Jordan Journal of Islamic Studies

Volume 17 | Issue 2 Article 2

6-14-2021

The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية دراسة فقهية قانونية

Reham Ahmed Nasser
-, nenaroru54@yahoo.com

Emad Al-Zyadat
Jordan University, e.zyadat@yu.edu.jo

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois

Part of the Islamic Studies Commons

Recommended Citation

Nasser, Reham Ahmed and Al-Zyadat, Emad (2021) "The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية دراسة فقهية قانونية," *Jordan Journal of Islamic Studies*: Vol. 17: Iss. 2, Article 2.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Jordan Journal of Islamic Studies by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

-Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية
ـ دراسة فقهية قانونية ـ

رهام أحمد ناصر* د. عماد الزيادات*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٢/١٧م تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٦/١٠م

ملخص

تعد العقود من أهم الأدوات التي تنظم العلاقات المالية بين الناس، وكل عقد تنتج عنه جملة من الآثار يقصدها العاقدان من العقد يتأثران بها بشكل مباشر، ويتولد عن العقد التزامات تبادلية تقع على عاتق كلا المتعاقدين، إلا أن العقد قد يمتد أثره السلبي أحياناً إلى غير العاقدين، ولما كان غير العاقدين لا يقصد العقد ولم ينتج العقد عن إرادته، كان الأصل ألا يتأثر به سلباً، فوجبت حمايته من الآثار السلبية المتولدة عن العقد مع الحفاظ على حقوق العاقدين بالتوازي قدر المستطاع.

فجاء البحث لبيان مفهوم مبدأ حماية الغير، ومقوماته، وشروطه، وأدواته، وقد توصل البحث إلى جملة من النتائج أهمها: بأن حماية غير العاقدين يقصد بها: درء مفسدة راجحة تلحق بغير المتعاقدين، إذا تأثر سلباً بالعقد الذي لم يرتضِ انصراف أثره إليه. وتقوم فكرة حماية الغير في عقود المعاملات على مجموعة من المقومات والعناصر أهمها: العلاقة الموجبة لحماية الغير، والمفسدة التي تلحق الغير نتيجة تنفيذ العقد. ولا بد أن يكون الغير المراد حمايته حسن النية لتتم حمايته من آثار العقد التي قد تُلحق به مفسدة. وأن الفقه الإسلامي يوفر حماية للغير بأدوات مختلفة، منها: حماية الغير بتصحيح العقد الفاسد، أو بفسخ العقد الصحيح، أو بوقف العقد على إجازة الغير، أو بإبطال العقد، أو منع إعمال الأثر الرجعي للبطلان، أو بمنع إعمال الأثر الرجعي للفسخ.

الكلمات المفتاحية: حماية، الغير، عقد

The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study

Abstract

Contracts are considered as the most important tools that organize the financial relations between people. Each contract has an effect that is intended by contract parties, and commitments of each of the contract parties. Negative effects of contracts sometimes extend to a third party who did not intend to be part of the contract, therefore, they should not be held responsible or negatively affected by contract consequences, on the contrary, a third party should be protected from such effects, with the rights of contract parties be preserved.

* باحثة.

** أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

مستلة من رسالة بعنوان: "**حماية الغير في عقود المعاملات المالية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني**"، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، قسم الفقه وأصوله، ٢٠١٨م.

Published by Arab Journals Platform, 2021

This research explains the concept of principle of third party protection, its elements, conditions and tools. The research has reached a number of conclusions, the most important amongst which are: the principle of third party protection prevents harm that could negatively affect a third party, this principle is built on consideration of elements amongst which are: the relation that obligates the protection of third party, and the harm that could affect others as a result of the contract, with the condition of good intention of third party. Islamic jurisprudence offers such a protection through variety of tools: the correction of invalid contract, ending the contract, suspension of contract on the permission of others, deleting the contract, prevention of ex post effect of invalidation and dissolution.
Keywords: Protection, Third party, Contract.

المقدمة.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد، فللعقود في حياتنا أهمية بالغة؛ فهي تنظم علاقات الناس ببعضهم، فحرص الإسلام على تنظيمها، ووضع لها أحكاماً وضوابط بما يضمن تحقيق العدالة بين الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه، والوفاء بحاجاتهم، ومنع التنازع بينهم ما أمكن.

وللعقود مقومات وشروط ينبغي أن تتوافر فيها حتى تنعقد صحيحة مرتبة آثارها، ومن المقرر في العقود نسبية آثار العقد بحيث تنصرف آثاره إلى طرفيه وحسب، وهنا يبرز الإشكال في العقود المالية عند امتداد آثار العقد إلى الغير، وتعلق حقه بمحل عقد لم يكن هو أحد أطرافه؛ لكنه تأثر سلباً بأثره ولحقته مفسدة؛ فيظهر تنازع بين صاحب الحق الأصيل والغير الذي تأثر بالعقد سلباً، فتتعارض الحقوق والمصالح؛ مصلحة التمسك بالأصل العام للعقود ونسبيتها وعنصر الإرادة فيها، مع مصلحة الغير الذي تأثر سلباً بآثار العقد، بحيث لا يتم إهدار حقه ودفع المفسدة عنه. فجاءت هذه الدراسة لبيان مدى حماية الشريعة الإسلامية لغير المتعاقدين.

مشكلة البحث.

تتمحور مشكلة البحث حول بيان مفهوم حماية الغير وبيان مقوماته وأدواته التي يمكن استخدامها إذا ما امتدت آثار العقد الصحيح، أو الفاسد، أو الآثار الرجعية للبطلان إلى طرف ثالث غير المتعاقدين بضرر أو مفسدة من عقد هو ليس طرفاً فيه، وبالتالي، فإن مشكلة البحث تتلخص في الأسئلة الآتية:

١. ما مفهوم مصطلح حماية الغير في عقود المعاوضات المالية؟ وما أدلة مشروعيتها؟
٢. ما مقومات حماية الغير في عقود المعاوضات المالية؟ وما شروطها؟
٣. ما أدوات حماية الغير في عقود المعاوضات المالية؟

أهداف البحث.

ويهدف هذا البحث للوصول إلى النتائج الآتية:

١. بيان مفهوم مصطلح حماية الغير، وأدلة مشروعيتها.

٢. بيان مقومات حماية الغير في عقود المعاوضات المالية، وشروطها.
٣. بيان أدوات حماية الغير في عقود المعاوضات المالية.

أهمية البحث.

تنبع أهمية هذه البحث من أهمية موضوعه، فارتباطه بالحقوق المالية للناس يجعله على قدر بالغ من الأهمية؛ فمن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ المال للأفراد جميعاً بما يحقق العدالة، وإعطاء كل ذي حق حقه، وتتمحور أهمية هذا البحث في بيان الأدوات التي يمكن من خلالها حماية الغير.

منهجية البحث.

اتبع الباحث في دراسته هذه المنهجين الآتيين:

١- **المنهج التحليلي:** وذلك بتحليل النصوص للوصول إلى تأصيل فكرة حماية الغير.
٢- **المنهج الاستنباطي:** وذلك باستنباط أدوات حماية الغير من أحكام الفقه الإسلامي، إذ لم ينص عليها.

الدراسات السابقة.

ليس هناك أبحاث بحثت المسألة بشكل تأصيلي من الجوانب الفقهية، حيث كان يتم الحديث عن حماية الغير ضمن السياق القانوني، وغالبا ما يتم ربط المصطلح بحسن النية على سبيل الحصر، ويعد هذا قصوراً، إذ إنّ حماية الغير أعم من ذلك، أو يتم الحديث عن حماية الغير في القوانين الوضعية فحسب مع إغفال الجوانب الفقهية، إلا أنه يمكن القول بأن الدراسة القانونية التي تم الاستئناس بها، والرغبة بالبناء التأصيلي الفقهي عليها هي: **حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، للباحث، حسان مجلي فارس المجالي. وهي رسالة ماجستير غير منشورة في جامعة آل البيت في الأردن، عام ٢٠٠٣م.** وأهم ما يميز هذه الرسالة أنها قارنت بين القانون المدني الأردني وغيره من القوانين كالمصري، وذكرت مفهوم حماية الغير وأهميته، مع طرح أمثلة، وتطبيقات مختلفة، فتكون بذلك حققت إضافة وجمعاً لشتات مسألة حماية الغير من الناحية القانونية.

واقتصرت الرسالة على الجانب القانوني المقارن، وأغفلت الجانب الفقهي التأصيلي بحكم تخصص الباحث وإطار بحثه القانوني، واقتصرت الدراسة المذكورة على التطبيقات التي ذكرها القانون؛ مما يدفع إلى العمل على تناول الموضوع بصياغة فقهية، والعمل على تأطيره من الجانب الفقهي.

المخطط العام للبحث.

المبحث الأول: مفهوم حماية الغير وأدلة مشروعيتها.
المبحث الثاني: مقومات حماية الغير في عقود المعاملات المالية وشروطها.
المبحث الثالث: أدوات حماية الغير في عقود المعاوضات المالية.

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

المبحث الأول:
مفهوم حماية الغير وأدلة مشروعيتها.

لبيان مفهوم مبدأ حماية الغير وأدلة مشروعيته، تم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم حماية الغير.

لبيان مفهوم حماية الغير لا بد من الوقوف أولاً على مفهوم كل من (الحماية) و(الغير) بشكل منفرد، ثم بيانه بوصفه مركباً إضافياً، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الحماية.

أولاً: الحماية لغةً: هي مصدر حمى، فحماه أي: منعه ودفع عنه[١]، فجعله محظوراً لا يُقرب[٢]، فهو حميٌ أي: ممنوع[٣]، ومحمي من البشر[٤]، فالحماية تعني: توفير المنعة، والدفاع عن أمر ما، أو حق ما يجعله محظوراً لا يُقرب مما قد يناله من الشر، والأذى، والضر، والانتقاص.

ثانياً: الحماية اصطلاحاً: لم يعّرف الفقهاء مصطلح الحماية كمصطلح خاص بمسألة ما، إلا أنهم استخدموا كلمة حماية في موضوعات عدة، وكان المراد منها يدور حول الحفظ، والمنع، والتأمين، وما هو مرادف لذلك[٥]، وهو بذلك لا يخرج عن استخدام المعنى اللغوي.

ولذا، فإنه يمكن صياغة تعريف الحماية من خلال معناها اللغوي، وبما يتناسب معه: بأنها حفظ الحق ومنع التعدي عليه.

أما في القانون: فقد وردت تعريفات عدة للحماية منها: الحماية بمعنى: المنع والوقاية[٦]، وعرفت الحماية أيضاً: "تأمين الحق من التعدي في جميع صوره ممن لا صلة لهم به"[٧].

ويلاحظ بأن التعريف القانوني للحماية بأنها الوقاية لم يخرج عن المعنى اللغوي، ولم يقدم أية إضافة، فبقي في الإطار العام لمفهوم الحماية.

وأما تعريف الحماية بأنها تأمين الحق من التعدي في جميع صوره ممن لا صلة لهم به، فقد كان أكثر دقة وتحديداً في بيانه مفهوم الحماية، إلا أنه حصر من يتم تأمين الحق بسببهم بكونهم ليسوا ذوي صلة، أو سلطة على هذا الحق، وقصر الحماية بهذا الشكل ليس دقيقاً فقد يتم التعدي من قبل من له صلة بالحق، لذلك إذا أردنا أن نرجح هذا التعريف للحماية، لا بد من التعديل عليه بجعله مطلقاً، فيكون التعريف (تأمين الحق من التعدي في جميع صوره). وبذلك يعد هذا التعريف الأنسب في هذا المقام؛ إذ إن المراد هنا تعريف الحماية مجردة عن كل ما قد يقترن بها أو يضاف إليها[٨].

الفرع الثاني: تعريف الغير[٩].

يعد الغير في هذا الموضوع عنصراً جوهرياً وركناً أساسياً؛ لذا كان لا بد من الوقوف على مفهومه.

أولاً: الغير لغة: بمعنى سوى والجمع أغيار، وهي كلمة يوصف بها، ويستثنى، وتكون بمعنى لا، وقد تكون بمعنى ليس[١٠] وهي أداة استثناء مثل (إلا) وتدل على الاختلاف بين شيئين[١١] وتعني: سوى وخلاف[١٢]، أي: أن اللغة تستخدم (غير) للتعبير

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

عن الاستثناء بسوى، والسياق هو الذي يحدد ما الذي يستثنى منه.

ثانياً: الغير اصطلاحاً: الغير كمصطلح في هذه الدراسة هو الذي يتعلق بأثر العقد وليس بحجيته[١٣]، ولذا فإن التعريف المختار للغير سيبنى على فكرة الأثر وليس الحجية، فمفهوم الغير في الفقه التقليدي ينظر إليه من جهتين: من جهة: الأثر الملزم الذي يمثل علاقة التزام تنشأ بين المتعاقدين حيث لا ينصرف هذا الأثر إلى الغير بموجب مبدأ نسبية أثر العقد، والجهة الثانية: هي حجيته التي تعني أن للعقد وجوداً قانونياً يؤدي إلى أن الغير وإن لم يكن طرفاً في العقد، إلا أنه يتأثر به سلباً أو إيجاباً[١٤].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن مصطلح الغير قد يرد في سياقات مختلفة عند الحديث عن موضوعات عدة غير مرادة في هذه الدراسة، وإذا أردنا أن نكون أكثر وضوحاً وتحديداً نقول: إن الغير[١٥] المقصود في هذه الدراسة هو غير المتعاقدين في عقود المعاملات المالية على وجه الخصوص وليس الغير بمعناه العام وهذا ما تسعى الدراسة لتوضيحيه وبيان كيفية حمايته.

الغير في الاصطلاح الفقهي: نجد أن الفقهاء يستعملون مصطلح الغير بمعنى واحد – وهو الآخر أو ما يدل على الاستثناء عند حديثهم عن موضوعات عدة: كالوقف[١٦] والحوالة[١٧] والدعوى[١٨] والرهن[١٩] والنيابة في العبادات كالحج عن الغير[٢٠] وغيرها من الموضوعات التي يصعب حصرها هنا[٢١]. فقد استخدم الفقهاء مصطلح الغير مثلاً عند الحديث عن الخيار لأجنبي في العقود، أو عقد البيع عند الإشارة إلى غير المتعاقدين؛ فنجد أنهم أرادوا بهذا المصطلح: غير المتعاقدين[٢٢] والأجنبي عن العقد[٢٣] وكذلك الآخر[٢٤] أي أنه طرف آخر غير البائع والمشتري فهو أجنبي عن العلاقة العقدية ليس طرفاً فيها ولا صلة له بالعقد.

مناقشة التعريفات.

لم يبوب الفقهاء باباً خاصاً للحديث عن الغير، وإنما جاء الحديث عنه ضمن موضوعات أخرى كالخيار للأجنبي؛ ولذا نجد أن التعريف الفقهي للغير بأنه الأجنبي، أو الآخر ليس تعريفاً متكاملاً بل يعتريه قصور، فإذا ما أردنا تعريف الغير تعريفاً جامعاً مانعاً لا بد من إضافة بعض القيود والضوابط بحيث لا تجعله فضفاضاً عاماً؛ إذ إن وصف الغير بأنه الآخر، أو غير المتعاقد، أو الأجنبي يعطينا عددًا كبيرًا ولا نهائيًا من الأغيار، وبهذا لا يخرج عن إطار اللغة، إلا أننا لا نستطيع الإنكار بأن للفقهاء الفضل في الإشارة إلى ذلك، مع الحاجة إلى ضبط المصطلح بضوابط أكثر تقييدا.

أما في الاصطلاح القانوني، فقد وردت للغير تعريفات عدة منها:

عرفه خاطر: "أنه الشخص الذي لا يكون طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة"[٢٥]. أما جمعة فقد عرفه بأنه: "الأجنبي عن الوضع المكون للظاهر"[٢٦]. وذكرت العمايرة بأنه: " الشخص الذي لا يملك سلطة تعديل العقد وإنهائه رضائياً أو قضائياً"[٢٧]. وأيضا عرفه السعدي فقال: "الغير هو الذي لا يمكن أن ينصرف إليه أثر العقد حقاً كان، أو التزاماً، وهو الشخص الذي لا تتوافر فيه صفة المتعاقد، أو صفة الخلف"[٢٨].

وعرفه سرحان: "شخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه أثر قانوني معين فيعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأثر"[٢٩].

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

وعرفته رسلان فقالت بأن الغير: هو كل ما عدا الأطراف في التصرف، أوهو على وجه التحديد من لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم اليه[٣٠].

مناقشة التعريفات القانونية.

تعريف خاطر بأنه أجنبي تماما عن العقد وأنه ليس طرفا، ولا ممثلا فيه أو أسهم في قيامه يتصف بالدقة والتحديد لكنه يكون أكثر دقة لو استبدل قيد "لا أصالة ولا نيابة" بـ"لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم إليه"، وأما حصر جمعة حماية الغير بالوضع الظاهر فيعد من قبيل تعريف الشيء بأحد أجزائه وهذا ليس شاملاً، وتضمن تعريف العمايرة أن الغير من لا يملك سلطة تعديل العقد، وكأنه يتضمن إشارة إلى أن الغير هو غير طرفي العقد، فالعاقد هو وحده من يملك إنهاء العقد وذلك قد يكون رضائيا أو قضائيا، إلا أن ضبط الغير بإنهاء وتعديل العقد، يعد ربطاً ضعيفاً لا يمكن اطراده؛ ففي بعض الأحيان قد لا يملك أحد الطرفين سلطة تعديل العقد، فهل يعني ذلك أنه أصبح غيراً وليس طرفاً؟ ولذلك نجد أن التعريف غير دقيق، وقاصر. وأما تعريف السعدي فيتسم بالإطالة، وينقصه حسن الصياغة كما أنه يشير إلى مبدأ نسبية أثر العقد ولا داعي لذكر ذلك في التعريف. وتعريف سرحان للغير بأنه شخص تقضي المبادئ القانونية بحمايته، وإن كان فيه شيء من الصحة، إلاّ أنه لا يمكن تعميم ذلك.

فنجد أن تعريف نبيلة رسلان هو من أقوى التعريفات القانونية، حيث ذكرت أن الغير: (هو كل ما عدا الأطراف في التصرف أو هو على وجه التحديد من لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم إليه)؛ حيث إنه جمع بين كونه ليس طرفا، ولم تنصرف إرادته إلى إنشاء التصرف مما يجعل وصف الغير منطبقا عليه بدقة تامة.

فترجح أن الغير: هو كل ما عدا الأطراف في التصرف أي من لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم إليه[٣١].

الفرع الثالث: تعريف حماية الغير اصطلاحاً بوصفه مركباً إضافياً.

إذا ما تتبعنا المؤلفات الفقهية نجد أنها لم تصرح بهذا المصطلح، إلا أنّ عموم الأدلة الشرعية، والمقاصد العامة في الشريعة الإسلامية تشير إلى ماهية الحماية، ولذا فإننا سنذكر الناحية القانونية للمصطلح، ثم تأتي صياغة التعريف من الناحية الفقهية.

فمن مفاهيم حماية الغير في الاصطلاح القانوني ما ذكره المجالي، حيث بين أن المقصود بالحماية التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث لا يهدر حق الغير، وذلك عندما يوجد حق آخر يوازيه، أو أقوى منه، حيث يكون مركز الغير حسن النية[٣٢] في مواجهة صاحب الحق الذي لا يعدو كونه مالكا للمال في محل التصرف الذي اكتسب عليه الغير حقا أو دائنا لمالك هذا المال، وهذه المواجهة بين الغير وصاحب الحق تستوجب المفاضلة بينهما لصالح الغير وفقاً لشروط معينة[٣٣]، وعلى الرغم من أن حق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي لا يقوى بحسب الأصل على مزاحمة مركز صاحب الحق القانوني؛ لأن الحقوق التي اكتسبها ناشئة عن أوضاع قانونية شاذة[٣٤] الأمر الذي يجعل حق الغير بالنسبة إلى الأصول القانونية مهددًا بعدم الاعتراف إلا أن التشريعات الأردنية، والتشريعات المدنية المقارنة أتاحت حسمه لصالح الغير حسن النية إذا توافرت شروط ومميزات ترجح حسم التنازع لصالحه[٣٥].

ويظهر ذلك في القانون المدني الأردني في حالة صدور تصرف للغير حسن النية من الوكيل الظاهر[٣٦] أو المالك

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2 6

الظاهر[٣٧] والاعتراف بأثر التصرف الصادر للغير حسن النية من شخص غير مخول قانونا، أو لا يملك سندا بإجرائها فيمكن للغير الاحتجاج بأثر التصرف في مواجهة الأصيل[٣٨].

وإن كان تصرف الوكيل الظاهر ينطبق عليه تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي وهو الذي يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي[٣٩]، فهو ليس بوكيل عن الأصيل حقيقة[٤٠]، إلا أن تطبيق مبدأ حماية الغير يختلف في كلا الصورتين؛ ففي تصرف الوكيل الظاهر تكون الحماية للغير المتعامل مع الوكيل الظاهر بإعمال أثر التصرف بينهما بالشروط المقررة قانوناً، بينما في تصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي تكون الحماية للمالك الحقيقي الذي تصرف الفضولي بماله فهو يمثل غيراً بالنسبة لتصرف الفضولي مع المشتري مثلاً، فيُحمى المالك الحقيقي للمال بوقف التصرف على إجازته كما هو الحال عند الحنفية[٤١] والمالكية[٤٢] والشافعي في القديم[٤٣] والحنابلة في رواية[٤٤] أو بإبطال العقد كما هو الحال عند الشافعي في الجديد[٤٥]، والحنابلة في المذهب عندهم[٤٦].

وعرف سرحان حماية الغير: إعمال أثر التصرفات التي أجراها ممثل الشركة سواء كان مديرا، أو رئيسا لمجلس الإدارة، أو أحد الوكلاء عنها، أو الموظفين فيها، وإلزام الشركة بها، ولو كان من يمثل الشركة فيها لا يملك سلطة التصرف نيابة عنها، أو كان التصرف صادراً بالتجاوز لسلطة مصدره، أو لم تستكمل شركته الإجراءات المقررة قانونا[٤٧].

ومن المفاهيم لحماية الغير أيضاً ما ذكرته رسلان: حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير ذلك[٤٨].

مناقشة التعريفات القانونية:

نجد أن تعريف المجالي كان دقيقا ومعبرا عن ماهية الحماية، وحاول بيان قوام فكرة الحماية إلا أنه لم يصغه على هيئة تعريف جامع مانع، واستطرد في التركيز على بيان فكرة التنازع بين المراكز القانونية، وحصر الحماية بكلمة التوفيق يعتريه شيء من القصور، فقد لا تكون الحماية في مصلحة الطرفين بل بأحدهما فقط، إلا أنه لا يمكن إنكار فضل ما ذكره في توضيح فكرة الحماية، وفتح الطريق وإنارته للباحثين، والراغبين في التوسع في هذا المجال من الناحيتين القانونية والفقهية.

أما تعريف سرحان، فقد كان مقصورا على حماية الغير حسن النية المتعامل مع الشركة التجارية، وركز على أساس واحد للحماية، وهو الوضع الظاهر وهذا يعد قصوراً، إلا أنه قد يتضمن إشارة إلى ماهية الحماية تُستنتج من خلال التعريف.

والمختار من التعريفات هو ما ذكرته رسلان؛ لأنه يجمع بين ماهية الحماية، وتعلقها بالغير، بقولها: حظر امتداد، أي منع إلزام الغير بأثر سلبي لعقد لم تتجه إرادته إلى إنشائه، ولم يكن راضياً بهذا الأثر.

تعريف حماية الغير في الفقه الإسلامي:

محور حماية الغير في الفقه الإسلامي يدور حول حماية غير المتعاقدين إذا تأثر الغير سلباً بآثار العقد، وتكون الحماية بأدوات مختلفة فأحياناً تكون بفسخ العقد؛ كما في الشفعة؛ حيث يفسخ عقد البائع والمشتري، وينشأ عقد جديد بين البائع والشفيع[٤٩] حماية للشفيع من الضرر الناجم من العقد الأول، أو بتصحيح العقد الفاسد، كما لو انتقل المبيع بعقد صحيح إلى شخص ثالث، فيحكم بصحة العقد الفاسد الذي كان واجب الفسخ لفساده؛ حماية للشخص الثالث الذي

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

يتضرر من إعمال أثر الفساد، أو بأية أداة من أدوات حماية الغير إذا كان هناك موجب للتمسك بهذه الحماية تحقيقاً للعدالة، أو لاستقرار التعامل والعقود بين الناس، أي أنها تأمين حق الغير بإحدى أدوات الحماية.

وعليه فإن مفهوم حماية الغير في الفقه الإسلامي: درء مفسدة راجحة تلحق بغير المتعاقدين إذا تأثر سلباً بالعقد الذي لم ترتضِ إرادته انصراف أثره إليه.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية حماية الغير في عقود المعاملات المالية.

يستدل لمشروعية حماية الغير بجملة من الأدلة فيما يأتي أبرزها:

١) قال تعالى: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾[البقرة: ١٨٨].

وجه الدلالة: تدل الآية على عدم جواز أكل أموال الناس بغير حق[٥٠]، فيدخل في عمومها حماية حق الغير وعدم جواز أكله بالباطل.

٢) عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)[٥١].

وجه الدلالة: يدل الحديث على تحريم الضرر[٥٢]، ومن هنا وجب دفع الضرر الواقع على الغير[٥٣] وحمايته، ومبدأ حماية الغير ما هو إلا تطبيق لمبدأ إزالة الضرر.

٣) الاستدلال بإثبات حق الشفعة[٥٤]، فقد شُرعت الشفعة حماية لمن ثبت له الحق فيها؛ دفعاً للضرر عنه[٥٥]، والشفيع يعتبر غيرا بالنسبة للعقد بين البائع والمشتري، فيكون الأخذ بالشفعة تقريرا لمبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية.

٤) المقاصد الشرعية: ويفهم منها أن الشريعة الإسلامية تقصد إلى حماية حق الغير، ويدل لذلك جملة أمور منها:

أ. إن حماية الغير تعد صورة من صور المحافظة على حقوق الناس ومصالحهم: فالمصلحة تقتضي وجود هذا الحكم، والشريعة تقترن دائماً بالمصالح الغالبة فتكون الشريعة داعية لذلك.

ب. إن الأصل في جميع العقود هو العدل الذي بعث الله تعالى به الرسل وأنزل به الكتب، وحماية الغير فيه تحقيق للعدل وإخراجه من دائرة المتعاقدين إلى كل من يرتبط بالعقد بعلاقة وإن لم تكن مباشرة.

ج. إن من المقاصد التي جاءت الشريعة الإسلامية بحفظها، مقصد حفظ المال على مالكه، وحماية الغير في عقود المعاملات المالية تقرير لهذا المبدأ.

المبحث الثاني:
مقومات حماية الغير في عقود المعاملات المالية وشروطها.

جاء هذا المبحث في مطلبين؛ الأول: في بيان المقومات. والثاني: في شروط إعمال مبدأ الحماية، وذلك على النحو الآتي:

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2 8

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

المطلب الأول: مقومات حماية الغير في العقود والمعاملات المالية.

لا يتصور مبدأ حماية الغير إلا بتوافر العناصر والمقومات الآتية:

أولاً: العاقدان.

وهما شخصان يتمتعان بالأهلية يرغبان في إنشاء العقد، فالعاقد هو من يقوم بإبرام العقد، وتقتصر آثار العقد عليه، وعلى الخلف في الحدود التي نص عليها القانون(٥٦).

وأطراف العقد هما المتعاقدان وخلفاؤهما في أحوال معينة وبشروط خاصة، فالخلف العام تنصرف إليه الحقوق الناشئة عن عقود مورثه دون الالتزامات، أما الدائن فقد اختلفت الآراء حول اعتباره طرفاً في العقد، أم من الغير؛ ذلك أنّ حقوقه تتأثر بما تحدثه العقود التي يبرمها مدينه من زيادة، أو نقص في ذمته المالية التي تشكل ضماناً عاماً لديونه، إلا أنّ آثار هذه العقود لا تنتقل إليه، والراجح هو اعتباره من الغير(٥٧).

ومن خلال ما سبق، فإنّ العاقد هو من انصرفت إرادته إلى إنشاء التصرف أو العقد وتكون الآثار منصرفة إليه.

ثانياً: الغير المراد حمايته.

إن إطلاق وصف الغير على شخص ما، لا يعني أنّ أثر العقد لا ينصرف إليه مطلقاً، وإنمّا يعني ذلك أنّ أثر العقد لا ينصرف إليه بصورة مباشرة؛ فالمتعاقد ينصرف إليه أثر العقد مباشرة وتلقائيا وبموجب العقد ذاته، أما الغير فإنّ أثر العقد إذا انصرف إليه فإنّ ذلك لا يتم إلا بوجود وسيلة قانونية أخرى إلى جانب العقد، وهذه الوسيلة إمّا أنّ تكون إرادية، أو موضوعية(٥٨).

ثالثاً: العلاقة الموجبة لحماية الغير.

ليس كل غير تجب حمايته وإن كان متضرر من العقد، فلا بد من وجود علاقة توجب له الحماية بحيث يتعلق حقه المراد حمايته بمحل العقد، سواء أكانت العلاقة عقدية أم غير عقدية، وفيما يأتي بيان لكلا الصورتين:

الأولى: تعلق حق الغير بمحل العقد بموجب علاقة عقدية، كمن اشترى سلعة بعقد فاسد، ثم باعها لشخص ثالث بعقد صحيح، فالشخص الثالث والذي يمثل غيراً بالنسبة للعقد الفاسد تعلق حقه بمحل العقد بموجب العقد الصحيح الذي اشترى به السلعة، فتكون العلاقة الموجبة لحمايته علاقة عقدية.

الثانية: تعلق حق الغير بمحل العقد بموجب علاقة غير عقدية، وذلك كأن يوصي شخص لأحد ورثته بمال معين، فسائر الورثة يتعلق حقهم بمحل عقد الوصية باعتبار أن هذا المحل سيؤول إليهم ميراثاً، فعلاقتهم بمحل عقد الوصية ليست علاقة عقدية.

رابعاً: محل العقد الذي تعلق به حق الغير.

تعلق حق الغير بالمحل: هو وجود حق ثابت شرعاً لغير العاقد في محل العقد، وتعلق حق الغير على ثلاثة أوجه(٥٩):

١- أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه كبيع ملك الغير، وتبرع المريض مرض الموت بما يزيد على ثلث أمواله.

Published by Arab Journals Platform, 2021

٢- أن يكون حق الغير متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كتصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر بحقوق الدائنين.

٣- أن يكون حق الغير متعلقاً بصلاحية التصرف نفسه، لا بالمحل المعقود عليه، كتصرف ناقص الأهلية المحجور عليه حجرا شرعياً، كالصغير المميز، أو حجراً قضائياً، كالسفيه؛ لأن حق التصرف لنائبه، فإذا تصرف ناقص الأهلية دون إذن نائبه كان متجاوزاً على حق هذا النائب وصلاحياته.

وموضوع البحث يتركز في كون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه، أو ماليته، وليس صلاحية الغير؛ إذ إن التجاوز على صلاحية الغير هنا ينصب به الضرر على المتصرف نفسه (ناقص الأهلية)، وليس على الغير صاحب الصلاحية. أما في تعلق الحق بعين المحل، أو ماليته فالضرر ينصب على الغير.

خامساً: مفسدة تلحق بالغير.

الشريعة الإسلامية قائمة على درء المفاسد وجلب المصالح[٦٠]، وهذا يجري على العقود؛ لأنها إنما شرعت لجلب المصالح والمنافع، ودرء المفاسد والمضار، ولأنها حين يصوغها المتعاقدون بينهم لا يريدون منها إلا غاياتها، بتحقيق مقاصدهم عن طريقها[٦١]، إلا أنه إذا دار الأمر بين درء المفسدة وجلب المصلحة كان درء المفسدة هو الأولى بالاعتبار[٦٢]، وبالتالي إذا نجم عن العقد مفسدة بأحد العاقدين أو غيرهما وجب دفعها.

وعليه، لا بد من حماية الغير من الضرر الذي يلحقه نتيجة تنفيذ العقد، ويمس حقوقه بما يتنافى مع العدالة التي تسعى إليها الشريعة الإسلامية، إذ ليس من العدالة أن يتأثر الغير بعقد لم تتجه إرادته إليه، ولم يرغب بإنشائه بحيث يكون الأثر الذي لحقه سلبيًا ويضر به.

ولذا، فإن تطبيق مبدأ حماية الغير يستلزم أن يكون الغير قد تعلق حقه بالمحل بحيث تلحقه مفسدة حتماً من هذا التصرف، وبناء عليه كان لابد من اعتبار هذه المفسدة اللاحقة بالغير من مقومات حماية الغير التي لا تتم الحماية إلا بوجودها.

المطلب الثاني: شروط حماية الغير في عقود المعاملات المالية.

الشرط الأول: أن يكون الغير حسن النية.

ويقصد بمبدأ حسن النية في تكوين العقد الاستناد إلى الثقة الناتجة لدى أحد طرفي العقد بفعل الطرف الآخر، أو الظروف التي أحاطت العملية العقدية. فأي استغلال لها لتحقيق مصلحة طرف على حساب الإضرار بالطرف الآخر، أو أي إخلال بهذه الثقة يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية[٦٣]. فهي حالة نفسية يعتقد صاحبها خطأ أن تصرفه قانوني؛ لذلك يقيم القانون وزناً لهذه الحالة فيحمي صاحبها مما قد يجره عليه خطأ تصرفه مثل صاحب اليد الذي يعتقد أنه تملك العين من مالكها الحقيقي، ومثل من يبني على غير أرضه معتقداً أنها ملك له[٦٤].

أما في إطار حماية الغير فإن حسن النية هي الحالة التي يعتقد بموجبها الغير خطأ بأن موقفه التعاقدي سليم، على أن يكون جهل الغير بعدم سلامة موقفه القانوني في التعاقد له ما يبرره لتوفير حق الحماية له بالخروج عن التطبيق العادي للقواعد القانونية المكسبة للحقوق، وينبغي تلمس الأثر الموضوعي للتحقق من مدى أثر الشواهد والوقائع المادية على نشوء

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

جهل الغير في واقعة معينة، أو ظرف معين دفعه إلى إجراء تصرف أسفر عنه وقوعه موقع التنازع مع صاحب الحق[٦٥].

الشرط الثاني: توافر مقومات حماية الغير.

فلا بد من توافر مقومات حماية الغير في العقود المالية لتنتج الحماية أثرها، والمتمثلة بالأمور الآتية[٦٦]:

١- العاقدان.
٢- الغير المراد حمايته.
٣- العلاقة الموجبة لحماية الغير.
٤- محل العقد الذي تعلق به حق الغير.
٥- مفسدة تلحق بالغير.

فإذا وجدت هذه المقومات بالإضافة إلى حسن النية، استدعى ذلك، واستوجب تطبيق مبدأ حماية الغير بأدواته المناسبة وفقاً للحالة التي تتطلب الحماية ووفقاً للغير الذي يفتقر إليها وذلك تطبيقاً للعدالة، ولاستقرار التعامل بين الناس، وحفظاً للحقوق والمصالح.

المبحث الثالث:
أدوات حماية الغير في عقود المعاملات المالية.

يقصد بأدوات حماية الغير الوسائل والحلول التي تستخدم من قبل الشرع والقانون؛ لحماية الغير الذي يتعامل بحسن نية من لحوق المفسدة به، لتتم رعاية مصلحته وفق مقتضيات العدالة، وإن هذه الأدوات ليست مستجدة، أو مقتصرة على موضوع الحماية، بل هي من حيث الأصل موجودة وقائمة بذاتها إذا وجدت مقتضياتها، ومن إحدى هذه المقتضايات حماية الغير، فالحديث هنا ليس لبيان المقصود بكل منها لذاته تفصيلاً وإثباتاً، وإنما الهدف هو بيان كيفية توظيف هذه الأدوات بما يخدم ويحقق حماية الغير مع بيان تطبيقاتها.

المطلب الأول: حماية الغير بتصحيح العقد الفاسد[٦٧].

عند تخصيص التصحيح بالعقود يقصد به: "زوال البطلان أو التهديد به بوسائل تستند إلى إرادة المشرع يترتب عليها الإبقاء على العقد مصححاً بأثر رجعي"[٦٨]. وعرفه القرالة في نطاق التصرفات الفاسدة بأنه: " رفع ممكن لمفسد تصرف حقيقة أو حكماً"[٦٩]. والتعريف الأول تضمن عموم أنواع العقود الصحيحة والباطلة والقابلة للإبطال والفاسدة مما يجعل ضابط التصحيح فيها مجرد صيانة العقد عن الإلغاء، لذا لا يمكن القول بأن هذا تصحيح للعقد، فمثلاً العقد الموقوف هو عقد صحيح لكنه غير نافذ، متوقف في ذلك على الإجازة فلا يمكن تسمية إجازته تصحيحاً، فهو منذ انعقاده انعقد صحيحاً، فلا يكون هناك مزيد فائدة من تسمية إجازته تصحيحاً.

أما تعريف القرالة فينسجم مع الفكرة التي أشار إليها الحنفية عند الحديث عن العقد الفاسد ورفع الفساد عنه، ولكن ينتقد هذا التعريف بأنه أشار إلى طرق التصحيح، أو وسائله بعبارة حقيقة، أو حكماً في التعريف، ولا ينبغي الإشارة إلى الوسائل في التعريف. وبالتالي يمكن تعريف تصحيح العقد بالاستناد إلى تعريف القرالة بأنه: "رفع ممكن لمفسد عقد".

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

وعدم المشروعية قد تتعلق بأصل العقد أو وصفه[٧٠]، فإن تعلقت بأصله كان باطلاً، وإن تعلقت بوصفه كان فاسداً عند الحنفية[٧١]، أما جمهور الفقهاء من المالكية[٧٢]، والشافعية[٧٣]، والحنابلة[٧٤]، لا يفرقون بين العقد الباطل والفاسد، فهما سواء.

والعقد الباطل لا يترتب عليه أثر قبل القبض أو بعده، وإذا نفذ وجب رفعه[٧٥]، وأما الفاسد عند الحنفية فإنه يفيد الملك بالقبض[٧٦]، إلا أنه وإن أفاد الملك لكن لا يفيد تمامه؛ إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن، ولكل منهما الفسخ بل يجب عليهما[٧٧]، الفسخ رفعاً للفساد.

ومع أن العقد الفاسد واجب الفسخ إلا أنه من الممكن تصحيحه وإمضائه بإسقاط المفسد مثلاً[٧٨]، والتصحيح للعقد الفاسد قد يستخدم أداة لحماية غير المتعاقدين، إذا تعلق حق الغير بمحل العقد بانتقال ملكيته إليه[٧٩]، وهذه الحماية تعمل على تحقيق العدالة، وحفظ الحقوق، واستقرار المعاملات المالية بين الناس، حيث ذهب الحنفية[٨٠] والمالكية[٨١] إلى أن المشتري إذا قبض المبيع بالعقد الفاسد ونقل ملكيته إلى شخص آخر بعقد صحيح، امتنع فسخ العقد الفاسد؛ واسترداد المبيع من يد المشتري الجديد.

ويتصور إعمال حماية الغير في العقد الفاسد بوجود ثلاثة أطراف؛ العاقدان في العقد الفاسد، ومن انتقلت له الملكية في العقد الجديد والذي يمثل الغير في هذه العلاقة الثلاثية. والمشتري في العقد الفاسد قد أسقط حقه في فسخ العقد الفاسد بإخراج محل العقد من ملكه بعد قبضه، فبقي طرفان يتنازعان محل العقد، البائع في العقد الفاسد إذ له ولاية الفسخ، واسترداد محل العقد، والغير الذي انتقلت له الملكية بعقد صحيح، فإذا غُلب جانب البائع في العقد الفاسد بإثبات حق الفسخ واسترجاع محل العقد، يترتب على هذا إهدار مبدأ حماية الغير، وإذا غُلب جانب الغير، بتصحيح العقد الفاسد، وإثبات يده على محل العقد الذي قبضه، يكون في هذا إعمالاً لمبدأ حماية الغير. وإن كان مبدأ حماية الغير هو المقرر في الفقه الحنفي إلا أن هذا ليس على إطلاقه، بل لا بد من توافر شرطين لذلك، على النحو الآتي:

الشرط الأول: ألا يقترن حق البائع بفسخ العقد الفاسد بما يضعفه، ويكون ذلك بإذنه للمشتري بقبض محل العقد. وبيان ذلك؛ إن المشتري بالعقد الفاسد لا يملك التصرف بمحل العقد إلا إذا ثبت ملكه فيه، ولا يثبت الملك في العقد الفاسد عند الحنفية إلا بالقبض[٨٢]. ولا يكون القبض معتبراً مفيداً للملك إلا بإذن البائع، فأما إذا كان بغير إذنه فهو كما لو لم يقبض[٨٣]، وبالتالي فإن الإذن المعتبر من البائع للمشتري بقبض محل العقد قد أضعف حقه في فسخ العقد الفاسد، فإذا أخرجه المشتري من ملكه بعقد صحيح، سقط حق البائع بالفسخ بالكلية، وأصبح حق الغير أولى بالرعاية والحماية، فيتقرر مبدأ حماية الغير.

الشرط الثاني: أن لا يكون الفساد مقرراً لحماية حق البائع في العقد الفاسد، وبيان هذا الشرط يتضح من خلال عقد المكرَه، حيث إن جمهور الحنفية ألحقوا عقد المكره بالعقود الفاسدة، خلافاً لزفر الذي جعله موقوفاً[٨٤]، ومع أن جمهور الحنفية ألحقوا عقد المكره بالعقود الفاسدة، إلا أنهم لم يقرروا مبدأ حماية الغير فيه كسائر العقود الفاسدة؛ لأن الفساد فيه ثبت حماية لحق العبد وهو المكرَه، وفي غيره من العقود الفاسدة ثبت حماية لحق الشرع، فإذا تعارض حق الغير في الحماية مع حق الشرع، قدم حق الغير وأُعمل مبدأ حماية الغير، أما إذا تعارض حقه في الحماية مع حق العبد كما في حق المكرَه، قدم حق المكره؛ لأن الغير ليس بأولى في الحماية من المكرَه، جاء في الهداية: "لا ينقطع به . أي عقد المكره –حق استرداد البائع وإن تداولته

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2 12

الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البيوع الفاسدة؛ لأن الفساد فيها لحق الشرع، وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته، أما هاهنا– أي في عقد المكره . الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني"[٨٥].

وعند المالكية وإن كانوا لا يفرقون بين العقد الباطل والفاسد، وأن النهي عندهم عن العقد يقتضي فساده، فلا تترتب عليه آثاره، إلا أنهم لا يطردون أصلهم، فيرتبون الملك على العقد الفاسد إذا فات محل العقد بحوالة السوق، أو تلف العين، أو نقصانها، أو تعلق حق الغير[٨٦]، أو خروجه من يد المشتري بالبيع الصحيح مثلاً[٨٧]. فإذا كان العقد متفقاً على فساده وفات محله مضى بالقيمة، وإن كان مختلفاً فيه مضى بالثمن المسمى[٨٨].

يتبين من ذلك أن هنالك متسعاً لحماية الغير في العقود الفاسدة في المذهب المالكي حيث يُعمل هذا المبدأ في حالة فوات محل العقد بانتقال الملك من المشتري إلى الغير بعقد صحيح، أو تعلق حق الغير بالمحل، فيمتنع الفسخ واسترداد محل العقد حماية لحق الغير.

وقد أعمل المالكية مبدأ حسن النية فقالوا: إن المشتري إذا علم بالفساد فباعه بيعا صحيحاً، قبل قبضه، أو بعده، وقصد بالبيع الإفاتة، فإن البيع الأول الفاسد لا يمضي، ولا يفيته البيع الثاني اتفاقا[٨٩]. فيشترط عندهم أن لا يكون المشتري بالبيع الفاسد قاصداً تفويت حق البائع بالفسخ بإخراج محل العقد من ملكه، أو تعليق حق الغير به، معاملة له بنقيض قصده[٩٠].

وهذا بخلاف ما هو مقرر عند الشافعية[٩١]، والحنابلة[٩٢]، إذ لا يصح التصرف بالمقبض بعقد فاسد، والعقد الفاسد واجب الفسخ وإن خرج المبيع من يد المشتري.

أما في القانون المدني الأردني فلم تنص المادة (١٧٠) التي عالجت أحكام العقد الفاسد على حماية الغير في حالة انتقال ملكية محل العقد إليه بعقد صحيح، إلا أن المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أشارت إلى حماية الغير في العقد الفاسد فقد جاء فيها: "فالعقد الفاسد يحمي الغير؛ إذ المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين المشتراة بعد قبضها، كان الغير الذي تصرف له المشتري آمناً أن تسترد العين من يده، وفي هذا حماية كبيرة للغير لا سيما عندما لا تكون هنالك وسائل للإعلان تنبه الغير الذي يعامل المشتري بعقد فاسد إلى فساد عقده على كثرة أسباب الفساد وتنوعها، وقد اقتضت الصياغة الفقهية لتحقق هذا الغرض افتراض ملكية تنتقل إلى المشتري بعقد فاسد، ولكنها ملكية لا تبيح للمشتري أن ينتفع بعين المملوك بل هي ملكية الغرض منها تصحيح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير فتنتقل إلى المشتري ملكية صحيحة تمنع استرداد العين من تحت يده، وذلك بفضل هذه الملكية "الخبيثة" التي انتقلت من البائع إلى المشتري بعقد فاسد"[٩٣].

فجعلت المذكرات الإيضاحية الملكية المترتبة على العقد الفاسد التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (١٧٠)[٩٤] لغرض حماية الغير في العقد الفاسد؛ إذ إنها ملكية خبيثة لا تبيح للمشتري بعقد فاسد الانتفاع بمحل العقد، إلا أنه يمكن نقل ملكية محل العقد بناء عليها إلى طرف ثالث بعقد صحيح، ثم يكون هذا الغير في مأمن من استرداد محل العقد من يده حماية له.

وقد علل بعض شراح القانون هذه الحماية لاستقرار المعاملات وحسن النية[٩٥].

ونصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٧٢) على أنه: "لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد، إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه **أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر**، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو تغير فيها اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصورة"، فالنص صريح على إمضاء العقد الفاسد، وإبطال حق الفسخ إذا انتقلت ملكية محل العقد لشخص ثالث بعقد صحيح.

المطلب الثاني: حماية الغير بوقف العقد على إجازته للعقد.

العقد الموقوف صحيح بأصله ووصفه، ويفيد حكمه لكن ليس على سبيل النفاذ[٩٦]، فينعقد موقوفا على الإجازة، فإن أجيز، نفذ، وإلا لغا[٩٧]. ولانعقاد العقد نافذاً لا بد من توافر شرطين[٩٨]:

الأول: الولاية التامة على التصرف؛ والولاية التامة على التصرف تكون بالأهلية، بأن يكون الشخص بالغاً عاقلاً، أما بمجرد التمييز دون البلوغ تكون الولاية على بعض التصرفات غير تامة كالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي تكون موقوفة.

الثاني: الولاية التامة على محل العقد؛ بأن يكون الشخص مالكاً لمحل العقد، أو نائباً عن المالك، وإذا تعلق حق الغير بمحل العقد، كتعلق حق الراهن بالعين المرهونة، وتعلق حق المستأجر بالعين المؤجرة، كانت الولاية غير تامة أيضاً.

فإذا اختل أحد هذين الشرطين كان العقد موقوفاً[٩٩].

وتعد نظرية وقف العقد من أهم أدوات حماية الغير في العقود. فكل وقف للعقد على إجازة غير العاقدين هو تقرير لحماية هذا الغير من الأثر السلبي الذي يلحق به نتيجة تنفيذ هذا العقد، فيكون نفاذه موقوفاً على رضاه؛ فإن رده يكون قد درء المفسدة المترتبة عليه جراء العقد، وإن أجازه يكون قد تنازل عن حقه في الحماية، ويظهر ذلك جلياً من خلال الفروع الآتية:

أولاً: منع الشرع الوصية للوارث؛ لقوله ﷺ: "لا وصية لوارث"[١٠٠]. فإن أوصى شخص لأحد الورثة، فإن الوصية موقوفة على إجازة باقي الورثة فإن ردوها بطلت، وإن أجازوها نفذت على ما ذهب إليه الحنفية[١٠١]، والمالكية في قول[١٠٢] والشافعية في الأظهر[١٠٣] والحنابلة في الصحيح[١٠٤]؛ لأن امتناع الجواز كان حماية لحقهم لما يلحق بهم[١٠٥]، من تفضيله عليهم بأخذه أكثر مما أثبت له الشرع من الميراث على حساب أنصبتهم. فجُعل عقد الوصية موقوفاً على رضاهم تقريراً لمبدأ الحماية.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بالقول بوقف الوصية للوارث على إجازة الورثة، فنصت الفقرة (ج) من المادة (٢٧٤) على أنه: "لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي".

ثانياً: هبة المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية[١٠٦] والوصية تنفذ في الثلث فما دونه، وما زاد عن الثلث يكون موقوفاً على إجازة الورثة عند الحنفية[١٠٧]، والمالكية[١٠٨] والشافعية في الأظهر[١٠٩] والحنابلة في الراجح[١١٠] وإن كان الأصل في الهبة عدم تقيدها بحد، إلا أنها قيدت بالثلث في مرض الموت؛ اعتباراً بالوصية؛ لأن الورثة تعلق حقهم بالتركة بمرض مورثهم؛ إذ إن مرض الموت مقدمة للموت، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى، وهو الثلث، والمعتبر في الهبة إيجاب الملك للحال فيعتبر فيها حال الواهب وقت العقد، فإذا كان الواهب صحيحا فلا حق لأحد في ماله فيجوز من جميع المال، وإذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله، فلا يجوز إلا في قدر الثلث اعتباراً بالوصية[١١١].

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

وقد نصت المادة (٥٦٥) من القانون المدني الأردني على أنه: "تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية". ونصت المادة (٢٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن: "التصرفات التي تصدر في مرض الموت بقصد التبرع والمحاباة تلحق بالوصية وتسري عليها أحكامها". ونصت الفقرة (ب) من المادة (٢٧٤) على أن: " تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث، أما ما زاد على ذلك فلا تنفذ فيه الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي". فمن مجموع هذه المواد يتبين أن القانون قد جعل الهبة في مرض الموت كحكم الوصية لا تنفذ إلا في الثلث، حماية لحق الورثة.

ثالثاً: إذا باع الراهن الرهن كان عقد البيع موقوفاً على إجازة المرتهن عند الحنفية[١١٢]، والمالكية[١١٣]؛ لأن حق المرتهن تعلق بالعين المرهونة، وفي بيعها، أو إخراجها من ملك الراهن إهداراً لحقه، فيحمى حقه بجعل عقد البيع موقوفاً على إجازته له[١١٤].

وبهذا أخذ القانون المدني الأردني إذ نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٨٦) على أنه: "لا يجوز للراهن أن يتصرف في المرهون حيازياً تصرفاً قابلا للفسخ مثل البيع والإجارة والهبة إلا بقبول المرتهن"؛ لتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، فيعمل على حماية هذا الحق بجعل التصرف بالعين المرهونة منوطاً بموافقته.

فمن مجموع هذه الفروع وغيرها مما جعل الفقهاء حكمها الوقف على إجازة غير المتعاقدين يتبين مدى فاعلية هذه الأداة لحماية الغير في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: حماية الغير بأبطال العقد.

يستخدم إبطال العقد أداة لحماية غير المتعاقدين في بعض الحالات التي يحلق بها ضرر بالغير نتيجة العقد، ويمكن القول: إن هذه الأداة تستخدم في حالتين:

الأولى: مكملة لأداة حماية الغير بوقف العقد على إجازة الغير، حيث متى لحق ضرر بالغير، ولم يكن الغير من أهل الإجازة، أمكن اللجوء إلى إبطال العقد حماية له، حيث ذهب المالكية[١١٥]، والشافعية[١١٦] إلى أن الوصية بما زاد الثلث تبطل إذا لم يكن للميت وارث، وترد الزيادة إلى بيت مال المسلمين[١١٧]؛ وكذلك الحال إذا كان الوارث غير أهل للإجازة ولا ترجى أهليته[١١٨] لانعدام المجيز للعقد[١١٩]، حكماً.

الثانية: إذا تعلق حق الغير بمحل العقد، ووجبت له الحماية، أمكن القول بحمايته بإبطال العقد عند من لا يقول بوقفه على إجازة الغير؛ فبيع الرهن دون إذن المرتهن يكون باطلاً عند الشافعية[١٢٠]، والحنابلة[١٢١]، حيث لم يقل المذهبان بوقف العقد على إجازة المرتهن كالحنفية والمالكية[١٢٢]. فكلا الفريقين أقر بمبدأ حماية الغير –وهو المرتهن– في هذه المسألة بما يستقيم مع أصول مذهبهم.

وقد نصت المادة (١٣٣) من القانون المدني الأردني على أن: "التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون"، فإذا خرجت تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام عن الحدود التي رسمها القانون تكون باطلة حماية لمن هم تحت ولايتهم؛ لأنهم ليسوا من أهل الإجازة، فتعين إبطال التصرف في أموالهم حماية لهم متى خرج من يقومون عليهم عن الحدود التي رسمها القانون.

ومن الحدود التي رسمها القانون لتصرفات الأب والجد في مال الصغير ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة (١٢٤)

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

حيث جاء فيها: "الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير، وكان تصرفهما بمثل القيمة، أو بغبن يسير صح العقد ونفذ". فإذا كان تصرفهما بغبن فاحش فإن حكم العقد البطلان حماية لحق الصغير.

المطلب الرابع: حماية الغير بفسخ العقد[١٢٣].

الفسخ حل ارتباط العقد المنعقد لعدم توافر الرضا التام بعد انعقاده، أو لتعذر التزام كان مقرراً بمقتضى العقد، أو لمخالفة شرط فيه[١٢٤]. فالفسخ أمر خطير يهدد العقد، وينهي وجوده مع أثر رجعي؛ مما يهدد استقرار المعاملات، ولذا يجب الاحتراز فيه ما أمكن فيتجه الفقه عموما إلى التضييق في إطار فسخ العقود[١٢٥].

والشرع وإن ضيق في باب فسخ العقود استقراراً للمعاملات، إلا أنه أوجبه أحياناً حماية لحق الشرع كما في العقد الفاسد[١٢٦]، وأثبت الحق به أحياناً أخرى حماية لحق المتعاقدين أو أحدهما كما في العقود الجائزة[١٢٧]، أو العقود اللازمة إذا دخلتها الخيارات[١٢٨]. وفي حالات أخرى أوجبه حماية لحق غير المتعاقدين.

والفسخ حماية لحق الغير يدل عليه حديث عائشة –رضي الله عنها– قالت: "إن أبا بكر الصديق نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة. فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من أحد من الناس أحب إلي غنى منك، ولا أعز الناس علي فقراً من بعدي منك، وإني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه وأحرزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخوك وأختاك فاقسموه على كتاب الله تعالى. فقالت عائشة: والله يا أبت لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية"[١٢٩].

فقد وهب أبو بكر عائشة –رضي الله عنهما– جداد عشرين وسقاً بعقد هبة صحيح، فلو قبضتها لتم الملك لها، فلما مرض ولم تقبضه تعلق به حق الورثة[١٣٠] بدليل قوله ﷺ: "وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخوك وأختاك"؛ ففسخ أبو بكر ﷺ عقد الهبة حماية لحق الورثة، وهم يمثلون غيراً بالنسبة لعقد الهبة بين أبي بكر وعائشة –رضي الله عنهما–.

فهبة أبي بكر الصديق لابنته عائشة –رضي الله عنهما– لم تقبض إلى أن مرض ﷺ فأخذت هبته لها حكم الوصية؛ لأن هبة المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية[١٣١]، وقد منع الشرع الوصية للوارث؛ لقوله ﷺ: "لا وصية لوارث"[١٣٢]. وهذا ما ينسجم مع ما ذهب إليه المالكية في المشهور عندهم[١٣٣] والشافعية في قول[١٣٤] والحنابلة في قول[١٣٥] من بطلان الوصية للوارث، وفي حال إجازتها من قبل الورثة تكون عطية منهم ابتداء لا تنفيذاً للوصية.

وقد نصت المادة (٥٦٥) من القانون المدني الأردني على أنه: "تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية". ونصت المادة (٢٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أن: "التصرفات التي تصدر في مرض الموت بقصد التبرع والمحاباة تلحق بالوصية وتسري عليها أحكامها". إلا أن القانون لم يبطل الوصية في مرض بل جعلها موقوفة على إجازة الورثة، فقد نصت الفقرة (ج) من المادة (٢٧٤) على أنه: "لا تنفذ الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

ومن التطبيقات الفقهية لفسخ العقد حماية للغير ما ذهب إليه الحنفية في الشفعة؛ إذ يرون أن الأخذ بالشفعة قبل قبض المشتري للعين المشفوع فيها يلزم منه فسخ العقد بين البائع والمشتري[١٣٦]؛ وذلك لأن صحة العقد موقوفة على سلامة القبض، وقد بطل القبض، فيبطل البيع، كما أن هلاك المبيع قبل القبض يبطل العقد[١٣٧]، وهذا بخلاف ما إذا أخذت الشفعة بعد قبض المشتري العين المشفوع فيها إذ يرون أن تملك الشفيع بعقد بيع جديد بينه وبين المشتري[١٣٨].

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2 16

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

ولم يفرق القانون المدني الأردني بين الأخذ من يد البائع أو المشتري إذ عدّ الأخذ بالشفعة بيعا جديداً في كل الأحوال، إذ نصت المادة (١١٦٥) على أن: "تملك العقار المشفوع قضاء أو رضاء يعتبر شراء جديداً يثبت به خيار الرؤية والعيب للشفيع وإن تنازل المشتري عنهما".

ومن التطبيقات القانونية لهذه الأداة في حماية الغير ما جاء في المادة (١٤٩) من القانون المدني الأردني: "لا يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير إلا في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة". فجعل القانون حكم العقد الذي تضمن غبنا فاحشاً وإن لم يقترن به تغرير الفسخ حماية لهذه الجهات الثلاث؛ المحجور، الوقف، الدولة؛ إذ لا مجيز للعقد في هذه الحالات الثلاث مع وجود الغبن الفاحش؛ فالمحجور ليس أهلا للإجازة، ولا يتصور المجيز في مال الوقف والدولة.

المطلب الخامس: حماية الغير بمنع إعمال الأثر الرجعي للبطلان في مواجهة الغير.

يعد مفهوم الأثر الرجعي مفهوماً حديثاً حيث لم يكن معروفاً عند الفقهاء، وإنما هو وليد الصناعة القانونية، لكن ثمة اصطلاحات تدل عليه في الفقه كالانعطاف[١٣٩] مثلاً. ويقصد بالأثر الرجعي "امتداد أثر الحكم الثابت عند تمام علته إلى وقت ابتداء انعقادها، أو قيام محلها"[١٤٠].

وتتضح هذه الأداة لحماية الغير في العقود الجائزة كالشركة والمضاربة؛ فإذا وقع العقد باطلاً، وبعد التعامل مع الغير بعقود صحيحة، تبين بطلانها، فهل تبطل هذه العقود مع الغير بأثر رجعي استنادا إلى قاعدة "ما بني على باطل فهو باطل "[١٤١]، أم يحكم بصحتها رغم أنها بنيت على عقود باطلة؟ فيتقرر بذلك مبدأ حماية الغير.

جاء في المنثور للزركشي: "العقود الفاسدة ... الجائزة كالشركة والوكالة والمضاربة؛ ففاسدها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن"[١٤٢]، ومثله في قواعد ابن رجب: "العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة ... إن إفسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن"[١٤٣]، ونص الشافعية على صحة تصرفات أحد الشريكين رغم بطلان عقد الشركة[١٤٤]. والحنابلة في باب المضاربة على صحة تصرفات المضارب في المضاربة الفاسدة[١٤٥]. ويقول الخياط: " وإذا كانت الشركة قد باشرت أعمالاً مع كونها باطلة، فيجب أن يعاد الوضع إلى ما كان عليه قبل مباشرة العمل، وعلى الشركاء الذين تصرفوا أن يتحملوا نتيجة تصرفاتهم، ويوفوا ما على الشركة من التزامات"[١٤٦].

وعدم إبطال تصرف الشريك مع الغير رغم بطلان الشركة يستند إلى الإذن الذي تتضمنه الشركة (١٤٧)، أو المضاربة فإذا بطلت الشركة، أو المضاربة فإن الإذن يبقى قائماً صحيحاً. وفي هذا تقرير لحق حماية الغير المتعامل مع الشركة، أو المضاربة الباطلة، بحيث لا يمتد أثر البطلان إلى عقده.

ومن التطبيقات القانونية لهذه الأداة في حماية الغير الشركة الفعلية، وهي التي لم تراع في تأسيسها القواعد القانونية "[١٤٨]. فهي شركة غير قانونية لمخالفتها أحكام القانون[١٤٩]، ويتمثل الأثر الرجعي للبطلان فيها بإزالة آثار العقد بين الشركاء، وردهم إلى حالتهم التي كانوا عليها قبل العقد، وإعادة الحصص إلى الشركاء، وآثار البطلان ستمتد لتشمل العقود بين الشركة والغير؛ لأن الشركة نشأت عن عقد باطل، وما بني على باطل فهو باطل[١٥٠]. إلا أنه إذا أردنا الحكم بتطبيق آثار البطلان بأثر رجعي أدى ذلك إلى اضطراب المعاملات، والإضرار بالآخرين المتعاملين مع الشركة بحسن نية، فيرى القانون أن مقتضى العدالة أن تعتبر هذه الشركات قائمة فعلا وواقعا[١٥١]. فيتم إعمال العقد الذي تعامل به الغير مع

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

الشركة سواء أكانت مدينة أم دائنة، وتتم تسوية حقوق الشركاء فيها فيما بينهم باسترداد كل شريك حصته في رأسمالها، وإذا وجدت أرباح فتوزع بينهم بنسبة حصصهم في رأسمالها، وفي حالة الخسائر أيضاً توزع الخسائر على هذا الأساس بين الشركاء، ولا تعاد الأرباح التي سبق توزيعها؛ لأن الشركة صحيحة في الماضي بالنسبة للغير بالفترة الواقعة قبل تسجيل الشركة حماية لمصلحة الغير، فعدم إعمال الأثر الرجعي للبطلان هو وسيلة الحماية التي يتمسك بها الغير لضمان حقه، واعتدادا بحسن نيته أثناء تعاقده مع هذه الشركة التي تخلفت عن التسجيل(١٥٢).

المطلب السادس: حماية الغير بمنع إعمال أثر الفسخ.

فسخ العقد بحكم الاتفاق أو القانون يعاد فيه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، وينحل العقد بأثر رجعي سواء فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة إلى الغير وذلك فيما عدا العقود الزمنية(١٥٣).

ويبين ابن رجب أن التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا يلحق بأحد المتعاقدين، أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لا يجوز، ولا ينفذ إلا إن أمكن استدراك الضرر بضمان، أو نحوه فيجوز في هذه الحالة(١٥٤). ففي العقود الجائزة التي يصح فيها الانفراد بفسخ العقد كالوكالة مثلاً، يجب توفير حماية للغير الذي تعامل معه الوكيل بحيث لا يتضرر نتيجة الفسخ، وبالتالي لا بد من الاعتراف بالتصرف الذي تم إجراؤه بعد العزل، ومنع إعمال أثر الفسخ قبل العلم به.

وقد قرر الحنفية شرطين لنفاذ فسخ الوكالة:

الأول: علم الموكل بالفسخ، فإذا فسخ الموكل الوكالة فإن أثر الفسخ لا ينفذ، وتصرف الوكيل نافذ إلا أن يعلم بالفسخ(١٥٥). وهو قول عند المالكية(١٥٦) وقول عند الشافعية في مقابل الأصح(١٥٧)، ورواية عند الحنابلة في مقابل المذهب(١٥٨). وإن كان هذا الشرط تقريراً لحماية أحد طرفي العقد وهو الوكيل، إلا أنه يتفرع عنه حماية للغير الذي تعامل معه الوكيل، فنفاذ تصرف الوكيل، وإبطال أثر الفسخ في حقه إلى أن يعلم بالفسخ فيه حماية للغير، واستقراراً لمعاملاته.

وهذا ما قررته المادة (١١٤) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصيل أو خلفائه". حيث يؤخذ من نص المادة بأن أثر فسخ الوكالة . التي هي صورة من صور الإنابة . يمنع إعماله ما لم يتم العلم به من طرفي العقد؛ فينعقد العقد وتضاف آثاره إلى الأصيل، أو خلفائه في حال كان الفسخ بسبب موت الأصيل، وفي هذا حماية للشخص المتعاقد مع الوكيل.

الثاني: أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير؛ فإذا تعلق بها حق الغير فلا يصح الفسخ بغير رضا صاحب الحق(١٥٩). كالوكالة بالخصومة بالتماس من المدعي عند غيبة المدعى عليه، فإن الموكل (المدعى عليه) لا يملك عزل الوكيل في هذه الحالة؛ لأنه إنما خلي سبيله اعتمادا على أن المدعي يتمكن من إثبات حقه متى شاء، فلو جاز عزل الوكيل بالخصومة؛ لتضرر به المدعي عند اختفاء المدعى عليه؛ لما فيه من إبطال حقه، بخلاف ما إذا كان المدعى عليه حاضراً، أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب، أو كانت من جهته؛ لتمكنه من الخصومة مع المدعى عليه في الوجه الأول، ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني؛ إذ هو لم يطلب. وفي الوجه الثالث العزل إلى المدعي وهو صاحب الحق فله أن يعزله، ويباشر الخصومة بنفسه، وله أن يترك الخصومة بالكلية(١٦٠).

وقد جاء في المادة (٨٦٣) بأن: "للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير، أو كانت قد صدرت

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

لصالح الوكيل فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها، أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحه"، فقد جعل النص القانوني حق الموكل بفسخ الوكالة موقوفاً على عدم تعلق حق الغير بها، فإذا تعلق حق الغير بها منع إعمال أثر الفسخ حماية لحق الغير الذي تعلق حقه بعقد الوكالة.

يتبين من هذين الشرطين مدى اعتناء الفقه الإسلامي في تقرر مبدأ حماية غير المتعاقدين؛ حيث نص على ذلك صراحة في الشرط الثاني.

الخاتمة.

توصلت الدراسة إلى جملة من **النتائج**، فيما يأتي أهمها:

١) لم يصغ الفقه الإسلامي نظرية عامة لحماية الغير، وإنما عالج العناصر التي يمكن أن تتكون منها هذه النظرية أثناء بحثه في مواضيع عدة متفرقة، ولم يستعمل الفقهاء مصطلح حماية الغير، فتم صياغة مفهوم حماية الغير بأنها: (درء مفسدة راجحة تلحق بغير المتعاقدين، إذا تأثر سلباً بالعقد الذي لم ترتضِ إرادته انصراف أثره إليه).

٢) تقوم حماية الغير في عقود المعاملات على مجموعة من المقومات والعناصر أهمها: العلاقة الموجبة لحماية الغير، والمفسدة التي تلحق الغير نتيجة تنفيذ العقد.

٣) لا بد أن يكون الغير المراد حمايته حسن النية؛ لتتم حمايته من آثار العقد التي قد تُلحق به مفسدة.

٤) يوفر الفقه الإسلامي حماية للغير بأدوات مختلفة، منها:

أ. حماية الغير بتصحيح العقد الفاسد؛ فإذا تم البيع بعقد فاسد، وخرج المبيع المقبوض بإذن البائع من يد المشتري بعقد صحيح، فلا يُسترد المبيع من يد المشتري الجديد حماية له.

ب. وقف العقد على إجازة الغير؛ فإذا تعلق حق الغير بمحل العقد؛ فيوقف العقد على إجازته؛ حماية له، فيكون له فسخه حماية لحقه، أو إجازته تنازل منه عن هذا الحق.

ج. إبطال العقد؛ وحماية الغير بإبطال العقد هي أداة مكملة لأداة وقف العقد، فمتى تعلق حق الغير بمحل العقد، ولم يكن له مجيز، أو كان صاحب الحق غير أهل للإجازة، فإنه يصار إلى حماية الحق بإبطال العقد.

د. فسخ العقد؛ وحماية الغير بفسخ العقد هي أداة مكملة لأداة وقف العقد، فمتى تعلق حق الغير بمحل العقد، وكان العقد في أصله صحيحاً نافذاً، كان للغير التعلق بفسخ العقد حماية لحقه.

هـ. منع أعمال الأثر الرجعي للبطلان؛ فإذا ترتب على إبطال العقد مفسدة تلحق بالغير، فلا يعمل الأثر الرجعي للبطلان في مواجهة الغير؛ حماية له، إذا وجد مبرر لهذه الحماية.

و. منع إعمال أثر الفسخ؛ فإذا ترتب على فسخ العقد مفسدة تلحق بالغير، نتيجة تعلق حقه بهذا العقد، فلا يعمل أثر الفسخ بالنسبة للغير حماية له. والفرق بين هذه الأداة والأداة السابقة، إن التصرف المراد حمايته بمنع إعمال الأثر الرجعي للبطلان يكون سابقا للحكم بالبطلان، أما التصرف المراد حمايته بمنع أثر التصرف للفسخ فيكون لاحقاً للحكم بالفسخ.

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

التوصيات:

١- دراسة موضوع حماية الغير بشكل نظرية متكاملة على أن تقارن بالقوانين الوضعية.

٢- ملاحظة مبدأ حماية الغير في تشريع القوانين، وخاصة تلك المستمدة من الشريعة الإسلامية.

الهوامش.

(١) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت ٧١١هـ)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، ج١٤، ص١٩٨. وأبو فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق: علي شيري، بيروت، دار الفكر، ٢٠٠٥، ج١٩، ص٣٤٣.

(٢) الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج١٤، ص٢٠٠.

(٣) **المرجع السابق**، ج١٤، ص١٩٩.

(٤) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٩، ص٣٤٣.

(٥) محمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، **المبسوط**، دراسة وتحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م، (ط١)، ج٢، ص١٧٠. وأحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي، بيروت، دار الغرب، ١٩٩٤م، (ط١)، ج٥، ص٢٨٧-٢٨٨. وأبو عبد الله بن إدريس الشافعي، **الأم**، تدقيق: أحمد عبيد وعناية، بيروت، دار إحياء التراث العربي،، ٢٠٠٠، (ط١)، م٤، ص١٢٦، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد ابن محمد، المقدسي ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) **المغني شرح مختصر الخرقي**، القاهرة، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨، ج٩، ص٢٩٩. وأبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم (ت ٤٥٦هـ)، **المحلى**، تحقيق: أحمد شاكر، لجنة إحياء التراث، بيروت، دار الجيل ودار الآفاق الجديدة، ج١١، ص٦.

(٦) جيرار كورنو (١٩٩٨)، **معجم المصطلحات القانونية**، ترجمة: منصور القاضي، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات، (ط١)، ص٧٢٥.

(٧) عطوة، حازم حلمي، **حماية حقوق الملكية الفكرية وتأثيرها على التنمية الاقتصادية في البلدان النامية**، ٢٠٠٥م، ص١٦.

(٨) ومما يجدر الإشارة إليه أن للحماية تعريفات عدة وذلك تبعاً لما قد تضاف اليه وتفيد به مثل: حماية الحقوق الفكرية، وحماية المستهلك ... وغيرها، وهذه المصطلحات المتعددة للحماية ليست مقصودة هنا بالدراسة على الرغم من وجود نقاط مشتركة تلتقي عندها التعريفات جميعها، وهذه النقاط هي التي تعبر عن الحماية بصورتها المجردة السابقة الذكر.

(٩) ولا بد من الإشارة إلى أن غير لا تستعمل باللغة إلا مضافة، والأصل عدم جواز دخول أل التعريف عليها فكان ينبغي القول (غير المتعاقدين) إلا أن حماية الغير مصطلح اشتهر استعماله في لغة القانون، ودرجوا على ذلك؛ فصار شائعاً بينهم وإن كان لا يتناسب مع المشهور في اللغة.

(١٠) الزبيدي، **تاج العروس**، م٧، ص٣٣٣، ص٣٣١. وابن منظور، **لسان العرب** م٥، ص٤١، ص٣٩، ص٤٠.

(١١) أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت ٧٧٠هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، ص٤٩٥.

(١٢) أبو الحسين أحمد بن زكريا ابن فارس (ت ٣٩٥) **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، (ط١)، ج٤، ص٤٠٣، ص٤٠٤.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

(١٣) لا بد من التمييز بين أثر العقد و حجيته، فأثر العقد هو الحقوق والالتزامات الناشئة عند العقد على اعتبار أن العقد يمثل اتجاه إرادتين إلى إحداث هذا الأثر. أما الحجية فتمثل الوجود القانوني للعقد لأن الشخص وإن كان غيراً بالنسبة لأثر العقد إلا أنه يمكن أن يتأثر بالعقد تأسيساً على أن هذا العقد واقعة قانونية. (ينظر: صبري حمد خاطر، **الغير عن العقد**، ط١، الأردن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، ٢٠٠١م، ص٣٣٥).

(١٤) خاطر، **الغير عن العقد**، ص٢٤.

(١٥) وسيتم عند الحديث عن مقومات الحماية التوسع في بيان من يعد غيراً، ومن لا يعد غيراً ومن يختلف في اعتباره غيراً، والضابط في ذلك ما سيتم الاصطلاح عليه عند التعريف.

(١٦) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت ٩٢٦هـ) **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، بيروت، دار الكتب العلمية، ضبطه محمد تامر، ٢٠٠١م، ج٥، ص٥٢٢-٥٢٣.

(١٧) ابن قدامة، **المغني**، ج٧، ص٦٢.

(١٨) نظام وآخرون، **الفتاوى الهندية**، ضبطه: عبد اللطيف حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠، (ط١)، ج٤، ص١٩.

(١٩) عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ)، **شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل**، ضبطه: عبد السلام أمين، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٢، (ط١)، ج٥، ص٤١٨.

(٢٠) الشافعي، **الأم**، م٤، ص٢٦٢.

(٢١) ينظر: زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد ابن حسين الطوري (ت بعد ١١٣٨هـ)، دار الكتاب الإسلامي، (ط٢)، ج٦، ص٢٧٢. والدردير، الشرح الكبير، ج١، ص٤٢٠. وشمس الدين محمد الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق: علي معوّض وعادل عبد المجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م، (ط١)، ج٢، ص٢٩٩. وإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (ت ٨٨٤:هـ)، **المبدع شرح المقنع**، لبنان، دار الكتب العلمية،١٩٩٧، (ط١)، ج٤، ص٢٥٢، ابن حزم، المحلى، ج٨، ص٢٥٦.

(٢٢) مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني (ت ١٢٤٣هـ)، **مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى**، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٩٩٤، (ط٢)، ج٣، ص٩٢، وأبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري ابن عبد البر الأندلسي (ت ٤٦٣هـ)، **الاستذكار**، تحقيق: حسان عبد المنان ومحمود القيسية، الامارات: مؤسسة النداء، ٢٠٠٣، (ط٤)، ج٧، ص٣٥١. وأبو العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة، **كفاية النية شرح التنبيه في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق: مجدي باسلوم، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م، ج٨، ص٤٠٢. وابن حزم، **المحلى**، ج٨، ص٣٧٠ -٣٧١. وابن قدامة، **المغني**، ج٦، ص٤٠-٤١.

(٢٣) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٣، ص٩٢. وابن حزم، **المحلى**، ج٨، ص٣٧٠-٣٧١.

(٢٤) نظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٣، ص٥٦.

(٢٥) خاطر، **الغير عن العقد**، ص ٣٣٥-٣٣٦، (القول بأن الغير هو من لا ينصرف إليه أثر العقد يؤدي إلى غموض المفهوم وتشويهه إذ يمكن ملاحظة وجود أشخاص ينصرف إليهم أثر العقد ومع ذلك يحتفظون بوصف الغير كالمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير، وأيضاً فإن عدم انصراف العقد إلى الغير يمثل نتيجة تترتب على وصف الشخص أنه غير وليس معيارا لتعريفها ينظر: خاطر، **الغير عن العقد**، ص٣٣٥ -٣٣٦).

(٢٦) جمعه، نعمان محمد خليل، **أركان الظاهر كمصدر للحق**، القاهرة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٧م، ص١٢٧.

Published by Arab Journals Platform, 2021

(٢٧) عبير مازن محمد أمين العمايرة، **مبدأ نسبية آثار العقد في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ٢٠٠٤م، ص٢٦.

(٢٨) أحمد بن ثابت علي بن الحميدي السعدي، **دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد**، ط١، مصر: مركز الدراسات العربية، ٢٠١٦م، ص٧.

(٢٩) سعودي حسن سرحان، **نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية**، جيزة: المتحدة للطباعة، ص١٨٧-١٨٨.

(٣٠) نبيلة إسماعيل رسلان، **النظرية العامة للعلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة طنطا، مصر، ١٩٨٦م، ص٧٩.

(٣١) رسلان، **النظرية العامة للعلاقات الثلاثية**، ص٧٩.

(٣٢) حسن النية من شروط حماية الغير سيتم بيانه لاحقاً في هذه الدراسة.

(٣٣) حسان مجلي فارس المجالي، **حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ٢٠٠٣م، ص٨-٩.

(٣٤) يقصد بأوضاع قانونية شاذة أن الوضع الذي أدى إلى اكتساب الغير الحق هو خلاف الأصول القانونية المرعية فالأصل عدم اكتسابه الحق إلا أنه بسبب مبدأ حماية الغير اكتسبه وهو مبدأ استثنائي فيه خروج على الأصول القانونية المعتادة.

(٣٥) المجالي، **حماية الغير**، ص١٠.

(٣٦) الوكيل الظاهر هو من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثاره لحساب ومصلحة هذا الأخير دون وكالة قائمة بين الأصيل والوكيل (فتحية قره، **أحكام الوضع الظاهر**، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص٤٢).

(٣٧) المالك الظاهر هو من يملك تصرف حقيقي من شأنه أن ينقل الملكية ولكنه زال بأثر رجعي لبطلان أو فسخ أو رجوع أو واقعة ميراث ثم ظهور وارث أقرب إلى المورث يحجب الوارث الذي ظهر بمظهر المالك (قره، فتحية، **أحكام الوضع الظاهر**، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص٥٦).

(٣٨) المجالي، **حماية الغير**، ص١٠-١٢.

(٣٩) محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، (ط١)، ج٨، ص٣١١. وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٦، ص١٦٠. و**مجلة الأحكام العدلية**، المادة (١١٢).

(٤٠) محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (ت ٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، ج٧، ص٥١. والعيني، **البناية**، ج٨، ص٣١١.

(٤١) العيني، **البناية**، ج٨، ص٣١١. وعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م، (ط٢)، ج٥، ص١٤٨.

(٤٢) أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي (ت ٧٤١)، **القوانين الفقهية**، ص١٦٣. ومحمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت ١١٠١هـ)، **حاشية الخرشي شرح مختصر خليل للخرشي**، بيروت، دار الفكر، ج٥، ص١٨.

(٤٣) **شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، دار الفكر، ١٩٨٤، (ط أخيرة)، ج٣، ص٤٠٣. وشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، (ط١)، ج٢، ص٣٥١.

(٤٤) عبد الله بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، (ط١)، ج٢، ص١٤. وابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص١٥٤. وعلي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** (ت ٨٨٥هـ)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٩هـ، (ط١)، ج٤، ص٢٨٣.

(٤٥) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢، ص٣٥١. وأبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت ٥٥٨هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ٢٠٠٠م، (ط١)، ج٥، ص٦٦.

(٤٦) ابن قدامة، **الكافي**، ج٢، ص١٤. وابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص١٥٤. والمرداوي، **الإنصاف**، ج٤، ص٢٨٣.

(٤٧) سرحان، سعودي، **نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية**، الجيزة: المتحدة للطباعة، ص٢-٤.

(٤٨) رسلان، **النظرية العامة للعلاقات الثلاثية**، ص٨٢.

(٤٩) هذا ما ذهب إليه الحنفية إذا أخذ الشفيع بالشفعة قبل تسليم المشفوع فيه للمشتري. ينظر: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام (ت ٨٦١هـ)، **شرح فتح القدير**، دار الفكر، ج٩، ص٣٩٦.

(٥٠) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: البدري، سالم مصطفى، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠، (ط١)، ج١ ص٢٢٥.

(٥١) أخرجه ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣)، **في سننه**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج٢، ص٧٨٤، رقم ٢٣٤٠، ٢٣٤١، وأبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (ت ٤٠٥هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٠م، (ط١)، كتاب البيوع، ج٢، ص٦٦، رقم (٢٣٤٥)، قال: وهذا صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٥٢) محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الوَلَّوِي، **شرح سنن النسائي، المسمى بـ (ذخيرة العقبى في شرح المجتبى)**، دار آل بروم للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣م، (ط١)، ج٣٤، ص٨٥.

(٥٣) أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت ٤٤٩هـ)، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٣م، (ط٢)، ج٧، ص١٦، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت ٨٠٤هـ)، **التوضيح لشرح الجامع الصحيح**، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق: التراث، دار النوادر، دمشق، ٢٠٠٨م، (ط١)، ج١٦، ص٨٩.

(٥٤) الشفعة هي حق تملك قهري يثبت للشريك بشروط هذا عند الشافعية، وقال القرافي: من الشفاعة لأنه يستشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه، وعرفها الحنابلة أنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وعند الحنفية قالوا: إنها من الضم لأن الشفيع يضم المأخوذ إلى ملكه فيسمى شفعة، وقال ابن حزم: الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا في أي شيء فالشريك أحق به (ينظر: النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩١م، (ط٣)، ج٤، ص١٥٥. والقرافي، **الذخيرة**، ج٦، ص٢٤٥. وابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٤٥٩. والسرخسي، **المبسوط**، ج١٤، ص٩٠. وابن حزم، **المحلى**، ج٩، ص٨٢-٨٣).

(٥٥) العيني، **البناية**، ج١١، ص٢٨٣. وأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت ٣٧٠هـ)، **شرح مختصر الطحاوي**، تحقيق: عصمت الله عنايت الله محمد، سائد بكداش، محمد عبيد الله خان، زينب محمد حسن فلاتة، دار البشائر الإسلامية، ودار

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

السراج، ٢٠١٠م، (ط١)، ج٣، ص٣٥٢، محمد بن أحمد بن محمد عليش، (ت ١٢٩٩هـ)، **منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل**، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، ج٧، ص١٩٦، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي (ت ٤٧٨)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ٢٠٠٧، (ط١)، ج٧، ص٣٠٦. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٣٧٥. وابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٢٣٢. وابن مفلح، **المبدع**، ج٥، ص٧٢.

(٥٦) السعدي، **دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد**، ص٦٢، راجع المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري).

(٥٧) العمايرة، **مبدأ نسبية آثار العقد في القانون المدني الأردني**، ص٧.

(٥٨) خاطر، **الغير عن العقد**، ص٣٣٥-٣٣٦.

(٥٩) مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ط١، دمشق: دار القلم، ١٩٩٨م، ج١، ص٥٠٥.

(٦٠) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي بالشاطبي، (ت ٧٩٠هـ)، **الموافقات**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ١٩٩٧، (ط١)، ج١، ص٣١١.

(٦١) محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت ١٣٩٣هـ)، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ٢٠٠٤م، ج٢، ص٤٢٤.

(٦٢) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ)، **التحبير شرح التحرير**، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، عوض القرني، أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٠م، (ط١)، ج٨، ص٣٨٥١. وعبد الرحمن ابن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، ١٩٩٠م، (ط١)، ص٨٧.

(٦٣) حداد، رومان منير زيدان، **حسن النية في تكوين العقد**، رسالة ماجستير غير منشورة، المفرق: جامعة آل البيت، ٢٠٠٠م، ص١٢١.

(٦٤) بشار عدنان ملكاوي، **معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص**، الأردن، دار وائل للنشر، (ط١)، ٢٠٠٨م، ص٨٤.

(٦٥) المجالي، **حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني**، ص٦٢.

(٦٦) ينظر: المطلب السابق مقومات حماية الغير.

(٦٧) العقد الفاسد: ما كان مشروعاً بأصله، لا وصفه، والباطل ما لم يكن مشرعا بأصله. ينظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ٦، ص٧٤، ٧٥. وعثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٣١٣هـ، (ط١)، ج٤، ص٤٤.

(٦٨) منصور حاتم محسن، **فكرة تصحيح العقد**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٦م، ص٢١.

(٦٩) أحمد ياسين القرالة، **تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، ٢٠٠٩م، العدد٣٩، ص٣١٣.

(٧٠) أصل العقد: ما يتعلق بالصيغة: تطابق الإيجاب والقبول في مجلس عقد متحد، أما ما يتعلق بالمتعاقدين: التمييز والتعدد، أما ما يتعلق بمحل العقد: أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً، مقدور التسليم، معيناً أو قابلاً للتعين، صالحاً للتعامل به، أي أن يكون مالاً متقوماً. وصف العقد: أن يخلو العقد من الإكراه، والغرر، والضرر، والشرط الفاسد، والربا. ينظر: السنهوري، **مصادر الحق**، ج٤، ص٨٩، ٩٠.

(٧١) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٦، ص٧٤، ٧٥. والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤، ص٤٤.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

(٧٢) أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي (ت ٧٤١)، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م، (ط١)، ص١٧٢. وأحمد بن غانم النفراوي الأزهري (ت ١١٢٦هـ)، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، دار الفكر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، ج٢، ص٣٠٠.

(٧٣) محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، **المستصفى في علم الأصول**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ، (ط١)، ص٧٦. وبدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، (ط١)، ج٢، ص٢٥.

(٧٤) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، **روضة الناظر وجنة المناظر**، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ١٣٩٩هـ، (ط٢)، ج١، ص١٨٣. وعلي بن محمد اللحام (ت ٨٠٣هـ)، **القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية**، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص١٥٢.

(٧٥) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٥، ص٣٠٥. وابن جزي، **القوانين الفقهية**، ص١٧٢. وعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت ٦٢٣هـ)، **فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)**، دار الفكر، ج٨، ص٢١٢. وابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص١٧٢.

(٧٦) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت ٥٩٣هـ)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج٣، ص٤٣. والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤، ص٤٤.

(٧٧) أحمد بن محمد الشلبي (ت ١٠٢١هـ)، **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق**، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ١٣١٣هـ، (ط١)، ج٤، ص٤٤.

(٧٨) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٣٠٠، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (ت ٦١٦هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة** ﷺ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤م، (ط١)،ج٦، ص٤٢٥.

(٧٩) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٤، ص١٩٣.

(٨٠) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤، ص٤٥. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٣٠٠.

(٨١) الخرشي، **حاشية الخرشي**، ج٥، ص٨٨. وابن جزي، **القوانين الفقهية**، ص١٧٢.

(٨٢) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت ٦٨٣هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، تعليقات: محمود أبو دقيقة، القاهرة، مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، ج٢، ص٢٢. والبابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج٦، ص٤٠٤.

(٨٣) المرغيناني، **الهداية**، ج٣، ص٥١. وعلاء الدين السمرقند ي (ت ٥٣٩هـ)، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م، (ط٢)، ج٢، ص٥٩.

(٨٤) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٣، ص٢٧٥. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص١٨٦.

(٨٥) المرغيناني، **الهداية**، ج٣، ص٢٧٢، ٢٧٣.

(٨٦) عليش، منح الجليل، ج٥، ص٢٦، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (ت ٥٣٦هـ)، **شرح التلقين**، تحقيق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ٢٠٠٨م، (ط١)، ج٢، ص٦٢٤.

(٨٧) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرُّعيني (ت ٩٥٤هـ)، **مواهب**

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ١٩٩٢م، (ط٣)، ج٤، ص٣٨٣. وعليش، **منح الجليل**، ج٦، ص٧١. وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٧٢.

(٨٨) الخرشي، **شرح مختصر الخرشي**، ج٥، ص٨٦. وعلي بن أحمد العدوي (ت ١١٨٩هـ)، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بيروت، دار الفكر، ١٤١٢هـ، ج٥، ص٨٥.

(٨٩) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، ج٣، ص٧٥. والخرشي، **شرح مختصر الخرشي**، ج٥، ص٩١.

(٩٠) الدردير، **الشرح الكبير**، ج٣، ص٧٥. والخرشي، **شرح مختصر الخرشي**، ج٥، ص٩١.

(٩١) الرافعي، **فتح العزيز**، ج٨، ص٢١٢. وعلي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، **الحاوى الكبير**، تحقيق: علي محمد معوض– عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ–١٩٩٩م، (ط١)، ج٥، ص٣١٦.

(٩٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، بيروت، عالم الكتب، ١٩٩٣، (ط١)، ج٢، ص٦٠. وابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص١٧٢.

(٩٣) **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، المجلد الأول، ص١٧٨.

(٩٤) حيث جاء فيها: "ولا يفيد . أي العقد الفاسد . الملك في المعقود عليه إلا بقبضه".

(٩٥) عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة**، دار الثقافة، ٢٠٠٥م، الإصدار الثاني، (ط١)، ص٢١٢.

(٩٦) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٦، ص٧٥. ومحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا – أو منلا أو المولى – خسرو (ت ٨٨٥) **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، دار إحياء الكتب العربية، ج٢، ص١٦٨. بتصرف.

(٩٧) وهبة بن مصطفى الزحيلي (ت ٢٠١٥م)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (تحقيق: المصنف)، دمشق: دار الفكر، (ط٤)، ج٤، ص٣٠٩٣.

(٩٨) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٤، ص٩١. وينظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص١٤٨ وما بعدها. وابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٦، ص٢٤٨. وابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م، (ط٢)، ج٤، ص٥٠٥.

(٩٩)ينظر: المراجع السابقة.

(١٠٠) أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥)، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث، ج٣، ص١١٤، رقم ٢٨٧٠. وأحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، **المجتبى من السنن المعروف بـ السنن الصغرى للنسائي**، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٤٠٦هـ–١٩٨٦م، (ط٢)، كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث، ج٦، ص٢٤٧، رقم٣٦٤١، ومحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي (٢٧٩هـ)، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٨،، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، ج٣، ص٥٠٥، رقم ٢١٢١. وقال: "هذا حديث حسن صحيح ".

(١٠١) المرغناني، **الهداية**، ج٤، ص٥١٤. والسرخسي، **المبسوط**، ج٢٧، ص١٧٥.

(١٠٢) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٤، ص٤٢٧. صحح هذا القول عند المالكية ابن رشد. ينظر: أبو **الوليد محمد بن أحمد بن رشد**

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

القرطبي (ت ٥٢٠هـ)، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٨، (ط١)، ج٣، ص١١٤.

(١٠٣) **الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٦، ص٤٩. والعمراني، **البيان**، ج٨، ١٥٦.

(١٠٤) ابن مفلح، **المبدع**، ج٥، ص٢٣٧. وشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، **شرح الزركشي**، دار العبيكان، ١٩٩٣م، (ط١)، ج٤، ص٣٦٥.

(١٠٥) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص٣٣٨. والبهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج٢، ص٤٥٦.

(١٠٦) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٨، ص٤٩٠. ويوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت ٤٦٣هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، ط٢، تحقيق: ولد ماديك الموريتاني، السعودية، مكتبة الرياض الحديثة،، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، (ط٢)، ج٢، ص١٠٢٨. وتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي (ت ٨٢٩)، **كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار**، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان دمشق، دار الخير، ١٩٩٤م، (ط١)، ص٢٥٩. ومنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، **الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع**، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد . مؤسسة الرسالة، ص٤٦٥.

(١٠٧) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٣، ص٢٠٧. وابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج١٠، ص٤١٧.

(١٠٨) الخرشي، **حاشية الخرشي**، ج٨، ص١٧١. وابن جزي، **القوانين الفقهية**، ص٢٦٦.

(١٠٩) النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص١٠٦. والرملي، **نهاية المحتاج**، ج٦، ص٥٤.

(١١٠) ابن قدامة، **الكافي**، ج٢، ص٢٦٦. والمرداوي، **الإنصاف**، ج٧، ص١٩٤.

(١١١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص٣٦٩.

(١١٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٣، ص١١. والمرغيناني، **الهداية**، ج٤، ص٤٢٩.

(١١٣) مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، **المدونة الكبرى**، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٤، ص١٣٣. وأحمد ابن محمد بن أحمد بن أبي حامد العَدوي المالكي الشهير بالدردير (ت ١٢٠١هـ)، **الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل**، دار الفكر، ج٣، ص٢٤٨.

(١١٤) أما عند الشافعية والحنابلة، فيقع بيعه باطلاً. ينظر: إبراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٢، ص١٠١. وابن قدامة، **الكافي**، ج٢، ص٨٢.

(١١٥) أبو **الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، القاهرة، دار الحديث، ٢٠٠٤، ج٤، ص١٢١. والقرافي، **الذخيرة**، ج٧، ص٣٢.

(١١٦) أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي (ت ٩٧٣هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧هـ – ١٩٨٣م، ج٧، ص٢١. والسنيكي، **فتح الوهاب**، ج٢، ص١٨.

(١١٧) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٤، ص٤٢٧. وأحمد بن محمد الصاوي (ت ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير**، دار المعارف، ج٤، ص٥٨٦.

(١١٨) الشربيني، **الإقناع**، ج٢، ص٣٩٥. والسنيكي، **فتح الوهاب**، ج٢، ص١٨.

(١١٩) الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ج٧، ص٢١.

(١٢٠) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٦، ص١٣٠. والشيرازي، **المهذب**، ج٢، ص١٠١.

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

(١٢١) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت، دار الكتب العلمية، ج٣، ص٣٣٤. وابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٣٠٣.

(١٢٢) ينظر قول الحنفية والمالكية في المسألة في مطلب حماية الغير بوقف العقد على إجازته.

(١٢٣) عرف القرافي الفسخ بأنه: ما ذكره القرافي: "قلب كل واحد من العوضين لصاحبه" ينظر: القرافي، **أنوار البروق**، ج٣، ١٠٥٨. وعرفه الكاساني: "رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن". ينظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٢٨٢. وعرفه السنهوري: "حله بعد عقده". ينظر: السنهوري، **مصادر الحق**، ج٦، ص١٥٢.

(١٢٤) حوران محمد سليمان، **نظرية الفسخ وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي**، دمشق: جامعة دمشق، أطروحة دكتوراه غير منشورة، ٢٠٠٨م، ص٣٢.

(١٢٥) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٦، ص١٥٢.

(١٢٦)العيني، **البناية شرح الهداية**، ج٨، ص٢٠٢. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٢، ص٢٠٩.

(١٢٧) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٤، ص٩٣. والزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٤، ص٣٠٩٤.

(١٢٨) المرجعان السابقان.

(١٢٩) أخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي (ت ٤٥٨هـ) في **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م)، (ط٣)، كتاب، باب شرط القبض في الهبة، ج٦، ص٢٨٠، رقم ١١٨٩٠. وأبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الطحاوي (ت ٣٢١هـ)، **شرح مشكل الآثار**، تحقيق: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، (ط١)، ج٤، ص٨٨، رقم ٥٨٤٤، والحديث صحيح. ينظر: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي (ت ٨٠٤هـ)، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، (ط١)، ج٧، ص١٤٣.

(١٣٠) السرخسي، **المبسوط**، ج١٢، ص٥٠.

(١٣١) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٨، ص٤٩٠. ويوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر(ت ٤٦٣هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، ط٢، تحقيق: ولد ماديك الموريتاني، السعودية، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، (ط٢)، ج٢، ص١٠٢٨. وتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي (ت ٨٢٩)، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان دمشق، دار الخير، ١٩٩٤، (ط١)، ص٢٥٩، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن ابن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، **الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع**، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد . مؤسسة الرسالة، ص٤٦٥.

(١٣٢) أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت ٢٧٥)، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث، ج٣، ص١١٤، رقم ٢٨٧٠. وأحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، **المجتبى من السنن المعروف بـ السنن الصغرى للنسائي**، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، (ط٢)، كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث، ج٦، ص٢٤٧، رقم٣٦٤١، ومحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي (٢٧٩هـ)، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٨،، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2

Zyadat: The Principle of third Party Protection in Financial Transaction Contracts: a legal juristic study ???? ????? ????? ?? ???? ????????? ??????? ????

وصية لوارث، ج٣، ص٥٠٥، رقم ٢١٢١. وقال: "هذا حديث حسن صحيح".

(١٣٣) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج٨، ص١٧١. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٤، ص٤٢٧.

(١٣٤) العمراني، **البيان**،ج٨، ص١٥٥. والنووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص١٠٩.

(١٣٥) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٤، ص٣٦٥. وابن مفلح، المبدع، ج٥، ص٢٣٧.

(١٣٦) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٩، ص٣٩٦. وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج٨، ص١٤٩.

(١٣٧) الجصاص، **شرح مختصر الطحاوي**، ج٣، ص٣٥٧. والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٥، ص٢٤٦.

(١٣٨) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٩، ص٣٩٦.

(١٣٩) زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي (ت ٧٩٥هـ) **القواعد**، دار الكتب العلمية، القاعدة (١١٦)، ص٢٦٥، ويقصد بالانعطاف التأثير الرجعي وهو عند الحنابلة، أما المالكية والشافعية فيستعملون مصطلح التبين، والحنفية يستعملون مصطلح الاستناد وكلها بمعنى ثبوت الحكم بأثر رجعي، ينظر: حماد، نزيه (١٩٩٣)، **معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء**، الولايات المتحدة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، (ط١)، ص٥٣-٥٤).

(١٤٠) عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة، **الأثر الرجعي وتطبيقاته في الأحكام الشرعية**، عمان: الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م، ص١٠.

(١٤١) ينظر هذه القاعدة: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، **موسوعة الفقه الإسلامي**، بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٩م، (ط١)، ج٢، ص٣١٣، ج٤، ص٥٣١.

(١٤٢) بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، **المنثور في القواعد الفقهية**، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ، (ط٢)، ج٢، ص٤٠٩.

(١٤٣) ابن رجب، **القواعد**، ص٦٥.

(١٤٤) زكريا بن محمد الأنصاري السنيكي (ت ٩٢٦هـ) **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، المطبعة الميمنية، ج٣، ص١٦٩. وأبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي البكري (ت ١٣١٠هـ)، **حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين**، دار الفكر، ١٩٩٧م، (ط١)، ج٣، ص١٢٦.

(١٤٥) ابن قدامة، **الكافي**، ج٢، ص١٥٣. وابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٥٢.

(١٤٦) عبد العزيز الخياط، **الشركات في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٤م، (ط٤)، ج١، ص٣١١.

(١٤٧) السنيكي، **الغرر** البهية، ٣، ص١٦٩. والبكري، **إعانة الطالبين**، ج٣، ص١٢٦.

(١٤٨) الخياط، عبد العزيز، **الشركات**، ج١، ص٣٣٧.

(١٤٩) مفلح عواد القضاة، **الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية**، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥م، ص١٠٠.

(١٥٠) القضاة، **الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية**، ص١٠٥-١٠٧.

(١٥١) الخياط، **الشركات**، ج١، ص٣٣٧.

(١٥٢) حسن حبيب حوا (١٩٧٢)، **قانون الشركات في الأردن**، معهد البحوث والدراسات العربية، ص٣١، ٣٢.

(١٥٣) السنهوري، **مصادر الحق**، ج٦، ص١٤١، ١٤٢.

(١٥٤) ابن رجب الحنبلي، **القواعد**، القاعدة (٦٠)، ص١١٠.

(١٥٥) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٨، ص١٣٩. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٣٧.

Published by Arab Journals Platform, 2021

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 17 [2021], Iss. 2, Art. 2

(١٥٦) ابن رشد، **المقدمات**، ج٣، ص٥٤. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٣، ص٣٧٩.
(١٥٧) الجويني، **نهاية المطلب**، ج٧، ص٣٦. والماوردي، **الحاوي الكبير**، ٦، ص٥١٢.
(١٥٨) ابن قدامة، **المغني**، ج٥، ص٨٩. والمرداوي، **الإنصاف**، ج٥، ص٣٧٣.
(١٥٩) المرغيناني، **الهداية**، ج٣، ص١٥٢. والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٣٨.
(١٦٠) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٤، ص٢٨٦.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss2/2