

نظرية انتقاص العقد بين الشريعة والقانون

أجود علي غالب

المدرس بقسم الدين - كلية الآداب

جامعة بغداد

تمهيد

لا شك في ان للعقود أهمية بالغة في تحديد تصرفاتها وترتيب الآثار عليها ، ونتيجة العقود لا تلزم في الاصل الا من تعاقد بها بمنفعة أو خسارة وقد ينصرف أثره الى غير المتعاقدين متى وقع العقد صحيحا لازما وذلك باستجماعه لاركانه كاملة مستوفية لشروطها شرعا أو وضعها ، فقد انشغلت ذمة المتعاقدين ، كل بما ألتزمه وعليهم المسارعة الى ابراء الذمة منه وكما يترتب هذا الجزاء عند قيامه صحيحا ، يترتب جزاء آخر عند عدم استجماعه لاركانه المختلفة والمستوفية لجميع شروطها ، هذا الجزاء هو ما يسمى بالبطلان .

فالبطلان اذن هو انعدام أثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين وبالنسبة الى الغير تبعا لذلك .

ومما تجدر الاشارة اليه هو أن نميز بين البطلان وأوضاع قانونية لقرب بين منها ، كإفساخ العقد أو عدم سريانه في حق الغير .

٢ - ففسخ العقد يشبه البطلان من حيث ان كلا منهما يؤدي الى زوال العقد ، ولكن يختلف عنه لوجود سبب لاحق لبرام العقد أدى الى زواله ، فالعقد في حالة الانفساخ ينشأ صحيحا متوافرا لاركانه مستوفيا لشروط

صحته ، ولكنه يزول لعدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فيسقط التزام الآخر ، فيفسخ العقد أو يفسخ ، هذا ولا يكون الفسخ الا في العقود الملزمة للجانبين كالبيع ، فللمشتري في هذه الحالة أن يطلب الفسخ ، فاذا حكم القاضي بذلك حكم بالفسخ ، وتحلل المتعاقد - المشتري - من التزامه في دفع الثمن ، ولا بد في فسخ العقد من صدور حكم به ، وقد يتفسخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون ، اذا أصبح تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مستحيلا لسبب اجنبي ، فعند ذلك يسقط الالتزام^(١) .

٣ - اما عدم سريان العقد في حق الغير ، فهذا وضع يقوم على عقد كامل متوافر الاركان صادر رضاه عن اهله ، سليم غير مشوب بعيب فينتج العقد تبعا لهذا آثاره كاملة فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسري في حق الآخرين ، مثال ذلك بيع المريض مرض الموت صحيح بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسري فيه حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة ، والعقد غير المصدق من مرجع رسمي صحيح بين المتعاقدين ، ولكن لا يمكن الاحتجاج به على الغير وبيع الفضولي لا يسري في حق المالك الاصيلي^(٢) .

بينما البطلان لم يرقم الا على عقد قد تخلف منه أحد اركانه أو اختل الرضا .

٤ - أما الفقه الاسلامي فقد اختلف اختلافا جوهريا في نظريته للبطلان عن الفقه الغربي ، انعكس هذا على تقانين البلاد العربية فبينما نرى المشرع العراقي قد استمد هذه النظرية - البطلان - من الفقه الاسلامي ، نرى القوانين العربية قد استقتها عن الفقه الغربي ، خاصة القانون المدني المصري ،

(١) الوسيط فيه نظرية العقد ج ١ ف ٦٨٦ ص ٤٧٤ للدكتور عبدالمجيد الحكيم .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ص ٥٣٣ ف ٢٩٩ للدكتور عبدالرزاق السنهوري والوسيط في نظرية العقد للدكتور الحكيم ج ١ ف ٦٨٥ ص ٤٧٤ .

اذ جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي له في النظرة العامة للبطلان ما يلي :

« اتقى المشروع ما تستهدف له التقنيات اللاتينية من مأخذ حين تجمع بين احكام البطلان واسباب انقضاء الالتزامات في صعيد واحد ، وقد نهج في هذا الشأن نهج التقنين البرازيلي • وجعل للبطلان نظرية جامعة مهيتا بذلك مكانا مناسباً لطائفة من الاحكام تناثرت وانقرط عقدها مع ما بينها من سبب جامع •••»

••• وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتيني فيما استحدث في هذا الشأن بوجه عام ، على ان المذهب الجرمانى لم يعد اثره في هذه الناحية ، فقد اقتبس المشروع احكاما هامة من التقنينين الالماني والسريسي فمن ذلك ••• نظرية انتقاص العقود ونظرية تحول العقود أو انقلابها^(٣) •••

وبرغم تباين وجهة نظر الفقه الاسلامى عن الفقه العربى • فلقد حاول المشرع العراقى ان ينسق بين بعض الاحكام التى استقاها من الفقه العربى وما استمده من الفقه الاسلامى ، فاندمجت بحيث اختفت معها ازدواج المصادر وتباينه خاصة فيما يتعلق بمدار البحث فنظرية انتقاص العقد مما استقاها المشرع العراقى من القوانين الغربية أو من المشروع المصرى بالذات باعتباره اثرا من اثار العقد الباطل مع الفارق بين النظرتين لنظرية البطلان كما اسلفت فهل يعنى هذا ان الفقه الاسلامى قصر عن ادراكها أو معرفتها ؟ واذا كان الفقه الاسلامى قد عرفها فهل أوجد لها صياغة معينة أو اسسا تقوم عليها ؟ هذا ما سنحاول ان نبينه في هذا البحث المقارن •

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ .

الانتقاص في اللغة (٤)

قبل ان تتكلم على هذه الفكرة من النظرتين الشرعية والوضعية نحاول ان نتناول مفهوم اللفظة كما وردت في معجمات اللغة العربية لكي يتضح لنا مفهومها اللغوي وهل احتفظت هذه اللفظة بمفهومها أو غير الاصطلاح فيه جاء في لسان العرب :

٥ - نقص : النقص : الخسران في الحظ والنقصان يكون مصدرا ويكون قدر الشيء الذاهب من المنقوص • نقص الشيء ينقص نقصا ونقصانا ونقيضة ، ونقيضة هو ، يتعدى ولا يتعدى ، واتقصه ، واتقصه وتنقصه : أخذ منه قليلا قليلا على حد ما يجيء عليه هذا الضرب من الابنية بالاغلب ، واتقص الشيء نقص •

وتنقص الرجل واتقصه واستنقصه ، نسب اليه النقصان والاسم النقيضة ••••• والفعل الانتقاص ، وكذلك انتقاص الحق ، وانشد :

وذا الرحم لا تنتقص حقه

فان القطعية في نقصه

انتقاص العقد في القانون :

٦ - تفهم هذه النظرية من منطوق المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي اذ نصت « اذا كان العقد في شق منه باطلا ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد ، فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا » •

فالمقصود بها هو تجزئة العقد اذا لم يكن التصرف باطلا بأكمله ، بل في شق منه ، فهذا وحده هو الذي يبطل ، أما باقي العقد فيظل عقدا صحيحا مستقلا قابلا لترتب الاثر عليه • مثال ذلك بيع شيئين احدهما يجوز

(٤) لسان العرب ج ٧ ص ١٠٠ - ١٠١ لأبي الفضل جمال الدين محمد بن

مكرم بن منظور الافريقي المصري ط بيروت ١٩٥٦م - ١٣٧٥هـ •

التعامل به والاخر يحظر التعامل به ، فالبيع باطل بالنسبة الى المحظور
وصحيح بالنسبة للشيء الآخر ، ويدفع المشتري ما يقابل هذا الشيء من
الثلث الا اذا اثبت من يطعن بالبيع ، ان البيع ما كان ليتم في الشيء المحظور
دون الآخر ، ففي هذه الحالة يبطل البيع كله . ومثال ذلك ايضا الاتفاق
على البقاء في الشيوخ لمدة تزيد على خمس سنوات^(٥) « المادة ١٠٧٠ مدني
عراقي و ٨٣٤ مدني مصري » .

٧ - وهذه المادة مطابقة للمادة ١٤٣ من القانون المدني المصري التي
استمدت منها اصلا ، اذ نصت « اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا
للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان
ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله »^(٦) .

(٥) الوسيط للسنهوري ج ١ ص ٥٤٩ والوسيط للدكتور الحكيم ج ١ ف
٦٩٧ ص ٤٨٢ .

(٦) ورد هذا النص في المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني
المصري على الوجه الآتي « اذا كان العقد فيه شق منه باطلا أو قابلا
للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد
فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ، الا اذا تبين ان العقد ما كان
ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، وفي لجنة المراجعة
أدخلت بعض تعديلات لفظية ، واصبح رقم المادة ١٤٧ في المشروع
النهائي ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وفي لجنة القانون
المدني لمجلس الشيوخ حذفت عبارة « ... أما الباقي من العقد فيظل
صحيحا باعتباره عقدا مستقلا ، لان هذه العبارة جاءت على سبيل
الإيضاح ، وهي تقرر نتيجة تستخلص في غير عناء من النص نفسه ،
واصبح رقم المادة ١٤٣ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس الشيوخ
على المادة كما اقترتها لجنته ... » مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون
المدني المصري ج ٢ ص ٢٥٩ - ٢٦١ .

وهذه المادة (١٤٣ مدني مصري) مستقاة اصلا من التقينات
الجرمانية اذ جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذه
المادة ما يلي « اقتبس المشروع المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من التقينات
الجرمانية ومن بينها التقين الالماني وتقين الالتزامات السويسري والتقين
البولوني بوجه خاص وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق
أو البطلان النسبي على شق منه ... ويظل ما بقي من العقد صحيحا باعتباره
عقدا مستقلا ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على ان الشق الذي بطل
بطلانا مطلقا أو نسبيا لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٣٩ من
التقين الالماني ... » (٧)

٩ - وهاتان المادتان « ١٣٩ مدني عراقي و ١٤٣ مدني مصري » وان
كاتتا متفتتين من حيث الاثار المترتبة عليهما فانهما تنتجان آثارا اصلية
لا اثارا عرضية ، باعتبارهما تصرفات قانونية لا واقعة مادية ، الا ان الاثر
الترتب اثر اصلي منتقص ، وليس اثرا اصليا كاملا الا ان الاختلاف بينهما
كما يظهر من منطوقيهما - العقد الباطل في منطوق النص المدني العراقي
والعقد الباطل والقابل للإبطال في النص المدني المصري - وان كان المشرع
العراقي قد استمد نظرية البطلان من الفقه الاسلامي لذا نجده لم يعتد
الا بالعقد الباطل فقد ساوى - كقاعدة عامة - بين العقد الباطل والفساد
كما يظهر منطوق المادة ١٣٧ منه (٨) .

(٧) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٨) نصت المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي على ما يلي « العقد الباطل
هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته أو وصفه باعتبار بعض الاوصاف
الخارجة عنه » .

اما المشرع المصري فلقد أقر بنظرية البطلان من الفقه الغربي فنجده قد أخذ بأسباب البطلان المطلق والبطلان النسبي^(٩) ولا شك أن ما ذهب إليه المشرع العراقي في اعتبار وحدة العقد الباطل أكثر دقة وقبولا وارضاء للمنطق القانوني من غيره^(١٠) .

(٩) جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يلي :
« ترد اسباب البطلان الى تخلف ركن من اركان العقد كعدم توافر الاهلية اطلاقا بفقدان التمييز وانعدام الارادة تفريعا على ذلك أو كانتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما وغني عن البيان ان تخلف ركن من اركان العقد في حكم الواقع وحكم القانون يحول دون انعقاده ووجوده ، وهذا ما يقصد بالبطلان المطلق ، فأما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد وجوده من حيث توافر اركانه كاملة ولكن ركن من اركانه وهو الرضا يفسد بسبب عيب يداخله أو بسبب نقص اهلية العاقدين وهو من داخل رضائه العيب أو من لم تكتمل اهليته ... »
مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٥ - ٢٥٦ .

(١٠) يقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد ما يلي « لا توجد هناك ثلاث احوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الاخر ، الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق بل توجد حالتان الصحة والبطلان المطلق ، والعقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الاخرى فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر الا على حالة الصحة ومتميز عن العقد الباطل بطلانا مطلقا الذي لا يمر الا على حالة البطلان ولكن اذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا متميزا على هذا النحو فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان الوسيط ج ١ ص ٥٣٨ هامش ٢ نقلا عن نظرية العقد للمؤلف ص ٦١٨ هامش (١) . وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع بهذا الصدد ما يلي ...
ومن الجلي ان قابلية العقد للبطلان انما تمثل العقد في مرحلتين متتابعتين : الاولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع اثاره والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد باطلا لا حكم له من نشوئه فليست ثمة مراحل ثلاث الصحة وقابليته للبطلان والبطلان وانما توجد مرحلتان الصحة والبطلان وقد يقرر البطلان المطلق والنسبي بمقتضى نص خاص في القانون « مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٢ - ٢٥٦ .

١٠ - هذا ويلاحظ ان فكرة الانتقاص لا تطبق اذا كان التصرف الاصيل باطلا في شق منه ، ولكنه غير قابل للتجزئة ، اما لطبيعة المحل ، أو لانصراف نية المتعاقدين ، الا انه ما كان ليتم بغير الشق الباطل ، كما لو اشترى شخص عربية مع حصانها بمبلغ معين ، ثم تبين ان الحصانين أو احدهما قد نفق قبل ابرام العقد ، فالعقد باطل لعدم قابلية هذا العقد للتجزئة (١١) .

انتقاص العقد في الفقه الاسلامي :

١١ - فكرة انتقاص العقد معروفة ومقررة بكل صراحة ووضوح في الفقه الاسلامي ، وان لم تأخذ هذا الاصطلاح أو الصياغة ، اذ لم ينفرد فقه مذهب من المذاهب الاسلامية في تقريرها ، بل اكثرها مقرر لها ، ولعل في استعراض بعض النصوص الفقهية للمذاهب الاسلامية توضيح لهذه الفكرة .

الفقه الحنفي :

١٢ - جاء في الفقه الحنفي . . . ومن جمع بين حر وعبد ، أو بين شاة ذكية وميتة ، بطل البيع فيهما ، وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف ، صح في القين وعبده والملك ، أما الاول فالمذكور

ويرى الدكتور جميل الشرقاوي في معرض دفاعه عن وحدة البطلان ان لتقرير البطلان صورتين تختص كل منها بطائفة من احوال البطلان غير ان ذلك لا يمس جوهر البطلان ولا يغير من طبيعته وهي كونه وصفا يلحق بالتصرف نتيجة وجود عيب فيه مقارنة لنشأته فيجعله غير قادر على انتاج اثر قانوني كما ان نتائج البطلان واحدة وان تغيرت الصورة التي يتقرر بها . بطلان التصرف القانوني للدكتور جميل الشرقاوي بنسب ١٣٤ ص ٣٧٢ والوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٥٣٨ هامش ٢ .

(١١) اصول الالتزام ف ١٤١ ص ١٢٣ للدكتور حسن علي الذنون .

على اطلاقه قول ابي حنيفة ، وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما ، جاز في العبد والذكية والا فلا ، لانه اذا بين ثمنها صاروا صفقتين فيتقرر الفساد بقدر الفساد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمننا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل وأما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لأبي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن - ان المدبر ونحوه يدخل تحت المبيع ثم ينقص في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد ... والدليل على ان المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل أن القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الأصح وفي عبد الغير باجازه مولاه ولولا أنهم مال لم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم في المدبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان وفي رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محرزا عن الملك والتملك فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا

ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل تعلق حق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدير ونحوه ...» (١٢) .

١٣ - من هذا المثال وغيره - نرى فقهاء الحنفية يبنون آراءهم هذه على ما يلي :

أ - اذا كان العقد في شق منه صحيحا وكان في شقه الاخر باطلا لم يدخل في العقد الا الشق الصحيح لعدم امكان الانعقاد في الشق الباطل كما لو عين ابتداء في عقد البيع لكل شق حصته من الثمن اذ تعتبر الصفقة صفتين مستقلتين تجوز التجزئة فيهما لانه ليس يباع بالحصصة من الثمن اصلا .

ب - يسقط العقد وان كان صحيحا في شق منه ، باطلا في الشق الاخر فلا ينتقص ، فيبقى الصحيح منه ويسقط الباطل ، وان كان بقاء الشق الصحيح يباع بالحصصة من الثمن ابتداء ، اذ هذا لا يجوز .

ج - قد ينتقص العقد - عقد البيع - اذا كان صحيحا نافذا في شق منه ، موقوفا (١٣) في شقه الآخر ، فاذا لم يجز الشق الموقوف ، بقي الشق النافذ بحصة من الثمن ، وهذا جائز بجواز البيع بالحصصة من الثمن بقاء .

(١٢) المبسوط ج ١٣ ص ٣ - ٥ لمحمد بن احمد ابو بكر شمس الائمة السرخسي والبحر الرائق ج ٦ ص ٩٠ - ٩١ وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي بن محمد الزيلعي ج ٤ ص ٦٠ - ٦١ والهداية ج ٣ ص ٥٠ - ٥١ لعلي بن ابي بكر المرغيناني . والاختيار لتعليل المختار لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلني ج ١ ص ١٩٦ .

(١٣) اكثر مشايخ الحنفية على اعتبار العقد الموقوف من اقسام العقد الصحيح وان عده البعض من اقسام العقد الباطل ، وهو رأي الشافعية ، ولزيادة التوضيح راجع البحر الرائق ج ٦ ص ٧٠ .

ولم يخرج عن هذا الا الامام زفر ، فهو يرى عدم جواز انتقاص العقد في أية حالة كانت ، لوقوع العقد على المجموع والمجموع لا يتجزأ (١٤) .

الفقه الشافعي :

١٤ - جاء في المهذب « اذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان : احدهما تفريق الفقه فيبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس ابطاله فيهما لبطلانه في احدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في احدهما ، فيبطل محل احدهما دون الآخر ، وبقي على حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز ، والقول الثاني ان الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما ، واختلف اصحابنا في غلته ، فمنهم من قال يبطل لأن العقد جمع حلالا حراما ، فغلب التحريم ، كما لو جمع بين أختين في النكاح ، أو باع درهما بدرهمين ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن ، وذلك انه اذا باع حرا وعبدا بالف سقط ما يخص الحر من الثمن ، فيصير العبد مبيعا بما بقى وذلك مجهول في حال العقد فبطل ، كما لو قال بعثك هذا العبد بحصته من الف درهم ، فان قلنا بالتعليل الاول ، بطل البيع فيما يقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الاجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو مثل كرين من طعام احدهما له والآخر لغيره ، وكذلك لو جمع بين ما يجوز ، وبين ما لا يجوز فيه الرهن والهبة والنكاح ، بطل في الجميع ، لانه جمع بين الحلال والحرام وأن قلنا ان العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الاجزاء ، لان العوض غير مجهول ولا يبطل الرهن والهبة لانه لا عوض فيه ، ولا يبطل النكاح ، لأن الجهل بالعوض لا يبطله

(١٤) راجع ما تقدم ف ١٢ من البحث ومصادر الحق ج ٤ ص ١٥٣ للدكتور عبدالرزاق السنهوري ط ١٩٥٧ .

فان قلنا ان العقد يبطل فيهما ، رد المبيع واسترجع الثمن ، وان قلنا انه
يصح في احدهما ، فله الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه ، لأنه يلحقه
ضرر بتفريق الصفقة ، فثبت له الخيار فان اختار الامساك ، فبكم يمسه
فيه قولان : احدهما يمسه بجميع الثمن أو يرد ، لأن ما لا يقابل العقد
لا ثمن له ، فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر ، والثاني انه يمسه بقسطه
لانه لم يبدل جميع العوض الا في مقابلتهما ، فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة
أحدهما ، واختلف اصحابنا في موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان
فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة ، فأما ما يتقسط العوض عليه بالاجزاء ،
فانه يمسه الباقي بقسطه من الثمن فهو قول واحد ، لأن فيما يتقسط الثمن
عليه القيمة ما يخص الجائز مجهول ، فدعت الضرورة الى ان يجعل جميع
الثمن في مقابلته ليصير معلوما فيما يتقسط الثمن عليه بالاجزاء ما يخص
الجائز معلوم فلا حاجة بنا الى ان نجعل جميع الثمن في مقابله ومنهم من
قال : القولان في الجميع * وهو الصحيح ، لانه نص على القولين في بيع
الثمرة قبل ان تخرج الزكاة ، والثمار مما يتقسط عليها بالاجزاء ، فان قلنا
يمسه بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار ، لأنه لا ضرر وعليه ، ان قلنا
يمسه بحصته ، فهل للبائع الخيار ، فيه وجهان ، احدهما انه له الخيار
لانه تبعضت عليه الصفقة ، فان قلنا لا تفرق الصفقة ، بطل العقد فيهما ،
وان قلنا تفرق وقلنا انه يمسه الجائز بحصته بطل البيع فيه ، لان الذي
يخصه مجهول ، وان قلنا يمسه بجميع الثمن ، صح العقد فيه ، وان جمع
بين حالين ثم تلف احدهما قبل القبض بطل البيع فيه وهل يبطل في الباقي
فيه طريقان احدهما انه على القولين في تفريق الصفقة لأن ما يحدث من
الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في ابطال العقد فوجب ان يكون
كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه والثاني لا يبطل الا فيما تلف لانه في
الجمع بين الحلال والحرام انما يبطل للجهل بالعوض أو للجمع بين الحلال
والحرام في العقد ولا يوجد هنا واحد منهما فعلى هذا يصح العقد في الباقي

وللمشتري الخيار في فسخ العقد لانه تفرقت عليه الصفقة فان امضاه اخذ
الباقى بقسطه من الثمن قولاً واحداً لان العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم
عليهما فلا يتغير بالهلاك^(١٥) .

١٥ - من هذا تظهر فكرة فقهاء الشافعية وهي لا تخرج عن :

١ - رأي يذهب الى بطلان العقد في الشقين جميعاً لجمعه حلالاً
وحراماً فيغلب التحريم وعلى هذا يرد المشتري - في عقد البيع - المبيع
ويسترد الثمن .

٢ - ورأي يذهب الى جواز انتقاص العقد دائماً فيسقط الشق الباطل
ويبقى الآخر صحيحاً وللمشتري الخيار في امضاء العقد أو فسخه في شقه
الصحيح لتفرق الصفقة عليه فاذا امضاه دفع الثمن كاملاً على قول أو قسط
الشق الصحيح من الثمن في قول آخر اذا كان جاهلاً لتفرق الصفقة عليه ،
اما اذا كان عالماً بها فلا خيار له ، كما لبائع الخيار ايضاً لتفرق الصفقة عليه
في قول ، وفي اسقاطه منه قول آخر .

٣ - ويذهب البعض الى عدم جواز انتقاص العقد عند جهالة الثمن
وجوازه اذا كان الثمن فيما ينقسم على المحل بالاجزاء ، لعدم جهالة العوض
مما فيه عوض ، كما يجوز ذلك ايضاً فيما لا عوض فيه كالرهن ، أو فيما
لا يبطله الجهل بالعوض كالنكاح^(١٦) .

ولم يرد فيما تقدم - المثال - ذكر للعقد الموقوف ، اذ يعد العقد
الموقوف - عند فقهاء الشافعية - من اقسام العقد الباطل .

(١٥) المهذب ج ١ ص ٢٦٩ - ٢٧٠ لابي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف
الفيروز ابادي الشيرازي ومعني المحتاج ج ٢ ص ٤٠ - ٤١ .

(١٦) راجع ف ١٤ المقدمة ومصادر الحق ج ٤ ص ١٥٥ .

الفقه المالكي :

١٦ - ففي مذهب مالك جاء في القوانين الفقهية .. اذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام ، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك فالصفقة كلها باطلة ، وقيل يصح فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن ، ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة ، صح البيع فيهما ولزمه ملكه ووقوف اللزوم في ملك غيره على اجازته (١٧) ...

١٧ - نرى مما تقدم ان العقد - عقد البيع - يبطل في شقيه الباطل والصحيح لبطلان الصفقة كلها على رأي ، وفي اخر ينتقص فيسقط الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح منه بقسطه من الثمن ، اما اذا كان شق منه نافذا وفي الاخر موقوفا ، نفذ في الشقين عند اجازة الموقوف والا انتقص فينفذ في الشق النافذ ، ويسقط في الشق الموقوف .
وهذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية .

الفقه الحنبلي :

١٨ - جاء فيه كتاب القواعد لابن رجب الحنبلي .. المسألة الحادية والعشرون الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا ؟ فاذا بطل بعضها بطل كلها ؟ في المسألة روايتان اشهرها ان تتفرق وللمسألة صور أحدها : أنه يجمع في العقدين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلية اما مطلقا أو في تلك الحال ، فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي ؟ على الروايتين ، ولا فرق في ذلك بين عقود المفاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بجهالة عوضه كالمبيع وما لا يبطل كالنكاح ، فأن النكاح فيه روايتان منصوصتان عن أحمد ، غير أن صاحب المغني اختار ان البيع اذا كان الثمن منقسما عليه بالقيمة كعبدین أحدهما مغضوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلا بجهالة العوض ، بخلاف

(١٧) القوانين الفقهية لابن جزي نقلا عن مصادر الحق ج ٤ ص ١٥٢ - ١٥٣

ما يقسم الثمن عليه بالاجزاء كقفيز صبرة واحدة ، وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة ، كما قالوا فيما اذا باع معلوما ومجهولا أنه لا يصح رواية واحدة كجهالة الثمن ، فهذا المانع هنا من تفريقها في التلخيص ان للبطلان في الكل مأخذين ، احدهما كون الصفقة لا تقبل التجزيء والانقسام والثاني جهالة العوض .

قال فعلى الاولى يطرد الخلاف في كل العقود ، وفي الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه ، أو لا يفسد عوضه كالنكاح ، قال وعلى الاول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ، ويصح على الثاني انتهى ثم انه حكى في تعدد الصفقة ، تفصيل الثمن وجهين وصحح بعدها فعلى هذا يصح في قوله يقبل كل واحدة بكذا على المأخذين ثم انه اختار ان المتبايعين ان علما ان بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة ، لانهما دخلا على جهالة الثمن وان جهلا ذلك فهو محل الروايتين ، لأن الجهل يمثل ذلك تأثير في الصحة كما لو اشترى المبيع الذي لا يسقط ارشه بعد العتق ، وهذا ضعيف ، فان علم البائع في العقد لا يمنع الصحة وكذا بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمدا ، فان البيع يصح في ذلك كله ويسقط بعض الثمن .

وها هنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن ، وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم ، ذكره القاضي وابن عقيل ، وجها في باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول ، فيما باع عبيدين احدهما له والآخر لغيره ان الثمن يتقسط عليهما نصفين ، كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد جدا ولا أظنه يطرد الا فيما اذا كانا جنسا واحدا .

وذكر في باب الضمان من كتابيهما طريقة ثالثة ، وهي انه يمسك ويصح العقد عليه بكل الثمن ويرده ، وهذا في غاية الفساد ، اللهم الا ان يخص هذا بمن كان عالما بالحال ، وان بعض المعقود لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على بذل الثمن في مقابلة ما يصح العقد عليه خاصة ، كما نقول فيمن اوصى لحي وميت يعلم موته بشيء ان الوصية كلها للحي ، ولبعضهم

طريقة أخرى في المسألة وهي ان كان مما لا يجوز عليه العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق بطل البيع ، لانه غير قابل للتحويل بالكلية وقيامه الخمر ، وان كان قابلا للصحة ففيه الخلاف ، ذكره الأزجي ولا يثبت ذلك في المذهب ، وعلى القول بالتفريق ، فللمشتري الخيار اذا لم يكن عالما بتبعض الصفقة عليه ، وله ايضا الارش اذا امسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغني في الضمان •

الصورة الثانية : ان يكون التحريم في بعض افراد الصفقة ناشئا من انجم بينه وبين الاخر منها هنا حالتان :

أحدهما ان يمتاز بعض الافراد بمزية فهل يصح العقد بخصوصه ام يبطل في الكل ؟ فيه خلاف والأظهر صحة ذي المزية •

فمن امثلة صور ذلك ما اذا اجتمع عقدالنكاح بين ام وبنت ، فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس ؟ على وجهين •

وفيها لو جمع حر واحد للطول أو غير خائف للعت بين حرة واممة في عقد ففيه روايتان منصوصتان احدهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهي الاصح لانها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الامة من غير عكس فهي كالبنت مع الام واولى لجواز دوام نكاح الامة معها على الصحيح ايضا •

الحالة الثانية : أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بسوته فالمشهور البطلان في الكل اذ ليس بعضها اولى ببعض في الصحة مثل ان يتزوج اختين في عقد أو خمسا في عقد فالمذهب البطلان في الكل نص عليه احمد في رواية صالح وابن الحارث ونقل عنه منصور اذا تزوج اختين في عقد يختار احدهما وتأوله القاضي على انه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد وخرج القاضي فيما اذا زوج الوليان من رجلين وقعا معا انه يقرع بينهما فمن اقترع فهي زوجته •

الصورة الثالثة : ان يجمعا في صفقة شئين يصح العقد فيهما ام يبطل العقد في احدهما مثل استقراره فانه يختص بالبطلان دون الاخر قال القاضي وابن عقيل رواية واحدة لانه التفريق وقع هنا دوما لا ابتداء والدوام اسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما اذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض الصرف ، انه يبطل العقد فيما لم يقبض وفي الباقي روايتان تفريق الصفقة وهذا تفريق في الدوام الا ان يقال القبض في الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه وان العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الاصحاب فيكون التفريق بق حينئذ من الابتداء .

غير ان القاضي حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف تصريحه في المسألة بأنه القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضي ولا بد تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دوما قبل استقرار العقد (١٨) .

١٩ - واراى فقهاء الحنابلة كما تظهر من النص المتقدم لا تخرج عما تقدم فيما عرضه فقهاء الشافعية وهي :

١ - بطلان العقد في شقيه اذا كان العقد عقد معاوضة لسببين عدم قابليته للتجزية والانقسام وجهالة العوض وهذا لا يطرد فيما لا عوض فيه أو فيما لا يفسد بفساد عوضه كالنكاح .

٢ - ينتقص العقد في حالة تعدد الصفقة وتفصيل الثمن أو اذا كان الثمن قابلا للانقسام على المحل بالاجزاء .

٣ - ينتقص العقد ويمسك المشتري الشق الصحيح دون الباطل بكل الثمن اذا كان عالما بالحال بأن بعض المعقود عليه مما لا يصح العقد عليه ، فيكون ما بذله في مقابلة ما يصح العقد عليه .

أما اذا لم يكن عالما بتبعض الصفقة عليه ، فله الخيار والارش فيما ينقص بالتفريق .

(١٨) القواعد في الفقه الاسلامي للحافظ ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ص ٤٥٧ - ٤٦٠ ط الاولى ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .

٢٠ - جاء في الروضة البهية « ... » (ولو باع غير المملوك مع ملكه ولم يجز المالك صح) البيع « في ملكه » ووقف في ما لا يملك على اجازة مالكة المشتري ، فان اجاز صح البيع ولا خيار ، « و » ان رد « تخير المشتري مع جهله » يكون بعض المبيع غير مملوك للبائع لتبعض الصفقة أو الشركة « فان » فسخ رجوع كل مال الى مالكة ، وان « رضى صح البيع في المملوك » للبائع « بحصته من الثمن » ، يعلم مقدار الحصة « بعد تقويمهما جميعا ثم تقويم احدهما » منفردا ، ثم نسبة قيمته الى قيمة المجموع ، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبة ... أو كذا لو باع ما يملك « مبنيا للمجهول » وما لا يملك كالعبد مع الحر والخنزير مع الشاة » ، فانه يصح في المملوك بنسبة قيمته الى مجموع القيمتين من الثمن « ويقوم الحر لو كان عبدا » على ما هو عليه من الاوصاف والكيفيات « والخنزير عند مستحلية » اما باخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب ويحصل بقولهم العلم أو الظن المتأخم له أو باخبار عدلين مسلمين يطلعان على حاله عندهم ، لا منهم مطلقا لاشتراط عدالة المقوم ، هذا على جهل المشتري بالحال ليتم قصده الى شرائهما ، ويعتبر العلم بثمن المجموع لا الافراد ، فيوزع حيث لا يتم له ، أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لافضائه الى الجهل بثمن المبيع حال البيع لأنه في قوة بعثك العبد بما يخصه من الالف ، اذا وزعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن ، أما مع جهله ، فقصده الى شراء المجموع ، ومعرفة مقدار ثمنه كاف ، وان لم يعلم مقدار ما يخص كل جزء ، ويمكن جريان الاشكال في البائع مع علمه بذلك ، ولا يعد في بطلانه من طرف احدهما دون الآخر ، هذا اذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن . أو كانت عينه باقية أو كان جاهلا ، والا جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبة الى الرجوع في الثمن (١٩) .

(١٩) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ١ ص ٢٧٩ .

٢١ - وهذه الآراء لم تخرج عن :-

١ - اذا كان العقد في شق منه باطلا وفي الاخر صحيحا جاز انتقاصه اذا كان الثمن معلوما المشتري جاهلا بالحال لقيم قصده الى الشراء .

٢ - يبطل العقد في شقيه اذا كان المشتري عالما بفساد البيع لافضائه الى الجهل بثن المبيع حال البيع .

٣ - اذا كان العقد نافذا في شق منه موقوفا في شق الاخر جاز انتقاصه اذا لم يجز الشق الموقوف والمشتري بالخيار في امضاء العقد في الشق المنتقص اذا كان جاهلا بالحال اما اذا لم يكن جاهلا فلا خيار كما يفهم من النص .

فقه اهل الظاهر :

٢٢ - جاء في المحلى وكل صفقة جمعت حراما وحلالا فهي باطل كلها لا يصح منها شيء مثل ان يكون بعض المبيع مغصوبا او لا يحل ملكه او عقدا فاسدا وسواء كان أقل الصفقة أو أكثرها أو أدناها أو اعلاها أو اوسطها ، وقال مالك انه كان ذلك وجه الصفقة بطلت كلها او ان كان شيئا يسيرا بطل الحرام وصح الحلال .

قال علي : وهذا قول فاسد لا دليل على صحته ، لا من قرآن ولا من سنة ، ولا رواية سقيمة ، ولا قول صاحب ، ولا قياس ومن العجائب احتجاجهم لذلك ، بأن قالوا . ان وجه الصفقة هو المراد والمقصود ، فقلنا لهم : فكان ماذا ؟ ومن أين وجب بذلك ما ذكرتم ؟ وما هو الا قولكم احتجاجتم له بقوله ، فسقط هذا القول ، وقال آخرون ، يصح الحلال قل أو كثر ، ويبطل الحرام قل أو كثر .

قال ابو محمد : فوجدنا هذا القول يبطله قول الله عز وجل . . . ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » فهذان لم يتراضيا ببعض الصفقة دون البعض ، وانما تراضيا بجميعها ، فمن

الزمهما بعضها دون بعض ، فقد الزمهما ما لم يتراضيا به حين العقد ، فخالف أمر الله تعالى ، وحكم بأكل المال الباطل ، وهو حرام بالقرآن ، فان تراضيا الان بذلك ، لم نمنعهما ولكن بعقد مجرد برضاهما معا لأن العقد الاول لم يقع هكذا ، وايضا فان الصحيح من تلك الصفقة لم يتعاقدا صحته الا بصحة الباطل الذي لا صحة له ، وكل ما لا صحة له الا بصحة ما لا يصح ابدا ، فلا صحة له ابدا ، وهو قول اصحابنا (٢٠) .

٢٣ - من هذا يظهر ان الرأي الراجع ، هو ابطال العقد برمته . لا . انتقاصا ، لقول ابي محمد المتقدم « وكل ما لا صحة له الا بصحة ما لا يصح ابدا ، فلا صحة له ابدا ، هو قول اصحابنا » ولأنه أكل مال الغير بالباطل ، لمخالفته امر الله ، فهما لم يتراضيا ببعض الصفقة دون البعض . أما قوله : فان تراضيا الان بذلك ، نمنعهما ولكن بعقد مجرد برضاهما ، لان العقد الاول لم يقع هكذا

فظاهر كلامه هذا ، انه يأخذ بفكرة تحول العقد وذلك بتحويل العقد الباطل بشقيه الصحيح والباطل ، الى عقد صحيح ، هو في الاساس الشق الصحيح اكثر من فكرة انتقاص العقد ، وذلك بأسقاط الشق الباطل منه من العقد الاصل ، الا اذا خرج قوله هذا بصياغة العقد في الجزء الحلال دون الباطل ، واعتبار عقده مستقلا ، لئلا يكون هناك شك في هذا الجمع فعندئذ يكون انتقاصا . وهو في هذا الجانب ، يأخذ العقد بمعياريين :

أولهما : معيار ذاتي يتناول رضاء الطرفين وقبولهما بالشق الصحيح المجرد دون الآخر .

ثانيهما : معيار موضوعي يتناول العقد بجزئيه الحلال والحرام ، ويرتب الأثر بناء على الجمع أو الاسقاط .

(٢٠) المحلى ج ٩ ص ١٦ - ١٧ لأبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حسن .

٢٤ - مما تقدم كله ، تظهر لنا نظرة فقهاء الشرع الاسلامي • لهذه النظرية ، قائمة على اساس موضوعي ، هو المعيار في انتقاص العقد في شقه الباطل أو الموقوف ، برغم اختلاف نظرة الفقهاء للقسمين الاخيرين •

الانتقاص بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي :

٢٥ - تبين فيما تقدم النظرة المختلفة لفقهاء الشرع والوضع على الرغم من ان الغاية المقصودة من قبلهما واحدة ، الا وهي انتقاص العقد واختلافهم هذا انما وقع في الوسيلة الموصلة الى ذلك المتمثلة في الاساس الذي تقوم عليه •

٢٦ - فالفقه الغربي انما جعلها تقوم على معيار ذاتي يتجه الى البحث عن نية المتعاقدين ليعرف هل كانا يريدان ان ينعقد العقد ويتم بغير الشق الذي وقع باطلا او لا ؟

هذا البحث في حد ذاته لا يمكن ان يعرف من الارادة الظاهرة للمتعاقدين التي ظهرت من تعبيرهما في صياغة العقد بل قد يفهم من ارادتهما الباطنة وهذا يؤثر في سلطة القاضي خاصة وانه لا يوجد قانون يأخذ باحدى الارادتين دون الاخرى فلا يعدو ان يكون الامر تغليباً لاحدهما على الاخرى عند احتياجه لتحديد مضمون العقد فقد يجد القاضي العقد بحاجة الى تفسير فعليه تفسيره وبيان مدى الالتزامات التي ورد بها لكي تحدد نطاق العقد •

٢٧ - بينما تقوم في الفقه الاسلامي على اساس موضوعي فنرى العقد اذا كان في شق منه صحيحا وفي شق منه باطلا كبيع فاكهة وخمر يبطل العقد كله عند فقهاء الحنفية لانه بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعا بالحصاة ابتداء وهذا لا يجوز أو يبطل عند فقهاء المذاهب الاخرى لجهالة العرض لعدم انقسامه على المحل بالاجزاء ••• فالمعيار اذن موضوعي •

وإذا كان العوض قابلا للانقسام على المحل بالأجزاء أو كان المتعاقدان قد بينا ابتداء لكل شق حصته من الثمن فعند ذلك تعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة فينتقص العقد ويبقى الشق الصحيح قائما لأنه ليس يباع بالحصصة ابتداء وهذا أيضا معيار موضوعي •

٢٨ - وفي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحا وشق منه فاسدا لوجود جهالة في الآجل أو لوجود شرط فاسد قول ابن نجيم الحنفي وإذا شرط الخيار في البيع في أكثر من ثلاثة أيام فانه يصح في الثلاث ويبطل فيما زاد (٢١) ••• فينتقص العقد بنزول صاحب المصلحة من العاقدين عن الجزء المفسد والمعيار موضوعي أيضا •

٢٩ - وفي حالة ما إذا كان العقد نافذا في شق منه موقوفا في شقه الآخر فهنا أيضا يتخذ فقهاء الحنفية ومن يرى رأيهم معيارا موضوعيا في انتقاصه فيسقط الشق الموقوف عند عدم اجازته ويبقى الشق الصحيح النافذ بحصته من الثمن إذ يجوز البيع بالحصصة من الثمن بقاء كما تقدم •

٣٠ - من هذا كله تظهر دقة ووضوح وشمول هذه النظرية في الفقه الاسلامي ، وتمايزها عما وردت به في الفقه العربي ، وان كانت لم تأخذ هذه الصياغة أو الاصطلاح •

والمشرع العراقي وان أخذ بها من الفقه العربي ، الا انه في مجال التطبيق ، لم يخرج عن النظرة الفقهية الاسلامية في تطبيق نظرية البطلان كما يظهر من منطوق مواده ، اذ جاءت هذه النظرية - كما تقدم - كأنها من الآثار العرضية المترتبة على بطلان العقود •

(٢١) الاشباه والنظائر ص ١١٤ لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم •

٣١ - وفي ختام هذا البحث ، أود أن أوكد ان المشرع لم يهمل ارادة المتعاقدين في حالة انتقاص العقد ، التي هي معيار قيام هذه النظرية في الفقه العربي كما تقدم ، فلقد جعل فقهاء الشرع - كما جاء في النصوص المتقدمة - للمتعاقد الخيار في امضاء العقد أو فسخه ، اذا كان جاهلا بالجزء الباطل أو الفاسد أو الموقوف ، اما اذا لم يكن جاهلا بذلك ، فينتقص العقد ويسك المشتري الشق الصحيح بكل الثمن على قول •

كما جعلوا له تحديد ما تراضيا عليه مما يصح العقد عليه بعقد مجرد ، كما يرى فقهاء اهل الظاهر ، كي يكون صحيحا في جملته ولعدم اشتماله على باطل أو محرم •

وهذا دليل على ما تقدم من وضوح وسعة نظرة فقهاء الشرع لهذه ، اذ اتسعت للمعيارين الذاتي والموضوعي ، على الرغم من كون الاخير اكثر دقة ووضوحا وتحديدًا لايجاد هذه النظرية أو نطاقها •

ارجو ان اكون قد وفقت في هذا البحث ، فالكمال لله وحده ، هو المسدد للخطي ، ومنه التوفيق •

المصادر

- ١ - الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلية
- ٢ - الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي
- ٣ - اصول الالتزام للدكتور حسن علي الذنون
- ٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم
- ٥ - بطلان التصرف القانوني للدكتور جميل الشرقاوي
- ٦ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي بن محمد الزيلعي
- ٧ - الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعالم ط مصر
- ٨ - القانون المدني العراقي
- ٩ - القانون المدني المصري
- ١٠ - القواعد في الفقه الاسلامي للحافظ ابي فرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ط ١٩٧٢
- ١١ - القوانين الفقهية لابن جزيء
- ١٢ - لسان العرب لابن منظور ط بيروت سنة ١٩٥٦
- ١٣ - المبسوط - محمد بن احمد أبو بكر شمس الائمة السرخسي
- ١٤ - مجموعة الاعمال التحضيرية - القانون المدني المصري
- ١٥ - المحلى لابي محمد علي بن احمد بن حزم الظاهري
- ١٦ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور عبدالرزاق السنهوري ط سنة ١٩٥٧ .
- ١٧ - مفنى المحتاج شرح الفاظ المنهاج - الشربيني
- ١٨ - المهذب لابي اسحاق الشيرازي
- ١٩ - الهداية شرح بداية المبتدي - المرغيناني الراشداني
- ٢٠ - الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبدالرزاق السنهوري
- ٢١ - الوسيط في نظرية العقد للدكتور عبدالمجيد الحكيم