

## قواعد تصحيح العقد الفاسد بين الشرع والقانون.

Rules for correcting the corrupt contract  
between Sharia and law.

ويسي عبد الحميد\*.

<sup>1</sup> - كلية العلوم الإسلامية والحضارة الإسلامية (الجزائر)، [hamid321980@gmail.com](mailto:hamid321980@gmail.com)

تاريخ الاستلام: 2022/08/24 تاريخ القبول: 2022/12/14 تاريخ النشر: 2022/12/31

**ملخص:** يحرص فقهاء الشرع والقانون على تقنين النصوص التي تضمن إنشاء العقود مستوفية أركانها، وشروطها المطلوبة، لأجل أن تتعقد صحيحة وبالتالي تترتب آثارها الشرعية والقانونية. وفي حالة ما لو وقع العقد مختلا من الجهة المذكورة؛ فإن قصد استقرار المعاملات الاجتماعية المختلفة وأمام كثرة العقود والتصرفات، كل ذلك يجتم إجراء تصحيحات وفق قواعد لفظية وأخرى معنوية. وكل هذا لأجل تغيير العقد ومن ثم تحويله إلى عقد صحيح، بدل إبطاله وتعطيل المعاملات الاجتماعية والمالية. إن الفقه المذهبي والقانون يتضمنان هذه الآلية وفق قواعد أصولية وقانونية محددة. وليس على الفقيه أو المشرع سوى اعتماد هذه القواعد والمبادئ لأجل استنقاذ أكبر عدد ممكن من العقود والتصرفات التي يفترض أنها باطلة أو فاسدة، لما طرأ عليه من الخلل في التكوين أو النفاذ.

**كلمات مفتاحية:** العقد، الفساد، التصحيح، الشرع، القانون.

**Abstract:** Sharia and legal jurists are keen to codify the texts that guarantee the establishment of contracts that fulfill their essentials and required conditions, in order for them to be valid and consequently have their legal and legal effects. And in the event that the contract was signed by the aforementioned authority, In order to stabilize the various social transactions and in the face of the large number of contracts and actions, all of this necessitates making corrections according to verbal and moral rules. All this is in order to change the contract and then turn it into a valid contract, instead of invalidating it and disrupting social and financial transactions.

jurisprudence and law include this mechanism according to specific fundamental and legal rules. The jurist or the legislator has no choice but to adopt these rules and principles in order to salvage the largest possible number of contracts and actions that are supposed to be invalid or corrupt, due to the defect in formation or enforcement.

**Keywords:** keywords; keywords; keywords; keywords; keywords.

## المقدمة.

تشغل العقود والتصرفات جانباً مهماً من حيز المدونة الشرعية والقانونية، لما تتضمنه من تحقيق مصالح، واكتساب حقوق عن طريق إبرام تلك العقود، والتزام آثارها المترتبة عليها. ولأجل هذا اهتم رجال الفقه والقانون ببيان ما يتضمنه تكوين العقد الصحيح من أركان وشروط. وكلّ هذا تيسيراً لوقوع العقد صحيحاً، وترتيب جميع آثاره. مما يسهل تعامل الناس، واكتساب الحقوق ونقلها... ولما كان كثيراً ما يحدث أن يدخل الخلل في تكوين العقد فيخرجه من هامش الصحة إلى الفساد، ومن حيز كما الأركان والشروط إلى نقصانها. كان من الضروري بحث شكل تدخل الشرع والفقه لبيان الموقف المطلوب.

- **الإشكالية:** ما هو موقف رجال الشرع والقانون من فساد بعض العقود جراء غياب بعض أركانها أو عدم استيفاء شروطها؟ وما هي قواعد التدخل لتصحيح العقد الفاسد بتحويله إلى عقد آخر صحيح؟ وهل فيه توافق أو تخالف في ذلك بين الشريعة والقانون؟

- **المنهج المتبع:** والمنهج المتبع من الضروري أن يكون وصفيًا تحليليًا، وصفيًا من جهة ما يعرضه من الأقوال والأحكام المذهبية ونصوص التشريعات القانونية، وتحليليًا من جهة مقارنة بعضها ببعض والوقوف على الخلفيات والمقاصد التي تحكم قواعد تصحيح العقود الفاسدة.

- **أهداف البحث:** ولا شك أن البحث ذو أهمية كبيرة لكونه يعالج بالتصحيح أحد أهم جوانب النشاط الإنساني وهو المعاملات المالية والاجتماعية. إن تحديد الفقهاء والقانونيين لأركان العقد وطرق تكوينه وإنشائه، والشروط المطلوب استيفائها في ذلك لأجل ترتب آثاره تامة وصحيحة... لا يستدعي بالضرورة أن تتم ملايين العقود يوميًا وفق هذا التحديد العلمي والفني، فالواقع كثيرًا ما يفرز أنواعا متكررة من الخلل الواقع في عقود بسيطة ومتوسطة وخطيرة بين الأفراد والأفراد والجماعات، وبين الدول والمنظمات... وإن تحكيم الصيغة النهائية لأركان العقد وشروطه في تصحيحها وإبطالها، يؤدي إلى فساد وإلغاء عدد ضخم منها يوميًا، وهو ما يهدد باستقرار المعاملات المالية خصوصًا وسائر العقود ذات الطابع الاجتماعي عموماً. فكان لا بد من إعمال يد التصحيح وفق قواعد علمية متفق عليه في الجملة ليتم استنقاذ أكبر عدد ممكن من العقود الفاسدة، ويدعم بالتالي استقرار المعاملات بين الناس، بما يحقق مقاصدهم المصلحية، بعد تصحيح تصرفاتهم الشرعية.

**تمهيد:** كان التشريع في حياته عليه السلام يحصل ابتداءً، بحيث لا يتعلق الأمر في الغالب بملاحظة توجيه سؤال ولا وقوع حوادث معينة؛ وذلك بأن تنزل عليه السور والآيات أو يتكلم هو بما يوحي

إليه من بيان الشريعة، وهذا كثير. وربما حدث في حياة الجماعة المسلمة يومها ما تنزل بخصوصه نصوص<sup>1</sup> تتعقبه بالإقرار أو التصحيح والملاحظة، أو يسأل شخص النبي عليه السلام فيجيبه بما معه من الوحي النازل أو بعد أن ينتظر الوحي، وإلا اجتهد عليه السلام بما بان له من الضوابط، فإن حدث وخالف ما كان الأولى بالاعتبار نزل التوجيه الخاص بالمسألة.

وكان الصحابة الكرام ربما يسألون أو تحدث لهم القضايا فيسألونه عنها إن كان قريبا أو يجتهدون في غيبته، فإن أصابوا أقرهم وإلا بأن قد جانبوا الصواب صحح لهم عليه السلام ذلك بالوحي عموما، بعد أن يكونوا قد عرضوا عليه اجتهادهم. فزمام التشريع إذن كان دائما بيده عليه السلام وهو أدعى للاستقرار فيه، وأرعى لانسجامه. وموته عليه السلام تعددت الأسئلة وتجددت بتعدد وتحدد الحوادث؛ فافتضى ذلك الاجتهاد بعد الرجوع إلى المنصوص إن وجد مما هو من رصيد النبوة أساسا ومن غيره تبعاً؛ فتكونت مادة الفقه الإسلامي منه ومن اجتهادات الصحابة والتابعين والأئمة المتبوعين أو اجتهادات آحاد وأعيان الفقهاء اللاحقين.

وبهذا أيضا كان الفقه الحاصل يتحرك في إطار مرسوم وواسع، وبخطوط طول وعرض منصوص عليها، وأيُّ اجتهاد يقع خارج هذا الإطار الأساس يفقد شرعيته؛ ولأجل ذلك قال القرافي المالكي: " الفقه ميزان الحق ونظام الخلق."<sup>1</sup> لأنه زيادة على ما ذكرنا من صلاحية الأساس ومثابته، فإن ذلك الفقه الحاصل أجاب ونظم بأجوبته المستمرة الحياة الإسلامية في مختلف بقاع الدولة الإسلامية الناشئة يومها. وأصبحت بالتالي مادة الفقه والتشريع متاحة وغنية، وبإمكان الناظر أن يصنفها من ناحية فنية إلى دوائر متكاملة تعكس طبيعة ذلك التشريع بحيث يتضمن بعضها بعضا.

وأما القوانين الوضعية فهي غنيمة الاحتلال الأجنبي للبلاد الإسلامية أعقاب الصدمة التي حصلت بين الجانبين. وقد حاول فقهاء الدولة العثمانية استدراك النقص الحاصل في جاهزية الفقه الإسلامي على مستوى ملاحقة المعاملات المستجدة من ناحية موضوعية وأخرى فنية تتعلق بالصياغة وسهولة الرجوع إلى المادة الفقهية بإنشاء مجلة الأحكام العدلية، ولكن المبادرة لم تكن كافية. فكان لفقهاء مصر من أيام الامتيازات الأجنبية بعد تنسيق الجهود مع الفقهاء الأجانب عموما جهود مستمرة في إغناء الحياة الإسلامية بهذه المواد التشريعية الغنية، وحاول الفقهاء المزاجية بين رصيد الشريعة والوارد من الفقه الأجنبي، لكن الأمر لم يكن دائما سهلا.

<sup>1</sup> - القرافي، شهاب الدين، 1989م، ج122/01.

وفيما يتصل بموضوعنا فقد انصبت جهود الفريقين إلى الاهتمام بالعقود باعتبارها العمود الفقري للقانون المدني، وحددوا الأركان، ورسموا الشروط، ونصّوا على حدود الصحة، وما يطرأ عليها مما يحيلها إلى الفساد وهو البطلان عند الجمهور والقانونيين، أو الفساد دون البطلان كما هي وجهة نظر الفقهي الخنفي. وقد لا يخلو هذا التفريق من فائدة عند التنظير والتطبيق تبعاً. وزاد الأمر اهتماماً بالتدخل لأجل تصحيحه فيما لو وقع الخلل فيه بفقد بعض الأركان أو عدم استيفاء الشروط. والتصحيح الذي يقترحه التدخل سواء عند علماء الشريعة أو القانون يأتي في شكل تغيير بالإلحاق من العقد الفاسد أو الزيادة فيه أو تحويله إلى عقد آخر أنسب لمقصد أحد المتعاقدين أو كليهما، وأضمن للاستقرار في المعاملات وما تشتمل عليه من تحقيق المصالح ودفع المفاسد، وحماية النظام العام.

### 01. العقود بين الصحة والفساد في الشرع والقانون.

نتطرق فيما يلي إلى تعريف العقد في الشرع والقانون، مبينين أركانه، والشروط الواجب توافرها في تكوينه، مما يفسر الخلل الواقع في استيفاء ذلك بالحكم بالبطلان أو الفساد عند من يفرق بينهما. وهكذا نقف على تحديد مفهوم الصحة في إنشاء العقود وسلامة ما يترتب عليها من التزام وآثار..، كما نقف أيضاً على تحديد مفهوم الفساد وهو نفس فقه شروط الصحة المطلوبة.

**01. 01 - مفهوم العقد في الشرع والقانون:** تعريف العقد عند الفقهاء: حدد فقهاء الإسلام العقد من جهة اللغة، ومن ثم بنوا عليه تعريفهم له من جهة الاصطلاح، ضرورة أن العربية هي لغة القرآن والحديث الذين هما مصدر الفقه والتشريع. ونلاحظ وجود معنيين للعقد أحدهما معنى عام، والمعنى الآخر معنى خاص. " أما المعنى العام فإنه يطلق على كلّ التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه<sup>1</sup>. وقريب من هذا المعنى ما ذهب إليه أبو بكر الجصاص بقوله: " كلّ شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب، وما جرى مجرى ذلك."<sup>2</sup> وبعبارة أكثر وضوحاً فإن العقد بمعناه العام يشمل " كلّ ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة، أم احتاج إلى إرادتين، فهو بهذا المعنى

<sup>1</sup> - ابن رجب، الخنبلي، 1971م. ص78.

<sup>2</sup> - القرطبي، 1991م. ج3/285.

يتناول الالتزام مطلقاً.<sup>1</sup> وعلى هذا فالالتزام من جهة واحدة أو الوعد بالالتزام كالوعد بالبيع مثلاً أو ما يصطلح عليه بالإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، كل ذلك يصح أن يطلق عليه مصطلح "عقد".  
ومن هنا يتضح لنا أن العقد بمعناه العام لا يشترط فيه: "وجود إرادتين، بل يتحقق بوجود إرادة منفردة. فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالإيجاب وحده من إعتاق وطلاق وإبراء ونحوها عقوداً، أو لا تسمى بذلك؟ لا شك في أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد، إذ هي أمور وقعت في نفس الملتزم أولاً، وعقد عليها نيته وعزم عليها عزماً أكيداً، ثم أبان عنها باللفظ أو بما يقوم مقامه.<sup>2</sup> وهذا الذي يفسر لنا تسمية تصرفات من طرف واحد عقوداً كالهبة والوقف، والإبراء، والجعالة... مع ما في ذلك من الخلاف.

غير أن هذا العموم قد لا يناسب حاجة التشريع الحديث، ودقته، وطلبه لاستقرار الاصطلاح وسرعة تداوله أيضاً، فوجد جراء ذلك تحديد أكثر خصوصية للعقد، يعرف ذلك من مطالعة المعنى الخاص العقد، فهو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله."<sup>3</sup>، وبهذا يتم حصر العقد والتعاقد تبعاً في تقابل طرفين في تكوين الالتزام، وبعبارة أخرى هو: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل."<sup>4</sup> وورود ذكر الكلام إنما هو إشارة للغالب وإلا فإن التعريف يشمل الكتاب أو الإشارة المفهمة أو أي تعبير يستحدث معبراً عن الإرادة الكاملة من ذي أهلية مكتملة.

**- تعريف العقد في القانون:** ينحصر العقد في التحديد القانوني على تقابل إرادتين فأكثر، وينضبط هذا التقابل بـ "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله، أو إخائه."<sup>5</sup> إن هذا التعريف قد لخص تطوراً في تحديد مفهوم العقد، وطبيعة الالتزام الناشئ عنه من نقل ملكية أو القيام بعمل أو الامتناع عنه.. وعن طريقة إتمام العقد يقرر التعريف التالي أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد."<sup>6</sup> ونلاحظ أن الإشارة إلى ما يقرره القانون من الشروط الشكلية لا يوجد له نظير في تعريف الفقهاء، على أنه لا مانع من اعتماده لما فيه من مصلحة التعاقد.

<sup>1</sup> - الزحيلي، وهبة بن مصطفى، 1987م، ج 4/80.

<sup>2</sup> - السنهوري، عبد الرزاق، 1954م، ج 76/01.

<sup>3</sup> - مجلة الأحكام العدلية، 1388هـ/1968م. المادة رقم (103 و104).

<sup>4</sup> - البابرتي، أكمل الدين، 1316هـ. ج 74/5.

<sup>5</sup> - السنهوري، المرجع السابق. ج 149/1.

<sup>6</sup> - السنهوري، المرجع السابق. ج 149/1.

ومن جهة المشرع الجزائري فنجد أنه قد مزج بين المعاني الشرعية والقانونية المتقاربة في الموضوع وهو بصدد تحديد مفهوم العقد وخيرا فعل، ذلك أن المقتنن الجزائري قد نصّ على أنّ "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".<sup>1</sup> هذا من جهة تحديد العقد ونحن نلاحظ أن التعريفات قد تضمنت أركان العقد والتي هي تحديدا العاقدان والصيغة، والإرادة، ومحل التعاقد. وهي بدورها تتطلب شروطا معروفة في محلها. يحدد لنا كل ذلك مفهوم صحة العقد وفساده، بوجود أو فقد شيء من ذلك.

#### - تعريف الصحة والفساد في العقد: وما كانت الصحة والفساد من طوارئ العقود، فتارة

يكون العقد صحيحا وأخرى يكون فاسدا، وربما انقلب الفساد إلى صحة بعد استيفاء إجراءات التصحيح التي سنتطرق إليها لاحقاً، كان لزاماً أن نعرف كلا من الصحة والفساد بإيجاز يناسب المقال. للعلائي تعريف حسن لذلك فقد قال: المراد من كون العقد صحيحاً أنّ يكون مستجعماً لجميع أركانه وشروطه، ومن كونه فاسداً أن لا يكون كذلك.<sup>2</sup> وفي التعريف إحالة على معلوم لدى الباحث من معرفة أركان العقد وشروطه خصوصاً ما اتفق عليه من ذلك. والغالب الاتفاق على ما كان ركناً إما مباشرة أو بالاختصاص. كاختصاص الأحناف على التراضي بالإيجاب والقبول ركناً للبيع، فهو يقتضي وجود أطراف للعقد ومحل... إضافة إلى الشروط المعلومة في محلها.

إذن يمكن القول إن هناك تعريفين جيدين للصحة والفساد. **التعريف الأول:** الصحيح ما ترتب عليه أثره، والفساد ما لم يترتب عليه أثره. **والتعريف الثاني:** الصحيح ما استجمع أركانه وشروطه، والفساد ما لم يستجمع أركانه وشروطه.

والأصل صحة تصرفات المكلفين، خصوصاً في معاملاتهم التي راعى الشرع مصالحهم فيها، فلا يُترك هذا الأصل إلا للدليل قوي سالم عن معارض. والأصل كذلك جواز معاملات الناس، وصحة استحداث العقود والشروط وابتكار أشكالها. ولقد أباح الشارعُ المعاملات تحقيقاً لمصالح الناس ومقاصدهم وحفظاً لحقوقهم والاحتياط لها، وما تستدعيه حاجاتهم، فيجب النظر إلى ما يحقق ذلك. ولذا فقد: شرع في كلّ تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه؛ فإن عمت المصلحة جميع التصرفات

<sup>1</sup> - القانون المدني الجزائري، 2005م. المادة (54 معدلة)

<sup>2</sup> - قال العلائي: الفساد في العبادات لا يدور مع ارتكاب المنهي عنه وجوداً وعدمًا، بل قد يكون لاختلال شرط أو ركن مع كونه مأموراً بفعل العبادات في الوقت لحرمته... راجع/ العلائي، صلاح الدين أبو سعيد خليل، 1991م. ص70.

شرعت تلك المصلحة في كلّ تصرف، وإن اختصت ببعض التصرفات شرعت في ما اختصت به دون ما لم تختص به<sup>1</sup>.

## 02- أركان العقد وشروطه في الشرع والقانون: والركن في اصطلاح جمهور الفقهاء هو: ما

توقف عليه غيره، سواء كان جزءاً من حقيقته أم كان خارجاً عنه. وخالف في هذا فقهاء الحنفية إذ قصرُوا الركن على ما كان داخلاً في ماهية<sup>2</sup>. وبسبب هذا الخلاف حصل خلاف بين الجمهور والحنفية في أركان العقد. ولا يتحقق العقد إلا بوجود أركانه الثلاثة وهي: الصيغة؛ والعاقدان؛ والمعقود عليه. قال الدرديري من متأخري المالكية: "وأركان البيع ثلاثة: الصيغة والعاقدان، وهما: البائع والمشتري، والمعقود عليه وهو: الثمن والمثمن"<sup>3</sup>. وقال البهوتي الحنبلي: (للبيع ثلاثة أركان: عاقدان ومعقود عليه وصيغة)<sup>4</sup>. وقال الخطيب الشربيني الشافعي: (وأركانه - البيع - ثلاثة: وهو بائع ومشتري ومعقود عليه وهو ثمن ومثمن وصيغة وهي إيجاب وقبول)<sup>5</sup>.

واقترصر الأحناف على ذكر الإيجاب والقبول عند كلامهم عن أركان العقد، من ذلك ما قاله الكاساني: "وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول"<sup>6</sup>. وقال ابن الهمام: "البيع ليس إلا الإيجاب والقبول لأهمهما ركناه"<sup>7</sup>. وما قاله فقهاء الحنفية من اعتبار الصيغة ركنَ العقد يقتضي بالضرورة وجود الركنين الآخرين عند غيرهم، إذ لا يتصور تحقق الإيجاب بدون موجب ولا قبول بغير قابل، كما أنّ وجود الإيجاب والقبول يقتضي بدوره وجود محلّ يجري التعاقد عليه.

وما جاء في بعض كتبهم يشير إلى هذا أيضاً، فقد ذكر ابن عابدين وهو حنفي المذهب عند كلامه عن النكاح أنه ينعقد بالإيجاب والقبول، ثم عقب في حاشيته على ذلك بقوله: ليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول ولا الارتباط وحده، بل هو وجود شرعي وحسي، فالوجود الشرعي الحسي يقتضي

<sup>1</sup> - ابن تيمية، أحمد عبد الحلیم، 1995م. ج 21/19.

<sup>2</sup> - الدبوي، المقال السابق. ج 632/6.

<sup>3</sup> - الدرديري، أحمد بن محمد، 1971م. ج 2/3.

<sup>4</sup> - البهوتي، منصور بن يونس، 1402هـ. ج 146/3.

<sup>5</sup> - الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، 1958م. ج 03/2.

<sup>6</sup> - الكاساني، علاء الدين، 1971م. ج 327/3.

<sup>7</sup> - الشوكاني، محمد بن علي، 1985م. ج 74/5.

وجود صيغة تتمثل بالإيجاب والقبول يرتبطان ارتباطاً حكماً ينتج عنه معنى شرعي، وهو الأثر الذي يترتب عليه الإيجاب والقبول<sup>1</sup>.

وجاء في المادة (267) من مرشد الحيران، وهو فقه حنفي مقنن، ما نصه: "يشترط لتحقيق كل عقد توفر ثلاثة أشياء، وهي: العاقدان وصيغة العقد، ومحلّ يضاف إليه"<sup>2</sup>. ومن هنا يتضح للمتبع لأقوال الحنفية فيما يتعلق باعتبار صيغة الإيجاب والقبول هي ركن العقد فقط، أنه اصطلاح لفظي فقط.

وقد أجمع الفقهاء على أن العقد يتم وينعقد بين الغائبين كما في آلات الاتصال الحديثة بمجرد إعلان القبول، ولا يشترط العلم بالقبول بالنسبة للطرف الموجب<sup>3</sup>.

هذا، وقد حذا المرحوم منير القاضي في شرحه لمجلة الأحكام العدلية<sup>4</sup> حذو فقهاء المسلمين في اعتبار العقد يتألف من أركان ثلاثة هي: العاقدان؛ والصيغة الدالة على إرادة العاقدين؛ والشيء الذي يراد عليه العقد وهو المعقود عليه<sup>5</sup>، ويعبر عادة عن هذه الأركان الثلاثة أيضاً: بالتراضي بين طرفيه؛ وبالمحل؛ وبالسبب. وقد يضيف القانون أو المتعاقدان ركناً رابعاً، وهو الشكل. وهذا هو العقد الشكلي<sup>6</sup>.

ويترتب على فقدان ركن من هذه الأركان، بطلان العقد بطلاناً مطلقاً؛ فإذا انعدم التراضي لانعدام التمييز والإرادة، مثلاً أو إذا انعدم السبب أو المحلّ، أو إذا لم يستوفيا ما يشترطه القانون كأن يكون غير مشروعين، مثلاً، كان العقد باطلاً.

ويستلزم القانون، فضلاً عن هذه الأركان الثلاثة: التراضي والمحلّ والسبب، أن يكون كلٌّ من طرفي العقد متمتعاً بالأهلية، وأن تكون إرادة كلٍّ منهما خالية من العيوب. فاستيفاء العقد لأركانه شرط لانعقاده، والتمتع بالأهلية وسلامة الإرادة من العيوب شرط لصحته. وإن جزاء فقدان أحد شروط الانعقاد هو البطلان المطلق. أما جزاء فقدان شرط من شروط الصحة، فهو القابلية للإبطال، وهو ما يسمى أيضاً بالبطلان النسبي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - ابن عابدين، محمد أمين، 1966م. 9/3.

<sup>2</sup> - محمد قدرى باشا، 1903م. ص: 28.

<sup>3</sup> - الزحيلي، 1996م. ج 244/09.

<sup>4</sup> - علي حيدر، المرجع نفسه. ج 322/01.

<sup>5</sup> - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع نفسه. ج 633/6.

<sup>6</sup> - الناهي، صلاح الدين، 1950. ص: 9.

<sup>7</sup> - عبد الودود يحيى، 1988م. ص 17.



01. 03 - مفهوم البطلان والفساد بين الشرع والقانون: تقدم لنا مفهوم الصحة والفساد

في العقود، وقد اكتفينا بما اعتمده العلائي من التفريق، لوضوحه، ونعود الآن إلى التفريق بين البطلان والفساد عند من يرى ذلك التفريق، ويبنى عليه عدم ترتيب آثار العقود أو يجري عليها التصحيح أم لا ينفع فيها ذلك. وسنحصر الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد في مجموعة فروق نستعرضها فيما يلي: أولاً: لم تختلف كلمة الفقهاء في أبواب العبادات على عدم التفريق بين الباطل والفساد، وأتقنا شيئاً واحداً، فكلّ فاسد فهو باطل، وكذا العكس. غير أنهم في الحج حكّموا على المرتد ببطلان حجه، وعلى من أفسد حجه كمن جامع قبل التحلل الأول، بوجوب المضي فيه، ووجوب قضائه<sup>1</sup>.

ثانياً: لا فرق بين الباطل والفساد عند الجمهور من المالكية، الشافعية، الحنابلة، فكلّهما: ما اختلّ فيه أحد أركانه أو شروطه. وبعبارة أخرى: ما لم يستوف شروطه. قال السبكي: العقود لها صور لغة وعرفاً من عاقد ومعقود عليه وصيغة، ولها شروط شرعية فإن وجدت كلها فهو الصحيح، وإن فقد العاقد أو المعقود عليه أو الصيغة أو ما يقوم مقامها فلا عقد أصلاً<sup>2</sup>.

ثالثاً: يفرق الحنفية بين الباطل والفساد؛ فالباطل عندهم: ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه. أما الفاسد: فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه<sup>3</sup>. وبعبارة أخرى، فإنّ الجمهور يبطلون العقد إذا كان الخلل في ركنه أو شرطه؛ الحنفية: يبطلون العقد إذا كان الخلل في ركنه وما يصح به، ويحكمون بفساده إذا كان الخلل في شرطه.

وعلى هذا فعند الجمهور يبطل كلّ ما كان الخلل في ركنه أو في شرطه، أو لورود النهي عن الوصف الملازم للعقد. وزاد الحنابلة ولو كان الوصف مجاوراً، أو ورود النهي مطلقاً كما هو عند الظاهرية. وأما عند الحنفية فيبطل كلّ ما كان الخلل في ركنه أو فيما يصح به الركن، ويفسد إن كان الخلل في شرط الصحة. وباختصار الباطل عند فقهاء الحنفية هو عدم تحقق الركن. والباطل عند الجمهور عدم استيفاء الشروط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الزحيلي، المرجع نفسه. ج5/393.

<sup>2</sup> - السبكي، عبد الوهاب، 2003م. ص87.

<sup>3</sup> - الزحيلي، المرجع نفسه. ج5/394.

<sup>4</sup> - الزرقا، المرجع نفسه. ج1/1289.

- تحقيق الخلاف الفقهي بين مذهب الجمهور وغيرهم<sup>1</sup>: فعند الشافعية والحنابلة الفاسد كالباطل، لا تترتب عليه آثار، ولا يمكن تصحيحه، ويجب بالقبض أو بالفوات ضمائه ضماناً غصب، فيجب عليه أجره مثله، ومؤنة رده، وأرش نقضه، وإن تلف فعليه قيمته. وهو عند المالكية عقد باطل، ويصح بالفوات. فمن جهة التسمية نراهم يتفقون مع فقهاء الشافعية والحنابلة فيها، فالفاسد كالباطل ولا فرق. وأما في الأثر فإنهم يصححون العقود بالفوات، وتجب فيها القيمة؛ لأن فيها شبهة الملك فإنه أخذها برضاها وأذنه.

هذه وجهة نظر جمهور الفقهاء وأما الحنفية فإنهم يختلفون مع الجمهور في أمر ينفي التسمية، فهو فاسد عندهم وفي الأثر المترتب فإنهم يصححون العقد بالقبض.

وقد أشرنا آنفاً إلى أن الجمهور اتفقوا مع الحنفية على ترادف الباطل والفاسد في أبواب العبادات، وإن كانوا قد استثنوا الحج، فجعلوا الباطل ما وقعت فيه الردة، والفاسد ما بطل ووجب المضئ فيه، كمن جامع قبل التحلل الأول. ولا فرق عند الجمهور من المالكية، الشافعية، والحنابلة بين الفاسد والباطل، سواء في العبادات أو في المعاملات فكلاهما بمعنى، وإن كان وقع منهم التفريق بينهما في أبواب متعددة على طرائق مختلفة.

ويظل الحنفية هم أشهر من تبنى الفرق بين الباطل والفاسد، إلا أن الخلاف الأصولي بينهم وبين الجمهور إنما يعكس في مسائل البيوع، ولم تكن لهم مثل هذه العناية في بقية الأبواب، وإلا فقد كان فقهاء الشافعية والحنابلة أكثر منهم اعتباراً للتقسيم. وسبب اشتها الحنفية في التفريق بين الباطل والفاسد مع كون الشافعية والحنابلة أكثر منهم في التفريق بينهما في مسائل الفقه، هو تفريق الحنفية في مسائل البيوع خاصة، وهي المسائل التي تعمّ بها البلوى، ويكثر الالتباس بها، وتندرج فيها مسائل لا تنحصر.

إذن كل الفقهاء يفرقون بين الباطل والفاسد في مسائل من الفقه، وإن كان الحنفية هم الذين تصدوا للتفريق بينهما في الأصول، وكان الموضوع الذي اشتهر عنهم التفريق فيه (البيع)، لكثرة مسأله وعموم البلوى به، وشاع عنهم ذلك وذاع<sup>2</sup>.

## 02 . إجراءات تصحيح العقود بين الشرع والقانون.

<sup>1</sup> - الزحيلي، المرجع نفسه. ج 395/5

<sup>2</sup> - شلي، محمد مصطفى، المرجع نفسه. ص 439.

إذا استوفى العقد أركانه وشروطه فهو المطلوب المحقق لمصلحة الطرفين، وهو المفترض أن يضمن استقرار المعاملات بمختل أنواعها. وأما في حالة ما إذا فقد ركنا من أركانه، أو اختل شرط من شروط انعقاده فإن التكوين المطلوب يكون ناقصاً، فهل يبطل العقد تبعاً لذلك، ويعاد إنشاؤه وفق الصيغة الشرعية والقانونية أو يكفي بتصحيحه، باستدراك الناقص منه. وعلى هذا يجب القيام بالإجراءات اللازمة التي نتعرض لها فيما يلي:

## 02. 01 - تصحيح العقد أهميته ومفرداته: يمكننا أن نجل آراء الفقهاء في تصحيح العقد

الفاقد في قولين:

- **القول الأول:** أنّ العقد إذا وقع فاسداً فلا يمكن تصحيحه، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة، والمالكية في قول<sup>1</sup>. فقد قال الماوردي الشافعي: "العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع فاسداً"<sup>2</sup>، وقد قال البهوتي الحنبلي: "العقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً"<sup>3</sup>. ولكن أصحاب هذا القول لم يدللوا عليه، ولم أجد في كتب الفقه استدلالاً واضحاً يؤيد هذا الرأي، ولعلّ هذا الفريق اكتفى بما ذكره الأصوليون عند تناول المبحث المتعلق في دلالة النهي، ولعلّ عدم تصحيح العقد الفاسد يرجع إلى أنّ الجمهور قسموا العقد إلى صحيح وفساد، فالصحيح هو ما ترتب أثره المقصود للمكلف، والفساد خلاف ذلك. ويترتب على ذلك أنّ العقد إذا فقد مشروعيته، فلا يمكن أنّ يصحح " ذلك أن الحرمة والمشروعية متنافيان، إذ المشروعية هي الإباحة أو القرية والطاعة، ولا يجتمع قصد القرية والمعصية"<sup>4</sup>.

وقد أشار الشوكاني إلى أنّ العلماء في جميع الأمصار لم يزالوا يستدلون على أن النهي يقتضي الفساد - البطلان - في أبواب الربويات، والأنكحة، والبيوع، وغيرها<sup>5</sup>. وبعض العلماء يستدل على عدم جواز تصحيح العقد الفاسد بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ"<sup>6</sup>. يقول ابن القيم رحمه الله: " وهذا تصريح بإبطال كلّ عمل على خلاف أمره وورده وعدم اعتباره في حكمه المقبول، ومعلوم أن الردود هو الباطل بعينه بل كونه رداً أبلغ من

<sup>1</sup> - الخشني، محمد بن حارث، 1985م. ص117.

<sup>2</sup> - الماوردي، أبو الحسن، 1999م. ج6/39.

<sup>3</sup> - البهوتي، المصادر السابق. ج6 ص39.

<sup>4</sup> - الدريني، فتحي، 1994م. ج1/284.

<sup>5</sup> - الشوكاني، محمد بن علي، 1999م. ج1/193.

<sup>6</sup> - مسلم بن الحجاج، 1972م. ج3/1343.

كونه باطلاً، إذ الباطل قد يقال لما لا نفع فيه أو لما منفعته قليلة جداً، وقد يقال لما ينتفع به ثم يبطل نفعه. وأما المردود فهو الذي لم يجعله شيئاً ولم يترتب عليه مقصوده أصلاً.<sup>1</sup>

ويرى بعضهم أن تصحيح العقد الفاسد والمشمول على الوصف المقتضي لتحريمه وفساده جمع بين النقيضين، فإنّ الصحة إنما تنشأ عن المصلحة، والعقد المحرم لا مصلحة فيه بل هو منشأ لمفسدة خالصة أو راجحة<sup>2</sup>. وقد ذكر الأصوليون من الجمهور جملة من الأدلة استندوا عليها تحمل في مجملها على عدم إمكانية تصحيح العقود الفاسدة، إلا أنّ الغالب على هذه الاستدلالات أنّها عقلية محضة، وهناك ردودٌ واعتراضات. وإن تلك الردود على ما ذكر من الاعتراضات يرجع إليها في مظانها<sup>3</sup> من كتب الأصول.

**- القول الثاني:** ذهب الحنفية والمالكية في قول إلى أنّ العقد الفاسد يمكن تصحيحه بحذف المفسد، مع الاختلاف في بعض التفاصيل بين المذهبين<sup>4</sup>. وأساس التصحيح عند الحنفية أنّهم يفرقون بين العقد الباطل والفاسد، فيرون أنّ العقد الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار العقد فيصبح كالمعدوم. أما العقد الفاسد فقد فرقوا بين الفساد الضعيف والفساد القوي، فالفساد القوي لا يمكن تصحيحه بخلاف الضعيف.

وقد وضع الحنفية معياراً للفساد القوي، وأسوّق هذا المعيار من كلام الكاساني حيث يقول: "الأصل عندنا أن ينظر إلى الفساد، فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد - وهو البطل أو المبدل - لا يحتتمل الجواز برفع المفسد، كما إذا باع عبداً بألف درهم ورطل من الخمر، فحط الخمر عن المشتري فهو فاسد ولا ينقلب صحيحاً. وإن كان الفساد ضعيفاً، وهو ما لم يدخل في صلب العقد، بل في شرط جائز يحتتمل الجواز برفع المفسد، كما في البيع بشرط خيار لم يوقت، أو وقت إلى وقت مجهول كالحصاد، أو لم يذكر الوقت، وكما في البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول، فإذا أسقط الأجل من له الحق فيه قبل حلوله وقبل فسحه جاز البيع لزوال المفسد."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - ابن القيم، محمد بن أبي بكر، 1415هـ. ج 6/169.

<sup>2</sup> - صحيح مسلم، المصدر السابق. 1968/06م.

<sup>3</sup> - الغزالي، أبو حامد، المصدر السابق. ج 2/101.

<sup>4</sup> - الكاساني، المصدر السابق. ج 7/178، محمد عيش، المصدر السابق. ج 2 ص 334.

<sup>5</sup> - الكاساني، المصدر السابق. ج 5/178.

وذكر ابن رشد من المالكية أن سبب الخلاف في تصحيح العقد الفاسد بناءً على أن الفساد هل هو معقول المعنى أو غير معقول؟ فإن قلنا غير معقول المعنى لم يرتفع الفساد بارتفاع المفسد، وإن قلنا معقول ارتفع الفساد برفع المفسد<sup>1</sup>. ولا شك أن الغالب على القضايا المالية أنها معقولة المعنى، ومن جهة أخرى فإن ما ذهب إليه الحنفية هو أيسر للمتعاقدين، وألصق بقواعد الشريعة التي تنص على رفع الحرج وتصحيح العقود بقدر الإمكان<sup>2</sup>.

أما في القانون الوضعي فإن التصحيح أو تصحيح البطلان، هو إبطال الحكم المخالف للقانون في العقد وتصحيحه بما يتفق مع الحكم الأمر الذي نص عليه المشرع. ولا يعد هذا التعريف جامعاً مانعاً بحيث يستوفي حالات تصحيح العقد كلها من إجازة للعقد الموقوف وتقدم، وما يعرض كذلك من إنقاص أو إضافة ونحوهما لتصحيح العقد. وفي غياب نص قانوني يتضمن تعريفاً عاماً لتصحيح العقد، إذ لا نجد لدى المشرع إلا تطبيقات له في نصوص عديدة، يتحقق من خلالها زوال البطلان أو التهديد به والإبقاء على العقد ذاته دون تغيير في نوعه أو طبيعته، كما لا نجد لدى القضاء، إلا قرارات للمحاكم بتطبيقات لتصحيح العقد عن طريق انتقاصه أو استبعاد الجزء الباطل منه، والقليل من هذه القرارات أشار صراحة إلى مصطلح "تصحيح العقد". في ظل كل ذلك، لا مناص من اللجوء إلى الفقه، فوظيفته هي شرح قواعد القانون ووضع النظريات التي تساعد كلاً من المشرع والقاضي؛ إذ إن إيجاد التعريفات للمصطلحات القانونية يستحسن أن تترك للفقه<sup>3</sup>.

لأجل هذا، نرى بعض الفقهاء قد وضع تعريفاً لمصطلح (تصحيح العقد)، اعتماداً على تطبيقات لهذا المفهوم. فقد ذكر السنهوري بأن "تصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً"<sup>4</sup>.

وهذا التعريف، أيضاً ليس تعريفاً شاملاً لكل حالات تصحيح العقد وتطبيقاته، فتعريف التصحيح بأنه إدخال عنصر جديد على العقد المراد تصحيحه، يجعل التصحيح مقصوراً على بعض

<sup>1</sup> - ابن رشد، المصدر السابق. ج66/03.

<sup>2</sup> - ابن تيمية، المصدر السابق. ج466/29، الكاساني، المصدر السابق. ج217/5، السرخسي، شمس الدين. ج85/18.

<sup>3</sup> - عباس الصراف، 1997م. ص82.

<sup>4</sup> - السنهوري، المرجع السابق. ج501/01.

حالات التغيير في عنصر من عناصر العقد، وليس جميعها، فهو يقصر التصحيح على الإضافة والإبدال، فلا يتضمن لفظ "إدخال" حالة الانتقاص أو استبعاد الجزء الباطل<sup>1</sup>.

وكان السنهوري رحمه الله قد ذهب إلى أن تصحيح العقد يحصل عن طريق انتقاصه، كما في تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى 7%، وتخفيض الأجل الاتفاقي للبقاء في الشيوخ إلى خمس سنوات، لذا يكون من الأفضل أن يُستبدل مصطلح "إدخال" بمصطلح "التغيير"، خاصة أنه قد ذكر أنه "يجري التصحيح... بتغيير في عنصر من عناصر العقد"<sup>2</sup>. فتعريف التصحيح بأنه تغيير في عنصر من عناصر العقد ينسجم مع ما ذكره السنهوري من تطبيقات لتصحيح العقد.

وعلى الرغم من ذلك، يبقى هذا التعريف قاصراً غير شامل لكل حالات تصحيح العقد، فتصحيح العقد لا يقتصر على التغيير في عنصر من عناصر العقد، بل يحصل التصحيح بوسائل لا تتضمن التغيير في عنصر من عناصر العقد، إذ يصحح العقد المهدد بالبطلان - العقد الموقوف والقابل للإبطال - بالإجازة والتقدم، لأن هذا العقد يكون مهتماً بالزوال. أما بعد الإجازة والتقدم فإنه يصبح مستقراً صحيحاً بصورة نهائية، دون أن تتضمن وسائل التصحيح هذه، تغييراً في عناصر العقد، فهي لا تؤدي إلى مساس بالعقد<sup>3</sup>.

وهذا إن ما ذهب إليه السنهوري نفسه، إذ ذكر بأن أثر الإجازة هو "أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات، ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة، لأن للإجازة أثراً رجعياً"<sup>4</sup>.

ومن جانب آخر، ذهب الدكتور عبد العزيز المرسي حمود إلى أن تصحيح العقد هو: "زوال البطلان الذي يتهدهده، أي أن العقد القابل للإبطال يصبح بعد - التصحيح - غير قابل له"<sup>5</sup>. إلا أننا لا نؤيد هذا التعريف أيضاً، لأنه يقتصر على جانب واحد من العقود التي يرد عليها التصحيح، فوفقاً له، لا يرد التصحيح إلا على العقود المهدة بالبطلان، وحقته في ذلك هي أن الإجازة والتقدم لا ترد إلا

<sup>1</sup> - منصور حاتم محسن، 2010م. ص 17.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق. ج 1/ ص 501.

<sup>3</sup> - منصور حاتم محسن، المرجع السابق. ص 19.

<sup>4</sup> - السنهوري، المرجع السابق. ج 1 ص 518.

<sup>5</sup> - عبد العزيز المرسي حمود، 1988م. ص 17.

على هذه العقود دون العقود الباطلة<sup>1</sup>. في حين أنّ وسائل التصحيح لا تقتصر على الإجازة والتقدم، بل تشمل وسائل أخرى تتضمن معنى التغيير في عنصر من عناصر العقد، ويترتب عليها زوال البطلان أو التهديد به، كالإضافة والإبدال والانتقاص. وهذه تردّ على العقد الباطل والعقد المهذّب بالبطلان، بل إنّ الانتقاص لا يردّ إلا على العقد الباطل<sup>2</sup>.

## 02. 02- التصحيح المتعلق بالألفاظ: قد يكون الفساد متعلقاً بالتعبير المستعمل في

الإيجاب والقبول، فيتعلق الأمر باللفظ فيكون إصلاحه بالتركيز على إصلاح اللفظ بإتباع قواعد أصولية وفقهية وقانونية معلومة. وله أمثلة منها:

- القاعدة الأولى: إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز<sup>3</sup>: أما الحقيقة فهي: اللفظ المستعمل في ما وضع أولاً<sup>4</sup>، وأما المجاز فهو: اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة قرينة<sup>5</sup>. وتعذر الحقيقة: هو امتناع امتناع حمل اللفظ على معناه الذي وضع له، إما لعدم وجود أفراد لها في الخارج، وإما لامتناعها شرعاً أو عرفاً أو بسبب تعسرها<sup>6</sup>. والقاعدة تعني أنه إذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لسبب ما، فإنّ الكلام لا يهمل، وإنما يجب حمله على معناه المجازي صيانةً لكلام العاقل عن الإلغاء<sup>7</sup>، وحمايةً لتصرف المكلف من الإبطال. خاصة وأنّ المجاز وسيلة معتبرة في التعبير عن الغاية والمقصود، يقول السرخسي صاحب المبسوط من كتب الحنفية: "تصحيح كلام العاقل واجب. وللعرب لسانان: حقيقة، ومجاز، فإذا تعذر تصحيحه باعتبار الحقيقة يصحح باعتبار المجاز<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - يقول الدكتور عبد العزيز حمود: "إنّ التصحيح لا يرد إلا على العقد القابل للإبطال أما العقد الباطل، فهو لا ينتج أثراً فلا تلحقه الإجازة، ولا يرد عليه التقدم." المصدر نفسه. ص 17.

<sup>2</sup> - منصور حاتم محسن، المرجع السابق. ص 26.

<sup>3</sup> - ابن نجيم: مصدر سابق ص 135، المادة (61).

<sup>4</sup> - الشوكاني، محمد بن علي، 1979. ص 48.

<sup>5</sup> - الشوكاني، المصدر نفسه. ص 49.

<sup>6</sup> - ابن أمير حاج، محمد بن محمد، 1981م. ج 35/2.

<sup>7</sup> - البايرتي، محمد بن محمود: 1989م. ج 483/10.

<sup>8</sup> - السرخسي، المصدر السابق. ج 67/07.

- القاعدة الثانية: ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله<sup>1</sup>، وقد عبر الزركشي عن هذه القاعدة بقوله: "ما لا يقبل التبعض يكون اختياراً بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله".<sup>2</sup> وهي تعني أن الأشياء التي لا تقبل بطبيعتها أو بحكم الشرع<sup>3</sup> التجزئة يكون ذكر بعضها قائماً مقام الكل، ويعتبر الكل المذكوراً إذا ذكر البعض، بشرط أن يكون البعض المذكوراً على سبيل الشيوخ، وأن يكون البعض مما يعبر به عن الكل، وذلك تصحيحاً لتصرف المكلف ما أمكن، وصيانةً لكلام العاقل عن الإلغاء<sup>4</sup>، وتغليلاً للمحرم للمحرم عن المبيح، وإعمالاً للدليل بالقدر الممكن؛ لأنه إذا لم يتكامل يؤدي إلى إبطال الدليل<sup>5</sup>.

وهذه القاعدة تستند إلى قاعدة "إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز."؛ لأن إطلاق البعض على الكل والعكس<sup>6</sup> مجاز، وهو نوع من أنواع المجاز المرسل<sup>7</sup>. لأجل ذلك قيد الحصري: هذه القاعدة بضرورة التصحيح، حيث أوردها على النحو الآتي: "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ضرورة التصحيح".<sup>8</sup>

02. 03 - التصحيح المتعلق بالمعاني: وقد تكون الصيغ اللفظية المستعملة في مجلس العقد سليمة، وإنما يقع الخلل من جهة قصد أحد الأطراف مما يقدم عليه من عقد. ومن أجل ذلك وجب التدخل لإصلاح العقد الذي ظاهره شيء والقصد منه أمر آخر. وكل ذلك اتباعاً لقواعد معلومة. نذكر منها تمثيلاً:

- القاعدة الأولى: الإذن دلالة كالإذن صراحةً: وعبر عنها بعضهم بقوله "الثابت دلالة كالثابت نصاً" وهذه القاعدة أعم وتلك أحص<sup>9</sup>. فالإذن: هو إعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه. تقول: أذنت له في كذا أطلقت له فعله، وأذنت للصغير في التجارة فهو مأذون له. والفقهاء يحدفون الصلة تخفيفاً

1 - ابن نجيم، المصدر السابق. ص162.

2 - الزركشي، بدر الدين، 1989م. ج3/153.

3 - يقول: "وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكه". الكاساني: المصدر السابق. ج6/8.

4 - ابن عابدين، المصدر نفسه. ج3/259.

5 - الزيلعي: المصدر نفسه ج2، ص200.

6 - الإسنوي، عبد الرحيم، 1985م. ص435.

7 - ابن اللحام، 1994م. ص165.

8 - الندوي، علي أحمد، 1994م. ص410.

9 - مجلة الأحكام العدلية، المصدر نفسه المادة (772).



فيقولون الصغير المأذون، كما قالوا: محور بحذف الصلة والأصل محور عليه لفهم المعنى<sup>1</sup>. والدلالة: هي كون الشيء بحال يلزم من العلم به العلمُ بشيء آخر<sup>2</sup>. أما الصراحة: فهي التنصيص على الشيء والإفصاح بذكره، وهي ليست اللفظ الصريح كما أشار إليه بعضهم في قوله: "إن اللفظ الذي يكون به التصريح يسمى لفظاً صريحاً" بل هي تشمل كل منطوق صريحاً كان أم غير غير صريح، فالصريح هنا هو المنطوق، وهو يقابل ما ليس بمنطوق، وهو الثابت دلالة، وهو ما نصت عليه القاعدة الفقهية: "لا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح"، حيث جعلت المنطوق مقابلاً لغير المنطوق<sup>3</sup>. ومعنى القاعدة: أي أنّ الإجازة والرخصة الثابتة للشخص للتصرف بمقتضى دلالة الحال تكون في الحكم والأثر، كالإجازة والرخصة الثابتة نطقاً، ويشترط لثبوت الإذن دلالة ما يأتي:

- أن لا يكون هناك تصريحٌ بخلافها، فإذا تعارضت الدلالة مع التصريح يقدم التصريح عليها لقوته وضعفها، كما لو نهي الواهب الموهوب له عن قبض الهبة فقبضها لم يصح قبضه، ولكن بشرط أن لا تكون الدلالة قد فعلت فعلها، وأنتجت أثرها.

- أن لا يوجد مانعٌ شرعي يمنع من عملها، فإن وجدت أهدرت الدلالة، ومثال ذلك أن القبض في العقد الفاسد لا يمكن إثباته دلالة، لأنّ الإذن بالقبض لم يوجد نصاً، ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا أنّ في القبض تقرير الفساد، فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد، فلا يمكن إثباته بطريق الدلالة، وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطاً علي القبض لوجود المانع من القبض<sup>4</sup>.

- القاعدة الثانية: إذا زال المانع عاد الممنوع: معنى كلمة زال: ارتفع حقيقة أو حكماً، والمانع: هو الذي يلزم من وجوده العدم<sup>5</sup>. أي أنّ وجود المانع يؤدي إلى أن لا يترتب على السبب أثره الشرعي. وأما لفظ عاد: أي رجع. ومعنى لفظ الممنوع: هو الأثر المترتب على الشيء، أي حكمه. والقاعدة تعني: أنه إذا كان شيءٌ جائزاً ومشروعاً، ثم امتنع حكم مشروعته بمانع عارض، فإذا زال ذلك المانع يعود حكم

1 - الراغب الأصفهاني: المصدر نفسه. ص14.

2 - الفيومي، أحمد بن محمد بن علي. ص9.

3 - العطار، حسن بن محمد. ج2، ص401.

4 - دلالة القبض هنا هي الإيجاب الصادر من الواهب، إذ أن إيجابه يعتبر إذناً دلالة بالقبض في المجلس، وهو ما نصت عليه المادة (843) من مجلة الأحكام العدلية.

5 - القراني، المصدر السابق. ج61/1.

مشروعيتها، ولا بد من ملاحظة أنه ليس كلّ الموانع قابلة للزوال، كقتل الوارث لمورثه فهو غير قابل للزوال<sup>1</sup>. فوجود المانع يحول بين السبب وبين آثاره، بناء على قاعدة "إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع"، فالسبب مع وجود المانع يبقى سبباً صحيحاً ومعتبراً، ولولا وجود المانع لترتب عليه أثره في الحال، وذلك بخلاف السبب الذي فقد شرطه، إذ لم تنعقد سببته ابتداءً، وبالتالي لا ينتج أثراً حتى لو وجد الشرط بعد ذلك<sup>2</sup>.

خاتمة.

مما تقدم يمكن استخلاص النتائج التالية:

- المقصود من نصوص الفقيه والمشرع وقوع العقود والتصرفات صحيحة بوجود أركانها واستيفاء شروطها، لتترتب الآثار الشرعية التي تحفظ المصالح والحقوق.
- إنّ حصول الخلل في العقود والتصرفات بغياب أحد أركانها، أو عدم وجود شروطها وافية كما هو المطلوب أمر واقع كثير الحدوث، ومهدد للمعاملات بعدم الاستقرار.
- يتضمن الشرع في كثير من مذاهبه والقانون بقواعد ومبادئ لها قدرة استدراك الخلل الواقع في العقود بالتصحيح، وتغيير العقود الباطلة أو الفاسدة إلى عقود صحيحة، وذلك إما بتحويلها أو الإنقاص منها...
- تتعلق قواعد التصحيح في الشرع والقانون بالألفاظ المستعملة في العقود والتصرفات، كما تتعلق بالمقاصد المنشئة لتلك العقود والتصرفات.
- المشرع الجزائري تبعاً للتشريعات العربية، يتوافق كثيراً مع النظر الفقهي في فكرة التصحيح، والفقهاء المحدثون حرصوا على تطعيم القانون من جهة، وعلى الاستفادة من فنياته المقترحة للقيام بإجراءات التصحيح. وهو تكامل مطلوب.
- إن ضرورات السرعة في العقود والتصرفات المختلفة تقتضي فكرة التصحيح، تتوفى بذلك اللجوء المستمر إلى الإبطال، خصوصاً بعد الفوات الذي يحصل سريعاً للمعقود عليه وهو محل العقد بحوالة الأسواق والاستهلاك...

المراجع:

01- القراني، شهاب الدين: كتاب الذخيرة، ط01، 1989م، دار الغرب الإسلامي، لبنان.

<sup>1</sup> - السيوطي، المصدر السابق. ص115.

<sup>2</sup> - مصطفى الزرقا. ج308/1.

- 02- ابن رجب، أبو الفرج الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ط01، 1971م، مكتبة الكليات الأزهرية.
- 03 - الزحيلي، وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته، ط04، دار الفكر، سورية.
- 04- السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط01، 1954. معهد البحوث والدراسات، مصر.
- 05- البابرتي، أكمل الدين، شرح العناية على الهداية، ط01، 1316هـ، دار صادر، بيروت.
- 06- التركماني، عدنان خالد: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط01، 1980م، دار الشروق، القاهرة.
- 07- ابن تيمية، أحمد عبد الحلیم: مجموع الفتاوى، ط01، 1995م، مجمع الملك فهد، السعودية.
- 08- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الكبير، ط01، ب ت، دار الفكر، لبنان.
- 09 - البهوتي، منصور بن يونس: كشف القناع عن متن الإقناع، ط02، 1402هـ، دار الفكر، لبنان.
- 10- الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج، ط01، 1958م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- 11 - الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير ، ط01، ب ت، دار الفكر، لبنان.
- 12- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ردّ المحتار على الدر المختار، ط02، 1966م، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان.
- 13- الزحيلي، المستدرک على الفقه الإسلامي وأدلته، ط01، 1417هـ/1996م، دار الفكر، سوريا.
- 14- الناهي، صلاح الدين، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ط01، 1950، مطبعة العاني، بغداد.
- 15- عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ط01، 1988م، دار النهضة العربية، مصر.
- 16 - السبكي، عبد الوهاب، جمع الجوامع في أصول الفقه، ط01، 2003م، دار الكتب العلمية، لبنان.
- 17 - الخشني، محمد بن حارث، أصول الفتيا ط01، 1985م، الدار العربية للكتاب، مصر.
- 18- الماوردي، أبو الحسن، الحاوي الكبير، 1999م، دار الكتب العلمية، لبنان.

- 19- الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ط01، 1994م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع.
- 20- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، ط01، 1999م، دار الكتاب العربي.
- 21- مسلم بن الحجاج، الجامع الصحيح، ط03، 1972م، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- 22 - ابن القيم، محمد بن أبي بكر، حاشية على سنن أبي داود، ط02، 1415هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 23 - عباس الصراف، جورج حزبون: المدخل الى علم القانون، ط01، 1997م، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان.
- 24- منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، ط01، 2010م، دار الكتب القانونية، مصر.
- 25- عبد العزيز المرسي حمود، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، 1988م، جامعة عين شمس، مصر.
- 26- ابن أمير حاج، محمد بن محمد: التقرير والتحبير، ط02، ب ت، دار الكتب العلمية، لبنان.
- 27 - البابري، محمد بن محمود: العناية شرح الهداية، ط2، ب ت، دار الفكر، لبنان.
- 28 - الزركشي، بدر الدين: المنشور في القواعد، ط01، نشر وزارة الأوقاف الكويتية.
- 29 - الإسنوي، عبد الرحيم: الكوكب الدرّي في ما يتخرج على الأصول النحوية من الفروع الفقهية، ط1، عمان، 1985م، دار عمار، الأردن.
- 30- ابن اللحام، علاء الدين: القواعد، ط1، القاهرة، 1994م، دار الحديث.
- 31- الندوي، علي أحمد: القواعد الفقهية، ط3، 1994م، دار القلم، سوريا.
- 32- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي: المصباح المنير، ط01، ب ت، المكتبة العلمية، لبنان.
- 33- العطار، حسن بن محمد: حاشية العطار على جمع الجوامع، ط01، ب ت، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.