

مدى الحاجة لفكرة العقد الفاسد في القانون الإماراتي

(دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقانون الأردني)

مريم علي الدهماني أيمن محمد زين

كلية القانون - جامعة الشارقة

الشارقة - الإمارات العربية المتحدة

مُستخلص البحث:

جاءت هذه الدراسة مُلّية بعض الضوء على جدلية الفقه القانوني والإسلامي حول أحكام العقد الفاسد، فلما زالت أحكام العقد الفاسد - رغم سبق قدمها ضمن اجتهادات المذهب الحنفي - لكن لازالت أقدام المشرع تنتكب الطريق عند النص عليها في النصوص القانونية مما ينعكس ذلك على الجانب التطبيقي وقلة الأحكام القضائية رغم كونها تعتبر من صنوف العقود التي تحل إشكالية انهيار العقد بين أطرافه في الوقت الذي يُجيز فيه الفقه الإسلامي إمكانية المضي في العقد مع إصلاح ماعطّب من شرط فاسد أو غرر أو حالة إكراه، قد لايؤثر في مقصود الأطراف المتعاقده.

في الواقع فإن تفرّد المشرعان الإماراتي والأردني لتنظيم العقد الفاسد ضمن أنماط عقودهما، كان دافعاً للكتابة في هذا الموضوع، في محاولة القصد منها تحليل الأسباب المنطقية والعملية التي تُبرهن على أهمية إعمال تلك الأحكام فقهاً وقانوناً وقضاءً، مع عرض الآراء المناهضة لفكرة العقد الفاسد، بالرغم من الخلط البائن لدى المشرع الإماراتي بين مواضع بطلان العقد وفساده بالنظر لكثير من المواضع عند المقارنة مع الفقه الإسلامي.

الكلمات الدالة: العقد الفاسد، أهميته العملية، القانون الإماراتي، الفقه الإسلامي

المقدمة:

تهدف هذه الدراسة لتعزيز قيمة تأصيل العلم القانوني وربطه بالفقه الإسلامي، سيما وأن هذه الغاية باتت أمراً أكثر إلحاحاً في ظل ربط الممارسة الحياتية في المعاملات المدنية بالفقه الإسلامي، مما يقتضي إعمال الفكر القانوني المعاصر في اتجاه التحليل والتبجّر لمراجعة النصوص وفقاً للضوابط الفقهية.

ولما كان المشرع الإماراتي قد نص بمادته الأولى من قانون المعاملات المدنية في القانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل (لسنة ١٩٨٧) في كون مصادر القانون لديه تمثلت في التشريع المكتوب ويتلوه الفقه الإسلامي المتمثل في تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل وبقية المذاهب المعتمدة، مع الوضع في الاعتبار مدى التوافق في نصوص قانونه مع القانون المدني الأردني والذي كما هو معلوم جاءت أغلب أحكامه على نسق من المذهب الحنفي كأصل عام، فقد ارتأينا أنه من المناسب تقديم هذه الدراسة المختصة في جانب العقد الفاسد، مراعين في ذلك صعوبة التبجّر وربما الزلل الذي يمكن أن يقع فيه الباحث أحياناً في مثل هذه الدراسة، فقد قال في ذلك العلامة الحجوي الثعالبي بكتابة القيم (الفكر الإسلامي في تاريخ الفقه الإسلامي) أن " مؤلفات الفقه الإسلامي بمثابة غابة موحشة أو مفازة مهلكة لكل من لا يملك أدوات اقتحام هذا الفقه (١)، ونحاول أن نتلمس خطى شبه ثابتة في البحث لعرض وتحليل موقف المشرع الإماراتي في كثير من تطبيقات العقد الفاسد بالأخص حالتها بالإكراه، الغرر، وغيرهما من الأمور التي باين فيهما المشرع الإماراتي بعض توجهات المذهب الحنفي ونحاول إبرازها في حينها مع الترجيح بين بقية آراء المذاهب الأخرى المعتمدة. لكن يبقى السؤال الأهم هو مدى أهمية تطبيق العقد الفاسد؟ حيث أمر تطبيقها فقهاً ظل محل إختلاف كبير؛ حيث اعتبر البعض عدم أهميتها في الواقع العملي بينما يرى البعض الآخر أن هناك أهمية قصوى تتطلب الإبقاء على نصوص العقد الفاسد في القانون؛ مما دفعنا لكتابة هذه الورقة.

(١) أنظر: د. أيمن محمد زين، قانون المعاملات المدنية الإماراتي بين التأصيل والواقع التشريعي، بحث منشور بمجلة القانون المغربي، جامعة محمد الخامس- المملكة المغربية، الرباط، ٢٠١٦. ص: ١١٤.

أولاً - أهمية الموضوع:

لقد كانت نظرية العقد الفاسد التي صاغها قانون المعاملات الإماراتي ابتكاراً فقهياً خالصاً للسادة الحنفية، وكان الدافع ورائها هو محاولة تصحيح العقود الفاسدة قدر الإمكان وذلك للتخفيف على الناس ولحاجتهم له في حياتهم، وإذا كان الأمر كذلك منذ ألف عام أليس من الطبيعي أن تكون حاجتنا إليه أكبر وأكثر؟ وذلك لكثرة أنواع العقود وتشابكها وإطراد حاجات المجتمع واختلاف أماكنهم ومشاربهم وأعرافهم، بالإضافة إلى ما استجد من عقود ومعاملات طرأت على حياتنا المعاصرة .

لقد انقسم الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض فبينما ينادي فريق بضرورة تطبيقها نجد في الشط الآخر من ينادي بأنه لا مبرر لها ولقد نقل لنا العلامة السنهوري تلك الحيرة والتساؤل حول مدى حاجتنا له في وقتنا المعاصر، حيث يقول: "إن العقد الفاسد صناعة رائعة، وكسب كبير في الصناعة الفقهية، ذلك أن أسباب الفساد المختلفة من شأنها أن تجعل العقد منحلماً، أو تضعف القوة الملزمة فيه وهذه الصناعة كان لها أثر بعيد في الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد، بعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً لبطلان العقد عن طريق التفرقة بين الأصل والوصف، وتجمع تحت الأخير الغرر والربا والشرط الفاسد وجعلها أسباباً لفساد العقد، لا بطلانه كما في المذاهب الأخرى"^(٢).

وبالتالي فإننا بصدد عرض وجهتي النظر سواء التي ترى عدم الحاجة إلى وجود وتنظيم العقد الفاسد وعلى الجهة المقابلة التي ترى أنه لابد من وجوده لسد الفراغ الموجود في نواحي شتى.

ثانياً- مشكلة البحث: تكمن إشكالية البحث في النصوص الخاصة بالعقد الفاسد حيث ترى الباحثة إنها قد قذفت قذفاً داخل النسق التنظيم القانوني لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وتكمن إشكالية البحث أيضاً في أن المشرع الإماراتي قد انفرد بتطبيقات خاصة لفساد العقد تخالف نصوص الفقهاء، حيث أورد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي أمثلة للعقد الفاسد في المادة (٦١٣) وهذه الأمثلة تخالف مانص عليه الفقهاء.

ويتفرع عنها عدة من التساؤلات الآتية:

(٢) انظر: الأستاذ عبد الرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٧ص ٢٩٩-٣٠٠.

١ - ما الحاجة الدافعة إلى الأخذ بالعقد الفاسد في قانون المعاملات الإماراتي ومن قبله القانون المدني الأردني؟

٢ - ما الدافع للإبقاء على العقد الفاسد برغم ماوجه إليه من نقد فيما يتعلق بالصياغة والتناقض بينه وبين نصوص أخرى؟

ثالثاً- الدراسات السابقة:

لناشك أن العقد الفاسد قد حظي بدراسات علمية سابقة تناولته من جوانب متعددة، ومن هذه الدراسات:

١ - بحث للدكتور علي أحمد صالح المهداوي، العقد الفاسد في القانون المدني الأردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ دراسة مقارنة بالفقه الحنفي، بحث منشور في مجلة الرافدين، جامعة الموصل، للحقوق مجلد (٢/السنة التاسعة) عدد (٢١) سنة (٢٠٠٤). وجاءت هذه الدراسة متضمنة ثلاثاً مباحث إشملت على ماهية العقد الفاسد، أسباب فساد العقد و أحكام العقد الفاسد وتوصلت الدراسة لجملة من النتائج والتوصيات أهمها، إن إبطال العقد فيه تحقيق لمصلحة (خاصة) ولذا لا يستعمل إلا لمن تقرر لصالحه هذا الحق، بينما العقد الفاسد فينبغي بموجبه تحقيق مصلحة (عامة) مما يتاح فيه الفسخ لكل أطراف العقد ولاتلحقه الإجازة كما أنه لا يقبل التنازل عنه. وتوصلت الدراسة أيضاً لأن نقض العقد القابل للإبطال أمر خاص بالقضاء، ففي حال وقوعه يكون منشئاً للبطلان وليس كاشفاً عنه، أما سلطة القاضي في نقض العقد الفاسد فإنه يُعد كاشفاً عن عدم صحته وليس منشئاً لحكم عدم صحته. كما أن البحث توصل لطبيعة العقد الفاسد في ارتباط كون به (جانباً تعبدياً) يستوجب معه فسخ العقد إمتثالاً لحق الشرع لرفع الفساد أو تصحيح العقود.

٢ - بحث للدكتورة إسراء فهمي ناجي، العقد الفاسد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد الخاص ببحوث المؤتمر القانوني

الوطني سنة ٢٠١٢، وقد تلخصت الدراسة في مبحثين؛ جاء في المبحث الأول مُركزاً على بيان ماهية العقد الفاسد؛ و جاء المبحث الثاني متناولاً الأحكام والآثار التي تنشأ عن العقد الفاسد، وذلك في مرحلتي قبل القبض وبعد القبض. وتوصلت فيها الباحثة لعدد من النتائج والتوصيات أبرزها إغفال المشرع العراقي بتنظيم العقد الفاسد المأخوذ من المذهب الحنفي حيث أنه ساوى بين العقد الفاسد والعقد الباطل، كما أن المشرعين الأردني والإماراتي رغم تنظيمهما للعقد الفاسد إلا أنهما قد عجزا عن (مجاراة) الحنفية فيما إنتهيا إليه من اسباب محددة لفساد العقد. وقد أوصت الدراسة المشرع العراقي لتفعيل فكرة العقد الفاسد وإنزالها في التشريع إحتراماً لإرادة الأطراف بالأخص في المخالفات غير الجوهرية.

رابعاً - منهج البحث:

اعتمد الباحثان في دراستهما للعقد الفاسد من حيث مدى الحاجة لتطبيقه أو عدمه على المنهج التحليلي، مستعرضين في ذلك رأينا- كلما أمكن ذلك- تباينات أحكام قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمذهب الحنفي؛ وتوضيح ذلك كلاً في موضعه. كما أن البحث إستند على المنهج المقارن، حيث تم إستعراض توجهات الفقه الإسلامي في كل مسائل العقد الفاسد؛ حيث إستفادت منه الدراسة في توضيح عديد من الفروقات التطبيقية لأحكام العقد الفاسد، بالأخص عند الغوص اكثر في جانب المقارنة بين القانون الإماراتي من جهة والفقه الحنفي، والقانون الإماراتي من جهة وبعض أحكام الفقه الإسلامي بالأخص في جوانب حكم البيع في مواضع معينة؛ وغيرها من أحكام تفصيلية، سننتطرق لها بالتفصيل في حينها.

خامساً - خطة البحث:

إقتضت مشكلة البحث دراسة موضوع العقد الفاسد لمبحثين رئيسيين، حيث وضعنا في الحسبان تباين الراء الفقهية والتشريعات في الأخذ بنظرية العقد الفاسد من عدمه، ولذا جاء المبحث الأول يستعرض فيه البحث توجهات القائلين بعدم أهمية الاعتداد بالعقد الفاسد، ويأتي المبحث الثاني مختصاً بإستعراض القائلين بأهمية الأخذ بتطبيق أحكام العقد الفاسد ضمن

منظور المشرع، وتبع ذلك خاتمة بالنتائج والتوصيات. وتفصيل تقسيم الدراسة على النحو التالي:

المبحث الأول: حجج القائلين بعدم الحاجة إلى وجود وتنظيم العقد الفاسد وفيه مطلبين:

المطلب الأول: انفراد المشرع الإماراتي بتطبيقات خاصة لفساد العقد.

المطلب الثاني: إختلاف معالجة القانون لأسباب فساد العقد عما أتى به الفقه الحنفي.

المبحث الثاني: أهمية العقد الفاسد والحاجة إليه، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: الأسباب المنطقية للبقاء للعقد الفاسد.

المطلب الثاني: الأسباب العملية للبقاء للعقد الفاسد.

الخاتمة : وفيها أبرز النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

حجج القائلين بعدم الحاجة إلى وجود العقد الفاسد

تمهيد وتقسيم:

يرى العلامة السنهوري فيما يخص العقد الفاسد ومدى أهميته فيقول في معرض نقل وجهة نظر القائلين بعدم الحاجة إلى تنظيم العقد الفاسد: "ورغم هذا ومهما يكن من قوة الصناعة الفقهية التي اشتهر بها المذهب الحنفي في ابتداعه لفكرة العقد الفاسد، فإن أسباب الفساد لا يقرها الفقه الغربي ، فهو لا يخشى الغرر خشية الفقه الإسلامي له، ويبيح الربا بقيود معينة، ولا يابى أن يقترن العقد بشرط فاسد، والضرر في تسليم المعقود عليه ليس له حكم خاص بل يخضع للقواعد العامة، أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس) في صف واحد، ويوحد الجزاء فيها فيجعله قابلاً للإبطال ومن ثم لا محل في الفقه الغربي للعقد الفاسد، إذ هو لا يستجيب لحاجة وذلك لأنه تخطى مراحل في قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التي تضعف من هذه القوة فأجاز اقتران

العقد بشرط فاسد ، وضيق نطاق الغرر إلى حد كبير^(٣)، ويذهب نفس الفريق الذي تبني إحدى الرأيين الذي نقلهما الأستاذ السنهوري والذي يميل إليها، وهي كفاية الأحكام الموجود في القوانين الأخرى بما يُغني عن وجود وتنظيم العقد الفاسد، حيث أن العقد الفاسد لا يحقق في نظر الشارع مصلحة معتبرة^(٤)، فلا معنى أن لا يعترف الشارع بوجوده، ويأمر في الوقت نفسه بفسخه ومن ثم يبقي الاعتراف بالوجود الشرعي للعقد غير مقبول لأنه يناهض غرض الشارع من النهي عنه^(٥).

وفي ذلك يذهب نفس الفريق إلى الأخذ برأي الجمهور في عدم التفرقة بين الباطل والفاسد لأنها لا مبرر لها في وقتنا المعاصر مع الأخذ بفكر الانتقاص أو البطلان الجزئي في إمكانية تصحيحه، وفي نفس الوقت هي فكرة معروفة في الفقه الإسلامي، وهي إسقاط للشرط الباطل، أو الفاسد وحده مع بقاء باقي العقد أو تجزئته^(٦).

وهناك أمور بديهية تقتضيها طبائع الأمور أهمها أن التسوية بين العقد الفاسد والعقد الباطل ترجع إلى النهي عن كل منهما؛ لأن العقد الفاسد لوجود له في نظر الشارع كالعقد الباطل وإذا سلمنا بوجود العقد مع فساده فهو يحتمل عدة أمور:

أولهما- أن نقول بأن الشرع لا يرتب أحكاماً عليه ، وعندئذ لا فرق بين الباطل والفاسد .

وثانيهما- أن نقول أن الشرع يرتب أحكاماً عليه وفق ما اتجهت إليه إرادة العاقدان، وهذا غير جائز لأنه يعني أن الشرع يقر مانهه عنه، كما لا يعني أنه لا يوجد فرق بين العقد الصحيح والفاسد، وهذا غير منطقي.

(٣) انظر : الاستاذ العلامة عبدالرازق السنهوري، مصادر الحق، مرجع السابق ، ص -٢٩٠.

(٤) انظر: د. منصور مصطفى منصور ، فكرة العقد الباطل في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، السنة الثانية والخمسون، العدد الأول، ١٩٧٢ . ص ١٢٠.

(٥) انظر : د. منصور مصطفى منصور ، فكرة العقد الباطل في الشريعة الإسلامية والقانون ، المرجع نفسه ، ص ١٢٠.

(٦) انظر : د. حمدي المغاوري محمد عرفه ، إجازة العقد القابل للباطل دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٨، ص ١٥٤-١٥٥.

ثالثهما- أن نقول أن الشرع قد رتب أحكاماً بما يتفق وغرض الشارع وهذا يتناقض مع ما يقرره الشرع بأن أساس العقود التراضي (٧).

ولتوضيح وجهة النظر أكثر فقد قام أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق على قانون المعاملات الإماراتي والقانون المدني الأردني باعتبارهما إختصاصاً فقط بإدراج العقد الفاسد ضمن نصوصهما دون بقية التشريعات الأخرى.

المطلب الأول

إنفراد المشرع الإماراتي بتطبيقات خاصة لفساد العقد

كما هو معلوم أن أسباب فساد العقد هي الجهالة والغرر والشرط الفاسد وعدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر، إضافة إلى الإكراه كسبب من أسباب فساد العقد وتمت معالجة هذا النصوص في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الأردني. (٨)

والناظر إلى النصوص الخاصة بالعقد الفاسد يرى أنها قد قُذفت قذفاً داخل نسق التنظيم القانوني لقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، ونلاحظ بأن المشرع الإماراتي قد انفرد بتطبيقات خاصة للفساد تخالف نصوص الفقهاء، حيث أورد في قانون المعاملات الإماراتي أمثلة للعقد الفاسد في المادة (٦١٣) حيث تنص على أنه "يحرم البيع والمقايضة ويقع فاسدين في الحالات الآتية:

أ- إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الجمعة ووقع العقد بعد الشروع في النداء الذي عند المنبر حتى تنقضي الصلاة وكذا إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الصلاة المكتوبة ووقع العقد بعد أن تضايق وقتها بحيث لم يبق منه إلا ما يسعها إلى أن ينتهي وقتها، ويجوز العقد في هذه الحالات إذا

(٧) انظر: د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزامات الإرادية فى قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٣٥١، ١٩٩٧-٣٥٢، انظر أيضاً الشيخ، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية، طبعة دار الفكر العربي، ١٩٩٦، ص٣٤٩ بند ٢١٢ وما بعدها.

(٨) لم يكن القانون المدني الأردني أفضل حالاً؛ فلقد وقع فى فيما وقع فيه قانون المعاملات المدنية الإماراتي. انظر فى ذلك د. إسراء فهمي ناجي، العقد الفاسد فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى، بحث منشور فى مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الرابعة، العدد الخاص، المؤتمر القانونى الوطنى الاول، ٢٠١٢، ص١٨٠.

دعت إليه حاجة أو ضرورة. ب- إذا وقع العقد على عين لاستعمالها في معصية وعلم أحد المتعاقدين ذلك من المتعاقد الآخر ولو بقرينة. ج- إذا باع المسلم على بيع المسلم أو إشتري على شرائه أو قايض على مفايضته في زمن أحد خياري المجلس والشرط".

أولاً - كما هو معلوم أن البيع وقت صلاة الجمعة منهي عنه بحسب منطوق الآية (٩) من سورة الجمعة " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ" ، فهذه الآية نص ظاهر في النهي عن البيع يوم الجمعة إذا نودي إليها، والنهي يقتضي التحريم من حيث الأصل ما لم يرد صارف عنه^(٩).

والنهي هنا لا يقتضي الفساد، فالبيع هنا محرم باتفاق الفقهاء ولكنهم اختلفوا في صحته وبطلانه على قولين:

١ - صحة عقد البيع مع اللثم، وهو قول الحنفية والشافعية ورواية مرجوحة عند الحنابلة^(١٠).

٢- عدم صحة عقد البيع ، وإن هذا العقد باطل، وهو قول المالكية، والحنابلة، والظاهرية^(١١).

ونجد هنا أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالمادة (١/٦١٣) قد خالف منهج أصله وهو الفقه الحنفي، فجعل البيع وقت نداء الجمعة فاسداً^(٣) ، وبغض النظر أن التطبيق يقتضي أن المتعاقدين

^(٩) انظر: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (القاضي ابو يعلى) ، العدة في أصول الفقه، تحقيق د. أحمد بن علي المبارك، الطبعة الثانية، ١٩٩٠، ج٢، ص ٤٤٥.

^(١٠) أنظر: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٨هـ، ط١٠ ج٢، ص ٢٨٤. وبشكل خاص فإن الحنفية والشافعية وبعض المالكية قالوا أن البيع هنا لا يؤثر في مشروعية العقد المبرم، ولا من حيث وجوده الشرعي ولا من حيث الآثار المترتبة عليه ، وإنما العلة في التحريم إرتبطت بكراهة الإنشاء في ذلك التوقيت. راجع في ذلك: علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط٣، القاهرة، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٩٤٧، ص ٣٥٥.

^(١١) أنظر: د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج٢، ص ٢٨٤-٢٨٥.

مسلمين وأنهما عالمين بوقت الصلاة ووقت الأذان، وأن نيتهما قد اتجهتا عمداً إلى إيرام الصفقة في تلك الفسحة الضيقة من الوقت، وفعلهما هذا لا يقتضي الفساد، وإنما يقتضي الإثم مع صحة البيع، وخصوصاً أن دولة الامارات العربية المتحدة منفتحة على العالم، وتعدد الجنسيات المتواجدة بها، واختلاف مللهم وجنسياتهم وأعرافهم وثقافتهم ولغاتهم، والمنطق يقتضي صحة البيع وقت نداء الجمعة، ذلك لأنه بيع منعقد قد تكاملت أركانه ومقوماته وشرائطه، ولا يشمل مفهوم الفساد.

ثانياً- جاءت المادة (٢/٦١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بالقول أنه "يحرم البيع والمقايضة ويقع فاسدان في الحالات الآتية: ٢- "وإذا وقع العقد على عين لإستعمالها في معصية وعلم أحد المتعاقدين ذلك من الآخر ولو بقرينة." و لتحدث عن العقد المفضي إلى معصية ، فالبيع المفضي إلى معصية يقع فاسداً عند المشرع الإماراتي، والحقيقة أن فقهاء الشريعة اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

القول الأول - أن ذلك حرام لا يجوز وبهذا قال جمهور العلماء من المالكية والشافعية في أصح القولين والحنابلة والظاهرية وغيرهم واستدلوا لهذا القول بقول الله تعالى: "ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"(١)، وغيره من الأدلة التي في معناه، يقول ابن قدامة المقدسي "وهذا نهى يقتضي التحريم"(٢).

القول الثاني - أن ذلك جائز وقد حكاه ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري، قال الثوري: "بع الحلال ممن شئت"، وبه قال أبو حنيفة فيما لا يتحقق فيه معنى الإعانة على المعصية مما لا تقوم المعصية بعين المبيع كبيع ما يصنع منه المحرم، أما ما يستعمل في المحرم كبيع السلاح في الفتنة فإنه مكروه عنده، وقد خالفاه في ذلك أصحابه فقالا: بالكرهية مطلقاً، وهو قول عند الشافعية، واستدل أصحاب هذا القول بأن الأصل في المعاملات والبيوع الحل كما قال تعالى: "وأحل الله البيع"(٣) قالوا:

(١) سورة المائدة الآية (٢)

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٢٦هـ. ج ٩، ص ٢٠٧ وما بعدها.

(٣) سورة البقرة الآية (٢٧٥).

قالوا: وما يكون من معصية فهو من فعل المشتري "ولا تزر وازرة وزر أخرى"^(١)، فلا يؤثر ذلك على صحة البيع وجوازه"^(٢).

وبعد سرد أقول الفقهاء تبين للباحثة أن البيع المفضي إلى معصية باطل عند جمهور الفقهاء، وكما هو معلوم أن العقد الباطل لا يقبل التصحيح، فنجد أن المشرع الإماراتي قد خالف أصله وجعل الباطل فاسداً في هذه الفقرة، حيث أنه أخذ بنظرية السبب فهو متوافق معها وهو ما تؤكد الفقرة (ب) من المادة (٢٠٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي حيث نصت على أنه "قإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

ثالثاً - جاءت الفقرة (ج) من المادة (٦١٣) من قانون المعاملات المدنية لتتحدث عن بيع المسلم على بيع المسلم، وشراؤه على شرائه، لورود أحاديث في النهي عن بيع المسلم على بيع أخيه والشراء على شرائه من ذلك ما رواه البخاري من طريق مالك، "عن نافع، عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض"^(٣)، وصورة هذا البيع، أن يساوم البائع أو المشتري على المبيع بثمن معين، فيصدر الإيجاب من أحدهما، وفي الزمن الذي يلي صدور الإيجاب وقبل القبول، الذي يقوم فيه خيار المجلس^(٤)، يتقدم شخص ثالث ليعرض على المشتري الشراء بزيادة أو بالثمن ذاته، وينطبق الحكم ذاته على الحالة التي يتم التدخل من الغير عارضاً البيع على بيع غيره أو الشراء على شرائه، بعد انعقاد البيع وخلال مدة خيار الشرط المتفق عليه لمصلحة المتعاقدين أو أحدهما، والذي يسمح لمن اشترط له الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة^(٥)، والنهي عن البيع على بيع أخيه إنما نهى عنه من أجل الضرر، جاء في قواعد الأحكام:

(١) سورة فاطر الآية (١٨).

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٣) رواه البخاري (٢١٣٩)، ومسلم (١٤١٢)

(٤) وخيار المجلس هو ما يثبت لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد أو إمضاؤه ما لم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر، فيختار العقد من غير اشتراط.

(٥) انظر: د. عدنان السرحان، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥، الجزء الأول، ص ٣٢٧.

"النهي عن البيع على بيع الأخ، مع توافر الشروط والأركان، ليس النهي من جهة المعنى عن البيع، وإنما هو نهى عن الإضرار المقترن بالبيع"^(١).

واختلف العلماء في حكم هذا البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول- أن هذا البيع صحيح مع الإثم، وهو مذهب الجمهور^(٢)، يقول الكاساني في البدائع: "والنهي لمعنى في غير البيع، وهو الإيذاء، فكان نفس البيع مشروعاً، فيجوز شراؤه، ولكن يكرهها"^(٣)، وعلل ابن عبد البر صحة البيع: بأن البيع على البيع إنما يكون قبل أن يتم البيع الأول، وقد كان لكل واحد منهما أن لا يتمه إن شاء، وكأن ابن عبد البر يرى أن النهي عن البيع على بيع أخيه، إنما يكون ذلك قبل لزوم البيع^(٤).

القول الثاني- أن البيع مفسوخ ما لم يفت، وهو رواية ثانية عن مالك، وقد أنكر بعض أصحاب مالك هذه الرواية عنه، قال ابن عبد البر: "أنكر ابن الماجشون ذلك (يعني فسخ البيع ما لم يفت) أن يكون قاله مالك في البيع، وإنما قال ذلك في نكاح الذي يخطب على خطبة أخيه"، يقول الدواني في الفواكه: "ولمالك قولان في النهي، هل على الكراهة، أو الحرمة؟ والفسخ على الثاني دون الأول؟ والمعتمد الحرمة"^(٥).

القول الثالث- أن هذا البيع باطل، وهو قول الحنابلة والظاهرية، وسفيان بن عيينة^(٦).

(١) انظر: الإمام العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١، ج ٢، ص ٢٦.

(٢) وهذا مانسبه ابن عبد البر في التمهيد إلى الجمهور. انظر: بن عبد البر القرطبي، كتاب التمهيد، منشورات وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ، ج ١٣، ص ٣١٧.

(٣) انظر: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، ج ٥، ص ٢٣٢.

(٤) انظر: بن عبد البر القرطبي، مرجع سابق، ص ٣١٨.

(٥) انظر: ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ج ٥، الطبعة الثانية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ١٤٣٢هـ. ص ٥٢.

(٦) انظر: ديبان الديبان، مرجع سابق، ص ٥٣.

بعد سرد أقوال الفقهاء في حكم بيع المسلم على بيع أخيه، تجد الباحثة أنه لا يوجد قول للعلماء يقول بفساد بيع المسلم على بيع أخيه، فحكم هذا البيع يدور بين الصحة مع الإثم، والبطلان، وقد ابتدع المشرع الإماراتي في هذه المادة وقال بفساد البيع، وبهذا خالف منهج الفقهاء.

المطلب الثاني

اختلاف معالجة القانون لأسباب فساد العقد عما أتى به الفقه الحنفي

الفرع الأول

الغرر

كما هو معلوم أن الغرر لغة هو الخطر، واصطلاحاً: هو ما يكون مستور العاقبة.

فهل يصح أن يكون انتفاء الغرر وصفاً لا شرط انعقاد؟ الواقع أن أقوال الحنفية في تعدادها عناصر العقد وما ينبغي أن يتوافر في كل منها، لا تترك مكاناً لغرر لا يخل بوجود العقد^(١).

فالمحل لابد أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، ولاشك أن المقصود بهذا الاشتراط هو وجوب أن يكون المعقود عليه (في المعاوضات) معلوماً تماماً لكل من العاقدين، والأمر يتعلق هنا بوجود الأصل لا بتحقق وصف.

يقول الموصلي في الاختيار وفي معرض تعداد شروط العقد " ولابد من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة، ولابد من معرفة مقدار الثمن وصفته إذا كان في الذمة، ومتى أطلق الثمن، فهو على

(١) انظر: د. محمد الجندي، فكرة العقد الفاسد هل يجب الإبقاء عليها، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٨، ٢٠٠٦، ص ١٦٩.

غالب نقد البلد، ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم ، جاز في قفيز واحد، ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم، لم يجز في شيء منها^(١)، ونرى أن التعبير بعدم الجواز في الاشتقاق، لا يمكن أن يفسر على أن الأمر يتعلق بالوصف، وأن فواته يرتب أمراً أقل من البطلان.

والكاساني في بدائع الصنائع، عند تعرضه لذات الموضوع، يوضح أكثر "وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعث ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع؛ لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع"^(٢)، فبيع المعدوم إذاً لا ينعقد ويلحق به ما يحيط خطر العدم، ونحسب أن هذا الأمر لا يبعد عن ذلك كثيراً، فيما يتعلق بالغرر الذي يلحق بالمقدر أو بالصفة، وإن كان الزيعل يقرر صراحة أن هذا الغرر يؤدي إلى الفساد، فإن الأمر ليس بهذا الوضوح عند فقهاء آخرين^(٣).

وفي الهداية يناقش المرغيناني، ذات الأمثلة والفروض السابقة، ونص على أن "من باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة، وكذلك من باع ثوباً مذارة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذراعان، وكان كل معدود متفاوت، وعندهما يجوز في الكل لما قلنا، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا" غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز لل تفاوت، وبالعبارة الأخيرة يوضح صاحب الهداية أن المقصود بلفظ (فسد) في صدر النص هو البطلان، لأنه يعود إلى التعبير عن ذات الفرض، بعدم الجواز.

وفي ضوء ما تقدم نرى أنه يحكم بفساد العقد إذا كان المحل مجهولاً ، وهو ما قطع بوجوده لكنه لم يعين على الوجه المقرر شرعاً أو قانوناً بأن يوصف وصفاً نافياً للجهالة الفاحشة على أساس بيان جنسه ونوعه و صنفه ومقداره إذا كان من المقدرات، بما يفضي إلى تحصيل العلم به وتمييزه من غيره في الذهن.

(١) انظر: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الأختيار لتعليل المختار، دار الأرقم ، بيروت، ١٩٩٩، ج

٢، ص ٥-٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٣٨.

(٣) انظر: د. محمد الجندی ، مرجع سابق، ص ١٧١.

وقد خالف المشرع الأردني والمشرع الإماراتي هذا الإتجاه الفقهي أيضاً بنصهما في المادة (١٦١) من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٠٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على بطلان العقد الذي لم يعين محله تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، ونصهما " ١- يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان أوصافه المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ٢- وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر. ٣- فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً" ، وحكم البطلان هذا مأخوذ عن المادة (١/١٣٢) من القانون المدني المصري .

ومن الغريب أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، في تعليقها على هذه المادة في الجزء (١) (١٥٦ - ١٥٧) تكلمت على الجهالة الفاحشة على اعتبارها مانعة من صحة العقد واستندت في ذلك الى مراجع فقهية ومنها مراجع الفقه الحنفي مع أن النص قاطع في كون هذه الجهالة مانعة من انعقاد العقد لا من صحته.

وقد ترتب على ذلك انحسار نطاق العقد الفاسد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني لبعدهما الغرر الذي يصيب المحل في تعيينه عن أسباب فساد العقد^(١).

أما بخصوص الغرر في تعيين المحل فقد ذهب المشرع الأردني والمشرع الإماراتي إلى الحكم ببطلان العقد لا بفساده حال عدم تعيين محله تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بحسب منطوق المادة (١٦١) أردني، والمادة (٢٠٣) إماراتي، لكن المشرع أبعد حكم البطلان عن عقد البيع إذا لم يكن الثمن معلوماً عند التعاقد إذا أمكن العلم به عند التنفيذ، وبذلك اقتصر حكم البطلان على العقد الذي لم يعين محله بمعنى المبيع وما في حكمه في عقود المعاوضات تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة عند التعاقد لا عند التنفيذ، جاء في المادة (٤٧٩)^(٢) من القانون المدني الأردني "يشترط أن يكون الثمن المسمى حين البيع معلوماً ، ويكون معلوماً : ٣- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن

(١) انظر: د. علي احمد صالح المهدي، العقد الفاسد في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الرافدين

للحقوق مجلد (٢/السنة التاسعة) عدد (٢١) سنة (٢٠٠٤)، ص ٥٤ وما بعدها.

(٢) لا يوجد ما يقابلها في قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ" وقد أحسن المشرع الأردني في ذلك صنعاً، وهذا هو اتجاه الفقه الحنفي ، وقد عللوا هذا الحكم بقولهم "لأن التأجيل شرع في الأثمان ترفهاً عليه ليتمكن من تحصيله وأنه معدوم في الأعيان فكان شرطاً فاسداً"^(١).

وبهذا الاتجاه باين المشرع الأردني والمشرع الإماراتي اتجاه المذهب الحنفي الذي يرى فقهاؤه أن بيع المجهول فاسد وليس باطل، فقد نصت المادة (٢١٣) من مجلة الأحكام العدلية على هذا الحكم حيث نصت على أن "بيع المجهول فاسد، فلو قال البائع للمشتري بعتك هذه الأشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الأشياء فالبيع فاسد"^(٢). وجاء في شرح المادة (٢٠٠) من المجلة ، ونصها "يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري"، لأن بيع المجهول فاسد، وذلك لأن جهالة المبيع تقضي إلى النزاع فيمتنع التسليم والتسلم، ولهذا لو كان المبيع غير مشار إليه لزم بيان جنسه ونوعه وقدره ووصفه بما يرفع الجهالة الفاحشة إلا إذا كان لا يحتاج إلى التسليم والتسلم فإنه يصح دون معرفة قدر المبيع، كمن أقر أن بيده متاع فلان غصباً أو ودیعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره، أما الجهالة اليسيرة فلا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية الذي يثبت بعد صحة البيع لرفع الجهالة اليسيرة ولكن لا يرفع الجهالة الفاحشة المنافية لصحة البيع^(٣)، فالجهالة الفاحشة تنافي صحة العقد لا انعقاده ووجوده، وقد وقع في المذكرة الايضاحية بحسب ما ظهر للباحثة ما يدل على الخلط بين عدم الصحة والبطلان وكأنهما مترادفان، فليس كل ما هو غير صحيح باطلاً ، فالعقد الفاسد منعقد غير باطل وإن كان غير صحيح^(٤).

الفرع الثاني

(١) انظر: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلی الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار ، مرجع سابق، الجزء ٢ ، ص ٢٤ .

(٢) انظر: سليم رستم: شرح المجلة، مرجع سابق، ص ١٠٢ .

(٣) انظر: سليم رستم شرح المجلة ، مرجع، ص ٩٧ .

(٤) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ١ / ١٥٧ ، ومما ورد فيها أن الفقرة الثالثة من المادة (١٦١) نصت على البطلان بالقول (فإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً) ، في حين جاء في التعليق عليها ... فإذا كان المعقود عليه في هذه العقود مجهولاً جهالة يتعذر معها تعيينه أو تقديره أو كان متردداً بين حالين محتملين يوجد في أحدهما ولا يوجد في الأخرى لم يصح العقد والجهالة المانعة من صحة العقود هي الجهالة الفاحشة ... لأن هذا النوع من الجهالة هو الذي يؤدي إلى الغرر والنزاع) .

الإكراه

أ- الإكراه هو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والإكراه عمل غير مشروع في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، والإكراه نوعان: إكراه ملجئ والإكراه غير الملجئ، فالملجئ (الكامل) هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار كأن يهدد بقتل أو قطع عضو أو بإتلاف جميع المال أو بقتل من يهتم الإنسان أمره، وحكمه أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويلجئ الفاعل الى مباشرة التصرف المطلوب^(١)، وغير الملجئ (القاصر): هو الذي يكون بما لا يفوت النفس أو بعض الأعضاء، كالحبس لمدة قصيرة والضرب الذي لا يخشى معه الموت أو تلف شيء من الأعضاء^(٢).

وحكمه، أنه يعدم الرضا لكنه لا يفسد الاختيار ولا يوجب الإلجاء لعدم اضطرار المكره إلى إتيان ما أكره عليه، لتمكنه من الصبر على تحمل ما هدد به، بخلاف القسم الأول^(٣).

والإكراه بنوعيه لايؤثر في الأهلية، فللمكره أهلية أداء كاملة ولكنه يعدم الرضا والاختيار عند غير الحنفية، حيث يرون أنه لا رغبة مع الإكراه، وبانعدام الرغبة يعد الرضا ويفسد الاختيار، أما الحنفية فإنهم بانطلاقهم من فكرة عدم التلازم بين الرضا والاختيار، قالوا بأن الإكراه التام الملجئ يعدم كل من الرضا والاختيار، حيث يصبح المكره وكأنه آلة في يد المكره، بينما الإكراه غير الملجئ ينعدم الرضا ولكن يظل الاختيار موجوداً، فيكون المكره مختاراً واختياره صحيح.

وكما هو معلوم أن الإكراه لايؤثر في التصرفات التي فيها حق لله عز وجل كالنكاح، والطلاق، واليمين، والرجعة، والإيلاء، والنذر، والعفو عن القصاص، فهذه لا تأثير للإكراه فيها، إذ تصح معه ويترتب عليها أثرها، لأن ما يصح من عقود وتصرفات مع الهزل لا أثر للإكراه فيها، لأن الهزل ينافي اختيار حكمها والرضا به، والإكراه ينافي ذلك، ولذا فإنها تصح مع الإكراه، أما التصرفات التي ليس

(١) انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج٢، دار عالم الكتب، بيروت، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٥٨٩.

(٢) انظر: د. فاضل عبد الواحد عبد الرحمن، النموذج في اصول الفقه، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٣٨٩هـ -

١٩٦٩م، ص ٦٤.

(٣) انظر: د. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، مرجع سابق، ص ٧٩، ٨٠.

فيها حق لله عز وجل كالبيع والجاراة والرهن والهبة والشركة فإن الإكراه يؤثر ويفسدها كما يفسدها الهزل.

والإكراه يرتب الفساد عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه^(١)، خلافاً لزفر حيث يرى أن الإكراه سبب لوقف العقد لا لفساده، فالحنفية وضعوا قواعد خاصة بالإكراه وهي:

١- يرى الحنفية أنه إذا كان الإكراه ملجأً انعدم الرضا وفسد الاختيار أو إذا انعدم أحدهما، فسدت جميع التصرفات المالية، أما غير المالية تبقى صحيحة كما هي، وهنا يثار التساؤل، ما هو الداعي إلى التمييز بين نوعي الإكراه إذاً كان أثرهما واحد، فكلاهما يفسد التصرفات المالية ولا يترك أثراً على غيرها، فهل يكفي أن يظهر الفرق في الأفعال، وفي رفع المسؤولية عن التصرفات الفعلية في الإكراه الملجئ دون الإكراه غير الملجئ؟ فلماذا التمييز بين نوعي الإكراه في التصرفات الفعلية دون القولية.

٢- الحنفية يضيّقون من نطاق الإكراه كثيراً فالإكراه لا يقع إلا من السلطان عند الإمام أبي حنيفة، لأن السلطان وحده القادر على إيقاع ما يهدد به^(٢)، خلافاً لصاحبيه فإنهما يريان أن الإكراه يقع من السلطان ومن غيره، بشرط أن يكون المَكْرَه (الفاعل) قادراً على إيقاع ما قد هدد به^(٣).

٣- أن الإكراه مرتبط بذهن المَكْرَه (المفعول به) من عدمه وهي مسألة تقديرية مرتبطة بتقدير المَكْرَه، ومرتبطة أيضاً بنظرة الناس أن المَكْرَه قادر على إيقاع الأذى^(٤).

تلك اشارات حول تصور الأحناف للإكراه وبرغم ذلك فإن التناقض يطل برأسه إذا كان الأحناف يضيّقون من نطاق الإكراه فلما يشددون من جزاءه، وذلك على حد تصورهم.

(١) ويقصد بالصاحبين تلميذا الإمام أبي حنيفة النعمان وهما: ١- قاضي القضاة أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد بن بجير بن معاوية الأنصاري الكوفي (١١٣ هـ - ١٨٢ هـ)، ٢- محمد بن الحسن الشيباني (١٣١ هـ - ١٨٩ هـ).

(٢) انظر: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٥.

(٣) محمد الجندي، مرجع سابق ص ١٨٥.

(٤): جاء في الاختيار للموصلي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٤، " ويعتبر فيه قدرة المَكْرَه على إيقاع ما هدده به، لأنه إذا لم يكن قادراً عليه لا يتحقق الخوف فلا يتحقق الإكراه".

ومع أن الحنفية حكموا بأن البيع في حالة الإكراه ينعقد فاسداً، إلا أنهم قضوا بأن الفساد بالإكراه يخالف البيوع الفاسدة في أربعة أحكام^(١):

أولاً - البيوع الفاسدة لاتلحقها الإجازة، ويجب فسخها، إلا بيع المكره فإنه ينقلب صحيحاً بالإجازة - قولية كانت أو فعلية- فالقولية كأن يقول المكره بعد زوال الإكراه أجزت العقد، والفعلية كأن يقبض المكره الثمن، أو يسلم المبيع طائعاً، بخلاف غيره من البيوع الفاسدة كبيع درهم بدرهمين مثلاً فلا يجوز، وإن أجازته؛ لأن الفساد فيه لحق الشرع فلا يزول برضا العبد، فأشبهه ببيع المكره في هذا الحكم العقد الموقوف كعقد الفضولي، بجامع أن كلا منهما ينقلب صحيحاً بالإجازة، مع أن العقد الموقوف على الإجازة لا يفيد الملك قبلها، وبيع المكره يفيد الملك بالقبض، ولو لم يجز المكره العقد. ثانياً - العقد الفاسد بغير إكراه لا يجوز فسخه مطلقاً إذا تصرف فيه المشتري بأي نوع من أنواع التصرفات، إلا بيع المكره، فإن للمكره (بالفتح) حق استرداد العين، وإن تداولتها الأيدي إذا كان التصرف مما يقبل الفسخ كالبيع والإجازة؛ لأن الاسترداد فيه حق العبد، وإن تصرف فيها تصرفاً لا يقبل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاء جاز، ولزمته القيمة.

ثالثاً - المشتري شراءً فاسداً يضمنه صاحبه يوم القبض لا يوم الإحداث، إلا بيع المكره، فإن لمالك العين أن يضمن المكره (بالكسر) يوم التسليم إلى المشتري، وإن شاء ضمن المشتري يوم قبضه، أو يوم أحدث فيه تصرفاً لا يحتمل النقض؛ لأنه أُلّف به حق الاسترداد .

رابعاً - المقبوض بعقد فاسد يضمنه قابضه مطلقاً، إلا المكره (بالفتح) فما قبضه فإنه أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه.

ولعل هذا الاضطراب يظهر جلياً على صياغة القانون المدني الأردني ، حيث تنص المادة (١٤١) منه على أنه " من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازته المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحةً أو دلالةً ينقلب صحيحاً"، ويتضح من الصياغة ضعفها، لأن العقد الموقوف صحيح منذ مولده أما الذي ينقلب صحيحاً فهو العقد الفاسد^(٢).

(١) انظر: د. علي احمد صالح المهدي، مرجع سابق، ص ٤٤-٤٥. و ديبان الدين، مرجع سابق، ص ٦٧ - ٦٨.

(٢) انظر: د. علي احمد صالح المهدي، مرجع سابق، ص ٤٤.

وتنص المادة (١٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكن لو أجازته المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحةً أو دلالةً يصبح العقد نافذاً"،

وهذا يعني أن عيب الإكراه يجعل العقد موقوفاً على إجازة الطرف المكره أو ورثته بعد وفاته، سواءً كانت الإجازة صريحة أو ضمنية، فإن أجزى العقد نفذ، وأن لم يجز بطل، ويعد من قبيل الإجازة الضمنية قيام المتعاقد الذي وقع تحت الإكراه بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، فلو أكره شخص على بيع ثم قام بعد ارتفاع الإكراه بتسليم المبيع ومطالبة المشتري بالثمن ينفذ عقده، حيث اعتبر قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد موقوفاً منذ البداية وهو ما يؤكد اتجاه نية المشرع الإماراتي إلى اعتبار الإكراه يوقف العقد على رأي المالكية وزفر ولا يفسده بخلاف ما ذهب إليه الرأي الراجح في الفقه الحنفي.

وجدير بالذكر أن المشرع المصري جعل عقد المكره باطلاً بطلاناً نسبياً، وميز بين الإكراه الصادر من أحد المتعاقدين على الآخر، والذي يجوز به طلب إبطال العقد من قبل المتعاقد المكره^(١)، وبين الإكراه الصادر من غير المتعاقدين، حيث أنه لايجوز به إبطال العقد، بمعنى أن الإكراه في هذه الحالة لا يؤثر على العقد، إلا إذا ثبت علم المتعاقد الآخر بهذا الإكراه أو افترض علمه حتماً بهذا الإكراه^(٢).

و نرى أن الإكراه ليس مفسد للعقود بل مبطل لها، لما ترتب عليه من أضرار حتى ولو التصق به الرضا لاحقاً، لأن أسباب الفساد الأخرى تختلف جملة وتفصيلاً عن الإكراه، لأن استخدام الإكراه والقهر في إبرام التعاملات فيه مفسدة كبيرة ، ولو فتح باب إجازته لأدى إلى لجوء الناس إليه لأخذ ما ليس حقاً لهم ، وإذا كان تقدير الإكراه أمر نفسي يقدره المكره (بالفتح) فما الضامن والمؤكد لزوال حالة الإكراه تلك أليس من الممكن أن تكون مستمرة ولا يبيدها المكره (بالفتح) مخافة ايقاع الأذى به لاحقاً وما الدليل على زوالها، وعليه فلا عبرة بالإجازة إذا كانت وسيلة الإكراه لا تزال قائمة.

(١) هذا مانصت عليه المادة الفقرة (١) من المادة (١٢٧) من القانون المدني بقولها " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق كانت قائمة على أساس".

(٢) هذا مانصت عليه المادة الفقرة (١) من المادة (١٢٨) من القانون المدني بقولها " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

وبناء على ما تقدم فإن الإجازة اللاحقة للإكراه لا تصح، وتبطل به جميع التصرفات جملةً وتفصيلاً، كما أن الرضا اللاحق لا يصح فساداً ولا يعالج عطبه، وإن كان تترتب عليه آثاراً في غير المعاملات المالية كنسب الطفل في زواج المكره والعدة والاستبراء وغير ذلك مما سبق بيانه. وهو ماندعوا إليه المشرع الإماراتي بأنه في حالة ثبوت الإكراه الذي يعدم الرضا فإنه يحكم ببطلانه ولا يصح فساداً ولا إجازته^(١).

الفرع الثالث

الشرط الفاسد

إن المشرع الإماراتي لم يأخذ بالشرط الفاسد بوصفه سبباً من أسباب فساد العقد إلا في نطاق ضيق جداً، بل إن منهجه بشأن الشرط الفاسد لم يكن واضحاً، فإذا لاحظنا منهجه في الشرط المقترن بالعقد الذي أورده في المادة (٢٠٦) ^(٢) حيث نصت على أنه "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلأئمه أو جرى به العرف والعادة أو فيه نفع لأحد المتعاقدين أو لغيرهما كل ذلك ما لم يمنع الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا بطل الشرط وصحّ العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً"، نجده جمع بين أكثر من اتجاه فقهي بشأن الشرط المقترن بالعقد فافضى ذلك إلى توسيع دائرة مشروعية الشرط الذي يلزم منه تضييق نطاق العقد الفاسد، والمشرع

(١) وهذا ماأقرته محكمة النقض المصرية بقولها "الإكراه المبطل للرضا، يتحقق بتهديد الطرف المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله ، والنفوذ الأدبي المقترن بوسائل إكراه للتوصل إلي غرض غير مشروع كفايته لإبطال التصرف، الإكراه المبطل للرضا إنما يتحقق - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - بتهديد الطرف المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياريًا، ولما كان النفوذ الأدبي إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروع بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع يعتبر كافياً لإبطال التصرف، الطعن رقم ٥٢٠١ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٠ / ١١ / ١٩٩٤.

(٢) يقابلها المادة (١٦٤) من القانون المدني الأردني.

بنهجه هذا ابتعد شيئاً ما عن منهج الحنفية في الشروط المقترنة، فشرط الأجل في المبيع المعين والثلث المعين 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، وكذلك شرط البراءة عن العيب - على رأي - ، وكذلك شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة أو غير مؤقت بوقت أصلاً^(١)، وعلى وجه العموم يرى علماء الحنفية أن الشرط المفسد للعقد (هو الذي لا يلئم العقد)^(٢)، فدخلت الشروط المذكورة في عموم هذا الحكم .

والمرجع الإماراتي خالف اتجاه الحنفية فيما اعتبروه فاسداً من الشروط المذكورة، فقد تعامل المشرع مع الغرر على أنه ليس سبباً لفساد العقد، مع ملاحظة أن متعلق الغرر محل العقد وليس الشرط الإرادي المقترن بالعقد والشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير وإن لم يقتضه العقد شرط صحيح بنص المادة (٢٠٦) من قانون المعاملات المدنية ، فكلمة (نفع) وردت على سبيل الاطلاق دون قيد يقيدها سوى قيد المشروعية ، وهو قيد عام حكمه سار على جميع التصرفات الارادية ، فهو ليس قيداً خاصاً بالشروط ، فبقي (نفع) على إطلاقها، والأصل أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يرد قيد يقيده، وشرط الأجل في المبيع العين أو الثلث العين شرط صحيح بحسب مقتضى الاطلاق الوارد في المادة (٥٠٨) ^(٣) من قانون المعاملات المدنية ، ونصها "يستحق الثلث معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم" ، وبمقتضى الفقرة (١) من المادة (٥٣١)^(٤) من القانون

(١) جاء في البدائع للكاساني ، ج٥، ص ١٦٨ - ١٧٤ (ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة ، وهي أنواع . منها شرط في وجوده غرر ، نحو إذا ما اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن الشرط يحتمل الوجود والعدم ... فالبيع فاسد .. ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو المشتري .. ، وليس بملائم للعقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس . فالبيع في هذا كله فاسد ولا يجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا . ومنها شرط الأجل في المبيع العين والثلث العين . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلاً . ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام .) . وجاء في شرح المادة (١٨٩) من المجلة لسليم رستم ؛ (... ومنه البيع بشرط تأجيل الثلث إلى أجل معلوم وشرط الاشهاد على البيع وشرط البراءة من العيوب كل ذلك جائز) وننبه أن شرط تأجيل الثلث ورد مقيداً بكونه عيناً في البدائع وورد غير مقيد بذلك في شرح المجلة فلا تعارض بينهما، ويبدو أن في اعتبار مشروعية شرط البراءة من العيب رأيين في المذهب.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج٨، ص١٩.

(٣) يقابلها المادة (٤٨٣) من القانون المدني الأردني.

(٤) يقابلها المادة (٤٨٧) من القانون المدني الأردني.

نفسه ونصها "يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع" وقد يقال قد يحمل كلامهم فيما ذكرت على المقايضة لا على البيع المطلق ، فنقول على افتراض صحة ذلك فإن المادة (٥١٦) تنص على أنه "تسري أحكام البيع المطلق على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها"، وهذا نص في توحيد أحكامهما في غير ما يتعارض وطبيعة المقايضة ، ولا تعارض في هذا الموطن.

وأما شرط البراءة من العيب فقد جوزّه المشرع في الفقرة (٤) من المادة (٥٤١) (١) من قانون المعاملات المدنية ونصها "لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية : ٤- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين" .

أما اشتراط الخيار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، فغير مقيد بمدة محددة قانوناً، كذلك لا يؤثر في العقد الاتفاق على الخيار دون المدة، وبهذا قضت المادة (٢١٩) (٢) من القانون المذكور آنفاً ونصها "في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ يجوز للعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها فان لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقاً للعرف" .

إلا أن المشرع الإماراتي حكم بفساد العقد لفساد الشرط متى كان الشرط مخالفاً لقاعدة قانونية أمرة لا ترقى مخالفتها إلى حد اعتبارها مخالفة للنظام العام والآداب وإلا بطل الشرط دون العقد ما لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد معاً بحسب منطوق المادة (٢٠٦) المتقدم ذكرها، فقد نصت الفقرة (١) من المادة (٥٣٧) (٣) من قانون المعاملات المدنية على أنه "لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط".

وبالعودة إلى المادة (٢٠٦) تجد الباحثة أن المشرع الإماراتي 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 إلى التمييز بين كون الشرط باعثاً رئيساً على التعاقد وبين كونه ليس كذلك، والاعتداد هاهنا

(١) يقابلها المادة (٥١٤) من القانون المدني الأردني.

(٢) يقابلها المادة (١٧٧) من القانون المدني الأردني.

(٣) يقابلها المادة (٥٠٦) من القانون المدني الأردني.

الباعث، ومعياره شخصي أو ذاتي، وفي ذلك تغليب له على المعيار الموضوعي الذي يقتضي النظر إلى الشرط من حيث هو موافقاً أو مخالفاً، وعلى ذلك يبطل العقد متى كان الشرط الفاسد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، والأصل أن العقد يكون فاسداً إذا اقترن به شرط منهى عنه كشرط الربا وليس باطلاً وذلك لإمكانية رفع الفساد فيرجع العقد بعده صحيحاً.

الفرع الرابع

الربا

حاول المشرع الإماراتي تجنب 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 الإماراتي^(١)، ولنورد في ذلك على سبيل المثال نصوصاً من قوانين إماراتية نافذة ثم نعقبها بقرارات قضائية .

جاء في المادة (١٦) من قانون الضمان الاجتماعي المرقم (١٩) لسنة ٢٠٠١م "تتكون الموارد المالية للمؤسسة من المصادر التالية : ب. المبالغ الإضافية والغرامات والفوائد المستحقة بسبب التأخير في دفع الاشتراكات" . (...) .

(١) إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة - حتى قبل صدور قانون المعاملات التجارية- أن القروض المصرفية تعتبر من المعاملات التجارية أياً كانت صفة المقرض أو الغرض من القرض، وأن الفوائد الاتفاقية التي تتقاضاها المصارف في الدولة، وإن كان الأصل أنها محرمة شرعاً إلا أن ذلك التحريم يرتفع عنها حتى تزول الضرورة وتتفني حاجة العباد إلى هذه المصارف بإيجاد البديل لها عملاً بقاعدة أن الضرورات تبيح المحظورات، على أن تحتسب تلك الفوائد بنسبة بسيطة وبعده أقصى قدره ١٢% في السنة. ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه لم يقض بالفائدة الاتفاقية التي يطالب بها المصرف الطاعن مطلقاً القول بأنها من الربا المحرم شرعاً وأن قانون المعاملات المدنية الاتحادية قد ألتمز في المادة ٧١٤ منه هذا الحكم الشرعي حيث نصت على أنه "إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى ضمان حق المقرض بطل الشرط وضح العقد"، وكان هذا القضاء قد جاء بالمخالفة لما استقرت عليه أحكام محكمة النقض في هذا الشأن - وبصفة استثنائية ومؤقتة- بالنسبة للديون المصرفية عن الفترة السابقة على رفع الدعوى وعدم إعمال أحكام قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٥ حيث جرى تعديله بموجب القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ وأخرجت المعاملات التجارية من نطاق تطبيق أحكامه بما يوجب نقض الحكم في هذا الخصوص. ولما كان ذلك، تقضي المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه دونما حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة. طعن رقم (٨٥) لسنة (١٩٩٨) ، المحكمة الاتحادية العليا- أبوظبي.

وجاء في الفقرة (٧) من المادة (٤٠) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتتطيم المنشآت والأنشطة المالية ونصها " للمصرف المركزي المكتتاب في الأوراق المالية وأدوات الدين التي تصدرها الحكومة بفترات استحقاق تتجاوز السنة (١) في الحالات التي يحددها مجلس الإدارة فقط، ويتعين على الحكومة سداد المستحقات بما فيها الفوائد في مواعيدها، وفي حال التأخر عن السداد في ميعاد الاستحقاق أو القيام بالسداد المبكر قبل ميعاد الاستحقاق، يتم فرض فائدة حسب ما هو محدد في اتفاقية الدين".

وجاء في المادة (٤٢) للمصرف المركزي أن يفتح الحسابات الآتية: "أ - حسابات بالعملة الوطنية أو بالعملات الأجنبية للمنشآت المالية المرخصة وأن يقبل منها الودائع ويدفع أو يتقاضى عن هذه الأموال الفوائد المتفق عليها".

وجاء في المادة (٧٦) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٨) لسنة (١٩٩٣م) ونصها "للدائن الحق في اقتضاء فائدة على القرض التجاري حسب السعر المنصوص عليه في العقد، وإذا لم يعين سعر الفائدة في العقد فيتم احتسابها وفق سعر الفائدة السائد في السوق وقت التعامل على ألا يزيد في هذه الحالة على ١٢ % حتى تمام السداد".

وجاء في المادة (٨٧) من القانون نفسه ونصها "تؤدي الفائدة في نهاية السنة إذا كانت مدة القرض سنة أو أكثر، أو في يوم استحقاق الدين إذا كانت المدة أقل من سنة ما لم يجر العرف التجاري أو العمل المصرفي على خلاف ذلك".

وجاء في المادة (٤٠٩) من القانون نفسه ونصها " ١ - القرض المصرفي عقد بمقتضاه يقوم المصرف بتسليم المقرض مبلغاً من النقود على سبيل القرض أو بقيدته في الجانب الدائن لحسابه في المصرف وفق الشروط والآجال المتفق عليها. ٢- ويجوز أن يكون القرض مضموناً بتأمينات. ٣- ويلتزم المقرض بسداد القرض وفوائده للصرف في المواعيد وبالشروط المتفق عليها".

أما الأحكام القضائية فأقتبس من الأحكام على سبيل المثال ما يأتي:

١ - "حيث إن الحكم المطعون فيه بتأييده الحكم الابتدائي على ترتيب فائدة بسيطة بنسبة ١٢% على أصل مبلغ الدين، كان ملتزماً بقضاء هذه المحكمة الجاري بهذا الخصوص تأسيساً على أن الأصل في الشريعة الإسلامية تحريم الفائدة سواءً منها المركبة أو البسيطة إلا أن الضرورة اقتضت السماح بالفوائد

البيسطة في المعاملات المصرفية بنسبة لا تتجاوز ١٢% طالما كانت حالة الضرورة قائمة في البلاد وحتى زوالها بايجاد البديل الاقتصادي الذي يحل محل المصارف الربوية مما يتعين معه رفض هذا السبب الأول من الطعن"^(١).

٢ - "حيث إن النعي غير صحيح ومن ثم غير مقبول لكونه لم يرد بأسباب الحكم المطعون فيه أو بمأمورية تكليف لجنة الخبرة ما يفيد طلب المحكمة أو تقريرها بكون جميع الحسابات تكون حساباً واحداً كما أنها لم تطلب من الخبراء إحتساب نسبة فائدة واحدة على الحساب بل إنها طلبت منهم إعمال الفائدة الإتفاقية، وفي حال عدم وجود إتفاق فإحتسابها في حدود ١٢% وقد أعمل الخبراء الفائدة الإتفاقية على حساب القرض وأعملوا نسبة ١٢ % عن باقي الحسابات لعدم وجود إتفاق بشأنها وإحتسبوا فاضل كل حساب طبقاً لعمليات السحب والإيداع المسجلة به لينتهوا إلى المديونية الإجمالية التي أسفر عنها التعامل ومن ثم فإن هذا النعي قد ورد على غير محل من الحكم المطعون فيه بما يتعين رفضه"^(٢).

وكما هو معلوم أن الربا مُفسد للعقود عند الحنفية، مُبطل لها عند الجمهور، ونرى أن المشرع الإماراتي قد وافق مذهب الحنفية في إعتبار كون الربا مثلت صورة من صور العقود الفاسدة ، وذلك بالنظر لنص المادة (٧١٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي يفهم منها عدم صحة المعاملة الربوية بشكل ضمني؛ عن طريق عدم إجازة المنفعة الزائدة على القروض، وذلك بالقول : " إذا أشرط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى ضمان حق المقرض بطل الشرط وصح العقد". وهي تقابل المادة (٦٤٠) من القانون المدني الأردني.^(٣)

(١) المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم ٣٨ تاريخ ١٤/٦/١٩٨٨ ، مجموعة الاحكام الصادرة من الجمعية العمومية للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية والدائرة الشرعية، ١٩٨٨، عدد ٢ ص ٤٦٧.

(٢) المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم ٢٩٢ تاريخ ٣١/١/٢٠٠٨.

(٣) راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الإتحادي رقم(٥) لسنة ١٩٨٥، المعدل

بالقانون الإتحادي رقم(١) لسنة ١٩٨٧م.

المبحث الثاني

أهمية العقد الفاسد والحاجة إليه

يقول العلامة السنهوري في معرض نقله لوجهة النظر الثانية المؤيدة لأهمية العقد الفاسد وأهمية وجوده في التشريعات القانونية المختلفة وأهمية معالجته لحالات فساد العقود، "وقد قصد بها التوصل إلى تحقيق أثرين عمليين : ١- حماية الغير "المتصرف إليه" من القابض في غيبة وسيلة لشهر تنبه الغير إلى فساد عقده ، مع كثرة أسباب الفساد وتنوعها ، فالفقه الأوربي لم يعمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشيء الذي يتعاملون معه فيه إلا في وقت متأخر جداً يبعد بأكثر من اثني عشر قرناً من الزمان وذلك فيما يعرف بنظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع وبعبارة أكثر شيوعاً " الشائع يولد الحق" (٤) "٢- حماية المتعاقد القابض ذاته في حالة ما إذا أجرى على الشيء المقبوض إضافة من عنده يستحيل فصلها ، أو قام بتحويلها إلى شيء آخر، أنه ملجم يحد من تطرف التشريع نحو النزعة الذاتية أو الموضوعية وتقييم موقفه على عاملي الاستقرار والعدالة".

كما أنه أيضاً له أهميته القصوى في شهر التصرفات، حيث أن أسباب الفساد كثيرة وليس في الفقه الإسلامي نظام الشهر في عصرنا هذا، وبالتالي فإن بقاء الملك تحت يد المتصرف إليه بعقد فاسد كأنه وسيلة شهر، فإن صحح ثبتت الملكية، وإن عارضها انتقلت لصاحبها، وهي نقطة هامة في عدم تلاعب البائع حيث من الممكن أن يقوم ببيعها مرة أخرى بناءً على حجة فساد العقد وفي هذا قطع للسبيل أمامه.

وبرغم ما تم توجيهه للعقد الفاسد من انتقاد فإنه يجب أن يأخذ مكانه الطبيعي في القانون الوضعي، نظراً إلى أنه يستجيب إلى حالة ملحة في التعامل، وإلى جانب البطلان والانسفاخ وهما الجزئان التقليديان في قانون العقود يجب أن يوجد جزء جديد يكفل إخضاع العقد للمتطلبات الاقتصادية، ويتمثل هذا الجزء الجديد في فكرة العقد الفاسد، إذ أن ما يتطلبه القانون اليوم ليس إهداراً للعقد الذي ينطوي على مخالفة للمتطلبات الاقتصادية، وإنما بقاء العقد، حيث أنه بفضل هذه الفكرة

(٤) انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٨٤، هامش ص ٥١٤.

نستطيع إهدار الشرط الذى يتعارض مع النظام العام الاقتصادي للدولة واستيفاء العقد، فيكون البطلان جزءا الخلل في ركن من أركان العقد ويكون الفساد جزءا لخلل في شرط يقترن بالعقد^(٥).

والفقهاء الذين أشادوا بفكرة العقد الفاسد ودافعوا عنها، اسندوا دواعي الأخذ بفكرة العقد الفاسد عند الحنفية إلى أسباب منطقية، وأسباب عملية.

وسوف تقسم الباحثة هذا المبحث إلى مطلبين تتناول في المطلب الأول الأسباب المنطقية، وفي المطلب الثاني الأسباب العملية.

المطلب الأول

الأسباب المنطقية للإبقاء على فكرة العقد الفاسد

تدور الأسباب المنطقية والشرعية التي يقدمها السادة الحنفية دفاعاً عن فكرة العقد الفاسد، حول فكرتين: الأولى تتمثل في وجوب التمييز بين وجود العقد وصحته، أما الثانية فتتركز على أن الأخذ بفكرة العقد الفاسد يتماشى مع الأصل الشرعي العام في إباحة التصرفات.

الفرع الأول

وجوب التمييز بين وجود العقد وصحته

ينعقد العقد عند السادة الحنفية حين تتوافر أركان العقد وعناصره الرئيسية، وهي صيغته وعاقده ومحلّه، أما ما يلحق بهذه العناصر من شروط، فإنه لابد من التمييز بينهما، فهناك شروط هامة لصيقة بهذه العناصر، وهي شروط انعقاد، وعدم توافر أي منها يؤدي إلى البطلان، وهناك شروط أخرى قد لا تتوافر، ولكن عدم توافرها، لا يعد، أيّاً من عناصر العقد الرئيسية، وهذه شروط الصحة، والتي لا يؤدي تخلفها أو اختلال أي منها إلى المساس بأصل العقد ووجوده، فيبقى العقد حينها موجوداً، ولكنه غير سليم، يقول الكاساني في البدائع "البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة...،

(٥) انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي فى المعاملات المالية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٥٠-١٥١.

وأما حكمه فالكلام في حكمه يقع في ثلاث مواضع: أحدها في بيان أصل الحكم، والثاني في بيان صفته، والثالث في بيان شرائطه، أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان: جائز، وباطل لا ثالث لهما، والفاسد والباطل سواء، وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل، وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات أن الفرض والواجب سواء، (وجه) قوله أن هذا بيع منهي عنه، فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم، ودلالة الوصف ما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال "(لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين)"، ونحو ذلك، "والمنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك؛ لأن الملك نعمة، والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة، ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم، ولنا أن هذا بيع مشروع يفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة، والدليل على أنه بيع أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال....، وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد فكان بيعاً... والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل "(وأحل الله البيع)" ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً، فمن أدعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل، لاستدلال بدلالة الإجماع أيضاً، وهو أننا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً، والعدم الأصلي سواء، وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن المفسد والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع، وهذا استدلال قوي، فالجواب عن التعلق به أن هذا نهي عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة: أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى، وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة، وأنه سبب بقاء العالم إلى حين إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكنى واللباس، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة، وذلك سبب للاختصاص واندفاع المنازعة، وهو البيع، ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل؛ لأنه يؤدي إلى التناقض"....^(٦).

وجاء في شرح التلويح على التوضيح للفتازاني، "المقصود الدنيوي في العبادات تفرغ الذمة، وفي المعاملات الاختصاصات الشرعية، فكون الفعل موصلاً إلى المقصود الدنيوي يسمى صحة،

(٦) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٩٩.

وكونه بحيث لا يوصل إليه أصلاً يسمى بطلاناً، وكونه بحيث يقتضي أركانه وشروطه الإيصال إليه، لا أوصافه الخارجية يسمى فساداً، ثم في المعاملات أحكام أخر منها الانعقاد، وهو ارتباط أجزاء التصرف شرعاً فالبيع الفاسد منعقد لا صحيح^(٧).

الفرع الثاني

تماشياً مع الأصل العام للإباحة

القاعدة الفقهية تنص أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد النص على التحريم، وإذا كان الأمر كذلك وانطلاقاً، من هذه القاعدة فإن انكار صلاحية العقد الفاسد لترتيب آثاره يخالف الأصل العام فيما يذهب إليه من أن العقد الفاسد إذا احتوى على شائبة فإنه لا يبطل بل يظل على صلاحية وقابليته للإصلاح، وذلك عن طريق إصلاح ما لحقه من فساد، أو بتر ذلك العطب وفصله عنه حتى يصير صالحاً للتعامل فيه، وذلك أفضل من إهدار آثاره الصحيحة، فانطواء العقد على أمور تخالف مقتضيات الشرع، لا يجب أن يحجب حقيقة أن هنالك اتفاق قد وقع، وأن هذا الاتفاق قد أريد به ترتيب آثاره، فلا بد إذاً من تلمس الوسائل لتركيز ودعم أصل الإباحة في التصرفات، ولك من خلال تصحيح تلك المخالفات التي اشتمل عليها العقد^(٨).

وإذا كان هذا اتجاه الحنفية في سبيل تأييد وجهة نظرهم فيما يخص العقد الفاسد، فإن وجهة النظر هذه ذهب إليها فقهاء آخرون من أصحاب المذاهب الأخرى، يقول القرافي في الفروق "الأصل في عقود المسلمين وتصرفاتهم الصحة، حتى يرد نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة

(٧) انظر: سعد الدين مسعود بن عمر النفثازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، ص ٢٤٦.

(٨) انظر: د. محمد الجندي، فكرة العقد الفاسد، مرجع سابق ص ١٥٠.

ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب وهو فقه حسن" (٩).

وهذا ما ذهب إليه أيضاً الإمام الغزالي في المستصفى (١٠)، والذي ذهب إلى أن النهي لسبب من أسباب الفساد لا يكون سبباً لرفع العقد من دائرة الإباحة والحل، فقد يرد النهي ويبقى الحل على أصله وصالحاً لترتيب آثاره وأحكامه، وهو بذلك يتفق مع الحنفية فيما ذهبوا إليه، إلا أنه يختلف مع الحنفية فيما ذهبوا إليه من أن الفساد يقتضي الصحة، حيث أنه ذهب إلى أمر آخر وهو أن الفساد لا يقتضي لا صحة ولا فساد (١١).

(٩) انظر: ابو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي، الشهير بالقرافي، الفروق، عالم الكتب، الرياض، بدون تاريخ طبعة، ج ٢، ص ٨٢.

(١٠) يقول الإمام الغزالي في المستصفى: الذين اتفقوا على أن النهي على التصرفات لا يدل على فسادها اختلفوا في أنه هل يدل على صحتها؟ فنقل أبو زيد عن محمد بن الحسن، وأبي حنيفة أنه يدل على الصحة، وأنه يستدل بالنهي عن صوم يوم النحر على انعقاده، فإنه لو استحال انعقاده لما نهى عنه فإن المحال لا ينهى عنه كما لا يؤمر به، فلا يقال للأعمى: " لا تبصر " كما لا يقال له: " أبصر " فزعموا أن النهي عن الزنا يدل على انعقاده، وهذا فاسد لأننا بينا أن الأمر بمجرد لا يدل على الإجزاء، والصحة، فكيف يدل عليه النهي؟ بل الأمر، والنهي يدل على اقتضاء الفعل واقتضاء الترك فقط أو على الوجوب، والتحريم فقط، أما حصول الإجزاء، والفائدة أو نفيهما فيحتاج إلى دليل آخر. واللفظ من حيث اللغة غير موضوع لهذه القضايا الشرعية، وأما من حيث الشرع فلو قال الشارع: " إذا نهيتكم عن أمر أردت به صحته لتلقيناه منه، ولكنه لم يثبت ذلك صريحاً لا بالتواتر، ولا بنقل الأحاد، وليس ضرورة المأمور أن يكون صحيحاً مجزئاً، فكيف يكون من ضرورة المنهي ذلك؟ فإذا لم يثبت ذلك شرعاً، ولغة، وضرورة بمقتضى اللفظ فالمصير إليه تحكم بل الاستدلال به على فساد أقرب من الاستدلال به على صحته. فإن قيل: المحال لا ينهى عنه لأن الأمر كما يقتضي مأموراً يمكن امتثاله فالنهي يقتضي منهيماً، أما من حيث الشرع فلو قام دليل على أن النهي للإفساد، ونقل ذلك عن النبي - عليه السلام - صريحاً لكان ذلك من جهة الشرع تصرفاً في اللغة بالتغيير أو كان صيغة النهي من جهته منصوباً علامة على الفساد، ويجب قبول ذلك، ولكن الشأن في إثبات هذه الحجة ونقلها. انظر: الامام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م ص ٢٢١-٢٢٢.

(١١) انظر: د. محمد الجندي، مرجع سابق، ص ١٥٣.

المطلب الثاني

الأسباب العملية للإبقاء على فكرة العقد الفاسد

هناك أسباب عملية دعت الحاجة إليها للأخذ في العقد الفاسد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ومن هذه الأسباب مايلي:

الفرع الأول

قابليته للفسخ وعدم قابليته للتنفيذ جبراً

لعل من مزايا تنظيم العقد الفاسد أن العقد بين طرفيه لا يمكن تنفيذه جبراً على ما من تقرر الحق له كالمكره فإنه لا يستطيع أحد أن يجبره على تنفيذه إلا إذا أجازته هو بنفسه، وبالتالي ليس هناك بد سوى رفع الفساد عنه فإذا زال صح العقد ولكن توقف على إجازة طرفه أو طرفيه، وبالتالي فإن الحق لا يسقط في الفسخ ذلك، لأن الفساد هو متعلق بالشرع والقانون، وإذا كان محل تعلق حق الفسخ بالشرع أو بالقانون فإن الحق في الفسخ لا يسقط فينتقل إلى ورثته وذلك بعد إعداره قانوناً وهو ما تؤكد الفقرة (٤) من المادة (٢١٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونصها "ولكل من عاقديه أو ورثتهما حق فسخه بعد إعدار العاقد الآخر"^(١٢).

(١٢) انظر: دعبالخالق حسن أحمد , عقد البيع , السوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، طبعة ٢٠٠٨ م، ج٣، ص ١١٦.

الفرع الثاني

تفادي انهيار العقد بين أطرافه والغير

لقد كانت وجهة نظر الحنفية في اعتبار الغرر والضرر المصاحب للتسليم والربا والشرط الفاسد والإكراه أسباباً تعيب العقد ولا تبطله وهم بذلك قد قبلوا تلك النتيجة والتي سوف يترتب عليها أن العقد معيب وليس باطلاً ، والغاية تفادي انهيار العقود ، في انتظار أن تلحقه عوامل أخرى تقوي وهنه وتصلح فساده.

ولقد وضحت الباحثة فيما سبق أن العقد ينتج آثاراً أقوى وأهم وأخطر بالقبض وبناءً على القبض تترتب آثاراً قد يصعب تداركها إذا أبطل العقد، وبالتالي فهم قد نظروا إلى العقد بنظرة مختلفة عن غيرهم فهما لم يروا في فساد العقد خطورة توجب نقضه وإبطاله أولاً ، وثانياً: إنهم يرون في بعض رواياتهم التي تنسب إليهم أن القبض يثبت الملك ويؤكد به وبالتالي يعتبر تصرفاً ناقلاً للملكية، بما يؤكد يقيناً اتجاه نيتهم إلى التخفيف من وطأة فساد العقود ، واستقرار المعاملات ومرونتها^(١٣).

الفرع الثالث

حماية حقوق المتصرف إليه

(١٣) يقول الكاساني في البدائع "القبض فلا يثبت الملك قبل القبض؛ لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه إلى المشتري، وفي التسليم تقرير الفساد وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض، والثاني أن يكون القبض بإذن البائع فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، فإن لم ينهه ولا أذن له في القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك، وذكر الكرخي في الرواية المشهورة أنه لا يثبت" الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، ج٤، ص ٥٣٠.

لعل من أهم أهداف تنظيم فكرة العقد الفاسد هو الحيلولة دون تجريد وفوات حق من انتقل إليه الحق بعقد فاسد، ومادامت تدور أغلب مناقشات الحنفية عند حديثهم عن العقد الفاسد على البيع، فإن المقصود بحماية حقوق المتصرف إليه هو القبول باستقرار ملك المشتري، وإذا تقرر قبول استقرار الملك، وزوال حق الفسخ، فإن المشتري يعد مالكا، ولكنه لا يستطيع ديانة، الانتفاع بما اشترى، فلا يحل لبس الثوب ولا سكنى الدار، مادامت المنفعة قد تأتت عن فعل أو تصرف وقع قبل دفع القيمة أو رد المثل، فلو أجز المبيع، فإن الأجرة لن تطيب له إلا إذا دفع القيمة أو المثل قبل إبرام الإيجار^(١٤).

ولعل عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية بمعنى لو قام المشتري بعقد فاسد ببيع ما اشتراه إلى مشتري آخر فإن بيعة صحيح ولا شيء فيه^(١٥).

فهو مبدأ ينصرف من قواعد الفقه الإسلامي وتنظيمات العقد الفاسد لدى فقهاء الحنفية، وكذلك يستند إلى القواعد العامة الخاصة بالحيازة في القوانين الحديثة ومن بينها قانون المعاملات المدنية الإماراتي، حيث تمنح الحماية اللازمة في حالات، استناداً إلى مبدأ مفاده الحيازة في المنقول بسبب صحيحاً وبحسن نية سنداً الحيازة والحائز فيما يدعيه.

وبناءً على ما تقدم فإن التصرف الصادر من القابض غير المالك يعد سبباً صحيحاً، فإذا قبضه العاقد المتصرف إليه الشيء بحسن نية كان له أن يتمسك بقاعد الحيازة، وفي ذلك حماية للغير واستقرار الأوضاع، ولأنه لو أصبحت العقود عرضة للفسخ استناداً للفساد لتزعزعت الثقة وتوقفت الأمور وفي ذلك مشقة وعسر وهو ما ينافي مقصود المشرع القانوني^(١٦).

أما بالنسبة للحيازة في العقار بحسن نية وبسبب صحيح فإنه لا يكتسب الحيازة إلا بمرور سبعة أعوام^(١٧)، وبالتالي فإن الفائدة في ثبوت التملك بعقد فاسد له فائدة عملية كبيرة ألا وهي توفير

(١٤) انظر: د.محمد الجندي، فكرة العقد الفاسد، مرجع سابق، ص ١٥٥-١٥٦.

(١٥) انظر: د.عمر السيد احمد عبد الله، نظرية العقد في قانون المعاملات الإماراتي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٧٧.

(١٦) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في توبة الإسلامي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، الطبعة الأولى، ص ٢٨٧.

(١٧) تنص المادة (١٣١٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه :

الحماية الضرورية لتصرف هذا القابض، فلا يستطيع أحد آخر منازعته، ولا يستطيع البائع أن يبيعه لآخر بسوء نية، وفي نفس الوقت لا ينتظر مدة السبعة سنوات وهو ما يبين الفائدة من تنظيم العقد الفاسد.

ولعل نظرية الفساد قد انقذت الكثير من العقود في مجال البطلان إلى مجال آخر أوجده فقهاء الحنفية هو الفساد لإن أسباب الفساد كانت شائعة وتتضمنها معظم العقود ، فلو جعلنا أثر وجود أسباب البطلان، لأدى ذلك إلى أن معظم العقود تكون باطلة، والباطل لا يقبل الإجازة ولا يرتب أثر، لكن العقد الفاسد إذا زال سبب فساده صح العقد ، بينما العقد الباطل إذا زال سبب بطلانه فلا ينقلب صحيحاً ولا تلحقه إجازة ، وإيجاد مرتبة العقد الفاسد المتميزة عن مرتبة العقد الباطل يعتبر بحد ذاته كسباً كبيراً في مجال الصناعة الفقهية القانونية لأنه على الرغم من أن العقد الفاسد ليس عقداً صحيحاً، إلا أن لحوق الفسخ بالعقد الفاسد وترتب الآثار دليل على وجوده الشرعي^(١٨)، وإن كان هناك عبء على التشريعات المعاصرة أن تحقق مزيداً من التوازن المطلوب بين مصلحة المتصرف بعقد غير صحيح - فاسد أو حتى باطل على حد سواء - وبين مصلحة من تلقى الحق المتصرف فيه من المتصرف إليه، من خلال نظم الشهر العقاري المستحدثة^(١٩).

الخاتمة:

إن ابتداء فكرة التصرف الفاسد على هذا النحو المتقدم الذي تم عرضه والفرقة بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف من حيث الجزاء يعتبر كسباً كبيرة في الصناعة الفقهية القانونية نحن في

-
- ١- إذا وقعت الحيابة على عقار أو حق عيني وكان غير مسجل واقتترنت الحيابة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات .
 - ٢ - والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيابة العقار ويعتبر سبباً صحيحاً:
 - أ- انتقال الملك بالارث أو الوصية.
 - ب - الهبة بين الاحياء بعوض أو بغير عوض .
 - ج - البيع والمقايضة.

(١٨) انظر: د. محمد يوسف الزغبى ، أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني ، مجلة مؤته للبحوث والدراسات ، جامعة مؤته ، مجلد ٣ ، العدد ٢ يناير ١٩٨٨ ، ص ٩٦-٩٧.

(١٩) انظر: د. مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨.

أمس لحاجة لها ، ذلك لأنه أدى إلى عزل جملة من الأسباب من أن تكون أسباباً للبطلان ، وإضعاف الأثر المترتب على هذه الأسباب ، كالغرر ، والشرط الفاسد ، والإكراه، وهي جميعاً أسباباً للبطلان في التشريعات الأخرى .

وهو ما يؤكد جدوى وأهمية وجود العقد الفاسد ضمن قواعد نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وإن كان لابد من تحسين الصياغة القانونية والتنظيمية وعدم إلحاقه أحكاماً أخرى، أو تطبيق نصوص على أخرى، وإن ما وجه له من نقد فإن ذلك لا يعيبه كفكرة ونظرية، وإن النقد الذي وجه له يرجع إلى سوء التنظيم القانوني لنظرية العقد الفاسد، وليس لعدم مناسبته أو ملابته لحياتنا المعاصرة، ففكرة العقد الفاسد هي صناعة متطورة وحداثيّة، كل ما في الأمر أن الفقه الحنفي قد سبق بها الجميع ، وأن قانون المعاملات المدنية الإماراتي ومن قبله القانون المدني الأردني قد أخذوا بزمام الأمور واستبقوا التشريعات العربية لتنظيم فكرة العقد الفاسد ضمن نصوصهما.

قائمة المراجع والمصادر:

- ١- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي ، الشهير بالقرافي ، الفروق، عالم الكتب، الرياض، بدون سنة طبع.
- ٢- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
- ٣- الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٧.
- ٤- الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، المستصفى ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م
- ٥- الإمام العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج٢، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩١.
- ٦- بن عبد البر القرطبي، كتاب التمهيد، منشورات وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج١٣ المغرب، ١٣٨٧هـ.

- ٧-د. عبد الناصر توفيق العطار ،مصادر اللاتزامات الإرادية فى قانون المعاملات المدنية الإماراتي ،مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٧.
- ٨-د. عدنان السرحان ، شرح أحكام العقود المسماة فى قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الجزء الأول ، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٥.
- ٩-د. مصطفى محمد الجمال ، القانون المدني فى ثوبة الإسلامى ، مصادر اللاتزام ،الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٠- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامى وأدلته، دار الفكر، دمشق، ١٤٢٨هـ، ط١٠.
- ١١- د.عبد الفتاح عبد الباقي ،نظرية العقد، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٨٤.
- ١٢- د.عبد المنعم فرج الصدة ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى فى المعاملات المالية ، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة ، ١٩٧٦.
- ١٣- د.عدنان السرحان، ، و د.يوسف محمد عبيدات، المصادر الإرادية للالتزام فى قانون المعاملات المدنية الإماراتي العقد والتصرف الإرادي، الأفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، ٢٠١١.
- ١٤- د.عمر السيد احمد عبد الله ، نظرية العقد فى قانون المعاملات الاماراتى دراسة مقارنة بالفقه الاسلامى ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٥
- ١٥- د.عبدالخالق حسن أحمد ، عقد البيع ، الوجيز فى شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٨ م.
- ١٦- ديبان الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج ٥، الطبعة الثانية، ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ١٤٣٢هـ.
- ١٧- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامى، القاهرة، الطعة الثانية، بدون تاريخ طبع.
- ١٨- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى، شرح التلويح على التوضيح، الجزء الثانى، مكتبة صبيح بمصر، بدون سنة نشر.
- ١٩- سليم رستم، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٨.

- ٢٠- الشيخ .محمد أبو زهرة ،الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ، طبعة دار الفكر العربي ،١٩٩٦
- ٢١- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الأختيار لتعليل المختار دار الأرقم ، بيروت، ١٩٩٩.
- ٢٢- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط٣، القاهرة، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٩٤٧.
- ٢٣- محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (القاضي ابو يعلى) ، العدة في أصول الفقه، تحقيق د. أحمد بن علي المباركي، الطبعة الثانية، ١٩٩٠.
- ٢٤- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٢٦هـ.

البحوث المنشورة:

- ١- د. إسراء فهمي ناجي، العقد الفاسد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ،جامعة كربلاء ، السنة الرابعة، العدد الخاص، المؤتمر القانوني الوطني الاول، ٢٠١٢
- ٢- د. أيمن محمد زين، قانون المعاملات المدنية الإماراتي بين التأصيل والواقع التشريعي، بحث منشور بمجلة القانون المغربي، جامعة محمد الخامس- المملكة المغربية، الرباط، ٢٠١٦.
- ٣- د. علي احمد صالح المهداوي، العقد الفاسد في القانون المدني الأردني المرقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ دراسة مقارنة بالفقه الحنفي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، مجلد (٢/السنة التاسعة) عدد (٢١) سنة (٢٠٠٤).
- ٤- د. محمد الجندي، فكرة العقد الفاسد هل يجب الابقاء عليها، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٢٨، ٢٠٠٦.
- ٥- د.محمد يوسف الزغبى، أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني ، مجلة مؤته للبحوث والدراسات ،جامعة مؤته ،مجلد ٣، العدد٢ يناير ١٩٨٨

٦-د.منصور مصطفى منصور ، فكرة العقد الباطل فى الشريعة الإسلامية والقانون، بحث منشور
فى مجلة المحاماة المصرية، السنة الثانية والخمسون، العدد الأول، ١٩٧٢.

الرسائل العلمية:

١- د.حمدى المغاوى محمد عرفه ، إجازة العقد القابل للابطال دراسة مقارنة بين القانون
المدنى والفقہ الاسلامى ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٨،
القوانين والتشريعات:

١- القانون المدنى الأردنى المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٢- قانون المعاملات المدنية الإتحادي الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

٣- المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الإتحادي رقم (٥) لسنة
١٩٨٥، المعدل بالقانون الإتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م. دولة الإمارات العربية المتحدة.

٤- المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الأردنى.

The need for the Fasid (Vitiated) contract in UAE law

(A comparative study of the provisions of Islamic jurisprudence and Jordanian
law)

Abstract

This study came to shed some light on the controversy of legal and Islamic jurisprudence about the provisions of the invalid contract. The provisions of the invalid contract are still there, despite having previously been presented within the jurisprudence of the Hanafi school. However, the legislator still supports this when stipulating it in the legal texts, which is reflected on the practical side and the lack of judicial rulings, despite the fact that it is considered one of the types of contracts that solve the problem of the collapse of the contract between its parties at a time when Islamic jurisprudence permits the possibility of proceeding with the contract with the reform of what is damaged from a corrupt condition, deception, or a case of coercion that may not affect the intention of the contracting parties.

In fact, the uniqueness of the Emirati and Jordanian legislators to regulate the invalid contract within the patterns of their contracts was the impetus for writing on this subject. The purpose was to analyze the logical and practical reasons that demonstrate the importance of implementing these provisions jurisprudentially, legally and judicially, in addition to presenting the opinions against the idea of the invalid contract, despite the apparent confusion of the Emirati legislator between the invalidity of the contract in view of many cases when compared with Islamic jurisprudence.

Keywords: Fasid (Vitiated) contract, its practical importance, Emirati law, Islamic jurisprudence.

