

العقد الفاسد في القانون المدني الأردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

د. علي أحمد صالح المهداوي

كلية الحقوق / جامعة الزرقاء الأهلية / الأردن

المبحث الثاني أسباب فساد العقد

السبب لغة ؛ كل ما يتوصل به إلى غيره كالحبل^(١). أما السبب بحسب الاصطلاح القانوني فله أكثر من معنى ، فهو قد يطلق ويراد به ما يترتب على اكتمال بنائه الآثار القانونية ، أي ما ينشئ القانون عند وجوده الآثار القانونية ؛ الحقوق والالتزامات . ويعرف هذا السبب بـ (السبب المنشئ) ، وموضع دراسة هذا السبب عادةً تكون حيث تكون دراسة الالتزام ، وقد شاع استعمال كلمة مصدر محل كلمة السبب في تلك الدراسة فيقال مصادر الالتزام أو مصادر الحق الشخصي بدل سبب الالتزام أو سبب الحق الشخصي^(٢) . مع ملاحظة أن آثار الأسباب غير قاصرة على

(١) القاموس المحيط / الفيروز آبادي / ١ - ٨١ . وعرفه الجرجاني في كتابه التعريفات ص ١٣٠ بأنه ؛ (اسم لما يتوصل به إلى المقصود) .

(٢) وقد نبّه الأستاذ السنهوري لهذا المعنى بتعريفه مصدر الالتزام بأنه ؛ (السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام) . انظر له : نظرية العقد ص ٢٧ ، الوسيط ١/١١٩ ، وانظر كذلك الوجيز في النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد المجيد الحكيم ص ٣٢ . وأود لفت النظر إلى أن تعريف الأستاذ السنهوري يتماشى مع منهج الفلسفة الفردية التي ترى أن الإرادة لا القانون هي مصدر الحقوق والالتزامات ، ولذلك اعتمدت في المتن مفهوم أن السبب هو الذي تنشأ عنه الالتزامات لا به ، وهذا هو مفهوم السبب عند علماء أصول الفقه الإسلامي كما سنشير إليه قريباً .

الحقوق الشخصية فالحقوق العينية سواء في ذلك الأصلية أو التبعية وكذلك الحقوق المعنوية (الملكية الفكرية) هي آثار لتلك الأسباب أيضاً .
وقد يراد بالسبب في الاصطلاح القانوني الغرض المراد من التصرف القانوني ، وقد يكون غرضاً قريباً أو غرضاً بعيداً ، ويعرف الأول بالسبب القصي أو المباشر أو القريب ، وهو ذو طابع موضوعي لا يختلف باختلاف الأشخاص ، ويعرف الثاني بالغرض البعيد أو غير المباشر أو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهو ذو طابع شخصي^(١) .

(١) تعود نظرية السبب في جذورها إلى القانون الروماني ، إلا أن هذا القانون كان قد مرّ بمراحل تطور كان من أثرها ظهور فكرة السبب بعد التحرر من الشكلية التي طغت مكانتها في العهد الأول لهذا القانون . وبعد تحرر الإرادة من الشكلية في العهد الكنسي تطورت النظرية تطوراً يغيّر طبيعتها وذلك بتغليب الجانب الذاتي على الجانب الموضوعي فيها . ثمّ انقلبت على يد - دوما - ومن تلاه من الفقهاء المناصرين لمنهجه من نظرية ذاتية إلى نظرية موضوعية وبقيت كذلك جهوداً طويلة . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسي الحديث ، ضعيفة الأثر قليلة الجدوى . ثمّ استردت جديتها في العهد القريب ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية . وعلى ذلك يمكن القول أن النظرية الحديثة في السبب إنما ابتدعتها رجال الكنيسة قبل عهد دوما بكثير ، إلا أنها لم تصغ نظريةً ولم تلق التطبيق العملي لها إلا بعد عهد دوما من قبل رجال القضاء الفرنسي . بل أن النظرية لم تظهر إلا بعد عجز النظرية التقليدية عن تغطية جميع الحوادث المعروضة على القضاء . السنهوري / مصادر الحق ٦/٤ ، رسالة الباحث لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص مقدمة إلى جامعة بغداد والموسومة : نظرية السبب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني المدني . ص ٢ - ٥ .

ولما كانت المعاني المذكورة للسبب متباينةً لاختلاف الماهية فلا يجوز جمعها بتعريف واحد ، وهذا لا يعني أنها لا تندرج ضمن مفهوم كليّ واحد^(١) ، فهي تندرج تحت مفهوم السبب بمعناه عند علماء أصول الفقه الإسلامي على اعتبار أنها من جزئيات هذا الكليّ أو أفراده . والسبب في اصطلاح علماء أصول الفقه الإسلامي هو ؛ ما جعله الشارع معرّفًا لحكم الشرع بحيث يوجد هذا الحكم عند وجوده وينعدم عند عدمه^(٢) .

وأسباب فساد العقد تدخل تحت عموم هذا المعنى ومظلة هذا الحكم . فهي لا تعدو أن تكون علامات أو أمارات نصبها الشارع دالة أو معرفة لحكمه في العقد . وحكمه أن العقد يفسد بوجودها أو وجود أحدها ، وفساده خروجه من دائرة أو نطاق العقد الصحيح خروجاً لا يدخله نطاق العقد الباطل . فتوسط بينهما .

وأسباب الفساد في الفقه الحنفي ، بحسب ما تقدم ذكره في البحث ، هي ؛
١ . الإكراه (على رأي الإمام أبي حنيفة وصاحبيه ، وذهب الإمام زفر _ رحمهم الله تعالى _ إلى انه سبب لوقف العقد لا لفساده وبه أخذ المشرع الأردني في المادة ١٤١ منه) .

(١) (ما وضع له اللفظ يسمى مفهوماً لأنه يفهم منه ، كما يسمى معنى وحقيقة وماهية ومدلولاً ومقصوداً . ويسمى ما يتحقق فيه هذا المفهوم ويندرج تحته من المفردات ماصداً وجزئياً وأفراداً فالمفهوم له وجود ذهني فقط ، والماصدق له وجود في الذهن والخارج) ، أما الكلي فهو (كل لفظ أو مصطلح يجوز العقل صدق مفهومه على أكثر من واحد في الذهن سواء وجد له الأفراد في الخارج أو لا ...) . المنطق القانوني - المرجع السابق - ص ٧٦ و ٧٨ .

(٢) راجع ؛ المستنصفي للإمام الغزالي ١/٩٣-٩٤ ، والإحكام...للأمدي ١/١١ و ١١٨ .

٢. الغرر في تعيين المحل^(١).

٣. الضرر الذي يصحب التسليم .

٤. الشرط الفاسد .

٥. الربا^(٢).

وعلة اعتبارها أسبابا للفساد ، وقد مرّت الاشارة اليها سابقاً ؛ أن عناصر العقد تحتاج إلى أوصاف تكملها ، ومعنى إكمالها أن فاعلية العقد أو حكمة تشريعه تتحقق بها على ارض الواقع . وبعبارة أخرى يقبل العقد بسببها الانتقال من الحالة النظرية إلى الحالة التطبيقية أو الواقع دون مانع شرعي . وهذا يعني أن العقد الصحيح تترتب عليه جميع آثاره الشرعية (أو القانونية) بمجرد انعقاده . ولا تترتب جميع الآثار حتى يكون العقد صحيحاً من حيث إن الآثار لا تترتب مطلقاً على العقد الباطل ، والأوصاف الفاسدة تناهض وتتصادم مع ما ذكر . فالعقد الفاسد لا تترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١ / ١٧٧ و ١٨٠ ما يفيد أنّ الغرر في وجود المحل وفي تعيينه سواء في جعل العقد فاسداً . وتابع المذكرة في ذلك الدكتور أنور سلطان في كتابه مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، ص ١٤٤ ، والدكتور محمد شريف في كتابه مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، ص ١٠٩ . والذي سيظهر لنا عند تفصيل الكلام في اسباب الفساد وأحكام العقد الفاسد أنّ الغرر في وجود المحل سبب لبطلان العقد عند الحنفية وليس سبباً لفساده لأنه ملحق ببيع المعدوم عندهم . ولذلك قصرنا سبب الفساد على الغرر في تعيين المحل دون الغرر في وجوده .

(٢) يرى استاذي الزلمي أنّ صحة العقد بخلوه من الربا يدخل ضمن خلوه من الشرط الفاسد لأنّ الزيادة التي اشترطها من بيعي الحصول عليها دون مقابل هي شرط منه في العقد ، وكذلك شرط عدم وجود الغرر يرجع الى شرط عدم وجود الضرر من حيث إن الغرر ضرر محتمل في العقد يرد على المتعاقد . (أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ص ٢٧٤).

لأنه ليس صحيحاً من كل وجه ، ولا يمتنع ترتب أي أثر عليه لأنه ليس عقداً باطلاً من كل وجه ، بل تترتب عليه آثار بالقبض المصحوب بالإذن ، وهو ما سنتبينه في المبحث القادم .

أما بخصوص اتجاه المشرع الأردني في القانون المدني الأردني في تعامله مع أسباب فساد العقد فأورد عليه الملاحظات الآتية :

١ . بخصوص الإكراه :

لم يأخذ المشرع الأردني برأي الإمام والصاحبين - ومعلوم أن اجتماعهم على رأي دليل رجحانه حسب قواعد مذهب الحنفية - القاضي بأن الإكراه سبب من أسباب فساد العقد ، وأخذ برأي الإمام زفر بن الهذيل الذي اعتبر الإكراه سبباً من أسباب توقف العقد وليس سبباً لفساده^(١).

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية ص ١٣٤ - ١٣٦؛ (... في التصرفات القولية يفرقون - أي فقهاء المسلمين - بين التصرفات الانشائية كالبيع وبين التصرفات الاخبارية كالإقرار ، وفي الانشائية يفرق الحنفية بين التصرفات التي لا تحتل الفسخ كالزواج والطلاق وبين التي تحتل الفسخ كالبيع والهبة ، ويقولون أن الأولى جائزة مع الإكراه ولا أثر له في انعقادها وصحتها ونفاذها ولزومها ، أما الثانية فلا إكراه أثر فيها . أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يفرقون بين هذه وتلك ويجعلون للإكراه أثراً في النوعين معاً . وفي الاخبارية تستوي كل هذه المذاهب في أن للإكراه أثر فيها واختلف الحنفية فيما بينهم في التصرفات التي يؤثر فيها الإكراه وهي التصرفات الانشائية التي تحتل الفسخ ، فذهب زفر الى أن العقد يكون موقوفاً نفاذه على اجازة المكروه . وذهب أبو حنيفة وصاحبه الى أن الإكراه يفسد العقد إلا أن بيع المكروه وهو فاسد يختلف عن سائر البياعات الفاسدة من ثلاثة وجوه هي : ١ . البياعات الفاسدة لا تلحقها الاجازة لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحوه فلا يزول برضا العبد ، وفي بيع المكروه الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه .

جاء في المادة ١٤١ من القانون المذكور ؛ (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ..) ، وجاء في المادة ١٤٢ منه ؛ (الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلاً لتتنازل عن حق لها أو تهب له مالاً ففعلت كان تصرفها غير نافذ) . ولكن يؤخذ على المشرع الأردني ضعف صياغة ما ختم به المادة ١٤١ ونصها (.... ولكن لو أجازته المكروه أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً) ، فالذي ينقلب صحيحاً هو العقد الفاسد بعد زوال سبب الفساد فيه أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح ابتداءً وانتهاءً ، أي مع قيام سبب وقفه فيه وبعد زواله . فكان الأولى بالمشرع النص على ما يدل على نفاذ الآثار بعد زوال سبب الوقف من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة ، وهذا هو حكم العقد الموقوف والإجازة التي تلحق به كما هو معروف عند أهله^(١) .

== ٢ . في البيع الفاسد إذا باع المشتري المبيع من ثالث يزول الفساد أما في بيع المكروه فلا يزول الفساد وللبائع المكروه أن يسترد العين ولو تداولتها الأيدي . ٣ . في البيع الفاسد يستطيع المشتري الفسخ ولو قبض المبيع أما في بيع المكروه إذا قبض المشتري غير المكروه المبيع لزم البيع من جانبه فلا يستطيع الفسخ وقد رؤي في المشروع عدم الأخذ برأي أبي حنيفة وصاحبيه للفروق الثلاثة المتقدمة والأخذ برأي زفر في القول بأن العقد موقوف ...) . وانظر في اتجاه المجلة ، وهو الأخذ برأي الامام وصاحبيه ، وفي الفروقات بين البيع الفاسد للإكراه والبيوع الفاسدة بغير الإكراه .. المادتين ١٠٠٦ و ١٠٠٧ وشرحهما لسليم رستم ، ص ٥٥٩ - ٥٦١ .

(١) نصت المادة ١/١٧٥ من القانون المدني الأردني على ؛ (إذا أجاز التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) .

٢. بخصوص الشرط الفاسد :

الذي أراه بهذا الشأن أنّ المشرع الأردني لم يأخذ بالشرط الفاسد بوصفه سبباً من أسباب فساد العقد إلاّ في نطاق ضيق جداً . بل إنّ منهجه بشأن الشرط الفاسد لم يكن واضحاً . فإذا لاحظنا منهجه في الشرط المقترن بالعقد الذي أورده في المادة ١٦٤ ونصها ؛ (١-يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة . ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصحّ العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً) نجده جمع بين أكثر من اتجاه فقهي بشأن الشرط المقترن بالعقد فأفضى ذلك الى توسيع دائرة مشروعية الشرط الذي يلزم منه تضييق نطاق العقد الفاسد^(١) . والمشرع بنهجه هذا ابتعد شيئاً ما عن منهج الحنفية في الشروط المقترنة. فشرط الأجل في المبيع العين والتمن العين يعتبر فاسداً عند الحنفية لأنه تغيير في مقتضى العقد بحسب رأيهم ، والحكم نفسه في الشرط الذي في وجوده غرر بأن يكون المشروط محتملاً للوجود والعدم ، وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وكذلك شرط البراءة عن العيب - على رأي - ، وكذلك شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة أو غير مؤقت بوقت أصلاً^(٢) ... وعلى وجه العموم يرى

(١) انظر المذكرة الايضاحية ١ / ١٦٣ .

(٢) جاء في البدائع للكاساني ٥ / ١٦٨ - ١٧٤ ؛ (ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة ، وهي أنواع . منها شرط في وجوده غرر ، نحو إذا ما اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن الشرط يحتمل الوجود والعدم ... فالبيع فاسد .. ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبايع أو المشتري .. ، وليس بملائم للعقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس . فالبيع في

علماء الحنفية أنّ الشرط المفسد للعقد (هو الذي لا يلائم العقد)^(١). فدخلت الشروط المذكورة في عموم هذا الحكم .

والمشرع الأردني خالف اتجاه الحنفية فيما اعتبروه فاسداً من الشروط المذكورة ، فقد تعامل المشرع مع الغرر على أنه ليس سبباً لفساد العقد مع ملاحظة أنّ متعلق الغرر محل العقد وليس الشرط الإرادي المقترن بالعقد . وسنأتي الى بيان اتجاه المشرع الأردني في الغرر في الفقرة القادمة . والشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير وإن لم يقتضه العقد شرط صحيح بنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ المذكورة آنفاً ، فكلمة (نفع) وردت على سبيل الاطلاق دون قيد يقيدها سوى قيد المشروعية ، وهو قيد عام حكمه سار على جميع التصرفات الارادية ، فهو ليس قيداً خاصاً بالشروط ، فبقي (نفع) على إطلاقها ، والأصل أنّ المطلق يجري على إطلاقه حتى يرد قيد يقيدده . وشرط الأجل في المبيع العين أو الثمن العين شرط صحيح بحسب مقتضى الاطلاق الوارد في المادة ٤٨٣ من القانون المدني ، ونصها ؛ (الثمن في البيع المطلق يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم) ، وبمقتضى الفقرة ١ من المادة ٤٨٧ ،

هذا كله فاسد ولا يجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا . ومنها شرط الأجل في المبيع العين والثمن العين . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة . == ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلاً . ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام . . وجاء في شرح المادة ١٨٩ من المجلة لسليم رستم باز ؛ (... ومنه البيع بشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم وشرط الاشهاد على البيع وشرط البراءة من العيوب كل ذلك جائز) وننبه أنّ شرط تأجيل الثمن ورد مقيداً بكونه عيناً في البدائع وورد غير مقيد بذلك في شرح المجلة فلا تعارض بينهما . ويبدو أنّ في اعتبار مشروعية شرط البراءة من العيب رأيين في المذهب .

(١) ابن نجيم /البحر الرائق ١٩/٨ .

ونصها ؛ (يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تمّ تسليم المبيع) . وقد يقال قد يحمل كلامهم فيما ذكرت على المقايضة لا على البيع المطلق .. ، فنقول على افتراض صحة ذلك فإنّ المادة ٥٥٦ قد نصت على ؛ (تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها) . وهذا نص في توحيد أحكامهما في غير ما يتعارض وطبيعة المقايضة ، ولا تعارض في هذا الموطن .

وأما شرط البراءة من العيب فقد جوّزه المشرع الأردني في الفقرة ٤ من المادة ٥١٤ من القانون المدني ، ونصها ؛ (لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية : ٤- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين) .

أما اشتراط الخيار في القانون المدني الأردني فغير مقيّد بمدة محددة قانوناً ، كذلك لا يؤثر في العقد الاتفاق على الخيار دون المدة ، وبهذا قضت المادة ١٧٧ من القانون المذكور ونصها ؛ (في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ يجوز للعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقاً للعرف) .

إلا أنّ المشرع الأردني حكم بفساد العقد لفساد الشرط متى كان الشرط مخالفاً لقاعدة قانونية أمرّة لا ترقى مخالفتها إلى حدّ اعتبارها مخالفة للنظام العام والآداب وإلّا بطل الشرط دون العقد ما لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد معاً بحسب منطوق المادة ٢/١٦٤ المتقدم ذكرها . فقد نصت الفقرة ١ من المادة ٥٠٦ من القانون المدني على ؛ (لا يصحّ اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط) .

وبالعود إلى المادة ١٦٤ / ٢ نجد المشرع الأردني تحكّم في حكم وأثر الشرط الممنوع قانوناً أو المخالف للنظام العام والآداب فزواج فيه بين معيارين معيار موضوعي و معيار ذاتي تمثل الأول بالحكم ببطلان الشرط دون العقد ، والثاني ببطلان العقد تبعاً لبطلان الشرط . مستنداً في ذلك الى التمييز بين كون الشرط باعثاً رئيساً على التعاقد وبين كونه ليس كذلك . والاعتداد هاهنا بالباعث ، ومعياره شخصي أو ذاتي ، وفي ذلك تغليب له على المعيار الموضوعي الذي يقتضي النظر الى الشرط من حيث هو هو موافقاً أو مخالفاً^(١). وعلى ذلك يبطل العقد متى كان الشرط الفاسد هو الباعث الدافع إلى التعاقد. والأصل أن العقد يكون فاسداً إذا اقترن به شرط منهبي عنه كشرط الربا وليس باطلاً وذلك لإمكانية رفع الفساد فيرجع العقد بعده صحيحاً .

ويبدو لي أن المشرع الأردني تجاوز أحكام العقد الفاسد إلى أحكام العقد الباطل قياساً منه لهذا الشرط على السبب الباعث الدافع إلى التعاقد عندما يكون غير مشروع ويترتب عليه بطلان العقد بموجب المادة ١/١٦٨ وفيها ؛ (العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن أختل ركنه أو محله أو الغرض منه ... ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة) . ويمكن تكييفه بوجه آخر وذلك بوصف هذا الشرط من المسائل

(١) وقعت الإشارة الى هذا المعنى في المذكرة الايضاحية ١ / ١٦٣ بالقول ؛ (أما ما ورد في عجز الفقرة الثانية [.. ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً] فقد أعتد فيه على ما ورد في المادتين ٢ و ٣ من المجلة ...) .
والمادتان المذكورتان وردتا في بيان أثر القصور في العقود ، فقد نصت المادة ٢ من المجلة على ؛ (الأمر بمقاصدها. يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر) ، ونصت المادة ٣ على ؛ (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن على بيع الوفاء) .

الجوهرية في العقد وبذلك أصبح جزءاً من الماهية لا يمكن فصله عنه ، وذلك استناداً إلى المادة ١٠٠ / ١ التي نصّت على ؛ (يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها) .

وقد يعترض بعض على استدلالنا هذا بالقول ؛ إنّ الشرط الفاسد إذا لم يكن هو الباعث الدافع إلى التعاقد فقد قضى القانون ببطلان هذا الشرط وحده وصحة العقد وهذا يفيد أحكام العقد الفاسد . وأجيب على هذا التساؤل بالقول ؛ أنّ المشرع بنهجه هذا سلب المتعاقدين حرية فسخ العقد لفساده وألزمهما بعقد قد يرى كلا المتعاقدين أو أحدهما أن المصلحة في التخلص منه . وهذا يخالف ما عليه حكم العقد الفاسد. ولو افترضنا جدلاً أن المشرع أخذ بإحكام العقد الفاسد في هذه الجزئية فإنّ منطوق المادة المذكورة ومفهومها يتعارض ومفهوم العقد الفاسد باعتبار المنطق القانوني ، وبيان ذلك الآتي ؛

قد تبيننا في المبحث السابق أن العقد الفاسد يتوسط بين مرتبتي الصحة والبطلان ، وهو عقد قابل للتصحيح بعد أن نشأ فاسداً ، بمعنى أن مرحلة تصحيحه لاحقة على مرحلة فساده. أما المشرع الأردني فقد غاير منهجه هذه المنهجية من خلال حكمه على الشرط الفاسد باللغو وحكمه على العقد بالصحة في وقت واحد . وبعبارة أخرى أن الشرط متى كان فاسداً بعرف القانون فإنّ العقد لا يقبل الاقتران به للمنع القانوني المنصوص عليه في صدر المادة المذكورة آنفاً ، ولحكم القانون بلغو هذا الشرط أيضاً دون العقد ابتداءً وبقوة القانون، فيتحصل من ذلك وجود هذا الاقتران صورة دون أن يكون له وجود قانوني كوجود العقد الباطل. وهذا يفيد أن العقد قد وجد ابتداءً دون هذا الاقتران بنظر القانون، وهو ما يعني أنّ العقد وجد صحيحاً ابتداءً ولم يكن فاسداً .

ونجد المشرع الأردني في مواطن أخرى رتب أحكاماً مقاربة في ظاهرها لأحكام العقد الفاسد كنهجه في أحكام الشروط المجحفة في عقد السلم . فقد نصت المادة ٥٣٨ من القانون المدني على؛ (إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيئاً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقتها بين تاريخ العقد والتسليم طبقاً لما جرى عليه العرف . ٢- وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً للبائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء . ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطاً في عقد السلم نفسه أو كان في صورة التزام آخر منفصل أيّاً ما كان نوعه) .

وإذا أنعمنا في النظر في النص المذكور نجد أن المشرع لم يقض بفساد العقد ابتداءً ، أي قبل تحريك الدعوى . وهو لم يبيح لكل طرف من أطراف هذا العقد فسخه ابتداءً ، وهو ما عليه الأمر في العقد الفاسد ، بل جعل الفسخ في هذا الموطن قضائياً وليس إرادياً . وقد يقال أن سبب الفسخ هو شرط مجحف أو ثمن بخس دلّ على استغلال حاجة البائع ، وهذا أفاد أن الفساد دخل على العقد من هذا الوصف . والذي أراه جواباً عن ذلك ؛ أن هذا الحكم يتعارض وأحكام فساد العقد من وجوه ثلاثة على افتراض كون هذا التصرف فاسداً جدلاً ، وإن كان ذلك على خلاف اتجاه المذكرة الايضاحية وبعض شارحي هذا القانون في تكييفه^(١) ؛

(١) وتكييفهم ؛ أن حكم العقد عدم اللزوم ، وليس الفساد ، ومصدر عدم لزومه هو الاستغلال المفضي الى الغبن وإن لم يقترن بإكراه أو تغيير ، والاستغلال عيب من عيوب الارادة ،

أحدها ؛ أنّ الفسخ هنا ليس إرادياً فلا يملك كلّ طرف أن يستقل بفسخه بل هو فسخ قضائي . والثاني ؛ أن طلب فسخ العقد حق قاصر على البائع دون المشتري لرفع الغبن الذي لحقه بسبب استغلال حاجته مما جعل العقد بحقه غير لازم فلم يملكه الطرف الآخر وهو المشتري. ومعلوم أنّ منهج المشرع الأردني في عيوب الإرادة في غير الإكراه ، وبحسب ما نص عليه في المواد ١٤٥ و١٥٣ من القانون المدني ، هو الحكم عليها بعدم اللزوم لمن كانت إرادته معيبة . وغير اللازم من العقود هو من أقسام العقد الصحيح ، والعقد الصحيح قسم مباين للعقد الفاسد.

والثالث ؛ أنّ العقد يلزم إذا نفذّ البائع التزاماته تجاه المشتري أو تراجع عن مطالبته بالفسخ أو تصالح عليه أو أجازة وهذا يدل على أنّ الفسخ في هذا الموطن لمراعاة مصلحة خاصة وليس مراعاة لحق الله تعالى في دفع الوصف الفاسد عن العقد . ففي العقد الفاسد ، كما سيتبين لنا ذلك تفصيلاً في المبحث القادم ، لا يملك فيه المتعاقد التنازل عن حق الفسخ لأنّ فسخ العقد الفاسد واجب شرعاً مراعاة لحق الله تعالى ، فلا ترد عليه الاجازة . وإذا أصر المتعاقدان على إبقاء العقد الفاسد في غير ما ورد بشأنه استثناءً فللقاضي أن يفسخه جبراً عليهما . وهذا يعني أنّ لكل ذي مصلحة الحق في طلب فسخ العقد الفاسد .

٣. بخصوص الربا :

وهذا الاستغلال له مساس بمصلحة عامة من وجه كما في تلقي الركبان وبيع المسترسل عند المالكية والحنابلة ، وكما في الغبن الذي يلحق بمال اليتيم والوقف وبيت المال وإن تجرد من التغرير عند الحنفية الذي اعتمده المشرع الأردني في المادة ١٤٩ من القانون المدني . انظر المذكرة الإيضاحية ٢ / ٥١٩-٥٢٠ ، وشرح عقد البيع في القانون المدني - الأردني - للدكتور محمد الزعبي ، ص ٤٨٨ - ٤٨٩) .

حاول المشرع الأردني تجنّب الربا وإبعاده عن القانون المدني حرصاً منه على المحافظة على انتمائه إلى الشريعة الإسلامية التي تحرم الربا تحريماً قطعياً . ولكن في المحصلة النهائية استقر العمل به في التشريعات القانونية الأخرى وسار على ذلك عمل القضاء الأردني . ولنورد في ذلك على سبيل المثال نصوصاً من قوانين أردنية نافذة ثم نعقبها بقرارات قضائية .

جاء في المادة ١٦ من قانون الضمان الاجتماعي المرقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ م ؛ (تتكون الموارد المالية للمؤسسة من المصادر التالية : ب. المبالغ الإضافية والغرامات والفوائد المستحقة بسبب التأخير في دفع الاشتراكات . . .) .

وجاء في المادة ٤٤ من قانون البنوك المرقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ ؛ (أ. على البنك أن يعلن بشكل واضح وفي مكان بارز في مركزه الرئيسي وفي فروعه ومكاتبه نسب الفوائد على ودائع عملائه وكذلك أنواع الفوائد والعمولات ونسبها على الائتمان الذي يمنحه لهم بما في ذلك نسب الفوائد لأفضل العملاء) .

وجاء في المادة ١٢ من قانون البنك المركزي الأردني المعدل المرقم ١٦ لسنة ١٩٩٢ ؛ (أ. للبنك المركزي أن يصدر للبنوك المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة باستثناء البنوك والمؤسسات المالية المرخصة للعمل بالاستثمار وفق الشريعة الإسلامية أوامر تنشر في الجريدة الرسمية وبوسائل الإعلام الأخرى ، يحدد فيها ما يلي :

– الحد الأدنى والأعلى لمعدلات الفوائد التي تتقاضاها البنوك المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة على تسهيلات الائتمانية التي تمنحها للعملاء وذلك دون التقيد بإحكام أي تشريع أو نظام آخر بالفوائد أو المربحة .

– الحد الأدنى والأعلى لمعدلات الفوائد التي تدفعها البنوك المرخصة ومؤسسات الإقراض المتخصصة على الودائع لديها) .

وجاء في المادة ١٩ من قانون الشركات وتعديلاته المرقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ ؛ (..
أ. يترتب على الشخص المفوض بإدارة شركة التضامن أن يقدم للشركاء فيها خلال مدة
لا تزيد على ثلاثة اشهر من انتهاء عمله في إدارة الشركة سواء طلبوا منه ذلك أو لم
يطلبوا ما يلي : ١. حساباً عن كل منفعة نقدية أو عينية أو حقوق حصل عليها أو
حازها من أي عمل يتعلق بالشركة قام به أو مارسه في سياق إدارته للشركة واحتفظ
لنفسه بتلك المنفعة ، بما في ذلك أي منافع من ذلك القبول حصل عليها نتيجة
لاستغلاله اسم الشركة أو علامتها التجارية أو شهرتها ، ويترتب عليه ردّ تلك المنافع
للشركة بكامل مقدارها أو قيمتها وضمن الضرر الذي لحق بالشركة من جراء ذلك بما في
ذلك الفوائد والنفقات والمصاريف التي تكبدتها الشركة .) .

وجاء في المادة ١٠٩ من قانون الإجراء المرقم ٣١ لسنة ١٩٥٢ ؛ (إذا كان
الإعلام يتضمن الحكم بالفائدة يجب أن يضمّ إلى المبالغ المحكوم بها فوائدها إلى حين
دفع المدين الدين إلى مأمور الإجراء أو حين قبضه أثمان المبيع) ، وفي قانون ذيل لقانون
الإجراء المرقم ٢٥ لسنة ١٩٦٥ ؛ (إذا أثبت الدائن صحة الدين المطلوب تنفيذه حكمت
المحكمة على المدين بغرامة لا تقل عن خمس قيمة الدين المنازع به ولا تتجاوز ثلث
الدين تدفع كلها للخزينة بالإضافة لما تحكم به من رسوم وفائدة قانونية وأجور محاماة).
وجاء في المادة ٩٢ من قانون التنفيذ (مؤقت) المرقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ ؛ (للمدين
خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لتاريخ الإحالة القطعية المشار إليها في هذا
القانون أن يودع في صندوق المحكمة مبلغاً يكفي لوفاء الديون والفوائد والنفقات التي
للدائن طالب التنفيذ والدائنين الذين اشتركوا في الحجز والدائنين المقيدة حقوقهم ...)

أما القرارات القضائية فأقتبس من القرارات الحديثة على سبيل المثال ما يأتي :

- ١- بيّنت المادة ١٦٧/٣ من قانون الأصول المدنية المرقم ١٩٨٨/٢٤ قبل تعديلها كيفية احتساب الفوائد المتعلقة بالتعويضات ، من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وليس من تاريخ إقامة الدعوى^(١) .
- ٢- إنّ الحكم بالفوائد سواء كانت اتفاقية أو قانونية إنما يرتبط بالدين الأصلي وليس بالدعاوى ...^(٢) .
- ٤- بخصوص الغرر :

يطلق الغرر على الجهالة التي تصيب المحل في وجوده أو في تعيينه . وبخصوص الأول أجاز المشرع الأردني التعامل بالمال المستقبلي بوصفها قاعدة أستثنى منها التعامل بتركة الإنسان الحي لمخالفتها للنظام العام والآداب . وقد نصت على ذلك المادة ١٦٠ / ٢٠١ من القانون المدني ؛ (١- يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشئ المستقبل^(٣) إذا انتفى الغرر . ٢- غير أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون) ، وهذه المادة مأخوذة عن المادة ١٣١ من القانون المدني المصري . وبهذا الاتجاه باين المشرع الأردني

(١) محكمة تمييز حقوق رقمها ١٠٨ / ٢٠٠٢ تاريخ ٢٣/١/٢٠٠٢ ، وبهذا المعنى قرار محكمة التمييز حقوق المرقم ٦٢٣ / ٢٠٠٢ تاريخ ١٩/٣/٢٠٠٢ . منشورات مركز عدالة .

(٢) محكمة تمييز حقوق رقمها ١٧١٣ / ٢٠٠٢ تاريخ ٢٤/٧/٢٠٠٢ ، وقريب من ذلك قرار محكمة تمييز حقوق المرقم ٨٥٥ / ٢٠٠٢ تاريخ ١٦/٤/٢٠٠٢ . منشورات مركز عدالة .

(٣) (وهنا يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن يتعاقدا على شئ موجود حالياً ، وإما أن يكونا قد قصدا التعاقد على شئ إن لم يكن موجوداً حالياً فهو ممكن الوجود في المستقبل . ففي الفرض الأول ، إذا قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالياً ، ولم يكن الشئ موجوداً فعلاً وقت التعاقد فإن العقد يكون باطلاً ، حتى لو أمكن وجود الشئ في المستقبل ...) . الأستاذ السنهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٧/٣ .

اتجاه الفقه الحنفي بهذا الصدد الذي يرى ضرورة وجود محل العقد عند التعاقد إلا ما استثنى لنص كما في السلم أو حاجة أو عرف استحساناً وإلا كان العقد باطلاً في غير هذه الاستثناءات^(١)، لأنّ المحل على خطر الوجود قد يحصل وقد لا يحصل بصرف النظر عن إمكانية تعيينه بالأوصاف المميزة له ، فهذا الوصف لا يعدو عن كونه حصل صورة المحل في الذهن لا في الواقع ، ولا يلزم من حصول صورته في الذهن وقوعه في الخارج في الزمن المستقبل . وهذا في حقيقته غرر أصاب المحل في وجوده لا في تعيينه . وبذلك خرج الغرر في وجود المحل من أسباب الفساد ، ويطلق عليه عندهم بيع المعدوم، ليبقى الغرر في تعيين المحل سبباً لفساد العقد . ويطلق الحنفية على الغرر في تعيين المحل بيع المجهول تمييزاً له من الغرر الذي يصيب المحل في وجوده^(٢) .

(١) راجع البدائع للكاساني ٥ / ١٣٨ - ١٣٩ . وقد نصت المادة ٢٠٥ من المجلة على ؛ (بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز ، وكذا يبطل بيع ما ليس في ملكه إلا بطريق السلم ، وبيع حق التعلّي لأنه معدوم ... وبطل أيضاً بيع المغيب في الأرض كجزر وفجل إذا لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده فإن علم جاز ...) .

(٢) جاء في الفروق - مرجع سبق ذكره - ٣ / ٢٦٦ في الفرق بين المجهول والغرر ؛ (اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين ، فيستعملون أحدهما موضع الأخرى . وأصل الغرر هو الذي لا يرى هل يحصل أم لا . كالطير في الهواء والسّمك في الماء . وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيعه ما في كمّه ، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أي شيء هو.....) . وفي المجلة نصت المادة ٢٠٠ منها على ؛ (يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري) وجاء في شرحها لسليم رستم ؛ (لأنّ بيع المجهول فاسد ... لأنّ جهالة المبيع تقضي الى النزاع فيمتنع التسليم والتسلم ، ولهذا إذا كان المبيع غير مشار إليه لزم بيان جنسه ونوعه وقدره ووصفه بما يرفع الجهالة الفاحشة إلا إذا كان لا يحتاج الى التسليم والتسلم فإنه يصح بدون معرفة مقدار المبيع كمن أقر أنّ في يده متاع فلان غصباً أو ودیعة ثم اشتراه جاز ...) . وانظر المادة ٢٠٥ المذكورة في الهامش السابق وأمثلتها ، وفيها تسمية الغرر في وجود المحل - بيع المعدوم - .

وفي ضوء ما تقدم يحكم بفساد العقد إذا كان المحل مجهولاً ، وهو ما قطع بوجوده لكنه لم يعيّن على الوجه المقرر شرعاً أو قانوناً بأن يوصف وصفاً نافياً للجهالة الفاحشة على أساس بيان جنسه ونوعه وصفه ومقداره إذا كان من المقدرات .. بما يفضي الى تحصيل العلم به وتمييزه من غيره في الذهن .

وقد خالف المشرع الأردني هذا الاتجاه الفقهي أيضاً بنصه في المادة ١٦١ من القانون المدني على بطلان العقد الذي لم يعيّن محله تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، ونصها ؛ (١ . يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيّنًا تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان أوصافه المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة . ٢ . وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة الى وصفه وتعريفه بوجه آخر . ٣ . فإذا لم يعيّن المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً) . وحكم البطلان هذا مأخوذ عن المادة ١/١٣٢ من القانون المدني المصري .

ومن الغريب أنّ المذكرة الإيضاحية في تعليقها على هذه المادة في الجزء ١ / ١٥٦ - ١٥٧ تكلمت على الجهالة الفاحشة على اعتبارها مانعة من صحة العقد واستندت في ذلك الى مراجع فقهية ومنها مراجع الفقه الحنفي مع أنّ النص قاطع في كون هذه الجهالة مانعة من انعقاد العقد لا من صحته .

وقد ترتب على ذلك بظني انحسار نطاق العقد الفاسد في القانون المدني الأردني لإبعاده الغرر الذي يصيب المحل في تعيينه عن أسباب فساد العقد ، وكذلك الغرر الذي يصيب المحل في وجوده بحسب ما ذكرناه آنفاً من اتجاه المذكرة الايضاحية وبعض

شراح القانون المدني الأردني في أنه سبب لفساد العقد⁽¹⁾ ، وإن كنا لا نؤيد هذا الاتجاه وأثبتنا بنصوص المذهب عدم صحته وعدم اعتماده في القانون المدني الأردني . وبيان وجه الانحسار هو الآتي ؛

المحل من حيث وجوده إما موجود وقت التعاقد أو غير موجود . فإذا كان موجوداً وقت التعاقد فالعقد صحيح بقدر تعلق الأمر بوجود المحل . وإذا كان المحل غير موجود وقت التعاقد والمتعاقدان تعاقدوا على افتراض وجود المحل في الحال لا في المستقبل فالعقد باطل ، وأما إذا تعاقدوا على محل مستقبل فإما أن يكون غير ممكن الوجود أو وجوده متروك للمصادفة فالعقد باطل ، أو انه ممكن الوجود مستقبلاً فالعقد صحيح وليس فاسداً .

أما بخصوص الغرر في تعيين المحل فقد ذهب المشرع الأردني إلى الحكم ببطلان العقد لا بفساده حال عدم تعيين محله تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بحسب منطوق المادة ١٦١ المذكورة آنفاً . لكن المشرع أبعد حكم البطلان عن عقد البيع إذا لم يكن الثمن معلوماً عند التعاقد إذا أمكن العلم به عند التنفيذ ، وبذلك اقتصر حكم البطلان على العقد الذي لم يعين محله بمعنى المبيع وما في حكمه في عقود المعاوضات تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة عند التعاقد لا عند التنفيذ . جاء في المادة ٤٧٩ من القانون المذكور ؛ (يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً ، ويكون معلوماً : ٣- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ) . وقد أحسن في ذلك صنعاً ، وهذا هو اتجاه الفقه الحنفي ، وقد عللوا

(١) ذكر الأستاذ السنهوري في مصادر الحق ٣ / ٤٠ أن (النهي عن بيع المعدوم إنما هو للغرر لا للعدم) .

هذا الحكم بقولهم ؛ (لأنّ التأجيل شرّع في الأثمان ترفهاً عليه ليتمكن من تحصيله وأنه معدوم في الأعيان فكان شرطاً فاسداً)^(١) .

وبهذا الاتجاه باين المشرع الأردني اتجاه المذهب الحنفي الذي يرى فقهاؤه أنّ بيع المجهول فاسد وليس باطلاً . فقد نصّت المادة ٢١٣ من المجلة على هذا الحكم ؛ (بيع المجهول فاسد . فلو قال البائع للمشتري بعتك هذه الأشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الأشياء فالبيع فاسد)^(٢) . وجاء في شرح المادة ٢٠٠ من المجلة ، ونصها (يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري) ؛ لأنّ بيع المجهول فاسد ، وذلك لأنّ جهالة المبيع تفضي الى النزاع فيمتنع التسليم والتسليم . ولهذا لو كان المبيع غير مشار اليه لزم بيان جنسه ونوعه وقدره ووصفه بما يرفع الجهالة الفاحشة إلا إذا كان لا يحتاج الى التسليم والتسليم فإنه يصح دون معرفة قدر المبيع كمن أقر أنّ بيده متاع فلان غصباً أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره . أما الجهالة اليسيرة فلا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية الذي يثبت بعد صحة البيع لرفع الجهالة اليسيرة ولكن لا يرفع الجهالة الفاحشة المنافية لصحة البيع^(٣) . فالجهالة الفاحشة تنافي صحة العقد لا انعقاده ووجوده . وقد وقع في المذكرة الايضاحية ، بحسب ما ظهر لي ، ما يدلّ على الخلط بين عدم الصحة والبطلان

(١) الموصلي / الاختيار لتعليل المختار _ ٢ / ٢٤ .

(٢) انظر شرح المجلة / مرجع سابق / مع أمثلة في بيع المجهول ص ١٠٢ .

(٣) باز ، سليم رستم / شرح المجلة ، ص ٩٧ .

وكأنهما مترادفان . فليس كل ما هو غير صحيح باطلاً ، فالفساد من العقود منعقد غير باطل وإن كان غير صحيح^(١) .

وإذا خرج الإكراه والربا والغرر والشرط الفاسد إلا فيما اعتبر به في نطاق ضيق وكأنه ورد على سبيل الاستثناء من نطاق أسباب فساد العقد الخمسة فقد انحسر عددها وضاق نطاقها ولم يبق منها إلا الضرر في تسليم المحل . فبقي على أصل حكم العقد الفاسد لا بنص المشرع الأردني عليه ولكن بعدم النص عليه ، فتُرك بذلك إلى المجلة التي أعدته أحد أسباب فساد العقد ، بحسب ما تقدم .

ثم إذا كان الربا لا يفسد العقد به فذلك يكون إما لعدم اعتبار المشرع الأردني له وصفاً للعقد ، وهذا بعيد بظني لأنه لا يصلح أن يكون من ذاتيات العقد إلا إذا تمّ اعتباره جزءاً من المحل . وإما أن يكون المشرع اعتبره وصفاً ، وهو الصحيح ، إلا أنه سلبه أثر إفساد العقد ، وذلك لا يكون إلا للحكم بمشروعيته . وبذلك فارق المشرع الأردني منهجه في الأخذ بالشريعة الإسلامية .

أما بخصوص الشرط الفاسد فقد تقدم الكلام عليه في محله ويبدو لي أن المشرع اعتبره من ذاتيات العقد ، ومن باب السبب الباعث ، عندما يكون اشتراطه هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وهذا منهج لم يحسن بتقديرنا .

(١) راجع المذكرة الايضاحية ١ / ١٥٧ . ومما ورد فيها أن الفقرة الثالثة من المادة ٦١ نصّت على البطلان بالقول (فإذا لم يعيّن المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً) ، في حين جاء في التعليق عليها (... فإذا كان المعقود عليه في هذه العقود مجهولاً جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره أو كان متردداً بين حالين محتملين يوجد في أحدهما ولا يوجد في الأخرى لم يصح العقد والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة ... لأنّ هذا النوع من الجهالة هو الذي يؤدي إلى الغرر والنزاع) .

المبحث الثالث أحكام العقد الفاسد

يحسن القول قبل ذكر أحكام العقد الفاسد أنّ هذه الأحكام مبنية على محورين بحسب ما ظهر لنا ، أحدهما ؛ يتمثل بكون العقد الفاسد نهى الشرع عن مباشرته ، وفي هذا إبراز لدور الحكم الشرعي التكليفي في مباشرة العقد الفاسد وفي الاستمرار فيه . والثاني ؛ يتمثل بالاعتداد بوجه الشبه بين العقد الفاسد والعقد الصحيح من حيث الأصل ، وبالعقد الباطل من حيث الوصف^(١) .

فمن حيث النظر إلى النهي الشرعي في العقد الفاسد نرى علماء الحنفية قد رتبوا عليه الأحكام الآتية :

- لا تجوز مباشرة العقد الفاسد ابتداءً^(٢) .
- العقد الفاسد مستحق الفسخ لغيره لا لعينه مراعاةً لحق الله تعالى لأنّ فسخه لأجل الوصف الفاسد الملحق به لا من حيث أصل العقد^(٣) . ويبنى على ذلك أمران ، أحدهما ؛ يملك كلا المتعاقدين ، وخلفهما العام ، قبل قبض حق فسخ العقد

(١) وهذا مأخوذ من تعريف العقد الفاسد . وجاء بهذا المعنى في المبسوط للسرخسي ٢٢/٢٢ (لأنّ الفاسد من العقد معتبر بالصحيح في الحكم) .

(٢) (لأنّ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية) البدائع للكاساني ٢٦٣/٦ .

(٣) جاء في البدائع للكاساني ١٤٧/٤ (.. والفسخ مستحق للشرع للفساد ..) . وفي المبسوط للسرخسي ٧/٢٤ (إنّ العقد الفاسد يستحق فسخه وردّه لأنّ مباشرته معصية والإصرار على المعصية معصية ..) .

الفاسد^(١) دون توقف على قضاء القاضي ، وبكل ما يدل عليه من قول أو فعل صراحة أو دلالة^(٢)، ويشترط لصحة الفسخ إعلام الطرف الآخر به ، وهو رأي أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى^(٣) . ولا يملك المتعاقد التنازل عن حق الفسخ لأنّ فسخ العقد الفاسد واجب شرعاً^(٤) مراعاة لحق الله تعالى فلا ترد عليه الإجازة^(٥)، وإذا أصرّ البائعان على إبقاء البيع الفاسد فللقاضي أن يفسخه جبراً عليهما قضاءً

(١) وقد ورد خلاف فقهي بشأن أثر المفسد إذا ورد في غير صلب العقد ، جاء في فتح القدير ٥ / ٢٣١ ؛ (إذا كان الفساد في صلب العقد ... فيملك كلّ فسخه . وإن كان الفساد بشرط زائد ، كالبيع على أن يرضه ونحوه 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 بحضرة الآخر دون من عليه عند محمد ، وعندهما لكل منهما حق الفسخ لأنه مستحق حقاً للشرع فانتهى اللزوم عن العقد) . وقد وصف الكاساني الفساد الوارد على صلب العقد كالفساد في البديل أنه فساد قوي يسلب اللزوم عن العقد ليظهر عدم اللزوم في حق المتعاقدين جميعاً . البدائع ٥ / ٣٠٠ .

(٢) راجع البدائع للكاساني ٥ / ٣٠٠ .

(٣) راجع البدائع للكاساني ٥ / ٣٠٠ . وهو حكم عام في الفسخ قد أخذ به المشرع الأردني وأورده في المادة ١٧٠ / ٤ من القانون المدني ونصها ؛ (ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد إعدار العاقد الآخر) .

(٤) فإذا أسقط حقه أو أجاز العقد فإن ذلك لا يسقط حق الفسخ ، يقول الكاساني في البدائع ٥ / ٣٠١ ؛ (الفسخ في العقد الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط ، بأن يقول أبطلت وأسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته ، لأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى دفعاً للفساد لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً) .

(٥) جاء في البدائع للكاساني ٤ / ٢٠٠ ؛ (وخيار الامضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعاً) .

لحق الشرع^(١) . والثاني ؛ جواز دفع الفساد عن العقد بغير الفسخ وذلك برفعه عنه ، فإذا اندفع عنه انقلب صحيحاً^(٢) .

ومن حيث اعتبار شبهه بالعقد الصحيح باعتبار الأصل وبالعقد الباطل باعتبار الوصف رتب علماء الحنفية الأحكام الآتية :

- لا يرتب العقد الفاسد أثراً .
- لا يفيد الملك بوصفه أثراً رئيساً إلا بالقبض .
- إذا تمّ القبض فإنّ العقد يفيد التصرف بالمحل دون الانتفاع به .
- يكون ضمان المحل عند هلاكه بالقيمة لا بالمسمى .
- إذا تمّ التصرف بالمحل بعد القبض إلى الغير ثبت العقد وامتنع الفسخ . وكذلك يمتنع الفسخ في أحوال أخرى ..

ولبيان الأحكام المذكورة واتجاه المشرع الأردني بخصوصها أورد ما يأتي :

(١) باز ، سليم رستم / شرح المجلة / ص ٢٠٨ .

(٢) جاء في قرار محكمة تمييز حقوق المرقم ٢٦٣ / ١٩٨٠ تاريخ ٤ / ٨ / ١٩٨٠ المنشور على الصفحة ٦٠٠ من مجلة المحامين لسنة ١٩٨١ ؛ (* أن الإجارة الفاسدة تعتبر نافذة إذا أقرها صاحب المصلحة . * أن استلام المالك الأجرة المخفضة عن فترة سابقة في الإجارة الفاسدة يعتبر إجازة وموافقة على اعتبار الإجارة منعقدة على الأجر المخفض وبأثر رجعي) . وأود إيراد ملاحظاتي على هذا القرار . أقول ؛ لم يرد في القرار ذكر سنده من نصوص القانون سواء أكان النص في القانون المدني أو في قانون المالكين والمستأجرين ، مما يدلّ على أنّ القرار اجتهاد قضائي على غالب الظن . كما أنه وصف الإجارة بأنها (فاسدة) لكنه رتب عليها أحكام العقد الموقوف بعباراته (تعتبر نافذة) (إذا أقرها صاحب المصلحة) و (يعتبر إجازة وموافقة) و (بأثر رجعي) . فالقرار بظني غير واضح من حيث سنده ، وغير دقيق من حيث صياغته .

لا ينتج العقد الفاسد أثراً :

آثار العقد تنقسم الى أثر رئيس يعرف بحكم العقد ، كالمالك في عقود التمليك ومنها عقد البيع ، والى آثار ثانوية تعرف بحقوق العقد هي في حقيقتها تبع لحكم العقد من حيث أنها مكملة له ، وهي التي تدخل في عموم مفهوم الوفاء بالالتزامات التعاقدية كتسليم المبيع والثمن .. . والعقد الفاسد لا يترتب عليه حكمه بمجرد انعقاده لأن ذلك إمضاء له في حين أنه واجب الفسخ مراعاةً لحق الله تعالى لما تعلق به من الفساد الشرعي الملحق بأوصاف العقد أو ببعضها^(١).

وهذا الحكم باعتبار ابتداء العقد ، وهي المرحلة السابقة لقبض المحل ، فإذا اتصل به القبض مصحوباً بالإذن ثبت حكمه ، كما سيبيّن لنا ذلك لاحقاً . وبخصوص اتجاه المشرع الأردني فإنه ، كما يبدو لي ، لم يأخذ هذا الحكم على عمومه بحسب ظاهر نصوص القانون المدني الأردني . فقد نصت المادة ٣/١٧٠ من القانون المذكور على ؛ (ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون) ، فقد خصص العموم الوارد بصدر الفقرة المتمثل بالنكرة (أثر) الواردة في سياق النفي (ولا يترتب) بالاستثناء (إلا في ..) ، وهو من باب التخصيص المتصل . وبذلك يكون الأصل عدم ترتب الآثار على العقد الفاسد ، ويستثنى من ذلك ما يقرره القانون عليه من آثار ينص عليها .

(١) جاء في حاشية ابن عابدين ٦١/٦ (لأنّ العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله) ، وفي المبسوط للسرخسي ٢٣-٢٢ / ١٣ ؛ (والبيع الفاسد ينعقد موجباً للملك إذا اتصل به القبض عندنا ..) .

ولما كان العقد الفاسد لم يترتب عليه حكمه بمجرد انعقاده وهو واجب الفسخ لم يجب تنفيذ الالتزامات المقرر في القواعد العامة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١٩٩ من القانون المدني الأردني ؛ (أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما) ، لأن الوفاء بحقوق العقد الفاسد إمضاء لعقد واجب الفسخ مراعاة لحق الله تعالى ، والإمضاء ممنوع فامتنع تنفيذ الالتزامات التعاقدية .. .

وهذا يتفق والقاعدة العامة التي أوردتها المادة ١/١٩٩ من القانون المذكور ؛ (يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر - ما لم ينص القانون على غير ذلك) . وقد نص القانون على وجوب الملك بالعقد الفاسد إذا اتصل به القبض مصحوباً بالإذن بموجب المادة ١٧٠ / ٢ الآتي ذكرها قريباً ، مقترناً ذلك باتجاه المجلة بهذا الخصوص .

والمستفاد مما ذكر أن العاقد في العقد الفاسد لا يجبر على التنفيذ لأن إجباره على التنفيذ يكون تبعاً لثبوت حكم العقد ، وهذا الحكم لم يثبت بالعقد الفاسد ، هذا باعتبار . وباعتبار آخر أن إيجاب التنفيذ إمضاء للعقد وهذا يتعارض وحق الله الواجب مراعاته في فسخ العقد .

لا يفيد الملك بوصفه أثراً رئيساً إلا بالقبض ، وأنه ملك يفيد التصرف دون الانتفاع : إذا كان العقد الفاسد لا ينتج أثراً قبل القبض فإنه يترتب أثراً ألا وهو الملك إذا حصل القبض مصحوباً بالإذن^(١) . إلا أنه ملك من نوع خاص من وجه ، وأثر لا يترتب على كل العقود الفاسدة إذا حصل بها القبض من وجه آخر .

(١) جاء في الأصول في الفصول للإمام الجصاص ٢ / ١٨٢ ؛ (... أن الدلالة قد دلّت على أن كل عقد يجوز أن تلحقه إجازة بحال فإن كونه منهيّاً عنه لا يمنع وقوعه على فساد ووقوع الملك به ثم القبض إذا وجد التسليط من مالكة لمشتريه في ذلك) . ==

أما من حيث أنه ملك من نوع خاص فلأنه ليس ملكاً تاماً كالملك الذي يفيد
العقد الصحيح^(١) الذي يمنح صاحبه السلطات الثلاث ؛ التصرف والاستعمال والاستغلال ،
بل هو ملك مقيّد بسلطة التصرف دون سلطتي الاستعمال والاستغلال ، وبعبارة أخرى
أن القبض يفيد الملك على التصرف دون العين ، وأنه ملك خبيث لا يحل إطلاق
الانتفاع بالمحل بموجبه . وذلك لأن العقد رغم القبض مستحق الفسخ من حيث إن
الفساد ملازمه ، وإزالة الفساد تكون إما بفسخ العقد أو برفع الوصف الفاسد المفسد
لينقلب العقد به صحيحاً . وعلى ذلك فإن (تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لأن
الملك في العقد الفاسد يقف على القبض ..)^(٢) .

ولا يلزم من ثبوت الملك بالقبض فوات حق الله تعالى في نقض العقد الفاسد
بالفسخ ، بل يبقى هذا الحق قائماً بعد القبض كما هو قبله ، إلا في حالات وردت على

== وجاء في البدائع للكاساني ١٣٩/٤ (.. لأن العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع
الفساد إذا اتصل به القبض ... يثبت الملك في البيع) . وهناك نصوص في المذهب قد
يفيد ظاهرها أنّ القبض يفيد ملكاً تاماً ، جاء في كتاب الفروق للكرابيسي ١٥٦/١
(والتسليم على حكم عقد فاسد يوجب حقاً قبضاً في العين ويفيد من الملك ما يفيد العقد
الصحيح ألا ترى أن المقبوض على العقد الفاسد عندنا مملوك) .

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ١٣ / ٢٣ ؛ (... كل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض
يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا في معناه لأن مع خيار الشرط لا يتم الرضا من
البائع ومع الفساد كذلك ، فإنه لو صار مملوكاً إنما يصير مملوكاً بالقيمة والبائع لم يرض
بهذا ، ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ...) .

(٢) البدائع للكاساني ١٥٢ / ٥ .

سبيل الاستثناء سنأتي الى ذكرها قريباً ، ومعلوم أنّ الاستثناء لا يتوسع فيه . ودليل ذلك أنّ المشتري ضامن للمحل المقبوض بالقيمة^(١) ، بحسب ما سيأتي في الفقرة القادمة . وقد أورد المشرع الاردني هذا الحكم في المادة ٢/١٧٠ من القانون المدني ، ونصها ؛ (ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه) .

أما من حيث أن الملك لا يترتب على جميع أنواع العقود الفاسدة عند الحنفية فلأنهم ميزوا بين البيع والإجارة . فجمهورهم يرى أنّ (الفاسد من الإجارة لا يملك بالقبض حتى إذا قبضها المستأجر لا يملكها ولو أجرها يجب أجر المثل ولا يكون غاصباً وليس للأول أن ينقض هذا العقد ..)^(٢) . وقد يكون هذا التفريق مبني على مذهبهم في عدم اعتبار مالية المنافع أصلاً ، وعلى وجه الأخص في عقود التمليك ، ولذلك لم يرد عليها الغصب فلم يعتبر غاصباً . فهم يرون أنّ (المنافع لا تضمن بالإتلاف والغصب لأن وجوب الضمان يستدعي المالية والتقوم في المتلف وذلك لا يسبق الإحراز ، ولا تصور للإحراز في المنافع . ثم ثبوت المالية والتقوم فيها بالعقد^(٣) حكم خاص ثبت بالنص فلم يكن قابلاً للتعليل . وكذلك إثبات المعادلة بينها وبين الأعيان في موجب العقد الفاسد والصحيح حكم خاص فيها لأنه لا مماثلة بين المنافع وبين الأعيان باعتبار الأصل ،

(١) راجع هامش ٧٣ .

(٢) البحر الرائق ١٩/٨ . وفي المبسوط للسرخسي ١٨١/١٥ (واستيفاء المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب أجر المثل) .

(٣) وذلك لثبوت بدل الايجار مقابل المنفعة .

فالعين جوهر يقوم به العرض والمنفعة عرض يقوم بالجوهر^(١). ومعلوم أن جمهور فقهاء المسلمين على خلاف هذا الرأي^(٢). وبمذهبهم في اعتبار مالية المنافع أخذ المشرع الأردني

(١) أصول السرخسي ١٥٢/٢. وانظر المبسوط للسرخسي ٧٩/١١. ويبدو أن للإمام زفر رأياً آخر فقد ذكر الكاساني في بدائعه ٣٣٥/٢ (... قول زفر أن المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفساد جميعاً كالأعيان) .

(٢) ذهب الجمهور إلى عدم التلازم بين المادية والمالية ، فالمنافع عندهم أموال على اعتبار أنها المقصود الأظهر من جميع الأموال. ومن أدلتهم في ذلك اعتبار الشرع المنفعة مهراً ، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة ، مع تسمية المهر مالا في قوله تعالى: (واحلّ لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) .

ومن ثم فالمال (بالمفهومين الاقتصادي والقانوني) عندهم كل ما له قيمة تبادلية بين الناس ، وبحسب أعرافهم ، لكونه ينتفع به انتفاعاً مشروعاً حال السعة والاختيار . وهو بهذا المعنى يدخل في مفهوم الطيبات إلا أن الطيبات أعمّ وما له قيمة تبادلية أخصّ مطلقاً ، فكل ماله قيمة تبادلية يعرف طيبّ وليس كل طيبّ يعرف الشرع له قيمة تبادلية ، فهناك الطيبات الحرّة أو الأصلية ؛ المباحات قبل حيازتها ، فهي أموال لا تدخل فيها بصنع أو إيجاد .

ويتوسط بين المال (بالمفهوم الأول) والمال الحر (المباحات) الطيبات المشتقة أو الوسطية ؛ وهي محصلة الجهد البشري المنصبّ على الطيبات الأصلية أو الحرّة لتيسير إنتاج السلع النهائية ، كالمصانع والمباني والآلات ..فهي أموال لها قيمة تبادلية لتدخل الجهد البشري في إيجادها أو صنعها ولحيازتها فكانت لذلك مالاً بالمفهوم القانوني والاقتصادي للمال .

أما الحنفية ففي مذهبهم تفصيل؛ فالمال عندهم ما له وجود مادي ، أما القيمة والمنفعة فشرط في اعتبار المال متقوماً ، وليست هي في نفسها مالاً ، وذلك ليصحّ التعامل به على وجه التملك بالمبادلة . وهذا مبني - عندهم - على أنّ المال ما من شأنه أن يدخّر للانتفاع به وقت الحاجة ، ويجري فيه البذل والمنع ، ويعتمد في اعتبار ذلك أعراف الناس .

في المادة ٥٣ من القانون المدني الأردني ونصّها ؛ (المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل) ، فمعيار مالية الأشياء سواءاً كانت مادية أم معنوية في نطاق المعاملات المالية أن تكون لها قيمة تبادلية بعرف الناس .

وقد تقدم ذكر نصّ المادة ٢/١٧٠ وفيها أنّ الملك متوقف على القبض . ولما لم يرد في النصّ صفة هذا الملك هل هو ملك كامل السلطات أم ناقصها وجب الرجوع إلى المجلة لسدّ هذا الفراغ استناداً الى المادة ١٤٤٨ من القانون المدني المتقدم ذكرها أول البحث . وقد جاء في المادة ٣٧١ منها ؛ (البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكا له ...) فقيّد القبض المفيد للملك

==
· == أما المنافع والحقوق فهي ملك ، لأنّ الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص . ومن هنا لا يصح فيها من العقود ما كان يستلزم المبادلة به باعتباره مالا ؛ كالبيع لأنّ البيع مبادلة مال بمال . أما ما كان سوى ذلك من التصرفات ، وهو التملك بلا مقابل كالوصية فجائز لأنه إيجاب ملك محل (مال) ، جاء في بدائع الصنائع : (أن الوصية إيجاب الملك ، ومحل الملك هو المال) . والمال من هذه الحيثية يشمل الأعيان والمنافع ما كان الأمر خارج نطاق التملك بالمبادلة ، جاء في البدائع في شرائط الموصى به : (منها أن يكون مالا... وأن يكون مالا متقوماً... سواء أكان المال عينا أو منفعة عند العلماء كافة) ، وفيه أيضا : (أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له ، والمال قد يكون عينا وقد يكون منفعة) . وقد أفاد كلام الكاساني أنّ الحنفية لا ينفون صفة المالية عن المنافع بشكل مطلق إنما ينفون عنها صلاحيتها لأن تكون بدلا في عقود المعاوضات (لأنّ المنافع معدومة ، وبيع المعدوم لا يجوز إلا -أنهم جوّزوه في الإجارة - لحاجة الناس إليها) . انظر في ذلك : قواعد الأحكام في مصالح الأنام / الإمام عز الدين بن عبد السلام ، ١٧/٢ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق / ابن نجيم الحنفي ٢/٢١٧ ، ردّ المحتار على الدر المختار / ابن عابدين ٤/٥٠١ ، كشاف اصطلاحات الفنون / محمد علي التهانوي / مكتبة الخيام وشركاؤه - ٢٢٢/٥١٨م ، ص ١٣٥١ . بدائع الصنائع للكاساني

بالإذن سواء أكان صريحاً أم ضمناً ، فلو قبضه بغير الإذن صار غاصباً وجرت عليه أحكام الغصب . وجاء في شرح المادة أيضاً ؛ أما لو قبضه بغير إذن البائع فإن قبضه في مجلس البيع يصح استحساناً ويثبت الملك فيه للمشتري ، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه لا قياساً ولا استحساناً ولا يثبت الملك فيه للمشتري . وإذا ملك المشتري المبيع بالقبض ثبتت كل أحكام الملك ، فيصير خصماً لمن يدعيه لأنه يملك رقبته ، ويثبت له حق الشفعة فيما بيع بجواره غير أنه إذا كان للمبيع فاسداً جار ملاحظ أو خليط في نفس المبيع أو شريك في حقوقه فلا يثبت لأحد منهم حق الشفعة فيه لأن حق البائع لم ينقطع إذ أن البيع على شرف الفسخ . أما إذا سقط الفسخ بأن بنى المشتري في المبيع فيثبت حينئذ حق الشفعة للشفيع ..^(١) .

وظاهر الكلام أفاد حصول الملك التام على محل العقد الفاسد بقبضه بالإذن ، وعبارة شارح المجلة جاءت واضحة في هذا المعنى (ثبتت كل أحكام الملك ..) (لأنه

٣٥٢-٧ و ٣٨٥ . الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٥٠/٢ . وانظر في تعاريف الجمهور وتحديد عناصر المالية : المال وقيود التصرف فيه في الإسلام ، ندوة الاقتصاد الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد - ١٤٠٣ هـ ، ص ٦-٩ ، د. ليلى عبد الله سعيد .
العقود المسماة/د. وهبة الزحيلي/ص ٢٤-٢٥ .

== وانظر في اختلاف الأحكام المترتبة على اعتبار مالية المنافع من عدم اعتبارها بين الحنفية والجمهور المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي / الأستاذ الزرقا / دار القلم - ط ١-١٩٩٩ ، ص ٢١٥-٢١٩ . وانظر أيضاً ؛ الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ، وظيفتها ، وقيودها ؛ دراسة مقارنة /د. عبد السلام العبادي / ط ١-١٩٧٤ - عمان ، الأردن /ص ١٧٩ . الحاجات الاقتصادية في المذهب الاقتصادي الإسلامي / احمد عواد الكبيسي / ط ١-١٩٨٧ - مطبعة العاني، بغداد/ص ١٧٠-١٧١ .
(١) سليم رستم / شرح المجلة ص ٢٠٨ .

يملك الرقبة ..) . ونحوه . أما سقوط الفسخ بعبارة الشارح (بأن بنى المشتري في المبيع) فذلك لتعذر إعادة الحال الى ما كانت عليه عند التعاقد ، ويبعد إجراء أحكام الاتصال على هذه الواقعة لأن المشتري أقام المنشآت بمواد مملوكة له على أرض يملك رقبته . إلا أن هذا الاطلاق أو هذا الظاهر غير مراد بدليل أن العقد بقي غير لازم للفساد الملحق به فيحق للبائع فسخه مراعاة لحق الله ، فدلنا هذا على أن ترتب أحكام الملكية أو آثارها على المبيع باعتبار الحكم الشرعي الوضعي^(١) لا يبيح استعمال المبيع اعتباراً بالحكم الشرعي التكليفي الذي أفاد النهي فيه للفساد الملحق بالعقد والذي أوجب فيه الفسخ مراعاة لحق الله تعالى ، فلم يبق مع النهي إلا سلطة التصرف بالمحل اعتباراً بملك الرقبة بالقبض الذي روعي فيه حماية مصلحة الغير والعمل على استقرار الحقوق ، وهي مصلحة عامة .

المحل مضمون بالقيمة لا بالمسمى :

الضمان بالقيمة لا بالمسمى سببه عدم حصول الملك بالعقد الفاسد بمجرد انعقاده بوصفه أثراً شرعياً أو قانونياً رئيساً ، وما يحصل بالقبض من ملك إنما هو ملك تصرف

(١) خطاب الوضع ؛ وهو ينحصر في الأسباب والشروط والموانع والصحة والبطلان والعزائم والرخص فهذه خمسة أنواع . (الموافقات للإمام الشاطبي ١/١٨٧ ، وانظر جمع الجوامع للإمام السبكي ١/٩٤ وما بعدها ، وغاية الأصول شرح لبّ الأصول لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ص ١٠) وقد عرفه أستاذي الزلمي بأنه ؛ (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين وبالوقائع الشرعية على وجه الوضع أي جعل شئ سبباً لشئ آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه ومن الأصوليين من أدرج في الحكم الوضعي ؛ العزيمة ، والرخصة ، والصحة ، والبطلان (والفساد)) . أصول الفقه في نسيجه الجديد ... / د . مصطفى الزلمي / ص ٢١٦ .

بحسب ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ، وأن لا تعارض بين ثبوت الملك بالقبض ووجوب الفسخ . واقتضى الفسخ إعادة الحال الى ما كان عليه عند التعاقد . فإذا هلك المحل وجب الضمان لا المسمى^(١) لأنّ في إيجاب المسمى إمضاء للعقد واعتراف بأنه رتب آثاره ، وليس الأمر كذلك في العقد الفاسد . ولما كان العقد الفاسد واجب الفسخ مراعاة لحق الله أو المصلحة العامة في إزالة الفساد امتنعت الإجازة^(٢) لئلا يُظن أنّ القبض بالإذن إجازة للعقد الفاسد ، فهو عقد لا تلحقه الإجازة من حيث إن الأصل في الإجازة تغليب مصلحة خاصة هي مصلحة بالسلب تتمثل بدفع مفسدة أو مضرة محتملة خاصة عن الذي يضره تصرف إرادي لحقه خلل شرعي أو قانوني في الولاية على التصرف أو في الولاية على المال محل التصرف ، كما في تصرف المميز والسفيه .. وبيع ملك الغير دون إذنه .. ، أما العقد الفاسد فيراعى في وجوب فسخه دفع مفسدة عامة فلا محل للإجازة فيه^(٣) إلا في الإكراه عند الإمام والصاحبين ، بحسب ما تقدم ، وذلك لتغليب حق المكره فيها . فكان في إثبات المسمى إمضاء للعقد الفاسد وتحرير لآثاره وهو ما يخالف مفهوم وأحكام العقد الفاسد فامتنع إثباته فيه .

(١) جاء في المبسوط للسرخسي ٨١/٢٤ (ولو قبضه بحكم العقد الفاسد برضا صاحبه كان مضموناً عليه) .

(٢) جاء في البدائع للكاساني ٢٠٠/٤ (خيار الإمضاء في العقد الفاسد لا يثبت شرعاً) . وفي المرجع ذاته ٧١/٢ (والرد في العقد الفاسد فسخ من الأصل) .

(٣) ومن تطبيقات ذلك ما ورد في البدائع ١٥٢/٥ (... ولو هلكت العين في يد الفضولي بطل العقد ، ولا تلحقه الإجازة ويرد المبيع إلى صاحبه ويضمن المشتري مثله إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل لأنه قبضه بعقد فاسد) . وبطلان العقد لهلاك العين يوجب الضمان لأنّ يده يد ضمان ، ولا يوجب البذل لتعذر الفسخ للهلاك لأنّ ذلك يتضمن إمضاء العقد ، وهو ممنوع عندهم .

وإذ اقتصر القانون المدني الأردني على حصر أحكام العقد الفاسد في مادة واحدة هي المادة ١٧٠ ولم يفصل الأحكام فيها فقد وجب الرجوع إلى مجلة الأحكام لسدّ هذا الفراغ . إذ جاء في المادة ٣٧١ من المجلة ؛ (فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان يعني أنّ المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه) . وجاء في شرحها ؛ لأنّ الضمان وجب بالقبض لا بالعقد فوجب اعتبار القيمة وقت القبض وإذا انقطع مثله فتلزم قيمته يوم الخصومة^(١) . وهذا يعني أنّ يد المشتري على المحل المقبوض يد ضمان .

وورد في قرار لمحكمة التمييز صدر سنة ١٩٦٧ وبقا كانت مجلة الأحكام العدلية هي القانون الرئيس النافذ بشأن أحكام المعاملات المالية في الأردن ؛ (إنّ البيع دون تسمية الثمن يعتبر فاسداً ويكون المشتري ملزماً في هذه الحالة بضمان قيمة المبيع يوم قبضه ، وعلى المحكمة أن تقدر قيمته يوم القبض بمعرفة خبراء)^(٢) .

يمنع فسخ العقد الفاسد في أحوال :

القاعدة العامة المراعاة في مسألة امتناع الفسخ تقضي أنه حيثما تعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد امتنع الفسخ ، وتبرز عند ذلك أحكام الضمان ، والعقد الفاسد

(١) سليم رستم / شرح المجلة ص ٢٠٨ .

(٢) محكمة تمييز حقوق رقمها ٤٧٧ / ١٩٦٦ تاريخ ٥ / ٣ / ١٩٦٧ منشور على الصفحة ٤١٨ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٧ .

لا يخرج عن حكم هذه القاعدة^(١).. فمن ذلك تغيير المبيع المقبوض ببيع فاسد بالزيادة أو النقص أو بالصورة ولكن لا بإطلاق ، فالمادة ١/١٩٧ من القانون المدني الأردني قيدت المنع من الفسخ للعييب بان يكون المحل (.. نقصانه بعد القبض ، وزيادته قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة منه ، وبعد القبض زيادة منفصلة متولدة منه) . ويقاس عليه العقد الفاسد على اعتبار الاشتراك في علة منع الرد أو الفسخ ألا وهي تعدد إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد^(٢).

ويمتنع الفسخ إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه ... أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمّرها أو أرضاً فغرسها أو تغيير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً فيبطل حق الفسخ في هذه الصور^(٣).

(١) جاء في الأصول والضوابط ٣١/١ (قال أصحابنا حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان فما ضمن صحيحه ضمن فاسده وما لا فلا) . وفي المنثور للعلامة محمد بن بهادر الزركشي ٣ / ٨ ؛ (فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه) .

(٢) نقل الأستاذ سليم رستم في الصفحة ٢١٠ من شرحه للمجلة عن بعض المراجع الفقهية الحنفية واعتمده ⊗ أن الزيادة المنفصلة المتولدة كالثمر والصوف لا تمنع الفسخ لأنّ للبائع أن يستردها مع المبيع ، وإن هلك في يد المشتري فلا ضمان عليه ، ولو استهلكها ضمن ، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة للبائع أن يسترد الزيادة ويأخذ قيمة المبيع من المشتري (. ويبدو لي أنّ هذا الحكم مخرّج على أن المشتري لا يملك من المبيع المقبوض بالإذن إلاّ التصرف فيه ، ويصعب تخريجه بظني على الرأي الذي يرى أن المشتري يملك المبيع ملكية تامة ، لأنّ ما تولّد منه وانفصل عنه تولّد في ملك المشتري لا في ملك البائع فهو غير مستحق له ليردّ عليه ، وقد تكون فيه شبهة الربا . وتملك المشتري له منفصلاً عن المبيع لا سبب له فامتنع الفسخ لذلك . وعلى كل حال فإن اتجاه المشرع الاردني على خلافه بحسب نص المادة ١٩٧ / ١ من القانون المدني المذكور آنفاً .

(٣) المادة ٣٧٢ من مجلة الأحكام العدلية .

ويمتنع الفسخ في العقد الفاسد وإن أمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد متى تعارضت علة إيجاب الفسخ في العقد الفاسد مع علة أقوى منها وذلك يكون في التصرفات الإرادية غير الاجارة^(١) فمن ذلك تصرف المشتري بالمبيع ببيع فاسد إلى الغير فيلزم العقد به حمايةً للغير واستقراراً للمعاملات والحقوق ، وفي ذلك مصلحة عامة أربى بمعيار الشرع من مصلحة فسخ العقد . ويمكننا القول إن الوصف الفاسد لما لم ينتقل إلى العقد الثاني اقتصر أثره على العقد الأول الذي فسد بسببه وصحّ الثاني لخلوّه من الوصف المفسد^(٢)، وإذا اندفع الفساد بذلك اندفع حكم الفسخ لانتفاء علته إلاّ أنّه يترتب الضمان على المشتري الذي تصرف بمحل العقد الفاسد إلى الغير^(٣) .

وإذا فسخ البيع الفاسد وكان البائع قد قبض الثمن كان للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويستردّه من البائع^(٤) .

-
- (١) جاء في شرح المجلة / ص ٢١٠ ؛ (ويمنع الفسخ أيضاً كل تصرف قولي غير الإجارة فإنها لا تمنع الفسخ لأنها تفسخ بالاعذار ، ورفع الفساد من الاعذار) . وننبه أن التصرف القولي يقابل التصرف القانوني أو الارادي في تقسيمات مصادر الالتزام .
- (٢) جاء في المبسوط للسرخسي ١٤٣/١٢ ؛ (إنّ في أصله - أي زفر - أن تصحيح العقد الفاسد في استقباله فقط ، وعندنا المفسد متى زال قبل تفرره جعل كأن لم يكن ..) . وانظر أيضاً نفس المرجع ٢٧/١٣ .
- (٣) جاء في البدائع للكاساني ؛ (لأنّ الملك في العقد الفاسد يقف على القبض وإن تصرف فيه بعدما قبض بإذن المشتري صريحاً أو دلالة يصح تصرفه لأنه تصرف في ملك نفسه وعليه مثله أو قيمته) .
- (٤) المادة ٣٧٣ من مجلة الأحكام العدلية .

وإذا أنعمنا في النظر في هذه الأحكام نجد أنّ العقد الفاسد باعتبار شبهه بالعقد الصحيح يشبه العقد الموقوف باعتبار ، ويشبه العقد غير اللازم باعتبار ، ويشبه العقد اللازم باعتبار آخر . وهذه العقود هي أقسام العقد الصحيح . فالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية بوصفه أثراً رئيساً إلاّ بالقبض فأشبهه القبض من هذه الحيثية الإجازة في العقد الموقوف^(١) . وإذا تمّ التصرف بمحل العقد الفاسد بعد قبضه إلى الغير أو قام سبب يمنع الفسخ فيه لزم العقد رغم أن سبب الفساد في العقد لم يرتفع قبل ذلك فأشبهه العقد الفاسد العقد اللازم من هذه الحيثية . ولكل من أطراف العقد الفاسد ولخلفهم العام كذلك حق فسخه فأشبهه الخيار في العقد غير اللازم .

الخاتمة :

أولاً : نتائج البحث :

أجمل نتائج البحث في الآتي :

١ . إنّ نظرية العقد الفاسد صناعة فقهية متطورة وصياغة فنية متقدمة في مجال الفكر القانوني ، أبدعها الفقه الحنفي متجلباً بفقّه إمامه الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، مبناها المنطق العقلي القانوني السليم ، وغايتها التيسير على العباد بتوسيع دائرة المشروعية عليهم في عقودهم ، بما أفضى الى إمكان إنقاذ طائفة واسعة من العقود من حكم البطلان .

(١) جاء في الفصول في الأصول / للخصاص ٢- ١٨٢ ؛ (... والبيع المختلف فيها وما يسوغ الاجتهاد فيه قد تلحقه الإجازة بحال ، لأنّ قاضياً لو قضى بجوازه نفذ حكمه وصحّ وإن كان فاسداً عندنا قبل حكم الحاكم به ، فصار كالبيع الموقوف الذي يجوز أن تلحقه الإجازة من جهة من وقف عليه) .

٢. إنَّ المشرع الأردني إذ أحسن في اعتماده الفقه الإسلامي مصدراً رئيساً لتشريع القانون المدني الأردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م ، وفي اعتباره مبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي مصدراً رسمياً متقدماً لهذا التشريع ، وفي إبقائه العمل بمجلة الأحكام العدلية بما تمثله من فقه إسلامي حنفي في غير ما تعارض منها مع نصوص القانون المدني .. فإنه مع اعتباره مفهوم العقد الفاسد لاعتماده التقسيم الثلاثي للعقد باعتبار المشروعية كاد أن يفرغ هذا العقد من مضمونه ويبقيه عنواناً بلا أحكام ، وذلك بسبب اجتهاده المخالف لاجتهاد الحنفية في أسباب الفساد وأحكامها ، أو عدم انتباهه لهذه النتيجة بسبب اقتباسه أحكاماً ونصوصاً من القانون المدني المصري المتأثر بالفقه القانوني الغربي والمستند في تشريعه الى القانون المدني الفرنسي .

٣. أنَّ الاجتهاد المذكور للمشرع الأردني أو عدم انتباهه أفضى الى خلط في شروط العقد . فلم تبق سلامة العقد من الغرر في تعيين المحل وسلامته من الربا ومن الشرط الفاسد (إلا في جانب ضيق منه) من شروط صحة العقد في هذا القانون . وأصبح فيه الغرر والشرط الفاسد إذا كان هو الباعث على التعاقد من أسباب بطلان العقد وليس من أسباب فساده . هذا فضلاً عن اعتباره الإكراه سبباً لوقف العقد لا لفساده أخذاً برأي الإمام زفر . ومن ثم لم يبق من أسباب فساد العقد غير سبب الضرر بتسليم المحل وتطبيق ضيق جداً للشرط الفاسد المفسد للعقد في المادة ٥٠٦ بشأن فساد شرط البائع عدم ضمانه استحقاق المبيع ففضى بأن العقد يفسد تبعاً لهذا الفساد .

٤. أنّ المشرع الأردني بمنهجه هذا لم يترك العقد الفاسد للمجلة تبين أحكامه بحكم دورها الاحتياطي أو المكمل للقانون المدني الأردني الذي قصر تنظيم أحكام العقد الفاسد في مادة واحدة هي المادة ١٧٠ ولم يورد له تطبيقاً في غير المادة ٥٠٦ المذكورة آنفاً . فإضفاء المشرع أحكاماً على أربعة أسباب من الأسباب الخمسة لفساد العقد مغايرة لأحكامها في المذهب والمجلة اعتبر نسخاً أو إلغاءً ضمناً لأحكامها الواردة في المجلة .
٥. واعتماداً على ما ذكر لم يبق واضحاً باعتبار المنطق القانوني ما هي أوصاف العقد في هذا القانون ؟ وما هي شروط صحته وأسباب فساده ؟

ثانياً : نتائج البحث :

- وبعد ؛ فإنني أوصي مشرعي القوانين العربية والاسلامية عامة والمشرع الأردني خاصة بضرورة :
١. العمل على مطابقة أو موافقة منهجية وأصول تشريع القوانين وأحكامها مع العقيدة والاعراف السائدة في مجتمعاتهم .
 ٢. الابتعاد قدر المستطاع عن التلفيق في الاحكام بما يفضي الى إخراج أحكام هجينة لا تنتسب بوجه الى أصول موحدة ولا تكشف عن منطق قانوني واضح المعالم .
 ٣. إعلان مبادئ وأصول وفلسفة التشريع التي تعتبر خصائص لهذه الأمة الاسلامية تميزها من باقي الأمم بما يساعد على تطوير التفاعل الايجابي بين الأمم والحضارات من خلال عقد وتطوير المقارنات سواء بين الشرائع أو بين مناهج التشريع وفلسفته أو بين التشريعات القانونية .

مراجع البحث :

١. ابن عابدين ، محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار ، ط ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٨٦ .
٢. ابن عبد السلام ، عبد العزيز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٣. ابن نجيم ، زين بن ابراهيم بن محمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت .
٤. أحمد ، محمد شريف ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، ط ١ ، دار الثقافة ، الأردن ، ١٩٩٩ .
٥. الآمدي ، علي بن ابي علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده ، مصر ، ١٩٦٨ .
٦. الانصاري ، أبو يحيى زكريا ، غاية الوصول شرح لبّ الأصول ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٢ .
٧. الانصاري ، عبد العلي محمد بن نظام الدين ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، دار العلوم الحديثة ، بيروت .
٨. باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، ط ٣ ، ١٤٠٦ .
٩. التفتازاني ، مسعود بن عمر ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
١٠. الجرجاني ، علي بن محمد ، التعريفات ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٣٨ .

١١. الجصاص ، أحمد بن علي ، الفصول في الاصول ، ط ١ ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ١٤٠٥ .
١٢. الحكيم ، عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي _ مصادر الالتزام - ، طه ، مطبعة نديم بغداد ، ١٩٦٩ .
١٣. الزرقا ، مصطفى أحمد ، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٩ .
١٤. الزركشي ، محمد بن بهادر ، المنثور ، ط ٢ ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ١٤٠٥ .
١٥. الزعبي ، محمد يوسف ، العقود المسماة شرح عقد البيع في القانون المدني ، ط ١ ، دار الثقافة ، الأردن ، ٢٠٠٤ .
١٦. الزلي ، مصطفى ابراهيم ، أصول الفقه في نسيجه الجديد .. وتطبيقاته في التشريعات القانونية خاصة القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ (للباحث) ، المركز القومي ، الأردن ، ١٩٩٩ . المنطق القانوني - قسم التصورات - ، جامعة صدام للحقوق ، ٢٠٠٠ .
١٧. السرخسي ، محمد بن سهل ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٦ .
١٨. سلطان ، أنور ، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، ط ١ ، منشورات الجامعة الأردنية ، الأردن ، ١٩٨٧ .

١٩. السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ط٣ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٨ . الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النشر للجامعات ، مصر ، ١٩٥٢ . نظرية العقد ، ط١ ، مطبعة دار الكتب المصرية ، مصر ، ١٩٣٤ .
٢٠. الغزالي ، محمد بن محمد ، المستصفي من علم الأصول ، دار العلوم الحديثة ، بيروت .
٢١. الفيروزآبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٢٢. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٢٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢٤. القرافي ، أحمد بن ادريس ، الفروق ، دار الكتب ، بيروت .
٢٥. الكاساني ، علاء الدين ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ .
٢٦. الكبيسي ، أحمد عواد ، الحاجات الاقتصادية في الذهب الاقتصادي الاسلامي ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٧ .
٢٧. الكرابيسي ، أسعد بن محمد بن الحسين ، الفروق ، ط١ ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ١٤٠٢ .
٢٨. مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٧ ، ومجلة المحامين لسنة ١٩٨١ ، والمجلة القضائية لسنة ١٩٩٠ .

٢٩. المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ، نقابة المحامين ، ط٢ ، الأردن ،
١٩٨٥ .
٣٠. الموصلي ، عبد الله بن محمود بن مودود ، الاختيار لتعليل المختار ، دار
الكتب العلمية ، بيروت .
٣١. النووي ، يحيى بن شرف ، الأصول والضوابط ، ط١ ، دار البشائر الاسلامية ،
بيروت ، ١٤٠٦ .