

نظرية العقد عند المالكية

الخصائص والمميزات

د. هيثم عبد الحميد خزنة*

الملخص

تميزت نظرية العقد عند المالكية بخصائص تُظهر وجود تأصيل وتقييد لها يناظر تأصيل وتقييد الحنفية، يقاربه من وجوه ويخالف من وجوه أخرى كثيرة، ويظهر هذا التمييز من خلال ثلاث مسائل رئيسية: أما الأولى، فإثبات المالكية للزوم العقدي في كافة العقود الناقلة للملكية دون تفرقة بين المعاوضات والتبرعات كما فعل الحنفية. وأما المسألة الثانية، فظهر تمييزهم فيها بإثبات آثار العقد كاملة بالصيغة، فكان الانعقاد المولّد الأساس لكافة آثار العقد عندهم كأصل عام، وترتب على ذلك أن تكون فكرة العقود العينية ضعيفة المآخذ وباهتة الوجود في مذهبهم. وأما المسألة الثالثة، فإثباتهم التفرقة بين العقد الفاسد والباطل، فكان لهم تأصيل للعقد الفاسد مغاير لتأصيل الحنفية، ومن ذلك اعتمادهم معيارين لتمييز الفاسد عن الباطل، وهما: مراعاة الخلاف، ومراعاة المال، كما قرروا إثبات آثار العقد الفاسد عند تحقق وجوده كأمر واقع مفروض، وذلك عند فواته لا تنفيذه، ولم يوجبوا فسخه حينئذ بل قرروا إمضاءه رغم بقاء فساده، لكن ذلك لا يعني تصحيحه عندهم، وأرجعوا الالتزامات الثابتة بالعقد الفاسد إلى قواعد الضمان في بعض الصور، لكنهم أبقوا العوض المقابل للالتزام على حاله في صور أخرى، كما تميزوا بتوسيع مجال تطبيق العقود الفاسدة فشمّل الأنكحة، وجعلوا إمضاءها بمعنى التصحيح، فأثبتوا فيها كافة آثار النكاح الصحيح عند الفوات. وبذلك يظهر أن للمالكية تمييز في نظرية العقد واستقلالية نسبية في كثير من جوانبها.

* كلية العلوم الإسلامية، جامعة ماردين أرتوكلو، تركيا.

نظرية العقد عند المالكية

الخصائص والمميزات

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد، فإن النظريات الفقهية تُعدُّ وجهًا من أوجه الإعجاز التشريعي، إذ أظهرت هذه النظريات الأصالة المنهجية للفقه الإسلامي، وابتناؤه على أسس وقواعد تُعدُّ غاية في الإبداع والتنظيم التشريعي، في فترة لم يكن البشر قد وصلوا فيها إلى أية مرحلة من مراحل التقنين والتشريع المنظم وفق أسس نظرية مترابطة، فأظهرت نظريات الفقه الإسلامي هذا السبق التأصيلي الإبداعي في التشريع، الذي لم تعرفه البشرية قديمًا، مما دلت على استحالة كون أصول هذه النظريات الفقهية من وضع البشر. ولا يدرك هذه الحقيقة إلا من مارس هذه النظريات وقارنها بالنظريات القانونية تأسيسًا وتعقيدًا وتأصيلًا، فكان ذلك مصداقًا لقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾ [فاطر: 28]، فعلماء الفقه الإسلامي والقانوني هم الأقدر على ملاحظة هذا النوع من الإعجاز التشريعي.

وقد ظهرت النظريات الفقهية في عصرنا الحاضر حينما قام فقهاء القانون بوضع نظرياتهم القانونية، فتصدَّر علماء الأمة وأئمة الفقه الإسلامي المعاصرون لبيان ما يقابلها في الفقه الإسلامي، فأخرجوا لنا النظريات الفقهية مستمدين إياها من فروع المذاهب الفقهية التي تعد المرجع الأساس لاستنباط هذه النظريات، فقام العديد من العلماء المعاصرين مأجورين إن شاء الله تعالى بإظهار هذا التراث الفقهي بثوب معاصر غاية في الإبداع والتميز، فكان ذلك دلالة على سبق إبداعي في البناء التشريعي.

وكان من تقدير الله تعالى أن قام بهذه المهمة الجليلة أئمة المذهب الحنفي من الفقهاء المعاصرين، وعلى رأسهم فقيه الحنفية في عصره بلا منازع الإمام مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى، فأظهر لنا تراث الحنفية في باب المعاملات خصوصًا وغيره من أبواب الفقه عمومًا على هيئة نظريات فقهية مع شيء من المقارنة مع المذاهب الفقهية الأخرى بثوب معاصر، وكتبه بأسلوب يتوافق مع التنظير الفقهي القانوني، فتلقفته الفقهاء المعاصرون، وتأسس فهم أكثرهم على وفق ما كتبه الزرقا رحمه الله من نظريات فقهية وعلى رأسها نظرية العقد، إضافة إلى توافق كثير من أصول النظرية القانونية للعقد مع نظرية العقد عند الحنفية، مما دعى إلى شيوعها حتى غدت (نظرية العقد) التي وضعها الزرقا عند كثير من الفقهاء المعاصرين نظرية للفقه الإسلامي عامة، لا نظرية مذهبية، وهذا خطأ كبير⁽¹⁾.

1- نبه الزرقا رحمه الله مرارًا في كتابه (المدخل الفقهي العام) عند تأسيسه نظرية العقد في الفقه الإسلامي وغيرها من النظريات الفقهية إلى أنه فيما يقرر في تلك النظريات ينطلق من الفقه الحنفي مع إشارته لبعض المذاهب الفقهية الأخرى أحيانًا.

صحيح أن ما قرره الزرقا رحمه الله في النظريات الفقهية عموماً ونظرية العقد على وجه الخصوص يتوافق مع كثير من الأحكام المثبتة لباقي المذاهب، إلا أن لبعضها تميزاً وانفراداً، فللشافعية بعض التميز لعله يرقى إلى حد التأسيس لنظرية مستقلة عندهم.

أما المالكية، فقد وجدت من خلال ممارستي لفروع مذهبهم لفترة ليست بالقصيرة أنهم يتميزون عن غيرهم من المذاهب الفقهية في نظرتهم للعقد في بعض جوانبه، حيث ظهر لي تميز خاص بهم واستقلالية نسبية في نظريتهم، لكن لم أجد - في حدود علمي وإطلاعي - من أخرج تراثهم في باب المعاملات، وصاغ أحكامه في نظريات فقهية بشكل متكامل، وعلى رأسها نظرية العقد⁽¹⁾.

وإنني أزعم أن للمالكية تميز في أصول وأركان نظرية العقد إلى حد إمكان إحداث تغيير كبير في الفكر المالي والمصرفي الإسلامي المعاصر⁽²⁾، وهذا أمر آخر يحتاج إلى جهد كبير للكتابة فيه، وليس هو الغاية من هذا البحث، بل أشير إلى ما يمكن للقارئ أن يلمسه بعد إدراك تميز المالكية في نظرية العقد.

وإن الكتابة في نظرية العقد عند المالكية على وجه الكمال والشمول يستدعي تصنيفاً كبيراً، وهذا ما قد يتعذر حالياً، لكن أسأل الله تعالى أن يُقدّر إيجاده قريباً، فاقترنت في هذا البحث على بعض أهم أوجه خصائص وتميز نظرية العقد عند المالكية، وقد رأيت إيراد ثلاث مسائل تُظهر تميز وخصوصية المالكية في النظرية، وهي:

المسألة الأولى: إثبات اللزوم في العقود الناقلة للملكية.

المسألة الثانية: نشوء آثار العقد وثبوتها.

المسألة الثالثة: التفريق بين الفساد والبطلان في العقود.

وإن إظهار تميز المالكية وما اختصوا به في نظرية العقد في هذه المسائل لا يتحقق إلا من خلال المقارنة والمقابلة مع مذهب الحنفية، فنخلص حينها إلى أن المالكية يقيمون لنظرية العقد وجوداً وتأصيلاً وتقعيداً يناظر تأصيل وتقعيد الحنفية، يقاربه من وجوه ويخالف من وجوه أخرى كثيرة.

وفيما يأتي بيان هذه المسائل الثلاثة:

1- توجد بعض الأبحاث والكتب التي أشارت إلى بعض مفردات تلك النظريات لكن لم أجد من جمعها في إطار متكامل كما فعل الزرقا رحمه الله تعالى مع الفقه الحنفي.

2- لست أعني تغييراً إيجابياً أو سلبياً.

المسألة الأولى: إثبات اللزوم في العقود الناقلة للملكية

إن مما تميزت به نظرية العقد عند المالكية إثبات اللزوم في العقود الناقلة للملكية، أي أن الأصل في هذه العقود اللزوم وعدم جواز الفسخ كإطار عام، إلا ما اقتضى الأمر عدم لزومه في بعض الصور والأحوال.

وقد كانت هذه الميزة عند المالكية ظاهرة وجليّة في كافة العقود الناقلة للملكية، وأهمها: البيع والإجارة، والحوالة، والإعارة، والهبة، والقرض، بل أضافوا إليها عقد الشركة أيضًا لكونه عندهم متضمنًا للبيع، وهو رأس العقود الناقلة للملكية، كما سيأتي بيانه، فافتضى ذلك أن يقولوا بلزوم عقد الشركة، كما أضافوا إليها عقد الرهن؛ لكونه عقدًا تبعيًا يرتبط غالبًا بالعقود الناقلة للملكية، مما اقتضى القول بلزومه عندهم أيضًا، بل ذهب المالكية إلى القول بلزوم الإيجاب في العقود اللازمة مادام مجلس العقد قائمًا ولم يرفض العاقد الآخر إيجاب الأول.

فتقرر عند المالكية أن العقد إن كان ناقلاً للملكية أو متضمنًا لمعنى نقل الملكية كالشركة أو مرتبطًا به كالرهن فهو عقد لازم، بل يلزم الإيجاب منفردًا فيما كان عقدًا لازمًا⁽¹⁾.

أما الحنفية، فلم يجعلوا نقل الملكية مقتضى للزوم العقد، بل قرروا أن اللزوم أو عدمه في العقود الناقلة للملكية مبني على طبيعة العقد وخصائصه، ففرقوا بين نوعي العقود الناقلة للملكية: المعاوضات والتبرعات، فما كان معاوضة صرفة حكموا بلزومه، وما كان تبرعًا أو ظهر فيه جانب التبرع قضوا بعدم لزومه.

وعليه، نجد أن خلاف الحنفية والمالكية في العقود الناقلة للملكية يتمحور فيما كان من عقود التبرعات، إضافة إلى عقدي الشركة والرهن، ولهذا فقد ذهب المالكية إلى لزوم هذه العقود التي لم يقل بلزوم أكثرها باقي الفقهاء والمذاهب الفقهية الأخرى.

ولتوضيح ذلك أضرب أمثلة لأهم هذه العقود التي يكاد يختص المالكية بالقول بلزومها، وهي: عقد الهبة والإعارة والقرض والرهن والشركة، ولزوم الإيجاب منفردًا في العقود اللازمة، وفيما يأتي بيان ذلك:

1. عقد الهبة

نظر الحنفية إلى طبيعة عقد الهبة وتكوينه فرأوه تبرعًا محضًا، فلم يقولوا بلزومه أبدًا حتى بعد القبض، إلا إذا هلك الموهوب أو استهلك، أو كانت الهبة بين زوجين أو رحم محرّم ونحوها⁽²⁾.

1- استثنى المالكية من ذلك عقد الوصية، فرغم أنه من العقود الناقلة للملكية إلا أنهم قالوا بعدم بلزومه؛ لأنه عقد مخالف للأحكام والقواعد المنظمة للعقود بشكل عام، ومن ذلك: عدم اشتراط اتحاد مجلس العقد حيث قد يصل الانفصال بين الإيجاب والقبول إلى سنوات، كما أن انعقاده يكون بعد موت الموجب أي بعد انقضاء أهليته، كما أن رد الموصى له الوصية في حياة الموصي لا يبطل إيجابه، وغير ذلك كثير، فجاءت كثير من أحكامه مستثنية من القواعد العامة المنظمة للعقود لورود النصوص الثابتة على تلك الأحكام، لما فيه من المصالح الخاصة المعتبرة، ولذلك قرر المالكية في الوصية عدم لزومها.

2- انظر: البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، مطبوع بهامش فتح القدير لابن الهمام، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ، 7/ 129.

أما المالكية، فنظروا إلى كونه عقداً ناقلاً للملكية، فقررنا لزومه دون نظر إلى كونه تبرعاً أو نحوه، قال ابن رشد عن الهبة: "الذي ذهب إليه مالك -رحمه الله- وجميع أصحابه أنها تلزم بالقول، وتجب به وتفتقر إلى الحيابة، فيُحكم على الواهب أو المُتصدِّق بدفعها ما لم يمرض أو يفلس... والحجة لمالك ومن قال بقوله في وجوبه الصدقة والهبة بالقول قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، والعقد هو الإيجاب والقبول، وذلك موجود في مسألتنا...، ومن طريق المعنى: فإن الصدقة والهبة لو لم ينعقدوا بالقول، لما لزمنا بالقبض؛ لأن مجرد القبض إذا أُلغي القول ولم يُجعل له حكم لا يوجب الصدقة ولا الهبة، ففي اتفاقنا على لزوم الصدقة والهبة بالقبض، دليل على انعقادهما بالقول، إذ القبض لا بد أن يكون تالياً لعقد متقدم، ومتى لم يكن تالياً لعقد متقدم، لم يوجب حكماً بانفراده"⁽¹⁾.

وقال عليش: " (وحيز) أي أخذ الموهوب من واهبه بإذنه، بل (وإن) كان حوزة (بلا إذن) من واهبه لخروج الموهوب من ملكه وصيرورته ملكاً للموهوب له وما لا من أمواله إذا قبَّله، (و) إن امتنع الواهب من دفعه للموهوب له (أُجبر) الواهب (عليه) أي تسليمه للموهوب له لذلك...، إذ يُقضى بذلك على الواهب إن منعه إياها"⁽²⁾.
فيظهر من هذين النقلين وخصوصاً كلام ابن رشد أن مَرَدَّ لزوم الهبة كونه عقداً يتبعه قبض على وجه التملك، أي عقداً ناقلاً للملكية، فافتضى أن يثبت اللزوم بالقول لكون الأحكام عائدة إليه، لا بالقبض الذي تمحض فعلاً مجرداً، فلا يصح إسناد اللزوم إليه.

2. عقد الإعارة

نظر الحنفية إلى طبيعة هذا العقد فوجدوا أن المُعير متبرع بالمنفعة، وله أن يرجع عن تبرعه بتمليك المنفعة للمستعير متى شاء؛ لأنها مؤقتة جزماً، وفي المقابل نظروا إلى المستعير فوجدوا أنه منتفع بالمنفعة، وله أن يرجع عن هذا الانتفاع، ويُعيد العين المُستعارة متى شاء، وبناء على ذلك حكموا بعدم لزوم عقد الإعارة مطلقاً نظراً لهذه الطبيعة الخاصة في هذا العقد.

يقول ابن مازة مبيِّناً ذلك: "العاريَّة تبرع لا يتعلق به اللزوم"⁽³⁾. ويقول المرغيناني: "العاريَّة جائزة؛ لأنها نوع إحسان"⁽⁴⁾. ويقول الكاساني: "المملك الثابت للمستعير ملكٌ غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازماً كالمملك الثابت بالهبة، فكان للمعير أن يرجع في العاريَّة سواء أطلق العاريَّة أو وقَّت لها وقتاً"⁽¹⁾.

1- ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 520هـ)، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1988م، 2/408.

2- عليش، محمد بن أحمد (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، طبعة 1989م، 8/182.

3- ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م، 7/478.

4- المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدئ، دار احياء التراث العربي، بيروت، 3/218.

بل ذهب الحنفية إلى أبعد من ذلك مقررين أنّ اللزوم في عقد الإعارة يتناقض مع مقتضاه، فرتّبوا على ذلك عدم جواز أن يقوم المستعير بتأجير العين المستعارة لطرف ثالث رغم ثبوت ملكيته لمنفعة العين ملكية مؤقتة إلى حين، ومع ذلك لا يملك تأجيرها في تلك المدة، يقول الكاساني مبيناً ذلك: "إنها [العاريّة] عقد جائز غير لازم، ولهذا المعنى لا يملك [المستعير] الإجارة؛ لأنها عقد لازم والإعارة عقد غير لازم، فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم، أو سلب صفة اللزوم عن اللازم، وكل ذلك باطل"⁽²⁾.

أما المالكية، فلم ينظروا إلى هذا المعنى أبداً، بل نظروا إلى أمر آخر وهو كونه تعاقداً قائماً على نقل الملكية، إلا أنهم اختلفوا في قوة لزومه وشموله أحواله أو بعضها، فرأى متأخرو المالكية أن الملكية المنقولة ملكية منفعة لا ملكية عين، فقررروا لزومه في أحوال دون أخرى، فذهبوا إلى لزومه في الأحوال التي يتقوى فيها جانب التعاقد، كأن وُجد عقد الإجارة مقيداً بعمل أو أجل، فحينئذ يصبح العقد لازماً عندهم، أما إن كان عقد الإجارة مطلقاً، فهذا يُضعف جانب التعاقد حيث لا يظهر ذلك قصداً للمتعاقدين، فقررروا عدم لزومه حينئذ، وهذا هو القول المعتمد عند المالكية على ما قرره المتأخرون، يقول الدردير: "ولزمت) الاستعارة (المقيدة بعمل) كطحن إردب أو حملة لكذا أو ركوب له (أو أجل) كأربعة أيام أو أقل أو أكثر (لانقضائه) أي العمل أو الأجل، فليس لربها أخذها قبله، سواء كان المُستعار أرضاً لزراعة أو سكنى أو لوضع شيء بها أو كان حيواناً لركوب أو حمل أو غير ذلك أو كان عرضاً. (وإلا) يكن تقييد بعمل أو أجل بل أطلقت (فلا) تلزم، ولربها أخذها متى شاء ولا يلزم قدر ما تُراد لمثله عادة على المعتمد"⁽³⁾.

أما القول الآخر فهو لزوم الإجارة مطلقاً، سواء أكانت مقيدة بعمل أو أجل، أم مطلقة عن العمل والأجل، لكن يُقيد لزومها إلى ما يتحقق به الانتفاع عادة، وهذا القول سار عليه خليل في متنه فقال: "ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتاد"، وقال الخرشي شارحاً متنه: "يعني أنّ العاريّة إذا كانت مقيدة بعمل كزراعة أرض بطناً فأكثر مما لا يخلف كقمح أو مما يخلف كقصب، أو بأجل كسكنى دار شهراً مثلاً، فإنها تكون لازمة إلى انقضاء ذلك العمل أو الأجل، وإن لم تكن مقيدة بعمل ولا بأجل كقوله: أعرتك هذه الأرض أو هذه الدابة أو هذه الدار أو هذا الثوب وما أشبه ذلك، فإنها تلزم إلى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة؛ لأن العادة كالشرط"⁽⁴⁾.

1- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1986م، 6/216.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/215.

3- الدردير، أحمد بن محمد (ت: 1201هـ) الشرح الصغير لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف، بدون معلومات الطبع، 3/577.

4- الخرشي، محمد بن عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون معلومات الطبع، 6/126.

إلا أن الطرفين اتفقوا على أن اللزوم يكون بالعقد لا بالقبض كما نص على ذلك ابن شاس قائلًا: "هي لازمة أيضًا بالقول والقبول، وليس له الرجوع فيها"⁽¹⁾.

ويلاحظ أن القول الآخر -غير المعتمد- يُبنى اللزوم فيه على مراعاة الجانب التعاقدى في الإعارة وأنه تمليك منفعة وهو عقد ناقل للملكية، دون تفرقة بين التقييد والإطلاق فيحكم بلزومه في الحالتين.

بينما يُبنى اللزوم في القول المعتمد على ظهور جانب التعاقد وقوته في حالة التقييد بالعمل أو بالأجل دون حالة الإطلاق، أي أن التقييد يُظهر أن العقد تمليك منفعة لا بإاحتها، فكان ذلك تعاقداً جلياً حيث يكون التقييد دالاً على أن مراد العاقدين تمليك المنفعة. وهذا بخلاف حالة الإطلاق حيث يضعف جانب التعاقد الدال على التمليك، فالإعارة المطلقة وإن أخذت صورة العقد إلا أنها أقرب إلى كونها إباحة منفعة وحق انتفاع، لا تمليك منفعة على وجه الاختصاص الحاجز للمانع للغير، فحكموا بعدم لزومها حينئذ.

وقد بيّن القرافي هذا المعنى فيمن أعار أرضه لغيره إذا نصّ العاقدان على أجل أو عمل، ثم أراد المُعير إخراج المستعير من الأرض، قائلًا: "ليس لك إخراجها ههنا قبل الأجل وإن أعطيته قيمته [أي البناء أو الغرس] قائماً، توفيةً بالشرط، ولو لم يَبْنِ ولم يغرس، ولو لم تضرب أجلاً كان لك؛ لأن التحديد يُقوّي مالك المنفعة، وتعيّنه مراد لكما"⁽²⁾، أي أن تحديد الإعارة وتقييدها بالأجل أو العمل يُقوّي جانب ملكية المُستعير للمنفعة، وتعيّن هذا القيد يدل على أن ذلك مُراد للعاقدين، فوجب اعتباره ولزوم العقد حينئذ، ويفهم بدلالة مفهوم المخالفة أن عدم التحديد يضعف ملك المنفعة وكونه مراداً للعاقدين، فكانت أشبه بإباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة مما اقتضى القول بعدم لزومه حينئذ.

وهذا يظهر أن اللزوم في الإعارة عند المالكية قائم على كونها عقداً ناقلاً للملكية اتفاقاً، إلا أن الخلاف في مدى تحقق تمليك المنفعة بتمامه في حالة الإعارة المطلقة، فمن رأى ظهور التمليك في حالة الإطلاق حكم بلزومها وهو قول خليل، ومن رأى ضعف التمليك في حالة الإطلاق وغلبة جانب الإباحة عليه حكم بعدم لزومها، وهو قول الدردير، وهو ما سارت عليه الفتوى عند المتأخرين.

3. عقد القرض

نظر الحنفية إلى طبيعة عقد القرض وتكوينه فقرروا أنه أقرب إلى الإرفاق والإحسان، لذا لم يقولوا بلزومه أبداً في كل صورته، بل لو قيّد القرض بأجل، فإنه يبقى غير لازم؛ لأن القرض تبرع، ولزوم الأجل يناقض لزومها، وهو قول الدردير، وهو ما سارت عليه الفتوى عند المتأخرين.

1- ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم (ت: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م، 3/860.

2- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م، 6/212.

كونه تبرعاً، فلم يصح اشتراطه أبداً، قال الكاساني: "والأجل لا يلزم في القرض، سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه، بخلاف سائر الديون، والفرق من وجهين: أحدهما: أن القرض تبرع، ألا يُرى أنه لا يقابله عوض للحال، وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع، فلو لزم فيه الأجل، لم يبق تبرعاً، فيتغير المشروط، بخلاف الديون، والثاني: أن القرض يُسلك به مسلك العارية، والأجل لا يلزم في العواري، والدليل على أنه يُسلك به مسلك العارية: أنه لا يخلو إما أن يسلك به مسلك المبادلة، وهي تملك الشيء بمثله، أو يسلك به مسلك العارية. لا سبيل إلى الأول؛ لأنه تملك العين بمثله نسيئة، وهذا لا يجوز، فتعيّن أن يكون عارية، فجعل التقدير كأن المستقرض انتفع بالعين مدة، ثم رد عين ما قبض، وإن كان يرد بدله في الحقيقة، وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين"⁽¹⁾.

أما المالكية فقد قرروا لزومه لكونه عقداً ناقلاً للملكية، فجعلوا القرض لازماً بالعقد، حيث يلزم المقرض أن يُعطي المقرض المال المقرض الذي ثبتت ملكيته إياه بالعقد كما سيأتي بيانه، كما أن اللزوم ممتد إلى ما بعد القبض، فلا يملك المقرض مطالبة المقرض ردّ المال المقرض، بل يكون عقداً لازماً إلى مدته حسب الشرط أو العادة، قال الدردير: " (ولا يلزم) المقرض (رده) لربه (إلا بشرط) عند العقد لوقت معلوم (أو عادة) فيعمل بهما، فإن لم يشترط شيئاً ولا عادة كان كالعارية المنتفى فيها شرط الأجل أو العادة، فيبقى للوقت الذي يقتضي النظر القرض بمثله"⁽²⁾. وقال عليش: " (ولم يلزم) المقرض (رده) أي القرض لمقرضه إلا بعد انتفاعه به انتفاع أمثاله"⁽³⁾. وقال المواق: " (ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة) ابن شاس: لو أراد الرجوع في قرضه مُنع، إلا بعد مضي مدة الانتفاع بالشرط أو العادة"⁽⁴⁾.

ويُفهم من كلام الدردير أن القرض لازم بالعقد لا بالقبض، وهذا ما أشار إليه الخرشي صراحة بقوله: " (ص) وملك ولم يلزم رده إلا بشرط، أو عادة (ش) يعني أن القرض يملكه المقرض بمجرد عقد القرض وإن لم يقبضه ويصير مالا من أمواله ويُقضى له به، وإذا قبضه فلا يلزمه رده لربه إلا إذا انتفع به عادة أمثاله مع عدم الشرط، فإن مضي الأجل المشترط، أو المعتاد فيلزمه رده"⁽⁵⁾.

1- الكاساني، بدائع الصنائع، 7/ 397.

2- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 296. قاس الدردير لزوم القرض المطلق على الإعارة المطلقة، وكلامه فيه نظر، حيث لم يقل الدردير بلزوم الإعارة المطلقة فلا تلزم عنده إلى ما يُنتفع بالمستعار عادة، بل يملك المعير استردادها، فكيف يقيس القرض المطلق عليها! ويمكن تأويل كلام الدردير بأن القرض المطلق كالعارية المطلقة على قول خليل، فيكون قصده قياساً على من ذهب إلى لزوم الإعارة المطلقة حيث قَوِيَ عندهم وجه التملك فحكموا بلزومها، فيقاس عليها القرض المطلق حيث لا خلاف في كونه تملكاً صرفاً.

3- عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 5/ 507.

4- المواق، محمد بن يوسف (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م، 6/ 533.

5- الخرشي، شرح مختصر خليل، 5/ 232.

فقوله: "ويُقضى له به" دلالة واضحة على لزومه بالعقد، وهذا ما أشار إليه ابن شاس، حيث جعل آثار كل من الهبة والإعارة والقرض متماثلة، فقال في معرض كلامه عن عقد الهبة: "الحوز شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة واللزوم إذا ثبتا بوجود السبب، وكذلك يُجبر الواهب عليه ويحصل من غير تحويزه، بل لا يعتبر علمه به، فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم لم يشترط رضاه، لأنه لو منعه قُضي عليه به وكذلك لو قهره عليه لصح له بذلك ... وعقود المرافق، مثل العارية والقرض، كالهبة في ذلك"⁽¹⁾.

وعليه فإن المالكية نظروا إلى القرض بكونه عقداً ناقلاً للملكية، فاقترضى القول بلزومه بالعقد، فإن قُيد بأجل يكون لازماً إلى الأجل المذكور، وإلا كان لازماً إلى المدة التي ينتفع بها عادة، مخالفين بذلك نظرة الحنفية المبنية على النظر إلى كونه عقد إحسان وإرفاق، فحكموا بعدم لزومه مطلقاً.

ومما ينبغي التنبيه إليه، أن المالكية لم يختلفوا في القرض المطلق عن شرط الأجل، فقرروا لزومه قولاً واحداً بلا خلاف بينهم، أما العارية المطلقة عن قيد الأجل أو العمل، فقد وقع فيها الخلاف بينهم على ما سبق بيانه، والسبب في ذلك يعود إلى كون القرض تمليكاً صرفاً سواء أكان مقيداً بشرط الأجل أم مطلقاً عنه، فهو عقد تمليك للمال المقترض، لا خلاف في ظهور هذا التمليك وجلاته عندهم، لذلك لم يقع خلاف في لزوم القرض المطلق، أما العارية فاتفقوا على لزوم الإعارة المقيدة بأجل أو عمل؛ لظهور وجه تمليك المنفعة فيها، بخلاف العارية المطلقة حيث كانت أقرب إلى الإباحة عند الدردير وعموم المتأخرين، فحكموا بعدم لزومها، أما خليل فحكم بلزومها لظهور جانب التمليك عنده على ما سبق بيانه.

وبهذا، فقد تقرر أن مدار اللزوم عند المالكية على كون العقد ناقلاً للملكية سواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع، فيلزم العقد إذا ما ظهر فيه التمليك، وسواء كان تمليك عين أو تمليك منفعة.

4. عقد الشركة

ذهب الحنفية إلى أن عقد الشركة عقد غير لازم؛ لأنه لا يشتمل على معنى التمليك والمعاوضة، فكل شريك يملك حصته من مال الشركة على الشيوع بعد تمامها، فلا وجود للمعاوضة في هذا العقد، لكنه يشتمل على التوكيل، حيث يكون كل شريك وكيلاً في حصص باقي الشركاء بحكم عقد الشركة الذي يقتضي وجود الوكالة، والوكالة المجردة لا يُتصور فيها اللزوم؛ لأنها عبارة عن إثبات حق التصرف للغير في مال الموكل بأمره، وله أن يعزله متى شاء، لذا كانت الشركة تقتضي عدم لزومها عند الحنفية، وهي نظرة قائمة على طبيعة هذا العقد وخصائصه⁽²⁾.

1- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 3/ 979.

2- انظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت: 1252 هـ)، رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1992 م، 4/ 327.

ومعنى عدم اللزوم عند الحنفية أنَّ العقد لا يلزم قبل تمامه كما لا يلزم بعده عند التصرف في مال الشركة، فإذا فسخ أحد الشركاء وجب تنضيض المال، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف بالمال إلا تنضيضاً، وإلا كان ضامناً.

أما عند المالكية، فإن الشركة لازمة بالعقد مطلقاً، حتى قبل خلط المالين، قال الخرشي: "(ص) ولزمت بما يدل عرفاً (ش) يعني أن الشركة تلزم بمجرد القول على المشهور، وقال ابن رشد مذهب ابن القاسم وروايته في المدونة أنها تنعقد باللفظ، فقوله بما يدل عرفاً من قول كاشتركتنا، أو فعل كخلط المالين والتَّجْرَ فيهما، فلو أراد أحدهما المفاصلة فلا يجاب إلى ذلك مطلقاً"⁽¹⁾. وقال الدردير: "(ولزمت به) أي بما يدل عليها من صيغة لفظية أو غيرها، لفظية كشاركني، فيرضى الآخر بسكوت أو إشارة أو كتابة، فليس لأحدهما المفاصلة قبل الخلط إلا برضاها معاً على المشهور المعول عليه"⁽²⁾.

بل ذهبوا إلى أن تلف رأس المال قبل خلطه، لا يمنع لزوم العقد، قال الدردير: "إذا تلف شيء قبل الخلط -وقلنا ضمانه من ربه فقط- فالشركة لم تنفسخ لما علمت أنها لازمة بالعقد"⁽³⁾. ولذلك لا يُلزم الشركاء بتنضيض المال إذا أراد أحد الشركاء فسخ العقد، بل يُلزَمُهُ إتمامُ العقد إلى غايته إن كانت الشركة مؤقتة أو مقيدة بعمل.

وإنَّ القول باللزوم عندهم مبني على كون عقد الشركة متضمناً للبيع، على سيأتي بيانه لاحقاً في موضعه، مما اقتضى أن يكون عقد الشركة ضمن العقود الناقلة للملكية، وعليه كان عقد الشركة من العقود اللازمة عند المالكية.

5. الرهن

ذهب الحنفية إلى أن الرهن لا يلزم المدين الراهن بالعقد بل بالقبض؛ وذلك لأن الرهن قبل القبض في حكم الهبة، فكان له الرجوع عنه، قال الحصكفي: "(وينعقد بإيجاب وقبول) حال (غير لازم)، وحينئذ فللراهن تسليمه والرجوع عنه، كما في الهبة، (فإذا سلمه وقبضه المرتهن) حال كونه (محوذا) لا متفرقاً، كثمر على شجر (مفرغاً) لا مشغولاً بحق الراهن كشجر بدون الثمر (مميزاً) لا مشاعاً ولو حكماً بأن اتصل المرهون بغير المرهون خلقة كالشجر وسيوضح (لزم) أفاد أن القبض شرط اللزوم"، وقد بين ابن عابدين وجه عدم لزومه قبل القبض لكونه تبرعاً، فقال: "قوله (غير لازم)؛ لأنه عقد تبرع؛ لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً"⁽⁴⁾.

1- الخرشي، شرح مختصر خليل، 6/39.

2- الدردير، الشرح الصغير، 3/457.

3- الدردير، الشرح الصغير، 3/463.

4- الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ومعه حاشية ابن عابدين، 6/478.

أما المالكية، فهو عقد لازم على الراهن بالعقد قبل القبض، قال الدردير: "ولزم) الرهن بمعنى العقد (بالقول) أي الصيغة، فللمرتهن مطالبة الراهن ويُقضى له به"⁽¹⁾. والسبب في لزومه عندهم قياسه على العقود اللازمة الناقلة للملكية كالبيع والهبة، قال ابن رشد الحفيد: "وعمدة مالك: قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول"⁽²⁾. وقال المازري في تعليل لزوم الرهن بالعقد وقبل القبض: "يلزم بمجرد القول كما يلزم البيع بمجرد القول... وهذا الاختلاف مبني على ما اشتهر من الخلاف في الهبة... وعندنا أنها تلزم بمجرد القول، وكذلك الرهن"، ثم أشار المازري إلى تبعية عقد الرهن للعقد الناقلة للملكية مما اقتضى القول بلزومه فقال: "والبيع يلزم بالقول عندنا، أو بالقول والافتراق، فيجب أن يجري الرهن الذي هو تابع البيع مجرى متبوعه، فيلزم بالقول، ولا يفتقر إلى القبض كالبيع"⁽³⁾.

فهذه النصوص تدل بشكل جلي وواضح أن منشأ اللزوم بالعقد قبل القبض في عقد الرهن التصاقه وشبهه بالعقد الناقلة للملكية كالبيع والهبة، وأن تبعية الرهن لهذه العقود اقتضت القول بلزومه بالعقد لا بالقبض.

6. لزوم الإيجاب قبل صدور القبول

إن مما تميز به المالكية قولهم بلزوم الإيجاب قبل صدور القبول في عقد البيع وغيره من عقود اللازمة، حيث خالف المالكية جمهور الفقهاء، فمنعوا على الموجب الرجوع في إيجابه، فيبقى لازماً إلى حين صدور القبول أو ردّ الإيجاب، وهذا يؤكد أن أساس ثبوت اللزوم التعاقدية عند المالكية يكمن في العقد نفسه بل في أجزائه قبل اكتماله.

ويعلل المالكية لزوم الإيجاب قبل صدور القبول بقولهم: إن الإيجاب لما صدر من أهله كان ذلك إثباتاً لحق الطرف الآخر بالتملك، فله أن يستعمله وله أن يرده، لذا كان الموجب ملزماً بإيجابه حتى يسقط الآخر حقه أو يستعمله، وفي هذا الاستدلال دلالة قوية على أن لزوم الإيجاب عند المالكية متجزئ من اللزوم التعاقدية وكلاهما يصدران من كونه عقداً حتى قبل اكتماله، فلا يحكمون باللزوم أو عدمه من خلال النظر إلى خصائص العقد كما فعل الحنفية.

قال الحطاب: "والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك... في كلام المقدمات الذي ذكرته فائدة أخرى، وهي: لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول،

1- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 313.

2- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة، طبعة 2004م، 4/ 57.

3- المازري، أبو عبد الله محمد بن علي (ت: 536هـ)، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، تونس، الطبعة الأولى، 2008م، الجزء الثالث، المجلد الثاني، 366-368.

وحكى القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275] في ذلك خلافاً، وظاهر كلامه أنه في المذهب رواية عن مالك، ولكن الجاري على المذهب ما ذكره ابن رشد⁽¹⁾. وقال العدوي: "إذا رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه به الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول؛ لأنه في صيغة يلزم بها الإيجاب أو القبول كصيغة ماض... فإن أتى أحدهما بصيغة ماض ورجع قبل رضا الآخر لم ينفعه رجوعه"⁽²⁾.

وبعد استعراض العقود التي يكاد ينفرد المالكية بالقول بلزومها يتقرر أن اللزوم العقدي أصل قائم عند المالكية في العقود الناقلة للملكية بكافة صورها وأنواعها: معاوضات وتبرعات، كما ظهر ذلك أيضاً في عقد الشركة لكونه متضمناً للبيع، وفي عقد الرهن لكونه مرتبطاً وتابَعاً للعقود الناقلة للملكية، فاقتضى القول بلزومهما.

1- الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد (ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1992م، 4/240.

2- العدوي، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، 7/5.

المسألة الثانية: نشوء آثار العقد وثبوتها

إن من أشد الاختلافات الجوهرية بين الحنفية والمالكية في نظرية العقد ما ذهب إليه كلٌّ منهما في سبب ووقت ثبوت آثار العقد، حيث قرر كل من المذهبين طريقاً مختلفاً عن الآخر.

وأعرض أولاً مذهب الحنفية في المسألة بشكل موجز، ثم أعرض مذهب المالكية بشيء من البيان؛ لأن مقابلة المنهجين في هذه المسألة لا تتجلى إلا من خلال العرض المنفصل.

أولاً: مذهب الحنفية

يُقسَم الحنفية العقود بالنظر إلى سبب ووقت ثبوت آثارها، أي من حيث بدء ترتب أحكامها وآثارها إلى عقود عينية، وعقود صيغية، وفيما يأتي بيانها:

أ. العقود العينية

العقود العينية هي التي يُشترط لتمامها تسليم المعقود عليه، فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها، فلا يكفي فيها الصيغة لتمامها وثبوت أحكامها، وهي خمسة عقود عند الحنفية: الهبة والإعارة والقرض والرهن والإيداع، فهذه العقود لا تبدأ آثارها إلا بالقبض، ولا يكون العقد كافيًا في إيجاد آثارها وتحققها، فكانت الصيغة عديمة الأثر حتى يلتحق بها القبض، فيتم العقد به، فكان التنفيذ هو المولد لآثار العقد، فإن تجردت الصيغة عن التنفيذ فقدَّ العقد قيمته.

ولتوضيح ذلك أبين كيفية ثبوت آثار تلك العقود عند الحنفية:

1. عقد الهبة: ذهب الحنفية إلى أن ملكية الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له إلا بقبض المال الموهوب، فالصيغة المجردة لا يترتب عليها أي أثر، ولا ينتج عنها شيء، فإذا قبض الموهوب له المال انتقلت الملكية حينئذ إليه، وقد نص الحنفية على أن القبض شرط صحتها، فلا تكون صحيحة إلا بالقبض، قال التمرتاشي: "وشرائط صحتها... في الموهوب أن يكون مقبوضاً"⁽¹⁾. وقال الكاساني: "والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه"⁽²⁾، بل ذهب بعضهم إلى أن القبض ركن في الهبة، وهو قول زفر⁽³⁾.
2. عقد الإعارة: ذهب الحنفية إلى أن الإعارة تملك منفعة، لكنها لا تُملك بالعقد بل بالقبض، فيجعلون القبض شرط صحة في الإعارة، فلا تثبت آثارها إلا به، قال الكاساني في معرض ذكره شروط الإعارة: "ومنها القبض من المستعير؛ لأن الإعارة عقد تبرع، فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة"⁽⁴⁾. فيثبت ملك

1- التمرتاشي، تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار للحصكفي، ومعه حاشية ابن عابدين، 5/ 688.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 123.

3- انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 115.

4- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 214.

المنفعة في عقد الإعارة عند الحنفية بالقبض، وهذا عندهم بخلاف الإجارة التي تثبت ملكية المنفعة فيها بالعقد؛ لأن الإجارة بيع منفعة، فأخذت حكم البيع عندهم.

3. عقد القرض: ذهب الحنفية إلى أن عقد القرض لا تثبت آثاره إلا بالقبض، بمعنى أن الملكية تثبت للمقرض بالقبض، قال الحصكفي: "(ويملك) المستقرض (القرض بنفس القبض عندهما) أي الإمام ومحمد"⁽¹⁾، أي أن القول المعتمد عند الحنفية أن المال المقرض يُملك بالقبض، أما القول الثاني فيُملك بالاستهلاك، أي جاز أن يسترد المقرض المال المقرض من المقرض إن كان قائماً؛ لأنه باقٍ على ملكه.

4. عقد الرهن: ذهب الحنفية إلى أن الرهن لا تثبت آثاره إلا بالقبض، فلا يملك المرتهن حق حبس المال المرهون إلا بعد قبضه، لعدم لزومه قبل ذلك، وقد ذكرت نصوصهم عن الرهن في المسألة السابقة.

5. عقد الإيداع: نص الحنفية على أن شرطه القبض، ولا أثر له قبل ذلك، قال ابن مازة: "وشرطه كون العين ماثلاً لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ، وحفظ الشيء لا يتأتى إلا بعد إثبات اليد عليه"⁽²⁾.

فهذه العقود الخمسة عند الحنفية لا يترتب عليها أي أثر إلا عند تنفيذها، فكانت صيغتها المجردة عديمة الأثر، وقد اصطلح على تسميتها بالعقود العينية؛ لأن الآثار مرتبطة بالعين محل العقد، لا بالصيغة.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن تسميتها بالعقود العينية ليست اصطلاحاً للحنفية، فهم لم يسموها بذلك ولم يصطلحوا على جعلها قسماً للعقود الصيغية، لكنها نظرة وتأصيل فقهي موجود عندهم، وجارٍ على طريقتهم ومُخرَج على أصولهم، وإن لم يسموها بهذه التسمية أو يذكروا هذا التقسيم، وهذا ما أشار إليه الزرقا رحمه الله تعالى⁽³⁾، وقد اعتمد فقهاء القانون هذه النظرة، وسمّوا هذه العقود بالعقود العينية⁽⁴⁾، فكانت تسمية خاصة بهم⁽⁵⁾.

ب. العقود الصيغية أو غير العينية

العقود الصيغية أو غير العينية هي التي تنشأ آثارها ويبدأ ثبوت تلك الآثار ووجودها بالعقد، أي بالصيغة، حيث لا يتوقف نشوء وثبوت هذه الآثار على أمر لاحق كتسليم المعقود عليه أو تصرف فيه ونحوه.

1- الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ومعه حاشية ابن عابدين، 5/ 164.

2- ابن مازة، المحيط البرهاني، 5/ 527.

3- الزرقا، مصطفى أحمد (ت: 1999 م)، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى، 1998 م، 1/ 419.

4- يدعي فقهاء القانون أن فكرة العقود العينية مستمدة من القانون الروماني وأنها فكرة متطورة من العقود الشكلية، وهذه الأخيرة هي التي تتطلب لتمامها وتحقق آثارها وجود شكل من أشكال التعاقد كمراسيم خاصة أو توثيق بطريقة معينة، وأرى أن هذه الدعوى غير وجيهة، ففكرة العقود العينية موجودة في الفقه الإسلامي بل متجذرة في أكثر المذاهب الفقهية وخصوصاً الحنفية، وقد كان الفقه الإسلامي حاضراً في العالم كله وحاكماً لأكثره ما يربو على الألف سنة، لذا فإن دعوى عدم استمداد الفقه القانوني من الفقه الإسلامي محاولة بائسة لإخفاء الحقائق، ولا يمكن تقبلها.

5- انظر: السنهوري، عبد الرزاق أحمد (ت: 1971 م)، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون معلومات الطبع، 1/ 153.

ورغم إقرار الحنفية بنشوء آثار العقد وثبوتها بالانعقاد في العقود الصيغية، إلا أنهم يرون أنه نشوء غير كامل في أكثرها، حيث يبدأ نشوء تلك الآثار ويبدأ ثبوتها، لكنها لا تكتمل إلا بعد تنفيذ العقد، ولذا فإن الآثار عندهم تمرُّ بمرحلتين: مرحلة انعقاد العقد ثم مرحلة تنفيذه، وقد رتب الحنفية على ذلك أن تثبت بعض الآثار بالانعقاد، ويكتمل ثبوت باقي الآثار بالتنفيذ، وللتوضيح أذكر مثالين خالف المالكية فيهما الحنفية في وقت اكتمال ثبوت آثارهما، وهما: عقد البيع وعقد الشركة.

أما عقد البيع، فذهب الحنفية إلى أن انتقال الملكية في البيع يتحقق بالانعقاد وهو المرحلة الأولى، بينما يتأخر انتقال ضمان المبيع إلى القبض وهو المرحلة الثانية، فيثبت بالقبض -وهو التنفيذ- انتقال ضمان المبيع إلى المشتري، قال الكاساني: "أما الحكم الأصلي... فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن للحال"⁽¹⁾، وقال: "المبيع في يد البائع مضمون"⁽²⁾، وهذا ما أخذ به الفقه القانوني.

وأما عقد الشركة، فأثبت الحنفية فيه حقَّ تصرفِ الشريك في مال باقي الشركاء بالانعقاد وهو المرحلة الأولى، لكنهم لم يثبتوا في هذه المرحلة أكثر وأهم آثار عقد الشركة، وهو ملكية المال -محل العقد- ملكيةً مشتركة لجميع الشركاء ودخوله في ضمانهم جميعاً واشتراكهم في الربح عند تحققه، بل تبقى في مرحلة الانعقاد ملكية كلِّ مالٍ لصاحبه، ويبقى ضمانُ المالِ كلِّ على صاحبه، فإذا انتقل عقد الشركة إلى المرحلة الثانية وهي تنفيذ العقد، وذلك بوقوع التصرف من أحد الشركاء في رأس مال الشركة كله أو بعضه، فيصبح حينئذ المأل المتصرف فيه ملكيةً مشتركة بين الشركاء جميعاً، ويدخل في ضمانهم جميعاً، ولذلك ينص الحنفية على أن تمام عقد الشركة يكون بالتصرف في المال، قال الكاساني: "الشركة لا تتم إلا بالشراء، فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة، فلا تعتبر، حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما: كان الهالك من المالكين جميعاً؛ لأنه هلك بعد تمام العقد"⁽³⁾.

وهكذا يجري الأمر عند الحنفية في أكثر العقود الصيغية حيث لا تنتج الآثار كاملة بالانعقاد، بل تتدرج بدءاً بالانعقاد، وتكتمل الآثار بالتنفيذ.

ثانياً: مذهب المالكية

تميز المالكية عن غيرهم من المذاهب وخصوصاً الحنفية في سبب ووقت ثبوت آثار العقد، حيث قرر المالكية إثبات آثار العقد كاملة بالانعقاد، رافضين بذلك تقسيم الحنفية نشوء الآثار على تلك المرحلية التي أوردوها: الانعقاد ثم التنفيذ، فالأصل عند المالكية أن تثبت آثار العقد كاملة بالصيغة، فكان الانعقاد المولِّد الأساس لكافة آثار العقد إلا ما اقتضته بعض الأحوال والصور على ما سيأتي بيانه.

1- الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 233.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 238.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، 6/ 60.

وبناء على ذلك لا تظهر عند المالكية فكرة تقسيم العقود إلى عقود عينية، وعقود صيغية، حيث لا يكاد يظهر عندهم وجود لفكرة العقد العيني؛ لأن الأصل عندهم أن صيغة العقد أيًا كان نوعه مثبتة ومقررة لآثاره بشكل تام تقريبًا، فلا نكاد نجد عقدًا عينيًا.

ورغم أن الأصل عند المالكية إثبات آثار العقد كاملة بالانعقاد، إلا أنهم قرروا التفريق بين نوعي العقود الناقلة للملكية: المعاوضات والتبرعات، فقرروا في التبرعات ضرورة مراعاة المرحلية: الانعقاد والتنفيذ، لكن بشكل محدود نسبيًا، حيث جعلوا تنفيذ عقود التبرعات شرطًا لتمامها، ويقصدون بالتمام هنا استقرار الآثار لا نشوءها وإثباتها؛ لأنها ثابتة كاملة بالانعقاد، إلا أن تلك الآثار لا تستقر حتى يتم الإقباض وتنفيذ العقد.

أما عقود المعاوضات، فلم يراعِ المالكية المرحلية فيها، فلا تحتاج تلك العقود إلى تنفيذها لتتم وتستقر آثارها، فهي عقود تامة بالانعقاد، وآثارها ثابتة على وجه الكمال ومستقرة به أيضًا.

ولبيان هذه المعاني على وجه التمثيل والتفصيل لا بد من إيراد مذهب المالكية في سبب ووقت ثبوت آثار العقود، فأورد أهم تلك العقود بأنواعها المختلفة؛ نستخلص هذه المعاني المستنبطة، فأورد كلامهم في عقد البيع، والشركة، والهبة، والإعارة، والقرض، والرهن، فيظهر بذلك تميز المالكية واختصاصهم بنظرية للعقد وفق منهجية تتمايز عن غيرهم وخصوصًا الحنفية، وفيما يأتي بيان مذهبهم في سبب ووقت ثبوت آثار العقود:

1. عقد البيع

ذهب المالكية في عقد البيع إلى إثبات آثاره كاملة بمجرد الانعقاد، ولذلك قرروا أن الأصل في البيوع انتقال ملكية المبيع وضمائه معًا للمشتري بمجرد الانعقاد، فيكون المشتري مالكًا للمبيع بالانعقاد، وإذا هلك في يد البائع يقع هلاكه على المشتري، لكنهم قرروا ذلك في المبيع المعين، أما المبيع غير المعين الذي يكون من المثليات، فلا يتصور منه ذلك؛ لأن ملكية غير المعين حينما تنتقل إلى المشتري تكون ملكية غير متعينة للمشتري ثابتة في ذمة البائع، وهذه الملكية لا يتصور فيها الضمان إلا بالتعين، وذلك لا يكون إلا بالقبض.

وعليه فقد استثنى المالكية المبيع غير المعين من المثليات من الأصل الثابت عندهم في البيوع، وهو اجتماع انتقال الملكية والضمان إلى المشتري بمجرد الانعقاد.

قال الدردير: " (وانتقل الضمان) أي ضمان المبيع من بائعه (إلى المشتري بالعقد الصحيح اللازم) ولو لم يقبضه من البائع، فمتى هلك أو حصل فيه عيب بعد العقد فضمائه من مشتريه... (إلا فيما) أي مبيع (فيه حق توفية) لمشتريه وهو المثلي، ويثبت بقوله: (من مكيل أو موزون أو معدود، فعلى البائع) ضمائه (لقبضه) بالكيل أو الوزن أو العد واستيلاء المشتري عليه"⁽¹⁾.

1- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 195.

2. عقد الشركة

أثبتت المالكية في عقد الشركة آثاره كاملة بمجرد انعقاده، فأثبتوا بالعقد حقَّ تصرُّفِ الشريك في مال باقي الشركاء، وأثبتوا بالعقد أيضًا أهم وأعظم آثار عقد الشركة، وهو حصول ملكية مشتركة على الشيوع في رأس مال الشركة، فتصبح أموال الشركاء شركة ملك بينهم، ويدخل هذا المال المشترك في ضمان جميع الشركاء، فلو تلف أو هلك قبل بدء العمل أو التصرف فيه يقع ضمانه من جميع الشركاء، ولو كانت أموال الشركاء متميزة، لكنهم يشترطون عند العقد خلط رأس المال إن كان مثلياً، ويتحقق الخلط ولو حكماً بأن يكون المالان في مكان واحد وإن كانا متميزين، فإن لم يكن رأس المال مثلياً، فلا يشترط الخلط حينئذ.

قال الدردير: "(وما تلف) من مال الشركة (قبل الخلط) الحقيقي (ولو) الخلط (الحكمي، فمن ربّه) دون صاحبه، أي لا يتوقف الضمان منه على الخلط الحقيقي، بل على عدمه حقيقة أو حكماً. والحكمي: أن يكون كل مال في صرة على حدة، وجعلا في حوز واحد، كصندوق أو خزانة تحت أحدهما أو أجنبي (إن كان) مال الشركة (مثلياً) كعين. (وإلا) بأن حصل التلف بعد الخلط ولو حكماً، أو كان المال عرضاً، (فمنهما) الضمان معاً، ولا يختص برب المال، فالعرض لا يشترط فيه الخلط، كما قيد اللخمي به المدونة، ثم إذا تلف شيء قبل الخلط - وقلنا ضمانه من ربه فقط - فالشركة لم تنسخ لما علمت أنها لازمة بالعقد. (و) يكون (ما اشترى بالسالم فيبينهما) على ما دخلا عليه من مناصفة أو غيرها (وعلى رب المتلف) بفتح اللام أي المال التالف (ثمن حصته): أي ثمن ما يخصه من الشركة نصفاً أو أقل أو أكثر. (إلا أن يشترى) رب السالم بماله السالم (بعد علمه) بالتلف: أي تلف مال صاحبه (فله) الربح (وعليه) الخسر إلا أن يختار من تلف ماله الدخول معه، فله الدخول، إلا أن يدعي المشتري الأخذ لنفسه فلا دخول له معه. فمحل كونه بينهما لزوماً إذا لم يعلم بالتلف"⁽¹⁾.

ويلاحظ من النقل السابق أن الخلط في المثليات هو شرط تمام العقد، لا شرط صحة أو لزوم، ويمكن تسميته بأنه شرط ضمان حيث لا تتم الشركة ولا تتحقق الملكية المشتركة في رأس المال المثلي، ولا يدخل في ضمان جميع الشركاء قبل التصرف فيه إلا بالخلط، فإن لم يقع الخلط كان العقد صحيحاً لازماً. ورغم اشتراطهم الخلط في المثليات، إلا أنهم جعلوا التصرف بالمال قبل خلطه يقوم مقام الخلط، فيحقق حكمه ويتم العقد. وعليه فإن شركة العقد عند المالكية تتم وتثبت آثارها كاملة بالانعقاد، إن كان رأس المال من العروض، فإن كان من المثليات المتجانسة، فاشترطوا الخلط إلا أن يقع التصرف برأس المال للشركة، فإنه يقوم مقام الخلط في المال المتصرف فيه.

ويعود سبب هذا الاستثناء وهذه المخالفة للأصل الثابت عندهم - وهو ثبوت الآثار كاملة بمجرد الانعقاد - إلى أمر اقتضى اشتراط الخلط في المثليات لتتمام العقد، ذلك أن حصول شركة الملك في رأس مال

1- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 462.

الشركة بين الشركاء بمجرد الانعقاد -وهي ملكية مشتركة على الشيوع- يقتضي أن يُشتمَل عقد الشركة على المبايعة حتى يتحقق اشتراك الملكية الشائعة، ويلزم من ذلك أن تتحقق شروط البيع.

وبناء على ذلك اشترط المالكية الخلط في المثليات حصراً؛ لأنها يبيعُ متماثلات من الجنس نفسه، فلا بد فيه من المناجزة قبل تصرف كل شريك في مال الشريك الآخر، فاشترطوا الخلط ولو حكماً باعتباره صورة من صور المناجزة والقبض، فحينئذ تصح المبايعة ويقع الاشتراك في ملكية المال بين الشركاء، وهذا بخلاف العروض التي لا يشترط فيها القبض قبل التصرف فيها، لأنها ليست يبيعُ متماثلات من الجنس نفسه، ولذا ثبت الاشتراك في ملكيتها بمجرد عقد الشركة المتضمن للمبايعة، فلم يشترط خلطها.

قال اللخمي: "وذهب سحنون إلى أن الشركة لا تنعقد إلا بخلط المالين، وحَمَلَ أمرُهُما [أي الشريكان] فيما أخرجنا من الدنانير على المبايعة، وأن كل واحدٍ منهما باع نصف ملكه بنصف ملك صاحبه، وأنها مصارفة، فإذا خلطاً كان ذلك قبضاً"⁽¹⁾.

ولا بد من الإشارة إلى أن اشتراط الخلط في عقد الشركة لتمامها فيه خلافٌ متقدمٌ وروايات متعددة على قولين: قول يشترط الخلط في المثليات دون العروض، وهو المعتمد، وقول لا يشترط الخلط مطلقاً، وقد نصَّ بعض فقهاء المالكية على أن اشتراط الخلط عند من يقول به؛ لكون الشركة تتضمن المبايعة عندهم، أما من لم يشترط الخلط مطلقاً، فلِكونِ الشركة عندهم لا تتضمن المبايعة، فتثبت عند هؤلاء الملكية المشتركة في المال بمجرد العقد دون تفصيل بين المثليات وغيرها، وقد أشار اللخمي إلى بعض هذا الخلاف والروايات، حيث قال: "اختلف هل من شرطها أن يخلط المالين؟ فأجاز مالك وابن القاسم الشركة وإن لم يخلطوا واشترطوا قبل الخلط. وقال غيره: لا يجوز إلا أن يخلطوا المالين حتى يصيرا شيئاً واحداً لا يتميز، ورأى أن ذلك مبايعة نصف دينار أحدهما بنصف دينار الآخر، فغاية المناجزة الخلط"⁽²⁾. إلا أن المذهب قد استقر على التفصيل الذي نص عليه خليل والدردير على ما سبق بيانه⁽³⁾.

وعليه فإن الذي استقر عليه المذهب أن عقد الشركة يقتضي المبايعة، ولذلك فإن تأخر ترتب الاشتراك في المال المثلي إلى حين حصول الخلط خرج عن الأصل المقرر عند المالكية وهو ثبوت الآثار كاملة بالعقد، مراعاة لأصل اشتراط المناجزة في المثليات قبل التصرف فيها.

1- اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد (ت: 478هـ)، التبصرة، منشورات: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 2011م، 10/4784.

2- اللخمي، التبصرة، 10/4784.

3- انظر تفصيل هذه المسألة وما فيها من خلاف قديم: اللخمي، التبصرة، 10/4776، 4784، 4825. ابن عرفة، محمد بن محمد (ت: 803هـ)، المختصر الفقهي، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، 2014م، 13/16، 18. القرافي، الذخيرة، 8/26.

3. عقد الهبة

أثبت المالكية في عقد الهبة آثاره كاملة بمجرد انعقاده، فذهبوا إلى أن الموهوب له يملك المال الموهوب ملكية تامة بمجرد العقد، ولذلك نصوا على لزوم العقد وإجبار الواهب على تسليم المال الموهوب للموهوب له، ويُقضي بذلك؛ لأنه مال مملوك لصاحبه مما استوجب القول بلزوم العقد والإلزام بتسليم المال، لكنهم قالوا: إن القبض شرط تمام، بمعنى أن الملكية لا تستقر إلا به، ومعنى استقرار الملكية عندهم عدم تأثير الموانع في بقاء الملكية، فالملكية ثابتة للموهوب له بالعقد وقبل القبض، لكنها ملكية غير مستقرة، بمعنى أنها قد تبطل ويرجع الأمر إلى حاله الأول إن طرأ مانع من موانع استقرارها، وعليه يكون القبض شرط تمام لا شرط صحة أو لزوم، حيث يجعل القبض الملكية في حكم الاستقرار والثبات للموهوب له، فإذا طرأ مانع من موانع الهبة بعد ذلك، فإنه لا يؤثر في استقرار الملكية للموهوب له، بخلاف قبل القبض حيث تكون للموانع تأثير، فتبطل الملكية عند طرؤ أحد تلك الموانع.

قال ابن شاس في شروط الهبة: "وأما الشرط فهو الحوز... وإنما الحوز شرط في التمام والاستقرار، لا في الصحة واللزوم إذا ثبتا بوجود السبب. وكذلك يُجبر الواهب عليه ويحصل من غير تحويزه، بل لا يعتبر علمه به، فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم لم يشترط رضاه؛ لأنه لو منعه قُضي عليه به، وكذلك لو قهره عليه لصح له بذلك، نعم يشترط حصول الحوز مقارناً لصحة جسمه وعقله وقيامه وجهه"⁽¹⁾.

وقال ابن رشد: "والعقود التي تنتقل بها الأملاك تنقسم على قسمين: بعوض وعلى غير عوض. فأما ما كان منها على عوض فلا يفتقر إلى حيازة، لارتفاع التهمة في ذلك، وما كان بغير عوض كالهبة والصدقة، فمن شرط تمامه وكماله القبض عند مالك وجميع أصحابه"⁽²⁾.

وقال عليش: " (وحيز) أي أخذ الموهوب من واهبه بإذنه، بل (وإن) كان حوزة (بلا إذن) من واهبه لخروج الموهوب من ملكه وصيرورته ملكاً للموهوب له وما لا من أمواله إذا قبَّله (و) إن امتنع الواهب من دفعه للموهوب له (أجبر) الواهب (عليه) أي تسليمه للموهوب له لذلك...، إذ يُقضى بذلك على الواهب إن منعه إياها"⁽³⁾.

أما الموانع التي إذا طرأت قبل القبض، فإنها تؤثر في استقرار الملكية وتبطل بها الهبة أصلاً، فقد عدّها المالكية، وذكرها منها: " (وبطلت) الهبة (إن تأخر) حوزها (لدين محيط) بمال الواهب ولو بعد عقدها... (أو) (وهب لثان وحاز) قبل الأول، فلثاني لتقوي جانبه بالحيازة... (أو أعتق الواهب) قبل الحوز، أو كاتب، أو دبر

1- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 3/ 979.

2- ابن رشد، المقدمات الممهدة، 2/ 409.

3- عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 8/ 182.

بطلت، علم الموهوب له بعقد الواهب أم لا (أو استولد) الواهب الأمة الموهوبة ... (أو استصحب) الواهب (هدية) لشخص في سفره لمحل هو به، ثم مات (أو أرسلها) له مع شخص (ثم مات) الواهب قبل وصوله⁽¹⁾.

فيكون معنى اشتراط القبض أن هذه الموانع لا تؤثر في استقرار الملكية وثبتها للموهوب له تامة بعد القبض، بخلاف قبله، فيكون القبض بذلك شرط تمام.

4. عقد الإعارة

وافق المالكية الحنفية في أن الإعارة تملك منفعة، لكنهم أثبتوا الملكية بالعقد لا بالقبض، إلا أنهم جعلوا القبض شرطاً لتمام الملكية واستقرارها كما هو الحال في الهبة، قال ابن شاس في معرض كلامه عن عقد الهبة: "يُشترط حصول الحوز مقارناً لصحة جسمه وعقله وقيامه وجهه، كما يأتي تفصيل ذلك، وعقود المرافق مثل العارية والقرض، كالهبة في ذلك"⁽²⁾.

أي أن العارية لها حكم الهبة من حيث اشتراط القبض لتمام الملكية واستقرارها، ويفهم من ذلك أيضاً أن المستعير يملك إجبار المعير على تسليم العين المستعارة، كالهبة، فهي لازمة بالعقد، يقول ابن شاس عن الإعارة: "هي لازمة أيضاً بالقول والقبول، وليس له الرجوع فيها"⁽³⁾.

5. عقد القرض

نص المالكية على أن ملكية المال المقترض تتحقق بالعقد، فيصير المقترض مالكا للمال بمجرد العقد، وإن لم يقبضه، قال الخرشي: "(ص) ومَلَك، ولم يلزم رده إلا بشرط، أو عادة (ش) يعني أن القرض يملكه المقترض بمجرد عقد القرض، وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويُقضى له به، وإذا قبضه، فلا يلزمه رده لربه، إلا إذا انتفع به عادة أمثاله، مع عدم الشرط، فإن مضى الأجل المشترط، أو المعتاد فيلزمه رده"⁽⁴⁾.

ومرّد هذا القول عند المالكية أن آثار العقد أيّاً كان نوعه تثبت آثاره كاملة بمجرد الانعقاد، وبناء على ذلك قرروا ملكية المال المقترض للمقترض، وتكون في ذمة المقترض لازمة بالعقد، بل يُقضى على المقترض بتسليم المال في حال امتناعه، ويكون عقداً لازماً إلى مدته المشروطة، فإن لم تذكر مدة في العقد فتُقدر المدة التي ينتفع بها عادة، وتكون لازمة على المقترض.

1- الدردير، أحمد بن محمد (ت: 1201 هـ) الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون معلومات الطبع، 4/ 102.

2- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 3/ 979.

3- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 3/ 860.

4- الخرشي، شرح مختصر خليل، 5/ 232.

مع التنبيه إلى أن المالكية يشترطون القبض لتمام عقد القرض، فلا تكون ملكية المال للمقترض ملكية تامة مستقرة إلا بالقبض، فإن طرأ أحد الموانع بطل عقد القرض على النحو السابق بيانه في الهبة والعارية، قال ابن شاس في معرض كلامه عن عقد الهبة: "يُشترط حصول الحوز مقارناً لصحة جسمه وعقله وقيامه وجهه، كما يأتي تفصيل ذلك، وعقود المرافق مثل العارية والقرض، كالهبة في ذلك"⁽¹⁾.

6. عقد الرهن

ذهب المالكية إلى ثبوت آثار عقد الرهن بالصيغة، حيث يملك المرتهن حق حبس المال المرهون بمجرد الانعقاد، وترتب على ذلك أن يكون عقد الرهن لازماً على المدين الراهن، وللمرتهن أن يطالب الراهن بتسليم المرهون، وإن امتنع الراهن عن التسليم، فللمرتهن إجباره قضاء على ذلك، لكن المالكية يشترطون القبض لتمام عقد الرهن، حيث لا يستقر حق الحبس إلا بالقبض، فإن طرأ مانع قبل القبض كإفلاس الراهن أو موته، سقط حق المرتهن في المال المرهون، ولذا كان القبض مُتَمِّماً لعقد الرهن، ويكون المرتهن بالإقباض حينئذ أولى من الغرماء في المال عند إفلاس الراهن أو موته.

قال الدردير: "ولزم) الرهن بمعنى العقد (بالقول) أي الصيغة، فللمرتهن مطالبة الراهن ويُقضى له به. (ولا يتم) الرهن (إلا بالقبض)، فقبله يكون أسوة الغرماء، وبعده يختص به المرتهن عنهم وعن غيرهم كمؤن التجهيز"⁽²⁾.

وقال ابن شاس: "وأما حكم القبض، فليس يشترط في انعقاد الرهن وصحته، ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم، ثم يطلب المرتهن الإقباض ويُجبر الراهن عليه، لكن يشترط القبض في استقرار الفائدة وتمام الوثيقة؛ ليكون بقبضه أولى من الغرماء عند الفلاس والموت"⁽³⁾.

تأصيل وتقعيد

بعد هذا التجوال في آثار عقود البيع والشركة والهبة والإعارة والقرض والرهن نشوءاً وثبوتاً عند المالكية، يظهر بشكل جلي وواضح أن الأصل في العقود عندهم أن تثبت آثارها وتتقرر كاملة بالصيغة العقدية، ولا يتدرج نشوء وثبوت تلك الآثار على المرحلية التي قررها الحنفية: الانعقاد ثم التنفيذ، بل تتقرر الآثار عند المالكية كاملة بالانعقاد، فكان هو المولّد الأساس لكافة آثار العقد، إلا ما اقتضته بعض الأحوال على ما سبق بيانه.

وترتب على ذلك عدم ملاءمة فكرة العقود العينية مع نظرية العقد عند المالكية؛ لأنها ضعيفة المآخذ وباهتة الوجود في مذهبهم، فلا نكاد نجد عقداً عينياً عندهم، وأستثني من ذلك عقداً واحداً فقط، وهو عقد

1- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 3/ 979.

2- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 313.

3- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2/ 772.

الوديعة، حيث قرر المالكية عدم لزومه؛ لعدم وجود معنى التملك فيه، بل هو حفظ وضمنان عند التقصير، وردّ عند الطلب، قال ابن شاس: "وحقيقتها: استنابة حفظ المال، ... ثم للوديعة عاقبتان: ضمان عند التلف، ورد عند البقاء. أما الضمان فلا يجب إلا عند التقصير"⁽¹⁾، وهذه الأمور لا يُتصور وجودها إلا بالقبض، فكانت صيغة عقد الوديعة عديمة الأثر.

وإن إقرار المالكية بعينيّة هذا العقد دون غيره لا يستدعي وجود تقسيم العقود إلى عينية وصيغية عندهم؛ لأن العينية صفة خاصة في عقد الإيداع لا صفة ظاهرة في العقود، فلا يمكن إسناد هذا التقسيم إلى منهجهم في نظرية العقد عندهم.

وبعد أن تقرر أن الأصل عند المالكية إثبات آثار العقد كاملة بالانعقاد، لا بد من التنبيه إلى أنهم فرقوا بين نوعي العقود الناقلة للملكية: المعاوضات والتبرعات.

أما التبرعات وهي الهبة والقرض والإعارة والرهن، فقد قرروا فيها ضرورة مراعاة المرحلية: الانعقاد والتنفيذ، إلى حدّ ما، حيث جعلوا تنفيذ عقود التبرعات وذلك بقبض محلها شرطاً لتمامها، ومعنى التمام عندهم استقرار ملكية العين أو ملكية ما تعلق بها لا ثبوت تلك الملكية، بل ثبتت الملكية في عقود التبرعات بمجرد الانعقاد، وقد ترتب على ذلك أن تكون هذه العقود لازمة، ويُقضى على المُتبرّع بتسليم المعقود عليه سواء كان واهباً أو مقرضاً أو معيراً أو رهنياً، لكنها ملكية غير مستقرة قد تبطل وتزول بطروء بعض الموانع على النحو الذي سبق بيانه، فإذا تم القبض استقرت الملكية، فلا يؤثر فيها طروء شيء من تلك الموانع.

وأما عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والشركة، فرفض المالكية تجزئ نشوء آثارها، فهي عقود تامة بالانعقاد، وآثارها ثابتة على وجه الكمال ومستقرة به أيضاً، فلا تحتاج إلى تنفيذ لتتم وتستقر آثارها، إلا ما اقتضى خلافه في بعض الأحوال كبيع غير المعين، وعقد الشركة إن كان في المثليات، على النحو السابق بيانه.

وهذا ما أشار إليه ابن رشد الجد، قائلاً: "والعقود التي تنتقل بها الأملاك تنقسم على قسمين: بعوض وعلى غير عوض. فأما ما كان منها على عوض فلا يفتقر إلى حيازة، لارتفاع التهمة في ذلك، وما كان بغير عوض كالهبة والصدقة، فمن شرط تمامه وكمال القبض عند مالك وجميع أصحابه"⁽²⁾.

1- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2/ 850.

2- ابن رشد، المقدمات الممهّدات، 2/ 409.

المسألة الثالثة: التفريق بين الفساد والبطلان في العقود

اتفق المذهبان - الحنفية والمالكية - على التفرقة بين العقد الفاسد والباطل، لما رأوا أن الخلل في كل منهما مختلف عن الآخر مقداراً ونوعاً، فأوجبوا التفريق بينهما من حيث الإمضاء وثبوت الآثار، فقررُوا في الباطل إهداره، ومنعوا ثبوت آثاره، كأنه عدم، وحكموا بالتراد وما يترتب عليه من التزامات.

أما في الفاسد، فقررُوا إمضاءه وإثبات آثاره، وما ذاك إلا مراعاة لواقع تقرر وأمر تحقق، وحرصاً على استقرار المعاملات بين الناس وتقليل فسحها وإبطالها، فرأى المذهبان رفع الضرر الأشد وهو الإبطال بالضرر الأخف وهو الإمضاء رغم تحقق الخلل والفساد.

وقد صرح الحنفية بالتفريق بين العقد الفاسد والباطل في كتبهم الفقهية والأصولية، وبيّنوا نظرهم للعقد الفاسد بشكل جليّ وواضح، وقد اشتُهر هذا التقعيد والتفريق بين الفساد والبطلان قديماً وحديثاً على ما قرره مذهب الحنفية، حتى غدت نظرية خاصة بهم ونُسبت إليهم.

وقد صرح بهذا التفريق أكثر الحنفية، ومن ذلك ما قال ابن الساعاتي: "الباطل: ما لم يُشرع بأصله ولا وصفه، والفساد عند الشافعي مرادفٌ له، وعندنا مغايرٌ للباطل والصحيح"⁽¹⁾، ومنه ما قاله السمرقندي: "وأما بيان الفساد والباطل: ... فالفساد هو ما كان مشروعاً في نفسه، فإثبات المعنى من وجهه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه، بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة. والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجهه، مع وجود الصورة، إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل"⁽²⁾، وغيرهما كثير⁽³⁾.

أما المالكية، فلم يصرحوا بهذا التفريق ولم يصطلحوا عليه، بل صرّح بعضهم بترادفهما، وأن الصحة لا يقابلها إلا نوع واحد، وهو الفساد، قال ابن رشد الحفيد: "وأما في العقود، فينطلق الفساد على كل حكم لم يتضمّن أحد ما به يتم الحكم، سواء كان ذلك شرطاً أو سبباً، والصحة مقابل هذا. اللهم إلا أن أصحاب أبي حنيفة، فإنهم يخصون باسم الفساد ما كان مشروعاً في أصله ممنوعاً في وصفه، لكن قد تقدم من قولنا: إن كل ممنوع بوصفه

1- ابن الساعاتي، مظفر الدين أحمد بن علي (ت: 694هـ)، بديع النظام الجامع بين البزدوي والإحكام، تحقيق رسالة دكتوراة، جامعة أم القرى، السعودية، 1418هـ، 1/197.

2- السمرقندي، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد (ت: 539هـ)، ميزان الأصول في نتائج العقول، الناشر: مطابع الدوحة الحديثة، قطر، الطبعة الأولى، 1984م، 1/39.

3- انظر مثلاً: الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي (ت: 370هـ)، الفصول في الأصول، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1994م، 2/183. ابن أمير الحاج، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد (ت: 879هـ)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1983م، 2/155. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، بدون معلومات الطبع، 1/258.

ممنوع بأصله وعائد عليه بالفساد من جهة ما هو متصف. وبالجملة فالأحكام إنما تتصف بالصحة إذا فُعلت بالأمر والأحوال التي اشترط الشرع في فعلها، والفساد بخلاف ذلك"⁽¹⁾.

وقال الرَّجْرَاجِي: "لا فرق بين الفاسد والباطل عندنا وعند الشافعي... وأما الحنفية: فيفرقون بين الفاسد، والصحيح، والباطل، ويجعلون الصحيح غاية في الدرجة، والباطل الغاية في الدرك، والفساد متوسط بين الأصلين؛ لأخذه شبهاً (منهما)⁽²⁾، وشبهته بالباطل كون الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، كما لا يفيد الباطل قبل (القبض)⁽³⁾ وبعده، وشبهته بالصحيح في كون الفاسد يفيد الملك (بعد)⁽⁴⁾ القبض، كما أن الصحيح يفيد الملك قبل القبض وبعده"⁽⁵⁾. وقريب من ذلك أيضاً ما ذكره الشاطبي، حيث جعل البطلان مقابلاً للصحة دون إيراد تقسيم آخر⁽⁶⁾.

وممن صرّح بترادف اللفظين عند المالكية القرافي، حيث قال: "وأما في العقود، فالمراد من كون البيع صحيحاً ترتب أثره عليه. وأما الفاسد فهو مرادف للباطل عند أصحابنا"⁽⁷⁾. لكنه استدرك في موضع آخر، ونبّه إلى وجود فارق بينهما، حيث أثبت أن الترادف في الاصطلاح لا في المضمون، فقال: "وأما فساد العقود فهو خلل يوجب عدم ترتيب آثارها عليها، إلا أن تلحق بها عوارض على أصولنا في البيع الفاسد... وآثار العقود هي التمكن من البيع والهبة والأكل والوقف وغير ذلك. وأما العوارض التي تلحق بها على أصولنا، فذلك أن النهي يدل على الفساد عندنا وعند الشافعية، وعلى الصحة عند الحنفية، فطرد الحنفية أصلهم، وقالوا: إذا اشترى أمة شراءً فاسداً جاز له وطؤها، وكذلك جميع العقود الفاسدة، وطرد الشافعية أصلهم، وقالوا: يحرم عليه الانتفاع مطلقاً، وإن بيع ألف بيّع وجب نقض الجميع، ونحن خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف في المسألة، وقلنا: إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة، وهي حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها على تفصيل في ذلك في كتب الفروع، فهذه هي العوارض"⁽⁸⁾.

- 1- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 595هـ)، الضروري في أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م، ص 58.
- 2- ورد في الكتاب المطبوع (منها)، وهو خطأ والصواب ما أثبتته.
- 3- ورد في الكتاب المطبوع (الملك)، وهو خطأ والصواب ما أثبتته.
- 4- ورد في الكتاب المطبوع (قبل)، وهو خطأ والصواب ما أثبتته.
- 5- الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد (ت: 633هـ)، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2007م، ص 308/6.
- 6- انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، 1/292.
- 7- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، 1995م، ص 308/1.
- 8- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، بيروت، طبعة 2004م، ص 66.

وممن وافق القرافي على ذلك محمد الأمين الشنقيطي، حيث قال: "إن فساد العقد عكس صحته في أنه لا يترتب عليه أثر العقد؛ لأن النهي يقتضي الفساد؛ لأن المنهي عنه ليس من أمرنا وهو ﷺ قال: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)، فالمنهي عنه مردود بنصه ﷺ خلافاً لأبي حنيفة"، ثم قال: "إن المالكية خالفوا أصلهم في هذه المسألة وراعوا فيها الخلاف فقالوا: إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة أو الثمن وهي حوالة الأسواق، وتلف العين ونقصانها وتعلق حق الغير بها بنحو بيع أو رهن"⁽¹⁾.

وقد أورد ابن رشد الجدل كلاً ما يدل على التفرقة بين عقدي البيع الباطل والفساد بشكل واضح وجلي، حيث أظهر اختلافهما في الآثار والأحكام، فقال: "إن باع السلاح من العدو، أو ممن يناوئ المسلمين ويخرج به عليهم، أو ممن يحمل ذلك إليهم وهو عالم بذلك، ومضى ذلك وفات، ولم يعلم من باعه منه ولا قدر على رده، فقد اختلف فيما يلزمه بينه وبين ربه في التوبة من ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يلزمه أن يتصدق بجميع الثمن، وهذا على القول في أن البيع غير منعقد، وأنها باقية على ملكه؛ لوجوب رد الثمن على هذا القول إلى المبتاع إن علمه، والصدقة به عليه إن جهله كالربا، والثاني: أنه لا يلزمه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمته لو بيع على وجه جائز، وهذا على القول بوجوب فسخ البيع في القيام وتصحيحه بالقيمة في الفوات. والثالث: أنه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منه إلا على وجه الاستحباب مراعاة للاختلاف، وهذا على القول بأن البيع إن عُثر عليه لم يفسخ، ويباع على المبتاع"⁽²⁾.

فيلاحظ أن تخريج ابن رشد القول الأول على أنه في حكم غير المنعقد؛ لأن الثمن غير مملوك للبائع، ووجوب رده إن علم صاحبه وإلا تصدق به، فهذا هو معنى البطلان بعينه، أما القول الثاني والثالث، فقد خرجهما على الإمضاء بالقيمة في القول الثاني، والإمضاء بالثمن في القول الثالث؛ وذلك لفوات المبيع فيهما، وهذا هو معنى الفساد بعينه، لكن بين ابن رشد أن القول الثاني لم يراع أصحابه خلاف الشافعية في المسألة فمضى البيع بالقيمة عندهم، أما القول الثالث فمضى البيع بالثمن مراعاة لخلاف الشافعية.

فيلاحظ أن تفرقة ابن رشد بين تخريج القول الأول من جهة والقول الثاني والثالث من جهة أخرى يدل على وجود تباين بين العقد الفاسد والباطل عند المالكية.

وعليه، فرغم إنكار بعض المالكية التفرقة بين العقد الفاسد والباطل اصطلاحاً، إلا أن الثابت وجود تقييد خاص لمذهب المالكية في نظرية الفساد في العقود، فهم يفرقون عملياً بين العقد الفاسد والباطل، وإن لم يصرحوا

1- الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد (ت: 1393 هـ)، نشر الورود شرح مراقبي السعود، دار عالم الفوائد، منشورات مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ص 36.

2- ابن رشد الجدل، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 520 هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1988 م، 4/ 174.

بهذا التفريق ويصطلحوا عليه، فللعقد الفاسد عندهم نظرية متكاملة الأركان، تقوم على تأصيل وتقييد متكامل نجدها واضحة وجلية في فروعهم الفقهية، وهي مختلفة بشكل جذري عن العقد الباطل.

أما المعاصرون، فقد ذهب كثير منهم إلى أن نظرية الفساد المقابلة لنظرية البطلان في العقود هي نظرية قررها الحنفية على وجه الخصوص، فهم المؤسسين لها، والمنفردين بها عن باقي المذاهب، وممن نص على ذلك مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى، حيث قال: "إن الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة"⁽¹⁾. بل نص رحمه الله تعالى على أن المذهب المالكي لم يميز بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج⁽²⁾، إلا أن هذا القول منه رحمه الله تعالى ومن غيره فيه نظر؛ لأنه قد تقرر بأدلة لا يرقى إليها شك أن نظرية الفساد في العقود قائمة بتمامها عند المالكية وهي بخلاف نظرية البطلان.

ومما لا شك فيه أنهم يقيمون لنظرية الفساد وجودًا بتأصيل وتقييد يناظر تأصيل وتقييد الحنفية، فيقاربه من وجوه ويخالفه من وجوه أخرى كثيرة. ويظهر تمييز نظرية الفساد عند المالكية من أوجه كثير أهمها:

1. معيار التفرقة بين العقد الفاسد والباطل.

2. معيار إمضاء العقد الفاسد وثبوت آثاره.

3. ما يثبت عند إمضاء العقد من آثار.

4. ثبوت استحقاق فسخ العقد الفاسد وسقوطه.

5. إمضاء العقد الفاسد ليس تصحيحًا له.

6. مجال تطبيق نظرية الفساد في العقود.

فلما تبين وجود تأصيل وتقييد للمالكية في هذه المسائل، ثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنها نظرية قائمة عندهم.

ويتعذر عرض نظرية الفساد في العقود عند المالكية على وجه الكمال والشمول، إلا أنني رأيت أن أعرض ما تميز به المالكية عن الحنفية في نظرية الفساد وما اختصوا به من تقييد وتأصيل فيها، وهو تأصيل مغاير إلى حد كبير لما هو الحال عند الحنفية.

فأقصر الكلام على جوانب الاختلاف في تقييد وتأصيل نظرية الفساد عند المذهبين، ويظهر ذلك في الجوانب الستة المذكورة، وفيما يأتي بيانها:

1- الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2/ 730.

2- انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، 2/ 734.

الجانب الأول: معيار التفرقة بين العقد الفاسد والباطل

إن معيار التفرقة بين العقد الفاسد والباطل عند الحنفية مختلف عما هو عند المالكية، أما الحنفية فمدار التفرقة عندهم يدور على ما كان الخلل فيه راجعاً إلى أصل العقد فيبطل، وما كان راجعاً إلى وصفه فيفسد، ونصوصهم تفيض في بيان هذا المعيار، وأنه أساس التفرقة عندهم، كما سبق إيراد بعض نصوصهم.

أما المالكية، فمعيار تحديد العقد الفاسد وتمييزه عن الباطل عندهم يقوم على أحد أمرين:

1. مراعاة الخلاف: وذلك بأن يكون الخلل الواقع في العقد محل خلاف بين الفقهاء في كونه خللاً وفساداً، فيقرر المخالفون جوازه وعدم فساده، لكن على أن يظهر للمالكية قوة في دليل الخصم.
2. مراعاة المآل: وذلك بأن يترتب على الإبطال ضرراً أشد من الإمضاء، ولو كان سبب الفساد متفقاً على منعه وكونه خللاً مفسداً.

فإن تحقق أحد هذين المعيارين عدّ المالكية العقد فاسداً لا باطلاً، وإن كانوا لا يسمونه فاسداً كاصطلاح خاص، إلا أنهم لما أمضوه ورتبوا آثاره نظراً لفواته في البيع مثلاً أو لحصول الدخول في النكاح كان ذلك منهم قبولاً بالعقد الفاسد وتمييزاً له عن الباطل، وما ذاك إلا مراعاة لواقع تقرر وأمر تحقق، ومراعاة لاستقرار المعاملات بين الناس وتقليل فسخها وإبطالها، فرأى المالكية رفع الضرر الأشد وهو الإبطال بالضرر الأخف وهو الإمضاء والتصحيح رغم تحقق الخلل والفساد، وهي الغاية نفسها عند الحنفية.

وممن نص على أن قاعدة مراعاة الخلاف هي معيار للتفرقة بين الفاسد والباطل القرافي والشنقيطي، حيث سبق نقل كلامهما في تحقيق التفرقة بينهما في العقود، حيث قال القرافي: "ونحن خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف في المسألة، وقلنا: إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة وهي حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها"⁽¹⁾. وقال الشنقيطي: "إن المالكية خالفوا أصلهم في هذه المسألة وراعوا فيها الخلاف"⁽²⁾.

فقولهما: "راعينا الخلاف في المسألة" يدل على أن معيار التفرقة بين الفاسد والباطل عندهما يعود إلى قاعدة مراعاة الخلاف.

ومما يدل أيضاً على أن الأمر عائد إلى قاعدة مراعاة الخلاف، ما أورده بعض المالكية في بيان سبب التفرقة بين نكاح وجه الشغار وصريحه⁽³⁾، فكلاهما عقد فاسد عند المالكية، إلا أن وجه الشغار نكاح يفسد قبل الدخول

1- القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 66.

2- الشنقيطي، نشر الورود شرح مراقبي السعود، ص 36.

3- وجه الشغار: أن يزوج الرجل وليته بشرط أن يزوجه الآخر وليته مع ذكر مهر كل منهما، أما صريح الشغار فهو كذلك لكن بإسقاط مهرهما، فكان بضع كل منهما صار مهراً للأخرى، انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 446.

ويمضي بعده، أما صريح الشغار، فيفسد أبداً قبل الدخول وبعده، حيث ذكروا أن في وجه الشغار خلافاً مقبولاً للحنابلة الذين صححوه⁽¹⁾، أما صريح الشغار، فإنَّ خلاف الحنفية الذين قالوا بصحته وعدم فساده رغم إثباتهم لحرمة⁽²⁾ خلاف غير مقبول.

فأثبت المالكية في صريح الشغار الفسخ أبداً؛ لظهور ضعف دليل المخالف، أما وجه الشغار فيفسخ قبل الدخول ويمضي بعده؛ لظهور قوة دليل المخالف. وممن أشار إلى سبب التفريق بين نوعي الشغار القرافي والدسوقي⁽³⁾.

ومما يستدل على ارتباط المسألة بقاعدة مراعاة الخلاف ما قرره المالكية في البيع الفاسد حيث أثبتوا في الفاسد المختلف في فساده إمضاءه بالثمن لا بالقيمة، ولو كان الخلاف فيه من خارج المذهب. أما إن كان الفساد متفقاً على كونه فساداً فيمضي العقد بالقيمة.

قال الخرشي: " (ص) فإن فات المختلف فيه بالثمن (ش) أي فإن فات المبيع بيعاً فاسداً كله، أو أكثره بمفوت مما يأتي مضي بالثمن، إن كان مختلفاً فيه بين الناس، ولو كان الخلاف خارج المذهب... (ص) وإلا ضمن قيمته حينئذ ومثل المثلي (ش) أي وإلا يختلف فيه بل كان متفقاً على فساده وفات المبيع ضمن المشتري في المقوم القيمة حين القبض وفي المثلي مثله"⁽⁴⁾.

أما مراعاة المآل، فقد عدّه المالكية معياراً آخر لتمييز الفاسد عن الباطل، ويظهر ذلك في عقد البيع إذا كان مجمعاً على فساده عند الفقهاء والمذاهب الفقهية جميعاً، حيث حكم المالكية بإمضائه، وما ذلك إلا مراعاة للمآل الذي يقتضي ضرراً أكبر بالفسخ.

وقد أشار المازري إلى اعتبار هذا المعيار، حيث ذكر بعض صور الفوات، وأشار إلى اعتبارها نظراً إلى مآلها، فقال: "وقد اعتبر أهل المذهب في البيع الفاسد تغيير السوق، وجعله أهل المذهب فواتاً يمنع من فسخ البيع الفاسد، وما ذلك إلا لأجل الضرر اللاحق بالفسخ"⁽⁵⁾.

وبهذا يظهر أن معيار تحديد العقد الفاسد وتمييزه عن العقد الباطل عند المالكية يقوم على أحد أمرين: مراعاة الخلاف، ومراعاة المآل.

1- انظر: البهوتي، منصور بن يونس (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، 5/ 93.

2- انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 3/ 105.

3- انظر: القرافي، الذخيرة، 4/ 384. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، 2/ 307.

4- الخرشي، شرح مختصر خليل، 5/ 86.

5- المازري، شرح التلغين، ج 2، م 2/ 624.

الجانب الثاني: معيار إمضاء العقد الفاسد وثبوت آثاره

اتفق المذهبان -الحنفية والمالكية- على عدم إثبات أي من آثار العقد الفاسد بالعقد المجرد؛ لأنه في حكم العدم، كما اتفق المذهبان على إمضائه وإثبات آثاره عند تحقق وجوده كأمر واقع مفروض، فيألى هذا الحد يتفق المذهبان على ذلك، إلا أنهما مختلفان في معنى: تحقق وجوده كأمر واقع مفروض.

فذهب الحنفية إلى أن معيار ذلك هو تنفيذ العاقدين موضوع العقد، وذلك بإيجاده عملياً بالشروع فيه وإتمام ما يفترض أنه التزام وأثر، كما لو كان عقداً صحيحاً، فيقرر الحنفية حينئذ إمضائه وترتيب آثاره عليه، وتختلف صورة التنفيذ عند الحنفية باختلاف نوع العقد، ففي البيع يكون تنفيذه بقبض المبيع، وفي الإجارة بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة، ونحو ذلك.

إذا تحقق وجود العقد الفاسد وتقرر أمراً واقعاً بمعنى تنفيذه قضى الحنفية بإمضائه وإثبات آثاره، ففي البيع مثلاً تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بالقبض.

أما عند المالكية، فإن تحقق وجوده كأمر واقع مفروض لا يكون بالتنفيذ، بل بالفوات، أي بفوات إمكان الرد وتعذره، أو ترتب ضرر أكبر على الرد والفسخ، فلم يجعلوا التنفيذ حداً فاصلاً كما فعل الحنفية؛ لإمكان الرجوع والفسخ بالرد، وهو الأولى والأجدر مراعاة للمنع الشرعي المقتضي للبطلان، لكنهم قرروا الإمضاء وإثبات الآثار بالفوات مراعاة للواقع الذي تقرر وصعوبة الرجوع إلى الحال الأول قبل العقد.

ويختلف الفوات باختلاف نوع العقد، فإن كان العقد الفاسد بيعاً، فإن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري بفوات المبيع كتغير سوقه أو هلاكه أو تغير ذاته أو نقله أو تعلق حق الغير به، قال ابن جزى الكلبي: "الفوات يكون بخمسة أشياء: الأول: تغير الذات وتلفها كالموت والعنتق وهدم الدار وغرس الأرض وقلع غرسها وفناء الشيء جملة كأكل الطعام. الثاني: حوالة الأسواق. الثالث: البيع. الرابع: حدوث عيب. الخامس: تعلق حق الغير كرهن السلعة"⁽¹⁾.

وإن كان العقد بيعاً ثماراً قبل بُدُو صلاحها، فإن فواته يكون بالقبض، قال الدردير: "ومضى بيعه): أي الحب، فلا يفسخ (إن أفرك) ولم يبس وإن كان لا يجوز ابتداء (بقبضه)"⁽²⁾.

وإن كان العقد إجارة أعيان فإنه يفوت بما يفوت به البيع، قال الحطاب: "كل ما يفوت البيع الفاسد يفوت الإجارة الفاسدة؛ لأنه كالبيع فيما يحل ويحرم"⁽³⁾.

1- ابن جزى الكلبي، محمد بن أحمد (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2013م، 439.

2- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 237.

3- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 5/ 428.

وإن كان العقد الفاسد قِراضاً أو إجارة عمل أو مزارعة أو شركة عنان، فإن فواته يكون بالعمل، قال الدردير: "ما فيه قراض المثل يفسخ قبل العمل ويفوت بالعمل"⁽¹⁾، وقال الخرشي في باب الإجارة: "والفوات بانقضاء العمل"⁽²⁾. وقال في المزارعة: "إذا وقعت فاسدة بأن اختل شرط من شروط صحتها، فإنها تفسخ قبل العمل، فإن فاتت بالعمل وتساويا فيه، فإن الزرع يكون بينهما على قدر عملهما"⁽³⁾. وقال في شركة العنان: "تفسد إذا وقعت بشرط التفاوت في الربح، كما لو أخرج أحدهما عشرين مثلاً والآخر عشرة، وشروط التساوي في الربح والعمل، فإن وقع ذلك وعثر عليه قبل العمل، فإن عقد الشركة يفسخ، وبعد العمل يقسم الربح على قدر المالين"⁽⁴⁾.

وإن كان العقد الفاسد نكاحاً، فإن فواته يكون بالدخول أحياناً وبالدخول مع طوله أحياناً آخر، حيث يسمي المالكية الدخول أو الدخول مع طوله في عقد النكاح الفاسد فواتاً، قال الدردير: "(إن صحَّ النكاح ولو) كانت صحته (بالفوات) أي بسببه كالدخول، أو هو مع الطول لا إن فسد، إذ المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً"⁽⁵⁾، وقال الخرشي في معرض بيان زمن اعتبار مهر المثل: "وأما الزمن، فقد اعتبره المؤلف أيضاً، لكن في النكاح الصحيح يوم العقد، وفي الفاسد يوم الوطاء؛ لأنه يوم الفوات"⁽⁶⁾.

فيظهر من هذه النصوص وغيرها أن معيار إمضاء العقد الفاسد عند المالكية هو الفوات لا التنفيذ، ويختلف الفوات باختلاف نوع العقد، لكن يجمعها معنى واحد، وهو عدم إمكان الرد وتعذره، أو ترتب ضرر أكبر على الرد والفسخ.

معيار انتقال كل من الملكية والضمان في عقد المعاوضة الفاسد

ذكرتُ أن معيار إمضاء العقد الفاسد وثبوت آثاره عند الحنفية يكون بالتنفيذ، ولذا ذهبوا إلى أن عقود المعاوضة الفاسدة كالبيع تثبت آثاره بالقبض، حيث تنتقل ملكية المبيع بالقبض، ويدخل المبيع في ضمان البائع حينها؛ لقاعدة عندهم أن المقبوض على وجه المعاوضة تكون اليد عليه يد ضمان، فيلاحظ أن الملكية والضمان ينتقلان معاً بالقبض في البيع الفاسد.

أما المالكية فالأمر عندهم مختلف، حيث سبق البيان أن إمضاء العقد الفاسد وإثبات آثاره عندهم بالفوات لا بالتنفيذ، ويلاحظ أن الفوات مرحلة تأتي بعد تنفيذ العقد، وهذا متحقق في أكثر صورته كتغيير سوق المبيع أو

1- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 689.
2- الخرشي، شرح مختصر خليل، 7/ 26.
3- الخرشي، شرح مختصر خليل، 6/ 67.
4- الخرشي، شرح مختصر خليل، 6/ 45.
5- الدردير، الشرح الصغير، 1/ 544.
6- الخرشي، شرح مختصر خليل، 3/ 277.

تغير ذاته، أو طول زمان مكثه عند المشتري، أو نقله، أو خروجه من يد مشتريه، وغير ذلك من الصور التي سبق بيانها.

وقد قرر المالكية أن الضمان ينتقل بالقبض، أما الملكية فتنتقل بالفوات أي أن انتقال الملكية لا يقارن الضمان بل يأتي بعده، قال الحطاب: "إن قلنا: إن الضمان في البيع بيعاً فاسداً ينتقل بالقبض، فالملك لا ينتقل بذلك، بل لا بد من ضميمة الفوات"⁽¹⁾.

ورغم ثبوت الضمان على المشتري بالقبض قبل إمضاء العقد الفاسد بالفوات، فإن ذلك لا يكون من قبيل إثبات بعض آثار العقد قبل إمضائه؛ لأن الضمان لم يثبت على المشتري بسبب متعلق بالعقد، بل لكونه متعدياً بالقبض، قال الكشناوي: "جعل الضمان من البائع صريحاً في أن الفاسد لا ينقل الملك، وجعل الضمان بعد القبض من المشتري يقتضي أن الفاسد ينقل، وهو مشكل، فأجيب بأنه لا ملازمة بين نقل الملك والضمان، إذ قد يوجد الضمان من غير تقدم ملك، كمن أئلف شيء غير من غير تقدم سبب ملك، فإنه يضمن لتعديده، والمشتري هنا متعدي بقبض المشتري شراء فاسداً، فمحصل الجواب: أن ضمان المشتري إنما هو لتعديده بالقبض لما يجب فسخ عقده قبل فواته، ويدلك على ما قلنا: إنه يضمن بعد القبض ولو بأمر سماوي، ولا حاجة إلى بناء الضمان بعد القبض على القول بأن الفاسد ينقل الملك لما ذكرنا"⁽²⁾.

لكن يظهر إشكال عند المالكية، مفاده: إذا حصل الفوات قبل القبض، فهل ينقل الملك؟، وبمعنى آخر: هل القبض شرط صحة انتقال الملك بالفوات في العقد الفاسد؟.

جواب هذا عند المالكية على قولين، قال الحطاب: "وإن كان الفوات بأن أحدث المشتري فيه حدثاً من عتق أو عطاء أو بيع، فإن كان في يد البائع، فهل يمضي فعل المشتري ويكون فوتاً قولان"⁽³⁾، وقال الرجراجي: "إذا تصرف المشتري في المبيع بما يكون فواته وهو في يد البائع، هل يكون ذلك فوتاً يوجب القيمة على المشتري وإن لم يقبضها، على قولين قائمين من المدونة من كتاب العيوب، وهما منصوصان في المذهب، أحدهما: أنه يفيتها بالعقد، وهو قوله في كتاب العيوب: إذا تصرف بها قبل أن يقبضها أن القيمة تجب عليه، والبيع كالصدقة. والثاني: أن تفويته لا يكون فوتاً إلا بعد القبض، وهو ظاهر قوله في كتاب العيوب، حيث جوز البيع إذا كان المشتري الأول قد قبضها، فظاهر هذا أنه إذا لم يقبضها لا يكون تصدقه فوتاً"⁽⁴⁾.

1- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 4/ 380.

2- الكشناوي، أبو بكر بن حسن (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 2/ 269.

3- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 4/ 385.

4- الرجراجي، مناهج التحصيل، 6/ 314.

اعتراض وجواب

قد يعترض معترض يريد إنكار وجود نظرية للفساد في العقود عند المالكية، فيقول: إن الفوات ليس إمضاءً للعقد الفاسد وإثباتاً لآثاره، بل تضمين لما فات؛ لأن المبيع لما فات، لزم المشتري قيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً في كثير من الصور، وعليه فإن ذلك لا يقتضي وجود نظرية للعقد الفاسد عند المالكية.

وهذا اعتراض غير وجيه، ويجاب عنه بخمسة أجوبة:

الأول: أن ذلك قد يصح لو اقتصر الأمر على هذه الصور، أي ضمان القيمة أو المثل في حالة فوات المبيع، لكن لما تعدى إلى غيرها، كالأحوال التي نص فيها المالكية على لزوم الثمن المسمى لا القيمة أو المثل، فإن ذلك لا يمكن أن يكون من باب التضمين؛ لأن الضمان يتعلق بالقيمة أو المثل لا بالثمن.

الثاني: نص المالكية على صور الفوات في المغصوب، وهي في مجملها تُثبت أن معنى الفوات في المغصوب مختلف عن معنى الفوات في البيع الفاسد، فيفوت المغصوب بما يُذهب العين كبذر حب، أو يغير ماهيتها كأن يصير القمح طحيناً، أو يغير قيمتها كهزال حيوان وعوره، أو يصعب الوصول إليها كنقلها.

وقد نص الدردير على ما يفوت به رد المغصوب فيجب فيه القيمة أو المثل، فقال: " (وفات) المثلي وكذا المقوم (بتغير ذاته) عند الغاصب بهزال أو عرج أو عور ونحوها، ... (ونقله) لبلدٍ ولو لم يكن فيه كلفة ... (ودخول صنعة فيه) أي في المغصوب (كنقرة) أي قطعة من ذهب أو فضة ونحاس أو حديد (صيغت) حلياً أو آنية (وطين لُبْن) ... (وقمح) مثلاً (طحن) ودقيق عجن وعجين خبز، فإنه فوات هنا ... (وحب بذر) "⁽¹⁾.

أما الفوات في البيع الفاسد فأوسع صوراً؛ لأنها ليست مبنية على تعذر الرد، بل حرصاً على استقرار المعاملات، ومنع الضرر الناشئ عن الإبطال.

وقد نص الدردير على ما يفوت به المبيع في البيع الفاسد، فقال: " (والفوات) يكون (بتغير سوق ... وبطول زمان حيوان) عند المشتري بعد قبضه ... (و) يحصل الفوات (بالنقل) أي بنقل المبيع فاسداً من محل (لمحل) آخر (بكلفة) ... (و) يحصل الفوات (بتغير الذات) للمبيع فاسداً بعيب كعور وعرج أو غره كصبغ وطحن وخبز بل (وإن بسمن) لدابة (أو هزال) لدابة وغيرها كعبد وأمة، ... (وبالوطء) لأمة ... (وبالخروج عن اليد) أي يد مشتريها فاسداً (بكبيع صحيح) لا فاسد فلا يفوت ... وأدخلت الكاف الهبة والصدقة والحبس. (و) يحصل الفوات (بحفر بئر أو) حفر (عين بأرض) بيعت بيعاً فاسداً (وبغرس) لشجر فيها (وبناء) الواو بمعنى أو

1- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 591.

... (وتعلق حق) بالمبيع فاسداً لغير مشتريه (كرهن) له في دين (وإجارة) لازمة بأن كانت وجيبة، أو نقد كراء أيام معلومة⁽¹⁾.

فيلاحظ أن بعض صور الفوات يكون المبيع فيها قائماً على حاله لم يتغير والرد فيه ممكن غير متعذر، كطول بقاء المبيع في يد المشتري بعد القبض، أو بخروجه من يد المشتري، كأن يبيع العين المشتراة أو يهبها، أو تعلق حق للغير بالمبيع كرهنه وإجارته، وعليه فلا يمكن أن يكون ذلك الإمضاء بمعنى التضمين؛ لقيام العين ووجودها، فلو كان ذلك تضميناً لتعلق الحق بالعين نفسها لا بثمنها أو قيمتها.

الثالث: لو افترضنا أن الفوات من باب التضمين، فهذا قد يكون متصوراً في البيع وعقود التمليك الأخرى كالهبة، لكنه غير متصور في عقود أخرى كالنكاح، فكيف يكون إمضاء عقد النكاح الفاسد بالدخول من باب التضمين؟.

وكذلك عقد القراض الفاسد، حيث جعله المالكية على صورتين:

الأولى: أثبتوا للعامل ربح المثل، فإن حصل ربح استحق سهمه وإلا فلا شيء له، وذلك في أحوال ذكروها.

الثانية: أثبتوا للعامل أجر المثل، سواء حصل ربح أو لم يحصل، وذلك في أحوال أخرى ذكروها⁽²⁾.

فيلاحظ أن الأحوال التي أثبتوا فيها أجر المثل للعامل يمكن عدّها من باب التضمين؛ لأنها استُحقت في مقابل العمل، فكان ذلك بمعنى القراض الباطل، ولذلك نصوا على أن هذه الأحوال مستحقة للفسخ أبداً متى أُطلع عليها.

أما الأحوال التي أثبتوا فيها للعامل ربح المثل، فلا يمكن عدّها من باب التضمين؛ لأن العمل موجود ليس له مقابل في حالة الخسارة، فثبت أنه ليس من باب التضمين، بل هو بمعنى القراض الفاسد المغاير للباطل، ولذلك نصوا على الإمضاء عند الفوات وعدم استحقاق الفسخ في هذه الأحوال.

وكذلك المزارعة الفاسدة، حيث جعلوها على صورتين:

الأولى: يكون الزرع الناتج بين المزارع ورب الأرض في أحوال ذكروها.

الثانية: يكون الزرع لأحدهما وأجرة المثل للآخر، في أحوال أخرى ذكروها⁽³⁾.

فيلاحظ أن الأحوال التي أثبتوا فيها أجر المثل يمكن عدّها من باب التضمين، وهذا في معنى المزارعة الباطلة، لكن الأحوال الأخرى التي يجعلون فيها الزرع الناتج مقسوماً بين المزارع ورب الأرض لا يمكن عدّها تضميناً؛ لأن فيه إهدار للعمل ومنفعة الأرض عند عدم ظهور نتاج من الزرع، فيكون هذا بمعنى العقد الفاسد المغاير للباطل.

1- الدردير، الشرح الصغير، 3/ 112-114.

2- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 3/ 686.

3- انظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، 6/ 67.

وعليه فإن بعض صور العقود الفاسدة التي قرر المالكية إمضاءها بالفوات لا يمكن عدها من باب التضمين، بل هو إعمال لنظرية العقد الفاسد المغاير للباطل، كما هو الحال في عقد النكاح وبعض صور عقدي القراض والمزارعة.

الرابع: ينتقل ضمان المبيع في البيع الفاسد إلى المشتري بالقبض قبل انتقال الملكية بالفوات غالبًا، كما سبق بيان ذلك، فلما ثبت أن الضمان سابق للفوات دل ذلك على أن الفوات ليس سبب الضمان، وإلا لوجب اقترنهما اقتران المعلول بالعلة.

الخامس: صرح الخرشي بأن الإمضاء بالفوات ليس من باب التضمين حيث قال: "إن المبيع يبعًا فاسدًا من المثلي إذا فات ووجب مثله ليس بمنزلة ما أخذ عن مُتَلَفٍ؛ لأنه صار بمنزلة ما يبع يبعًا صحيحًا"⁽¹⁾. فهذا الكلام منه صريح في أن الإمضاء بالمثل في المثليات ليس من باب ضمان المتلفات.

وهذه الأجوبة يثبت أن الفوات يقتضي إمضاء العقد الفاسد وإثبات آثاره، لا تضمين لما فات، وفي هذا دلالة على أن نظرية العقد الفاسد قائمة بتمامها عند المالكية.

الجانب الثالث: ما يثبت عند إمضاء العقد الفاسد من آثار

رغم اتفاق المذهبين على إمضاء العقد الفاسد عند تحقق سببه، وهو التنفيذ عند الحنفية، والفوات عند المالكية، إلا أنهما مختلفان فيما يثبت به من آثار.

فعند الحنفية يثبت في البيع الفاسد بعد قبضه قيمة المبيع يوم قبضه لا الثمن المسمى ولو تجاوزت القيمة الثمن المسمى؛ ويثبت بالإجارة الفاسدة أجره المثل ما لم تتجاوز الأجر المسمى، فإن تجاوزته ثبت المسمى⁽²⁾، وفي شركة العنان الفاسدة يثبت الربح بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال لا بحسب الاتفاق⁽³⁾، وفي المضاربة الفاسدة يثبت الربح كاملاً لرب المال وللمضارب أجره المثل مطلقاً سواء حصل ربح أو خسارة، وفي المزارعة يثبت الزرع كاملاً لصاحب البذر سواء كان البذر للمزارع أو لصاحب الأرض، ويثبت للآخر أجره المثل، فإن كان الآخر هو المزارع، فله أجره مثل عمله، وإن كان صاحب الأرض فله أجره مثلها⁽⁴⁾.

1- الخرشي، شرح مختصر خليل، 5/ 163.

2- يعلل الحنفية التفريق بين البيع الفاسد حيث يثبت فيه قيمة المبيع أبداً لا الثمن المسمى، والإجارة الفاسدة حيث يثبت فيها أجره المثل ما لم تتجاوز أجره المسمى أن المبيع ذو قيمة مالية ذاتية، فوجب قيمته عند فساد البيع لا المسمى، أما المنافع فليست أموالاً عندهم، لذلك كانت قيمتها اتفاقية تعاقدية، فلو تجاوزت أجره المثل المسمى، يثبت المسمى باعتباره تقويماً اتفاقياً، وهو أولى بالاعتبار من أجره المثل. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4/ 218.

3- أجاز الحنفية اختلاف نسب ربح الشركاء عن نسب حصصهم في شركة العنان، أما نسب الخسارة فلا تكون إلا وفق الحصص. انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 4/ 312.

4- انظر هذه الأحكام في البيع والإجارة والشركة والمضاربة والمزارعة: الكاساني، بدائع الصنائع، 4/ 218، 5/ 301، 6/ 77، 108، 182.

فيلاحظ أن الحنفية غيروا الالتزامات الثابتة بالعقد، وتحديدًا ما ثبت عوضًا مقابلًا للالتزام الأصلي، ففي عقد البيع أقاموا قيمة المبيع مقام الثمن المسمى الذي ثبت عوضًا للمقصود الأصلي وهو المبيع، وكذلك الحال في الإجارة حيث أقاموا أجره المثل مقام الأجر المسمى المقابل للمقصود الأصلي وهي منفعة الأعيان أو عمل الأشخاص، وكذا في عقد المضاربة، حيث أقاموا أجره المثل للمضارب مقام ربحه الذي ثبت في مقابل عمله في رأس المال.

فنجد أنهم أبطلوا العوض المتفق عليه بين العاقدين المقابل للالتزام الأصلي في هذه العقود، وأقاموا مقامه ما يشبه الضمان، ويعود السبب في ذلك إلى أن الحقوق المتبادلة الناشئة عن العقد الفاسد قد شابهها خللٌ، فترد الحقوق المتبادلة في العقد الفاسد إلى قواعدا الأصلية، وهي قواعد الضمان، فكان ذلك إبطالًا جزئيًا للالتزامات المتفق عليها، وإبدالها بما تثبته قواعد الضمان.

وفي هذا إشارة إلى أن العقد الفاسد عند الحنفية أقرب إلى الباطل من الصحيح؛ لأن هذا الإبدال دليل على عدم اعتبار الاتفاق، وإرجاع التزاماته إلى قواعد تنظيمية أخرى.

أما عند المالكية، فلم يصل الأمر عندهم إلى هذا الحد، فرغم أنهم يُقرّون بإبطال العوض المتفق عليه المقابل للالتزام الأصلي، ويقىمون مقامه ما يشبه الضمان، كما فعل الحنفية، إلا أن مجال تطبيق ذلك عندهم أضيق من الحنفية.

ففي البيع الفاسد، إن كان البيع متفقًا بين المذاهب جميعًا على فساده، فإنه يمضي عند الفوات بالقيمة، وإن كان مختلفًا في عدّه فسادًا أمضوه عند الفوات بالثمن المسمى⁽¹⁾.

وأما الإجارة الفاسدة، فيثبتون أجره المثل بالفوات⁽²⁾. وأما شركة العنان، فأبقوا الالتزام في العقد الفاسد على حاله، فلا يخرج الربح عن أصله في التوزيع كما في العقد الصحيح، ويكون على قدر المالين أبدًا⁽³⁾.

وأما القراض الفاسد، فله حالتان كما سبق بيانه:

الأولى: يجعلون للعامل أجره المثل، وتكون مستحقة للعامل في ذمة رب المال سواء حصل ربح أو لا، وتكون هذه المضاربة مستحقة للفسخ أبدًا متى أطلع عليها، ونصوا على صورها وأحوالها.

الثانية: يجعلون للعامل ربح المثل، فلا يستحق العامل شيئًا إلا عند تحقق الربح، وتفسخ هذه المضاربة قبل الفوات وهو العمل وتمضي بعده، ونصوا على صورها وأحوالها⁽⁴⁾.

1- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 3/ 111.

2- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 4/ 19.

3- انظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، 6/ 45.

4- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 3/ 686.

وأما المزارعة الفاسدة فلهم فيها تفصيل، حيث يجعلون الناتج بين المزارع ورب الأرض في أحوال، وفي أحوال آخر يجعلون الزرع لأحدهما وأجرة المثل للآخر على تفصيل طويل عندهم ليس هذا محله⁽¹⁾.

وبناء على ذلك نجد أن المالكية قد وافقوا الحنفية في إرجاع العقد الفاسد إلى قواعد الضمان، في بعض الصور، كالبيع المتفق على فساده، والإجارة، لكنهم خالفوا الحنفية في صور كثيرة، كالبيع المختلف في فساده، وإحدى حالتها المضاربة والمزارعة، حيث أبقوا العوض المقابل للالتزام على حاله كما في البيع، أو مع بقاء العوض لكن مع تغيير في نسبة توزيع هذا العوض كما في المضاربة والمزارعة.

وفي هذا دلالة وإشارة واضحة على أن الفساد عند المالكية أبعد عن البطلان مما هو عند الحنفية، وسنجد هذه الملاحظة موجودة أيضًا في مواضع أخرى كما سيأتي بياناها.

الجانب الرابع: ثبوت استحقاق فسخ العقد الفاسد وسقوطه

ذهب الحنفية إلى أن العقد الفاسد مستحق للفسخ قبل التنفيذ وبعده، ونصوا على وجوب فسخه ديانة، وأثبتوا حق الفسخ للعاقدين في أحوال، ولأحدهما في أحوال آخر، كما أثبتوا حق الفسخ للقاضي، وفي ذلك تفصيل ليس هذا محله ولا غايته.

ويلاحظ أن الحنفية لم يفرقوا في وقت استحقاق الفسخ بين قبل التنفيذ وبعده، قال الكاساني: "فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى رضا البائع سواء كان قبل القبض أو بعده؛ لأن هذا البيع إنما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل؛ لما في الفسخ من رفع الفساد"⁽²⁾.

ورغم استمرار استحقاق الفسخ قبل التنفيذ وبعده، إلا أنهم أسقطوه وحكموا بإمضاء العقد بأمر:

≈ زوال سبب الفساد، فحينئذ يسقط حق الفسخ ويمضي العقد سواء زال السبب قبل التنفيذ أو بعده، كفساد بيع لجهالة وصف أو ثمن فعينه العاقدان، فيسقط حق الفسخ حينئذ، بل ينقلب العقد صحيحاً.

≈ هلاك المبيع أو استهلاكه أو تبدله، كقمح أصبح دقيقاً.

≈ تعلق حق للغير في المعقود عليه، كبيعه لآخر أو هبته أو إجارته أو رهنه ونحو ذلك.

أما المالكية، فالذي يظهر من نصوصهم أن الإمضاء يعني سقوط حق الفسخ، حيث جعلوا العقد الفاسد بين حالتين: القيام أو الفوات، أما القيام فهو الحالة التي يكون عليها العقد الفاسد قبل فواته، وأما الفوات فهو عدم إمكان الرد وتعذره، أو ترتب ضرر أكبر على الرد والفسخ.

1- انظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 6/ 67.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 300.

وفي حالة القيام يوجبون الفسخ، وفي حالة الفوات يمضونه، فيلاحظ أنهم يجعلون الإمضاء بالفوات في مقابل الفسخ بالقيام، وعباراتهم في ذلك كثيرة مستفيضة في أبواب كثيرة، منها ما قاله الخرشي في معرض كلامه عن اجتماع البيع والصرف: "إن وَقَعَ فُسخٌ مع القيام ومضى مع الفوات"⁽¹⁾. بل صرح بعضهم بعدم الفسخ في حالة الفوات، ومن ذلك ما قاله الحطاب: "حرم اجتماع بيع وصرف... هو من البياعات المكروهة، فيفسخ مع القيام لا مع الفوات"⁽²⁾. ومنه ما قاله أبو زيد القيرواني في رسالته: "وكل بيع فاسد فزمانه من البائع، فإن قبضه المبتاع فزمانه من المبتاع من يوم قبضه، فإن حال سوقه أو تغير في بدنه فعليه قيمته يوم قبضه ولا يردده"⁽³⁾. فقله: "لا يردده" أي يلزمه قيمته في الحالة المذكورة، ولا يفسخ العقد.

وبناء على ذلك، فقد خالف المالكية الحنفية في تأصيل مهم لنظرية الفساد، فالحنفية يرون أن إمضاء العقد الفاسد لا يسقط استحقاقه للفسخ، بل هو ثابت أبداً، فالإمضاء عندهم هو إمضاء للأثار لا للعقد نفسه، أما المالكية، فإن إمضاءه هو إمضاء للعقد ولآثاره، وهذا يستلزم سقوط استحقاق الفسخ.

وفي هذا دلالة ثانية على أن الفساد عند المالكية أبعد عن البطلان مما هو عند الحنفية، وقد سبق ظهور هذه الدلالة في موضع سابق، وسنجدها في موضع آخر كما سيأتي بيان ذلك.

الجانب الخامس: هل إمضاء العقد الفاسد تصحيح له؟

ذهب الحنفية إلى أن إمضاء العقد الفاسد لا يعني تصحيحه أو جوازه، بل أثبتوا حرمة إبقائه مادام قائماً، ولذا أوجبوا فسخه ولو بعد التنفيذ، ونصوا على أنه لا يجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع بيعاً فاسداً وإن كان مملوكاً له بعد القبض، قال الكاساني: "إن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف، ليس فيه انتفاع بعين المملوك، بلا خلاف بين أصحابنا، كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد"⁽⁴⁾.

فسمى الكاساني الإمضاء انطلاق التصرف، أي يملك المشتري التصرف بالمبيع بيعاً فاسداً، فيملك بيعه وهبته وإجارته، وهكذا، لكن لا يحلُّ له الانتفاع به؛ لأنه ملك خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع.

1- الخرشي، شرح مختصر خليل، 41/5.

2- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 313/4.

3- ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله، الرسالة الفقهية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م، 215.

4- الكاساني، بدائع الصنائع، 304/5.

واستثنى الحنفية من ذلك حالة زوال سبب الفساد، فإنه ينقلب عقدًا صحيحًا في صور كثيرة، قال ابن الهمام: "إذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعًا بلا فساد، وهو معنى الصحيح"⁽¹⁾، كما يفهم من عبارة ابن الهمام أن البيع الفاسد قبل زوال المفسد ليس في معنى الصحيح إذا مضى بالقبض وأطلقوا للمشتري التصرف فيه.

أما عند المالكية فالذي يظهر لي من نصوصهم أن العقد الفاسد عند الفوات لا ينقلب صحيحًا، أما تسميته إمضاءً فمن باب مراعاة واقع تحقق لا تصحيحًا له، ولذا يمكن أن نقرر فنقول: إن إمضاء العقد الفاسد بالفوات عند المالكية لا يُعد في معنى الصحة.

ويمكن أن يُستدل لذلك بأن العقد الفاسد المتفق على فساده بين المذاهب كلها يمضي عند المالكية بالقيمة لا بالثمن عند الفوات، فلا يتصور أن يكون معنى الإمضاء هنا تصحيح هذا العقد.

ومما يُستدل على أن الإمضاء ليس تصحيحًا عند المالكية أن الفوات إذا زال -أي ما عاد الفوات متحققًا- ارتفع حكم الفوات وهو لزوم القيمة أو الثمن، ووجب فيه التراد والفسخ، قال الدردير: "وارتفع حكم الفوات -وهو لزوم القيمة أو الثمن في المختلف فيه- (إن عاد المبيع) فاسدًا لأصله، بأن رجع للمشتري بعد خروجه من يده ولو اضطرارًا، كإرث، أو زال ما به من عيب أو غيره"⁽²⁾.

ويستدل لذلك أيضًا ما ذكرته سابقًا من كلام الخرشي، حيث قال: "إن المبيع بيعًا فاسدًا من المثلي إذا فات ووجب مثله ليس بمنزلة ما أخذ عن متلف؛ لأنه صار بمنزلة ما يبيع بيعًا صحيحًا"⁽³⁾. فيلاحظ أنه جعل الإمضاء بالفوات بمنزل الصحيح لا نفسه.

إلا أنني وجدت نصوصًا لابن رشد الجدي يُصرِّح فيها أن الإمضاء بالفوات تصحيح، حيث قال في مسألة بيع السلاح في زمن الفتن السابق ذكرها: "وهذا على القول بوجوب فسخ البيع في القيام وتصحيحه بالقيمة في الفوات"⁽⁴⁾. وقال في مسألة أخرى: "فالحكم فيه أن يفسخ البيع في قيام السلعة شاء أو أبا، ويصحح في فواتها بالقيمة بالغلة ما بلغت"⁽⁵⁾. وقال في أخرى: "إنه يبيع فاسد يفسخ على كل حال في القيام، ويصحح في الفوات بالقيمة يوم القبض"⁽⁶⁾. وقال: "إذا وقع بيع الغرر فسخ ما كان قائمًا، فإن فات بيد المبتاع صحح بالقيمة"⁽⁷⁾.

1- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت: 861هـ) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني، وبهامشه العناية شرح الهداية للبابرتي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ، 5/194.

2- الدردير، الشرح الصغير، 3/144.

3- الخرشي، شرح مختصر خليل، 5/163.

4- ابن رشد، البيان والتحصيل، 4/174.

5- ابن رشد، البيان والتحصيل، 7/267.

6- ابن رشد، البيان والتحصيل، 7/470.

7- ابن رشد، المقدمات الممهدة، 2/76.

ويغلب على ظني أن تسمية الإمضاء تصحيحًا عند ابن رشد الجدل تساهل منه، ولعله يقصد أنه في معنى الصحيح وفي منزلته، كما نصّ على ذلك الخرشي فيما نقلت عنه آنفًا.

كما وجدت نصًا لابن رشد الحفيد يُفرّق فيه بين نوعين من البيوع الفاسدة: المحرمة والمكروهة، وأنّ الأولى تمضي بالقيمة، أما الثانية فتمضي بالثمن صحيحة؛ لكون الكراهة فيها أخف من الأولى، فقال: "والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة، وإلى مكروهة، فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة. وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك"⁽¹⁾.

وقد يعني هذا -وفق رأي ابن رشد الحفيد- أن ما يفوت بالقيمة يكون إمضاءً لا تصحيحًا، وأن ما يفوت بالثمن يكون تصحيحًا، وهذا مشكّل أيضًا، فلماذا ينحصر ذلك في البيع دون غيره من المعاملات.

لكنّ الظاهر عندي من نصوص فقهاء المالكية وعباراتهم أنّ الإمضاء عندهم لا يعني التصحيح، إلا أنني أستثني من ذلك حالتين:

الأولى: زوال سبب الفساد، حيث ذكر المالكية أن زوال سبب الفساد في بعض الصور يجعل العقد صحيحًا، قال الخرشي: "(ص) وصح، إن حذف، أو حذف شرط التدبير (ش) أي وصح البيع، إن حذف شرط السلف مع قيام السلعة على المشهور لزوال المانع... وكذلك يصح البيع إذا حذف كل شرط مناقض كالتدبير، أو غيره"⁽²⁾. بل أجد أن هذه العبارة دليل على أن الإمضاء مغايرٌ للتصحيح، إذ لو كان في معناه لاستعمل خليل الإمضاء في هذه الصورة، فلمّا غاير بين هذه الصورة وغيرها دلّ ذلك على اختلافهما، كما أن التصحيح هنا سببه زوال المفسد، أما الإمضاء فسببه الفوات، فافتضى ذلك التفريق بينهما، والله تعالى أعلم.

الثانية: عقد النكاح، حيث يكون إمضاء عقد النكاح تصحيحًا له، قال الدردير: "(إن صحّ النكاح ولو) كانت صحته (بالفوات) أي بسببه كالدخول، أو هو مع الطول، لا إن فسد، إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسًا"⁽³⁾، ولعل الأمر يعود إلى أن الإمضاء يقتضي إباحة الوطاء، ولا يتصور ذلك دون تصحيحه، فافتضى أن يكون معنى إمضاء النكاح الفاسد بالفوات تصحيحه.

وعليه، فإنّ الإمضاء عند الحنفية لا يمكن عدّه تصحيحًا؛ للمغايرة التامة بينهما، أما المالكية فالذي تقرر عندي أن الإمضاء عندهم مغايرٌ للتصحيح إلا أنه بمنزلته، أي أنّهما متغايران؛ لاختلاف بعض أحكامهما كرجوع الفساد بارتفاع الفوات، لكنهما متقاربان؛ لاشتباه أكثر أحكامهما وهي ثبوت أكثر آثار الصحيح بالفوات، ولعل

1- ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 208.

2- الخرشي، شرح مختصر خليل، 5 / 81.

3- الدردير، الشرح الصغير، 1 / 544.

هذا ما أحدث التباساً عند بعض المالكية، كآل ابن رشد، لكن هذا التقارب في المعنى بينهما منحصر في العقود المالية، أما الأنكحة فإمضاؤها بمعنى التصحيح تماماً.

وبذلك يكون الإمضاء مغاير للتصحيح عند الحنفية، أما عند المالكية، فمتقاربان في العقود المالية ومتماثلان في عقد النكاح، وبهذا تكون هذه دلالة ثالثة على أن الفساد عند المالكية أبعد عن البطلان مما هو عند الحنفية.

الجانب السادس: مجال تطبيق نظرية الفساد في العقود

اختلف المذهبان في مجال تطبيق نظرية العقد الفاسد، فقصرها الحنفية على عقود المعاملات المالية، قال ابن نجيم: "الباطل والفساد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك... وأما في البيع، فمُتَبَايِنان، فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفساده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وحكم الأول أنه لا يُملك بالقبض، وحكم الثاني أنه يُملك به. وأما في الإجارة فمتباينان، قالوا: لا يجب الأجر في الباطلة، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك، ويجب أجر المثل في الفاسدة، وأما في الرهن، فقال في جامع الفصولين: فاسده يتعلق به الضمان، وباطله لا يتعلق به الضمان بالإجماع، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله، ومن الباطل: لو رهن شيئاً بأجر نائحة أو مغنية، وأما في الصلح فقالوا: من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة، والصلح الباطل: الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ؛ ففيها يبطل الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين. وأما في الكفالة فقال في جامع الفصولين: إذا ادعى بحكم كفالة فاسدة رجع بما أدى، فالكفالة بالأمانات باطلة. انتهى. ولم يتضح الفرق بين الفاسد والباطل في الرهن والكفالة بما ذكرنا، فليرجع إلى الكتب المطولة. وأما الكتابة، ففرقوا فيها بين الفاسد والباطل، فيعتق بأداء العين في فاسدها كالكتابة على خمر أو خنزير، ولا يعتق في باطلها كالكتابة على ميتة أو دم كما ذكره الزيلعي. وأما الشركة، فظاهر كلامهم الفرق بينهما، فالشركة في المباح باطلة، وفي غيره إذا فقد شرط فاسدة"⁽¹⁾.

فيلاحظ أن تنفيذ النكاح الفاسد وتقرير وجوده على الواقع بالدخول لا يقتضي إمضاءه وإثبات آثاره عند الحنفية، مخالفين بذلك نظرهم للعقد الفاسد في عقود المعاملات المالية، لكنّ هذا الترادف بين لفظي الفاسد والباطل في النكاح ليس على إطلاقه، بل هو ترادف من وجه دون وجه، فهما مترادفان من حيث وجوب الفسخ، أما من حيث ثبوت بعض الآثار بالدخول، فهما مفترقان، فعقد النكاح الباطل يعامل معاملة العدم، بل قد يجب فيه حد الزنى إن علمت الحرمة، أما العقد الفاسد، فتثبت فيه عند الدخول بعض الآثار، وهي: العدة والنسب والأقل ما بين مهر المثل والمسمى.

1- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999م، 291.

وقد بيّن ابن عابدين ذلك، فقال: "لا فرق بينهما [أي الفاسد والباطل] في النكاح، بخلاف البيع"، لكنه نبّه إلى فرق من وجه آخر فقال: "حكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد، فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل... والظاهر أن المراد بالباطل ما وجوده كعدمه، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة"⁽¹⁾.

ويعود سبب قَصْر نظرية الفساد عن عقد النكاح عند الحنفية، إلى أن إمضاء العقد الفاسد في العقود المالية يقتضي إطلاق التصرف لا إطلاق الانتفاع، كما ورد ذلك في كلام الكاساني السابق نقله، حيث قال: "إن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد"⁽²⁾.

فيتصور عملياً إطلاق التصرف في العقود المالية دون إطلاق حل الانتفاع، وهذا هو معنى الفساد الدقيق عند الحنفية، وهذا المعنى بتمامه لا يمكن تطبيقه على عقد النكاح، إذ لا يتصور أن يحكموا بإمضاء النكاح، ثم لا يبيحوا الوطء، فلما كان كذلك قصر الحنفية نظرية الفساد على العقود المالية دون عقد النكاح.

وقد اعترض البعض كأحمد إبراهيم بيك -أحد أكابر شيوخ الأزهر- على ما قرره ابن نجيم وابن عابدين وغيرهما قَصْر الفساد على العقود المالية دون النكاح، وعدّ ذلك دعوى تعريضها الشك، وأن مذهب الحنفية لا يقتضي إخراج النكاح عن مجال تطبيق نظرية الفساد⁽³⁾؛ وذلك لثلاثة أسباب عنده⁽⁴⁾:

الأول: يجب فسخ العقد الفاسد أبداً عند الحنفية ولو بعد التنفيذ، وهذا المعنى متحقق في العقود المالية وهو كذلك في النكاح.

الثاني: أن معنى إمضاء العقد الفاسد عند الحنفية إطلاق التصرف دون إطلاق حل الانتفاع، وهذا المعنى متحقق في العقد المالي كما سبق بيانه، وهو متحقق أيضاً في النكاح، حيث لا يحل الوطء.

الثالث: ثبت في العقد الفاسد آثاره بالتنفيذ، كانتقال الملكية في البيع بالقبض، وهذا الأمر متحقق في النكاح الفاسد، حيث يثبت بالدخول العدة والنسب والمهر.

1- ابن عابدين، رد المحتار، 3/ 131.

2- الكاساني، بدائع الصنائع، 5/ 304.

3- انظر: أحمد إبراهيم بيك، المعاملات الشرعية المالية، دار الانتصار، مصر، طبع 1936م، 94.

4- استنبطت استدلالات أحمد إبراهيم بيك من بعض كلامه في كتاب المعاملات الشرعية المالية، 94، لكنه أحال إلى استدلالاته في كتاب آخر له اسمه "الأحوال الشخصية"، لكنني لم أتمكن من الوصول إليه.

ورغم صحة ما أورده أحمد إبراهيم بيك من تشابه في الأحكام بين النكاح والعقد المالي الفاسدين، إلا أن ذلك لا يقتضي أن يكون النكاح داخلا في مجال نظرية الفساد عند الحنفية؛ لأن ما ذكره من أحكام موجودة في العقد الباطل أيضًا نسيبًا، وبيان ذلك بالآتي:

أولاً: يجب فسخ الباطل أبداً وإن كان ذلك لا يسمى فسخاً بالمعنى الاصطلاحي؛ لأن الفسخ لا يطلق إلا على القائم، والباطل معدوم لا قائم، لكن قد يكون معنى فسخه تقرير عدمه.

ثانياً: عدم حل الوطء موجود أيضاً في الباطل، وإن كانت الحرمة فيه أشد وقد تصل إلى إقامة حد الزنى فيه، بخلاف النكاح الفاسد.

ثالثاً: وهو الأهم، لا يقتضي إثبات بعض الآثار في النكاح الفاسد، وهي العدة والنسب والمهر أن يكون النكاح داخلا في مجال نظرية الفساد؛ لأن سبب إثبات هذه الآثار يعود إلى كون الدخول وطء شبهة لا مستنداً إلى العقد الفاسد، وهذا النوع من الوطء يوجب ترتب هذه الآثار ولو كان من غير عقد أصلاً، كمن وطء امرأة ظنها زوجته، فثبتت هذه الآثار لوجود وطء الشبهة لا إقراراً بالعقد الفاسد. وهذا بخلاف العقد الباطل إذ لا شبهة فيه، بل هو أقرب إلى كونه زنى إن حصل فيه دخول، وقد يجب الحد إن علمت الحرمة.

ومما يؤكد هذا المعنى أن آثار النكاح الصحيح الأخرى لا تثبت في الفاسد، كالطلاق حيث لا يقع ولو بعد الدخول، قال ابن مازة: "الطلاق في النكاح الفاسد ليس بطلاق على الحقيقة بل هو متاركة، حتى لا ينتقص من عدد الطلاق"⁽¹⁾، كما لا تثبت النفقة والإرث والإحصان ونحو ذلك من الآثار، وهذا يدل على أن إثبات الحنفية للعدة والنسب والمهر دون غيرها من الآثار يعود لكون الدخول وطء شبهة، لا باعتباره عقداً تقرر وجوده واقعاً، فلم يكن إثبات هذه الآثار مستنداً إلى العقد الفاسد.

وهذا بخلاف البيع الفاسد حيث تنتقل الملكية بالقبض لكنها تستند إلى العقد؛ لأن القبض المجرد لا يثبت هذه الآثار، فيمضي العقد الفاسد وتنتقل الملكية للمشتري ويملك التصرف في المبيع هبة وإجارة وبيعا ونحوها، وهذه آثار تستند إلى العقد الفاسد.

وبهذا يتقرر أن الحنفية يقصرون مجال تطبيق نظرية الفساد على العقود المالية، فلا تشمل عقد النكاح عندهم.

أما المالكية فقد توسعوا في مجال تطبيق نظرية الفساد، ولم يقصروه على العقود المالية كما فعل الحنفية، فشملت نظرية الفساد عند المالكية الأنكحة أيضاً، وقرروا صوراً كثيرة في النكاح جعلوها عقوداً فاسدة حيث أوجبوا فسخها قبل الدخول، وأمضوها بالفوات وهو الدخول أو الدخول مع طوله.

1- ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 3/ 122.

وقد سمي المالكية الدخول أو الدخول مع طوله فواتاً كما سبق ذكره، قال الدردير: " (إن صحَّ النكاح ولو) كانت صحته (بالفوات) أي بسببه كالدخول، أو هو مع الطول لا إن فسد إذ المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً"⁽¹⁾.

أما صور عقد النكاح التي قال المالكية بثبوت فسادها ولزوم فسخها قبل الفوات، وإمضاءها بالفوات، فهي كثيرة، منها:

≈ نكاح يتيمة صغيرة لم تبلغ، فيزوجها وليها غير المجبر، حيث كانت دون العشر سنوات، أو لم يخف عليها الفساد والضياع، فإنه نكاح فاسد، يجب فسخه قبل الدخول وبعده ما لم يطل الدخول، وال طول إما بالسنين كثلاثة، أو بالأولاد كبطنين⁽²⁾.

≈ نكاح السر، فإنه نكاح فاسد، يجب فسخه قبل الدخول وبعده ما لم يطل الدخول⁽³⁾.

≈ نكاح شريفة بالولاية العامة مع وجود ولي خاص غير مجبر، فإنه نكاح فاسد، يجب فسخه قبل الدخول وبعده ما لم يطل الدخول⁽⁴⁾.

≈ نكاح وقع على شرط يناقض مقتضى النكاح، كاشتراط الزوج على الزوجة أن لا يأتيها إلا نهاراً أو ليلاً فقط، أو شرط أن لا يقسم بينها وبين ضررتها، أو شرط أن تكون نفقته عليها، أو شرط أحد الزوجين خيار الشرط، فيكون نكاحاً فاسداً، يفسخ قبل الدخول ويمضي بعده طال الدخول أو لم يطل⁽⁵⁾.

≈ النكاح الفاسد لصدقه، وقد وضعوا قاعدة في النكاح الفاسد لصدقه أنه يفسخ قبل الدخول ويمضي بعده بمهر المثل⁽⁶⁾.

≈ نكاح وجه الشغار، فإنه نكاح فاسد، يجب فسخه قبل الدخول ويمضي بعده⁽⁷⁾.

وقد سبق البيان أن المالكية يجعلون إمضاء النكاح الفاسد بالفوات بمعنى التصحيح، فيقررون آثار النكاح كاملة باعتباره عقداً انقلب صحيحاً، كوقوع الطلاق وثبوت الإرث واستحقاق النفقة بعد فواته، وغير ذلك مما أنكر الحنفية ثبوته في النكاح الفاسد قبل الدخول وبعده. فأثبت المالكية آثار النكاح كاملة في الفاسد عند فواته، وجعلوا الفوات تصحيحاً، مخالفين نظرتهم في العقود المالية التي لا يكون فواتها تصحيحاً بل إمضاء، كما سبق بيانه، والسبب في ذلك أن إمضاء النكاح يقتضي إباحة الوطاء، ولا يتصور ذلك إلا بتصحيحه، لذلك حكم المالكية بتصحيحه.

1- الدردير، الشرح الصغير، 1/ 544.

2- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 358.

3- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 362.

4- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 362.

5- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 384-386.

6- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 440.

7- انظر: الدردير، الشرح الصغير، 2/ 447.

وبعد عرض جوانب الاختلاف في تععيد وتأصيل نظرية الفساد في العقود عند المذهبين -الحنفية والمالكية- يتبين أنها نظرية لم ينفرد بها الحنفية، وأن المالكية يقيمون لها وجوداً وتأصيلاً وتقييداً يناظر تأصيل وتقييد الحنفية، يقاربه من وجوه ويخالف من وجوه أخرى كثيرة، أهمها: معيار التفرقة بين الفاسد والباطل، ومعيار إمضاء العقد الفاسد، ومجال تطبيقه، وما يثبت عند إمضائه من آثار، وثبوت استحقاقه الفسخ وسقوطه.

الخاتمة

بعد استعراض ما تميز به المالكية في نظرية العقد من خلال المسائل الثلاثة التي أوردتها، أورد أهم النتائج، ثم أورد بعدها التوصيات.

أولاً: النتائج

1. للمذهب المالكي تميز وخصوصية في نظرية العقد، ويظهر ذلك من خلال ثلاث مسائل رئيسية، وهي: اللزوم العقدي، وثبوت الآثار ونشوؤها، والتفريق بين العقد الباطل والفساد.
2. تميزت نظرية العقد عند المالكية بإثبات اللزوم العقدي في كافة العقود الناقلة للملكية، سواء كانت معاوضات أو تبرعات، فجعلوا من أسباب اللزوم العقدي كون العقد ناقلاً للملكية كالبيع والهبة، أو متضمناً له كالشركة، أو مرتبطاً به كالرهن.
3. إن من أعظم ما تميزت به نظرية العقد عند المالكية هو سبب ووقت ثبوت آثار العقد، حيث قرروا أن تثبت آثار العقد كاملة بالصيغة، فكان الانعقاد المولّد الأساس لكافة آثار العقد، إلا ما اقتضته بعض الأحوال.
4. لا تتلاءم فكرة العقود العينية مع نظرية العقد عند المالكية؛ لأن نظريتهم قائمة على إثبات آثار العقد كاملة بمجرد الانعقاد، فكانت فكرة العينية في العقود ضعيفة المآخذ وباهتة الوجود في مذهبهم.
5. رغم إثبات المالكية آثار العقود كاملة بالانعقاد، إلا أنهم فرّقوا بين نوعي العقود الناقلة للملكية: المعاوضات والتبرعات، فاشتراطوا في التبرعات تنفيذها وذلك بقبض محلها، فجعلوا القبض شرطاً لتمامها، ومعنى التمام عندهم استقرار ملكية العين أو ملكية ما تعلق بها، لا ثبوت تلك الملكية، فتكون الملكية الثابتة بالعقد قبل القبض ملكية غير مستقرة قد تبطل وتزول بطروء بعض الموانع، فإذا تم القبض استقرت الملكية، فلا يؤثر فيها طروء شيء من الموانع. أما المعاوضات فهي عقود تامة بالانعقاد، وآثارها ثابتة على وجه الكمال ومستقرة به أيضاً، فلا تحتاج إلى تنفيذ لتتم وتستقر آثارها.
6. وافق المالكية الحنفية على التفرقة بين العقد الفاسد والباطل، ورغم أن أكثر المالكية أنكروا هذا التفريق، إلا أنهم أقرّوه به عملياً، ولهم فيه نظرية متكاملة ومختلفة جذرياً عن الحنفية.
7. قرر المالكية معيارين لتمييز العقد الفاسد عن الباطل، وهما: مراعاة الخلاف، ومراعاة المأل، فإذا تحقق أحدهما عدّ المالكية العقد فاسداً لا باطلاً.

8. قرر المالكية إثبات آثار العقد الفاسد عند تحقق وجوده كأمر واقع مفروض، وذلك عند فواته، ومعنى الفوات: عدم إمكان الرد وتعذره، أو ترتب ضرر أكبر على الرد والفسخ، ويختلف الفوات باختلاف نوع العقد.
9. قرر المالكية إرجاع الالتزامات الثابتة بالعقد الفاسد إلى قواعد الضمان في بعض الصور، لكنهم في المقابل أبقوا العوض المقابل للالتزام على حاله في صور أخرى.
10. قرر المالكية إمضاء العقد الفاسد عند فواته، ويلزم من ذلك سقوط استحقاق فسخه، لكن ذلك لا يعني تصحيحه، إلا في حالتين: إن زال سبب الفساد، وفي عقود النكاح؛ لأن إمضاء النكاح يلزم منه إباحة الوطء، فافتضى القول بتصحيحه.
11. توسّع المالكية في مجال تطبيق العقود الفاسدة، فشمّل الأنكحة، فقررُوا إمضاء عقد النكاح الفاسد بالفوات وهو الدخول أو الدخول مع طوله، وجعلوا الإمضاء هنا بمعنى التصحيح.
12. يظهر تمييز المالكية في العقد الفاسد أنهم يجعلونه أبعد عن البطلان، وأقرب إلى الصحة، مخالفين بذلك نظرة الحنفية الذين جعلوا الفاسد أقرب إلى البطلان منه إلى الصحة.

ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث بالآتي:

1. استيعاب البحث والتصنيف في نظرية العقد عند المالكية على وجه الشمول والكمال، وكافة النظريات الفقهية الأخرى.
2. إخراج التراث الفقهي المالكي بثوب معاصر جديد يتلاءم مع تطورات الواقع المعاصر وتغييراته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها.
3. البحث في مدى إمكانية إحداث تغيير في الفكر المالي والمصرفي المعاصرة من خلال نظرية العقد عند المالكية وما تميزت به من خصائص في مجال التأصيل والتقعيد لآثار العقد والتزاماته نشوءاً وثبوتاً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

1. أحمد إبراهيم بيك، المعاملات الشرعية المالية، دار الانتصار، مصر، طبع 1936 م.
2. ابن أمير الحاج، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد (ت: 879هـ)، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1983 م.
3. البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، مطبوع بهامش فتح القدير لابن الهمام، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ.
4. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، بدون معلومات الطبع.
5. البهوتي، منصور بن يونس (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت.
6. ابن جزى الكلبي، محمد بن أحمد (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2013 م.
7. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي (ت: 370هـ)، الفصول في الأصول، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1994 م.
8. الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد (ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1992 م.
9. الخرشي، محمد بن عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون معلومات الطبع، ومعه حاشية العدوي.
10. الدردير، أحمد بن محمد (ت: 1201هـ):
 - الشرح الصغير لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف، بدون معلومات الطبع.
 - الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون معلومات الطبع.
11. الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد (ت: 633هـ)، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2007 م.
12. ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 520هـ):
 - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1988 م.
 - المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1988 م.
13. ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 595هـ):
 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة، طبعة 2004 م.

- الضروري في أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
14. الزرقا، مصطفى أحمد (ت: 1999م)، المدخل الفقهي العام، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى، 1998م.
15. ابن أبي زيد القيرواني، أبو محمد عبد الله، الرسالة الفقهية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م.
16. ابن الساعاتي، مظفر الدين أحمد بن علي (ت: 694هـ)، بديع النظام الجامع بين البزدوي والإحكام، تحقيق رسالة دكتوراة، جامعة أم القرى، السعودية، 1418هـ.
17. السمرقندي، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد (ت: 539هـ)، ميزان الأصول في نتائج العقول، الناشر: مطابع الدوحة الحديثة، قطر، الطبعة الأولى، 1984م.
18. السنهوري، عبد الرزاق أحمد (ت: 1971م)، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون معلومات الطبع.
19. ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم (ت: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م.
20. الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، الموافقات، دار المعرفة، بيروت.
21. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد (ت: 1393هـ)، نثر الورود شرح مراقبي السعود، دار عالم الفوائد، منشورات مجمع الفقه الإسلامي، السعودية.
22. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار للحصكفي، شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1992م.
23. ابن عرفة، محمد بن محمد (ت: 803هـ)، المختصر الفقهي، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى، 2014م.
24. عليش، محمد بن أحمد (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، طبعة 1989م.
25. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ):
- الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
- شرح تنقيح الفصول، دار الفكر، بيروت، طبعة 2004م.
- نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، 1995م.
26. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1986م.
27. الكشناوي، أبو بكر بن حسن (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.

28. اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد (ت: 478هـ)، التبصرة، منشورات: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 2011م.
29. ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م
30. المازري، أبو عبد الله محمد بن علي (ت: 536هـ)، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، تونس، الطبعة الأولى، 2008م.
31. المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدئ، دار احياء التراث العربي، بيروت.
32. المواق، محمد بن يوسف (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
33. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999م.
34. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت: 861هـ) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني، وبهامشه العناية شرح الهداية للبابرتي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ.