



جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

## نظرية العقد الفاسد في القانون المدني: دراسة مقارنة

إعداد

أنوار ياسر يوسف زيد

إشراف

د. غسان خالد

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول علي درجة الماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

2022

## نظرية العقد الفاسد في القانون المدني : دراسة مقارنة

اعداد :

أنوار ياسر يوسف زيد

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 17\2\2022م، وأجيزت:

 التوقيع :	د. غسان خالد المشرف الرئيسي
 التوقيع :	د. علي مصلح الممتحن الداخلي
 التوقيع :	د. أحمد أبو زينة الممتحن الخارجي

ب

ب

## الإهداء

إلى أرواح الشهداء الأكرم منا جميعاً....

إلى الأسرى، قناديل الحرية وحراس القضية...

إلى من ضحوا بريعان شبابهم وزهرة أعمارهم...

إلى كل حر قال نعم لفلسطين دولة حرة مستقلة للشعب الفلسطيني...

إلى الشعوب العربية الحرة التي قالت لا للتطبيع....

إلى التينبوع الذي لا يملّ العطاء، إلى مَنْ صنَعَتْ سعادتي بخيوطٍ منسوجةٍ من قلبها، إلى التي

أصرت على إيصالني لأعلى درجات العلم والتعلم، إلى مَنْ لم تكُتُبْ بقلمها كلمةً واحدةً لكنّها كتَّبتْ

ما علّمتنا بقلبها وحنانها

أمّي الحبيبة

إلى مَنْ لم يألُ جهداً في أن يبقى واقفاً خلفي لأكون دائماً في المقدمة

أبي الغالي

إلى كل هؤلاء أهدي هذا الجهد العلمي المتواضع.



## الشكر

بدايةً أحمّد الله وأشكره على ما منه عليّ من فضل لإتمام هذا العمل، فإنّ أصبت فهو من توفيقه،  
وان أخطأت فهو مني.

أتقدّم بخالص الشكر وجزيل العرفان إلى جامعة النجاح الوطنية، وإلى كلّية الدراسات العليا في  
الجامعة ممثّلةً بعميدها وأساتذتها الأفاضل، وجميع العاملين فيها.

كما أتقدّم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الدكتور: غسان خالد المشرف على هذه الرسالة، لما  
قدّمه لي من جهد وافر وخير أعانني على إنجاز هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى كلّ مَنْ مدّ لي يد العون والمساعدة بتزويدي بكافّة المعلومات التي  
كانت ذات أهميّة في إعداد هذه الدراسة وخروجها بالشكل المطلوب. وإلى كلّ مَنْ قدم لي يد  
المساعدة طوال فترة دراستي إلى هذه اللحظة.

## الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

### نظرية العقد الفاسد في القانون المدني: دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب:

---

التوقيع:

---

التاريخ:

---

## فهرس المحتويات

ج	الإهداء.....
هـ	الشكر .....
ز	فهرس المحتويات.....
ك	الملخص.....
1	المقدمة.....
3	أهمية الدراسة.....
3	أهداف الدراسة.....
4	مشكلة الدراسة.....
4	منهجية الدراسة ونطاقها .....
4	محددات الدراسة.....
5	الدراسات السابقة.....
7	الفصل الأول: ماهية العقد الفاسد.....
8	المبحث الأول: مراتب انعقاد العقد .....
9	المطلب الأول: العقد الصحيح.....
9	الفرع الأول: تعريف العقد في الاصطلاح.....
13	الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون .....
15	الفرع الثالث: تعريف العقد الصحيح.....
18	المطلب الثاني: العقد الفاسد.....
19	الفرع الأول: تعريف الفساد في الاصطلاح.....
27	الفرع الثاني: ضوابط العقد الفاسد عن الحنفية:.....
29	الفرع الثالث: الحكمة من الأخذ بفكرة العقد الفاسد.....

34	المطلب الثالث: العقد الباطل.....
35	الفرع الأول: مفهوم العقد الباطل.....
37	الفرع الثاني: حكم العقد الباطل.....
39	المبحث الثاني: التمييز بين العقد الفاسد وما يشتبه به من العقود.....
40	المطلب الأول: العقد الموقوف.....
41	الفرع الأول: تعريف العقد الموقوف.....
46	الفرع الثاني: أسباب وقف العقد.....
49	المطلب الثاني: العقد غير اللازم.....
52	المطلب الثالث: ما يميز العقد الفاسد عن العقد الموقوف والعقد غير اللازم.....
53	الفرع الأول: التمييز بين العقد الفاسد والعقد الموقوف.....
56	الفرع الثاني: التمييز بين العقد الفاسد والعقد غير اللازم.....
61	الفصل الثاني: أسباب الفساد.....
62	المبحث الأول: أسباب فساد العقد.....
62	المطلب الأول: الجهالة.....
66	الفرع الأول: الجهالة في الثمن:.....
69	الفرع الثاني: الجهالة في المثلث.....
70	الفرع الثالث: الجهالة في الأجل.....
72	المطلب الثاني: الإكراه.....
73	الفرع الأول: تعريف الإكراه.....
74	الفرع الثاني: أثر الإكراه في فساد العقد.....
77	المبحث الثاني: فساد الشرط المقترن بالعقد.....
78	المطلب الأول: ماهية الشروط المقترنة بالعقد.....
78	الفرع الأول: التعريف الفقهي للشرط المقترن بالعقد.....

79	الفرع الثاني: تعريف الفقه القانوني للشرط المقترن بالعقد
83	الفرع الثالث: أنواع الشروط المقترنة بالعقد
88	المطلب الثاني: أثر اقتران الشرط الفاسد بالعقد
88	الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من الشرط المقترن في العقد
89	الفرع الثاني: أثر وجود الشرط الفاسد في العقد
96	الفصل الثالث: آثار العقد الفاسد
96	المبحث الأول: أثر القبض على العقد الفاسد
97	المطلب الأول: آثار العقد الفاسد قبل القبض
98	الفرع الأول: الموقف الفقهي من العقد الفاسد قبل القبض
101	الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على العقد الفاسد قبل القبض
103	المطلب الثاني: آثار العقد الفاسد بعد القبض
103	الفرع الأول: فسخ العقد الفاسد بعد القبض وخصائصه
106	الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن العقد الفاسد بعد القبض
113	المبحث الثاني: أحوال ثبوت المُلْك في العقد الفاسد
114	المطلب الأول: موانع الرد
114	الفرع الأول: مانع الهلاك
116	الفرع الثاني: مانع الزيادة
123	الفرع الثالث: التصرف في المبيع ببيع صحيح أو هبة
125	المطلب الثاني: تصحيح العقد الفاسد
126	الفرع الأول: موقف الفقه من تصحيح العقد الفاسد
129	الفرع الثاني: طرق تصحيح العقد الفاسد
137	الخاتمة
137	أولاً- النتائج

140	.....	ثانياً- التوصيات
141	.....	المراجع العلمية
b	.....	Abstract

# نظرية العقد الفاسد في القانون المدني

## دراسة مقارنة

إعداد

انوار ياسر يوسف زيد

إشراف

غسان خالد

## الملخص

تناولت الدراسة موضوع نظرية العقد الفاسد في القانون المدني كما جاء في مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فقد تبين من الدراسة بأن جمهور الفقهاء قد قسموا العقد إلى عدة مراتب: صحيح وباطل أو فاسد، ولم يفرقوا في الحكم بين العقد الباطل والفاسد فكلاهما رديف للآخر، فقد قسم الأحناف العقد إلى صحيح وباطل وفاسد، والصحيح عندهم هو ما كان مشروعاً بوصفه وأصله، أي ما كان مشروعاً في ذاته ووصفه، أما الباطل فهو غير المشروع في أصله ووصفه، والعقد الفاسد عندهم هو المشروع بأصله دون وصفه، وأن العقد الفاسد هو من العقود المنهي عنها ولا تترتب عليه أي آثار شرعية، وكذلك أن حكم البيع الفاسد في المذهب الحنفي يختلف عنه بالنسبة للبيع الباطل، فالفاسد إذا ما قبض فيكون له أثر عندهم، على عكس جمهور الفقهاء الذين يرون بأنه لا فرق بين الباطل والفاسد وبالتالي لا أثر له على وجه العموم. وأشارت الدراسة إلى أن انعقاد العقد الفاسد له وجود شرعي لتوافر شروط الانعقاد فيه، إلا أن هذا الوجود ليس مستقراً وليس ثابتاً ويجب إزالته ما لم يزل الوصف الفاسد فيه، وأن النصوص الواردة في مجلة الأحكام العدلية تجمع على أن ضابط البيع الفاسد يكون بسبب الخلل في ركن

البيع ومحلّه أو شروط انعقاده فهو باطل، وإن كان في وصفه أي من شروط صحته فالبيع فاسد، والجهالة المفسدة للعقد هي الجهالة المفضية إلى منازعة، أما الجهالة التي لا تفضي لمنازعة فهي لا تفسد العقد وفقاً للمذهب الحنفي وما جاء في مجلة الأحكام العدلية، وأن هناك خلاف لدى الحنفية في اعتبار الإكراه سبباً من أسباب الفساد من عدمه، فذهب بعضهم إلى أن الإكراه يفسد العقد، وهناك من يرى بأن بيع المكره موقوف، وأن العقد الفاسد يقترب من العقد غير اللازم في أن لكل من عاقيه أو من يخلفهما وينوب عنهما الحق في فسخه بعد إنذار العاقد الآخر دون تراض أو تقاض كما ورد في مجلة الأحكام العدلية.

وتبين من خلال الدراسة أن العقد الفاسد لا يفيد المُلْك قبل القبض، ولا يترتب عليه آثار بل يجب فسخه والتخلص منه؛ لأنه يعد من المعاصي الواجب تجنبها وعدم الاستمرار فيه، وأن العقد الفاسد بعد القبض إنما هو مستحق للفسخ لكن قد يمتنع هذا الفسخ عندما يتصرف المشتري بالمقبوض بالبيع أو الانتفاع أو نحو ذلك، وذلك حتى لا يؤدي الفسخ لإبطال حقه، وفي حال تغير المقبوض بعد القبض بالانتفاع أو البيع أو الهلاك أو نحو ذلك فعندها يمتنع الفسخ لاستحالة رد المعقود عليه إلى ما كان عليه قبل القبض، وإن العقد الفاسد يفيد حكمه إذا اتصل به القبض، ويرجع ذلك إلى أن الفساد في العقد يكون لاختلال في وصفه، والبطان يكون لاختلال في ركنه، وعليه فليس من المنطق أن يتساوى العقدان عندما يكون الاختلال في أحدهما ركناً أو وصفاً، إذ أن الاختلال في الركن أكبر وأخطر من الاختلال في الوصف، فيترتب عليه حكم الفسخ وإن اتصل به القبض لأن الاختلال وقع في صلبه. وإن المشرع الأردني قد أخذ بفكرة العقد الفاسد في نص المادة (170) منه والتي جاء فيها أن: "العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب

فساده صح. ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه. ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون. ولكل من عاقيه أورثته حق فسخه بعد أعذار العاقد الآخر".

**كلمات مفتاحية:** فساد العقد، الجهالة في العقد، الشرط الفاسد، اثار العقد الفاسد، تصحيح العقد الفاسد.

## المقدمة

للعقود أهمية بالغة في حياة الناس عامةً، فلا يكاد يخلو يوم في حياة الفرد من إبرام عقد من العقود، سواء كان عقد بيع، أو إجارة، أو غيرها من العقود الأخرى، ورغم هذه الأهمية؛ إلا أن الكثيرين يجهلون الأمور الجوهرية التي يجب أن يتضمنها العقد حتى ينعقد بشكل صحيح.

وقد وضعت مجلة الأحكام العدلية ثلاثة مراتب للانعقاد، أولها العقد الصحيح وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، وثانيها العقد الفاسد وهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وثالثها العقد الباطل وهو ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه.

ونظرية فساد العقود انفرد بها الفقه الحنفي دون غيره من المذاهب الفقهية، والتي لم تفرق بين كون العقد فاسداً أو باطلاً فكلاهما واحد عندهم، حيث أنهم قسموا مراتب العقود إلى مرتبتين: إما أن يكون العقد صحيحاً أو أن يكون باطلاً، ولا وجود لمرتبة وسطى بينها، فالعقد إما أن ينعقد بشكل صحيح، وإما غير منعقد لأنه باطل أو فاسد فهما بذات المعنى عندهم.

فالفقه الحنفي فرق بين جزاء المخالفة الجوهرية "الأساسية" في العقد، عن جزاء المخالفة غير الجوهرية "الفرعية"، من منطلق أن الجزاء يجب أن يتناسب مع درجة المخالفة المرتكبة، فالعقد الذي توافرت فيه أركانه الأساسية ومقوماته وشروطه، وحصلت فيه مخالفة لبعض نواحيه الفرعية، لا يمكن اعتباره عقداً صحيحاً لوجود مخالفة منهي عنها فيه، وفي نفس الوقت ليس من العدل وضعه في ذات الكفة مع العقد الباطل الذي حصلت فيه مخالفة جوهرية، فكان لا بد من وضعه في مرتبة وسط بين المرتبتين السابقتين.

والعقد الفاسد قبل تنفيذه لا ينتج أثراً، ويجوز للمتعاقدين أو ورثتهما بعد موتهما فسخه بالقول أو الفعل الدال على الرغبة في فسخه، دون الحاجة لقضاء القاضي، أما إذا تم تنفيذ العقد كما لو قبض المشتري المبيع فإن العقد يرتب بعض الآثار كملكية المشتري للمبيع.

أما حق الفسخ بعد تنفيذ العقد الفاسد فلا يثبت للمتعاقدين إلا ببقاء المعقود عليه على حاله حتى يتم رده عند فسخ العقد، فيمتنع الفسخ في حال تغير شكل المعقود عليه أو هلك أو استهلك، كما ويلحق بموانع الفسخ التصرف بالمعقود عليه في العقد الفاسد للغير بعقد صحيح، كما ويمكن الاستمرار بالعقد الفاسد بتصحيحه، ويكون تصحيحه بإزالة السبب الذي أدى إلى فساده.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بنظرية فساد العقود على اعتبار أنها قائمة أساساً على المذهب الحنفي، وأخذ بها كذلك القانون المدني الأردني متأثراً بمجلة الأحكام العدلية، إلا أن المشرع الأردني وبالرغم من أنه قد أخذ بالعقد الفاسد إلا أنه استبعد الأخذ بالأسباب التي تؤدي إلى فساد العقد عند الأحناف، فاعتبر بعض هذه الأسباب لا تؤثر في العقد فيبقى صحيحاً، وقام بتوزيع بقية الأسباب فجعل بعضها يؤدي إلى بطلان العقد والبعض الآخر يؤدي إلى اعتبار العقد موقوفاً.

فهو لم يأخذ بجميع أسباب الفساد الواردة بالمجلة، فاعتبر الإكراه - والذي هو سبب لفساد العقد في المجلة- سبباً لعدم نفاذ العقد، واعتبر الجهالة الفاحشة سبباً لبطلان العقد وليس فساده.

## أهمية الدراسة

تكمن أهمية موضوع الدراسة في كون نظرية العقد الفاسد تساهم في إنقاذ الكثير من العقود من نطاق البطلان إلى نطاق الفساد، وهذا يسهم بشكل جيد في استقرار المعاملات، بالإضافة إلى التقليل من حالات بطلان العقود ما أمكن ذلك، والتي هي غاية معظم التشريعات، وعيله كان لابد من إعطاء هذا الموضوع الأهمية التي يستحقها من خلال التعريف بالعقد الفاسد وأسبابه وآثاره، للتعرف على مدى جدوى الأخذ بنظرية فساد العقود وعدم الاكتفاء بمرتبتي الصحة والبطلان فقط كما فعلت معظم الدول في تشريعاتها.

## أهداف الدراسة

تتمثل أهداف هذه الدراسة في

1. تحديد ماهية العقد الفاسد كمرتبة من مراتب انعقاد العقد في مجلة الأحكام العدلية، وما هي جدوى وفوائد الأخذ به لانقاذ العقود من دائرة البطلان.
2. التعرف على الأسباب التي تؤدي إلى فساد العقد، وأسباب فساد الشرط وأثره على العقد.
3. تحديد أنواع الجهالة التي تؤدي إلى فساد العقد.
4. تحديد متى يعتبر الإكراه سبب لفساد العقد.
5. تحديد موقف القانون المدني الأردني من أسباب الفساد بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، وهل اعتبرها كلها أسباب للفساد.
6. تحديد مصير العقد الفاسد بعد انعقاده، وما الآثار التي تترتب عليه.
7. تحديد متى تثبت الملكية في العقد الفاسد ويمتنع فسخه رغم فساده.

8. تحديد مدى إمكانية تصحيح العقد الفاسد وانقلابه إلى عقد صحيح.

### مشكلة الدراسة

إن نظرية العقد الفاسد قد تميّز بها الفقه الحنفي دون غيره، ولها اهتمام حديث في الفقه الغربي حالياً، وتعد فرصة لتصحيح العقود حسب قاعدة تصحيح العقود أولى من إهمالها، وقاعدة إعمال العقد أولى من إهماله، وبناء على ذلك تتور الاسئلة التالية: ما هي طبيعة نظرية الفساد في الفقه الحنفي؟ وما هي مقوماتها؟ وما الحالات التي يكون فيها العقد فاسداً؟ وما هي الآثار التي يترتبها العقد الفاسد؟ وكيف يتم الاستفادة من هذه النظرية في تصحيح العقود وترتب آثارها؟ وما هي الأمور التي يمكن بها تصحيح العقود الفاسدة؟.

### منهجية الدراسة ونطاقها

سيتم تناول هذه الدراسة من خلال إتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال القيام بتحليل المواد التي أشارت إلى العقد الفاسد في مجلة الأحكام العدلية، بالإضافة إلى المقارنة بينها وبين موقف القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وتوضيح نقاط الاختلاف بينهما، وإبداء الرأي في ذلك.

### محددات الدراسة

سوف تركز هذه الدراسة على مقارنة العقد الفاسد في مجلة الأحكام العدلية مع القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

## الدراسات السابقة

على الرغم من أهمية موضوع العقد الفاسد ضمن بنوده، إلا أن الدراسات التي تعرضت له قليلة، خاصة الدراسات القانونية، وبعد اطلاع الباحث وبذله جهده في البحث عن الدراسات السابقة لهذا الموضوع، فإنه توصل لبعضها:

1. أبو شرح، محمد وائل طلب: "نظرية الفساد في الشريعة الإسلامية" دراسة مقارنة مع مجلة الأحكام العدلية. (رسالة ماجستير). جامعة الخليل. فلسطين. 2018.

وهي رسالة قدمت لكلية الدراسات العليا قسم القضاء الشرعي، تناول فيها الباحث تعريف الفساد، والفرق بينه وبين البطلان، وأسباب الفساد، وأحكامه، وآثاره، حسب الفقه الإسلامي، وتناول في فصله الثاني تطبيقات للفساد في مجلة الأحكام العدلية، دون التطرق بشكل مفصل لنظرية الفساد في مجلة الأحكام العدلية، في حين ان هذه الدراسة ستتطرق لتفصيل نظرية العقد الفاسد في مجلة الأحكام العدلية، بالمقارنة مع القانون المدني الأردني.

2. بركات، اياد توفيق خالد: العقد الفاسد في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي). (رسالة ماجستير). جامعة آل البيت. الأردن. 2004.

وهي رسالة قدمت لكلية الدراسات العليا قسم الدراسات القانونية، تناول فيها الباحث تعريف العقد الفاسد وتأصيله وأسباب الأخذ بفكرة الفساد في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، وبيان أسباب الفساد وآثاره وأحكامه في كلٍ منهما، دون التطرق لما جاء في مجلة الأحكام العدلية عن موضوع فساد العقود، اما هذه الدراسة ستركز على بيان نظرية العقد الفاسد في مجلة الأحكام العدلية، بالمقارنة مع القانون المدني الأردني.

3. اسعد، ماجد عبد الرحمن سليم: الفساد أسبابه وأحكامه في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي. (رسالة دكتوراه). الجامعة الأردنية. الأردن. 2006.

وهي رسالة قدمت لكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، تناول فيها الباحث نظرية الفساد في الفقه الإسلامي من خلال التعريف بها، وبيان ضوابط الفساد في الفقه الحنفي، بالإضافة إلى بيان أسباب الفساد، فتم الحديث عن الجهالة كسبب من أسباب الفساد، من خلال تحديد مفهومها، وضوابطها، وأنواعها، ومدى تأثيرها على العقد، ومن ثم تم الحديث عن الغرر كسبب من أسباب الفساد في الفقه الحنفي، وكذلك تم التطرق للإكراه الذي يؤدي إلى فساد العقد، وتم الحديث عن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد، ثم تم الانتقال للحديث عن حكم العقد الفاسد وآثاره، ومتى يثبت فيه الملك، والضمان في العقود الفاسدة، وهي دراسة فقهية، لم تتطرق للحديث عن نظرية الفساد في القوانين المدنية التي أخذت بنظرية الفساد، أما هذه الدراسة ستركز على القوانين المدنية التي أخذت بنظرية فساد العقود، من خلال التركيز على نظرية الفساد في مجلة الأحكام العدلية، بالمقارنة بالقانون المدني الأردني.

## الفصل الأول

### ماهية العقد الفاسد

يعد العقد بشكل عام والعقد الفاسد بشكل خاص من المواضيع المهمة في الفقه الإسلامي، ويُعد الفقه الحنفي أكثر من راعى الاهتمام بهذا النوع من العقود، فهو بذلك يعد من إبداعات الفقه الحنفي، والحكمة من وراء ذلك تكمن في التقليل من حالات بطلان العقود واحترام إرادة المتعاقدين لا سيما عندما تكون المخالفات في العقد ليست بالجوهرية، أي أنها لا تمس ركناً من أركان العقد بل تتعلق بالإجراءات الشكلية والأوصاف الخارجية للعقد، وقد أخذ القانون المدني الأردني بتنظيم فكرة العقد الفاسد على غرار المذهب الحنفي ومجلة الأحكام العدلية.

فقد أولى فقهاء الشريعة الإسلامية عناية خاصة بالنسبة لتقسيم العقود من حيث الصحة وعدم الصحة، فقد قسموه إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، كما جاء في رأي جمهور الفقهاء، وإلى عقد صحيح وباطل وفاسد كما هو لدى المذهب الحنفي، أما فيما يتعلق بشروط الصحة وهي ما تسمى بأوصاف العقد، فقد اشترط الأحناف خلافاً لجمهور الفقهاء، أن يكون المعقود عليه معلوماً لكل المتعاقدين علماً نافياً للجهالة، خالياً من المنازعة، غير فاسد، مقدور التسليم من غير ضرر<sup>(1)</sup>.

وإزاء ذلك فإن هذا الفصل سيعالج ماهية العقد الفاسد من خلال مبحثين، المبحث الأول يتناول مراتب انعقاد العقد، وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يدرس المطلب الأول العقد الصحيح، ويشرح المطلب الثاني العقد الفاسد، أما المطلب الثالث فيتناول العقد الباطل، في حين يبين المبحث

---

(1) القاسم، محمد إبراهيم: الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة الدراسات الإسلامية والعربية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، مجلد، 6، عدد (36)، الإسكندرية، 2020، ص 830.

الثاني التمييز بين العقد الفاسد وما يشتبه به من العقود، وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب،  
المطلب الأول يشرح العقد الموقوف، أما المطلب الثاني فيشرح العقد الغير لازم، وأخيراً فإن  
المطلب الثالث يتناول ما يميز العقد الفاسد عن العقد الموقوف والعقد الغير لازم.

### المبحث الأول: مراتب انعقاد العقد

ينقسم العقد بالنسبة لمدى توفر أو عدم توفر أركانه وشروط انعقاده إلى عقد صحيح، وعقد فاسد،  
وعقد باطل، وقد قسم فقهاء القانون العقد من حيث صحته أو عدمها إلى قسمين: صحيح، وباطل،  
والعقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً وصادراً من أهله، أي من شخص يتمتع بكامل  
الأهلية، وإضافةً لذلك أن يكون العقد محلاً لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة خالية من  
أي خلل، لكن العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه  
الخارجية، كما لو كان القبول والإيجاب صادرين ممن ليس هو أهلاً للتعاقد أو أن يكون المحل  
غير قابل لحكم العقد، أو أن يكون السبب غير مشروع، أو أن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة  
فاحشة، أو أن يكون العقد غير مستوف للشكل الذي يقره القانون، وقد اختلف الأمر في الفقه  
الإسلامي عن الفقه القانوني الغربي، فالعقد لدى الفقهاء المسلمين وبشكل خاص الفقه الحنفي إما  
أن يكون صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً، والعقد الفاسد يعد مرتبة من مراتب انعقاد العقد بالنسبة للفقه  
الحنفي، والمذاهب الأخرى لا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل فكلاهما باطلان، فمرة تدعوه  
بالباطل ومرة بالفاسد، أما في الفقه القانوني الغربي فقد أخذ بالعقد الباطل<sup>(1)</sup>.

وينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث يتناول المطلب الأول العقد الصحيح، أما المطلب  
الثاني فيشرح العقد الفاسد، في حين أن المطلب الثالث يتناول العقد الباطل.

(1) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، ج4، دار المكتبي، 2008، ص308

## المطلب الأول: العقد الصحيح

فكما هو معلوم فإن العقد هو اتفاق بين طرفين على إنشاء التزام، يثبت أثره في مجلس العقد، ولعل أهم ما ينتج عن العقد هو الالتزام، والعقد لا يتم إلا بوجود طرفين أو أكثر، ويترتب عليه آثار تُسمى بالحقوق، وتنقسم العقود من حيث الصحة إلى عدة أقسام، العقد الصحيح وهو الذي يستوفي أركانه وشروط انعقاده، وصحته، والعقد غير الصحيح أو الباطل وهو الذي لم يستوفِ أركانه وشروط انعقاده، والعقد الفاسد وهو الذي استوفى أركانه وشروط انعقاده ولم يستوفِ شروط صحته.

وينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، يتناول الفرع الأول تعريف العقد في الاصطلاح، أما الفرع الثاني فيتناول تعريف العقد في القانون، أما الفرع الثالث فيشرح تعريف العقد الصحيح.

### الفرع الأول: تعريف العقد في الاصطلاح

يعرف العقد في الاصطلاح بأنه: "كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه، سواء كان يقابله التزام آخر أم لا يقابله، وسواء أكان الالتزام دينياً كالنذر وما شابه، أو دنيوياً كالبيع وما نحوه"<sup>(1)</sup>.

والعقد بأنه اتفاق بين إرادتين أو أكثر نحو إنشاء التزام أو نقله، فالعقد لا يتحقق إلا بطرفين أو أكثر، وهذا هو المعنى الغالب لدى الفقهاء في الاصطلاح الفقهي<sup>(2)</sup>.

وكذلك فإن العقد هو ما ينشأ عنه ارتباط لإرادتين وهذا الارتباط قد يكون من الكلام أو غيره، ويترتب على العقد التزام بين طرفيه كالبيع أو الزواج، أو أنه التزام يكون بإرادة واحدة من غير توقف على شيء كالطلاق<sup>(1)</sup>.

(1) ابن رجب، الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد: القواعد الفقهية، القاعدة الثانية والخمسين، بيروت، دار الكتب العلمية، دون تاريخ نشر، ص77.

(2) البعلي، عبد الحميد محمود: ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة الشرق للعلاقات العامة، عمان، الأردن، 1985، ص45.

وقد ذهب الحنفية إلى تعريف العقد بأنه: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر<sup>(2)</sup>، ويدل هذا التعريف على أن العقد عند الحنفية يشمل ما كان فيه التزام من الطرفين كعقود البيع والشراء والزواج، وكذلك يشمل ما يتم الالتزام به من طرف واحد وبإرادة منفردة وذلك لما في التصرفات الفردية من التزامات عن طريق التبادل من الطرف الآخر كما في التبرعات والهبات والصدقات والوصايا والوقف.

أما تعريف العقد عند المالكية والشافعية فهو: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقود البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغيرها<sup>(3)</sup>.

ومما سبق فالعقد لا يكون إلا فيما يكون بين طرفين من تعاقد أو بمعنى آخر ما يكون عليه الالتزام بين الطرفين باجتماع إرادتيهما.

والعقد كما عرفه الفقيه السنهوري هو: "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله"<sup>(4)</sup>.

ويطلق العقد أيضاً في الاصطلاح ويراد به معنيان:

**الأول - المعنى العام:** وهو كل ما يعقده العاقد على أن يفعله هو، أو يعقده على غيره، فعله على وجه إلزامك إياه<sup>(5)</sup>. وعلى سبيل ذلك يسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً، لأن كل واحد من طرفي العقد أُلزم نفسه بالوفاء به.

---

(1) موسى، محمد يوسف: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص250.

(2) بن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص177.

(3) الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر: البرهان في علوم القرآن، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص122.

(4) السنهوري، عبد الرزاق أحمد: نظرية العقد، المجمع العربي العلمي الإسلامي، دون تاريخ نشر، بيروت، ص80.

(5) الجصاص، أبو بكر بن علي الرازي: أحكام القرآن الكريم، ج2، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص416.

وسمي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل، أو الترك، وكذلك يطلق العقد على العهد والأمان، لأن معطيها قد ألزم نفسه بها<sup>(1)</sup>.

والمراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده، وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به<sup>(2)</sup>.

فلفظة العقد تعني معنى الشمولية لجميع معاملات الإنسان ووعوده<sup>(3)</sup>.

### الثاني - المعنى الخاص:

هناك أكثر من تعريف في المعنى الخاص للعقد، فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"<sup>(4)</sup>.

وقال الجرجاني: "العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"<sup>(5)</sup>.

وعرفه الزركشي بأنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول الإلتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما"<sup>(6)</sup>.

والانعقاد هو: "ارتباط أحد الكلامين ووصله على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ويستعقب الأحكام"<sup>(7)</sup>.

---

(1) الطبري، محمد بن جرير: تفسير الطبري، ج6، دار الفكر، بيروت، 1407هـ، ص46.

(2) الألوسي، أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص222.

(3) ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي: أحكام القرآن، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ص9

(4) حيدر، علي: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، ص404.

(5) الجرجاني، علي بن محمد بن علي: التعريفات، ط1، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ص196.

(6) الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي: المنشور في القواعد، ط2، ج2، تحقيق: يسير فائق أحمد، شركة الكويت للصحافة، الأبناء للمطابع التجارية، الكويت، 1985، ص397.

(7) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السواسي: شرح فتح القدير، ط2، ج3، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص189.

ويستدل من التعاريف السابقة بأنه تدور حول معنى واحد، وهو أن العقد يفيد التقاء إرادتين معاً لتحقيق شيء ما، يتم الاتفاق بينهما على إبرامه وإنجازه، ولا يتم ذلك إلا بوجود هاتين الإرادتين معاً، وهو ما عبر عنه في كلام العلماء بارتباط الإيجاب بالقبول، ومتى حصل الإيجاب والقبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد، وموضوع العقد هو الأثر المقصود منه الذي شرع العقد لأجله، أي حكمه الشرعي، فيصبح كل من طرفي العقد ملزماً تجاه الآخر بالحقوق التي التزم بها بمقتضى العقد.

وقد ورد في تعريف العقد ألفاظاً ذات صلة به، يستحسن التطرق إليها والتمييز بينها وبين العقد، ومنها:

#### الالتزام:

فقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص<sup>(1)</sup>.

#### التصرف:

وهو ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويترب عليه الشرع أحكاماً مختلفة، ويشمل التصرف الأفعال والأقوال، وبناءً عليه فإن التصرف أعم من العقد<sup>(2)</sup>.

---

(1) أبو زهرة، محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، ص200.

(2) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ص91.

## العهد والوعد:

وأصل العهد هو حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال، ثم استعمل في الموثق الذي تلزم مراعاته<sup>(1)</sup>. ويدل الوعد على ترجية بقول: ويستعمل في الخير حقيقة وفي الشر مجازاً، ويطلق الوعد على العهد في الخير غالباً، وقيل: يكون في الخير والشر، والوعد في الشر خاصة<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون

عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"<sup>(3)</sup>.

وقد تناولت نصوص مجلة الأحكام العدلية تكوين العقد في نصوص المادة (101) بقولها: "الإيجاب أول الكلام يصدر عن أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف"، وما ورد في نص المادة (102) من المجلة والتي تنص: "القبول ثاني كلام يصدر عن أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد"، وما جاء في المادة (103) بالنص: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"، ونص المادة (104) من المجلة بالقول: "الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما".

وقد عرفت المادة (87) من التشريع الأردني في القانون المدني العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر"، ومن ثم تناول القواعد العامة للعقد الذي يضمن الوعد

(1) الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص204.

(2) المناوي، محمد بن عبد الرؤوف: التعاريف، ط1، تحقيق: محمد بن رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1410هـ، ص730.

(3) ينظر: المادة (103)، من مجلة الأحكام العدلية، ويلاحظ أنه قد فرق في المواد (103) و(104) من المجلة بين العقد والانعقاد، فالعقد هو الالتزام والارتباط ترتبت عليها الآثار الشرعية أم لم ترتب، أما الانعقاد فهو الالتزام الذي ترتب عليه الآثار الشرعية.

بإبرام العقد وهو ما أكدت عليه المادة (105) من القانون المدني الأردني والتي جاء في نصها: "1- الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، 2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد"<sup>(1)</sup>.

ومما سبق يتبين بأن المشرع الأردني قد أخذ بالإرادة الظاهرة عندما قام بتعريف العقد بارتباط الإيجاب بالقبول، فالإيجاب والقبول هما اللذان قد صدرا من قبل المتعاقدين وارتبطا حيث قاما بتكوين العقد، وتلك الإرادة لا يعتد بها القانون إلا إذا أفرغت في قالب يعتد به القانون ابتداءً، أي أنه يعرف العقد بواقعه الشرعية القانونية<sup>(2)</sup>.

وقد نصت المادة (1/168) من القانون المدني الأردني على أنه: "1. العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة".

ومن خلال هذا النص يتبين بأن القانون المدني الأردني اعتبر أن اختلال الشكل الذي يفرضه القانون لانعقاد العقد يجعل منه باطلاً، وهو بطلان مطلق يجوز لكلا الطرفين التمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقاً لما جاء في الفقرة الثانية من ذات المادة، ويترتب على هذا البطلان إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وهذا ما قضت به المادة (248)

---

(1) ينظر: المادة (105) من القانون المدني الأردني.

(2) أبو البصل، عبد الناصر: دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرة العامة للعقد، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص38.

من القانون المدني الأردني والتي نصت على: "إذا انفسخ العقد أو فسخ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض".

ولقد قسم العلماء العقود إلى عقد صحيح وعقد باطل على خلاف الحنفية الذين قسموا العقود إلى عقد صحيح وعقد فاسد وباطل.

والمشرع الأردني قد تأثر بهذا التقسيم لمراتب العقد في الفقه الإسلامي ولا سيما الفقه الحنفي الذي انفرد في فكرة العقد الفاسد، والسبب في ذلك بأن الفقه الحنفي قد ميز بين أصل العقد ووصفه، أما أصل العقد فهو ركنه وشرائطه، ووصفه هو المحل، وجاء في المذكرات الإيضاحية تعليقاً على المادة (168) من القانون المدني الأردني: "إن ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه فهو الباطل وما كان مشروعاً بأصله دون وصفه فهو الفاسد وما كان مشروعاً بأصله وصفه فهو الصحيح"<sup>(1)</sup>.

ويرى فقهاء القانون أنه عندما قام الأحناف بالتمييز بين أصل العقد ووصفه والتميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد فهو دلالة على أن هناك صناعة فقهية انفرد بها الأحناف<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: تعريف العقد الصحيح

العقد الصحيح هو العقد المشروع في أصله ووصفه، أي أنه يجتمع فيه أركانه وشرائطه من أهلية المتعاقدين وسلامة اللغة والصياغة وقبول محل العقد لحكم الشرع، فعندما يكون أصل العقد أي –

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، ط3، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، 1992، ص 171.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص185.

أركانه- في الفقه مشروعاً، بمعنى أنه لا يخالف النظام الشرعي في أمور جوهرية وكان غير مختل بأوصافه فيكون العقد صحيحاً<sup>(1)</sup>.

وتعرف مجلة الأحكام العدلية في المادة (108) منها البيع الصحيح بأنه: "البيع الجائز وهو البيع المشروع أصلاً ووصفاً"، أي العقد الذي يجمع شروط الانعقاد والصحة، وعليه يكون العقد صحيحاً إذا صدر من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه.

فلكي ينعقد العقد يجب أن تتوفر فيه العناصر الأساسية، والتي يسميها الفقهاء بشرائط الانعقاد، وهي: "1- مطابقة القبول للإيجاب، 2- اتحاد مجلس العقد، 3- تعدد العاقدين، 4- التمييز، 5- محل قابل للتعامل فيه بأن يكون مالاً متقوماً، 6- محل مقدور التسليم، 7- محل معين أو قابل للتعيين"<sup>(2)</sup>.

وإذا تخلف أحد تلك العناصر كان العقد باطلاً أو غير صحيح، أي لا يصح ولا يكون مشروعاً أصلاً، وهو ما نصت عليه المادة (107) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "البيع غير المنعقد هو البيع الباطل".

وجاء في نص المادة (186) من المجلة: "البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط مُعتبر، مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد".

---

(1) شبير، محمد عثمان: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص290.  
(2) بكر، عصمت عبد المجيد: نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015 ص476.

وعرف المشرع الأردني العقد الصحيح في نص المادة (167) من القانون المدني الأردني بأنه:  
"العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض  
قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له."

ويدل نص المادة السابق بأن مبدأ الحرية العقدية لم يأت مطلقاً بل قيده نص المادة سالفه الذكر  
باشتراطها بأن يكون العقد الصحيح مشروعاً بأصله... والمشروعية تفيد عدم مخالفة النظام العام،  
وقد أورد المشرع الأردني في نص المادة (88) من القانون المدني بأنه يصح أن يرد العقد "1.  
على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً مادية كانت أو معنوية 2. على منافع الأعيان، 3. على عمل  
معين أو على خدمة معينة. 4. على أي شيء آخر ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً  
للنظام العام أو الآداب".

وفي ذات السياق فقد أكد المشرع الأردني على مفهوم الرضائية في العقد والتي تشتمل على كل من  
مبدأ الحرية العقدية والعقد شريعة المتعاقدين عندما اشترط توافق الإيجاب والقبول، وكذلك فقد أكد  
على مبدأ المشروعية في العقد من خلال اشتراطه وجوب ثبوت الأثر في المعقود عليه؛ وقيام  
الالتزامات على عاتق أطراف العقد، حيث لا يتحقق هذان الأثران للعقد بوصفه عقداً إلا إذا كان  
صحيحاً، وهذا ما أشارت إليه المادة (167) من القانون المدني الأردني عندما عرفت العقد  
الصحيح.

يتضح مما سبق أن العقد الصحيح هو العقد السليم الذي لا يشوبه أي خلل في أركانه وأوصافه،  
وتتوافر فيه شروط الرضا وتطابق الإيجاب والقبول، والأهلية في المتعاقدين، والشروط اللازمة في

المحل، الشروط اللازمة في السبب، والعقد الصحيح ينعقد في الحال وتترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده، ويلزم كلا من المتعاقدين فلا يجوز الرجوع فيه إلا إذا اتفقا على ذلك.

وفي ضوء ذلك فإن العقد الصحيح يكون نافذاً لازماً، أو نافذاً غير لازم، أو موقوفاً، فالعقد النافذ اللازم هو الأصل في العقود الصحيحة، فينعقد في الحال وتترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده، ويلزم كل من المتعاقدين فلا يجوز الرجوع فيه إلا إذا اتفقا على التقايل منه، وهو ما نصت عليه المادة (114) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات".

ويستدل مما سبق بيانه في تعريف العقد الصحيح بأن مجلة الأحكام العدلية قد تأثرت بالفقه الإسلامي في معظم أحكامها ونصوصها، والمشرع الأردني في القانون المدني قد تأثر بالفقه الإسلامي فأخذ عن مجلة الأحكام العدلية أغلب أحكامه ذات الصلة بالعقد والتي أخذت بدورها تلك الأحكام من الفقه الحنفي، وهو ما جاء في نص المادة (2/2) من القانون المدني الأردني بأنه: "فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقةً لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

### **المطلب الثاني: العقد الفاسد**

في البداية لابد من تعريف العقد الفاسد، وقد سبق وبيننا تعريف العقد، وهنا لا بد من التطرق لمفهوم الفاسد، وينقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، الفرع الاول تعريف الفساد في الاصطلاح، والفرع الثاني ضوابط العقد الفاسد عند الحنفية، والفرع الثالث الحكمة من الأخذ بفكرة العقد الفاسد.

## الفرع الأول: تعريف الفساد في الاصطلاح

الفساد في الاصطلاح فقد اتفق العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الفساد والبطلان في ذات المعنى لا سيما في العبادات بشكل عام، وقد اختلفوا في تعريف الفساد في المعاملات على رأيين: الأول: الأحناف، حيث قسم الأحناف العقود من حيث تحقق الشروط في الانعقاد والصحة إلى منعقدة وصحيحة، ويقابلها باطلة وفاسدة، وجعلوا الفساد مرتبةً وسطاً بين الباطل والصحيح، أما الثاني: وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الذي قسموا العقود إلى صحيحة وباطلة من حيث تحقق شروط الانعقاد والصحة أو انعدامها، والباطل والفاقد عندهم بمعنى واحد في عقود المعاوضات المالية، والفاقد مرادف للباطل فهما اسمان لمسمى واحد<sup>(1)</sup>، ويكون بذلك الفساد عند الجمهور هو ذات تعريف الباطل على عكس الحنفية فهو عندهم نوع خاص قائم بنفسه.

فيرى جمهور الفقهاء بأن الفساد مرادف للبطلان، ويعني مخالفة الفعل للشرع، بحيث لا تترتب عليه الآثار المرجوة منه<sup>(2)</sup>. فإذا كان الفساد والبطلان عندهم بنفس المعنى فإن أسباب الفساد هي أسباب البطلان نفسها التي تؤدي إلى عدم صحة العقد، ولا يترتب عليه أثره المرجو منه.

وأسباب الفساد عندهم ترجع للخلل الواقع في ركن من أركان الفعل أو العقد، أو في شرط من شروط صحته، أو لورود النهي عن الوصف الملازم للفعل، أو عن الوصف المجاور، وهو رأي الحنابلة<sup>(3)</sup>.

---

(1) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي: روضة الطالبين وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب

الإمام أحمد بن حنبل، ط2، ج1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص183.

(2) الزركشي، البحر المحيط، ج2، ص 25، الجرجاني، التعريفات، ص214،

(3) الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص215.

قال أبو الحسن البصري: "إن المنهي عنه إذا كان متى فعل على الوجه المنهي عنه انتفى عنه شرط من شرائطه الشرعية، فإنه يجب أن يفسد، كبيع الغرر، ومتى لم ينتف عنه شرط من شرائطه الشرعية لم يفسده"<sup>(1)</sup>.

وقال ابن رشد: "أسباب الفساد العامة في البيع أربعة: أحدها تحريم عين المبيع، والثاني: الربا، والثالث: الغرر، والرابع: الشروط التي تقول إلى أحد هذين أو لمجموعهما، وهذه الأربعة هي في الحقيقة أصول الفساد، وذلك أن النهي إنما يتعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج، وأما التي ورد النهي فيها لأسباب عن خارج فمنها الغش، والغرر، ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أم منه ومنها، لأنها محرمة"<sup>(2)</sup>.

وعند الجمهور فهناك تعاريف عدة للفساد، فقد عرف المالكية الفساد بأنه: "الفساد في المعاملات عدم ترتب آثارها عليها"<sup>(3)</sup>، وعند الشافعية فالفساد هو: "ما لا يتعلق به النفوذ ولا يحصل به المقصود"<sup>(4)</sup>، وقد عرف الحنابلة الفساد بأنه: "عدم ترتب المقصود من العقود عليه"<sup>(5)</sup>.

والحنفية وهم الأصل في تناول فكرة العقد الفاسد قد فرقوا بين الفساد والبطلان في العبادات وبشكل خاص في الحج، وكذلك فرقوا بينهما في المعاملات، فالباطل عندهم غير المشروع في أصله ووصفه فلا أثر له عندهم، لكن الفاسد عندهم فيعني ما كان مشروعاً في أصله دون وصفه فينبني

---

(1) البصري، أبو الحسن محمد بن علي الطيب: المعتمد، ط1، ج1، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص180.

(2) ابن رشد، محمد بن محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط6، ج2، دار المعرفة، بيروت، 1982، ص125.

(3) القرافي، شهاب الدين أبو العباس شهاب الدين بن عبد الرحمن المالكي: شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1993، ص173.

(4) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي: اللمع في أصول الفقه، ط2، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص6.

(5) المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ط1، ج7، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2000، ص365.

عليه الأثر لديهم إذا ما اتصل به القبض، وعليه فإن مفهوم الفساد عندهم يختلف عن مفهوم البطلان<sup>(1)</sup>.

ويتفق الحنفية مع الفقهاء من الحنابلة والشافعية والمالكية على أن البطلان والفساد فمعنى واحد في مجال العبادات والنكاح، لكنهم يختلفون معهم في مجال المعاملات.

ففيما يتعلق بالعبادات، فيرى الحنفية أنه لا فرق بين البطلان والفساد في العبادات، لذا فإنهم يقيدون لفظة الفساد بالمعاملات، إذ لا فرق بين الفساد والبطلان في العبادات، وهذا ما هو عليه معظم الحنفية، وإن خالفه بعضهم في ذلك<sup>(2)</sup>.

ولعل السبب في عدم وجود الفرق بينهما في العبادات أن الفساد لا يوجد أصلاً في العبادات، فلا يتصور، لأن المتتبع للشروط والأركان يجد فيها أنها جميعاً متعلقة بالأصل، أما وجوده في المعاملات فمتصور<sup>(3)</sup>.

والرأي الراجح لدى الحنفية هو أن العبادات لا فرق فيها بين الفاسد والباطل، وإنما التقريق بينهما في المعاملات، وهي العقود التي تنشئ التزامات مقابلة أو تنتقل الملكية، كالبيع، والإجارة، والهبة، والمخارجة، والصلح على مال، والرهن، والحوالة، والقسمة، والشركة، والمزارعة، وغيرها من العقود<sup>(4)</sup>.

---

(1) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي: رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج2، دار الفكر، بيروت، 1992، ص 394.

(2) محمد، حنان يوسف: البطلان والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2002، ص 92.

(3) هلال، هيثم هلال: معجم مصطلحات الأصول، تعريفات لغوية، شروحات لكتب الأصول، دار الجيل، بيروت، ص 235.

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص682.

ويلعل أبو زهرة استواء الفاسد والباطل في عقد النكاح بقوله: "بأن الأصل في العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة أنها حرام، والعقد هو الذي يوجد الانتقال من الحرام للحلال، فإذا ورد نهي من الشارع عن هذا العقد فقد نفى بهذا النهي التحليل الذي أعطاه النكاح، فيصير العقد لا يثبت حلاً، وبهذا يفقد كيانه ووجوده، ويعتبر غير موجود، ولا فرق في ذلك بين أن يكون النهي لخلل في الركن أو لخلل في الوصف"<sup>(1)</sup>.

ولعل من أشهر ما عرفه الحنفية في الفساد هو تعريف ابن عابدين حيث قال: "هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه". ويعد هذا التعريف هو الأشهر عند الحنفية وسار عليه جل الفقهاء الأحناف، وقد بين ابن عابدين بأن المراد بمشروعية الأصل هو أحد أمرين: الأول: كونه ما لاً منقولاً ولم يقصدوا بذلك جوازه أي صحته ففساده مغل بصحته، والثاني: أنهم أطلقوا المشروعية عليه لأنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعاً أي الوصف المخالف الذي أفسده<sup>(2)</sup>. ويعرف الحنفية الفساد بأنه: "ما شرع بأصله دون وصفه"<sup>(3)</sup>.

ويتبين مما سبق بأن الفقهاء من جمهور المالكية والشافعية والحنابلة قد قسموا العقد إلى صحيح وباطل أو فاسد، كما أنهم لم يفرقوا في الحكم بين العقد الباطل والفساد فكلاهما رديف للآخر، لكن الأحناف قد قسموا العقد إلى صحيح وباطل وفساد، والصحيح عندهم هو ما كان مشروعاً بوصفه وأصله، أي ما كان مشروعاً في ذاته ووصفه، أما الباطل فهو غير المشروع في أصله ووصفه،

---

(1) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص418.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص49.

(3) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل: أصول السرخسي، ج1، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، 1372هـ، ص90.

والعقد الفاسد عندهم هو المشروع بأصله دون وصفه، وعليه فإن الحنفية قد بينوا بأنه إذا كان الخلل في أصل العقد فهو باطل وإذا كان الخلل في وصف العقد فهو فاسد.

والفساد كما عرفه الزرقا هو: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ"<sup>(1)</sup>، وهذا يبين بأن الفساد هو خلل في العقد يترك أثراً باستحقاقه للفسخ.

والحنفية وهم الأصل في تناول فكرة العقد الفاسد فقد فرقوا بين الفساد والبطلان في العبادات وبشكل خاص في الحج، وكذلك فرقوا بينهما في المعاملات، فالباطل عندهم غير المشروع في أصله ووصفه فلا أثر له عندهم، لكن الفساد عندهم فيعني ما كان مشروعاً في أصله دون وصفه فينبني عليه الأثر لديهم إذا ما اتصل به القبض، وعليه فإن مفهوم الفساد عندهم يختلف عن مفهوم البطلان<sup>(2)</sup>.

ولعل من أشهر ما عرفه الحنفية في الفساد هو تعريف ابن عابدين حيث قال: "هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه". ويعد هذا التعريف هو الأشهر عند الحنفية وسار عليه جل الفقهاء الأحناف، وقد بين ابن عابدين بأن المراد بمشروعية الأصل هو أحد أمرين: الأول: كونه مالاً منقولاً ولم يقصدوا بذلك جوازه أي صحته ففساده مغل بصحته، والثاني: أنهم أطلقوا المشروعية عليه لأنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعاً أي الوصف المخالف الذي أفسده<sup>(3)</sup>.

---

(1) الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط10، ج2، مطبعة طربين، دمشق، سورية، 1968، ص687.

(2) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي: رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج2، دار الفكر، بيروت، 1992، ص394.

(3) المرجع السابق، ص49.

وعند الجمهور فهناك تعاريف عدة للفساد، فقد عرف المالكية الفساد بأنه: "الفساد في المعاملات عدم ترتب آثارها عليها"<sup>(1)</sup>، وعند الشافعية فالفساد هو: "ما لا يتعلق به النفوذ ولا يحصل به المقصود"<sup>(2)</sup>، وقد عرف الحنابلة الفساد بأنه: "عدم ترتب المقصود من العقود عليه"<sup>(3)</sup>.

ويتبين مما سبق بأن الفقهاء من جمهور المالكية والشافعية والحنابلة قد قسموا العقد إلى صحيح وباطل أو فاسد، كما أنهم لم يفرقوا في الحكم بين العقد الباطل والفساد فكلاهما رديف للآخر، لكن الأحناف قد قسموا العقد إلى صحيح وباطل وفساد، والصحيح عندهم هو ما كان مشروعاً بوصفه وأصله، أي ما كان مشروعاً في ذاته ووصفه، أما الباطل فهو غير المشروع في أصله ووصفه، والعقد الفاسد عندهم هو المشروع بأصله دون وصفه، وعليه فإن الحنفية قد بينوا بأنه إذا كان الخلل في أصل العقد فهو باطل وإذا كان الخلل في وصف العقد فهو فاسد.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية البيع الفاسد بقولها: "البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً يعني أن يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة"<sup>(4)</sup>، وهنا نرى التقارب وعدم الاختلاف بين تعريف المجلة للفساد وتعريف الأحناف، ذلك أن نصوص المجلة مستوحاة من المذهب الحنفي، وبالرغم من ذلك فإن المجلة لم تقم بتعريف العقد الفاسد بشكل صريح إلا من خلال البيع الفاسد، ويدل النص السابق الوارد من المجلة بأن العقد الفاسد هو العقد المشروع ذاتاً لا وصفاً، كما لو كان المبيع والثمن مجهولاً أو كان أجل دفع الثمن غير معلوم.

---

(1) القرافي، شهاب الدين أبو العباس شهاب الدين بن عبد الرحمن المالكي: شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1993، ص173.

(2) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي: الملع في أصول الفقه، ط2، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص6.

(3) المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ط1، ج7، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2000، ص365.

(4) ينظر: المادة (109) من مجلة الأحكام العدلية.

ويتبين من خلال التعريفات بأنها قد قامت بالتفريق بين أصل العقد ووصفه، والأصل هو أركان وشرائط العقد، والوصف وهو الأمر الملازم للأصل، فإذا اقترن الأصل بوصف ملازم منهى عنه وكان الأصل مشروعاً انعقد العقد لأن الأركان والشروط سليمة وغير منهى عنها، لكن النهي يلحق بالوصف، حيث أن العقد الفاسد هو عقد تتوافر فيه أركان الإيجاب والقبول لكن يتصل به وصف نهى الشارع عنه فيقع الخلل في غير الركن الأساس، أي في وصف من أوصافه أو في شرط من شرائطه فيكون فاسداً.

وقد وضع الفقهاء الأحناف ضابطاً بغية تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل وذلك في عقود المعاوضات، فقد قال العيني: "حاصل الكلام، الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه لانتفاء ركنه ومحلّه"، وقال: "إن كان ما أورث خللاً في ركن البيع هو مبطل، وما أورثه في غيره فهو مفسد"<sup>(1)</sup>.

ومن خلال هذا الضابط يمكن التمييز في كل عقد عن الآخر في عقود المعاوضات المالية أكان فاسداً م باطلاً، وقد عبر الحنفية عن ذلك بالقول: "إن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه دون الثمن، ولذلك يفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن، لأن الثمن غير مقصود بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان"<sup>(2)</sup>.

وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية تطبيقاً لضابط الفاسد في عدد من موادها، وهي على وجه التحديد التالية:

---

(1) العيني، بدر الدين أبو محمد بن أحمد بن موسى بن حسين: البناية شرح الهداية، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 193.

(2) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ص50.

نص المادة (362) والتي جاء فيها: "البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل"، والمادة (363) في نصها: "المحل القابل لحكم البيع عبارة عن المبيع الذي يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً منقولاً، فبيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل"، وجاء في نص المادة (364): "إذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة، كما إذا كان المبيع مجهولاً أو كان في الثمن خلل صار بيعاً فاسداً".

وتدل النصوص السابقة في المجلة بأنها تجمع على أن ضابط البيع الفاسد، إذا كان الخلل في ركن البيع ومحلّه أو شروط انعقاده فهو باطل، وإن كان في وصفه أي من شروط صحته فالبيع فاسد.

ويرى الزرقا بأن مقومات العقد وهي: العاقدان، المحل، الموضوع، الركن (والركن هو الإيجاب والقبول المعبران عن التراضي أو ما يقوم مقامهما في هذا التعبير، فإن توجه النهي إلى أحد هذه المقومات مؤثراً في صلاحها أفاد النهي عدم المشروعية في أصل العقد فيبطل، وإن توجه النهي إلى ناحية فرعية في العقد وكانت المقومات سليمة فالعقد حينئذ مشروع الأصل وغير مشروع الوصف وهو ما يستوجب الفساد لا البطلان، ففي عقد المجنون توجه النهي إلى العاقد وأهليته فبطل العقد، أما بيع الربا فلم يتعلق النهي بمقومات العقد فهي سليمة، وإنما تعلق بالفضل إلى أحد العوضين وهو ناحية فرعية زائدة عن المقومات الأصلية فيكون العقد فاسداً<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، يبدو بأن المشرع الأردني قد أخذ ما أخذ به الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية بالنسبة للعقد الفاسد، فقد نصت المادة (170) منه بأنه: "1- العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح"، فبهذا التعريف نرى

(1) الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 377.

بأن المشرع الأردني قد تأثر بما أخذ الفقه الحنفي، وما جاء في مجلة الأحكام العدلية في تعريف الفساد أو العقد الفاسد، أي أن التشريع الأردني ينسجم في أحكامه مع ما ورد في نصوص وأحكام مجلة الأحكام العدلية.

### الفرع الثاني: ضوابط العقد الفاسد عن الحنفية

ميز الحنفية في المنهيات بين أن يكون المنهي عنه منصباً على أصل الشيء وجذره، وبين أن يكون منصباً لأمر خارج عنه وهو ما أطلقوا عليه وصفاً وليس أصلاً، لذا فإن كل ما أورث خللاً في ركن العقد وفي شرط من شروط العقد كان هذا الخلل قد وقع على أصل العقد فيكون العقد باطلاً، لأنه لا وجود للتصرف، إلا من الأهل في المحل، ويكون العقد فائت المعنى من كل وجه، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام الأهلية في التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل<sup>(1)</sup>.

وركن العقد عند الحنفية هو الصيغة المتمثلة بالإيجاب والقبول الدال على التبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركن الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكية من قول أو فعل<sup>(2)</sup>. أما شرائط الانعقاد فهي عند الحنفية أربعة: شرائط تعود للعاقدين، وإلى نفس العقد، وإلى مكان العقد، وإلى المعقود عليه<sup>(3)</sup>.

فشرائط العاقد تعود إلى شرط العقل، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل، والتعدد، فلا يصح العقد من شخص من طرفين، وأما شرائط العقد فهي موافقة الإيجاب للقبول، وكونه يلفظ الماضي، وفي مكان العقد، وشرطه اتحاد مجلس العقد، وفي المعقود عليه أن يكون موجوداً سمالياً،

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ص20. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص 305.

(2) ابن النجيم، البحر الرائق، ص279، السرخسي، المبسوط، ص15.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 299، ابن النجيم، البحر الرائق، ص279.

منقولاً، مملوكاً، ملكاً للبائع، مملوكاً في نفسه، ومقدور. قال ابن النجيم: "وإلى هنا صارت شرائط الانعقاد أحد عشر: اثنان في العاقد، واثنان في العقد، وواحد في مكانه، وستة في المعقود عليه<sup>(1)</sup>."

ويظهر هنا أن الخلل الحاصل على هذه الشروط بمثابة الاختلال على ماهية الشيء عند الحنفية، وعليه تؤدي لبطلان العقد، لكن هناك خيط رفيع بين شرائط الانعقاد وشرائط الصحة تحدث ألبساً في بعض التطبيقات الفقهية عند الحنفية تؤدي أحياناً إلى وجود لبس بينهما.

ولتقريب الفجوة وإزالة الإشكال في التدخل بين شرائط الانعقاد والصحة فقد فرق الكاساني بينهما بقوله: "وأما شرائط الصحة فأنواع بعضها يعم البياعات كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض، أما الشرائط العامة فمنها ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاد؛ لأن ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة، إذ الصحة أمر زائد على الانعقاد، فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاد كان شرط الصحة ضرورة، وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد عندنا، فإن البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به، وإن لم يكون صحيحاً<sup>(2)</sup>."

ويتبين مما ورد عند الكاساني بأن الفرق بين شرائط الصحة وشرائط الانعقاد واضح بأن الخلل في شرائط الانعقاد يؤدي إلى البطلان، أما شرائط الصحة فتؤدي إلى الفساد وليس إلى البطلان.

وقد حاول الزرقا توضيح وجهة نظر الحنفية عن الفرق بينهما عند حديثه عن مقومات العقد وهي العاقدان والمحل والموضوع، فقال -رحمه الله-: "وكل من تلك المقومات تشترط له شرائط شرعية يجب أن تتوفر فيه ليتم تكوين العقد وانهقاده، وشرائط الانعقاد هذه في العقود نوعان (شرائط عامة، وشرائط خاصة)، فأما الشرائط العامة فهي التي يجب أن تتوفر وجودها في كل عقد، وأما الشرائط

(1) ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ص 289.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص 156.

الخاصة، فهي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها، كاشتراط الشهود في عقد النكاح، ثم ذكر الشروط العامة في سبعة شروط هي: أهلية العاقدين، قابلية محل العقد لحكمه، أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان، أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به، أن يكون العقد مفيداً، بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول، واتحاد مجلس العقد<sup>(1)</sup>.

والحاصل بأن وجهة نظر الحنفية تتركز في أن العقد غير الصحيح ينقسم لقسمين: الباطل والفساد، فإن وقع الخلل في ركن العقد، فإن مصير العقد البطلان، ولا يترتب عليه أثر حينئذ، وأما إن وقع الخلل على العقد في شرطه أو وصفه دون ركنه الأساسي، كان مصيره الفساد<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثالث: الحكمة من الأخذ بفكرة العقد الفاسد

كما سبق بيانه فإن الحنفية هم أول من أخذ بفكرة العقد الفاسد، والذي يقوم على التمييز بين خلل جوهري يصيب العقد في عناصره الرئيسية وهي ركن العقد والتمييز بالنسبة للعاقدين حيث لا بد وأن يتوفر فيهما التعدد والتمييز وعنصر المحل<sup>(3)</sup>، وخلل آخر غير جوهري يكون في أوصاف العقد، عندما تكون صيغة العقد بتطابق القبول والإيجاب في مجال واحد<sup>(4)</sup>، أما المحل فلا بد فيه لكي ينعقد العقد أن يكون موجوداً معيناً وصالحاً للتعامل فيه، فتوافر هذه العناصر مع الشروط المذكورة

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص 350-351.

(2) عبد العزيز، أمير: الأنكحة الفاسدة المنهي عنها في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الأقصى، عمان، 1982، ص 81.

(3) المرجع السابق، ص 363.

(4) الصاعرجي، أسعد محمد: الفقه الحنفي وأدلته، ج2، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، 2000، ص 17-18.

يكفي عند الحنفية لقيام العقد<sup>(1)</sup>، لكن الأثر الناتج عن العقد يستوجب أن تتوافر فيه شروط أخرى في العناصر وهي الأوصاف<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في المراد بالعقد الفاسد على قولين؛ الأول: ما اختلف فيه شرط العقد الصحيح وإليه ذهب الحنفية، وهو أن العقد الفاسد هو عقد مناف للعقد الباطل؛ لأنه لم يخل فيه ركن العقد الصحيح، ويفرقون بينهما في ضمان المعقود عليه وعدمه في التبرعات ونحوها، ويعبر الحنفية أحياناً عن الفاسد بما شرع أصله دون وصفه، وعن الباطل بما لم يشرعاً جميعاً، والقول الثاني: يرى أنصار هذا الرأي بأن الفاسد ما اختلف ركنه أو شرطه، وهو مذهب المالكية والشافعية، ومرادف عندهم للباطل في كثير من العقود المالية، وعبر المالكية عن الفاسد ما لم يترتب عليه آثار العقد الصحيح إلا بدليل يخصه<sup>(3)</sup>.

وبالمجمل يعد الحنفية بأنهم رواد فكرة العقد الفاسد، ويقول الزرقا: "لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد، فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطان، فلا هو بالباطل المنعقد؛ لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية، كما هو الحال في البطان، ولا هو بالصحيح تام الاعتبار؛ لأن فيه إخلالاً بنظام التعاقد، ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية. فالعقد عند جمهور المجتهدين - بالنسبة إلى وجوده الاعتباري وعدمه - هو بين حالتين اثنتين: إما صحيح، وهو المنعقد، وإما باطل أو فاسد وهو غير

(1) الزرقا: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص 312.

(2) سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 144. أبو البصل: عبد

الناصر، دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار النفائس، عمان، 1999، ص 215. السرحان: عدنان، خاطر،

نوري، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، 1997، ص 213.

(3) ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد: المغني، ط 1، ج 2، دار فجر للطباعة، القاهرة، 1990، ص 130 وما بعدها.

المنعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد، بيد أن الاجتهاد الحنفي لحظ أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة بل منها مخالفات أساسية، ومنها مخالفات فرعية، فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالين؛ لأن قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام، والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط، وهو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها، فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة<sup>(1)</sup>.

ويتضح مما سبق بأن الاعتبارات التي دعت الحنفية للأخذ بفكرة العقد الفاسد من أجل إيجاد وسيلة لدعم استقرار التعامل وعدم التضحية باتفاقات ارتضاها الأطراف وسعوا لعقدها، فلا يمكن التجاهل بأن الاعتبارين الأساسيين اللذان ينظر إليهما عند رصد جزاء ما على خلل يصيب العقد من ناحية دعم الإرادة ومن ناحية أخرى استقرار التعامل، وإذا كان مؤدى الاعتبار الأول لإفساح المجال الواسع أمام الإرادة لتنظيم علاقات الأفراد على النحو الذي يريده حقيقته، فإن مؤدى الاعتبار الثاني هو تقييد تأثير ما قد يشوب الإرادة الحقيقية على مصير العقد وعلى صلاحيته لإنتاج أثره، ومن هنا فإن الحنفية في الأخذ بفكرة العقد الفاسد قد وجدوا طريقاً تعزز فيها الاعتبار الثاني وهو تقييد تأثير ما قد يشوب الإرادة الحقيقية على مصير العقد وعلى صلاحيته لإنتاج أثره<sup>(2)</sup>.

---

(1) الزرقاء: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص 673-674.

(2) السنهوري، عبد الزرقاء: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ نشر، ج4، ص272.

وجاء انفرد الحنفية بإفراد مرتبة الفساد في العقود، لأنهم يدركون بأن هناك نوعاً خاصاً من العقود التي تتوسط بين مرحلة الصحة والبطلان في العقود، وهو ما لم يأخذ به فقهاء المذاهب الأخرى في التمييز بين العقد الباطل والعقل الفاسد<sup>(1)</sup>.

ويرى الفقه الحنفي بأن أسباب عدم صحة العقد ليست بدرجة واحدة من الخطورة، فإذا تعلق الأمر بناحية أساسية من نواحي العقد فإن العقد يكون باطلاً، لكن إذا ما تعلق بناحية ثانوية فرعية فإن العقد يكون فاسداً<sup>(2)</sup>.

وقد فرق الحنفية بين أصل العقد ووصفه، ومن هنا فإن العقد الفاسد هو الذي يكون مشروعاً في أصله دون وصفه على عكس العقد الباطل الذي ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، فأصل العقد هو أركانه التي إذا تخلفت يكون العقد باطلاً، بينما يرجع معظم أوصاف العقد إلى المحل، فيجب أن لا يكون المحل منهياً عنه كأن يكون في تسليمه ضرر، أو كما لو كان المحل فيه غرر في وجوده، كأن يقوم العقد على أمر غير مؤكد مما يؤدي إلى تورط العاقد في نتيجة وهمية، أو إذا انطوى العقد على شرط فاسد كشرط الربا مثلاً، وهو شرط محرم في الكتاب والسنة<sup>(3)</sup>.

وعليه فإن العقد يكون منعقداً لكنه يكون فاسداً، وهي حالات يكون العقد في أغلبها صحيحاً من الناحية القانونية ويكون بين الصحيح والباطل عند جمهور الفقهاء<sup>(4)</sup>.

---

(1) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، ج4، دار المكتبي، 2008، ص235.

(2) الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص299، وللمزيد: الطنجي، إبراهيم علي أحمد الشال: طرق تصحيح العقد

الفاسد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد (31)، سنة (21)، 2007، ص173.

(3) المرجع السابق، ص175.

(4) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص148.

وبالنسبة لفقهاء المذاهب الأخرى فإنهم لم يفرقوا بين اختلال الأصل واختلال الوصف، ويرون بأن العقد في كلا الحالتين هو عقد باطل، حيث يرى الشافعية بأن البطلان والفساد هما مترادفان دون فرق بينهما، على اعتبار أن كلا منهما منهي عنه في الشرع، ويستوي بأن يكون النهي عن أصل العقد أو وصفه لأنه المنهي عنه حرام لا يصلح لترتيب الالتزام ولا لثبوت الملك، ومن ثم فإنه لا يجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن العبرة من الأخذ بفكرة العقد الفاسد هي من أجل إنقاذ كثير من العقود من أن تكون باطلة، أي أن الفساد لا يعني بطلان تلك العقود بل تكون منعقدة ويمكن إصلاح ما فيها من الفساد بين المتعاقدين، فالعبرة في العقود تكون للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني كما جاء في نص المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية، والتي أخذت بفكرة العقد الفاسد من الفقه الحنفي دون أن تقدم تعريفاً واضحاً للعقد الفاسد، لكنها أشارت للفساد في العقود لا سيما عقود المعاملات.

وعند الحديث حول صحة أو فساد البيع وغيره من المعاملات المالية فإن المادة (64) من أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية قد عدلت بعض شرائط الانعقاد ونسفت معظم أحكام الفساد نسفاً، فالشرائط الخاصة لصحة البيع قد أصبحت في جملتها ملغاة بحكم الفقرة الأولى من المادة (64) سالف الذكر، والشرائط العامة قد زال معظمها بمقتضى الفقرتين الأولى والثالثة منها<sup>(2)</sup>.

- فالشرط الفاسد قد انقلب بها صحيحاً بمقتضى الفقرة الأولى منها وهذا موافق مع النظر الفقهي اليوم من جهة العرف.

(1) المرجع السابق، ص 151.

(2) الزرقاء، مصطفى أحمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، دار القلم، دمشق، 2012، ص 40-41.

- أما الإكراه فلم تتعرض له المادة وكان الأشبه بهدفها وروحها أن يعتبر الرضا، أي عدم الإكراه شرط لزوم؛ لأن علماء القانون يعدون الإكراه من عيوب الرضا، وهي إنما تسلب لزوم العقد لا شرط لصحة العقد.

- أما الجهالة فقد أفادت الفقرة الثالثة من المادة (64) بأنها لا تضر إلا إذا كانت في ناحية أساسية في العقد، فلو اتفق الطرفان على النقاط الأساسية لاعتبر العقد تاماً، والمحكمة عند الاختلاف تتولى تحديد النقاط الفرعية المجهولة بمعرفة الخبراء، فلو اتفق المتبايعان على أن الثمن هو سعر السوق فإن العقد صحيح، والمحكمة تحدد السعر الذي كان وقت البيع بمعرفة الخبراء بسعر السوق.

#### المطلب الثالث: العقد الباطل

تبين فيما سبق أن العقد الفاسد هو العقد المشروع ذاتاً لا وصفاً، ولعل من أبرز العقود التي تقترب من العقد الفاسد هو العقد الباطل، وهو العقد غير المشروع لا ذاتاً ولا وصفاً، ومن هنا نرى الاختلاف بين العقد الفاسد والعقد الباطل والذي يعتمد على صحة أو عدم صحة الأصل والوصف في كل منهما، ومن هنا وجب التمييز بين العقدين ببيان مدلول الأصل والوصف<sup>(1)</sup>. وسيتم في هذا المطلب التطرق إلى مفهوم العقد الباطل في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني بيان حكم العقد الباطل.

---

(1) عبد البر، محمد زكي: الأصل والوصف في الفقه الحنفي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد (37)، 1997، ص5.

## الفرع الأول: مفهوم العقد الباطل

### تعريف الباطل لغةً واصطلاحاً:

يعرف البطلان بأنه: الضياع والخسران، أو سقوط الحكم<sup>(1)</sup>، ويُقال: بطل الشيء يبطل وبطل وبطلاناً، أي ذهب ضياعاً وخسراناً أو سقط حكمه، والباطل نقيض الحق، وأبطلت الشيء جعلته باطلاً<sup>(2)</sup>.

وفي الاصطلاح يعرف الباطل بأنه: الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها<sup>(3)</sup>، وهناك من يعرفه بأنه: جزء على عدم استجماع العقد لأركانه أو لشروط صحته عند تكوينه، فإذا لم يتوافر ركن من الأركان أو شرط من الشروط حال انعقاد العقد ترتب البطلان كجزء على ذلك، لكن إذا ما توافرت فإن العقد يقوم صحيحاً ويرتب آثاره<sup>(4)</sup>، وأيضاً يعرف بأنه: الجزء الذي يفرض على تخلف ركن من أركان انعقاد العقد أو تخلف شرط من شروط صحته بحيث تمنع ترتيب العقد لأي أثر من آثاره<sup>(5)</sup>.

وهناك من يرى بأن البطلان هو وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لصدوره مخالفاً لقاعدة قانونية، بحيث يعني عدم وجوده في نظر القانون، ويؤدي بالتالي إلى عدم ترتيب آثاره، أي عدم نفاذه<sup>(6)</sup>.

---

(1) الفيومي، أحمد بن محمد: المصباح المنير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص52.

(2) ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، مادة بطل، ص56.

(3) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص432، أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: نظرية الالتزام، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص345، الصدة، عبد المنعم: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص300.

(4) فرح، توفيق: النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، ط2، الدار الجامعية، بيروت، 1991، ص233.

(5) الجبوري، ياسين: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص281.

(6) الشقاوي، جميل: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص55، أحمد، صلاح محمد: بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العامل في علاقات العمل الفردية، دراسة مقارنة، دون ناشر، 2006، ص11.

وذهب اتجاه من الفقه إلى تعريف الباطل (البطلان) بأنه: نظام أو وسيلة للجزاء المدني القصد منه حماية القواعد القانونية الخاصة بإنشاء التصرفات القانونية من خلال منع ترتيب الآثار المقصودة من العقد الذي لم يتم بموجب القانون<sup>(1)</sup>.

وعند مراجعة التعريفات السابقة فإننا نجدها تنصب في مضمون واحد وإن اختلفت في الصياغة، والتي تدور حول بيان الجزاء الذي يقره المشرع لحماية النطاق التعاقدى بنظر القانون على نحو لا يعتد بموجبه القانون بأي تصرف لا تتوافر فيه الأركان العامة للعقد وما اشترطه المشرع لصحة الانعقاد وقيام العقد بنظر القانون.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في نص المادة (110) البيع الباطل: "ما لا يصح أصلاً، ويعني أنه لا يكون مشروعاً أصلاً".

وقد أخذ المشرع الأردني بما جاء في الفقه الإسلامي الحنفي بالتقسيم الثلاثي لأحوال الانعقاد، على نحو اعتبر بموجبه أن العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له، والعقد الباطل هو ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة، والعقد الفاسد وهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وهو ما أكدت عليه المواد (167)، (168)، و(170) من القانون المدني الأردني.

---

(1) فودة، عبد الحكيم: البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص20.

## الفرع الثاني: حكم العقد الباطل

بلا شك أن العقد الباطل في الفقه الإسلامي يأخذ حكم العقد الباطل في القانون المدني، فلا وجود له وهو والعدم سواء، وعليه لا تترتب عليه آثار العقد الصحيح ولا يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذه بل الواجب عدم تنفيذه والغاؤه، فعلى سبيل المثال لو كان العقد عقد بيع فإن ملكية المبيع لا تنتقل للمشتري، وإذا كان العقد في الزواج لا يحل للزوج الاستمتاع.

فالعقد الباطل غير منعقد أصلاً ولا يفيد ملكية الأعيان ولا ينتج أي أثر ولا تلحقه الإجازة، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه دون أن يرفع دعوى أمام القضاء، وللمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها<sup>(1)</sup>.

وإذا نفذ التصرف رغم بطلانه وعدم وجوده شرعاً وجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه مسبقاً، فإذا كنا مثلاً بصدد عقد بيع فللبائع أن يسترد المبيع وللمشتري أن يسترد الثمن، ويكون للبائع أن يسترد المبيع ولو كان المشتري تصرف فيه إلى شخص آخر، فيكون تصرفه تصرفاً في ملك الغير<sup>(2)</sup>.

ويكون العقد صحيحاً كما جاء في الفقه الإسلامي إذا ما توافر فيه ركنا الإيجاب والقبول، وتوافرت فيه العناصر اللازمة لانعقاده وهي<sup>(3)</sup>:

1- تطابق الإيجاب والقبول.

2- اتحاد مجلس العقد.

3- تعدد العاقدين.

---

(1) سلطان، أنور: الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار المطبوعات الجامعي،

الإسكندرية، 1998، ص142، السنهوري: مصادر الحق، ج4، ص135،

(2) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص136، الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص136.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص320.

4- العقل والتمييز.

5- محل مقدور التسليم.

6- محل معين أو قابل للتعين.

7- محل صالح للتعامل فيه، أي مالاً متقوماً مملوكاً

8- أن يكون في العقد أوصافه.

ومن صور البطلان هو أن لا يستتبع الشيء غايته، وعند جمهور الفقهاء الصحة تقابل البطلان، فالبيع إذا كان صحيحاً تترتب اثاره عليه، وبالتالي إباحة الانتفاع بالمبيع، وإذا كان باطلاً حرم الانتفاع به<sup>(1)</sup>.

ومثال على العقد الباطل إذا كان البائع مجنوناً غير مدرك لما قام ببيعه فعندها يكون العقد باطلاً، أو إذا كان المبيع غير مقدور التسليم، أو إذا فقد منه أحد شروط الانعقاد<sup>(2)</sup>.

وأصل العقد هو الركن وشروطه، والركن هو الإيجاب والقبول، وشروط الركن هي التوافق ما بين الإيجاب والقبول واتحاد المجلس، وفي العاقد العقل والتعدد<sup>(3)</sup>، وفي المعقود عليه الإمكان والتعنين والصلاحية للتعامل، أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل، حيث لا يكون المحل منهيماً عنه،

---

(1) الزركشي: بدر الدين، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الكويت، دون سنة نشر، ص320.

(2) محمصاني: صبجي، النظرة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج2، دار العلم للملايين للنشر والتوزيع، 1995. ص12.

(3) ويقصد بالتعدد: اجتماع اثنين أو أكثر من الذوات في العقود أو الحقوق في مسألة يترتب عليها حكم شرعي لجميع أطراف العقد أو الحق أو لبعضهم. الجنابي، هادي عيسى: التعدد في المعاملات المالية وأثره في الأحكام الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، عمان، الأردن، ص8.

ويكون منهيًا عنه إذا كان هناك ضرر في تسليمه أو دخله الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو الجهالة، ويبقى بعد ذلك وصف يعود إلى الرضا وهو أن يخلو من الإكراه<sup>(1)</sup>.

ومما سبق فإن العقد الباطل هو غير المشروع ذاتاً ووصفاً، وهذا ما نصت عليه المادة (168) من القانون المدني الأردني بقولها: "العقد الباطل ما ليس مشروع بأصله ووصفه..".

وقد جعلت مجلة الأحكام العدلية العقد باطلاً إذا كان لا يصح في الأصل، دون أن تشترط عدم صحة الوصف كما اشترطها المشرع الأردني، ولم تعتبر عدم صحة الوصف بمبطل للعقد، بل اعتبرته سبباً لفساد العقد، وهو ما جاء في نص المادة (110) من المجلة بنصها: "البيع الباطل ما لا يصح أصلاً يعني أن لا يكون مشروعاً أصلاً".

### **المبحث الثاني: التمييز بين العقد الفاسد وما يشتهبه به من العقود**

العقد هو ارتباط كلام أحد العاقدين بالآخر على وجه يُثبت أثره في محله، والبناء السليم للعقد يتطلب توافر مقومات وشروط، ومقومات العقد كما بينها الشرع والقوانين المدنية ومنها القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية، تشمل صيغة التعاقد، والعاقدان، والمحل المعقود عليه، وموضوع العقد، أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله، وبالإضافة إلى تلك الشروط لا بد من توافر ثلاثة أنواع من الشروط في العقد ومنها: شروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم، وذلك من أجل البعد عن المخاطر بسبب الجهالة والحوار دون وقوع المنازعات<sup>(2)</sup>.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه المغربي، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 147.

(2) معوض، فؤاد محمد: دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، 1999، ص68.

وتقسم العقود كما سبقت الإشارة إلى عقد صحيح وعقد فاسد وعقد باطل، وهناك العقد الموقوف وهو من العقود الصحيحة، أي عقد صحيح، ولكن فيه تجاوز على حق لغير عاقيه يوجب توقفه على إرادته، أو أنه ينطوي على مانع آخر يمنع نفاذه، ولا يفيد حكمه إلا بإجازته المعتبرة، وهناك عقود غير لازمة، وهو ما سيتم بيانه في هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب: المطلب الأول: العقد الموقوف، المطلب الثاني: العقد غير اللازم، والمطلب الثالث: ما يميز العقد الفاسد عن العقد الموقوف والعقد غير اللازم.

### المطلب الأول: العقد الموقوف

ينظر للعقد الموقوف بأنه العقد غير النافذ، المنعقد والصحيح، وقد اختلف فيه أحد شروط النفاذ والذي لا يترتب عليه أثر إلا بصدور الإجازة ممن يملكها من الناحية الشرعية أو القانونية، وبالمبحث في العقد الموقوف فإنه لم يلق إجماعاً لدى الفقهاء المسلمين على الأخذ به، فقد كان محل خلاف بينهم حول مشروعيته؛ حيث يرى الشافعية بأنه لا يوجد هناك عقد موقوف؛ فقد اعتبروا أن العقد الصحيح هو العقد النافذ حيث أن شروط النفاذ هي شروط الانعقاد، ففي حال تخلف هذه الشروط يكون العقد باطلاً، أما الفقه الحنفي والحنبلي يرون بأنه إذا تخلفت شروط الانعقاد وشروط النفاذ كان العقد باطلاً، ويرى الحنفية والمالكية بأن العقد إذا تخلفت شروط نفاذه يكون موقوفاً، وهذه الشروط هي ولاية العاقد أو ولاية المعقود عليه<sup>(1)</sup>.

وتقسم الباحثة هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول يوضح تعريف العقد الموقوف، أما الفرع الثاني يبين أسباب وقف العقد.

---

(1) القاسم، محمد إبراهيم: الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإسكندرية، مجلد(6)، عدد (36)، 2008، ص 831.

## الفرع الأول: تعريف العقد الموقوف

يعرف الحنفية العقد الموقوف بأنه: "الذي لا حكم له ظاهراً"<sup>(1)</sup>، وقيل: "هو ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك"<sup>(2)</sup>.

وقد عرف المالكية والشافعية والحنابلة العقد الموقوف بأنه: "العقد الصادر ممن ليس له ولاية إنشائية، كالفضولي يبيع مال غيره، والصغير غير المميز يتصرف في ماله تصرفاً دائراً بين النفع والضرر فينقصد العقد موقوفاً على إجازة ممن يملكها شرعاً"<sup>(3)</sup>.

ويعرف العقد الموقوف بأنه العقد الذي يصدر من الشخص الذي لا ولاية له لإصداره لكنه يملك أهلية التعاقد، ومثال على ذلك العقود التي يبرمها الصبي المميز ومن في حكمه كالسفيه والمعتوه وذو الغفلة والمريض مرض الموت<sup>(4)</sup>، فالعقد هنا يكون موقوفاً على إجازة صاحب الحق له، فإذا أجازه صاحب الحق أصبح العقد نافذاً، وإن لم يجزه ولم يوافق عليه انفسخ العقد.

والعقد الموقوف هو ما يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير<sup>(5)</sup>، والعقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير<sup>(6)</sup>.

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص 149.

(2) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 100.

(3) ابن جزى، محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن جزى: القوانين الفقهية، ط1، دار الفكر، بيروت، 1985،

ص248، السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 285، ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ص 147.

(4) عوضين، محمد نجيب: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص121.

(5) ابن قدامة: مرجع سابق، ص40.

(6) النووي، أبو زكريا: المجموع شرح المذهب في فقه الشافعية، ج9، القاهرة، بدون سنة نشر، ص102.

وهناك من عرف العقد الموقوف بأنه: العقد الذي يصدر عن شخص له أهلية التعاقد دون أن تكون له ولاية إصداره، كالعقد الصادر عن فضولي أو من غير مميز كالصبي الدائر بين النفع والضرر ومن في حكمه، ولا يترتب على هذا العقد أي أثر إلا إذا لحقته الإجازة ممن يملكها بحسب الشرع، فإن لم يجزه بطل العقد<sup>(1)</sup>.

لقد أجاز الحنفية هذا النوع من العقود -العقد الموقوف-، حيث أنهم يرون بأن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي سواء بالإذن المسبق من الولي أو بالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، والى هذا القول ذهب المالكية أيضاً<sup>(2)</sup>.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى خلاف ذلك، فالعقد عندهم إما عقداً صحيحاً وإما أن يكون عقداً باطلاً، وعليه فإن الشافعية لم يجيزوا العقد الموقوف على إجازة الولي لأن الولاية عندهم شرط لانعقاد العقد أو نفاذه<sup>(3)</sup>.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية إشارات لتعريف العقد الموقوف، فقد نصت المادة (111) من المجلة: "البيع الموقوف ببيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي". وورد في نص المادة (368) البيع الموقوف على الإجازة هو: البيع الذي يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر". وفي نص المادة (377) "البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة". وبيع الفضولي حسب ما ورد في نص المادة (378) من المجلة: "بيع الفضولي إذا أجازه صاحب

---

(1) الزرقا، مصطفى، مرجع سابق، ص419، السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص181، الزحيلي، وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، ج4، ط3، دار المكتبي، دمشق، 2008، ص333.

(2) القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس: النخيرة، ج4، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص203.

(3) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محم: الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص178.

المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمبوع قائماً والا فلا تصح الإجازة".

وجاء في نص المادة (967) من ذات التشريع على أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تتعقد موقوفةً على إجازة وليه، ووليّه مخير في اعطاء الإجازة وعدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا يجيزها.

ونظم القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، العقد الموقوف وفقاً لنظرية عامة في نصوص المواد (171-175) واعتبر العقد الموقوف بأنه عقد صحيح، وأكد على ذلك في بيان حالات وقف العقد في نص المادة (171): "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفه دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

وقد خلا القانون المدني الأردني من أي تعريف للعقد الموقوف، حيث ترك القانون للفقهاء القانوني تعريف العقد الموقوف، حيث يرى الفقه بأن العقد الموقوف هو العقد المشروع بأصله ووصفه الصادر ممن ليس ولاية إصداره فيتوقف ترتيب الآثار على الإجازة ممن يملك مباشرتها، ويدل هذا على أن العقد الموقوف يوصف بالعقد المشروع بأصله ووصفه، وبقراءة نص المادة السابقة (171) نرى بأن حكم العقد الموقوف بأنه عقد صحيح استكمل كافة الشروط لانعقاده وصحته لكن تنقصه الولاية على محل العقد والولاية على التصرف.

وترى الباحثة أنه عند إمعان النظر في كل من نص المادة (111) من مجلة الأحكام العدلية نرى أن المجلة عند حديثها عن العقد الموقوف أوردت عقد الفضولي كمثال للعقد الموقوف وليس كسبب

من أسباب الوقف فهي لم تحصر أسباب الوقف بحالات معينة بل اعتبرته بيع تعلق به حق الغير وأوردت بيع الفضول كمثال للقياس عليه ولتوضيح الفكرة فقط، أما المادة (171) من القانون المدني الأردني فقد حصرت وحددت حالات وقف العقد وأوردت تصرف الفضولي كأول حالة من حالات توقف العقد بالإضافة إلى ثلاثة أسباب أخرى حددتها على سبيل الحصر وهي تصرف المالك في ملكه الذي تعلق به حق الغير، وتصرف ناقص الأهلية في ماله تصرف دائر بين النفع والضرر، وفي حال صدور التصرف من مكره، ولكنه في نهاية المادة وضع سبيل لوجود حالات أخرى نص عليها القانون في مادة أخرى غير التي حددتها هذه المادة.

ونصت المادة (118) من القانون المدني الأردني على: "2....- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد".

وعليه فإن العقد الموقوف يتضمن التصرفات التي ليس بها ولاية المحل أي ليس مالك للمحل، ولا ولاية التصرف، فهو ينعقد باكتمال شروط الانعقاد، وهو عقد صحيح لا يمكن القول ببطلانه، وأنها وبمجرد تخلف الولاية على المعقود عليه يوقف نفاذ هذا العقد ولا ينتج آثاره، فلا أثر للعقد الموقوف في الواقع بالرغم من أنه عقد صحيح حتى تلحقه الإجازة ممن يملك الحق فيها، فإجازته يعني نفاذ العقد وتبدأ آثاره بالظهور، وعدم إجازته يعني اعتبار العقد كأنه لم يكن<sup>(1)</sup>.

ومما سبق فإن العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ووفقاً لأحكام مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني هو عقد صحيح ولكنه لا تترتب عليه أية آثار إلا بعد الإجازة، وعليه فالعقد

---

(1) المومني، عيسى: العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1989. ص89.

الموقوف هو ليس بالتصرف الباطل لأن الباطل ليس له وجود شرعي كالعدم ولا تترتب عليه أي آثار، أما الموقوف فله وجود شرعي ومادي في فترة توقيفه، وكذلك العقد الموقوف ليس بالعقد الفاسد؛ لأن الفاسد هو ما كان مشروعاً بالأصل لا بالوصف، وأن العقد الفاسد قد تترتب عليه بعض الآثار، فإذا نفذ فيكون بخلاف العقد الموقوف، والعقد الموقوف لا يكون قابلاً للفسخ، حيث لا يجوز فسخه أو الرجوع فيه لا من قبل المتصرف ولا من قبل المتصرف إليه<sup>(1)</sup>.

وبقراءة التعريفات السابقة نرى بأن الفقه الحنفي هو الذي قد تناول بشكل مباشر العقد الموقوف واعتبر أنه هو ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير أو حق بالعقد لغير المالك، وهو أيضاً ما جاء في أحكام مجلة الأحكام العدلية عندما نصت على البيع الموقوف على الإجازة هو: البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضول وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الغير، وهنا نرى أن هناك توافقاً فيما جاء في مجلة الأحكام العدلية والفقه الحنفي، بأن العقد الموقوف ما تعلق بحق الغير أي من قام بالعقد على بيع شيء ليس ملكه وليس حقه ولا يملك ولاية عليه أو ليس له الأهلية بالتصرف به، أما القانون المدني الأردني فقد خلا من أي تعريف مباشر للعقد الموقوف وترك الأمر للفقه القانوني، لكنه أشار إلى أن التصرف يكون موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص أهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، واشترط المشرع الأردني بأن يكون التصرف موقوفاً في حال صدوره عن فضولي في مال غيره أو في مال لمالك تعلق به حق الغير أو من ناقص أهلية في ماله، وبين الأثر المترتب على ذلك وهو النفع أو الضرر.

---

(1) طه، غنى حسونة: القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربية في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، عدد (2)، 1978، ص158.

## الفرع الثاني: أسباب وقف العقد

العقد الموقوف هو عقد صحيح توافرت فيه أركانه وشروط انعقاده وشروط صحته ولكن دخل فيه سبب من أسباب عدم النفاذ، ولتوقف العقد عدة أسباب والتي يمكن شرحها من خلال توضيح حالتين<sup>(1)</sup>:

### الحالة الأولى:

انعدام الولاية على محل العقد: وتتعدم الولاية على محل العقد في ثلاثة حالات؛ وهي أن يتصرف شخصٌ في ملك غيره مثل التصرف الفضولي وهو أن يتصرف الشخص بأملك غيره سواء كان ببيعه أو رهنه أو تأجيريه دون إذن من صاحب المال، فهذا التصرف يعد فضالة ويعد تصرفاً صحيحاً؛ إلا أنه ليس نافذ بحق المالك فلا تنتقل الملكية إلى المشتري، ويكون التصرف موقوف على إجازة المالك، والحالة الثانية هي حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته، والحالة الثالثة هي تعلق حق الغير بالمال محل التصرف مثل تصرف المدين بالمال المرهون فان تصرفه يعد صحيحاً لكنه موقوف على إجازة الدائن المرتهن.

### الحالة الثانية:

انعدام الولاية على نوع التصرف: فقد يتوقف العقد بسبب نقص الأهلية على التصرف القانوني أو بسبب الإكراه أو بمقتضى نص بالقانون مثل تصرف مريض مرض الموت تصرفه يكون موقوفاً على إجازة الورثة لا ينفذ ولا يترتب عليه أي أثر إلا إذا أجازها صاحب الحق، فإذا لم يجيزه صاحب الحق فإنه يبطل.

---

(1) مراحل العقد الصحيح والباطل والموقوف والفاسد، موسوعة ودق القانونية، موقع إلكتروني: <https://wadaq.info/%>، تاريخ الدخول: 2021/6/29، الاثنين، الساعة 3 بعد الظهر.

وجاء في نص المادة (111) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي"، وفي ذات السياق نصت المادة (365) من ذات المجلة بأنه: "يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع أو وكيلاً لمالكة أو وليه أو وصيه، وألا يكون المبيع فيه حق للغير"، وورد في نص المادة (368) من المجلة بأنه: "البيع الذي يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر"، وكذلك فقد نصت المادة (378) من المجلة على: "بيع الفضولي إذا أجازته صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً وإن كان أحد المذكورين هالكا فلا تصح الإجازة".

ومما سبق فإن نص المادة (378) من المجلة يعتبر بيع مال الغير عقد بيع صحيح موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته نفذ وإن لم يجزه فسخ، وبموجب نص المادة (377) من المجلة فإنه إن تمت إجازة عقد البيع من قبل المالك فإن البيع يقيد بحكمه بأثر رجعي منذ إبرام العقد لا منذ إجازته. ولكن إذا انتقلت ملكية المبيع للبيع الفضولي قبل إجازة عقد البيع أو رفضه فإنه وفقاً للرأي الراجح في الفقه الحنفي، أن الملكية لا تنتقل تلقائياً ولا ينفذ عقد البيع تلقائياً، بل ينبغي تجديد العقد من البائع الذي انتقلت له الملكية، فإذا لم يجدد البائع ذلك البيع فإنه يبطل، فإن أصبح الفضولي لأي سبب كان هو مالك للمبيع قبل إجازة أو نقض البيع من المالك السابق فله نقل الملكية إلى المشتري بعقد جديد لا بإجازة العقد السابق.

وقد تناول القانون المدني الأردني العقد الموقوف في نص المادة (171) بقولها: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي<sup>(1)</sup> في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

ومن خلال قراءة ما جاء في نص المادة (171) من القانون المدني الأردني وما جاء في مجلة الأحكام العدلية نرى بأن موقف المشرع الأردني يتقاطع مع ما جاء في المجلة فيما يتعلق بالتكليف القانوني لعقد بيع مال الغير عندما تم اعتبار أن هذا العقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازته فقد نفذ العقد.

لكن هناك اختلاف في موقف المشرع الأردني ومجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بالأثر والنتيجة المترتبة على عدم إجازته، فموجب المادة (378) من المجلة فإن عقد بيع مال الغير إن لم تتم إجازته من قبل المالك فإنه يفسخ حكماً، وهذا يدل بأن عقد البيع صحيحاً من حيث الأركان، وأن الجزاء المترتب على عدم الإجازة من المالك هو الفسخ وليس البطلان، وهنا تختلف المجلة مع موقف المشرع الأردني، حيث اعتبر المشرع الأردني في نص المادة (2/175) من القانون المدني بأن الجزاء المترتب على عدم إجازة العقد هو البطلان وليس الفسخ، وعلى سبيل المثال يكون البائع ملتزماً بتسليم المبيع ونقل ملكيته وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية والالتزامات الأخرى التي قد التزم بها البائع، وكذلك على المشتري الالتزام بدفع الثمن وتسلم المبيع ودفع

---

(1) والفضولي هو: من تصرف في حقوق غيره تصرفاً قولياً وفعالياً دون تفويض مشروع. للمزيد: الزرقاء، مصطفى: المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، 2004، ص503.

المصاريف، لكن إذا رفض المالك إجازة العقد فهذا يعد العقد كأنه لم يكن ولا يترتب عليه أي أثر<sup>(1)</sup>.

وإن كان وفقاً لنص المادة (378) من مجلة الأحكام العدلية أو نص المادة (174) من القانون المدني الأردني فإن الإجازة لعقد بيع مال الغير بوصفه عقداً موقوفاً لا بد من أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط مثل وجود أطراف التصرف الثلاثة وقت الإجازة (المالك والبائع والمشتري)، وأن يكون المبيع موجوداً وقت الإجازة كذلك.

وعليه فالعقد الموقوف فهو عقد صحيح ابتداءً وانتهاءً، أي مع قيام سبب وقفه فيه وبعد زواله، فإذا أجزى التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره لا إلى وقت الإجازة وهنا تعتبر الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة أي انه ينفذ من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة، وهذا ما أكدت عليه المادة (175) من القانون المدني الأردني<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: العقد غير اللازم

لقد انقسم فقهاء المذاهب الإسلامية في اتجاهين حول مدى لزومية أو عدم لزومية العقد، فقد ذهب أنصار الاتجاه الأول وهم الحنفية وقسم من الشافعية والحنابلة<sup>(3)</sup> إلى اعتبار أن العقد غير لازم في عقود البيع؛ عند عدم رؤية المشتري لما سيقوم بشرائه لان هذا يجعل رضاه غير تام، وعليه يكون

---

(1) العويدي، أحمد علي، العجارمة، نوفان منصور، السامعة: خالد رضوان: إجازة العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد (43)، ملحق (4)، الجامعة الأردنية، عمان، 2016، ص1597.

(2) فقد نصت المادة (1/175) من القانون المدني الأردني على: "إذا أجزى التصرف الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".

(3) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1394هـ، ص291، النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف: روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص41، ابن قدامة، موفق الدين عبد الله المقدسي: الكافي، تحقيق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص10.

العقد غير تام وبالتالي غير لازم لأي طرف، فتمام العقد يكون بالرضا به والقبول، ولا يمكن القول بوجود هذا الرضا طالما أن المشتري لم يتمكن من رؤية المبيع، مما يدل أنهم قد اعتبروا العقد غير لازم حتى لو ظهر المعقود عليه بالصفة التي ذكرت عند التعاقد، وقد أعطوا المشتري حق فسخ العقد قبل رؤيته للمبيع طالما كان له الحق فيه بعد الرؤية وكان مطابقاً للوصف<sup>(1)</sup>.

إن اعتبار العقد غير لازم يترتب عليه أن بإمكان المشتري وبارادته المنفردة نقض العقد ولو دون موافقة البائع، وقد أسس أصحاب هذا الاتجاه منح حق فسخ العقد للمشتري على ثبوت خيار رؤية المبيع له باعتباره حالة استثنائية طرأت على العقد فجعلته غير لازم لمن ثبت الخيار له، ومن ثم يكون لهذا الأخير حق إنهاء العقد وفسخه ليس بسبب خيار الرؤية وإنما لأنه في الأصل عقد غير لازم<sup>(2)</sup>.

وقد رد أنصار الاتجاه الثاني وهم من الإمامية والإباضية وقول للحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية<sup>(3)</sup>، على أنصار الاتجاه الأول بأن العقد يجب أن يكون لازماً ولا يمكن فسخه إلا بعد رؤية المبيع، لأن عدم لزومه ثبت نتيجة استعمال الخيار، أي أن عدم اللزوم كان أثراً لاستخدام الخيار الذي يعد مؤثراً ولا يجوز ثبوت الأثر قبل تحقق المؤثر<sup>(4)</sup>، وقد اعتبروا أن عقد البيع قبل استعمال المشتري لخيار رؤية المبيع باتاً لازماً، فهو عقد تم إبرامه بتوافق الرضا بين أطرافه بشكل نهائي،

---

(1) البلخي، نظام الدين، ومجموعة علماء: الفتاوى الهندية، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص64.

(2) زيدان، عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط6، بدون ناشر وبدون مكان نشر، 2002، ص384.

(3) الطبطبائي، السيد علي: رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، ج8، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، ص198، الميزابي، محمد بن يوسف: شرح النيل وشفاء العليل، ط1، القاهرة، 1343هـ، ص232، الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص15، النووي: روضة الطالبين، مرجع سابق، ص44، ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ص10.

(4) العلفي: عبد الله محمد، أحكام الخيارات في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1988، ص389.

بمعنى أن العقد قد تم وفقاً للإيجاب والقبول الصادرين من البائع والمشتري الذين اتفقا على تعليق القدرة على السير نحو العقد أو بالفسخ على تمام الشروط، فيكون العقد بصفته الأصلية المتمثلة باللزوم إلى أن يتحقق استثناء عندها يزول اللزوم ويصبح العقد غير لازم لطرفيه، وقد استدلوا على هذا الرأي من قوله صلى الله عليه وسلم: "من اشترى شيئاً لم يره كان بالخيار إذا رآه"<sup>(1)</sup>.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في نص المادة (115) بأن: "البيع غير اللازم: هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات"، وفي نص المادة (376): "البيع غير اللازم - إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار".

فالعقد غير اللازم يجوز فيه لأي من طرفيه العدول عنه بالإرادة المنفردة طالما لم يتم التسليم، والمشرع الأردني قد تجنب استخدام صيغة تجعل الطرف الأول ملزماً تجاه الطرف الثاني، الأمر الذي لا يجعل من العقد عقداً ملزماً بموجب القانون المدني الأردني، حيث أن المشرع الأردني قد استخدم في نص المادة (636) من القانون المدني عبارة (تمليك) ولم يقل التزام الطرف الأول بنقل الملكية للطرف الثاني، وعليه فطالما أن العقد غير لازم قبل التسليم فالطرف الأول غير ملزم بنقل الملكية للطرف الثاني بعد العقد إلا بعد إتمام شروطه كاملة.

ونرى أن المشرع الأردني قد عالج صفة العقد واعتبر أن العقد غير لازم لصاحب الخيار، حيث نصت المادة (186) من القانون المدني الأردني على: "خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن شرط له الخيار".

---

(1) رواه الإمام أبو حنيفة بسنده عن الهيثم بن حبيب بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه، محمد بن محمود الخوارزمي، جامع مسانيد الإمام الأعظم، ج2، مطبعة حيدر آباد، الهند، 1332هـ، ص25.

وعليه فالعقد لا يكون غير لازم إلا بتوفر شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ. ومن هذه الشروط مثلاً السلامة من العيوب التي تمكّن الطرف الآخر طلب فسخ العقد.

ومما سبق يتبين لنا بأن أسباب عدم لزوم العقد ما يلي:

1- طبيعة العقد- بعض العقود تسمح لصاحبها بوقفها بإرادة ذاتية دون اشتراط موافقة الطرف الآخر مثل الوكالة والوديعة.

2- ثبوت خيار الفسخ إذا ثبت لأحد طرفي العقد أو لكليهما حق فسخ العقد ويكون ذلك على طريقتين: أ-الفسخ بالاتفاق بين الطرفين، ب- خيار الفسخ بحكم القانون إذا مس رضا أحد

الأطراف عيب مثل الإكراه أو الغبن الفاحش مع التغيرير وغيرها

وأن هناك أنواع وأشكال الخيارات التي تجعل العقد غير لازماً وهي كما يلي:

1- خيار الشرط: أي إذا كان العقد يتضمن شرطاً يحق فيه لأحد الأطراف فسخ العقد لمدة معينة.

2- خيار الرؤية: يحق للمتعاقد أن يرى محل العقد خلال مدة متفق عليها فيجيز العقد بعدها أو يفسخه.

3- خيار التعيين: إذا كان العقد يتضمن تعيين المحل خلال فترة معينة.

4- خيار العيب: إذا كان المعقود عليه تتوفر فيه شروط معينة ووجد المتعاقد عيباً فيه يحق له فسخ العقد.

**المطلب الثالث: ما يميز العقد الفاسد عن العقد الموقوف والعقد غير اللازم**

كما سبق الإشارة فإن فقهاء الحنفية هم من انفردوا باستحداث مرتبة العقد الفاسد، بين مرحلة الصحة والبطلان للعقد على عكس فقهاء المذاهب الأخرى الذين لا يميزون بين العقد الباطل والعقد

الفاقد ولا يجعلون ما بين صحة العقد وبطلانه مرتبة أخرى؛ لأن هناك اعتبارات للسياسة التشريعية دعت الأحناف للأخذ بفكرة العقد الفاسد بغية إيجاد وسيلة لدعم استقرار التعامل وعدم التضحية باتفاقات ارتضاها الأطراف وسعوا لعقدها<sup>(1)</sup>.

والأصل هو أن العقد الذي ينعقد صحيحاً نافذاً لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه بإرادته المنفردة، ولكن هناك عقوداً تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين، ومن العقود ما يكون لأحد المتعاقدين أن يرجع فيها وهذه العقود تقبل الفسخ بتراضي طرفيها، وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة، وهي تصبح غير لازمة إذا ما اشترط فيها خيار من الخيارات كخيار الشرط، فإذا وجد خيار لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد ويكون العقد حينها غير لازم، وقد نصت المادة (115) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات"، ونصت المادة (376) من ذات المجلة على: "إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار".

وهناك أوجه اختلاف وأوجه تشابه بين العقد الفاسد والعقد الموقوف والعقد غير اللازم، وسيتم بيان ذلك في هذا المطلب، وسيتم تقسم المطلب الى فرعين، الفرع الاول التمييز بين العقد الفاسد والعقد الموقوف، والفرع الثاني التمييز بين العقد الفاسد والعقد الغير لازم.

### الفرع الأول: التمييز بين العقد الفاسد والعقد الموقوف

#### أولاً- أوجه التشابه:

يعد كلاً من العقد الفاسد والعقد الموقوف بأنهما نتاج لفكر المذهب الحنفي، ويتفقان فيما بينهما على مشروعية الأصل لكل منهما، وتتمثل تلك المشروعية في الأركان والشرائط لانعقاد العقد،

(1) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط2، دار المكتبي، دمشق، 2008، ص235.

فالعقد الفاسد والعقد الموقوف كلاهما عقد قائم ومنعقد لا يُنتج أي أثر، وأن كلاهما قابلاً للفسخ، وذلك بالإشارة إلى أن هذا الاتفاق بين طرفي العقد يكون ظاهرياً؛ لأن العقد الفاسد لم يجتز مرحلة الصحة، بيد أن العقد الموقوف يجتاز مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة ويرتبهن لمرحلة النفاذ لكونه لم يتم تنفيذه بعد لتخلف شرط من شروط النفاذ<sup>(1)</sup>. فهذا يدل على أن العقد الفاسد كالعقد الموقوف لا ينتج أثراً، والأثر يكون بعد التنفيذ فلو كان العقد بيعاً لم يتم بموجبه نقل ملكية المبيع للمشتري ولا الثمن للبائع فإن العقد يكون فاسداً أو موقوفاً.

### ثانياً- أوجه الاختلاف:

العقد الفاسد هو عقد تم انعقاده لكنه غير صحيح لأنه اجتاز مرحلة الانعقاد المتمثلة في توافر ركن الانعقاد وشرائطه الخاصة للانعقاد دون مرحلة الصحة، لكن العقد الموقوف هو من ضمن العقد الصحيح، فهو عقد منعقد بشكل صحيح تتوافر فيه ركن الانعقاد والشرائط الخاصة، لكنه تخلف عنه أحد شروط النفاذ مما يمنعه من ترتب الأثر فيه إلا إذا أجازه ممن له حق الإجازة. ويمكن بيان أوجه الاختلاف بين العقد الفاسد والعقد الموقوف من حيث عدة أمور وذلك كما يلي:

### - ترتيب الأثر:

إن العقد الفاسد لا يرتب أثراً إلا بما يرتبه القانون ويجيزه، مثلاً: إذا ما قام المشتري بقبض المبيع فالملكية لا تنتقل إليه كأثر للبيع الفاسد بل كأثر للقبض، وعليه فالمشتري ملزم بدفع قيمة المبيع، ويعد ثبوت الملكية فيه بالقبض أثراً للقبض إذا رضي المالك صراحةً أو دلالة<sup>(2)</sup>، لكن هذا الملك ليس مطلقاً كالذي يفيد العقد الصحيح (الموقوف) بعد إجازته، بل هو ملك يستحق الفسخ مضمون

(1) الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص135، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ص541.

(2) جاء في نص المادة (371) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض، يعني أن المشتري قبض المبيع بإذن البائع صار ملكاً له، فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان، يعني أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله، وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم القبض.

بقيته في حال أنه قيمي أو بمثله في حال أنه مثلياً لا بالمسمى في العقد، وهو الثمن المتفق عليه ما بين المتعاقدين، كما أنه لا يفيد حق الانتفاع بالملك ولا يفيد من عناصر الملكية إلا من خلال حق التصرف أو ملكية الرقبة دون حق الانتفاع بالمملوك<sup>(1)</sup>. أما العقد الموقوف فلا يترتب أي أثر إلا بعد إجازته، فإذا أجازته من له حق الإجازة رتب الأثر فيه، فمثلاً إذا كان عقد البيع موقوفاً وأجيز العقد التزم المشتري بأداء الثمن المسمى بين البائع والمشتري المتفق عليه لا بأداء قيمة المبيع، والتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري<sup>(2)</sup>.

#### - قابلية الفسخ:

هناك اختلاف من حيث قابلية الفسخ بحسب طبيعة كل عقد، فالعقد الفاسد مثلاً يكون قابلاً للفسخ من الطرفين على حد سواء، فيحق لهما فسخ العقد وأن يحتجوا بذلك الفسخ بسبب الفساد في العقد؛ حيث أنه في العقد الفاسد ليس هناك إلا طرفين في العقد، أما قابلية الفسخ في العقد الموقوف فهي مختلفة باختلاف السبب في الوقف وصاحب الحق في الإجازة، فالعقد الموقوف له منطوق مختلف عن العقد الفاسد في الفسخ، فقد يوجد في العقد الموقوف مثلاً طرفين أو ثلاثة أطراف كما هو الأمر في العقد الفضولي، حيث يوجد البائع والمشتري والمالك<sup>(3)</sup>.

#### - الإجازة وحق صدورها:

من المعلوم بأن الفساد لا يرتفع بالإجازة، فعندما تتم إجازة العقد الفاسد فلا يترتب عليه أي أثر، ويبقى العقد قابلاً للفسخ، سواء تمت إجازته قبل القبض أو بعده، لكون العقد مستوجب الفسخ، ولأنه عقد غير صحيح، فالإجازة لا ترد عليه، والعقد الفاسد لا تلحقه الإجازة إلا أنه من الممكن أن

(1) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، المطبعة الأميرية الكبرى بولاية بولاق، مصر، 1314هـ، ص185.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص305.

(3) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص147.

يصبح عقداً صحيحاً لا فاسداً بعد دفع الفساد منه، لأن عدم الصحة الذي يلحق العقد راجع لوصف فيه لا بقوه الشرع ولا القانون، وليس راجعاً لتخلف في عنصر أو ركن بالعقد أو بأحد المتعاقدين، وقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني: "ولذلك من أحكام الفاسد أنه لا تثبت فيه الشفعة سواء أقبل القبض أو بعده رغم انتقال الملكية إلى المشتري لأن حق البائع لم ينقطع وهي إنما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشتري" (1).

فكل ما يترتب على العقد الفاسد من أثر بأنه يفيد الملك بالقبض برضا مالك المبيع، فهو ليس أثراً من آثار العقد الصحيح النافذ أو الموقوف، بل هو أثر للقبض، وعليه فإن المشتري عندما تنقل إليه ملكية المبيع بباع فاسد يلزم بقيمة المبيع لا بثمنه المتفق عليه، في حين ترد الإجازة على العقد الموقوف من صاحب الشأن، وتؤدي إلى إنفاذه فلا يقبل الفسخ بعد ذلك، وفي هذا المجال نصت المادة (371) من مجلة الأحكام العدلية على: "البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض، يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار ملكاً له، فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان، يعني أن المبيع إذا كان من الكماليات لزمه مثله، وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه".

#### الفرع الثاني: التمييز بين العقد الفاسد والعقد غير اللازم

هناك تشابه بين العقد الفاسد والعقد غير اللازم؛ إذ لا تترتب عليه الملكية بوصفها أثراً رئيساً في العقد إلا بالقبض، وإذا تم التصرف بمحل العقد الفاسد بعد قبضه إلى الغير أو قام سبب يمنع الفسخ فيه أصبح العقد لازماً بالرغم من أن سبب الفساد في العقد لم يرتفع قبل ذلك، والعقد الفاسد هو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر، ويجب فسخه إما بطلب أحد العاقدين أو بواسطة القاضي بمجرد علمه، لأنه يحمي أحكام الشريعة، أما العقد غير اللازم فهو عقد صحيح ويجوز فسخه ولكن

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 304.

ليس مثل العقد الفاسد، حيث أن فسخ العقد غير اللازم لا ينبغي وجود تراض أو تقاض، وسيتم بيان التشابه والاختلاف بين العقد الفاسد والعقد غير اللازم كما يلي:

#### أولاً: التشابه بين العقد الفاسد والعقد غير اللازم:

يكون العقد لازماً إذا صدر عن شخص يتمتع بالأهلية وله ولاية إصداره ولم يتعلق به حق للغير ولا خيار فيه، ولا يملك أي من العاقدين فسخ العقد وإبطاله أو التحلل منه، لكن يجوز لهما ذلك بالاتفاق على فسخه، كعقد البيع وعقد الإيجار والعقود التي تأتي الفسخ كالطلاق والخلع والزواج، ويكون العقد غير لازم بطبيعته إذا كان لأحد الطرفين أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة فقط، أي إن أحد العاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه فهو غير لازم له، أما إذا استوفى العقد أيضاً شرائط اللزوم، وطبيعته تستعصي على الفسخ بإرادة منفردة وخلا من الخيارات المختلفة، فقد انعقد صحيحاً نافذاً لازماً، فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه، ويلزم كل من العاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معاً على التقايل منه، وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود، وحتى إذا بلغ العقد هذه المرتبة العليا من القوة، فهناك من العقود الصحيحة النافذة اللازمة عقود مكروهة، ورد النهي عنها لا لأصل فيها ولا لصفة ملازمة لها، ولكن الأمر مجاور غير ملازم، وذلك كبيع النجش وبيع الركبان وبيع الحاضر للبادي وهذه العقود فاسدة<sup>(1)</sup>.

والعقد غير اللازم هو العقد الذي يجوز لأحد طرفيه أو كليهما طلب فسخه عندما يكون غير لازم بطبيعته، كالوديعة بدون أجر، والوكالة، والهبة، والعارية، والرهن، والكفالة، وإذا ثبت لأحد المتعاقدين خيار من الخيارات، كخيار الشرط، أو خيار العيب، أو خيار الرؤية، ونصت المادة (115) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد

(1) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 88-92.

الخيارات"، وجاء في نص المادة 376 من المجلة على أنه: "إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار".

وجاء في نص المادة (176) من القانون المدني الأردني: "1- يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض، 2- لكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط لنفسه خيار فسخه".

ومما سبق نرى بأن العقد الفاسد يتشابه مع العقد غير اللازم من حيث الأثر المترتب عليه، ويتفقان في أنه في حال أراد أحد العاقدين بعد أن اكتشف بأن في هذا العقد خلل ما يمكن أن يترتب عليه أثر يلحق به الضرر فجاز له فسخ العقد بإرادة منفردة، وهو ما أكدت عليه المادة (376) من مجلة الأحكام العدلية بأن البيع غير اللازم يكون إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار، وهو ما أكدت عليه المادة (1/176) من القانون المدني الأردني بأن العقد يكون غير لازم رغم صحته ونفاذه إذا شرط له حق فسخه، لكن المشرع الأردني قد اشترط أن يكون ذلك بدون تراض أو تقاض.

ويعود عدم لزوم العقد إلى الخيارات التي تمنح صاحبها الحق في فسخ العقد أو التوقيع عليه، فقد نص المشرع الأردني في المواد (177-198) على أربعة أنواع من الخيارات التي تشوب لزوم العقد، وهي: الشرط، وخيار الرؤية، وخيار التعيين، وخيار العيب.

وتجدر الإشارة الى أن الخيارات تكون في اختيار إتمام أو فسخ العقد<sup>(1)</sup>، والخيارات وفقاً لطبيعتها هي عبارة عن تحفظات لصاحب الخيار، وقد قام الفقه الإسلامي بتكييف خيار الشرط باعتباره شرطاً بمعنى الوصف<sup>(2)</sup>.

مما سبق نرى بأن العقد الفاسد يقترب من العقد غير اللازم في أن لكل من عاقيه أو من يخلفهما وينوب عنهما الحق في فسخه بعد إنذار العاقد الآخر، أي بإرادة أي منهم، والعقد غير اللازم هو العقد الذي يجوز لأي من المتعاقدين فسخه بإرادة أحد طرفي العقد أو من يخلفهما أو من ينوب عنهما.

#### ثانياً: الاختلاف بين العقد الفاسد والعقد غير اللازم:

العقد الفاسد غير صحيح ولا يترتب عليه أثر، ويجب فسخه إما بطلب أحد العاقدين أو بواسطة القاضي بمجرد علمه، على العكس من العقد غير اللازم فهو عقد صحيح ويجوز لأي من المتعاقدين فسخه دون تراض أو تقاض، وعليه فإن العقد النافذ غير اللازم يجوز الرجوع فيه من قبل أحد المتعاقدين أو كليهما، أما لطبيعته، كالوكالة والشركة والهبة والوديعة، إذ يجوز لكلا المتعاقدين الرجوع فيه، وكالرهن والكفالة الذي يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه، أو يكون الرجوع فيه وفسخ العقد لوجود خيار الرجوع الذي يجعله غير لازم<sup>(3)</sup>. وعليه فإن خيار الفسخ في العقد غير اللازم يكون في حال وجود عيب في المبيع فهنا يحق لأحد طرفي العقد فسخه دون تراض قبل القبض، أو أن يكون الفسخ بالتراضي والاتفاق على أن يكون هذا الشرط متضمناً في العقد

(1) سرور، مجد شكري: موجز الأحكام العامة للالتزام، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص184.

(2) العوجي، مصطفى: القانون المدني في مقدمة الموجبات المدنية، الالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون تاريخ نشر، ص203.

(3) السنهوري: مصادر الحق، مرجع سابق، ص199.

لمدة معينة، أما في العقد الفاسد فإن الفسخ يكون دون تراض أو طلب أحد المتعاقدين من القاضي فسخ العقد.

فالعقد غير اللازم، هو عقد صحيح منتج لجميع آثاره، غير مهدد بالبطلان، لكنه مهدد بالفسخ لأن أحد المتعاقدين أو كليهما يستطيع الرجوع عنه والتهديد بالفسخ، وهو غير التهديد بالبطلان، فالبطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد، يترتب عليه عدم اكتمال العقد لأركانه، الغير مستوفية لجميع شروطها، بينما في الفسخ، تكون أركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فالفسخ يصيب عقداً وُلد صحيحاً غير مشوب بعيب منذ نشأته، لذا يخرج العقد النافذ غير اللازم عن نطاق التصحيح<sup>(1)</sup>.

---

(1) الذنون، حسن علي: النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مطبعة النهضة، القاهرة، مصر، دون تاريخ نشر، ص33. السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص489.

## الفصل الثاني

### أسباب الفساد

كما سبق الإشارة إلى أن الحنفية هم أول من أخذ بفكرة العقد الفاسد، والتمييز بين خلل جوهري يصيب العقد بأركانه الأساسية، وهي ركن العقد والعاقدين والمحل<sup>(1)</sup>، وخلل آخر يتعلق بأوصاف العقد، ففي حال تم العقد بصيغة القبول والإيجاب في مجلس العقد فذلك يمثل ركن العقد، كما وان العاقدين لا بد وأن يتوافر فيهما التعدد والتمييز<sup>(2)</sup>، أما محل العقد فلا بد وأن يكون موجوداً ومعيناً صالح التعامل فيه حتى ينعقد العقد، فتوافر تلك العناصر والشروط بالنسبة للحنفية تكفي لقيام العقد<sup>(3)</sup>، أما بالنسبة لأثر العقد فيتطلب توافر شروط أخرى في العناصر وهي التي أطلق عليه الحنفية بالأوصاف<sup>(4)</sup>.

وترى الباحثة بأن الرضا في العقد من جهة العاقدين لا يكفي لإنتاج أثر العقد، بل لا بد وأن يقترن بالاختيار السليم والقدرة على التمييز بعيداً عن الجهالة، وأن لا يكون هناك إكراه، فوجود الجهالة والإكراه يعد سبباً من أسباب فساد العقد، إضافةً الى اقتران الشرط الفاسد بالعقد. وهو ما سيتم شرحه من خلال هذا الفصل في بحثين: المبحث الأول يوضح أسباب فساد العقد، وسيتم من خلاله التطرق لتلك الأسباب في مطلبين: المطلب الأول سيبين الجهالة، اما المطلب الثاني

---

(1) الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 674، عبد البر، محمد زكي: أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي، دار الثقافة للنشر، الدوحة، قطر، 1986، ص100.

(2) أسعد، محمد: الفقه الحنفي وأدلته، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، 2000، ص17 وما بعدها.

(3) الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 312 وما بعدها.

(4) أبو البصل: عبد الناصر: دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، دار الفنائس للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 215، السرحان: عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، 1997، ص213، سلطان: أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 144.

فسيخصص لبيان الإكراه، أما في المبحث الثاني فسيتم التطرق فيه إلى فساد الشرط المقترن بالعقد وذلك في مطلبين: المطلب الأول سيوضح ماهية الشروط المقترنة بالعقد، والمطلب الثاني يبين اثر اقتران الشرط الفاسد بالعقد.

### المبحث الأول: أسباب فساد العقد

تقسم أسباب فساد العقد إلى أسباب عامة وأسباب خاصة، وما يهمنا هنا هي الأسباب العامة التي تفسد العقود دون أن يكون لنوع العقد أثر في ذلك، فإذا كان العقد الفاسد يشكل وسطاً بين العقد الصحيح والعقد الباطل، فإن التساؤل الذي يطرح هنا: ما هي الأسباب التي تؤدي لحصول الفساد في العقد؟ فمن الأسباب التي تؤدي لفساد العقد إن كان في الفقه الإسلامي أو القوانين المدنية الجهالة والإكراه، وهو ما سيتم بيانه من خلال هذا المبحث في مطلبين، ففي المطلب الأول سيتم شرح الجهالة كأحد أسباب فساد العقد، وفي المطلب الثاني سيتم تناول الإكراه كأحد أسباب فساد العقد.

### المطلب الأول: الجهالة

الجهالة التي تفسد العقد هي التي تفضي إلى منازعة بين طرفيه، أما الجهالة التي لا تفضي إلى منازعة فلا تفسده، إذ ينبغي أن يكون كل من المبيع والتمن معلومين بشكل كاف كي لا يحدث منازعة بين طرفي العقد، فإذا كان في أي من المبيع أو الثمن جهالة تمنع من التسليم وتكون مانعاً من الرضا فإنها تفسد البيع، وهو ما يراه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>(1)</sup>. بيد أن الفساد عند الجمهور هو رديف البطلان<sup>(1)</sup>.

(1) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص156، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد

وفي ذات الإطار فقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أن الجهالة الفاحشة تفسد البيع دون اليسيرة في المادة (1578) تحت عنوان "الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة في الإقرار": يشترط أن لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة وأما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الإقرار. مثلاً لو أقر أحد بقوله: إن هذا المال لرجل، مشيراً إلى مال المعين الذي هو في يده أو هذا المال لأحد من أهالي البلدة الفلانية ولم يكن أهالي تلك البلدة معدودين لا يصح إقراره، وأما لو قال: إن هذا المال لأحد هذين الرجلين أو لأحد من أهالي المحلة الفلانية وكان أهل المحلة قوماً محصورين فيصح إقراره وعلى تقدير أنه أقر على الوجه المشروح وقال أن هذا المال لهذين الرجلين فلهما أن يأخذا ذلك المال من المقر إن اتفقا ويملكانه بعد الأخذ بالاشترار وعن اختلافهما فلكل منهما أن يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فإن نكل المقر عن يمين الاثنين يكون ذلك المال كذلك مشتركاً بينهما وإن نكل عن يمين أحدهما يكون ذلك المال مستقلاً لمن نكل عن يمينه وإن حلف للاثنين يبرأ المقر من دعوتهما ويبقى المال المقر به في يده".

فمن الأسباب التي تؤدي لفساد العقد كما يراه الأحناف هي الجهالة، وتكون الجهالة إما في المبيع أو في قيمته المالية وقد تكون في أجل البيع، فالجهالة فيما يخص المبيع تكون في حال لم يتم تحديده بشكل دقيق مما يؤدي لجهالة في معرفته، فمثال ذلك لو قام شخص ببيع سيارة من بين عدد من السيارات المملوكة له دون أن يحدد نوعها وأوصافها تحديداً دقيقاً، فهذا يعد جهالة في المبيع، وجهالة الثمن تعني عدم تحديد ثمن المبيع تحديداً دقيقاً، وقد ورد في بدائع الصنائع: "إن

---

معوض، وعادل احمد عبد الموجود، ج18، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص188، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دون تاريخ نشر، ص160، ابن قدامة شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الجماعلي: الشرح الكبير على متن المقنع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، دون تاريخ نشر، ص27.  
(1) القرافي، أبو العباس شهاب الدين احمد بن إدريس بن عبد الرحمن: أنوار البروق في أنواع الفروق، ج3، عالم الكتب، بدون تاريخ نشر، ص265.

العلم بالمبيع والتمن علماً مانعاً من المنازعات شرط صحة البيع، فإذا قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول"<sup>(1)</sup>.

ويكون الفساد في العقد في حال عدم تحديد نوع الثمن كما لو كان في البلد الذي تم فيه البيع أكثر من نوع عملة تستخدم، ففي هذه الحالة لا بد من تحديد نوع الثمن عند البيع، وفي هذا الأمر فقد أورد الحنفية استثناءين وهما: الأول: يتمثل في أن أحد أنواع النقود أكثر رواجاً من النقود الأخرى، ففي هذه الحالة ينصرف الثمن إلى هذا النقد الرائج، والثاني: يتمثل بأن تكون هذه النقود متساوية من حيث القيمة<sup>(2)</sup>.

ومما سبق ترى الباحثة بأن المبيع والتمن يجب أن يكونا معلومين علماً يمنع من المنازعة، فإذا كان أحدهما مجهلاً جهالة تفضي إلى منازعة فيكون العقد فاسداً، ولكن إذا كان المبيع والتمن مجهولاً لا يفضي إلى منازعة فلا يفسد العقد.

ولم يأخذ المشرع الأردني في القانون المدني بالعقد الفاسد في حال الجهالة في المبيع أو الثمن، حيث نرى بأنه لم يجعل من الجهالة سبباً لفساد العقد، بل اعتبرهما سبباً لبطلانه على عكس ما جاء به الحنفية، فالمادة (466) من القانون المدني الأردني قد نصت على: "يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة"، وبالنسبة لإبطال العقد بسبب جهالة المبيع فقد دلت المادة (467) من القانون المدني الأردني على ذلك، حيث أشارت إلى أن المشتري ليس له حق في إبطال العقد إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، مما يدل على

---

(1) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص 356.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص359.

أن المبيع إذا لم يكون معلوماً للمشتري فيحق له إبطال العقد لجهالة المبيع، ويستفاد كذلك من نص المادة (3/161) من القانون ذاته والتي نصت على: " فإذا لم يعين المحل على النحو المقدم كان العقد باطلاً".

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأنه: " وحيث أن إبطال البيوعات الواقعة على قطعة الأرض موضوع الدعوى وأن الوكالة والحالة هذه تجيز المطالبة بإبطال البيوعات الواقعة على قطعة الأرض وما يتفرغ عن ذلك وبالتالي لا يوجد أي جهالة في الوكالة وبالتالي فإن الإبطال استناداً إلى عقد الوكالة باطل وعليه يجب إبطال البيع "(1).

وفي القضاء الفلسطيني فقد أصدرت محكمة استئناف رام الله قرار لها جاء فيه: " وسنداً لما تقدم فإن المحكمة وعملاً بأحكام المادة 223 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 تقرر قبول الاستئناف موضوعاً وإلغاء الحكم المستأنف وتبعاً لذلك وبما لمحكمتنا من صلاحية موضوعية وحيث أن وكالة وكيل المستدعي في الطلب الصادر به الحكم المستأنف تعترتها الجهالة الفاحشة مما يرتب البطلان في عقد الوكالة ، فإن المحكمة تقرر عدم قبول الطلب رقم 2018/111 محكمة تسوية سلفيت كونه مقدم ممن لا يملك الحق في تقديمه وتضمين المستدعي (المستأنف ضده) رسوم الاستئناف والمصاريف ومبلغ 20 دينار أردني أتعاب محاماة"(2).

---

(1) ينظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها العادية رقم (2015/496)، بتاريخ 2015/4/29. منشورات مركز عدالة.  
(2) ينظر: قرار محكمة استئناف رام الله، رقم (2018/1532)، بتاريخ 2019/2/26. المنشور في موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية (مقام).

والجهالة قد ترد على أكثر من نوع، فقد ترد على الصيغة، أو العاقدين، أو الثمن، أو المثلث، فمنهاج الفقهاء في تقسيم الجهالة تنحو هذا المنحى تبعاً لأطراف العقد ومكوناته، وسيتم تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، الفرع الاول يتحدث عن الجهالة في الثمن، في حين انا الفرع الثاني يشرح الجهالة في المثلث، واخيراً الفرع الثالث يتناول الجهالة في الاجل.

### الفرع الأول: الجهالة في الثمن:

والثمن: هو ما يثبت في ذمة ديناً عند المقابلة<sup>(1)</sup>.

يكون الثمن مجهولاً في بعض الاحيان جهالةً قد تقضي لحصول منازعة بين طرفي العقد، والجهالة في المبيع تبطل العقد أو تفسده، فالعلماء قد توسعوا في استعمال الجهالة، ومن الأمثلة على الجهالة في الثمن أن يبيع الشخص رزمةً من الثياب على أنها عدد محدد كألف ثوب وكل ذراع بمائة درهم، فإن وجدها زائدة عن الألف لزم من ذلك جهالة المبيع فيكون البيع فاسداً، ومثال آخر كأن يبيع الشخص شاةً من قطيع غنمه دون تعيينها أو فحصها فهذا البيع فاسد للجهالة؛ لأن الأغنام تتفاوت فيما بينها في الصحة أو المرض والقوة أو الضعف، وهذا يفشي لمنازعة بسبب جهالة في المبيع<sup>(2)</sup>.

---

(1) ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ص 153.

(2) ابن الهمام: فتح القدير، ج2، ص 274، العيني: البداية شرح الهداية، ج8، ص23.

## والجهالة في الثمن تكون على أنواع:

**جهالة في المقدار:** كأن يبيع اثنان على ثمن لم يحددا مقدار ما اتفقا عليه من قيمته، مثاله: كقوله بعتك هذا الشيء بقيمته، فالبيع فاسد، لأنه جعل ثمنه قيمته، وأنه تختلف باختلاف المقومين، فكان مجهولاً<sup>(1)</sup>.

**جهالة الوصف:** كأن يتفق المتعاقدان على الاستتجار بمائة ديناً مثلاً دون تحديد لصفة هذه المائة، فالنقود وإن كانت متساوية في الرواج، لكنها متفاوتة في المالية، لذا لا بد من تحديد الوصف لمظنة النزاع المترتب عن هذا الاختلاف، فينشأ النزاع، لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى، فيفسد البيع، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس<sup>(2)</sup>، فإذا كانت مظنة اختلاف الناس وجب تحديده عند العقد، وتكاد تتفق كلمة الفقهاء على أن الثمن إذا لم يسم يلجأ إلى عرف الناس وتعاملهم، فينصف النقد إلى غالب نقد البلد<sup>(3)</sup>.

ويرى الحنفية أن الأثمان المطلقة عن الإشارة لا يصح العقد بها، إلا أن تكون معلومة القدر والصفة؛ لأن التسليم واجب بالعقد، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع، فالتسليم يمتنع بها، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، ويفوت الغرض بالمطلوب من البيع<sup>(4)</sup>.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص158.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ص 531.

(3) ابن مفلح، المبدع، ص34، الكاساني، بدائع الصنائع، ص158.

(4) ابن النجيم، البحر الرائق، ص295.

وفي هذه الحالة يكون العقد الذي جهل فيه الثمن حكمه الفساد عند الحنفية، فإذا ارتفعت هذه الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ورضي الآخر صح لارتفاع المفسد قبل تقررره، فصار كالبينات المقارن له<sup>(1)</sup>.

ويوافقهم في ذلك المالكية والشافعية والحنابلة، في أن من شروط البيع كون الثمن معلوماً للمتعاقدين حال العقد، لأن الثمن أحد العوضين، فأشترط العلم به كالمبيع، والجهل في الثمن يؤدي إلى بطلان العقد في هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

وقد نص المشرع الأردني في القانون المدني في المادة (1/161) بأنه: "1- يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة". وجاء في نص ذات المادة البند رقم (3) "إذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً".

وهو ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بأنه: "يجب تعيين جنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره في بيع السلم بحيث يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ويتبع ذلك القواعد العامة المتعلقة بطريقة تعيين المعقود عليه عندما يكون من المثليات"<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة (130) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أن: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً".

(1) ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ص 539.

(2) الخرخشي، مختصر الخرخشي، ص 23، البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 174، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 266.

(3) ينظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2013/1113)، بتاريخ 2014/5/16، منشورات مركز القسطاس القانوني الأردني.

ومما سبق يستدل بأن القانون الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني ينصان على بطلان العقد إذا كان المبيع غير معين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة أو به غرر، وهذا يعني أن العقد الذي يجهل فيه الثمن يكون فاسداً.

وجاء في نص المادة (204) من مجلة الأحكام العدلية بأن: "المبيع يتعين بتعيينه في العقد. مثلاً لو قال البائع بعتك هذه السلعة وأشار إلى سلعة موجودة في المجلس وقبل المشتري لزم البائع تسليم تلك السلعة بعينها وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها".

### الفرع الثاني: الجهالة في الثمن

فالجهالة في الثمن ترجع إلى جهالة الجنس، جهالة الذات، جهالة النوع، جهالة الوصف، جهالة المقدار. فجهالة الجنس: كأن يقول البائع للمشتري بعتك سلعة من غير أن يسميها، أو بعتك شاة كذل، دون أن يحدد جنسها، وهذه الجهالة من أعظم أنواع الجهالات، لأنها تتضمن جهالة الذات والنوع والصفة<sup>(1)</sup>. أما جهالة الذات: كأن يقول البائع للمشتري: بعتك شاة من هذا القطيع دون تحديد الشاة، فالجهالة مفضية للمنازعة<sup>(2)</sup>.

وجهالة النوع كأن يقول البائع للمشتري: بعتك كراً من حنطة، فالحنطة أنواع، منها الرديء ومنها السليم، فذلك يؤدي لاختلاف النوع مما يؤدي للتنازع<sup>(3)</sup>. أما جهالة الصفة، كقول البائع للمشتري:

(1) ابن النجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ص28، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ص593،

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص158، ابن مفلح، المبدع، ص20، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص16.

(3) السرخسي، المبسوط، ص125، ابن عابدين، رد المحتار، ص530. ابن النجيم، البحر الرائق، ص295.

بعتك قفيزاً من الحنطة الشامية، دون بيان صفة هذه الحنطة<sup>(1)</sup>. وجهالة المقدار، كأن يبيع البائع صبره دون بيان مقداره، كأن يقول للمشتري: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: الجهالة في الأجل

ورد في الفقه والقانون بأن ثمن البيع أنواع كبيع معجل وهو ما يعرف ببيع السلم، وثن حال يدفع لحظة تسليم المباع، وثن مؤجل يدفع عند وقوع الأجل، والثن المؤجل يجب أن يكون معلوماً ليقع فيه البيع صحيحاً، وقد يكون الأجل مجهولاً، فهذه الجهالة في الثمن المؤجل تفسد العقد، ومثال ذلك، أن يبيع الشخص للمشتري بضاعة بمثل مؤجل إلى موسم أو عيد ما، فإن تم بيان أي عيد أو موسم صح البيع وإلا وقع فاسداً للجهالة في الأجل<sup>(3)</sup>، كأن يبيعه البضاعة مثلاً لأول فصل الشتاء فهذا أجل مجهول إذ قد يتقدم الشتاء أو يتأخر.

ولا بد من التفريق بين ذكر تلك الأجال المجهولة في العقد بأن يتم ذكرها عند العقد أو تضاف إليه قبل القبض، فالأول يفسد العقد للجهالة في الأجل، والثاني هو من باب التأجيل ويغتنر فيه الجهالة اليسيرة<sup>(4)</sup>.

ويكون الأجل معلوماً، أو يكون مجهولاً، فالأجل المعلوم هو الأجل الذي يعرفه المتعاقدان ولا يشكان فيه، بأن يكون معلوماً للطرفين قطعاً للنزاع، والأجل المجهول، هو الذي لا يعرفه

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ص 531.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ص 355، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ص 16.

(3) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ص 81.

(4) المرجع السابق، ص 82.

المتعاقدان، أو كان مما يتقدم أو يتأخر، فهذه الجهالة فيه مانعة من التسليم والتسلم الواجب بالعقد، فهذا يطالبه في قريب المدة، وذلك في بعيدها، فيحدث النزاع بين المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

ويرى بعض الحنفية أن الأجل المجهول ينقسم إلى الأجل المجهول جهالة فاحشة (متفاوتة) كالتأجيل إلى هبوب الريح ومجيء المطر، والأجل المجهول جهالة يسيرة (متقاربة) كالبيع إلى الحصاد والدياس والجزاز، وقدم الحاج، ويرى بعض المحققين منهم كالسرخسي في التأجيل لهبوب الريح على أنه شرط اقتران بالعقد، وذلك لأن التأجيل إلى هبوب الريح قد يتصل بكلام العاقد فيفهم من ذلك أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد<sup>(2)</sup>.

ومجلة الأحكام العدلية قد نصت في المادة (156) منها بأن التأجيل: "هو تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين".

وبالعودة للقانون المدني الأردني فليس هناك نصاً تشريعياً حول جهالة الأجل، لكن أشارت المادة (483) لذلك بقولها: "التمن في البيع المطلق يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسماً لأجل معلوم".

فهذا النص يبين أن الأصل في التمن أن يستحق معجلاً، إلا إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على أن يكون الدفع مؤجلاً أو مقسماً، ولكنها في ذات السياق قد بينت أن يكون الأجل معلوماً، دون بيان الجزاء في عدم معلومية الأجل، وفي هذه الحالة يجب العودة للقواعد العامة في نظرية الحقوق الشخصية، أو لنصوص مجلة الأحكام العدلية التي تطبق بما لا يتعارض مع أحكام القانون المدني الأردني؛ لأن نص المادة (1/1448) تنص على: "يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون

(1) ابن عابدين، رج المختار، مصدر سابق، ص 530.

(2) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص 27.

من مجلة الأحكام العدلية"، وبما أنه لا يوجد نص متعارض في القانون المدني ولا يوجد نص يوضح جزاء عدم معلومية الأجل فإنه لا بد من الاستناد إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية عملاً بنص المادة السابقة من القانون المدني الأردني (1/1448)، والنص الذي يمكن الاستناد إليه في مجلة الأحكام العدلية هو نص المادة (248) التي تنص على: "تأجيل الثمن إلى مدة غير معينة كأقطار السماء يفسد البيع".

أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد بين حكم البيع المؤجل عندما يكون الثمن مؤجلاً، فقد نصت المادة (451) منه على: 1- إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله".

ومما سبق ترى الباحثة بأن عدم معلومية أجل الثمن هي فساد للبيع وهو ما أكد عليه الفقه الحنفي، لأن الثمن يكون مؤجلاً لأجل غير معلوم، وفيما يتعلق بالجزاء فقد أحسن المشرع الفلسطيني عندما أشار لجزاء عدم الوفاء بالثمن المؤجل.

وعليه يمكن القول بأن الجهالة هي التي تفضي إلى المنازعة سواء كانت في المبيع أو الثمن أو الأجل، أي جهالة في النوع أو القدر أو الوصف أو القيمة، فمثل تلك الجهالة تفسد العقد.

### **المطلب الثاني: الإكراه**

اعتبرت مجلة الأحكام العدلية الإكراه هو أحد الأسباب التي تؤدي إلى فساد العقد، متأثرة بذلك بالفقه الحنفي، في حين أن القانون المدني الأردني اعتبره أحد أسباب توقف العقد. وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعيين، الفرع الأول سيخصص لتعريف الإكراه، في حين سيخصص الفرع الثاني لبيان أثر الإكراه في فساد العقد.

## الفرع الأول: تعريف الإكراه

يعرف الإكراه بأنه الإلزام أو الإجبار على ما لا يحبه الفرد طبعاً أو شرعاً، والإكراه هو اسم لما يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب<sup>(1)</sup>.

وفي التشريع الأردني الإكراه كما ورد في نص المادة (135) من القانون المدني الأردني هو: "إجبار للشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه". ولم يرد في مشروع القانون المدني الفلسطيني ما يدل على تعريف الإكراه. أما في مجلة الأحكام العدلية فقد عرفت المادة (948) الإكراه بأنه: "هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر مُجبرٌ ولذلك العمل مكره عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به"، ومما سبق نرى بأن القانون الأردني يتفق مع ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في تعريفها للإكراه.

وتطرق مشروع القانون المدني الفلسطيني للإكراه في التعاقد، حيث نصت المادة (126) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: "1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس. 2- تكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، 3- يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه"، وجاء في نص المادة (127) بأنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد

---

(1) الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين، التعريفات، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص33.

المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

### الفرع الثاني: أثر الإكراه في فساد العقد

اختلف الحنفية في اعتبار الإكراه سبباً من أسباب فساد العقد من عدمه، فهناك من يرى بأنه مفسد يثبت به الملك بالقبض، وهناك من يرى بأنه بيع موقوف وليس بفاسد<sup>(1)</sup>، وبيع المكره فاسد وموقوف بالنسبة للحنفية، حيث أن بيع المكره فاسد لانعدام الرضا الذي هو شرط نفاذ العقد، وهو بالإجازة يصح ويزول الفساد فيكون بذلك فاسداً موقوفاً، فالموقوف قسمين: منه ما هو فاسد كبيع المكره، ومنه ما هو صحيح كبيع الصبي وبيع العبد وبيع المحجورين<sup>(2)</sup>.

وذهب بعض الأحناف إلى ما ورد عن السمرقندي بأن بيع المكره يفيد الملك موقوفاً على الإجازة، ولا يظهر هذا النوع من البيع عند العقد بل عند الإجازة وهذا معنى التوقف، والفاسد ليس كذلك، وحجة ما ذهب إليه السمرقندي أن المكره لو أجاز البيع لجاز، وهذا لا يكون في البيع الفاسد، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة، وكذلك أن بيع المكره لا يفيد الملك بالقبض والفاسد يفيد وعلى هذا يثبت الفرق بينهما<sup>(3)</sup>.

---

(1) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ص130.

(2) السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص47.

(3) الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 182.

وعند المذاهب الأخرى فقد ذهب المالكية إلى أن بيع المكروه غير لازم، وعند الشافعية والحنابلة لا يصح بيع المكروه، كأن يجبر شخص آخر على بيعه بيته وإلا قتله، فالبيع هنا غير صحيح<sup>(1)</sup>.

ولا بد من التمييز بين البيع المكروه والبيع الفاسد، حيث يظهر الفرق بينهما بما يلي<sup>(2)</sup>:

- 1- البيع المكروه يجوز بإجازة المكروه، والفاسد لا يجوز بالإجازة.
- 2- بيع المكروه يُنتقض تصرف المشتري منه، أي في حال لم يجز المكروه البيع فإنه ينقض تصرف المشتري بالمبيع وإن تعلق به حق الغير، وفي الفاسد يسقط الحق بالفسخ.
- 3- أن القيمة في بيع المكروه تعد في وقت العقد لا وقت القبض.
- 4- في بيع المكروه الثمن والمُثمن أمانة في يد المكروه، مضمون في يد غيره.
- 5- أن بيع المكروه لا يفيد الملك بالقبض والفاسد يفيد.

ومما سبق يمكننا القول بأن توافر الإكراه لا يمكن ان يؤدي الى اعتباره موقوفاً وفاسداً في ذات الوقت، فالموقوف هو عقد صحيح بالنسبة للحنفية، أما الفاسد فهو مخالف للصحيح ويأتي في مرتبة وسط بين الصحيح والباطل، فكيف يكون العقد الموقوف الذي هو جزء من العقد الصحيح فاسداً، وكذلك فإن الفرق بين بيع المكروه والبيع الفاسد جلي وواضح سبق بيانه، فبيع المكروه بيع تحققت أركانه وشرائط صحته فهو صحيح موقوف لعدم توافر ركن الرضا، أما البيع الفاسد فليس كذلك.

---

(1) الشريبي: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص334، ابن اللحام: علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البجلي الدمشقي، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، ج1، دون طبعة، المكتبة العصرية، دمشق، 1999، ص67.

(2) ابن النجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 241 وما بعدها.

وبالعودة للقانون المدني الأردني فقد أشارت المادة (141) في نصها على أنه: "من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده".

وفي ذات السياق نصت المادة (142) من القانون على أنه: "الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب أو منعها من أهلها مثلاً لتتنازل عن حق لها أو نهب له مالمّا فعلت كان تصرفها غير نافذ".

وجاء في نص المادة (171) من القانون ذاته: "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

وبذلك فإنه يصبح من الواضح أنه وفقاً لأحكام القانون الأردني في حال توافر الشروط اللازمة لتحقيق الإكراه فإنه يعتبر عيباً في الرضا ويجعل العقد موقفاً<sup>(1)</sup>.

وجاء قرار محكمة التمييز الأردنية ليؤكد على أن العقد الموقوف ليس عقداً باطلاً، حيث نص القرار على أنه: "إذا كانت العقود التي ثبت انعقادها مع المدعى عليهم ليست عقود باطلة وإنما هي موقوفة على إجازة الورثة فإنه لا تنطبق عليها أحكام المادة (168) من القانون المدني باعتبارها ليست باطلة"<sup>(2)</sup>.

---

(1) أبو البصل، عبد الناصر، مرجع سابق، ص 316.

(2) ينظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2002/969)، هيئة خماسية، بتاريخ 2002/9/23.

وقد رجح الفقيه القانوني عبد الرزاق السنهوري الوقف في بيع المكره وذلك لجملة من الأسباب كما يلي<sup>(1)</sup>:

1- أن بيع المكره قد ينتج أثراً باعتباره تصرفاً شرعياً وذلك إذا لحقته الإجازة قبل القبض أو بعده، والبيع الفاسد لغير الإكراه لا ينتج أي أثر باعتباره تصرفاً شرعياً.

2- بيع المكره كواقعة مادية لا يرتب عليه المشرع استقرار الملك إذا تصرف المشتري في المبيع وتداولته الأيدي.

3- أن بيع المكره يتفق مع بيع الفاسد لغير الإكراه، فهو كتصرف شرعي قابل للفسخ قبل القبض، وهو كواقعة مادية ينقل ملكاً مستقراً إذا تصرف المشتري بالمبيع تصرفاً غير قابل للفسخ.

وترى الباحثة بأن المشرع الأردني في نصوصه يخالف ما ذهب إليه الحنفية في أثر الإكراه والذي هو الفساد في العقد، بينما أثره في القانون الأردني هو عدم نفاذ العقد فلا ينتج أثره حتى يجاز، أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد ذهب لأبعد من ذلك بحيث أنه أجاز إبطال العقد في البيع المكره.

### **المبحث الثاني: فساد الشرط المقترن بالعقد**

الشرط المقترن بالعقد من الأمور التي تخرج عن أركان التصرفات القانونية، حيث أن بعض المتعاقدين (البائع أو المشتري) يضيفوه على العقد لتحقيق منفعة لهم، أو قد يكون الشرط المقترن على المعقود عليه، وقد لاقى الشرط المقترن بالعقد اهتماماً كبيراً بالنسبة للفقهاء المسلمين

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 134.

والقانونيين، وعليه سيتم من خلال هذا المبحث شرح ماهية الشرط المقترن بالعقد في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني تناول أثر اقتران الشرط الفاسد المقترن بالعقد.

### المطلب الأول: ماهية الشروط المقترنة بالعقد

لقد حظي الشرط المقترن بالعقد باهتمام الفقهاء المسلمين واهتمام القانونيين كذلك، وبالرغم من التباين في التعريفات لديهم إلا أنهم أوردوا تعريفات تحدد معنى الشرط المقترن بالعقد بصورة عامة دون تخصيصه بعقد ما.

### الفرع الأول: التعريف الفقهي للشرط المقترن بالعقد

عرف الحنفية الشرط المقترن بالعقد بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة"<sup>(1)</sup>.  
وعرف الحنابلة الشرط المقترن بالعقد بأنه: "إلزام أحد المتبايعين الآخر بسبب العقد بكل ماله فيه من منفعة"<sup>(2)</sup>.

أما المالكية فقد عرفوا الشرط المقترن بالعقد بأنه: "دلالة اللفظ الذي علق عليه الحكم بشرط ثبوت نقيض هذا الحكم للمسكوت عنه إذا انتفى عنه ذلك الشرط"<sup>(3)</sup>. وذكر الشافعية الشرط المقترن بالعقد بأنه: "ما كان مؤثراً في الشيء بأن كان مؤسساً لا مؤكداً، لكن قد يرد مؤكداً في الشيء إذا لم يوجد ما يؤثر فيه، كما لو اشترط التسليم في البيع"<sup>(4)</sup>.

---

(1) ابن النجيم، تقي الدين أبي إبراهيم بن محمد: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ نشر، ص39.

(2) البيهوتي: كشاف القناع، مصدر سابق، ص389.

(3) ابن الحاجب، جمال الدين أبي عمرو بن أبي بكر المقرئ: مختصر السؤال والأمل في علمي الأصول والجدل، مجلد1، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2006، ص 943.

(4) الزركشي، بدر الدين بن بهاور الشافعي: المنتور في القواعد، ج1، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1982، ص 222.

ومن خلال التعريفات السابقة نرى بأن تعريف الحنفية قريب من تعريف الشرط بصورة عامة، حيث أنه لم يبين أثر الشرط المقترن، أما في التعريف الحنبلي فإنه قد خصص نطاق الشرط المقترن بعقد البيع فقط على الرغم من أن هذا الشرط يجد نطاقه في أغلب العقود، وفي تعريف المالكية فإنه لم يركز على الزيادة عن أصل العقد، لكنه بين أثر الشرط في العقد وما يحدثه من تصرفات قانونية، وفي تعريف الشافعية فإن الشرط لديهم هو ما يؤسس لأمر غير موجود ولا مؤكداً لأمر موجود إلا إذا لم يوجد شيء يؤثر فيه حيث من الممكن أن يكون مؤكداً، ويبدو من تعريف الشافعية للشرط المقترن بالعقد أن يكون مؤسساً نحو الاتفاق على أمر غير موجود وغير مؤكد، أي العقد على بيع مستقبلي لهذا فإنه يقترن بشرط، فهذا الشرط يأتي مؤسساً للالتزام تبعية، ومن الممكن أن يكون مؤكداً في أكثر من حالة وليس مقيداً بحالة واحدة، كما الحال في الاتفاق على تسليم المبيع على نحو ما.

### الفرع الثاني: تعريف الفقه القانوني للشرط المقترن بالعقد

عرف الكثير من فقهاء القانون الشرط المقترن بالعقد بصورة عامة دون تخصيصه بعقد ما، فهناك من يعرفه بأنه: "التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه، وهو كل أمر التزم به العاقد زيادةً على التزامه الأصلي في العقد"<sup>(1)</sup>.

وهناك من عرفه بأنه: "الشرط الذي يدرجه المتعاقدون في اتفاقاتهم وتصرفاتهم القانونية والذي يكون الهدف منه تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر، لذلك يأخذ هذا الشرط شكل بند

---

(1) الحكيم، عصمت عبد المجيد: نظرية العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ نشر، ص71.

في العقد، ويتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على أحد طرفي العقد أو التصرف أو كليهما<sup>(1)</sup>.

وهناك من ذهب إلى أن الشرط المقترن في العقد هو: "الشرط الذي يضاف إلى العقد ليغير بعض أحكامه العامة ويتصل بالمعقود عليه في الغالب"<sup>(2)</sup>، وهناك من عرفه بأنه: "التزام بأمر مستقبلي ممكن ومشروع يضيفه المتعاقدون إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تعديلاً، أو تغييراً، أو إضافة"<sup>(3)</sup>.

وجاء في الفصل الرابع من مجلة الأحكام العدلية في حق البيع بالشرط، وفي نص المادة (186) البيع بشرط يقتضيه العقد؛ حيث نصت المادة على: "البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر، مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد".

وجاء في نص المادة (167) من القانون المدني الأردني بأن: "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهلة مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيح ولم يقترن به شرط مفسد".

أجاز المشرع الفلسطيني أن يكون عقد العمل مقترناً بشرط وهو ما جاء في نص المادة (28) من قانون العمل الفلسطيني بقولها: "ينظم عقد العمل باللغة العربية متضمناً شروط العمل الأساسية

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998، ص98.

(2) شهاب، أحمد سلمان: سميم، جواد كاظم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الإسلامي، ط1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2015، ص 142.

(3) الشكري، إيمان طارق: أثر الشرط في حكم العقد، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018، ص21.

خاصة الأجر ونوع العمل ومكانه ومدته، ويقع من طرفيه، وتعطى نسخة منه للعامل، وللعامل إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات القانونية". وهو ما أكد عليه قانون التجارة الفلسطيني في نص المادة (70) والتي نصت على أنه: "يتم عقد النقل حينما يتفق الفريقان على عناصره وشروطه حتى قبل تسليم الشيء إلى الناقل من قبل المرسل إلا إذا اتفق الفريقان صراحة أو ضمناً على تأخير إبرام العقد إلى ما بعد التسليم".

ومن التعريفات الفقهية والقانونية السابقة للشرط المقترن بالعقد نرى بأنه لا يوجد تعريف محدد له بل جاء على العموم في كافة العقود، ومن هنا يمكننا تعريف الشرط المقترن بالعقد بأنه: الأمر العارض المشروع والمستقبلي المحتمل الوقوع، الذي يؤثر في أحكام العقد إما بالتعديل أو التغيير أو الإضافة، وعلى المتعاقدين الالتزام به وإلا أصبح تصرفهم القانوني مخالفاً لحكم قانوني يتناسب مع هذا الإخلال.

ويرى السنهوري أن الشرط المقترن بالعقد يكون صحيحاً في الحالات التالية<sup>(1)</sup>:

#### أولاً: طبيعة الشرط الذي يقتضيه العقد:

حيث أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته، بل إن صحته هي أمر بديهي، فهو محض تقرير لمقتضى العقد، ومقتضى العقد لازم دون شرط، فشرطه تأكيد وبيان، فمن اشترى بشرط أن يمتلك المبيع أو أن يستلمه فكل من البيع والشرط صحيح لأن الشرط يقتضيه العقد، ومن باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، أو أن يمتلك الثمن، أو أن يقبض الثمن فوراً، فكل ذلك هو شرط صحيح لأن العقد يقتضيه، وكذلك البيع صحيح، بل إن الشرط لازم معمول به دون ذكر له، فذكره إنما هو بيان لحكم العقد وتأكيد له.

(1) السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق، مرجع سابق، ص 77-83.

### ثانياً: الشرط الذي يلائم العقد:

فإن كان الشرط لا يقتضيه العقد إلا أنه لا يتعارض معه ولا يتنافى مع أحكامه، بل هو من مصلحة العقد، وتتعلق به مصلحة المتعاقدين، كأن يبيع الشخص ويشترط على المشتري تقديم ضمان لدفع الثمن كأن يشترط تقديم رهن أو كفيل، فاشترط الرهن أو الكفالة بالثمن يؤكد على وجوب استيفاء الثمن واستيفاء الثمن ملائم للعقد.

### ثالثاً: الشرط الذي يجرب به العقد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن الناس تعاملوا به، وفي هذه الحالة يكون البيع جائزاً، كما في حال إذا اشترى المشتري نعلًا على أن يحذوه البائع والقياس لا يجوز، ووجه القياس أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد، لكن الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع فيسقط القياس لتعامل الناس به.

والشروط الفاسدة هي الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا يلائمها أو يؤكد لها، ولم يرد بها أثر من الشارع، كما لم يجر بها العرف بين الناس، وجاءت مخالفة لمقتضى القياس ومتضمنة لمنفعة زائدة تعود على المتعاقدين أو كليهما أو على المعقود عليه.

ومما سبق يمكننا القول بأن الشرط الفاسد يمكن أن يكون في صورة منفعة تعود على البائع أو على المشتري أو على المعقود عليه.

### الفرع الثالث: أنواع الشروط المقترنة بالعقد

قد جاء المذهب الحنفي بجواز أربعة أنواع من الشروط في العقد وهي<sup>(1)</sup>:

**1- الشرط الذي هو مقتضى العقد:** وهو الشرط الذي يوجبه العقد ولو لم تذكر في أثنائه وهذه

الشروط لا تفيد شيئاً زائداً عن العقد، بل هي مؤكدة لما يوجبه، ولذلك لا تقع المنازعة بين

المتعاقدين بأمثال هذه الشروط. كأن يقول المشتري للبائع اشترت منك بشرط أن أتملكه، أو

يقول المستأجر للمؤجر: استأجرت منك بشرط أن أنتفع بالمأجور، وهذه المشروطات ثابتة

بالشرع دون حاجة إلى اشتراط، ولكن الشرط يزيدها تأكيداً، وحكم هذا الشرط أنه من الشروط

الجائزة والمشروعة، وهو ما نصت عليه المجلة في المادة (186) بقولها: "البيع بشرط يقتضيه

العقد صحيح والشرط معتبر. مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن فهذا

الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد".

**2- الشرط الذي يلائم مقتضى العقد:** ومثاله أن يقول البائع بعتك هذا الشيء بكذا دينار مؤجلة

إلى كذا مدة بشرط أن تأتيني بكفيل بالثمن أو برهن بالثمن، فهذه شروط جائزة لأنها تلائم

مقتضى العقد، إذ أن من مقتضى العقد أداء الثمن وهذه الشروط تؤكده.

وهذا الشرط صحيح ومعتبر ويجب الوفاء به، ولصاحب الشرط فسخ العقد إذا لم يف الطرف الآخر

بهذا الشرط، فقد نصت المادة (187) من مجلة الأحكام العدلية على: "البيع بشرط يؤيد العقد

صحيح والشرط أيضاً معتبر مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً أو أن

يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط

فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد".

(1) ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ص 85.

3- الشرط الذي أورد الشرع بجوازه: ومثاله اشتراط الخيار في العقد، فالأصل عدم جوازه، ولكنه أجزى استحساناً لورود النص به.

4- الشرط الذي جرى به العرف: لأن الشرط متى كان متعارفاً لا يكون باعثاً على النزاع ويحصل الملك المقصود بغير خصام، فكل ما جرى به وعرفه الناس يجوز اشتراطه في العقد ويكون ملزماً لمن عليه الشرط، فالعرف عند الحنفية يصحح من الشروط المقترنة بالعقد ويوسع من دائرتها، وهو ما نصت عليه المادة (188) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "البيع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر. مثلاً لو باع الفروة على أن يخيظ بها الظهارة أو القفل على أن يسمره في الباب أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم البائع الوفاء بهذه الشروط".

وما عدا هذه الأنواع الأربعة من الشروط يعتبر شرطاً فاسداً يؤدي إلى فساد العقد إذا كان العقد من شروط المعاوضات المالية، وعليه فالشرط الفاسد عند الحنفية: هو كل شرط فيه منفعة لأحد العاقدين وليس من مقتضى العقد ولا يلائم مقتضاه ولم يرد به شرع ولا جرى به عرف، حيث إن المادة (189) من مجلة الأحكام العدلية تنص على: "البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو. مثلاً بيع الحيوان على ألا يبيعه المشتري لآخر أو على شرط أن يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو".

والمشرع الأردني خالف اتجاه الحنفية فيما اعتبروه فاسداً من الشروط المذكورة، والشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير وإن لم يقتضه العقد شرط صحيح بنص الفقرة الثانية من المادة 164 من القانون المدني الأردني، فكلمة (نفع) وردت على سبيل الإطلاق دون قيد يقيد بها سوى قيد

المشروعية، وهو قيد عام حكمه سارٍ على جميع التصرفات الإرادية، فهو ليس قيداً خاصاً بالشروط، فبقي (نفع) على إطلاقها، والأصل أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يرد قيد يقيد، وشروط الأجل في المبيع العين أو الثمن العين شرط صحيح بحسب مقتضى الإطلاق الوارد في المادة (483) من القانون المدني، ونصها: "الثمن في البيع المطلق يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم"، وبمقتضى المادة (1/487) من القانون المدني الأردني والتي نصت على: "يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع".

إلا أنّ المشرع الأردني حكم بفساد العقد لفساد الشرط متى كان الشرط مخالفاً لقاعدة قانونية آمرة لا ترقى مخالفتها إلى حدّ اعتبارها مخالفة للنظام العام والآداب وإلاّ بطل الشرط دون العقد ما لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد معاً بحسب منطوق المادة (2/164) من القانون المدني الأردني، ونصت المادة (1/506) من القانون على: "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط".

وبالعودة إلى نص المادة (2/164) نرى أن المشرع الأردني تحكّم في حكم وأثر الشرط الممنوع قانوناً أو المخالف للنظام العام والآداب، فزواج فيه بين معيارين معيار موضوعي و معيار ذاتي تمثل الأول بالحكم ببطلان الشرط دون العقد، والثاني ببطلان العقد تبعاً لبطلان الشرط مستنداً في ذلك الى التمييز بين كون الشرط باعثاً رئيساً على التعاقد وبين كونه ليس كذلك، والاعتداد هنا بالباعث، ومعياره شخصي أو ذاتي، وفي ذلك تغليب له على المعيار الموضوعي الذي يقتضي

النظر الى الشرط من حيث كونه موافقاً أو مخالفاً<sup>(1)</sup>. وعلى ذلك يبطل العقد متى كان الشرط الفاسد هو الباعث الدافع إلى التعاقد. والأصل أن العقد يكون فاسداً إذا اقترن به شرط منهي عنه كشرط الربا وليس باطلاً وذلك لإمكانية رفع الفساد فيرجع العقد بعده صحيحاً .

ويتضح أن المشرع الأردني تجاوز أحكام العقد الفاسد إلى أحكام العقد الباطل قياساً منه لهذا الشرط على السبب الباعث الدافع إلى التعاقد عندما يكون غير مشروع ويترتب عليه بطلان العقد بموجب المادة (1/168) والتي جاء في نصها: "العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه بأن أختل ركنه أو محله أو الغرض منه ... ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة"، ويمكن تكييفه بوجه آخر وذلك بوصف هذا الشرط من المسائل الجوهرية في العقد وبذلك أصبح جزءاً من الماهية لا يمكن فصله عنه ، وذلك استناداً إلى نص المادة (1/100) من القانون المدني الأردني والتي نصّت على: "يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها " .

قد تبين فيما سبق بأن العقد الفاسد يتوسط بين مرتبتي الصحة والبطلان، وهو عقد قابل للتصحيح بعد أن نشأ فاسداً، بمعنى أن مرحلة تصحيحه لاحقة على مرحلة فسادها. أما المشرع الأردني فقد غاير منهجه هذه المنهجية من خلال حكمه على الشرط الفاسد باللغو وحكمه على العقد بالصحة في وقت واحد. وبعبارة أخرى أن الشرط متى كان فاسداً بعرف القانون فإن العقد لا يقبل الاقتران به للمنع القانوني المنصوص عليه فيتحصل من ذلك وجود هذا الاقتران صورة دون أن يكون له وجود

---

(1) وقد تم الإشارة إلى هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية المادة (1/163) بالقول: "أما ما ورد في عجز الفقرة الثانية [ .. ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً ] فقد أتمد فيه على ما ورد في المادتين 2 و 3 من المجلة ( . والمادتان المذكورتان وردتا في بيان أثر القصور في العقود ، فقد نصت المادة 2 من المجلة على؛ (الأمر بمقاصدها. يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر) ، ونصت المادة 3 على؛ (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن على بيع الوفاء ) .

قانوني كوجود العقد الباطل. وهذا يفيد أن العقد قد وجد ابتداءً دون هذا الاقتران بنظر القانون، وهو ما يعني أنّ العقد وجد صحيحاً ابتداءً ولم يكن فاسداً .

ونرى أن المشرع المدني الأردني في مواطن أخرى رتب أحكاماً مقاربة في ظاهرها لأحكام العقد الفاسد كنهجه في أحكام الشروط المجحفة في عقد السلم، فقد نصّت المادة (538) من القانون المدني بأنه: "إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشتري منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف وتأخذ المحكمة في ذلك بعين الاعتبار ظروف الزمان والمكان ومستوى الأسعار العامة وفروقاتها بين تاريخ العقد والتسليم طبقاً لما جرى عليه العرف. 2- وللمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً للبائع وحينئذ يحق للبائع أن يبيع محصوله ممن يشاء. 3- ويقع باطلاً كل اتفاق أو شرط يقصد به إسقاط هذا الحق سواء أكان ذلك شرطاً في عقد السلم نفسه أو كان في صورة التزام آخر منفصل أيّاً ما كان نوعه".

ويتضح من النص السابق أنّ المشرع الأردني لم يقض بفساد العقد ابتداءً، أي قبل تحريك الدعوى، وهو لم يبيح لكل طرف من أطراف هذا العقد فسخه ابتداءً، وهو ما عليه الأمر في العقد الفاسد، بل جعل الفسخ في هذا الموطن قضائياً وليس إرادياً، وقد يقال أنّ سبب الفسخ هو شرط مجحف أو ثمن بخس دلّ على استغلال حاجة البائع، وهذا أفاد أنّ الفساد دخل على العقد من هذا الوصف.

## المطلب الثاني: أثر اقتران الشرط الفاسد بالعقد

سبقت الإشارة انه يشترط لصحة العقد أن يكون خالياً من أي شروط تؤدي إلى فساد، لكن بعض الفقهاء المسلمون اختلفوا حول أثر اقتران الشرط الفاسد بالعقد، وكذلك اختلفوا فيما يتعلق بضابط الشرط المفسد للعقد، حيث يرى جمهور الفقهاء أن اقتران الشرط الفاسد بالعقد يؤدي إلى فساد العقد والذي يعد مرادفاً لبطلان العقد، فقد جاء في المذهب: "فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط تنافي مقتضى البيع بأن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة أو باع ثوباً بشرط أن يخيط له، فقد بطل البيع"<sup>(1)</sup>.

## الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من الشرط المقترن في العقد

فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط، فالبيع باطل والشرط باطل<sup>(2)</sup>، ويرجع النهي هنا للشرط فيبقى أصل البيع صحيحاً مفيداً للملك، لكن بصفة الفساد والحرمة، فالشرط أمر زائد على البيع لازماً له؛ لأنه مشروط في نفس العقد<sup>(3)</sup>.

ولا يفسد بالشرط من العقود إلا ما كان مبادلة مال بمال، لكن إذا كان مبادلة مال بغير مال أي كان من التبرعات فلا يفسده الشرط المفسد، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها<sup>(4)</sup>.

(1) الشيرازي، أبو إسحاق: المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج3، ط1، 1996 ص52،

(2) الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، مكتبة القدسي، القاهرة، 1999، ص88.

(3) التفتازاني، سعد الجين مسعود بن عمر: شرح التلويح على التوضيح، ج1، ط1، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص421.

(4) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1313هـ، ص131

وقد أوردت مجلة الأحكام العدلية هذه الشروط في شروط البيع الصحيح في الفصل الرابع بنصوص المادة (187-189)، ولم تتطرق إلى أثر الشرط في فساد العقد، حيث قسمت تلك الشروط إلى أربعة أنواع كما يأتي:

1- **الشرط الذي يقتضيه العقد:** فالبيع صحيح والشرط معتبر، فلو باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن صح البيع والشرط.

2- **البيع بشرط يؤيد العقد:** فالبيع صحيح والشرط معتبر، فلو باع بشرط أن يرهن المشتري شيئاً عند البائع صح البيع والشرط معاً، لأن الرهن يؤيد التسليم الذي هو مقتضى العقد.

3- **البيع بشرط متعارف عليه في عرف البلد:** البيع صحيح والشرط ومعتبر، كمن باع فروة على أن يخيط بها الظهارة، أو القفل على أن يسمّره في الباب أو الثوب على أن يرقعه.

4- **البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين:** يصح البيع ويلغو الشرط ومثاله أن يبيع الحيوان على ألا يبيعه المشتري.

#### الفرع الثاني: أثر وجود الشرط الفاسد في العقد

جعل الحنفية أثر اقتران الشرط المفسد بالعقد بأنه يؤدي إلى فساد العقد وليس إلى بطلانه، فقد جاء في أسنى المطالب: "ويفسد البيع بشرط فاسد كما إذا باعه داراً بشرط أن يبيعه عبداً أو يقرضه ألفاً.."<sup>(1)</sup>.

وفيما يتعلق بضابط الشرط الذي يفسد العقد، فإن الحنفية قد أشاروا إلى أن الشرط يفسد العقد إذا كان مما لا يقتضيه هذا العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو للمبيع أو المعقود عليه، كأن يشترط

---

(1) الشافعي، أبي يحيى زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، مجلد4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010، ص

المشتري على البائع أن يقوم بنقل المبيع محل العقد إلى محل إقامة المشتري، فهذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري، أو قد يشترط البائع لمنفعته أيضاً، كأن يشترط على مشتري الدار أن يسكنها لمدة سنة، وقد يكون الشرط الذي لا يقتضيه العقد ويفسد العقد نفعاً للمعقود عليه، كما لو يشترط المشتري على البائع أن يقوم بترميم البيت الذي اشتراه منه، فهذا الشرط يفسد العقد كما جاء في الفقه الحنفي، فقد جاء في بدائع الصنائع: "من الشروط الفاسد هو شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع وليس بمناسب للعقد ولا بما تم فيه التعامل بين الناس"<sup>(1)</sup>.

وعند المالكية والشافعية فالشرط الذي يفسد العقد يتنافى مع مقتضى العقد كما لو أن البائع اشترط على المشتري ألا يبيع المبيع الذي اشتراه، لكن الشافعية جعلوا من اشتراط صفقتين في صفقة أو بيعتين في بيعة مفسداً لعقد البيع<sup>(2)</sup>، وجعل الحنابلة الشرط مفسداً للعقد في حال اشتراط عقد في عقد، كأن يبيع شخصاً ما شيئاً لشخص آخر واشترط عليه أن يشتري منه شيئاً آخر، أما بالنسبة لاشتراط ما يتنافى مع مقتضى العقد كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع الشيء الذي اشتراه منه ففي هذه الحالة يكون العقد صحيحاً والشرط باطلاً، وقد يعلق العقد على شرط كأن يقول البائع للمشتري بعتك هذا الشيء إن قبل فلان، فلا يصح البيع في هذه الحالة، لأن مقتضى عقد البيع هو نقل الملكية عند التباعد والشرط يمنع ذلك<sup>(3)</sup>.

في القانون المدني الأردني فقد أشار إلى أن العقد يصبح فاسداً إذا اقترن به شرط مفسد وذلك عندما قام المشرع الأردني بتعريف العقد الصحيح، وهو ما أكد عليه نص المادة (167) من

(1) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 388.

(2) الشرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص 399.

(3) ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج5، دار الحديث للنشر، 2004، ص611، البهوتي: منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص221.

القانون المدني الأردني بأن: "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهلة مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيح ولم يقترن به شرط مفسد".

لكن ما يؤخذ على المشرع الأردني من أثر اقتران الشرط بالعقد الفاسد وفيما إذا كان سبباً لفساد العقد أم لا، أن العقد يعد فاسداً إذا اقترن به شرط مفسد، لكن القانون الأردني لم يجعل الشرط الذي يقترن بالعقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو للمبيع مفسداً له، فنص المادة (164) من القانون المدني الأردني قد أجاز اقتران الشرط بالعقد ولو كان فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنع الشارع أو يخالف في ذلك النظام والآداب العامة؛ حيث نصت تلك المادة على "1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة، 2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد المتعاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكون الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً". فبذلك يتفق المشرع الأردني مع ما ذهب إليه الفقه الحنفي الذي صحح الشرط المقترن بالعقد إذا كان يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به التعامل بين الناس.

ومن الأمثلة على ذلك: اشتراط المشتري على البائع قيامه بإيصال البضاعة إلى محل المشتري، ونحو ذلك مما يتعارف عليه الناس ويشترطونه في معاملاتهم، فاشتراطه يكون صحيحاً يتقيد العقد به، ويعد موجبه حكماً من أحكامه وأثراً من آثاره، أو اشتراط المشتري على البائع كفالة المبيع لمدة، وكذلك اشتراط صيانتها أو توفير قطع الغيار والصيانة للمبيع.

وهذا ما جاء في نص المادة (188) من مجلة الأحكام العدلية: "البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح، والشرط معتبر ومثلاً لو باع الفروة على أن يخيّط بها الظهر، أو القفل على أن يسمره في الباب، أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط".

لكن الفرق بين ما جاء في المشرع الأردني والفقهاء الحنفي بأن الفقهاء الحنفي قد جعل العقد فاسداً إذا كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين التي لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولم يجر بها عرف بين الناس، منفعة زائدة تؤدي إلى فساد العقد، لكن القانون الأردني اعتبر اقتران العقد بشرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو غيرهما شرط صحيح جائز، ما لم يكن الشرط مما يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب والالغاء الشرط وصح العقد<sup>(1)</sup>.

ومما سبق فإن المشرع الأردني قد أجاز الشرط المقترن بالعقد ولو كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما، في الوقت الذي اعتبر الفقهاء الحنفي الشرط المقترن بالعقد فاسداً في مثل هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من عدم أخذ المشرع الأردني بأسباب الفساد التي أخذ بها الفقهاء الحنفي إلا أن أوجد بعض التطبيقات للعقد الفاسد كما جاء في نص المادة (1/506) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه: "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط". غير أن شرط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع الوارد في هذا النص يفضل أن يكون شرطاً باطلاً مع بقاء العقد صحيحاً، أي أن لا يعتد بالشرط فيعتبر لاغياً على أن يبقى العقد صحيحاً مرتباً لكافة آثاره القانونية، لأن فساد العقد قد يستفيد منه من

(1) أبو البصل: شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 217.

(2) الجبوري، ياسين: المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 193.

اشترط الشرط في الوقت الذي يجب أن تقوت عليه الفرصة فلا تجعله يستفيد من مخالفته للقانون، وهذا في حال كان الشرط غير موجود مع بقاء العقد صحيحاً.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد تناولت الحديث عن الشروط المقترنة بالعقد في المواد من (187-189)، لكنها أخذت في المادة (189) بالرأي القائل بجواز العقد وبطلان الشرط.

فالمشرع الأردني لم يأخذ بالشرط الفاسد بوصفه سبباً من أسباب فساد العقد إلا في نطاق ضيق جداً، حتى إن منهجه بشأن الشرط الفاسد لم يكن واضحاً، فمنهجه في الشرط المقترن بالعقد هو ما أورده في نص المادة (164): "1- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة ، 2- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصحّ العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً "،

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه: "أجازت المادة (164) من القانون المدني الأردني اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف أو يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصحّ العقد ما لم يكن الشرط الدافع للتعاقد فيبطل العقد، وعليه فإنه من الجائز أن يشترط أحد المتعاقدين لمصلحته في حال إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه بضمان معين، وإذا لم يكن هذا الضمان مقدراً في القانون أو في العقد جاز لأحد المتعاقدين أن يحدده مقدماً بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل الضمان مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك عملاً بنص المادة

(364) من القانون المدني، وحيث إن المميّزة أخلت بالتزامها بتوريد الكميات المتعاقد عليها في المواعيد المحددة ولم تثبت عدم وقوع الضرر فلا يرد قولها بأن عبء إثبات وقوع الضرر يقع على عاتق الجهة المستوردة طالما أن شروط عقد التوريد والشرط الجزائي وضع لمنع تأخير توريد المواد المستوردة فيكون احتساب مدة التأخير وفرض الغرامة المتفق عليها في محله وموافقاً للقانون<sup>(1)</sup>.

ومما سبق نرى بأن المشرع الأردني قد جمع بين أكثر من اتجاه فقهي بشأن الشرط المقترن بالعقد فأفضى ذلك إلى توسيع دائرة مشروعية الشرط الذي يلزم منه تضيق نطاق العقد الفاسد، فهو بذلك قد ابتعد شيئاً ما عن منهج الحنفية في الشروط المقترنة، فشرط الأجل في المبيع العين والثلث العين يعتبر فاسداً عند الحنفية لأنه تغيير في مقتضى العقد بحسب رأيهم، والحكم نفسه في الشرط الذي في وجوده غرر بأن يكون المشروط محتملاً للوجود والعدم، وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين. وبشكل عام يرى علماء الحنفية أنّ الشرط المفسد للعقد: "هو الذي لا يلائم العقد".

والمشرع الأردني خالف اتجاه الحنفية فيما اعتبروه فاسداً من الشروط المذكورة، فالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير وإن لم يقتضه العقد شرط صحيح بنص الفقرة الثانية من المادة (164) سالفه الذكر، فكلمة (نفع) وردت على سبيل الإطلاق دون قيد يقيدها سوى قيد المشروعية، وهو قيد عام حكمه سارٍ على جميع التصرفات الإرادية، فهو ليس قيداً خاصاً بالشروط، فتبقى (نفع) على إطلاقها، والأصل أنّ المطلق يجري على إطلاقه حتى يرد قيد يقيد، وشرط الأجل في المبيع العين أو الثلث العين شرط صحيح بحسب مقتضى الإطلاق الوارد في نص المادة (483)

---

(1) ينظر: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1999/2114)، بتاريخ 2000/3/20، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عدد (10)، لسنة 2001، ص 2206.

من القانون المدني الأردني والتي تنص على: "التمن في البيع المطلق يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم"، وبمقتضى نص المادة (1/487) من ذات القانون والتي تنص على: "يجوز للبائع إذا كان التمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع التمن ولو تم تسليم المبيع".

## الفصل الثالث

### آثار العقد الفاسد

سبق وتبين بأن العقد الفاسد وإن انطوى على خلل إلا أنه عقد موجود، ويترتب على وجوده قبول الفسخ، ووجوبية الفسخ، وبحسب رأي الغالبية من الفقه الحنفي فإن العقد الفاسد يفيد المُلْك بالقبض. وعليه سيتم من خلال هذا الفصل شرح آثار العقد الفاسد في مبحثين: المبحث الأول يتناول أثر القبض على العقد الفاسد، وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يدرس آثار العقد الفاسد قبل القبض، أما المطلب الثاني فيتناول آثار العقد الفاسد بعد القبض، في حين سيبين المبحث الثاني أحوال ثبوت المُلْك في العقد الفاسد، وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يشرح موانع الرد، في حين سيبين المطلب الثاني تصحيح العقد الفاسد.

#### المبحث الأول: أثر القبض على العقد الفاسد

الأصل في العقود غير الصحيحة سواء كانت باطلة أم فاسدة، أن لا تترتب عليها آثار قبل التنفيذ، ولا يعد التنفيذ بالنسبة للعقد الباطل؛ لأن العقد الباطل لا وجود له من الناحية الشرعية والقانونية، وعليه لا حكم فيه قبل التنفيذ ولا بعده، فالباطل لا يفيد الملك، وإذا نفذ وجب رد كل مملوك إلى مالكة، أما العقد الفاسد فإنه واجب الفسخ قبل التنفيذ؛ لأنه وإن كان صحيح الأصل فإنه مختل الوصف، وهذا الاختلال يورث الفساد، والفساد واجب الرفع، ولا سبيل إلى رفعه إلا بالفسخ، وكذا الحكم بعد تنفيذ العقد؛ لأن العقد الفاسد وإن أفاد المُلْك إلا أنه لا يفيد تمامه، إذ لا ينقطع به حق

البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن، وبالتالي يكون لكل منهما الفسخ بل إن الفسخ واجب، وفي حال تم فسخ العقد وجب رد كل مملوك إلى مالكه، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد<sup>(1)</sup>.

وسيتم خلال هذا المبحث دراسة آثار العقد الفاسد قبل القبض وبعده، وذلك من خلال مطلبين: المطلب الأول آثار العقد الفاسد قبل القبض، وينقسم هذا المطلب إلى فرعيين، يتناول الفرع الأول الموقف الفقهي من العقد الفاسد قبل القبض، في حين يتناول الفرع الثاني الآثار التي تترتب على العقد الفاسد قبل القبض، والمطلب الثاني يوضح آثار العقد الفاسد بعد القبض، وينقسم هذا المطلب إلى فرعيين، يوضح الفرع الأول فسخ العقد الفاسد بعد القبض وخصائصه، في حين يشرح الفرع الثاني الآثار الناتجة عن العقد الفاسد بعد القبض.

#### **المطلب الأول: آثار العقد الفاسد قبل القبض**

العقد الفاسد لا يترتب عليه حكمه بمجرد انعقاده، فهو واجب الفسخ قبل القبض، كما لا يجبر أي من الطرفين على تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد، فهو قبل القبض كالعقد الباطل لا يترتب أثر، أما بعد القبض فيتربط عليه بعض الآثار، فالمشتري يمتلك المبيع بالقبض، ويحق له التصرف فيه سواء بالبيع أو الهبة، وهو ما سيتم بيانه من خلال هذا المطلب، وعليه سينقسم هذا المطلب إلى فرعيين، يوضح الفرع الأول الموقف الفقهي من العقد الفاسد قبل القبض، في حين يشرح الفرع الثاني الآثار التي تترتب على العقد الفاسد قبل القبض.

---

(1) بركات، إياد رفيق: العقد الفاسد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2004، ص 64.

## الفرع الأول: الموقف الفقهي من العقد الفاسد قبل القبض

علل الحنفية تقسيم العقد إلى صحيح و فاسد وباطل بتعليل منطقي، فلو تم الأخذ بأن العقد الفاسد باطل لوجب التسوية بين العقد المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه، وبين غير المشروع بأصله ووصفه، وهذا ينافي العقل والمنطق، ولو اعتُبر أن العقد الفاسد صحيحٌ لوجب التسوية بين العقد المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه، وبين العقد المشروع بأصله ووصفه وهذا ينافي العقل والمنطق كذلك<sup>(1)</sup>.

وتحريم الدخول في العقد الفاسد هو أمر ثابت عند غالبية الفقهاء وحتى عند الحنفية الذين أثبتوا ملكية الفاسد بالقبض فقالوا: "إن المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة، وأما الفاسد فعقد مخالف للدين، ثم إنه وإن أفاد المُلْك لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن؛ إذ لكل منهما فسخه بل يجب عليه"<sup>(2)</sup>. ويعني ذلك أنه لا يجوز الدخول في عقد يتضمن شرطاً ربوياً، لأنه في هذه الحالة يصبح العقد فاسداً ويحرم الدخول فيه.

وبناءً على ما سبق فالعقد الفاسد لا تترتب عليه آثار شرعية أصلية كما تترتب على العقد الصحيح، فهو كالعقد الباطل لا يعتبر تصرفاً شرعياً أو قانونياً ويجب على العاقدين فسخه وكذلك يجب على القاضي الحكم بفسخه بعد علمه بفساده<sup>(3)</sup>.

---

(1) الزلمي، مصطفى: الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربي، ط1، شركة السعدون للطباعة والنشر، بغداد، دون سنة نشر، ص52-151.

(2) بن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص400.

(3) الزلمي، مصطفى، مرجع سابق، ص165.

ومع ذلك فإن العقد الفاسد يتميز على العقد الباطل بأنه يفيد المُلْك بعد الإذن بالقبض، وإن كان هذا المُلْك يسمى ملكاً خبيثاً؛ يجب فسخه ويؤثم في قبضه<sup>(1)</sup>.

وقال فقهاء الحنفية: "إذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً، وعلم به القاضي فله فسخه حقاً للشرع، وقالوا: إنه يفيد المُلْك الخبيث ولا يطيب للمشتري الأول ويؤثم به ويجب فسخه، وإن التصرف في المقبوض بعقد فاسد الذي فيه انتفاع معين كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة، فالصحيح عندهم أنه لا يحل لأن الثابت بهذا البيع مُلْك خبيث والمُلْك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرير له، وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يفد المُلْك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم"<sup>(2)</sup>.

فالأصل في العقد الفاسد أنه لا ينتج أثره، لأن العقد الفاسد ليس عقداً صحيحاً، فهو عقد منهى عنه، ومن ثم لا تلحقه الإجازة، ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه، ولا تثبت فيه الشفعة، ولا ينتقل به الملك قبل القبض، فلا يصبح المشتري بعقد فاسد مالكا للمبيع ولا يجوز للبائع أن يجبر المشتري على دفع الثمن، كما لا يجوز للمشتري أن يجبر البائع على تسليم البيع، لأن كلا من البائع والمشتري يملك فسخ البيع، وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ، فإنه يستحقه لغيره لا لعينه، فلو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد لا يفسخ وينقلب صحيحاً، مثال ذلك أن يكون الفساد لجهالة الأجل، فإما أن يعينه العاقدان قبل انفضاض مجلس العقد أي قبل أن يتمكن الفساد، وإما

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 304.

(2) المرجع السابق، ص 304.

أن يسقطه أصلاً بعد انقضاء مجلس العقد وتمكن الفساد، فيزول المفسد في الحالتين، وينقلب العقد صحيحاً<sup>(1)</sup>.

وبالنظر إلى النهي الشرعي في العقد الفاسد نرى أن علماء الحنفية قد رتبوا عليه أن العقد الفاسد مستحق الفسخ لغيره لا لعينه مراعاةً لحق الله تعالى لأنّ فسخه لأجل الوصف الفاسد الملحق به لا من حيث أصل العقد. ويبنى على ذلك أمران، أحدهما؛ يملك كلا المتعاقدين، وخلفهما العام قبل القبض حق فسخ العقد الفاسد دون توقف على قضاء القاضي، وبكل ما يدل عليه من قول أو فعل صراحة أو دلالة، والثاني: هو جواز دفع الفساد عن العقد بغير الفسخ وذلك برفع هذا الفساد عن العقد، فإذا رفع الفساد عن العقد أصبح العقد صحيحاً<sup>(2)</sup>.

وجاء في نص مادة (372) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: " لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو تغير فيها اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصورة".

ويشترط لصحة الفسخ إعلام الطرف الآخر به، ولا يملك المتعاقد التنازل عن حق الفسخ لأنّ فسخ العقد الفاسد واجب شرعاً مراعاةً لحق الله تعالى فلا ترد عليه الإجازة، وإذا أصرّ البائع على إبقاء البيع الفاسد فللقاضي أن يفسخه جبراً عليهما قضاءً لحق الشرع<sup>(3)</sup>.

(1) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 109-111.

(2) المرجع السابق، ص 30.

(3) باز، سليم رستم: شرح المجلة، ط 1، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 208 .

أما إذا مات أحد المتعاقدين لا يبطل حق الفسخ بموته، بل ينتقل إلى ورثته، غير أنه يشترط في الفسخ كما سبق علم العاقد الآخر لا رضاء ولا قضاء قاضٍ سواء كان الفساد في صلب العقد أو إذا كان الفساد بسبب الشرط، فلمن له منفعة الشرط أن يفسخ البيع بلا رضا الآخر أما من عليه منفعة الشرط لا يفسخ إلا بالقضاء أو الرضا<sup>(1)</sup>.

وفي حال جواز دفع الفساد عن العقد بغير الفسخ وذلك برفعه عنه فإن العقد ينقلب صحيحاً، فقد جاء في قرار محكمة تمييز حقوق أن: "الإجارة الفاسدة تعتبر نافذة إذا أقرها صاحب المصلحة، وأن استلام المالك الأجرة المخفضة عن فترة سابقة في الإجارة الفاسدة يعتبر إجازة وموافقة على اعتبار الإجارة منعقدة على الأجر المخفض وبأثر رجعي"<sup>(2)</sup>.

ومما سبق ترى الباحثة بأن العقد الفاسد لا يفيد المالك قبل القبض، ولا يترتب عليه آثار بل يجب فسخه والتخلص منه.

### الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على العقد الفاسد قبل القبض

كما سبق وبيننا العقد الفاسد قبل القبض لا يترتب أثراً عليه، وعليه يكون هذا العقد -مرناً- إذا جاز التعبير، فالعقد الفاسد قابل للفسخ، وهو عقد غير قابل للتنفيذ ولا يلزم البائع بتسليم المبيع ولا يلزم المشتري بدفع الثمن، كما ان الشفعة لا تجوز في هذا البيع. وبناءً على ذلك فإنه يترتب على العقد الفاسد آثاراً هامة كعدم نقل المالك من المتصرف إلى المتصرف إليه، وأنه يحق لأي من المتعاقدين بل يجب على كل منهما أن يتمسك بفسخ العقد الفاسد دون الحاجة لرضا من أي طرف، ولورثة المتعاقدين كذلك الحق في فسخ العقد الفاسد، لأنه منهي عنه كونه يعد معصية ومخالفاً لأوامر

(1) المرجع السابق، ص 209.

(2) ينظر: قرار محكمة تمييز حقوق رقم (1980/263) بتاريخ 4 / 8 / 1980، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1981، ص 600.

الشارع ونواهيته، ولا بإسقاط أحد المتعاقدين أو كليهما لحقه، فهو حق متعلق بالله تعالى لا يجوز التصالح فيه، ولا يجوز لأي من العاقدين النزول عن حق الفسخ، لأن العقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة، فبسبب عدم انتقال المُلْك من المتصرف إلى المتصرف إليه، فإنه لا يترتب على العقد الفاسد أي حق للمتصرف إليه، وليس له حق المطالبة بالشفعة المترتبة على العقد الفاسد، لأن هذا الحق لا يزال للمتصرف لأنه صاحب المُلْك الحقيقي، وأنه ونتيجةً لبقاء العين أو المُلْك محل التصرف في يد المالك الأصلي الذي لم يتم بتسليمه ولم يخرج من ذمته، حيث أن المتصرف إليه لم يقبضه، فإنه في حال هلاك العين محل التعاقد، فزمانها على مالكةا الذي يملكها، ولا ضمان على المتصرف إليه، وعليه فالعقد الفاسد يستحق الفسخ لعبره لا لعينه، فلو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد، كأن يكون الفساد راجعاً إلى جهالة الأجل، فإذا عينه العاقدان قبل انفضاض مجلس العقد أو أسقطاه أصلاً بعد انفضاض مجلس العقد فيزول الفساد بالحالتين، وينقلب العقد صحيحاً، ويجوز تصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط، وإذا كان التصحيح غير ممكن كأن يكون الفساد راجع إلى البديل نفسه بأن كان الثمن خمرًا، فقد تمكن الفساد من صلب العقد، ويبقى العقد فاسداً غير قابل للتصحيح ولو باتفاق المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

ومما سبق فإن ترتيب الآثار على العقد الفاسد قبل القبض والحكم بانتقال المُلْك إلى المشتري فإن ذلك يؤدي إلى تناقض، فإذا أثبت المُلْك للمشتري قبل قبضه فهذا يعني أنه يجب على البائع تسليم المُلْك للمشتري، وفي هذا تقرير للفساد، وفساد للعقد يوجب على كل منهما فسخ العقد رفعاً للفساد، فيؤول الأمر إلى أن يصبح تنفيذ العقد واجباً على العاقد ومنهَي عنه في ذات الوقت، فالعقد الفاسد قبل تنفيذه وقبض المعقود عليه هو واجب الفسخ، وليس هناك ما يمنع فسخه.

---

(1) بركات، ايراد توفيق، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

## المطلب الثاني: آثار العقد الفاسد بعد القبض

إن فسخ العقد الفاسد يكون في حالتين تتعلقان بقبض المبيع، مما يرتب آثاراً على هذا العقد، الأولى قبل القبض، وقد سبق بينا ذلك، والثانية بعد القبض، وهو ما سيتم شرحه في هذا المطلب من خلال فرعيين، يتناول الفرع الأول فسخ العقد الفاسد بعد القبض وخصائصه، في حين يوضح الفرع الثاني الآثار الناتجة عن العقد الفاسد بعد القبض.

### الفرع الأول: فسخ العقد الفاسد بعد القبض وخصائصه

إذا قبض المشتري المالك أو المبيع من البائع في العقد الفاسد وكان الفساد في صلب العقد - أي في أحد البدلين كبيع الثوب بخمر-، يكون الفسخ لكل واحد منهما بحضوره صاحبه، أو بعدم حضوره، أما عندما يكون فساد العقد لشرط فاسد فيه، بأن يبيع البائع المشتري ملكاً لا يمكن استعماله، فحق فسخ العقد هنا لمن له الشرط، وليس ذلك لمن عليه الشرط وذلك لقوة العقد، فالعقد هنا يكون مرتباً لآثاره بالنسبة لمن عليه الشرط فليس له فسخه، لكن عندما لا يتحقق الرضا بالنسبة لمن له الشرط يحق للأخر الفسخ حتى لا يتحقق شرط الفساد<sup>(1)</sup>.

---

(1) أبو شرح، محمد وائل طلب: نظرية الفساد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الخليل، فلسطين، 2018، ص75.

والمُلك في العقد الفاسد بعد القبض يمتاز بعدد من الخصائص وهي:

**أولاً: أن المُلك الثابت بالعقد الفاسد هو ملك خبيث:**

حيث ان المُلك الخبيث لا يبيح للمتصرف إليه الانتفاع به بأي شكل من الأشكال، لأن الانتفاع به يؤدي إلى استقرار الفساد، وإذا كان المشتري في العقد الفاسد لا يملك حق الانتفاع بالمُلك، فإنه يمتلك التصرف فيه واستغلاله وهذا رأي الحنفية، وذلك بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإجارة<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: أن هذا المُلك لم ينقطع به حق البائع بالمبيع، والمشتري بالثمن، وعليه فالشفعة لا تثبت بالبيع الفاسد، لأنها تجب بانقطاع حق البائع، لا بملك المشتري<sup>(2)</sup>.**

**ثالثاً: أن هذا المُلك غير لازم:**

إذ أن لكل من طرفي العقد الفاسد فسخه لاسترداد ما تم تسليمه من مُلك أو ثمن، وهذا الفسخ لا يحتاج إلى رضا الطرف الآخر، كما لا يحتاج إلى حكم القاضي، وهذا الفسخ يبقى قائماً ومستمراً، ما لم يوجد مانع يؤدي إلى بطلانه، لأن العقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً إلا إذا زال سبب فساده، فمجرد القبض لا يجعل من العقد الفاسد صحيحاً، فالقبض يؤثر في انتقال المُلك لاعتبارات معينة، وذلك لأن من أهم أسباب الفساد في العقود صفة الجهالة في المعقود عليه، فمن العقود الفاسدة مثلاً البيع الواقع على شيء غير معلوم، أو البيع بدون تسمية الثمن، أو الإجارة التي لم تتعين فيها المنفعة، وهذه العقود بعضها ينقلب صحيحاً كما في البيع والقرض، كما إذا قبض المشتري المبيع أو إذا قبض المستقرض الشيء موضوع القرض صح العقد<sup>(3)</sup>، وقد جاء في نص المادة (366)

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 304.

(2) بن الهمام: فتح القدير، مجع، سابق، ص 401.

(3) المحمصاني، صبحي: النظرية العامة للموجبات والعقود، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1972، ص490.

من مجلة الأحكام العدلية: "البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ".

يعني ذلك أن تصرف المشتري في المبيع يصير جائزاً، ولكن يشترط أن لا يكون في البيع الفاسد خيار شرط للبائع، فلو كان فيه خيار الشرط، لا يجوز للمشتري حينئذ أن يتصرف في المبيع، لأن شرط الخيار للبائع يمنع وقوع الملك للمشتري<sup>(1)</sup>.

وجاء في ذلك نص المادة (367) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "إذا وُجد في البيع أحد الخيارات لا يكون لازماً، بل يبقى موقوفاً حتى سقوط الخيار، لو كان في البيع خيار عيب أو رؤية فيدوم البيع غير لازم حتى يُسقط المشتري خياره.

لكن في القانون المدني الأردني فإن فسخ العقد يكون قبل القبض دون حاجة لتراضٍ أو تقاضٍ وبعده بالتراضي والتقاضي، فقد نصت المادة (2/195) من القانون المدني الأردني بأنه: "ويتم فسخ العقد قبل القبض بكل ما يدل عليه دون حاجة إلى تراضٍ أو تقاضٍ بشرط علم العاقد الآخر به، وأما بعد القبض فإنما يتم بالتراضي والتقاضي".

ولا بد من الإشارة بأنه في حال إصرار المتعاقدين على الإبقاء على العقد الفاسد وعدم فسخه، فإنه للقاضي فسخه جبراً عنهما، إن بلغه ذلك تحت رعاية المصلحة الشرعية، ويجب فسخ العقد الفاسد حتى بعد قبض المُلْك، لكن إن تصرف المشتري بالمُلْك المقبوض فبذلك لا يُفسخ العقد، ويسقط

---

(1) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 163.

حق البائع باسترداده، وعلة عدم فسخ البيع الفاسد في حال تصرف المشتري بالملك، ذلك أن فسخ البيع الفاسد يكون تحت رعاية المصلحة الشرعية<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ما سبق فإن العقد الفاسد بعد القبض إنما هو مستحق للفسخ لكن قد يمتنع هذا الفسخ عندما يتصرف المشتري بالملك بالبيع أو الانتفاع أو نحو ذلك، وذلك حتى لا يؤدي الفسخ لإبطال حقه، وفي حال تغير الملك بعد القبض بالانتفاع أو البيع أو الهلاك أو نحو ذلك فعندها يمتنع الفسخ لاستحالة رد المعقود عليه إلى ما كان عليه قبل القبض.

### الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن العقد الفاسد بعد القبض

ينتج عن العقد الفاسد بعد القبض مجموعة من الآثار، فالمشتري يستطيع التصرف بالمبيع بعد أن دفع ثمنه، وله أن يمتلك المبيع، لأن البيع هنا يكون قد صدر عن أهله المتعاقدين وهما البائع والمشتري، وذلك بثبوت الملك للمشتري بعد تسلمه إياه ودفعه ثمنه للبائع<sup>(2)</sup>.

وسواء تم نقل الملك للمشتري أو جرى تسليط التصرف فيه له، فإنه لا بد وأن يتم القبض أولاً، وأن يكون بإذن البائع، بحيث يكون الإذن صريحاً بما يكفي أن تتم الدلالة على البيع، على أنه يجوز القبض في غيبة البائع لمن ينوب عنه<sup>(3)</sup>.

وقد جاء في المادة (371) من مجلة الأحكام العدلية: "البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكاً له ..."، ويعني ذلك أنه إذا قبض المبيع بإذن

(1) أبو شرح، أبو شرح، محمد وائل طلب، مرجع سابق، ص76.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص300.

(3) ابن همام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ص69، ابن النجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ص92، الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص304.

البائع صار ملكاً له، فقيّد القبض المفيد للملك بالإذن سواء أكان صريحاً أم ضمناً، فلو قبضه بغير الإذن صار غاصباً وجرت عليه أحكام الغصب، أما لو قبضه بغير إذن البائع فإن قبضه في مجلس البيع يصح استحساناً ويثبت الملك فيه للمشتري، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه لا قياساً ولا استحساناً ولا يثبت الملك فيه للمشتري. وإذا ملك المشتري المبيع بالقبض ثبتت كل أحكام الملك، فيصير خصماً لمن يدعيه لأنه يملك رقبته، ويثبت له حق الشفعة فيما بيع بجواره غير أنه إذا كان للمبيع فاسداً جار ملاصق أو خليط في نفس المبيع أو شريك في حقوقه فلا يثبت لأحد منهم حق الشفعة فيه لأن حق البائع لم ينقطع إذ أن البيع على شرف الفسخ. أما إذا سقط الفسخ بأن بنى المشتري في المبيع فيثبت حينئذ حق الشفعة للشفيع<sup>(1)</sup>.

فإذا كان العقد الفاسد لا يُنتج أثراً قبل القبض فإنه يرتب أثراً بعد القبض؛ ألا وهو الملك إذا حصل القبض مصحوباً بالإذن؛ إلا أنه مُلكٌ من نوع خاص من وجه، وأثر لا يترتب على كل العقود الفاسدة إذا حصل بها القبض من وجه آخر؛ إذ جاء في كتاب الأصول في الفصول للإمام الجصاص: "أنّ الدلالة قد دلّت على أنّ كل عقد يجوز أن تلحقه إجازة بحال، فإن كونه منهيّاً عنه لا يمنع وقوعه على فساد ووقوع المُلك به ثم القبض إذا وجد التسليط من مالكة لمشتريه في ذلك"<sup>(2)</sup>.

(1) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 208.

(2) الجصاص، أحمد بن علي: الفصول في الأصول، ط1، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1405هـ، ص 182.

ولأن العقد رغم القبض مستحق الفسخ من حيث أن الفساد ملازمه، وإزالة الفساد تكون إما بفسخ العقد أو برفع الوصف الفاسد المُفسد لينقلب العقد به صحيحاً، وعلى ذلك فإن تصرف فيه أحد المتعاقدين قبل القبض فتصرفه باطل لأن المُلْك في العقد الفاسد يقف على القبض<sup>(1)</sup>.

وحيث إن القانون المدني الأردني قد اقتصر على حصر أحكام العقد الفاسد في مادة واحدة هي المادة (170) ولم يفصل الأحكام فيها؛ فقد وجب الرجوع إلى مجلة الأحكام لسدّ هذا الفراغ، إذ جاء في المادة (371) من المجلة: "... فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان يعني أنّ المبيع إذا كان من الكميات لزمه مثله وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه"؛ لأنّ الضمان وجب بالقبض لا بالعقد فوجب اعتبار القيمة وقت القبض وإذا انقطع مثله فتلزم قيمته يوم الخصومة، وهذا يعني أنّ يد المشتري على المحل المقبوض يد ضمان، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية: "إنّ البيع دون تسمية الثمن يعتبر فاسداً ويكون المشتري ملزماً في هذه الحالة بضمان قيمة المبيع يوم قبضه، وعلى المحكمة أن تقدر قيمته يوم القبض بمعرفة خبراء"<sup>(2)</sup>.

ويمكن عرض الآثار التي تنتج عن العقد الفاسد بعد القبض كما يلي:

**أولاً: حق المتصرف إليه في المعقود عليه بالبيع أو الإجارة أو الهبة**

أي أنه يكون المتصرف إليه (المشتري) هو مالك للمُلْك أو المعقود عليه أو المبيع في هذه الحالة، وله حق التصرف بما يملك، وإن كان ملكاً خبيثاً، فإن له حقوق المالك، فهذا لا ينفي عليه هذا

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، مصدر سابق، ص 152.

(2) ينظر: قرار محكمة تمييز حقوق رقم ( 477 / 1966 ) بتاريخ 5 / 3 / 1967، مجلة نقابة المحامين 1967 ، ص418.

الحق، فالعقد الفاسد يفيد المُلْك إذا اتصل به القبض بالقيمة، وعليه فإن تصرف المشتري فيه صحيح لأنه تصرف بملكه<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: حق الاسترداد

إن حق المتصرف ينقطع بالاسترداد للمعقود عليه إذا كان المتصرف إليه قد قام بعمل من شأنه أن ينقطع به حق المتصرف في استرداد المعقود عليه، كما لو كان البيع أو محل التعاقد قمحاً فطحنه، أو قماشاً فحوله لأثواب، أو كان غير ذلك مما يستحيل استعادته كما كان عليه، وعدم الاسترداد هنا يشمل المعقود عليه وتوابعه.

ورود في المادة (373) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "إذا فُسخ البيع الفاسد فإن كان البائع قبض الثمن كان للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع"<sup>(2)</sup>.

وفي ذلك كما لو استأجر إجارة فاسدة ودفع الأجرة أو ارتهن رهناً فاسداً ودفع المال إلى الراهن ثم فسخ العقد، كان له أن يحبس المأجور أو الرهن حتى يقبض ما دفع بخلاف ما لو كان البديل في هذه العقود غير منقود، كما لو اشترى من مديونه شيئاً بدين شراءً فاسداً أو استأجر به عيناً إجارة فاسدة، ثم فسخ البيع أو الإجارة، فليس للمشتري أو للمستأجر حبس المبيع أو المأجور لاستيفاء دينهما، ثم أنه في الصورة الأولى كان للمشتري والمستأجر والمرتهن بعد فسخ العقد الفاسد أن يحبسوا العين لاستيفاء ما نقدوا، فإذا مات البائع أو المؤجر أو الراهن فهم أحق بالعين من سائر غرماء الميت، بل من تجهيزه أيضاً، وإذا مات المشتري فالبائع أحق بالثمن حتى يسترد المبيع<sup>(3)</sup>.

(1) بركات، اباد توفيق، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

(2) المرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

(3) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 168.

فالمادة (1/197) من القانون المدني الأردني قيدت المنع من الفسخ للعيب بأن يكون المحل نقصانه بعد القبض، وزيادته قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة منه، وبعد القبض زيادة منفصلة متولدة منه.

ومما سبق ترى الباحثة أن العقد الفاسد باعتبار شبيهه بالعقد الصحيح يشبه العقد الموقوف من جانب، ويشبه العقد اللازم من جانب آخر، وهذه العقود هي أقسام العقد الصحيح، فالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية بوصفه أثراً رئيساً إلا بالقبض والقبض من هذه الناحية شبيهه بالإجازة في العقد الموقوف، وإذا تمّ التصرف بمحل العقد الفاسد بعد قبضه إلى الغير أو قام سبب يمنع الفسخ فيه لزم العقد رغم أن سبب الفساد في العقد لم يرتفع قبل ذلك، مما يجعل العقد الفاسد شبيهاً بالعقد اللازم من هذه الناحية، ولكل من أطراف العقد الفاسد ولخلفهم العام كذلك وهو ما يجعله شبيهاً بالخيار في العقد غير اللازم .

### ثالثاً: حق الفسخ

بعد أن يتم القبض لا بد من التمييز فيما يتعلق بحق الفسخ في حالتين: عندما يكون الفساد راجعاً إلى البديل، كالبيع بالخمير أو لحم الخنزير، فهنا لكل من المتعاقدين فسخ العقد، ولهما الحق قبل القبض بالفسخ، لأن الفساد الراجع إلى البديل هو فساد في صلب العقد لا يمكن تصحيحه، وكذا في حال كان الفساد يرجع إلى أمر ليس بالأمر الهام كالشرط الفاسد لمنفعة أحد المتعاقدين، فهنا لكلا المتعاقدين حق الفسخ، وهناك من يرى بأن صاحب المنفعة في الشرط هو وحده الذي يملك حق

الفسخ؛ لأنه هو القادر على تصحيحه بالحذف ومن ثم فإنه يحق له وحده طلب الفسخ. فإن أسقط الشرط زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحاً، ولا يملك الطرف الآخر حق فسخ العقد<sup>(1)</sup>.

وفي كل الأحوال يجب فسخ العقد الفاسد بعد القبض، لكن في حال أن المشتري قد تصرف بالمبيع المقبوض لا يُفسخ العقد، ويسقط حق البائع بالاسترداد، وتصرف المشتري يكون على نوعين<sup>(2)</sup>:

أ. التصرفات المزية للملك كالبيع ونحوه، فلو اشترى بيتاً بعقد فاسد ثم باعه لآخر فإن ذلك لا يفسخ البيع لتعلق حق المشتري الثاني بالمبيع.

ب. التصرفات التي تغير المبيع، وذلك بأن يتصرف المشتري بالمبيع فيتغير المبيع، كأن يشتري أرضاً في بيع فاسد ثم يبني عليها بيتاً، أو أي بناء آخر، فهنا يسقط حق الفسخ، لأن الفسخ لا يكون رعايةً لحق البائع بل لحق الشرع، فإذا تعلق بالمبيع حق شخص آخر فإنه يمنع الفسخ.

#### رابعاً: حق الشفيع في المطالبة بالمبيع بيعاً فاسداً:

إذ يحق للشفيع المطالبة بالشفعة إذا فقد البائع حق استرداد المبيع، كأن يتصرف المشتري في المبيع تصرفاً أو أن يغير فيه<sup>(3)</sup>.

#### خامساً: حق الشفعة للمشتري بعقد فاسد:

فليس للمشتري بعقد فاسد حق الشفعة لعقار مجاور لمحل التصرف، إذ أنه عقد فاسد وإن اقترن بالقبض، فإنه وإن ملكه فإنه ملك خبيث ومن ثم لا يعطي الحق في الشفعة؛ لأن حقه في الملكية

(1) بركات، اباد توفيق، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

(2) أبو شرح، مجد وائل طلب، مرجع سابق، ص 75-76.

(3) بركات، اباد توفيق، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

غير قائم على أساس سليم، ومن الجدير ذكره بأن بيع العقار يجب تسجيله في الدوائر الرسمية حتى يترتب عليه نقل الملكية<sup>(1)</sup>.

#### سادساً: العقد الفاسد وحماية الغير

يؤدي العقد الفاسد إلى حماية الغير في حالة التصرف في محل التعاقد تصرفاً تالياً لهذا التصرف بشرط أن يكون هذا التصرف التالي صحيحاً، كأن يتصرف المشتري في البيع الفاسد بالعقار محل التعاقد تصرفاً تالياً ببيعه أو هبته، ففي هذه الحالة ونظراً لأن العقد الثاني صحيحاً وحدث القبض فإنه يترتب على ذلك انتقال ملكية الشيء إلى المشتري الثاني<sup>(2)</sup>.

#### سابعاً: العقد الفاسد والضمان

يترتب على العقد الفاسد بعد القبض انتقال الضمان إلى المتصرف إليه، فيصبح المال المسلم إليه مضموناً عليه، ويرى بعض الفقهاء من الأحناف أن هذه اليد يد ضمان، فيضمن المشتري بعقد فاسد ولو كان الهلاك للعين بسبب رباني، لأنه يقولون أن البيع بيع فاسد يضمن بالقبض كالمغصوب<sup>(3)</sup>.

ومما سبق فإن ما ذهب إليه الحنفية من أن العقد الفاسد يفيد حكمه إذا اتصل به القبض يرجع إلى أن الفساد في العقد يكون لاختلال في وصفه، والبطلان يكون لاختلال في ركنه، وعليه فليس من المنطق أن يتساوى العقدان عندما يكون الاختلال في أحدهما ركناً أو وصفاً، إذ أن الاختلال في الركن أكبر وأخطر من الاختلال في الوصف، فيترتب عليه حكم الفسخ وإن اتصل به القبض لأن الاختلال وقع في صلبه.

---

(1) المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

(3) المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

## المبحث الثاني: أحوال ثبوت المُلْك في العقد الفاسد

الفاسد يفيد الملك حال اتصال القبض به، شريطة أن يكون القبض بإذن المالك، أو بغير إذنه عندما يكون في مجلس العقد بحضور الشهود والبائع والمشتري، ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري<sup>(1)</sup>.

وعليه فالقبض نوعان: قبض بإذن البائع في مجلس العقد أو بعده، وهنا يصح القبض في الحالتين، وقبض بغير إذن البائع في مجلس العقد فالقبض صحيح، وإن كان بعده فإنه لا يصح<sup>(2)</sup>.

وعند الحنفية فإن المُلْك في البيع الفاسد يقوم على قاعدة مفادها: "كل شيء يُملك بالبيع الجائز يُملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع، وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يُملك بالبيع الفاسد". مثال ذلك من اشترى عبداً بخرم أو خنزير وتقابض البائع والمشتري وهما مسلمان، فملك المشتري العبد إذا قبضه، ولأن البيع بالخرم أو الخنزير فاسد لفساد الوصف وهو الثمن، ولذلك فإن المشتري يملك العبد المبيع إذا قبضه بإذن البائع، لأن العبد يُملك بالبيع الجائز، بينما لا يملك البائع الثمن سواء الخمر أو الخنزير، لأن كلاً منهما غير مباح الانتفاع به، فلا يُمكن بالبيع الجائز، ولا يُمكن في الفاسد من باب أولى<sup>(3)</sup>.

وكما سبق الإشارة بأن العقد الفاسد منهي عنه شرعاً، والعقد المنهي عنه هو حرام، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت المُلْك أو ترتيب الالتزام، لأن إبرام العاقد لعقد منهي عنه هو عصيان لأمر الشارع، فكيف يرتب أثراً على أمرٍ هو معصية، وإذا ورد نهي عن تصرف فذلك لا يكون إلا لبيان أن هذا التصرف قد خرج عن أمر الشارع، وإذا أخرج الشارع تصرفاً عن الشرعية فليس ذلك إلا

(1) ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ص 404.

(2) أبو شرح، محمد وائل طلب، مرجع سابق، ص 77.

(3) المرجع السابق، ص 78.

حكماً منه ببطلان هذا التصرف، والعقد الفاسد وإن كان يفيد المُلْك بعد العقد، إلا أن هذا المُلْك يكون ملكاً مختلفاً عن المُلْك الذي يفيد العقد الصحيح، وذلك لوجود عنصر الفساد في العقد، والفساد واجب الرفع ومنهي عنه على المتعاقدين، ومثل هذه العقود يجب ردها، ووجب تصحيحها أيضاً، وبناء على ذلك سيتم تقسيم المبحث لمطلبين، سيتناول المطلب الأول موانع الرد، في حين سيتناول المطلب الثاني تصحيح العقد الفاسد.

### المطلب الأول: موانع الرد

الأصل أنه في حال وجود عنصر الفساد في العقد، فإن مثل هذه العقود يجب ردها، لكن قد تكون هناك أحوال للامتناع عن الفسخ لهذه العقود أو ردها كتعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد كمانع الهلاك، أو مانع الزيادة وغيرها، وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع سيتناول الفرع الأول مانع الهلاك، في حين سيتناول الفرع الثاني مانع الزيادة، والفرع الثالث التصرف في المبيع ببيع صحيح أو هبة.

### الفرع الأول: مانع الهلاك

إن هلاك المبيع في يد البائع يمنع الرد، لفوات محل الرد، ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن، لأنه يحمل تبعه الهلاك قبل القبض، أما بعد القبض فإن موت محل الرد بيد المشتري يمنع الرد ويجعل موجب الخيار الرجوع بنقصان الثمن أو استرداده، والمراد أن هلاك المبيع بسبب سماوي يمتنع معه الموجب الأصلي الذي هو الرد ليحل محله الموجب الخلفي وهو نقصان الثمن، ويستوي في الهلاك أن يكون بسبب سماوي أو باستهلاك المشتري له على سبيل الاستعمال والانتفاع المشروع، لا الإتلاف، وذلك بأكل الطعام أو لبس الثوب حتى يتخرق، وفي هذا النوع خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، واعتباره في موانع الرد دون الأرض هو مذهب الصّاحبين ومالك

وأحمد، لأنَّ المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللّبس حتّى انتهى الملك به، ولأبي حنيفة أنّه أُلّفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه، وقد انتفى الضّمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضاً، وإن اقتصر الاستهلاك على بعضه، فعند الصّاحبين يرجع بنقصان الثّمّن في الأكل وفي رواية ثانية يرّد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل، ومثل الهلاك في امتناع الرّد: انتهاء المُلك عن الشّيء بالموت، لأنّه ينتهي به المُلك لا بفعل المشتري، فيمتنع الرّد حكماً ويبقى له الرّجوع بالنّقصان<sup>(1)</sup>.

وقد جاء في نص المادة (294) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع".

وجاء في نص المادة (372) من المجلة بأنه: "يمتنع الفسخ إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه ... أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمّرها أو أرضاً فغرسها أو تغيّر اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً فيبطل حق الفسخ في هذه الصور".

ويمتنع الفسخ في العقد الفاسد وإن أمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد متى تعارضت علة إيجاب الفسخ في العقد الفاسد مع علة أقوى منها وذلك يكون في التصرفات الإرادية غير الإجارة فمن ذلك تصرف المشتري بالمبيع ببيع فاسد إلى الغير فيلزم العقد به حمايةً للغير واستقراراً للمعاملات والحقوق، وفي ذلك مصلحة عامة أربى بمعيار الشرع من مصلحة فسخ العقد<sup>(2)</sup>.

وترى الباحثة بأنه في حالة هلاك المبيع بعد القبض فليس على البائع شيء بل يكون من مال المشتري وفي مثل هذه الحالة فإنه يمتنع فسخ العقد، لأن هلاك المبيع من موانع فسخ العقد الفاسد،

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص150.

(2) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 210.

لأن الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد، وبما أن المبيع في العقد الفاسد هو كالمقبوض بالغصب، أي أنه واجب الرد ما دام قائماً، وقيمته إن كان هالكاً، فإنه بهلاك المبيع يتعذر فسخ العقد.

ويعد هلاك المبيع من موانع رد العقد الفاسد، ذلك لأن فسخ العقد لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه، فهلاك المعقود عليه وهو المبيع يمنع فسخ العقد عن طريق الإقالة التي هي فسخ للعقد برضا المتعاقدين، كما يمنع فسخه بسبب العيب، وهذا في العقد الصحيح، حين يكون الهلاك هلاكاً حقيقياً بفوات عينه وزوالها، كما لو كان طعاماً فأكله المشتري، أو علفاً فأطعمه للدواب، أو حطباً فأوقده، أو حنطةً فطحنها، فهنا فإن من الصعب إعادة المعقود عليه إلى ما كان عليه وبالتالي يصعب رد العقد وفسخه، وبما أن المقبوض في العقد الفاسد هو كالمقبوض بالغصب، أنه واجب الرد ما دام قائماً، وقيمته إن كان هالكاً، فإنه بهلاك المعقود عليه يتعذر فسخ العقد، وتجب على المشتري قيمة المعقود عليه، والقاعدة العامة في هلاك المعقود عليه، أن كل فعل لو فعله الغاصب لانقطع به حق المغصوب منه في استرداد عين ماله المغصوب، كذلك ينقطع به حق البائع في استرداد المبيع في العقد الفاسد، فإذا كان المغصوب يصير ملكاً للغاصب بضمانه له، فإن المعقود عليه في العقد الفاسد يصبح ملكاً له بضمانه له<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مانع الزيادة

قد تحصل زيادة في المبيع عند المشتري بعد قبضه للمبيع، وهذه الزيادة قد تكون زيادة متصلة متولدة، زيادة متصلة غير متولدة، زيادة منفصلة غير متولدة، او زيادة منفصلة متولدة، وما يهمنا كأحد موانع الرد في العقد الفاسد هي الزيادة المتصلة غير المتولدة ومثالها كأن يكون المبيع طحيناً

(1) ابن الهمام: شرح فتح القدير، مرجع سابق، ص 469، السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ص 52.

فخلط بسمن أو عسل، أو كان ثوباً فصبغه أو خاطه، فإن هذه الزيادة تكون مانعة للفسخ، ذلك لأن الفسخ إما أن يرد على الأصل فقط، أو أن يرد عليه وعلى الزيادة حسب اتفاق المتعاقدين ومجلس العقد، لأنه لا يمكن فصل الزيادة عن الأصل فيتعذر الفصل في الأصل، كما أنه لا سبيل إلى الثاني لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع أصلاً ولا تبعاً فلا تدخل تحت الفسخ، ولأن للبائع أن يرجع في ملكه، والزيادة ملك للمشتري، أما لو كان المبيع أرضاً فبنى عليها المشتري أو غرس فيها شجراً، فإذا هدم المشتري البناء أو قلع الشجر فإن ذلك لا يمنع الفسخ، أما إذا بقيت هذه الأشياء كما هي في الأرض فإن الفسخ يمتنع، وعلى المشتري قيمة الأرض وقت القبض وينقطع حق البائع بالاسترداد، أو أنه لا يمتنع الفسخ وعلى المشتري نقض البناء أو إزالة الشجر ورد الأرض لصاحبها<sup>(1)</sup>.

وجاء في المادة (372) من مجلة الأحكام العدلية في مسألة فسخ البيع الفاسد: "لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو تغير فيها اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصورة".

ويستدل من النص السابق بأنه يمنع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة كصبغ وخياطة ولت سويق بالسمن وغزل قطن، أما باقي أنواع الزيادة فلا تمنع الفسخ كالزيادة المنفصلة المتولدة كالولد والثمر والصوف، فللبائع أن يستردها مع المبيع وإن هلك في يد المشتري فلا ضمان عليه

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص302، حيدر، علي: درر الحكام، ج1، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003، ص338.

ولو استهلكها ضمن، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة للبايع أن يسترد الزيادة ويأخذ قيمة المبيع من المشتري<sup>(1)</sup>.

وقد طبقت أحكام الزيادة في مجلة الأحكام العدلية في المواد (223-229)، منها في بيع المكيلات والعدديات المتقاربة، بيع الموزونات التي في تبعيضا ضرر، بيع موزونات في تبعيضا ضرر، بيع مجموع من المذروعات، بيع مجموع من العدديات المتفاوتة، بيع عدديات متفاوتة، الصور التي يخير فيها المشتري.

وقد صنفت المجلة أصناف المبيع كالموزون والمذروع والمكيل والمعدود في المواد (223-228)، والمكيلات هي ما يباع بالكيل كالقمح أو الشعير أو بعض السوائل التي تباع بالتر كالبنزين أو الماء أو الزيت أو نحو ذلك، وهذه لا يضرها التبعيض، أما الموزونات فهي ما يباع بالوزن، ومنها ما لا يضره التبعيض كالقمح والشعير إذا تم بيعه وزناً، ومنها ما يضره التبعيض كالألماس واللؤلؤ والذهب ونحو ذلك، والمذروعات فهي ما يباع ذراعاً، ومنها ما لا يضره التبعيض كالقماش والحريير والصوف، ومنها ما يضره التبعيض كالسجاد، أما العدديات المتقاربة فهي ما لا يتفاوت أحاده إلا تفاوتاً ضئيلاً كالبيض واللوز، وهذه لا يضرها التبعيض، أما العدديات المتفاوتة فهي ما يباع بالعدد ولكنه متفاوت في الصفات، كالغنم والدواب، وهذه لا يضرها التبعيض كذلك<sup>(2)</sup>.

ونصت المادة (223) من المجلة بأنه: "المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضا ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع سواء سمي ثمنها فقط أو بين وفصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة إلا أنه إذا وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر

(1) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 168.

(2) الزرقا، مصطفى أحمد: شرح القانون المدني السوري العقود المسماة، ط6، مطابع فتى العرب، دمشق، 1965، ص 69-71.

ناقصاً كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن. وإذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع. مثلاً لو باع صبرة حنطة على أنها خمسون كيلة أو على أنها خمسون كيلة، كل كيلة منها بعشرة قروش بخمسمائة قرش. فإذا ظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لزم البيع، وإن ظهرت خمسة وأربعين كيلة فالمشتري مخير إن شاء فسخ وإن شاء أخذ الخمسة وأربعين كيلة بأربعمائة وخمسين قرشاً وإن ظهرت خمسة وخمسين كيلة فالخمس الكيلات الزائدة للبائع وكذا لو باع سفت بيض على أنه مائة بيضة أو على أنه مائة بيضة كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشاً فإن ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ تسعين بيضة بخمسة وأربعين قرشاً وإذا ظهرت مائة وعشر بيضات فالعشر الزائدة للبائع وكذلك لو باع زق سمن على أنه مائة رطل يكون الحكم على الوجه المشروح".

وجاء في نص المادة (226) من المجلة كذلك بأنه: "إذا بيع مجموع من الموزوعات سواء كان من الأراضي أو من الأمتعة والأشياء السائرة وبين مقداره وجملة ثمنه فقط، أو فصل أثمان ذرعاؤه ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبويضها ضرر. وأما الأمتعة والأشياء التي ليس في تبويضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات. مثلاً لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع بألف قرش فظهر أنها خمسة وتسعون ذراعاً فالمشتري مخير إن شاء تركها وإن شاء أخذ تلك العرصة بألف قرش، وإن ظهرت زائدة أخذها المشتري أيضاً بألف قرش فقط، وكذا لو بيع ثوب قماش على أنه يكفي قباء وأنه ثمانون ذراعاً بأربعمائة قرش فظهر سبعة أذرع خير المشتري إن شاء تركه وإن شاء أخذ ذلك الثوب بأربعمائة قرش. وإن ظهر تسع أذرع أخذ المشتري بتمامه بأربعمائة قرش أيضاً كذلك لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع كل ذراع بعشرة قروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعاً أو مائة وخمسة أذرع خير المشتري إن شاء تركها

وان شاء أخذها إذا كانت خمسة وتسعين ذراعاً بتسعمائة وخمسين وإذا كانت مائة وخمس أذرع بألف وخمسين قرشاً وكذا إذا بيع ثوب قماش على أنه يكفي لعمل قباء وأنه ثمانى أذرع كل ذراع بخمسين قرشاً، فإذا ظهر تسع أذرع أو سبع أذرع كان المشتري مخيراً إن شاء ترك الثوب وإن شاء أخذه إذا كان تسع أذرع بأربعمائة وخمسين وإن كان سبع أذرع بثلاثمائة وخمسين قرشاً، وأما لو بيع ثوب جوخ على أنه مائة وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمسمائة قرش أو أن كل ذراع منه بخمسين قرشاً فإذا ظهر مائة وأربعين ذراعاً خير المشتري إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المائة والأربعين ذراعاً بسبعة آلاف قرش فقط. وإذا ظهر زائداً على المائة وخمسين ذراعاً كانت الزيادة للبائع".

ويستدل من النصوص السابقة بأنها قد جعلت عقد البيع في حال الزيادة في المبيع الذي لا يضره التبويض تماماً لازماً، فلا يتأثر عقد البيع بهذه الزيادة؛ لأن المبيع قد تم على مقدار ما، وبوجود هذا المقدار يكون عقد البيع صحيحاً، لكن الزيادة في المبيع فلا تدخل في البيع لأنها ليست وصفاً، والوصف ما يكون تابعاً لشيء لا ينفصل عنه<sup>(1)</sup>. حيث لا ينتقص من المبيع أية مزايا بمنح البائع حق استرداد الزيادة الحاصلة في المبيع، ولا يفوت على المشتري ما كان من مزايا المبيع كذلك، وعليه يكون للبائع استرداد تلك الزيادة عيناً؛ لأن فصلها عن المبيع لا يضره، ولا فرق في ذلك إذا كان البيع قد تم بإجمال الثمن أو البيع مع تفصيل ثمن الوحدة الواحدة<sup>(2)</sup>.

وهذه الأحكام تسري كذلك على المذروعات التي ليس في تبويضها أي ضرر، وهو ما جاء في نص المادة (226) من المجلة سالفه الذكر والتي استتنت بوضوح حكم المذروعات التي في تبويضها ضرر. إذ لا يكون للمشتري التمسك بالاحتفاظ بتلك الزيادة دون رضا البائع لأن الاحتفاظ

(1) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص88، وحيدر: درر الحكام، مرجع سابق، ص 181.

(2) الزرقا: شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 70.

بالزيادة حق للبائع لا ينزع منه إلا برضاه، فله التنازل عنها بأكثر من ثمنها أو بثمنها أو أن تكون بالمجان، وذلك بالرجوع إلى الاتفاق بشأن الزيادة، حيث يعد عقد بيع جديد على كمية جديدة من الشيء المُباع<sup>(1)</sup>. وعلى سبيل المثال أن يكون البيع على ألف ذراع من القماش، وعند التسليم يظهر أنها ألف ومائة، أو أن يكون البيع في 100 كيلو من الشعير، وعند التسليم يظهر أنها 110 كيلو، أو أن يقع البيع على 70 بيضة، ويظهر عند التسليم أنها 80 بيضة، ففي مثل هذه الأحوال تكون الزيادة من حق البائع كما سبق وبينته الأحكام السابقة.

وفيما يتعلق بالعدييات المتفاوتة فقد نصت المادة (227) من المجلة على أنه: "إذا بيع مجموع من العدييات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط. فإن ظهر عند التسليم تاماً صح البيع ولزم. وإن ظهر ناقصاً أو زائداً كان البيع في الصورتين فاسداً. مثلاً إذا بيع قطع غنم على أنه خمسون رأساً بألف وخمسمائة قرش فإذا ظهر عند التسليم خمسة وأربعين رأساً أو خمسة وخمسين فالبيع فاسد".

وتدل النصوص السابقة على أن مجلة الأحكام العدلية اعتبرت أن عقد البيع بخصوص العدييات المتفاوتة -هذه مما لا يضره التبعض- في حالة الزيادة في المبيع الذي بيع جملة دون ذكر ثمن أجزائه فاسداً، وقد سبق وبيننا أن العقد الفاسد في نص المادة (109) من مجلة الأحكام العدلية هو: "البيع المشروع أصلاً لا وصفاً يعني ان يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية"، يستند العقد الفاسد إلى التمييز بين أصل العقد ووصفه، بحيث يكون جزاء

---

(1) الضمور، أحمد خليف الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الأردني، ط1، دون ناشر، عمان، الأردن، 2006، ص94، الزعبي، محمد يوسف: العقود المسماة شرح عقود البيع في القانون المدني الأردني، ط1، دون ناشر، عمان، الأردن، 1993 ص 299، العبودي، عباس شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص141.

تخلف الأصل أشد من جزاء تخلف الوصف، ويمكن تبريره بأن العلة منه إنما تتمثل بالإقلال من حالات البطلان وفتح الباب للأطراف لتصحيحه بإزالة سبب الفساد، والعقد الفاسد لا ينتج من الأثر إلا ما يرتبه القانون، فلا يمكن للمتعاقد أن يجبر المتعاقد الآخر على تنفيذه، كما لا يجوز لكل من المتعاقدين أو ورثته أن يفسخ العقد دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، إذ يكفي إعدار المتعاقد الآخر وإعلانه بالفسخ، كما أنه إذا أمكن إزالة سبب الفساد أصبح العقد صحيحاً دون أن يتم فسخه بعد ذلك<sup>(1)</sup>.

ويدل ذلك على أن الثمن في الزيادة في هذه الحالة مجهولاً، وعقد البيع يكون على القدر الذي تم العقد عليه فقط<sup>(2)</sup>، وذلك وفقاً لنص المادة (222) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على أنها: "إنما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره"، فعدم دخول تلك الزيادة في عقد البيع يوجب ردها للبائع، ولأن ثمن تلك الزيادة مجهولاً فقد يكون ذلك سبباً للنزاع بين طرفي العقد وهما البائع والمشتري، وعليه فقد اعتبرت مجلة الأحكام العدلية أن عقد البيع في مثل هذه الحالة هو عقد فاسد<sup>(3)</sup>.

وهذا الحكم الذي جاءت به المجلة ينطبق كذلك على العدديات المتفاوتة حتى لو بيعت مع بيان مقدارها وثمان أجزائها وأفرادها، فاعتبرت المجلة بأن عقد البيع في حال الزيادة في المبيع عند التسليم فاسداً كذلك، ليس لجهالة الثمن في الزيادة، بل لما قد ينجم عنه من نزاع بين طرفي العقد في حال طلب البائع ردها، لأن المبيع من القيميات التي تتفاوت في الثمن والجودة، ورد الزيادة

---

(1) خاطر: سرحان، نوري: عدنان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 210-211. علي: أحمد محمد، أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 427 وما بعدها.

(2) حيد، علي، مرجع سابق، ص 188.

(3) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 90، وحيدر، علي، مرجع سابق، ص 188.

منها للبائع قد يبقى للمشتري الرد، كما أن البائع قد لا يقبل بإبقاء الزيادة للمشتري بذات الثمن لجودتها أو المشتري لردائها، كأن يقع البيع على عشرة رؤوس من الماعز ويظهر عن التسليم أنها 15 رأساً، ففي هذه الحالة يكون عقد البيع فاسداً<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التصرف في المبيع ببيع صحيح أو هبة

يختلف حق الفسخ في العقد-كما ذكرنا- إذا ورد الفساد في صلب العقد أو إذا ورد الفساد بسبب شرط فاسد، ففي الحالة الأولى يجوز لكل من طرفي العقد فسخ العقد قبل القبض وبعده، وفي الحالة الثانية يحق للمتعاقدين فسخ العقد قبل القبض إلا إذا اتفقا على إزالة سبب الفساد فلا يحق لهم بعد ذلك فسخ العقد، وحق فسخ العقد لا يتقرر إذا تصرف المشتري بالمبيع بعد القبض بالبيع أو الهبة، إذ لا يحق للبائع فسخ العقد واسترداد المبيع، فإذا باع المشتري أو وهبه أو تصرف به بطل الفسخ<sup>(2)</sup>.

وفي حال التصرف بالمبيع فإن حق الفسخ يسقط إذا باع المشتري المبيع بعقد فاسد أو وهبه، ويثبت الملك للمشتري الثاني أو للموهوب، ولا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تحت يد أي من المشتري الأول أو المشتري الثاني أو الموهوب له أو المتصدق عليه، لكنه لا يرجع على المشتري بالثمن بل يرجع بقيمة الشيء أو بمثله، وهذا يدل على أن العقد الفاسد يكون ليس كتصرف شرعي وإلا لوجب الثمن، ولكون كواقعة مادية جعل لها هذا الأثر<sup>(3)</sup>.

---

(1) لا بد من الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية قد عرفت القيمة في نص المادة (146) منها بقولها: "ما لا يوجد مثله في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة". سليم رستم باز، مرجع سابق، ص 90، علي حيدر، مرجع سابق، ص 189.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 585.

(3) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 115.

وعلى الرغم مما جاء في المادة (372) من مجلة الأحكام العدلية في مسألة فسخ البيع الفاسد: " لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر، أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو تغير فيها اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصورة". فقد بات أنه لو باعه بيعاً فاسداً وبخيار لا يمتنع الفسخ، لأن البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع في ملك المشتري في صورة الخيار أو بهبة من آخر، مع تسليم أو وقفه وفقاً صحيحاً أو رهنه وسلمه، أو جعله مهراً أو بدل صلح وإجارة، ويمنع الفسخ لكل تصرف قول غير الإجار، وعليه فإنه لا يمتنع الفسخ في الحالات السابقة بالإعذار ورفع الفساد، أي أن التصرف بالمبيع بالبيع الصحيح أو الهبة يمنع فسخ العقد رغم فساده<sup>(1)</sup>.

وفي القانون المدني الأردني جاء في نص المادة (2/170) منه بأنه: "2- ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه"، ويدل ذلك على أن الملكية تنتقل بقبض المشتري للمعقود عليه، وتكون له حقوق وسلطات المالك على الشيء المعقود عليه، فالعقد الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض بالقيمة، وعليه فإن تصرف المشتري في المبيع ينفذ لأنه تصرف في ملكه<sup>(2)</sup>، بيد أن هذا الملك غير مستقر لأن الفقرة الثالثة من المادة آفة الذكر قد أعطت لكل من المتعاقدين أو ورثتهما الحق بالفسخ بعد إعذار العاقد الآخر، وهذا النص يختلف عما جاء به الفقه الحنفي والذي أشار لانتقال الملكية بالقبض خاصة إذا كان القبض بإذن البائع ولم يسوغ الفسخ بعد القبض إلا إذا كان الفساد في صلب العقد<sup>(3)</sup>.

(1) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 167.

(2) السنهوري: مصادر الحق، مرجع سابق، ص 261.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 377.

والعلة في عدم فسخ العقد الفاسد إذا تصرف به المشتري أو وهبه لآخر تكمن في الآتي:

1- أن فسخ البيع الفاسد يكون من أجل رعاية حق الشرع، والمبيع هنا يكون تعلقاً بحق العبد أي المشتري في البيع الثاني، وحق العبد مقدم على حق الشرع لضعف العبد وحاجته، ولغنى الشرع.

2- أن البيع الأول عقد فاسد فهو مشروع بأصله دون وصفه، والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يُفسخ لأجل البيع الأول، لأنه أقوى في الثبوت منه<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: تصحيح العقد الفاسد

إذا كان العقد الفاسد مستحقاً للفسخ، فإنه يستحقه لغيره لا لعينه، فلو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد فينقلب صحيحاً، فيجوز تصحيح العقود الفاسدة الربوية بإزالة الربا عنها، وتصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط، كذلك بيع ما في تسليمه ضرر، إذا نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع، انقلب العقد صحيحاً وأجبر المشتري على الأخذ لأن المانع قد زال. أما إذا كان الفساد راجع إلى البديل نفسه بأن كان الثمن مثلاً خمر أو خنزير، فقد تمكن الفساد في صلب العقد، ويبقى العقد فاسداً غير قابل للتصحيح ولو باتفاق العاقدين<sup>(2)</sup>.

وسيتيم في هذا المطلب شرح تصحيح العقد الفاسد، وذلك في فرعين: الفرع الأول يوضح موقف الفقه من تصحيح العقد الفاسد، في حين ان الفرع الثاني يبين طرق تصحيح العقد الفاسد.

(1) أبو شرح، محمد وائل طلب، مرجع سابق، ص 75-76.

(2) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 109-111.

## الفرع الأول: موقف الفقه من تصحيح العقد الفاسد

لقد اختلف الفقهاء في مسألة تصحيح العقد الفاسد في قولين:

### القول الأول: العقد الفاسد لا يمكن تصحيحه:

يرى أنصار هذا القول بأنه إذا وقع العقد فاسداً فلا يمكن تصحيحه، وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية<sup>(1)</sup>، فقال الماوردي: "العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع فاسداً"، والعقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً<sup>(2)</sup>.

بيد أن أنصار هذا القول لم يستدلوا على قولهم بنص، ولم يرد في كتب الفقه استدلالاً واضحاً يؤيد هذا القول، ولعل أنصار هذا القول قد اکتفوا بما ذكره الأصوليون عند تناول المبحث المتعلق بدلالة النهي، ولعل عدم تصحيح العقد الفاسد يرجع إلى أن الجمهور قسموا العقود إلى صحيحة وباطلة، فالصحيح هو ما ترتب أثره المقصود للمكلف، والباطل خلاف ذلك، ويترتب على العقد الباطل فقدان مشروعيته، وعليه لا يمكن تصحيحه، ذلك أن الحرمة والمشروعية متافيات، إذ المشروعية هي الإباحة أو الطاعة، ولا يجتمع قصد الطاعة بقصد المعصية<sup>(3)</sup>.

ولكن هناك من استدلل بعدم جواز تصحيح العقد الفاسد بما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>(4)</sup>.

---

(1) الخشني، محمد بن الحارث: أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد المجذوب وآخرون، الدار العربية للكتاب، والمؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص117.

(2) الماوردي، علي بن محمد: الحاوي الكبير، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص39.

(3) الدريني، فتحي: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج1، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان للنشر والتوزيع، 1994، ص284.

(4) صحيح مسلم، باب نقض الأحكام الباطلة، حديث رقم (1343)، ص3.

## القول الثاني: العقد الفاسد يمكن تصحيحه:

ذهب الحنفية والمالكية إلى القول بأن العقد الفاسد يمكن تصحيحه بحذف المفسد فيه، وأساس التصحيح عند الحنفية أنهم يفرقوا بين العقد الباطل والفاسد، فيرون بأن 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 عكس الفساد الضعيف، وقد وضع الحنفية معياراً للفساد القوي، قال الكاساني: "الأصل عندنا أن ينظر إلى الفساد، فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد - وهو البطل أو المبدل - لا يحتمل الجواز برفع المفسد، كما إذا باع عبداً بألف درهم ورطلاً 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 يحتمل الجواز برفع المفسد، كما في البيع بشرط خيار لم يؤقت، 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 فسخه جاز البيع لزوال المفسد"<sup>(1)</sup>.

وذكر ابن رشد أن سبب الخلاف في تصحيح العقد الفاسد بناءً على أن الفساد هل هو معقول المعنى أم لا؟، فإن قلنا غير معقول المعنى لم يرتفع الفساد بارتفاع المفسد، وأن قلنا معقولاً، ارتفع الفساد برفع المفسد<sup>(2)</sup>.

واشترط الحنفية ثلاثة شروط لإمكانية تصحيح العقد الفاسد، وهي كما يأتي:

أ- أن يرتفع المفسد قبل تقرر الفساد، أي أن يتم رفع المفسد في مجلس العقد، فالبيع الفاسد لا ينقلب صحيحاً إذا ارتفع المفسد بعد انقضاء مجلس العقد.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 178.

(2) ابن رشد: بداية المجتهد، ج3، ص66.

ب- أن يكون تصحيح العقد برضا طرفيه.

ت- أن يكون محل البيع الفاسد قائماً في ملكه، فإن هلك المحل لا ينقلب العقد صحيحاً ولو أُزيل سبب الفساد، وهذا يقابله الإجازة في البيع الموقوف، حيث أنها لا تكون إلا عند قيام المبيع، فمثلاً لو اشترى شخص سيارة برأسمال ولم يعلم مقدر رأس المال وقع البيع فاسداً للجهالة، فإن علم رأس المال قبل انفضاض مجلس العقد فهو بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء ترك، لكنه لو باع هذه السيارة قبل أن يعلم مقدار رأس المال ضمن قيمتها ولم يعد من الممكن تصحيح العقد الفاسد لأن المبيع لم يعد قائماً في ملكه<sup>(1)</sup>.

والحنفية لم يستدلوا في قولهم بجواز تصحيح العقد الفاسد من القرآن أو السنة، وقد اعتمدوا في رأيهم على الدليل العقلاني الراجع لأصل تفريقهم بين الباطل والفساد، بدلالة أن البيع الفاسد يمكن تصحيحه لأنه يقوم على خلل في الوصف لا في الأصل، وهذا عكس البيع الباطل الذي لم يبق بصفة البطلان بل هو معدوم لفساد أصله ولا يجوز تصحيحه<sup>(2)</sup>.

وقد أشارت المادة (170) من القانون المدني الأردني إلى أنه: "1- العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صحّ".

(1) أبو شرح، محمد وائل طلب، مرجع سابق، ص 89-90.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 178.

## الفرع الثاني: طرق تصحيح العقد الفاسد

هناك العديد من طرق تصحيح العقد الفاسد، ونذكر بعض هذه الطرق كما يلي:

### أولاً: تصحيح العقد الفاسد للجهالة:

إذا حصل في العقد جهالة لمدة تسليم المبيع، سواء أكانت جهالة لعدم تحديد الأجل، أم جهالة لتحديد أجل لا يمكن معرفة حصوله كنزول المطر، أو للحصاد، فهذا يبطل العقد عند الأئمة الأربعة، لأن العقد يؤدي لمنازعة شديدة ما بين المتعاقدين، وقد ذهب الحنفية إلى تصحيح العقد الفاسد لأجل الجهالة بشرطين: الأول- أن يحدد المتعاقدان الأجل الصحيح قبل انقضاء مجلس العقد، فإذا تفرق المتعاقدان قبل تحديد الأجل يصبح العقد باطلاً ولا يمكن تصحيحه، والثاني- أن يحدد الأجل الصحيح قبل الفسخ من قبل أحد المتعاقدين، فإذا فسخ العقد قبل تحديد الأجل عند ذلك لا يمكن التصحيح<sup>(1)</sup>.

ويتبين مما سبق بأن الحنفية قد انتقل عندهم العقد إلى مرحلتين: الأولى فساد العقد ويمكن تصحيحه في حال وجود الشرطين السابقين، والثانية بطلان العقد الذي لا يمكن تصحيحه لاختلال الشرطين، ونرى بأنه يكون العقد الفاسد صحيحاً إذا تمت إزالة الجهالة قبل إقرار الفساد وبرضى الطرفين، كأن يقوم المشتري بشراء سيارة بثمن مؤجل للحصاد، فهذا بيع فاسد للجهالة التي تفضي لمنازعة بين الطرفين، وهنا يمكن تصحيح العقد الفاسد للجهالة بإسقاط الأجل قبل قدوم الحصاد.

وقد نصت المادة (213) من مجلة الأحكام العدلية بأن: "بيع المجهول فاسد، فلو قال البائع للمشتري بعتك جميع الأشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الأشياء فالبيع فاسد".

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 179.

ويستدل من النص السابق بأن الجهالة في المبيع تؤدي إلى نزاع يتعذر حسمه لتساوي حجة طرفي العقد (البائع والمشتري)، وهذا يؤدي إلى فساد في العقد ويوجب تصحيحه.

هذا فيما يحتاج للتسليم والتسلم كبيع شاة غير معينة من قطيع الغنم، لأن الجهالة في المبيع مؤدية إلى نزاع جهالة في المبيع إذا أدت لنزاع فهي مفسدة للبيع؛ لأن المقصود من البيع والشراء أن يملك المشتري المبيع والبائع الثمن لا منازع أو مزاحم، وإذا كان المبيع مجهولاً فالبائع يسلم نوعاً منه للمشتري، والمشتري يطالب البائع بأن يسلمه نوعاً آخر فيقع النزاع بينهما، وعلى ذلك لا يتم العقد بينهما، أما بيع المجهول جهالة لا تؤدي إلى نزاع فلا يفسد البيع، كبيع إحدى بغلتين على أن يكون للمشتري اختيار أي منهما، أو كبيع كيلة حنطة من صبرة حنطة أو جميع ما في غرفة أو كيس من المال، والمقصود من المجهول هنا ما يحتاج التسليم والتسلم كما تقدم، أما المجهول الذي لا يحتاج إلى ذلك فيعتبر جائز كأن يقر رجل بأنه في يده مالاً لآخر وصل إليه بطريق الغصب أو الإيداع ويشتره من الآخر الذي أقر له بالمال، كأن يقول البائع للمشتري بعتك داراً أو بغلة وكان المشتري لا يعلم أية دار أو أية بغلة بيعت منه، فالبيع غير صحيح لأن البغلة قد تحتل أن تكون بغلته أو أن تكون بغلة غيره، فيكون المبيع مجهولاً جهالة فاحشة<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: تصحيح العقد الفاسد برفع الإكراه:

يرى الحنفية بأن الإكراه في العقد والتصرفات المالية إما أن يكون إكراهاً ملجئاً أو غير ملجئ، فإن كان ملجئاً كأن يكون التهديد بإتلاف النفس أو عضو منها، فإن العقد هنا يبطل، وعند الحنابلة العقد الباطل لا يصحح، لأن هذا النوع من الإكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار، في حين أن الإكراه غير الملجئ هو الذي لا يفوت على النفس أو بعضاً منها، كالحبس أو الضرب غير القاتل، فهذا

---

(1) حيدر، علي، مرجع سابق، ص 187.

يفسد العقد ولا يبطله، والسبب في ذلك أن الإكراه غير الملجئ يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار، وذلك لعدم اضطرار المكره إلى الإتيان بما أكره عليه، لتمكنه من الصبر على تحمل ما تم تهديده به، وهذا النوع من الإكراه يمكن أن يتم تصحيحه بإجازة المكره لهذا العقد، فإذا أجازته مضى البيع وأصبح لازماً، لأن المانع من البيع كان الإكراه وقد زال<sup>(1)</sup>.

إذا كان الإكراه ملجئاً بأن يكون التهديد بالقتل أو إتلاف بعض الأعضاء من الجسم أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه القتل أو تلف عضو أو تلف جميع المبيع فهنا لا يبقى للشخص معه القدرة أو الاختيار، أما إذا كان الإكراه غير ملجئ بما لا يضر بالنفس أو العضو كالتهديد بالضرب اليسير أو الحبس أو بإتلاف بعض المال أو إلحاق الظلم فلا يحل للمكره الإقدام على الفعل كالبيع أو الشراء أو إبرام عقد، وإذا أقدم على ذلك كانت المسؤولية عليه وحده وليس على من أكرهه<sup>(2)</sup>.

اختلف الحنفية في حكم بيع المكره، فذهب الأئمة الثلاثة لاعتباره فاسداً، وذهب آخرون إلى أنه بيع موقوف، فعلى القول الأول لو وقع البيع من مكره فإن البيع فاسد للإكراه، ويثبت فيه الملك بالقبض، ويمكن تصحيح العقد هنا بإزالة المفسد وذلك بإجازة المالك المكره<sup>(3)</sup>.

ويرى السنهوري أنه في حالة الإكراه فإن الفسخ جائز للطرفين قبل القبض، أما بعد القبض فهو خاص للمكره وحده بالإجازة<sup>(4)</sup>.

وقد جاء في المادة (141) من القانون المدني الأردني بأنه: "من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده .."، وجاء في المادة 142 منه أن: "الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص 188.

(2) الزرقا: المدخل الفقهي، ج 1، مرجع سابق، ص 228، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص 216.

(3) أبوشرخ، محمد وائل طلب، مرجع سابق، ص 94.

(4) السنهوري: مصادر الحق، مرجع سابق، ص 174.

بالضرب أو منعها عن أهلها مثلاً لتتنازل عن حق لها أو تهب له مالاً ففعلت كان تصرفها غير نافذ". . ولكن ما يؤخذ على المشرع الأردني ضعف صياغة ما ختم به المادة 141 ونصها: ". ولكن لو أجازته المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً " ، فالذي ينقلب صحيحاً هو العقد الفاسد بعد زوال سبب الفساد فيه أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح ابتداءً وانتهاءً ، أي مع قيام سبب وقفه فيه وبعد زواله، فكان الأولى بالمشرع النص على ما يدل على نفاذ الآثار بعد زوال سبب الوقف من تاريخ العقد لا من تاريخ الإجازة، وهذا هو حكم العقد الموقوف والإجازة التي تلحق به كما هو معروف عند أهله.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد اعتبرت أن الإكراه يفسد العقد في كلتا الحالتين سواء كان ملئجاً أم غير ملجئ، حيث أخذت المجلة بفساد التصرف المكره في نص المادتين (1006-1007)، فجاء في نص المادة (1006) من المجلة: " لا يعتبر البيع الذي وقع بالإكراه ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ملجئاً كان الإكراه أو غير ملجئ ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر". فالإكراه الملجئ يفسد الاختيار مثل التهديد بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع العضو<sup>(1)</sup>.

وعليه لا يعتبر البيع الذي وقع بالإكراه معتبراً ولا الشراء ولا الإيجار ولا الاستئجار ولا الهبة ولا الصدقة ولا الفراغ، يعني فراغ الأراضي الأميرية والأراضي التي يتصرف فيها بالإجارتين من المستغلات، ولا غيره، فلا يكون نافذاً ، أي يكون منعقداً وقابلًا للفسخ، وفي البيع لا يفيد الملك بعد القبض لعدم لزومه<sup>(2)</sup>.

(1) باز، سليم رستم، مرجع سابق، ص 536.

(2) حيدر، علي، مرجع سابق، ص 733.

وفي المادة (1007): "كما أن الإكراه الملجئ يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية وأما الإكراه غير الملجئ فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية بناء عليه لو قال أحد لآخر اتلف مال فلان وإلا أقتلك أو اقطع أحد أعضائك وأتلف ذلك يكون الإكراه معتبراً و يلزم الضمان على المجرر فقط وأما لو قال اتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك واتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط". وأما لو قال: أتلف مال فلان وإلا أضربك أو أحبسك و أتلف ذلك فلا يكون الإكراه معتبراً، ويلزم الضمان على المتلف فقط، حيث كان ذلك مما يُحتمل عادة<sup>(1)</sup>.

ومما سبق ترى الباحثة بأن عقد المكره ليس كسائر العقود التي فيها فساد فهو ليس واجب الفسخ لتشابهه مع العقد الموقوف في هذا الجانب، حيث يمكن تصحيح عقد المكره بعد زوال الإكراه في حال أجازة المكره فينقلب صحيحاً، على عكس سائر أسباب الفساد الأخرى فهي لا تنفذ بالإجازة من أحد الأطراف، فالفساد في عقد المكره يمكن اعتباره فساداً من نوع خاص.

### ثالثاً: تصحيح العقد الفاسد بإزالة الربا:

عندما يشترط الربا في العقد فإن العقد يُفسخ، وهذا رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup>، وأن من أربى ينقض عقده ويرد فعله وإن كان جاهلاً، لأنه فعل ما حرمه الشارع ونهى عنه، والنهي يقتضي التحريم والفساد، فقد روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا، ربا العباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله"<sup>(3)</sup>.

(1) باز، سليم رستم، ج1، ص 560.

(2) ابن قدامة: المغني، ج4، ص 45، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص54.

(3) صحيح مسلم، باب حجة النبي، حديث رقم (882)، ص2.

وقد ذهب الحنفية إلى أن اشتراط الربا في العقد هو مُفسد له وليس مبطلاً له، فيملك المبيع في البيع الفاسد بالقبض، بخلاف البيع الباطل الذي لا يترتب عليه أي شيء، فالبيع الفاسد بالربا عندهم، أن العوض يملك بالقبض ويجب رده لو كان قائماً، ورد مثله أو قيمته لو كان مستهلكاً، وعليه فإنه يجب رد الزيادة الربوية لو قائمة لا رد ضمانها<sup>(1)</sup>.

فالفاسد ما شرع بأصله دون وصفه، أو ما كان الخلل فيه لم يتطرق إلى ركن البيع، وإنما اقترن بوصف منهي عنه شرعاً، فالربا محرم شرعاً ويفسد العقد باعتبار أن أوصافه خارجة عن حدود الشرع، ويجب رده إلا إن فات فيجب فيه القيمة دون الثمن المسمى لفساده، وهو ما جاء في نص المادة (364) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "إذا وجد شرط إنعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة كما إذا كان المبيع مجهولاً أو كان في الثمن خلل صار البيع فاسداً".

ويستدل من النص السابق بأنه إذا وجد شرط الانعقاد المبين ولم يكن البيع مشروعاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة كما إذا كان المبيع أو الثمن كله أو بعضه مجهولاً، أو كان الثمن مالاً غير متقوم، أو كان أجل الثمن مجهولاً، أو وجد في العقد شرط فاسد، صار البيع فاسداً<sup>(2)</sup>.

فالحنفية يرون بأن العقد الذي لا يمكن تصحيحه هو العقد الربوي لأنه عقد باطل، لكن العقد الفاسد للربا يمكن تصحيحه بإزالة الزيادة الربوية وليس ضمانها، فمثلاً لو أن شخصاً باع آخر مئة شاة بألف ومئة دينار إلى شهر كان العقد فاسداً، إذا كان سعر الشاة محدد بـ 100 دينار، لأن الزيادة وهي 100 دينار هي زيادة ربوية، فإن أسقط البائع الزيادة فإن العقد يصبح صحيحاً، حيث أن

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ص 190.

(2) حيدر، علي، مرجع سابق، ج 1، ص 368.

العقد الربوي هو عقد باطل لأنه يقوم على زيادة في القرض، أما العقد الفاسد فهو عقد مالي أو ما شابه قد تكون فيه زيادة لكن يمكن تصحيح هذا العقد بإزالة الزيادة حتى لا يكون كالعقد الربوي.

ومما سبق فإن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة لكن يمكن أن ينقلب صحيحاً، إذا زال سبب فساد، وجرى التخلص من الجزء الذي تسبب بفساده، ذلك أن العقد الفاسد معصية، لا يتوب عنها المتعاقد إلا بفسخه، وبالتالي يجوز للقاضي القضاء بفسخ العقد، لإنهاء التناقض بين قيام العقد وعدم صحته، وله أن يقضي بالفسخ ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم، نظراً لأن الفساد يتعلق ببطلان العقد، فلا يترفع وصف الفساد برضا المتعاقدين، لأن التشريع وضع جزاء الفساد لحماية النظام، وبما أن الفساد إنما وجد لوجود سببه، كالغرر، والشرط الفاسد، أو الجهالة، أو الإكراه، فيمكن حينها زوال هذا المفسد وهذا الوصف بزوال سببه، كما لو عين الأجل كان مجهولاً، أو ألغى الشرط الذي سبب الفساد<sup>(1)</sup>.

وقد حاول المشرع الأردني تجنّب الربا وإبعاده عن القانون المدني حرصاً منه على المحافظة على انتمائه إلى الشريعة الإسلامية التي تحرم الربا تحريماً قطعياً، ولكن في المحصلة النهائية استقر العمل به في التشريعات القانونية الأخرى وسار على ذلك عمل القضاء الأردني، ولنورد في ذلك على سبيل المثال نصوصاً من قوانين أردنية نافذة، حيث بيّنت المادة (3/167) من قانون الأصول المدنية رقم 24 لسنة 1988 قبل تعديلها كيفية احتساب الفوائد المتعلقة بالتعويضات، من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وليس من تاريخ إقامة الدعوى<sup>(2)</sup>.

(1) بركات: نظرية الفساد في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 78.

(2) محكمة تمييز حقوق رقمها 108 / 2002 تاريخ 2002/1/23، وبهذا المعنى قرار محكمة التمييز حقوق المرقم 623 / 2002 تاريخ 2002/3/19. منشورات مركز عدالة .

إنّ الحكم بالفوائد سواء كانت اتفاقية أو قانونية إنما يرتبط بالدين الأصلي وليس بالدعاوى...<sup>(1)</sup>.

وترى الباحثة فيما سبق بأن العقد الفاسد يمكن تصحيحه بزوال سبب الفساد، وأن هذا التصحيح يكون في العقود الفاسدة لا الباطلة، لأن العقود الباطلة لا يمكن تصحيحها، أما الفاسدة فمن الممكن ذلك، بزوال المسبب للفساد، وهذا التصحيح يعتمد على طبيعة ونوع الفساد كالفساد في الجهالة، أو الفساد في الإكراه، أو الفساد للربا، أو الفساد بسبب صيغة العقد. وذلك تماشياً مع ما جاء في القانون المدني الأردني في نص المادة (170) بقولها: "... 1- فإذا زال سبب فساده صح".

---

(1) محكمة تمييز حقوق رقمها 1713 / 2002 تاريخ 2002/7/24 ، وقريب من ذلك قرار محكمة تمييز حقوق المرقم 855 / 2002 تاريخ 2002/4/16 . منشورات مركز عدالة .

## الخاتمة

لقد تم من خلال هذه الدراسة تناول فكرة نظرية العقد الفاسد دراسة فقهية قانونية مقارنة بين الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وعليه تتضمن خاتمة الدراسة أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها على النحو الآتي:

### أولاً- النتائج

- قسم جمهور الفقهاء العقد إلى عدة مراتب: صحيح وباطل أو فاسد، ولم يفرقوا في الحكم بين العقد الباطل والفاسد فكلاهما رديف للآخر.
- قسّم الأحناف العقد إلى صحيح وباطل وفاسد، والصحيح عندهم هو ما كان مشروعاً بوصفه وأصله، أي ما كان مشروعاً في ذاته ووصفه، أما الباطل فهو غير المشروع في أصله ووصفه، والعقد الفاسد عندهم هو المشروع بأصله دون وصفه.
- العقد الفاسد هو من العقود المنهي عنها ولا تترتب عليه أي آثار شرعية.
- حكم البيع الفاسد في المذهب الحنفي يختلف عنه بالنسبة للبيع الباطل، فالفاسد إذا ما قبض فيكون له أثر عندهم، على عكس جمهور الفقهاء الذين يرون بأنه لا فرق بين الباطل والفاسد وبالتالي لا أثر له على وجه العموم.
- انعقاد العقد الفاسد له وجود شرعي لتوافر شروط الانعقاد فيه، إلا أن هذا الوجود ليس مستقراً وليس ثابتاً ويجب إزالته ما لم يزل الوصف الفاسد فيه.

- إن النصوص الواردة في مجلة الأحكام العدلية تجمع على أن ضابط البيع الفاسد يكون بسبب الخلل في ركن البيع ومحلّه أو شروط انعقاده فهو باطل، وإن كان في وصفه أي من شروط صحته فالبيع فاسد.
- الجهالة المفسدة للعقد هي الجهالة المفضية إلى منازعة، أما الجهالة التي لا تفضي لمنازعة فهي لا تقصد العقد وفقاً للمذهب الحنفي وما جاء في مجلة الأحكام العدلية.
- هناك خلاف لدى الحنفية في اعتبار الإكراه سبباً من أسباب الفساد من عدمه، فذهب بعضهم إلى أن الإكراه يفسد العقد، وهناك من يرى بأن بيع المكره موقوف.
- العقد الفاسد يقترب من العقد غير اللازم في أن لكل من عاقديه أو من يخلفهما وينوب عنهما الحق في فسخه بعد إنذار العاقد الآخر دون تراض أو تقاض كما ورد في مجلة الأحكام العدلية.
- أن العقد الفاسد لا يفيد المُلْك قبل القبض، ولا يترتب عليه آثار بل يجب فسخه والتخلص منه؛ لأنه يعد من المعاصي الواجب تجنبها وعدم الاستمرار فيه.
- العقد الفاسد بعد القبض إنما هو مستحق للفسخ لكن قد يمتنع هذا الفسخ عندما يتصرف المشتري بالمقبوض بالبيع أو الانتفاع أو نحو ذلك، وذلك حتى لا يؤدي الفسخ لإبطال حقه، وفي حال تغير المقبوض بعد القبض بالانتفاع أو البيع أو الهلاك أو نحو ذلك فعندها يمتنع الفسخ لاستحالة رد المعقود عليه إلى ما كان عليه قبل القبض.

- إن حق فسخ العقد لأي من طرفيه ثابت قبل القبض وبعده إن تعلق وجود خلل موجب للفساد في صلب العقد. لكن إذا لم يتعلق الخلل بصلب العقد بل بأمر زائد عنه، فالخيار يثبت لطرفي العقد في فسخه وهذا رأي الحنفية.
- في حال تصرف المشتري بالمبيع في البيع الفاسد فإنه يضمن المبيع، وقد اختلفت الحنفية في وقت الضمان بأنه يوم القبض أم وقت العقد.
- إن العقد الفاسد يفيد حكمه إذا اتصل به القبض، ويرجع ذلك إلى أن الفساد في العقد يكون لاختلال في وصفه، والبطلان يكون لاختلال في ركنه، وعليه فليس من المنطق أن يتساوى العقدان عندما يكون الاختلال في أحدهما ركناً أو وصفاً، إذ أن الاختلال في الركن أكبر وأخطر من الاختلال في الوصف، فيترتب عليه حكم الفسخ وإن اتصل به القبض لأن الاختلال وقع في صلبه.
- اشترطت الحنفية ثلاثة شروط لإمكانية تصحيح العقد الفاسد، وهي بأن يتم رفع المُفسد قبل تقرر الفساد في مجلس العقد، وأن يكون تصحيح العقد برضا الطرفين، وأن يكون محل البيع الفاسد قائماً في الملك فإن هلك المحل لا ينقلب العقد صحيحاً ولو أُزيل سبب الفساد، وهذا يقابله الإجازة في البيع الموقوف.
- إن المشرع الأردني قد أخذ بفكرة العقد الفاسد في نص المادة (170) منه والتي جاء فيها أن: "العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صح. ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه. ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون. ولكل من عاقديه أورثته حق فسخه بعد أضرار العاقد الآخر".

- لم يأخذ المشرع الأردني بالأسباب المؤدية لفساد العقد كما هو عند الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية، فاعتبر بعض تلك الأسباب لا تفسد العقد ولا تؤثر فيه ويبقى صحيحاً.
- لا يوجد هناك تطبيقات عملية للعقد الفاسد في التشريع الأردني سوى في نص المادة (506) والتي تعتبر تطبيق ضيق جداً بشأن فساد الشرط ونصت على: "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط"
- لم نجد أي نص في مشروع القانون المدني الفلسطيني أشار إلى العقد الفاسد، وهو ما يؤخذ على المشرع الفلسطيني.

## ثانياً - التوصيات

- نتمنى على المشرع الأردني التوسع في تطبيق فكرة العقد الفاسد في نصوص القانون المدني الأردني، والأخذ بأسباب الفساد في العقد وإدراجها في نصوص القانون المدني كما هو في الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية.
- بالرغم من أن المشرع الأردني قد نص بشكل واضح على حالة العقد الفاسد إلا أننا نتمنى عليه عدم الخروج عن القواعد العامة التي هي موجودة في الأصل والتوسع في نصوص خاصة للعقد الفاسد.
- يؤمل من المشرع الفلسطيني الأخذ بفكرة العقد الفاسد في مشروع القانون المدني.
- عقد المجالس العلمية والندوات التي تضم كبار العلماء والمفكرين من رجالات الفقه الإسلامي والقانون ليستنبطوا ويقننوا الأحكام الفقهية والقانونية من مصادر التشريع المختلفة للمسائل المستجدة في العقود الفاسدة في ظل التطورات العلمية والتكنولوجية.

## المراجع العلمية

أولاً: المصادر:

[1] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة الثانية من العدد 2645 من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1976\8\1.

[2] مجلة الأحكام العدلية العثمانية. صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286هـ، الموافق 1869، وتوطد نفاذها في عام 1294هـ، الموافق 1876.

ثانياً: المراجع:

[1] ابن الحاجب، جمال الدين أبي عمرو بن أبي بكر المقرئ: مختصر السؤال والأمل في علمي الأصول والجدل، مجلد1، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2006.

[2] ابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي: القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، ج1، دون طبعة، المكتبة العصرية، دمشق، 1999.

[3] ابن النجيم، تقي الدين أبي إبراهيم بن محمد: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ نشر.

[4] ابن النجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.

- [5] ابن جزى، محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن جزى: القوانين الفقهية، ط1، دار الفكر، بيروت، 1985.
- [6] ابن رجب، الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد: القواعد الفقهية، القاعدة الثانية والخمسين، بيروت، دار الكتب العلمية، دون تاريخ نشر.
- [7] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي: رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج2، دار الفكر، بيروت، 1992.
- [8] ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي: روضة الطالبين وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، ج1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002..
- [9] ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد الجماعلي: الشرح الكبير على متن المقنع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.
- [10] ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي: روضة النظار وجنة المناظر، ط2، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1399هـ.
- [11] ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد: المغني، ج5، دار الحديث للنشر، 2004.
- [12] ابن قدامة، موفق الدين عبد الله المقدسي: الكافي، تحقيق: محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.

[13] ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد: المغني، ط1، ج2، دار فجر للطباعة، القاهرة، 1990.

[14] ابن كثير، إسماعيل أبو الفداء الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1986.

[15] ابن منظور، جمال الدين مكرم الأفريقي المصري: لسان العرب، المجلد الخامس عشر، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 2002، المجلد العاشر.

[16] أبو البصل، عبد الناصر: دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرة العامة للعقد، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

[17] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998.

[18] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: نظرية الالتزام، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.

[19] أحمد، صلاح محمد: بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العامل في علاقات العمل الفردية، دراسة مقارنة، دون ناشر، 2006.

[20] أسعد، محمد: الفقه الحنفي وأدلته، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، 2000.

[21] البعلي، عبد الحميد محمود: ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة الشرق للعلاقات العامة، عمان، الأردن، 1985.

[22] بكر، عصمت عبد المجيد: نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية العربية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، 2015.

[23] البلخي، نظام الدين، ومجموعة علماء: الفتاوى الهندية، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.

[24] بن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

[25] البهوتي، منصور بن يونس: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

[26] التفتازاني، سعد الجين مسعود بن عمر: شرح التلويح على التوضيح، ج1، ط1، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.

[27] الجبوري، ياسين: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

[28] الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين: التعريفات، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983..

[29] الجصاص، أحمد بن علي: **الفصول في الأصول**، ط1، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1405هـ.

[30] الحكيم، عصمت عبد المجيد: **نظرية العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع الفقه القانونية والقوانين المعاصرة**، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ نشر.

[31] حيدر، علي: **درر الحكام**، ج1، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.

[32] خاطر، سرحان، نوري، عدنان: **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

[33] الدريني، فتحي: **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ج1، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان للنشر والتوزيع، 1994.

[34] الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج3، دون تاريخ نشر.

[35] الذنون، حسن علي: **النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، مطبعة النهضة، القاهرة، مصر، دون تاريخ نشر.

[36] الزبيدي، محمد بن محمد بن الرزاق الحسيني: **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق: مصطفى حجازي وآخرون، ج8، دار الهداية للنشر، الإسكندرية، 1984.

[37] الزحيلي، وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، ج4، ط3، دار المكتبي، دمشق،  
2008.

[38] الزرقا، مصطفى أحمد: شرح القانون المدني السوري العقود المسماة، ط6، مطابع فتي  
العرب، دمشق، 1965.

[39] الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط10، ج2،  
مطبعة طربين، دمشق، سورية، 1968.

[40] الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، 2004.

[41] الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر: البرهان في علوم القرآن، ط1، ج2، دار  
الكتب العلمية، بيروت، 2000.

[42] الزركشي، بدر الدين بن بهاور الشافعي: المنثور في القواعد، ج1، ط1، وزارة الأوقاف  
والشؤون الإسلامية، 1982.

[43] الزركشي، بدر الدين: البحر المحيط في أصول الفقه، ج1، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون  
الإسلامية الكويتية، الكويت، دون سنة نشر.

[44] الزعبي، محمد يوسف: العقود المسماة شرح عقود البيع في القانون المدني الأردني، ط1،  
دون ناشر، عمان، الأردن، 1993 .

[45] الزلمي، مصطفى: الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربي، ط1،  
شركة السعدون للطباعة والنشر، بغداد، دون سنة نشر.

[46] زيدان، عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط6، بدون ناشر وبدون مكان نشر، 2002.

[47] الزيّلعي، فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1313هـ.

[48] الزيّلعي، فخر الدين عثمان بن علي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، المطبعة الأميرية الكبرى بولاية بولاق، مصر، 1314هـ.

[49] السالمي، نور الدين: طلعة الشمس، ط2، ج2، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، 1985.

[50] السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري: شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، 1997.

[51] سرور، محمد شكري: موجز الأحكام العامة للالتزام، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.

[52] سلطان، أنور: الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار المطبوعات الجامعي، الإسكندرية، 1998.

[53] سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987.

[54] باز، سليم رستم: شرح المجلة، ط1، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

[55] السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

[56] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: نظرية العقد، المجمع العربي العلمي الإسلامي، دون تاريخ نشر، بيروت.

[57] السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

[58] السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه المغربي، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

[59] السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر.

[60] السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، دان تاريخ نشر، ج4.

[61] السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

[62] السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر بن محم: الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

[63] الشافعي، أبي يحيى زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، مجلد4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.

[64] شبير، محمد عثمان: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004.

[65] الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

[66] الشرقاوي، جميل: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

[67] الشكري، إيمان طارق: أثر الشرط في حكم العقد، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018.

[68] شبيب، أحمد سلمان، سميسم، جواد كاظم: مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، ط1، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، 2015.

[69] الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي: اللمع في أصول الفقه، ط2، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

[70] الشيرازي، أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3، ط1، 1996 .

[71] الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.

[72] الصاغر جي، أسعد محمد: **الفقه الحنفي وأدلته**، ج2، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت،  
2000.

[73] الصدة، عبد المنعم: **مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

[74] الضمور، أحمد خليف: **الوجيز في شرح العقود المسماة في القانون المدني الأردني**، ط1،  
دون ناشر، عمان، الأردن، 2006.

[75] الطبطبائي، السيد علي: **رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل**، ج8، ط1، مؤسسة  
النشر الإسلامي.

[76] الطحاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل: **حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح**، ط3، دار  
المطبعة الكبرى الأميرية، 1318هـ.

[77] عبد البر، محمد زكي: **أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي**، دار الثقافة للنشر،  
الدوحة، قطر، 1986.

[78] العبودي، عباس: **شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار**، ط1، دار  
الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

[79] علي، أحمد محمد: **أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، ج1، دار الثقافة للنشر  
والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

[80] العوجي، مصطفى: **القانون المدني في مقدمة الموجبات المدنية، الالتزامات، منشورات**  
الحلبي الحقوقية، بيروت، دون تاريخ نشر.

[81] عوضين، محمد نجيب: **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

[82] العيني، بدر الدين أبو محمد بن أحمد بن موسى بن حسين: **البنية شرح الهداية**، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

[83] الغزالي، أبو حامد بن محمد: **المستصفى في علم الأصول**، تحقيق: محمد مصطفى أبو العلاء، شركة الطباعة الحديثة للنشر، د.ت.

[84] الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي: **العين**، ج3، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال للنشر، د.ت.

[85] فرح، توفيق: **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام**، ط2، الدار الجامعية، بيروت، 1991.

[86] فودة: **عبد الحكيم، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

[87] الفيومي، أحمد بن محمد بن علي: **المصباح المنير**، مكتبة لبنان، لبنان.

[88] الفيومي، أحمد بن محمد: **المصباح المنير**، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

[89] القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن: **أنوار البروق في أنواء الفروق**، ج3، عالم الكتب، بدون تاريخ نشر.

[90] القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس: **الذخيرة**، ج4، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.

[91] القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس: **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1973.

[92] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

[93] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج4، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.

[94] الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري: **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل احمد عبد الموجود، ج18، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.

[95] الماوردي، علي بن محمد: **الحاوي الكبير**، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

[96] محمد بن محمود الخوارزمي، جامع مسانيد الإمام الأعظم، ج2، مطبعة حيدر آباد، الهند، 1332هـ.

[97] محمصاني، صبحي: **النظرة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، ج2، دار العلم للملايين للنشر والتوزيع، 1995.

[98] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، ط3، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، 1992.

[99] المرتضى، أحمد بن يحيى: منهاج الأصول إلى معيار العقول في علم الأصول، تحقيق: أحمد علي، ط1، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن، 1992.

[100] المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ط1، ج7، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2000.

[101] المعجم الوسيط: مجموعة مؤلفين، ط2، دار الدعوة، الإسكندرية، دون تاريخ نشر.

[102] موسى، محمد يوسف: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.

[103] المومني، عيسى: العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1989.

[104] الميزابي، محمد بن يوسف: شرح النيل وشفاء العليل، ط1، القاهرة، 1343هـ.

[105] النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف: روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

[106] النووي، أبو زكريا: المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية، ج9، القاهرة، بدون سنة نشر.

[107] الهيتمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، مكتبة القدسي، القاهرة، 1999.

### ثالثاً: الرسائل والأطروحات الجامعية

- [1] أبو شرح، محمد وائل طلب: نظرية الفساد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الخليل، فلسطين، 2018.
- [2] بركات، إياد رفيق: العقد الفاسد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2004.
- [3] الجنابي، هادي عيسى: التعدد في المعاملات المالية وأثره في الأحكام الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، عمان، الأردن، 2016.
- [4] العلفي، عبد الله محمد: أحكام الخيارات في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1988.

### رابعاً: المجالات العلمية

- [1] الطنجي، إبراهيم علي أحمد الشال: طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد (31)، سنة (21)، 2007.
- [2] طه، غنى حسونة: القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربية في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثانية، عدد (2)، 1978.

[3] عبد البر، محمد زكي: الأصل والوصف في الفقه الحنفي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عدد (37)، 1997.

[4] العويدي، أحمد علي، العجارمة، نوفان منصور، السمامعة، خالد رضوان: إجازة العقد الموقوف في القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد (43)، ملحق (4)، الجامعة الأردنية، عمان، 2016.

[5] القاسم، محمد إبراهيم: الآثار المترتبة على العقد الموقوف، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإسكندرية، مجلد (6)، عدد (36)، 2008.

#### خامساً: المواقع الإلكترونية

[1] موسوعة ودق القانونية، موقع إلكتروني: <https://wadaq.info/%>، تاريخ الدخول: 2021/6/29، الاثنين، الساعة 3 بعد الظهر.

#### سادساً: الأحكام القضائية:

[1] منشورات مركز عدالة.

[2] منشورات مركز قسطاس.

[3] موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية (مقام).



**An-Najah National University**  
**Faculty of Graduate Studies**

**THE VITIATED CONTRACT THEORY IN  
THE CIVIL LAW**

**A COMPARATIVE STUDY**

**By**

**Anwar Yassir Yousef Zaid**

**Supervisor**

**Dr.Ghassan Khaled**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of  
Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University,  
Nablus - Palestine.**

**2022**

# **The Vitiated Contract Theory in the Civil Law**

## **A Comparative Study**

by

**Anwar Yassir Yousef Zaid**

**Supervisor**

**Dr.Ghassan Khaled**

## **Abstract**

The study dealt with the subject of the corrupt contract theory in civil law as stated in the Journal of Judicial Judgments, Jordanian Civil Law and the Palestinian Civil Law Project. Both are synonymous with the other, for the Hanafis divided the contract into true, false and corrupt, and the correct one for them is what was lawful by its description and origin, i.e. what was lawful in its essence and description. The corrupt is one of the contracts that are forbidden and does not have any legal effects, and also that the ruling on a corrupt sale in the Hanafi school differs from it with regard to false sale. effect on him in general. The study indicated that the corrupt contract has a legitimate existence due to the availability of the conditions of the contract, but this existence is not stable and not fixed and it must be removed as long as the corrupt description in it is not removed, and that the texts contained in the Journal of Judicial Judgments unanimously agree that the corrupt sales officer is due to a defect in the corner The sale and its place or the conditions of its contract are void, and if in its description any of the conditions of its validity, the sale is invalid, and ignorance that spoils the contract is ignorance that leads to a dispute, as for ignorance that does not lead to a dispute, it does not invalidate the contract according to the Hanafi doctrine and what came in the Journal of Judicial Judgments, and that there is There is disagreement among the Hanafis regarding coercion as a cause of corruption or not. Some of them argue that coercion invalidates the contract, and there are those who see that the sale of the compulsion is suspended, and that the corrupt contract approaches the contract that is not necessary in that each of his contracting parties or their successors and representatives have the right to annul it. After warning the other contract without consent or litigation, as stated in the Code of Judicial Judgments.

It was found through the study that the corrupt contract does not benefit the property before arrest, and does not have consequences, but must be annulled and disposed of;

Because it is considered one of the sins that must be avoided and not continue with it, and that the corrupt contract after the arrest is worthy of annulment, but this annulment may be refrained when the buyer disposes of the received by selling or usufruct, or the like, so that the annulment does not lead to invalidation of his right, and in the event that the received change after the arrest of the usufruct Or sale or destruction or the like, then the annulment is prohibited due to the impossibility of returning the contract to what it was before the arrest, and that the corrupt contract benefits its ruling if it is connected to the arrest, and this is due to the fact that corruption in the contract is due to an imbalance in its description, and invalidity is due to an imbalance in its corner, and accordingly It is not logical for the two contracts to be equal when the imbalance in one of them is a pillar or a description, since the imbalance in the element is greater and more dangerous than the imbalance in the description, so the judgment of annulment follows, even if it is connected to it, because the imbalance occurred in its core. The Jordanian legislator has taken the idea of a corrupt contract in the text of Article 170 of it, which states that: “A corrupt contract is what was legitimate in its origin, not in its description, and if the cause of its corruption ceases, it is valid. Except within the scope of what is determined by the provisions of the law, and each of his contracting parties has the right to rescind it after the excuses of the other contracting party.

**Key words:** The Vitiating Contract, Ignorance of the contract, The corrupt condition, the effects of the corrupt contract, Correcting the corrupt contract.