Accession No. T-357
FTD T 00361

جمهورية باكستان الإسلامية
الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد
كلية الشريعة والقانون

DATA ENTERED

عقد الصلح في الشريعة والقانون

(بحث لنيل درجة ماجستير)

تحت إشراف :-

الأستاذ الدكتور عبد اللطيف محمد عامر
عميد كلية الشريعة والقانون

International Islamic Univ.
المكتبة
LIBRARY
Is amabad

تقدم الطالب :-

أعد جان

١٩٩١م / ١٤١٢هـ

LL.M
١٤/٥/٢٥٤٩
٢٩٧،١٤
ج ١ ع
١- إسلام - فقه
٢- عقد الصلح
DATA ENTERED
Accession No. T-357
ED
DATA ENTERED
13/01/14

توقيعات الممتحنين

١ ـــــ د- انوار الله ـــــ انوار الله

٢ ـــــ أ/ عبد الله محمد عامر ـــــ

٢ ـــــ د. محمد سيد [illegible] ـــــ

بسم الله الرحمن الرحيم ١٢

خلاصـــــــة البحـــــــث

كشفت الدراسة المقارنة لعقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني عن كثير من النتائج التي سجلت في موضعها في كل باب من أبواب البحث .

ومع ذلك فقد يكون من المناسب هنا أن نلقي بعض الضوء على أهم النتائج التي استخلصها البحث .

مدلول عقد الصلح: يبين من تعريف عقد الصلح وبصفة خاصة في المذهب الحنفي انه ذو مدلول واسع اذ جاء هذا التعريف بانه عقد وضع لرفع المنازعة دون اشتراط أن يكون هناك نزول متبادل من الطرفين على عكس الحال في القانون المدني اذ يشترط لكي يكون العقد صلحا ان يكون هناك تنازل من كلا الطرفين عن بعض الحق أو الإدعاء ،بل يذهب الفقه الإسلامي الى أبعد من ذلك حيث يعرف صورا من الصلح لا تتضمن أي تنازل وذلك في حالة الصلح عن اقرار .

وهذا المدلول الواسع لعقد الصلح في الفقه الإسلامي يساعده على أداء دوره في انهاء المنازعات التي تتولد عن العلاقات القانونية الناشئة عن المعاملات بين الإفراد ، ومع ذلك فان هذا المفهوم الواسع لعقد الصلح في الفقه الإسلامي قد يؤدي الى التباس الصلح بغيره من التصرفات الشرعية كالإبراء والتنازل وترك المرافعة والإقرار بحق الخصم وهذا من شانه أن يجعل التعريف غير منضبط .

مشروعية الصلح:

ذكرنا مشروعية الصلح في الشريعة والقانون بالتفصيل وعرفنا مشروعيه الصلح من الكتاب والسنة والإجماع مع الحكم الشرعي للصلح أنه مندوب .

خصائص الصلح:

لعقد الصلح خصائص يتميز بها،وبعض هذه الخصائص يشترك فيها بعض العقود وبعضها الاخر ينفرد بها .ذكرنا هذه الخصائص في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي بالتفصيل مع مقارنة بين خصائص الصلح في الفقهين .

أركان الصلح:

ذهب جمهور الفقهاء الى أن ركن الصلح الإيجاب والقبول. ولكن لا يكفي لإنعقاد الصلح أن يوجد التراضي أي تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد، بل لا بد أيضا أن يكون التراضي صحيحا حتى يصح انعقاد العقد ، ولكي يكون التراضي صحيحا يلزم أن يكون صادرا من شخص أهل لإبرام عقد الصلح وان تكون ارادته خالية من العيوب .

فلذلك بحثنا صحة التراضي في فرعين على نحو التالي .

الفرع الاول: أهلية ابرام الصلح .

الفرع الثاني: عيوب الإرادة في عقد الصلح .

المحل في عقد الصلح:

رأينا تعريف محل الإلتزام بأنه الإمر الذي يلتزم المدين القيام به سواء كان هذا الإمر اعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء أو أداء عمل أو امتناعا عن عمل .

ورأينا أن المحل ركن في الإلتزام لإي العقد عند جمهور الشراح . وذهب رأي في الفقه الى أن هناك محل للعقد ومحل للالتزام وان كلا منهما مختلف عن الآخر ، ولكل من المحلين قواعد تحكمه ولكن هذا الرأي لم يجد له أنصارا .

والفقه الإسلامي يعرف محل العقد ويسمى بالمعقود عليه وهو ما تتعلق به احكامه وآثاره ، ويتنوع الى أنواع مختلفة فقد يكون مالا وقد يكون منفعة وقد يكون عملا من الاعمال وتبعا لهذا الإختلاف يتنوع العقد الذي يقع عليه ويسمى باسماء مختلفة .

السبب في عقد الصلح:

رأينا أن السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي يختلف مدلوله حسبما اذا كان الصلح في معنى المعاوضة أو التبرع وذلك طبقا للمدلول الواسع لمفهوم الصلح كما بينا .

وهناك اتجاهان أساسيان في تحديد طبيعة السبب في الفقه الإسلامي .

الأول : ويأخذ بالإرادة الظاهرة بمعنى انه لا يعتد بالسبب الا اذا تضمنه التعبير عن الإرادة .

الثاني : ويأخذ بالإرادة الباطنة تأسيسا على الإعتبارات الدينية والأدبية فيعتد بالسبب ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة .

وقد خلصنا من بحث السبب في الصلح في الفقه الإسلامي الى التمييز بين ما اذا كان الصلح في معنى المعاوضة أو التبرع .

فاذا كان في معنى المعاوضة فان سببه هو ارادة انهاء النزاع والحصول على البدل أو العوض الذي التزم به الطرف الآخر أما اذا كان الصلح في معنى التبرع فان سببه هو ارادة انهاء النزاع ونية التبرع المشروعة .

أما في الفقه الوضعي فان الرأي الذي اعتنقناه ان السبب في عقد الصلح يتركب من عنصرين :

الأول : نية وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين وهذا العنصر ثابت لا يتغير من متصالح لآخر.

الثاني:وهو السبب الذي تقول به النظرية الحديثة وهو الباعث الدافع على التعاقد واشترطنا ان يكون هذا الباعث مشروعا .

وقد استنتجنا مما تقدم ان وجه الشبه بين السبب في عقد الصلح في الفقهين الإسلامي والوضعي يتمثل في اعتبار انهاء النزاع أو حسمه عنصرا مشتركا لمفهوم السبب في الفقهين .

اثبات الصلح:

رأينا أن الفقه الإسلامي لم يخرج عن القواعد العامة في الإثبات بمناسبة اثبات عقد الصلح ، أما في القانون المدني فقد تبين أن بعض التقنينات قد نصت على أنه لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمي . مهما قيل ذلك فان القواعد العامة في الإثبات فيها الكفاية لإنها تشترط اثبات التصرف القانوني بالكتابة اذا بلغت قيمته حدا معينا، كما ان اشتراط عقد الصلح بالكتابة في جميع الاحوال فيه تضييق لدائرة الإثبات في عقد يحظى بمكانة هامة في الحياة العملية وقد تحول الظروف دون اثباته بالكتابة ويكون قد حضره بعض الشهود .

أنواع الصلح:

تبين لنا من البحث أن الفقه الإسلامي يميز بين أنواع ثلاثة من الصلح هي: الصلح عن اقرار والصلح عن انكار والصلح عن سكوت وأساس هذا التقسيم هو النظر الى حالة المدعى عليه في الدعوى التي يجري فيها التصالح ، وقد بينا الإختلاف بين مذاهب الفقهية في مدى مشروعية كل نوع من هذه الانواع .

أما الفقه الوضعي فلا يعرف هذا التقسيم الثلاثي لإنواع الصلح أو ان شئت فقل انه لا يهتم به ولا يرتب أحكاما خاصة بكل نوع منها، فالصلح في هذا الفقه جائز سواء كان عن اقرار المدعى عليه أو انكاره أو سكوته وفي اية حالة تكون عليها الدعوى بل هو جائز بعد صدور حكم نهائي اذا ثار نزاع بشأن تنفيذ هذا الحكم .

الحكم العام لعقد الصلح:

كشف البحث عن الحكم العام لعقد الصلح أي الاثر الاصلي المترتب عليه

شرعا في الفقه الإسلامي . وقد تبين لنا أنه قطع المنازعة بين طرفي الخصومة وسقوط دعوى المدعى فلا يستطيع تجديد الدعوى بشأن الحق المدعى به ، ويترتب على هذا الحكم العام تملك المدعى المصالح عليه والمدعى عليه المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة منه ان كان مما لا يحتمل التمليك .

أما في الفقه الوضعي قد تبين لنا أن الإثر الجوهري لعقد الصلح هو حسم النزاع بين طرفين بصدد خصومة قائمة أو محتملة ويترتب على ذلك القضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والإدعاءات نزولا نهائيا وتثبيت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من حقوق .

وقد بحثنا أوجه الشبه والخلاف بين الصلح والحكم القضائي وتعرضنا بعد ذلك لمبتدأ التفسير الضيق لعقد الصلح والتطبيقات القضائية له .

وتبين لنا أن الحكم العام لعقد الصلح في الفقه الإسلامي يتشابه مع الإثر الجوهري له في الفقه الوضعي .

فسخ الصلح وبطلانه :

عرفنا لدى بحث فسخ عقد الصلح في الفقه الإسلامي انه يتعين التمييز بين فرضين :

الاول: انه اذا كان الصلح في معنى الإبراء او الإسقاط فلا يجوز فسخه طبقا للقاعدة الفقهية بان الساقط لايعود .

الثاني :اذا كان الصلح في معنى المعاوضة فيجوز فسخه بتراضي الطرفين وهو ما يسمى بالإقالة .

اما في الفقه الوضعي فان عقد الصلح يعد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين وليس في معنى الإبراء او للإسقاط ،وينتج عن ذلك انه اذا اخل احد الطرفين بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد فللطرف الاخر ان يطلب تنفيذ العقد او فسخه تطبيقا للقاعدة العامة .

بـــطـــلان الـــصـــلـــح

رأينا في الفقه الإسلامي انه اذا توافرات العناصر اللازمة لعقد الصلح فانه ينعقد اما اذا تخلف عنصر منها فان العقد يكون باطلا ولا ينعقد .

اما في الفقه الوضعي فقد رأينا انه يميز في البطلان بين البطلان المطلق والبطلان النسبي فيكون عقد الصلح باطلا بطلانا مطلقا اذا تخلف ركن من اركانه ويكون باطلا بطلانا نسبيا اذا لم تتوفر لركن التراضي اسباب الصحة ولمقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الوضعي في بطلان الصلح يلاحظ ان الفقه الإسلامي اكثر تدرجا في مراتب البطلان والصحة في العقد من الفقه الوضعي.

الفهـــــرس

****

مقدمة	١
الباب الأول	٤
تعريف الصلح ومشروعيته وخصائصه	٥
الفصل الأول	٦
تعريف الصلح ومشروعيته	٦
المبحث الأول : تعريف الصلح	٧
تعريف الصلح في اللغة	٧
تعريف الصلح في الفقه الإسلامي	٧
أولا - المذهب الحنفي	٧
ثانيا - المذهب المالكي	٧
ثالثا - المذهب الشافعي	٨
رابعا - المذهب الحنبلي	٨
مقارنة بين المذاهب الأربعة	٨
تعريف الصلح في القانون	٩
التشابه بين التعريف في المذهب الحنفي للصلح وتعريفه في الفقه الوضعي	٩
المبحث الثاني : مشروعية الصلح	١٠
أولا - مشروعية الصلح من الكتاب	١٠
ثانيا - مشروعية الصلح من السنة	١١
ثالثا - مشروعية الصلح في الإجماع	١٣
رابعا - الحكم الشرعي للصلح	١٤
خامسا - مشروعية الصلح في القانون	١٦
الفصل الثاني	١٧

خصائص عقد الصلح ١٨
أنواع الصلح ١٨
النوع الأول - صلح اقرار ١٨
النوع الثاني - صلح عن انكار ١٨
النوع الثالث - صلح عن سكوت ١٩
أ - خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي ٢٠
أولا - الصلح عقد من عقود المعاوضة أو التبرع . ٢٠
ثانيا - عقد الصلح رضائي ٢٠
ثالثا - الصلح عقد لازم ٢٠
رابعا - الصلح قد يكون منجزا أو غير منجز . ٢١
ب - خصائص عقد الصلح في الفقه الوضعي ٢٣
أولا - الصلح من عقود المعاوضة ٢٤
ثانيا - عقد الصلح رضائي ٢٤
ثالثا - الصلح عقد ملزم للجانبين ٢٤
رابعا : الصلح من العقود الفورية لا العقود الزمنية ٢٤
ج - نتائج دراسة مقارنة ٢٥
الباب الثاني ٢٧
أركان الصلح واثباته ٢٧
الفصل الأول : ٢٨
التراضي في عقد الصلح ٢٨
المبحث الأول : ٢٩
التراضي في عقد الصلح في الفقه الإسلامي ٢٩
أولا - تعريف التراضي ٢٩
ثانيا : ركن الصلح ٢٩
ثالثا : صحة التراضي ٢٩

الفرع الأول : أهلية ابرام الصلح ٣٠
١ - صلح المجنون والصبي غير المميز . ٣٠
٢ - صلح الصبي المميز . ٣٠
٣ - صلح العبد المأذون والمكاتب . ٣١
٤ - صلح الولي والوصي عن الصغير . ٣١
٥ - صور الوكالة في الصلح . ٣٣
٦ - أحكام الوكالة في الصلح . ٣٤
٧ - صلح الفضولي . ٣٧
الفرع الثاني : ٤٠
عيوب الإرادة في عقد الصلح ٤٠
المبحث الثاني : ٤١
التراضي في عقد الصلح في الفقه الوضعي ٤١
تمهيد وتقسيم ٤١
أولا : وجود التراضي ٤١
ثانيا : صحة التراضي ٤٢
أهلية ابرام ا لصلح ٤٢
١ - أهلية الصبي غير المميز . ٤٣
٢ - أهلية الصبي المميز . ٤٣
٣ - صلح الولي أو الوصي عن الصغير . ٤٣
٤ - صلح القيم على المحجور عليه . ٤٤
٥ - الوكالة في الصلح . ٤٤
٦ - حالات خاصة تمنع من الصلح ٤٥
أ - التاجر المفلس ٤٥
ب - المدين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . ٤٦
ج - المحكوم عليه بعقوبة جنائية . ٤٦

الفصل الثاني : ٤٧
المحل في عقد الصلح ٤٧
المبحث الأول ٤٨
المحل في عقد الصلح في الفقه الإسلامي . ٤٨
تعريف المحل ٤٨
شروط المحل ٤٩
أولا : أن يكون موجودا فعلا وقت التعاقد . ٤٩
ثانيا : أن يكون حقا من الحقوق التي يجوز التصرف فيه . ٥٠
ثالثا : أن يكون المصالح عليه معلوما ان كان يحتاج الى القبض ٥٠
والتسليم
رابعا : أن يكون المصالح عنه حقا للمصالح . ٥٣
خامسا : أن يكون المصالح عنه حقا ثابتا للمصالح في المحل المصالح ٥٣
عنه .
المبحث الثاني : ٥٤
المحل في عقد الصلح في الفقه الوضعي ٥٤
شروط المحل : ٥٤
أولا : المحل موجود أو ممكن ٥٤
ثانيا : المحل معين أو قابل للتعيين ٥٤
ثالثا : المحل مشروع أو قابل للتعامل فيه ٥٥
المبحث الثالث ٥٦
مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي في محل الصلح ٥٦
الفصل الثالث ٥٨
السبب في عقد الصلح ٥٨
المبحث الأول ٥٨
السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي ٥٨

رفع النزاع كسبب لعقد الصلح ٥٨
سبب التزام كل متصالح هو النزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه ٥٩
القسم الأول : الصلح في معنى المعاوضة ٦١
القسم الثاني : الصلح في معنى التبرع ٦٣
المبحث الثاني : ٦٤
السبب في عقد الصلح في الفقه الوضعي ٦٤
المبحث الثالث ٦٦
مقارنة بين السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي والوضعي ٦٦
الفصل الرابع ٦٨
اثبات الصلح ٦٨
المبحث الأول : الشهادة في الشريعة والقانون ٦٩
المبحث الثاني : الإقرار في الشريعة والقانون . ٧٤
المبحث الثالث : الكتابة في الشريعة والقانون . ٧٧
المبحث الرابع : اليمين والنكول عنها في الشريعة والقانون . ٨٠
المبحث الخامس : القرائن في الشريعة الإسلامية ٨٣
المبحث السادس : مقارنة بين اثبات الصلح في الفقهين الإسلامي والوضعي . ٨٨
الباب الثالث ٨٨
أحكام الصلح ٨٨
المبحث الأول : ٨٩
الحكم العام لعقد الصلح ٨٩
المطلب الأول : ٨٩
أنواع الصلح ٨٩

١ - صلح عن اقرار ٨٩
موقف المذاهب الفقهية من الصلح بعد الإقرار . ٩٠
٢ - صلح عن انكار ٩٢
موقف المذاهب الفقهية من الصلح بعد الإنكار . ٩٢
٣ - صلح عن سكوت ٩٧
موقف المذاهب الفقهية من الصلح بعد السكوت ٩٧
المطلب الثاني ٩٨
الحكم العام لعقد الصلح ٩٨
النتائج المترتبة على هذا الحكم ٩٩
المبحث الثاني ١٠١
الأحكام الخاصة بأنواع الصلح ١٠١
التمييز بين العين والدين ١٠٢
معنى الدين ١٠٢
معنى العين ١٠٣
الأحكام الخاصة بالصلح عن العين ١٠٥
الفرع الأول ١٠٦
أحكام الصلح عن اقرار ١٠٦
أولا : في المذهب الحنفي ١٠٦
ثانيا : في المذهب المالكي ١٠٨
ثالثا : في المذهب الشافعي ١٠٩
رابعا : في المذهب الحنبلي ١١٠
موازنة بين أحكام الصلح عن الإقرار في المذاهب الفقهية ١١٢
رأينا في التكييف الفقهي للصلح عن الإقرار ١١٣
الفرع الثاني ١١٥

أحكام الصلح عن انكار أو سكوت ١١٥
أولا - في المذهب الحنفي ١١٥
ثانيا - في المذهب المالكي ١١٦
ثالثا - في المذهب الشافعي ١١٨
رابعا - في المذهب الحنبلي ١١٩
الأحكام الخاصة بالصلح عن الدين ١٢٠
تمهيد ١٢٠
أولا - في المذهب الحنفي ١٢١
ثانيا - في المذهب المالكي ١٢٤
ثالثا - في المذهب الشافعي ١٢٦
رابعا - في المذهب الحنبلي ١٢٧
المبحث الثالث ١٢٩
فسخ الصلح وبطلانه ١٢٩
أولا : فسخ عقد الصلح ١٣٠
الصلح عقد لازم ١٣٠
تضييق نطاق فسخ الصلح ١٣٣
التمييز بين الفسخ والإنفساخ ١٣٤
آثار فسخ الصلح ١٣٤
ثانيا : بطلان عقد الصلح ١٣٥
أحوال بطلان الصلح ١٣٦
آثار بطلان الصلح ١٣٦
ثالثا : أحكام الصلح في القانون ١٣٧
فسخ عقد الصلح في القانون ١٣٧
بطلان عقد الصلح في القانون ١٣٨

المقارنة بين أحكام عقد الصلح في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي . ١٣٨
اهم المراجع ١٤٢
علوم القران ١٤٣
الحديث الشريف ١٤٥
كتب اللغة ١٤٧
كتب اصول الفقه ١٤٨
فقه المذاهب ١٤٩
الفقه المقارن ١٥٣
مراجع عامة ١٥٥
مراجع القانون ١٥٧

بسم الله الرحمن الرحيم

==========

المقدمة :

الحمد لله نحمده ونستعينه ونومن به ونتوكل عليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات اعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له .

اما بعد -فان الله سبحانه وتعالى جعل الشريعة الإسلامية عامة في كل زمان وشاملة لاحكام الافعال في كل مكان محققة لصالح العباد الى أن يرث الله الارض ومن عليها " اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا"(١) فقد اشتملت احكامها على شؤون الدين والدنيا اذ نظمت علاقات الإنسان بربه وبنفسه وبغيره سواء على مستوى الأسرة اوالدولة والمجتمع الدولي .

أن في الفقه الإسلامي من السعة والشمول بحيث نجد فيه كل الاحكام التي اشتملت عليها قواعد القانون الوضعي بفروعه المختلفة ،بل ان فيه لكل واقعة حكمها وان باب الاجتهاد فيه ما زال مفتوحا لمن تتوفر فيه أهلية الإجتهاد ويملك ادواته وانة قادر على ان يفي بحاجات العصر ومتطلبات التطور ،اذ انه حكم العالم الإسلامي قرونا طويلة وصاحب الإمة الإسلامية في شتى اطوارها.

وانه لم يحجب عن التطبيق في الهند والباكستان الا غداة الاحتلال البريطاني حيث تبعه احتلال تشريعي فاصبح القانون الوضعي هو القانون العام الواجب التطبيق وتقلص ظل الفقه الإسلامي حيث اصبح تطبيقه قاصر على مسائل الاحوال الشخصية وظل الحال على ذلك سنوات طويلة .

١- سورة المائدة أيه ٣

وبعد اخراج البريطاني ارتفعت اصوات تنادي باحياء تراثنا من الفقه الإسلامي ووجوب تطبيق الشريعة الإسلامية بدلا من القانون الوضعي وقامت نهضة علمية تمثلت في كثير من الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . التي كشفت عما في هذه الشريعة من كنوز ، وأبانت عما احتوت عليه من درر ، وأبرزت ما تتميز به من اصالة ،وانها لذلك تفوقت على اكثر الشرائع تقدما في الصياغة الفنية وفي الإستجابة احاجات المجتمع .

وقد كان لهذه النهضة العلمية ولتلك الإصوات المومنة صدى لدى المشرع الدستوري اذ نص الدستور الدائم لجمهورية باكستان الإسلامية الصادر في سنة ١٩٧٣م ان مبادى الشريعة مصدر رئيسي للتشريع - والان ادخل في الدستور ان الشريعة الإسلامية هي القانون الإعلى في باكستان وهي المصدر الوحيد للتشريع .

لماذا أخترت عقد الصلح للبحث :

لعقد الصلح مكان الصدارة من بين سائر العقود في الفقه الإسلامي ذلك ان هذا العقد ياخذ صور شتى في المعاملات المالية ، فتارة يتمخض عن كونه عقد معاوضة بيعا او سلما او اجارة وتارة اخرى يؤول الى عقد من عقود التبرع ، وتارة ثالثة يتمخض عن محض ابراء او اسقاط.

وعقد الصلح في كل هذه الصور يكون مجالا خصبا لتطبيق احكام العقد الذى ياخذ حكمه ، الأمر الذى يبرز اهمية هذا العقد ويكسبه مكانة خاصة بين سائر العقود تجعله جديرا بأن يكون نموذجا لتطبيق أحكام نظرية العقد على صوره المتعددة .

من أجل هذا وصفه احد الفقهاء بأنه سيد الاحكام لانه يجرى ويسرى فى سائر العقود (١) .

واعتبر القانون الوضعى الصلح من أهم العقود الواردة واكثرها فائدة (٢) .

وتبرز أهمية عقد الصلح من الناحية العملية فى جوانب متعددة ومنها :

١ - تخفيف العبء عن القضاء .

٢ - تخفيف العبء عن الخصوم .

٣ - تحقيق العدالة .

٤ - نشر السلم الاجتماعى .

وبالصلح يشيع الوئام والوفاق بين الافراد والاسر حتى يصبحوا بنعمة الله اخوانا .

وانطلاقا من هذا المفهوم وسعيا وراء هذا الامل فقد هدانى الله الى دراسة عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدنى - دراسة مقارنة - عسى أن تكون هذه الدراسة جادة فى مجال المقارنة ،وأن تكون محاولة مفيدة من المحاولات التى تبذل لأحياء تراثنا العظيم من الفقه الاسلامى الذى ينبغى أن يكون نبراسا وهاديا لمشروعنا الوضعى وهو كسبيل سن التشريعات التى تدعو اليها الحاجة لتنظيم مختلف العلاقات القانونية فى مجتمعنا المعاصر وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب .

---

١ - شرح الغذى على متن ابن شجاع للبرماوى ص ١٧٥ .

٢ - العقود المدنية لأكثم خولى ص ٣ ، ٤ .

الباب الأول

****

الصلح

تعريفه ومشروعيته وخصائصه

يشمل على فصلين:

١ - **الفصل الاول :**

تعريف الصلح ومشروعيته .

٢ - **الفصل الثاني:**

خصائص الصلح .

الفصل الاول

تعريف الصلح

و

مشروعيته

البحث الاول : تعريف الصلح

==========

تعريف الصلح في اللغة :

الصلح بالضم وسكون اللام اسم من المصالحة خلاف المخاصمة ومعناه السلم - والصلاح ضد الفساد- صلح يصلح ويصلح صلاحا وصلوحا وهو صليح - والجمع صلحاء وصلوح ،والإصلاح :نقيض الإفساد والمصلحة : الصلاح والمصلحة جمعها الصلح،والإستصلاح نقيض الإستفساد.

واصلح الشيىء بعد فساده : اقامه والصلح :تصالح القوم بينهم ،وصلاح من أسماء مكة شرفها الله تعالى والصلح نهر بميسان.(١)

تعريف الصلح في الفقه الإسلامي:

اولا: المذهب الحنفي:

عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي باضافة قيد التراضي او عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضهما(٢)

ثانيا: المذهب المالكي:

هذا المذهب لم يتفق على تعريف واحد للصلح بل تعددت التعاريف فيه منها:

١ - تعريف ابن عرفة :

عرف بعض فقهاء المذهب المالكي الصلح بانه "انتقال عن حق او دعوى لرفع نزاع او خوف وقوعه".(٣)

١- لسان العرب لابن منظور ج٢ ص ٥١٦ ،٥١٧ ،تاج العروس للزبيدى ج٢، ص ١٨٣/١٨٢ - الصحاح للجوهري ج١ ، ص٣٨٣ ،٣٧٤ .

٢- مرشد الحيران الى معرفة احوال الإنسان لمحمد قدرى باشا ص ٢٧٣(١٠٢٦).مجلة الإحكام العدلية ج ٣ ص ٣٣٧ ،٣٠٢ .

٣- شرح الخرشى على مختصر الخليل ج ٦ ص ٢ .

٢ - تعريف ابن رشد :

وهو قبض شيء عن عوض(١)وهذا التعريف غير جامع لانه يشمل محض البيع ويخرج عنه الصلح الإنكار.

٣ - تعريف عياض :

هو معاوضة عن دعوى(٢)وهذا التعريف غير جامع لخروج صلح الإقرار عنه.

ثالثا : المذهب الشافعي:

الصلح لغة وعرفا قطع النزاع وشرعا عقد مخصوص يحصل به ذلك (٣).

رابعا : المذهب الحنبلي:

الصلح لغة التوفيق والسلم بفتح السين وكسرها اى قطع المنازعة وشرعا معاقدة يتوصل بها الى موافقة بين مختلفين اى متخاصمين(٤).

مقارنة بين المذاهب الإربعة :

لإحظنا في تعريف الفقه الحنفي للصلح"رفع النزاع"وفي الفقه الشافعي عبارة "قطع النزاع"وفي الفقه الحنبلي عبارة "موافقة بين مختلفين"وهذه العبارت كلها تكاد تكون متقاربة في المعنى - فهذا التعريف ان الصلح عقد يرفع النزاع يكاد يكون في كل من المذاهب الحنفي والشافعي والحنبلي.

اما تعريف المالكي للصلح فلم يتفق فقهاء هذا المذهب على تعريف واحد كما راينا ومن ابرز التعاريف في هذا المذهب تعريف عرفة وهو من احسن التعاريف من جهتين.من جهة فقد اشمل على الصلح على الإقرار والصلح على

---

١ - شرح الخرشي على مختصر الخليل ج ٦ ص ٢ .

٢ - المرجع السابق ص ٢٠٠ .

٣ - نهاية المحتاج وشرح المنهاج للرملي ج ٣ ص ٣٦٢ .

٤ - كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٣ ص ٣٩٠ .

الإنكار والتمييز بين النوعين من الصلح له اهمية خاصة في الفقه الإسلامي ،ومن جهة اخرى جعل الصلح ليس رفعا للنزاع فحسب بل مانعا لوقوعه وبهذا يمتاز هذا التعريف عن تعريف الصلح في المذاهب الإخرى.

تعريف الصلح في القانون:

عرف التقنين المدني الصلح بانه "عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما بتراضيهما"(١).

التشابه بين التعريف في المذهب الحنفي للصلح وتعريفه في الفقه الوضعي:

هناك شبه بين تعريف الصلح في الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي حسبما عرفه الفقه الحنفي بانه "عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما".

وبين تعريف الصلح في الفقه الوضعي فهذا التعريف يشمل العنصرين الإساسيين لتعريف الصلح في الفقه الوضعي وهما:

وجود نزاع قائم والعنصر الإخر تنازل من كل من الطرفين عن ادعاءات متقابلة.

---

(١)A 1939 R 300,C.P.C.-P-736 .

المبحث الثاني :مشروعية الصلح:

اولا: مشروعية الصلح من الكتاب:

١ - قوله تعالى : "وان امرأة خافت من بعلها نشوزا اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير واحضرت الانفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فان الله بما تعملون خبيرا"(١).

ومحل الإستدلال من الآية هو قوله تعالى:"والصلح خير"واللام للجنس وعلى ذلك فان الخيرية تنصرف الى انواع الصلح كلها : الصلح على الإقرار والإنكار والسكوت وهذا هو راى المذاهب الثلاثة الحنفية والمالكيه والحنابلة خلافا للشافعية الذين لايجزون الصلح على الإنكار.

وقد اعترض على ذلك ومنع الإطلاق لوقوع في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى:"فلا جناح عليهما ان يصلحا والصلح خير"فكان للعهد واجيب عن ذلك بان كون اللام للعهد غير مضر لان الصلح بين الزوجين غير مختص بانوعه الثلاثة بل يتناول الإنكار والسكوت ايضا فلما ثبت جوازه بين الزوجين بانواعه الثلاثة ثبت جوازه مطلقا.

والذي نراه -والله اعلم- انه لاينبغي الوقوف فقط عند آية سورة النساء السالفة الذكر للاستدلال بها على مشروعية الصلح بجميع انواعه وانما ينبغي الرجوع الى جميع الآيات التي تناولت الصلح في الكتاب الكريم ومنها قوله تعالى:

ا - "انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم"(٢).

ب - "وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهم"(٣).

ج - "فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم"(٤).

---

١ - النساء اية ١٢٨ . ٢ - الحجرات اية ١٠ .

٣ - الحجرات اية ٩ . ٤ - النساء اية ١١٤ .

د - "لاخير في كثير من نجواهم الا من امر بصدقة او معروف او اصلاح بين الناس"(١).

رائنا باستقصاء ايات الصلح في الكتاب الكريم ان الشارع قد دعا الى الصلح ورغب فيه وحث عليه واعتبر خيرا وهذا كله يكفي للقول بجواز المستوفي لاركانه وشروطه التي قررها الفقهاء ومن ثم تقرير مشروعيه الصلح بانواعه كلها دون جهد كبير.

ثانيا:مشروعية الصلح من السنة :

==========

١- عن عمر بن عوف المزني عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(الصلح جائز بين المسلمين الاصلحا حرم حلالا او احل حراما) قال: ابو عيسى الترمذي:هذا حديث حسن صحيح(٢).

٢- عن ام سلمة رضي الله عنها يعالى قالت:(جاء رجلان يختصمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ،وانما انا بشر ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض،وانما اقضي بينكم على نحو ما اسمع ،فمن قضيت له من حق اخيه شيئا فلا ياخذه ،فانما اقطع له قطعة من النار ياتي بها اسطاما في عنقة يوم القيامة)فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما :حقي لاخي فقال صلى الله عليه وسلم : (اما اذ قلتما فاذهبا فاقتسما ثم توفيا الحق ثم اسهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه) رواه احمد و ابو دواد وفي رواية لابي داود (اقضي بينكم برايي فيما لم ينزل علي فيه)(٣).

---

١ - النساء ١١٤ .

٢ - صحيح الترمذي بشرح الامام ابن العربي ج ٦ ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

٣ - نيل الاوطار للشوكاني ص ٢٦٧ ، ١٦٩ .

٣-اخرج الإمام البخاري في صحيحه بسند عن ام كلثوم بنت عقبة انها سمعت رسول لله صلى الله عليه وسلم يقول : (ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فيقضي خيرا او يقول خيرا)(١).

٤ - عن سهيل بن سعد رضي الله عنه ان اهل قباء اقتتلوا حتى تراموا بالحجارة فاخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقالوا اذهبوا بنا نصلح بينهم)(٢).

٥ - عن ابي الدرداء رضي الله عنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الا اخبركم بافضل من درجة الصيام والصدقة قالوا:بلى قال :اصلاح ذات البين فان فساد ذات البن هي الحالقة)(٣).

٦ - عن عائشة رضي الله عنها قالت :سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية اصواتهما واذا احدهما توضع الاخر ويسترفقه في شيء وهو يقول والله لا افعل فخرج عليهما رسول االله صلى الله عليه وسلم فقال :اين المتالي على الله لا يفعل المعروف فقال انا يارسول الله وله اى ذلك احب)(٤).

٧ - عن كعب بن مالك رضى الله عنه انه كان له على عبد الله بن ابي حدرد الإسلمي مال فلقيه فلزمه حتى ارتفعت اصواتها فمر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فقال :(يا كعب فاشار بيده كانه يقول النصف فاخذ نصف ما عليه وترك نصفا)(٥).

٨-اخرج الإمام البخاري بسند في صحيحه عن ابي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (كل سلامى من الناس عليه صدقة كل يوم تطلع فيه الشمس يعدل بين الناس صدقة)(٦).

---

(١) صحيح البخاري بشرح الكرماني ج ١٢ص ٥. (٢) صحيح البخاري بشرح الكرماني ج ١٢ ص ٦ . (٣) صحيح البخاري بشرح القسطلاني ج ٧ ص ٤٠٥ . (٤)المرجع السابق ج١٢ ص ٥٠٤(شرح الكرماني).(٥)المرجع السابق ج ١٢ ص ١٨ . (٦) المرجع السابق ج١٢ ص ١٨ .

ثالثا:مشروعية الصلح في الإجماع :

==========

١-روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله :(ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن) وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه احد فاعتبر اجماعا(١).

٢ - وروى قول عمر لابي موسى الاشعري رضى الله عنهما (واحرص على الصلح مالم يتبين لك فصل القضاء)(٢).

٣ -روى عن على رضى الله عنه انه اتى في شيء على مالم يسم فاعله فقال انه لجور اى تسليم بعض الواجب في الاصل لولا انه صلح لرددته اى صار حط البعض برضاء الخصم(٣).

٤-روى ابن عباس رضى الله عنهما قال:(يتخارج اهل الميراث اى يصطلحون على اخراج بعضهم عن الميراث بشيء من معلوم ليعطونه دون كمال حصته منه)(٤).

٥ -وروى عن شريح القاضى انه قال:ايما امراة صولحت على ثمنها لم يبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة (٥).

٦ - ذكر عن علي كرم الله وجهة انه اتاه رجلان يختصمان في بغل فجاء احدهما بخمسة رجال فشهدوا انه انتجه وجاء الاخر بشاهدين شهداء انه انتجه فقال كرم الله وجهه للقوم ماترون فقالوا اقضي لاكثرهما شهودا فقال: رضى الله عنه لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال رضى الله عنه فيها قضا وصلح وسانبئكم بذلك اما الصلح فانه يقسم بينهما على عدد

---

(١)المعاملات في الشريعة الاسلامية لاحمد ابو الفتوح ج٢ ص ٦١٦.

(٢)شرح منح الجليل على مختصر الخليل ج٣ ص ٢٠١.

(٣)طلبة الطلبة للنسفي ص ١٤٤.

(٤)طلبة الطلبة في اصطلاحات الحنفيه ص ١١٤.د

(٥)المرجع السابق ص ١١٤.

الشهود وهو دليل على ان الصلح جائز على غير الجهة الذي يقتضه الحكم وان الصلح مع الإنكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو ان يكون بينهما على عدد الشهود لإحدهما خمسة اسباعه وللاخر سبعاه وكانه اعتبر هذا الظاهر الذي اشار اليه القوم ولن لما كان لإيؤخذ به الإعند اتفاق الخصمين عليه سميناه صلحا(١).

بناء على هذه الروايات ذهب جمهور الفقهاء الى القول بالإجماع على مشروعية الصلح.

رابعا: الحكم الشرعي للصلح :

==========

يثور التساؤل عن الحكم الشرعي للصلح بعد بيان مشروعيته ، وهل هو واجب ام مندوب ام مباح؟وهل من الممكن ان يكون محرما او مكروها؟

وذهب بعض الفقهاء على القول بان الصلح من حيث ذاته مندوب اليه وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمته اى الصلح وكراهيته لإستلزامه مفسدة واجبه الدرء او راجحة (٢).

وذهب البعض الى القول بانه رخصة من المحضور وقيل اصل مندوب اليه وقيل فرع من غيره (٣).

وذهب البعض الى القول بانه رخصة من المحضور وقيل اصل الندوب من العقود وان افاد فائدته (٤).

الصلح المندوب

يبين لنا من استقراء الايات القرانية والإحاديث النبوية التي وردت بشأن الصلح والتي سبق عرضها ان الشارع رغب في الصلح ودعا اليه

المسؤول الأولية

١ - المبسط لشمس الدين السرخسي ج ٢٠ ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

٢ - شرح منح الجليل على مختصر الخليل للشيخ محمد عليش ج ٣ ص ٢٠١ .

٣ - حاشية البرماوي على شرح بن قاسم المرجع السابق ص ١٧٥.

٤ - جواهر الكلام في باب العقود للنجفي المرجع السابق ٤٥٣ .

واعتبره خيرا وامر به في بعض الايات مثل قوله تعالى:"وان طائفتان من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما" (١) وقال تعالى"وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلاجناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير" (٢). واثاب على الصلح فقال تعالى : "فمن عفا واصلح فاجره على الله"(٣).

واذا كان الله تبارك وتعالى قد امر بالصلح فهل صيغة الأمر هنا تفيد الوجوب أو الندب أو الإباحة.

أن الصلح بطبيعته يتضمن تنازلا عن بعض الحق في معظم الاحوال أو على الاقل اذا كان في صورة ابراء حيث أن الفقه الإسلامي يعرف نوعين من الصلح :صلح المعاوضة وصلح الإبراء.

واذا كان الامر كذلك فانه لايجبر الشخص على التنازل عن حقه وانما يكون هذا التنازل عن طواعية منه واختيار وعلى سبيل التسامح وبناء على ذلك فان الامر بالصلح لايفيد الوجوب.

ومن جهة اخرى فان المباح هو الذي يستوى فيه الفعل والترك في حق المكلف ويكون المكلف بشأنه مخيرا فلا يعاقب على تركه ولايثاب على فعله. وبتأمل الصلح نجد أنه لاينطبق عليه هذا الوصف فان الشارع قد استحسنه ودعا اليه.

وبناء على ذلك فلا يكون الأمر مفيدا للاباحة واذا ثبت ان الامر بالصلح لايفيد الوجوب ولا الإباحة فانه يتعين القول بأنه الندب ةهذا هو الذي نرجحه ونختاره ونعتقد انه الحق وبناء على ذلك فان الصلح يكون مندوبا.

---

١ - سورة الحجرات اية ٩ .

٢ - سورة النساء اية ١٢٨ .

٣ - سورة الشورى اية ٤٠ .

خامسا: مشروعية الصلح في القانون:

ينص القانون المدني (١) على ان "اذا ثبت امام محكمة القضاء قطع النزاع قطع كل النزاع او جزء تحكم المحكمة بكتابة وقضى عليه"

هذا النص يدل على مشروعية الصلح في القانون المدني.

١- Order 23 -R.3-Civil Procedure Code

A-1974-sc-1069

Civil Procedure Code.

Aamer Raya Sixth Edition 1989-P.735.

الفصل الثاني

****

خصائص عقد الصلح

خصائص عقد الصلح:

لعله من المناسب قبل بيان خصائص الصلح ان نذكر كلمة موجزة عن انواع الصلح .

انواع الصلح:

ان الصلح في الإموال ينقسم الى ثلاثة انواع :

النوع الاول صلح عن اقرار :-

وفي هذا النوع من الصلح يقر المدعي عليه للمدعى بانه محق في دعواه ثم يتصالحان على شيء كأن يدعى شخص أخر عينا او دينا او منفعة ثم تصالحان على عين او دين او منفعة .

وهذا الصلح يعد معاوضه ويكون حكمه كالبيع ان وقع عن مال بمال فتجرى فيه احكام البيع كالشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل المصالح عليه وتشترط القدرة على تسلم البدل وما استحق من المصالح عنه يرد المدعى عليه حصته من البدل ان كلا فكل او بعضا فبعض وما استحق من البدل يرجع المدعى عليه بحصته من المدعى به .

ويكون حكمه كالإجارة ان وقع الصلح عن مال بمنفعة كسكني دار فيشترط التوقيت ويبطل بموت احدهما وبهلاك المحل في المدة وكذلك الحال لو وقع الصلح عن منفعة عن جنس اخر لأنه في هذة الحالة يأخذ حكم الإجارة(١).

النوع الثاني :صلح عن انكار :-

وفي هذا النوع من الصلح ينكر المدعى عليه الحق موضوع الدعوى كأنه يدعى شخص على أخر شيئا عينا كان أو دينا او منفعة فينكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى ثم يتصالحان .

وهذا الصلح يعد في حق المدعى بمعنى المعاوضة وفي حق المدعى عليه

---

١ - فتح القدير ج ٧ ص ٢٧، ٢٨ .شرح منح الجليل على مختصر الخليل محمد عليش ج ٣ ص ٢٠١ .

لافتداء اليمين وقطع الخصومة وبناء على ذلك يختلف حكم العقد في حق المدعى عليه ،فاذا صالح من دار لم تجب فيها الشفعة اذا كان عن انكار اما اذا صالح على دار يجب فيها الشفعة لأن المدعى يأخذ ما عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه(١).

النوع الثالث : صلح عن سكوت :-

وفي هذا الصلح سكت المدعى عليه اى لايقر لايبكر ثم يصالح المدعى المدعى عليه .

وهذا الصلح يأخذ حكم الصلح عن انكار والذين لايجيزون الصلح عن انكار لايجوزونه ايضا.

وذهب بعض الفقهاء الى اعتبار حكم الصلح عن سكوت كحكم الصلح عن اقرار(٢).

---

١ - الهداية شرح العناية ،المرجع السابق ص ٣٨ ،٣٩ .

٢ - شرح منح الجليل على مختصر الخليل ،المرجع السابق ص ٢٠١ ،٢٠٦ .

(أ) خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي

اولا: الصلح عقد من عقود المعاوضة او التبرع .

وهذا الوصف ينطبق على الصلح عن اقرار والصلح عن انكار او سكوت في حق المدعى فقط(١).

والمقصود بان الصلح عقد معاوضة ان كلا المتعاقدين ياخذ بدل الصلح او المصالح عليه والمدعى يخلص له المصالح عنه او الشيء محل النزاع.

وقد يكون الصلح من عقود التبرعات وهي العقود التي يكون التمليك فيها من غير مقابل اذ المتبرع لايطلب عوضا عما تبرع به وذلك كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعادة والقرض وابراء المدين مما عليه حتى لايبقى للدائن حق في مطالبته به والكفالة بامر المكفول له والجوالة وهي نقل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به وهي جائزة بالديون لابالاعيان وبناء على ذلك فاذا كان تمخض عقد الصلح عن تبرع كهبة او قرض او ابراء من الدين مثلا فانه في هذه الحالة يكون من عقود التبرعات لامن عقود المعاوضات.

ومن الملاحظ ان عقود المعاوضات والتبرعات تفيد التمليك فان الاولى تنتج تمليك البدل والثانية تنتج تمليك ما تم عليه التبرع لذلك يطلق الفقهاء على هذين النوعين من عقود التمليك.

ثانيا: الصلح عقد رضائي.

ان الصلح في الفقه الإسلامي عقد رضائي يتكون بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متقابلتين.

ثالثا: الصلح عقد لازم .

اذا تعقد الصلح فليس لواحد من الطرفين فسخ العقد وانما يجوز فسخه

١-مرشد الحيران الى معرفة احوال الإنسان لمحمد قدري باشا ص ٢٧٩ م١٠٤٨.

بتراضيهما سواء كان الصلح عن اقرار او سكوت وهذا هو معنى اللزوم في عقد الصلح اى لايقبل الفسخ الابتراضي طرفيه .

وهذه القاعدة يرد عليها استثناء ذكرها سليم باز في شرحه لمجلة الاحكام العدلية وهى (١).

١-ادعى عليه مالا فصالحه ثم ظهر ان لاشيء عليه بطل الصلح فالمدعى عليه فسخه .

٢ - ضاع الحمل مع الاخير المشترك فصالح صاحبه على شيء ثم وجد الحمل فلصاحبه أخذه وللاجنبي ابطال الصلح.

٣ - ادعى عيبا في شيء اشتراه وانكر البائع فتصالحا على مال على ان يبرىء المشتري البائع من العيب ثم ظهر انه لم يكن عيب او كان ولكنه قدر زال فللبائع ان ينقض الصلح ويسترد البدل.

ولكن لو صالح الورثة احدهم وخرج من بينهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا في الصلح المذكور قولان اشهرهما لا.

ولو صالح احد الورثة عن تركة مورثة ثم ظهر في التركة دين فان كان الصلح وقع عن الاعيان فقط دون الديون فلا يفسد وان وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح.

رابعا: الصلح قد يكون منجزا او غير منجز.

عقد الصلح قد يكون منجزا ان تترتب عليه اثره في الحال وغير منجز ان لم يترتب عليه اثر في الحال بل اضيف الحكم الى زمن مستقبل او لأن العقد قد علق وجوده على وجود الشيء الاخر وبهذا يكون عقد الصلح اما منجزا او مضافا او معلقا.

---

١ - شرح المجلة لسليم باز المجلد الثاني ص ٢٤١ .

ويكون عقد الصلح منجزا ان كان في معنى المعاوضة وهو الصلح عن الاقرار فيأخذ حكم البيع او للاجارة او السلم او غيرها من عقود المعاوضة فيصح في هذة الحالة ان يكون منجزا ولا يجوز ان يكون مضافا ان كان يفيد ملك الاعيان في الحال وذلك اذا كان الصلح في معنى تابيع او الهبة او الابراء من الدين.

اما اذا كان الصلح في معنى الاجارة فانه يجوز ان يكون مضافا او منجزا وكذلك يجوز ان يكون عقد الصلح معلق او غير معلق تبعا لطبيعته فاذا تضمن الصلح اسقاطا كالابراء من الدين فانه يصح تعليقه وان كان الصلح في معنى البيع او الهبة فانه لايصح تعليقيه لأنه في هذه الحالة يكون من عقود التمليك وعقود التمليك لا يصح تعليقها.

(ب) خصائص عقد الصلح

في

الفقه الوضعي

(ب) خصائص عقد الصلح في الفقه الوضعي.

تذكر فيما يلي اهم خصائص عقد الصلح في الفقه الوضعي :-

اولا: الصلح من عقود المعاوضه.

ان الصلح من عقود المعاوضه لأن كل من الطرفين ينزل للآخر عن جزء ادعائه مقابل نزول الطرف الآخر عن جزء مما يدعيه(١).

ثانيا: عقد الصلح رضائي.

والصلح عقد رضائي لا يشترط فيه شكل خاص بل ينعقد بالإيجاب والقبول وان كان التقنين المدني قد نص على ان الصلح لايثبت الابالكتابة(٢)او بمحضر رسمي فان الكتابة هنا للاثبات لا كشرط لإنعقاد العقد.

ثالثا: الصلح عقد ملزم للجانبين.

ان عقد الصلح ملزم للجانبين اذ يلزم كل من الطرفين بالنزول عن جزء من ادعائه في نظير تنازل الاخر عن جزء مقابله ويسقط في جانب كل من الطرفين الادعاء الذي نزل عنه ويبقى الجزء الذي لم ينزل عنه ملزما للطرف الاخر(٣).

رابعا: الصلح من العقود الفورية لا العقود الزمنية.

ان عقد الصلح هو عقد فوري لازمني حيث ان الزمن ليس عنصرا جوهريا فيه حتى ولو تنفيذ الإلتزامات الناشئة من العقد(٤).

---

١ - C.P.C.Order 23-P 728-742.

٢ - Cilil P rocedur Code O.23 R 3.

٣ - Civli Procedur Code Order 23,P.736.

٤ - C.P.C. Order 23-R.1-4.

(ج) نتائج دراسة المقارنة .

==========

بعد ان فرغنا من بحث خصائص الصلح في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي قد يكون من المناسب ان نعقد مقارنة سريعة بين الفقهين فيهذا الشأن حتى تستبين لنا اوجه الخلاف تطبيقا لمنهج الدراسة المقارنة الذي التزمنا به في هذا البحث - وبناء على ذلك يمكن ان نستخلص النتائج التالية :-

١ - الصلح في الفقه الإسلامي قد يكون من عقود المعاوضة اذا كان كل من المتعاقدين ياخذ مقابلا لما اعطاه وقد يكون من عقود التبرع اذا كان احد الطرفين لإياخذ مقابل ما اعطا.

اما في الفقه الوضعي فان الصلح دائما من عقود المعاوضة لوجود التزامات متبادلة بين طرفي العقد.

٢ - الصلح في الفقه الإسلامي عقد رضائي يكفي في انعقاده تراضي للايجاب والقبول دون حاجة الى اتباع شكل مخصوص والإمر كذلك في الفقه الوضعي فالصلح عقد رضائي ايضا وان كان التقنين المدني قد اشترط الكتابة لإثباته هنا للاثبات وليس ركنا في العقد.

٣ - الصلح في الفقه الإسلامي عقد لإزم كقاعدة عامة فليس لواحد من الطرفين فسخه بمفرده وانما يجوز فسخه باتفاق الطرفين مع ملاحظة الإستثناءات التي سبق ذكرها .

ويقابل هذا في الفقه الوضعي ان الصلح عقد ملزم للجانبين اى ينشىء التزامات متقابلة في ذمة كل من الطرفين ويترتب على ذلك النتائج التي سبق تترتيبها على التمييز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم من لجانب واحد وهي تتعلق بالنسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ونظرية السبب.

ويلاحظ هنا اختلاف معنى اللزوم في الفقه الإسلامي عنه في الفقه الوضعي وان الفقه الإسلامي لايعرف التقسيم الذي ياخذ به الفقه الوضعي للعقود من حيث اثارها ملزمة للجانبين او ملزمة لجانب واحد.

٤ - الصلح في الفقه الإسلامي عقد محدد لايجوز ان يكون عقدا احتماليا لان عنصر الاحتمال قائم على فكرة الغرر والفقه الإسلامي ينفر من الغرر لأنه يشترط ان يكون محل العقد موجودا فعلا وقت التعاقد فان لم يكن موجودا فالعقد باطل حتى لو كان المحل محتمل الوجود بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل(١). اما في الفقه الوضعي فان الاصل في الصلح انه عقد محدد ومع ذلك فانه قد يكون عقدا احتماليا في بعض الصور.

٥ - الصلح في الفقه الإسلامي قد يكون منجزا او مضفا او معلقا على حسب الاموال.

والفقه الوضعي يعرف الاجل والشرط كاوصاف للالتزام التعاقدي فيكون الالتزام لاجل اذا كان نفاذه او انضاءه مترتبا على امر مستقبل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملا.

٦ - الصلح في الفقه الإسلامي قد يكون عقدا فوريا اذا لم يكن الزمن عنصرا جوهريا فيه كما اذا كان الصلح في معنى البيع او السلم او الهبة او الابراء من الدين وقد يكون عقدا زمنيا طبقا لإصطلاح الفقه اذا كان الزمن عنصرا جوهريا فيه وذلك كما اذا كان الصلح في معنى الإجارة.

اما في الفقه الوضعي فان الصلح لايكون الاعقدا فوريا لان الزمن ليس عنصرا جوهريا فيه كما سبق القول.

---

١ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ج ٢ ص ١٣ .

الباب الثاني

اركان الصلح

و

—

اثباته

الفصل الأول

==========

التراضي في عقد الصلح

المبحث الأول.

التراضي في عقد الصلح في الفقه الإسلامي:

اولا : تعريف التراضي:

المعاملة بين الطرفين بغير اكراه.

ثانيا: ركن الصلح:

ذهب جمهور الفقهاء وبصفة خاصة في الفقه الحنفي الى أن ركن الصلح الإيجاب والقبول (١).

ثالثا: صحة التراضي:

لا يكفي لإنعقاد الصلح أن يوجد التراضي أي تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد بل لا بد أيضا ان يكون التراضي صحيحا حتى يصح انعقاد العقد.

ولكي يكون التراضي صحيحا يلزم أن يكون صادرا من شخص أهل لإبرام عقد الصلح وأن تكون ارادته خالية من العيوب.

فلذلك نبحث صحة التراضي في فرعين على النحو التالي.

الفرع الأول : أهلية ابرام الصلح.

الفرع الثاني: عيوب الإرادة في عقد الصلح.

---

١ - بدائع الصنائع للكاساني الجزء السادس ص. ٤

الفتاوى الهندية الجزء الرابع ص ٢٣٨.

أهلية ابرام الصلح:

لكي يكون عقد الصلح صحيحا منتجا لآثاره يشترط أن يكون العاقد أهلا لذلك ويقتضي البحث في أهلية ابرام الصلح بحث:

١ - صلح المجنون والصبي غير المميز:

يشترط أن يكون المصالح عاقلا وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذى لا يعقل لإنعدام أهلية التصرف بانعدام العقل وتقدر سن التمييز سبع سنوات وكل من لم يبلغ السابعه يعتبر فاقدا للتمييز معدوم الإهلية فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أي عقد وعلى ذلك فلا يستطيع أن يبرم عقد الصلح سواء كان الصلح بالنسبة من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع وكذا لا يصح صلح المعتوه لأنه في حكم المجنون.(١)

ويقاس على ذلك عدم صحة صلح النائم والمدهوش وهو من ذهب عقله بذهول والمغمى عليه اذ أن هؤلاء ليس لهم قصد شرعي فيكون كلهم بحكم المجنون والصبي غير المميز بالدلالة أو بالقياس أما السكران فيصح صلحه تأديبا له .(٢)

٢ - صلح الصبي المميز:

لا يشترط أن يكون المصالح بالغا وعلى ذلك فيجوز للصبي المميز المأذون أن يبرم عقد الصلح اذا كان الصلح نافعا له نفعا محضا أو لا نفع فيه ولا ضرر ويقع العقد نافذا ان كان مأذون له بالتجارة وموقوفا على الإجازة ان كان محجورا عليه .

وكذلك يصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين كما اذا ادعى شخص على الصبي المأذون شيئا واقر به يصح صلحه عن اقرار.

---

١ -بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٤٠ .

٢ -الفتاوي الهندية ج ٤ ص ٢٢٩ .

وكذلك اذا كان للصبي دين على اخر ولايمكن اثباته بحال من الاحوال فحينئذ يصح الصلح على أخذ البعض وترك البعض الاخر فان كان يمكن اثباته فلا يصح الصلح . وان ادعى على الاخر مالا فصالح على مقدار قيمة يصح الصلح ولكن اذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال لايصح(١)

٣ - صلح العبد المأذون والمكاتب:

يصح صلح العبد المأذون والمكاتب اذا كان الصلح فيه منفعة لكل منهما في ذلك مثل الصبي المأذون الا أنه اذا كان لهما بينة فلا يجوز ان يصطلحا على فسقط بعض الحق ولكن يجوز لهما التأجيل واسقاط بعض الثمن للعيب .(٢)

٤ - صلح الولي والوصي عن الصغير :

يجوز للولي أو للوصي على الصغير مميزا كان أو غير مميز أن يبرم الصلح نيابة عنه والقاعدة العامة في هذا الشأن أنه يصح صلح الولي أو الوصي اذا كان فيه مصلحة للصغير أو لم يكن فيه ضرر بين . أما اذا كان فيه ضرر بين فانه لا يصح سواء في ذلك الصلح في العين أو الدين للصبي على الغير أو للغير على الصبي على تفصيل نوضحه فيما يلي :

الحالة الأولى : الصلح في العين :

اذا كان للصبي عين فادعى شخص فيها دعوى فصالحه الولي أو الوصي على شيء من مال الصغير فيجوز الصلح ان كان للمدعي بينة على دعواه وكان ما أعطا الولي أو الوصي من مال الصبي مثل حق المدعي أو أكثر منه قيمة قدرما يتغابن الناس فيه عادة لأن الصلح في هذه الحالة بمنزلة البيع ويجوز البيع الذي يتم على هذا النحو وان لم يكن للمدعي بينة لا يجوز الصلح في هذه الحالة . (٣)

---

١ - شرح المجلة لسليم باز المجلد الثاني ص ٢٢٦ .

٢ - بدائع الصنائع للكاساني المرجع السابق ص ٤١ .

٣ - مرشد الحيران لقدري باشا ص ٢٧٦ .

أما لو صالح الولي أو الوصي عن مال نفسه ففي هذه الحالة يصح الصلح وان لم يكن للمدعي بينة .(١)

وتطبيق الأحكام السابقة اذا كانت للصبي دعوى في عين الغير .

الحالة الثانية : الصلح في الدين .

اذا كان للصبي دين على غير فان كان له بينة عليه وصالح الولي أو الوصي على اسقاط الدين أي بعض الدين وأخذ الباقي فان الصلح في هذه الحالة لا يجوز لأنه يتضمن تبرعا من مال الصغير وهذا تصرف ضار به لا يملكه الولي أو الوصي .

فان لم يكن له بينة والغير منكر للدين جاز صلح الولي أوالوصي وان كان الدين ظاهرا بالبينة أو بالإقرار فان صالحه مع محاباة يتغابن فيها الناس عادة جاز هذا الصلح .(٢)

أما اذا كان للغير دين على الصبي فان كان له بينة وصالحه الولي أو الوصي على مال الصغير جاز الصلح ان كان ماأعطاه من المال مثل الدين المدعى به أو زيادة يتغابن في مثلها عادة لأن الصلح في هذه الحالةفي معنى المعاوضة لأن الغير يملك الحصول على كل حقه بالبينة وكل من الوصي والولي يملك المعاوضة من مال الصبي لأنها من التصرفات الدائره بين النفع والضرر ولهما ولاية مباشرتها وان لم تكن للغير بينة وصالحه الولي أوالوصي على مال الصبي لا يجوز هذا الصلح لأنه يتضمن تبرعا بمال الصغير وهذا التصرف ضار به ضررا محضا لا يملكه الولي أو الوصي .

---

١ - أحكام الصغار للاستروشني ج ١ ص ٣٧٠ .

٢ - كتاب آداب الأوصياء للجمالي ص ٢٠٨ .

اما اذا صالح الولي أو الوصي من مال نفسه مما قل منه أو كثر جاز لانه لم يضر بالصبي في هذه الحالة .(١)

٥ - صور الوكالة في الصلح :

قد يبرم الشخص عقد الصلح بنفسه وقد يتولى ابرام العقد شخص اجنبي وهذا الإجنبي قد يكون مأذونا في ذلك فيكون وكيلا وقد يكون غير مأذون فيكون فضوليا وقد يكون التوكيل في الصلح توكيلا خاصا . أما اذا كان التوكيل عاما فانه لا يجوز للوكيل ان يتعاقد في الصلح نيابة عن الاصل اذا تضمن الصلح ابراء أو اسقاطا بحق الموكل(٢)بخلاف اذا كان الصلح في معنى المعاوضة فانه يجوز أن يبرمه الوكيل الذي يحمل توكيلا عاما (٣) ويلاحظ أن الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكاله بالصلح فاذا صالح الوكيل عن الدعوى الموكل بالخصومة فيها بلا اذن موكله فلا يصح صلحه .(٤)

---

١ - البدائع للكاساني المرجع السابق ص ٤١ .

٢ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ١٨٧ .

سليم باز في شرح المجلة ص ٧٦٩ - م١٥٤٣ .

٣ - الفتاوى المهدية ص ٤٨٠ .

٤ - مرشد الحيران م ١٠٤٢ .

٦ - _أحكام_الوكالة في الصلح_ :

١ - في المذهب الحنفي : اذا كان الصلح في معنى المعاوضة أى عن اقراربمال عن مال وأضاف الوكيل الصلح الىموكله فان حكم العقد وحقوقه جميعا تنصرف الى الموكل دون الوكيل وكذلك الإمر اذا كان الصلح عن انكار أو سكوت . واذا كان الصلح عن الدين فان اضاف الوكيل العقد الى الموكل نفذ الصلح على الموكل ووجب بدل الصلح عليه اي أن حكم العقد وحقوقه تنصرف اليه لأن هذا الصلح اسقاط فكان الوكيل سفيرا معبرا فلا يلزمه شيء الا اذا ضمن بدل الصلح فيلزمه حينئذ بحكم الضمان لا بحكم الصلح . (١)

الظاهر في المذهب الحنفي أن الوكيل اذا أضاف الصلح الى الموكل فان حقوق العقد تنصرف الى الموكل دون الوكيل اذا كان الصلح يتضمن اسقاطا بأن كان عن بعض الدين أو عن دم العمد الا أن يضمنه الوكيل ففي هذه الحاله تنصرف حقوق العقد اليه بحكم الضمان لا بحكم الصلح .

اما اذا كان الصلح في معنى المعاوضة فان حقوق العقد تنصرف الى الوكيل لاالىالموكل لأن الصلح في هذه الحالة قد يكون بمنزلة البيع اما اذا اضاف الوكيل الصلح الى نفسه وكان الصلح عن اقرار بمال عن مال فيؤخذ بدل صلح من الوكيل وهو يرجع الى الموكل لأن الصلح عن اقراربمال

---

١ - الهداية وشرح العناية - تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٣٨ - ٤٠ .
مبسوط لشمس الدين السرخسى ج ٣٠ ، ص ١٢٩ .
رد المحتار على در المختار ص ٦٥٣ .
البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن بخيم ج ٧ ص ٣٠٩ .
مرشد الحيران لقدرى باشا ص ٢٧٧ م ١٠٤٣ .
شرح مجلة الإحكام العدلية لسليم بان ص ٢٢٨ م ١٥٤٣ .

عن مال يحل على المعاوضة لإنه كالبيع والوكيل اصل في المعاوضات المالية فترجع حقوق العقد اليه دون الموكل فيطالب بالعوض وكذلك الحال في الصلح عن الدين ان أضاف الوكيل الصلح الى نفسه فان حقوق العقد تنصرف اليه .

٣ - في المذهب الشافعي:

يجوز للاجنبي في المذهب الشافعي ان يبرم الصلح نيابة عن الغير فان كان ذلك باذنه فهو وكيل وتطبق أحكام الوكالة وان كان بغير اذنه فهو فضولي وتطبق احكام الفضالة .

فاذا كان الاجنبي وكيلا عن المدعى عليه وصالح المدعى فقد يكون المدعى به عينا أو دينا فان كان المدعى به عينا يجوز لأجنبي ان يصالح المدعى على بعض المدعى به أو على يمين للمدعى عليه أو على دين في ذمته وكذلك يجوز للأجنبي ان يصالح المدعى على عين مملوكة له وفي هذه الحالة ينفذ الصلح في حق الموكل ويرجع الوكيل عليه بما مستحق له .(١)

وان أضاف الوكيل العقد الى نفسه فقال المدعى "انا اعلم ان العين لك فصالحني فانا اقدر على اخذها وهو مبطل في انعقاده .

ففي هذه الحالة يصح الصلح سواء صالح بعين ماله أو بدين في ذمته لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه فان أخذه استقر الصلح وان لم يقدر على اخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع الى مادفع وبين ان يصبر الى ان يقدر على الإنتزاع .

اما ان المدعى به دينا فيجوز للوكيل ان يصالح المدعى فان أضاف الوكيل العقد الى الموكل فان حقوق العقد وحكمه ينصرفان جميعا الى الموكل وان اضاف الوكيل العقد الى نفسه ليكون له الدين في ذمة الموكل

---

١ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج ٣ ص ٣٦٧ .

مغني المحتاج للشربيني ج ٢ ص ١٨١ - ١٨٢ .

ففيه قولان :احدهما انه لايصح لأنه لايقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه والآخر أنه يصح كما لو اشترى وديعة في يد غيره (١).

وان صالح الوكيل عن الدين الذي على الموكل بدين ثابت قبل الصلح له -أي للوكيل-في ذمة الموكل لم يصح الصلح لإنه بيع للدين من غير من عليه الدين وهذا لايجوز اما ان صالح الوكيل على دين للمنشئه وقت انعقاد الصلح بان قال :"وهو مقر لك أو هو لك أو هو مبطل في انكار"فان الصلح يجوز في هذه الحالة سواء اضاف الوكيل عقد الصلح الى نفسه او اضافه الى الموكل .

ونلاحظ اخيرا انه في المذهب الشافعي فان حكم العقد وحقوقه تتصرفان جميعا الى الموكل سواء اضاف الوكيل العقدالى نفسه أو اضاف العقد الى الموكل .(٢)

٣ - المذهب الحنبلي :

في المذهب الحنبلي قد يصالح عن المدعى عليه اجنبي وهذا الاجنبي قد يكون مأذون في ابرام الصلح فيكون وكيلا في هذه الحالة والا فهو فضولي والصلح جائز في الحالتين .

وان اضاف الوكيل عقد الصلح نفسه والمدعى به دين ليصير الحق جميعا تتصرفان الى الوكل دون الموكيل .

وان اضاف الوكيل عقد الصلح الى نفسه والمدعى به دين ليصير الحق له من غير اعتراف للمدعى بصحة الدعوى لم يصح لأنه يشترى ملك غيره وان اعترف بصحة الدعوى لم يصح ايضا .

وان كان المدعى به عينا فيفرق بين ما اذا كان الوكيل يقدر على استنفاذها فيصح الصلح وان كان لايقدر فلا يصح.(٣)

---

١ - المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٤٤ . حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ج ٢ ص ٧٣ .

٢ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ص ٢٠٥ .

٣ - الكافي في الفقه الإمام احمد بن حنبل لابن قدامة ج٢ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤.

٧ - صلـــــــــــــح الفضولـــــــــــــــــي

ان صالح الاجنبي المدعى في دعواه بغير اذن من المدعى عليه فهو فضولي في هذه الحالة .

يمكن تلخيص احكام صلح الفضولي في المذهب الحنفي فيما ياتي .

١ -ان صالح الفضولي المدعى على مال وضمنه انعقد الصلح صحيحا وكان الفضولي متبرعا ولا يرجع على المدعى عليه بشيء سواء كان مقرا اومنكرا

٢ - ان صالح الفضولي المدعى عليه على مال اضافه الى نفسه يكون الصلح صحيحا ولزمه تسليم هذا المال .

٣ - ان صالح الفضولي المدعى على مال ولم يضمنه أو يضيفه الى نفسه أو يساومه فان عقد الصلح يصبح موقوفا فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه وان لم يجزه بطل .

٤ -ان صالح الفضولي المدعى عليه ولم ينسبه الى نفسه كقوله "صالحتك على هذه الالف " فان العقد ينعقد صحيحا لأنه لما عين المصالح للتسليم صار شارطا سلامته له .فاذا سلم له المال تم الصلح وان لم يرجع المدعى على الفضولي بشيء ويرجع الى دعواه بخلاف ما اذا صالحه على شيء معين بالذات وضمنه ففي هذه الحالة يرجع المدعى على الفضولي اذا لم يسلمه هذا الشيء أو وجد به عيبا .

وصلح الفضولي على خمسة اوجه :(١)

أحدها:

ان يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أوصالحك من دعواك على ملان على الف درهم علي،اني ضامن لك الالف اوعلى أن علي الالف.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٤٣ .

والثاني :

أن يضيف المال الى نفسه بان يقول على الفي هذه أو على عبدي هذا .

والثالث :

ان يعين البدل وان كان لا ينسبه الى نفسه بان يقول على هذه الالف أو على هذا العبد .

والرابع :

ان يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على الف وسلمها اليه .

والخامس :

ان لا يفعل شيئا من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه .

ففي الوجوه الاربعة يصح الصلح لقوله تعالى : "انما المؤمنون اخوه فاصلحوا بين أخويكم" (١) وهذا خاص في صلح المتوسط وقوله عن شأنه "والصلح خير" وهذا عام في جميع انواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لا ستغراق الجنس ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ابتداء ومتى صح الصلح يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع .

وأما في الوجه الخامس : فموقوف على اجازة المدعى عليه لأن عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لايمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان اجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة .

---

(١) سورة الحجرات آية ٩ .

ولو كان وكيلا من الإبتداء نفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا التحق التوكيل بالإجازة وان رده بطل لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير اذنه واجازته .(١)ثم انما يصح صلح الفضولي اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لإنهما لبسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا بان كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلا ويجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان بغير اذنهما وكذلك الزيادة في الثمن من الإجنبي بأن كان باذن المشتري يكون وكيلا ويجب على المشتري وان كان بغير اذنه بطل .(٢)

---

(١) المبسوط لشمس الدين سرخسي ج ٢٠ ص ١٤٩ .

(٢) حاشية رد المحتار على در المختار شرح تنوير الإبصار ص ٦٥٨ .

البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٣٥٩ .

الفـــــــــــــــــــــرع الثـــــــــــــــــــــاني

عيوب الإرادة في عقد الصلح :

لكي ينعقد الصلح صحيحا من كل وجه لابد بالإضافة الى اهلية المصالح لابرام الصلح ان تكون ارادته خالية من العيوب التي تشوب الإرادة فتمنعها من ان تنتج اثرها في انعقاد العقد ، وهذه العيوب في الفقه الوضعي هى الغلط والإكراه والتدليس -وهنا يتعين التمييز بين الإرادة غير الموجودة هى ارادة السكران والهازل والصبي غير المميز والمجنون، ومن ثم فان العقد الذي يترتب عليها باطل لإوجود لها.

اما الإرادة المعيبة فهى ارادة تعلقت بمحلها فالعقد الذي ترتب عليها موجود ومنعقد ولكنه قابل للإبطال لوجود العيب في ارادة لمصلحة من وجد في ارادتة عيب من عيوب الإرادة وهى الغلط والتدليس والإكراه .

والفقه الإسلامي كالفقه الوضعي يشترط لكي يكون التراضي صحيحا ان تكون ارادة العاقد خالية من هذه العيوب في اى عقد من العقود وعقد الصلح مثله في ذلك كمثل سائر العقود ولاينفرد باحكام خاصة فيما يتعلق بعيوب الإرادة لذلك نرى انه محل لدراسة هذه العيوب بالتفصيل لأن محل ذلك عند الكلام علي النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي وبناء على ذلك فان عقد الصلح يخضع للقواعد العامة في هذا الصدد.

المبحث الثاني

==========

التراضي في عقد الصلح في الفقه الوضعي.

تمهيد وتقسيم :

ان مثل عقد الصلح كمثل اي عقد من العقود لا بد له من اركان ثلاثة هي : التراضي والمحل والسبب ، وان كان المحل ركن في الالتزام لاي العقد ولكن اهميته لا تظهر الا في التزام الذي ينشىء من العقد لأن محل الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون بعينه اما محل الالتزام التعاقدي فان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه لذلك يجب عليهما ان يراعيا الشروط التي يتطلبها القانون فيه (١) .

فنبحث التراضي في مطلبين :

أولا : وجود التراضي . ثانيا: صحة التراضي .

أولا : وجود التراضي :

الصلح عقد رضائي يكفي لإنعقاده تطابق ارادتي طرفيه فيما يتعلق بماهميته وبالنزاع المراد حسمه وبالتنزول المتبادل لكل من طرفي العقد وسائر شروط الصلح .والإراده المنفردة لاتكفي لإنعقاد الصلح بل لابد من أرادتين وتطابق الإرادتين بتوفق الإيجاب والقبول من المصالحين .(٢)

الصلح عقد رضائي : والصلح من حيث اعتباره عقدا رضائيا ، لا يتطلب شكلا معينا في انعقاده فيجون ان ينعقد بالكتابة أو مشافهة وان كانت الماده الثالثة من التقنين المدني الباكستاني نص على أنه "لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمي" الكتابة هنا للإثبات لإلإنعقاد .(٣)

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري .

2 - 1980 Civil Law Cases (clc) p.967, All India Law resporter

1925 P 280 العقود التي تقع على الملكية ج ٣ ص ٥٣١

أكثم خولي فو العقود المدنية ص ٣١ .

3 - All India Law report 1940 Pc . 70 -- order 23 -r-3

-A1926 S32 --- N1980 -Uc 445

ثانيـــــــــا : صحة التراضي :

نقسم هذا البحث على مطلبين :

الفرع الأول: أهلية ابرام الصلح .

الفرع الثاني : عيوب الإراده في عقد الصلح .

الفرع الاول: أهلية ابرام الصلح .

نتناول في بحث الاهلية لإبرام عقد الصلح المسائل الاتية :

١ - أهلية الصبي غير المميز .

٢ - أهلية الصبي المميز .

٣ - صلح الولي أو الوصي عن الصغير .

٤ - صلح القيم على المحجور عليه .

٥ - الوكالة في الصلح .

٦ - حالات خاصة تمنع من الصلح .

(١) أهلية الصبي غير المميز .

حدد القانون سن التمييز بسبع سنوات فنص التقنين المدني الحالي على ان "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز وعلى ذلك فالصبي الغير المميزهو من لم يبلغ السابعة من عمره"(١) والصبي غير المميز لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية فليس له حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة (٢) وبناء على ذلك لا يستطيع الصبي غير المميز ان يبرم اي عقد لعدم الإرادة له ، ومن ثم لا يستطيع الصبي غير المميز ان يبرم عقد الصلح بصفة أصلية أو نيابة عن غيره والا كان العقد باطلا .

---

(1) Pakistan Majority Act 1870 Sec . 3 .

(2) Order 32 R 1-16 C.P.C.

٢ - أهلية الصبي المميز :

يعد الصبي مميزا من وقت بلوغه سن التمييز اي السابعة الى وقت باوغه سن الرشد وهو الثامنة عشر سنة ميلادية . وفي القانون المدني اذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، وبزول حق التمسك بالابطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد او اذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقا للقانون(١).

وقد نص القانون "اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره واذن له في تسليم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون(٢).

٣ - صلح الولي والوصي عن الصغير :

للأب ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا الولاية على أموال القاصر ويقوم على رعايتها وله ادارتها وولايه التصرف فيها .(٣)

وبناء على ذلك فان للأب ولاية الصلح على حقوق ولده مادام له ان يتصرف فيها وتعين عليه الحصول على اذن من محكمة الاحوال الشخصية المختصة في حالة الصلح في المنازعات المتعلقة بالعقار او المحل التجاري او الاوراق المالية (٣).

ولايجوز للولي ان يتصالح مع نفسه او مع زوجه أو اقاربه أواقاربها في عقار مملوك للقاصر الإبادن المحكمة وكذلك يجب الحصول على اذن المحكمة في حالة التصالح على المال الموروث اذا كان مورث القاصر قد

---

(1) CIVIL PROCEDER CODE SEC (147) C.P.C ORDER 32-1-16.

(2) MAJORITY ACT 1870 SEC.3 ONWARDS.

(3) GAURDIANS AND WARDS ACT 1890 FROM SEC 27-TO37

اوصى بان لايتصرف وليه في المال الموروث(١).

اما الجد فليس له الصلح عن حقوق القاصر اوعليها الا باذن المحكمة (٢)

٤ - صلح القيم على المحجور عليه

ينص القانون المدني(٣)على انه "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر لإبحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة امواله وفقا للاحكام المقررة في هذا القانون "(٤).

وصلح المجنون والمعتوه يقع باطل اذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر اما اذا سجل قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون او العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الاخر على بينة منها (٥)

اما الصلح الذي يبرمه كل من ذي الغفلة او السفيه بعد تسجيل قرار الحجر فانه يسرى عليه ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من احكام .

اما الصلح الذي يعقده كل منهما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا او قابلا للابطال الا اذا كان نتيجة استغلال او تواطوء.(٦)

٥ - الوكالة في الصلح

ينص القانون المدني (٣) على انه "لابد من وكالة وخاصة في كل عمل

---

(1) 2S A 585PL 21 M91-ORD-32R-7

(2)INSOLVERCY ACT SEC.3

(3) INSOLVENCY ACT P-19

(4) P 1951,L61

(5)IBID ORD. 32,R .1

ليس من اعمال الإدارة بوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار واستحكم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء والوكالة الخاصة في نوع معين من انواع الإعمال تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص الا اذا كان العمل من التبرعات والوكالة الخاصة لاتجعل للوكيل صفة الا في مباشره الإمور المحدد فيها".

يتبين من هذا ان المشرع قد اعتبر عقد الصلح من اعمال التصرف فلا تكفي فيه الوكالة العامة بل لابد ان يكون الوكيل ذا وكالة خاصة من الموكل تجيز له ابرام الصلح نيابة عنه اما الوكيل وكالة عامة فلا يجوز له ابرام الصلح الا اذا اقتضته اعمال الإدارة .

حالات خاصة تمنع من الصلح

==========

وهناك بعض الحالات الخاصة التي يكون فيها الشخص كامل الإهلية ومع ذلك فانه يمتنع عليه ابرام عقد الصلح وذلك لأن الشخص في هذه الحالات ممنوع من التصرف ،فيمنع عليه بالتالي ابرام الصلح.

وهذه الحالات هي:

أ - التاجر المفلس:

بعد حكم شهر الإفلاس تزول عنه اهلية التصرف في حقوقه الحالية والتي تؤول اليه في المستقبل حتى نهاية فترة افلاس (١)وعلى ذلك يصبح غير اهل لعقد الصلح .

---

(1)INSOLVENCY ACT OF PAKISTAN P.8

ب - **المدين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية :**

بالنسبة للعقارات المبنية في التنبيه لاينعقد تعرفه في العقار وبناء على ذلك لايستطيع ابرام الصلح بشأن هذا العقار (١).

ج - **المحكوم عليه بعقوبة جنائية :**

لايجوز للمحكوم عليه بعقوبة جنائية ان يتصرف في امواله الإبناء على اذن من المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته وتاسيسا على ذلك فانه يمنع عليه ابرام الصلح في امواله الا بعد الحصول على اذن المحكمة المدنية ويعين له قيم لإدارة امواله.(٢)

---

١ - Insolvency Act of Pakistan P.8.

٢ - C.P.C.Order 21 Rule 41 to 57,Sections 60 to 64 and 136

الفصل الثاني

المحل في عقد الصلح

المبحث الأول

المحل في عقد الصلح في الفقه الإسلامي:

تعريف المحل:

يمكن تعريف محل الإلتزام بأنه الأمر الذي يلتزم المدين القيام به ،سواء كان هذا الأمر اعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء أو أداء عمل أو امتناعا عن عمل .(١)

يذهب جمهور الشراح الى أن المحل ركن في الإلتزام لا في العقد ،غير أن أهميته لا تظهر الا في الإلتزام الناشيء من العقد ، أما محل الإلتزام غير التعاقدي فان القانون هو الذي يتولى تحديده وبيان شروطه على العكس محل الإلتزام التعاقدي الذي يتولى المتعاقد أن تحديده لذلك كان لابد أن يراعيا استيفاء المحل للشروط التي يتطلبها القانون ومن ثم فان المحل يذكر عادة مقترنا بالعقد وجرى العرف على التعبير لمحل العقد ولكن المقصود محل الإلتزام(٢) .

وذهب رأي في الفقه الى أن هناك محلا للعقد ومحلا للالتزام وأن كلا منهما مختلف عن الآخر ، فمحل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها ،أما محل الإلتزام فهو الإداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ،ولكل من المحلين قواعد ومن ثم وجب التمييز القواعد التي تحكم محل العقد عن القواعد التي تحكم محل الإلتزام،ولكن هذا الرأي لم يجد له أنصارا ، واستقر الفقه على أن المحل ركن في الإلتزام وأنه اذا اطلق تعبير ركن العقد فهذا من باب التجوز والمقصود به ركن الإلتزام(٣)

---

(١)سليمان مرقس في مصادر الإلتزام ص١٧٦-السنهوري في الوسيط(١)ص٤٠٨

(٢)السنهوري في الوسيط (١) ص ١٨٣ .

(٣)النظرية العامة للإلتزام ج ١ ص ٦٢ .

والفقه الإسلامي يعرف محل العقد ويسمى بالمعقود عليه وهو ما تتعلق به أحكامه وآثاره ، ويتنوع الى أنواع مختلفه فقد يكون مالا وقد يكون منفعة وقد يكون عملا من الإعمال وتبعا لهذا الإختلاف يتنوع العقد الذي يقع عليه ويسمى باسماء مختلفة .(١)

شـــــروط المحـــــــل :

المحل في عقد الصلح قد يكون عينا أو دينا أو منفعة أو حقا من الحقوق ليس بعين ولا دين ولا منفعة ويطلق عليه (المصالح عنه) فاذا ما ادعى شخص حق الملك في عين من الاعيان في حيازة شخص أخر ، وصالحه المدعى عليه على مبلغ من المال، كانت العين في هذه الحالة محل العقد أو المصالح عنه أو المعقود عليه والمبلغ الذي دفعه المدعى عليه يطلق عليه (المصالح عليه) أو بدل الصلح، (٢) ويشترط الفقهاء في محل الصلح أو المصالح عنه شروطا نبينها فيما يلي:

أولا :<u>أن يكون موجودا فعلا وقت التعاقد</u> :

يشترط في المحل أن يكون موجودا فعلا وقت التعاقد ،فان لم يكن موجودا فالعقد باطل حتى لو كان المحل محققا أو محتمل الوجود في المستقبل وبناء على ذلك لا ينعقد الصلح عن المعدوم وماله خطر العدم .

وهذا الشرط يعد في المذهب الحنفي اصلا في صحة العقود كلها حيث لم يفرقوا بين العقود التي تقتضي بطبيعتها وجود محلها عند التعاقد كعقد البيع والهبة وغيرها من العقود التي تقع على عين المالية ، وبين العقود التي لا تقتضي بطبيعتها وجود محلها وقت التعاقد ،كالعقود التي

---

(١)محمد سلام مدكور في المدخل للفقه الإسلامي ص٤٨٠ المدخل ونظريه العقد عيسوي احمد عيسوي ص ٤٣٢ .

(٢)البدائع للكاساني ج٦ ص٤٢ محمد سلام مدكور في المدخل للفقه الإسلامي ص ٤٨٠ البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٨ .

ثالثا: يشترط ان يكون محل الصلح صالحا للتعامل فيه ،ويعبر عن هذا الشرط في الفقه الإسلامي بانه يشترط ان يكون محل الصلح حقا من الحقوق التي يجوز التصرف فيها اى من حقوق العباد لا من حقوق الله تعالى ومن ثم يجوز الصلح عن القصاص والتعزير لأنهما من حقوق العباد ولا يجوز الصلح عن الحدود لإنها من حقوق الله تعالى .

وفي الفقه الوضعي يشترط أن يكون المحل مشروعا أو قابلا للتعامل فيه وبعبارة اخرى لا يكون مخالفا للنظام العام والإداب العامة .

وبناء على ذلك لا يجوز الصلح عن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية كالاهلية والنسب والزواج والطلاق والولاية والوصاية والقوامة وغيرها وكذلك لا يجوز الصلح عن الجرائم بصفة عامة ولكن يجوز الصلح عن الحقوق المالية الناتجةعن الحالة أو عن ارتكاب احدى الجرائم .

ويلاحظ ان هذا الشرط في الفقه الإسلامي له نظيره في الفقه الوضعي مع ملاحظة اختلاف مدلول "حق الله وحق العبد" في الفقه الإسلامي عن مدلول "النظام العام" في الفقه الوضعي . وحق الله اكثر انضباطا وثباتا من النظام العام لأن النظام العام يختلف من بلد الى بلد ومن عصر الى عصر وحل الله غير قابل للتبديل أوالتحويل، "ولن تجد لسنة الله تبديلا"(١) "ولن تجد لسنة الله تحويلا"(٢)

---

(١) سورة الإحزاب آية ٣٣ .

(٢) سورة فاطر آية ٣٥ .

الفصـــــــــل الثـــــــــــــالث

==========

السبـــــــــــــب فـــــــي عقـــــــــد الصلـــــــــــــح

المبحـــــــــــــث الأول

السبب في عقد الصـــــــــــــلح في الفقه الإسلامي.

يمكن تعريف السبب بصفة مبدئية بأنه الغرض المباشر الذي يقصد اليه المتعاقد في عقد من العقود من وراء التزامه ، وهي بهذا المفهوم يفترق عن المحل ، فان السبب جواب لمن يسأل:لماذا التزم المدين ؟ أما المحل فيكون جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟والسبب بهذا المفهوم عنصر في التزام الناشيء من العقد فقط.وليس عنصرا في التزامات الإخرى الناشئة عن غير العقد. وذلك أن الإرادة في الإلتزام العقدي لا بد أن تتجه الى تحقيق غرض معين ، فالإرادة العشوائية وهي تلك التي لا تتجه الى هدف محدد لا تعتد بها كارادة المجنون والصبي غير المميز ، أما الإلتزام غير العقدي فغير قائم على الإرادة ومن ثم فان السبب ليس عنصرا فيه .

اذا علم هذا الإرتباط بين الإرادة والسبب فانهما متميزان مع انهما متلازمان وعلى ذلك فان السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة وعقد الصلح شأنه في ذلك شأن سائر العقود لا بد له من سبب .(١)

رفع النزاع كسبب لعقد الصلح .

قد يأتي الى الذهن أن السبب في عقد الصلح هو رفع النزاع. أليس الصلح عقد وضع لرفع النزاع بين الطرفين سواء كان هذا النزاع قائما أو محتملا ، فيكون الغاية التي تقصد اليها المتصالحان هي انهاء النزاع وبناء على ذلك يكون رفع النزاع هو السبب في عقد الصلح، ويكون السبب واحد في جميع صور عقد الصلح وبالنسبة لكل من طرفيه .(٢)

---

(١) السنهوري في الوسيط (١) ص ٤٥٢ .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني ج ٢ . ص ٩٧ .

فان لم يكن يحتاج الى التسليم فلا يشترط فيه هذا الشرط ويجوز أن يكون مجهولا ، والعلة في ذلك أن المصالح عنه ان كان مما يحتاج الى التسليم يجب أن يكون معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة وليس الامر كذلك ان كان لا يحتاج الى التسليم .

ومثال المصالح عنه الذي لا يحتاج الى التسليم ان يدعي شخص حقا في دار في يد شخص آخر ولم يسمه ويدعى المدعى عليه حقا في أرض في يد المدعى ولم يسمه فيصطلحان على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه فان هذا جائز لأن المصالح عنه في هذه الحالة لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فجهالته لا تؤدى الى المنازعة .

ومثال المصالح عنه الذي يحتاج فيه الى التسليم والتسلم ان يدعى شخص حقا ولم يسمه في دار في يد شخص آخر ثم يصطلحان على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه للمدعى بما ادعاه فان هذا لا يجوز لأن المصالح عنه في هذه الحالة يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فجهالته هنا تفسد العقد ويلاحظ هنا أن الجهالة ليست مقصودة لذاتها بل لأنها تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ففي كل حالة لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فالجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة فتمنع جواز الصلح .(١)

الدليل على جواز الصلح عن الوجهول .

هناك بعض الاحاديث الشريفة التى يستدل منها على جواز الصلح حتى ولو كان المصالح عنه مجهولا ونعرض فيما يلي بعض هذه الأحاديث .

(١) عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : جاء رجلان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة فقال رسول

---

(١) المبسوط للسرخسي ج ٢٠ ص ٥٤ - ١٤٨.- الكافي لا بن قدامة ج٢ ص٢٠٨.
- جواهر الكلام في باب العقود للنجفي ص ٤٥٥ .

ثالثا: يشترط ان يكون محل الصلح صالحا للتعامل فيه ،ويعبر عن هذا الشرط في الفقه الإسلامي بانه يشترط ان يكون محل الصلح حقا من الحقوق التي يجوز التصرف فيها أى من حقوق العباد لا من حقوق الله تعالى ومن ثم يجوز الصلح عن القصاص والتعزير لأنهما من حقوق العباد ولا يجوز الصلح عن الحدود لإنها من حقوق الله تعالى .

وفي الفقه الوضعي يشترط أن يكون المحل مشروعا أو قابلا للتعامل فيه وبعبارة اخرى لا يكون مخالفا للنظام العام والإداب العامة .

وبناء على ذلك لا يجوز الصلح عن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية كالإهلية والنسب والزواج والطلاق والولاية والوصاية والقوامة وغيرها وكذلك لا يجوز الصلح عن الجرائم بصفة عامة ولكن يجوز الصلح عن الحقوق المالية الناتجةعن الحالة أو عن ارتكاب احدى الجرائم .

ويلاحظ ان هذا الشرط في الفقه الإسلامي له نظيره في الفقه الوضعي مع ملاحظة اختلاف مدلول "حق الله وحق العبد" في الفقه الإسلامي عن مدلول "النظام العام" في الفقه الوضعي . وحق الله اكثر انضباطا وثباتا من النظام العام لأن النظام العام يختلف من بلد الى بلد ومن عصر الى عصر وحل الله غير قابل للتبديل أوالتحويل، "ولن تجد لسنة الله تبديلا"(١) "ولن تجد لسنة الله تحويلا"(٢)

---

(١) سورة الإحزاب آية ٣٣ .

(٢) سورة فاطر آية ٣٥ .

واحد في جميع صور عقد الصلح وبالنسبة لكل من طرفيه .(٢)

---

(١) السنهوري في الوسيط (١) ص ٤٥٣ .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني ج ٢ . ص ٩٧ .

تقع على منفعة أو عمل مثل الإجارة والإستصناع،كذلك لم يفرقوا بين عقود المعاوضة وعقود التبرع .

ويتفق المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي مع المذهب الحنفي في اشتراط هذا الشرط وهو أن يكون المحل موجودا وقت العقد،أما في المذهب المالكي فيشترطون هذا الشرط في عقود المعاوضات ، أما في عقود التبرعات فلا يشترطون في محلها أن يكون موجودا وقت العقد بل يكفي ان يكون ممكن الوجود في المستقبل.(١)

والظاهر ان الفقه الإسلامي يجعل العقد على المعدوم باطلا على هذا النحو البالغ من التشدد مخافة الغرر.(٢)

ثانيا: يشترط أن يكون حقا من الحقوق التي يجوز التصرف فيها:

سواء كان مالا أو منفعة على رأي من لا يعتبر المنفعة مالا أو غيرها من الحقوق التي للعباد لا لله سبحانه وتعالى .

وبناء على ذلك يجوز أو يكون المصالح عنه عينا من الأعيان كعقار أو منقول دينا ثابتا في الذمة ، أو منفعة من المنافع كسكنى دار أو ركوب دابة أو سيارة أو حقا آخر من حقوق العباد كحق القصاص .

ولا يجوز الصلح عن حد من الحدود كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر فلا يجوز أن يصالح شخص آخر عن حد الزنا أوالسرقة أو شرب الخمر على مبلغ من المال لكي لا يبلغ عنه الجهات المختصة ، ويجوز الصلح عن التعزير لأنه من حقوق العباد ، وجملة القول في هذا الشرط أن الصلح عن حق من حقوق الله سبحانه وتعالى يقع باطلا ولاكذلك الصلح عن حق من حقوق العباد.(٣)

ثالثا : يشترط أن يكون المصالح عنه معلوما ان كان يحتاج الى القبض والتسليم .

---

(١) محمد سلام مدكور المرجع السابق ص ٥٧٧ .

(٢) السنهوري في مصادر الحق ج ٣ ص ١٤ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص ٤٨ .

فان لم يكن يحتاج الى التسليم فلا يشترط فيه هذا الشرط ويجوز أن يكون مجهولا ، والعلة في ذلك أن المصالح عنه ان كان مما يحتاج الى التسليم يجب أن يكون معلوما لأن جهالته تفضي الى المنازعة وليس الامر كذلك ان كان لا يحتاج الى التسليم .

ومثال المصالح عنه الذي لا يحتاج الى التسليم ان يدعي شخص حقا في دار في يد شخص آخر ولم يسمه ويدعى المدعى عليه حقا في أرض في يد المدعى ولم يسمه فيصطلحان على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه فان هذا جائز لأن المصالح عنه في هذه الحالة لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فجهالته لا تؤدى الى المنازعة .

ومثال المصالح عنه الذي يحتاج فيه الى التسليم والتسلم ان يدعى شخص حقا ولم يسمه في دار في يد شخص آخر ثم يصطلحان على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه للمدعى بما ادعاه فان هذا لا يجوز لأن المصالح عنه في هذه الحالة يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فجهالته هنا تفسد العقد ويلاحظ هنا أن الجهالة ليست مقصودة لذاتها بل لأنها تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ففي كل حالة لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فالجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة فتمنع جواز الصلح .(١)

الدليل على جواز الصلح عن الوجهول .

هناك بعض الاحاديث الشريفة التى يستدل منها على جواز الصلح حتى ولو كان المصالح عنه مجهولا ونعرض فيما يلي بعض هذه الأحاديث .

(١) عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : جاء رجلان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليس بينهمابينة فقال رسول

---

(١) المبسوط للسرخسي ج ٢٠ ص ٥٤ - ١٤٨.- الكافي لا بن قدامة ج٢ ص٢٠٨.
- جواهر الكلام في باب العقود للنجفي ص ٤٥٥ .

الله صلى الله عليه وسلم : انكم تختصمون الى رسول الله وانما انا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وانما أقضي بينكما على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فانما أقطع له قطعة من النار يأتي بها اسطاما في عنقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي لأخي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :اما اذا قلتما فاذهبا فاقتسما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه ."

وفي رواية لأبي داود "انا أقضي بينكم برأيي فيما لم ينزل علي فيه "الحديث أخرجه ابن ماجة .(١)

ووجه الاستدلال من الحديث قوله صلى الله عليه وسلم " ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه " أن ليسل كل واحد منكما صاحبه ان يجعله في حل من قبله لإبراء ذمته ، وفيه دليل على أنه يصح الإبراء من المجهول،لأن الذي في ذمة كل واحد منهما ههنا غير معلوم،وفيه أيضا صحة الصلح بمعلوم عن مجهول، ولكن لا بد مع ذلك من التحليل .(٢)

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم"من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم ، ان كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته وان لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه " رواه البخاري وكذلك أحمد والترمذي وصححه ، وقالا فيه "مظلمة من مال أو عرض"(٣)

---

(١) الشوكاني نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار ج٥ ص ٣٦٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٦٩ .

(٣) الشوكاني نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الأخيار ج٥ ص ٣٧٢ - ٣٧٣ .

ثالثا: يشترط ان يكون محل الصلح صالحا للتعامل فيه ،ويعبر عن هذا الشرط في الفقه الإسلامي بانه يشترط ان يكون محل الصلح حقا من الحقوق التي يجوز التصرف فيها أى من حقوق العباد لا من حقوق الله تعالى ومن ثم يجوز الصلح عن القصاص والتعزير لأنهما من حقوق العباد ولا يجوز الصلح عن الحدود لانها من حقوق الله تعالى .

وفي الفقه الوضعي يشترط أن يكون المحل مشروعا أو قابلا للتعامل فيه وبعبارة اخرى لا يكون مخالفا للنظام العام والإداب العامة .

وبناء على ذلك لا يجوز الصلح عن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية كالإهلية والنسب والزواج والطلاق والولاية والوصاية والقوامة وغيرها وكذلك لا يجوز الصلح عن الجرائم بصفة عامة ولكن يجوز الصلح عن الحقوق المالية الناتجةعن الحالة أو عن ارتكاب احدى الجرائم .

ويلاحظ ان هذا الشرط في الفقه الإسلامي له نظيره في الفقه الوضعي مع ملاحظة اختلاف مدلول "حق الله وحق العبد" في الفقه الإسلامي عن مدلول "النظام العام" في الفقه الوضعي . وحق الله اكثر انضباطا وثباتا من النظام العام لأن النظام العام يختلف من بلد الى بلد ومن عصر الى عصر وحل الله غير قابل للتبديل أوالتحويل، "ولن تجد لسنة الله تبديلا"(١) "ولن تجد لسنة الله تحويلا"(٢)

---

(١) سورة الإحزاب آية ٣٣ .

(٢) سورة فاطر آية ٣٥ .

ووجه الإستدلال من الحديث قول النبي صلى الله عليه وسلم " من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلل منه اليوم"فهذا يدل على صحة الإبراء من المجهول لا طلاقه وبالتالي يصح الصلح عن المجهول .

رابعا: يشترط أن يكون المصالح عنه حقا للمصالح :

فان لم يكن حقا له فالصلح باطل، كما لو طلق رجل امرأته ثم أقامت عليه دعوى تدعي فيها أن الصبي الذي في يده أنه منها وأنكر الرجل هذه الدعوى فصالحته عن النسب على الشيء ففي هذه الحالة يكون الصلح باطلا لأن النسب حق الصبي لا حقها .

خامسا: يشترط أن يكون المصالح عنه حقا ثابتا للمصالح في المحل المصالح عنه!

فان لم يكن ثابتا له في المحل كما لو صالح المشتري الشفيع على مال لترك حق الشفعة فالصلح في هذه الحالة باطل لأن الثابت للشفيع حق التملك وهو ليس ثابتا في المحل بل هو حق الولاية التي هي صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه وكما لو كان الشخص ظلة على طريق نافذ فخاصمه شخص آخر وأراد أن يطرحها فصالحه على مال فالصلح باطل لأن الطريق غير مملوكة لاحد من الناس وانما لهم حق المرور فيها وهذا ليس بحق ثابت في المحل وانما هو عبارة عن ولاية المرور التي هي صفة المارة هذا مع ملاحظة أنه لا فائدة من هذا الصلح لإنه ان سقط حق هذا الشخص بالصلح فلغيره من الناس حق طرحها بخلف ماإذا كان الطريق غير نافذ فانه اذا صالح صاحب الظلة شخصا من ملاك الطريق على مال ليترك ظلته جاز الصلح لأن ذات الطريق في هذه الحالة مملوكة لبعض الأشخاص فكان لكل واحد منهم ملك فيها .(١)

---

(١) الكاساني في بدائع الضائع ج ٦ ص ٤٩ .

ثالثا: يشترط ان يكون محل الصلح صالحا للتعامل فيه ،ويعبر عن هذا الشرط في الفقه الإسلامي بانه يشترط ان يكون محل الصلح حقا من الحقوق التي يجوز التصرف فيها أى من حقوق العباد لا من حقوق الله تعالى ومن ثم يجوز الصلح عن القصاص والتعزير لأنهما من حقوق العباد ولا يجوز الصلح عن الحدود لإنها من حقوق الله تعالى .

وفي الفقه الوضعي يشترط أن يكون المحل مشروعا أو قابلا للتعامل فيه وبعبارة اخرى لا يكون مخالفا للنظام العام والإداب العامة .

وبناء على ذلك لا يجوز الصلح عن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية كالإهلية والنسب والزواج والطلاق والولاية والوصاية والقوامة وغيرها وكذلك لا يجوز الصلح عن الجرائم بصفة عامة ولكن يجوز الصلح عن الحقوق المالية الناتجةعن الحالة أو عن ارتكاب احدى الجرائم .

ويلاحظ ان هذا الشرط في الفقه الإسلامي له نظيره في الفقه الوضعي مع ملاحظة اختلاف مدلول "حق الله وحق العبد" في الفقه الإسلامي عن مدلول "النظام العام" في الفقه الوضعي . وحق الله اكثر انضباطا وثباتا من النظام العام لأن النظام العام يختلف من بلد الى بلد ومن عصر الى عصر وحل الله غير قابل للتبديل أوالتحويل، "ولن تجد لسنة الله تبديلا"(١) "ولن تجد لسنة الله تحويلا"(٢)

---

(١) سورة الإحزاب آية ٣٣ .

(٢) سورة فاطر آية ٣٥ .

الفصـــــــــل الثـــــــــــالث

==========

السبـــــــــــب فـــــي عقـــــــد الصلـــــــــــح

المبحـــــــــــث الأول

السبب في عقد الصـــــــــــلح في الفقه الإسلامي.

يمكن تعريف السبب بصفة مبدئية بأنه الغرض المباشر الذي يقصد اليه المتعاقد في عقد من العقود من وراء التزامه ، وهي بهذا المفهوم يفترق عن المحل ، فان السبب جواب لمن يسأل:لماذا التزم المدين ؟ أما المحل فيكون جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟والسبب بهذا المفهوم عنصر في التزام الناشيء من العقد فقط.وليس عنصرا في التزامات الأخرى الناشئة عن غير العقد. وذلك أن الإرادة في الإلتزام العقدي لا بد أن تتجه الى تحقيق غرض معين ، فالإرادة العشوائية وهي تلك التي لا تتجه الى هدف محدد لا تعتد بها كارادة المجنون والصبي غير المميز، أما الإلتزام غير العقدي فغير قائم على الإرادة ومن ثم فان السبب ليس عنصرا فيه .

اذا علم هذا الإرتباط بين الإرادة والسبب فانهما متميزان مع انهما متلازمان وعلى ذلك فان السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة وعقد الصلح شأنه في ذلك شأن سائر العقود لا بد له من سبب .(١)

رفع النزاع كسبب لعقد الصلح .

قد يأتي الى الذهن أن السبب في عقد الصلح هو رفع النزاع. أليس الصلح عقد وضع لرفع النزاع بين الطرفين سواء كان هذا النزاع قائما أو محتملا ، فيكون الغاية التي تقصد اليها المتصالحان هي انهاء النزاع وبناء على ذلك يكون رفع النزاع هو السبب في عقد الصلح، ويكون السبب واحد في جميع صور عقد الصلح وبالنسبة لكل من طرفيه .(٢)

---

(١) السنهوري في الوسيط (١) ص ٤٥٣ .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني ج ٢ . ص ٩٧ .

هل يمكن تطبيق النظرية التقليدية للسبب في الفقه الوضعي على السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي بالقول أن السبب في عقد الصلح هو الغرض المباشر الذي من اجله التزم كل من الطرفين فتكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه وذلك تطبيقا للنظرية التقليدية للسبب في الفقه الغربي التي تقرر أن سبب الإلتزام التعاقدي هو التزام المتعاقد الآخر.(١)

يلاحظ فضلا عما وجه لهذا التحليل من نقد في الفقه الوضعي من أن السبب على هذا الوجه يختلط بالمحل في الصلح، فانه لا يمكن الإخذ به في الفقه الإسلامي بخصوص عقد الصلح ذلك لأن هذا التحليل لا يمكن القول به الا في عقود المعاوضات التي ترتب التزامات على كل من طرفي العقد كالبيع والإجارة وليس كذلك الصلح في كل صوره. فقد يكون الصلح في بعض صوره من التبرعات كما لو كان في معنى الهبة أوالإبراء فانه في هذه الحالة يرتب التزامات في ذمة أحد الطرفين دون الطرف الآخر،فيكون أحد الطرفين دائنا غير مدين ويكون الطرف الإخر مدينا غير دائن ومن ثم يستعصي هذا التحليل على عقود الصلح التي في معنى التبرعات ويكون تعريف السبب في عقد الصلح على هذا النحو غير جامع.هذا فضلا عن سائر العيوب التي توجه الى تعريف السبب في النظرية التقليدية .(٢)

لكي نبحث طبيعة السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي ينبغي أن ننظر في الصور المختلفة لعقد الصلح وهذه الصور يمكن أن تندرج تحت قسمين:

---

(١) الوسيط(٥) ص ٥٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٦٠ .انظر في عيوب السبب في النظرية التقليديه مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ - ص ٢٣ . ٢٥ .

ولمعرفة السبب في هذه الحالة يبدن اتجاهان أساسيان في الفقه الإسلامي الإتجاه الأول، وهو الإعتداد بالإرادة الظاهرة ويمثله المذهبان الحنفي والشافعي ويتلخص في عدم الإعتداد بالسبب الا اذا تضمنته صيغة العقد . والإتجاه الثاني: ويعتد بالإرادة الباطنة أى بالمقاصد والنيات للبحث عن مشروعية السبب سواء ذكر السبب في العقد أم لا مادام معلوما من الطرف الآخر وهذا الإتجاه يمثله في الفقه الإسلامي المذهبان المالكي والحنبلي من مذاهب الشيعة والظاهرية .

وقال ابن القيم(١) "ان القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار المقصود في العقد أولى من اعتبار الالفاظ ، فان الالفاظ مقصودة لغيرها ومعاصد العقود التي تراد لإجلها فالنية روح العمل ووليه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها".

يجب الملاحظة ان ما يقول به ابن القيم ليس سوى استنباط ما اتفق عليه العاقدان خارج صيغة العقد اما اذا كان أحد العاقدين يجهل قصد العاقد الآخر فلا يبطل العقد وسبب ذلك ان الشريعة الإسلامية تهدف بجانب مراعاة المقاصد الشرعية الى وجوب استقرار المعاملات(٢)

ونلخص مما تقدم ان السبب في عقد الصلح اذا كان في معنى المعاوضة يتركب من عنصرين:

العنصر الاول: هو انهاء النزاع ورفعه .

العنصر الثاني: هو الحصول على البدل الذي التزم به المتعاقد الآخر بشرط أن يكون هذا الحصول مشروعا مع مراعاة تطور فكرة المشروعية باختلاف الازمان والاحوال .(٣)

---

(١) ابن القيم في اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٣ - ١٣٦ .

(٢) مختار القاضي في نظرية السبب المرجع السابق ص ٢٠٩ .

(٣) الفتاوى الخانية ج٢ ص ٣٢٦ .

القســـــــــم الثانـــــــــــي

الصلـــح فـي معنـى التبـرع

قد يأخذ عقد الصلح صورة عقد من عقود التبرعات كما اذا كان في معنى الهبة أو القرض – وقد يكون في معنى الإبراء الكلي أو الجزئي فيكون تبرعا أيضا. فما هو السبب الصلح في هذه الحالة ؟

هنا ايضا تتكون السبب من عنصرين.

١- انهاء النزاع أو رفعه .

٢- هو السبب في التصرف الذي تمخض عنه الصلح الذي في معنى التبرع وقد يكون التبرع أو التصرف : هبة أو قرضا أو ابراء أو غير ذلك من التبرعات. فما هو سبب هذا التصرف؟

السبب في عقود التبرع تختلف وظيفته عن السبب في عقود المعاوضة ، فاذا كان دور السبب في عقود المعاوضة هو حماية المتعاقد من استغلال المتعاقد الآخر في العقد لوجوب التوازن بين الإلتزامات المتقابلة في هذه العقود ،فان دور السبب في تبرعات له مدلول آخر وهو أن يكون متفقا مع اغراض الشارع ومقاصده .(١)ولا يمكن القول بأن نية التبرع هي السبب في التبرعات كما ذهب الى ذلك الفقه التقليدي لأنه في هذه التصرفات لا نبحث سبب الإلتزام الذي يحمل العاقد عليه لأنه لا وجه في الفقه الإسلامي الى حمل العقد في عقد التبرع على التزامه وذلك ناشيء أساسا من وصف العقد بأنه غير لازم(٢).

أن التبرعات من العقود غير اللازمة التي يجوز فيها للمتبرع أن يرجع في تبرعه ، ومع ذلك فانه لا بد في هذه التبرعات من وجود السبب الداعي الى التبرع ولا تكفي مجرد نية التبرع لأن هذه النية غير منضبط وعام

---

(١) جمال الدين محمد محمود في سبب الإلتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي ص ٤٥٥ .

(٢) جمال الدين محمد محمود المرجع السابق ص ٤٥٥ .مختار القاضي نظرية السبب ص ١٩٨ - ١٩٩ .

والسبب في التبرعات هو نية التبرع المشروعة فاذا كان التبرع لتحقيق هدف مشروع يقره الشارع كان السبب صحيحا والا فلا .(١)

المبحث الثاني

السبب في عقد الصلح في الفقه الوضعي .

نلخص ما قرأنا في القانون المدني (٢) الباكستاني والإنجليزي في السبب في عقد الصلح فيما يلي :

أولا : هو نية وضع حد لنزاع قائم أو المحتمل بين الطرفين وهذا العنصر مشترك بين الطرفين ويتلاءم مع الطبيعة الخاصة لعقد الصلح وهذا العنصر ثابت لا يتغير من متصالح لآخر بل هو واحد لدى جميع الإطراف في كافة عقود الصلح.(٣)

ثانيا : وهو السبب الذي تقول به النظرية الحديثة في السبب وهو الباعث الدافع على التعاقد، وهذا الباعث يختلف في عقد الصلح الواحد من تصالح لآخر، كما يختلف في عقود الصلح من عقد الى آخر ، فهناك من يصطلح مخافة أن يخسر دعواه أمام القضاء وهناك من يعقد صلحا منعا من الإلتجاء الى التقاضي وما يستتبعه من اجراءات طويلة ومصروفات باهظة . ومن الإشخاص من يصطلح ابقاء على صلة المودة أو صلة الرحم بين الإصدقاء والإقارب الى غير ذلك من البواعث والدوافع .

والشرط هو أن يكون الباعث مشروعا (أي) أن غير مخالفا للنظام العام ، والمعيار نفضله في هذا الشأن أنه لا يعتد بالباعث الا اذا كان الطرف الاخر يعلمه أو يستطيع أن يعلمه وذلك في حالة عدم مشروعية الباعث(٤)،

---

(١) جمال الدين محمود المرجع السابق ص ٤٥٨ - ٤٥٩ .

(٢) Contract Act 1872 Conc . Sec .

(٣) Civil - Proc. Code ord. 23 .

(٤) Contract Act . 1872 Sec. 26 .

ومن ثم فاذا صالح الشخص امرأة للمحافظة على علاقة اثمة بها أو صالح شخص آخر على نزاع متعلق بايجار منزل حتى يتمكن من ادارته للدعاره أو للعب القمار فان الباعث الدافع على الصلح في هذه الحالة يكون غير مشروع ، ويكون الصلح باطلا لعدم مشروعية السبب اذا كان الطرف الاخرفي العقد على علم بهذا الباعث أو يستطيع أن يعلمه أو من السهل عليه أن يتنبه .(١) (٢) (٣) (٤)

---

(١) أكثم خولي في العقود الحديثة ص ٢٧ .

(٢) محمد جمال الدين زكي في العقود المسماه ص ٣٩ ، ٤٠ .

(٣) السنهوري في الوسيط ج٥ ص ٥٦١

(٤) محمد علي عرفة في شرح القانون المدني ص ٣٩٥ .

. 1929 cl.j- 280 PLO 1973 - Karachi - 49 -

المبحث الثالث

مقارنة بين السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي والوضعي :

تبين لنا من المقارنة بين السبب في عقد الصلح في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي النتائج الآتية :

أولا: السبب في الصلح في الفقه الإسلامي يختلف مدلوله حسبما اذا كان عقد الصلح في معنى المعاوضة او في معنى التبرع وذلك للمدلول الواسع لمفهوم الصلح في الفقه الإسلامي فقد يكون عقد من عقود المعاوضة ، وقد يكون عقدا من عقود التبرع ، وقد يكون محض اسقاط، ومن ثم فان السبب يختلف تبعا لذلك كما سبق القول .

اما في الفقه الوضعي فعقد الصلح يكون دائما من عقود المعاوضة ومن ثم فلا محل لهذا الخلاف في مدلول السبب .

ثانيا : أنه لا يمكن تطبيق النظرية التقليدية في السبب في الفقه الوضعي على عقد الصلح في الفقه الإسلامي بالقول بأن سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعاءه ذلك لأن هذا التحليل لا ينطبق الا على عقود المعاوضة ،والصلح في الفقه الإسلامي ليس في كل صوره من عقود المعاوضة .

ثالثا: رأينا انه لا يكفي اعتبار رفع النزاع سببا لعقد الصلح في الفقه الإسلامي،وقد انتقد اعتبار رفع النزاع سببا لعقد الصلح في الفقه الوضعي، لأن وجود النزاع هو من مقومات عقد الصلح وليس سببا له .

رابعا: يشترط في السبب في عقد الصلح بمعنى الباعث الدافع على التعاقد ان يكون مشروعا وهذه المشروعية مشروطة في كل من الفقهين الإسلامي والوضعي مع اختلاف مدلول المشروعية في كل من الفقهين .

خامسا: هناك شبه بين السبب في عقد الصلح في كل من الفقهين الإسلامي والوضعي طبقا - للرأي الذي اعتنقناه - من حيث اعتبار ارادة انهاء النزاع عنصرا مشتركا بين السبب في الفقهين، مع ملاحظة أنه في الفقه الإسلامي اذا كان عقد الصلح في معنى المعاوضة فان سببه هو ارادة انهاء النزاع والحصول على البدل أو العوض الذي التزم به المتعاقد الآخر، اما اذا كان عقد الصلح في معنى التبرع فان سببه هو انهاء النزاع ونية التبرع المشروعة، وهذا التحليل يتفق مع نصوص الفقه الإسلامي .

أما في الفقه الوضعي فان سبب عقد الصلح مركب من عنصرين أحدهما نية أو الإرادة وضع حد للنزاع القائم أو المحتمل والعنصر الآخر أن يكون الباعث الدافع على ذلك مشروعا .

سادسا: هناك اتجاهان أساسيان في تحديد طبيعة السبب في الفقه الإسلامي .

الإتجاه الاول: ويأخذ بالإرادة الظاهرة فلا يعتد بالسبب الا اذا تضمنه التعبير عن الإرادة أو صيغة العقد فاذا لم يذكر في صيغة العقد فلا يعتد به وهذا الإتجاه يمثله المذهبان الحنفي والشافعي .

الإتجاه الثاني: ويأخذ بالإرادة الباطنة تاسيسا على الإعتبارات الدينية والأدبية فيعتد بالسبب ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ومع ذلك يكون محلا للإعتبار فيؤثر في مشروعية العقدبمعنى أن العقد يكون صحيحااذا كان السبب مشروعا وباطلا اذا كان السبب غير مشروع ، وهذا الإتجاه يمثله المذهبان الحنبلي والمالكية وهو أقرب الى النظرية الحديثة في السبب في الفقه الإنجليزي اذ طبقا لهذه النظرية فان السبب هو الباعث على التعاقد ، ويعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر مادام معلوما من الطرف الآخرأو يستطيع أن يتبينه فاذا كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح، وان كان غير مشروع فلا يصح العقد .

الفصل الرابع

اثبات الصلح

المبحث الأول :

الشهـــادة

في الشريـــعة

والقـــــــــــــــــــــــــــــــانون

الشهاده لغة :

هي اخبار عن مشاهدة .

الشهادة في الإصطلاح:

هي اخبار شخص بحق شخص على شخص آخر .

والمخبر يسمى شاهدا والمخبر له يسمى مشهودا له والمخبر عنه يسمى مشهودا به .

والشهادة ترادف البينة . والبينة تطلق في الإصل على كل ما يبين الشيء ويظهره . ولكن الفقهاء خصوها بشهادة الشهود.فالمراد من البينة في مجال الإثبات هي الشهادة مطلقا.(١)

والبينة لها أهمية خاصة في اثبات الدعوى وهي تأتي بعد الإقرار . لأن المدعى عليه اما يقراو ينكر- فان اقر حكم القاضي للمدعى وان انكر المدعى عليه فعلى المدعى البينة فان اقام المدعىالبينة وكانت مقبوله أمام القضاء حكم له بما ادعى المدعى.

والشهادة باعتبارها خبرا يحتمل الصدق والكذب لا يصح في القياس ان تكون حجة ملزمة .

مشروعية الشهادة :

مشروعيتها بالكتاب قوله بعالى:"ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ، والله بما تعملون عليم"(٢)

---

(١) الهداية للمرغيناني ج ٣ ص ١٢٢ - محمد زيد الإبياني في مباحث المرافعات ص ٩٧ - محمد سلام مدكور في المدخل للفقه الإسلامي ص ٣٥٠.

(٢) سورة البقره - آية ٢٨٣ .

وقوله عن وجل: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى، ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا."(١)

وقوله سبحانه وتعالى : "يايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين ان يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما".(٢)

وأما دليل مشروعيتها بالسنة فالاحاديث النبوية في ذلك كثيرة منها: قوله عليه الصلاة والسلام: "ليس لك الا شاهداك أو يمينه".(٣)

وعن زيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام قال :"الا اخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها"(٤) وعن أنس رضي الله عنه قال مر على النبي عليه الصلاة والسلام بجنازة فاثنوا عليها خيرا فقال وجبت ثم مر باخرى فاثنوا عليها شرا فقال وجبت فقيل يارسول الله قلت لهذا وجبت ولهذا وجبت قال:"شهادة القوم المؤمنين شهداء لله في الارض"(٥)

وأما دليل مشروعيتها بالاجماع(٦) فقد اتفق فقهاء الامة الاسلامية في جميع العصور على الاعتداد بشهادة الشهود في اثبات الدعاوى والحقوق وذلك من غير نكير من أحد ولا نعلم له مخالفا ومن ثم فان الشهادة تثبت بالاجماع .

---

(١) سورة البقرة – من آية ٢٨٢ .

(٢) سورة النساء . من آية ١٣٥ .

(٣) صحيح مسلم كتاب الاقضية باب بيان خير الشهود ج٥ ص ١٣٣ .

(٤) صحيح مسلم كتاب الاقضية ج٥ ص ١٣٣ .

(٥) صحيح البخاري . ج ٣ كتاب الشهادات ص ٧٢ .

(٦) شمس الدين لسرخسي في المبسوط ج ٣٠ ص ٢٥ .

نصاب الشهادة :

الصلح بين العباد فالحقوق الناشئة منه من حقوق العباد فان نصاب الشهادة على عقد الصلح رجلان أو رجل وامرأتان .

موافقة الشهادة للدعوى .

الحقوق المشهود بها تنقسم قسمين :

الأول: الحقوق التي لا يشترط في الشهادة بها لقدر الدعوى وهذه هي حقوق الله تعالى وهذا النوع لا يشترط فيه موافقة الشهادة للدعوى لأن تقدم الدعوى اذا لم يكن شرطا كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق.

الثاني: الحقوق التي يشترط في الشهادة بها تقدم الدعوى وهي حقوق العباد كالبيع والاجارة والدين والوصية وهذا القسم لا تقبل فيه الشهادة الا اذا وافقت الدعوى لأن الشهادة انما وضعت لتصديقها فاذا خالفتها فقد كذبتها فتكون الشهادة قد فقدت شرط تقدم الدعوى فلا يحكم بها .

ولما كانت الحقوق التي يشملها عقد الصلح من حقوق العباد فانه يشترط في اثباته بالشهادة موافقة الشهادة للدعوى ولكن لا يشترط أن تكون الموافقة موجودة صورة ومعنى بل ان الموافقة في المعنى كافية لأن العبرة بالمعاني لا بالالفاظ .(١)

---

(١) شمس الدين سرخسي في المبسوط ج ٢٠ ص ٢٥،٢٦ .

الشهادة في القانون .

الأصل أنه يجب اثبات الصلح بالكتابة ومع ذلك فانه يجوز استثناء اثبات الصلح بشهادة الشهود في حالات خاصة عند عدم وجود دليل كتابي.(١)

مقارنة في الفقهين الوضعي والإسلامي في اثبات الصلح بشهادة الشهود :-

---

بعد استعراض موقف الفقهين الإسلامي والوضعي في مسألة جواز الصلح أي اثباته بالبينة نرى ان لا خلاف بين الفقهين في هذه المسألة .

---

(١) 1971 Suprem court monthly Review P . 337 .

- All India Low reporter 1961 Patna 310 .

- A 1965 - M 344 .

المبحث الثاني :

الإقرار في الشريعة والقانون

تعريف الإقرار:

يعرف الإقرار عادة في اصطلاح الفقهاء بأنه اخبار الشخص سواء أكان صحيحا أو مريضا مرض الموت - بثبوت حق عليه لغيره.(١)

حجية الإقرار:

الإقرار حجة قاصرة على المقر فقط وذلك لإقتصار ولايته على نفسه وقصورها عن غيره بمعنى ان الإقرار يلزم صاحبه ولا يتعداه الى غيره.

والإقرار ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

فدليل المشروعية بالكتاب قوله تعالى: "قال ااقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا قال فاشهدوا وانا معكم من الشاهدين".(٢)

وقوله جل شأنه: "يايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والاقربين ان يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما"(٣)

وقد فسرت الشهادة على النفس في الآية بانها الإقرار على النفس لأنه في معنى الشهادة عليها بالزام الحق.(٤)

ودليل المشروعية بالسنة خبر الصحيحين وهو قوله صلى الله عليه وسلم (٥) اغد انيس الى امراة هذا، فان اعترفت فارجمها، قال فغدا عليها فاعترفت، فامر بها رسول الله عليه الصلاة والسلام فرجمت.

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ج٣ ص١٣٢، محمد زيد الابياني في مباحث المرافعات ص ٧٧.

(٢) سورة ال عمران آية ٨١.

(٣) سورة النساء آية ١٣٥.

(٤) النسفي في تفسيره ج ١ ص ٢٥٦.

(٥) صحيح البخاري ج٤ ص ١١٠.

حكم الإقرار:

حكم الإقرار هو الزام المقر بما اقر به .

وعلى ذلك فاذا أقر الشخص بعقد الصلح الذي قدمه خصمه في المحكمة فانه يلتزم باحكام الواردة بهذا العقد .

وفي ختام هذا المبحث تجدر الإشارة الى التمييز بين الصلح على اقرار وهو احد أنواع الصلح ، وبين اقرار كوسيلة من وسائل اثبات عقد الصلح امام القضاء ، فان الإقرار بالمعنى الاخير يسري على كافة أنواع الصلح سواء كان عن اقرار او انكار أو سكوت لأنه دليل من أدلة الإثبات .

اثبات الصلح بالإقرار في الفقه الوضعي .

تعريف الإقرار :

الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .(١)

جواز اثبات الصلح بالإقرار .

أجمع شراح القانون المدني على جواز اثبات الصلح بالإقرار ولا نعلم في ذلك مخالفا .(٢)

---

(١) Evidence Act 1872 Sec 17 , 18 .

(٢) Evidence Act 1872 Sec 21,20 .- A 1952 PU 344 .

- All india Law reporter 1932 Lahore 488 >

- A 1974 Sc 117 . - A 1966 Sc 405 .

المبحث الثالث :

الكتابة

في

الشريعة و القانون

الكتابة لها اهمية خاصة في مجال الإثبات، اذ يمكن ان تثبت بها جميع الوقائع القانونية سواء كانت الواقعة عملا ماديا ام تصرفا قانونيا ـ هذا بالإضافة الى ان الكتابة دليل يمكن اعداده سلفا، وقت انشاء التصرف وقبل حدوث نزاع بشأنه .

وتمتاز الكتابة بأنها ملزمة للقاضي اذا كان معترفا بها من الخصوم وهي طريق مباشر من طرق الإثبات لأن دلالتها تنصب مباشرة على الواقعة المراد اثباتها سواء كانت هذه الواقعة تصرفا قانونيا ام عملا ماديا.(١)

حجية الكتابة في الإثبات.

اذا كانت الكتابة في القانون من أقوى طرق الإثبات، ولها قوة مطلقة اذ يجوز ان تكون طريقا لإثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية (٢) فان الأمر لم يكن كذلك في العصور الاولى للفقه الإسلامي لعدم انتشار الكتابة فكان المقام الاول في الإثبات للشهادة دون الكتابة .(٣)

ومع ذلك لا يمكن اغفال أهمية الكتابة في نطاق الإثبات في الفقه الإسلامي وآية ذلك قوله تعالى: "يايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل".(٤)

فهذا امر كريم بالكتابة ،وقد اختلف المفسرون والفقهاء في دلالة صيغة الإمر في هذه الآية هل هي للوجوب أم للندب أم للاستحباب .

---

(١) عبد الودود يحيي في دروس في قانون الإثبات ص ٣٩ .

(٢) السنهوري في الوسيط ج٢ ص ٩٠ .

(٣) المرجع السابق ص ٣٥٦ .

(٤) سورة البقرة من آية ٢٨٢ .

ومهما يكون من أمر اختلاف المفسرين والاصوليين والفقهاء في مدلول الامر بالكتابة الوارد في آية المداينة هذا كله اعتراف الشرع الإسلامي بالكتابة كدليل من ادلة الإثبات .

ومن أمثلة كتابة عقد الصلح في التاريخ الإسلامي ما ورد في كتابة صلح الحديبية نعرضه فيما يلي:

"لما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال المشركون : لا تكتب محمد رسول الله لو كنت رسولا لم نقاتلك فقال لعلي رضي الله عنه امحه فقال : ما أنا بالذي امحاه فمحاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده وصالحهم".(١)

اثبات الصلح بالكتابة في القانون .

تنص الماده ٣ من باب ٢٣ من التقنين المدني الباكستاني على أنه "يجب كتابة الصلح على القاضي".(٢)

يجدر التمييز بين عقد الصلح باعتباره تصرفا قانونيا وبين اداه اثباته(٣) فالصلح ينعقد بتبادل الطرفين التعبيرعن ارادتين متطابقتين - أما "الورقة" المثبت بها عقد الصلح وشروطه فهي ليست عقدا وانما هي اداه لإثبات عقد الصلح .

---

(١) صحيح البخاري بشرح الكرماني ج١٢- باب كيفية كتابة الصلح ص٨-١١

-A 1923 Pc 178, 1980 clc 967 . - N 1980 Uc 445 .

(٢) C.P.C ord. 23 R.3 .

(٣) السنهوري في الوسيط ج٢ ص ١٠٥ عبد الودود يحيى في دروس في اثبات ص ٣٢ .

المبحث الرابع:

"اليمين والنكول عنها"

في الشريعة والقانون

القاضي ينظر اولا بينة المدعى بعد ادعا المدعى وحكم له بها ان توافرت شروطها وان لم يكن له بينة وانكر المدعى عليه المدعى فللمدعى ان يطلب يمين المدعى عليه.(١)

مشروعية اليمين:

قول النبي عليه الصلاة والسلام :"البينة على المدعي واليمين على من انكر" وقول النبي عليه الصلاة والسلام "ليس لك الا شاهداك أو يمينه"

هل اليمين حق للمدعى أو المدعى عليه : اليمين حق للمدعى(٢).

هل اليمين من طرق الإثبات:

فيه خلاف بين الفقهاء وهذا الخلاف مبداه خلاف آخر وهو انه لو حلف المدعى عليه واراد المدعى اقامة البينة على دعواه ففيه رأيان(٣)

أولا: لاتسمع بينته لأن اليمين من طرق الإثبات.

ثانيا: تسمع بينته لأن اليمين ليس من طرق الإثبات.

واذا قال المدعى لي ببينة حاضرة وطلب اليمين

١ -لم يستحلف عند ابي حنيفة .

٢ -يستحلف عند ابي يوسف.(٤)

شروط اليمين:

١ -أن يكون المدعى عليه منكرا لحق .

٢ -أن يطلب المدعى تحليف المدعى عليه.

٣ -أن لاتكون هناك بينة حاضرة في مجلس القضاء عند ابي حنيفة خلافالأبي يوسف.

---

(١) حاشية البرماوي على شرح بن قاسم ٣١٠ .

(٢) الابياني في مباحث المرافعات ص ١٥٣ .

(٣) الابياني في مباحث المرافعات ص ١٥٣ .

(٤) الهداية للمرغيناني ج ٣ ص ١١٤ .

٤ -أن لا يكون المدعى به حقا خالصا لله تعالى.

٥ -التزام المدعى عليه بالمدعى على عرض نكوله .

النكول عن اليمين:

==========

هو امتناع عن اليمين حينما توجه الى المدعى عليه من القاضي بطلب المدعى.

فمتى سأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فانكر وطلب البينة من المدعى فعجز عن الإثبات وطلب اليمين ممن المدعى عليه فنكل حكم عليه بنكوله لأن النكول يدل على كونه باذلا أو مقرا اذ لولا ربك لما نكل عن اليمين الواجب .

ولا يشترط تكرار النكول،(١) والاحكام السابقة الخاصة باليمين والنكول عنها تنطبق على اثبات عقد الصلح امام القضاء ولا يتضمن الصلح باحكام خاصة عن هذا الشأن.

<u>اثبات الصلح باليمين في القانون.</u>

ذهب فقهاء القانون الى جواز اثبات الصلح باليمين طبقا للقواعد العامة في الإثبات تأسيسا على أن اليمين تعد من احدى طرق الإثبات،وهذا هو الرأي الذي كان سائدا قبل صدور التقنين المدني الحالي من باب أولى حيث لم يكن هناك نص خاص يتضمن خروجا على القواعد العامه في اثبات عقد الصلح.(٢)

وفي البريطانية يكاد يجمع الفقه على جواز اثبات الصلح باليمين(٣) ولا نعلم في ذلك مخالفا .

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ج٣ ص ١١٨ - ١٢١ .

(٢) Civil Procedure code 1908 P.737 . - PLJ 1981 Sc 330 .

- 1974 Scmr 224 . - 1985 clc 2660 .

(٣) محمد كامل موسى في عقود المسماه ص ٣٦٩ - اكتم خولي في العقود المدنيه ص ٤٠.

المبحث الخامس:

القراءات

في الشريعة

الإسلامية

تعريف القرينة :

القرينة ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول.

أنواع القرائن:

١ -قرائن قضائية : هي ما يستنبطه القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه وذلك باستخدام الوقائع التي تثبت له للدلالة على وقائع اخرى .

٢ -القرائن القانونية : هي ما يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملا في نوع معين من الحالات وينص عليه في صيغة عامة مجردة .

وتنقسم القرائن القانونية الى نوعين.

ا- قرائن بسيطة : وهي التي تجوز اثبات عكسها.

ب- قرائن قاطعة : وهي التي لا تجوز اثبات عكسها(١).

هل القرائن من طرق الإثبات: فيه مذهبان:

الأول: ذهب بعض الفقهاءالى أن القرينة القاطعة من طرق الإثبات ومن صورها ان يرى الإنسان وهو خارج من دار خالية عليه أثر الخوف وفي يده سكين متلوث بالدم ثم يتبين أن بالدار شخصا مذبوحافلا شك في أن الخارج يواخذ اذ لا يشك احد في أنه هو القاتل .

ثانيا:وذهب فريق آخر من الفقهاءالى أن القرائن ليست من طرق الإثبات فلا يقتص ممن رؤي في هذه الحالة لأن توجد احتمالات كثيرة اذ يحتمل أن القاتل له غير الخارج وفر من على سطح فلم يره أحد ويحتمل أنه دخل فوجده مقتولا فخاف من ذلك وخرج وهو على هذه الحالة ويحتمل ان الذى وجد مقتولا كان اراد قتل الداخل ولم يمكنه التخلص منه الا بالقتل فقتله وبذلك يصير مدافعا عن نفسه فلا يقتص منه فالذي يجب التعويل عليه التحقيق في هذه المسألة حتى تظهر الحقيقة ويحكم بما ظهر(٢)

---

(١) عبد الودود يحيي في دروس في اثبات ص ١٢٩ .

(٢) الإبياني في مباحث المراقعات ص ١٥١ ، ١٥٢ .

وقد أخذت المجلة الإحكام العدلية باعتبار القرينة القاطعة من بين طرق الإثبات.

فنصت مادة : ١٧٤٠ على أن"أحد أسباب الحكم القرينة القاطعة ، ونصت مادة ١٧٤١ "القرينة القاطعة هي الإمارة البالغة حد اليقين".

هل يمكن اثبات عقد الصلح بالقرائن؟

ليس هناك ما يمنع في الفقه الإسلامي من اثبات عقد الصلح بالقرائن القضائية التي يترك أمر استنباطها للقاضي فيمكن للقاضي أن يستخلص عقد الصلح من تصرف آخر أطلق عليه المتعاقدان وصفا آخر في حين أنه في حقيقته صلح لقطع النزاع بينهما .

مقارنة بين اثبات الصلح في الفقهين الإسلامي والوضعي .

الآن وقد فرغنا من بحث اثبات عقد الصلح في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي يجدر بنا أن نلقي نظرة عامة على كل من الفقهين في هذا الموضوع لإستخلاص اوجه الشبه والخلاف بينهما فنلخص النتائج الآتيه :

أولا : تتعدد طرق اثبات عقد الصلح في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي فهي في كل من الفقهين الإقرار ، والشهادة والكتابة واليمين والقرائن وتعدد الطرق هذا يتيح فرصة لمن له مصلحة من بين الخصوم في الدعوى في التمسك بعقد الصلح لدى اثباته ، فاذا ما امتنعت عليه طريقه من طرق الإثبات سالفة الذكر لجا الى اخرى .

ثانيا : وعلى الرغم من تعدد طرق الإثبات في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي فما هو جدير بالذكر انها ليست سواء من حيث حجيتها وقوتها في الإثبات.

ففي الفقه الإسلامي طرق الإثبات من حيث الحجية والقوة كما يلي:

١ -الإقرار (٢) الشهادة (٣) الكتابة (٤) اليمين (٥) القرائن.

أما في الفقه الوضعي فالترتيب كما يلي:

١ -الكتابة (٢) الإقرار (٣) اليمين (٤)الشهادة (٥) القرائن .

فالكتابة تعد من أقوى طرق الإثبات وهي ذات قوة مطلقة في الإثبات ولم تكن لها هذه القوة قديما بل كان المقام الاول للشهادة لعدم انتشار الكتابة وهكذا كان الامر في الفقه الإسلامي .

ولا يسعنا في ختام هذا البحث الا أن نقرر ان قواعد اثبات عقد الصلح في الفقه الإسلامي أكثر مرونه من نظيرها في الفقه الوضعي وانها تستجيب لحاجات التعامل ذلك لأن الفقه الاسلامي لا يضع قيدا على القواعد العامة في الإثبات لدى اثبات عقد الصلح فاذا ثبت الخصوم عقد الصلح بينهما

كتابة فلا بأس بذلك اذ لا يضار كاتب ولا شهيد ، وان تعذر اثباته بالكتابة لأي سبب من الإسباب ففي وسائل الإثبات الإخرى مندوبة عنها.

أما في الفقه الوضعي فقد رأينا بعض القيود والخروج على القواعد العامة في صدد اثبات عقد الصلح اذ الإصل اثباته بالكتابة ولا يجوز اثباته بالطرق الإخرى الا استثناء وبقيود خاصة .

الباب الثالث

أحكام الصلح

المبحث الأول: الحكم العام لعقد الصلح .

من المعلوم ان عقد الصلح هدفه الإساسي انهاءالنزاع الذي بداء بين طرفي الخصومة ، وهذا الهدف يبين من التعاريف المختلفة التي اطلقها الفقهاء على عقد الصلح كما سبق في الباب الاول ،وهذا الهدف ينطبق على كل انواع الصلح، وبناء على ذلك يمكن القول بان هناك حكما عاما يجرى على جنس الصلح ايا كان نوعه وهو قطع النزاع وقبل بيان هذا الحكم يقتضى بحث انواع الصلح المختلفة وموقف المذاهب الفقهية منها من حيث الجواز وعدمه .

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

الاول :انواع الصلح وموقف المذاهب منها .

الثاني : الحكم العام لعقد الصلح .

المطلب الاول :

انواع الصلح :عرفنا فيما سبق ان الصلح في الاموال ينقسم الى ثلاثة انواع :

١ - صلح عن اقرار .

٢ - صلح عن انكار .

٣ - صلح عن سكوت .

(١) صلح عن اقرار:

وفي هذا النوع من الصلح يقر المدعى عليه بانه محق في دعواه ثم يتصالحان على شيء ومثاله ان يدعى شخص على اخر شيئا كعين او دين او منفعة او حق من الحقوق فيقر المدعى عليه بصحة دعواه ثم يتصالحان على شيء ما.(١)

١ - فتح القدير ج ٧ ص ٢٧ ، ٢٨ .

موقف المذاهب الفقهية من الصلح بعد الإقرار:

١ - لإخلاف بين فقهاء المذهب الحنفي في جواز الصلح عن اقرار ولم يجادل أحد منهم في مشروعية هذا النوع من الصلح (١)

وادلتهم كما ذكرنا في مشروعية الصح في الباب الاول -٢

٢ - اجمع الفقهاء في المذهب المالكي على جواز الصلح عن اقرار ولا نعلم في ذلك مخالفا(٣)

٣ - لايختلف المذهب الشافعي عن كل من المذهبين الحنفي والمالكي في مشروعية الصلح بعد الإقرار،تشهد بذلك مصنفات الفقهاء في هذا المذهب(٤) جاء في حاشية البرماوى على شرح الغذى "ويجوز الصلح مع الإقرار في الإموال اى اقرار المدعى عليه بالمدعى به وان انكر بعده"

---

١ -السرخسي في المبسوط ج٢٠ ص ١٣٩ .

- الكاساني في بدائع الصنائع ج ٦ ص ٤٠ .

- الزيلعى في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣٠ .

٢ -البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٢٥٦ .

- فتح القدير ج٧ ص ٢٤ .

- ابن عابدين في حاشية در المختار على رد المختار ص ٦٥٩ .

٣ -الدسوقي في حاشيته على شرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣٠٩ .

٤ -البرماوي في حاشيته على شرح الغذى ص ١٧٥ .

- الرملى في نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٦٣ .

- الشربيني في مغنى المحتاج شرح المنهاج ج٢ ص ١٧٧ .

- الشرقاوي على شرح التحرير ج ٢ ص ٧١ .

- الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج ج ٥ ص ١٨٨ .

٤ - الظاهر في المذهب الحنبلي ان الصلح عن الاقرار لايسمى صلحا وانما يكون عقد معاوضة او ابراء او هبة ، وعقد المعاوضة في هذه الحالة قد يأخذ احدى صور ثلاثة :

١ - بيع ٢ - اجاره ٣ - صرف .

فيكون بيعا اذا اقر المدعى عليه لمدعى بعوض او بنقد ثم يصالحه بغير جنسه اى بنقد في حالة الاولى وبعوض في الحالة الثانية فهنا يكون العقد بيعا لإصلحا وثبت فيه احكام الصلح .

وقد يكون عقد المعاوضة صرفا كما اذا اقرالمدعى عليه بمائة درهم في ذمته ثم صالح المدعى على ان يعطيه عشرة دنانير فهنا يكون العقد صرفا لإصلحا وتنطبق عليه احكام الصرف كالقبض في المجلس وغير ذلك .

وقد يكون عقد المعاوضة اجارة كما اذا اقر المدعى عليه للمدعى بنقد او عرض ثم صالح المدعى على منفعة كسكن داره فهنا يكون العقد اجاره لإصلحا وتثبت فيه جميع احكام الإجارة (١).

٥ - لاشك في جواز الصلح عن اقرار لدى فقهاء الشيعة الجعفرية ، ورد في جواهر الكلام للنجفى"فلا خلاف بيننا في انه يصح(اى الصلح)مع الإقرار"(٢)

٦ - يرى المذهب الظاهري جواز الصلح عن الإقرار وقال ابن حزم في كتابه المحلى "وانما يجوز الصلح مع الإقرار بالحق فقط"(٣).

---

١ - ابن قدامة في المغني والشرح الكبير ج٥ ص ١٥ - ١٨ .

- ابن قدامة المقدسي في الكافي ج ٢ ص ٢٠٥ .

- البهوتى في كشف القناع عن متن الإقناع في الفقه الإمام احمد ج ٣ ص ٣٩٤ .

٢ - النجفي في جواهر الكلام في باب العقود ص ٤٥٣ .

٣ - ابن حزم في المحلى ج٨ ص ١٦٠ .

- زكي الدين شعبان في اصول الفقه ص ٦٧ ، ٦٨ .

صلح عن انكار :

==========

وفي هذا النوع من الصلح ينكر المدعى عليه الحق موضوع الدعوى كان يدعى شخص على اخر شيئا عينا كان او دينا او منفعة فينكر المدعى عليه ما ادعا المدعى ثم يتصالحان على شيء ما (١).

موقف المذاهب الفقهية من الصلح بعد الإنكار :

في هذه المسئلة نرى في الفقه رأيان :

١ - جواز الصلح بعد الإنكار وهذا موقف الحنفية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية .

وقد قال الإمام ابو حنيفة -رضى الله عنه - "اجون ما يكون الصلح على الإنكار" وقد اعترض على هذا القول بأن الإختلاف في الصلح على الإنكار اختلاف ظاهر فكيف تكون الشيء المختلف فيه اجون من الشيء المتفق عليه واجاب السرخسي عن هذا الإعتراض بان مراده انه انفذ والزم فالصلح مع الإقرار يفسد باسباب ولايفسد الصلح مع الإنكار بذلك السبب او مراده أنه اكثر ما يكون بين الناس لأنه اذا وقع الإقرار اسوفى المدعى حقه فلا حاجة الى الصلح وانما الحاجة الى ذلك عند الإنكار سيتوصل به المدعى الى بعض حقه او مراده ان ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الإنكار أظهر لأن مع الإقرار لاتجد المنازعة بينهما والعقد الذى يفيد ثمرته يكون اقرب الى الجواز مما لايكون مفيدا ثمرته (٢)

وهذا الجواب من الإمام السرخسى معقول في رأينا انه لا وجه للإعتراض على قول ابى حنيفة لأن قطع النزاع وهو الهدف من عقد الصلح أو سبب الصلح -كما رأينا عند بحث السبب في الصلح - لايتحقق لصورة واضحة

---

١ - شرح منح الجليل على مختصر الخليل محمد عليش ج ٣ ص ٣٠١ .

٢ - السرخسي في المبسوط ج ٢٠ ص ١٤٣ .

الافي حالة الصلح على الإنكار .

ويرى الإمام الشافعي عدم جواز الصلح عن الإنكار وقد انتشر هذا الرأي في مذهبه أدلة الشافعية :

١ - قولة تعالى "لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل"(١).

والصلح على الإنكار اكل المال بالباطل لان المدعى ملكه لايثبت بمجرد دعوه مع انكار المدعى عليه فكان المدعى في هذه الصورة اكل المال بالباطل لان حيث يأخذه بطريق الرشوة وهى حرام ولايحل الصلح الحرام فلا يجون هذا الصلح .

وقال الإمام الشافعي "اصل الصلح أنه بمنزلة البيع فما جان في البيع جان في الصلح ولم يجز في البيع لم يجز في الصلح "(٢).

٢ - واستدلوا بقول النبي عليه الصلاة والسلام "الصلح جائز بين المسلمين الإصلحا احل حراما او حرم حلال"والصلح على الإنكار داخل في هذا الإستثناء لأنه يحل الحرام أو يحرم الحلال وهذا غير مشروع لأن البدل كان حلال على الدافع حراما على الأخذ قبل الصلح ثم اصبح حراما على الدافع حلال على الاخذ(المدعى)بعد الصلح.

٣ - واستدلوا على عدم مشروعية جواز الصلح على الإنكار بأن بدل الصلح الذي يأخذه المدعى في حالة الصلح عن الإنكار :اما يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين الواجب على المدعى عليه .

وذهبوا الى انه لايجوز ان يكون هذا البدل عوضا عن المال المدعى به لأن ملك هذا المال لا يثبت للمدعى بمجرد دعواه لقوله عليه الصلاه والسلام .

---

١ - سورة النساء أيه ٢٩ .

٢ - الشافعي في الام ج٣ ص ١٩٦ ، ١٩٧ .

"لو اعطى الناس بدعواهم.....الحديث " فلا يجوز للمدعى اخذ المال من المدعى عليه في هذه الحالة وابن ابي ليلى والظاهرية مع الشافعية في هذا الرأى.(١)

الإعتراضات الواردة على هذه الإدلة :

١ - قوله تعالى "لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الإان تكون تجارة عن تراض منكم " لايستفاد منه تحريم الصلح على الإنكار لأن المدعى أحد الخصمين وفي دعواه احتمال الصدق فيجوز له ان يأخذ المال بطريق الصلح وبناء على ذلك يكون الصلح عن الإنكار مشروعا.

٢ - اما الإستدلال بالحديث "الصلح جائز بين المسلمين الإصلحا احل حرتما او حرم حلالا "هذا الإستدلال لإثبات عدم مشروعية الصلح عن الإنكار لامحل له لأن قولهم ان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الأخذ قبل الصلح فبالصلح ينعكس الأمر هذا القول يوجد معناه في الصلح بعد الإقرار ايضا لأن الصلح يقع عادة على ما دون حقه فمازاد على الماخوذ الى حقه كان حلالا للمدعى اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل له بعد ذلك ولما كان المراد هذا المعنى لما صح الصلح مطلقا بل البيع ايضا يكون حراما بهذا الإعتبار لأن كل واحد من المتابعين ماله كان حلالا قبل البيع ويحرم عليه البيع وكذلك عقد النواج وسائر العقود الشرعية فيؤدى هذا الى تحريم اسباب الملك .

فالمراد الإصلي من الحديث ان لايستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل الصلح على الخمر والخنزير أو الصلح على ان لايطأ زوجته (٢).

---

١ - ابن حزم في المحلي ج ٨ ص ١٦٠ ، ١٦٥ .

٢ - الذيلعى في تبين الحقائق ج ٥ ص ٣١ .

- فتح القدير ج ٧ ص ٢٧ .

- ابن قدامه في المغنى ج ٥ ص ٩ .

٣ - المال الذي يأخذه المدعى في الصلح على الإنكار يكون عوضا عن حقه لان هذا الحق ثابت في زعمه ولاعبرة بانكار المدعى عليه فهو معاوضة في حقه وفداء لليمين وقطع الخصومة والدعوى في حق المدعى عليه ولم يرد الشارع بتحريم ذلك في موضع فالصلح مع الإنكار ابراء بعوض.(١)

وادى بأن القول ان المدعى عليه يصير بالإقدام على الصلح كالمقربه لأن القاض يقول له اى ضرورة الجائتك الى الصلح وكان من هذا ان ترفع الامر لأمنع الظلم عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقرلما ادعى-هذا القول فيه تعسف في التأويل لايحتمله الصلح مع الإنكار اذ كيف يكون اقرار وظاهره الإنكار ولاوجه للاحتجاج بانه لم تكن هناك ضروره ملجئة الى الصلح وكان بقدرة المدعى عليه الإلتجاءالى القضاءاذ قد يكون في سلوك هذا السبيل مشقة يرى المدعى عليه انه من الإفضل تفاديها كتكاليف التقاضى وطول امد الخصومة والتشهير به في مجلس القضاء وعدم ضمان نتيجة الحكم لصالحه في الدعوى ثم اذا فرض وصدرالحكم لصالحه فقد لايكون تنفيذه كأن يهرب المدين امواله ويزعم انه في حالة اعسار-كل هذا يجعل استيفاء الحق عن طريق التقاضى امرا محتملا ويكون الاولى في بعض الاحوال-التصالح مع الخصم ومن هنا تتحقق الضرورة الملجئة للصلح والله اعلم.

رأينا في جواز الصلح عن الإنكار بعد استعراض الخلاف الذي شجر بين الفقهاء في الصلح عن الإنكار بين قائل بالجواز وهو رأى اكثر المذاهب الفقهية وقائل بعدم الجواز وهو الرأى السائد في الفقه الشافعي والظاهري،وبعد استعراض ادلة كل فريق ورده على أدلة الفريق الإخر أرى ان الإدلة التي استندالبها القائلون بعدم الجواز ظاهرة الضعف -ذلك ان النصوص التي استدلوا بها من الكتاب والسنة لاتؤدى عند النظر فيهاالى استنباط الراى الذي اعتنقوه.

---

١ - السرخسي في المبسوط ج ٢٠ ص ١٤٣ .

فقوله تعالى: "لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض بينكم" هذا النص لايحرام الصلح عن الانكار لأن هذا الصلح ليس اكل للمال بالباطل وانما هو عقد بالتراضي بين الطرفين واقدم كل منهما على ابرامه وهو على بصيرة من امره وكان الهدف هنا انهاء النزاع .

وهنا نقطه أرى من الإفضل ان ابرزها في هذا الصدد-ولعلها ليست واضحه فيما كتب في الفقه الإسلامي عن الصلح . وهذه النقطة هي انه لدى ابرام الصلح عن انكار لايكون هناك بحث نهائى عمن هو صاحب الحق بين طرفي الخصومة فالمدعى يدعى حقا والمدعى عليه ينكر هذا الحق والدعوى بين يدى القضاء لم يحكم فيها ولم يثبت بعد الدليل الشرعي من المحق ومن المبطل من الطرفين فيصطلح الطرفان في هذه الحالة وقد يتنازل احدهما عن حقه كله او بعضه وقد يتنازل كل منهما عن جزء من حقه لسبب او اخر هذا التنازل والإبراء جائز شرعا في حقوق العباد المالية ليس هنال دليل من الشرع على منعه أو النهى عنه والطرفان حين عقدا الصلح انما ارادا ان يحل هذا الصلح محل حكم القاضى فلا محل بعد ذلك لإثارة مسئلة الإثبات ومن هو صاحب الحق الحقيقي اذ ان اثارة ذلك انما يكون اذا استمرت الدعوى امام القضاء الى ان يحكم فيها القاضى اما وقد اراد الطرفان انهاء الخصومة صلحا فلا محل للتعرض لثبوت الحق .

اذا أخذنا في الإعتبار هذه النقطة التي ذكرناها أنفا، وتذكرنا جواز التنازل عن الحق كله او بعضه لو فتحت المسئلة امامنا ولم نجد مشقة في القول بجواز الصلح عن الإنكار .

بناء على ما تقدم وبالإضافة الى الأدلة التي ساقها اصحاب الرأى القائل بجواز الصلح عن الإنكار فاننا نرجح جواز الصلح عن الإنكار ولانرى وجها للقول بعدم جوازه والله اعلم.

(٣) صلح عن سكوت :

==========

وفي هذا النوع من الصلح لسكت المدعى عليه أى لإيقر ة لا ينكر ثم يتصالح المدعى والمدعى عليه (١) وان كان الإصل المعروف انه لإينسب لساكت قول وان السكوت كما يحتمل الإقرار فانه تحتمل الإنكار ، الا ان جمهور الفقهاء قد ذهبوا الى ان السكوت في هذه الحالة يأخذ حكم الإنكار (٢) حيث اعتبروا السكوت انكارا حكما.

موقف المذاهب من الصلح بعد السكوت :

فيه رأيان :

اولا :يجوز الصلح بعد السكوت وهذا موقف الحنفية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية (اى الجعفرية).

ثانيا :عدم جواز الصلح بعد السكوت وهذا موقف الشافعية والظاهرية .

وادلة الطرفين ذكرناها في البحث السابق اثناء بحث الصلح على الإنكار .

---

١ - شرح منح الجليل على مختصر الخليل ج ٣ ص ٢٠١

٢ - الإبياني في المرافعات ص ٤١ .

الحكم العام لعقد الصلح

المقصود بلفظ الحكم :

يطلق لفظ الحكم في اصطلاح الفقهاء باطلاقات ثلاثة :

الإطلاق الاول :

صفة الشيء الشرعية من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك أوالتخيير بين فعله وتركه كالوجوب للصلاة والحرمة للزنا والإباحة للاصطياد بعد الإحلال من الإحرام .

والحكم بهذا الإطلاق يشمل الواجب والمندوب والحرمة والكرهة والإباحة وتسمى بالحكم التلكيفي(١)

الإطلاق الثاني :

ما يكون للعقد من وصف يرجع الى ما للعقد من وجوب تترتب عليه اثاره اولا تترتب أو من قوة ملزمة لعاقديه أو غير ملزمة ،وذلك يشمل الصحة والنفاذ واللزوم و الوقف والفساد والبطلان ،فيقال مثلا :زواج المجنون الذي يباشره بنفسه حكمه البطلان وزواج الفضولي حكمه الوقف وعدم النفاذ الا بالإجازة ،وحكم عقد الوكالة أنه غير لازم لطرفيه لكل منهما ان ينتقل بفسخه ، ويسمى الحكم بهذا الإطلاق بالحكم الوصفي(٢).

الإطلاق الثالث :

الأثر الاصلي المترتب على العقد شرعا ،كما يقال حكم الزواج الصحيح

---

١ - زكي الدين شعبان في اصول الفقه ص ١٦٨ .

- محمد سلام مدكور في مباحث الحكم ص ٥٥ ، ٥٩ .

٢ - عيسوى احمد في المدخل ونظرية العقد ص ٤٨٨ .

النافذ أنه يجب به المهر ويحل به لكل من الزوجين مع الإخر ما كان ممنوعا قبله ،وحكم البيع انه يفيد المشترى ملك البيع ويفيد البائع ملك الثمن وهكذا (١).

وهذا الإطلاق هو المقصود بلفظ الحكم هنا وعلى ذلك فالمقصود باحكام عقد الصلح في هذا الباب هو الإثار الأصلية المترتبة عليه شرعا.

الحكم العام :

ان الحكم العام المترتب على عقد الصلح ايا كان نوعه ،اى سواء اكان عن اقرار أو انكار أو سكوت هو قطع المنازعة بين طرفي الخصومة وسقوط دعوى المدعى فلا يستطيع تجديد الدعوى بشأن المدعى به وذلك متى وقع الصلح مستوفيا شرائط الصحة واللزوم (٢)

النتائج المترتبة على هذا الحكم :

اولا:يملك المدعى المصالح عليه او ما يسمى بدل الصلح سواء كان المدعى عليه مقرا او منكرا ويملك المدعى عليه المصالح عنه ان كان مما يحتمل .

---

١ - المرجع السابق ص ٤٨٩ .

٢ - الكاساني في بدائع الصنائع ج٦ ص ٥٣ .

- الفتاوى المهدية ج ٤ ص ٢٣٩ .

- الفتاوى المهدية ص ٤٨١ .

- على الخفيف في المعاملات في الشريعة ص ٤٧٣ .

التمليك كالمال والبراءة منه ان كان لايحتمل التمليك (١).

ثانيا: سقوط دعوى المدعى قبل المدعى عليه فلا يستطيع ان يجدد الدعوى مرة اخرى بالحق المصالح عنه ، وهذا ظاهر اذا ان الصلح متى تم صحيحا مستوفيا لشروطه فانه يقطع النزاع فلا محل للعودة اليه مرة اخرى وفي هذا يشتبه عقد الصلح مع حكم القاضى اذا ان كلا منهما يحسم النزاع ويمنع تجديد الخصومة فاذا ظهر للمدعى دليل من أدلة الإثبات بعد ابرام الصلح لم يكن موجودا وقت الصلح واراد ان يجدد الدعوى لاتسمع دعواه وكذلك اذا صالح المدعى عليه المدعى على شيء وهو منكر وتم الصلح تم اقر بعد ذلك بالحق المدعى لايلزمه هذا الاقرار ، ويعبر عن ذلك بان الصلح متى انعقد بين طرفيه مستوفيا اركانه وشروطه والصحة واللزوم فليس لاحدهما نقضه بمفرده (٢).

---

١ - الكاساني في البدائع ج ٦ ص ٥٣ .

- سليم باز في شرح المجلة المجلد الثاني ص ٢٤١ .م ١٥٥٦

- قدرى باشا في مرشد الحيران ص ٣٧٨ ،م ١٠٤٥.

- احمد ابو الفتح في المعاملات في الشريعة الإسلامية ج٢ ص ٦٣١ .

- كتاب الصلح من البهداية ج ٣ ص ١٠ ، ١١ .

٢ - سليم باز في شرح المجلة المرجع السابق ص ٢٤٠ م ١٥٥٦ .

- قدرى باشا في مرشد الحيران المرجع السابق ص ٣٧٨ م ١٠٤٥ .

- الفتاوى المهدية ص ٤٨١ .

- على الخفيف في المعاملات الشرعية ص ٤٧٣ .

المبحث الثاني

****

الأحكام الخاصة

بأنواع الصلح

بعد ان بينا الحكم العام لعقد الصلح ايا كان نوعه يبقى بعد ذلك ان نبحث الاحكام التفصيلية الخاصة بكل نوع من انواع الصلح واما كانت هذه الاحكام تختلف حسبما اذا كان الصلح عن العين او الدين لذلك سوف نبين الاحكام الخاصة بكل من هذين النوعين وقبل ذلك نرى المناسب ان نذكر كلمة موجزة عن التمييز بين العين والدين في الفقه الاسلامي حيث ان لهذا التمييز اهمية خاصة وتترتب عليه نتائج هامة تعكس اثرها على كثير من الفروع في الفقه الاسلامي .

التمييز بين العين والدين :

==========

ان التقسيم الشائع في الفقه الغربي للحقوق المالية الى حقوق شخصية وحقوق عينية ، ولتصوير الحق الشخصي او الالتزام على انه إرتباطة بين شخصين دائن او مدين يستطيع الاول بمقتضاها ان يطالب الثاني باعطاء الشيء او بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل ،وان الحق العين هو سلطة يخولها القانون شخص معين على عين معينة بالذات ، هذا التصور وذلك التقسيم الذى أخذه الفقه الغربي على القانون الروماني (١) لا يجده الباحث في الفقه الاسلامي وانما يجد تقسيما اخر هو دين والعين.

معنى الدين:

==========

هو التزام محله مبلغ من النقود او جملة من الاشياء المثلية ومصدره العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلاسبب والشرع(٢)

---

١ - صرفي حسين ابو طالب في دراسته بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

٢ - السنهورى في مصادر الحق ج ١ ص ١٥ .

معنى العين :

==========

هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها او حفظها ،كتمليك ارض معلومة الحدود او منفعة منزل او تسليم المبلغ او حفظ حيوان .

ومصدر الإلتزام بالعين العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلاسبب .

ويبين مما تقدم ان تمييز الفقه الإسلامي بين الدين والعين يغاير المتمييز المألوف في الفقه الغربي بين الحق الشخصي والحق العيني ذلك ان الدين لايستغرق كل الحق الشخصي بل هو صورة من صوره عندما يكون محله مبلغ من النقود أو اشياء مثلية وفي هذا يختلف الإلتزام بالدين أو ما يعبر بالدين عن الحق الشخصي بمفهوم السابق(١)

وعلى العكس من ذلك فان العين او الإلتزام بالعين يستغرق الحق العيني وصورا من الحق الشخصي كالتزام بتسليم البيع اوالإلتزام بتسليم العين المؤجرة للمستأجراوالإلتزام المودع عنده بحفظ العين المودعة(٢)

وعلى ذلك يكون العين اضيق نطاقا من الحق الشخصي والعين اوسع نطاقا من الحق العيني .

وقد حاول بعض الفقهاء(٣) التقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي فزعموا ان الفقه الإسلامي قد مين بين الحق الشخصي والحق العيني حين مين بين الدين والعين ويعتبرون هذا التمييز بين الحق الشخصي والعيني وفي الواقع ان الفقه الإسلامي لايعرف الحق الشخصي والحق العيني بمفهومها في

---

١ - قدرى باشا في مرشد الحيران المادة ١٦٨ .

٢ - مرشد الحيران لقدرى باشا المواد ٣٦٣، ٣٦٥ .

٣ - مصطفى زرقا في الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج٢ ص ١٦ ، ٢٠ .

الفقه الغربي كما سبق القول .

بعد هذه الكلمة الوجيزة عن التمييز بين العين والدين نبحث الإحكام الخاصة بعقد الصلح في مطلبين على نحو التالي:

١ - الإحكام الخاصة بالصلح عن العين .

٢ - الإحكام الخاصة بالصلح عن الدين .

(١) الاحكام الخاصة بالصلح عن العين :

==========

اهم الفقهاء لدى بحث الاحكام الخاصة بالصلح عن العين بالتمييز ما اذا كان الصلح عن اقرار او عن انكار لاختلاف الاحكام الخاصة بكل منهما لذلك سوف نبحث :

اولا: الاحكام الخاصة بالصلح عن اقرار يليها بحث الاحكام الخاصه بالصلح عن انكار في فرعين :

الفرع الاول :احكام الصلح عن اقرار .

الفرع الثاني:احكام الصلح عن انكار.

الفرع الاول

****

احكام الصلح عن اقرار

اولا:في المذهب الحنفي:

يبين من استقراء النصوص الفقهية في كتب المذهب الحنفي ان هذا المذهب يسلك طريق وسطا في الموضوع .فهو من جهة يعتبر العقد عقد صلح وسميه بهذا الإسم ومن جهة اخرى يطبق احكام العقد الذي تنتج عن الصلح ،فاذا تمخض الصلح عن عقد بيع اواجارة او هبة أو صرف او غير ذلك فان احكام هذا العقد الإخير هي التي تطبق ويعتد بها.

فاذا وقع الصلح عن مال بمال فتطبق احكام عقد البيع لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بمال فحينئذ تطبق احكام الشفعة اذا كان المصالح عليه عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط ويفسد الصلح بجهالة البدل وغير ذلك من احكام عقد البيع وان وقع الصلح من العين محل الدعوى على منفعة عين اخرى فحكم الصلح في هذه الحالة حكم الإجارة فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فيشترط ان تكون هذه الإجارة معلومة وان توفى المدعى او المدعى عليه قبل استيفاء المنفعة بطل الصلح على رأى محمد رحمه الله - ولايبطل على أبي يوسف رحمه الله - الا استثناء فيبطل الصلح اذا توفى المدعى في حالة سكن الدار وخدمة العبد .

وان وقع الصلح عن العين محل الدعوى على جزء منها او تنازل عنها المدعى للمدعى عليه فتطبق احكام الهبه في هذه الحالة كالقبول والقبض وغير ذلك (١).

---

١ - شمس الدين سرخسي في المسوط ج٢٠ ص ١٤٣ .

وهكذا في سائر الصور التي ينتج فيها عن عقد الصلح معنى عقد آخر فان احكام هذا العقد الاخر تطبق على الصلح .(١)

---

١ - الكاساني في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ص ٥٣ ، ٥٤ .

- الزيلعي في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣١ ، ٣٣ .

- ابن نجيم في بحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٧ ص ٢٥٦ .

- الفتاوى المهدية ج ٤ ص ٣٣٠ .

- الفتاوى المهدية ص ٤٦٤ .

- سليم باز شرح المجلة ج ٢ ص ٣٣٢ م ١٩٤٩ .

ثانيا: في المذهب المالكي :

==========

الظاهر في المذهب المالكي ان الصلح في العين اقرار على غير المدعى يكون بيعا او اجارة او هبة حسبما اذا كان المصالح عليه (بدل الصلح) مالا او منفعة اوبعض المصالح عنه .وفي هذا يتشابه الفقه المالكي مع الفقه الحنبلي غير انه يستفاد من ظاهر النصوص الفقه المالكي انه يعتبر الصلح عن اقرار على عقود الثلاثية سالفة الذكر في حين ان المذهب الحنفي لايستفاد منه هذا الحصر انما يطبق احكام العقد الذي يتمحض عنه الصلح ايا كان نوعه اى سواء كان من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع ومن ثم يمكن القول بان المذهب الحنفي يضع قاعدة عامة في هذا الشأن من مقتضياها جريان احكام العقد الاقرب شبها على عقد الصلح وتكون العقود الواردة في المذهب الحنفي في الصدد واردة على سبيل المثال لا الحصر.

ومن جهة اخرى فان هناك رأى في المذهب المالكي بعض فقهاء المذهب يرى ان الصلح باعتباره بيعا او اجارة او هبة ليس خاص بالصلح عن اقرار فحسب وانما هذا التقسيم الثلاثي يسري ايضا على الصلح عن انكار او سكوت (١).

---

١ - الدسوقي في حاشيته على شرح الكبير للدردير على مختصر خليل ج٣ ص ٣٠٩ .

- شرح منح الجليل على مختصر الخليل شيخ محمد عليش ج ٢ ص ٢٠٢ .

- الخرشي في شرحه على مختصر خليل ج ٦ ص ٣ - ٤ .

ثالثا:في المذهب الشافعي :

==========

من المعلوم ان المذهب الشافعي لايعتد بالصلح عن انكار أو سكوت ويعتبره غير مشروع فهو لايعرف الانوعا واحد من الصلح وهو الصلح عن الاقرار .

والصلح عن الاقرار في المذهب الشافعي يمكن تقسيمه الى معاوضة وابراء حسبما اذا كان هناك مقابل لنزول المدعى عن دعواه او لم يكن هناك هذا المقابل .

فيكون الصلح ابراء اذا صالح المدعى عن دين ثابت في ذمة المدعى عليه على بعضه ،واذا كان الصلح على بعض العين يكون هبة ويكون الصلح معاوضة اذا صالح المدعى المدعى عليه عن دين او عين على دين او عين .

وباستظهار النصوص في الفقه الشافعي يمكن القول بان الصلح عن العين في حالة اقرار المدعى عليه بالنظر الى معناه قد يكون بيعا او اجارة أو هبة أو قرضا او سلما او اعارة الى غير ذلك من العقود الشرعيه مادام معنى هذه العقود متحققا فيه حتى ولو سمى العقد صلحا وأعد سجل الصلح ، فالعبرة في المذهب الشافعي للمعنى الحقيقي للعقد لا للسجل الظاهر وتكون احكام هذا العقد الحقيقي هى الواجبة التطبيق ومع يمكن القول - كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء الى ان لفظ الصلح موضوع سرعا لعقود متعدد بحسب المعنى لاغير فليس له موضوع خاص ينصرف اليه لفظه حتى يغلب فيه فتتعين فيه تحكيم المعنى لاغير.(١)

---

١ - الرملى في نهاية المحتاج شرح المنهاج ج٣ ص ٣٦٣ .

- الشرقاوى في حاشيته على شرح التحرير ج ٢ ص ٧١ .

- معنى المحتاج للشربينى ج ٢ ص ١٧٧ .

- منهاج الطالبين للنواوى ج ٣ ص ٣٠٢ .

رابعا : في المذهب الحنبلي :

==========

الظاهر من استقراء نصوص فقهية في المذهب الحنبلي في الصلح عن الإقرار ان هذا المذهب يعقد تمييزا بين حالتين :

الحالة الأولى : وهي اذا ما ابرم عقد الصلح بين الطرفين على جنس الحق المقربة فمثلا اذا ادعى (أ)حق الملك في عين في حيازة (ب) ثم اقر (ب)بهذا الحق ل(أ) الذي صالحه على ان يهب له نصف العين محل النزاع مثلا ويأخذ الباقي ففي هذه الحالة فان العقد لا يكون صلحا وانما يعتبر هبة اذا تم بغير لفظ الصلح وتوافرت فيه شروط الهبة المقررة .

ويعلل الفقهاء عدم جواز اعتبار العقد صلحا في هذه الحالة بأن المدعى صالح عن بعض ماله ببعض وهذا غير جائز لأنه هضم الحق وانما يجوز للمدعى ان يهب بعض ماله فتكون الهبة جائزة اذا توفرت شروطها الشرعية .

وعلى الجملة يمكن القول بان الصلح عن اقرار على جنس الحق المقربه لايعد صلحا سواء في العين او الدين فان وفى المدعى عليه للمدعى من جنس حقه فهو وفاء وان ابرأه عن بعض الدين فهو ابراء وان وهبه كل العين او بعضها فهو هبة ولا يعد صلحا في حال من الاحوال ولايصح ان تتم هذه التصرفات بلفظ الصلح .

الحالة الثانية :وهي اذا ما أبرم عقد الصلح بين الطرفين عن الحق المقربه بغير جنسه ففي المثال المذكور في الحالة الأولى اذا اصطلح(أ) مع(ب)على عين اخرى غيرمحل النزاع يعطيها(ب) له ففي هذه الحالة يجوز ابرام العقد بلفظ الصلح ويكون بيع لأنه مبادلة مال بمال تجرى عليه احكام البيع ،وفي هذه الحالة يكون الصلح صرفا اذا كان النقد على النقد آخر ويكون اجارة اذا كان المصالح عليه منفعة عين اخرى غيرمحل النزاع.

وعلى الجملة فانه يمكن القول بان الصلح عن الحق المقدره بغير جنسه يكون معاوضة ويعد بيعا او صرفا او اجارة ويجوز بلفظ الصلح وتطبق عليها احكام البيع او الصرف .

وهنا نلمس الفرق بين هذه الحالة والحالة الاولى حيث انه في الحالة الاولى اذا ابرم العقد بلفظ الصلح لايجوز اعتباره صلحا وكذلك لايجوز اطلاق اسم التصرف الاخر الذي في معنى الصلح عليه الا اذا ابرم بغير لفظ الصلح .

اما في الحالة الثانية فانه يجوز ابرم العقد بلفظ الصلح ويطلق عليه اسم التصرف الاخر الذي ينطبق معنى الصلح عليه (١).

---

١ - البهوني في كشف القناع عن متن الاقناع ج ٣ ص ٣٩١ - ٣٩٧ .

- ابن قدامة المقدسي في الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ج٢ ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .

- ابن قدامة في المغني والشرح الكبير ج٥ ص ٦٠٨ ص ١٨ ٣٠٠ .

موازنة بين احكام الصلح عن الإقرار في المذاهب الفقهية

****

الآن وقد عرضنا موقف المذاهب الفقهية الأربعة من حكم الصلح عن الإقرار يجدر بنا قبل ان نوضح رأينا في التكييف الفقهي لعقد الصلح عن الإقرار ان نعقد موازنة بين هذه المذاهب في احكم الصلح عن الإقرار .

نلخص ما ذكرنا في اتجاهات ثلاثة :

الإتجاه الاول :

ويمثله المذهب الحنفي والمذهب المالكي على خلاف التفصيل بين المذهبين سبق ان بيناها،هذا الإتجاه يعتبر الصلح عن الإقرار ويدعوه بهذا الإسم اخذا بالوضع الظاهر ولكنه في الوقت نفسه لايغفل الجانب الموضوعي في العقد ، فاذا تبين من هذا الجانب ان معنى عقد آخر موجود في الصلح كبيع اواجارة او هبة او غير ذلك من العقود والتصرفات الشرعية ففي هذه الحالة فان احكام العقد او التصرف الإخر تكون واجبة التطبيق على عقد الصلح .

الإتجاه الثاني :

ويمثله المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي في حالة الصلح عن الحق المقربه بغير جنسه ،هذا الإتجاه يبدو منه انه يغفل الجانب الشكلي للعقد في الصلح عن الإقرار ويؤثر الجانب الموضوعي عليه او بعباره اخرى يؤثر معنى العقد على مبناه ومن ثم يعتبر الصلح عن اقرار بيعا او اجارة او هبة او قرضا او سلما او اعارة الى غير ذلك من العقود الشرعية مادام معنى هذه العقود متحققا فيه حتى ولو اطلق عليه لفظ الصلح وقد عبر عن ذلك احد فقهاء الشافعية بأن "لفظ الصلح موضوع شرعا لعقود متعددة بحسب المعنى لإغير فليس له موضوع خاص ينصرف اليه لفظه حتى يغلب فيه متضمن فيه تحكيم المعنى غيره .(١)

---

١ - الرملي في نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٦٣ .

الإتجاه الثالث :

ويمثله المذهب الحنبلي وذلك في حالة الصلح عناقرارعن الحق المقرره على جنسه حيث لا يعدالعقد في هذه الحالة عقد صلح لأنه لايجوز للشخص ان يصالح عن بعض ماله ببعض وفي الوقت نفسه لإتطبق احكام العقد أو التصرف الإخر ان وجد هذا العقد والتصرف الإخر في معنى عقد الصلح اذا ابرم هذا العقد بلفظ الصلح اما اذا ابرم بلفظ غير الصلح فتنطبق احكامه .

رأينا في التكييف الفقهي للصلح عن الإقرار

****

والذي نراه في التكييف الفقهي لعقد الصلح عن اقرار او في الطبيعة القانونية لهذا العقد بلغة القانون ان اطلاق اسم عقد آخر عليه كالبيع أو الإجارة أو الهبة أو غير ذلك من العقود فيه طمس لمعالم هذا العقد وخلط بين غيره وبينه مع انه يجب ان يتميز عن غيره من العقود والتصرفات ثم ان انطباق بعض احكام عقد آخر عليه ليس مبررا كافيا لإطلاق اسم هذا العقد على عقد الصلح فالعقد قد تتشتابه في بعض احكامها وهذا التشابه لايؤدى بالضرورة الى الخلط بينها وانما منطق الصياغه الفنية يقتضي ان يكون لكل عقد كيانه الخاص وذا تبيه المميزه عن غيره من العقود حتى ولو اشترك مع بعضها في بعض الإحكام - وبناء على ذلك فان عقد الصلح يجب ان يبقى له كيانه الخاص المتميز عن سائر العقود ولو اشترك في بعض صوره مع بعضها في بعض الإحكام فمثلا اذا قلنا ان الصلح عن اقرار يكون بيعا أو اجارة أو هبة أو قرضا أو سلما أو غير ذلك من العقود والتصرفات فهذا القول فيه ادماج للصلح في غيره من العقود أو في قليل الإبهام بأن عقد الصلح ذو طبيعة مركبة اى انه يتركب من عقدين احدهما عقد الصلح والآخر هو العقد الذي يشترك معه الصلح في الإحكام كالبيع أوالإجارة او غير ذلك وهذه الفكرة لم يقل بها

أحد في الفقه الإسلامي ، كما انها تؤدي الى كثير من التعقيدات من ابرزها صعوبة الفصل بين احكام كل من العقدين (١)

ومن العجب ان كل الفقهاء الذين سموا الصلح عن اقرار باسم العقد الاخر الذي شاركه في المعنى يبدو أنهم قد غفلوا عن خاصية أساسيه من خصائص عقد الصلح ومقوماته وهي أنه يهدف بالدرجة الأولى الى قطع النزاع وهذا الهدف هو الحكم العام لعقد الصلح الذي بحثناه في المبحث السابق ، فهذه الخاصية هي التي تميز الصلح عن غيره من العقود وهي لا يخلو عنها أي تعريف من تعاريف الصلح التي ذكرناها في الباب الأول، فتوافر هذه الخاصية ضرورة لتسمية العقد صلحا أو بعبارة أخرى ان توافر عنصر النزاع أو المنازعة أو كما يعبر عنه أحيانا بسبق الخصومة ضروري لقيام عقد الصلح الذي وضع أصلا لقطع النزاع.

ومتى توافر عنصر النزاع وتوافرت أركان العقد وشروطه ثبت الحكم العام للصلح وهو قطع المنازعة ولتعيين تسمية العقد صلحا اما لأحكام اخرى فهي ثانوية للعقد ومن ثم يمكن ان نحتفظ لهذا العقد بكيانه الخاص .

---

١ - السنهوري في الوسيط ج ١ ص ١٦٩ .

- سليمان مرقس في مصادر الإلتزام ص ٨٢ .

الفـــــــــــرع الثانـــــــــــــــي

==========

إحكام الصلح عن انكار أو سكوت :

لما كانت المذاهب الفقهية المعروفة ليست على سواء في الإحكام الخاصة التي يترتبها في الصلح عن انكار أو سكوت وانما تختلف في ذلك بعض الإختلاف وان اتفق اكثرها على جواز الصلح عن انكار من حيث المبدأ لذلك فانه من المناسب ان نستعرض احكام الصلح عن انكار في المذاهب الفقهية المشهورة كل على حدة حتى يتبين لنا من الموازنة بينها أوجه الشبه والخلاف فيما بينها:

اولا:في المذهب الحنفي :

اذا انكر المدعى عليه المدعى به ثم تصالح مع المدعى بشأن موضوع الدعوى فان الظاهر في المذهب الحنفي أنه يفرق في اثر الصلح بين المدعي والمدعى عليه .

فبالنسبة للمدعى يكون الصلح في معنى المعاوضة حيث انه يدعى ان له حقا وان ما أخذه من المدعى عليه يكون في مقابل هذا الحق، وبالنسبة للمدعى عليه يكون الصلح عن انكار لإفتداء اليمين وقطع الخصومة ولايكون عقد الصلح بنسبة له في معنى المعاوضة ويترتب على اختلاف النظر في الصلح عن انكار بالنسبة لكل من المدعى والمدعى عليه اختلاف الإحكام الخاصة بكل منهما .

فمثلا لايجب الشفعة في الدار محل النزاع لإنها باقية على ملك المدعى عليه ولم ينقل الملك فيها اليه بمقتضى الصلح، اما اذا كان المصالح عليه دار اخرى اخذها المدعى فان الشفعة يكون واجبة فيها لإنتقال الملك فيها اليه بموجب الصلح .

وتطبق الاحكام السابقة الخاصة بالإستحقاق في حالة هلاك بدل الصلح قبل تسليمه ،فاذا هلك بدل الصلح كله بطل الصلح ولو هلك بعضه يبطل الصلح القدر الذي هلك ويبقى في الباقي .

ولو انكر المدعى عليه ثم اصطلح مع المدعى وبعد تمام الصلح أقر بحق المدعى في دعواه فان الصلح لاينقض ولايعتد بهذا الإقرار ويلاحظ ان الصلح عن سكوت يأخذ جميع احكام الصلح عن انكار فيما تقدم .(١)

ثانيا:في الذهب المالكي :

الاصل عند الإمام مالك جواز الصلح عن انكار ولكنه قيد هذا الجواز بشروط ثلاثة :

الاول : ان يكون الصلح جائزا على مقتضى دعوى المدعى .

الثاني : ان يكون الصلح جائزا على مقتضى دعوى المدعى عليه ان انكر ما ادعى به عليه واجاب بغيره .

الثالث : ان يكون الصلح جائز على ظاهر الحكم الشرعي أى لايكون هناك تهمة فساد .

---

١ - الزيلعي في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣٣ ، ٣٤ .
- ابن نجيم في البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ ص ٢٥٦ .
- المرغيناني في الهداية شرح بداية المبتدى ج ٣ ص ١٤١ .
- احمد ابو الفتح في المعاملات ج ٢ ص ٦٢٣ .
- على الخفيف في المعاملات الشرعية ص ٤٣ .
- السرخسي في المبسوط ج ٣ ص ١٥٢ .
- الكاساني في البدئع ج ٦ ص ٥٤ .

وقد اعتبر ابن القاسم - احد ائمة المذهب - الشرطين الاولين فقط واعتبر اصبغ - امام من ائمة المذهب امرا واحد وهو ان لاتتفق دعواها على فساد .

حدث خلاف في المذهب المالكي في الصلح عن سكوت هل يعد في حكم الصلح عن اقرار فيلحق به في احكامه ام يعد في حكم الصلح عن انكار فتسرى عليه احكامه ؟في هذه المسئلة قولان في المذهب :

الاول : حكم السكوت حكم الإقرار من اعتبار حكم المعاوضة فيها بالنظر الى دعوى المدعى وهو منسوب للإمام مالك وابن القاسم وعياض والفاكهاني وهو القول المشهور في المذهب المالكي وقد رجحة فقهاء المذهب .

الثاني : لابن محرز ويرى ان الصلح عن سكوت من المدعى عليه كالإقرار والإنكار فيشترط فيه الشروط الثلاثة في الصلح عن انكار سالفة الذكر على مذهب الإمام وحجته في اعتبار الصلح عن سكوت كالإقرار والإنكار انه يحتملهما فاعطى حكمها ومعنى ذلك انه يعتبر في الصلح عن سكوت حكم المعاوضة في الإقرار ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في الإنكار .

وهذا القول لابن محرز غير راجح في المذهب المالكي وقد انتقده بعض فقهاء المذهب ،واعتبروا الصلح عن سكوت في حكم الصلح عن اقرار. (١)

---

١ - الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير ج٣ ص ٣١١ - ٣١٥ .
- الخرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ٣، ٤ .
- شرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عليش ج ٣ ص ٢٠٥ .

ثالثا : في المذهب الشافعي :

عرفنا فيما سبق ان المذهب الشافعي لايعتبر الصلح عن انكار او سكوت ولايعتد الإبالصلح عن اقرار .

ولكن اذا اقر المدعى عليه بالحق ثم انكر جاز الصلح ولكنه اذا انكر وصالح المدعى ثم اقر بعد ذلك كان الصلح باطلا ولوانكر المدعى عليه ثم اقام المدعى بينه عليه فان الصلح في هذه الحالة يكون جائزا للزوم الحق بالبينة ويقاس على ذلك مالو نكل المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعى لأن اليمين المردودة كالإقرار .

واذا ادعى المدعى عينا في المدعى عليه فانكر ثم قال له :صالحني عن هذه العين لم يكن ذلك اقرارا لأنه يحتمل ان يكون المدعى عليه اراد قطع الخصومة فلا يكون ذلك اقرار فاذا طلب منه ان يبيعه هذه العين ففي المسئلة وجهان :

احدهما:لايجعل ذلك اقرارا لأن البيع والصلح واحد فاذا لم يكون الصلح اقرارا لم يكن البيع كذلك اقرار .

والثاني:يجعل ذلك اقرارا لأن البيع تمليك والتمليك لايصح الإممن يملك ويمكن القول باختصار بان الصلح عن انكار أو سكوت في المذهب الشافعي سواء أكان على المدعى به أو بعضه أو كان غيره لايجوز ويكون باطلا .(١)

---

١ - حواشي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج شرح المنهاج ج ٥ ص ١٩٣ .

- المهذب للشيرازي ج ١ ص ٣٣٥ .

- الرملي في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٦٥ - ٣٦٧ .

- حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنواوي ج ٢ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

رابعا: في المذهب الحنبلي :

الصلح عن انكار في المذهب الحنبلي يكون معاوضة في حق المدعى ويكون ابراء واقتداء لليمين في حق المدعى عليه وفي هذا تشابه احكام الصلح عن انكار في المذهبين الحنفي والحنبلي .وتطبق على الصلح عن انكار في المذهب الحنبلي الإحكام التي ذكرناها في المذهب الحنفي من حيث حق الشفعة والخيارات واستحقاق المصلح عنه والمصالح والرد للعيب وغير ذلك من الإحكام .(١)

---

١ - ابن قدامة المقدسي في الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ج ٢ ص ٢٠٣. .

- البهوني في كشف القناع عن متن الإقناع ج ٣ ص ٣٩٧ .

١ - الإحكام الخاصة بالصلح عن الدين :

تمهيد :

عرفنا فيما سبق لدى بحث التمييز بين الدين والعين ان هذا التمييز يقوم على اساس التعلق بالذمة ، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة لأن محله مبلغ من النقود او جملة من الإشياء المثلية ومن ثم فانه يتعذر ان يتعلق بعين معينة بالذات وعلى العكس من ذلك العين او الإلتزام بالعين فان محله عين معينة بالذات ولايتعلق له بالذمة .

ويترتب على تعليق الدين عدة نتائج منها:

ان الإلتزام بالدين يحتاج في استيفائه الى وساطة المدين ،اما الإلتزام بالعين فلاحاجة فيه الى هذه الوساطة لأنه يتعلق بالذمة وانما ينصب على العين ذاتها ويتبع ذلك ان الدين دون العين تتبعها المطالبة اذ ان وساطة المدين تقتضي مطالبته ولاكذلك العين :

ومن هذه النتائج ايضا ان الدين يرد عليه الإجل (١) وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء اما العين او الإلتزام بالعين فلا يتصور فيه شيء من ذلك لإتصاله له بالعين .

بعد هذا التمهيد عن الدين في الفقه الإسلامي نبحث فيمايلي الإحكام الخاصة بالصلح عن الدين في المذاهب الفقهية المشهورة سواء أكان عن اقرار أو انكار.(٢)

---

١ - الإجل في الإلتزام لعبد الناصر توفيق العطار ١٢٧ - ١٤٨ .

٢ - السنهوري في مصادر الحق ج١ ص ٢٤ .

- النظرية العامة للإلتزام في الشريعة الإسلامية لشفيق سحاته ص ١٨٩ ٢٠١ .

اولا : الاحكام الخاصة بالصلح عن الدين في المذهب الحنفي :

==========

يجوز الصلح عن الدين في المذهب الحنفي سواء أكان عن اقرار أو انكار وهذا الصلح يأخذ احدى صورتين :

الصورة الاولى :

ان يكون استيفاء بعض الحق واسقاطا للباقي - فمثلا اذا كان(أ)دائنا ل(ب)بمبلغ الف روبية ثم اصطلحا على ان يدفع (ب) خمسمائة روبية فقط فهنا يجوز هذا الصلح ويكون (أ)قد استوفى بعض حقه - لانه لم يأخذ كل الدين من جنسه واسقط الباقي أي اخذ خمسمائة واسقط خمسمائة وهذا جائز شرعا لأن الإسقاط او الإبراء في معنى التبرع .

وفي هذه الصورة اذا صالح(أ)(ب) على تأجيل الدين مدة معينة شهرا أو سنة فان ذلك جائز ايضا ويجعل كأنه اجل استيفاء نفس الحق ،وكذلك لو صالحه في هذه الصورة على أن يدفع له خمس مائة روبية مؤجلة الى وقت معلوم جاز ويكون كأنه ابراء عن النصف وأخر النصف.

الصورة الثانية :

وفي هذه الحالة يكون الصلح في معنى المعاوضة فلا يجوز الا اذا توافرت شروط المعاوضة واهم هذه الشروط انتفاء الربا أو شبهته في العقد ،فاذا كان عقد الصلح في هذه الصورة فيه معنى الربا أو شبهة الربا فانه يكون باطلا .

ولنضرب لذلك بعض الامثلة :

فمثلا اذا كان الدين الف وحده من نقد معين واصطلح الدائن مع المدين على ان يوفيه خمس مائة وحده من نقد اخر مؤجله .أو اذا كان الدين الف وحده مؤجلة فيصطلحا على ان يوفيه خمس مائة حالة ،او كان الدين الف وحده من نقد ردىء واصطلحا على ان يوفى المدين خمس مائة وحدة من نقد جيد .

ففي هذه الحالات السابقه لايجوز الصلح ذلك لأن الصلح في حالة الاولى في معنى الصرف لأنه مبادله نقد بنقد من جنس آخر فلا يجوز تأجيله وانما يجب فيه التقابض في المجلس لقول النبي عليه الصلاة والسلام : "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلف هذا الإصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد".(١)

وفي الحالة الثانية من له دين مؤجل لايستحق الحالة لأنه اسقاط الاجل يكون متقابل اسقاط جزء من الدين فيكون ربا وفي الحالة الثالثة يكون الصلح في معنى المعاوضة وقد اختلت المساواه هنا فيكون الصلح باطلا.(٢)

احكام الصلح عن الدين في حالة تعليقه على شروط واضافته الى اجل :

نفرض فيمايلي بعض صور الصلح عن الدين الذي هو في معنى الإبراء:

---

١ - صحيح مسلم بشرح النووي المجلد الرابع كتاب البيوع ص ٩٨ .

٢ - الزيلعي في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج٥ ص ٤١ - ٤٣ .

- ابن نجيم بحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ ص ٢٥٩ - ٢٦٠ .
- الهداية وشرح العناية ج٧ من فتح القدير ص ٤٠ - ٤٣ .
- السرخسي في المبسوط ج ٢١ ص ٢٦ - ٣٠ .
- رد المختار على در المختار لإبن عابدين ص ٦٦١ .
- الفتاوي الهندية ج ٤ ص ٢٣٢ .
- سليم باز في شرح المجلة ج ٢ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ ٢٤١ م ١٥٥٢ - ١٥٥٤ .
- ابراهيم حلبي في ملتقى الابحر ص ١١١ - ١١٢ .

الصورة الاولى :قول الدائن للمدين:"ادالى غدا منها خمس مائة روبية على انك برى من الباقي "فاذا فعل فهو برىء وان لم يدفع وفعند ابي حنيفة ومحمد يجب على المدين دفع الالف كله وعند ابي يوسف يبدا ء من الباقي على كل حال .

الصورة الثانيه :قول الدائن للمدين"صالحتك على الف روبية على خمس مائة روبية تدفعها الى غدا وانت برى من الزيادة على انك اذا لم تدفعها الى غدا فلا تبراء من الباقي".

هذا القول واضح ولإخلاف فيه .

الصورة الثالثه :قول الدائن للمدين:"ابراتك من خمس مائة روبية من الالف على ان تعطيني خمس مائة غدا .

هذا القول واضح فالإبراء مطلق سواء ادى الخمس مائة غدا أو لم يؤد لأن البراءة وقعت مطلقة .

الصورة الرابعة :اذا قال الدائن لمدينه :"اد الى خمس مائة روبية على انك برى من الباقي ولم يحدد للاداء وقتا معينا .

ففي هذه الصورة المدين يبراء مطلقا من الباقي لأن الإداء واجب عليه في أى وقت فلا محل لحمله على التنفيذ.

الصورة الخامسة :اذا قال الدائن لمدينه : "ان اديت الى خمس مائة روبية أو اذا اديت او متى اديت فانت برىء من الباقي"

ففي هذه الصورة أنه لإيبرا من الباقي لأنه علق الإبراء بالشرط صريحا والبراءة لإتحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك .(١)

---

١ - نفس المراجع السابقة .

ثانيا:في المذهب المالكي :

==========

يجوز الصلح عن الدين في المذهب المالكي سواء أقر المدعى عليه أو انكر وهذا الصلح قد يقع على بعض الدين فيكون في حق الدائن استيفاء بعض الدين وابراء لمدينه عن الباقي .

وقد يقع الصلح عن الدين على مال آخر فيكون الصلح في هذه الحالة في معنى المعاوضة في حق المدعى وابراء من اليمين وقطع النزاع في حق المدعى عليه اذا انكر .

واذا كان الصلح عن الدين في معنى المعاوضة فانه يجب ان تتوافر فيه الشروط التالية :

١ - يجب ان لايؤدى الى فسخ دين في دين كما اذا صالح دائن مدينه عن الدين على السكني منزل للمدين ففي هذه الحالة لايجوز الصلح لأنه يؤدي الى فسخ دين بدين .

٢ - يجب لا يكون الصلح فيه معنى ربا النسيئة كما اذا صالحه عن طعام على طعام آخر مخالف له مؤجل لأنه في هذه الصورة ربا نسيئة .

٣ - يجب ان للايؤدى عن الدين الى بيع الطعام قبل قبضه كمااذا صالح عن طعام من بيع بدراهم أو بغيرها .

٤ - يجب الايكون الصلح عن الدين في معنى ضع وتعجل كما اذا صالح المدين دائنه على مائة دينار مؤجلة الى ثمانين دينارا نقدا فان هذا ربا غير جائز.

٥ - يجب ان لايكون الصلح عن الدين في صورة صرف مؤخر كما اذا صالح المدعى عليه المدعى عن النقد الذي يدعيه في ذمته على نقدآخر الى أجل.

٦ - يجب الايكون المصالح عليه مجهولا والابطل الصلح .

فهذه الشروط يجب ان تتوافر في الصلح عن الدين اذا كان في معنى المعاوضة .(١)

---

١ - الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير ج٣ ص ٣١٠ - ٣١١ .

- الخرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ٣ .

- سحنون في المدونه الكبرى ج ٤ ص ٣٦٠ - ٣٧٠ .

- منح الجليل على مختصر خليل لعليش ج ٣ ص ٢٠٢ .

ثالثا : الإحكام الصلح عن الدين في المذهب الشافعي :

==========

يجوز الصلح عن الدين في المذهب الشافعي في حالة اقرار المدعى عليه ولايجوز في حالة انكار كما سبق تفصيل ذلك .

وقد يقع الصلح عن الدين على عين فان توافقا في علة الربا اشترط قبض العوض في المجلس ،والاعان كان العوض عينا لم يشترط قبضه في المجلس في الاصح وان كان دينا اشترط تعيينه في المجلس ،وقد يقع الصلح عن الدين على بعضه كنصفه أو ربعه مثلا وفي هذه الحالة يكون ابراء عن باقية ويصح بلفظ الإبراء والحط نحوها كما يصح بلفظ الصلح .

ولو صالح عن دين حال على مؤجل مثله او عكس لايجوز الصلح فاذا عجل المؤجل صح الإداء .

ولو صالح عن عشرة روبيات حالة على خمس روبية مؤجلة برىء من خمسة حالة لإنه سامح بحط البعض ووعد بتعجيل البعض الباقي والواحد لايلزم والحط صحيح .

ولو صالح على عشرة روبيات مؤجلة على خمس روبية حالة لايجوز الصلح لأن صفة الحلول لايصح الحاقها والشمسة الاخرى انما تركها في مقابله ذلك فان لم يحصل الحلول لايصح الترك.(١)

---

١ - الشرقاوي في حاشيته على شرح التحرير ج٢ ص ٧٢ .

- قليوبي وعميرة في حاشيتهما على شرح المحلى على منهاج الطالبين للنواوي ج٢ ص ٣٠٣ - ٣٠٥ .

- الشرواني وابن القاسم في حواشيهما على تحفة المحتاج شرح المنهاج ج ٥ ص ١٩٠ -١٩٣ . - الرملى في نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٦٤ .

- الشربيني في مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٧٨ - ١٧٩ .

رابعا: الأحكام الخاصة بالصلح عن الدين في الفقه الحنبلي :

==========

لقد بين الإمام ابن القيم صور الصلح عن الدين وشروطه بيانا كافيا واضحا يغني عن كل شرح أو توضيح نورده فيمايلي:

اذا كان له عليه الف درهم فاراد ان يصالحه على بعضها فلها ثمان صور.

فانه اما ان يكون مقرا أو منكر،وعلى التقديرين فاما ان تكون حالة او مؤجلة تم الحلول والتأجيل اما ان يقع في المصالح عنه أو في المصالح به وانما تبين احكام هذه المسائل بذكر صورها واصولها .

الصورة الاولى:

ان يصالحه عن الف حالة قد أقر بها على خمس مائة حالة : فهذا صلح على الإقرار وهو صحيح على أحد القولين باطل على القول الآخر فان الشافعي لايصح الصلح على الإقرار والخرقي ومن وافقه من اصحاب الإمام احمد لايصحه الإعلى الإنكار وهو ظاهر النص وهو الصحيح .

الصورة الثانية :

ان يصالح عنه (اى الدين الحال)ببعضه مؤجلا مع الإقرار والإنكار ايضا فان كان مع الإنكار ثبت التاجل ولم تكون له المطالبة به قبل الأجل لانه لم يثبت له قبله دين حال فيقل لايقبل التأجيل وان كان مع الإقرار ففيه ثلاثة اقوال للعلماء في مذهب الإمام احمد :

الاول :ولايصح الاسقاط ولا التأجيل بناء على ان الصلح لايصح مع الاقرار وعلى ان الحال لايتأجل .

والثاني :أنه يصح الإسقاط دون التأجيل بناء على صحة الصلح مع الاقرار .

والثالث :أنه يصح الإسقاط والتأجيل وهو الصواب بناء على تأجيل القرض والعارية وهو مذهب اهل المدينة .

وان كان الدين مؤجلا ، فعاده بعضهم حالا مع الاقرار والانكار فهذا للناس فيه ثلاثة اقوال ايضا:

الاول :لايصح مطلقا وهو قول ابن عمر رضى الله عنه .

الثاني :انه يجوز وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما.

الثالث :يجوز ذلك في دين الكتابه ولايجوز في غيره وهو قول الشافعي وابي حنيفة رضى الله عنهما

فهذه المسائل واصولها وقد تبين ان الصواب جوازها كلها فالحيلة على التوصل اليها حيلة على أمر جائز ليست على حرام.(١)

---

١ - ابن القيم الجوزية في اعلام الموقعين عن رب العالمين ج٣ ص ٣١١.

- ابن قدامة في المغني والشرح الكبير ج٥ ص ٤ - ٦ .

- ابن قدامة المقدسي في الكافي في فقه الإمام احمد ج ٢ ص ٢٠٤ .

المبحث الثالث

****

فسخ الصلح

==========

و

=

بطلانه

==========

اولا : فسخ عقد الصلح :

==========

التمييز بين فرضين :

اذا كان عقد الصلح في معنى الإبراء والإسقاط فلا يجوز فسخه طبقا للقاعدة الفقهية المقررة بان الساقط لايعود فاذا صالح الدائن مدينه على بعض الدين وأسقط عنه الباقي فلايجوزله فسخ العقد ولاتسمع دعواه (١)

اما اذا كان عقد الصلح في معنى المعاوضة فللطرفين ان يتفقا على فسخ الصلح ويسمى الفسخ في هذه الحالة اقالة ويستثنى من ذلك الصلح عن القصاص لانه عبارة عن العفو وهو اسقاط محض والإسقاط لايحتمل الفسخ(٢).

الصلح عقد لازم :

****

الاصل ان الصلح عقد لازم للجانبين في لغة القانون فمتى انعقد صحيحا نافذا مستوفيا عناصر الإنعقاد وشروط الصحة والنفاذ خاليا من الخيارات فليس لأحد طرفيه ان يستقل بفسخه ويكون العقد ملزما لطرفيه ويلزم المدعى بالنزول عن ادعائه في مقابل التزام المدعى عليه بتسليم بدل الصلح ،هذه هي القاعدة العامة وترد عليها بعض الإستثناءات .

عدم جواز فسخ الصلح في حالة اخلال احد الطرفين بتنفيذ التزامه .

اذا أخل أحد طرفي عقد الصلح بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد فليس للطرف الاخر فسخ الصلح بل يبقى العقد ويجبر القاصر على التنفيذ وذلك على عكس ما هو مقدر في الفقه الوضعي .

---

١ - سليم باز في شرح المجلة المجلد الثاني ص ٢٤٣ .

٢ - احمد ابو الفتح في المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ج٢ ص ٦٣٤ .

وقد نصت المادة ١٠٤٨ من مرشد الحيران "اذا كان الصلح بمعنى المعاوضة فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما واذا انفسخ الصلح يرجع المدعى به للمدعى وبدل الصلح للمدعى عليه".

ويبين من هذا النص انه لايجوز لاحد الطرفين ان ينفرد بفسخ عقد الصلح متى تم على الوجه المطلوب بل يجب ان يكون الفسخ بتراضى الطرفين وموافقتهما وهو ما يسمى بالإقالة .

هل يجوز فسخ الصلح في حالة الإستحقاق :

اذا استحق المصالح عنه او المصالح عليه بعد انعقاد الصلح فهل يجوز للطرف المضار فسخ الصلح ؟

هنا نميز بين حالتين :

الاولى :اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه مما لايتعين بالتعيين .

الثانية :اذا كان المصالح عنه أو المصالح عليه مما يتعين بالتعيين

ففي الحالة الاولى لايفسخ الصلح .

فاذا استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدعى عليه بحقه ذلك من العوض او بكله اذا استحق المصالح عليه او بعضه رجع المدعى بكل المصالح عنه أو ببعضه وذلك سواء كان الصلح عن اقرار او انكار .

فاذا كان الصلح عن اقرار ثم استحق المصالح عليه (بدل الصلح) كله أو بعضه يرجع المدعى على المدعى عليه بكل المصالح عنه أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه واذا استحق المصالح عنه كله او بعضه يسترد من بدل الصلح الذي قبضه المدعى مقدرا ما اخذ بالإستحقاق من المدعى عليه ان كلا فكلا وان بعضا فبعضا .

واذا كان الصلح عن انكار ثم استحق المصالح عليه كله اوبعضه يرجع المدعى بالدعوى كلا أو بعضا على حسب القدر المستحق واذا استحق المدعى به أو المصالح عنه كله أو بعضه رجع المدعى عليه بمقابلة من العوض على المدعى ويرجع المدعى بالخصومة فيه والدعوى على المستحق.(١)

---

١ - الزيلعي في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣٢ .

- ابن نجيم في بحر الرائق ج ٧ ص ٢٥٦ .

- السرخسي في كتابه المبسوط ج٢٠ ص ١٤٩ - ١٥١ - ١٥٦ .

- الهداية وشرح العناية ج٧ من فتح القدير ص ٢٩ .

- الخرشي على مختصر خليل ج٦ ص ٨ .

تضييق نطاق فسخ الصلح

****

لما كانت نظرية الفسخ لامحل لتطبيقها الافي العقود الملزمة للجانبين اذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه حيث يجوز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد بناء على الارتباط الموجود بين الالتزامات المتقابلة هذا الارتباط هو الاساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ في الفقه الوضعي .

اما في الفقه الاسلامي فالاصل انه لايوجد ارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين اذا ان كل التزام مستقل عن الالتزام المقابل له فاذا اخل احد الطرفين بالالتزامات الواجبة عليه فالاصل ان العقد لايفسخ بل يظل قائما ليس للطرف الآخر ان يطالبه بالتنفيذ او بالضمان حسب الاحوال ومن ثم فان نظرية الفسخ تضاءلت في الفقه الاسلامي على العكس الحال في الفقه الغربي وقد انعكس هذا على عقد الصلح اذا كان في معنى المعاوضة فالاصل كما سبق القول انه لايجوز لأحد الطرفين فسخ الصلح اذا اخل الطرف الاخر بالتزاماته الناشئة عن العقد الا بصفة استثنائية في حالتين :

الحالة الاولى :

انعدام محل عقد الصلح أو فوات منفعة المقصودة ،وعلى ذلك فانّ الخلل الذي يصيب محل عقد الصلح بعد انعقاده صحيحا يؤثر في قوة العقد فيصبح قابلا للفسخ بناء على طلب العاقد المضار من ذلك .

والفسخ يرجع في هذه الحالة الى الخلل الذي يصيب محل العقد لايغيره الارتباط في عقود المعاوضة .

الحالة الثانية :

اذا كان عقد الصلح في معنى الاجارة بان كان المصالح عليه منفعة عين

من الاعيان مثلا ففي هذه الحالة فسخ العقد للاسباب التي يفسخ بها عقد الاجارة وهي اسباب قد ترجع الى العين المؤجرة أو الاجرة أو موت احد العاقدين وسبب ذلك ان عقد الاجارة انما جاز استحسانا على خلاف القياس لان المقصود عليه فيه المنفعة وهي تتحدد ساعة فساعة ومن ثم امكن اعمال الفسخ فيها لاعندما يحتل المحل بهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها.(١)

التمييز بين الفسخ والانفساخ

العقد ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى فسخه اذا هلك محل العقد هلاكا كليا .

وفي حالة غير الهلاك الكلي يكون العقد في حاجة الى فسخ وهذا الفسخ يتم بعمل احد طرفي العقد في حضور الطرف الاخر او في غيابه كما قد يتم بمعرفة القاضي بناء على طلب المتعاقد طلب الفسخ .

أثار فسخ الصلح

يترتب على فسخ عقد الصلح بعد ان العقد صحيحا انه يعتبر كان لم يكن ويرجع المتعاقد ان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فان كان الصلح عن اقرار فان المدعى يرجع على المدعى عليه بالمدعى به وان كان الصلح عن انكار فان المدعى يرجع الى اصل دعواه.(٢)

---

١ - السنهوري في مصادر الحق ج ٦ ص ٢٣٠ .

٢ - الكاساني في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٦ ص ٥٥ .

ثانيا : بطلان عقـــــــــــــــــد الصلـــــــــــــــــح

****

ركن عقد الصلح هو الإيجاب والقبول المتطابقين في مجلس العقد أو التراضي وهذا هو الركن الوحيد في العقد اما العناصر الإخرى فليست الإشرائط للركن اوأصافا له .

والإيجاب والقبول يفترضان شخصين عبر احدهما عن الإيجاب والآخر عن القبول وهذا هوالتعبير عن الإرادة ولكي يكون التعبير عن الإرادة سليما منتجا لأثر يجب ان يصدر عن شخص مميز عاقل وان تكون ارادته خالية من العيوب والإيجاب والقبول يفترضان ايضا وجود المحل أو المقصود عليه الذي يجب ان يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين صالحا للتعامل فيه .

فاذا توافرت هذه العناصر فان الصلح ينعقد اما اذا تخلف عنصر منها فان عقد الصلح يكون باطلا لإوجود له ولإينعقد ،ويعبر عنه احيانا بالفساد فالبطلان والفساد مترادفان في سائر المذاهب الفقهية فيما عدا المذاهب الحنفي حيث يفرق بين البطلان والفساد كما سبق القول ،حيث يعتبر العقد باطلا اذا لم يكون مشروعا باصله ووصفه ويجعل العقد فاسدا اذا كان مشروعا باصله دون وصفه .

اذا توافرت العناصر السابقة فان عقد الصلح ينعقد ولكنه لإينعقد صحيحا الا اذا توافرت فيه شرائط الصحة بان خلت العناصر السابقة من الإوصاف التي تحدث خللا بها يترتب عليه بطلان العقد كالإكراه والغرر والشرط الفاسد والربا والعيب الذي يوجد في المالح عليه الى غير ذلك من الإوصاف التي اذا شابت عقد المصالح فانه يكون باطلا ويكفي هنا بالإشارة اليها حيث سبق بحثها لدى الكلام على التراضي والمحل والسبب في عقد الصلح وكذلك لدى بحث احكام الصلح .

احـــــــوال بـــــــــطلان الصلـــــــــــــح

****

حاول الكاساني حصر حالات بطلان الصلح في الإقالة ولحاق المرتد بدار الحرب والرد بخيار العيب والرؤية والإستحقاق وهلاك احد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل القضاء المدة .(١)

وفي رأينا أنه من المتعذرحصر حالات بطلان الصلح وانما من الافضل تطبيق القواعد العامة في البطلان في هذا الشأن كما ان الحالات التي اوردها الكاساني قد خلط في بعضها بين الفسخ والبطلان كما فعل في الإقالة

اثـــــــار بطـــــــــــــلان الصلـــــــــــــح

يترتب على بطلان الصلح ما يترتب على فسخه من أثار فيرجع المدعى الى أصل دعوه ان كان الصلح عن انكار وان كان عن اقرار فيرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى .(٢)

---

١ - الكاساني في بدائع الصنائع ج٦ ص ٥٤ .

- احمد ابو الفتح في العاملات ج ٢ ص ٦٢٤ .

٢ - الكاساني في بدائع الصنائع ج٦ ص ٥٥ .

احكـــــــام الصلـــــــــــــــح في القانـــــــون

****

مدلول حسم الصلح للنزاع الأثر الجوهري :

تتحسم بالصلح المنازعات التي تتناولها ويترتب عليه انقضاء الحقوق والإدعاءات التي تنزل عنها أي من المتعاقدين نزولا نهائيا.(١)

ويبين من هذا ان للصلح أثرين :

الاول : انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من الحقوق والإدعاءات نزولا نهائيا .

الثاني : تثبت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك .

فســـــخ عقـــــد الصلـــــــح في القانـــون

****

من المعلوم ان فسخ عقد الصلح تطبق فيه القواعد العامة المقررة في فسخ العقود .(٢) وبناء على ذلك فاذا اخل احد الطرفين بالتزامه جاز للطرف الآخر ان يطلب اما تنفيذ العقد اذا كان التنفيذ العيني للصلح ممكنا واما فسخ الصلح مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض ويجوز للقاضي ان يمنح الطرف الاخر أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له ان يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به الطرف الآخر قليل الاهمية بالنسبة الى الإلتزام في جملته .

١- 1988 CLC 1129 - A 1936 Bombay 301

- A 1915 Calcuta 464 - A 1933 Allabad 649

٢- A 1960 C 506 - A 1930 L 937

- 1988 CLC 1129 - A 1937 C 222

كما يجوزان يتضمن الصلح نصا يقرر ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه .

كما قد فسخ الصلح بحكم القانون في حالة استحالة تنفيذ التزامات احد الطرفين فتنقضي التزامات المقابلة لها ويفسخ العقد من تلقاء نفسه .

بطلان عقد الصلح

****

سبق ان عرفنا ان للصلح اركانا ثلاثة هي : التراضي والمحل والسبب فاذا انعدم أى ركن منها فان العقد لايقوم ويكون باطلا بطلانا مطلقا .

وكذلك اذا اختل شرط الركن فان الصلح يكون باطلا .

ففي كل هذه الاحول يكون الصلح باطلا بطلانا مطلقا فلا ينتج اثرا ويجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه وللمحكمة ان تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولا تلحقة الاجازة ولايرد عليه التقادم كل ذلك تطبيقا للقواعد العامة في نظرية البطلان .(١)

المقارنة بين احكام عقد الصلح في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي

اولا : انواع الصلح :

يميز الفقه الإسلامي بين انواع ثلاثة من الصلح هى الصلح عن اقرار وانكار وسكوت .

اما الفقه الوضعي فلا يعرف هذا التقسيم الثلاثي لانواع الصلح .

١- AIR 1950 ALL 508 - PLD 1977 KAR 521

- CONTRACT ACT 1872 SECTION 24 TO 30 -C

ثانيا : الحكم العام لعقد الصلح :

الحكم العام في عقد الصلح في الفقه الإسلامي هو قطع المنازعة بين طرفي الخصومة وسقوط دعوى المدعي فلا يستطيع تجديد الدعوى بشأن المدعى به .

ويترتب على هذا الحكم العام تمليك المدعى عليه المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك كالمال والبراءة منه ان كان مما لايتحمل التمليك .

اما في الفقه الوضعي فان الاثر الجوهري لعقد الصلح هو حسم النزاع بين الطرفين .

بصدد خصومة قائمة او محتملة ويترتب على ذلك انقضاء ما نزل عنه كل من الطرفين من حقوق والادعاءات نزولا نهائيا.وثبت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من الحقوق وحسم النزاع بينهما في ذلك .

فيبين لنا ان الحكم العام لعقد الصلح في الفقه الإسلامي يتشابه مع الاثر الجوهري له في الفقه الوضعي .

ثالثا : التمييز بين الصلح عن العين والصلح عن الدين :

رأينا ان تمييز الفقه الإسلامي بين العين والدين يغاير التمييز في الفقه الوضعي بين الحق العيني والحق الشخصي وذكرناها بالتفصيل في هذا الباب.

رابعا : فسخ الصلح :

عرفنا لدى بحث فسخ عقد الصلح في الفقه الإسلامي انه يتعين التمييز بين فرضين .

احدهما: انه اذا كان الصلح في معنى الابراء أو الإسقاط فلا يجوز فسخه .

والثاني : اذا كان الصلح في معنى المعاوضة فيجوز فسخه بتراضي الطرفين وهو ما يسمى بالإقالة .

اما في الفقه الوضعي فان عقد الصلح يعد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين وليس في معنى الابراء والإسقاط ،وينتج عن ذلك انه اذا أخل

احد الطرفين بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد فللطرف الآخر ان يطلب تنفيذ العقد او فسخه لتطبيق للقواعد العامة .

هذا ويلاحظ من مقارنة نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي بنظرية الفسخ في الفقه الوضعي ان نظرية الفسخ في الفقه الوضعي لا محل لتطبيقها الا في العقود الملزمة للجانبين اذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه حيث يجوز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد بناء على الإرتباط الموجود بين الإلتزامات المقابلة ، هذا الإرتباط هو الاساس الاصلي تقوم عليه نظرية الفسخ في الفقه الوضعي .

اما في الفقه الاسلامي فالاصل انه لايوجد ارتباط ما بين الإلتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين أذ ان كل التزام مستقل عن الإلتزام المقابل له فاذا أخل احد الطرفين بالتزامات الواجبة عليه فالاصل ان العقد الملزم للجانبين لايفسخ بل يظل قائما وليس امام الطرف الآخر من سبيل الا ان يطالبه بالتنفيذ او بالضمان على حسب الاحوال ومن ثم فان نظرية الفسخ تضاءلت في الفقه الإسلامي كما سبق القول وقد انعكس هذا على عقد الصلح اذا كان في معنى المعاوضة اذ الاصل انه لايجوز لاحد الطرفين فسخ الصلح اذا ما أخل الطرف الاخر بالتزاماته الابصفة استثنائية في حالتين :

الاولى : انعدام محل عقد الصلح أو فوات منفعته المقصودة .

الثانية : اذا كان الصلح في معنى الإجارة فينفسخ للاسباب التي يفسخ بها عقد الإجارة وقد سبق البحث .

ومما سبق يتبين لنا ان الفسخ في عقد الصلح في الفقه الوضعي اوسع مدى منه في الفقه الإسلامي ،ويتشابه الفقه الاسلامي مع الفقه الوضعي في الاثار المترتبة على فسخ الصلح بأن يعتبر الصلح كأن لم يكن ويرجع الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد .

خامسا : بطلان الصلح :

رأينا في الفقه الإسلامي انه اذا توافرت العناصر اللازمة لعقد الصلح فانه ينعقد اما اذا تخلف عنصر منها فان العقد يكون باطلا ولا ينعقد ويعبر عنه احيانا بالفساد وان كان المذهب الحنفي يفرق بين البطلان والفساد حيث يعتبر العقد باطلا اذا لم يكن مشروعا بأصله ووصفه ويعبره فاسدا اذا كان مشروعا بأصله دون وصفة ويشترط لصحة عقد الصلح علاوة على العناصر شرائط للصحة بأن تخلو هذه العناصر من الاوصاف التي تحدث خللا بها كالإكراه والغرر والشرط الفاسد والربا والغلط الى غير ذلك من الاوصاف التي اذا وجدت في عقد الصلح فيكون باطلا .

اما في الفقه الوضعي فقد رأينا انه يميز في البطلان بين البطلان المطلق والبطلان النسبي فيكون عقد الصلح باطلا بطلانا مطلقا اذا تخلف ركن من اركانه وهي التراضي والمحل والسبب ويكون بطلانا نسبيا اذا لم تتوافر لركن التراضي اسباب الصحة وبمقارنة الفقهين في بطلان الصلح نلاحظ ان الفقه الإسلامي اكثر تدرجا في مراتب البطلان والصحة في العقد من الفقه الوضعي ويلاحظ ان اسباب البطلان في الصلح في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي قد تشابه في بعض الجوانب وقد تختلف في جوانب اخرى وقد سبق القول عنها .

واخيرا فان اثار بطلان الصلح تتشابه في كل من الفقه الإسلامي والفقه الوضعي من حيث انه يترتب على بطلان عقد الصلح زواله بأثر رجعي فيعتبر العقد كان لم يكن ويعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد كما هو الشأن بالنسبة للفسخ.

اهـــــــم المراجـــــــــــع

****

اولا : فـــــــي الشريعـــــــــــة الإسلاميـــــــــــة

يلي اسم الشهرة تاريخ الوفاة

"مرتبة بحسب الحروف الإبجدية لأسماء المولفين"

١ - علـــــــوم القــــــــــــــــــــــــران

================================

١ - ابن حيان (محمد بن يوسف بن على بن يوسف بن حيان الاندلسي).

- التفسير الكبير المسمى بالبحر المحيط .

- مطبعة دار السعادة ١٣٢٨ هجري.

٢ - ابن كثير (الحافظ بن كثير ٧٠٠ - ٥٧٧٤).

- تفسير القرآن العظيم .

- نشر كتاب الشعب سنة ١٩٧١ م .

٣ - ابن العربي (٥٤٣ هجري)

- (ابو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي)

- احكام القرآن الكريم .

- الطبعة الاولى سنة ١٣٧٦ هجري ١٩٥٨ م.نشر دار احياء الكتب العربية

٤ - البيضاوى (٦٨٥ هجري)-(القاضي ناصر الدين ابي سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرانى البيضاوي).

- تفسير القرآن الكريم المسمى انوار التنزيل واسرار التأويل .

- الطبعة الثانية بالمطبعة البهية لصاحبها عبد الرحمن محمد ١٣٤٤ ه

٥ - الجصاص (٣٧٠ هجري)(ابو بكر احمد على الرازي الجصاص الحنفي).

- احكام القرآن .

- طبع مطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العلية - ١٣٣٥ هجري .

٦ - الرازي (٦٠٦ هجري) (محمد الرازي فخر الدين ابن ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الري).

- مفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير .

- الطبعة الاولى - بمطبع الخيرية بالجمالية ١٣٠٨ هجري .

٧ - الزمخشري (٥٣٨ هجري) ابو القاسم جار الله محمد بن عمر الزمخشري الخوارزمي)

- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل .

- طبع مطبع مصطفى الحلبي .

٨ - السيوطى (٩١١هجري)-(جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي)

- اسباب التنزيل .

- طبع كتال التحرير ١٣٨٣ هجري .

٩ - القرطبي(٦٧١ هجري)(ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي)

- تفسير القرطبي -الجامع لإحكام القرآن .

- نشر كتاب الشعب ماخوذة عن طبعة دار الكتب والوثائق ١٣٩٠ هجري.

١٠- النسفي (٧١٠ هجري)ابو البركات عبد الله بن احمد محمود النسفي.

- تفسير النسفي .

- طبع دار احياء الكتب العربية لعيسى البابلي الحلبي وشركاه .

١١- عبد الباقي (محمد فؤاد عبد الباقي).

- المعجم المفهرس لإلفاظ القرآن الكريم .

- كتاب الشعب ١٣٧٨ هجري .

(٢) الحديث الشريف

١٢- البخاري (ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري).

- صحيح البخاري مع شرحي القسطلاني وشيخ الإسلام .

- الطبعة الثانية - المطبعة البهية لعبد الرحمن محمد ١٣٤٩ هجري.

١٣- الترمذي (ابو عيسى محمد بن عيسى).

- سنن الترمذي .

١٤- الجامع الصغير في احاديث البشير النذير .

- طبع مصطفى البابلي الحنبلي الطبعة الرابعة ١٣٧٣ هجري ١٩٥٤ م.

١٥- الشوكاني (محمد بن علي بن محمد).

- نيل الأوطار منتقى الإخبار .

- طبع مطبع مصطفى البابلي الحلبي .

- الطبعة الثانية ١٩٥٢ م.

١٦- العسقلاني (حافظ بن حجر الكناني).
- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جميع أدلة الإحكام .
- طبع مصطفى الحلبي .
١٧- الكرماني(٧٨٦ هجري)محمد بن يوسف بن سعيد الكرماني(البغدادي).
- شرح صحيح البخاري .
- مطبع المطبوعات الإسلامية لعبد الرحمن محمد الطبعة الثانية ١٣٥٨ هجري.
١٨- صحيح مسلم .
- طبع ونشر كتاب الشعب ١٣٩١ هجري .
١٩- النووي (٦٧٦ هجري)يحيى بن شرف بن مرى حسن بن حسين بن حزام النووي الشافعي ابو زكريا محي الدين).
- شرح صحيح مسلم .
- طبع ونشر كتاب الشعب ١٣٩١ هجري .
٢٠- ابن العربي (٥٤٣)
- شرح سنن الترمذي .
- المطبعة المصرية بالإزهر لمحمد عبد اللطيف.
- الطبعة الاولى ١٣٥٠ هجري.

(٣) كتـــــب اللغـــــــــــة

٣١- ابن منظور(ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري)

- لسان العرب .

- دار بيروت للطبع والنشر - بيروت ١٣٧٤ هجري .

٣٢- التهانوي (محمد على بن على التهانوي)

- كشاف اصطلاحات الفنون).

- طبع كلكتة ١٨٦٢ م .

٣٣- الجوهري (اسماعيل بن حماد الجوهري).

- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية .

- دار الكتب العربي لمحمد حلمي المنياوي.

٣٤- الزاوي (طاهر احمد الزاوي الطرابلسي).

- ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة .

- مطبعة الرسالة - الطبعة الاولى ١٩٥٩م .

٣٥- الزبيدي (السيد محمد مرتضى الزبيدي).

- تاج العروس .

- دار ليبيا للنشر والتوزيع ببنغازي طبع بيروت ١٣٨٦ هجري .

(٤) كتب أصول الفقه

٣٦- البردبيسي (محمد زكاريا البردبيسي).

- اصول الفقه الإسلامي .

- نشر دار الكتب الحديثة الطبعة الثانية ١٩٥٨ م .

٣٧- شعبان (زكي الدين شعبان)

- اصول الفقه الإسلامي .

- نشر دار الكتب الحديثة - الطبعة الثانية ١٩٥٨ م.

٣٨- محمد سلام مدكور .

- مباحث الحكم عند الإصوليين .

- دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٦٤ م .

(٥) فقـــــــه المذهـــــــــب

==========

(أ) المذهب الحنفي:

٢٩- الحلبي(ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي).

- ملتقى الابحر - مطبعة احمد كامل ١٣٢٣ هجري .

٣٠- زاده (شمل الدين احمد بن قودر المعروف بقاضي زاده).

- نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار تكملة فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرتي وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى على شرح العناية -المطبعة الاميرية-الطبعة الاولى ١٣١٧ هجرى.

٣١- الزيلعي(٧٤٣ هجري)(عثمان بن على بن محمد فخر الدين الزيلعي).

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .

- المطبعة الاميرية ببولاق ١٣١٥ هجري .

٣٢- السرخسي (٤٨٣ هجري)(محمد بن سلل ابو بكر شمس الائمة السرخسي).

- المبسوط .

- مطبعة السعادة ١٣٢٤ هجري.

٣٣- سماوه (محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه).

- جامع الفصولين وبهامشه جامع الصغار- للاستروشني وكتاب آداب الاوصياء للجمالى.

- المطبعة الازهرية - الطبعة الاولى ١٣٠٠ هجري .

٣٤- الشلبي (شهاب الدين شلبي)

- حاشية على كنز الدقائق .

- المطبعة الاميرية ببولاق ١٣١٥ هجري.

٣٥- ابن عابدين (١٢٥٢ هجري)(السيد محمد امين المعروف بابن عابدين).
- حاشية رد المحتار على در المختار شرح تنوير الإبصار.
- طبع ونشر دار السعادات .
٣٦- قدري (محمد قدري باشا) .
- مرشد الحيران الى معرفة احوال الإنسان في المعاملات الشرعية .
- المطبعة الإميرية .الطبعة الثالثة ١٩٠٩ م .
٣٧- الكاساني(٥٨٧ هجري)ابوبكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاءالدين.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .
- الطبعة الاولى ١٩١٠ م .
٣٨- المرغيناني(٥٩٣ هجري)برهان الدين ابو الحسن على بن ابي بكر عبد الجليل الرشداني المرغنياني)
- الهداية شرح بداية المبتدى .
- مطبع محمد على صبيح .
٣٩- ابن نجيم (٩٧٠ هجري) زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق .
- مطبعة دار الكتب العربية ١٣٣٣ هجري .
٤٠- النسفي (٥٣٧ هجري)نجم الدين ابو حفص عمر بن محمد النسفي)
- طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية على الفاظ كتب الحنفية .
- طبع المطبعة العامرة ١٣١١هجري.

(ب) المذهب المالكي:

٤١- حسين .

- تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافي.

- طبع دار احياء الكتب العربية - طبعة الاولى ١٣٨٦ هجري .

٤٢- الخرشي على مختصر الخليل .

- المطبعة الاميرية - الطبعة الثانية ١٣١٧ هجري .

٤٣- الدردير (١٢٠١ هجري)ابو البركات احمد بن احمد العدوي).

- الشرح الكبير على مختصر الخليل مطبوع مع حاشية الدسوقي .

- طبع دار احياء كتب العربية لعيسى البابي الحلبي.

٤٤- الدسوقي (١٢٣٠ هجري)محمد بن احمد عرفه الدسوقي.

- حاشية على شرح الكبير على مختصر خليل وبهامشه تقريرات لمحمد عليش طبع دار الكتب لحلبي .

٤٥- ابن رشد الحفيد(٥٩٥ هجري)(محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد الاندلسي ابو الوليد).

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

- طبع مطبع الجمالية لمحمد امين - الطبعة الاولى (١٣٢٩ هجري)

٤٦- شرح منح الجليل على مختصر الخليل لعاصم (القاضي ابو بكر بن محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي .

(ج) المذهب الشافعي:

٤٧- ابو شجاع (٥٩٣ هجري)احمد بن حسين بن احمد الاصفهاني الشهير بابي شجاع).

- متن ابي شجاع - مطبوع مع شرحه للغزي وحاشية البرماوي .

- المطبعة الازهرية ١٣٢٤ هجري .

٤٨- البرماوي (ابراهيم البرماوي)
- حاشية على شرح الغزي على متن ابي شجاع .
- المطبعة الإزهرية ١٣٢٤ هجري .
٤٩- الرملي (١٠٠٤ هجري)محمد بن احمد بن حمزة شمس الدين الرملي .
- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج .
- المطبعة المصرية ببولاق ١٢٩٢ هجري .
٥٠- الشافعي(٢٠٤ هجري)محمد بن ادريس بن عباس القرشي ابو عبد الله)
- الام - وبهامشه مختصر المزني).
- طبع ونشر دار الشعب ١٣٨٨ هجري .
٥١- الشربي (٩٧٧ هجري)محمد الشربيني الخطيب).
- معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ملتزم الطبع والنشر مصطفى الحلبي .
٥٢- الشرقاوي .
- حاشية على شرح التحرير لزكريا الإنصاري .
- المطبعة الإميرية ببولاق ١٢٩٨ هجرية .
٥٣- الغزى (ابو عبد الله محمد الغزى ابن القاسم).
- شرح متن ابي ابى شجاع .
- المطبعة الإزهرية ١٣٢٤ هجري .
٥٤- المحلي (٨٦٤ هجري)محمد بن احمد بن محمد بن ابراهيم)
- شرح منهاج الطالبين للنووي .
٥٥- النووي (٦٧٦ هجري)يحيى بن شرف بن حسين الحزامي الحوراني النووي).
- منهاج الطالبين في الفقه الشافعي مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة .

(د) المذهب الحنبلي:

٥٦- البهوني(منصور بن يونس بن ادريس البهوني).

- كشف القناع عن متن الإقناع.

- مطابع مكتبة النصر الحديثة بالرياض.

٥٧- ابن قدامة (٦٢٠هجري) عبد الله بن احمد بن قدامه ابن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي الدمشقي.

- المغني والشرح الكبير

- الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل - نشر المكتب الإسلامي بدمشق .

٥٨- ابن القيم (٧٥١ هجري) محمد بن ابو بكر بن ايوب بن سعد الزرعي الدمشقي تتلمذ عن ابن تيميه.

- اعلام الموقعين عن رب العالمين .

(ه) المذهب الظاهري:

٥٩- ابن حزم (٤٥٦ هجري)علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري.

- المحلي .

(و) مذهب الشيعة الجعفرية :

٦٠- النجفي ١٣٢٢ هجري - محمد حسن النجفي .

- جواهر الكلام في شرائع الإسلام طبعة ١٣٢٢ هجري .

الفقه المقارن

==========

٦١- ابراهيم (احمد ابراهيم)

- طرق القضاء في الشريعة الإسلامية .

- المطبعة السلفية ١٣٤٧ هجري ١٩٢٨ م .

٦٣- ابو الفتح (احمد ابو الفتح) .
- كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية .
- مطابع النهضة بشارع عبد العزيز ١٩١٦ م .
٦٣- جمال (جمال الدين محمد محمود).
- سبب الإلتزام وشرعيتة في الفقه الإسلامي .
- دار الإتحاد العربي للطباعة ديسمبر ١٩٦٨ م.
٦٤- الخفيف (علي الخفيف) .
- احكام المعاملات الشرعية .
- مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر الطبعة الثانية ١٩٤٤ م .
٦٥- السنهوري (عبد الرزاق احمد السنهوري).
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي .
- دار المعارف الطبعة الثالثة ١٩٦٧ م.
٦٦- صوفي (حسن ابو طالب).
- بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني .
- مكتبة نهجة مصر بلفجالة .
٦٧- العطار (عبد الناصر توفيق العطار)
- الاجل في الإلتزام .
- مطبعة دار التاليف بالمالية ١٩٦٥ م .
٦٨- المحمصاني (صبحي المحمصاني)
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية .
- طبع في ١٩٤٨ م.

==========

٦٩- الإبياني (محمد زيد الإبياني).

- مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية.

- نشر مكتبة عبد الله وهبه بشارع عبد العزيز الطبعة الثالثة ١٩٣٤م.

٧٠- الزرقاء (مصطفى احمد الزرقاء).

- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - الطبعة الثامنة - دمشق ١٩٦٤ م .

٧١- شحاته (شفيق شحاته).

- النظرية العامة للإلتزمات في الشريعة الإسلامية .

- مطبعة الإعتماد بشارع حسن الإكبر ١٩٤٦ م .

٧٢- عيسوي (احمد عيسوي).

- الفقه الإسلامي - المدخل ونظرية العقد - مطابع دار التأليف .

٧٣- محمد سلام مدكور .

- المدخل للفقه الإسلامي - الطبعة الثالثة ١٣٨٦ هجري .

- دار النهضة العربية ١٩٦٦ م .

٧٤- اكثم الخواي .

- العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة).

- مطبعة نهضة مصر - الطبعة الاولى ١٩٥٧ م .

٧٥- زكي (محمود جمال الدين زكي).

- العقود المسماه (الصلح وغيره).

- مطبعة دار الكتاب العربي ١٩٦٠ م .

٧٦- السنهوري (عبد الرزاق احمد).

- الوسيط شرح القانون المدني (٥) والعقود التي تقع على الملكية .

- المجلد الثاني - دار النهضة العربية ١٩٦٢ م.

٧٧- مرسي (محمد كامل مرسي).
- العقود المدنية الصغيرة .
- المطبعة العالمية ١٩٤٩ م.
٧٨- عبد الودود يحيى في دروسه في الإثبات .
- دار النهضة العربية بشارع عبد الخالق ثروت ٣٢ .
٧٩- مرقس (سليمان مرقس .
- احكام الإلتزام (مطابع دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٧ م.
٨٠- مرقس (سليمان مرقس).
- مصادر الإلتزام ١٩٦٠ م .
٨١- الفتاوى المهدية في وقائع المصرية .د
- محمد عباس المهدى الحنفي .
- المطبعة الإزهرية الطبعة الاولى ١٣٠١ هجري .
٨٢- الفتاوى العالمكيرية المعروفة بفتاوى الهندية وبهامشه الفتاوى البرازية - المطبعة الإميرية الطبعة الثانية ١٣١٠ هجري .
٨٣- المجلات .
- مجلة الاحكام العدلية
- المطبعة العثمانية الطبعة الثانية ١٣٠٥ هجري .
٨٤- شرح المجلة لسليم باز بن رستم اللبناني .
- طبع ببيروت بالمطبعة الادبية ١٩٦٩ م .

مراجـــــــــع القانـــــــون

==========

Civil procedure code 1908 sixth edition 1989 kausar brothers - ٨٥
1 turner road Lahore Aamer Raza.

The contract Act 1862 D.F mulla, 2, Katchery road Lahore 1985 -٨٦

The evidence Act 1872 Sc sarkar and sons privat LTD1980bombay -٨٧

Guardians and wards Act 1890 PLD publishers Lahore.35 Nabha -٨٨
road

The majority Act 1857 M.M Saeed Punjab educational press -٨٩
Lahore .

Contract Act 1872 third edition Prof Dr. M.A Mannan Law publi -٩٠
shing Company 1983 .

Natioal Law referencer, yearly Lahore . -٩١

Civil Low cases the clc publications Katchery road Lahore . -٩٢

The all England Law roports London Butterwort . -٩٣

Words and phrases west publishing company -٩٤

PLD.i.e Pakistan Legal Decistion yearly PLD publisher 35 Nabha-٩٥
road Lahore .

All India reporter yearly AIR publication bombay -٩٦

Legal terms and phrases .PLD publication Lahore 1965. -٩٧