

أوصاف العقد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة

محمد بن أحمد البديرات

أستاذ القانون المدني المشارك، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية

(قدم للنشر في ١٤ / ١ / ١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ٧ / ٤ / ١٤٤٢هـ)

ملخص البحث. يُقصد بوصف العقد الاسم الشرعي له الذي يكون إطلاقه على العقد نتيجة لإقرار الشارع له أو عدم إقراره، فإذا أُقرّ ترتبت على العقد أحكامه وثبت آثاره، وإلا فلا تترتب الأحكام ولا تثبت الآثار. وأوصاف العقد في الفقه الإسلامي تأخذ طابع البناء الذي يعتمد في الأساس على وجود مقومات العقد: أركانه وشروطه. فإذا توافرت بشروطها انعقد صحيحاً، أما إذا اختلفت فقد صار غير صحيح.

إن موضوع البحث يركز ابتداءً على تحرير معاني هذه الأوصاف والخلاف حول تبني المذاهب الفقهية لها وترجيح الرأي بشأنها، مروراً بتحديد مقتضياتها وأحوالها وبيان أقسامها وضوابط العمل بها، وصولاً إلى بيان الأثر الشرعي الذي يثبت للعقد بسببها والأحكام التي تترتب عليه. مستصحبين في بعض مواطنه قانون المعاملات المدنية الإماراتي صاحب أحدث تجربة استمداد من الفقه الإسلامي.

وقد توّزّع البحث الذي مهدت له بتعريف العقد وتكوينه على مبحثين: تناولت في الأول: العقد الصحيح، الذي يقسم إلى عقد موقوف وآخر نافذ. ويرواح النافذ بين اللزوم وعدمه. أما المبحث الثاني فقد خصصته للعقد غير الصحيح، وهو مكمّن الخلاف الفقهي، فغير الصحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة قسم واحد لا ينعقد به العقد، ويشمل الباطل والفاسد معاً. أما الحنفية فيفترقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

الكلمات المفتاحية: عقد، العقد الصحيح، العقد الباطل، العقد الموقوف، العقد الفاسد، فسخ العقد.

RANKS OF CONTRACT IN THE ISLAMIC JURISPRUDENCE: A COMPARATIVE STUDY

Mohammad Ahmad Albdeirat

*Associate Professor of Civil Law, College of Law and Political Science
King Saud University, Riyadh, Saudi Arabia*

(Received 14/01/1442 H., Accepted for Publication 07/04/1442 H.)

Abstract. Rank of the contract is the legitimate name given to a contract depending on whether or not the contract is adopted by Lawgiver. If adopted, the contract is found arranging its effects and vice versa. In the Islamic jurisprudence, descriptions of contracts are found in a form that relies primarily on existence of elements and conditions. This suggests that when elements are met the contract is counted valid, otherwise it shall be considered invalid.

The emphasis of this study is mainly placed on determining the meaning of descriptions of contracts, clarifying the argument posed about the notion among jurists as an attempt to find the outweighed tendency. This will include identification of the requirements, as well as the classifications and regulations thereof. It also attempts to find the legitimate effects that bring the contract into existence as well as the arranged effects, with a comparison to the UAE Civil Transactions Law.

This study is divided into introduction where the theme is defined and two chapters. The first chapter concerns with valid contract which is divided into a mortmain and executed contract, the executed contract is divided into a cancelable contract and noncancelable. The second chapter is devoted to the invalid contract.

Keywords: Valid contract, Void contract, Mortmain, Cancelable contract.

مقدمة

يعدّ تعامل الإنسان مع غيره ضرورة اجتماعية ملازمة لنشوء المجتمعات لم تنفك عنه منذ نشأته، فرضتها مدنيّة الإنسان اتساقاً مع طبعه، وعجزه عن تأمين حاجياته ورغباته بمفرده، فصار مجبراً على التعاون مع غيره من خلال التبادل البيني للأعيان والمنافع. ونظام التعاقد هو الصورة الأكمل للتبادل مع الآخرين. وهو البناء الشرعي الذي يقضي بتقيّد الأطراف مع ما لهم من حرية بأحكام الشرع النازمة للعقود.

وينتظم العقود في الشريعة الإسلامية باب فقه المعاملات. وهو باب يتمتّع بأهمية بالغة تنبع من كونه الأساس الذي يُبنى عليه فقه المعاملات، والمصدر الرئيس للحقوق ذات القيمة المالية، وهو ضابط معتبر لإنهاء النزاعات، وله من جهات الأهمية العملية ما يجعله جليل الشأن في المباحث الفقهية والأصولية، فلا غرابة إذن أن تنصرف إليه همّة الفقهاء واجتهاد العلماء. وبالرغم من أن الفقه الإسلامي لم يهتم بصياغة ما يمكن أن يُطلق عليه نظرية عامّة متكاملة ومتميزة للعقد، لكونه فقهاً استقرائياً وتجريبياً لا يعنى بتأصيل المسائل وصياغة النظريات عناية الفقه الحديث. إلا أن هذا قد تحقق في شأن بعض العقود، أحصّها عقد البيع، حتى بات يُنظر إلى أحكام البيع في الفقه الإسلامي بكونها تمثل القواعد العامة للمعاملات المالية الشرعية.

إن البناء العقدي يعتمد في الأساس على وجود مقومات العقد، وهو بحسب توافر هذا المقومات وشرائطها يتكون وفق مراحل متوالية، الواحدة منها تُبنى على سابقتها وصولاً إلى لزمه بحق عاقديه. وكل مرحلة منها تشكل محطة مستقلة عن غيرها، لها اسمها الذي يُميزها ظاهراً وأحكاماً وآثاراً. ومجموع هذه الأسماء الشرعية تُعرف بأوصاف العقد.

يُقصد بوصف العقد الاسم الشرعي له الذي يكون إطلاقه على العقد نتيجة لإقرار الشارع له أو عدم إقراره، فإذا أُقرّ ترتبت على العقد أحكامه وثبتت آثاره، وإلا فلا ترتب

الأحكام ولا تثبت الآثار. وأوصاف العقد في الفقه الإسلامي تبدأ مع استجماع العقد مقوماته، وتستمر إلى حين لزمه لعاقديه أو فسخه. وهي تأخذ طابع البناء، تتوالى فيتبع أحدها الآخر، ويُبنى الوصف منها على ما سبقه. وبالرغم من أنها محل اتفاق معظم الفقهاء قديمهم وحديثهم إلا أنها لم تزل مرتبة الإجماع. ففيها خلاف، والخلاف فيها معتبر.

إن نظرية العقد تعد عصب دراسة القانون في كليات الحقوق ومثلياتها، فالعقد من أهم مواضيع المعاملات الشرعية وأعقدّها، ويكاد يقوم فيها مقام القطب من الرحي. لهذا يتوسع في دراسته في مقررات عديدة. وقد شهدنا خلطاً واضحاً في أوصاف العقد في المملكة العربية السعودية، فمن ترديد أوصاف مغلوطة خلافاً لحقيقتها ومقصدها الذي ينبغي أن تُعطى له، إلى تبني أوصاف قانونيّة صرفة هي صنعة القانونيين الغربيين، ثم نسبتها إلى الفقه الإسلامي، حتى ذاع استعمالها على ألسنة الحقوقيين في المملكة، وعظم انتشارها فصارت بديلاً عن أوصاف العقد في الفقه الإسلامي. ولفرط استعمالها المغلوط فقد بات التفريق بينها في نظر بعض الحقوقيين أمراً مُستغرباً أو حدثاً مُصطنعاً أو ترفاً فكرياً غير ذي جدوى.

والحقُّ أن هذا ليس هو حالها، فأوصاف العقد في الفقه الإسلامي هي مراتب صيغت بإحكام ونُظمت بإتقان تُعبّر مدلولاتها عن فهم عميق وإدراك كامل للمراحل التي يقطعها العقد في رحلته تكوينه منذ استجماع مقومات بنائه إلى لزمه بحق عاقديه.

إن عدم وجود دراسة متخصصة تتبّع أوصاف العقد في مذاهب الفقه المختلفة، وتُظهر تفرّد الحنفيةً بابتداع وصف العقد الفاسد في المعاملات، وهو وصف مبين للباطل، علاوة على الحاجة إلى دراسة جامعة تقييم الموازنة بين هذه الأوصاف وما يقابلها في القانون الغربي قد استدعى كتابة هذه الصفحات التي تضيق بها عادة شروط المجلات، ما أوجب الإيجاز قدر المستطاع مع المحافظة على تمام العنوان قدر الإمكان.

منها. كما أننا سنجري موازنة حيث يلزم بين أوصاف العقد المُعتبرة في الفقه الإسلامي وما يقابلها في الفقه القانوني الغربي. مع الوقوف على النهج الذي اتبعه القانونان الأردني والإماراتي بشأن استعارة أوصاف العقد من الفقه الإسلامي، وتقييمنا لهذه التجربة بالمقارنة مع الأصل المُستمد منه.

أمّا مخطط البحث فسيوزع على مبحثين، نستهلها بمبحث تمهيدي، وذلك على الوجه الآتي:

- المبحث التمهيدي: ماهية العقد، ونعرض فيه لتعريف العقد وتكوينه.
- المبحث الأول: العقد الصحيح، ونبحث تحت هذا العنوان تعريف العقد الصحيح، يلي ذلك بيان قسميه.
- المبحث الثاني: العقد غير الصحيح، وهو مكمّن الخلاف الفقهي، فنعرض فيه لمفهوم العقد غير الصحيح في مذهب الحنفية، ثم في مفهومه لدى الجمهور، يعقب ذلك الوقوف على منشأ الخلاف بين الفقهاء في هذا العقد، ثم نحدّد أوجه الاختلاف بين العقد الفاسد والعقد الباطل، ونختم باستعراض خصائص العقد الباطل.

المبحث التمهيدي: ماهية العقد

إن بيان أوصاف العقد في الفقه الإسلامي يستدعي التمهيدي في موضوع ماهية العقد من خلال تعريف العقد وبيان تكوينه. ولن نقف عند حدود هذا الفقه وإنما سنجاوزه إلى القانون، ذلك أن أحد الأغراض الرئيسة من هذه الدراسة كما أشرنا في المقدمة هو جلاء أوصاف العقد في الفقه الإسلامي عبر تتبع هذه الأوصاف من جهة، وإزالة ما يكتنفها من غموضٍ وليسٍ كان سبباً رئيساً في وقوع الخلط بينها وبين أوصاف العقد في الفقه الغربي.

في ضوء ما تقدم يظهر الغرض من هذه الدراسة، وإشكالياتها التي يمكن صياغتها في السؤال الرئيس الآتي: ما أوصاف العقد في الفقه الإسلامي؟ وما يتفرع عنه من تساؤلات فرعية: ما مسوغات وجود هذه الأوصاف؟ وبم تفترق عن نظيراتها في الفقه القانوني الغربي؟ هل يُقبل التساهل الحاصل باستعارة أوصاف الفقه الغربي وإطلاقها على البيان العقدي المحكوم بقواعد الفقه الإسلامي؟

إن الإجابة على تساؤل البحث وتفريعاته، تقتضي بيان نطاق البحث، ثمّ منهجيته ونختم بمخطوطه.

أمّا نطاق البحث فيرتكز بشكل رئيس على بيان أوصاف العقد في الفقه الإسلامي، بدءاً من مرحلة تكوين العقد من خلال التثبت من استجماعه لمقوماته وشروطه، مروراً بقدرته على ترتيب آثاره، وانتهاء بتعذر فسخه بالإرادة المنفردة. وما يقتضي ذلك بالضرورة من بيان معنى كل وصف أُعطي للعقد، ومقتضيات القول بهذا الوصف دون غيره، وتفريقه عما يختلط به، لاسيما عن الأوصاف التي شاع نسبتها إلى الفقه الإسلامي، وهي في حقيقتها غريبة الأصل. ثم في تتبّع الخلاف الفقهي حول ثبوت بعض الأوصاف، ومنشأ هذا الخلاف وترجيح الرأي الأصوب تحقيقاً للمصلحة واتفاقاً مع طبيعة كل مرحلة.

وأمّا منهجية الدراسة فنشير إلى أنها دراسة موضوعية تنطلق من القواعد والأحكام الفقهية التي استقرت في بطون الكتب منسوبة بالقطع لأصحابها بشأن أوصاف العقد ومتعلقات كل وصف. دراسة تخلو من أي أفكار مسبقة ولا تُبنى على أحكام سابقة، لا تتحيّز لرأي أو لمذهب على حساب آخر، ولا تجامل الفقه الإسلامي، فمثله لا يحتاج إلى مدح أو تمجيد أو تزكية. وسنعمد إلى تبني المنهج التحليلي لنجلي من خلاله أوصاف العقد في المذاهب الفقهية الأربعة، مفهومها والخلاف حول المختلف عليه منها، وأسباب هذا الخلاف خلوصاً إلى ترجيح الأنسب

المطلب الأول: تعريف العقد

العقد لغة: معناه الربط بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسيّاً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبيين^(١). والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يخرج عن المعنى اللغوي، بل هو في الواقع تقييد لهذا المعنى وحصر له وتخصيص لما فيه من عموم.

والناظر في كلام الفقهاء يرى أن للعقد معنيين: عام وخاص. أمّا المعنى العام للعقد فهو الأقرب إلى المعنى اللغوي، والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة (الخفيف، ٢٠٠٨م، ص ١٨٦)^(٢)، وهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، كالوقف والإبراء والطلاق^(٣)، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار. والعقد بهذا المعنى يتنظم جميع الالتزامات الشرعية. فهو يشمل ما يُسمى تصرفاً^(٤) أو التزاماً^(٥). وأمّا المعنى

الخاص فهو أحد أوجه المعنى العام للعقد، وقد عبّر عنه الحنفية بقولهم هو: تعلق كل من الإيجاب بالقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما. أو بعبارة أخرى: ارتباط كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يُثبت أثره في المحل^(٦). وهذا التعريف هو الشائع على ألسنة الفقهاء، فالمشهور في عباراتهم هو قصر العقد على هذا المعنى الذي يقترن فيه الإيجاب بالقبول، ولا يذكرون العقد بإرادة الموجب وحده (الخفيف، ٢٠٠٩م، ص ٤٦).

إن تعريف العقد عند القانونيين يلتقي مع المعنى الخاص للعقد. فالقانونيون يعرفون العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني. سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهائه^(٧). والعقد في القانون لا يكون إلا بين شخصين على الأقل. وهذا القاعدة تركة ورثتها النظم القانونية كلها عن القانون الروماني (السنهوري، مصادر الالتزام، ص ص ١١٧-١١٨). فالقوانين لا تعرف العقد بالإرادة المنفردة، وهو الصواب. إذ لا يسوغ الحديث، لغة أو اصطلاحاً أو منطقياً، عن عقد يُبرم بإرادة واحدة^(٨).

(١) جاء في المصباح المنير وغيره: عقد الحبل، أو البيع، أو العهد فانعقد. ويقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به. وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومي ثم الحموي، مصر: دار المعارف، ص ١٦٠.

(٢) ومن هذا الرأي الإمام أبو بكر الرازي الجصاص في كتابه: أحكام القرآن، ج (٢)، ص ٢٩٤ وما بعدها. في تفسير قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَتُؤَادُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة، الآية ١).

(٣) وهذا المعنى ثابت في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِالْعُوقُوبِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (المائدة، الآية ٨٩)، أي عقد اليمين الملزم.

(٤) لم يعرف الفقهاء التصرف، ولكنهم يطلقونه على كل تعبير عن الإرادة - سواء بالقول أو بالفعل - يرتب عليه الشرع حكماً. فالتصرف أعم من العقد، فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً. ويرى بعض الباحثين أنه لا فرق بين العقد والتصرف إذا فسرنا العقد بمعناه العام. راجع: كامل موسى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، أحكام المعاملات، الطبعة الثانية، بيروت: مؤسسة الرسالة، ص ٥٧. في حين يرى الشيخ الخفيف: إن العقد بمعناه العام لا يزال أخص من كلمة تصرف، لأن التصرف يتنظم الالتزام وغير الالتزام كالاستهلاك والانتفاع وغيرهما. علي الخفيف (٢٠٠٨م)، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الأولى، القاهرة: دار الفكر العربي، ص ١٨٦.

(٥) والالتزام المقصود هنا هو إيجاب الإنسان أمراً على نفسه، إمّا باختياره وإرادته، وإمّا بإلزام الشارع له.

(٦) المادتان (١٠٣، ١٠٤) من مجلة الأحكام العدلية. قارب المادة (١٦٨) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا. المادة (١٢٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. وهي تطابق المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني.

(٧) كان بعض شراح القانون يفرقون بين الاتفاق والعقد، فيعتبرون الاتفاق جنس، والعقد نوع، فيكون الاتفاق أعم من العقد. فالاتفاق عندهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. وأمّا العقد فهو أخص من الاتفاق، فهم يقصرونه على إنشاء التزام أو نقله وحسب. وهذه التفرقة لها جذور تاريخية نقلها القانون المدني الفرنسي عن بعض شراح القانون القدامى، مثل: (بوتيه) و (دوما). ونص عليها في المادة (١١٠١) مدني. ولكن هذا التمييز ليس له أهمية عملية، وقد بات مهجوراً الآن.

(٨) يلاحظ أن معرفة الفقه الإسلامي العقد بإرادة الموجب وحده تُبرز استقلاله عن القوانين القديمة والحديثة، وتدحض زعم تأثره بالقانون الروماني. هذا مع العلم أن الإرادة المنفردة مصطلح لا

مقامهما. فكل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ١٣٣) يدخل في الصيغة التي يتوقف وجود العقد على وجودها، وهي جزء ماهيته؛ بل هي ماهيته؛ لذلك هم يعرفون العقد بأنه ارتباط إيجاب بقبول. وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لابد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.

إن التباين بين جمهور الفقهاء الحنفية لم يتوقف عند أركان العقد، وإنما امتد كذلك إلى شرائطه. والشرط أو الشريطة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو: كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته^(١٠). والمراد وجوده الشرعي الذي يترتب عليه أثره. فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده. أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أمّا وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط. ويتشابه الشرط والركن في أن التصرف يتوقف على وجودهما، فالشيء لا يوجد دون شرطه تماماً كما لا يوجد دون ركنه. أمّا الفرق بينهما فهو أن الركن جزء من ماهية الشيء خلافاً للشرط. يقول البهوتي: "أركان الشيء أجزاء ماهيته، والماهية لا توجد بدون جزئها فكذا الشيء لا يتم بدون ركنه. والشرط ما ينتفي المشروط بانتفائه وليس جزءاً

بيد أننا في المقابل نرى أفضلية المعنى الخاص للعقد في الفقه الإسلامي على التعريف القانوني، وعلى وجه التحديد فيما يميّز به من دقة؛ فالعقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يُقرّه الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ومع ذلك يكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، ولهذا فإن التعريف القانوني للعقد يشمل العقد الباطل. والأدقّ ألا يكون الباطل عقداً إلا على سبيل التجوّز.

المطلب الثاني: تكوين العقد

الركن لغة جمع أركان: وهو: الجانب الأقوى الذي يستند إليه الشيء. أو هو جزء من أجزاء حقيقة الشيء. وركن العقد في اصطلاح جمهور الفقهاء عدا الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلياً في حقيقته (الدسوقي، ص ٢؛ الشريبي، مغني المحتاج، ١٤١٨هـ، ص ٥-٧؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ص ١٤٠). فكل ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده، سواء أكان جزءاً من ماهية العقد أم خارجاً عنها يُعدّ ركناً في العقد. فيكون للبيع بناء على هذا المفهوم أركان ثلاثة: عاقد ومعقود عليه وصيغة. فالعاقد هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والمُثمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول؛ إذ لا يتصور وجود العقد دون هذه المقومات.

أمّا الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءاً داخلياً في حقيقته. بناء على هذا المفهوم فإن ركن العقد في المعاملات هو صيغة العقد وحدها^(١١)، أي الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول، أو ما يقوم

(١٠) أو هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

ويميّز الشيخ الزرقا بين الشروط والشرائط، فالشرائط إرادة الشارع، فمصدرها الشرع كأهلية العاقد الواجبة لانعقاد العقد. أمّا الشرط فيخصص لما يكون من إرادة الشخص، فهي الشروط الجعلية والالتزامية التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما. فتكون الشرائط شرعية والشروط عقدية. والشرط الجعلي هو الذي يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له مقصداً خاصاً في العقد، فيجعل مقترناً بالعقد، أو معلقاً عليه. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (١)، ص ٣٩٢-٣٩٧.

= يعرفه الفقه الإسلامي، ولم يستعمله إلا الفقهاء المتأخرون. ولكن مسماها معروف فيه منذ القدم. ويُعبّر عنه بالإيجاب غير المقترن بالقبول. نحو قولهم في الكفالة أنها تتم بإيجاب الكفيل وحده. وفي الوقف أنه يتم بعبارة الواقف.

(٩) وفي هذا يقول الكمال بن الهمام: وأمّا ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامها الدالّ على الرضا بتبادل الملك فيها وهذا مفهوم الاسم شرعاً. فتح القدير للإمام كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي، ج (٦)، طبعة دار الفكر، ص ٢٤٨.

شرطان: التعدد، وأن يكون العاقد أهلاً لإبرام العقد، بأن يكون صالحاً لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل. وأمّا ما يتعلق منها بالمحل فهما شرطان كذلك: أن يكون مالاً متقوماً^(١٤) له قيمة مادية بين الناس. وأن يكون موجوداً. فلا ينعقد بيع المعدم وماله خطر العدم (الكاساني، ١٤٠٦ هـ، ج ٥، ص ١٣٨).

وبالرغم من أن الاختلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية في الأركان وشروطها هو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة. إلا أننا نرى أن اصطلاح الحنفية في تعريف الركن وما بُني عليه أدق، إذ إنه يتسق مع منطوق التعبير عن المراد من ركن الشيء. فركن الشيء ما يتوقف عليه وجوده لأنه جزء منه، فلا يكون وجوده في الخارج إلا بوجوده. فصيغة التزويج هي وحدها ركن عقد الزواج. والزواج لا يتصور وجوده دون الزوجين، ولكنها ليسا ركنين في العقد لأنها ليسا جزءاً من ماهية العقد؛ وهما ذاتان، والنكاح عقد وهو معنى فلا يصح كونها ركنين له. وهكذا في كل عقد، فالعاقد لا يُسمى ركناً في العقد، لأنه ليس جزءاً من ماهية العقد؛ إذ العاقد هو المباشر للعقد فكيف يكون جزءاً منه؟

كذلك هو شأن المعقود عليه، المحل في العقد فلا يدخل في المعنى الاصطلاحي للركن. ولكن يمكن النظر إليه مع العاقدين على أنها مقومات للعقد. والمقومات أعم من الأركان لأنها تشمل كل ما لا يمكن وجود العقد بدونه، فتشمل الركن وهو صيغة التعاقد، والعاقدان، والمحل المعقود عليه، وموضوع العقد^(١٥).

(١٤) المادة (١٩٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(١٥) وموضوع العقد هو المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله، وهو يختلف باختلاف نوع العقد، ولهذا ساه الشيخ الزرقا الغاية النوعية في العقد. وهذه الغاية تتميز عن الباعث على العقد، وهو غاية شخصية للمتعاقد تختلف باختلاف كل متعاقد. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (١)، ص ص ٤٠٠-٤٠١. وموضوع العقد يختلف عن محل العقد، فهو المقصد الأصلي للعقد منظوراً إليه إبان تكوين العقد. أمّا محل العقد فهو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد كالمبيع والتمن.

للماهية" (كشاف القناع، ١٤٠٣ هـ، ج ٥، ص ٣٧). ومن ذلك أهلية العاقد فهي شريطة في كل عقد، ففاقد الأهلية لا ينعقد عقده^(١٦). كما أن الأثر المترتب على فوات الركن يختلف عن الأثر المترتب على فوات الشرط (خلاف، ص ١١٩)؛ إذ بانعدام الركن يبطل التصرف دائماً، أمّا فوات الشرط فلا يلزم منه بطلان التصرف فقد يفسد أو يتوقف نفاذه.

وشروط العقد عند الجمهور من غير الحنفية - على خلاف بينهم - فهي في البيع، فضلاً عما يلزم في الصيغة من اقتران الإيجاب بالقبول، ثمانية: ففي العاقد يشترط الملك والرضا والأهلية. وفي المعقود عليه، الوجود وقت التعاقد^(١٧)، والإباحة، والقدرة على التسليم (أي انتفاء الغرر)، والعلم بالمبيع (حقيقة أو وصفاً)، ومعلومية الثمن كذلك.

وأما شروط الركن عند الحنفية فهي الشروط المتعلقة بالعاقدين ومحل العقد زيادة على شروط الصيغة، ويسميتها الحنفية بشروط الانعقاد التي بوجودها يوجد العقد، وبانتفاء أحدها يبطل العقد. وهي في البيع سبعة شروط، ثلاثة منها في الصيغة وهي: أن يكون العقد منجزاً، أي غير معلق على شرط ولا مُضافاً إلى زمن الاستقبال^(١٨). وأن يطابق الإيجاب والقبول، بأن يقبل المشتري ما أوجبه الموجب وبما أوجبه واتحاد مجلس العقد. وأمّا ما يتعلق منها بالعاقدين، فهما

(١١) المادة (٣٦٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(١٢) وأمّا الحنابلة فلم يشترطوا هذا الشرط، واكتفوا بمنع البيع المشتتل على الغرر الذي نهى عنه الشرع، مثل بيع الحُمْل في البطن دون الأم، وبيع اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم. وأجازوه فيما عدا ذلك. ذلك أن الغرر عندهم هو المبيع نفسه كالثمرة قبل بدو صلاحها، وليس صفة في المبيع. وقد قيل في معنى الغرر: هو ما خفيت عاقبته وطويت مغبته أو انطوى أمره. أي ما كان متردداً بين أن يسلم للمشتري فيحصل المقصود بالعقد وبين أن يطب فلا يحصل المقصود بالعقد. راجع: العقود للإمام تقي الدين ابن تيمية، الطبعة الأولى ١٣٨٦ هـ/ ١٩٤٩ م، القاهرة: مكتبة السنة المحمدية، ص ٢٢٤.

(١٣) المادة (٢٢٢) من مرشد الحيران.

ليس ركناً في رأي الحنفية، ولكنه من العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد ولا يتصور بدونه.

واتجاه ثالث يُمثله غالبية شراح القانون المدني يتجاوز عن التسلسل المنطقي في تحليل تكوين العقد، فيجعل محل العقد وسببه ركناً في العقد (سلطان، ٢٠٠٥م، ص ٢١)، على اعتبار أن عدم توافر شروط المحل أو السبب يترتب عليها بطلان التزام. وبطلان الالتزام يستتبع بطلان الرضا، وهو ما يقود إلى بطلان العقد. ويُعدّ المحل العملية القانونية المراد تحقيقها من العقد. أمّا السبب فهو الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه من العقد، فسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن. وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع.

ولا يكفي لانعقاد العقد توافر هذه الأركان، وإنما يلزم كذلك توافر شروطها. وتباين هذه الشروط باختلاف العقود، وهي في البيع جملة، توافق الإيجاب والقبول على المسائل الجوهرية للعقد، وأهلية العاقدین هذا في التراضي. أمّا في العقود عليه، المحل فيجب أن يكون مالموجوداً معيناً قابلاً لحكم العقد. وأمّا في السبب فيجب أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومشروعاً.

إن وصف العقد يتحدد بالاعتماد على استكمال العقد مقوماته وشروطه. إن الاختلاف البين بين الفقه الإسلامي والقانون في تكوين العقد، أركاناً وشروطاً، يُفرض حتماً إلى اختلافهما في تقرير أوصاف العقد. فهي في القانون تبدأ بالعقد الصحيح، ونقيضه العقد الباطل. والباطل إمّا أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإمّا باطل بطلاناً نسبياً. أمّا العقد الصحيح فإمّا أن يكون نافذاً أو أن يكون غير نافذ.

أمّا أوصاف العقد في الفقه الإسلامي فتبدأ مع تكوين العقد، حيث تبرز لدينا مرحلتان: مرحلة انعقاد العقد، ويكون فيها العقد صحيحاً. وهذه لا خلاف فيها بين جمهور الفقهاء. ومرحلة عدم الانعقاد، ويكون فيها العقد غير صحيح. وغير الصحيح قسم

إن البناء السليم للعقد يتطلب، بالإضافة لهذه المقومات الأربع وشروطها التي تعد شروط انعقاد، توافر ثلاثة أنواع من الشروط كذلك: شروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم، غايتها في الجملة حماية مصالح العاقدین، والحوّول دون وقوع المنازعات، والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة (الزحيلي، ١٤٠٥هـ، ص ٢٢٥). وهذه الشروط مع شروط الانعقاد سيكون لها الأثر البالغ في تحديد وصف العقد. فالوصف يُبنى على توافر الشرط من عدمه. وهو ما سيكون محل دراستنا في المباحث الآتية.

وأمّا في القانون فإن تكوين العقد لا يختلف كثيراً عما تقدم، فأركان العقد في القانون لا تختلف في جوهرها عن أركانه في الفقه الإسلامي، لكن القانونيين منقسمون فيما بينهم بشأن تحديد هذه الأركان إلى ثلاثة اتجاهات: اتجاه يقصرها على التراضي وحده، ويتحقق وجود التراضي من خلال تلاقي القبول للإيجاب أي توافق إرادة المتعاقدين. ولهذا فإن التراضي يشمل على الإيجاب والقبول، وعلى العاقدین لأنهما اللذان يصدران الإيجاب والقبول. والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام، وللاتزام ركناً هما المحل والسبب. فإذا تعددت الالتزامات التي يترتبها العقد تعدد المحل والسبب (سلطان، ٢٠٠٥م، ص ٢١). واتجاه ثانٍ يذهب إلى أن العقد يتكون من ركنين: التراضي والسبب، فالسبب عندهم ركن في العقد إلى جانب الإرادة، ولكنه ركن متلازم معها لا ينفك أحدهما عن الآخر. وأمّا العقود عليه، أي المحل، فلا يعدّ ركناً في العقد عندهم، وإنما هو ركن في الالتزام المتولّد عن العقد (السنهوري، مصادر الالتزام، ص ١٤٢). وهذا التصوير القانوني لا يؤثر في حقيقة المحل. وإن كان التصوير الفقهي السابق بيانه هو الأصوب والأدق^(١٦)، سواء أعتبر العقود عليه ركناً في العقد على رأي جمهور الفقهاء. أم أنه

(١٦) وبيان ذلك أننا إذا اعتبرنا المحل ركناً في الالتزام المتولد عن العقد فمقتضى ذلك صحة تصوّر نشوء العقد بدون عقود عليه! ثم بعد ذلك يتولّد عنه هذا العقود عليه، وهذا الفرض يستحيل تصوره. وعليه لا يصح القول بأن المحل ركن في الالتزام، لأن هذا القول يتناقض مع حقيقة العقد الذي لا يتصور نشوؤه بدون عقود عليه أو محل. فالتراضي ينصبّ من العاقدین على محل معين، ثم هما يلتزمان به طبقاً للقوة الملزمة للعقد.

آثاره^(١٧). أمّا في الاصطلاح فهي ترتب ثمرة العقد المطلوبة منه (الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ١٤٢٤هـ، ج ١، ص ١٧٤). والعقد الصحيح في اصطلاح الفقهاء هو ما استجمع أركانه وشروطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم. والمراد بعبارة "يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم" أي حصوله على الوجه الذي يصلح لترتيب الآثار التي قررها الشارع له إثر تمامه. ولا يكون ذلك إلا إذا استجمع العقد أركانه وشروطه. فالصحة هي علة ترتب الأثر^(١٨). وهذا العقد متفق عليه في المعنى عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وإن اختلفت عباراتهم.

وعليه إذا توافرت للعقد أركانه وشروطه، أي سلم من الخلل في صيغته أو محله أو في العاقد، ولم يقترن به من الأوصاف ما يُخرجه عن مشروعيته كان العقد صحيحاً. وفي المقابل إذا اختلف أصل العقد، أي في ركن من أركانه، كأن كان أحد العاقدين غير أهل للتعاقد، كالمجنون أو الصبي غير المميز، أو كان محل العقد لا يقبل الأثر المترتب عليه كبيع الميتة والتعاقد على الخمر من المسلم أو جعله ثمناً لها. وكبيع مال عام كالطريق، أو ما خصص للمنفعة العامة كالمسجد. أو إذا كان الخلل ليس في أصل العقد وإنما لوصف غير مشروع اتصل به، كتأقيت البيع بمدة خلافاً لمقتضاه مثل: بيع شاة بثمن مؤجل إلى حين ميسرة، وكالبيع المشتمل على غرر بسبب عدم قدرة البائع على تسليم المبيع، فإن العقد يكون غير صحيح، باطلاً أو فاسداً، فالوصف لدى الجمهور سيان، لا فرق

(١٧) جاء في المصباح المنير، ص ١٢٧، أن: "الصحة: في البدن حالة طبيعية تجري أفعاله معها على المجرى الطبيعي للأمر". وقد استعيرت (الصحة) للمعاني، فقيل: صحت الصلاة إذا أسقطت القضاء. و (صح العقد) إذا ترتب عليه أثره.

(١٨) جاء في المادة (١٦٣) من مجلة الأحكام الشرعية للفاري أن: "العقد الصحيح ما أفاد صحة المقصود منه كالمالك في البيع". فإذا أفاد مقصوده فهو صحيح، ومحصول مقصوده هو ترتب حكمه عليه، لأن العقد مؤثر لحكمه وموجب له.

واحد لا ينعقد به العقد، ويشمل عند الجمهور عدا الحنفية وصفي الباطل والفاسد معاً، فهما اسمان لمسمى واحد. أمّا الحنفية فقد وسّعوا من الوصف الذي يقابل العقد الصحيح ليشمل العقد الباطل والعقد الفاسد. فالباطل والفاسد متباينان عندهم، لكنهم لا يُجرون الفساد في كل العقود، وإنما يحصرونه في العقود المالية التي تُنشئ التزامات متقابلة أو التي تنقل الملكية.

فإذا صحّ العقد لزم التثبيت من شروط نفاذه، فإن توافرت كان نافذاً، وإلا صار موقوفاً. وإذا كان نافذاً فإن وصفه يتراوح بين اللازم والجائز. والأصل في العقود اللزوم.

إن أوصاف العقد في الفقه الإسلامي هي التي ستنصب عليها دراستنا. دون أن نغفل بعض الإشارات في القانون حيث تجب في مواضعها، تحقيقاً للهدف الرئيس من البحث.

إن العمدة في أوصاف العقد تؤسس على مرحلة التكوين أو الانعقاد. والعقد من حيث حكمه أو وصفه الذي يعطيه الشارع له، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه، ينقسم عند جمهور الفقهاء إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح. وعليه فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين:

- المبحث الأول: العقد الصحيح.
- المبحث الثاني: العقد غير الصحيح.

المبحث الأول: العقد الصحيح

بالرغم من اتفاق جمهور الفقهاء على العقد الصحيح وصفاً ومعنى إلا أن عبارات الفقهاء في تعريفه مختلفة، وهذا الاختلاف سينعكس بدوره على قسميه، وهو العقد غير الصحيح. ثم إن خلطاً ظاهراً ومستكراً يقع في تقسيم العقد الصحيح. من هنا لزم تعريف العقد الصحيح، يلي ذلك بيان قسميه.

المطلب الأول: تعريف العقد الصحيح

الصحة في اللغة: ذهاب المرض، والبراءة من كل عيب. والصحة ضد السقم، ويُقال: صح العقد إذا ترتبت عليه

المطلب الثاني: قسما العقد الصحيح

يُقسم العقد الصحيح إلى عقد نافذ وهو الأصل، وعقد موقوف. وهذا هو القسم الأوحد الذي ينبغي أن يدرج تحت هذا العنوان. بيد أن الفقهاء يدرجون تحت هذا العنوان، قسماً آخر هو العقد اللازم والعقد الجائز، فيخلص لدينا قسماً للعقد الصحيح: العقد النافذ والعقد الموقوف من جهة، والعقد اللازم والعقد الجائز من جهة ثانية. والصواب أن هذا التقسيم الأخير لا يتبع العقد الصحيح مباشرة، وإنما يتبع العقد النافذ على نحو ما سنرى. إن العقود ترتب نوعين من الآثار:

- ١- آثار يختص بها كل عقد بحسب موضوعه، فالبيع ينقل ملكية المبيع للمشتري لقاء عوض نقدي. والهبة تنقل ملكية الموهوب له بلا عوض. وهكذا في كل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي، فيُبحث عنه في بابهِ المخصوص.
- ٢- آثار عامة تشترك فيهِ العقود جميعها، ومعظمها أحكام ونتائج، وما يهمننا في هذا المقام هو النفاذ. وبناء على هذا الأثر ينقسم العقد الصحيح إلى عقد نافذ وآخر موقوف. وهما قسماً للعقد الصحيح.

الفرع الأول: العقد النافذ

إذا صح العقد وجب الحكم بنفاذه بحسب الأصل. إذا لا يكون العقد نافذاً إلا إذا كان صحيحاً. ونبين تعريف العقد النافذ وقسمه فيما يلي.

العصن الأول: تعريف العقد النافذ

نعني بنفاذ العقد إنتاجه للآثار التي يرتبها الشرع عليه منذ انعقاده صحيحاً. أي أن حكم العقد يحصل في العقود عليه من فور استيفائه لأركانها وشروط صحته. فحكم البيع الصحيح نقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن للبائع من لحظة،

عندهم بين باطل وفساد، وهذا بخلاف الحنفية الذين اختصوا العقد الصحيح بتعريف خاص جعلوه في مقابل تعريفهم للعقد الباطل والفساد.

عرّف الحنفية العقد الصحيح بأنه: ما كان مشروعاً بأصله، ووصفه. والمراد بالمشروعية سلامته من الخلل. والمراد بأصل العقد أي ركنه (الإيجاب والقبول)، ومقومات الركن: عاقده ومحلّه وشروط الانعقاد السابق بيانها. والمراد بوصفه، أي الأمور التي قد تتصل به من خارجه فيكون بسببها منهياً عنه شرعاً. فكل ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشروط المخالفة لمقتضى العقد، أو كون المبيع غير مقدور التسليم، وكالثمنية فإنها صفة تابعة للعقد (الزحيلي، ١٤٠٥هـ، ص ٢٣٤ في الحاشية).

وقد نقل هذا التعريف صاحب مرشد الحيران فقال: "العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً. والمراد بمشروعية ذاته ووصفه: أن يكون ركنه صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه، وأن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل، وأن لا يكون مقروناً بشرط من الشروط المفسدة"^(١٩).

وعليه إذا خلت أركان العقد من الخلل، وتحقق معناه، ووُجد القصد إليه، وخلا من وصفٍ منهّي عنه شرعاً كان عقداً صحيحاً وجوداً ومعنى. أمّا إذا اختل أصل العقد فقد صار غير صحيح.

وحكم العقد الصحيح هو ثبوت أثره المترتب عليه مما أجازته الشارع للعاقدين في العقد في الحال، أي بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، ما لم يكن في العقد خيار. فالمعنى من الحكم بصحة العقد هو إفادته لحكمه المقصود منه. وعليه فإن الحكم بصحة البيع يُفيد ثبوت ملك المشتري للمبيع، وثبوت الثمن في ذمته للبائع.

(١٩) المادة (٢١٧). قارب: المادة (٢٠٩) معاملات مدنية إماراتي. المادة (١٦٧) مدني أردني.

ومشتقاته يتعلق بإنشاء الالتزامات التي يرتبها مصدرها، بصرف النظر عن هذا المصدر، عقداً كان أو تصرفاً انفرادياً، قولياً كان أو فعلياً. وبقطع النظر عن نوع هذه الالتزامات. وفي العقود فإن الإلزام هو أثر عام في كل عقد. فالبيع يُنشئ التزاماً عقدياً على عاتق المشتري بوجود دفع الثمن، في حين يلزم البائع بتسليم المبيع وضمانه.

وأما اللزوم، وهو لغة: الثبوت والدوام والوجود والتعلق^(٢١)، فيتنازعه معنيان، الأول: هو المعنى الواسع، ويُقصد به مكنة فسخ العقد، سواء ثبت هذا الحق للمتعاقدين بالتقيل، أو بالتراضي، أو ثبت لكل واحد من المتعاقدين منفرداً، أو لأحدهما دون الآخر. وهذا المعنى هو المتعارف عليه في كتب الفقه. أما الثاني فهو المعنى الضيق، وينصرف إلى مكنة المتصرف في الرجوع عن تصرفه، أي فسخه بإرادته المنفردة دون أن يتحمل تبعه ما ينشأ عن ذلك من أضرار. وعلى ذلك يكون البيع على شرط التجربة عقداً ملزماً للطرفين، لكنه غير لازم للمشتري دون البائع.

ومرتبة اللزوم من عدمه لا تثبت إلا للعقد النافذ على النحو السالف بيانه. أي أن اللزوم مرتبة في العقد النافذ^(٢٢). والأصل في العقود الصحيحة النفاذ، وليس الوقف؛ لأن العقود شرعت لغايات، وتما تحقق غاياتها هو ترتيبها للأثر المقصود منها؛ ولأن العقود التزامات، ومن طبيعة الالتزام نفاذه إلى غايته. كذلك فإن الأصل في النفاذ اللزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها (القرافي، ١٤١٨هـ، ص ٤٤٤). واللزوم في العقود مبني على أصالة اللزوم، فكل عقد يُشك في لزومه وجوازه فيُحتمل على الأصل. ومن ثمَّ ليس لأي من طرفي

ويثبت لكل منهما التصرف فيما في يده ولا حاجة في ذلك لشيء آخر^(٢٣). علاوة على ما يرتبه البيع من آثار تابعة أخرى، مثل: وجوب تسليم البائع المبيع ووجوب تسلُّمه من المشتري، وضمان البائع استحقاق المبيع، وضمان العيب الخفي.

وإذا صح العقد نفذ فيفيد الحكم في الحال، ما لم ينطو على حق لغير العاقدين يوجب توقفه على إرادته، أو يكن فيه مانع آخر يمنع نفاذه. فالعقد الصحيح النافذ هو ما صدر من أهله، مُضافاً إلى محله، مستوفياً لشروطه، وترتبت عليه آثاره في الحال دون توقف على إجازة أحد. ونقيضه عند أكثر الفقهاء هو العقد الموقوف.

الفصل الثاني: قسما العقد النافذ

إذا نفذ العقد راح بين حالين: أن يكون العقد لازماً، وهذا هو الأصل. والاستثناء هو أن يكون غير لازم، أو عقد جائز كما هو شائع في عبارات الفقهاء. وقد شاع خطأ اعتبار العقد اللازم قسماً من أقسام الصحيح يتصل به مباشرة، وهذا محض خلط لم نجد له مسوغ، فالعقد لا يكون لازماً أو غير لازم إلا إذا كان نافذاً ابتداءً، وما لم يكن نافذاً فلا يصح البحث في لزومه من عدمه. والمعنى من ذلك أن العقد الموقوف لا ينقسم، تماماً كما هو حال العقد الباطل الذي لا ينقسم.

ولما كان الأصل في العقود اللزوم فإننا سنعرض لتعريف العقد اللازم، ثم نبين أقسام العقد النافذ من حيث اللزوم وعدمه.

الفقرة الأولى: تعريف العقد اللازم

يجري الخلط على ألسنة الكثيرين بين مصطلحي: الإلزام واللزوم، فينظر إليها على أنها مصطلحين مترادفين (الزرقا، ١٤٢٥هـ، ج ١، ص ٥١٣ وما بعدها). والصواب أن (الإلزام)

(٢١) يُقال أُلزمت أي أثبتته وأدمتته، ولزمه المال وجب عليه، والتزمته

اعتنفته. المصباح المنير، ص ٢١١.

(٢٢) نصت المادة (١١٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو يتقسم إلى لازم وغير لازم".

(٢٣) المادة (٣٧٤) من مجلة الأحكام العدلية. وكانت المادة (٣٦٩) من

المجلة نفسها قد نصت على أن: "حكم البيع المتعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكا للمبيع والبائع مالكا للثمن".

الزوجين بفسخه. ولا يُعدّ الطلاق - الذي يثبت للرجل أصلاً، وللزوجة - بطريق التوكيل - فسخاً للنكاح وإنما هو إنهاء له. إذ إن الفسخ يأتي على أصل العقد فيجعله كأن لم يكن، كما في فسخ البيع. والطلاق ليس كذلك، لأن الطلاق شرع لإنهاء النكاح، ولا يتصور وجود الطلاق دون وجود الأصل الذي بُني عليه وهو النكاح؛ بل إنه ثمرة من ثمرات النكاح، فلا يسوغ له نقض الأصل الذي قام عليه (شليبي، ١٩٨٥م، ص ص ٥٥٧-٥٥٨).

وهكذا فإن الطلاق يعدّ إنهاءً للرابطة الزوجية وليس فسخاً لها، مع بقاء آثار النكاح التي وجدت قبل وقوع الطلاق. ومنها بقاء حرمة المصاهرة، وثبوت النسب بعد الإنهاء، فأُمّ الزوجة مثلاً تبقى محرّمة على زوج ابنتها أبداً ولو طلق البنت. كذلك فإن وقوع الطلاق يُفضي إلى ثبوت بعض أحكام العقد، مثل: حق الزوجة في النفقة، وحقها بنصف المهر إذا لم يحصل دخول، وحقها في المطالبة بالمؤخر منه.

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ مُطلقاً لا يثبت فيها خيار، لأن الخيار يعطي حق الفسخ لصاحبه. وعليه فإن هذا الوصف لا يصدق على العقود المالية، فصفة اللزوم في العقود المالية لا تثبت لها بشكل مطلق، إذ يمنع منها التقايل على الفسخ، كما سنبينه آتياً. وفي تقديرنا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء يخص القسمة، فقسمة المال المشترك لا يصح الرجوع عنها أيضاً بالتقايل، فلو تراضى المتقاسمون على إلغاء القسمة وإعادةها من جديد لم يرجع المال إلى الشيوع.

٢- عقود لازمة تقبل الفسخ

وهي عقود المعاوضات المالية، مثل: البيع والإيجار والصلح والمزارعة والمساقاة ونحوها. فهذه العقود لازمة لا يستقل أحد العاقدين بفسخها، ولكن للعاقدين أن يفسخاها بطريق الإقالة، أي بالتراضي لأنها تقبل الفسخ. كما أنها تقبل الفسخ بالخيار أيضاً.

العقد النافذ أن يستقل منفرداً بفسخ العقد الذي أبرم بمحض مشيئة طرفيه، لأن العقود تُعقد لمقاصد وأغراض وإشباع حاجات، فكان من تمام مقصودها الحث على الوفاء بها وصونها عن الفسخ بقدر الإمكان. ولأن الانفراد بفسخ العقد قرينٌ عدم الوفاء به، وهذا نقض للعهد ونكث في الذمة، فيه ترك طاعة الله وخروج عن اتباع أمره ونهيه^(٣٣).

لقد لحظ الشارع أن العقود ليست كلها على سوية واحدة، فمنها ما يقتضي الإبقاء على الأصل دونما استثناء في وجه، وهذه هي أعلى مراتب القوة في العقود. ومنها ما يقبل الفسخ خروجاً على أصلها في وجه آخر. ومنها ما تفرض طبيعته قابليته للفسخ. ذلك أن اللزوم قد لا يكون أحياناً في مصلحة المتعاقدين، ولا مما تقتضيه طبيعة بعض المعاملات المالية. ومن العقود ما يتحرك من اللزوم إلى الجواز أو بالعكس. وهو ما سنعرض له آتياً.

الفقرة الثانية: أقسام العقد من حيث اللزوم وعدمه

يتبنّى الفقهاء المعنى الواسع للزوم العقد. وإذا تَبَعْنَا العقود لجهة اللزوم وعدمه فيمكننا حصرها في أقسام ثلاثة.

القسم الأول: عقود لازمة

وهذه على نوعين: نوع لا يقبل الفسخ مُطلقاً. ونوع ثانٍ لازم يقبل الفسخ.

١- عقود لا تقبل الفسخ مُطلقاً

وهذا شأن عقد النكاح، إذ إن النكاح، ومثله في ذلك الخلع والطلاق على مال، عقد لازم غير قابل للفسخ. ومتى انعقد فلا يُفسخ، فلا يصح التقايل عليه قبل الدخول، ولا يجوز التراضي على فسخه بعد ذلك. كما لا يجوز أن ينفرد أحد

(٢٣) قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَتَوْا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة، الآية ١). وقال: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (الإسراء، الآية ٣٤).

الفسخ. فالفسخ بالتراضي لا يمنع من ثبوت الحق في الفسخ، لأن الإيرادات التي أنشأت بتوافقها العقد يمكنها بالتوافق أيضاً أن تفسخه، فيُعد كأن لم يكن، فالعقد الذي ينشأ بالتراضي يمكن فسخه أيضاً بالتراضي. وقد ظهر هذا التناقض جلياً في تجويز الفقهاء آنفاً فسخ العقد اللازم بتراضي الطرفين، وبثبوت الخيار كذلك، فأضحى قابلاً للفسخ من العاقدين بتوافقهما، ومن أحد العاقدين (صاحب الخيار) دون الآخر، فأين مقتضى اللزوم إذن؟! لقد أفضى هذا التناقض إلى اختلاط هذا القسم من تصنيفات الفقهاء بالقسم الآتي بيانه لجهة الأثر الذي أحدثته الاعتراف بثبوت الخيار في هذه العقود، إذ لا فرق بينها من حيث النتيجة.

القسم الثاني: عقود غير لازمة

وهي التي يُعبر عنها الفقهاء بالعقود الجائزة^(٢٥). لأنها تجوز للمتعاقد فسخ العقد دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر. ويرجع الفسخ إما إلى طبيعتها، أو لطروء ما يستوجب سلب صفة اللزوم عنها. وهي على ذلك تقسم إلى قسمين.

أولاً: عقود غير لازمة بمقتضى طبيعة العقد

ترجع مكنة الفسخ إلى طبيعة العقد في ذاته. فعدم اللزوم هي صفة ملحوظة في نوع العقد. فتجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما فسخ العقد دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر. وهي على ذلك تقسم إلى نوعين.

وتثبت صفة اللزوم عند الحنفية (ابن عابدين، رد المحتار، ١٩٦٦م، ج ٤، ص ٥٦٢؛ ابن همام، فتح القدير، ج ٥، ص ٧٨) والمالكية (الدسوقي، ص ٩١؛ ابن رشد القرطبي، ١٣٩٥هـ، ص ١٧٠؛ القرافي، ١٤١٨هـ، ص ٤٤٤) بمجرد صدور العقد من العاقدين. وهذا النظر يتفق مع الاتجاهات القانونيّة الحديثة، وهو أقطع للخلاف بين المتابعين، ويتسق مع مؤاخذه المرء بإرادته الجازمة المُشثثة للالتزام. أمّا عند الشافعية (الشربيني، مغني المحتاج، ١٤١٨هـ، ج ٢، ص ٥٨) والحنابلة (البهوتي، كشف القناع، ١٤٠٣هـ، ج ٣، ص ١٩٩ وما بعدها) فلا يلزم العقد إلا بتفرّق العاقدين بأبدانها، أو إذا تخارفا فاختارا لزومه، عملاً بحديث خيار المجلس^(٢٦).

وفي تقديرنا أن وصف العقد بأنه عقد لازم يقبل الفسخ ينطوي على تناقض بين الوصف وأثره. إذ لا يستقيم القول بأن العقد لازم يقبل الفسخ. فإما أنه لازم فلا يقبل الفسخ، وإما أنه غير لازم فيقبل الفسخ. ولا يقدح في هذا أن بإمكان المتعاقدين أن يتفقا على فسخ العقد اللازم، فيجوز بالبناء على ذلك وصفه بالعقد اللازم القابل للفسخ! لأن قابلية العقد للفسخ باتفاق الطرفين لا تخص عقداً بعينه، ولا يُستثنى منها إلا النكاح لخصوصيته كما تقدم. أمّا العقود المالية فإنها على إطلاقها تقبل الفسخ بتراضي الطرفين. كما أن قابلية العقد للفسخ لا ينبغي أن تكون هي المقصود بلفظ غير اللازم، لأن مقتضى عدم اللزوم هو مكنة الفسخ من أحد المتعاقدين أو من كليهما دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر.

إن مقتضى اللزوم في رأينا هو امتناع الفسخ، وعدم اللزوم هو مكنة أحد المتعاقدين أو كليهما على فسخ العقد دون توقف على إرادة الآخر ودون أن يتحمل تبعه هذا

(٢٥) وفي تقديرنا أن التعبير بالجائز غير دقيق، ذلك أن نقيض الجواز هو عدم الجواز، ما يثني بعدم مشروعية العقد في ذاته، وهذا على خلاف المعنى؛ بل إنه تعبير ملتبس فجرى فيه الخلط. جاء في بدائع الصنائع للكاساني، ج (٥)، ص ١٥٨: "وروى ابن شجاع عن محمد أنه البيع جائز، ومعناه أنه موقوف على الإجازة، وإليه أشار أبو يوسف (رحمه الله) فإنه قال: صح، وهذه أمانة البيع الموقوف...".

(٢٤) قال رسول الله ﷺ: "الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكْ لهما فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا حَقَّ بَرَكَةٌ مُحَقَّقَةٌ بَيْعِهِمَا". أخرجه البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢).

وفي الشركة كذلك، فهي من العقود الجائزة عند الجمهور (ابن نجيم، الأشباه، ١٤١٩هـ، ص ٢٩٠؛ ابن قدامة، ١٤١٧هـ، ج ٧، ص ١٣١)، خلافاً للملكية (الدسوقي، ص ٣٤٨)، فيكون لكل من الشريكين أن يفسخ الشركة متى شاء، رضي الآخر أو لم يرض. غير أن العقد لا يُفسخ إلا من تاريخ علم الشريك الآخر. وإنما كانت الشركة عقداً غير لازم لأنها في واقع الأمر وكالة، فكل واحد من الشريكين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات. كذلك هو الشأن بالنسبة للاستصناع الذي يعد عقداً غير لازم، فيجوز لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب الحنفي بلا خلاف ما دام الشيء لم يُصنع^(٢٧).

وتشمل كذلك الإعارة، إذ يرى الفقهاء أن للمستعير أن يتنازل عن حقه في الانتفاع فيرد العارية. وهذا لا خلاف فيه. ولكنهم يقولون إنه يصح للمُعير أن يرجع في إعارته فيسترد الشيء المُعار سواء أكانت مؤقتة بمدة أو لم تكن، ولكن يلزمه الضمان عما يلحق المستعير من الضرر في العارية المؤقتة إذا ما رجع قبل انتهاء المدة. وهذا القول في الحقيقة غير دقيق جملة؛ بل إنه يتنافى مع مقتضى عدم اللزوم الذي يثبت فيه لصاحبه خيار الفسخ دون أن يتحمل ما ينجم عن ذلك من ضرر، وإلا كان عدم اللزوم وصف عام ينطبق على كل العقود المالية، طالما أن لكل واحد من المتعاقدين أن يفسخ العقد وقتما يريد، في مقابل تحمله عبء التعويض عن الضرر الحاصل بسبب الفسخ.

(٢٧) أمّا بعد صنعه وإحضاره فيكون للمستصنع - دون الصانع - الحق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح. غير أن مجلة الأحكام العدلية أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده، إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المعينة في العقد، فيكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط، لا بمقتضى عدم لزوم في عقد الاستصناع. راجع: المادة (٣٩٢) من مجلة الأحكام العدلية. قارب: (٨٧٧) معاملات مدنية إماراتي. وهي تطابق المادة (٧٨٥) مدني أردني. راجع في نقد هذا المسلك: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج (١)، ص ٥٣٢-٥٣٣.

١- عقود لازمة لأحد العاقدين وغير لازمة بالنسبة للعقاد الآخر وهذا يثبت في كل عقد أوجب فيه أحد العاقدين حقاً عليه لغيره، فيصير الغير صاحب حق من غير أن يكون له هو حق في ذمة الغير. فتعده على نفسه يجعله مديناً للغير دون أن يكون دائناً له. وهذا ما ينطبق على العقود الملزمة لجانب واحد، مثل: عقد الرهن والكفالة ونحوهما، ففي الرهن ليس للمدين الراهن أن يفسخ الرهن إلا إذا قبل الدائن المرتهن لأنه لازم في حق الراهن، أمّا المرتهن فليس بلازم له، فله أن يفسخه في أي وقت يشاء، رضي الراهن أو لم يرض. كذلك الكفالة فإنها لازمة للكفيل، وليست كذلك بالنسبة للمكفول له. فما دام العقد لمصلحتها الشخصية توثيقاً للحق، وما دام أن لها أن يتنازلا عن حقوقها، فيثبت لها من باب أولى التنازل عن الاستيثاق من استيفائها. والمعنى من ذلك أن عدم اللزوم غرضه استيفاء العاقد حقه أو تحقيق مصلحته فله أن ينزل عنه، فيصير العقد لازماً للطرفين.

٢- عقود غير لازمة للطرفين

يملك كل واحد من العاقدين حق فسخها والرجوع فيها، وتشمل باتفاق الفقهاء الإيداع والشركة والإعارة. إذ يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد (إبطاله) متى شاء (شليبي، ١٩٨٥، ص ٥٥٩). ففي الإيداع يكون لكل من المودع والمودع لديه كامل الحرية في فسخ هذا العقد (إبطاله)، سواء رضي المتعاقد الآخر أو لم يرض. وهذا القول صحيح لا خلاف فيه ما عدا استخدام لفظة (وإبطاله) التي أتت في غير محلها^(٢٨).

(٢٨) يخالط الفقهاء كثيراً بين مصطلحي الفسخ والإبطال، ويستعملونهما أحياناً كمصطلحين مترادفين. والصواب أن استخدام مصطلح (الإبطال) في هذا المقام، ومشتقاته هو استخدام غير دقيق، إذ إن الإبطال جزء عدم استيفاء ركن أو شرط في الركن، أمّا الفسخ فلا يثبت إلا إذا استجمع العقد أركانه وشروطه وخلص صحيحاً، وما ثبت صحيحاً لا يُبطل وإنما يُفسخ.

سبعة منها في البيوع، هي: خيار الشرط^(٣١)، والوصف^(٣٢)، والنقد^(٣٣)،
والتعيين^(٣٤)، والرؤية^(٣٥)، والعيب^(٣٦)، والغبن مع التغير^(٣٧).

وتنبغي الإشارة إلى أن بعض هذه الخيارات يتوقف ثبوته
على اتفاق إرادة العاقدين، بمعنى أنه لا يثبت إلا باشتراطها،
فيكون من قبيل الشروط العقدية، مثل: خيار الشرط. ومنها ما
يثبت شرعاً لا شرطاً صيانة لحقوق أحد العاقدين بسبب عيب
شاب إرادته، مثل: خيار تفرق الصفقة، والخلافة^(٣٨).

كذلك فإن بعض هذه الخيارات يتوقف الفسخ فيه على حكم
القاضي، فلا يثبت لصاحب الخيار الفسخ إلا بقضاء القاضي، كما
في خيار الغبن بالتغير، وخيار العيب الخفي. إذ إن أمر الجزم
بثبوت العيب الخفي القديم المؤثر في القيمة بما يسوغ الفسخ يحتاج
إلى خبرة يبني عليها القاضي حكمه. في حين أن بعضها الآخر لا
يحتاج إلى قضاء، فلصاحب الخيار أن يارس خياره بالفسخ بإرادته
دون تعلق على حكم القاضي. كما في خيار الشرط، وخيار الرؤية.

= المجلس والشرط والغبن والتدليس والعيب والخيانة وخيار
الاختلاف في الثمن أو في الأجرة، وخيار تفرق الصفقة (راجع:
كشاف القناع عن متن الإقناع لمصنوع بن يونس البهوتي، ج ٣، ص
١٧٧). وللتفصيل راجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج
(٤)، ص ٢٥٠ وما بعدها. ص ٥١٩ وما بعدها.

(٣١) المواد من (٣٠٠-٣٠٩).

(٣٢) المواد من (٣١٠-٣١٢).

(٣٣) المواد من (٣١٣-٣١٥).

(٣٤) المواد من (٣١٦-٣١٩).

(٣٥) المواد من (٣٢٠-٣٣٥).

(٣٦) المواد من (٣٣٦-٣٥٥).

(٣٧) المواد من (٣٥٦-٣٦٠).

(٣٨) وهي أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية،
تحمله على الرضى في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها. وأبرز
صورها: الخيانة، والتناجش والتغير وتدليس العيب. جاء في
المجموع شرح المهذب للنووي، ج (٩)، ص ١٩٢: "قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ
أَصْحَابِنَا قَدْ ائْتَتْهُ فِي الشَّرْعِ أَنَّ قَوْلَهُ لَا خِلَافَةَ عِبَارَةً عَنْ ائْتِرَاطِ
الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ".

ثانياً: عقود غير لازمة للخيارات العقدية

الفرض في هذا المقام أن العقد في أصله لازم لزوماً مطلقاً
في الحالة الاعتيادية، فلا يسوغ لأحد العاقدين فسخه إلا برضا
العاقد الآخر. بيد أنه قد يعرض للعقد في أحوال خاصة ما
يسلبه صفة اللزوم هذه^(٣٩).

إن ثبوت الخيار لأحد العاقدين في فسخ العقد يسلب
العقد اللازم صفة اللزوم من أصلها. وهذا القول هو ترجمة
لاعتبار الفقهاء أن من شرائط لزوم العقد هو عدم ثبوت الخيار
لأحد العاقدين في فسخه. فالبيع اللازم هو البيع النافذ العاري
عن الخيارات^(٤٠).

إن الخيارات العقدية كثيرة غير محصورة، أوصلها الفقهاء إلى
أكثر من ٢٠ خياراً فُصِّلت أحكامها في مظانها ومناسباتها في
مواضعها من كتب الفقه^(٤١). وقد فصَّلت مجلة الأحكام العدلية

(٢٨) نلاحظ أن بعض هذه الحالات ليست محل اتفاق في الفقه الإسلامي،
كحالة الفساد المعروفة عند الحنفية، فالعقد الفاسد يحق للطرفين
وللحاكم أيضاً فسخه ما لم يمنع من فسخه مانع شرعي. وحينئذ
يجب على المشتري دفع قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المتفق عليه.
بدائع الصنائع للكاظمي، ج (٥)، ص ٣٠٠.

(٢٩) المادة (١١٤) من مجلة الأحكام العدلية. ونصت المادة التالية لها على
أن: "البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات".

(٣٠) وقد ذكر الحنفية منها ١٧ خياراً، فبالإضافة إلى الخيارات السبعة
التي ذكرتها مجلة الأحكام العدلية في المواد من (٣٠٠-٣٦٠) يوجد
خيار الكمية، والاستحقاق، والتغير الفعلي، وكشف الحال،
وخيانة المرابحة والتولية، وتفريق الصفقة، وإجازة عقد الفضولي،
وتعلق حق الغير بالمبيع (راجع: رد المحتار على الدر المختار شرح
تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين، ج ٤، ص ٤٧).
وقال المالكية الخيار نوعان: التروّي، أي التأمل والنظر للبايعين أو
لغيرهما، وخيار نقيصة (راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، ج ٣، ص ٩١. القوانين
الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، ص ٤٥٥). وقال
الشافعية الخيار نوعان: خير تشه وخيار نقيصة (راجع: مغني
المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد الخطيب
الشربيني، ج ٢، ص ٥٨). وقال الحنابلة الخيار ثمانية أنواع: =

القسم الثالث: العقود بحسب الطرؤ

والعقود بحسب ما يطرأ عليها قد تتحرك من اللزوم إلى الجواز، وبالعكس.

١ - عقود تؤول من اللزوم إلى الجواز بسبب ما يطرأ عليها من اللزوم إلى عدمه

عقد الإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخه (البهوتي، كشف القناع، ١٤٠٣هـ ج ٣، ص ٥٦٨). ولكن يجوز فسخ هذا العقد بالعدر الطارئ. ويُقصد بالعدر الطارئ عند الحنفية: كل ما لا يمكن معه استيفاء العقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد نفسه أو ماله. أو لولزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر. فالعذر إذن هو عجز المتعاقد عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد (ابن عابدين، رد المحتار، ١٩٦٦م، ج ٥، ص ٧٦). والعذر قد يكون في جانب المؤجر كما هو في جانب المستأجر، وقد يتعلق بالعين المؤجرة ذاتها (الكاساني، ١٤٠٦هـ ج ٤، ص ١٩٧). كذلك هو شأن القرض، فهو عقد لازم لكنه يصير غير لازم إذا كان غير محدد بأجل، لأن مقتضى عقد القرض ضمان المُقرض للبدل دون نفس العين، وحيث فُرض عدم التحديد بأجل، فيلزم جواز المطالبة به في أي وقت^(٤٠).

٢ - عقود تؤول من الجواز إلى اللزوم

فالأصل في هذه العقود هو عدم اللزوم، لكنها بسبب ما يطرأ عليها تتحرك من الجواز (عدم اللزوم) إلى اللزوم. مثل:

عقد الوكالة بدون أجر، إذ يجوز لأي من طرفيها التحلل منها متى شاء، لأنها استعانة وإعانة. فللموكل أن يكف عن الاستعانة، وللوكيل أن يكف عن الإعانة. فهي عقد جائز، إلا أنه إذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكالة، أو تعلق بها حق للغير صارت عقداً لازماً^(٤١). كذلك الحال إذا كانت الوكالة بأجر فإنها تكون إجارة فتكون لازمة^(٤٢).

أما عقد الهبة، فتارة يرى الفقهاء فيها شيئاً من معنى عدم اللزوم. إذ يقولون إن للواهب الحق في الرجوع في هبته، ما لم يوجد مانع من الرجوع. فإذا وجد أحد الموانع المعروفة^(٤٣)، فإن الهبة تصير لازمة فلا يسوغ للواهب الرجوع فيها. وتارة أخرى يرونها عقداً جائزاً للطرفين، فيثبتون للموهوب له كذلك الحق في أن يرد الشيء الموهوب فيبطل العقد. وهذا القول فيه نظر، فبعيداً عن الاستخدام غير الدقيق لعبارة (ويبطل العقد)^(٤٤)، فإن الهبة من العقود العينية، التي لا تتم إلا بالقبض. فقبل القبض لم يتم العقد - بحسب الأصل - حتى يرجع فيه. وبعد القبض تنتقل ملكية المال الموهوب للموهوب له. فإذا أراد الموهوب له أن يعيد المال للواهب فيتوجب إنشاء عقد جديد، يقترن فيه قبول الموهوب له (الواهب في العقد السابق) بإيجاب الواهب (الموهوب له سابقاً) مع تمكينه من القبض. فرجوع الواهب في هبته لا يؤدي إلى عودة المال الموهوب إلى الواهب بمجرد رجوعه، وإنما يتوقف على رضا الموهوب له، أو أن يقضي القاض بالرجوع عند انتفاء موانعه. والمعنى من ذلك أنه لا يصح في نظرنا أن يُحمل (رد المال الموهوب) على الهبة السابقة، خلوصاً من هذا إلى القول إن عقد الهبة غير لازم، ويردّ الموهوب له للمال الموهوب فقد فُسخ العقد!

(٤٠) المادة (١٥٢١) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤١) كذلك الشأن بالنسبة للإعارة. فالعارية عقد جائز (غير لازم)، فإذا اشترط فيه عدم الفسخ إلى أجل محدد صار عقداً لازماً. والوديعة في المعنى ذاته.

(٤٢) مثل: أن يكون الموهوب له زوجاً للواهب أو أحد محارمه، أو في حالة هلاك المال الموهوب، أو خروجه عن ملك الموهوب له.

(٤٣) معلوم أن العقد الصحيح لا يبطل وإنما يُفسخ، والعقد الجائز هو عقد صحيح نافذ كما تقدم في المتن.

(٣٩) والمزارعة كذلك، وهي نوع شركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر، فالأراضي تزرع والحاصلات تقسم بينهما. فهي عقد لازم، ولكنها قبل إلقاء البذر في الأرض تكون غير لازمة للطرف الذي عليه تقديم البذر، فله عدولاً عن المزارعة أن يفسخ عقدها. أما بعد إلقاء البذر فيمتنع فسخها لصيرورتها لازمة. راجع: رد المحتار لابن عابدين، ج (٥)، ص ١٧٧.

الفرع الثاني: العقد الموقوف

هو أحد قسمي العقد الصحيح، وهو استثناء على الأصل الذي يقضي بنفاذ العقد الصحيح. ونعرض فيما هو آت لتعريف العقد الموقوف، ثم نبين حالات الوقف، وننتهي بتفرقة عن وصفين من أوصاف العقد لدى القانون الغربي، غالباً ما يخلط الشراح بينهما.

الغصن الأول: تعريف العقد الموقوف

وهو عقد صحيح، أي مشروع بأصله ووصفه ولكن فيه تجاوز على حق لغير عاقديه يوجب توقفه على إرادته، أو أنه ينطوي على مانع آخر يمنع نفاذه، ولا يفيد حكمه إلا بإجازته المعتبرة. بمعنى أنه يعتقد من الناحية التصورية انعقاداً مجرداً، ولكن لا تترتب عليه آثاره فور الانعقاد؛ بل تتوقف فيبقى في معزل عن آثاره حتى تلحقه الإجازة فتتعلق هذه الآثار من عقابها أو تتخلف الإجازة فيزول وزواله عندئذ يستند إلى الماضي، أي إلى وقت انعقاده.

وقبل أن نشرع في بيان حالاته نشير إلى أنه لا يوجد اتفاق بين الفقهاء حول صحة العقد الموقوف. فالشافعية في المذهب الجديد، والحنابلة في الرواية الثانية وهي المذهب، يرون أن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً، ومن ثم لا يوجد لديهم وصف يندرج تحته العقد الموقوف، ذلك أن مدلول العقد الصحيح عندهم هو إفادته لحكمه المقصود منه. أمّا العقد الموقوف فيعدّ باطلاً، لأنهم يجعلون الولاية من شرائط الانعقاد وليس من شروط النفاذ. فالعقد الموقوف والباطل والفساد كلها سواء (النووي، ج ٩، ص ٢٥٩؛ الشربيني، مغني المحتاج، ١٤١٨هـ ص ٢١؛ البهوتي، كشاف القناع، ١٤٠٣هـ ج ٣، ص ص ١٥٧-١٥٨؛ ابن قدامة، ١٤١٧هـ ج ٦، ص ٢٩٥).

بيد أن الرأي الغالب يُرجّح صحة العقد الموقوف، لكن وقف آثار العقد ليس محل اتفاق بين الفقهاء، كذلك هي أسبابه. ونعرض فيما هو آت لأشهر موانع نفاذ العقد^(٤٤).

(٤٤) المانع هو كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره. وأسباب وقف العقد أو ما اصطلح على تسميته بأنواع العقد الموقوف كثيرة، أوصلها فقهاء الحنفية إلى ٣٨ نوعاً. راجع: رد المحتار لابن عابدين، ج (٤)، ص ١٣٩.

الغصن الثاني: حالات وقف العقد

يمكن ردّ أسباب وقف العقد إلى نوعين رئيسيين.

النوع الأول: تعلق حق الغير

ذهب الحنفية (ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥، ص ٢٧٧؛ ابن همام، فتح القدير، ج ٦، ص ص ٤٠٠-٤٠١؛ حيدر، ١٤٢٣هـ، ص ص ١٠٨-١٠٩) والمالكية (ابن جزري، ١٤٣٤هـ، ص ٤١٧)، وكذا الشافعية في المذهب القديم (الشربيني، مغني المحتاج، ١٤١٨هـ، ج ٢، ص ٢١)، وفي إحدى الروايتين عند الحنابلة (ابن قدامة، ١٤١٧هـ، ج ٦، ص ٢٩٥) إلى أنه يجب أن يكون للعاقِد ولاية على محل العقد وولاية على نوع التصرف، فإذا انتفت أي من الولايتين كان التصرف موقوفاً على الإجازة المعتبرة بشروطها. ويظهر تعلق حق الغير في وجوه ثلاثة:

- الوجه الأول: أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المقود عليه، كما في بيع الفضولي^(٤٥)، فمن باع ملك غيره - دون أن يُسلم المبيع للمشتري^(٤٦) - فينقذ بيعه صحيحاً موقوفاً على إجازة المالك^(٤٧). فإن أجازته نفذ مُستنداً إلى وقت صدوره، لأن الإجازة اللاحقة كالكوالة السابقة، وإن لم يُجزه فُسخ.

(٤٥) الفضولي: هو من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (١)، ص ٥٠٠.

(٤٦) نصت المادة (٢١٦) من مرشد الحيران على أنه: "إذا انعقد العقد موقوفاً غير نافذ بأن كان العاقِد فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه أو كان العاقِد صبياً مميزاً فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازته المالك في الصورة الأولى والولي أو الوصي في الصورة الثانية ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة". أمّا إذا أعقب البيع تسليم المبيع للمشتري فلا يكون البائع فضولياً وإنما يكون غاصباً، فيأخذ حكمه، لأن الفضالة تقتصر على التصرف القولي.

(٤٧) ويدخل في ذلك أيضاً تبرع المريض مرض الموت فيها زاد عن ثلث ماله. فيكون تبرعه موقوفاً على إجازة ورثته ما لم يكن محجوراً عليه لاستغراق ديونه أمواله فتثبت الإجازة للدائنين وليس للورثة.

الشافعي (الشريبي، مغني المحتاج، ١٤١٨هـ، ج ٢، ص ١٢؛ النووي، ص ١٥٨) وأحمد بن حنبل (ابن قدامة، ١٤١٧هـ، ج ١٠، ص ص ٣٥٠-٣٥١) إلى بطلان تصرفات المكره. أمّا الإمام مالك فيرى أن تصرفه غير لازم، فله الخيار بين فسخ التصرف وإمضائه (الدسوقي، ص ٦)^(٥٠). لأن الإكراه عنده يفسد الإرادة ولا يعدمها.

ويُميّز الفقه الحنفي بين الإكراه في التصرفات الفعلية (الوقائع المادية) فيشترط أن يكون الإكراه ملجئاً^(٥١)، وبين الإكراه في التصرفات القولية (القانونية) ويعتد فيها بالإكراه ولو كان غير ملجئ^(٥٢). أمّا عن حكمه فالرأي الراجح في المذهب الحنفي يرى فساد عقد المكره^(٥٣). وقد خالف المذهب الإمام زفر بن الفضيل (وهو من كبار أصحاب أبي حنيفة) الذي يرى - والمالكية كذلك - أن تصرف المكره موقوف النفاذ على إجازته بعد زوال الإكراه، فإن أجازته نفذ وإلا عدّ كأن لم يكن. لأن الإكراه إنما يخلّ بحق المكره ومصالحته، فيكفي لحمايته أن يكون التصرف موقوف النفاذ على إجازته بعد زوال الإكراه. وبها أن هذا التصرف ينفذ بالإجازة فهذا دليل على أنه تصرف موقوف لا فاسد، لأن التصرف الفاسد يُفسخ فسخاً ولا يُجّاز إجازة. فالإجازة ترد على العقد الموقوف

(٥٠) وقال ابن جزي المالكي: "بيع المكره وشراؤه باطلان". القوانين الفقهية، ص ٤١٨.

(٥١) الإكراه الملجئ أو التام هو ما كان فيه خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو أو كان فيه ضرب شديد مبرح ونحوه، أو حبس مديد أو قيد مديد (تجاوزت مدته يوماً واحداً). راجع: رد المحتار لابن عابدين، ج (٥)، ص ٨٨.

(٥٢) الإكراه غير الملجئ أي الناقص، هو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألمّاً خفيفاً أو غماً يسيراً كضرب خفيف أو تهديد به. ويطلق عليه بعض الفقهاء الإكراه الضعيف، وهو يفقد الرضا ولا يفسد الاختيار. بدائع الصنائع للكاساني، ج (٧)، ص ١٧٥.

(٥٣) راجع: المادة (١٠٠٦) من مجلة الأحكام العدلية. المادة (٢٩٧) من مرشد الحيران.

- الوجه الثاني: أن يكون حق الغير متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كما في تصرف المدين غير المحجور عليه تصرفاً ضاراً بحقوق دائنيه، وكبيع المدين الرهن المال المرهون.
- الوجه الثالث: أن يكون حق الغير متعلقاً بصلاحيّة التصرف نفسه لا بمحل المعقود عليه، كما لو باع الصغير المميّز ماله. إذ إن الغاية الشرعية من نظرية التوقّف ليست دائماً حماية حق الغير؛ بل قد تكون غاية التوقف في كثير من الحالات حماية حق المتصرف نفسه، لكن المانع من النفاذ هو حق الغير. فبالرغم من أن الصغير المميّز يتصرف في حقوقه إلا أنه ليس له ولاية التصرف، فحق التصرف يكون لوليه أو الوصي عليه، وهو من ثبت له إجازة هذا البيع الموقوف أو فسخه. ومثل الصغير المميز في هذا المحجور عليه لسفه أو لاستغراق ديونه أمواله، فتثبت الإجازة للوصي في الأول وللغرماء في الثاني.

النوع الثاني: الإكراه

هو حمل الغير على ما لا يرضاه، أو أن يضغط شخص على آخر بما يؤلّد في نفسه رهبة تحمّله على التعاقد^(٥٤). وقد تباينت آراء الفقهاء في حكم الإكراه في التصرفات الإنشائية التي تحتل الفسخ، كالبيع والإجارة ونحوهما^(٥٥). فذهب الإمامان

(٤٨) المادة (١٧٦) معاملات مدنيّة إماراتي، وفيها: "الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون الإكراه ملجئاً أو غير ملجئ كما يكون مادياً أو معنوياً". قارب: المادة (١٣٥) مدني أردني.

(٤٩) أمّا التصرفات الإنشائية التي لا تقبل الفسخ، مثل: الزواج والطلاق فلا أثر للإكراه فيها عند الحنفية، سواء أكان ملجئاً أو غير ملجئ. لأنها لا تعتمد تمام الرضا، وإنما يكفي الاختيار لوقوعها، فالمكره عرف الشترين فاختر أھونها. أمّا باقي المذاهب الإسلامية فقد خالفوا الحنفية، على اختلاف فيما بينهم في أثر الإكراه. راجع: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (١)، ص ص ٤٥٥-٤٥٧.

الموقوف في الفقه الإسلامي من جهة، وبين العقد غير النافذ والعقد القابل للإبطال من جهة ثانية.

فمن جهة الاشتباه الأول فإنه يُنظر إلى العقد الموقوف والعقد غير النافذ على أنها عقداً واحداً. ويُعزّز هذا الخلط التقابل في المعنى اللغوي، فنيقوض الموقوف هو النافذ، فيكون غير النافذ هو الموقوف. والصواب أن العقد الموقوف ليس هو غير النافذ، لأن عدم النفاذ يُقصد به عدم جواز الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، أي أن العقد غير النافذ هو عقد صحيح فيما بين أطرافه، مُتتجاً لكافة آثاره القانونية بينها ولكنه لا يسري في مواجهة الغير الأجنبي عن العقد إلا إذا أقرّه، مثل: إغفال إجراءات شهر العقد اللازمة لجواز الاحتجاج به على الغير، كعدم تسجيل الحقوق على الطائرات المدنية في المملكة^(٥٤).

أمّا الاشتباه الثاني وهو الأكثر شيوعاً والأعمق وجوداً والأشد اختلاطاً، فإن بعض الفقهاء يرون أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يقابل العقد القابل للإبطال في القانون، أي الباطل بطلاناً نسبياً (الزحيلي، ١٤٠٥هـ، ص ٢٣٧ في الحاشية ٢). وهذا التشبيه لا يصح. لأن العقد الموقوف على نحو ما تقدم عقد محتبس الآثار لا ينفذ إلا بالإجازة. أمّا العقد الباطل بطلاناً نسبياً فعقد نافذ مُرتب لآثاره إلى أن يُحكم ببطلانه. وبالنظر لشيوع هذا الخلط وذبوع التصريح به في قاعات الدرس فقد آثرنا أن نبسط القول فيه بما يخدم الغرض من الدراسة.

يتشابه العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال في أمر غير ذي شأن، وهو أن كلاهما ترد عليه الإجازة أو النقض من صاحب الشأن. لكن العقدين من حيث الحقيقة يتمخضان صورتين متعاكستين تماماً، وآية ذلك الفروق التي تظهر بينهما في نواحي عدة، من أهمها:

(٥٦) المادة (٢/٥٨) من نظام الطيران المدني الصادر بالمرسوم الملكي (م/٤٤) وتاريخ ١٨/٧/١٤٢٦هـ.

لا على العقد الفاسد. والعقد الفاسد مستحق للفسخ ما لم يمنع منه مانع. ثم إن مقتضى العقد الفاسد أن يملك المشتري المعقود عليه بالقبض، وليس هذا حال عقد المكره الذي لا ينفذ إلا بالإجازة^(٥٥). وفي البيع الفاسد إذا باع المشتري المبيع فتصرفه صحيح ويزول الفساد، وأمّا في بيع المكره فلا يزول الفساد. وللبائع المكره أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدي. وفي البيع الفاسد يستطيع المشتري الفسخ ولو قبض المبيع، أمّا في بيع المكره فإذا قبض المشتري غير المكره المبيع لزمه البيع فلا يستطيع الفسخ.

وقد نصت المادة (١٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: "من أكرهه بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازته المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذاً". وبذلك يكون المشرع الإماراتي - كما هو شأن سلفه الأردني^(٥٦) - قد أخذ برأي زفر فجعل عقد المكره موقوفاً. فيصير الأمر إلى المكره بعد زوال الإكراه، إن شاء إنفاذه أجازته، وإلا عدّ كأن لم يكن.

الفصل الثالث: تفرقة العقد الموقوف عن الأوصاف التي تشبهه به بالرغم من وضوح معنى العقد الموقوف على نحو ما تقدم إلا أنه يجري عادة الخلط على السنة شراح القانون بين العقد

(٥٤) ويرى وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج (٤)، ص ٢١٦ - وهو من المؤيدين لهذا الرأي - أن القانون المدني السوري (المادتين: ١٢٨، ١٢٩) قد أخذ برأي زفر من الخفية فجعل عقد المكره قابلاً للإبطال. وهذا تقريب تعوزه الدقة، إذا إن العقد القابل للإبطال هو عقد نافذ إلى أن يحكم ببطلانه وليس هذا حال العقد الموقوف.

(٥٥) قارب المادة (١٤١) مدني. ويؤخذ على هذا المادة أنها بعدما جعلت الجزاء في الإكراه هو عدم النفاذ نصت على أن العقد (ينقلب صحيحاً). والعقد الموقوف هو عقد صحيح! والذي يظهر أن سوء الصياغة هذا قد تسلسل إليها من المادة (١٩٧) من مرشد الخيران التي تعتبر عقد المكره فاسداً ينقلب صحيحاً بإجازة المكره على نحو ما يقول بذلك الإمام أبو حنيفة وصاحبه.

• خامساً: إن الوقف وصف ثابت يلحق العقد الذي افتقر لمقومات نفاذه. أمّا النفاذ الذي يقضي به العقد القابل للإبطال فهو وصف غير ثابت، ما دام يمكن إبطاله إذا تمسك صاحب الشأن بالإبطال.

وبناء على ما تقدم فإن فكرة العقد الموقوف التي ابتدعها الفقه الإسلامي تفضل فكرة العقد القابل للإبطال من جوانب عدة (السنهوري، مصادر الحق، ج ٤، ص ١٩٥ وما بعدها). فالعقد الموقوف ينقضي من الناحية التصورية ولكن لا تترتب عليه آثاره فور الانقضاء، فإذا رفضت إجازته فإن أثره لم يترتب. ومن ثم فإن المراكز القانونية للمتعاقدين وللغير لم تتأثر. أمّا في العقد القابل للإبطال فإن عدم إقراره يؤدي إلى زوال عقد رتب آثاره لفترة تصل إلى ثلاث سنوات^(٥٧). وإلى ما قبل إقراره أو رفض إقراره فإن المراكز القانونية تكون قلقة، وغير مستقرة. ولهذا فإن العقد الذي يشوبه عيب مخصوص ينبغي أن تحتبس آثاره فلا ينفذ إلا بالإجازة. ومفاعيل الإجازة إيجابية كما تقدم، فهي تعمل على فك آثار العقد من عقابها فتنتقل بأثر يرتد إلى وقت صدورهما. أمّا إذا رفضه صاحب الشأن، فلا يغير ذلك من الأمر شيئاً لأن العقد أصلاً غير منتج لآثاره. أمّا الإقرار في العقد القابل للإبطال فيقتصر أثره على إزالة أسباب البطلان، وإذا تقرر بطلانه فمؤدى هذا القضاء على العقد وعلى آثاره، وإعادة المراكز القانونية إلى وضعها السابق. وظاهر أن الحكم بعدم نفاذ العقد إلا إذا أجاز أفضل، لأنه يُفضي إلى تلافي التعقيدات والإشكالات التي تنشأ عن إبطال العقد بعد نفاذه، ويُجنّب الأطراف الخوض في مشكلات التقاضي لدفع الضرر المترتب على تنفيذ العقد.

كذلك فإن العقد الموقوف من شأنه أن يحمي الصغير المميز من تصرفاته التي تنطوي على ضرر بمصلحته، لأن أمر

(٦١) نصت المادة (١٤٠) من القانون المدني المصري على أنه: "١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات". قارب: المادة (١٤١) مدني سوري.

• أولاً: بالرغم مما يبدو أن كلا العقدين يواجهان الحالات نفسها، إلا أن العقد الموقوف أوسع نطاقاً من العقد القابل للإبطال الذي يقتصر على حالات الإخلال في ركن الرضا، إمّا بسبب قصور الأهلية، وإمّا بسبب عدم سلامة الإرادة لوجود عيب في الرضا^(٥٨). ويمكن أن يكون نتيجة تطبيق نص خاص كما في بيع ملك الغير^(٥٩).

• ثانياً: يقع العقد الموقوف على النقيض تماماً من العقد القابل للإبطال، لكونه لا ينتج أي آثار حال إبرامه ما لم تلحقه الإجازة. أمّا العقد القابل للإبطال فينتج آثاره منذ صدوره إلى أن يتقرر بطلانه. والمعنى من ذلك أن الموقوف لا ينفذ إلا بالإجازة، أمّا العقد القابل للإبطال فعقد نافذ إلى أن يُبطل بسبب عدم إقراره^(٦٠). فإذا قضى ببطلانه ألحق بالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً وتعيّن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

• ثالثاً: يثبت لصاحب الشأن في العقد الموقوف خيار فسخه أو إجازته بإرادته المنفردة. أمّا العقد القابل للإبطال فلا ينقضي إلا بالتراضي أو بحكم القاضي، وإن كان ذلك يتم بأثر رجعي.

• رابعاً: إن إجازة العقد الموقوف لها أثر إيجابي، حيث يصير بها العقد مُنتجاً لآثاره منذ انعقاده. أمّا إقرار العقد القابل للإبطال فأثره سلبي، لكونه يُزيل سبب بطلان العقد بأثر يستند إلى وقت إبرامه مع مراعاة حقوق الغير^(٦١).

(٥٧) راجع: المواد من (١٢٠-١٢٩) من القانون المدني المصري.

(٥٨) المادة (٤٦٦) مدني مصري. المادة (٤٣٤) مدني سوري.

(٥٩) يستعمل القانون المدني المصري في المادة (١٣٩) وما بعدها مصطلح الإجازة. والأدق لغة استعمال مصطلح الإقرار، لأن الإجازة وصف لأمر متوقف على حصولها، فتصدّق بهذا المعنى على العقد الموقوف. أمّا الإقرار فهو وصف يُطلق على تصرف نافذ منتج لآثاره بين أطرافه، ولا ينقصه سوى الاعتراف به من صاحب الشأن ليزول السبب الذي يتهدد التصرف بالزوال، وينفذ التصرف في مواجهة المقرّر. وهو ما يصدّق تماماً في العقد القابل للإبطال.

(٦٠) المادة (١٣٩) مدني مصري. المادة (١٤٠) مدني سوري.

سارٍ بحقه. لهذا فقد اضطرت هذه القوانين إلى الاستعانة بفكرة عدم سريان العقد لكي تكتمل أحكام التصرف، فيصبح العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري غير ساري بحق المالك الحقيقي الذي ليس طرفاً في العقد أصلاً. أمّا وقف العقد في الفقه الإسلامي فحكمه واحد في كل الأحوال، ثابت في كل الصور.

إن الأفضلية التي يحظى بها العقد الموقوف لا تكتمل إلا بتحديد سقف زمني ينبغي ممارسة الإجازة أو النقص خلاله، وإلا سيبقى العقد الموقوف كذلك قلقاً يتوقف مصيره على إرادة صاحب الشأن في إجازته أو في نقضه متى شاء. ونرى أن على صاحب الشأن أن يستعمل خياره بالإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يظهر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً^(٦١)، احتراماً لوجود العقد ولو كان من الناحية التصورية فقط.

وإذا كان البون شاسعاً بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال، إلا أنه يقرب أحياناً، في أقله من حيث الأثر لا السبب، من العقد غير اللازم السابق بيانه.

المبحث الثاني: العقد غير الصحيح

العقد غير الصحيح هو ما اختل أحد عناصره الأساسية، ركناً فيه أو شرطاً من شروطه، أو اتصل به وصف منهي عنه. وحكمه أنه غير صالح لترتيب الآثار الشرعية عليه، كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكالبيع الصادر من فاقد الأهلية. وهذا العقد يُسمى بالعقد غير الصحيح بالاتفاق، ولكنهم اختلفوا في العقد غير الصحيح ذاته، فهل أن العقد غير الصحيح يتنوع فنكون إزاء تفاوت في درجات عدم صحته؟ أم أنه يعتبر درجة واحدة فيستوي فيه الحكم؟

يجدر التنويه إلى أن جمهور الفقهاء قد اتفقوا بلا خلاف بينهم على أن العبادات صحيحة صحيحة، وباطلها أو

نفاذها مرهون بإجازة التصرف من وليه أو وصيه أو هو نفسه بعد بلوغه سن الرشد^(٦٢). فإذا وجد في صالحه أجازته وإلا رفضه فيعدّ كأن لم يكن. وهذا أفضل من أن ينتج العقد آثاره، مع ما يخلفه إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد من إشكالات. كذلك الشأن بالنسبة للحماية التي يوفرها نظام العقد الموقوف للطرف الآخر في العقد، ففي حالة تنفيذ العقد الموقوف قبل أن تلحقه الإجازة، ثم فسخه بسبب رفض الإجازة، وتطلب الأمر إعادة المراكز القانونية إلى ما كانت عليه، فإن الصغير المميز يلزم برد ما تسلمه من الطرف الآخر إذا كان ما زال قائماً أو بالتعويض؛ مثله إن كان مثلياً أو قيمته في يوم القبض بوصفه غاصباً^(٦٣)، بصرف النظر عن كونه ناقص الأهلية، لأن ناقص الأهلية وكاملها سواء في حكم الغصب لا فرق بينهما. أمّا في العقد القابل للإبطال فلا يلتزم ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة حيث يعد بطلان العقد بمثابة جزاء على المتعاقد الآخر^(٦٤).

وفي القوانين التي أخذت بالعقد القابل للإبطال لا يسعنا الارتكان إلى أحكام هذا العقد في حالة بيع ملك الغير^(٦٥)، لأن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وهو من يملك إجازة البيع أو إبطاله، ولكن هذه الإجازة ليس لها أي أثر على نفاذ العقد بحق المالك الحقيقي، لأن البيع غير

(٦٢) المادة (٢١٣) معاملات مدنية إماراتي، وهي تطابق المادة (١٧١) وما بعدها من القانون المدني الأردني.

(٦٣) في هذا المعنى: المادة (٣٣٨) من مرشد الحيران.

(٦٤) والأمر ذاته ينطبق بالنسبة للغير فيما لو تم تداول المعقود عليه فهلك، فتسري أحكام الغصب كما أشرنا، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي لا يد لمن بيده المال فيه، لانعدام مسوغ وجوده تحت يده. أمّا في العقد القابل للإبطال فلا يلتزم الخائر، إذا كان حسن النية ولم يكن الهلاك بخطأ منه، إلا بمقدار ما عاد عليه من نفع. وإذا كان سيئ النية فيلتزم بأداء قيمة المال وقت الهلاك.

(٦٥) وفي مجاوزة الوكيل حدود وكالته، وفي بيع المريض مرض الموت كذلك.

راجع: عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج (٤)، ص ١٨٨.

(٦٦) قارب: المادة (٢/١٣٦) مدني عراقي.

المطلب الأول: العقد غير الصحيح في مذهب الحنفية
يُفَرَّق الحنفية بين ما إذا كان عدم صحة العقد ناشئاً عن خلل في أصل العقد - العاقد والمحل وكون الصيغة قطعية الدلالة - يخرج عن مشروعيتها، وبين ما إذا كان أصل العقد صحيحاً لكن لحقه وصف ينهى الشارع عنه، ويخرجه عن مشروعيته، فيسمون الأول عقداً باطلاً، والثاني عقداً فاسداً.

إن الحنفية يجرون البطلان في جميع العقود والتصرفات الانفرادية. أمّا الفساد فمجاله ضيق، فهم لا يجرون الفساد في كل العقود لأنها ليست كلها سواء في قبول رتبة الفساد، فمنها ما يقبل وصفه بالفساد، ويكون هذا الوصف مبيناً للبطلان، ومنها ما يكون الفساد بمعنى الباطل، فيجري عليه حكم البطلان.

وقبل أن نقف على قسمة العقد غير الصحيح في مذهب الحنفية نُشير إلى أن تحديد قابلية العقد لرتبة الفساد من عدمه يستلزم الوقوف على كل عقد في موضعه. فالحنفية فصلوا أسباب الفساد وأحكامه، لكنهم لم يضعوا ضابطاً لتمييز العقود التي يجري فيها الفساد عن غيرها مما لا يجري فيه. وقد خلص الشيخ الزرقا باستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد إلى ضابط يمكن تبيته في هذه الخصوص. وهو أن العقود المالية التي تُنشئ التزامات متقابلة أو تنتقل الملكية هي وحدها التي يجري فيها التمييز بين الفساد والبطلان. وبناء عليه يدخل في هذا الضابط البيع والإجارة والرهن والحوالة والقسمة والشركة والمزارعة، لأنها تنشئ التزامات متقابلة في ذمة العاقدين. ويدخل فيه الهبة والقرض لأنها ينقلان الملكية. أمّا ما عدا ذلك من التصرفات فتخرج عن هذا الضابط، ويشمل:

- (أ) التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود، أي التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة، مثل: الوقف والكفالة والإبراء والإقرار.
- (ب) العقود غير المالية، مثل: الزواج، وعقود التفويض: الوكالة والوصاية والتحكيم.

فاسدها غير صحيح، فالباطل والفساد في العبادات سواء في الوصف. ويتحقق البطلان أو الفساد - على حد سواء - في العبادة بفات منها من ركن أو شرط. ذلك أن العبادات قربات خالصة لله تعالى، ويُقرّ الشارع وجودها إذا وجدت فيها نيّة القربة، ولا يتصور وجود نيّة القربة مجتمعة مع نيّة العصيان في الفعل الواحد، فكل عبادة فاسدة، هي باطلة ولا فرق بينهما، لأن "العبادات لا يتصور وجودها وجوداً شرعياً مقترنة بمنهي عنها ملازم لها" (أبو زهرة، ١٩٩٦م، ص ٣٥١^(٦٧)).

أمّا في المعاملات فقد اختلفت أنظار الفقهاء في هذا إلى مذهبين: الحنفية يرون تنوع العقد غير الصحيح إلى باطل وفساد، ولأن في رأيهم تفریق وتفصيل فنبداً به (المطلب الأول)، أمّا الجمهور - عدا الحنفية - فيرون أن العقد غير الصحيح لا يتنوع، إنما هو درجة واحدة فلزم بيان نظرهم (المطلب الثاني)، ولأن الخلاف بين الجمهور والحنفية في العقد غير الصحيح خلاف معتبر فقد لزم الوقوف على منشأ هذا الخلاف أصلاً وحدوده (المطلب الثالث)، فإذا فرغنا من ذلك انتقلنا لتحديد أوجه اختلاف العقد الفاسد عن العقد الباطل (المطلب الرابع)، لنتهي من كل ما تقدم إلى تحديد خصائص العقد الباطل استكمالاً لما ينبغي بيانه، باعتبار الباطل هو الوصف المتفق عليه (المطلب الخامس).

(٦٧) وترتيباً على ذلك فإن الفاسد في النكاح والباطل سواء في الحكم، لتحقق نهي الشارع عن الباطل والفساد. والزواج فيه ناحية تعبدية، وفي العبادات يرتفع الفساد إلى درجة البطلان. وهذا ما نجده في كتب المذهب الحنفي حيث لا تفرق في العبادات بين فاسد النكاح وباطله. جاء في بدائع الصنائع للكاساني، ج (٢)، ص ٢٣٥: "النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة؛ لانعدام محله، أعني محل حكمه وهو الملك". وفي فتح القدير لابن همام، ج (٢)، ص ٣٨٢: "فساد النكاح وباطله سواء بخلاف البيع". وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٩١: "الباطل والفساد عندنا في العبادات فمترادفان... وأمّا في البيع فمتباينان".

ميتة، أو كبيع المسلم خمرًا أو خنزيرًا فإن العقد يبطل لفوات مقومات وجوده؛ ذلك أن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ٣٠٥). والعقد الباطل لا يترتب عليه أثر من آثاره لأنه معدوم شرعاً. والقاعدة أن العلة إذا انعدمت لم يكن لها أثر، وهي تدور مع المعلول وجوداً وعدمًا.

وقد جمعت المادة (٢١٩) من مرشد الحيران مفهوم العقد الباطل بقولها: "العقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلاً ولا وصفاً؛ أي ما كان في ركنه أو محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد وهو لا ينعقد أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض"^(٧١). وفي المعنى ذاته جاءت المادة (٢١٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي^(٧٢).

وقد نوّع الأستاذ الزحيلي البيوع الباطلة إلى ستة أنواع هي: بيع المعدوم، ومعجوز التسليم، وبيع الغرر، وبيع النجس والمنتجس، وبيع العربون، وبيع الماء (١٤٠٥هـ، ص ٤٢٧).

الفرع الثاني: ماهية العقد الفاسد

إن أهمية العقد الفاسد وقلة الدراسات التي تناولته قد فرضا التوسّع في بحثه بما لا يُجاوز الغرض من الدراسة. فنبداً بتعريف الفساد، ثم نحدد الأسباب التي تؤدي إلى فساد العقد، ونختتم بحكم العقد الفاسد.

العصن الأول: تعريف العقد الفاسد

الفساد في اللغة نقيض الصلاح، وفسد يفسد ويفسد، فهو فاسد. وفسد الرجل: جانب الصواب، عكسه صلح. وفسد الطعام: عطب، تلف؛ أنتن، ضد صلح. وفسد

(ج) العقود المالية التي لا تُنشئ التزامات متقابلة ولا تنتقل الملكية، مثل الإيداع والإعارة.

فكل ما يخرج عن الضابط المتقدم لا يوجد فيه سوى مرتبة الوجود والعدم، أي الصحة والبطان، ففاسدها كباطلها سواء في نظر الشرع (١٤٢٥هـ، ج ٢، ص ٧٣٤-٧٣٦؛ الزحيلي، ١٤٠٥هـ، ص ٢٣٥).

الفرع الأول: مفهوم العقد الباطل

الباطل في اللغة: نقيض الحق، يقال بطل الشيء يبطل بطلاً وبطلاً وبطلاناً وبطولاً بضم الأوائل فهو باطل. وبطل العقد ونحوه: فسّد وسقط حكمه^(٧٣). وفي اصطلاح الفقهاء: هو ما لم يُشرع بأصله ولا بوصفه، على معنى أن العقد ليس له وجود ولا انعقاد^(٧٤).

وهم يريدون بالعقد الذي ليس مشروعاً بأصله أنه وقع مخالفاً لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه فيصير فائت المعنى من كل وجه مع وجود صورته. والمرد بالناحية الجوهرية عدم وجود مقومات التصرف التي يثبت بها وجوده الفعلي، وهي أركان العقد، وشرائط الانعقاد العامة^(٧٥). فإذا انعدمت أهلية التصرف كما لو كان العاقد عديم التمييز، مجنوناً أو صغيراً، أو انعدم معنى التصرف كأن ورد التصرف على

(٦٨) ومنه قولهم: بطل البيع والحكم والدليل والعمل، فهو باطل، وأبطله جعله باطلاً. ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾ (الأنفال، الآية ٨). راجع: معجم اللغة العربية المعاصر، ص ٢١٨. المصباح المنير، ص ٢٠.

(٦٩) ويعرف مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (٢)، ص ٧٠٣، البطان بقوله: "هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع". أي أن البطان هو عدم ذلك الوجود الاعتباري للتصرف، وإن وجدت صورته الحسية.

(٧٠) ويعد من شرائط الانعقاد اللازمة لتكوينه عدم استيفاء العقد الشكلية المطلوبة لصحته، وعدم قبض العين في عقود التبرع. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (٢)، ص ٧١٠.

(٧١) راجع كذلك: المادة (٣٣٨) من المرشد نفسه في باب البيع.

(٧٢) وهي تطابق المادة (١٦٨) مدني أردني.

بشروط صحة العقد. وهي بالجملة: ألا يكون في العقد جهالة أو غرر، وألا يشتمل على الربا، وألا يكون مشتملاً على شرط فاسد، وألا يكون هناك ضرر في التسليم، وخلو العقد من الإكراه، وأن يكون العقد مفيداً ومقصوداً شرعاً. فالإخلال بأي من هذه الشروط يجعل العقد فاسداً؛ وهو ما يتضح من تعريف الكاساني العقد الفاسد بأنه: "ما اختل فيه أحد شروط الصحة" (١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ١٥٦)^(٧٤). كأن يتصف البيع بالتأقيت، أو أن يتم البيع بثمن مؤجل إلى وقت ميسرة، أو أن يكون الثمن غير مُتقوّم شرعاً، أو جهالة الثمن جهالة فاحشة.

وبيان ذلك أن العقد يكون مشروعاً أصلاً لأن شروط الانعقاد كلها صحيحة مستوفاة، ولذا كان للعقد وجود معتبر شرعاً ما دام قد وُجد بأصوله المطابقة لما تطلبه الشارع. وأمّا عدم شرعيته بوصفه فلائنه اتصل به أمر أو وصف غير مشروع جعل العقد منهي عنه شرعاً. وهم إنما أطلقوا المشروعية على الأصل نظراً إلى أنه لو خُلّي عن الوصف لكان مشروعاً، وإلا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعاً أصلاً (ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦، ص ٧٤-٧٥).

وعليه فإن ضابط تمييز البيع الفاسد عن الباطل يرجع للمبيع، فإذا كان الفساد يرجع للمبيع في ذاته، بأن كان غير مال، مثل: الميتة والدم ولحم الخنزير والخمر بطل البيع، فلا يفيد الملك أصلاً ولو تم القبض. لأن الملك لا يثبت فيها للمسلم بالبيع لأنها ليست مالاً متقوماً فلا تكون مبيعاً، والبيع لا ينعقد بلا مبيع. أمّا إذا كان الفساد يرجع للثمن فلا يخلو الأمر من فرضين:

(٧٤) وقد انتقد الأستاذ الزرقا تعريف الحنفية للعقد الفاسد وبين أنه: "لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد، وإنما يكشف عن سببه فقط". ولهذا يقترح تعريف الفساد بأنه: اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (٢)، ص ٧٣٩.

العقد: بطل، انتقض (معجم اللغة العربية المعاصر، ص ١٧٠٦). والفساد في المعاملات هو عدم ترتب الأثر المقصود من العقد. أو هو: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ" (الزرقا، ١٤٢٥هـ، ج ٢، ص ٧٣٩).

والعقد الفاسد عند الحنفية هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. فهو عقد مختل، ولكن الخلل فيه راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة له. وبهذا المعنى جاءت المادة (١٠٩) من مجلة الأحكام العدلية، وفيها: "إن البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً يعني أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار أوصافه الخارجة"^(٧٥). ذلك أنه إذا سلم ركن العقد من الخلل وكان محله قابلاً لحكم العقد كان العقد منعقداً، فهذا القدر من السلامة كافٍ لانعقاده.

وأصل العقد عند الحنفية هو الركن والشروط المتعلقة به. وركن العقد هو الصيغة وحدها؛ أي الإيجاب والقبول. أمّا شروط الركن فهي الشروط المتعلقة بالعاقدين ومحل العقد وزيادة على شروط الصيغة، ويسميتها الحنفية بشروط الانعقاد التي بوجودها يوجد العقد، وبانتفاء أحدها يبطل العقد على نحو ما قدمنا.

أمّا وصف العقد الذي اعتراه الخلل ففسد العقد بسببه، فهو ما كان خارجاً عن الشروط السابقة، ويسميتها الحنفية

(٧٣) راجع كذلك: المادة (٣٦٤) من المجلة نفسها. وكانت المادة (٢١٨) من مرشد الحيران قد عرفت العقد الفاسد بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه أي أنه يكون صحيحاً باعتبار أصله لا خلل في ركنه ولا في محله فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد خالياً عن الفائدة أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد، والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه الا بقضه برضا صاحبه". وقارب: المادة (١/٢١٢) معاملات مدنية إماراتي، وفيها: "العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح". وهي تطابق المادة (١/١٧٠) مدني أردني.

فالحنفية يرون أنه إذا توافرت في العقد شروط الانعقاد السبعة فقد أضحى العقد منعقدًا. والعقد الفاسد منعقد لكنه يستحق الفسخ، ولا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقدًا وله وجود شرعي. ولكن انعقاده لا يلزم منه صحته، فقد يكون العقد منعقدًا إلا أنه فاسد؛ أي أنه عقد غير صحيح للخلل الذي طرأ على أوصافه الخارجية فأفسدته. وما دام أن العقد الفاسد منعقد وله وجود فلا يجوز اعتباره كالعقد الباطل غير المنعقد. وهكذا فإن العقد عندهم يتدرج من الصحة إلى الفساد إلى البطلان، أي أنهم يرون الفساد، وهو محض صناعتهم مُبائناً للباطل لا مرادفًا له كما يرى غيرهم، فيقع الفساد في منزلة وسطى بين منزلتي الصحة والبطلان.

العصن الثاني: أسباب فساد العقد

ترجع حالات الفساد إلى مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية مُتممة له، ومردّها نوعين: أسباب تخص بعض أنواع البيوع دون بعض، فيُرجع فيها إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة، وأهمها: القبض في بيع المنقولات، وعدم توقيت البيع بمدة فملكية العين لا تقبل التأقيت. ومعرفة الثمن الأول إذا كان البيع مباحة أو تولية أو وضعية، والتقاض في البدلين قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً، وتوافر شروط السلم إذا كان البيع سلماً^(٧٧). أمّا الأسباب العامة فهي بحسب الأصل لا تخص عقداً بذاته (ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦، ص ٧٥)، وهي بالإجمال ثلاثة: الجهالة، والإكراه، والغرر^(٧٨).

(٧٧) والمائلة في البدلين إذا كان المال ربوياً وخلو عن شبهة الربا، والقبض في الديون الثابتة في الذمة كالمسلم فيه ورأس مال السلم. راجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج (٤)، ص ٣٨٢، ٤٥٤ وما بعدها.
(٧٨) أمّا الشرط المفسد، وهو كل شرط فيه منفعة لأحد المتبايعين إذا لم يكن قد ورد الشرع بجوازه أو جرى به العرف المعتبر شرعاً أو يقتضيه العقد أو يلائم مقتضاه، فقد زال بسبب شيوع اشتراطه وتعارف الناس على صحته. ذلك أن كل شرط فاسد ينقلب شرطاً صحيحاً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه. راجع: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (١)، ص ٥٤٩-٥٥٢.

١- إذا كان المُسمّى ثمناً مالياً في الجملة، أي في بعض الأديان، أو مرغوباً عند الناس كالخمر أو الخنزير مثلاً، فإن البيع يكون فاسداً لا باطلاً، لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضها البيع، فينعقد البيع بقيمة المبيع لا بثمانه^(٧٩). ويفيد الملك في المبيع بالقبض.

٢- إذا كان المُسمّى ليس ثمناً أصلاً، كالميتة والدم، فقد اختلف الحنفية، فقال عامتهم: يبطل. وقال بعضهم: يفسد. والصحيح أنه يبطل، لأن انعدام الثمنية يُنفي عن العقد صفة المعاوضة أصلاً فلا يكون بيعاً (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ٢٩٩، ٣٠٥).

وعلى ذلك يكون للعقد الفاسد في نظر صانعيه شبهان: شبه بالعقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله وسلامته، وشبه بالعقد الباطل من ناحية تعلق نهي الشارع عنه لما اتصف به^(٨٠)، وبسبب هذين الشبهين وقع بين الوصفين، فلم يلحق بالصحة ولم يلحق بالبطلان، وإنما وصفه الحنفية بالفساد ليقع في مرتبة وسطى بين الصحيح والباطل.

إن العقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل فهو يشبه الأول من جهة سلامة مقوماته وانعقاده. ويشبه الثاني من ناحية ما فيه من خلل وأن الشارع نهى عنه. ولذلك أثبت الحنفية له أمرين: الأول: أنه يترتب عليه آثار في بعض صورته إذا اتصل به القبض، ففي البيع الفاسد إذا قبض المشتري المبيع ملكه، نظراً لأصل انعقاده. والثاني: أنه مطلوب فسخه من المتعاقدين.

(٧٥) قيمة الشيء، ما يساويه بين الناس، أو ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة أو نقص. أمّا الثمن فلا يتحقق إلا في عقد، وهو ما يتراضى عليه المتبايعان مقابلاً للمبيع، سواء أكان أقل من القيمة أو أزيد منها أو مساوياً لها.

(٧٦) قال ابن عابدين: "إن الفاسد مبين للباطل لأن ما كان مشروعاً بأصله فقد يُباين ما ليس بمشروع أصلاً. وأيضاً حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض، والباطل لا يفيد أصلاً، وتباين الحكمين دليل تباينهما". رد المحتار، ج (٥)، ص ٤٩.

أولاً: الجهالة

موهوم التحقق فقد ينقص. أمّا لو باعها على أنها حلوب دون تحديد المقدار فإنه شرط صحيح.

ثالثاً: الإكراه

قدمنا أن آراء الفقهاء تباينت في حكم الإكراه. وأن هذا الاختلاف قد طال الفقه الحنفي من داخله، فالإمام زفر بن الفضيل يرى - بحق - أن تصرف المُكْرَه موقوف النفاذ على إجازته بعد زوال الإكراه. أمّا الإمام أبي حنيفة وصاحبيه فيرون أن عقد المُكْرَه فاسد، لأنه مشروع في أصله دون وصفه، فالعقد عندهم منعقد لوجود الصورة والمحل، فقد صدر من أهله وصادف محله فيفيد الملك إذا تمّ القبض. ومقتضى ذلك أن البيع المشوب بالإكراه تنتقل فيه ملكية المبيع إلى المشتري إذا تم تنفيذ العقد بالتسليم. كذلك هو شأن الهبة المشوبة بالإكراه فينتقل المال الموهوب للموهوب له بالقبض.

إن الرأي الراجح في المذهب الحنفي يجعل عقد المكره سبباً من أسباب فساد العقد^(٧٩) لانعدام الرضا. لكنهم يذهبون إلى تحوّل العقد الفاسد إلى عقد صحيح إذا أُجيز التصرف بعد زوال الإكراه، لأن الفساد هنا لحق العبد، لا لحق الشرع فيزول بالإجازة. وسائر البيوع الفاسدة لا تلحقها الإجازة وفقاً للأحكام العامة في العقد الفاسد. فالعقد الفاسد لا يرتفع فسادة بالإجازة، لأنه ليس للعاقدة إقرار مخالفة نظام الشريعة.

الفصل الثالث: حكم العقد الفاسد

يختلف حكم العقد الفاسد باختلاف حالين: فقبل التنفيذ وقبل قبض المعقود عليه فإن العقد الفاسد لا ينتج أثراً، فهو والباطل في الأثر سواء في العدم، لأنه عقد فيه معصية لورود النهي عن وصفه، ويجب على كل من العاقدين فسخه رفعاً للفساد. ففساده لا يرتفع بالإجازة كما تقدم.

(٨١) وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٠٦). قارب:

المادة (١٩٧) من مرشد الخيران.

والجهالة المفسدة للعقود هي الجهالة الفاحشة، أي التي تفضي إلى نزاع مُشكّل وهو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً إلى تلك الجهالة. وهذه الجهالة على أربعة أنواع:

- ١ - الجهالة في المعقود عليه كجهالة المبيع جنساً أو نوعاً أو قدرًا بالنسبة إلى المشتري. و جهالة المأجور في الإجارة.
- ٢ - جهالة العوض في المعاوضات المالية، كجهالة الثمن في البيع، فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله أو بما سيستقر عليه السعر.
- ٣ - جهالة الأجل في كل ما يجري فيه أجل مُلزم، كجهالة المدة في الإجارة، و جهالة استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع، فيجب أن تكون المدة معلومة وإلا فسد العقد^(٧٩).
- ٤ - الجهالة في وسائل التوثيق، كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكونا مُعينين وإلا فسد العقد.

ثانياً: الغرر

والمُرَاد هنا الغرر في الأوصاف والمقادير ونحوها من المسائل الفرعية، وليس غرر الوجود^(٨٠)، ففي المزارعة لو اشترط لأحد المتعاقدين قدر مقطوع من الزرع، وليس حصة شائعة من المحصول فإن المزارعة تفسد بهذا الشرط للغرر. وفي البيع لو باع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً فسد البيع، لأنه

(٧٩) ويلاحظ أن الذي يجوز تأجيله لأجل معلوم في عقد البيع هو الثمن أو المبيع إذا كان كل منهما ديناً ثابتاً في الذمة. أمّا إذا كان الثمن أو المبيع عيناً فلا يجوز التأجيل باتفاق العلماء، ولو إلى أجل معلوم. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج (٤)، ص ٣٧٩-٣٨٠.

(٨٠) وهو ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم، كبيع الحمل الموجود لاحتمال أن يكون انتفاخاً. وهو مبطل للبيع للنهي عن بيع الغرر، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر). صحيح مسلم (١٥١٣).

أخرجها عن مشروعيتها فتكون عقوداً باطلة، وإن شئت قل فاسدة لا فرق بينهما، فتكون غير منعقدة ولا تترتب عليها الآثار والأحكام التي وُضع العقد في الشرع لإفادتها.

المطلب الثالث: منشأ الخلاف بين الفقهاء في العقد غير الصحيح

قدمنا أن الجمهور يقسمون العقد إلى صحيح وباطل أو فاسد؛ فالباطل والفاقد كلمتان مترادفتان عن الجمهور عدا الحنفية. والفقهاء مُجمعون على معنى أن العقد الصحيح ما أقره الشارع الحكيم ورتب عليه الآثار، بأن يكون أصله ووصفه خاليان من الخلل ولم يمنعه الشارع. ولكن موطن الخلاف هو في مقابل العقد الصحيح، فالجمهور - عدا الحنفية - يقصرون ما يقابله على وصف واحد هو العقد الباطل، وهو عقد غير منعقد لا يترتب عليه أثر. فتساوى لديهم الخلل في الأصل والخلل في الوصف.

أمّا الحنفية فقد وسَّعوا من الوصف الذي يقابل العقد الصحيح ليشمل كما رأينا: العقد الباطل والعقد الفاسد. فإذا أصاب الخلل الركن أو شروطه كان العقد باطلاً غير منعقد. وإذا كان الخلل فيما عدا ذلك، بأن كان العقد مشروعاً في أصله دون وصفه فإن العقد يكون منعقدًا، ولكن الشارع لا يُرتب أثراً على العقد في ذاته، وإنما على تنفيذ المتعاقدين له مخالفتين أمر الشارع. وأطلقوا عليه العقد الفاسد.

إن الخلاف بين الجمهور والحنفية يكمن في أمر رئيس هو حجر الرحي في هذا الافتراق، وهو: هل نهي الشارع عن العقد يقتضي عدم وجوده شرعاً؟^(٨٢) وينطوي هذا التساؤل على

أمّا بعد التنفيذ فإذا قبض المشتري المعقود عليه فإن العقد الفاسد يفيد حكماً ويعتبر القابض مالكاً للمعقود عليه^(٨٣). وهذا الملك لا يثبت إلا إذا كان القبض قد تمّ بإذن البائع، بشرط ألا يشتمل العقد على خيار شرط، لأن خيار الشرط يثبت في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الصحيح، والعقد مع وجود الخيار يمنع من انتقال الملك في مدة الخيار هذا في العقد الصحيح، وأولى من ذلك في العقد الفاسد.

المطلب الثاني: العقد غير الصحيح في مذهب الجمهور

ذهب الأئمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد، إلى أن العقد يقسم إلى قسمين: صحيح وغير صحيح. وغير الصحيح قسم واحد لا يتعقد به العقد، ولا يترتب عليه أثر شرعي. ويشمل غير الصحيح عندهم الباطل والفاقد معاً، فهما - عندهم - اسمان مُسمّى واحد، مُتباينان عند الحنفية (الدسوقي، ص ٥٤)^(٨٤). ذلك أن جمهور الفقهاء - خلافاً للحنفية كما تقدم - لا يفرقون بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف، على معنى أن العقد الذي اختل أحد أركانه أو شروطه أو اتصل به وصف منهي عنه، أو جاء مخالفاً لنظامه الشرعي بقصد أو بدون قصد يكون غير صالح لترتيب الآثار الشرعية عليه (الشاطبي، ١٤٢٥هـ، ص ص ٢١٩-٢٢٠)، ومثاله: عقد الصبي غير المميز، وعقد الفضولي كذلك، والتعاقد على غير مال كالميتة، والتعاقد على الخمر من المسلم أو جعله ثمناً لسلعة، وبيع ما في البطون، والبيع المؤقت أو البيع بثمن مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كنزول المطر، فهذه عقود اعترضها خلل

(٨٢) نصت المادة (٣٧١) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض...". قارب المادة (٢/٢١٢) معاملات مدنية إماراتي، وفيها أن العقد الفاسد "لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه". وهي تطابق المادة (٢/١٧٠) مدني أردني.
(٨٣) جاء في الإحكام في أصول الأحكام للأمدى، ص ١٧٥: "وأما الفاسد فمرادف للباطل عندنا وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل".

(٨٤) إن الخلاف الواقع بين الحنفية والجمهور ليس ذا اعتبار عند الجميع، فالزنجاني في التخريج يرى أنه خلاف لفظي لا ثمره له؛ لأن سبب تفرقة الحنفية بين الفاسد والباطل في المسائل التي ذكروها ليست ناتجة عن اختلاف التسمية، وإنما يرجع ذلك إلى الدليل الذي قام عند المجتهد، والذي فهم منه وجود الفرق بين ما كان باطلاً =

الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود وليس هذا إلا حكماً من الشارع ببطلانه. ما يعني عدم اعتباره أصلاً، وإثم من يُقدم عليه. ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور، لأنه إذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف.

(ب) إن إبرام الشخص تصرفاً مع النهي عنه هو عصيان لأمر الشارع، ولا يستقيم هذا النظر مع الاعتراف بالتصرف وترتيب آثار عليه. ومن ثم فإن ما أتاه لا يكون عقداً في نظر الشارع، وكل من العقد الباطل والفاقد منهى عنها شرعاً، ومقتضى النهي الحرمة، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك. ويستتردون في القول بأن الحنفية أنفسهم لا يرتبون أثراً على ما سموه فاسداً، وإنما يرتبون الحكم على تنفيذ العاقد أثماً للعقد لاستحالة فسخه، ويستدلون بقوله ﷺ: "كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو رد". ولا شك أن إتيان أمر نهى الشارع عنه جزاؤه الرد، لأنه جاء على غير مقتضى اعتباره.

(ج) يُضاف إلى ما تقدم أن سلف هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المنهية عنها، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا للنهي عن الربا، وبيع الغرر، وبيع المعدوم لقوله ﷺ: "لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر" (البيهقي، السنن الكبرى، ١٤٢٤هـ، ص ٥٥٥).

ثانياً: اتجاه الحنفية

يُفرّق الحنفية بين المنع الذي مردّه خلل في الأصل، أي العيب في ذات التصرف الشرعي، حيث يكون البطلان عندئذ هو جزاء مخالفة هذا المنع، وبين الخلل في وصف ملازم له، حيث لا يكون سبباً إلى البطلان في المعاملات^(٨٥). ويسوغون

(٨٥) أمّا العبادات والأنكحة على التحقيق فيكون سبباً لبطلانها. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ٣٥٠.

تساؤل آخر مُرتبط به هو: هل المنع لوصف من الأوصاف يلتحق بالمنع الوارد على الأصل، فيكون الحكم واحداً في الحالين: المنع من الأصل والنهي عن الوصف؟
للجمهور اتجاه وللحنفية رأي، فنعرض لموقف كل منهما، يعقب ذلك ترجيحنا في هذا الشأن.

أولاً: اتجاه الجمهور

يرى جمهور الفقهاء - عدا الحنفية - أن الشارع إذا نهى عن تصرف ما فإن القيام به خلافاً لمقتضى النهي يوجب عدم الاعتراف به، فلا يكون العقد موجوداً في نظر الشارع. يستوي في هذا أن يكون النهي قد ورد على ما يتعلق بوجود العقد وحقيقته من أركان العقد ومقوماته، أو ورد على وصف ملازم له. ذلك أن الشروط الملازمة لصحة العقد عندهم كلها سواء في الحكم هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية فإنهم يرون أن المنع إذا ورد على الوصف فإنه يسري إلى الأصل، فلا يترتب عليه أثر لكونه عقداً غير مشروع (ابن رشد القرطبي، ١٣٩٥هـ، ص ١٦١). وحجتهم في ذلك:

(أ) إن النهي لا يرد من الشارع على تصرف معين إلا لبيان أن هذا التصرف قد خرج على اعتباره وشرعيته، لأن نهي

= بأصله وما كان فاسداً بوصفه، وجعله يعتد بالفاقد، ويبني عليه ثماراً فقهية بخلاف الباطل. فكان اختلاف التسمية هنا لاختلاف الحكم الشرعي، وهو ما يُظهر لنا أن كلا الفريقين - الحنفية والجمهور - إنما فرّقوا بين الفاسد والباطل في بعض المواطن؛ لقيام الدليل على ذلك، وليس لوجود فرق حقيقي بين ما كان فاسداً وما كان باطلاً. يقول الزنجاني: "واعلم أن هذا أصل عظيم فيه اختلاف الفئتين، وطال فيه نظر الفريقين، وهو على التحقيق نزاع لفظي ومراء جلي". ثم يُضيف: "فخصّ أبو حنيفة ﷺ اسم الباطل بما ثبت إلغاؤه شرعاً بدلالة قاطعة، واسم الفاسد بما ثبت إلغاؤه بدلالة ظنية. وهذا كصيرهم إلى الفرق بين الواجب والفرض". تخرّج الفروع على الأصول للإمام أبي المناقب شهاب الدين محمود الزنجاني (ت: ٦٥٦هـ)، ط ١، ١٤٢٠هـ، الرياض: مكتبة العبيكان، ص ص ١٥٣-١٥٤.

الأولى وارتفع الشرط في الحالة الثانية زال الفساد وصحَّ العقد، وفي هذا دليل على وجوده.

وقد كان من نتيجة تفريق الحنفية بين الخلل في أركان التصرف الشرعي والخلل في وصف ملازم له خلوصهم إلى وجود وصف ثالث للعقد يقع بين الصحة والبطلان، وهو العقد الفاسد، والذي عرفوه كما تقدم بأنه ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، بأن اقترن به نهي ملازم له نهى عنه الشارع. ونستدرك القول بأن موقف الحنفية الرامي إلى التوفيق بين وجود التصرف مع النهي عنه متصور في المعاملات دون غيرها، فصح فيها وجودها مع النهي. أمّا العبادات والأنكحة على التحقيق فلا يتصور وجودها وجوداً شرعياً مقترنة بمنهي عنه ملازم لها، لأنه قربات خالصة لله تعالى ولا يتصور اجتماع نية الطاعة مع المعصية في فعل واحد. فالمقصود الشرعي من العبادة هو التبعّد لله عز وجل، ومتى ما طرأ على هذه العبادة خلل، سواءً أكان ذلك الخلل في الأصل أم الوصف بطلت العبادة؛ لفوات المقصود الشرعي منها.

ثالثاً: الترجيح بين المذهبين

إن الجمهور عدا الحنفية جعلوا العقد يراوح بين مرتبتين: الصحة والبطلان، أمّا الحنفية فقد أضافوا للعقد وصفاً ثالثاً، وهو الفاسد وجعلوه في مرتبة وسطى بين المرتبتين.

ويظهر لنا أن هذا التقسيم الثلاثي الذي ابتدعه الحنفية هو الأفضل فتميل إلى ترجيحه كونه يُعبر عن فهم أعمق لمقتضيات وجود العقد. إذ من الدقّة بمكان التفريق بين الخلل الذي يرد على الأصل، وهي أركان العقد فيكون سبباً لبطلان التصرف، وبين الخلل الذي يعترى وصفاً ملازماً له، فيفسد العقد دون أن ينال من وجوده. ومقتضى هذا التفريق هو تفاوت الجزاء بين بطلان العقد وفساده، لا أن يتقرر لحالين مختلفين جزاء واحد. ونضيف:

قولهم بأن وجود التصرف الشرعي يتم بوجود أركانه سالمة من الخلل، فإذا ورد نهي الشارع لأمر خارج عن الأركان فلا ينال هذا النهي من سلامة الأركان، ويعد التصرف موجوداً بوجودها مع المنع، إذا لا مانع من الجمع بين النهي والوجود. لأن أثر النهي ينحصر في إثم من يرتكبه فقط، وجواز فسخ التصرف ووجوب التخلص منه، ولذلك لا يتعارض مع وجود التصرف في ذاته؛ بل إن ذلك لا يتصور إلا مع الوجود، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لا يتنافى إذن مع نفيه بل يتلاقى معه (أبوزهرة، ١٩٩٦م، ص ٣٥٠).

وعليه فإن الحنفية (ابن عابدين، رد المحتار، ١٩٦٦م، ج ٤، ص ١٠٤) يفرقون بين المنع الوارد على الأصل وبين النهي لوصف ملازم له: فإذا كان الخلل في الماهية نفسها، وهي الركن وشروطه كما تقدم فقد عرّى الخلل هذه الماهية، فلا يكون لها وجود في نظر الشارع. لأن المنع الوارد على أصل العقد هو خلل في الأصل ينال من وجود التصرف فيقتضي بطلانه، وعدم وجوده شرعاً وعدم ترتب أي أثر عليه. ومن ذلك البيع الصادر عن عديم الأهلية، وبيع غير المال كالميتة، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسّمك في الماء باطل؛ لأن الخلل فيه راجع لأصل العقد.

أمّا إذا سلمت الأركان من الخلل فقد وجدت الماهية، وبوجودها المُعتبر شرعاً يوجد التصرف. ولا ينال منها وجود نهي تعلق بوصف ملازم لها، لأن حقيقة التصرف وجدت سالمة من الخلل، ذلك أن المنع الوارد في الوصف لا يسري إلى الأصل إلا بمقدار ملازمته له واقتارانه به، فيكون العقد منعقداً ولكن يجب فسخه ما دام الوصف الذي شابه الخلل قائماً، فإذا زال عنه الوصف الممنوع صح الأصل وترتبت عليه آثاره الشرعية. فجهالة الثمن في المبيع، واقتران البيع بشرط يبيح للبائع استعادة المبيع بعد مدة محددة عند إعادة الثمن مع انتفاع المشتري بالمبيع يجعلان العقد فاسداً، فإذا تعين الثمن في الحالة

الفاسد. وهي تدور حول أصل واحد، هو أن العقد الفاسد مُنعقد ولكنه فائت المعنى من وجه للملازمة ما ليس مشروعاً إياه بحكم الحال مع تصوّر الانفصال في الجملة. أمّا العقد الباطل فغير منعقد ومنعقد شرعاً. فهو فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ٣٠٥).

وعلاوة على التسويغ المنطقي الآنف ذكره فإن الحاجة إلى التقليل من حالات بطلان العقود وفتح الباب لتصحيح العقد الفاسد تبرّر عملاً وجود تمايز بين الفساد والبطلان. ذلك أن العقد الفاسد وإن كان الواجب رفع فساده ولا يسقط حق الفسخ بالإسقاط إلا أنه قابل للتصحيح وذلك بإزالة سبب الفساد.

وهذا الابتداع الحنفي يلتقي مع منهج القانونيين الذين ابتدعوا سبل تصحيح العقد وأعملوها بقدر الإمكان كانتقاص العقد أو تحويله، فيكون من الأولى ألا تغلق باباً يقوم على قواعد راسخة من المنطق والحاجات العملية^(٨٦) من شأنه أن يترك مجالاً لتصحيح عقد قام أصله واختل وصفه.

٣- إن النهي عن التصرف الذي دار عليه الخلاف لا يستلزم دائماً البطلان، ويظهر ذلك إذا كان النهي لوصف غير لازم للعقد، وهو ما يُعبّر عنه بالأمر المجاور للمنهى عنده. فبعض الفقهاء يرى أنه يقتضي عدم المشروعية؛ ويكون غير صحيح نظراً لظاهر النهي. والجمهور منهم يرون صحته مع الكراهة فقط لأجل النهي. ومن ذلك النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا بُدِئَ الصَّلَاةُ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾^(٨٧)، فالنهي في هذه الآية ليس

١- إن الخلل في أركان التصرف يُفضي إلى انعدام ماهيته فيمنع انعقاده. وفي المقابل فإن وجود أركانه سالمة من الخلل، يعني أن ماهيته موجودة ومُعْتَبَرَةٌ شرعاً، فإن خلا الوصف الملازم له من المنع كانت ماهيته كاملة لسلامة الأصل والوصف. أمّا إذا اقترن بالوصف الملازم له نهي من الشارع صارت ماهيته ناقصة، ولو قلنا بأن الخلل في الوصف يسري إلى الأصل لساوينا في النقض بين الماهية الكاملة وبين الماهية الناقصة. فحكمنا بالبطلان في كلتي الحالتين. ولو قلنا بصحة العقد وعدم الفساد مُطلقاً لساوينا بين الماهية الكاملة، الخالية من الخلل أصلاً ووصفاً، وبين الماهية الناقصة، السليم أصلها، المعيبة صفاتها. فالمساواة في كلا الفرضين غير جائزة، إذ ليس من المنطق مساواة التصرف غير الموجود بالموجود أصلاً، ولو كان وصفه معيباً. وليس من المنطق كذلك الاعتراف بصحة الموجود أصلاً الصحيح ووصفاً، ووضع في نفس ميزان التصرف الموجود أصلاً المعيب ووصفاً. إزاء ذلك فإن العقد الفاسد رتبة يفرضها المنطق السليم، إذ لا سبيل إلى تجاوز تبعات المساواة بين وصفين غير متكافئين إلا بفرض رتبة ثالثة تقع بين الصحة والبطلان. وهذا مذهب الحنفية الذي أوجد سلسلة ذات حلقات منطقية ثلاث:

- الحلقة الأولى ما كان مشروعاً بأصله ووصفه فذاك هو الصحيح.
- الحلقة الثانية ما كان غير مشروع بأصله ولا بوصفه فذاك هو الباطل.
- الحلقة الثالثة ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه فذاك هو الفاسد.

٢- توجد فروقات مُعْتَبَرَةٌ بين العقد الباطل والعقد الفاسد تحتمّ التسليم من الناحية المنطقية بوجود مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان، وتؤكد الحاجة للقول بالعقد

(٨٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج (١)، ص ص

١٦٩-١٧٠.

(٨٧) سورة الجمعة، الآية (٩).

بين الفساد والبطلان في بعض المسائل، منها: البيع والقرض والمساقاة (ابن رشد القرطبي، ١٣٩٥هـ، ص ٢٥٠-٢٥١). والشافعية ذكروا فروغاً فرقوا فيها بينهما، وذلك في مسائل البيع والعارية والإجارة والوكالة والقرض وغيرها^(٩١). ولدى الحنابلة تفريق بين الفاسد والباطل في مسائل كثيرة، على اختلاف في سبب التفريق أبرزها مسائل الدليل كالوكالة، والمسائل المختلف في فسادها بين علماء الأمة، كما في الوديعة والشركة والمضاربة^(٩٢).

٥- إن بعض القوانين العربية الحديثة التي استمدت أحكامها بالكلية من الفقه الإسلامي، مثل القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي قد تأثرا بهذا التقسيم الثلاثي، فانفردا بمعرفة العقد الفاسد وبيان أحكامه، بالرغم من المآخذ على هذا المسلك والتي مردّها الرئيس قصور التنظيم^(٩٣). كذلك فإن بعض الفقه

(٩١) ولكن هذا التباين بين الباطل والفساد ليس على أصل الحنفية في تفرقتهم بين المنهي عنه لعينه والمنهي عنه لوصف ملازم له. راجع: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للحال الدين بن حسن الإسني (ت: ٧٧٢)، ط ٢، ١٤٠١هـ بيروت: مؤسسة الرسالة، ص ٥٩.

(٩٢) وقد أحصى ابن اللحام ١٥ مسألة من مسائل الدليل التي اقتضت تخصيصها فتباين فسادها مع بطلانها. راجع: القواعد والفوائد الأصولية لأبي الحسن علاء الدين الحنبلي المعروف بابن اللحام، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، لبنان: المطبعة العصرية، ص ١٥٢ وما بعدها. القواعد الفقهية للحافظ بن رجب الحنبلي، ط ١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، بيروت: دار الكتب العلمية، (ق: ٤٥)، ص ٨٣-٨٤.

(٩٣) أخذ المشرع الأردني - ومن بعده المشرع الإماراتي في مسلك منتقد - بالعقد الفاسد. فقد نصت المادة (١٧٠) مدني أردني - وهي مطابقة للمادة (٢١٢) معاملات مدنية إماراتي - على أن: "العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساد صح. ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقضه. ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون. ولكل من عقديه أورثته حتى فسخته بعد أعذار العاقد الآخر".

لذات البيع ولا لوصف لازم له، ولكنه في شيء آخر وهو الوقت. فلاشتغال بالبيع في هذا الوقت قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء، ولكن ذلك ليس بلازم، إذ قد يبيع ولا يترك الإجابة، كما لو تبايعا وهما في طريقهما إلى الصلاة. وفي المقابل قد يترك الإجابة من غير أن يشتغل بالبيع. ومن ذلك أيضاً النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، ونهيه ﷺ عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب (صحيح البخاري، رقم الحديث: ٥١٤٢). كذلك الشأن في النَّجْش^(٨٨)، وبيع الحاضر للبادي^(٨٩)، وفي تلقي الركبان أو الجلب^(٩٠).

٤- إن مذهب المالكية والشافعية والحنابلة في هذا الخصوص جاء مضطرباً غير منضبط، وكفي للتدليل على هذا الاضطراب القول بأنهم في الوقت الذي رفضوا فيه الإقرار برتبة العقد الفاسد جملة إلا أنهم باينوا في بعض الفروع الفقهية بين العقد الباطل والعقد الفاسد، أو بعبارة أدق خصّصوا هذه الفروع من الأصل العام عندهم بمقتضى الدليل الشرعي. فالمالكية أقاموا تفرقة

(٨٨) وهو أن يزيد الرجل في السلعة وليس له حاجة بها إلا ليغلي ثمنها وينفع صاحبها. أو ليغري غيره فيشتريها. والتغري ليس لازماً لهذه المساومة المخادعة.

(٨٩) وهو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع، ويقول له: لا تبع أنت، أنا أعلم بذلك منك، فيتوكل له ويبيع ويغالي. فتح القدير لابن همام، ج (٦)، ص ٤٧٧. فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا". صحيح البخاري، الحديث رقم (٢٠٥٦).

(٩٠) وهو مبادرة بعض تجار أهل المدينة أو البلد لتلقي الجالين للتجارة، فيشتري منهم ما معهم، ثم يبيع لأهل البلد بالسعر الذي يريده، فهذا مكروه لأنه قد يلبس السعر على الجالين فيشتري منهم بأرخص. وقد يضر بأهل البلدة لأنه نوع من الاحتكار. ولكنه ليس بلازم، ولذلك لم يكن مكروهاً في كل صورته، بل فيما ألحق الضرر بغيره. محمد شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص ٥٥٦.

المطلب الرابع: اختلاف العقد الفاسد عن العقد الباطل

يتشابه العقد الفاسد والعقد الباطل في أمرين رئيسيين: الأول، أن العقد الباطل لا يقبل الإجازة لأنه معدوم كما سنرى لاحقاً. كذلك العقد الفاسد لا يرتفع فسادُه بالإجازة، لأنه ليس للعاقِد إقرار مخالفة نظام الشريعة. وما لم يُزل سبب فسادِه فإنه ينبغي إزالة هذا السبب احتراماً لحكم الشرع. والأمر الثاني: هو أن العقد الباطل لا يسري عليه التقادم، أو مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، وهذا هو شأن العقد الفاسد كذلك الذي يظل مُستحققاً الفسخ شرعاً مهما طال الأمد، ما لم يوجد مانع من موانع الفسخ.

وبالرغم من ذلك إلا أن العقد الفاسد قسم مستقل قائم بذاته يختلف من الناحية الجوهرية عن العقد الباطل، وأوجه الفرقة بينهما أربعة: السبب والنتيجة والنطاق واستحقاق الفسخ.

(٩٥) وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري - رحمه الله: "فإنجاد مرتبة من البطلان هي مرتبة العقد الفاسد، متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل، هو في حد ذاته كسب كبير في الصناعة الفقهية. وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج إليها الآن الفقه الغربي بعد تطوره، فلا ننسى أنها في ذاتها عامل من العوامل المهمة في تطور أي فقه، والاستغناء عنها بعد أن تؤدي مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة. ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفي في تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل؛ بل خلطت بين النوعين، فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباباً لبطلان العقد، ولا يتميز في البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين". مصادر الحق، ج (٤)، ص ١٩٣، ١٠٦.

كذلك الفقيه الصدّة الذي يقول: أن العقد الفاسد يجب أن يأخذ مكانه اليوم في القانون الوضعي لكونه يستجيب لحاجة ملحة في التعامل، فهذه الصناعة الفقهية المحكمة التي انفرد بها المذهب الحنفي يحسن أن نفيده منها. عبدالمنعم فرج الصدّة (١٩٧٠م)، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ص ١٥٠.

العربي^(٩٤) الذي كانت له إسهامات متميزة في القوانين العربية قد امتدح تفرّد الحنفيّة بابتداع العقد الفاسد^(٩٥).

وبالرغم من أن القانون المدني قد امتاز عن غيره من القوانين العربية بأخذه بفكرة العقد الفاسد، إلا أنه عجز عن أن يحاكي الفقه الحنفي في تطبيقه لنظرية العقد الفاسد، فقد اكتفى بتعريفه وبيان بعض أحكامه، مختزلاً تطبيقاته في حالة واحدة تيممة نصت عليها المادة (١/٥٠٦) - المادة (١/٥٣٧) معاملات مدنية إماراتي - وفيها: "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط". أمّا بقية حالات الفساد التي أوردها الحنفيّة فقد أعطاه القانون المدني أحكاماً أخرى، فالإكراه سبب لتوقف العقد، والغرر في وجود محل العقد أو في تعيينه سبب لبطلان، ولم يجعل للربا تأثيراً في العقد، لأنه إذا اشترط في العقد بطل الشرط وصحّ العقد.

وفي رأينا أن هذا الاختزال قد قلل من أهمية نظرية العقد الفاسد، وشكل مطعناً في ريادة القانون المدني الأردني - ومن بعده قانون المعاملات المدنية الإماراتي - واستمداده أحكامه من الفقه الحنفي. وأظهر انقساماً بين هذا القانون ومذكراته الإيضاحية التي بينت المُبرّر العملي لفكرة وجود العقد الفاسد وهو: "الإقلال من حالات بطلان العقد وفتح الباب لتصحيح العقود". فإذا أدركنا أن رجال القانون اليوم يلجؤون إلى كل باب يصححون به العقد بقدر الإمكان، مثل: انتقاص العقد أو تحويله، فأولى ألا نغلق باباً يقوم على قواعد راسخة من المنطق والحاجات العملية من شأنه أن يترك مجالاً لتصحيح عقد صح أصله واختل وصفه. لذلك فإن القانون المدني باعتباره الغرر في العقود عليه سبباً لبطلان لا للفساد كما هو في المذهب الحنفي يكون قد تناقض مع غايته من وجود فكرة العقد الفاسد.

وإزاء هذا تتساءل ماذا بقي من نظرية الفساد؟ هل يجوز اختزال هذه النظرية في تطبيق يقيم؟ لقد كان يلزم أن تأخذ هذه النظرية موقعها ومكانها البارز والمناسب في القانون المدني الأردني لاسيما أنه يعد خطوة جديدة ورائدة في الاستمداد من الفقه الإسلامي ما يجعله قدوة ومثالاً. قارب: أحمد القرالة، موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، مج (١٨)، ع (٧)، (السنة ٢٠٠٣م)، ص ١٤.

(٩٤) ونقص اللفظ هنا على الفقه القانوني دون الفقه الشرعي، لأن الفقهاء الشرعيين المعاصرين، مثل: الإمام محمد أبو زهرة، والشيخ علي الخفيف، والشيخ مصطفى الزرقا والدكتور وهبة الزحيلي وغيرهم الكثير، قد صرّحوا بعمق التفرّد الحنفي وصوابية اتجاهه وصناعته المحكمة.

بالشيء المقبوض بموجب عقد فاسد. وهكذا فإن العقد الفاسد قد يثبت ويستقر إذا ما تعذر فسخه لوجود مانع من موانع الفسخ، أمّا الباطل فلا يستقر أبداً.

يبد أن وجوب الفسخ يثبت بشرطين: أولهما هو بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض. أمّا إذا تغير شكله، كأن كان طحينا فخره أو هلك أو أستهلك فإنه يمتنع الرد، وإن كان الإثم باقياً. وثانيهما: عدم تعلق حق للغير به، ففي العقد الفاسد إذا تعلق به حق الغير لزم وارتفع الفساد، فلو باعه المشتري لآخر أو وهبه له فقبضه الموهوب له امتنع عليه الرد (ابن نجيم، الأشباه، ١٤١٩هـ، ص ص ١٧٨-١٧٩).

٥- إن العقد الفاسد يمكن في نطاق ضيق تصحيحه، وذلك بإزالة الوصف الفاسد. أمّا العقد الباطل فلا سبيل إلى تصحيحه لأنه ولد ميتاً، والميت لا يمكن إحياءه.

المطلب الخامس: خصائص العقد الباطل

إن بطلان العقد لا يعني خلوه بالجملة من خصائص تميزه عن غيره؛ بل إن منشأ هذه الخصائص هو في الحقيقة عدمية هذا العقد. فالعقد الباطل: لا يرتب أثراً، ولا تلحقه الإجازة، ولا يحتاج إلى فسخ، ولا يسري عليه التقادم.

أولاً: العقد الباطل لا يرتب أثراً^(٩٦)

العقد الباطل غير منعقد أصلاً، ولا وجود شرعياً له، وتجاوزاً فإن وجوده يثبت من حيث الصورة فقط، لا من

(٩٦) وقد يقدح في ذهن بعض الفقهاء أو الشراح أن عدم اعتبار العقد الباطل هو حكم شرعي له، فهو حكم سلمي يقابل الحكم الإيجابي الإنشائي في العقد الصحيح، فكيف يصح القول بأن العقد الباطل لا يرتب عليه حكم؟ يجب الشيخ الزرقا بالقول: "والواقع أن هذا نظر صحيح في ذاته، لكن مراد الفقهاء أن العقد الباطل لا ترتب عليه الأحكام والتأثير التي يقررها الشارع الحالة انعقاده واعتباره. ومنشأ الإشكال والاعتراض من تكبير كلمة (حكم) فإنه يوهم نفي أي حكم كان، لا الحكم الخاص المقرر للعقد الصحيح. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج (٢)، ص ص ٧١٥-٧١٦.

١- إن بطلان العقد يعود إلى خلل في مقوماته الأساسية، إمّا في أركانه، العاقدان والمعقود عليه والصيغة، أو في شرائط الانعقاد، ما يعني وجود مخالفة لنظام الشريعة في ناحية جوهرية. أمّا فساد العقد فمرده مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة. يدل على ذلك أسباب الفساد السابق بيانها.

٢- إن العقد الباطل لا وجود له في نظر الشرع، فهو معدوم، ومن ثم لا يصح بحسب الأصل أن يترتب عليه أي أثر. أمّا العقد الفاسد فبالرغم من أن الشارع لا يترتب عليه أثراً شرعية من ذات العقد، أي أنه لا ينشئ التزاماً في ذاته إلا أنه تترتب بعض الأحكام على التنفيذ بمقتضى ذلك العقد، لا على العقد المجرد. أمّا قبل التنفيذ فيجب على العاقدين فسخه والتخلص منه. ويستمر هذا الواجب قائماً إلى أن يتعذر الفسخ، فيسقط واجب الفسخ ويستمر الإثم ملازماً، فإلبيع الفاسد إذا اتصل بالقبض يفيد الملك الخبيث.

٣- إن البطلان يمكن أن يجري في كل أنواع التصرفات الفعلية والقولية، العقدية منها وغير العقدية. أمّا الفساد فمجاله ضيق. فالخفية لا يجرون الفساد في كل العقود، وإنما يقتصرون في العقود المالية التي تُنشئ التزامات متقابلة أو التي تنقل الملكية.

٤- العقد باطل غير موجود في نظر الشرع، فهو في حكم العدم، والمعدوم لا يحتاج إلى فسخ، لأن الفسخ يرد على عقد قائم. وهذا بخلاف العقد الفاسد، وهو عقد موجود وقائم ومستحقّ الفسخ سواء بإرادة المتعاقدين أو بقضاء القاضي إذا علم بأمره، رعاية لأحكام الشرع نظراً لما فيه من الفساد والنهي عنه. لأن إزالة الفساد واجب شرعاً، وبالفسخ يرتفع الفساد (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ٣٠٠). وحق الفسخ يورث، وهو يبقى قائماً ولو بعد التنفيذ حتى يزول سببه، ولا يمنع من ذلك إلا هلاك المعقود عليه أو استهلاكه أو تغير شكله، أو طروء زيادة متصلة غير متولدة من الأصل عليه، أو تصرف القابض

الرجل، وتجب على المرأة العدة من تاريخ المفارقة (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٢، ص ٣٣٥).

٢- ضمان المبيع المقبوض

إذا قبض المشتري المبيع في العقد الباطل فإنه يكون في ضمانه، فإذا تلف أو هلك أو أستهلك فيلزم بمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً. ويضمن كذلك زيادته لحصولها بيده بغير إذن الشرع. وهذا الحكم يُتَّجَرَّج على قاعدة: كل عقد صحيحه الضمان كالبيع ففاسده كذلك يقتضي الضمان، والعكس بالعكس^(١٠٠). ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان فالفساد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفساد كذلك، فالبيع والإجارة موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفساد. والمُرَاد استواء الصحيح والفساد في أصل الضمان^(١٠١). ووجه القول إن المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن، فيكون كالمقبوض على سوم الشراء، والمبيع في العقد الباطل ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء؛ بل هو أولى منه في الضمان (ابن همام، فتح القدير، ج ٦، ص ٤٠٤). فالبيع الباطل وإن كان لا ينتج أثراً بوصفه تصرفاً فلا يفيد الملك، إلا

(١٠٠) أي إن اقتضى صحيحه عدم الضمان كالقراض ففاسده كذلك. والقراض يختلف لإطلاقه اللغوي عن المضاربة، ولكنه متفق معها في المعنى. وقد اختار الحنفية والحنابلة التسمية بالمضاربة. يقول ابن قدامة: "وهذه المضاربة وتسمى قراضاً، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه" (المغني لابن قدامة المقدسي، ج ٧، ص ١٣١-١٣٢). واختار المالكية والشافعية التسمية بالقراض (بداية المجتهد لابن رشد القرطبي، ج ٢، ص ٢٣٦. مغني المحتاج للشربيني، ج ٢، ص ٣٩٩).

(١٠١) مع تباينها في طبيعة هذه الضمان، فالبيع الصحيح مضمون بالثمن. أمّا الفاسد فبالمثل أو القيمة (القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي، ص ٨٦).

حيث المعنى^(٩٧). والعقد الباطل لا تترتب عليه الآثار المقصودة منه سواء تم القبض أو لم يتم، فلا يُملِّك بالعقد الباطل ما يُملِّك بغيره، ففي البيع لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وإن قبضه، ولا يملك البائع الثمن وإن قبضه. فإذا حصل فيه تسليم فيجب الرّد (الكاساني، ١٤٠٦هـ، ج ٥، ص ٣٠٥؛ الدسوقي، ص ٧٠؛ النووي، ص ٣٤٩؛ البهوتي، كشاف القناع، ١٤٠٣هـ، ج ٣، ص ٢٤٥)^(٩٨)، ويجوز لكل منهما أن يجبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد. لأن العقد أصل والأثر فرع، ولا يثبت الفرع والأصل باطل، كما لا يحصل السبب والمسبب غير حاصل^(٩٩).

إن مقتضى بطلان العقد هو فقدان العقد سببية حكمه فلا يترتب عليه أثر من الآثار التي رتبها الشارع على العقد الصحيح. بيد أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، حيث يقرر الفقهاء جواز ترتب بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح على العقد الباطل، ومن ذلك ما يلي.

١- النكاح الباطل

تتجلى أظهر الحالات التي يكون للعقد الباطل فيها بعض الآثار الفرعية في النكاح، فإذا كان النكاح لا يثبت حكمه الأصلي من حلّ الاستمتاع والنفقة والتوارث بحال من الأحوال، غير أنه إذا أعقبه دخول مع وجود شبهة معتبرة في الشرع، فتستحق به المرأة مهراً، ويثبت به نسب الولد من

(٩٧) يقول الكاساني مبيناً حكم العقد الباطل: "ولا حكم لهذا البيع أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة". بدائع الصنائع، ج (٥)، ص ٣٠٥.

(٩٨) المادة (٢١٠) معاملات مدنية إماراتي. المادة (١٦٨) مدني أردني.

(٩٩) تقارير محكمة التمييز: التقرير رقم ٢/١٣٧٩: "منافع العقد الباطل مضمونة على من هي بيده حتى وإن لم يستغلها لأن حكمه حكم المقبوض بطريق الغصب"، رقم القرار ٤٥٧/٤/٣/ب تاريخ القرار ١٤٢٢/١١/٧هـ.

في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"^(١٠٦)، وقاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"^(١٠٧). ومن صور إعمال الكلام حمله على المجاز إذا تعذرت حقيقته. فيعتبر التعبير بالبيع مجازاً عن الهبة، وبالإجارة مجازاً عن الإعارة. والمجاز في العقود معهود حتى في النكاح على خطورة موضوعه.

بقي أن نقول إن انعدام العقد الباطل يترتب عليها نتيجتان تخضنتا قاعدتين معتبرتين:

- القاعدة الأولى: إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه^(١٠٨)، أو إذا بطل المتضمن بطل المتضمن (ابن نجيم، الأشباه، ١٤١٩هـ، ص ٣٣٨-٣٣٩)، فإذا بطل مضمون العقد يبطل أيضاً ما بُني عليه، لأن المبنى على الفاسد فاسد. فلو تبايعا وتمّ التقابض في المبيع والتمن، فأبرأ كل منهما الآخر من كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع، ثم استحق المبيع من يد المشتري، فإنه يرجع بالتمن على البائع، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبنى عليه. كذلك إذا بطل عقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات، لأنها تبع له؛ فالتابع يسقط بسقوط المتبوع، والفرع يسقط إذا سقط الأصل^(١٠٩).

- القاعدة الثانية: إذا بطل العقد بطل ما بُني عليه، أو إذا تبين فساد العقد بطل ما بُني عليه. وهذه القاعدة مبنية على سابقتها، فإذا أبطل البيع فللمتعاقدين أن يتبايعا بعد ذلك، لكن لو أنها لم يتبايعا وأخذ المشتري المبيع ثم باعه فإن البيع الثاني باطل؛ لأن ما بُني على باطل فهو باطل. كذلك إذا تم البيع على رهن أو ضمان، ثم تبين فساد البيع فإن الرهن أو الضمان يبطل أيضاً.

(١٠٦) المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية. المادة (١/٢٥٨) معاملات مدنية إماراتي. المادة (١/٢١٤) مدني أردني.

(١٠٧) المادة (٦٠) من مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٦٠) معاملات مدنية إماراتي. المادة (٢١٦) مدني أردني.

(١٠٨) المادة (٥٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(١٠٩) المادة (٥٠) من مجلة الأحكام العدلية. درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، ص ٥٣-٥٤.

أنه لا يمكن إغفاله كواقعة مادية متى ما اقترن بالقبض. والمشتري قبض المبيع بقصد تحقيق مصلحة له، فلا تكون يده على المبيع يد أمانة. وحيث يقبض العاقد العين لمصلحة له فإنها تكون في ضمانه فتهلك عليه^(١١٠).

ويذهب القضاء السعودي إلى تضمين المشتري منافع العقد الباطل باعتبار حكمه حكم المقبوض بطريق الغصب^(١١١). وظاهر أن هذا الأثر ليس ناشئاً عن ذات العقد الباطل، إنما لأمر خارج عنه (الشاطبي، ١٤٢٥هـ، ص ٢١٩).

٣- انقلاب العقد^(١١٢)

نعني به أن العقد الذي يعتبر باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين، فينصرف إليه، بالرغم من كونه باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه. ومن قبيل ذلك انقلاب عقد البيع الخالي من الثمن عقد هبة. وانقلاب الإجارة الخالية من البدل إعارة، ما لم يتناف ذلك مع غرض المتعاقدين. ويأتي هذا الأثر الاستثنائي للعقد الباطل في بعض الأنظار الفقهية التي جوزته^(١١٣) تنزيلاً على قاعدة: "العبرة

(١٠٢) ونشير إلى أن تضمين المشتري المبيع المقبوض ليست محل اتفاق في المذهب الحنفي الذي يتنازع رأي آخر يذهب إلى أن المبيع يهلك على صاحبه وهو البائع. راجع: بدائع الصنائع للكاساني، ج ٥، ص ٣٠٥.

(١٠٣) قرار محكمة التمييز رقم ٤٥٧/ق/٣ ب. تاريخ القرار: ١٤٢٢/١١/٧هـ. تقارير محكمة التمييز خلال ٥٠ عاماً،

التقرير رقم ١٣٧٩/٢، الإصدار الأول، ج (٢)، ص ٣٣٧.

(١٠٤) وهو النظر القانوني الحديث فيما يُعرف بتحوّل العقد. راجع:

المادة (١٤٤) مدني مصري. المادة (١٤٥) مدني سوري. المادة

(١٤٠) مدني عراقي. المادة (١٩١) مدني كويتي. ولم يتبنّ

القانونان الأردني والإماراتي نظرية تحوّل العقد عملاً بالرأي

الأظهر لدى الحنفية في عدم تجوز انقلاب العقد الباطل، لأن

الباطل معدوم، والانقلاب لا يكون في المعدوم. رد المحتار لابن

عابدين، ج (٤)، ج (٥)، أول كتابي الإجارة والإعارة.

(١٠٥) وانقلاب العقد بهذا المعنى ونحوه ليس محل اتفاق. راجع:

القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي، ص ٦٥-٦٧.

ثانياً: العقد الباطل لا تلحقه الإجازة

الإجازة تصرف انفرادي يقرر بها من ثبتت له إمضاء تصرف قائم متوقف لمساسه بحقه. وهي بهذه الوصف لا تلحق إلا عقداً موجودة قابلاً لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة، كالعقد الموقوف، وهو عقد صحيح معقول الآثار لا ينفذ إلا بالإجازة المعتبرة، فذاك هو عملها الذي ينحصر في إطلاق الآثار المحبوسة من عقابها. وليس بمقدورها إحياء التصرف من عدم. ولما كان العقد الباطل لغو عديم الاعتبار في نظر الشارع، وغير قابل لإنتاج أي أثر فلا يتصور أن ترد عليه الإجازة^(١١١)؛ فالعقد الصادر عن عديم الأهلية، صغيراً كان أو مجنوناً هو عقد باطل، فإذا بلغ الصغير وأجاز العقد فلا تصح إجازته، لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تُصيرُه الإجازة موجوداً.

ثالثاً: العقد الباطل لا يرد عليه الفسخ

إن محل الفسخ هو العقد القائم، فيكون لأحد طرفيه التحلل منه، فإذا لم يُفسخ يبقى ساري الحكم نافذ المفعول. والفسخ قد يكون بإرادة المتعاقد أو بحكم القضاء. والعقد الباطل معدوم شرعاً فلا يرد عليه الفسخ، لأن الغاية من الفسخ إزالة العقد ما يقتضي وجوده أولاً حتى يُصار إلى إزالته. والعقد الباطل غير موجود أصلاً، أي عدم، والمعدوم لا يتصور إزالته. كذلك لا يجوز الحكم بفسخه قضاءً، لأن العقد الباطل لا يجوز الاحتجاج به أمام القضاء، فالقضاء ملزم بعدم الاعتراف بوجوده، وما لا يعترف بوجوده لا يصح الحكم بفسخه.

بناء على ذلك فإن من يتمسك ببطلان العقد لا يحتاج إلى التقدم من القضاء بطلب إبطاله، ببطلان العقد لا يكون في

طلب، وإنما يُثار في صورة دفع. ولكنه قد يضطر إلى رفع دعوى بطلب الحكم ببطلان العقد الباطل في بعض الحالات، لاسيما إذا تمّ تنفيذ هذا العقد، وعندئذ يقضي القاضي ببطلان العقد لا يبطله، فيقرر أن هذا العقد باطلاً من أصله. ويكون حكمه كاشفاً للبطلان لا منشئاً له.

وما دام أن العقد الباطل لا يصح الاحتجاج به أمام القضاء فإن على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلب إليها ذلك^(١١٢)، لأن الباطل إذا كان لا يحتاج إلى إبطال، فإن تقرير بطلانه عند التمسك به لا يتوقف على طلب كما قدمنا.

رابعاً: العقد الباطل لا يسري عليه حكم التقادم

إن التصرف الباطل لا ينقلب صحيحاً مهما تقادم عليه الزمان. ولا يحل لأحد، عاقداً كان أو من الأغيار أن ينتفع بحق غيره نتيجة تصرف باطل ما دام يعلم بذلك، ذلك أن حكم القاضي لا يُجَلُّ حراماً. بيد أن استقرار المعاملات وتوفير الطمأنينة في المراكز القانونيّة يتطلب دائماً العمل بسرعة الفصل في المنازعات، حتى إذا تقادم على الحق وقت يختلف بحسب الأحوال حُكم بمنع سماع المطالبة به. أمّا الحق ذاته فلا يسقط بمرور الزمان^(١١٣).

والتقادم أو مرور الزمن المانع من سماع الدعوى لا يسري على العقد الباطل، لأن الباطل معدوم، والعدم لا ينقلب وجوداً بطول الأمد. فلو أن البائع رفع دعوى طالباً إلزام المشتري بتسليم المبيع ودفع الثمن، فإن للمشتري الذي لم يكن قد قبض المبيع وأدى الثمن أن يدفع دعوى البائع ببطلان البيع. وفي المقابل لو رفع المشتري دعوى على البائع طالباً إلزامه بتسليم المبيع بعد طول مدة فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع. ويقبل من كل

(١١١) المادة (٢/٢١٠) معاملات مدنية إماراتي. المادة (٢/١٦٨) مدني أردني.

(١١٢) يقول ابن نجيم: "الحق لا يسقط بتقادم الزمان، فذفاً أو قصاصاً أو لعاناً أو حقاً للعبد". الأشباه والنظائر، ص ١٨٨.

(١١٠) المادة (٢١٠) معاملات مدنية إماراتي. المادة (١٦٨) مدني أردني. والحكم نفسه وعلته ذاتها نجدهما في العقد الفاسد، فهو عقد منهي عنه. والأصل فيه ألا ينتج أثراً فلا تلحقه الإجازة، بل يجب فسخه شرعاً.

الخاتمة

تناولت الدراسة التي حملت عنوان: أوصاف العقد في الفقه الإسلامي، موضوعاً على جانب كبير من الأهمية النظرية والعملية. فأوصاف العقد هي تسميات تثبت للعقد بنتيجة إقرار الشارع له أو عدم إقراره. وهي بهذه المنزلة تعدّ النظام القانوني لكل مرحلة يقطعها العقد اعتماداً على استيفاء لمقومات العقد وشروطه. وبثبوت الوصف تثبت الآثار وتترتب الأحكام. وقد زاد من هذه الأهمية أن أوصاف العقد في الفقه الإسلامي قد اختلطت بكتابات وشروحات الفقه القانوني الغربي، وتناقلتها المحاضرون في قاعات الدرس، فبات الخلط بين أوصاف هذا الفقه وذاك شائعاً، واكتنف اللبس والغموض بعضها، وصار التصريح بالترادف بين وصف غربي وآخر إسلامي، أو تشبيه هذا بذاك ذائعاً ومستساغاً على الألسنة.

ابتدأت الدراسة بتمهيد مَحْتَم في ماهية العقد، تعريفاً وتكويناً. أمّا رسمها الأساس فيرتكز على الوصف الرئيس وما يقابله، فجاء المبحث الأول بعنوان: العقد الصحيح، وجاء قسمه - العقد غير الصحيح - في المبحث الثاني. ومن هذين الوصفين انبثقت كافة المسائل الفرعية المتصلة بمسوغات هذا الوصف، والقائلين به، وأسباب الخلاف حوله، ثم في أقسام الوصف ومعانيها وأحكامها.

وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات وهي كما يلي.

أولاً: النتائج

١- يُقسم العقد الصحيح إلى عقد نافذ وعقد موقوف. فالعقد إذا صح نفذ بحسب الأصل، وإذا نفذ رآوح بين حالين: أن يكون لازماً، وهذا هو الأصل. والاستثناء أن يكون غير لازم. وقد شاع خطأ اعتبار العقد اللازم قسماً من أقسام الصحيح يتصل به مباشرة، وهذا محض خلط

منها هذا الدفع برغم تركه الادعاء بالباطل أمداً طويلاً، لأن كل منها في الأصل غير مكلف في الادعاء ببطلان العقد، لما تقدم من أن الباطل لا يحتاج إلى إبطال (الزرقا، ١٤٢٥ هـ، ج ٢، ص ٧٢٥-٧٢٧).

أمّا لو تم تنفيذ العقد الباطل بالتقاضي، ثم رفع البائع دعوى طالباً إلزام المشتري برد العين المبيعة بذريعة بطلان البيع، فإن للمشتري أن يدفع طلب البائع بتقادم العين، دون أن يُسَلَّم بأنه تلقاها منه بشراء باطل^(١١٣). حيث يتعين عندئذٍ أن يقضى برد دعوى الاسترداد إذا مضت المدة المحددة إن وجدت^(١١٤)، وإلا بفوات المدة التي يستشعر القاضي منها إهمال المدعي وتفريطه في حقه. فحق الاسترداد هو الذي يخضع للتقادم فيمنع من سماع الدعوى به وليس بطلان العقد الذي لا يصححه مرور الزمان مهماً طال عليه. وفي النظام السعودي فإن تحديد هذه المدة يقع تحت السلطة التقديرية للقاضي الموضوع ووفق قاعدة: "المفترط أولى بالخسارة". أمّا المادة (٣/١٦٨) من القانون المدني الأردني فقد حددت هذه المدة بمضي ١٥ سنة. ونلاحظ أن صياغة هذا النص لم تكن موفقة حيث جاء فيها: "... ولا تسمع دعوى البطلان بعد مضي خمس عشرة سنة من وقت العقد". فالمراد بالبطلان هو رفع الدعوى بالعقد الباطل لا دفعها. بمعنى أن الادعاء بالبطلان لاسترداد ما قبض بسبب العقد الباطل هو فقط الذي يخضع للتقادم دون الدفع بالبطلان الذي لا يسقط بالتقادم مهماً طال المدة. أمّا المشرع الإماراتي فقد أحسن صنعاً حيث أضاف إلى عجز النص السابق عبارة: "ولكن لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان العقد في أي وقت"^(١١٥).

(١١٣) لأن شرط إعمال التقادم المانع من سماع الدعوى هو إنكار الحق في تلك المدة، وعدم قيام العذر الشرعي، أي عدم تمكن المدعي من رفع الدعوى خلالها.

(١١٤) وهي في الغالب (١٥) سنة. راجع: المادة (١٤١) مدني مصري. المادة (١٤٢) مدني سوري.

(١١٥) المادة (٣/٢١٠) معاملات مدنية.

والأهم من ذلك أنه يحول دون ترميمه وتصحيحه، وهذا ما تجاوزه نظرية الفساد، فعلاوة على كون العقد الفاسد منتجاً لبعض الآثار إذا تم تنفيذه بالقبض، فإنه عقد قابل للتصحيح متى ما تم رفع سبب الفساد. وهذا الابتداء الحنفي يلتقي مع منهج القانونيين الذين ابتدعوا سبل تصحيح العقد وأعملوها بقدر الإمكان كانتقاص العقد أو تحويله.

٦- يجري الخلط على ألسنة الكثيرين بين مصطلحي: الإلزام واللزوم، فينظر إليهما على أنهما مترادفين. والصواب أن (الإلزام) ومشتقاته يتعلق بإنشاء الواجبات التي يرتبها مصدرها. وأمّا اللزوم فينصرف إلى مكنة المتصرف في الرجوع عن تصرفه، أي فسخه بإرادته المنفردة دون أن يتحمل تبعه ما ينشأ عن ذلك من أضرار.

٧- يُثبِت الفقهاء لعقود المعاوضات المالية على وجه الخصوص وصف اللزوم، ولكنهم يجوّزون فسخه. وهذا القول ينطوي على تناقض بين الوصف وأثره. إذ لا يستقيم القول بأن العقد لازم يقبل الفسخ. فإمّا أنه لازم فلا يقبل الفسخ، وإمّا أنه غير لازم فيقبل الفسخ. والفسخ بالتراضي لا يمنع من ثبوت الحق في الفسخ، لأن الإرادات التي أنشأت بتوافقها العقد يمكنها بالتوافق أيضاً أن تفسخه، فيُعد كأن لم يكن.

٨- يتبنّى كثير من فقهاء القانون وشرّاحه على نطاق واسع وبإصرار أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يقابل العقد القابل للإبطال في القانون، أي الباطل بطلاناً نسبياً. وهذا تشبيه لا يصح؛ لأن العقد الموقوف عقد محتبس الآثار لا ينفذ إلا بالإجازة. أمّا العقد الباطل بطلاناً نسبياً فعقد نافذ مُرتب لآثاره إلى أن يُحكم ببطلانه. فهنا من حيث الحقيقة صورتان متعاكستان تماماً، وآية ذلك عديد الفروق التي تظهر بينهما.

لم نجد له مسوغ. فالعقد لا يكون لازماً أو غير لازم إلا إذا كان نافذاً بداية، وما لم يكن نافذاً فلا يصح البحث في لزومه من عدمه.

٢- إن الحنفية وسَّعوا من الوصف الذي يقابل العقد غير الصحيح ليشمل العقد الفاسد إلى جانب العقد الباطل. فالباطل والفساد مترادفان عند غيرهم، مُتباينان عندهم، فتكون الصناعة الفقهية الحنفية قد ابتدعت وصفاً لم يعرفه السابقون ولا اللاحقون، ذاك هو العقد الفاسد، وهو عقد مشروع في أصله دون وصفه، لكنهم لا يُجرون الفساد في كل العقود، وإنما يقتصرون في العقود المالية التي تُنشئ التزامات متقابلة أو التي تنقل الملكية.

٣- إن جمهور الفقهاء قد انفقوا بلا خلاف بينهم على أن العبادات صحيحة صحيحاً، وباطلها أو فاسدها غير صحيح، فكل عبادة فاسدة، هي باطلة ولا فرق بينهما، لأن العبادات لا يتصور وجودها وجوداً شرعياً مقترنةً بمنهي عنها ملازم لها.

٤- تقوم بين العقد الباطل والعقد الفاسد فروقات مُعتبرة تحتم التسليم من الناحية المنطقية بوجود مرتبة وسطى بين الصحة والبطان، وتؤكد الحاجة للقول بالعقد الفاسد. وهي تدور حول أصل واحد: أن العقد الفاسد مُنعقد يفيد الملك بالقبض، ولكنه فائت المعنى من وجهه للملازمة ما ليس مشروعاً إياه بحكم الحال مع تصوّر الانفصال في الجملة. أمّا العقد الباطل فغير منعقد ومنعدم شرعاً فلا يفيد الملك أصلاً، فهو فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة.

٥- إن الفروقات المهمة القائمة بين الباطل والفساد تُرجّح الانحياز إلى نظرية العقد الفاسد، فقد كان لها دورٌ فعال وكبيرٌ في التقليل من حالات بطلان العقود، وفي الحد من آثاره السلبية، نظراً لأن البطلان يُجرد التصرف من كل آثاره ويجعله في حكم العدم،

العقود اللزوم. وبالبناء على ذلك تخلص إلينا الأوصاف الآتية: إن العقد إما أن غير يكون موجود أصلاً أي معدوم ابتداءً، وهذه مرحلة ما قبل النشوء. وأما ما بعد مرحلة النشوء فيكون موجوداً. والموجود إما أن يكون سليماً أو أن يوجد معتلاً. والسليم هو الصحيح. أما المعتل فإما أن تكون علته في أصل فيكون باطلاً، وفارق بين الموجود المعتل، وبين غير الموجود أصلاً. وإما أن تصيب وصفاً منهياً عنه فيكون فاسداً.

المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم اللغوية

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومي
ثم الحموي، مصر: دار المعارف.
معجم اللغة العربية المعاصر (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ط ١،
القاهرة: عالم الكتب.

ثانياً: المراجع القديمة في الفقه الإسلامي

الإحكام في أصول الأحكام للإمام علي بن محمد الآمدي
(المتوفى: ٦٣١هـ)، ج (١)، ط ١،
(١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، الرياض: دار الصميعي.
الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان للإمام
زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم (المتوفى:
٩٧٠هـ)، ط ١، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، بيروت: دار
الكتب العلمية.
البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن إبراهيم
المعروف بابن نجيم، ط ٢، (د.ت.)، دار الكتاب
الإسلامي.
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر
الكاساني (المتوفى: ٥٨٧هـ)، ط ٢،
(١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، بيروت: دار الكتب العلمية.

٩- إن فكرة العقد الموقوف تفضل فكرة العقد القابل للإبطال من جوانب عدة، حوولاً دون تأثر المراكز القانونية للمتعاقدين وللغير، وحماية للصغير المميز من تصرفاته التي تنطوي على ضرر بمصلحته. وللطرف الآخر في العقد كذلك.

١٠- لم يحظ العقد الفاسد بالأهمية والمكانة التي يستحقها، ولم تتبن أي من القوانين العربية المدنية الحديثة فكرة العقد الفاسد. وإن تجربة القانونين المدني الأردني والمعاملات المدنية الإماراتي في الاستمداد من الفقه الحنفي كانت غير موفقة، حيث لم يُنظما الفساد كما جاء به الحنفية، وإنما اختزلاه في تطبيق يتيم. في حين ألحقوا بقية الحالات بنظم أخرى كالوقف والبطلان.

ثانياً: التوصيات

في نهاية سطور هذا البحث نوصي المنظم السعودي بما هو آت:

- ١- التركيز على إظهار وصف العقد الذي يجب أن يُعطى له في كل تشريع يصدر. وينبغي التصريح باعتماد هذا الوصف الذي يتخذ أحد الأوصاف الثابتة في فقها العظیم، بصياغة تشريعية محكمة جليّة.
- ٢- ينبغي تبني الفقه الحنفي في ابتداعه لفكرة العقد الفاسد، نظراً لموجبات تنظيمها والحاجة العملية لتقليل حالات البطلان وحماية المراكز العقدية لبعض الفئات الأجدر بالرعاية. إن تجربة الاستمداد من الفقه الحنفي، والفقه الإسلامي في عمومه يجب أن تحترم خصوصية هذا الفقه وعمق تجربته وغنى تنوعه وشموله، فليس من العدل أن تكون التجربة مجتزأة، تشوّه أكثر مما تصلح.
- ٣- إعادة صياغة أوصاف العقد يجب أن تتم وفق منهجية تبدأ بالوجود، فإن وجد تبحث في الصحة، فإن صح تبحث في النفاذ، فإن نفذ تبحث في اللزوم. والأصل في

الموافقات لأبي إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، ج (١)، ط ١، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، بيروت: دار الكتب العلمية.

القواعد الفقهية للحافظ بن رجب الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة بالمملكة العربية السعودية، ط ١، (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، بيروت: دار الكتب العلمية.

القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ)، ط ١، (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، بيروت: دار ابن حزم.

ثالثاً: المراجع الحديثة في الفقه الإسلامي

أبو زهرة، محمد (١٩٩٦م). الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. القاهرة: دار الفكر العربي.

الخفيف، الشيخ علي (٢٠٠٨م). أحكام المعاملات الشرعية. ط ١، القاهرة: دار الفكر العربي.

الخفيف، الشيخ علي (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م). التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة. ط ١، القاهرة: دار الفكر العربي.

الزحيلي، وهبة (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م). الفقه الإسلامي وأدلته. ج (٤)، ط ٢، دمشق: دار القلم.

الزرقا، مصطفى أحمد (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م). المدخل الفقهي العام. ط ٢، دمشق: دار القلم.

السنهوري، عبدالرازق (د.ت.). مصادر الحق في الفقه الإسلامي. ط ١، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

شليبي، محمد مصطفى (١٩٨٥م). المدخل في الفقه الإسلامي. ط ١٠، بيروت: الدار الجامعية.

رابعاً: المراجع القانونية

سلطان، أنور (٢٠٠٥م). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. ط ١، عمان: دار الثقافة.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٩٥هـ)، ج (٢)، ط ٤، (١٣٩٥هـ/١٩٧٥م)، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، ج (٣)، مصر: دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه.

درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، طبعة خاصة، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، الرياض: دار عالم الكتب.

رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، ط ٢، (١٩٦٦م)، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

فتح القدير للإمام كمال الدين محمد المعروف بابن المهام الحنفي (المتوفى: ٨٦١هـ)، طبعة دار الفكر.

الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، ط ١، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، بيروت: دار الكتب العلمية.

كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، بيروت: طبعة عالم الكتب.

المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، ج (٩)، طبعة دار الفكر.

المغني لموفق الدين محمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، ط ٣، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، بيروت: دار الكتب العلمية.

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (المتوفى: ٩٧٧هـ)، ط ١، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، بيروت: دار المعرفة.

- السنهوري، عبدالرازق (د.ت.و). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج (١)، مصادر الالتزام.
- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ م.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ م.
- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ م.
- مجلة الأحكام العدلية لعام ١٢٨٦ هـ.
- قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م، وتعديله.
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قذافي باشا.
- مجلة الأحكام الشرعية للشيخ أحمد القاري.

خامساً: المدونات التشريعية

