الجدوى العملية لاختلاف انواع العقد

في الفقه الاسلامي والقانون دراسة مقارنة

للباحث

الدكتور محمد خليل خيرالله

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَلَا تُبۡطِلُوٓاْ أَعۡمَٰلَكُمۡ ﴾

محمد: ٣٣

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين

وبعد :

تعتبر نظرية العقد من النظريات المهمة في الشريعة الاسلامية والقوانين المدنية وقد ركزت الشريعة الاسلامية والقوانين المدنية حول موضوع العقد الذي يقع فيه خلل ما الحكم المترتب على ذلك وقد وضع فقهاء الحنفية نظريتهم الخاصة حول امكانية تصحيح بعض العقود التي وقع فيها خلل والتي تميزوا بها بالتأصيل والترتيب، والتي لها دور كبير في تقليل حالات بطلان العقد، فيسعى هذا البحث الى اعطاء فكرة مركزة عن نظرية الخلل في العقود مقارنة بين الفقه الحنفي خاصة مع باقي المذاهب والقانون.

ولا شك ان موضوع العقد الذي وقع فيه خلل قد حضي بدراسات علمية كثيرة والتي منها:

_التحول في العقد للباحث حمد فخري العزام .

_ نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي للدكتور عبد الرزاق حسن فرج .

وهي بلا شك دراسات جيدة، الا انها لم تتعلق بالمقارنة بين الشريعة والقانون او كيفية تصحيح العقود التي فيها خلل، لذلك حسب علمي لم يكن الموضوع مقارنا بالقانون قد حضي بالاهتمام من قبل.

خطة البحث: قسمت هذا البحث الى مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة على التقسيم

الاتي.

_ المقدمة .

_ المبحث الاول: التعريف بالمصطلحات (العقد، الخلل، الباطل، الفاسد)

_ المبحث الثاني: نظر الفقه الاسلامي للعقد الذي وقع فيه خلل

_ المبحث الثالث : نظر القانون للعقد الذي وقع فيه خلل

_ المبحث الرابع: الفائدة الواقعية من اختلاف انواع المختل من العقود

_ المبحث الخامس: تصحيح الخلل في العقود

_ الخاتمة

ولله الحمد في كل وقت وحين

المبحث الاول

التعريف بالمصطلحات (العقد، الخلل، الباطل، الفاسد)

العقد

العقد في اللغة: هو الربط والشد والضمان والعهد ، جاء في لسان العرب (عقد الحبل والبيع والعهد: شده، ويطلق ايضا على الجمع بين اطراف الشيء ،يقال: عقد الحبل :اذا جمع احد طرفيه على الاخر وربط بينهما[1]، وجاء في المصباح المنير: عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد، وعاقدته على كذا، وعقدته عليه بمعنى، عاهدته، وعقدة النكاح وغيره: احكامه وابرامه والجمع عقود[2] .

العقد في الاصطلاح

يطلق لفظ العقد ويراد به معنيان:

المعنى الاول: وهو كل ما يعقده الشخص ان يفعله هو، او يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه، وعلى ذلك يسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات _ عقودا_، لان كل واحد من طرفي العقد الزم نفسه الوفاء به[3].

المعنى الثاني: وهو كل ما ينشأ عن ارادتين لظهور اثره الشرعي في المحل قال

(١) ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٨٣، ط١، ج ٣ ، ص٥٠

(٢) الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري المتوفي سنة ٧٧٠، المصباح المنير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بتصحيح مصطفى السقا، ج٢، ٦٧.

(٣) الجصاص احمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث العربي، بيروت ج٢، ص ٢٩٤ _ ٢٩٥

الجرجاني (العقد ربط اجزاء التصرف بالإيجاب والقبول)[1]، وقال عنه الزركشي (هو ارتباط الايجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرها)[2]، وهو المعنى المراد في البحث.

العقد في الاصطلاح القانوني

يعرف العقد في القانون بأنه (توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني- انشاء التزام، نقله، تعديله، انهائه -)[3].

والعقد كما عرفه القانون المدني العراقي في المادة (٧٣) بانه ((ارتباط الايجاب من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)).

كما بين القانون المدني المصري في المادة (٨٩) معنى العقد بانه (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد).

كما نص القانون المدني الجزائري في المادة (٥٤) على ((العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص اخرين بمنح، او، فعل، او عدم فعل شيء ما)).

الخلل:

معنى الخلل هو الاضطراب والتغير جاء في المعاجم (اختل الشيء اذا تغير واضطرب،

(١) الجرجاني علي بن محمد الشريف، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت ،ط١، ١٩٨٣، ص ٥٧.

(٢) الزركشي بدر الدين بن محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، نشر وزارة الاوقاف الكويتية، ج٢، ص ٣٩٧.

(٣) مشاعل عبد العزيز، الالتزامات المدنية والاثبات، كلية الحقوق ،٢٠٠٤، ص١٦، والاستاذ عبد الباقي البكري واخرون نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك لصناعة الكتاب، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠م ،ص١٩.

وخلل الخمر اي جعلها خلا، وسمي الخل بذلك لأنه اختل منه طعم الحلاوة الى الحموضة)[1]، اما في الاصطلاح فالخلل هو العيب الواقع في العقد.

الفاسد:

اصل هذه الكلمة في اللغة العربية هو (الفاء والسين والدال) [2]، يقال فسد الشيء يفسد فسادا: وهو خلاف الصلاح، ويقال تفاسد القوم اذا تدابروا وقطعوا الارحام، فالمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد: خلاف الاستصلاح [3].

اما في الاصطلاح فالعقد الفاسد هو(ما كان مشروعا بأصله دون وصفه)[4]

الباطل:

الباطل في اللغة قال ابن فارس (الباء والطاء واللام: اصل واحد، وهو ذهاب الشيء، وقلة مكثه ولبثه)[5]، ومنه سمي الشيطان بالباطل، لأنهلا حقيقةلأفعاله، والباطل: ضد الحق، ويجمع على اباطيل[6].

والباطل في الاصطلاح خلاف الصحيح سواء كان في باب العبادات، ام في باب

(١) ينظر: ابن منظور، والفيومي، المصباح المنير، مادة (خلل).

(٢) ابن فارس احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٤، ص ٥٠٣.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ج٤، ص١٠٩٥، والفيروز أبادى مجد الدين محمد بن يعقوب المتوفى سنة٨١٧هـ وقيل ٨١٦هـ، القاموس المحيط مطبعة المؤسسة العربية، ص٣٩١، والجواهري، الصحاح، ص ٨٦٠.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، ط٢، ج٦، ص٧٤، ومجلة الاحكام العدلية، المادة (١٠٩).

(٥) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج١، ص ٢٥٨.

(٦) ينظر لسان العرب، ج١، ص٢٢٧، والفيروز ابادي ،القاموس المحيط، ص ١٢٤٩، والجواهري ، الصحاح، ص٧٦.

المعاملات، وهو كل عقد لم يترتب اثره المقصود منه عليه [1].

❊ ❊ ❊

(١) ينظر :البخاري عبد العزيز بن احمد، كشف الاسرارعن اصول البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٧ ،ج١،ص٣٨٠، وشرح تنقيح الفصول، ص٧٦، والغزالي، المستصفى، ج١،ص ٩٥، ونفائس الاصول، ج١، ص٤٠٩، والبحر المحيط، ج١، ص٣٢٠ .

المبحث الثاني

نظر الفقه الاسلامي للعقد الذي وقع فيه خلل

ان للعقد في علم الفقه والاصول اركانا وشروطا وصفات، فركن العقد هو الصيغة، اي صيغة الايجاب والقبول التي ينعقد بها العقد، وما عدا ذلك يعد شروطا، وتنقسم الشروط الى انوع حسب ما تتعلق به، فهناك شروط للركن متعلقة بالعاقدين ومحل العقد زيادة على شروط الصيغة وتسمى عند فقهاء الحنفية بشروط الانعقاد [1].

وتنقسم هذه الشروط الى :

١_ شروط العاقدين وهي: العقل او التمييز، والتعدد .

٢_ شروط الصيغة وهي: تطابق الايجاب والقبول، واتحاد المجلس .

٣_ شروط محل العقد وهي: ان يكون المحل مقدور التسليم، وان يكون المحل صالحا للتعامل فيه اي انه يكون مالا متقوما او مشروعا، وان يكون المحل معينا او قابلا للتعيين.

كما ان للعقد عندهم اوصافا خارجة عن الشروط السابقة، وتسمى بشروط الصحة وهي كثيرة من اهمها[2]:

(١) ينظر التفتزاني سعد الدين بن مسعود، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٢، ص١٢٣، وابن عابدين: محمد امين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢ ،ج٤، ص٥٠٥، والعالمكري، الفتاوى الهندية، دار احياء التراث العربي، بيروت ،ج٣، ص٢، والزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٥١

(٢) ينظر ابن عابدين، رد المحتار، ج٤ ،ص٥٠٨، والكاساني، البدائع، ج٥، ص١٥٦

* ان لا يكون في العقد غرر فاحش .
* ان لا يشتمل على ربا .
* ان لا يكون مشتملا على شرط فاسد .
* ان لا يكون هناك ضرر في التسليم .
* ان يخلو العقد من الاكراه .
* القدرة على التسليم .
* جهالة المعقود عليه او ثمنه .

فالأخلال بشروط العقد(شروط الانعقاد) يؤدي الى بطلان العقد وعدم امكانية تصحيحه، بينما الاخلال بأوصاف العقد(شروط الصحة) تؤدي الى فساد العقد لكن تبقى امكانية التصحيح موجودة .

لذلك عرف الكاساني العقد الذي وقع فيه خلل وامكن تصحيحه بأنه (ما اختل فيه احد شروط الصحة)[1]، اي الاوصاف الخارجية للعقد، اذ الحنفية يرون انه اذا توفرت في العقد شروط الانعقاد السبعة فقد اضحى العقد منعقدا، ولكن انعقاده لا يلزم منه صحته فقد يكون العقد منعقدا الا انه فاسد، وما دام ان العقد الفاسد منعقد وله وجود، فلا يجوز اعتباره كالعقد الباطل غير المنعقد [2] .

الا ان جمهور علماء الفقه لم يأخذوا بنظرية ان العقد الذي وقع فيه خللينقسم الى عقد يمكن تصحيحه وعقد لا يمكن تصحيحه بل قالوا ان العقد اما ان يكون صحيحا كاملا قابلا لترتب الاثار عليه او ان يكون باطلا منعدما من اصله لورود الخلل اليه.

وتحرير محل الخلاف ان العقد اما ان يكون صحيحا بأصله ووصفه، او لا يكون

(١) الكاساني، البدائع، ج٥، ص٢٩٩
(٢) الزركشي، البحر المحيط، ج١ ،ص ٣٢٢

صحيحا لا بأصله ولا بوصفه، او يكون صحيحا بأصله دون وصفه او العكس.

فالأول صحيح بالاتفاق، والثاني باطل بالاتفاق، والثالث محل خلاف بين العلماء، هل يسمى فاسدا او باطلا على حد سواء، او هناك فرق بينهما [1].

والذي يهمنا هو ما ذهب اليه فقهاء الحنفية لانهم من أصل وقال بإمكانية تصحيح بعض العقود التي وقع فيها خلل، على ان العقد الذي وقع فيه خلل يمر بمرحلتين المرحلة الاولى: هي ما قبل التنفيذ .

والمرحلة الثانية: هي ما بعد التنفيذ .

فلا فرق بين العقد الذي يمكن تصحيحه وبين العقد الذي لا يمكن تصحيحه قبل التنفيذ من حيث الاثر، فكما ان العقد الباطل لا اثر له، لأنه عقد منهي عنه، كذلك العقد الفاسد قبل قبض المعقود عليه لا ينتج اثرا [2]. اما اذا تم تنفيذ العقد الفاسد بتسليم المعقود عليه وقام المتعاقد الاخر بقبضه فان العقد الفاسد يفيد حكما ويعتبر القابض مالكا للمعقود عليه، وهذا ما نصت عليه مجلة الاحكام العدلية في المادة (٣٧١) ما نصه (البيع الفاسد يفيد حكما بعد القبض)[3].

(١) ينظر المصدر نفسه

(٢) ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٤، ص٥٠٨

(٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام .

المبحث الثالث

نظر القانون للعقد الذي وقع فيه خلل

تختلف نظرة القانون لتقسيم العقود التي وقع فيها خلل عما هي عليه في الفقه الاسلامي فتميز الفقه الاسلامي بسعة ومرونة هذه النظرية بخلاف ما عليه الحال في القانون .

الا ان مشرعي القوانين اتجهوا في تقسيماتهم لهذا الموضوع الى ثلاثة اتجاهات في تصنيف العقد الذي حصل فيه خلل فمنهم من صنفه الى ثلاثة اقسام، ومنهم من صنفه الى قسمين، ومنهم من جعله صنفا واحدا [1] :

١ _ التقسيم الثلاثي

تميز هذه النظرية التقليدية بين ثلاثة احوال للعقد الذي وقع فيه خلل هي: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي .

الانعدام: وهو الذي يكون فيه العقد منعدما من اصله لتخلف ركن من اركان العقد، وذلك كانعدام الرضا، او المحل، او السبب، او الشكلية في العقود .

البطلان المطلق: وهو الذي يكون فيه العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف شرط من شروط الاركان، كشرط المشروعية في ركن المحل مثلا .

البطلان النسبي :

وهو الذي يكون فيه العقد باطلا نسبيا او قابلا للإبطال، فالعقد ينعقد صحيحا، الا انه يضل مهددا بالبطلان، مثال ذلك اذا شاب رضا المتعاقد عيب من عيوب الرضا فأنه

(١) ينظر: د. عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الكتاب الحديث، مصر ١٩٩٣م، ص٣٤٩

ينعقد صحيحا ويبقى مهددا بالبطلان اذا طعن في صحته المتعاقد الذي عيب رضاه[1].

٢_ التقسيم الثنائي :

جعلت هذه النظرية العقد الذي وقع فيه خلل مقسما الى عقد باطل مطلقا والى باطل نسبيا، فيكون العقد باطلا مطلقا اذا تخلف فيه ركن من اركانه كانعدام الرضا او المحل او السبب او الشكل في العقود الشكلية، او اذا كانت هذه الاركان موجودة لكن انعدمت الشروط المقررة لها كعدم تعيين المحل مثلا، فكلما انعدم او اختل ركن من الاركان كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

اما البطلان النسبي فأنه يطرأ على العقد الذي انعقد صحيحا بتوافر كافة اركانه وكانت شروط هذه الاخيرة متوافرة، غير ان رضا المتعاقد فيه جاء غير صحيح كأن يصدر عن ناقص الاهلية او كان معيبا بالغلط او الاكراه، ومثل هذا العقد يظل صحيحا الى ان يطعن فيه الطرف الذي عيب رضاه بالإبطال ويصحح بالإجازة .

ومعيار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي هو المصلحة العامة فكلما كان الغرض من تقرير البطلان حماية المصلحة العامة كاستهداف مشروعية المحل او السبب كان البطلان مطلقا، وكلما كان الهدف من تقرير البطلان حماية المصلحة الخاصة كحماية التراضي من العيوب التي تشوبه كان البطلان نسبيا[2].

٣ _ نوع واحد

وهو رأي من ذهب الى ان المنطق الصحيح يقتضي جعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها وهي البطلان المطلق، كون العقد الباطل نسبيا يمر بمرحلتين، الاولى قبل

(١) ينظر المصدر نفسه

(٢) ينظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٢، ج١ ،ص٣٩٧

ان يتحدد وجوده بالإجازة او البطلان يكون له وجود قانوني تام فيستحق كل الاثار القانونية التي يرتبها العقد الصحيح، اما المرحلة الثانية فيلقى هذا العقد احد المصيرين فإما ان تلحقه الاجازة او يحصنه التقادم فيستمر العقد مرتبا لجميع اثاره على غرار العقد الصحيح، او ان يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني وتزول اثاره [1] .

الا ان هذا الاتجاه محل نظر وذلك ان التمييز بين البطلان النسبي والمطلق اساس للتفرقة بين الاحكام التي يخضع لها كل عقد [2].

اخذ المشرع في القانون المدني العراقي بنظرية ان العقد اما صحيح او باطل للعقد الذي وقع فيه خلل فجاء في المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي (١_ العقد الباطل وهو مالا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية،٢_ يكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلا للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع، ٣_ يكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولا جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون).

فلم يأخذ القانون المدني العراقي بنظرية الفقه الحنفي بتقسيم العقد الذي وقع فيه خلل الى فاسد وباطل وانما جعل العقد الذي فيه خلل باطل حصرا كقاعدة عامة.

الا انه وضع بعض صور العقد الفاسد بدون بيان، فألحق العقد الفاسد بسبب الاكراه بالعقد الصحيح الموقوف، تسوية للإكراه بغيره من عيوب الرضا، وألحق العقد الفاسد بسبب _ الشرط الفاسد_ بالعقد الصحيح مادام هذا الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب عملا بالقاعدة العامة التي اقرها في حرية التعاقد وسلطان الارادة .

(١) ينظر: السنهوري، ص٣٩٧

(٢) القاضية زغاري حنان، نظرية البطلان، ٢٠٠٦، ص٣٠

وكذلك ألحق العقد الفاسد بسبب الربا بالعقد الصحيح لان المشرع العراقي اجاز الفائدة [1] .

اما المشرع الجزائري فقد اخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان، مميزا بين العقد الباطل مطلقا، والعقد الفاسد نسبيا، وهذا ما قررته مواد القانون المدني الجزائري والتي تناولت هذا الموضوع من مادة ٩٩ الى ١٠٥ حيث بحثت هذا الموضوع .

❊ ❊ ❊

(١) ينظر: عبد الباقي البكري واخرون، ص١٢٠

المبحث الرابع

الفائدة الواقعية من اختلاف انواع المختل من العقود

لابد من ان للعقد غاية مهمة هي حفظ مصالح الناس واموالهم بما يضمن حقوقهم كما شرعه الله تعالى، فتعتبر نظرية العقد الفاسد من ابدع ما ابتكره الفقه الحنفي في ميدان المعاملات المالية والتي كان لها دور كبير في التقليل من حالات بطلان العقود، وفي الحد من اثاره السلبية، نظرا لان البطلان يجرد التصرف من كل اثاره ويجعله كأن لم يكن، والاهم من ذلك انه يجعل العقد غير قابل للتصحيح، وهذا ما تجاوزته نظرية الفساد .

فجعلت نظرية فساد العقد امكانية واضحة للعمل بالعقود التي وقع فيها خطأ وعدم هدرها وتركها، خاصة ان العقود من المعاملات المهمة للإنسان، اذ ان تصرف الانسان لايترك سدى الا اذا كان مبنيا على باطل.

فعلل فقهاء الحنفية تأصيلهم لنظرية العقد الفاسد بأن المقصود الشرعي في باب المعاملات هو المصلحة، فالمقصود منها اولا هو مصالح العباد الدنيوية، فمتى ما امكن تحقيق هذه المصلحة حكمنا بصحة العقد مالم يخالف احدى الثوابت الاساسية للشريعة الاسلامية، ومن هذا القبيل مالو طرأ الخلل على وصف العقد، فأنه يحكم بصحة الاصل وفساد الوصف، فلا يبطل العقد بالكلية بل متى مازال الوصف الفاسد امكن تصحيح العقد [1].

(١) ينظر: كشف الاسرار، ج١، ص٣٨٠، واصول السرخسي، ج١ ،ص ٩٦، وتيسير التحرير، ج٢، ص ٢٣٧، والشاطبي، الموافقات، ج٢ ،ص٥٠٢

اما العبادة فان المقصود منها هو الخضوع لله تبارك وتعالى، فمتى ما طرأ على هذه العبادة خلل، سواء كان ذلك الخلل في الاصل او الوصف بطلت العبادة لفوات المقصود الشرعي منها، لذا لم يفرقوا بين فوات الاصل وفوات الوصف في العبادة لان المؤدى واحد .

❊ ❊ ❊

المبحث الخامس

تصحيح الخلل في العقود

من المعلوم انه لا معنى للحكم بفساد العقد الذي وقع فيه خلل دون الحكم ببطلانه، مالم يكن لهذا العقد اثار تختلف عن اثار العقد الباطل، واهم اثار العقد المحكوم بفساده هو امكانية تصحيحه بإزالة سبب فساده، فالتصحيح ليس مشروعا فقط بل هو مطلوب شرعا، اذا توفرت في العقد الفاسد شروط التصحيح المعتبرة شرعا، وسنتناول ذلك بشيء من التفصيل .

معنى التصحيح :

التصحيح لغة :مصدر صحح، والصحة خلاف السقم، وهي ذهاب المرض، يقال صحح الشيء اي جعله صحيحا، وصححت الكتاب والحساب تصحيحا اذا كان سقيما فأصلحت خطأه [١]، وهو (ازالة السقم من المرض) [٢] .

التصحيح اصطلاحا: استخدم العلماء مصطلح التصحيح حسب العلوم والموضوعات فكانت له معان عدة، اما عند الفقهاء فاستخدموا مصطلح التصحيح بانه (رفع او حذف ما يفسد العبادة او العقد)[٣].

الفرق بين التصحيح والتحول :

لم يعرف الفقهاء القدامى مصطلح تحول العقد، وان تناولوا من صوره واحكامه

(١) ابن منظور، باب الحاء فصل الصاد، ج٢، ص٥٠٧

(٢) الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ص٥٧

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة تصحيح، ج١٢، ص ٥٥

الكثير في كتبهم، اما الفقهاء المعاصرون فاستخدموا مصطلح التحول وعرفوه بانه (انتقال العقد او صفة من صفاته من حالة الى حالة اخرى مشروعة)[1]، ومثال على تحويل العقد (لو اشترط المضارب ان يكون الربح جميعه له، فالعقد ينقلب من مضاربة الى قرض، فيكون راس المال كله مضمونا على المضارب، ويكون ربحه لهلان العقد في هذه الحالة لا يمكن تصحيحه مضاربة، لان المعنى هو القرض والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) [2].

وقد اخذت القوانين المدنية بفكرة تحويل العقد، فنصت المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه اركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد).

وقد اخذ كذلك القانون المدني المصري بتحول العقد، فيما اخذ القانون المدني الاردني ضمنا بفكرة تحول العقد [3]. على انه من الملاحظ ان التصحيح اعم من التحول لان التصحيح كما يكون بالتحويل يكون بغيره من وسائل التصحيح الاخرى.

مشروعية التصحيح :

التصحيح مشروع بالكتاب والسنة والمعقول، ففي الكتاب قد دلت آيات كثيرة على مشروعية التصحيح منها قوله تعالى (ولا تبطلوا اعمالكم) سورة محمد، اية ٣٣.

ووجه الدلالة فيها انها تدل بعمومها على النهي عن ابطال الاعمال والتصرفات، وان

(١) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٦٥٩

(٢) الكاساني، ج٦، ص٨٥، وينظر ابن رجب الحنبلي: الحافظ ابي الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، مكتبة الكليات الازهرية، ١٩٧٢م، القاعدة (٣٨)، ص٥٠

(٣) ينظر: القانون المدني المصري، المادة (١٤٤)، والقانون المدني الاردني، المادة (٩٥٨).

اهمال تصحيح العقد الفاسد ان امكن تصحيحه ابطال له فيكون منهيا عنه، لذا كانت قاعدة شرعية تحكم هذا المعنى نصت (التحرز عن ابطال العمل واجب)[١].

اما من السنة فما رواه البخاري عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع احداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعته، وكان لو اشترى التراب لربح فيه)[٢].

فالنبي عليه افضل الصلاة والسلام قد صحح تصرف الصحابي عروة مع انه خالف الوكالة فاشترى شاتين بدل شاة واحدة، وباع احدى الشاتين دون وكالة او تفويض، ومعلوم انه لم يكن مأمورا ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة، على ما فعل، ولأنكر عليه لان الباطل ينكر[٣].

اما المعقول فان اعمال الانسان العاقل تصان عن الابطال والالغاء قدر الامكان، ولا تلغى الا للضرورة اذا لم يمكن تصحيحها .

كما انه ليس في تصحيح الخلل في العقد ما يتعارض مع العقل او يناقضه، بل ان الفقهاء ذهبوا الى ان الغاء العقد الفاسد مع امكانية تصحيحه خروج عن المعقول[٤].

الا انه ليس كل عقد وقع فيه خلل يمكن تصحيحه، اذ ان تصحيح العقد خاضع لشروط عديدة حددها الفقهاء منها :

ـ ان يكون التصحيح ممكنا، اذ ليس من الممكن رفع الخلل عن كل عقد وقع فيه خلل، فمن الحالات التي لا يمكن تصحيحها هو فوات المحل، لا يصح ازالة المفسد

(١) االسرخسي محمد بن ابي الفضل، المبسوط، ج٣، ص٦٩

(٢) رواه البخاري في كتاب المناقب، رقم الحديث ٣٤٤٣.

(٣) ينظر: الكاساني، ج٥، ص١٤٩

(٤) ينظر: الكاساني، ج٤، ص٧١

بعد هلاك المحل [١].

_ كما لا يمكن تصحيح الخلل في العقد بعد فسخ العقد، لان العقد اصبح منعدما، كما لو باع شخص فصا من خاتم يضره التبعيض، فاذا قلع البائع الفص قبل الفسخ وسلمه اصبح العقد صحيحا، اما لو سلمه بعد الفسخ فلا يصح العقد [٢]. كما انه هناك صور عديدة لا يمكن تصحيح العقد فيها نكتفي بما تناولناه .

وسائل التصحيح

لا يمكن ان يكون تصحيح الخلل الواقع في العقد اعتباطيا وانما يكون من خلال وسائل معتبرة شرعا، تجعل التصحيح مقبولا ومن هذه الوسائل :

١_ التصحيح بدلالة الاقتضاء :

ودلالة الاقتضاء هي (ما كان المدلول فيه مضمرا، اما لضرورة صدق المتكلم، واما لصحة وقوع الملفوظ به) [٣].

فهذه الدلالة تحول غير المنطوق الى منطوق لتصحيحه [٤]، وهي ثابتة لحالة الضرورة فقط فلا تتعدى موضع الضرورة لان(ما ابيح لضرورة يتقدر بقدرها)[٥].

مثال ذلك: ان صيغة الامر طلب، والطلب لا يكون ايجابا ولا قبولا، فلا ينعقد البيع عند فقهاء الحنفية بصيغة الامر المباشر، ولكن قد ينعقد بالأمر اقتضاء، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٢) من مجلة الاحكام العدلية [٦].

(١) : ينظر السرخسي، المبسوط، ج١٣، ص٥٠

(٢) ينظر: ابن الهمام كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، ج٦، ص٣٥٤

(٣) الامدي علي بن محمد، الاحكام في اصول الاحكام، ج٣، ص٩١

(٤) الحموي احمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، ج٢، ص٢٦٦

(٥) الزركشي، المنثور في القواعد، ج٢، ص٣٢٠.

(٦) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج١، ص١٢١.

ثانيا :حمل الكلام على المجاز او الكناية

الاصل في العقود ان يحمل اللفظ فيها على معناه الحقيقي، فان تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي يحمل على المعنى المجازي، وذلك ان كلام العاقل وتصرفاته مصانة عن الاهمال قدر الامكان اذا وجدت الوسيلة لتصحيح الكلام، وهذا ما جاءت به القاعدة الفقهية (اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز)[1].

ومثال ذلك :لو قال شخص لآخر صالحني على مالك الفلاني بكذا، فقال :صالحتك ونويا البيع، كان هذا اللفظ كناية عن البيع، ولم يكن صلحا، لعدم سبق الخصومة [2].

ثالثا: حمل العقد على الوجه المصحح له

وذلك في حالة تردد اللفظ بين معنيين احدهما يؤدي الحمل عليه الى تصحيح العقد والاخر يؤدي الى فساد العقد، فيحمل على المعنى الاول .

مثال ذلك: مالو اوصى شخص بطبل وله عدة انواع من الطبل، طبل لهو، وطبل يحل الانتفاع به كطبل حرب او طبل حجيج، حملت الوصية على الطبل الذي يحل الانتفاع به ليصح تصرفه، اذ انه قاصد للثواب وهو ما تصح الوصية به [3] .

وليست وسائل التصحيح مقتصرة على ذلك، بل هي كثيرة اكتفينا بذكر بعضها . والله الموفق

(١) ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن احمد، المغني، ج٦ ،ص٨٥٦

(٢) الشربيني محمد بن احمد، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج٢، ص١٧٨

(٣) الزركشي، ج١، ص١٨٣

الخاتمة

١. تبين لي من خلال البحث ان العقد هو كل ما ينشأ عن ارادتين لظهور اثره في المحل.

٢. وظهر لي ان الفقهاء اختلفوا في نظرهم الى العقد الذي وقع فيه خلل هل يمكن تصحيحه ام لا.

٣. ويستنتج ان القانون لم تكن نظرته الى العقد الذي وقع فيه خلل مشابهة لنظرة الفقه الاسلامي

٤. وتبين ان الفائدة المقصودة من تقسيم العقد الذي فيه خلل الى عقد قابل للتصحيح واخر لا يمكن تصحيحه، هي ان تصرفات الانسان لا تهمل قدر المستطاع والحكم بإلغائها هدر لهذه التصرفات التي يمكن اصلاحها .

٥. وظهر لي ان التصحيح هو ازالة الوصف الفاسد عن العقد حتى يكون صحيحا.

٦. ويستنتج ان التصحيح خاضع لشروط لابد من وجودها حتى يصبح التصحيح ممكنا .

٧. وتبين ان للتصحيح وسائل معلومة من خلالها يصحح العقد

والحمد لله من قبل ومن بعد

مصادر البحث

القران الكريم

١_ابن الهمام كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط٢

٢_ابن رجب الحنبلي ابي الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، مكتبة الكليات الازهرية، ١٩٧٢

٣_ابن عابدين محمد امين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت ،ط٢

٤_ابن فارس احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد

ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن احمد، المغني شرح المقنع، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤، ط١

٥_ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ط١، دار صادر، بيروت، ١٩٨٣

٦_ابن نجيم زين العابدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، ط٢

٧_الامدي علي بن محمد، الاحكام في اصول الاحكام

٨_البخاري عبد العزيز بن احمد، كشف الاسرار عن اصول البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧

٩_التفتزاني سعد الدين بن مسعود، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت

١٠_الجرجاني علي بن محمد الشريف، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت ،ط١،

١٩٨٣

١١_الجصاص احمد بن علي الرازي، احكام القران، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث العربي، بيروت

١٢الحموي احمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥ ،ط١

١٣_الزرقا مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيوت

١٤_الزركشي بدر الدين بن محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، نشر وزارة الاوقاف الكويتية

١٥_زغاري حنان، نظرية البطلان، ٢٠٠٦

١٦_السرخسي محمد بن ابي الفضل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦

١٧_السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢

١٨_الشربيني محمد بن احمد، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت

١٩_العالمكري، الفتاوى الهندية، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط٤

٢٠_عبد الباقي البكري واخرون، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠١٠

٢١_عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الكتاب الحديث، مصر، ١٩٩٣

٢٢_علي حيدر، مجلة الاحكام العدلية ، دار الجيل، بيروت

٢٣_الفيروزأبادى مجد الدين محمد بن يعقوب المتوفى سنة٨١٧هـوقيل ٨١٦هـ، القاموس

المحيط مطبعة المؤسسة العربية

٢٤_القانون المدني الاردني

٢٥_القانون المدني المصري

٢٦_الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢

٢٧_مشاعل عبد العزيز، الالتزامات المدنية والاثبات، كلية

٢٨-الموسوعة الفقهية الكويتية، منشورات وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت.

❊ ❊ ❊