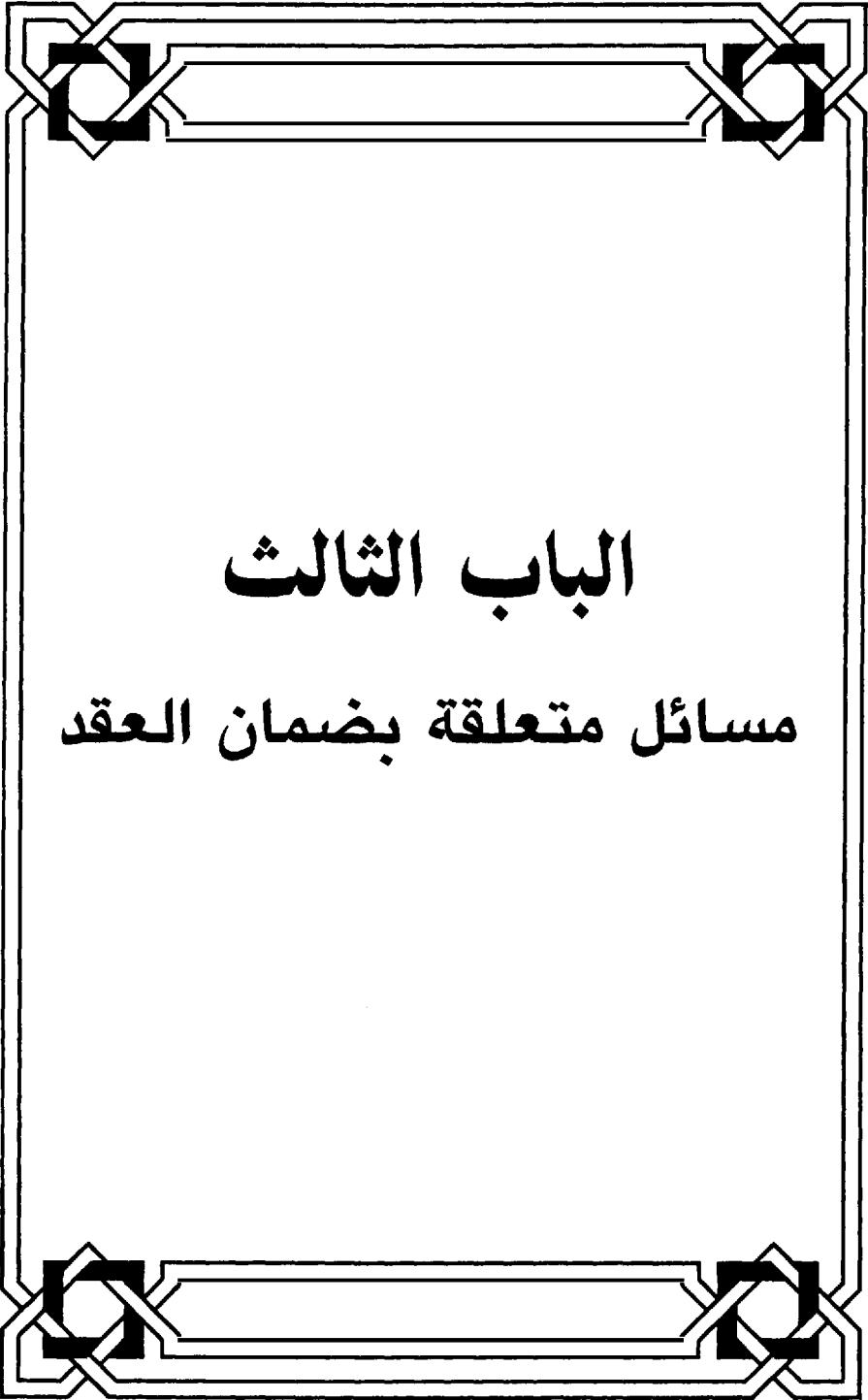




الباب الثالث

مسائل متعلقة بضمان العقد

الفصل الأول

الضمان في العقد الصحيح والباطل وبعد الفسخ

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى صحيح تترتب عليه آثاره ، وغير صحيح لا تترتب عليه آثاره .

فالصحة هي : استتباع الغاية والأثر .

أ - العقد الصحيح :

هو الذي استكمل عناصره الأساسية من صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد^(١) وشروطه الشرعية . فيصبح سبباً صالحاً لتترتب حكمه وآثاره عليه . ويعرفه الحنفية بقولهم : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه^(٢) .

ومعنى «أصله» ركنه وشروط ركنه أو انعقاده .

أما وصف العقد فهو : الأمور العارضة الخارجة عن ماهيته وأصله

(١) محل العقد : هو ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه وآثاره ، كالمبيع والمرهون والمرأة في عقد الزواج ومنفعة الشيء المأجور . وموضوع العقد : القصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله . ففي عقد البيع موضوع العقد هو : نقل ملكية المبيع للمشتري بعوض . وفي الإجازات هو تملك المنفعة بعوض
الفقه الإسلامي وأدلته ، د . وهبة الزحيلي : ١٧٢/٤ ، ١٨٢ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني : ١٦٨/١ . النظريات الفقهية ، د . فتحي الدريني ، ص ٣٧٧ . أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، د . مصطفى الخن ، ص ٣٤٤ .

كشروط صحته ، وخلوه من الربا والغرر وغيرهما مما نهى الشارع عنه كاقترانه بشرط فاسد^(١).

ب - العقد الغير الصحيح :

هو ما اختلف فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه ، أو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه عند الحنفية ولا يكون مشروعاً في أصله أو وصفه عند الجمهور . كأن يكون العاقد ليس أهلاً لإبرام العقد ، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له ، بأن كان غير مال كالميتة والدم والتراب ، أو مالا غير متقوم كالخمر والخنزير لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً .

ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية : الباطل والفساد وهما بمعنى واحد^(٢).

ففي حاشية البجيرمي مثلاً : «الفساد والباطل عندنا سواء»^(٣).

وفي المسودة لابن تيمية : «مسألة : الفساد والباطل بمعنى عندنا وأثبت أبو حنيفة قسماً بين الصحيح والباطل سماه : الفساد»^(٤).

وفي بعض المسائل فرق الجمهور بين الباطل والفساد ، وغالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد هي ما إذا كان مختلفاً فيها بين العلماء ، والتي حكموا عليها بالبطالان هي ما إذا كان مجمعاً على بطلانها أو الخلاف فيها شاذ^(٥).

أما الحنفية فيقسمون العقد غير الصحيح إلى باطل وفساد .

فالعقد الباطل عندهم هو : ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه .

- (١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٣٧٧ .
- (٢) القواعد والفوائد الأصولية ، ابن رجب الحنبلي : ١١٠/١ . تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني : ١٦٨/١ .
- (٣) حاشية البجيرمي : ٣٨٥/٢ . انظر : المنثور في القواعد ، الزركشي : ٧/٣ .
- (٤) المسودة ، آل تيمية : ٧٢/١ .
- (٥) المدخل ، ابن بدران : ١٦٤/١ .

أو هو: ما لا يفيد حكمه الموضوع له. أي ما لم يُشَرَّع بالكلية كبيع المضامين والملاقيح. والخلل في العقد الباطل يكون في ركن البيع، يقول ابن عابدين - رحمه الله -: «كل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو باطل وما أورثه في غيره فمفسد»^(١).

أما العقد الفاسد فهو: الصحيح بأصله لا بوصفه كبيع مال غير متقوم، والبيع المشتمل على الغرر أو المقترن بشرط فاسد، والبيع المشتمل على الربا فإنه مشروع من حيث إنه بيع وممنوع من حيث إنه يشمل على زيادة في العوض، فافتضى هذا درجة بين الممنوع بأصله ووصفه جميعاً وبين المشروع بأصله ووصفه جميعاً^(٢).

وتلك القسمة محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة والمزارة والمساقاة والقسمة. أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع، والعبادات والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

فعقد الزواج الباطل أو الفاسد مثلاً ليس له وجود شرعي ولا ينتج أثره كتصرف شرعي، ولكن ينتج بعض الآثار كواقعة مادية إذا اقترن بالدخول على الزوجة. كدرء الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر^(٣).

وأما العبادات فهي قربات خالصة والنهي عصيان، ولا يُتصور اجتماع

(١) رد المحتار، ابن عابدين: ١٠٠/٤. انظر: التلويح، الفتاواني: ١٢٣/٢.
(٢) تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني: ١٦٨/١. القواعد والفوائد الأصولية، ابن رجب الحنبلي: ١١٠/١. المستصفي، الغزالي: ٧٦/١. الأحكام، الأمدي: ١٧٦/١. رد المحتار، ابن عابدين: ١٠٠/٤. التلويح، الفتاواني: ١٢٣/٢.

(٣) البدائع، الكاساني: ٣٣٥/٢. مصادر الحق، السهوري: ١٣٨/٤.

نية القربة مع نية العصيان ، ولذلك لا تكون العبادات إلا صحيحة أو باطلة والفساد فيها يكون في حكم الباطل .

وهناك أوجه للشبه بين العقد الباطل والفساد في الفقه الإسلامي والقانون المدني أهمها ما يأتي :

أ - العقد الباطل لا يقبل الإجازة ، لأنه معدوم . وكذلك العقد الفاسد لا يرتفع فسادَه بالإجازة ، لأن العاقد لا يملك مخالفة نظام الشريعة ، وليس له إقرار المخالفة ، وإنما ينبغي إزالة الفساد احتراماً لحكم الشرع ، إلا إذا زال سبب فسادَه كتعيين المجهول .

ب - الباطل لا يسري عليه التقادم ، ويمكن التمسك ببطلان العقد مهما طالَّت المدة ، لأن الباطل معدوم . وكذلك الفاسد لا يسري عليه التقادم ، وإنما يظل مستحق الفسخ شرعاً مهما طال الأمد ، إلا إذا وجد مانع من موانع الفسخ^(١) .

تحقيق الخلاف بشأن البطلان والفساد :

جاء في تخريج الفروع على الأصول - بشأن هذه المسألة - : «واعلم أن هذا أصل عظم فيه اختلاف الفتيين ، وطال في نظر الفريقين ، وهو على التحقيق نزاع لفظي ومراء جدلي ، فإن مُراد القوم (الحنفية) من هذا التقسيم ، أن التصرفات تنقسم إلى ما نهى الشارع عنها لمعنى يرجع إلى ذاتها بسبب اختلال ركن من أركانها كبيع الحر والميتة والدم . وإلى ما نهى عنه لا لذاته بل لأمر يرجع إلى شروطها وتوابعها وأوصافها وأُمُور تُقَارَنُهَا كالبيع إلى مجهول ، وبيع الخمر والخنزير ونظائرها ، فإن الأول معلوم البطلان بدلالة قاطعة والثاني مظنون البطلان بدلالة ظنية اجتهادية ، وإذا اختلف الصحابة - رضي الله عنهم - فيه . . . فخص أبو حنيفة - رضي الله عنه - اسم الباطل بما ثبت إلغاؤه شرعاً بدلالة قاطعة ، واسم الفاسد بما ثبت

(١) نظرية العقد ، السنهوري ، ص ٦٦٤ ، ٦٧٢ . الفقه الإسلامي وأدلته ، د . وهبة الزحيلي : ٢٨٤/٤ .

إلغاؤه بدلالة ظنية وهذا كمصيرهم إلى الفرق بين الواجب والفرض وقولهم: أن الفرض ما ثبت بدلالة قاطعة والواجب ما ثبت بدلالة ظنية... . وقد نص الشافعي - رضي الله عنه - على جنس هذا التصرف فإنه قال في غير موضع: إن كان النهي لأمر يرجع إلى عين المنهي عنه دل على فساده ، وإن كان الأمر يرجع إلى غيره لا يدل على فساده ، فالتفرقة بين القسمين مُتَّفَقٌ عليها وإنما يرجع النزاع إلى أن فساد الوصف المقارن هل يلحق فساد الأصل في سائر أحكامه وآثاره أم لا ، فالشافعي - رضي الله عنه - ألحق فساد الوصف بفساد الأصل وأبو حنيفة - رضي الله عنه - فرق بينهما .

ويتفرع عن هذا الأصل مسائل منها:

- البيع الفاسد لا ينعقد عند الشافعي ولا يفيد الملك أصلاً ، وعندهم ينعقد ويفيد الملك إذا اتصل به القبض .

- الإجارة الفاسدة لا تفيد ملك المنافع عندنا ، وعندهم تنعقد وتملك المنافع بحكم العقد^(١) .

فمنشأ الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور هو أثر النهي في التصرفات الشرعية ، فيما عدا العبادات: لأن العبادات يستوي فاسدها وباطلها إجماعاً ، لأنها شُرِعت قربة إلى الله تعالى ، ولا يتقرب إليه تعالى بالنهي عنه سواء أكان موقع النهي الأصل أم الوصف .

ويحتج الجمهور لمذهبهم بأن أثر النهي سواء أكان لخلل في الأصل أم الوصف هو البطلان ، لأن التصرف وحدة كاملة لا تتجزأ ، بدليل احتجاج الصحابة والسلف بالنهي الوارد في النصوص على البطلان ، ولم يفرقوا في ذلك بين ما إذا انصب النهي على الأصل أو الوصف . وأن كلاً من العقد الباطل والفاسد منهي عنه شرعاً والعقد المنهي عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك^(٢) .

(١) تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني: ١٦٨/١ وما بعدها . انظر: القواعد والفوائد الأصولية ، ابن رجب الحنبلي: ١١١/١ .

(٢) مصادر الحق ، السهوري: ١٤٧/٤ .

وحجة الحنفية أن التصرف المشروع إذا سلم أصله ، فإن فساد الوصف العارض لا يقوى على إبطاله^(١) .

ماذا يترتب على العقد الصحيح :

إذا كان العقد صحيحاً نافذاً ترتب عليه ما يلي^(٢) :

١ - إلزام البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحال إن كان الثمن مؤجلاً ، وبعد قبضه الثمن إن كان حالاً ، وإلزام المشتري بدفع الثمن في الحال قبل تسليم المبيع إن كان حال الأداء ، ودفعه عند حلول الأجل إن كان مؤجلاً . ويحل لكل من طرفي العقد الانتفاع بالمبيع والثمن ، ويصح معه التصرف فيه كيفما شاء .

٢ - ضمان البائع الثمن للمشتري إذا قبضه منه ، ثم استحق المبيع أو هلك في يده ، أو تلف بفعل أجنبي واختار المشتري فسخ العقد ، وضمن المشتري ثمن المبيع إذا تسلمه قبل أداء الثمن .

ضمان العقد الفاسد :

ذكر ابن رجب الحنبلي قاعدة مهمة في ضمان المقبوض بموجب عقد فاسد فقال : «القاعدة السابعة والأربعون : كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده ، ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان فالفساد كذلك ، فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد . والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد ، وكذلك الصدقة...»^(٣) .

(١) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٣٨١ . بتصريف .

(٢) فتاوى ابن يمين . ٤٥٦/٢٩ . المغني ، ابن قدامة : ١٩٥/٥ . الفصول في الأصول ، الجصاص : ١٨٣/٢ .

(٣) القواعد ، ابن رجب ، ص ٦٤ . انظر : المبدع ، ابن مفلح : ١٧/٥ . المتثور في =

حكم العقد الفاسد عند الحنفية:

ذكر الحنفية مثلاً عن العقد الفاسد عقد البيع ، فإذا كان البيع فاسداً لا يترتب عليه أي أثر من آثار البيع الصحيح قبل القبض ، ويترتب عليه ثلاثة آثار بعد القبض الصحيح (الذي يتم بإذن مالكة) ، فإن كان القبض غير صحيح بأن قبضه بغير إذن مالكة ، فحكم العقد كحكمه قبل القبض لا يفيد ملكاً ولا يترتب عليه أي أثر ، فالقبض الصحيح يورث العقد الفاسد قوة في إنتاج بعض آثار العقد الصحيح للضرورة. وآثار القبض الصحيح هي:

أولاً - ثبوت الملك الخيـث:

وذلك إذا تم القبض بإذن المالك صراحة أو دلالة ، كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه ، والملك الخيـث يحرم الانتفاع به كالأكل واللبس والسكنى ، فلا يحل للمشتري الانتفاع بالمبيع خلافاً للبيع الصحيح ، ولكن يصح التصرف فيه كالبيع الصحيح ، تصرفاً مقترناً بالإثم. أما عدم الانتفاع به ، فلأنه ملك خيـث للنهي عنه ، وأما صحة التصرف فيه فلأن النهي عنه ليس لذات العقد ، فثبت به الملك ، وإذا باعه حلّ لمن يشتره الانتفاع به مطلقاً ، لانقطاع تعلق النهي به بعد خروجه عن ملكه^(١).

ثانياً: ضمان المشتري المبيع بعد قبضه عند هلاكه بالقيمة إن كان قيمياً وبالمثل إن كان مثلياً ، خلافاً للبيع الصحيح الذي يكون ضمانه بالثمن المسمى ، أي المتفق عليه في صلب العقد ، لأن الثمن يفسد بفساد العقد ، فيبقى المبيع بلا ثمن وهو مضمون عليه ، فثبت فيه القيمة. هذا باتفاق الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)^(٢).

= القواعد ، الزركشي: ٨/٣. كشاف القناع ، البهوتي: ٣/٣٥٢. المغني ، ابن قدامة: ٥١/٤.

(١) البدائع ، الكاساني: ٢/٢٩٩. المنشور في القواعد ، الزركشي: ٣/١٦. الأشباه والنظائر ، السيوطي: ١/٢٨٧.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٥/٢٣٩. القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٦٤. مغني =

وقت تقدير القيمة:

وتُعتبر القيمة يوم القبض لدخوله في ضمانه يومئذ ، وبهذا أخذت المجلة العدلية في المادة (٣٧١). وعليه الفتوى في المذهب الحنفي ووافقهم على ذلك المالكية^(١).

وقال محمد من الحنفية والحنابلة: تعتبر قيمته يوم التلف لأنه تقرر عليه حيث^(٢).

وعند الشافعية يضمن في الأصح بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ، ولو رد المبيع ناقصاً ضمن النقصان ، وإن حدثت في عينها زيادة بأن سمت ثم هزلت ضمن ما نقص لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب^(٣).

ثالثاً - استحقاق الفسخ:

الفسخ في اللغة يعني: الإزالة والرفع والنقض^(٤) ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن مدلولها اللغوي.

فقد عرّف السبكي الفسخ في العقود بأنه: «حل رابطة العقد»^(٥).

والعقد الفاسد يجب فسخه رعاية لحق الشرع في إزالة الفساد عن العقد ، لأن الملك الثابت ملك حرام ، وإزالة الحرمة حق للشارع. ويثبت

= المحتاج ، الشرييني: ٨٩/٢. المغني ، ابن قدامة: ٨١/٤.

(١) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ١٢٤. القوانين الفقهية ، ابن جزري ، ص ١٦٤.

(٢) مجمع الضمانات ، ص ٢١٤. المغني ، ابن قدامة: ٨١/٤.

(٣) المهذب ، الشيرازي: ٢٦٨/١. الأشباه والنظائر ، السيوطي: ٣٦٤/١.

(٤) لسان العرب ، ابن منظور: ٤٤/٣. المعجم الوسيط ، ص ٧١٣.

(٥) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص ٢٧٨. قواعد الفقه ، البركتي ، ص ٤١٢.

حق الفسخ في البيع الفاسد لكلا العاقلين ، سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده دفعاً للحرمة^(١).

وطرق الفسخ إما صراحة بالقول كأن يقول: فسخت البيع أو نقضته أو رددته دون حاجة لرضا العاقد الآخر ، أو إلى قضاء القاضي ، أو بفعل يتضمن الفسخ كرد المبيع لصاحبه بأي وجه كان كبيع أو هبة أو صدقة أو إعارة ، لأن المستحق هو الرد ، فإذا حصل الرد بأي وجه كان فسخاً للبيع.

وكل ما يشترط لصحة الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد أن يكون بمحضر من العاقد الآخر ، أما عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتى في غيبة العاقد الآخر.

ولا يجوز لأي من العاقلين النزول عن حق الفسخ ، لأن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة ولأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله^(٢).

ويقلب العقد الفاسد صحيحاً إذا أزيل سبب الفساد ، كأن كان سبب الفساد جهالة الثمن أو الأجل ، فاتفق الطرفان على تحديده أو كان سبب الفساد شرطاً فاسداً مفسداً للعقد ، فأسقطه مستحقه.

وإذا زال سبب الفساد انقلب العقد صحيحاً وترتبت عليه كافة آثار العقد الصحيح منذ إنشائه لا من وقت تصحيحه ، توفيقاً بين مصلحة المتعاقدين وبين ما يقتضيه الشرع ما أمكن ، وهو خير من الإهدار والإبطال... ما عدا عقد الزواج فيجب فسخه للمعنى التعبدية فيه ولا ينقلب العقد صحيحاً^(٣).

ويبطل حق فسخ العقد الفاسد بما يلي:

١ - بتصرف المشتري بالبيع تصرفاً مزيلاً للملك من كل وجه كالبيع

(١) البدائع ، الكاساني: ٢/٢٩٩. المنثور في القواعد ، الزركشي: ٣/١٦. شرح القواعد الفقهية ، الزرقا ، ص ٢٦٨.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٢/٣١.

(٣) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٣٦٨.

والهبة ، أو من بعض الوجوه كالإجارة والإعارة .

٢ - بزيادة المبيع عند المشتري زيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، كسويق (دقيق) لثته (خلطه) بعسل أو سمن ، أو بهلاك المبيع في يد المشتري كلياً أو جزئياً أو تغير صورته بأن كان قمحاً فطحنه أو ثوباً فخاطه قميصاً لأن التغير كالإتلاف أو باستهلاكه من قبل المشتري^(١) .

ولا يبطل حق الفسخ للأسباب الآتية :

١ - الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة واللبن ، وللبائع أن يأخذ المبيع مع الزوائد ويفسخ البيع ، لأن الزيادة تابعة للأصل ومتولدة عنه ، ولأن قبض المشتري شراء فاسداً بمتزلة قبض الغصب^(٢) .

٢ - تعيب المبيع ونقصه بفعل المشتري أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه ، أو بفعل أجنبي ، ويكون للبائع في التعيب في الأحوال الثلاثة الأولى تضمين المشتري أرش (مقدار) النقص ، ويخير البائع في حال التعيب بفعل الأجنبي بين الرجوع على المشتري بقيمة النقص لتعيبه في ضمانه ، أو على الأجنبي لأنه المتلف ، وكالنقصان الهلاك الكلي ، فلو هلك المبيع في يد المشتري كان الهلاك عليه ، وضمن للبائع القيمة أو المثل^(٣) .

نقص المبيع في البيع الفاسد بعد القبض :

اتفق الفقهاء على أن المبيع بيعاً فاسداً لو نقص وهو في يد المشتري فالنقص مضمون عليه ، لأن جملة البيع مضمونة فتكون أجزاؤها مضمونة أيضاً ويسترد البائع المبيع مع أرش النقصان من المشتري^(٤) .

(١) المعاملات المالية ، د. وهبة الزحيلي : ٣٢/٣ . النظريات الفقهية ، د. فتحي

الدبري ، ص ٣٨٩ . مصادر الحق ، السنهوري : ١٥٧/٤ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ٣٠٢/٢ ، ٣٠٣ .

(٣) البحر الرائق ، ابن نجيم : ٩٣/٦ . تبين الحقائق ، الزيلعي : ٦٢/٤ .

(٤) رد المحتار ، ابن عابدين : ١٣١/٤ . روضة الطالبين ، النووي : ٤٠٩/٣ .

المغني ، ابن قدامة : ١٦٤/٤ .

زيادة المبيع في البيع الفاسد بعد القبض:

قسم الحنفية^(١) الزيادة إلى أربعة أنواع:

١- الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل ، كالولد فهذه يضمنها المشتري بالاستهلاك لا بالهلاك .

٢ - الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل ، كالكسب ، لا تُضمّن بالاستهلاك عند الإمام ، وعند صاحبيه تضمن بالاستهلاك لا بالهلاك ، كالمنفصلة المتولدة .

٣ - الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل ، كالسمن ، يضمنها المشتري بالاستهلاك لا بالهلاك .

٤ - الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل ، كالصبغ والخياطة ، هي ملك المشتري وهلاكها أو استهلاكها من حسابه ، وإنما الخلاف في هذه من حيث الفسخ: فعند الإمام يمتنع الفسخ فيها ، وتلزم المشتري قيمتها . وعند الصاحبين يقضها البائع ويسترد المبيع . وما سواهما لا يمنع الفسخ .

ولو هلك المبيع دون الزيادة المنفصلة ، فللبائع أخذ الزيادة وأخذ قيمة المبيع يوم القبض .

ولو هلك المبيع فقط دون الزيادة المنفصلة ، غير المتولدة ، كالكسب فللبائع أخذها مع تضمين المبيع لكن لا تطيب له ، ويتصدق بها .

وعند الشافعية إذا زاد المبيع بيعاً فاسداً بعد قبضه ، زيادة منفصلة كالولد والثمر ، أو متصلة كالسمن فهو مضمون على المشتري كزوائد المنصوب^(٢) .

وقال الحنابلة: إذا تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ١٣١/٤ .

(٢) روضة الطالبين ، النووي: ٤٠٩/٣ .

وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف . قال القاضي أبو يعلى : وهذا ظاهر كلام أحمد^(١) .

الانفساخ في الفقه الإسلامي :

يفرق الفقهاء بين الفسخ والانفساخ بأن الفسخ هو : حل رابطة العقد بسبب إرادي كما في الإقالة وخيار العيب وخيار الشرط ونحوهما .

أما الانفساخ فهو : انحلال رابطة العقد لاستحالة تنفيذه بسبب طارئ غير إرادي ، كأنفساخ البيع بهلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري وذلك لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله ، فيفسخ العقد لفقد ما يعتمد عليه بقاءه . لأنه لو بقي لأوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع ، والبائع عاجز عن التسليم ، فتمتنع المطالبة من الجهتين أصلاً فيفسخ العقد ضرورة لانعدام فائدة البقاء . وإذا انفسخ سقط الثمن عن المشتري لأن انفساخه يعني ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن^(٢) .

ضمان العقد الباطل :

المقرر شرعاً وقانوناً أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي حكم ، لأن الحكم للموجود شرعاً ولا وجود لهذا العقد شرعاً . وإنما هو موجود صورة فقط ، لأن التصرف لا يوجد شرعاً من دون شروط انعقاده من الأهلية والمحلية فلا يترتب عليه أي أثر لعدم انعقاده .

والعقد الباطل معصية ، والمعصية لا تكون سبباً في النعمة ، لأن نعم الله تعالى لا تُنال بالمحظور^(٣) .

(١) المغني ، ابن قدامة : ١٦٦/٤ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ٢٣٨/٥ .

(٣) النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٣٨٣ . نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ، أحمد أبو ستيت ، ص ١٩١ . نظرية العقد ، السنهوري ، ص ٦١٠ .

ما يترتب على العقد الباطل :

بما أن العقد الباطل لا يفيد الملك فإنه يترتب عليه أن تعود حالة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد ، فمثلاً في البيع الباطل يترتب ما يلي :

أ - يجب رد المبيع لصاحبه ، لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض . يقول ابن رشد : «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة أن حكمها الرد أي : أن يرد البائع الثمن ويرد المشتري الثمن»^(١) .

وهذا هو اتجاه القانون المدني الذي أخذه من الفقه الإسلامي .

ورد المبيع يكون مع نمائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده ، وإن نقص ضمن نقصه ، لأنه مضمون عليه فأجزاؤه تكون مضمونة أيضاً صرح بهذا الشافعية والحنابلة وهو ما تفيد قواعده المذهب الحنفي . أما عند المالكية فإن تغير الذات بزيادة أو نقص يُعتبر فوتاً ينتقل الحق فيه إلى الضمان^(٢) .

ب - إذا تصرف المشتري بالمبيع بيعاً باطلاً ببيع أو هبة أو غير ذلك فلا ينفذ تصرفه ، لأنه لم يملكه ، وتكون تصرفاته كتصرفات الغاصب ولذا فإن هذا التصرف لا يمنع الرد ، وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة^(٣) . أما عند المالكية^(٤) فإن التصرف في المبيع يُعتبر مفوتاً وينتقل الحق فيه إلى

(١) بداية المجتهد ، ابن رشد : ١٤٥/٢ . انظر : حاشية الدسوقي : ٧٠/٢ - ٧١ .

نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ١٩١ .

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين : ١٠٠/٤ . حاشية الدسوقي : ٧١/٣ . بداية المجتهد :

١٤٥/٢ . القوانين الفقهية ، ابن جزوي ، ص ١٧٢ . روضة الطالبين ، النووي :

٤٠٨/٣ . المغني ، ابن قدامة : ١٦٤/٤ .

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين : ١٠٥/٤ . روضة الطالبين ، النووي : ٤٠٩/٣ .

المغني ، ابن قدامة : ١٦٤/٤ .

(٤) حاشية الدسوقي : ٧١/٣ ، ٧٢ .

الضمان . وهذا ما أخذه القانون المدني من الفقه الإسلامي^(١) .

الضمان كأثر للعقد الباطل بعد القبض :

إذا كان العقد باطلاً فالمبيع يبقى في ضمان البائع قبل أن يقبضه المشتري ، لبقائه على ملكه وتحت يده ، لأن العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، أما إذا قبضه المشتري بإذن البائع فاختلف الفقهاء في حكمه :

فمنهم من يرى أن المبيع في العقد الباطل أمانة في يده ، لا تُضمّن إلا بالتعدي أو التقصير كالوديعة في يد الوديع وهو رأي أبي حنيفة .

والدليل على ذلك أن البيع لما كان باطلاً لم يبق سوى مجرد القبض بإذن البائع ، وهذا لا يوجب الضمان على القابض إلا بالتعدي أو التقصير فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة في يد المشتري . وبهذا الرأي أخذت المجلة العدلية في المادة (٣٧٠) فنصت على ما يأتي «البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً ، فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري ، فلو هلك بلا تعد لا يضمنه» .

وفريق آخر من الفقهاء يرى أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بمثله إذا كان مثلياً وبقيته إن كان قيمياً .

والدليل على ذلك أن المشتري قد قبض المبيع باطلاً لمصلحة نفسه فلا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء الذي يُضمن بالمثل أو بالقيمة . هذا هو رأي الصاحبين من الحنفية وهو الأصح في المذهب^(٢) . وهو ما رجحه أيضاً فقهاء الشافعية والحنابلة^(٣) .

أما المالكية فيرون أن العقد ينقل الضمان ، ولكنه لا ينقل الملك ، إلا

(١) نظرية الالتزام ، أحمد أبو ستيت ، ص ١٩٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٠٥/٤ . انظر : نظرية الضمان ، د. فوزي فيض الله ، ص ٤٠ . المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا : ٧١٨/٢ . المعاملات المالية ، د. وهبة الزحيلي ، ص ٣٣ . النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٣٨٣ .

(٣) روضة الطالبين ، النووي : ٤٠٨/٣ . المغني ، ابن قدامة : ١٦٦/٤ .

بالفوات . بمعنى أن المبيع بيعاً باطلاً إذ فات عند المشتري بأن هلك فإنه يملكه في حال الفوات هذه دون غيرها . وهو ملك ضروري قُدِّر اقتضاء أو افتراضاً لتعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، ولتصحيح تضمين المشتري بالمثل أو القيمة ، حتى لا يجتمع البدلان في يد البائع لو أبقى المبيع على ملكه^(١) .

تجزؤ البيع الباطل :

ومعناه: أن يشمل العقد على ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة ، فيكون في شق منه صحيحاً وفي الشق الآخر باطلاً ، ومن القواعد الفقهية : إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .

وأدخل الفقهاء تحت هذه القاعدة ما يسمى بتفريق الصفقة ، وهو الجمع بين ما يجوز وما لا يجوز في عقد واحد . فعقد البيع إذا كان في شق منه صحيحاً ، وفي الشق الآخر باطلاً ، كالجمع بين العصير والخمر ، أو بين المذكاة والميتة ، وبيع ذلك صفقة واحد ، فالصفقة باطلة ، وهذا عند الحنفية والمالكية والراجح عند الحنابلة^(٢) .

والدليل على ذلك أنه متى بطل العقد في البعض بطل في الكل ، لأن الصفقة غير متجزئة أو لتغليب الحرام على الحلال عند اجتماعها ، أو لجهالة الثمن .

والقول الأظهر عند الشافعية والرواية الثانية عن الإمام أحمد: أنه يجوز تجزئة الصفقة ، فيصح البيع فيما يجوز ، ويبطل فيما لا يجوز ، لأن الإبطال في الكل لبطلان أحدهما ليس بأولى من تصحيح الكل لصحة أحدهما ، فيبقيان على حكمهما ، ويصح فيما يجوز ، ويبطل فيما

(١) حاشية الدسوقي: ٧٠/٢ - ٧١ . القوانين الفقهية ، ابن جزري ، ص ١٧٢ .

النظريات الفقهية ، د. فتحي الدريني ، ص ٣٨٤ .

(٢) المبسوط ، السرخسي: ٣/١٣ . حاشية الدسوقي: ٢٦٦/٢ . القوانين الفقهية ،

ابن جزري، ص ٢٦٠ . المغني ، ابن قدامة: ١٦٩/٤ . الكافي ، ابن قدامة:

٣١/٢ .

لا يجوز ، وللمشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إمضائه لتفريق الصفقة عليه^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: إن عين ابتداء لكل شخص حصته من الثمن ، فعند ذلك تعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة. فتصح في واحدة وتبطل الأخرى وهذه إحدى صور تفريق الصفقة^(٢).

والصورة الثانية: أن يكون العقد في شق منه صحيحاً ، وفي الشق الآخر موقوفاً ، كالجمع بين داره وبين دار غيره ، وبيعهما صفقة واحدة ، فإن البيع يصح فيهما ، ويلزم في ملكه ، ويوقف اللزوم في ملك الغير على إجازته ، وهذا عند المالكية والحنفية عدا زفر^(٣).

وعند الشافعية والحنابلة: يجري الخلاف السابق في الصورة الأولى ، لأن العقد الموقوف عندهم باطل في الأصل^(٤).

والصورة الثالثة: ذكرها ابن قدامة وهي: أن يبيع معلوماً ومجهولاً ، كقوله: بعتك هذا الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف ، فهذا البيع باطل بكل حال. قال ابن قدامة: ولا أعلم في بطلانه خلافاً ، لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته^(٥).

موقف القانون:

أخذ القانون المدني من الفقه الإسلامي بفكرة تجزؤ البطلان ، فأجازها في العقد القابل للانقسام ، كما لو باع الشخص مالاً موقوفاً وآخر مملوكاً

(١) المهذب ، الشيرازي: ٢٦٩/١. المغني ، ابن قدامة: ١٦٩/٤. الكافي ، ابن قدامة: ٣١/٢.

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين: ١٠٤/٤.

(٣) المرجع السابق. حاشية الدسوقي: ٢٦٦/٢.

(٤) المهذب ، الشيرازي: ٢٦٩/١. المغني ، ابن قدامة: ١٦٩/٤.

(٥) المغني ، ابن قدامة: ١٦٩/٤.

صفقة واحدة ، فإنه يصح العقد في المملوك ويبطل في الموقوف^(١).

أما إذا كانت الصفقة غير قابلة للانقسام ، بأن كانت النسبة إلى العاقدين وحدة لا تتجزأ ، أي: بأن يتبين أن العقد لم يكن ليتم بينهما لولا الشق الباطل منه ، فإن البطلان عندئذ في جزء من التصرف يعم التصرف كله ، كما لو صالح شخص عن حق ، واشترط في عقد الصلح شرطاً باطلاً وأثبت أن الصلح لم يكن ليقع لولا هذا الشرط ، فإن الصلح يبطل كله. وهذا هو مضمون المادة (١٤٣) مدني مصري والمادة (١٤٤) مدني سوري^(٢).

تعريف البطلان في القانون:

عرّف القانون البطلان بأنه: «عدم اكتساب التصرف الوجود الاعتباري في نظر القانون»^(٣).

أو أنه: عدم اعتراف القانون بالوجود الحسي لعقد معين ، فهو في ماهيته مفهوم سلبي وليس إيجابياً^(٤).

ونصت المادة (١٤١) مدني مصري ويقابلها المادة (١٤٢) مدني سوري أنه: «إذا كان العقد باطلاً ، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزال البطلان بالإجازة». فإذا كان العقد الباطل بيعاً مثلاً ، وتقرر بطلانه أرجع المشتري الشيء المبيع وأرجع البائع الثمن.

ومنه فإن القانون يعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا نقصه ركن من أركان تكوينه. . . . كأن ينعدم الرضا أو لا يتوافق القبول مع الإيجاب أو لا يكون هناك محل^(٥).

(١) القانون المدني السوري ، مصطفى الزرقا ، ص ١٨٠ .

(٢) الالتزام ، فريد عقيل ، ص ١٨٠ . المرجع السابق ، ص ١٨١ .

(٣) القانون المدني السوري ، مصطفى الزرقا ، ص ١٦٨ .

(٤) الالتزام ، فريد عقيل ، ص ١٧٢ .

(٥) نظرية العقد ، السهوري ، ص ٦٠٩ .

وبذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في تعريفه للعقد الباطل .

تمييز البطلان عن الفسخ وعن الإبطال في القانون :

يمكن أن نميز بين البطلان والفسخ والإبطال من خلال بيان ماهية كل مصطلح على حدة :

أ - فسبب البطلان يكون دائماً مرافقاً لتكوين العقد لأنه ينشأ من اختلال شروط الانعقاد من رضا ومحل وسبب ، فهذه المخالفة ترجع إلى وقت التعاقد ويكون جزاؤها عدم الانعقاد .

ب - أما إذا انعقد العقد لاستيفاء شروط انعقاده ، ثم طرأ ما يستوجب حل الرابطة العقدية فهذا الحل لا يُسمى بطلاناً - وإن كانت النتيجة كالبطلان - وإنما يسمى بحسب سببه إما إبطالاً وإما فسخاً . وفي هذه الحالة يكون للعقد وجود فعلي ووجود قانوني حتى يتقرر بطلانه فيزول هذا الوجود .

فالإبطال يكون عندما تحل الرابطة العقدية بعد انعقادها بسبب قصور الأهلية ، أو عدم سلامة الإرادة لوجود أحد عيوب الرضا . المادة (١٣٨) مدني مصري وتقابلها المادة (١٣٩) مدني سوري .

والفسخ يكون عندما تحل الرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزامه ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا تتصور فيها قاعدة الفسخ ، لعدم وجود التزامات متقابلة كما في عقد الوكالة والإيداع بغير أجر والكفالة .

والانفساخ هو : انحلال العقد حكماً عندما يستحيل تنفيذه بسبب سماوي أو غيره لا يد لأحد العاقدين فيه . المادة (١٥٩) مدني مصري وتقابلها المادة (١٦٠) مدني سوري ، كما لو هلك المبيع قضاءً وقدراً عند البائع قبل التسليم بحيث لا يكون البائع ولا غيره مسؤولاً عن هلاكه قانوناً ، وفي هذه الحالة ينفسخ العقد حكماً دون حاجة إلى فسخ^(١) .

(١) القانون المدني السوري ، مصطفى الزرقا ، ص ١٦٩ ، ١٧٠ . ضمان العقد أو =

صور الفسخ في القانون :

هناك صورتان للفسخ في القانون المدني هما :

أولاً - الفسخ القضائي :

وهو الذي يقرره قاضي الموضوع حينما تتوافر شرائطه وبناء على طلب الخصم . جاء في المادة (١٥٧) مدني مصري والمادة (١٥٨) مدني سوري ما يلي :

١ - في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض .

٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته .

ثانياً - الفسخ الاتفاقي :

وهو اتفاق المتعاقدين على إيقاع الفسخ حكماً عند عدم الوفاء بالالتزامات التي تضمنها ، ودون اللجوء إلى القضاء^(١) .

آثار الفسخ :

في حال فسخ العقد فإن آثار العقد تقع مستندة بأثر رجعي إلى تاريخ نشوء العقد ، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا

= المسؤولية العقدية ، د. محمد الشحات الجندي ، ص ٧٩ . الالتزام ، فريد عقيل ، ص ١٧٢ ، ٢٦٨ . فسخ العقد ، مصطفى الجارحي ، ص ٣ . نظرية العقد ، السهوري ، ص ٦١٠ ، ٦٧٨ .

(١) الالتزام ، فريد عقيل ، ص ٢٧١ . نظرية العقد ، السهوري ، ص ٦٨٩ وما بعدها .

استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض . المادة (١٦٠) مدني مصري ، والمادة (١٦١) مدني سوري^(١) .

آثار الانفساخ :

وهي : إعادة المتعاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد ونقض ما نفذاه من العقد ؛ إذا كانا قد نفذاً جزءاً منه . إلا أنه ما دام الانفساخ يتقرر لقيام سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإنه ليس ثمة سبب للحكم بالتعويض عليه في هذه الحالة^(٢) .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

هناك من القانونيين من فرق بين البطلان وقابلية الإبطال ، والذي يطلقون عليه (البطلان النسبي) ويشمل هذا المصطلح كل من :

١ - الإبطال .

٢ - الفسخ .

٣ - الانفساخ .

ولكن كل هذه النظريات - كما يقول الشيخ مصطفى الزرقا - في تعديد أنواع البطلان قد ظهر فسادها أخيراً واتجه النظر الحديث إلى أن البطلان نوع واحد فقط ، لأن مفهومه عدم ، والعدم ليس فيه مراتب متدرجة .

وما يسمى بطلاناً نسبياً ليس فيه شيء من معنى البطلان ، لأن العقد فيه منعقد منتج لجميع آثاره إلى أن يقضي ببطلانه ، فكل ما فيه إنما هو قابلية إبطال ، وليس ببطلان .

وبهذا النظر أخذ القانون المدني السوري وأصله المصري الجديد ، إذ عدلا عن التعبير بالبطلان النسبي إلى التعبير بقابلية الإبطال ، واستغنى عن

(١) الالتزام ، فريد عقيل ، ص ٢٧٢ . نظرية العقد ، السهوري ، ص ٦٩٧ .

(٢) الالتزام ، فريد عقيل ، ص ٢٧٥ .

وصف البطلان بالمطلق - بدلاً من النسبي - جرياً على أن البطلان نوع واحد.

وهذا النظر هو الموافق للفقهاء الإسلامي الذي هو أدق تصوراً واصطلاحاً ، فالفقه الإسلامي أيضاً ليس البطلان فيه إلا نوعاً واحداً بلا خلاف ، لعدم إمكان تعدد مراتب المعدومية وإنما هناك درجة متوسطة بين البطلان والصحة تسمى : الفساد قررها الاجتهاد الحنفي رعاية لاستقرار المعاملات ، كيلا يتردى العقد في هاوية البطلان إذا كانت مخالفته للنظام الشرعي في التعاقد مخالفة فرعية غير أساسية . فالعقد الفاسد منعقد ليس بباطل ، لكنه مستحق للإلغاء ما لم يمنع من إلغائه مانع كشوء حق للغير مكتب بوجه مشروع في محل العقد . والفساد عند الحنفية غير قابلية الإبطال في القانون^(١) ؟

أما حالة قابلية الإبطال في القانون المدني يقابلها في الفقه الإسلامي حالة «التوقف» أي عدم النفاذ ، كما في حالة نقص أهلية العاقد أو بيع ملك الغير (بيع الفضولي) ، فالعقد الموقوف لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازها صاحب الشأن الذي يملك إصداره ، فإن لم يجزه بطل العقد .

* * *

(١) القانون المدني السوري ، مصطفى الزرقا ، ص ١٨٩ ، ١٩٩ .