

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي الْفُقَّهِ الْإِسْلَامِيِّ

(٤)

عبدالرزاق احمد السنهوري



عنوان کتاب: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة با لفقه الغربي

پدیدآور[ان]: سنهوري، عبد الرزاق احمد

نام ناشر: خرسندی

جلد[ها]: 4

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتال نور

تاریخ دانلود: 1404/7/23

تعداد صفحات دانلود شده: 301

مَصَادِرُ الْحَقِّ
فِي
الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي

الْفَقْهَ الْإِسْلَامِيَّ

دراسة مقارنة بالفقه الفرعي

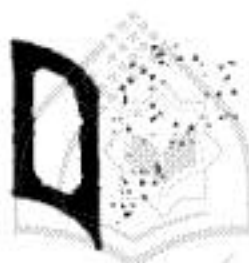
(٤)

نظرية السبب ونظرية البطلان

عَبْدُ الرَّزَّاقِ أَحْمَدُ السِّنِّيُّ

دكتور في العلوم القانونية وكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

سرشناسه :	سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۸۹۵ - ۱۹۷۱ م. Sanhuri, Abd al-Razzaq Ahmad
عنوان و نام پدیدآور :	مصادر الحق فی الفقه الاسلامی دراسة مقارنة بالفقه العربی / عبدالرزاق احمد السنهوری.
مشخصات نشر :	تهران: خرسندی، ۱۳۹۱ -
مشخصات ظاهری :	ج.
شابک :	978-600-114-197-3
وضعیت فهرست نویسی :	فبا
پادداشت :	عربی -
پادداشت :	کتابنامه.
موضوعات :	ع. ۲. دراسة مقارنة بالفقه العربی
موضوع :	فقه تطبیقی
موضوع :	حقوق تطبیقی
رده بندی کنگره :	۱۳۹۱ ۹م۶/س/۷/۱۶۹ BP
رده بندی دیویی :	۳۹۷/۳۳۲
شماره کتاتشناسی ملی :	۲۵۶۷/۳۱



انتشارات خرسندی

تهران - خیابان انقلاب - خیابان ۱۲ فروردین

پائین تر از لبافی نژاد - کوچه مینا - پلاک ۲۰

تلفن : ۵-۶۶۹۷۱۰۳۴ و ۵-۶۶۴۹۰۵۸۴

پست الکترونیک: Khorsandy.pub@gmail.com

سایت اینترنتی: Khorsandypub.com

مصادر الحق فی الفقه الاسلامی (جلد ۴)

دراسة مقارنة بالفقه العربی

تالیف : دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری

چاپ اول : ۱۳۹۱ - شمارگان : ۵۰۰ جلد

قیمت : ۱۲۰۰۰۰ ریال

ISBN : 978-600-114-197-3

شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۱۱۴-۱۹۷-۳

الفصل الثالث



مركز البحوث والدراسات
السبب

الفرع الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث

الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى :

يعنينا في بسط نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث أن نستعرض هذه النظرية في كل من الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى ، ذلك أن الفقه الإسلامى ، كما سنرى ، شارك كلا من هذين الفقهاء في بعض الخصائص التى تتميز بها هذه النظرية الدقيقة .

فنستعرض في مبحث أول نظرية السبب في الفقه اللاتينى ، ثم نستعرض في المبحث الثانى هذه النظرية في القانون الألمانى .



نظرية السبب في الفقه اللاتينى^(١)

تمهيد

السبب والإرادة معنيان متلازمان :

يمكن تعريف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدى ، إذ الالتزام غير العقدى لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه . والسبب ، كعنصر في الالتزام العقدى ، يتصل أوثق الاتصال بالإرادة .

(١) اعتمدنا في تلخيص نظرية السبب في الفقه اللاتينى على كتابنا « الوسيط » ، الجزء الأول
فقرة ٢٤٢ - فقرة ٢٩٧ .

ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب ، ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى ، كإرادة المجنون . ولما كانت الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتميز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب . . .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن فى العقد غير ركن الإرادة ، ولكن الركنين متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر .

ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان :

وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة فى تكوين العقد ، وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك أن الإرادة ، من حيث إنها تحدث آثاراً قانونية ، إذا هى انطلقت من قيود الشكل وجب أن تنقيد بالسبب . وعندما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذى ينشئ العقد ، لم يكن للسبب من أثر . ثم بدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب ، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى ، فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلا من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم ، فإن السبب لم يكده يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود ، فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تسره ، وبرز قوياً ليحيط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل . وهذه هى الحال أيضاً فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأبغيت نظرية السبب وازدهرت . بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى فى الانتقاص من سلطان السبب .

تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى عقد رضائي مجرد :
وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فقد بدأ العقد شكلياً حيث
السبب لا أثر له ، ثم تطور إلى عقد رضائي حيث السبب له أكبر الأثر ، ثم تطور
أخيراً إلى عقد مجرد حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير
مباشر . والقوانين الجرمانية هي التي ماشت هذا التطور إلى نهايته ، أما في القوانين
اللاتينية فالعقد لا يزال رضائياً ولا تزال نظرية السبب في العقد تشغل المكان البارز
ولا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة ضيقة .

خطة البحث :

ونبحث :

(أولاً) كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت .

(ثانياً) ما انتهى إليه أمر نظرية السبب في القوانين اللاتينية الحديثة

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

التطور التاريخي لنظرية السبب :

لعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى
التاريخ على نظرية السبب . ظل القانون الروماني بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى
بعيد ، إذ غلبت فيه الشكلية . وقد نبئت النظرية ، ثم ترعرعت ، منذ تحررت
الإرادة من الشكل في عهد القانون الكنسي . وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير
طبيعتها ، وانقلبت على بد دوماً ومن تلاه من الفقهاء من نظرية ذاتية إلى نظرية

موضوعية ، وبقيت كذلك عهداً طويلاً . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث ، ضعيفة الأثر قليلة الجوى ، ثم استردت جدتها في العهد الحاضر ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية .

§ ١ - نظرية السبب في القانون الروماني

العهد القديم - لم يكن هناك مجال للسبب لتغلب الشكلية :

كانت العقود في العهد القديم للقانون الروماني شكلية ، فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للإرادة أى دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكلية ثلاثة : عقداً يتم بوزن صوري ، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابي ويتم بكتابة على نحو خاص ، والعقد اللفظي ويتم بألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً بالذات ، بل كانت إقوالاً تصب فيها العقود ، فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغيرها من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها « السبب المدني » . فهي ليست سبباً للالتزام العقدي على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هي سبب لانعقاد العقد ، أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون . وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد إذ بدونه لا ينعقد ، وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء وجدت الإرادة أو لم توجد ، وجدت صحيحة أو معيبة ، اتجهت إلى غرض مشروع أو إلى غرض غير مشروع ، فالشكل وحده لا الإرادة هو الذي يوجد العقد . ومتى استبعدت الإرادة عن تكوين العقد فقد استبعد معها السبب ، لأن السبب ليس إلا الغرض الذي تتجه إليه الإرادة كما سبق القول .

العهد المدرسي - ظهور السبب في العقود غير الشكلية :

ولما ظهر في العهد المدرسي من القانون الروماني ، إلى جانب العقود الشكلية ، عقود أخرى غير شكلية ، وبخاصة العقود الرضائية وعقود التبرع - فبرز دور الإرادة

في تكوين العقد - ظهر السبب بظهور الإرادة .

ففي عقد البيع ، وهو أهم العقود الرضائية ، ظهرت فكرة السبب في مرحلة تكوين العقد لا في مرحلة تنفيذه . فالترام البائع اعتبر سبباً للترام المشتري ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يحم التزام المشتري لانعدام السبب . أما في مرحلة تنفيذ البيع فلم يكن لفكرة السبب من أثر ، ولم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يحم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ حتى لو كان المتعاقد الآخر المطالب بالتنفيذ لم يحم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام المتعاقد الآخر . وإذا اعتبر كل منهما سبباً للآخر في مرحلة تكوين البيع : فإن كلا منهما مستقل عن الآخر ولا شيء يربط بينهما في مرحلة التنفيذ .

أما في الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - فقد اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالسبب في الهبة هو نية التبرع ، فإذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطلت الهبة . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعاً ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقرنة بشرط يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع ، فإذا لم يحم الموهوب له بتنفيذ الشرط كان للوادي أن يسترد هبته . وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي ، ثم تبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن البائع على الوصية هو اعتقاد الموصي أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها .

موقف القانون الروماني من نظرية السبب :

ويتبين مما قدمناه أن القانون الروماني ، في عهده المديني دون العهد القديم ، اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها ، وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب كما قدمنا . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية لا ذاتية ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد لا خارجاً عنه ، وهو واحد لا يتغير في النوع الواحد من

العقود مهما اختلفت البواعث واللواحق . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه . وسرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما في صياغته لنظرية السبب .

§ ٢ - نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

عهدان :

بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت التقنين المدني الفرنسي ، من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر . وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر ، إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقتة . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب ، تبعه الفقهاء في صياغته ، وتناقلوا عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي .

نظرية السبب في العهد الذي سبق دوما - فكرة السبب عند الفقهاء الكنسيين :
تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من الفقهاء : فريق الرومانيين وفريق الكنسيين .

أما الفريق الأول فقد اقتضوا أثر القانون الروماني . وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين ، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الروماني ، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضي عليهم بذلك . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا ذاتية ، داخلية في العقد لا خارجة عنه ، وهي واحدة لا تتغير في نوع واحد من العقود .

وأما فقهاء الكنيسة فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية الاعتبارات الأدبية الدينية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين : (المبدأ الأول) أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة ، ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم — لا الشكل — هي التي تنشئ العقد وتجعله ملزماً . وتدرجوا في هذا المبدأ حتى أقرروا أي عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الروماني يتطلبه . (والمبدأ الثاني) أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع ، ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد وبأن الإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة أيضاً ، فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط ، بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع : الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعتبر خطيئة أخرى . وها نحن نرى إلى أي مدى يسرق هذا المنطق ، فالغرض الذي يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في العقد ، وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً . وإذا سلمنا أن الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، وجب أن نسلم في الوقت ذاته أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التي ألفناها في القانون الروماني ، شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية : وعاملاً نفسياً زائراً بالقوة بعيداً في الأثر . ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة — بعد أن جردوها من الشكل — الغرض الذي ترمى إلى تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذي تهدف إليه ، وهي إذا تجردت من الشكل فليست تتجرد من السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب . الروماني الموضوعي الداخل في العقد والذي يبنى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسي الخارج عن العقد والذي يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذي ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

أولاً : أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً في تكوين العقد .

ثانياً : أن نظرية السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً : أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيداً على الإرادة . فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً إلى تحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادئ القانون الروماني فلا يتعارضون معه تعارضاً صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العاري (Pactenu) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة « الاتفاق العاري » عبارة « الوعد المسبب » ، فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة طائفة جديدة هي طائفة « الوعود المسيبة » .

رابعاً : أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى ، إذ حررها من الشكل ، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه إلى تحقيق غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الروماني الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع . وما لبث الفقه والقضاء في فرنسا أن اتبعهم ، وأصبحت الإرادة وحدها ملزمة مادامت الغاية التي تهدف إلى تحقيقها غاية مشروعة . وفهم السبب بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد ، فأبطلت العقود التي تهدف لاستغلال النفوذ : واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا ، فإذا كان غير مشروع بطلت هذه التبرعات . وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب ، ولكنه صاغها نظرية جوفاء فارغة ، رجع فيها إلى تقاليد القانون الروماني التي سلف ذكرها .

نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدني الفرنسي :

إذا كان دوما قد تميز بهذه النظرية الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب : فصاغ منه نظرية عامة محبوبة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذي قام به هو . فإنه مع ذلك قد أساء - في رأينا - إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن : وعاق تطورها الطبيعي . وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجدبة .

ويشترط دوما قيام السبب في جميع العقود . فالسبب في التزام التعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به التعاقد الآخر ، أي التزامه المقابل . والسبب في التزام التعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به التعاقد الآخر ، أي التسليم الذي تم من جانبه في مبدأ الأمر . والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع ، أي نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما في السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة . وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الروماني .

ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسي القديم على أن يرددوا ما قاله دوما في نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء هو بوتيه ، الفقيه الفرنسي المعروف ، فقد بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية . ذكر في كتاب الالتزامات عنها ما يأتي : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . ففي عقود المعارضة يكون السبب في الالتزام الذي يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه ، أو التبعة التي يتحملها . وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله . أما إذا لم يتم الالتزام على أي سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ويبطل العقد الذي يتضمنه » .

وقد نقل التقنين المدني الفرنسي نظرية السبب عن دوما وبوتيه في المواد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣ ، وصارت هذه النصوص هي الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب .

المطلب الثاني

نظرية السبب في التمانون الحديث

§ ١ - النظرية التقليدية في السبب

تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية :

تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائي والسبب الدافع والسبب القصدى .
فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام ، وهو لا يعنينا هنا .
والسبب الدافع هو الباعث الذى دفع الملتزم إلى أن يرتب فى ذمته الالتزام .
فمن يشترى منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء وعلى الالتزام بدفع الثمن هو أن
يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكنائه ، أو أن يجعل منه محلاً لعمله ، أو أن يجعل
منه نادياً للمقامرة ، أو أن يديره للعاهرة ، أو غير ذلك من الدوافع المشروعة وغير
المشروعة . فالباعث إذن يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شئ خارجى
عن العقد . (٢) وهو شئ ذاتى للملتزم . (٣) وهو شئ متغير ، لا فى كل
نوع من العقود فحسب ، بل فى كل عقد بالذات . ولما كان الباعث يصعب
ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له فى وجود
العقد ولا فى قيام الالتزام ، فهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف ، متفقاً
مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى - وهو السبب الذى تقف عنده النظرية التقليدية - يعرف
عادة بأنه هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من
 وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث فى أن السبب هو أول نتيجة يصل
إليها الملتزم ، أما الباعث فغاية غير مباشرة تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل
إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

السبب في الطوائف المختلفة من العقود :

وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب - ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى - في كل طائفة منها ، على النحو الذى جرى عليه دوماً وبوتية .

ففي العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع وسبب هذا الالتزام هو التزام المشتري بدفع الثمن ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب هذا الالتزام هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وكل مثل ذلك في العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالإيجار والمقاوله وعقد العمل .

وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان العقد عينياً ، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة - وهذا في غير التقنين المصرى الجديد - يكون سبب التزام المتعاقد الملزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقرض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه . وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً ، كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائى ، وهو الغرض المباشر الذى قصد الواعد إلى تحقيقه ، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق .

وفي عقود التبرع ، السبب في التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له وهذا هو السبب في تبرعه .

ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب في النظرية التقليدية هي عكس خصائص الباعث :

١ - فالسبب شيء داخلى في العقد ، يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . (٢) وهو شيء موضوعى لا يؤثر فيه نوايا الملزم . (٣) وهو غير متغير ، فيبقى واحداً في نوع واحد من العقود ، ولا يتغير بتغير البواعث والذوائع . وهذه الخصائص الثلاث هي عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب

في الفكرة الرومانية القديمة .

على أن النظرية التقليدية - خلافاً للقانون الروماني - تحرص على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد ، ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذه القاعدة في العقود الملزمة للجانبين ، فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هي نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة ، تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هي نظرية تحمل التبعة . وأصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه المبادئ الثلاثة على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد .

الشروط الواجب توافرها في السبب :

تذهب النظرية التقليدية إلى أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة :

(١) أن يكون موجوداً (٢) وأن يكون صحيحاً (٣) وأن يكون مشروعاً .

١ - وجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء ، بل هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم . ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل في نطاق هذا الشرط الأول ، بل يدخل في نطاق الشرط الثاني كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، أي أن يكونا غير واهمين في وجوده . ويقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك في فروض نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين ، أي لسبب لا وجود له كقرض لم يتم ، وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته

باطلاً لانعدام السبب . ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه ، فالفرق واضح بين البطلان والقابلية للإبطال . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً ، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلاً لانعدام السبب . (ب) يكون السبب غير موجود ، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه ، فيما يسمى بسند المجاملة (*effet de complaisance*) وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً فيمضي سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصوري سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصوري بتوريد قيمته إلى المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصوري أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة . ولا يحتاج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية . ولكن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصوري يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب . (ح) ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد تمام التعاقد ، ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام التعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذي يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية النسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢ - ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً ، فالسبب غير الصحيح لا يصح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط ، وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث ، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث ، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضي إقراراً بدين على التركة ، ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث فهذا الإقرار باطل

لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم . مدين يتفق مع دائته على تجديد الدين ، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه ، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقى السبب الصوري . والعقد الذي يقوم على سبب صوري لا يكون باطلا لصورية السبب ، فإن الصورية في ذاتها ليست سبباً في البطلان ، ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي ، ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقي . فإن كان هذا السبب موهوماً ، سقط الالتزام ، لأن السبب الحقيقي موهوم ، لا لأن السبب الظاهري صوري . وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع ، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب ، سقط الالتزام أيضاً ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي . أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعاً غير موهوم ، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر .

٣- ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً . والسبب المشروع هو الذي لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب . ومشروعية السبب ، لا عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط بتمييز عن مشروعية المحل . لا فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع ، ويتحقق ذلك في فروض مختلفة ، نذكر منها :
أولاً : إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام الشخص بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع . فلا يقوم هذا الالتزام ، لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب .

ثانياً : كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع : الأول التزام بعدم ارتكاب جريمة وهذا محل مشروع ، والآخر التزام بدفع مبلغ من النقود وهذا أيضاً محل مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الآخر

بدفع مبلغ من النقود ، وهذا سبب غير مشروع لأن الامتناع عن ارتكاب الجريمة واجب قانوني لا يجوز الأجر عليه . وسبب التزام الآخر بدفع مبلغ من النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع إذ لا يجوز لشخص أن يلتزم نحو آخر لحمله على أداء واجب عليه . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن كلا منهما محله مشروع . وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة شخص آخر لحمله على القيام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع ييجز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه ييجز السارق حتى يرد المسروق . ولكن خطف ولده ييجز الخاطف حتى يرد إليه ولده : وكن يغشى أذى من شخص ييجز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

ثالثاً : عقد الوساطة في الزواج هو أيضاً عقد سببه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لاجئاً على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا ينقله إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود .

القضاء في مصر غير مستقر، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية ببطالان العقد، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الحاطبة» أن تخدع الزوج في أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بصحة العقد، إذ أن الغرض الذي يرمى إليه مشروع فهو يسر أمر الزواج، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية.

ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم

الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأي ، كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بترويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج .

انتقاد النظرية التقليدية في السبب - نظرية عقيدة يمكن الاستغناء عنها :

منذ استقرت النظرية التقليدية منقولة عن دوما وبوتيه على النحو الذي بسطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وإذا كان فقهاء - كالأستاذ كاييتان - قد دافعوا عنها بعد أن حوروا فيها ، فإن كثيراً من الفقهاء ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، هاجموها مهاجمة عنيفة . فالصياغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف هذه النظرية التقليدية ، والعيب الجوهرى فيها ليس في أنها غير صحيحة ، فهي حتى لو كانت صحيحة عقيدة على كل حال . وهي لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هي تحدد السبب في أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً ، وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب في صورته المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء : يمكن الاستغناء عن السبب الموجود ، وعن السبب الصحيح ، وعن السبب المشروع .

١ - يمكن الاستغناء عن السبب الموجود : وتأتى النظرية التقليدية للتدليل على وجوب وجود السبب بمثلين ، مثل من أكره على إمضاء الترام ليس له سبب ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار . فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً ، ولا يكتفى هنا استظهار الإكراه فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذا الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها

عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم ، فمحل الالتزام معلوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالالتزام المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده ، إما لأن القرض عقد عيني لم يتم لعدم التسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائي - وفقاً للتقنين المصري الجديد - لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه . وفي الحالين يسقط التزام من أمضى السند ، لا لانعدام السبب بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل . أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري ، فإن قواعد الصورية هنا تكفي وتغني عن نظرية السبب . فالسند صوري ، والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، وهو حامل السند ، فيؤخذ بالعقد الظاهر .

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه . فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها بلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان الواجب أن يكون الجزاء واحداً في الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفريق عيب فني واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطق الارتباط يقضي بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضي بعد وجوده - أي يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد . أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العيني سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يتم الالتزام لانعدام سببه . ومن

السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العيني إذ هو لا ينعقد إلا بالتسليم . وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يحم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه حتما يتضمن نية التبرع ، فإذا تبين أن هذه النية منعدمة فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

٢ - ومن السهل أيضاً أن نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنيينا عن السبب الموجود ، فالسبب الصحيح كما رأينا إما سبب موهوم أو سبب صوري . وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معلوم . وهذه هي حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذي يجدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه . أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع ، وقد فرغنا من السبب الموهوم فنتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٣ - ومن السهل أخيراً أن نستغنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قلناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل ، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل ، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل إنشاء الإنشاء ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل ، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالالتزام مستحيل . أما في العقود العينية والتبرعات فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب في العقود العينية هو التسليم كما تقول النظرية التقليدية ، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع ، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لا لعدم

مشروعية السبب . والسبب في التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كاييتان ، يمنحون إلى اعتبار السبب في التبرعات : ر الباعث الدافع إلى التبرع ، بل إن القانون الروماني ذاته يعتد بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا القول .

ويتبين مما قدمناه أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة . وهي نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التي يراد أن ترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانوني آخر لا علاقة له بالسبب . وما النظرية التقليدية إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب في الوقت الذي تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها ، على أن تكون هي الفكرة الحصبة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي وننتقل الآن إليها .

§ ٢ - النظرية الحديثة في السبب

السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد :

لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ، بل انكمشت في بطون كتب الفقه لا تلتقي حظاً من التطبيق . ولم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجا صريحا ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث ، وخطأ بينهما خطأ تاما ، لا في التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا النهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده نظرية منتجة لا غنى عنها .

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع للملتزم في أن يلتزم . وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا

الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمى الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يجرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب. وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي ، فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتد به ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح العملي شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة ، وسائر الفقه المعاصر القضاء في هذا الطريق .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب . وهي النظرية الحصبة المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية .

مرونة الباعث وكيف ينضبط :

والباعث بالتحديد الذي أسلفناه أكثر مرونة من السبب في النظرية التقليدية ، ويمكن أن نعود إلى خصائص السبب نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لئرى التقيض إلى جانب التقيض . فقد قلنا أن السبب معياره موضوعي ، وهو داخل في العقد ، لا يتغير في النوع الواحد من العقود . أما الباعث فمعياره ذاتي ، وهو خارج عن العقد ، ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث . وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ننظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للترعزع والقلقلة في التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر . وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن في خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث . ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك . فما هو هذا الضابط ؟

أيمكن أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين فيشترط أن يكون الطرف الآخر

مساهماً في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتي بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة : شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها ، فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله . وفي هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذي دفع المقرض إلى التعاقد . وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه . فيتفقان على القرض للاستمرار في المقامرة ، وهذه هي مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

يقول كاپيتان الفقيه الفرنسي المعروف بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق : فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده في نظر كاپيتان هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد (Champ contractuel) ولا شك في أن كاپيتان قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب ، ولكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين ، إنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث كما هي الحال في الغلط ، وسنرى تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها حول هذا النطاق .

والفقه الفرنسي يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فينطلب في الأولى مرتبة أعلى ، ولكن الفقهاء يختلفون في تحديد هذه المرتبة . فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر حتى يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع ، أما في التبرعات فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل

إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية ، وهو لذلك يعتد بالبائع الذي دفع المتبرع إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه . ويذهب بوا جيزان إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات ، والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاقدين شيئاً من عنده ، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد ، ومن ثم يجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في البائع الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع . أما في التبرعات فإرادة المتبرع وحدها هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل ، ومن ثم جاز الاقتصار على مرتبة العلم فهي كافية لاستقرار التعامل .

وإذا كان الذي يعنينا في انضباط معيار البائع هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

اعتناق التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية الأخرى للنظرية الحديثة في السبب :

تلقى التقنين المدني المصري الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثاً عن التقنين المدني السابق والقضاء المصري ، فقد كان الفقه والقضاء في مصر ، قبل صدور التقنين المدني الجديد ، قد عبد الطريق لنبد النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الحصبة .

وقد نص التقنين المدني الجديد في المادة ١٣٦ على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » . وكان التقنين المدني السابق ينص في المادة ٩٤ / ١٤٨ على أنه « يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .

ونلاحظ الفرق ما بين النصين : فنص التقنين السابق يشترط في السبب الصحة والمشروعية ، أما نص التقنين الجديد فلا يشترط إلا المشروعية إذ السبب غير

الصحيح يدخل في منطقة الغلط . ومن ثم لا نجد في التقنين الجديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرؤها في التقنين السابق . فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت في التقنين المصري الجديد . والواقع من الأمر أن السبب ، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد ، يجب استبقاؤه على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد . ذلك أنه هو وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع ، ولا يغني عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء . ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته ، فلا تجاوز ذلك إلى حماية العاقد الآخر من الغلط في صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية الغلط تغني عندئذ عن نظرية السبب بل وتفضلها من حيث الجزاء . وقد فهم القضاء في مصر وفي فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه ، فنراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد ، وقل أن نجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط

ولم يصرح التقنين الملئى الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذي يقصده من « السبب » ، ولكن لاشك في أنه يعتق النظرية الحديثة وينبذ النظرية التقليدية ، فقد كان هذا هو شأن التقنين السابق وهو لا يزيد في صراحة التعبير عن التقنين الجديد . وكان الفقه والقضاء في مصر يفسران عبارات التقنين السابق على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية ، ولم يقطع التقنين الجديد صلته بالماضي ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسي ، وقد ذكر ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فالسبب إذن ، في نظر التقنين الملئى الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وكل ما أورده عن النظرية الحديثة في السبب ينطبق في التقنين الجديد . ولا بد في التقنين الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وأبى في استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً . ويقوم ، لا على الإرادة الحقيقية فهي غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ،

شأنه في ذلك شأن العقد الذي يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به .

والتقنيات المدنية العربية الأخرى - التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - سارت على غرار التقنين المصري واعتنقت النظرية الحديثة في السبب . أما التقنين اللبناني فيفرق بين سبب الالتزام وسبب العقد ، فسبب الالتزام هو السبب المعروف في النظرية التقليدية ، أما سبب العقد فهو السبب المعروف في النظرية الحديثة . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب في الفقه التقليدي وبين دلالة الحديثة كما استخلصها القضاء ، ولا نرى ، مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة كما فعل التقنين اللبناني وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها وأن الاستغناء عنها ميسور . هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين تختلفان كل الاختلاف في النزعة وفي الأصل التاريخي ، وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصنعة الرومانية ، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية وبعدها بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . فقيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى في هذا الربط ، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء !

تطبيقات القضاء في مصر وفي فرنسا للنظرية الحديثة في السبب :

ونورد هنا بعض تطبيقات للنظرية الحديثة في السبب عن القضاء في مصر وفي فرنسا :

ففي مصر قضت بمحكمة الاستئناف الوطنية (١٣ يولية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦) بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لجاليته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلا ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخلية عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون صحيحاً . وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في

الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة (٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦) بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، متى كان البائع عالماً بهذا التحريم . وقضت (١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤) بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة . وكان المقرض عالماً بهذا القصد . وقضت (١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣) بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٠) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة (٨ يونيو سنة ١٩١٦ جازيت رقم ٥٣٦ ص ١٧٦) بنفس المبدأ الذى قضت به محكمة الاستئناف الوطنية من أنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة بين الخليل وخليته كان العقد باطلا ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخلية من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح .

وفي فرنسا كثيراً ما يبطل القضاء عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية مشروعاً . فالبيع والإيجار ، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعاهرة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، كان العقد باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى (محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دى پاليه ١٩٠٠ - ١ - ١٣٢) . ويفعل القضاء الفرنسى ذلك أيضاً في الأماكن التى تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (محكمة پو الاستئنافية ٢٨ يونيو ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ - ٢ - ٦١) . ويقضى بطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعاهرة (محكمة النقض الفرنسية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ - ١ - ٤٨٤) . ويبطل قرضاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (محكمة النقض الفرنسية ٤ يوليو سنة ١٨٩٢ داللو ٩٢ - ١ - ٥٠٠) . ويبطل

القرض أيضاً إذا كان القرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للعاهرة (محكمة النقض الفرنسية أول إبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦-١-٢٨٩) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (محكمة النقض الفرنسية ١٧ إبريل سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢) . أما في التبرعات ، فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، فيقتضي بنفس المبدأ الذي رأينا القضاء المصري يقضى به ، ويبطل تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلائق غير المشروعة أو لاستبقائها أو لإعادتها (محكمة النقض الفرنسية ٨ يونيو سنة ١٩٢٦ داللو ١٩٢٧ - ١ - ١١٣) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير المشروعة بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً ، والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو في الواقع يعتبر وفاء للالتزام الطبيعي (محكمة النقض الفرنسية ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١٧٠) . وإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بالانفصال الودي ، كان سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع ، ويبطل التبرع (محكمة النقض الفرنسية ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللو ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧) . وإذا اقترن التبرع بشرط دافع غير مشروع ، كان هذا الشرط هو الباعث أو السبب ، ويبطل التبرع جميعه ولا يقتصر الأمر على مطلان الشرط (محكمة النقض الفرنسية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللو ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩) .

وقد أخذ التقنين المدني الإيطالي الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ بالنظرية الحديثة في السبب ، فقضى في المادة ١٣٤٥ بأن الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن المتعاقد إنما انساق إلى التعاقد مدفوعاً بهذا الباعث وحده ، وكان باعثاً اشترك فيه كلا المتعاقدين .

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

القانون الألماني نزعه موضوعية لا ذاتية :

يتميز القانون الألماني عن القوانين اللاتينية بأن نزعه موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif) . فهو يقف عند التعبير المادى للإرادة ، ولا يجاوزه إلى الإرادة ذاتها وهي تختلج في الضمير ، ومن باب أولى لا يتقصى الإرادة بما صدرت عنه من دوافع نفسية وبواعث ذاتية . فالباعث على التعاقد ما لم يكن جزءاً من التعبير عن الإرادة لا يعتد به ، ومن ثم لا يعرف القانون الألماني نظرية للسبب تضارع النظرية الذاتية التي رأيناها في القوانين اللاتينية . فالإرادة وطرق الكشف عنها والعيوب التي تشوبها والبواعث التي تدفعها ، كل ذلك ينحصر في شيء واحد هو التعبير عن الإرادة ، ففي هذا التعبير — لا في غيره — يجب أن نتلمس كل شيء .

والتعبير عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة ، إذا وضعت إلى جانب الإرادة الباطنة . ويمكن القول أن السبب في القانون الألماني يتلخص في مسألتين :

- ١ — العبرة بالإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة .
- ٢ — والسبب جزء من التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسى ينعقد به العزم على شيء معين . وما دامت الإرادة عملاً نفسياً ، فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم مصادر الحق — رابع

بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير . فالإرادة الكامنة في النفس هي الإرادة الباطنة ، ومظهر التعبير عن هذه الإرادة هو الإرادة الظاهرة .

وإذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فبيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دامت الاثنتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤثر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال — فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن الفقه الحرمانى يأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد ، كما اختلفتا في الالتزام ، كما اختلفتا في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية ، فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية . فإذا اقتصرنا على العقد ، لرأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

ونظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس ، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها — حقيقية كانت أو مفترضة — هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقى ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

وفي النصف الثانى من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المصدق ، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعى ، لا في مكمنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ

الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات ، فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا فى العالم النفسى . فإذا أريد أن يكون لها وجود فى العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم فى مظهرها المادى ، وهو ما يستطاع إدراكه . وفى هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتاج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى على نية أخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية . ولا بشرط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، وقد يكون مجرد السكوت فى أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسى ، بل تبرز إلى العالم المادى فى علامة ظاهرة ، هى التى تقف عندها ، وتقلد الإرادة بقدرها . وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك المظهر لانفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأسمى للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس ، فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره مظهراً لإرادته .

التعبير عن الإرادة :

وما دمتنا فى صدد القانون الألمانى ، فليس لنا أن نتكلم فى « الإرادة » ، بل يجب الكلام فى « التعبير عن الإرادة » ، فالإرادة لا تكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير ، ولا يعرف القانون الإرادة ذاتها : بل يعرف التعبير عن الإرادة . وإذا كان يجب أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، فهذه الإرادة

إنما تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحديث أثرها القانونى . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحديث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعتد به فى التعبير عن الإرادة ليس لأن إرادة الطفل أو المجنون معلومة فى ذاتها فهذا أمر يتعلق بالإرادة الباطنة ، بل لأنه لا يصح أن يقال إن أياً من الطفل أو المجنون قد قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجى لتحديث أثرها القانونى ، وهذا هو الأمر الذى يتعلق بالإرادة الظاهرة .

ولابد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً : فالإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهي موجودة ، حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود . ومتى وجدت الإرادة الظاهرة ، وجب الاعتداد بها دون الإرادة الباطنة لسببين : (١) لأن الإرادة لا يكون لها قوام قانونى إلا إذا اتخذت مظهراً خارجياً ، أما إذا بقيت إرادة باطنة كامنة فى خفايا النفس ، فهي ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية كما قدمنا ، والقانون إنما يعنى بالظواهر الاجتماعية ولا شأن له بالظواهر النفسية . (٢) ولأن من صدرت منه الإرادة يلتزم حتماً بما ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأن إليها الناس فى التعامل ، وهذا هو الأثر المتولد عن التعبير عن الإرادة لا عن الإرادة نفسها ، فوجب إذن الاعتداد بالتعبير أى بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

هذا وقد تكون النتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة نتائج محدودة ، وهي لا تظهر على كل حال إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الباطنة تختلف عن الإرادة الظاهرة . وفى الأحوال غير الكثيرة التى يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدأان من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجى الحاطى دون جزاء ، بل يترتب عليه الحق فى التعويض ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر ، حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من أمر ، فلا يزال هناك فرق بين المبدئين لا يجوز إغفاله ، فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، أما نظرية الإرادة الباطنة فتتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق ترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد ، إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تبجته سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجارى وإلى المألوف فى التعامل ، وستفصل ذلك فيما يلى . (٢) إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقص ، فما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك هو حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع ، لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى .

كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة :

بعد التعبير عن الإرادة ذا وجود مستقل عن الإرادة ذاتها وعن الشخص الذى صدر منه التعبير . فلا نتلمس فى تفسير التعبير الإرادة الباطنة التى انطوى عليها هذا الشخص ، بل ننظر إلى التعبير ذاته فى الصورة التى ظهر بها ، فهو بمثابة قانون ينظم مصالح الطرفين ، فيفسر على النحو الذى يفسر به القانون ، ويعتد تفسيره بالعرف وقواعد العدالة ومقتضيات استقرار التعامل .

ويقول سالى* فى كتابه المعروف « التعبير عن الإرادة » (فقرة ٥٥ - فقرة ٩٥) إن هناك قواعد ثلاثاً تجب مراعاتها عند تفسير التعبير عن الإرادة :

أولاً : يعتد بالتعبير ذاته الذى أراده من أصدر هذا التعبير ، لا بالتعبير الذى كان ينوى أن يصدره ولم يصدر فعلاً . فإذا ثبت أن صاحب التعبير أراد التعبير الذى صدر منه ، ولكن ثبت من جهة أخرى أنه إنما كان ينوى أن يصدر تعبيراً آخر ، فالعبرة بالتعبير الذى صدر منه فعلاً لا بالتعبير الذى كان ينويه ، وليس أمامه فى هذه الحالة إلا أن يظن فى التعبير الذى صدر منه فعلاً بالغلط . ومعنى

ذلك أن التعبير الذى صدر منه فعلا هو الذى يعتد به ، ولكنه يكون قابلا للإبطال لعب شبهه ، فإذا زال الحق فى طلب الإبطال لأى سبب ، بقى التعبير الذى صدر فعلا قائماً وأنتج أثره . أما فى نظرية الإرادة الباطنة ، فالتعبير الذى يصدر مخالفاً للتعبير الذى كان فى النية صدوره يعتبر تعبيراً باطلاً أصلاً ، فلا ينتج أى أثر .

وبلاحظ أن هناك نوعين من الغلط : غلطاً فى الإرادة وغلطاً فى التعبير . فالغلط فى الإرادة هو مغايرة التعبير الذى صدر فعلا عن التعبير الذى كان منوياً صدوره ، أما الغلط فى التعبير فهو مغايرة التعبير الذى صدر فعلا عن التعبير الذى أريد فعلا صدوره ولكنه لم يصدر لسهو من صاحبه . فلو كان عند شخص داران ، إحداهما فى القاهرة والأخرى فى الإسكندرية ، وكان مقيماً فى الخارج ، وبلغه أن إحدى الدارين قد نزل لإيرادها فأراد بيعها ، ولكنه ظن خطأ أن الدار التى نزل لإيرادها هى دار الإسكندرية بينما هى دار القاهرة . فباع دار الإسكندرية ، كان هناك غلط فى الإرادة لا غلط فى التعبير ، فإنه أراد التعبير الذى صدر منه ولم يقع غلط فيه ، ولكن الغلط وقع فى الإرادة إذ كان يريد بيع الدار التى نزل لإيرادها فباع الأخرى ، أما إذا كان يعرف الحقيقة وأن الدار التى نزل لإيرادها هى دار القاهرة وأراد بيعها ، فسها فى التعبير وذكر دار الإسكندرية بدلا من أن يذكر دار القاهرة ، كان الغلط هنا غلطاً فى التعبير ، إذ أنه وهو يذكر دار الإسكندرية لم يرد أن يصدر منه هذا التعبير ، وشرط التعبير أن يريد صاحبه كما قلنا . وفى الحالة الأولى - حالة الغلط فى الإرادة - يطن فى التعبير بالغلط ويكون قابلاً للإبطال كما سبق القول . أما فى الحالة الثانية - حالة الغلط فى التعبير - فينبغى أن يعتبر التعبير باطلاً ولا يعتد به لأن صاحبه لم يرد أن يصدر منه . والفرق واضح بين تعبير قابل للإبطال فى الحالة الأولى وتعبير باطل فى الحالة الثانية . ومع ذلك فإن التقنين الملى الألمانى (م ١١٩) يعد التعبير قابلاً للإبطال فى الحالتين .

ثانياً : لا يقتصر فى التفسير على العبارات التى تضمنت التعبير عن الإرادة أو أى مظهر خارجى تضمن هذا التعبير ، بل يعتمد فى التفسير بما أحاط التعبير عن الإرادة من ظروف خارجية ، كوقائع مادية ومكانات سابقة على صدور التعبير وعلاقات عمل سابقة بين الطرفين والمألوف فى التعامل بينهما ، على أن يكون المعنى

المستخلص من كل هذا هو المعنى الذي يستخلصه الشخص عادة وفقاً للعرف
الجاري في المعاملات . ولا يعتد من هذه الظروف الخارجية إلا بما أحاط منها
بالتعبير ذاته وبما يمكن اعتباره بمثابة الجوهري الذي قام فيه التعبير ، أما الظروف
التي لا علاقة تربطها بالتعبير فلا يعتد بها . فلو أن بائع الدار في المثل المتقدم قال
إنه يبيع داره . ، ثم انزلت لسانه فذكر دار الإسكندرية بدلاً من دار القاهرة ،
وأمكن بالرجوع إلى الظروف الخارجية والمكاتبات السابقة استخلاص أن المشتري
فهم ، أو كان ينبغي أن يفهم ، الأمر على حقيقته ، وأدرك ، أو كان ينبغي أن
يدرك ، سهو البائع وأنه إنما أراد أن يقول دار القاهرة لا دار الإسكندرية ، جاز
تفسير التعبير عن الإرادة على هذا النحو فتصحح الظروف الخارجية ما ورد خطأ
في التعبير ، ويكون التعبير المعتد به هو التعبير الذي أراد صاحبه صلوره منه
لا التعبير الذي صدر فعلاً . ولا تقتصر كما فعلنا من قبل على اعتبار التعبير الذي
صدر فعلاً باطلاً ، بل نجاوز ذلك إلى تصحيحه وإحلال التعبير الذي أراد
صاحبه صلوره منه محله . ويترتب على ذلك أن المشتري إذا قبل شراء الدار التي
في الإسكندرية يكون قبوله غير مطابق حكماً للإيجاب ، وإن كان مطابقاً له في
الظاهر ، فلا يتكون العقد لأن الإيجاب والقبول لم يتوافقا على محل واحد . فإذا لم
يمكن أن يستخلص من الظروف الخارجية ما يصحح التعبير عن الإرادة على هذا
الوجه ، فبقي التعبير قائماً وقبله المشتري فانعقد العقد ، فهل يجوز للبائع أن يطالب
بإبطال العقد للغلط ؟ الظاهر أنه لا يجوز له ذلك ما دام المشتري كان على حق في
فهم الإيجاب على أنه متعلق بالدار التي في الإسكندرية ، لأن استقرار التعامل
يقتضي قيام العقد صحيحاً في هذه الحالة كما سيأتي (انظر سالي في التعبير عن
الإرادة فقرة ٨١) .

ثالثاً : إذا أدى التعبير عن الإرادة إلى انعقاد العقد ، فإن التعبير — وقد كان
مجرد إيجاب من قبل ثم انصب عليه القبول بعد ذلك — يصبح تعبيراً مشتركاً بين
الطرفين لا يستقل به أحدهما ، ومن ثم وجب استخلاص نية المتعاقدين المشتركة وفقاً
لما تقتضيه النزاهة في التعامل . *loyauté en matière des transactions* . والنية
المشتركة ليست بالنية الذاتية لكل من المتعاقدين ، فقد يتعذر تطابق هاتين النيتين ،

وإنما هي نية موضوعية مشتركة متجهة إلى ما ينبغي أن يكون لا إلى ما كان فعلاً ، فلا تستخلص كل نية على حدة ، بل تستخلص نية مشتركة هي التي يتوقعها الطرفان معاً كل منهما من الآخر ، وقد أدخلها كل منهما في حسابه واستقر تعاملهما عليها .

فإذا وقع خلاف بين النيتين الذاتيتين للمتعاقدين . وجب على القاضي التوفيق بينهما لاستخلاص نية مشتركة منهما جميعاً ، يسترشد في استخلاصها بما ينبغي أن يسود التعامل من الناهة بحسن النية وبالعرف المستقر ، فإن كلا من المتعاقدين من حقه أن يتوقع ذلك من المتعاقد الآخر . فيرسم القاضي للعقد غاية اجتماعية ، موضوعية لا ذاتية ، يستخلصها من ظروف التعاقد وملابساته ، وهي الغاية التي ينتظر كل متعاقد من صاحبه أن يهدف إليها من وراء تعاقدته . وعلى هذه الغاية الموضوعية يركز القاضي نية كل من المتعاقدين ، فتتلاقى النيتان عندها وتنقلبان من نيتين ذاتيتين متفرقتين إلى إرادة موضوعية مشتركة . فلا ينبغي إذن أخذ إرادة كل من المتعاقدين بمفردها وعزلها عن إرادة المتعاقد الآخر ، بل يجب أخذ الإرادتين معاً متظمتين في إرادة واحدة على نحو من التفسير هو المألوف بين الناس ، فليس يقوم العقد على إرادتين منفصلتين بل يقوم على إرادة مشتركة . ولا يمكن القاضي إلا أن يفعل ذلك ، وإلا أن يتلمس إرادة موضوعية مشتركة من الجمع بين الإرادتين الذاتيتين للمتعاقدين ، فإنه إن لم يفعل ، وأخذ بإرادة دون أخرى ، أو اقترب من إرادة وابتعد عن أخرى ، كان في هذا إثارة لأحد المتعاقدين وتضحية للمتعاقد الآخر .

فالإرادة المشتركة للمتعاقدين ليست هي حتماً نية من صلب منه الإيجاب ، وليست هي حتماً نية من صلب منه القبول ، بل هي نية تعاقدية مشتركة استخلصت عن طريق تحويل كل من الإيجاب والقبول ، ونقلهما من نطاق ذاتي إلى نطاق موضوعي ، حتى يتم التطابق بينهما . وقد يقال إن هذه الإرادة المشتركة ليست هي الإرادة الحقيقية لأي من المتعاقدين ، بل هي إرادة مصطنعة موهومة خلقناها خلقاً حتى يقوم عليها العقد . ولكن أليس ذلك خيراً من الأخذ بالإرادة الحقيقية لأحد المتعاقدين وإغفال الإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر ! فليس العقد هو سيطرة الإرادة

الفردية في ذاتها ، وإنما هو أداة التوفيق ما بين الإرادات الفردية للوفاء بمصالح متقابلة والوصول إلى غاية مشتركة . ومن ثم إذا صدر إيجاب . فإن استقرار التعامل وضرورات الأثمان تقتضي أن يلتزم الموجب بالمعنى الظاهر من إيجابه ، ذلك المعنى الذي يستطيع المتعاقد الآخر أن يستخلصه ، وهو المعنى الذي يجب الأخذ به ، فعنده يتلاقى كل من الإيجاب والقبول^(١) .

المطلب الثاني

السبب جزء من التعبير عن الإرادة في القانون الألماني

ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير :

قدمنا أن القانون الألماني لا يعتد في الإرادة إلا بالتعبير عنها ، فالتعبير عنده هو الإرادة ذاتها . ولكنه ، من جهة أخرى ، يجعل للمتعاقدين الحرية في إصدار هذا التعبير على النحو الذي يريان ، وبالمدى الذي يقدران . فلهما أن يضمنا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث ، فتصبح هذه جزءاً من التعبير عن الإرادة ، ويعتد بها بالقدر الذي يعتد بالتعبير . وعلى النقيض من ذلك إن شاء المتعاقدان أن يجردا التعبير من سببه ، فلهما أن يقتصرا على تضمين التعبير الالتزام في ذاته دون ذكر لسببه أو للدافع إليه ، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاماً مجرداً .

فلم يعد إذن للسبب ، في القانون الألماني ، وجود مستقل عن التعبير ، فما شاء المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءاً منه ، وما شاءا أن يغفلاه يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به . ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني — كما وجد في القوانين اللاتينية — نظرية للسبب .

وهنا أيضاً نجد القانون الألماني يطاوع نزعة الموضوعية : ابتغاء استقرار التعامل . فالسبب لا يلتمس خارج التعبير عن الإرادة ، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير ، وبذلك يكون السبب شيئاً موضوعياً لا أمراً نفسياً فيستقر التعامل .

(١) انظر في كل ذلك سالي في التعبير عن الإرادة فقرة ٨٦ — فقرة ٨٨ وفقرة ٩٢ .

مشروعية السبب في القانون الألماني :

وأيضاً كان السبب الذي ضمنه المتعاقدان التعبير - سبباً بالمعنى الضيق المعروف في النظرية التقليدية أو سبباً بمعنى الباعث الجوهرى في التعاقد أو سبباً بمعنى الباعث ولو لم يكن جوهرياً - فإنه يجب أن يكون سبباً مشروعاً ، لأن التعبير تضمنه فأصبح جزءاً منه كما قدمنا ، ولا يجوز أن يكون التعبير غير مشروع . وقد نصت المادة ١/١٣٨ من التقنين الملمنى الألماني على هذا الحكم إذ تقول : « يكون باطلا كل تصرف قانونى يخل بالآداب » .

على أن المقصود بالتعبير الذى يتضمن السبب ليس هو التعبير بالمعنى الضيق ، أى التعبير ذاته محصوراً في العبارات التى ورد فيها ، بل التعبير بالمعنى الواسع ، مفسراً بالظروف الخارجية التى تلاعبه وتحيط به ، من مكاتبات بين الطرفين ، وعلاقات سابقة ولاحقة بينهما ، وما ألفاه في التعامل أحدهما مع الآخر ، ونحو ذلك مما تقدم بيانه .

ففي التصرفات الملزمة للجانبين ، لا يقتصر القاضى كما في النظرية التقليدية على الاعتداد بالالتزامين المتقابلين فيكون أحدهما سبباً للآخر ، بل إذا تضمن التعبير - بالمعنى الواسع الذى أسلفناه - إلى جانب ما تقدم الباعث على التعاقد ، اعتد به القاضى وقرر مشروعيته وفقاً للآداب المتواضع عليها . ولكن القاضى لا يستطيع أن يتجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديداً بليغاً فتزعزع العلاقات بين الناس ، فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير ، حتى لو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر . والواجب إذا أريد الاعتداد بالباعث أن ينترج في التعبير فيصبح جزءاً منه . فإن كان غير مشروع ، كان التعبير باطلاً . وليس على القاضى وقد رأى التعبير يشتمل على أمر غير مشروع ، إلا أن يبطل هذا التعبير ، دون أن يكلف نفسه عناء البحث فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو السبب أو الباعث ، فأمامه تصرف غير مشروع لا تفره الآداب العامة ، وهو كحارس لهذه الآداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف (١) .

(١) سأل في التعبير عن الإرادة فقرة ٣٥ - فقرة ٣٦ وفقرة ٣٨ - فقرة ٣٨ .

علم المشروعية في القانون الألماني هو الإخلال بالآداب العامة : ما هي الآداب العامة ؟

وقد اقتصر التقنين الألماني (م ١٣٨ / ١) على جعل علم المشروعية هو الإخلال بالآداب العامة (bonnes moeurs) ، ولم يذكر النظام العام (ordre public) . فالنظام العام يفهم عادة على أنه المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والسياسي والصناعي ، وهل تشيع في هذا النظام روح الفردية أو روح الاشتراكية ، إلى أي مدى تتدخل الدولة في نشاط الفرد ، فهي إذن مبادئ تنطوي على تقدير ذاتي يتعارض مع التقدير الموضوعي للآداب العامة . إذ الآداب العامة هي ما تواضع الناس في وقت معين على أن يكون أساساً لتقدير التصرفات والأعمال من الناحية الأدبية ، فليس المعيار فيها ذاتياً ، بل هو معيار موضوعي ، لأن القاضي لا يطبق معياره الذاتي وفهمه الشخصي لما هي الآداب العامة ، بل يطبق معياراً موضوعياً هو ما تواضعت عليه الناس واصطلحت على أن يكون معياراً للتقدير . ثم إن الآداب العامة هي ما أراد الشعور العام أن يجعل له جزءاً قانونياً ، فلا تدخل الآداب الاجتماعية (règles de convenance) في هذا النطاق .

وكان المشروع الأول للتقنين الألماني يذكر النظام العام إلى جانب الآداب العامة : ولكن المشروع الثاني حذف النظام العام ولم يستبق إلا الآداب العامة . ذلك أن واضعي المشروع الثاني حسبوا أن النظام العام إنما هو سلاح خطر يوضع في يد القاضي ، فبادئ النظام العام لا تنطوي ، كما قدمنا ، على قدر من الانضباط والموضوعية بحيث تأمن الناس من تحكم القاضي . أما الآداب العامة فقد أسلفنا أن معيارها موضوعي لا سبيل فيه إلى التحكم ، فما تواضعت عليه الناس على أنه من الآداب العامة وجب اعتباره كذلك ، ولا شأن في هذا الأمر لما يعتنقه القاضي من معتقدات سياسية أو اجتماعية ، فلا خوف إذن من تحكمه .

ولهذا السبب أيضاً رفض اقتراح يقضي باستبدال عبارة « الآداب العامة » (bonnes moeurs) بكلمة « الأخلاق » (morale) ، إذ الأخلاق تفسح المجال للمعايير الذاتية ، فما يراه قاض متفقاً مع الأخلاق قد يراه قاض آخر متعارضاً

معها ، أما الآداب العامة فلا سبيل إلى الاختلاف فيها ، إذ العبرة هنا بما تواضعت عليه الناس لا بما يراه القاضى ، وما تواضع عليه جمهور الناس لافتة ممتازة منهم ، وما تواضع عليه جمهور الناس فعلا لا المثل العليا التى تتطلع إليها الناس .

على أنه ينبغى التمييز بين « الآداب العامة » و « العرف المتواضع عليه » (usages) ، فالقاضى يلتزم الآداب العامة دون أن يلتزم العرف المتواضع عليه . فقد تتواضع الناس على عرف قبيح ، وبالرغم من تواضع الناس على ذلك يستقر فى ضمير المجتهد أن هذا العرف قبيح وأنه يحل بالآداب العامة (١) .

وغنى عن البيان أن الآداب العامة بهذا التحديد ليست شيئا ثابتا لا يتغير على مدى الأجيال والدمور ، بل هى تتطور من جيل إلى جيل تبعاً لتطور الشعور العام .

تطبيقات مختلفة للتصرفات المخلة بالآداب العامة فى القانون الألمانى :

وفى القضاء الألمانى تطبيقات كثيرة لتصرفات باطلة لإخلالها بالآداب العامة . من ذلك الاتفاقات التى تخل بمبدأ عدم جواز التصرف فى الحرية الشخصية كالاتفاقات التى تمنع من المنافسة المشروعة أو تقيد من حرية العمل . وكذلك الاتفاقات التى يعقدها المنتجون فيما بينهم لغرض الاحتكار ، والمناورات الخفية لرفع الأسعار ، وكثير من الشروط التعسفية التى تسقط حق المؤمن عليه فى عقود التأمين . ومن ذلك أيضاً تصرف الشخص فى جسمه بعد موته لأغراض طبية وإن كان الشعور العام أخذ يتطور نحو إباحة هذا التصرف ، والاتفاقات المقيدة من حرية الزواج ، وعقد الوساطة فى الزواج وقد صدر فى ألمانيا تشريع خاص بتحريمه . ومن أهم التطبيقات للاتفاقات المخلة بالآداب العامة ما أورده الفقرة الثانية من المادة ١٣٨ من التقنين المدنى الألمانى فى خصوص الاستغلال . وهى تنص على ما يأتى : « يكون باطلا بنوع خاص كل تصرف قانونى يستغل بموجبه أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه أو عدم تجربته ليحمله على أن يتعهد له أو للغير . أو أن يكفل بأى طريق آخر ، فى مقابل ما حصل عليه ، منافع ذات قيمة مالية

تزيد على قيمة هذا المقابل ، بحيث تختل النسبة بين القيمتين اختلالاً فادحاً نظراً لظروف الحال^(١) .

ويلاحظ حتى يكون الاستغلال مغللاً بالآداب العامة أن هناك عنصرين يجب توافرها : (الأول) عنصر موضوعي ، وهو الاختلال الفادح بين القيمتين ، قيمة ما أخذه أحد المتعاقدين وقيمة ما أعطى ، وهذا هو الغبن الفاحش . ولا بد من استظهار هذا الغبن الفاحش ، فإن لم يوجد ، ولم يكن الاختلال بين القيمتين فادحاً ، فلا استغلال ، حتى لو تبين أن العاقد الذي استغلت حاجته أو طيشه أو عدم تجربته كانت إرادته في الواقع من الأمر مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، وفي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال لعب في الإرادة ، وليس باطلاً للإخلال بالآداب العامة . وعلى العكس من ذلك ، إذا وجد هذا الاختلال الفادح ، فهناك استغلال ويكون التصرف باطلاً لإخلاله بالآداب العامة ، ولو لم يؤد الضغط على العاقد الذي استغلت حاجته أو طيشه أو عدم تجربته إلى أن تكون إرادته مشوبة بعب . أما إذا صحب الاستغلال عيب في الإرادة ، كان التصرف من ناحية قابلاً للإبطال بسبب العيب ، وكان من ناحية أخرى بسبب الاستغلال ، ويرجع بطبيعة الحال أن يكون التصرف باطلاً لا قابلاً للإبطال . (الثاني) عنصر ذاتي ، وهو استغلال أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر حاجته أو طيشه أو عدم تجربته . وهذا العنصر الذاتي هو العنصر الهام في الاستغلال ، وهو الذي يحدد مصير التصرف . فالقانون الألماني وقف عنده ليستخلص أن الاستغلال مغل بالآداب العامة ، ومن ثم يكون التصرف باطلاً . أما القوانين اللاتينية التي أوردت نصاً مقابلاً للنص الألماني - ومعها التقنينات المدنية العربية المصرية والسورية والليبية والعراق - فقد وقفت هي أيضاً عند هذا العنصر الذاتي لتستخلص منه أن الاستغلال أحدث في

(١) وهذا هو النص مترجماً إلى اللغة الفرنسية بواسطة لجنة رسمية من كبار رجال القانون الفرنسيين :

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté d'esprit ou l'inexpérience d'un autre, tire profit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, à lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de telle façon qu'en tenant compte des circonstances, les avantages qui en forment l'équivalent soit par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante.

الإرادة عيباً قريباً إلى أن يكون غلطاً أو تدليساً أو إكراهاً ، ومن ثم يكون التصرف قابلاً للإبطال ، فالقانون الألماني اعتد بإرادة العاقد الذي صدر الاستغلال من جهته واعتبرها إرادة مخلة بالآداب العامة ، ومن ثم جعل التصرف باطلاً . أما القوانين اللاتينية فقد اعتدت بإرادة العاقد الذي وقع عليه الاستغلال واعتبرتها إرادة معيبة ، ومن ثم جعلت التصرف قابلاً للإبطال .

التصرف المجرد في القانون الألماني (١) :

الإرادة ، مجردة من الشكل ومن السبب معاً ، لا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية ، فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تتحرر الإرادة من عيوبها وأن تقرن سببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسر أن يباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة ، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد (acte abstrait) . وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير معرض للبطلان لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . وكل ما يستطيع المدين أن يفعل هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائته ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد دفع الدين ، أو يسرد ما دفع إذا كان قد وفى . فإذا كان الدائن قد حول حقه إلى الغير ، فإن هذا الغير لا يحتاج عليه بشيء من ذلك ، بل يستخلص الحق من المدين ، وللمدين بعد ذلك أن يرجع على الدائن بما دفعه إلى الغير . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعهما عاملان ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني . ومنذ انتكصت الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية ، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسرد ما فقد

إلا بظهور التصرف المجرد ، ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد ، تطوراً تعاقب فيه عاملاً الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العالمين على الآخر ، ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً إلى التصرف الشكلي المذهب ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد - على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها وظهرت الحاجة إلى أدوات ائتمان ثابتة - لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ، ظهر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة في ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية ، ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية .

وفي القانون الألماني نوعان من التصرفات :

١ - التصرفات المسببة ، وهي أغلب التصرفات المدنية ، وفيها السبب ركن يجب أن يكون صحيحاً مشروعاً . ولا يراد بالسبب هنا الباعث الذي يتضمنه التعبير عن الإرادة على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . وإنما للسبب معنى خاص ، يقرب من المعنى المعروف في النظرية التقليدية . ولتحديد هذا المعنى يبدأ الألمان بتعريف ما يسمونه « الإضافة إلى الذمة » ، وهي عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بموجب عمل إرادي مشروع - تصرف قانوني أو عمل مادي - يصدر من المقتفر . وسبب الإضافة إلى الذمة هو عبارة عن الغرض المباشر الذي يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة . ويحدد هذا السبب ، وفقاً للفقه الألماني ، على أساس تقسيم ثلاثي للسبب موروث من دعاوى الإثراء في القانون الروماني ، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء أو الإدانة أو التبرع . ومعنى كل من الوفاء والتبرع

معروف ، أما الإدانة فهي التصرف بمقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما في القرض ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما في العقد الملزم للجانبين ، فالبايع يحصل على دين بالثمن في مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع . فإذا كان التصرف مبيعاً ، وجب أن يكون له سبب مشروع هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع على النحو الذي أسلفناه ، وهذا يقرب كثيراً من النظرية التقليدية في القوانين اللاتينية . أما الباعث فلا يعتد به ، كما قدمنا ، إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة .

٢ - التصرفات المجردة ، وهي طائفتان : عقود انتقال الملكية والعقود المجردة المنشئة للالتزام . فالطائفة الأولى تنتقل بها الملكية دون اعتبار السبب . ذلك أن الملكية في القانون الألماني لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لابد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري ، ويعلنان اتفاقهما ، ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري ، فتنقل الملكية ، سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيماً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيماً ، وأن الملكية انتقلت دون سبب ، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب ، وبذلك يتوافر لعقد انتقال الملكية مزية الاستقرار والثبات . فما على الغير حتى يثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري ، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان في ذلك توضيحاً للمالك الحقيقي . والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزام وتشمل :

أولاً : حالات معينة بذواتها ، منصوصاً عليها . وهي - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإنابة في الوفاء . وفي هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذي رأيناه في عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ، ويتحقق التنازل عن الحق الشخصي ، دون اعتبار للسبب في هذه الحوالة أو في هذا التنازل ، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام المناب للمتاب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب ، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان

له أن يحتج به من دفعه ضد المنيب^(١) .

ثانياً : التعهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين ، وهما الصورتان العامتان للتصرف المجرد . فيضع التقنين المدني الألماني هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد ، ويجوز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب - سواء كان هذا السبب هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع - ويقوم الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء بلا سبب لإزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من الالتزام إذا لم يكن قد وفاه ، أو يسترد ما دفعه إذا كان قد وفى الالتزام . وقد اشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين المدني الألماني في الالتزام المجرد أن يكون في ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان هذا الالتزام تصفية لحساب أو مستنداً إلى صلح ، فلا تشترط الكتابة .

أما القوانين اللاتينية - وهي مشبعة بنظرية السبب - فلا تسلم بالتصرف المجرد ، أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . فالالتزام في القوانين اللاتينية هو التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها ، وهي حالات قليلة العدد . وقد نص التقنين التجاري - حيث تشد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها ، هي الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها ، أما التقنين المدني فقد نص على حالتين : التزام المناب في الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصري على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . أما في الكفالة ، فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصري) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن هو مع ذلك التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز

(١) انظر : التقنين الألماني المادتين ٣٩٨ و ٤١٣ لحالة الحق ، والمواد ٤١٤ وما بعدها لحالة الدين ، والمادة ٣٩٧ لتنزل عن الحق الشخصي ، والمادة ٧٨٤ للإنابة في الوفاء .

.. مصادر الحق

للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل الكفيل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين [المدنى المصرى - والتقنينات المدنية العربية الأخرى - قد انحازت إلى القوانين اللاتينية ، فاشتطت في التصرفات أن تكون مسببة ، ولم تسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بذواتها .

الفرع الثاني

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

تمهيد

عاملان متعارضان يتنازعان الفقه الإسلامي تجاه نظرية السبب :

الفقه الإسلامي - تجاه نظرية السبب - يتنازعه عاملان متعارضان :

١ - فهو أولاً فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها ، أى يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة ، فهو أقرب بكثير من هذه الناحية إلى الفقه الجرمانى منه إلى الفقه اللاتينى . ونحن نعرف أن الفقه ذا النزعة الموضوعية كالفقه الجرمانى يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقه ذى النزعة الذاتية كالفقه اللاتينى . ومن ثم تستعصى النزعة الموضوعية للفقه الإسلامى على نظرية السبب ، وكان ينبغى ألا تترك لهذه النظرية مجالاً فسيحاً ، أو فى القليل كان ينبغى أن تضرر نظرية السبب فى الفقه الإسلامى كما ضمرت فى الفقه الجرمانى ، ولا تزدهر فيه كما ازدهرت فى الفقه اللاتينى .

٢ - ولكن الفقه الإسلامى ، من جهة أخرى ، فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية . وهذا يقتضى أن يعتد فيه بالبائع الذى تقاس به شرف النوايا وطهارتها . فكان ينبغى - على النقيض من الاعتبار الأول - أن يكون لنظرية السبب ، وهى نظرية خلقية فى المقام الأول ، مكان ملحوظ يضاهى مكانها فى الفقه اللاتينى .

اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى فى نظرية السبب :

وبين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الإسلامى . ففى بعض مذاهبه نرى نظرية السبب تختبئ تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة ، ويختلط السبب بالمحل ، فلا يعتد بالسبب أى بالبائع على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير

عن الإرادة : فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به ، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه الألماني^(١) . وفي مذاهب أخرى تغلب العوامل الأدبية والحلقية والدينية ، فيعتد بالبائع ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة أى ولو لم يذكر في العقد ، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا البائع مشروعاً أو غير مشروع ، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه اللاتيني^(٢) .

(١) على أنه يمكن القول بوجه عام إن النية في الفقه الإسلامى تقوم بدور هام في تكييف العقد ، فقد يذكر المتعاقدان عقداً وتكون نيتهما قد انصرفت إلى عقد آخر ، فالعبرة بما انصرفت إليه النية . فالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ، ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضاً ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة . . . والمقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر (الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ١١٠ - ص ١١١ ، فتح القدير ص ٤٠٣) . وزواج المحلل باطل وتصرف المريض مرض الموت يعطى حكم الوصية ، وبيع العينة ربا (المنى ٤ ص ١٧٤ - ص ١٧٥) . وانظر الموافقات للشاطبي ٢ ص ٢٠٦ - ص ٢٢٧ .

وجاء في الأشياء والنظائر قسوى (ص ١١١ - ص ١١٣) : « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ، خلاف ، والترجيح مختلف . فنها إذا قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا هذه الدراهم فقال بعتك ، فرجع الشيطان أنه يعتقد بيعاً اعتباراً باللفظ الثاني ، ورجحه السبكي مسلماً اعتباراً بالمعنى ومنها إذا قال لمن عليه الدين وهبه منك ، ففى اشتراط القبول وجهان . فليس بيعاً ، وفى انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى . ومنها إذا قال بعتك ولم يذكر ثمناً ، فإن راعينا المعنى انعقده هبة أو اللفظ فهو بيع فاسد ومنها إذا قال لمن عليه الدين وهبه منك ، ففى اشتراط القبول وجهان أحدهما يشترط اعتباراً بلفظ الهبة ، والثاني لا اعتباراً بمعنى الإبراء وصحة الرافى في كتاب الصداق ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب التتمة وخرجه السبكي على القاعدة ، ثم رأيت التخريج للقاضى حسين قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح وإن اعتبرنا المعنى فإقالة . ومنها لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال بعتك منفعة هذا الدار شهراً ، فالأصح لا ينقد نظراً إلى اللفظ ، وقبل ينقد نظراً إلى المعنى ومنها إذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم أو أصلهم ، فالأصح الصحة اعتباراً بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيحاب كالفقراء والمساكين ، والثاني لا يصح اعتباراً باللفظ فإنه تملك لمجهول . »

وجاء في أعلام الموقعين لابن القيم (جزء ٣ ص ١٠٦ - ص ١٠٧) : « المتكلم بصيغ العقود . . . إن قصد بها ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل وبعت واشتريت بقصد الربا وما أشبه ذلك فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم وإسقاطاً للواجب وإعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه ، فإعانة على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ولا فرق بين إعانة على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إليه وبين إعانة على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إلى غيره ، فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق أخرى . »

(٢) على أن هناك نصوصاً في الفقه الإسلامى نلح فيها الفكرة التى تقوم عليها النظرية التقليدية -

ضمور نظرية السبب في المذهبين الحنفي والشافعي وظهورها في المذهبين المالكي والحنبلي :

فنظرية السبب في الفقه الإسلامي يختلف إذن حظها في المذاهب المختلفة . فهي ضامرة مملودة ، كما هو شأنها في الفقه الجرماني ، في المذهبين الحنفي والشافعي ، وذلك مطاوعة للترعة الموضوعية البارزة في الفقه الإسلامي . وهي زاهرة يانعة ، كما هو شأنها في الفقه اللاتيني ، في المذهبين المالكي والحنبلي ، وذلك تمشياً مع العوامل الأدبية والحلقية والدينية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي .

فنستعرض إذن في مبحثين متعاقبين :

(١) نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي :

(٢) هذه النظرية في الفقه المالكي والفقه الحنبلي .

= في السبب في الفقه اللاتيني . من ذلك ما جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٨٥) : « كل المبيع يعتبر مقابلاً بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع . فالزيادة (في المبيع أو في الثمن) لو صحت مبيعاً وثمناً خلقت مما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا » . كذلك يبطل العقد إذا كان السبب منوطاً ، فلو ظن شخص وجوب النفقة عليه لمن يستحقها فالتزمها ، كالتزامها للزوجة الناشز مثلاً أو التزام الجد نفقة أولاد ابنه مع وجود أبيهم المورس ، فالالتزام باطل ولا يلزم الملتزم بشيء . وتعليله أن الالتزام بني على سبب منوط ، فكان لذلك باطلاً . ومن أمثلة السبب المنوط أيضاً ما لو ادعى أحد داراً في يد رجل آخر ، فصالحه هذا على بدل من المال وسله إليه ، ثم برهن المدعى عليه أنه كان اشترى الدار من المدعى قبل الصلح ، فهنا يبطل الصلح ، ويجب على المدعى رد البذل (البزازية ٣ ص ٣٢ بهامش الهندية) . وتعليل ذلك أن الصلح بني على سبب منوط ، فيبطل بظهور حقيقة الأمر (الدكتور صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص ٩٨ - ص ٩٩) . وجاء أيضاً في نفس المرجع : « على أن الفقهاء يستخلصون أحياناً السبب في العقد على أنه شيء موضوعي داخل العقد لا يتغير ، أقرب ما يكون إلى السبب في النظرية التقليدية . فعقد الزواج سبه التناسل والمكارة والمودة (الفروق ٣ نشرة ١٧١) . والهبة سبها إرادة الخير للواهب . والوقف سبه إرادة محبوب النفس (الدر المختار ٢ ص ٤٧١ و ص ١٤٩) - والمقصود من البيع إنما هو انتفاع كل واحد من المتعاضدين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرماً لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه (الفروق ٣ ص ٢٣٨) (الدكتور صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ص ٩٢) .

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفى وفقه الشافعى

مبدأن جوهريان :

لم يضع الفقه الإسلامى . فى أى مذهب من مذاهبه ، نظرية عامة فى السبب .
هو فى ذلك إنما يتمشى مع صناعته المألوفة ، لا يصوغ نظريات عامة ، بل يورد
من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه ، عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل ،
استخلاص هذه النظرية .

وباستقراء هذه التطبيقات التفصيلية يمكن أن نستخلص مبدأين جوهريين :
أولاً : السبب ، وإن كان أمراً ذاتياً ، إلا أنه يجب أن يكون داخلاً فى صيغة
العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة ، على النحو الذى رأيناه فى الفقه الألمانى .
ثانياً : مشروعية السبب ليست بالأمر الثابت فى جميع الأحوال . فهناك
حالات تختلف فيها الأنظار فى هذه المشروعية ، بل هناك حالات تطورت فيها
فكرة المشروعية ، فما كان غير مشروع من قبل أصبح الآن مشروعاً ، وما كان
مشروعاً أصبح غير مشروع .
ونبحث كلا من هذين المبدأين .

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخلاً فى صيغة العقد

يتضمنه التعبير عن الإرادة

المبدأ العام بشقيه :

السبب بمعنى الباعث لا يبحث عنه خارج العقد ، بل يجب أن يكون موجوداً
فى صيغة العقد ذاتها ، داخلاً فى دائرة التعاقد . فلا بد أن يتضمنه التعبير عن
الإرادة ، إذ هو جزء من هذا التعبير لا يفصل عنه ، وبذلك لا يعتد بالباعث

إذا لم تتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

ويجب إذن الوقوف عند الإرادة الظاهرة وما تضمنته من بواعث ودوافع . لا يجوز أن نجاوز هذه الإرادة الظاهرة للبحث في النوايا الخفية . فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعناً غير مشروع ، فالعقد صحيح ، ويجاز بحكم الظاهر دون بحث عن النية . وفي كتاب الأم للشافعي عبارة قوية في هذا المعنى إذ يقول (الأم جزء ٣ ص ٦٥) :

« أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه لياه ، لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خراً أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . لو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد . »

فالمبدأ العام يتكون إذن من شقين :

أولاً : يعتد بالسبب أي الباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

ثانياً : لا يعتد بالسبب أي الباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد .

فنستعرض التطبيقات التفصيلية لهذا المبدأ العام في كل من شقيه ، في المذهبين

الحنفي والشافعي ، وبخاصة في المذهب الحنفي حيث تكثر النصوص .

§ ١ - يعتد بالسبب إذا تضمنته صيغة العقد

كيف تتضمن صيغة العقد السبب أي الباعث :

أظهر ما تتضمن صيغة العقد السبب هو أن يذكر السبب صراحة في صيغة العقد ، فيكشف المتعاقدان ببيان واضح عن الباعث الدافع لهما إلى التعاقد ،

فإن كان هذا الباعث مشروعاً فالعقد صحيح ، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل .
ولكن ليس من الضروري أن يكون ذكر السبب صريحاً في صيغة العقد ،
بل يجوز أن يذكر السبب ضمناً . ويستخلص عادة من طبيعة المحل ، فإذا كانت
طبيعة المحل يستدل منها أن السبب الذي دفع إلى التعاقد غير مشروع ، فالعقد
باطل : وهنا يستدل على السبب بالمحل .

وقد يتميز السبب عن المحل ، فيكون المحل مشروعاً ولكن السبب غير مشروع :
فستعرض بعض النصوص في كل من هذه الأحوال الثلاث :

الحالة الأولى - السبب المذكور صراحة في صيغة العقد :

جاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) :

« ولا تجوز إجارة الإمام لآزنا ، لأنها إجارة على المعصية . وقيل فيه نزل قوله
تعالى : ولا نكروها فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا .
وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن مهر البغي وهو أجر الزانية
على الزنا » . وواضح من هذا النص أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث
الندفع على الإجارة وهو سبب غير مشروع : ومن ثم كان عقد الإجارة باطلاً .

وجاء في البدائع أيضاً (جزء ٥ ص ١٦٩) :

« ولو اشترى قمرية على أنها تصوت ، أو طيراً على أنه يحىء من مكان بعيد ،
أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكاً على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة
رحمه الله ، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله . . . لأن هذه صفات يتلهم
بها عادة ، والتلهم محذور ، فكان هذا شرطاً محظوراً : فيوجب فساد البيع . . .
ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التغنية
صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فساد . ولو اشترى جارية على
أنها مغنية على وجه إظهار العيب ، جاز البيع ، لأن هذا البيع بشرط البراءة عن هذا
العيب ، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر ، فإن وجدها لا تغني
لا خيار له ، لأن الغناء في الجوارى عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده

سليماً . وهنا نرى في ضوح كيف أن الشيء الواحد قد يكون باعاً غير مشروع ، وقد يكون شرطاً مشروعاً ، تبعاً لنية المتعاقدين . ففي المثل المتقدم يشتري الجارية على أنها مغنية ، وقد ورد ذكر الباعث صراحة في صيغة العقد على هذا النحو . فإن كان الغرض من ذكره أن المشتري يكشف عن غرضه من أنه يريد الجارية مغنية للتلهي بها ، فإن هذا الباعث غير مشروع ، ويكون العقد فاسداً . أما إذا كان الغرض هو التقيض من ذلك ، فإن الجارية مغنية وهذا في نظر المتعاقدين عيب فيها ، فأراد البائع أن يبرأ من هذا العيب فاشترط البراءة على المشتري فقبل ، فإن الباعث على التعاقد هنا لا يكون غير مشروع ، ويكون العقد صحيحاً . والفرق بين هاتين الصورتين يظهر فيما إذا انكشف بعد البيع أن الجارية غير مغنية . ففي الصورة الأولى يكون قد فات على المشتري غرضه ، والعقد على كل حال فاسد من الأصل . أما في الصورة الثانية فانكشف أن الجارية غير مغنية معناه أنها سليمة من العيب الذي شرط البائع البراءة منه ، والعقد صحيح منذ البداية كما قدمنا ، ويبقى صحيحاً لأن المشتري قد اشترى شيئاً على أنه معيب فظهر سليماً ، وهذا من شأنه أن يؤكد صحة العقد .

وجاء في الزيلعي (جزء ٥ ص ١٢٥) : « ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، لو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً . لأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الإجارة على محل هو فيه شريك ، ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة . وإن أعطاه الأجر وقبضه . لا يحل له ويجب عليه رده إلى صاحبه . وفي المحيط في كتاب الاستحسان إذا أخذ المال من غير شرط يباح ، لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد » .

وجاء في الفتاوى الحنانية (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) : « رجل استأجر فحلاً ليزنيه ، لا يجوز ذلك ولا أجر فيه ، وكذا النائحة والمغنية . . . وإن استأجر المسلم ذمياً لبيع له خمرًا أو ميتاً أو دماً لا يجوز . . . ولو استأجر رجلاً لينحت له أصناماً أو ليزخرف له بيتاً بالتماثيل فلا أجر له ، كما لو استأجر نائحة أو مغنية » .

الحالة الثانية - السبب مستخلص من طبيعة المحل :

وقد يكون السبب ، كما قدمنا ، مذكوراً ضمناً في صيغة العقد . بأن يكون مستخلصاً من طبيعة المحل ، فيعتد به لأن المتعاقدين قد كشفوا ضمناً عن الباعث لهما على التعاقد . ونورد في هذا المعنى النصوص الآتية :

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٤٣) : « وأما القرد فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان . وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعاً ، فلا يكون مالا كالتحزير . وجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته ، يمكن الانتفاع بجلده . والصحيح هو الأول ، لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وإنه لا يجوز » . فهنا قد استخلص الباعث على التعاقد من طبيعة المحل ، فالقرد لا يشتري للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به ، فكان هذا بيع الحرام للحرام .

وجاء في البدائع أيضاً (جزء ٥ ص ١٤٤) : « ويجوز بيع آلات الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة ، لكنه يكره . وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء ، لأنها آلات معدة لتلهي بها موضوعة للفسق والفساد ، فلا تكون أموالاً ، فلا يجوز بيعها . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها من جهة أخرى بأن تجعل ظروفًا لأشياء ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالاً ، وقولهما أنها آلات لتلهي والفسق ، قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله ، وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره ، (فبقيت) على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة . ولو كسرهما إنسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يضمن . وعلى هذا الخلاف بيع الرد والشطرنج . والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن كل واحد منهما منتفع به شرعاً من وجه آخر بأن يجعل صنجات الميزان ، فكان ما لا من هذا الوجه ، فكان محلاً للبيع مضموناً بالإتلاف . . . » .

فهنا اختلف الإمام مع صاحبيه ، ولكنهم لم يختلفوا ، فيما نرى ، في المبدأ الأساسي الذي نحن بصددده من أن الباعث إذا تضمنته صيغة العقد اعتد به ، بل هم متفقون

في ذلك . ولكن الصالحين قد ذهبوا إلى أن آلات الملامى من البربط والطبل والمزمار والدف والرد والشطرنج هي آلات معدة بطبيعتها للتلهى موضوعة للفسق والفساد : فاستخلصوا بذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد . بل هما ذهبا إلى أبعد من ذلك ، فخلطوا السبب بالمحل ، وأنكروا على هذه الآلات أن تكون أموالا ، فلا يجوز بيعها . وحرص أبو حنيفة على التمييز ما بين السبب والمحل ، فألات الملامى عنده أموال لم تسقط ماليتها لمجرد أنها تصلح للتلهى ، فكما تصلح للتلهى تصلح لغيره ، فقد تجعل ظرفاً لأشياء كما قد يجعل الرد والشطرنج صنجات للميزان ، فلما بيعت هذه الأشياء ولم يذكر صراحة في صيغة العقد الباعث على بيعها ، ولم يمكن استخلاص هذا الباعث من طبيعة المال لما قدمنا من أنه يصلح للأغراض غير المشروعة وللأغراض المشروعة ، فقد اعتبر أبو حنيفة الباعث غير متضمن في صيغة العقد لا صراحة ولا ضمناً ، فلم يعتد به وصحح العقد . فالمبدأ إذن متفق عليه بين الإمام وصاحبيه ، وإنما الخلاف في التطبيق . على أننا نرى أن الصالحين قد استصحبوا المألوف من طبيعة الأشياء ، ولا نراها قد تجوزا إذ اعتبروا أن آلات الملامى أشياء موضوعة للتلهى في أصلها ، وأما استعمالها في حالات قليلة ظرفاً أو صنجات فهذا نادر ، والنادر لا حكم له . وحكم هذه الأشياء هو حكم الفرد قد ينتفع بجلده ، ولكنه في الأصل إنما ينتفع به للتلهى ، ولذلك كان بيعه غير جائز في الرواية التي صححت عن أبي حنيفة نفسه فيما قدمناه .

الحالة الثالثة - تميز السبب عن المحل :

وقد يكون المحل مشروعاً في ذاته ، ولكن السبب يكون غير مشروع . فيتميز السبب عن المحل . وإذا كان السبب ظاهراً في صيغة العقد ، فإنه يعتد به ، ويكون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب . وأظهر تطبيق ذلك هو التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب ، فالقيام بواجب محل مشروع والأجرة في ذاتها أمر مشروع ، ولكن الأجرة على أمر مشروع صيها غير مشروع إذ لا أجر على واجب . ونورد بعض النصوص في هذا المعنى :

جاء في جامع الفصولين (جزء أول ص ٢٤٨) : « الإجارة على عمل يجب عليه لم تجز » .

وجاء في القلوري (ص ٩٦) : « إن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها ، لم يجز ، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة » .

وجاء في الزيلعي (جزء ٣ ص ٦٢ - ص ٦٣) تفصيل لذلك فيما يأتي :
 « ولا تجبر أمه لترضع ، أي لا تجبر أم الصغير على إرضاع ولدها لما ذكرنا أن النفقة على الأب ، والإرضاع نفقة له فكان على الأب . . . وذكر الخصاص أن الأب إذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه ، وتجعل الأجرة ديناً عليه كما في نفقته ، ويحمل هذا القول على ما إذا طلقها وانقضت عدتها . قال رحمه الله : لا أمه لو منكوحة أو معتدة : أي لا يجوز استئجار أم الصبي إذا كانت تحتها أو في عدته . لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة : قال الله تعالى : والوالدات يرضعن أولادهن الآية ، وهو أمر بصيغة الخبر وهو أكد : فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكنس وغيره ، وإنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت . فإذا أقدمت عليه ظهرت قلوبها فلا تعذر . . . ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها : جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه » .
 فهنا الإرضاع مستحق ديانة - أي واجب - على الزوجة والمعتدة ، فالاتفاق معها على أجر لذلك هو أجر على واجب ، وهذا لا يجوز .

وجاء في الفتاوى الحانية (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) : « أمير العسكر إذا قال لمسلم أو ذمي إن قتل ذلك الفارس فلك مائة درهم ، فقتله ، لا شيء له ، لأن هذا من باب الجهاد والطاعة . فلا يستحق الأجر ، كما لو استؤجر ليؤم الناس أو يؤذن . وقال محمد رحمه الله تعالى : إن قال ذلك لذمي ، يجب الأجر . ولو كانوا قتلى ، فقال الأمير من قطع رؤوسهم فله عشرة دراهم ، جاز ، لأن هذا الفعل ليس بجهاد بخلاف الأول . ولو استأجر الأمير ذمياً أو مسلماً ليقول أسيراً حربياً كان في يده ، فقتله ، لا شيء له . وقال محمد رحمه الله تعالى : يجب الأجر المسمى ، كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد » . فالمسألة إذن تلور حول الأجر

على الواجب ، فما كان واجباً لا يؤخذ عليه أجر ، فإن أخذ الأجر كان السبب غير مشروع ولا يجوز العقد .

§ ٢ - لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

العقد المجرد :

ويبدو أن الفقه الإسلامي يعرف العقد المجرد في حالات خاصة محدودة . والعقد المجرد هو ، كما قدمنا ، عقد جرد من سببه فلا يعتد فيه بالسبب . مثل ذلك عقد الكفالة ، فهو عقد مجرد في الفقه الإسلامي ، بل هو أكثر تجريداً منه في الفقه الغربي الحديث . فقد رأينا أن للكفيل في التقنين المدني المصري (م ٧٨٢) أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتاج بها المدين ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدين . أما في الفقه الإسلامي ، فإن التزام الكفيل مجرد إلى مدى أبعد من ذلك ، فلا يستطيع الكفيل أن يحتاج على الدائن بالأوجه التي يحتاج بها المدين . جاء في المبسوط للسرخسي (جزء ٢٠ ص ٨٥) في هذا المعنى ما يأتي : « إذا كفّل رجل من رجل بألف درهم بأمره ، ثم غاب الأصيل ، فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر ، فإنه ليس بنخصم في ذلك ، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة ، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة ، وإن لم يكن واجباً على الأصيل » . ونرى من ذلك أن التزام الكفيل مجرد إلى حد أن الكفيل لا يستطيع أن يحتاج على الدائن بأن الدين غير مشروع لأنه ثمن خمر ، وقد كان المدين يستطيع أن يحتاج بذلك على الدائن . والفقه الغربي الحديث يبيح للكفيل ، كما قدمنا ، أن يحتاج على الدائن بالأوجه التي يحتاج بها المدين ، فيجوز للكفيل في المثل الذي نحن بصددده أن يحتاج على الدائن بعدم مشروعية الدين لأنه ثمن شيء غير مشروع . ولكن الفقه الإسلامي ينحو منحى آخر ، فيعتبر أن

الكفيل قد التزم التزاماً مجرداً بالكفالة ، فالتزامه مستقل عن التزام المدين وليس له ، بعد أن التزم التزاماً مجرداً بكفالة صحيحة : أن يحتج ببطلان التزام المدين^(١) .

عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتد به :

وهناك عقود لم تتضمن صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث ، لا صراحة ولا ضمناً ، فلا يبحث عن السبب خارج العقد ، ولا يعتد به . بل يكون العقد صحيحاً مستقلاً عن السبب . ونورد بعض النصوص في هذا المعنى :

جاء في مختصر الطحاوى (ص ٢٨٠) : « ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرأ دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها » . فهنا يبيع الرجل العصير من العنب إلى مشتر ، ولا يذكر في العقد ، لا صراحة ولا ضمناً ، أن المشتري يقصد من العصير اتخاذه خمرأ ، فالبيع صحيح حتى لو تبين أن المشتري قصد اتخاذه خمرأ ، ذلك أن الباعث هنا ، وإن كان غير مشروع ، لم يذكر في العقد ، فلا يعتد به .

وجاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٨٩) : « ولو استأجر ذمى من مسلم بيعة ليصلى فيها لم يجز ، لأنه استأجر لفعل المعصية ، وكذا لو استأجر ذمى من ذمى لما قلنا . ولو استأجر الذمى داراً من مسلم ، وأراد أن يصلى فيها من غير جماعة ، أو يتخذها مصلى للعامة ، فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم » . وقد ذكر صاحب البدائع فيما تقدم (جزء ٤ ص ١٧٦) ما يأتي : « غير أن الذمى إن استأجر داراً من مسلم في المصر ، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس ، له ذلك ، ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من إحداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم ، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ، قال النبي صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة ، أى لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار . ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة ، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ،

(١) ومع ذلك فالرهن لفهان أجرة المغنية أو النائحة باطل (الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥) .

ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه . ولو كانت الدار بالسواد ، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك ، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمنه كانوا أهل الذمة من المجوس ، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين ، وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم في مصر . وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد ، فأما إذ شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجازة لأنه استتجار على المعصية ، وكذا لو استأجر ذمي من ذمي داراً ليفعل ذلك لما قلنا . فهنا نجد المبدأ مطبقاً في كثير من الوضوح . فالذمي الذي يستأجر من المسلم أو من الذمي داراً ليتخذها مصلى للعامة ، يكون قد ذكر في العقد الباعث الذي دفعه إلى هذا الاستتجار . وهو باعث غير مشروع ، فلا يجوز العقد ، أما الذمي الذي يستأجر من المسلم أو من الذمي داراً في مصر ، ثم هو لا يذكر في العقد أنه استأجرها ليجعلها مصلى للعامة وظهر بعد الإيجار أنه قصد إلى ذلك ، فإن الباعث لم يذكر في العقد ، فلا يعتد به ، ولا يؤثر في صحة الإيجار . ولا يمنع الذمي في هذه الحالة من الصلاة في الدار من غير جماعة ، أما إذا نفذ قصده واتخذ الدار مصلى للجماعة ، فيمنع من عامة المسلمين ، لا عن طريق بطلان عقد الإيجار فعقد الإيجار كما قدمنا صحيح قائم ، بل عن طريق الحسبة لأن ما يفعل معصية فيها استخفاف بالمسلمين . وإذا كانت الدار في السواد ، وكان غير المسلمين كثرة لا قلة ، فإنه لا يجوز مع ذلك أن يذكر في العقد أن الدار تتخذ مصلى للعامة ، وإن ذكر ذلك في العقد غير جائز . أما إذا لم يذكر ، فالعقد يكون صحيحاً ولا يعتد بالباعث الذي لم يذكر ، وإذا اتخذ المستأجر الدار مصلى للعامة وكثرهم غير مسلمين فلا يمنع من ذلك كما رأينا في النص .

ومثل ذلك أيضاً الزواج بالمحلل ، فإن ذكر في عقد الزواج شرط التحليل ، كان العقد باطلاً عند أبي يوسف ، لأن الباعث غير مشروع ، وقد ذكر في العقد فيعتد به ويبطل الزواج . وإن لم يذكر في العقد شرط التحليل ، فالزواج صحيح ، ولا يعتد بالباعث لأنه لم يذكر في العقد^(١) ، وكذلك بيع العينة - والباعث عليه

(١) وقد لحق الأستاذ محمد يوسف موسى المذهب الحنفى في زواج المحلل على الوجه الآتى :-

الربا غير أن الباعث لا يذكر في العقد فلا يعتد به - صحيح عند الصاحبين وفي مذهب الشافعي (١) .

== يرى الإمام أبو حنيفة أنه إن كان بشرط التحليل كما أن قال الزوج الثاني حين العقد : تزوجتك لأهلك لتزوجك السابق ، كان العقد صحيحاً ، لأن عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة ، فتحل الزوجة إذن لتزوجها الأول بعد دخول الثاني بها وطلاقها منه ، إلا أنه مكروه تحريماً لقول الرسول صل الله عليه وسلم : لمن أهدى المحلل والمحلل له . وعند أبي يوسف هو عقد فاسد ، لأنه زواج مؤقت وأصل الزواج أن يكون دائماً ، وإذن فلا تحل للأول بعد تطليق الثاني لها . وعند محمد هو عقد صحيح ، إلا أنه لا يحل الزوجة لتزوجها الأول بعد مفارقة الأول لها عقاباً له ، لأنه استعجل طلاقها من الثاني . وهذا كله إذا كان الزواج الثاني قد عقد بشرط التحليل أما إذا لم يقع على هذا الشرط ، وإن كان هو القصد ، فلا يكون مكروهاً ، وتحل به لتزوجها الأول . وعلى أن واحداً من الفقهاء ، وهو السروجي يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصاً ، أي فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه في العقد فيكرهه . (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي فقرة ٤٢٧ ص ٣٠٠) . انظر أيضاً في هذا الموضوع الزيلعي ٣ ص ٢٥٩ - ابن عابدين ٣ ص ٥٥٤ - ص ٥٥٥ .

(١) بيع العينة هو حيلة للقرض بالربا ، فيشتري شخص من آخر شيئاً بشئ مؤجل ، ثم يبيعه نفس الشيء بشئ معجل أقل من الثمن الأول ، والفرق ربا . وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثاكاً ، فيشتري أحد المتعاقدين من الآخر الشيء بشئ مؤجل ، ثم يبيعه إلى الوسيط بشئ معجل أقل ، ويبيع الوسيط الشيء إلى بائه الأول بنفس الثمن المعجل الذي اشترى به . فهنا الباعث هو الربا ، ولا يؤثر في العقد عند الحنفية والشافعية لأنه غير ظاهر في صيغة العقد . أما عند الحنابلة والمالكية فهو باطل ، اعتداداً بالباعث ولو لم يظهر في صيغة العقد . ويلخص الأستاذ محمد يوسف موسى حكم بيع العينة في المذاهب المختلفة على الوجه الآتي : ذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الإمام الشافعي ، إلى أن هذا العقد جائز ، لأن ركنه من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ، ولا عبة بالنية التي لا نرفمها لعدم وجود ما يدل عليها . وأما الثمن الذي باع به المشتري للمعين ، وهو ثمن أقل مما اشتراها به ، فهو في رأى الشافعي ثمن يحوز بيعها به من غير بائنها ، فجاز من بائنها ، كما لو باعها بمثل ثمنها . أما في مذهب الأحناف ، فقد أجاز أبو يوسف هذا البيع بلا كراهة ، وأجازه محمد مع الكراهة حتى أثاره أنه قال : هذا البيع في قلبى كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا . وعند الإمام نفسه هو عقد فاسد إن خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقرض . وابن حنبل يرى ومثله الإمام مالك أن هذا العقد يقع باطلاً . (الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي فقرة ٤٢٨ - - فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٠ - ص ٣٠٢) .

المطلب الثاني

فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها

فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة :

على أن فكرة المشروعية ليست أمراً ثابتاً ، بل هي قد تختلف فيها الأنظار .
ثم هي فكرة تتطور ، فما كان غير مشروع بالأمس قد يكون مشروعاً اليوم ،
وما كان مشروعاً من قبل قد يكون بعد ذلك غير مشروع . فننظر أولاً في بعض
الحالات التي تختلف فيها الأنظار في فكرة المشروعية ، ثم ننظر كيف تتطور
هذه الفكرة من زمن إلى زمن .

حالات تختلف فيها الأنظار في المشروعية :

نورد هنا بعض النصوص حيث نجد الفقهاء تختلف أنظارهم فيما إذا كان
السبب يعتبر مشروعاً أو غير مشروع :

جاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) : « ومن استأجر حملاً يحمل له الخمر ،
فله الأجر في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد لا أجر له ، كذا ذكر في
الأصل . وذكر في الجامع الصغير أنه يطيب له الأجر في قول أبي حنيفة .
وعندهما يكره لهما أن هذه إجارة على المعصية ، لأن حمل الخمر معصية لكونه
إعانة على المعصية ، وقد قال الله عز وجل : ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، ولهذا لعن
الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمولة إليه . ولأبي حنيفة أن نفس الحمل ليس
بمعصية ، بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح . وكذا ليس بسبب للمعصية
وهو الشرب ، لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار ، وليس الحمل من ضرورات
الشرب ، فكانت سبباً محضاً فلا حكم له كعصير العنب وقطفه ، والحديث محمول
على الحمل بنية الشرب وبه نقول إن ذلك معصية ويكره أكل أجرته . »

وجاء في الفتاوى الحنانية (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) « ذمى استأجر مسلماً
ليحمل له خمرأ ، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما يجوز استئجار الكنائس . »

وقال صاحبه لا يجوز . وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الذي دابة من مسلم أو سفينة لينقل عليها الخمر . وإن استأجر ذي ذمياً لذلك ، جاز . وكذا الاستئجار لرعى الخنازير ، وإن استأجر المسلم ذمياً لبيع له خمر أو ميتة أو دماً ، لا يجوز ، وإن استأجر الذي مسلماً لحمل ميتة من الطريق أو جلد ميتة إلى موضع الدباغة ، جاز في قولهم ، وكذا لو استأجره لعصر العنب . . . ولو استأجر الذي من مسلم بيتاً يبيع فيه الخمر ، جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا بأس لمسلم أن يؤاجر داره من ذي ذم يسكنها ، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير ، فذلك لا يلحق بالمسلم كمن باع غلاماً ممن يقصد به الفاحشة أو باع جارية ممن يأتيها في غير المأثى أو لا يستبرئها . ولو استأجر المسلم من الذي يبيعه ليصلى فيها . لم يجز . وكذا أهل الذمة إذا استأجروا ذمياً ليصلى بهم أو ليضرب لهم ناقوساً ، لا يجوز . ولو آجر المسلم نفسه من المجوس ليقود لهم النار لا بأس عندهم ، لأن التصرف في النار والانتفاع بها مباح بخلاف الانتفاع بالخمر وحمل الخمر عندهم ... ولو استأجر رجلاً . . لينحت له طنبوراً أو يربطاً ففعل ، طاب له الأجر ، إلا أنه يأثم به . وكذا لو استأجر رجلاً ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية طاب له الأجر . وكذا لو بنى بالأجر بيعة أو كنيسة لليهود والنصارى ، طاب له الأجر . وكذا لو كتب لامرأة كتاباً إلى حبيبها بأجر . ولو استأجر مشاة لترزين العروس ، قالوا لا يطيب لها الأجر إلا أن يكون على وجه الهدية بغير شرط ولا تقاض . قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن الإجارة إذا كانت مؤقتة وكان العمل معلوماً ولم تنقش التماثيل والصور . ، جازت الإجارة ويطيب لها الأجر ، لأن تزوين العروس مباح . أهل بلدة ثقلت عليهم المؤونات ، فاستأجروا رجلاً بأجر معلوم ليذهب إلى السلطان ويرفع القصة ليخفف عنهم السلطان نوع تخفيف ، وأخذ الأجر من عامة أهل البلدة من الأغنياء والفقراء ، قالوا إن كان بحال لو ذهب إلى بلدة السلطان يتبهاً له لإصلاح الأمر في يوم أو يومين جازت الإجارة ، وإن كان بحال لا يحصل المقصود في يوم أو يومين وإنما يحصل في مدة ، فإن وقتوا للإجارة وقتاً جازت الإجارة وله كل المسمى ، وإن لم يوقتوا فسدت الإجارة وكان له أجر المثل على أهل البلدة على قدر مؤونتهم ومنافعهم ، وقال بعضهم لا تصح هذه الإجارة على كل حال . .

وأجمعوا على أن الاستئجار على تعليم الفقه باطل . . . ولو استئجر رجل نفل الميت لا يجوز . . . ولو استئجر لحمل الجنابة ؛ إن لم يكن هناك من يحملها لا يجوز لأنه تعين في إقامة الحسبة ، وإن كان هناك من يحملها جاز . . . اختلف المشايخ في الدلالة في النكاح هل يكون لها أجر : قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى لا أجر لها ، لأنه لا منفعة للزوج من كلامها بغير عقد ، وإنما منفعة الزوج في العقد ، والعقد ما قام بها . وقال غيره من المشايخ لها أجر مثلها ، لأن معظم الأمر في النكاح يقوم بالدلالة ، فإن النكاح لا يكون إلا بمقدمات تكون من الدلالة ، فكان لها أجر المثل ، بمتزلة الدلال في البيع فإنه يستحق الأجر وإن كان البيع يكون من صاحب المتاع .

ونحن نرى هذا النص المفصل يعرض لطائفة من الحالات يناقش فيها مشروعية السب ، فتارة يجزم بأن السب مشروع أو غير مشروع ، وطوراً يبين أن المشروعية تختلف فيها بين الفقهاء .

فاستئجار الذمي مسلماً لحمل ميتة عن الطريق أو جلد ميتة إلى موضع الدباغة ؛ أو لعصر العنب ، أو لبيع الخمر ، وإيجار المسلم الدار من ذمي ليسكنها وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير^(١) ، كل هذا جائز . لأنه لا يلحق المسلم . أما استئجار المسلم الذمي لبيع خمر أو ميتة أو دماً فلا يجوز ، لأن هذا يلحق المسلم . ويجوز إيجار المسلم نفسه من المجوس ليوقد لهم النار ، كما يجوز استئجار الرجل ليكتب غناء بالفارسية أو بالعربية^(٢) أو لبناء بيعة أو كنيسة

(١) والمبدأ الذي يميز إيجار المسلم الدار من ذمي ليسكنها وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير ، لا يميز على النقيض من ذلك ، الذي أن يوصى بجمال له لبناء مسجد ، إذ العبرة في الحالتين بما يدين به المسلم ، والذي إنما يعامل بديانته . فدينه يميز له شرب الخمر وإدخال الخنازير في داره ويوجب عليه عبادة الصليب ، ومن ثم جاز للمسلم أن يؤجر داره للذمي لهذه الأغراض ، فهي جائزة عند الذمي ، ولا شيء منها يلحق المسلم . ودين الذمي لا يميز له أن يبني مسجداً ، فوصيته بجمال لبناء مسجد وصية باطلة . وقد أشار الأستاذ شكري قرداحي إلى هذا الحكم الأخير في الفقه الإسلامي في كتابه المعروف « القانون والأخلاق » (جزء ٢ ص ٢٩١) ، وأشار إلى نص فقهي يورد هذا الحكم على الوجه الآتي : « وثانيها أن يوصى بما هو مصية عندم قربة عندنا ، كما لو أوصى أن يحمل داره مسجداً ... فهي باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، لأننا نعاملهم بديانته » (مجمع الأنهر ٢ ص ٧١٧) .

(٢) وبأخذ الأستاذ بدر ديب عن هذا الحكم تعارضه مع الحكم القاضي بعدم جواز إيجار المدنية (بحث في نظرية الباحث في الملعب الخنص ص ١٩٧) ،

لليهود أو النصارى أو لكتابة كتاب من امرأة إلى حبيبها .

ولا يجوز استئجار المسلم أو الذمي من الذمي بعة ليصل فيها ، ولا استئجار المغنية أو النائحة^(١) ، ولا الاستئجار على تعليم الفقه أو لغسل الميت أو لحمل الجنابة إن لم يكن هناك من يحملها لأن كل هذا واجب ولا أجر على واجب^(٢) .

وهناك خلاف بين الفقهاء في استئجار المسلم لحمل الخمر ، أو لنقله ، أو لرعى الخنازير . فالصاحبان لا يميزان ذلك لأن الإجارة هنا إعانة على المعصية ، وأبو حنيفة يميزه لأن العمل في ذاته ليس بمعصية ولا يتحتم أن يكون سبباً للمعصية . والخلاف قائم أيضاً في استئجار مشاطة لتزين العروس ، فمن الفقهاء من يرى أن تزين العروس لا يؤخذ عليه أجر وإنما تقبل فيه الهدية ، ومنهم من يرى أن تزين العروس مباح فيؤخذ عليه الأجر . ويختلف الفقهاء في استئجار رجل ليحمل ظلامه قوم إلى السلطان ، فمنهم من يرى الجواز ما دام أن الإجارة قد حدد لها وقت معين ، ومنهم من لا يميز الإجارة على هذا العمل . ويختلف الفقهاء أخيراً في الدلالة في النكاح ، وهذا ما سميناه في الفقه الغربي بعقد الوساطة في الزواج ، فمن الفقهاء من يميزها لأن الزواج لا يكون إلا بمقدمات تأتي من الدلالة ، ومنهم من لا يميزها لأن الدلالة لا تعقد الزواج بنفسها وإنما يقوم بالعقد الزوجان^(٣) :

(١) ولا يجوز استئجار المغنية أو النائحة حتى عند الشافعية ، وهم الذين يترغصون أكثر من غيرهم في الإباحة ، ذلك أن النية غير المشروعة هنا قد اختلطت بالسل نفسه فأصبحت شيئاً واحداً (انظر في هذا المعنى بدروديب : بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(٢) ويلاحظ الأستاذ بدروديب أن فقهاء الحنفية لا يميزون في عقد الإيجار ما يميزون في عقد البيع ، لأن عقد الإيجار إنما ورد على خلاف القياس ورخص فيه استحساناً ، فكان يسيراً عليهم سحب هذه الرخصة في كل ما يكون مظنة لعدم المشروعية (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣١) .

(٣) ويقول الأستاذ صبحي محمصاني في هذا الصدد ما يأتي : « لا يجوز لأبوي الزوجة أو أحد أقاربها أن يأخذ من الزوج دراهم أو أي شيء كان لقاء تزويجها أو تسليمها ، وقد قال ابن البرزاز إن هذا نوع من الرشوة : الفتاوى البرزازية ، ص ١٥٤ - ١٥٥ بهاشم الهندية . وهو حكم متفق عليه عند الحنفيين وغيرهم ، ويطبق على الأقارب وغير الأقارب . فقد سئل صاحب الفتاوى الخيرية في رجل تزوج زوجة فتعرض له شخص يقول : هذه فلاحتي وأطلب عليها خلعة : هل يجوز أن يحكم بذلك أم لا . . . فأجاب : يحرم عليه ذلك بإجماع المسلمين : الفتاوى الخيرية ، ص ٢٨١ . وشبه هذه المسألة ما استقر عليه اجتهاد القضاء في أوروبا من تحريم السيرة في أمور الزواج ، باعتبارها ترتكز على سبب غير مشروع -

تطور فكرة المشروعية :

وفكرة المشروعية تتطور كما قلنا ، فما كان غير مشروع من قبل قد يصبح مشروعاً ، وما كان مشروعاً قد يصبح غير مشروع .

فقد كان تعليم القرآن لا يجوز الأجر عليه ، ثم جاز بعد ذلك . جاء في الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ٣٢٦) : « وإن استأجر رجلاً لتعليم القرآن ، لا تصح الإجارة عند المتقدمين ولا أجر له ، بين لذلك وقتاً أو لم يبين . ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى جوزوا هذه الإجارة ، حتى حكى عن محمد بن سلام رحمه الله تعالى أنه قال أقضى بتسمير باب الوالد بأجرة المعلم . وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إنما كره المتقدمون الاستئجار لتعليم القرآن وكرهوا أخذ الأجر على ذلك ، لأنه كان للمعلمين عطيات في بيت المال في ذلك الزمان وكان لهم زيادة رغبة في أمر الدين وإقامة الحسبة ، وفي زماننا انقطعت عطياتهم وانتقصت رغائب الناس في أمر الآخرة ، فلو اشتغلوا بالتعليم مع الحاجة إلى مصالح المعاش لاختل معاشهم ، فقلنا بصحة الإجارة ووجوب الأجرة للمعلم ، بحيث لو امتنع الوالد عن إعطاء الأجر حبس فيه . وإن لم يكن بينهما شرط ، يؤثر الوالد بتطبيب قلب المعلم وإرضائه . وهذا بخلاف المؤذن والإمام ، لأن ذلك لا يشغل الإمام والمؤذن عن أمر المعاش . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى إن مشايخ بلخ جوزوا الإجارة على تعليم القرآن وأخذوا في ذلك قبول أهل المدينة ، وأنا أفتي بجواز الاستئجار ووجوب المسمى » .

وجاء في الزيلعي (جزء ٥ ص ١٢٤ - ص ١٢٥) : « والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه ، يعني لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء » .

— ومخالف للأدب » (النظرية العامة للموجبات والمعقود في الشريعة الإسلامية ٢ ص ٩٨) .

بقيت المقامرة ، وهذه غير مشروعة بداهة في الفقه الإسلامي . وكذلك الرهان من الجانبين غير مشروع فلو تراءى المتسابقان على أن من يفوز منهما على صاحبه يأخذ منه مبلغاً من المال ، لم يجوز ذلك . ولكن يجوز للفير أن يتعهد بإجاعة الفائز من المتسابقين ، ويكون هذا تشجيعاً للفائز وليس رهاناً كما يجوز لأحد المتسابقين أن يمد صاحبه إذا فاز عليه بإجازته . والذي لا يجوز هو ، كما قلنا ، أن يمد كل من المتسابقين الآخر بإجازته إذا هزأ ، فإن هذا يكون رهاناً (مجمع الأنهر ٢ ص ٥٤٩ - ٥٥٠) .

— الأستاذ شكري قرداسي في القانون والأخلاق ، ص ٣٦٨ - ص ٣٦٩) .

وقال الشافعي رحمه الله يجوز في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ، وكونه عبادة لا ينافي ذلك ، ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقهاء . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به ، وعهد عليه الصلاة والسلام إلى عثمان ابن أبي العاص : وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً ، ولأن القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الأجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة ، ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزماً بما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز . بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقهاء فإنه يقدر عليها الأجير ، وكذا الأجر يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا تشترط أهلية الأمور فيها بل أهلية الأمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيها ولا يجوز فيما نحن فيه : والأصل فيه أن كل شيء جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم ، وما لا فلا . قال رحمه الله : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن ، وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ ، استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات في بيت المال وافتقار من المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم ، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن وتحريضاً على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن . وأما اليوم فقد تغير ذلك كله ، واشتغل الحفاظ بمعاشهم ، وقل من يعلم حبة . ولا يتفرغون له أيضاً فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك : فاولم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن ، فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسناً . وقالوا الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان . ألا ترى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر رضي الله عنه . حتى منعهن عمر رضي الله عنه ، واستمر الأمر عليه وكان ذلك هو التسواب . وكان الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل يقول يجب الأجر ، ويحبس عليها . وقال في النهاية يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضاً في زماننا ، ثم قال وفي روضة الزندويني كان شيخنا أبو محمد الحنزاخري يقول في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر ، قال كذا في

الذخيرة . ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف . .
 كذلك قد يكون الأمر مشروعاً ، فيصبح غير مشروع ، وقد سبق أن نقلنا
 عن البدائع (جزء ٥ ص ١٧٦) ما يأتي : « ولو كانت الدار (التي استأجرها الذي
 من المسلم واتخذها مصلى للعامة) بالسواد ، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك ،
 لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا
 أهل الذمة من المجوس ، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين .
 وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم
 في مصر » .

المبحث الثاني

نظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي وفي مذاهب أخرى
 يعتمد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد .

ونظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي ، وبخاصة في الفقه الحنبلي ،
 تبدو كما قدمنا أقرب إلى نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتيني ، فالسبب هو
 الباعث على التعاقد ، ويعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر ، ما دام يكون
 معلوماً من الطرف الآخر ، فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح ، وإن كان
 غير مشروع فلا يصح العقد ^(١) .

ويذكر ابن القيم في إعلام الموقعين (جزء ٣ ص ٩٦ - ص ٩٨) وجوب
 الاعتداد بالمقاصد والنيات في العقود فيقول : « هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود
 وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصد والنيات تأثير يوجب الالتفات
 إليها ومراعاة جانبها . وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود
 معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ، بل أبلغ من ذلك ، وهي

(١) بل هناك حالات يكون فيها السبب - أي الباعث - مانعاً من تنفيذ العقد بعد انعقاده
 صحيحاً . فن الوديعة لا يرد المودع عنده الوديعة للمودع إذا أرادها هذا لارتكاب جريمة ، كن أودع سيفاً
 وأراد استرداده لقتل (الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠) .

أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً ، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها ، وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله . . . وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوى أن تكون لموكله فتحرم على المشتري ، وينوى أنها له فتحل له ، وصورة الفعل والعقد واحدة وإنما اختلفت النية والقصد . وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتها واحدة ، وهذا قرينة صحيحة وهذا معصية باطلة بالعقد . وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمرًا معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبساً جائز ، وصورة الفعل واحدة . وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلماً حرام باطل لما فيه على الإعانة على الإثم والعدوان ، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة . وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوى به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره ، وينوى به الحلف والامتناع فيكون يميناً مكفرة . . . وكذلك من أدى عن غيره واجباً ينوى به الرجوع ملكه ، وإن نوى به التبرع لم يرجع . . . وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محلاً ولا يخرج من ذلك صورة عقد النكاح .

وكذلك المالكية يعتدون بالبائع وإن لم يذكر في العقد ، فلا يجوز بيع أرض بقصد بناء كنيسة ، أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً ، أو استئجار كراريس فيها عبارات النواح^(١) .

(١) انظر في هذا المعنى بدروديب ، بحث في نظرية البائع في المذهب الحنفى ص ٢٣٢ - ص ٢٤٣ ، كثيراً ما يعرض المالكية للسبب في صدر الكلام في المحل . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) : « واعلم أن الأعيان على قسمين : الأول ما لا منفعة فيه أصلاً ، فلا يصح العقد به عليه . . . الثاني ما له منفعة وهو على ثلاثة أقسام : الأول ما كان جميع منافعه محرمة ، وهو الذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه . . . وقال في التبعية ومن اشترى من آلة اللهوشيناً البوق وغيره فسح البيع وأدب أهله انتهى . الثاني ما كان جميع منافعه محلاً فيجوز بيعه إجمالاً . . . الثالث ما فيه منافع محقة ومنافع محرمة ، قال المازرى فهو المشكل على الأفهام ومنزلة الأقدام : وفيه ترى العلماء مضطربين ، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم . فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرماً والمحلل منها تبعاً فواضح إلقائه بالقسم الأول . . . وإن كان جل المنافع والمقصود منها محلاً والمحرر تبع فواضح إلقائه =

وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد :

فإذا ذكر السبب ، أى الباعث ، في العقد ، فقد دخل في دائرة التعاقد واعتد به في جميع المذاهب على النحو الذي قدمناه . أما إذا لم يذكر السبب في العقد لا صراحة ولا ضمناً ، فإن المذهب الحنبلي يعتد به مع ذلك ، كما يسبق القول ، بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر ، وهذا هو المنحى الذي نحاه الفقه اللاتيني الحديث كما أسلفنا .

فن باع عصير عنب ، ولم يبين المشتري أنه يريد اتخاذه خمرأ ، فقد رأينا المذهب الحنفي يصحح البيع لأن السبب غير مذكور في العقد . أما في المذهب الحنبلي فالحكم يختلف ، ويعتد في هذا المذهب بالباعث ولو لم يذكر في العقد ، ما دام هذا الباعث كان معلوماً من الطرف الآخر : فإذا كان بائع العصير يعلم أن المشتري سيتخذ العصير خمرأ لم يصح البيع . وقد يستخلص علم البائع من القرائن وظروف الحال ، فن باع عصير عنب إلى شخص يتجر في الخمر فقد قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد اتخاذه عصير خمرأ ، فلا يصح العقد . وقد جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٣ - ٢٨٤) في هذا المعنى ما يأتي : « وبيع العصير ممن يتخذه خمرأ باطل . وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرأ محرم . وكرهه الشافعي . وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرأ فهو محرم ، وإنما يكره إذا شك فيه . وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً . قال الثوري بيع الحلال ممن شئت ، واحتج لهم بقول الله تعالى وأحل الله البيع ، ولأن البيع تم بأركانه وشروطه . ولنا قول

« بالثاني .. وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة ، قال المازري فهذا هو المشكل ، وينبغي أن يلحق بالمنوع . . وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم ، فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتباً أمرها هل هي مقصودة أم لا ، ويرى ما سواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لأجل كون المقصود من المنافع محللاً ، ولا ينشط لإطلاق الإباحة لأجل الإشكال في تلك المنفعة هل هي مقصودة أم لا ، فيقف هنا المتورع ، ويتساهل آخر ويقول بالكراهية للالتباس ولا يحرم ، فاحتفظ بهذا الأصل فإنه من مذهب العلم . ومن أتقنه علماً هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب . »

الله تعالى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، وهذا نهى يقتضى التحريم . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة ، فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل ، فقال يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبائسها ومبتاعها وساقياها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرج هذا الحديث الترمذى من حديث أنس وروى ابن بطة في تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين أن قيساً كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصنع زيباً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ، وقال بشيخ الشيخ أنا إن بيعت الخمر . ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد المعصية ، فأشبهه بإجارة أئمة من يعلم أنه يستأجرها ليزنى بها . والآية مخصوصة بصور كثيرة ، فيختص منها محل النزاع بدليلنا . وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا نعم لكن وجد المانع منه . إذا ثبت هذا ، فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فلما إن كان الأمر محتملاً ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز . وإذا ثبت التحريم ، فالبيع باطل . ويحتمل أن يصح ومن مذهب الشافعي لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه ، فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب . ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح ، كإجارة الأمة للزنا والغناء ، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ، ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فأفسد البيع كبيع درهم بدرهمين ، ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي .

وكبيع غصير العنب بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، وإيجارتها للزنا ، وإجارة الدار لبيع الخمر فيها ، أو لتخذ كنيسة أو بيت نار ، وغير ذلك . فالباعث في كل هذه الأحوال يعتد به حتى لو لم يذكر في العقد . ما دام الطرف الآخر يعلم به . وقد جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٤ - ٢٨٥) في هذا المعنى ما يأتي : « وهكذا الحكم في محل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء أو لإيجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتخذ كنيسة أو بيت نار ، وأشباه

ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل . وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال في القصاب والحجاز : إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخطر الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها . ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء . وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا . قيل لأحمد رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيماً وقد احتاج إلى بيعها . قال يبيعها على أنها ساذجة ، فقليل له فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً ، قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . وجه ذلك ما روى أبو أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، لا يجوز بيع المغنيات ، ولا أثمانهن ولا كسبهن ، قال الترمذي هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ، ورواه ابن ماجه ، وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء ، فأما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر . ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز . وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشراؤها ، وهو غير صحيح ، فإن عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرمت التجارة في الخمر . وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقليل يا رسول الله أرايت شحوم الميتة فلما تطلت بها السمن وتذهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ، فقال لا هو حرام ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه . ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه قد أشبههم لأن الخمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير ، ولأنه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالخنزير .

وتوجد نصوص أخرى ، في المذهبين الحنبلي والمالكي ، في هذا المعنى .

نذكر منها :

ما جاء في التروع (جزء ٢ ص ١٧١) : « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمرأ قطعاً . نقل الجماعة : إذا علم وقبل أو ظناً ، واختاره شيخنا .

نقل ابن الحكم إذا كان عندك يريده للنبيذ فلا تبعه ، إنما هو على قدر الرجل . قال أحمد : أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كرهوا بيع العصير ، وسلاحاً في فتنه لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه ، قال أحمد وقد يكون يقتل به ويكون لا يقتل به ، وإنما هو ذريعة له ولحربى ، ومأكول ومشوم لمن يشرب عليهما المسكر . وأقذاح لمن يشرب فيها وجوز لقمار ، وأمة وأمرد لواطئ دبر . ويصح بيع من قصد ألا يسلم مبيعاً أو ثمناً ذكره في كتب الخلاف ، ومن اتهم بعلامه فدبره فنقل أبو داود يحال بينهما إذا كان فاجراً معلناً ، وهذا كما نقله أبو داود في المجوس تسلم أخته يحال بينهما إذا خافوا عليها يأتيها . قيل لأحمد مات وترك سيوفاً ، قال لا تباع بيغداد وتباع بالثغر ، ويتوجه أنه ندب ، وفي المنشور منع منه لاستعمالها في الفتن غالباً .

وما جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٧) : « بيع العنب لمن يعصره خمرأ ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها ، غير جائز » . وانظر أيضاً المدونة الكبرى (١١ ص ٦٢ - ص ٦٩) .

وبقارن الشعراني في الميزان الكبرى (جزء ٢ ص ٧٤ وما بعدها) بين المذاهب الأربعة في هذا المصدد . فيقول : ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة إنه يصح بيع العنب لعاصر الخمر^(١) مع الكراهة ، مع قول أحمد بعدم الصحة . فالأول فيه تخفيف ، والثاني مشدد . وجه الأول أن المقاصد هي التي يؤاخذ بها العبد ، وأما الوسائل فقد يحال بين العبد وبينها : فلذلك كان بيع العنب لمن يريد أن يعصره خمرأ غير حرام لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره . وكان البصرى يقول لا بأس ببيع العنب لعاصر الخمر ، وكان سفيان الثوري يقول بع الحلال لمن شئت . ووجه الثاني سد الباب ، لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام ولو بالقصد . كما لو نظر إنسان إلى ثوب موضوع في طاق على ظن أنه امرأة أجنبية فإنه يحرم عليه ذلك : فافهم^(٢) .

(١) ومع ذلك فقد رأينا أن المذهب المالكي لا يميز بين بيع العنب لمن يعصره خمرأ (الخطاب جزء ص ٢٦٧) .

(٢) ولا شك في أن نظرية السب في الفقه الحنبل تقرب كثيراً من النظرية الحديثة للسب لفقه اللاتينى ، وتبعد في الوقت ذاته عن النظرية التقليدية التي وضع دوماً أساسها . ويقول الأستاذ شكرى

يكفي في علم الطرف الآخر بالسبب أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم :

ويعتد المذهب الحنبلي بالباعث ، لو لم يذكر في العقد ، كما قلنا . وليس من الضروري أن يعلم الطرف الآخر به ، بل يكفي أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم به ، وأكثر ما يكون ذلك في التبرعات . فإذا أهدى المقرض للمقرض شيئاً قبل الأداء ، حمل ذلك على الربا ، وينبغي أن يعلم المقرض بذلك الباعث حتى لو لم يكن يعلم به فعلاً ، فلا تجوز الهدية . وإذا أهدى المشركون لأمير الجيش هدية ، حمل ذلك على الرشوة لو اختص بها ، وينبغي أن يعلم ذلك ، فلا يختص بها ولكن هي غنيمة أوفى . وكذلك الهدايا التي تهلى للعمال ، فإنها تحمل على

— قد احيى في هذا الصدد: إن فكرة السبب في الفقه الإسلامي ليست فكرة مجردة خالية من الباعث الذي يقترب بها ، بعيدة عن الدوافع التي تحفز الشخص إلى العمل . فليست هي فكرة السبب كما كان يراها دوماً ، بل هي فكرة القضاء حيث ينطوي السبب على الباعث الدافع الذي يحفز إلى التعاقد . فإذا نحن عزلنا الباعث عن السبب بالمعنى التقليدي ، كان العقد مشروماً . ولكن ابن حنبل يراه غير مشروع بالنظر إلى الغاية غير المشروعة التي يقصد إليها أحد المتعاقدين بعلم التعاقد الآخر . ومن الممكن أن نعدد الأمثلة ، وهي تثبت جميعاً أن الفقه الإسلامي قد صنع نظرية للسبب هي أبعد مدى وأوسع أفقاً من نظرية السبب التي صاغها دوماً - نظرية ، كالنظرية التي صاغها القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر ، تمتد بالأغراض الذاتية التي حفزت أطراف التعاقد على الالتزام فحصل من وراء ذلك إلى إبطال التصرفات غير المشروعة (القانون والأخلاق ٢ ص ٢٨٥ - ٢٨٦) .

ويقول الأستاذ صبي محمدي إن نظرية الشريعة الإسلامية في السبب قريبة من نظرية القضاء الفرنسي لأنها لا تعتبر في العقد السبب فحسب ، بل تعتبر أيضاً الباعث الشخصي إذا كان مقصوداً في العقد صراحة أو دلالة . ويورد الأستاذ محمدي قضية عرضت على مجلس المشاورين في قرطبة وخلاصتها أن رجلاً استدان من زوجته ثلاثين ديناراً وأمهكت لمدة خمس سنين ، ولكنه طلقها بعد سنة ونصف ، فقاضته زوجته تطلب حلول الدين وسقوط الأجل . فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس ، فألقى ابن عتاب لمصلحتها ، معللاً بأن هذا الاتفاق كان ملحوظاً فيه ود الزوجية واستدامة الصحة فأما وقد انفصلت فقد زال السبب الموجب للتأجيل : تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ ص ٦٨ . . . وبمناه روى عن ابن حنبل وغيره أنه قال في هبة المرأة زوجها صداقتها إذا سألها ذلك ، فإن سببها إسمالة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها : القواعد لابن رجب رقم ١٥٠ ص ٣٢٢ - البهجة شرح النخبة ٢ ص ٦٥ - ومن أكثرى فتناً أرحاماً ، فأنجل أهل البلد عنه أو قل وأراده ولم يجد من يسكنه ، فلا كراه عليه : البهجة شرح النخبة ٢ ص ٣٣ - ويشترط بقاء السبب للدوام العقد ، فقد ورد في المجلة أنه لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة . مثلاً لو استأجر طهاخ لغرس ، ومات أحد الزوجين تنفسخ الإجارة . وكذلك تنفسخ الإجارة ب وفاة الصبي أو الظئر ، ولا تنفسخ ب وفاة المسترضع : م ٤٣٣ (النظرية العامة للموجبات والمقود ٢ ص ٩٦ - انظر أيضاً في شرط استمرار السبب قائماً لبقاء العقد الأستاذ محمد يوسف موسى في الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٢٩٣) .

الرشوة ، وإذا وهبت امرأة لزوجها صداقها ، فينبغي أن يعلم الزوج أن الباعث على الهبة هو استدامة الزواج ، فإن طلقها بعد ذلك فقد اختل الباعث ، ولها الرجوع فيما وهبت .

وقد جاء في القواعد لابن رجب (ص ٣٢١ - ص ٣٢٢) في هذا المعنى ما يأتي : « تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما تعتبر في الأيمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة : (منها) مسائل العينة . (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء . فإنه لا يجوز قبضها ممن لم يجر له منه عادة . (ومنها) هدية المشركين لأمر الجيوش : فإنه لا يختص بها على المذهب ، بل هي غنبة أو فئ على اختلاف الأصحاب . (ومنها) هدايا العمال ، قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدي للأمير فيعطى منها الرجل ، قال هذا الغلول ، ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته . (ومنها) هبة المرأة لزوجها صداقها إذا سألتها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح : فإن طلقها فلها الرجوع فيها ، نص عليه أحمد في رواية عبد الله . (ومنها) الهدية لمن يشفع له بشفاعته عند السلطان ونحوه : فلا يجوز : ذكره القاضي وأوماً إليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها ، وفيه حديث في السنن . ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده ودعة فأداها ، فأهديت إليه هدية ، أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة . وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الدفعة . (ومنها) ما نص عليه أحمد في رواية ابن مهران فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ، ثم رد اللحم بعيب ، فالزيادة لصاحب اللحم ، لأنها أخذت بسبب اللحم ، فجعلها تابعة للعقد في الرد لأنها مأخوذة بسببه وإن كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضي على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد ، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك . (ومنها) ما حكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية يفرق بينهما : فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردده ، وإن كان أهدي هدية يردد منها عليه ، قال القاضي في الجامع لأن هذه الحالة تدل على أنه وهب لها بشرط بقاء العقد ، فإذا زال ملك الرجوع فيها ، كالحبة بشرط الثوب انتهى . وهذا في الفرق القهرية لفقد الكفاءة ونحوها

ظاهر ، وكذلك الفرق الاختيارية المقسطة للمهر ، فأما الفسخ المقرر المهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد ، كأجرة الدلال ونحوها ، ففي النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بإقالة أو نحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة ، وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه ، وقياسه في النخاع أنه إن نسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت ، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد .

مذاهب أخرى غير مذاهب أهل السنة :

وتقرب المذاهب الأخرى غير مذاهب أهل السنة - الزيدية والجعفرية والظاهرية - في نظرية السبب من المذهب الحنبلي .

ففي مذهب الزيدية ، جاء في المترع المختار (جزء ٣ ص ١٩ - ص ٢٠) « يحترز مما منفعتة غير حلال ، نحو المزامير والأدغاف والدراريح وما أشبهها ، فهذه لا توضع في العادة إلا لفعل يميم شرعاً ، فلا يجوز بيعها . ولو بيع ذو النفع الحلال إلى مستعمله في معصية ، فذلك جائز إن لم يقصد بيعه للمعصية ، وذلك نحو أن يبيع العنب إلى من يتخذ به خمر ، والحشب إلى من يصنعها مزامير ، وما أشبه ذلك ، لكن ذلك مكروه . قوله غالباً احتراز من بيع السلاح والكراع ، فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله في حرب المسلمين من كافر أو باغ أو نحوهما كالأكراد ، إلا أن يبيعه بأفضل منه . وحاصل الكلام في ذلك أن شراء السلاح والكراع والعيد من الكفار ونحوهم جائز ، وكذلك إذا عوض بأدنى منه . وأما بيع فلك منهم ، فإن كان لا مضرة على المسلمين جاز أيضاً ، وإن كان ثم مضرة فظاهر قول الهادي والوالي أنه لا يجوز البيع إليهم لأنهم يستعملونه في معصية . . أنه إن قصد نفع نفسه صح البيع وجاز له ذلك ولكن يكره ، وإن قصد نفعهم عصي بلا خلاف . وهل ينعتد البيع أم لا ، قال في التنوير عن أبي طه إنه ينعتد ، وقيل يكون الخلاف فيه كبيع العبد المسلم من الكافر أو بيع الشيء إلى من يستعمله في أمر واجب كالمصحف وكتب الحديث ونحو ذلك ، فإنه يصح بيعه ويكون البيع متناولاً للجلد والكاغد ، ويرد بالغلط الزايد على المعتاد .

وفي مذهب الجعفرية ، جاء في مفتاح الكرامة للعامل (جزء ٤ ص ٣٧) :
« إجارة السفن والمساكن للحرمت ، وبيع العنب ليعمل خمرأ ، والخشب ليعمل
صنماً . يكره بيعه على من يعمله من غير شروط . وظاهرها أنه لا بد أن يكون البيع
لأجل ذلك ، أي الغاية محرمة ، سواء شرطها في متن العقد أو حصل الاتفاق
عليها . ويجوز مع فقد الشرط ، فقط يكره بيعها على من يعمله بغير شرط » (١) .

وفي مذهب الظاهرية ، جاء في المحلى لابن حزم (جزء ٩ ص ٢٩ - ص ٣٠) :
« ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصى الله به أو فيه وهو مفسوخ أبداً ، كبيع
كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمل خمرأ ، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن
أنه يدلس بها ، وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم أو ينجسهم ، وكبيع المملوك
ممن يوقن أنه يسيء ملكيته ، أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعمل بها على
المسلمين ، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه ، وهكذا في كل شيء ، لقول الله
تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، والبيع التي ذكرنا
تعاون ظاهر على الإثم والعدوان بلا تطويل وفسخها تعاون على البر والتقوى . فإن لم
يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لأنه لم يعن على الإثم ، فإن عصى المشتري
الله تعالى بعد ذلك فعليه . ورد من طريق وكيع عن سفيان الثوري عن ابن جرير
عن عطاء قال : لا تبعه ممن يجعله خمرأ . »

(١) ويقول الأستاذ بدر ديب إن الأحكام التي يقرها المذهب الجعفري في هذه المسألة
تنطوي على كثير من المرونة والتنوع . فإذا أخذنا المثل المأثور الخاص ببيع عصير العنب ، وهو المثل الذي
تتلاقى عنده المذاهب المختلفة ويصلح أن يكون معياراً مشتركاً لها جميعاً ، نجد أن فقهاء الجعفرية
يبدؤون بالتمييز بين ما إذا كان العصور متخمرأ أم لا . فإذا كان متخمرأ فالبيع لا يجوز ، لأن حالة المبيع
تم عما تنطوي عليه الصفقة من مخالفة للشرع . أما إذا لم يكن العصور متخمرأ ، وجب التمييز بين ما إذا
كانت نية المشتري قد تكشفت أو لم تكشف . فإن كانت قد تكشفت ، بأن ذكر المشتري صراحة
في العقد أنه أراد العصور لاتخاذ خمرأ ، فلا خلاف في بطلان البيع . أما إذا لم تكشف نية المشتري ،
فهنا أيضاً يجب التمييز بين ما إذا كان البائع يجهل ما يقصد إليه المشتري أو كان يعلم ذلك . فإن كان
يجهل قصد المشتري فالبيع صحيح . أما إذا كان يعلم هذا القصد ، وجب التمييز مرة أخرى بين ما إذا
كان البائع متواطئاً مع المشتري في تنفيذ قصده ، أو كان لا شأن له في ذلك وإنما هو يقوم بشأن
مألوف من شئون التجارة . ففي الحالة الأولى ، يكون البيع غير جائز . أما في الحالة الثانية ، فقد اختلف
الرأى : إذ يرى بعض الفقهاء أن البيع يبق غير جائز ، ولكن الكثرة يفتون إلى أن البيع يصح ولكنه
يكون مكروهاً . وتسرى هذه الأحكام في الأحوال المماثلة كإيجار السفن والمساكن لأغراض غير مشروعة
وكبيع الخشب لضمه أصناماً » (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤) .



الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

مهمة البطلان :

بطلان العقد هو الجزء القانوني الذي يترتب على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لجميع شروطها . فوجب إذن أن نتكلم في أمرين :

١ - البطلان بوجه عام .

٢ - أحكام العقود المتسمة بالبطلان^(١) .

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

مسائل ثلاث :

الأصل في البطلان أن يعدم العقد ، فالعقد الباطل هو عقد منعدم . ولكن لما كان للعقد أركان مختلفة وشروط متعددة ، فقد تعددت مراتب البطلان تبعاً لهذا التعدد وانقسم بحسب مراتبه . والبطلان في الفقه الغربي يقارب نظماً أخرى يلتبس بها ، فيحسن تمييزه عنها . ولما كان الأصل في البطلان أن يعدم العقد كما قدمنا ، فإنه ينبغي أن يترتب على ذلك أن العقد الباطل لا ينتج أثراً ما ، ومع ذلك فهناك حالات نرى فيها أن العقد المتسم بالبطلان قد ينتج بعض الآثار :

ففعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) تقسيم البطلان بحسب مراتبه (٢) تمييز البطلان عما يقاربه من النظم (٣) الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان :

(١) ننقل نظرية البطلان في الفقه الغربي عن مؤلفنا الوسيط الجزء الأول ص ٤٨٦ - ص ٥٣٩ .

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه

أنواع البطلان

أركان العقد وشروطه :

رأينا فيما قدمناه في الفصول السابقة أن أركان العقد في الفقه الغربي ثلاثة : التراضي والمحل والسبب . ورأينا أن نكل من هذه الأركان نوعاً واحداً من الشروط ، فيما غدا ركن التراضي فله شروط انعقاد وشروط صحة .

فالتراضي يشترط لوجوده - أو لانعقاده - أن يكون صادراً عن تمييز ، وأن يكون هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول . وقد يوجد التراضي ، ولكنه ينعقد غير صحيح . ويشترط لصحته أن يكون صادراً عن ذي أهلية ، وأن يكون غير معيب . فإذا صدر التراضي من ناقص الأهلية ، أو كان معيباً بأن كان مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، فإن ذلك لا يمنع من وجود التراضي ، ولكنه يكون غير صحيح .

أما شروط المحل - وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة في وقت واحد - فهي أن يكون المحل ممكناً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، صالحاً للتعامل فيه بأن يكون مالا متصفاً مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب .

وأما السبب فليس له إلا شرط واحد ، هو أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب . وهذا الشرط هو شرط انعقاد وشرط صحة في وقت واحد .

مراتب البطلان - النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي) :

تقسم النظرية التقليدية البطلان إلى مراتب ثلاث : فهناك بطلان يجعل العقد منعماً ، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً .

فالعقد المنعقد هو ما انعقد فيه ركن من الأركان الثلاثة التي لا بد من قيامها حتى يتكون العقد : التراضي أو المحل أو السبب . فعقد المازل منعقد ، وكذلك العقد الصوري ، لانعدام التراضي . والتعاقد على عمل غير موجود أصلاً منعقد ، لانعدام المحل . والتعاقد لسبب لا وجود له منعقد ، لانعدام السبب .

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو ما قامت فيه الأركان الثلاثة ، ولكن اختلف فيه شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي . فإذا اختلف شرط من شروط وجود التراضي ، بأن صدر العقد من غير مميز ، كصبي غير مميز أو مجنون أو معتوه ، أو لم يكن هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول ، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً . وإذا اختلف شرط من شروط المحل ، بأن كان المحل غير ممكن ، أو كان غير معين وغير قابل للتعين ، أو كان غير صالح للتعامل فيه ، فالعقد يكون هنا أيضاً باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وإذا اختلف شرط السبب ، بأن كان التعاقد قائماً على سبب غير مشروع ، فهذا أخيراً يكون 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 دلس عليه أو كان مكرهاً أو كان خسحية استغلال ، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً على تفصيل فيما يتعلق بالاستغلال ، أي أن العقد يكون باطلاً من جهة واحدة هي جهة من كان رضاه معيباً إذ البطلان قد تقرر لمصلحته .

انتقاد النظرية التقليدية – التقسيم الثنائي والبطلان المترج :

وكثرة الفقهاء تنمى على النظرية التقليدية تفريقها بين العقد المنعقد والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، إذ أن هذا التفريق يصطدم مع المنطق ، ثم أنه لا فائدة فيه . أما إنه يصطدم مع المنطق ، فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني ، فهو في الانعدام يستوي والعقد المنعقد ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعقد أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم . وأما إن التفريق بين

هذين النوعين من البطلان غير ذى فائدة ، فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا يتج أثرهما ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع من الأمر أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسى فى مناسبة عقد الزواج ، إذ بدأ هذا الفقه بتقرير قاعدة أساسية هي أن لا بطلان فى عقد الزواج دون نص تشريعى يستند إليه هذا البطلان ، وذلك صيانة لهذا العقد الخطير من الاضطراب والتزعزع . فما لبثت حالات بطلان أن قامت فى عقد الزواج ، وهى حالات لا شك فيها ولكن لم يرد فى شأنها نص تشريعى ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد وكما إذا تولى العقد من ليس له صفة رسمية فى توليه . فخلق الفقه الفرنسى نظرية انعدام العقد لتغطية هذه الحالات ، فإذا كان عقد الزواج واضح البطلان ولكن لا يوجد نص تشريعى يستند إليه هذا البطلان ، قيل إن العقد منعدم وليس باطلاً فحسب . وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التى تقضى بأن البطلان فى عقد الزواج لا يكون بغير نص تشريعى ، أو فى القليل قصر هذه القاعدة على عقد الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود التى تدخل فى دائرة المعاملات المالية . فإذا سلمنا أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق لا أساس له ، خلص لنا ، بدلا من التقسيم الثلاثى للبطلان وهو التقسيم الذى تقول به النظرية التقليدية ، تقسيم ثنائى يندرج فيه الانعدام فى البطلان المطلق ، فيكون العقد المتسم بالبطلان إما بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً .

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على النقيض مما تقدم ، إلى مهاجمة النظرية التقليدية ، لا من جهة أن التقسيم الثلاثى غير ضرورى ويكفى أن يحل محله تقسيم ثنائى ، بل من جهة أن هذا التقسيم الثلاثى غير كاف فهو تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات ، وينبغى أن تكون مراتب البطلان متدرجة فى غير حصر دون قصرها على مراتب ثلاث . وأصحاب هذا رأى يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً فى الناحية التى تقابل هذا الشرط . فتعدد وجوه البطلان ، وتنوع مراتبه فى غير حصر ، تبعاً للأغراض التى توخاها القانون . ومهما قيل فى مرونة هذا رأى ، وفى أنه يفسر استعصاء بعض مسائل

البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية - كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي عن العقد ، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتاج الشركاء بهذا البطلان على الغير - إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهي لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد تجعل البطلان مائماً ليست له مراتب محصورة ، فيترزع استقرار التعامل .

رد البطلان إلى مرتبة واحدة :

وإذا كان لا بد من تقسيم البطلان إلى مراتب متدرجة ، فالوقوف عند التقسيم الثلاثي الذي تقول به النظرية التقليدية خير من تشتت قواعد البطلان في الأغير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قلناه من عيب التفريق بين العقد المعلوم 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 لا تفاوت فيها ، هي مرتبة البطلان المطلق . ذلك بأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر ، كما سنرى ، على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فيستج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (المرحلة الثانية) يلحق فيها العقد أحد المصيرين : (١) فلما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم ، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . (٢) ولما 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 ، كما نرى ، لا يعلو في ماله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقه الإجازة أو ورد.

عليه التقدم ، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تغيير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم ليس هناك إلا نوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق ، يندمج فيه البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام .

وقد سبق أن كتبنا في مؤلفنا « نظرية العقد » (ص ٦١٨ هامش رقم ١) في هذا الصدد ما يأتي : « 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 قد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، ويتميز 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 بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق » .

تأصيل البطلان - الرجوع إلى التقسيم الثنائي :

على أن رد أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضي شيئاً من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة الفنية الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً ، أو كما يقول التقنين المصري الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . ونقف عند هذا التقسيم الثنائي ، على أن نتولى تأصيله :

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . فإذا كان البطلان يرجع إلى اعتبارات شكلية ، كان العقد الشكلي الذي لا يقوم فيه ركن الشكل باطلاً ، ولكن بالقدر الذي تخلف فيه الغرض الذي يرى إليه القانون من وراء الشكل . ذلك أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، فالقانون

هو الذي يعين له الجزء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، وقد يسمع بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ ملئى) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ ملئى) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتاج به في فرض دون فرض ، كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قلنا من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذي يختاره . ونحن في هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان في غير حصر .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا ينعدم التحكم ، ويجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد .

وقبل ذلك نقول إن البطلان الموضوعي قد يرجع هو أيضاً إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٤٦ ملئى) وفي بطلان تصرف السفه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ ملئى) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص ، يتبع في شأنه النص الذي يسرى عليه . ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية ، نتولى الآن تفصيلها .

ذلك بأن للعقد كما قلنا أركاناً ثلاثة ، هي التراضي والمحل والسبب ، ولكل ركن شروط يجب أن تستوفي . فإذا انعدم أى ركن من هذه الأركان ، فإن العقد لا يقوم طبيعياً ، ونعبر عن ذلك بأن العقد باطل . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالتراضي يشترط في انعقاده - وندع الآن شروط صحته - التمييز ومطابقة القبول للإيجاب ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب يشترط فيه المشروعية . فشرطا التمييز ومطابقة القبول للإيجاب في التراضي ، وشرطا الإمكان والتعيين في المحل ، هي شروط طبيعية لا يتصور أن يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية في كل من المحل والسبب ، إذا لم يكن شرطاً طبيعياً ، فهو شرط يفرضه القانون لحماية المجتمع . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، فإن العقد لا يقوم ، ويكون باطلاً . وبطلان هنا إما بطلان تقتضيه طبيعة الأشياء فيتحتم التزول على

مقتضاها ، وإما بطلان يمليه القانون لحماية لمصلحة عامة . فالعقد الباطل إذن هو عقد منعدم طبيعة أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجارته ، ولا يرد عليه التقادم .

بقيت شروط الصحة في ركن التراضي . وقد قلنا أن التراضي يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية ، وحتى لو شاب الرضاء عيب من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وفي هذه الأحوال يكون الرضاء قائماً موجوداً ، ولكنه يكون معيباً غير صحيح . فالأهلية وخلو الرضاء من العيوب هما شرطاً للصحة في ركن التراضي . فإذا اختل شرط منهما ، فإن هذا لا يمنع من أن العقد ينعقد ما دام قد استوفى أركانه وما دامت الأركان قد توافرت فيها الشروط الواجبة . ومتى انعقد العقد ، ترتبت عليه آثاره للحال . ولكن يبقى أن العاقد ناقص الأهلية ، أو العاقد الذي شاب رضاه عيب ، يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد كما له أن يميزه ، وقبل طلب الإبطال أو الإجازة ينفذ العقد وترتب عليه جميع آثاره ، وإذا ظل العاقد ساكناً مدة معينة سقط حقه بالتقادم في طلب إبطال العقد ، واستمر العقد في إنتاج آثاره كما لو كان عقداً صحيحاً منذ البداية . ذلك بأن حق العاقد في إبطال العقد هنا إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة العاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور تميزه من نقص أو ما شاب رضاه من عيب . فعلى العاقد أن يتولى بنفسه الانتفاع بما بسطه القانون من الحماية ، فإذا هو لم يفعل ، فما دليل على أنه لم يضار بالعقد أو أنه قد نزل عن حقه الخاص ، وفي الحالتين لا يكون في حاجة إلى حماية القانون .

وبنخلص لنا من تأصيل البطلان على هذا النحو أن التقسيم الثنائي للبطلان هو التقسيم الذي يجب أن نقف عنده ، فيكون العقد المتسم بالبطلان إما عقداً باطلاً وإما عقداً قابلاً للإبطال .

المطلب الثاني

تمييز البطلان عما يقاربه من النظم

النظم القانونية المقاربة للبطلان :

ونظام البطلان يقاربه في القانون نظم أخرى نذكر منها أربعة :

١ - جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقدين ، فيسقط العقد بهذا الرجوع من جانب واحد ، وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بالعقد غير اللازم .

٢ - عدم سريان العقد في حق الغير ، فيستج العقد آثاره فيما بين العاقدين ، ولكنه يكون موقوف الأثر بالنسبة إلى الغير ، فإذا ما أقره الغير نفذ في حقه . وهذا يقابل في حدود معينة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي :

٣ - فسخ العقد أو انفساخه ، فينبول القضاء إسقاط العقد ، أو يسقط بحكم الاتفاق أو القانون ، بالرغم من نشوئه صحيحاً منذ البداية . وأقرب مثل يقابل ذلك في الفقه الإسلامي هو العقد عندما يفسخ أو يفسخ بخيار العيب .

٤ - الشرط الفاسخ والشرط الواقف ، ويترتب على الشرط الفاسخ تعليق العقد على تحقق الشرط ، كما يترتب على الشرط الواقف تعليق نفاذ العقد على تحقق الشرط . ولعل خيار الرؤية في الفقه الإسلامي قريب من الشرط الفاسخ ، وخيار الشرط مثل للشرط الواقف .

وإذا كانت هذه النظم المختلفة تتلاقى مع نظام البطلان في أن العقد في كل منها ينحل وتنعدم آثاره ، فإن نظام البطلان يختلف عنها من وجوه مختلفة ، ترجع في الغالب إلى أن العقد في نظام البطلان قد نشأ منذ البداية معتلاً ، أما العقد في النظم الأخرى فقد نشأ صحيحاً . لذلك يحسن التمييز بينها وبين نظام البطلان ، عن طريق استعراضها في عجلة سريعة للتعرف على مقوماتها . ونلاحظ منذ الآن أن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي - وهي النظرية التي سنقارنها بنظرية البطلان في الفقه الغربي - تتسع حتى يندرج تحتها كل هذه النظم .

جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقدين :

قد يزول العقد ، قبل أن ينقضى ، بانحلاله (dissolution) . وانحلال العقد غير إبطاله (annulation) ، كلاهما زوال للعقد (disparition) ، ولكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ، أما الإبطال فيرد على عقد نشأ غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعى في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعى ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وينحل العقد قبل انقضائه (extinction) ، بل وقبل البدء في تنفيذه في بعض الأحيان ، باتفاق الطرفين ، وهذا هو التقايل أو الإقالة (resiliation conventionnelle) . وقد ينحل عن طريق الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين . ويسمى هذا إلغاء العقد بإرادة منفردة ، (résiliation unilatérale) (révocation) وهذا الإلغاء هو الذى يعيننا هنا .

فقد يجعل القانون لكل من العاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد ، أو يجعل لأحد العاقدين دون الآخر الحق في هذا الإلغاء ، ولا يكون للإلغاء في جميع هذه الأحوال أثر رجعى .

(١) مثل العقد الذى يحق لكل من العاقدين أن يستقل بإلغائه :
(١) الوكالة والشركة غير محددة المدة والعارية والوديعة ، وفي هذه العقود يجوز لكل العاقدين بمحض إرادته إلغاء العقد قبل انقضائه . (٢) الشركة محددة المدة ، وفي هذا العقد يجوز لكل من العاقدين الخروج منه ولكن بالتقاضى (٣) الإيجار وعقد العمل إذا كانا غير محددي المدة . وفي هذين العقدين يجوز لكل إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

١ - فى الوكالة يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥ ملئى) ، كما يجوز للوكيل أن يتزل فى أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦ ملئى) . وفى الشركة غير محددة المدة يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة على أن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت

غير لائق (م ٥٢٩ ملني) . وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ / ٣ ملني) ، كما يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م ٦٤٤ ملني) ، وفي الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢ ملني) .

٢- وفي الشركة محددة المدة يجوز لأي شريك أن يطلب من القضاء إخراجه منها متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق باقي الشركاء على استمرارها (م ٥٣١ / ٢ ملني) ، وهنا الإلغاء يتم بالتقاضي .

٣- وفي الإيجار غير محدد المدة يجوز لكل من العاقدين أن ينهي الإيجار بانقضاء فترة من الفترات المعبئة لدفع الأجرة ، بعد التنبيه على العاقد الآخر في مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ / ملني) ، وهذا الإلغاء يتم بعد إخطار في مدة معينة وانقضاء فترة من الفترات المعبئة لدفع الأجرة . وفي عقد العمل عبر محدد المدة يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حداً لعلاقته مع المتعاقد الآخر ، ويجب في استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار ، وطريقة الإخطار ومدته تبيها القوانين الخاصة (م ٦٩٤ / ٢ ملني) ، وهذا الإلغاء يتم بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

(ب) . ومثل العقد الذي يحق لأحد العاقدين دون الآخر أن يستقل بإلغائه :

- (١) المقالة ، وفيها يجوز لرب العمل أن يلغى العقد قبل انقضائه بمحض إرادته .
- (٢) الهبة ، وفيها يجوز للواهب الرجوع في الهبة ولكن بالتراضي أو بالتقاضي .
- (٣) القرض وعقد الدخل الدائم وعقد التأمين على الحياة ، وفي هذه العقود يجوز لأحد العاقدين دون الآخر إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

١- ففي المقالة لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعرض الما قول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ / ١ ملني) .

٢- وفي الهبة يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإذا لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك

إلى عندر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ - ٥٠٣ ملئى) ، وهذا الإلغاء يتم بالتراضى أو بالتقاضى .

٣- وفى القرض إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤ ملئى) ، وهنا الإلغاء يتم بعد إعلان وانقضاء مدة معينة مع شروط أخرى . وفى عقد الدخل الدائم يجوز استبدال الدخل فى أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلان الرغبة فى ذلك (م ٥٤٦ ملئى) ، وهنا أيضاً يتم الإلغاء بعد إعلان وانقضاء مدة معينة . وفى عقد التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذى انتم بدفع أقساط دورية أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩ ملئى) ، ويجوز له أيضاً متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل أن يصنى التأمين بشرط أن يكون الحادث يتم المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقثاً (م ٧٦٢ ملئى) ، وهنا الإلغاء بعد إخطار كتابي وعند انقضاء فترة من فترات التأمين ، والتصفية لا تكون إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات دفعت أقساطها ؛

علم سريان العقد فى حق الغير :

قد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين العاقدين ، ولكنه لا يسرى فى حق الغير . مثل ذلك :

١- البيع فى مرض الموت صحيح بين العاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . ذلك أن الورثة يعتبرون من الغير فى تصرفات مورثهم خلال مرض موته فيما يزيد على ثلث التركة ، فإن أجازوا التصرف نفذ وإلا سقط ؛

٢- تصرف المدين المعسر فى ماله لإضراراً بحقوق دائنيه صحيح فيما بين العاقدين ، ولكنه لا يسرى فى حق الدائنين إذا طعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البولصية .

٣- العقد الحقيقى فى الصورية صحيح فيما بين العاقدين ، ولكنه لا يسرى فى

حق الغير . والغير هنا هم الدائنون ، الخلف الخاص لكل من العاقدين إذا كانوا يجهلون وجود هذا العقد ، ولم في هذه الحالة أن يتمسكوا بالعقد الصوري .

٤ - التصرف غير المسجل في العقار صحيح فيما بين العاقدين ، ولكن لا يحتاج به على الغير . والغير هنا هو كل من كسب حقاً عينياً واجب الشهر على هذا العقار .

٥ - العقد غير ثابت التاريخ حجة في تاريخه غير الثابت على العاقد ، ولكن هذا التاريخ لا يحتاج به على الغير . والغير هنا هو الخلف الخاص للعاقد والدائن الحاجز .

بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين العاقدين ، وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير . مثل ذلك بيع ملك الغير ، فهو قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري لمصلحة المشتري وحده ، ثم هو لا يسرى في حق الغير وهو هنا المالك الحقيقي . وقد يميز المشتري العقد ، فيزول البطلان ويبقى علم السريان . وقد يقر المالك الحقيقي العقد ، فيزول البطلان وعدم السريان في وقت واحد^(١) .

ويتبين مما تقدم : (١) أن الغير في الأمثلة التي قدمناها ليس له مدلول واحد ، بل يختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر . (٢) أن عدم سريان العقد في حق الغير شيء والبطلان شيء آخر ، ولكل منهما نطاقه الخاص . فقد يكون العقد صحيحاً وغير سار في حق الغير ، كما قد يكون مشوباً بالبطلان وغير سار في حق الغير في وقت واحد وقد رأينا ذلك في بيع ملك الغير . (٣) أن هناك فرقاً بين الإجازة (confirmation) والإقرار (ratification) ، فالإجازة تصلر في العقد القابل للإبطال من العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحاً ،

(١) ويتصل ببيع ملك الغير مجاوزة النائب للحدود المرسومة لنياته ، فالنائب إذا جاوز حدود النيابة لا تكون له ولاية في التصرف ، فإذا تصرف كان في مركز البائع ملك الغير ، والأصيل هو الغير ، له أن يقرر التصرف فينفذ في حقه ، أو لا يقره فيسقط . وتماثل الشخص مع نفسه هو مجاوزة الحدود النيابة المرسومة ، فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع داره ، لم يجرى الوكيل أن يشتري الدار لنفسه ، إذ يجاوز بذلك حدود الوكالة ، فالمفروض أن الموكل لم يدخل في حسابه عند التوكيل أن الوكيل يشتري الدار لنفسه ، ولكن يجوز لغير وهو هنا الموكل أن يقر البيع .

ويلاحظ أن التصرف في الحالتين المتفستين لا يمكن اعتباره قابلاً للإبطال ، إذ لم يرد نص في هذا المعنى كما ورد في بيع ملك الغير ، والأولى اعتباره تصرفاً موقوفاً على غرار التصرف الموقوف في الفقه الإسلامي .

أما الإقرار فيصدر في العقد غير السارى في حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد سارياً في حقه .

فسخ العقد وانفساخه :

الفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد ، أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد العاقدين التزامه فيفسخ العقد أو ينفسخ بأثر رجعى ، فيستند أثر الفسخ إلى وقت نشوء العقد .

ولذلك لا يكون الفسخ إلا للعهد الملزم للجانبين . ففي كل عقد ملزم للجانبين ، كالبيع والإيجار ، إذا لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، فلم يسلم البائع مثلاً المبيع أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة ، كان للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا حكم القاضي بالفسخ ، تحلل العاقد الآخر من التزامه : المشتري من دفع الثمن ، والمستأجر من دفع الأجرة . ولا بد في فسخ العقد من صدور حكم به ، فالحكم منشئ للفسخ . ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ ، فقد يرى ألا يحكم به وأن يعطى العاقد المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه . أما العقد القابل للإبطال فيبطل هو أيضاً بحكم القاضي : فالحكم منشئ للإبطال . ولكن ليس للقاضي سلطة تقديرية في إبطال العقد ، بل لا بد أن يقضى بالإبطال متى طلب العاقد ذو المصلحة ذلك .

على أن هذه السلطة التقديرية التي يجعلها القانون للقاضي في فسخ العقد قد تنعدم إذا اتفق العاقدان بشرط فاسخ صريح على أن العقد يعتبر منسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه . فعند ذلك يتحتم على القاضي أن يحكم بفسخ العقد . ولكن الحكم هنا لا يزال منشئاً للفسخ .

فإذا لم تكن هناك حاجة إلى الحكم : بأن وجد في العقد شرط فاسخ صريح يقضى بأن العقد يعتبر منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ، فعند ذلك يفسخ العقد بحكم الاتفاق إذا لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه . وقد يضطر العاقد الآخر إلى الحصول على حكم لتحرير أن العقد قد انفسخ إذا نازع العاقد الأول في ذلك ، ولكن هذا الحكم لا يكون منشئاً للفسخ بل يكون كاشفاً عنه .

وينفسخ العقد أيضاً من تلقاء نفسه وبمحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلاً بسبب أجنبي ، فعند ذلك يسقط هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه ، ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الأول ، فينحل العقد من هذا الطريق ، ويعتبر منفسخاً دون حاجة إلى حكم إلا للكشف عن أن العقد قد انفسخ ، لا لإنشاء هذا الفسخ .

الشرط الفاسخ والشرط الواقف :

الشرط الفاسخ هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه زوال الالتزام . فإذا وهب شخص داراً لأرملة ابنه لتسكن فيها مع أولادها ، وعلق الهبة على شرط فاسخ مشروطاً أن تنفسخ الهبة إذا هي تزوجت ، قاصداً بذلك أن يعملها على عدم الزواج حتى تنفرغ لربية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة ، ولكنها تزول بأثر رجعي إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها . وقد زالت الهبة بأثر رجعي ، لا لأنها باطلة أو قابلة للإبطال ، بل لأنها علقت على شرط فاسخ وقد تحقق الشرط .

والشرط الواقف هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام . فإذا باع شخص سلعة لشخص آخر ، وعلق المشتري البيع على شرط واقف هو أن يجرب السلعة فيرضاها ، فهنا البيع صحيح ويسمى بيعاً بشرط التجربة ، ولكنه يزول بأثر رجعي إذا لم يتحقق الشرط الواقف وجرب المشتري السلعة فلم يرضاها . وقد زال البيع بأثر رجعي ، لا لأنه باطل أو قابل للإبطال ، بل لأنه علق على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

وقد يكون شرط التجربة في السلعة شرطاً فاسخاً إذا قصد العاقدان إلى ذلك ، فيكون الاتفاق بينهما على أن البيع يند في الحال على أن يفسخ إذا لم يرتض المشتري السلعة بعد تجربتها في مدة معينة .

وقد نصت المادة ٤٢١/٢ من التقنين المدني المصري على بيع التجربة في حالتي لشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو الآتي : « ويعتبر البيع بشرط التجربة علقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن لبيع معلق على شرط فاسخ » .

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان

الآثار العرضية والآثار الأصلية :

العقد الباطل ليس تصرفاً قانونياً . إذ هو كعمد لا وجود له . ولكنه يوجد كواقعة مادية . وهو بهذه المثابة 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 ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية . وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل فيما نحن بصدده : كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر بطلانه . ونتناول على التعاقب الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل .

§ ١ - الآثار العرضية للعقد الباطل

استعراض بعض الآثار العرضية :

قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية باعتباره واقعة مادية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب وسقوط الحد . فالعدة واجبة بعد الدخول ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ، والمهر واجب بمثابة تعويض ،

وسقوط الحلد للشبهة لا لقيام الزوجية . وكل هذه النتائج قد ترتبت على الدخول المقترن بزواج غير صحيح ، لا على عقد الزواج ، فتكون قد ترتبت على واقعة مادية لا على تصرف قانوني .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ، ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة ، فهي باطلة ومع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ مدني) . ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايمة يسقط العطاء السابق ، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ مدني) .

ومن أهم الآثار التي ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من نظريتين معروفتين ، إحداهما نظرية انتقاص العقد والأخرى نظرية تحول العقد .

انتقاص العقد :

تنص المادة ١٤٣ من التقنين المدني المصري على أنه « إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، 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 عهد باطل في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى ، لأنه لو كان باطلاً في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه ، فإن أي جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلاً ، وإنما قد يكون هناك محل لتحويله إلى عقد آخر صحيح كما سنرى . ومن ذلك أيضاً نرى أن العقد المنتقص ينتج أثراً أصلياً لا أثراً عرضياً ، وينتجه باعتباره تصرفاً قانونياً لا باعتباره واقعة مادية ، وإنما ذكرناه هنا لأنه لا ينتج أثراً أصلياً كاملاً ، بل أثراً أصلياً منتقصاً .

مثل انتقاص العقد قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فتقع القسمة فيما يتعلق بالموقوف باطلة ، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك ، وهذا ما لم يشتر من يظن في القسمة كلها أنها ما كانت لتم في المملوك دون الموقوف .

ويتبين من ذلك أن القاعدة التي تقضي بأن وجود شرط باطل في وصية يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يبطل وحده إذا لم يكن هو

الدافع ، تدخل في نطاق قاعدة انتقاص العقد . ذلك أنه إذا كان الشرط الباطل هو الدافع ، فإن التصرف وشرطه يكونان غير قابلين للتجزئة ، ويسقط التصرف كله ولا يجوز انتقاصه . أما إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع إلى التصرف ، فإن التصرف يكون قابلاً للتجزئة فيجوز انتقاصه .

ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينتقص ما يزيد على هذا الرقم ، كالانفاق على البقاء في الشيوع إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات فتنتقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ مدني) ، وكعقد قرض بفوائد تزيد على ٧ ٪ فتنتقص الفوائد إلى ٧ ٪ (م ٢٢٧ مدني) .

في 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 .



تحول العقد :-

تنص المادة ١٤٤ من التقنين المدني المصري على أنه « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه ، 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 ، وأخذ بها التقنين المدني في نص صريح هو المادة ١٤٠ . وعلى نهج التقنين الألماني سار التقنين المدني المصري الجديد .

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوي برغم بطلانه على عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف 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 آخر ما يأتي : (١) كبيالة لم تستوف الشكل الواجب قانوناً ، فتحول من كبيالة باطلة إلى سند دين عادي

صحيح ، وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ١٠٨ من التقنين التجاري .
 (٢) كميالة مسحوبة من قاصر ليس تاجراً أو من ناقص الأهلية ، فتكون باطلة طبقاً للمادة ١١٠ من التقنين التجاري ، وتحول من كميالة باطلة إلى سند دين عادي قابل للإبطال . (٣) شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . (٤) عقد بيع في ورقة رسمية يذكر فيه ثمن يكون نافهاً إلى حد أنه لا يصلح ثمناً ، فيكون باطلاً باعتباره بيعاً ، ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة استوفت الشكل الرسمي . (٥) تنبيه بالإخلاء أرسله المؤجر للمستأجر بعد الميعاد ، ونفرض أن ميعاد التنبيه هو خمسة عشر يوماً قبل انتهاء الشهر ، وإلا امتد الإيجار شهراً فشهراً . فإذا نبه المؤجر ، في عشرين من شهر مارس مثلاً ، على المستأجر بالإخلاء ، فهذا التنبيه باطل باعتباره تنبيهاً ينهي الإيجار في آخر شهر مارس ، فيمتد الإيجار إلى آخر شهر إبريل . ويجوز أن يتحول هذا التنبيه الباطل إلى تنبيه صحيح صدر لإنهاء الإيجار في آخر شهر إبريل ، فيعتبر تنبيهاً بالإخلاء لم يتأخر صدوره عن خمسة عشر من شهر إبريل . (٦) بيع صدر من البائع في مرض اعتقد أنه مرض الموت ، ثم شفى من المرض ، فهذا بيع مشوب بغلط دافع فيكون قابلاً للإبطال . ثم يموت البائع بعد شفائه من المرض تاركاً عقد البيع كما هو ، فتبطله الورثة على أساس الغلط ، فيصح أن يتحول من بيع باطل إلى وصية صحيحة . (٧) إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، في بيع ملك الغير ، وكان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ ملني) . ويمكن القول هنا أن عقد البيع بعد إبطاله تحول إلى عقد صحيح غير مسمى ، ينشئ التزاماً في ذمة البائع بتعويض المشتري عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه (١) .

ويشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة :

أولاً : بطلان التصرف الأصلي : فيجب أن يكون التصرف الأصلي إما تصرفاً

(١) انظر في هذا الموضوع رسالة « عل الآلة الكاتبة » في تحول التصرف القانوني للدكتور أحمد

يسرى « جامعة هيدلبرج بألمانيا » - وقارن ص ١٤٤ هامش رقم ٧ من هذه الرسالة .

باطلاً ، وإما تصرفاً قابلاً للإبطال وقد أبطل فعلاً . ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً ، ولا تصرفاً باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر . فإذا كان تصرفاً صحيحاً ، لم يجوز أن يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو انطوى التصرف الأول على عناصر التصرف الآخر . مثل ذلك عقد رهن حيازة صحيح في ورقة رسمية ، ويتبين أن كلا من الراهن والمرتهن كان يؤثر أن يكون الرهن رهناً رسمياً لا رهن حيازة ، فلا يتحول رهن الحيازة إلى رهن رسمي في هذه الحالة ، لأن رهن الحيازة وقع صحيحاً ولا يتحول إلا التصرف الباطل . كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد ، لا يتحول إلى تصرف آخر ، لأن العقد صحيح وأراد المتعاقدان أن يعلقاه على هذا الشرط ولا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول إلى عقد آخر . وهذا هو الحكم أيضاً في العقد الذي لا يسرى في حق الغير إذا كان عقداً صحيحاً ، فلا يجوز أن يتحول إلى عقد آخر . وإذا كان التصرف باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر ، وكان التصرف قابلاً للانقسام ، لم يكن هناك محل لتحويل التصرف ، بل لانتقاصه ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام ، فإنه يبطل بأكمله ، وقد سبق بيان ذلك . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحويل التصرف الذي بطل بأكمله إلى تصرف آخر ، كما قد يكون هناك محل ، في حالة الانتقاص ، لتحويل الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح على النحو الذي قلناه .

ثانياً : أن ينطوى التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه . فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي ، والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورة للتحويل . أما مجرد تعديل التكييف القانوني للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائماً فليس بتحويل ، كما إذا كلفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطيء ليس تحويلاً بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف . وإذا كان هناك تصرف آخر ، وجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطوياً في مجموعه على عناصر التصرف الآخر .

ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تفضيلاً فعلياً ،
فالتنبيه الباطل الذي ذكر فيه أن الإيجار ينتهي في آخر مارس منطوق على أن الإيجار
ينتهي في آخر إبريل وإن كان لا يتضمن ذلك فعلاً . على أنه لا يجوز أن يضاف
إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا ينطوي عليه التصرف الأصلي ، فإذا أضيف
عنصر جديد لم يكن هذا تحولا . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر : وتبين أن
الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ،
حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما أن البائع لا يملك الأرض .
ومن ثم لا يعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه « ليس لمن وقع في
غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ، ويبقى بالأخص
ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا ظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » .
وتطبيقاً لهذا النص : يظل الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى مرتبطاً
بالعقد : إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراءه . فليس في هذا
تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى^(١) ، لأن البيع الثاني أدخل عليه
عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأثرى بالذات : فتخلف
بذلك شرط من شروط التحول ، وليس هذا تحولا كما قدمنا ، بل هو تصحيح
للعقد .

ويحسن في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد
ومراجعته وتحوله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه ،
يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً . فعرض البائع على المشتري الشيء الأثرى الذي قصد
شراءه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا وإدخال العنصر
الجديد « الشيء الأثرى » - على العقد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفي
الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا
عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ، فعرض ما يكفي لرفع الغبن هو إدخال عنصر
جديد في العقد أدى إلى تصحيحه . وفي الغبن يعتبر تصحيحاً لبيع العقار المملوك

(١) قارن ص ١٤٥ من رسالة الدكتور أحمد يسري في تحول التصرف القانوني .

لشخص لا تتوافر فيه الأهلية تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس : ويعتبر تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس . وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد . فالتصحيح يكون بحكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضي . والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ معيماً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معيماً كإنقاص الالتزام في الاستغلال وفي عقد الإذعان ، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان وإنقاص الالتزام المهرق في نظرية الحوادث الطارئة . أما تحول العقد فهو ، كما رأينا استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته . وأما في إجازة العقد فنستبقى عناصر العقد القابل للإبطال كما هى ، وفي هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة . ويستبقى أيضاً العقد المجاز ذاته دون أن يحل محله عقد جديد ، وفي هذا تتفق الإجازة مع التصحيح والمراجعة وتختلف عن التحول . وخلاصة القول أن كلا من التصحيح والمراجعة يستبقى العقد الأصيل ولكن يدخل عليه عناصر جديدة ، والتحول لا يدخل عناصر جديدة ولكن لا يستبقى العقد الأصيل ، أما الإجازة فنستبقى العقد الأصيل ولا تدخل عليه عناصر جديدة .

ثالثاً : جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصيل . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادوا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، وإلا لما كان هذا تحولا ، بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها ^(١) . ولا يمكن على كل حال أن يكون المتعاقدان قد أرادوا التصرف

(١) ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر تحولا أن تعقب وصية سابقة وصية لاحقة باطلة ، أو أى تصرف قانونى آخر باطل فى الشيء الموصى به . ولا يمكن أن يقال إن التصرف الباطل قد تحول إلى عدول صحيح عن الوصية . ذلك أن التصرف الباطل التالى للوصية تستخلص منه إرادة ضمنية - ولكنها إرادة حقيقية . فى العدول عن الوصية السابقة . فليس الأمر هنا أمر تحول ، لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية كما قلنا ، بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية (انظر فى هذا المعنى الدكتور أحمد بصرى فى تحول التصرف القانونى ص ١٨٣ - وقارن الوسيط جزء أول فقرة ٣٠٦) .

الآخر إرادة حقيقية ، لأنهما لم يكونا يعلمان ببطلان التصرف الأصلي حتى يريدنا تصرفاً آخر يحل محله . وإنما هنا قد أرادنا التصرف الأصلي ، فعلبه وحده قد انصبت إرادتهما الحقيقية . ثم يتساءل بعد ذلك : لو كان المتعاقدان وقت أن أبرما التصرف الأصلي علما ببطلانه ، أكان من المحتمل أن يريدنا التصرف الآخر ؟ فإن كان هذا محتملاً ، وقع التحول . فالتحول إذن يقوم ، لا على إرادة حقيقية ، بل على إرادة مفروضة ، يستخلصها القاضي فيفرضها القانون . يستخلصها القاضي من الغاية العملية التي يريد العاقدان الوصول إليها ، وقد اختارا لها طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فلو كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها كلها أو بعضها ، فمن الممكن أنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح لو أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذي سلكاه ، ما دام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية ، والتحول يقع في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر . ذلك أن إنشاء تصرف قانوني ليس في ذاته هو الغاية العملية للمتعاقدين ، وإنما هو وسيلة لتحقيق هذه الغاية . ولكن كيف يتعرف القاضي على هذه الغاية ؟ يتعرف عليها من واقع التصرف الأصلي ومن كل الظروف المقارنة له . وما دام التصرف الآخر يحقق ، كلياً أو جزئياً ، هذه الغاية العملية ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف .

وهنا نتساءل مرة أخرى : متى يفرض القانون هذه الإرادة ؟ هناك رأيان : (١) رأى يذهب إلى أن مجرد انعدام إرادة عكسية أي إرادة تستبعد التصرف الآخر ، يكفي لفرض هذه الإرادة . (٢) ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يكفي انعدام الإرادة العكسية ، بل يجب أيضاً أن يقوم من الظروف والقرائن ما يتضح معه أن إرادة المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى هذا التصرف الآخر . فإذا حصل الدائن من مدينه على كميالة باطلة ، وكان عنده قبل ذلك سند عادي يثبت الدين ، فالكميالة الباطلة لا تتحول إلى سند عادي ، لأن القرائن دلت هنا على أن غاية الدائن من الحصول على الكميالة ليس هو الوصول إلى مجرد دليل يثبت الدين ، بل الحصول على أداة بالذات لها مميزات خاصة هي الكمالة . فلو علم المتعاقدان

ببطلان الكمبيالة وقت تحريرها ، لما انصرفت إرادتهما المحتملة إلى السند العادى ، إذ هو موجود عند الدائن من قبل . فلا تتحول الكمبيالة في هذه الحالة إلى سند عادى ، بالرغم من عدم قيام إرادة عكسية تستبعد السند العادى .

ومن ذلك يرى أن هناك من يكتفى بانعدام الإرادة العكسية^(١) ، وهناك من يقول بوجوب الإرادة الاحتمالية^(٢) . وهناك رأى ثالث لا يكتفى حتى بالإرادة الاحتمالية ، بل يشترط أن يكون هناك إرادة احتياطية ، فتصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل . وهذا الرأى الأخير لا يجوز الأخذ به ، لأن معناه أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصيل ، فتصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال ، فالإرادة الاحتياطية هي ، كما نرى ، إرادة حقيقية ، ويكون المتعاقدان قد أراد تصرفاً باطلاً في الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط ، فيقوم التصرف على إرادة حقيقية لا على إرادة احتمالية . وقد قدمنا أن التحول لا يمكن أن يقوم على إرادة حقيقية ، وإلا لما كان هذا تحولاً ، بل تفسيراً لهذه الإرادة الحقيقية ، ومن ثم يجب التمييز دقيقاً بين الإرادة الاحتياطية والإرادة الاحتمالية ، وكثيراً ما يخلط بينهما^(٣) فالتحول لا يمكن أن يقوم على إرادة احتياطية، وإن جاز أن يقوم على إرادة احتمالية .

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة السالفة الذكر ، وقع التحول منذ البداية ، وانقلب التصرف الأصيل الباطل إلى تصرف آخر ينتج آثاره القانونية في الحال . ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضى ، ولا تزيد مهمة القاضى فيه على أن يقرر أن شروط التحول قد توافرت وأن التحول قد وقع بحكم القانون . ومن ثم ليس من الضروري لوقوع التحول الحصول على حكم بذلك ، وإذا رفعت دعوى فإنما تكون للكشف عن أن التحول قد وقع ، ويجوز للقاضى أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم .

(١) انظر انكسور أحمد يبرى في تحول التصرف القانونى ص ٩١ - ص ٩٢ و ص ١٨٥ - ص ١٨٦ .

(٢) سالى فى الإعلان عن الإرادة م ١٤٠ فقرة ١٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٠ .

(٣) انظر على سبيل المثال رسالة الدكتور أحمد يبرى فى تحول التصرف القانونى ص ٩٣

٢ - 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 في منزلة واحدة . وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة ، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة احترام الظاهر لا سيما إذا اصطحب بحسن النية . وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل .

فالظاهر المستقر الذي اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهري من أصول القانون ، الذي تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها ، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .

أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية :

من ذلك الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطلة ، ومع ذلك فقد قضت المادة ٥٤ من التقنين التجاري بأنه إذا قضى ببطولان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطولان تجرى وفقاً لشروط الشركة التي قضى ببطالانها . وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً . ووجه ذلك أن الشركة التي قضى ببطالانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطالان شركة واقعية ، تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً ، ويمضي الشركاء الربح ويتحملون الخسارة ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني المصري من أنه « يبقى

قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر لإبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن . ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأى سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مرتباً عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .

ويتصل بذلك أيضاً العقد الصورى ، وهو عقد لا وجود له ، ومع ذلك يعتبر قائماً بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصورى تصرفات الوارث الظاهر ، فلأنها تبقى قائمة رعاية لاستقرار التعامل .

المبحث الثانى

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

العقد الباطل والعقد القابل للإبطال :

قدمنا أن العقد المتسم بالبطلان إما أن يكون عقداً باطلاً أو عقداً قابلاً للإبطال ، فنستعرض أحكام كل نوع من هذين النوعين .

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

الإجازة والتقادم وتقرير البطلان :

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة ، أى أنه ليس له إلا وجود فعلى . فليس له وجود قانونى ، ولا يملك أحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل . وإذا نفذه العاقد باختياره ، سواء كان يعلم بالبطلان أو لا يعلم ،

كان له أن يسترد ما سلم تنفيذاً للعقد . ولو تسلم المشتري البيع بعقد باطل وتصرف فيه لآخر ، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من تحت يده من تصرف له المشتري ، إذ أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشتري حتى يصح له التصرف . فالعقد الباطل لا ينتج أثراً باعتباره تصرفاً قانونياً ، وإن كان ينتج بعض الآثار باعتباره واقعة مادية ، وقد ينتج في بعض حالات استثنائية آثاره الأصلية باعتباره تصرفاً قانونياً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ولما كان العقد الباطل لا وجود له منذ البداية ، فلا يبقى إلا أن يتقرر بطلانه ، ولا يتصور أن تلحقه الإجازة ، أو أن يزول بطلانه بالتقادم .

فنبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) الإجازة (٢) التقادم (٣) تقرير البطلان .

§ ١ - الإجازة

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة :

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معلوم ، والعدم لا يصير وجوداً ولو أحيى . ومع ذلك تنص المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لسبب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ولكن ذلك يحمل على أن القانون هو الذي يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قلنا ، فيجوز أن يجعل العقد الباطل ليعب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة ليعب في الشكل يتخلف عنها ، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته ، التزم طبيعي ، فإذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعي .

ولكن يجوز عمله من جديد :

وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد : فالإجازة ، كما

سنرى ، تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو المحيز ، ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز ، أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد ، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . لذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد ، ويمكن بتوافرها في المحيز وقت الإنجازة .

§ ٢ - التقادم

دعوى البطلان تسقط بالتقادم :

كان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد ، ولكن التقنين الملبى المصرى الجديد ، تمشياً مع القضاء الفرنسى ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ، نص في المادة ١٤١ / ٢ على ما يأتى : « تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » . فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو المصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل وبقيت دهرًا طويلاً ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً : فهو لا يزال باطلاً ، ولكن الدعوى يبطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم :

ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى معدوماً دائماً ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت 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 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 حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى 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 . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهي دعوى شخصية بسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق ، وهي دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

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 تسقط 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 (م ١٨٧ ملنى) .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم 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 .

§ ٣ - تقرير البطلان

من الذى يتمسك بالبطلان :

سواء كان تقرير بطلان العقد الباطل عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع ، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك . والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكتفى . فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد ، ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، جاز له التمسك بالبطلان . ففي البيع الباطل يستطيع كل من العاقدین أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشتري حتى يسترد الثمن . ودائنو كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر ، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين . 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 يطلبون البطلان ، لا عن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة ، بل بمقتضى حق مباشر لهم . فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم : (١) المتعاقدان (٢) والدائنون (٣) والخلف العام (٤) والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، والقاضي لا يستطيع إلا أن يكشف عن ذلك .

متى يجوز التمسك بالبطلان :

إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، فلا بد من رفعها في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم كما سبق القول . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، جاز ذلك في أي وقت كما قلنا . ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

كيف يتقرر البطلان :

لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله . وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، وأن يصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار ، فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم يبطلان البيع أن يتصرف في المبيع ، فهو لا يزال على ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع . فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يتمسك به في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

ولكن قد تقضى الضرورة بالحصول على حكم ، ويتحقق ذلك في بعض

فروض عملية ، منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري وبريد أن يسترده ، فعليه أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع حتى يسترد المبيع . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه . والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان ليس منشأ ، فهو لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه .

أثر تقرير البطلان :

إذا تقرر بطلان العقد ، زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين — إذا استثنينا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية قد ترتب على العقد الباطل — وأرجع كل شيء إلى أصله ، وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية . فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بشمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك ، وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقد لما أعطاه ، إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد . أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قلنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام وهي تقضي بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، 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 كان في يد البائع .
ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير .
فإذا رتب المشتري على العين التي اشتراها بعقد باطل حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً ، 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 .

المطلب الثاني

أحكام العقد القابل للإبطال

مخالفة أحكام العقد القابل للإبطال لأحكام العقد الباطل :

العقد القابل للإبطال ، على خلاف العقد الباطل ، ينفذ في الحال ويتج جميع آثاره ، فله وجود قانوني باعتباره تصرفاً قانونياً ، فهو في هذه المرحلة الأولى بمنزلة العقد الصحيح .

ولأنما يكون لأحد العاقدين الحق في طلب إبطاله ، وهو العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته . فإذا طلب الإبطال ، وجب على القاضي حتماً أن يحكم به ، خلافاً للفسخ فللقاضي سلطة تقديرية في أن يحكم به أو لا يحكم كما سبق القول . ولكن الحكم بإبطال العقد منشيء للبطلان لا كاشف عنه ، وهو في ذلك كالحكم بالفسخ . فإذا أبطل العقد ، اعتبر باطلاً بأثر رجعي منذ البداية ، وصار منذ نشوئه كالعقد الباطل ، وألغيت جميع الآثار التي أنتجها من قبل ، واعتبر كأن لم يكن . وهذه هي المرحلة الثانية للعقد القابل للإبطال ، يكون فيها بمنزلة العقد الباطل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أن الحق في طلب إبطال العقد يزول بترول صاحبه عنه ، وهذه هي الإجازة ، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل ، وهذا هو التقدم . فالعقد القابل

للإبطال إذن ، خلافاً للعقد الباطل ، تلحقه الإجازة ، ويرد عليه التقادم ، ثم هو يختلف عنه أيضاً في بعض الأحكام عند تقرير البطلان .
فنتناول هذه المسائل الثلاث التي سبق أن تناولناها في صدد العقد الباطل .

§ ١ - الإجازة

العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة :

قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال ما دام بطلانه لم يتقرر ، لأن له وجوداً قانونياً وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر . والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان . فناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . وشذ بيع ملك الغير ، إذ تصح إجازته ، لا من المشتري فحسب وهو الذي يملك التمسك بالبطلان ، بل أيضاً من المالك الحقيقي مع أنه لا يستطيع أن يتمسك ببطلان البيع ويقتصر على اعتباره غير سار في حقه . ويفسر هذا الشذوذ علة البطلان في بيع ملك الغير ، وهي ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري ، فإذا أجاز المالك الحقيقي العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية ، فتنتفي علة البطلان ، فيزول . ويجب في المميز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يميزه ، وألا تشوب الإجازة - وهي تصرف قانوني - عيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان . فناقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك .

والإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد ، فلا حاجة إلى قبول العاقد الآخر لها ، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر .

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية ، ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشمل على بيانات معينة ، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح ، بشرط أن تكون نية المحيز في الإجازة واضحة . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان وهو عالم بأن له هذا الحق ، أو بإتيانه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان ، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد . فتصرف البائع في الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للإبطال ، وبناء المشتري على الأرض التي اشتراها بعقد قابل للإبطال إجازة ضمنية لهذا العقد ، وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار في الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة ، واستئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع . ولكن مجرد السكوت عن طلب إبطال العقد لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة ، إلا إذا سقط الحق في هذا الطلب بالتقادم .

أثر الإجازة :

وإذا أجاز العقد القابل للإبطال ، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد ، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . ومن ثم ينقلب العقد صحيحاً بوجه بات ، ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة فحسب ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء محل العقد . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرهن ، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن .

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة ، فإن كانت هناك عيوب أخرى بقي باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً في غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، بقي له الحق في إبطال العقد للغلط .

§ ٢ - التقادم

الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم :

الحق في طلب إبطال العقد يسقط بالتقادم . فإذا باع قاصر داراً له ، وسكت بعد بلوغه سن الرشد ثلاث سنوات - وهي مدة التقادم كما سنرى - عن طلب إبطال البيع ، لم يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى بإبطاله ، لأن دعوى الإبطال تكون قد سقطت بالتقادم . وإذا رفع المشتري دعوى بتسليم الدار ، لم يستطع البائع أن يدفع هذه الدعوى طالباً بإبطال البيع ، لأن الدفع بالإبطال يكون هو أيضاً قد سقط بالتقادم . ويخلص من ذلك أنه إذا انقضت مدة التقادم ، انقلب العقد القابل للإبطال صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع . وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز ، ويعتبر صحيحاً منذ صدوره ، إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما في زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً ، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقادم البطلان ويزول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره كما قدمنا ، فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً ، ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقادمها في العقد القابل للإبطال . فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلاً ، ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لسقوطها بالتقادم . أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا ، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

مدة التقادم :

نصت المادة ١٤٠ من التقنين المدني المصري الجديد على ما يأتي :

١ - « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » .

٢ - « ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل للإبطال في التقنين المدني المصري السابق خمس عشرة سنة تسري من وقت صدور العقد . فرق في التقنين المدني الجديد أن هذه مدة طويلة يبتى في خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك جعلت المدة ثلاث سنوات فقط ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته ، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم ينكشف الغلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هي الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها (١) .

(١) ويلاحظ أن دعوى الإبطال في حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد ، هو ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية . ولا تتقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، لأن هناك احتمالاً ألا يزول نقص الأهلية ، فلا يرتفع الحجر أو يبلغ القاصر سن الرشد ، إلا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس عشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو تورثك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية ؟ فأراد المشرع أن يبق لنقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهي ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

وقد حذا التقنين المدني المصري الجديد في تقصير مدة التقادم حذو التقنينات الحديثة . أما التقنين المدني السوري الجديد فقد أمعن ، على غرار التقنين السويسري ، في تقصير مدة التقادم ، إذ جعلها سنة واحدة (انظر المادة ١٤١ من التقنين المدني السوري) .

ويلاحظ أن مدة السقوط في الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدة التقادم في العيوب الأخرى ، فإن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع خلال سنة من وقت صدور العقد (م ٢/١٢٩ مدني) . فتكون مدة السقوط في الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية المقياس الزمني وناحية مبدأ السريان . هذا إلى أنها مدة سقوط لا مدة تقادم ، فلا ينقطع سريانها .

§ ٣ - تقرير البطلان

من الذي يتمسك ببطلان العقد ؟ :

العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد العاقدين ، فهذا للعاقد وحده ، دون العاقد الآخر ، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، تمسك بالبطلان ناقص الأهلية . وقد يكون كل من العاقدين ناقص الأهلية ، فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان . ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لما جاز ذلك .

وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك ببطلان العقد .

وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم . ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للعاقد ، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

متى يجوز التمسك بالبطلان ؟ :

ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى أو دفعا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي بيناه في العقد الباطل .

كيف يتقرر البطلان ؟ :

قدمنا أن العقد القابل للإبطال له وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه ، ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي . أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد ، أي أن هذا الحكم هو الذي ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل ، ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال أو دفع به ، ووجد القاضي سببه قائما ، فهو لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليست له السلطة التقديرية التي يملكها في الفسخ كما سبق القول .

ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد ، ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك كل من التقنين المدني الألماني وتقنين الالتزامات السويسري . فتنه قضت لفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من التقنين المدني الألماني بأن البطلان يتقرر بإعلان توجه إلى الطرف الآخر . وقضت المادة ٣١ من تقنين الالتزامات السويسري بأن

العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجز إذا كان الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله ، أو دون أن يسترد ما دفعه ، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه . وقد كان المشروع النهائي للتقنين المدني المصري الجديد يجيز لإبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ويكفي لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان ، وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانقسمت اللجنة في ذلك ، ولم تقرر الأغلبية قبول هذا الحكم ، فتقرر حذف هذه الفقرة الثانية « توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنباً لما يحتج أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية » (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ - ص ٢٤٠) .

أثر تقرير البطلان :

إذا تقرر بطلان العقد القابل للإبطال ، اعتبر كأن لم يكن ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فهو في هذا والعقد الباطل سواء .

يزول كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين ، ويجب إرجاع كل شيء إلى أصله كما في العقد الباطل . فإذا كان العقد القابل للإبطال بيعاً وتقرر بطلانه ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري ، على التفصيل الذي قدمناه في العقد الباطل . وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص أهلية أحد العاقدين وتقرر بطلانه ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التي قدمناها . أما العاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ

العقد . والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من التقنين المدني المصري في دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » .

وبزول كل أثر للعقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فإذا رتب المشتري بعقد قابل للإبطال على العين التي اشتراها حقاً عينياً ، كحق انتفاع ، أو حق ارتفاق ، ثم أبطل البيع ، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري . كذلك إذا باع المشتري العين من آخر ، فإن البائع الأول بعد إبطال البيع الصادر منه يسترد العين من المشتري الثاني ، وهذا عين ما قرره في صدد العقد الباطل .

الفرع الثاني

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

تمهيد

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة :

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من نظيرتها في الفقه الغربي ، فهي تمتد إلى آفاق أبعد ، فيدخل فيها إلغاء العقد وعدم سريانه في حق الغير وفسخه وانقاسخه ، بل يدخل فيها إلى مدى محدود كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف . لذلك ستطول وقفنا عند هذه النظرية أكثر مما وقفنا عند نظرية البطلان في الفقه الغربي .

والعقد في الفقه الإسلامي ، من حيث البطلان والصحة ، أكثر تدرجاً منه في الفقه الغربي . فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد ، ثم من الفساد إلى الوقف ، ثم من الوقف إلى النفاذ ، ثم من النفاذ إلى اللزوم . فهناك للعقد في الفقه الإسلامي أقسام خمسة : (١) العقد الباطل (٢) والعقد الفاسد (٣) والعقد الموقوف (٤) والعقد النافذ (٥) والعقد اللازم .

وكل من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح . وكل من العقد الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم عقد صحيح .

فالعقود تنقسم مبدئياً إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح . والعقد غير الصحيح إما باطل ، أو فاسد . والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ . أو نافذ غير لازم ، أو نافذ لازم .

ولا كلام هنا في العقد النافذ اللازم ، فهذه هي الذروة من صحة العقد . وإنما

يأتي ذلك عند الكلام في الآثار التي تترتب على العقد ، إذ المفروض أن العقد يترتب آثاره كاملة إذا كان نافذاً لازماً .

فيبقى إذن أقسام أربعة للعقد ، الباطل والفاسد والموقوف والنافذ ، نتولى تحديد مناطقها المختلفة حتى يتميز كل منها عن الآخر .

العقد الباطل :

يمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد إلى جهات ثلاث :

أولاً : صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة : ويتم ذلك بإيجاب وقبول متطابقين في مجلس العقد . هذا التعبير عن الإرادة هو ركن العقد ، بل هو الركن الوحيد ، كما يقول صاحب البدائع ، وبقية العناصر الأخرى ليست إلا شرائط للركن أو أوصافاً له . وهذا يكشف عن النزعة الموضوعية الواضحة للفقه الإسلامى ، فالتعبير عن الإرادة ، أى الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة هو ركن العقد ، ولا ركن غيره .

وينطوى هذا الركن على عنصرين : (١) تطابق الإيجاب والقبول وهذا هو التراضى (٢) اتحاد مجلس العقد . وقد سبق الكلام تفصيلاً في كل من هذين العنصرين ^(١) .

ثانياً : العاقدان : والتعبير عن الإرادة يفترض بطبيعة الحال شخصاً يصدر عنه هذا التعبير . ولا يعتد بالتعبير إلا إذا صدر عن تمييز أى عن عقل ، فالطفل غير المميز والمجنون والمعتوه والمريض أو السكران إلى حد أن يفقد التمييز وغير هؤلاء ممن انعدم فيهم التمييز لا يعتد بتعبيرهم ، وإذا صدر من أحدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعاً مهما يكن له من وجود من حيث الواقع . ثم إن العقد يفترض حتماً وجود عاقلين ، أحدهما يصدر منه الإيجاب والآخر يصدر منه

(١) انظر الجزأين الأول والثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامى - هذا وندع جانباً بعض العقود المبنية التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والسلم والصرف وبيع الأموال الربوية ، وكذلك الشكل في بعض العقود كالشهود في الزواج .

القبول ، فالعقد لا يتم بإرادة منفردة بل بإرادتين متطابقتين .
ومن ثم يمكن أن نستخلص من هذه الجهة الثانية عنصرين آخرين للعقد :
(١) التعدد (٢) العقل أى التمييز .

ثالثاً : المعقود عليه أو محل العقد : وقد رأينا أن محل العقد يشترط فيه أن يكون : (١) موجوداً أو ممكناً أى مقلود التسليم (٢) معيناً أو قابلاً للتعين (٣) صالحاً للتعامل فيه أى مالا متقوماً مملوكاً . وهذه العناصر الثلاثة قد سبق الكلام فيها تفصيلاً فيما تقدم^(١) .

فإذا توافر للعقد هذه العناصر السبعة : (١) تطابق الإيجاب والقبول (٢) اتحاد مجلس العقد (٣) تعدد العاقد (٤) العقل أو التمييز (٥) محل مقلود التسليم (٦) محل معين أو قابل للتعين (٧) محل صالح للتعامل فيه أى مال متقوم مملوك^(٢) ، فإن العقد يكون قد اجتمع له ركنه ، أى الإيجاب والقبول ، مستوفياً لشرائطه وهى العناصر الستة الأخرى . أما إذا تخلف عنصر منها فإن العقد لا ينعقد ، ويكون عقداً باطلاً لا وجود له .

العقد الفاسد :

والعقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفى ، أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فكلاهما عقد باطل ، تدعوه تارة بالباطل وطوراً بالفاسد .

ويميز الفقه الحنفى بين البطلان والفساد على الوجه الآتى : إن العناصر السبعة التى تقدم ذكرها ، وهى مطلوبة لانعقاد العقد ، لا تكفى لصحته . بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة ، وجودها ضرورى لصحة العقد . فإذا تخلف وصف منها ، اعتبر العقد منعقداً بالرغم من ذلك لاشتماله على الركن وشرائطه أى لتوافره على أصله ، ولكنه ينعقد فاسداً لخلل فى وصفه . وبذلك يتميز العقد

(١) انظر الجزء الثالث من مصادر الحق .

(٢) ويمكن إضافة السبب المشروع ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، إل هذه العناصر السبعة .

الفاسد عن العقد الباطل . فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ،
أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه .

فما هي الأوصاف التي يجب أن تكمل عناصر العقد ، حتى يكون العقد صحيحاً ؟
أما تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد ، فهذان عنصران ليسا في حاجة
إلى وصف يكملهما . وكذلك عنصر التعدد ، فهو كامل بذاته . أما عنصر التمييز
الذي يقوم عليه التراضي ، فيجب أن يكمله وصف لازم لصحة العقد ، هو خلو
الرضا من الإكراه فالعاقد إذا شاب إرادته إكراه ، كان عقده فاسداً . بقيت
العناصر الثلاثة التي ترجع إلى محل العقد ، وأولها أن يكون المحل موجوداً مقدور
التسليم ، وهذا العنصر في حاجة إلى وصف يكمله ، بل إلى وصفين . فالوجود يجب
ألا يدخله الغرر ، والعقد الذي ينطوي على غرر يكون فاسداً . والقدرة على التسليم
يكملها أن تكون هذه القدرة من غير ضرر ، فإن كان المحل مقدور التسليم ولكن
في تسليمه ضرر ، انعقد العقد فاسداً للضرر الذي يترتب على التسليم . والعنصر
الثاني في المحل هو أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين ، وهذا العنصر أيضاً في حاجة
إلى وصف يكمله ، هو نفس الوصف الذي يكمل وجود المحل ، أي انتفاء الغرر ،
فيجب أن يكون المحل خالياً من الغرر في وجوده وفي تعيينه . والعنصر الثالث في
المحل هو أن يكون المحل صالحاً للتعامل فيه ، وهذا العنصر في حاجة إلى وصفين
يكملانه ، هما أن يكون المحل خالياً من الشرط الفاسد وأن يكون خالياً من الربا .

فالأسباب التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي ، بالرغم من انعقاده ،
هي إذن خمسة : (١) الإكراه (٢) الغرر (٣) الضرر الذي يصحب التسليم
(٤) الشرط الفاسد (٥) الربا (١) .

وهذه الأسباب ذاتها تجعل العقد باطلاً في المذاهب الأخرى ، على تفصيل
سيأتي ذكره فيما يتعلق بالإكراه .

(١) وحكم بيع المنقول قبل قبضه مختلف فيه ، ومن يرى أن هذا البيع فاسد يرجع الفساد للضرر

انظر المبسوط ١٢ ص ٩ - ص ١٠ .

العقد الموقوف :

في عناصر العقد التي قلّمناها في الأوصاف التي تلحق بهذه العناصر ، لم نربط بين العاقد من جهة ومحل العقد وصيغته من جهة أخرى . فحتى يقوم هذا الربط يجب أن يكون للعاقد : (١) الولاية على محل العقد : (٢) الولاية على نوع التصرف . والعقد ينعقد صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ ، بل يكون موقوفاً ، إذا تخلف أحد هذين العنصرين .

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل أو النيابة عن المالك ، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً . فغير المالك - أي الفضولي - ليست له ولاية على محل العقد ، وإذا كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له في محل صالح لحكمه فن ثم ينعقد صحيحاً ، إلا أن هذا العقد يكون موقوفاً لانعدام الولاية على المحل ، فلا ينفذ إلا بإجازة المالك . ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد اتعلق حق المرهن أو المستأجر به ، فالعقد الذي يصدر منه واقعاً على هذا المحل يكون موقوفاً على إجازة المرهن أو المستأجر .

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره . ومن التصرفات ما يكفي فيه مجرد التمييز ، ومنها ما لا يكفي التمييز فيه بل يجب بلوغ سن الرشد . فالولاية على التصرف هي الأهلية للتصرف . ومن ثم نرى أن العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ : الملك أو الأهلية . ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف . فالشافعية ينكرون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويعملون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ ، وسيأتي بيان ذلك .

وفي المذهب الحنفي ذاته رأى يذهب إلى أن العقد الموقوف عقد غير صحيح ، ويأتي في مرتبة بين العقد الباطل والعقد الفاسد . فالعقد عند من يقولون بهذا

الرأى (انظر الكاسانى في البدائع) ، إما عقد غير صحيح ويشمل العقد الباطل فالعقد الموقوف فالعقد الفاسد على هذا الترتيب ، وإما عقد صحيح ويشمل العقد النافذ فالعقد اللازم . ولكن الرأى الراجح في المذهب هو أن العقد الموقوف مرتبة من مراتب العقد الصحيح ، فهو ليس بعقد باطل ولا بعقد فاسد ، بل هو قسم من أقسام العقد الصحيح ، وهو من مراتب الصحة يقع في أدناها ، ويليه في القوة العقد النافذ فالعقد اللازم كما سبق القول . جاء في البحر الرائق : « وللمشايع طريقان . فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض . ولا يضر توقفه على الإجازة ، كتوقف البيع الذي فيه الخيار على إسقاطه . ومنهم من جعله قسماً للصحيح ، وعليه مثنى الشارح الزيلعي ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وقسمه في فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل وفاسد وموقوف ، فجعله من غير الجائز ، وبدأ بالجائز النافذ . وفي السادس من جامع الفصولين أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية ، ولم أر فيما عندي من الكتب من سماه فاسداً ، إلا في بيع المرهون والمستأجر ؛ فقال في البدائع من شرائطه ألا يكون في المبيع حق لغير البائع ، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر ، واختلفت عبارات الكتب في هذه المسألة ، في بعضها أن البيع فاسد ، وفي بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح إلى آخره . وقال قبله في جواب الشافعي في بيع الفضولي أنه غير صحيح لأنه لا يفيد حكمه ، وصحة التصرف عبارة من اعتباره في حق الحكم ، فقال قلنا نعم وعندنا هذا التصرف يفيد في الجملة وهو ثبوت الملك موقوفاً على الإجازة ، إما من كل وجه أو من وجه ، لكن لا يظهر شيء من ذلك عند العقد ، وإنما يظهر عند الإجازة ، وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم ، أم لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة ، وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري اهـ . وإنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لأني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين إقراء الهداية أن بيع الفضولي صحيح عندنا ، فأنكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم وادعى فساده ، وهو فاسد لما علمته » (البحر الرائق ٦ ص ٧٠) .

• مصادر الحق - رابع

والذى أوقع اللبس فى مرتبة العقد الموقوف ، وهل هى من مراتب العقد الصحيح أو من مراتب العقد غير الصحيح ، ما وقع من الاضطراب فى حكم بيع المكره وبيع الهازل . فبيع المكره قد تضاربت المذاهب فى حكمه ، وسنرى أن هناك من يقول إنه باطل ومن يقول إنه فاسد ومن يقول إنه موقوف ومن يقول إنه نافذ غير لازم ، ويتردد فى بعض كتب الفقه أنه فاسد موقوف (البحر الرائق ٥ ص ٢٧٧ - ابن عابدين ٤ ص ١٠٤ - ص ١٠٥) ، فيتدخل الموقوف فى الفاسد ويكون قسماً من أقسام غير الصحيح . وصحح ذلك بأن المراد بالوقف أنه موقوف الانعقاد عند من يقول بالبطلان ، أو موقوف الصحة عند من يقول بالفساد ، أو موقوف النفاذ عند من يقول بالوقف ، أو موقوف اللزوم عند من يقول بعدم اللزوم . ومن ثم يكون بيع المكره غير صحيح عند من يقول ببطلانه أو فساد ، وهو صحيح عند من يقول بوقفه أو بعدم لزومه . فلا يتدخل العقد الموقوف فى العقد الفاسد ، ولا يكون قسماً منه . أما بيع الهازل فقد اختلفوا فى حكمه بين باطل وفاسد ، والصحيح أنه باطل لأن الهازل غير راض بأصل البيع (المبسوط ٢٤ ص ٥٥) . ونرى من ذلك أن بيع المكره لا يجمع بين الفساد والوقف بل هو إما فاسد أو موقوف ، وأن بيع الهازل باطل لا فاسد ولا موقوف . فلا يتدخل الوقف فى الفساد ، ولا يتلاقى الفساد مع الوقف أصلاً . فالعقد الفاسد غير العقد الموقوف ، الأول غير صحيح والثانى صحيح ، فيكون العقد الموقوف إذن قسماً من العقد الصحيح (انظر فى هذا المعنى ، بحثاً فى العقد الموقوف للدكتور زكى عبد البر فى مجلة القانون والاقتصاد ٢٥ ص ١١٦ - ص ١٢١) :

العقد النافذ غير اللازم :

إذا اجتمعت للعقد عناصر : الانعقاد ، والصحة ، والنفاذ ، فصلر العقد من أهله فى محل قابل لحكمه ، وكان العاقد له الولاية على محل العقد والأهلية الواجبة للتصرف الذى يباشره ، فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً ، فأنتج الآثار التى تترتب عليه .

والأصل أن العقد الذي ينعقد صحيحاً نافذاً لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة . ولكن هناك عقوداً تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة العاقد الآخر ، كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية والرهن والكفالة . وهناك عقود يكون فيها لأحد العاقدين خيار الرجوع ، وقد مر بنا من هذه الخيارات خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفرق الصفقة^(١) . وهناك خيارات أربعة معروفة غير الخيارات المتقدمة الذكر ، هي خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، إذا ثبت خيار منها لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد ، وسيأتي بيان ذلك .

فإذا كان العقد قابلاً لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضا العاقد الآخر ، إما لأن طبيعته تقتضي ذلك وإما لأن فيه خياراً من الخيارات التي أشرنا إليها ، فهذا عقد نافذ غير لازم . هو عقد نافذ ، لأنه انعقد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره . ثم هو عقد غير لازم ، لأن أحد العاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه فهو غير لازم له .

أما إذا استوفى العقد أيضاً شرائط اللزوم - طبيعة تستعصى على الفسخ بإرادة منفردة وخلو من الخيارات المختلفة - فقد انعقد صحيحاً نافذاً لازماً ، فيستج جميع الآثار التي ترتب عليه ، ويلزم كلا من العاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معاً على التقابل منه .. وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود^(٢) .

بهذا التدرج يعالج الفقه الإسلامي صحة العقد ، فنبحث على التعاقب :

١ - حكم العقد الباطل .

(١) انظر الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي . أما خيار المجلس فهو مختلف فيه بين المذاهب كما قدمنا ، وهو على كل حال يتصل بانقضاء العقد . وخيار القبول عبارة عن اقتران القبول بالإيجاب ، وهذا ليس بخيار بل هو ركن العقد لا ينعقد بدون .

(٢) وحتى إذا بلغ العقد هذه المرتبة العليا من القوة ، فهناك من العقود الصحيحة النافذة اللازمة عقود مكروهة ، ورد النهي عنها لا لأصل فيها ولا لصفة ملازمة لها ، ولكن لأمر مجاور غير ملازم ، وذلك كبيع النجش وبيع الركبان وبيع الحاضر للبادي . وفي رواية عن أحمد أن هذه العقود فاسدة ، وفي رواية أخرى أنها مكروهة ، وقد سبق بيان ذلك (انظر الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي) .

- ٢ - حكم العقد الفاسد .
- ٣ - حكم العقد الموقوف .
- ٤ - حكم العقد النافذ غير اللازم .

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

ليس له وجود شرعى فلا ينتج أثره :

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة ، فليس له وجود شرعى . ومن ثم فهو عدم ، والعدم لا ينتج أثراً . فمن باع ميتة أو دماً أو حراً ، كان بيعه باطلاً لا أثر له ، لأن المبيع ليس بمال . ومن باع خنزيراً أو خمرًا من مسلم ، كان بيعه كذلك باطلاً لا أثر له ، لأن المبيع ليس بمال متقوم ، وكذلك يكون باطلاً لا أثر له بيع السمك في البحر والطير في الهواء ، لأن المبيع مال مباح . وأى تصرف يصدر من صبي غير مميز أو من مجنون يكون باطلاً لا أثر له ، لانعدام التمييز في العاقد ، وقل مثل ذلك في كل عقد لم يتوافر فيه ركنه وشرائطه التي تقدم ذكرها .

جاء في البدائع : « ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلاً ، لأن الحكم للموجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة . لأن التصرف الشرعى لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً ، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة ، وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاحيق والمضامين وكل ما ليس بمال ، وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسمى ، لأن أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالاً مطلقاً ، والمكاتب حر بدأ فلم يكن مالاً على الإطلاق ، والمستسمى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين . وكذا بيع الخنزير من المسلم ، لأنه ليس بمال في حق المسلم . وكذا بيع الخمر ، لأنها ليست بمنقومة في حق المسلم ، لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث

أهانها عليهم . فيبطل ولا ينعقد . لأنه لو انعقد ، إما أن ينعقد بالمسمى ، وإما أن ينعقد بالقيمة . لا سبيل إلى الأول ، لأن التسمية لم تصح ، ولا سبيل إلى الثاني ، لأنه لا قيمة إذ التقويم ينشئ على العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له ، وإذا لم ينعقد ، يبطل ضرورة . . . واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم . قال عامتهم يبطل ، وقال بعضهم يفسد . والصحيح أنه يبطل ، لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً وكون الثمن مالا في الجملة شرط الانعقاد . وكذا اختلفوا فيما إذا قال بعت بغير ثمن . قال بعضهم يبطل وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا ، وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن ، (البدائع ٥ ص ٣٠٥) .

وجاء في الأشياء والنظائر لابن نجيم : « الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان ، وفي النكاح كذلك . . . وأما في البيع فتباينان : فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه . وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض ، وحكم الثاني أنه يملك به . وأما في الإجارة فتباينان : قالوا لا يجب الأجر في الباطلة كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ، ويجب أجر المثل في الفاسدة . وأما في الرهن : فقال في جامع الفصولين فاسده يتعلق به الضمان وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع ، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله . ومن الباطل لو رهن شيئاً بأجر نائمة أو مغنية ، (الأشياء والنظائر ص ١٨٥) . وفي المثل الأخير - رهن شيء بأجر نائمة أو مغنية - يرجع البطلان إلى عدم مشروعية السبب كما سبق القول .

وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه :

وما دام العقد الباطل لا وجود له شرعاً ولا يتج أي أثر ، فإنه يترتب على ذلك أن أحد العاقدين لا يملك أن يجبر الآخر على تنفيذه . وإذا نفذ العاقد باختياره ، سواء كان يعلم بالبطلان أو لا يعلم ، كان له أن يسترد ما سلمه تنفيذاً للعقد . ففي البيع الباطل مثلاً ، لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع على تسليم المبيع ،

ولا للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن . ولو سلم البائع باختياره المبيع للمشتري ، أو دفع المشتري باختياره الثمن للبائع ، كان للبائع أن يسترد المبيع وللمشتري أن يسترد الثمن .

ولو تسلم المشتري بعقد باطل المبيع وتصرف فيه لآخر بالبيع مثلاً ، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشتري الثاني . ذلك أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشتري ، فيكون المشتري قد باع مالا غير مملوك له ، فالبيع موقوف على إجازة المالك وهو هنا البائع . فإذا لم يجزه ، كان له أن يسترده ، كما تقدم القول . جاء في الفتاوى الحانية : « بيع الصبي الذي لا يعقل والمجنون . . باطل . . والبيع الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض ، حتى لو كان المبيع عبداً فأعتقه لا ينفذ إعتاقه . . ولو باع أم الولد وسلمها ، لا يملكها المشتري . . والمشتري بالميتة والدم لا يملك وإن قبض » (هامش الفتاوى الهندية ٢ ص ١٣٣) .

والظاهر أن مذهب مالك يجعل الرد يفوت في البيع الباطل - وهو والفساد سواء في هذا المذهب - بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة ، وبتعلق حق للغير بالبيع ، كرهنه إذا لم يقدر الراهن على خلاصه لعسره فلو قدر لملاءته لم يكن فوتاً ، وكإجارته اللازمة (الشرح الكبير للرددير في هامش السوق ٣ ص ٧٤) . فيحتمى المذهب المالكي الغير في العقد الباطل ، كما يحتمى المذهب الحنفي في العقد الفاسد على ما سئى ، لاختلاط العقد الباطل بالعقد الفاسد في مذهب مالك كما تقدم القول . ولو فات المبيع باطلاً على البائع ، على النحو الذى رأيناه ، وجب على المشتري أن يرد للبائع القيمة في القيمي والمثل في المثل . فإذا زال المقيت ارتفع حكمه ، ووجب رد المبيع باطلاً للبائع إن عاد لحالته الأصلية ، سواء كان عوده اختيارياً أو ضرورياً كإرث . وهذا ما لم يحكم حاكم بعدم الرد ، أو كان القوات راجعاً إلى تغير السوق ثم عاد السوق إلى حالته الأولى ، فلا يرتفع حكم المقيت ولا يجب على المشتري الرد (الشرح الكبير للرددير في هامش السوق ٣ ص ٧٥) . ويفوت الرد أيضاً في مذهب مالك بتغير المبيع زيادة أو نقصاً في يد المشتري (الشرح الكبير للرددير في هامش السوق ٣ ص ٧٢-٧٣) .

ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة :

ولما كان العقد الباطل غير موجود شرعاً ، فإنه لا يتصور أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لا تلحق إلا عقداً موجوداً قابلاً لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة . والعقد الباطل ، كتصرف شرعى ، معلوم وغير قابل لإنتاج أى أثر ، ومن ثم لا تمكن إجازته .

وإذا كان العقد الباطل منعماً ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان . . يتمسك به كل من العاقدين ، وقد رأينا أن البائع في البيع الباطل لا يجبر على تسليم المبيع ويسترده إذا كان قد سلمه وهذا عن طريق التمسك بالبطلان ، ورأينا أن المشتري لا يجبر على دفع الثمن ويسترده إذا كان قد دفعه وهذا أيضاً عن طريق التمسك بالبطلان . كذلك الشفيع لا يملك الأخذ بالشفعة في بيع باطل ، إذ يستطيع البائع أن يتمسك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشفعة ، وهنا المتمسك بالبطلان هو أحد العاقدين ولكن يتمسك به ضد الغير لا ضد العاقد الآخر . كذلك يجوز للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة ، وللمستأجر أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من المؤجر للعين المؤجرة ، فكل من المرتهن والمستأجر له مصلحة في التمسك ببطلان البيع الباطل . وإذا مات من صدر منه بيع باطل ، دخلت العين المبيعة في تركته ، وجاز لورثته أن يتمسكوا ببطلان البيع لأن لم مصلحة في ذلك .

ولكن العقد الباطل قد ينتج أثراً كواقعة مادية لا كتصرف شرعى :

والعقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعى فإن له وجوداً فعلياً ، وإذا لم ينتج أثراً كتصرف شرعى فمن الجائز أن ينتج أثراً كواقعة مادية .

ونستعرض أثرين مما قد ينتجه العقد الباطل ، لا كتصرف شرعى ، بل كواقعة مادية :

أولاً : انتقال الضمان إلى المشتري : فإذا فرضنا ، في عقد بيع باطل ، أن

البائع سلم المبيع إلى المشتري ، فإن البيع الباطل كتصرف شرعى لا يتج أثراً كما قدمنا ، فهو لا ينقل الملك للمشتري . وإذا هلك المبيع في يد المشتري ، فقد كان ينبغي أن يهلك على البائع ، لأن المشتري قبض المبيع بإذنه دون أن يتقل الملك إليه فيكون أمانة في يده : والأمانة تهلك على مالكيها فهلك هنا على البائع . ولكن تسليم البائع المبيع للمشتري وقد اقترن ببيع باطل ، وهذا البيع الباطل له وجود مادى ، فهو كواقعة مادية . إذا اقترن بواقعة التسليم يجعل المشتري قد قبض المبيع بقصد تحقيق مصلحة له ، فليست يده إذن يد أمانة .

ومن هنا وجد رأيان في الفقه الحنفى . رأى يقف عند تسليم المبيع بإذن البائع ، فيجعل يد المشتري يد أمانة ، ولا يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل أى أثر ، ومن ثم يكون الهلاك على البائع . ورأى يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل - بوصف البيع واقعة مادية لا تصرفاً شرعياً - أثراً ، إذ يجعل التسليم حاصلًا لتحقيق مصلحة للمشتري فتكون يد المشتري يد ضمان ، ومن ثم يكون الهلاك عليه لا على البائع ، قياساً على سوم الشراء حيث يقبض العاقد العين لتحقيق مصلحة له فيكون الهلاك عليه .

وقد ورد في البدائع في هذا المعنى ما يأتى : « ثم إذا باع مالاً بما ليس بمال حتى بطل البيع ، فقبض المشتري المال بإذن البائع ، هل يكون مضموناً عليه أو يكون أمانة ؟ اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم يكون أمانة ، لأنه مال قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى ، فالتحق العقد بالعدم ، وبقي إذنه بالقبض . وقال بعضهم يكون مضموناً عليه ، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء ، وذلك مضمون فهذا أولى » (البدائع ٥ ص ٣٠٥) .

وجاء في فتح القدير : « الباطل لا يفيد ملك التصرف . ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه - أى في البيع الباطل - يكون أمانة عند بعض المشايخ - هو أبو نصر ابن أحمد الطراويسى - وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . وعند البعض ، كشمس الأئمة المرحسوى وغيره ، يكون مضموناً بالمثل أو القيمة ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثانى قولهما ، كالحلاف الكائن بينهم في أم الولد والمدير إذا يباعا فنانا عند

المشتري ، لا يضمنهما عند أبي حنيفة ، ويضمنهما عندهما . والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع ، كأن يقول أذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة ، فإذا هلك ضمن قيمته . فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة ، فلأن يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى . ولأبي نصر المروى عنه من عدم الضمان أن الضمان في المقبوض على سوم الشراء ، إن قلت إنه عند صحة كون المسمى ثمناً كاللراهم على ما ذكرنا من قوله إن رضيته اشتريته بعشرة سلمناه ، وهو متنف في تسمية المحرم كالخمر . وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعناه ، فيجب تفصيله ، وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلاً لا يضمن وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلاً فقبضه يصير مضموناً (فتح القدير ٥ ص ١٨٧ - ١٨٨) .

وجاء في ابن عابدين : « قوله لأنه أمانة ، وذلك لأن العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي : درر . قوله وصحح في القنية ضمانه إلخ ، قال في الدرر وقيل يكون مضموناً ، لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء ، وهو أن يسمى الثمن فيقول أذهب بهذا فإن رضيته به اشتريته بما ذكر . أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده : لا يضمن . نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى ، كذا في العناية ١ هـ . . . لكن في النهر واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة . لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ، وهو قول الأئمة الثلاثة . وفي القنية أنه الصحيح ، لكونه قبضه لنفسه ، فشابه الغصب . وقيل الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما (ابن عابدين ٤ ص ١٦٣ - وانظر أيضاً البحر الرائق ٦ ص ٧٢ - الزيلعي ٤ ص ٤٤) .

ونرى من ذلك أن الصحيح من الرأيين في المذهب الحنفي هو أن المبيع بعقد باطل يكون مضموناً في يد المشتري ، لأن المشتري قبضه لنفسه ولتحقيق مصلحته ، فلا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء . وهذا هو الحكم في مذهب مالك . جاء في الخطاب : « وإنما ينتقل ضمان الفاسد (أي الباطل) بالقبض : هنا قول ابن القاسم . وأما الملك فقال في التوضيح : وإن قلنا إن الضمان في المبيع بيعاً فاسداً ينتقل بالقبض ، فالملك لا ينتقل بذلك ، بل لا بد من تسمية الفوات »

(الخطاب ٤ ص ٣٨٠) . وجاء في الشرح الكبير للدردير : « ولا أنهى الكلام على ما أراد من البياعات التي ورد النهي عنها ، أتبع ذلك بما يوجب ضمان المبيع على المشتري فيها . فقال وإنما ينتقل ضمان البيع الفاسد ، على البت متفقاً عليه أم لا ، إلى المشتري بالقبض المستمر ، نقد المشتري الثمن أم لا ، كان المبيع يدخل في ضمان المشتري في البيع الصحيح بالعقد أو بالقبض . وتقييد القبض بالمستمر للاحتراز عما لو رد المشتري السلعة لبائعها على وجه الأمانة أو غيرها ، كما لو استثنى ركوبها مدة وأخذها بعد قبض المشتري لها فاسداً فهلكت فالضمان على البائع . ورد المبيع فاسداً لربه إن لم يفت وجوباً ، ويحرم انتفاع المشتري به ما دام قائماً . ولا غلة تصحبه في رده ، بل يفوز بها المشتري لأنه كان ضمانه والغلة بالضمان . ولا يرجع على البائع بالنفقة ، لأن من له الغلة عليه النفقة ، فإن أنفق على ما لا غلة له رجع بها ، وإن أنفق على ما له غلة لا تنى بالنفقة رجع بزائد النفقة . فإن فات المبيع فاسداً بيد المشتري ، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب بالثمن الذي وقع به البيع ، وإلا يكن مختلفاً فيه بل متفقاً على فسادهِ (وهو الباطل) ، ضمن المشتري قيمته إن كان مقوماً حينئذ أي حين القبض . . . وضمن مثل المثل إذا بيع كيلاً أو وزناً وعلم كيله أو وزنه ولم يتعذر وجوده ، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد ، وحل رد القيمة في الجزاف حيث لم تعلم مكيلته بعد وإلا وجب رد المثل » (الشرح الكبير للدردير في هامش الدسوقي ٣ ص ٧٠ - ص ٧١ - وانظر أيضاً حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ ص ٣٥ - ص ٣٦ - الحرثي ٥ ص ٨٥ - ص ٩٣) .

وبعد هذا يتبين أن البيع الباطل ينتج أثراً كواقعة مادية ، فهو إذا اقترن بالقبض يجعل المبيع في يد المشتري مضموناً عند الهلاك .

ثانياً : عقد الزواج : الزواج باطلاً كان أو فاسداً - لأن بطلان الزواج وفساده سيان حتى في المذهب الحنفي - ليس له وجود شرعي ، وإن كان له وجود فعلي . فلا ينتج أثره كتصرف شرعي ، ولكن ينتج بعض الآثار كواقعة مادية إذا اقترن بالدخول على الزوجة . قال الدخول مقترناً بعقد زواج باطل أو فاسد واقعة مادية تستوجب طبيعتها آثاراً معينة ، كدبر الحد وثبوت النسب وجوب العدة والمهر .

جاء في البدائع في هذا الصدد ما يأتي : « وأما النكاح الفاسد ، فلا حكم له قبل الدخول . وأما بعد الدخول ، فيتعلق به أحكام . منها ثبوت النسب ، ومنها وجوب العدة ، وهو حكم الدخول في الحقيقة . ومنها وجوب المهر . والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، لانعدام محله أعني محل حكمه وهو الملك ، لأن الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك لأن الحرية خلوص ، ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق والحرية تنافي الرق . إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة النكاح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ، وجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة فوجب المهر . فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقداً قبله . . . ثم اختلف في تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقر . قال أصحابنا الثلاثة يجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، وقال زفر يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ ، وكذا هذا الخلاف في الإجارة الفاسدة . وجه قول زفر أن المنافع تنقوم بالغاء . الصحيح والفاسد جميعاً كالأعيان ، فيلزم إظهار التقوم وذلك بإيجاب مهر المثل بالغاً ما بلغ لأنه قيمة منافع البضع ، وإنما العدول إلى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح ، لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة في العقد الفاسد ، كذا ههنا . ولنا أن العاقدين ما قوما المنافع بأكثر من المسمى ، فلا تنقوم بأكثر من المسمى ، فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم تكن لها قيمة . إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى ، لأنها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها . واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنها من أي وقت تعتبر . قال أصحابنا الثلاثة إنها تجب من حين يفرق بينهما ، وقال زفر من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده . وجه قوله إن العدة تجب بالوطء ، لأنها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء ، ألا ترى أنها لا تجب قبل الوطء ، وإذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كأحكام سائر العلل . ولنا أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق

الفراش لما بينا ، والفراش لا يزول قبل التفريق ، بدليل أنه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بنكرار الوطء إلا مهر واحد ، ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ، ولو دخلته شبهة حتى أمتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر ، فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في النكاح الصحيح ، فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح . والحلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة ، لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه ألحق بالنكاح في المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة الناكح إلى ذلك ، فيبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ، ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالحلوة ، (البدائع ٥ ص ٣٣٥) .

وقد يقال إن الآثار التي تترتب على الزواج الباطل - أو الفاسد - إنما تترتب لا على واقعة الزواج المادية ، بل على واقعة مادية أخرى هي واقعة الدخول بالزوجة . ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة في هذا الصدد : « وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح ، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد . وهو يثبت للوطء بشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذي لم تتوافر معه أسباب العلم ، (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص ٣٦٤) .

وهذا القول صحيح فيما لو أخذنا برأى زفر السابق الذكر فيما يتعلق بابتداء العدة ، فإن زفر لا يجعل لواقعة الزواج الباطل أى أثر في هذه المسألة بل يجعل الأثر لواقعة الدخول ، فيعتبر بداية العدة من وقت آخر اتصال بالمرأة لا من وقت التفريق . أما لو أخذنا برأى الأئمة الثلاثة - أبي حنيفة وصاحبيه - وجب أن نعتد ، إلى جانب واقعة الدخول ، بواقعة الزواج الباطل ذاته ، فالمهر المسمى يدخل في الحساب إذا كان أقل من مهر المثل ، والعدة لا تبدأ إلا من وقت التفريق أى من وقت زوال واقعة الزواج المادية . بل إنه يمكن القول ، أخذاً برأى الأئمة الثلاثة ، إن الزواج الباطل أو الفاسد يبقى منعقداً في حق المنافع المستوفاة حقيقة ، ويبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ، وهو ما يصرح به صاحب البدائع فيما قدمناه .

انتقاص العقد في حالة البطلان :

ويمكن القول بأن الفقه الإسلامى يعرف فكرة انتقاص العقد في حالة البطلان . ونستعرض في هذا الصدد بعض النصوص الفقهية في كل من المذاهب الأربعة .

ففي مذهب مالك جاء في القوانين الفقهية لابن جزي : « إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام ، كالعقد على سلعة وخر أو خنزير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة . وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن . ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة ، صح البيع فيهما ، ولزمه في ملكه ، ووقف الزوم في ملك غيره على إجازته » (القوانين الفقهية ص ٢٦٠) . ونرى من ذلك أن البيع ، في مذهب مالك ، إذا كان في شق منه صحيحاً وفي شق باطلاً ، ففي رأي تكون الصفقة كلها باطلة ، وفي رأي آخر ينتقص البيع ، فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح بقسطه من الثمن . أما إذا كان البيع في شق منه نافذاً وفي شق موقوفاً ، صح البيع في الشقين . فإذا أجزى الشق الموقوف ، نفذ البيع في الشقين جميعاً . وإذا لم يجز الشق الموقوف ، انتقص العقد فنفذ في شق وسقط في الشق الآخر .

وفي المذهب الحنفي تفصيل نقله عن الزيلعي فيما يأتي : « ومن جمع بين حر وعبد ، أو بين شاة ذكية وميتة ، بطل البيع فيهما . وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف ، صح في البين وعبده ، والملك . أما الأول فالمدكور على إطلاقه قول أبي حنيفة ، وعندهما إن بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية وإلا فلا . لأنه إذا بين ثمنهما صاروا صفقتين ، فيتقدر الفساد بقدر المفسد ، بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً لأنه يبقى بيعاً بالحصصة ابتداء وهو لا يجوز . وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل ، وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية ، فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطاً لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل . وأما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة . وقال زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع ، ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب ، وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لصحة العقد في المال ، فيفسد كالفصل الأول . والفرق بين الفصلين - لأبي حنيفة مطلقاً ولهما إذا لم يفصل الثمن - أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ، ثم ينقص في حقه ، فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد . وفي الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلاً ، فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعاً بالحصصة ابتداء فلا يجوز بلهالة الثمن عند العقد . . . والدليل على أن المدبر

وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضى لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ . وفي المكاتب ينفذ برضاه في الأصح . وفي عبد الغير بإجازة مولاه ، ولولا أنهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة ، وإنما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم في المدبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأجل مولاه ، فلا يكون بيعاً بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد . وفيما إذا جمع بين مال ووقف روايتان : في رواية يفسد في الملك لأن البيع لا ينعقد على الوقف لأنه صار محرراً عن الملك والتملك ، فصار كما لو جمع بين حر وعبد ، ذكره الفقيه أبو الليث في نوازه . والأصح أنه يجوز في الملك ، لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال ، غير أنه لا يباع لأجل تعلق حق به ، وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر ونحوه . بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم إليه لأنه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الأموال ، فصار كالحر (الزيلعي ٤ ص ٦٠ - ص ٦١ . وانظر أيضاً : المبسوط ١٣ ص ٣ - ص ٥ - البحر الرائق ٦ ص ٩٠ - ص ٩١ - الفتاوى الهندية ٣ ص ١٣١ - ص ١٣٣) .

ويبدو من هذه النصوص أن انتقاص العقد لا يتم على النحو الذي يتم به في الفقه الغربي . ففي الفقه الغربي ، كما رأينا ، ينتقص العقد إذا تبين أنه ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فالعبرة إذن بقصد العاقدين . أما في الفقه الحنفى فيتم الانتقاص على أساس موضوعي لا على أساس ذاتي . ذلك أنه لا يجوز البيع بالحصة من الثمن ابتداء ، ويجوز ذلك بقاء . فإذا كان البيع في شق نافذاً وفي شق موقوفاً ، دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته ، بقي الشق النافذ بحصته من الثمن ، وهذا جائز لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء كما قدمنا . ويتفق في هذا الرأي الأئمة الثلاثة ، وبخالفهم زفر فهو يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد في أية حالة لأن العقد قد وقع على المجموع والمجموع لا يتجزأ . أما إذا كان البيع في شق صحيحاً وفي شق باطلاً ، لم يدخل في العقد إلا الشق الصحيح لعدم الانعقاد في الشق الباطل ، فيكون بقاء الشق الصحيح وحده بيعاً بالحصة من الثمن ابتداء وهذا لا يجوز ، فيسقط الشقان معاً - الباطل والصحيح - ولا ينتقص العقد فيبقى الصحيح ويسقط

الباطل . ويستثنى من ذلك ، عند الصاحبين ، أن يعين ابتداء لكل شق حصته من الثمن ، فعند ذلك تعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة ، فتصح واحدة وتبطل الأخرى . وفي هذه الحالة الأخيرة ينتقص العقد عند الصاحبين ، فيبقى الشق الصحيح قائماً لأنه ليس بيعاً بالحصصة من الثمن ابتداءً ؛ بل هو ليس بيعاً بالحصصة من الثمن أصلاً إذ قد عين الثمن في هذا الشق الصحيح مستقلاً منذ البداية .

وفي مذهب الشافعي خلاف في جواز انتقاص العقد نقله عن المذهب للشيرازي فيما يأتي : « إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه ، كالحر والعبد وعبد غيره ، ففيه قولان . أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس لإبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما ، فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقي على حكمهما ، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز . والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما ، واختلف أصحابنا في علته . فمنهم من قال يبطل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم ، كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهماً بدرهمين . ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن ، وذلك أنه إذا باع حراً وعبدًا بألف ، سقط ما يخص الحر من الثمن ، فيصير العبد مبيعاً بما بقي ، وذلك مجهول في حال العقد فيبطل ، كما لو قال بعثك هذا العبد بمحضته من ألف درهم . فإن قلنا بالتعليل الأول ، بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره ، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع ، لأنه جمع بين الحلال والحرام . وإن قلنا إن العلة جهالة العوض ، لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول ، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه ، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله . فإن قلنا إن العقد يبطل فيهما ، رد المبيع واسترجع الثمن . وإن قلنا إنه يصح في أحدهما ، فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار . فإن اختار الإمساك ، فبكم يمسك ؟ فيه قولان : أحدهما يمسك بجميع الثمن أو يرد لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر ،

والثاني أنه يحسكه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما . . فإن قلنا يحسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه . وإن قلنا يحسك بحصته ، فهل للبائع الخيار ؟ فيه وجهان : أحدهما أن له الخيار لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشتري ، والثاني لا خيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه بشئ (المهذب ١ ص ٢٦٩ - وانظر أيضاً الوجيز للغزالي ١ ص ١٤٠) .

ونلاحظ أنه لا يرد في مذهب الشافعي أن يكون العقد في شق نافذاً وفي شق موقوفاً ، فالعقد الموقوف في هذا المذهب كالعقد الباطل . والصورة التي ترد هي أن يكون العقد في شق صحيحاً وفي شق باطلاً . وفي المذهب آراء ثلاثة : (١) رأى يذهب إلى جواز انتقاص العقد دائماً ، فيبقى الشق الصحيح قائماً ويسقط الشق الباطل ، والمشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إمضائه لتفرق الصفقة عليه . فإذا أمضاه ، دفع كل الثمن في قول ، ودفع قسط الشق الصحيح من الثمن في قول آخر . وعلى هذا القول الآخر يكون للبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه في قول ، وليس له الخيار في قول آخر . (٢) ورأى ثان يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد إطلاقاً ، لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم . فيبطل العقد في الشق غير صحيحاً ويرد المشتري المبيع كله ويسترد الثمن . (٣) ورأى ثالث يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد عند جهالة الثمن ، وجواز الانتقاص فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول وفيما لا عوض فيه كالرهن وفيما لا يبطله الجهل بالعوض كالنكاح . فإذا لم يحز انتقاص العقد لجهالة الثمن ، سقط العقد في شقيه جميعاً ، ورد المشتري المبيع كله واسترد الثمن . وإذا جاز انتقاصه في الأحوال المشار إليها ، بقي الشق الصحيح قائماً وسقط الشق الباطل ، والمشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إمضائه لتفرق الصفقة عليه ، على التفصيل الذي أشرنا إليه فيما تقدم .

وفي المذهب الحنبلي خلاف أيضاً نقله عن المغني فيما يأتي : . . (الثاني) أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ،

ففيه وجهان : أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه ، والثاني لا يصح فيهما لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم ، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين . ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً ، ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو أوصى بشئ لآدمي وبهيمة . وأما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما ، وههنا بخلافه . (القسم الثالث) أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء ، كعبد وحر وخل وخر وعبد وعبد غيره وعبد حاضر وآبق ، فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه ، وفي الآخر روايتان . . . والقول بالفساد في هذا القسم أظهر . والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع ، إلا أن الظاهر فيها الصحة ، لأنها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العرض فيها . . . ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالماً بالحال ، فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة . وإن لم يعلم ، مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فإن أنه لا يملك إلا نصفه أو عبيدين فتيين أنه لا يملك إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والإمسك لأن الصفقة تبعضت عليه . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه (المغنى ٤ ص ٢٩١ - ص ٢٩٣ - وانظر أيضاً المرداوى ٤ ص ٣١٦ - ص ٣٢٣) .

فالظاهر في مذهب أحمد أنه يجوز انتقاص العقد إذا كان العرض ينقسم على المحل بالأجزاء أو كان العقد ليس معاوضة كالرهن والهبة ، ففي الحالتين لا توجد جهالة العرض . ويبقى الشق الصحيح في العقد قائماً ، ويسقط الشق الباطل . ولا خيار للمشتري إن كان عالماً بأن أحد شقي العقد باطل لأنه دخل على بصيرة ، وإلا فله الخيار . أما البائع فلا خيار له إطلاقاً ، لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه .

ويرتبن مما قدمناه من أحكام انتقاص العقد في المذاهب المختلفة أن نظرية انتقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي ، ولكن المعيار فيها موضوعي ، بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي

المبحث الثاني

حكم العقد الفاسد

تمييز العقد الفاسد في المذهب الحنفي :

يتميز العقد الفاسد ، بكونه خاصة في البطلان ، في المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب كما قدمنا . ففي المذاهب الأخرى لا تميز بين عقد باطل وعقد فاسد ، وسواء كان العقد غير مشروع بأصله ووصفه أو كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، فالعقد باطل في الحالتين .

أما المذهب الحنفي فيقيم العقد الفاسد إلى جانب العقد الباطل ، ويرسم لكل منطقة سبق تحديدها ، ثم يجعل للعقد الفاسد أحكاماً تتميز عن أحكام العقد الباطل ، إذ يجعل العقد الفاسد منعقداً له وجود شرعي ، ويرتب على هذا الوجود بعض الآثار .

فتكلم إذن في مسألتين : (١) التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي (٢) الآثار التي ترتب على العقد الفاسد .

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي

أساس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

يقوم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عند الحنفية على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه . فأصل العقد هو الركن وشروطه . والركن هو الإيجاب

والقبول . وشرائط الركن في الصيغة هي التوافق ما بين الإيجاب والقبول واتحاد المجلس ، وفي العاقد العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه الإمكان والتعيين والصلاحية للتعامل . أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل ، فلا يكون المحل منهيًا عنه ، ويكون منهيًا عنه إذا كان هناك ضرر في تسليمه أو دخله الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا . ويبقى بعد ذلك وصف يرجع إلى الرضاء ، هو أن يخلو الرضاء من الإكراه . وقد سبق بيان كل ذلك .

فالحنفية يميزون ، في العقد ، بين اختلال الأصل واختلال الوصف . فإن اختل الأصل ، بأن تخلف الركن أو شرط من شرائطه ، فالعقد باطل . وإن اختل الوصف ، بأن تخلف أحد الأوصاف المتقدمة الذكر فدخل المحل الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضاء إكراه ، فالعقد فاسد لا باطل .

أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين اختلال الأصل واختلال الوصف . فسواء اختل الأصل والوصف معاً أو صح الأصل واختل الوصف ، فالعقد باطل أو فاسد ، وبالباطل والفاسد بيان

ما تحتج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :
وأهم ما تحتج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أمران :

أولاً : أن كلا من العقد الباطل والعقد الفاسد منهي عنه شرعاً . والعقد المنهي عنه يكون حراماً ، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك أو ترتيب الالتزام . وذلك أن إبرام العاقد لعقد منهي عنه بعصيان لأمر الشارع ، فكيف يترتب أثر على أمر هو في نظر الشارع عصيان ! وإذا ورد نهى عن تصرف ، فذلك لا يكون إلا لبيان أن هذا التصرف قد خرج عن الشرعية ، وإذا أخرج الشارع تصرفاً عن الشرعية فليس ذلك إلا حكماً منه ببطلان هذا التصرف . وقد قال النبي عليه السلام : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » ، ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد . والتصرف

المنهى عنه وقوع لهذا التصرف على غير ما أمر به الشارع ، فيكون ردّاً أى مردوداً .
ومعنى رده ألا يكون له أثر ، وهذا هو معنى البطلان .

ثانياً : يستوى أن يرد النهى عن أصل العقد أو عن وصفه ، ففي الحالتين قد ورد النهى عن عقد إما أصلاً وإما على وصف معين ، والمنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل . ذلك أن العقد إذا اختل وصفه ، فبخله شرط فاسد مثلاً ، لم يجوز أن نعتد بهذا الشرط الفاسد وإلا لما كان هناك معنى للنهى عن الشرط الفاسد ، ولاختلط العقد الفاسد بالعقد الصحيح ، وهذا ممنوع . كذلك لا يجوز أن نسقط الشرط الفاسد ونبقى سائر العقد ، فإن العاقدين قد توافقا على العقد جملة واحدة ، ويكون إسقاط الشرط الفاسد مخالفاً لما اتفقا عليه ، مع أن أساس العقود التراضى ، وقد قال الله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ » ، وقال صلى الله عليه وسلم : « لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِيٍّ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِبِّ نَفْسِهِ » . فلم يبق إلا أن نسقط العقد والشرط معاً لنهى الشارع عن العقد المقترن بشرط فاسد ، فلا يتج العقد الفاسد أى أثر ، ويختلط بالعقد الباطل ويكونان من البطلان بمنزلة سواء . ومن ثم لا يجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

ما تحتج به الحنفية في التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

وتحتج الحنفية لوجوب التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد على النحو الآتى :

أولاً : إذا ورد النهى عن البيع ، فإن النهى إنما يكون في الحقيقة عن غير البيع لا عن عبئه . ذلك لأن شرعية أصل البيع ثابتة ، فالبيع سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة ، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بتوفير أسباب العيش من أكل وشرب وسكن ولباس إلا بثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة أى بالبيع والشراء . وحتى لو سلم جواز ورود النهى عن البيع في الجملة ، فإن حمل ورود النهى عن غير البيع أولى ، لأن في الحمل على البيع نسخ المشروعية وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز . ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل

على التناسخ ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام والكلام وسيلة ، والحمل على التناسخ من باب نسخ الحكم والحكم هو المقصود ، ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود .

فإذا ثبت أن النهي عن البيع إنما هو نهى عن غير البيع لا عن عينه ، بقي أصل البيع قائماً سليماً من الخلل ، فانهقد ، فيأتي من جهة النهي الفساد لا البطلان . من ثم يكون البيع الفاسد بيعاً منعقداً ، فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة . والدليل على أنه بيع أن البيع في عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم ، وقد وجد ، فكان بيعاً .

ثانياً : انعهقد الإجماع على أن البيع الخالي من الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك^١ . وذكر هذه الشروط في البيع لا يصح ، فالتحق ذكرها بالعدم . فالبيع مقترناً بهذه الشروط كالبيع خالياً عن الفساد ، وقد تقدم أن البيع الخالي عن الفساد مشروع ومفيد للملك بالإجماع .

ثالثاً : تجب التفرقة بين النهي الوارد على الأصل والنهي الوارد على الوصف . فالأول ينصب على ماهية العقد أي أركانه ، فلا يكون للعقد وجود في نظر الشرع لعدم تحقق ماهيته . ولكن إذا وجدت الأركان سالمة عن النهي ، فقد وجدت الماهية ، فانهقد العقد . فإن اقترن بوصف ملازم منهي عنه ، وجدت ماهية التصرف سليمة من الخلل ولحق الخلل الوصف ، فينعقد العقد ولا يسرى إليه النهي الوارد في الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته إياه . فيكون العقد منعقداً ، ولكن يجب فسخه ما دام هذا الوصف مقترناً به ، فإذا زال الوصف زال الخلل . يؤيد ذلك أن الماهية إذا كانت سالمة عن المفسدة وكان النهي في وصف خارج عنها ، ثم قلنا بسقوط العقد مطلقاً لسوينا بينه وبين العقد الذي لم تسلم ماهيته عن المفسدة ، أو قلنا بصحة العقد مطلقاً لسوينا بينه وبين العقد الذي سلمت ماهيته وسلم وصفه عن المفسدة ، فلا بد إذن من مرتبة وسطى بين مرتبة البطلان المطلق حيث اختل الأصل والوصف ، ومرتبة الصحة المطلقة حيث سلم الأصل والوصف ، وهذه هي مرتبة الفساد حيث سلم الأصل واختل الوصف .

رابعاً : إذا ورد النهي من الشارع لأمر خارج عن الأركان ، فالأركان سالمة

والتصرف موجود بوجودها بالرغم من قيام النهى عن الوصف . ويمكن التوفيق بين الوجود والنهى ، فالوجود قائم من حيث أن الأركان سالمة ، والنهى يمكن إعماله من حيث نسخ التصرف وجوب التخاص منه ، وهذا هو حكم العقد الفاسد .

والتوفيق بين الوجود والنهى غير ممكن إلا في المعاملات . أما العبادات فهي قربات خالصة ، والنهى عصيان ولا يتصور اجتماع نية القربة مع نية العصيان ؛ ولذلك لا تكون العبادات إلا صحيحة أو باطلة ، والفاسد منها يكون في حكم الباطل . ويلحق عقد الزواج بالعبادات ، فلا فارق بين فاسد الزواج وباطله حتى عند الحنفية ، ويرجع ذلك إلى ما في الزواج من الحل والحرمه ومعنى التقرب به إلى الله تعالى ، فالتحق بالعبادات (الأستاذ على الحنيف في أحكام المعاملات الشرعية ص ٢١٨ . وانظر أيضاً ما نقله الأستاذ محمد أبو زهرة عن حاشية الأزيمري في كتابه الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية فقرة ٢٢٩ ص ٣٦٣ وما قاله تعقياً على ذلك ص ٣٦٤ - وانظر الأستاذ محمد يوسف موسى في الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامى ص ٦٢٨ ص ٤٤٤) .

ولا شك في أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه ، والتميز تبعاً لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها . وسنكشف عن روعة هذه الصناعة عندما نتكلم في الآثار التي ترتب على العقد الفاسد . وقبل ذلك ننقل بعض النصوص الفقهية التي وردت في شأن التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، تأييداً وتفنيداً .

بعض النصوص الفقهية في العقد الباطل والعقد الفاسد :

جاء في التلويح للتفتازانى : « الفعل المتعلق بمقصود دنيوى إن وقع بحيث يوصل إليه فصحيح ، وإلا فإن كان عدم إيصاله إليه من جهة خلل في أركانه وشرائطه فباطل ، وإلا ففاسد . . . فعلى ما ذكرنا الصحة والبطلان والفساد معان متقابلة ، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله ووصفه . والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه . وهذا معنى قولهم الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه ، بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم .

والفاسد ما كان مشروعاً في نفسه ، فانت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بمحكم الحال ، مع تصور الانفصال في الجملة . والباطل ما كان فانت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة ، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم ، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون . وقد يطلق الفاسد على الباطل ، وعند الشافعي رحمه الله تعالى الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح (التلويح ٢ ص ١٢٣) .

وجاء في شرح الجلال على متن جمع الجوامع : « ويقابلها ، أي الصحة ، البطلان . فهو مخالفة الفعل ذي الوجهين وقوعاً الشرع . . . وهو . . . الفساد أيضاً ، فكل منهما مخالفة ما ذكر الشرع . خلافاً لأبي حنيفة في قوله مخالفة ما ذكر الشرع بأن كان منهيّاً عنه . إن كانت (المخالفة) لكون النهي عنه لأصله فهي البطلان . . . كما في بيع الملاقيح وهي ما في البطون من الأجنة لانعدام ركن من البيع أي المبيع ، أو لوصفه فهي الفساد . . . كما في بيع الدرهم بالدرهمين لاستعماله على الزيادة فيأثم به ويفيد بالقبض الملك الخيـث . . . فقد اعتد بالفاسد ، أما الباطل فلا يعتد به » (انظر حاشية البناني على شرح الجلال على متن جمع الجوامع جزء أول ص ١٠٥ - ١٠٧) .

وجاء في اللسوقي : « اعلم أن النهي عن الشيء إما لذاته كالدم والخنزير ، أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار ، أو لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله ، فإن كان النهي لواحد مما ذكر ، كان مقتضياً للفساد . وإن كان النهي عن الشيء الخارج عنه غير لازم ، كالصلاة في الدار المغصوبة ، فلا يقتضي الفساد » (اللسوقي على الشرح الكبير للرددير ٣ ص ٥٣) .

وجاء في الفروق للقرافي : « الفرق السبعون بين قاعدة اقتضاء 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 ، فإذا باع درهماً بدرهمين أوجب العقد درهماً من الدرهمين ويرد الدرهم الزائد ، وكذلك بقية الربويات . وبالغ قبالة أحمد بن حنبل في إلغاء هذا

الفرق ، حتى أبطل الصلاة بالثوب المغصوب والوضوء بالماء المسروق والذبح بالسكين المغصوبة ، وسوى فيه بين موارد النهى . وتوسط مالك والشافعى بين المذهبين ، فأوجبا الفساد فى بعض الفروع دون بعض . وأنا أذكر حجج الفريقين ، ثم أذيل ذلك بمسائل توضح الفرق - احتج أبو حنيفة رحمه الله بأن النهى إذا كان فى نفس الماهية ، كانت المفسدة فى نفس الماهية ، والمتضمن للمفسدة فاسد . فإن النهى إنما يعتمد المفسد كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح ، كالنهى عن بيع الخنزير والميتة وبيع السفينة ، وتحريره أن أركان العقد أربعة ، عوضان وعاقدان . ففى وجدت الأربعة من حيث الحملة سالمة عن النهى ، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعاً سالمة عن النهى ، فيكون النهى إنما تعلق بأمر خارج عنها . ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد علمت الماهية ، لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها . فإذا باع سفينة من سفينة خمرًا بخنزير ، فجميع الأركان معلومة ، فالماهية معلومة والنهى والفساد فى نفس الماهية . وإذا باع رشيد من رشيد ثوباً بخنزير ، فقد فقد ركن من الأربعة وهو أحد العوضين ، فتكون الماهية معلومة شرعاً . ولا فرق فى ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر . فإذا باع رشيد فضة بفضة ، فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهى الشرعى ، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين ، فالوصف متعلق بالنهى دون الماهية . فهذا هو تحرير كون النهى فى الماهية أو فى أمر خارج عنها . وخرج على ذلك جميع عقود الربا ، وجميع ما هو من هذا الضابط على ما ذكرته فى المثال . ففى وجدت الأركان كلها وأجزاء الماهية فالنهى فى الخارج ، ومتى كان النهى فى جزء من أجزاء الماهية أو فى جميع أجزائها فالنهى فى الماهية إذا تقرر هذا ، قال أبو حنيفة أصل الماهية سالم عن المفسدة ، والنهى إنما هو فى الخارج عنها . فلو قلنا بالفساد مطلقاً ، لسوينا بين الماهية المتضمنة الفساد وبين السالمة عن الفساد . ولو قلنا بالصحة مطلقاً ، لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد فى صفاتها وذلك غير جائز ، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد بخلاف القواعد : فتعين حيثئذ أن يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف . فنقول أصل الماهية سالم النهى ، والأصل فى تصرفات المسلمين وعقودهم

الصحة حتى يرد نهى ، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة ، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهى . فيفسد الوصف دون الأصل ، وهو المطلوب ، وهو فقه حسن - واحتج أحمد بن حنبل رضي الله عنه بأن النهى يعتمد المفسد ، ومتى ورد نهى أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملته ، فإن ذلك العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف . أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان ، فيبقى على الأصل غير معقود عليه ، فيرد من يد قابضة بغير عقد » (الفروق ٢ ص ٨٢ - ص ٨٤) . وجاء في حاشية الفروق تعقيباً على ما تقدم : « قلت لقائل أن يقول ليس الأمر كذلك ، فإن الوصف إذا نهى عنه سرى النهى إلى الموصوف ، لأن الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف . فيؤول الأمر إلى أن النهى يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف ، فتكون الماهية على ضربين : عار عن ذلك الوصف فلا يتسلط النهى عليه ، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهى عليه » (الفروق ، ص ٨٤) .

وجاء في البدائع : « وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد . قالبيع عنده قسمان ، جائز وباطل لا ثالث لهما ، والفاسد والباطل سواء . وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل . وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات إن الفرض والواجب سواء ، وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه . وجه قوله أن هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك ، قياساً على بيع الخمر والتحذير والميتة والدم . ودلالة الوصف ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين » . وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط . وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعته إلى مكة أنهم عن أربع : « عن بيع ما لم يقبضوا ، وعن ربح ما لم يضموا : وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف » : وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء ، ونحو ذلك والمنهى عنه يكون حراماً ، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك ، لأن الملك نعمة ، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة . ولهذا بطل بيع الخمر والتحذير والميتة والدم ، فكذا هذا . ولنا أن هذا بيع مشروع ، فيفيد الملك في الجملة ، استدلالاً بسائر البياعات المشروعة . والدليل

على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال . . . وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم ، وقد وجد فكان بيعاً . والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع ، من نحو قوله تعالى عز وجل : وأحل الله البيع ، وقوله عز شأنه : يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً ، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل . ولنا الاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً ، وهو أننا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك ، وقران هذه الشروط بالبيع ذكرنا لم يصح ، فالتحق ذكرها بالعدم ، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء . وإذا ألحق بالعدم شرط في نفس البيع ، كان كالبيع خالياً عن المفسد ، والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع . وهذا استدلال قوي . وأما النهي ، فالجواب عن التعلق به أن هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة . أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى ، وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة ، وأنه سبب بقاء العالم إلى حين . إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكن واللباس ، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة ، وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة ، وهو البيع . ولا يجوز ورود الشرع بالنهي عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل ، لأنه يؤدي إلى التناقض . ولهذا لم يجرز النهي عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات ، لثبوت حسنها بالعقل . فيحمل النهي المضاف إلى البيع على غيره ضرورة . والثاني إن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة ، لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين . أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان . والثاني أن في الحمل على البيع نسخ المشروع وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز . ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التماسخ ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام ، ونسخ المشروعية نسخ الحكم ، والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ، ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود . والله عز وجل أعلم ، (البدائع ٥ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ - انظر أيضاً : فتح القدير ٥ ص ٢٢٧ -

ص ٢٢٩ - البحر الرائق لابن نجيم ٦ ص ٩١ - الأشباه والنظائر لابن نجيم
ص ١٨٥ - الزيلعي ٤ ص ٦٢ - ص ٦٤ .

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على العقد الفاسد

مسائل ثلاث :

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً قبل القبض ، أما بعد القبض فقد ينتج بعض الآثار . والفساد المترتب على الإكراه يختلف في بعض أحكامه عن الفساد المترتب على غير الإكراه .

فيجتمع لنا مسائل ثلاث : (١) العقد الفاسد قبل القبض (٢) العقد الفاسد بعد القبض : (٣) خصوصية الفساد المترتب على الإكراه .

§ ١ - العقد الفاسد قبل القبض

الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً :

العقد الفاسد ليس عقداً صحيحاً ، لأنه عقد منهي عنه كما قدمنا ، فالأصل فيه أنه لا ينتج أثراً ، ومن ثم لا تلحقه الإجازة . ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه . ولا تثبت فيه الشفعة^(١) .

(١) حتى بعد القبض وانتقال الملكية إلى المشتري ، لأن حق البائع لم ينقطع ، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٣٠٤) : « ولو كان المشتري داراً ، لا يثبت الشفع فيها حق الشفعة ، وإن كان يفيد الملك للمشتري . لأن حق البائع لم ينقطع ، والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري . ألا ترى أن من أقر ببيع داره من فلان وفلان ينكر 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 . ولو بيعت دار بجانب الدار المشتراة شراء فاسداً تثبت الشفعة لأن هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع ، فيثبت حق الشفعة » .

ولا ينتقل به الملك قبل القبض ، فلا يصبح المشتري بعقد فاسد مالكا للمبيع .
ولا يجوز للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن ، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع
على تسليم البيع ، لأن كلا من البائع والمشتري يملك فسخ البيع كما سئرى .

ولكن العقد الفاسد منعقد :

على أن العقد الفاسد ، إذا لم يكن عقداً صحيحاً ، فهو مع ذلك منعقد ، وله
وجود شرعى لا وجود مادى فحسب . فهو عقد قائم ، ولكن يجوز فسخه من كل من
العاقدين . على أن هذا الفسخ دليل على أن العقد له وجود شرعى ، ولولا هذا الوجود
لم تكن هناك حاجة إلى الفسخ .

فالعقد الفاسد له إذن وجود شرعى ، ولكنه وجود مهدد بالزوال فى كل وقت .

وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفسد :

وإذا كان العقد الفاسد قائماً منعقداً كما قدمنا ، إلا أنه عقد فى أدنى مراتبه
من القوة والنفاذ ، إذ هو عقد واجب الفسخ . ذلك أنه ، وإن كان سليماً فى
أصله ، محتل فى وصفه . فالفساد مقترن به ذكراً ، ودفع الفساد واجب ، ولا يمكن
ألا يفسخ العقد . وفعله معصية ، فعلى العاقد التوبة منه بفسخه (البحر ٦ ص ٩١) .
فيجوز إذن ، بل يجب على كل من العاقدين ، فسخه . وحتى لو انتقل الملك
بالقبض كما سئرى ، فإن الملك بعقد فاسد إذا أصر عليه العاقدان ولم يفسخ أيهما
يصبح ملكاً عجيباً . فهو لا يميز الانتفاع بالمملوك ، وهو مع ذلك ملك قائم ،
لا ينتفع به البائع كما لا ينتفع به المشتري . ومن ثم جاز للقاضى فسخه جبراً على
العاقدين ، بناء على طلب كل ذى مصلحة ، بل وبدون طلب ، فإن للقاضى
من تلقاء نفسه أن يفسخ العقد الفاسد إذا علم به . جاء فى البحر : « قال فى البزازية
وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً ، وعلم به القاضى ، فله فسخه
حقاً للشرع . فبأى طريق رده المشتري إلى البائع صار تاركاً للمبيع ، وبرئ من ضمانه
(البحر ٦ ص ٩٥) .

وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ ، فإنه يستحقه لغيره لا لعينه ، حتى

لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد لا يفسخ وينقأب صحيحاً . مثل ذلك أن يكون الفساد بلهالة الأجل ، فإما أن يعينه العاقدان قبل انقضاء مجلس العقد أى قبل أن يتمكن الفساد ، وإما أن يسقطاه أصلاً بعد انقضاء مجلس العقد وتمكن الفساد ، فيزول المفسد في الحالتين ، وينقلب العقد صحيحاً . كذلك يجوز تصحيح العقود الربوية بإزالة الربا عنها ، وتصحيح العقود المقرنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط^(١) . كذلك بيع ما في تسليمه ضرر ، إذا نزع البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع ، انقلب العقد صحيحاً وأجبر المشتري على الأخذ لأن المانع قد زال . هذا إذا كان التصحيح ممكناً ، كما هو الأمر في الأمثلة السابقة . أما إذا كان الفساد راجعاً إلى البطلان نفسه بأن كان الثمن مثلاً خمرأ أو خنزيراً ، فقد تمكن الفساد في صلب العقد ، ويبقى العقد فاسداً غير قابل للتصحيح ولو باتفاق العاقدين .

فإذا لم يزل المفسد أو كان لا يمكن زواله ، بى العقد فاسداً كما قلنا ووجب فسخه . ويملك كل من العاقدين أن يستقل بالفسخ . فإن كان العقد الفاسد بيعاً ، كان لكل من البائع والمشتري أن يفسخ العقد من غير رضاء الآخر ، ولا يحتاج الفسخ إلى قضاء القاضي . ويمكن أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أية عبارة في هذا المعنى ، فيفسخ العقد . وليس من الضروري أن يكون الفسخ بالقول ، فأى فعل يدل على نية الفسخ يكتفى ، كما لو استأجر المشتري المبيع من البائع أو باع البائع المبيع من مشتر آخر . وكل ما يشترط لصحة الفسخ - عند أبي حنيفة ومحمد - أن يكون بمحض من العاقد الآخر ، أما عند أبي يوسف فالفسخ جائز حتى في غيبة العاقد الآخر . والسبب في أن الفسخ يتم دون حاجة إلى قضاء به أن العقد الفاسد إنما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ، ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل ، فكان فسخاً في حق

(١) وهذا ضرب من انتقاص العقد ، فإن العقد الفاسد يكون من أصل ووصف ، والأصل صحيح مشروع والوصف باطل غير مشروع . فينتقص العقد ، بإسقاط الوصف الباطل واستبقاء الأصل الصحيح . إلا أن الانتقاص هنا قد لا يتم إلا باتفاق العاقدين ، أما الانتقاص في الفقه الغربي فيتم بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق .

الناس كافة ، فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضاء (البدائع ٥ ص ٣٠٠) .
 ولا يجوز لأى من العاقدین النزول عن حق الفسخ ، لأن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة كما قدمنا . فإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمناً ، فإنه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد ، ولا يعتد لا بإسقاطه حقه في الفسخ ولا بإجازته للعقد . ويقول الكاساني في هذا المعنى :
 « الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط ، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته ، لأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد ، وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً » (البدائع ٥ ص ٣٠١) .

وإذا مات أحد العاقدین ، كان لورثته حق الفسخ مكانه ، لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث . وإنما هو خلفه قائم مقامه . ويفسخ البائع في مواجهة ورثة المشتري ، كما يفسخ المشتري في مواجهة ورثة البائع .

٢ - العقد الفاسد بعد القبض

يجب أن يكون القبض بإذن العاقد :

وهنا ندخل في مرحلة ثانية للعقد الفاسد ، حيث يشتد ويقوى أثره . فإذا كان العقد الفاسد بيعاً مثلاً . فقد قدمنا أن المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع ، ولكن البائع يستطيع ، باختياره وإذنه ، أن يجعل المشتري يقبض المبيع قبضاً صحيحاً .

ويجب أن يكون القبض بإذن البائع . فلا يصح القبض بغير إذنه بأن ينهى المشتري عن القبض أو بأن يقبض المشتري المبيع بغير محضر منه ودون إذنه . فإن لم ينه ولا إذن له في القبض صريحاً ، فقبض المشتري المبيع بحضرة البائع فهناك رأى يذهب إلى أن قبض المشتري المبيع بحضرة البائع دون أن ينهيه عن القبض يكون إذناً دلالة فيعتد بالقبض والرأى المشهور أنه لا بد من الإذن الصريح . وإلا كان

القبض غير صحيح^(١) . ولا يشترط إذن البائع إذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد ولم يمنعه البائع من قبضه ، لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بمحضرة قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق (الخانية ٢ ص ١٦٩ - فتح القدير ٥ ص ٢٣٠ الزيلعي ٤ ص ٦١ - البحر ٩٢٦) .

يبقى العقد الفاسد بعد القبض قابلاً للفسخ :

ومتى تم قبض المبيع صحيحاً بإذن البائع ، فإن العقد الفاسد يقوى عما كان عليه قبل القبض ، فقد أكد العاقدان نيتهما في تنفيذه بالرغم من فسادده . على أن هذا التنفيذ لا يعتبر إجازة للعقد ، فقد قدمنا أن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة . ويبقى العقد قابلاً للفسخ .

ولكن هنا بعد القبض ، خلافاً لما بيناه قبل القبض ، يجب التمييز بين حالتين :
فإما أن يكون الفساد راجعاً إلى البطل ، وإما أن يكون راجعاً إلى غير البطل مما هو ليس في صلب العقد كشرط فاسد .
فإن كان راجعاً إلى البطل ، كالبيع بالنخمر وبالحزير ، كان لكل من العاقدين حق الفسخ ، كما كان ذلك لهما قبل القبض . « لأن الفساد الراجع إلى البطل - كما يقول الكاساني - فساد في صلب العقد . ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد ، لما أنه لا قوام للعقد لا بالبطلين . فكان الفساد قوياً ، فيؤثر

(١) ويقول الكاساني في هذا الصدد : « والثاني أن يكون القبض بإذن البائع . فإن قبض بنير إذنه أصلاً لا يثبت الملك ، بأن نهاء عن القبض أو قبض بغير محضرته من غير إذنه . فإن لم ينهه ولا إذن له في القبض صريحاً ، فقبضه بمحضرة البائع ، ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك ، وذكر الكرخي في الرواية المشهورة أنه لا يثبت . وجه رواية الزيادات أنه إذا قبض بمحضرة ولم ينهه ، كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة مع ما في العقد الثابت من دلالة الإذن بالقبض ، لأنه تسليط له على القبض فكانه دليل الإذن بالقبض . والإذن بالقبض قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة ، كما رأينا في الهبة إذا قبض الموهوب له بمحضرة الواهب ما لم ينهه صح قبضه وكذلك هنا . وجه الرواية المشهورة أن الإذن بالقبض لم يوجد نصاً ، ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا أن في القبض تقرير الفساد ، فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد ، فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة . وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض ، لوجود المانع من القبض على ما بينا . بخلاف الهبة ، لأن هناك لا مانع من القبض ، فأمكن إثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائماً ، وإنما شرط المجلس لأن القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط القبول » (البائع ٥ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥) .

في صلب العقد بسلب اللازم عنه ، فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعاً ،
(البدائع ٥ ص ٣٠٠) .

وإن كان راجعاً إلى شرط فاسد ، فهناك رأى يذهب إلى أن كلا من العاقلين
يملك حق الفسخ أيضاً كما في الحالة الأولى . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن صاحب
المنفعة في الشرط هو وحده الذي يملك الفسخ ، فإن أسقط شرطه زال سبب الفساد
وانقلب العقد صحيحاً ، ولا يملك الطرف الآخر حق فسخ العقد . ويقول الكاساني
في هذا الصدد : « إن كان بعد القبض ، فإن كان الفساد راجعاً إلى البذل ،
فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء ولو لم يكن راجعاً إلى البذل ، فقد ذكر
الإمام الأسيبجاني في شرحه مختصر الطحاوي أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط
لا لصاحبه ، ولم يحك خلافاً ، لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البذل لا يكون قوياً
لكونه محتملاً للحذف والإسقاط ، فيظهر في حق صاحب الشرط لا 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 منهما الفسخ ،
وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير . وجه قوله على
نحو ما ذكرنا أن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد وإسقاطه ،
فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه ، وهذا لا يجوز . وجه قولهما أن العقد في نفسه
غير لازم لما فيه من الفساد ، بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعاً للفساد . وقوله
المفسد ممكن الحذف فنعم ، لكنه إلى أن يحذف فهو قائم ، وقيامه يمنع لزوم العقد .
وبه تبين أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال لحق صاحب الشرط ، لأن إبطال
الحق قبل ثبوته محال » (البدائع ٥ ص ٣٠٠) .

ويتبين من ذلك أن العقد الفاسد الذي يرجع سبب فساده إلى اقترانه بشرط
فاسد عقد قابل للانتقاص بالمعنى المعروف في الفقه الغربي . فيستطيع صاحب
الشرط الفاسد أن يسقط الشرط ، فيجزئ العقد ، ويتمسك بالجزء الصحيح منه
ويطالب الآخر بتنفيذه ، دون أن يستطيع هذا الطرف الآخر أن يتمسك بفسخ
العقد بعد أن انتقص . والتزام الطرف الآخر بالعقد ليس إعمالاً للعقد الفاسد ولكنه
انتقاص لهذا العقد ، فالذي أنتج أثراً هو العقد الفاسد في مجموعه ، بل هو الشرط

الصحيح منه وقد أصبح عقداً مستقلاً بفضل هذا الانتقاص .
ويخلص مما قدمناه في حق العاقلين في فسخ العقد الفاسد أنه إذا كان الفساد في صلب العقد كان لكل من العاقلين فسخه قبل القبض وبعده ، أما إذا كان الفساد لشرط فاسد ، فقبل القبض يكون لكل من العاقلين فسخه إلا إذا زال المفسد بتراضيهما . وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة في الشرط على قول محمد ، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلكل من العاقلين حق الفسخ إلى أن يتزل صاحب الشرط عن شرطه . وقد جاء في فتح القدير : « إذا كان الفساد في صلب العقد . . . فيملك كل فسخه . . . وإن كان الفساد بشرط زائد ، كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو إلى أجل مجهول ، فكل واحد يملك فسخه قبل القبض ، وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل بالفسخ ، كالبائع في صورة الإقراض والمشتري في الأجل » ، (فتح القدير ٥ ص ٢٣١ ، انظر أيضاً الفتاوى الحانية ٢ ص ١٦٧) .

ولكن يثبت نوع من الملك بالقبض في العقد الفاسد :

على أن العقد الفاسد بعد القبض يثبت الملك في الجملة ، ولكنه ملك من نوع خاص . فهو ليس ملكاً مطلقاً كالملك الذي يفيد العقد الصحيح ، بل هو ملك يستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك . أما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك ، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالبحارية ، فلا يحل .
وهنا نرى تيارين متباينين بعض التباين في نصوص الفقه الحنفى ، فنرى النصوص ما يؤكد أن المشتري بعقد فاسد يملك العين بعد القبض كما يملك التصرف فيها ، ومن النصوص ما يبرز أن المشتري بعد القبض إنما يملك التصرف دون العين وأن الملك الذي ينتقل إليه بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع بعين المملوك .

جاء في البحر الرائق ، تأكيداً لأن المشتري يملك العين كما يملك التصرف ، ما يأتي : « وفي قوله ملك المبيع رد على من قال إنه يملك التصرف دون العين وهم مصادر الحق - رابع

العراقيون . وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه في كلام محمد ، وهو الصحيح المختار . فإنه قال إن المشتري خصم لمن يدعيه لأنه يملك رقبته ، كذا في جامع الفصولين ، بدليل أن المشتري إذا أعتقه بعد قبضه ضح وكان الولاء له ، ولو باعه كان الثمن له ، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشتري ، ولو أعتقه البائع لم يعتق ، ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع كما في الجوهرة ، فهذه كلها ثمرات الملك . وبدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا ردت الجارية عليه . ولولا خروجها عن ملكه لم يجب . وقوله إنه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما إذا كان البائع وصى يتم باع عبده فاسداً فأعتقه المشتري فإنه يصح ، ولو كان على وجه التسليط لم يصح ، كذا في جامع الفصولين . وأما ما استدلل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان طعاماً ، وعدم حل لبسه لو كان قميصاً ، وعدم حل وطئها لو كانت جارية واستبرأها ولو وطئها وجب العقر إذا فسخ ، وعد وجوب الشفعة لشفيعها ، فلا دليل فيه . لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك ، بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل ، والأخت رضاعاً إذا ملكها لا يحل له وطؤها . وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهي إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري بدليل أن من أقر ببيع داره وجحد المشتري وجبت الشفعة . هذا وقد ذكر العمادى في فصوله خلافاً في حرمة وطئها ، فقبل يكره ولا يحرم ، وقبل يحرم . وفيه إشارة أيضاً إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالبيع ، كما في القنية (البحر الرائق ٦ ص ٩٢ - ص ٩٣) .

وجاء في البدائع ، تأكيداً لأن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاقاً الانتفاع بعين المملوك ، ما يأتي : « لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث ، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع ، وفي الانتفاع به تقرر له ، وفيه تقرير الفساد » (البدائع ٥ ص ٣٠٤) .

ومهما يكن من أمر ، فإن الملك الذي ينتقل إلى المشتري بالقبض ، خبيثاً كان أو غير خبيث ، هو ملك من نوع خاص . فهو كما قلنا ، ملك مستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة ، ولا يفيد حل الانتفاع بعين المملوك . فقيم يفيد هذا الملك إذن ؟

يفيد في أمرين : (١) في تصرف المشتري في المبيع (٢) وعند تغير المبيع بالزيادة أو بالنقص أو في الصورة .

تصرف المشتري في المبيع المقبوض بعقد فاسد :

إذا باع المشتري المبيع المقبوض بعقد فاسد أو وهبه أو تصدق به ، بطل حق الفسخ ، وانتقل الملك للمشتري الثاني أو للموهوب له أو للمتصدق عليه . ولا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تحت يد أحد من هؤلاء ، كما كان يستطيع استرداده من المشتري . ولكنه لا يرجع على المشتري بالثمن المسمى بل يرجع بقيمة الشيء أو بمثله ^(١) . وهذا يدل على أننا نعمل العقد الفاسد هنا لا كتصرف شرعي وإلا لوجب الثمن المسمى ، ولكن كواقعة مادية جعل لها الشرع هذا الأثر .

ويعمل الفقهاء نفاذ تصرف المشتري للغير في حق البائع بأن المشتري قد انتقل إليه بالعقد الفاسد ملكية تفيد التصرف في المملوك دون الانتفاع بعينه كما سبق القول ، ولا يجوز للبائع نقض تصرف المشتري لأنه حصل عن تسليط منه . ويقول الكاساني : « إذا باع المشتري (أى العين المبيعة بيعاً فاسداً) أو وهبه أو تصدق به ، بطل حق الفسخ ، وعلى المشتري القيمة أو المثل ، لأنه تصرف في محل مملوك له ، فنفذ تصرفه . ولا سبيل للبائع إلى نقضه ، لأنه حصل عن تسليط منه . ويطيب للمشتري الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح ، بخلاف المشتري الأول فإنه لا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد . . . وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد

(١) جاء في البدائع : « الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح . لأن القيمة هي الموجب الأصل في البياعات لأنها مثل المبيع في المالة ، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية فإذا لم تصح وجب المصير إلى المرجب الأصل . خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى ، لأن النسبة إذا لم تصح لم يثبت المسمى . فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن ، ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع ، لأن البيع مبادلة بالمال ، فإذا لم يذكر البديل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة ، فكان مبيعاً بقيمة المبيع أو بمثله إذا كان من قبيل الأمثال » (البدائع • ص ٣٠٤) .

والأول في رأينا أن يقال إنه لما انتقلت ملكية المبيع إل من تصرف له المشتري ، صار المشتري عاجزاً عن رد المبيع إلى البائع كما لو كان المبيع قد هلك ، فوجب عليه الضمان ، والضمان يكون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى .

على البائع لحصول البيع من المشتري بتسليطه والله عز وجل أعلم . ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض ، وعاد حكم الملك الأول ، عاد حق الفسخ ، لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض ، فكان دفعاً للعقد من الأصل وجعلاً له كأن لم يكن . ولو اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب مبتدأ ، لا يعود الفسخ ، لأن الملك اختلف لاختلاف السبب ، فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين .. وكذلك لو كاتبه ، لأن الكتابة قد صحت لوجودها في الملك ، ولا سبيل للبائع إلى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط البائع ، فلا يكون له حق النقض عليه ، وعلى المشتري قيمة العبد . فإن أدى بدل الكتابة وعق ، تقرر على المشتري ضمان القيمة . وإن عجز ورد في الرق قبل القضاء بالقيمة ، فقد زال العارض والتحق بالعدم كأنه لم يكن ، فعاد مستحق الرد على المشتري كما كان . وإن كان بعد ما قضى عليه بالقيمة ، لا سبيل للبائع على العبد . لأنه بالقضاء بالقيمة تقرر ملك المشتري في العبد ، ولزم من وقت وجوده ، فيعود إليه لازماً ، والملك اللازم لا يحتمل الفسخ ، والله عز وجل أعلم . وكذلك لو رهنه المشتري ، بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ، ولو افتكه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة . ولو أجره صحت الإجارة لما قلنا ، ولكن لا يبطل حق الفسخ ، لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً إلا أنها تفسخ بالمعذر ، ولا عذر أقوى من رفع الفساد ، فتفسخ به . وسلمت الأجرة للمشتري ، لأن المنافع على أصل أصحابنا لا تنقوم إلا بالعقد ، والعقد وجد من المشتري فكانت الأجرة له . وهل تطيب له ؟ ينظر ، إن كان قد أدى ضمان القيمة ثم أجر ، طابت الأجرة له لأن الضمان بدل المضمون قائم مقامه ، فكانت الأجرة ربيع ما قد ضمن ، وإن أجر ثم أدى الضمان ، لا تطيب له ، لأنها ربيع ما لم يضمن . ولو أوصى به ، صحت الوصية لما قلنا . ثم إن كان الموصى حياً بعد . فللبائع حق الاسترداد ، لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصى بل نحتمل . وإن مات ، بطل حقه ، لأن الثابت للموصى له ملك جديد ، بخلاف الثابت للوارث (البدائع ٥ ص ٣٠١ - ص ٣٠٢) . وجاء في البحر الرائق لابن نجيم : « لو باعه فاسداً ، فإنه لا يمنع النقض ، وأطلقه فشمّل ما إذا قبضه المشتري الثاني أولاً . . . ويستثنى من لزومه بالبيع مسألتان : الأولى لو باعه لبائعه ، فقدمنا أنه

يكون ردّاً وفسخاً للبيع . والثانية لو كان فاسداً بالإكراه ، فإن تصرفات المشتري كلها تنقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، كذا في البزازية . قيد بالبيع الفاسد احترازاً عن الإجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين ، قيل ليس للمستأجر فاسداً أن يؤجره من غيره إجارة صحيحة استدلالاً بما ذكر إلى آخره ، وقيل يملكها بعد قبضه كمشتري فاسداً له البيع جائز وهو الصحيح ، إلا أن للمؤجر الأول نقض الثانية لأنها تنسخ بالأعذار ، (البحر ٦ ص ٩٥) .

ونرى من ذلك أن التصرف الذي يبطل حق الفسخ هو تصرف لازم غير قابل للفسخ ولم يفسخ بالفعل . فإذا كان التصرف غير لازم كالبيع الفاسد ، أو كان قابلاً للفسخ كالإجارة تفسخ بالعذر ، أو انفسخ بالفعل بخيار رؤية أو شرط أو عيب ، بقي حق الفسخ . وإذا نقص التصرف ، كالمكاتب يعجز عن تأدية بدل الكتابة فيعود إلى الرق ، وكالرهن يفتك فتعود العين خالية من حق المرهن ، عاد حق الفسخ لكل من العاقلين إذا لم يكن المشتري قد قضى عليه بالقيمة ، وإلا كان ملكه لازماً وبطل حق الفسخ . أما إذا استقر التصرف الصادر من المشتري ، فقد بطل حق الفسخ ، حتى لو عادت العين إليه بسبب مبتدأ ، كأن اشتراها ممن باعها منه أو ورث هذا المشتري أو نحو ذلك . وهذا بخلاف ما إذا كان تصرف المشتري قد صدر للبائع نفسه فإن العين تكون قد ردت على البائع ، ويعتبر هذا الرد فسخاً للبيع الفاسد . فلو باع المشتري العين للبائع أو وهبها إياه أو تصدق بها عليه أو أعارها له أو أودعها عنده ، كان هذا فسخاً للبيع ، ويبرأ المشتري من ضمان القيمة أو المثل ، ولا يرجع على البائع بشئ أو نحوه (البدائع ٥ ص ٣٠٠) . ذلك أن الأصل في المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى ، اعتبر واصلاً بجهة الاستحقاق الأولى لو وصل إليه من المستحق عليه (البحر ٦ ص ٩٣) .

تغير المبيع المقبوض بعقد فاسد :

وقد يتغير المبيع وهو في يد المشتري بعد قبضه قبضاً صحيحاً على الوجه المتقدم الذكر ، ويكون التغير إما بالزيادة أو بالنقص أو في الصورة . وفي جميع هذه

الأحوال يعتبر المشتري في حكم الغاصب ، بالرغم من أن القبض قد تم بإذن البائع . وقد ينبغى هنا - كما كان ينبغى في البيع الباطل على ما قدمنا - أن تعتبر يد المشتري يد أمانة إذا لم نعتد بالعقد الفاسد . ولكن القبض بإذن البائع ، وهو واقعة مادية ، إذا اقترن بواقعة مادية أخرى وهى البيع الفاسد ، يجعل يد المشتري يد ضمان لا يد أمانة ، إذ يجعل التسليم لتحقيق مصلحة للمشتري ، ويكون هذا قابضاً للعين كمالك ، ومن ثم يكون ضامناً للهلاك والنقص وللزيادة ، شأنه في ذلك شأن الغاصب . إلا أن المشتري بعقد فاسد قد قبض المبيع بإذن البائع وبتسليط منه ، أما الغاصب فقد أخذ العين بغير إذن المالك ودون تسليط منه ، فكانت يد المشتري يد ضمان بسبب اقتران القبض بالبيع الفاسد ، وكانت يد الغاصب يد ضمان بسبب الغصب ذاته . وستظهر فروق قليلة بين المشتري والغاصب ترجع إلى اختلاف الأساس الذى بنى عليه ضمان المشتري عن الأساس الذى بنى عليه ضمان الغاصب . ونستعرض الآن الأحكام التفصيلية لتغير المبيع في يد المشتري .

أولاً : فإذا تغير المبيع بالزيادة : (أ) فإن كانت الزيادة متولدة من الأصل - متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والثمرة - فلانها لا تمنع الفسخ ، وللبائع أن يسترد الأصل والزيادة ، لأن الزيادة تابعة للأصل ومتولدة عنه ، والأصل مضمون الرد فكذلك التبعية ، كما في الغصب . ولو هلكت الزيادة دون تعد ، فلا ضمان على المشتري ، لأن القبض وهو سبب الضمان لم يشملها فهى في يده أمانة . ولو استهلك المشتري الزيادة ، ضمن . ولو هلك المبيع والزيادة قائمة ، فللبائع أن يسترد الزيادة ويضمن المشتري قيمة المبيع وقت القبض ، لأنهما كانا مضمونى الرد ، إلا أنه تعذر استرداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة ، وبقيت الزيادة على حالها مضمونة الرد كما كانت . (ب) وإذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل وجب التمييز : (١) فإن كانت متصلة بالمبيع ، كما إذا كان المبيع سويقاً فله المشتري بعسل أو سمن فلانها تمنع الفسخ . ويرجع البائع بقيمة المبيع أو مثله ، لأنه لو فسخ ، إما أن يفسخ على الأصل وحده ولا سبيل إلى ذلك لتعذر الفصل ، وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعاً ولا سبيل إلى ذلك أيضاً لأن الزيادة لم تلخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تلخل تحت الفسخ . (٢) وإن كانت

الزيادة منفصلة عن المبيع ، كما إذا كان المبيع رقيقاً وكسب مالا من عمل أو هبة أو صدقة أو غير ذلك ، فإنها لا تمنع الفسخ : وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة ، لأن الأصل مضمون الرد وبالرد يفسخ العقد من الأصل ، فتبين أن الزيادة حصلت على ملكه . ولو هلكت الزيادة دون تعد ، فلا ضمان على المشتري كما في الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع . وإن استهلكها المشتري ضمن عند صاحبه كما في الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع ، ولم يضمن عند أبي حنيفة لأنه ملك الزيادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل . ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة في يد المشتري ، تقرر عليه قيمة المبيع والزيادة له ، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع ، لأن المشتري لم يرد المبيع حتى يرد معه الزيادة بل رد القيمة ، وقد ملك الزيادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل ، وهذا كما في الغصب (انظر في كل ذلك البدائع ٥ ص ٣٠٢ - ٢٠٣) .

ثانياً : وإذا تغير المبيع بالنقص : (ا) فإن كان النقصان بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ، فإنه لا يمنع الاسترداد ، وللبائع أن يأخذ المبيع مع أرش النقصان ، لأن المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب على ما قلنا ، والقبض ورد عليه بجميع أجزائه وأوصافه فصار مضموناً في جميع الأجزاء والأوصاف . (ب) وإن كان النقصان بفعل البائع فلا شيء على المشتري ، لأن البائع صار مسترداً بفعله . حتى أنه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه حبس على البائع ، يهلك على البائع . وإن وجد منه حبس ثم هلك ينظر : إن هلك من « راية جنابة » البائع فعلى المشتري ضمانه ولكن يطرح منه حصة النقصان بالجنابة لأنه استرد ذلك القدر بجنابته . (ح) وإن كان النقصان بفعل أجنبي فالبائع بالخيار : إن شاء أخذ الأرض (قيمة النقصان) من المشتري والمشتري يرجع به على الجاني ، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري ، كما في الغصب ، لأنه لما أخذ قيمة النقصان من المشتري ، فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه ، فتبين أن الجنابة حصلت على ملك مقرر له ، فيرجع عليه . والأجنبي لم يملك ، فلا يرجع .

وكالنقصان الهلاك الكلي : فلو هلك المبيع في يد المشتري كان الهلاك عليه ، وضمن للبائع القيمة أو المثل . وإذا كان المشتري قد قبض البيع بإذن البائع فإن

هذا القبض قد اقترن بواقعة مادية أخرى هي البيع الفاسد ، فصارت يده ضمان ، كما تقدم القول .

ويضمن المشتري قيمة المبيع يوم القبض ، لأنه إنما دخل في ضمانه بالقبض . وقال محمد عليه قيمته يوم الهلاك : لأن الهلاك هو الذي تقرر به الضمان (فتح القدير ٥ ص ٢٣١ - الزيلعي ٤ ص ٦٢ - البحر ٦ ص ٩٣) . وحق البائع إنما هو في المبيع لا في القيمة ، وإنما ينتقل حقه إلى القيمة عند الهلاك ، فإذا أبرأ المشتري عن القيمة قبل الهلاك ، فقد أبرأه قبل الوجوب ، فلا يصح (الفتاوى الحانية ص ١٦٨) .

ثالثاً - وإذا تغيرت صورة المبيع : كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه ، بطل حق الفسخ ، وتقررت عليه قيمته يوم القبض . « والأصل في هذا - كما يقول الكاساني - أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنفاً أو أحدثه الغاصب في المفضوب يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ، ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل . كما إذا كان المبيع قطعاً فغزله ، أو غزلاً فنسجه ، أو حنطة فطحنها ، أو سمماً أو عنباً ففصره ، أو ساحة فبنى عليها ، أو شاة فذببحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك . وإنما كان كذلك لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ، ألا ترى أن كلاهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه ، فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق الفسخ للبائع هنا . ولو كان المبيع أرضاً فبنى عليها ، بطل حق الفسخ عند أبي حنيفة وعلى المشتري ضمان قيمتها وقت القبض ، وعندهما لا يبطل وينقض البناء ، وجه قولهما أن هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا هنا ، لأن البناء ينقض بحق الشفيع بالإجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضاء ، والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا ، فلما أنقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى . وجه قول أبي حنيفة أنه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو إما أن يسترده بدون البناء أو مع 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 ونحو ذلك ، بخلاف الغصب والشفعة لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا

لا يمنعان نقض البيع والهبة، (البدائع ٥ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤) - وانظر أيضاً فتح القدير ٥ ص ٢٣٥ - ٣٣٦ - البحر ٦ ص ٩٦). وفي هذه الجزئية الأخيرة - البناء على الأرض - نجد حكم العقد الفاسد يختلف عن حكم الغصب عند أبي حنيفة. ففي الغصب لا يمنع البناء على الأرض المالك من استرداد أرضه مع نقض البناء. أما في العقد الفاسد، ففي رأي أبي حنيفة - دون الصاحبين - أن نعتد بالبيع الفاسد مقترناً بالقبض بإذن المالك، ونستخلص من هاتين الواقعتين معاً تسليط البائع للمشتري في البناء على الأرض المبيعة بعقد فاسد، فيسقط البناء حتى الفسخ، وعلى المشتري ضمان قيمة الأرض وقت القبض^(١).

تأصيل المصدر الذي ترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض :

رأينا أن العقد الفاسد، بعد القبض الصحيح بإذن العاقد، ترتب عليه آثار معينة، فإذا كان العقد الفاسد بيعاً، وقبض المشتري المبيع قبضاً صحيحاً بإذن البائع، انتقلت إليه ملكية تفيد انطلاق التصرف ولا تفيد الانتفاع بعين المملوك. فهذه

(١) هذا وقد قلنا أن المذاهب الثلاثة الأخرى لا فرق عندها بين البيع الباطل، والبيع الفاسد، فالبيع الفاسد حكمه حكم البيع الباطل في تصرف المشتري في المبيع المقبوض وفي تغير المبيع وهو في يد المشتري بالزيادة أو بالنقصان أو في الصورة. انظر في مذهب الشافعي شرح البهجة لتركيب الأنصاري ٢ ص ٢٣٥ - وفي مذهب أحمد بن حنبل المفتي (طبعة ثالثة) ٤ ص ٢٣١ - ص ٢٣٢. أما عند مالك فتصرف المشتري في المبيع المقبوض وتغير المبيع وهو في يد المشتري يمنعان الفسخ في البيع الباطل والبيع الفاسد معاً، فكان الباطل كالفساد لا الفساد كالباطل. ثم يميز في البيع الفاسد «ومعه البيع الباطل» بين المحرم والمكروه، فالمحرم إذا فات مضي بالقيمة، أما المكروه فإنه إذا فات انقلب صحيحاً، وربما انقلب صحيحاً بالقبض أيضاً لحفة الكراهة. قال ابن رشد في بداية المجتهد: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بأحداث عقد فيها أو نجا نقصان أو حوالة سرق أن حكمها الرد، أعني أن يرد البائع الثمن المشتري المضمون، واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات، هل ذلك فوت يوجب الفسخ؟ وكذلك إذا نمت أو نقصت؟ فقال الشافعي: ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد، وأن الواجب الرد. وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة. ومثل ذلك أبو حنيفة.

والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة ومكروهة. فأما المحرمة فإنها إذا فاتت، مفسدة بالقيمة. وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنه بعض البيوع الفاسدة بالقبض لحفة الكراهة عنده في ذلك «بداية المجتهد طبعة الخانجي ٢ ص ١٦١».

الملكية لا يظهر أثرها إذن إلا عندما يتصرف المشتري في المبيع للغير ، وإلا عندما يتغير المبيع .

والتأمل في كل هذه الأحكام يستطیع أن يستخلص النتائج الآتية :

أولاً : العقد الفاسد ذاته - كتصرف شرعی لا كواقعة مادية - لا ينتج أثراً ، فهو والعقد الباطل في هذا سواء . وإذا كان العقد الفاسد ، على خلاف العقد الباطل ، له وجود قانوني لأنه قد انعقد ، فإن هذا وجود على خطر الزوال ، إذ العقد الفاسد كتصرف شرعی مستحق الفسخ ، ويستطیع كل من العاقدین أن يفسخه قبل القبض وبعده دون حاجة إلى رضا العاقد الآخر ودون حاجة إلى حكم القضاء^(١) .

ثانياً : ولكن لما كان العقد الفاسد قد يرجع فساده إلى وجود شرط فاسد ، فبفضل انتقاص العقد وإسقاط الشرط ، أي بإزالة المفسد ، ينتج العقد الفاسد أثره كتصرف شرعی لا كواقعة مادية . ولكن الذي أنتج الأثر هنا كتصرف شرعی ليس هو العقد الفاسد في مجموعه ، بل هو العقد الصحيح الذي استخلص من العقد الفاسد بعد انتقاصه .

ثالثاً : على أن العقد الفاسد له وجود فعلي كواقعة مادية ، وهو بهذا الاعتبار ينتج آثاراً قانونية . من هذه الآثار أثر يتمشى مع طبيعة الواقعة المادية ويتفق فيه العقد الفاسد مع العقد الباطل ، وهذا الأثر هو انتقال الضمان إلى المشتري . ذلك أن العقد الفاسد ، كالعقد الباطل ، إذا اقترن بالقبض وكان القبض بإذن البائع ، جعل المشتري يقبض المبيع لتحقيق مصلحته يتصرف فيه تصرف المالك ، فتصبح يده يد ضمان لا يد أمانة ، فإذا هلك المبيع في يده ضمن القيمة أو المثل .

(١) وهذا لا يمنع من أن يتضمن العقد الفاسد تصرفاً شرعياً آخر ينتج أثره ، ولا يكون هذا تحولاً للعقد الفاسد ، فإن التصرف الشرعی الآخر يقوم على إرادة حقيقية لا على إرادة احتمالية . جاء في البحر الرائق : « وفي البزازية باع منه صحيحاً ثم باعه فاسداً منه ، انفسخ الأول ، لأن الثاني لو كان صحيحاً ينفسخ الأول به ، فكذا لو كان فاسداً لأنه يلحق بالصحيح في الكثير من الأحكام . وكذا لو باع المزجر المتأجر من المتأجر فاسداً ، تنفسخ الإجارة كما إذا باعه صحيحاً » (البحر ٦ ص ٩٤) . وانفساخ البيع ، الصحيح أو الإجارة الصحيحة بالبيع الفاسد إنما يأتي عن طريق أن البيع الفاسد يتضمن اتفاقاً آخر بين البائع والمشتري على العود عن العقد السابق - البيع الصحيح أو الإجارة الصحيحة - فيتضمن البيع الفاسد فسخاً بالتراضي لهذا العقد السابق . وسنعود إلى هذه المسألة في مكان آخر .

رابعاً : ثم بعد ذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، في وجوده الفعلي كواقعة مادية ، في أنه ينتج أثراً لا تقتضيه طبيعة هذا الوجود الفعلي كواقعة مادية . بل إن الشرع هو الذي تولى ترتيب هذا الأثر على العقد الفاسد لمصلحة قصد إلى تحقيقها . وهذه المصلحة هي حماية الغير الذي يتصرف له المشتري . فحتى يكفل الشرع حماية هذا الغير من أن يسترد البائع المبيع من تحت يده باستعماله حق الفسخ - وليست هناك وسيلة للشهر تنبه الغير إلى فساد العقد مع كثرة أسباب الفساد وتنوعها - لجأ الفقه الحنفي إلى ضرب من الصناعة الفقهية يستوقف النظر . فتصور ملكية تنتقل إلى المشتري بالبائع الفاسد ، لا لغرض أن يستفع المشتري بعين المملوك كما يفعل المالك عادة ، بل ليصحح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير ، فيمنع البائع من حق الفسخ ، ويجعل الغير الذي تصرف له المشتري تنتقل إليه ملكية صحيحة بفضل هذه الملكية التي صورتها الصناعة الفقهية منتقلة إلى المشتري . فالمشتري إذا تصرف إلى الغير ، اعتبر مالكا لكي يستطيع أن يملك الغير . ولكن إذا كانت الملكية التي انتقلت إلى الغير مصدرها عقد البيع الصحيح الذي صدر للغير من المشتري ، فإن ملكية المشتري ليس مصدرها عقد البيع الفاسد باعتباره تصرفاً شرعياً ، فقد قلنا أن البيع الفاسد باعتباره تصرفاً شرعياً لا ينتج أثراً . ولكن الذي نقل الملكية إلى المشتري هو البيع الفاسد المقترن بالقبض بإذن البائع باعتبارهما معاً واقعة مادية . وهذه الواقعة المادية لا تقتضي حتماً ، بالنظر إلى طبيعتها ، نقل الملكية إلى المشتري . ولكن الشرع رتب عليها هذا الأثر لأنها تتضمن تسليطاً من البائع للمشتري على التصرف في الشيء المبيع . فجعلها تنقل الملكية ، حماية للغير كما قلنا ، حتى لا يفسخ البائع البيع الفاسد ويسترد العين من يد الغير . ولو كان البيع الفاسد هو الذي نقل الملكية إلى المشتري باعتباره تصرفاً شرعياً ، لنقلها بالثمن المسمى فيه ، ولكنه نقلها بالقيمة أو بالمثل . فهذا دليل على أنه نقلها لا باعتباره تصرفاً شرعياً ، بل باعتباره واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص حماية لحق الغير . ولم يعتد الشرع في ترتيبه هذا الأثر بالثمن المسمى لفساد العقد ، وجعل الملكية تنتقل في مقابلها الطبيعي وهو القيمة أو المثل^(١) .

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ شفيق شحانة في النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية

خامساً : ويتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل أخيراً ، في وجوبه الفعلي كواقعة مادية ، في أنه ينتج أثراً آخر لا تقتضيه هو أيضاً طبيعة هذا الوجود الفعلي كواقعة مادية ، والسرع هو الذي تولي ترتيب هذا الأثر لمصلحة قصد إلى تحقيقها . وهذه المصلحة هنا هي حماية المشتري نفسه ، لا حماية الغير كما هو الأمر في الأثر السابق . يحمي الشرع المشتري إذا زاد المبيع في يده بعد قبضه قبضاً صحيحاً بإذن البائع ، زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به ، فيمنع البائع من حق الفسخ . كذلك يحمي الشرع المشتري إذا غير من صورة المبيع تغييراً يخرج به عن حاله الأولى ، فقد كان مسلطاً على ذلك من البائع إذ قبض المبيع بإذنه ، فاعتد الشرع بذلك ومنع البائع من حق الفسخ . ففي هاتين الحالتين تثبت ملكية المشتري وتستقر بعد أن كانت مزعومة مهددة بالفسخ ، وتصير ملكية باتة . وقد انتقلت هذه الملكية الباتة إلى المشتري بالعقد الفاسد ، ولكن لا باعتباره تصرفاً شرعياً فهو كتصرف شرعي لا ينتج أثراً كما قدمنا ، بل باعتباره واقعة مادية اقترنت بها واقعتان ماديتان أخريان ، القبض الصحيح وتغير صورة المبيع . فهذا في نظر الشرع كاف لتثبيت ملكية المشتري ، إذ البائع هو الذي سلطه على المبيع حتى غير صورته . وتنتقل الملكية إلى المشتري لا بالثمن المسمى إذ هي لم تنتقل بتصرف شرعي ، بل بالقيمة أو بالمثل كما في الحالة السابقة ، إذ أن الملكية قد انتقلت بواقعة مادية .

§ ٣ - خصوصية الفساد المترتب على الإكراه

اختلاف المذاهب في حكم بيع المكره :

قدمنا في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي أن الإكراه يختلف حكمه في المذاهب المختلفة ، وقد تدرج في هذه المذاهب على جميع المراتب من البطلان إلى عدم اللزوم .

فالإكراه يفسد التصرف عند أبي حنيفة وصاحبيه .

ويجعله موقوفاً عند زفر .

أما عند الشافعي فالإكراه يبطل التصرف ، لأن الباطل والفساد الموقوف

عنده سواء .

ومالك يتخفف ، فيجعل تصرف المكروه نافذاً غير لازم ، أسوة بالغلط والتدليس والغبن .

والحنابلة يبطلون تصرف المكروه ، وهذا هو المذهب عندهم . على أن هناك قولاً بأنه نافذ غير لازم^(١) .

وقد سبق أن أوردنا حجج كل فريق^(٢) فلا نعود إلى ذلك .

نصوص المذهب الحنفي في فساد بيع المكروه :

ونقتصر هنا على رأي أبي حنيفة وصاحبيه ، وهم يقولون بفساد تصرف المكروه لئلين خصوصية هذا الفساد ، فهو في بعض أحكامه يختلف عن الفساد الذي تقدم بيانه .

يقول الكاساني في بيان حكم تصرف البائع المكروه على البيع والتسليم معاً ما يأتي :
« فإما إذا كان مكروهاً عليهما جميعاً ، فباع مكروهاً وسلم مكروهاً ، كان البيع فاسداً . . ويثبت الملك للمشتري لما قلنا ، حتى لو كان المشتري عبداً فأعتقه نفذ إعتاقه ، وعليه قيمة العبد . لأن بالإعتاق تعذر عليه الفسخ إذ الإعتاق مما لا يحتمل الفسخ ، فتقرر الهلاك ، فتقررت عليه القيمة ، فكان له أن يرجع بقيمة العبد عليه كالبائع . والمكروه بالخيار ، إن شاء رجع على المكروه بقيمته ثم المكروه يرجع على المشتري ، وإن شاء رجع على المشتري ، ولو أعتقه المشتري قبل القبض لا ينفذ إعتاقه ، لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والإعتاق لا ينفذ في غير الملك . فإن أجاز البائع البيع بعد الإعتاق ، نفذ البيع ولم ينفذ الإعتاق . وهذه المسألة من حيث الظاهر تدل على أن الملك يثبت بالإجازة ، فكانت الإجازة في حكم الإنشاء . ولكننا نقول إن الملك يثبت بالبيع السابق عند الإجازة بطريق الاستناد ، والمستند مقتصر من وجه ظاهر من وجه ، فجاز ألا يظهر في حق المعلق بل يقتصر . وللبائع خيار الفسخ والإجازة قبل القبض وبعده دفعا للفساد ، وأما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض ، لأنه لا حكم لهذا البيع قبل القبض . وليس له حق الفسخ

(١) جاء في الإنصاف للمرداوي « جزء ٤ ص ٢٦٥ » : « فإن كان أحدهما مكروهاً لم يصح هذا البيع . هذا الملعب بشرطه ، وعليه الأصحاب . وقال في الفائق : قلت ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الإكراه » .

(٢) انظر الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي .

بعد القبض ، لأنه طائع في الشراء فكان لازماً في جانبه . لكن إنما يملك البائع فسخ هذا العقد إذا كان يحتمل الفسخ ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاء لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة . وإن تصرف تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والكفالة ونحوها ، يملك الفسخ ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة فإن تصرف المشتري بإزالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ ، أى تصرف كان . ووجه الفرق أن حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك ، وهو كراهته وفوات رضاه وأنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتاً . وكذلك لو باعه المشتري الثاني حتى تداولته الأيدي ، له أن يفسخ العقود كلها لما ذكرنا . وكذا إنما يملك الإجازة إذا كان يحتمل الإجازة ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفاً لا يحتمل الفسخ لا تجوز إجازته ، حتى لا يجب الثمن على المشتري بل تجب عليه قيمة العبد ، لأن قيام المحل وقت الإجازة شرط لجواز الإجازة ، لأن الحكم يثبت في المحل ثم يستند ، والمالك لا يحتمل الإجازة ، والمحل بالإعتاق صار في حكم المالك وتقرر هلاكه لأنه لا يحتمل الفسخ ، فيتقرر على المشتري قيمته . وإن تصرف تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه ، يملك الإجازة وإن تداولته الأيدي ، وإذا أجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها ، ما بعد هذا العقد وما قبله أيضاً . بخلاف الغاصب إذا باع المغمصوب ثم باعه المشتري وهكذا حتى تداولته الأيدي وتوقفت العقود كلها ، فأجاز المالك واحداً منها ، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره . ولو لم يجز المالك شيئاً من العقود ولكنه ضمن واحداً منهم ، يجوز ما بعد عقده دون ما قبله . والفرق أن في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الإجازة ، فكانت الإجازة شرط النفاذ ، فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره . أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الإجازة لوقوعها نافذة قبل الإجازة ، إذ الفساد لا يمنع النفاذ ، فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل ، ومتى جاز الإكراه من الأصل ، جاز العقد الأول ، فتجوز العقود كلها ، فهو الفرق . وبخلاف ما إذا ضمن المغمصوب منه أحدهم ، لأنه ملك المغمصوب عند اختيار

أخذ الضمان منه من وقت جنائته وهو القبض ، إما بطريق الظهور وإما بطريق الاستناد على ما عرف في مسائل الخلاف ، فلا يظهر فيما قبله من العقود ، وههنا بخلافه على ما مر (البائع جزء ٧ ص ١٨٧ - ١٨٨ - وانظر أيضاً المبسوط للسرخسي ٢٤ ص ٣٨ - ص ١٥٥ فتح القدير ٧ ص ٢٩٢ - ص ٣٠٩) .
ويتبين من النص الذي قلناه أن بيع المكره فاسد ، ولكنه يختلف عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف في وجوه ، ويتفق مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف في وجوه أخرى .

أين يختلف بيع المكره عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف :

يكون ذلك في الوجوه الآتية :

أولاً : ترد على البيع إجازة العاقد المكره وهو البائع ، قبل القبض وبعده ، فينقلب البيع صحيحاً ، لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع . بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلا ترد عليه الإجازة أصلاً ، لأن الفساد فيه لحق الشرع .
ثانياً : ينقطع حق العاقد غير المكره ، وهو المشتري ، في الفسخ بعد القبض ، فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رضاه لم يفت إذ لم يشبه إكراه . والذي فات هو رضاء البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض كما يملك الإجازة . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلكل من العاقلين فسخه حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشتري أو بتغير المبيع .

ثالثاً : في بيع المكره إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ كالبيع ، لم ينقطع حق البائع في الفسخ . فإذا ما فسخ استرد المبيع من أي يد مهما تداولته الأيدي . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، ففيه إذا تصرف المشتري في المبيع انقطع حق البائع في الفسخ . وذلك لأن حق الفسخ « ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك ، وهو كراهته وفوات رضاه وأنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتاً »^(١)

(١) ويبدو أن حكم الهلاك في بيع المكره يتفق مع حكمه في كل من البيع الموقوف والبيع الفاسد =

أين يتفق بيع المكروه مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف :
يكون ذلك في الوجهين الآتين :

أولاً : يجوز في بيع المكروه لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض .
أما البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة ، وإنما يملك من توقف
البيع لمصلحته أن يميزه فينفذ ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ .

ثانياً : في بيع المكروه إذا تصرف المشتري بعد القبض تصرفاً غير قابل للفسخ ،
كما لو كان المبيع عبداً فأعتقه ، فإن حق البائع في الفسخ ينقطع ، ويرجع على
المشتري بالقيمة أو المثل ولا يرجع بالثمن المسمى لفساد البيع . أما إذا كان الإعتاق
قبل القبض ، لم ينقطع حق البائع في الفسخ فإن فسخ سقط البيع والإعتاق ، وإن
أجاز بقى البيع وسقط الإعتاق لأن استناد الإجازة هنا مقتصر .

وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع ، إذا تصرف المشتري ولو تصرفاً غير قابل
للفسخ ، فإن حق البائع في عدم إجازة هذا البيع لا ينقطع . فإذا لم يجز سقط البيع
والإعتاق معاً ، وإذا أجاز نفذ البيع والإعتاق معاً ، ورجع على المشتري بالثمن
المسمى ، لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع في بيع المكروه على ما مر .

لرجيح الوقف على الفساد في بيع المكروه :

ويمكن أن نستخلص مما قدمناه النتائج الآتية :

١ - بيع المكروه قد ينتج أثراً باعتباره تصرفاً شرعياً . وذلك إذا لحقته إجازة البائع
قبل القبض أو بعده . والبيع الفاسد لغير الإكراه لا ينتج أى أثر باعتباره تصرفاً
شرعياً كما سبق القول .

٢ - بيع المكروه : كواقعة مادية ، لا يرتب عليه الشرع - كما يرتب على البيع

سفناً قبض المشتري المبيع ومالك في يده ، فإن كان قبل الإجازة ملك بالقيمة أو بالمثل ، وإن كان
بعد الإجازة ملك بالثمن المسمى وكذلك الحكم في البيع الموقوف لغير الإكراه . وفي البيع الفاسد ، إذا ملك
المبيع في يد المشتري ملك بالقيمة أو بالمثل ، ولا يتصور هلاكه بالثمن المسمى لأن البيع الفاسد لا نرد
عليه الإجازة .

الفاسد لغير الإكراه - استقرار الملك إذا تصرف المشتري في المبيع وتداولته الأيدي .

٣- في غير ما تقدم يتفق بيع المكره مع البيع الفاسد لغير الإكراه . فهو كتصرف شرعي قابل للفسخ قبل القبض ، وهو كواقعة مادية ينقل ملكاً مستقراً إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً غير قابل لافسخ .

والأولى الأخذ برأى زفر واعتبار بيع المكره موقفاً لا فاسداً ، فإن ما يتفق فيه بيع المكره مع البيع الموقوف من الأحكام أهم مما يتفق فيه هذا البيع مع البيع الفاسد لغير الإكراه . ذلك أن تصحيح بيع المكره بإجازة البائع قبل القبض وبعده ، وانقطاع حق المشتري في الفسخ بعد القبض ، وثبوت حق البائع في استرداد البيع مهما تداولته الأيدي ، كل هذه أمور جوهرية وفيها يتفق بيع المكره مع البيع الموقوف . أما جواز فسخ المشتري للبيع قبل القبض ، ورجوع البائع على المشتري بالقيمة لا بالتضمن المسمى لو تصرف المشتري في المبيع بعد القبض تصرفاً غير قابل للفسخ ، وهى الأحكام التي يتفق فيها بيع المكره مع البيع الفاسد لغير الإكراه ، فهذه أمور غير جوهرية يمكن الانتقال فيها من أحكام البيع الفاسد إلى أحكام البيع الموقوف دون تعارض مع طبيعة الأشياء ودون أن تختل أصول الصناعة الفقهية . هذا إلى أن الفرق واضح بين خلل يصيب الإرادة كما هو الأمر في بيع المكره ، وخلل يصيب المحل كما هو الأمر في البيع الفاسد لغير الإكراه ، فوجب أن يكون لكل من الحللين حكم يختلف عن الحكم الذي للخلل الآخر . وهذا الفرق وصل حداً من الوضوح أحسه حتى الفقهاء الذين يقولون بفساد بيع المكره ، فيزوا الفساد في هذا البيع بخصوصيات ليست في الفساد لغير الإكراه .

بل إن الأولى هو الأخذ بمذهب مالك وبقول في مذهب أحمد بن حنبل ، واعتبار بيع المكره بيعاً نافذاً غير لازم ، حتى يستوى في الجزاء عيوب الإرادة جميعاً : الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . فهذه العيوب كلها من طبيعة واحدة ، فالأولى أن يتوحد فيها الجزاء ، وإن كان الوقف كجزاء لعيوب الإرادة أفضل من عدم اللزوم كما سنرى .

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

متى يكون العقد موقوفاً وفي أى المذاهب :

قلنا أن العقد يكون موقوفاً إذا كان صادراً من ناقص الأهلية ، أما إذا كان صادراً من عديم الأهلية فالعقد باطل . ويكون العقد أيضاً موقوفاً إذا كان محله غير مملوك للمتصرف ، أو كان مملوكاً له وتعلق به حق الغير .

فسبب توقف العقد يرجع إذن إلى إرادة ناقصة أو إلى محل ناقص .

وحالات العقد الموقوف كثيرة متعددة ، حتى قبل إن عددها وصل إلى ثمان وثلاثين حالة ، كثير منها لا يكون العقد فيها موقوف النفاذ بالمعنى الدقيق ، بل موقوف الانعقاد أو موقوف الصحة أو موقوف اللزوم . والحالات التى يكون فيها العقد موقوف النفاذ يمكن ردها إلى أحد السببين السالتي الذكر : نقص الأهلية أو نقص المحل .

وتمثل السبب الأول فى الصبي المميز ، ويندرج تحته العبد والمعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة ، وكذلك المكروه فى قول زفر من حيث إن إرادته ناقصة كإرادة ناقص الأهلية .

وتمثل السبب الثانى فى الفضولى ، ويندرج تحته البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشترطه ، والغاصب ، والمرتد ، والنائب ووكيل النائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنيابة ، ومالك العين المرهونة أو العين المؤجرة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل ، والمريض مرض الموت إذا باع لوارثه ، ووصى الميت إذا باع للوارث ، والوارث إذا باع لمورثه المريض ، والورثة إذا باعوا التركة المستغرقة ، أو المولى إذا باع عبده المأذون^(١) .

(١) انظر فى ذلك مقالا للدكتور زكى عبد البر فى العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى وفى القانون اللبنى العراقى وما يقابله فى القانون المصرى . . . مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والعشرون . ص ١٢٢ - ص ١٢٢ .

والعقد الموقوف معروف في الفقه الحنفي وفي الفقه المالكي وفي رواية عن أحمد ابن حنبل في الفقه الحنبلي . وفي الرواية الأخرى في المذهب الحنبلي وفي مذهب الشافعي لا يعرف العقد الموقوف ، وهو والفاسد والباطل سواء .
فنحن إذ نستعرض حكم العقد الموقوف نستعرضه في المذاهب التي تعرفه ،
ونتكلم تباعاً : (١) في حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية (٢) وفي حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل .

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

ترتيب الولاية على القاصر والمحجور :

أول الأولياء هو الأب ، ثم وصيه ، ثم وصي وصيه . وبلى ذلك الجدل لأب ، ثم وصيه ، ثم وصي وصيه . وبلى ذلك القاضي ، ثم من نصبه القاضي وهو الوصي . وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف في مال الصغير ، إلا من ينصبه القاضي وصياً .

ويلحق بالقاصر المحجور عليه بلحنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يكون بمثابة الوصي .

مهدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور :

لا يملك الولي ، أيّاً كان ، أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً . فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور ، ولا أن يتصدق به ، ولا أن يوصي به ، ولا أن يعتق عبده ، ولا أن يقرض ماله .

ويملك الولي ، أيّاً كان ، أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً ، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية والعارية والكفالة وأن يزوج أخته .

أما التصرفات التي تلور بين النفع والضرر ، فيملكها الولي بشرط ألا يلحق

بالصغير أو المحجور الغبن الفاحش . فله أن يبيع مال الصغير أو المحجور بأكثر من قيمته أو بمثلها أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يشتري بماله شيئاً بأقل من قيمته أو بمثلها أو بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يؤجر ماله بأكثر من أجره المثل أو بأجرة المثل أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجره المثل أو بأجرة المثل أو بأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يعير ماله استحساناً ، والقياس أن الإعارة تملك المنفعة بغير عوض فلا تجوز ، ولكنها جازت استحساناً لأنها من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ، ولهذا ملكها المأذون . وله أن يرهن ماله بدين : لأن الرهن من توابع التجارة ، ولأنه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه ، وله أن يأذن له بالتجارة إذا كان يعقل البيع والشراء ، لأن الإذن بالتجارة دون التجارة ، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى . وهذا هو الحكم في سائر التصرفات التي تدور بين النفع والضرر .

مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف :

أما إذا باشر الصغير المميز أو المحجور المميز التصرفات بنفسه ، فإنه يملك منها ما ينفع نفعاً محضاً على الوجه السالف الذكر ، وتصرفه يكون صحيحاً نافذاً . ولا يملك منها ما يضر ضرراً محضاً على النحو الذي قدمناه ، وتصرفه يكون باطلاً . وإذن لا يملك أحد - لا ناقص الأهلية ولا الولي - أن يتصرف في مال الصغير أو المحجور تصرفاً يضر ضرراً محضاً . أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر ، فهذه إذا باشرها ناقص الأهلية بنفسه تنعقد صحيحة موقوفة . فإذا أجازها الولي ، أو أجازها ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته ببلوغه سن الرشد أو بفك الحجر عنه ، نفذت في حقه .

فتنظر إذن في حكم هذه التصرفات قبل الإجازة ، ثم تنظر في الإجازة وحكم تحققها أو تخلفها .

تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة :

التصرف الذي يدور بين النفع والضرر ويباشره ناقص الأهلية ينعقد صحيحاً .
ذلك أن عبارة ناقص الأهلية صالحة لإنشاء التصرفات : فهو قادر على فهم معاني
لعبارات التي تنعقد بها المقود .

ولكن لما كانت قدرة ناقص الأهلية على التمييز قدرة محدودة : وكان التصرف
يدور بين النفع والضرر ، فإنه لا يؤمن على تقدير ما يحجره عليه التصرف من نفع
أو ما يلحقه به من خسارة : فكان تصرفه موقوفاً لا ينفذ لهذا السبب : حتى يراجعه
الولي . أما عند الشافعي فالتصرف باطل لا ينعقد ، ولو أجازته الولي .

والفرق بين الحكمين ظاهر : فليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه لم ينعقد ،
وأنه انعقد فاسداً ، بل التصرف قد انعقد صحيحاً ولكنه لا يتج أثره قبل إجازة
الولي له . فقبل الإجازة يكون بيع القاصر لماله ولو بأكثر من قيمته موقوف ، الأثر ،
ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ولا يلزم المشتري دفع الثمن . ولكن البيع ،
وإن كان موقوفاً : لا يكون قابلاً للفسخ . فلا يجوز فسخه ولا الرجوع فيه ، لا من
المشتري ولا من ناقص الأهلية . بل على هذين أن يتربصا بالبيع إجازة الولي ،
فإن أجاز نفذ البيع ، وإن لم يجز بطل .

ويخلص من ذلك أن التصرف في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي فحسب ،
بل يكون له أيضاً وجود قانوني ، لأنه انعقد : بل انعقد صحيحاً . ولكن هذا الوجود
لقانوني لا ترتب عليه آثاره ، فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل ، ولكنه
يفارقه في أن الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال .

الإجازة - تحتملها أو تخلفها :

يبقى تصرف ناقص الأهلية موقوفاً على النحو الذي قلناه ، إلى أن يتبين
مصيره بإجازته أو بعدم إجازته . فإن أجاز نفذ ، وتميز عن التصرف الباطل تميزاً
كبيراً إذ أصبح تصرفاً نافذ الأثر . وإن تخلفت الإجازة انعدم ، واختلط بالتصرف
الباطل فأصبح باطلاً مثله . وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازاً

أو غير مجاز ، بل يبقى التصرف موقوفاً إلى أن يعلن من له حق الإجازة إجازته أو عدم إجازته .

والإجازة تصرف قانوني يستند إلى وقت التصرف ، وسنين ذلك تفصيلاً عند الكلام في إجازة تصرف الفضولي . والذي يملك الإجازة هو الولي أو ناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته كما سبق القول ، ويجب أن يكون هناك مجيز للتصرف وقت صدوره ووقت صدور الإجازة . فإذا صدر من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه وله ، كان التصرف باطلاً فلا تلحقه الإجازة . وقد يكون المجيز وقت صدور الإجازة غير المجيز وقت صدور التصرف ، فيكون هناك ولي يملك الإجازة وقت صدور التصرف ، ثم لا يكون هو المجيز ، بل يجيز التصرف ناقص الأهلية عند استكمال أهليته . لكن إذا أعلن الولي عدم إجازته للتصرف ، لم تصح الإجازة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد استكمال أهليته^(١) .



(١) ويقول الكاساني في صدد إجازة تصرف ناقص الأهلية ما يأتي :

« وكذلك الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمه أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وله بلأمر عليه ، يتوقف على إجازة وله مادام صغيراً ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم يوجد من وله في حالة صغره . حتى لو بلغ الصبي قبل إجازة الولي ، فأجاز بنفسه ، جاز ، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة . لأن هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى أنه لو فعلها وله جازت فاحتل التوقف على الإجازة . وإنما يتوقف على إجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما يتوقف على إجازة وله في حالة صغره ، لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة ، ولأن ولايته على نفسه فوق ولايته وله عليه في حال صغره فلما جاز بإجازة وله فلأن يجوز بإجازة نفسه أولى . ولا يجوز بمجرد البلوغ لأن الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه وأنه فعل فاعل مختار ، والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل إجازة . . . وبمثله إذا طلق الصبي امرأته أو خالها أو أعتق عبده على غير ملك أو على مال أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحابة أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتناهن في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات بما لو فعله وله في حال صغره لا يجوز عليه ، لا ينقذ ، حتى لو أجاز وله أو الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء ، بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق ، فيجوز ويكون ذلك إنشاء لا إجازة . . وكذلك وصية الصبي لا تنقذ ، لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده ، ألا ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه ، فلا يتوقف . وسواء أطلق أو أضافها إلى حال البلوغ كما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فحجوز ، لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية ، ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح ، كذا هذا »

(البدائع • ص ١٤٩ - ص ١٥٠) .

المطلب الثاني

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

صور مختلفة :

قلعنا أن حق الغير يتعلق بالمحل في صور مختلفة . أهمها وأبرزها أن يكون المحل مملوكاً للغير ، وهذا هو تصرف الفضولي ، وسنجعل كلامنا فيه أصلاً . وقد لا يبلغ حق الغير هذا المبلغ ، فلا يكون مالكاً . بل يكون مرتباً وهذا هو بيع المرهون ، أو مستأجراً وهذا هو بيع المستأجر ، أو وارثاً إذا باع المريض مرض الموت ماله منه . ونوجز القول في هذه الصور المختلفة بعد الكلام في تصرف الفضولي .

§ ١ - تصرف الفضولي

من هو الفضولي :

الفضولي في الفقه الإسلامي غير الفضولي في الفقه الغربي . ففي الفقه الغربي الفضولي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه ، فيرجع عليه بما أنفق في ذلك . أما الفضولي في الفقه الإسلامي فهو من يتدخل في شئون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة . فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلًا بالبيع أو نائباً عن المالك فهو فضولي ، ويستوى في ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو^(١) ، وسواء علم المشتري

(١) ومع ذلك فقد جاء في البحر الرائق ما يفيد أن الفضول لو باع المال على أنه ماله هو لم ينقذ البيع : « ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره للمالك لكان أولى ، لأنه لو باعه لنفسه لم ينقذ أصلاً كما في البدائع » (البحر ٦ ص ١٥٠) . ولكن ابن عابدين صحح هذا القول واعتبر أن الفضول لو باع ملك غيره على أنه ماله هو انقذ البيع مؤثماً كما لو باع على أنه مال الغير ، واستشهد بأن البيع إذا استحق توقف البيع على إجازة المشتق ، والبايع في هذا الفرض باع المال على أنه ماله هو ومع ذلك انقذ البيع مؤثماً على إجازة المالك وهو المشتق . جاء في ابن عابدين في هذا الموضع : « قوله على أنه للمالك إلخ . . أي على أن البيع لأجل مالكة لا لأجل نفسه . وهذا مأخوذ من البحر ، حيث قال واو »

أنه فضولى أو لم يعلم . ومن اشترى لغيره مالا دون توكيل أو نيابة يكون فضولياً .
وقل مثل ذلك فى سائر التصرفات : الهبة والإجارة والعارية والقرض وغيرها . ونفرض
أن الفضولى يبيع مال الغير أو يشتري مالا للغير . فتكلم فى تصرف الفضولى قبل
الإجازة ، ثم نتكلم فى الإجازة إذا تحققت أو تخلفت .

بيع الفضولى قبل الإجازة :

يكون البيع الصادر من الفضولى منعقداً صحيحاً ولكنه موقوف : فلا ينتج أثر
البيع إلى أن يجازى ، مثله مثل تصرف ناقص الأهلية فيما مر . فيكون للتصرف وجود
قانونى ، ولكن يوقف أثره ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويتوقف التزام
المشتري بدفع الثمن^(١) . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٣١٦) : « بيع الفضولى

مغال المصنف باع ملك غيره كمالكه لكان أول ، لأنه لو باعه لنفسه لم ينمقد أصلاً كما فى البدائع ١ هـ .
لكن صاحب المنحة قال فى منحه أقول يشكل على ما نقله شيخنا من البدائع ما قالوه من أن المبيع إذا
استحق لا ينفخ العقد فى ظاهر الرواية بقضاء القاضى بالاستحقاق ، والمستحق لإجازته . وجه الإشكال
أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذى هو المستحق ، مع أنه توقف على الإجازة . ويشكل عليه بيع الناصب .
فإنه يتوقف على الإجازة . فالظاهر ضعف ما فى البدائع فلا يبنى أن يعمل عليه لمخالفة لفروع المنصب
١ هـ . وذكر نحوه الخير الرمل ، ثم استظهر أن ما فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية . أقول
يشهور أن ما فى البدائع لا إشكال فيه ، بل هو صحيح ، لأن قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينمقد أصلاً معناه
لو باعه من نفسه ، فاللام بمعنى من ، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس ، وحيث فراد البدائع أن
الموقوف ما باعه لغيره ، أما لو باعه لنفسه لم ينمقد أصلاً . فاللحل إنما جاء بما فهمه صاحب البحر
من أن اللام للتعليل ، وأنه احتراز عما إذا باعه لأجل ماله . والله درأخيه صاحب النهر حيث وقف
على حقيقة الصواب ، فقال عند قول الكنز : ومن باع ملك غيره يبنى لغيره ، أما إذا باع لنفسه لم ينمقد ،
كذا فى البدائع ١ هـ . لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الإبهام ، وعلى كل فهو عين ما ظهر
ل والحمد لله رب العالمين » (ابن عابدين ٤ ص ٢١٠ - ص ٢١١) .

(١) وقال الشافى تصرف الفضولى لا ينمقد ، فهو والمقد الباطل سواء ، لأنه لم يصدر عن ولاية
شرعية ، إذ الولاية تثبت بالملك أو بإذن المالك وقد فقد ، ولا انمقاد إلا بالقدرة الشرعية . وتجب
الخفية على ذلك بأن تصرف الفضولى تصرف تمليك ، وقد صدر من أهله الماقل البالغ فى محله وهو المال
المنقوم ، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه مع تحيره ، بل فيه نفعه حيث يكفى مؤونة طلب المشتري
وحقوق المقد فإنها لا ترجع إلى المالك ، وفيه نفع الماقل يصون كلامه عن الإلناء ، وفيه نفع المشتري
لأنه أقدم عليه طائماً ولولا النفع لما أقدم . فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه . هذا إلى أن الإذن
ثابت دلالة ، لأن الماقل يأذن فى التصرف النافع . ويستل الخفية أيضاً بحديث هروة البارقي أن النبي
صل الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به أضحية ، فاشترى شاتين ، فباع إحداها بدينار ، وجاء

لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية وعندهما يوجبه موقوفاً ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب ، والتأخير لدفع الضرر عن المالك ، والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وعند مالك تصرف الفضول موقوف أيضاً^(١) ،

= بالشاة الدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك ، فقال عليه السلام : بارك الله لك في صفقتك . ورواه الترمذي عن عروة وحكيم بن حزام كما بينه في النهاية (البحر ص ١٤٧) وانظر فتح القدير . (ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) . ومعنى ذلك أن عروة كان فضولاً في بيع إحدى الشاتين ، وقد أجاز النبي عليه السلام الصفقة بدعائه لعروة بالبركة فيها :

وجاء في المذهب : « ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن ماله ، لما روى حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبع ما ليس عندك ، ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليبه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء (المذهب ١ ص ٢٦٢) - وجاء في الوجيز : « نبيع الفضول مال الغير لا يقف على إجازته على المذهب الجديد . وكذلك بيع الناصب وإن كثرت تصرفاته في أثمان المنصوبات على أقيس الوجهين ، فيحكم ببطلان الكل . ولو باع مال أبيه على ظن أنه حى فإذا هويت والمبيع ملك البائع ، حكم بصحة البيع على أسد القولين » (الوجيز ١ ص ١٣٤) . وجاء في شرح البهجة « يرد بيع الفضول بأن باع مال غيره بلا ولاية ، كذا يرد شراؤه لغيره بعين ما يملكه سواء أو غيره أو بشئ في ذمته كما فهم بالأول إذ لا نيل له على ذمته بحال ، كأن يقول اشتريت لفلان كذا بألف في ذمته ، فإن لم يقل في ذمته وقع العقد للمباشر كما ذكره الرافعي في الوكالة . . . أما لو اشتراه لغيره بمال نفسه ، فإن لم يسه وقع للمباشر وإن أذن الغير ، وإن ساء فإن لم يأذن له لفت النسبة وقع للمباشر وإلا وقع للأذن ويكون المعطى قرضاً ولا تقوم النية هنا مقام النسبة كما ذكره الشيخان . وفي القديم عقد الفضول . وقوف على الإجازة خبر أبي داود عن عروة البارقي . وهو قوي في الدليل يعني الخبر المذكور فإنه صححه لكن ضعفه غيره ، وقال الخطابي إنه غير متصل . وقال شيخنا شيخ الإسلام ابن حجر الصواب أنه متصل في إسناده مبهم » (شرح البهجة لتركيب الأنصاري ٢ ص ٤٠٦) .

(١) جاء في القوانين الفقهية : « فأما الشراء لأحد بنير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضول فينقذ ويتوقف على إذن ربه ، وقال الشافعي لا ينعقد » (القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) .

وجاء في بداية المجتهد : « واختلفوا من هذا في بيع الفضول هل ينعقد أم لا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ ، وكذلك في شراء رجل لرجل بنير إذنه على أنه إن رضى المشتري صح الشراء وإلا لم يصح . فنه الشافعي في الوجهين جسيماً ، وأجازه مالك في الوجهين جسيماً . وفرق بينه أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء . . . وعمدة المالكية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة ، قال فاشتريت شاتين بدينار وبعث إحدى الشاتين بدينار ، وبعث بالشاة والدينار فقالت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال اللهم باركها في صفقة يميني ، ووجه الاستدلال من أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء لغيره ، وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً . وعمدة الشافعي النبي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكم بن حزام =

وهو لإحدى الروایتین فی مذهب أحمد بن حنبل^(١).

ویترتب علی أن بیع الفضولی موقوف النتائج الآتیة :

١- إذا سلم الفضولی المبیع إلى المشتري ، فهلك قبل الإجازة . فللمالك أن یضمن الفضولی أو المشتري أيهما شاء . وأیها اختار ضممانه برئ الآخر ، لأن فی التضمن تمليکاً منه ، فإذا ملكه من أحدهما لا یمکن تمليکه من الآخر . فإن اختار تضمن المشتري بطل البیع ، لأنه یرجع علیه بالقيمة لا بالثمن المسمى ، وأخذ القيمة كأخذ العين ، فكأنه انتزع العين من يده ولم یجز البیع فبطل . ویرجع المشتري علی الفضولی بالثمن الذی دفعه له ، لا بما ضمن . وإن اختار تضمن

=وقضیه مشهورة ، وذلك أنه كان یبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل إذا ورد النهی عن سبب حمل علی سببه أو یم (ابن رشد طبعه الخانجی ٢ ص ١٤٣ - ص ١٤٤) .
(١) جاء فی المنفی : « وإن اشترى بعین مال الأمر أو باع بنیر إذنه أو اشترى لنیر موکله بعین ماله أو باع ماله بنیر إذنه ، ففيه روايتان . إحداهما البیع باطل ، ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعی وأبی ثور وابن المنذر . والثانية البیع والشراء صحیحان ویقف علی إجازة المالك ، فإن أجازته نفذ ولزم البیع ، وإن لم یجزه بطل ، وهذا مذهب مالك وإسحق وقول أبی حنیفة فی البیع فأما الشراء فعنده یقع للمشتري بكل حال . ووجه هذه الرواية ما روى عروة بن الجعد الباری رضی الله عنه أن النبی صل الله علیه وسلم أعطاه دیناراً لیشتري به شاة ، فاشترى شاتین ثم باع إحداهما بدینار فی الطريق . قال فأتیت النبی صل الله علیه وسلم بالدينار والشاة فأخبرته ، فقال بارك الله لك فی صفقة یمینك ، رواه الأثرم وابن ماجه . ولأنه عقد له یجوز حال وقوعه ، فوجب أن یقف علی إجازته كالوصية . ووجه الرواية الأول قول النبی صل الله علیه وسلم لحکیم بن حزام لاتبع ما ليس عندك ، رواه ابن ماجه والترمذی ، وقال حدیث حسن صحیح : یعنی ما لا تملك ، لأنه ذكره جواباً له حين سأله أن یبيع الشيء ثم یمضی . فیشریه ویسلمه . ولاتفقنا علی صحة بیع مال الغائب ، ولأنه باع ما لا یقدر علی تسليمه فأشبه الطیر فی الهواء . والوصية یتأخر بها القبول عن الإيجاب ، ولا یعتبر أن یمکن لها یجوز حال وقوع العقد ، ویجوز فیها من الفرر ما لا یجوز فی البیع . فأما حدیث عروة فنحمله علی أن وکالته كانت مطلقة بدلیل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لنیر المالك باتفاقنا . ولو باع سلعة وصاحبها حاضر بأكثر ، فحکمه حکم ما لو باعها من غیر علمه فی قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنیفة وأبو ثور والشافعی . وقال ابن أبی لیل سکوته إقراراً لأنه دلیل علی الرضا ، فأشبه سکوت البکر فی الإذن فی نکاحها . ولنا أن السکوت محتمل ، فلم یکن إذناً کسکوت الثیبه ، وفارق سکوت البکر لوجود الحیاء المانع من الکلام فی حقها وليس ذلك بموجود هنا .
(المنفی طبعه ثالثة ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٦) .

وجاء فی الإنصاف للرداری : « فإن باع ملك غیره بنیر إذنه أو اشترى بعین ماله شیئاً بنیر إذنه ، لم یصح . وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . . . وعنه یصح ویقف علی إجازة المالك ، اختاره فی الفائز وقال لا قبض ولا إقباض قبل الإجازة » (جزء ٤ ص ٢٨٣ - وانظر أيضاً القواعد لابن رجب القاعدة الخامسة والستین فیمن تصرف فی شیء یظن أنه لا یملكه فتبین أنه كان یملكه) .

الفضولي ، نظر هل كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة مضموناً عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستنداً إلى وقت القبض أى إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري ، فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ . أما إذا كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكة أمانة في يده ، فيكون وقت أن باعه المشتري غير مالك ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشتري بعد صدور البيع ، فلا ينعقد بيعه لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع ، ويرجع الفضولي على المشتري بالقيمة لأن المشتري تسلم المبيع فهلك عنده ويده يد ضمان (فتح القدير ٥ ص ٣١٣ - البحر ٦ ص ١٤٩) .

٢ - إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ، فباع المشتري المبيع من مشتري ثان ، فأى عقد أجازة المالك جاز هذا العقد خاصة دون العقد الآخر . ذلك أن الفضولي بتسليمه المبيع إلى المشتري يكون غاصباً ، والغاصب إذا باع المصنوب وسلمه ، ثم باعه المشتري من غيره ، ثم أجاز المالك أحد البيعين ، فإنه ينفذ ما أجازة المالك خاصة . لأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذين البيعين يوقف على إجازته لمصادفته ملكه ، فتكون إجازته لأحد البيعين تملكاً للعين من المشتري بحكم هذا البيع ، فلا ينفذ ما سواه (السرخسي في المبسوط ٢٤ ص ٩٦) . وقد يقال إن المالك إذا أجاز البيع الأول فانتقل الملك إلى المشتري من الغاصب ، وجب أن ينفذ تبعاً لذلك البيع الثاني إذ يتبين أن المشتري من الغاصب قد باع ملكه إلى المشتري الثاني . ولكن يرد على ذلك بأن ملك المشتري من الغاصب أصبح باتاً بالإجازة ، وملك المشتري من المشتري موقوف لعدم إجازته ، والملك البات إذا ورد على الملك الموقوف أبطله . جاء في ابن عابدين : « وأما عدم نفاذ البيع (أى البيع الصادر من المشتري من الغاصب بعد إجازة المالك لبيع الغاصب) ، فبطلانه بالإجازة ، لأنه يثبت بها الملك للمشتري باتاً ، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهب مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته . فهذا كله يبطل الملك الموقوف . وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشتري الموقوف ، وأجيب بأن ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في إبطال ملك المشتري » (ابن عابدين ٤ ص ٢٢٠) . وجاء في البحر الرائق : « وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح لبطلان عقده بالإجازة فإن

به يثبت الملك للمشتري باتاً ، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله ، وكذا لو وهبه موله للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه ، فهذا كله يبطل الملك الموقوف ، لأنه لا يتصور اجتماع البات والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (البحر ٦ ص ١٥١ ومع ذلك انظر ص ١٥٢) .

٣ - إذا صار الفضول مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، فإن بيعه يبطل ، وله بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بعقد مبتدأ لا بإجازة العقد الأول . جاء في الفتاوى الهندية : « ومن باع ملك غيره ثم اشتراه ، وسلم إلى المشتري ، لم ينجز ، ويكون باطلا لا فاسداً . وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى أن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه . ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك ، كذا في الفصول العمادية » (الفتاوى الهندية ٣ ص ١١١) . ويمكن أن يقال هنا أيضاً إن ملك الفضول قد أصبح باتاً : فطرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف ، فأبطله (قارن مع ذلك ابن عابدين ٤ ص ٢٢٠) .

وتميز المالكية بين ما إذا ملك الفضول المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث ، وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر كالبيع والهبة والصدقة فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه ويكون المذهب المالكي على خلاف المذهب الحنفي فيما إذا صار الفضول مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ، ففي المذهب الحنفي يبطل البيع ، ويصح البيع في مذهب مالك . جاء في الدسوقي على الشرح الكبير للرددير : « وتلغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه إن ورثه من المغصوب منه ، لانتقال ما كان لمورثه له ، لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أو ملكه بهبة أو صدقة من المغصوب منه فليس له النقص - تنبيه : من فروع هذه المسألة شريك في دار باعها كلها تعدياً . ثم ملك حظ شريكه ، فإن ملكه يارث رجوع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة ، وإن ملكه بشراء أو هبة أو صدقة فلا رجوع له » (الدسوقي على الشرح الكبير للرددير ٣ ص ١١) .

بيع الفضولي قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين :

على أن بيع الفضولي ، وهو موقوف قبل الإجازة ، هو أيضاً قابل للفسخ من الجهتين : جهة المشتري وجهة الفضولي نفسه . وهذا بخلاف بيع ناقص الأهلية ، فقد قلنا أنه موقوف ، ولكنه غير قابل للفسخ لا من جهة المشتري ولا من جهة ناقص الأهلية . ومن ثم يكون للفضولي فسخ البيع الصادر منه ، حتى لو أن المالك أجازته بعد ذلك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف . وإنما كان له الفسخ ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل ، فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب ، وفي ذلك ضرر به ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته . وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة ، تحرزاً عن لزوم العقد . جاء في البدائع : « ولو فسخه البائع (الفضولي) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقله . . وكذا إذا فسخه المشتري ينفسخ . . . إن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة ، فالحقوق ترجع إلى العاقد ، فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه ، فله ذلك » (البدائع ٥ ص ١٥١ - انظر أيضاً فتح القدير ٥ ص ٣١٢ - البحر الرائق ٦ ص ١٤٨) .

أما في مذهب مالك فيبيع الفضولي لازم من جهة الفضولي ومن جهة المشتري ، منحل من جهة المالك .

شراء الفضولي :

في المذهب الحنفي إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره ، وأضاف العقد لنفسه ، هو والبائع ، ولم يضيفاه إلى الغائب ، فإن العقد ينفذ في حقه هو ولا يتوقف على إجازة الغائب . فيصبح بحكم هذا العقد النافذ في حقه مشترياً لنفسه ، وهو المالك لما اشتراه والمدين بثمنه . وله أن يبيع ما اشتراه ، بعقد مبتدأ ، إلى الغائب أو إلى غيره . وهذا ما لم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبيّاً أو معجوراً ، فلا يجده العقد نفاذاً عليه لعدم الأهلية ، فيتوقف على إجازة الذي

اشترى له . أما إذا أضاف العاقلان العقد إلى الغائب ، فإنه ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته ، كما في بيع الفضولي .

وقد جاء في الفتاوى الخانية في هذا الصدد ما يأتي : « وشراء الفضولي لا يتوقف ، ويكون مشترياً لنفسه . وهو على وجوه أربعة : أحدها أن يقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم ، ويقول الفضولي اشتريت لفلان أو يقول قبلت لفلان أو قال قبلت ولم يقل لفلان . فهذا العقد يتوقف على إجازة الغائب ، إن أجاز يكون الشراء لفلان ، وإن لم يجر بطل العقد . والثاني أن يقول المالك بعت هذا منك بكذا ، فقال الفضولي قبلت أو اشتريت ونوى الشراء لفلان . فإن الشراء ينفذ عليه ، ولا يتوقف . ولو قال الفضولي اشتريت هذا لفلان بكذا ، وقال البائع بعت منك ، قيل فيه روايتان . والصحيح أنه باطل لا يتوقف والرابع أن يقول المالك بعت منك هذا بكذا لأجل فلان ، وقال المشتري اشتريت أو قبلت ، أو قال المشتري أولاً اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت ، فإنه ينفذ على المشتري ولا يتوقف . رجل اشترى عبداً وأشهد أنه يشتريه لفلان ، فقال للبائع اشتريت منك هذا العبد لفلان ، وقال البائع بعت ، وقال فلان قد رضيت . ذكر الناطقي رحمه الله تعالى أن للمشتري أن يمنع العبد عن فلان ، لأن الشراء وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه . فإن سلم المشتري إلى فلان ، كانت العهدة للبائع على المشتري وهو العاقد ، ويكون تسليم المشتري إلى فلان بمنزلة بيع مستقل جرى بين المشتري وبين فلان رجل باع عبد غيره بغير إذن المولى بعرض أو بشيء بعينه سوى الدراهم والدنانير ، ثم أجاز المولى بيعه ، جاز بيعه ، والمشتري بالعبد يكون للمشتري وعليه قيمة العبد لمولاه ، لأن شراء ذلك الشيء لا يتوقف فكان مشترياً لنفسه ، قاضياً ثمنه بالعبد بإذن المولى ، فيكون المشتري بالعبد له » (الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ٢ ص ١٧٣ ص ١٧٤ - انظر أيضاً البحر الرائق ٦ ص ١٤٩) . وفي خصوص هذه المسألة الأخيرة جاء في فتح القدير : « هذا الذي ذكرناه إذا كان الثمن ديناً . فإن كان عيناً ، بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة ، اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض . وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض ، فالفضولي يكون مالكا للعرض .

والذي تفيد به الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله ، كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي قرضاً عليك . فإن كان مثلياً فعليه مثله ، وإن كان قيمياً كثوب أو جارية فقيمه . فيصير مستقرضاً للجارية أو الثوب ، والقرض وإن لم يجرز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً ، وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء ، فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير ، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً ، لأن الثوب مثلي ، في باب السلم فكذا فيما جعل تبعاً له . فكذا هذا ، إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية ، والشراء مشروع ، فما ضمنه يكون مشروعاً (فتح القدير ٥ ص ٣١٢ - وانظر البحر الرائق ٦ ص ١٤٨ : ويسمى الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد) .

أما في المذهب المالكي ، فشراء الفضولي كبيع موقوف دائماً ، أضيف العقد إلى الغائب أو أضيف إلى الفضولي . جاء في الخطاب : « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي ، وحكمه كبيع . قال في المتبعية من باع سلعة لغيره بغير إذنه ، فإن البيع ينعقد ، ولا يكون للمبتاع أن ينحل عنه إذا أجاز ذلك ربها . وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه ، فلا يكون للمبتاع حل الصفقة إذا أخذها المبتاع له لنفسه انتهى . فإن لم يجرز الشراء ، لزم السلعة المشتري الفضولي ، ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشتري ، إلا أن يكون المشتري أشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لفلان بماله وأن البائع يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذي اشترى به ملك المشتري له . فإن أخذ المشتري له ماله ولم يجرز الشراء ، انتقض البيع فيما إذا صدق البائع ، ولم ينتقض في قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشتري بمثل الثمن ويلزمه البيع ، هذا قول ابن القاسم وأصبح » (الخطاب ٤ ص ٢٧٢ انظر أيضاً حاشية العدوي على الحرشي ٥ ص ١٨) .

إجازة تصرف الفضولي - شروط صحتها :

الإجازة تصدر من المالك ، ويجب لصحتها أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - قيام الأطراف الثلاثة وقت صدور الإجازة . البائع والمشتري والمالك .

فلو مات أحدهم قبل صدور الإجازة من المالك ، لم تصح الإجازة ، ولا تقوم الورثة مقام من مات . جاء في فتح القدير : « ولو هلك المالك ، لا ينفذ بإجازة الوارث . . . وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً ، لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة . وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته ، هو القياس ، والاستحسان مقدم » (فتح القدير ٥ ص ٣١٢ - ص ٣١٣) .

٢ - قيام المبيع ، وكذلك الثمن لو كان عيناً . فلو هلك قبل إجازة المالك : لم تصح الإجازة . فإن كان قد هلك في يد المالك ، هلك عليه . وإن هلك بعد التسليم إلى المشتري ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الفضولى وإن شاء ضمن المشتري على التفصيل الذى قلّمناه .

٣ - أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره . ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت صدوره ، لم تتصور إجازته فوراً عقب صدوره ، وإجازته في المستقبل قد تحدث وقد لا تحدث ، فإن حدثت كان الانعقاد مفيداً وإن لم تحدث لم يكن مفيداً ، فلا ينعقد التصرف مع الشك في حصول الفائدة أخذاً بقاعدة أن ما لم يكن ثابتاً يبين لا يثبت مع الشك ، فإذا لم ينعقد التصرف لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للمنعقد . أما إذا كان للتصرف مجيز وقت صدوره ، أمكن تصور الإجازة في الحال عقب صدوره ، فكان الانعقاد مفيداً فينعقد ، فتلحقه الإجازة . ونرى من ذلك أنه يشترط لصحة الإجازة قيام كل عناصر التصرف - العاقدین والمحلى والمجيز - وقت صدور الإجازة ووقت صدور التصرف . أما أنها تكون قائمة وقت صدور الإجازة : فلأن « الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدین والمعقود عليه ، لذلك كان قيامها شرطاً للحقوق الإجازة » (البدائع ٥ ص ١٥١) . وأما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف ، فيبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى فكرة استناد الإجازة إلى وقت صدور التصرف ، فما دام العقد إذاً أجزى ينفذ من وقت صدوره وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت .

فإذا وهب الفضولى مال البالغ أو نصدق به أو أعتق عبده ، انعقد التصرف موقوفاً على الإجازة ، لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز وقت

صلورها ، فتوقف على إجازة المالك . أما إذا كان المالك صبيًا أو محجوراً ليس من أهل هذه التصرفات ، لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره ، فلا ينعقد ، ومن ثم لا تلحقه الإجازة .

كيف تكون الإجازة :

والإجازة تكون بالقول أو بالفعل ، وأي لفظ يدل على الإجازة يكفي . فإذا قال المالك أجزت البيع أو رضيت به أو قبلته أو أى لفظ في هذا المعنى ، كان هذا إجازة (الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٤ - جامع الفصولين ١ ص ٣١٥ - ص ٣١٦) . والإجازة بالفعل قد تكون صريحة أو ضمنية . فتسليم المالك المبيع للمشتري أو أخذه الثمن منه إجازة صريحة بالفعل : وهبة المالك الثمن للمشتري أو التصديق به عليه إجازة بالفعل ضمنية . وسكوت المالك بعد علمه بتصرف الفضولي لا يكون إجازة . ولو قال المالك لا أجز ، يكون ردًا للبيع فيسقط ، ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك (البحر ٦ ص ١٤٨ - الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٦ - ابن عابدين ٤ ص ٢١٨) .

تحقيق الإجازة وتخليفها :

فإن وجدت الإجازة مستجمة لشرائطها على النحو الذي أسلفناه ، نفذ البيع ، وصار الفضولي بمنزلة الوكيل ، إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة^(١)

(١) ولونعبد تصرف الفضول ، كآمة باعها فضول من رجل وزوجها من آخر ، فأجزاها ، يثبت الأقوى ، نصير مملوكة لا زوجة . ولو زوجها كل من رجل فأجزاها ، بطلا . ولو باعها كل من رجل فأجزاها ، تنصف بينهما ، ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك . ولو باع فضول وأجره آخر أو رده أو زوجته ، فأجزاها ، يثبت الأقوى ، فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى . وكذا ثبت الهبة إذا وهب فضول وأجره آخر . وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها ، لأنها لازمة بخلاف غيرها . والإجازة أقوى من الرهن لإفادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن . والبيع أقوى من الهبة لأن الهبة تبطل بالشروع . ولو تباع غاصبا عرض لرجل واحد ، فأجاز المالك لم يجز ، لأن فائدة البيع ثبوت الملك والرقبة في التصرف ، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد ، فلم تلحقه إجازة . ولو غصبا من رجلين وتبايعا ، وأجاز المالك ، أجاز . ولو غصبا التقدين من واحد ، وعقدا لغيره وتقايضا ، ثم أجاز ، أجاز لأن النقود لاتعين في المعاضات ، وعن كل واحد من التاميين مثل ما غصب . البحر الرائق ٦ ص ١٥٠ .

ولما كان الفضولى يصير كالوكيل ، فإن حرق العقد ترجع إليه كما ترجع إلى الوكيل أما حكم العقد فينصرف إلى المالك . وينفذ البيع بالإجازة مستنداً إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدورها ، أى أن الإجازة أثراً رجعيّاً وإن كانت إنشاء من وجه كما قلّمنا . جاء في البحر : « والأصل في تصرف الفضولى أن كل تصرف جعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف : إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً ، وإلا احتجنا أن نجعله سبباً للحال متأخراً حكمه إن أمكن . فالبيع ليس مما يتعاق ، فيجعل سبباً للحال . فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ، ظهر أثره من وقت وجوده ، ولذا ملك الزوائد » (البحر ٦ ص ١٥٢) . ولذلك كان كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة ، فهو للمشتري . وينتقل ملك المبيع إلى المشتري من وقت البيع الصادر من الفضولى ، لا من وقت الإجازة الصادرة من المالك . ويكون الثمن للمالك إن كان قائماً ، لأنه بدل ملكه . وإن هلك في يد الفضولى يهلك أمانة ، كما إذا كان الفضولى وكيلاً في الابتداء وهلك الثمن في يده .

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجازته له ، فقد قلّمنا أن البيع يسقط ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده ، وفي هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشتري وهلك ، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان كما قلّمنا . وإذا كان المشتري قد سلم الثمن إلى الفضولى وهلك في يده ، هلك أمانة ولا يرجع المشتري عليه بشيء ، على تفصيل جاء في البحر على الوجه الآتى : « ولو لم يميز المالك وهلك الثمن في يد الفضولى ، اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله ، والأصح أن المشتري إن علم أنه فضولى وقت الأداء لا رجوع له ، وإلا رجع عليه ، كذا في القنية . وصرح الشارح بأنه أمانة في يده فلا ضمان عليه إذا هلك ، سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها » (البحر ٦ ص ١٤٧ - ١٤٨) .

وإذا سكت المالك لا يميز البيع ولا يرده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزاً أو غير مجيز ، فيبقى البيع موقوفاً حتى يميزه المالك أو يرده . وفي مذهب مالك إذا باع الفضولى بحضرة المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته إجازة . وإن باع بغير حضرته ، وبلغه ، فسكت عاماً من وقت علمه ،

اعتبر سكوته إجازة . وفي هذا المذهب أيضاً يطالب المالك المحيز الفضولي بالثمن ما لم يمض عام ، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته ، وإن بيع بغير حضرته ما لم تمض مدة الإجازة عشرة أعوام (اللصوقي ٣ ص ١٢ - الصاوي ٢ ص ٧ - الخطاب ٤ ص ٢٦٩ - ص ٢٧٢ - الخرشي ٥ ص ١٧ - ١٨ - البهجة في شرح التحفة ٢ ص ٦٨ - ٧٥) .

§ ٢ - بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

بيع المرهون :

المرهون تعلق به حق المرتهن ، فيبعه باعتقده صحيحاً موقوفاً على إجازة المرتهن . فإذا أجاز ، نفذ البيع في حق الجميع : البائع والمشتري والمرتهن ، وإذا لم يجز فرأى يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افلك الراهن الرهن ، والرأي الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلا في حق المرتهن فإذا افلك الرهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري (المبسوط ١٣ ص ١١) .

وليس للراهن فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري . أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالرهن عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالرهن ، وهذا هو الصحيح وعليه الفتوى . فيكون تأويل هذا الرأي الأخير أن المشتري ، وقد علم بالرهن ، اشترى على أن يفتك البائع العين المرهونة من مرتبتها ويسلمها إليه ، فإذا لم يفعل فسخ المشتري البيع :

وإذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه ، نفذ البيع بداهة في حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجازة .

انظر في بيع الموهون : الفتاوى الهندية ٣ ص ١١٠ - ١١١ - الخطاب ٤ ص ٢٦٩ - الخرشي ٥ ص ١٧ - اللصوقي ٣ ص ١١ - ١٢ - المهذب ١ ص ٣١٢ - المغني ٤ ص ٣٦٣ - المرداوي ٤ ص ١٥٦ - ١٥٨ .

بيع المتأجر :

المتأجر متعلق به حق المتأجر ، كالمهون تعلق به حق المرتهن . فبيع المتأجر كبيع المرهون ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة المتأجر . فإذا أجاز المتأجر البيع ، نفذ في حق الجميع ، وانفسخت الإجازة ، ووجب على المتأجر تسليم العين للمشتري . ولكن له حق حبسها حتى يسترد ما عجله من الأجرة . وإذا لم يجز المتأجر البيع ، فالبيع لا يتوقف إلا في حقه ، فإذا انقضت الإجازة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين إلى المشتري .

وليس للمؤجر فسخ البيع الذي صدر منه للمشتري . أما المشتري فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالإجازة عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالإجازة ، وذلك على النحو الذي قدمناه في بيع المرهون .

وإذا باع المؤجر العين للمتأجر نفسه ، نفذ البيع في حقهما دون حاجة إلى إجازة ، كما في بيع المرهون .

ونرى من ذلك أن جملة الأحكام التي قررناها في بيع المرهون تسرى هنا أيضاً في بيع المتأجر ، والفروق بين البيعين محل خلاف . جاء في ابن عابدين : « ووقف بيع المرهون والمتأجر إلخ ، أي فإن أجاز المرتهن والمتأجر نفذ . وهل يملكان الفسخ قبل لا وهو الصحيح . وقيل يملكه المرتهن دون المتأجر لأن حقه في المنفعة ، ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط . . . وجزم في الحاشية بالثاني . ولكن في حاشية الفصولين للرمل عن الزيلعي لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين » (ابن عابدين ٤ ص ٢١٣) . وجاء في البحر : « وفرق بينهما الكرايسى ، فجعل للمرتهن الإجازة والفسخ دون المتأجر فلا يملكه ، فارقاً بأن المتأجر حقه في المنفعة ولذا لو هلك العين لا يسقط دينه ، وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكيم . وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر ، فأجاز المتأجر (البيع) الثاني ، نفذ الأول ، ولو تعدد بيع الرهن ، فأجاز المرتهن (البيع) الثاني ، نفذ لا الأول » (البحر ص ١٤٩ - ص ١٥٠) . ذلك أننا لو قلنا بالفرق بين

المرهون والمستأجر ، وباع المؤجر العين مرتين ، فإجازة المستأجر للبيع الثاني ليست إلا نزولا عن حقه في المنفعة ، فخلصت العين من الحق الذي تعلق بها ، وسلمت تصرفات البائع فيها ، فنفذ البيع الأول لأنه مقدم على البيع الثاني . ولو باع الراهن العين مرتين ، فإجازة المرتهن للبيع الثاني نزول عن حقه في العين ذاتها لا في المنفعة إلى المشتري الثاني ، فتخلص العين لهذا المشتري ، وينفذ البيع الصادر إليه دون البيع الصادر إلى الأول . (انظر أيضاً في بيع المستأجر: الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٧ — الفتاوى الهندية ٣ ص ١١٠) .

بيع المريض مرض الموت :

بيع المريض مرض الموت حكمه عند المحاباة حكم الوصية ، لا ينفذ في المقدار المحابي به إلا في ثلث التركة ولغير الوارث . أما إذا صدر البيع لوارث مهما كانت قيمة المقدار المحابي به ، أو صدر لغير وارث وزادت قيمة المقدار المحابي به على ثلث التركة ، فالبيع للوارث ، وكذلك البيع لغير الوارث فيما زاد على الثلث ، ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الورثة . فإن أجازوه نفذ في حق الجميع ، وإلا بطل البيع للوارث ، وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث .

والأصل في ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة ، لا من موت المورث فحسب ، بل أيضاً من بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت . ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته ، فهو إنما يوصي ، ويكون لتصرفه حكم الوصية . فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة الذين تعاق حقهم بالتركة ، كما توقف بيع المرهون على إجازة المرتهن ، وبيع المستأجر على إجازة المستأجر . والورثة يتعلق حقهم بثلثي التركة إذا كان التصرف لغير وارث ، ويتعلق بكل التركة إذا كان التصرف لوارث ، وفي مصر سوى قانون الوصية بين الوارث وغير الوارث ، فلا يتعلق حق الورثة في الحاليتين إلا بثلثي التركة ، ومن ثم جاز التصرف فيما لا يزيد على ثلث التركة للوارث ولو بغير إجازة سائر الورثة .

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

متى يكون العقد نافذاً غير لازم - الخيارات الأربعة :

قلنا أن العقد يكون نافذاً غير لازم إذا كان بطبيعته لا يلزم أحد العاقدين أو كليهما ، أو كان في العقد خيار لأحد العاقدين أو لكليهما يبيح فسخ العقد . والعقد لا يلزم بطبيعته أيّاً من العاقدين في الوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية . وقد يلزم العقد أحد العاقدين دون أن يلزم الآخر ، ففي الرهن لا يلزم العقد المرتهن ، وفي الكفالة لا يلزم العقد الدائن . وليس للرجوع في حالة عدم لزوم العقد لأحد العاقدين دون الآخر أثر رجعي ، فإذا رجع العاقد الذي لا يلزمه العقد أنفسخ العقد من وقت رجوعه ، وبقيت آثار العقد إلى وقت الرجوع قائمة .

وقد يكون في العقد خيار يجعله غير لازم . والخيارات كثيرة متنوعة . درسنا منها خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار الغبن ، فلا نعود إليها . أما خيار المجلس وخيار القبول فهذان لا يتعلقان بلزوم العقد بل بانعقاده ، وقد سبق بحثهما .

بقيت خيارات أربعة معروفة إذا لحق أحدها العقد جعله غير لازم ، وهي خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، وهي التي نتولى بحثها هنا في إيجاز^(١) .

(١) ونلاحظ بادئ ذي بدء أن كلا من خيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف ، فيكون العقد لازماً من جهة وموقوفاً من جهة أخرى . أما خيار الرؤية وخيار العيب فهما بمثابة شرط فاسخ ، فيكون العقد لازماً من جهة وغير لازم من جهة أخرى . فخيار الشرط وخيار التعيين ، في حقيقة الأمر الذي يترتب عليهما ، يتصلان بوقف العقد لا بعدم لزومه كما سنرى . وعند الشافعي خيار الشرط فاسخ كخيار العيب (انظر في خيار الشرط وهل هو واقف أو فاسخ الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٧٠ - ص ٧١ وسنورد ما جاء في هذا المرجع فيما يل) .

المطلب الأول

خيار الشرط

قيام الخيار وأحكامه :

نعرض لقيام خيار الشرط ، ثم للأحكام التي ترتب على قيامه .

ما هو خيار الشرط :

خيار الشرط خيار يشترطه أحد العاقدین أو كلاهما ، بموجبه يكون لمن له الخيار الحق في نقض العقد في خلال مدة معينة ، فإن لم ينقضه نفذ . فالعقد الذي فيه خيار الشرط يكون إذن غير لازم من جانب من له الخيار ، إذ يجوز له الرجوع فيه كما قلنا ، وقد جاء خيار الشرط على خلاف القياس ، إذ القياس أن المعاوضات لا تحتل التعليق على الشرط ، وخيار الشرط من شأنه أن يعاق العقد . ولكنه شرع بحديث للنبي عليه الصلاة والسلام ، ولحاجة التعامل إليه ، فقد يحتاج ، في البيع مثلا ، المشتري أو البائع أو كلاهما إلى التأمل والتروي - ومن أجل ذلك يسمى في الفقه المالكي بخيار التروي - وقد يحتاج المشتري إلى تجربة المبيع قبل إمضاء البيع .

جاء في المبسوط للرخسي : « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الأنصار بالخيار في كل مبيع يشتره ثلاثة أيام ، واسم هذا الرجل حبان بن منقذ وأبوه منقذ بن عمرو . . . وقد كان يغبن في البياعات للأمومة أصابت رأسه ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا بايعت ققل لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام . وكان ألثغ باللام ، فكان يقول لا خرابة . في الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار . والقياس يأبى ذلك لأن شرط الخيار يفتق العقد ، وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق ، ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك . ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث ، ولحاجة الناس إلى ذلك . فالبيع عقد معاينة ، والمقصود به الاسترباح ، ولا يمكنه تحصيل ذلك إلا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ، فيحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار . فإذا كان

يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالإجارة ونحوها ، فشرط الخيار في العقد أولى . ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط ، لأن الخيار صفة في العقد ، يقال بيع بات وبيع بخيار ، وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف ، وإنما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط ، لأن بالشرط لا يخلو السبب عن الحكم إلا أن يتصل الحكم به ، فقد يجوز أن يتأخذ الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل ، (المبسوط ١٣ ص ٤٠ - ٤١) .

وجاء في فتح القدير : « الموانع خمسة أقسام : مانع يمنع انعقاد العلة ، حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر ، لأنها لا تنعقد إلا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال ، فلا وجود للبيع أصلاً فيه ، كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه . ومانع يمنع تمام العلة ، وهو البيع المضاف إلى مال الغير ، كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فرده عن سنته . ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة ، وهو خيار الشرط ، يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه ، على مثال استتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه . ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته ، كخيار الرؤية للمشتري . ومانع يمنع لزومه كخيار العيب . وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة ، وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط . وحين وردت شرعيته ، جعلناه داخلاً في الحكم مانعاً من ثبوته ، تقليلاً لعمله بقدر الإمكان . وذلك لأن عمله إثبات الخطر في ثبوت الملك ، وبذلك يشبه القمار ، فقللنا شبهه . ولقائل أن يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشارع سبباً للملك ، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلاً سبباً للملك ، والخطر طرد في ذلك لا أثر له . نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلاً بخلاف الأصل ، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك يثبت أولاً ، (فتح القدير ٥ ص ١١٠) .

وقال ابن رشد : « أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثاً ، وما روى في حديث ابن عمر اليعان بالخيار ما لم يفتقرا إلا بيع الخيار . وعمدة من منعه أنه غرر ، وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على

جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع . قالوا وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكنا إليه صلى الله عليه وسلم أنه يندفع في البيوع ، قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه إلا بيع الخيار ، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر ، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر ، (بداية المجتهد طبعة أولى ٢ ص ١٧٢) .

مصدر خيار الشرط :

وخيار الشرط خيار يشترط في العقد ذاته ، أو في اتفاق لاحق للعقد . فلو قال أحد المتبايعين بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام ، صح بالإجماع (فتح القدير ٥ ص ١١١) .

ويرد خيار الشرط فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والإجارة قبل بدء مدتها والصلح . ولا يجوز وروده في النكاح والطلاق والصرف والتسليم والإقرار والهبة والوصية . وقد جاء في المادة ٣٣٠ من مرشد الحيران : « خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والإجارة والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحاة والمنتلفة جنساً والصلح عن مال والرهن والكفالة والحالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين » . وجاء في المادة ٣٣١ : « خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والتسليم والإقرار والوكالة والهبة والوصية » . ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط في النكاح والطلاق وأن هذين تصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط ، وفي الصرف والتسليم أنهما لا يتمان إلا بالقبض فيلزمان به ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك ، وفي الإقرار أن طبيعته لا تحتل التعليق ، وفي الوكالة والهبة والوصية أنها تصرفات غير لازمة من الأصل فلا حاجة فيها لخيار الشرط .

لمن يكون الخيار :

ويجب تعيين من له خيار الشرط . وقد يكون هو المشتري ، أو البائع ، أو كلاهما . وقد يجعل خيار الشرط للمبيع نفسه إذا كان آدمياً رقيقاً .

ويصح أن يكون خيار الشرط لأجنبي ، ويعتبر وكيلًا عن العاقد إذا رأى هذا العاقد أن الأجنبي خير هو في حاجة إلى خبرته لإتمام الصفقة ، ويكون الخيار ثابتاً للعاقد وللأجنبي معاً . وقد جاء في المادة ٣٣٢ من مرشد الخيران : « ويصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقلين ، أو لأحدهما دون الآخر ، أو لأجنبي . وجاء في الهداية (فتح القدير ٥ ص ١٢٦ - ص ١٢٨) « ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره ، فأيهما أجاز حاز الخيار ، وأيهما نقض انتقض . وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضباء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه . وعند ذلك يكون لكل منهما الخيار ، فأيهما أجاز جاز ، وأيهما نقض انتقض . ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره . ولو خرج الكلامان منهما معاً ، يعتبر تصرف العاقد في رواية ، وتصرف الفاسخ في أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى ، لأن النائب يستفيد الولاية منه . وجه الثاني أن الفسخ أقوى ، لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة . »

وقد يجعل البائع لنفسه خيار النقد ، فيشترط أنه إن لم ينقد الثمن في خلال مدة معينة هي المدة الجائزة للخيار فلا يبيع . والخيار على هذا الوجه ليس موضوعاً للتروى ، ولكن لفسخ البيع عند عدم دفع الثمن في مدة معينة . ولكن قد يقبض البائع الثمن ومع ذلك يشترط أن له الخيار ، فإذا اختار فسخ البيع رد الثمن ، والخيار على هذا الوجه هو خيار شرط للتروى (فتح القدير ٥ ص ١١٤) .

مدة الخيار :

تفاوتت المذاهب في تعيين الحد الأقصى لمدة الخيار :

فعند أبي يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طال . وعند مالك تنقضي مدة الخيار بتقاضي الحاجة نظراً لتفاوت المبيعات ، ففي اختيار

الثوب يكفي اليوم واليومان ، وفي الجارية يكفي الأسبوع ، وفي اختيار الدار قد تصل مدة الخيار إلى الشهر ونحوه .

وعند أبي حنيفة وزفر والشافعي لا يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام في جميع الأحوال .

ويقول ابن رشد في هذا المعنى : «وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه ، وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك بتفاوت المبيعات ، فقال مثل اليوم واليوين في اختيار الثوب ، والجمعة والجمعة أيام في اختيار الجارية . والشهر ونحوه في اختيار الدار . وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعي وأبو حنيفة أصل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ، وبه قال داود » (بداية المجتهد طبعة أولى ٢ ص ١٧٢) .

فإذا لم تحدد مدة أصلاً ، أو شرط الخيار أبداً ، أو متى شاء ، أو إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاورة إنسان ، فعند مالك يصح العقد ويحدد القاضى المدة المألوفة في العادة لاختيار مثل المبيع . وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد ينسد العقد . وعند أبي حنيفة إذا استعمل الخيار في الثلاثة الأيام صح العقد : وإن انقضت الثلاثة الأيام دون استعمال حق الخيار فسد العقد .

§ ٢ - حكم خيار الشرط

مرحلتان :

يمر العقد المقترن بخيار الشرط بمرحلتين : أولاً - أثناء مدة الخيار وقبل استعماله : ثانياً - بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله .

أولاً : أثناء مدة الخيار وقبل استعماله :

ملكية المبيع :

ولمعرفة ما إذا كان البيع المقترن بخيار الشرط ينقل ملكية المبيع إلى المشتري أولاً بنقلها يجب التمييز بين ما إذا كان الخيار للمشتري ، أو كان للبائع أو كان لهما معاً .

فإذا كان الخيار للمشتري ، انتقلت ملكية المبيع إليه لأن البيع لازم للبائع ، وعند أبي حنيفة يخرج المبيع من ملك البائع ولكن لا يدخل ملك المشتري . أما الثمن فلا يخرج من ملك المشتري ، بل يبقى ديناً موقوفاً ، لأن البيع غير لازم للمشتري .

وإذا كان الخيار للبائع ، بقي المبيع على ملكه ، لأن البيع غير لازم له . ويخرج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع ، لأن المبيع لازم للمشتري ، وعند أبي حنيفة يخرج الثمن من ملك المشتري ولكن لا يدخل في ملك البائع .

وإذا كان الخيار للثنتين معاً ، بقي المبيع على ملك البائع لأن البيع غير لازم له ، وكذلك بقي الثمن على ملك المشتري لأن البيع غير لازم له أيضاً . فلكية كل من المبيع والثمن تكون في هذه الحالة موقوفة .

ويخلص مما قلناه أمران : (١) أن خيار الشرط شرط واقف لا شرط فاسخ ، على حين أن كلا من خيار الرؤية وخيار العيب شرط فاسخ لا شرط واقف . وكون خيار الشرط واقفاً فيه خلاف : فعند أبي حنيفة ومالك وفي قول لأحمد وللشافعي هو المشهور الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار فالشرط واقف . وفي قول آخر لأحمد وهو ظاهر المذهب وقول آخر للشافعي الملك ينتقل ثم يعود إذا اختار صاحب الخيار الفسخ ، فالشرط فاسخ (انظر الشرح الكبير على المقنع وسنورد ما جاء فيه فيما يلي) . فإذا سائرنا الرأي الغالب وقلنا إن الشرط شرط واقف لا فاسخ ، اتصل خيار الشرط بالعقد الموقوف (في أحد البدلين أو في كليهما) لا بالعقد غير اللازم ، والعقد في خيار الشرط موقوف على إجازة العاقد نفسه لا على إجازة أجنبي . ونظيره إجازة الصبي المميز للعقد عند بلوغه من الرشد . (٢) لا يوجد

ارتباط بين البديلين حتى أن أحد البديلين - المبيع أو الثمن - يدخل في ملك العاقد الآخر ولا يخرج من ملكه البديل المقابل . وهذا ما دعا أبا حنيفة إلى القول بأن البديل لا يدخل في ملك العاقد الآخر ، حتى لا يجتمع البدلان عند عاقد واحد ولكنه يقول في الوقت ذاته بأن البديل يخرج من ملك صاحبه ، فكيف يخرج من ملك صاحبه ولا يدخل في ملك العاقد الآخر ؟ وأين يكون ؟ .

حق التصرف في المبيع :

إذا كان الخيار للمشتري ، فقد قدمنا أن المبيع دخل في ملكه ، فيملك التصرف فيه بالبيع والإجارة وغير ذلك من التصرفات . وإذا تصرف فيه ، كان هذا إمضاء ضمناً للبيع المقترن بخيار الشرط . ولا يملك البائع التصرف في المبيع فقد خرج من ملكه .

وإذا كان الخيار للبائع ، أو كان لكل من البائع والمشتري ، فقد رأينا أن المبيع يبقى على ملك البائع ، فيملك التصرف فيه ، أما المشتري فلا يملك ذلك . وإذا تصرف البائع في المبيع ، كان تصرفه فسخاً ضمناً للبيع المقترن بخيار الشرط .

ضمان المبيع :

إذا هلك المبيع في يد البائع قبل القبض ، بطل البيع في جميع الأحوال ، وكان الهلاك على البائع . وعليه أن يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد قبضه . أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه له ، اعتبرت يده يد ضمان لا يد أمانة ، لأنه قبض المبيع لحساب نفسه لا أمانة عنده لغيره . فإذا كان الخيار له ، فدخل المبيع في ملكه ، نزم البيع وهلك المبيع عليه بالثمن . وإذا كان الخيار للبائع أو لهما معاً ، فلم يدخل المبيع في ملك المشتري ، بطل البيع وهلك المبيع على المشتري بالقيمة .

النصوص :

جاء في البدائع : « الخيار لا يخلو إما أن كان للبائع والمشتري جميعاً ، وإما أن كان للبائع وحده ، وإما أن كان للمشتري وحده ، وإما أن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث . فإذا كان الخيار لهما ، فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البديلين جميعاً ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، وكذا لا يزول الثمن عن ملك البائع ، لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين جميعاً وهو الخيار . وإن كان للبائع وحده ، فلا ينعقد في حق الحكم في حقه ، حتى لا يزول المبيع عن ملكه ، ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه ، ويخرج الثمن عن ملك المشتري لأن البيع بات في حقه . وهل يدخل في ملك البائع ؟ عند أبي يوسف ومحمد يدخل . وإن كان للمشتري وحده ، لا ينعقد في حق الحكم في حقه ، حتى لا يزول الثمن عن ملكه ، ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه إذا كان عيناً ولا يستحقه على المشتري إذا كان ديناً . ويخرج المبيع عن ملك البائع ، حتى لا يجوز له التصرف فيه ، لأن البيع بات في حقه ، وهل يدخل في ملك المشتري ؟ عند أبي حنيفة لا يدخل ، وعندهما يدخل . وجه قولهما أن ثبوت الحكم عند وجود المستدعى هو الأصل والامتناع بعارض ، والمانع ههنا هو الخيار ، وأنه وجد في أحد الجانبين لا غير ، فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر . ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري ، والثمن عن ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع ، فدل أن البيع بات في حق من لا خيار له ، فيعمل في بات هذا الحكم الذي وضع له . وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الخيار إذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه وإذا كان للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه ، وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الأول ، ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني ، لوجهين . أحدهما أنه جمع بين البديل والمبدل في عقد المبادلة . وهذا لا يجوز . والثاني أن في هذا ترك التسوية بين العاقلين في حكم المعاوضة ، وهذا لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت . وقولهما البيع بات في حق من لا خيار له ، قلنا هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت ، لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في

المنع من الزوال ، وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر إن كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين . . . وإن كان المبيع داراً ، فإن كان الخيار للبائع ، لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع . وإن كان للمشتري ، يثبت حق الشفعة بالإجماع : أما على أصلهما فظاهر لأن المبيع في ملك المشتري ، وأما على أصل أبي حنيفة فالمبيع وإن لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك البائع بالإجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشتري ، (البدائع ٥ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٦) .

وجاء في فتح القدير : « خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لأن تمام هذا السبب ، الذي هو البيع ، بالرضا . . . ولا يتم الرضا مع الخيار لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه ، فلم يتم السبب في حق البائع لأنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا ، فلا يوجب حكمه في حقه ، فلا يخرج المبيع عن ملكه . فلهذا جاز تصرفه فيه ، فنقذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ، ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع ، لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال . وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبه إلى كل من له الخيار ، وأنه إذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري . ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع ، فهلك في يده في مدة الخيار ، ضمنه بالقيمة ، لأن البيع يفسخ بالهلاك ، لأنه كان موقوفاً في حق المبيع . ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه لانفاذ بلا عمل ، فبقى في يد المشتري مقبوضاً لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة . . . لأنه ما رضى البائع بقبضه إلا على جهة العقد ، فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض على سوم الشراء . . . وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري قال مالك والشافعي في المشهور . وعندهم وجه في ضمانه بالثمن ، وهو قياس قول أحمد ، لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له ، لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول ، وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب . قلنا قولك ثم البيع بالإيجاب والقبول ، إن أردت في حق حكمه منعناه ، أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا

على ما ذكرنا . . . ولو هلك المبيع في يد البائع والحال أن الخيار له ، ولا إشكال في أنه يفسخ . . . وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع . . . إلا أن المشتري لا يملكه . . . وهذا عند أبي حنيفة . وقال يملكه المشتري ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، لأنه لما خرج عن ملك البائع ، لو لم يدخل في ملك المشتري ، يكون زائلاً لا إلى ملك مالك ، ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة ، فيكون كالسائبة . . . ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه ، فلو قلنا إنه يدخل المبيع في ملكه ، اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك أحد المتعاضين حكماً للمعاوضة ، ولا أصل له في الشرع ، وأنى يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاضين في تبادل ملكيهما . . فإن هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار ، هلك بالثمن . . وقد انبرم العقد وإبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة (فتح القدير ٥ ص ١١٥ - ص ١١٨) .

لانياً : بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله :

كيف تنقضي مدة الخيار . . .

تنقضي مدة الخيار بأحد طرق ثلاثة :

١ - بانقضاء المدة التي عينها العاقلان ، بحسب الأحوال ، وفقاً للتفصيل الذي قلنا .

٢ - بموت من له حق الخيار ، وذلك لأن حق الخيار لا يورث ، فإذا مات من يملكه لم ينتقل إلى ورثته بل يزول ، ويعتبر البيع لازماً لا خيار فيه . أما عند الشافعي فخيار الشرط يورث ، ويقوم وارث من له الخيار مقامه فيه .

٣ - باستعمال من له حق الخيار خياره حتى قبل انقضاء المدة . فإن أمضى العقد لزم ، وإلا انفسخ ، على الوجه الذي سبق .

كيف يستعمل حق الخيار :

من له حق الخيار ، بائعاً كان أو مشترياً أو أجنبياً ، يجوز له فسخ العقد أو إمضاؤه . ولا يشترط في ذلك حكم القاضي . بل لا يشترط أن يكون ذلك بحضور

العاقلة الآخر عند أبي يوسف والشافعي . وعند أبي حنيفة ومحمد يشترط أن يكون ذلك بحضوره أي بعلمه . وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يفسخ من له الحق فيه ودون أن يمضي العقد ، اعتبر عدم الفسخ إلى انقضاء المدة إمضاء للعقد ، كما اعتبر موت من له الخيار في مدة الخيار إمضاء للعقد .

ويتم الفسخ أو الإمضاء بالقول أو بالفعل . ويكون صريحاً أو بطريق الدلالة . أما الصريح فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبه أو أسقطت الخيار أو أبطلته أو لم أجز البيع أو أسقطته . وأما الفسخ أو الإمضاء بطريق الدلالة فهو أن يوجد منه تصرف في البديل الموقوف ، المبيع أو الثمن ، يدل على الفسخ أو الإمضاء . فإن كان الخيار للبائع وتصرف في المبيع تصرف الملاك ، بأن باعه أو وهبه أو أجره مثلاً ، كان هذا فسخاً بطريق الدلالة . وإذا تصرف في الثمن ، بأن أبرأ المشتري منه أو وهبه لإياه أو اشترى منه شيئاً به ، كان هذا إجازة ، وإذا كان الخيار للمشتري . ووهب المبيع أو باعه أو أجره ، كان هذا إجازة ، وإذا استأجره من البائع أو استعاره منه كان هذا فسخاً .

الأثر المترتب على استعمال حق الخيار :

فإذا فسخ من له حق الخيار العقد على النحو الذي قدمناه ، انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن ، وذلك دون حاجة إلى حكم ، أو رضاء العاقد الآخر ، أو حضوره وقت الفسخ عند أبي يوسف والشافعي كما سبق القول . أما إذا أمضى العقد بالقول أو بالفعل ، صراحة أو دلالة ، أو مات في مدة الخيار ، أو سكت عن الفسخ أو الإمضاء حتى انقضت مدة الخيار ، فقد زال حق الخيار ولزم العقد ، واستند ذلك بأثر رجعي إلى وقت نشوء العقد .

النصوص :

جاء في المبسوط : « وإن كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار ، فقد انقطع خياره ولزم البيع . وكذلك إذا كان للبائع فوات البائع ، أو كان الخيار لهما جميعاً فماتا ، فقد لزم البيع . وأجمعوا على أنه إذا مات من عليه الخيار ، فإن الخيار

باق . ولا يورث خيار الشرط عندنا . وقال الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار ، لأن هذا حق لازم ثبت في عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والتمن والكفالة والرهن ، بخلاف خيار القبول فإنه غير لازم ولا ثابت في بيع منعقد ، وبخلاف الأجل فإنه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الإرث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما في إبقاء الأجل فإن ذمة الميت مرتبة بالدين ما لم يقض عنه فلا تبسط يد الوارث في التركة لقيام الدين على المورث . فأما في توريث الخيار ، فيه منفعة للوارث والمورث جميعاً ، فإن الضرر والغبن يدفع به . وربما يقولون هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ، ولأن البذل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي له خياره والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكاً له ، فإذا كان الملك باقياً للبائع في المبيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه ، ولا يبطل العقد بهذا الانتقال ، فمن ضرورة انتقال الملك إلى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه . وحيثما ما قال في الكتاب إن البيع منعقد مع الخيار ، وقد كان الخيار مشيئة في رده ، ولا يتحول بالموت مشيئته إلى غيره ، لأن إرادته ومشيئته صفة فلا تحتمل الانتقال منه إلى غيره . وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الوارث ، فأما ما لا يحتمل الانتقال إلى الوارث لا يورث كملكه في منكوخته وأم ولده . وكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث ، لأنه إنما يورث ما كان قائماً والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله إلى الوارث ، وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد فإن الملك يثبت ولاية الإقالة ، ألا ترى أن إقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقده هو الوكيل دون الموكل . وإنما يخلفه في الملك الباقي بعد موته ، ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشتري ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين فأما خيار العيب لا نقول بأنه يورث ، ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد ، فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله ، وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لأنه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق بالعقد ، حتى إذا تعذر

الرد بالعيب رجع بحصة العيب من الثمن ، والوارث يخلف المورث فيما هو مال ،
(المبسوط ١٣ ص ٤٢ - ص ٤٣) .

وجاء في البدائع : « وأما بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله
التوفيق : أما خيار البائع ، فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان في الأصل ، أحدهما
اختياري والآخر ضروري . أما الاختياري فالإجازة ، لأن الأصل هو لزوم البيع ،
والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع . والإجازة نوعان : صريح
وما هو في معنى الصريح ودلالته . أما الأول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع
أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا المجرى ، سواء علم المشتري
الإجازة أو لم يعلم . وأما الإجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن
يدل على الإجازة وإيجاب البيع ، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة .. وعلى
هذا يخرج ما إذا كان الثمن عيناً يتصرف البائع فيه تصرف المالك بأن باعه أو ساومه
أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو ذلك ، لأن ذلك يكون إجازة
للبيع .. وكذا لو كان الثمن ديناً فأبرأ البائع المشتري من الثمن أو اشترى به شيئاً منه
أو وهب من المشتري ، فهو إجازة للبيع كما قلنا .. ولو اشترى بالثمن شيئاً من غيره
لم يصح الشراء وكان إجازة ، أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه
الدين ، وأما كونه إجازة للبيع فلأن الشراء به من غيره إن لم يصح لكنه قصد التملك
وذا دليل الإجازة ، كما إذا ساومه بل أولى لأن الشراء به في الدلالة على قصده
التملك فوق المساومة ، فلما كانت المساومة إجازة فالشراء أولى . بخلاف ما إذا كان
البائع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيئاً إنه لا يكون إجازة للبيع ، لأن عين
المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين عندنا في الفسخ
كما لا يتعينان في العقد ، فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد ، فلا يكون التصرف
فيه دليل الإجازة . بخلاف ما إذا اشترى به قبل القبض لأنه أضاف الشراء إلى عين
ما هو مستحق بالعقد ، فكان دليل القصد إلى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا .
ولو كان الخيار للمشتري فأبرأه البائع من الثمن ، فإن يوسف رحمه الله لا يصح
الإبراء لأن خيار المشتري يمنع وجوب الثمن ، والإبراء إسقاط ، وإسقاط ما ليس
بثابت لا يتصور . وروى عن محمد رحمه الله أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء ،

لأن الملك يثبت مستنداً إلى وقت البيع ، فتبين أن الثمن كان واجباً ، فكان لإبرائه بعد الوجوب ، فينفذ والله عز وجل أعلم . وأما الضروري فثلاثة أشياء : أحدها مضي مدة الخيار ، لأن الخيار مؤقت به ، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية . لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار ، بأن شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، هل يدخل الليل أو الغد ؟ قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تدخل . . والثاني موت البائع في مدة الخيار عندنا ، وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والإجازة.. أجمعوا على أن خيار العيب وخيار التعيين يورث . وأما خيار الرؤية فلم يذكر في الأصل ، وذكر في الحيل أنه لا يورث ، وكذا روى ابن جماعة عن محمد أنه لا يورث . . والثالث إجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة رحمه الله بأن تبايعا على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما ، بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ ، وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله (البدائع ص ٢٦٧ - ٢٦٨) .

وجاء في الهداية : « ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة . وله أن يميز . فإن أجاز به غير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يميز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز ، وهو قول الشافعي . والشرط هو العلم ، وإنما كنى بالحضرة عنه . له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ، ولهذا لا يشترط رضاه ، وصار كالوكيل بالبيع . ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالدفع ، ولا يعرى عن المضرة : لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه ، فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشترى فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه ، وصار كعزل الوكيل ، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ، ولا نقول إنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط . ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة ، تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ . . . ومن اشترى داراً على أنه بالخيار ، فبيعت أخرى يجنبها فأخذها بالشفعة ، فهو رضا ، لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها ، لأنه ما ثبت إلا لرفع ضرر

الحوار وذلك بالاستدامة ، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه ، فيثبت الملك وقت الشراء ، فيتبين أن الحوار كان ثابتاً ، (فتح القدير ٥ ص ١٢٠ - ١٣٤) .

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع : « ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب (مذهب أحمد) ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان ، وهو أحد أقوال الشافعي . وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى يستقضى الخيار ، وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، وإن كان للمشتري خرج عن ملك للبائع ولم يدخل في ملك المشتري ، لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض . وللشافعي قول ثالث إن الملك موقوف ، فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري ، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، وقوله : من باع نخلاً بعد أن يؤبره فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، متفق عليه . فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع . ولأنه بيع صحيح ، فنقل الملك عقبيه كالذي لا خيار فيه ، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يضح بقوله ملكتك ، فيثبت به الملك كسائر البيع ، لأن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه ، وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره كما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبت الخيار فيه لا ينفيه كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً . وقولهم إنه قاصر غير صحيح ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب ، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير ، فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون . وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح ، لأنه يفضي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ، ويفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن عن غير حصول عوض للمشتري ، أو إلى نقل ملكه من المبيع من غير ثبوته في عوضه ، وكون العقد معاوضه يأتى ذلك . وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح ، فإن انتقال الملك إنما يبنى على سببه الناقل وهو البيع ، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه ، فإن إمضائه ليس من المقتضى ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله ، والفسخ ليس بمانع فإن المنع

لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه . ولأن البيع مع الخيار سبب يسبق الملك عقبيه فيما إذا لم يفسخ ، فوجب أن يثبت وإن فسخ كبيع المعيب ، وهو ظاهر إن شاء الله تعالى . فما حصل من كسب أو نماء فهو له ، أمضيا العقد أو فسخاه : ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار ، فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه . قال محمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد ، فالmaal للمشتري وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري فالنماء المنفصل له ، وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له ، وإن فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الحراج بالضمان . . وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون نماؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار . ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد بناء على قولنا إن الملك لا يتقل . وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بأي حال ، كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة ، (الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٧٠ - ص ٧١) وجاء في نفس المصدر (٤ ص ٧٠) : « إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فلا خيار فيه لأنه من الحبل ، ولا ينحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه » .

المطلب الثاني

خيار التعيين

خيار التعيين متفرع من خيار الشرط :

يتفرع عن خيار الشرط خيار التعيين ، ويذكر في كتب الفقه عادة ضمن خيار الشرط أو عقبه . ومن ثم نبهت ، كما بحثنا في خيار الشرط ، قيام خيار التعيين ثم الأحكام التي ترتبت على قيامه .

§ ١ - قيام خيار التعيين

ما هو خيار التعيين وما هو مصدره ؟

خيار التعيين خيار يشترطه المشتري عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحداً منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروى . فخيار التعيين يثبت الملك للمشتري في أحد هذه الأشياء غير عين . وهو في الوقت ذاته ينطوي على خيار شرط بموجبه يتمكن المشتري من التروى في الاختيار . ولذلك كان البيع المقترن بخيار التعيين غير لازم من جانب المشتري في جميع الأشياء كما سنرى .

ويشترط ألا تزيد الأشياء التي يختار منها المشتري على ثلاثة ، لأن خيار التعيين شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة إلى دفع الغبن بالتحري ، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لا أكثر لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء ، فيبقى الحكم فيما يزيد على الثلاثة مردوداً إلى أصل القياس وهو المنع . ويحتاج المشتري إلى خيار التعيين إذا كان لا يمكنه دخول السوق بنفسه أو كان في حاجة إلى استشارة خبير فيما يأخذ وفيما يدع ، فيشترط هذا الخيار ليتسنى له اختيار ما يناسبه خارج السوق أو بعد الرجوع إلى رأى الخبير .

ويأخذ زفر والشافعي بالقياس . فعندما خيار التعيين يفسد البيع .

ومصدر الخيار اشتراطه في العقد ذاته ، فلا بد أن يشترط في عقد البيع أن يكون للمشتري الخيار في أن يأخذ أى الأشياء يختاره بثمن معين ، فإذا خلا البيع من هذا الشرط فسد . فإذا قال البائع للمشتري بعثك داراً من هذين بألف ولم يذكر على أنك بالخيار في أيهما شئت ، لا يجوز اتفاقاً ، كقولك بعثك داراً من دورى . ولا بد أن يعين ثمن كل واحد من الأشياء المعروضة على المشتري ، وإلا فسد البيع لجهالة الثمن .

جاء في البدائع : « إذا قال بعثك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا ، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه ، أو قال يعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول . » وذكر الخيار

بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بضمن كذا وترد الباقي ، فالقياس أن يفسد البيع في الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن البيع مجهول لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولاً ، فيمنع صحة البيع ، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار . وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، وبالجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، وورود الشرع هناك يكون وروداً هنا . والحاجة تندفع بالتحري في الثلاثة ، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء ، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس . ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه ، خصوصاً الأكابر والنساء ، فيحتاج إلى أن يأمر غيره ، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر ، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر فيختار أيهما شاء بالتمن المذكور ويرد الباقي . فجوزنا ذلك لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة ، فبقى الحكم فيه على أصل القياس . وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت ، فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال ، والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة ، (البدائع ٥ ص ١٥٦ - ١٥٧) .

لمن يكون خيار التعيين :

رأينا مما تقدم أن الأصل في خيار التعيين أن يكون للمشتري ، فهو الذي يحتاج لهذا الخيار حتى يأخذ الأوفق له ، أما البائع فالأشياء كلها كانت في يده فهو أدري بما يرى يبعه منها ، ولا يكون في حاجة إلى الخيار . ومن ثم ذهب رأى إلى أن خيار التعيين يختص به المشتري ، ولكن هناك رأياً آخر يذهب إلى جواز أن يكون للبائع خيار التعيين قياساً على خيار الشرط ، وقد يكون في حاجة إليه إذا كان رأيه لم يستقر على أي الأشياء يبيع .

جاء في فتح القدير : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار

ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ، ظهر أنه لا يجوز للبائع . بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع ، وهو أدري بما لاءمه منه ، فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً ، لأنه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع ، قياساً على الشرط (فتح القدير ٥ ص ١٣١) .

مدة الخيار :

اختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط بيان المدة في خيار التعيين . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة الخيار ، لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة (في غير مذهب مالك) ، وكذلك يكون الحكم لو كان المبيع شيئاً واحداً غير معين ، إذ أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وهذا مفسد للبيع . وقال آخرون يصح خيار التعيين من غير ذكر المدة ، لأن خيار التعيين بخلاف خيار الشرط لا يمنع ثبوت الحكم في الحال في أحد الأشياء غير عين ، وإنما يمنع تعيين المبيع ، فلا يشترط له بيان المدة .

والصحيح هو وجوب بيان المدة ، ويكون حدّها هو حد المدة في خيار الشرط . فعند أبي حنيفة لا يجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام ، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالّت ، وعند مالك تنقذر المدة بتقدير الحاجة .

جاء في البدائع : « وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد في هذه المسألة في الكتب . فذكر في الجامع الصغير على أن يأخذ المشتري أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام . وذكر في الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوماً ، وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله . وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة . وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوباً واحداً معيناً وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع ، فكذا إذا كان

واحداً غير معين . والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وإنه مفسد للبيع ، لأن للمشتري أن يردّها جميعاً والثابت بخيار التعيين رد أحدهما ، وهذا حكم خيار الشرط ، فلا بد من ذكر مدة معلومة . وجه قول الآخرين أن التعيين لا يمنع ثبوت الحكم . . وإنما يمنع تعيين المبيع لا غير ، فلا يشترط له بيان المدة والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا ، وخيار التعيين يورث بالإجماع . إلا أن للمشتري أن يردّها جميعاً ، لا حكماً لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة ، بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما غير لازم فكان محلاً للفسخ كالبيع بخيار بشرط معهود ، (البدائع ٥ ص ١٥٧) .

وجاء في المبسوط : « ثم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام ، وهو الصحيح ، لأن هذا خيار ثبت بالشرط ، فلا بد فيه من إعلام المدة ، وإن أطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب » (المبسوط ١٣ ص ٥٥) .

وحاء في فتح القدير : « لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة » (فتح القدير ٥ ص ١٣٢) .

§ ٢ - حكم خيار التعيين

العقد غير لازم إلى وقت أعمال الخيار :

إذا اقترن البيع بخيار التعيين ، نفذ ، وثبت الملك للمشتري في أحد الأشياء غير عين إذا كان الخيار له ، ولم يزل شيء عن ملك البائع إذا كان الخيار للبائع . ولكن البيع ، وإن كان نافذاً ، يكون غير لازم ، وينطوي خيار التعيين على خيار شرط هو الذي يجعل البيع غير لازم . فإذا كان الخيار للمشتري كان له أن يرد الأشياء جميعاً ولا يلزمه أخذ شيء منها ، وإذا كان الخيار للبائع كان له فسخ البيع واسترداد كل الأشياء ولا يلزمه ترك شيء منها للمشتري ، وذلك كله طوال مدة الخيار .

ولن له الخيار أن يختار أحد الأشياء ، في خلال مدة الخيار ، ليكون هو المبيع . والاختيار قد يكون صراحة أو دلالة ، ويكون دلالة إذا تصرف المشتري

في أحد الأشياء تصرف المالك فيكون هذا دليلاً على أنه اختاره ، أو تصرف البائع في أحد الشئتين تصرف المالك فيكون هذا دليلاً على أنه اختار أن يكون المبيع هو الشيء الآخر . فإذا اختار من له الخيار ، لزم البيع ، واعتبر المبيع متعيناً منذ البداية واستند تعيينه إلى وقت العقد . وإن انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له هذا الحق ، نقض البيع في جميع الأشياء عند المالكية (انظر الخطاب ٤ ص ٤٢٥) ، وعند الحنفية ينبرم البيع في أحدها وعلى من له الخيار أن يعين (فتح القدير ٥ ص ١٣٢) .

ولتفصيل ما قلناه نميز بين ما إذا كان الخيار للمشتري أو كان الخيار للبائع .

أولاً - الخيار للمشتري :

ثبوت الملك :

إذا كان خيار التعيين للمشتري ، فحكمه ثبوت الملك له في أحد الأشياء غير عين . وما بقي من الأشياء إذا قبضها المشتري تكون أمانة في يده ، لأنه قبضها بإذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت ، فكان أمانة . فإذا فرضنا أن الخيار في شئتين ، وتصرف المشتري في أحدهما ، فقد تعين هذا الشيء مبيعاً منذ العقد مستنداً إلى الماضي ، لأن التصرف اختار عن طريق الدلالة كما قدمنا ، وتعين الشيء الآخر أمانة في يد المشتري . وإن تصرف البائع في أحد الشئتين ، كان تصرفه موقوفاً إلى أن يختار المشتري ، فإن اختار الشيء الذي تصرف فيه البائع صار هو المبيع منذ العقد مستنداً إلى الماضي ، وسقط تصرف البائع فيه فقد تبين أنه تصرف في ملك غيره . أما إذا اختار المشتري الشيء الآخر ، فقد تعين هذا الشيء ليكون مبيعاً منذ العقد مستنداً إلى الماضي ، وتعين الشيء الآخر الذي تصرف فيه البائع للأمانة منذ البداية ، ونفذ تصرف البائع فيه إذ ظهر أنه تصرف في ملك نفسه .

علم لزوم العقد :

يكون البيع غير لازم للمشتري ، ولازماً للبائع ، ومعنى ذلك أن المشتري يستطيع

أن يفسخ البيع في الأشياء جميعاً ، وليس للبائع أن يفسخ البيع إذا اختار المشتري شيئاً منها ، فإذا كان الخيار للمشتري في أحد شيئين ، كان له أن يرد البيع ، لا في شيء منهما فحسب ، بل في الشئين جميعاً . وكان مقتضى خيار التعيين أن يرد البيع في شيء فيلزمه الآخر إذ يكون قد اختاره دلالة ، ولكن لما كان خيار التعيين ينطوي على خيار شرط كما قدمنا ، فإن للمشتري أن يرد البيع حتى في الشيء الآخر بموجب خيار الشرط . ذلك أن خيار التعيين شرع كخيار الشرط للتأمل والتروي ، فإذا كانت نتيجة التأمل والتروي أن المشتري لا يلائمه أي من الشئين ، كان له أن يردهما جميعاً .

على أنه إذا مات المشتري لزم البيع ورثته ، إذ ينقطع خيار الشرط فهو لا يورث كما قدمنا فيلزم البيع . ويبقى خيار التعيين مع لزوم البيع ، وعلى ورثة المشتري أن تختار أي الأشياء يكون هو المبيع . فخيار التعيين ، بخلاف خيار الشرط ، يورث كما يورث خيار العيب ، لتعلق الخيار بالمبيع أكثر من تعلقه بمشيئة العاقد . كذلك يلزم البيع بتعيب الشئين معاً وتعيينهما للمبيع فينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين . وعلى المشتري في هذه الحالة أن يختار أحد الشئين المعيين ليكون هو المبيع وفقاً للأحكام التي أسلفناها .

الهلاك :

نميز بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض .

فإذا كان الهلاك قبل قبض المشتري للمبيع ، وهلك أحد الشئين في يد البائع ، لم يبطل البيع . ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ الشيء الآخر بثمنه وإن شاء تركه لأن المبيع قد تغير قبل القبض بانحصاره في شيء واحد وهذا يوجب الخيار . أما إذا هلك الشئان جميعاً ، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد قبض المشتري للمبيع ، وهلك أحد الشئين في يد المشتري ، تعين الهالك للمبيع ولزم المشتري ثمنه ، وتعين الشيء الآخر للأمانة . ذلك أن الأمانة من الشئين مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين

الباقى للرد ، وتعين المالك ضرورة للبيع . أما إن هلك الشئان معاً ، فإن هلكا على التعاقب ، هلك الأول مبيعاً والآخر أمانة ، وإن هلكا في وقت واحد ، لزم المشتري ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعين أولى من الآخر ، فشاع المبيع فيهما جميعاً .

ثانياً - الخيار للبائع :

ثبوت الملك :

إذا كان خيار التعيين للبائع ، لم يزل أى الشئين عن ملكه ، وله أن يلزم المشتري أى شئ منهما شاء ليكون هو المبيع منذ البيع مستنداً إلى الماضي ، وليس له أن يلزمهما المشتري لأن المبيع أحدهما . ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيهما أو في أحدهما إلى أن يختار البائع ، لأن أحدهما ليس مبيعاً يقيّن والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه . ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الشئ الآخر للبيع مستنداً إلى الماضي ، وللبائع فيه خيار الإلزام أو الفسخ . ولو تصرف فيهما جميعاً ، جاز تصرفه ويكون فسخاً للبيع ، لأن تصرفه فيهما جميعاً دليل لإقرار الملك له فيهما معاً فيتضمن فسخ البيع .

علم لزوم العقد :

يكون البيع هنا غير لازم للبائع ، ولزماً للمشتري . ومعنى ذلك أن البائع يستطيع أن يفسخ البيع في الأشياء جميعاً ، وليس للمشتري خيار الترك لو ألزمه البائع بشئ منها . فإذا كان الخيار للبائع في أحد شئين ، كان له أن يرد البيع في الشئين جميعاً . في أحدهما بخيار التعيين وفي الآخر بما ينطوي عليه خيار التعيين من خيار الشرط . وإذا مات البائع لزم البيع ورثته ، إذ ينقطع خيار الشرط فهو لا يورث ويلزم البيع . ويبقى خيار التعيين لأنه يورث على ما قلنا ، وعلى ورثة البائع أن تختار أى الشئين يكون هو المبيع . كذلك يلزم البيع بتعيب الشئين معاً ، إذ ينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين ، وعلى البائع أن يعين الشئ المبيع . وهذه الأحكام كلها تقلمت نظائرها في حالة ما إذا كان الخيار للمشتري .

الهلاك :

نميز هنا أيضاً بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض .

فإن كان الهلاك قبل القبض ، وهلك أحد الشئتين في يد البائع ، هلك عليه . ثم إن البائع يبقى على خياره ، إن شاء ألزم المشتري الشيء الباقي لأنه تعين للبيع بهلاك الشيء الأول ، وإن شاء فسخ البيع فيه لأن البيع غير لازم له كما قدمنا . وليس للبائع أن يلزم المشتري الشيء الهالك ، لأنه هلك عليه كما سبق القول . أما إن هلك الشئان جميعاً ، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد القبض ، وهلك أحد الشئتين في يد المشتري ، هلك أمانة على البائع كما لو كان قد هلك قبل القبض . وللبائع أن يلزم المشتري الشيء الباقي لأنه تعين للبيع ، وله أن يفسخ البيع فيه لأنه غير لازم له . ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فهلك الشيء على مالك البائع ، وله الخيار في الشيء الباقي . وليس له أن يلزم المشتري الشيء الهالك ، إذ هلك في يد المشتري أمانة كما تقدم القول . أما إن هلك الشئان معاً ، فإن هلكا على التعاقب ، هلك الأول أمانة وهلك الثاني بقيمته لأنه تعين للبيع وفيه خيار البائع . وإن هلكا في وقت واحد ، فعلى المشتري نصف قيمة كل منهما ، فليس أحدهما أولى بالتعيين من الآخر ، فشاع الضمان فيهما بالقيمة إذ للبائع فيهما الخيار .

النصوص :

جاء في المبسوط : « فإن هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ، ويرد الباقي وهو فيه أمين ، لأنه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه ، وهذا لأنه حين أشرف على الهلاك ، فقد ثبت في يده وعجز عن رده كما قبضه ، فيلزم البيع فيه ، ثم يكون هالكاً على ملكه . فإذا تعين البيع في الهالك كان هو أميناً في الآخر ، لأنه قبضهما بإذن البائع على أن يكون البيع أحدهما دون الآخر ، فكان أحدهما بغير عينه مبيعاً والآخر أمانة لأنه ما قبض الآخر للشراء . فإذا تعين البيع في أحدهما تعين البيع في الهالك ، وكان أميناً في الآخر ، لأنه قبضهما بإذن

البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة . . . وإن هلكا معاً ، فعليه نصف ثمن كل واحد منهما إن كان الثمن متفقاً أو مختلفاً ، لأن أحدهما بغير عينه مبيع ولزمه ثمنه بالملك في يده والآخر أمانة ، وليس أحدهما لتعينه مبيعاً بأولى من الآخر ، لأن حالهما قبل الهلاك سواء ، فبعد الهلاك لا يتحقق تعيين البيع في أحدهما . فللمعاوضة قلنا فيتبع حكم الأمانة وحكم المبيع فيهما ، فيكون هو أميناً في نصف كل واحد منهما مشترياً نصف كل واحد منهما ، ولأن كل واحد من الثمين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال وإن كانا قائمين بأعيانهما وأراد ردهما فله ذلك ، لأنه أمين في أحدهما فردّه بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده . فإن اختار إحداها لزمه ثمنه ، لأنه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه ، وكان الآخر أميناً فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال وإذا اشترى جارين أحداهما بألف والأخرى بخمسمائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى . . وحدث العيب بهما معاً ، رد أيهما شاء وأمسك الأخرى . بخلاف ما إذا هلكتا ، لأن الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلاً لتعيين مبيع فيه ، والمعيّب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلاً لتعيين المبيع فيه أيضاً . فلهذا يبقى خياره بعد ما تعيّنتا معاً ، إذ ليست إحداهما بتعيين البيع فيها بأولى من الأخرى ، ولكن ليس له أن يردّها بخلاف ما قبل التعييب ، لأن العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعييب وسقط خيار الشرط فيها ، فلهذا لا يتمكن من ردهما (المبسوط للسرخسي جزء ١٣ ص ٥٥ - ٥٧) .

وجاء في البدائع : « حكمه ثبوت الملك للمشتري في أحد المذكورين غير عين ، وخيار التعيين إليه . . . والآخر يكون ملك البائع أمانة في يده إذا قبضه لأن قبضه بإذن المالك لا على وجه التملك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة . وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً ، لأن المبيع أحدهما . ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع . لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل ، والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه فلا يبطل بالشك . ولكن المشتري بالخيار ، إن شاء أخذ الباقي بثمنه ، وإن شاء ترك ، لأن

المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار . وكذلك لو اشترى أحد الأثواب الثلاثة : فهلك واحد منها وبقي اثنان لا يبطل البيع لما قلنا ، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء ، لأن الهالك إذا لم يعين للبيع كان المبيع أحد الباقيين فكان له أن يأخذ أيهما شاء ، وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء . ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ، لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع ، والله عز وجل أعلم .

وأما صفة هذا الحكم فهو أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، وللمشتري أن يردهما جميعاً ، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملاً للفسخ وأما بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع ، فنقول وبالله التوفيق : ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الأصل نوعان : اختياري وضروري . والاختياري نوعان ، أحدهما صريح الاختيار وما يجري مجرى الصريح ، والثاني الاختيار من طريق الدلالة . أما الصريح فهو أن يقول أخذت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به وما يجري هذا المجرى ، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه ، فيسقط خيار التعيين ويلزم البيع . وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه ولو تصرف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف ، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره ، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف في ملك نفسه فينفذ . وأما الضروري فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة ولو هلكا جميعاً بعد القبض ، فلا يخلو إما أن هلكا على التعاقب وإما أن هلكا معاً . فإن هلكا على التعاقب ، فالأول يهلك مبيعاً والآخر أمانة لما ذكرنا . وإن هلكا معاً ، لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع المبيع فيهما جميعاً ولو تعيب أحدهما ، فإن كان قبل القبض لا يتعين المبيع للبيع ، لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالة ولا ضرورة إلى التعيين أيضاً لإمكان الرد . والمشتري على خياره ، إن شاء أخذ المبيع منهما ، وإن شاء أخذ الآخر ، وإن شاء تركهما كما لو لم يعيب أصلاً . فإن أخذ المبيع منهما أخذه بجميع ثمنه ، لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل . وكذلك لو تعيبا جميعاً ، فالمشتري على خياره

لما قلنا . وإن كان بعد القبض ، تعين المبيع للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة ، كما إذا هلك أحدهما بعد القبض ، لأن تعيب المبيع هلاك بعضه ، فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين ، فكذلك في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع . ولو تعينا جميعاً ، فإن كان على التعاقب ، تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ، ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئاً لما قلنا . إنه أمانة . وإن تعينا معاً لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعين أولى من الآخر ، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه ، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره ، إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً لأن البيع قد لزم في أحدهما بتعيينهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط . وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التعين وخيار الشرط . ولا بد له من رتبة معلومة إذ لو لم يكن ، لملك ردهما جميعاً كما لو لم يتعيب أحدهما أصلاً . لكنه لم يملك ، لأن ردهما جميعاً قبل التعيب ثبت حكماً لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معاً فلم يملك ردهما ، وبقي خيار التعين فيملك رد أحدهما ، (البدائع ٥ ص ٢٦١ - ص ٢٦٢) .

وجاء في فتح القدير : « ثم اختلف المشايخ في أنه هل شرط جواز هذا البيع ، أعني البيع الذي فيه خيار التعين ، أن يكون فيه خيار الشرط كما قلناه في الصورة ؟ قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويراً على ما ذكرناه وقبل لا يشترط في الجامع الكبير وغيره وصححه فخر الإسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط ، وهو قول أبي شجاع . وجه الاشتراط ، وهو قول الكرخي ، أن القياس يأبي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما جاز استحساناً بموضع السنة وهو شرط الخيار ، فلا يصح بدونه . ولا يخفى ضعف هذا الكلام ، فإنه يقتضي أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحق الصورة الثابتة بالعبارة ، وكان يلزم ألا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع خيار الشرط ، لأن صحة البيع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع ، مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ، ولا يعلم ذلك . غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعين ثبت حكمه ، وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع . لأن حاصل التعين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه

عين المبيع الذى فيه الخيار ، لا أنه يسقط خياره ، ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع فى الآخر بشرط الخيار . ولو مضت الثلاثة قبل رد شىء وتعيينه ، بطل خيار الشرط ، وانبرم البيع فى أحدهما وعليه أن يعين . ولو مات المشتري قبل الثلاثة ، تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين ، لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره وإن لم يراضيا على خيار الشرط معه ، لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما فى خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة » (فتح القدير ٥ ص ١٣١-١٣٢) .

وجاء فى الخطاب : « وإن اشترى أحد ثوبين وقبضهما ليختار فادعى ضياعهما ضمن واحداً بالثمن ولو سأل فى إقباضهما ، أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي . . قوله وقبضهما ليختار : أى وقبضهما معاً ليختار واحداً منهما ، إن شاء أخذه . وإن شاء رده . وإن شاء ردهما معاً . قال فى التوضيح وليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما ، فإن ضاعا فى هذه الصورة ، فإنه يضمن واحداً بالثمن ولا ضمان عليه فى الآخر : قاله المصنف وغيره . قال فى الجواهر وسواء كان الخيار له أو للبائع : لأنه قادر إذا كان الخيار له على أن يقبل أو يرد : وله القبول فى مقامه وتلفه ، كانت قيمته أقل من الثمن أو أكثر . وكذلك إن كان الخيار للبائع ، فإن المشتري يضمنه بالثمن لكون البائع سلمه له على أن عوضه الثمن الذى اتفقا عليه ، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشتري على الضياع ودفع الثمن اه . . . وقوله ولو سأل فى إقباضهما مبالغة : وأشار بلو إلى قول ابن القاسم الذى يفرق فيه بين أن يتطوع ببيع بالدفع فيضمن واحداً وبين أن يسأل المشتري تسليمها له فيضمنهما ، نقله فى التوضيح . وأما قوله أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي ، فيعنى به أن ما تقدم ذكره هو حكم ما إذا ضاع الثوبان معاً : وأما إذا ضاع أحدهما فالحكم فى ذلك أنه يضمن نصف ثمن التالف وهو فى الثوب الباقي غير إن شاء أخذه بالثمن أورده . قال الرجراجى : وإما إن ادعى ضياع أحدهما ، فلا يخلو ضياعه من ثلاثة أوجه : إما أن يختار الذى ضاع أو الذى بقى أو أبيهم الأمر . فإن كان الذى ضاع هو الذى اختاره المشتري ، فإنه يرد الباقي بقيمة التالف . وإن كان الباقي هو الذى اختاره ، فإنه يغرم ثمنه ، ولا ضمان عليه للتالف لأنه فيه أمين . .

إذا مضت أيام الخيار ولم يختَر ، ثم أراد بعد ذلك الاختيار ، فإن كان بعيداً من أيام الخيار فليس له ذلك ، وإن قرب ذلك فذلك له . . . قال أبو الحسن يعني بالقرب اليوم واليومين والبعـد ثلاثة أيام من أمد الخيار (الخطاب ٤ ص ٤٢٣ - ٤٢٥) .

وأما في مذهب الشافعي ، فخيار التـعين غير جائز للغرر . جاء في المذهب (جزء أول ص ٢٦٣) : « يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة . ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة ، لأن إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها ، فزال الغرر » (١) .

المطلب الثالث

خيار الرؤية

اختلاف المذاهب :

في خيار الرؤية تختلف المذاهب اختلافاً بيناً . ففي المذهب الحنفي وحده يظهر في وضوح أن خيار الرؤية يثبت في العقد دون شرط ، وأن العقد يكون غير لازم بسبب هذا الخيار . أما المذاهب الثلاثة الأخرى ، فالأمر فيها ليس على هذا القدر من الوضوح .

فنبحث أولاً خيار الرؤية في المذهب الحنفي ، ثم نبحث في المذاهب الأخرى .

(١) ويستخلص « ما تقدم من النصوص أن البيع يلزم إذا مات من له الخيار فيلزم الورثة أن يمينوا البيع ، وإذا تعيب الشئان معاً في يد المشتري فيلزم البيع وعليه أن يمين المبيع من الشئتين ، وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يختار في المذهب الحنفي فينهرم البيع وعليه أن يمين المبيع . ولم يرد في النصوص حكم ما إذا امتنع عن تعيين المبيع في هذه الأحوال الثلاثة ، وهي مسألة عرجلت في الفقه الغربي في خصوص الالتزام التخيري وهو ما يقابل خيار التـعين في الفقه الإسلامي .

§ ١ - خيار الرؤية في المذهب الحنفي

من يثبت خيار الرؤية :

يذهب الفقه الحنفي إلى أن هناك عقوداً تقع على الأعيان المعينة وتكون غير لازمة لأحد العاقدين ، لأن هذا العاقد لم تسبق له رؤية العين محل العقد ، فيكون له خيار الرؤية . حتى إذا رأى العين المعقود عليها كان له أن يمضي العقد أو أن يفسخه . ويستند الفقه الحنفي في ذلك إلى ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه .

وبثبت خيار الرؤية - كما يثبت خيار العيب - شرعاً لا شرطاً ، أى يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى شرط خاص يدرج في العقد . وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار التعيين ، فقد رأينا أن هذين الخيارين لا بد في ثبوتهما من شرط خاص إذا انعدم لم يقيم الخيار .

ويثبت خيار الرؤية في عقود أربعة : عقد البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات ، وإجارة الأعيان ، وقسمة غير المثليات ، والصلح على مال هو عين بالذات . وهذه كلها عقود تحتل الفسخ ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد . وقد جاء في المادة ٣٣٩ من مرشد الخيران : « حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع ، وهي الشراء للأعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت ديناً في الذمة ، والإجارة ، وقسمة غير المثليات ، والصلح عن مال على شيء بعينه . ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتل الفسخ » .

ونرى من ذلك أن هناك شرطين لثبوت خيار الرؤية :

أولاً : أن يكون المحل المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ، فلو تباع العاقدان عيناً بعين ، ثبت الخيار لكل واحد منهما . ويقول الكاساني في تعليل ذلك : « وإنما كان كذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين ، لا يفسخ العقد برده ، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ . فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله ، فإذا قبض برده وهكذا إلى ما لا نهاية له ، فلم يكن الرد مفيداً

بمخلاف ما إذا كان عيناً ، لأن العقد ينفسخ برده ، لأنه يتعين بالعقد فيتعين في
النفسخ أيضاً ، فكان الرد مفيداً . ولأن النفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد ،
وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض ، فلا يرد عليه النفسخ . ولما
يثبت خيار الرؤية في الإجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك ، لأن
هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية ، ولا يثبت في المهر
وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك ، لأن هذه العقود لا تحتل
الانفساخ برد هذه الأموال فصار الأفضل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت
فيه خيار الرؤية ، وما لا فلا ، والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ، (البائع
٥ ص ٢٩٢) هذا ومن باع ما لم يره ، بأن ورث مثلاً عيناً في بلد بعيد فلم يتمكن
من رؤيتها قبل بيعها ، فليس له خيار الرؤية . وكان أبو حنيفة يقول أولاً له الخيار
اعتباراً بخيار العيب ، ولأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتاً ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم
بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ، فلم يكن البائع راضياً بالزوال قبل الرؤية .
ثم رجع أبو حنيفة عن هذا القول ، ولم يجعل للبائع خيار الرؤية فيما لم يره . وجاء في
فتح القدير لهذا الرجوع وجهان : « أحدهما أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت
دونه ، ولا يخفى أنه نفي للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم بانتفاء الشرط .
والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضى الله عنه
اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا ، فقبل لعثمان إنك قد غبت ،
فقال عثمان لي الخيار لأنني بعت ما لم أره . وقال طلحة رضى الله عنه لي الخيار
لأنني اشتريت ما لم أره . فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم ، ف قضى
أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان . والظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من الصحابة
رضى الله عنهم ، لأن قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما
فيها غيرهما ، فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها ، فحين حكم جبير بملك
ولم يرو عن أحد خلافة كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً » (فتح القدير ٥ ص ١٤٠ -
ص ١٤١) . ثم إن قياس البائع على المشتري ، لجعل له خيار الرؤية فيما لم يره
قبل البيع ، قياس مع الفارق ، ويقول الكاساني في هذا المعنى ما يأتي :
والاعتبار بجانب المشتري ليس يسديد ، لأن مشتري لم ما يره مشتري على أنه خير

مما ظنه ، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو رديء ، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء فله الخيار . وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء فإذا هو جيد ، ومن باع شيئاً على أنه رديء فإذا هو جيد لا خيار للبائع ، فلهذا افرقا : (البدائع ٥ ص ٢٩٢) . ولكن يبدو أن الفرق ما بين البائع والمشتري في هذا الصدد ليس في ظن كل منهما أن المبيع جيد أو رديء ثم بتبين خطأ هذا الظن ، ففي الحالتين وقع كل من المشتري والبائع في غلط يبرر فسخ العقد . وإنما الفرق هو أن البائع أكثر من المشتري تمكنا من رؤية المبيع لأن المبيع يكون عادة في يده ، وإن لم يكن في يده فمن اليسير عليه أن يراه قبل أن يبيعه ، فإذا لم يفعل كان مقصراً وكان الغلط الذي عسى أن يقع فيه غلطاً غير مغتفر .

ثانياً : أن تكون العين التي بيعت لم يرها المشتري عند البيع ، فإن اشترها وهو يراها ، كما يقع ذلك كثيراً : فلا خيار له . وإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ، ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له ، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه .

ثم إن خيار الرؤية ليس موقناً بوقت ، خلافاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ، ولزم البيع فيه . والمختار أنه لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه (فتح القدير ٥ ص ١٤١) . وسرى فيما يلي مسقطات الرؤية .

ووقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى بالمبيع صراحة : بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى ، ثم رأى المبيع بعد ذلك ، فله أن يرده . لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به ، لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف ، والرضا بالشيء قبل العلم به والعم بوجوه سببه محال ، فكان ملحقاً بالعدم . وأما الفسخ قبل الرؤية ، فقد اختلف المشايخ فيه كما يقول الكاساني : « قال بعضهم لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ، ولهذا لم

تجزز الإجازة فلا يجوز الفسخ ، وقال بعضهم يجوز ، وهو الصحيح ، لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ ، كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإجازة والإبداع . وقد خرج الجواب عن قولهم أنه لا خيار قبل الرؤية ، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار ، وإنما يثبت حكمه لعدم لزوم العقد ، (البدائع ٥ ص ٢٩٥) .

حكم العقد حال قيام الخيار :

والعقد ، حال قيام خيار الرؤية ، غير لازم للمشتري الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البائع فقد قدمنا أنه لا خيار له ، فالعقد يكون لازماً من جانبه .

وخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد . فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري البيع ولم يردده . جاء في فتح القدير : « باب خيار الرؤية ، قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم ، واللازم بعد التمام » (فتح القدير ٥ ص ١٣٧) . وجاء في البدائع : « إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة » (البدائع ٥ ص ٢٩٢) . فخيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد صحيحاً ، بل ولا يمنع نفاذه . فثبت الملك للمشتري في المبيع ، ويثبت الملك للبائع في الثمن ، بالرغم من قيام خيار الرؤية . والذي يبدو من عبارات الفقهاء في هذا الصدد أنهم يفرقون بين انعقاد العقد وثبوت حكمه . فقد ينقذ العقد ولا يثبت حكمه ، ويكون المانع من ثبوت الحكم قيام خيار في العقد . والخيار إما أن يمنع نفاذ الحكم ، وإما أن يمنع تمام الحكم ، وإما أن يمنع لزوم الحكم . فالخيار الذي يمنع نفاذ الحكم هو خيار الشرط ، إذ لا ينتقل الملك ممن له الخيار . والخيار الذي يمنع تمام الحكم هو خيار الرؤية ، إذ يثبت الحكم على وجه غير بات ولا يكون باتاً إلا بعدم رد المشتري للمبيع بعد رؤيته . والخيار الذي يمنع لزوم الحكم هو خيار العيب ، إذ يثبت الحكم باتاً غير لازم فيجوز فسخ العقد بالعيب . وقد رأينا في فتح القدير مقارنة بين خيار الرؤية وهو يمنع تمام الحكم ، وخيار العيب وهو يمنع لزوم الحكم . وهذه مقارنة أخرى بين خيار الرؤية وهو لا يمنع من انتقال الملك

في المال ، وخيار الشرط وهو يمنع من انتقال الملك بالمنع من الانعقاد في حق الحكم إذ يقول الكاساني : « وأما حكمه (حكم خيار الرؤية) فحكم البيع الذي لا خيار فيه . وهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال ، لأن ركن البيع صدر مطلقاً عن شرط ، وكان ينبغي أن يلزم . إلا أنه يثبت الخيار شرعاً لا شرطاً ، بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار ثبت بنص كلام العاقلين ، فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم ، (البدائع ٥ ص ٢٩٢) .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ص ١٣٢ - ص ١٣٥) أن عدم لزوم العقد في خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض أن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود . فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته . وبما يقطع في أن خيار الرؤية سببه اختلال الإرادة لما شابها من الغلط ما جاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٩٢) : « إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم . . . لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه ، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار . ولأن من الجائر اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك ، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له ، كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التدارك عند الندم » . ولم نفترض فحسب أن المشتري يرد المبيع بعد رؤيته بسبب الغلط ، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت إذ صدقنا المشتري بدعواه دون أن نلزمه إقامة البينة ، بل دون يمين . فكأن البائع إذا باع شيئاً لم يره المشتري ، يكون قد احتكم إلى ذمة المشتري من غير يمين . والغلط الذي وقع فيه المشتري والذي ثبت له من أجله الخيار هو غلط مغتفر ، لأن المشتري قد لا يتمكن من رؤية الشيء قبل الشراء . أما الغلط الذي قد يقع فيه البائع إذا باع العين قبل رؤيتها فهو غلط غير مغتفر ، لأنه يتمكن عادة من رؤية العين التي يبيعها قبل البيع ، فلا خيار له كما سبق القول .

ولما كان العقد غير لازم للمشتري لخيار الرؤية ، وكان له أن يفسخه ، فإن الفسخ هنا ، كما في خيار الشرط وفي خيار التعيين ، لا يتوقف على رضا أو قضاء . ويكون بالقول وبالفعل ، صراحة أو دلالة ، على الوجه الذي أشرنا إليه في الخيارين

المتقدمين . فإذا قال المشتري رددت البيع أو فسخته أو ما يجري هذا المجرى ، بعد الرؤية أو قبلها ، قبل القبض أو بعده ، انفسخ العقد دون حاجة إلى رضا البائع بالفسخ ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء . ولكن يشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف . جاء في فتح القدير : « ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا ، بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده ، لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافاً لأبي يوسف ، كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط (فتح القدير ٥ ص ١٤٠) .

ما يسقط به خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية برؤية المشتري العين المبيعة ورضائه بها ، وهذا هو الوجه المألوف في سقوط الخيار . وقد يسقط أيضاً بموت المشتري ، أو بتغير العين ، أو بتصرف المشتري فيها . فهذه أسباب أربعة لسقوط خيار الرؤية ، فتعرضها تباعاً :

١ - أما سقوط الخيار برؤية العين المبيعة والرضا بها فيتم ذلك بأن يرى المشتري العين التي لم تسبق له رؤيتها ، فيرضى بها صراحة أو دلالة .

ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع ، بل يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة^(١) .

(١) وقد جاء في الهداية : « ومن نظر إلى وجه العبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له . والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعلمه ، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ، ولو دخل في البيع أشياء ، وإن كانت لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون ، وعلامة أن يعرض بالنموذج ، يكتفي برؤية واحد منها ، إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار . وإن كانت تتفاوت آحادها كالتياب والندوب ، لا بد من رؤية كل واحد منها . . إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه العبرة كاف ، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكمل يعرض النموذج . وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية ، إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كوضع العلم .

والوجه هو المقصود في الآدمي ، وهو والكفل في الندوب ، فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره . . وفي شاة اللحم لا بد من الجلس ، لأن المقصود وهو اللحم يعرف به . وفي شاة الفقية ، لا بد من رؤية الضرع . وفيما يعلم لا بد من النوق ، لأن ذلك هو المعروف للمقصود . قال وإن رأى صحن اندار فلا خيار له ، وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت . والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الأبنية ، فإن =

فلذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم ، جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع صراحة أو دلالة^(١) ، كما جاز له فسخه . والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على أى الصحيح كما قدمنا .

دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار لتفاوت ، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل . قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردده إلا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا هما سواء وله أن يردده . قال معناه الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فمؤيته تسقط الخيار بالإجماع . . قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز : وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره . . ثم يسقط خياره بمجه المبيع إذا كان يعرف بالجلس ، وبشبهه إذا كان يعرف بالشتم ، وبفوقه إذا كان يعرف بالفوق ، كما في البصير . ولا يسقط خياره في المقار حتى يوصف له ، لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم . . وقال الحسن يوكبل وكيلا بقبضه ، وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل كروية الموكل على ما مر آنفاً . قال ومن رأى أحد الثوبين فاشترى ، ثم رأى الآخر ، جاز له أن يرددها ، لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر لتفاوت في الثياب ، فبقى الخيار فيما لم يره ، ثم لا يردده وحده بل يرددها كي لا يكون تفريقاً قبل التمام ، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخاً من الأصل . (فتح القدير ٥ ص ١٤٢ - ص ١٤٨)

(١) جاء في البدائع : « أما الصريح وما في معناه فنحو أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجري هذا المجرى ، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم ، لأن الأصل في البيع المطلق هو لزوم ، والامتناع لتحلل في الرضا ، فإذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم . وأما الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا ، نحو ما إذا قبضه بعد الرؤية ، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ، لأن للقبض شهاً بالمقد ، فكان القبض بعد الرؤية وذلك دليل الرضا ، كذا هذا » (البدائع ٥ ص ٢٩٥) .

هذا وإذا جاز أن يسقط خيار الرؤية دلالة عن طريق إمضاء البيع فيسقط الخيار بطريق الضرورة ، فإنه لا يجوز فيه صريح الإسقاط مقصوداً لأنه ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه مقصوداً بل ضمن التصرف في حق نفسه . وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار العيب ، فإنهما ثبتا حقاً للعبد ، فيجوز إسقاطهما إسقاطاً مقصوداً . جاء في البدائع : « والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية . إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط ، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط ، لا قبل الرؤية ولا بعدها . أما قبلها ، فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لأن أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية ، فقبل الرؤية ، فلا خيار ما ثبت باشتراط العاقلين لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة ، وإنما يثبت شرعاً حكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى . وأما خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقلين : أما خيار الشرط فظاهر لأنه منصوص عليه في العقد ، وأما خيار العيب فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص . فكان ثابتاً حقاً للعبد ، وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً ، لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاء وإسقاطاً - فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف =

وقد سبق القول أن المختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد ، وما دام ساكناً فخياره قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء ويبطل في حالة الرد . وهناك قول ، أشرنا إليه فيما تقدم ، يذهب إلى أن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن به المشتري من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ ، سقط خياره ، ولزم البيع .

٢- ويسقط الخيار أيضاً بموت المشتري قبل أن يختار ، فيلزم البيع بموته . ولا ينتقل الخيار إلى ورثته ، لأن الرؤية كخيار الشرط لا يورث . أما خيار التعيين فقد رأينا أنه يورث ، ومثله خيار العيب .

٣- ويسقط الخيار أيضاً بهلاك بعض المبيع أو تعييه أو تغيره قبل أن يختار المشتري . جاء في البدائع : « وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بأفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أو ازداد في يد المشتري زيادة منفصلة متولدة أو غير متولدة ، على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب . والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية » (البدائع ٥ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٧) . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام في خيار العيب .

٤- ويسقط الخيار أخيراً بتصرف المشتري في المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فإن كان

فيه إسقاطاً مقصوداً ، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً ، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصوداً وينتفعن ذلك سقوط حق الشرع ، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه ؛ كما إذا أجاز المشتري البيع ورضى به بعد الرؤية نصاً أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والإجازة . لأنه وإن ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبت نظراً للعقد ، حتى إذا رآه وصلاح له أجازته ، وإن لم يصلح له رده ، إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة . فكان المشتري بالإجازة والرضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً ، ثم من ضرورة الإجازة لزوم العقد ، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار . فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالإسقاط مقصوداً ، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وإن كان لا يثبت مقصوداً ، كالوكيل بالبيع إذا غزله الموكل ولم يعلم به فإنه لا ينزل ولو باع الموكل بنفسه ينزل الوكيل ، كذا هنا » (البدائع ٥ ص ٢٩٧) .

صاحباً قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير ، أو كان لازماً
يوجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية .
ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع ، لأن الفسخ إذا تعذر لم
يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط . ويبقى الخيار ساقطاً حتى لو نقضت هذه
التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افكك الرهن
أو انقضت مدة الإجارة ، فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، إذ الساقط لا يعود
إلا بسبب جديد . أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً
غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسلم أو كان المبيع
داراً فيعت دار بمحبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه
التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو
الرضا ، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا بدلالة الرضا أولى ألا يسقط .
بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن
رفعها أولاً يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر ، فإنها تسقط خيار الرؤية . إذ أقل
ما تدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة^(١) .

(١) وقد جاء في فتح القدير : « ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه للتصرف ، كالإعتاق للعبد
الذي اشتراه ولم يره وتدبيره ، أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص
الحق فيه للمشتري . وكالهبة مع التسليم والرهن والإجارة ، يبطل خيار الرؤية ، سواء وجدت بعد الرؤية
أو قبلها ، لأن هذه الحقوق مائة من الفسخ ، وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار . وإن كان تصرفاً
لا يوجب حقاً للغير ، كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة وهبة بلا تسليم ، لا يبطله قبل الرؤية ، لأنه
لو أبطل الخيار كان باعتباره دلائل على الرضا ، وصريح الرضا قبل الرؤية ، لا يبطل الخيار بدلائل
أول . ويبطله بعد الرؤية ، لوجود دلالة الرضا . ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيداً
بالتفصيل المذكور ، سقط الاعتراض بالأخذ بالشفعة وبالعرض على البيع ، فإنهما إذا وجدا من
المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ، ولا يبطل بهما خيار الرؤية ، بل له أن يأخذ بالشفعة ثم
يرد عند الرؤية لما ذكرنا من أن دلالة الرضا لاتعمل في إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية . ثم التصرف
الذي نعلق فيه حق للغير ، لو عاد إل ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ،
ثم رآه لا خيار له ، لأنه سقط ، فلا يعود إلا بسبب جديد ، إلا في رواية عن أبي يوسف . وثبت
الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه ، فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد المود من محال
التخصيص » (فتح القدير ص ١٤١ - ص ١٤٢) .

§ ٢ - خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة الأخرى

مذهب مالك :

العين المبيعة ، إذا كانت حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة ، يجب أن يراها المشتري ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد رؤيتها ، انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية . وإذا اشتراها دون أن يراها ، لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة .

أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كثوب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه ، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن العين بعيدة جداً . فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ، ويفردها بذاتها . فإذا بيعت العين على هذا النحو ، انعقد البيع نافذاً ، وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف إن كانت العين على غير ما وصفت . ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب ، فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف ، فإن وجدت لزم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف (مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢ ص ١٢٦ - ص ١٢٧) . وبغني عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع وبأن تكون العين لم تتغير وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية .

فإذا لم يسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم ، أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع . أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط على المشتري ألا يكون له الخيار ، أو سكت العاقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل .

ونرى مما تقدم أن مذهب مالك لا يعرف خيار الرؤية بالمعنى الذي يعرفه المذهب الحنفي :

(أ) ففي العين الحاضرة أو القرية جداً ، وليس في رؤيتها مشقة ، تجب الرؤية قبل البيع ، فلا يثبت للمشتري خيار الرؤية . وفي المذهب الحنفي يصح البيع ولو لم ير المشتري العين ، ويثبت له خيار الرؤية دون شرط إذا لم يكن قد رآها .

(ب) وفي العين الغائبة إذا لم تكن بعيدة جداً ، أو الحاضرة إذا كانت في رؤيتها مشقة ، يجوز البيع على الصفة أو على البرنامج أو على رؤية متقدمة لم تتغير العين بعدها . فإذا وجدت العين على الصفة ، انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ، ولا يثبت للمشتري خيار الرؤية . وفي المذهب الحنفي إذا وجدت العين على الصفة انقطع خيار الوصف ، ولكن يثبت للمشتري خيار الرؤية دون شرط بالرغم من أن العين قد جاءت على الصفة المطلوبة .

(ح) فإذا لم تسبق رؤية العين الغائبة ، ولم توصف ، أو وصفت وكانت بعيدة جداً ، وجب لصحة البيع أن يشترط المشتري لنفسه خيار الرؤية ، فإن لم يشترط هذا الخيار كان البيع باطلاً . وفي المذهب الحنفي يكون البيع صحيحاً ، ويكون للمشتري خيار الرؤية دون شرط ، فهو خيار ثابت شرعاً ولا حاجة إلى النص عليه . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت ، ما دامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط^(١) .

(١) وهذه بعض نصوص المذهب :

جاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ١٢٧ - ص ١٢٨) : « المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرقى ، فهذا لا خلاف في بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ، فقال قوم بيع النائب لا يجوز بحال من الأحوال ، لا إذا وصف ولا إذا لم يوصف ، وهذا أشهر أقوال الشافعي ، وهو المشهور عند أصحابه ، أعني أن بيع النائب على الصفة لا يجوز . وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع النائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده ، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة . وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم . وعند الشافعي لا ينقذ البيع أصلاً في الموضعين . وقد قيل في المذهب يجوز بيع النائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الفرر الكثير ، أم أنه ليس بمؤثر وأنه من الفرر اليسير المفوته . قال الشافعي رآه مع الفرر الكثير ، ومالك رآه من الفرر اليسير ، =

مذهب الشافعي :

للشافعي في خيار الرؤية قولان : قول قديم وقول جديد .
ففي القول القديم يجوز بيع العين الغائبة ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية .
ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح

« وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع . ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه . ولهذا أجاز البيع على البرنامج وعلى الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها . . ولا به عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس . ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر ، وهل هو موجود في وقت العقد أو معدوم . ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب النية ، إلا أن يكون مأموناً كالمقار . ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعنى إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن يتغير فيه فاعله » .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٦) : « يجوز في المذهب بيع الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية . ومنه الشافعي مطلقاً . ويشترط في المذهب في المبيع على الصفة خمسة شروط : (الأول) ألا يكون بعيداً جداً ، كالأندلس وأفريقية . (الثاني) ألا يكون قريباً ، كالحاضر في البلد . (الثالث) أن يصفه غير البائع . (الرابع) أن يمحصر الأوصاف المقصودة كلها . (الخامس) ألا ينقد ثمنه بشرط إلا في المأمون كالمقار ، ويجوز النقد من غير شرط . ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وإن خرج نكلاً خلافاً لذلك فللمشتري الخيار » .

وجاء في الدسوق على الشرح الكبير (جزء ٣ ص ٢٤ - ص ٢٥) : « وجاز بيع وشراء معتداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج . . أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة للضرورة ، فإن وجد على الصفة لزم وإلا غير المشتري . . وإن اشترى على رؤية متقدمة فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآه عليها ، وادعى البائع أن عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التي رآه المشتري عليها ، وتغير ، وإن شك ، أي حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا . فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين ، وإن قطع بالتغير فالقول للمشتري كذلك ، وإن رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين » .

وجاء في المدة الكبرى (جزء ١٠ ص ٤٤ - ص ٤٥) : « وقول مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ، فيحضره السوام ، ويقرا عليهم برنامجهم . ويقول في عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا رائحة سايرية وذرعها كذا وكذا . ويسى أصناف ذلك البز بأجناس وذرعه وصفته ، ثم يقول اشترؤا على هذا . فيشترون ، ويخرجون الأعدال على ذلك . فيفتحونها فيشتغلون ويعومون ، أن ذلك لازم لهم إذا كان ذلك موافقاً للبرنامج الذي باعه عليه » .

حتى تذكر جميع الصفات ، الثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ،
والثالث أن صحة البيع لا تفتقر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة
دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . ويكون للمشتري
الخيار على الفور عند رؤية العين المبيعة في وجهه ، وفي وجه آخر أن العقد إنما يتم
بالرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس . وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم
اشتراه ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه . وهذا القول القديم في مذهب
الشافعي يقارب مذهب أبي حنيفة في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار
حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع في أحد الأوجه الثلاثة التي تقدم ذكرها .

وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين
حاضرة أو غائبة ، وسواء سبق للمشتري رؤيتها أو لم يسبق ، ففي جميع الأحوال
لا يصح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد . ومن هنا لا يكون للمشتري خيار
الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد وارتضاها ، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط

- وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٨) : « وجاز برؤية بعض المثل : ليس
هذا خاصاً بالكيل . وكذلك في الجزاف يكن رؤية البعض ، إذا كان الجميع حاضراً في غرارة أو
نحوها . . . وينبغي الاحتفاظ على العين فتكون كالشاهد عند التنازع ، فإن خرج الآخر مخالفاً لما رآه
أولاً ، فإن كان ذلك سيراً لزم ، وإن كان كثيراً لم يلزم .. واحتراز بالمثل من المقوم فإنه لا يكن
رؤية بعضه . . . وعلى البرنامج : قال في التوضيح البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وهي لفظة فارسية
استعملتها العرب ، والمراد بها دفتر المكتوب فيه صفة ما في المدل .. وبرؤيته لا يتغير بملها . فإن
كانت مدة يتغير فيها فالباع فاسد على الأصح ، إلا أن يباع بصفة مؤقتة أو على أنه بالخيار إذا رأى ،
وقيل إن شرط النقد فسد وإلا جاز . . . وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية : يعني أنه يجوز
بيع الغائب ولو بلا وصف ، لكن بشرط أن يحمل للمشتري الخيار إذا رآه . وأما إذا انعقد البيع على الإلزام
أو سكتنا عن شرط الخيار ، فالباع فاسد .. وقال بعض كبار أصحاب مالك لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين ،
إما على صفة توصف أو على رؤية قد عرفها أو شرط في عقد البيع أنه بالخيار إذا رأى ، فكل بيع ينعقد
في سلمة بعينها غائبة على غير ما وصفنا فهو مستقص وقال ابن عمر ومنهم من تأولوا على أن بيع الرؤية والصفة
قسم وبيع الخيار قسم .. فحصل من هذا أن ما كان حاضراً عند المتعاقدين لا يجوز بيعه على صفة على
المعروف المشهور ، إلا إذا كان في رؤيته عسر أو فساد .. وأما إن كان غائباً عن مجلس العقد وهو حاضر
البلد .. فلا يجوز بيعه على الصفة إلا إذا كان في رؤيته مشقة . وأما الغائب عن البلد فيجوز بيعه بالصفة
ولو كان على مسافة يوم ، وظاهر كلامهم أن ما كان دون مسافة اليوم فهو في حكم حاضر البلد فيأتي
فيه ما تقدم .. والظاهر أن البيع على رؤية متقدمة لا يشترط فيه هذا الشرط فيجوز بيعه وإن كان حاضراً
بالبلد أو مجلس التعاقد على تلك الرؤية إذا لم يمض بعد الرؤية مدة يمكن أن يتغير بملها . »

في صحة البيع كما قدمنا . وفي هذا يختلف مذهب الشافعي في القول بالحديد عن مذهب أبي حنيفة اختلافاً بيناً . فالقول بالحديد ينفي خيار الرؤية أصلاً ، بل هو يوجب رؤية المبيع ، فلا يعود هناك بمقتضى لخيار الرؤية . ورؤية المبيع وقت البيع ثم ، فيما لا تختلف أجزاؤه ، برؤية بعض المبيع ، لأن برؤية البعض يزول عذر الجهالة . وأما فيما تختلف أجزاؤه ، فرؤية البعض أيضاً تكفي إن كان مما تشق رؤية باقية كالجوز في القشر الأسفل وأساس الحيطان . فإِنْ لم تشق رؤية باقية ، وجبت رؤية المبيع كله ولا تكفي رؤية البعض .

والشافعي في اشتراطه رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع في قوله بالحديد - وهذا من شأنه أن يضيق كثيراً من نطاق التعامل - محتج بنهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره المشتري ، ونهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس بحاضر مرئي للمشتري . ثم إن المقصود في المبيع هو المالية ، ومقدار المالية لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية . والبيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، وإذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع^(١) .

(١) انظر في هذا المجمع وفي رد الحنفية عليها المبسوط للرخسى ١٣ ص ٦٨ - ص ٧٠ . ومن النصوص في مذهب الشافعي ما جاء في المذهب : « ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها . . . فإن علم الجنس والنوع ، بأن قال بعتك الثوب المروي انتهى في كى أو العبد الزنجي الذي في داري أو الفرس الأدم انتهى في اصطبل ، ففيه قولان » قال في القديم . . . يصح ويثبت له الخيار إذا رآه ، لما روى ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقلة بأرض له في الكوفة فقال عثمان بعت ما لم أره ، فقال طلحة إنما انظر إلى لاني ابتعت وأنت قد رأيت ما ابتعت . فتحاكما إلى جبير بن مطعم ، فتنقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع منياً . . . وقال في الجديد لا يصح لحديث أبي هريرة أن رسول الله صل الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي هذا البيع غرر . . . فإننا قلنا بقوله القديم ، فهل تغتفر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا ؟ فيه ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه . والثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة . والثالث أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات ، وهو المنصوص في الصرف ، لأن الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه ، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات . فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ، ثبت له الخيار . وإن وجده على ما وصف أو أعل ففيه وجهان : أحدهما لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكرهه خيار كالمسلم فيه ، والثاني أن له الخيار لأنه يعرف بيع خيار الرؤية فلا يجوز =

مذهب أحمد بن حنبل :

الظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها فيجب ، حتى يصبح العقد ، إما الرؤية من البائع والمشتري جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي في صحة السلم . فإن وقع البيع على هذا النحو ، كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه . لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف . وإذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد ، فإنه بشرط رؤية ما هو مقصود بالبيع ، كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما . فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله ، كان كبيع الغائب ، فيجب وصف المبيع حتى يصبح البيع . ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد ، بخلاف المذهب الحنفي فقد رأينا أن خيار الرؤية يثبت فيه للمشتري حتى مع وصف المبيع ، بل يصح البيع فيه دون وصف المبيع ودون رؤيته مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري .

على أن هناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها ، ويكون للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية ، بل إن

سأن يخلو من الخيار .. وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه ، فإن كان بما لا يتغير كالمقار وغيره جاز بيعه . وقال أبو القاسم الأنعملي لا يجوز في قوله الجديد لأن الرؤية شرط في العقد ، فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح . والمذهب الأول لأن الرؤية تترادف للمعلم بالمبيع ، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة ، فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه ، وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة .. إذا رأى بعض المبيع دون بعض نظرت : فإن كان بما لا يختلف أجزائه كالصبرة عن الطعام والجرة من الدبس جاز بيعه ، لأن برؤية البعض يزول غرر الجهالة ، لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر . وإن كان بما يختلف نظرت : فإن كان بما يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الأسفل جاز بيعه ، لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان . وإن لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوي ، ففيه طريقان : من أصحابنا من قال فيه قولان كبيع ما لم ير شيئاً منه ، ومنهم من قال يبطل البيع قولاً واحداً ، لأن ما رآه لا خيار له وما لم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز في عين واحدة » (المهلب ١ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) .

البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع . فإذا ثبت للمشتري أو للبائع خيار الرؤية على هذا النحو ، فلمن له الخيار عند رؤية المبيع الحق في الفسخ أو الإمضاء ، ويكون ذلك على الفور عقب الرؤية ، وقيل بتقييد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فتقييد بالمجلس كخيار المجلس . وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ العقد لأنه غير لازم في حقه ، وإن اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لأن الخيار يتعلق بالرؤية ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فينقض إلى الضرر . وتتفق هذه الرواية الثانية في مذهب أحمد مع المذهب الحنفي ، في أن المبيع الذي لم تسبق رؤيته ولم يوصف يثبت فيه للمشتري خيار الرؤية . وتختلف عن المذهب الحنفي ، في أنها تثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً ، وليس للبائع خيار الرؤية في المذهب الحنفي - وفي أنها لا تثبت خيار الرؤية إلا إذا لم يوصف المبيع فإذا وصف وجاء على الصفة فلا خيار للمشتري ، وفي المذهب الحنفي يثبت خيار الرؤية للمشتري ولو وصف المبيع وجاء على الصفة .

وفي رواية ثالثة في مذهب أحمد ، أن البيع على الصفة لا يجوز ، وأن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد ، لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها ، ولأن ما كان شرطاً في صحة العقد وهو الرؤية يجب أن يكون موجوداً حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد ، وتختلف اختلافاً بيناً عن المذهب الحنفي كما هو ظاهر .

ويستخلص مما تقدم أن الظاهر في مذهب أحمد لا يعرف خيار الرؤية ، وهو في ذلك يفارق المذهب الحنفي ، ولكنه يجيز البيع على الصفة دون رؤية المبيع ، وهو في ذلك يفارق مذهب الشافعي في قوله الجديد . على أن هناك روايتين أخريين في مذهب أحمد هما غير الظاهر من مذهبه . الأولى تقرب من المذهب الحنفي إذ تثبت خيار الرؤية للمشتري فيما لم يوصف ولم تتقدم فيه رؤية ، بل هي تذهب إلى مدى أبعد من المذهب الحنفي إذ تثبت خيار الرؤية للبائع أيضاً . والثانية تتفق مع مذهب الشافعي في قوله الجديد ، إذ تنفي خيار الرؤية بنائاً وتنفي جواز البيع

على الصفة أو على سابق الرؤية ، وتشترط لصحة البيع رؤية المبيع حال العقد^(١) .

(١) وننقل ما جاء في المغنى في هذا الصدد : « وفي بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، وبهذا قال الشعبي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحق وهو أحد قول الشافعي . وفي رواية أخرى أنه يصح ، وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي . وهل يثبت خيار الرؤية ؟ على روايتين أشهرهما ثبوته ، وهو قول أبي حنيفة . واحتج من أجازه بمصوم قول الله تعالى : وأحل الله البيع ، وروى عن عثمان وطلحة أنها تبايعا داريهما بالكوفة والأخرى بالمدينة ، فقيل لعثمان إنك قد غبت فقال ما أبال لأني بعت بما لم أره ، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما إلى جبير فجمل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحتها إلى رؤية المقنود عليه كالنكاح . ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النمرز رواء مسلم ، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم . والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتل أنها تبايعا بالمدينة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار بهن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة في النكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فإن قيل فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح ، قلنا هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكندي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه . إذا ثبت هذا فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كدخول الثوب وشر البخرية ونحوها ، فلو باع ثوباً مطويماً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب . وإن حكنا بالصحة فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء ، ويكون على الفور ، فإن اختار الفسخ فله ذلك ، وإن لم يفسخ لزم العقد ، لأن الخيار خيار الرؤية ، فوجب أن يكون عندها . وقيل يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه ، لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس . وإن اختار الفسخ قبل الرؤية ، انفسخ ، لأن العقد غير لازم في حقه فلك الفسخ كحال الرؤية . وإن اختار إمضاء العقد لم يلزم ، لأن الخيار يتعلق بالرؤية ، ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر . وكذلك لو تبايعا بشرط ألا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك . وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ هل وجهين ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع . ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعاً . وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره ، فله الخيار عند الرؤية . وإن لم يره المشتري أيضاً ، فلكل واحد منهما الخيار ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ، ولأننا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئاً على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت له الخيار . ولنا أنه جاهل بصفة المقنود عليه فأشبه المشتري ، فأما الخبر فإنه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله أول لأن البيع يعتبر فيه الرضا منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منهما . وإذا وصف المبيع للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكنى في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم . ومن أحد لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة إلى »

المطلب الرابع

خيار العيب

مسائل ثلاث :

نبحث في خيار العيب - ويسمى في مذهب مالك بخيار النقيصة كما يسمى خيار الشرط بخيار التروى - ما بحثناه في خيار الرؤية من المسائل : (١) متى يثبت خيار العيب (٢) حكم العقد حال قيام خيار العيب (٣) ما يسقط به خيار العيب.

يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكنى بدليل أنه يكنى في السلم ، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية . وأما ما لا يصح المسلم فيه ، فلا يصح بيعه بالصفة ، لأنه لا يمكن ضبطه بها . إذا ثبت هذا . فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ ، وهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعمري وإسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لأنه يسمى بيع خيار الرؤية ، ولأن الرؤية من تمام العقد فأشبه غير الموصوف . ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبي . ولنا أنه سلم له المقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعائد الخيار في جميع الأحوال كالمسلم ، وقولهم إنه يسمى بيع خيار الرؤية لا نفرد صحة فإن ثبت فيحتمل أنه يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره . فأما إن وجده بخلاف الصفة ، فله الخيار ، ويسمى خيار الخلف في الصفة ، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم . وإن اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت ، فالقول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمت من السلم فلا يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بينة أو ما يقوم مقامها . . إذا رآها المبيع ثم عقد البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه ، جاز في قول أكثر أهل العلم . وحكى عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يريها حالة العقد ، وحكى ذلك عن الحكم وحما ، لأن ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهدا حالة العقد ، والشرط إنما هو العلم وإنما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكنى بالصفة المحصلة للعلم به ، والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والارتياق عليه فلهاذا اشترطت حال العقد . ويقرر ما ذكرناه ما لو رآها داراً ووقفنا في بيت منها أو أرضاً ووقفنا في طريقها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة لكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للمبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه . ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع ، وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار ، لأن ذلك كحلول العيب . وإن اختلفا في التنفير ، فالقول قول المشتري ، لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به . فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لأنه مما لا يصح بيعه ، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لأنه مجهول . وكذلك إن كان الظاهر تغيره . فأما إن كان يحتمل التنفير وعلمه وليس الظاهر تغيره ، صح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت النية يسيرة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي (المنقذ : ص ٧٤ - ص ٩٠) .

ولا كانت المذاهب المختلفة لا تتفاوت كثيراً في خيار العيب كما تفاوتت في خيار الرؤية ، فيكون بحثنا أصلاً في المذهب الحنفي ، ونعرض في خلال البحث إلى أوجه الخلاف الهامة في المذاهب الأخرى .

§ ١ - متى يثبت خيار العيب

خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط في العقود التي تحتمل الفسخ :

خيار العيب يثبت دون حاجة إلى شرط به ، وهو من هذه الناحية يفارق خيارى الشرط والتعيين اللذين لا يثبتان إلا بالشرط ، ويوافق خيار الرؤية الذى يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى الشرط .

على أن هناك فرقاً دقيقاً ، من هذه الناحية ، بين خيار الرؤية وخيار العيب . فخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع ، إذ ورد نص فيه هو الحديث المعروف . أما خيار العيب ، فهو إذا لم يكن في حاجة إلى شرط صريح به ، إلا أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى في العقد ، ولا كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصاً . جاء في البدائع في هذا المعنى : « إن السلامة شرط في العقد دلالة ، فالسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه . والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره ، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة . ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة ، فكانت كالمشروطة نصاً . فإذا قامت المساواة كان له الخيار ، كما إذا اشترى تجارية على أنها بكر أو أنها طباحة فلم يجدها كذلك . وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لأنه عقد معاوضة ، والمعاوضات مبناهما على المساواة عادة وحقيقة ، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة ، فكان إطلاق العقد مقتضياً للسلامة . فإذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار ، لأن المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب وهو عاجز عن تسليمه . فيثبت الخيار (البدائع ٥ ص ٢٧٤) . وقد انبنى على هذا الفرق أن اعتبر خيار الرؤية من حق الشرع فلا يجوز فيه

الإسقاط الصريح مقصوداً . وإنما يسقط دلالة بإمضاء البيع فيسقط بطريق الضرورة . أما خيار العيب فاعتبر من حق العبد ، فيجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً (البدائع ٥ ص ٢٩٧) .

على أن خيار العيب ، إلى جانب قيامه على الشرط دلالة في العقد ، يقوم أيضاً على نص في الشرع كخيار الرؤية . ويورد الفقهاء عادة أن الأصل في شرعية خيار العيب ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : من اشترى شاة محفلة فوجد لها مصراً ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام . وفي رواية : فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة ، إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ورد معها صاعاً من تمر . ويقول الكاساني : « والنظران المذكوران هما نظرا الإمساك والرد ، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت ، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة ، فيرضى به فيمنكه ، أو لا يرضى به فيرده . والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة ، والله عز وجل أعلم » (البدائع ٤ ص ٢٧٤) .

ومهما يكن من أمر فإن خيار العيب - كسائر الخيارات من خيار شرط وخيار رؤية - يقوم أيضاً على فكرة اختلال الرضاء ، كما سيأتي .

وخيار العيب ، كخيار الرؤية أيضاً ، لا يثبت إلا في العقود التي تحتل الفسخ ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن مال على شيء بعينه . وقد ورد في المادة ٣٤٢ من مرشد الحيران : « يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من غير اشتراط في العقد . فمن عقد عقد شراء ، أو إجارة ، أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك القيميات أو المثليات المتحلة أو المختلفة الجنس ، أو صالح عن دعوى مال معين على شيء بعينه ، فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب ، إذا وجد في مشريه أو في العين المستأجرة أو في بدل الصلح أو في الحصة التي أصابته من القسمة عيباً قديماً لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ، ولم يوجد منه ما يدل على الرضاء به بعد اطلاعه عليه ، ولم يشترط البزاعة من العيوب . فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ، ولزمه العقد والحصة التي أصابته في نفسه . »

الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار :

والمفروض أن المحل المعقود عليه هو عين معينة بالذات . ويشترط في العيب اللاحق بالعين ، ليثبت به الخيار ، شروط أربعة : (١) أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع (٢) وأن يكون قديماً (٣) وأن يكون غير معلوم من المشتري (٤) وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب .
ونستعرض هذه الشروط في إيجاز .

يجب أن يكون العيب مؤثراً في قيمة المبيع :

يطيل الفقهاء في تفصيل هذا الشرط ، ويستعرضون في إسهاب العيوب المختلفة التي يحتمل أن تلحق المعقود عليه . ونكتفي هنا بأن نذكر أن العيب يكون مؤثراً في قيمة المبيع إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً . فالعمى والعمور والحول والعشا والبرص والقراع والصلع والشلل والبخر والذفر وسائر الأمراض المؤثرة ، كل هذه عيوب في الرقيق على تفصيل تفيض به كتب الفقه . وينبسط القول خاصة في شأن عيوب أربعة : الإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون ، لأن قدم هذه العيوب واستمرارها في الرقيق وهو في يد المشتري محل بحث طويل . والحران والجماح وخلع الرسن عيوب مؤثرة في الخيل . والهشم عيب مؤثر في الأواني . والصدع عيب مؤثر في الحوائط . وهكذا . والتعويل في كل ذلك على عرف التجار ، فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار^(١) .

(١) وقد يكون عيباً يوجب الخيار سواء الجوار في الدار المستأجرة ، وما يلحق الشيء من أوهام العامة ، كأن تكون الدار شؤماً أو أن تكون مشهورة بعوامر الجان . جاء في الخطاب : « قال في الموازنة سواء الجار في الدار المكثرة عيب ترد به إذا لم يعلم ، وقال غيره ليس ذلك عيباً في البيع . » وقد قال أبو صالح الحرائي سمعت مالكا يقول ترد الدار من سوء الجيران .. المثلالي قال في موضع آخر من البيان من اشترى داراً فوجد جيرانها يشربون أن ذلك عيب ترد به . وفي الشؤم والجن نظر . والذي اختاره ابن حرفة أنهما ليسا بعيب ، والمعزب عندي أن ذلك عيب لأنه مما تكرهه النفوس قطعاً ، فإن كون الدار مشهورة بعوامر الجان لا تسكن غالباً ، وكلما إذا اشتهرت بالشر لا تملك غالباً » (الخطاب ٤ ص ٤٣٦) .

يجب أن يكون العيب قديماً :

ويجب أن يكون العيب ثابتاً وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم ، حتى لو حدث بعد التسليم لا يثبت الخيار ، لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة ، وقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم (١) .

ولا يكتفى أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم ، بل يجب أيضاً أن يبقى ثابتاً بعد التسليم . لأن العيب إذا حدث قبل التسليم وزال أيضاً قبله ، فقد قبض المشتري المبيع سليماً من العيب ، فلا يكون له الخيار .

أما إن حدث العيب بعد التسليم ولكنه استند إلى سبب قبل التسليم ، كأن

(١) وفي مذهب مالك ما يعرف بالمهدة ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كامناً في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع عهده ويكون مسئولاً عنه . قال ابن رشد : « افترد مالك بالقول بالمهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى المهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : مهدة الثلاثة الأيام وذلك عن جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، ومهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجئون فحدثت في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . ومهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزله أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما مهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري إلا من الأدوات الثلاثة . وهذه المهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كل ما قصد منه المساكنة والمحاكرة وكان بيعاً لا في الذمة . هذا مالا خلاف فيه في المذهب ، واختلف في غير ذلك .. واختلف أيضاً عن مالك هل تلزم المهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ، فروى عن الوجهان . فإذا قيل لا يلزم أهل البلد إلا أن يكونوا قد حملوا على ذلك ، فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب . ولا يلزم النقد في مهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في مهدة السنة . والملة في ذلك أنه لم يكل تسليم المبيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع . . وأما سائر فقهاء الأمصار فلم تصح عهدهم في المهدة أثر ، ورأوا أنها ولو صحت مخالفة للأصول . وذلك أن المسلمين يجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسامع ثابت . ولهذا ضعف عند مالك في إحدى الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفاً في البلد أو يشترط ، وبخاصة مهدة السنة فإنه لم يأت في ذلك أثر . وروى الشافعي عن ابن جريح قال سألت ابن شهاب عن مهدة السنة والثلاث ، فقال ما علمت فيها أمراً سالفاً (بداية المجتهد ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦ - وانظر في نقض الحاشية للحجج المالكية في المهدة الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٩٠ - ص ٩١) .

كان المبيع عبداً فسرقت أو قطع يداً قبل التسليم فقطعت يده بعد التسليم ، ففي مذهب الشافعي خلاف في هذه المسألة . جاء في المهذب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبداً فسرقت أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحق ، لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » (المهذب ١ ص ٢٨٤) .

وهناك خلاف فيما يتعلق بالعيب الأربعة في الرقيق التي سبقت الإشارة إليها : الإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون . فرأى يذهب إلى أن ثبوت هذه العيوب عند البائع كاف ، ولا يشترط ظهورها عند المشتري . ويستند هذا الرأي إلى أن هذه العيوب عيوب لازمة لازوال لها ، فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري وإن لم تظهر ، إذ تبقى مخفية ثم تنكشف . ورأى يذهب إلى أن الجنون وحده دون العيوب الثلاثة الأخرى هو الذي ينطبق عليه هذا الوصف ، إذ الجنون في الرقيق فساد في محل العقد وهو الدماغ ، وهذا مما لا زوال له عادة إذا ثبت . فيقتصر إذن في الجنون وحده ، وفقاً لهذا الرأي ، على ضرورة ثبوته عند البائع ، ولا يشترط ثبوته عند المشتري ، فهو ثابت بطبيعته ثم يظهر . على أن الرأي الذي عليه عامة الفقهاء أن هذه العيوب جميعاً كغيرها قد تزول ، فيشترط ثبوتها في يد البائع وبقاؤها في يد المشتري .

ولكن العيوب الثلاثة الأخرى غير الجنون – الإباق والسرقة والبول في الفراش – تتميز بأنها يشترط فيها العقل واتحاد الحال . فإن أبقي الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ، ثم كان ذلك في يد المشتري وهو لا يزال صغيراً لا يعقل ، لم يثبت حق الرد ، لأن هذه الأمور ليست عيباً في الصغير الذي لا يعقل . وحتى لو بقي الصغير يابق أو يسرق أو يبول في الفراش بعد أن عقل وكان ذلك بعد انتقاله إلى يد المشتري ، لم يكن للمشتري حق الرد ، لأن الذي كان موجوداً في يد البائع ليس بعيب والموجود في يد المشتري عيب ولكنه حادث . كذلك

إن اختلف الحال لم يثبت حق الرد ، بأن أبق الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل ، ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ ، لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب ، واختلاف سبب يوجب اختلاف العيب ، فكان الموجود بعد البلوغ عيباً حادثاً لا يوجب الرد .

يجب أن يكون العيب غير معلوم من المشتري وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب :

ويجب أن يكون المشتري غير عالم بوجود العيب في وقت العقد وفي وقت القبض معاً ، فإن كان عالماً به في أي وقت من هذين الوقتين فلا خيار له . ذلك أن إقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضاه منه به دلالة ، وكذلك إذا لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض ، فقبضه للمبيع مع علمه بالعيب دليل على الرضا ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

وقد يرضى المشتري بالعيب دون أن يعلم به ، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب فقبل منه هذا الشرط . فإذا أبرأ المشتري البائع من كل عيب أو من عيب بالذات قائم وقت العقد ، فإن الإبراء لا يتناول العيب الذي يحدث بعد البيع وقبل القبض . وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات يحدث بعد البيع وقبل القبض ، فالشرط فاسد ، لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل ولا التعليق بالشرط ، فهو وإن كان إسقاطاً فيه معنى التملك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ، وكان ذلك بيعاً دخل فيه شرط فاسد ففسد . وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات وأطلق البراءة دون أن يخصص بالعيب القائم وقت العقد أو العيب الحادث بعده ، انصرف ذلك عند محمد إلى العيب القائم وقت العقد دون العيب الحادث بعده ، وعند أبي يوسف تعم البراءة العيين ، ويرأى البائع من العيب القائم وقت العقد والعيب الحادث بعده^(١) .

(١) ويختلف حكم البراءة من العيب في مذهب الشافعي . جاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٨٨) : « إذا باع شيئاً بشرط البراءة من العيب ، ففيه طريقان : أحدهما . . . أن المسألة على ثلاثة أقوال . أحدها أنه يرأى من كل عيب ، لأنه عيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه . والثاني لا يرأى من شيء من العيوب ، لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول »

§ ٢ - حكم العقد حال قيام خيار العيب

العقد نافذ غير لازم :

إذا توافرت في العيب الشروط المتقدمة الذكر ، لم يمنع ذلك من انعقاد العقد صحيحاً نافذاً لازماً من جهة البائع ، ولكنه يكون غير لازم من جهة المشتري .
فيثبت الملك للمشتري في المبيع للحال ، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط .
أما شرط السلامة الثابت ذلالة فهو ليس بشرط في السبب كخيار الشرط وليس بشرط في الحكم كخيار الرؤية ، فيكون أثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم . أما خيار الشرط فقد دخل على السبب فنع انعقاده في حق الحكم مدة الخيار ، ولذلك لا يزول الملك عن البائع بشرط الخيار مدة خياره . وأما خيار الرؤية فقد دخل على الحكم ومنع تمامه ، فنع لزوم العقد حتى بعد القبض . وهذا بخلاف خيار العيب فإنه لا يدخل على السبب ولا على الحكم كما قدمنا ، فهو يجعل العقد غير لازم قبل القبض ، وقابلاً للفسخ بعد القبض . أما كونه غير لازم قبل القبض فدليل ذلك أن المبيع إذا كان لا يزال في يد البائع ، وأراد المشتري الرد بالعيب ، فإنه لا يحتاج إلى التراضي أو التقاضي ، بل يكفي أن يقول رددت البيع أو ما يجرى هذا المجرى لينفسخ البيع ، فذلك لأن العقد غير لازم قبل القبض . أما بعد القبض فقد تمت الصفة ، وإنما يكون البيع قابلاً للفسخ لفوات شرط السلامة ، ومن

سوالرهن المجهول . والثالث أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع .. لأن الحيوان يفارق ما سواه ، لأنه ينتلئ بالصحة والسقم ، وتحول طباعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يختبئ ، فلعل الحاجة إلى التبري من العيب الباطن فيه لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه . وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان ، فلم يجز التبري منه مع الجهالة والطريق الثاني أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره . وتناول هذا القائل ما أشار إليه الشافعي من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه . فإن قلنا إن الشرط باطل ، فهل يبطل البيع فيه ؟ وجهان : أحدهما لا يبطل البيع ويرد المبيع .. والثاني أنه يبطل البيع ، لأن هذا الشرط يقتضي جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً ، فقد العقد ، والله أعلم .

ثم لا يجوز الفسخ إلا بالتراضي أو بالتقاضي . إذ البيع هنا يفسخ بعد أن تمت الصفقة ، ولا يفسخ بمحض إرادة المشتري كما كان الأمر قبل القبض والصفقة لم تتم . وفي خيار الرؤية قد رأينا أن الصفقة لا تتم حتى بعد القبض ، ولذلك يرد المشتري المبيع بخيار الرؤية بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي ، سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو كان بعد القبض . وفي خيار الشرط لا تتم الصفقة أيضاً حتى بعد القبض ، فإذا رد من له الخيار ولو بعد قبض المبيع رد بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي .

فالعبرة إذن ، فيما إذا كان الرد يتم بمحض الإرادة أو كان لابد في تمامه من التراضي أو التقاضي ، إنما تكون بعدم تمام الصفقة أو بتمامها . فإذا لم تتم الصفقة ، كما هو الأمر في خيار الشرط والرؤية قبل القبض وبعد القبض ، وكما هو الأمر في خيار العيب قبل القبض ، كان الرد بمحض إرادة من له الخيار . وإذا تمت الصفقة ، كما هو الأمر في خيار العيب بعد القبض ، فإن الرد لا يكون إلا بالتراضي أو بالتقاضي . ذلك أنه إذا لم تتم الصفقة ، كان الرد نقضاً لصفقة لم تتم ، فيكون انقاساً لا فسخاً ، أقرب إلى أن يكون رجوعاً في الإيجاب قبل القبض الذي هو بمثابة القبول ، فلا حاجة فيه إلى التراضي . أما إذا كانت الصفقة قد تمت ، فالرد لا يكون مجرد نقض وانقاس تكفي فيه إرادة من له الخيار ، بل هو فسخ لصفقة قد تمت ، فلا بد فيه من التراضي أو التقاضي ، فإن العقد لا يفسخ إلا على النحو الذي به ينعقد ، وهو لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما .

ويقول الكاساني في هذا المعنى : « وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته ، فالبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري ، فإن كان في يد البائع يفسخ بقول المشتري رددت ، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي . ولا إلى التراضي بإجماع . وإن كان في يد المشتري لا يفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يفسخ بقوله رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضا البائع . وأجمعوا على أن الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضا ، وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلاً بلا خلاف بين أصحابنا . وجه قول الشافعي رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر محته إلى القضاء ولا إلى الرضاء ،

كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ، ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده . ولنا أن الصفقة تمت بالقبض ، وأحد العاقلين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالأقالة ، وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ، ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي . بخلاف ما قبل القبض ، لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة ، بل تمامها بالقبض ، فكان بمنزلة القبول ، كأنه لم يسرد . بخلاف الرد بخيار الشرط ، لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخيار ، فكان الرد في معنى الدفع والامتناع من القبول . وبخلاف الرد بخيار الرؤية لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب خللا في الرضا ، فكان الرد كالدفع . أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض ، فلا تحتل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا ، والله عز وجل أعلم ، (البدائع ٥ ص ٢٨١) .

علم لزوم العقد في خيار العيب قائم على اختلال الرضاء لفوات شرط السلامة من العيب : قدمنا أن سلامة المبيع من العيب مشروطة في العقد دلالة . وقد سبق القول - انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٢ ص ١٣٠ - ص ١٣١ - أن العاقد ، ما لم يشترط البراءة من العيوب في الشيء الذي يتعامل فيه ، يكون قد كفل للعاقد الآخر ، دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح ، سلامة المعقود عليه من العيوب . فإذا لم تتوافر هذه السلامة ، فقد اختل رضا العاقد الآخر ، ووجب له الخيار .

ويقول الكاساني في هذا المعنى : « إن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل ، فقد اختل رضاه . وهذا يوجب الخيار ، لأن الرضا شرط صحة البيع ، قال الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . فانهدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، إثباتاً للحكم على قدر الدليل » . (البدائع ٥ ص ٣٧٤) .

وإذا كان خيار العيب يقوم على اختلال الرضاء ، فإن شأنه في ذلك شأن سائر الخيارات ، إذ أن كلاً من خيار الشرط وخيار الرؤية يقوم هو أيضاً على اختلال الرضاء كما سبق القول .

كيف يكون الرد بخيار العيب :

إذا ثبت للمشتري خيار العيب ، كان له أن ينقض البيع . وينقض البيع قبل القبض بإرادته وحده ، كأن يقول فسخت البيع أو نقضته أو رددته وما هو في معناه . ويشترط علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يشترط هذا العلم عند أبي يوسف ، كما هو خلافهم في خيار الشرط وفي خيار الرؤية . أما بعد القبض ، فقد قدمنا أن النقص لا يكون إلا بالبراضى أو بالتقاضى .

ما الذى يترتب على الرد بخيار العيب :

إذا نقض المشتري البيع بخيار العيب ، انفسخ العقد . ورد المشتري المبيع معياً إلى البائع إن كان قد قبضه ، واسترد الثمن إن كان قد دفعه . وليس له أن يمسك المبيع معياً ويرجع على البائع بنقصان الثمن ، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى فيتنصر بنقصان هذا الثمن ، ودفع للضرر عن المشتري ممكن برده للمبيع ، ولأن حق الرجوع بالنقصان كالحلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الحلف^(١) .

(١) وهذا هو المذهب الحنفى . ومثله مذهب الشافعى . جاء في المذهب : « وإن قال البائع أسك المبيع وأنا أعطيك أرض العيب ، لم يجبر المشتري على قبوله ، لأنه لم يرض إلا بجميع سليم بجميع الثمن فلا يجبر على إسك معيب ببعض الثمن . وإن قال المشتري أعطى الأرض لأسك المبيع ، لم يجبر البائع على دفع الأرض ، لأنه لم يذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن » (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

وفي مذهب مالك تنقسم العيوب إلى ثلاثة : عيب غير مؤثر وليس فيه شيء ، وعيب يسير ويرجع المشتري فيه بنقصان الثمن ، وعيب فاحش ويكون المشتري فيه بالخيار بين الرد والإسك فإذا أسك ليس له أن يرجع بنقصان الثمن . وفي العيب الفاحش يتلاق المذهبان الحنفى والمالكي . قال ابن جزى : « المسألة الثالثة في أنواع العيوب وهي ثلاثة : عيب ليس فيه شيء ، وعيب فيه قيمة ، وعيب فيه رد . فأما الذى ليس فيه شيء ، فهو اليسير الذى لا ينقص من الثمن . وأما عيب القيمة ، فهو اليسير الذى ينقص من الثمن ، فيحط على المشتري من الثمن بقدر نقص العيب ، وذلك كالخرق في الثوب والصدع في حائط الدار ، وقيل إنه يوجب الرد في العروض بخلاف الأصول . وأما عيب الرد ، فهو الفاحش الذى ينقص شيئاً من الثمن ، ونقص الثمن يوجب الرد عند ابن رشد وقيل الثلث ، فالمشتري في عيب الرد بالخيار بين =

على أن للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن إذا توافرت شروط ثلاثة :

١ - أن يتعذر عليه رد المبيع ، كأن هلك المبيع أو نقص أو زاد وهو في يده على التفصيل الذي سيأتي .

٢ - وأن يكون هذا التعذر غير آت من قبله . فإن كان التعذر آتياً من قبله ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه يصير حاسباً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد . فلو باع المبيع المغيّب أو وهبه ثم علم بالغيّب ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكاً عن الرد . ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان ، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كمالو باعها . ولو كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تخرق ، لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يرجع . وجه قولهما أن أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع وأنه انتفاع لا إتلاف . وجه قول أبي حنيفة أن المشتري بأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة . ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الأكل واللبس ، ثم وجد به عيباً ، لم يرجع بالنقصان بلا خلاف ، لأن استهلاكهما في غير ذلك الوجه إبطال محض .

٣ - وألا يصل إلى المشتري عوض عن المبيع . فإن وصل إليه عوضه ، كأن قتل أجنبي العبد المبيع في يده خطأ ، لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية لأنه لما وصل إليه عوضه صار كأنه باعه ، ولو باعه ثم اطلع على عيب به لم يرجع ؛ كذا هذا .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، وكان للمشتري الرجوع بنقصان الثمن ، فحساب ذلك يكون على الوجه الآتي : يقوم المبيع غير مغيّب ثم يقوم بالغيّب ، ولا يدفع المشتري للبائع من الثمن إلا حصة تعادل النسبة بين هاتين القيمتين .

سأن يردّه على بانه أو يمسه ولا أرض له على الغيب ، ول . له أن يمسه ويرجع بقيمة الغيب إلا أن يفوت في يده . (القوانين الفقهية ص ٢٦٧) .

وفي مذهب أحمد بن حنبل يكون للمشتري الخيار أو الإيساك مع الرجوع بنقصان الثمن . جاء في الشرح الكبير على متن المقنع : « فن اشترى معيلاً لا يعلم عيبه ، فله الخيار بين الرد والإيساك مع الأرض وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمغيّب من الثمن فإن اختار إيساك المغيّب وأخذ الأرض فله ذلك وبه قال أبو إسحق . وقال أبو حنيفة والثاقبي ليس له إلا الإيساك أو الرد ، ولا أرض له إلا أن يتعذر رد المبيع » (الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٨٦) .

فلو كانت قيمة المبيع غير معيب عشرين ، وكانت قيمته معيأ خمسة عشر ، فالنسبة بين هاتين القيمتين نسبة ثلاثة إلى أربعة . فلو كان الثمن منة عشر ، لم يجب على المشتري من الثمن إلا ثلاثة أرباعه أى اثنا عشر ، ورجع بالتقصان وهو أربعة^(١) .

۳ - ما یسقط به خیار العیب

أسباب مختلفة :

يسقط خيار العيب ، فيلزم البيع ، للأسباب الآتية :

(١) هلاك المبيع (٢) نقصان المبيع (٣) زيادة المبيع (٤) إسقاط المشتري للخيار (٥) رضا المشتري بالعيب بعد العلم به (٦) تصرف المشتري في المبيع

(١) وإذا كان بعض المبيع مبيعاً دون بعض ، فالبدأ الأساس في هذه المسألة هو عدم جواز تفريق الصفقة قبل تمامها ، فإن تمت جاز التفريق . وتطبيقاً لهذا المبدأ يميز الفقه الحنفى بين ظهور المبيع قبل القبض وظهوره بعد القبض . فإذا لم يقبض المشتري شيئاً من المبيع ، ووجد بيعه عيباً ، فهو بالخيار إن شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن ، وإن شاء رد الكل . وليس له أن يرد المبيع خاصة بحصة من الثمن ، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء متعددة ، لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض ، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل . وهذا هو الحكم فيما إذا كان المشتري قبض بعض المبيع دون بعض فوجد بيعه عيباً . فهذا أيضاً لا يملك رد المبيع خاصة بحصة من الثمن ، سواء وجد العيب بغير المقبوض أو بثلث قبض ، لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المقود عليه ، فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل .

أما إذا كان المشتري قبض كل المبيع ، ثم وجد بيبه عيباً ، فإن كان المبيع شيئاً واحداً
- فهو تقديراً كخفين أو نظيرين أو مصراحي باب ونحو ذلك - فلكذلك لا يملك رد المبيع خاصة بمحض من
الثلث . وإذا كان المبيع أشياء متعددة ، فله أن يرد المبيع خاصة بمحض من الثلث ، وليس له أن يرد الكل
إلا تحت تعاضل . وهذا لأن حق الرد إنما يثبت لقوات السلامة المشروطة في العقد ، والسلامة فاقترت
في أحدها فتلزم في همه خاصة ، فلم يمنع الرد إنما يمنع لثبوت تقريق الصفقة ، وتقريق الصفقة
يظهر بغير التقدير ، والصفقة قد ثبتت بقبضها فزال المانع . ولو قال المشتري
قال له المبيع بغير تقصيص الشيء فم له ذلك ، لأن إيساكه للمبيع دلالة الرضا به وأنه
يتم البيع بغير التقصيص . وهذا هو الوجه الثاني في الحالة الأخيرة أن يرد المبيع بمحض من الثلث ،
بغير رد المبيع كله ، وإيساكه للمبيع . والثالث في التقريق بينهما في الرد إحصائياً بالتقريب ، فإذا ضم لبيعه
له وجه آخر غير وجهه الأول لم يرد في الإجابة بوجهه الجديد ، وقد يمكن للمبيع بالتقريب بوجهه غير
الوجه الأول ، فإذا كان وجهه الأول هو وجهه الثاني ، فله الرد بإحصائياً ، وهذا استثناء . انظر في كثير من تفصـ

قبل العلم بالعيب^(١).

فهذه أسباب مختلفة ، بعضها يرجع إلى تغير حالة المبيع بالهلاك أو النقصان أو الزيادة ، وبعضها يرجع إلى نزول المشتري عن حقه بالإسقاط أو الرضاء بالعيب ، وبعضها يرجع إلى تعذر رد المبيع بتصرف المشتري فيه .
فتناول في إيجاز هذه الأسباب المختلفة تباعاً .

هلاك المبيع :

يسقط خيار العيب بهلاك المبيع لفوات محل الرد . فإن هلك المبيع وهو في يد البائع ، انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن لأنه يحمل تبعه الهلاك قبل القبض . وإن هلك المبيع وهو في يد المشتري ، فهلاكه عليه لأنه قد قبضه ، ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب .

نقصان المبيع :

إذا نقص المبيع^(٢) قبل القبض ، وكان النقصان بغير فعل المشتري أو فعل أجنبي ، أى بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية ، فهذا وما لم يكن به عيب سواء . ويكون للمشتري الخيار ، إن شاء أخذ المبيع وشرح قلر النقصان ، وإن شاء ترك ، كما إذا لم يجد بالمبيع عيباً . ذلك أن له الخيار في الرد حتى لو لم يكن بالمبيع عيب ، فلا يحتاج إلى خيار آخر . وإن كان النقصان بفعل المشتري ، كان للمشتري أن يرضى المبيع بالعيب ولا يرجع بشيء ، وإن شاء رجع بنقصان العيب على البائع ولكن للبائع في هذه الحالة أن يأخذ المبيع فيسقط جميع الثمن . وإن كان النقصان بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء رضى بالمبيع بجميع الثمن واتبع الجاني بالأرض ، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجاني

(١) ولا يسقط خيار العيب بموت المشتري ، فإذا مات قامت ورثته مقامه في الخيار ، وقد قدما أن خيار العيب كخيار التمين يورث ، وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية فإنهما لا يورثان .
(٢) وكالنقص طرؤه عيب آخر على المبيع يضاف إلى العيب الأول . فإن طرأ العيب الثاني قبل التبرع ، فهو قديم يضمنه البائع كما يضمن النقص قبل القبض ، وإن طرأ العيب الثاني بعد القبض ، فهو حديث لا يضمنه البائع كما لا يضمن النقص بعد القبض .

بالأرض ، كما إذا لم يجد المشتري بائعاً عيباً .

وإذا نقص المبيع بعد القبض وهو في يد المشتري ، ثباً كان سبب النقص ثم وجد المشتري به عيباً ، لم يكن له أن يردّه بالعيب . ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ، ولم يجد لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ويعود على ملكه معيباً بعيبين ، العيب القديم والنقصان . وهو إذا كان يضمن العيب القديم ، فإنه لا يضمن النقصان لأنه حدث بعد القبض والمبيع في يد المشتري . فنعلم شرط الرد ، وللمشتري أن يرجع بنقصان الثمن للعيب ، إلا إذا رضى البائع بأخذ المبيع ورد كل الثمن^(١) .

زيادة المبيع :

إن حدثت الزيادة قبل القبض . فإن كانت متصلة متولدة من الأصل (كالكبر والسمن) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل فكانت مبيعة تبعاً ، وما كان تبعاً في العقد يكون تبعاً في الفسخ . وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل (كالصبغ في الثوب والبناء على الأرض) ، فإنها تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هي أصل بنفسها ، فتعذر رد المبيع ، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل ، ولا يمكن رده مع الزيادة لأنها ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ . ويكون للمشتري الرجوع بنقصان الثمن . وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل (كالولد والثرى واللبن) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، فإن شاء المشتري ردهما جميعاً ، وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل (كالغلة والكسب) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هي

(١) وفي ملحق مالك للمشتري أن يرد المبيع في هذه الحالة ويرد معه أرض النقصان ، لأن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشتري ، فلوا تمتع إنما يمتنع نظراً للبائع ، والمشتري باستحقاق النظر أول من البائع لأنه لم يدلس العيب والبائع قد دلس . قال ابن جزى : « المسقط الرابع حدوث عنده ، آخر عنده المشتري فهو بالخيار إن شاء رده ورد أرض العيب الحادث عنده ، وإن شاء تمسك به وأخذ أرض العيب القديم ، والأرض قيمة العيب . وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له الرد ، وإنما يأخذ أرض العيب القديم » (القوانين الفقهية ص ٢٦٦) .

مملوكة بملك الأصل ، فبالرد يفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربيع ما لم يضمن ، وعند أبي يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له .

وإن حدثت الزيادة بعد القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل ، فلأنها لا تمنع الرد بالعيب إن رضى المشتري بردها مع الأصل التي هي تابعة له ، وإن أبي المشتري الرد وأراد الرجوع بنقصان الثمن كان له ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد ليس للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا أراد البائع استرداد المبيع معيماً ورد الثمن كله . وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، فلأنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن ، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، فلأنها تمنع الرد بالعيب . ويرجع المشتري بنقصان الثمن ، لأن الزيادة حصلت في ضمان المشتري ، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربيع ما لم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فلأنها تبقى في يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا . وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض ، فلأنها تحصل في ضمان البائع ، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لحصولها في ضمانه ، ومن ثم جاز الرد بالعيب كما قدمنا . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، فلأنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشتري طيبة له لأنها حصلت في ضمانه .

إسقاط المشتري للخيار :

ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطاً مقصوداً صريحاً أو ما هو في معنى الصريح ، نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبه وما يجري هذا المجرى ، لأن خيار العيب حقه فله أن ينزل عنه . وإسقاط الخيار لإبراء المشتري البائع من العيب ، لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط ، والخيار حقه والمحل قابل للسقوط .

وقد قدمنا أن خيار الرؤية ، بخلاف خيار العيب ، لا يسقط بالإسقاط المقصود الصريح .

رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به :

ويسقط خيار العيب برضاء المشتري بالعيب بعد أن علم به ، لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد ، وإذا رضى المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط أو أنه لم يشترطه ابتداء .

والرضاء قد يكون صريحاً ، كأن يقول المشتري رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع وما يجري هذا الجرى . وقد يكون الرضاء دلالة ، كأن يصدر من المشتري بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضاء به ، كما إذا كان المبيع ثوباً فصبغه أو قطعه أو أرضاً فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحماً فشواه . ويعتبر تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالعيب رضاء بالعيب دلالة ، فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره ، كان في الإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضاء بالعيب .

تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب :

وإذا تصرف المشتري في المبيع بأن أخرجه عن ملكه ، حتى قبل علمه بالعيب ، سقط خياره ، لتعذر رد المبيع إلى البائع . فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب ، سقط خياره . ولكن لو فسخ تصرفه ، ورد إليه المبيع بخيار شرط أو بخيار رؤية مثلاً ، عاد حق خيار العيب للمشتري ، وجاز له رد المبيع للبائع .

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى فى نظرية البطلان

...

مسائل ثلاث :

بعد أن فرغنا من بسط نظرية البطلان فى الفقه الغربى وفى الفقه الإسلامى ، نعقد مقارنة سريعة بين الفقهين فى هذه النظرية . فنقارن بينهما فى مراتب البطلان ، وفى أحكام البطلان ، ثم نبين فى خلاصة وجيزة أين ارتقت الصناعة الفنية فى الفقه الإسلامى وأين وقفت ، وكيف أخذ التقنين المحدث العراقى نظرية البطلان عن الفقه الإسلامى لا عن الفقه الغربى .

المبحث الأول

مراتب البطلان

أركان العقد وشرائطه - العقد الباطل :

يبدأ كل من الفقهين بتحديد أركان العقد وشرائطه ، فيرسم بهذا التحديد منطقة العقد الباطل ، ويميز بينه وبين العقد غير الباطل . فالعقد الذى لم يستوف جميع أركانه وشرائطه ، فتقص فيه ركن أو اختل فيه شرط ، يكون عقداً باطلاً . أما العقد الذى جمع كل الأركان والشرائط ، فهذا عقد غير باطل . ويكاد الفقه الغربى يكون متفقاً مع الفقه الإسلامى فى تحديد أركان العقد وشرائطه . فى الفقه الغربى أركان العقد ، كما قدمنا ، ثلاثة : التراضى والمحل والسبب . والتراضى شرائط انعقاد هى التمييز ومطابقة القبول للإيجاب . وللمحل شرائط هى أن يكون ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للتعامل فيه . والسبب شرط واحد هو المشروعية .

وكذلك الفقه الإسلامى ركن العقد عنده هو الإيجاب والقبول . والإيجاب والقبول يفرضان بداهة وجود المحل . ويمكن القول بأن الفقه الإسلامى يعرف فى

بعض مذاهبه نظرية السبب . ثم إن شرائط الانعقاد في العقد موافقة القبول للإيجاب واتحاد المجلس ، وفي العاقد العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وصالحاً للتعامل فيه .

فالأركان والشرائط في الفقهاء واحدة ، مع اختلاف يسير في التعبير لا خطر له . ومن ثم تتوحد منطقة العقد الباطل في كل من الفقهاء الإسلامي والغربي .

أوصاف العقد - العقد الفاسد :

ويعرف الفقه الحنفي ، إلى جانب أركان العقد وشرائطه ، أوصاف العقد ، ومن ثم يعرف إلى جانب العقد الباطل العقد الفاسد . فإذا سلمت للعقد أركانه وشرائطه واختل وصف من أوصافه ، فالعقد منعقد ، ولكنه يكون فاسداً غير صحيح . وأوصاف العقد يتصل أكثرها بالمحل ، فالغرر والربا والشروط الفاسدة والضرر في تسليم المعقود عليه ، هذه هي أهم أسباب الفساد . يضاف إليها سبب يتصل بالإرادة هو الإكراه عند الإمام وصاحبيه .

ومهما يكن من قوة الصناعة الفنية التي اشتهر بها المذهب الحنفي في ابتداعه لفكرة العقد الفاسد - وسنرى ذلك فيما يلي - فإن أسباب الفساد لا يقرها الفقه الغربي . فهو لا يخشى الغرر خشية الفقه الإسلامي له ، ويبيح الربا بقبود معينة ولا يأبى أن يقترن العقد بشرط ، والضرر في تسليم المعقود عليه ليس له حكم خاص بل هو يخضع للقواعد العامة . أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة - الغلط والتدليس - في صف واحد ، ويوحد الجزاء فيها فيجعله قابلية العقد للإبطال .

ومن ثم لا محل في الفقه الغربي للعقد الفاسد ، إذ هو لا يستجيب لحاجة .

نقص الأهلية وانعدام الملك - العقد الموقوف .

ويربط الفقه الإسلامي بين العاقد والعقد والمعقود عليه بأن يشترط أن يكون للعاقد ولاية على كل من العقد والمعقود عليه . فولاية العاقد على العقد هي الأهلية ، وولايته على المعقود عليه هي الملك الخالص . فإذا اختلت الولاية على العقد بأن كان

العائد ناقص الأهلية ، أو اختلت الولاية على المعقود عليه بأن كان المحل غير مملوك للعائد أو كان مملوكاً له ولكن تعلق به حق الغير ، كان العقد موقوفاً .

ويفرق الفقه الغربي بين نقص الأهلية وانعدام الملك ، فيجعل الجزاء على نقص الأهلية قابلية العقد للإبطال ، والجزاء على انعدام الملك عدم سريان العقد في حق المالك وقابلية العقد للإبطال في حق المشتري .

والفقه الإسلامي أكثر إحكاماً في صناعته . فقد صاغ فكرة العقد الموقوف صياغة موفقة ، واجه بها العقد الصادر من ناقص الأهلية والعقد الصادر من غير المالك . هذا إلى أن الفقه الغربي في بيع ملك الغير - وهو بيع الفضولي - اضطرب اضطراباً واضحاً في صناعته ، فلم يستطع أن يواجه هذا العقد بجزاء واحد بل تعدد الجزاء ، فجعل العقد قابلاً للإبطال من جانب المشتري وغير صار في حق المالك . ثم خرج على قواعد صناعته ، بأن جعل للمالك وهو غير العائد الذي تقرر الإبطال لمصلحته حق إجازة العقد . وهذا ما جعل الفقهاء في الفقه الغربي في حيرة من أمر بطلان بيع ملك الغير ، يختلفون ويضطربون ، ولا يصلون فيه إلى حل واحد . وليس في الفقه الإسلامي اضطراب في هذه المسألة ، فالعقد الموقوف يواجه في دقة عقد الفضولي ، ويتسع له من جميع النواحي .

عيوب الإرادة - العقد القابل للإبطال :

ويبقى بعد ما قدمناه عيوب الإرادة ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . وهذه جمعها الفقه الغربي في صعيد واحد ، وجعل الجزاء عليها واحداً ، هو ، كما قدمنا ، قابلية العقد للإبطال . فن شاب إرادته عيب له أن يطلب لإبطال العقد ، شأنه في ذلك شأن ناقص الأهلية .

أما الفقه الإسلامي فقد شتت هذه العيوب في نواح متفرقة ، يستقصيها الباحث في غير قليل من المشقة . فالإكراه رأيناه حائراً في المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاءه البطلان كما هو الأمر في مذهب الشافعي وفي رواية في مذهب أحمد ، أو الفساد كما هو الأمر في مذهب أبي حنيفة عند الإمام وصاحبيه ، أو الوقف كما هو الأمر عند زفر ، أو عدم اللزوم كما هو الأمر في مذهب مالك وفي رواية أخرى

في مذهب أحمد . والتدليس يعرفه مذهب مالك في تردد وحذر ، ويجعل جزاءه خيار التدليس . والاستغلال جزاؤه في المذاهب المختلفة خيار الغبن . أما الغلط فقد تشتت أكثر من غيره من عيوب الإرادة ، ولا تستطيع أن تجمع أطرافه في الفقه الإسلامي إلا إذا ضمنت إلى خيار الوصف أو الخلف في الوصف خيار الرؤية ثم خيار العيب ، وقد تلمح من بعيد في مذهب مالك ما يدعى في بعض الأحوال بخيار الغلط . وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة ، وترصها جميعاً جنباً إلى جنب ، لتبني منها بناء متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظرية عامة للغلط في الفقه الإسلامي .

والسبب في تشتت عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي وفي صعوبة استخلاص نظرية عامة تنتظم هذه العيوب يرجع ، في رأينا ، إلى التزعة الموضوعية المتغلبة في الفقه الإسلامي . فعيوب الإرادة في أساسها تقوم على اعتبارات ذاتية ، والإرادة المعيبة التي يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال هي الإرادة الباطنة التي تختلج في النفس لا الإرادة الظاهرة التي يقف عادة عندها الفقه الإسلامي . ولعل العيب الذي حفل به أكثر من غيره هو عيب الإكراه ، وذلك لأن له مظهراً مادياً أكثر وضوحاً يجعل من السير إخضاعه لضوابط موضوعية ، ثم هو بعد ذلك عيب تضاربت المذاهب المختلفة في تعيين الجزاء المترتب عليه كما سبق القول .

ومزية الفقه الغربي أنه جمع كما قدمنا بين عيوب الإرادة ، ووضع لها نظرية عامة عاجلها في استفاضة . ولكنه واجه هذه العيوب بفكرة العقد القابل للإبطال . ولعل فكرة العقد الموقوف ، لو استعيرت من الفقه الإسلامي تكون أكثر توفيقاً ، فهي أكثر ملائمة لعيوب الإرادة ، ثم هي تبرز الصلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية ، فالعقد في جميع هذه الأحوال يكون موقوفاً لاعتبارات ترجع كلها إلى وجوب كمال التمييز في العاقد حتى ينتج العقد أثره . وكان زفر في رأينا موقوفاً عندما جعل عقد المكره موقوفاً .

مقابلات في الصناعة الفنية بين الفقهاء :

وإلى هنا يمكن التقريب بين الفقهاء . ثم تتفاوت بعد ذلك الصناعة في كل منهما ، إلى حد لا يستطيع معه الباحث إلا أن يشير إلى بعض مقابلات بينهما :

فقد رأينا الفقه الغربى يميز بين العقد القابل للإبطال والعقد الذى لا يسرى فى حق الغير ، ويطبق عدم السريان فى حق الغير فى بيع ملك الغير وفى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة وفى بيع المريض مرض الموت . أما فى الفقه الإسلامى فيواجه كل ذلك بفكرة العقد الموقوف .

ورأينا الفقه الغربى يميز بين البطلان والفسخ . أما الفقه الإسلامى فالفسخ عنده ليس نظرية عامة مستقلة بل هو يندرج تحت نظرية البطلان ، ولا يعم العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها ، بل يقتصر على حالات معينة كما فى خيار العيب وفى خيار النقص .

ورأينا الفقه الغربى يميز بين البطلان وبين الشرط الفاسخ والشرط الواقف . أما الفقه الإسلامى فيأتى فى التمليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة ، ولكنه يقترب من الشرط الواقف فى خيار الشرط ، ومن الشرط الفاسخ فى خيارى الرؤية والعيب . ويعرف الفقه الإسلامى خيار التعيين ، ويواجهه الفقه الغربى بالالتزام التخييرى . أما نظرية الفساد فيتولى بها الفقه الحنفى حماية الغير ، على غرار نظام الشهر العقارى فى الفقه الغربى . ويمنع الفقه الإسلامى مشترى المنقول من التصرف فيه قبل قبضه ، فيقارب بذلك القاعدة التى تقضى فى الفقه الغربى بأن الحياة فى المنقول سند الملكية .

مقابلة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى فى تعدد مراتب البطلان :

فإذا تركنا هذه المقابلات المتناثرة فى نواح مختلفة ، واقتصرننا على تعدد مراتب البطلان والصحة فى العقد، وجدنا الفقه الإسلامى أكثر تدرجاً من الفقه الغربى فى ذلك . فعنده العقد الباطل : ويقابله فى الفقه الغربى العقد الباطل أيضاً ، وهما سواء .

وعنده العقد الفاسد : ولا يقابله نظير فى الفقه الغربى .

وعنده العقد الموقوف : ولا نظير له فى الفقه الغربى ، وأقرب شبه به هو العقد القابل للإبطال وإن كان يقصر دونه .

وعنده العقد غير اللازم : ونظيره فى الفقه الغربى العقود غير اللازمة ، ثم يأتى العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى فيما يخص الغلط .

المبحث الثاني

أحكام البطلان

§ ١ - العقد الباطل

العقد الباطل لا ينتج أثراً كتصرف قانوني :

رأينا أن العقد الباطل في الفقه الإسلامي يماثل في حالاته العقد الباطل في الفقه الغربي ، وهو يماثله أيضاً في أحكامه .

فالعقد الباطل في الفقهين لا وجود له إلا من حيث الصورة ، فليس له وجود قانوني ، ولا ينتج أثراً كتصرف شرعي . ومن ثم لا يملك أحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل ، وإذا نفذه العاقد باختياره ، علم بالبطلان أو لم يعلم ، كان له أن يسترد ما نفذ . ولو تسلم المشتري بعقد باطل المبيع وباعه من آخر ، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشتري الثاني .

ولما كان العقد الباطل في الفقهين غير موجود شرعاً ، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة ، أو أن يرد عليه التقادم . وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد ، والفرق واضح بين إجازة العقد وعمل العقد من جديد . ولكل ذي مصلحة أن يتمكن بالبطلان : كلا العاقدين والوارث والغيرومن له مصلحة . بل يجوز للقاضي أن يعلن بطلان العقد من تلقاء نفسه ، ولو لم يطلب أحد ذلك .

الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل :

وقد يترتب على العقد الباطل آثار في كل من الفقهين :

من ذلك الزواج الباطل ، فهو كتصرف شرعي لا ينتج أثراً كحل النكاح وجوب النفقة والتوارث ، ولكنه كواقعة مادية ينتج بعض الآثار كرجوب العدة وجوب المهر وثبوت النسب وسقوط الحد ، وقد تقدم بيان ذلك ..

وإذا سلم البائع بعقد باطل المبيع إلى المشتري ، فإن الضمان ينتقل إليه في الفقه الإسلامي ، فإذا هلك في يده أدى للبائع القيمة أو المثل . وهذا أثر من آثار العقد الباطل باعتباره واقعة مادية ، كما سبق القول . أما في الفقه الغربي فتختلف أحكام الضمان ، وليس هنا مكان بحثها ، ولكن يمكن القول في خصوص المسألة التي نحن بصددتها إن المبيع بعقد باطل إذا هلك في يد المشتري يهلك على مالكه ، أي على البائع لا على المشتري .

ومن الآثار التي تترتب على العقد الباطل في الفقه الغربي انتقاص العقد وتحوله ، فنستعرض في الفقه الإسلامي كلا من هاتين المسألتين .

انتقاص العقد :

رأينا في الفقه الغربي أن العقد إذا كان في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ، وهذه هي نظرية انتقاص العقد . فقسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك تقع باطلة فيما يتعلق بالموقوف ، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك ، وهذا ما لم يثبت من يظن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف .

ورأينا أن نظرية انتقاص العقد معروفة في الفقه الإسلامي ، ولكن المعيار فيها موضوعي ، بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه ذاتي . ذلك أننا في الفقه الغربي نبحث في نية العاقدین لنعرف هل كانا يريدان أن العقد يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو كانا لا يريدان ذلك ، ففي الحالة الأولى ينتقص العقد ، وفي الحالة الثانية يبطل العقد كله . فالمسألة إذن مردها ، كما نرى ، إلى نية العاقدین ، وهذا معيار ذاتي .

أما الفقه الإسلامي فالمعيار فيه موضوعي ، سواء كان شق العقد الذي يراد انتقاصه باطلاً أو فاسداً أو موقوفاً .

ففي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه باطلاً ، كيبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخر ، يبطل العقد كله في المذهب الحنفي ، لأن بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعاً بالحصّة من الثمن ابتداءً ، وهذا لا يجوز . ويبطل العقد كله أيضاً

في مذهب أحمد وفي قول في مذهب الشافعي ، لجهالة العوض ، لأن العوض هنا لا ينقسم على المحل بالأجزاء فالمعيار إذن موضوعي .

وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه فاسداً ، كما إذا كان الفساد راجعاً إلى الربا أو إلى جهالة الأجل أو إلى وجود شرط فاسد ، يستقص العقد بتزول صاحب المصلحة من العاقلين عن الجزء المفسد . فالمعيار هنا أيضاً موضوعي .

وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه موقوفاً ، فهنا أيضاً يتخذ الفقه الحنفي معياراً موضوعياً . فإذا باع شخص ملكه وملك غيره بعقد واحد ، فالعقد فيما يخص ملكه نافذ وهو موقوف فيما يخص ملك الغير . ولكن المبيع كله يفسخ في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن ، وهذا جائز لجواز البيع بالحصّة من الثمن بقاء لا ابتداء ، وقد تقدم بيان ذلك .

تحول العقد :

وقد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذي بسطناه في الفقه الجرمانى . ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول . ونقتصر هنا على الإشارة إلى بعض هذه التطبيقات :

١ - إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين ، ولم يصح ، جاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر . من ذلك أن يشترط في عقد الكفالة براءة الأصل ، فتتحول الكفالة إلى حوالة . ومن ذلك أيضاً أن يشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل ، فتتحول الحوالة إلى كفالة .

٢ - إذا انطوت المضاربة على شرط يفسدها ، تحولت إلى عقد آخر . فلو شرط كل الربح للمضارب ، كان العقد قرضاً . ولو شرط بكل الربح لرب المال ، كان العقد بضاعة . ولو شرط قدر محدد من الربح لرب المال أو لعمل المضارب ، دون أن يكون قدرأ شائعاً في الربح ، كان المضارب أجيراً في المال وأميناً عليه ، فيستحق أجر مثله ، ربح أو لم يربح ، ولا يستحق المسمى لفساد التسمية بفساد العقد . (انظر أيضاً في المزارعة الفاسدة المادة ٧١٨ من مرشد الحيوان) .

٣- إذا اشترى الفضولي لغيره ، ولم يصف العقد إلى من اشترى له ، تحول للعقد شراء للفضولي نفسه ، إذ وجد العقد نفاذاً عليه فنقد ، وهذا في المذهب الحنفي . أما في مذهب مالك فشراء الفضولي لا يتحول ، بل ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من اشترى الفضولي له . فإن امتنع هذا عن إجازة الشراء ، تحول العقد شراء للفضولي نفسه ، إلا أن يكون الفضولي أشهد عند الشراء أنه إنما يشترى لغيره بعلم من البائع ، أو صدق البائع الفضولي فيما ادعاه من ذلك^(١) .

٤- جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١١ - ص ١١٣) : « لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ... ثم رأيت التخريج للقاضي حسين قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح ، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة » . والأصل في ذلك أن بيع المشتري للمبيع قبل قبضه فاسد في مذهبي أبي حنيفة والشافعي وفي رواية في مذهب أحمد . وهنا باع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو بيع فاسد لأنه وقع على المبيع قبل أن يقبض . ولكنه مع ذلك يتحول إلى إقالة صحيحة ، إذ ينطوي العقد على جميع عناصر الإقالة^(٢) .

(١) وهذا المثل قريب من التحول وإن لم يكن تحولاً في معناه الدقيق . فالعقد لا يزال شراءً لم يتغير وصفه ، وإنما تغير العاقد ، وهذا عنصر جديد يجمل تغير العقد أقرب إلى التصحيح منه إلى التحول .

(٢) وإذا تصرف الموصي بعد الوصية في العين الموصى بها تصرفاً باطلاً أو فاسداً ، كان هذا التصرف الباطل أو الفاسد نقضاً للوصية . ولكن نظرية تحول العقد - كما رأيناها في الفقه الحراني - لا تعتبر أن التصرف قد تحول هنا ، بل هو قد انطوى على إرادة حقيقية - لا على إرادة احتمالية - في نقض الوصية . ومثل ذلك البائع بخيار الشرط « لو اشترى بثلثي شيئاً من غيره - كما جاء في البدائع جزء ٥ ص ٢٦٧ - لم يصح انشاءه وكان إجازة . أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين ، وأما كونه إجازة لبيع فلأن الشراء به من غيره وإن لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الإجازة » . وقد قدمنا أنه لو باع المؤجر العين المؤجرة من المتأجر بعقد فاسد ، انفسخت الإجازة بهذا البيع الفاسد ، إذ ينطوي البيع على إرادة حقيقية في فسخ الإجازة . ومثل ذلك لو باع المشتري العين المبيعة من بائه بعد القبض وكان البيع انشائي فاسداً ، فإن هذا البيع الفاسد يفسخ البيع الصحيح الأول . وقد يقال هنا أن البيع الفاسد قد انطوى على إرادة احتمالية - لا على إرادة حقيقية - في فسخ البيع الأول ، فتحول من بيع فاسد إلى فسخ صحيح لبيع الأول . وهذا ما جاء في البحر (جزء ٦ ص ٩٤) في هذه المسألة وقد سبق أن أوردناه « وفي البرازية باع من صحيحاً ثم باعه فاسداً منه ، انفسخ الأول لأن الثاني لو كان صحيحاً يفسخ الأول به ، فكذا لو كان فاسداً لأنه يلحق بالصحيح ، الكثير من الأحكام وكذا لو باع المؤجر المتأجر من المتأجر فاسداً ، تنفسخ الإجازة كما إذا باعه صحيحاً » .

§ ٢ - العقد الفاسد

كثرة أسباب الفساد وتنوعها :

قدمنا أن هناك أسباباً كثيرة في الفقه الإسلامي من شأنها أن تجعل العقد منحللاً أو تضعف من قوة الإلزام فيه . من ذلك أسباب الفساد المختلفة ، فأنغرر في أوسع معانيه سبب لفساد العقد ، والربا وشبهه الربا ، واقتران العقد بشرط نافع ويسمى بالشرط الفاسد ، ونحو ذلك مما سبق لنا تفصيله .

ولا يوجد في الفقه الغربي ما يقابل ذلك ، ومن ثم سلت قوة العقد الملزمة فيه من الضعف . على أن الصناعة في الفقه الحنفي كان لها أثر بعيد في الحد من نتائج إضعاف الملزمة للعقد . وبادر إلى استبعاد الإكراه من بين أسباب لفساد ، فقد يتأ أن الأولى الأخذ فيه برأى زفر وجعل بيع المكره موقوفاً ، وسبق أن رجحت فيه الوقف على التمسك باستثناء أصول الصناعة الفقهية نفسها .

كنتك نتبعد الضرر من تسليم الغل ، فنب الفساد فيه يزور بالتسليم كما سبق القول .

وسبق من أسباب التمسك أهمها وهي ثلاثة : الغرر والربا والشروط الفاسدة .

وهنا نرى الصناعة في التمسك الحنفي تعمل كثيراً لتخفف من آثار الفساد وذلك :

(١) عن طريق ابتلاع فكرة العقد الفاسد ذاتها . (٢) وجعل للعقد الفاسد يسج آثاراً هامة لحماية الغير وحماية العاقد نفسه ، بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة الفاسد . (٣) وظهور تيار يزيد في إبعاد العقد الفاسد عن العقد الجاهل .

وهذه الصناعة الرائعة أريد بها ، كما قلنا ، التخفيف من الأسباب لكثرة التي تضعف من قوة العقد . وإذا كان الفقه الغربي ليس في حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطأ مراحل في قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب لكثرة التي تضعف من هذه القوة ، فأجاز اقتتان العقد بالشرط وضيق من نطاق الغرر إلى حد كبير ،

إلا أن فكرة العقد الفاسد تبقى فكرة رائعة في الصناعة الفقهية لتدل كيف يخطو الفقه خطوة خطوة في مراحل التطور عن طريق الصناعة الفنية .

لذلك نتعقب في إيجاز الطرق الثلاثة التي سارت فيها صناعة الفقه الحنفى .

ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها :

رأينا أن الفقه الحنفى انفرد بفكرة العقد الفاسد ، وبسطنا الحجج التي استند إليها في تمييزه بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، والحجج التي استندت إليها المذاهب الأخرى في عدم الأخذ بهذا التمييز .

ولكننا وراء هذا كله نلمح فكرة جوهرية . ذلك أن الفقه الحنفى أراد في الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً لبطلان العقد ، فهو بتمييزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشرط الفاسد ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فميز بذلك بين ما عده أصلاً في العقد إذ جعل أى خلل فيه يصيب العقد بالبطلان ، وبين ما عده وصفاً فأنزله منزلة أقل شأناً من منزلة الأصل . وبذلك أضعف الأثر الذى يترتب على الغرر والربا والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد ، فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسباباً ثابتة . بل هى أسباب متطورة ، تطورت فعلاً ، وكانت فى سبيلها إلى التطور ، وكان من الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها فى التطور .

فإيجاد مرتبة من البطلان هى مرتبة العقد الفاسد ، متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل ، هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية . وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج الآن إليها الفقه الغربى بعد تطوره ، فلا ننسى أنها فى ذاتها عامل من العوامل الهامة فى تطور أى فقه ، والاستغناء عنها بعد أن تؤدى مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة .

ولم تنابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، بل خلطت بين النوعين ، فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباباً لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين .

على أنه إنصافاً للمذهب المالكي ، وهو أيضاً لا يميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، نقول إنه يميز في البيع الباطل أو الفاسد بين المحرم والمكروه . فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة ، أما المكروه فإذا فات انقلب صحيحاً . وربما انقلب صحيحاً بالقبض أيضاً لخفة الكراهة فيه (بداية المجتهد ٢ ص ١٦١) . فيكون المذهب المالكي ، بعد أن خلط بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، رجع إلى هذا التمييز في صورة أخرى ، تحت اسم البيع المحرم والبيع المكروه . وهذا تمييز يسمح بالتخفيف من بعض أسباب الفساد كالغرر والشروط الفاسدة ، ولعلنا لو عزلنا الربا - وهو محرم - عن أسباب الفساد الأخرى وألحقناه بأسباب البطلان ، لخاص لنا في المذهب المالكي تمييز بين العقد المحرم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الذي يقول به الفقه الحنفي بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

حماية الغير وحماية العاقد نفسه في العقد الفاسد وتصحيح العقد بإزالة المفسد :
بالرغم من أن العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا ينتج في الأصل أثراً ، وبالرغم من أن وجوده كتصرف شرعي وجود على خطر الزوال إذ هو مستحق الفسخ ، وبالرغم من أن الملك الذي يفيله بالقبض هو ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ولا يفيد إلا انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك ، بالرغم من ذلك كله يقوم العقد الفاسد بدور هام في حماية الغير وفي حماية العاقد نفسه . فهو بعيد عن أن يكون عقداً باطلاً لا أثر له ، والمشتري الذي يشوب سند ملكيته غرر أو رباً أو شرط فاسد ليس كالمشتري الذي يشوب سند ملكيته عيب في أصل العقد كأن يكون محل العقد غير مال أو مالا غير متقوم أو أن يكون العاقد فاقد التمييز . فهذه الأسباب الأخيرة ترجع إلى أصل العقد وهي أخطر بكثير من الأسباب التي ترجع إلى وصف العقد من غرر أو رباً أو شرط فاسد .

قلنا إن العقد الفاسد يحمي الغير . وقد رأينا أن المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين المشتراة بعد قبضها ، كان الغير الذي تصرف له المشتري آمناً أن تسترد العين من يده ، وفي هذا حماية كبيرة للغير ، لا سيما عندما لا تكون هناك وسائل للشهر تنبه الغير الذي يعامل المشتري بعقد فاسد إلى فساد عقده على كثرة أسباب الفساد

وتنوعها . وقد اقتضت الصناعة الفقهية ، لتحقيق هذا الغرض ، افتراض ملكية تنتقل إلى المشتري بعقد فاسد ، ولكنها ملكية لا تبيح للمشتري أن ينتفع بعين المملوك ، بل هي ملكية الغرض منها تصحيح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير . فنتقل إلى المشتري من المشتري ملكية صحيحة تمنع استرداد العين من تحت يده ، وذلك بفضل هذه الملكية « الحبيثة » التي انتقلت من البائع إلى المشتري بالعقد الفاسد .

وقلنا إن العقد الفاسد يحمي العاقد نفسه . وقد رأينا أنه يحمي المشتري إذا زاد المبيع في يده بعد قبضه زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به ، فيمتنع على البائع حق الفسخ . كذلك يحمي العقد الفاسد المشتري إذا غير من صورة المبيع تغييراً يخرج عن صورته الأولى . ففي هاتين الحالتين تستقر ملكية المشتري وتصبح ملكية بانه غير مهددة بالفسخ ، ولو أنها انتقلت إليه بعقد فاسد .

فالعقد الفاسد إذن بعيد عن أن يكون كالعقد الباطل ، بل هو عقد يسبغ حماية ضافية لا على الغير فحسب بل أيضاً على العاقد نفسه . هذا إلى أن العقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري آخر ، فإنه إذا أزيل منه المفسد انقلب صحيحاً وأنتج أثره ، لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعي .

تياران في الفقه الحنفي في شأن العقد الفاسد :

على أن هذه القوة التي جعلت للعقد الفاسد ، لحماية الغير ولحماية العاقد نفسه بل لانقلابه صحيحاً بإزالة المفسد ، لا تمثل إلا أحد تيارين في الفقه الحنفي . فهناك تيار آخر يرمي إلى التأكيد في هذه القوة وتمكين لها والتثبيت منها . فيبعد بذلك العقد الفاسد عن العقد الباطل مبدى أكبر . فهو يقرر ، عل ما رأينا ، أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب ، بل هو يملك أيضاً العين نفسها كما يملك التصرف فيها . وإذا كان لا يحل له الانتفاع بعين المملوك ، فسبب ذلك إنما يرجع إلى أن الانتفاع به إعراض عن الرد وهو واجب شرعاً . كذلك لا يعترض بأن المشتري إنما يتصرف بتسليط المالك ، فالمشتري بالعقد الصحيح يتصرف هو أيضاً بتسليط البائع . وفي هذا يقول الزيلعي (جزء ٤ ص ٦٢) :

« وإنما لم تحل له التصرفات من الرطء والأكل ، لأن الاشتغال بالرطء ونحوه

إعراض عن الرد وهو واجب شرعاً . . وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه ، إذ المشتري يتصرف في البيع بتسليط البائع . بسبب تملكه إياه . . وبين ابن نجيم في البحر (جزء ٦ ص ٩٢ - ص ٩٣) ، كما رأينا أن للمشتري بعقد فاسد ثمرات الملك ، فهو إذا أعتق العبد الذي اشتراه بعقد فاسد بعد قبضه صح عتقه وكان الولاء له ، ولو باعه كان الثمن له ، ولو بيعت دار مجاورة للدار التي اشتراها بعقد فاسد فالشفعة له ، ولو أعتق العبد بآثمه بعقد فاسد لم يعتق ، ولو سرقه البائع من المشتري بعد قبضه قطع ، فهذه كلها ثمرات الملك . وأما ما استدل به من عدم حل أكل المبيع لو كان طعاماً ، وعدم حل لبسه لو كان قميصاً ، وعدم وجوب الشفعة في البيع الفاسد ، فلا دليل فيه . لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك ، بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل ، والأخت رضاعاً إذا ملكها لا يحل له وطؤها ، وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهي إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشتري .

ويبدو أن هذا التيار الآخر يزيد في إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل ويقربه من العقد الصحيح من حيث إفادة الملك . فهو يجعل العقد الفاسد يفيد ملكاً كاملاً يتفع به المالك ، ولكنه يجعل هذا الانتفاع محرماً أو مكروهاً ، وترجع الحرمة أو الكراهة في الغالب إلى اعتبارات دينية . وهو يتخفف من أسباب الفساد عن طريق الانتقاص من آثارها ، وعن طريق التقريب بين العقد الفاسد والعقد الصحيح النافذ فكلاهما نافذ يفيد الملك الكامل ، وعن طريق جعل العقد الفاسد أقرب إلى العقد المكروه منه إلى العقد الباطل ، واعتبار أن أسباب الفساد هي أسباب دينية توجب الكراهة ولكنها لا توجب البطلان .

وأهمية هذا التيار الآخر أنه يعالج ما يعتور العقد في الفقه الإسلامي من أسباب فساد متعددة ، تضع قيوداً خطيرة على حرية التعاقد . فيسير الفقه عن طريق صناعة محكمة ، في سبيل التطور ، وينسخ المجال لتوطيد مبدأ سلطان الإرادة .

§ ٣ - العقد الموقوف

العقد الموقوف يقابل العقد القابل للإبطال :

رأينا أن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي يقابل العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي ، فكلاهما يواجه نفس الحالات : الولاية على التصرف والولاية على المحل ، أي عقد ناقص الأهلية والتصرف في ملك الغير . أما عيوب الإرادة فيواجهها في الفقه الغربي العقد القابل للإبطال أيضاً ، ولكن العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي هو الأقرب إلى مواجهتها ، ومن ثم نرجئ بحثها إلى حين الكلام في العقد غير اللازم . فعقد ناقص الأهلية موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه الغربي . وبيع الفضولي أو بيع ملك الغير موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه الغربي .

مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال - رجحان العقد الموقوف :

والعقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للإبطال .

فالعقد الموقوف هو باطل حتى ينفذ بالإجازة .

أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة .

والواقع من الأمر أن العقد الذي يتردد بين مرتبتي البطلان والصحة يتصور فيه أحد أمرين : (١) إما أن يجعل باطلاً حتى يصح ، وهذا ما اختاره الفقه الإسلامي . (٢) وإما أن يجعل صحيحاً حتى يبطل ، وهذا ما اختاره الفقه الغربي .

وللمفاضلة بين النظامين ينبغي أن ننظر إلى الحالات التي يكون فيها العقد موقوفاً في الفقه الإسلامي ، أو قابلاً للإبطال في الفقه الغربي .

أولى هذه الحالات هي عقد ناقص الأهلية ، فإذا تصرف صبي مميز في دار مملوكة له بالبيع ، فهل الأولى أن يقف عقده حتى يميزه وليه أو حتى يميزه هو عند بلوغه سن الرشد كما هو الأمر في الفقه الإسلامي ، أم الأولى أن ينفذ عقده حتى

يطالب وليه أو يطالب هو عند بلوغه سن الرشد بإبطاله كما هو الأمر في الفقه الغربي ؟ واضح أن الأولى - والصحي غير كامل التمييز ومظنة الضرر المحتمل لحوقه به من التصرف مظنة راجحة - أن يقف عقده حتى يتبين وليه نفع هذا العقد ، أو حتى يتبين هو ذلك بعد بلوغه سن الرشد . فالفقه الإسلامي في صناعته هنا أرقى من الفقه الغربي .

وثانية هذه الحالات هي تصرف الشخص في ملك غيره . فإذا تصرف الفضولي في ملك غيره ، فهل الأولى لإبطال التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه الإسلامي ، أو نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي ؟ واضح هنا أيضاً - والفضولي يتصرف في مال لا ولاية له عليه - أن الأولى هو وقف التصرف حتى يجاز . فالفقه الإسلامي هنا أيضاً أرقى في صناعته من الفقه الغربي .

وسنرى في عيوب الإرادة كذلك - وهي التي يجعل الفقه الغربي العقد فيها قابلاً للإبطال - أن الأولى بهذا الفقه أن يستعبر من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف ، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفاً لا قابلاً للإبطال .

وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال . ففي بيع ملك الغير أو تصرف الفضولي رأينا أن الفقه الغربي يجعل العقد نافذاً حتى يبطل . ولا كان جعل العقد نافذاً في حق المالك الذي لم يشترك فيه غير معقول ، لذلك اضطر الفقه الغربي أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال . فجعل العقد ، إلى جانب كونه قابلاً للإبطال ، غير نافذ في حق المالك الحقيقي ، فلجأ إلى فكرة الوقف في حق المالك . أما الفقه الإسلامي فعنده العقد موقوف ، فهو موقوف في حق البائع وفي حق المشتري وفي حق المالك جميعاً . فلم يكن في حاجة إلى فكرة علم السريان ، التي احتاج إليها الفقه الغربي لما جعل العقد نافذاً . وبذلك يرجح العقد الموقوف القابل للإبطال ، لشموله واستغنائه بذاته عن أي شيء آخر . فإذا قلنا عقد الفضولي في الفقه الإسلامي موقوف ، فقد قلنا كل شيء . أما إذا قلنا بيع ملك الغير في الفقه الغربي عقد قابل للإبطال ، وجب أن نقول إلى جانب ذلك أنه أيضاً عقد غير سار في حق المالك الحقيقي . فهو عقد

قابل للإبطال في حق المشتري وحده ، والمشتري هو الذي يملك إبطال العقد لأن البطلان تقرر لمصلحته هو ، ولا يملك البائع ذلك . ولما كان المشتري يملك إبطاله ، فإنه يملك أيضاً إجازته . وسواء أبطله أو أجازته ، فإنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أجازته هذا المالك . فإذا ما أجازته ، فقد سرى في حقه وصح في حق المشتري في وقت واحد . وفي هذا خروج على الصناعة القانونية ، فإن المعهود في العقد القابل للإبطال أن الذي يبطل أو يميز هو وحده العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، وهنا يملك غير العاقد - المالك - إجازة العقد فيصح في حق المشتري نفسه . ومن ثم كان حكم بيع ملك الغير - ولا يزال - مشكلة تحير الباحثين في الفقه الغربي . ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف وواجه بها بيع ملك الغير ، لأفاد كثيراً من ذلك . فيكون العقد موقوفاً ، لا في حق المشتري وحده . ولا في حق البائع وحده ، بل أيضاً في حق المالك . ولكانت إجازة العقد تقتصر على المالك ، فلا يملك المشتري إجازته . وكل هذه أحكام أكثر ملاءمة لحالة العقد ، وهي أحكام تستمد من نظام العقد الموقوف ولا تستمد من نظام العقد القابل للإبطال .

أين وقف تطور العقد الموقوف وكيف ينبغي أن يستكمل تطوره :

على أن العقد الموقوف ، على رقي الصناعة فيه ، قد وقف تطوره في مواضع ثلاثة كان ينبغي أن يستكمل تطوره فيها .

أولاً : يبقى العقد موقوفاً في بيع الفضولي ، إذا سكت المالك لا يميز البيع ولا يرده . فليس هناك وقت معين ، إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجزئاً أو غير مجزئ . وهذا من شأنه أن يطيل أمد توقف العقد ، ويجعل التعامل مزعزعا مضطرباً مدة غير محددة . وقد عالج الفقه الحنفي هذه الحالة ، بأن جعل لكل من الفضولي والمشتري الحق في فسخ العقد فيخاص بالفسخ من هذه الحالة غير المستقرة . ولكن هذا العلاج ناقص ، لأنه ينتهي إلى فسخ العقد ، أما إذا أريد بقاء العقد فليس هناك من سبيل للعاقدين إلا التربص انتظاراً لإجازة المالك ، وليس لهذه الإجازة وقت معلوم . وعنوان تطور الفقه الإسلامي في هذه المسألة هو مذهب مالك ، فقد رأينا

أن الفضولي في هذا المذهب إذا باع بحضرة المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته إجازة . وإن باع بغير حضرته ، وبلغه ، فسكت عاماً من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة .

ثانياً : غلبت مقتضيات الصناعة الفقهية عند تحديد شروط الإجازة ، فقد رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة . ذلك أن الإجازة في الفقه الإسلامي لها حكم الاستناد من وجه ومن ثم يجب توافر الشرط وقت صدور التصرف وهو الوقت الذي تستند إليه الإجازة ، ولها حكم الإنشاء من وجه ومن ثم يجب أيضاً توافر الشرط وقت صلورها في هذا الوقت بدأ وجودها . ولكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة نصيقة ، فهي لا تسمح بإجازة العقد لو مات أحد الأطراف الثلاثة وحل ورثته محله ، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحل . وقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل ، فتقف الصناعة الفقهية دون ذلك من غير مبرر . وكان الأولى أن يجعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء ، فيكتفى باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحل وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة .

ثالثاً : غلب على الفقه الإسلامي في هذا الموضوع قاعدة للصنعة فيها أثر واضح ، وهي تقضي بأن المالك البات إذا طرأ على المالك الموقوف أبطله . وقد رأينا تطبيقات لهذه القاعدة الصناعية المحضة يضيق بها التعامل ، وكان الأولى ألا تتحكم الصناعة إلا بالقدر الذي يستجيب للحاجات العملية . فقد رأينا أن الفضولي إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، فإن يبعه يبطل ، ولا يستطيع بعد أن يصبح مالكا أن ينقل المالك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه ، ولا يستطيع ذلك إلا بعقد مبتدأ . ذلك أن ملك الفضولي قد أصبح باتاً بضرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، وقد طرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف ، والملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله كما تقضي بذلك القاعدة السالفة الذكر . والمذهب المالكي هنا أيضاً هو الذي سار في التطور خطرات أبعد . ففيه ، كما رأينا ، إذا ملك الفضولي المبيع بسبب غير الميراث صح البيع الصادر منه للمشتري

ولا يجوز له نقضه . ولكن الفقه المالكي لا يزال قاصراً فيما إذا انتقل الملك للفضولي بالميراث ، ففي هذه الحالة ينتقل إلى الفضولي ما كان لمورثه فيصح له أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك إليه بالميراث ، وكان الأولى أن يقال هنا إن من سعى في نقض ما تم من جهته فسيح مردود عليه .

كذلك إذا باع المشتري من الفضولي المبيع إلى مشتر ثان ، وأجاز المالك البيع الأول الصادر من الفضولي ، نفذ هذا البيع الأول وبطل البيع الثاني . ذلك أن ملك المشتري الأول أصبح باتاً بالإجازة ، وقد طرأ على ملك المشتري الثاني الموقوف فأبطله . وكان الأولى أن يقال إن إجازة البيع الأول تستند إلى وقت صدور هذا البيع ، فيمكن ملك المشتري الأول باتاً من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف لأنه لم يطرأ عليه ، بل يجعله نافذاً ، إذ يعتبر المشتري الأول بفضل استناد الإجازة مالكا للمبيع ملكية بآنة وقت أن صدر منه البيع الثاني .

§ ٤ - العقد غير اللازم

عيوب الإرادة وكيف عولجت في الفقهاء - مواجهتها بالعقد غير اللازم في الفقه الإسلامي وبالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي :

قلعنا أن الفقه الغربي يعالج عيوب الإرادة كلها - الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال - علاجاً واحداً ، ويضعها جميعاً في صعيد واحد ، وأن هذه العيوب مشتتة متناثرة في الفقه الإسلامي لغلبة النزعة الموضوعية فيه وتنافرها مع الأساس الذي تقوم عليه هذه العيوب .

ففي الفقه الإسلامي لا نجد نظرية عامة للغلط ، ويجب أن نتلمس أثر الغلط في جملة من الخيارات ، أهمها خيار الوصف وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغلط ، وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي ونجد نظرية للتدليس في المذهب المالكي بنوع خاص فيما يسمى بخيار التدليس ، ونظرية للاستغلال فيما يسمى بخيار الغبن . أما الإكراه ففيه نظرية كاملة ، ولكن المذاهب الفقهية اختلفت في ترتيب الجزاء عليه كما سبق القول .

أما الفقه الغربي فيواجه هذه العيوب جميعاً بجزء واحد كما قدمنا ، فيجعل العقد المشوب بغلط أو بتدليس أو بإكراه عقداً قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي شاب إرادته عيب .

ولعل المذهب المالكي هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربي في توحيد الجزاء الذي يرتبه على عيوب الإرادة . ففيها جميعاً يكون العقد غير لازم ، فيه خيار للغلط أو للتدليس أو للغبن أو للإكراه ، والعقد غير اللازم هنا هو الذي يقابل العقد القابل للإبطال لعب في الإرادة في الفقه الغربي .

وقد رأينا أن الذي يقابل في الفقه الإسلامي العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي ، فيما يتعلق بالولاية على التصرف والولاية على المحل ، ليس هو العقد الموقوف . فيكون العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي يقابل في الفقه الإسلامي العقد الموقوف من ناحية والعقد غير اللازم من ناحية أخرى .

وفي رأينا أن العقد الموقوف أكثر ملاءمة لمواجهة عيوب الإرادة من العقد القابل للإبطال ، كما أسلفنا القول . فالعقد الذي يداخله غلط أو تدليس أو إكراه ، فيصدر عن إرادة ضالة أو مضللة أو غير مختارة ، أولى به أن يوقف حتى يجاز ، من أن ينفذ حتى يحكم بإبطاله .

ولو أن الفقه الإسلامي سار في تطوره ، وتخفف شيئاً من نزعته الموضوعية ، فجعل لعبوب الإرادة المحل اللاتق بها ، وجمعها كلها في مكان واحد كما فعل الفقه الغربي ، لكان له وهو يجمعها أن يراجعها هي أيضاً بالعقد الموقوف ، فهو أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم ومن العقد القابل للإبطال . وقد كان هذا فعلاً رأى زفر فيما يتعلق بالإكراه ، فعنده أن يبيع المكره موقوف كما سبق القول .

نطاق العقد غير اللازم — ما يقابله في الفقه الغربي :

ولا يتسع فحسب نطاق العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي لعبوب الإرادة ، بل هو يقابل أيضاً في الفقه الغربي نظماً أخرى متعددة ، منها :

١ — العقود غير اللازمة في الفقه الغربي . كالوكالة والشركة والوديعة والعارية .

٢ - نظرية فسخ العقد وانفساخه في الفقه الغربي . على أن نظرية فسخ العقد في الفقه الإسلامي ليست نظرية شاملة ، ولا يتقرر الفسخ كأصل عام كما يتقرر في الفقه الغربي في العقود الملزمة للجانبين .

٣ - الشرط الواقف في الفقه الغربي ويتمثل في خيار الشرط في الفقه الإسلامي - والشرط القاسخ في الفقه الغربي ويتمثل في خيار العيب قبل القبض في الفقه الإسلامي .

٤ - نظم أخرى متفرقة في الفقه الغربي ، فبيع التجربة وبيع المذاق يقابلان خيار الشرط من وجه ، والالتزام التخييري يقابل خيار التعيين .

الخيارات الأربعة :

وإذا اقتصرنا في العقد غير اللازم على الخيارات الأربعة المعروفة ، خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، وجدنا الصناعة في الفقه الإسلامي قد وصلت إلى حد بعيد من الرقي .

وحتى نترك روعة هذه الصناعة ، نضع إلى جانب الخيارات الأربعة العقد الموقوف ، ونعقد مقارنة بين الوقف وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، لنلاحظ التدرج المحكم من النواحي الآتية : (١) نفاذ العقد (٢) كيفية الرجوع في العقد (٣) إسقاط الخيار (٤) انتقال الخيار بالميراث . فهذه النواحي الأربع متصلة بعضها ببعض أوثق الاتصال ، وتجرى فيها جميعاً صناعة متسقة منسجمة .

فالعقد الموقوف منعقد في حق العلة ، ولكن يمنع من نفاذه عدم تمام العلة ، وذلك إلى أن تلحقه الإجازة . ولما كان العقد الموقوف غير تام العلة فالصفة إذن لم تتم . فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض ، ويكفي في نقضه محض إرادة من له حق النقض وهي إرادة منفردة . ويفارق العقد الموقوف العقد المقتن بخيار ، فلا يرد فيه إسقاط الخيار ولا انتقاله بالميراث ، بل إنه إذا مات من له حق إجازة العقد الموقوف قبل الإجازة بطل العقد .

والعقد المقترن بخيار الشرط يزيد على العقد الموقوف بأن العلة فيه قد تمت ، ولكنه غير منعقد في حق الحكم . وخيار الشرط أقرب إلى أن يكون شرطاً واقفاً في معنى للفقه الغربي . ولما كان العقد المقترن بخيار الشرط غير منعقد في حق الحكم ، فإن الصفقة لم تتم . فلا يحتاج صاحب الشرط في نقضه إلى تراض أو تقاض ، بل تكفي إرادته المنفردة . ولما كان خيار الشرط من حق العبد ، فإنه يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط . ولا ينتقل خيار الشرط بالميراث ، لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين ، فإذا مات صاحبه لزم العقد ، ولم يبطل كما رأينا في العقد الموقوف .

والعقد المقترن بخيار التعيين ينطوي في الوقت ذاته على خيار الشرط ، كما رأينا ، فإذا جردنا من خيار الشرط واقتصرنا على خيار التعيين ، رأينا العقد موقوف الحكم إلى أن يتعين المحل ، فهو يفيد الملك في أحد الأشياء غير عين ، فلا ينتقل الملك في عين بالذات إلا بعد التعيين ، ويتم التعيين بالإرادة المنفردة لمن له حق التعيين ، المشتري أو البائع ، دون حاجة إلى تراض أو تقاض . ولا يتصور فيه إسقاط الخيار ، لأن من له الخيار يجب عليه التعيين ، وإن كان يستطيع إسقاط خيار الشرط المنطوي في خيار التعيين . وينتقل خيار التعيين بالميراث ، لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة .

وخيار الرؤية يفارق خيار الشرط وخيار التعيين في أنه لا يمنع من الانعقاد في حق الحكم ، ولكنه يمنع تمام الحكم حتى بعد القبض . فالصفقة إذن لم تتم ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض . ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لا من حق العبد ، فلا يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط ، وإنما يسقط ضمناً بإجازة العقد . ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث ، لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين ، فإذا مات من له الخيار لزم العقد .

وخيار العيب لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية فيما قلنا ، ولكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض . فالصفقة إذن لم تتم قبل القبض ، وتم بعد القبض . فيستطيع من له الخيار ، قبل القبض ، نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض . أما بعد القبض ، وقد تمت الصفقة ، فلا يستطيع من له الخيار

إلا فسخ العقد . ولا بد للفسخ من التراضي أو التقاضى ، ولما كان خيار العيب من حق العبد لا من حق الشارع ، فإنه يجوز إسقاطه مقصوداً بصحة بيع الإسقاط . ويستقل خيار العيب بالميراث ، لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة .

وروعة الصناعة الفقهية هنا تتجلى في هذا التدرج المحكم ، وفي رد الأحكام إلى أصول منطقية ثابتة ، على الوجه الآتى :

أولاً : من حيث نفاذ العقد : نرى الوقف يمنع من تمام العلة ، ويمنع كل من خيار الشرط وخيار التعيين من انعقاد الحكم ، ويمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ، ويمنع خيار العيب من لزوم الحكم قبل القبض ويتم الصفقة بعد القبض .

ثانياً : من حيث كيفية الرجوع في العقد : نرى العقد الموقوف يبطل إذا لم تلحقه الإجازة ، لأن العلة فيه لم تتم . أما الخيارات الأربعة ، فما لم تتم فيه الصفقة تكفى في نقضه الإرادة المنفردة لصاحب الخيار ، وما تمت فيه الصفقة لا بد في فسخه من التراضي أو التقاضى ، فلا يحتاج في فسخه إلى التراضي أو التقاضى إلا العقد الذى فيه خيار العيب بعد القبض . أما في خيار العيب قبل القبض وفي كل من خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإنه يكفى في نقض العقد إرادة صاحب الخيار . وإذا لم ينقض العقد أو يفسخ ، أصبح لازماً ، لتمام العلة منذ صدور العقد ، ولتمام الحكم والصفقة بعدم النقص أو الفسخ .

ثالثاً : من حيث الإسقاط الصريح : في هذا يميز الفقه الإسلامى بين حق العبد وحق الشرع . فخيار الرؤية وحده من حق الشرع ، فلا يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط . أما الخيارات الأخرى فمن حق العبد ، فيجوز فيها هذا الإسقاط المقصود .

رابعاً : من حيث الانتقال بالميراث : ما يتصل من الخيارات بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة يورث مع العين ، فيورث خيار التعيين وخيار العيب . وما يتصل بالمشيئة أكثر من اتصاله بالعين لا يورث لأن المشيئة لا تنتقل من المورث إلى الوارث ، فلا يورث خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

ولعل الفقه الغربى في هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والإحكام . ويعرف الفقه الغربى الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى .

أما الفقه الإسلامي فيعرف هذه المرتبة الوسطى ، فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى . بين خيار الشرط وخيار العيب . ذلك أن خيار الشرط كالشرط الواقف يمنع انعقاد الحكم ، وخيار العيب كالشرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم . أما خيار الرؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشرط الواقف ، وبموجب تمام الحكم فهو دون الشرط الفاسخ ، ومن ثم كان مرتبة وسطى بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

وكما أن العقد الذي فيه خيار الرؤية هو فوق العقد المقترب بخيار الشرط (أو بالشرط الواقف) : فإن العقد الموقوف هو دون العقد المقترب بهذا الشرط . ذلك أن الوقف يمنع تمام العلة ، أما الشرط فلا يمنع تمامها ولكن يمنع انعقاد الحكم . فهناك إذن ، في الفقه الإسلامي ، مرتبتان إلى جانب مرتبة الشرط الواقف والشرط الفاسخ : العقد الموقوف وهو دون الشرط الواقف ، والعقد الذي فيه خيار الرؤية وهو فوق الشرط الواقف ودون الشرط الفاسخ . وليس لهذا التدرج نظير في الفقه الغربي .

المبحث الثالث

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت ؟
وكيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان ؟

§ ١ - أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت ؟

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي :

ونستطيع الآن أن نبين أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي :
فهي قد ارتقت في هذا التدرج المحكم في مراتب البطلان ، فن عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد نافذ إلى عقد لازم .

وارتقت في ابتلاع فكرة العقد الفاسد .

وارتقت في تصويرها الفني للعقد الموقوف ، فهو أرق في الصناعة كما رأينا .
من العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي .

وارتقت في تدرجها الدقيق في الخيارات ، من منع انعقاد الحكم ، ثم من منع تمامه ، ثم من منع لزومه . وهي في ذلك تلبس كل حالة الثوب الذي يلائمها : فتارة يكون الرجوع في العقد بإرادة منفردة وطوراً يكون بالتراضي أو بالتقاضي ، وتارة يجوز الإسقاط مقصوداً وطوراً لا يجوز ، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطوراً لا ينتقل .

أين وقفت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي :

وقفت نظرية البطلان ، كما رأينا ، في عيوب الإرادة ، فلم تجمعها كلها في صعيد واحد حتى تجعل لها حكماً واحداً ، وهذا يرجع كما قلنا إلى تغلغل النزعة الموضوعية .

ووقفت ، فيما يتعلق بالعقد الموقوف ، في عدم تحديد وقت معلوم للإجازة ، وفيما تشترطه للإجازة من شروط لتواجه فكرتي الإنشاء والاستناد ، وفي تغلب الصناعة في بعض الحالات القليلة على مقتضيات الحاجات العملية كما رأينا في القاعدة التي تقضي بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله .

ولكن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ، بالرغم من ذلك ، تعتبر أرق في الصناعة من نظيرتها في الفقه الغربي . ولذلك أخذ بها التقنين المدني العراقي بعد أن استكمل ما وقفت عنده .

§ ٢ - كيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان ؟

نظرة عامة :

عرض التقنين المدني العراقي في نصوصه للعقد الباطل . وأغفل العقد الفاسد ، حتى يغفل بإغفاله أسباب الفساد ، فيصل في التطور إلى غايته . وأهم ما استحدث هذا التقنين هو التوسع في منطقة العقد الموقوف ، فجعلها تشمل نقص الأهلية وعيوب الإرادة وانعدام الولاية على المحل في وقت واحد ، ثم استكمل ما وقف عنده الفقه الإسلامي من أحكام العقد الموقوف . ويعيننا أن ننقل هنا النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف .

. النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف في التقنين المدني العراقي :

يشمل العقد الموقوف ، كما قدمنا ، عقد ناقص الأهلية والعقد الذي شابه عيب في الإرادة والعقد الصادر من غير المالك .

وفي خصوص العقد الموقوف لنقص الأهلية (أى للحجر) أو لعب في الإرادة ، نصت المادة ١٣٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

١ - إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير ، جاز للعاقـد أن ينقض العقد بعد زوال الحجـج أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير ، كما أن له أن يجيزه . فإذا نقضه ، كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين ، وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي . فإن هلكـت العين في يد من انتقلت إليه ، ضمن قيمتها .

٢ - وللعاقد المكره أو المغرور الخيار ، إن شاء ضمن العاقد الآخر ، وإن شاء ضمن المجبر أو الغار . فإن ضمن المجبر أو الغار ، فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر . ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور ، إن قبض البـدل مكرهاً أو مغروراً . وهلك في يده ، تعد منه .

وفي خصوص العقد الصادر من غير المالك نصت المادة ١٣٥ من التقنين ذاته على ما يأتي :

١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك .

٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر .

٣ - وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف . وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضول البدل ، فله الرجوع عليه به . فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه علماً أنه فضولي ، فلا رجوع له عليه بشيء منه .

« ٤ - وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه ، فهلكت العين في يده بدون تعد منه ، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تضمين أحدهما ، سقط حقه في تضمين الآخر . »

وفي خصوص إجازة العقد الموقوف نصت المادة ١٣٦ على ما يأتي :

١ - « إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صلور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة . »

٢ - « ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً . »

٣ - « ويبدأ سريان المدة ، إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية ، من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصلور العقد . وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التفرير ، فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التفرير . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصلور العقد . »

وقد اختار المشرع العراقي تقصير مدة استعمال الخيار إلى ثلاثة أشهر ، لأن العقد الموقوف ، بخلاف العقد القابل للإبطال ، غير نافذ ، فلم يرد أن يبقى التعامل موقوفاً غير مستقر مدة طويلة .

فهرس

الفصل الثالث

السبب

الفرع الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث

الصفحة

الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى ٧

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتيني

تمهيد ٧

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

التطور التاريخى لنظرية السبب ٩

§ ١ - نظرية السبب في القانون الرومانى

المهد القديم - لم يكن هناك عمل السبب لتغلب الشكيلة ١٠

المهد المدرسى - ظهور السبب في العقود غير الشكيلة ١٠

موقف القانون الرومانى من نظرية السبب ١١

§ ٢ - نظرية السبب في القانون الفرنسى القديم

عهدان ١٢

نظرية السبب في المهد الذى سبق دوما - فكرة السبب عند الفقهاء الكنسيين ١٢

نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى ١٥

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

§ ١ - النظرية التقليدية في السبب

١٦	تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية
١٧	السبب في الطوائف المختلفة من العقود
١٨	الشروط الواجب توافرها في السبب
٢٢	انتقاد النظرية التقليدية في السبب

§ ٢ - النظرية الحديثة في السبب

٢٥	السبب هو ابتداء الدافع إلى التعاقد
٢٦	مرونة الباعث وكيف ينضبط
٢٨	اعتناق التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية الأخرى لنظرية الحديثة في السبب
٣٠	تطبيقات القضاء في مصر وفي فرنسا لنظرية الحديثة في السبب

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

٣٣	القانون الألماني نزعته موضوعية لا ذاتية
----	---

المطلب الأول

العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة

٣٣	الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة
٣٥	التعبير عن الإرادة
٣٧	كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة

المطلب الثاني

السبب جزء من التعبير عن الإرادة في القانون الألماني

٤١	ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير
٤٢	مشروعية السبب في القانون الألماني
٤٣	عدم المشروعية في القانون الألماني هو الإخلال بالآداب العامة
٤٣	مأوى الآداب العامة
٤٤	تطبيقات مختلفة لتصرفات المخلة بالآداب العامة في القانون الألماني
٤٦	التصرف المجرى في القانون الألماني

الفرع الثاني

نظرية السبب في الفقه الإسلامى

٥١	تمهيد
٥١	عاملان متعارضان يتنازعا في الفقه الإسلامى تجاه نظرية السبب
٥١	اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى في نظرية السبب
٥٣	مصور نظرية السبب في المذهبين الحنفى والشافعى وظهورها في المنهجين المالكى والحنبل

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفى وفقه الشافعى

٥٤	مبدأ جوهريان
----	------------------------

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخلا في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة

٥٤	المبدأ العام بشقيه
----	------------------------------

§ ١ - يعتد بالسبب إذا تضمنته صيغة العقد

٥٥	كيف تتضمن صيغة العقد السبب أى الباعث
٥٦	الحالة الأولى - السبب مذكور صراحة في صيغة العقد
٥٨	الحالة الثانية - السبب مستخلص من طبيعة المحل
٥٩	الحالة الثالثة - تميز السبب عن المحل

§ ٢ - لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

٦١	العقد المجرد
٦٢	عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتد

المطلب الثاني

فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها

٦٥	فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة
٦٥	حالات تختلف فيها الأنظار في المشروعية
٦٩	تطور فكرة المشروعية

المنحة

المبحث الثاني

نظرية السبب في الفقه الحنبلي وفي الفقه المالكي وفي مذاهب أخرى

٧١	يمتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد
٧٣	وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد
٧٧	يكتفى في علم الطرف الآخر بالسبب أن تكون الظروف بحيث ينبغي أن يعلم
٧٩	مذاهب أخرى غير مذاهب أهل السنة

الفصل الرابع

نظرية البطلان

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الهجري

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

٨٣	مسائل ثلاث
----	------------

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه (أنواع البطلان)

٨٤	أركان العقد وشروطه
٨٤	مراتب البطلان - النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي)
٨٥	انتقاد النظرية التقليدية - التقسيم الثنائي والبطلان المتدرج
٨٧	رد البطلان إلى مرتبة واحدة
٨٨	تأصيل البطلان - الرجوع إلى التقسيم الثنائي

المطلب الثاني

تمييز البطلان مما يقاربه من النظم

٩١	النظم القانونية المقاربة للبطلان
٩٢	جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقدين
٩٤	عدم سرمان العقد في حق الغير
٩٦	فسخ العقد وانقضاؤه
٩٧	الشرط الفاسخ والشرط الواقف

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المنسّم بالبطلان

٩٨	الآثار العرضية والآثار الأصلية
	§ ١ - الآثار العرضية للعقد الباطل
٩٨	استعراض بعض الآثار العرضية
٩٩	انتقاص العقد
١٠٠	تحول العقد
	§ ٢ - الآثار الأصلية للعقد الباطل
١٠٧	ما الذي يبرر أن يترتب على العقد الباطل آثاره الأصلية
١١	أمثلة من عقود باطلة تترتب آثارها الأصلية

المبحث الثاني

أحكام العقود المنسمة بالبطلان

١٠٨	العقد الباطل والعقد القابل للإبطال
-----	------------------------------------

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

١٠٨	الإجازة والتقادم وتقرير البطلان
-----	---------------------------------

§ ١ - الإجازة

١٠٩	العقد الباطل لا تلحقه الإجازة
١٠٩	ولكن يجوز عمله من جديد

§ ٢ - التقادم

١١٠	دعوى البطلان تسقط بالتقادم
١١٠	ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم

§ ٣ - تقرير البطلان

١١٢	من الذي يتسك بالبطلان
١١٣	متى يجوز التمسك بالبطلان
١١٣	كيف يتقرر البطلان
١١٤	أثر تقرير البطلان

الصلحة

المطلب الثاني

أحكام العقد القابل للإبطال

١١٥ . . . مخالفة أحكام العقد القابل للإبطال لأحكام العقد الباطل

§ ١ - الإجازة

١١٦ . . . العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة

١١٧ . . . أثر الإجازة

§ ٢ - التقادم

١١٨ . . . الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم

١١٩ . . . مدة التقادم

§ ٣ - تقرير البطلان

١٢٠ . . . من الذى يتمسك ببطلان العقد

١٢١ . . . متى يجوز التمسك بالبطلان

١٢١ . . . كيف يتقرر البطلان

١٢٢ . . . أثر تقرير البطلان

الفرع الثاني

نظرية البطلان في الفقه الإسلامى

تمهيد - أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

١٢٤ . . . تدرج العقد من البطلان إلى الصحة

١٢٥ . . . العقد الباطل

١٢٦ . . . العقد الفاسد

١٢٨ . . . العقد الموقوف

١٣٠ . . . العقد النافذ غير اللازم

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

١٣٢ . . . ليس له وجود شرعى فلا يتج أثره

١٣٣ . . . وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه

١٣٥ . . . ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطلان كل فنى مصلحة

الصفحة

١٣٥	ولكن العقد الباطل قد ينتج أثراً كواقعة مادية لا كتصرف شرعى
١٤٠	انتقاص العقد في حالة البطلان

المبحث الثانى حكم العقد الفاسد

١٤٦	تمييز العقد الفاسد فى المذهب الحنفى
-----	-------------------------------------

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

١٤٦	أساس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد
١٤٧	ما تحتاج به المذاهب الأخرى فى عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد
١٤٨	ما تحتاج به الحنفية فى التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد
١٥٠	بعض النصوص الفقهية فى العقد الباطل والعقد الفاسد

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على العقد الفاسد

١٥٥	مسائل ثلاث
-----	------------

§ ١ — العقد الفاسد قبل القبض

١٥٥	الأصل فى العقد الفاسد أنه لا ينتج أثراً
١٥٦	ولكن العقد الفاسد منعقد
١٥٦	وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفاسد

§ ٢ — العقد الفاسد بعد القبض

١٥٨	يجب أن يكون القبض بإذن الماقد
١٥٩	يبقى العقد الفاسد بعد القبض قابلاً للفسخ
١٦١	ولكن يثبت نوع من الملك بالقبض فى العقد الفاسد
١٦٠	تصرف المشتري فى البيع المقبوض بمقد فاسد
١٦٥	تغير المبيع المقبوض بمقد فاسد
١٦٩	تأصيل المصدر الذى تترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض

§ ٣ — خصوصية الفساد المترتب على الإكراه

١٧٢	اختلاف المذاهب فى حكم بيع المكره
-----	----------------------------------

الصفحة

١٧٣	نصوص الملعب الخنق في فساد بيع المكره
١٧٥	أين يختلف بيع المكره عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف
١٧٦	أين يتفق بيع المكره مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف
١٧٦	ترجيح الوقف على الفساد في بيع المكره

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

١٧٨	متى يكون العقد موقوفاً وفي أى المذاهب
-----	---------------------------------------

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

١٧٩	ترتيب الولاية على القاصر والمحجور
١٧٩	مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور
١٨٠	مدى أهلية الصغير والمحجور في التصرف
١٨١	تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة
١٨١	الإجازة - تحقيقها أو تخلفها

المطلب الثاني

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

١٨٣	صور مختلفة
-----	------------

§ ١ - تصرف الفضول

١٨٣	من هو الفضول
١٨٤	بيع الفضول قبل الإجازة
١٨٩	بيع الفضول قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين
١٨٩	شراء الفضول
١٩١	إجازة تصرف الفضول - شروط صحتها
١٩٣	كيف تكون الإجازة
١٩٣	تحقيق الإجازة وتخلفها

§ ٢ - بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

١٩٥	بيع المرهون
١٩٦	بيع المستأجر
١٩٧	بيع المريض مرض الموت

المبحث الرابع حكم العقد النافذ غير اللازم

١١٨ متى يكون العقد نافذاً غير لازم - الخيارات الأربعة .

المطلب الأول

خيار الشرط

١٩٩ قيام الخيار وأحكامه .

§ ١ - قيام خيار الشرط

١٩٩ ماهو خيار الشرط

٢٠١ مصدر خيار الشرط

٢٠١ لمن يكون الخيار

٢٠٢ مدة الخيار

§ ٢ - حكم خيار الشرط

أولاً : أثناء مدة الخيار وقبل استعماله

٢٠٤ ملكية المبيع

٢٠٥ حق التصرف في المبيع

٢٠٥ ضمان المبيع

٢٠٦ النصوص

ثانياً : بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله

٢٠٨ كيف تنقضي مدة الخيار.

٢٠٨ كيف يستعمل حق الخيار

٢٠٩ الأثر المترتب على استعمال حق الخيار

٢٠٩ النصوص

المطلب الثاني

خيار التعيين

٢١٤ خيار التعيين متفرع من خيار الشرط

§ ١ - قيام خيار التعيين

٢١٥ ما هو خيار التعيين وما هو مصدره

الصفحة

٢١٦	من يكون خيار التمين
٢١٧	مدة الخيار

§ ٢ - حكم خيار التعيين

٢١٨	المقد غير لازم إلى وقت أعمال الخيار
-----	---

أولاً - الخيار للمشتري

٢١٩	ثبوت الملك
٢١٩	عدم لزوم العقد
٢٢٠	الهلاك

ثانياً - الخيار للبائع

٢٢١	ثبوت الملك
٢٢١	عدم لزوم العقد
٢٢٢	الهلاك
٢٢٢	النصوص

المطلب الثالث

خيار الرؤية

٢٢٧	اختلاف المذاهب
-----	--------------------------

§ ١ - خيار الرؤية في المذهب الحنفي

٢٢٨	متى يثبت خيار الرؤية
٢٣١	حكم العقد حال قيام الخيار
٢٣٣	ما يسقط به خيار الرؤية

§ ٢ - خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة الأخرى

٢٣٧	مذهب مالك
٢٣٩	مذهب الشافعي
٢٤٢	مذهب أحمد بن حنبل

المطلب الرابع

خيار العيب

٢٤٥	مسائل ثلاث
-----	----------------------

§ ١ - متى يثبت خيار العيب

٢٤٦	خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط في العقد التي تحمل الفسخ
٢٤٨	الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار

§ ٢ - حكم العقد حال قيام خيار العيب

٢٥٢	العقد نافذ غير لازم
٢٥٤	عدم لزوم العقد قائم على اختلال الرضا لفوات شرط السلامة من العيب
٢٥٥	كيف يكون الرد بخيار للعيب
٢٥٥	ما الذي يترتب على الرد بخيار العيب

§ ٣ - ما يسقط به خيار العيب

٢٥٧	أسباب مخلفة
٢٥٨	هلاك المبيع
٢٥٨	نقصان المبيع
٢٥٩	زيادة المبيع
٢٦٠	إسقاط المشتري للخيار
٢٦١	رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به
٢٦١	تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في نظرية البطلان

المبحث الأول

مراتب البطلان

٢٦٢	أركان العقد وشرائطه - العقد الباطل
٢٦٣	أوصاف العقد - العقد الفاسد

٢٦٣	نقص الأهلية وانعدام الملك - العقد الموقوف
٢٦٤	عيوب الإرادة - العقد القابل للإبطال
٢٦٥	مقابلات في الصناعة الفنية بين الفقهاء
٢٦٦	مقابلة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في تعدد مراتب البطلان

المبحث الثاني

أحكام البطلان

§ ١ - العقد الباطل

٢٦٧	العقد الباطل لا يتج أثراً كصرف قانون
٢٦٧	الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل
٢٦٨	انقضاء العقد
٢٦٩	تحول العقد

§ ٢ - العقد الفاسد

٢٧١	كثرة أسباب الفساد وتنوعها
٢٧٢	ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها
٢٧٣	حماية الغير وحماية الحاقه نفسه في العقد الفاسد وتصحيح العقد بإزالة المفسد
٢٧٤	تياران في الفقه الحنفي في شأن العقد الفاسد

§ ٣ - العقد الموقوف

٢٧٦	العقد الموقوف يقابل العقد للإبطال
٢٧٦	مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال - رجوعان العقد الموقوف
٢٧٨	أين وقف تطور العقد الموقوف وكيف ينبغي أن يستكمل تطوره

§ ٤ - العقد غير اللازم

عيوب الإرادة وكيف عولجت في الفقهاء - مراجعتها بالعقد غير اللازم في الفقه الإسلامي

٢٨٠	وبالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي
٢٨١	نطاق العقد غير اللازم - ما يقابله في الفقه الغربي
٢٨٢	الخيارات الأربعة

الصفحة

المبحث الثالث

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت ؟
وكيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان ؟

١٩ - أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأين وقفت

أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ٢٨٥

أين وقفت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ٢٨٦

٢٩ - كيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية البطلان ؟

نظرة عامة ٢٨٦

النصوص المتعلقة بالمقدّم الموقوف في التقنين المدني العراقي ٢٨٧

