عليه أمر أساسي للمتعاقدين، فإن عدم العلم به سبب جوهرى لقيام الجهالة، ومن أجل الإلمام بموقف القوانين المقارنة من عدم العلم بمقدار المعقود عليه، سنخصص هذه الفقرة لبيانها وكالاتي:

### أ- موقف القانون المدني المصري

بين المشرع المصري ضرورة توافر العلم بمقدار المعقود عليه سواء في المبيع أو الثمن فنصت المادة(133) من القانون المدني المصري على"1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً. 2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط"<sup>(1)</sup>.

يتضح من النص المتقدم أن المشرع المصري

- ألزم بأن يكون المبيع معين المقدار وبين الحكم المترتب على تخلف تعيين المقدار المتمثل بالبطلان، وعليه فإذا كان المبيع معيناً بذاته(قيمي) وجب أن يوصف وصفاً مانعاً من الجهالة، وأن كان غير معين بذاته(مثلي) فيجب ذكر نوعه ومقداره؛ لأن المعين بذاته يشمل النوع والصفة والمقدار أما المثلي فلا بد في المكييل والموزون والمعدود والمذروع من أن يعرف نوعه ومقداره بالكيل والوزن وغيرهما، ويكفي عند المشرع المصري أن تعيين هذه الأشياء بنوعها فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقدارها، وإذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت فيما بينها أي ما يتعلق بالصنف من حيث كونه جيداً أو وسطاً أو رديئاً وجب أن تعين درجة الجودة للمبيع من قبل الطرفين، وإذا لم يعينها فتكون على وفق العرف أو ظروف التعاقد، وإلا فيكون من أواسط الأشياء لكي لا يقع الغبن"<sup>(2)</sup>.
- فيما يخص الثمن فبين أحكامه في أركان البيع عندما عرفه بأنه"عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"<sup>(3)</sup>، وفي حال لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع فلا يكون البيع باطلاً متى تبين من الظروف التي تشوب العقد أن المتعاقدين قد اراد كل منهما اعتماد

(1) القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948 وتعديلاته.

(2) د.سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مصدر سابق، ص76-ص79.

(3) المادة(418) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948 وتعديلاته.

السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جري عليه التعامل بينهما<sup>(1)</sup>، ويجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، وإذا تبين ان المتعاقدين قد اتفقوا على أن يكون الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع المشتري، وإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية<sup>(2)</sup>.

ب- **موقف القانون المدني اليمني** بينت المادة(190) "يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره أن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكتفى بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"<sup>(3)</sup>، وبين في ظل ذلك كفاية ذكر نوع المعقود عليه فقط إذا كان في العقد ما يستطاع به تعيين مقداره<sup>(4)</sup>، وإذا كان نقوداً فيكون التزام المتعاقد بقدر عددها المذكور في العقد دون الأخذ بالارتفاع أو الانخفاض الحاصل في القيمة عند الوفاء<sup>(5)</sup>.  
يتضح لنا من النص اعلاه ان المشرع اليمني:

- كان صريحاً في وجوب تعيين مقدار المعقود عليه حال العقد بين على ضرورة ذكر المقدار عند كلامه عن ركن المعقود عليه وذلك تلافياً للجهالة المؤثرة فأوجب العلم الكافي بالمعقود عليه عن طريق ذكر مقدار المعقود عليه أن كان من المقدرات إي مما يمكن تحديد عدده أو وزنه أو مقياسه أو كيله.

يتضح مما سبق بيانه من موقف الفقه الإسلامي وموقف القوانين موضع المقارنة أنها حثت على لزوم تعيين المقدار في المعقود عليه من أجل تكوين العلم الكافي للمتعاقدين الامر الذي من شأنه أن يحقق

(1) المادة (424) "من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 والتي تنص "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوي اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جري عليه التعامل بينهما".

(2) المادة(423) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 إذ نصت "1-يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. 2-وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع المشتري ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

(3) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة2002.

(4) المادة(191) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 إذ نصت "يكفي أن يكون محل العقد معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا اختلف الطرفان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من إي طرف آخر لايس التعاقد وقع العقد على شيء متوسط الجودة من ذلك الصنف".

(5) نص المادة(192) من القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002 إذ أشارت إلى "إذا كان الملتزم به نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو أنخفاضها وقت الوفاء إي اثر".

المصالح التعاقدية للأطراف، مما يعني أن عدم ذكره يسبب تنازع بين المتعاقدين، بسبب الجهالة الفاحشة التي شابته ظروف التعاقد مما تؤدي إلى التأثير بصحة العقد.

## الفرع الثاني

### عدم العلم بأجل المعقود عليه

أن الجهالة في الأجل أو المدد الزمنية سبب دائم ومتجدد على مدار السنين في تحقق الجهالة وبطلان العقود أو فسادها، فعلى الرغم من سرعة التكنولوجيا والتسابق الزمني المعاصر تبقى المدة الزمنية شرطاً فاعلاً في أي عقد سواء معاصر أو قديم، والجهل بالأجل هو من الجهالة التي تدخل على العقود المعاصرة بمجملها؛ لأن اشتراط العلم بالأجل هو ما يمكن العقد المعاصر من تحقيق مقاصده، فهناك أنواعاً من البيوع ورد النص بتحريمها، لأن وقوع الجهالة في الأجل يولد جهالة في عدم وجود محل العقد عن حلول الأجل المتفق عليه، أو صعوبات في تسليمه، أو انتفاء ملكيته وقت الحلول، فكلما طال الزمن، ارتفعت المخاطر والصعوبات التي دون إتمام العقد.

يقصد بالأجل المجهول يشمل ما جهل وقوعه أو ما جهل وقت حلوله، وجهالة الأجل تؤثر في العقد المعاصر إن كانت المدة غير معلومة، ولهذا كان للفقهاء تقديراً مهماً في فكرة أن يكون الثمن أو المبيع في بعض حالاته مؤجلاً بالتقيد بأن يكون معلوم المدة، والعلم بالأجل لا يرتبط في بعض حالاته بقياس الزمن المجرد، وإنما قد يدخل تقدير العرف وما أصطلح الناس عليه في تعاملاتهم، فحصول الأمر في نهايته هو تحديد المقادير والآجال وكل ما يُطلب في العقود لتفادي وقوع الجهالة وحدوث النزاع<sup>(1)</sup>.

### أولاً- موقف الفقه الاسلامي من عدم العلم بأجل المعقود عليه

اجتهد الفقهاء في الأجل المعلوم؛ إذ بين الأمامية جواز الأجل بشرط تعيين المدة فلا يصح التأجيل بالأطلاق، ولا إلى الغلة أو قدوم الحاج ولا إلى اجل يدور بين أمرين كان يقول إلى شهر ربيع أو إلى يوم الخميس لعدم تحديد اهو ربيع الأول أو الثاني والخميس من إي أسبوع أو شهر<sup>(2)</sup>.

أما الحنفية يرون عدم جواز تأجيل المبيع ولا ثمنه ولا بأس به في حال كان العوض الثمن ديناً استحساناً؛ لأن التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الأعيان بشرط أن يكون الأجل معلوماً؛ لأن الجهالة في هذه الحالة تفضي للنزاع سواء أكانت فاحشة كالبيع إلى هبوب الريح أم يسيرة كتأجيله إلى وقت قدوم الحاج،

(1) د. اسيد سليمان فطير ود. عبد الناصر موسى ابو البصل، مصدر سابق، ص 13.

(2) محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق، ج 3، مصدر سابق، ص 240 و ص 241.

وفي هذه الأحوال إذا كان البائع يعلمان بهذه الآجال فالبيع صحيح لإنتفاء الجهالة وأن تم البيع دون ذكر أجل فهو صحيح، كون العلم متكون لدى المتعاقدين ابتداء<sup>(1)</sup>.

أما المالكية فلا يجوزون أن يكون الأجل مجهولاً ولا أن يكون بعيداً لما في ذلك من جهالة كنزول المطر، وأما الأجل البعيد إلى تسعين سنة فغير جائز؛ لأنه مفسد للعقد وهذا كله في الديون، أما في الأعيان فلا يجوز ذلك<sup>(2)</sup>. بأن يقول له أشتري منك هذه السلعة بكذا وانعقاد البيع إذا وقعت الحصاة مني أو منك أو من فلان باختيار ممن هي معه ويأخذ الحصاة في يده أو جيبه فإذا أوقعها لزم البيع فقد علق الانعقاد على السقوط في زمن غير معين فالبيع فاسد للجهل بزمن وقوعها ففيه تأجيل بأجل مجهول<sup>(3)</sup>.

في حين الشافعية فلا يجوزون البيع بثمن إلى أجل مجهول فلا يجوز التأجيل في العوض المعين أو المبيع المعين ويجوز الأجل إذا كان العوض في الذمة بشرط أن يكون الأجل معلوماً، فيرون أن تحديد الأجل يتم بالأهلة، إي وفق الأشهر الهجرية مستدلين بالمواقيت الزمنية الواردة في القرآن الكريم كموسم الحج<sup>(4)</sup> في قوله تعالى: {يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلَةِ قُلْ هِيَ مَوْقِيتٌ لِلنَّاسِ وَالْحَجُّ وَلَيْسَ الْبِرُّ بِأَنْ تَأْتُوا<sup>(5)</sup>.

والببوع المنهي عنها قسمان، فاسد لاختلال ركن أو شرط وهو المصدر به، وغير فاسد لكون النهي ليس لخصوصيته بل لامر آخر، الثاني منها النهي عن بيع حبل الحبلية، وبيع بثمن إلى نتاج النتاج، فهو باطل، ووجه البطلان جهالة الأجل<sup>(6)</sup>.

أما الحنابلة فلم يجيزوا تأجيل المبيع ولا ثمنه، فهو عندهم من الشروط التي هي من مصلحة العقد، ولا بد من أن يحدد الأجل بزمن معين مستدلين بقوله تعالى في آية التداين<sup>(7)</sup> {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ<sup>(8)</sup>.

(1) محمد امين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار ج4، ط3، مطبعة مصطفى البابي مصر-القاهرة، 1984، ص30.

(2) ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من الاحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لامهات مسائلها المشكلات، مصدر سابق، ص76.

(3) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، مصدر سابق، ص56.

(4) محمد بن ادريس الشافعي، الام، مصدر سابق، ص105.

(5) سورة البقرة، الآية(189).

(6) الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج2، دار المعرفة، مصدر سابق، ص378 و ص379.

(7) ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة، ج4، مصدر سابق، ص356.

(8) سورة البقرة، الآية،(282).

والزيدية يرون إن الاجل والمدة يجب أن تكون معلومة وما سوى ذلك لغو<sup>(1)</sup>.

**وفي هذا الصدد نتساءل عن حكم اشتراط الأجل المجهول؟ إن للفقهاء أقوال عدة في هذه المسألة**

وكالاتي:

**القول الأول-** أن العقد صحيح والشرط باطل، وعليه فيكون البيع بئمن حال ولمن فات غرضه من التأجيل حق الفسخ وهو مذهب الحنابلة، ويعززون رأيهم بأن الشرط وحده باطل ويبقى على العقد صحيحاً، أن الشرط في البيع إذا تطرق إليه الخلل بطل الشرط وحده ولم يبطل العقد، إذ أن الخلل في الشرط الذي وضعه المتعاقدان، فيبطل الشرط وحده فوجوده كعدمه ويصح العقد<sup>(2)</sup>.

**القول الثاني-** أن العقد لا يبطل بجهالة الأجل بل هو فاسد يمكن تصحيحه بإزالة ما يقتضي الفساد بالاتفاق على أجل معلوم أو أسقاط الأجل المجهول؛ لأن الفساد أصاب وصفاً من أوصافه وذلك لا يعود بالبطلان على الأصل فيكون فاسداً لا باطلاً يمكن تصحيحه بإسقاط الأجل المجهول أو تحديده في مجلس العقد، وهذا مذهب الحنفية، ويعللون ذلك لأن الخلل لم يتطرق إلى ركن العقد بل هو عقد مشروع بأصله دون وصفه، فاستحق أن يكون فاسداً، أما حكم العقد الفاسد فإنه ينفذ بمجرد زوال صفة الفساد ولا ينتج أثراً قبل القبض، وأما إذا تم القبض بإذن البائع فإنه يفيد الملك ويضمن بالقيمة لا بالمسمى<sup>(3)</sup>.

**القول الثالث-** إن تأجيل الثمن إلى أجل مجهول يبطل به العقد واخذ به المالكية والشافعية<sup>(4)</sup>؛ لأن جهالة الأجل تقتضي إلى المنازعة في التسلم والتسليم فهذا يطالبه في قريب المدة وذلك في بيعها، ويعززون رأيهم بأن الجهالة بالشرط تؤدي إلى الجهالة بالثمن، وذلك أن اشتراط الأجل يؤثر بالثمن فكل ما كان توقيت الأجل بعيداً كل ما زادت قيمة السلعة، والعكس بالعكس فإذا كان الأجل مجهولاً أدى ذلك إلى جهالة بالثمن، وأن الجهالة بالشرط نوع من الجهالة ويفضي إلى التنازع فقطع ذلك ببطلان العقد<sup>(5)</sup>.

**القول الرابع-** تمثل بالأمامية فبينوا يجب أن لا يكون الشرط مجهولاً جهالة يوجب الغرر في البيع، لأن الشرط في الحقيقة كالجاء من العوضين، وكما أن الجهالة في العوضين مبطلّة، فكذا في صفاتهما، ولو أحق المبيع فلو شرط شرطاً مجهولاً بطل البيع<sup>(6)</sup>؛ لأن الأجل المجهول يوجب الغرر إذ ليس له وقت

(1) الامام شرف الدين يحيى بن شمس الدين ابن الامام المهدي احمد بن يحيى المرتضى، اثمار الازهار في فقه الائمة الاطهار، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1442، ص129.

(2) خالد بن علي المشيقح، التوريق المصرفي عن طريق بيع المعادن، بحث منشور في مجلة البحوث الاسلامية، ع 73، 73، الاصدار من رجب الى شوال، السعودية، 1425هـ، ص306.

(3) ابو عمر ديبان بن محمد الديبان، مصدر سابق، ج5، ص267.

(4) خالد بن علي المشيقح، مصدر سابق، ص308.

(5) د. عبد الباسط محمد خلف، البيوع الفاسدة واثرها "دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية، ع31، مصر، 2014، ص2241 وص2242.

(6) محمد صادق الروحاني، منهاج الفقاهة، ج6، ط4، المطبعة العلمية، سوريا-حلب، 1418هـ، ص275.

يستحق مطالبته به كغيره من الآجال و الغرر منهي عنه في الشريعة وإذا ذكر آجلا وجب تعيينه فان كان مبهم حكم ببطلان العقد<sup>(1)</sup>. ومن ثم أن كل ما ينافي المشروع، أو يؤدي إلى جهالة الثمن أو المبيع فإنه باطل، والأقوى بطلان البيع أيضا<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- موقف القوانين من عدم العلم بأجل المعقود عليه

لكل شيء أجل، فيجب أن يكون الاجل معلوم في العقد لدى المتعاقدين، لأجل بيان موقف القوانين من عدم العلم بأجل المعقود عليه، وهذا ما سنبيين توضيحه في هذه الجزئية وكالاتي:

#### 1- موقف القانون المدني العراقي

تعرض المشرع العراقي إلى بيان وجوب العلم الكافي باجل المعقود عليه وضرورة الاتفاق عليه بين المتعاقدين ابتداء وذلك منعاً للجهالة الفاحشة التي تؤثر في العقد فإذا كان المدين لا يقوم بوفاء التزامه إلا حين المقدرة أو الميسرة فللمحكمة تحديد ميعادا مناسب لذلك أخذه بعين الاعتبار موارد المدين الحالية والمستقبلية<sup>(3)</sup>، وبين جواز اقتران العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاءه<sup>(4)</sup>، ولكن لا يصح اقتران الملكية في العقد بأجل<sup>(5)</sup>. ولم نلاحظ مثل هذا المضمون في القوانين موضع المقارنة.

#### 2- موقف القوانين المقارنة

ان العلم بأجل المعقود عليه امر اساسي تتطلبه التنظيمات القانونية، ومن أجل بيان موقف القوانين المقارنة سنخصص هذه الجزئية من البحث للاحاطة بالموضوع وكالاتي:

أ- **موقف القانون المدني المصري** أن الأصل في المعقود عليه تسليمه في الأجل المتفق عليه فور انعقاد العقد وبمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين بالبيع والمشتري بالثمن مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي خلاف ذلك<sup>(6)</sup>، وتعرض إلى بيان الأجل في اربع مواد وهي(271، 272، 273، 274)، فأوضح أن المدين إذا لم يقم بوفاء التزامه إلا حين المقدرة أو الميسرة فللقاضي تعيين ميعاد مناسب لحلول الأجل

(1) محمد الطباطبائي، كتاب المناهل، ج1، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر، ص171.

(2) علي بن الحسين بن عبد العالي الكركي، مصدر سابق، ص415.

(3) المادة(297) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 إذ نصت"إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسباً لحلول مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

(4) نص المادة(291) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 إذ اوضحت"يجوز ان يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد أو انقضاءه".

(5) ما نصت عليه المادة(292) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951"لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل".

(6) نص المادة(346) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 إذ تضمنت"1-يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. 2-على انه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، ان ينظر المدين إلى اجل معقول أو أجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".



مع الأخذ بنظر الاعتبار موارد المدين الحالية والمستقبلية<sup>(1)</sup>، أي أن المشرع المصري أوجب أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه في الأجل المتفق عليه وفي حال لم يقم بذلك وكان وفائه عند المقدرة والميسرة وفي هذه الحالة يعين القاضي أجلاً للوفاء، فنستنتج من ذلك أن المشرع المصري قد اشترط بيان العلم الكافي بالأجل للمعقود عليه عن طريق ما متفق عليه بين المتعاقدين أو بناء على ما يقرره القاضي من أجل، فلا تصح الجهالة في أجل المعقود عليه لما يترتب عليها النزاع بين المتعاقدين وعرقلة في التسليم والتسلم.

ب- **موقف القانون المدني اليمني** أن المشرع اليمني لا يختلف عن نظيره المشرع المصري في تنظيم مسألة العلم باجل المعقود عليه فبين بشكل صريح وواف على ضرورة العلم باجل المعقود عليه عن طريق الإشارة إلى إذا كان طرفان العقد متفقان على الوفاء عن القدرة أو الميسرة أو تبين أنها مرهونة بظروف الحال أو مقرونة بالعرف ثم اختلفا في ذلك فللقاضي تعيين ميعاد مناسباً لحلول الأجل مع الأخذ بنظر الاعتبار موارد الملتزم الحالية والمستقبلية<sup>(2)</sup>.

فنستنتج من الآراء الفقهية أن الجميع متفق بعدم جواز تأجيل المبيع ولا ثمنه إذا لم يكن من الاعيان، وإن الفقه الإسلامي يتقارب في بعض آراءه مع القوانين موضع المقارنة في معلومية الأجل، ويلاحظ أن نصوص القوانين متقاربة في صياغة مواد الأجل وأكدت على ضرورة معلوميته للمتعاقدين من أنه يمنع النزاع ويحقق الغايات التعاقدية، فنلاحظ على نص المادة(272) من القانون المدني المصري أنها قريبة جداً في مضمونها ومحتواها مع المادة(267) من القانون المدني اليمني ومع المادة (297) من القانون المدني العراقي من حيث ضرورة قيام المتعاقدين بتحديد الأجل في المعقود عليه، لما له من اثر في ترتب الالتزامات في ذمة المتعاقدين والوفاء بها، فإن العلم الكافي به قرينة على انتفاء الجهالة فيه، إلا أن المادة(267) من القانون المدني اليمني كانت اكثر دقة وتفصيل في صياغتها من القوانين الأخرى.

(1) المادة(272) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 فنصت "إذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

(2) هذا ما أوضحتها المادة(267) من القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002 بنصها "إذا كان الطرفان قد اتفقا على الوفاء بالالتزام عند القدرة أو الميسرة أو تبين ذلك من ظروف الحال أو العرف ثم اختلفا عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل مراعيًا في ذلك موارد الملتزم الحالية والمستقبلية ومقتضيات عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته".

## الفصل الثالث

أحكام جهالة المعقود عليه في العقود

المعاصرة



## الفصل الثالث

## أحكام جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

## تمهيد وتقسيم

يشهد العالم تحولاً كبيراً في كيفية التعاقد، إذ أصبح المتعاقدون يرغبون في بيئة تنسجم مع مستجدات العصر، تاركين البيئة العقدية التقليدية، فنجد أن العقود التي تتم بين أفراد المجتمع الواحد ككل، أو تلك التي تتم بين فردين أو أكثر من مجتمعين أو من مجتمعات مختلفة، لم تكن بمنأى عن هذه التحولات الرقمية، وذلك لما توفره البيئة الالكترونية الجديدة من سرعة التعامل وتتخطى الحدود الدولية في وقت قصير جداً، وبما أن العقد كان ولا يزال الصورة الشائعة لتجسيد التصرفات المبرمة بين الأشخاص، فإنه تأثر هو الآخر بالتكنولوجيا الجديدة، إذ أصبح يبرم بوسائل الاتصال الحديثة، مما أدى إلى ظهور العقد الالكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي، فأصبحت العقود التي تبرم عن بعد محط انظار المتعاقدين والمستثمرين على نطاق داخلي ودولي، فلا شك أن العقد الالكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي يمران بالمراحل نفسها التي ينعقد بها إي عقد آخر، لذلك يجب أن يكون لهذين العقدين معقود عليه، وأن تتوافر فيه الشروط التي نص عليها القانون منها تعيين المعقود عليه بشكل يمنع الجهالة والنزاع.

أمام هذا الوضع الجديد، اهتم القانونيون بمثل هذه العقود الجديدة، وذلك بمحاولة تنظيم وضبط نصوص قانونية تتلاءم معها بداية من إبرامها إلى غاية تنفيذها، وما يترتب عنها من آثار قانونية ملزمة.

وبهدف الإلمام بالاحكام القانونية للجهالة سنوزع الكلام على مبحثين، نتطرق في المبحث الاول لآثار جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة وسنبين في المبحث الثاني وسائل توقي جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة. وكالاتي:

المبحث الأول- اثار جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.

المبحث الثاني- وسائل توقي جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة.

## المبحث الأول

## آثار جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

أفرزت البيئة الإلكترونية عدد من التطبيقات والمواقع والاليات المختلفة التي ساهمت بشكل فعال على إبرام العقود وتسهيل إجراءاتها، لا سيما ان كان المتعاقدين من دول مختلفة، ولعل أكثرها انتشارا واشتهارا هو استخدام الإلكترونيات، الذي فرض محاكاة البيئة الافتراضية دون ملامسة الواقع المادي، وكل هذه التطورات قد ساهمت بولادة عقود معاصرة تبرم في العالم الافتراضي عبر تقنيات الاتصال الحديثة وبالأخص الانترنت إذ تمثلت بالعقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي.

ويثار في ظل هذا المبحث تساؤل مفاده ما حكم العقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي لوجود الجهالة الناتجة عن عدم العلم بالمعقود عليه؟ ولما كانت هذه المسألة القانونية التي أفرزتها العقود المعاصرة ذات تأثير فعال على مجالات الحياة المختلفة وبالأخص في المجال القانوني، إذ لا يمكن غض البصر أو الإغفال عنها لذا سنبين في هذا المبحث اثر جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني في المطلب الأول، وسنتعرض الى اثر جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي في المطلب الثاني وكالاتي:

المطلب الأول- اثر جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني- اثر جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي.

## المطلب الأول

## آثر جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني

نتيجة للتطور الهائل في مجال التكنولوجيا المعلومات والاتصالات ادى ظهورها بشكل لافت إلى التأثير على البيئة العقدية، مما أدى الى عدم استيعاب المنظومة العقدية التقليدية إلى المزيد من العقود المعاصرة، فادت الى نشوء العقود الإلكترونية على أعتاب العقود التقليدية.

أن انعقاد العقد الإلكتروني بشكل صحيح يتطلب ان تتلاقى ارادة طرفيه وتتوافق على النحو الذي يحدده القانون، وهذا التوافق ليس مجرداً فالمتعاقدين أنما يريدان شيئاً محدداً ولغرض محدد، ويتجلى البحث عما يريده المتعاقدان بالمعقود عليه، فإذا كان مبدأ الرضائية أساس العقود الإلكترونية الذي يخول الأشخاص حرية أبرام ما يشاؤون وفق لمصالحهم، إلا ان حريتهم ليست مطلقة، فالمصلحة العامة لها متطلباتها التي يجب ان تتلائم مع مصلحة المتعاقدين، فأن العقد الإلكتروني لا يبرم إلا اذا كان مضمونه يتوافق مع شروط المعقود عليه من كونه يجب ان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة.

يشترط في المعقود عليه للعقد الإلكتروني أن يكون معلوم ومعين لدى الطرفين علماً يمنع من المنازعة؛ لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع وهو انتفاع المشتري بالمبيع وانتفاع البائع بالثمن

ومن اجل الأحاطة بالموضوع سنقسم المطلب على فرعين، سنخرج في الفرع الأول تحقق جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني، وسنعالج في الفرع الثاني جزاء وجود الجهالة في العقد الإلكتروني وكالاتي:

الفرع الأول- تحقق جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني- جزاء وجود الجهالة في العقد الإلكتروني.

## الفرع الأول

### تحقق جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني

أن أبرز ما أفرزه الأنفتاح التكنولوجي هو اختراع الشبكة العنكبوتية الذي انتشل العقود من الإجراءات التقليدية المعقدة إلى إجراءات رقمية وتتماز بالسرعة والسلاسة، فقد ظهرت العقود الإلكترونية، الأمر الذي صاحبه قلقاً تشريعياً على المستوى الوطني والدولي، مما دفع التشريعات إلى إعادة النظر في المنظومة العقدية التقليدية؛ كونها اصبحت ضرورة ملحة أمام ثورة المعلومات والتي ارفدت البيئة التعاقدية بطرق وأساليب جديدة للتعاقد.

لما كان العقد الإلكتروني يتم في بيئة افتراضية مما يساهم هذا الامر بشكل كبير في تحقق عدم العلم وتعيين المعقود عليه، ولتوضيح ذلك سنبيين في هذه الفقرة التعريف بالعقد الإلكتروني، وعدم العلم وتعيين المعقود عليه في العقد الإلكتروني وكالاتي:

#### أولاً- التعريف بالعقد الإلكتروني

اعطى الباحثون في الفقه القانوني العديد من الآراء لغرض استجلاء مفهوم العقد الإلكتروني<sup>(1)</sup>، فقد عرف "بأنه العقد الذي يتم ابرامه عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية وفيه يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي متزامن لطرفي التعاقد، وذلك عن طريق شبكة المعلومات الدولية أو عن طريق أي وسيلة اتصال الكترونية كالفاكس أو التلكس أو التلغراف"<sup>(2)</sup>. نلاحظ على هذا التعريف انه استند في تعريف للعقد الإلكتروني على الصفة الدولية لتلاقي عروض السلع والخدمات بين دولتين أو عدة دول، أي إنه ركز على إحدى خصائص العقد الإلكتروني وهي الصفة الدولية وأنه يتم عن بعد، وبين آلية انعقاد العقد من انه يكون في مجلس غير متحد، وانه قصر العقد الإلكتروني على المعاملات التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية فقط، ومن المعلوم ان تقنيات الاتصال متعددة ومختلفة وبالإمكان ابرام العقد عن طريقها لذا فلا يمكن حصر التعاقد بطريقة معينة كون الوسائل الإلكترونية تتطور يوم بعد يوم.

(1) وقد عرف العقد الإلكتروني بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الايجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفعل التفاعل بين الموجب والقابل". ينظر د.علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الاماراتي، بحث منشور في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية) الذي نظمته جامعة الامارات-كلية القانون، ابو ظبي، 2009، ص361، وعرف كذلك بأنه "ذلك العقد الذي يتم ابرامه سواء عن طريق الشبكة العنكبوتية او عن طريق وسائل الاتصالات الإلكترونية الاخرى كالفاكس والتلكس والتلغراف ينظر بشار خياط، العقد الاداري الإلكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، مج39، ع67، سوريا، 2017، ص131.

(2) د. صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الإلكتروني، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر-المنصورة، 2014، ص9.

وهناك من عرفه "هو عملية التقاء الايجاب بالقبول عبر الشبكة العنكبوتية وباستخدام التبادل الالكتروني للمعلومات والبيانات بهدف انشاء التزامات عقدية"<sup>(1)</sup>. نلاحظ على هذا التعريف انه قد خص معنى العقد الالكتروني على العقد المبرم بواسطة الشبكة العنكبوتية، إذ إن الأيجاب والقبول يمكن أن يكون بوسائل أخرى كعقد، الاشتراك بشراء بطاقات الخدمات التي تخص الهاتف المحمول حيث أن المتعاقد يشترك بالباقات المقدمة عن طريق الرسائل النصية التي ترد اليه لتحديد العروض والخدمات وبالتالي فهو يحدد نوع الخدمة التي يريد الاشتراك فيها عن طريق ارسال الرمز لهذه الباقة الى الشركة برسالة نصية فيتم التعاقد.

وعرف أيضاً بأنه "هو اتفاق يبرم وينفذ جزئياً وكلياً عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الألكتروني للبيانات بقصد انشاء التزامات تعاقدية، وذلك بايجاب وقبول يمكن التعبير عنهما عن طريق ذات الوسيط"<sup>(2)</sup>، فيلاحظ على هذا التعريف أنه اقرب للصواب فان متى تحقق الاتفاق لاطرافه عبر شبكة اتصالات دولية ايأ كانت هذه الوسيلة سمي العقد المبرم عقدا الكترونياً، وقد ذكر يبرم وينفذ جزئياً او كلياً فتعني ان ابرام وتنفيذ العقد قد تكون السلعة فيه ذات طابع الكتروني يكون انتقالها عبر الشبكة العنكبوتية مما يعني ان العقد ابرم ونفذ الكترونياً كشرء التطبيقات والالعاب من (APP STORE)<sup>(3)</sup> هذا ما يراد بتعبير كلياً أو قد يبرم الكترونياً عبر الشبكة العنكبوتية وتم استلام المعقود عليه عن طريق الوسائل التقليدية وهذا تفسير لكلمة جزئياً.

ومن بعد التوطئة السابقة يمتاز العقد الألكتروني بأنه يبرم عن<sup>(4)</sup>، ويتم بدون التواجد المادي لأطرافه<sup>(5)</sup>، ويبرم بوسيلة الكترونية<sup>(6)</sup>، ويتم أثباته ووفائه بطريقة<sup>(7)</sup>.

- (1) د. عقيل فاضل حمد الدهان و د. غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام، ع5، العراق-كربلاء، ص206.
- (2) د. ماجد راغب الحلو، العقد الاداري الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر-الاسكندرية، 2007، ص44.
- (3) هو تطبيق يمكن عن طريقه تنزيل البرامج.
- (4) د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات الغربية والاجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر-الاسكندرية، 2009، ص150 و ص151. وينظر د. قيدار عبد القادر صالح، ابرام العقد الاداري الالكتروني واثباته، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، مج10، ع37، 2008، ص153.
- (5) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر-الاسكندرية، 2011، ص74 و ص75.
- (6) د. سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة "دراسة مقارنة" ط1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2006، ص74. وينظر د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، العقد الالكتروني، ط1، مكتبة الرشد، السعودية الرياض، 2009، ص38.
- (7) أمانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الالكترونية في كل من الولايات المتحدة الامريكية، كندا، تونس، الاردن، مملكة البحرين، امارة دبي وقانزن الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، ط1، دار وائل للنشر، الاردن-عمان، 2006، ص73 و ص74 و ص77.

وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بآلات الأتصال الحديثة، فبين صحة إجراء العقود بآلات الأتصال الحديثة ومنها الحاسب الآلي وبين إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى احدهما الاخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة(الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشة الحاسوب الآلي ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الايجاب الى الموجه اليه وقبوله، اذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فان التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الاحكام الاصلية المقررة<sup>(1)</sup>.

أما العقد الإلكتروني في التشريعات فعرف المشرع العراقي العقد الإلكتروني بأنه "ارتباط الأيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية"<sup>(2)</sup>.

وعرفه المشرع المصري عن طريق نص المادة(1)من مشروع قانون التجارة الالكترونية بأنه "كل عقد تصدر منه إرادة احد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو قبول وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني"<sup>(3)</sup>.

اما قانون انظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني رقم(40)لسنة 2006 فقد عرفه "الاتفاق الذي يتم ابرامه بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً".

نستنتج مما تقدم ان الفقه القانوني في تعريفه للعقد الإلكتروني كان على شقين، فالأول استند في تعريفه للعقد الإلكتروني على الوسيلة المستخدمة واسبع على العقد الصفة الالكترونية كونه الوسيلة المستخدمة الكترونية، أما الثاني فانه اعتبر العقد الكتروني لأنه ينطوي تحت طائفة العقود التي تبرم عن بعد، ومن هذا نستنتج أن العقد الإلكتروني هو كتصرف قانوني يتسم بانه يتم بين طرفين لا يجمع بينهما مجلس واحد سواء المكان أم الزمان فهو من العقود التي تبرم عن بعد، وأنه يتم عن طريق وسائط الكترونية عن طريق أي تطبيق أو موقع يكون الدخول اليه من الشبكة العنكبوتية مما يؤدي إلى عدم الحاجة لحضور اطرافه مادياً، وأيضاً نستشف من التعريفات المتقدمة، أن البعض عرف العقد الإلكتروني تعريفاً ضيقاً والذي خصه بأنه الذي يتم عن طريق الشبكة العنكبوتية، وبعضهم الآخر قد

(1) د.نادية ياس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الانترنت ومدى حجتيه في الاثبات "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، ط1، دار المستقبل للنشر والتوزيع، 2017، ص23 و ص24. وينظر د.عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي، ط2، دار المطبوعات الحديثة، السعودية-جدة، 1413هـ، ص74.

(2) الفقرة العاشرة من المادة(1)من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم(78)لسنة2012.

(3) محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط2، دار الثقافة، الاردن، 2011، ص74.



عرفه بشكل واسع عن طريق ذكر أنه العقد الذي يتم بكل الوسائل الالكترونية الحديثة كالشبكة العنكبوتية أو التلكس أو غيرها من التطبيقات.

### ثانياً- عدم العلم وتعيين المعقود عليه في العقد الالكتروني

ليس كل شيء صالحاً ليكون معقوداً عليه، فقد يعرض للشيء ما يجعله غير صالح؛ لأن يكون كذلك، وقد تعرض الفقهاء للشروط العامة التي يجب مراعاتها في المعقود عليه أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ولا موجوداً أو قابلاً للوجود ومشروعاً، بل يجب فوق ذلك أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين<sup>(1)</sup>، وتختلف طريقة تعيين المبيع بحسب طبيعته وفقاً لما إذا كان قيمياً أو مثلياً<sup>(2)</sup>، وقد يلجأ الطرفان لتعيين المبيع بطريق التقدير<sup>(3)</sup> أو الجراف أو النموذج<sup>(4)</sup>.

ينبغي توافر ذات الشروط في المعقود عليه في العقد الإلكتروني سواء أكان العقد المبرم عن طريق البريد الإلكتروني أم عن طريق المواقع الإلكترونية مع الخصوصية، فيما يتعلق بشرط التعيين فإذا كان وصف محل العقد الإلكتروني يتم على شبكة المعلوماتية، فإنه يكون مرفق بصورة تبين المنتج المعقود عليه على الموقع المراد التعاقد معه، أو أنه يكون بهيئة رسالة إلكترونية تتضمن نوع ومواصفات وكل ما يتعلق بالمعقود عليه، وإن عملية تعيين المعقود عليه، لها قيمة قانونية ثقيلة، كونها ألتزام يقع على عاتق البائع أو المورد بضمان جودة المحل وصحته ودقة المواصفات المرغوبة في العقد المزمع إبرامه وهذه الأحوال يجيزها الفقه الإسلامي؛ لأن هذا الوصف يرفع الجهالة الفاحشة من المعقود عليه ويمنع الخصومة.

الأمر الذي يدفنا للتساؤل حول الأطار التشريعي للمعقود عليه في العقد الإلكتروني فهل يخضع لنظام نظرية العقد التقليدية، بأعتبارها العمود الفقري للعقود المعاصرة أم أن الامر يستوجب تطوير

(1) عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مراجعة د.عبد الستار ابو غدة، ط1، مجموعة دلة البركة لإدارة وتطوير البحوث، 1993، ص24.

(2) يعرف الشيء القيمي بأنه "ذلك الشيء المعين بذاته وذلك بذكر صفاته المميزة له عن غيره من سائر الاشياء التي قد تشبهه بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة سواء يتم تعيينه بطريقة صريحة كتحديد مساحة الدار وموقعه ورقم العقار عندما يكون المبيع منزلاً، وضمنية كبيع أرض مشهورة، أما التعيين المثلي فالاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء ويوجد لها نظير من جنسها ويكون تعيين الاشياء المثلية بنوعها ومقدارها بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقياس" ينظر د.انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط4، دار النهضة العربية، لبنان-بيروت، 1983، ص264.

(3) القاعدة العامة ان الاشياء المثلية تباع بالتقدير أي بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع، فإنه يجوز كذلك ان تباع هذه الاشياء جزافاً فلا يشترط لصحة البيع في هذه الحالة ذكر المقدار، بل يكتفي بذكر الوصف والجنس والنوع ويتميز بيع الجراف عن بيع التقدير، في ان ملكية المبيع تنتقل في البيع الجراف الى المشتري بمجرد انعقاد العقد أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع إلا بتعيينه، أما بيع النموذج حيث يتم تقديم نموذج للمشتري من قبل البائع مطابقة للمبيع فيغني النموذج عن تعيين المبيع باوصافه. ينظر د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1 عقد البيع، مطبعة المعارف، العراق-بغداد، 1970، ص173-ص174.

(4) د.سعید مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة(البيع الايجار المقاوله)، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، مصر-القاهرة، 2009، ص416.

القانون ليوأكب هذه التطورات؟ أن للاجابة عن هذا السؤال سنبين موقف الفقه عن طريق هذين الاتجاهين:

**الاتجاه الأول-** تمسك المؤيدون للتيار الكلاسيكي بفكرة ضرورة أخضاع المعقود عليه في العقد الإلكتروني للمبادئ القانونية التقليدية التي تتسع لكل جديد يطرأ كأحكام العقد الإلكتروني كون هذه المبادئ صيغت بأسلوب مرن ليوأكب كل المستجدات كالتكنولوجيا فبالاكد أنه ليس لهذه الاخيرة أن تقوض المبادئ القانونية الجوهرية التي ارتكزت عليها المعارف القانونية منذ زمن بعيد<sup>(1)</sup>. ونحن نميل على الاخذ بهذا الرأي.

**الاتجاه الثاني-** يرى أنصار المدرسة التحررية في عدم أخضاع المعقود عليه في العقد الإلكتروني للمبادئ القانونية التقليدية؛ لأنها لا تتسجم مع آليات العالم الافتراضي، ودعت إلى تبني منظومة حديثة تتناسب مع مستوى التعامل الإلكتروني الحديث وتعتمد بالأساس على الحرية المطلقة في تكوين العقد وتنفيذه<sup>(2)</sup>.

إن المعقود عليه في العقد الإلكتروني قد يكون شيئاً مادياً وقد يكون غير مادي، مثل تقديم الخدمات كبرامج الحاسوب وكتاب إلكتروني وغيرها من الأمور التي تجري عبر الشبكة العنكبوتية، فهذا النوع يتم فيه التسليم والتسلم عبر الشبكة العنكبوتية ذاتها، ويتم التسليم إلكترونياً عن طريق تنزيل أو تحميل البرامج أو النسخ من الموقع المتاح أو باي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به، كأعطائه الصلاحية للدخول إلى موقع معين للحصول على المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، ويمكن تسليم هذه الخدمات مادياً عن طريق تحميلها على أسطوانات أو فلاشات وغيره<sup>(3)</sup>.

أن تعيين المعقود عليه في العقد الإلكتروني شرط يجب الالتزام به، ويتم تعيينه في هذا النوع من العقود المعاصرة عن طريق تحديد الصفات الأساسية للسلع المعروضة على المواقع الإلكترونية،

(1) محمد منصور، القانون وتكنولوجيا المعلومات، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الاعلى للقضاء، تونس، 2005، ص10.

(2) نسرین محاسنة، انعقاد العقد الإلكتروني"دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة "1996، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الاردن، 2004، ص44.

(3) د.احمد كمال رمضان شاهين ، دور البيع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المؤتمر الافتراضي العلمي الدولي الاول، جامعة ديالى- كلية القانون والعلوم السياسية، 2020، ص194.

ووصفها بإظهار صورتها كما في دليل المبيعات الورقي التقليدي، ويلتزم من يؤكد جودة منتجاته بذلك إلا إذا تحفظ على ضمانته لما يظهر فيها من عيوب<sup>(1)</sup>.

فإذا لم يقدّم البائع وصف المنتج أو الخدمة وصفاً مانعاً للجهالة على شاشة الحاسب الآلي عبر الشبكة العنكبوتية، سواء عن طريق صفحات الويب أو دليل المبيعات الإلكتروني، وأن عدم وصف السلعة المعروضة على موقع الويب أو عن طريق دليل المبيعات الإلكتروني أو عبر رسائل البريد الإلكتروني أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى يعدّ مجهولاً إذا تم بطريقة لم تمكن المستهلك أو المشتري من إدراك حقيقة العقود عليه والوقوف على مدى ملائمتها للغرض الذي يقصده من التعاقد فيجب أن يكون الوصف دقيقاً ومفصلاً للمنتج والخدمات الإلكترونية<sup>(2)</sup>.

ويعدّ عقد البيع بواسطة دليل المبيعات إحدى الطرق الحديثة في البيع عن بعد، فالبيع بواسطته يتم عن طريق المراسلات ما بين الموجب والقابل بإرسال دليل المبيعات إلى القابل للاطلاع عليه، وبيان مدى انطباق المواصفات المذكورة في دليل المبيعات مع ما يرغب الحصول عليه أو لا، وإرساله إلى العميل يعدّ إيجاباً موجهاً لهذا الشخص بانتظار القبول، لكن هذا الإيجاب لا يكون ملزماً كونه موجهاً للكافة دون تحديد، ومن يجد لديه الحاجة في هذا المنتج يقوم بالبحث في جدية العرض، وتكون المرحلة السابقة هي من مراحل المفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد ويكون جزءاً من العقد، ويكون الموجب ملزماً بدليل المبيعات الذي يتضمن الشروط الأساسية التي كانت هي السبب الرئيس في إبرام العقد، وأية مخالفة لهذه الشروط هي مخالفة للعقد<sup>(3)</sup>.

وفي التعاقد الإلكتروني جرى العمل على أن يضع الموجب مواصفات دقيقة للسلع المعروضة لديه، وقد يكون ذلك عن طريق عرضها بوضوح على شاشات التلفزيون في قنوات متخصصة أو على صفحات مجلات خاصة (دليل المبيعات) تتضمن الصورة، والمواصفات، والتمن، وكل ما يهم المشتري

(1) د. بريك فارس حسين، الشكل في العقد المدني الإلكتروني "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقية رقم (78) لسنة 2012، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، مج 3، ع 29، 2016 ص 263.

(2) د. أحمد حمصي، العقد الإلكتروني في التشريع المقارن "فرنسي، سوري، مصري، بحث منشور من قبل مكتب الحمصي للمحاماة، دمشق-سوريا، 2010، ص 20.

(3) د. فغول الزهرة، عقد البيع الإلكتروني، بحث منشور في المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، مج 80، ع 82، الجزائر، 2017، ص 9.

لهذه السلعة. ويغلب على التعاقد الإلكتروني تحديد الثمن ببيان نوع العملة ومقدارها، إلا أن دفع الثمن يتم عن طريق بطاقة الائتمان، أو الدفع الإلكتروني، أو الحوالة الإلكترونية<sup>(1)</sup>.

ففي عقد الإيجار الإلكتروني يلتزم مقدم خدمة الشبكة العنكبوتية بأن يضع تحت تصرف المشترك جانباً من إمكانياته الفنية والتقنية المتعلقة بالأدوات المعلوماتية، وذلك بغية استعمالها لتحقيق مصالح هذا المشترك وبالطريقة المناسبة له مثل ذلك عدم تعيينه المساحة المراد إعطائه له على القرص الصلب أو شريط مرور يستقبل عن طريقه مقدم الخدمة المعلومات الخاصة بالمستخدم ويتيح له فرصة الدخول إلى الشبكة العنكبوتية ويضمن من ثم للمستخدم تيسير استخدام ذلك الموقع الذي خزن فيه معلوماته بحيث يتم تسليم الموقع إلى المستخدم بمجرد تزويده بوسيلة اتصال خاصة به وعند هذه اللحظة يبدأ تنفيذ هذا العقد وذلك مقابل أجر محدد ومدة زمنية وفي حال عدم تعيين الأجر أو المدة بان تكون مجهولة يترتب على ذلك جهالة العقد<sup>(2)</sup>.

وفي عقد المتجر الافتراضي فالعميل حينما ينشئ هذا الموقع التجاري فإنه يطلب تصميمه بشكل ملائم وفعال واستخدام سهل وسرعة التحميل للصفحات والسماح للعملاء ومستخدمي الشبكة العنكبوتية بالدخول إلى هذا الموقع ومعرفة اجزائه وبضائعه وخدماته بسهولة لكي يقوم ببيان دقيق للمواصفات والاسعار وطرق دفع الثمن وعرض العقد النموذجي المتضمن كافة الشروط والاحكام في حالة رغبة المستهلك في التعاقد مع صاحب المتجر الافتراضي<sup>(3)</sup>

والمحل يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ولكي يكون كذلك فإنه يجب وصف السلعة أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة، مع تجنب الدعايات والأعلانات الخادعة أو المضللة والتعيين عبر تلك التقنيات يكون أما بالنوع أو المقدار بحسب الأحوال، ويكفي أن يكون موضوع معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد الإلكتروني ما يستطيع به تعيين مقداره، فإذا لم يتضمن العقد عن طريق الشبكة العنكبوتية مثلاً هذه المواصفات كان موضوع العقد غير محدد التحديد المطلوب النافي للجهالة الفاحشة ومن ثم يصبح العقد باطلاً، والتحديد بالمقدار يكون لازماً لقيام الالتزام حتى لا يقع أي لبس أو

(1) د.محمد بن الالف، التعاقد الإلكتروني في ميزان الشرع الاسلامي ، الناشر جمعية الحاسبات السعودية، السعودية-الرياض، 2002، ص7.

(2) د.جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، ط1، مكتبة السنهوري، العراق-بغداد، 2011، ص50-ص51.

(3) الياس ناصيف، العقود الدولية(العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2009، ص53-ص56.

غموض ولاسيما أن التعاقد يتم عن بعد ولذا يجب أن يكون وصف محل الالتزام كاملاً كان يجري أيضاً بصورة البيع في الموقع الذي يخصص فيه عرض البضائع<sup>(1)</sup>.

فعند اشتراط أن يكون المعقود عليه معيناً بالنوع أو الوصف أو المقدار، وما إلى ذلك حسب الاحوال، فيكفي أن يكون المعقود عليه معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، فإذا لم يتضمن العقد عن طريق الشبكة العنكبوتية هذه المواصفات وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملايصة للعقد كان المعقود عليه صحيحاً، وإلا يعد غير محدد تحديداً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة، وأن التحديد بالنوع ضروري وإلا وقع العقد باطلاً كذلك التعيين بالمقدار لازم بدوره لقيام الالتزام حتى لا يقع لبس ولاسيما وأن التعامل يكون عن بعد<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### جزاء وجود الجهالة في العقد الإلكتروني

أن المعقود عليه في العقد الإلكتروني غالباً ما يتعلق بتبادل السلع والخدمات عبر الحدود أوفي داخل البلد الواحد عن طريق الشبكة العنكبوتية، وهو لا يختلف عن المعقود عليه في العقد التقليدي من حيث المبدأ، فيجب أن يكون موجود أو ممكن الوجود وأن يكون معين أو ممكن التعيين وأن يكون قابل للتعامل فيه مشروع.

تعرف الجهالة الفاحشة بأنها "عيب يقترن بشروط صحة التصرف القانوني ويفضي إلى النزاع، ويترتب عليها بطلان التصرف، أو هي عيب فاحش يشيب التصرف القانوني ليجعله في قائمة التصرفات القانونية الباطلة"<sup>(3)</sup>.

وأن السؤال الذي يفرضه نفسه في هذا الصدد مفاده ما هو الأثر المترتب على جهالة المعقود عليه في العقد الإلكتروني؟ ويتمثل هذا الأثر ببطلان العقد سواء في الفقه الإسلامي أم القانون وهذا ما سنبينه في الفقرتين الأتيتين:

(1) د. ندى زهير الفيل، إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج14، ع51، 2011، ص20

(2) سمير عبد السميع الاودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مصر-الاسكندرية، 2004، ص73 و ص74.

(3) مقال منشور على الموقع بعنوان ما المقصود بالجهالة الفاحشة كمصطلح قانوني - استشارات قانونية مجانية [www.mohamah.net](http://www.mohamah.net) تمت الزيارة بتاريخ 2022/9/2 الساعة 9 مساءً.

أولاً- بطلان العقد الالكتروني

ان المصير الطبيعي المألوف للعقد هو انقضاؤه عن طريق تنفيذ أطرافه للإلتزامات الناشئة، إلا أن هذا المصير لا يتحقق دائماً، إذ قد يزول العقد قبل أن يبدأ المتعاقدين في تنفيذه مما يؤدي الى انحلاله قبل موعد البدء في التنفيذ، أي أنه باطل بسبب جهالة المعقود عليه<sup>(1)</sup>. فالبطلان هو وصف يتضمن جزاء ينصب على العقد والمقصود منه تعطيل فاعلية العقد على إنتاج أي اثر قانوني، فالبطلان هو رقابة القانون على أستكمال العقد للمسائل الجوهرية التي يفرضها القانون لوجوده، ولما كان البطلان يعدم أثر العقد فان المنطق يقضي بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج فلا تفاوت في العدم .

يمكننا التساؤل عن نوع البطلان الذي يترتب على جهالة المعقود عليه في العقد الالكتروني؟

قد كان الفقه التقليدي يفرق بين انواع ثلاثة من الجزاء عند تخلف أحد أركان العقد فآخذوا بالإنعدام كجزاء لتخلف ركن من أركان العقد، وجعل البطلان المطلق<sup>(2)</sup>، جزاء لتخلف شرط من شروط هذه الأركان، إذ يعتبر العقد باطلاً بطلان مطلق عند توافر إحدى هاتين الحالتين، إذا تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط أحد هذه الأركان، كتخلف ركن الرضاء لإنعدام إرادة أحد العاقدين أو لعدم تطابق ارادتهما، أو يوجد نص في القانون يقضي ببطلان العقد كهبة الاموال المستقبلية باطلاً .

ويمتاز البطلان المطلق بعدة خصائص بأنه لا يزول البطلان بالإجازة، ولكل ذي مصلحة حق التمسك بالبطلان، والتقدم يرد على دعوى البطلان ولا يرد على الدفع، ولا يحتاج البطلان إلى اتفاق أو حكم لايجاده، بينما البطلان النسبي أو العقد القابل للابطال يكون هو جزاء قانوني ناتج عن تخلف شرط أو أكثر من شرائط الصحة، كنقص الأهلية أو تعيب الرضاء بأحد عيوب الرضاء، لكن الحكم في هذه الصورة الاخيرة مرهون بموقف الشخص صاحب الشأن الذي يشرع البطلان لمصلحته فأن اقر وارتضى ما جرى عليه العقد ظل اي هذا العقد صحيحاً ومنتجاً لاثاره والا حكم ببطلانه وباتر رجعي يعود الى وقت الانعقاد<sup>(3)</sup>. ويتميز البطلان النسبي، بأنه قابل للتجزء، ولا يستفيد منه إلا الطرف الذي شرعت

(1) فاطمة حسن محمد، فسخ العقد في القانون المدني اليمني والقانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عدن-كلية الحقوق، اليمن، 2000، ص11.

(2) د.خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام"دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، مكتبة بداري، مصر-اسيوط، 2020، ص92-ص93.

(3) د. محمود المظفر، مصدر سابق، ص302.

لحمايته أو من ينوب عنه، ويزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وأه يسقط بالتقادم<sup>(1)</sup>، ويحتاج إلى حكم قضائي بالأبطال<sup>(2)</sup>

أعتمد الفقه الحديث على التقسيم الثنائي في صياغة نظرية البطلان وتحديد احكامه، واصبحوا يؤسسون المعايير للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي للعقد، فذهب رأي بأن البطلان المطلق ينشأ إذا تخلف أحد أركان العقد بشكل تام، كتخلف الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في التصرفات الشكلية، بينما البطلان النسبي يتحقق عند غياب أحد عناصر كعيب الرضاء، وقد وجهت له انتقادات منها تعذر التفرقة بين التخلف الكامل لأركان العقد وعدم كفايتها؛ لأن كلاهما يفيد عدم تحقق شرط تطلبه المشرع، بينما هنالك من أعتمد معيار آخر قوامه الغاية التي يتقرر البطلان بوصفه جزاء من أجل حمايتها، فالبطلان المطلق يكون إذا كانت الغاية حماية المصلحة العامة بينما البطلان النسبي يحمي المصلحة الخاصة، ويؤخذ على هذا المعيار أنه غير صالح؛ لأن البطلان بنوعيه يتعلق بالنظام العام<sup>(3)</sup>.

وفي نظرنا أن البطلان المترتب على جهالة المعقود عليه في العقد الالكتروني هو البطلان المطلق، فالمشرع العراقي لم يأخذ بنظرية البطلان النسبي وإنما جعل البطلان على درجة واحدة دون مراتب عدة كما فعل المشرع المصري<sup>(4)</sup>، واليميني<sup>(5)</sup>، لأن البطلان اثر خطير يتناسب مع خطورة العيب الذي اصاب العقد الالكتروني، لذا فانه يوصف بالخطورة البالغة، فالعقد الالكتروني يكون في حكم العدم على الرغم من أن العقد قد قام إلا أن وجود الجهالة لم يبق له إي وجود قانوني، وإن تعيين المعقود عليه أمر فرضه المشرع على المتعاقدين مراعاته عند التعاقد، كون التعيين شرط يتعلق بالمعقود عليه فيؤدي عدم مراعاته الجهالة به مما يعني غياب عنصر جوهرى من العقد الالكتروني وان غياب التعيين لا يمكن معه القول بجزاء آخر غير البطلان.

أن العقد لكي يكون صحيحاً في الفقه الإسلامي من حيث الأصل والوصف، يجب أن تتوافر أركانه من الأيجاب والقبول وشرائطها، وهو الأصل فضلاً عن العناصر اللازمة للإنعقاد من تطابق الأيجاب والقبول وأتحد مجلس العقد وتعدد العاقد والعقل أو التمييز ومعقود عليه مقدور على تسليمه ومعين أو قابل للتعين وصالح للتعامل فيه إي مالاً متقوماً مملوكاً، ولا يتوقف على هذه العناصر وإنما

(1) د.سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع، مصدر سابق، ص252.  
(2) د.فواز صالح، القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، ج1 مصادر الالتزام، تم النشر من قبل جامعة دمشق، سوريا، 2009، ص97.  
(3) د.جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر-القاهرة، 1956، ص340-341.  
(4) د.سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر-الاسكندرية، 2009، ص186.  
(5) د.محمد يحيى المطري، محاضرات في القانون المدني اليمني النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ط8، 2017 تم النشر من قبل جامعة صنعاء، ص136.

يحتاج إلى وصف يكمله، فالمعقود عليه لا يكفي لكي يكون صحيحاً أن يكون معيناً أو قابل للتعيين وإنما يجب أن يكون خالياً من الغرر أو الجهالة الفاحشة وبهما يتجلى معنى الوصف فإذا أختل أو تخلف ما يعد أصلاً أو وصفاً للعقد الإلكتروني يعد باطلاً<sup>(1)</sup>.

ومن أجل الأمام ببطلان العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي والقانون لذا سببناه في هذا المحور من البحث وفقاً لما يأتي:

### 1- موقف الفقه الإسلامي من بطلان العقد الإلكتروني

يراد بالبطلان عند الامامية" هو ما يقابل الصحة تقابل العدم والملكة، فما له قابلية ان يكون صحيحاً يصح ان يتصف بالفساد، وما ليس له ذلك لا يصح وصفه بالفساد"<sup>(2)</sup>.

وقد عرف الحنفية البطلان بأنه" أن يكون الفعل بحالة غير موصلة للمقصود الدنيوي أصلاً" ويشمل هذا التعريف البطلان في جميع العقود وينطبق عليها كلها<sup>(3)</sup>.

وعندهم البيع اربعة اقسام، صحيح بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه، وباطل وهو غير مشروع اصلاً وفساد موقوف<sup>(4)</sup>. ولم يطلق الفقه الحنفي تطبيق هذه النظرية على جميع التصرفات وإنما قصرها على العقود الناقلة للملك، كالبيع والشركة والقسمة والصلح<sup>(5)</sup>. وأن الفقه الحنفي يرى أن جهالة المبيع تفسد العقد، وسبب هذا الاختلاف أن الحنفية يميزون بين العقد الباطل والفساد، فالعقد الباطل ما كان الخلل في أصله بينما الفساد يكون الخلل بوصفه لا بأصله، والجهالة تصيب الوصف دون الأصل، بينما جمهور الفقهاء فلا توجد لديهم هذه التفرقة.

وبخصوص المالكية فعندهم هو" عدم ترتب آثار العمل في الأخره، وهو الثواب ويتصور في العبادات والمعاملات فتكون العبادة باطلة باطلاق الاول، فلا يترتب عليها جزاء لانها غير مطابقة لمقتضى الأمر"<sup>(6)</sup>.

(1) د. اسراء فهمي ناجي و د. عادل شميران حميد، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الاول، جامعة كربلاء-كلية القانون، 2012 ص175.

(2) محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ج1، مركز انتشارات، ايران-قم، 1370هـ، ص308.

(3) علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الجبل، مصر-القاهرة، 1991، ص108.

(4) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، دار الكتب الإسلامي، مصر-القاهرة، 1313هـ، ص44.

(5) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص509.

(6) أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة، ط6، دار المعرفة، لبنان-بيروت، 1425هـ، ص200.



اما الشافعية فعندهم هو "نقيض الصحة بكل اعتبار من الأعتبارات"<sup>(1)</sup>.

بينما الزيدية عندهم ان البيع الصحيح هو الذي تكاملت فيه مقوماته من أركان وشروط، فالبيع الباطل هو البيع الذي لم تتكامل فيه أركانه الأربعة، بائع ومشتري ومبيع وثمن، او كان من البيع المنهي عنه، اما البيع الفاسد ما اختل فيه شرط غير الأربعة، واختلال شرط من ذلك يوجب الفساد<sup>(2)</sup>. ان وجود الفساد من البيع ضربان، احدهما يرجع الى العقد، والآخر يرجع إلى المعقود عليه، فالذي يرجع إلى العقد ثلاثة أمور وهي، الربا والغرر والجهالة<sup>(3)</sup>.

## 2- موقف القوانين من بطلان العقد الإلكتروني

لا يكاد القانون المدني العراقي يختلف عن القوانين موضع المقارنة في حكم العقد الذي توجد فيه جهالة، ومن أجل الاحاطة بالموضوع سنفرد هذه الفقرة لبيان الآتي:

### أ- موقف القانون المدني العراقي من بطلان العقد الإلكتروني

ان القانون قد فرض على المتعاقدين تعيين المعقود عليه تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة وقد وضحت المادة(128) من القانون المدني العراقي في الفقرة الأولى إذ نصت "يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف". يتضح منها:

- يترتب على غياب شرط تعيين المعقود عليه في العقد الإلكتروني جهالة فاحشة مما ينتج عنها بطلان العقد الإلكتروني، فقد بين القانون المدني العراقي في المادة تعريف العقد الباطل اذ نصت المادة(137) "1-العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية. 2-فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كان يكون الأيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع. 3-ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون". ويتبين لنا عن طريق هذا النص أن البطلان يكون أما لكون العقد غير

(1) علي بن محمد الأمدي، الأحكام في أصول الاحكام، ج1، ط1، دار الكتاب العربي، لبنان-بيروت، 1404هـ، ص187.

(2) العلامة محمد بن عبد الله عوض، من ثمار العلم والحكمة فتاوى وفوائد، ج2، ط3، مكتبة أهل البيت (ع)، اليمن، 1441هـ، ص6.

(3) العلامة شمس الدين جعفر بن احمد بن عبد السلام، مصدر سابق، ص192.

مشروع ذاتاً أو أن يكون غير مشروع وصفاً، فقد بينت الفقرة الثالثة من ذات المادة أن العقد يعد باطلاً في حال اختلال بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة.

- يترتب على وجود الجهالة الفاحشة بالمعقود عليه في العقد الإلكتروني بطلانه فيترتب على ذلك عدم انعقاد العقد الإلكتروني وعدم إفادة حكمه، مما يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وفي حال كان هذا الأمر مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل<sup>(1)</sup>، ولا يقتصر التمسك بالبطلان على أطراف العقد الإلكتروني بل يحق لكل ذي مصلحة في التمسك بالبطلان فيحق لدائني الطرفين وكل من كسب حقاً عينياً على محل العقد الإلكتروني، أو حقاً شخصياً يرتبط بالمعقود عليه، وتستطيع المحكمة أن تحكم ببطلان العقد الإلكتروني من تلقاء نفسها حتى وإن لم يطلب أحد هذا الحكم حينما يتحقق للمحكمة سبب للبطلان؛ لأن العقد الإلكتروني الباطل منعدم ولا يمكن للمحكمة ان تعتبره موجود كونه عدم، لذا فلا تلحقه الاجازة<sup>(2)</sup>.

#### ب- موقف التشريعات موضع المقارنة من بطلان العقد الإلكتروني

بين القانون المدني المصري في المادة(133) في فقرتها الاولى "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا"<sup>(3)</sup>. يتبين من نص المادة إن تعيين المعقود عليه يعد من ضمن الشروط التي تقتضيها طبيعة ذاتها، مثله في ذلك مثل امكان محل الالتزام، فالالتزام يلزم المدين بأداء محله فإذا كان هذا المحل مجهولاً جهالة فاحشة بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده، كان من شأن ذلك أن تثار المنازعات، دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضها<sup>(4)</sup> فخلافاً للمشرع العراقي واليميني الذي كان بصدد بيان ضرورة تعيين المعقود عليه إضافة إلى بيان كيفية ذلك التعيين، فقد تعرض المشرع المصري إلى تعيين المعقود عليه دون الإشارة للجهالة التي تسبب البطلان وكان الأولى به بيان هذه القاعدة صراحة كما فعل المشرع العراقي واليميني. اي انه لم يبين المشرع المصري الجهالة الفاحشة عند كلامه عن المحل كاحد اركان العقد وانما اشترط فقط تعيين المحل.

أما فيما يخص موقف المشرع اليمني فقد نصت المادة(184) من القانون المدني اليمني "يلزم لكل عقد محل معقود عليه يضاف إليه يكون قابلاً لأحكامه ويكون محل العقد(المعقود عليه) مالياً أو منفعة أو

(1) نصت المادة(138) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 على أن "1-العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً. 2-فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل"

(2) نص المادة(141) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 إذ تنص "إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة".

(3) القانون المدني المصري(131) لسنة 1948.

(4) د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص419.

ديناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل" والمادة(190) إذ تنص "يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره إن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها". يستفاد مما تقدم:

- إن المشرع اليمني وضح المعقود عليه<sup>(1)</sup> بأنه ما يعقد عليه أي سواء أكان المعقود عليه مالا أم منفعة، فاشتراط ان يكون محل الالتزام محددًا بصورة تنفي جهالته وخلطه بغيره وبالتالي امكانية تنفيذه، سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه أم إلى مكانه أم باسمه أم بصفته مع بيان مقداره أم بذكر حدوده، ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز، ويستثنى من ذلك ما نص عليه القانون، فان تعيين المعقود عليه يكون بالاتفاق بين طرفي العقد ويكفي لذلك ان يتضمن العقد الاسس اللازمة لتحديد العقد، وفي حالة عد التعيين يقوم المشرع بوضع الأسس للتعين، وتعيينه يكون بحسب طبيعة الالتزام وما اذا كان التزاما باعطاء او التزاما بعمل او الامتناع عن عمل<sup>(2)</sup>.
- قسم القانون المدني اليمني العقود على عقود صحيحة وعقود غير صحيحة(باطلة) وأخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان في فقه القانون<sup>(3)</sup>، وقد بينت المذكرة الأيضاحية للقانون المدني اليمني في المادة(139)"عرفت العقد غير الصحيح(الباطل)بما يشمل الباطل والفاقد في نظر البعض وهو العقد الذي اختل احد اركانه ابحو شرط من شروط صحته".
- لم يبين المشرع اليمني صراحة حكم الجهالة الفاحشة من انها تؤثر على العقد فتجعله باطلا، وبما ان البطلان هو جزاء يلحق العقد فيقضي عليه بسبب عدم مراعاة احكام القانون في تكوينه او بسبب عدم توفر ركن او اكثر من اركانه التي حددها القانون فينهار العقد تبعا لانهايار ركن من اركانه فيعد العقد كانه لم يقم، ويمكننا استنتاج ذلك عن طريق القواعد العامة التي تحكم البطلان المطلق كون إن عدم وجود المحل أو عدم توفر شروطه، فإن البطلان قد قرر نظراً لطبيعة الأشياء أي إلى اعتبارات فنية يستلزمها انعقاد العقد حتماً، وإلى حماية المجتمع من الأخلال بالنظام العام والأداب العامة<sup>(4)</sup>. وبالتالي فيمكن للمتعاقد الذي قد وقع في جهالة التمسك بالبطلان وكل من له مصلحة تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، وعلى هذا الاساس يستطيع ان يتمسك بالبطلان المطلق كل من المتعاقدين والخلف العام لها والخلف الخاص والدائنين ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه<sup>(5)</sup>.

(1) بينت المذكرة الايضاحية للقانون المدني اليمني في المادة(181)"محل العقد هو ما حصل التعامل عليه، ولا بد لكل عقد من محل مالا او منفعة او ديناً او عملاً او امتناعاً عن عمل وكلها امور واضحة لا تحتاج الى بيان".

(2) د.يحيى محمد حسين راشد الشعبي، مصدر سابق، ص128 و ص137.

(3) د.محمد يحيى المطري، مصدر سابق، ص136

(4) د.محمد يحيى المطري، المصدر نفسه، ص134 و ص132.

(5) د.محمد يحيى المطري، المصدر نفسه، ص137.

- بين المشرع اليمني في المادة(203) إذا كان العقد باطلاً يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد معناها أن يسترد المشتري الثمن والبائع المبيع إلا إذا كانت هنالك استحالة تمنع ذلك كقيام مانع طارئ فيجوز للقاضي أن يحكم للمتضرر من هذه الاستحالة بتعويض معادل لمقدار الضرر الفعلي الذي لحق به<sup>(1)</sup>.

تعريجاً على ما تقدم يتجلى لنا بوضوح أن تخلف شرط تعيين المعقود عليه في العقد الإلكتروني تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة يترتب عليه بطلان ذلك العقد، وعلى وفق ما نصت عليه التشريعات المقارنة فإن العقد الإلكتروني الذي تخلف فيه شرط تعيين المعقود عليه يعد باطلاً، مما يعني إنه لا ينتج أثراً ولا يفيد حكماً؛ لأنه غير منعقد، فيجب إعادة كل شيء إلى أصله وإلى الحالة التي كانا عليها المتعاقدان.

### ثانياً- الآثار التي تترتب على بطلان العقد الإلكتروني

في حال تم ابطال العقد الإلكتروني أو بطلانه بسبب من اسبابه المذكورة فمن المفروض ان تترتب عليه بعض الآثار القانونية التي تسري في حق المتعاقدين، كما تسري في حق الغير اذا ما ثبتت له مصلحة مشروعة، غير ان هذه الآثار لا تسري على اطلاقها وانما يمكن العمل على تعديلها بوسيلة من الوسائل المؤثرة.

ويترتب على الحكم ببطلان العقد الإلكتروني عدم انتاج الآثار التي يسعى اليها المتعاقدين وعدم افادته حكماً لأنه غير منعقد، إلا أنه قد يترتب القانون في حالات قليلة على العقد الإلكتروني الباطل آثار كما لو كان صحيحاً وذلك حماية للوضع الظاهر والثقة في التعاملات، وقد يترتب عليه القانون آثاراً عرضية بإعتباره واقعة مادية وليس عقداً ويعد إنتقاص العقد الإلكتروني وتحوله<sup>(2)</sup> أهم تلك الآثار وهذا ما سنبينه في الآتي:

#### 1- أثر البطلان في حق اطراف العقد الإلكتروني

تقضي القواعد العامة أن العقد إذا ما ثبت بطلانه بسبب جهالة المعقود عليه تترتب عليه زوال العقد وزوال ما قد ينشئه من حقوق أو التزامات وباتر رجعي يعود إلى زمن الانعقاد، بدون فرق بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد القابل للابطال، مما يتوجب على كل واحد من العاقدين أن يرد ما بحوزته من

(1) د. يحيى محمد حسين راشد الشعبي، مصدر سابق، ص162.

(2) يلعب القاضي في ظل هذه المسألتين دور ايجابي في اكمال نطاق العقد عن طريق سلطته في تصحيح العقد باضافة عنصر جديد للعقد ينقله من دائرة البطلان الى دائرة الصحة، او انتقاص عنصر يهدد العقد بالبطلان لتستقر له الصحة والفعالية ينظر د.سلام عبدالله الفتلاوي، اكمال العقد"دراسة مقارنة"، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص28.

أموال وأشياء كان قد حصل عليها بسبب العقد، وان ينهي ما اكتسبه من حقوق بحيث يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد<sup>(1)</sup>.

## 2- اثر بطلان العقد الالكتروني في حق الغير

لا يقتصر اثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يمتد الى الغير، فالغير يقصد به من يكون قد تعاقد مع المتصرف اليه في العقد الباطل على اكتساب حق متعلق بالشيء نوضوع هذا العقد، فالاصل ان بطلان عقد البيع يترتب عليه اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وبالتالي ما صدر من عقود من المشتري تكون عديمة الاثر بالنسبة للبائع، فالمشتري لا يملك الشيء بمقتضى عقد البيع، فتكون عقوده عقوداً صادرة من غير مالك وفاقد الشيء لا يعطيه، ولكن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على اطلاقها إذ أن ذلك يضر بالغير حسن النية، لذلك يوجد استثناءات عليها لحماية للغير حسن النية<sup>(2)</sup>.

## ويمكن ان تسأل في هذه المفصلية من البحث عن الاثار العرضية لبطلان العقد الالكتروني؟

أوجد القانون وسائل تعدل من آثار البطلان، وتتمثل هذه الوسائل بانتقاص العقد وتحول العقد، وهذا ما سنسلط الضوء عليه في هذه الفقرة البحثية وكالاتي:

### 1- انتقاص العقد الالكتروني

تنص المادة(139) من القانون المدني العراقي "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً بأعتبره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً" وأيضاً نص القانون المدني المصري في المادة(143) على انه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".

عن طريق ما تقدم عرضه من النصوص القانونية يتبين إن التشريع العراقي والتشريعات موضع المقارنة قد اخذت بنظرية أنتقاص العقد.

وعند تطبيق هذه النظرية العامة على العقد الإلكتروني فإنه إذا كان العقد متضمن التزامات عدة وكان صحيحاً بالنظر إلى بعضها وباطلاً بالبعض الآخر، فإن العقد الإلكتروني لا يبطل في الجميع بل يبطل جزئه غير الصحيح، ويبقى العقد عقداً مستقلاً صحيحاً في الجزء الصحيح منه كأنه جاء من الوهلة الأولى عقداً مستقلاً به عملاً بقاعدة تصحيح العقود، فبالتالي لا يبطل العقد إنما ينتقص ولكن إذا تبين إن الشق الذي وقع باطلاً ما كان العقد ليتم بدونه بل عنصر جوهري وأساس لا يتم العقد بدونه فإن العقد

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1 مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص236.

(2) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون ذكر السنة، ص249.

الإلكتروني يعج باطلاً في هذه الحالة لعدم إمكانية القول بتمامه دون الشق الذي قضى باطله<sup>(1)</sup>. أما المشرع اليمني فقد بين في المادة(204) بانه"إذا كان العقد غير صحيح في بعض مميز منه فهذا البعض وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير البعض الذي ثبت عدم صحته فيبطل العقد كله"<sup>(2)</sup>، هذه الخصيصة بحسب مراد النص تلحق اساساً بالعقد الباطل ولكن لا يمنع ذلك من القياس عليها في العقد القابل للابطال ففي العقد الباطل فان البطلان ينحصر في شق منه ويصح في الشق الاخر، إلا إن المشرع قد أورد استثناء على هذا الحكم وذلك إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير بعضهم الذي يثبت عدم صحته فيبطل العقد كله مثله أن يبيع شخص أرض يملكها دون المنزل الذي أقامه فيها للسكن فهنا يصعب فصل المنزل عن الأرض المقام عليها لذلك يكون العقد باطلاً بأكمله لأن الأرض لا يتم إلا بالمنزل، والحال كذلك في العقد القابل للابطال فاذا كان العقد في بعضه صحيحاً وفي البعض الاخر قابلاً للابطال ولم يكن ثمة ترابط اساسي بين بعضها فهنا يصح العقد في الشق الصحيح ويبطل في الشق الأخر<sup>(3)</sup>.

ويشترط لإنقاص العقد الإلكتروني توافر شرطين، أن يكون العقد باطلاً في جزء منه فقط فإذا كان باطلاً بأكمله فلا ينتقص، بل يتحول إلى عقد آخر إذا توافرت شروط تحول العقد السابق بيانها، أن يكون العقد قابلاً للإنقسام؛ لأنه إذا لم يكن قابلاً للإنقسام يترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله<sup>(4)</sup>.

## 2- تحول العقد الإلكتروني

ان نظرية تحول العقد من الافكار القديمة التي تعود في اصولها الى الفقهاء المسلمين<sup>(5)</sup>، وقد اخذ القانون المدني العراقي بفكرة تحول العقد في المادة(140) إذ نصت"إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد". وكذلك قد عمد المشرع المصري الى تنظيم فكرة تحول العقد إذ نص في المادة(144)"إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه، إذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد"<sup>(6)</sup>. وتتجلى فكرة تحول العقد الإلكتروني إذا كان يتضمن عناصر عقد إلكتروني آخر توافرت فيه

(1) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، وزارة التعليم والبحث العلمي، العراق-بغداد، 2007، ص125.

(2) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

(3) د.يحيى محمد حسين راشد الشعبي، مصدر سابق، ص161.

(4) د.انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص297.

(5) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص126.

(6) القانون المدني المصري رقم(133) لسنة1948.

على الرغم من بطلانه فيتحول العقد الإلكتروني إلى عقد الكتروني آخر صحيح الذي توافرت عناصره، وبذلك يكون يكون العقد الباطل قد انتج أثراً عرضياً لا أصلياً، شريطة ان يتبين من الظروف أن المتعاقدين كانت تنصرف نيتهما إلى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصده، أي إن العقد الإلكتروني الباطل ينقلب عقداً صحيحاً لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان، بل من النوع الذي توافرت فيه عناصر بشكل عرضي من دون قصدهما<sup>(1)</sup>.

نص المشرع اليمني على فكرة تحول العقد في المادة(205) إذ نصت "إذا استعمل المتعاقدان الفاظاً خاصة بعقد لإبرام عقد آخر توافرت أركانه وشروط صحته فالعبرة بما قصدا إليه، كقصد الأيجار بلفظ البيع"<sup>(2)</sup>.

أن المتتبع لهذه الفكرة يجد أصولها من الفقه الإسلامي قد أخذها المشرع اليمني وهي ترد على العقد الباطل والعقد القابل للأبطال، وذلك إذا تضمن أي من العقدين أركان عقد آخر كان المتعاقدين يقبلانه لو تبينا بطلان العقد الأصلي، فهنا يتحول العقد الباطل أو القابل للأبطال إلى العقد الصحيح الذي توفرت أركانه وشروط صحته ذلك أنه ليس ما يمنع من أن ينتج هذا العقد بوصفه واقعة قانونية أثراً أخرى عرضية تختلف عن الآثار الأصلية<sup>(3)</sup>.

فإن قوام نظرية تحول العقد الإلكتروني إن العقد الباطل وإن كان لا يترتب أي أثر من الآثار التي كانت تبنى عليه لو كان صحيحاً، إلا انه ليس ثمة ما يمنع من أن ينتج هذا العقد بإعتباره واقعة قانونية آثار أخرى عرضية تختلف عن الآثار الأصلية، ويتحقق ذلك إذا تضمن هذا العقد بالرغم من بطلانه أركان عقد آخر كان المتعاقدان يقبلانه لو تبينا بطلان العقد الأصلي، إذ يتحول العقد الأصلي الباطل إلى العقد الجديد الصحيح الذي توافرت أركانه<sup>(4)</sup>.

ويشترط لتحول التصرف القانوني الباطل إلى آخر صحيح، بطلان التصرف الأصلي وتضمنه لعناصر تصرف آخر وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر<sup>(5)</sup>.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص498.

(2) القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

(3) د. يحيى محمد حسين راشد الشعبي، مصدر سابق، ص161-ص162.

(4) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصدر سابق، ص293.

(5) د، عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصدر سابق، ص245-ص246.

## المطلب الثاني

### آثر جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي

أحدثت العقود الذكية طفرة هائلة في المنظومة التعاقدية، فقد مكنت أطراف العلاقة العقدية من الاتصال ببعضهم بعضاً وعقد الاجتماعات من دون أن يلتقوا في مكان واحد مما ساعد على التوسع في العقود الذكية، ولا يقف عند هذا الحد بل تمتاز بالسرعة والتغلب على العديد من المشكلات التقليدية الناتجة عن الأستعانة بالعقود التقليدية الورقية إذ ساعد في حل مشكلة الوقت والتكلفة.

حدثت في العقود الأخيرة من القرن الماضي تغييرات جذرية متسارعة في نظم المعلومات، إذ إن الانفجار المعرفي قد أفرز العقد الذكاء الاصطناعي، حيث تعدّ عقود الذكاء الاصطناعي من أهم المعاملات التي تتم بشكل يومي على نطاق واسع سواء على المستوى المحلي أو العالمي، فعملية التعاقد هي جزء رئيس من حياتنا اليومية حيث تعد فيما يخصّ الكثيرين ضماناً لمزيد من الأمن القانوني وسهولة تنفيذ الألتزامات المتعاقد عليها، فهي عقود ذاتية التنفيذ.

أن عقد الذكاء الاصطناعي من أكثر الموضوعات ذات الأهمية في مجال التطبيقات الأبتكارية، فهو يشكل بالنسبة للكثيرين ضماناً لمزيد من الأمن القانوني وسهولة تنفيذ الألتزامات المتعاقد عليها وسرعتها، إذ تعد العقود الذكية من العقود الحديثة الظهور.

ومن أجل الأحاطة بآثر جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي سنقسم المطلب على فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى تحقق جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي، وفي الفرع الثاني جزاء وجود الجهالة في عقد الذكاء الاصطناعي وكالاتي:

الفرع الأول- إلى تحقق جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي.

الفرع الثاني- جزاء وجود الجهالة في عقد الذكاء الاصطناعي.



## الفرع الأول

### تحقق جهالة العقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي

لم يعد الذكاء الاصطناعي مجرد حلم أو ضرب من ضروب الخيال العلمي، بل أضحت حقيقة واقعية تحظى بتطبيقات عدة تحاكي الذكاء البشري، إذ أصبح الذكاء الاصطناعي جزءاً لا يتجزأ من الحياة اليومية، فطال الذكاء الاصطناعي مجالات متعددة منها العقود، ولغرض الأمام بعقد الاذكاء الاصطناعي وتحقق الجهالة سنبين في هذه الفقرة البحثية ما يأتي:

#### أولاً- التعريف بعقد الذكاء الاصطناعي

اختلفت التعريفات التي أدلى بها الفقهاء وتنوعت، إذ لا يوجد تعريف قانوني جامع مانع ودقيق في الوقت الراهن، وهذا الامر طبيعي إذ يعود إلى حداثة ظهورها ودخولها ميدان الاستعمال، وأيضاً لما تنماز بها تكنولوجيا العقود الذكية، لذا فهي تعد شغل شاغل رجال القانون والمشرعين اللذين اعتادوا على المنظومة التقليدية للتعاقد، وقد تعددت المجالات التي طالتها العقود الذكية كالأيجار والبيع ونقل البيانات.

يتكون هذا المصطلح من مفردة العقد وهي صارت واضحة لنا كونه أرتباط الإرادات على وجه يرتب أثره في العقود عليه، أما الذكاء فهو القدرة على أدراك وفهم وتعلم الحالات أو الظروف الجديدة، أما كلمة أصطناعي فتعني كل الأشياء التي تنشأ نتيجة النشاط أو الفعل الذي يتم عن طريق أصطناع وتشكيل الأشياء تمييزاً عن الأشياء الموجودة بالفعل والمولدة بصورة طبيعية من دون تدخل الانسان، وعلى هذا الاساس يعني مصطلح عقد الذكاء الاصطناعي بصفة عامة العقد الذي يصنعه او يصطنعه الانسان في الآلة أو الحاسوب<sup>(1)</sup>.

وعلى أساس هذا المنطلق فقد عرف الذكاء الاصطناعي بأنه "برنامج كمبيوتر يحركه الحدث يطبق على سجل الكتروني كبير موزع لا مركزي مشارك ومكرر يستخدم لأتمتة المعاملات بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر المعاملات التي توفر الوصاية وتأمّر بنقل الأصول إلى هذا السجل الكبير، أو تنشئ الاصول الإلكترونية وتوزعها، أو تزامن المعلومات أو تيسر هوية المستخدمين ووصولهم إلى تطبيقات البرمجيات"<sup>(2)</sup>.

وكذلك عرف بأنها "بروتوكولات خاصة مسجلة على منصات البلوكتشين دون تدخل طرف ثالث كموثق أو وسيط أو أي جهة مركزية بطرق مرمزة، وذلك عن طريق برمجيات لديها القدرة على إرسال

(1) دامية عثمانية، المفاهيم الاساسية للذكاء الاصطناعي، ط1، الناشر المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الماني-برلين، 2019، ص11-ص12.

(2) دنريمان مسعود بورغدة، عقود البلوك تشين(العقود الذكية) من منظور قانون العقود، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، مج56، ع2، 2019، ص107.

العقود من حساب شخص إلى حسابات أخرى<sup>(1)</sup>.

وأيضاً عرف بانه "آلية تتضمن أصولاً رقمية وطرفين أو أكثر حيث يقوم بعض أو كل الأطراف بوضع الأصول ويتم إعادة توزيع الأصول آلياً بين هؤلاء الاطراف، وفقاً لمعادلة تستند إلى بيانات معينة غير معروفة في وقت بدء العقد"<sup>(2)</sup>.

عن طريق ما سبق توضيحه من تعاريف يتبين أن مصطلح العقود الذكية يختص بخصائص منها الرقمنة، بمعنى أن هذه العقود تتم في الحاسوب وتكون على شكل رموز وبيانات وبرامج تشغيل<sup>(3)</sup>، والثقة بحيث أنه لا يمكن لأحد سرقة أو فقدان أي من المستندات الخاصة؛ لأنه يتم تشفيرها وتخزينها بأمان على دفتر حسابات آمن ومشارك، وتتميز بالتوفير إذ أنه لا حاجة إلى كتاب العدل أو وكلاء العقارات أو المستشارين أو المساعدين أو العديد من الوسطاء الآخرين، ولها خاصية السلامة فإذا تم تنفيذها بشكل صحيح فمن الصعب أختراقها وذلك عن طريق التشفير المعقد الذي يحافظ على أمان العقود<sup>(4)</sup>.

حاول فقهاء القانون ان يبينوا طبيعة العقود الذكية بناء على عدة نظريات واختلفوا في مدى اندراجها تحت سقف العقود المسماة<sup>(5)</sup> ام انها مجرد برنامج<sup>(6)</sup> وبين ما انها عقود ذات صبغة رضائية ام اذعانية<sup>(7)</sup> بينما عدت عند اخرين انها شروط عقدية<sup>(8)</sup>.

- (1) د. عبد الستار ابو غدة، العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوكتشين، ندوة البركة 39، الامارات، 2019، ص212.
- (2) سفاين اولنسا واخرون، تقنية سلسلة الكتل (blockchain) في المنظمات الحكومية فوائد واثار تقنية السجلات الموزعة لمشاركة المعلومات، ترجمة د.جعفر بن احمد العلوان، بحث منشور في مجلة الادارة العامة، مج59، ع4، 2019، ص900.
- (3) سناء رحمانى، العقود الذكية ودور القواعد الفقهية في تحكيمها، بحث منشور في مجلة الاحياء، مج 22، ع30، جامعة بانتنة-كلية العلوم الاسلامية، 2022ص224.
- (4) د.ايمن محمد سيد مصطفى الاسيوطي، الطبيعة القانونية للعقود الذكية في ضوء تقنية البلوك تشين، بحث منشور في المؤتمر الدولي الثاني للتطبيقات الذكية في القانون، كلية الامام مالك للشريعة والقانون، دبي، 2021، ص196-ص197.
- (5) فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي للقول بانها تعد عقودا بالمعنى القانوني الدقيق مندمجة في منصة البلوكتشين ينظر د. محمد يحيى احمد عطية، التحكيم الذكي كآلية لحل منازعات العقود المبرمة عبر تقنية سلسلة الكتل (blok chain)، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، ع36، 2021، ص306.
- (6) ذهب الراي الغالب في الفقه الفرنسي الى القول بخلاف ذلك حيث شككوا في انطباق هذا الوصف عليها معتبرين اياها مجرد برنامج معلوماتي لا يرقى لمرتبة العقد وانما مجرد الية لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين الاطراف في وقت سابق وهذا معناه ان هنالك ثمة عقد تقليدي سبق ابرامه بينهما. ينظر معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في البلوكتشين، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع4، ج1، 2019، ص483.
- (7) واعتبرت من قبيل عقود الازعان فان شكلية العقد الذكي يمكن ان تكون مترددة بين عقد الازعان وعقد الاستهلاك، الا انه اعترض على هذه على الفكرة فلا يمكن اعتبار العقد الذكي عقد اذعان بصفة مطلقة بل يلزم لاعتباره عقد اذعان توافر شروطه فلا يكفي ان تكون السلعة مهمة وضرورية للمستهلك او ان ينعدم التفاوض او ان تكون السلعة محتكرة من جانب المنتج او البائع اي يجب ان تتوافر جميع شروط عقد الازعان ينظر زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في اطار المعاملات الالكترونية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة مولود عمري-كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص249.
- (8) اتجه جانب من الفقه الى اعتبار العقود الذكية ليست في حقيقتها عقودا بالمعنى المعهود للعقود، بل انها شروط جديدة تتضمن اتفاقا بين الاطراف المتعاقدة على الالتزام بها من اجل تسهيل وتبسيط تنفيذ واتمام العقود والمعاملات ينظر د.عمر

أما موقف الفقه الإسلامي من عقد الذكاء الاصطناعي فلم يتوصل مجمع الفقه الإسلامي إلى حكم قاطع في شأن هذه العقود، وذلك راجع إلى الاختلاف في بيان ماهيتها أصلاً وعدم إمكانية التثبيت من توافر أهلية المتعاقدين، أو التحقق من مشروعية محل العقد، واستخدامها لعملات مشفرة غير معتبرة شرعاً أو قانوناً، أو غير خاضعة لتنظيمات البنوك المركزية وقواعدها، إذ قرر تأجيل البت في الموضوع إلى حين عقد ندوة متخصصة في العقود الذكية<sup>(1)</sup>، لذا اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذه العقود إلى ثلاثة أقوالٍ بين المنع<sup>(2)</sup> والتوقف<sup>(3)</sup> والمجيزون<sup>(4)</sup> ونحن نميل مع القول الثالث القائل بجواز هذه العقود وحليتها، مما ينبني عليه القول بوجوب الالتزام والوفاء بها كذلك.

الجميلي، العقود الذكية smart contracts، واقعها وعلاقتها بالعملات الافتراضية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 24، دبي، 2019، ص444.

(1) مجمع الفقه الإسلامي، دراسة العقود الذكية ومدى ارتباطها بموضوع العملة الرقمية قرار (230/1/24).  
(2) فقد ذهب عدد من المعاصرين، إلى ضرورة منع التعامل بتلك العقود، نظراً لما تحويه من إشكاليات ان هذه العقود تعتمد في إتمام الصفقات على العملات الرقمية كالأثيريوم والبيتكوين وغيرها، وتكمن مشكلتها في عدم اتخاذ المجمع الفقهي حكماً قاطعاً في التعامل بها من حيث الحل أو الحرمة كما أنها غير مرخص لها من جهات قانونية ولم تعترف القوانين إلى الآن بها، مما له أثره المباشر على التعامل بهذه العقود كما أنها غير مدعومة أو مربوطة بأي أصل مالي آخر وأن هناك الكثير من العقود التي يخر بها الفقه كعقود الإذعان والتوريد وغيرها، مما يعني إمكانية استبدالها بالعقود الذكية، التي ما زالت قيد البحث والدراسة والغموض في كثير من جوانب التعامل بها، وأن الأخطاء التقنية والبرمجية التي تتم عند تشفير هذه العقود في منصة البلوك تشين، تؤدي إلى أضرار بالغة بمستخدميها، خاصة إذا علمنا أنه لا يمكن تعديلها إذا نفذت تلقائياً، مما يجعل عواقبها وخيمة ينظر د. عبد الستار ابو غدة، مصدر سابق، ص 217، وينظر غسان الطالب ، العملات الرقمية وعلاقتها بالعقود الذكية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة (24) دبي- الإمارات، 2019، ص50. د. هناء محمد هلال الحنيطي، ماهية العقود الذكية، بحث مقدم في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 24، تم النشر من قبل دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2019، ص42. د. عبد الستار ابو غدة، مصدر سابق، ص217، العياشي فداد، العقود الذكية، بحث مقدم الى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 24، الإمارات، 2019، ص43.

(3) ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى ضرورة التوقف عن التعامل في العقود الذكية لحين التوصل إلى حكم قاطع بشأنها، إذ جاء في القرار " إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبث عن منظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، 2019 وبعد اطلاعه على البحوث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع العقود الذكية كيفية تفعيلها والإقالة منها (دراسة العقود الذكية ومدى ارتباطها بموضوع العملة الرقمية)، وبعد استماعه إلى المناقشات الموسعة التي دارت حوله، قرر تأجيل البت في الموضوع إلى حين عقد ندوة متخصصة في العقود الذكية، وبعد البت في موضوع العملات المشفرة لدراسة كافة جوانب العقود الذكية، ويستحسن دعوة متخصصين تقنيين في البلوك شين والعملات المشفرة وغيرها ينظر مجمع الفقه الإسلامي، العقود الذكية ومدى ارتباطها بموضوع العملة الرقمية قرار (230/1/24). هذا القرار جاء نظراً لطبيعة هذه العقود المستجدة والتي يحتاج المتعاقد عن طريقها أن يكون على دراية عميقة ومعرفة خاصة بتلك الرموز، الأمر الذي نتج عنه الكثير من الغموض في أحكامها من حيث انعقاد العقد وعمليات القبض فيها والضمان، الأمر الذي يؤدي إلى الضرر بأصحابها ينظر د. هناء محمد هلال الحنيطي ، ماهية العقود الذكية، مصدر سابق، ص42.

(4) وهم عامة الفقهاء معتمدين على الأدلة الآتية الأصل في الأشياء الإباحة فإن معنى القاعدة هو أن الأصل في الأشياء الإباحة والجواز لكل ما لا يعلم حرمة، إلا ما ورد الدليل بمنعه وهذا شامل للعقود كلها بشكل عام ومنها العقود الذكية، فالأصل في هذه العقود الحل والجواز من حيث الأثر، ان الالتجاء إلى المقاصد والأصول العامة عند بيان حكم الشرع في تلك المستجدات هو المبدأ الصحيح الذي يتوافق مع الخصيصة الأولى من خصائص هذه الشريعة ألا وهي صلاحيتها لكل زمان ومكان، وهو ما ينطبق على موضوع العقود الذكية، فهي وإن لم تكن معهودة من قبل إلا أننا نستطيع إدراجها في القواعد الكلية، والأصول والمقاصد العامة، حيث يتجلى فيها مقصد الثبات ونقصد الوضوح ومقصد النماء بكل وضوح،

ان التساؤل الذي يطرح في هذا الفصل من البحث ما العلاقة بين العقود الذكية وسلسلة الكتل (البلوك تشين) وبالعملات الافتراضية؟

بعد بيان مفهوم كل من تقنية البلوك تشين<sup>(1)</sup> والعملات الافتراضية<sup>(2)</sup> فالعلاقة تكمن في إن العقود الذكية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعملات الرقمية وتقنية سلسلة الكتل، ومن العدل أن نقول أن أحدهما لا يمكن إلا بوجود الآخر والعكس بالعكس، فبروتوكولات العملات الرقمية اللامركزية هي في الأساس عقود

خاصة أنها تحول دون الغش والتزوير والتلف وإضاعة المال، والعقود الذكية يتحقق فيها هذا المقصد بشكل واضح، حيث تتصف بمستوى عالٍ من الشفافية وتوثيق المعلومات بكل ما يتعلق بأركان العقد وكل ما يلزم لإزالة الجهالة عنه، عبر ما يسمى بالتعددين أو إجماع الأعداد الكثيرة من أعضاء منصة البلوك تشين على كل عملية تتم عبرها، مما يمكن تلك من الاحتفاظ بكافة الشروط والأحكام المتفق عليها بشكل واضح ومفصل قبل البدء في العمل ينظر سمية علي العمري، العقود الذكية حكمها وظوابطها الفقهية، بحث منشور في مجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث - مجلة العلوم الإسلامية، مج5، ع2، 2002، ص96-98.

(1) ان البلوك تشين هي "نظام يتيح لمجموعة من الحواسيب المتصلة إنشاء سجل دفتري إلكتروني للتحقق من البيانات والتعاملات والمصادقة عليها وحفظها في سلسلة طويلة من البيانات المشفرة على الماليين من النقاط والتي تسمى العقد، وتسمح الاطراف كثيرة بإدخال المعلومات والتأكد منها بحيث تملك كل نقطة أو جهاز حاسوب أو جهة في هذه السلسلة نفس النسخة من هذه البيانات والمعلومات، وفي كل مرة يتم فيها إضافة عقود واتفاقيات إلكترونية إلى نفس السلسلة يتم التأكد والتحقق من صحتها قبل إضافتها، وفقاً لآلية الإجماع المتبعة في البلوك تشين، بحيث يكون في النهاية سجل علني مشفر وآمن، لكي لا يمكن التلاعب به أو التعديل عليه". ينظر د. احمد عيد عبد الحميد ابراهيم، بحث منشور في المؤتمر الدولي الثاني للتطبيقات الذكية في القانون، كلية الامام مالك للشريعة والقانون، دبي، 2021، ص281-282. اما عناصر سلسلة الكتل، الكتلة والتي هي عبارة عن مجموعة من العمليات أو المهام المراد القيام بها داخل السلسلة، كتحويل أموال أو تسجيل بيانات أو متابعة، فكل كتلة تحتوي على معلومات العملية التي تمت عن طريقها أيا كانت، والمعلومات: وهي العملية الفرعية التي تتم داخل الكتلة، وهذه المعلومات تعتمد على نوع التطبيقات والعمليات التي تستخدم فيها هذه السلسلة فقد تكون لصفقات شراء، أو تسويات مصرفية أو عقود ينظر د. جهاد محمود عبد الميدي، مدى حجية تقنية البلوك تشين في الاثبات المدني "دراسة تحليلية"، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، مج4، ع1، 2023، ص73. والهامش وهو عمل خوارزمية حسابية على أي ملف داخل برنامج سلسلة الكتلة مستند صورة او فيديو ليصبح سلسلة مضغوطة من الأحرف الأبجدية الرقمية التي لا يمكن إعادة طباعتها إلى محتواها الاصلي ينظر د. زاهرة بني عامر و الاء تحسين، استكشاف تقنية البلوكشين وتطبيقاتها في المالية الاسلامية، ص5-ص6. وبصمة الوقت وهو التوقيت الذي تم فيه إجراء العملية داخل السلسلة وهذا العنصر يرتبط بعملية الهاش حيث تأخذ العملية التي تتم عبر البلوك تشين طابعاً زمنياً مميزاً خاص بها يميزها عن غيرها ينظر أنس بن عبدالله بن ابراهيم النازل، تقنية البلوكشين واثرها في المعاملات المالية المعاصرة "دراسة فقهية"، بحث منشور في مجلة اصول الشريعة للابحاث التخصصية، مج6، ع3، 2020، ص47.

(2) عندما كانت الثقة المالية في ادنى مستوياتها والازمة المالية في الافق وبالتحديد في سنة 2008 طور المخترع (satoshi nakamoto) العملة الرقمية (bitcoin) لأول مرة مفهوم ربط مجموعات المعاملات بطريقة موزعة، ومنذ ذلك الحين تطور المفهوم الى كل استخدام ممكن لتقنية البلوك تشين تشمل بعض مفاهيمها التي تم تنفيذها او يجري اختبارها انشاء حساب غير قابل للتغيير للسجلات الحكومية وانشاء عملات رقمية اخرى الى جانب (bitcoin) واستخدامها سجل حسابات موزع للمعاملات عبر الحدود ينظر فينش كوثر، تطوير المنتج الوقي عن طريق تقنية البلوك تشين "دراسة حالة مجموعة" بحث منشور في مجلة افاق علوم الادارة والاقتصاد، مج3، ع2، الجزائر، 2019، ص176. فالعملة الافتراضية "ي تسجيل للعملة الموثقة والمقيدة في شكل لكتروني وتحتوي وحدة النقود الافتراضية على رقم مرجعي وهو رقم لا يتكرر ويميز العملة الرقمية الافتراضية، كما هو شان الرقم المتسلسل بالنسبة لورقة النقد وسميت نقود رقمية لأنها تقوم بوظائف النقود وتظهر في صورة رقمية وتتداول بشكل الكتروني" ينظر د. عبدالله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث، النقود الافتراضية مفهومها وانواعها واثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، 2017، ص876.

ذكية مع أمن وتشفير لامركزي ويتم استخدامها على نطاق واسع في معظم شبكات العملات الرقمية الحالية، وتأسيساً على ما سبق بيانه من مفهوم العملات الافتراضية وسلسلة الكتل، فإنه يمكن القول بأن أهم فرق بين العقود الذكية وغيرها من العقود التقليدية يتمثل في كونها تتخذ من هذين العنصرين الأساس الذي تستند إليه من أجل إنجاز وإتمام العقود والمعاملات والبيوع التقليدية، كما تختص باستعمال هذين العنصرين لضمان الشفافية والوضوح، والثبات في العقود، مما يفضي إلى القضاء على الغش والتزوير، والخطأ قدر الإمكان، والخلل الذي يقع في الغالب الأعم في العقود التقليدية نتيجة غياب هاتين الأداتين الجديتين، وعليه فإنه من شبه المتفق عليه عند الباحثين في العقود الذكية بأن إتمامها وإنجازها يتوقف على وجود هذين لعنصرين الأساسيين: العملة الرقمية المشفرة وهي العملة المتداولة في إنجاز العقود، وسلسلة البلوك شين وهي منصة التطبيق أو التنفيذ لهذه العقود<sup>(1)</sup>.

ولما تقدم يمكن باختصار تحديد العلاقة القائمة بين العقود الذكية وكل من تقنية البلوك شين والعملات الافتراضية، بالقول بأن تقنية البلوك شين تعد المنصة الرقمية للعقود الذكية إذ يتم عن طريقها تنفيذ وإتمام هذه العقود، والعملات الرقمية هي العملات التي يتم تداولها في إنجاز هذه العقود، بل إن سبب تسمية العقود الذكية راجع إلى هذين العنصرين ولولاهما لكانت العقود عقوداً تقليدية عادية.

### ثانياً- عدم العلم وتعيين المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي

يقصد بمحل العقد ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره، لذا عدم جواز العقد على مجهول، لما تسببه الجهالة من نزاع وخصومات بين الناس ولا بد في محل عقد الذكاء الاصطناعي أن نفرق بين العقود التي تتم عبر المنصات العامة والمنصات الخاصة، فلا يجوز إصدار حكم الجواز على إطلاقه، ذلك أن كل عقد من العقود التي توظف هذه العقود في تسهيل إنجازها وإتمامها، له حكمه الخاص به حلاً وحرمة وصحة وبطلاناً، مما يعني أن استخدام هذه العقود المحرمة كالربوية منها لا يحول تلك المعاملات من دائرة التحريم إلى دائرة الحل، بل تبقى هذه العقود محرمة سواء استخدمت التكنولوجيا لإتمامها أم لا<sup>(2)</sup>.

ويمكننا بناءً على ذلك أن نميز بين العقود التي تتم عن طريق المنصات الخاصة، إذ يمكن تتبع المعقود عليه، ومدى توافر الشروط الشرعية فيه، نظراً لما تتمتع به هذه المنصات من خصائص إدارية

(1) قطب مصطفى سانو، ، العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمالات، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 24، الامارات، 2019، ص 24.

(2) قطب مصطفى سان، المصدر سابق، ص43.

مركزية، مما يسهل إمكانية معرفة ما يتم التعاقد عليه بكل مواصفاته الدقيقة، بالإضافة إلى إمكانية معرفة هوية المتعاقدين كما أسلفنا، أما المنصات العامة أو ما تسمى بالمنصات مفتوحة المصدر، فالخصيصة الأولى والأساسية فيها قائمة على اللامركزية، إذ لا نستطيع التأكد عن طريقها مدى مشروعية ما يتم التعاقد عليه، كما يستطع كذلك كل من أراد الدخول لهذه المنصة، التعاقد على ما شاء وبأي طريقة شاء بها بصرف النظر عن مشروعيتها أو قانونيتها، مما يجعل منها مرتعا وخيما لبيع المخدرات أو الأتجار بالبشر، أو تهريب الأموال عن طريق ما يسمى بغسيل الأموال، الأمر الذي يستدعي القول بعدم مشروعية التعامل بها للمخاطر المتوقعة منها، أو الوقف عن استخدامها لحين الاستيضاح، اما القول بإمكانية تخزين البرمجة بالمنتجات شرعا بحيث يتم رفضها تلقائياً أو توصيف المعقود عليه توصيفاً كاملاً، بحيث يقوم البرنامج المتضمن بالبلوك تشين من تقييد كافة الأمور المتعلقة بالمحل للتعامل معها تقنياً لعدم إمكانية ذلك على أرض الواقع، فهو ضرب من الخيال لا يمكن تطبيقه واقعياً، لأن الإحاطة بكل ما هو محظور وممنوع على مستوى العالم لا يمكن الإحاطة به، فما تمنعه تشريعات بلد معين قد تسمح به تشريعات بلد آخر، مما يعني استحالة تفعيله على أرض الواقع<sup>(1)</sup>.

حدد الفقهاء شروطاً للمعقود عليه لا بد من توافرها وهي أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم، وإن يكون مالا؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، أن يكون العقد مشروعاً مباحاً وأن يكون مملوكاً وأن يكون مقدور التسليم عند العقد، وأن يكون معيناً، وهذه الشروط متحققة في عقود الذكاء الاصطناعي، وإن كان بعضها يأتي بشكلية تخالف ما عليه العقود التقليدية وكذا العقود الإلكترونية وعليه فإن نظام العقود الذكية، يقدم توصيفاً كاملاً لكل من المالين المتبادلين في العقد بحيث لا يوجد أي مجال للشك في نوع المال وخصائصه وجميع أوصافه<sup>(2)</sup>.

إن جهالة المعقود عليه نتيجة إنعقاد بعض العقود الذكية على منصات مفتوحة لا تعرف هوية المنتج حين تنفيذ العقود، وعدم القدرة على التحقق من السلعة المراد شرائها، مما قد ينتج عنه نزاع يؤدي إلى إبطال عقد الذكاء الاصطناعي<sup>(3)</sup>.

(1) سمية علي العمري، مصدر سابق، ص 103.

(2) سناء رحمانى، مصدر سابق، ص 424.

(3) قطب مصطفى ساتو، مصدر سابق، ص 24-25.

## الفرع الثاني

## جزاء وجود الجهالة في عقد الذكاء الاصطناعي

علمنا سابقاً أن العقود الذكية تتم عن طريق منصات رقمية، وهذه المنصات متنوعة فمنها المنصات التي تعتمد على تقنية سلسلة الكتل وهي خاصة بعدد محدود من المستخدمين على وفق شروط ومواصفات محددة، كالمنصات الرقمية للمؤسسات المالية والشركات وشركات التأمين وغيرها، فالعقود الذكية التي تنفذ على هذه المنصات يكون المعقود عليه قدر الأماكن معلوماً وكل ما يتعلق به من معلومات وصفات دقيقة من حيث جنسه ونوعه ومقداره وغيرها. وفي حقيقة الأمر أن هذه الجهالة عرضية؛ لأنه وبالتتبع التقني يمكن العلم بالمعقود عليه، وأن هذه الجهالة هي مسألة غير مستعصية قابلة للحل<sup>(1)</sup>.

ومنها المنصات المقيدة بشروط وقيود مفروضة من الدول مثل بعض الدول التي تشرط على مستخدمي المنصات الرقمية تعيين المعقود عليه للعقد الذكي، ومنها منصات مفتوحة لا تعرف هويات المستخدمين حين تنفيذ العقود، وعدم التحقق من أهلية طرفي العقد الذكي، فالإشكال يكون في هذا النوع من المنصات حيث تنمو الجهالة في جميع لعقود المبرمة عبر هذه المنصات سواء جهالة الأطراف او جهالة المعقود عليه وما يهمنا في بحثنا جهالة المعقود عليه فالجهالة في هذه الحالة تكون أصلية لا يمكن أزالتها؛ لأن الطرف المتعاقد يعتمد الى عدم تعيين المعقود عليه رغبة منه في الغش والتغريب<sup>(2)</sup>.

وعلى أية حال فان عدم تعيين المعقود عليه علماً نافياً للجهالة الفاحشة في عقد الذكاء الاصطناعي الذي يحصل سواء على المنصات العامة أو الخاصة يحكم عليه بالبطلان.

## أولاً- موقف القانون المدني العراقي من جهالة المعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي

أن القانون قد فرض على المتعاقدين تعيين المعقود عليه تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة<sup>(3)</sup>. فيترتب على عدم تعيينه والعلم به جهالة مؤثرة بالمعقود عليه في عقد الذكاء الاصطناعي فيحكم على العقد ببطلانه؛ مما يؤدي الى عدم انعقاد العقد وعدم افادة حكمه، مما يستوجب اعادة المتعاقدين إلى الحالة

(1) سناء رحمانى، مصدر سابق، ص232.

(2) سناء رحمانى، المصدر نفسه، ص232.

(3) الفقرة الأولى من المادة(128) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة1951 إذ نصت"يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

التي كانا عليها قبل العقد، وفي حال كان هذا الامر مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل<sup>(1)</sup>، ولا يقتصر التمسك بالبطلان على أطراف عقد الذكاء الاصطناعي بل يحق لكل ذي مصلحة في التمسك بالبطلان فيحق لدائني الطرفين وكل من كسب حقاً عينياً على محل عقد الذكاء الاصطناعي أو حقاً شخصياً يرتبط بالمعقود عليه، وتستطيع المحكمة أن تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها حتى وان لم يطلب أحد هذا الحكم عندما يتحقق للمحكمة سبب للبطلان؛ لأن عقد الذكاء الاصطناعي الباطل منعدم ولا يمكن للمحكمة أن تعدّه موجود لكونه عدم، لذا فلا تلحقه الإجازة<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- موقف التشريعات موضع المقارنة من جهالة عقد الذكاء الاصطناعي

فإن تعيين المعقود عليه يعد من ضمن الشروط التي تقتضيها طبيعة ذاتها، مثله في ذلك مثل أماكن محل الالتزام، فالالتزام يلزم المدين باداء محله فاذا كان هذا المحل مجهولاً جهالة فاحشة بحيث يتعذر الوصول الى تحديده، كان من شأن ذلك ان تثور المنازعات، دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضه<sup>(3)</sup> فخلافاً للمشرع العراقي واليميني الذي كان بصدد بيان ضرورة تعيين المعقود عليه فضلاً عن بيان كيفية ذلك التعيين فقد تعرض المشرع المصري إلى تعيين المعقود عليه دون الإشارة للجهالة التي تسبب البطلان، وكان الأولى به بيان هذه القاعدة صراحة كما فعل المشرع العراقي واليميني.

اما بخصوص موقف المشرع اليمني فقد بين(190، 184 و 191) بان المعقود عليه ما يعقد عليه، أي كان المعقود عليه مالا أو منفعة، فاشتراط أن يكون محل الالتزام محدداً بصورة تنفي جهالته وخطئه بغيره ومن ثم امكانية تنفيذه، سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه أم إلى مكانه أم باسمه أم بصفته مع بيان مقداره أم بذكر حدوده، ولا يكتفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما نص عليه القانون، فان تعيين المعقود عليه يكون بالاتفاق بين طرفي العقد ويكفي لذلك ان يتضمن العقد الأسس اللازمة لتحديد العقد، وفي حالة عدم التعيين يقوم المشرع بوضع الأسس للتعين، وتعيينه يكون بحسب طبيعة الالتزام وما إذا كان التزاماً باعطاء أو التزاماً بعمل أو الامتناع عن عمل<sup>(4)</sup>.

(1) المادة(138) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة1951 إذ نصت "1-العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً.  
2-فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل"  
(2) نص المادة(141) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 على ان "إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة".  
(3) المادة(133) في فقرتها الأولى من القانون المدني المصري(131) لسنة 1948 والتي تنص "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً" وينظر د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص419.

(4) د.يحيى محمد حسين راشد الشعبي، مصدر سابق، ص128 و ص137.



## المبحث الثاني

## وسائل توقي جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة

تغيرت مفاهيم كثيرة حول طرق التعبير عن الإرادة وتكوين الرضا في العقود بصفة عامة، نظراً لبزوغ عصر جديد تتفاعل فيه مجموعة من المفاهيم المستحدثة، التي تفرض سيطرتها على واقع نظرية العقد بكل جوانبها، فعصر المعلوماتية الذي نعيشه أثر تأثيراً قوياً على نمط الحياة الإنسانية، وألقى بظلاله على كل المعاملات، إذ ترتب على تقدم وسائل التكنولوجيا ظهور تطور كبير في طرق العلم بالمعقود عليه ووسائل الدعاية والترويج له.

لقد كانت الوسائل التقليدية في البيع تتم عن طريق رؤية المبيع أو وصفه مشافهة، أو عن طريق إيفاد رسول ينقل إرادة المرسل إلى المرسل إليه، أو عن طريق كتاب يصل إليه إذا كان البيع يتم عن طريق المراسلة، أو نشرات خاصة توزع على الأفراد، أو إرسال نشرات للدعاية والإعلان إلى العملاء، فالعلم وتعيين المبيع بواسطة الوسائل الحديثة، يعني كل وسيلة تمكن المستهلك خارج الأماكن التي اعتاد أن يطلب فيها السلع والخدمات بطلب سلعة أو تحقيق خدمة ويعد من هذه الوسائل على وجه الخصوص دليل المبيعات.

فأصبح اليوم الاتصال يتم في لمح البصر، والسبب أننا نعيش عصر المعلومات، ولغرض التعرف على وسائل توقي جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة سنقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان الوسائل العادية لتوقي جهالة المعقود عليه، وسنعدد المطلب الثاني للوسائل الإلكترونية لتوقي جهالة المعقود عليه وكالاتي:

المطلب الأول- الوسائل العادية لتوقي جهالة المعقود عليه.

المطلب الثاني- الوسائل الإلكترونية لتوقي جهالة المعقود عليه.

## المطلب الأول

## الوسائل العادية لتوقي جهالة المعقود عليه

شهد العالم نمو اقتصادي كبير وانعكس ذلك على الصناعات والسلع المتنوعة مما ساهم في ظهور تعاقدات جديدة تتم خلال العالم الافتراضي، كان من نتائج ذلك كثرة الدعايات من الشركات والمصانع لمنتجاتهم لترويج بضائعهم، وبسبب كثرة المصانع وما تنتجه وُجدت شركات متخصصة في فن الدعاية وكيفية تأثيرها على الناس، فمما لا يخفى أن الدعاية لها تأثير في جذب اهتمام الناس على السلع المعلن عنها وإغرائهم لشرائها، مما يؤدي إلى ترويج البضائع وإنفاقها، فكلما زاد حجم الدعاية كلما رافقه زيادة في استهلاك الناس لتلك السلع والبضائع المعلن عنها.

ولقد أدركت الشركات الكبرى أهمية الدعايات في ترويج السلع، لذا فهي تشتترط على وكلائها في البلدان المختلفة أن يقوموا بنشر دعاية لمنتجاتهم في مختلف وسائل الإعلام ولذلك لإحاطة المتعاقد بالعلم الكافي بالمعقود عليه، وربما عمدت بعض الشركات إلى توكيل أشخاص أو مؤسسات في بلد ما تكون مهمتها فقط عقد الصفقات بين الشركات والمحلات التجارية الموجودة في بلد الوكيل وبين المصنع الموكل، فيقوم الوكيل بإغراء وجذب اهتمام الشركات والمحلات التجارية عن طريق التفاوض ومدح سلعة الموكل وأهميتها ومواصفاتها، فتتأثر تلك الشركات والمحلات التجارية بإغراء الوكيل ومدحه وإطرائه، فتدخل في صفقات تجارية ربما تربح وربما تخسر فيه بسبب تلك الدعاية التي قام بها الوكيل أو موكله، من أجل ذلك يلجأ المنتجون والموزعون إلى طرق وأساليب في وسائل الإعلان المختلفة، بهدف تسويق مشروعاتهم أو منتجاتهم.

وللتعريج عن الموضوع سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتعرض في الفرع الأول لدليل المبيعات، وسنخصص الفرع الثاني للعلامة التجارية المشهورة، وسنبين النموذج المجسم في الفرع الثالث وكالاتي:

الفرع الأول- دليل المبيعات.

الفرع الثاني- العلامة التجارية المشهورة.

الفرع الثالث- النموذج المجسم.

## الفرع الأول

### دليل المبيعات

يؤدي دليل المبيعات إلى العلم بأوصاف المبيع وجنسه ونوعه وصفته ومقداره وثمانه، وهو يجمع بين خاصيتي الإعلام والإعلان؛ فانه يساعد المشتري على العلم بالمعقود عليه بشكل عام، ويعد وسيلة إعلان يعمل على جذب المشتري وحثه على الشراء؛ لأنه يشتمل على عنصر الجاذبية بالإضافة إلى ما يدرج فيه من بيانات ومعلومات موضوعية.

ومن أجل الأمام ب دليل المبيعات باعتباره يساهم بشكل فعال بالحد من وجود الجهالة سنوضح في هذه الفقرة البحثية ما يأتي:

#### أولاً- التعريف بدليل المبيعات

دليل المبيعات وسيلة تتضمن بياناً لأوصاف المبيع وثمانه وشروط البيع<sup>(1)</sup>، ويعد وسيلة لاحاطة المشتري بالعلم الكافي بالمعقود عليه، تزايدت أهميته مع ظهور العقد الإلكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي اللذان ينعقدان في اغلب الاحيان بين غائبين، بحيث لا يتمكن المشتري من الاتصال المادي بالمعقود عليه ومعاينته معاينه حقيقية، فيقوم أغلب البائعون بمحاولة بتجسيده في دليل المبيعات تعطي تصوراً تاماً عن المعقود عليه<sup>(2)</sup>. فيستطيع المشتري التعرف على المعقود عليه عن طريق الاطلاع على الموصفات المدرجة في دليل المبيعات التي تتخذ صوراً متعددة، فقد يكون في شكل ورقي يتضمن بيانات مكتوبة ورسومات للسلع المعروضة للبيع، وقد يكون في شكل شرائط فيديو يتم الاطلاع عليها بواسطة جهاز التلفاز أو الحاسب الالي أو يتخذ شكل صور متحركة وهو الاكثر انتشار حالياً<sup>(3)</sup>، وهناك دليل المبيعات الإلكتروني<sup>(4)</sup>.

يقوم دليل المبيعات بدور هام في احاطة المشتريين بالعلم الكافي بحقيقة السلع والمنتجات، حيث يلتزم البائع بأن يدرج فيه كافة البيانات والمعلومات الجوهرية التي تمكن المشتري من الارتباط بالعقد من معرفة كافية بحقيقة المعقود عليه وشروط التعاقد، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت البيانات والمواصفات

(1) ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر-الاسكندرية، 1998، ص566.

(2) عزة عبد الرحمن علي، تعيين المحل والعلم به علماً كافياً، "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة اسيوط- كلية الحقوق، 2005، ص256.

(3) ممدوح مبروك، مصدر سابق، ص530-531.

(4) نهلة احمد قنديل، التجارة الإلكترونية المرشد للمدير العصري رؤية تسويقية، بدون ذكر الناشر، 2005، ص143 وما بعدها.

الدرجة في دليل المبيعات كاملة وواضحة ومحددة، دون غموض أو إبهام<sup>(1)</sup>، ويجب أن يكون وصف المعقود عليه من قبل البائع كافياً بحيث يستخدم فيه العبارات الدقيقة، والوصف التصويري بالرسم والصور لما له من أهمية كبيرة في إيضاح حقيقة المبيع والتمن<sup>(2)</sup>.

يتضمن دليل المبيعات العناصر الرئيسة كالعرض الجذاب الذي يعمل على إقناع المشتري بالشراء، كاسم المبيع فهو عنصر مهم جداً يساعد المشتري في معرفة المعقود عليه، وصورة المبيع فمن المهم جداً إضافة كل أنواع الصور فيه، وفي حال كان المبيع من مصنع فبالإمكان طلب منهم الصورة وأضافتها في المتجر، أو يتم طلب خدمة التصوير الاحترافي عن طريق شركات التصوير التي تستخدم برامج تعديل احترافي تساعد على تحسين الصور، فينبغي بيان تفاصيل المبيع وفوائده بشكل واضح وموجز ومفصل، فلا يجب المبالغة في الوصف، ويجب ان يتضمن كذلك الرقم التسلسلي ويمثل أرقام وأحرف تميز المبيع بكل مواصفاته مثل الباركود، وهو يتكون من أربع أجزاء(البراند، المنتج، الحجم، اللون)، وختامها بيان الثمن وشروط البيع بوضوح، ووصف للمبيع المعروف والعنصر الأخير هو الذي يعنينا هنا، فيؤدي دليل المبيعات إلى زيادة العلم بالمبيع ورفع الجهالة الفاحشة عنه؛ وذلك لأن البائع يدرج جميع المعلومات الجوهرية التي تؤدي إلى معرفة المبيع معرفة تامة، بطريقة واضحة ومحددة دون غموض أو إبهام؛ إذ يستعمل فيه العبارات الدقيقة، والوصف التصويري بالرسم والصور لما في ذلك من بيان لحقيقة المبيع بشكل أكبر<sup>(3)</sup>.

على أنه يجب أن يراعى في النشرات القواعد والتنظيمات الخاصة بالتجارة؛ لأنها وسيلة للتوزيع التجاري، فيجب أن تحتوي على بيانات صحيحة بلغة البلد الذي توزع فيه، ويجب ألا تتضمن بيانات مضللة أو الإشارة الى المبيع بشكل ممنوع أو محظور، فظهور دليل المبيعات ارتبط بالتقدم الحاصل في مجالي الانتاج والتوزيع، فعمد المتعاقدون الى تنمية مبيعاتهم والترويج لها عن طريق تحسين شكل الاعلانات وتقديم الحوافز للعملاء، وهي وسائل مشروعة ما لم تشتمل على إعلام مضلل أو نصب أو احتيال يساهم في عدم وقوف المشتري على حقيقة المبيع<sup>(4)</sup>.

(1) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1991، ص3.

(2) أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة 19، 1416هـ، ص148.

(3) ممدوح مبروك، مصدر سابق، ص345 وص532.

(4) ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الاسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2022، ص373.

ان انواع دليل المبيعات لا تقتصر على الورقي وانما يوجد إلى جانبها نوع آخر افرزته البيئة التعاقدية الالكترونية، ف دليل المبيعات الرقمي أو ما يطلق عليه دليل المبيعات الالكتروني، هو عبارة عن نسخة رقمية من دليل المبيعات المطبوع ولكنه أكثر من ذلك، إذ أنه يتيح لمصنعي العلامات التجارية والموزعين الوصول إلى محتوى منتج محدث ودقيق ومتوفر بسهولة وسهل الاستخدام، فهو وسيلة لتوفير الكثير من الوقت والجهد، إذ تتيح البحث عن معلومات المنتج المحددة، كالأوصاف أو الأسعار أو صور المنتج عن طريق البحث في هواتفهم<sup>(1)</sup>.

فحقيقة دليل المبيعات أنه وسيلة لوصف المبيعات وعرضها للبيع؛ لأن العقد الالكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي يتم بين غائبين، ولا يجمع المتعاقدين مجلس واحد يجعل بينهما اتصالاً مباشراً، بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به<sup>(2)</sup>، فهو وسيلة التعاقد والاتصال بين المتبايعين بالمراسلة، إذ يعرض فيه البائع مبيعاته ويبين مواصفاتها وأثمانها، ثم يرسله إلى المشتري، فإذا قبل هذا الأخير الشراء وأعلم البائع بذلك تم العقد<sup>(3)</sup>.

ويؤدي إخلال البائع بالتزامه ببيان الاوصاف الأساسية للمعقود عليه في دليل المبيعات إلى غلط المشتري في مضمون وحقيقة المعقود عليه، مما يؤدي إلى حدوث الجهالة، ولذلك ألزمت نقابة مؤسسات البيع بالمراسلة، الأعضاء التابعين لها بتقديم معلومات موضوعية وبيانات حقيقية تدرج فيه وتبين حقيقة المبيع في كافة عناصره من حيث المكونات والكيفية والنوعية والكمية، وتجب أن تكون الصور والرسومات الموجودة فيه مصورة وناقلة بأمانة لحقيقة المبيع، فيأتي العرض واضحاً ودقيقاً وكاملاً<sup>(4)</sup>.

ويستطيع المشتري متابعة المستجدات من السلع والمنتجات، والتعرف على الأشياء التي تلبية حاجته في الشراء عن طريق الاطلاع على دليل المبيعات ، وبذلك يعد وسيلة كافية للإعلام بما يتضمنه من وصف دقيق للسلعة المبيعة وخصائصها، وتركيباتها وطرق استعمالها وثمنها وطرق دفع الثمن، وشروط البيع وضمن ما بعد البيع، وغيرها من البيانات الهامة<sup>(5)</sup>.

(1) محمد سعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص52.

(2) د.عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ج1، دار النهضة العربية، مصر- القاهرة، 1990، ص287.

(3) محمد سعيد رشدي، مصدر سابق، ص52.

(4) محمد سعيد رشدي، المصدر نفسه ، ص52.

(5) عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص7.

## ثانياً- مزايا وعيوب دليل المبيعات

إن لتوقي الجهالة ب دليل المبيعات من الطرق التي لا تخلو من المزايا والعيوب ومن أجل الوقوف عليها سنوضح ذلك في هذه الفقرة وكالاتي:

## 1- مزايا دليل المبيعات

أ- يحظى دليل المبيعات بقبول كبير من قبل المشتري فهو يساعدهم على الوقوف على حقيقة المبيع وتكوين العلم الكافي به منعاً للوقوع في الجهالة، وفي ذات الوقت يعد مصدراً موثقاً للمعلومات في الواقع مالم يعتمد البائع الى الغش أو المبالغة في وصف المبيع الذي يساهم في عدم معرفة المشتري للمبيع، وان من السهل الاحتفاظ بها لفترة أطول<sup>(1)</sup>.

ب- تكون كلفة دليل المبيعات اقل بالنسبة للبائع والمشتري مقارنة بمصاريف الذهاب والاياب لغرض الاطلاع على المعقود عليه، على سبيل المثال إذا لم يكن بمقدور البائع إطلاق حملة تسويق كبيرة، فيمكنه استخدامه لتقليل التكاليف، ويعد دليل المبيعات عبر الشبكة العنكبوتية أيضاً خياراً مناسباً لتقليل التكلفة، بالإضافة الى أنه ينتج عائد استثمار أعلى<sup>(2)</sup>.

ت- إنه خيار أكثر أماناً من حيث أمان الأموال بشكل عام، فيتعين على المشتري الدفع مقدماً أثناء تقديم طلباتهم، ويمكن المشترون من إلقاء نظرة فاحصة على المعقود عليه وميزاته وأسعاره ومواصفاته وما إلى ذلك قبل اتخاذ القرار<sup>(3)</sup>.

ث- سهولة التعديل على المعلومات المتعلقة بالمعقود عليه لأنها اغلب الاحيان اصبحت الكترونية، والقدرة للتكامل مع مراحل الشراء الأخرى كمرحلة الدفع والشحن والتوصيل، وسهولة البحث وتوفير القدرة على المقارنة بين المبيعات ومواصفاتها واسعارها، والقدرة على توفير منتجات حديثة بصورة دائمة توفير معلومات عن المبيع المتوفر في العالم كله<sup>(4)</sup>.

ج- يمكن إضافة الوسائط المتعددة والحررة والصوت للمعقود عليه الذي يحتاج العلم به إلى اضافته<sup>(5)</sup>.

(1) عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص25.

(2) محمد سعيد رشدي، مصدر سابق، ص60.

(3) أحمد السعيد الزقود، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة-كلية الحقوق، 1992، ص101.

(4) كمال الدين محمد عثمان باشري، تسويق المنتجات الحيوانية"دراسة حالة مصنع الطائف الوطني لمنتجات الالبان بالمملكة العربية السعودية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام درمان الاسلامية،-كلية العلوم الادارية، السودان، 2011، ص44.

(5) دفايزة حسين مسجت عفتان، التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الادارة والاقتصاد جامعة البصرة، مج3، ع12، العراق، 2019، ص16.

## 2- عيوب دليل المبيعات

أ- يقوم البائع بوصف المعقود عليه بشكل مغاير للحقيقة أو قد يقوم باعتماد صيغ وصور تساهم في عدم علم المشتري الكافي.

ب- تحتاج إلى مهارات في كتابة نصوصها واطهار المعقود عليه على حقيقته؛ لأنه ليس من السهل إقناع الناس وتكوين لديهم فكرة كاملة عن المعقود عليه.

ت- انها تحتاج الى مهارات خاصة للتعامل مع أجهزة الحاسوب ومقدمي الخدمة<sup>(1)</sup>.

من بعد المقدمة التي اسلفناها عن دليل المبيعات نتساءل عن مدى امكانية تطبيق الاحكام الخاصة بخيار فوات الوصف المرغوب على دليل المبيعات ؟

قد يتفق البائع والمشتري على وصف معين في المبيع، فان البائع في هذه الحالة يلتزم بمقتضى ذلك الاتفاق ان يسلم للمشتري مبيع يتوافق فيه الوصف<sup>(2)</sup>، فإذا قام البائع بتسليم المشتري بضاعة تختلف أوصافها عن الأوصاف المتفق عليها في العقد فعند فواتها يلتزم بالضمان، سواء كان الفوات خفي او ظاهر مؤثر أو غير مؤثر معلوم للمشتري أو غير معلوم<sup>(3)</sup>، فقد يرغب المشتري شراء (Icloud) بسعة ذاكرة معينة لخرن المعلومات والصور، فعند عدم توافر هذه السعة فان الوصف المعين الذي اشترط المشتري توافره عند العقد قد تخلف<sup>(4)</sup>.

يقصد بخيار فوات الوصف المرغوب هو "حق الفسخ لتخلف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه<sup>(5)</sup>"

وان لهذا الخيار وجهان، الوجه الأول يتمثل بالوصف الشرطي الذي تم اشترطه في العقد، اي ان الصفة المعينة في المعقود عليه التي اشترطها العاقد فان تخلفت فان الخيار للمشتري اما ان يقبل المبيع بكل الثمن أو يرده<sup>(6)</sup>، الوجه الثاني يتمحور بالوصف الذي ثبت دون اشترطه في العقد ويسمى بالوصف العرفي، وما تقتضيه العادة، فانه يؤثر في نقص الثمن أو المبيع، فمثلاً اقدام المشتري على شراء المبيع نظراً لوجود صفة معينة فيه، فكان على غير تلك الصفة المرغوبة، فله الخيار بين قبول المبيع بجميع

(1) كمال الدين محمد عثمان باشري، مصدر سابق، ص44.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، احكام الألتزام، ج2، بدون ذكر مكان النشر، 1980، ص12.

(3) معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج2 العقود المسماة، ط3، منشأة المعارف، مصر-الأسكندرية، 1996، ص180 وص181.

(4) د.نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1 البيع، منشأة المعارف، مصر-الأسكندرية، بدون ذكر سنة النشر، ص321.

(5) د. عبد الستار ابو غدة، الخيارات وأثره في العقود، ج1، ط2، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985، ص719.

(6) علي حيدر، درر الاحكام شرح مجلة الأحكام، مج1 البيع-الايجار-الكفالة، ط1، دار الجيل، لبنان-بيروت، 1991، ص306. وينظر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج13، مصدر سابق، ص20.

الثمن أو رده؛ لأنه اشتراه رغبة بتلك الصفة فصارت مشروطة عرفاً، فالوصف المرغوب هو ما يتوافر في المبيع نظراً لأن إرادة المشتري ترغب بوجوده وتقييم له وزناً، وأن معيار الوصف المرغوب موضوعي يتأثر بالأعراف السائدة أو ظروف الحال أو طبيعة المعاملة فإن ما يبعد وصف مرغوب في زمن ما قد لا يعد كذلك في زمن آخر، فقد يستخلص كذلك من ظرف المكان، إي يختلف من سوق إلى سوق<sup>(1)</sup>.

إن شرائط الوصف المعتبر تتمثل بأن يكون المعقود عليه المطلوب وجوده وصفاً فلو كان ملكية عين أخرى أو منفعة ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف فليس من باب فوات الوصف وإنما من باب الشروط، وإن يكون الوصف المرغوب مباحاً، وإن يكون الوصف خالياً من الغرر بحيث يمكن معرفته والحكم بوجوده وعدمه، وإن يكون الوصف مرغوباً فيه، وإن يشترط المشتري الوصف المرغوب<sup>(2)</sup>.

قد أخذ الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف المرغوب، فالإمامية تعرضوا لهذا الخيار في مواطن مختلفة، فأحياناً اعتبره ضمن خيار فوات الشرط، فإن الوصف إذا ذكر في العقد على نحو الشرطية يكون لازماً ويتخلف الشرط فإنه يثبت للمشتري الخيار والعكس من ذلك إذا ذكر الوصف في العقد لا على نحو الشرطية بل على نحو الترغيب والتعريف، فلا يثبت للمشتري الخيار إن تخلف الوصف ويكون ذلك من قبيل الدواعي التي لا أثر لحصولها أو عدمها<sup>(3)</sup>. فالعنوان المأخوذ في أحد العوضين أن كان مقوماً له بحسب وضع المعاملة، بحيث يكون فاقد الوصف مباحاً للمبيع عرفاً كان تخلفه موجباً لبطلان البيع، وإن لم يكن مقوماً له بل كان وصفاً زائداً فيه فتخلفه موجب للخيار إذا ابتنى البيع على الوصف لاهتمام أحد المتابعين به، أما إذا لم يبتن عليه ففي ثبوت الخيار بتخلفه أشكال، فلا يشترط في الوصف الذي يكون تخلفه موجباً للخيار أن يكون مصرحاً به في العقد، بل يكفي أخذه ضمناً اعتماداً على قرينة عامة أو خاصة، لظهور الحال المستفاد من خصوصية السوق أو خصوصية العين المبيعة ومنه الغش والتدليس

(1) د. السنهوري، مصادر الحق، ج3، مصدر سابق، ص86. وينظر شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ص427.

(2) د. عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مصدر سابق، ص724-726.

(3) محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج2، المكتبة الحيدرية، العراق-النجف، 1360هـ، ص42 وص43.



المظهر للمبيع على خلاف حاله<sup>(1)</sup>. في حين عد ضمن خيار الرؤية، فإذا وصف المبيع ولم يجده المشتري على الوصف تخير بين الفسخ والامضاء<sup>(2)</sup>.

اما الحنفية بينوه ضمن خيار العيب فإذا كانت الدابة بطيئة السير لا يرد الا اشتراط انها عجول لأن بطء السير ليس الغالب عدمه فأن كلاً من البطء والعجلة يكون من أصل الفطرة السليمة وفيها اشترى دابة فوجودها كبيرة السن ليس له الرد الا اذا اشترط صغرها فله الرد لفقد الوصف المرغوب<sup>(3)</sup>.

بينما المالكية تعرضوا له ضمن خيارات النقيصة لأن هذا الخيار اما ان يترتب لفوات شرط فيه غرض للمشتري ككتابة أو خياطة أو ان يوجب لظهور عيب في المبيع يقتضي العرف والعادة سلامة الأشياء منه والخيار مدار البحث من النوع الأول<sup>(4)</sup>.

وبخصوص الشافعية فعندهم من اشترى بشرط انه كاتب فوجده غير كاتب أو ان يحسن صفة فوجده لا يحسن ثبت له الرد لانه انقص مما شرط فجاز له الرد<sup>(5)</sup>.

وقد اخذ الحنابلة بهذ الخيار فبينوا اذا تم بيع شاة بالوصف فقال: ابيع شاتي التي صفتها سمينة وكبيرة ولبون، ثم وجدها مختلفه ليست سمينة او كبيرة او لبونة، فيثبت الخيار لتخلف في الصفة<sup>(6)</sup>.

اما الزيدية فقد اخذوا بهذ الخيار كذلك اما الزيدية فعندهم من باع بقرة على انها سمينة وتبين انها ليست كذلك بطل البيع للجهالة<sup>(7)</sup>.

أما موقف القوانين أشار المشرع العراقي إلى الوصف المرغوب ضمن الغلط المعيب للرضا في المادة(117) فجعل فوات الوصف المرغوب في محل العقد غلط في صفة جوهرية هنالك فرق كبير بين الغلط وفوات الوصف على الرغم من دمج المشرع الموضوعين في نفس المادة فقد نصت المادة "إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشاراً إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان تحد

(1) السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، الأحكام الفقهية(العبادات-المعاملات)، ط8، مؤسسة المرشد، لبنان-بيروت، 2003، ص222.

(2) العلامة الحلي جمال الدين ابو منصور الحسن بن يوسف المطهر، تذكرة الفقهاء، ج11، مصدر سابق، ص81 و82.

(3) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، المكتبة الحبيبية، مصدر سابق، ص275.

(4) عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن الرعيني المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1995، ص301 و302.

(5) أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج1، ط1، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 1414هـ، ص380.

(6) عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جبرين، شرح أخصر المختصرات، ج28، دار البشائر الإسلامية، لبنان-بيروت، 1985، ص9.

(7) العلامة محمد بن اسعد المرادي، مصدر سابق، ص205.

الجنس وأختلف الوصف فان كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا انه يكون موقوفاً على اجازة العاقد.2- فإذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليلاً على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليلاً على انه ياقوت أحمر فظهر اصفر أو بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفاً على اجازة المشتري".

وقد تعرض له القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة(120) إذ نصت "2- ويعتبر الغلط جوهرياً على الاخص أ-إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. ب-إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

وبين القانون المدني اليمني ذلك في المادة(174) إذ نصت " يكون الغلط جوهرياً إذا فوت الغرض من التعاقد وعلى الأخص فيما يأتي: 1- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ينبغي في التعامل بحسن نية. 2- إذا وقع في ذات المتعاقد معه أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة هي السبب الرئيس في التعاقد". وبين في المادة(484) إذ نصت "إذا بيع شيء بوصف مرغوب فيه من المشتري فوجده المشتري خالياً من هذا الوصف فله الخيار بين رده وفسخ البيع أو اخذه بالثمن المسمى في العقد، ويسقط حق المشتري في الرد إذا تصرف في المبيع تصرف المالك له- أو إذا احدث فيه ما يمنع الرد ويكون له في الحالة الأخيرة الرجوع على البائع بقدر التفاوت بين ثمن المبيع وبه الوصف المرغوب فيه وثمانه خال من الوصف وينتقل الحق في خيار فوات الوصف لورثة المشتري".

ومن بعد بيان هذا الخيار نستنتج بالأمكان تطبيق احكام خيار فوات الوصف المرغوب على دليل

المبيعات.

## الفرع الثاني

## العلامة التجارية المشهورة

في ظل التطور التكنولوجي الهائل الذي نعيشه وانتشار العقود التي تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية وازدياد عمليات البيع والشراء عن طريق تلك الشبكة، فقد اكتسبت التعاقدات الالكترونية اهمية كبيرة، ومن هنا فقد سارع البائعون والمشترون إلى امتلاك مواقع الكترونية لغرض عرض السلع والمنتجات الخاصة بها، كما انها حرصت حرصاً شديداً على اختيارها عناوين الكترونية تحمل اسمها أو علامتها التجارية لتمييزها عن مواقع الشركات المنافسة العلامة التجارية المشهورة والتي هي عبارة عن علامة تجارية عادية تخضع من حيث تعريفها وشروطها للأحكام العامة للعلامات التجارية، إلا إنها أخذت تعرف في الأسواق وتثير انتباه المتعاقدين في مجال الصناعة أو التجارة أو الخدمات؛ لأنها توضع على منتجات ذات جودة عالية ومميزة، مما جعلها تتمتع بشهرة عالمية وان هذه الشهرة تأتي نتيجة عدة عوامل منها، قدم استخدام العلامة إي استخدامها مدة طويلة على المنتجات أو الخدمات التي تميزها، وذيوعها وكثرة توزيعها وانتشارها في الأسواق العالمية، وكثرة الإعلان عنها وجودة الإنتاج وانتظام الخدمة وغيرها من العوامل التي تجعل العلامة ذات شهرة عالمية.

وقد عرفت العلامة التجارية المشهورة بأنها "العلامة التجارية التي تتجاوز شهرتها حدود الإقليم الوطني لها وتحظى بسمعة ومعرفة بين جمهور واسع من المستهلكين وعلى مستوى العالم نتيجة الاستعمال الدعاية والجودة سواء في مجال السلع المادية أو في مجال الخدمات"، وعلى هذا الاساس يرى بعضهم ان العلامة التجارية المشهورة هي ليست في الاصل إلا علامة تجارية عادية ثم اخذت تنتشر في الاسواق حتى اصبحت مشهورة لدى معظم المستهلكين والمهتمين في عالم الانتاج او الخدمات<sup>(1)</sup>.  
اما فيما يخص معايير شهرة العلامة التجارية فهناك نوعين من المعايير أما موضوعية أو شخصية.

## أولاً-المعايير الموضوعية:

1- لمعرفة العلامة مشهورة او غير مشهورة وضعت اتفاقية اتريبس في المادة(2/16)<sup>(2)</sup>معياراً لتقدير ذلك هو، معرفة العلامة وانتشارها في وسط المتعاقدين محل الاهتمام بالخدمات أو المنتجات الخاصة

(1) د. محمد حسني عباس ، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 314.  
(2) اتفاقية جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة" المعروفة باسم "TRIPS" والمنبثقة عن الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة (GATT) - الملحق 1(ج) إذ نصت"2. تطبق أحكام المادة 6 مكررة من معاهدة باريس (1967) مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال-على الخدمات وإذا ما تقرر أن العلامة التجارية معروفة جيداً ، فإن الدول الاعضاء تراعي مدى معرفة العلامة التجارية في قطاع

بهذه العلامة، دون الالتفات الى معيار الشهرة على مستوى المجتمع بصفة عامة، والغرض من هذا المعيار في الاتفاقية هو عدم التشدد واشتراط الشهرة على جميع المتعاقدين مما يقتضي التوسع في مفهوم العلامة التجارية ذائعة الشهرة<sup>(1)</sup>.

يتضح لنا من ذلك إن الاتفاقية فرضت على السلطة في الدول الأعضاء أن تراعي مدى معرفة العلامة التجارية المشهورة في قطاع المتعاقدين المعني، بالإضافة لذلك معرفتها في البلد العضو المعني، أي البلدان الأعضاء في الاتفاقية والتي اشتهرت فيها العلامة نتيجة الترويج والإعلان الذي يتم بأية وسيلة تؤدي شهرة العلامة كالاستعمال أو الدعاية وغيرها من الوسائل التي تحقق الشهرة، كما نصت على ذلك أيضا "اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883<sup>(2)</sup>، وهذا يعني إن الاتفاقيات الدولية اشترطت في العلامة التجارية حتى تعد مشهورة أن تمتد شهرتها إلى جميع الدول الأعضاء في الاتفاقية بما في ذلك الدولة العضو المطلوب منها الحماية<sup>(3)</sup>. ومن العلامات التجارية ذائعة الشهرة عالمياً وفي الوقت نفسه معروفة لدى قطاعات مختلفة من الجماهير كعلامة (لويس فيتون للملابس)، وعلامة (دولشي غابانا للعطور)، وعلامة (فيزا كاردفي مجال بطاقات الدفع الإلكتروني)<sup>(4)</sup>.

2- مدة الانتفاع بالعلامة أو مدة استعمالها بأي وجه من الوجوه ومدى ذلك الانتفاع أو الاستعمال ونطاقه الجغرافي، ويمكن تقدير شهرة العلامة وفقاً لهذا المعيار عن طريق المبيعات من المنتجات أو

الجمهور المعني بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني كنتيجة لترويج العلامة التجارية". تعد اتفاقية تريس الاتفاقية الدولية الثانية بعد اتفاقية باريس التي تناولت مسألة حماية العلامات التجارية المشهورة، مما يؤكد أهمية هذه المسألة على المستوى الدولي خاصة في ظل اتفاقية التجارة العالمية wto التي عيبت الطريق امام ظاهرة العولمة التي حولت الكون الى قرية صغيرة ينظر صلاح سلمان اسمر زين الدين، حماية العلامة التجارية المشهورة في ظل اتفاقية باريس وتريس والقانون الاردني، بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات، مج7، ع3، 2001، ص178.

(1) د. احمد الباز محمد متولى، حماية العلامة التجارية المشهورة الكترونياً "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع2019، 68، ص752.

(2) وهذا ما بينته المادة(2/6) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة 20 مارس 1883 والمعدلة ببروكسل في 14 ديسمبر 1900 وواشنطن في 2 يونيو 1911 ولاهاي في 6 نوفمبر 1925 ولندن في 2 يونيو 1934 ولشبونة في 31 أكتوبر 1958 واستكهولم في 14 يوليو 1967 والمنقحة في 2 أكتوبر 1979 إذ نصت " 1-تتعهد دول الاتحاد، سواء من تلقاء نفسها إذا جاز تشريعها ذلك، أو بناء على طلب صاحب الشأن، برفض أو إبطال التسجيل ويمنع استعمال العلامة الصناعية أو التجارية التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة يكون من شأنها إيجاد لبس بعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنها مشهورة باعتبارها فعلاً العلامة الخاصة بشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة. كذلك تسري هذه الأحكام إذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكل نسخاً لتلك العلامة المشهورة أو تقليداً لها من شأنه إيجاد لبس بها (2) يجب منح مهلة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ التسجيل للمطالبة بشطب مثل هذه العلامة. ويجوز لدول الاتحاد أن تحدد مهلة يجب المطالبة بمنع استعمال العلامة خلالها.

3- لا يجوز تحديد أية مهلة للمطالبة بشطب أو منع استعمال العلامات التي سجلت أو استعملت بسوء نية".

(3) نهى خالد عيسى، العلامة التجارية المشهورة "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، مج21، ع1، 2013، ص4-ص5.

(4) د.سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط10، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2016، ص590.

الخدمات ومدى إسهام العلامة في سوق هذه المنتجات وطول فترة تواجد المنتج الذي تحمله العلامة في الأسواق التجارية<sup>(1)</sup>.

3- قيمة العلامة في الأسواق التجارية أو الخدمية، حيث تقوم المؤسسات أو الهيئات الدولية المتخصصة في مجال العلامات التجارية بتقدير القيمة السوقية للعلامة حسب معايير وأساليب متفق عليها، فكلما كانت القيمة المالية للعلامة التجارية مرتفعة كان ذلك دليلاً على شهرتها، أي كلما زادت شهرة العلامة وسمعتها زادت قيمتها المالية<sup>(2)</sup>.

4- الترويج ففي الحالات التي يشهد فيها السوق طلباً متزايداً ومستمراً على سلع أو خدمات، فإن معرفة المتعاقدين بالعلامة المشهورة يعزى بالدرجة الأساس إلى الترويج لتلك العلامة، إذ تعد الدعاية في وسائل الاعلان المختلفة، وكذلك عرض السلع في المعارض الوطنية أو الدولية شكلاً من أشكال الترويج، ونظراً إلى أن زائر المعارض قد ياتون من مختلف البلدان حتى إذا كانت أمكانية العرض مقتصرة على مواطني بلد معين كما هو الحال في المعارض الوطنية<sup>(3)</sup>، أن الترويج للعلامة لا يعد من باب الانتفاع بالعلامة، لذلك ورد الترويج عامل قائم بذاته والغرض الأساس من ذلك تفادي أو تجنب أية حجة بشأن اعتبار الترويج للعلامة بمثابة الانتفاع بها<sup>(4)</sup>.

5- أن العلامة التجارية حتى تعد مشهورة لا بد من أن تتجاوز شهرتها حدود البلد الأصلي لها، وبمعنى آخر انه لا يكفي شهرة العلامة داخل الدولة التي نشأت فيها لاعتبارها علامة مشهورة، بل يجب أن تكون مشهورة عالمياً، أي أن تمتد شهرتها إلى البلدان الأخرى خارج حدود دولتها فضلاً عن شهرتها داخل الدولة الأخيرة<sup>(5)</sup>.

#### ثانياً- المعايير الشخصية

أن المعايير الشخصية لشهرة العلامة التجارية ينهض هذا المعيار على أساس شخصي أي تعتمد على معرفة المتعاقدين بالعلامة المشهورة، بمعنى آخر حتى تعد العلامة التجارية مشهورة لا بد من أن تكون معروفة لدى قطاع جمهور المستهلكين، وفي هذا الصدد يرد تساؤل هام عن ماذا يراد بقطاع الجمهور الذي يشترط أن تكون العلامة التجارية معروفة في وسطه حتى تكون مشهورة، هل هو جمهور المتعاملين مع الخدمات أو السلع التي تميزها العلامة التجارية خاصة، أم يمتد ذلك إلى جمهور المجتمع كافة؟ وفي هذه المسألة هناك رأيين، فالرأي الأول يرى أصحابه أنه لكي تُعد العلامة التجارية مشهورة

(1) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 753.

(2) د. أحمد الباز محمد متولي، مصدر سابق، ص 755.

(3) د. جعفر كاظم جبر، العلامة التجارية المشهورة، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، مج 11، ع 1، 2016، ص 283.

(4) د. سلامي ميلود، العلامة التجارية المشهورة في القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 4، 2011، ص 168، ص 167.

(5) نهى خالد عيسى، مصدر سابق، ص 4-ص 5.

يكفيها أن تكون معروفة لدى جمهور المستهلكين للخدمات أو المنتجات التي تحملها، ولا يشترط معرفتها لدى جمهور المجتمع كافة، مثل الحال عند تقدير شهرة علامة مرتبطة بأحد الأجهزة الطبية، حيث يجب النظر إلى شهرتها بين المتخصصين في استخدام هذه الأجهزة دون باقي قطاعات المجتمع<sup>(1)</sup>، بينما يرى الرأي الثاني انه لا يجب أن تنحصر شهرة العلامة في وسط معين، وهو جمهور المتعاملين مع الخدمات أو المنتجات التي تحمل العلامة، بل يذهب هذا الرأي إلى أنه يؤخذ الجمهور هنا بمعناه الواسع، أي أنه يجب أن تمتد شهرة العلامة إلى الأوساط التي لا تتعامل مع الخدمات أو المنتجات التي تحمل العلامة التجارية، بمعنى ضرورة معرفة العلامة وشهرتها لدى الجمهور ككل أي على مستوى المجتمع ككل وليس الجمهور المتخصص<sup>(2)</sup>.

**وفي هذا المفصلية من البحث يثار في ذهننا تسأل هل يمكن ان تنطبق احكام خيار الشرط على العلامة التجارية المشهورة؟**

يتمثل خيار الرؤية بأنه "ما يعطي الحق للمشتري في أمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة"<sup>(3)</sup>. إي هو حق من يثبت له شرعاً في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله<sup>(4)</sup>.

ويمكن ان نتساءل في هذا المقام هل يمكن ان يقوم خيار الرؤية مقام الوصف؟ وهل يختص خيار الرؤية بعقد معين؟

إن خيار الرؤية لا يقوم مقام التوصيف، لان مرجع شرط الخيار ليس الغاء التوصيف ورفع اليد عن أثر التوصيف، لأن اثره هو الحكم بالصحة كأصالة الصحة وان كان بحسب اللب والواقع غير معلوم حقيقة فهذا نظير العرف بلام الجنس المترتبة عليه آثار المعرفة، والمعرف بلام العهد الذهني المحكوم باحكام المعارف، وان كان الاول بحسب اللب والمعنى كالأسم المنون بتتوين التمكن والثاني كالنكرة، فالعبرة بمجرد التوصيف وأما الخيار فلا عبرة له في صحة العقد، لا ثبوتاً ولا سقوطاً فلا يصير وجوده سبباً لأرتفاع الجهالة ولا عدمه سبباً لعود الجهالة<sup>(5)</sup>.

(1) محمد عبد الرحمن الشمري، حماية العلامة المشهورة في اتفاقية تريبس وفي بعض التشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص338.

(2) د. عبد الفتاح بيومي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨ ص83.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلتها، ط2، دار الفكر، سوريا-دمشق، 1985، ص267.

(4) د. عزيز كاظم جبر، خيار الرؤية بين نظرية الغلط وقواعد تعيين المبيع، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، مج17، ع1 و2، تصدرها كلية العلوم في جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص٢.

(5) السيد محمد كاظم الخليلي، فقه الأمامية قسم الخيارات، ط1، مكتبة الداوري، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر، ص597.

ان خيار الرؤية من الخيارات العامة يعم كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح والإجارة وقد عرفت أن هذا النوع من العقد أمر رائج بين العقلاء، من غير فرق بين وقوع العقد على المبيع أو تمليك المنفعة أو غير ذلك، فلو أجر داراً معينة بصفات خاصة ثم بان خلافها عند الرؤية فللمستاجر خيار الرؤية<sup>(1)</sup>.

فعند الأمامية هو "الخيار الذي يثبت للمتعاقد الذي تعاقد على ما لم يره إذا ما وصف في العقد أو أخبره به البائع وأتضح أنه بخلاف ذلك الوصف أو سبقت له رؤيته قبل التعاقد وأتضح تغييره"<sup>(2)</sup>، فهذا الخيار لدى الامامية يثبت للمتعاقد الذي اشترى المعقود عليه بناء على رؤية سابقة او على الوصف فأن ظهر عند الرؤية ان المعقود عليه متغير عن الرؤية السابقة او مغايراً للوصف ثبت له خيار الرؤية<sup>(3)</sup>.

فخيار الرؤية هذا الخيار من الخيارات الاصلية وامكن اندراجه لبعض الاعتبارات في خيار الوصف او خيار الاشتراط لانه عبارة عن حق فسخ العقد اذا اشترى عيناً غائبه بالوصف ثم رآها على خلاف ما وصف البائع وان كان المشتري رآها قبل العقد فأشترها على تلك الرؤية فظهر بعد العقد انها قد تغيرت فبهذا اللحاظ يمكن درجة في خيار الاشتراط ضرورة ان الوصف او الرؤية السابقة كانت كشرط ضمني فأذا ظهر فقدانه كان له خيار تخلف الشرط ولكن الاصحاب تبعاً للاخبار جعلوه خياراً مستقلاً لان الشرطية غير صريحة فيه وان كانت ضمنية وسموه خيار الرؤية<sup>(4)</sup>.

اما الحنفية فيعرفونه بأنه "الحق الثابت للمتعاقد الذي لم ير المعقود عليه المعين جنسه لا وقت العقد ولا قبله وان وصف له وجاء مطابقاً للوصف فله الخيار فتعيين المعقود عليه يتم بالاشارة اليه او بتسميته او بوصفه"<sup>(5)</sup>.

اما عند الشافعية فخيار الرؤية في القديم عندهم ثابت شرعاً دون الحاجة إلى اتفاق بين البائع والمشتري، اما في الجديد فنفي خيار الرؤية<sup>(6)</sup>.

وخيار الرؤية لدى الزيدية يثبت للمتعاقد الذي لم ير المعقود عليه لا وقت العقد ولا قبله وان لم يوصف فأن تم التعاقد بناءً على الوصف وان ظهر المعقود عليه مطابقاً له لدى الرؤية بعد العقد فله

(1) جعفر السبحاني، دراسات موجزة في الخيارات والشروط، ط1، المركز العالمي للدراسات الإسلامية، ايران-قم، 1381هـ، ص85.

(2) العلامة الحسن ابن المظهر الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج7، مطبعة النجف الاشرف، العراق-النجف، 1955، ص34.

(3) محمد صادق الحسيني الروحاني، منهاج الفقاهة، ج6، ط4، المطبعة العلمية، ايران، 1418هـ، ص46-47.

(4) الامام محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج2، المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية، العراق-النجف الاشرف، 1360هـ، ص55.

(5) الشيخ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، فتح القدير، ج5، ط1، المطبعة الاميرية ببولاق، 1316هـ، ص137.

(6) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مصدر سابق، ص237.

الخيار وله استعماله وخيار الرؤية لدى الزيدية هو خيار شرعي لا يحتاج المتعاقد لاشتراطه في العقد<sup>(1)</sup>.

فالقانون المدني العراقي فقد اشار المشرع الى خيار الرؤية في عدة مواد كالمادة(523)في فقرتها الأولى"يسقط خيار الرؤية بموت المشتري وبتصرفه في المبيع قبل أن يراه، وباقراره في عقد البيع انه قد رأى الشيء وقبله بحالته وبوصف الشيء في عقد البيع وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت وبتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري من رؤية الشيء دون ان يراه". وفي المادة(734) والتي تنص"من استأجر عينا كان قد رآها رؤية كافية من قبل لا يكون له خيار الرؤية الا اذا كانت هياتها الأول قد تغيرت". وكذلك المادة(735) في فقرتها الأولى إذ نصت"يسقط خيار الرؤية بموت المستاجر وباقراره في عقد الايجار انه قد رأى الشيء وقبله بحالته وبوصف الشيء في عقد الايجار وصفا يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت وبصدور ما يبطل الخيار قولاً او فعلاً من المسأجر وبمضي وقت كاف يمكن المستاجر من رؤية الشيء دون ان يراه". ان ما يمكن استنتاجه من موقف المشرع العراقي أنه أخذ بخيار الرؤية بشكل صريح والذي يتحقق بموجبه العلم بالمعقود عليه وأيضاً يتضح من نصوص القانون المدني العراقي تمييزه الدقيق بين هذه القواعد وبين القواعد العامة بوصفها قواعد تعيين المعقود عليه. او قواعد الغلط، وانه قد تأثر بمبادئ الشريعة الإسلامية عند التعرض لهذا الخيار.

أما القانون المصري فقد حاول التقريب بين قواعد الشريعة الاسلامية المتمثلة بخيار الرؤية وبين القواعد العامة أي قواعد تعيين المعقود عليه او قواعد الغلط في القوانين الحديثة فقد حصر خيار الرؤية في المادة(419) إذ نصت"1-يجب ان يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. 2- إذا ذكر في عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا اذا أثبت تدليس البائع".

بينما القانون اليمني فقد بين خيار الرؤية بشكل مفصل حيث افرد له مواد خاصة تحت عنوان خيار الرؤية(238-241) فبييت مفهومها واحوال سقوطها فالمادة(238) تنص"خيار الرؤية هو الحق في امضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المعقود عليه في عقود المعاوضة المالية وهي الشراء والاجارة وقسمة الاعيان والصلح بمال ولا يثبت في العقود التي لا تحتمل الفسخ" وبينت المادة(239) إذ تنص"من تعاقد على مالم يره فهو مخير عند رؤيته المميزة إن شاء قبل وامضى العقد وان شاء فسخه

(1) الشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، تحقيق ابراهيم زايد، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1405هـ، ص99.



وله الفسخ قبل الرؤية وعقبها مالم يسقط حقه أو مالم يرض بعد الرؤية قولاً أو فعلاً، ويثبت الخيار للأعمى بما يقوم مقام الرؤية". والمادة(240) إذ تنص "يسقط حق من له خيار الرؤية أصيلاً أو وكيلاً في الأحوال الآتية:1- تصرف من له الخيار في العين تصرفاً يوجب حقاً للغير.2-رؤية المتعاقد عليه قبل العقد بمدة لا تتغير فيها عادة رؤية مميزة تقي بالغرض أو رؤيته بعد العقد إذا لم يفسخ بعدها مباشرة. 3-رؤية بعض المتعاقد عليه بما يدل على ذاته بحيث يحصل برؤيته لبعضه معرفته لباقيه".

### الفرع الثالث

#### النموذج المجسم

يعبر النموذج المجسم عن جوانب مهمة في التعاقدات إذ يستطيع المتعاقد ان يدرك المعقود عليه عن طريق الحواس الخمسة، حيث يطلع على المجسم المطابق لحقيقة المعقود عليه الذي لم يتم انشاؤه بعد الا بعد الموافقة على المجسم وعن طريقه يتم الاحاطة بالشئ بالمراد التعاقد عليه.

فان المراد بالمجسمات "كل شيء مشكل بابعاده الثلاثة الطول والعرض والارتفاع وتأتي أهمية المجسمات أن كثير من الحقائق يتعذر مشاهدتها لكبر حجمها"<sup>(1)</sup>. وقد يقصد بالمجسمات "هي جزء من الفضاء ذي ثلاثة ابعاد محصور بشكل مغلق وهو مجسم ثلاثي الابعاد طوله وعرضه وارتفاعه وكل وجه من اوجهه مربع والمربعات فيه متطابقة ولها نفس المساحة"<sup>(2)</sup>.

يوصف النموذج المجسم بان لها شكل جمالي وتوظيف الخامات والمواد مثل الخشب حيث يتم اعادة تدوير او تصميمها بشكل يحاكي الواقع، بالاضافة إلى وظيفة التي تجسد الاوصاف الأساسية للمعقود عليه<sup>(3)</sup>. ويعد عرض بصري قادر على جذب انتباه المتعاقد وزيادة الوعي بتشكيل حالة ما في الذهن سواء اكانت غايته معرفية أو التأثير في المتلقي والافكار كونها تقدم افكار مادية ملموسة من الواقع

(1) د.ياسين عبد الصمد، الوسائل التعليمية البصرية للوحات، المجسمات، الرسوم البيانية واهميتها في مجال التعليم والتعلم، بحث منشور في مجلة ابحاث البصرة(العلوم الانسانية)، مج36، ع4، 2011، ص54-ص55.

(2) د.وعد عدنان محمود، الخصائص والمعايير التشكيلية في المجسمات(الديورامات) لتصميم المواقع الاثارية في العراق(كهف الطار انموذجا)، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة، مج3، ع3، 2021، ص416.

(3) برهان عبد الرضا الدلفي، مجسمات فخارية فرثية من تل الغريرة في المتحف العراقي، بحث منشور في مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، ع23، 2019، ص172

المرئي<sup>(1)</sup>. وتعالج مشكلة صعوبات الحجم فتصغر الجسم أو تكبره مع ضرورة المحافظة على نسب الأشياء، وتعالج مشكلة البعد الزمني وتعالج مشكلة البعد المكاني<sup>(2)</sup>.

وتعد المجسمات نماذج تمثل أو تقلد الأشياء أو الأحداث، وقد تكون مصغرة أو مكبرة أو تأخذ الحجم الطبيعي نفسه، وذلك بحسب الموضوع والهدف من استخدامها، لذا يجب التخطيط الجيد لاستخدام المجسمات، فينبغي أن لا يستخدم المجسم في حد ذاته لتكوين مفاهيم سليمة وحدث دراية مثمرة للمتعاقد عن المبيع<sup>(3)</sup>، لذا يفضل استخدام الشرح والتوضيح، أن يكون الهدف من استخدام المجسم واضحاً ومعلوماً من قبل المتعاقد، ويفضل إعطاء المتعاقد فرصة كافية لتفحص المجسمات والإطلاع عليها عن كثب، فإذا كان المجسم مركباً من عدة مجسمات فيجب مراعاة التناسق في حجمها بحيث تمثل ما يراد تمثيله بشكل صادق وصحيح وواضح<sup>(4)</sup>. فهي تقوم بمهمة كبيرة في إيضاح الفكرة وتعزيز المفهوم لما تتمتع به من مزايا تقريب الفكرة من الواقع، وتستخدم بديلاً مناسباً عند عدم توافر الأشياء الطبيعية الواقعية<sup>(5)</sup>.

ولكي تكون المجسمات قريبة من الواقع يجب ان تكون صادقة الاداء بالنسبة للاصل من حيث الحجم والشكل واللون والتركيب، وان يكون لها مقياس رسم او نسبة مع الواقع فيجب ان تكون هذه المجسمات مطابقة للشكل الحقيقي وفق مواد مستخدمة بدقة<sup>(6)</sup>.

**وفي ظل هذا الصدد نتساءل عن مدى امكانية تطبيق الاحكام القانونية للبيع على نموذج على النموذج المجسم ؟**

يقصد بالبيع على نموذج هو "أن يقدم البائع للمشتري نموذجاً كحفنة من قمح أو قصابة من قماش لكي يحيطه علماً بطبيعة المبيع وصفته فيتم تعيين المبيع المثلي عن طريق تقديم النموذج الذي يلتزم البائع بان يسلم للمشتري بضاعة مطابقة له"<sup>(7)</sup>.

يرى جانب من الفقه أن بيع العينة يختلف عن بيع نموذج، إذ إن بيع العينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً للعينة، أما البيع على نموذج فإنه يكفي ان يتضمن المبيع على العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج

(1) ابراهيم عبد القادر حمد، الوسائل التعليمية في تدريس المواد الاجتماعية للدورات التدريبية، المديرية العامة للاشراف التربوي، بغداد، 1973، ص 71.

(2) جابر عبد الحميد و احمد خيري كاظم، مصدر سابق، ص 200.

(3) جابر عبد الحميد و احمد خيري كاظم، الوسائل التعليمية والمنهج، دار النهضة العربية، مصر، 1979، ص 50.

(4) ابراهيم عبد القادر حمد، مصدر سابق، ص 70.

(5) بشير عبد الرحيم الكلوب، الوسائل التعليمية اعدادها وطرق استخدامها، مكتب المحتسب للنشر، عمان، 1985، ص 85.

(6) دياسين عبد الصمد، مصدر سابق، ص 55.

(7) د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص 174.

حتى وأن كانت هنالك فروق بسيطة بين المبيع وبين النموذج ما دام المبيع صالحاً للغرض المخصص له ويطلق عليه بالبيع بالموصفات<sup>(1)</sup>.

إن البيع على نموذج يعد مسلكاً دقيقاً لتعيين المبيع يلجأ إليه المتعاقدين، ويقوم على أساس ان البائع يقدم للمشتري نموذجاً مطابقاً للمبيع مما يبيعه فيحفظ به المشتري حتى يضاهاه عليه ما يستلمه من البائع، فان النموذج يغني عن تعيين المبيع بأوصافه فهو المبيع مصغراً وبمضاهاة المبيع على النموذج يتبين ان كان البائع قد نفذ التزاماته تنفيذاً سليماً بخصوص جنس ونوع وصفة وغيرها من الاوصاف التي يتميز بها<sup>(2)</sup>، وكذلك يغني عن رؤية المبيع؛ لأن المشتري برؤيته للنموذج كأنه رأى المبيع فهو طريق دقيق ومنضبط لدرجة كبيرة لتعيين المبيع<sup>(3)</sup>.

وتمخضت آراء الفقه الإسلامي بشأن البيع على نموذج، على قولين: القول الأول تمثل بالحنفية والمالكية والشافعية، فعندهم ان البيع على الانموذج صحيح جائز<sup>(4)</sup>. اما القول الثاني تمخض بالحنابلة والظاهرية فعندهم ان البيع على الأنموذج لا يصح<sup>(5)</sup>.

وبخصوص موقف القانون المدني العراقي والقوانين موضع المقارنة، فان القانون المدني العراقي اخذ بالبيع على نموذج في المادة(518) إذ نصت "1-الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج منها فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي أشتري على مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. 2-فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً أن يثبت كون الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له".

اما القانون المدني المصري فقد أخذ بهذا النوع من البيع وأسماه ببيع العينة إذ نصت المادة(420)"1-إذا كان البيع(بالعينة) وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها.2-وإذا تلفت(العينة) أو هلكت في

(1) د.رمضان محمد ابو السعود، مصدر سابق، ص107.

(2) د.سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص70.

(3) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مصدر سابق، ص235.

(4) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، مطبعة الجمالية، مصدر سابق، ص293. وينظر شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، مصدر سابق، ص24. وينظر أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج9، مطبعة التضامن الأخوي، مصدر سابق، ص297 و ص298.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج3، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1997، ص163. وينظر ابن حزم محمد، المحلى بالآثار، مصدر سابق، ص395.

يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق".

بينما القانون المدني اليمني فقد اخذ بهذا النوع من البيع في المادة (481) إذ نصت "إذا كان المبيع بالعينة (الانموذج) فيكفي رؤية العينة (الأنموذج) فإذا ثبتان المبيع دون العينة (الأنموذج) يكون المشتري بالخيار بين قبول البيع بالثمن المبين في العقد أو رده وفسخ البيع".

الجدير بالذكر أن ما يمكن ملاحظته على النصوص السالفة الذكر يتبين أن المشرع العراقي والمشرع المصري واليمني قد اخذوا بالبيع على نموذج وان اختلفت التسميات إلا ان الفكرة واحدة وهو ان يكون المعقود عليه مطابقاً للواقع ويسهل للمتعاقد من الوقوف على الأوصاف الاساسية له مما يتكون لديه العلم الكافي الذي من شأنه ان يحد من وجود الجهالة.

اسلفنا ان البائع مسؤول عن مطابقة المبيع للنموذج وللمشتري الحق في مطالبته بتسليم مبيع يطابق النموذج تمام المطابقة، ولا يمكن للمشتري ان يرفض قبول المبيع إذا كان مطابقاً للنموذج بحجة ان العرف يخوله الحق في رفض المبيع بعد تجربته إذا كان لا يرضيه، واذا قبل المشتري المبيع بعد التحقيق من مطابقته للنموذج فلا يترتب على ذلك حرمانه من الرجوع فيما بعد على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولكن إذا لم تتحقق هذه المطابقة فأن المشتري لا يجبر على قبول المبيع وانما يكون له ان يفسخ البيع لإخلال البائع بتنفيذ التزامه مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر أو قبوله بالثمن المسمى، ولا ينفي حق المشتري في مطالبة مدينه البائع بالتنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للنموذج بل ان المشتري يستطيع ان يحصل على شيء مطابق للنموذج على نفقة البائع بعد استئذان المحكمة أو دون استئذاناها في الأحوال المستعجلة<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الصدد نتساءل هل يمكن للمشتري ان يقبل المبيع غير المطابق للنموذج؟

ان الاجابة عن هذا السؤال تكون بفرضيتين، فالفرضية الأولى إذا كان المبيع اعلى جودة من النموذج فوجد رأيين، الرأي الأول للمشتري رفض المبيع أو إي جزء منه لا يكون مطابقاً للنموذج حتى ولو أثبت ان المبيع اكثر من المبيع، بينما الرأي الثاني يرى خلاف ذلك فالبايع قدم الافضل فليس من مصلحة المشتري فسخ البيع؛ لأن الفسخ قرر إذا كان المبيع دون النموذج<sup>(2)</sup>، أما الفرضية الثانية إذا كان المبيع

(1) المادة (248) الفقرة الثانية إذ نصت "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذاناها في حالة الاستعجال كما انه يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض".

(2) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع-الايجار-المقاولة، شركة العاتك لصناعة الكتب، مصر-القاهرة، 2009، ص62.

أقل جودة من النموذج فذهب رأي يمكن للمشتري اخذ النموذج مع المطالبة بإنقاص الثمن بدلاً من المطالبة بالتفويض العيني أو المطالبة بالفسخ<sup>(1)</sup>، بينما الرأي الآخر يرى بأنه لا يمكن انقاص الثمن وإنما للمشتري رد المبيع وفسخ البيع أو قبوله بالثمن المسمى بالعقد<sup>(2)</sup>.

من بعد بيان معنى البيع على نموذج يتبين انه يمكن تطبيق احكامه على النموذج المجسم مما يساهم ذلك في العلم الكافي للمتعاقد بالأوصاف الأساسية للمعقود عليه في الحد من الجهالة.

## المطلب الثاني

### الوسائل الالكترونية لتوقي جهالة المعقود عليه

لا نغفل عن أن الجانب الإلكتروني قد كان له تأثير كبير في البيئة العقدية، منذ الابرام وحتى النفاذ، فان تعيين المعقود عليه والعلم به من اكثر الأمور التي اثرت عليه التطور الالكتروني، إذ اصبح العلم به وتعيينه يتم عن طريق وسائل الكترونية يمكن عن طريقها توقي حصول الجهالة أو الحد منها، فان الصور الرقمية لا تقل أهمية في الاحاطة بمواصفات المعقود عليه وامكان المتعاقد من الاطلاع عليها، وان كانت غير ملموسة الا انها تحطيه القدر اللازم من الاحاطة به، وقد ساهمت تقنية البث المباشر بوقوف المتعاقد على حقيقة المعقود عليه بالقدر اللازم، عن طريق عرضه بشكل مباشر مع بيان مواصفاته، ولو يممنا النظر الى وسيلة أخرى تساعد في اعطاء صورة حية عن المعقود عليه ويمكن رؤيته من جميع الزوايا والاسطح عن طريق تقنية المحاكاة.

ولما كان خيار التعيين من أهم خيارات الجهالة ففي هذا المطلب نتساءل عن العلاقة التي تربط بين خيار التعيين ووسائل توقي جهالة المعقود عليه بالطرق الالكترونية؟

ومن أجل الامام بالموضوع سنقسم هذا المطلب على ثلاثة مطالب، سنبيين في الفرع الأول الصورة الرقمية، وسنخرج في الفرع الثاني إلى تقنية البث المباشر، وسنعالج في الفرع الثالث المحاكاة في الحاسوب وكالاتي:

(1) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مصدر سابق، ص238.

(2) د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص176.

الفرع الأول- الصورة الرقمية.

الفرع الثاني- إلى تقنية البث المباشر.

الفرع الثالث- المحاكاة في الحاسوب.

## الفرع الاول

### الصورة الرقمية

ان للصورة الرقمية دور مهم في مجال التعاقدات اليومية، إذ تلعب دور مهم وأساسي في العلم بالمعقود عليه مما تساهم بشكل فعال في تلافي الجهالة، فتعد الصورة الرقمية من العناصر الأساسية في أحاطة المشتري بالعلم الكافي في المعقود عليه، وهي وتهدف إلى اعلام المتعاقد بمحتويات المعقود عليه، وجذب انتباهه وتجعله فعالاً في عملية الادراك الكلي للمعقود عليه، ويسعى البائع الى ترجمة أفكاره عن طريق الصورة الرقمية رغبة في ايصالها للجمهور المتعاقدين أو الراغبين في التعاقد.

أن الصورة التي تظهر على شاشة الكمبيوتر مكونة من مجموعة لانهائية من الأرقام والمعادلات الحسابية وعدد لا نهائي من الدرجات اللونية التي تتجاوز (١٦ مليون لون)، إذ تتكون بذلك الشفرة الممغنطة التي يقوم الجهاز بترجمتها إلى صور وأشكال وألوان وحركة، وبذلك يستحيل عرض هذه الصور وتلك الاعمال عن طريق جهاز الكمبيوتر على الشبكة العنكبوتية ويمكن الاحتفاظ بها في داخل الشرائح الممغنطة (CD) والأسطوانات الرقمية<sup>(1)</sup>.

وتمثل الصورة الأحادية اللون بدالة واحدة بعد واحد تحتوي على معلومات اللعان فقط، وتعرف بأنها دالة شدة الضوء الواصل إلى المتحسس (المنظومة البصرية) أما الصور ذات التدرج في الشدة ففي هذا النوع من الصور إشارة إلى أحادية اللون وتتضمن معلومات الإضاءة أو السطوع، إي لا تحتوي على تدرجات لونية، وقيمة كل عنصر في الصورة تحدد التدرج الرمادي الذي يتراوح بين (0-255) أو (0-1) في حالة المعيارية، وكل عنصر من عناصرها يمثل بـ (8bits/pixel)، وغالباً ماتمثل بـ(12bits/pixel) أو (16bits/pixel) مثل التصوير الطبي وكذلك الصور الملونة المتمثلة بـ (24bits/pixel) تدعى بالصور ذات الألوان الحقيقية، ويكون عدد الألوان فيها مساوياً إلى

(1) ماهي نور بيسوني حسن، العلاقة بين الحركة التقديرية والفنون الرقمية في التصميمات الجغرافية، بحث منشور في مجلة كلية التربية النوعية للدراسات التربوية والنوعية، 2018، ع2، ص27

( $2^{24}=16,777,216$ ) لوناً، ولون النقطة في هذه الصورة يتكون من مزيج من الألوان الثلاثة الرئيسية، وكل لون يمثل ببايت واحد 1byte أو 8bits، والنقطة الواحدة تمثل بثلاثة بايتات يتمثل هذا النوع من الصور بثلاث حزم لبيانات أحادية اللون، وكل حزمة من هذه الحزم تعود إلى اللمعان في كل لون من الألوان الأساسية التي هي الأحمر والأخضر والأزرق وباستخدام (8bit/pixel) في كل حزمة لونية، وعليه فالصورة الملونة تتمثل بـ (24bit/pixel)<sup>(1)</sup>.

فالصورة الرقمية هي الصورة التي تتكون من مئات الآلاف أو ملايين المربعات الصغيرة والتي تدعى عناصر الصورة أو بيكسلات، عندما يبدأ الحاسب برسم الصورة فإنه يقوم بتقسيم الشاشة أو الصفحة المطبوعة إلى شبكة من البيكسلات ثم يقوم باستخدام القيم المخزنة للصورة الرقمية ليعطي لكل بيكسل لونه وسطوعه "أي هي" تمثيل ثنائي للنظام الرقمي (1,0) حيث يمثل الرقم (0) اللون الأسود والرقم (1) اللون الأبيض وهذا النظام الرقمي يشكل مجموعة كبيرة من النقاط الرقمية التي تسمى بالبيكسلات وتعتمد جودة الصورة الرقمية المتحركة المعروضة على عدد البيكسلات المكونة لها؛ لأنه كلما أزداد عدد هذه البيكسلات ازداد وضوح الصورة الرقمية المتحركة<sup>(2)</sup>.

وإن الصورة التي تدخل في نطاق بحثنا هي الصور ذات الأشكال الملفية (PNG)، وهذا النوع من الامتداد يستخدم مع الصور التي تنتقل عبر شبكات (Network)، وهي صيغة مستحدثة ويمكن أن تستخدم بديلاً لصيغة (Gif) لعرض الصور على الويب، ويمتاز بأنه أقصر في وقت التحميل وأسرع في الظهور على صفحات الشبكة الدولية للمعلومات<sup>(3)</sup>.

وعن طريق هذا المفهوم فإن الصورة الرقمية تتمتع بعدة خصائص هي:

1- تصطبغ بالصبغة المعنوية فهي عبارة عن مجالات مغناطيسية أو كهربائية تم تجميعها وإخراجها في هيئة مادية ملموسة عن طريق استخدام أجهزة خاصة وبذلك فإن هذا التجميع يعد بحد ذاته عملية تحويل تلك المجالات المغناطيسية أو الكهربائية من طبيعتها الرقمية إلى الهيئة التي يمكن عن طريقها إدراك الصورة الرقمية المتحركة<sup>(4)</sup>.

(1) موسى كاظم محسن وآخرون، تحسين الصورة الرقمية باستخدام معايير الجودة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الصرفة والتطبيقية، مج 23، ع 3، 2015، ص 904-ص 905.

(2) عبد الله سيف الكيتوب، الأحكام الاجرائية لجريمة الاحتيال المعلوماتي، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2013، ص 85.

(3) د.ندى حسين عمران، الصورة الرقمية إحدى ملامح الاعلام الجديد "دراسة الصورة الخبرية في موقع المدى برس"، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط، ع 51، 2019، ص 427-ص 428.

(4) شهد عبد الرحمن حسو، الغاء الصفات غير المهمة من الصور حقيقة الألوان باستخدام تقنية التقطيع، بحث منشور في مجلة الراقدين لعلوم الحاسبات والرياضيات، مج 7، ع 3، 2010، ص 122.

- 2- تخضع الصورة الرقمية المتحركة لبعض البرامج والتطبيقات لبيان فيما اذا كانت الصورة الرقمية المتحركة قد تعرضت للتلاعب ليتم اصلاحها واعادتها الى الوضع الذي كانت عليه<sup>(1)</sup>.
  - 3- يمكن استعادة الصورة الرقمية المتحركة التي تم حذفها عن طريق استعمال برامج وظيفتها استرجاع المعلومات الرقمية المحذوفة<sup>(2)</sup>.
  - 4- قابليتها للنسخ بشكل يطابق النسخة الأصلية مما يمنحها ذات القيمة الفنية لذا فقد تستخدم كدليل لا يمكن التلاعب به أو اتلافه<sup>(3)</sup>.
- من المعروف أن الصورة تلعب دوراً هاماً في اكساب المتعاقدين للمعلومات إلا أن الإدراك البشري للصورة ينحصر في تلك الصور التي تقع في النطاق المرئي من الطيف الكهرومغناطيسي، خلافاً لذلك نجد أن آلات التصوير تستطيع تغطية الطيف الكهرومغناطيسي كله بداية من أشعة جاما وحتى أمواج الراديو من أمثلة ذلك الصور المولدة بالموجات فوق الصوتية والصور المولدة بالحاسب والتصوير بالمجهر الإلكتروني رياضياً، ويتم الحصول على الصور الرقمية من اجهزة التصوير الرقمي او عن طريق الماسح الضوئي (scanner) وعندها يسهل معالجتها بواسطة الحاسب الرقمي، ويسمي هذا المجال بـ"المعالجة الرقمية للصور"<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### تقنية البث المباشر

ان تقنية البث المباشر تنماز بالواقعية والآنية، لذا يكون عرض المعقود عليه اكثر موضوعية وواقعية والمصدقية الى حد كبير، فهو يعتمد على النقل بطريقة مباشرة، وبالتالي فالموقع الذي يعتمد على هذه التقنية في عرض البضائع هو الموقع الاكثر مصداقية بالنسبة لجمهور المتعاقدين، إذ انه يعتمد على آليات المباشرة، وبالتالي يظهر المعقود عليه محل التعاقد كما هو أمام الجمهور في أغلب الأحيان.

ورد تعريف البث الفضائي المباشر من قبل المشرع العراقي في قانون شبكة الاعلام العراقي رقم(26) لعام 2015 مشتملا على البث المباشر وغير المباشر فعرفته المادة(1) في فقرتها الرابعة بأنه

(1) دلال لطيف مطشر، الصورة الرقمية المتحركة وحجيتها في اثبات الجريمة التقليدية"دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج1، ع 29، 2016، ص353.

(2) د.ممدوح عبد الحميد، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص96

(3) ماهى نور بسيوني حسن، العلاقة بين الحركة التقديرية والفنون الرقمية فى التصميمات الجغرافية، بحث منشور في مجلة كلية التربية النوعية للدراسات التربوية والنوعية، ع2، 2018، ص27

(4) د.سلام عبد الخالق نعمان، تحسين الصورة الرقمية، بحث منشور في مجلة الفتح، ع35، 2008، ص3



"بث المعلومات أو البرامج عبر الاتصالات التلفزيونية أو الراديوية أو أية وسيلة أخرى لأستقبالها من الجمهور مباشرة أو بواسطة محطات إعادة البث فضائية كانت أم ارضية وبشكل مجاني"، مع الاخذ بعين الاعتبار الاهمية الكبيرة التي حظي بها البث المباشر عبر الموبايل ويتوفر الصوت والصورة مما يجعل العلم والمعرفة بالمعقود عليه المعروض متوفرين لدى الراغب في التعاقد مما يجعلها من أكثر وسائل الاحاطة بالمعقود عليه<sup>(1)</sup>.

وتعرف تقنية البث المباشر"هي التقنية التي يلجا اليها المتعاقدين عن طريق استخدام تطبيقات الشبكات الاجتماعية في بث اي فيديو وبشكل مباشر وبدون تكاليف من إي تطبيق يتيح هذه الخاصية في ظل توافر انترنت سريع وهاتف ذكي إذ اعتبرت طفرة في تكنولوجيا الاتصال وعالم الرقميات"<sup>(2)</sup>.

وتعد المصادقية والثقة في المحتوى، وجهان لعملة واحدة فلا بد ان يكون هناك نسب وعوامل لمستوى الثقة في المحتوى وموضوعيته، ولابد واعتمادها على تقنية البث المباشر، بما يتضمنه من الواقعية والحقيقة مما يكسب الفيديوهات مصداقية ومن ثم يساهم في رؤية المعقود عليه والعلم به<sup>(3)</sup>.

وتتجلى اهمية تقنية البث المباشر بتفاعلية الاتصال الفوري تتيح تقنية البث المباشر، فيمكن التعليقات المباشرة وارسال ردود الفعل والتفاعل مع المضيف أو المحتوى المبتوث مما يخلق تجربة تفاعلية ومشاركة للمستخدمين<sup>(4)</sup>. وتؤمن الوصول العالمي إذ يمكن للاشخاص من جميع انحاء العالم مشاهدة الفعاليات والاحداث المباشرة والمحتوى الحالي دون اي قيود زمنية او مكانية<sup>(5)</sup>. والتفاعلية الاجتماعية فهي تتيح للاشخاص المشاركة والتفاعل مع المحتوى وأيضاً التفاعل مع بعضهم البعض يمكنهم تبادل الاراء والتعليقات والمناقشات والمفاوضات حول المعقود عليه في الوقت الحقيقي مما يعزز التواصل

(1) عبير علي عبد العزيز، حرية البث الفضائي المباشر واثره على سيادة الدولة، بحث منشور في مجلة كلية المعارف الجامعة، مج32، ع1، 2021، ص449.

(2) د.نوزاد احمد ياسين الشواني ود. محمد عبد الكريم الداودي، موقع التواصل الاجتماعي(الفيديوك) ودوره في ارتكاب الجرائم عبر البث المباشر، بحث منشور في مجلة التراث، مج1، ع31، 2019، ص175.

(3) د. اميمة احمد رمضان محمد، استخدام صفحات المواقع الاخبارية لتقنية البث المباشر في التغطية الاعلامية وعلاقته بمصداقيتها لدى الجمهور، بحث منشور في المجلة العلمية لبحوث الصحافة، ج2، ع24، 2022، ص651

(4) مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://azamil.com/?p=30156> تمت الزيارة بتاريخ 2023/6/22 الساعة 12 مساء

(5) عبير علي عبد العزيز، مصدر سابق، ص449.

الاجتماعي والمشاركة المجتمعية<sup>(1)</sup>. الوصول الى المحتوى المتنوع إذ تمكن من الوصول الى مجموعة متنوعة من المحتوى كالتعاقد واختيار البضاعة<sup>(2)</sup>.

وفي ما يتعلق بمستلزمات البث المباشر فإنه يتطلب:

- 1- **معدات البث** لبدء بث مباشر يتطلب الأمر وجود كاميرا أو ميكروفون، وبما أن البث المباشر يوفر الرؤية البصرية الوافية للعقود عليه لذا يجب أن لا يكون البث منخفض الجودة؛ لان ذلك يفقد المتعاقد التركيز حتى اذا كان المحتوى بنفسه جيداً<sup>(3)</sup>.
- 2- **التشفير** يحتاج البث المباشر الى برنامج تشفير لجعل محتوى البث المباشر متوافقاً مع جميع الاجهزة كالبرنامج المجاني (Adobe flash media live encoder)<sup>(4)</sup>.
- 3- **مزود البث المباشر Service Live**: أهم جزء في البث المباشر هو اختيار مزود البث المباشر أو منصة الفيديو عبر الشبكة العنكبوتية تزيد اختيار خدمة بث موثوقة مع شبكة توصيل المحتوى (CDN) وتوزيع المحتوى في جميع انحاء العالم دون سد الخوادم الخاصة بالبائع<sup>(5)</sup>.
- 4- **اعداد المحتوى محل التعاقد** اذ يجب على البائع اعداد العقود عليه المراد التسويق له، فيجب ان يكون في أحسن مظهر وأن يكون مستوفياً لجميع الشروط المطلوبة من قبل الجمهور إضافة إلى ذلك وجود شهادة الجودة والمنشأة، وكذلك شهادة مطابقة المنتج للشريعة الاسلامية وغيرها من الامور التفصيلية التي يمكن للبائع توضيحها لزيادة المصداقية وكثرة الاقبال<sup>(6)</sup>.

(1) د. ايمان عاشور سيد وآخرون، أثر استخدام تقنية البث المباشر عبر الشبكات الاجتماعية في اكساب طلاب الاعلام التربوي مهارات التصوير الاعلامي، بحث منشور في مجلة البحوث في مجالات التربية النوعية التابعة لجامعة المنيا، ع22، 2019، ص63.

(2) د. اميمة احمد رمضان محمد، مصدر سابق، ص660.

(3) د. احمد محمد صادق، البث المباشر ودوره في تعزيز التعلم عن بعد دراسة مسحية لطلبة جامعة الاسكندرية، بحث منشور في مجلة اداب الفراهيدي، مج12، ع43، 2011، ص385-386.

(4) سمير الخريسات ومحمد الرياحنة، مستحدثات تكنولوجيا التعليم، ورقة بحثية مقدمة برنامج التمهين في التربية، البحرين، 2013، ص18.

(5) د. احمد محمد صادق، مصدر سابق، ص386.

(6) سمير الخريسات ومحمد الرياحنة، مصدر سابق، ص17.

## الفرع الثالث

## المحاكاة في الحاسوب

ان فكرة المحاكاة في ليست حديثه العهد وانما لها جذور تاريخية قديمة، فقد عرفها افلاطون المحاكاة الصحيحة هي المحاكاة التي تتعلق بحقيقة مثالية لا بصورة، حتى تأتي بتصوير معبر عن الاصل قدر الامكان وعرفها ارسطو هي صفة انسانية ايجابية، فالانسان بطبيعته يحاكي، والمحاكاة بنظره تحقق المعرفة وتطورها (1). كما يرى ارسطو ان الانسان الفنان في محاكاته ليس مجرد انسان عادي وانما منتج ومبدع فالمحاكاة، عنده لا تختص بالعالم المحسوس بأشياءه وكائناته بل تتعداه الى دنيا الحياة العقلية داخل الانسان فافضل المحاكاة في الفن التي تتعدى الطبيعة الخارجية لطبيعة الداخلية للإنسان بما فيها من معاناة واحساسات، وعرفها الفارابي " هو ان يؤلف القول الذي يصفه او يخاطب به من امور تحاكي الشيء الذي فيه القول الدال على امور تحاكي ذلك الشيء (2).

تعمل المحاكاة عن طريق استخدام برنامج محاكي بديهي لإنشاء نموذج مرئي لعملية ما، فيجب أن تتضمن هذه العملية المرئية تفاصيل عن التوقيتات والقواعد والموارد والقيود، وذلك لتتمكن من عكس عملية العالم الحقيقي بدقة، ويمكن تطبيق ذلك على مجموعة من السيناريوهات، على سبيل المثال، يمكن نمذجة سوبر ماركت ومحاكاة السلوكيات المحتملة للعملاء مثل التحرك في أرجاء المحل عندما يصبح أكثر ازدحاماً يمكن أن يساعد هذا الأمر في اتخاذ القرارات، بما في ذلك متطلبات التوظيف وتخطيط أرضية المتجر واحتياجات سلسلة التوريد، وتعريجاً على المقدمة السالفة الذكر فيمكن تعريف المحاكاة باستخدام الحاسوب "هو تصميم موديل لنظام حقيقي أو مفهوم لنظام مادي، ثم تنفيذ الموديل على حاسوب رقمي وتحليل نتائج التنفيذ" (3).

وتتماز المحاكاة بأنها تكوت على أكثر من طريقة منها، طريقة المطابقة وتستند هذه الطريقة إلى بناء النظام قيد الدراسة بالتفاصيل كلها وتعد هذه الطريقة من ادق طرائق المحاكاة، ولكنها من ناحية اخرى تعد الأصعب من حيث التنفيذ فضلاً عن تكلفتها الباهظة، كما يتطلب استخدام هذه الطريقة وجود مهندسين متخصصين في كل جزء من أجزاء المنظومة، وطريقة الشبه متطابقة يتم في هذه الطريقة الغاء عدد من أجزاء المنظومة التي تحول دون إجراء عملية المحاكاة، وكذلك استبدال بعض الأجزاء الحقيقية باخرى

(1) نجم عبد حيدر، علم الجمال آفاقه وتطوره، ط2، بغداد، دار الكتب للطباعة والنشر، 2551، ص36.

(2) غفران محمد باقر عبد الامير وتوت، مفهوم المحاكاة وتمثلاته في الواقعية الكلاسيكية، بحث منشور في مجلة نابة للبحوث والدراسات، مج 31، ع40، 2022، ص14.

(3) نفارت الياس يوسف، نظام محاكاة لهياكل البيانات اللاخطية، بحث منشور في مجلة التقني، مج28، ع1، 2015، ص61.

وهمية، والطريقة المختبرية وهي الطريقة السائدة الان على نطاق واسع لكونها الاقل تكلفة والاكثر مرونة وتعتمد هذه الطريقة اعتماداً اساسياً على الحاسوب وذلك عن طريق برامج حاسوبية خاصة تقوم بمعالجة النماذج<sup>(1)</sup>.

وتتماز المحاكاة بمجموعة من المزايا التي يمكن اكتسابها عن طريق استعمالها:

1- مخاطر مالية أقل فالمحاكاة أقل تكلفة من التجارب الواقعية يمكن أن تشمل التكاليف المحتملة لاختبار نظريات أنظمة العالم الحقيقي، تلك المرتبطة بالتغيير إلى عملية غير مختبرة أو تعيين موظفين أو حتى شراء معدات جديدة فهي تسمح باختبار النظريات وتجنب الأخطاء المكلفة في الحياة الواقعية، والفحص المتكرر حيث تسمح باختبار نظريات وابتكارات مختلفة مرة تلو الأخرى مقابل نفس الظروف بالضبط، هذا يعني أنه يمكنك اختبار ومقارنة الأفكار المختلفة بدقة دون انحراف لأكثر من مرة<sup>(2)</sup>.

2- فحص الآثار طويلة المدى حيث يمكن إنشاء محاكاة تمكّنك من رؤية المستقبل بواسطة النمذجة الدقيقة لتأثير سنوات من الاستخدام في بضع ثوانٍ فقط يتيح لك ذلك رؤية التأثيرات قصيرة وطويلة المدى بحيث يمكنك بثقة اتخاذ قرارات استثمارية مدروسة الآن يمكن أن توفر فوائد لسنوات في المستقبل<sup>(3)</sup>.

3- اكتساب رؤى لتحسين العملية التي لا تتحقق فوائدها فقط في نهاية المشروع يمكن دمج التحسينات خلال العملية بأكملها عن طريق اختبار نظريات مختلفة، تقييم الأحداث العشوائية يمكن أيضاً استخدامها لتقييم الأحداث العشوائية مثل غياب الموظفين غير المتوقع أو حدوث مشكلات في سلسلة التوريد، واختبار التوزيعات غير القياسية يمكن أن تأخذ المحاكاة في الاعتبار التوزيعات المتغيرة وغير القياسية، بدلاً من الاضطرار إلى تكرار المعطيات المحددة فقط<sup>(4)</sup>.

4- يمكن للمحاكاة أن تحاكي العالم الحقيقي بشكل أكثر دقة، يشجع التفكير المتعمق حتى عملية تصميم محاكاة وتحديد المعلمات المختلفة يمكن أن تقدم حلولاً وذلك عن طريق التفكير المتعمق في عملية أو

(1) هناء سلطان داوود ومثنى خميس رشيد، امكانية تطبيق الصيغ الاسلامية في المصارف الزراعية في العراق باستخدام اسلوب المحاكاة، بحث منشور في مجلة زراعة الرفادين، مج 45، ع 1، 2017، ص 86.

(2) د.سامي ذياب محل ونصرت عبد الرحيم مداح، المحاكاة الاداة الاكثر فاعلية في اتخاذ القرار الداري المفهوم ، المبرر ، النوع ، المنهج ، لغاتها و برامجياتها، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، مج 8، ع 26، 2012، ص 147

(3) د. موفق محمد الكبيسي، بحوث العمليات تطبيقات وخوارزميات، ط1، دار ومكتبة الحامد، 1999، ص 99.

(4) حمدي أحمد فوده عبد العزيز وفاتن عبد المجيد، تصميم المواقف التعليمية في المواقف الصفية التقليدية والالكترونية، دار الفكر، الاردن، 2011، ص 150.

إجراء، من الممكن التوصل إلى حلول أو ابتكارات دون استخدام المحاكاة النهائية<sup>(1)</sup> تحسين عملية الشراء<sup>(2)</sup>، يمكن أن تساعد المحاكاة المرئية أيضاً في تحسين الشراء من الشركاء والمنتسبين وأصحاب العمل يمكنك عرض نتائج أي تغييرات في العملية بصرياً وكيف تم تحقيقها، وتحسين المشاركة مع الأطراف أو حتى تمكين عرض مبيعات قائم على المحاكاة، على سبيل المثال عند محاكاة سوبر ماركت، يمكنك إدخال أنواع مختلفة من العملاء الذين سينتقلون عبر المتجر بسرعات مختلفة<sup>(3)</sup>.

اما بخصوص العلاقة بين خيار التعيين ووسائل توقي جهالة المعقود عليه بالطرق الالكترونية؟ ان للأجابة عن هذا التساؤل نرى أن الالكترونيات هي تطور تكنولوجي ذو تداعيات كبيرة فرضت نمطاً مستحدثاً لمعالجة ونقل وتخزين المعلومات خارج مظلة الخبراء والمؤسسات ومكنت من دمج التطبيقات التكنولوجية الكبرى للاعلام والاتصال بين المتعاقدين فان العلاقة بينها تكمن في ان كلاهما يعمل على تكوين العلم الكافي للمتعاقد حول حقيقة المعقود عليه من حيث اوصافه الأساسية وكل ما يتعلق به من أمر يساهم في ترغيب المقابل في ابرام العقد الالكتروني وعقد الذكاء الاصطناعي.

فان لهذا الخيار اهمية كبيرة إذ انه يعطي للمتعاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروي إذ ان المشتري في اغلب الاحيان يجهل حقيقة المعقود عليه الذي يرغب في شراؤه لتعدد الأنواع والاجناس والاصناف، ففي مثل هذه الحالة يتفق مع التاجر على ثمن كل منها على ان يكون له أو للتاجر حسب الأحوال حق الخيار في احدها خلال ثلاثة ايام، إذ يستطيع خلال هذه المدة أن يستفسر عن أوصاف واجناس المعقود عليه من قبل أهل الخبرة<sup>(4)</sup>، فعن طريق هذا الخيار يكون القناعة التامة حول المعقود عليه.

يعد خيار التعيين من الخيارات المتعددة التي تثبت للعائد بالاتفاق بين العاقدين، على ان يقوم من له الخيار بتعيين المعقود عليه من بين الأشياء المتعددة التي يرد عليها العقد اصلاً، فاذن هو الحق الذي يثبت للعاقدين أو لاحدهما في تعيين المعقود عليه اذا كان ذلك المعقود عليه اكثر من شيء واحد، ومثل هذا الخيار قد يكون خياراً يشترطه المشتري في عقد البيع عادة بان يكون المبيع احد اشياء عديدة معينة

(1) عبدالعزيز طلبة عبد الحميد، التعليم الالكتروني ومستحدثات تكنولوجيا التعليم، ط 1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر-المنصورة، 2010، ص133.

(2) عيد أبو المعاطي الدسوقي وتوفيق، رؤوف عزمي، تدريس العلوم بالكمبيوتر، ط4، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2010، ص192.

(3) إبراهيم عبد الوكيل الفار، استخدام الحاسوب في التعليم، ط1، دار الفكر، مصر-القاهرة، 2002، ص177.

(4) د.حيدر حسين كاظم الشمري، احكام هلاك المبيع أو تعيينه في خيار التعيين خلال مدة الخيار "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة أهل البيت، مج1، ع5، العراق، 2007، ص327.

يختاره من بينها بعد التروي والتأمل<sup>(1)</sup>. وعطفاً على ما سبق فإن خيار التعيين هو "حق مشترطه في تعيين شيء من عدة أشياء يرد عليها العقد ليكون محلاً له"<sup>(2)</sup>.

ومن شروط هذا الخيار انه لا يثبت من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بل لا بد من اشتراطه في صلب العقد بعد ان يتفق عليه الطرفان، ففي حال كان المعقود عليه غير محدد من عدة اشياء ولا يوجد شرط التعيين فلا يصح ذلك لجهالة المحل؛ لأن الأصل ان العقد يرد على شيء معين تعييناً نافياً للجهالة، ولا يهم سواء أكان المعقود عليه شيئاً واحداً أو عدة أشياء كلها واجبة، الا انه إذا ما كان المعقود عليه عدة اشياء وكان واحد منها هو واجب الأداء دون ان يتعين بعد، فلا بد من اقتران ذلك التعيين سواء اكان هذا الشرط للبايع ام المشتري، اما اذا خلا العقد من هذا الشرط مع تعدد المعقود عليه وعدم تعيين احد تلك الاشياء، فالعقد لا ينعقد وذلك لمجهولية المعقود عليه، وان يكون المعقود عليه متعدد وان المشرع العراقي والمصري لم يشترط ان يكون عدداً معيناً للاشياء التي يرد عليها الخيار وهذا يدل ان العدد يمكن ان يتجاوز الشئيين وما فوق، وكما يجب ان يقع الخيار من قبل البائع او المشتري على احد تل الاشياء فقط وليس على شئيين أو اكثر منها، غير ان القوانين المدنية المصري والعراقي قد اشترطت ان يرد الخيار على شيء واحد فقط وليس على اكثر من ذلك، وان يكون للخيار مدة معلومة<sup>(3)</sup>.

وبخصوص موقف الفقه الاسلامي من خيار التعيين فالأمامية لم تأخذ بهذا الخيار لانه يفضي الى التنازع<sup>(4)</sup>.

اما الحنفية عندهم "إذا قال بعثك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا ، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه - أو قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول - ولو ذكر الخيار بأن قال : على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي - فالقياس أن يفسد البيع ، وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن البيع مجهول ، لأنه باع أحدهما غير عين - وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع ، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار . وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين

(1) انور سلطان، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر، الاردن-عمان، 2005، ص222.

(2) د.عزير كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان-بيروت، 2017، ص40.

(3) د.حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص332-334.

(4) د.عزير كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية، مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص49.

طريق إلى دفع الغبن ، وورود الشرع هناك يكون وروداً هنا ، والحاجة تندفع بالتحري في الثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء ، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس<sup>(1)</sup>.

اما المالكية فقد اخذوا بخيار التعيين فبينوا إذا اختار من له الخيار ، لزم البيع ، واعتبر المبيع متعيناً منذ البداية واستند تعيينه إلى وقت العقد ، وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له هذا الحق ، نقض البيع في جميع الأشياء<sup>(2)</sup>.

بينما الشافعية فهم تكلموا عن حكم الجهالة بذات المعقود عليه عند الكلام عن الشرط الخامس من شروط المبيع وهو العلم به، فبيع احد الثوبين باطل ويصح بيع صاع من صبرة تعلم صيغاتها فانهم لا يأخذون بخيار التعيين لذا فلا يجوز بيع مجهول الذات<sup>(3)</sup>.

اما الحنابلة فعندهم "لايجوز بيع عين مجهولة ، كبيع ..... وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة، ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها، فزال الغرر"<sup>(4)</sup>.

والزيدية يرون "وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ، ظهر أنه لايجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع ، وهو أدرى بما لاءمه منه ، فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المجرى على أنه لايجوز في جانب البائع ، وذكر الكرخي أنه يجوز ، استحساناً ، لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع ، قياساً على الشرط"<sup>(5)</sup>.

بخصوص موقف القانون العراقي والقوانين موضع المقارنة من خيار التعيين، فان المشرع العراقي نظمه تحت عنوان الالتزام التخييري(خيار التعيين) في الفصل الخاص بتعدد محل الالتزام كوصف من أوصاف المعدلة لآثار الالتزام ولم يتطرق له ضمن القواعد العامة للعقد بوصفه خيار في المواد(298-301). فقضت المادة(298) "1-يصح ان يكون محل الالتزام احد اشياء قيمية أو مثلية من اجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن. 2-واذا اطلق خيار التعيين فهو للمدين، الا اذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على ان الخيار يكون للدائن".

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ج5،المكتبة الحبيبية، مصدر سابق،ص651.

(2) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4، مصدر سابق، ص524.

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج2، مصدر سابق، ص375.

(4) شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع،

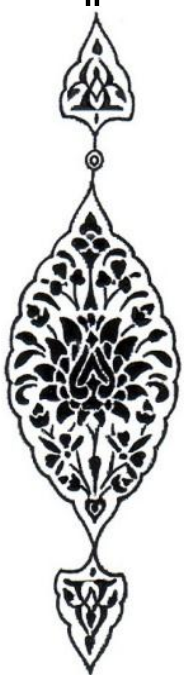
ج4، مصدر سابق، ص17.

(5) الشيخ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، مصدر سابق، ص131.

أما القانون المدني المصري فقد جاء بالنص على الالتزام التخييري في المادة(275) والتي تنص "يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله اشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا ادى واحد منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك"

بينما القانون المدني اليمني قد اشار إلى خيار التعيين في المادة(485) والتي نصت "يصح بيع أحد شيئين أو اكثر وتعيين ثمن كل منهما على حدة، وأن يكون لأي من المشتري والبائع حق تعيين واحد منهما يتم البيع على اساسه في مدة يجب تحديدها بالاتفاق، وإذا كان خيار التعيين للبائع فله ان يلزم المشتري ايها شاء إلا اذا تعيب أحدها في يده فليس له ان يلزم المشتري به أو بغيره الا برضاه".





# الخاتمة

## الخاتمة

بعد أن فرغنا من بحث موضوع (جهالة المعقود عليه في العقود المعاصرة "دراسة مقارنة")، قد تجلت لنا جملة من الاستنتاجات التي تحصلنا إليها، والمقترحات، وهي :

## أولاً- الاستنتاجات

- 1- تبين لنا أن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة لم تضع تعريفاً محدداً لجهالة المعقود عليه، وان لم يكن من وظيفة المشرع وضع المفاهيم، إلا أن الجهالة ليست مصطلح متعارف عليها وإنما مصطلح معقد لما يرتبه من آثار، مما يدفعنا الأمر إلى كشف الستار عنه عن طريق تعريفها بأنها "وصف تطرا على المعقود عليه يدفع المتعاقد حين التعاقد، إلى عدم العلم بالمعقود عليه في العقود المعاصرة، بحيث يخلو الذهن من الصورة الإدراكية للشيء خلواً تاماً كاملاً كان أم جزئياً مما يؤدي إلى إثارة النزاع والتأثير على صحة العقد"، ويرجع السبب وراء تعريفنا لها بالوصف كون أن المشرع العراقي قد دل عليها عن طريق المادة(137) في الفقرة الثالثة عندما ذكر يكون العقد باطلاً إذا اختلف وصف من أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة.
- 2- أن العلم بالمعقود عليه اشمل من التعيين والعلم بالمبيع يختلف عن تعيينه، فالأول، أكثر شمولاً من مجرد المعرفة الحقيقية بالتعيين، فهدف التعيين هو تمييز المبيع من سواه في حين يقصد بالعلم الإحاطة التامة بخصائص المبيع، ولعل هذا الشرط استقى من أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي مع تغيير في الصياغة بحيث تتماشى مع المبادئ القانونية، أن المشرع العراقي قد أشار في الفقرة الثانية من المادة(128) إلى العلم بالمعقود عليه، إلا أنه اكتفى بذكر "يكفى أن يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر". دون الإشارة إلى العلم بماذا أو كيف يتحقق العلم.
- 3- توصلنا الى ان المعقود عليه يتكون من عنصرين هما: المبيع والتمن، فأن المشرع العراقي قد أشار بشكل صريح وملفت للنظر، أن يكون التمن معلوماً ومعين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، بينما المبيع اكتفى فقط بتعيينه وكان الأجر به النص على العلم به وتعيينه.
- 4- لم تبين التشريعات محل الدراسة العلم بالمعقود عليه وإنما أكتفت فقط بتعيينه، وشتان بين الأمرين، فان الصياغة التشريعية التي انتابت القوانين المدنية لا زالت تشكل عائقاً في عدم وضوح بعض الأحكام القانونية الخاصة بإبرام بعض العقود المدنية، وما يترتب على ذلك من مساس بحقوق الأطراف و مراكزهم القانونية؛ نتيجة الجهالة في المعقود عليه وجدد الحقوق وضياعها التي تؤدي إلى نشوب الخصومات القضائية والوقوع في المحظورات القانونية.

- 5- توصلنا إلى ان المعقود عليه يقتضي ان يكون معلوماً لدى المتعاقدين ولا يتحقق هذا الشرط ما لم يكن خالياً من الجهالة؛ لأن المعقود عليه هو جوهر العقد والركن المميز له، إذ أن العلم به وتعيينه تعد من الأولويات التي تسعى إليها التشريعات وتهدف إلى تحقيقها.
- 6- أن الجهالة التي تؤثر في العقود بشكل عام والعقود المعاصرة على وجه الخصوص هي الجهالة الفاحشة والمتوسطة متى اشتملت على ضرر وادت إلى نزاع، وتتحقق نتيجة لعدم العلم وتعيين بالمعقود عليه، وهذا الأمر يتحقق؛ نتيجة لعدة أسباب تساهم في خلق جو مناسب لتحقيق الجهالة، وهذه الأسباب بحسب وجهة نظرنا تختص بالمعقود عليه بشكل جوهري وان الاختلال في العلم بها وتعيينها يؤدي إلى تحقق الجهالة، وان اهم هذه الأسباب التي تمس صلب المعقود عليه هي عدم العلم بصفة وذات وجنس ونوع واجل ومقدار المعقود عليه، اذا أن غياب العلم بها جميعاً وتعيينها يحقق الجهالة للارتباط الوثيق بينهما.
- 7- يشترط في الجهالة لكي تكون مؤثر في العقود المدنية المعاصرة توافر شروط معينة، يعد تحققها من الأساسيات التي من شأنها أن تجعل الجهالة مؤثرة في العقد، وتتجلى هذه الشروط بأن تكون الجهالة فاحشة وان تقع في عقود المعاوضات المالية؛ والمعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة.
- 8- توضح لنا ان هنالك تقارب بين موقف القانون المدني العراقي والتشريعات موضع المقارنة مع مذهب الأمامية والشافعية والحنابلة في حكم العقد الذي تطراً عليه الجهالة في المعقود عليه، إذ أن حكم العقد يكون باطلاً، وتكمن العلة من منع الجهالة بالمعقود عليه؛ لأنها تفضي للمنازعة، وتمنع من صحة العقد وان الأعيان تختلف بحسب رغبات المتعاقدين، إلا أن الفقه الحنفي والمالكي خالف الأجماع الشرعي والقانوني واعتبر العقد فاسداً ما لم تمس صلب العقد.
- 9- تبين لنا أن الجهالة مثلما تؤثر في عقد المعاوضة فإنها تؤثر في عقد التبرع إلا أن وطأتها اخف؛ وذلك لان عقود التبرع لا تقوم على المكاسب والمنافع، فان الضرر المادي لا يتحقق وانما يصيب المتبرع له ضرر معنوي؛ كونه قد بنى آمال عديدة على ما سيؤول إليه، فان تحققت الجهالة وجاء الشيء على خلاف ما كان يظنه.
- 10- تبين لنا ان تعريف المشرع العراقي للعقد الإلكتروني لا يختلف عن تعريف العقد التقليدي، أي انه جاء بالصياغات نفسها، فهما لا يختلفان في الأساس، وإنما يكمن الخلاف في الوسيلة، إذ أن العقد الإلكتروني يبرم بوسيلة إلكترونية تربط بين اطراف العقد المتبايعين أو المتقاربين.
- 11- أن تقنية العقود الذكية تتمثل في تسجيل العقود بشكل مشفر على البلوك شين دون الحاجة لوسيط، فالعقود الذكية إذا عبارة عن آلية إجرائية ذكية لتنفيذ العقود التقليدية، فهي قد لا تتضمن عقوداً مستحدثة في حد ذاتها أو في مضمونها، وإنما هي عقود تقليدية تنفذ عن طريق تقنيات مستحدثة عبر منصات ذكية، وتستعمل عملات افتراضية لتنفيذ هذه العقود.

## ثانياً- المقترحات

- 1- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الأولى من نص المادة(128) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951؛ وذلك لان المشرع العراقي قد بين في الفقرة الثانية العلم بالمحل عند العقدين، إلا انه لم يوضح ما نوع العلم وكيف يتحقق هذا العلم يكون فننقترح أن يكون النص كالآتي:"يلزم أن يكون محل الالتزام معلوماً علماً كافياً نافياً للجهالة المؤثرة، ويتحقق العلم الكافي عن طريق العلم بذات وجنس نوع وصفة ومقدار وأجل المعقود عليه ولا يكفي ذلك عن ذكر اسم ومكان المعقود عليه".
- 2- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الثانية من نص المادة(128) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951؛ لان المشرع العراقي اكتفى فقط بان المحل يلزم أن يكون معيناً بشكل نافي للجهالة الفاحشة، وكان الأفضل الأخذ بالجهالة المؤثرة، ولم يبين نوعية هذا التعيين، لذا نقترح ان يكون النص كالآتي:"ويلزم أن يكون معيناً بشكل تام نافياً للجهالة المؤثرة، فإن كان موجوداً وقت التعاقد فيعين بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص، وان كان من المقدرات فيعين عن طريق البيان التام لأوصافه المميزة له مع ذكر مقداره، أو بنحو ذلك مما تنتفي معه الجهالة المؤثرة".
- 3- ندعو المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة للمادة(128) لتحديد الأثر القانوني المترتب على عدم العلم وتعيين المعقود عليه في العقود، و نقترح أن يكون النص كالآتي:"إذا لم يكن المعقود عليه معلوماً معيناً بشكل كافٍ أو قابلاً للعلم والتعيين للمتعاقدين، يحكم على العقد ببطلانه".
- 4- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الثانية من المادة(526) من القانون المدني العراقي وذلك؛ لأن المشرع العراقي قد دمج بين التعيين والعلم عندما نص" ويلزم ان يكون الثمن معلوماً بان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة" على الرغم الاختلاف الكبير بينهم لذا نقترح أن يكون كالآتي" يلزم ان يكون الثمن معيناً تعييناً تاماً ومعلوماً علماً كافياً للجهالة المؤثرة".
- 5- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الأولى من المادة(514) من القانون المدني العراقي وذلك؛ لأن المبيع عنصر جوهري في المحل، وان المشرع العراقي لم يشير إلى العلم به وإنما اكتفى فقط بذكر تعيينه، وان لم يشير إلى نوع هذا التعيين، وأيضاً انه قصر الجهالة على الفاحشة، لذا نقترح ان يكون النص كالآتي:"يشترط أن يكون المبيع معلوماً معيناً بشكل تام وكاف مما تنتفي معه الجهالة المؤثرة".
- 6- نقترح تعديل الفقرة العاشرة من المادة(1) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم(78) لسنة 2012، الخاصة بالعقد الإلكتروني، لتحديد ماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن العقد التقليدي، فقد جاء المشرع بتعريف العقد التقليدي و اضاف فقط عبارة"بوسيلة إلكترونية" لذا

نقترح أن يكون النص كالاتي "العقد الإلكتروني يراد به أي تعامل أو عقد أو اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه بواسطة الوسائل الالكترونية للاتصال عن بعد في ظل الغياب المادي لأطرافه، سواء كان أبرامه كلياً أو جزئياً"

- 7- نقترح على المشرع العراقي عند إعادة النظر في نصوص القانون المدني المتعلقة بالمعقود عليه، وان تكون النصوص المعدلة تتلائم وتتوافق مع صياغات الفقه الإسلامي؛ لأنها صياغات تتناسب من التطورات الحاصلة على العقود، إضافة إلى أنها منتظمة في نظريات مقننة تراعي فيها اجتماع الفروع التي تشترك في أبواب النظرية، تسهيلاً لمعرفة الأحكام للعامّة والخاصة.
- 8- نقترح على المشرع العراقي وضع إطار قانوني لنظام العقود الذكية في ضوء منصة البلوك تشين؛ لحماية خصوصية البيانات الشخصية للمتعاملين مع منظومة العقود الذكية التي تمر عبر منصة البلوك تشين، ولاسيما بعدما أصبح الماليون يتداولونها حول العالم؛ فالوضع القائم أضحت ذات حاجة ماسة إلى تنظيم شامل لجوانبها كافة.

## قائمة المصادر



## قائمة المصادر

## -القران الكريم

## أولاً-كتب الحديث

- 1- ابو الفضل احمد بن علي بن محمد بن احمد بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج 3، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1989 .
- 2- ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج5، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، 1424هـ.
- 3- احمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر بن دينار ابو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، ج 6، تحقيق:حسن عبد المنعم شلبي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت ، 2001.
- 4- الشيخ ابو محمد الحسن بن علي بن الحسين بن شعبة الحراني، تحف العقول عن آل الرسول، ج6، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1417هـ.

## ثانياً-المعجمات اللغوية

- 1- ابراهيم مذكور وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر-القاهرة، 2004.
- 2- ابن منظور، لسان العرب، ج12باب علم، دار صادر، لبنان-بيروت، 1388هـ.
- 3- ابو الحسين ابن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، مراجعة وتعليق: انس محمد الشامي، دار الحديث، مصر-القاهرة، 2008.
- 4- ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القران، ج2، دار احياء التراث العربي، لبنان- بيروت، 1992.
- 5- ابو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، ط1، دار الفكر، سوريا-دمشق، بدون ذكر سنة النشر.
- 6- ابي هلال العسكري ونور الدين الجزائري، معجم الفروق اللغوية الحاوي، ط6، مؤسسة النشر الاسلامي، ايران-قم، 1433هـ.
- 7- ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مج4، مطبعة أدب الحوزة، ايران-قم، 1405هـ.
- 8- احمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق:محمد عبد السلام هارون، ج4، دار الفكر، 1979.
- 9- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، حلية الفقهاء، ط1، الشركة المتحدة للتوزيع، لبنان-بيروت، 1403هـ.
- 10- احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، تحقيق:يحيى مراد، ط1، مؤسسة المختار، مصر-القاهرة، 2008.

- 11- د. أحمد فتح الله، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، ج1، ط1، مطابع المدوخل، السعودية-الدمام، بدون ذكر سنة النشر.
- 12- د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مج1، ط1، عالم الكتب، مصر- القاهرة، 2008.
- 13- الحسن بن عبدالله بن سهل العسكري، الفروق اللغوية، تحقيق: محمد ابراهيم سليم، دار العلم والثقافة، مصر-القاهرة، بدون سنة طبع.
- 14- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، معجم مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، لبنان-بيروت، 1999.
- 15- د. عبد الحميد هنداوي، كتاب العين، تصنيف الخليل بن احمد الفراهيدي، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 2003.
- 16- علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، ط4، دار الكتاب العربي، لبنان-بيروت، 1418هـ.
- 17- مجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، 2005.
- 18- محمد ابن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط1، المطبعة الكلية، مصر، 1329هـ.
- 19- محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل ابن منظور، لسان العرب ج4 ، ط3، دار صادر، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 20- محمد بن مكرم بن علي جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج3، ط3، دار صادر، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 21- محمد رواس قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ط1، دار النفائس، لبنان-بيروت، 1996.
- ثالثاً- مصادر التفسير والتأويل والمنطق**
- 1- أبو جعفر، محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج2، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، بدون ذكر سنة النشر.
- 2- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج7، ط2، دار الكتب المصرية، مصر- القاهرة، 1964.
- 3- د. عبد الهادي الفضلي، خلاصة المنطق، ط1، مطبعة شريعت، ايران-قم، 1427هـ.
- 4- محمد بن ابراهيم بن احمد الحمد، مصطلحات في كتب العقائد، ط1، دار ابن خزيمة، السعودية-الرياض، دون ذكر السنة.



- 5- د.محمد الينبعي، مفهوم الجهل والجاهلية في القرآن الكريم والسنة النبوية "دراسة مصطلحية وتفسير موضوعي"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2013.
- 6- محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، ج ١٦، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1417هـ.
- 7- محمد هويدي، التفسير المعين، ط1، دار البلاغة، لبنان-بيروت، 2011.
- 8- محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة النشر الإسلامي، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر.
- 9- محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ج1، مركز انتشارات، ايران-قم، 1370هـ.
- 10- ناصر مكارم الشيرازي، الأمتل في تفسير كتاب الله المنزل، ج ٥، مدرسة الإمام علي بن أبي طالب، ايران-قم، 1426هـ.

#### رابعاً-الموسوعات والقواعد الفقهية

- 1- د. عبد الله بن محمد الطيار، كتاب الفقه الميسر "النوازل الطبية المعاصرة موسوعة فقهية"، ج13، مدار الوطن للنشر، الرياض-السعودية، بدون ذكر سنة النشر.
- 2- عطية عدلان عطية رمضان، القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الاسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، دار الايمان، مصر-الاسكندرية، دون سنة ذكر.
- 3- د. علي احمد النداوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الاسلامي، دار عالم المعرفة، 1999.
- 4- د. علي الندوي، القواعد الفقهية، ط4، دار القلم، سوريا-دمشق، 1418هـ.
- 5- د. علي احمد الندوي، جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، ج1، ط1، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار المجموعة الشرعية، 1421هـ.
- 6- د. عمر عبد الله كامل، الرخصة الشرعية في الاصول والقواعد الفقهية، دار بن حزم، لبنان-بيروت، 1420هـ.
- 7- فواز محمد علي فارح القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الاسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 8- د. محمد مصطفى الزحيلي، كتاب القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ط1، دار الفكر، سوريا-دمشق، 2006.
- 9- محمد الري شهري وآخرون، موسوعة العقائد الإسلامية، تحقيق: مركز بحوث دار الحديث، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر.

- 10- محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج3، ط1، بيت الأفكار الدولية ، السعودية، 2009.
- 11- محمد بن صالح العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة، مصر-الاسكندرية، بدون ذكر سنة النشر.
- 12- محمد صدقي آل بورنو أبو الحارث الغزي، كتاب موسوعة القواعد الفقهية، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت، 2003.
- 13- محمد صدقي آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، القسم الثالث حرف الجيم والحاء والحاء، ط1، دار ابن حزم ، لبنان-بيروت، 2000.
- 14- محمد صدقي البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ط1، ج5، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت، 1424هـ.
- 15- وليد السعيدان، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، ج2، دار اللؤلؤة، مصر-المنصورة، 2021.

#### خامساً- مصادر الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة

##### أ- مصادر المذهب الامامي

- 1- ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، ج2 المعاملات، ط28، مطبعة مهر، ايران-قم، 1410هـ.
- 2- أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي " العلامة الحلي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج5، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، ايران-قم، 1413هـ.
- 3- ابي جعفر الطوسي، اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشي، ج2، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث ، ايران-قم، دون ذكر السنة.
- 4- ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج2، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، ايران-طهران، 1387هـ.
- 5- الامام أبي عبد الله محمد بن مكي العاملي المعروف بالشهيد الأول، القواعد والفوائد، تحقيق: د. عبد الهادي الحكيم، ج2، منشورات مكتبة المفيد، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر.
- 6- أحمد بن محمد مهدي النراقي، عوائد الأيام، التحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، ط1، مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، 1417هـ.
- 7- باقر الايرواني، الفقه الاستدلالي، ج2 المعاملات، ط2، مؤسسة التاريخ العربي، لبنان-بيروت، 2014.

- 8- جعفر الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط2، مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان، ايران-قم، دون ذكر سنة الطبع.
- 9- الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مطهر الحلي، قواعد الاحكام، ج2، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، ايران-قم، 1418هـ.
- 10- حسن بن يوسف بن مطهر اسدى الملقب بالعلامة الحلي، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية، ج1، ط القديمة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، ايران-مشهد، دون ذكر السنة.
- 11- الشيخ حسن كاشف الغطاء، أنوار الفقاهة (كتاب البيع)، ج1، مكتبة كاشف الغطاء العامة.
- 12- العلامة الحلي جمال الدين ابو منصور الحسن بن يوسف المطهر، تذكرة الفقهاء، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ج11، ط1، ايران-قم، 1414هـ.
- 13- عبد الاعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، ج17، ط1، دار التفسير للنشر، ايران-قم، 2009.
- 14- السيد عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، الفتاوى الميسرة، ج1، ط3، مطبعة الفائق الملونة، 1997.
- 15- العلامة آية الله السيد علي الحسيني الشاهرودي، محاضرات في الفقه الجعفري، ج3، دار الكتاب الإسلامي، 2016.
- 16- علي بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج4، ط1، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ايران-قم، 1408هـ.
- 17- علي حيدر، درر الاحكام شرح مجلة الأحكام، مج1 البيع-الايجار-الكفالة، ط1، دار الجيل، لبنان-بيروت، 1991
- 18- السيد كاظم الحائري، فقه العقود، ج1، ط5، مجمع الفكر الاسلامي، ايران-قم، 1433هـ.
- 19- محسن الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج1، ط4، مطبعة الاداب، العراق-النجف، بدون سنة طبع.
- 20- محمد الطباطبائي، كتاب المناهل، ج1، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر.
- 21- محمد بن الحسن الحر العاملي، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج17، ط4، نشر وتحقيق، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، 1438هـ.
- 22- السيد محمد جواد العاملي، ط1، مفتاح الكرامة، تحقيق وتعليق: محمد باقر الخالصي، ج12، مؤسسة النشر الإسلامي، ايران-قم.
- 23- محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق، ج3، انتشارات قدس محمدي، ايران-قم، 1979.

- 24- محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج2، المكتبة الحيدرية، العراق-النجف، 1360هـ.
- 25- محمد رضا المظفر، شرح كتاب المكاسب للشيخ الانصاري البيع والخيارات، اعداد وتحقيق جعفر الكوثراني العاملي، مج 3، ط1، مؤسسة بحر العلوم الخيرية، العراق-النجف، 2016.
- 26- محمد سعيد الحكيم، مصباح المنهاج، ج1 كتاب التجارة، ط1، مؤسسة الحكمة للثقافة الاسلامية، العراق-النجف الاشرف، 2007.
- 27- السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، الأحكام الفقهية(العبادات-المعاملات)، ط8، مؤسسة المرشد، لبنان-بيروت، 2003.
- 28- محمد صادق الروحاني، منهاج الفقاهة، ج6، ط4، المطبعة العلمية، ايران، 1418هـ.
- 29- محمد علي التوحيدى، مصباح الفقاهة"تقرير أبحاث سماحة آية الله العظمى السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (قدس سره)"، ط1، مكتبة الداوري، ايران-قم، 1377هـ.
- 30- مرتضى الانصاري، المكاسب للانصاري ج2، ط1، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1995.
- 31- مرتضى الانصاري، المكاسب للانصاري، ج1، ط1، منشورات مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1995.
- 32- مرتضى الانصاري، المكاسب، تحقيق:محمد كلانتر، ج4، ط1، منشورات النور للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1990.
- 33- مرتضى الانصاري، كتاب المكاسب، ج4، ط17، مجمع الفكر الاسلامي، ايران-قم، 1432هـ.
- 34- السيد مصطفى الخميني، مستند تحرير الوسيلة، ج2، ط1، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الامام الخميني، 1418هـ.
- 35- ميرزا علي الغروي، التنقيح في شرح المكاسب، ج2 البيع، ط1، مؤسسة احياء آثار الامام الخوئي، العراق، 2005.
- 36- هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، لبنان-بيروت، 1996.
- 37- يوسف احمد الاحسائي، البشارة في شرح كتاب الاجارة تقريراً لبحث الاستاذ محمد باقر الايرواني، ط1، مؤسسة ام القرى للتحقيق والنشر، لبنان-بيروت، 1421هـ.
- 38- الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج18، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ايران-قم، بدون ذكر سنة النشر.

## ب- مصادر المذهب الحنفي

- 1- أبو محمد محمود بن أحمد بن حسين الغيتابى، البناية شرح الهداية، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 2000.
- 2- أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1985.
- 3- امير باد شاه محمد امين، تيسير التحرير على كتاب التحرير لابن همام، ج4، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1403هـ.
- 4- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج3، ط2، دار الكتب الإسلامية، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- 5- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، ج5، ط2، دار الكتب الإسلامية، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- 6- زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 7- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق: أحمد عزو عناية، ج3، ط1، دار الكتب العلمية ، 2002.
- 8- عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب علي: المختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنفه أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي، ج2، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بلبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 9- عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر-القاهرة، 1314هـ.
- 10- الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، مطبعة الجمالية، مصر، 1328هـ.
- 11- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1986.
- 12- الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط1، مكتبة الحبيبية، باكستان، 1989.
- 13- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1989.

- 14- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط1، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 2010.
- 15- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط1، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1989.
- 16- علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، بهامشه أصول البزدوي، ج4، ط1، شركة الصحافة العثمانية، إسطنبول، 1308هـ.
- 17- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، ج3، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت ، بدون ذكر سنة النشر.
- 18- علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج1، ط1، دار الجيل، مصر-القاهرة، 1991.
- 19- الفتاوي الهندية، الفتاوي العالمية المعروفة بين الناس بالفتاوي الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة تأليف جماعة من علماء الهند ، ج3، المطبعة الأميرية ، بولاق ، 1310هـ.
- 20- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، دار الكتب الإسلامي، مصر-القاهرة، 1313هـ.
- 21- محمد امين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج3، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان-بيروت، 2000.
- 22- محمد امين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج4، ط3، مطبعة مصطفى البابي مصر-القاهرة، 1984.
- 23- محمد امين بن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، ج5، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، 1995.
- 24- محمد اورنك عالم كير نظام الدين البرنهابوري البلخي، الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية، ج3، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1310هـ.
- 25- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج13، مطبعة السعادة، مصر، دون ذكر سنة الطبع.
- 26- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ج12، بدون ذكر سنة النشر.
- 27- محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل ابراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، 2002.

- 28- محمد علاء الدين افندي، حاشية قررة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، ج7، طبعة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة طبع.
- 29- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، تحقيق: ايمن صالح شعبان، ج9، ط1، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 2000.
- 30- منلا خسرو الحنفي، درر الحكام شرح غرر الأحكام وبهامشه حاشية غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام، ج2، دار إحياء الكتب العربية، مصر-القاهرة، دون ذكر سنة طبع.

### ج- مصادر المذهب المالكي

- 1- ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ج1، مطبعة السنة المحمدية، مصر-القاهرة، بدون ذكر سنة النشر.
- 2- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج1، عالم الكتب، بدون سنة طبع.
- 3- أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 4- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ.
- 5- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، مصر القاهرة، 2004.
- 6- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، ج2، ط2، دار الفكر، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة طبع.
- 7- أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري، ترتيب الفروق واختصارها، تحقيق: عمر ابن عباد، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1994.
- 8- أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي، المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، ج2، ط2، دار التونسية للنشر، 1988.
- 9- أبي اسحاق الشاطبي، الموافقات في اصول الشريعة، ط6، دار المعرفة، لبنان-بيروت، 1425هـ.
- 10- أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، التنبيهات المستنبطة على كتاب المدونة والمختلطة، تحقيق: حامد عبد الله المحلاوي، ج3، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.

- 11- ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لامهات مسائلها المشكلات، تحقيق: د. محمد حجي، ج2، ط1، دار الغرب الاسلامي، لبنان-بيروت، 1988.
- 12- ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: مجدي فتحي السيد، المكتبة التوفيقية، ج2.
- 13- احمد بن ادريس القرافي، انوار البروق في انواء الفروق، ج1، دار النور، الكويت، 2010.
- 14- أحمد بن إدريس القرافي المالكي. للقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج3، عالم الكتب، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 15- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4، ط3، دار الفكر، 1992.
- 16- عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن الرعيني المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1995.
- 17- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، تحقيق: محمد عيش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار احياء الكتب العربية، مصر-القاهرة، بدون ذكر السنة.
- 18- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، تحقيق: محمد عيش، دار احياء الكتب العربية، مصر-القاهرة، بدون ذكر السنة.
- 19- شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس المصري المالكي، الفروق للامام القرافي وبحاشيته ادرار الشروق على انواء الفروق للامام ابن الشاط، تحقيق: عمر حسن القيام، ج3، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان-بيروت، 2003.
- 20- شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الفروق، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان-بيروت، 2003.
- 21- الشيخ ابو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، التفريع في فقه الامام مالك بن انس، تحقيق: سيد كسروي حسن، ج2، دار الكتب العلمية، بدون ذكر سنة النشر.
- 22- محمد بن أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر الشيخ خليل مع حاشية الدسوقي، ج3، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، ٢٠٠٠.
- 23- محمد بن احمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، ج3، مكتبة ابن تيمية، مصر-القاهرة، 1415هـ.
- 24- محمد بن عبد الله الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، ج5، دار الفكر للطباعة، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.



25- محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: د.محمد عبد الله ولد كريم، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان-بيروت، 1992.

#### د - مصادر المذهب الشافعي

1- أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.

2- أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج1، ط1، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 1414هـ.

3- أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصري، القواعد للحصري، تحقيق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، د. جبريل بن محمد بن حسن البصلي، ج4، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 1997.

4- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ج3، ط1، دار السلام، مصر-القاهرة، 1417هـ.

5- أبو زكريا محيي بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج9، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة.

6- أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج9، مطبعة التضامن الأخوي، مصر-القاهرة، 1347هـ.

7- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، ط3، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991.

8- أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، ج3، ط1، المطبعة العلمية، سوريا-حلب، 1932.

9- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج3، ط2، دار الفكر، لبنان-بيروت، 2009.

10- أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق د.محمد مطرحي، ج9، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان-بيروت، 2005.

11- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج4، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، مصر، 1983.

12- الامام عبد الحميد الشرواني، حاشية الشرواني مطبوع مع تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج4، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ.

13- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، دار الكتب العلمية، 1983.

- 14- جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي، شرح الورقات في أصول الفقه، تحقيق: د. حسام الدين بن موسى عفانة، ط1، الناشر جامعة القدس، فلسطين، 1992.
- 15- الحافظ ابن حجر العسقلاني، تصنيف: محمد بن اسماعيل الصنعاني، تعليق محمد ناصر الدين الالباني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 2006.
- 16- الحافظ ابن حجر العسقلاني، تصنيف: محمد بن اسماعيل الصنعاني، تعليق محمد ناصر الدين الالباني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 2006.
- 17- الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق: د تيسير فائق أحمد محمود، ج2، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1985.
- 18- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج2، دار الكتاب الإسلامي، مصر-القاهرة، دون ذكر السنة.
- 19- سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج3، دار الفكر، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.
- 20- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان-بيروت، 1997.
- 21- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر، لبنان-بيروت، 1995.
- 22- عبد الرحيم بن زين العراقي، طرح التثريب في شرح التقريب، المحقق: أحمد بن عبد الرحيم أبو زرعة، ج6، دار إحياء التراث العربي، الطبعة المصرية.
- 23- عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز الشرح الكبير، ج8، دار الفكر، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- 24- علي بن محمد الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ط1، دار الكتاب العربي، لبنان-بيروت، 1404هـ.
- 25- محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، مكتبة الارشاد، السعودية-جدة، دون ذكر سنة الطبع.
- هـ - مصادر المذهب الحنبلي**
- 1- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 1997.

- 2- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، ج4، ط1، تحقيق: طه الزيني وآخرون، مكتبة القاهرة، 1969.
- 3- ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة، المغني على مختصر الامام ابي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان-بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- 4- بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة: تحقيق احمد بن علي، دار الحديث، مصر- القاهرة، 2003.
- 5- الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن عبد الرحمن المشهور بابن رجب، القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر السنة.
- 6- شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج4، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان-بيروت، 19834.
- 7- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج4، ط1، بدون ذكر ناشر، ١٣٩٧ هـ.
- 8- عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد الزريراني، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل، ط1، تحقيق: عمر بن محمد السبيل، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ١٤٣١.
- 9- عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جبرين، شرح أخصر المختصرات، ج28، دار البشائر الإسلامية، لبنان-بيروت، 1985.
- 10- عثمان بن عبد الله بن جامع الحنبلي، الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات، تحقيق: عبد السلام بن برجس آل عبد الكريم و عبد الله بن محمد بن ناصر البشر، ج2، ط2، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان-بيروت.
- 11- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، ج4، ط1، مطبعة السنة المحمدية، 1955.
- 12- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، ج1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، بدون ذكر سنة النشر.
- 13- منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ط1، عالم الكتب، 1414 هـ .
- 14- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج2، ط1، عالم الكتب، لبنان-بيروت، 1414 هـ.
- 15- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج3، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٩٩٧.

- 16- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، ط2، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1997.
- 17- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، ج4، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، مصر- القاهرة، دون ذكر السنة.
- 18- الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى، ج5، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
- 19- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبد الله بن المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلوى، ط3، ج6، دار عالم الكتب، السعودية-الرياض، 1997.

#### و-مصادر المذهب الزيدي

- 1- العلامة ابو الحسن عبد الله بن أبي القاسم بن مفتاح، المنتزح المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الازهار، ج5، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1440هـ.
- 2- الامام النظار المؤيد بالله احمد بن الحسين الهاروني الحسني، شرح التجريد في فقه الزيدية، ج4، ط1، مركز التراث والبحوث اليمني، اليمن- صنعاء، 2006.
- 3- العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الائمة الاطهار، ج2، دار الحكمة اليمانية، اليمن، 1414هـ.
- 4- العلامة احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الائمة الاطهار، ج3، دار احياء الكتب العربية، ط1، 1366هـ.
- 5- الامام احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء لامصار، ج3، ط1، دار الحكمة اليمانية، 1344هـ.
- 6- الامام احمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار وبهامشه كتاب جواهر الاخبار المستخرجة من لجة البحر الزخار، مج3، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، ط1، 1444هـ.
- 7- العلامة الحسن بن محمد النحوى، التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة، ط1، مركز التراث والبحوث اليمني، اليمن- صنعاء، 1427هـ.
- 8- الامام الحسين بن محمد المغربي، البدر التمام شرح بلوغ المرام، ج6، ط1، بدون ذكر مكان النشر، 1414هـ.

- 9- الامام شرف الدين يحيى بن شمس الدين ابن الامام المهدي احمد بن يحيى المرتضى، اثمار الازهار في فقه الائمة الاطهار، ط1، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1442.
- 10- العلامة شرف الدين الحسين بن احمد السياغي، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، ج3، ط2، مكتبة المؤيد، السعودية، 1388هـ.
- 11- العلامة شمس الدين جعفر بن احمد بن عبد السلام، الروضة البهية في المسائل المرضية شرح نكت العبادات، ط3، مكتبة بدر للطباعة والنشر والتوزيع، اليمن-صنعاء، 2011.
- 12- الامام يحيى بن الحسين بن القاسم بن ابراهيم، الاحكام في الحلال والحرام، ج2، ط4، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1444هـ.
- 13- العلامة محمد بن اسعد المرادي، المهذب في فتاوى الامام المنصور بالله عبد الله بن حمزة، ط1، مؤسسة الامام زيد بن علي الثقافية، الاردن، 1421هـ.
- 14- العلامة محمد بن عبد الله عوض، من ثمار العلم والحكمة فتاوى وفوائد، ج2، ط3، مكتبة اهل البيت(ع)، اليمن، 1441هـ.

#### ي- مصادر المذهب الظاهري

- 1- ابن حزم محمد، المحلى بالآثار، ط1، تحقيق: احمد شاكر، دار الجيل، لبنان-بيروت، ج8، دون ذكر سنة النشر.

#### سادساً- كتب الفقه الإسلامي المعاصرة

- 1- ابراهيم ابو العلا وآخرون، الازمة المالية العالمية، أسباب وحلول من منظور اسلامي، ط1، مركز النشر العلمي، السعودية-جدة، 2009.
- 2- ابو عمر ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، ج4، ط2، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية-الرياض، 1432 هـ.
- 3- خالد بن محمد بن العزيز اليحيا، تقريب الروض المربع كتاب البيع والفرائض والعقق، ط1، دون ذكر دار النشر، 1443هـ.
- 4- د. ابراهيم محمد عطا، المناهج بين الاصالة والمعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، مصر-القاهرة، 1992.
- 5- د. ضو مفتاح ابو غرارة الرفروفي، بيع المجهول احكامه واثاره واشكالية عقود النفط الليبية"دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الليبي"، ط1، المجموعة العربية للنشر والتدريب، مصر-القاهرة، 2010.

- 6- د. عبد الستار ابو غدة، الخيارات وأثره في العقود، ج1، ط2، مطبعة مقهوي، الكويت، 1985
- 7- د. عبد العزيز رمضان سمك، النظريات العامة في الفقه الاسلامي "المال-الملكية-العقد"، ط1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2009.
- 8- د. عبد اللطيف محمد عامر، من نظريات الفقه الإسلامي "نظرية الحق-نظرية العقد"، بدون ذكر دار النشر، بدون ذكر مكان النشر، 2006.
- 9- د. عبد الله بن محمد الطيار وآخرون، الفقه الميسر، ج6، مدار الوطن للنشر، السعودية-الرياض، 2011.
- 10- د. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الاسلامي، ط2، دار المطبوعات الحديثة، السعودية-جدة، 1413هـ.
- 11- د. محمد سلام مذكور، التشريع الإسلامي، ط2، بدون ذكر مكان النشر، 1959.
- 12- د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول، ط3، دار الفكر، سوريا-دمشق، 2006.
- 13- د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته" الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها"، ج5، ط4، دار الفكر، سوريا-دمشق.
- 14- د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته" الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها"، ج4، ط4، دار الفكر، سوريا-دمشق، 2015.
- 15- سليمان بن احمد الملحم، القمار وأحكامه، ط1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية-الرياض، 2008.
- 16- سليمان بن صالح الثنيان، الاحاديث الواردة في البيوع المنهي عنها، ج1، ط1، الناشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، السعودية-المدينة المنورة، 2002.
- 17- عبد الرحمن الصابوني، محاضرات في الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، مديرية المطبوعات الجامعية، سوريا، 1965.
- 18- عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مراجعة د.عبد الستار ابو غدة، ط1، مجموعة دلة البركة لادارة وتطوير البحوث، 1993.
- 19- محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان و أم إسراء بنت عرفة بيومي، ج3، ط1، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، 2006.
- 20- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصر، ط3، دار النفائس، عمان-الاردن، 1999.

- 21- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط2، دار النفائس، عمان، 1998.
- 22- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ط2، دار الفكر، سوريا-دمشق، 1985.
- سابعاً- الكتب القانونية**
- 1- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام – المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام، بدون ناشر، 2008.
- 2- د. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، سوريا، 2003.
- 3- أسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبه ومطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1958.
- 4- أمارة رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت"دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الالكترونية في كل من الولايات المتحدة الامريكية، كندا، تونس، الاردن، مملكة البحرين، امارة دبي وقانزن الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، ط1، دار وائل للنشر، الاردن-عمان، 2006.
- 5- د. امينة عثمانية، المفاهيم الاساسية للذكاء الاصطناعي، ط1، الناشر المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، المانيا-برلين، 2019.
- 6- د. انور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، 1983م.
- 7- د. أنور سلطان، العقود المسماة-شرح عقدي البيع والمقايضة"دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، لبنان-بيروت، 1980.
- 8- د. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط4، دار النهضة العربية، لبنان-بيروت، 1983، ص264.
- 9- انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، دار لمعارف، مصر، 1965.
- 10- انور سلطان، مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر، الاردن-عمان، 2005.
- 11- د. جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، ط1، مكتبة السنهوري، العراق-بغداد، 2011.
- 12- د. جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر-القاهرة، 1956.
- 13- د. حسام الدين الاهواني، النظرية العامة للالتزام-المصادر الارادية للالتزام، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر-القاهرة، بدون سنة طبع.

- 14- حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول - نظرية العقد ، بدون ناشر، 1943.
- 15- د. حمدي المغاوري محمد عرفه، اجازة العقد القابل للابطال"دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الاسلامي"، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر-الاسكندرية، 2012.
- 16- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع-الايجار-المقاولة، شركة العاتك لصناعة الكتب، مصر-القاهرة، 2009.
- 17- د. خالد جمال احمد حسن، الوسيط في مصادر الالتزام"دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، مكتبة بداري، مصر-اسيوط، 2020.
- 18- د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر-الاسكندرية، 2011.
- 19- د. رمضان محمد ابو السعود، شرح احكام القانون المدني العقود المسماة-القسم الاول البيع المقايضة الايجار التأمين، ط1، منشورات الحلبي، لبنان-بيروت، 2010.
- 20- د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، هه ولير، اربيل، 2007.
- 21- د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة البيع الايجار المقاولة، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، مصر-القاهرة، 2009.
- 22- د. سلام عبدالله الفتلاوي، اكمال العقد"دراسة مقارنة"، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
- 23- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع، ط4، عالم الكتب، مصر-القاهرة، 1980.
- 24- د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ط10، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2016.
- 25- د. سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة"دراسة مقارنة" ط1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2006.
- 26- د. سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، مصر-الاسكندرية، 2004.
- 27- د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر-الاسكندرية، 2009.
- 28- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر-الاسكندرية، 2009.
- 29- د. صابر محمد سيد، العلم بالمبيع دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني، ط1، مكتبة الصحابة، مصر-القاهرة، 1429هـ.



- 30- د. صفاء فتوح جمعة، العقد الاداري الالكتروني، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر-المنصورة، 2014.
- 31- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، 1954.
- 32- د. عبد الرحمن الشرقاوي، العقود الناقلة للملكية-عقد البيع، ط7، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب-الرباط، 2021.
- 33- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية(البيع والمقايضة)، ج4، تحديث احمد مدحت المراغي، ط1، دار الشروق، مصر-القاهرة، 2010.
- 34- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، ج1، تحديث وتنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، ط1، دار الشروق، مصر-القاهرة، 2010.
- 35- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، ج1 ، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 36- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج3، ط1، دار احياء التراث العربي، لبنان-بيروت، 1417هـ.
- 37- د. عبد الفتاح بيومي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 38- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري نظرية العقد والأرادة المنفردة"دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الاول، 1984.
- 39- عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1991.
- 40- عبد الله سيف الكيتوب، الاحكام الاجرائية لجريمة الاحتيال المعلوماتي، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 2013.
- 41- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، وزارة التعليم والبحث العلمي، العراق-بغداد، 2007.
- 42- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الاهلية ، العراق-بغداد، 1963.
- 43- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، احكام الألتزام، ج2، بدون ذكر مكان النشر، 1980، ص12.

- 44- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد" مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي"، ج1 انعقاد العقد(اركان العقد)، شركة الطبع والنشر الاهلية، العراق-بغداد، 1967.
- 45- د. عبد المجيد الزروقي، احكام الغلط"دراسة في المنهجية التشريعية، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان-بيروت، 2010.
- 46- د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - بدون مكان طبع ، 1992.
- 47- د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ج1، دار النهضة العربية، مصر-القاهرة، 1990.
- 48- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية، مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
- 49- د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، أحكام عقد البيع مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان-بيروت، 2017، ص40.
- 50- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات الغربية والاجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر-الاسكندرية، 2009.
- 51- علاء الدين الوسواسي وعبد الرحمن محمود العلام، تخريج القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، 1953.
- 52- د.علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.
- 53- د.علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر- القاهرة، 2008.
- 54- عيد أبو المعاطي الدسوقي وتوفيق، رؤوف عزمي، تدريس العلوم بالكمبيوتر، ط4، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2010.
- 55- د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1 عقد البيع، مطبعة المعارف، العراق-بغداد، 1970.
- 56- د.فاروق ابراهيم جاسم ود.امل كاظم سعود، الوجيز في شرح احكام قانون حماية المستهلك رقم(1)لسنة 2010، دار السنهوري، لبنان-بيروت، 2016.
- 57- فواز صالح، القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، ج1 مصادر الالتزام، تم النشر من قبل جامعة دمشق، سوريا، 2009.
- 58- كفاح عبد القادر السوري، التغير واثره في العقود، ط1، دار الفكر، الاردن-عمان، 2007.
- 59- د. ماجد راغب الحلو، العقد الاداري الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر-الاسكندرية، 2007.

- 60- د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، العقد الالكتروني، ط1، مكتبة الرشد، السعودية الرياض، 2009.
- 61- محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط2، دار الثقافة، الاردن، 2011.
- 62- محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر-القاهرة، 1996.
- 63- محمد احمد عايددين و محمد حامد قمحاوي، جرائم الاداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، مصر-الاسكندرية، 1985.
- 64- د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزامات، ج1 مصادر الالتزام ، بدون ناشر، 2018.
- 65- د. محمد حسني عباس ، الملكية الصناعية والمحل التجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 66- د. محمد حسني عباس، العقد والارادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1959.
- 67- د. محمد حسين علي الشامي، مصادر الالتزام، ج1، مكتبة الجيل الجديد، اليمن، 2012.
- 68- د. محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، مصر-القاهرة، 1967.
- 69- د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي"دراسة فقهية مقارنة، سعد سمك للنسخ والطباعة، مصر-القاهرة، 1990.
- 70- محمد سعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
- 71- معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج2 العقود المسماة، ط3، منشأة المعارف، مصر-الأسكندرية، 1996.
- 72- د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الاسلامي، تم النشر من قبل جامعة عين الشمس، 1992.
- 73- محمد عمر ابو هلال، الجهالة واثرها في الدعوى القضائية، مركز الكتاب الاكاديمي، عمان، 2013.
- 74- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، ط2، المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق، 1891.
- 75- د. محمد وجدي عبد الصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، مطبعة الاجيال، مصر-القاهرة، 1972.
- 76- د. محمد يحيى المطري، محاضرات في القانون المدني اليمني النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ط8، 2017 تم النشر من قبل جامعة صنعاء.

- 77- د. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 78- محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2006.
- 79- د. محمود المظفر، مصادر الالتزام- نظرية العقد ونبذة عن الإرادة المنفردة، ط4، دار المثنى، العراق، 2010.
- 80- د. محيي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد"مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية"، ط3، دار النهضة العربية، مصر- القاهرة، 1994.
- 81- د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط2، دار القلم، سوريا-دمشق، 2004.
- 82- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني يشتمل على نصوص القانون المدني معلقا عليها بالشرح وآراء والمذكرة الايضاحية واحكام النقض من عام 1931 حتى عام 2003 مقارنا بالتشريعات العربية، مج5 العقود المسماة البيع، ط7، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
- 83- د. ممدوح عبد الحميد، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 84- ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الاسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر-الاسكندرية، 1998.
- 85- د. نادية ياس البياتي، التوقيع الالكتروني عبر الانترنت ومدى حجتيه في الاثبات"دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، ط1، دار المستقبل للنشر والتوزيع، 2017.
- 86- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون ذكر السنة.
- 87- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1 مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
- 88- د.نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، ج1 البيع، منشأة المعارف، مصر-الأسكندرية، بدون ذكر سنة النشر.
- 89- د. الياس ناصيف، العقود الدولية(العقد الالكتروني في القانون المقارن)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2009.

- 90- د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج8 عقد البيع، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان-بيروت، 2010.
- 91- د. يحيى محمد حسين راشد الشعبي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، بدون ذكر سنة طبع.
- 92- د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة"، ط1، دار الميسرة، الاردن-عمان، 2009.

#### ثامناً- كتب عامة

- 1- ابراهيم محمد عطا، المناهج بين الاصاله والمعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، مصر-القاهرة، 1992.
- 2- ابراهيم عبد القادر حمد، الوسائل التعليمية في تدريس المواد الاجتماعية للدورات التدريبية، المديرية العامة للاشراف التربوي، بغداد، 1973.
- 3- بشير عبد الرحيم الكلوب، الوسائل التعليمية اعدادها وطرق استخدامها، مكتب المحتسب للنشر، عمان، 1985.
- 4- جابر عبد الحميد واحمد خيرى كاظم، الوسائل التعليمية والمنهج، دار النهضة العربية، مصر، 1979.
- 5- حمدي أحمد فوده عبد العزيز وفاتن عبد المجيد، تصميم المواقف التعليمية في المواقف الصفية التقليدية والالكترونية، دار الفكر، الاردن، 2011.
- 6- عبدالعزيز طلبة عبد الحميد، التعليم الالكتروني ومستحدثات تكنولوجيا التعليم، ط1، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر-المنصورة، 2010.

#### تاسعاً- البحوث

- 1- ابراهيم محمد عطا، المناهج بين الاصاله والمعاصرة، مكتبة النهضة المصرية، مصر-القاهرة، 1992.
- 2- أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، بحث منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة 19، 1416هـ.
- 3- أحمد السعيد الزقود، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة-كلية الحقوق، 1992.

- 4- اميمة احمد رمضان محمد، استخدام صفحات المواقع الاخبارية لتقنية البث المباشر في التغطية الاعلامية وعلاقته بمصادقيتها لدى الجمهور، بحث منشور في المجلة العلمية لبحوث الصحافة، ج2، ع 24، 2022.
- 5- أنس بن عبدالله بن ابراهيم النازل، تقنية البلوكشين واثرها في المعاملات المالية المعاصرة"دراسة فقهية"، بحث منشور في مجلة اصول الشريعة للابحاث التخصصية، مج6، ع3، 2020.
- 6- اهي نور بسيوني حسن، العلاقة بين الحركة التقديرية والفنون الرقمية فى التصميمات الجغرافية، بحث منشور في مجلة كلية التربية النوعية للدراسات التربوية والنوعية، ع2، 2018.
- 7- برهان عبد الرضا الدلفي، مجسمات فخارية فرثية من تل الغريرة في المتحف العراقي، بحث منشور في مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، ع23، 2019.
- 8- بشار خياط، العقد الاداري الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، مج39، ع67، سوريا، 2017.
- 9- حاتم بشير أحمد المسلاتي، الغرر وأثاره الاقتصادية (عقد التأمين نموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، مج 2، ع 12، 2011.
- 10- حمد فخري عزام، حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة"دراسة تأصيلية تطبيقية معاصرة، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج3، ع1، 2007.
- 11- خالد بن علي المشيقح، التوريق المصرفي عن طريق بيع المعادن، بحث منشور في مجلة البحوث الاسلامية، ع 73، الاصدار من رجب الى شوال، السعودية، 1425هـ.
- 12- د. احمد الباز محمد متولى، حماية العلامة التجارية المشهورة الكترونياً"دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع 68، 2019.
- 13- د. احمد حمصي، العقد الالكتروني في التشريع المقارن"فرنسي، سوري، مصري، بحث منشور من قبل مكتب الحمصي للمحاماة، دمشق-سوريا، 2010.
- 14- د. احمد حميد سعيد النعيمي، اثر الجهالة في صيغة عقد البيع"دراسة مقارنة" بحث منشور في مجلة ابحاث كلية التربية الاساسية، جامعة الموصل-كلية العلوم الاسلامية، مج14، ع 2، 2018.
- 15- د. احمد عيد عبد الحميد ابراهيم، بحث منشور في المؤتمر الدولي الثاني للتطبيقات الذكية في القانون، كلية الامام مالك للشريعة والقانون، دبي، 2021.
- 16- د. احمد كمال رمضان شاهين، دور البيع الالكتروني في ظل جائحة كورونا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المؤتمر الافتراضي العلمي الدولي الاول، جامعة ديالى- كلية القانون والعلوم السياسية، 2020.

- 17- د. احمد محمد صادق، البث المباشر ودوره في تعزيز التعلم عن بعد دراسة مسحية لطلبة جامعة الاسكندرية، بحث منشور في مجلة اداب الفراهيدي، مج12، ع43، 2011.
- 18- د. اسراء فهمي ناجي و د. عادل شمران حميد، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الاول، جامعة كربلاء-كلية القانون، 2012.
- 19- د. اسيد سليمان فطاير ود. عبد الناصر موسى ابو البصل، الدلالات التحوطية لضوابط العقود في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة التحولات الاقتصادية، مج2، ع2، 2021.
- 20- د. الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، ط1، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب، السعودية- جدة، 1993.
- 21- د. امير عبد الزهرة جاسم ود. مصطفى عقيل حمد، احكام لعب القمار في القانون والشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، ع1، النجف، 2006.
- 22- د. ايمان عاشور سيد وآخرون، أثر استخدام تقنية البث المباشر عبر الشبكات الاجتماعية في اكساب طلاب الاعلام التربوي مهارات التصوير الاعلامي، بحث منشور في مجلة البحوث في مجالات التربية النوعية التابعة لجامعة المنيا، ع22، 2019.
- 23- د. ايمن محمد سيد مصطفى الاسيوطي، الطبيعة القانونية للعقود الذكية في ضوء تقنية البلوك تشين، بحث منشور في المؤتمر الدولي الثاني للتطبيقات الذكية في القانون، كلية الامام مالك للشريعة والقانون، دبي، 2021.
- 24- د. بدر ناصر مشرع السبيعي، احكام بيع العين الغائبة وتطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور في مجلة كلية دار العلوم، ع131، مج37، 2020.
- 25- د. بيرك فارس حسين، الشكل في العقد المدني الالكتروني "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقية رقم(78) لسنة 2012، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، مج3، ع29، 2016.
- 26- د. جعفر كاظم جبر، العلامة التجارية المشهورة، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، مج11، ع1، 2016.
- 27- د. جميل الشراقي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ع1، السنة الرابعة والثلاثون، 1964.
- 28- د. جهاد محمود عبد المبدى، مدى حجية تقنية البلوك تشين في الاثبات المدني "دراسة تحليلية"، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، مج4، ع1، 2023.

- 29- د. خالد علي الجبري، الجهل بصفة المبيع وأثره على عقد البيع، بحث منشور في مجلة القلم، ع13، العراق-كركوك، 2019.
- 30- د. حيدر حسين كاظم الشمري، احكام هلاك المبيع أو تعييه في خيار التعيين خلال مدة الخيار "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة أهل البيت، مج1، ع5، العراق، 2007.
- 31- د. دلال لطيف مطشر، الصورة الرقمية المتحركة وحجيتها في اثبات الجريمة التقليدية "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج1، ع29، 2016.
- 32- د. زاهرة بني عامر و الاء تحسين، استكشاف تقنية البلوكشين وتطبيقاتها في المالية الاسلامية.
- 33- د. سامي نياي محل ونصرت عبد الرحيم مداح، المحاكاة الاداة الاكثر فاعلية في اتخاذ القرار الداري المفهوم ، المبرر ، النوع ، المنهج ، لغاتها و برامجياتها، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، مج8، ع26، 2012.
- 34- د. سلام عبد الخالق نعمان، تحسين الصورة الرقمية، بحث منشور في مجلة الفتح، ع35، 2008.
- 35- د. سلامي ميلود، العلامة التجارية المشهورة في القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع4، 2011.
- 36- د. عباس مصطفى صادق، الصورة الرقمية كعنصر رئيسي في بنية الاعلام الجديد متطلبات المعالجة والاستخدام في الانترنت والوسائط المتعددة.
- 37- د. عبد الأمير كاظم زاهد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، المنتدى الوطني لباحث الفكر والثقافة، مج1، ع7، 2011.
- 38- د. عبد الباسط محمد خلف، البيوع الفاسدة واثرها "دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية، ع31، مصر، 2014.
- 39- د. عبد الستار ابو غدة، العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوكتشين، ندوة البركة 39، الامارات، 2019.
- 40- د. عبدالرحيم عبدالحميد الساعاتي، المضاربة والقمار في الأسواق المالية المعاصرة "تحليل اقتصادي وشرعي"، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، مج20، ع1، 1428هـ.
- 41- د. عقيل فاضل حمد الدهان و د.غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام، ع5، العراق-كربلاء.
- 42- د. عماد عبد الحفيظ الزيادات ود. محمد عوايد عايد السكر، جهالة المبيع في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني والتطبيقات المعاصرة والقانونية لرفعها، بحث منشور في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية، مج3، ع6، 2010.



- 43- د. عمر الجميلي، العقود الذكية smart contracts، واقعها وعلاقتها بالعملات الافتراضية، مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة 24، دبي، 2019.
- 44- د. فايزة حسين مسجت عفتان، التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الادارة والاقتصاد جامعة البصرة، مج3، ع12، العراق، 2019، ص16.
- 45- د. فتحي علي فتحي و عامر مصطفى احمد، التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد "دراسة تحليلية"، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج19، ع68، 2018.
- 46- د. فغول الزهرة، عقد البيع الالكتروني، بحث منشور في المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، مج80، ع82، الجزائر، 2017.
- 47- د. قياد عبد القادر صالح، ابرام العقد الاداري الالكتروني واثباته، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج10، ع37، 2008.
- 48- د. محمد ابراهيم القاسم، بطلان العقد في الفقه الاسلامي والقانون السعودي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الازهر، المقالة 8، مج 22، ع 3، 2020.
- 49- د. محمد امين علي القطان، اثر الغرر على الوفاء في العقود والاثار المترتبة على عدم تسليم المعقود، بحث القى في مؤتمر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الاسلامية، 2010.
- 50- د. محمد بن علي القرني، الجهالة التي تؤول الى العلم، بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي "الثاني عشر"، السعودية-جدة، 2019.
- 51- د. محمد بن علي القرني، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، ع10، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية-جدة.
- 52- د. محمد عبد الفتاح الفقي، البوفيه المفتوح بثمن مساو لثمن الاكلة المعتادة "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات، مج3، ع37، مصر- الاسكندرية، 2019.
- 53- د. محمد يحيى احمد عطية، التحكيم الذكي كآلية لحل منازعات العقود المبرمة عبر تقنية سلسلة الكتل (blok chain)، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، ع36، 2021.
- 54- د. منصور حاتم محسن و حسن كاظم عباس، احكام عقد العمل الجماعي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع3، 2009.
- 1- د. موفق محمد الكبيسي، بحوث العمليات تطبيقات وخوارزميات، ط1، دار ومكتبة الحامد، 1999 .
- 55- د. نادية محمد مصطفى قزمار، مدى امكانية التعاقد على عمل شيء قابل للوجود مستقبلاً في القانونين الاردني والكويتي "دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي"، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط، ع46، لم تذكر السنة.

- 56- د. ندى حسين عمران، الصورة الرقمية احدى ملامح الاعلام الجديد"دراسة الصورة الخبرية في موقع المدى برس"، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الاوسط ، ع51، 2019.
- 57- د. ندى زهير الفيل، ابرام العقد الالكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مج14، ع51، 2011.
- 58- د. نريمان مسعود بورغدة، عقود البلوك تشين(العقود الذكية) من منظور قانون العقود، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، مج56، ع2، 2019.
- 59- د. نوزاد احمد ياسين الشواني ود. محمد عبد الكريم الداودي، موقع التواصل الاجتماعي(الفيسبوك) ودوره في ارتكاب الجرائم عبر البث المباشر، بحث منشور في مجلة التراث، مج1، ع31، 2019.
- 60- د. هناء محمد هلال الحنيطي، ماهية العقود الذكية، بحث مقدم في مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة 24، تم النشر من قبل دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري، دبي، 2019.
- 61- د. وعد عدنان محمود، الخصائص والمعايير التشكيلية في المجسمات(الديورامات) لتصميم المواقع الاثرية في العراق(كهف الطار انموذجا)، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة، مج3، ع3، 2021.
- 62- د. ياسين عبد الصمد، الوسائل التعليمية البصرية اللوحات، المجسمات، الرسوم البيانية واهميتها في مجال التعليم والتعلم، بحث منشور في مجلة ابحات البصرة(العلوم الانسانية)، مج36، ع4، 2011.
- 63- زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في اطار المعاملات الالكترونية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة مولود عمري-كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018.
- 64- سفاين اولنسا واخرون، تقنية سلسلة الكتل(blockchain)في المنظمات الحكومية فوائد واثار تقنية السجلات الموزعة لمشاركة المعلومات، ترجمة د.جعفر بن احمد العلوان، بحث منشور في مجلة الادارة العامة، مج59، ع4، 2019.
- 65- سمية علي العمري، العقود الذكية حكمها وضوابطها الفقهية، بحث منشور في مجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث - مجلة العلوم الإسلامية، مج5، ع2022، 2.
- 66- سمير الخريسات ومحمد الرياحنة، مستحدثات تكنولوجيا التعليم، ورقة بحثية مقدمة برنامج التمهين في التربية، البحرين، 2013.
- 67- سناء رحمانى، العقود الذكية ودور القواعد الفقهية في تحكيمها، بحث منشور في مجلة الاحياء، مج22، ع30، جامعة باتنة-كلية العلوم الاسلامية، 2022.

- 68- شهد عبد الرحمن حسو، الغاء الصفات غير المهمة من الصور حقيقة الالوان باستخدام تقنية التقطيع، بحث منشور في مجلة الرافدين لعلوم الحاسبات والرياضيات، مج7، ع3، 2010.
- 69- صدر الدين القبانجي، الأصالة والمعاصرة في نظرية أهل البيت (ع) / تاريخ المسألة، بحث منشور في مجلة افاق الحضارة الاسلامية، ع15، 2006.
- 70- صلاح سلمان اسمر زين الدين، حماية العلامة التجارية المشهورة في ظل اتفاقية باريس وترس والقانون الاردني، بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات، مج7، ع3، 2001.
- 71- عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، العقود المالية المركبة، ط1، دار كنوز اشبلييا، الرياض، 2006.
- 72- عبد الودود مصطفى مرسي السعودي، احكام الغرر في عقود التبرعات "دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة بيت المشورة، مج1، ع1، 2014.
- 73- عبدالله بن سليمان بن عبد العزيز الباحث، النقود الافتراضية مفهومها وانواعها واثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، 2017.
- 74- علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الالكتروني في التشريع الاماراتي، بحث منشور في مؤتمر المعاملات الالكترونية(التجارة الالكترونية-الحكومة الالكترونية) الذي نظمته جامعة الامارات-كلية القانون، ابو ظبي، 2009.
- 75- عمر عمور، العقود المركبة حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مج4، ع2، 2018.
- 76- العياشي فداد، العقود الذكية، بحث مقدم الى مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة24، الامارات، 2019.
- 77- غسان الطالب، العملات الرقمية وعلاقتها بالعقود الذكية، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة(24)، دبي- الإمارات، 2019.
- 78- غفران محمد باقر عبد الامير وتوت، مفهوم المحاكاة وتمثلاته في الواقعية الكلاسيكية، بحث منشور في مجلة نابة للبحوث والدراسات ، مج31، ع40، 2022.
- 79- فينش كوثر، تطوير المنتج الوقفي عن طريق تقنية البلوك تشين "دراسة حالة مجموعة" بحث منشور في مجلة افاق علوم الادارة والاقتصاد، مج3، ع2، الجزائر، 2019.
- 80- ماهي نور بسيوني حسن، العلاقة بين الحركة التقديرية والفنون الرقمية في التصميمات الجغرافية، بحث منشور في مجلة مجلة كلية التربية النوعية للدراسات التربوية والنوعية، ع2، 2018.

- 81- محمد بن الالفي، التعاقد الالكتروني في ميزان الشرع الاسلامي ، الناشر جمعية الحاسبات السعودية، السعودية-الرياض، 2002.
- 82- محمد بن عبد العزيز بن ابراهيم اليحيى، الجهالة في العقود وطريقة رفعها، مقالة منشورة في مجلة الدراسات الاسلامية والبحوث الاكاديمية، مج 10، ع72، جامعة القاهرة-كلية القانون، 2016.
- 83- محمد رافت سعيد، الاصاله والمعاصرة في الفكر الاسلامي، بحث منشور في مجلة اضواء الشريعة، ع13، تصدرها جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، 1402هـ.
- 84- محمد علي سميران، الجهالة وأثرها في عقود التوثيقات"دراسة فقهية مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، مج 20، ع5، 2005.
- 85- معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في البلوكشين، بحث منشور بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع4، ج1، 2019.
- 86- مقدار خليفة حسين، نماذج معاصرة عن التدليس في البيع، بحث منشور في مجلة نسق، مج38، ع1، جامعة ديالى، 2023.
- 87- موزة احمد ابراهيم الباني، حماية المستهلك من الغش التجاري في القانون الاماراتي، بحث مقدم الى جامعة الشارقة-كلية القانون، 2020.
- 88- موسى كاظم محسن وآخرون، تحسين الصورة الرقمية باستخدام معايير الجودة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الصرفة والتطبيقية، مج 23، ع 3، 2015.
- 89- نسرين محاسنة، انعقاد العقد الالكتروني"دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الالكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة "1996، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الاردن، 2004.
- 90- نفارت الياس يوسف، نظام محاكاة لهياكل البيانات اللاخطية، بحث منشور في مجلة التقني، مج28، ع1، 2015.
- 91- نهلة احمد قنديل، التجارة الإلكترونية المرشد للمدير العصري رؤية تسويقية، بدون ذكر الناشر، 2005.
- 92- نهى خالد عيسى، العلامة التجارية المشهورة"دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، مج21، ع1، 2013.
- 93- هناء سلطان داوود ومثنى خميس رشيد، امكانية تطبيق الصيغ الاسلامية في المصارف الزراعية في العراق باستخدام اسلوب المحاكاة، بحث منشور في مجلة زراعة الرافيدين، مج 45، ع1، 2017.

## عاشراً- الرسائل والاطاريح الجامعية

- 1- ابراهيم جالو، القواعد الفقهية في عقود المعاملات "دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاربعة"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية-كلية الشريعة، السعودية، 1421هـ.
- 2- تريحان ترميجان، الغرر وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة سوراكرتا المحمدية- اندونيسيا ، 2015.
- 3- جهاد بدر حسين الطفي، عقود البيوع الممنوعة في القانون المدني اليمني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام درمان الاسلامية-كلية الشريعة والقانون، 2013.
- 4- دهام بن كريم بن شبيب ابو خشبة الفضلي، القواعد والضوابط الفقهية في الجهالة المؤثرة في العقود واثارها، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية-كلية الشريعة، السعودية، 1427هـ.
- 5- عزة عبد الرحمن علي، تعيين المحل والعلم به علما كافيا، "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة اسيوط- كلية الحقوق، 2005.
- 6- عمر فلاح الشقراء، أحكام الجهالة في العقود المالية المستجدة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة آل البيت-كلية الدراسات العليا، الأردن، 2017.
- 7- فاطمة حسن محمد، فسخ العقد في القانون المدني اليمني والقانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عدن-كلية الحقوق، اليمن، 2000.
- 8- كمال الدين محمد عثمان باشري، تسويق المنتجات الحيوانية "دراسة حالة مصنع الطائف الوطني لمنتجات الالبان بالمملكة العربية السعودية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة ام درمان الاسلامية،-كلية العلوم الادارية، السودان، 2011.
- 9- محمد عبد الرحمن الشمري، حماية العلامة المشهورة في اتفاقية تريبس وفي بعض التشريعات المقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 2004.
- 10- محمد منصور، القانون وتكنولوجيا المعلومات، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس بالمعهد الاعلى للقضاء، تونس، 2005.

## احدى عشر- المواقع الالكترونية

- 1- مقالة بعنوان ما المقصود بالجهالة الفاحشة كمصطلح قانوني، منشورة على الموقع

<https://www.mohamah.net/law5> تمت الزيارة بتاريخ 2022/7/31

2- مقال منشور على الموقع ما المقصود بالجهالة الفاحشة كمصطلح قانوني - استشارات قانونية مجانية ما-المقصود-بالجهالة-الفاحشة بحث منشور على موقع [/https://blog.zid.sa/e-catalog](https://blog.zid.sa/e-catalog) تمت الزيارة بتاريخ 2023/6/14 .

3- مقال منشور على الموقع <https://the-arabic-marketer.com> / تمت الزيارة بتاريخ 2023/6/15

4- مقال منشور على الموقع الالكتروني <https://azamil.com/?p=30156> تمت الزيارة بتاريخ 2023/6/22 .

#### اثني عشر- القرارات

1- قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، 1398هـ.

2- قرار مجمع الفقه الإسلامي، دراسة العقود الذكية ومدى ارتباطها بموضوع العملة الرقمية قرار (24/1)230.

#### ثلاث عشر- المذكرات الايضاحية والقوانين

- المذكرة الايضاحية للقانون المدني اليمني.

1- القانون المدني المصري رقم(133) لسنة 1948.

2- القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951.

3- القانون المدني اليمني رقم(14) لسنة 2002.

4- قانون انظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني رقم(40) لسنة 2006.

5- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم(78) لسنة 2012.

## Abstract

The development of technology has led to the emergence of models of contracts and forms of transactions, represented by the electronic contract and the artificial intelligence contract. Although these contracts have a special nature and procedures, they remain subject to the traditional contract theory. With regard to the contracted party, it must be known and specifically specified. For ignorance.

Ignorance in the contractual matter depends on a psychological and intellectual state that prevails over the contracting party when concluding the contract, and is essentially the result of the lack of knowledge of the contractual matter, or the lack of a cognitive mental image on the part of the contracting party about the thing that is the subject of the contract. It is lack of knowledge and lack of knowledge of the facts of the things that are the subject of the contract. A person concludes a contract while he is in full mental capacity, but under the influence of ignorance, which may focus on the item sold, the price, the term, or other basic elements of the contract. Since ignorance is considered a state existing in the mind of the contracting party and himself, it is a negative description that affects the conclusion of contemporary contracts. Through the lack of knowledge of the contractual matter, which results in the absence of one of the basic conditions of the contractual object, the jurists did not agree regarding the ignorance of the contractual object and its effects. Due to the difference in their point of view regarding the extent of the existence of reasons that cause ignorance resulting from the lack of knowledge of the gender, type, description, purpose, amount of the contract, and not specifying it, and between the invalidity and corruption of the contract, the Islamic schools of thought (such as the Imami, Maliki, Shafi'i, Hanbali, and Zaidi) see the invalidity of the contract due to the existence of ignorance of all kinds, because Knowledge and designation of the contracted person is a basic condition. However, the Hanafis considered that the presence of

ignorance at the heart of the contract leads to its invalidity, and anything else leads to the contract being invalidated.

While the laws under study (the Iraqi Civil Law, the Yemeni Civil Law, and the Egyptian Civil Law) agreed to specify the subject of the contract with both its elements of sale and price, they did not specify knowledge of it, and this condition is agreed upon by the Islamic schools of thought, with the exception of the Iraqi legislator, who stated that knowledge of it suffices for the need to describe it or tariff.

With regard to ignorance, we have adopted the ideas brought by Islamic jurisprudence, such that ignorance is influential, which is obscenity, and what is included within it, such as moderate ignorance, which includes ignorance close to obscenity, and ignorance that is not effective, over which there is no dispute that what is meant by it is minor, and this is what the Yemeni legislator came up with, and he is the one who An advantage over Iraqi and Egyptian civil law.

The research problem of our topic (the ignorance of the contracted party in contemporary contracts “a comparative study with Islamic jurisprudence”) was represented by the absence of standards through which to clarify the ignorance, as the legislation was not successful in setting an accurate standard that shows the type of ignorance in the contracted party, and it did not explain the reasons. Which leads to the ignorance of the contracted person sufficiently. When it formulated the text specifying the contracted object, it narrowed down the reasons that contribute to achieving the ignorance of the contracted object, so it limited itself to specifying the character, gender, and amount of the contracted object.

We dealt with the research according to a scientific plan consisting of an introduction and three chapters, and we connected them with a conclusion. In the first chapter, we presented the concept of the ignorance of the contracted party in



contemporary contracts, while the second chapter was entitled Reasons for the ignorance of the contracted party in contemporary contracts. As for the third chapter, we concluded it to explain the provisions of the ignorance of the contracted party in contemporary contracts. Contemporary contracts.

In the above, we followed the inductive and comparative analytical approach, as the research is comparative in Islamic law and jurisprudence. In Islamic jurisprudence, we focused on the doctrine of the Imami, Hanafi, Maliki, Shafi'i, Hanbali, and Zaidi schools. Regarding the laws, we took the Iraqi civil law, the Egyptian civil law, and the Yemeni civil law.

The research found that there is a convergence between the position of the Iraqi civil law and the legislation in question with the doctrine of the Imami, Shafi'i, and Hanbali regarding the ruling on a contract that is affected by ignorance in the contract concluded, as the ruling on the contract is invalid, and the reason lies in preventing ignorance of the contract concluded; Because it leads to dispute, and prevents the validity of the contract and that the objects differ according to the desires of the contracting parties. However, the Hanafi and Maliki jurisprudence violated the legal and legal consensus and considered the contract invalid unless it affected the essence of the contract. It became clear in the result of this study that the Iraqi civil law has legislative deficiencies in the issue of regulating ignorance. And determining how to achieve it, so the study recommended amending the texts of Civil Law No. (40) of 1951 that are relevant to the subject of our research, specifically Article (128) thereof.



**University of Kerbela**

**College of Law**

**private law**

**The Ignorance of the Contracted Party in  
Contemporary Contracts**

**"A comparative study "**

**To the Council of the College of Law - University of Karbala**

**It is part of the requirements for obtaining a doctorate in  
philosophy in private law**

**PhD thesis submitted by the student**

**Zainab Yahya Kazem**

**Supervised by:**

**Assist. Prof. Dr. Abdullah Abdul Amir Taha**

**1445 A.H.**

**2024 A.D.**