

بطلان العقد في الفقه الإسلامي

الدكتور/ عبدالحفيظ محمد عيدو رواس قلعه جي
باحث - الجمهورية العربية السورية

ملخص:

تقوم نظرية البطلان في الفقه الإسلامي على أن البطلان ليس هو الإضمحلال والضياع كما هو الحال في اللغة، بل إن العقد الباطل عقد قائم لا يمكن إلغاء اعتباره كلياً، بل إن ألغي في مواطن فإن له مواطن يعتبر فيها.

فأول هذه المواطن التي يعتبر فيها هو تجزؤ البطلان، فإذا جمع في عقد واحد بين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز وأمكن تجزئة الثمن على كل منهما انعقد العقد فيما يجوز وبطل كلياً فيما لا يجوز.

وثاني هذه المواطن ضمان المقبوض في العقد الباطل، فإن العقد الباطل إن لم يكن له وجود شرعي فإن له وجوداً حسيماً، وإذا لم ينتج أثراً كتصرف شرعي فإنه ينتج أثراً كواقعة مادية، فهو إن هلك يهلك على المشتري لا على البائع.

وثالث هذه المواطن في انقلاب العقد، فإن العقد الباطل إذا توافرت فيه شرائط عقد آخر صحيح فإنه يكون صحيحاً وفق العقد الثاني، وهذا ما تحكمه القاعدة الذهبية: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، المجلة م ٣، قاعدة ٢٢ من القواعد التي تقدمت بها إلى منظمة المؤتمر الإسلامي.

وفي عقد النكاح إذا كان العقد باطلاً وأعقبه دخول فإنه يلزم المهر وتثبت العدة في بعض المذاهب ويثبت النسب، وذلك وفقاً للقاعدة «ليس يخلو وطء من مهر أو عقوبة»، القاعدة ٨٩ من القواعد التي تقدم بها الباحث إلى منظمة المؤتمر الإسلامي.

وإن للعقد الباطل نتائج:

أولها بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه وما بني عليه.

وهذا معنى القاعدة «إذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل المتضمن (بالفتح)»، المجلة م ٥٢، القاعدة ١٦ من القواعد التي تقدمت بها إلى المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

ومنها إذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه وإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها.

ومنها أن العقد الباطل لا يقبل الإجازة. القاعدة ٣٧ من القواعد التي تقدمت بها إلى المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

ومنها أن العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ أمام القضاء بل يستقل أحدهما بفسخه، وذلك لأنه معدوم شرعاً.

ومنها أن العقد الباطل لا يسري عليه حكم التقادم.

ثم تكلمت عن العقد الفاسد وبينت أن العقد الفاسد قبل القبض لا ينتج أثراً، أما بعد القبض فإنه ينتج بعض الآثار، ولقد أزلت في هذا البحث الخطأ الشائع الذي وقع فيه أساطين العلماء من تفرد الحنفية بنظرية الفساد، وبينت أن الإمام زيدا الذي كان معاصراً لأبي حنيفة، رضي الله عنهما، يقول هو أيضاً بنظرية فساد العقد، وبهذا ينتفي انفراد الحنفية بهذا المبدأ.

ثم بينت موقف القانون من نظرية البطلان وقارنته بالفقه الإسلامي.

الباب الأول

بطلان العقد في الفقه الإسلامي

تعريف البطلان لغة واصطلاحاً:

١ - تعريف البطلان لغة:

البطلان في أصل اللغة: الضياع والخسران يقال: ذهب دمه بطلاً، أي هدرًا، والباطل نقيض الحق، وأبطل فلان جاء بكذب وادّعى باطلاً، ومنه قوله تعالى: ﴿وما يبدئ الباطل وما يعيد﴾^(١).

ومنه سمي الشجاع بطلاً لأن الأشداء يبطلون عنده، وقيل هو الذي تبطل عنده دماء الأقران^(٢).

٢ - تعريف البطلان اصطلاحاً:

عرّف البطلان بتعريفات متقاربة فعرفه الغزالي بأنه الذي لا يثمر وإذا أطلق على العقود بشكل خاص فإنه ما تخلف عنه مقصوده^(٣)، وعلى هذا إذا عقد المرء نكاحاً على مجوسية أو منكوحة غيره فنكاحه باطل لأنه تخلف عن مقصوده، إذ لا يحل ذلك الاستمتاع المقصود بعقد الزواج، وكذا إذا بايع الرجل مجنوناً أو باع خمرًا فالعقد باطل لأنه تخلف مقصوده فلم يفد نقل الملكية. وعرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله: هو العقد غير المشروع بأصله ووصفه^(٤).

أما الشاطبي فقد قال: إن البطلان ما يقابل الصحة وله معنيان:

(١) من سورة سبأ، الآية ٤٩.

(٢) لسان العرب مادة بطل.

(٣) المستصفى ٦١/٢.

(٤) فتح القدير ٤٠١/٦، البحر الرائق ٧٥/٦.

أحدهما:

أن يراد به عدم ترتب آثار العمل في الدنيا، وهو يشمل العبادات والعادات. أما العبادات فالمقصود من بطلانها كونها غير مجزئة ولا مبرئة للذمة ولا مسقطه للقضاء، فكذلك نقول: إنها باطلة بهذا المعنى.

وأما العادات فنقول إنها باطلة بمعنى عدم حصول فوائدها شرعاً من حصول أملك واستباحة فروج وانتفاع بمطلوب.

الثاني:

أن يراد بالبطلان عدم ترتب آثار العمل عليه في الآخرة وهو الثواب، ويتصور ذلك أيضاً في العبادات والعادات. فتكون العبادة باطلة بالإطلاق الأول فلا يترتب عليها جزاء لأنها غير مطابقة لمقتضى الأمر بها كالصلاة من غير نية أو ناقصة أو نحو ذلك، وقد تكون صحيحة بالإطلاق الأول ولا يترتب عليها ثواب أيضاً، وذلك كالمتعبد رياء الناس^(١).

والمصدق بالصدقة يتبعها باليمن والأذى وفيه نزل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَبْطُلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْيَمَنِ وَالْأَذَى كَالَّذِي يَنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٢).

وقال تعالى: ﴿لَنْ أَشْرَكَتَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ﴾^(٣). وفي الحديث الشريف عن عائشة رضي الله عنها قالت: أبلغني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده وحجه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب^(٤) على تأويل من جعل الإبطال حقيقة.

(١) قد جعل الشاطبي هذا المثال للباطلة بالإطلاق الأول، وأرى أن تكون من الصحيحة بالإطلاق الأول لأن الرياء محبط للثواب، ولكن الصلاة مسقطه للقضاء مبرئة للذمة فيما أرى والله أعلم.

(٢) سورة البقرة، آية ٢٦٤.

(٣) سورة الزمر، آية ٦٥.

(٤) الحديث رواه الدارقطني كما في نيل الأوطار كتاب البيوع باب من باع سلعة بنسيئة لا يشتريها بأقل مما باعها.

وتكون أعمال العادات باطلة أيضاً بمعنى عدم ترتب الثواب عليها سواء أكانت باطلة بالإطلاق الأول أم لا، فالأول كالعقود المفسوخة شرعاً، والثاني كالأعمال التي يكون الحامل عليها مجرد الشهرة والهوى من غير التفات إلى خطاب الشارع كالأكل والشرب والنوم وأشباهها، والعقود المنعقدة بالهوى ولكنها وافقت الأمر أو الإذن الشرعي بحكم الاتفاق لا بالقصد إلى ذلك فهي أعمال مقررة شرعاً لموافقتها الأمر والإذن لما يترتب عليها المصلحة في الدنيا، فروعها فيها هذا المقدار من حيث وافقت قصد الشارع وتبقى جهة قصد الامتثال مفقودة، فيكون ما يترتب عليه في الآخرة مفقوداً لأن الأعمال بالنيات، والحاصل أن هذه الأعمال كان الباعث عليها مجرد الهوى إن وافقت قصد الشارع بقيت ببقاء حياة العامل، فإذا خرج من الدنيا فنيت بفناء الدنيا وبطلت^(١)، قال تعالى: ﴿من كان يريد حرث الآخرة نزد له في حرثه، ومن كان يريد حرث الدنيا نؤته منها وما له في الآخرة من نصيب﴾^(٢).

٣ - تدرج العقد من البطلان إلى الصحة:

العقد في الفقه الإسلامي يتدرج من البطلان إلى الفساد، ومن الفساد إلى الوقف، ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم، فهناك للعقد في الفقه الإسلامي خمسة أقسام:

١ - الباطل.

٢ - الفاسد.

٣ - الموقوف.

٤ - النافذ.

٥ - اللازم.

(١) الموافقات ١/٢٩٢-٢٩٦.

(٢) سورة الشورى، آية ٢٠.

وكل من الباطل والفساد غير صحيح، وكل من الموقوف والنافذ واللازم عقد صحيح. فالعقود مبدئياً تنقسم إلى عقد صحيح، وغير صحيح، والعقد غير الصحيح إما باطل وإما فاسد، والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ، وإما نافذ غير لازم، وإما نافذ لازم^(١).

(١) البحر الرائق ٦/٧٥.

الفصل الأول

حكم العقد الباطل في الفقه الإسلامي

تحديد سبب البطلان:

سبق أن ذكرنا أن العقد الباطل عند الحنفية ما ليس مشروعاً بأصله ولا وصفه وذكرنا أن العقد يتدرج من البطلان إلى الفساد، وسنرى أن تقسيم العقد إلى باطل وفساد إنما هو اصطلاح حنفي ومشى معهم في ذلك الزيدية.

فما سبب البطلان؟

إن البطلان يعود إلى سبب واحد وهو مخالفة التصرف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية كما يقول الأستاذ مصطفى الزرقا^(١) رحمه الله تعالى.

ما الناحية الجوهرية؟

الناحية الجوهرية كما يقول صاحب البدائع هي شرائط الانعقاد العامة. فإذا فات شرط من شرائط الانعقاد العامة فالعقد باطل^(٢).

وشرائط الانعقاد أنواع؛ بعضها يرجع إلى العاقد، وبعضها يرجع إلى العقد نفسه، وبعضها يرجع إلى مكان العقد، وبعضها يرجع إلى المعقود عليه.

أما الذي يرجع إلى العاقد فنوعان:

أحدهما:

أن يكون عاقلاً فلا ينعقد عقد الصبي والمجنون.

(١) المدخل الفقهي العام، ف٣٤٦.

(٢) البدائع ٣٠٥/٥.

الثاني:

التعدد: فإذا تولى واحد طرفي العقد فالبيع باطل إلا في بيع الوالد مال ابنه الصغير من نفسه عند الحنفية والشافعية، أما المالكية والحنابلة فعندهم في ذلك روايتان، وقد بسطت فيه الكلام عند بحث النيابة في التعاقد^(١).

وأما الذي يرجع إلى العقد نفسه فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم كبيع نتاج النخيل، ومنها أن يكون مائلاً فلا ينعقد بيع الحر، ومنها أن يكون متقوقماً فلا يجوز بيع الميتة والدم، وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فإن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد^(٢).

تجزؤ البطلان:

وبطلان قابل للتجزؤ في نظر فقهاءنا، فقد يكون العقد أو التصرف الواحد بعضه باطلاً وبعضه معتبراً بالنسبة للاحية دون أخرى، ذلك لأن الاعتبار الشرعي قد يتوافر في جزء دون جزء فلا مانع من تجزؤ العوضين.

وبناءً على هذا نص أبو يوسف ومحمد تلميذا أبي حنيفة رحمهم الله على أنه إذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة جاز البيع في الشاة والعبد إذا سمي الثمن لكل منهما، ووجه قولهما إن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القرن^(٣) كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح. وذهب أبو حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى إلى بطلان البيع فيهما، وذلك لأن الحر والميتة لا يدخلان تحت العقد أصلاً لأنهما ليسا بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح فلا يبطل بالشرط الفاسد، أما لو جمع بين عبد ومدبر وبين عبده ومكاتبه وعبد غير صح

(١) البدائع ١٣٥/٥. المبسوط ٣٢/١٩. البحر الرائق ١٦٧/٧. مغني المحتاج ٢/٢٢٥. الخرشي علي خليل ٧٧/٦. المغني ٥/٢٣٧.

(٢) البدائع ١٣٢/٥-١٤٥ مختصراً، وانظر البحر الزخار ٤/٣٨٤.

(٣) يَقْنُ بكسر القاف ومضاعفة النون الموحدة الذي ملك هو وأبواه وعبد المملكة هو الذي ملك وحده دون أحد أبويه. يقال عبد قن وعبدان قنَّ وعبيد قن. النهاية في غريب الحديث.

البيع في العبد بحصته عند أبي حنيفة والصاحبين ولم يصح عند زفر، أما زفر فدليله ما ذكر، وأما الصاحبان فقد تقدم دليلهما، وأما أبو حنيفة فقد فرق بينهما فقال: عبد غيره والمدير يدخلان تحت العقد لقيام المالكية، ولهذا ينعقد البيع في عبد غيره بإجازته، وفي المكاتب برضاه وفي المدير بقضاء القاضي^(١).
أما المالكية والشافعية فلم يفرقوا بين ما يدخل تحت العقد وما لا يدخل فعندهم في جميع ذلك قولان:

أحدهما:

تفريق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز لأنه ليس بإطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لتصحيحه في أحدهما فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقي على حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز.

الثاني:

إن الصفقة لا تفرق فبطل العقد فيهما واختلف في علته فمنهم من قال: يبطل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين في النكاح، ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن، وذلك أنه إذا باع حراً أو عبداً بألف سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعاً بما بقي، وذلك مجهول في حال العقد فبطل كما لو قال: بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم^(٢).

أما الحنابلة فقد فرقوا بين ثلاثة أحوال:

الأولى:

أن يبيع معلوماً ومجهولاً كقوله: بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف درهم، فهذا البيع باطل في كل حال لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط.

(١) فتح القدير ٤٥٦/٦. الزيلعي على الكنز ٦٠/٤.

(٢) المذهب مع المجموع ٣٧٩/٩. القوانين الفقهية ٢٧١.

الثانية:

أن يكون المبيعان مما يقسم عليهما الثمن بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقفيزين^(١) من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ففيه وجهان:

أحدهما:

يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه.

الثاني:

لا يصح فيهما وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين إحداهما: يصح فيهما، والثانية يفسد في الحرة.

الحال الثالثة:

أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد وحر، وخل وخمر، وعبد وعبد غيره، وعبد حاضر وأبق، فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه. وفي الآخر روايتان: نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبيدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبيدين فوجدت أحدهما حراً فلها قيمة العبدین فأبطل الصداق فيهما جميعاً^(٢).

ونلاحظ أن هاتين الروايتين المنقولتين عن أحمد إنما هما حالتان عند أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

أما الشيعة الزيدية فقد نصوا على أنه إذا استحق بعض المبيع فتعيب الباقي بنقصانه ثبت الخيار^(٣)، ومفهومه أنه إذا لم يتعيب فلا خيار له، وبهذا يكونون ممن يجيزون تجزؤ البطلان والله أعلم.

(١) القفيز: هو مكيال بتواضع الناس عليه. (النهاية في غريب الحديث) ويقدر الآن بـ ٢٦,٥ كغ أو ٣٥ لتراً كما حققه الأستاذ محمود فاخوري أستاذ العربية بجامعة حلب.

(٢) المغني ٤/٢٩١-٢٩٢.

(٣) البحر الزخار ٤/٣٧٢.

نتائج البطلان:

إن للبطلان نتيجة أساسية سلبية تجر وراءها نتائج أخرى عدة تتفرع عنها وستبين على الترتيب:

- أ - النتيجة الأساسية السلبية.
- ب - الحالات الاستثنائية بالنسبة إليها.
- ج - النتائج المتفرعة عن النتيجة الأساسية.

أ - النتيجة الأساسية للبطلان:

إن للبطلان نتيجة سلبية عامة وهي:

فقدان التصرف سببته لحكم فلا ينتج أثراً:

اتفق العلماء على أن العقود الباطلة إذا وقعت ولم تفت بأحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أن حكمها الرد، أي أن يرد البائع الثمن والمشتري المثلون، وذلك لأن العقد الباطل ولد ميتاً فلا ينتج أثراً^(١). وقد علل ذلك الكاساني صاحب البدائع بقوله: «إن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة^(٢)».

ب - الحالات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر:

على أن هذا المبدأ العام في النتيجة السلبية للبطلان تشذ عنه حالات يكون فيها للعقد الباطل تأثير في وصف ما ينبنى عليه من فعل فيترتب عليه بعض الآثار الفرعية التي تترتب على حال انعقاده، وذلك في الحالات الثلاث التالية:

أولاً - في ضمان المقبوض في البيع الباطل:

العقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعي فإن له وجوداً حسيماً إذا لم ينتج أثراً كتصرف شرعي فهو ينتج أثراً كواقعة مادية.

(١) بداية المجتهد ١٩٣/٢. البحر الرائق ٧٥/٦. المجموع ٢٦٠/٩. المغني ٢٨٧/٤.

(٢) البدائع ٣٠٥/٥.

فمن ذلك ما لو هلك المبيع في يد المشتري بعد التسليم فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه مضمون على المشتري غير أنهم اختلفوا في كيفية الضمان، فذهب مالك إلى أنه مضمون بالأكثر من الثمن الذي وقع به البيع والقيمة يوم قبضه من بائعه^(١).

أما الشافعية فعندهم في القيمة المعتبرة ثلاثة أوجه:

أصحها:

بالاتفاق أنه تجب القيمة أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب. واستدلوا على ذلك بدليلين:

الأول:

إنه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده فما لم يرده فهو غاصب.

الثاني:

إن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حالة الجناية كما لو أتلفها بالجناية.

الوجه الثاني:

تجب قيمته يوم التلف كالعارية لأنه مأنون في إمساكه.

الوجه الثالث:

تجب قيمته يوم القبض حكاه الشيرازي وآخرون وهو غريب^(٢).

وقد اتفق الحنابلة مع الشافعية في الوجهين الأولين رواية وتصحيحا^(٣).

أما الحنفية فعندهم في هلاك المبيع روايتان:

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك للردير ١٣٧/٤. مواهب الجليل ٣٨١/٤. بداية

المجتهد ١٩٣/٢.

(٢) المجموع ٣٧٠/٩.

(٣) المغني ٢٨٧/٤.

الأولى:

كالجمهور يكون مضموناً وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي^(١)، وذلك لأنه لا يكون أدنى ضمن المقبوض على سوم الشراء.

الثانية:

يكون أمانة وإليه ذهب الشيخ أبو نصر بن أحمد الطواويسى، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وذلك لأن العقد غير معتبر فيبقى مجرد القبض بإذن المالك، والقول الأول قول الصاحبين^(٢).

أما الشيعة الزيدية فقد فرقوا بين أن يكون البطلان لخلل أصاب العاقد كعدم صلاحية المحل، ففي الأول يكون حكمه حكم الغاصب، إذ لا حكم لرضا مالكة فيكون مضموناً وفي غيره يكون أمانة لأنه قبس بإذن مالكة الرشيد^(٣).

ثانياً - في انقلاب العقد:

ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد إلى عقد آخر صحيح، فإن العقد الذي يُعد باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر صحيح، ولا يتنافى مع غرض العاقدين فينصرف إليه وإن عُدَّ باطلاً في موضوعه. وهذا ما تحكمه القاعدة الذهبية «العبرة في العقود للمقاصد والمعنى لا للألفاظ والمباني»^(٤).

وبناء عليه فمن المقرر فقهاً أن الوصاية لا تكون إلا بعد موت الموصى، فإذا أوصى في حياته تكون الوصاية باطلة، ولكن ورد في رواية البزازية في فقه الحنفية أن الوصاية في حال حياته وكالة، والوكالة بعد موته وصاية لأن المنظور إليه المعاني.

(١) المبسوط للسرخسي ٢١/١٣.

(٢) فتح القدير ٤٠٤/٦. البحر الرائق ٧٨/٦.

(٣) البحر الزخار ٣٨٤/٤.

(٤) المجلة مادة ٣، قاعدة ٢٢ من القواعد التي تقدمت بها إلى المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

وفي إجارة البزازية تنعقد الإجارة بقوله: أعرتك هذه الدار شهراً بكذا، وكل شهر بكذا، مع أن العارية هي تملك المنافع بغير عوض، لكن لو قال: أجزتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية، وكذا لو قال: وهبتك منافعها بلا عوض لا تكون عارية. فاستعير لفظ العارية للإجارة دون عكسه وليس هذا خارجاً عن قولهم: الاعتبار للمعاني لأن معنى الإجارة وجد في الإعارة لأنها من التعاور وهو التناوب وهو معنى الإجارة، والإجارة لا تستعار للإعارة لأنها تفيد العوض والإعارة تفيد عدمه^(١).

وكذا نص المالكية على أنه إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا ينبغي فيه الضمان أنه يلزمه أجره المثل في استعماله العارية لأن الشرط يخرج العارية من حكم العارية إلى حكم الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لا يرضى أن يعيرها إلا بأن يخرجها في ضمانه^(٢).

وكذلك نص الشافعية على أنه إذا قال: بعتك بلا ثمن أو لا ثمن لي عليك فقال: اشتريته وقبضه فليس بيعاً وفي انعقاده هبة قولان: تعارض اللفظ والمعنى^(٣).

وكذا نص الحنابلة على أنه إذا قال: بعتك نفع هذه الدار شهراً فإنه ينعقد إجارة^(٤)، مع أن البيع يبطله التوقيت، وهو وجه صحيح عند الشافعية والأصح لا ينعقد بسبب اللفظ^(٥).

وكذلك نص الحنابلة على أنه إذا باعه ما يصح السلم فيه في الذمة صح ومعناه معنى السلم^(٦). ووجه ذلك أن الأعيان لا تقبل التأجيل في البيع، فلما جعله في الذمة بطل العقد، ولكن لما كان هذا العقد قد توافرت فيه عناصر السلم انعقد سلماً، وكذلك نصوا على أنه لو رهنه شيئاً ثم أن له في الانتفاع

(١) البحر الرائق ٦/٢٣١.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣١٤.

(٣) الأشباه للسيوطي ١٦٦.

(٤) كشف القناع ٣/٥٣٩.

(٥) الأشباه للسيوطي، ص ١٦٧.

(٦) المغني ٤/٣٢٩.

به فهو ينقلب إلى عقد عارية. قال القاضي^(١) في خلافه وابن عقيل يصير مضموناً بالانتفاع لأن ذلك حقيقة العارية، وكذلك نصوا على أنه لو أودعه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به، فقد قال القاضي في خلافه وابن عقيل: يصير مضموناً حالة الانتفاع لمصيره عارية حينئذ^(٢).

ثالثاً - في عقد النكاح:

النكاح الباطل لا حكم له قبل الدخول أصلاً، أما بعد الدخول فتترتب عليه أحكام، غير أن هذه الأحكام مختلف فيها بين المذاهب الإسلامية.

فأولى هذه الأحكام وجوب المهر، وهذا الحكم متفق عليه بين المذاهب الأربعة، لا أعلم في ذلك خلافاً بينهم^(٣). وذلك وفقاً للقاعدة القائلة: «ليس يخلو وطء من مهر أو عقوبة» القاعدة ٨٩ من القواعد التي تقدمت بها إلى منظمة المؤتمر الإسلامي.

واستدلوا على ذلك بما روى الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له^(٤)، فقد جعل صلى الله عليه وسلم مهر المثل فيما له حكم النكاح الباطل وعلقه على الدخول فدل على أن وجوبه متعلق به^(٥).

(١) المقصود بالقاضي عند الحنابلة وهو محمد بن الحسين بن الفراء الملقب بأبي يعلى القاضي، ولد سنة ٣٨٠ هـ وتفقّه على ابن حامد وولي القضاء في الحريم ثم أضيف إليه حران وحلوان، أهم مصنفاته أحكام القرآن، الرد على الكرامية، الأحكام السلطانية، توفي سنة ٤٥٨ هـ. انظر طبقات الحنابلة لولده أبو محمد بن الحسين بن الفراء، مختصراً من ص ١٩٣ إلى ص ٢١٦، مطبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ٢٨.

(٣) البدائع ٢/ ٢٣٥. أسنى المطالب ٣/ ١٢١. شرح التحفة ١/ ٢٧٢. المغني لابن قدامة ٣٤٣/ ٧ و ٣٤٥.

(٤) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي: حديث حسن، انظر نصب الراية كتاب النكاح باب الأولياء والأكفاء.

(٥) البدائع ٢/ ٢٣٥.

وأما المختلف فيه فهو ثبوت النسب، فذهب الشافعية إلى ثبوت النسب في النكاح الفاسد مطلقاً^(١). وذهب الحنابلة إلى عدم ثبوت النسب في النكاح الباطل مطلقاً^(٢).

أما الملكية فقد قيدوا ثبوت النسب في النكاح الباطل بشرطين:

الأول: أن يدرأ الحد عن الزوجين.

الثاني: عدم العلم بالتحريم عند النكاح أو الوطء^(٣).

أما الحنفية فالذي يظهر من فروعهم أنهم يوافقون المالكية في الشرطين كما أنهم يربطون بين وجوب العدة وثبوت النسب، فحيث وجبت العدة يثبت النسب وحيث لم تجب لا يثبت النسب، فقد ذكر في مجمع الفتاوى أنه إن نكح كافر

(١) أسنى المطالب ٣/١٢١.

(٢) المغني ٧/٣٤٥.

(٣) شرح التحفة للتسولي ١/٢٧٨، وقد استثنى من ذلك مسائل أشار صاحب المنهج إلى خمس منها بقوله:

ونسب والحد لن يجتمعا إلا بزوجات ثلاث فاسمعا
مبتوتة خامسة ومحرم وأمتين حرتين فاعلم

فصورة المبتوتة أن يتزوج الرجل المرأة فتلد منه فيقر أنه كان طلقها ثلاثاً وراجعها قبل زوج وهو عالم بحرمة ذلك، وصورة الخامسة أن يتزوج الرجل المرأة فيولدها ثم يقر أن له أربعة نسوة سواها وأنه تزوجها وهو يعلم حرمة الخامسة. وصورة المحرم أن يتزوج المرأة فيولدها ثم يقر أنه كان يعلم حرمتها عليه قبل الوطء بالنسب أو الرضاع، وصورة الأمتين أن يشتري الرجل الأمة فيولدها ثم يقر أنها ممن يعتق عليه بالملك، وصورة الأخرى أن يشتري أمة فيولدها ثم يقر بأنه كان عالماً بتحريمها قبل الوطء، وزيدت على المسائل الأخرى من كان عنده أمة فأولدها ثم أقر أنه غصبها من غيره، ومن اشترى جاريتين بالخيار في إحداهما ثم أقر أنه وطئ إحداهما بعد أن اختار الأخرى، ومن اشترى جارية فوطئها فقال له ربها: ادفع ثمنها فأنكر الشراء وقال: إنها عندي وديعة، فهذه ثلاث مضمومة للخمس المتقدمة، وقد ذكروا في ذلك ضابطاً فقالوا: كل حد ثبت بالإقرار ويسقط برجوعه عنه فالنسب ثابت كالأمثلة المذكورة. انظر شرح التحفة للتسولي ١/٢٧٨.

مسلمة فولدت منه فلا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل. وفي
البزازية حُكي قولان في أن نكاح المحرم باطل أو فاسد. قال ابن عابدين والظاهر
أن المراد بالبطل ما وجوده كعدمه، فلذا لا يثبت فيه النسب ولا العدة في نكاح
المحارم. وفسر القهستاني هذا الفاسد بالبطل ومثلها بنكاح المحارم وبإكراه من
جهتها. وفي باب العدة من الدر المختار لا عدة في نكاح باطل، وفي البحر أن كل
نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة، أما
نكاح منكوحة غيره ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها لغيره، لأنه
لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلاً. فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله في العدة،
ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لأنه زنا كما في القنية وغيرها اهـ. والحاصل
أنه لا فرق بينهما في غير العدة، أما فيها فالفرق ثابت، وعلى هذا فيقيد قول
صاحب البحر هنا ونكاح المعتدة بما إذا لم يعلم أنها معتدة^(١).

ج - النتائج المتفرعة عن النتيجة الأساسية للبطلان:

أولاً - بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه وبطلان ما بني عليه:
وهذا معنى قولهم: «إذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل المتضمن (بافتح)»^(٢).
وبناءً على هذا نص الحنفية على أنه لو أبرأه أو أقر له ضمن عقد فاسد
فسد الإبراء كما في البزازية، وقالوا: التعاطي ضمن عقد فاسد أو باطل لا ينعقد
به البيع، وقالوا: لو أجز الموقوف عليه ولم يكن ناظراً للوقف لم يصح، وإذا أذن
للمستأجر في العمارة فأنفق لم يرجع على أحد، وكان متطوعاً لأن الإجارة لم
تصح فلم يصح ما في ضمنها.

وقالوا: لو جدد المهر لمنكوحته بمهر لم يلزمه لأن النكاح الثاني لم يصح
فلم يلزم ما في ضمنه من المهر، ومنها لو اشترى وقفاً وشرط له شروطاً فإنه
يفتي ببطلان الشروط لبطلان المتضمن وهو شراء الجامع ووقفه فبطل ما في

(١) ابن عابدين ٣/٣٥٠.

(٢) المجلة مادة «٥٢»، القاعدة «١٦» من القواعد التي تقدمت بها إلى منظمة المؤتمر
الإسلامي.

ضمنه، ومنها لو اشترى يمينه بمال لم يحز وكان له أن يستحلفه لأن الشراء لما بطل بطل ما في ضمنه من إسقاط اليمين.

وخرج عند الحنفية عن هذه القاعدة أمور:

منها ما نص عليه في البيوع لو باعه الثمار وأجره الأشجار طاب له تركها مع بطلان الإجارة، فمقتضى القاعدة ألا يطيب لثبوت الإذن ضمن الإجارة.

ومنها لو صالح الشفيع بمال لم يصح، لكن كان إسقاطاً للشفعة مع أن المتضمن للإسقاط صلحه وقد بطل ولم يبطل ما في ضمنه.

ومنها ما لو باع شفيعه بمال لم يصح وسقطت فقد بطل المتضمن ولم يبطل المتضمن.

ومنها ما لو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت لم يلزم المال وسقط خيارها فقد بطل التزام المال لا ما في ضمنه^(١).

أما الشافعية فعندهم في ذلك روايتان:

فلقد نصوا على أنه لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى بحيث يعسر أو يتعذر تتبع تلك التصرفات بالنقص، ففي ذلك قولان:

أصحهما:

وبه قال الحنابلة: بطلان التصرفات كلها كما لو كان تصرفاً واحداً لأنه ممنوع من كل تصرف منها^(٢).

الثاني:

للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لتعسر تتبعها بالنقص^(٣).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٩١-٣٩٢، وأنا أرى أن المثال الأخير هو على عكس الاستنادات السابقة، فهنا بطل ما في ضمن الفسخ من المال ولم يبطل الفسخ، فهنا بطل المتضمن بالفتح ولم يبطل المتضمن بالكسر والله تعالى أعلم.

(٢) المجموع ٢٦٠-٢٦١/٩. المغني ٢٨٧/٤.

(٣) المجموع ٢٦٠-٢٦١/٩.

أما مالك: فعنده في ذلك حالتان: إما أن يفوت العقد الباطل بإحداث عقد أو نماء أو نقصان أو لا، فإن لم تفت فحكمها الرد، وأما إن قبضت وتصرف فيها بعثت أو هبة أو بيع أو غير ذلك فإن ذلك يمنع الرد ويوجب القيمة إلا ما روي عن ابن وهب أنه ليس بفوت^(١).

ثانياً – إذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه وإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها:

وذلك لأن التصرف الفعلي يحدث أثراً مادياً على كل حال سواء أكان التصرف صحيحاً أم باطلاً، وكذا نص فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن البيع الباطل لا يحصل به ملك سواء اتصل بالقبض أم لا ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره^(٢).

أما مالك فعنده في ذلك حالتان قد تقدم ذكرهما^(٣).

ثالثاً – العقد الباطل لا يقبل الإجازة^(٤):

والنظر الفقهي في ذلك أن محل الإجازة إنما هو للمنعقد، فإذا لم ينعقد لا تلحقه الإجازة. فلذا نص الحنفية والشافعية والزيدية على أن الفضولي لو أعتق عبد الصبي أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ^(٥)، وذلك لأن المعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد والصبي ليس أهلاً لذلك، ونص الحنابلة على أنه لو باع ملك غيره بغير إذنه ولو بحضوره وبسكوته لم يصح البيع ولو أجاز المالك بعد^(٦).

(١) بداية المجتهد ١٩٣/٢.

(٢) الهداية بأعلى فتح القدير ٤٠٤/٦. الفتاوى الخانية بهامش الهندية ١٣٣/٢. المغني ٢٨٧/٤. المجموع ٢٦٠-٢٦١.

(٣) بداية المجتهد ١٩٣/٢.

(٤) القاعدة ٣٧ من القواعد التي تقدم بها الباحث إلى المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بطلب منه.

(٥) البدائع ١٤٩/٥. المجموع ٢٦٠/٩. البحر الزخار ٣٢٩/٤.

(٦) كشاف القناع ١٤٧/٣.

رابعاً - العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ أمام القضاء:

فلقد نص المالكية على أن العقد الباطل لا يحتاج فسخه إلى الحاكم واختلف في المختلف فيه على ثلاثة أقوال: هل المعتبر في فسخه فسخ السلطان وهو قول محمد أو تراضيهما بالفسخ كفسخ السلطان وهو قول أشهب^(١).

وظاهر قول اللخمي^(٢)، وحكى المازري عن بعض الأسياف أنه قال: على القول إنه يفترق الفسخ إلى حكم حاكم أنه لو حكم المتبايعان رجلاً فحكم بالفسخ لحل ذلك محل حكم القاضي، ولو حكم أحدهما صاحبه فاجتهد فحكم بالفسخ أو اجتهد جميعاً ففسخاً لأجزأهما ذلك، ولكن هذا فيه نظر لأن الحاكم لا يحكم لنفسه، ولكن للاختلاف في تراضيهما بالفسخ هل يحل محل الحكم بالفسخ؟ خلاف مشهور بين ابن القاسم^(٣) وأشهب، وأما إذا غاب أحدهما فإنه يرجع للحاكم ويفسخه، قاله في كتاب التدليس بالعيوب من المدونة فإن لم يجد حاكماً ينظر له في ذلك إما لأنه غير مأمون وإما لأنه غير معين، لذلك فإنه يولى النظر لعدول ذلك الموضع الذي هو به فإن لم يجد فحينئذ ينظر هو في ذلك بما يخلص نفسه من تباعة الآخرين^(٤).

(١) هو أشهب بن عبدالعزيز بن داود بن إبراهيم، وهو من أهل الطبقة الوسطى من أصحاب مالك. وأشهب لقب له. قال الشافعي: ما لقيت أفقه من أشهب. ولد أشهب سنة أربعين ومائة وقيل خمسين ومائة، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ بعد الشافعي بثمانية عشر يوماً. انظر: الديباج المذهب ١/٣٠٧-٣٠٨.

(٢) هو أحمد بن محمد بن زياد اللخمي من بيوت العلم بقردابة يكنى أبا القاسم، سمع من ابن وضاح وغيره كان أكمل الناس أدباً وأقضاهم للحاجة بماله وجاهه، توفي سنة ثنتي عشرة وثلاثمائة وهو يتقلد القضاء والصلاة رحمه الله تعالى.. انظر الديباج المذهب لابن فرحون ١/١٥٦.

(٣) هو عبدالرحمن بن القاسم يكنى أبا عبدالله، روي عن مالك والليث وعبدالعزیز بن الماجشون قال ابن سحنون: توفي ابن القاسم في مصر في صفر سنة إحدى وتسعين ومائتين وهو ابن ثلاث وستين سنة ومولده سنة ثمان وعشرين ومائة. انظر الديباج المذهب ٢/٤٦٨.

(٤) مواهب الجليل ٤/٣٨١.

خامساً - البطلان لا يسري عليه حكم التقادم:

وذلك لأن العقد الباطل معدوم والعدم لا ينقلب موجوداً بطول الأمد. فلو فرض في البيع الباطل مثلاً أن المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاماً ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بتسليم المبيع وأداء الثمن، فإن للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع، وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالباً بتسليم المبيع بعد التقادم فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع ويقبل من كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم. ذلك لأن كلاهما في الأصل غير مكلف بالادعاء والتقاضي لإبطال العقد لأن الباطل لا يحتاج إلى إبطال. وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تم تنفيذه بالتقابض ومضت مدة التقادم ثم رفع البائع الدعوى بعد خمسة عشر عاماً يطلب استرداد المبيع بحجة بطلان البيع، فإن للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنه تلقاها منه بشراء باطل وعندئذ يقضى برد دعوى الاسترداد لأنه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى فيخضع حق الاسترداد للتقادم، لأن ترك الدعوى فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة مدة التقادم يمنع من سماعها فيعد حكم التقادم هنا سارياً على حق الاسترداد لا على بطلان العقد، ومثل ذلك يقال: فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال طالباً باسترداد الثمن لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن فإن للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به^(١). وبذلك ينقطع حق المشتري في استرداد الثمن كما ينقطع حق البائع في استرداد المبيع أبداً.

هذا ما ذكره الأستاذ الزرقا رحمه الله تعالى في المدخل الفقهي العام ولكن العلامة الأستاذ السنهاوري رحمه الله ذكر طريقة أخرى في الاسترداد، وهي طريقة الاستحقاق فقال: وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من

(١) المدخل الفقهي العام، فقرة ٣٦١.

المشتري لا بدعوى بطلان البيع، فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً، فإذا تمسك المشتري بدعوى الاستحقاق بالبيع الباطل دفع البائع ببطلان البيع، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض، ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان. وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع جاز أن يسترده لا بدعوى بطلان البيع ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق، فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل، دفع المشتري ببطلانه، وهو دفع لا يسقط فيتمكن المشتري عن طريق استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ما لم يسقط دعوى الاسترداد ذاتها بالتقادم، إما بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع، وإما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المشتري بحقه في استرداد الثمن^(١).

ثم عقب الدكتور السنهوري على ذلك بقوله:

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان ليس بذي أثر كبير، فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه، أما إذا فقد البائع حقه في استرداد المبيع أو ضاع على المشتري حقه في استرداد الثمن، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد^(٢)، وبهذا يتبين أن ما ذكره العلامة الدكتور السنهوري هو أدق فهماً وأحكم تخريجاً.

(١) مصادر الحق ٤/ ١١١.

(٢) مصادر الحق ٤/ ١١١-١١٢.

الفصل الثاني

العقد الفاسد

تمهيد

تعريف الفساد لغة واصطلاحاً:

تعريف الفساد لغة:

الفساد في اللغة:

البطلان والاضمحلال ويكون بمعنى التغير عن الحال السليمة فهو ضد الصلاح، وهذا الأمر مفسدة لكذا، أي فيه فساد، قال الشاعر:

إن الشباب والفراغ والجدة مفسدة للمرء أي مفسدة

وفي الخبر أن مروان بن عبد الملك أشرف على أصحابه وهم يذكرون سيرة عمر فغاضه ذلك فقال: «أيها عن ذلك فإنه ازراء على الولاة مفسدة للرعية وعدى أيها بعن لأن فيه معنى "انتهوا"^(١)».

تعريف الفساد اصطلاحاً:

إن نظرية الفساد لم يقل بها إلا الحنفية والزيدية، فلذا لا نرى تفرقة بين العقد الباطل والفساد عند غيرهما، فلذا قال السيوطي في الأشباه: الباطل والفساد عندنا مترادفان^(٢). وقال القرافي في الفروق: «الفرق السبعون بين قاعدة النهي الفساد في نفس الماهية وبين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في أمر خارج عنها هذا الفرق بالغ أبو حنيفة في اعتباره حتى أثبت عقود الربا وإفادتها الملك في أصل المال الربوي ورد الزائد، وبالغ قباليته أحمد في إلغاء هذا الفرق حتى

(١) انظر: تاج العروس. وانظر أيضاً: لسان العرب، مادة «فسد».

(٢) الأشباه للسيوطي، ص ٢٨٦.

أبطل الصلاة في الثوب المغصوب والوضوء بالماء المسروق والذبح بالسكين المغصوبة^(١).

بعد هذه المقدمة نذكر تعريف الفساد اصطلاحاً فنقول:

عرف الكاساني من الحنفية والمرتضى من الزيدية الفساد بأنه: «ما خلا من شرط من شرائط الصحة»^(٢).

وعرفه الكمال ابن الهمام وابن عابدين من الحنفية بأنه: «العقد المشروع بأصله لا بوصفه»^(٣).

المطلب الأول

التمييز بين الباطل والفاقد عند الحنفية والزيدية

منشأ نظرية الفساد:

إن نظرية فساد العقد لم يقل بها إلا الحنفية والزيدية كما ذكرنا سابقاً فهذان الاجتهادان وهما للذان قرراها وانفردا بها من بين سائر الاجتهادات الفقهية.

فالعقد عند جمهور المجتهدين بالنسبة إلى وجوده الاعتباري وعدمه إما صحيح وهو المنعقد، وإما باطل أو فاسد وهو غير المنعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد، وقد سبق أن ذكرنا عن السيوطي قوله: «الباطل والفاقد عندنا مترادفان»^(٤).

سبب الاختلاف في مرتبة الفساد:

وسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في مقتضى النهي أهو الفساد أم أن هناك تفصيلاً؟

(١) الفروق للقرافي ٨٢/٢.

(٢) البدائع ٢٩٩/٤. البحر الزخار ٣٨٠/٤.

(٣) فتح القدير ٤٠١/٦. ابن عابدين ٩٩/٤.

(٤) انظر ص ٢٣ من هذا البحث.

فذهب جمهور الفقهاء من أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل وجماعة من المتكلمين إلى أن النهي يقتضي الفساد.

أما الحنفية فقد قالوا: إن مقتضى النهي فتح المنهى عنه شرعاً، والنهي عنه في صفة القبح قسماً: قسم منه قبيح لعينه وقسم منه ما هو قبيح لغيره، وهذا القسم نوعان: نوع منه قبيح لمعنى جاوره ونوع منه قبيح لمعنى اتصل به وصفاً، فصار محصل النهي ثلاثة أنواع:

فمن النوع الأول وهو القبيح لعينه في العقود بيع الملاقيح والمضامين^(١) فإنه قبيح شرعاً لأن البيع مبادلة المال بالمال شرعاً، وهو مشروع لاستئمان المال والماء في الصلب والرحم لا مالية فيه فلم يكن محلاً للبيع شرعاً، وحكم هذا النوع أنه غير مشروع أصلاً لأن المشروع لا يخلو عن حكمة ودون المحلية لا تصور لذلك فيعلم به أنه غير مشروع أصلاً.

ومثال النوع الثاني البيع وقت نداء الجمعة فإنه منهي عنه لما فيه من الاشتغال عن السعي إلى الجمعة بغيره بعدما تعين لزوم السعي، وذلك يجاور البيع ولا يتصل به وصفاً.

وحكم هذا النوع أن يكون صحيحاً مشروعاً بعد النهي من قبل أن القبح لما كان باعتبار فعل آخر سوى البيع لم يكن مؤثراً في المشروع لا أصلاً ولا وصفاً.

وأما النوع الثالث فبيانه في العقد الربا فإنه قبيح لمعنى اتصل بالبيع وصفاً وهو انعدام المساواة التي هي شرط جواز البيع، ولذا قال الحنفية: موجب مطلق النهي فيها تقرير المشروع مشروعاً. وجعل أداء العبد إذا باشرها فاسداً^(٢).

وقد لخص الإمام القرافي في الفروق حجج كل من الفريقين فقال: احتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى بأن النهي إن كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية والمتضمن للمفسدة فاسد، فإن النهي إنما يعتمد المفسد

(١) الملاقيح جمع ملقوح وهو ما في بطن الناقة. والمضامين ما في أصلاب الفحول. وهو جمع مضمون. وفسرهما مالك في الموطأ بالعكس. انظر النهاية في غريب الحديث.

(٢) راجع فيما تقدم: الأحكام للأمدى ١٧٤/٢-١٧٥. العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى الفراء الحنبلي ٤٣٢/٢. أصول السرخسي ٨٠/١-٨٢.

كما أن الأمر يعتمد المصالح كالنهي عن بيع الميتة والخنزير، وتحريره أن أركان العقد أربعة: عوضان وعاقدان فمتى وجدت الأربعة سالمة من حيث الجملة عن النهي فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعاً سالمة عن النهي فيكون النهي إنما يتعلق بأمر خارج عنها ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد عدت الماهية لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها.

فإذا باع سفيه من سفيه خمرًا بخنزير فجميع الأركان معدومة، فالماهية معدومة والنهي والفساد في نفس الماهية، وإذا باع رشيد من رشيد ثوباً بخنزير فقد فقد ركن من الأركان وهو أحد العوضين فتكون الماهية معدومة شرعاً، لا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة موجودة أو اثنين أو أكثر، فإذا باع رشيد من رشيد فضة بفضة فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهي الشرعي، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حاصل لأحد العوضين، فالوصف متعلق بالنهي دون الماهية، فهذا هو تحرير كون النهي في الماهية أو في أمر خارج عنها، وخرج على ذلك جميع عقود الربا وجميع ما هو من هذا الضابط على ما ذكرته في المثال، فمتى وجدت الأركان كلها وأجزاء الماهية فالنهي في الخارج، ومتى كان النهي في جزء من أجزاء الماهية أو في جميع أجزائها فالنهي في الماهية إذا تقرر هذا فقال أبو حنيفة: أصل الماهية سالم عن المفسدة والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز فإن التسوية بين مواطن الفساد والسالم عن الفساد خلاف القواعد فتعين حينئذ مقابلة الأصل بالأصل والوصف بالوصف فنقول أصل الماهية سالم عن النهي، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد النهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمن للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو فقه حسن.

واحتج أحمد بن حنبل رضي الله عنه بأن النهي يعتمد المفاصد ومتى ورد نهي أبطلنا ذلك العقد، وذلك التصرف بجملته فإن ذلك العقد وذلك التصرف إنما

اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف، أما من دونه فلم يتعرض له المتعاقدان فيبقى على الأصل غير معقود عليه فيرد من يد قابضه بغير عقد، وكذلك الوضوء بالماء المغصوب معدوم شرعاً والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً^(١).

المطلب الثاني حكم العقد الفاسد

للعقد الفاسد عند الحنفية والزيدية حكمان:

- ١ - وجوب القيمة لا الثمن عند تعذر الرد.
- ٢ - إباحة التصرفات التي ليس فيها انتفاع بالمعقود عليه.

١ - وجوب القيمة لا الثمن عند تعذر الرد:

ذهب الحنفية والزيدية إلى أن الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات لأنها مثل البيع في المالية إلا أن يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي خصوصاً إذا كان الفساد من جهة المسمى لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن، ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع لأن البيع مبادلة المال بالمال، فإذا لم يذكر البديل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله إن كان من قبيل الأمثال^(٢).

وهل المعتبر القيمة يوم القبض أو يوم الهلاك؟ روايتان عند الحنفية والزيدية، وجه الرواية الأولى، أي الضمان وقت القبض أنه هو وقت الضمان. وجه الرواية الثانية أو يوم الهلاك أنه بالهلاك تنقصر القيمة فتجب حينئذ^(٣).

(١) الفروق للقرافي الفرق السبعون ٨٢/٢-٨٤. وانظر البدائع ٢٩٩/٥.

(٢) البدائع ٣٠٤/٥. فتح القدير ٤٦٨/٦. البحر الزخار ٣٨٢/٤.

(٣) البحر الرائق ١٠١/٦. البحر الزخار ٣٨٢/٤.

٢ - إباحة التصرفات التي ليس فيها انتفاع بالمبيع:

وهنا نجد خلافاً بين الحنفية والزيدية، فالزيدية يبيحون بالقبض في العقد الفاسد كل تصرف إلا الوطاء وثبوت الشفعة.

أما إباحتهم كل تصرف فلأنه قبض بإذن البائع فأشبهه الإباحة. وأما عدم إباحة الوطاء فتعليقه عدم استقرار الملك لتعرضه للفسخ ولا وطاء إلا في ملك مستقر لتشديد الشرع بالفروج بخلاف الهدية، وقد أجاب عن ذلك الإمام المرتضى فقال: ملك الهدية مستقر فافترقا^(١).

أما المسألة الثانية:

وهي ثبوت الشفعة، وهنا يتفق الزيدية مع الحنفية في عدم وجوب الشفعة بالبائع الفاسد واختلفاً في تعليلهما عدم وجوب الشفعة، فذهب الحنفية في تعليل ذلك إلى أن العقد الفاسد وإن كان يفيد الملك للمشتري إلا أن حق البائع لم ينقطع والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك لمشتري، ألا ترى أن مَنْ أقر بيع داره من فلان، وفلان منكر تثبت الشفعة وإن لم يثبت الملك للمشتري لانقطاع حق البائع بإقراره، وهنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة^(٢).

أما الزيدية فعندهم في ذلك تعليلان: الأول كالحنفية. وقد قال الإمام المرتضى: إنه الأولى التعليل الثاني. لأن المبيع الفاسد تجب فيه القيمة، أما الشفعة فلا تجب إلا بالثمن^(٣).

أما الحنفية فقد قالوا: يصح بالعقد الفاسد كل تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين البيع، أما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المبيع كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح أنه لا يحل لأن الثابت بهذا العقد ملك خبيث والملك الخبيث

(١) البحر الزخار ٤/٣٨١.

(٢) البدائع ٥/٣٠٤.

(٣) البحر الزخار ٤/٣١١.

لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرير له وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يفد الملك قبل القبض^(١).

شرط التملك في العقد الفاسد:

اشترط الحنفية والزيدية للتملك بالعقد الفاسد شرطين:

أولهما:

القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرير للفساد لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري وفي التسليم تقرير للفساد وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه تقرير الفساد متناقض.

الثاني:

إن البائع: فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاء عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه^(٢).

حكم إذا ما قبض المبيع بحضرة البائع وهو ساكت:

اختلفت الرواية عند الحنفية في هذا، ذكر في الزيادات^(٣) أنه يثبت به الملك وذكر الكرخي^(٤) في الرواية المشهورة أنه لا يثبت.

(١) البدائع ٣٠٤/٥.

(٢) الفتاوى الهندية ١٤٧/٣. البدائع ٣٠٤/٥. البحر الزخار ٣٨٠/٤.

(٣) الزيادات هي إحدى كتب ظاهر الرواية وهي المبسوط والزيادات والجامع الصغير والسير الصغير والجامع الكبير والسير الكبير وإنما سميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد برواية الثقات، فهي ثابتة عنه إما متواترة وإما مشهورة، وقد نظمها ابن عابدين شعراً وطبعت على غلاف المبسوط للسرخسي. انظر ابن عابدين ٥/١ - ٣٥ و ٧٤.

(٤) هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي، كان مولده سنة ستين ومائتين، ومات سنة أربعين وثلاثمائة، وممن تفقه عليه أبو بكر الرازي الجصاص، وذكر السمعاني أن الكرخي نسبه إلى كرخ قرية من قرى العراق. انظر: الفوائد البهية، ص ١٠٨.

وجه رواية الزيادات أنه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إنزناً بالقبض منه دلالة، مع أن العقد ثابت الدلالة للإنزناً بالقبض لأنه تسليط له على القبض فكأنه دليل الإنزناً بالقبض، والإنزناً بالقبض قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة كما في باب الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه كذا هنا وجه الرواية المشهورة أن الإنزناً بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة، وذلك لأن القبض تقرير للفساد فكان الإنزناً بالقبض إنزناً بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة، وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المانع من القبض^(١)، وعلى ذلك تنتزل القاعدة الفقهية القائلة: «لا ينسب إلى ساكت قول»^(٢).

المطلب الثالث

الآثار التي تترتب على العقد الفاسد

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً قبل القبض، أما بعد القبض فقد تنتج عنه بعض الآثار، فلذا نتكلم في المسائل التالية:

الأولى: العقد الفاسد قبل القبض.

الثانية: العقد الفاسد بعد القبض.

الثالثة: كيفية الفسخ.

الرابعة: ما يبطل به حق الفسخ من التصرفات وما لا يبطله.

المسألة الأولى: العقد الفاسد قبل القبض:

ذهب الحنفية إلى أن العقد الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك فهو واجب الفسخ لأنه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ، فلذا كان كل واحد من

(١) البدائع ٣٠٤/٥-٣٠٥.

(٢) المجلة م٦٧، القاعدة ١٠٢ من القواعد التي تقدمت بها إلى منظمة المؤتمر الإسلامي وبلغت ١٦٤ قاعدة أساسية يتفرع عن بعضها كثير من القواعد كالقواعد التي تؤسس العرف.

العاقدين يملك الفسخ من غير رضا الآخر كيفما كان الفساد لأن العقد الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن الإيجاب والقبول فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط المتعاقدين^(١).

وفرق الزيدية بين ما أجمع على فساده كربا الفضل وبين المعدوم والطير في الهواء فهو لا يفتقر قبل القبض إلى حكم حاكم، إذ لا ملك ولا خلاف، وأما ما لم يجمع على فساده كأَم الولد والزيادة لأجل الأجل فإنه يفتقر إلى قضاء القاضي لقطع الخلاف^(٢).

المسألة الثانية: العقد الفاسد بعد القبض:

أما إذا كان الفسخ بعد القبض فقد فرق الحنفية بين أن يكون الفساد راجعاً إلى أحد البديلين كالبيع بالخمير والخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد، أما إذا لم يكن راجعاً إلى البديل فقد ذكر الإمام الاسبيجاني^(٣) في شرح مختصر الطحاوي^(٤) أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافاً لأن الخلاف الذي لا يرجع إلى البديل لا يكون قوياً لكونه محتملاً للحذف والإسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط ليس غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه، وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال: في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ، وعلى قول محمد

(١) البدائع ٣٠٠/٥. الزيلعي ٦٤/٤.

(٢) البحر الزخار ٣٨٢/٤.

(٣) هو القاضي أحمد بن منصور الاسبيجاني أحد شراح مختصر الطحاوي، كان إماماً متبحراً في الفقه في بلاده على العلماء، ثم رحل إلى سمرقند، كانت وفاته سنة ثمانين وأربعمائة وتسعين ونسبته إلى أسبيجاب بلدة كبيرة من ثغور الترك. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي، ص ٤٢.

(٤) هو الإمام أحمد بن محمد أبو جعفر الطحاوي، ولد سنة تسع وعشرين ومائتين، ومات سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة، له تصانيف جليلة منها أحكام القرآن ومعاني الآثار وشرح الجامع الكبير وشرح الجامع الصغير الفوائد البهية، ص ٣٢.

رحمه الله تعالى حق الفسخ لمن شرط له المنفعة ليس غير، ووجه قول محمد: أن من شرط له المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد وإسقاطه، فلو فسخه الآخر لأسقط حقه عليه، وهذا لا يجوز.

ووجه قولهما أن العقد بذاته غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق في نفسه رفعاً للفساد، وقوله: المفسد ممكن الحذف فنعم لكنه إلى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد، وبه يتبين أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال لحق صاحب الشرط لأن إبطال الحق قبل ثبوته محال^(١). وذهب الشيعة الزيدية إلى أنه بعد القبض يفتقر إلى قضاء القاضي للخلاف في ملكه بالقبض^(٢).

المسألة الثالثة: كيفية الفسخ:

أما ما يكون فسخاً لهذا العقد فيكون فسخه بطريقتين قول وفعل، أما القول فهو أن يقول من يملك الفسخ: فسخت هذا العقد أو نقضته أو رددته ونحو ذلك فينفسخ بالفسخ نفسه ولا يحتاج إلى قضاء القاضي عند الحنفية، أما الزيدية ففيه تفصيل ذكرته فيما تقدم، وكذلك لا يحتاج إلى رضا العاقد الآخر سواء أكان قبل القبض أم بعده لأن هذا العقد إنما استحق الفسخ حقاً لله تعالى لما في الفسخ من رفع للفساد، ورفع الفساد حق لله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الجميع فكان فسخاً في حق الناس كافة فلا تقف صحته على قضاء، أما الفسخ بالفعل فهو أن يرد العاقد الآخر على أي وجه ما ببيع أو هبة أو صدقة أو عارية أو إيداع بأن باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه إياه يبرأ الأول عن الضمان لأنه يستحق الرد على العاقد الآخر، فعلى أي وجه رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية، أو الوديعة فإنه يكون فسخاً^(٣).

(١) البدائع ٣٠٠/٥، الزيلعي ٦٤/٤.

(٢) البحر الزخار ٣٨٢/٤.

(٣) البدائع ٣٠٠/٥.

المسألة الرابعة: ما يبطل به حق الفسخ من التصرفات وما لا يبطله:

لا يبطل الفسخ في العقد الفاسد بصريح الإبطال والإسقاط بأن يقول أبطلت فسخ هذا العقد، أو أسقطته أو أوجبت هذا البيع مثلاً لأن حق الفسخ ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد، وما ثبت حقاً لله تعالى لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً، فيتضمن ذلك سقوط حق الله تعالى بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك وبيان ذلك في مسائل:

منها:

المشتري شراء فاسداً إذا باع المشتري أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة أو المثل لأنه تصرف في محل مملوك فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع الأول على نقضه لأنه حصل عن تسليط منه ويطيب للمشتري الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول لا يطيّب له لأنه ملكه بعقد فاسد.

ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الأول عاد حق الفسخ لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان رفعاً للعقد من الأصل وجعل كأن لم يكن، ولو اشتراه ثانياً وعاد إليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لأن الملك اختلف لاختلاف السبب، فكان اختلاف الملكين بمنزلة العقدين، ولو رهنه المشتري بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد فلو افتكه الراهن ينظر إن كان ذلك قبل القضاء بالقيمة على المشتري، فللبائع أن يسترده لأنه كان مستحق الرد قبل الرهن لعدم لزوم الملك إلا أنه امتنع الرد لعارض الرهن، فإن افتكه قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كأنه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشتري وإن كان بعد ما قضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على المبيع لأنه بالقضاء بالقيمة قد تقرر ملك المشتري. ولزم من وقت وجوده فيعود إليه لازماً والملك اللازم يحتمل الفسخ^(١).

(١) البدائع ٣٠١/٥ - ٣٠٢.

هذا ما ذهب إليه الحنفية، وذهب الزيدية إلى أن المبيع بيعاً فاسداً إذا رهن أو أغير فإنهما ينقضان لبطلان ما ترتبا عليه^(١).

أما إذا أجر المشتري المبيع بيعاً فاسداً فقد ذهب الحنفية إلى صحة الإجارة ولكن لا يبطل حق الفسخ لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً إلا أنها تنفسخ بالعدر ولا عذر أقوى من رفع الفساد فتتفسخ به وسلمت الأجرة للمشتري، ولكن هل تطيب له الأجرة؟ ينظر إن كان قد أدى ضمان القيمة ثم أجر طابت له الأجرة لأن الضمان بدل المضمون قائم مقامه فكانت الأجرة ربح ما قد ضمن، وإن أجر ثم أدى الضمان لا يطيب له لأنه ربح ما لم يضمن^(٢).

وإلى مثل هذا ذهب الشيعة الزيدية فقد نصوا على أنه ليس للحاكم فسخ العقود الصحيحة المترتبة على الفاسد بعد القبض لصحتها إلا الإجارة^(٣).

ولو أوصى صحت الوصية عند الحنفية، ثم إن كان الموصي حياً فللبائع حق الاسترداد لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصي بل محتمل، وإن مات بطل حق البائع لأن الثابت للموصي له ملك جديد^(٤).

أما إذا مات المشتري أو البائع فقد اتفق الحنفية والزيدية على أنه لا يبطل به حق الفسخ فإن مات المشتري فللبائع أن يسترد من ورثته، وكذا إذا مات البائع فلورثته ولاية الاسترداد لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث وإنما هو خلفه قائم مقامه^(٥).

حكم زيادة المبيع في بلد المشتري:

إذا زاد المبيع في يد المشتري فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الفسخ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة

(١) البحر الزخار ٤/٣٨٢.

(٢) البدائع ٥/٣٠٢.

(٣) البحر الزخار ٤/٣٨٤.

(٤) البدائع ٥/٣٠٢. الفتاوى الهندية ٣/١٤٧.

(٥) البدائع ٥/٣٠٢. البحر الزخار ٤/٣٨٢.

والأصل مضمون الرد فكان التبع كذلك، أما إذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل كما إذا كان سويقاً فلتة بالسمن أو العسل فإنها تمنع الفسخ^(١).

حكم النقص في يد المشتري:

أما إذا انتقص المبيع في يد المشتري فإن كان النقص بأفة سماوية فإنه لا يمنع الاسترداد للبائع أن يأخذه مع أرش النقصان، وكذلك النقصان بفعل المشتري أو بفعل المعقود عليه^(٢).

حكم تغير المعقود عليه في العقد الفاسد:

أما إذا كان المعقود عليه ثوباً فقطعه المشتري أو خاطه قميصاً أو بطّنه أو حشاه فقد ذهب الحنفية والزيدية إلى أنه في إبطال به حق الفسخ ويتقرر عليه قيمته يوم القبض، والأصل فيه أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغصوب يقطع حق المالك ببطل حق الفسخ ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل كما إذا كان قطعاً فغزله أو غزلاً فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسماً فعصره أو شاة فذبّحها وشواها وإنما كان كذلك لأن القبض في العقد الفاسد كقبض الغصب، ألا ترى أن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البائع ههنا^(٣).

ولو كان المبيع أرضاً فبنى عليها فذهب أبو حنيفة رحمه الله والزيدية إلى أن ذلك استهلاك يبطل به حق الفسخ وعلى المشتري ضمان قيمتها^(٤). وذهب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يبطل وينقص البناء ووجه قول أبي يوسف ومحمد أن القبض معتبر بقبض الغصب، ثم هناك ينقص البناء فكذا

(١) البدائع ٣٠٢/٥.

(٢) الفتاوى الهندية ١٤٨/٣-١٤٩. بدائع الصنائع ٣٠٣/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٣٠٣/٥. البحر الزخار ٣٨٢/٤.

(٤) فتح القدير ٤٧٠/٦-٤٧١. البدائع ٣٠٤/٥. البحر الزخار ٣٨٣/٤.

هنا، ولأن البناء ينقص بحق الشفيع بالإجماع، وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضاء والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا، فلما نقر بحق الشفيع فلحق البائع أولى: ووجه قول أبي حنيفة والزيدية أنه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لا يخلو إما أن يسترده مع البناء وإما دون البناء لا سبيل إلى الثاني لأنه لا يمكن ولا سبيل إلى الأول لأن البناء من المشتري تصرف حصل بتسليط البائع وأنه يمنع النقص كتصرف البيع والهبة بخلاف الغصب والشفعة لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء، ولذا لا يمنعان نقض البيع والهبة^(١).

المطلب الرابع

أسباب الفساد

إن سبب الفساد يرجع إلى سبب عام وهو: مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة، وهذا السبب العام برز في العقود بصورة عديدة يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد فتعتبر هي السبب المباشر في فساد، وهذه الصور المختلفة للمخالفة الموجبة للفساد منها ما له تأثير مفسد عام في العقود التي يعتريها الفساد ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض، ومن ثم تنقسم أسباب الفساد إلى قسمين: عامة وخاصة.

فأما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة من كتب الفقه ولا مجال لعرضها في هذا البحث العام فلاشتراط الممنوع المسمى بالشرط المفسد يفسد عقود المعاوضات ولا يفسد الهبة، والشئوع يفسد الرهن عند الحنفية ولا يفسد البيع وهلم جرا.

وتلك الأسباب للفساد فيما يظهر بالاستقراء لا تعدو ثلاثة: «الجهالة والغرر والإكراه» على من يرى الإكراه موجباً لفساد العقد لا لوقفه^(٢).

وسنتولى شرح الأسباب الثلاثة العامة فيما يلي إن شاء الله تعالى:

(١) البدائع ٣٠٤/٥. فتح القدير ٤٧١/٦. البحر الرائق ١٠٥/٦.

(٢) المدخل الفقهي العام، ف ٣٧١.

١ - الجهالة:

ذهب الحنفية والزيدية إلى أن الجهالة مفسدة للعقد سواء أكانت الجهالة في مدة الخيار كبعتك هذه السلعة إلى أجل مجهول أم المبيع كقولك بعتك شاة من هذا القطيع أو الثمن كأن قال: اشتريته منك بما قام عليه^(١).

غير أن الحنفية اشترطوا لفساد العقد أن تكون الجهالة مفضية إلى المنازعة، فإن كانت الجهالة لا تفضي إلى المنازعة يفسد العقد، وعللوا ذلك بأنه إذا كانت الجهالة مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك وبيانه في مسائل إذا قال: بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل فالبيع فاسد لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة كتفاحش التفات بين ثوب وثوب فيوجب فساد البيع، فإن عيّن البائع شاة أو ثوباً فسلمه إليه ورضي جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمرأضة^(٢)، وكذا لو قال: بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت فالبيع فاسد، أما لو قال: بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد، وجه القياس أن المبيع مجهول لأنه باع أحدها غير معين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار، ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مسبب الحاجة إلى دفع الغبن فجاز ذلك لتعامل الناس. ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة مع أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى المشتري يأخذ أيها شاء فلا تقع المنازعة^(٣).

ومنها ما لو باع عدداً من المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة فيه أكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة، فإذا عزل ذلك العذر من الجملة وتراضيا عليه فهو جائز لأن الجهالة غير مفضية إلى المنازعة.

(١) البدائع ١٥٦/٥. البحر الزخار ٣٨٠/٤.

(٢) البدائع ١٥٦/٥.

(٣) البدائع ١٥٧/٥.

ومنها إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد، ولكن إذا بين وقال زن لي من هذا الجنب أو من هذا الفخذ يجوز^(١). وذلك لأن الجهالة غير مفضية إلى المنازعة.

٢ - الغرر:

الغرر في اللغة: الخديعة يقال: غرته الدنيا غرورا خدعته بزيبتها^(٢). وفي اصطلاح الفقهاء ما كان له ظاهر بغير المشتري وباطن مجهول^(٣).

ومنه الحديث الشريف أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصة وبيع الغرر^(٤) ويفرق الاجتهاد الحنفي في هذا المقام بين نوعين من الغرر:

الأول:

غرر في أصل المعقود عليه، وذلك يوجب بطلان العقد، وذلك نحو بيع النتائج والمضامين^(٥) وبيع لبن في ضرع وصوف على ظهر غنم وكذلك بيع الملامسة والمنازعة فلا ينعقد البيع في شيء من ذلك للغرر^(٦).

(١) البدائع ١٥٨/٥.

(٢) المصباح المنير.

(٣) النهاية في غريب الحديث.

(٤) رواه الجماعة إلا البخاري، انظر في نيل الأوطار للشوكاني كتاب البيوع باب النهي عن بيع الغرر.

(٥) تقدم شرح الملاحيق والمضامين، انظر ص ٢٥ من هذا البحث.

(٦) الدرر على الغرر ١٧٠/٢ ابن عابدين ١٠٨/٤ - ١٠٩. وقد ورد في الحديث النهي عن هذا، فقد ورد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن حبل الحبله رواه أحمد ومسلم، وفي رواية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حبل الحبله، وحبل الحبله أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت. رواه أبو داود. وفي لفظ كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور إلى حبل الحبله أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت فنهاهم صلى الله عليه وسلم عن ذلك، متفق عليه.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع ثمر حتى يطعم أو صوف على ظهر أو لبن في ضرع أو سمن في لبن رواه الدارقطني، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمنازعة في البيع، واللامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقبله، والمنازعة أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بينهما من غير نظر ولا تراض متفق عليه. انظر: نيل الأوطار كتاب البيوع، النهي عن بيع الغرر.

الثاني:

غرر في وصف العقد وهو يوجب الفساد، وذلك نحو إذا اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لأن عظم البطن أو التحريك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان في وجوده غرر فيفسد العقد^(١).

وكذا لو اشترط أنها تحلب كذا فالعقد فاسد لأنه لا يدري لعل الشرط باطل يعني أن اشتراط مقدار من البيع ليس في وسع البائع إيجاده ولا طريق إلى معرفته فكان شرطاً باطلاً فيفسد به العقد.

وأما لو اشترط أنها حلوب أو لبون فلم يذكر هذا الفصل في ظاهر الرواية، وذكر الكرخي أن هذا ما لو شرط أنها تحلب كذا وكذا سواء لأن اللبن زيادة مال منفصل ولا يكون لبوناً حلوباً إلا به، ولكن الزيادة مجهولة فصار كما لو اشترى على أنها حامل، وذكر الطحاوي أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد كما لو اشترط في العبد أنه كاتب أو خباز، ولأن هذا يذكر على سبيل الوصف لا على سبيل الشرط^(٢).

وكذلك لو اشترى ناقة وهي حامل على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لأن في وجود هذا الشرط غرراً^(٣). وكذلك لو اشترى سمسماً أو زيتوناً على أن فيهما من الدهن كذا أو اشترى حنطة بشرط أن يطحن بها كذا مختوم دقيق، فهذا شرط باطل لا طريق للبائع إلى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد^(٤).

(١) البدائع ١١٨/٥. المبسوط ١٩/١٣.

(٢) المبسوط ١٣/٢٠. البدائع ١٦٩/٥.

(٣) البدائع ١٦١/٥.

(٤) المبسوط ١٣/٢٠.

٣ - الإكراه:

اختلف الرأي عند الحنفية في بيع المكره، فإذا أكره الإنسان على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو بحبس مديد خير بين أن يمتضي البيع أو يفسخ، ويثبت به الملك عند القبض للفساد عند أبي حنيفة وصاحبيه، وذلك لأن الإكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا، والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١). فتفسد عند فوات الرضا، وقال زفر^(٢) رحمه الله تعالى لا يثبت به الملك لأنه بيع موقوف وليس بفاسد، ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الإكراه جاز ولو كان فاسداً لما جاز لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشتري فإنه لا يملك بالقبض^(٣).

هذه هي الأسباب العامة المفسدة للعقد في الاجتهاد الحنفي، وما سوى ذلك فأسباب خاصة ينحصر تأثيرها في بعض العقود، فالشيوخ يفسد الرهن ولا يفسد البيع والتوقيت يفسد البيع وعدمه يفسد الإجارة وعدم التقابض في مجلس العقد يفسد الصرف وعدم قبض رأس مال السلم يفسد السلم إلى غير ذلك مما يرجع معرفته إلى شرائط الصحة في كل عقد^(٤).

(١) سورة النساء، آية ٢٩.

(٢) هو زفر بن الهنوبل بن قيس المصري كان أبو حنيفة يجله ويعظمه ويقول: هو أقيس أصحابي، وعن سليمان بن العطار قال تزوج زفر ودعا إلى عرسه الإمام فالتمس منه أن يخطب فقال: فهذا زفر إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه ونسبه. ولد سنة عشر ومائة. وتوفي سنة ثمان وخمسين ومائة بالبصرة. انظر: الفوائد البهية، ص ٧٥.

(٣) الزيلعي ١٨٢/٥.

(٤) المدخل الفقهي العام، ف ٣٧٦.

الباب الثاني

حكم العقد الباطل في القانون المدني

الفصل الأول

أنواع البطلان

النظرية التقليدية في البطلان:

تجعل النظرية التقليدية العقد الباطل في إحدى مراتب ثلاث: الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي. وقد وجهت انتقادات كثيرة لهذا التقسيم، حيث أنكر بعضهم فكرة الانعدام وجعل الانعدام والبطلان المطلق مرتبة واحدة فرد التقسيم إلى اثنين فقط هما البطلان المطلق والبطلان النسبي كما أن بعضهم رد البطلان إلى مرتبة واحدة هي البطلان المطلق. ونحن نجاري هذا التطور في التقسيم^(١).

١ - التقسيم الثلاثي للبطلان:

النظرية التقليدية في التقسيم الثلاثي للبطلان:

تقسم النظرية التقليدية البطلان إلى مراتب ثلاث: الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي.

فالعقد المنعدم هو ما انعدم فيه ركن من الأركان الثلاثة التي لا بد من قيامها، وهي التراضي والمحل والسبب، فعقد الهازل منعدم وكذلك العقد الصوري لانعدام التراضي والتعاقد على محل غير موجود أصلاً منعدم لانعدام المحل والتعاقد لسبب لا وجود له منعدم لانعدام السبب.

(١) انظر: الوسيط ٤٨٩/١. مصادر الحق ٨٤/٤، ٨٥، ٨٦. الموجز في الالتزامات ١٨٢-١٨٣. نظرية الالتزام العامة، الدكتور ماجد الحلواني ١٨٢/١.

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو ما قامت فيه الأركان الثلاثة، ولكن اختلف فيه شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي، فإن اختلف شرط من شروط وجود التراضي بأن صدر من مجنون أو صبي غير مميز فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً، وإن اختلف شرط من شروط المحل بأن كان المحل غير ممكن أو غير معين أو غير قابل للتعين فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً، وإن اختلف شرط السبب بأن كان التعاقد قائماً على سبب غير مشروع فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو ما اختلف فيه شرط من شروط صحة التراضي، فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية كان باطلاً بطلاناً نسبياً، أي باطلاً من جهة واحدة هي جهة ناقص الأهلية، إذ البطلان قد تقرر لمصلحته. وإذا كان رضا أحد العاقدين مشوباً بعيب بأن وقع هذا العاقد في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً^(١).

انتقاد النظرية التقليدية:

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تفريقها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً، إذ إن هذا التفريق يصطدم مع المنطق ثم إنه لا فائدة فيه.

أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني فهو في الانعدام يستوي والعقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، إذ لا تفاوت في العدم.

وأما أن التفريق بين هذين النوعين من البطلان غير ذي فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم، كلا العقدين لا ينتج أثراً ولا تلحقه الإجازة ولا يرد عليه التقادم، والواقع من الأمر أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق قد أوجده الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج، إذ بدأ هذا الفقه بتقرير قاعدة أساسية هي ألا بطلان في عقد الزواج دون نص

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٨٤/٤-٨٥. الموجز في الالتزامات ١٨٢-١٨٣. الوسيط ٤٨٩/١.

تشريعي يستند إليه، وتلك صيانة لذلك العقد الخطر من الاضطراب والتزعزع، فما لبثت حالات بطلان أن قامت في عقد الزواج وهي حالات لا شك فيها ولكن لم يرد فيها نص تشريعي، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد، وكما إذا تولى العقد من ليس له صفة رسمية في توليه، فأوجد الفقه الفرنسي نظرية انعدام العقد لتغطية هذه الحالات، فإذا كان عقد الزواج واضح البطلان، ولكن لا يوجد نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان قيل إن العقد منعدم وليس باطلاً فحسب وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان في عقد الزواج لا يكون بغير نص أو في القليل قصر هذه القاعدة على عقد الزواج، فإذا سلمنا بأن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق لا أساس له خلص لنا بدلاً من التقسيم الثلاثي للبطلان تقسيم ثنائي يندرج فيه الانعدام بالبطلان المطلق فيكون العقد المتسم بالبطلان إما باطلاً بطلاناً مطلقاً وإما أن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً^(١).

رد البطلان إلى مرتبة واحدة:

لقد تبين لنا أن خيراً من التقسيم الثلاثي للبطلان التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً وباطل بطلاناً نسبياً، لما قدمناه من عيب التفرقة بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً.

بل خير من التقسيم الثلاثي والتقسيم الثنائي معاً من ناحية المنطق المجرد وبصرف النظر عن مقتضيات الصياغة القانونية جعل البطلان جميعه مرتبة واحدة هي مرتبة البطلان المطلق. وذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً (وهو المقابل للعقد الموقوف في الفقه الإسلامي) يمر على مرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو الإبطال ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً.

المرحلة الثانية: يلقي فيها العقد أحد المصيرين:

(١) مصادر الحق ٤/ ٨٥-٨٦. الموجز في الالتزامات، ص ١٨٣. الوسيط ١/ ٤٩٠. نظرية الالتزام، ماجد الحلواني ١/ ١٨٢-١٨٣.

١ - إما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح.

٢ - وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً لا يعدو في ماله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه، فهو إما عقد صحيح على الدوام وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية، والواقع أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تغير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو البطلان المطلق، ومن ثم ليس هناك إلا نوع واحد من البطلان المطلق يندمج فيه البطلان النسبي كما اندمج فيه الانعدام^(١).

يقول الدكتور السنهوري في كتابه نظرية العقد: لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق. بل لا توجد إلا حالتان: الصحة والبطلان المطلق، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان، ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بين الصحة والبطلان المطلق^(٢).

(١) مصادر الحق ٤/٨٨. الوسيط ١/٤٩٠-٤٩١.

(٢) نظرية العقد، ص ٦١٨، هامش رقم (١) نقلاً عن الوسيط ١/٤٩١.

الفصل الثاني

الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان

الآثار العرضية والآثار الأصلية:

العقد الباطل ليس تصرفاً قانونياً، إذ هو كعقد لا وجود له، ولكنه يوجد كواقعة مادية، وهو بهذه الصفة قد ينتج أثراً قانونياً، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العقد باعتباره تصرفاً قانونياً، بل هو أثر عرضي يترتب على العقد باعتباره واقعة مادية على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره تصرفاً قانونياً، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضروب استقرار التعامل وتارة وجوب حسن النية^(١).

المطلب الأول

الآثار العرضية للعقد الباطل

استعراض بعض الآثار العرضية:

قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية، فمن ذلك العطاء التالي في المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء التالي باطلاً، ومن أهم الآثار التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من نظريتين معروفتين إحداهما نظرية انتقاص العقد، والأخرى نظرية تحول العقد^(٢).

انتقاص العقد:

تنص المادة ١٤٣ من التقنين المدني المصري ١٤٤ سوري على أنه إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل

(١) مصادر الحق ٩٨/٤. الموجز في نظرية الالتزام، ص ١٨٨. الوسيط ١/٤٩٥-٤٩٦.

(٢) مصادر الحق ٩٨-٩٩. الوسيط ١/٤٩٦-٤٩٧.

إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

ومن ذلك نرى أنه يجب أن يكون هناك عقد باطل في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى، لأنه لو كان باطلاً في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه مثل انتقاص العقد قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك فتقع القسمة فيما يتعلق بالموقوف باطلة وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك، وهذا ما لم يثبت مَنْ يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف، ويدخل في نطاق هذه القاعدة ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينتقص ما يزيد على هذا الرقم كالاتفاق على البقاء في الشيوع إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات فتتقصر المدة إلى خمس سنوات.

ففي مثل هذه الأحوال ينتقص العقد ما دام قابلاً للتجزئة، أما إذا كان غير قابل لها بأن تبين أن العقد ما كان ليتم بغير شقه الباطل فإن العقد يبطل بأكمله^(١).

تحول العقد:

تنص المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري ١٤٥ سوري على أنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إلا إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

وهذا النص يقرر في عبارة عامة نظرية تحول العقد وهي نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنينان المدنيان المصري والسوري.

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي برغم بطلانه على عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف

(١) مصادر الحق ٩٩/٤-١٠٠. الوسيط ٥٠٠/١. القانون المدني السوري للأستاذ مصطفى الزرقا، محاضرات أُلقيت على طلاب معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٦٩.

الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني ولكنه أنتج أثراً عرضياً لا أثراً أصلياً.

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف أصلي ما يلي:

١ - كميالة لم تستوف الشكل الواجب قانونياً، فتتحول من كميالة باطلة إلى سند دين عادي صحيح.

٢ - عقد بيع في ورقة رسمية يذكر فيه ثمن يكون تافهاً إلى حد أنه لا يصلح ثمناً فيكون باطلاً بيعاً ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة استوفت الشكل الرسمي^(١).

شروط تحول العقد:

ويشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح اجتماع شروط ثلاثة:

١ - أن يكون التصرف الأصلي باطلاً، ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً ولا تصرفاً باطلاً في شق صحيحاً في الشق الآخر، فإذا كان تصرفاً صحيحاً لم يجز أن يتحول إلى تصرف آخر، وإذا كان التصرف باطلاً في شق صحيحاً في الشق الآخر وكان التصرف قابلاً للانقسام لم يكن هناك محل لتحول التصرف بل لانتقاصه فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام فإنه يبطل بأكمله وقد سبق بيان ذلك^(٢).

٢ - أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد^(٣).

٣ - جواز انصراف إرادة المتعاقد المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف

(١) مصادر الحق ١٠١/٤. الوسيط ٤٩٧/٤-٤٩٨. نظرية الالتزام العامة، للدكتور ماجد

الحلواني ٢٠٥/١. القانون المدني السوري، الأستاذ مصطفى الزرقا، ص ١٧٧.

(٢) مصادر الحق ١٠٢/٤. الوسيط ٤٩٩/١. نظرية الالتزام، د. أحمد حشمت أبو ستيت،

ص ٢٠٧. القانون المدني السوري، الأستاذ مصطفى الزرقا، ص ١٧٨.

(٣) الوسيط ٥٠١/١. مصادر الحق ١٠٢/٤-١٠٣. الموجز في الالتزامات، هامش ص ١٨٨

للدكتور السنهوري. نظرية الالتزام في القانون المصري، د. أحمد حشمت أبو ستيت، ص ٢٠٧.

الأصلي، وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية وإلا لما كان هذا تحولاً بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها^(١).

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة السالفة الذكر وقع التحول منذ البداية وانقلب التصرف الأصلي الباطل إلى تصرف صحيح ينتج آثاره القانونية ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضي ولا تزيد مهمة القاضي على أن يقرر أن شروط التحول قد تقرر وأن التحول تم بحكم القانون^(٢).

المطلب الثاني

الآثار الأصلية للعقد الباطل

ما الذي يبرر أن يترتب على العقد الباطل آثاره الأصلية:

قد يرتب القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية لا باعتباره واقعة مادية بل باعتباره تصرفاً قانونياً، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة واحدة، وفي هذا خروج على القواعد العامة يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة احترام الظاهر ولا سيما إذا اصطحب بحسن النية، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل.

ومن ذلك الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً فإنها تقع باطلة، ومع ذلك فقد قضت المادة ٥٤ من القانون التجاري المصري بأنه إذا قضى ببطلان الشركة فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجري وفقاً لشروط الشركة التي قضى بطلانها. ووجه ذلك أن الشركة التي قضى بطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة، ويعد تعامل الغير مع الشركة صحيحاً ويجني الشركاء الربح والخسارة ويقسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل^(٣).

(١) الوسيط ١/٥٠٢. مصادر الحق ٤/١٠٤-١٠٥. نظرية الالتزام، د. أبو ستيت، ص ٢٨٥.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) مصادر الحق ٤/١٠٧. الوسيط ١/٥١٢-٥١٣.

الفصل الثالث

أحكام العقد الباطل

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، أي أن ليس له إلا وجود فعلي فليس له وجود قانوني فلا يبقى إلا أن يتقرر بطلانه ولا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يزول بطلانه بالتقادم.

فنبحث إذن ثلاث مسائل: ١- الإجازة. ٢- التقادم. ٣- تقرير البطلان.

المطلب الأول

الإجازة

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم والعدم لا يصير وجوداً بإجازته ولكن يجوز عمله من جديد. وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة فإن هذا لا يمنع أن يعاد عمله من جديد ويكون بذلك بتوافق إرادتين ويكون تاريخه من تاريخ العقد الجديد لا الباطل^(١).

المطلب الثاني

التقادم

الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم:

لأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بل يبقى معدوماً دائماً، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالّت المدة، فإذا باع شخص أرضاً وكان البيع باطلاً ولم يسلم الأرض للمشتري ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى البطلان لسقوطها بالتقادم، ولكن ما دامت الأرض في

(١) الموجز في الالتزامات ١٩٩. مصادر الحق ٤/١٠٩-١١٠. الوسيط ١/٥١٤. نظرية الالتزام العامة، للدكتور ماجد الحلواني ١/١٩٢-١٩٤. القانون المدني السوري للأستاذ الزرقا، ص ١٨١.

يده ولم يسلمها للمشتري فهو في غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم. حتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم، ولكن بدعوى الاستحقاق وهي لا تسقط أبداً.

فإذا تمسك المشتري في دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل دفع البائع ببطلان البيع، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب، وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان. وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن في بيع باطل وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع جاز أن يسترده لا بدعوى البطلان ولكن بدعوى استرداد ما دفعه دون حق، فإذا تمسك البائع في دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه، وهو دفع لا يسقط فيتمكن المشتري عن طريق استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ما لم يسقط دعوى الاسترداد نفسها بالتقادم^(١).

المطلب الثالث

تقرير البطلان

١ - من يتمسك بالبطلان:

سواء أكان تقرير البطلان بطريق الدعوى أم بطريق الدفع فالذي يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك، على أن وجود المصلحة لا يكفي

(١) مصادر الحق ٤/١١٠-١١١. الموجز في الالتزامات ٢٠٠-٢٠١. الوسيط ١/٥٢٠-

٥٢١. نظرية الالتزام العامة، للدكتور الحلواني ١/١٩٤-١٩٥. القانون المدني السوري

للاستاذ الزرقا، ص ١٨٣-١٨٤.

بل لا بد من وجود حق، فلا يجوز أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره الآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جاره الجديد. والتاجر لا يحق له أن يطلب بطلان شركة ليتخلص من منافستها له في تجارته، ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر في بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان فيستطيع كل من المتعاقدين التمسك بالبطلان، ودائنو البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب بل بطريق مباشر أيضاً، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن، وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة، وذلك بمقتضى حق مباشر لهم، وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الأجرة وكل هؤلاء يطالبون بالبطلان بمقتضى حق مباشر لهم. بل للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني والقاضي لا يستطيع إلا أن يكشف عن ذلك.

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن خمسة وهم:

- ١ - المتعاقدان، ٢ - الدائنون، ٣ - الخلف العام، ٤ - الخلف الخاص، ٥ - القاضي^(١).

٢ - متى يجوز التمسك بالبطلان؟

إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى فلا بد من رفعها خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد وإلا سقطت بالتقادم كما سبق. أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع جاز ذلك في أي وقت، كما يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف^(٢).

(١) مصادر الحق ١١٢/٤-١١٣. الموجز في الالتزامات ١٩٢. الوسيط ١/٥٢٧-٥٢٨.

(٢) مصادر الحق ١١٣/٤. الوسيط ١/٥٢٨.

المطلب الرابع

أثر تقرير البطلان

١ - فيما بين المتعاقدين:

إذا تقرر البطلان زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين إذا استثنينا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية تترتب على العقد الباطل وأرجع كل شيء إلى أصله، وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، وإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه رد المشتري المبيع إلى البائع، ورد البائع الثمن إلى المشتري، أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة فلما كان البائع إنما يرجع إلى المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام، وهي تقضي بأن المشتري إن كان حسن النية، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له فلا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين كأن كان طعاماً فأكله أو ثوباً فخاطه - وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الحالة التي آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف، أما إذا كان المشتري سيئ النية، أي يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك، ولا يعفيه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو في يد البائع كأن كان دابة فهلكت^(١).

٢ - بالنسبة إلى الغير:

ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين بل يتجاوزها إلى الغير، فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها حقاً عينياً رهناً أو حق ارتفاق ثم تقرر بطلان البيع فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، كذلك لو باع المشتري العين من آخر فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني^(٢).

(١) الوسيط ٥٣٤/١. الموجز في الالتزامات ١٩٤-١٩٦. مصادر الحق ١١٤/٤. نظرية

الالتزام العامة، للدكتور الحلواني ١/١٨٩.

(٢) الوسيط ٥٣٨/١-٥٣٩.

الباب الثالث

بطلان العقد بين الشريعة والقانون

١ - تقسيم البطلان في القانون المدني:

قسمت النظرية التقليدية البطلان إلى ثلاثة أقسام:

الانعدام - والبطلان المطلق - والبطلان النسبي.

أما الانعدام: فإنه نظام أوجده الفقه الفرنسي نتيجة نكاح المذكر وهو أمر يتنافى مع الشرائع والقوانين والأخلاق بل يتنافى مع الإنسانية، فلم يبق أمامنا إلا قسمان: البطلان المطلق والبطلان النسبي.

أما البطلان النسبي فقد عدل القانون المصري الجديد والقانون السوري عن هذه التسمية وسمياه العقد القابل للإبطال، وهو يقابل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وهو كما قال الدكتور السنهوري عقد مؤقت يؤول إلى إحدى حالتين: إما البطلان المطلق، وإما الصحة فلم يبق أمامنا إلا نوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق، وهذا القسم هو الذي لا تعرف الشريعة الإسلامية سواه، وذكرنا قول السنهوري في نظرية العقد: لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق بل لا توجد إلا حالتان: الصحة والبطلان^(١).

٢ - الآثار العرضية للبطلان:

من أهم الآثار التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من نظريتين معروفتين إحداهما: انتقاص العقد، والثاني تحول العقد. أما انتقاص العقد: فلقد

(١) راجع ما تقدم من هذا البحث ص ٤٤.

سميها تبعاً لأستاذنا الزرقا رحمه الله بتجزؤ البطلان^(١). ولا مشاحة في المصطلحات، ولقد أفاض الدكتور السنهوري رحمه الله في بيان انتقاص العقد أو تجزؤ البطلان في القانون المدني والشرعية الإسلامية في مصادر الحق فأجاد وأفاد.

٣ - أما تحول العقد:

فقد فتن فقهاء القانون بهذه النظرية العجيبة التي جاءهم بها الألمان في القرن التاسع عشر وعدوها اكتشافاً سحرياً عجيباً كما فتنوا من قبل بالعقد المجرد عن السبب والشكل، ولئن كان للقانونيين عذرهم بهذا الافتتان فإن شيخ القانونيين الدكتور السنهوري رحمه الله غير معذور بهذا وله اطلاع واسع على الفقه الإسلامي وكتابه «مصادر الحق» شاهد صدق على غوصه في أعماق هذا الفقه ولقد أهمل نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي في هذا الكتاب، لكن نظرية تحول العقد قديمة في الفقه الإسلامي وتحكمه القاعدة الذهبية «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» ولقد ورد تطبيق هذه القاعدة، أي قاعدة التحول على لسان صاحب النبوة عليه أفضل الصلاة والسلام في حديث جابر رضي الله عنه. فقد روي عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فضربه النبي صلى الله عليه وسلم فسار سيراً ليس يسير مثله ثم قال: بعينه بأوقية قلت: لا. ثم قال: بعينه بأوقية فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على أثري فقال: أتراني

(١) على أننا نفضل التسمية بتجزؤ البطلان على التسمية بانتقاص العقد، وذلك لأن التعبير بـ «انتقاص العقد» غير مانع فإنه يدخل فيه تفريق الصفقة واستحقاق بعض المبيع، ومعلوم أن استحقاق بعض المبيع ليس جزأؤه البطلان بل جزأؤه الوقف في الفقه الإسلامي وقابلية الإبطال في الفقه الغربي أو البطلان النسبي وكلاهما غير البطلان، أما «تجزؤ البطلان» فإنه تعبير دقيق يدل على الجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز ولا تدخل فيه حالات أخرى فيما نرى، لذلك كانت التسمية بتجزؤ البطلان أدق من الناحية الفنية، على أن أستاذنا الزرقا رحمه الله رجع إلى التسمية بانتقاص العقد في كتابه القانون المدني السوري الذي ألقاه على معهد البحوث والدراسات التابع لجامعة الدول العربية وحبذا لو بقي على تسميته الأولى والله تعالى أعلم.

ماكستك لآخذ جملك ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك فهو لك^(١). قال الخطابي في معالم السنن على أن قصة جابر إذا تأملتها علمت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستوف فيها أحكام البيوع من القبض والتسليم وغيرهما، وإنما أراد أن ينفعه ويهب له فاتخذ بيع الجمل ذريعة إلى ذلك، ومن أجل ذلك جرى الأمر فيها على المساهلة، ألا ترى أنه قد دفع إليه الثمن الذي سماه ورد إليه الجمل يدل على صحة ذلك قوله: أتراني ماكستك لآخذ جملك^(٢)، ولقد تكلم عن هذه النظرية أستاذنا الجليل مصطفى الزرقا رحمه الله في كتابه القيم «المدخل الفقهي العام» عند نظرية البطلان ويبعد جداً ألا يكون الدكتور السنهوري قد اطلع على هذا الكتاب في أثناء تصنيفه «مصادر الحق».

أما العقد المجرد عن السبب والشكل الذي صاغه الألمان في حد زعمهم فلقد سبقهم إلى ذلك الإمام الشافعي وقرر ذلك في كتابه «إبطال الاستحسان» وفي كتاب النكاح من كتاب الأم ونقل نصوصه في رسالتي «سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي» فلتنظر هناك^(٣).

-
- (١) رواه البخاري ١٨٩/٣-١٩٠. مسلم ٣٠/١١-٣١. أبو داود مع معالم السنن ١٤٣/٣. الترمذي ٤/٤٦٠ نقلاً عن رسالتي «سلطان الإرادة».
- (٢) معالم السنن ١٤٣/٣-١٤٤. وانظر فتح الباري ٢/٢٧٤. النووي على مسلم ١١/٣٣٠. نقلاً عن رسالتي سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، ص ٤٦٢.
- (٣) على أن الدكتور السنهوري رحمه الله قد وقع في خطأ آخر، حيث ادعى أن التطور في الفقه الإسلامي في وحدة العقد وعدم تقبله للشروط العقدية في معظم اجتهاداته يشابه التطور في القانون الروماني في وحدة النقد ووحدة الزمان ووحدة المكان. ونقل عن الفقيه الألماني (أهرنج) ما يزكي قوله، وختم ذلك بقوله: (ومن المحقق أن أهرنج لم يتصل بالفقه الإسلامي، ولو كان اتصل به كما اتصل بالقانون الروماني اتصال دراسة وتحقيق لوجد فيه ميداناً خصباً لصدق نظراته في الصياغة القانونية ثم قال: لقد كان (أهرنج) ليس فقيه القانون الروماني فحسب بل فقيه كل النظم القانونية التي لا تقل في الأصاله عن القانون الروماني، لقد كان فقيه القانون العالمي للبشر، وهذا مجد جديد لأهرنج لم يكن يحسب حسابه)، انظر مصادر الحق ٣/١٥٠. ولقد ناقشته في ملحق رسالتي سلطان الإرادة العقدية وبيّنت خطأ في أربعة وجوه أهمها أن التسلسل التاريخي لا يؤيد هذا التطور، وقد سجلت في محاسن الرسالة.

وباستعراض الشروط الثلاثة التي فرضها القانون لتحول العقد وهي:

- ١ - أن يكون التصرف الأصلي باطلاً.
 - ٢ - أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه.
 - ٣ - جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف.
- وبتطبيقها على الأمثلة التي فرضها الفقهاء لتحول العقد وليكن حديث جابر نموذجاً لها تجد أن الشروط الثلاثة تنطبق عليه تمام الانطباق.
- أ - أن يكون التصرف باطلاً، وهو في حديث جابر باطل، وذلك لأن اجتماع العوضين في ملك أحد المتبايعين يبطل العقد.
 - ب - أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه وهو موجود في هذا التصرف وهو إرادة الخير للموهوب له، وتسليم الهبة التي أخذت شكل البيع، وقد تم ذلك في حديث جابر.
 - ج - جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف.
- وقد انصرفت إرادة النبي صلى الله عليه وسلم منذ البداية إلى الهبة، حيث قال: أتراني ماكستك لآخذ جملك؟ خذ جملك فهو لك.

٣ - بالنسبة لأحكام العقد الباطل:

ذكرنا أن هناك ثلاث مسائل تبحث في أحكام العقد الباطل:

أ - الإجازة، ب - التقادم، ج - تقرير البطلان.

أ - الإجازة:

ذكر القانون المدني أن الباطل لا تلحقه الإجازة وكذلك نص الفقه الإسلامي على أن الباطل لا تلحقه الإجازة، وفي هذا اتفاق الفقه والقانون.

ب - التقادم:

فالبيع الباطل معدوم والمعدوم لا يحيا بالتقادم، وهذه نتيجة منطقية تتفق فيها الشريعة والقانون. أما إذا أعقب البيع الباطل تسليم فإن حق الاسترداد حينئذ يسقط بالتقادم وهناك فرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني، وذلك لأن نتائجه منطقية والمنطق لا يختلف فيه الفقه عن القانون.

ج - تقرير البطلان:

ذكر القانون أن كل شخص له مصلحة فله أن يتمسك بالبطلان فإذا كان البطلان عن طريق الدفع جاز في أي وقت كان، وهذا ما عبر عنه الفقهاء المسلمون بأن العقد الباطل لا يحتاج فسخه إلى القضاء.

ـ أثر تقرير البطلان:

ذكر فقهاء القانون أنه إذا تقرر البطلان زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين، فإذا كان العقد بيعاً وتقرر البطلان رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري. وكذلك نص فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن البيع الباطل لا يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أم لا، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه بيع أو هبة.

وبالنسبة لهلاك المبيع في يد المشتري فقد فرق القانون بين أن يكون حسن النية فلا يضمن إلا بقدر ما استهلكه، وأن يكون سيئ النية فإنه يلزم برد قيمة المبيع يوم الهلاك.

أما الفقه الإسلامي فلا نجد فيه هذا التفصيل بل هو مضمون عند الشافعية والمالكية والسرخسي من الحنفية وهو أمانة في رواية عن أبي حنيفة والزيدية وحذا لو استعار الفقه الإسلامي هذا التفصيل من القانون وهو بطبيعته تلفيق حسن بين المذهبين.

أما بالنسبة لأثر تقرير البطلان إلى الغير: فقد نص فقهاء القانون على أنه إذا رتب المشتري على العين التي اشتراها حقاً عينياً ثم تقرر بطلان البيع فإن

البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية، وإذا باع المشتري العين فإن البائع يستردها من المشتري الثاني، وهذا ما عبر عنه الفقهاء المسلمون بالقاعدة الفقهية (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وما انبنى عليه).

وبهذا نجد أن التقارب بين الفقه الإسلامي والقانون جد قريب وحذا لو رجع المشرع إلى أصول عربية بدل الرجوع إلى أصول أجنبية وعسى أن يكون قريباً.

والحمد لله رب العالمين

ملحق

يتعلق ببيان العقد الفاسد ومناقشة من يدعي تفرد الحنفية به.

وبعد فهذه هي نظرية العقد الفاسد في الفقه الإسلامي عرضناها على أحسن وجه نقدر عليه والكمال لله تعالى.

وكان قصدنا إظهار ما في الفقه الإسلامي من عبقرية ونبوغ، حيث جعل بين العقد الصحيح والعقد الباطل مرتبة وسطى.

وجعل لهذه المرتبة آثاراً خصوصاً بعد القبض، حيث منع من نقض البياعات بعد ما تداولته الأيدي، وفي هذا من الفساد وزعزعة التعامل ما لا يخفى، ولقد شهد بذلك فقهاء قانونيون من غير المسلمين.

يقوم الباحث النصراني الأستاذ شفيق شحاته في رسالته النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ما نصه: إن القول بانتقال الملك من المشتري بالقبض في البيع الفاسد هو تصوير حنفي بحت، وهو جوهر نظرية الفساد، وإن المقصود منها في الواقع هو حماية حقوق الغير فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه هذا الغير وليس لمالك الشيء الذي خرج من ملكه بعقد فاسد أن يسترده إذا تداولته الأيدي، إذ لو صح له ذلك لتزعزعت العلاقات التعاقدية.

فأسباب الفساد كثيرة وليس في الفقه الإسلامي طرق لشهر التصرفات فيبقى الغير جاهلاً لعيوب من نقل إليه الملك، فإذا اشترى كان ملكه متقللاً، لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر، وذلك لأنهم عدوا التصرف في العين يطهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف.

انظر: النظرية العامة للالتزامات للأستاذ شفيق شحاته، ف ١٧٢-١٧٣.

هذه المرتبة الوسطى لم تعرفها القوانين الوضعية حتى اليوم.

ولقد قال بهذه النظرية إمامان عظيمان من أئمة المسلمين هما الإمام زيد بن علي بن الحسين ابن بنت رسول الله صلى الله عليهم جميعاً الذي قتل شهيداً، والإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت رضي الله عنه الذي مات سجيناً.

ولقد ذهب جل الباحثين بل كل مَنْ اطّلت عليه منهم إلى أفراد الإمام أبي حنيفة رحمه الله بهذه النظرية، منهم الأستاذ الجليل العلامة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى، حيث يقول في كتابه الملكية ونظرية العقد: «فالحنفية يقسمون العقود من حيث إقرار الشارع لهذا وعدمه إلى ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، والجمهور يقسمون العقود إلى قسمين فقط صحيح وباطل أو فاسد.

فكلمة الفاسد وكلمة الباطل مترادفتان عند الجمهور متباينتان عند الحنفية. انظر: الملكية ونظرية العقد، ص ٣٥٥.

وقال الأستاذ الشيخ علي الخفيف رحمه الله: ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن العقد ينقسم إلى قسمين: صحيح وباطل. وإن شئت قلت: صحيح وفاسد، فلا فرق عندهم بين الباطل والفاسد.

انظر: أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٤٨-٣٥١.

ويقول الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الأموال ونظرية العقد:

«قسمة العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل هو مذهب الأحناف (الصحيح الحنفية)، والعقد عند غير الأحناف (الحنفية) صحيح أو غير صحيح، ويعبرون عن هذا بالفاسد والباطل على حد سواء» انظر: الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى، ص ٤٣٦.

أما العلامة الدكتور السنهوري وأستاذنا الجليل الشيخ مصطفى الزرقا رحمهما الله تعالى، فقد بالغا في حصر نظرية الفساد في الفقه الحنفي ونفياها عن غيره، يقول العلامة الدكتور السنهوري رحمه الله: «العقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفي، أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين

العقد الفاسد والباطل»، مصادر الحق ١٢٦/٤، ويكرس هذا القول فيقول في ص ١٤٦ من الجزء نفسه: «ويتميز العقد الفاسد كمرتبة خاصة في البطلان في المذهب الحنفي دون غيره كما قدمنا».

ويقول أستاذنا الجليل العلامة الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى في كتابه «المدخل الفقهي العام» (إخراج جديد) الذي نقحه بعد خمس وتسعين سنة من عمره المبارك وأخرجه قبل وفاته بأشهر: «إن نظرية الفساد حنفية المنشأ فإن الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة»، انظر: المدخل الفقهي العام، الباب السابع، فصل ٥٤/٢، الطبعة الأولى ١٩٩٨م.

وأنا أرجو الله تعالى أن يكون لهؤلاء الباحثين أجر ولي أجران جزاء ما بحثت ونقبت حتى أثبت أن نظرية العقد الفاسد لها أصل أصيل في الفقه الإسلامي عند إمام قال في أبيه الفرزدق:

منشقة من رسول الله نبعته طابت عناصره والخيم والشيم

إذا رأته قريش قال قائلها إلى مكارم هذا ينتهي الكرم

فداه أبي وأمي ولآبائهم الكرام وأجداده العظام عليهم الصلاة والسلام^(١).

بقي سؤال يطرح نفسه وهو: كيف استطاع الفقه الإسلامي أن يميز القوانين الوضعية في نظرية الفساد ونظرية السبب التي تكلمت عنها في رسالتي «سلطان الإرادة العقدية» وفي غيرها من النظريات؟

مع أن المعروف في عقول البشر أن المتأخر يميز المتقدم ولا عكس؟

والجواب عن هذا من وجهين:

(١) يجوز الصلاة على آل الرسول صلى الله عليه وسلم تبعاً وأنا لست شيعياً ولكن أقول ما قال الشافعي رضي الله عنه:

إن كان رفضاً حب آل محمد فليشهد الثقلان أنني رافضي

أولهما: إن فقهاءنا أخلصوا لله عز وجل فجعل الله تعالى في قلوبهم نوراً وفي عقولهم ضياء فصاروا ينطقون بالحكمة وفصل الخطاب والإخلاص يفعل الأعاجيب ومن جرب عرف.

ثانيهما: إن هؤلاء الفقهاء قد أوتوا من قوة العقل ونضج الفكر وصفاء الذهن وجودة القريحة وسرعة البداهة ما يكاد يجزم أن هؤلاء الناس فوق البشر وتحت الملائكة، ولا أدل على ذلك من حسن تخلصهم أمام الملوك والخلفاء من شبك كان ينصبها لهم علماء السوء المتملقون للسلطة - وما أكثرهم في هذا الزمن - فلا يكتفي الخليفة أن يسكت بل يضحك من قوة حجتهم وسرعة بداهتهم^(١)، هذان الوجهان إن وجدا فقد زال العجب أن يبرز المتقدم منهما المتأخر.

وأخيراً أرجو الله سبحانه وتعالى أن أكون قد وفقت في عرض نظرية العقد الفاسد مع ما يتناسب مع مقام هذين الإمامين العظيمين، فإن كان ذلك فبفضل من الله، وإن يك غير ذلك فحسبي حسن النية، وأنا أسأل الله العظيم أن يرزقنا من الإخلاص مثلما رزقوا، إنه سميع مجيب والحمد لله رب العالمين.

(١) من ذلك أن أحد العلماء ممن يغشون مجالس السلطان قال للخليفة المنصور قاصدا الفتك بأبي حنيفة: يا أمير المؤمنين إن أبا حنيفة يخالف جدك ابن عباس الذي يجيز الاستثناء في اليمين متصلاً ومنفصلاً وأبو حنيفة يقول: لا يجوز إلا متصلاً. فقال أبو حنيفة: يا أمير المؤمنين: إن هذا يزعم أن ليس لك في عنق جدك بيعة يبايعونك ويحلفون بالله أملك فإذا ذهبوا من عندك قالوا إن شاء الله ويتحللون من بيعتهم فضحك المنصور وقال: يا هذا لا تعرض لأبي حنيفة فإنك لست من أئداده. ومن ذلك أن دعاه المنصور ليلي القضاء، فامتنع فحلف المنصور ليلين أبو حنيفة القضاء وأبو حنيفة يحلف لا يلي القضاء، فقال بعض من حضر أتحث أمير المؤمنين في يمينه؟... فقال أبو حنيفة: أمير المؤمنين أقدر على كفارته مني.

المراجع

أولاً - الحديث الشريف:

١ - نيل الأوطار للشوكانى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.

ثانياً - الفقه الإسلامى:

أ - الفقه الحنفى:

٢ - الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى، ط دار الكتب العلمية.

٣ - البحر الرائق لابن نجيم، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٤ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاسانى، المطبعة الجمالية، مصر.

٥ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخرالدين عثمان الزيلعى، ط بولاق.

٦ - رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عابدين، ط بولاق.

٧ - الفتاوى الخانة، مطبوع على هامش الفتاوى الهندية، ط بولاق.

٨ - فتح القدير للعاجز الفقير، للكمال بن الهمام، ط البابى الحلبي، مصر.

٩ - المبسوط للسرخسى، مطبعة السعادة، مصر.

١٠ - الهداية للمرغينانى، مطبوع بأعلى فتح القدير.

ب - الفقه المالكى:

١١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ابن رشد الحفيد) البابى الحلبي، مصر.

١٢ - البهجة شرح التحفة، البابى الحلبي، مصر ١٩٥١.

١٣- الشرح الصغير على أقرب المسالك لأبي البركات أحمد الدردير، ط البابي الحلبي، مصر.

١٤- الفروق للإمام شهاب الدين القرافي.

١٥- القوانين الفقهية «ابن جزي» عالم الفكر، القاهرة.

١٦- مواهب الجليل للحطاب، مطبعة السعادة، مصر.

ج - الفقه الشافعي:

١٧- الأشباه والنظائر للسيوطي (جلال الدين)، ط عيسى البابي الحلبي، ١٩٥٩.

١٨- روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري، ط المكتبة الإسلامية.

١٩- المجموع شرح المذهب، ط منير الدمشقي، مصر.

٢٠- المذهب للشيرازي، ط البابي الحلبي، مصر.

د - الفقه الحنبلي:

٢١- القواعد لابن رجب الحنبلي، ط الكليات الأزهرية، ١٣٩٢هـ.

٢٢- كشف القناع على متن الإقناع، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة.

٢٣- المغني لابن قدامة، دار الكتاب العربي، لبنان.

هـ - الفقه الزيدي:

٢٤- البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار، أحمد بن يحيى المرتضى، ط مؤسسة الرسالة، بيروت.

و - المؤلفات الحديثة في الفقه الإسلامي:

٢٥- سلطان الإرادة العقدية. رسالة دكتوراه من الأزهر للباحث، مطبوع على المكتب، سنة ١٣٩٢هـ.

٢٦- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله تعالى، مطبعة جامعة دمشق، ط ٧.

- ٢٧- مخطط القواعد الفقهية، مطبوع على المكتاب، كتبه الباحث بطلب من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
- ٢٨- مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري، ط دار المعارف، مصر، ١٩٦٨م.
- ٢٩- المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٩٤٧م.
- ٣٠- الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، الطبعة الأولى، ١٩٣٩م.
- ٣١- نظرية العقد في الفقه الإسلامي، محمد يوسف موسى، دار الكتاب العربي، مصر، ١٣٧٢هـ.

ثالثاً - أصول الفقه:

- ٣٢- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، طبعة المعارف، مصر، ١٣٣٢هـ/ ١٩١٤م.
- ٣٣- أصول السرخسي للسرخسي، ط دار الكتاب العربي، مصر.
- ٣٤- العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، ط مؤسسة الرسالة.
- ٣٥- المستصفى للغزالي، المكتبة التجارية، مصر.
- ٣٦- الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحق الشاطبي، المكتبة التجارية.

رابعاً - كتب اللغة والتراجم:

- ٣٧- لسان العرب لابن منظور، ط دار صادر، بيروت، لبنان.
- ٣٨- النهاية في غريب الحديث، ط عيسى بابي الحلبي.
- ٣٩- الديباج المذهب، لابن فرحون، ط دار التراث، مصر.
- ٤٠- الفوائد البهية للكنوي، ط الخانجي، مصر، ١٣٢٤هـ.

خامساً - كتب قانونية:

- ٤١- القانون المدني السوري للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله. محاضرات أُلقيت على طلاب معهد البحوث والدراسات التابع لجامعة الدول العربية، ١٩٦٩م.
- ٤٢- الموجز في الالتزامات للدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري، منشورات المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت.
- ٤٣- نظرية الالتزام العامة، د. أحمد حشمت أبو ستيت، مكتبة وهبة، مصر، ١٩٤٥م.
- ٤٤- نظرية الالتزام العامة في القانون السوري، د. ماجد الحلواني، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١م.
- ٤٥- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري، ط دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢م.