

انتقاص العقد في الفقه والقانون

دراسة مقارنة

د. إبراهيم أحمد محمد الصادق الكاروري

عميد كلية الشريعة والقانون – جامعة أمدرمان الإسلامية

المستخلص

انتقاص العقد في الفقه والقانون دراسة مقارنة

تمثل الدراسات الفقهية والقانونية التي تتناول فقه العقد، حجر الأساس في الاحاطة بالأحكام الفقهية بصورة عامة وفقه المعاملات المالية بصورة خاصة وقد فصل فقهاء الشرع الإسلامي والقانون في أحكام العقد بما يتناسب وأهميته في ضبط وتنظيم علاقات التعامل بين أطرافه .

وقد تم التعريف بالعقد الصحيح والفاقد والباطل كما تم تناول العقد المنتقص ، وقد اختلفت الرؤية عند فقهاء الشرع والقانون في النظر لحقيقة العقد المنتقص وفقاً لفلسفة تعريف العقد عند الطرفين ، وإن وجدنا تقارباً في المحصلة النهائية لدى الفريقين وقد وضح من خلال ذلك أن النظرة التي حتمت رؤية الفقهاء هي النظرة الموضوعية التي اهتمت بطبيعة العقد وبنيته ومقاصده . بينما اهتمت النظرة القانونية بالتعويل على نية الطرفين عند ابرام العقد ..

ويمثل مبدأ انتقاص العقد مُدخلاً للتدليل على أن الأحكام الفقهية والقانونية في باب المعاملات تهدف إلى تحقيق المصلحة ورفع العنت ، ومجانبة ما يمكن أن يقع من ظلم وإضرار بأحد طرفي العقد مما يستوجب الدقة والإحاطة والتفصيل .

Abstract

Diminution of the principle of contract law in jurisprudence and comparative study

Jurisprudential and legal studies dealing with the jurisprudence of the contract represent the cornerstone of the surround provisions of jurisprudence in general and the jurisprudence of financial transactions, in particular, it has been the separation of the scholars of Islamic law and the law in terms of the contract in proportion to its importance in the control and organization handle relations between the parties.

It was the definition and correct the corrupt contract and falsehood has also been dealt with undiminished decade, have varied vision when scholars Shara law in the matter of the fact undiminished decade, according to Velsvlh definition nodes on both sides, but we found a convergence in the final outcome of the two teams has been explained through it that the perception that necessitated see scholars is the objective view, which focused on the nature of the contract and its structure and purpose. While it focused on the legal outlook relying on the intention of the parties at the conclusion of the contract ..

The diminution of the principle of the contract gateway to demonstrate that jurisprudence and legal provisions in the door of transactions aimed at achieving the benefit and lifting the hardship .. and generally avoid what could be located from the injustice and damage to one of the parties to the contract, which requires precision and detail briefing

انتقاص العقد في الفقه والقانون دراسة مقارنة

مقدمة:

لقد هدف الفقه الإسلامي إلى بيان الأحكام وتوضيحها لاسيما في مجالي الحقوق والواجبات ذلك أن حفظ الحق لصاحبه ومطالبته باداء ما عليه من التزام يمثل الأساس في نجاح العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وقد أحيط العقد في الفقه الإسلامي بدراسات وافية، استقام جرائها ما اصطلح عليه بنظرية العقد، والفقه الإسلامي يعتبر أصيلاً في أصوله وفروعه وقواعده ومقاصده، ذلك أنه يأخذ من كتاب الله وسنة النبي ﷺ وإجماع من يصح الإجماع بهم إضافة إلى الأصول المنهجية عند أهل الاختصاص، وقد ترد على العقد مجموعة من الأحكام ما يستوجب الوقوف عندها بالدراسة والتوضيح للوصول إلى مراد الشارع، طاعة لله واطمئناناً إلى صلاح العلاقة بين المتعاقدين، استجابة لقوله تعالى (يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْ فُؤَا بِالْعُقُودِ ...) 'بيعاً أو إجارة أو منافع يتفق عليها الطرفان، ومن القضايا التي تتصل بالعقد اتصالاً مباشراً أحكام الصحة والفساد والبطلان، وورود صفقة تتضمن حلالاً وحراماً، وهذا الذي قصدنا إلى بيانه أي ما يعرف قانوناً

بانتقاص العقد، ماهو الموقف الفقهي السليم في هذه الحال هل يبطل الحرام ويصح الحلال، أم يبطل العقد كاملاً؟ وهل يعرف الفقه الإسلامي فكرة انتقاص العقد؟ وسوف يتم النظر في أقوال الفقهاء للاحاطة بهذا الأمر.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى الآتي:

١. التعريف بالعقد وبيان مفهوم انتقاص العقد .
٢. الوقوف على خصائص العقد في الفقه والقانون .
٣. النظر في ما ذهب إليه المذاهب الإسلامية في قضية انتقاص العقد.

أسباب اختيار الموضوع :

الأسباب التي دعت لاختيار هذا الموضوع يمكن إجمالها في الآتي :

١. الدراسة المعمقة في فقه العقد.
٢. ذكر بعض القضايا الخاصة بموضوع العقد والتي لا تعالج بصورة واسعة (مثل انتقاص العقد) .
٣. إثبات سعة الرؤية لدى الفقهاء المسلمين .

أهمية البحث :

تنبع أهمية البحث من الآتي:

١. تناول قضية مركزية في المعاملات وهي قضية العقد.

٢. الغوص في فقه العقد من خلال الدراسة المقارنة للحاجة المناسبة اليه .

٣. بيان قضية انتقاص العقد وصلتها بخصوصية الفقه الإسلامي .

مشكلة البحث:

يمكن تحديد مشكلة البحث من خلال الأسئلة الآتية:

١. ماهو مفهوم انتقاص العقد؟
٢. كيفية التعامل مع العقد المنتقص؟
٣. ماهى الرؤية الفقهية و القانونية، وخصائص كل في النظر للعقد المنتقص؟

منهج البحث:

اتخذت المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن وذلك بتعريف المصطلحات المركزية ثم تعريف العقد وأنواعه والاحاطة بفقه العقد المنتقص من خلال المراجع الفقهية والقانونية والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون .

مفهوم العقد

سوف يتم تناول مفهوم العقد في اللغة والاصطلاح :

يعرف العقد في اللغة (بأنه من الشّد والربط، والعقد والعهد، وجاء في القرآن الكريم (يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ..) ، جاء في تهذيب اللغة (بَابُ الْعَيْنِ وَالْقَافِ مَعَ الدَّالِ) قيل العُقُودُ العُهودُ، وَقِيلَ الْفَرَائِضُ الَّتِي أُلْزِمَوهَا. وَقَالَ الزَّجَّاجُ فِي قَوْلِهِ: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}. خَاطَبَ اللهُ جَلَّ وَعَزَّ الْمُؤْمِنِينَ بِالْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ الَّتِي عَقَدَهَا عَلَيْهِمُ وَالْعُقُودُ الَّتِي يَعْقُدُهَا بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عَلَى مَا يُوجِبُهُ الدِّينُ. قَالَ: وَالْعُقُودُ: الْعُهُودُ، وَاحِدُهَا عَقْدٌ، وَهِيَ أَوْكَدُ الْعُهُودِ. يُقَالُ: عَهَدْتُ إِلَى فُلَانٍ فِي كَذَا وَكَذَا، فَتَأْوِيلُهُ أَلْزَمْتُهُ ذَلِكَ، فَإِذَا قَلْتَ عَاقِدْتُهُ أَوْ عَقَدْتُ عَلَيْهِ، فَتَأْوِيلُهُ أَنْكَ أَلْزَمْتَهُ ذَلِكَ بِاسْتِثْنَاءٍ. وَيُقَالُ: عَقَدْتُ الْحَبْلَ فَهُوَ مَعْقُودٌ، وَكَذَلِكَ الْعُهُودُ. وَأَعَقَدْتُ الْعَسَلَ وَنَحْوَهُ فَهُوَ مُعَقَّدٌ وَعَقِيدٌ. وَرَوَى بَعْضُهُمْ: عَقَدْتُ الْعَسَلَ وَالْكَلامَ: أَعَقَدْتُ. وَأَنْشَدَ:

وَكأنَّ رِيأاً أَوْ كُحَيْلاً مُعَقَّداً
وَيُقَالُ عَقَدَ فُلَانٌ الْيَمِينَ، إِذَا وَكَّدها^٢.

ويراد به ثانياً: العهد أي إحكامه وتقويته وهكذا صار العقد بمعنى العهد الموثق والضمان وكل ما ينشأ التزاماً^٣.

١ سورة المائدة: (١).

٢ تهذيب اللغة - محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور - المحقق: محمد عوض مرعب - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط١، ٢٠٠١م - ج١ - ص١٣٤.

٣ انظر في ذلك، الملكية ونظرية العقد، الشيخ محمد ابو زهرة / دار الفكر العربي/ القاهرة ١٩٧٦م/ ص١٩٩.

يقول الشاعر:

قومٌ اذا عقدوا عقداً جارهم * * * شدوا العتاج وشدوا فوقه الكربا
وجاء في تفسير القرطبي، قال ابن عباس: "أوفوا بالعقود" معناه
بما أحل وبما حرم وبما فرض وبما حد في جميع الأشياء،
وكذلك قال مجاهد وغيره. وقال الزجاج: المعنى أوفوا بعقد
الله عليكم وبعقدكم بعضكم على بعض^١.

ومما له صلة بذلك في أحاديث الرسول ﷺ قوله: (المؤمنون عند
شروطهم)^٢ وقوله: (كل شرطٍ خالفَ كتابَ الله فهو باطل، وإن
اشتراطَ مائةَ شرطٍ)^٣.

مفهوم العقد عند الفقهاء:

العقد عند الفقهاء يأتي بمعنيين، معنى ضيق ومعنى واسع.
العقد بالمعنى الواسع: هو التصرف الشرعي الذي يُنشئ التزاماً
في المستقبل سواء إنعقد بكلاميين أو تعبيريين أي بالإيجاب
والقبول كالبيع والإجارة أو انعقد بكلام أو تعبير وأحد

١ تفسير القرطبي - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين
القرطبي - تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش - دار الكتب المصرية - القاهرة - ط٢، ١٣٨٤هـ -
١٩٦٤م - ج٦ - ص٣٢.

٢ مختصر صحيح البخاري أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودي
الألباني - الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م - باب هل
يؤاجر الرجل نفسه من مشرك ج٢ - ص٨٩.

٣ المصدر نفسه - ج٢ - ص٢٤٠.

كالطلاق والإعتاق والوصية، وفي لفظ آخر هو الكلام الملزم أي الكلام الذي يلتزم صاحبه في علاقته بنفسه^١
وبالمعنى الضيق: هو إرتباط تعبيرين ينشأ عنهما حكم شرعي يظهر أثره في المحل المعقود عليه.^٢
جاء في المبسوط (التصرف كلام وهو فعل اللسان وتحقيق العقل ينفصل من فاعل في محل ينفصل فيه. فهذا يكون حدا للتعرف باللسان واذا صدر من اهله في محله تحقق وجوده...) ^٣
ونلاحظ انه بالمعنى الضيق للعقد أخذ أكثر الفقهاء وهذا يتفق مع ما ذهب إليه القانون حيث جاء تعريف العقد في القانون بأنه: إرتباط تعبيرين أو إرتباط إرادتين لا إرتباط إرادة واحدة .

وفي الفقه القانوني يوجد معنيان للعقد أيضاً:

معنى ضيق ومعنى واسع: فالعقد بالمعنى الضيق: هو توافق إرادتين على إنشاء إلتزام، وهو أخص من الاتفاق، فالاتفاق توافق إرادتين على إنشاء إلتزام كما في البيع أو نقله كما في الحوالة أو تعديله كما في إضافة أجل جديد أو انهاءه كما في وفاء الدين .^٤

١ انظر المبسوط - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي - دار المعرفة - بيروت - ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢ أنظر المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د. عبد الكريم زيدان - بغداد - ص ٢٨٦ .

٣ المبسوط - ج ١٣ - ص ١٥٤ - مصدر سابق.

٤ النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون د. بهاء الدين العلالي دار الشروق ط ٢٠١١ - ص ٢٩

أما العقد: فيقتصر على إنشاء الإلتزام فحسب، وهو الذى أخذ به القانون المصرى والقانون السودانى ، والقانون اللبنانى على سبيل المثال .

وقد وجهت إنتقادات للتعريف الضيق للعقد في هذا العصر، وقد استقر الرأى على وحدة المدلول بين العقد والاتفاق^١.

ونلاحظ ذلك في بعض القوانين على سبيل المثال:

القانون المدنى السودانى المادة (٣٣)، القانون الأردنى المادة (٨٧) والتي نصت على أن العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه .

وجاء في تعريف العقد في القانون الجزائرى: في المادة (٥٤) مدنى العقد اتفاق يلتزم بموجبة شخص أو عدة أشخاص نحو أشخاص آخرين بمنح أو فعل شىء ما^٢.

ويقول د. فيلالى يتضح من هذا التعريف القانونى أن العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية ويترتب عليه التزام كل منهما بما أوجب عليه الآخر .

١ النظرية العامة للعقود في الفقه الاسلامى والقانون د. بهاء الدين العلابى مصدر سابق ص ٣٠ .

٢ الإلتزامات - النظرية العامة للعقد على فيلالى - موفم للنشر - الجزائر - ٢٠١٣ م - ص ٤٤.

وفي هذا التعريف: هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل.. وهذا التعريف يتضمن العناصر الآتية:

أولاً: وجود عاقدين فالشخص الواحد لا يستطيع أن يبرم بإرادته وحده عقداً على هذا التعريف وإن كانت هذه الإرادة صالحة لأحداث آثار شرعية في حالات كثيرة.

ومن هذه الحالات النذر فإنه يتم بعبارة الناذر وحده ويترتب عليه التزامه بما نذر، ومنها الطلاق فإنه يتم بعبارة الزوج وحده ويترتب عليه سقوط حق العصمة، ومنها الوقف والعقق فإنهما يترتب عليهما زوال الملك ويتمان بإرادة واحدة، فالإرادة المنفردة وإن كانت مصدر الكثير من الالتزامات في الفقه الإسلامي إلا أنها لا تسمى عقداً عند أصحاب هذا التعريف^١.

ثانياً: صدور ما يدل على الرضا من العاقدين ولا يتصور إبرام عقد دون رضا الطرفين المتعاقدين، وذلك بكلام و ما يقوم مقام الكلام من إشارة أو كتابة أو فعل، وما يصدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على الرضا يسمى إيجاباً، وما يصدر ثانياً من المتعاقدين يسمى قبولاً .

١ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - د. حسن حامد حسان - شركة الطوبجي للطباعة والنشر - ط

ثالثاً: تعلق أحد العاقدين بالآخر شرعاً ومعناه أن يتصل الإيجاب بالقبول على الوجه الذي رسمه الشارع، وهذا التعلق أو الاتصال لا يتحقق إلا بتوافر شروط معينة، كصدور الإيجاب والقبول في مجلس واحد وموافقة القبول للإيجاب، وبقاء الإيجاب قائماً، حتى يتصل به القبول.^١

رابعاً: ظهور أثر إرتباط القبول والإيجاب في المحل: ومن خصائص العقد أن التعلق أو الارتباط بين الإيجاب والقبول يظهر أثره في محل العقد فاذا وجد هذا الارتباط فإن محل العقد ينتقل من حال إلى حال أو من صفة إلى صفة ففي عقد البيع مثلاً يصبح المبيع مملوكاً للمشتري بعد أن كان في ملك البائع وفي عقد الرهن يصبح المرهون محبوساً عند المرتهن بعد أن كانت الحيابة فيه لمالكه وهكذا، وبالنظر في ما ذهب إليه الفقه وذهب إليه القانون يُخلص إلى الآتي:

لقد توسع فريق من الفقهاء في معنى العقد فأطلقوا عبارة العقد على كل ما يفيد التزاماً سواء تم بإرادة واحدة أو بمجموع إرادتين، فنجدهم يطلقون على الهبة والصدقة والوصية، عقوداً مع أنها تتم بإرادة واحدة عندهم، كما يسمون الوقف والطلاق، والإبراء عقوداً مع أنها تتم بإرادة واحدة أيضاً وإن كان الغالب إطلاق العقد على ما يتكون بإرادتين وفي هذا يتفق مع القانون، وقد اتضح بان القانون يعرف العقد بأنه

توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر قد يكون إنشاء التزام كالبيع أو نقله كالحوالة أو تعديله كتأجيل الدين أو إنهائه كالإبراء منه وهذا التعريف قريب من تعريف العقد بأنه ارتباط كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظر أثره في المحل، ذلك ان المعقود بتوافق الإرادتين هو ارتباط أو تعلق الإيجاب بالقبول، والقانون يستلزم لوجود هذا التوافق ذات الشروط التي يستلزمها الفقهاء المسلمون في الارتباط أو التعلق من حيث الجملة، فتوافق الإرادتين يستلزم صدور الإيجاب والقبول في مجلس العقد، وورودهما على محل واحد وبقاء الإيجاب قائماً حتى يلحقه القبول ويتعلق به، وهذه شروط تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً، وأما الالتزامات التي تنشأ بعبارة واحدة فلا تسمى عقد في عرف القانون بل يطلق عليها الإرادة المنفردة^١.

وعرف الالتزام بأنه كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه سواء أن كان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال والإبراء أو من شخصين كالبيع والإجارة^٢.

١ المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - د. حسن حامد حسان - ص ٢٣٦ - مصدر سابق.

٢ انظر: النظريات الفقهية - يوسف عبد الفتاح المرصفي - مؤسسة المختار للنشر والتوزيع - ط ١ -

المبحث الثاني

تقسيمات العقد من حيث الصحة والبطلان

وسوف نتاول في هذا المبحث تقسيمات العقد، فالعقد الصحيح عند الفقهاء هو ما سلمت أركانه وأوصافه من الخل ولم يرد من الشارع منع له، عرفه الأحناف بأنه (ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، فالعقد الصحيح هو الذى استوفى ركنه وتوافرت في هذا الركن جميع الشرائط التى يتطلبها الشارع، ولم يتصل به و صف يقتضى نهي الشارع عنه كالربا أو الغرر) وبذلك يتفق الأحناف مع الجمهور في المقصود بالعقد الصحيح^١.

وعند الأحناف ركن العقد هو الصيغة - الإيجاب والقبول- أما المحل والعاقدان فهما شرطان لازمان لوجود هذه الصيغة، اذ الإيجاب والقبول يستلزمان وجود عاقلين، ومحل أو موضوع يرد عليه التعاقد، وقد تطلب الشارع من كل من الصيغة والعاقلين والمحل شروطاً لايجوز العقد بدونها، فشرط الصيغة ان يتطابق القبول والإيجاب وان يصدر من مجلس واحد وأن يبقى الإيجاب قائماً حتى يتصل به القبول، وشرط العاقد التمييز وإن لم يكن مميزاً فإنه لايعتد بعبارته مثل الجنون والصغر، وشرط المحل أن يكون قابلاً للتعامل فيه شرعاً،

١ انظر: النظريات الفقهية - يوسف عبد الفتاح المرصفي - ص ٤٣٠ - مصدر سابق.

وأَنْ يكون موجوداً ومقدور التسليم، ومعلوماً للعاقدين وهكذا إذا توفر الركن والشرط كان العقد صحيحاً، والأحناف يصفون العقد بالفساد إذا فارقت هذه الأوصاف مثل أن يتضمن الغرر أو الربا أو صدر عن إرادة معيبة^١.

العقد الفاسد:

يجدر بنا أن نورد تعريفاً بالعقد الفاسد ونحن نتحدث عن أحكام العقد وصلته بالعقد المنتقص وهو ما يذهب إليه الأحناف حيث يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالعقد الفاسد هو ما وجد ركنه وهو الإيجاب والقبول وتوافرت الشروط غير أنه قد اتصل به وصف ينهي الشارع عنه، فهو عقد مشروع بأصله دون وصفه أو وقع الخلل في وصفه دون أصله ومثال لذلك عقد المكره والبيع لثمن مجهول أو إلى أجل مجهول وبيع الدرهم بدرهمين وبيع ما لا يمكن تسليمه. فالعقد في هذه الصور جميعها استوفى ركنه وتوافرت في هذا الركن الشروط الذي يتطلبها الشارع، غير أنه قد لحق وصف جعل الشارع ينهي عنه ككون الرضا معيباً بسبب الاكراه أو تتضمنه القرر بسبب جهالة الثمن أو الأجل أو الربا^٢.

١ النظريات الفقهية - د. محمد الزحيلي دمشق دار القلم طبعة (٤) ٢٠١٢ م أنظر ص ٨٣ وما بعدها .
٢ أنظر: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - د. عبد الكريم زيدان - ص ٣٦٦ - مصدر سابق.

حكم العقد الفاسد :

الأصل أن آثار العقد تترتب على العقد الصحيح أما العقد الفاسد فإنه ينبغي ألا يترتب عليه أثر، وعلى سبيل المثال فإن الأحناف نظروا في العقد الفاسد الذي لم يتم فيه تقابض فقالوا بوجوب فسخه، وحكموا بعدم ترتيب آثار العقد الصحيح عليه، فهو لا ينقل الملك ولا ينتج حقوقاً، فليس للبائع مثلاً أن يطالب المشتري بالثمن وليس للمشتري أن يجبر البائع على تنفيذ عقده بتسليم الشيء المبيع، لأن العقد الفاسد عقد منهي عنه والمنهى عنه لا يجب الوفاء به.

وليس للمتعاقدين إجازة العقد الفاسد ولا أن ينزلا عن حقهما في فسخه لأن وجوب فسخه حق لله تعالى ولا يتوقف الفسخ عن رضا الطرف الآخر بل لكل منهما أن يستقل بالفسخ دون رضا الآخر وهو لا يحتاج إلى حكم القاضي به.

زوال الفساد :

ولما كان الفساد لا يرجع إلى ركن العقد أصله بل إلى وصف خارج عنه إقترن به ، كان للعقد الفاسد وجود في نظر الشارع وعلى ذلك إذا زال السبب الذي أدى إلى فساده أنتج العقد كافة آثاره مثل جهالة الأجل فالفساد يزول بتحديداتها وإن كان بسبب الريا يزول الفساد بإسقاط الحق من الدراهم

الزائدة^١. أما الجمهور فإنهم لا يفرقون بين البطلان والفساد فالعقد عندهم صحيح وغير صحيح، وإن اختلف الجمهور في حكم العقد الذي يرجع الخلل فيه إلى وصف غير لازم للعقد أي في أمر مجاور له ، كما في النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة، أو بيع النجش فأكثرهم قالوا بصحة العقد في هذه الحالة مع الكراهة وقلة قالوا بالبطلان^٢.

العقد الباطل :

البطلان لغة: البطلان في اصطلاح الفقهاء يذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أنه كل ما ليس بصحيح فهو باطل وهذا يشمل الفساد والباطل عند الأحناف^٣.

وقد عرفه الزرقا بقوله تجرد العرف الشرعي بإعتباره وآثاره في نظر الشارع^٤.

ومن هنا فان البطلان هو فساد الأمر أو العمل الذي نظمته الشارع ، وعدم حصول آثاره المقررة له شرعاً بين الناس وهو لا وجود له إلا من حيث الصورة وليس له وجود شرعي فهو عدم ،

١ المصدر نفسه - ص٤٣٣.

٢ أنظر المقدمات المهمات - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) - تحقيق: الدكتور محمد حجي - دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان - ط ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ج ٢ - ص ٢١٣

٣ النظريات الفقهية- د.محمد الزحيلي - ص٨٣ - مصدر سابق.

٤ المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا - ج ٢ - ص ٦٥١.

مثل بيع الميتة والخمر والخنزير وبيع الدم والسّمك في الماء والطير في الهواء^١.

وجاء في القانون البطلان هو الجزء المترتب على العقد الذي لم يشتمل أركانه أو لم يستوف شروطه، وإذا أخل المتعاقدين بذلك كان العقد باطلاً، فهو منعدم الوجود وتزول كل آثاره بالنسبة للمتعاقدين وكذلك الغير^٢.

ويذكر فقهاء القانون أنه إذا كان البطلان وصفًا لكل تصرف قانوني لا يستكمل شروطه فإن مناط بطلان التصرف هو وجود عيب في التصرف ينتج عنه مخالفة قاعدة قانونية تنظم إبرامه، سواء فيما يتعلق بالعنصر الذاتي للتصرف وهو الإرادة الحرة الواعية التي يجب أن تكون سليمة وخالية من العيوب، أو فيما يتعلق بالعنصر الخارجي وهو عنصر الشرعية، أي موافقة القانون على موضوع الإرادة وغايتها ويسمى بالعنصر الموضوعي، فإذا خالف التصرف القانوني قاعدة من القواعد القانونية فإن القانون يعتبره غير صالح لأنه لا ينتج الأثر المقصود به.

وبناءً على ما تقدم فإن التصرف الذي يقوم على إرادة غير موجودة يضحى غير موجود فهو باطل، كما يكون كذلك إذا

١ انظر: رد المحتار على الدر المختار - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي - دار الفكر - بيروت - ط٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م - ج٥ - ص٨٩.

٢ انظر: الالتزامات - النظرية العامة للعقد - على فيلالى - ص٣٢٧، وانظر: بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العمال - د. صلاح محمد أحمد دياب - مصر - دار الكتب القانونية - ٢٠١٠م - ص١٣.

تعلقت الإرادة بمحل غير موجود أو غير قابل للوجود أو غير مشروع أو استندت إلى سبب غير موجود أو غير مشروع. ويكون التصرف قابلاً للإبطال إذا كانت الإرادة معيبة بأحد العيوب سالفة الذكر فهو على هذا موجود لوجود الإرادة لكن معيب لتعيب الإرادة ويجوز للمتعاقد الذي تعيب ارادته طلب إبطال التصرف^١.

١ بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العمال - صلاح دياب - ص٢٢ - مصدر سابق.

المبحث الثالث مبدأ انتقاص العقد

أولاً: الانتقاص في اللغة:

جاء في مختار الصحاح باب: (نقص): نقص الشيء من باب نصر و (نقصاناً) أيضاً و (نقصه) غيره يتعدى ويلزم، تقول: نقصه حقه قال الله تعالى: {ثم لم ينقصوكم شيئاً}، و (انتقص) الشيء: أي نقص و (انتقصه) غيره أيضاً. و (استنقص) المشتري الثمن أي استحطه. و (المنقصة) بفتح الميم والقاف النقص. و (النقيصة) العيب. و (الانتقص) فلاناً أي يقع فيه ويثلبه، والمعنى اللغوي يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء فيما تعلق بالعقد

ثانياً: الانتقاص في الفقه:

يتناول الفقهاء موضوع إنتقاص العقد تحت مسمى تجزء

البطلان، و تجزء الصفة ويتصور ذلك في حالتين:

١. حالة وجود عقدين في صيغة واحدة، وهذا منهي عنه شرعاً

لما ورد عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيعتين في بيعة.

١ سورة التوبة: ٤

٢ مختار الصحاح - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - يوسف

الشيخ محمد - المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا - ط ٥، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ج ١ -

ص ٣١٧.

٢. حالة وجود عقد واحد في صيغة واحدة ولكن حصلت مخالفة في ناحية منه ، أو وقع خلل في جزء من العقد، فهل يصح العقد في بقية العقد ويكون العقد الواحد بعضه باطلاً وبعضه صحيح، فينحصر الإلغاء في جزء ويبقى الاعتبار الشرعي والوجود الرسمي في جزء آخر؟ هذه المعاملة يطلق عليها الفقهاء إسم تفريق الصفقة ، ويسمونها شرح القانون إنتقاص العقد^١ .

ثالثاً: بيان بأقوال الفقهاء في انتقاص العقد:

❖ رأي الأحناف:

جاء في المبسوط قوله: ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما، وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده، وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) أما الأول فهو قول أبي حنيفة، وقالوا يصح إن سمى لكل واحد ثمناً، وأفسد البيع زفر في الكل ، فالأصل عنده أنه إذا جمع بين حل، وحرام فإنه يفسد في الكل فصل أو لا، وقاس الثاني على الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل، ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهاالة ولأبي حنيفة، وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت

العقد أصلاً لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة أما البيع في هؤلاء فموقوف، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية، ولذا ينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي. وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالک باستحقاقه المبيع، وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبيدين، وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع، ولا بيعاً بالحصّة ابتداءً، ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه، ومتروك التسمية عمداً كالميتة، وأم الولد، والمكاتب كالمدبر، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان، وما ذكره المؤلف هو الصحيح لأن الوقف مال، ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به، وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر لكن أراد بالوقف ما ليس بمسجد فإن المسجد لو ضم إلى الملك فإنه يبطل فيهما لأن المسجد كالحركذا ذكره الشارح، وقيده في التجنيس بالعامر لأن المسجد الخراب لو ضم إلى الملك لم يبطل في الملك لجواز بيع المسجد إذا خرب في أحد القولين، فصار مجتهداً فيه كالمدبر، ولا يشكل ما في المحيط من أنه لو باع قرية، ولم يستثن ما فيها من المساجد

والمقابر فالأصح الصحة في الملك لأن ما فيها من المساجد
والمقابر مستثنى عادة.

يتضح من ذلك ان الأحناف يذهبون إلى الآتي:

١. إذا كان العقد في جزء منه صحيحاً وباطلاً في جزء لا يعتد
إلا بالجزء

٢. الصحيح لعدم إمكان الانعقاد في الجزء الباطل إذ تعتبر
الصفقة مركبة من

٣. صفتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة.

٤. يسقط العقد وإن كان صحيحاً في جزء منه باطلاً في الجزء
الآخر فلا ينتقص فيبقى الصحيح منه ويسقط الباطل،
وإن كان بقاء الشق الصحيح بيعاً بالحصة من الثمن ابتداءً
إذ هذا لا يجوز.

٥. قد ينتقص عقد البيع إذا كان صحيحاً نافذاً في شق منه
موقوفاً في شقه الآخر، فإذا لم يجز الشق الموقوف بقى الشق
النافذ بحصة من الثمن وهذا جائز بجواز البيع بالحصة من
الثمن، ولم يخالف في ذلك إلا الإمام زفر قهوي يري: عدم

جواز انتقاص العقد في أية حالة كانت لوقوع العقد على

المجموع والمجموع لا يتجزأ^١.

❖ رأي الشافعية:

جاء في المجموع شرح المذهب: تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه والفتاوى فيه، فإذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان:

(أحدهما): أن تجمعهما في عقدين مختلفي الحكم. (والثاني):

أن تجمعهما في عقد واحد وهذا الضرب له حالان:

(أحدهما): يقع التفريق في الابتداء، (والثاني): في الانتهاء

فالحال الأول ينظر فيه إن جمع فيه شيئين يمتنع الجمع بينهما

من حيث هو جمع كجمع أختين أو خمس نسوة في عقد نكاح

فالعقد باطل في الجميع بلا خلاف.

❖ وإن جمع بين ما لا يمتنع جمعها فإن كان كل واحد منهما

قابلاً للعقد بأن جمع عينين له كعبد وثوب أو من جنس لكنهما

مختلفا القيمة كعبدين، وزع الثمن عليهما باعتبار القيمة

وإن كانا من جنس متفقي القيمة كقفيزي حنطة واحدة وزع

الثمن عليهما باعتبار الأجزاء.

١ المبسوط - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي - دار المعرفة - بيروت - ج ١٣ - ص ٦٧

، وانظر الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت الطبعة الخامسة ص (٨٩)

❖ وإن كان أحدهما قابلاً للبيع دون الآخر فهذه مسألة الكتاب فالذي ليس قابلاً للبيع قسماً:

(أحدهما): أن يكون متقوماً كمن باع عبده وعبده غيره صفقة واحدة فلا يصح البيع في عبده غيره وفي صحته في عبده قولان مشهوران:

(أحدهما): لا يصح (وأصحهما) يصح (فإن قلنا) لا يصح ففي علته وجهان وقيل قولان (أصحهما) الجمع بين حلال وحرام فصار كمن باع درهما بدرهمين أو جمع في عقد النكاح بين أختين أو خمس نسوة (والثانية) جهالة العوض القابل للحلال فيصير كما لو قال بعثك هذا العبد بما يخصه من الألف، إذا وزع عليه وعلى عبد فلان فإنه لا يصح قطعاً قال إمام الحرمين لا يصح بالإجماع (وإن قلنا) يصح فوجهه أنه يصح العقد عليه لو أفردته فلا يتغير حكمه بضم غير ماله، كما لو باع شقصاً وسيفاً فإنه تثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف كما لو أفردته ولأنه ليس له إلحاق ما يقبل البيع بالآخر بأولى من عكسه (والجواب) عن العلة الأولى بأنها منكراً بمن باع شقصاً وسيفاً ولأنه ليس أحد الدرهمين وإحدى الأختين أو الخمس بأولى من مشاركته فبطل في الجميع بخلاف مسألتنا (والجواب) عن الثانية أن المسمى وقع في العقد معلوماً وسقط بعضه لمعنى في

العقد فلم يفسد العقد كما إذا رجع بأرش العيب (القسم الثاني) أن لا يكون متقوماً وهو نوعان:

(أحدهما): يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع حراً وعبداً فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقاً وفي هذا النوع طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم أنه على القولين (أصحهما) الصحة (والطريق الثاني) القطع بالفساد لأن الحر ونحوه غير قابل للبيع بحال.

❖ ولو باع عبده ومكاتبه أو أم ولده وقلنا لا يصح بيعهما فهو كما لو باع عبده وعبده غيره فيكون على قولين لأن المكاتب وأم الولد متقومان بدليل وجوب قيمتهما على متلفهما (النوع الثاني) أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع خلاً وخمراً أو مذكاة وميتة أو شاة وخنزيراً ففي صحة البيع في الخل والمذكاة والشاة طريقان (أصحهما) طرد الطريقين السابقين فيما إذا جمع حراً وعبداً.

(والثاني): القطع بالفساد لأنه لا بد في التقويم من التقدير بغيره فلا يكون المقوم هو المذكور في العقد والمذهب الصحة.

❖ ولو باع شيئاً يتوزع الثمن على أجزائه بعضه له وبعضه لغيره كعبد أو صاع حنطة له نصفهما أو صاع حنطة له أحدهما صفقة واحدة ففيه خلاف مرتب على ما إذا باع عبيدين له

أحدهما (فإن قلنا) يصح هناك في ملكه فهنا أولى وإلا فقولان إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام لم يصح وإن عللنا بالجهالة صح لأن حصة المملوك معلومة لا تتوقف على التقويم الذي لا يفيد إلا ظناً.

المذهب في صحة البيع فيما نقلناه من جميع هذه الصور السابقة هكذا صححه الجمهور سواء كان ذلك مما يتوزع الثمن على أجزائه كعبد له نصفه وكذا صاع حنطة وثوب وصاعي حنطة من صبرة مستوية له أحدهما أو كان مما يتوزع عليه بالقيمة كعبده وعبد غيره أو وحر أو كخل وخمر وميتة ومدكاة وخنزير وشاة وغير ذلك (فالصحيح) صحة البيع في جميع هذه الصور عند الجمهور .

❖ ثم أورد مسألة: لا فرق في جريان الخلاف في المسائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين^١.

❖ خلاصة الأمر عند الشافعية تتضح في الآتي:

١ . رأي يذهب إلى بطلان العقد في جزئيه لجمعه بين الحلال والحرام فيغلب الحرام وعلى هذا يرد المشتري في عقد البيع المبيع ويسترد الثمن.

١ المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)) - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي - دار الفكر والموسوعة الفقهية - ج ١٣ - ص ٩٠ - مصدر سابق.

٢. رأي يذهب إلى جواز انتقاص العقد دائماً فيسقط الباطل ويبقى الآخر صحيحاً وللمشتري الخيار في امضاء العقد أو فسخه في شقه الصحيح لتفرق الصفقة عليه، فإذا أمضاه دفع الثمن كاملاً على قول أو قسط الشق الصحيح من الثمن على قول آخر إذا كان جاهلاً لتفرق الصفقة عليه أما إذا كان عالماً بها فلا خيار له كما للبائع الخيار أيضاً لتفرق الصفقة عليه في

٣. قول وفي إسقاطه منه قول آخر.

٤. ويذهب البعض إلى عدم جواز انتقاص العقد عند جهالة الثمن وجوازه إذا كان الثمن فيما ينقسم على المحل بالأجزاء، لعدم جهالة العوض مما فيه عوض، كما يجوز ذلك أيضاً فيما لا عوض فيه كالرهن أو في ما لا يبطله العوض بالجهل كالنكاح.

❖ رأي المالكية:

جاء في القوانين الفقهية: 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 بينهما فيهما ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته .

وإذا وقع البيع الفاسد فسخ ورد البائع الثمن ورد المشتري السلعة إن كانت قائمة باتفاق فإن فاتت فقال الشافعي ترد أيضا خلافا لأبي حنيفة وفي المذهب تفصيل وذلك أن البيوع الفاسدة على ثلاثة أقسام (الأول) ما يمنع لتعلقه بمحذور خارج عن باب البيوع كالبيع والشراء في موضع مغصوب فهذا لا يفسخ فات أو لم يفت (الثاني) ما نهي عنه ولم يخل فيه بشرط مشترك في صحة البيوع كالبيع في وقت الجمعة وبيع حاضر لباد والتلقي فاختلف هل يفسخ أم لا وقيل يفسخ إن كانت السلعة قائمة (الثالث) ما أدخل فيه شرط من شروط الصحة فيفسخ وترد السلعة إن كانت قائمة فإن فاتت رد مثلها فيما له مثل وهو المكيل والمعدود والموزون ورد قيمتها فيما لا مثل له والضوات يكون بخمسة أشياء (الأول) تغير الذات وتلفها كالموت والعتق وهدم الدار وغرس الأرض وقلع غرسها وفناء الشيء جملة كأكل الطعام (الثاني) حوالة الأسواق (الثالث) البيع (الرابع) حدوث عيب (الخامس) تعلق حق الغير كرهن السلعة^١.

١ القوائين الفقهية - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الفرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ) - ج١ - ص١٧٢.

كمن باع نصف عبد اشتراه ثم وجد به عيباً وقصد رده؛ فلبائعاه قبول نصفه الآخر ودفع قيمة نصف العيب القديم، ورد بعض المبيع بحصته ورجع بقيمة المردود يوم البيع لا يوم الحكم على الأصح، إن كان الثمن سلعة لا في جزئها خلافاً لأشهب ورجح، لاسيما إن تعيب النصف، فإن منابه نصف السلعة، وليس حق البائع بأولى من حق المبتاع، وعليه فصي انقلاب الخيار للبائع قولان.

وإن كان المعيب وجه الصفقة، أو أحد مزدوجين، أو أمماً وولدها رد الجميع، ومن ثم وجبت قيمة المزدوجين على من أتلّف أحدهما، وهل كذا إن أتلّف سفراً من ديوان سفرين، أو يرد السالم وقيمة الذهاب؟ قولان. فإن استحق وجه الصفقة منع التمسك بالباقي على المشهور. ولو باع ثوباً بدرهمين وسلعة قيمتها عشرة فاستحقت وفات الثوب؛ فله قيمته ويرد الدرهمين. وقيل: له قيمة خمسة أسداسه ويمضي البيع فيما قابل الدرهمين لعدم استحقاقهما.

والخلاصة في ذلك:

أن البيع عند الملكية إذا كان في شق منه صحيح، وفي شق باطلاً ففي رأي تكون الصفقة كلها باطلة، وفي رأي آخر ينتقص البيع فيزول الشق الباطل ويبقى الصحيح بقسطه من الثمن. أما إذا كان البيع في شق منه نافذاً وفي شق موقوفاً صح البيع

في الشقين، فإذا اجيز الشق الموقوف نفذ البيع في الشقين جميعاً
وإذا لم يجز الشق الموقوف انتقص العقد فنفذ في شق وسقط في
الشق الآخر^١.

رأي الحنابلة:

جاء في القواعد لابن رجب: المسألة الحادية والعشرون الصفقة
الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا؟ فإذا بطل
بعضها بطل كلها؟ في المسألة روايتان أشهرهما أنها تتفرق
وللمسألة صور:

أحدها: أنه يجمع العقدين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز
بالكلية إما مطلقاً أو جزئياً في تلك الحال فيبطل العقد فيما
لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي؟ على
الروايتين. ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها
كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بجهالة عوضه
كالمبيع وما لا يبطل كالنكاح فإن النكاح فيه روايتان
منصوصتان عن أحمد غير أن صاحب المغني اختار أن البيع إذا
كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبدتين أحدهما مغصوب
أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم
الثمن عليه بالأجزاء كقفيز من صبرة واحدة وهذا مأخذ
البطلان وراء تفريق الصفقة كما لو قالوا فيما إذا باع معلوماً

ومجهولا: إنه لا يصح رواية واحدة؛ لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقهما وفي التلخيص أن للبطلان في الكل مأخذين: أحدهما: كون الصفة لا تقبل التجزئة والانقسام. والثاني: جهالة العوض قال: فعلى الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه كالنكاح، قال على الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني، ثم إنه حكى في تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين وصح بعددها فعلى هذا يصح في قوله: يقبل كل واحد بكذا على المأخذين ثم أنه اختار أن المتبايعين إن علما أن بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة؛ لأنهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين؛ لأن الجهل بمثل ذلك له تأثير في الصحة كما لو شرى المبيع الذي لا يسقط أرشه بعد العتق، وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا يمنع الصحة وكذا في بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمدا فإن البيع يصح في ذلك كله ويسقط بعض الثمن وهاهنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم.. ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهي إن كان مما لا يجوز عليه العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية، كالطريق بطل

البيع ؛ لأنه غير قابل للتحويل بالكلية وقياسه الخمر وإن كان قابلاً للصحة ففيه الخلاف.^١

والخلاصة في ذلك :

فإن ما ذهب إليه الحنابلة يتطابق مع ما ذهب إليه الشافعية ويتضح ذلك فيما يلي:

- ١ . بطلان العقد في شقيه إذا كان العقد عقد معاوضة لسببين: عدم قابليته للتجزء والانقسام وجهالة العوض وهذا لا يضطرد فيما لا عوض فيه أو فيما لا يفسد بفساد عوضه كالتكاح.
- ٢ . ينتقص العقد في حالة تعدد الصفة وتفصيل الثمن أو إذا كان الثمن قابلاً للانقسام على المحل بالأجزاء.
- ٣ . ينتقص العقد ويمسك المشتري الشق الصحيح دون الباطل بكل الثمن إذا كان عالماً بالحال بأن بعض العقود عليه مما لا يصح العقد عليه فيكون ما بذله في مقابلة ما يصح العقد عليه، أما إذا لم يكن عالماً بتبعض الصفة عليه فله الخيار والأرش في ما ينقص بالتفريق.^٢

١ القواعد لابن رجب - زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ) - دارالكتب العلمية - ج ١ - ص ٤٢١.

٢ أنظر الموسوعة الفقهية - ص ٢١ - مصدر سابق.

قول أهل الظاهر:

جاء في المحلى: مسألة صفقة جمعت حلالاً وحراماً: وكل صفقة جمعت حراماً وحلالاً فهي باطل كلها، لا يصح منها شيء مثل: أن يكون بعض المبيع مغصوباً، أو لا يحل ملكه، أو عقداً فاسداً وسواء كان أقل الصفقة، أو أكثرها، أو أدناها، أو أعلاها، أو أوسطها وقال مالك: إن كان ذلك وجه الصفقة بطلت كلها، وإن كان شيئاً يسيراً بطل الحرام، وصح الحلال.

وهذا قول فاسد لا دليل على صحته، لا من قرآن، ولا من سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قياس. ومن العجائب احتجاجهم لذلك بأن قالوا: إن وجه الصفقة هو المراد والمقصود؟ فقلنا لهم: فكان ماذا؟ ومن أين وجب بذلك ما ذكرتم؟ وما هو إلا قولكم احتجاجتم له بقولكم، فسقط هذا القول.

وقال آخرون: يصح الحلال قل أو كثر ويبطل الحرام قل أو كثر.

قال أبو محمد: فوجدنا هذا القول يبطله قول الله عز وجل: { لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإَبْطَالٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا }^١. فهذان لم يتراضيا ببعض الصفقة دون بعض، وإنما تراضيا بجميعها، فمن

ألزمهما بعضها دون بعض فقد ألزمهما ما لم يتراضيا به حين العقد، فخالف أمر الله تعالى، وحكم بأكل المال بالباطل وهو حرام بالقرآن، فإن تراضيا الآن بذلك لم نمنعهما، ولكن بعقد مجرد برضاها معا؛ لأن العقد الأول لم يقع هكذا.

وأيضاً: فإن الصحيح من تلك الصفقة لم يتعاقدا على صحته إلا بصحة الباطل الذي لا صحة له، وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح أبداً فلا صحة له أبداً وهو قول أصحابنا^١.

الخلاصة في ذلك:

الرأي الراجح في المذهب هو ابطال العقد برمته لا انتقاصه حيث جاء وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح أبداً فلا صحة له أبداً... فهما لم يتراضيا ببعض الصفقة دون البعض وفي عبارة "فإن تراضيا الآن بذلك... ولكن بعقد مجرد برضاها لأن العقد الأول لم يقع، فكأنه يأخذ بفكرة تحول العقد وذلك بتحول العقد الباطل بشقيه الصحيح والباطل إلى عقد صحيح أكثر من فكرة انتقاص العقد، وذلك باسقاط الشق الباطل من العقد الأصل وأما إذا قصد إجازة الصحيح واسقاط الباطل يكون ذلك انتقاصاً ويتضح من ذلك الأخذ بأمرين:

١ المحلى بالآثار - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)

أولاً: اعتبار رضی الطرفين وقبولهما بالشق الصحيح المجرد دون الآخر.

ثانياً: تناول العقد بجزأیه الحلال والحرام ويترتب على ذلك الأثر بناءً على الجمع أو الاسقاط.

ونخلص من ثم إلى أن نظرة فقهاء الشرع لهذه النظرية قائمة على أساس موضوعي هو المعيار في انتقاص العقد في شقه الباطل أو الموقوف رغم اختلاف نظرة الفقهاء للمقسمين الآخرين وهذا يختلف عن رؤية القانونيين والتي تهتم بالنية لدى المتعاقدين، ما يدل على دقة الرؤية الفقهية وإحاطتها وتحويلها على الجانب الموضوعي .

المبحث الرابع انتقاص العقد بين الفقه والقانون

إستصحاباً لما أوردناه من أراء الفقهاء في حكم العقد المنتقص ،
فإننا نورد بعض النصوص القانونية مع مقارنتها بالفقه .

جاء في القانون المدني السوداني :

المادة (٩٤) : إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو موقوفاً فهذا
الشق وحده هو الذي يبطل أو يقف إلا إذا تبين أن العقد ما كان
ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو موقوفاً فيبطل العقد كله
وهذا يعني اعتبار إنتقاص العقد فيتم النظر للعقد فإن كانت
الصفقة يمكن تجزئتها صح الجزء الصحيح وإذا كانت لا يمكن
أن تتجزأ صارت الصفقة كلها باطلة .

جاء في القانون الجزائري :

نصت المادة (١٠٤) إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً
للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد
ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال،
فيبطل العقد كله والمقصود بنظرية انقاص العقد هو انقاص
شقه الباطل وابقاء العقد صحيحاً بشقه الآخر وتسمى هذه
العملية كذلك بالبطلان الجزئي حيث يبطل جزء من العقد
دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحاً ومرتباً لكل آثاره.

جاء في القانون المدني المصري:

حيث يرد في نص المادة (١٤٣): إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق هو وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله، وفي كل هذا.. يقوم التعويل على بيئة طرفي الصفقة .

شروط إنقاص العقد:

ولتحقق انقاص العقد لا بد من شروط ثلاثة وهي:

١ . أن يكون العقد باطلاً في شق منه فقط.

٢ . أن يكون العقد قابلاً للإنقسام.

٣ . أن يكون الشق الباطل غير مؤثر .

والمقصود بقابلية العقد للإنقسام وذلك إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية، وقد يكون العقد كذلك غير قابل للإنقسام، بمقتضى القانون كما تنص بعض القوانين على أن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد، أما عدم تأثير الشق الباطل فيقصد به أن لا يكون هذا الشق هو الدافع للتعاقد، ولا يجوز إنقاص العقد إذا كان الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرامه، ولا ينقص الجزء الباطل من العقد

دون الجزء الآخر إلا إذا كان ذلك لا يؤثر على رضی المتعاقدين في إبرام العقد^١.

ويتضح ذلك في عقود العمل على سبيل المثال، وعلى ذلك إذا كان التصرف قابلاً للانقسام فلا محل لإبطال التصرف كله ويتم فقط أعمال البطلان بالنسبة للشق المعيب ويبقى ما عداه صحيحاً منتجاً لآثاره أخذاً بالقاعدة الشرعية أن أعمال الكلام خير من إهماله وبالتالي فإن الانقاص كجزء يؤدي لتنقية العقد من الأجزاء الباطلة والإبقاء على الأجزاء الصحيحة طالما كان التصرف قابلاً للانقسام، وعلى ذلك يرى الفقه القانوني أن الشرط المخالف لأحكام قانون العمل يبطل ويبقى العقد صحيحاً ويحل حكم القانون محل الشرط الباطل^٢.

أما آثار الانقاص في القانون، فبعد إنقاص العقد يكون الشق الباطل منعدم وكأنه لم يكن ولا يترتب أي أثر واستصحاباً لما ذكرناه حول إنتقاص العقد في الفقه والقانون نجد تقارباً بين ما ذهب إليه الفقه والقانون من حيث الغاية المقصودة لدى كل في حكم انتقاص العقد غير أننا نجد اختلافاً يتمثل في فلسفة ومنطلقات كل فريق ويتضح ذلك من الآتي:

١ أنظر: الالتزامات النظرية العامة للعقد - علي فيلاي - ص ٣٦٨ وما بعدها - مصدر سابق.

٢ أنظر: بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العامل - د. صلاح محمد أحمد دياب - دار الكتب القانونية -

القانون الوضعي جعل قضية الانتقاص تقوم على معيار ذاتي يهتم بالبحث في نية المتعاقدين ليتعرف عن ارادتهما في انعقاد العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً وهذا يحتاج إلى بحث عن الارادة الباطنة، أما الفقه الإسلامي فيؤسس ذلك على قيد موضوعي فيرى العقد إذا كان في شق منه صحيحاً وفي الآخر باطلاً كبيع حلال وحرام في صفقة واحدة يبطل العقد كله عند فقهاء الحنفية لأن بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعاً بالحصّة ابتداءً وهذا لا يجوز أو يبطل عند فقهاء المذاهب الأخرى لجهالة العوض لعدم انقسامه على المحل بالأجزاء وهذا معيار موضوعي وإذا كان العوض قابلاً للإنقسام على المحل بالأجزاء أو كان المتعاقدان قد بينا ابتداءً لكل شق حصته من الثمن فعند ذلك تعتبر الصفقة صفتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة فينتقص العقد ويبقى الشق الصحيح قائماً لأنه ليس بيعاً بالحصّة ابتداءً.

وفي حالة إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق فاسداً لوجود جهالة في الأجل أو شرط فاسد فينتقص العقد بنزول صاحب المصلحة من العاقدين عن الجزء المفسد وهذا أيضاً معيار موضوعي.

وفي حالة ما إذا كان العقد نافذاً في شق منه موقوفاً في شقه الآخر فهذا أيضاً عند الحنفية ومن يرى رأيهم ينتقص فيسقط

الشق الموقوف عند عدم اجازته ويبقى الشق الصحيح النافذ بحصته من الثمن وبناءً على ذلك يظهر تميز النظرية في الفقه الإسلامي وينبغي الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لم يهمل ارادة المتعاقدين في حالة انتقاص العقد فالفقه الإسلامي أعطى للمتعاقد الخيار في امضاء العقد أو فسخه إذا كان جاهلاً بالجزء الباطل أو الفاسد أو الموقوف أما إذا لم يكن جاهلاً بذلك فينتقص العقد، وقد ذهب الظاهرية إلى جعل ما تراضى عليه الطرفان عقداً مجرداً وصحيحاً وهذا كله يشير إلى تميز وشمول الفقه الإسلامي.

الخاتمة والتوصيات

وفي خاتمة هذا البحث والذي تناول مبدأ إنتقاص العقد في الفقه والقانون ، تم التفريق بين العقد والعقد الفاسد والباطل وآثار ذلك مع إيراد أقوال الفقهاء والقانونيين في تعريف ماهية تفرق الصفة أو إنتقاص العقد .

وقد اتضح أن الفقهاء والقانونيين قد تناولوا هذه القضية بالتفصيل وقد وجدنا أن فقهاء الشرع الإسلامي فصلوا القضية تفصيلاً دقيقاً وذلك بحكم التناول الموضوعي وليس الشكلي للقضية مع إعلاء مبدأ الحكم بالظاهر وليس الخوض في معرفة النوايا والتعويل على ذلك، مع إعتبار النوايا في الحكم الكلي . وعلى ذلك يمكن أن نشير إلى ميزة النظرة الموضوعية عند الفقهاء والتي أثرت البحث وأحاطت بتفاصيله ، وهذا يدل على أهمية الدراسات التي تتعلق بالعقد وضرورة إحاطتها بالتفاصيل مع إبراز الأمثلة المعاصرة الموصولة بالمعاملات المالية في هذا العصر .

وأما النتائج التي يمكن أن نخلص إليها :

- ١ . غزارة الدراسات الفقهية والقانونية التي تناولت موضوع العقد .
- ٢ . الدراسات الموصولة بفقه العقد تحتاج للبحوث وإعادة النظر لاستيعاب النوازل والمعاملات المستحدثة .

٣. امتاز الفقه الإسلامي بشموله ودقته في تناول قضايا العقد وفقهه .
٤. ظهور الأثر الشرعي في أحكام العقد حيث أن أحكامه مستمدة من النص المقدس مما يعطي العقود خصوصية في الفقه الإسلامي .
٥. أهمية الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون لتوسيع المدارك والاستفادة من إنتاج العقل الانساني .
ونخلص من ثم للتوصيات الآتية :
 ١. الاهتمام بدراسات العقد ووصل هذه الدراسات بفقه النوازل والمستجدات .
 ٢. تطوير الدراسات المقارنة للاستفادة من الثمرات التي أخرجتها عقول الفقهاء والعلماء في العلوم الفقهية والقانونية .
 ٣. إنتقاص العقد أو تفرق الصفة من الجوانب الدقيقة في دراسة العقد مما ينبغي الإحاطة بها ومعرفة دقائقها .
 ٤. العمل على إعادة قراءة وتحقيق وتهذيب الكتب التراثية خاصة في باب المعاملات مع مراجعة الأمثلة التي تتحدث عن (الرقيق والإماء) ومراعاة المتغيرات الواقعية.

المراجع:

١. المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي - دار الفكر.
٢. الملكية ونظرية العقد، الشيخ محمد ابو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٦ م.
٣. المبسوط - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي - دار المعرفة - بيروت .
٤. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د. عبد الكريم زيدان - بغداد .
٥. الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت الطبعة الخامسة .
٦. النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي والقانون د. بهاء الدين العلابي دار الشروق ط ٢٠١١ .
٧. الالتزامات - النظرية العامة للعقد على فيلالى - موفم للنشر - الجزائر - ٢٠١٣ م .
٨. المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - د. حسن حامد حسان - شركة الطوبجي للطباعة والنشر - ط ١٩٨١ .
٩. النظريات الفقهية - يوسف عبد الفتاح المرصفي - مؤسسة المختار للنشر والتوزيع - ط ١ - ٢٠٠١ م .
١٠. القوانين الفقهية - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي.

١١. القواعد لابن رجب - زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي - دار الكتب العلمية .
١٢. مخلى بالآثار - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) - دار الفكر - بيروت .
١٣. المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا - ج ٢ - ص ٦٥١ .
١٤. النظريات الفقهية - د. محمد الزحيلي دمشق دار القلم طبعة (٤) م ٢٠١٢ .
١٥. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - د. عبد الكريم زيدان .
١٦. بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العامل - د. صلاح محمد أحمد دياب - دار الكتب القانونية - ط ٢٠١٠ م
١٧. مختار الصحاح - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - يوسف الشيخ محمد - المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا - ط ٥، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩ م .
١٨. المقدمات الممهديات - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - تحقيق: الدكتور محمد حجي - دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان - ط ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
١٩. مختصر صحيح البخاري أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني - الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض - ط ١، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م

٢٠. رد المختار على الدر المختار - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي - دار الفكر-بيروت - ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
٢١. تفسير القرطبي - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي - تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش - دار الكتب المصرية - القاهرة - ط ٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
٢٢. تهذيب اللغة - محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور - المحقق: محمد عوض مرعب - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط ١، ٢٠٠١م.

