

349.297:Sa22mA:v.4:c.1

معهد الدراسات العربية العالمية

مصادر الحق في الفقه الاسلامي

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01025342

تجليد صالح الدقر
٢٢٩٧٧ تلفون

DATE DUE

[illegible]



مع نحيات
معهد الدراسات العربية العالية

مصادر الحق في الفقه الاسلامي

جَامِعَةُ الدُّوَالِ الْعَرَبِيَّةِ

مَعْهَدُ الدِّرَاسَاتِ الْعَرَبِيَّةِ الْعَالِيَةِ

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي

الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث

(٤)

نظرية السبب ونظرية البطلان

ألقاها

المكتور

عبد الرزاق السنهوري

على طلبة قسم الدراسات القانونية

الفصل الثالث

السيد

الفرع الأول

نظرية السبب في الفقه الغربي الحديث

الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى :

يعنينا فى بسط نظرية السبب فى الفقه الغربى الحديث أن نستعرض هذه النظرية فى كل من الفقه اللاتينى والفقه الجرمانى ، ذلك أن الفقه الإسلامى ، كما سنرى ، شارك كلا من هذين الفقهين فى بعض الخصائص التى تتميز بها هذه النظرية الدقيقة .

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

المبحث الأول

نظرية السبب فى الفقه اللاتينى (١)

تمهيد

السبب والارادة معنيانه متميزانه :

يمكن تعريف السبب تعريفا أوليا بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصرأ فى كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدى ، إذ الالتزام غير العقدى لم يرقم

(١) اعتمدنا فى تلخيص نظرية السبب فى الفقه اللاتينى على كتابنا «الوسيط» ، الجزء الأول

على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب ، كعنصر فى الالتزام العقدى ، يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . 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 يعتمد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتميز ، فالإرادة المعتمدة قانونا 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 أنها تحدث آثارا قانونية ، إذا هى انطلقت من قيود الشكل وجب أن تنقيد بالسبب . وعندما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذى ينفى العقد ، لم يكن للسبب من أثر . ثم بدأ السبب فى الظهور عند ما 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 . وهكذا كانت الحال فى القانون الرومانى ، فقد بدأ هذا القانون شكليا ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة لىكون قيدها بدلا من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم ،

(١) اعتمدنا فى تلخيص نظرية السبب فى الفقه اللاتى على كتابنا « الوسيط » : الجزء الأول

فإن السبب لم يسكد يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية في العقود ، فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره ، وبرز قويا ليحوط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل . وهذه هي الحال أيضاً في القانون الحديث حيث الشكلية تمكاد تنعدم ، فأينعت نظرية السبب وازدهرت ، بل لعلمها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت في القانون الكنسي ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلي في الانتقاص من سلطان السبب .

تطور العقد من عقد سطحي إلى عقد رضائي مسبب إلى عقد رضائي مجرد:

وتاريخ نظرية السبب يهديننا إلى حقيقة أخرى . فقد بدأ العقد شكليا حيث السبب لا أثر له ، ثم تطور إلى عقد رضائي حيث السبب له أكبر الأثر ، ثم تطور أخيرا 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 رضائيا ولا تزال نظرية السبب في العقد تشغل المكان البارز ولا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة ضيقة .

خطة البحث :

ونبحث : (أولا) كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت . (ثانيا) 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 السكسنى . وتطورت النظرية بعد ذلك تطورا يغاير طبيعتها ، وانقلبت على يد دوما ومن تلاه من الفقهاء من نظرية ذاتية إلى نظرية موضوعية ، وبقيت كذلك عهودا طويلة . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسى الحديث ، ضعيفة الأثر قليلة الجدوى . ثم استردت جدتها في العهد الحاضر ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية .

§ ١ . نظرية السبب في القانون الرومانى

العهد القديم — لم يكن هناك مجال للسبب لتغلب السطحية :

كانت العقود في العهد القديم للقانون الرومانى شكلية ، فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للأرادة أى دخل في تكوينه . وكانت العقود الشكلية ثلاثة : عقدا يتم بوزن صورى ، ثم ظهر إلى جانبه العقد المكتابى ويتم بكتابة على و خاص ، والعقد اللفظى ويتم بألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقودا بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود ، فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغيرها من العقود كانت توضع في شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه الأشكال هى التى كان الرومان يدعونها « السبب المدنى » ، فهى ليست سببا للإلزام العقدى على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هى سبب لانعقاد العقد ، أو هى الشكل القانونى الذى يجعل العقد يتكون . وهذا الشكل ضرورى 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 الذى يوجد العقد . ومتى استبعدت الإرادة عن تكوين العقد فقد استبعد معها السبب ، لأن السبب ليس إلا الغرض الذى 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 لافي مرحلة تنفيذه . فالتزام البائع اعتبر سبباً لالتزام المشتري ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يرقم التزام المشتري لانعدام السبب . أما في مرحلة تنفيذ البيع فلم يكن لفكرة السبب من أثر ، ولم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يرقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . بل يبقى البيع ، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ حتى لو كان المتعاقد الآخر المطالب بالتنفيذ لم يرقم 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 المقترنة بشرط يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع ، فإذا لم يرقم الموهوب له بتنفيذ الشرط كان للواهب أن يسترد هبته . وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالبساطة . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي ، ثم تبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن

الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصى أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها .

موقف القانون الروماني من نظرية السبب :

ويتبين مما قدمناه أن القانون الروماني ، في عهده المدرسي 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 بفكرة السبب فكرة موضوعية لاذاتية ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد لا خارجاً عنه ، وهو واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فمزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه . وسنرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما في صياغته لنظرية السبب .

سبب

§ ٢ — نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

مقدمته :

بقيت فكرة السبب تتطور تتطورا مستمرا 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 ، تبعته الفقهاء في صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي .

نظرية السبب في العهد الذي سبق روما - فكرة السبب عند

الفقهاء الكنديين :

تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من الفقهاء : فريق الرومانيين وفريق الكنديين .

أما الفريق الأول فقد اقتفوا 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 مبدئين : (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 أقروا أي عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك بما 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 أى مدى يسوق هذا المنطق ، فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب فى العقد ، وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا سلمنا أن الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، فيجب أن نسلم فى الوقت ذاته أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب فى صورة أخرى غير الصورة التى ألغناها فى القانون الرومانى ، شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملاً نفسياً زائراً بالقوة بعيداً فى الأثر . ويبدو لنا فى وضوح أن الفقهاء الكنديين وضعوا إلى جانب الإرادة — بعد أن جردوها من الشكل — الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه ، وهى إذا تجردت من الشكل فليست تتمجرد السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى الموضوعى الداخلى فى العقد والذى يبقى واحداً لا يتغير فى نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى الخارج عن العقد والذى يتغير فيختلف فى عقد عنه فى العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنديون أموراً أربعة :

(أولاً) أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً فى 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 . فنادام 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 الكنديون أن يدوروا مبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون

معه تعارضاً صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى ، عبارة «الوعد المسبب» ، فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة طائفة جديدة هي طائفة «الوعود المسببة» .

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

فالسكسنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الروماني الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع . ومالبث 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 النظرة الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب ، فصاغ منه نظرية عامة محبوكة الأطراف لم تسكن 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 مجذبة .

ويشترط دوما قيام السبب في جميع العقود . فالسبب في التزام التعاقد

في العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر ، أى التسليم الذى تم من جانبه في مبدأ الأمر . والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع فى أن يتبرع ، أى نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما فى السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة ، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى .

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

وقد نقل التقنين المدنى الفرنسى نظرية السبب عن دوما وبونيه فى المواد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣ ، وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية فى السبب .

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

§ ١ - النظرية التقليدية في السبب

محرر معنى السبب في النظرية التقليدية : ^ص ^ص ^ص
تميز النظرية التقليدية بين السبب الانشائي والسبب الدافع والسبب القصدى.
فالسبب الانشائي هو مصدر الالتزام ، وهو لا يعنيننا هنا .

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام . فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء وعلى الالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكنائه ، أو أن يجعل منه محلا لعمله ، أو أن يجعل منه ناديا للمقامرة ، أو أن يديره للعبارة ، أو غير ذلك من الدوافع المشروعة وغير المشروعة . فالباعث إذن يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد . (٢) وهو شيء ذاتي للملتزم . (٣) وهو شيء متغير ، لا في كل نوع من العقود فحسب ، بل في كل عقد بالذات . ولما كان الباعث يصعب ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام ، فهما كان هذا الباعث شريفا أو غير شريف ، متفقا مع النظام العام أو مخالفا له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث في 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 دائما بمعنى السبب القصدى - في كل طائفة منها ، على النحو الذى جرى عليه دوما وبوتيته .

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 ، يلتزم المشتري بدفع الثمن وسبب هذا الالتزام هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك في العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالإيجار والمقاولة وعقد العمل .

وفي العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان العقد عينيا ، قرضا كان أو عارية أو ودیعة أو رهن حيازة - وهذا في غير التقنين المصرى الجديد - يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه . وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقدا رضائيا ، 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 غرضا مباشرا هو أسداء يد للموهوب له وهذا هو السبب في تبرعه .

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

(١) فالسبب شيء داخلى فى العقد ، يستخلص حتما من نوع العقد ومن

طبيعة الالتزام ذاته . (٢) وهو شىء موضوعى لا تؤثر فيه نوايا الملتزم .
(٣) وهو غير متغير ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود ، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع . وهذه الخصائص الثلاث هى عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب فى الفكرة الرومانية القديمة .

على أن النظرية التقليدية — خلافاً للقانون الرومانى — 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 فى العقود الملزمة للجانبين ، فأن هذه العقود تتميز بأمر ثلاثة : (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هى نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة ، تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هى نظرية تحمل التبعة . وأصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه المبادئ الثلاثة على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد .

الشروط الواجب توافرها فى 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) ووجود السبب ليس فى الواقع شرطاً يجب توافره فى شىء ، بل هو الشىء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم . ويغلب فى السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط فى وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير

نفسه
منه

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 ، أى 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 بمديونية وهو غير مدين ، أى لسبب لا وجود له كقرض لم يتم ، وفي هذه الحالة يكون العقد الذى يقر فيه المتعاقد المكره بمديونية باطلا لانعدام السبب . ولا يكتفى أن يقال أنه 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 أصلا ، فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلا 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 التزاما صوريا فيمضى سندا لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سندا يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لامن 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 الصورى 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 المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجودا عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده

سند
مكره
بمديونية

في هذه الأحوال هو الذي يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

(٢) ويجب أيضا أن يكون السبب صحيحا ، فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : أما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط ، وأما لأن السبب الظاهر هو سبب صوري .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث ، فيعطيه مبلغا من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث ، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمسئ إقرار 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 مبلغا 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 دائنه على تجديد الدين ، فيتمين 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 سببا في البطلان . ولسكن إذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقي ، ويكون الالتزام قائما أو غير قائم تبعا لهذا السبب الحقيقي . فإن كان هذا السبب موهوما ، سقط الالتزام ، لأن السبب الحقيقي موهوم ، لأن السبب الظاهري صوري . وإن كان السبب الحقيقي غير مشروع ، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب ، سقط الالتزام أيضا ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي . أما إذا كان السبب الحقيقي مشروعا غير موهوم ، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر .

(٣) ويجب أخيرا أن يكون السبب مشروعاً . والسبب المشروع هو الذى لا يحرّمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للأداب . ومشروعية السبب ، عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع ، ويتحقق ذلك فى فروع مختلفة ، نذكر منها :

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى 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 فى 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 قانونى 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 فى كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة شخص آخر ليحمله على القيام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يحجز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه يحجز السارق حتى يرد المسروق . وكمن يخطف ولده يحجز الخاطف حتى يرد إليه ولده ، وكمن يخشى أذى من شخص يحجز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثا) عقد الوساطة في الزواج هو أيضا عقد سببه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجرا للوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيرا من الفقهاء يقولون أن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضربا من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجرا على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا ينقده إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجا قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه ألا للوسيط يحصل على أجره الموعود .

والقضاء في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية ببطلان العقد ، لاسيما في بلد ك مصر حيث يسهل على « الخاطبة » أن تخدع الزوج في أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بصحة العقد ، إذ أن الغرض الذى يرمى إليه مشروع فهو ييسر 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 أجرا على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأى ، كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقا غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثانى يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج .

انتقاد النظرية التقليدية في السبب — نظرية عقيمة يمكن الاستغناء عنها:

منذ استقرت النظرية التقليدية منقولة عن دوما وبوتيه على النحو الذي بسطناه ، بقيت مبعثا لقلق الفقهاء . يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وإذا كان فقهاء — كالاستاذ كايبتان — قد دافعوا عنها بعد أن حوروا فيها ، فإن كثيراً من الفقهاء ، وعلى رأسهم الاستاذ بلانيول ، هاجموا مهاجمة عنيفة . فالصيغة الرومانية الشكلية هي التي ساهمت كثيراً في تكليف هذه النظرية التقليدية ، والعيب الجوهرى فيها ليس في أنها غير صحيحة ، فهي حتى لو كانت صحيحة عقيمة 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 أمضاء التزام ليس له سبب ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار . فإذا أكره شخص على أمضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً ، ولا يكفي هنا استظهار الأكره فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للأبطال . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية أن الأساس هو انعدام السبب ، إذ 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 أرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم ، فمحله الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام

المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالإتزام المقترض لا يقوم هنا أيضا لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده ، أما لأن القرض عقد عيني لم يتم لعدم التسليم ، وأما لأن القرض عقد رضائي - وفقا للتقنين المصري الجديد - لم يرق فيه المقترض 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 وتغنيينا 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 جانبا واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقينا أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه . فالإتزام 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 جزاؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان الواجب أن يكون الجزاء واحدا في الحالين . ولسكننا 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 منطوق الارتباط يقضي بأن العقد لا يوجد . وتسمح بفكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول أن العقد ينقضي بعد وجوده - أي يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد . أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكا . إذ تقول هذه النظرية أن العقد العيني سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يرق الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال أن الالتزام

لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العيني إذ هو لا انعقد إلا بالتسليم . وتقول النظرية التقليدية أن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقر 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 أيضا 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 جميعا عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع مع وارث يتعامل في حق معدوم . 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 يخفي سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع ، وقد فرغنا من السبب الموهوم فننتقل الآن إلى سبب غير المشروع .

(٣) ومن السهل أخيراً أن نستغنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها . 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 بالتزام 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 هذا الإنشاء ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل ، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . أما في العقود العينية والتبرعات

فان 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 إلا إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذي يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كاييتان ، يجهلون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع ، بل أن 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 تترتب 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 الخصبة المنتجة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهي النظرية التي قال بها القضاء الفرنسي وندتقل الآن إليها .

§ ٢ — النظرية الحديثة في السبب

السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد :

لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ، بل انكشفت في بطون كتب الفقه لا تلقى حظا من التطبيق . ولم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجا صريحا ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين

السبب والباعث ، و خلط بينهما خلطا تاما ، لافى التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا النهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده نظرية منتجة لاغنى عنها .

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع للملتزم في أن يلتزم . ومادامت الارادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، ومادامت الارادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث وأن يكون الغرض الذي ترمى الإرادة إلى تحقيقه غرضا لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسى وغير الرئيسى ، فالباعث الدافع الرئيسى هو الذى يعتد به ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح العملى شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة ، وسائر الفقه المعاصر القضاء فى هذا الطريق .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملى ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين فى السبب . وهى النظرية الخصبة المنتجة التى انحرف عنها دوما إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سببا فى كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية .

مرونة الباعث وكيف ينضبط :

وبالباعث بالتحديد الذى أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لنرى النقيض إلى جانب النقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى ، وهو داخل فى العقد ، لا يتغير فى النوع الواحد من العقود . أما الباعث فمعياره ذاتى ، 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 مشارا للتزعزع والقلقلة في التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتمد الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولا 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 باطلا . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه في ذلك . فما هو هذا الضابط ؟

أيكمي أن يكون الباعث معلوما من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهما في الباعث الذي دفع الطرف الأول إلى التعاقد دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة : شخص يقترض نقودا 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 صديقا بالمقرض ، عالما بغرضه ، دون أن يقصد بالأقراض تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابيا 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 الفرنسى المعروف بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق ، فلا يعتد بالبائع إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده فى نظر كاپيتان هو الذى يدخل البائع فى دائرة التعاقد (champ contractuel) . ولا شك فى أن كاپيتان قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة فى السبب ، ولكن دون أن يدخل فى نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على البائع فيما بين المتعاقدين ، وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسى فيكتفى بمرتبة العلم ، ويعتد بالبائع الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا البائع كما هى الحال فى الغلط ، وسنرى تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسى تدور كلها حول هذا النطاق .

والفقه الفرنسى يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيطلب فى الأولى مرتبة أعلى ، ولكن الفقهاء يختلفون فى تحديد هذه المرتبة . فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون البائع فى المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر حتى يكون فى هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع ، أما فى التبرعات فإن الإرادة التى تقف عندها هى إرادة المتبرع وحده فهى الإرادة التى تسيطر على التصرف سواء فى ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية ، وهو لذلك يعتد بالبائع الذى دفع المتبرع إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه . ويذهب بواچيزان إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة فى المعاوضات ، والاكتفاء بمرتبة العلم فى التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات فى أن الأولى بذل فيها كل من المتعاقدين شيئاً من عنده ، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسى فى تكوين العقد ، ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين فى البائع الذى دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً فى تحقيق الغرض غير المشروع . أما فى التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها

هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل ، ومن ثم جاز الاقتصار على مرتبة العلم فهي كافية لاستقرار التعامل .

وإذ كان الذي يعيننا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعا أو معاوضة .

اعتاق التقنين المديني المصري والتقنينات المدنية العربية المصرية النظرية

الحريّة في السبب :

تلقى التقنين المديني المصري الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثا عن التقنين المديني السابق والقضاء المصري ، فقد كان الفقه والقضاء في مصر ، قبل صدور التقنين المديني الجديد ، قد عبد الطريق لنسب النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبة .

وقد نص التقنين المديني الجديد في المادة ١٣٦ على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » . وكان التقنين المديني 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 كنّا نقرأها 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 الذى يستطيع أن يقوم بهذه الحماية فى صورة السبب المشروع ، ولا يغنى عنه ركن آخر ، لاركن المحل ولاركن الرضاء . ولكن عند هذا الحديجب أن تقف مهمته ، فلا تجاوز ذلك إلى حماية التعاقد الآخر من الغلط فى صورة السبب الصحيح ، فأن نظرية الغلط تغنى عندئذ عن نظرية السبب بل وتفضلها من حيث الجزاء . وقد فهم القضاء فى مصر وفى فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه ، فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع فى إبطال العقد ، وقل أن نجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط فى العمل بالغلط .

ولم يصرح التقنين المدنى الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » ، ولكن لا شك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة وينبذ النظرية التقليدية ، فقد كان هذا هو شأن التقنين السابق وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن التقنين الجديد . وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات التقنين السابق على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية ، ولم يقطع التقنين الجديد صلته بالماضى ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاء المصرى والفرنسى ، وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى . فالسبب إذن ، فى نظر التقنين المدنى الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وكل ما أورده عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى التقنين الجديد ولا بد فى التقنين الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً . ويقوم ، لأعلى الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ؛ ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معينة بغط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به .

والتقنينات المدنية العربية الأخرى — التقنين السورى والتقنين اليابى والتقنين العراقى — سارت على غرار التقنين المصرى واعتنقت النظرية الحديثة فى 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 دلالاته الحديثة كما استخلصها القضاء ، ولا نرى مقتضيا لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة كما فعل التقنين اللبناني ، وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها وإن 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 أحدهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصنعة الرومانية ، والأخرى تلمقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . ففهم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا الشناق ! 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 محكمة الاستئناف الوطنية (١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ في المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦) بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخالته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلا ، أما إذا كان الباعث هو تهويز الخلية عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون صحيحاً . وقد كان القضاء المختلط أكثر أمعانا 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 أستيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، متى كان البائع عالما بهذا التحريم . وقضت (١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤) بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ، وكان المقرض عالما 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 معلوما 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 الذي قضت به محكمة الاستئناف الوطنية من أنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة بين الخليل وخليلته كان العقد باطلا ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليفة 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 الذي تقول به النظرية التقليدية مشروعاً . فالبيع والإيجار ، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، كان العقد باطلا طبقاً لأحكام القضاء الفرنسي (محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ ديسمبر ١٨٩٩ جازيت دي پاليه ١٩٠٠ - ١ - ١٣٢) . ويفعل القضاء الفرنسي ذلك أيضاً في الأماكن التي تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (محكمة پوا الاستئنافية ٢٨ يونيو ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ - ٢ - ٦١) . ويقضى ببطلان عقد الاستخدام في محل يدار للعهارة (محكمة النقض الفرنسية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ واللوز ٩١ - ١ - ٤٨٤) . ويبطل قرضاً يكون قصد المقترض 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 واللوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠) .

ويبطل القرض أيضا إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعجارة (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 واللوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢) .

أما في التبرعات ، فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعانا في جعل الباعث هو السبب ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع . فيقتضى بنفس المبدأ الذي رأينا القضاء المصري يقضى به ، ويبطل تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لايجاد هذه العلاقة غير المشروعة أو لاستبقائها أو لإعادتها (محكمة النقض الفرنسية ٨ يونيه سنة ١٩٢٦ واللوز 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 مشروعا ، والتبرع يكون صحيحا ، بل هو في الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعي (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 - ١٢٧) .

وإذا اقترن التبرع بشرط دافع غير مشروع ، كان هذا الشرط هو الباعث أو السبب ، ويبطل التبرع جميعه ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (محكمة النقض الفرنسية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ واللوز 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 المتعاقدين إنما انساق إلى التعاقد مدفوعا بهذا الباعث وحده ، وكان باعثا اشترك فيه كلا المتعاقدين .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الألمانى

القانون الألمانى نزعتة موضوعية لذاتية :

يتميز القانون الألمانى عن القوانين اللاتينية بأن نزعتة موضوعية (objectif) لذاتية (subjectif) . فهو يقف عند التعبير المادى للإرادة ، ولا يجاوزة إلى الإرادة ذاتها وهى تختلج فى الضمير ، ومن باب أولى لا يتقصى الإرادة بما صدرت عنه من دوافع نفسية وبواعث ذاتية . فالباعث على التعاقد مالم يكن جزءا من التعبير عن الإرادة لا يعتمد به ، ومن ثم لا يعرف القانون الألمانى نظرية للسبب تضارع النظرية الذاتية التى رأيناها فى القوانين اللاتينية . فالإرادة وطرق الكشف عنها والعيوب التى تشوبها والبواعث التى تدفعها ، كل ذلك ينحصر فى شىء واحد هو التعبير عن الإرادة ، وفى هذا التعبير — لافى غيره — يجب أن نتلمس كل شىء .

والتعبير عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة ، إذا وضعت إلى جانب الإرادة الباطنة . ويمكن القول أن السبب فى القانون الألمانى يتلخص فى مسألتين : (١) العبرة بالإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة . (٢) والسبب جزء من التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

العبرة فى القانون الألمانى بالإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى يعتقد به العزم على شىء معين . وما دامت الإرادة عملا نفسيا ، فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم

بها غير. 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، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادامت الاثنان متطابقتين. أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقدا مطبوعا يتضمن شرطا كان لا يقبله لو فطن له، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولا كتبها مكتوبة ومعلقة في غرفته، وكن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال — فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها. ولكن الفقه الجرماني يأخذ بالإرادة الظاهرة. ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد، كما اختلفتا في الالتزام، كما اختلفنا في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية. فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية. فإذا اقتصرنا على العقد، رأينا 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 المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية، فالعبرة بهذه لا بذلك. وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض. فالإرادة الحقيقية أولا، وإلا فالإرادة المفترضة. ولكنها — حقيقة كانت أو مفترضة — هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة: الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي، غير متأثرة لا بعش ولا بإكراه ولا بغلط.

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

القانون الألماني نزعة موضوعية لذاتية :

يتميز القانون الألماني عن القوانين اللاتينية بأن نزعته موضوعية (objectif) لذاتية (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 مالم يكن جزءا 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 يعتقد به العزم على شيء معين . وما دامت الإرادة عملا نفسيا ، فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم

بها غير. 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 الخارجى ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادامت الاثنتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقدا مطبوعا يتضمن شرطا كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال — فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن الفقه الجرماني يأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد ، كما اختلفتا في الالتزام ، كما اختلفنا في نظريتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية ، والآخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية . فإذا اقتصرنا على العقد ، رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

ونظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوى 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 أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولسكنها — حقيقة 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 الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثرها هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في ممكنها وهي تحتاج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا 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 لظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسى . فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم في مظهرها المادى ، وهو ما يستطيع أدراكه . وفي 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 التي تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية . ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمئياً ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسى ، بل تبرز إلى العالم المادى في علامة ظاهرة ، هي التي نقف عندها ، ونقدر 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 لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصيل 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 ، مادام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره مظهرا لإرادته .

التعبير عن الإرادة :

ومادمننا في صدد القانون الألماني ، فليس لنا أن نتكلم في « الإرادة » ، بل يجب الكلام في « 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 بالأرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجي لتحديث أثرها القانوني . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجي في الكتابة لتحديث أثرها القانوني إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو في 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 مظهرا ماديا يعتد به في التعبير عن الإرادة ليس لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة في ذاتها فهذا أمر يتعلق بالإرادة الباطنة ، بل لأنه لا يصح أن يقال أن أيا من الطفل أو المجنون قد قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحديث أثرها القانوني وهذا هو الأمر الذي يتعلق بالإرادة الظاهرة .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجودا حقيقيا . 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 بهادون الإرادة الباطنة لسببين : (١) لأن الإرادة لا يكون لها قوام قانوني ألا إذا اتخذت مظهرا خارجيا ، أما إذا بقيت أرادة باطنة كامنة في 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 حتما بما ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأنت إليها الناس في التعامل ، وهذا هو الأثر المتولد عن التعبير عن الإرادة لأعن الإرادة نفسها ، فوجب أذن الاعتداد بالتعبير أى بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

هذا وقد تكون النتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة نتائج محدودة ، وهى لا تظهر على كل حال ألا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الباطنة تختلف عن الإرادة الظاهرة . وفي الأحوال غير الكثيرة التى يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجى الخاطىء دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق فى التعويض ، على أساس المسؤولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر ، حماية للثقة المشروعة . ومهما يكن من أمر ، فلا يزال هناك فرق بين المبدآن لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، أما نظرية الإرادة الباطنة فتتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق تترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد ، إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزما أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجننه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسير اجتماعيا لا نفسيا ، مستندا فى ذلك إلى العرف الجارى وإلى المؤلف فى التعامل ، وسنن فصل ذلك فيما يلى . (٢) إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك هو حكم

تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يمتدح إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع ، لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى .

كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة :

يعد التعبير عن الإرادة ذا وجود مستقل عن الإرادة ذاتها وعن الشخص الذى صدر منه التعبير . فلا تنهلش 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 ، ويعتمد فى تفسيره بالعرف وقواعد العدالة ومقتضيات استقرار التعامل .

ويقول سالى فى كتابه المعروف بالتعبير عن الإرادة فقرة ٥٥ - فقرة ٩٥ ، ان هناك قواعد ثلاثا تجب مراعاتها عند تفسير التعبير عن الإرادة :

(أولا) يعتمد بالتعبير ذاته الذى أراده من أصدر هذا التعبير ، لا بالتعبير الذى كان ينوى أن يصدره ولم يصدر فعلا . فإذا ثبت أن صاحب التعبير أراد التعبير الذى صدر منه ، ولكن ثبت من جهة أخرى انه إنما كان ينوى أن يصدر تعبيراً آخر ، فالعبرة بالتعبير الذى صدر منه فعلا لا بالتعبير الذى كان ينويه ، وليس أمامه فى هذه الحالة إلا أن يطعن فى التعبير الذى صدر منه فعلا بالغلط . ومعنى ذلك أن التعبير الذى صدر منه فعلا هو الذى يعتد به ، ولكنه يمكن أن يكون قابلاً للإبطال لعيب شابه ، فإذا زال الحق فى طلب الإبطال لآى سبب ، بقى التعبير الذى صدر فعلاً 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 .

ويلاحظ أن هناك نوعين من الغلط : غلطا في الارادة وغلطا في التعبير . فالغلط في الارادة هو مغايرة التعبير الذى صدر فعلا عن التعبير الذى كان منويا صدوره ، أما الغلط في 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 الاسكندرية ، وكان مقيما فى الخارج ، وبلغه أن إحدى الدارين قد نزل إيرادها فأراد بيعها ، ولكنه ظن خطأ أن الدار التى نزل إيرادها هى دار الإسكندرية بينما هى دار القاهرة . فباع دار الاسكندرية ، كان هناك غلط فى الارادة لاغلط فى التعبير ، فإنه أراد التعبير الذى صدر منه ولم يقع غلط فيه ، ولكن الغلط وقع فى الارادة إذ كان يريد بيع الدار التى نزل إيرادها فباع الأخرى . أما إذا كان يعرف الحقيقة وأن الدار التى نزل إيرادها هى دار القاهرة وأراد بيعها ، فسها فى التعبير وذكر دار الإسكندرية بدلا من أن يذكر دار القاهرة ، كان الغلط هنا غلطا فى التعبير ، إذ أنه وهو يذكر دار الاسكندرية لم يرد أن يصدر منه هذا التعبير ، وشرط التعبير أن يريده صاحبه كما قدمنا . وفى الحالة الأولى — حالة الغلط فى الارادة — يطعن فى التعبير بالغلط ويكون قابلا للإبطال كما سبق القول . أما فى الحالة الثانية — حالة الغلط فى التعبير — فينبغى أن يعتبر التعبير باطلا ولا يعتمد 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 المدنى الألمانى (م ١١٩) يعد التعبير قابلا للإبطال فى الحالتين .

(نانيا) لا يقتصر فى التفسير على العبارات التى تضمنت التعبير عن الارادة أو أى مظهر خارجى تضمن هذا التعبير ، بل يعتمد فى التفسير بما أحاط التعبير عن الارادة من ظروف خارجية ، كوقائع مادية ومكاتبات سابقة على صدور التعبير وعلاقات عمل سابقة بين الطرفين والمألوف فى التعامل بينهما ، على أن يكون المعنى المستخلص من كل هذا هو المعنى الذى

يستخلصه الشخص عادة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات . ولا يعتد من هذه الظروف الخارجية إلا بما أحاط منها بالتعبير ذاته وبما يمكن اعتباره بمثابة الجو 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 انزلق لسانه فذكر دار الإسكندرية بدلاً من دار القاهرة ، وأمكن بالرجوع إلى الظروف الخارجية والمكائبات 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 لدار الإسكندرية ، جاز تفسير التعبير عن الإرادة على هذا النحو فتصحح الظروف الخارجية ماورد خطأ في التعبير ، ويكون التعبير المعتمد به هو التعبير الذي أراد صاحبه صدوره 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 صدوره منه محله . ويترب 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 ، فبقى التعبير قائماً وقبله المشتري فانهقد العقد ، فهل يجوز لمبايع أن يطالب بإبطال العقد للغلط ؟ الظاهر أنه لا يجوز له ذلك مادام 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 القاضى التوفيق بينهما لاستخلاص نية مشتركة منهما جميعاً ، يسترشد فى استخلاصها بما ينبغى أن يسود التعامل من النزاهة وحسن النية وبالعرف المستقر ، فإن كلا من المتعاقدين من حقه أن يتوقع ذلك من المتعاقد الآخر . فيرسم القاضى للعقد غاية اجتماعية ، موضوعية لا ذاتية ، يستخلصها من ظروف التعاقد وملازماته ، وهى الغاية التى ينتظر كل متعاقد من صاحبه أن يهدف إليها من وراء تعاقد . وعلى هذه الغاية الموضوعية يركز القاضى نية كل من المتعاقدين ، فتتلاقى النيتان عندها وتنقلبان من نيتين ذاتيتين متفرقتين إلى إرادة موضوعية مشتركة . فلا ينبغى إذن أخذ إرادة كل من المتعاقدين بمفردها وعزلها عن إرادة المتعاقد الآخر ، بل يجب أخذ الإرادتين معاً منتظميتين فى إرادة واحدة على نحو من التفسير هو المألوف بين الناس ، فليس يقوم العقد على إرادتين منفصلتين بل يقوم على إرادة مشتركة . ولا يمكن القاضى إلا أن يفعل ذلك ، وإلا أن يتلصص 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 فى هذا إضرار لأحد المتعاقدين وتضحية للمتعاقد الآخر .

فالإرادة المشتركة للمتعاقدين ليست هى حتماً نية من صدر منه الإيجاب ، وليست هى حتماً نية من صدر منه القبول ، بل هى نية تعاقدية مشتركة استخلصت عن طريق تحوير كل من الإيجاب والقبول ، ونقلهما من نطاق

ذاتى إلى نطاق موضوعى ، حتى يتم التطابق بينهما . وقد يقال أن هذه الإرادة المشتركة ليست هى الإرادة الحقيقية لأى من المتعاقدين ، بل هى إرادة مصطنعة موهومة خلقناها خلقا حتى يقوم عليها العقد . ولكن أليس ذلك خيرا من الأخذ بالإرادة الحقيقية لأحد المتعاقدين وإغفال الإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر ! فليس العقد هو سيطرة الإرادة الفردية فى 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 الائتمان تقتضى أن يلتزم الموجب بالمعنى الظاهر من إيجابه ، ذلك المعنى الذى يستطيع المتعاقد الآخر أن يستخلصه ، وهو المعنى الذى يجب الأخذ به ، فعنده يتلاقى كل من الإيجاب والقبول (١) .

المطلب الثانى

السبب جزء من التعبير عن الإرادة فى القانون الألمانى

ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير :

قدمنا أن القانون الألمانى لا يعتد فى الإرادة إلا بالتعبير عنها ، فالتعبير عنده هو الإرادة ذاتها . ولكن ، من جهة أخرى ، يجعل للمتعاقدين الحرية فى إصدار هذا التعبير على النحو الذى يريان ، وبالمدى الذى يقدران . فلهما أن يضمنا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث ، فتصبح هذه جزءا من التعبير عن الإرادة ، ويعتد بها بالقدر الذى يعتد بالتعبير . وعلى النقيض من ذلك إن شاء المتعاقدان أن يجردا التعبير من سببه ، فلهما أن يقتصر على تضمين

(١) أنظر فى كل ذلك سالى فى التعبير عن الإرادة فقرة ٨٦ - فقرة ٨٨ وفقرة ٩٢ .

التعبير الالتزام في ذاته دون ذكر لسببه أو للدافع إليه ، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاما مجردا .

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

وهنا أيضا نجد القانون الألماني يطاوع نزعته الموضوعية ، ابتغاء استقرار التعامل . فالسبب لا يلمس خارج التعبير عن الإرادة ، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير ، وبذلك يكون السبب شيئا موضوعيا لا أمرا نفسيا فيستقر التعامل .

مشروعية السبب في القانون الألماني :

وأيا كان السبب الذي ضمنه المتعاقدان التعبير - سببا بالمعنى الضيق المعروف في النظرية التقليدية أو سببا بمعنى الباعث الجوهري في التعاقد أو سببا بمعنى الباعث ولو لم يكن جوهريا - فإنه يجب أن يكون سببا مشروعا ، لأن التعبير تضمنه فأصبح جزءا منه كما قدمنا ، ولا يجوز أن يكون التعبير غير مشروع . وقد نصت المادة ١/١٣٨ من التقنين المدني الألماني على هذا الحكم إذ تقول : « يكون باطلا كل تصرف قانوني يخل بالآداب » .

على أن المقصود بالتعبير الذي يتضمن السبب ليس هو التعبير بالمعنى الضيق ، أي التعبير ذاته محصورا في العبارات التي ورد فيها ، بل التعبير بالمعنى الواسع ، مفسرا بالظروف الخارجية التي تلاعبه وتحيط به ، من مكاتبات بين الطرفين ، وعلاقات سابقة ولاحقها بينهما ، وما ألفاه في التعامل أحدهما مع الآخر ، ونحو ذلك مما تقدم بيانه .

ففي التصرفات الملزمة للجانبين ، لا يقتصر القاضى كما فى النظرية التقليدية على الاعتداد بالالتزامين المتقابلين فيكون أحدهما سببا للآخر ، بل إذا تضمن التعبير - بالمعنى الواسع الذى أسلفناه - إلى جانب ما تقدم الباعث على التعاقد ، اعتد به القاضى وقدر مشروعيته وفقا للأداب المتواضع عليها . ولكن القاضى لا يستطيع أن يجاوز ما تضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين ، فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديدا بليغا فتتزعزع العلاقات بين الناس . فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير ، حتى لو كان هذا الباعث معروفا من المتعاقد الآخر . والواجب إذا أريد الاعتداد بالباعث أن يندرج فى التعبير ، فيصبح جزءا منه . فإن كان غير مشروع ، كان التعبير باطلا . 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 تقره الأداب العامة ، وهو كحارس لهذه الأداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف (١) .

عدم المشروعية فى القانون الألماني هو المضمول بالأدب العامة -

ماهى الأدب العامة :

وقد اقتصر التقنين الألماني (م ١٣٨ / ١) على جعل عدم المشروعية هو الإخلال بالأدب العامة (bonnes moeurs) ، ولم يذكر النظام العام (ordre public) . فالنظام العام يفهم عادة على أنه المبادئ العامة الأساسية التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والسياسى والصناعى ، وهل تشيع فى هذا النظام روح الفردية أو روح الاشتراكية ، وإلى أى مدى تتدخل الدولة

في نشاط الفرد ، فهي إذن مبادئ تنطوى 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 جزاء 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 ، فبإدائه النظام العام لا تنطوى ، 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 سيامية أو اجتماعية ، فلا خوف إذن من تحكمه .

ولهذا السبب أيضاً رفض اقتراح يقضى باستبدال عبارة « الآداب العامة » ، (bonnes moeurs) بكلمة « الأخلاق » ، (morale) ، إذ الأخلاق تفسح المجال للمعايير الذاتية ، فما يراه قاض متفقا 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 القاضي ، وما تواضع عليه جمهور الناس لافتة ممتازة منهم ، وما تواضع عليه جمهور الناس فعلاً لا المثل العليا التي تتطلع إليها الناس .

على أنه ينبغي التمييز بين « الآداب العامة » ، والعرف المتواضع عليه ، (usages) ، فالقاضي يلتزم الآداب العامة دون أن يلتزم العرف المتواضع عليه . فقد تتواضع الناس على عرف قبيح ، وبالرغم من تواضع الناس على ذلك يستقر في ضمير المجتمع أن هذا العرف قبيح وأنه يخل بالآداب العامة (١) .

وغنى عن البيان أن الآداب العامة بهذا التحديد ليست شيئاً ثابتاً لا يتغير على مدى الأجيال والدهور ، بل هي تتطور من جيل إلى جيل تبعاً لتطور الشعور العام .

تطبيقات مختلفة للتصرفات المحزنة بالآداب العامة في القانون الألماني :

وفي الفضاء الألماني تطبيقات كثيرة لتصرفات باطلة لاخلالها بالآداب العامة . من ذلك الاتفاقات التي تخل بمبدأ عدم جواز التصرف في الحرية الشخصية كالاتفاقات التي تمنع من المنافسة المشروعة أو تعيد من حرية العمل . وكذلك الاتفاقات التي يعقدها المنتجون فيما بينهم لغرض الاحتكار ، والمناورات الخفية لرفع الاسعار ، وكثير من الشروط التعسفية التي تسقط حق المؤمن عليه في عقود التأمين . ومن ذلك أيضاً تصرف الشخص في جسمه بعد موته لأغراض طبية وإن كان الشعور العام أخذ يتطور نحو إباحة هذا التصرف ، والاتفاقات المقيدة من حرية الزواج ، وعقد الوساطة في الزواج وقد صدر في ألمانيا تشريع خاص بتحريمه .

ومن أهم التطبيقات للاتفاقات المحزنة بالآداب العامة ما أورده الفقرة الثانية من المادة ١٣٨ من التقنين المدني الألماني في خصوص الاستغلال .

وهي تنص على ما يأتي : « يكون باطلا بنوع خاص كل تصرف قانوني 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 ، في مقابل ما حصل عليه ، منافع ذات قيمة مالية تزيد على قيمة هذا المقابل ، بحيث تختل النسبة بين القيمتين اختلا لا فادحا نظرا لظروف الحال ، (١) »

ويلاحظ حتى يكون الاستغلال مخلا 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 فادحا ، 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 أكراه ، وفي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للأبطال لعيب في الإرادة ، وليس باطلا للاختلال بالآداب العامة . وعلى العكس من ذلك ، إذا وجد هذا الاختلال الفادح ، فهناك استغلال ويكون التصرف باطلا لاختلاله بالآداب العامة ، ولو لم يؤد الضغط على العاقد الذي استغلت حاجته أو طيشه أو عدم تجربته إلى أن تكون إرادته مشوبة بعيب . أما إذا سحب الاستغلال عيب في الإرادة ، كان التصرف من ناحية قابلا للأبطال بسبب العيب ، وكان من ناحية أخرى باطلا بسبب الاستغلال ، ويرجح بطبيعة الحال أن يكون التصرف باطلا لا قابلا للأبطال .

(١) وهذا هو النص مترجما 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 promet 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.

(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 مخل بالآداب العامة ، ومن ثم يكون التصرف باطلا . أما القوانين اللاتينية التي أوردت نصا مقابلا للنص الألماني — ومعها التقيينات المدنية العربية المصرية والسورية والليبية والعراقية — فقد وقفت هي أيضا عند هذا العنصر الذاتي لتستخلص منه أن الاستغلال أحدث في الإرادة عيبا قريبا إلى أن يكون غلطا أو تدليسا أو أكرها ، ومن ثم يكون التصرف قابلا للأبطال . فالقانون الألماني اعتد بإرادة العاقد الذي صدر الاستغلال من جهته واعتبرها إرادة مخلّة بالآداب العامة ، ومن ثم جعل التصرف باطلا . أما القوانين اللاتينية فقد اعتدت بإرادة العاقد الذي وقّع عليه الاستغلال واعتبرتها إرادة معيبة ، ومن ثم جعلت التصرف قابلا للأبطال .

التصرف المجرد في القانون الألماني^(١) :

الإرادة ، مجردة من الشكل ومن السبب معا . لا يمكن أن يسلم بها كقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية ، فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقتصر بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير 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

(١) أنظر الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٥ — فقرة ٢٨٧ .

التجرب يد 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 دائئه ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد دفع الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . فإذا كان الدائن قد حول حقه إلى الغير ، فإن هذا الغير لا يحتج 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 يتنازعه عاملان ؛ عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثانى . ومنذ انتسكت الشككية فى العقود وساد مذهب الرضاية ، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد ، ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ، ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطورا تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضا كان التصرف المجرد رجوعا إلى التصرف الشكلى المذهب ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد — على شدة الحاجة إليه فى استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها وظهرت الحاجة إلى أدوات ائتمان ثابتة — لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ، ظفر التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة فى 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 المفتقر . 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 مسبباً ، 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 بطريقة عقد آخر هو عقد انتقال الملكية، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري، ويعلنان إتفاقهما، ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري، فتنتقل الملكية، سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً. وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً، وأن الملكية إنتقلت دون سبب، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب، وبذلك يتوافر لعقد انتقال الملكية ميزة الاستقرار والثبات. فما على الغير حتى تثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري، فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك، ولو كان في ذلك توضيح 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 والأمانة 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 المناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المنيب^(١).

ثانياً: العهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد. فيضع التقنين المدني الألماني هنا قاعدة عامة

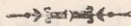
(١) انظر: التقنين الألماني المادتين ٣٩٨ و ٤١٣ لحوالة الحق، والمواد ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين والمادة ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصي، والمادة ٧٨٤ للأمانة في الوفاء.

للتصرف المجرد ، ويجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالمدين 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 إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من الالتزام إذا لم يكن قد وفاه ، أو يسترد مادفعه 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 — وهى مشبعة بنظرية السبب — فلا تسلم بالتصرف المجرد ، أو هى على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . فالالتزام فى القوانين اللاتينية هو التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد فى حالات معينة منصوص عليها ، وهى حالات قليلة العدد . وقد نص التقنين التجارى — حيث تشدد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها ، هى الكميالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما التقنين المدني فقد نص على حالتين : التزام المناب فى الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدني المصرى 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 فى الكفالة ، فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصرى) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن هو مع ذلك التزم مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التى 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 يبق قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخلص عقار الكفيل من الرهن .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدينى 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 الثانى

نظرية السبب

فى الفقه الإسلامى

تمهيد

عوامله متعارضه يتنازعاه الفقه الإسلامى تجاه نظرية السبب :

الفقه الإسلامى — تجاه نظرية السبب — يتنازعه عاملان متعارضان :

(١) فهو أولا فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها ، أى يأخذ بمذهب الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة 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 مجالا فسيحا ، أو فى القليل كان ينبغى أن تضمر 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 بالباعث 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 .

أهمية مذهب الفقه الاسلامي في نظرية السبب :

وبين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الاسلامي . ففي بعض مذاهبه نرى نظرية السبب تختفي تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الارادة ، ويختلط السبب بالمحل ، فلا يعتد بالسبب اى بالباعث على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة ، فان لم يتضمنه التعبير لم يعتد به ، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه الألماني (١) وفي مذاهب أخرى تتغلب العوامل

(١) على أنه يمكن القول بوجه عام أن النية في الفقه الاسلامي تقوم بدور هام في تكييف العقد ، فقد يذكر المتعاقدان عقدا وتكون نيتهما قد انصرفت الى عقد آخر ، فالعبرة بما انصرفت اليه النية . فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ، ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضا ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة . . . والمقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر « الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠ - ص ١١١ - فتح القدير ٥ ص ٤٠٣ » . وزواج المحلل باطل وتصرف المريض مرض الموت يعطى حكم الوصية ، ويبيع العينة ربا (المفنى) ص ١٧٤ - ص ١٧٥) . وانظر الموافقات للشاطبي ٢ ص ٢٠٦ - ص ٢٢٧ وجاء في الاشباه والنظائر للسيوطي (ص ١١١ - ص ١١٣) : « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ، خلاف ، والترجيح مختلف . فمنها اذا قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم فقال بعثك ، فرجع الشيخان أنه ينعقد بيعا اعتبارا باللفظ الثاني ، ورجحه السبكي سلما اعتبارا بالمعنى . . . ومنها اذا قال لمن عليه الدين وهبته منك ، ففي اشتراط القبول وجهان : فليس بيعا ، وفي انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى . ومنها اذا قال بعثك ولم يذكر ثمننا ، فان راعينا المعنى انعقد هبة أو اللفظ فهو بيع فاسد . . . ومنها اذا قال لمن عليه الدين وهبته منك ، ففي اشتراط القبول وجهان أحدهما يشترط اعتبارا بلفظ الهبة ، والثاني لاعتبارا بمعنى الإبراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق . . . ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الاول ، فهو اقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب التتمة وخرجه السبكي على القاعدة ، ثم رأيت التخريج للقاضي حسين قال ان اعتبرنا اللفظ لم يصح وان اعتبرنا المعنى فاقالة . . . ومنها لو عقد الاجارة بلفظ البيع فقال بعثك منفعة هذا الدار شهرا ، فالأصح لا ينعقد نظرا الى اللفظ ، وقيل ينعقد نظرا الى المعنى . . . ومنها اذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم أو أصلهم ، فالأصح الصحة اعتبارا بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ، والثاني لا يصح اعتبارا باللفظ فانه تمليك لمجهول » . وجاء في اعلام الموقعين لابن القيم (جزء ٣ ص ١٠٦ - ص ١٠٧) : « المتكلم بصيغ العقود . . ان قصد بها مالا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت »

الأدبية والخلقية والدينية ، فيعتد بالباعث ولولم يتضمنه التعبير عن الارادة أى ولولم يذكر في العقد ، ويكون العقد صحيحا أو باطلا تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع ، وقد رأينا ذلك من قبل في الفقه اللاتيني . (١)

وتزوجت بقصد التحليل وبعث واشترت بقصد الربا . . . وما أشبه ذلك فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فان في تحصيل مقصوده تنفيذا للمحرم واسقاطا للواجب واعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه ، فاعانته على ذلك اعانة على الاثم والعدوان ولا فرق بين اعانته على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية اليه وبين اعانته على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية الى غيره ، فالمقصود اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق أخرى .

(١) على أن هناك نصوصاً في الفقه الاسلامي نلمح فيها الفكرة التي تقوم عليها النظرية التقليدية 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 وثنماً لخلت عما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض في عقداً معاوضة ، وهذا تفسير الربا » . كذلك يبطل العقد اذا كان السبب مغلوفاً ، فلو ظن شخص وجوب النفقة عليه لمن يستحقها فالتزمها ، كالتزامها للزوجة الناشز مثلاً أو التزام الجد نفقة أولاد ابنه مع وجود أبيهم الموسر ، فالالتزام باطل ولا يلزم الملتزم بشيء . وتعليله أن الالتزام بني على سبب مغلوط ، فكان لذلك باطلاً . ومن أمثلة السبب المغلوط أيضاً ما لو ادعى أحد داراً في يد رجل آخر ، فصالحه هذا على بدل من المال وسلمه اليه ، ثم برهن المدعى عليه أنه كان اشترى الدار من المدعى قبل الصلح ، فهنا يبطل الصلح ، ويجب على المدعى رد البذل (البرازية ٣ ص ٣٢ بهامش الهندية) . وتعليل ذلك أن الصلح بني على سبب مغلوط ، فيبطل بظهور حقيقة الامر (الدكتور صبحي المحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية 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 الى السبب في النظرية التقليدية . فعقد الزواج سببه التناسل والمكارمة والمودة (الفروق ٣ نشرة ١٧١) . والهبه سببها ارادة الخير للواهب . والوقف سببه ارادة محبوب النفس (الدر المختار ٢ ص ٤٧١ و ص ١٤٩) - والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاضين بما يصير اليه ، فاذا 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 الاسلامية ص ٩٢) .

مضمون نظرية السبب في المذهبين الحنفي والشافعي وظهورها في

المذهبين المالكي والحنبلي :

فنظرية السبب في الفقه الإسلامي يختلف اذن حظها في المذاهب المختلفة. فهي ضامرة محدودة، كما هو شأنها في الفقه الجرمانى، في المذهبين الحنفي والشافعي، وذلك مطاوعة للزعة الموضوعية البارزة في الفقه الاسلامى . وهى زاهرة يانعة، كما هو شأنها في الفقه اللاتينى، في المذهبين المالكي والحنبلي، وذلك تمشيا مع العوامل الأدبية والخلقية والدينية التى لها الغلبة في الفقه الاسلامى .

فنتعرض إذن في مبحثين متعاقبين : (١) نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي . (٢) هذه النظرية في الفقه المالكي والفقه الحنبلي .

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي

مبدأه جوهرية :

لم يضع الفقه الإسلامى ، فى أى مذهب من مذاهبه ، نظرية عامة فى السبب . وهو 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 جوهرين : (أولا) 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 .

(ثانيا) مشروعية السبب ليست بالآمر الثابت في جميع الأحوال .
فهناك حالات تختلف فيها الأنظار في هذه المشروعية، بل هناك حالات تطورت
فيها فكرة المشروعية ، فما كان غير مشروع من قبل أصبح الآن مشروعا ،
وما كان مشروعا أصبح غير مشروع .
ونبحث كلا من هذين المبدئين .

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخل في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة
المطبوع العام بصفحة :

السبب بمعنى الباعث لا يبحث عنه خارج العقد ، بل يجب أن يكون
موجودا في صيغة العقد ذاتها ، داخل في دائرة التعاقد . فلا بد أن يتضمنه
التعبير عن الإرادة ، إذ هو جزء من هذا التعبير لا ينفصل عنه ، وبذلك
لا يعتد بالباعث إذا لم يتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

ويجب إذن الوقوف عند الإرادة الظاهرة وما تضمنته من بواعث
ودوافع . ولا يجوز أن نجاوز هذه الإرادة الظاهرة للبحث في النوايا الخفية .
فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثا 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 صحيحا 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 لمن يراه أنه يقتل به

طلبها ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب بمن يراه أنه يعصره خمرآ ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرآ أبدا ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا . ولونكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد .
فالمبدأ العام يتكون إذن من شقين :

(أولا) يعتد بالسبب أى الباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

(ثانيا) لا يعتد بالسبب أى الباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد .
فنتعرض للتطبيقات التفصيلية لهذا المبدأ العام فى كل من شقيه ، فى المذهبين الحنفى والشافعى ، وبخاصة فى المذهب الحنفى حيث تكثر النصوص .

§ ١ — يعتد بالسبب إذا تضمنته صيغة العقد

كيف تتضمن صيغة العقد السبب أى الباعث

أظهر ما تتضمن صيغة العقد السبب هو أن يذكر السبب صراحة فى صيغة العقد ، فيكشف المتعاقدان ببيان واضح عن الباعث الدافع لهما على التعاقد ، فإن كان هذا الباعث مشروعا فالعقد صحيح ، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل .
ولكن ليس من الضرورى أن يكون ذكر السبب صريحا فى صيغة العقد ، بل يجوز أن يذكر السبب ضمنا . ويستخلص عادة من طبيعة المحل ، فإذا كانت طبيعة المحل يستدل منها أن السبب الذى دفع إلى التعاقد غير مشروع ، فالعقد باطل ، وهنا يستدل على السبب بالمحل .

وقد يتميز السبب عن المحل ، فيكون المحل مشروعا ولكن السبب غير مشروع .

فنتعرض بعض النصوص فى كل من هذه الأحوال الثلاث :

الحالة الأولى — السبب المذكور صراحة في صيغة العقد :

جاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) .

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

وجاء في البدائع أيضاً (جزء ٥ ص ١٦٩)

« ولو اشترى قرية على أنها تصوت ، أو طيراً على أنه يحىء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكا على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله ... لأن هذه صفات يتلهى بها عادة ، والتلهى محذور ، فكان هذا شرطاً محظوراً ، فيوجب فساد البيع ... ، ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التغذية صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فساده . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب ، جاز البيع ، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب ، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر ، فإن وجدها لا تغنى لاختيار له ، لأن الغناء في الجوارى عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً . وهذا نرى في وضوح كيف أن الشيء الواحد قد يكون باعثاً 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 للتلهى بها ، فإن هذا الباعث غير مشروع ، ويكون العقد فاسداً . أما إذا كان

الغرض هو النقيض من ذلك ، فان الجارية مغنية وهذا في نظر المتعاقدين عيب فيها ، فأراد البائع أن يبرأ من هذا العيب فاشتراط البراءة على المشتري فقبل ، فان الباعث على التعاقد هنا لا يكون غير مشروع ، ويكون العقد صحيحا . 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 صحيحا لأن المشتري قد اشترى شيئا على أنه معيب فظهر سليما ، 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 شيئا ، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافا إلى الشارع من حيث أنه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا . ولأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الأجارة على محل هو فيه شريك ، ذكره في النهاية معزيا 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 الخاتبة (جزء ٣٢٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) : « رجل استأجر فلا لينزيه ، لا يجوز ذلك ولا جرفيه ، وكذا النائحة والمغنية . . . وإن استأجر المسلم ذميا لبيع له خمرأ أو ميتا أو دما لا يجوز . . . ولو استأجر رجلا لينحت له أصناما أو ليزخرف له بيتا بالتمثيل فلا أجر له ، كما لو استأجر نائحة أو مغنية » .

الحالة الثانية - السبب مستخلص من طبيعة المحل :

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

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٤٣) : « وأما القرد فعن أبي حنيفة رضى الله عنه روايتان . وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعا ، فلا يكون مالا كالخنزير . وجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعا 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 الاشياء ، لأنها آلات معدة للتلهي بها ووضوعة للفسق والفساد ، فلا تكون أموالا ، فلا يجوز بيعها . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها من جهة أخرى بأن تجعل ظروفها لاشياء ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالا ، وقولهما أنها آلات للتلهي والفسق ، قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله ، وهذا لانها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره ، (فبقيت) على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة . ولو كسرها إنسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يضمن . وعلى هذا الخلاف بيع الرد والشطرنج . والصحيح قول أبي حنيفة رضى الله عنه ، لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بأن يجعل صنجات الميزان ، فكان مالا من هذا الوجه ، فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف . . . » . فهنا اختلف

الإمام مع صاحبيه ، ولكنهم لم يختلفوا ، فيما نرى ، في المبدأ الاساسى الذى نحن بصده من أن الباعث إذا تضمنته صيغة العقد اعتد به ، بل هم متفقون فى ذلك . ولكن الصاحبين قد ذهبوا إلى أن آلات الملاهى من الربط والطبل والمزمار : آندى والرد والشطر هى آلات معدة بطبيعتها للتلهى موضوعه للفسق والفساد ، فاستخلصا بذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد . بل هما ذهبا إلى أبعد من ذلك ، فخلطوا السبب بالمحل ، وأنكرا على هذه الآلات أن تكون أموالا ، فلا يجوز بيعها . وحرص أبو حنيفة على التمييز ما بين السبب والمحل ، فألات الملاهى عنده أموال لم تسقط مآليتها لمجرد أنها تصلح للتلهى ، فكما تصلح للتلهى تصلح لغيره ، فقد تجعل ظروفها لأشياء كما قد يجعل النرد والشطرنج صنجات للبيزان ، فلما بيعت هذه الاشياء ولم يذكر صراحة فى 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 فى صيغة العقد لا صراحة ولا ضمنا ، فلم يعتد به وصح العقد . فالمبدأ إذن متفق عليه بين الإمام وصاحبيه ، وإنما الخلاف فى التطبيق . على أننا نرى أن الصاحبين قد استصحبوا المؤلف من طبيعة الاشياء ، ولا نزاهما قد تجوزا إذ اعتبروا أن آلات الملاهى أشياء موضوعه للتلهى فى أصلها ، وأما استعمالها فى حالات قليلة ظروفها أو صنجات فهذا نادر ، والنادر لاحكم . وحكم هذه الاشياء هو حكم القرء قد ينتفع بجلده ، ولكنه فى الاصل إنما ينتفع به للتلهى ، ولذلك كان بيعه غير جائز فى الرواية التى صححت عن أبى حنيفة نفسه فيما قدمناه .

الحالة الثالثة — تمييز السبب عن المحل :

وقد يكون المحل مشروعاً فى ذاته ، ولكن السبب يكون غير مشروع ، فيتميز السبب عن المحل . وإذا كان السبب ظاهراً فى 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 الإجارة على أمر مشروع سببها 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 القدوري (ص ٩٦) : « إن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها ، لم يجز ، لأن الإرضاع مستحق عليها دينا » .

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 دينا 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 تحته 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 قدرتها فلا تعذر . . . ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها ، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه . » فهذا الإرضاع مستحق ديانة — أي واجب — على الزوجة والمعتدة ، فالاتفاق معها على أجر لذلك هو أجر على واجب ، وهذا لا يجوز .

وجاء في الفتاوى الحنفية (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) : « أمير العسكر إذا قال لمسلم أو ذمي إن قتلت 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 لذي ، يجب الأجر . ولو كانوا قتلى ، فقال الأمير من قطع رؤوسهم فله عشرة دراهم ، جاز ، لأن هذا الفعل ليس بجهاد بخلاف الأول . ولو استأجر الأمير ذميا أو مسلما ليقتل أسيرا حريبا كان في يده ، فقتله ، لاشيء له . وقال محمد رحمه الله تعالى : يجب الأجر المسمى ، كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد . فالمسألة إذن تدور حول الأجر على الواجب ، فما كان واجبا 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 تجريدا منه في الفقه الغربي الحديث . فقد رأينا أن للكفيل في التقنين المدني المصري (م ٧٨٢) أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج 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 يحتج على الدائن بالأوجه التي يحتج 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 بخصم في ذلك ، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة ، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة ، وأن لم يكن واجبا على الأصيل » . ونرى من ذلك أن التزام الكفيل مجرد إلى حد أن الكفيل لا يستطيع أن

يحتج على الدائن بأن الدين غير مشروع لأنه ثمن خمر، وقد كان المدين يستطيع أن يحتج بذلك على الدائن. والفقه الغربي الحديث يبيح للكفيل، كما قدمنا أن يحتج على الدائن بالأوجه التي يحتج بها المدين، فيجوز للكفيل في المثل الذي نحن بصدده أن يحتج على الدائن بعدم مشروعية الدين لأنه ثمن شيء غير مشروع. ولكن الفقه الإسلامي ينحو منحى آخر، فيعتبر أن الكفيل قد التزم التزاماً مجرداً بالكفالة، فالالتزامه مستقل عن التزام المدين وليس له، بعد أن التزم التزاماً مجرداً بكفالة صحيحة، أن يحتج ببطالان التزام المدين (١).

عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتبر :

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 الطحاوي (ص ٢٨٠) : « ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذ خمرأ دون من يخاف ذلك عليه، لأن العصير حلال، فبيعه حلال كبيع ماسواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها ». فهنا يبيع الرجل العصير من العنب إلى مشتري، ولا يذكر في العقد، لا صراحة ولا ضمناً، أن المشتري يقصد من العصير إتخاذه خمرأ، فالبيع صحيح حتى لو تبين أن المشتري قصد إتخاذه 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 ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز، لأنه استأجر لفعل المعصية، وكذا لو استأجر ذمي

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

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 يأتى : « 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 ، 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 أن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمنه لأن أكثر أهل السواد في زمنه كانوا أهل الذمة من المجوس ، فكان لا يؤدى ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين ، وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كلهم ، فكان الحكم فيه كالحكم في المصر . وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد ، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمى داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية ، وكذا لو استأجر ذمى من ذمى داراً ليفعل ذلك لما قلنا . فهنا نجد المبدأ مطبقاً في كثير من الموضوع . فالذمى الذى يستأجر من المسلم أو من الذمى داراً ليتخذها مصلى للعامة ، يكون قد ذكر في العقد الباعث الذى دفعه إلى هذا الاستئجار . وهو باعث غير مشروع ، فلا يجوز العقد ، أما الذمى الذى يستأجر من المسلم أو من الذمى داراً في المصر ، ثم هو لا يذكر في العقد أنه استأجرها ليضعها 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 الذمى 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 ففقد الإيجار كما قدمنا صحيح قائم ، بل عن طريق الحسبة لأن ما يفعل معصية فيها استخفاف بالمسلمين . وإذا كانت الدار فى السواد ، وكان غير المسلمين كثرة لا قلة ، فإنه لا يجوز مع ذلك أن يذكر فى العقد أن الدار تتخذ مصلى للعامة ، وإن ذكر ذلك فى العقد فالعقد غير جائز . أما إذا لم يذكر ، فالعقد يكون صحيحا ولا يعتد بالبائع الذى لم يذكر ، وإذا اتخذ المستأجر الدار مصلى للعامة وكثرتهم غير مسلمين فلا يمنع من ذلك كما رأينا فى النص .

ومثل ذلك أيضا الزواج بالمحلل ، فإن ذكر فى عقد الزواج شرط التحليل ، كان العقد باطلا عند أبى يوسف ، لأن البائع غير مشروع ، وقد ذكر فى العقد فيعتد به ويبطل الزواج . وإن لم يذكر فى العقد شرط التحليل ، فالزواج صحيح ، ولا يعتد بالبائع لأنه لم يذكر فى العقد (١) « وكذلك بيع العينة — والبائع عليه الربا غير أن البائع لا يذكر فى العقد فلا يعتد به — صحيح عند الصحاحين وفى مذهب الشافعى (٢) .

(١) وقد لخص الاستاذ محمد يوسف موسى المذهب الحنفى فى زواج المحلل على الوجه الآتى : « يرى الامام أبو حنيفة انه ان كان بشرط التحليل كما أن قال الزوج الثانى حين العقد : تزوجتك لاحتك لزوجك السابق ، كان العقد صحيحا ، لان عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة ، فتحل الزوجة اذن لزوجها الاول بعد دخول الثانى بها وطلاقها منه ، الا أنه مكروه تحريرا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له . وعند أبى يوسف هو عقد فاسد ، لانه زواج مؤقت وأصل الزواج أن يكون دائما ، واذن فلا تحل للاول بعد تطليق الثانى لها . وعند محمد هو عقد صحيح ، الا انه لا يحل الزوجة لزوجها الاول بعد مفارقة الاول لها عقبا له ، لانه استعجل طلاقها من الثانى . وهذا كله اذا كان الزواج الثانى قد عقد بشرط التحليل أما اذا لم يقع على هذا الشرط ، وان كان هو القصد ، فلا يكون مكروها ، وتحل به لزوجها الاول . وعلى أن واحدا من الفقهاء ، وهو السروجى يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصا ، أى فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه فى العقد فيكرهه » . (الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى فقرة ٤٢٧ ص ٣٠٠) . انظر أيضا فى هذا الموضوع الزيلعى ٣ ص ٢٥٩ — ابن عابدين ٣ ص ٥٥٤ — ص ٥٥٥ .

(٢) بيع العينة هو حيلة للقرض بالربا ، فيشتري شخص من آخر شيئا بثمن مؤجل ، ثم يبيعه نفس الشيء بثمن معجل أقل من الثمن الاول ،

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 السلب يعتبر مشروعاً أو غير مشروع :

والفرق ربا . وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثاً ، فيشتري أحد المتعاقدين من الآخر الشيء بثمن مؤجل ، ثم يبيعه إلى الوسيط بثمن معجل أقل ، ويبيع الوسيط الشيء إلى بائعه الأول بنفس الثمن المعجل الذي اشتري به . فهنا البائع هو الربا ، ولا يؤثر في العقد عند الحنفية والشافعية لأنه غير ظاهر في صيغة العقد . أما عند الحنابلة والمالكية فهو باطل ، اعتداداً بالبائع ولو لم يظهر في صيغة العقد . ويلخص الاستاذ محمد يوسف موسى حكم بيع العينة في المذاهب المختلفة على الوجه الآتي : « ذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الامام الشافعي ، إلى أن هذا العقد جائز ، لأن ركنه من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ، ولا عبرة بالنية التي لانرفعها لعدم وجود ما يدل عليها . وأما الثمن الذي باع به المشتري للعين ، وهو ثمن أقل مما اشتراها به ، فهو في رأي الشافعي ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها . أما في مذهب الاحناف ، فقد أجاز أبو يوسف هذا البيع بلا كراهة ، وأجازه محمد مع الكراهة حتى أثر عنه أنه قال : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا . وعند الامام نفسه هو عقد فاسد ان خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقرض . وابن حنبل يرى ومثله الامام مالك أن هذا العقد يقع باطلاً » (الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي فقرة ٤٢٨ - فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٠ - ص ٣٠٢) .

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 والمحمول 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 بذية الشرب وبه نقول أن ذلك معصية ويكره أكل أجرته . »

وجاء في الفتاوى الخاتبة (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) « ذمى استأجر مسلماً ليحمل له خمراً ، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما يجوز استئجار الكنثاس . وقال صاحباه لا يجوز . وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الذمي دابة من مسلم أو سفينة لينقل عليها الخمر . وأن استأجر ذمياً لذلك ، جاز . وكذا الاستئجار لرعي الخنازير ، وإن استأجر المسلم ذمياً لبيع له خمراً أو ميتة أو دماً ، لا يجوز ، وإن استأجر الذمي مسلماً لحمل ميتة من الطريق أو جلد ميتة إلى موضع الدباغة ، جاز في قولهم ، وكذا لو استأجره لعصر العنب . . . ولو استأجر الذمي من مسلم بيتاً يبيع فيه الخمر ، جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا بأس لمسلم أن يؤاجر داره من ذمي ليسكنها ، 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 الذمي بيعة ليصلي فيها ، لم يحز . وكذا أهل الذمة إذا استأجروا ذمياً ليصلي بهم أو ليضرب لهم ناقوساً ، لا يجوز . ولو

أجر المسلم نفسه من الجوس ليو قد لهم النار لا بأس عندهم ، لأن التصرف في النار والانتفاع بها مباح بخلاف الانتفاع بالخر وحمل الخمر عندهم ... ولو استأجر رجلاً .. لينحت له طنبوراً أو يربطاً ففعل ، طاب له الأجر ، إلا أنه يَأْثَمُ به . وكذا لو استأجر رجلاً ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية طاب له الأجر . وكذا لو بن بالأجر بيعة أو كنيسة لليهود والنصارى ، طاب له الأجر . وكذا لو كتب لامرأة كتاباً إلى حبيبها بأجر . ولو استأجر مشاطة لتزين 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 موقته وكان العمل معلوماً ولم تنقش التماثيل والصور ، جازت الإجارة ويطيب لها الأجر ، لأن تزيين 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 يتهماً له إصلاح 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 ، وأن لم يوقتوا فسدت الإجارة وكان له أجر المثل على أهل البلدة على قدر مؤوتتهم ومنافعهم ، وقال بعضهم لا تصح هذه الإجارة على كل حال .. وأجمعوا على أن الاستئجار على تعليم الفقه باطل .. ولو استؤجر رجل لغسل الميت لا يجوز .. ولو استؤجر لحمل الجنازة ؛ 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 ، بمنزلة الدلال في البيع فإنه يستحق الأجر وإن كان البيع يكون من صاحب المئاع .

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

فاستتجار 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 استتجار المسلم الذمي لبيع خمر أو ميتة أو دماً فلا يجوز ، لأن هذا يلحق المسلم . ويجوز إيجار المسلم نفسه من الجوس ليوقد لهم النار ، كما يجوز استتجار الرجل ليكتب غناء بالفارسية أو بالعربية (٢) أو لبناء بيعة أو كنيسة لليهود أو النصارى أو لكتابة كتاب من امرأة إلى حبيلها .

ولا يجوز استتجار المسلم أو الذمي من الذمي بيعة ليصلي فيها ،

(١) والمبدأ الذي يجيز إيجار المسلم الدار من ذمي ليسكنها وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير ، لا يجيز على النقيض من ذلك ، للذمي أن يوصى بمال له لبناء مسجد ، أو العبرة في الحالتين بما يدين به المسلم ، والذمي إنما يعامل بديانته . فدينه يجيز 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 يجيز له أن يبنى مسجداً ، فوصيته بمال لبناء مسجد وصية باطلة . وقد أشار الاستاذ شكري قرداحي إلى هذا الحكم الأخير في الفقه الإسلامي في كتابه المعروف « القانون والأخلاق » (جزء ٢ ص ٢٩١) ، وأشار إلى نص فقهي يورده هذا الحكم على الوجه الآتي : « وثانيها أن يوصى بما هو معصية عندهم قربة عندنا ، كما لو أوصى أن يجعل داره مسجداً . . . فهي باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، لاننا نعاملهم بديانته » (مجمع الأنهر ٢ ص ٧١٧) .

(٢) ويأخذ الاستاذ بدرو ديب على هذا الحكم تعارضه مع الحكم القاضي بعدم جواز اجارة المغنية (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ١٩٧)

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 الحجر ، 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 لتزيين العروس ، فمن الفقهاء من يرى أن تزيين العروس لا يؤخذ عليه أجر وإنما تقبل فيه الهدية ، ومنهم من يرى أن تزيين العروس مباح فيؤخذ عليه الأجر . ويختلف الفقهاء في استئجار رجل ليحمل ظلامة قوم إلى الساطان ، فمنهم من يرى الجواز مادام أن الإجارة قد حدد لها وقت معين ، ومنهم من لا يميز الإجارة على هذا العمل . ويختلف الفقهاء أخيراً في الدلالة في النكاح ، وهذا ماسميناه 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 لاتعقد الزواج بنفسها وإنما يقوم بالعقد الزوجان (٣) .

(١) ولا يجوز استئجار المغنية أو النائحة حتى عند الشافعية ، وهم الذين يترخصون أكثر من غيرهم في الإباحة ، ذلك أن النية غير المشروعة هنا قد اختلطت بالعمل نفسه فاصبحاشيئاً واحداً (أنظر في هذا المعنى بدور ديب : بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣١ - ص ٢٣٢) .

(٢) ويلاحظ الأستاذ بدور ديب أن فقهاء الحنفية لا يجيزون في عقد الإيجار ما يجيزون 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 لأبوى الزوجة أو أحد أقاربها أن يأخذ من الزوج دراهم أو أى شيء كان لقاء تزويجها أو تسليمها ، وقد قال ابن البرزاز أن هذا نوع من الرشوة . الفتاوى البرزائية ، ص ١٥٤ - ص ١٥٥ بهامش الهندية . وهو حكم متفق عليه عند الحنفيين وغيرهم ، ويطبق على الأقارب وغير الأقارب . فقد

تطور فكرة المشروعية :

وفكرة المشروعية تتطور كما قدمنا ، 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

سئل صاحب الفتاوى الخيرية في رجل تزوج زوجة فتعرض له شخص يقول : هذه فلاحتي وأطلب عليها خلعاً ، هل يجوز أن يحكم بذلك أم لا . . . فأجاب : يحرم عليه ذلك باجماع المسلمين : الفتاوى الخيرية ، ص ٢٨١ . وشبيه بهذه المسألة ما استقر عليه اجتهاد القضاة في أوروبا من تحريم السمسرة في أمور الزواج ، باعتبارها ترتكز على سبب غير مشروع ومخالف للآداب » (النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ٢ ص ٩٨) بقيت المقامرة ، وهذه غير مشروعة بداهة في الفقه الإسلامي . وكذلك الرهان من الجانبين غير مشروع ، فلوتراهن المتسابقان على أن من يفوز منهما على صاحبه يأخذ منه مبلغاً من المال ، لم يجز ذلك . ولكن يجوز للغير أن يتعهد باجازه الفائز من المتسابقين ، ويكون هذا تشجيعاً للفائز وليس رهاناً كما يجوز لأحد المتسابقين أن يعد صاحبه إذا فاز عليه باجازه . والذي لا يجوز هو ، كما قدمنا ، أن يعد كل من المتسابقين الآخر باجازه إذا هو فاز ، فإن هذا يكون رهاناً (مجمع الأنهر ٢ ص ٥٤٩ - ٥٥٠ - الاستاذ شكرى قرداحى في القانون والاخلاق ، ص ٣٦٨ - ص ٣٦٩) .

الأجر حبس فيه . وإن لم يكن بينهما شرط ، يؤمر الوالد بتطبيب قلب المعلم وإرضائه . وهذا بخلاف المؤذن والإمام ، لأن ذلك لا يشغل الإمام والمؤذن عن أمر المعاش . قال الشيخ الإمام شمس الامة السرخسي رحمه الله تعالى أن مشايخ بلخ جوزوا الإجارة على تعليم القرآن وأخذوا في ذلك قبول أهل المدينة ، وأنا أفق 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 . 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 والفقه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به ، وعهد عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص : وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً ، ولأن القرية 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 ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز . بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فإنه يقدر عليها الأجير ، وكذا الأجر يكون للأمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا تشترط أهلية المأمور 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 ، استحسنا ذلك وقالوا بن أصحابنا المتقدمين الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات في بيت المال واقتقاد 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 حفظ القرآن . وأما اليوم فقد تغير ذلك كله ، واشتغل الحفاظ بمعاشهم ، وقل من يعلم حسبة ، ولا يتفرغون له أيضاً فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك ، فلو لم 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 ، واستقر الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب . وكان الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الأجر ، ويحبس عليها . وقال في النهاية يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضاً في زماننا ، ثم قال وفي روضة الزندويسني كان شيخنا أبو محمد الحيزاخزي 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 الذمي 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 الجوس ، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين . وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم في المصر » .

المبحث الثاني

نظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي وفي مذاهب أخرى

يعتمد بالمقاصد والنيات ولولم تذكر في المقصد :

ونظرية السبب في الفقه الحنبلي والفقه المالكي ، وبخاصة في الفقه الحنبلي ،

تبدو كما قدمنا أقرب إلى نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتين ، فالسبب هو الباعث على التعاقد ، ويعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر ، مادام يكون معلوما من الطرف الآخر ، فإن كان الباعث مشروعا 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 للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها . وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما ، فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحا تارة وفاسدا 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 خمرا معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبسا جائز ، وصورة الفعل واحدة . وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه على الإعانة على الأثم والعدوان ، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة . وكذلك عقد النذر

(١) بل هناك حالات يكون فيها السبب — أي الباعث — مانعا من تنفيذ العقد بعد انعقاده صحيحا . ففي الوديعة لا يرد المودع عنده الوديعة للمودع إذا أرادها هذا لارتكاب جريمة ، كمن أودع سيفا وأراد استرداده للقتل (الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠)

المعلق على شرط ينوى به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره ، وينوى به الحلاف والإمتناع فيكون يمينا مكفرا . . . وكذلك من أدى عن غيره واجبا 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 محلا 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 كرايس فيها عبارات النواح . (١)

(١) انظر في هذا المعنى بدرو ديب ، بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣٢ - ص ٢٤٣ - وكثيرا ما يعرض المالكية للسبب في صدد الكلام في المحل . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) : « واعلم ان الاعيان على قسمين : الاول مالا منفعة فيه أصلا ، فلا يصح العقد به عليه . . . الثاني ماله منفعة وهو على ثلاثة أقسام : الاول ما كان جميع منافعه محرمة ، وهو الذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه . . وقال في المتطية ومن اشترى من آله الله شيئا البوق وغيره فسخ البيع وادب أهله انتهى . الثاني ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه اجماعا . . الثالث ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة ، قال المازري فهو المشكل على الافهام ومزلة الاقدام ، وفيه ترى العلماء مضطربين ، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم . فان كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل منها تبعا فواضح الحاقه بالقسم الاول . . وان كان جل المنافع والمقصود منها محلا والمحرم تبع فواضح الحاقه بالثاني . . وان كانت منافعه المقصودة منها ماهو محلل ومنها ماهو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة ، قال المازري فهذا هو المشكل ، وينبغي ان يلحق بالمنوع . . وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم ، فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتبسا امرها هل هي مقصودة أم لا ، ويرى ماسواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لاجل كون المقصود من المنافع محلا ، ولا ينشط لاطلاق الاباحة لاجل الاشكال في تلك المنفعة هل هي مقصودة أم لا ، فيقف هنا المتورع ، ويتساهل اخر ويقول بالكراهية للالتباس ولا يحرم ، فاحتفظ بهذا الاصل فانه من مذاهب العلم ، ومن اتقنه علما هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب . »

ومجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد :

فإذا ذكر السبب ، أى الباعث ، فى العقد ، فقد دخل فى دائرة التعاقد واعتد به فى جميع المذاهب على النحو الذى قدمناه . أما إذا لم يذكر السبب فى العقد لا صراحة ولا ضمناً ، فإن المذهب الحنبلى يعتد به مع ذلك ، كما سبق القول ، بشرط أن يكون معلوماً من الطرف الآخر ، وهذا هو المنحى الذى نجاه الفقه اللاتين الحديث كما أسلفنا .

فمن باع عصير عنب ، ولم يبين المشتري أنه يريد إتخاذه خمرآ ، فقد رأينا المذهب الحنفى يصح البيع لأن السبب غير مذكور فى العقد . أما فى المذهب الحنبلى فالحكم يختلف ، ويعتد فى هذا المذهب بالباعث ولو لم يذكر فى العقد ، ما دام هذا الباعث كان معلوماً من الطرف الآخر : فإذا كان بائع العصير يعلم أن المشتري سيتخذ العصير خمرآ لم يصح البيع . وقد يستخلص علم البائع من القران وظروف الحال ، فمن باع عصير عنب إلى شخص يتجر فى الخمر فقد قامت القرينة على أن المشتري إنما يريد إتخاذ العصير خمرآ ، فلا يصح العقد . وقد جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٣ - ٢٨٤) فى هذا المعنى ما يأتى : « وبيع العصير ممن يتخذ خمرآ باطل . وجملة ذلك أن يبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذ خمرآ محرم . وكرهه الشافعى ، وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرآ فهو محرم ، وإنما يكره إذا شك فيه . وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثورى أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذ مسكرآ . قال الثورى بيع الحلال من شئت ، واحتج لهم بقول الله تعالى وأحل الله البيع ، ولأن البيع تم بأركانها وشروطه . ولنا قول الله تعالى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، وهذا نهى يقتضى التحريم . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لعن فى الخمر عشرة ، فروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم أنما جبريل ، فقال يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه

وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقبها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها .
أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس . . . وروى ابن بطة في تحريم
النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين أن قيسا كان لسعد بن أبي وقاص في أرض
له ، فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زيبياً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره ،
فأمر بقلعه ، وقال بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر . ولأنه يعقد عليها لمن يعلم
أنه يريد لها للعصية ، فأشبهه إجارة أمتة لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني 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 ، فإما 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 وهو 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 ، كإجازة الأمة للزنا
والغناء ، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ، ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى
فأفسد البيع كييع درهم بدرهمين ، ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي .

وكييع عصير العنب بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في
الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، وأجارتها للزنا ، وأجارة 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 ، مادام الطرف الآخر يعلم به . وقد جاء في
المغني (جزء ٤ ص ٢٨٤ — ٢٨٥) في هذا المعنى ما يأتي : « وهكذا الحكم في
محل ما يقصد به الحرام ، كييع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في
الفتنة ، وبيع الأمة للغناء أو إيجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ،
أو لتخذ كنيسة أو بيت نار ، وأشبه ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا .

قال ابن عقيل . وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال
 في القصاب والخباز : إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر
 لا يبيعه ، ومن يختلط 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 يتما وقد احتاج إلى بيعها . قال يبيعها على أنها
 ساذجة ، ف قيل له فإنها تساوى ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوى
 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 ، ف قيل يا رسول الله رأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن وتدهن
 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 باعوا
 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 .

فذكر منها :

ما جاء في الفروع (جزء ٢ ص ١٧١) : « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمرأً قطعاً . نقل الجماعة : إذا علم وقبل أو ظنا ، واختاره شيخنا . نقل ابن الحكم إذا كان عندك يريد للنيذ فلا تبعه ، إنما هو على قدر الرجل . قال أحمد : أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كرهوا بيع العصير ، وسلاحاً في فتنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه ، قال أحمد وقد يكون يقتل به ويكون لا يقتل به ، وإنما هو ذريعة له ولحربي ، وما كول ومشوم لمن يشرب عليهما المسكر ، وأقداح لمن يشرب فيها وجوز لقمار ، وأمة وأمرد لو أطيء دبر . ويصح بيع من قصد ألا يسلم مبيعاً أو ثمتاً ذكره في كتب الخلاف ، ومن اتهم بغلامه فدبره فقتل 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 سيوفا ، قال لا تباع ببغداد وتباع بالشعر ، ويتوجه أنه نذب ، وفي المنشور منع منه لاستعمالها في الفتن غالباً . »

وما جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٧) : « بيع العنب لمن يعصره خمرأً ، ويبيع ثياب الحرير بمن يلبسها ، غير جائز » . وانظر أيضاً المدونة الكبرى (١١ ص ٦٢ — ص ٦٩) .

ويقارن الشعراني في الميزان الكبرى (جزء ٢ ص ٧٤ وما بعدها) بين المذاهب الأربعة في هذا الصدد ، فيقول : ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أنه يصح بيع العنب لعاصر الخمر (١) مع الكراهة ، مع قول أحمد بعدم الصحة . فالأول فيه تخفيف ، والثاني مشدد . وجه الأول أن المقاصد هي التي يؤخذ بها العبد ، وأما الوسائل فقد يحال بين العبد وبينها ، فلذلك كان بيع العنب لمن يريد أن يعصره خمرأً غير حرام لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره . وكان البصري 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

(١) ومع ذلك فقد رأينا أن المذهب المالكي لا يجيز بيع العنب لمن يعصره خمرأً (الخطاب ٤ ص ٦٧) .

فهو حرام ولو بالقصد ، كما لو نظر إنسان إلى ثوب موضوع في طاق على ظن أنه امرأة أجنبية فإنه يحرم عليه ذلك ، فافهم » . (١)

(١) ولا شك في أن نظرية السبب في الفقه الحنبلي تقرب كثيرا من النظرية الحديثة للسبب في الفقه اللاتيني ، وتبعد في الوقت ذاته عن النظرية التقليدية التي وضع دوما أساسها . ويقول الأستاذ شكري قرداحي في هذا الصدد : أن 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 دوما ، بل هي فكرة القضاء حيث ينطوي السبب على الباعث الدافع الذي يحفز إلى التعاقد . فإذا نحن عزلنا الباعث عن السبب بالمعنى التقليدي ، كان العقد مشروعا . 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 جميعا أن الفقه الإسلامي قد صنع نظرية للسبب هي أبعد مدى وأوسع أفقا من نظرية السبب التي صاغها دوما - نظرية ، كالنظرية التي صاغها القضاء الفرنسي في الوقت الحاضر ، تعتد بالأغراض الذاتية التي حفزت أطراف التعاقد على الالتزام ، فتصل من وراء ذلك إلى إبطال التصرفات غير المشروعة (القانون والأخلاق ٢ ص ٢٨٥ - ٢٨٦) .

ويقول الأستاذ صبحي محمصاني أن نظرية الشريعة الإسلامية في السبب قريبة من نظرية القضاء الفرنسي ، لأنها لا تعتبر في العقد السبب فحسب ، بل تعتبر أيضا الباعث الشخصي إذا كان معصودا في العقد صراحة أو دلالة . ويورد الأستاذ محمصاني « قضية عرضت على مجلس المشاورين في قرطبة وخلصتها أن رجلا استدان من زوجته ثلاثين ديناراً وامهلتها لمدة خمس سنين ، ولكنه طلقها بعد سنة ونصف ، فقاضته زوجته تطالب حلول الدين وسقوط الاجل . فرفع القاضي أمرها إلى ذلك المجلس ، فافتى ابن عتاب لمصلحتها ، معللا بأن هذا الاتفاق كان ملحوظا فيه ود الزوجية واستدانة الصحية فاما وقد انفصمت فقد زال السبب الموجب للتأجيل : تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ ص ٦٨ . وبمعناه روى عن ابن حنبل وغيره أنه قال في هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها استمالة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها : القواعد لابن رجب رقم ١٥٠ ص ٣٢٢ - البهجة شرح التحفة ٢ ص ٦٥ - ومن أكثرى فندقا أو حماما ، فأنجلى أهل البلد عنه أو قل وارده ولم يجد من يسكنه ، فلا كراء عليه : البهجة شرح التحفة ٢ ص ٣٣ - ويشترط بقاء السبب لدوام العقد ، فقد ورد في المجلة أنه لو حدث عذر مانع لأجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة . مثلا لو استؤجر طباح للعرس ، ومات أحد الزوجين تنفسخ الإجارة . وكذلك تنفسخ الإجارة بوفاة الصبي أو الظئر ، ولا تنفسخ بوفاة المسترضع : م ٤٣٣ (النظرية العامة للموجبات والعقود ٢ ص ٩٦ - أنظر أيضا في شرط استمرار السبب قائما ببقاء العقد الأستاذ محمد يوسف موسى في الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص ٣٩٣) .

يكفي في علم الطرف الآخر بالسبب أنه تذكره الظروف بحيث

ينبغي أنه يعلم :

ويعتد المذهب الحنبلي بالبائع ، لو لم يذكر في العقد ، كما قدمنا . 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 البائع 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 أو فداء . وكذلك الهدايا التي تهدي للعمال ، فأنها تحمل على الرشوة ، وإذا وهبت امرأة لزوجها صداقها ، فينبغي أن يعلم الزوج أن البائع على الهبة هو استدامة الزواج ، فإن طلقها بعد ذلك فقد اختل البائع ، 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 الايمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة : (منها) مسائل العينة . (ومنها) هدية المقرض قبل الأداء ، فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة . (ومنها) هدية المشركين لأمير الجيش ، فإنه لا يختص بها على المذهب ، بل هي غنيمة أو فداء على اختلاف الأصحاب . (ومنها) هدايا العمال ، قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدي للأمير فيعمل 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 سألها 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 وديعة فأداها ، فأهديت إليه هدية ، أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة . وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة . (ومنها) ما نص عليه أحمد في رواية ابن ماهان 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 القاضى على أنها إن كانت مأخوذة في المجلس فلحققت بالعقد ، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك . (ومنها) ما حكاه الأثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية فيفرق بينهما ، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردده ، وإن كان أهدى هدية يردد منها عليه ، قال القاضى في الجامع لأن هذه الحالة تدل على أنه وهب لها بشرط بقاء العقد ، فإذا زال ملك الرجوع فيها ، كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا في الفرق القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر ، وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر ، فأما الفسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد ، كأجرة الدلال ونحوها ، ففي النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بأقالة أو نحوها لم يقف على التراضى فلا يرد الأجرة ، وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه ، وقياسه في النكاح أنه إن فسخ 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 الحنبلى .

ففي مذهب الزيدية ، جاء في المنتزع المختار (جزء ٣ ص ١٩ — ص ٢٠)
« يحتز بما منفعته غير حلال ، نحو المزامير والأدفاف والدراريح وما أشبهها ،

فهذه لا توضع في العادة إلا لفعل محرم 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 يتخذه خمرأ ، والخشب إلى من يصنعها من امير ، 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 والعبيد من الكفار ونحوهم جائز ، وكذلك إذا عوض بأدنى منه . وأما بيع ذلك منهم ، فإن كان لامضرة على المسلمين جاز أيضاً ، وإن كان ثم مضرة فظاهر قول الهادي والوالى أنه لا يجوز البيع إليهم لأنهم يستعملونه في معصية . . . أنه إن قصد نفع نفسه صح البيع وجاز له ذلك ولكن يكره ، وإن قصد نفعهم عصى بلا خلاف . وهل ينعقد البيع أم لا ، قال في التنوير عن أبي طه أنه ينعقد ، 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 متاولاً للجلد والكاغد ، ويرد بالغلط الزايد على المعتاد .

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

(١) ويقول الاستاذ بدور ديب ان الاحكام التى يقرها المذهب الجعفرى في هذه المسألة تنطوى على كثير من المرونة والتنوع . فاذا اخذنا المثل المأثور الخاص ببيع عصير العنب ، وهو المثل الذى تتلاقى عنده المذاهب المختلفة

وفي مذهب الظاهرية ، جاء في المحلى لابن حزم (جزء ٩ ص ٢٩ — ص ٣٠) :
« ولا يحل بيع شيء من يوقن أنه يعصى الله به أو فيه وهو مفسوخ أبدأ ،
كبيع كل شيء يندب أو يعصر من يوقن أنه يعمله خمرأ ، وكبيع الدراهم الرديئة
من يوقن أنه يدلس بها ، وكبيع الغلمان من يوقن أنه يفسق بهم أو يخصيهم ،
وكبيع المملوك من يوقن أنه يسيء ملكيته ، أو كبيع السلاح أو الخيل من
يوقن أنه يعدو بها على المسلمين ، أو كبيع الحرير من يوقن أنه يلبسه ، وهكذا
في كل شيء ، لقول الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على
الإثم والعدوان ، والبيوع التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان
بلا تطويل وفسخها تعاون على البر والتقوى . فإن لم يوقن بشيء من ذلك
فالببيع 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 من يجعله خمرأ . »

ويصلح أن يكون معيارا مشتركا لها جميعا ، نجد أن فقهاء الجعفرية يبدؤون
بالتمييز بين ما إذا كان العصور متخمرأ أم لا . فإذا كان متخمرأ فالببيع
لا يجوز ، لأن حالة البيع تنم 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 ، بان ذكر المشتري
صراحة في العقد أنه أراد العصور لاتخاذ خمرأ ، فلا خلاف في بطلان البيع .
أما إذا لم تكشف نية المشتري ، فهنا أيضا يجب التمييز بين ما إذا كان
البائع يجهل ما يقصد إليه المشتري أو كان يعلم ذلك . فإن كان يجهل قصد
المشتري فالببيع صحيح . أما إذا كان يعلم هذا القصد ، وجب التمييز مرة
أخرى بين ما إذا كان البائع متواطئا مع المشتري في تنفيذ قصده ، أو كان
لاشأن له في ذلك وإنما هو يقوم بشأن مألوف من شئون التجارة . ففي الحالة
الاولى ، يكون البيع غير جائز . أما في الحالة الثانية ، فقد اختلف الرأي :
اذ يرى بعض الفقهاء أن البيع يبقى غير جائز ، ولكن الكثرة يذهبون الى أن
البيع يصح ولكنه يكون مكروها . وتسرى هذه الاحكام في الاحوال المماثلة
كايجار السفن والمساكن لاغراض غير مشروعة ، وكبيع الخشب لصنعه
أصناما » (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤) .

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

مقدمة البطلان :

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

(١) البطلان بوجه عام .

(٢) أحكام العقود المتسمة بالبطلان ^(١) .

المبحث الاول

البطلان بوجه عام

مسائل محل :

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 .

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

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

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 لكل من هذه الأركان نوعاً واحداً من الشروط ، فيما عدا 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 ذى أهلية ، وأن يكون غير معيب . فإذا صدر التراضي من ناقص الأهلية ، أو كان معيباً بأن كان مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، فأن ذلك لا يمنع من وجود التراضي ، ولكنه يكون غير صحيح .

أما شروط المحل — وهى شروط الانعقاد وشروط الصحة في وقت واحد — فهي أن يكون المحل ممكناً ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، صالحاً للتعامل فيه بأن يكون مالا متقوماً مشروعاً أى غير مخالف للنظام العام والآداب .

وأما السبب فليس له إلا شرط واحد ، هو أن يكون مشروعاً أى 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 منعدم ، وبطلان يجعل العقد باطلاً ، وبطلان مطلقاً ، وبطلان يجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً .

فالعقد المنعدم هو ما انعدم فيه ركن من الأركان الثلاثة التي لا بد من قيامها حتى يتسكون العقد : التراضي أو المحل أو السبب . فعقد الهازل منعدم ، وكذلك العقد الصوري ، لانعدام التراضي . والتعاقد على محل غير موجود أصلاً منعدم ، لانعدام المحل . والتعاقد لسبب لا وجود له منعدم ، لانعدام السبب . والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو ما قامت فيه الأركان الثلاثة ، ولكنه 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 ، فهنا 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 العاقلين مشوباً بعبث ، بأن وقع هذا التعاقد في غلط أو دلس عليه أو كان مكرهاً أو كان ضحية استغلال ، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً على تفصيل فيما يتعلق بالاستغلال ، أي أن العقد يكون باطلاً من جهة واحدة هي جهة من كان رضاؤه معيباً إذ البطلان قد تقرر لمصلحته .

انتقاد النظرية التقليدية — التقسيم الثنائي والبطالة المنزج :

وكثرة الفقهاء تنحى على النظرية التقليدية تفريقها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، إذ أن هذا التفريق يصطدم مع المنطق ثم أنه لا فائدة فيه . أما أنه يصطدم مع المنطق ، فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني ، فهو في الانعدام يستوى والعقد المنعدم ، ولا يمكن أن يتماثل إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تماثل في العدم . وأما أن التفريق بين هذين النوعين من البطلان غير ذي فائدة ، فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الأجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع من الأمر أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ بدأ هذا الفقه بتقرير قاعدة أساسية هي ألا بطلان في عقد الزواج دون نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان ، وذلك صيانة لهذا العقد الخطير من الإضطراب والنزعزع . فما لبثت حالات بطلان أن قامت في عقد الزواج ، وهي حالات لا شك فيها ولكن لم يرد في شأنها نص تشريعي ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد وكما إذا تولى العقد من ليست له صفة رسمية في توليه . فخلق الفقه الفرنسي نظرية انعدام العقد لتغطية هذه الحالات ، فإذا كان عقد الزواج واضح البطلان ولكن لا يوجد نص تشريعي يستند إليه هذا البطلان ، قيل أن العقد منعدم وليس باطلاً فحسب . وكان الأولى عدم التقييد بالقاعدة الضيقة التي تقضى بأن البطلان في عقد الزواج لا يكون بغير نص تشريعي ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على عقد الزواج فأن طبيعته تغاير طبيعة العقود التي تدخل في دائرة المعاملات المالية . فإذا سلمنا أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق لا أساس له ، خلاص لنا ، بدلا من التقسيم الثلاثي للبطلان وهو التقسيم الذي تقول به النظرية التقليدية ، تقسيم ثنائي يندرج فيه الانعدام في 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 الثلاثي غير ضروري ويكفي أن يحل محله تقسيم ثنائي ، بل من جهة أن هذا التقسيم الثلاثي غير كاف فهو تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات ، وينبغي أن تكون مراتب البطلان متدرجة في غير حصر دون قصرها على مراتب ثلاث . وأصحاب هذا الرأي يقولون أن القانون عين شروطا للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تقابل هذا الشرط . فتتعدد وجوه البطلان ، وتتنوع مراتبه في غير حصر ، تبعاً للأغراض التي توخاها القانون . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي ، وفي 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 يحتج 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 مائلاً ليست له مراتب محصورة ، فيتزعزع 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 غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التفريق بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً .

بل خير من التقسيم الثلاثي والتقسيم الثنائي معا — 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 بالأبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (المرحلة الثانية) يلي فيها العقد أحد المصيرين : (١) فاما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقادم ، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشئاً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . (٢) وإما أن يتقرر بطلانه ، فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً ، كما نرى ، لا يعدو في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير 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 ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً

على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق .

تأصيل البطلان — الرجوع إلى القسم التالى :

على أن رد أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانونى ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضى شيئاً من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة الفنية الرجوع إلى التقسيم الثنائى ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقاً أو باطلا بطلانا نسبياً ، أو كما يقول التقنين المدنى المصرى الجديد يكون العقد باطلا أو قابلاً للإبطال . ونقف عند هذا التقسيم الثنائى ، على أن تتولى تأصيله :

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . فإذا كان البطلان يرجع إلى اعتبارات شكلية ، كان العقد الشكلى الذى لا يقوم فيه ركن الشكل باطلا ، ولكن بالقدر الذى تخلف فيه الغرض الذى يرمى إليه القانون من وراء الشكل . ذلك أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، فالقانون هو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الاختلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الاجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ مدنى) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ مدنى) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فى فرض دون فرض ، كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذى يختاره . ونحن فى هذه الدائرة وحدها — دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب — نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان فى 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 أيضا إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٤٦ مدني) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ مدني) . 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 ، تتولى الآن تفصيلها .

ذلك بأن للعقد كما قدمنا أركاناً ثلاثة ، هي التراضي والمحل والسبب ، ولكل ركن شروط يجب أن تستوفي . فإذا انعدم أي ركن من هذه الأركان ، فإن العقد لا يقوم طبيعياً ، ونعبر عن ذلك بأن العقد باطل . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالتراضي يشترط في انعقاده — ونُدع الآن شروط صحته — التمييز ومطابقة القبول للإيجاب ، والمحل يشترط فيه الامكان والتعيين والمشروعية ، والسبب تشترط فيه المشروعية . فشرطا التمييز ومطابقة القبول للإيجاب في التراضي ، وشرطا الامكان والتعيين في المحل ، هي شروط طبيعية لا يتصور أن يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية في كل من المحل والسبب ، إذا لم يكن شرطا طبيعياً ، فهو شرط يفرضه القانون لحماية المجتمع . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، فإن العقد لا يقوم ، ويكون باطلاً . والبطلان هنا إما بطلان تقتضيه طبيعة الأشياء فيتحتم النزول على مقتضاها ، وإما بطلان يمليه القانون لحماية المصلحة عامة . فالعقد الباطل إذن هو عقد منعدم طبيعياً أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، والحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح أجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

بقيت شروط الصحة في ركن التراضي . وقد قدمنا 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 مادام 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 يحميّه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد كما له أن يحيزه ، وقبل طلب الإبطال أو الإجازة ينفذ العقد وتترتب 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 للحماية 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 ، فهذا دليل على أنه لم يضر بالعقد أو أنه قد نزل عن حقه الخاص ، وفي الحاليتين لا يكون في حاجة إلى حماية القانون .

ويخلص 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 المقارنة 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 ، فينتج العقد آثاره فيما بين العاقلين ، 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 ، فيتولى القضاء إسقاط العقد ، أو يسقط بحكم الاتفاق أو القانون ، بالرغم من نشوئه صحيحاً منذ البداية . وأقرب مثل يقابل ذلك في الفقه الإسلامي هو العقد عند ما يفسخ أو يفسخ بخيار العيب .

(٤) الشرط الفاسخ والشرط الواقف ، ويترتب على الشرط الفاسخ تعليق فسخ 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 كمثله للشرط الواقف .

وإذا كانت هذه النظم المختلفة تتلاقى مع نظام البطلان في أن العقد في كل منها ينحل وتعدم 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 عجالة 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 .

مواز الربوع في العقد بأرادة أحد العاقلين :

قد يزول العقد ، قبل أن ينقضى ، بانحلاله (dissolution) . وانحلال العقد غير إبطاله (annulation) ، كلاهما زوال للعقد (disparition) ، ولكن الانحلال يرجع إلى عقد نشأ صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال

فيرد على عقد نشأ غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وينحل العقد قبل انقضاءه (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 الذي 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 رجعي .

١ . مثل العقد الذي 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 بالتقاضي (٣) الإيجار وعقد العمل إذا كانا غير محددى المدة . وفي هذين العقدین يجوز لكل من العاقدين إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

(١) ففي الوكالة يجوز للموكل في أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥ مدني) ، كما يجوز للموكل أن ينزل في أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦ مدني) . وفي الشركة غير محددة المدة يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة على أن يعلن إرادته في الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق (م ٥٢٩ مدني) . وفي العارية يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣/٣ مدني) ، كما يجوز للبعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها في أحوال معينة (م ٦٤٤ مدني) ، وفي

الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده، وللودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢ مدني)

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

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

ب — ومثل العقد الذي يحق لأحد العاقلين دون الآخر أن يستقل بإلغائه: (١) المقاولة، وفيها يجوز لرب العمل أن يلغي العقد قبل انقضائه بمحض إرادته. (٢) الهبة، وفيها يجوز للواهب الرجوع في الهبة ولكن بالتراضي أو بالتقاضي. (٣) القرض وعقد الدخول الدائم وعقد التأمين على الحياة، وفي هذه العقود يجوز لأحد العاقلين دون الآخر إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة.

(١) ففي المقاولة لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفقته من المصروفات

وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣/١ مدني).

(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 عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ — ٥٠٣ مدني) ، وهذا الإلغاء يتم بالتراضي أو بالتقاضي .

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

عدم سريانه العقد في حق الغير :

قد يكون العقد صحيحا ينتج أثره فيما بين العاقدين ، ولكنه لا يسري في حق الغير . مثل ذلك :

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

(٢) تصرف المدين المعسر في ماله إضراراً بحقوق دائنيه صحيح فيما بين العاقلين ، ولكنه لا يسرى في حق الدائنين إذا طعنوا في هذا التصرف بالدعوى البولصية .

(٣) العقد الحقيقي في الصورة صحيح فيما بين العاقلين ، ولكنه لا يسرى في حق الغير . والغير هنا هم الدائتون والخلف الخاص لكل من العاقلين إذا كانوا مجهولون وجود هذا العقد ، ولهم في هذه الحالة أن يتمسكوا بالعقد الصوري .

(٤) التصرف غير المسجل في العقار صحيح فيما بين العاقلين ، ولكن لا يحتج 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 يحتج به على الغير . والغير هنا هو الخلف الخاص للعاقد والدائن الحاجز .

بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين العاقلين ، 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 عدم السريان . وقد يقر المالك الحقيقي العقد ، فيزول البطلان وعدم السريان في وقت واحد (١) .

(١) ويتصل ببيع ملك الغير مجاوزة النائب للحدود المرسومة لنيابته ، فالنائب إذا جاوز حدود النيابة لا تكون له ولاية في التصرف ، فإذا تصرف

ويجبين بما 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 الأجازة (confirmation) والإقرار (ratification) ، فالإجازة تصدر في العقد القابل للإبطال من العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته فيقلب العقد صحيحاً ، أما الإقرار فيصدر في العقد غير الساري في حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد سارياً في حقه .

فسخ العقد وانفساه :

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 يفسخ بأثر رجعي ، فيستند أثر الفسخ إلى وقت نشوء العقد .

ولذلك لا يكون الفسخ إلا للعقد الملزم للجانبين . ففي كل عقد ملزم للجانبين ، كالبيع والإيجار ، إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، فلم يسلم

==

كان في مركز البائع لملك الغير ، والاصيل هو الغير ، له أن يقر التصرف فينفذ في حقه ، أو لا يقره فيسقط . وتعاقد الشخص مع نفسه هو مجاوزة لحدود النيابة المرسومة ، فإذا وكل شخص شخصاً آخر في بيع داره ، لم يجز للوكيل 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 للغير وهو هنا الموكل أن يقر البيع .

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

البائع مثلا 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 منشيء 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 منشيء 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 مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم أحد العاقلين بتنفيذ التزامه ، فعند ذلك يتحتم على القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، ولكن الحكم هنا لا يزال منشيئاً للفسخ .

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

وينفسخ العقد أيضاً من تلقاء نفسه وبحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقلين 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 يحملها على عدم الزواج حتى تنفرغ لثرية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة ، ولكنها تزول بأثر رجعي إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها . وقد زالت الهبة بأثر رجعي ، 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 ، 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 ينفذ في الحال على أن يفسخ إذا لم يرض المشتري السلعة بعد تجربتها في مدة معينة .

وقد نصت المادة ٢١٤/٢ من التقنين المدني المصري على بيع التجربة في حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو الآتي : « ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع 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 كعقد 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 بصددده ، كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر بطلانه . و نتناول 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 الحد للشبهة 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 أيضا العطاء اللاحق في المزايدة 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 باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله » .

ومن ذلك نرى أنه يجب أن يكون هناك عقد باطل في أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى ، لأنه لو كان باطلا في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه ، فإن أي جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلا ، وإنما قد يكون هناك محل لتحويله إلى عقد آخر صحيح كما سنرى . ومن ذلك أيضا نرى أن العقد المنتقص ينتج أثراً أصليا لا أثراً عرضيا ، 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 باطله ، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالملوك ، وهذا ما لم يثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لستم في الملوك دون الموقوف .

ويتبين من ذلك أن القاعدة التي تقضى 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 ، كالاتفاق 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 لستم 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 المدني الألماني سار التقنين المدني المصري الجديد .

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد ينطوى رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً ، لا كواقعة مادية بل كتصرف قانونى ، ولكنه أنتج أثراً عرضياً لا أثراً أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر ما يأتى :

(١) كميالة لم تشوف الشكل الواجب قانوناً ، فتحول من كميالة باطلة إلى سند دين عادى صحيح ، وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ١٠٨ من التقنين التجارى . (٢) كميالة مسحوبة من قاصر ليس تاجراً أو من ناقص الأهلية ، فتكون باطلة طبقاً للمادة ١١٠ من التقنين التجارى ، وتحول من كميالة باطلة إلى سند دين عادى 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 فى ورقة رسمية يذكر فيه ثمن يكون نافهاً إلى حد أنه لا يصلح ثمناً ، فيكون باطلاً باعتباره بيعاً ، ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة استوفت الشكل الرسمى . (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 ، فى عشرين من شهر مارس مثلاً ، على المستأجر بالإخلاء ، فهذا التنبيه باطل باعتباره تنبيهاً ينهى الإيجار فى آخر شهر مارس ، فيمتد الإيجار إلى آخر شهر ابريل . ويجوز أن يتحول هذا التنبيه الباطل إلى تنبيه صحيح صدر لإنهاء الإيجار فى آخر شهر ابريل ، فيعتبر تنبيهاً بالإخلاء لم يتأخر صدوره عن خمسة عشر من شهر ابريل . (٦) بيع صدر من البائع فى 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 المشتري بإبطال البيع ، في بيع ملك الغير ، وكان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ مدني) . ويمكن القول هنا أن عقد البيع بعد إبطاله تحول إلى عقد صحيح غير مسمى ، يشترط التزاما في ذمة البائع بتعويض المشتري عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه (١) .

ويشترط لتحويل التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة :

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

(١) انظر في هذا الموضوع رسالة « على الآلة الكاتبة » في تحول التصرف القانوني للدكتور أحمد يسري « جامعة هيدلبرج بألمانيا » - وقارن ص ١٤٤ هامش رقم ٧ من هذه الرسالة .

عقد آخر . وإذا كان التصرف باطلا في شق منه صحيحا في الشق الآخر ، وكان التصرف قابلا للانقسام ، لم يكن هناك محل لتحول التصرف ، بل لانتقاصه ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام ، فإنه يبطل بأكمله ، وقد سبق بيان ذلك . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحول التصرف الذي أبطل بأكمله إلى تصرف آخر ، كما قد يكون هناك محل ، في حالة الانتقاص ، لتحول الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح على النحو الذي قدمناه .

ثانيا - 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 للتحول . أما مجرد تعديل التكيف القانوني للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائما فليس يتحول ، كما إذا كلفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكيف الخاطئ ليس تحولا بل هو تفسير للتكيف الصحيح للتصرف . وإذا كان هناك تصرف آخر ، وجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطويا في مجموعه على عناصر التصرف الآخر . ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمنا فعليا ، فالتنبيه الباطل الذي ذكر فيه أن الإيجار ينتهي في آخر مارس منطو على أن الإيجار ينتهي في آخر أبريل وإن كان لا يتضمن ذلك فعلا . على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا ينطوى عليه التصرف الأصلي ، فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولا . مثل ذلك شخص باع أرضا 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 ١٣٤ مدني من أنه « ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ،

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . وتطبيقا لهذا النص ، يظل الشخص الذي اشترى شيئا وهو يعتقد أنه أثرى مرتبطا بالعقد ، إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراؤه . فليس في هذا تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى (١) ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجودا 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 وإجازه . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه ، يؤدي قانونا إلى جعله صحيحا . فعرض البائع على المشتري الشيء الأثرى الذي قصد شراؤه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطا بالعقد كما قدمنا وإدخال العنصر الجديد — الشيء الأثرى — على العقد أدى قانونا إلى جعل العقد صحيحا . وفي الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، فعرض ما يكفي لرفع الغبن هو إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه . وفي الغبن يعتبر تصحيحا لبيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل إذا كان في البيع غبن يزيد على الخمس ، ويعتبر تصحيحا لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون مانقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس . وتصحيح العقد غير مراجعة القاضى للعقد . فالتصحيح يكون بحكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون الا في عقد نشأ معينا منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معينا كإنقاص الإلزام في الاستغلال وفي عقد الإذعان .

(١) قارن ص ١٤٥ من رسالة الدكتور أحمد يسرى في تحول التصرف القانونى .

وقد تكون في عقد نشأ صحيحا كاستكمال القاضى للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان وكإتفاص الإلتزام المرهق في نظرية الحوادث الطارئة . أما تحول العقد فهو ، كما رأينا استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير ادخال أى عنصر جديد . وعدم ادخال أى عنصر جديد هو الذى يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته . وأما فى إجازة العقد فنستبقى عناصر العقد القابل للإبطال كما هى ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة . ويستبقى أيضا العقد المجاز ذاته دون أن يحل محله عقد جديد ، وفى 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 فتستبقى العقد الأصيل ولا تدخل عليه عناصر جديدة .

ثالثا — جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصيل . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، وإلا لما كان هذا تحولا ، بل كان إعمالا للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها (١) . ولا يمكن على كل حال أن يكون المتعاقدان قد أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، لأنهما لم يكونا يعلمان ببطلان التصرف الأصيل حتى يريدان تصرفا آخر يحل محله . وإنما هما قد أرادا التصرف الأصيل ، فعليه وحده قد انصبت إرادتهما الحقيقية . ثم نتساءل بعد

(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 أن التصرف الباطل قد تحول الى عدول صحيح عن الوصية . ذلك أن التصرف الباطل التالى للوصية تستخلص منه إرادة ضمنية — ولكنها إرادة حقيقية . . فى العدول عن الوصية السابقة . فليس الامر هنا أمر تحول ، لان التحول لا يقوم على إرادة حقيقية كما قدمنا ، بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية (انظر فى هذا المعنى الدكتور أحمد يسرى فى تحول التصرف القانونى ص ١٨٣ — وقارن الوسيط جزء أول فقرة ٣٠٦) .

ذلك : لو كان المتعاقدان وقت أن أبرما التصرف الأصلي علما ببطلانه ، أكان من المحتمل أن يريدوا التصرف الآخر ؟ فإن كان هذا محتملا ، وقع التحول . فالتحول إذن يقوم ، لا على إرادة حقيقية ، بل على إرادة مفروضة ، يستخلصها القاضي فيفرضها القانون . يستخلصها القاضي من الغاية العملية التي يريد المتعاقدان الوصول إليها ، وقد اختارا لها طريقا قانونيا تبين ببطلانه . 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 قصدها . 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 أرادوا 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 كمبيالة باطلة ، وكان عنده قبل ذلك سند عادي ثبت الدين ، فالكمبيالة الباطلة لا تتحول إلى سند عادي ، لأن القرائن دلت هنا على أن غاية الدائن من الحصول على الكمبيالة ليس هو الوصول إلى مجرد دليل يثبت الدين ، بل الحصول على أداة بالذات لها مميزات خاصة هي الكمبيالة . فلو علم المتعاقدان ببطلان الكمبيالة وقت تحريرها ، لما

انصرفت إرادتهما المحتملة إلى السند العادى ، إذ هو موجود عند الدائن من قبل . فلا تتحول الكميالة فى هذه الحالة إلى سند عادى ، بالرغم من عدم قيام إرادة عكسية تستبعد السند العادى .

ومن ذلك نرى 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 رأى الأخير لا يجوز الأخذ به ، لأن معناه أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأسمى ، فتصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . فالإرادة الاحتياطية هى ، كما نرى ، إرادة حقيقية ، ويكون المتعاقدان قد أراد تصرفاً باطلاً فى 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 تمييزاً 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 الأسمى الباطل إلى تصرف آخر يذبح آثاره القانونية فى الحال . ويتم التحول بحكم القانون لا يعمل القاضى ، ولا تريد مهمة

(١) انظر الدكتور أحمد يسرى فى تحول التصرف القانونى ص ٩١ - ص ٩٢ و ص ١٨٥ - ص ١٨٦ .
 (٢) سالى فى الاعلان عن الارادة م ١٤٠ فقرة ١٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٠ .
 (٣) انظر على سبيل المثال رسالة الدكتور أحمد يسرى فى تحول التصرف القانونى ص ٩٣ و ص ١٨٤ - ص ١٨٥ .

القاضي 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 للقاضي أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة الى طلب من الخصوم .

٢٨ — الآثار الأصلية للعقد الباطل

ما الذي يبرر أنه 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 لاسيما إذا اصطحب بحسن النية ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل .

فالظاهر المستقر الذي اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبق 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 أيضا ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا .

أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية:

من ذلك الشركة التجارية التي لم تستوف الإجراءات الواجبة قانونا ، فإنها تقع باطلة ، ومع ذلك فقد قضت المادة ٤٥ من التقنين التجاري بأنه إذا قضى بإعلان الشركة ، فإن تصفيته حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت

قبل طلب البطلان تجرى وفقا لشروط الشركة التي قضى ببطلانها . وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا . ووجه ذلك أن الشركة التي قضى ببطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية ، تنتج الآثار التي تنتجها الشركة الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحا ، ويجوز للشركاء الربح ويتحملون الخسارة ويقسمون مال الشركة طبقا للشروط التي اتفقوا عليها في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني المصري من أنه « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر أبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . وبقيين 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 لأي سبب — يبقى بالرغم من بطلانه مترتبا عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن . ويتصل بذلك أيضا العقد الصوري ، وهو عقد لا وجود له ، ومع ذلك يعتبر قائما بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري تصرفات الوارث الظاهر ، فإنها تبقى قائمة رعاية لاستقرار التعامل .

المبحث الثاني

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

العقد الباطل والعقد القابل للإبطال :

قدمنا أن العقد المتسم بالبطلان إما أن يكون عقدا باطلا أو عقدا قابلا 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 نفذ العاقد باختياره ، سواء كان يعلم بالبطلان أو لا يعلم ، كان له أن يسترد ماسلم تنفيذاً للعقد . ولو تسلم المشتري البيع بعقد باطل وتصرف فيه لآخر ، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع من تحت يد من تصرف له المشتري ، إذ أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشتري حتى يصبح 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 معدوم ، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجز . 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 سلبوه». ولكن ذلك يحمل على أن القانون هو الذي يعين الجزء على مخالفة الشكل كما قدمنا، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعب في الشكل قابلا لأن تلحقه الإجازة. أو يقال إن الهبة الباطلة لعب في الشكل يتخلف عنها، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته، التزام طبيعي، فإذا قام أحد منهم بتنفيذه مختارا كان هذا وفاء لا يسترد طبقا لقواعد الالتزام الطبيعي.

ولكن يجوز عمل من مبرر :

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 قانوني صادر من جانب واحد هو المحيز، ولها أثر رجعي 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. ولذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد، ويكتفى بتوافرها في المحيز وقت الإجازة.

§ ٢ - التقادم

دعوى البطلان تسقط بالتقادم :

كان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم، لأن العقد الباطل معدوم، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد. ولكن التقنين المدني المصري الجديد، تمشيا مع القضاء الفرنسي ومع بعض الفقهاء الفرنسيين، نص في المادة ٢/١٤١ على ما يأتي: « وتسقط 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 أوضاعا

قد استقرت منذ صدور العقد الباطل وبقيت دهرًا طويلًا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلاً ، ولكن الدعوى ببطلانه 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 المشتري ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى البطلان لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض في يده ولم يسلمها المشتري ، 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 .

وحقاً إذا سلم البائع الأرض المشتري ، 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 يسيرة الإثبات ، مضطراً الآن 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 ، مالم 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 مدني) .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلبه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلبه ، 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 .

٣٨ — تقرير البطلان

من الذي يتمسك بالبطلان :

سواء كان تقرير بطلان العقد الباطل عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع ، فإن الذي 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 يكفي . 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 العاقلين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشتري حتى يسترد الثمن . ودائتو كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضا بطريق مباشر ، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضا بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقا عينيا أو شخصا بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فالمرتبه من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتبه 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) والدائتو (٣) والخلف العام (٤) والخلف الخاص .

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

من 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 أى وقت كما قدمنا . ويجوز إبداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

كيف يتقرر البطلان :

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

ولكن قد تقضى الضرورة بالحصول على حكم ، ويتحقق ذلك فى بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع فى بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ويريد أن يسترده ، فعليه أن يرفع دعوى البطلان فى مدى خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع حتى يسترد المبيع . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لاسيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضى كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، فى مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة فى التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه . والحكم الذى يصدر فى دعوى البطلان ليس منشأً ، 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

استئينا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية قد تترتب على العقد الباطل — وأرجع كل شيء إلى أصله ، وراز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية . فإذا كان العقد يعاو تقرر بطلانه ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يردده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك ، وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا 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 قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام وهي تقضى بأن المشتري إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسؤولاً 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 سوء النية ، أى 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 ، رهنها 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

مخافة أمطام العقد القابل للإبطال لا أمطام العقد الباطل :

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

وإنما 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 أولاً يحكم كما سبق القول . ولكن الحكم بإبطال العقد من شأنه للبطلان لا كاشف عنه ، وهو في ذلك كما لحكم 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 بنزول صاحبه عنه وهذه هي الإجازة ، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل وهذا هو التقادم . 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 .

١٨ — الإجازة

العقد القابل للإبطال تلحق بالإجازة :

قدما أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال مادام بطلانه لم يتقرر ، لأن له وجودا قانونيا وإن كان هذا الوجود مهددا بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر . والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان . فناقض الأهلية ومن شاب رضاه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . وشذ بيع ملك الغير ، إذ تصح إجازته ، لامن المشتري خسب وهو الذي يملك التمسك بالبطلان ، بل أيضا 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 الميز 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 . فناقض الأهلية لا يستطيع إجازة العقد مادام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجازته صحيحة مادام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو افترض 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 المجيز في الإجازة واضحة . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان وهو عالم بأن له هذا الحق ، أو بأنيانه 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 ، واستتجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع . ولكن مجرد السكوت عن طلب إبطال العقد لا يعتبر إجازة مهمطالت المدة ، إلا إذا سقط الحق في هذا الطلب بالتقادم .

أثر الإجازة :

وإذا أجزى العقد القابل للإبطال ، زال حق المتعافد 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 بحسب ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعافدين ، 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 المرتهن ، وتنقل 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 .

٨٢ - التقادم

الدعوى والرفع بسفطان 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 عينا ، 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 رهنا ، 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 وتقدمها في العقد القابل للإبطال . فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يمتلئ 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 المدنى المصرى الجديد على ما يأتى :

- « ١ — يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .
 « ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى 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 فى العقد القابل للإبطال فى التقنين المدنى المصرى السابق خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . فرؤى فى التقنين المدنى الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى فى 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 فى إبطال العقد يتقادم فى هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هى 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 فى حالات استثنائية كالحالة التى تقدم ذكرها (١) .

(١) ويلاحظ أن دعوى الإبطال فى حالة نقص الأهلية لها ميعاد تقادم واحد ، هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية . ولا تتقادم هذه

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 (أنظر 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 لامدة تقادم ، فلا ينقطع سريانها .

§ ٣ — تقرير البطلان

مهر الذي يتمسك ببطلان العقد :

العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد العاقدين ، فهذا العاقد 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 .

الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، لان هناك احتمالا لا يزول نقص الأهلية ، فلا يرتفع الحجر أو يبلغ القاصر سن الرشد ، الا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس عشرة سنة أو تكاد ، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الأهلية . فأراد المشرع ان يبقى لناقص الأهلية مدة بعد استكمال أهليته يرفع فيها دعوى الإبطال ، وهي ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الأهلية .

وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب إرادته العيب هو الذى يتمسك بإبطال العقد .

وفى بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذى يتمسك بالإبطال .
ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم . ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للعاقـد ، فيستعملون حقه فى طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .

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

مـنـى مـجـوز التـمسـك بالإبطال :

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

كـيـف يـتـقـرـر البـطـلـان :

قد منّا أن العقد القابل للإبطال له وجود قانونى الى أن يتقرر بطلانه ، ومن ثم لا بد فى تقرير البطلان من التراضى أو التقاضى . أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية فى كل منهما . فإذا لم يتم الإتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى والبطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد ، أى أن هذا الحكم هو الذى ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما فى العقد الباطل ، ولكن اذا رفعت دعوى الإبطال أو دفع به ، ووجد القاضى سببه

قائماً ، فهو لا يملك الا 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 .

فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من التقنين المدني الألماني بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه 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 مادفعه ، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه . وقد كان المشروع النهائي للتقنين المدني المصري الجديد يميز إبطال 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 تقر الأغلبية قبول هذا الحكم ، فتقرر حذف هذه الفقرة الثانية « توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بإبطال ، وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية » (أنظر 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 الى الغير ، فهو في هذا والعقد الباطل سواء .

يزول كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين ، ويجب إرجاع كل شيء الى أصله كما في العقد الباطل . فإذا كان العقد القابل للإبطال بيعا وتقرر بطلانه ، رد المشتري المبيع الى البائع ، ورد البائع الثمن الى المشتري ، على التفصيل الذي قدمناه في العقد الباطل . وإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد العاقدين وتقرر بطلانه ، فإن ناقص الأهلية يسترد مادفع تطبيقا للقواعد التي قدمناها . أما العاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية الا 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 ملتزما الا بالقدر الذي أثرى به » .

ويزول كل أثر للعقد أيضا بالنسبة إلى الغير . فإذا رتب المشتري بعقد قابل للإبطال على العين التي اشتراها حقا عينيا ، 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 الإبطال البيع الصادر منه يسترد العين من المشتري الثاني ، وهذا عين ما قررناه في صدد العقد الباطل .

الفرع الثاني

نظرية البطلان

في الفقه الإسلامي

نمبر

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة :

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

والعقد في الفقه الإسلامي ، من حيث البطلان والصحة ، أكثر تدرجا 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 نافذا لازماً .

فيبقى إذن أقسام أربعة للعقد ، الباطل والفساد والموقوف والنافذ ، تنولى 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 ، وبقيّة العناصر الأخرى ليست إلا شرائط للركن أو أوصافاً له . وهذا يكشف عن النزعة الموضوعية الواضحة للفقه الإسلامي ، فالتعبير عن الإرادة ، أي الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة هو ركن العقد ، ولا ركن غيره .

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

(١) أنظر الجزئين الأول والثاني من مصادر الحق في الفقه الإسلامي — هذا وندع جانباً بعض العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والسلم والصرف وبيع الأموال الربوية ، وكذلك الشكل في بعض العقود كالشهود في الزواج .

(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 والمحتوه 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 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 مقدور التسليم (٢) معيناً أو قابلاً للتعين (٣) صالحاً للتعامل فيه أى مالا متقوماً بملوكاً. 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 مقدور التسليم (٦) محل معين أو قابل للتعين (٧) محل صالح للتعامل فيه أى مال متقوم بملوك (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 ،

-
- (١) أنظر الجزء الثالث من مصادر الحق .
 (٢) وتمكن اضافة السبب المشروع ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، الى هذه العناصر السبعة .

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 ، لاتكفى لصحته . بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة ، وجودها ضرورى لصحة العقد . فإذا تخلف وصف منها ، اعتبر العقد منعقدا بالرغم من ذلك لاشتراكه على الركن وشرائطه أى لتوافره على أصله ، ولكنه ينعقد فاسدا لخلل فى وصفه . وبذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل . فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه .

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

فالأَسباب 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 .

العقد الموقوف :

في عناصر العقد التي قدمناها وفي 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 ومن 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 لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به ، فالعقد الذي يصدر منه واقعاً على هذا المحل يكون موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر .

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره . ومن التصرفات ما يكفي فيه مجرد التمييز ، ومنها

(١) وحكم بيع المنقول قبل قبضه مختلف فيه ، ومن يرى أن هذا البيع فاسد يرجع الفساد للضرر « أنظر المبسوط ١٣ ص ٩ — ص ١٠ » .

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 صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن نقصه أحد عنصرى النفاذ : الملك أو الأهلية .

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف . فالشافعية ينكرون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ ، وسيأتى بيان ذلك .

وفي المذهب الحنفى ذاته رأى يذهب إلى أن العقد الموقوف عقد غير صحيح ، ويأتى فى مرتبة بين العقد الباطل والعقد الفاسد . فالعقد عند من يقولون بهذا رأى (أنظر الكاسانى فى البدائع) ، إما عقد غير صحيح ويشمل العقد الباطل فالعقد الموقوف فالعقد الفاسد على هذا الترتيب ، وإما عقد صحيح ويشمل العقد النافذ فالعقد اللازم . ولكن رأى الراجح فى 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 فى أدناها ، ويليه فى القوة العقد النافذ فالعقد اللازم كما سبق القول . جاء فى البحر الرائق : « والشايخ طريقتان . 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 الذى فيه الخيار على إسقاطه . ومنهم من جعله قسيما للصحيح ، وعليه مشى الشارح الزيلعى ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وقسمه فى فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل وفاسد وموقوف ، فجعله من غير الجائز ، وبدأ بالجائز النافذ . وفى السادس من جامع الفصولين أن يبيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية ، ولم أر فيما عندى 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 المشتري اهـ . وإنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لأنني قررت في المدرسة الصرغتمشية حين إقراء الهداية أن بيع الفضولي صحيح عندنا ، فأذكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم وادعى فساده ، وهو فاسد لما علمته « (البحر الرائق ٦ ص ٧٠) .

والذي أوقع اللبس في مرتبة العقد الموقوف ، وهل هي من مراتب العقد الصحيح أو من مراتب العقد غير الصحيح ، ما وقع من الاضطراب في حكم بيع المكروه وبيع الهازل . فبيع المكروه قد تضاربت المذاهب في حكمه ، وسرى أن هناك من يقول إنه باطل ومن يقول إنه فاسد ومن يقول إنه موقوف ومن يقول إنه نافذ غير لازم ، ويتردد في بعض كتب الفقه أنه فاسد موقوف (البحر الرائق ٥ ص ٢٧٧ — ابن عابدين ٤ ص ١٠٤ — ص ١٠٥) ، فيتدخل الموقوف في 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 لزوم عند من يقول بعدم اللزوم . ومن ثم يكون بيع المكروه غير صحيح عند من يقول ببطلانه أو فساده ، وهو صحيح عند من يقول بوقفه أو بعدم لزومه . فلا يتدخل العقد الموقوف في العقد الفاسد ، ولا يكون قسماً منه . أما بيع الهازل فقد اختلفوا في 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 لافساد ولا موقوف . فلا يتدخل الوقف في الفساد ، ولا يتلاقى الفساد مع الوقف أصلاً . فالعقد الفاسد غير العقد الموقوف ، الأول غير صحيح والثاني صحيح ، فيكون العقد الموقوف إذن قسماً من العقد الصحيح (أنظر في هذا المعنى ، بحثاً في العقد الموقوف للدكتور زكي عبد البر في مجلة القانون والاقتصاد ٢٥ ص ١١٦ - ص ١٢١) .

العقد النافذ غير الملزم :

إذا اجتمعت للعقد عناصر الانعقاد والصحة والنفاذ ، فصدر العقد من أهله في محل قابل لحكمه ، وكان العاقد له الولاية على محل العقد والأهلية الواجبة للتصرف الذي يباشره ، فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً ، فأنتج الآثار التي 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 والغارية 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

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

الرؤية وخيار العيب ، إذا ثبت خيار منها لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد ، وسيأتى بيان ذلك .

فإذا كان العقد قابلاً لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضا العاقد الآخر ، إما لأن طبيعته تقتضى 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 ، فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه ، ويلزم كلا من العاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معاً على التقايل منه . وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود (١) .

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

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

(١) وحتى إذا بلغ العقد هذه المرتبة العليا من القوة ، فهناك من العقود الصحيحة النافذة اللازمة عقود مكروهة ، ورد النهى عنها لا لأصل فيها ولا لصفة ملازمة لها ، ولكن لأمور مجاور غير ملازم ، وذلك كببيع النجش وبيع الركبان وبيع الحاضر للبادى . وفي رواية عن أحمد أن هذه العقود فاسدة ، وفي رواية أخرى أنها مكروهة ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر الجزء الثانى من مصادر الحق في الفقه الإسلامى) .

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

ليس له وجود شرعى ولا 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 خمرأً من مسلم ، كان بيعه كذلك باطلاً لا أثر له ، لأن المبيع ليس بمال متقوم ، وكذلك يكون باطلاً لا أثر له بيع السمك فى البحر والطير فى الهواء ، لأن المبيع مال مباح . وأى تصرف يصدر من صبي غير مميز أو من مجنون يكون باطلاً لا أثر له ، لانعدام التمييز فى العاقد . وقل مثل ذلك فى كل عقد لم يتوافر فيه ركنه وشرايطه التى تقدم ذكرها .

جاء فى البدائع : « ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلاً ، لأن الحكم للوجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة . لأن التصرف الشرعى لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً ، كما لا وجود للتصرف الحقيقى إلا من الأهل فى المحل حقيقة ، وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاحق والمضامين وكل ما ليس بمال ، وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى ، لأن أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالاً مطلقاً ، والمكاتب حر يداً فلم يكن مالاً على الإطلاق ، والمستسعى عند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين . وكذا بيع الخنزير من المسلم ، لأنه ليس بمال فى حق المسلم . وكذا بيع الخمر ، لأنها ليست بمتقومة فى حق المسلم ، لأن الشرع أسقط تقومها فى 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 لاقيمة إذ التقويم ين على العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولاقيمة له ، وإذا لم ينعقد ، يبطل ضرورة . . واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم . قال عامتهم يبطل ، وقال بعضهم يفسد . والصحيح أنه يبطل ، لأن المسمى ثمنًا ليس بمال أصلا وكون الثمن مالا في الجملة شرط الإنعقاد . 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 مالا يكون مشروعًا بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعًا 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 شرعًا ولا ينتج 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 سلبه تنفيذًا 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 اثن للبائع ، كان للبائع أن يسترد المبيع وللمشتري أن يسترد اثن .

ولو تسلم المشتري بعقد باطل المبيع وتصرف فيه لآخر بالمبيع 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 يحزه ، كان له أن يسترده ، كما تقدم القول .

جاء في الفتاوى الخانية : « بيع الصبي الذي لا يعقل والمجنون .. باطل .. والبيع الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض ، حتى لو كان المبيع عبدا فأعتقه لا ينفذ إعتاقه .. ولو باع أم الولد وسلمها ، لا يملكها المشتري .. والمشتري بالميتة والدم لا يملك وأن قبض » (هامش الفتاوى الهندية ٢ ص ١٣٣) .

والظاهر أن مذهب مالك يجعل الرد يفوت في البيع الباطل — وهو والفاسد سواء في هذا المذهب — بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة ، وبتعلق حق للغير بالمبيع ، كرهنه إذا لم يقدر الرهن على خلاصه لعسره فلو قدر للملاءته لم يكن فوتاً ، وكإجارتته اللازمة (الشرح الكبير للدردير في هامش الدسوقي ٣ ص ٧٤) . فيحتمى المذهب المالكي الغير في العقد الباطل ، كما يحتميه المذهب الحنفي في العقد الفاسد على ما سنرى ، لاختلاط العقد الباطل بالعقد الفاسد في مذهب مالك كما تقدم القول . ولو فات المبيع باطلاً على البائع ، على النحو الذي رأيناه ، وجب على المشتري أن يرد للبائع القيمة في القيمي والمثل في المثل . فإذا زال المفيت 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 الفوات راجعاً إلى تغير السوق ثم عاد السوق إلى حالته الأولى ، فلا يرتفع حكم المفيت ولا يجب على المشتري الرد (الشرح الكبير للدردير في هامش الدسوقي ٣ ص ٧٥) .

وفوت الرد أيضا في مذهب مالك بتغير المبيع زيادة أو نقصا في يد المشتري (الشرح الكبير للدردير في هامش الدسوقي ٣ ص ٧٢ - ٧٣) .

ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة :

ولما كان العقد الباطل غير موجود شرعا ، فإنه لا يتصور أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لا تلحق إلا عقدا موجودا قابلا لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة . والعقد الباطل ، كتصرف شرعى ، معدوم وغير قابل لإنتاج أى أثر ، ومن ثم لا يمكن إجازته .

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

ولمكة العقم الباطل فم ينتج أثرا كواقعة مادية لو كان صرف شرعى :

والعقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعى فإن له وجودا فعليا ، وإذا لم ينتج أثرا كتصرف شرعى فمن الجائز أن ينتج أثرا كواقعة مادية .

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

(أولا) انتقال الضمان إلى المشتري : فإذا فرضنا ، فى عقد بيع باطل ،
أن البائع سلم المبيع إلى المشتري ، فإن البيع الباطل كتصرف شرعى لا ينتج
أثرا كما قدمنا ، فهو لا ينقل الملك للمشتري . وإذا هلك المبيع فى يد المشتري ،
فقد كان ينبغى أن يهلك على البائع ، لأن المشتري قبض المبيع بإذنه دون أن
ينقل الملك إليه فيكون أمانة فى يده ، والأمانة تهلك على مالكها فتهلك 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 فى 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 حاصلاً لتحقيق مصلحة للمشتري فتكون يد المشتري يد ضمان ،
ومن ثم يكون الهلاك عليه لاعلى البائع ، قياساً على سوم الشراء حيث يقبض
العائد العين لتحقيق مصلحة له فيكون الهلاك عليه .

وقد ورد فى البدائع فى هذا المعنى ما يأتى : « ثم إذا باع مالا بما ليس
بمال حتى بطل البيع ، فقبض المشتري المالا بإذن البائع ، هل يكون مضمونا
عليه أو يكون أمانة ؟ اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم يكون أمانة ، لأنه مال
قبضه بإذن صاحبه فى عقد وجد صورة لامعنى ، فالتحق العقد بالعدم ، وبقي
إذنه بالقبض . وقال بعضهم يكون مضمونا 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 بن أحمد الطواويسى — وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة . وعند البعض . كشمس الأئمة السرخسى وغيره ، يكون مضمونا بالمثل أو القيمة ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولها ، كخلاف الكائن بينهم في أم الولد والمدير إذا بيعا فماتا عند المشتري ، لا يضمهما عند أبي حنيفة ، ويضمهما عندهما . والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع ، كأن يقول أذهب بهذا فإن رضيتته 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 ثمننا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله إن رضيتته اشتريته بعشرة سلناه ، وهو منتهى في تسمية المحرم كالخر . وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعاه ، 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 مضمونا » (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 بالتعدى : درر . قوله وصحح في القنية ضمانه الخ ، قال في الدرر وقيل يكون مضمونا ، لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء ، وهو أن يسمى الثمن فيقول أذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر . أما إذا لم يسمه فذهب به فملك عنده ، لا يضمن . نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى ، كذا في العناية اه . . . لكن في النهر واختار السرخسى وغيره أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة ،

لأنه لا يكون أدنى حالا 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 مضمونا في يد المشتري ، لأن المشتري قبضه لنفسه ولتحقيق مصلحته ، فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وهذا هو الحكم في مذهب مالك . جاء في الخطاب : « وإنما ينتقل ضمان الفاسد (أى الباطل) بالقبض : هذا قول ابن القاسم . وأما الملك فقال في التوضيح وإن قلنا إن الضمان في المبيع يبعأ فاسدا ينتقل بالقبض ، فالملك لا ينتقل بذلك ، بل لا بد من ضمانة الفوات » (الخطاب ٤ ص ٣٨٠) . وجاء في الشرح الكبير للدردير : « ولما أنهى الكلام على ما أراد من البياعات التي ورد النهي عنها ، أتبع ذلك بما يوجب ضمان المبيع على المشتري فيها . فقال وإنما ينتقل ضمان مبيع البيع الفاسد ، على البت متفقا 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 لورد المشتري السلعة لبائعها على وجه الأمانة أو غيرها ، كما لو استثنى ركوها مدة وأخذها بعد قبض المشتري لها فاسدا فهلكت فالضمان على البائع . ورد المبيع فاسدا لربه إن لم يفت وجوباً ، ويحرم انتفاع المشتري به مادام 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 مالا غلة له رجع بها ، وإن أنفق على ماله غلة لا تنفي بالنفقة رجع بزائد النفقة . فإن فات المبيع فاسدا بيد المشتري ، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب بالثمن الذي وقع به البيع ، وإلا يكن مختلفا فيه بل متفقا على فساده (وهو الباطل) ، ضمن المشتري قيمته إن كان مقوما حينئذ أى حين القبض ..

وضمن مثل المثل إذا بيع كيلا أو وزنا وعلم كيله أو وزنه ولم يتعذر وجوده ، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد ، ومحل رد القيمة في الجراف حيث لم تعلم مكيلته بعد وإلا وجب رد المثل » (الشرح الكبير للدردير في هامش الدسوقي ٣ ص ٧٠ — ص ٧١ — وانظر أيضا حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ ص ٣٥ — ص ٣٦ — الخرشى ٥ ص ٨٥ — ص ٩٣) .

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

(ثانيا) عقد الزواج : الزواج باطلا كان أو فاسدا — 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 . فالدخول مقترنا بعقد زواج باطل أو فاسد واقعة مادية تستوجب طبيعتها أثارا معينة ، كدره الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر .

جاء في البدائع في هذا الصدد ما يأتي : « وأما النكاح الفاسد ، فلا حكم له قبل الدخول . وأما بعد الدخول ، فيستعلق 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 محلا 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 حاجة النكاح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ، ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة فوجب المهر . فجعل منحقدا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ،

ولا ضرورة قبل إستيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقد آقبله...
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 تتقوم بالعقد
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 أو جنباً كمال القيمة في العقد الفاسد ، كذا ههنا .
ولنا أن العاقدين ما قوما المنافع بأكثر من المسمى ، فلا تتقوم 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 رضىت بذلك القدر
لرضاها بمهر مثلها . واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنها من أى 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 أن 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
بتكرار الوطء إلا مهر واحد ، ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ، ولو
دخلته شبهة حتى امتنع 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 . والخلو في النكاح الفاسد لا توجب العدة ،
لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه ألحق بالنكاح في المنافع المتوفاة حقيقة مع
قيام المنافع لحاجة الحاكم إلى ذلك ، فيبقى في حق غير المستوفى على أصل عدم ،
ولم يوجد إستيفاء المنافع حقيقة بالخلو » (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 أبوزهرة في هذا الصدد : « وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح ، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد . وهو ثبت للوطء بشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذي لم تتوفر 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 — أبى 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 ، أخذنا برأى الأئمة الثلاثة ، إن الزواج الباطل أو الفاسد يبقى منعقدا في حق المنافع المستوفاة حقيقة ، ويبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ، وهو ما يصرح به صاحب البدائع فيما قدمناه .

انتقاص العقد في ماله البطلان :

ويمكن القول بأن الفقه الاسلامي يعرف فكرة انتقاص العقد في حالة البطلان . ونستعرض في هذا العدد 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 وخمر 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 فيها ، ولزمه في ملكه ، ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته « (القوانين الفقهية ص ٢٦٠) . ونرى من ذلك أن البيع ، في مذهب مالك ، إذا كان في شق منه صحيحا وفي شق باطلا ، ففي رأى تكون الصفقة كلها باطلة ، وفي رأى آخر ينتقص البيع ، فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح بقسطه من الثمن . أما إذا كان البيع في شق منه نافذا وفي شق موقوفا ، صح البيع في الشقين . فإذا أجزى الشق الموقوف ، نفذ البيع في الشقين جميعا . وإذا لم يجز الشق الموقوف ، انتقص العقد فنفذ في شق وسقط في الشق الآخر .

وفي المذهب الحنفي تفصيل ننقله عن الزيلعي فيما يأتي : « ومن جمع بين حر وعبد ، أو بين شاة ذكية وميته ، بطل البيع فيهما . وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف ، صح في القين وعبد و المالك . 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 ، فيستقدر الفساد بقدر المفسد ، بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمن لأنه يبقى بيعا بالحصصة ابتداء وهو لا يجوز . وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل ، وهذا لأن الحر والميته لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية ، فيكون قبول العقد في الحر والميته شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل . وأما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة . وقال زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع ، ولا يتصور ذلك لا انتفاء المحلية في المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب ، وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال ، فيفسد كالفصل الأول . والفرق بين الفصلين — لأبي حنيفة مطلقا ولهما إذا لم يفصل التثنى — أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ، ثم ينقض في حقه ، فينتقسم التثنى عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد . وفي الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلا ، فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعا بالحصصة ابتداء فلا يجوز لجهالة التثنى 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 بيعا 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 محررا عن الملك والتملك ، فصار كما لو جمع بين حر وعبد ، ذكره الفقيه أبو الليث في نوازلہ . 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 أيضا : 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 إلا إذا تبين أنه ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فالعبرة إذن بقصد العاقدین . أما في الفقه الحنفي 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 نافذا وفي شق موقوفا ، دخل المبيع كله في العقد إذ ينعقد البيع في الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته ، بقى الشق النافذ بحصته من الثمن ، وهذا جائز لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء كما قدمنا . ويتفق في هذا الرأي الأئمة الثلاثة ، ويخالفهم 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 صحيحا وفي شق باطلا ، لم يدخل في العقد إلا الشق

الصحيح لعدم الانعقاد في الشق الباطل ، فيكون بقاء الشق الصحيح وحده يبيعا بالخصه 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 صفتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة ، فتصح واحدة وتبطل الأخرى . وفي هذه الحالة الأخيرة ينتقص العقد عند الصاحبين ، فيبقى الشق الصحيح قائماً لأنه ليس بيعاً بالخصه من الثمن ابتداء ، بل هو ليس بيعاً بالخصه من الثمن أصلاً إذ قد عين الثمن في هذا الشق الصحيح مستقلاً منذ البداية .

وفي مذهب الشافعي خلاف في جواز انتقاص العقد ونقله عن المذهب للشيرازي فيما يأتي : « إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه ، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان . أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس بإبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما ، فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقياً 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 درهما بدرهمين . ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن ، وذلك أنه إذا باع حراً وعبداً بألف ، سقط ما يخص الحر من الثمن ، فيصير العبد مبيعاً بما بقي ، وذلك مجهول في حال العقد فيبطل ، كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته 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 لجهالة العوض ، لم يبطل البيع

فما 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 يمسكه بقسطه لأنه لم يبدل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما . . فإن قلنا يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه . وإن قلنا يمسك 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 ثمن (المذهب ١ ص ٢٦٩ — وانظر أيضا الوجيز للغزالي ١ ص ١٤٠) .

ونلاحظ أنه لا يرد في مذهب الشافعى أن يكون العقد في شق نافذا وفي شق موقوفا ، فالعقد الموقوف في هذا المذهب كالعقد الباطل . والصورة التي ترد هي أن يكون العقد في شق صحيحا وفي شق باطلا . وفي المذهب آراء ثلاثة : (١) رأى يذهب إلى جواز انتقاص العقد دائما ، فيبقى الشق الصحيح قائما ويسقط الشق الباطل ، وللمشتري 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 إطلاقا ، لأن العقد جمع حلالا وحراما فقلب التحريم . فيبطل العقد في الشقيق جميعا 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 يمتلئه الجهل بالعوض كالنكاح . فإذا لم يحز انتقاص العقد لجهالة الثمن ، سقط العقد في شقيه جميعا ، ورد المشتري المبيع كله واسترد الثمن . وإذا جاز انتقاصه في الأحوال المشار إليها ، بقي الشق الصحيح قائما وسقط الشق الباطل ، والمشتري الخيار بين فسخ البيع في الشق الصحيح وبين إرضائه لتفريق الصفقة عليه ، على التفصيل الذي أشرنا إليه فيما تقدم .

وفي المذهب الحنبلي خلاف أيضا ننقله عن المغن 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 حلالا وحراما فغلب التحريم ، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين . ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه كما لو باع شقصا وسيفا ، 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 بشيء لأدعى وبهيمة . واما 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 وخمر 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 العوض فيها ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال ، فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة . وإن لم يعلم ،

مثل ان اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه او عبتن فبتن انه لا يملك إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والامساك لأن الصفقة تبعضت عليه . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه (المغنى ٤ ص ٢٩١ - ص ٢٩٣ - وانظر ايضا المرداوى ٤ ص ٣١٦ - ص ٣٢٣) .

فالظاهر فى مذهب أحمد أنه يجوز انتقاص العقد إذا كان العوض ينقسم على المحل بالأجزاء او كان العقد ليس معاوضة كالرهن والهبة ، فى الحالتين لا توجد جهالة العوض . ويبقى الشق الصحيح فى العقد قائما ، ويسقط الشق الباطل . ولا خيار للبشترى إن كان علما بأن أحد شقى العقد باطل لأنه دخل على بصيرة ، وإلا فله الخيار . أما البائع فلا خيار له إطلاقا ، لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه .

ويتبين مما قدمناه من أحكام انتقاص العقد فى المذاهب المختلفة أن نظرية انتقاص العقد معروفة فى الفقه الإسلامى ، ولكن المعيار فيها موضوعى ، بخلاف الفقه الغربى فالمعيار فيه ذاتى .

المبحث الثانى

حكم العقد الفاسد

تتميز العقد الفاسد فى المذهب الحنفى :

يتميز العقد الفاسد ، كمرتبة خاصة فى البطلان ، فى المذهب الحنفى دون غيره من المذاهب كما قدمنا . وفى المذاهب الأخرى لا يتميز بين عقد باطل وعقد فاسد ، وسواء كان العقد غير مشروع بأصله ووصفه أو كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه ، فالعقد باطل فى الحالتين .

أما المذهب الحنفى فيقيم العقد الفاسد إلى جانب العقد الباطل ، ويرسم لكل منطقة سبق تحديدها ، ثم يجعل للعقد الفاسد أحكاما تتميز عن أحكام

العقد الباطل ، إذ يجعل العقد الفاسد منعقدآ له وجود شرعى ، ويرتب على هذا الوجود بعض الآثار .

فتسكلم إذن فى مسألتين : (١) التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى المذهب الحنفى (٢) الآثار التى تترتب على العقد الفاسد .

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

فى المذهب الحنفى

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 وشرائطه . والركن هو الإيجاب والقبول . وشرائط الركن فى الصيغة هى التوافق ما بين الإيجاب والقبول واتحاد المجلس ، وفى العاقد العقل والتعدد ، وفى المعقود عليه الإمكان والتعيين والصلاحيّة للتعامل . أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل ، فلا يكون المحل منهيّا عنه ، ويكون منهيّا عنه إذا كان هناك ضرر فى 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 ، فى 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 الذكّر 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 ، والباطل والفساد سيان .

ما فتح به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

وأهم ما يحتاج 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 المالك أو ترتيب الالتزام . وذلك أن إبرام العاقد لعقد منهي عنه عصيان لأمر الشارع ، فكيف يترتب أثر على أمر هو في نظر الشارع عصيان ، وإذا ورد نهى عن تصرف ، فذلك لا يكون إلا لبيان إن هذا التصرف قد خرج عن الشرعية ، وإذا أخرج الشارع تصرفاً عن الشرعية فليس ذلك إلا حكماً منه ببطان هذا التصرف . وقد قال النبي عليه السلام : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد » . والتصرف المنهي عنه وقوع لهذا التصرف على غير ما أمر به الشارع ، فيكون رداً أي مردوداً . ومعنى رده ألا يكون له أثر ، وهذا هو معنى البطان .

(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 ، فدخله شرط فاسد مثلاً ، لم يجز أن نعتد بهذا الشرط الفاسد وإلا لما كان هناك معنى للنهي 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 التراضي، وقد قال الله تعالى : « يأبى الذين آمنوا
 لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض » ،
 وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه » .
 فلم يبق إلا أن نسقط العقد والشرط معاً لنهى الشارع عن العقد المقترن بشرط
 فاسد ، فلا ينتج العقد الفاسد أى أثر ، ويختلط بالعقد الباطل ويكونان من
 البطلان بمنزلة سواء . ومن ثم لا يجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

« المحتجج به الحنفية فى 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 فى الحقيقة عن
 غير البيع لا عن عينه . 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 فى الجملة ، فإن حمل
 ورود النهى عن غير البيع أولى ، لأن فى الحمل على البيع نسخ المشروعية وفى
 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 النهى عن البيع إنما هو نهى عن غير بيع لا عن عينه ، يبق
 أصل البيع قائماً سليماً من الخلل ، فانعقد ، فيأتى من جهة النهى الفساد لا البطلان .
 ومن ثم يكون البيع الفاسد بيعاً منعقداً ، فيفيد الملك فى الجملة استدلالاً بسائر
 البياعات المشروعة . والدليل على أنه يبيع أن البيع فى عرف الشرع هو مبادلة
 مال متقوم بمال متقوم ، وقد وجد ، فكان بيعاً .

(ثانيا) انعقد الإجماع على أن البيع الخالي من الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك . وذكر هذه الشروط في البيع لا يصح ، فالتحقق ذكرها بالعدم . فالبيع مقترنا بهذه الشروط كالبيع خاليا عن المفسد ، وقد تقدم أن البيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع .

(ثالثا) تجب التفرقة بين النهي الوارد على الأصل والنهي الوارد على الوصف . فالأول ينصب على ماهية العقد أى أركانه ، فلا يكون للعقد وجود في نظر الشرع لعدم تحقق ماهيته . ولكن إذا وجدت الأركان سالمة عن النهي ، فقد وجدت الماهية ، فانعقد العقد . فإن اقترن بوصف ملازم منهى عنه ، وجدت ماهية التصرف سليمة من الخلل ولحق الخلل الوصف ، فينعقد العقد ولايسرى إليه النهي الوارد في الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته إياه . فيكون العقد منعقدا ، ولكن يجب فسخه مادام هذا الوصف مقترنا به ، فإذا زال الوصف زال الخلل . يؤيد ذلك أن الماهية إذا كانت سالمة عن المفسدة وكان التهي في وصف خارج عنها ، ثم قلنا بسقوط العقد مطلقا لسوينا بينه وبين العقد الذي لم تسلم ماهيته عن المفسدة ، أو قلنا بصحة العقد مطلقا 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 .

(رابعا) إذا ورد النهي من الشارع لأمر خارج عن الأركان ، فالأركان سالمة والتصرف موجود بوجودها بالرغم من قيام النهي عن الوصف . ويمكن التوفيق بين الوجود والنهي ، فالوجود قائم من حيث أن الأركان سالمة ، والنهي يمكن إعماله من حيث نسخ التصرف ووجوب التخلص منه ، وهذا هو حكم العقد الفاسد .

والتوفيق بين الوجود والنهي غير ممكن إلا في المعاملات . أما العبادات

فهى قربات خالصة ، والنهى عصيان ولا يتصور اجتماع نية القربة مع نية العصيان . ولذلك لا تكون العبادات إلا صحيحة أو باطلة ، والفاسد منها يكون فى حكم الباطل . ويلحق عقد الزواج بالعبادات ، فلا فارق بين فاسد الزواج وباطله حتى عند الحنفية ، ويرجع ذلك إلى ما فى الزواج من الحل والحرمه ومعنى التقرب به إلى الله تعالى ، فالتحقق بالعبادات (الاستاذ على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية ص ٢١٨ . وأنظر ايضا ما نقله الأستاذ محمد أبو زهرة عن حاشية الأزهرى فى كتابه الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٢٩ ص ٣٦٣ ومقاله تعقيبا على ذلك ص ٣٦٤ — وأنظر الاستاذ محمد يوسف موسى فى الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ٦٢٨ ص ٤٤٤)

ولا شك فى أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه ، والتميز تبعا لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها ، وسنكشف عن روعة هذه الصناعة عند ما نتكلم فى الآثار التى تترتب على العقد الفاسد . وقبل ذلك نقل بعض النصوص الفقهية التى وردت فى شأن التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، تأييدا وتفنيدا .

بعض النصوص الفقهية فى العقد الباطل والعقد الفاسد :

جاء فى التلويح للتفتازانى : « الفعل المتعلق بمقصود دنيوى إن وقع بحيث يوصل إليه فصحيح ، وإلا فإن كان عدم إيصاله إليه من جهة خلل فى أركانه وشرائطه فباطل ، وإلا ففاسد فعلى ما ذكرنا الصحة والبطان والفساد معان متقابلة ، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعا بأصله ووصفه . والباطل ما لا يكون مشروعا بأصله ولا بوصفه ، والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه . وهذا معنى قولهم الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه ، بحيث يكون معتبرا شرعا فى حق الحكم . والفاسد ما كان مشروعا فى نفسه ، فائت المعنى من وجهه للملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال ، مع تصور الانفصال فى

الجملة . والباطل ما كان فائت 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 ، أى الصحة ،
البطلان . فهو مخالفة الفعل ذى الوجهين وقوعا الشرع . . وهو . . الفساد
أيضاً ، فكل منهما مخالفة ماذكر الشرع . خلافاً لأبى حنيفة في قوله مخالفة
ماذكر الشرع بأن كان منهياً عنه . إن كانت (المخالفة) لكون النهى عنه
لأصله فهى البطلان . . كما في بيع الملاقيح وهى ما فى البطون من الأجنة
لانعدام ركن من البيع أى المبيع ، أو لوصفه فهى الفساد . . كما في بيع الدرهم
بالدرهمين لاستعماله على الزيادة فيأثم به ويفيد بالقبض الملك الخبيث . . فقد
اعتد بالفساد ، أما الباطل فلا يعتد به » (أنظر حاشية البناني على شرح الجلال
على متن جمع الجوامع جزء أول ص ١٠٥ — ١٠٧) .

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

وجاء فى الفروق للقرافى : « الفرق السبعون بين قاعدة اقتضاء النهى
الفساد فى نفس الماهية وبين قاعدة اقتضاء النهى الفساد فى أمر خارج عنها —
هذا الفرق بالغ أبو حنيفة فى اعتباره ، حتى أثبت عقود الربا وإفادتها الملك
فى أصل المال الربوى ورد الزائد ، فإذا باع درهما بدرهمين أوجب العقد درهما
من الدرهمين ويرد الدرهم الزائد ، وكذلك بقية الربويات . وبالغ قبالة

أحمد بن حنبل في إلغاء هذا الفرق ، حتى أبطل الصلاة بالشوب المغصوب والوضوء بالماء المسروق والذبح بالسكين المغصوبة ، وسوى فيه بين ما ورد النهي . وتوسط مالك والشافعي بين المذهبين ، فأوجبا الفساد في بعض الفروع دون بعض . وأنا أذكر حجج الفريقين ، ثم أزيل ذلك بمسائل توضح الفرق — احتج أبو حنيفة رحمه الله بأن النهي إذا كان في نفس الماهية ، كانت المفسدة في نفس الماهية ، والمتضمن للمفسدة فاسد . فإن النهي إنما يعتمد المفسد كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح ، كالنهي عن بيع الخنزير والميتة وبيع السفينة . وتحريره أن أركان العقد أربعة ، عوضان وعاقدان . فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي ، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة عن النهي ، فيكون النهي إنما يتعلق بأمر خارج عنها . ومتى انحرم واحد من الأربعة فقد عدت الماهية ، لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها . فإذا باع سفينة من سفينة خمرًا بخنزير ، فجميع الأركان معدومة ، فالماهية معدومة ، والنهي والفساد في نفس الماهية . وإذا باع رشيد من رشيد ثوبا بخنزير ، فقد فقد ركن من الأربعة وهو أحد العوضين ، فتكون الماهية معدومة شرعا . ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر . فإذا باع رشيد فضة بفضة ، فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهي الشرعي ، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين ، فالوصف متعلق بالنهي دون الماهية . فهذا هو تحرير كون النهي في الماهية أو في أمر خارج عنها . وخرج على ذلك جميع عقود الربا ، وجميع ما هو من هذا الضابط على ما ذكرته في المثال . فمتى وجدت الأركان كلها وأجزاء الماهية فالتحريم في الخارج ، ومتى كان النهي في جزء من أجزاء الماهية أو في جميع أجزائها فالتحريم في الماهية إذا تقرر هذا ، قال أبو حنيفة أصل الماهية سالم عن المفسدة ، والنهي إنما هو في الخارج عنها . فلو قلنا بالفساد مطلقا ، لسوينا بين الماهية المتضمنة الفساد وبين السالمة عن الفساد . ولو قلنا بالصحة مطلقا ، لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد في صفاتها وذلك غير جائز ، فإن

التسوية بين موطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد . فتعين حينئذ ان يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف . فنقول اصل الماهية سالم عن النهي ، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى ، فيثب لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة ، ويثبت الوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي . فيفسد الوصف دون الأصل ، وهو المطلوب ، وهو فقه حسن — واحتج أحمد بن حنبل رضي الله عنه بأن النهي يعتمد المفاسد ، 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 قابضه 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 النهي إلى الموصوف ، لأن الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف . فيؤول الأمر إلى أن النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف ، فتكون الماهية على ضربين : عار عن ذلك الوصف فلا يتسلط النهي عليه ، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه » (الفروق ، ص ٨٤) .

وجاء في البدائع : « وقال الشافعي رحمه الله لاحكم للبيع الفاسد . فالبيع 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 ، وعندناهما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه . وجه قوله أن هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك ، قياساً على بيع الخمر والخنزير 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 بعثه إلى مكة انهم عن أربع : عن بيع مالم يقبضوا ، وعن ربح مالم يضمّنوا ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف :

وروى انه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء، ونحو ذلك . والمنهى عنه يكون حراما، والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك، لأن الملك نعمة . والحرام لا يصلح سببا لاستحقاق النعمة . ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم، فكذا هذا . ولنا أن هذا بيع مشروع، فيفيد الملك في الجملة، استدلالا 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 بيعا . والدليل على انه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع، من نحو قوله تعالى عز وجل : وأحل الله البيع، وقوله عز شأنه : يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاما مطلقا، فمن ادعى التخصيص والتقيد فعليه الدليل . ولنا الاستدلال بدلالة الإجماع أيضا، وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للمالك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكرنا لم يصح، فالتحقق ذكرها بالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعا والعدم الأصلي سواء . وإذا ألحق بالعدم شرط في نفس البيع، كان كالبيع خاليا عن المفسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للمالك بالإجماع . وهذا استدلال قوى . واما النهى، 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، وانه 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 بالنهى عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل، لأنه يؤدي إلى التناقض . ولهذا لم يحز النهى عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات، لثبوت حسنها بالعقل . فيحمل النهى المضاف إلى البيع على غيره

ضرورة . والثاني إن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة ، لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجبهين . أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان . والثاني أن 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 ، 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 أيضا : 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 أثرا 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

الاصل في العقد الفاسد انه لا ينتج أثرا:

العقد الفاسد ليس عقدا صحيحا ، لأنه عقد منهي عنه كما قدمنا ، فالأصل فيه أنه لا ينتج أثرا . ومن ثم لا تاحقه الإجازة . ويجوز لكل من المتعاقدين ان يتمسك بنفسه . ولا تثبت فيه الشفعة (١) .

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

ولكن العقد الفاسد منعقد:

على أن العقد الفاسد ، إذا لم يكن عقدا صحيحا ، 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 الى الفسخ .

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

(١) حتى بعد القبض وانتقال الملكية الى المشتري ، لان حق البائع لم ينقطع ، والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٣٠٤) : « ولو كان المشتري دارا ، لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة ، وان كان يفيد الملك للمشتري . لان حق البائع لم ينقطع ، والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري . الا ترى أن من أقر ببيع داره من فلان وفلان ينكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشتري ، لانقطاع حق البائع باقراره . وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة . ولو بيعت دار بجانب الدار المشتراة شراء فاسد تثبت الشفعة ، لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع ، فيثبت حق الشفعة » .

وجوب فسخ العقد الفاسد اذا زال المفسد :

وإذا كان العقد الفاسد قائماً منعقداً كما قدمنا ، إلا أنه عقد في أدنى مراتبه من القوة والنفاذ ، إذ هو عقد واجب الفسخ . ذلك أنه ، وإن كان سليماً في أصله ، مختل في وصفه . فالفساد مقترن به ذكرًا ، ودفع الفساد واجب ، ولا يمكن إلا 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 سنرى ، فإن الملك بعقد فاسد إذا أصر عليه العاقدان ولم يفسخ أيهما يصبح ملكاً عجيباً . فهو لا يجوز الانتفاع بالملوك ، وهو مع ذلك ملك قائم ، لا ينتفع به البائع كما لا ينتفع به المشتري . ومن ثم جاز للقاضي فسخه جبراً على العاقدين ، بناء على طلب كل ذي مصلحة ، بل وبدون طلب ، فإن للقاضي من تلقاء نفسه أن يفسخ العقد الفاسد إذا علم به . جاء في البحر : « قال في البرازية وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً ، وعلم به القاضي ، له فسخه حقاً للشرع . فبأي طريق رده المشتري إلى البائع صار تاركاً للبيع ، 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 وينقلب صحيحاً . مثل ذلك أن يكون الفساد لجألة الأجل ، فإما أن يعينه العاقدان قبل انقضاء مجلس العقد أي 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 المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط ^(١) . كذلك بيع ما في تسليمه

(١) وهذا ضرب من انتقاص العقد ، فإن العقد الفاسد يتكون من أصل ووصف ، والأصل صحيح مشروع والوصف باطل غير مشروع . فينتقص

ضرر، إذا نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسح المشتري البيع، أنقلب 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 خمرًا أو خنزيرًا، فقد تمكن الفساد في صلب العقد، ويبقى العقد فاسداً غير قابل للتصحيح ولو باتفاق العاقدين.

فإذا لم يزل المفسد أو كان لا يمكن زواله، بقي العقد فاسداً كما قدمنا ووجب فسخه. ويملك كل من العاقدين أن يستقل بالفسخ. فإن كان العقد

الفاسد بيعاً، كان لكل من البائع والمشتري أن يفسخ العقد من غير رضا الآخر، ولا يحتاج الفسخ إلى قضاء القاضي. ويكفي أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أية عبارة في هذا المعنى، فينفسخ العقد.

وليس من الضروري أن يكون الفسخ بالقول، فأى فعل يدل على نية الفسخ يكفي، 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 الناس كافة، فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضاء (البدائع ٥ ص ٣٠٠).

ولا يجوز لأى من العاقدين النزول عن حق الفسخ، لأن العقد الفاسد

العقد، باسقاط الوصف الباطل واستبقاء الاصل الصحيح. إلا أن الانتقاص هنا قد لا يتم إلا باتفاق العاقدين، أما الانتقاص في الفقه الغربى فيتم بحكم القانون دون حاجة الى اتفاق.

لا ترد عليه الاجازة كما قدمنا . فإذا أسقط عاقد حقه في الفسخ أو أجاز العقد صراحة أو ضمنا ، 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 حقا لله تعالى دفعا للفساد ، وما ثبت حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً » (البدائع ٥ ص ٣٠١)

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

§ ٢ - العقد الفاسد بعد القبض

يجب أنه يكون القبض باذن المافر :

وهنا ندخل في مرحلة ثانية للعقد الفاسد ، حيث يشتد ويقوى اثره . فاذا كان العقد الفاسد بيعا مثلا . فقد قدمنا أن المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع . ولكن البائع يستطيع ، باختياره وبإذنه ، أن يجعل المشتري يقبض المبيع قبضا صحيحا .

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 ينهه ولا أذن له في القبض صريحا ، فقبض المشتري المبيع بحضرة البائع فهناك رأى يذهب إلى أن قبض المشتري المبيع بحضرة البائع دون أن ينهاه عن القبض يكون إذنا 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 بحضرته 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 فإبطل الفسخ :

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

(١) ويقول الكاساني في هذا الصدد : « والثاني أن يكون القبض باذن البائع . فان قبض بغير اذنه أصلا لا يثبت الملك ، بأن نهاء عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير اذنه . فان لم ينهه ولا أذن له في القبض صريحا ، فقبضه بحضرة البائع ، ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك ، وذكر الكرخي في الرواية المشهورة أنه لا يثبت . وجه رواية الزيادات أنه اذا قبض بحضرته ولم ينهه ، كان ذلك اذنا منه بالقبض دلالة مع ما في العقد الثابت من دلالة الاذن بالقبض ، لانه تسليط له على القبض فكأنه دليل الاذن بالقبض . والاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة ، كما رأينا في الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب ما لم ينهه صح قبضه وكذلك ههنا . وجه انرواية المشهورة أن الاذن بالقبض لم يوجد نصا ، ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا أن في القبض تقرير الفساد ، فكان الاذن بالقبض اذنا بما فيه تقرير الفساد ، فلا يمكن اثباته بطريق الدلالة . وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطا على القبض ، لوجود المانع من القبض على ما بينا . بخلاف الهبة ، لان هناك لا مانع من القبض ، فأمكن اثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائما ، وانما شرط المجلس لان القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط القبول » (البدائع ٥ ص ٣٠٤ - ٣٠٥)

ولكن هنا بعد القبض ، خلافا لما بيناه قبل القبض ، يجب التمييز بين حالتين : فإما أن يكون الفساد راجعا إلى البطل ، وإما أن يكون راجعا إلى غير البطل مما هو ليس في صلب العقد كشرط فاسد .

فإن كان راجعا إلى البطل ، كالبيع بالخمر وبالخنزير ، كان لكل من العاقلين 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 قويا ، فيؤثر في صلب العقد بسلب اللازم عنه ، فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا » (البدائع ٥ ص ٣٠٠) .

وإن كان راجعا إلى شرط فاسد ، فهناك رأى يذهب إلى أن كلا من العاقلين يملك حق الفسخ أيضا 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 صحيحا ، ولا يملك الطرف الآخر حق فسخ العقد . ويقول الكاساني في هذا الصدد . « إن كان بعد القبض ، فإن كان الفساد راجعا إلى البطل ، فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء ولولم يكن راجعا إلى البطل ، فقد ذكر الإمام الأسيديجاني في شرحه مختصر الطحاوي أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ، ولم يحك خلافا ، لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البطل لا يكون قويا لكونه محتملا 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 قولها أن العقد في نفسه

غير لازم لما فيه من الفساد ، بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعا للفساد .
وقوله المفسد ممكن الحذف فمعهم ، لكنه إلى أن يحذف فهو قائم ، وقيامه
يمنع لزوم العقد . وبه تبين أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال لحق صاحب
الشرط ، لان 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 ، فيجزىء 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
إعمالا للعقد الفاسد ولكنه انتقاص لهذا العقد ، فالذى أنتج أثرا هو العقد
الفاسد في مجموعه ، بل هو الشرط الصحيح منه وقد أصبح عقداً مستقلاً بفضل
هذا الانتقاص .

ويخلص مما قدمناه في حق العاقدين في فسخ العقد الفاسد أنه إذا كان الفساد
في صلب العقد كان لكل من العاقدين فسخه قبل القبض وبعده ، أما إذا كان
الفساد لشرط فاسد ، فقبل القبض يكون لكل من العاقدين 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 العاقدين حق
الفسخ إلى أن ينزل 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 ، أنظر أيضا الفتاوى الخانية ٢ ص ١٦٧) .

ولمكة يثبت نوع من الملك بالقبضه في العقد الفاسد :

على أن العقد الفاسد بعد القبض يثبت الملك في الجملة ، ولكنه ملك من نوع خاص . فهو ليس ملكا مطلقا 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 بالجارية ، فلا يحل .

وهنا نرى تيارين متباينين بعض التباين في نصوص الفقه الحنفى ، فمن 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 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 صح 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 يقيم باع عبده فاسداً فأعتقه المشتري فإنه يصح ، ولو كان على وجه التسليط لم يصح ، كذا في جامع الفصولين . وأما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان

طعاما ، وعدم حل لبسه لو كان قبيصاً ، 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 رضاعا إذا ملكها لا يحل له وطؤها . وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهي إنما تجب بانقطاع حقه لابلوك المشتري بدليل أن من أقر ببائع داره وجدد المشتري وجبت الشفعة . هذا وقد ذكر العمادى فى فصوله خلافا فى حرمة وطئها ، فقيل يسكره ولا يحرم ، وقيل يحرم . وفيه إشارة أيضاً إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالبيع ، كما فى القنية » (البحر الزائق ٦ ص ٩٢ - ص ٩٣) .

وجله فى البدائع ، تأكيداً لأن الملك الذى ينتقل إلى المشتري بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاقاً الانتفاع بعين المملوك ، ما يأتى : « لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث ، والملك الخبيث لا يفيد إطلاقاً الانتفاع لأنه واجب الرفع ، وفى الانتفاع به تقرر له ، وفيه تقرير الفساد » (البدائع ٥ ص ٣٠٤) .

ومهما يكن من أمر ، فإن الملك الذى ينتقل إلى المشتري بالقبض ، خبيثاً كان أو غير خبيث ، هو ملك من نوع خاص . فهو كما قدمنا ، ملك مستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة ، ولا يفيد حل الانتفاع بعين المملوك . فقيم يفيد هذا الملك إذن ؟ يفيد فى أمرين : (١) فى تصرف المشتري فى المبيع (٢) وعند تغير المبيع بازياة أو بالنقص أو فى الصورة .

تصرف المشتري فى المبيع المقبوض بعقر فاسد :

إذا باع المشتري المبيع المقبوض بعقد فاسد أو وهبه أو تصدق به ، بطل حق الفسخ ، وانتقل الملك للمشتري الثانى أو للهو هو له أو للتصدق 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 لاكتصرف 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 (أي العين المبعة 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. وبطيب المشتري الثاني لأنه ملكه بعقد صحيح، بخلاف المشتري الأول فإنه لا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد... وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد 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 دفعا للعقد من الأصل وجعلا له كأن لم يكن. ولو اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب مبتدأ، لا يعود الفسخ، لأن الملك اختلف لاختلاف السبب، فكان اختلاف المالكين بمنزلة اختلاف العقدين... وكذلك لو كاتبه، لأن الكتابة قد صحت لوجودها في الملك، ولا سبيل

(١) جاء في البدائع: «الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى، بخلاف البيع الصحيح. لأن القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات لأنها مثل المبيع في المالية، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي. خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى، لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى. فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن، ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع، لأن البيع مبادلة بالمال، فإذا لم يذكر البدل صريحا صارت القيمة أو المثل المذكوراً دلالة، فكان مبيعاً بقيمة المبيع أو بمثله إذا كان من قبيل الامثال» (البدائع ٥ ص ٣٠٤).

والأولى في رأينا أن يقال أنه لما انتقلت ملكية المبيع إلى 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.

وفي جميع هذه الأحوال يعتبر المشتري في حكم الغاصب ، بالرغم من أن القبض قد تم بإذن البائع . وقد كان ينبغي هنا — كما كان ينبغي 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 يداً ضمان لا يد أمانة ، أذ يجعل التسليم لتحقيق مصلحة للمشتري ، ويكون هذا قابضاً للعين كالك ، ومن ثم يكون ضماناً للمالك وللنقص والزيادة ، شأنه في ذلك شأن الغاصب . إلا أن المشتري بعقد فاسد قد قبض المبيع بإذن البائع وتسايط منه ، أما الغاصب فقد أخذ العين بغير إذن المالك ودون تسايط 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 والثرثرة — فإنها 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 بحسب أو سمن فإنها 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 تدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تدخل 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 تعدد ، 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 (أنظر في كل ذلك البدائع ٥ ص ٣٠٢ - ٣٠٣) .

ثانياً — وإذا تغير المبيع بالنقص : (أ) فإن كان النقص باقة 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 قدمنا ، والقبض ورد عايمه 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 سراية جناية البائع فعلى المشتري ضمانه ولكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لأنه استرد ذلك القدر بجنايته . (ح) وإن كان النقصان بفعل أجنبي فالبائع فالحيار : إن شاء أخذ

الأرش (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 الجناية حصلت على ملك مقرر له، فيرجع عليه. والأجنبي لم يملك، فلا يرجع.

وكانت نقصان الهلاك الكلى. 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 يد 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 الخانية ص ١٦٨).

ثالثاً - وإذا تغيرت صورة المبيع : كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشتري وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه، يبطل حق الفسخ، وتقررت عليه قيمته يوم القبض. « والأصل في هذا - كما يقول الكاساني - أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنعا لو أحدثه الغاصب في المغصوب يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ، ويتقرر حقه في ضمان القيمة أو المثل. كما إذا كان المبيع قطناً فغزله، أو غزلاً فذسجه، أو حنطة فطحنها، أو سمسماً أو عنباً فعصره، أو ساحة فبن عليها، أو شاة فذبحها وشوها أو طبخها ونجس ذلك. وإنما كان كذلك لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب، ألا ترى أن كل منهما 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 فبن 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 ينقص البناء فكذا هنا ، لأن البناء ينقص بحق الشفيع بالإجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضاء . والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا ، فلما انقض 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 حمل بتسليط البائع وإنه يمنع النقض 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 - ٢٣٦ - 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 رأى أبي حنيفة - دون الصاحبين - أن نعتد بالبيع الفاسد مقترنا بالقبض بإذن المالك ، ونستخلص من هاتين الواقعتين معا تسليط البائع للمشتري في البناء على الأرض المبيعة بعقد فاسد ، فيسقط البناء حق الفسخ ، وعلى المشتري ضمان قيمة الأرض وقت القبض (١) .

(١) هذا وقد قدمنا 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 بهجة لركنا الانصارى ٢ ص ٤٣٥ - وفي مذهب أحمد بن حنبل المغنى (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

تأصيل المصدر الزى ترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض :

رأينا أن العقد الفاسد ، بعد القبض الصحيح بإذن العاقد ، ترتب عليه آثار معينة ، فإذا كان العقد الفاسد بيعا ، وقبض المشتري المبيع قبضا صحيحا بإذن البائع ، انتقلت إليه ملكية تفيد انطلاق التصرف ولا تفيد الانتفاع بعين المملوك . فهذه الملكية لا يظهر أثرها إذن إلا عندما يتصرف المشتري في المبيع للآخر ، وإلا عندما يتغير المبيع .

والمتمثل في كل هذه الأحكام يستطيع أن يستخلص النتائج الآتية :

أولا : العقد الفاسد ذاته — كتصرف شرعى لا كواقعة مادية — لا ينتج أثرا ، فهو والعقد الباطل في هذا سواء . وإذا كان العقد الفاسد ، على خلاف العقد الباطل ، له وجود قانونى لأنه قد انعقد ، فإن هذا وجود على خطر الزوال ، إذ العقد الفاسد كتصرف شرعى مستحق الفسخ ، ويستطيع كل من العاقدين أن يفسخه قبل القبض وبعده دون حاجه إلى رضا العاقد الآخر ودون حاجة إلى حكم القضاء (١) .

الفاسد معا ، فكأن الباطل كالفاسد لا الفاسد كالباطل . ثم يميز في البيع الفاسد « ومعه البيع الباطل » بين المحرم والمكروه ، فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة ، أما المكروه فإنه إذا فات انقلب صحيحا ، وربما انقلب صحيحا بالقبض أيضا لخفة الكراهة . قال ابن رشد في بداية المجتهد : « اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حواله السوق أن حكمها الرد ، أعنى أن يرد البائع الثمن والمشتري المثلون . واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعثق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات ، هل ذلك فوت يوجب القيمة ! وكذلك إذا نمت أو نقصت ؟ فقال الشافعى : ليس ذلك كله فوتا 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 الى محرمة ومكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت ، مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك » بداية المجتهد طبعة الخانجي ٢ ص ١٦١ .

(١) وهذا لا يمنع من أن يتضمن العقد الفاسد تصرفا شرعيا آخر ينتج أثره ، ولا يكون هذا تحولا للعقد الفاسد ، فإن التصرف الشرعى الآخر يقوم على

ثانيا : ولكن لما كان العقد الفاسد قد يرجع فساده إلى وجود شرط فاسد ، فبفضل انتقاص العقد وإسقاط الشرط ، أى بإزالة المفسد ، ينتج العقد الفاسد أثره كتصرف شرعى لا كواقعه مادية . ولكن الذى أنتج الأثر هنا كتصرف شرعى ليس هو العقد الفاسد فى مجموعه ، بل هو العقد الصحيح الذى استخلص من العقد الفاسد بعد انتقاصه .

ثالثا : على أن العقد الفاسد له وجود فعلى 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 لايد أمانة ، فإذا هلك المبيع فى يده ضمن القيمة أو المثل .

رابعا : ثم بعد ذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، فى وجوده الفعلى كواقعة مادية ، فى أنه ينتج أثرا لا تقتضيه طبيعة هذا الوجود الفعلى كواقعة مادية . بل إن الشرع هو الذى تولى ترتيب هذا الأثر على العقد الفاسد لمصلحة قصد إلى تحقيقها . وهذه المصلحة هى حماية الغير الذى يتصرف له المشتري . حتى يكفل الشرع حماية هذا الغير من أن يسترد البائع المبيع

ارادة حقيقية لا على ارادة احتمالية . جاء فى البحر الرائق : « وفى البرازية باع منه صحيحا ثم باعه فاسدا منه ، انفسخ الاول ، لان الثانى لو كان صحيحا ينفسخ الاول به ، فكذا لو كان فاسدا لانه يلحق بالصحيح فى الكثير من الاحكام . وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسدا ، تنفسخ الاجارة كما اذا باعه صحيحا » (البحر ٦ ص ٩٤) . وانفساخ البيع الصحيح أو الاجارة الصحيحة بالبيع الفاسد انما يأتى عن طريق أن البيع الفاسد يتضمن اتفاقا آخر بين البائع والمشتري على العدول عن العقد السابق - البيع الصحيح أو الاجارة الصحيحة - فيتضمن البيع الفاسد فسخا بالتراضى لهذا العقد السابق . وسنعود الى هذه المسألة فى مكان آخر .

من تحت يده باستعماله حق الفسخ — وليست هناك وسيلة للشهر تذبذبه الغير إلى فساد العقد مع كثرة أسباب الفساد وتنوعها — لجأ الفقه الحنفى إلى ضرب من الصناعة الفقهية يستوقف النظر . فتصور ملكية تنتقل إلى المشتري بالبيع الفاسد ، لا لغرض أن يفتفع المشتري بعين الملوک كما يفعل المالك عادة ، بل ليصحح التصرف الذى يصدر من المشتري إلى الغير ، فيمنع البائع من حق الفسخ ، ويجعل الغير الذى تصرف له المشتري تنتقل إليه ملكية صحيحة بفضل هذه الملكية التى صورتها الصناعة الفقهية منتقلة إلى المشتري . فالمشتري إذا تصرف إلى الغير ، اعتبر مالكا لکی يستطيع أن يملك الغير . ولكن إذا كانت الملكية التى انتقلت إلى الغير مصدرها عقد البيع الصحيح الذى صدر للغير من المشتري ، فإن ملكيه المشتري ليس مصدرها عقد البيع الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا ، فقد قدمنا أن البيع الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا لا ينتج أثرا . ولكن الذى نقل الملكية إلى المشتري هو البيع الفاسد المقترن بالقبض بإذن البائع باعتباره معا واقعه مادية . وهذه الواقعة المادية لا تقتضى حتما ، بالنظر إلى طبيعتها ، نقل الملكية إلى المشتري . ولكن الشرع رتب عليها هذا الأثر لأنها تتضمن تسليطا من البائع للمشتري على التصرف فى الشئ المبيع . فجعلنا نقل الملكية ، حماية للغير كما قدمنا ، حتى لا يفسخ البائع البيع الفاسد ويسترد العين من يد الغير . ولو كان البيع الفاسد هو الذى نقل الملكية إلى المشتري باعتباره تصرفا شرعيا ، لنقلها بائثن المسمى فيه ، ولكنها نقلها بالقيمة أو بالمثل . فهذا دليل على أنه نقلها لا باعتبارها تصرفا شرعيا ، بل باعتبارها واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص حماية لحق الغير . ولم يعتد الشرع فى ترتيبه هذا الأثر بائثن المسمى لفساد العقد ، وجعل الملكية تنتقل فى مقابلها الطبيعي وهو القيمة أو المثل (١) .

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ شفيق شحاتة فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ١٧٠ و فقرة ١٧٢ .

خامسا : ويتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل أخيراً ، في وجوده الفعلي كواقعة مادية ، في أنه ينتج أثراً آخر لا تقتضيه هو أيضاً طبيعة هذا الوجود الفعلي كواقعة مادية ، والشرع هو الذي تولى 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 حالته 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 بانه . 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 بائثن 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

أما المذهب في حكم بيع المبكر :

قدمنا في الجزء الثاني من مصادر الحق في الفقه الاسلامي 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 والفاقد الموقوف
عنده سواء .

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

والحنابلة يبطلون تصرف المكره ، 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 الحنفى فى فساد بيع المكره :

ونقتصر هنا على رأى أبى حنيفة وصاحبيه ، وهم يقولون بفساد تصرف
المكره ، لتبين خصوصية هذا الفساد ، فهو فى بعض أحكامه يختلف عن
الفساد الذى تقدم بيانه .

يقول الكاسانى فى بيان حكم تصرف البائع المكره على البيع والتسليم
معاً ما يأتى : « فإما إذا كان مكرهاً عليهما جميعاً ، فباع مكرهاً وسلم مكرهاً ،
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 بما لا يحتمل الفسخ ، فتقرر الهلاك ، فتقررت عليه القيمة ، فكان
له أن يرجع بقيمة العبد عليه كالبائع . والمكره بالخيار ، إن شاء رجع على
المكره بقيمة ثم المكره يرجع على المشتري ، وإن شاء رجع على المشتري ،

(١) جاء فى الانصاف للمرداوى « جزء ٤ ص ٢٦٥ » : « فان كان احدهما
مكرها لم يصح هذا البيع . هذا المذهب بشرطه ، وعليه الاصحاب . وقال
فى الفائق : قلت ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الاكراه » .
(٢) انظر الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ص ٢٢٩ -
ص ٢٣٤ .

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 بعد القبض ، لأنه طائع في الشراء فكان لازما في جانبه . لكن إنما يملك البائع فسخ هذا العقد إذا كان يحتمل الفسخ ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاء لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة . وإن تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والإجازة والكفالة ونحوها ، يملك الفسخ ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة فإن تصرف المشتري بإزالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ ، أي تصرف كان . ووجه الفرق أن حق الفسخ هناك ثبت لمعين يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعين يرجع إلى المالك ، وهو كراهته وفوات رضاه وإنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتا . 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 تصرفا لا يحتمل الفسخ لا تجوز إجازته ، حتى لا يجب الثن على المشتري بل تجب عليه قيمة العبد ، لأن قيام المحل وقت الإجازة شرط لجواز الإجازة ، لأن الحكم يثبت في المحل ثم يستند ، والهالك لا يحتمل الإجازة ، والمحل بالإعتاق صار في حكم الهالك وتقرر هلاكه لأنه لا يحتمل الفسخ ، فيتقرر على المشتري قيمته . وإن تصرف تصرفا 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 المغصوب 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 المغصوب منه أحدهم ، لأنه ملك المغصوب 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 » (البدائع 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 قدمناه أن يبيع المكره فاسد ، ولكنه يختلف عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف في وجوه ، ويتفق مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف في وجوه أخرى .

أ. ب. 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 أصلا ، لأن الفساد فيه لحق الشرع .

ثانيا - 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 .

ثالثا - في بيع المكره إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا قابلا للفسخ كالبيع ، لم ينقطع حق البائع في الفسخ . فإذا ما فسخ إسترد 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 وإنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتا » . (١)

أبني يقفون بيع المكره مع البيع الفاسد وبخلاف البيع الموقوف :
يكون ذلك في الوجهين الآتين :

أولا - يجوز في بيع المكره لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض . أما البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلا في حالات معينة ، وإنما

(١) ويبدو أن حكم الهلاك في بيع المكره يتفق مع حكمه في كل من البيع الموقوف والبيع الفاسد . فإذا قبض المشتري المبيع وهلك في يده ، فإن كان قبل الإجازة هلك بالقيمة أو بالمثل ، وإن كان بعد الإجازة هلك بالثمن المسمى وكذلك الحكم في البيع الموقوف لغير الإكراه . وفي البيع الفاسد ، إذا هلك المبيع في يد المشتري هلك بالقيمة أو بالمثل ، ولا يتصور هلاكه بالثمن المسمى لأن البيع الفاسد لا ترد عليه الإجازة .

يملك من توقف البيع لمصلحته أن يحيزه فينفذ ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ .

ثانيا - في بيع المسكوك إذا تصرف المشتري بعد القبض تصرفا غير قابل للفسخ ، كما لو كان المبيع عبدا 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 بقي البيع وسقط الإعتاق لأن استناد الإجازة هنا مقتصر وفي البيع الموقوف لمصلحة البائع ، إذا تصرف المشتري ولو تصرفا غير قابل للفسخ ، فإن حق البائع في عدم جواز هذا البيع لا ينقطع . فإذا لم يحز سقط البيع والإعتاق معاً ، وإذا أجاز نفذ البيع والإعتاق معاً ، ورجع على المشتري بالثمن المسمى ، لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع في بيع المسكوك على مامر .

ترجيح الوقف على الفساد في بيع المسكوك :

ويمكن أن نستخلص مما قدمناه النتائج الآتية :

(١) بيع المسكوك قد ينتج أثرا باعتباره تصرفا شرعيا ، وذلك إذا لحقته إجازة البائع قبل القبض أو بعده . والبيع الفاسد لغير الإكراه لا ينتج أى أثر باعتباره تصرفا شرعيا كما سبق القول .

(٢) بيع المسكوك ، كواقعة مادية ، لا يرتب عليه الشرع - كما يرتب على البيع الفاسد لغير الإكراه - استقرار الملك إذا تصرف المشتري في المبيع وتداولته الأيدي .

(٣) في غير ما تقدم يتفق بيع المسكوك مع البيع الفاسد لغير الإكراه . فهو كتصرف شرعي قابل للفسخ قبل القبض ، وهو كواقعة مادية ينقل ملكا مستقرا إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا غير قابل للفسخ .

والأولى الأخذ برأى زفر واعتبار بيع المسكوك موقوفا لافساد ، فإن ما يتفق فيه بيع المسكوك مع البيع الموقوف من الأحكام أهم مما يتفق فيه هذا

البيع مع البيع الفاسد لغير الإكراه . ذلك أن تصحيح بيع المكروه 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 المكروه مع البيع الموقوف . أما جواز فسخ المشتري للبيع قبل القبض ، ورجوع البائع على المشتري بالقيمة لا بالثمن المسمى لو تصرف المشتري في المبيع بعد القبض تصرفاً غير قابل للفسخ ، وهي الأحكام التي يتفق فيها بيع المكروه 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 تحتل أصول الصناعة الفقهية . هذا إلى أن الفرق واضح بين خلل يصيب الإرادة كما هو الأمر في بيع المكروه ، وخلل يصيب المحل كما هو الأمر في البيع الفاسد لغير الإكراه ، فوجب أن يكون لكل من الخللين حكم يختلف عن الحكم الذي للخلل الآخر . وهذا الفرق وصل حداً من الوضوح أحسه حتى الفقهاء الذين يقولون بفساد بيع المكروه ، فميزوا 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 المكروه 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 عيوب الإرادة أفضل من عدم الزوم كما سنرى .

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

منى بكونه العقد موقوفاً وفي أي المزاها :

قدمنا 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 المتهصرف ، 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 قيل إن عددها وصل إلى ثمانى وثلاثين حالة ، كثير منها لا يكون العقد فيها موقوف التنفيذ بالمنع الدقيق ، بل موقوف الانعقاد أو موقوف الصحة أو موقوف اللزوم .
والحالات التى يكون فيها العقد موقوف التنفيذ يمكن ردها إلى أحد السببين السابقين الذكر : نقص الأهلية أو نقص المحل .

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

ويتمثل السبب الثانى فى الفضولى ، ويندرج تحته البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشترطه ، والغاصب ، والمرد ، 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) .

والعقد الموقوف معروف فى الفقه الحنفى وفى الفقه المالكي وفى رواية عن أحمد بن حنبل فى الفقه الحنبلى . وفى الرواية الأخرى فى المذهب الحنبلى وفى مذهب الشافعى لا يعرف العقد الموقوف ، وهو والفاسد والباطل سواء .
فتجنز إذ نستعرض حكم العقد الموقوف نستعرضه فى المذاهب التى تعرفه ،

(١) انظر فى ذلك مقالاً للدكتور زكى عبد البر فى العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى وفى القانون المدنى العراقى وما يقابله فى القانون المدنى المصرى . .
مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والعشرون ص ١٢٢ - ص ١٤٢ .

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 وصى وصيه . وبلى ذلك الجد لأب ، ثم وصيه ، ثم وصى وصيه . وبلى ذلك القاضي ، ثم من نصبه القاضي وهو الوصى . وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعلم وغيرهم ولاية التصرف في مال الصغير ، إلا من ينصبه القاضي وصياً .

ويلحق بالقاصر المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يكون بمثابة الوصى .

مدى ولاية الولي في التصرف في مال الصغير أو المحجور :

لا يملك الولي ، أياً 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 يوصى به ، ولا أن يعتق عبده ، ولا أن يقرض ماله .

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

أما التصرفات التي تدور 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 تمليك 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 فتعقد صحيحة موقوفة . فإذا أجازها الولي ، أو أجازها ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته ببلوغه سن الرشد أو بفك الحجر عنه ، نفذت في حقه .

فننظر إذن في حكم هذه التصرفات قبل الإجازة ، ثم ننظر في الإجازة وحكم تحققها أو تخلفها .

تصرفات ناقصة الأهلية قبل الإجازة :

التصرف الذي يدور بين النفع والضرر ويباشره ناقص الأهلية ينعقد صحيحا . ذلك أن عبارة ناقص الأهلية صالحة لإنشاء التصرفات ، فهو قادر على فهم معاني العبارات التي تنعقد بها العقود .

ولكن لما كانت قدرة ناقص الأهلية على التمييز قدرة محدودة ، وكان للتصرف يدور بين النفع والضرر ، فإنه لا يؤمن على تقدير ما يجره عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه به من خسارة ، فكان تصرفه موقوفا 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 ، أو أنه انعقد فاسدا ، بل التصرف قد انعقد صحيحا ولكنه لا ينتج 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 موقوفا ، لا يكون قابلا 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 يحز بطل .

ويخلص من ذلك أن التصرف في فترة وقفه لا يكون له وجود مادي ففسب ، بل يكون له أيضا وجود قانوني ، لأنه انعقد ، بل انعقد صحيحا . ولكن هذا الوجود القانوني لا تترتب عليه آثاره ، فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل ، ولكنه يفارقه في أن الآثار موقوفة لا منعدمة وهي على خطر النفاذ أو الزوال .

الإجازة — تحقّقها أو تخلفها :

يبقى تصرف ناقص الأهلية موقوفا على النحو الذي قدمناه ، إلى أن يتبين مصيره بإجازته أو بعدم إجازته . فإن أجازته نفذ ، وتميز عن التصرف الباطل تميزا كبيرا إذ أصبح تصرفا نافذا الأثر . وإن تخلفت الإجازة انعدم ، واختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلا مثله . وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازا أو غير مجاز ، بل يبقى التصرف موقوفا إلى أن يعلن من له حق الإجازة إجازته أو عدم إجازته .

والإجازة تصرف قانوني يستند إلى وقت التصرف ، وسنبين ذلك تفصيلا 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 وليه ، كان التصرف باطلا 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 أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه ، يتوقف على إجازة وليه مادام صغيرا ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه 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 وليه جازت فاحتمل التوقف على الإجازة . وإنما يتوقف على إجازته بنفسه أيضا بعد البلوغ كما يتوقف على إجازة وليه في حالة صغره ، لأنه لما بلغ فقد ملك

المطلب الثاني

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

صور مختلفة :

قدمنا أن حق الغير يتعلق بالمحل في صور مختلفة . أهمها وأبرزها أن يكون المحل مملوكا للغير ، وهذا هو تصرف الفضولي ، وسنجعل كلامنا فيه أصلا . وقد لا يبلغ حق الغير هذا المبلغ ، فلا يكون مالكا . بل يكون مرتبها وهذا هو بيع المرهون ، أو مستأجرا وهذا هو بيع المستأجر ، أو وارثا إذا باع المريض مرض الموت ماله منه . ونوجز القول في هذه الصور المختلفة بعد الكلام في تصرف الفضولي .

الانشاء فأولى أن يملك الاجازة ، ولأن ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال صغره فلما جاز باجازة وليه فلان يجوز باجازة نفسه أولى . ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه وانه فعلى فاعل مختار ، والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة . . . وبمثله اذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو اعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحابة أو اشترى شيئا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعلته وليه في حال صغره لا يجوز عليه ، لا ينقذ ، حتى لو أجاز وليه أو الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشاء ، بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق ، فيجوز ويكون ذلك انشاء لا اجازة . . وكذلك وصية الصبي لا تنقذ ، لانها تصرف لا مجيز له حال وجوده ، الا ترى أنه لو فعل الولي لايجوز عليه ، فلا يتوقف . وسواء اطلق أو اضافها الى حال البلوغ كما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته الا اذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز ، لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ، ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح ، كذا هذا « البدائع » ص ١٤٩ - ص ١٥٠ .

§ ١ - تصرف الفضولى

من هو الفضولى :

الفضولى فى الفقه الإسلامى غير الفضولى فى الفقه الغربى . فى الفقه الغربى الفضولى هو من قام بحاجه ضرورية عاجلة لرب العمل تشضلا منه ، فيرجع عليه بما أنفق فى ذلك . أما الفضولى فى الفقه الإسلامى فهو من يتدخل فى شئون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجه ضرورية عاجلة . فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلا بالبيع أو نائبا عن المالك فهو فضولى ، ويستوى فى ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو (١) ،

(١) ومع ذلك فقد جاء فى البحر الرائق ما يفيد أن الفضولى لو باع المال على أنه ماله هو لم ينعقد البيع : « ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكه كان أولى ، لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع » (البحر ٦ ص ١٥٠) . ولكن ابن عابدين صحح هذا القول واعتبر أن الفضولى لو باع ملك غيره على أنه ماله هو انعقد البيع موقوفا كما لو باع على أنه مال الغير ، واستشهد بأن المبيع اذا استحق توقف البيع على اجازة المستحق ، والبائع فى هذا الفرض باع المال على أنه ماله هو ومع ذلك انعقد البيع موقوفا على اجازة المالك وهو المستحق . جاء فى ابن عابدين فى هذا الصدد : « قوله على أنه لمالكه الخ . . أى على أن البيع لاجل مالكه لا لاجل نفسه . وهذا مأخوذ من البحر ، حيث قال ولو قال المصنف باع ملك غيره كمالكه كان أولى ، لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع ١ هـ . لكن صاحب المنحة قال فى منحه أقول يشكل على مانقله شيخنا من البدائع ما قالوه من أن المبيع اذا استحق لا يفسخ العقد فى ظاهر الرواية بقضاء القاضى بالاستحقاق ، وللمستحق اجازته . وجه الاشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذى هو المستحق ، مع انه توقف على الاجازة . ويشكل عليه بيع الفاصب . فانه يتوقف على الاجازة . فالظاهر ضعف ما فى البدائع فلا ينبغى أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب ١ هـ . وذكر نحوه الخير الرملى ، ثم استظهر أن ما فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية . أقول يظهر لى أن ما فى البدائع لا اشكال فيه ، بل هو صحيح ، لان قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه لو باعه من نفسه ، فاللام بمعنى من ، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس ، وحينئذ فمراد البدائع أن الموقوف مباعه لغيره ، أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا . فالخلل انما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل ، وأنه احتراز عما اذا باعه لاجل مالكه . والله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب ، فقال عند قول الكنز : ومن باع ملك غيره يعنى لغيره ، أما اذا باع لنفسه لم ينعقد ، كذا فى البدائع ١ هـ . لكنه لو عبر بمن بدل اللام كان أبعد عن الإبهام ، وعلى كل فهو عين ما ظهر لى والحمد لله رب العالمين » (ابن عابدين ٤ ص ٢١٠ - ص ٢١١) .

وسواء علم المشتري أنه فضولي أو لم يعلم . ومن اشترى لغيره مالا دون توكيل أو نيابة يكون فضوليا . وقل مثل ذلك في سائر التصرفات : الهبة والإجارة والعارية والقرض وغيرها . ونفرض أن الفضولي يبيع مال الغير أو يشتري مالا للغير ، فتكلم في تصرف الفضولي قبل الإجازة ، ثم تتكلم في الإجازة إذا تحققت أو تخلفت .

بيع الفضولي قبل الإجازة :

يكون البيع الصادر من الفضولي منعقدا صحيحا ولكنه موقوف ، فلا ينتج أثر البيع إلى أن يحاز، مثله مثل تصرف ناقص الأهلية فيما مر . فيكون للتصرف وجود قانوني ، ولكن يوقف أثره ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن (١) . وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٣١٦) :

(١) وقال الشافعي تصرف الفضولي لا ينعقد ، فهو والعقد الباطل سواء ، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية ، إذ الولاية تثبت بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ، ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية . وتجيب الحنفية على ذلك بأن تصرف الفضولي تصرف تمليك ، وقد صدر من أهله العاقل البالغ في محله وهو المال المتقوم ، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه مع تخيره ، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤونة طلب المشتري وحقوق العقد فانها لا ترجع الى المالك ، وفيه نفع العاقد يصون كلامه عن الالفاء ، وفيه نفع المشتري لأنه أقدم عليه طائعا ولولا النفع لما أقدم . فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه . هذا الى أن الاذن ثابت دلالة ، لان العاقل يأذن في التصرف النافع . ويستدل الحنفية أيضا بحديث عروة البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية ، فاشتري شاتين ، فباع أحدهما بدينار ، وجاء بالشاة والدينار الى 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 ٥ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) . ومعنى ذلك أن عروة كان فضوليا في بيع إحدى الشاتين ، وقد أجاز النبي عليه السلام الصفقة بدعائه لعروة بالبركة فيها .

وجاء في المذهب : « ولا يجوز بيع مالا يملكه من غير اذن مالكة ، لما روى حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبع ما ليس عندك ، ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء (المذهب ١ ص ٢٦٢) - وجاء في الوجيز : « فبيع الفضولي مال الغير لا يقف على إجازته على المذهب الجديد . وكذلك بيع الفاصب وإن كثرت تصرفاته في أثمان المفصوبات على أقيس الوجهين ، فيحكم ببطلان الكل . ولو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت والمبيع ملك البائع ، حكم بصحة

« بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية . وعندهما يوجبه موقوفا ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب ، والتأخير لدفع الضرر عن المالك ، والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه . وعند مالك تصرف الفضولي موقوف أيضا (١) ، وهو إحدى الروايتين في مذهب أحمد بن حنبل (٢) .

البيع على أسد القولين » (الوجيز ١ ص ١٣٤) . وجاء في شرح البهجة « يرد بيع الفضولي بأن باع مال غيره بلا ولاية ، كذا يرد شراؤه لغيره بعين ما يملكه سواء أو غيره أو بثمن في ذمته كما فهم بالاولى اذ لا سبيل له على ذمته بحال ، كأن يقول اشتريت لفلان كذا بألف في ذمته ، فان لم يقل في ذمته وقع العقد للمباشر كما ذكره الرافعي في الوكالة . . أما لو اشتراه لغيره بمال نفسه ، فان لم يسمه وقع للمباشر وان أذن الغير ، وان سماه فان لم يأذن له لفت التسمية وقع للمباشر والا وقع للأذن ويكون المعطى قرضا ولا تقوم النية هنا مقام التسمية كما ذكره الشيخان . وفي القديم عقد الفضولي موقوف على الاجازة لخبر أبي داود عن عروة البارقي . . وهو قوي في الدليل يعنى الخبر المذكور فانه صححه لكن ضعفه غيره ، وقال الخطابي انه غير متصل . وقال شيخنا شيخ الاسلام ابن حجر الصواب انه متصل في أسناده مبهم (شرح البهجة لذكرى الانصارى ٢ ص ٤٠٦) . (١) جاء في القوانين الفقهية : « فاما الشراء لاحد بغير اذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي ، فينعقد ويتوقف على اذن ربه ، وقال الشافعي لا ينعقد » (القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) . وجاء في بداية المجتهد : « واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض ففسخ ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على أنه ان رضى المشتري صح الشراء والا لم يصح . فمنعه الشافعي في الوجهين جميعا ، وأجازاه مالك في الوجهين جميعا . 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 الى عروة البارقي دينارا وقال اشترلنا من هذا الجلب شاة ، قال فاشترت شاتين بدينار وبعث احدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه . ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعي في الأمرين جميعا . وعمدة الشافعي النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا والدليل على ذلك أن النهى انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل اذا ورد النهى عن سبب حمل على سببه أو يعم (ابن رشد طبعة الخانجي ٢ ص ١٤٣ - ص ١٤٤) . (٢) جاء في المغنى : « وان اشترى بعين مال الامر أو باع بغير اذنه أو

ويترتب على أن يبيع الفضولي موقوف النتائج الآتية :

(١) إذا سلم الفضولي المبيع إلى المشتري ، فملك قبل الإجازة ، فلذلك أن يضمن الفضولي أو المشتري أيهما شاء . وأيهما اختار ضمانه يرى الآخر ، لأن في التضمن تمليكاً منه ، فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تملكه من الآخر . فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع ، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن

اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير اذنه ، ففيه روايتان . أحدهما البيع باطل ، ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر . والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازته نفذ ولزم البيع ، وإن لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك واسحق وقول أبي حنيفة في البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال . ووجه هذه الرواية ما روى عروة بن الجعد البارقى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة ، فاشتري شاتين ثم باع أحدهما بدينار في الطريق . قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة فأخبرته ، فقال بارك الله لك في صفقة يمينك ، رواه الأثرم وابن ماجه . ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته كالوصية . ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ، رواه ابن ماجه والترمذي ، وقال حديث حسن صحيح . يعني ما لا تملك ، لأنه ذكره جواباً له حين سأل أن يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه . ولاتفاقنا على صحة بيع مال الغائب ، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الطير في الهواء . والوصية يتأخر بها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من الفرر ما لا يجوز في البيع . فاما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا . ولو باع سلعة وصاحبها حاضر بأكثر ، فحكمه حكم مالو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي . وقال ابن أبي ليلى سكوته أقرار لأنه دليل على الرضا ، فأشبهه سكوت البكر في الإذن في نكاحها . ولنا أن السكوت محتمل ، فلم يكن إذاً سكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود هنا « (المنى طبعة الثالثة ٤ ص ٢٠٥ ٢٠٦)

وجاء في الإصناف للمرداري : « فان باع ملك غيره بغير اذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير اذنه ، لم يصح . وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ومنه يصح ويقف على إجازة المالك ، اختاره في الفائق وقال لا قبض ولا قباض قبل الإجازة » (جزء ٤ ص ٢٨٣ - وانظر أيضاً القواعد لابن رجب القاعدة الخامسة والستين فيمن تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه) .

المسمى ، وأخذ القيمة كأخذ العين ، فكأنه انتزع العين من يده ولم يحز البيع فبطل . ويرجع المشتري على الفضولي بالثمن الذي دفعه له ، لا بما ضمن . وإن اختار تضمين الفضولي ، نظر هل كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه مضمونا عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستنداً إلى وقت القبض أى إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشتري ، فيكون البيع قد صور من مالك فينفذ . أما إذا كان الفضولي قد قبض المبيع من مالكه 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 فملك 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 غاصبا ، والغاصب إذا باع المنصوب وسأله ، 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 تمليكا للعبد 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 التالى إذ يتبين أن المشتري من الغاصب قد باع ملكه إلى المشتري التالى . ولكن يرد على ذلك بأن ملك المشتري من الغاصب أصبح باتاً بالإجازة ، وملك المشتري من المشتري موقوف لعدم إجازته ، والمالك البات إذا ورد على الملك الموقوف أبطله . جاء فى ابن عابدين : « وأما عدم نفاذ البيع (أى البيع الصادر من المشتري من الغاصب بعد إجازة المالك لبيع الغاصب) ، فبطلانه بالإجازة ، لأنه يثب بها الملك للمشتري باتاً ، والمالك البات إذا ورد على الموقوف أبطله

وكذا لو وهبه 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 باتا ، والملك البات اذا ورد على لموقوف أبطله . وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورته ، 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 الفضولي مالكا للبيع 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 يحز ، ويكون باطلا لا فاسدا . وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى أن الغاصب إذا باع المنصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه . ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك ، كذا في الفصول العمدية » (الفتاوى الهندية ٣ ص ١١١) . ويمكن أن يقال هنا أيضا إن ملك الفضولي قد أصبح باتا ، فطرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف ، فأبطله (قارن مع ذلك ابن عابدين ٤ ص ٢٢٠) .

وتميز المالكية بين ما إذا ملك الفضولي المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال المالك 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 الفضولي مالكا للبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ، ففي المذهب الحنفي يبطل البيع ، ويصح البيع في مذهب مالك . جاء في الدسوقي على الشرح

الكبير للدردير : « وللغاصب إذا باع المخصوص قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه إن ورثه من المخصوص منه ، لا تنقل ما كان لمورثه له ، لا إن اشتراه من المخصوص منه بعد أن باعه أى أو ملكه بهبة أو صدقة من المخصوص منه فليس له النقض — تنبيه : من فروع هذه المسألة شريك فى دار باعها كلها تعديا ، ثم ماك حظ شريكه ، فإن ملكه يارث رجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة ، وإن ملكه بشراء أو هبة أو صدقة فلا رجوع له ، (الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٣ ص ١١) .

بيع الفضولى قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين :

على أن بيع الفضولى ، وهو موقوف قبل الإجازة ، هو أيضا قابل للفسخ من الجهتين : جهة المشتري وجهة الفضولى نفسه . وهذا بخلاف بيع ناقص الأهلية ، فقد قدمنا أنه موقوف ، ولكنه غير قابل للفسخ لا من جهة المشتري ولا من جهة ناقص الأهلية . ومن ثم يكون للفضولى فسخ البيع الصادر منه ، حتى لو أن المالك أجازة 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 بالغيب ، وفى ذلك ضرر به ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته . وللمشتري فسخ البيع قبل الإجازة ، تحرزا عن لزوم العقد . جاء فى البدائع : « ولو فسخه البائع (الفضولى) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ، ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان قد نقده . . 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 أيضا فتح القدير ٥ ص ٣١٢ — البحر الرائق ٦ ص ١٤٨) .

أما فى مذهب مالك فيبيع الفضولى لازم من جهة الفضولى ومن جهة المشتري ، منحل من جهة المالك .

شراء الفضولي :

في المذهب الحنفي إذا اشترى الفضولي شيئاً لغيره، وأضاف العقد لنفسه، هو والبائع، ولم يضيفه 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 بتمنه. وله أن يبيع ما اشتراه، بعقد مبتدأ، إلى الغائب أو إلى غيره. وهذا ما لم يكن الفضولي من غير أهل لزوم العهدة، بأن كان صدياً أو محجوراً، فلا يجد العقد نقاذاً عليه لعدم الأهلية، فيتوقف على إجازة الذي اشترى له. أما إذا أضاف العاقدان العقد إلى الغائب، فإنه ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته، كما في بيع الفضولي.

وقد جاء في الفتاوى الخاتبة 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 يجز 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 بعينه 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 الذى ذكرناه إذا كان الثمن ديناً . فإن كان عينا ، بأن باع الفضولى ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة ، اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض . وإذا أجاز مالك المبيع والثن عرض ، فالفضولى يكون مالكا للعرض . والذى تفيدته الأجازة أنه أجاز للفضولى أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله ، كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى قرضا عليك . فإن كان مثليا فعليه مثله ، وإن كان قيميا كشوب أو جارية فقيمه . فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب ، والقرض وإن لم يجز في القيميات لسكن ذلك إذا كان قصداً ، وهنا إنما ثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء ، فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير ، كالسكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته إن كان ثوباً ، لأن الثوب مثلي ، فى باب السلم فكذا فيما جعل تبعاله . فكذا هذا ، إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية ، والشراء مشروع ، فما ضمنه يكون مشروعاً (فتح القدير ٥ ص ٣١٢ — وأنظر البحر الرائق ٦ ص ١٤٨ : ويسمى الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد) .

أما فى المذهب المالكي ، فشراء الفضولى كبيع موقوف دائماً ، أضيف العقد إلى الغائب أو أضيف إلى الفضولى . جاء فى الخطاب : « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولى ، وحكمه كبيع . قال فى المشيطة من باع سلعة لغيره بغير إذنه ، فإن البيع ينعقد ، ولا يكون للبائع أن ينحل عنه إذا أجاز

ذلك ربها . وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه ، فلا يكون للبتاع حل الصفقة إذا أخذها المبتاع له لنفسه انتهى . فإن لم يحز الشراء ، لزمت 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 يحز 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 وأصبغ ، (الخطاب ٤ ص ٢٧٢ انظر أيضا حاشية العدوى على الخرشى 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 استحسانا ، لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة . وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته ، هو القياس ، والإستحسان مقدم » (فتح القدير ٥ ص ٣١٢ — ص ٣١٣) .

(٢) قيام المبيع ، وكذلك الثمن لو كان عينا . 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 الفضولي وإن شاء ضمن المشتري على التفصيل الذي قدمناه .

(٣) أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره . ذلك أن التصرف إذا لم يكن له مجيز وقت صدره ، 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 مالم يكن ثابتاً ييقين لا يثبت مع الشك ، فإذا لم ينعقد التصرف لا تلحقه الإجازة لأن الإجازة للانعقد . 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 لصحته الإجازة قيام كل عناصر التصرف — العاقلين والمحل 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 العاقلين 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 الى فكرة استناد الإجازة إلى وقت صدور التصرف ، فإدام العقد إذا أجزى ينفذ من وقت صدوره وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة في هذا الوقت . فإذا وهب الفضولي مال البالغ أو تصدق به أو أعتق عبده ، انعقد التصرف موقفاً على الإجازة ، لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز وقت صدورها ، فتوقف على إجازة المالك . أما إذا كان المالك صبياً 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 . وأى 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 للبشترى أو أخذه البشترى منه إجازة صريحة بالفعل : وهبة

المالك الثمن للبشترى أو التصديق به عليه إجازة بالفعل ضمنية . وسكوت المالك بعد علمه بتصرف الفضولي لا يكون إجازة . ولو قال المالك لا أجزى ، يكون ردا للبيع فيسقط ، ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك (البحر ٦ ص ١٤٨ — الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٦ — ابن عابدين ٤ ص ٢١٨) .

تحقيق الإجازة ومخلفها :

فإن وجدت الإجازة مستجمعة لشرائطها على النحو الذي أسلفناه ، نفذ البيع ، وصار الفضولي بمنزلة الوكيل ، إذا الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة (١) ولما كان الفضولي يصير كالوكيل ، فإن حقوق العقد ترجع إليه كما ترجع إلى الوكيل ، أما حكم العقد فينصرف إلى المالك . وينفذ البيع بالإجازة مستندا إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدورها ، أى أن للإجازة أثر أرجعيا وإن كانت إنشاء من وجه كما قدمنا . جاء في البحر : « والأصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف : إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقا ، والا احتجنا أن نجعله سببا للحال متأخرا حكمه إن أمكن . فالبيع ليس مما يتعلق ، فيجعل سببا للحال . فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ، ظهر أثره من وقت وجوده ، ولذا

(١) ولو تعدد تصرف الفضولي ، كأمة باعها فضولي من رجل وزوجها منه آخر ، فأجزا معا ، يثبت الأقوى ، فتصير مملوكة لا زوجة . ولو زوجها كل من رجل فأجزا ، بطلا . ولو باعها كل من رجل فأجزا ، تنصف بينهما ، ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك . ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو وزجه ، فأجزا معا ، يثبت الأقوى ، فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى . وكذا تثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر . وكل من العتق والكتابة والتبدير أحق من غيرها ، لأنها لازمة بخلاف غيرها . والإجازة أقوى من الرهن لفادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن . والبيع أقوى من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع . ولوتبايع غاصبا عرض لرجل واحد ، فأجاز المالك لم يجز ، لان فائدة البيع ثبوت الملك والرقبة في التصرف ، وهما حاصلان للمالك في البديلين بدون هذا العقد فلم ينعقد ، فلم تلحقه إجازة . ولو غصبا من رجلين وتبايعا ، وأجاز المالك ، جاز . ولو غصبا النقيدين من واحد ، وعقدا الصرف وتقايضا ، ثم أجاز ، جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات ، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ماغصب « البحر الرائق ٦ ص ١٥٠ » .

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 ، لامن وقت الإجازة الصادرة من المالك . ويكون الثمن للمالك إن كان قائما ، لأنه بدل ماسكه . وإن هلك في يد الفضولى يهلك أمانة ، كما إذا كان الفضولى وكىلا في الابتداء وهلك الثمن في يده .

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجازته له ، فقد قدمنا 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 قدمنا . وإذا كان المشتري قد سلم الثمن إلى الفضولى وهلك في يده ، هلك أمانة ولا يرجع المشتري عليه بشئ ، على تفصيل جاء في البحر على الوجه الآتى : « ولو لم يحجز 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 رجوع 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 يجوز البيع ولا يردده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز ، فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يردده . وفي مذهب مالك إذا باع الفضولى بحضرة المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته إجازة . وإن باع بغير حضرته ، وبلغه ، فسكت عاما من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة . وفي هذا المذهب أيضا يطالب المالك المجيز الفضولى بالثمن ما لم يمض عام ، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته ، وإن بيع بغير حضرته ما لم تمض مدة الحياة عشرة أعوام (الدسوقي ٣ ص ١٢ — الصاوى ٢ ص ٧ — الخطاب ٤ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٢ — الخرشي ٥ ص ١٧ — ١٨ — الهبة في شرح التحفة ٢ ص ٦٨ — ٧٥) .

٢٨ — بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

بيع المرهون :

المرهون تعلق به حق المرتهن ، فيعيه ينقذ صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن . فإذا أجاز ، نفذ البيع في حق الجميع : البائع والمشتري والمرتهن ، وإذا لم يجز ، فرأى يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افكك الرهن الرهن ، والرأى الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلا في حق المرتهن فإذا افكك الرهن نفذ البيع في حق البائع والمشتري (المبسوط ١٣ ص ١١) .

وليس للرهن 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 الرأى الأخير أن المشتري ، وقد علم بالرهن ، اشترى على أن يفكك البائع العين المرهونة من مرتهنها 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 المرهون : الفتاوى الهندية ٣ ص ١١٠ — ١١١ —
الخطاب ٤ ص ٤٦٩ — الخرشى ٥ ص ١٧ — الدسوقي ٣ ص ١١ — ١٢ —
المهذب ١ ص ٣١٢ — المغنى ٤ ص ٣٦٣ — المرداوى ٤ ص ١٥٦ — ١٥٨

بيع المستأجر :

المستأجر متعلق به حق المستأجر ، كالمرهون تعلق به حق المرتهن . فيبيع المستأجر كبيع المرهون ينقذ صحيحا موقوفا على إجازة المستأجر . فإذا أجاز المستأجر البيع ، نفذ في حق الجميع ، وانفسخت الإجازة ، ووجب على المستأجر تسليم العين للمشتري . ولكن له حق حبسها حتى يسترد ما يحمله من

الأجرة . وإذا لم يحجز المستأجر البيع ، فالبيع لا يتوقف الا في حقه ، فإذا انقضت الأجرة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين الى المشتري .

وليس للمؤجر فسخ البيع الذى صدر منه للمشتري . أما المشتري فله خيار الفسخ ان لم يعلم بالإجارة عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وان علم بالإجارة ، وذلك على النحو الذى قدمناه في بيع المرهون . وإذا باع المؤجر العين للمستأجر نفسه ، نفذ البيع في حقهما دون حاجة الى اجازة ، كما في بيع المرهون .

ونرى من ذلك أن جملة الأحكام التى قررناها في بيع المرهون تسرى هنا أيضا في بيع المستأجر ، والفروق بين البيعين محل خلاف . جاء في ابن عابدين : « ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ ، أى فإن أجازته المرتهن والمستأجر نفذ . وهل يملك الفسخ ! قيل لا وهو الصحيح . وقيل يملك المرتهن دون المستأجر لأن حقه في المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط . . وجزم في الحاشية بالثاني . ولكن في حاشية الفصولين للرمل عن الزيلعى لا يملك المرتهن الفسخ في أصح الروايتين » (ابن عابدين ٤ ص ٢١٣) . وجاء في البحر : « وفرق بينهما الكرايسى ، فجعل للمرتهن الاجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه ، فارقا بأن المستأجر حقه في المنفعة ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه ، وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكمى . وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر ، فأجاز المستأجر (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 الثانى ليست الا نزولا عن حقه في المنفعة ، فخلصت العين من الحق الذى تعلق بها ، وسلمت تصرفات البائع فيها ، فنفذ البيع الأول لأنه مقدم على البيع الثانى . ولو باع الراهن العين مرتين ، فإجازة المرتهن للبيع الثانى نزول عن حقه

فى العين ذاتها لافى المنفعة الى المشتري الثانى ، فتخلص العين لهذا المشتري ،
وينفذ البيع الصادر اليه دون البيع الصادر الى الاول . أنظر أيضا فى بيع
المستأجر : الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٧ — الفتاوى الهندية ٣ ص ١١٠ .

بيع المريض مريض الموت :

بيع المريض مرض الموت حكمه عند المحاباة حكم الوصية ، لا ينفذ فى
المقدار المحابى به الا فى ثلث التركة ولغير الوارث . أما إذا صدر للبيع لوارث مهما
كانت قيمة المقدار المحابى به ، أو صدر لغير وارث وزادت قيمة المقدار المحابى
به على ثلث التركة ، فالبيع للوارث ، وكذلك البيع لغير الوارث فيما زاد على
الثلث ، ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة الورثة . فإن أجازوه نفذ فى حق
الجميع ، والا بطل البيع للوارث ، وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث .

والأصل فى ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة ، لا من موت المورث
فحسب ، بل أيضا من بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت . ذلك أن
المورث إذا تصرف فى مرض موته ، فهو إنما يوصى ، ويكون لتصرفه حكم
الوصية . فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة
الذين تعلق حقهم بالتركة ، كما توقف بيع المرهون على إجازة المرتهن ، وبيع
المستأجر على إجازة المستأجر .

والورثة يتعلق حقهم بثلث التركة اذا كان التصرف لغير وارث ، ويتعلق
بكل التركة اذا كان التصرف لوارث ، وفى مصر سوى قانون الوصية بين
الوارث وغير الوارث ، فلا يتعلق حق الورثة فى الحالين إلا بثلث التركة ، ومن
ثم جاز التصرف فيما لا يزيد على ثلث التركة للوارث ولو بغير إجازة
سائر الورثة .

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

منى يكونه العقد نافذاً غير لازم — الخيارات الأربعة :

قدمنا 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 أيًا 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 انفسخ العقد من وقت رجوعه ، وبقيت آثار العقد الى 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 اليها . أما خيار المجلس وخيار القبول فهذان لا يتعلقان بلزوم العقد بل بانعقاده ، وقد سبق بحثهما .

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

(١) ونلاحظ بادىء ذي بدء ان كلا من خيار الشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف ، فيكون العقد لازماً من جهة وموقوفاً من جهة أخرى . أما خيار الرؤية وخيار الغيب فهما بمثابة شرط فاسخ ، فيكون العقد

المطلب الأول

خيار الشرط

قيام الخيار وأهمه :

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

ماهو خيار الشرط :

خيار الشرط خيار يشترطه أحد العاقلين 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 اذن غير لازم من جانب من له الخيار ، اذ يجوز له الرجوع فيه كما قدمنا ، وقد جاء خيار الشرط على خلاف القياس ، إذ القياس أن المعارضات لا تحتمل التعليق على الشرط ، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد . ولكنه شرع بحديث للنبي عليه الصلاة والسلام ، ولحاجة التعامل اليه ، فقد يحتاج ، في البيع مثلا ، المشتري أو البائع أو كلاهما الى التأمل والتروي — ومن أجل ذلك يسمى في الفقه المالكى بخيار التروي — وقد يحتاج المشتري الى تجربة المبيع قبل إمضاء البيع .

جاء في المبسوط للسرخسي : « 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

لازما من جهة غير لازم من جهة أخرى . فخيار الشرط وخيار التعيين ، في حقيقة الاثر الذي يترتب عليهما ، يتصلان بوقف العقد لابعدم لزومه كما سنرى . وعند الشافعي خيار الشرط فاسخ كخيار العيب (انظر في خيار الشرط وهمل هو واقف او فاسخ الشرح الكبير على متن المقنع ، ٤ ص ٧٠ - ص ٧١ وسنورد ما جاء في هذا المرجع فيما يلي) .

للمأمومة أصابت رأسه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا بايعت فقل لا خلافة، ولى الخيار ثلاثة أيام . وكان ألشغ باللام، فكان يقول لا خرابة . ففي الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار . والقياس يأبى ذلك لأن شرط الخيار يعلق العقد، وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق، ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك . ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث، ولحاجة الناس الى ذلك . فالبيع عقد معايته، 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 فى العقد أولى . ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط، لأن الخيار صفة فى العقد، يقال بيع بات وبيع بخيار، وبالصفة لا يتعلق أصل الموصوف، وإنما يدخل الخيار فى الحكم فيجعله فى معنى المعلق بالشرط، لأن بالشرط لا يخلو السبب عن الحكم الا أن يتصل الحكم به، فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل » (المبسوط ١٣ ص ٤٠ - ٤١) .

وجاء فى فتح القدير : « الموانع خمسة أقسام : مانع يمنع انعقاد العلة، حرية المبيع فلا ينعقد البيع فى الحر، لأنها لا تنعقد الا فى محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلا فيه، كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمى بعد القصد إليه . ومانع يمنع تمام العلة، وهو البيع المضاف الى مال الغير، كإصابة السهم بعد الرمى حائطا فرده عن سننه . ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وهو خيار الشرط، يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه، على مثال استتار الرمى اليه بترسى 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، وهى إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط . وحين وردت شرعيته، جعلناه داخلا فى الحكم مانعا من ثبوته، تقليلا لعمله بقدر الإمكان . وذلك لأن عمله

إثبات الخطر في ثبوت الملك ، وبذلك يشبه القمار ، فقللنا شبهه . ولقائل أن يقول القمار محرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشارع سببا للملك ، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك ، والخطر طرد في ذلك لا أثر له . نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا بخلاف الأصل ، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك يثبت أولا ، (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 ثلاثا ، وما روى في حديث ابن عمر البيعان بالخيار ما لم يفترقا 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 شكوا إليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع 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 ثلاثه أيام ، صح بالاجماع (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 والسلم والإقرار والهبة والوصية . وقد جاء في المادة ٣٣٠ من مرشد الخيران :

« خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والأجارة والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنساً والصلح عن مال والرهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفي ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين . » وجاء في المادة ٣٣١ : « خيار الشرط لا يصح في النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية ، . ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط في النكاح والطلاق أن هذين تصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط ، وفي الصرف والسلم أنهما لا يتيان إلا بالقبض فيلزم أن به ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك ، وفي الإقرار أن طبيعته لا تحتمل 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 وكيلاً 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 الحيران : « يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقلين ، أو لأحدهما دون الآخر ، أو لأجنبي . وجاء في الهداية (فتح القديره ص ١٢٦ - ص ١٢٨) « ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره ، فأيهما أجاز جاز الخيار ، وإيهما 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 كاشتراء الثمن على غير المشتري . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ثم يجعل هوناً بما 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 معا ، 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 بيع . والخيار على هذا الوجه ليس موضوعا 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 القديره 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 تتقدر مدة الخيار بتقدر 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 بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك بتفاوت المبيعات ، فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة أيام في اختيار الجارية . والشهر

ونحوه في اختيار الدار . وبالجمله 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 مشاوره إنسان ، فعند مالك يصح العقد ويحدد القاضى المدة المألوفة في العادة لاختيار مثل المبيع . وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يفسد العقد . وعند أبي حنيفة إذا استعمل الخيار في الثلاثة الأيام صح العقد ، وإن انتقضت الثلاثة الأيام دون استعمال حق الخيار فسد العقد .

§ ٢ — حكم خيار الشرط

مزمعاته :

يبرم 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 الى المشتري أولاً ينقلها يجب التمييز بين ما اذا كان الخيار للمشتري ، أو كان للبائع أو كان لهما معاً .

فإذا كان الخيار للمشتري ، انتقلت ملكية البيع 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 ، بقى المبيع على ملكه ، لأن البيع غير لازم له .
 وخارج الثمن من ملك المشتري إلى ملك البائع ، لأن المبيع لازم للمشتري ،
 وعند أبى حنيفة يخرج الثمن من ملك المشتري ولكن لا يدخل فى ملك البائع .

وإذا كان الخيار للثنين معا ، بقى المبيع على ملك البائع لأن البيع غير لازم له ، وكذلك بقى الثمن على ملك المشتري لأن البيع غير لازم له أيضاً .
 فملكية كل من المبيع والثمن تكون فى هذه الحالة موقوفة .

ويخلص مما قدمناه 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 أبى حنيفة ومالك وفى قول لأحمد وللشافعى هو المشهور الملك لا ينتقل حتى ينقضى الخيار فالشرط واقف . وفى قول آخر لأحمد وهو ظاهر المذهب وقول آخر للشافعى الملك ينتقل ثم يعود إذا اختار صاحب الخيار الفسخ ، فالشرط فاسخ (أنظر الشرح الكبير على المقنع وسنورد ما جاء فيه فيما يلى) . فإذا سائرنا رأى الغالب وقلنا بأن الشرط شرط واقف لا فاسخ ، اتصل خيار الشرط بالعقد الموقوف (فى أحد البدلين أو فى كليهما) لا بالعقد غير اللازم ، والعقد فى خيار الشرط موقوف على إجازة العاقد نفسه لا على إجازة أجنبى . ونظيره إجازة الصبي المميز للعقد عند بلوغه سن الرشد . (٢) لا يوجد ارتباط بين البدلين حتى أن أحد البدلين — المبيع أو الثمن — يدخل فى ملك العاقد الآخر ولا يخرج من ملكه البديل المقابل . وهذا ما دعى أبى حنيفة إلى القول بأن البديل لا يدخل فى ملك العاقد الآخر ، حتى لا يجتمع البدلان عند عاقد واحد . ولكنه يقول فى الوقت ذاته بأن البديل يخرج من ملك صاحبه ، فكيف يخرج من ملك صاحبه ولا يدخل فى ملك العاقد الآخر ! وأين يكون ! .

من التصرف في المبيع :

إذا كان الخيار للمشتري، فقد قدمنا أن المبيع دخل في ملكه، فيملك التصرف فيه بالبيع والأجارة وغير ذلك من التصرفات . وإذا تصرف فيه ، كان هذا إمضاءً ضمينا 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 فسخا ضمينا للبيع المقترن بخيار الشرط .

ضمناه 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 ، لزم 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 ، وأما أن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث . فإذا كان الخيار لهما ، فلا ينعقد

العقد في حق الحكم في البدلين جميعا ، 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 جميعا 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 عينا ولا يستحقه على المشتري إذا كان دينا . 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 المستدعي 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 ثبات 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 البدل 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 الثبات في حق الزوال لا في حق الثبوت ، لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال ، وإمتناع 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 وأن 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 ! وخيار 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 . فلماذا جاز تصرفه فيه ، فنفذ عقده 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 لانحداد نسبته الى 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 ، ضمته بالقيمة ، لأن البيع يفسخ بالهلاك ، لأنه كان موقوفاً في حق المبيع ، ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه لإنفاذ بلا محل ، فبقى في يد المشتري مقبوضاً لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة ... لأنه مارضى البائع بقبضه الا 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 بثبوت حق الفسخ ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق المالك كخيار العيب . قلنا قولك ثم البيع بالإيجاب والقبول ، ان 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 أنه يدخل المبيع في ملكه، اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك أحد المتعاضين حكماً للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع، وإن يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاضين في تبادل ملكيهما... فإن هلك المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار، هلك بالثمن.. وقد أبرم العقد وإبرام العقد بوجوب الثمن لا القيمة، (فتح القدير ٥ ص ١١٥ — ص ١١٨).

ثانياً — بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله :

كيف تنقضي مدة الخيار :

تنقضي مدة الخيار بأحد طرق ثلاثة :

(١) بانقضاء المدة التي عينها العاقدان، بحسب الأحوال، وفقاً للتفصيل الذي قدمنا.

(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 سنبينه.

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 العاقد الآخر عند أبي يوسف والشافعي . وعند أبي حنيفة ومحمد يشترط أن يكون ذلك بحضوره أى بعلمه . وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يفسخ من له الحق فيه ودون أن يمضى 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 أوجبت أو أسقطت الخيار أو أبطلته ، أو لم أجز البيع أو أسقطته . وأما الفسخ أو الإمضاء بطريق الدلالة فهو أن يوجد منه تصرف في البذل 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 إياه 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 الذى قدمناه ، انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن ، وذلك دون حاجة إلى حكم ، أو رضا 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 سكوت عن الفسخ أو الإمضاء حتى انقضت مدة الخيار ، فقد زال حق الخيار ولزم العقد ، واستند ذلك بأثر رجعى إلى وقت نشوء العقد .

النصوص :

جاء في المبسوط : « وإن كان الخيار للبشترى ثلاثة أيام فمات قبل ان يختار ، فقد انقطع خياره ولزم البيع . وكذلك إذا كان للبائع فمات البائع ، أو كان الخيار لهما جميعا فماتا ، فقد لزم البيع واجمعوا على انه 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 والثن 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 مرتبهة بالدين مالم يقض عنه فلا تبسط يد الوارث في التركة لقيام الدين على المورث . فأما في توريث الخيار ، فيه منفعة الوارث والمورث جميعا ، فإن الضرر والغبن يدفع به . وربما يقولون هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ، ولأن البديل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي له خياره والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكا له ، فإذا كان الملك باقيا 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 . وحجتنا 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 تحتل الانتقال منه إلى غيره . وإنما يورث ما يحتل الانتقال إلى الوارث ، فأما ما لا يحتل الانتقال إلى الوارث لا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده . وكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث ، لأنه إنما يورث ما كان قائما 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 للبائع ، 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 ودلالة . أما الأول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبه أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا المجرى ، سواء علم المشتري بالإجازة 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 عينا يتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو أجره أو رهنه ونحو ذلك ، لأن ذلك يكون إجازة للبيع . . وكذا لو كان الثمن ديناً فأبى 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 فلا أنه شراء بالدين من غير من عليه الدين ، وأما كونه إجازة للبيع

فلأن الشراء به من غيره إن لم يصح لكنه قصد التملك وإذا دلت 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 فاشتري به شيئاً فإنه 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 للشترى فأبرأه البائع من الثمن ، قال أبو 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 إبرأؤه بعد الوجوب ، فينفذ والله عز وجل أعلم . وأما الضروري فتلاثة أشياء : أحدها مضي مدة الخيار ، لأن الخيار مؤقت به ، والمؤقت إلى غايه 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 سماعة عن محمد أنه لا يورث . . . والثالث إجازة أحد الشريكين عند أبي حنيفة رحمه الله بأن تبايعا على أنها بالخيار فأجاز أحدهما ، بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ ، وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله (البدائع ٥ ص

وجاء في الهداية : « ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة ، وله أن يحيز . فإن أجازته بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يحز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يحوز ، وهو قول الشافعي . والشرط هو العلم ، وإنما كنى بالحضرة عنه . له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجارة ، 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 لسعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه ، وصار كعزل الوكيل ، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ، ولانقول أنه 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 بمضى المدة قبل الفسخ . . . ومن اشترى داراً على أنه بالخيار ، فبيعت أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة ، فهو رضا ، لأن طلب الشفعة يدل على إختياره المملك فيها ، لأنه ماثب إلا لرفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة ، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه ، فثبت المملك وقت الشراء ، فيتبين أن الجوار كان ثابتاً » (فتح القدير ٥ ص ١٢٠ - ١٣٤) .

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع : « ينتقل المملك 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 المملك لا ينتقل حتى ينتقض الخيار ، وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، وإن كان للمشتري خرج عن مملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري ، لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينتقل المملك كله قبل القبض . وللشافعي قول ثالث إن المملك موقوف ، فإن

أمضيا البيع تبينا أن الملك للبشترى ، 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 نخلا يعد أن يؤبره فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، متفق عليه . فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع . ولأنه بيع صحيح ، فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار فيه ، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك ، فثبت 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 ينافيه كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً . وقولهم أنه 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 يفضى إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ، ويفضى 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 يأبى 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 بامضائه وفسخه ، فإن امضاه ليس من المقتضى ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله ، والفسخ ليس بمنع فإن المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه . ولأن البيع مع الخيار سبب يسبق الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ ، فوجب أن يثبتته وإن فسخ كبيع المعيب ، وهو ظاهر إن شاء الله تعالى . فما حصل من كسب أو نماء فهو له ، أمضيا العقد أو فسخه : ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار ، فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخه . قال محمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد ، فالمال للمشتري وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا

المالك للمشتري فالنماء المنفصل له ، وان قلنا الملك للبائع فالنماء له ، وان فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان .. وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون نماءه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار . ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على قولنا أن الملك لا ينتقل . وأما النماء المتصل فهو تابع للبيع بأى حال ، كما يتبعه فى الرد بالعيب والمقايلة » (الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٧٠ — ص ٧١) . وجاء فى نفس المصدر (٤ ص ٧٠) : « اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض لياخذ غلة المبيع ونفعه فى مدة انتفاع المقرض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فلا خيار فيه لأنه من الحيل ، ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به فى مدة الخيار ولا التصرف فيه » .

المطلب الثانى

خيار التعيين

فبار التعيين متفرع من خيار الشرط :

يتفرع عن خيار الشرط خيار التعيين ، ويدكر فى كتب الفقه عادة ضمن خيار الشرط أو عقبه . ومن ثم نبحت ، كما نبحتنا فى خيار الشرط ، قيام خيار التعيين ثم الأحكام التى ترتبت على قيامه .

§ ١ - قيام خيار التعيين

ماهو خيار التعيين وما هو مصدره :

خيار التعيين خيار يشترطه المشتري عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشتري واحدا منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروى . بخيار التعيين يثبت الملك للمشتري فى أحد هذه الأشياء غير عين . وهو فى الوقت

ذاته ينطوى 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 استحسانا 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 مردودا 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 والشافعى بالقياس ، فعندهما 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
حلا البيع من هذا الشرط فسد . فإذا قال البائع للمشتري بعتك دارا من
هذين بألف ولم يذكر على أنك بالخيار في أيهما شئت ، لا يجوز اتفاقا ،
كقوله بعتك دارا من دورى . ولا بد أن يعين ثمن كل واحد من الأشياء
المعرضة على المشتري ، وإلا فسد البيع لجهالة الثمن .

جاء في البدائع : « إذا قال بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا ،
وذكر خيار التعيين أو سكت عنه ، أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد
هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع
مجهول . ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا
وترد الباقي ، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس
أن البيع مجهول لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم ، فكان المبيع
مجهولا ، فيمنع صحة البيع ، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار .

وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، وورود الشرع هناك يكون ورودا هنا . والحاجة تندفع بالتحرى في الثلاثة ، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردى ، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس . ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ، فأن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه ، خصوصاً الأكابرو النساء ، 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 بالثن 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 موجبا للملك عند اختياره لا للحال ، والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة .

(البدائع ٥ ص ١٥٦ - ١٥٧)

لمن يكون خيار التعيين :

رأينا ما تقدم أن الأصل في خيار التعيين أن يكون للمشتري ، فهو الذى يحتاج لهذا الخيار حتى يأخذ الاوفق له . أما البائع فالأشياء كلها كانت في يده فهو أدري بما يرى بيعه منها ، ولا يكون في حاجة إلى الخيار . ومن ثم ذهب رأى الى 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 أى الأشياء يبيع .

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

ماهو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ، ظهر أنه لا يجوز للبائع . بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له إلى إختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع ، وهو أدري بما لاءمه منه ، فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص في المجرد على أنه لايجوز في جانب البائع . وذكر الكرخي أنه يجوز إستحسانا ، لأنه يبيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع ، قياساً على الشرط » (فتح القديره ٥ ص ١٣١) .

مدة الخيار :

اختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط بيان المدة في خيار التعيين . فقال بعضهم لايجوز هذا البيع إلا بذكر مدة الخيار ، لأن المبيع لو كان شيئا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة (في غير مذهب مالك) ، وكذلك يكون الحكم لو كان المبيع شيئا واحدا 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 تعين المبيع ، فلا يشترط له بيان المدة .

والصحيح هو وجوب بيان المدة ، ويكون حدها هو حد المدة في خيار الشرط . فعند أبي حنيفة لايجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام ، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طال ، وعندما لك تقدر المدة بتقدير الحاجة .

جاء في البدائع : « وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار ؟ اختلف المشايخ فيه لإختلاف 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 لايجوز 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 معلوما ، وهو قول
الكرخي والطحاوي رحمهما الله . وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة .
وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوبا واحدا معيننا وشرط فيه الخيار كان
بيان المدة شرط الصحة بالإجماع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين . والجامع
بينهما أن ترك التوقيت نجعل لمدة الخيار وإنه مفسد للبيع ، لأن للمشتري
أن يردهما جميعا 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 تعين 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 يردهما جميعا ، لاحكاما
لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة ، بل لأن البيع المضاف إلى أحدهما
غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بخيار شرط 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 اطلق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب » (المبسوط ١٣ ص ٥٥) .
وجاء في فتح القدير : « لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة
كما في خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة ،
(فتح القدير ٥ ص ١٣٢) .

٤٢ - حكم خيار التعيين

المقرر غير لازم الى وقت اعمال 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 جميعا 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 .

ولمن 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 دليلا على أنه اختاره ، أو تصرف البائع في أحد الشيئين تصرف المالك فيكون هذا دليلا على أنه اختار أن يكون المبيع هو الشيء الآخر . فإذا اختار من له الخيار ، لزم البيع ، واعتبر المبيع متعينا 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 الخيفة ينهرم البيع في أحدها وعلى من له الخيار أن يعين (فتح القدير ٥ ص ١٣٢) .
ولتفصيل ما قدمناه نميز بين ما اذا كان الخيار للمشتري أو كان الخيار للبائع .

أولا — 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 ، لانه قبضها بإذن المالك لأعلى وجه التملك ولا على وجه الثبوت ، فكان أمانة . فإذا فرضنا أن الخيار في شيئين ، وتصرف المشتري في أحدهما ، فقد تعين هذا الشيء مبيعا منذ العقد مستندا إلى الماضي ، لأن التصرف اختيار عن طريق الدلالة كما قدمنا ، وتعين الشيء الآخر أمانة في يد المشتري . ولمن تصرف البائع في أحد الشيئين ، كان تصرفه موقوفا إلى أن يختار المشتري ، فإن اختار الشيء

الذى تصرف فيه البائع صار هو المبيع منذ العقد مستنداً الى الماضي، وسقط
تصرف البائع فيه فقد تبين أنه تصرف في ملك غيره. اما اذا اختار المشتري
الشيء الآخر، فقد تعين هذا الشيء ليكون مبيعاً منذ العقد مستنداً الى الماضي،
وتعين الشيء الآخر الذى تصرف فيه البائع للأمانة منذ البداية، ونفذ تصرف
البائع فيه إذ ظهر أنه تصرف في ملك نفسه .

عدم لزوم العقد

يكون البيع غير لازم للمشتري ، ولازماً للبائع . ومعنى ذلك أن المشتري
يستطيع أن يفسخ البيع فى الأشياء جميعاً ، وليس للبائع أن يفسخ البيع إذا
اختار المشتري شيئاً منها . فإذا كان الخيار للمشتري فى أحد شيئين ، كان
له ان يرد البيع ، لا فى شيء منهما فحسب ، بل فى الشيئين جميعاً . وكان مقتضى
خيار التعيين ان يرد البيع فى شيء فيلزمه الآخر اذ يكون قد اختاره دلالة ،
ولكن لما كان خيار التعيين ينطوى على خيار شرط كما قدمنا ، فإن للمشتري
ان يرد البيع حتى فى الشيء الآخر بموجب خيار الشرط . ذلك أن خيار
التعيين شرع كخيار الشرط للتأمل والتروى ، فإذا كانت نتيجة التأمل والتروى
أن المشتري لا يلائمه أى من الشيئين ، 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 أى الأشياء يكون هو المبيع . خيار التعيين ، بخلاف
خيار الشرط ، يورث كما يورث خيار العيب ، لتعلق الخيار بالمبيع أكثر
من تعلقه بمشئنة العاقد .

كذلك يلزم البيع بتعيب الشيئين معاً وتعينهما للمبيع فينقطع خيار
الشرط ويبقى خيار التعيين . وعلى المشتري فى هذه الحالة أن يختار أحد الشيئين
المعيين ليكون هو المبيع وفقاً للأحكام التى أسلفناها .

الهلاك :

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

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

وإن كان الهلاك بعد قبض المشتري للبيع ، وهلك أحد الشيئين في يد المشتري ، تعين الهالك للبيع ولزم المشتري ثمنه ، وتعين الشيء الآخر للأمانة . ذلك أن الأمانة من الشيئين مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقي للرد ، وتعين الهالك ضرورة للبيع . أما إن هلك الشيئان 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 بالتعيين أولى من الآخر ، فشاع المبيع فيهما جميعا .

ثانياً — الخيار للبائع :

ببوت الملك :

إذا كان خيار التعيين للبائع ، لم يزل أي الشيئين عن ملكه ، وله أن يلزم المشتري أي شيء 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 بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه . ولو تصرف البائع في أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الشيء الآخر

البيع مستنداً إلى الماضي ، وللبائع فيه خيار الإلزام أو الفسخ . ولو تصرف فيهما جميعاً ، جاز تصرفه ويكون فسخاً للبيع ، لأن تصرفه فيهما جميعاً دليل إقرار الملك له فيهما معاً فيتضمن فسخ البيع .

عدم لزوم العقد :

يكون البيع هنا غير لازم للبائع ، ولازماً للمشتري . ومعنى ذلك أن البائع يستطيع أن يفسخ البيع في الأشياء جميعاً ، وليس للمشتري خيار الترك لو ألزمه البائع بشيء منها . فإذا كان الخيار للبائع في أحد شيئين ، كان له أن يرد البيع في الشيئين 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 لايورث ويلزم البيع . ويبقى خيار التعيين لأنه يورث على ما قدمنا ، وعلى ورثة البائع أن تختار أى الشيئين يكون هو المبيع . كذلك يلزم البيع بتعيب الشيئين معاً ، إذ ينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين ، وعلى البائع أن يعين الشيء المبيع . وهذه الأحكام كلها تقدمت 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 الشيئين 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 الشيئان جميعاً ، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد القبض ، وهلك أحد الشئيين في يد المشتري ، هلك أمانة على البائع كما لو كان قد هلك قبل القبض . وللبائع أن يلزم المشتري الشيء الباقي لأنه تعيين للبيع ، وله أن يفسخ البيع فيه لأنه غير لازم له . ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فيهلك الشيء على ملك 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 تعيين 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 أمينا 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 أمينا 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 بالهلاك في يده والآخر أمانة ، وليس أحدهما لتعينه مبيعاً بأولى من الآخر ، لأن حالهما قبل الهلاك سواء ، فبعد الهلاك لا يتحقق تعيين البيع في أحدهما . فللمعارضة قلنا فيتبع حكم الأمانة وحكم المبيع فيهما ، فيكون هو أمينا 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 فرده بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده . فإن اختار أحدهما لزمه ثمنه ، لأنه عين البيع فيه والزمه باختياره فيلزمه ثمنه ، وكان الآخر آميناً فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال وإذا اشترى جارتين أحدهما بألف والأخرى بخمسمائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى . . وحدث العيب بهما معا ، رد أيتهما شاء وأمسك الأخرى . بخلاف ما إذا هلكتا ، لأن الهالك ليس بمحل لا ابتداء البيع فيه فلا يكون محلاً لتعيين مبيع فيه ، والمعيّب محل لا ابتداء البيع فيه فيكون محلاً لتعيين المبيع فيه أيضاً . فلهذا يبقى خياره بعد ما تعيينتا معا ، إذ ليست أحدهما بتعيين البيع فيها بأولى من الأخرى ، ولكن ليس له أن يرددهما 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 بثنائه ، 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 ، والمشتري 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 يقيّن فيبطل البيع ، والله عز وجل أعلم . وأما صفة هذا الحكم فهو أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، وللمشتري أن يردّهما 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 عين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف في ملك غيره ، وإن عين 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 تعيين 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 واحد كل منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع المبيع فيهما جميعاً . . . ولو تعيب أحدهما ، فإن كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع ، لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالة ولا ضرورة إلى التعيين أيضاً لإمكان الرد . والمشتري على خياره ، إن شاء أخذ المعيب منهما ، وإن شاء أخذ الآخر ، وإن شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلاً . فإن أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه ، لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل . وكذلك لو تعيبا جميعاً ، فالمشتري على خياره لما قلنا . وأن كان بعد القبض ،

تعين المعيب 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 تعيبا جميعا ، فإن كان على التعاقب ، تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ، ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم يحدث العيب شيئا لما قلنا إنه أمانة . وإن تعيبا معا 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 جميعا 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 جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا . لكنه لم يملك ، لأن ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيينهما معا 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 ، أعنى البيع الذي فيه خيار التعين ، أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة ؟ قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويراً على ما ذكرناه وقيل لا يشترط في الجامع الكبير وغيره وصححه نثر الإسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط ، وهو قول أبي شجاع . وجه الاشتراط ، وهو قول الكرخي ، أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما جار استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار ، فلا يصح بدونه . ولا يخفى ضعف هذا الكلام ، فإنه يقتضى أن شرط الأحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحققة الصورة الثابتة بالعبرة ، وكان يلزم ألا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع خيار الشرط ، لأن صحة البيع على أنه أن 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 التعيين ثبت حكمه ، وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع . لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار ، لا أنه يسقط خياره ، ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين وثبت البيع في الآخر بشرط الخيار . ولومضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه ، بطل خيار الشرط ، وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين . ولو مات المشتري قبل الثلاثة ، تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين ، لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لتمييز ملكه من ملك غيره . . . وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه ، لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أي حنيفة كما في خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أي مدة تراضياً عليها بعد كونها معلومة ، (فتح القدير ٥ ص ١٣١ - ١٣٢) .

وجاء في الخطاب : « وان اشترى أحد ثوبين وقبضهما ليختار فادعى ضياعهما ضمن واحدا بالثمن ولو سأل في إقباضهما ، او ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي . . قوله وقبضهما ليختار ، أي وقبضهما معاً ليختار واحداً منهما ، إن شاء أخذه ، وإن شاء رده ، وإن شاء ردهما معاً . قال في التوضيح وليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما ، فإن ضاعا في هذه الصورة ، فإنه يضمن واحدا بالثمن ولا ضمان عليه في الآخر ، فإله المصنف وغيره . قال في الجواهر وسواء كان الخيار له أو للبائع ، لأنه قادر إذا كان الخيار له على أن يقبل أو يرد ، وله القبول في مقامه وتلفه ، كانت قيمته أقل من الثمن أو أكثر . وكذلك إن كان الخيار للبائع ، فإنه المشتري يضمنه بالثمن لكون البائع سلمه له على أن عوضه الثمن الذي اتفقا عليه ، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشتري على الضياع ودفع الثمن اه . . وقوله ولو سأل في إقباضهما مبالغة ، وأشار بلو إلى قول ابن القاسم الذي يفرق فيه بين أن يتطوع البائع بالدفع فيضمن واحداً وبين أن يسأل المشتري تسليمها له فيضمنهما ، نقله في التوضيح . وأما قوله أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار

الباقى ، فيعنى به أن ماتقدم ذكره هو حكم ما إذا ضاع الثوبان معا ، وأما إذا ضاع أحدهما فالحكم فى ذلك أنه يضمن نصف ثمن التالف وهو فى الثوب الباقى مخير إن شاء اخذه بالثمن او ردد. قال الرجراجى : واما ان ادعى ضياع أحدهما ، فلا يخلو ضياعه من ثلاثة أوجه ، إما أن يختار الذى ضاع أو الذى بقى أو أبهم الأمر . فإن كان الذى ضاع هو الذى اختاره المشتري ، فإنه يرد الباقى وقيمة التالف . وإن كان الباقى 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 يعنى بالقرب اليوم واليومين والبعد ثلاثة أيام من أمد الخيار » (الخطاب ٤ ص ٤٢٣ - ٤٢٥) .

وأما فى مذهب الشافعى ، خيار التعيين غير جائز للغرر . جاء فى المذهب (جزء أول ص ٢٦٣) : « يجوز بيع عين بمجولة 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

اختلف المذاهب :

فى خيار الرؤية تختلف المذاهب اختلافاً بينا . فى المذهب الحنفى وحده يظهر فى وضوح أن خيار الرؤية يثبت فى العقد دون شرط ، وأن العقد

(١) ويستخلص مما تقدم من النصوص أن البيع يلزم اذا مات من له الخيار فيلزم الورثة أن يعينوا البيع ، واذا تعيب الشئان معافى يد المشتري فيلزم البيع وعليه ان يعين المبيع من الشئين ، واذا انقضت مدة الخيار دون أن يختار فى المذهب الحنفى فينبرم البيع وعليه أن يعين المبيع . ولم يرد فى النصوص حكم ما اذا امتنع عن تعيين المبيع فى هذه الاحوال الثلاثة ، وهى مسألة عولجت فى الفقه القربى فى خصوص الالتزام التخيري وهو ما يقابل خيار التعيين فى الفقه الاسلامى .

يكون غير لازم بسبب هذا الخيار . أما المذاهب الثلاثة الأخرى ، فالأمر فيها ليس على هذا القدر من الوضوح .

فنبحث أولا خيار الرؤية في المذهب الحنفي ، ثم نبثه في المذاهب الأخرى .

١٨ — خيار الرؤية في المذهب الحنفي

مضى يثبت خيار الرؤية :

يذهب الفقه الحنفي إلى أن هناك عقودا 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 شيئا لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه .

ويثبت خيار الرؤية — كما يثبت خيار العيب — شرعا لا شرطا ، أي 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 عينا معينة بالذات ، وأجارة الأعيان ، وقسمة غير المثليات ، والصلح على مال هو عين بالذات . وهذه كلها عقود تحتمل الفسخ ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتمل الفسخ كالمهر وبذل الخلع والصلح عن دم العمد . وقد جاء في المادة ٣٣٩ من مرشد الخبراء : « 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 تحتمل الفسخ » .

ونرى من ذلك أن هناك شرطين لثبوت خيار الرؤية :

أولا — أن يكون المحل المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ، فلو تباع العاقدان عينا 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 يقتضى ثبوت حق المطالبة بمثله ، فإذا قبض برده وهكذا إلى ما لانهائية له ، فلم يكن الرد مفيدا . بخلاف ما إذا كان عينا ، لأن العقد يفسخ برده ، لأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضا ، فكان الرد مفيدا . ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد ، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض ، فلا يرد عليه الفسخ . ولهذا ثبت خيار الرؤية في الأجرة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك ، لأن هذه العقود تنفسخ برده هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية . ولا يثبت في المهر وبديل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك ، لأن هذه العقود لا تحتل الانفساخ برده هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ، وما لا فلا ، والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم » (البدائع ٥ ص ٢٩٢)

هذا ومن باع ما لم يره ، بأن ورث مثلا عينا في بلد بعيد فلم يتمكن من رؤيتها قبل بيعها ، فليس له خيار الرؤية . وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب ، ولأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ، فلم يكن البائع راضيا 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 نفى للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم بانتفاء الشرط . والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا ، فقيل لعثمان إنك قد غبت ، فقال عثمان لي الخيار لأنني بعت ما لم أره . وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره . فخما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم ، فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان . والظاهر أن مثل

هذا يكون بمحض من الصحابة رضى الله عنهم، لأن قضية يجرى فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكما فيها غيرهما، فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها، فحين حكم خبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافة كان إجماعاً سكوتياً ظاهراً، (فتح القدير ٥ ص ١٤٠ — ص ١٤١). ثم إن قياس البائع على المشتري، ليجعل له خيار الرؤية فيما لم يره قبل البيع، فياس مع الفارق، ويقول الكاسا في هذا المعنى ما يأتي: والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد، لأن المشتري ما لم يره مشتر على أنه خير مما ظنه، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فإذا هو ردى، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردىء فله الخيار. وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه ردىء فإذا هو جيد، ومن باع شيئاً على أنه ردىء فإذا هو جيد لا خيار للبائع، فلهذا اختلفا « (البدائع ٥ ص ٢٩٢). ولكن يبدو أن الفرق ما بين البائع والمشتري في هذا الصدد ليس في ظن كل منهما أن المبيع جيد أو ردىء ثم يتبين خطأ هذا الظن، ففي الحالتين وقع كل من المشتري والبائع في غلط يبرر فسخ العقد. وإنما الفرق هو أن البائع أكثر من المشتري تمسكنا 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 الذى عسى أن يقع فيه غلطاً غير مغتفر.

ثانياً — أن تكون العين التى بيعت لم يرها المشتري عند البيع، فإن اشتراها وهويراها، كما يقع ذلك كثيراً، فلا خيار له. وإذا كان المشتري لم يره المبيع وقت الشراء، ولكن كان قد رآه قبل ذلك، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التى 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 موقتا بوقت، خلافا 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 . واختار 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 مايجرى 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 بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال ، فكان ملحقا بالعدم . وأما الفسخ قبل الرؤية ، فقد اختلف المشايخ فيه كما يقول الكاساني : « قال بعضهم لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ، ولهذا لم تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ ، وقال بعضهم يجوز ، وهو الصحيح ، لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ ، كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الأجرة والإيداع . وقد خرج الجواب عن قولهم إنه لا خيار قبل الرؤية ، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار ، وإنما يثبت حكمه لعدم لزوم العقد » (البدائع ٥ ص ٢٩٥) .

حكم العقد مال فيما كان الخيار :

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

وخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد . فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري البيع ولم يرده . جاء فى 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 فى 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 صحيحا ، بل ولا يمنع نفاذه . فيثبت الملك المشتري

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 ينعقد 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 من له الخيار . والخيار الذي يمنع تمام الحكم هو خيار الرؤية ، إذ يثبت الحكم على وجه غير بات ولا يكون باتا ألا بعدم رد المشتري للمبيع بعد رؤيته . والخيار الذي يمنع لزوم الحكم هو خيار العيب ، إذ يثبت الحكم باتا 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 مطلقا عن شرط ، وكان ينبغي أن يلزم . إلا أنه يثبت الخيار شرعا لاشترط ، 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 . ومما يقطع في أن خيار الرؤية سببه اختلال الإرادة لما شابهها من الغلط ما جاء في البدائع (جزء ٥ ٢٩٢) : « إن شراء مالم

يره المشتري غير لازم . . . لأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه ، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار . ولأن من الجائز إعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك ، فيثب 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 مغفر ، 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 مغفر ، 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 أشرفا إليه في الخيارين المتقدمين . فإذا قال المشتري رددت البيع أو فسخته أو مايجرى هذا الجرى ، 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 للبائع 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 أيضا بموت المشتري ، أو بتغير العين ، أو بتصرف المشتري فيها . فهذه أسباب أربعة لسقوط خيار الرؤية ، فنستعرضها تباعا :

(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 الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له . والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ، ولو دخل في البيع أشياء ، فإن كانت لا تتفاوت أحادها كالكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج ، يكتفى برؤية واحد منها ، الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار . وإن كانت تتفاوت أحادها كالثياب والدواب ، لابد من رؤية كل واحد منها . . اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف ، لانه يعرف وصف البقية لانه مكمل يعرض النموذج . وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية ، الا اذا كان في طيه ليكون مقصودا كموضع العلم . والوجه هو المقصود في الآدمي ، وهو والكفل في الدواب ، فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره . . وفي شاة اللحم لابد من الجس ، لان المقصود وهو اللحم يعرف به . وفي شاة الغنينة ، لابد من رؤية الضرع . وفيما يطعم لابد من الذوق ، لان ذلك هو المعرف للمقصود . قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له ، وان لم يشاهد بيوتها ، وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت . والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عاداتهم في الابنية ، فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت ، والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل . قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالاهما سواء وله أن يرده . قال معناه

فإذا 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 الرأى الصحيح كما قدمنا .

الوكيل بالقبض ، فأما الوكيل بالشراء فرويته تسقط الخيار بالاجماع . . قال ويبيع الاعمى وشراؤه جائز . وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره . . ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس ، ويشمه اذا كان يعرف بالشم ، وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق ، كما فى البصير . ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له ، لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما فى السلم . . وقال الحسن يוכל وكيله بقبضه ، وهو يراه ، وهذا أشبه يقول أبى حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على مامر آنفا . قال ومن رأى أحد الثوبين فاشترأهما ، ثم رأى الآخر ، جاز له أن يردهما ، لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب ، فبقى الخيار فيما لم يره ، ثم لا يرده وحده بل يردهما كى لا يكون تفريقا قبل التمام ، وهذا لان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولارضا ويكون فسخا من الاصل » (فتح القديره ٥ ص ١٤٢ - ص ١٤٨)

(٢) جاء فى البدائع : « أما الصريح وما فى معناه فنحو أن يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو مايجرى هذا المجرى ، سواء علم البائع بالاجازة أو لم يعلم ، لان الاصل فى البيع المطلق هو الزوم ، والامتناع لخلل فى الرضا ، فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم . وأما الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا ، نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية ، لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ، لان للقبض شبهة بالعقد ، فكان القبض بعد الرؤية وذلك دليل الرضا ، كذا هذا » (البدائع ٥ ص ٢٩٥) .

هذا واذا جاز أن يسقط خيار الرؤية دلالة عن طريق امضاء البيع فيسقط الخيار بطريق الضرورة ، فانه لايجوز فيه صريح الاسقاط مقصودا لانه ثبت حقا لله تعالى فالعبد لايملك التصرف فيه مقصودا بل ضمن التصرف فى حق نفسه . وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار العيب ، فانهما ثبتا حقا للعبد ، فيجوز اسقاطهما اسقاطا مقصودا . جاء فى البدائع : «والاصل أن كل مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية . الا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط ، وخيار الرؤية لايسقط بصريح الاسقاط ، لا قبل الرؤية ولا بعدها . أما قبلها ، فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرؤية لان أوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية ، فقبل الرؤية ، فلان الخيار ما ثبت باشتراط العاقلين لان ركن العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة ، وانما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتا بحال الله تعالى . وأما خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقلين : أما خيار الشرط

وقد سبق القول إن 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 ، ومادام ساكتا فخياره قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازما 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 أيضا 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 أيضا بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغييره قبل أن يختار المشتري . جاء في البدائع : « وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص بأن

فظاهر لانه منصوص عليه في العقد ، وأما خيار العيب فلان السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص . فكان ثابتا حقا للعبد ، وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصودا ، لان الانسان يملك التصرف في حق نفسه مقصودا استيفاء واسقاطا . فأما ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطا مقصودا ، لانه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا ، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف في حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع ، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه ، كما اذا أجاز المشتري البيع ورضى به بعد الرؤية نصا أو دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة . لانه وان ثبت حقا للشرع لكن الشرع أثبتة نظرا للعبد ، حتى اذا رآه وصلاح له اجازة ، وان لم يصلح له رده ، اذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة . فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفا في حق نفسه مقصودا ، ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار . فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصودا ، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة وان كان لا يثبت مقصودا ، كالوكيل بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينزل ولو باع الموكل بنفسه ينزل الوكيل ، كذا هنا » (البدائع ٥ ص ٢٩٧) .

تعيب بأفة مساوية 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) . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في خيار العيب .

(٤) ويسقط الخيار أخيراً بتصرف المشتري في المبيع . وهذا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فإن كان صادراً 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 اقتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة ، فخير 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 فبيعت دار بجنبها 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 فبدلالة 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 ان كان تصرفاً لا يمكن رفعه للمتصرف ، كالأعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره ، أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري . . . »

§ ٢ - خيار الرؤية 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 وصفا يميزها عن غيرها، ويفردها بذاتها. فإذا بيعت العين على هذا النحو، انعقد البيع نافذاً، وليس للمشتري خيار الرؤية، ولكن له خيار الوصف إن كانت

وكالجهة مع التسليم والرهن والإجارة، يبطل خيار الرؤية، سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها، لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ، وإذا تعذر الفسخ شرعاً بطل الخيار. . . وان كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير، كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة وهبته بلا تسليم، لا يبطله قبل الرؤية، لأنه لو أبطل الخيار كان باعتباره دلالة على الرضا، وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار، فبدلته أولى. 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 وجدت 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 إلى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الإجارة قبل الرؤية، ثم رآه لأخيار 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 العود من محال التخصيص (فتح القدير ٥ ص ١٤١ - ص ١٤٢).

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 لزوم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف (مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢ ص ١٢٦ - ص ١٢٧) . ويفني 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 يحز 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 بما تقدم أن مذهب مالك لا يعرف خيار الرؤية بالمعين الذي يعرفه المذهب الحنفي :

(أ) ففي العين الحاضرة أو القريبة جداً ، وليس في رؤيتها مشقة ، يجب 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 إنقطع خيار الوصف ، ولكن يثبت للمشتري خيار الرؤية دون شرط بالرغم من أن العين قد جاءت على الصفة المطلوبة .

(ج) 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 باطلا . 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 مرئى ، فهذا لا خلاف في بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ، فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال ، لا اذا وصف ولا اذا لم يوصف ، وهذا أشهر أقوال الشافعى ، وهو المشهور عند أصحابه ، أعنى أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز . وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له اذا رآها الخيار فان شاء أنفذ البيع وان شاء رده ، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة . وعند مالك أنه اذا جاء على الصفة فهو لازم . وعند الشافعى لا ينقصد البيع أصلاً في الموضعين . وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا . 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 المعفو عنه . فالشافعى رآه مع الفرر الكثير ، ومالك رآه من الفرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه اذا كان له خيار الرؤية أنه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع . ولا خلاف عند مالك أن الصفة انما 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 يحز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشراوينظر الى ما في جرابها . . . ولا بد عند أبى 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 الغيبة ، الا أن يكون

مذهب الشافعى :

لشافعى فى خيار الرؤية قولان : قول قديم وقول جديد .
فى القول القديم يجوز بيع العين الغائبة ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية .
ثم إن فى افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه
لا يصح حتى تذكر جميع الصفات ، الثانى أنه لا يصح حتى تذكر الصفات
المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تقتصر إلى ذكر شىء من الصفات

مأمونا كالعقار . ومن ههنا أجاز مالك بيع الشىء برؤية متقدمة ، أعنى اذا
كان من القرب بحيث يؤمن أن يتغير فيه فاعلمه »
وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٥٦) : « يجوز فى المذهب بيع
الشىء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة
ولا رؤية . ومنعه الشافعى مطلقا . ويشترط فى المذهب فى المبيع على
الصفة خمسة شروط : (الاول) ألا يكون بعيدا جدا ، كالاندلس وأفريقية .
(الثانى) ألا يكون قريبا ، كالحاضر فى البلد . (الثالث) أن يصفه غير البائع .
(الرابع) أن يحصر الأوصاف المقصودة كلها . (الخامس) ألا ينقد ثمنه
بشرط إلا فى المأمون كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط . ثم ان خرج
المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وان خرج على خلاف ذلك
فللمشتري الخيار » .

وجاء فى الدسوقى على الشرح الكبير (جزء ٣ ص ٢٤ - ص ٢٥) : « وجاز
بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة فى البرنامج . . أى الدفتر
المكتوب فيه أوصاف العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة
للضرورة ، فان وجد على الصفة لزم والا خير المشتري . . وان اشترى
على رؤية متقدمة فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التى رآه عليها ،
وادعى البائع انه عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التى رآه المشتري
عليها ولم تتغير ، وان شك ، أى حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض
أم لا . فان قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين ، وان قطع
بالتغير فالقول للمشتري كذلك ، وان رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين » .
وجاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ٤٤ - ص ٤٥) : « وقول مالك
فى الرجل يقدم له أصناف من البز ، فيحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجهم .
ويقول فى عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا رائحة سائرية وذرعها
كذا وكذا . ويسمى أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعه وصفته ، ثم يقول
اشترؤا على هذا . فيشترون ، ويخرجون الاعدال على ذلك ، فيفتحونها
فيشتغلون ويبرمون ، ان ذلك لازم لهم اذا كان ذلك موافقا للبرنامج الذى
باعه عليه » .

فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . ويكون للمشتري الخيار على الفور عند رؤية العين المباعة 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 الشافعى يقارب مذهب أبى حنيفة في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع في أحد الأوجه الثلاثة التى تقدم ذكرها .

وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٨) : « وجاز برؤية بعض المثلئ : ليس هذا خاصا بالمكيل . وكذلك في الجراف يكفى رؤية البعض ، اذا كان الجميع حاضرا في غرارة أو نحوها . . وينبغى الاحتفاظ على العين فتكون كالشاهد عند النزاع ، فان خرج الآخر مخالفا لما رآه أولا ، فان كان ذلك يسيرا لزم ، وان كان كثيرا لم يلزم . . واحترز بالمثلئ من المقوم فانه لا يكفى رؤية بعضه . . وعلى البرنامج : قال في التوضيح البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وهى لفظة فارسية استعملتها العرب ، والمراد بها الدفتر المكتوب فيه صفة ما فى العدل . . وبرؤيته لا يتغير بعدها . فان كانت مدة يتغير فيها فالبيع فاسد على الاصح ، الا أن يباع بصفة مؤتلفة أو على أنه بالخيار اذا رأى ، وقيل أن شرط النقد فسد والا جاز . . وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية : يعنى انه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف ، لكن بشرط ان يجعل للمشتري الخيار اذا رآه . وأما اذا انعقد البيع على الالتزام أو سكتا عن شرط الخيار ، فالبيع فاسد . . وقال بعض كبار أصحاب مالك لا انعقد بيع الا على أحد أمرين ، أما على صفة توصف أو على رؤية قد عرفها أو شرط فى عقد البيع انه بالخيار اذا رأى ، فكل بيع ينعقد فى سلعة بعينها غائبة على غير ما وصفنا فهو منتقض . . وقال ابن محرز ومنهم من تأولها على أن بيع الرؤية والصفة قسم وبيع الخيار قسم . . فتحصل من هذا أن ما كان حاضرا عند المتعاقدين لا يجوز بيعه على صفة على المعروف المشهور ، الا اذا كان فى رؤيته عسر أو فساد . . وأما ان كان غائبا عن مجلس العقد وهو حاضر البلد . . فلا يجوز بيعه على الصفة الا اذا كان فى رؤيته مشقة . . وأما الغائب عن البلد فيجوز بيعه بالصفة ولو كان على مسافة يوم ، وظاهر كلامهم أن ما كان دون مسافة اليوم فهو فى حكم حاضر البلد فيأتى فيه ما تقدم . . والظاهر أن البيع على رؤية متقدمة لا يشترط فيه هذا الشرط فيجوز بيعه وان كان حاضرا بالبلد أو مجلس التعاقد على تلك الرؤية اذا لم يمض بعد الرؤية مدة يمكن أن يتغير بعدها . »

حاضرة أو غائبة ، وسواء سبق للمشتري رؤيتها أو لم يسبق ، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع ألا في المبيع المرئى وقت العقد . ومن هنا لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد وارتضاها ، بل أن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قدمنا . وفي هذا يختلف مذهب الشافعى في القول الجديد عن مذهب أبى حنيفة اختلافا بينا . فالقول الجديد ينفي خيار الرؤية أصلا ، بل هو يوجب رؤية المبيع ، فلا يعود هناك مقتضى لخيار الرؤية . ورؤية المبيع وقت البيع تتم ، فيما لا تختلف أجزاؤه ، برؤية بعض المبيع ، لأن برؤية البعض يزول عذر الجهالة . وأما فيما تختلف أجزاؤه ، فرؤية البعض أيضا تكفى أن كان مما تشق رؤية باقيه كالجوز فى القشر الأسفل وأساس الحيطان . فإن لم تشق رؤية باقيه ، وجبت رؤية المبيع كله ولا تكفى رؤية البعض .

والشافعى فى إشرائطه رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع فى قوله الجديد - وهذا من شأنه أن يضيق كثيرا من نطاق التعامل - يحتج بنهى النبى عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره المشتري ، وبنيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس بمحاضر مرئى للمشتري . ثم إن المقصود فى المبيع هو المالية ، ومقدار المالية لا يصير معلوما 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 يحز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يحز هنا أيضا البيع . (١)

(١) أنظر فى هذا الحجج وفى رد الحنفية عليها المبسوط للسرخسى ١٣ ص ٦٨ - ص ٧٠ .

ومن النصوص فى مذهب الشافعى ما جاء فى المذهب : « ولا يجوز بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها او نوعها .. فان علم الجنس والنوع ، بأن قال بعتك الثوب المروى الذى فى كمى أو العبد الزنجى الذى فى دارى أو

مذهب أحمد بن حنبل :

الظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تقدم رؤيتها لا يصح بيعها فيجب ، حتى يصح العقد ، أما الرؤية من البائع والمشتري جميعا ، وإما سبق الرؤية بزمان لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي في صحة السلم . فإن وقع البيع على هذا النحو ، كان

الفرس الادهم الذي في اصطبل ، ففيه قولان ! قال في القديم .. يصح ويثبت له الخيار اذا رآه ، لما روى ابن أبي مليكة أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة ، فقال عثمان بعث مالم أره ، فقال طلحة إنما النظر الى لاني ابتعت وأنت قد رأيت ما ابتعت . فتحاكما الى جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لانه ابتاع مفيبا .. وقال في الجديد لا يصح لحدث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الفرس وفي هذا البيع غرر .. فاذا قلنا بقوله القديم ، فهل تغتفر صحة البيع الى 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 يغتفر الى ذكر شيء من الصفات ، وهو المنصوص في الصرف ، لان الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار اذا رآه ، فلا يحتاج الى ذكر الصفات . فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ، ثبت له الخيار . وان وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : أحدهما لا خيار له لانه وجده على ما وصف فلم يكر له خيار كالمسلم فيه ، والثاني أن له الخيار لانه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار .. وأما اذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه ، فان كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه . وقال أبو القاسم الانماطى لا يجوز في قوله الجديد لان الرؤية شرط في العقد ، فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح . والمذهب الاول لان الرؤية تتراد للعلم بالمبيع ، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة ، فعلى هذا اذا اشتراه ثم وجده على الصفة الاولى أخذه ، وان وجده ناقصا فله الرد لانه ما التزم العقد فيه الا على تلك الصفة .. اذا رأى بعض المبيع دون بعض نظرت : فان كان مما لا يختلف أجزاؤه كالصبرة عن الطعام والجرة من الدبس جاز بيعه ، لان برؤية البعض يزول غرر الجهالة ، لان الظاهر ان الباطن كالظاهر . وان كان مما يختلف نظرت : فان كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الاسفل جاز بيعه ، لان رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الجيطان . وان لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوى ، ففيه طريقان : من أصحابنا من قال فيه قولان كبيع ما لم ير شيئا منه ، ومنهم من قال يبطل البيع قولا واحدا ، لان ما رآه لا خيار له ومالم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز في عين واحدة » (المذهب ١ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) .

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 يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع، كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما. فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله، كان كبيع الغائب، فيجب وصف المبيع حتى يصح البيع. ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد، بخلاف المذهب الحنفي فقد رأينا أن خيار الرؤية ثبت 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 البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع. فإذا ثبت للمشتري أو للبائع خيار الرؤية على هذا النحو، فلن له الخيار عند رؤية المبيع الحق في الفسخ أو الإمضاء، ويكون ذلك على الفور عقب الرؤية، 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 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 فيفضى 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 بينا 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 يحيز 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 تنبت خيار الرؤية للمشتري فيما لم يوصف ولم تتقدم فيه رؤية ، بل هي تذهب إلى مدى أبعد من المذهب الحنفي إذ تنبت خيار الرؤية للبائع أيضاً . والثانية تتفق مع مذهب الشافعي في قوله الجديد ، إذ تنفي خيار الرؤية بتاتا وتنفي جواز البيع على الصفة أو على سابق الرؤية ، وتشترط لصحة البيع رؤية المبيع حال العقد (١) .

(١) ونقل ما جاء في المغني 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 وأسحق وهو أحد قولي الشافعي . وفي رواية أخرى أنه يصح ، وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي . وهل يشترط خيار الرؤية ؟ على روايتين أشهرهما ثبوته ، وهو قول أبي حنيفة . واحتج من أجازه بعموم قول الله تعالى وأحل الله البيع ، وروى عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما بالكوفة والأخرى بالمدينة ، فقيّل لعثمان أنك قد غبنت فقال ما أبالي لأنني بعثت مالم أره ، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لأنني اشتريت مالم أره ، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معارضة فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح . ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الفرر رواه مسلم ، ولأنه باع مالم 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 فيحتمل أنهما تبايعا بالعينة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف

المطلب الرابع

خيار العيب

مسائل نزلت :

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 .

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 واضرار بهن على ان الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة في النكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فان قيل فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى مالم يره فهو بالخيار اذا رآه ، والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح ، قلنا هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل انه بالخيار بين العقد عليه وتركه . اذا ثبت هذا فانه يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما ، فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لاجله كان كبيع الغائب . وان حكمنا بالصحة ، فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ، ويكون على الفور ، فان اختار الفسخ فله ذلك ، وان لم يفسخ لزم العقد ، لان الخيار خيار الرؤية ، فوجب ان يكون عندها . وقيل يتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه ، لانه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس . وان اختار الفسخ قبل الرؤية ، انفسخ ، لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحال الرؤية . وان اختار امضاء العقد لم يلزم ، لان الخيار يتعلق بالرؤية ، ولانه يؤدي الى الزام العقد على المجهول فيفضي الى الضرر . وكذلك لو تبايعا بشرط الا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك . وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين ، بناء على الشروط الفاسدة في البيع . ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعا . وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره ، فله الخيار عند الرؤية . وان لم يره المشتري أيضا ، فلكل واحد منهما الخيار ، وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ،

ولما 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 .

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 العقود عليه فأشبهه المشتري ، فأما الخبر فإنه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضا منهما فعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منهما . وإذا وصف المبيع للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم . وعن أحمد لا يصح حتى يراه لان الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم ، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخافية . وأما مالا يصح المسلم فيه ، فلا يصح بيعه بالصفة ، لأنه لا يمكن ضبطه بها . إذا ثبت هذا ، فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ ، وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعبدي واسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لأنه يسمى بيع خيار الرؤية ، ولان الرؤية من تمام العقد فأشبهه غير الموصوف . ولاصحاب الشافعي وجهان كالْمذهبين . ولنا أنه سلم له العقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ، ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعقد الخيار في جميع الأحوال كالمسلم ، وقولهم أنه يسمى بيع خيار الرؤية لانعرف صحته ، فان ثبت فيحتمل أنه يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتاج به على غيره . فأما أن وجده بخلاف الصفة ، فله الخيار ، ويسمى خيار الخلف في الصفة ، لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم . وان اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت ، فالقول قول المشتري لان الاصل براءة ذمته من السلم فلا يلزمه مالم يقربه أو يثبت ببينة أو ما يقوم مقامها . . إذا رأى المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمان لاتغير العين فيه ، جاز في قول أكثر أهل العلم . وحكى عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يراها حالة العقد ، وحكى ذلك عن الحكم وحماد ، لان ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ماله شاهداً حالة العقد ، والشرط انما هو العلم وانما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفى بالصفة المحصلة للعلم به ، والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد . ويقرر ما ذكرناه ماله رأياً داراً ووفقاً في بيت منها أو أَرْضاً ووفقاً في طريقها وتبائعها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للمبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه . ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع ، وان كان ناقصاً ثبت له الخيار ،

١٨ — متى يثبت خيار العيب

خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط في العقود التي تخضع للإفساخ :

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 .

عل أن هناك فرقا 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 إذ لم يكن فى حاجة إلى شرط صريح به ، إلا أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى فى العقد ، ولما كانت السلامة مشروطة فى العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصاً . جاء فى البدائع فى هذا المعنى : « إن السلامة شرط فى العقد دلالة ، فإلم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه . والدليل على أن السلامة مشروطة فى العقد أن السلامة فى 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 فى العقد دلالة ، فكانت كالمشرطة نصاً . فإذا فاتت المساواة كان له الخيار ، كما إذا اشترى جارية على أنها بكر أو أنها طباخة فلم يجدها كذلك . وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً

لأن ذلك كحدوث العيب . وإن اختلفا فى التغير ، فالقول قول المشتري ، لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه مالم 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 التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره ، صح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الفيبة يسيرة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى » (المفنى ٤ ص ٧٤ — ص ٩٠) .

لأنه عقد معارضة ، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ، وتحقيق المساواة في مقابلة البذل بالمبدل والسلامة بالسلامة ، فكان اطلاق 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 فوجدها مصراة ، 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 فيمسكه ، أو لا يرضى به فيرده . والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري ، عليه 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 تشمل الفسخ ، كالبيع والأجارة والقسمة والصلح عن مال على شيء بعينه . وقد ورد في المادة ٣٤٢ من مرشد الحيران : « يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من

غير اشترط في العقد . فمن عقد شراء ، أو إجازة ، أو أجرى مع شريكه
 قسمة مال مشترك القيميات أو المنليات المتحدة 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 الصلاح أو في
 الحصة التي أصابته من القسمة عينا قديما لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة ، ولم
 يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه ، ولم يشترط البراءة من
 العيوب . فإن وجد شيء من ذلك سقط حق خياره ، ولزمه العقد والحصة
 التي أصابته في القسمة .

الشروط الواجب توافرها في العيب لينتبت به الخيار :

والمفروض أن المحل المعقود عليه هو عين معينة بالذات . ويشترط في
 العيب اللاحق بالعين ، لينتبت به الخيار ، شروط أربعة : (١) أن يكون
 العيب مؤثرا في قيمة المبيع (٢) وأن يكون قديما (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 مؤثرا 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 مؤثرا في قيمة المبيع إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة
 التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا . فالعمى والعور والحول والعشا والبرص
 والقراع والصلع والشلل والبخر والزفر وسائر الأمراض المؤثرة ، كل هذه
 عيوب في الرقيق على تفصيل تفيض به كتب الفقه . وينبسط القول خاصة في
 شأن عيوب أربعة : الإباق والسرقعة 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) .

يجب أنه يكون العيب قريبا :

ويجب أن يكون العيب ثابتا 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 (٢) .

(١) وقد يكون عيبا يوجب الخيار سوء الجوار في الدار المستأجرة ،
وما يلحق الشيء من أوهام العامة ، كأن تكون الدار شؤما أو أن تكون مشهورة
بعوامر الجان . جاء في الخطاب : « قال في الموازنة سوء الجار في الدار المكتراة
عيب ترد به إذا لم يعلم ، وقال غيره ليس ذلك عيبا في البيع . وقد قال أبو
صالح الحراني سمعت مالكا يقول ترد الدار من سوء الجيران . . المشذلي
قال في موضع آخر من البيان من اشترى دارا فوجد جيرانها يشربون أن
ذلك عيب ترد به . . وفي الشؤم والجن نظر . والذي اختاره ابن عرفة
أنهما ليسا بعيب ، والصواب عندي أن ذلك عيب لانه مما تكرهه النفوس
قطعا ، فإن كون الدار مشهورة بعوامر الجان لا تسكن غالبا ، وكذا اذا اشتهرت
بالشؤم لا تملك غالبا » (الخطاب ٤ ص ٤٣٦) .

(٢) وفي مذهب مالك ما يعرف بالعهد ، فيفترض أن العيب اذا حدث
عند المشتري في مدة معينة يكون كامنا في المبيع وقت أن كان في يد البائع ،
فيحمل البائع عهده ويكون مسئولا عنه . قال ابن رشد : « انفرد مالك
بالقول بالعهد دون سائر فقهاء الامصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء
السبعة وغيرهم . ومعنى العهد أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو
من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الايام وذلك عن
جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، وعهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة
الجزام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو
من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على
الاصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزله ايام الخيار وایام الاستبراء ،

ولا يكفي أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم ، بل يجب أيضا أن يبقى ثابتا بعد التسليم . لأن العيب إذا حدث قبل التسليم و زال أيضا قبله ، فقد قبض المشتري المبيع سليما من العيب ، فلا يكون له الخيار .

أما إن حدث العيب بعد التسليم ولكنه استند إلى سبب قبل التسليم ، كأن كان المبيع عبدا فسرقت أو قطع يدا قبل التسليم فقطعت يده بعد التسليم ، ففي مذهب الشافعي خلاف في هذه المسألة . جاء في المذهب : « 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 عبدا فسرقت أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي أسحق ، 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 ، (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

والنقطة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنقطة فيها والضمان من المشتري إلا من الادواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه الماكسة والمحاربة وكان بيعا لا في الذمة . هذا ما لا خلاف فيه في المذهب ، واختلف في غير ذلك . . واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ، فروى عنه 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 عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عهدة السنة . والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم المبيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع . . وأما سائر فقهاء الأمصار فلم تصح عندهم في العهدة 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 بسماع ثابت . ولهذا ضعف عند مالك في إحدى الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط ، وبخاصة عهدة السنة فإنه لم يأت في ذلك أثر . وروى الشافعي عن ابن جريح قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث ، فقال ما علمت فيها أمرا سالفا (بداية المجتهد ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦ - وانظر في نقض الحنابلة لحجج المالكية في العهدة الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٩٠ - ص ٩١) .

وهناك خلاف فيما يتعلق بالعيوب 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 لازوال له عادة إذا ثبت . فيقتصر إذن في الجنون وحده ، وفقا 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 جميعا 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 أبق الصبي أو سرق أو بال في الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ، ثم كان ذلك في يد المشتري وهو لا يزال صغيرا لا يعقل ، لم يثبت حق الرد ، لأن هذه الأمور ليست عيبا في الصغير الذي لا يعقل . وحتى لو بقي الصغير بأبق أو يسرق أو يبول في الفراش بعد أن عقل وكان ذلك بعد انتقاله إلى يد المشتري ، لم يكن للمشتري حق الرد ، لأن الذي كان موجودا 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 عيبا حادثا لا يوجب الرد .

يجب أنه يكون العيب غير معلوم من المشتري وأنه 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 رضاء منه به دلالة ، وكذلك إذا
لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض ، فقبضه للبيع 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 ، ويبرأ البائع من العيب القائم وقت العقد
والعيب الحادث بعده . (١)

(١) ويختلف حكم البراءة من العيب في مذهب الشافعي . جاء في
المهذب (جزء ١ ص ٢٨٨) : « إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ، ففيه
طريقان : أحدهما . . أن المسألة على ثلاثة أقوال . أحدها أنه يبرأ من كل
عيب ، لأنه غيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه .
والثاني لا يبرأ من شيء من العيوب ، لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم
يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول . والثالث أنه لا يبرأ إلا

§ 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 دلالة فهو ليس بشرط في السبب كخيار الشرط .
وليس بشرط في الحكم كخيار الرؤية ، فيكون أثره في منع لزوم لا في منع أصل الحكم . أما خيار الشرط فقد دخل على السبب ففنع 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 ، ففنع 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

من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع . . لان الحيوان يفارق ما سواه ، لانه يقتضى بالصحة والسقم ، وتحول طباعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه لانه لا سبيل الى معرفته وتوقيف المشتري عليه . وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان ، فلم يجز التبرى منه مع الجهالة . والطريق الثانى أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره . وتأول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه . فان قلنا ان الشرط باطل ، فهل يبطل البيع فيه ؟ وجهان : أحدهما لا يبطل البيع ويرد المبيع . . والثانى أنه يبطل البيع ، لان هذا الشرط يقتضى جزءاً من الثمن تركه البائع لاجل الشرط ، فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول ، والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولاً ، فيصير الثمن مجهولاً ، ففسد العقد ، والله أعلم .

لا يزال في يد البائع ، وأراد المشتري الرد بالعيب ، فإنه لا يحتاج إلى التراضي أو التقاضى ، بل يكفي أن يقول رددت البيع أو مايجرى هذا الجرى لينفسخ البيع ، فذلك لأن العقد غير لازم قبل القبض . أما بعد القبض فقد تمت الصفقة، وإنما يكون البيع قابلاً للفسخ لفوات شرط السلامة، ومن ثم لا يجوز الفسخ إلا بالتراضى أو بالتقاضى ، 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 إلى الصفقة لا تتم حتى بعد القبض ، ولذلك يرد المشتري المبيع بخيار الرؤية بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضي أو التقاضى، 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 التقاضى .

فالعبارة إذن، فيما إذا كان الرد يتم بمحض الإرادة أو كان لا بد في تمامه من التراضي أو التقاضى ، إنما تكون بعدم تمام الصفقة أو بتمامها . فإذا لم تتم الصفقة، كما هو الأمر في خيارى 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 بالتراضى أو بالتقاضى . ذلك أنه إذا لم تتم الصفقة ، كان الرد نقضاً لصفقة لم تتم، فيكون انفساخاً لافسحاً، أقرب إلى أن يكون رجوعاً في الإيجاب قبل القبض الذى هو بمثابة القبول ، فلا حاجة فيه إلى التراضى . أما إذا كانت الصفقة قد تمت، فالرد لا يكون مجرد نقض وانفساخ تكفى فيه إرادة من له الخيار ، بل هو فسخ لصفقة قد تمت ، فلا بد فيه من التراضى أو التقاضى ، فإن العقد لا يفسخ إلا على النحو الذى به ينعقد ، وهو لا ينعقد بأحد العاقلين فلا يفسخ بأحدهما .

ويقول الكاسانى 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 ينفسخ بقول المشتري رددت ، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي بإجماع . وإن كان في يد المشتري لا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله ينفسخ 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 متصلا بلا خلاف بين أصحابنا . وجه قول الشافعي رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضا ، 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 بنفس الصفقة بعد تمامها كالإقالة ، وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ، ثم العقد لا ينقذ بأحد العاقلين فلا ينفسخ 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 يسترد . 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 تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا ، والله عز وجل أعلم » (البدائع ٥ ص ٢٨١) .

عدم لزوم العقد في خيار العيب قائم على انهيار الرضاء انقوات

سُرط 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 : يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . قانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، إثباتا 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 كلا من خيار الشرط وخيار الرؤية يقوم هو أيضا 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 ، كما أن يقول فسخ 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 بالتراضي أو بالتقاضي .

ما الذي يترتب على الرد بخيار العيب :

إذا نقض المشتري البيع بخيار العيب ، انفسخ العقد . ورد المشتري المبيع معيباً إلى البائع إن كان قد قبضه ، واسترد الثمن إن كان قد دفعه .

وليس له أن يمسك المبيع معيباً 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 فيتضرر بنقصان هذا الثمن ، ودفع الضرر عن المشتري ممكن برده للمبيع ، ولأن حق الرجوع بالنقصان كالحلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الحلف . (١)

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 آتيا من

(١) وهذا هو المذهب الحنفى . ومثله مذهب الشافعى . جاء في المذهب : « وان قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب ، لم يجبر المشتري على قبوله ، لانه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن فلا يجبر على امساك معيب بعض الثمن . وان قال المشتري أعطنى الارش لامسك المبيع ، لم يجبر البائع على دفع الارش ، لانه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن » (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

وفي مذهب مالك تنقسم العيوب الى ثلاثة ؟ عيب غير مؤثر وليس فيه شيء ، وعيب يسير ويرجع المشتري فيه بنقصان الثمن ، وعيب فاحش ويكون المشتري فيه بالخيار بين الرد والامساك فاذا أمسك ليس له أن يرجع بنقصان الثمن . ففي العيب الفاحش يتلاقى المذهبان الحنفى والمالكي . قال ابن جزى : « المسألة الثالثة في أنواع العيوب وهى 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 فى الثوب والصدع فى حائط الدار ، وقيل انه يوجب الرد فى العروض بخلاف الاصول . وأما عيب الرد ، فهو الفاحش الذى ينقص حظا من الثمن ، ونقص الشر يوجب الرد عند ابن رشد وقيل الثلث ، فالمشتري فى عيب الرد بالخيار بين أن يرده على بائعه أو يمسكه ولا أرش له على العيب ، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب الا أن يفوت فى يده » (القوانين الفقهية ص ٢٦٧) .

وفي مذهب أحمد بن حنبل يكون للمشتري الخيار بين الرد أو الامساك مع الرجوع بنقصان الثمن . جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع : « فمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه ، فله الخيار بين الرد والامساك مع الارش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن . . فان اختار امساك المعيب وأخذ الارش ، فله ذلك وبه قال أبو اسحق . وقال أبو حنيفة والشافعى ليس له الا الامساك أو الرد ، ولا أرش له الا أن يتعذر رد المبيع » (الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٨٦) .

قبله ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه بصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن الرد . فلو باع المبيع المعيب أو وهبه ثم علم بالعيب ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكا عن الرد . ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان ، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها . ولو كان المبيع طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تحرق ، 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 معيب ثم يقوم بالعيب ، ولا يدفع المشتري للبائع من الثمن إلا حصة تعادل النسبة بين هاتين القيمتين . فلو كانت قيمة المبيع غير معيب عشرين ، وكانت قيمته معيباً خمسة عشر ، فالنسبة بين هاتين القيمتين نسبة ثلاثة إلى أربعة . فلو كان الثمن ستة عشر ، لم يجب على المشتري من الثمن إلا ثلاثة أرباعه أي اثنا عشر ، ورجع بالنقصان وهو أربعة (١) .

(١) وإذا كان بعض المبيع معيباً دون بعض ، فالمبدأ الأساسي في هذه المسألة هو عدم جواز تفريق الصفقة قبل تمامها ، فإن تمت جاز التفريق .

§ ٣ — ما يسقط به خيار العيب

أسباب مختلفة :

يسقط خيار العيب ، فيلزم البيع ، للأسباب الآتية :

- (١) هلاك المبيع (٢) نقصان المبيع (٣) زيادة المبيع (٤) إسقاط المشتري للخيار (٥) رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به (٦) تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب . (١)

وتطبيقا لهذا المبدأ يميز الفقه الحنفى بين ظهور العيب قبل القبض وظهوره بعد القبض . فإذا لم يقبض المشتري شيئا من المبيع ، ووجد ببعضه عيبا ، فهو بالخيار ان شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن ، وان شاء رد الكل . وليس له أن يرد المبيع خاصة بحصته من الثمن ، سواء كان المبيع شيئا واحدا أو أشياء متعددة ، لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض ، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل . وهذا هو الحكم فيما اذا كان المشتري قبض بعض المبيع دون بعض ، فوجد ببعضه عيبا . فهنا أيضا لا يملك رد المبيع خاصة بحصته من الثمن ، سواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض ، لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع العقود عليه ، فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل .

أما اذا كان المشتري قبض كل المبيع ، ثم وجد ببعضه عيبا ، فان كان المبيع شيئا واحدا — ولو تقديرا كخفين أو نعلين أو مصراعى باب ونحو ذلك — فلكل لا يملك رد المبيع خاصة بحصته من الثمن . وان كان المبيع أشياء متعددة ، فله أن يرد المبيع خاصة بحصته من الثمن ، وليس له أن يرد الكل الا عند التراضى . وهذا لان حق الرد انما يثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد ، والسلامة فاتت في أحدهما فكان له رده خاصة ، فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة ، وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لابعده ، والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع . ولو قال المشتري انا أسك المبيع وأرجع بنقصان الثمن فيه ليس له ذلك ، لان امساكه للمعيب دلالة الرضا به وأنه يمنع الرجوع بالنقصان . وعند زفر والشافعى ليس للمشتري في الحالة الاخيرة أن يرد المبيع بحصته من الثمن ، بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا . ولان في التفريق بينهما في الرد اضرار بالبائع ، اذ ضم الرديء الى الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الرديء بواسطة الجيد ، وقد يكون العيب بالرديء فيرده على البائع ويلزمه البيع في الجيد بثمن الرديء ، وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع . انظر في كل ما تقدم البدائع ٥ ص ٢٨٦ — ص ٢٨٩ .

(١) ولا يستقط خيار العيب بموت المشتري ، فاذا مات قامت وراثته مقامه في الخيار ، وقد قدمنا أن خيار العيب كخيار التعيين يورث ، وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية فانهما لا يورثان .

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 .
فنتناول في إيجاز هذه الأسباب المختلفة تباعا .

ههرك 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 الطبع :

إذا نقص المبيع (١) قبل القبض ، وكان النقصان بغير فعل المشتري أو فعل
أجنبي ، أى بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأقبة سماوية ، فهذا وما لم يكن به عيب
سواء . ويكون للمشتري الخيار ، إن شاء أخذ المبيع وطرح قدر النقصان ،
وإن شاء ترك ، كما إذا لم يجد بالمبيع عيبا . ذلك أن له الخيار فى 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 فى هذه الحالة أن يأخذ المبيع فبسقط جميع
الثن . وإن كان النقصان بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء رضى بالمبيع
بجميع الثمن واتبع الجانى بالأرش ، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن
واتبع البائع الجانى بالأرش ، كما إذا لم يجد المشتري بالمبيع عيبا .

(١) وكانقص طروء عيب آخر على المبيع يضاف الى العيب الاول . فان طرأ العيب الثانى قبل القبض ، فهو قديم يضمه البائع كما يضم النقص قبل القبض ، وان طرأ العيب الثانى بعد القبض ، فهو حديث لا يضمه البائع كما لا يضم النقص بعد القبض .

وإذا نقص المبيع بعد القبض وهو في يد المشتري ، أيا كان سبب النقص ثم وجد المشتري به عيبا ، لم يكن له أن يرده بالعيب . ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ، ولم يوجد لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيبا بعيب واحد ويعود على ماله معيبا بعيبين ، العيب القديم والنقصان . وهو إذا كان يضمن العيب القديم ، فإنه لا يضمن النقصان لأنه حدث بعد القبض والمبيع في يد المشتري . فأنعدم 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 تبعا ، وما كان تبعا في العقد يكون تبعا في الفسخ . وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل (كالصبيغ 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 والثر واللبن) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، فإن شاء المشتري ردهما

(١) وفي مذهب مالك للمشتري أن يرد المبيع في هذه الحالة ويرد معه أرش النقصان ، لأن حق الرد بالعيب ثبت نظرا للمشتري ، فلو امتنع أنما يمتنع نظرا للبائع ، والمشتري باستحقاق النظر أولى من البائع لأنه لم يدلس العيب والبائع قد دلس . قال ابن جزى : « المسقط الرابع حدوث عنده ، آخر عند المشتري فهو بالخيار أن شاء رده ورد أرش العيب الحادث عنده ، وإن شاء تمسك به وأخذ أرش العيب القديم ، والأرش قيمة العيب . وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له الرد ، وإنما يأخذ أرش العيب القديم » (القوانين الفقهية ص ٢٦٦) .

جميعا ، 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 هى مملوكة بملك الأصل ، فبالرد يفسخ العقد فى الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أبى حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربح مالم يضمن ، وعند أبى يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له .

وإن حدثت الزيادة بعد القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب إن رضى المشتري بردها مع الأصل التى هى تابعة له ، وإن أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بنقصان الثمن كان له ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد ليس للمشتري أن يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا أراد البائع استرداد المبيع معيبا ورد الثمن كله . وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن ، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، فإنها تمنع الرد بالعيب . ويرجع المشتري بنقصان الثمن ، لأن الزيادة حصلت فى ضمان المشتري ، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح مالم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى فى يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا . وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض ، فإنها تحصل فى ضمان البائع ، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لحصولها فى ضمانه ، ومن ثم جاز الرد بالعيب كما قدمنا . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشتري طيبة له لأنها حصلت فى ضمانه .

إسقاط المشتري للخيار :

ويسقط خيار العيب بإسقاط المشتري له إسقاطا مقصودا صريحا أو ما هو فى معنى الصريح ، نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجرى هذا المجرى ، لأن خيار العيب حقه فله أن ينزل عنه .

وكإسقاط الخيار إبراء 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 ، وإذ رضى المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط أو أنه لم يشترطه ابتداء .

والرضاء قد يكون صريحا ، كأن يقول المشتري رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع وما يجري هذا المجرى . وقد يكون الرضاء دلالة ، كأن يصدر من المشتري بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضاء به ، كما إذا كان المبيع ثوبا فضبغه أو قطعه أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما 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 الأقدام 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 مثلا ، عاد حق خيار العيب للمشتري ، وجاز له رد المبيع للبائع .

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى

فى نظرية البطلان

مسائل ظهرت :

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 المدنى العراقى نظرية البطلان عن الفقه الإسلامى لاعتن 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 ، فنقص فيه ركن أو اختل فيه شرط ، يكون عقدا باطلا . أما العقد الذى جمع كل الأركان والشرائط ، فهم يعقد غير باطل .

ويكاد الفقه الغربي يكون متفقاً مع الفقه الإسلامي في تحديد أركان العقد وشروطه . ففي الفقه الغربي أركان العقد ، كما قدمنا ، ثلاثة : التراضي والمحل والسبب . وللتراضي شرائط انعقاد هي التمييز ومطابقة القبول للإيجاب . وللمحل شرائط هي أن يكون ممكناً ، ومعيناً أو قابلاً للتعين ، وصالحاً للتعامل فيه . والسبب شرط واحد هو المشروعية .

وكذلك الفقه الإسلامي ركن العقد عنده هو الإيجاب والقبول . والإيجاب والقبول يفرضان بدهة وجود المحل . ويمكن القول بأن الفقه الإسلامي يعرف في 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 للتعين وصالحاً للتعامل فيه .

فالأركان والشرائط في الفقهين واحدة ، مع اختلاف يسير في التعبير لاخطر له . ومن ثم تتوحد منطقة العقد الباطل في كل من الفقهين الإسلامي والغربي .

أ. صاف المعمر — المعمر الفاسد :

ويعرف الفقه الحنفي ، إلى جانب أركان العقد وشروطه ، أوصاف العقد ، ومن ثم يعرف إلى جانب العقد الباطل العقد للفاسد . فإذا سببت للعقد أركانه وشروطه 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 — وسرى ذلك فيما يلي — فإن أسباب الفساد لا يقرها الفقه الغربي . فهو لا يخشى الغرر خشية الفقه الإسلامي له ، ويبيح الربا بقيود

معينة ، ولا يأتى أن يقترن العقد بشرط ، والضرر فى تسليم المعقود عليه ليس له حكم خاص بل هو يخضع للقواعد العامة . أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة — الغلط والتدليس — فى صف واحد ، ويوحد الجزاء فيها فيجعله قابلية العقد للإبطال .

ومن ثم لا محل فى الفقه الغربى للعقد الفاسد ، إذ هو لا يستجيب لحاجة .

نقص الأهلية وانعدام الملك — العقد الموقوف .

ويربط الفقه الإسلامى بين العاقد والعقد والمعقود عليه بأن يشترط أن يكون للعاقد ولاية على كل من العقد والمعقود عليه . فولاية العاقد على العقد هى الأهلية ، وولايته على المعقود عليه هى الملك الخالص . فإذا اختلت الولاية على العقد بأن كان العاقد ناقص الأهلية ، أو اختلت الولاية على المعقود عليه بأن كان المحل غير مملوك للعاقد أو كان مملوكا له ولكن تعلق به حق الغير ، كان العقد موقوفا .

ويفرق الفقه الغربى بين نقص الأهلية وانعدام الملك ، فيجعل الجزاء على نقص الأهلية قابلية العقد للإبطال ، والجزاء على انعدام الملك عدم سريان العقد فى حق المالك وقابلية العقد للإبطال فى حق المشتري .

والفقه الإسلامى أكثر إحكاما فى صناعته . فقد صاغ فكرة العقد الموقوف صياغة موفقة ، واجه بها العقد الصادر من ناقص الأهلية والعقد الصادر من غير المالك . هذا إلى أن الفقه الغربى فى بيع ملك الغير — وهو بيع الفضولى — اضطرب اضطرابا واضحا فى صناعته . فلم يستطع أن يواجه هذا العقد بجزء واحد بل عدد الجزاء ، فجعل العقد قابلا للإبطال من جانب المشتري وغير سار فى حق المالك . ثم خرج على قواعد صناعته ، بأن جعل للمالك وهو غير العاقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته حق إجازة العقد . وهذا ما جعل الفقهاء فى الفقه الغربى فى 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 جميعها الفقه الغربي في صعيد واحد ، وجعل الجزاء عليها واحداً ، هو ، كما قدمنا ، قابلية العقد للإبطال . فمن شأب إرادته عيب له أن يطلب إبطال 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 جزاؤه 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 ، لتشييد 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 النزعة الموضوعية المتغلبة في الفقه الإسلامى . فعيوب الإرادة في أساسها تقوم على اعتبارات ذاتية ، والإرادة المعيبة التى يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال هى الإرادة الباطنة التى تختلج فى النفس لا الإرادة الظاهرة التى يقف عادة عندها الفقه الإسلامى . ولعل العيب الذى حفل به أكثر من غيره هو عيب الإكراه ، وذلك لأن له مظهراً مادياً أكثر وضوحاً يجعل من اليسير إخضاعه لضوابط موضوعية ، ثم هو بعد ذلك عيب تضاربت المذاهب المختلفة في تعيين الجزاء المترتب عليه كما سبق القول .

ومزية الفقه الغربى أنه جمع كما قدمنا بين عيوب الإرادة ، ووضع لها نظرية عامة عاجلها فى استفاضة . ولكنه واجه هذه العيوب بفكرة العقد القابل للإبطال . ولعل فكرة العقد الموقوف ، لو استعيرت من الفقه الإسلامى تكون أكثر توفيقاً ، فهى أكثر ملاءمة لعيوب الإرادة ، ثم هى تبرز الصلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية ، فالعقد فى جميع هذه الأحوال يكون موقوفاً لاعتبارات ترجع كلها إلى وجوب كمال التمييز فى العاقد حتى ينتج العقد أثره . وكان زفر فى رأينا موفقاً عندما جعل عقد المسكره موقوفاً .

مقابلات فى الصناعة الفنية بين الفقهاء .

وإلى هنا يمكن التقريب بين الفقهاء . ثم تتفاوت بعد ذلك الصناعة فى 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 يبرى 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 للجائين إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها ، بل يقتصر على حالات معينة كما في خيار العيب وفي خيار النقص .

ورأينا الفقه الغربي يميز بين البطلان وبين الشرط الفاسخ والشرط الواقف . أما الفقه الإسلامي فيأبى في التليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة ، ولكنه يقترب من الشرط الواقف في خيار الشرط ، ومن الشرط الفاسخ في خيارى الرؤية والعيب .

ويعرف الفقه الإسلامي خيار التعيين ، ويواجهه الفقه الغربي بالالتزام التحييرى .

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 الحيازة فى المنقول سند الملكية .

مقابلة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى فى تعدد مراتب البطلان .

فإذا تركنا هذه المقابلات المتناثرة فى نواح مختلفة ، واقتصرنا على تعدد مراتب البطلان والصحة فى العقد ، وجدنا الفقه الإسلامى أكثر تدرجا من الفقه الغربى فى ذلك .

فعنده العقد الباطل : ويقابله فى الفقه الغربى العقد الباطل أيضا ، 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 يقتصر 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
فما يخص الغلط .

المبحث الثانى

أحكام البطلان

§ ١ — العقد الباطل

العقد الباطل لا ينتج أثره كتنصرف قانونى :

رأينا أن العقد الباطل فى الفقه الإسلامى يماثل فى حالاته العقد الباطل فى
الفقه الغربى ، وهو يماثله أيضا فى أحكامه .

فالعقد الباطل فى الفقهاء لا وجود له إلا من حيث الصورة ، فليس له
وجود قانونى ، ولا ينتج أثره كتنصرف شرعى . ومن ثم لا يملك أحد العاقدين
أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل ، وإذا نفذته العاقد باختياره ، علم
بالبطلان أو لم يعلم ، كان له أن يسترد ما نفذته . ولو تسلم المشتري بعقد باطل
المبيع وباعه من آخر ، فإن تصرف المشتري لا يمنع البائع من استرداد المبيع
من يد المشتري الثانى .

ولما كان العقد الباطل فى الفقهاء غير موجود شرعا ، فلا يتصور أن
تلقحه 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
ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان : كلا العاقدين والوارث والغير ممن له
مصلحة . بل يجوز للقاضى 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 الفقهاء :

من ذلك الزواج الباطل ، فهو كتصرف شرعي لا ينتج أثرا كحل النكاح ووجوب النفقة والتوارث ، ولكنه كواقعة مادية ينتج بعض الآثار كوجوب العدة ووجوب 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 بصدد حلها 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 باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليمتد بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ، وهذه هي نظرية انتقاص العقد . فتقسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك تقع باطلة فيما يتعلق بالموقوف ، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك ، وهذا ما لم يثبت من يطعن 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 نبحت 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 ، كبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخمر ، 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 ، ينتقص العقد بنزول صاحب المصلحة من العاقدین 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 يدخل في العقد إذ ينعقد البيع في الشقيين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقي الشق النافذ بحصته من الثمن ، وهذا جائز لجواز البيع بالحصّة من الثمن بقاء لا ابتداءً ، 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 تقريرها 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 أيضا 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 قرضا . ولو شرط كل الربح لرب المال ، كان العقد بضاعة . ولو شرط قدر محدد من الربح لرب المال أو لعمل المضارب ، دون أن يكون قدرا شائعا في الربح ، كان المضارب أجيرآ في المال وأمينآ عليه ، فيستحق أجر مثله ، ربح أو لم يربح ، ولا يستحق المسمى لفساد التسمية بفساد العقد . (انظر أيضا في المزارعة الفاسدة المادة ٧١٨ من مرشد الحيوان) .

(٣) إذا اشترى الفضولي لغيره ، ولم يصف العقد إلى من اشترى له ، تحول العقد شراء للفضولي نفسه ، إذ وجد العقد نفاذا عليه فنفذ ، وهذا في المذهب الحنفي . أما في مذهب مالك فشراء الفضولي لا يتحول ، بل ينعقد صحيحا موقوفا 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 يشتري 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

(١) وهذا المثل قريب من التحول وإن لم يكن تحولا في معناه الدقيق . فالعقد لا يزال شراء لم يتغير وصفه ، وإنما تغير العاقد ، وهذا عنصر جديد يجعل تغير العقد أقرب إلى التصحيح منه إلى التحول .

التخريج للقاضي حسين قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح، وإن اعتبرنا المعنى إقالة .
والأصل في ذلك أن يبيع 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 يبيع فاسد لأنه وقع على المبيع قبل أن يقبض .
ولكنه مع ذلك يتحول إلى إقالة صحيحة ، إذ ينطوي العقد على جميع
عناصر الإقالة . (١)

§ ٢ — العقد الفاسد

كثرة أسباب الفساد وتنوعها :

قدمنا أن هناك أسبابا كثيرة في الفقه الإسلامي من شأنها أن تجعل العقد
منحلا أو تضعف من قوة الإلزام فيه. من ذلك أسباب الفساد المختلفة، فالغرر

(١) وإذا تصرف الموصي بعد الوصية في العين الموصى بها تصرفا باطلا
أو فاسدا ، كان هذا التصرف الباطل أو الفاسد نقضا للوصية . ولكن نظرية
تحول العقد — كما رأيناها في الفقه الجرماني — لاتعتبر أن التصرف قدتحول
هنا ، بل هو قد انطوى على ارادة حقيقية — لا على ارادة احتمالية — في
نقض الوصية . ومثل ذلك البائع بخيار الشرط « لو اشترى بالثمن شيئا
من غيره — كما جاء في البدائع جزء ٥ ص ٢٦٧ — لم يصح الشراء وكان
اجازه . اما عدم صحة الشراء فلانه شراء بالدين من غير من عليه الدين ،
وأما كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وان لم يصح لكنه قصد التملك
وذا دليل الاجازة » . وقد قدمنا أنه لو باع المؤجر العين المؤجرة من المستأجر
بعقد فاسد ، انفسخت الاجازة بهذا البيع الفاسد ، اذ ينطوى البيع على
ارادة حقيقية في فسخ الاجازة . ومثل ذلك لو باع المشتري العين
المبيعة من بائعه بعد القبض وكان البيع الثاني فاسدا ، فان هذا البيع
الفاسد يفسخ البيع الصحيح الاول . وقد يقال هنا أن البيع الفاسد قد
انطوى على ارادة احتمالية — لا على ارادة حقيقية — في فسخ البيع الاول ،
فتحول من بيع فاسد الى فسخ صحيح للبيع الاول . وهذا ما جاء في البحر
(جزء ٦ ص ٩٤) في هذه المسألة وقد سبق ان اوردناه « وفي البرازية باع
منه صحيحا ثم باعه فاسدا منه ، انفسخ الاول ، لان الثاني لو كان صحيحا
ينفسخ الاول به ، فكذا لو كان فاسدا لانه يلحق بالصحيح ، الكثير من الاحكام
وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسدا ، تنفسخ الاجازة كما اذا
باعه صحيحا » .

في أوسع معانيه سبب لفساد والعقد، والربا وشبهة الربا، واقتران العقد بشرط نافع ويسمى بالشرط الفاسد، ونحو ذلك مما سبق لنا تفصيله .

ولا يوجد في الفقه الغربي ما يقابل ذلك، ومن ثم سلبت قوة العقد الملزمة فيه من الضعف . على أن الصناعة في الفقه الحنفي كان لها أثر بعيد في الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد . ونبادر إلى استبعاد الإكراه من بين أسباب الفساد، فقد بينا أن الأولى الأخذ فيه برأى زفر وجعل بيع المكره موقوفاً، وسبق أن رجحنا فيه الوقف على الفساد باستقرار أصول الصناعة الفقهية نفسها . كذلك نستبعد الضرر من تسليم المحل، فسبب الفساد فيه يزول بالتسليم كما سبق القول .

ويبقى من أسباب الفساد أهمها وهي ثلاثة : الغرر والربا والشروط الفاسدة .

وهنا نرى الصناعة في الفقه الحنفي تعمل كثيراً للتخفيف من آثار الفساد وذلك : (١) عن طريق ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها . (٢) وجعل العقد الفاسد ينتج آثاراً هامة لحماية الغير وحماية العاقد نفسه، بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة المفسد . (٣) وظهور تيار يزيد في إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل .

وهذه الصناعة الرائعة أريد بها، كما قدمنا، التخفيف من الأسباب الكثيرة 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 الكثيرة التي تضعف من هذه القوة، فأجاز اقتران 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 الحنفي .

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 نلحس فكرة جوهرية . ذلك أن الفقه الحنفى أراد في الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسبابا لبطلان العقد . فهو بتمييزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشرط الفاسد ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فحين بذلك بين ماعده أصلا في العقد إذ جعل أى خلل فيه يصيب العقد بالبطلان ، وبين ماعده وصفا فأنزله منزلة أقل شأننا من منزلة الأصل . وبذلك أضعف الاثر الذى يترتب على الغرر والربا والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد ، فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسبابا ثابتة . بل هى أسباب متطورة ، تطورت فعلا ، 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 تودى مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة .

ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، بل خلطت بين النوعين ، فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسبابا لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقلين .

على انه إنصافا للمذهب المالكي ، وهو أيضا 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 صحيحا . وربما انقلب صحيحا بالقبض أيضا لحقة 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 ، لخلص 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 وصحابة العاقد نفسه في العقد الفاسد وتصحيح العقد بإزالة المفسد

بالرغم من أن العقد الفاسد في المذهب الحنفي لا ينتج في الأصل أثرا ، وبالرغم من أن وجوده كتصرف شرعي وجود على خطر الزوال إذ هو مستحق الفسخ ، وبالرغم من أن الملك الذي يفيد بالقبض هو ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ولا يفيد إلا انطلاقا للتصرف 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 باطلا لا أثر له ، والمشتري الذي يشوب سند ملكيته غرر أو ربا 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 فائدا التمييز . فهذه الأسباب الأخيرة ترجع إلى أصل العقد وهي أخطر بكثير من الأسباب التي ترجع إلى وصف العقد من غرر أو ربا أو شرط فاسد .

قلنا إن العقد الفاسد يحمى الغير . وقد رأينا أن المشتري بعقد فاسد إذا تصرف في العين المشتراة بعد قبضها ، كان الغير الذى تصرف له المشتري آمنا أن تسترد العين من يده ، وفي هذا حماية كبيرة للغير ، لاسيما عندما لا تكون هناك وسائل للشهر تنبه الغير الذى 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 هى ملكية الغرض منها تصحيح التصرف الذى يصدر من المشتري إلى الغير . فتنقل إلى المشتري من المشتري ملكية صحيحة تمنع استرداد العين من تحت يده ، وذلك بفضل هذه الملكية « الخبيثة » التى انتقلت من البائع إلى المشتري بالعقد الفاسد .

وقلنا إن العقد الفاسد يحمى العاقد نفسه . وقد رأينا أنه يحمى المشتري إذا زاد المبيع في يده بعد قبضه زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به ، فيمتنع على البائع حق الفسخ . كذلك يحمى العقد الفاسد المشتري إذا غير من صورة المبيع تغييراً يخرج به عن صورته الأولى . ففي هاتين الحالتين تستقر ملكية المشتري وتصبح ملكية بائنة 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 أيضا على العاقد نفسه . هذا إلى أن العقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهرى آخر ، فإنه إذا أزيل منه المفسد انقلب صحيحا وأنتج أثره ، لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعى .

تباركه في الفقه الحنفى في شأن العقد الفاسد :

على أن هذه القوة التى جعلت للعقد الفاسد ، لحماية الغير وحماية العاقد نفسه بل لانقلابه صحيحا بإزالة المفسد ، لا تمثل إلا أحد تيارين في الفقه الحنفى . فهناك تيار آخر يرمى إلى التأكيد في هذه القوة والتسكين لها والتثبيت منها ،

فيبعد بذلك العقد الفاسد عن العقد الباطل مدى أكبر . فهو يقرر ، على ما رأينا ، أن المشتري بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف في العين فحسب ، بل هو يملك أيضا 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 شرعا . كذلك لا يعترض بأن المشتري إنما يتصرف بتسليط المالك ، فالمشتري بالعقد الصحيح يتصرف هو أيضا بتسليط البائع . وفي هذا يقول الزيلعي (جزء ٤ ص ٦٢) : « وإنما لم تحل له التصرفات من الوطء والأكل ، لأن الاشتغال بالوطء ونحوه إعراض عن الرد وهو واجب شرعا .. وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه ، إذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع . بسبب تملكه إياه . » ويبين ابن نجيم في البحر (جزء ٦ ص ٩٢ — ص ٩٣) ، كما رأينا أن المشتري 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 بائه 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 طعاما ، وعدم حل لبسه لو كان قيصا ، 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 رضاعا 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 ملكا كاملا ينتفع به المالك ، ولكنه يجعل هذا الانتفاع محرما أو مكروها ، 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 فكلهما 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 قيودا خطيرة على حرية التعاقد. فيسير الفقه، عن طريق صناعة محكمة، في سبيل التطور، وينفسح 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، فكلهما 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 أيضا، ولكن العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي هو الأقرب إلى مواجهتها، ومن ثم نرجى بحثها إلى حين الكلام في العقد غير اللازم.

فعقد ناقص الأهلية موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه الغربي.

وبيع الفضولى أو بيع ملك الغير موقوف في الفقه الإسلامي وقابل للإبطال في الفقه الغربي.

مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال — رمحان المقدر

الموقوف :

والمقد 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 باطلا حتى يصح ، وهذا ما اختاره

الفقه الإسلامي . (٢) وإما أن يجعل صحيحا حتى يبطل ، وهذا ما اختاره

الفقه الغربي .

وللمفاضلة بين النظامين ينبغي أن ننظر الى الحالات التي يكون فيها العقد

موقوفا في الفقه الإسلامي ، أو قابلا 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 يحيزه وليه أو حتى يحيزه

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 — والصبي 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 أرق من الفقه الغربي .

وثانية هذه الحالات هي تصرف الشخص في ملك غيره . فإذا تصرف

الفضولي في ملك غيره ، فهل الأولى إبطال التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه

الإسلامي ، أو نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربي ؟ واضح هنا أيضا —

والفضولي يتصرف في مال لا ولايه له عليه — أن الأولى هو وقف التصرف

حتى يجاز . فالفقه الإسلامى هنا أيضا أرقى فى صناعته من الفقه الغربى .

وسنرى فى عيوب الإرادة كذلك — وهى التى يجعل الفقه الغربى العقد فيها قابلا للإبطال — أن الأولى بهذا الفقه أن يستعير من الفقه الإسلامى فكرة العقد الموقوف ، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفا لا قابلا للإبطال .

وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال . ففى بيع ملك الغير أو تصرف الفضولى رأينا أن الفقه الغربى يجعل العقد نافذا حتى يبطل . ولما كان جعل العقد نافذا فى حق المالك الذى لم يشترك فيه غير معقول ، لذلك اضطر الفقه الغربى أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال . فجعل العقد ، إلى جانب كونه قابلا للإبطال ، غير نافذ فى حق المالك الحقيقى ، فليجأ إلى فكرة الوقف فى حق المالك . أما الفقه الإسلامى فعنده العقد موقوف ، فهو موقوف فى حق البائع وفى حق المشتري وفى حق المالك جميعا . فلم يكن فى حاجة إلى فكرة عدم السريان ، التى احتاج إليها الفقه الغربى لما جعل العقد نافذا . وبذلك يرجع العقد الموقوف العقد القابل للإبطال ، لشموله وإستغنائه بذاته عن أى شىء آخر . فإذا قلنا عقد الفضولى فى الفقه الإسلامى موقوف ، فقد قلنا كل شىء . أما إذا قلنا بيع ملك الغير فى الفقه الغربى عقد قابل للإبطال ، وجب أن نقول إلى جانب ذلك إنه أيضا عقد غير سار فى حق المالك الحقيقى . فهو عقد قابل للإبطال فى حق المشتري وحده ، والمشتري هو الذى يملك إبطال العقد لأن البطلان تقرر لمصلحته هو ، ولا يملك البائع ذلك . ولما كان المشتري يملك إبطاله ، فإنه يملك أيضا إجازته . وسواء أبطله أو أجازته ، فإنه لا ينفذ فى حق المالك الحقيقى إلا اذا أجازته هذا المالك . فإذا ما أجازته ، فقد سرى فى حقه وصح فى حق المشتري فى وقت واحد . وفى هذا خروج على الصناعة القانونية ، فإن المعهود فى العقد القابل للإبطال أن الذى يبطل أو يحيز هو وحده العاقد الذى 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 كثير آ من ذلك . فيكون العقد موقوفا ، لا في حق المشتري وحده ، ولا في حق البائع وحده ، بل أيضا 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 رقى الصناعة فيه ، قد وقف تطوره في مواضع ثلاثة كان ينبغي أن يستكمل تطوره فيها .

أولا : يبق العقد موقوفا في بيع الفضولي ، إذا سكت المالك لايجز البيع ولايرده . فليس هناك وقت معين ، إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز . وهذا من شأنه أن يطيل أمد توقف العقد ، ويجعل التعامل مزعزا مضطربا مدة غير محددة . وقد عالج الفقه الحنفى هذه الحالة ، بأن جعل لكل من الفضولي والمشتري الحق في فسخ العقد فيخلص 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 التبرص انتظارا 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 عاما من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة .

ثانيا : 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 وجب توافر الشرط وقت صدور التصرف وهو الوقت الذي تستند إليه الإجازة ، ولها حكم الإنشاء من وجه ومن ثم وجب أيضا توافر الشرط وقت صدورهما في هذا الوقت بدأ وجودها . ولكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة ضيقة ، فهي لا تسمح بإجازة العقد لومات 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 .

ثالثا : غلب على الفقه الإسلامي في هذا الموضوع قاعدة للصنعة فيها أثر واضح ، وهي تقضى بأن الملك البات إذا طرأ على الملك 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 بيعه يبطل ، ولا يستطيع بعد أن يصبح مالكا أن ينقل الملك للمشتري بإجازة العقد الذي صدر منه ، ولا يستطيع ذلك إلا بعقد مبتدأ . ذلك أن ملك الفضولي قد أصبح باقا بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، وقد طرأ على ملك المشتري منه وهو ملك موقوف ، والملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله كما تقضى بذلك القاعدة السالفة الذكر . والمذهب المالكي هنا أيضا هو الذي سار في التطور خطوات أبعد . ففيه ، كما رأينا ، إذا ملك الفضولي المبيع بسبب غير الميراث صح البيع الصادر منه المشتري ولا يجوز له نقضه . ولكن الفقه

المالكي لا يزال قاصراً فيما إذا انتقل الملك للفضولي بالميراث ، ففي هذه الحالة ينتقل الى الفضولي ما كان لمورثه فيصح له أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك اليه بالميراث ، وكان الأولى أن يقال هنا إن من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه 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 ، فيكون 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 مالكاً للمبيع ملكية باتة وقت أن صدر منه البيع الثاني .

٤ - العقد غير اللازم

عيوب الإرادة وكيف عولجت في الفقهاء - مواضعها بالعموم غير

المرزم في الفقه الأصولي وبالعموم القابل للإبطال في الفقه الغربي :
قدمنا 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 لخلبة النزعة الموضوعية فيه وتناثرها مع الأساس الذي تقوم عليه هذه العيوب .

ففي الفقه الإسلامي لا نجد نظرية عامة للغلط ، ريجب أن تنلس 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 بجزاء 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 لعيب 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 لعيوب الإرادة المحل اللائق بها ، وجمعها كلها في مكان واحد كما فعل الفقه الغربي ، لكان له وهو يجمعها أن يوجهها 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 المسكره موقوف كما سبق القول .

نطاق العقد غير الملزم - ما يقابله في الفقه الغربي :

ولا يتسع فحسب نطاق العقد غير الملزم في الفقه الإسلامي لعيوب الإزادة ، بل هو يقايل أيضا في الفقه الغربي نظما أخرى متعددة ، منها :

(١) العقود غير الملزمة 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 الفاسخ 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 التخيري يقابل خيار التعيين .

الخيارات الأربعة :

وإذا اقتصرنا في العقد غير الملزم 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 ندرك روعة هذه الصناعة ، نصع 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 ، وتجري فيها جميعا 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 فالصفقة إذن لم تتم . فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض ، ويكفي في نقضه محض إرادة من له حق النقص وهي إرادة منفردة . ويفارق العقد الموقوف العقد المقترن بخيار ، فلا يرد فيه إسقاط الخيار ولا انتقاله بالميراث ، بل إنه اذا 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 للفقهاء 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 واقتصروا 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 قدمنا ، ولكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض . فالصفقة إذن لم تتم قبل القبض ، وتتم 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 لإفساخ العقد . ولا بد للفسخ من التراضى أو التقاضى ، ولما كان خيار العيب من حق العبد لا من حق الشارع ، فإنه يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط . وينتقل 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 وتتم 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 التراضى أو التقاضى ، فلا يحتاج في فسخه إلى التراضى أو التقاضى إلا العقد الذى فيه خيار العيب بعد القبض . أما في خيار العيب

قبل القبض وفي كل من خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإنه يكفي في نقض العقد إرادة صاحب الخيار . وإذا لم ينقض العقد أو يفسخ ، أصبح لازماً ، لتام العلة منذ صدور العقد ، ولتمام الحكم والصفقة بعدم النقص أو الفسخ .

ثالثاً — من حيث الإسقاط الصريح : في هذا يميز الفقه الإسلامي بين حق العبد وحق الشرع . بخيار 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 الغربي في هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والإحكام . ويعرف الفقه الغربي الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى . أما الفقه الإسلامي فيعرف هذه المرتبة الوسطى ، خيار 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 ، ويمنع 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 المقترن بخيار الشرط (أو بالشرط الواقف) ، فإن العقد الموقوف هو دون العقد المقترن 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 المدين العرافي 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 ، فمن عقد باطل

إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد نافذ إلى عقد لازم .

وارتقت في ابتداء فكرة العقد الفاسد .

وارتقت في تصويرها الفني للعقد الموقوف ، فهو أرقى 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 وطورا يكون بالتراضي

أو بالتقاضي ، وتارة يجوز الإسقاط مقصودا وطورا لا يجوز ، وتارة ينتقل

الخيار بالميراث وطورا 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 حكما واحدا ، وهذا يرجع كما قدمنا 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 تقضى بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله. ولكن نظرية البطلان في الفقه الاسلامي ، بالرغم من ذلك ، تعتبر أرقى في الصناعة من نظيرتها في الفقه الغربي . ولذلك أخذ بها التقنين المدني العراقي بعد أن استكمل ماوقفت عنده .

§ ٢ — كيف أخذ التقنين المدني العراقي

بالفقه الاسلامي 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 ، لجعلها تشمل نقص الأهلية وعيوب الإرادة وانعدام الولاية على المحل في وقت واحد ، ثم استكمل ماوقف عنده الفقه الاسلامي من أحكام العقد الموقوف . ويعني أن نتقل هنا النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف .

النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف في التقنين المدني العراقي :

يشمل العقد الموقوف ، كما قدمنا، عقد ناقص الأهلية والعقد الذي شابته عيب في الإرادة والعقد الصادر من غير المالك .

ففي خصوص العقد الموقوف لنقص الأهلية (أي للحجر) أو لعيب في الإرادة ، نصت المادة ١٣٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

« ١ - إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغير ،
جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين
الغلط أو انكشاف التغير ، كما أن له أن يحيزه . فإذا نقضه ، كان له أن ينقض
تصرفات من انتقلت إليه العين ، وأن يستردها حيث وجدها وإن تداواتها
الأيدي . فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ، ضمن قيمتها . »

« ٢ - وللعاقد المكروه 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 المكروه أو المغرور ، إن قبض
البديل مكرها أو مغرورا . وهلك في يده بلا 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 موقوفا
على إجازة المالك . »

« ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ، ويطالب الفضولي بالبديل
إن كان قد قبضه من العاقد الآخر . »

« ٣ - وإذا لم يحجز المالك تصرف الفضولي ، بطل التصرف . وإذا كان
العاقد الآخر قد أدى للفضول البديل ، فله الرجوع عليه به . فإن هلك البديل
في يد الفضولي بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالما 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 صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدین 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 نافذا» .

٣ — «ويبدأ سريان المدة ، إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية ، من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد . وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغيير ، فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغيير . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور 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

الفقه اللاتيني والفقه الجرمانى ٣

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه اللاتينى

تمهيد ٣

المطلب الاول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

التطور التاريخى لنظرية السبب ٥

§ ١ — نظرية السبب في القانون الرومانى

العهد القديم — لم يكن هناك محل للسبب لتغلب الشكلية ٦

العهد المدرسى — ظهور السبب في العقود غير الشكلية ٧

موقف القانون الرومانى من نظرية السبب ٨

§ ٢ — نظرية السبب في القانون الفرنسى القديم

عهدان ٨

نظرية السبب في العهد الذى سبق دوما — فكرة السبب عند

الفقهاء الكنسيين ٩

نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى ١١

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

§ ١ — النظرية التقليدية في السبب

- تحديد معنى السبب في النظرية التقليدية ١٣
- السبب في الطوائف المختلفة من العقود ١٤
- الشروط الواجب توافرها في السبب ١٥
- انتقاد النظرية التقليدية في السبب ٢٠

§ ٢ — النظرية الحديثة في السبب

- السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ٢٣
- مرونة الباعث وكيف ينضبط ٢٤
- اعتناق التقنين المذنب المصرى والتقنينات المدنية العربية الأخرى
- للنظرية الحديثة في السبب ٢٧
- تطبيقات القضاء في مصر وفي فرنسا للنظرية الحديثة في السبب ٢٩

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الألماني

- القانون الألماني نزعه موضوعية لا ذاتية ٣٢

المطلب الأول

العبرة في القانون الألماني بالإرادة الظاهرة

- الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ٣٢
- التعبير عن الإرادة ٣٥
- كيف يكون تفسير التعبير عن الإرادة ٣٧

المطلب الثاني

السبب جزء من التعبير عن الإرادة في القانون الألماني

- ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير ٤١

الصفحة

- ٤٢ مشروعية السبب في القانون الألماني
عدم المشروعية في القانون الألماني هو الإخلال بالآداب العامة —
٤٣ ما هي الآداب العامة
٤٥ تطبيقات مختلفة للتصرفات المخلة بالآداب العامة في القانون الألماني
٤٧ التصرف المجرد في القانون الألماني

الفرع الثاني

نظرية السبب في الفقه الإسلامي

- ٥٣ عاملان متعارضان يتنازعا في الفقه الإسلامي تجاه نظرية السبب
٥٤ اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي في نظرية السبب
ضمور نظرية السبب في المذهبين الحنفي والشافعي وظهورها في
٥٦ المذهبين المالكي والحنبلي

المبحث الأول

نظرية السبب في الفقه الحنفي وفقه الشافعي

- ٥٦ مبدأ أن جوهر ريان

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخلا في صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الإرادة
المبدأ العام بشقيه ٥٧

١ § — يعتد بالسبب إذا تضمنته صيغة العقد

- ٥٨ كيف تتضمن صيغة العقد السبب أي الباعث
٥٩ الحالة الأولى — السبب مذکور صراحة في صيغة العقد
٦١ الحالة الثانية — السبب مستخلص من طبيعة المحل
٦٢ الحالة الثالثة — تميز السبب عن المحل

٢ § — لا يعتد بالسبب إذا لم يتضمنه صيغة العقد

- ٦٤ العقد المجرد
٦٥ عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتد به

المطلب الثاني

فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها	
فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة	٦٨
حالات تختلف فيها الأنظار في المشروعية	٦٨
تطور فكرة المشروعية	٧٣

المبحث الثاني

نظرية السبب في الفقه الحنبلي وفي الفقه المالكي وفي مذاهب أخرى	
يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد	٧٥
وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد	٧٨
يكفي في علم الطرف الآخر بالسبب أن تكون الظروف بحيث	
ينبغي أن يعلم	٨٣
مذاهب أخرى غير مذاهب أهل السنة	٨٤

الفصل الرابع

نظرية البطلان

الفرع الأول

نظرية البطلان في الفقه الغربي

المبحث الأول

البطلان بوجه عام

مسائل ثلاث	٨٨
------------	----

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه (أنواع البطلان)

أركان العقد وشروطه	٨٩
--------------------	----

الصفحة

٩٠	مراتب البطلان — النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي)
٩١	انتقاد النظرية التقليدية — التقسيم الثنائي والبطلان المتدرج
٩٢	رد البطلان إلى مرتبة واحدة
٩٤	تأصيل البطلان — الرجوع إلى التقسيم الثنائي

المطلب الثاني

تمييز البطلان عما يقاربه من النظم

٩٦	النظم القانونية المقاربة للبطلان
٩٧	جواز الرجوع في العقد بإرادة أحد العاقلين
١٠٠	عدم سريان العقد في حق الغير
١٠٢	فسخ العقد وانفساخه
١٠٤	الشرط الفاسخ والشرط الواقف

المطلب الثالث

الآثار التي قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان

١٠٥	الآثار العرضية والآثار الأصلية
-----	--------------------------------

§ ١ — الآثار العرضية للعقد الباطل

١٠٥	استعراض بعض الآثار العرضية
١٠٦	انتقاص العقد
١٠٧	تحول العقد

§ ٢ — الآثار الأصلية للعقد الباطل

١١٥	ما الذي يبرر أن يترتب على العقد الباطل آثاره الأصلية
١١٥	أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية

المبحث الثاني

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

١١٦	العقد الباطل والعقد القابل للإبطال
-----	------------------------------------

المطلب الاول

أحكام العقد الباطل

- الإجازة والتقدم وتقرير البطلان ١١٧
- ١ § — الإجازة
- العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ١١٧
- ولكن يجوز عمله من جديد ١١٨
- ٢ § — التقدم
- دعوى البطلان تسقط بالتقدم ١١٨
- ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقدم ١١٩
- ٣ § — تقرير البطلان
- من الذى يتمسك بالبطلان ١٢٠
- مضى يجوز التمسك بالبطلان ١٢١
- كيف يتقرر البطلان ١٢٢
- أثر تقرير البطلان ١٢٢

المطلب الثانى

أحكام العقد القابل للإبطال

- مخالفة أحكام العقد القابل للإبطال لأحكام العقد الباطل ١٢٤
- ١ § — الإجازة
- العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة ١٢٥
- ث الإجازة ١٢٦
- ٢ § — التقدم
- الدعوى والدفع يسقطان بالتقدم ١٢٧
- مدة التقدم ١٢٨
- ٣ § — تقرير البطلان
- من لذى يتمسك ببطلان العقد ١٢٩

الصفحة

١٣٠	حتى يجوز التمسك بالبطلان
١٣٠	كيف يتقرر البطلان
١٣٢	أثر تقرير البطلان

الفرع الثاني

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

تمهيد — أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

١٣٣	تدرج العقد من البطلان إلى الصحة
١٣٤	العقد الباطل
١٣٥	العقد الفاسد
١٣٧	العقد الموقوف
١٤٠	العقد النافذ غير اللازم

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

١٤٢	ليس له وجود شرعي فلا يفتج أثراً
١٤٣	وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه
١٤٥	ولا ترد عليه الإجازة ويتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة
١٤٥	ولكن العقد الباطل قد يفتج أثراً كواقعة مادية لا اكتصرف شرعي
١٥١	انتقاص العقد في حالة البطلان

المبحث الثاني

حكم العقد الفاسد

١٥٧	تمييز العقد الفاسد في المذهب الحنفي
-----	-------------------------------------

المطلب الاول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

- أساس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد ١٥٨
 ما تحتاج به المذاهب الأخرى في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد
 الفاسد ١٥٩
 ما تحتاج به الحنفية في التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد . . . ١٦٠
 بعض النصوص الفقهية في العقد الباطل والعقد الفاسد ١٦٢

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على العقد الفاسد

- مسائل ثلاث ١٦٧
 § ١ — العقد الفاسد قبل القبض
 الأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثرًا ١٦٨
 ولكن العقد الفاسد منعقد ١٦٨
 وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفسد ١٦٩
 § ٢ — العقد الفاسد بعد القبض
 يجب أن يكون القبض بإذن العاقد ١٧١
 يبقى العقد الفاسد بعد القبض قابلاً للفسخ ١٧٢
 ولكن يثبت نوع من الملك بالقبض في العقد الفاسد ١٧٥
 تصرف المشتري في البيع المقبوض بعقد فاسد ١٧٦
 تغير المبيع المقبوض بعقد فاسد ١٧٩
 تأصيل المصدر الذي تترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض . . . ١٨٤
 § ٣ — خصوصية الفساد المترتب على الإكراه
 اختلاف المذاهب في حكم بيع المكره ١٨٧

الصفحة

١٨٨	تصوص المذهب الحنفى فى فساد بيع المسكره
١٩٠	أين يختلف بيع المسكره عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف
١٩١	أين يتفق بيع المسكره مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف
١٩٢	ترجيح الوقف على الفساد فى بيع المسكره

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

١٩٣	متى يكون العقد موقوفاً وفى أى المذاهب
---------------	---------------------------------------

المطلب الاول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

١٩٥	ترتيب الولاية على القاصر والمحجور
١٩٥	مدى ولاية الولى فى التصرف فى مال الصغير أو المحجور
١٩٦	مدى أهلية الصغير والمحجور فى التصرف
١٩٧	تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة
١٩٨	الإجازة — تحققها أو تخلفها

المطلب الثانى

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

١٩٩	صور مختلفة
---------------	------------

٨ ١ — تصرف الفضولى

٢٠٠	من هو الفضولى
٢٠١	بيع الفضولى قبل الإجازة موقوف
٢٠٦	بيع الفضولى قبل الإجازة قابل للفسخ من الطرفين
٢٠٧	شراء الفضولى

الصفحة

٢٠٩	إجازة تصرف الفضولى — شروط صحتها
٢١٠	كيف تكون الإجازة
٢١١	تحقق الإجازة وتخلفها
§ ٢ — بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت	
٢١٣	بيع المرهون
٢١٣	بيع المستأجر
٢١٥	بيع المريض مرض الموت

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

٢١٦	متى يكون العقد نافذا غير لازم — الخيارات الأربعة
---------------	--

المطلب الاول

خيار الشرط

٢١٧	قيام الخيار وأحكامه
---------------	---------------------

§ ١ — قيام خيار الشرط

٢١٧	ما هو خيار الشرط
٢١٩	مصدر خيار الشرط
٢٢٠	لمن يكون الخيار
٢٢١	مدة الخيار

§ ٢ — حكم خيار الشرط

أولا : أثناء مدة الخيار وقبل استعماله

٢٢٢	ملكية المبيع
٢٢٤	حق التصرف فى المبيع
٢٢٤	ضمان المبيع

الصفحة

النصوص ٢٢٤

ثانياً : بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد استعماله

كيف تنقضى مدة الخيار ٢٢٧

كيف يستعمل حق الخيار ٢٢٨

الأثر المترتب على استعمال حق الخيار ٢٢٨

النصوص ٢٢٩

المطلب الثاني

خيار التعيين

خيار التعيين متفرع من خيار الشرط ٢٣٤

§ ١ — قيام خيار التعيين

ما هو خيار التعيين وما هو مصدره ٢٣٤

لمن يكون خيار التعيين ٢٣٦

مدة الخيار ٢٣٧

§ ٢ — حكم خيار التعيين

النقد غير لازم إلى وقت اعمال الخيار ٢٣٨

أولاً — الخيار للمشتري

ثبوت الملك ٢٣٩

عدم لزوم العقد ٢٤٠

الهلاك ٢٤١

ثانياً — الخيار للبائع

ثبوت الملك ٢٤١

عدم لزوم العقد ٢٤٢

الهلاك ٢٤٢

النصوص ٢٤٣

المطلب الثالث

خيار الرؤية

اختلاف المذاهب ٢٤٨

§ ١ — خيار الرؤية في المذهب الحنفي

متى يثبت خيار الرؤية ٢٤٩

حكم العقد حال قيام الخيار ٢٥٢

ما يسقط به خيار الرؤية ٢٥٥

§ ٢ — خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة الأخرى

مذهب مالك ٢٥٩

مذهب الشافعي ٢٦٢

مذهب أحمد بن حنبل ٢٦٥

المطلب الرابع

خيار العيب

مسائل ثلاث ٢٦٨

١ — متى يثبت خيار العيب

خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط في العقود التي تحتل الفسخ ٢٧٠

الشروط الواجب توافرها في العيب ليثبت به الخيار ٢٧٢

§ ٢ — حكم العقد حال قيام خيار العيب

العقد نافذ غير لازم ٢٧٧

عدم لزوم العقد قائم على اختلال الرضا لفوات شرط السلامة من العيب ٢٧٩

كيف يكون الرد بخيار العيب ٢٨٠

ما الذي يترتب على الرد بخيار العيب ٢٨٠

§ ۳ - ما یسقط به خیار العیب

٢٨٤	.	.	.	.	.	.	.	.	هلاك المبيع
٢٨٤	.	.	.	.	.	.	.	.	نقصان المبيع
٢٨٥	.	.	.	.	.	.	.	.	زيادة المبيع
٢٨٦	.	.	.	.	.	.	.	.	إسقاط المشتري للخيار
٢٨٧	.	.	.	.	.	.	.	.	رضاء المشتري بالعيب بعد العلم به
٢٨٧	.	.	.	.	.	.	.	.	تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في نظرية البطلان

المبحث الأول

مراتب البطلان

٢٨٨	أركان العقد وشروطه — العقد الباطل
٢٨٩	أوصاف العقد — العقد الفاسد
٢٩٠	نقص الأهلية وانعدام الملك — العقد الموقوف
٢٩١	عيوب الإرادة — العقد القابل للإبطال
٢٩٢	مقابلات في الصناعة الفنية بين الفقهاء
٢٩٣	مقابلة الفقه الإسلامي بالفقه الغربي في تعدد مراتب البطلان

المبحث الثاني

أحكام البطلان

١٨ — العقد الباطل

العقد الباطل لا ينتج أثراً كتصرف قانوني
الآثار التي يمكن أن تترتب على العقد الباطل

الصفحة

٢٩٥ انتقاص العقد

٢٩٦ تحول العقد

§ ٢ - العقد الفاسد

٢٩٨ كثرة أسباب الفساد وتنوعها

٣٠٠ ابتداء فكرة العقد الفاسد ذاتها

٣٠٢ تياران في الفقه الحنفي في شأن العقد الفاسد

§ ٣ - العقد الموقوف

٣٠٤ العقد الموقوف يقابل العقد للإبطال

٣٠٥ مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للإبطال - رجحان العقد الموقوف

٣٠٧ أين وقف تطور العقد الموقوف وكيف ينبغي أن يستكمل تطوره

§ ٤ - العقد غير اللازم

عيوب الإرادة وكيف عولجت في الفقهاء - مواجهتها بالعقد غير اللازم

٣٠٩ في الفقه الإسلامي وبالعقد القابل للإبطال في الفقه الغربي

٣١١ نطلق العقد غير اللازم - ما يقابله في الفقه الغربي

٣١١ الخيارات الأربعة

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

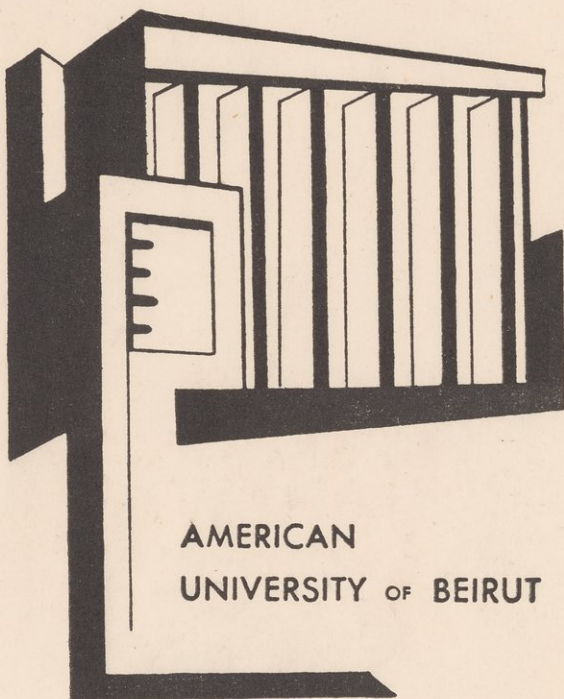
٣١٥ أين ارتقت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

٣١٥ أين وقفت نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

§ ٢ - كيف أخذ التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي في نظرية

٣١٦ البطلان نظرة عامة

٣١٦ النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف في التقنين المدني العراقي



AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT

