وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

ألعقد الفاسد في الشريعة والقانون

بحث تقدمت بــه الطالبة (سناء عبد الكريم جاسم)

كجزء لنيل شهادة البكلوريوس لقسم القانون

بأشراف الأستاذ المساعد : حسام عبد الطيف

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

بسم الله الرحمن الرحيم

(ا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ)

سورة المائدة

بسم الله الرحمن الرحيم

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)

سورة النساء (اية ٢٩)

الاهـــداء

اهدي بحثي المتواضع اولآ الى معلمنا وقائدنا وقدوتنا محمد (صلى الله عليه وسلم)

الـى مـن جـرع الكـأس فارغـآ ليسـقيني قطـرة حـب ... الـى مـن كلـت انـا ملـه ليقـدم لنـا لحظـة سـعادة ... الـى مـن حصـد الاشـواك عـن دربـي ليمهـد لـي طريـق العلـم ... الـى القلـب الكبيـر (والدي العزيز).

الـى مـن أرضـعتني الحـب والحنـان ... الـى رمـز الحـب وبلسـم الشـفاء ... الـى القلـب الناصـع بالبياض (والدتي الحبيبة) .

الى القلوب الطاهرة الرفيقه النفوس البريئه الى رياحين حياتي (إخواتي الاعزاء).

الان تفـتح الاشـرعه ... وترفـع المرسـاه ... لتطلـق السـفينه فـي عـرض بحـر واسـع مظلـم الحيـاة فـي هـذه الظلمـه لايضـيء الأ قنـديل الـذكريات ... ذكريـات ألأخـوة البعيـدة ... الـذين أحببتهم وأحبوني (أصدقائي).

الـى مـن جمعـو ابـين سـعادتي وحزنـي ... الـى مـن لـم اعـرفهم ...ولـن يعرفـوني ... الـى مـن أتمنـى اذكـرهم ... اذا ذكرونـي ... الـى مـن فـارقوا الحيـاه وقـدموا التضـحيات الأجلنـا ... الـى البطال العراق (شهداء العراق الحبيب) .

الـى كـل مـن اشـعل شـمعه فـي دروب علمنـا ... سـطورآ كثيـرة فـي الخيـال ولا يبقـى لنـا فـي نهايـه المطـاف الا قلـيلآ مـن الـذكريات وصـورآ تجمعنـا لمعمالقـه العلـم الـى جانبنـا ... فواجـب علينـا شـكرهم ووداعهـم ونحـن نخطـو خطواتنـا الاولـى فـي غمـار الحيـاة ... الـى الأسـتاتذه الكرام في كليه القانون والعلوم السياسية عمومآ .

وأخـتص إهـدائي الـى مـن كـانو يتمنـوا ان يكونـوا بجـانبي فـي طيلـه حيـاتي الدراسـية ... الـى مـن أشـتاقت لهـم عينـي وسـألتني كـم سـيطول فـراقهم الـى أجمـل اخـوة واجمـل ماعرفـت فـي طيلـه حيـاتي ... الـى مـن علمـوني التحـدي ... الـى مـن علمنـي وزرع الابتسـامة بـداخلي الـى اعـز ماعرفـت فـي حيـاتي وتركـوا ذكريـاتهم الجميلـة وبصـمتهم فـي قلبـي وحيـاتي ... الـى مـن ضـحى بروحـه مـن اجـل الاخـرين أخـي الشـهيد (جاسـم) الـى مـن كـان يشـجعني فـي مسـيرتي العلمية زوج شقيقتي الشهيد (أيوب) .

شكر وتقدير

بعد حمدالله رب العالمين . والصلاة والسلام على سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) المبعوث رحمة للعالمين.

فأنني اتقدم با لشكر والتقدير العميق الى الاستاذ المساعد: حسام عبد اللطيف

الذي تقبل برحابة صدر الاشراف على هذا البحث وذلك على ماقام به من جهد مشكور ومأجور عليه انشاء الله تعالى اذ منحني وقتهُ الكثير ولم يبخل عليه بلنصح والارشاد او توجيهة مما كان له اثر ايجابي وفعال في مسيرة البحث .

كما اتوجه با لشكر الى

أختي العزيزة شفاء التي ساعدتني في أرشادي

وتوجيهي بالمسيرة العملية

وأختم شكري الى أخواتي(شيماء وغيداء)

الـمـقــد مــة

يقسم القانونيون العقد من حيث الصحة وعدمها الى قسمين، صحيح وباطل

والعقد الصحيح هوه المشروع ذاتا ووصفآ بأن يكون صادرا من من اهله ، أي من شخص كامل الاهلية ، مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحه سالمه من الخلل ، أما العقد الباطل هوه مالا يصح اصلآ بأعتبار ذاته او صافه بعض اوصافه الخارجيه، كما لو كان ألايجاب والقبول صادرين من ليس اهلآ للتعاقد اويكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع او ان يكون المعقود عليه مجهولآ جهالة فاجشه او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون.

اما الفقه الاسلامي فقد اختلف لامر ، فا العقد عند الفقهاء المسلمين وخاصه عند فقهاء الحنفية اما ان يكون صحيح او باطلآ او فاسدآ وهذا العقد الاخير(العقد الفاسد) هو موضوع بحثي الذي يعد مرتبة من مراتب البطلات لايعرفها في الفقه الاسلامي الا الفقه الحنفي، اما المذاهب لاخرى فلا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل فكلاهما عقد باطل ، تدعو تاره با لباطل وتاره اخرى بالفاسد.

(١) اهمية البحث/ يعد العقد الفاسد من المواضيع المهمه في الفقه ، وخاصه في الفقه الحنفي فهذا الموضوع من ابتداع الفقه الحنفي الذي بيان احكامة والنتائج المترتبه عليه وكانت الحكمة من ألاخذ بالعقد الفاسد هو لتقليل من حالات بطلات العقد واحترام ارادة المتعاقدين خاصة اذا كانت المخالفات الوارده على العقد غير جوهريه اي لا تتعلق بأركان العقد وانما تتعلق بعض الاوصاف الخارجيه ولم يقتصر العقد الفاسد على الفقه الاسلامي اذ اخذت به بعض القوانين المدنيه وان لم تنضمة تنظيمآ دقيقآ كما هو الحال في الفقه الاسلامي .

(٢) فرضيه البحث/ لغرض بيان تعريف العقد الفاسد والتمييز بينه وبينا العقد الباطل وبيان موقف الفقهاء المسلمين منه وبيان اسباب الفساد في العقد، وهل ان القوانين المدنية تأخذ بنظريه العقد الفاسد، وما هي أهمية وضع مرتبه ثالثه للعقد وتكون وسطآ بين العقد الصحيح والعقد الباطل وما هي الاثار المرتبه عليه.

(٣)منهجيه البحث/ ان منهجية البحث تكون من خلال عرض اراء الفقهاء المسلمين حول هذا الموضوع وبيان احكام هذا الموضوع في القوانين المدنية التي أخذت ومدى موافقتها ومخالفتها التي اقرها لفقهاء المسلمين بخصوص العقد الفاسد .

(٤)هيكلية البحث/ لغرض بحث في موضوع العقد الفاسد وتعريفه والتمييز بينه وبين العقد الباطل وبيان أسباب الفساد في العقد وهل ان القوانين المدنية تأخذ بنظريه العقد الفاسد وما هي اهمية وضع مرتبه ثالثه للعقد وما هي الاثار المترتبه عليه لغرض البحث في المواضيع اعلاه سأقم هذا الموضوع الى مبحثين سأبين في المبحث لاول بيان مفهوم العقد الفاسد وسأوضع فيه التعرف الفساد لغه واصطلاحآ وتتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل كما سأبين اسباب فساد العقد سواء كان في الشريعة ام في القوانين المدنية، اما البحث الثاني او الاثار المترتبه على العقد الفاسد سواء كان ذالك قبل القبض ام بعده ومدى امكانية تصحيح العقد الفاسد وسأنهي البحث بخاتمه تتضمن عددمن النتائج والمقترحات بخصوص هذا الموضوع.

المـبـحـث الاول

مفهوم العقد الفاسد

يتميز الفقه الحنفي عن غيره بمرتبه العقد الفاسد بين مراتب العقد عامة في حين العقد لفاسد والباطل سواء في غير هذا المذهب الا ان المشروع العراقي في القانون المدني لم يأخذ بما نادى الفقه الحنفي وهوالعقد الفاسد الا ان القانون المدني الاردني رقم (٤٣) خصص الاحكام العقد الفاسد المادة (١٧٠) بفقراتها الاربعة متأثرآ بالفقه الحنفي وجاء في المذكره الايضاحيه للقانون المذكور ايضاحآ لهذا الموقف كما ان هناك مبررات للاخذ بفكره العقد الفاسد ومن هذه المبررات المبرر المنطقي وكذلك المبرر العلمي [١].

لذلك ولغرض تحديد مفهوم العقد الفاسد لابد من بيان تعريف العقد الفاسد لغة واصطلاحآ وتمييزه عن العقد الباطل ، فضلآ من الاشاره الى اسباب فساد العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني ولاجل البحث في المفردات اعلاه سأقسم المبحث الى ثلاث مطالب فأبين في المطلب الاول تعريف العقد الفاسد وفي المطلب الثاني التمييز بين العقد الفاسد والعقد الباطل اما المطلب الثالث سأبين اساب فساد العقد في الفقه الاسلامي والقانونه المدني .

---

(١)د. منذر الفضل ، النظريه العامة للالتزامات في القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعه الاولى ، ١٩٩١، ص ٢٠٨.

المطلب الاول

تعريف العقد الفاسد

لغرض تعريف العقد الفاسد لابد من لاشاره اولآ من الى معرفه معنى العقد فالعقد لغة : العهد،والجمع المعقود ويقال عهدت الى فلان في كذا وكذا وقا تعالى (ياء يها الذين امنوا أفو بالعقود) فخاطب الله تعالى المؤمنين بالوفاء بالعقود والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض مايوجب الدين .

اما تعريف الفساد: نقيض الصلاح وهو من فسد يفسد فسادآ والمفسده ضد المصلحة وللفساد معنى اخر هو الاضمحلال والبطلات اما بالنسبه لتعريف الفساد اصطلاحآ نلاحظ ان الفقهاء اختلفوا حول مدلول الفساد في المعاملات الماليه فذهب الاتجاه الغالب في الفقه الاسلامي ان الفساد هو البطلان اذا إن كلاهما بمعنى واحد سواء كان الفساد (البطلان) يرجع الى اختلاف احد اركان العقد أو شروطه وكان الاختلاف في اوصاف العقد وبهذا الخصوص قال السيوطي في الاشتباه (الباطل والفاسد عندنا متر ادفان) لذا فأن الجمهور الفقهاء لايفرقون بين العقد الفاسد والعقد الباطل [1] اما الحنفيه فانهم فرقوا بين العقد الفاسد والعقد الباطل لذلك ظهر اتجاهان للعلماء في تعريف العقد الفاسد .

الاتجاه الاول : وهو رأي جمهور العلماء من المالكيه والشافعيه والحنابله حيث عرفوا العقد الفاسد جمله التعريفات منها ما عرفه البصري مالم يستوف شرائطه التي يتوقف عليها حصول الغرض بالفعل وعرفه البيضاوي كون الشيء لم يستتع الغاية ومن التعريفات تصب مجملها عدم حصول الغرض والغايه من هذا الفعل.

الاتجاه الثاني : وهو رأي الحنفيه عرفوا العقد الفاسد (مشروع باصله دون وصفه) فالجمهور قسموا العقد الى صحيح وغير صحيح (فاسد او باطل) اما الخنفيه قسموا العقد الى ثلاثه اقسام (صحيح و فاسد وباطل)[2].

---

(١)د. أسراء فهمي ناجي ، العقد الفاسد في الفقه القانوني الاسلامي والقانون ، مجله رساله الحقوق . ٢٠١٢ ، ص ١٧٣.

(٢) د. أبراهيم علي الطنيجي ، طرق تصحيح العقد الفاسد ، مجله الشريعه والقانون جامعه الامارات ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٠١.

اما تعريف العقد الفاسد في القوانين المدنية نلاحظ ان اغلب القوانين لم تأخذ بالعقد الفاسد الذي اخذ به الفقه الحنفي لذلك سنبين موقف القوانين التي اخذت بالتفرقه بين العقد الفاسد والعقد الباطل ومنها القانون المدني الاردني ولاماراتي وكذلك سنبين موقف مجله الاحكام العدليه فالمادة(١٠٩) من المجله نصت ((البيع الفاسد هو المشروع اصلآ لا وصفآ يعني ان يكون صحيحآ بأعتبار ذاته فاسد باعتبار بعض اوصافه الخارجيه)) تبين من النص اعلاه ان العقد الفاسد هو العقد المشروع ذاتا لاوصفا كما لو كان البيع والثمن مجهولآ او كان اصل دفع الثمن غير معلوم [١].

اما القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنه ١٩٧٦ يبدوا انه تأثر ما أخذ به الفقه الحنفي ومجله الاحكام العدليه لذلك اخذ بالعقد الفاسد وما نصت عليه المادة (١٧٠) على ان ((العقد الفاسد هو مكان مشروع باصله لابوصفه فاذا زال سبب فساده صح))[٢] . وبالمعنى نفسه اخذت المادة (٢١٢) من القانون الاماراتي رقم (٥) لسنة (١٩٨٥) والتي نصت ((العقد الفاسد هو ما كان مشروع باصله لابوصفه فاذا زال سبب فساده صح)) لم يأخذ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) بغكره المذهب الحنفي عن العقد الفاسد وساوى بين العقد الفاسد والعقد الباطل وهذا مانصت عليه المادة (١١٧٣) صريحه بقولها ((العقد الباطل هو مالايصح اصلآ باعتبار ذاته أو صفه باعتبار بعض صافه الخارجة عنه)) [٣].

وقد انتقد المرحوم مصطفى الزرقا تعريف للعقد الفاسد انه لايعطي صوره واضحه عن حقيقه معنى الفساد وانما يكشف عن سببه فقط فهو يقترح الفساد .

"أختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحيه فرعيه متهمه يعمله مستحق الفسخ" لكن هذا التعريف لايختلف كثيرآ عن الحنفيه [٤].

١.د. أسراء فهمي ناجي ، مصدر سابق ، ص ١٧٤

٢.د. أنور السلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسه مقارنه في الفقه الاسلامي ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، الاردن، ٢٠١٢، ص ١٤٠.

٣.د. منذر الفضل ، مصدر سابق . ٢٠٨،

٤. الزرقا مصطفى احمد ، المدخل الفقهي العام ، الطبعة العاشرة ، دار الفكر بيروت ج٢ ١٩٥٢، ص ٨٨٧ .

المطلب الثاني

تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل

لغرض التمييز بين العقدين والذي يعتمد على صحة او عدم صحة الاصل والوصف في كلأ منهم فالعقد يكون فاسداً الذي كان مشروع بأصله دون وصفه والعقد يكون باطلاً اذا كان غير مشروع لابأصله ولابوصفه وأصل العقد عند الحنفيين هو الركن والشروط المتعلقه به لذلك لابد من بيان مدلول (الاصل والوصف) فالعقد يكون صحيحاً عند الفقه الاسلامي اذا توافر له ركن وهو (الايجاب والقبول) فضلاً عن توافر العناصر اللازمة لانعقاده وهي سبعة عناصر والتي تتمثل [1].

(١)تطابق الايجاب والقبول .
(٢)اتحاد مجلس العقد . (٣) تعدد العاقد . (٤) العقل او التمييز . (٥) محل مقدور التسليم . (٦) محل معين او قابل للتعيين . (٧) محل صالح للتعامل فيه اي مالاً منقوماً مملوكاً .

والاخلال بشرط من هذه الشروط يجعل العقد غير منعقد ، اي باطلاً لا اثر له اما اوصاف العقد ويسميها الحنفية بشروط الصحة وهي كثيرة .

١) ان لايكون في العقد غرر فاحش .
٢) ان لايشتمل على الربا .
٣) ان لايكون مشتملاً على شرط فاسد .
٤) ان لايكون هناك ضرر في التسليم .
٥) ان يخلو العقد من الاكراه .
٦) العجز عن التسليم .
٧) جهالة المعقود عليه او ثمنهُ والاخلال بهذهِ الشروط أو بواحد منها يجعل العقد فاسداً لذلك عرفه الكاساني انه " ما اختل فيه احد شروط الصحة "

---

١) د. أسراء فهمي ناجي، مصدر سابق ، ص ١٧٥.
٢) د. أحمد ياسين ألقرالة ، موانع الفسخ العقد في الشريعه الاسلاميه (دراسة مقارنه) ، الاردن ،٢٠١٠، ص٢.

والاخلال بهذه الشروط أو بواحد منها يجعل العقد فاسداً فالحنفية يرون اذا توافرت في العقد شروط الانعقاد السبعة فقد اضحى العقد منعقداً ولكن انعقاده لايلزم منه صحته فقد يكون العقد منعقد ولكن انعقاده لايلزم منه صحته فما دام العقد الفاسد منعقد فلا يجوز عتباره كالعقد الباطل غير المنعقد وابرز من دافع عن فكره اختلاف الباطل عن الفاسد هم الحنفيه بحيث عرفوا العقد الباطل انه فائت الاصل والوصف وان هذا التعريف لدى الحنفية اقتصر على المعاملات ولم تطل العبادات النكاح. وفي هذا يقول الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ولاشك في ان تعريف الفقه الاسلامي بين اصل العقد ووصفه والتمييز تبعىَ لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد في صناعة فقهيه محكمة انفرد بها فقهاء الفقه الاسلاميه فالبطلان اقوى من الفساد في السبب في الفقه الاسلامي ، لان العقد الباطل فقد ركناً من اركانه الاساسيه أو الشكليه اذا كانت مطلوبه ويجوز للمحكمه حق اثارته تلقائياً بمجرد تأكيدها من توافر احد أسبابه ولكل ذي مهلة ان يتمسك به.

اما العقد الفاسد فهو الذي انعدمت شروط صحتة فقط فتوافر فيه سبب من اسباب الفسخ أو الابطال ويحق فسخ العقد لمن له الحق فقط من خلال ماتقدم يمكن تحديد اوجه الاختلاف بين العقد الفاسد والباطل .

أ- / العقد الفاسد يكون مشروع معقد بخلاف العقد الباطل الذي لايعد عقد منعقداً ولا يرتب اي اثر ولايزول البطلان بالاجازه فظلاً عن ذلك فان العقد الفاسد تترتب عليه الاثار القانونيه وخاصه اذا حصل القبض فيه كما يمكن تصحيحه وذلك بأزاله سبب فساده .

---

١) مجله البحوث الاسلاميه ،العدد (٩٥) ذي القعده ، (١٤٣٢هـ) ، ص٥٢٥، المطلب الثاني ، منشور في لانترنيت في الموقع الرئاسة العامة للبحوث ولافتاء المملكة السعودية على الموقع الالكتروني
http: /www.aliftanet:

٢) د. بلحاج العربي ، مصادر الالتزام دراسة مقارنه المصادر الارادية العقد –الاراده المنفرده ، جده دار الثقافه للنشر والتوزيع ، ٢٠١٥، ص ٣٨١.

والعقد الفاسد بحسب الاصل لابترتيب عليه الاثر الا اذا رتب القانون عليه اثراً معيناً . وذلك كالاثر الذي يعترف به القانون على قبض على قبض المشتري للشيء المبيع بموافقه البائع . ففي هذه الحالة تنقل الملكيه للمشتري ليس استناداً للعقد الفاسد لانه لايرتب اي اثر كما قلنا . ولكن كأثر لواقعه القبض[١].

اما بالنسبه للاجازه والتقادم لكن من العقد الفاسد ولعقد الباطل فالاجازه لاتثور الا بالنسبه للعقد الفاسد فالاجازه تصحيح العقد او القابل للابطال فهو تصرف قانوني صادر من جانب واحد يهدف الى التنازل عن طلب الابطال . فالاجازه بهذا التحديد لاترد على العقد الباطل لانه تصرف معدوم في الحقيقه مجرد من اي اثر قانوني منذ لحظة نشأتة ومن ثم تقصر الاجازه على العقد الفاسد.

والتقادم يرد على دعوى البطلان ودعوى الفساد والبطلان قرره القانون ولايحتاج الى حكم قضائي أو اتفاق بين الطرفين اذ انه بموجب القانون ان هذا العقد لن يكون له وجود قانوني فلا حاجه لصدور حكم بابطاله ولا ضروره للحكم بالعدم على معدوم[٢].

---

١) د. أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، طبعة الاولى ، عمان ، ٢٠٠٣، ص ١٥٤ ومابعدها.

٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقيه ، بيروت – لبنان ١٩٩٨، ص ٥٨٣.

المطلب الثالث

أسباب فساد العقد

ذكرت سابقاَ ان الجمهور لايفرقون بين العقد الفاسد والعقد الباطل اما الحنفيه فيفرقون بينهما وبناء على ذلك سأذكر الاسباب التي تؤدي الى حصول الفساد في العقد سواء كان ذلك في الفقه الاسلامي أو في القوانين المدنية التي اخذت بالعقد الفاسد فبالنسبه للاسباب التي تجعل العقد فاسداَ في الفقه الحنفي يتمثل بما يأتي :

١. الاكراه (على رأي الامام ابي حنيفه وصاحبه، ذهب الامام زفر رحمهم الله تعالى الى انه سبب لوقف العقد لالفساده وبه اخذ المشروع الاردني في المادة (١٤١) منه).
٢. الشرط الفاسد .
٣. الجهالة.
٤. الربا.
٥. عدم القدره على تسليم المبيع الايتحمل الضرر.

وعلة اعتبارها سبباَ للفساد ان عناصر العقد تحتاج الى اوصاف تكملها وبعبارة اخرى يقبل العقد بسببها الانتقال من الحاله النظريه التطبيقيه أو الواقع دون مانع شرعي وان العقد الصحيح تترتب عليه جميع اثار الشرعيه او القانونيه فالعقد الفاسد لاتترتب عليه أثاره بمجرد انعقاده لانه ليس صحيحاَ من كل وجه ولايمتنع ترتيب عليه اي اثر لانه ليس عقد باطلاَ من كل وجه بل تترتب عليه أَثار القبض المصحوب بالأذن.

---

١) د. علي أحمد صالح المهداوي ، العقد الفاسد في القانون المدني الاردني ، الرافدين للحقوق مجلد (١) ،عدد(٢٠)، ٢٠٠٤، ص ٣٩-٨١.

الفرع الاول
الاكراه

فلو اكره شخص على ابرام العقد كان هذا العقد برأي ابي حنيفه وصاحبه (محمد) فاسداً أما (زفر) فقد اعتبر العقد موقوف وبهذا الرأي الاخير اخذ المشرع الاردني ولقد نمى الله تعالى عن الاكراه في العقود بقوله ((يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوْا لاَ تَأْكُلُوْا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)) [1].

ولقد عرف الاكراه بتعاريف كثيره ومتعدده الاانها كلها تدور حول معنى واحد والذي يتمثل حمل الغير على القيام بعمل دون ارادته ويعرف ايضاً انه الضغط على انسان بوسيله مؤذيه ، أو بتهديد بها لاجبار على فعل او ترك (٢) كما عرفت المادة (٩٤٨) من مجلة الاحكام العدليه الاكراه بأنه (اجبار احد على ان يعمل عملاً بغير حق دون رضاه ويقال له المكره بفتح الراء لمن اجبره مجبر لذلك العمل المكره عليه ، وللشيء الموجب للخوف : مكره به) وقد اشرط الفقهاء ان يكون الاكراه مؤثر في العقد اي ان لايكون مشروعاً فلو كان الاكراه مشروعاً فلا تأثر له كاكراه القاضي مدنياً على بيع ماله الزائد عن حاجته لاجل وفاء الدين ولما كان فقهاء الحنفيه دون غيرهم جعلوا العقد فاسداً اذا كان هنالك اكراه فلا بد من بيان انواع الاكراه واثرهٍ على العقد لكن لابد من لاشاره ان القانون الاحوال الشخصيه العراقي نص على انه ((لا يقع طلاق المكره)) كما نص على ذلك قانون الاحوال الشخصيه المصري رقم (٢٥) في المادة الاولى وكذلك نص القانون السوري سنه (١٩٥٣) في المادة (٨٩) حيث نصت(لايقع طلاق السكران ولاالمدهوش ولا المكره، اي عدم وقوع تصرف المكره الذي لايقبل الفسخ ولايلزم به لانه صادر عن ارادة معيبه لاتصلح لترتيب الاثار الكامله [3].

---

١. ايه (٢٩) من سورة النساء .
٢. مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الاول ، المدخل الفقهي العام ، الطبعة السادسة ، مطبعه جامعه دمشق ، ١٩٥٩، ص ٤٥٢.
٣. د. محمد سعود المعينى ، الاكراه واثر في التصرفات الشرعيه ، الطبعه الاولى منشورات مكتبه بسام ، موصل ، (١٩٨٥م) ، ص ١٧٥.

اما بالنسبه الى انواع الاكراه واثره على العقد فالحنفيه يرون ان الاكراه اما ان يكون ملجيء أو غير ملجيء فالاول يكون في حاله التهديد بالقتل والضرب ، والثاني يكون في حاله الحبس والضرب وبهذا الخصوص جاء في بدائع الصنائع .

(اما بيان انواع الاكراه فنقول انه نوعان : نوع بموجب الالجاء ولاضطرار كالقتل و القطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو الصفو .. ونوع لايوجب الالجاء والاضطرار وهو كالحبس و القيد و الضرب الذي لايخاف منه التلف ..) .

اما بالنسبه لأثر الاكراه على العقد ذهب ابو حنيفه وابو يوسف ومحمد الى ان لاكراه يفسر العقد ويكون مستحق الفسخ باراده احد الطرفين أو القاضي اما عند الامام (زفر) وهو تلميذ الامام ابو حنيفه فالاكراه يجعل العقد موقوفاَ لافاسداَ اما المالكيه والامامية فقد اشاروا الى ان العقد المكره صحيح ولكنه غير لازم بحيث من حق المكره اما اجازه العقد أو فسخه أما الشافعيه والحنابلة فقد ذهبوا الى عقد المكره باطل وذلك لانعدام الرضا وحجبتهم بذلك قولة تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوْا لاَ تَأْكُلُوْا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)).

اما بالنسبه لموقف القوانين من الاكراه واثر على العقد فبالنسبه للقانون الاردني [1] جاء في المادة (١٤١) (من اكره بأحذ نوعي الاكره على ابرام عقد لاينفذ عقده) كما جاء في المادة (١٤٢) (الزوج ذو شوكه على زوجته فأن اكرهها بالضرب أ ومنعها عن اهلها مثلاَ لتتنازل عن حق لها أو تهب لهه مالاَ ففعلت كان تصرفها غير نافذ) ولكن يؤخذ على الشرع الاردني ضعف صياغته ما ختم به المادة (١٤١) ونصها .
(... ولكن لو أجاز الكره أو ورثتهِ بعد زوال الاكراه صراحة أو دلاله ينقلب صحيحاَ) فكان الاولى بالشرع النص على مايدل على نقاذ الأثار بعد زوال سبب الوقف من تاريخ العقد الاجازه، وهذا هو حكم العقد الموقوف والاجازه التي تلحق به كما هو معروف عند اصله .
كذلك بالنسبه للقانون الاماراتي في نص المادة (١٨٢) جعلتهُ عقداَ موقوفاَ اما بالنسبه لموقف القانون المدني العراقي فقد عرف الاكراه في المادة (١/١١٢) (اجبار شخص بغير حق على ان يعمل عملاَ دون رضاه) كما بين الفقره الثانيه انواع الاكراه هو اما ان يكون ملجيء تام او غير ملجيء ناقص ومن الملاحظ ان القانون العراقي ساوى بين نوعي الاكراه في الحكم فيجعل عقد الكره موقوفاَ اي انه عقد صحيح لكنه موقوف .

---

(١)/ د.علي احمد صالح المهداوي ، مصدر سابق ، ص ٣٩_ ٨١ .

الفرع االثاني

الجهالة

ان تعد الجهالة من الاسباب التي تؤدي الى فساد العقد في الفقه الحنفي والجهالة قد تكون في البيع أو الثمن وقد تكون في الاجل ، وتحصل الجهالة بالنسبه للمبيع في حاله عدم تحديده تحديداً دقيقاً مما يؤدي الى الجهالة في معرفته كما لوباع شخص الى آخر سياره من بين عدد السيارات المملوكه للبائع دون ان يحددها تحديداً دقيقاً اما الجهالة في الثمن فتحصل عند عدم تحديد الثمن تحديداً دقيقاً وبهذاً الخصوص جاء في بدائع الصنائع (ان العلم بالمبيع والثمن علماً مانعاً من المنازعه شرط صحة البيع فاذا قال بعتك أحد هذين الثوبين أو احد هذه الاثواب الثلاثه بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول[١].

ومن الجدير بالذكر ان الجهالة في المبيع أو الثمن أو الأصل عند جمهور الفقهاء لا تؤدي الى فساد العقد وانما تؤدي الى ابطاله وتلاحظ ان القانون العراقي اخذ برأي جمهور الفقهاء ولم يأخذ برأي الحنفيه اذا انه اعتبر الجهالة في المبيع أو الثمن سبب لبطلان العقد اذ انه اشترط تعيين المبيع تعييناً دقيقاً هذا ما اشارت اليه المادة (١/٥١٤) نصت ((يلزم ان يكون المبيع تعييناً نافياً للجهالة)).

اما بالنسبه لموقف القانون الاردني الذي اخذ بالعقد الفاسد من الجهالة في المبيع [٢] والثمن واثرها في فساد العقد أو بطلانه جاء في المادة (٤٧٩).

(يشترط ان يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً ، ويكون معلوماً بأن ينتقض المتبايعات على اسس صالحه لتحديد الثمن بصوره تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ) وهذا هو اتجاه الفقه الحنفي وقد عللوا ذلك بقولهم (لأن التأجيل شرع من الاثمان ترفها عليه ليتمكن من تحصيله وانه مصدوم في الاعيان فكان شرطاً فاسداً)

ونلاحظ انه لم يجعل الجهالة سبب لفساد العقد وانما اعتبرهما سبباً لبطلانه المادة (٤٦٦) نصت ((يشترط ان يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة)) .

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الترائع ، ص ٣٥٦، انظر كذلك محمد محروس سعدوني ، الضمان في العقود الفاسدة ، ط ١، دار الفكري الجامعي ، ٢٠١٠ ، ص١٢٥.

(٢)د. علي أحمد صالح المهداوي ، مصدر سابق ، ص ٥٧.

الفرع الثالث

الشرط الفاسد

يشترط لصحه العقد ان يكون خاليا من الشروط المفسده لهو وهذا محل اتفاق بين الفقهاء الاانهم اختلفو في ضبط شرط المفسد للعقد فالحنابلة يرون ان الشرط المفسد أمران :

الاول : ان يشترط عقداَ في عقد كأن يبيعه بشرط ان يشترط منه شيئاَ أو يؤجره .

الثاني : اشتراط ماينافي العقد كأن يشترط له الا يبيع المبيع أو الايهية اما عند الشافعيه فضابط الشرط الفاسد هو الذي ينافي مقتضى المبيع بأن يبيع شيئاَ بشرط الا يبيعة ولاينتفع به أو لايقبضه أو بشرط ان يبيعه غيره .

او يقرضه او يؤجره فالبيع باطل في جميع هاذه الصور لمنافاه مقتضاه[١].

اما عند الحنفيه فاالضابط عندهم هو :

ان يكون الشرط مما لايقضيه العقد وفيه منفقه لاحد المتعاقدين ، أو المقعود عليه وليس فيه تعامل للناس ، فمثال الشرط الذي فيه نفع للمشتري كأن يشتري منه ثوباَ بشرط ان يخيطه واما ما فيه نفع للبائع كأن يبيع داراَ بشرط ان يسكنها شهراَ اما مافيه منفعه للمعقود عليه كأن يبيع عبداَ بشرط ان يعتقه اما المالكيه فضابط العقد الفاسد هو ماينفي مقتضى العقد ،

اما بالنسبه لموقف القانون العراقي فقد اجاز في المادة (١/١٣١) علماَ اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياَ به العرف فالعاده العقد الفاسد بسبب وجود الشرط الفاسد بحكم العقد الصحيح فأجاز ان تقترن العقد بشرط فيه نفع لاحد المتعاقدين أو للغير على ان لايكون ممنوع قانوناَ او مخالف للنظام العام او الاداب [٢].

وجميع الشروط في العقد تجد اساسة في حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم).

((المؤمنون عند شروطهم الاشرطاَ احل حراماَ او حرم حلالاَ))[٣]

---

١)د. ابراهيم علي الطنيجي ، مصدر سابق ، ص ٥ .

٢)د. اسراء فهمي ناجي ، مصدر سابق ، ص ١٧٨.

٣)د. صاحب عبيد الفتلاوي ، السهل في شرح القانون المدني ، جزءالاول ، طبعه اولالى دار وائل للنشر والتوزيع ، ٢٠١١، ص١٧٧ .

اما القانون الاردني فقد اشار ان العقد يصبح فاسداً اذا اقترن شرط مفسد وذلك عند تعريفه للعقد الصحيح . فالمادة (١٦٧) نصت على ((العقد الصحيح هو العقد المشروع باصله ووصفه بان يكون صادراً من اهله مضافا الى محل قابل لحكمة وله غرض قائم وصحيح ومشروع واوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسد له))

ويمكن تسجيل الملاحضات موقف القانون المدني الاردني من اثر اقتران الشرط بالعقد وفيما اذا كان سبباً لفساد العقد ام لا

الملاحظه الاولى : يعد العقد فاسداً اذا اقترن به شرط مفسد . ولكن القانون الاردني لم يجعل الشرط الذي يقترن بالعقد وفيه نفع لاحد العاقدين او الغير مفسداً له كما ذهب اليه الفقه الحنفي .

الملاحظة الثانية : لم يبين القانون المدني الاردني ما هيه الشرط الذي يفسد العقد وان كان قد او رد تطبيقاً للشرط المفسد للعقد في المادة (٥٠٦) نصت ((لايصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط)) .

---

(١)د. اسراء فهمي ناجي ، مصدر سابق ، ص ١٧٩.

الفرع الرابع

الربا

يشترط لصحة العقد ان يكون خالياً من الربا فاذا وجد الربا فانه يفسد العقد عند الحنفيه واذا كان فقهاء المسلمون فقد عرفوا الربا بتعاريف متعددة الا انها تدور حول معنى واحد وهو الزياده في المال بغير عوض وبهذا الخصوص جاء في اسنى المطالب شرح روض الطالب .

((الربا شرعاً عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد او مع تأخير البدلين أو احد هما ، وهو ثلاث انواع ربا الفضل وهو البيع مع زياده احد العوضين على الآخر ، وربا ليد وهو البيع مع تأخير قبضهما او قبض احدهما وربا النساء أوربا النسيئه وهو البيع لاجل)) [1] .

واذا كان فقهاء الحنفيه اعتبرو الربا مفسداً للعقد فأن جمهور الفقهاء اعتبرو الربا سبباً لبطلان العقد ذلك الربا محرم بنص القرآن الكريم : (واحل الله البيع وحرم الربا) [2] . كما ان الربا محرم بقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((اجتنبوا السبح الموبقات)) قيل يارسول الله وماهي ؟

قال ((الشرك بالله ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ، واكل الربا واكل مال اليتيم ، والتوالي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات)).

تجدر الاشاره ان القانون العراقي اعتبر العقد الفاسد بسبب الربا عقد صحيح فلم يعتبره عقداً فاسداً كما اخذ به فقهاء الحنفيه ولم يعتبره عقداً باطلاً كما اخذت به جمهور الفقهاء اما بالنسبه لموقف القانون الاردني من الربا فلم يجعل الربا سبباً لفساد العقد بل اعتبره العقد صحيحاً وذلك بعد الغاء الشرط وهذا ما جاء المادة (٦٤٠) نصت ((اذا اشترط في عقد القرض منفعه زائده على مقتض العقد سواى توثيق حق القرض لما الشرط وصح العقد))

---

١)اسنى المطالب شرح روض الطالب ، ص ٥١ ، انظر كذلك الاقناع في حل الفاظ ابي للشيخ شمس محمد بن حمد الخطيب ، ج٢، ٢٠١١، ص١٥ .

٢) ايه (٢٧٥) من سورة البقرة .

الفرع الخامس

عدم القدرة على تسليم المبيع الا بتحمل الضرر

عدم القدرة على التسليم نوعان :-

أ- عدم القدرة على التسليم لكونه خارجاً عن يد البائع كالطير في الهواء او السمك او الماء فهذا النوع باطل عند عامة الفقهاء فاذا وقع فلا يمكن تصحيحه .

ب- عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر من قبل البائع فهذا النوع كأن يكون المبيع في موضع يشق على البائع تسليمه ويترتب على ذلك ضرر عليه كأن يبيع خشباً من سقف منزله أو حجراً من جدار داره لقد اعتبر فقهاء الحنفية العقد فاسداً في حالة اذا تسبب ضرر يلحق بالبائع (ان يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق بالبائع ، فأن لم يكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد ، لا يستحق بالعقد ولا يُلزَم بالالتزام بالعاقد الا ضرر تسليم المعقود عليه) .

وتجدر الاشارة إن عدم القدرة على التسليم اذا كان خارج عن قدرة البائع كالطير في الهواء او السمك في الماء فإن العقد يعد باطلاً عند كل الفقهاء باستثناء الظاهرية والسبب في عدم صحة بيع غير مقدور على تسليمه هو انتفاء الغرض الاساسي من العقد وهو تملك المعقود عليه والتصرف فيه ، فضلاً عن اشتمال العقد على الضرر الفاحش والذي يؤدي الى حصول النزاع بين العاقدين لعدم التأكد من الحصول على المعقود عليه .

يلاحظ أن القانون الاردني لم ينص صراحة على الضرر الذي يصاحب التسليم هل يعد سبباً من اسباب فساد العقد أم سبب لإبطاله ويبدو ان الضرر الذي يصاحب التسليم يُعد في القانون الأردني سبباً لفساد العقد كما هو الحال في الفقه الحنفي ومما يدعم هذا القول يؤكد ما ذهبت اليه محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها اعتبرت عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر سبباً لفساد العقد .

---

١) ابراهيم علي الطنيجي ، مصدر سابق ،ص ٣ــ٤ .

المبحث الثاني
الاثار المترتبة على العقد الفاسد

دراسة اثار العقد الفاسد تقتضي ملاحظة ما يلي [1]

أ- إن العقد الفاسد وإن كان منعقداً إلا إنه عقد منهي عنه و الاصل انه لا ينتج أثر إلا ما يراه القانون فلا يستطيع احد العاقدين ان يجبر الآخر على تنفيذه .

ب- يجوز لكل من طرفي العقد الفاسد أو ورثتهُ من بعده فسخ العقد ولا يحتاج الفسخ لحكم قضائي بل يكفي فيه أعذار المتعاقد الآخر واعلانه بالفسخ حتى يكون على بينه من الأمر . ولا يجوز لأي من العاقدين النزول عن حق الفسخ وإذا حدث أن اسقط احد العاقدين حقه في الفسخ فلا يعتمد بذلك ويبقى له ولورثته من بعده الحق في فسخ العقد على ان حق الفسخ لايثبت إلابشروط :-

١- بقاء المعقود عليه كالمبيع على ما كان عليه قبل القبض فإن ملك أو استهلك او تغير شكل امتنع الفسخ لاستحالة رد المعقود عليه بالحالة التي كان عليها قبل العقد .

٢- عدم تعليق حق الغير بالمعقود عليه فلو باع المشتري بعقد فاسد الى الغير حسن النية بيعاً صحيحاً امتنع رد المبيع وبالتالي امتنع الفسخ وذلك حماية استقرار المعاملات .

٣- إذا امكن رفع سبب الفساد إنقلب العقد الفاسد صحيحاً فلا يمكن فسخه ، لذلك لغرض بحث اثار المترتبة على العقد الفاسد لابد من بيان اثار العقد الفاسد قبل القبض واثاره بعد القبض ومدى إمكانية تصحيحه لذلك سأقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، سأبين المطلب الاول اثار العقد الفاسد قبل القبض والمطلب الثاني اثار العقد الفاسد بعد القبض ، أما المطلب الثالث مدى إمكانية تصحيح العقد الفاسد .

---

(١) د. عدنان إبراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية دراسة مقارنه ، ٢٠١٣ ، ص ٢١٢ وما بعدها .

المطلب الاول
اثار العقد الفاسد قبل القبض

يلاحظ بأن العقد الفاسد وان لم يكن عقداً صحيحاً ولا يرتب التزامات والحقوق الناشئه عن العقد الصحيح ولكن رغم ذلك يعد العقد الفاسد عقداً منعقداً لكنه جائز الفسخ من قبل الطرفين .

فالعقد الفاسد لاينتج اي اثر وخاصه انتقال الملكيه فلا يعد المشتري مالكاً للمبيع ولايعد البائع للثمن ومن ثم لايستطيع احد الطرفين اجبار الطرف الاخر على تنفيذ التزامات التي يرتبها العقد لو انعقد صحيحاً[١].

وبذلك فان العقد الفاسد ، ان كان منعقداً وهو مشروع باصله دون وصفه ولكن يحق لكل طرف المطالبة بفسخ العقد كما يحق لكل ذي مصلحة وللقاضي من تلقاء نفسه اذا علم بالعقد الفاسد ان يقوم بفسخه جبراً على الطرفين وبذلك فان حق الفسخ يشترط فيه عدة شروط لأ مكان التمسك به واول هذهِ الشروط هو بقاء العقد فاسداً اما اذا تم ازاله سبب الفساد فان العقد يصبح صحيحاً غير مستحق للفسخ ، فاذا كان الفساد يرجع الى الجهالة ولكن تم تعينتهِ من قبل المتعاقدين قبل انقضاء المجلس العقد او تم اسقاطه ففي كلا الحالتين يكون العقد صحيحاً ولايمكن فسخه ويشرط كذلك لممارسة الحق بالفسخ هو بقاء محل العقد على الحالة التي كان عليها بعد تنفيذ العقد الفاسد وبالتالي اذا قام المشتري باجراء تغير في محل العقد او قام با استهلاكه او هلك باي سبب فلا يكون الفسخ ممكناً فيس هذهِ الحاله كما لو كان المعقود عليه قمحاً فطحنهُ المشتري او داراً وقام المشتري بااجراء تغييرات فيها [٢] .

---

١)د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٥٦ .

٢) د. احمد ياسين القرالة ، تصحيح التصرفات الفاسد في الفقه الاسلامي ، مجله الشريعه والقانون لعدد(٣٩) ، ٢٠٠٩، ص ٣٤٦، د. محمد جبر الالفي عوامل الاستقرار للعقد القابل اللابطال ، مجله الحقوق ، تصدر عن جامعه الكويت ، العدد الاول ، ١٩٨٥ ، ص ٣٠.

ويشترط اخيراً لا مكانيه المطالبة بالفسخ ان لايؤدي الفسخ الى الاضرار بحقوق الغير التي اكتسبها على محل العقد كما لو قام المشتري بيع الشيء الذي اشتراه بالعقد الفاسد وكان المشتري الثاني حسن النيه ، اوقام المشتري بترتيب حق عيني تبعني على الشيء كرهن مثلاً. ففي هذهِ الحالة يجب ان لايؤدي الفسخ الى الاضرار بحقوق الغير . وبخلاف ذلك يمتنع الفسخ . وتضع عن ذلك بان البائع لايستطيع استرداد المبيع من المشتري ولكن يستطيع الرجوع على الاخير بقيمة الشيء اذا كان قيماً مثله اذا كان مثلياً ، وبذلك فان استحقاق العقد الفاسد للفسخ بشرط فيه ان لايؤدي الفسخ الى ابطال حقوق الغير التي تترتب على المعقود علية[1].

(١)د. امجد محمد منصور ، مصدر سابق ، ص ١٧٧.

المطلب الثاني

اثار العقد الفاسد بعد القبض

لغرض بيان اثار العقد الفاسد بعد القبض لابد من الاشارة هل ان القابض يصبح مالكاً للمعقود عليه ام لا وهل يستطيع اي من الطرفين فسخ العقد بعد القبض ؟

اما بالنسبه الى امكانية انتقال الملكية بالقبض الى المشتري نلاحظ ان الفقهاء المسلمين اختلفوا بذلك فذهب فقهاء الحنفية الى ان المشتري يصبح مالكاً اذا قبض المعقود عليه ولكنهم يشترطون ان سكون القبض بأذن البائع [١].

وقد استدل الفقهاء الحنفية لتبرير رأيهم با انتقال الملكية بالقبض بقوله تعالى ((واحل الله بيع وحرم الربا))[٢].

وقد استدلو بهذهِ الاية للقول بصحة القبض بالعقد الفاسد وانتقال الملكيه الى المشتري مادام العقد لايتظمن اكل اموال الناس بالباطل وليس في حرمة الربا وهي الزيادة التي يأخذها الشخص لاجل التأخير في الأجل .

وقد ناقش جمهور الفقهاء رأي الحنفيه واستدلالهم بهذهِ الاية الكريمة على صحة العقد الفاسد وانتقال ملكيه المعقود عليه وانما اشارت الى حل البيع وحرمة الربا جأئز وفقاً لقوله تعالى ((واحل الله البيع)) هو البيع الذي توافرت شروطه بان يكون المعقود عليه مقدور عللا تسليمه دون ضرر حصول التراضي بين الطرفين وأنتفاء الاكراه وان لايكون في العقد شرط من شروط الفاسدة [٣].

---

(١)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٤، مصدر سابق ، ص ٣٥٥.

(٢)ايه (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٣)المجموع شرح المهذب ، الامام ابي اسحاق ابراهيم بن علي ، تأليف الامام محي الدين ابي زكريا ، ج ١٠ ، بلاطبع ، ص ٢٩٠.

وبالتالي لايجوز قياس البيع الفاسد على البيع الصحيح في الحكم من حيث صحته وانتقال الملكيه الى المشتري . فالعقد الفاسد وان كان عقداً منعقداً الانه مستحق للفسخ الا اذا زال سبب فساده من خلال تصحيحه فالعقد الفاسد وان كان عقداً منعقداً الاانه مستحق للفسخ وفي هذهِ الحاله يرتب ما يرتبه العقد الصحيح من احكام ومن اهمها انتقال الملكيه الى المشتري وقد جاء في البدائع الصنائع ((فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عن اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحاً))[١].

وقد قالوا فقهاء الحنفية بثبوت الملك بالعقد الفاسد اذا حصل القبض بأذن البائع فقد خالفهم جمهور الفقهاء من الاماميه والمالكيه والشافعيه والحنابله وذهبوا الى ان المبيع بالعقد الفاسد يبقى على ملك البائع حتى وان قبضه االمشتري فلا تنتقل الملكيه اليه ولابحق له التصرف به وبهذا الخصوص جاء في كتاب المكاسب للشيخ مرتضى الانصاري ((لو قبض ما ابتاع بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضموناً عليه ، اما عدم الملك فلانه مقتضى فرض الفساد)) [٢]. ومما استدل جمهور الفقهاء لتبريرها ذهبوا اليه بعدم انتقال ملكيه المبيع الى المشتري هو تحريم الله سبحانه وتعالى لبعض انواع البيوع المعرفة كالربا والذي يعد احد اسباب فساد العقد عند الحنفيه وسببا لبطلان العقد عند الجمهور فقال تعالى ((الذين يأكلون الربى لايقومون الاكما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس))[٣] .

---

(١)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٤، مصدر سابق ، ص ٣٥٥.

(٢) كتاب المكاسب ، تأليف العلامة المحقق الحاج شيخ مرتضى الانصاري ، ج١، مؤسسه مطبوعات ديني و بلا طبع ، ص ٢٨١.

(٣) ايه (٢٧٥) من سورة البقرة .

ويمكن القول بأن رأي فقهاء الحنفية هو الاولى بالترجيح فالملكية لاتنتقل بالعقد الفاسد اذا حصل القبض خاصه اذا ابقى سبب الفساد على حاله لكن اذا حصل القبض بأذن البائع وتم ازاله السبب الذي افسد العقد فالرأي هو انتقال الملكيه الى المشتري وذلك لان العقد فاسد قد انقلب الى عقد صحيحاً من خلال التصحيح وبالتالي سيرتب الاثار التي يرتبها العقد الصحيح وخاصة انتقال الملكيه الى المشتري .

لكن لابد من الاشارة الى ان القبض اذا حصل في العقد الفاسد فهل يحق بعد ذلك للطرفين فسخ العقد وللاجابه نقول بان العقد الفاسد اذا حصل فيه القبض بأذن البائع يكون اقوى مما كان عليه قبل القبض ولكن رغم ذلك يكون مستحق الفسخ .

وبذلك يتبين بان حق الفسخ يختلف فيما اذا ورد الضمان في صلب العقد وبين اذا ماورد الفساد بسبب فاسد ففي الحاله الاولى يكون لكل من المتعاقدين فسخ العقد قبل القبض وبعده، اما في الحاله الثانيه

((الفساد بسبب الشرط الفاسد)) فيحق للمتعاقدين فسخ العقد قبل القبض الا اذا اتفقا على ازاله السبب الذي افسد العقد يرجع الى الشرط ففي هذه الحاله يكون حق الفسخ مقرر للطرف الذي له منفعه في الشرط على قول محمد بن الحسن ولكلا الطرفين على قول اي حنفيه وابي يوسف واذا كان للطرفين اواحدهما الحق في الفسخ فان حق الفسخ لايتقرر في عدة حالات منها اذا تصرف المشتري بالمبيع بعد القبض بالبيع او الهبه او اي تصرف اخر فلا يحق للبائع الاول فسخ العقد واسترداد البيع (١).

---

(١)د. اسراء فهمي ناجي ، مصدرسابق ، ص ١٨٤ .

اما بالنسبه الى اثر القبض في العقد الفاسد في القوانين المدنية التي اخذت به نلاحظ بان المادة(٢/١٧٠) مدني اردني نصت

((لايقيد الملك في المعقود عليه الا بقبضه)) وكذلك جاء في المادة (٣٧١) من مجله الاحكام العدليه ((البيع الفاسد يقيد الحكم عند القبض يعني ان المشتري اذا قبض المبيع باذن البائع صار ملكاً له ...)) .

فقيد القبض المفيد للملك بألاذن سواء كان صريحاً ام ضمنياً فلو قبضه بغير الاذن صار غاضباً وجيرت عليه احكام الغضب وجاء في شرح المادة ايضاً اما قبضهُ[١] بغير اذن البائع فان قبضهُ في مجلس البيع يصح استحساناً ويثبت الملك للمشتري وان قبضه بعد الافتران عن المجلس لايصح قبضهُ لاقياساً ولا استحاناً ولايثبت الملك فيه للمشتري واذا ملك المشتري المبيع بالقبض ثبتت كل احكام الملك فيصير خصماً لمن يدعيهلانه لايملك رقبته ويثبت له حق الشفعه فيما يبيع بجواره غير انه اذا كان للمبيع فاسداً فلاحق او خليط فلا يثبت لاحد منهم حق الشفعه فيه لان حق البائع لم ينقطع اذا ان البيع على شرف الفسخ . وظاهر الكلام افاد حصول الملك التام على محل العقد الفاسد بقبضه بالاذن وعبارة شارح المجله جاءت واضحه (ثبت كل احكام الملك) لانه يملك الرقبه . مما يدل على ان الملكيه تنتقل بقبض المشتري للمعقود عليه وتكون[٢] له حقوق وسلطات المالك على شيء محل العقد لكن هذا الملك غير مستقر لان الفقره (٣) من المادة(١٧٠) اعطت لكل المتعاقدين او ورثتهما حق الفسخ بعد اعذار العقد الاخر وفي هذا الحكم يختلف القانون الاردني عن الفقه الحنفي والذي اشار اليه انتقال الملكيه بالقبض خصوصاً اذا كان القبض باذن البالئع ولم يسوغ الفسخ بعد القبض الا اذا كان الفساد في صلب العقد بينما القانون الاردني وان اشار الى انتقال الملكية بالقبض ولكنه اعطى الحق للمتعاقدين وورثتهما بفسخ العقد .

---

(١)د. علي احمد صالح المهداوي و مصدر سابق ، ص ٦٩ – وما بعدها .

(٢)د. عبد المجيد الحكيم . عبد الباقي الحكيم ، د. محمد طه البشير ، نظرية الالتزام الجزء الاول ، حقوق الطبع والنشر محفوظه لدى وزاره التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٠، ص ١١٩.

المطلب الثالث

مدى امكانيه تصحيح العقد الفاسد

لغرض بيان مدى امكانيه تصحيح العقد الفاسد لابد من الاشاره اولاً الى الاختلاف بين تصحيح العقد الفاسد والوسائل الاخرى التي من شأنها ان تجعل العقد الباطل عقداً صحيحاً وخاصة انتقاص وتحويل العقد ثم لابد من الاشاره الى كيفيه تصحيح العقد الفاسد في كل من حالة من الحالات التي تجعل العقد فاسداً وبيان شروط التصحيح . في البدايه نقول بان الحكمة من العقد الفاسد الذي هو من ابتداع الفقه الحنفي هو لتقليل من حالة البطلان بالنسبه للعقود خاصة اذا كانت المخالفات الوارده على العقد لاتتعلق باصل العقد وانما تتعلق باوصافه وبالتالي فان العقد الفاسد قابل للتصحيح وذلك من خلال ازاله السبب الذي ادى الى حصول الفساد فيه . وبذلك فأن الاختلاف بين التصحيح وبين انتقاص العقد يتمثل بأن التصحيح يكون للعقد الفاسد والذي يعد عقداً منعقداً ولكنه جائز الفسخ من قبل الطرفين اما انتقاص العقد فيكون للعقد الباطل وهو عقد غير منعقد كما ان تصحيح العقد الفاسد يكون بازالة السبب الذي ادى الى فساده سواء كان اكراه او جهالة او شرط مفسد او ربا أو اي سبب أخر .

اما تصحيح العقد الباطل فلا يصلح الامن خلال ابطال الشق الغير صحيح [٢] والابقاء على الشق الصحيح . وبذلك يتبين بأن تصحيح العقد الفاسد يكون تصحيح العقد كله من خلال ازاله السبب الذي ادى الى فساده اما الانتقاص فهو وسيله لجعل جزء أو شق من العقد الباطل صحيحاً وذلك من خلال ابطال الشق الغير صحيح والابقاء على الشق الصحيح فضلاً عن ذلك ان انتقاص العقد يكون ممكناً لكافه انواع العقود الباطله والفاسده اما التصحيح فلا يكون الاللعقد الفاسد .

---

(١)د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٢)د. بلحاج العربي ، مصدر سابق ، ص ٣٨٣ ومابعدها .

اما بالنسبه الى الاختلاف بين تصحيح العقد وتحويل العقد ، وابرز تطبيق لنظريه تحول العقد في الفقه الاسلامي تلك الاثار التي تترتب على عقد الزواج باطلاً كان او فاسداً لان بطلان الزواج وفساده سيأن حتى في الفقه الحنفي ليس له وجود شرعي وان كان له وجود فعلي فلا ينتج اثر كتصرف شرعي ولكن ينتج بعض الاثار كواقعه ماديه اذا اقترن بالدخول على الزوجه ومن هذه الاثار ، درء الحدود وثبوت النسب ووجود العدة والمهر وكذلك تصرفات المريض الموت [١].

وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظريه تحول العقد والتي نصت عليها المادة (١٤٠) وملخص القول بان الاختلاف بين تصحيح العقد وتحول العقد يتمثل بأن تحول العقد يحصل اذا كان العقد باطلاً ولكن تتوافر فيه اركان عقد اَخر وتتجه نية المتعاقدين الى ابرام هذا العقد حيث نصت المادة (١٤٠) ((اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد اَخر فأن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد)) وبذلك يتبين الاختلاف بين التصحيح والتحول ، فالتحصيل لايؤدي الى التغيير في الموضوع العقد اما بالنسبه للتحول فيحصل للعقد الباطل والذي بدوره يؤدي الى تغيير الموضوع العقد ومن امثله ذلك هي تحول البيع بثمن تافه الى هبه وتحول السند الرسمي الفاقد لاحد شروطه الى سند عادي[٢].

اما بالنسبه لموقف الفقهاء المسلمين من امكانيه تصحيح العقد الفاسد فنلاحظ انهم انقسموا الى اتجاهين:

الاتجاه الاول/ يرى بان العقد الفاسد لايمكن تصحيحه ويبدو بأن تبرير ماذهبوا اليه من عدم امكانيه تصحيح العقد الفاسد يرجع الى ان الفساد يكون مرادفاً للبطلان عند اصحاب هذه الاتجاه فالفساد والبطلان لفظان مترادفان يؤدي كلاً منهم الى الحكم نفسه وهو بطلان التصرف وعدم جواز تصحيحه وبهذا الخصوص جاء في اسنى المطالب شرح روض الطالب ((لو حذفا اي العاقدان المفسد للعقد لو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحاً اذا اعبره بالفساد)).

---

(١)د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة اللالتزامات ، الجزء الاول ، منشورات جامعه جيهان الخاصة، ٢٠١١، ص ٢٣٥.

(٢)د. منصور حاتم محسن ابو خبط ، العقد الباطل ، محاضره منشوره على شبكة الانترنيت في موقع كليه القانون ، جامعه بابل ، ٢٠١٣ ، الموقع الالكتروني

lhttp://law.uobaby lon.eduiq

(٣)اسنى المطالب شرح روض الطالب ، مصدر سابق ، ص ٨٣.

اما بالنسبه للاتجاه الثاني/ فيرى امكانيه تصحيح العقد الفاسد وذلك من خلال ازالة السبب الذي ادى الى حصول الفساد فيه ويبرر هذا الاتجاه كلآ منها كذلك يشترط في التصحيح ان يكون ممكنآ والتصحيح يكون ممكنآ اذا كان المحل الذي ورد عليه

العقد لم يهلك ولم يستعمل احد رأيه بتصحيح العقد الفاسد من خلال ان العقد الفاسد ليس كالعقد الباطل والذي يكون غير مشروع من حيث الاصل الوصف وانما هو مشروع اصلآ لاوصفآ . وبالتالي من الممكن تصحيحه فضلآ عن ذلك ان التصحيح يؤدي الى التقليل من حالة البطلان ولابد من الاشاره ان اصحاب الاتجاه الثاني يميزون بين الفساد الضعيف الذي يجوز فيه التصحيح وبين الفساد القوي والذي لايجوز فيه التصحيح واخيرآ لابد من لاشاره اخيرآ الى شروط تصحيح العقد الفاسد وكيفيه اجراءه فيتشرط لحصول التصحيح ان

يكون العقد فاسدآ بان يكون مشروع باصله دون وصفه وبالتالي لايمكن ان يرد التصحيح على العقد الباطل والذي يكون غير مشروع باصله ووصفه فالعقد الباطل عقد غير منعقد ولايرد عليه التصحيح وان كان قابلآ للانتقاص والتحول اذا توافرت شروط العاقدين حقه بالفسخ كذلك يتشرط لتصحيح العقد الفاسد ان لايكون الفساد قويآ اي يتعلق

بصلب العقد كما لوكان الثمن شيء لايجوز التعامل فيه كالخمر كما يتشرط ان لايلحق احد المتعاقدين ضررآ نتيجه تصحيح العقد فاذا ترتب عليه ضررفلا يجوز التصحيح[1].

وبعد الاشاره الى تصحيح العقد لابد من بيان كيفيه اجراء التتصحيح ويلاحظ بأن التصحيح يختلف بأختلاف السبب الذي ادى الى حصول الفساد فأذا كان الفساد يرجع الى الجهالة في الثمن أو البيع او الاجل فلابد من ازالة الجهالة من قبل المتعاقدين وذلك بتحديد الثمن والمبيع تحديدآ دقيقآ قبل ان ينقضي مجلس العقد.

اما اذا كان الجهال تتعلق بالاجل فيحصل التصحيح باسقاط الاجل قبل الافتراق وقبل فسخ العقد من قبل احد الطرفين وبالتالي اذا حصل الافتراق بين الطرفين أو استعمل احدهم حقه بفسخ العقد قبل اسقاط الاجل فلا يمكن في هذه الحاله تصحيح العقد.

---

(١)/هذا مانصت عليه القاعده الفقهية (لاضررولاضرار).

وهو في بصحه العقد سواء اسقط الشرط ام لافضابط هذه الصوره عند الحنفيه هو في الشرط الذي لايقتض

وقد يرجع سبب الفساد الى وجود شروط فاسد في العقد فاذا اوجد هذا الشرط هل يمكن تصحيحه بعد النظر في كتب الفقهاء وجدت ان تصحيح العقد سسبب الشرط الفاسد محل اتفاق بين الفقهاء خلافآ للشافعيه مع اختلاف في صوره وضابط الشرطالممكن تصحيحة ،

ويمكن حصر صور تصحيح العقد الفاسد بالشرط في قسمين

الاول: الحكم بصحه العقد والتصرف فيه سواء اسقط الشرط ام لا .

الثاني: الحكم بصحه العقد والتصرف فيه اذا اسقط الشرط .

اما الصوره الاولى هو في بصحه العقد سواء اسقط الشرط ام لافضابط هذه الصوره عند الحنفيه هو الشرط الذي لايقتضيه ولايلائمة ولم يرد فيه الشرع ولاالعرف بجوازه وليس فيه منفعه لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه ومثال ذلك لو شرط احد المتعاقدين على الاخر الايبيع مااشتراه أو يهبه فالشرط باطل والعقد صحيح ويمثل هذا الضابط ذهب المالكيه وروايه عن الحنابلة [1] ومن الجدير بالذكر ، ان الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مصادر الحق في الفقه الاسلامي يرى بان العقد الفاسد بسبب الشرط قابلا للانتقاص وليس للتصحيح اذا يستطيع صاحب الشرط الفاسد ان يسقط الشرط فيجزيء العقد ويتمسك بالجزء الصحيح منه ويطالب الاخر بتنفيذه ومع تقديرن للرأي الاخير الا اننا نرى بان العقد المقترن بالشرط الفاسد لايتحول الى عقد صحيح بالانتقاص وانما بالتصحيح من خلال ازاله بسبب الفساد وهو الشرط فضلآ عن عدم توفر شروط الانتقاص والتي تتمثل بضروره ان يكون العقد في شق منه صحيح والشق الاخر غير صحيح ، اما هنا فالعقد

صحيح والشرط المقترن به غير صحيح وبالتالي فأن تصحيحه يكون من خلال ٢ ابطال الشرط المفسد واعتبار العقد صحيحآ فالتصحيح يكون للعقد الفاسد والانتقاص يكون للباطل(٢).

---

(١)د. ابراهيم علي الطنيجي ، مصدر سابق ص ٥ .

(٢)د. عبدالرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

وقد يكون سبب الفساد في العقد هو عدم القدره على التسليم الابتحمل الضرر فالحنفيه ذهبوا أن غير مقدور على تسليمه الابتحمل اضرر يلحق بالبائع يفسد البيع ذلك ان اضرر لايستحق بالعقد اما اذا سلمه المشتري فيجبر على اخذه ويمضي البيع ويصحح اذا ان المانع من جواز البيع هو الضرر الذي يلحق بالبائع وهناقد سلمة باختياره ورضاه. [1]اما جمهور الفقهاء فانهم وان ذهبوا من حيث الاصل الى عددم امكانيه تصحيح العقد في حاله اذا كان التسليم يلحق ضررآ بالبائع الانهم قد اوردوا استثناء على ذلك واجازو بيع غير المقدور على تسليمه الابحصول الضرر وذلك في حالة اذا لم يترتب التسليم ضرر مالي كبير يلحق البائع وان لايتعرض المعقود عليه الى التلف عند القيام بالتسليم .

اما اذا كان الاكراه السبب في فساد العقد فأن تصحيحه يم من خلال صدور الاجازه من المكره على ابرار العقد اذا كان الاكراه غير ملجيء وهو الذي لايفوت على النفس أو بعضآ منها كالحبس والضرب بما لايؤدي الى القتل فهذا يفسد العقد ولايبطله والسبب في ذلك انه يعدم الرضا ولكن لايفسد الاختيار وذلك لعدم اضطرار المكره الى الإتيان بما اكره عليه لتمكنه من الصبر على تحمل ماهدد به ولذا فان هذا النوع من الاكرار يمكن ان يصحح باجاز المكره لهذا العقد.

اما الائمه الثلاثه فلم اجد في كتبهم مايدل على تصحيح العقد من عدمه في حاله الاكراه ولكن اصول مذاهبهم وقواعده تقتضي عدم تصحيح العقد في حاله البطلان [2].

وقد يكون سبب الفساد هو الربا والذي يمكن تصحيحه من خلال رد الزيادة الربويه فالحنفيه يرون بأن الربا يفسد البيع فالبيع الفاسد بالربا عندهم ان العوض يملك بالقبض ويجب رده لو قائمآ ورد مثله أو قيمته ومتهلكآ وعليه فانه يجب رد الزيادة االربويه لو قائمة لارد ضمانها ويقول ابن عابدينً وحاصله ان فيه حقين ، حق العبد وهو رد لو قائمآ ومثله لو هالكآ ، وحق الشرع وهو رد عينه لنقض المعقد المنهي عنه شرعآ ، وبعد الاستملاك لايتأتى رد عينه فتعين رد المثل وهو من حق الصبرً . اما بالنسبه لتصحيح العقد الفاسد في القوانين المدنيه التي اخذت به نلاحظ اان المادة(١٧٠) مدني اردني وكذلك المادة (٢١٢) من قانون المعاملات المدنيه الاماراتي اشارت كلآ منهما بعد تعريف العقد الفاسد الى ان العقد يصبح عقدآ صحيحآ اذا زال سبب فساده فالشطر الاخير من المادة (١٧٠) مدني اردني ينص على ((.....فاذا زال سبب فساده صح)) [3].

١/ د. أبراهيم علي احمد الشال ، طرق تصحيح العقد الفاسد ، ط، سنه ٢٠٠٧، ص ٦٩.

٢/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، ص ١٨٨

٣/ د. ابراهيم علي الطنيجي، مصدر سابق ، ص٧.

ألـــخـاتـــمـــة.

توصلت من خلال البحث في موضوع (العقد الفاسد في الشريعه والقانون) الى عدد من النتائج والمقترحات االاتيه.

اولاَ :- النتائج

١_ تبين بأن ألعقد الفاسد ،هو ألمشروع باصله دون وصفه وهو صياغه فنيه ابتدعها الفقه الحنفي وابدع في بيان مفهومه واسبابه ولاثار عليه والذي ميز بين اختلال ((الاصل)) واختلال ((الوصف)) كأساس للتميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، اذا يجعلون العقد باطلآ اذا كان الاختلال قد حصل في لاجل اما اذا حصل الاختلال في الوصف فالعقد يكون فاسدآ وقد ظهر اتجاهات للعلماء في تعريف العقد الفاسد اتجاهين احدهما للجمهور حيث تصب في تعريفاتهم في مجملها عدم حصول الغرض والغايه من الفعل اما الاتجاه الاخر هو الحنفيه حيث عرفوه ان ماكان مشروع باصله دون وصفه.

٢_ تبين بأن جمهور الفقهاء باستثناء الحنفيه لايميزون بين اختلال الاصل واختلال الوصف فسواء اختل الاصل والوصف معآ . او اختل الوصف دون الاصل فالعقد يكون باطلآ او فاسدآ علمآ ان الباطل والفاسد عندهم مترادفان فيطلقون تاره على العقد بالباطل وتاره يطلقون الفاسد ويريدون به الباطل .

٣_ ان الحكمة التي دفعت فقهاء الحنفيه للاخذ بنظريه العقد الفاسد تتمثل بالحد من حالات بطلان العقد خصوصآ اذا كانت المخالفه في العقد غير جوهرية اي لاتتعلق بأصل العقد وانما تتعلق ببعض الاوصاف الخارجيه عن اصل المعقد ، فضلآ عن ذلك فأن الاخذ بالعقد الفاسد يكون من شأنه امكانيه فتح المجال لتصحيح العقد الفاسد من خلال ازاله السبب الذي ادى الى حصول الفساد فيه وهذا الهدف لايتحقق في حال الحكم على العقد بالبطلان الابصوره استثنائيه وضيقه كما في حاله انتقاص ألعقد وتحويله واذا توفر شروطها .

٤_ تبين بأن العقد الفاسد لم يقتصر على ما اخذه به الفقهاء الحنفيه . بل اخذت به بعض القوانين المدنيه كالقانون المدني الاردني والاماراتي ولكن يلاحظ بأن فقهاء الحنفيه قد ابدعوا في تنظيمه وتأصيله وبيان اسبابه والتي تمثل بالجهالة والضرر والشرط الفاسد والربا وعدم القدره على تسليم الابتحميل الضرر، في حين عجزت كل من القانون المدني الاردني والاماراتي عن مسايره هذا المذهب في تطبيقه لنظريه العقد الفاسد من خلال الاشاره الى اسباب التي تؤدي الى الفساد فلم يأتي القانون الاردني الابتطبيق واحد للعقد الفاسد والذي يتمثل بحصول الفساد بسبب الشرط الفاسد وهو ماشارت اليه المادة (١/٥٠٦) مدني اردني والتي اشارت االى ان الشرط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع يؤدي الى فساد البيع .

٥_ لم يأخذ القانون المدني العراقي بالعقد الفاسد الذي اخذ به الفقه الحنفي اذا ساوى بين العقد الفاسد والباطل وهو مانصت عليه المادة (١/١٣٧) مدني بقولها ((العقد الباطل هو مالايصح باعتبار ذاته أوصافاً باعتبار بعض اوصافه الخارجيه)) فلم يجعل الاكراه سبباً لجعل العقد فاسداً وانما اعتبره عقد المكره موقوفاً ، وقام بالحاق العقد الفاسد بسبب (الشرط الفاسد) بالعقد الصحيح اذا كان الشرط غير مخالف للنظام العام والآدب ، كما لم يجعل الربا سبب لفساد العقد بعد ان اجاز الفائد في المادة(١٧١) مدني وجعل العقد التي تضمن الضررفي وجود المحل أو جهالته او عدم تعيينه تعيناً كافيا باطلاً وليس فاسداً.

٦_ تبين بان الفقهاء المسلمون قد اختلفو بخصوص امكانيه تصحيح العقد الفاسد فذهب جمهور الفقهاء بستثناء الحنفيه إلى ان العقد الفاسد لايمكن تصحيحه وذلك لان العقد الفاسد يكون مرادفاً للعقد الباطل عند جمهور الفقهاء اما فقهاء الحنفيه فقد ذهبو الى امكانيه تصحيح العقد الفاسد وذلك من خلال ازاله السبب الذي افسد العقد والسبب في ذلك . هووان فقهاء الحنفيه عندما اخذو بالعقد الفاسد كانت الحكمة أو الهدف الاساسي من ذلك هو التقليل من حالات بطلان العقد ومن ثم فأن التصحيح جأئز عند هم لأنه يحقق الهدف الذي من اجله اخذو بالعقد الفاسد .

ثانياَ :- المقترحات

١_من الافضل المشرع العراقي أن يأخذ بفكره الفقه الحنفي عن العقد الفاسد لما له من اهميه في التقليل من حالات ابطال العقد فضلاً عن احترام ارادة المتعاقدين خصوصاً اذا كانت المخالفه الوارده على العقد غير جوهرية ولاتتعلق باركانه ، فضلاً عن ذلك فان الاخذ بالعقد الفاسد وامكانيه تصحيحه يؤدي الى تحقيق مايهدف اليه المشرع من استقرار المعاملات في المجتمع وحماية الغير حسن النيه.

٢_ من الافضل المشرع العراقي عند اصدار تشريعات جديده أوقيامه بتعديل التشريعات الحاليه ان يرجع الى كتب الفقه الاسلامي لما تمتاز به من دقه في المعالجة وعمق في الاسلوب.

الـمـصـادر

الـقـرآن الـكريـم

اولآ: كتب الفقه الاسلامي :

١.اسنى المطالب شرح روض الطالب ، القاضي ابي يحيى زكريا الانصاري الشافعي ، المجلد الرابع ،ط١، دار الكتب العلمية ،٢٠١٢.

١.بدائع الصنائع في ترتيب الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الجزء الرابع ،ط٣، دار احياء التراث العربي ،بيروت _لبنان ،٢٠٠٠.

٣.كتاب المكاسب ،تأليف العلامة المحقق الشيخ مرتضى الانصاري ،ج١، مؤسسه مطبوعات ديني ، بلا سنه طبع

٤. المجموع شرح المهذب للامام ابي اسحاق ابراهيم بن علي ، تأليف الامام محمي الدين ،خ١٠، بلاسنه الطبع ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣.

ثانيآ: الكتب والبحوث القانونية

١.د. انور السلطان ، مصدر الالتزام في القانون المدني دراسه المقارنه بالفقه الاسلامي ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ،٢٠١٤.

٢. د. أحمد ياسين االقرالة ، موانع فسخ العقد في الشريعه الاسلاميه دراسه مقارنه بقانون الاحوال الشخصيه الاردني والقانون المدني ، كليه الدراسات الفقهيه والقانونيه ، جامعه آل البيت الاردن ، ٢٠١٠.

٣. د. أمجد محمد منصور النظريه العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، طبعه اولى ، عمان ، ٢٠٠٣.

٤. د. ابراهيم علي الطنيجي ، طرق تصحيح العقد الفاسد ، مجلة الشريعة والقانون ، ط١. جامعه الامارات ، ٢٠٠٧

٥. بلحاج العربي ، مصادر الالتزام دراسة مقارنه المصادر الاراديه ،العقد الاراده المنفردة ، ط١، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، عمان ٢٠١٥.

٦ . د. صاحب عبيد الفتلاوي ، السهل في شرح القانون المدني ، جزء الاول ، الطبعه اولى، دار وائل للنشر والتوزيع ،٢٠١١.

٧. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول ،منشورات الحلبي الحقوقيه ، بيروت _ لبنان ١٩٩٨.

٨. د. عدنان ابراهيم السرحان والدكتور نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصيه دراسه مقارنه ،ط٣، الاردن ، ٢٠١٣ .

٩. د.عصمت عبد المجيد بكر ، النظريه العامه الالتزامات ، الجزء الاول ، منشورات جيهان ، سنه ٢٠١١.

١٠. د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشر ، نظريه الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزؤ الاول ، حقوق الطبع والنشرمحفوظه لدى وزاره التعليم والبحث العلمي ، سنه ١٩٨٠.

١١. د. مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الاول ،ط٦، مطبعه جامعه دمشق ، سنه ١٩٥٩.

١٢. د. محمد سعود العينى ، الاكراه واثره في التصرفات الشرعيه ،ط١، منشورات مكتبه بسام ، سنه ١٩٨٦.

١٣.د. منذر ألفضل ، نظريه العامة للالتزام في القانون المدني دراسه المقارنه الجزء الاول ، ط١ ١٤١١هـ -١٩٩١.

ألبحوث القانونية :

١.د. اسراء فهمي ناجي ، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني ،مجله رسائل القانون ، السنه الرابعه ... العدد الخاص بيحوث المؤتمر للقانون الوطني سنه ٢٠١٢.

ثالثاً : المصادر المأخذه م المواقع الالكترونية

١.مجلـــه البحـــوث الاســـلامية ، العـــدد ٩٥ ذي القعـــده ١٤٣٢هـــ ، المطلـــب الثـــاني المنشـــور فـــي الانترنيـــت فـــي موقـــع الرســـائة العامـــه للبحـــوث ولافتـــاء ، المملكـــه العربيـــه الســـعوديه ، علـــى الموقع الالكتروني :

Lhttp://www.alifta.net

٢. منصـــور حـــاتم حســـن ابـــو خـــبط ، العقـــد الباطـــل ، محاضـــره منشـــور علـــى شـــبكه الانترنيـــت في موقع الكليه القانون ،جامعه بابل ، ٢٠١٣، على الموقع الالكتروني

Lhttp://law.uobabylon.edu.iq

رابعاً : القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٣- مجلة الاحكام ألعدلية.

المحتويات

ت	تفاصيل	العنوان	رقم الصفحة
١	الاية القرانية	ـــــــــــــــ	أ
٢	الاهداء	ـــــــــــــــ	ب
٣	الشكر والتقدير	ـــــــــــــــ	ج
٤	المقدمة		١
٥	المبحث الاول	مفهوم العقد الفاسد	٢-١٥
٦	المطلب الاول	تعريف العقد الفاسد	٣-٤
٧	المطلب الثاني	تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل	٥-٧
٨	المطلب الثالث	اسباب فساد العقد	٨-١٥
٩	المحبث الثاني	الأثار المترتبة على العقد الفاسد	١٦-٢٧
١٠	المطلب الاول	اثار العقد الفاسد قبل القبض	١٧-١٨
١١	المطلب الثاني	اثار العقد الفاسد بعد القبض	١٩-٢٢
١٢	المطلب الثالث	مدى امكانية تصحيح العقد الفاسد	٢٣-٢٧
١٣	الخاتمة	ـــــــــــــــ	٢٨-٢٩
١٤	المصادر	ـــــــــــــــ	٣٠-٣٢

إقرار المشرف

أشــهد ان اعــداد هــذا البحــث الموســوم (ألعقــد الفاســد فــي الشــريعة والقــانون) قــد جــرى تحــت إشــرافي فــي كليــة القــانون والعلــوم السياســية / جامعــة ديالى وجزء من متطلبات نيل شهادة البكلوريوس في القانون .

المشرف : حسام عبد الطيف محيي

التوقيع :

التاريخ : / / ٢٠١٧