

جامعة عبد الرحمان ميرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة: القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة:

لفقيري عبد الله

من إعداد الطلبة:

بعزيزي قبرية

مخناش ريم

لجنة المناقشة

أ/زواوي لورية.....
أ/ لفقيري عبد الله.....
أ/ مخالفة كريم.....
رئيسا.....
مشرفا ومقررا.....
ممتحنا.....

السنة الجامعية: 2015-2016

بسم الله الرحمان الرحيم

" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "

الآية 1 سورة المائدة

قال الشاعر:

"عرفت الباطل لا للباطل لكن لتوقيه.

ومن لم يعرف الشر من الخير يقع فيه".

شكر وتقدير

الشكر والحمد لله الذي وفقنا في إتمام هذه المذكرة.

نتوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذنا المشرف

لفقيري عبد الله

على ما بذله من جهد وعلى ما قدمه لنا من توجيهها وإرشادات.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة.

وكل من ساهم في إتمام هذه المذكرة.

الإهداء

إلى من سهرت الليالي، وحملتني وهنا على وهن، ورعتني بعطفها وحنانها أُمي حفظها الله.

إلى الذي أفنى عمره من أجل الوصول إلى ما أنا عليه، والذي علمني بسلوكه خصالاً أعتز

بها في حياتي أبي حفظه الله.

إلى أختي عيدة، رزيقة، وإلى أخي العزيز محرز.

قبرية

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من أفنى حياته من أجل وعمل بكد وعلمي معنى الكفاح وأوصلني لما أنا عليه، أبي العزيز أطال الله في عمره وأدمه لنا.

إلى من غمرتني بحبها وعطفها وإلى من كان دعائها سر نجاحي، أُمي العزيزة.

إلى من علمني معنى الحياة، أخواتي وإخواني وكل أفراد عائلتي.

إلى من علمني معنى الحب والإخلاص والصبر على تخطي المصاعب، زوجي الغالي.

قائمة المختصرات

باللغة العربية

1- (ج.ر.ج.ج): الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

2- (د.د.ن): دون دار النشر.

3- (د.ب.ن): دون بلد النشر.

4- (د.س.ن): دون سنة النشر.

5- (ص): صفحة.

6- (ص.ص): من صفحة إلى صفحة

6- (ع): العدد.

7- (ق.م.ج): قانون المدني الجزائري.

8- (ق.م.م): قانون المدني المصري.

9- (ق.أ.ج): قانون الأسرة الجزائري

باللغة الفرنسية

مقدمة

يعتبر الإنسان كائن اجتماعي، لا يستطيع العيش لوحده، وأن التعامل مع الآخرين ضرورة من ضرورات المجتمع البشري التي لا تتفك عنه منذ نشأته، فتوجب عليه التعاون والتبادل مع غيره ليتمكن من تأمين مستلزماته، سعيا منه لإشباع حاجاته ورغباته.

وتتووع صور التعاون والتبادل فيما يعرف بالمعاملات والتي تطورت بحسب الزمان والمكان إلا أنها تجتمع على أساس واحد هو التعاقد مع الآخرين وبدأ بالأفراد الذين لا يكاد يخلو يوم من حياتهم من إبرام عقد من العقود.

وتتدرج العقود في الشريعة الإسلامية تحت باب فقه المعاملات، فلقد بحث فقهاء المسلمين على مر العصور المختلفة التشريعات التي تضبط عملية إبرام العقود بأشكالها المتعددة وأن تكون مسلحة بأصول الفقه الإسلامي وضوابط الاجتهاد فيه، إلى أن أوضحت بحوثهم التي تمثل أساسا للبناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد بين الناس.

إلا أن كثيرا من الناس شعروا بقيود الشرع كأنها تكبلهم وتغلقهم ولا تطلق أيديهم، فمنهم من قبلها بغير قناعة في نفسه، ولكن قبلها لأنها شرع الله، وعمل بها والتزام بها، ومنهم من سلك طريق الاحتيال على الأمر المشروع، ومنهم من جاء صريحا في مخالفته للشرع فأذن لنفسه فتعامل بالمعاملات المخالفة للشرع، وهؤلاء على قسمين:

- قسم لم يحترز من المحرمات التي تخالف الشريعة والقانون في عقودهم، فيعتبرون عصاة مذنبون.

- وقسم ادعى أنه لا يصلح له نظام الشرع أن يحكم في أمواله في عصرنا هذا، فكانوا مثل كفار مدين، الذين خرجوا من الإسلام بما اقترفوا، ودخلوا في الكفر بما اعتقدوا، ونريد أن ننظر إلى انطلاق أن الأمم اليوم في تعاملها في المال والتفسيرات المتاحة، ولكن بنظرة فاحصة يربما آل إليه حال الناس اليوم جراء هذا التعامل المادي، حيث ضاع الرجل العادي في تصرفاته كونه لا يستطيع أن يكتسب لما لم يستطيع كسبا، وأهدرت الكرامات، وتخلى الإنسان عن إنسانيته في هذا التعامل المادي.

تكمن أهمية هذه الدراسة فيما يترتب على العقود الباطلة:

- ضرورة توعية المجتمع الجزائري بأنواع العقود الباطلة حتى لا يثري أشخاص على حساب أشخاص آخرين بدون وجه حق، وهذا من شأنه أن يحافظ على الكسب المشروع.

- أن يفي إليها المهتمون من أهل العلم للإفادة مما قد تتوصل إليه الدراسة فيما يتعلق بالعقود الباطلة.

-نقص النصوص القانونية الخاصة وقتلتها عن العقود الباطلة بعكس الفقه الإسلامي فقد فصلها تفصيلا دقيقا.

لقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع المهم لأسباب التالية:

-الحاجة الماسة للوقوف على أسباب اختلاف الفقهاء قديما وحديثا حول العقود بين الإباحة والتحریم.

-العقود الباطلة بجزئياتها المختلفة تحظى باهتمام بالغ لدى الباحثين في مجال الفقه الإسلامي كونها تعالج موضوعا مهما وحيوي يحتاجه الناس في حياتهم اليومية بشكل مستمر.

وفي هذا الصدد أثرنا الإشكالية التالية:

فيما تكمنالغاية من تنظيم وتطبيق العقود الباطلة في ضوء القانون والشريعة الإسلامية؟

اعتمدنا لذلك على المنهج التحليلي المنصب على تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع وكذلك تنوع آراء الفقهاء، وعلى المنهج المقارن الذي ساعدنا على إبراز الاختلاف الموجود بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامية في العقود الباطلة وعلى المنهج النقدي الذي انتهجناه عن نقدنا للنظريات الخاصة بتأصيل العقود الباطلة، ومنهج القيمي لإبداء رأي الباحث.

وللإجابة عن هذه الإشكالية وضعنا خطة تتكون من فصلين، خصصناالعقود الباطلة في ضوء

القانون (فصل أول)حيث تعرضنا مفهوم العقد الباطل (مبحث أول)، وأنواع العقود الباطلة

(مبحث ثاني).

وتطرقنا إلى العقود الباطلة في ضوء الشريعة الإسلامية (فصل ثان)، والذي يشمل على طبيعة العقد غير الصحيح (مبحث أول)، وأنواع العقود الباطلة (مبحث ثان).

الفصل الأول

العقود الباطلة في ضوء القانون

الفصل الأول

العقود الباطلة في ضوء القانون

العقد لكي ينشأ صحيحاً لابد أن تتوفر شروط معينة كالرضا والمحل والسبب والشكلية التي يتطلبها القانون، وهذا كما عرفته المادة 54 من القانون المدني الجزائري: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ويجب أن تتوفر الأهلية للتعاقد، وأن يكون الرضا خالي من العيوب لكن إذا اختل ركن من أركان العقد اعتبر العقد غير صحيحاً، فترتب عن ذلك الخلل عقوداً باطلة، بينها المشرع الجزائري في مواده من 397 إلى 412، لذلك فإننا اعتمدنا على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: ماهية العقد الباطل (مبحث أول)، العقود الباطلة (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ماهية العقد الباطل

يعتبر بطلان العقد جزاء قانوني على عدم توافر العقد لأركانه أو وجود عيب من عيوب الإرادة أو فقدان الأهلية، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير، والعقد الذي لم يراع قواعد القانون في تكوينه يكون باطلا فلا ينتج أثرا قانونيا، ولا ينشأ عنه حق أو التزام.

والمشرع الجزائري خصص لنظرية البطلان مكانا خاصا جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في البطلان العقد، تحت عنوان "بطلان العقد" في المواد 99 إلى 105 من التقنين المدني الجزائري.

نرى أن المشرع لم يعرف البطلان، ولعل السبب يرجع لرغبته في ترك الأمر للدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية، ويشمل تحليلنا للبطلان في هذا القسم على بيان موضوعه، فقسما المبحث إلى ثلاثة مطالب: مفهوم العقد الباطل (مطلب أول)، موقف المشرع من البطلان (مطلب ثاني)، آثار البطلان (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم العقد الباطل

البطلان هو عدم توافر أحد أركان العقد أو شروطه، ومثال ذلك أن يكون محل الالتزام موجودا وقت التعاقد ولكنه غير قابل للتعامل فيه، أو أن يكون السبب الالتزام موجودا ولكن سبب العقد غير مشروع، فالسبب يوجد باعتباره ركنا في العقد إلا أنه غير مشروع مما يؤدي إلى بطلان العقد. لا يمكن أن نصل إلى تحديد دقيق لمفهوم البطلان قبل أن نوضح أمور ثلاثة، لذلك سنقوم بدراسة الموضوعات الآتية: تعريف البطلان (فرع أول)، أسباب البطلان (فرع ثاني)، أنواع البطلان (فرع ثالث)، تمييز البطلان عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة (فرع رابع).

الفرع الأول

تعريف البطلان

أولا: البطلان لغة

بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا: ذهب ضياعا خسر⁽¹⁾، فهو باطل، وأبطله هو ويقال: ذهب دمه بطلا أي هدر⁽²⁾.

ثانيا: البطلان اصطلاحا

تعددت تعريفات البطلان، ويعد تعريف الفقهاء "AUBRY" و "RAU" التعريف الراجح للبطلان في الفقه الفرنسي، فالبطلان عندهما هو: (عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفا لمخالفته لأمر أو نهي من القانون)⁽³⁾، غير أننا إذا دققنا النظر في هذا التعريف وجدنا أنه غير دقيق ليكون تعريفا راجحا للبطلان، وتفاديا للانتقاد السابق، فإننا نميل إلى تعريف البطلان بأنه: "الجزء الذي

¹ - لمياء بن زهرة، آثار البطلان العقد على الغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس في الحقوق أكاديمي

الميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014/2013، ص.2.

² - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، دار صادر،

لبنان، 2014، ص.103.

³ - AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Français, 4^o édition, t 1et 6, par BARTIN, Paris, 1952, p.179 : (la nullité est l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappe comme contrevenant a un commandement ou a une défense de la loi).

يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو على اختلاله⁽¹⁾، ويتمثل هذا الجزاء في زوال أثر لتصرف القانوني التي تنوي إليه إرادة الأطراف فتكون الإرادة عاجزة من الناحية القانونية، وهناك من عرفه: "هو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، فلذا لا يترتب عليه أي أثر من آثاره لأنه معدوم"⁽²⁾، وعرف العقد الباطل على أنه "غير منعقد أصلاً ولا ينتج أي أثر ولا يلحقه الإجازة، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه دون أن يرفع دعوى أمام القضاء، والمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها"⁽³⁾.

الفرع الثاني

أسباب البطلان

سبق وأن عرفنا أن البطلان هو وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه فيحرمه من آثاره⁽⁴⁾، ومن هنا يتبين لنا أن السبب الأساسي للبطلان هو كل خلل أو نقص يلحق بالعقد فيجعله معيباً بحيث تنعدم آثاره.

لذلك يجب لانعقاد العقد توفر ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب، وكذا الشكل في العقود الشكلية أو التسليم في العقود العينية، فإذا اختل إحدى هذه العقود انعدمت، ولركني المحل والسبب شروطاً هي: أن يكون المحل ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً وأن يكون السبب موجوداً ومشروعاً، وإذا اختل أحد هذه الشروط أصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ولركن الرضا شروطاً لانعقاده وشروطاً أخرى لصحته، وشروط انعقاده هي التمييز لدى المتعاقدين⁽¹⁾، وتقابل الإيجاب والقبول وتطابقها، أما شروط الصحة فهي صدوره من ذي أهلية

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، د.د.ن، د.ب.ن، 1984، ص.464.

² - اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص.13، عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص.25.

³ - إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1968، ص.ص.277-278.

⁴ - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص.261.

وخلوه من عيوب الإرادة وهي الغلط⁽²⁾ والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن⁽³⁾، بحيث إذا اختل أحد شروط الانعقاد اعتبر العقد باطل بطلان مطلقا، وإذا اختل أحد شروط الصحة فإن العقد باطل بطلان نسبيا، ويمكن أن يعتبر من أسباب البطلان مخالفة القواعد القانونية التي ترتب البطلان نتيجة لهذه المخالفة، فقد يكون البطلان جزاء لتخلف شرط خاص يتطلبه القانون، وكذا إذا كان العقد مشتملا على عناصر تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، وكما يمكن أن يكون الغش الذي يستخدم كوسيلة للإضرار بحقوق الغير، أو كان الغرض منه الاحتيال على القانون، أو الهروب من حكم يتعلق بالنظام العام، وهذه جملة من الأسباب البطلان المعروفة⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

أنواع البطلان

تنوعت تقسيمات البطلان، فمنهم من قام بتقسيم ثلاثي إلا أنها أصبحت غير صالحة في نظر فقه الحديث وسميت بالنظرية التقليدية التي قسمت العقد الباطل إلى الانعدام، بطلان المطلق، وبطلان نسبي، والأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية في التقسيم الثلاثي للبطلان، أن للعقد أركان وللأركان شروط، فإذا نقص ركن انعدم العقد، وإذا اختل ركن كان العقد باطلا بطلان مطلق⁽⁵⁾، وفي حالة عدم صحة الرضا فإن البطلان يكون نسبيا في هذه الحالة.

وإذا أردنا مجازة الفقه التقليدي في استعارة اصطلاحات علم الحياة لوصف التصرفات الباطلة كان التصرف المنعدم مولودا ميتا والباطل بطلان مطلق مصابا بمرض فاتك، أما الباطل نسبي فمرضه طفيف قابل للشفاء⁽⁶⁾.

¹ - محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر (في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثالثة، دار الهومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.15.

² - جميل الشراقوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص.205.

³ - عباس حسنى محمد، العقد في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، السعودية، 1993، ص.203.

⁴ - إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره (دراسة مقارنة)، د.د.ن، السعودية، 2004، ص.ص من 93 إلى 95.

⁵ - بن خدة حمزة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية (التصرف القانوني نموذجا)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص.50.

⁶ - جميل الشراقوي، المرجع السابق، ص.300.

- نقد نظرية وفكرة الانعدام

انتقدت هذه النظرية لوجود الانعدام لأنه لا يحتاج إلى حكم لبطلانه، بينما العقد الباطل بطلان مطلق يجب فيه ذلك، وبذلك انتقدت فكرة الانعدام - بأنها غير مفيدة - كون آثارها هي نفس آثار العقد الباطل بطلان مطلق، فلا فائدة من اللجوء إلى فكرة الانعدام بما أن فكرة البطلان المطلق تكفي للوفاء لغرض المقصود من الانعدام، - وأنها غير دقيقة - أي الذين اقترحوها لم يستطيعوا أن يأتوا بحالات من الواقع، وبذلك قامال فقه الحديث بهجرتها لأن الحالات التي تعالج فكرة الانعدام هي نفسها حالات البطلان، - وأنها منافية للمنطق - لأنه لا يمكن أن يقال أن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلان مطلق، فلا تفاوت في العدم.

أخذ الفقه الحديث البطلان بنوعيه واستبعد فكرة الانعدام، من ذلك سننترق إلى نوعي البطلان

وهما:

أولاً: البطلان المطلق:

هو جزء عدم توفر أركان العقد⁽¹⁾، ومعناه كذلك أن العقد لم ينعقد، فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ولا يترتب عليه أي أثر⁽²⁾ ولا تصححه الإجازة ولا التقادم⁽³⁾.

ثانياً: البطلان النسبي:

هو عقد ينعقد صحيحاً ويظل كذلك ما لم يطعن المتعاقد المتضرر في صحته، ويكون العقد باطل بطلان نسبي إذا شاب الرضا عيباً من عيوبه⁽⁴⁾.

¹ - أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص.413.

² - أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص.321.

³ - لمياء بن زهرة، المرجع السابق، ص.14.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موزم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.ص.151.152.

الفرع الرابع

تمييز البطلان عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة

بعد أن تعرضنا لتعريف البطلان بصورة موجزة، فيجدر بنا مقارنته ببعض المفاهيم القانونية التي تشبهه، وبذلك سنتناول في هذه المقارنة كلا من البطلان وعدم السريان، البطلان والفسخ، البطلان والصورية.

أولاً: البطلان وعدم السريان:

البطلان هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد أو شروط صحته، وهذا الجزاء يتمثل في عدم التزام المتعاقد بالآثار التي كان من المفروض أن يربتها هذا العقد الباطل أو الذي قضي بإبطاله⁽¹⁾، أما عدم السريان يقصد به عدم نفاذ آثار العقد في مواجهة الغير مع بقائه منتجاً لآثاره فيما بين طرفيه، أو هو عقد يقوم صحيحاً وينتج آثاره فيما بين طرفيه، ولكن لا يحتج به في حق الغير لسبب من الأسباب، وإن عدم السريان يتحقق في عدة فروض أهمها تخلف الشهر وتخلف الشكل وتخلف التاريخ الثابت، وأخذ المشرع الجزائري هذه النظرية وأطلق عليها تسمية "عدم النفاذ" على عكس المشرع المصري وذلك في مجالات متعددة من التقنين المدني، منها ما يتعلق بالعقد الصحيح ومنها ما يتعلق بالعقد الصحيح القابل لإبطال⁽²⁾.

ثانياً: البطلان والفسخ:

البطلان هو جزاء يلحق العقد لخلل في تكوينه⁽³⁾، أما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، بعد أن يكون العقد قد انعقد صحيحاً مستوفياً لكل شروطه، فيكون للمتعاقد الأخر إذا كان العقد ملزماً للجانبين أن يتمسك بالفسخ لكي يتحلل مما عليه من التزام، ولذا لا يكون الفسخ إلا في العقود التبادلية⁽⁴⁾.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 174.

² - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الهوم، الجزائر، د.ت.ن، ص.ص. 41.40.

³ - إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 175.

ثالثاً: البطلان والصورية:

البطلان هو الجزء الذي يتطلبه القانون في حالة اختلال أحد أركانه التي هي المحل والسبب والرضا، أو وجود عيب من عيوب الإرادة، ونكون أما الصورية في حالة ما إذا أراد المتعاقدان إخفاء إرادتهما الحقيقيتين وراء ستر تصرف آخر، ويلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما، ومثال ذلك الهبة المستورة تحت شكل عقد البيع، إذن الصورية عقدين: تصرف ظاهر وهو التصرف الصوري، وتصرف مستتر وهو التصرف الحقيقي⁽¹⁾.

المطلب الثاني

موقف المشرع من البطلان

بما أن تم تفضيل التقسيم الثنائي للبطلان، وبذلك يمكن القول بأن العقد، إما أن يكون صحيحاً، أو أن يكون باطلاً.

وتطرق أستاذ محمد سعيد جعفر في رسالة الماجستير تحت عنوان "إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري": أن العقد الباطل بطلان نسبياً ينشأ منتجا لآثاره، كالعقد الصحيح تماماً إلى أن يطلب صاحب المصلحة بإبطاله، فإذا تقرر بطلان زال العقد بأثر رجعي، فيغدو الوضع كما في حالة البطلان المطلق، ويرى أستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في كتابه الذي هو تحت عنوان "نظرية العقد" أن العقد باطل بطلان نسبياً لا يمر إلا بمرحلتين، مرحلة الصحة ومرحلة البطلان المطلق، فليس هناك مرحلة ثالثة اسمها البطلان النسبي، ولقد أيده الفقيه أنور سلطانفي كتابه النظرية العامة للالتزام، أما العقد الباطل بطلان المطلق هو العقد الذي اختل ركن من أركان العقد، وبذلك فإن التقسيم الثنائي هو الراجح عند الفقه العربي والفرنسي.

وبذلك قسمنا مطلبنا على نحو التالي: موقف المشرع الجزائري (فرع أول)، موقف المشرع الفرنسي (فرع ثاني)، موقف المشرع المصري (فرع ثالث).

¹ - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 48.

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري

تبنى المشرع الجزائري كالتشريعات الحديثة التقسيم الثنائي للبطلان، وقد تناول أحكامه في القسم الثاني مكرر من الباب الأول تحت عنوان إبطال العقد وبطلانه، فبعد أن عالج أركان العقد، أعقبها مباشرة بتفصيل أحكام البطلان، وقد عالج البطلان بنوعيه⁽¹⁾.

نرى أن المشرع الجزائري استعمل عدة تعابير على نوعي البطلان، فأخذ بطلان المطلق بالعقد الباطل بطلانا مطلقا وتارة بعبارة العقد الباطل، أما بالنسبة لبطلان النسبي، فتغاضى عن عبارة العقد الباطل بطلان نسبي وفضل تسميته بالعقد القابل للإبطال، وكنا نود لو اقتدى مشرعنا بمسلك المشرع المصري فنحن نرى أن عبارة بطلان مطلق تستدعي بالضرورة أن يكون هناك بمقابلها عبارة بطلان نسبي، وما دامت التسمية الأخيرة قد تركها المشرع، فكان يجدر به ترك العبارة الأولى فيقول بطلان فقط أو كلمة باطل، فيكون عندنا وضعان للعقد: عقد باطل وعقد قابل للإبطال⁽²⁾.

ومن هنا سنتطرق إلى الحالات التي يكون فيها عقد باطل وعقد قابل للإبطال:

أولا: الحالات التي يكون فيها العقد باطلا

- حالة إبرام عقد من شخص عديم الأهلية: ويكون في حالة الصبي غير المميز أو راشد لكنه مصاب بجنون (مادة 42 ق.م.ج)، بعد تسجيل قرار الحجر عليه (مادة 107 ق.أ.ج).

- حالة إبرام عقد ينعقد فيه التراضي: يكون في حالة إكراه المادي أو الغلط المانع، أو يتخلف فيه المحل أو السبب أو لا تتوفر فيه شروط المحل أو السبب (مواد 93 إلى 98 ق.م.ج).

- حالة تخلف الشكل المطلوب لانعقاد العقد الشكلي (مواد 324 مكرر، 418، 883 ق.م.ج).

¹-محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، مقدم إلى جامعة الجزائر، 1976، ص.15.

²-محمد سعيد جعفر، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، مقدم بكلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1985، ص.99.

- حالة تخلف التسليم المطلوب لانعقاد العقد العيني (مادة 206 ق.أ.ج).

- حالة حكم القانون ببطلان العقد في صور معينة كبطلان التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه (مادة 92/2 ق.م.ج)⁽¹⁾.

ثانيا: الحالات التي يكون فيها العقد قابلا للإبطال

- حالة تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر (المادتان 43 و 101 ق.م.ج).

- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين (مواد 81 إلى 91 ق.م.ج).

- حالة وجود نص خاص في القانون يقضي بأن العقد قابل للإبطال كما هو الأمر بالنسبة إلى بيع ملك الغير (مواد 397 إلى 399 ق.م.ج)⁽²⁾.

وهكذا نصل إلى أن مشرنا اعتنق التقسيم الثنائي للبطلان الذي يظهر في نصوص التقنين المدني.

الفرع الثاني

موقف المشرع الفرنسي

برغم أن المشرع الفرنسي تبني التقسيم الثنائي للبطلان، إلا أنه لا يوجد في القانون المدني أي ذكر لمصطلحي بطلان مطلق وبطلان نسبي، فإنها بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي، تظهر لنا نية المشرع في اتجاهها إلى التمييز بين نوعي البطلان، فكما يقول الفقيه الفرنسي جوبرت: "أن السبب غير المشروع أي الذي يخالف القانون أو يجافي النظام العام أو الآداب العامة، يعيب العقد بشكل لا يمكن تصحيحه رغم مرور الزمن، لذا يعتبر العقد كأن لم يكن كما أنه إذا لم يكن للعقد محل ما، فإنه لا يمكن القول بوجود عقد وبالتالي لا يترتب عليه أي التزام"، ويضيف جوبرت: "أن الدعوى للإبطال لا يمكن تطبيقها إلا في الحالات التي ينتج فيها العقد آثار معنية، وهي حالة نقص الأهلية، وحالة عدم سلامة الرضا"، فهنا نرى نية المشرع تؤول

¹ - لمياء بن زهرة، المرجع السابق، ص.15.

² - محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص.78.

إلى التمييز بين نوعي البطلان على الرغم من أنه لم يذكر مصطلحي مطلق ونسبي⁽¹⁾، وهذا كنتيجة لعدم وضوح النصوص جيدا، فإن الفقه والقضاء الفرنسيين وضعوا على عاتقهما مهمة تنظيم هذه المسألة سواء أكان ذلك فيما يتعلق بأساس التمييز بين نوعي البطلان، أم فيما يتعلق بحالات كل من نوعيه⁽²⁾، أما فكرة الانعدام، فلم يرد لها ذكر في القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثالث

موقف المشرع المصري

أخذ المشرع المصري بتقسيم البطلان النسبي والمطلق وخصص له مكانا خاص جمع فيه النصوص التي ترسم القواعد العامة للبطلان العقد (المواد من 138 إلى 144 ق م م)، إلا أنه اختلف في لفظي المطلق والنسبي، فالبطلان المطلق سماه بالبطلان أما البطلان النسبي سماه بالقابلية للإبطال أو الحق في الإبطال، فيرى فقه المصري أن بطلان النسبي تعبير غير دقيق لأن العقد الباطل بطلان نسبي هو عقد صحيح لكن يمكن طلب إبطاله، ولهذا فقد أحسن المشرع المصري صنعا، إذ عدل تعبير البطلان المطلق والنسبي على الشكل المذكور أعلاه، وقد تبعه في ذلك معظم القوانين العربية، منها القانون المدني الجزائري⁽³⁾، كما سيظهر بعد حين.

المطلب الثالث

آثار البطلان

ينقسم العقد الباطل إلى عقد باطل بطلان مطلق وعقد باطل بطلان نسبي، فيتقرر الأول بصور حكم قضائي، أما الثاني فلا يتقرر صدور حكم، لكن في الغالب أن يرفع به دعوى لتقريره، فالبطلان يقوم بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل يوم إبرامه، فيزول العقد بأثر رجعي من يوم إبرامه، يعتبر كأنه لم يكن، كأن يكون عقد البيع وتقرر بطلانه فيقوم المشتري بإرجاع الثمن أما البائع فيقوم بإعادة المبيع، وإذا قام أحد المتعاقدين بتصرف بذلك الحق للغير، فإن هذا الحق يزول بالبطلان، طبقا لقاعدة التي تقول بأنه إذا بطل العقد بطل كل ما ترتب عليه،

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 172.

² - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 96. 97.

³ - محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 97.

وإذا استحال الشيء أن يرد ما أخذه، فالقاضي يحكم عليه بتعويض معادل لما كان قد أخذه، أما إذا كان أحد المتعاقدين قاصرا وأبطل العقد لمصلحته، فلا يلتزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ هذا العقد وهذا طبق لمادة 103/2 ق م ج: " غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

ومما تطرقنا إليه فقد قسمنا مطلبنا إلى ثلاثة فروع: الآثار البطلان بين المتعاقدين (فرع أول)، والتعويض عن البطلان (فرع ثاني)، والآثار بالنسبة للغير (فرع ثالث).

الفرع الأول

آثار البطلان بين المتعاقدين

تتمتع آثار البطلان بين المتعاقدين في الآثار الدائمة وكذا الآثار العرضية للعقد الباطل، تتمثل في:

أولاً: الآثار الدائمة

متى تقرر البطلان عاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليهما قبل التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 103 من ق م ج⁽¹⁾، سواء نفذ العقد كله أو جزءا منه ويجب على كل منها رد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه، أما إذا استحال استرداد، كهلاك الشيء، هنا يحكم القاضي بتعويض معادل، أما في العقود الزمنية، يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان، إذ يستحيل على أحد المتعاقدين رد ما تسلمه أو ما استفاد منه بمقتضى العقد، كما هو الحال في عقد العمل أو المقاول⁽²⁾، ويبقى أن نشير إلى حالتين حالة عدم المشروعية وحالة ناقص الأهلية.

ثانياً: الآثار العرضية للعقد الباطل

قد ينتج العقد الباطل آثارا عرضية إلا أنها ليست بآثار مباشرة التي يقصدها المتعاقدين وقت التعاقد، كالزواج غير الصحيح، فهوفي الشريعة الإسلامية لا ينتج آثار الجهورية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث، ولكنه قد ينتج آثار عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد

¹ - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 281.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 206.

الدخول وثبوت النسب وسقوط الحد⁽¹⁾، وهذه الآثار لا تترتب على الزواج من حيث أنه عقدهو بهذا يعتبر باطل لا ينتج أثراً، ولكن تترتب عليه باعتباره واقعة مادية، ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل يمكن استخلاصها من تطبيق ثلاثة نظريات معروفة هي نظرية تحول العقد، نظرية إنقاص العقد، ونظرية الخطأ في تكوين العقد،

أ-نظرية تحول العقد:

أخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة في نص صريح (المادة 140 من القانون المدني الألماني)، فالعقد الباطل رغم بطلانه قد يتضمن على عناصر عقد آخر⁽²⁾، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدين وهو العقد الباطل، إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونية، وهذا ما نصت عليه المادة 105 من ق م ج قد يكون العقد باطلا كله أو قابلاً للإبطال ولكنه يتحول إلى عقد صحيح، كأن يتعهد شخص تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها⁽³⁾.

-شروط تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح:

- 1- تعرض العقد للبطلان.
- 2- موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره.
- 3- الإرادة في تحول العقد⁽⁴⁾.

¹- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.619.

²- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000، ص.403.

³- إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص.43.

⁴- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.80.

ب- نظرية إنقاص العقد:

طبقاً لمادة 104 إذا كان جزء من العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال فينبغ البطلان عليه وحده ويبقى الجزء الآخر صحيحاً، وإن لم يتبين أن الجزء الباطل هو الدافع للإبرام العقد وإلا كان العقد باطلاً كله، كأن يهب شخص لزوجته التي طلقها مالا ويشترط عليها أن لا تتزوج وليس لها ولد منه، وتبين أنها متعة لتعويضها عن طلاقها، فيكون الشرط باطلاً والهبة صحيحة، أما إذا كانت الهبة قد منحت لها لأن الواهب يريد ألا تتزوج لرعاية أولاده، فإن هذا الشرط يكون الدافع وتبطل الهبة إذا تزوجت⁽¹⁾، وهذا طبقاً لمادة 104 من ق م ج⁽²⁾.

- شروط إنقاص العقد:

1- بطلان شق من العقد.

2- أن يتمسك صاحب المصلحة بإبطال هذا الشق فيبطل.

3- أن لا يكون الشق الباطل أو شرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد⁽³⁾.

ج- نظرية الخطأ عند تكوين العقد:

هي نظرية جاء بها الفقيه الألماني إهرنج الذي صاغها، ورسم مبدأ يقضي بأن كل متعاقد تسبب في البطلان، ولو حسن النية، في إيجاد مظهر كاذب لعقد الباطل واطمئنان المتعاقد الآخر إلى أنه صحيح، يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعوض المتعاقد الآخر من ضرر الذي أصابه بسبب اطمئنانه إلى العقد⁽⁴⁾.

¹- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79.

²- المادة 104 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو

2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر ج ج، ع78، الصادرة في سبتمبر 1975

³- فضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، دار

ناراس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص. 177.

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام)، المرجع

السابق، ص. 409.

بحيث يكون العقد الباطل، ويكون سبب البطلان آتيا من أحد المتعاقدين، لكن الطرف الآخر يعتقد بصحة العقد ويظننا إلى ذلك ويلجأ إلى التعاقد على أساس هذا الاعتقاد، فإذا بالعقد يتقرر بطلانه ويسبب ضرر لطرف الآخر فإنه طبقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، فعلى المتعاقد الذي سبب في البطلان أن يعرض حتى ولو كان حسن النية.

إن دعوى التعويض هي دعوى العقد، لأن دعوى الغش تشترط وجود تدليس إلى جانب شروط الأخرى يتطلبها القانون الروماني، ولكن العقد الباطل فرضاً فكيف يمكن أن ينتج أثراً قانونياً؟ يجب اهرنج على ذلك بأن بطلان العقد لا يعني أنه لا ينتج أثراً ما، ولا يجوز أن يجرى العقد الباطل من كل آثاره، واستشهد اهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني⁽¹⁾.

تأثرت بعض التقنيات الحديثة بهذه النظرية وبالأخص المشرع الألماني، فنجد بعض التطبيقات، كما في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة (مادة 118)، أو للغلط (المادة 119)، أو الخطأ في نقل الإرادة (المادة 130)، وأيضاً لاستحالة المحل (المادة 307)⁽²⁾، وكذلك أيده أستاذ الفرنسي سالي (saleilles) وبعض التقنيات العربية.

-انتقاد النظرية:

نظرية اهرنج لا تقوم على أساس الصحة، وأن مسؤولية العقدية تقوم على أساس عقد صحيح، والعقد الباطل لا يمكن أن يتقرر عليه مسؤولية، وفي هذه الحالة نكون بصدد مسؤولية تقصيرية، وفي ذلك الحين كان القانون الروماني يطبق في ألمانيا، وكان لا يعترف بنظرية عامة للخطأ التقصيري، وبذلك يجب أن تتوفر شروط مسؤولية التقصيرية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينها.

والخطأ لا يكون إلا إذا كان المسؤول في التعاقد عن البطلان عالماً به، ومع ذلك أبرم العقد، ثم فاجأ المتعاقد معه بالبطلان، مع ذلك يجب إثبات ركن الخطأ لقيام مسؤولية، والتعويض هنا

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.625.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.271.

يكون طبقاً للقواعد العامة التي تقضي بجبر الضرر، وهو ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب (المادة 182 ق م ج)⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التعويض عن البطلان

في حالة بطلان العقد يتم رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وقد يكون أحد الطرفين لا يعلم عند إبرام العقد بسبب البطلان أو لم يشارك فيه، وبذلك يتم الرجوع على الطرف الذي تسبب في البطلان بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة الحكم ببطلان العقد أي حماية حسن النية، وبالتالي الذي يشترك مع الطرف الآخر في سبب الإبطال أو علم به فإنه لا يحق أن يتضرر إذا ما طلب المتعاقد الآخر إبطال العقد، ومن بين الحالات التعويض عن البطلان بنصوص القانون:

أولاً: حالة استعمال القاصر طرقاً احتيالية لإخفاء نقص الأهلية

فإذا أخفى القاصر أهليته على المتعاقد الآخر باستعماله طرقاً احتيالية، وتم إبطال عقد بسبب ذلك، فيمكن لطرف الآخر أن يطلب التعويض استناداً إلى المادة 86 ق م ج الخاصة بالتدليس، إذن لو لا هذه الطرق لما تعاقد معه⁽²⁾.

ثانياً: بيع ملك الغير

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 399 ق م ج أنه إذا أبطل البيع جاز المشتري حسن النية أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية، وفقاً لهذه الحالات يكون التعويض هنا مؤسس على المسؤولية التقصيرية وليس على المسؤولية العقدية.

ويكون قابل للإبطال لمصلحة المشتري سواء كان عقاراً أو منقولاً، سواء أشهر أو لم يشهر، وهو يرتب كل الحقوق الشخصية على طرفيه قبل إبطال العقد لا يهم إذا كان المشتري عالماً بعدم امتلاك البائع للمبيع، ولا يعد جهله شرطاً للبطلان، كما لا يهم إذا كان البائع حسن النية. يحق للمشتري طلب التعويض وهذا طبقاً لنص المادة 399 من ق م ج يحق للمشتري طلب

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.272.

² - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.269.

التعويض فيجب:

- أن يكون حسن النية أي لم يكن يعلم بعدم امتلاك البائع للمبيع.
- أن يصدر حكم ببطلان البيع.
- ويسقط حق المشتري في طلب البطلان في الحالات التالية:
- امتلاك البائع للمبيع بعد البيع مادة 2/398 من ق م ج.
- إجازة المشتري للبيع أي تنازله عن دعوى الإبطال مادة 2/397 من ق م ج.
- سقوط الدعوى بالتقادم (التقادم المسقط): بمرور 5 سنوات من يوم العلم بعدم ملكية البائع للمبيع أو بمرور 15 سنة من إبرام العقد مادة 101 من ق م ج.
- إقرار المالك الحقيقي للبيع مادة 1/398 من ق م ج يقبل المالك الحقيقي بيع ملكه للغير ولا يطالب باسترداده ولكن يطالب بالتعويض الذي يحصل عليه من البائع⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الآثار بالنسبة للغير

لا يقتصر أثر البطلان بالنسبة إلى المتعاقدين فقط، بل يمتد إلى الغير⁽²⁾، وبذلك يجب إشارة إلى المقصود بالغير حتى يتبين لنا من يتأثر حقهم بالبطلان⁽³⁾.

أولاً: المقصود بالغير

ليس الأجنبي عن العقد، بل هم الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر بصحة العقد أو بطلانه، ألا وهو الخلف الخاص للمتعاقدين⁽⁴⁾، والخلف الخاص هو الذي يخلف المتعاقد في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليها⁽⁵⁾.

¹ - www.chechar.cc/vb/showthread.php?t=18381.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 277.

³ - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات)، الجزء الأول، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص. 291.

⁴ - سعيد سعيد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص. 184.

⁵ - علي فيلالي، المرجع نفسه، ص. 277.

ثانياً: قاعدة الأثر الرجعي للبطلان والاستثناءات الواردة عليها

القاعدة أن البطلان له أثر رجعي ليس في علاقة المتعاقدين فقط، بل وبالنسبة للغير أيضاً⁽¹⁾، لكن إذا كان الخلف الخاص حسن النية وكان عقد مهدد بالبطلان وبالنظر إلى قاعدة أثر الرجعي للبطلان يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، والإضرار بالثقة والائتمان، ومن المعقول أن العدالة تقتضي حماية الغير حسن النية من نتائج البطلان، رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التي يعتمد عليها الناس⁽²⁾.

أ- الحالات حماية الغير حسن النية من أثر البطلان:

1-العقد الصوري:

هو عقد غير حقيقي بين المتعاقدين يخفي عقد آخر، وقد حمى القانون الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد وهذا طبقاً لمادة 198 ق م ج الذي أجاز لهم التمسك بالعقد الصوري⁽³⁾.

2-حماية حائز المنقول بحسن نية:

إذا باع شخص شيئاً لآخر ثم قام المشتري ببيع هذا الشيء إلى شخص ثالث وسلمه إياه، ثم تقرر بطلان البيع الأول فلا يحق للمالك الأصلي انتزاع الشيء من يد المشتري الثاني متى كان حسن النية، أي لا يعلم وقت إبرام عقده السبب الذي أدى إلى بطلان البيع الأول استناداً إلى أن الحيازة في المنقول سند الحائز طبقاً لمادة 835 ق م ج⁽⁴⁾.

3-الرهن الرسمي:

يفهم من المادة 885 ق م ج أنه إذا ألت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأي سبب، وقام المشتري بتقرير حق رهن على العقار لصالح شخص، ويسمى في هذه الحالة الدائن المرتهن وكان حسن النية، أي لا يعلم بالعيب الذي يشوب سند

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.198.

² - عبد الحلیم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات (في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص.539.

³ - لمياء بن زهرة، المرجع السابق، ص.40.

⁴ - محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.296.

الملكية المشتري⁽¹⁾، وهو المدين الراهن، فإن بطلان التصرف الذي تملك بمقتضاه المشتري لايؤثر على حق الدائن المرتهن، فيعود العقار إلى البائع مثقلا بهذا الحق⁽²⁾.

¹- توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.ت.ن، ص.181.
²- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.296.

المبحث الثاني

العقود الباطلة

تحرص التشريعات بإعطاء أهمية كبيرة للعقود، فهي تشترط في العقد جملة من الأركان والشروط، وإن خرج العقد عنها أصبحت عقودا باطلة.

والعقود الباطلة لا تنتج آثارها، فهي باطلة تلقاء نفسها دون حاجة المحكمة لتقريرها، حتى ولو اعترف بها أطراف، فإن كان أحد المتعاقدين قد استفاد من العقد فعليه في هذه الحالة تعويض المتعاقد الآخر بما يعادل ما استفاد منه، وبذلك نستخلص جملة من العقود الباطلة التي تتمثل في: عقود الغرر (مطلب أول)، ببيع الباطلة (مطلب ثاني)، والقروض الربوية (مطلب ثالث).

المطلب الأول

عقود الغرر

تقارن عقود الغرر عادة بالعقود المحددة التي يستطيع فيها كل من المتعاقدين -وقت إبرام العقد- تحديد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطي، ففي عقد البيع يستطيع كل من البائع والمشتري تحديد قيمة المبيع والثمن وقت إبرام العقد، أما عقد الغرر هو الأمر المجهول العاقبة الذي لا يعرف حصوله من عدمه، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 612 إلى 625 من القانون المدني الجزائري، وأدرج مالك بن أنس في كتابه "الموطأ" من أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر "رواه مسلم، أما العلة من النهي عن بيع الغرر فتبدو في أنه يؤدي عادة إلى النزاع، وإلى إشاعة العداوة والبغضاء بين المتعاقدين وهذا ما كتبه الأستاذ عباس حسني في كتابه "عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، ودون هيثم حامد المصاروة في كتابه "المنتقى في شرح عقد التأمين": أن توفر الغرر في إحدى المعاملات يفسدها.

وبذلك قد قسمنا هذا المطلب إلى: القمار (فرع أول)، الرهان (فرع ثاني)، عقد التأمين (فرع ثالث)، المرتب مدى الحياة (فرع رابع).

الفرع الأول

القمار

عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع، إذا خسر المقامرة، للمقامر الذي كسبها مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر يتفق عليه⁽¹⁾، ويعرف كذلك على أنه كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئاً، ويقوم على تعليق ملكية المال الذي يدفعه الطرفان على واقعة احتمالية معينة⁽²⁾، والأصل الذي أخذ منه القمار هو أنه مأخوذ من القمر، لأن القمار يزيد مال المقامر تارة،

¹- عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (عقود الغرر: عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.985.

²- هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.117.

وينقصه تارة أخرى كما يزيد القمر وينقصه، فمال المقامر لا يبقى على حال كما أن القمر كذلك⁽¹⁾، ونصت عليه المادة 612 من قانون المدني الجزائري: " يحظر القمار والرهان..."⁽²⁾.

فهو آفة اجتماعية لا تمس المقامر فقط إنما تمس العائلة بصفة خاصة، والمجتمع بصفة عامة، فهو تبذير للأموال وصرافها في غير محلها وتعتبر أكل الأموال بالباطل، والعقوبة اللازمة هي أن يتم حجر على أموال ذلك المقامر.

الفرع الثاني

الرهان

يقصد بالرهان أو المراهنة: أن يتبارى شخصان على شيء يكون أو لا يكون، دون أن يكون لأحد تدبير فيه، فمن تحقق قوله فله من الآخر شيئاً يشترطه⁽³⁾، ونصت عليه المادة 612 من قانون المدني الجزائري: " يحظر القمار والرهان..."⁽⁴⁾. وهو كذلك عقد احتمالي ذلك لأن عقد الرهان عقد لا يستطيع فيه كل من المتراهنين أن يحدد وقت تمام العقد، والقدر الذي يأخذ أو القدر الذي يعطي، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر محقق، هو الكسب (فيعرف القدر الذي أخذ)، أو الخسارة (فيعرف القدر الذي أعطى)، وهو أيضاً من العقود المعاوضة، والسبب في أنه من عقود المعاوضة أن المتراهن، إذا كسب فذلك في مقابل تعرضه للخسارة، وإذا خسر شيئاً فذلك في مقابل احتمال الكسب⁽⁵⁾، وهو كالقمار يفسد الأموال بغير محلها.

¹ - سليمان بن أحمد الملح، القمار حقيقته وأحكامه، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2008، ص.62.

² - المادة 612 من الأمر رقم 75-58 المتضمن قانون المدني، المرجع السابق.

³ - هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص.117.

⁴ - المادة 612 من الأمر رقم 75-58 المتضمن قانون المدني، المرجع السابق.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، المرجع السابق، ص.ص. من 985 إلى 988.

الفرع الثالث

عقد التأمين

إن عقد التأمين يعتبر من القضايا عصرا المستجدة، وقد نظمت الشريعة الإسلامية نظم تشابه في فحواها نظام التأمين⁽¹⁾، وأبرز مثال ذلك نظام العواقل⁽²⁾، حيث زاد انتشار عقد التأمين بفعل القوانين التي تحكم التجارة المحلية والدولية، بصورة جعلته واقعا في كثير من التشريعات المدنية باختلاف مشاربيها، وانتقلت إلى الدول العربية في زمن متأخر لتدخل بعد ذلك من المجالات الاقتصادية المختلفة وغيرها، ولقد نصت عليه المواد من 619 إلى 623 من قانون المدني الجزائري، ولما كثر حول موضعه من سجلات ومناقشات، دارت في معظمها حول الإباحة والتحرير، كما يتضح أن عقد التأمين هو عقد احتمالي، لأن كل طرف يجهل كم سيدفع وكم سيعطي بتحديد حيث أن ذلك مرهون بوقوع الخطر أم لا، اختلف الفقهاء حول إجازة عقد التأمين وأعدمه، إلا أن استقر الرأي حول إجازة أنواع من التأمين وتحرير أنواع أخرى: كإباحة التأمين على الأموال دون التأمين على الحياة، أو القول بجواز التأمين من الخطر الذي من أفعال العباد كسرقة وتحرير التأمين من الخطر الذي سببه آفة السماوية، أو جواز التأمين على حوادث السيارات والطائرات والسفن والمصانع وتحرير ما عداه⁽³⁾، فوجد محظورات شرعية قد تتخلل في عقود التأمين وتلحق حكمها بما حرم الله تعالى ومن أبرزها الغرر الذي يتحقق فيه عقد التأمين في كلا من المتعاقدين في هذا العقد لا يدري عند إبرامه ما إذ كان سيحصل في مقابل ما يدفع على عوض أم لا، ذلك أن حصول أي منهما على مقابل يتوقف على حادث احتمالي، قد يكون وقد لا يكون⁽⁴⁾، والربا الذي يتحقق الربا فيه عقود التأمين في أن البديل الذي يحصل عليه أحد طرفي عقد التأمين لا يساوي مقدار ما يدفع إلى الطرف الآخر، فالقسط لا يساوي مبلغ التأمين.

¹ - مصطفى الزرقاء، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة حضارة الإسلام، العدد الرابع، السنة الثانية، تشرين الأول، السعودية، 1961، ص 432.

² - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، مصر، 2000، ص 246.

³ - سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013، ص.ص. من 95 إلى 98.

⁴ - عبد الرحمن زكي إبراهيم، معالم الاقتصاد الإسلامي، دار الجامعات المصرية، مصر، د س ن، ص 133.

الرهان والمقامرة (فالمخاطرة والاحتمالات هي الأسس التي يتم بموجبها تحديد ما إذا كان مبلغ التأمين أو الرهان سيؤول إلى طرف دون آخر، إذ لا يعتمد ذلك على إرادة أي من طرفي العقد بقدر ما يركز إلى اعتبارات الحظ والمصادفة⁽¹⁾، ومع ذلك فقد لا تكون مثل هذه المقارنة بين العقود السابقة دقيقة و كاملة، فعقد التأمين يتميز بعنصر قانوني وفني لا نظير له في عقد الرهان والقمار وهو عنصر المصلحة، ومن ثم فإن الاحتجاج بالرهان والقمار لا ينهض كدليل قاطع لتحريم عقد التأمين)⁽²⁾.

الفرع الرابع

المرتب مدى الحياة

هو مبلغ من المال يعطى لشخص على أقساط، إيرادا دوريا، مدى حياته أو مدى حياة شخص ثالث، وقد أجازته المشرع سواء كان مصدره واقعة قانونية أو كان مصدره تصرف قانوني، ولقد نصت عليه المواد من 613 إلى 618 من القانون الجزائري.

ولمرتب مدى الحياة خاصيتان هما: الخاصية الأولى أنه تصرف شكلي، والخاصية الثانية أنه تصرف احتمالي، ولإلتنشاء المرتب مدى الحياة ينبغي توفر ثلاث أركان وهي: التراضي، المحل، السبب، ويكمن السبب أن الاحتمال في مدى الحياة هو محل التزام الملتزم بالمرتب، فهو قد التزم وجعل محل التزامه مرتبا ينطوي على عنصر الاحتمال، فإذا خلا المرتب من هذا العنصر انعدم المحل وصار التصرف باطلا لانعدام المحل لا لانعدام السبب، والسبب هو الدافع الرئيسي للتعاقد وأن يكون مشروعاً ويكون الاحتمال في المرتب مدى الحياة عنصراً من عناصر المحل وليس هو السبب إذا انعدم الاحتمال في المرتب مدى الحياة كان التصرف باطلاً، إما لانعدام المحل أو لانعدام السبب⁽³⁾.

¹ - فايز محمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص.84، أحمد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار (واقعتها الحالي وحكمها الشرعي)، طبعة الثالثة، دار الكتاب الحديث، د ب ن، 1991، ص.192.

² - هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص.118.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، المرجع السابق، ص.ص. من 1046 إلى 1064.

المطلب الثاني

البيع الباطلة

البيع الباطل هو ما اختل ركنه أو محله، أو هو أن لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، أي أن يكون العاقد ليس أهلاً للعقد، وأن يكون محل العقد ليس قابلاً لتعيين، وحكمه لا يعتبر منعقداً فعلاً، وإن وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملك أصلاً مثل عقد الطفل أو المجنون، بيع ما ليس بمال، كالميتة.

ولا يفيد الملك بالقبض، فلو هلك المبيع في يد المشتري فيطبق عليه حكم هلاك الأمانات، لأن العقد غير معتبر فيبقى القبض بإذن المالك، ولقد تم تنظيمه في المواد من 397 إلى 412 من قانون المدني الجزائري.

وانطلاقاً من هذا الموجز يمكن تقسيم هذا المطلب إلى: بيع ملك الغير (فرع أول)، بيع في مرض الموت (فرع ثاني)، بيع التركة (فرع ثالث)، بيع النائب لنفسه (فرع رابع).

الفرع الأول

بيع ملك الغير

يرى بعض الفقهاء أن المقصود ببيع ملك الغير هو أن يبيع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه⁽¹⁾، كما يمكن تعريفه على أنه البيع الذي يتم بين متعاقدين على أساس أن البائع يملك المبيع وقت التعاقد، وأن البيع من شأنه نقل هذه الملكية إلى المشتري في حال كون البائع لا يملك فعلاً هذا المبيع⁽²⁾، ولقد فصل المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 897 إلى 899 القانون المدني الجزائري وهي ما تقابل المواد من 466 إلى 468 من قانون المدني المصري الحالي⁽³⁾، إلا أن القوانين الوضعية لم تعرف ببيع ملك الغير تاركة الأمر لاجتهادات ولفقه، كما أنها تطرقت إلى

¹ - رمضان جمال كامل، أحكام بيع ملك الغير، الطبعة الثالثة، توزيع مكتبة الألفية القانونية، د ب ن، 1997، ص.11.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص.47.

³ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.185.

تنظيم أحكامه في مواد عديدة⁽¹⁾، وبالرجوع إلى المادة 397 من ق م ج: "إذا باع شخص شيئاً معين بذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه. وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزاً في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري"⁽²⁾، أجمعت التشريعات الحديثة على أن بيع مال الغير باطل، في الأساس، كما أجمع الفقه والقضاء على ذلك مع خلاف في النظريات الفقهية حول ما إذا كان البطلان مطلقاً أو نسبياً⁽³⁾، لكن طبقاً لقواعد العامة يجب أن يكون حكم بيع ملك الغير هو الفسخ لا البطلان على أساس عدم تنفيذ البائع لالتزامه في عقد البيع وهو من العقود الملزمة للجانبين⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

بيع مريض مرض الموت

الشخص كامل الأهلية يكون أهلاً للتصرف في أمواله بجميع أنواع التصرف، سواء كان على سبيل التبرع أو بطريق المعاوضة ولكن من المعروف أن التصرف الذي يتم على سبيل التبرع، لا يكشف عادة عن ذاته حتى يخضع لأحكام الوصية الآمرة، وأهمها عدم جواز الوصية فيما يجاوز ثلث التركة وهذا ما نصت عليه المادة 408 من ق م ج: "إذا باع مريض مرض الموت، الوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"⁽⁵⁾ داخلاً فيها المال المتصرف فيه، ولذلك، فإن التبرع يأخذ غالباً صورة البيع، أو أي تصرف آخر على سبيل المعاوضة، حتى لا ينطبق عليه حكم الوصية، وحتى يتمكن المتبرع إذا أراد أن يتبرع بأكثر من ثلث تركته، وعلى الورثة أن يثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، فإن نجحوا في إثبات ذلك، فإن التصرف - البيع - يعتبر صادراً على سبيل التبرع، أي يكون هبة بغير ثمن، والعبرة ليست بالثمن المذكور في العقد، وعلى المشتري-المتصرف إليه - أن يثبت أن التصرف ليس تبرعاً، وأنه

¹ - مباركي نجمة، بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص

القانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2012/2013، ص.5.

² - المادة 397 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ - إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (عقد البيع: البيوع الخاصة)، الجزء التاسع، 1997، ص.102.

⁴ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص.185.

⁵ - المادة 408 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

على سبيل المعاوضة أي يثبت مقدار الذي دفعه من ذلك، فإذا لم يستطيع إثبات أنه دفع ثمنا، كان البيع هبة، أما إذا استطاع المشتري إثبات أنه دفع ثمنا ومقدار ما دفعه، انتفت قرينة التبرع وأصبح البيع نافذا في حق الورثة، ولو كان المال المتصرف فيه أكثر من ثلث التركة⁽¹⁾، ويمكن إثبات حالة مرض الموت بجميع طرق الإثبات مثل البينة، والقرائن، ويثبت كذلك مرض الموت بالشهادات الطبية على حالة المريض في أواخر أيامه، وبشهادات الشهود، ويقع عبئ إثبات مرض الموت على من يطعن في تصرفات المريض وهم عادة ورثته الذين يطعنون في تصرفات مورثهم، لأنها صدرت في مرض الموت⁽²⁾.

الفرع الثالث

بيع التركة

نص قانون المدني الجزائري صراحة على بيع التركة، تحت عنوان (أنواع البيع) التي هي في القسم الثاني من الفصل الأول لعقد البيع، ونظم أحكامه في المواد 404 إلى 407 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه لم يعرف بيع التركة، والتي يقصد بها أن يبيع الوارث نصيبه في التركة كله أو بعضه بيعا جزافا أي بثمن مقدّر جملة واحدة دون أن يحدد ثمن كل مال من الأموال التي يشتمل عليها⁽³⁾، كما أنه توجد تشريعات عربية قد نظمت نصوصا خاصة ببيع التركات فنصت في المواد 473 إلى 474 من القانون المدني المصري⁽⁴⁾، يتبين من هذه النصوص أنه بإمكان الوارث أن يبيع حصته الموجودة في التركة.

وتشمل حصته في مجموع أموال التركة، بعد أن تصبح له فعلا صفة الوارث، إذ لا يجوز له أن يبيع حقا احتماليا في التركة، أي في تركة مستقبلية، على أن ينزل من مجموع أموال التركة ديونها لأن هذه الديون لا تنتقل إلى الوارث، ولا يلتزم الوارث، إذا باع حصته في التركة، إلا بإثبات صفته كوارث، ونظرا لكون بيع تركة مستقبلية باطلة، يستبعد من بيع التركة أنواع ثلاثة: بيع حق احتمالي في تركة دون ضمان صفة الوارث، وبيع تركة مستقبلية، وبيع عين بالذات من أعيان

¹ - حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر

الجامعي، مصر، 2007، ص.ص. 187.188.

² - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 29.

³ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 211.

⁴ - إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص. 47.

التركة، فيبقى أن نبحت نوعين هما: بيع الوريث حصته في التركة لأجنبي عنها أي غير وريث: يترتب انعقاده صحيحا التزامات على كل من البائع والمشتري. لا يختلف الأمر في ذلك عن القواعد العامة المتعلقة بعقد البيع، هو أن يقوم البائع الوريث في نقل ملكية حصته في التركة إلى المشتري وتسليمها إليه، ويقوم المشتري في دفع الثمن. وهناك أيضا آثار البيع بالنسبة للغير التي يمكن تمييز ثلاثة فئات وهي: الورثة الآخرين غير الوريث البائع، دائني التركة أو مدينها، والخلف الخاص للوارث البائع، وبيع الوريث حصته في التركة إلى وريث آخر والذي يسمي بالتخارج: هو عقد أجازته الشريعة الإسلامية في أحوال الإرث بموجبه ينتازل أحد الورثة إلى شريكه أو شركائه في التركة عن نصيبه فيها مقابل شيء معلوم، وله حالتين: أن يدفع المشتري الثمن من ماله الخاص، وإذا اشترى الوريث الآخر أو الورثة الآخرون حصة الوريث البائع بثمن دفعوه من مالهم الخاص، يكون حالهم كحال المشتري الأجنبي. وأن يدفع المشتري ثمن الحصة من أموال التركة نفسها، وفي هذه الحالة يكون التخارج بمثابة القسمة أو الصلح لا بمثابة بيع⁽¹⁾.

الفرع الرابع

بيع النائب لنفسه

تختلف سلطة النائب باختلاف النيابة الموكلة إليه سواء نيابة اتفاقية أي مصدرها عقد الوكالة أو نيابة قانونية ينظمها القانون كما في نيابة الولي والوصي والقيم، ثم نبين حكم بيع النائب متجاوزا حدود هذه السلطة⁽²⁾، التي نصت عليها المادة 410 من تقنين المدني الجزائري: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية، مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى"⁽³⁾. فالقاعدة العامة أنه لا يجوز أن يتعاقد الشخص مع نفسه سواء تم التعاقد لحساب نفسه، كأن يوكل ببيع شيء فيشتره لنفسه، أو تعاقد لحساب غيره وكان نائبا عن طرفي العقد، كأن يوكل ببيع شيء معين فاشتره لحساب شخص وكله في الشراء. والعلة في منع تعاقد النائب مع نفسه هي أنه في تعاقد مع نفسه يتحكم في مصلحتين متعارضتين فلا تتيسر الحماية الواجبة للأصيل، فإذا كان

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.ص. من 48 إلى 67.

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 224.

³ - المادة 410 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

نائباً عن أحد طرفي العقد وأصيلاً عن نفسه، فإن التعارض يكون بين مصلحته الشخصية وبين مصلحة الأصيل.

لم يكتفي المشرع بالقاعدة العامة الواردة في المادة سالفه الذكر والتي تصدق على كل تعاقد وإنما عاد وطبق هذه القاعدة بخصوص البيع، ورغم الاختلاف الظاهر في صياغة النص الأخير عن نص المادة المذكورة سالفاً إلا أنه يعتبر في الواقع تطبيقاً محضاً له، ففي هذه المادة اكتفى المشرع بالنص على منع النائب بصفة مطلقة وهو ما يترتب عليه سريان المنع بالنسبة لكل نائب أياً كان مصدر نيابته، ويستفاد من المادة المذكورة سابقاً أن منع النائب من أن يشتري لنفسه المال الذي ينوب عن غيره في بيعه يرد عليه استثنائين:

1- أن يكون تعاقد النائب مع نفسه بإذن الأصيل أو بإذن المحكمة فهنا لا يسري المنع.

2- أن يجيز تعاقد النائب مع نفسه نص قانوني أو عرف تجاري.

ولقد أورد المشرع في نص المادة 411 من قانون المدني الجزائري: " لا يجوز للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها، سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار"⁽¹⁾. ويفهم من نص المادة أنه تتمتع السامسة والخبراء من شراء الأموال المعهودة إليهم والسمسار هو الوسيط الذي يلجأ إليه لإيجاد مشتري للشيء المطلوب بيعه أو للبحث عن بائع للشيء المطلوب شرائه، أما الخبير فهو الشخص الذي يلجأ إليه لتقدير قيمة الشيء، فالبرغم من أن كلا من السمسار والخبير لا يعتبران نائبين عن مالك الشيء فإن النص على منعهما من الشراء قد جاء خشية تغريبهم بصاحب المال نظراً لطبيعة المهمة المستندة إليهما⁽²⁾.

¹ - المادة 411 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 1996، ص.ص. من 130 إلى 132.

المطلب الثالث

القروض الربوية

تتميز المعاملات البنكية أو المصرفية بكثرة والتعقيد إلى درجة لا يمكن التفريق ما إذا كانت هذه المعاملات صحيحة أو خاطئة، أو بأصح العبارة ما إذا كانت حلالاً أم حراماً، لكون أن دولة الجزائرية دولة إسلامية، فعليها تطبيق الجانب الديني على هذه المعاملات، ولكون أنها قد يمسها نوع من المحرمات ألا وهي الربا، ومع العلم أنها حرام بدليل القرآن، والسنة، والإجماع.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى إجازة أو إبطال هذا النوع من المعاملات، بل سمح بانتشارها وتعميمها بين الأفراد، وبذلك سنقوم بذكر أهم هذه المعاملات التي قد تكون محرمة من الجانب الفقهي، وهي القروض الربوية.

ومن موجزنا هذا فقد قسمنا مطلبنا إلى: تعريف عقد القرض (فرع أول)، القرض الاستهلاكي (فرع ثاني)، القرض الإنتاجي (فرع ثالث)، القرض بين الأشخاص المعنوية والطبيعية (فرع رابع).

الفرع الأول

تعريف عقد القرض

أولاً: لغة

هو القطع قرضه يقرضه، بالكسر، قرضا وقرضه: قطعه⁽¹⁾، أو ما تعطيه من المال لتعطاه، أو ما أسلفت من إحسان ومن إساءة⁽²⁾

ثانياً: اصطلاحاً

عرفه أحد الفقهاء على أنه ما يعطيه أحد الطرفين من مثلى ليتقاضاه وعرفته المالكية بأنه دفع متمول في عوض غير مخالف له عاجلاً تفضلاً، وعرفته الشافعية بأنه تملك الشيء على أن

¹ - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، دار صادر، لبنان، 1863، ص.70.

² - أسامة السيد عبد السميع، القروض والودائع البنكية في ميزان الشريعة الإسلامية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010، ص.15.

يردّ مثله، وسمي بذلك لأن المقرض يقطع المقرض قطعة من ماله⁽¹⁾، وعرفه السنهوري على أنه في الغالب يكون نقوداً، فينقل المقرض إلى المقرض ملكية الشيء المقرض، على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض، وذلك دون مقابل أو بمقابل هي الفائدة⁽²⁾.

الفرع الثاني

القرض الاستهلاكي

هو خاص بالإنسان الذي يستدين لحاجته الشخصية، ليأكل ويشرب ويلبس، هو ومن يعول، وذلك لما في هذا الربا من استغلال حاجة المحتاج، وفق الفقير، الذي دفعه العوز إلى الإقتراض، فرفض المرابي الجشع أن يقرضه إلا بالربا أن يرد المائة مائة وعشرة مثلاً⁽³⁾.

وهو القرض الموجه لتمويل حاجيات الأفراد من شراء السيارات أو الثلاجات أو غيرها من السلع، أو لإدخال تحسينات على مساكنهم والذي يتم تسديده على دفعات شهرية حسب السياسة العامة للدولة والظروف الخاصة بالبنك التي تحدد التوسع أو الانكماش في هذا النوع من التسهيلات الائتمانية، حيث يلاحظ عدم التوسع في هذا النوع من القروض ولا يمنح إلا لظروف استثنائية تقدرها السلطة الخاصة بالبنك، ولهذا تم إلغاء هذا النوع من القروض بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁽⁴⁾، كما أن القروض الاستهلاكية في العادة تكون لسد الحاجات الضرورية من مأكّل ومشرب وملبس، أي أنها تقوم لحالات ملحة، فقيمتها بسيطة لتغطية هذه الحاجة فقط، وما عرف عن العرب من الكرم والجود والأخلاق يتنافى مع القول بأنهم كانوا

¹ - دفلاوي سمراء ومسلم جميلة، النظام القانوني للقرض العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص.5.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.460.

³ - يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا الحرام (دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع)، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003، ص.28.

⁴ - فرحون ليندة وقلّة كريمة، آليات تجنب المنازعات المتعلقة بالقرض البنكي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص.ص.13.12.

يأخذون فائدة على هذا النوع من القروض، فالإيلاف الذي في قريش باعد بينهم وبين الحاجة الاستهلاكية التي تدعوهم إلى القرض الربوي⁽¹⁾.

واستهلاك القرض العام هو سعي الدولة للتحرر منه نهائياً عن طريق سداده برد قيمة سنداتهِ إلى حاملها على دفعات متتالية خلال فترة معينة تنص عليها شروط إصدار القرض، وهو يشبه التبدل في أن كلا منها يؤدي إلى تخفيض عبئ الفوائد ولكنه يختلف عنه في أنه يترتب عليه تخفيض مبلغ الدين أيضاً⁽²⁾.

الفرع الثالث

القرض الإنتاجي

كانت أكثر شيوعاً وانتشاراً عند العرب، حيث كان للمقرض الحصول من وراء القرض على فائدة، تحدد طبقاً لقيمة القرض، والزمن الذي يستغرقه القرض، بصرف النظر عن استخدام المقرض له في التجارة أم لا، وما إذا كان قد حقق أرباحاً أم لا، وكانوا يتفقون على زيادة ربوية في بداية التعاقد على أن يتم تقسيط هذه الزيادة، أو تدفع في نهاية العقد⁽³⁾، ويعرف القرض الإنتاجي بأنه ما يحتمل الاستعمال المتكرر مع بقاء عينه وإن نقص الاستعمال قيمته، أو أفضى أحياناً إلى هلاكه كالعقار وأثاث المنزل والأدوات والآلات ونحو ذلك⁽⁴⁾.

الفرع الرابع

القرض بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية

اتفق العلماء قديماً وحديثاً على مشروعية الاقتراض من الأفراد أو البنوك أياً كان نوعها، لاسيما إذا كان قرضاً حسناً غير ربوي، أي لا يتعامل بالزيادة الربوية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري بالنسبة للأفراد⁽⁵⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 454 من القانون المدني الجزائري: "القرض بين

¹ - محمد علي محمد أحمد البناء، القرض المصرفي (دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س، ص.57.

² - محمد جمال مطلق الذنبيات، النظام القانوني لعقد القرض العام، دار الثقافة، الأردن، 2003، ص.160.

³ - محمد علي محمد أحمد البناء، المرجع السابق، ص.57.58.

⁴ - أسامة السيد عبد السمیع، المرجع السابق، ص.20.

⁵ - أسامة السيد عبد السمیع، المرجع نفسه، ص.25.

الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.⁽¹⁾ ويفهم من نص المادة أن المشرع أجاز الاقتراض بين الأفراد أو الأشخاص الطبيعية بشرط أن لا يحتوي القرض على أجر أو فائدة، وإلا اعتبر باطلا في نظر القانون.

بينما اختلف العلماء المعاصرون حول مشروعية الاقتراض من البنوك التي تتعامل بالربا على رأيين:

الرأي الأول:

وهو لأغلبية العلماء الذين ذهبوا إلى حرمة الاقتراض من البنوك التي تتعامل بالربا من غير الحاجة، حيث إن القرض الذي أخذه المقرض جاء نظير الفوائد تضاف إلى أصل المبلغ من البنك المقرض، وفوائد من قبيل الربا والربا حرام⁽²⁾.

الرأي الثاني:

يقول بحرمة الفوائد الربوية التي يضعها البنك على المقرض، ولكن لا يرى بأسا من إضافة (مصرفات إدارية أو خدمات مصرفية)⁽³⁾ على عاتق المدين أو المقرض، فمن الجائز أن يطلب البنك المصاريف لا بتكاليف الواقعية فحسب، بل بعمولة للإجراءات الإدارية التي يقوم بها البنك قبل دفع القرض أو بعدها، مادامت هذه العمولة لا تتجاوز أجر المثل على مثل هذه الأعمال⁽⁴⁾.

نرى أن المشرع الجزائري لم يتدخل في إجازة أو إبطال القروض الربوية بالنسبة إلى الأشخاص المعنوية، بل ترك فراغا قانونيا بالنسبة لهذا النوع من القروض، لكن من خلال نص المادة 455 من القانون المدني الجزائري: "يجوز للمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الإدخار"⁽⁵⁾.

¹ - المادة 454 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص.ص. 26.25.

³ - محمد سيد طنطاوي، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، الطبعة السابعة، مطبعة السعادة، مصر، 1991، ص.ص. 148.149.

⁴ - محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، سوريا، د.ت.ن، ص. 207.

⁵ - المادة 455 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

يفهم منها أن المشرع قد أجاز القرض الربوي وذلك لتشجيع الإدخار، لمن يريد إيداع أمواله لدى مؤسسات القرض، وذلك بمنحهم فوائد تقدر بموجب قرار وزير المالية فنرى أن المشرع الجزائري لقد أخطأ في ذلك لأنه يعتبر ربا، والربا حرام.

الفصل الثاني

العقود الباطلة في ضوء الشريعة

الفصل الثاني

العقود الباطلة في ضوء الشريعة

تنظم الشريعة الإسلامية أحكام العقيدة والعبادات والمعاملات، ووضح الله في كتابه الكريم وبين النبي صلى الله عليه وسلم في سنته المطهرة أحكام المعاملات، لحاجة الناس إلى ذلك، لحاجتهم إلى الغذاء الذي تقوى به أبدانهم، وإلى الملابس والمسكن والمراكب وغيرها من ضروريات الحياة ومكملاتها، والله سبحانه أباح لعباده البيع والشراء، ما لم يترتب على ذلك تفويت لما هو أنفع وأهم، كأن يزاحم ذلك أداء عبادة واجبة، أو يترتب على ذلك إضرار بالآخرين.

الباطل من الناحية الشرعية، هو الضلال الذي يقابل الحق والهدى، إلا أن الشريعة الإسلامية تميزت عن جميع الشرائع، في أنها رفعت البطلان وحكمه الشرعي عند توفر أسباب معينة.

من خلال ما تطرقنا إليه، يتبادر في أذهاننا تقسيم الفصل إلى مبحثين: طبيعة العقد غير الصحيح (مبحث أول)، والعقود الباطلة (مبحث ثاني).

المبحث الأول

طبيعة العقد غير الصحيح

إن عدالة الشريعة الإسلامية أنها لم تبح أخذ مال الإنسان بغير حق، ولم تجبره على التفريط فيه بأي طريقة، بل جعلت الحفاظ على المال دستورا ومنهاجا، وجعلت التراضي وسيلة للتعامل ولغة في البيع والشراء، بالرغم من أن الشريعة الإسلامية قد تصدت لكل الهفوات إلا أن تلك العقود قد مسها نوع من الضرر فأصبحت بذلك باطلة تحرم من استعمالها، ولقد تعددت تسميتها بالعقود غير الصحيحة، أو بعقود باطلة أو ببيع محرمة.

ومن هذا الموجز قد قسمنا المبحث إلى: تعريف العقد غير الصحيح (مطلب أول)، موانع البيع (مطلب ثاني)، وأهم تقسيمات العقود الباطلة (مطلب ثالث).

المطلب الأول

تعريف العقد غير صحيح

إن العقد في الفقه الإسلامي ينقسم إلى صحيح وغير صحيح، وأن لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا التقسيم، غير أن الخلاف على أشده في تقسيم العقد غير الصحيح، إذ انقسم الفقهاء بصدده إلى فريقين: فريق أبي حنيفة وأصحابه، وفريق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، فالحنفية يقولون إن ما يقابل العقد الصحيح إما أن يكون باطلاً أو فاسداً، أما الجمهور فيرون أن ما يقابل العقد الصحيح هو باطل غير منعقد، سواء كان الخلل في أركان العقد أو في أوصافه.

وبذلك قسمنا هذا المطلب إلى العقد غير الصحيح عند المذهب الحنفي (فرع أول)، والعقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء (فرع ثاني)، وأساس الخلاف في تقسيم العقد غير الصحيح (فرع ثالث).

الفرع الأول

العقد غير الصحيح عند المذهب الحنفي

لقد قسم المذهب الحنفي العقد غير الصحيح إلى باطل وفساد، وذلك لوجود تنوع موضوع الخلل فيه كون العقد الباطل اختل فيه ركن من أركانه أما الفساد اختل فيه وصف من أوصافه، وأن المخالفات ليست في درجة واحدة وأن قوة الجزاء يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام، وعليه فإن العقد غير الصحيح في المذهب الحنفي نوعان: عقد باطل، عقد فاسد⁽¹⁾.

¹ - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 95.94.

أولاً: عقد باطل

أ- لغة:

سقوط الشيء لفساده والباطل مالا ثبات عنه الفحص عنه⁽¹⁾.

ب- اصطلاحاً:

هو عدم اكتساب التصرف وجود الاعتباري و آثاره في نظر الشارع⁽²⁾ أو هو العقد الذي لا تتوافر له مقومات انعقاده⁽³⁾.

ثانياً: عقد الفاسد

أ- لغة:

تغير الشيء عن الحال السليمة وخروجه عن الاعتدال، والفساد نقيض الصلاح، فسد يفسد ويفسد فساداً وفسوداً، فهو فاسد وفسيد فيهما⁽⁴⁾.

ب- اصطلاحاً:

لفظ الفساد يشعر بأنه مرتبة بين الصحة والبطلان، ذلك أن الفساد يوحي إلى معنى التغير والاختلال في شيء موجود⁽⁵⁾.

¹- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005، ص.966.

²-مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، المدخل الفقه العام، السعودية، 1968، ص.643.

³- محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطالته في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.97.

⁴- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الحادي عشر، المرجع السابق، ص.180.

⁵- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع نفسه، ص.673.

ج- حكم العقد الفاسد:

هو له وجود شرعي، ولكنه مهدد بالزوال⁽¹⁾ فهو كالعقد الباطل بطلان نسبي من ناحية القانونية.

الفرع الثاني

العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء أن العقد ينقسم إلى صحيح وباطل، أن الفاسد هو من باب ترادف ألفاظ العقد غير الصحيح بحيث لا يتنوع في نظر الجمهور الذين لا يفرقون بين الخلل في أصل العقد والخلل في وصفه، وحكمه هو عدم الانعقاد والانتفاء الآثار والأحكام التي وضع العقد في الشرع لإفادتها⁽²⁾.

الفرع الثالث

أساس اختلاف الفقهاء

إن الخلاف بين الحنفية والجمهور في العقد غير الصحيح يرجع إلى قاعدة أصولية اختلف الفقهاء في الاعتماد عليها تتمثل في الأثر الذي يترتب على نهي الشارع، إذا ما نهى عن عقد من العقود لعدم توافر ما شرطه فيه من شروط أو لسبب آخر.

أولاً: جمهور الفقهاء

فيرى جمهور الفقهاء أن النهي يقضي عدم وجود المنهي عنه شرعاً دون النظر إلى سبب النهي، بحيث يقتضي النهي فساد كل من الأصل والوصف، لم يكن عندهم عمل مشروع بأصله دون وصفه حتى يطلقوا عليه اسماً بين الصحيح والباطل.

¹ - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.110.

² - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع نفسه،

ثانياً: مذهب الحنفي

يتضح لنا أن الفساد عند الحنفية يعتبر في مرتبة بين الصحة والبطلان، فليس يبطل معدوم ولا بصحيح تام اعتبار، وبذلك فإن ما يقابل العقد الصحيح في الفقه الحنفي إما أن يكون هو العقد الفاسد أو العقد الباطل. وعليه، يكون العقد صحيحاً إذا كان مشروعاً بأصله ووصفه، وفاسداً إذا كان مشروعاً بأصله دون وصفه، وباطلاً إذا كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه.

ثالثاً: الرأي الراجح

اختلف الفقهاء حول النهي: ففهم الجمهور أن مقتضى النهي هو انعدام مشروعية تلك التصرفات، ونجد أن الحنفية قد فهموا منه ثبوت تحريمها فقط لأن الشارع في نظرهم يميز بين عناصر التصرفات الشرعية، ففيها عناصر أساسية لا يمكن استغناء عنها وهي أركان العقد، فإذا انعدم الركن بطل التصرف، وهناك عناصر غير أساسية تكون بمثابة شروط صحة التصرف، وتختلف هذه العناصر لا يمنع من وجود التصرف، وهذا ما أطلق عليه الحنفية باصطلاح الفساد.

وفي نظرنا، أن مسلك يتجنب البحث عن مقاصد الشارع الحقيقية ويكتفي بالأخذ بظواهر النصوص، وليس ذلك من دقة الصناعة الفقهية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

موانع البيع

هو ما يمنع صحة البيع ونجد أن له فرعين هما: الأصل في العقود والمعاملات والبيوع (فرع أول)، وأسباب الفساد في البيوع وموانعه (فرع الثاني).

¹ - محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.ص. 122.133.

الفرع الأول

أصل في العقود والمعاملات والبيوع

أصل في العقود الإباحة، لكن هناك ما حرمه الله ورسول وينبغي عرضها على النصوص الخاصة والعامّة في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع⁽¹⁾ ودليل ذلك: لقول تعالى: "وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يُفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ"⁽²⁾، وقال تعالى أيضا: "وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ"⁽³⁾.

الفرع الثاني

أسباب الفساد في البيوع وموانعه

يتبين مما سبق أن الأصل في المعاملات فيه الإباحة إلا ما حرمه الله ورسوله ونهى عن البيوع لأربعة أسباب:

1- ما حرم لاختلال في الأركان وشروطها

2- ما حرم بسبب فساد طريقة البيع وهو كل ما أدى إلى إحدى المفاصد الخمسة

الغرر:

وهو الخدع والإيهام والخطر في الأمر، ولقد "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الغرر"⁽⁴⁾، قال الخطابي (أصل الغرر: هو ما طوي عنك علمه، وخفي عليك باطنه وسره وذلك مثل: أن يبيعه سمكا في الماء أو طيرا في الهواء، أو لؤلؤة في البحر... وإنما نهى صلى الله عليه وسلم عن هذه البيوع تحصينا لأموال أن تضيع، وقطعا للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس فيها).

¹ - أبو سعيد بلعيد بن أحمد، أحكام البيع وآدابه في الكتاب والسنة، الطبعة الثالثة، مكتبة الإمام مالك، الجزائر، 2008، ص.34.

² - سورة النحل، الآية (116).

³ - سورة الأنعام، الآية (119).

⁴ - رواه مسلم، رقم 1513.

الجهالة:

وهي الفاحشة التي تفضي إلى مشكل، يتعذر حسمه، لتساوي حجة الطرفين في المسألة، فإن العقد في مثل هذه الحالة يكون فاسداً، بخلاف الجهالة اليسيرة، فإنها لا تفضي إلى منازعة وهذه الجهالة قد تكون في المعقود عليه، وقد تكون في العوض⁽¹⁾.

الظلم:

ومنه الضرر، والغبن، والغش، والنجش.

الربا:

وهو نوعين: ربا الفضل و ربا النسيئة⁽²⁾.

الميسر والقمار:

وهو نوعان: في المغالبات والرهان، والثاني الميسر في المعاملات ومنه الغرر.

3- ما حرم بسبب فساد المبيع وهو ما كان نجسا

4- ما حرم ليس لذات البيع بل لأمر خارج عنه وهو ما أدى إلى ترك واجب أو انتهاك محرم⁽³⁾.

¹- مجلة البحوث الإسلامي (أسباب العقد الفاسد)، الجزء 92، ص.235.

²- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر فقه الإسلامي، الطبعة الرابعة عشرة، دار أصدقاء المجتمع، السعودية، 2012، ص.728.

³- أبو سعيد بلعيد بن أحمد، المرجع السابق، ص.36.37.

المطلب الثالث

أهم تقسيمات العقود الباطلة

تعددت واختلفت تقسيمات العقود الباطلة فمنهم من أسماه بيوع ضارة، بيوع محرمة، أو بيوع منهيّة عنها أو فاسدة.

وبذلك سوف نتطرق إلى أهم تقسيمات العقود الباطلة: بيوع فاسدة (فرع أول)، بيوع محرمة (فرع ثاني)، بيوع ممنوعة (فرع ثالث)

الفرع الأول

البيوع الفاسدة

هذا النوع من البيوع يحتوي على مفاصد الخمسة (الربا، الظلم، والغرر، والقمار والميسر، الجهالة)، والتي تؤدي إلى فساد طريقة البيع، والتي إذا وقع من شخص ممنوع من التصرف، أو على شيء حرام، أو شيء غير مقدور على تسليمه، أو غير مملوك للبائع، ولا مأذون له في بيعه أو كان هناك مانع آخر من موانع البيع⁽¹⁾.

والبيوع الفاسدة كلها محرمة، يجب اجتنابها، لأنها من أكل أموال الناس بالباطل، وهي أنواع عديدة، وسوف نفصلها لاحقاً ونذكرها فيما يلي:

- بيع الأشياء النجسة والمحرمة.
- بيع الأجنة في بطون البهائم.
- البيع بشرط فاسد.
- بيع ما ليس عند الإنسان.
- بيع الشيء المشتري قبل قبضه.
- النهي عن بيع الثمر قبل ظهوره.
- تحريم بيع العريون.
- تحريم بيعتين في بيعة.
- بيع العنب لمن يتخذه خمرا.

¹- أبو سعيد بلعيد بن أحمد، المرجع السابق، ص.174.

- تحريم بيع العينة.
- حرمة بيع الحر.
- البيع والشراء في المسجد.
- بيع التماثيل المجسمة.
- تحريم النجش.
- السوم على سوم الغير.
- بيع الكلب واقتناؤه.
- النهي عن بيع المصرة.
- النهي عن بيع الحاضر للبادي.
- النهي عن بيع الرطب بالتمر.
- النهي عن بيع وسلف.
- بيع الوفاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني

البيوع المحرمة

هو ما طلب الشارع الكف عنه على وجه الحتم والالتزام فيكون تاركه مأجور، وفاعله آثما عاصيا سواء كان دليله قطيعا لا شبهة فيه: كحرمة الزنى، أم كان ظنيا: كالمحرمات بالسنة الأحادية. وعنه الحنفية لا يطلق الحرام إلا على ما كان دليله قطعيا، فإن كان ظنيا سمي بالمكروه تحريما⁽²⁾.

سنتناول البيوع المحرمة، التي حرّمها الشارع، ومنع منها، إما لإضرارها بالعباد، أو لأن فيها أذى وضراً للإنسان، أو لأنها من الخبائث والمستقذرات التي حرّمها الله، أو لغير هذه الأسباب، وذلك ليكون المسلم على بصيرة من أمر دينه، ويعرف الحلال من الحرام، ويميز بين الخبيث والطيب، فيسعد في دنياه وآخره.

¹- qadeem.com/vb/shwthead.php ?p=98531.

²- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، 2010، ص.39.

الفرع الثالث

البيع الممنوعة

هي البيع المنهي عنها شرعا، لكن النهي عن البيع قد يقتضي فساد المنهي عنه باتفاق الفقهاء، وقد لا يقتضيه عند بعض الفقهاء، وهذه البيوع كثيرة يرجع النهي عنها إما إلى المتعاقدين، أو إلى الثمن أو إلى المبيع أو إلى الغرر، وما يترتب عليه من غبن أو ضرر، وله قسمان: قسم منطوق بالنهي عنه شرعا، وقسم مسكوت عنه مختلف فيه⁽¹⁾.

وأنواع البيوع الممنوعة تتمثل في:

- بيع السلعة قبل قبضها: فلا يجوز للمسلم أن يشتري سلعة ثم يبيعها قبل قبضها ممن اشتراها منه.
- بيع المسلم على المسلم: لا يجوز لمسلم أن يشتري أخوه المسلم بضاعة بخمسة مثلا فيقول له ردها على صاحبها وأنا أبيعها لك بأربعة.
- بيع المحرم النجس: لا يجوز للمسلم أن يبيع محرما ولا نجسا ولا مفضيا إلى حرام فلا يجوز بيع خمر ولا صورة ولا صنم ولا عنب لمن يتخذه خمرا.
- بيع النجس: لا يجوز للمسلم أن يعطي في سلعة شيئا وهو لا يريد شراءها وإنما من أجل أن يقتدي به، فيغرر بالمشتري كما لا يجوز أن يقول لمن يريد شراءها: إنها مشتريه بكذا وكذا كاذبا ليغرر بالمشتري و سواء تواطأ مع صاحبها أم لا.
- بيع الغرر: فلا يجوز بيع ما فيه غرر فلا يجوز بيع سمك في الماء ولا صوف على ظهر شاة ولا جنين في بطن ولا لبن في ضرع⁽²⁾.

¹- وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر (المعاملات المالية)، الجزء الثاني، دار الكلم الطيب، سوريا، 2010، ص.384.
²- islam.mrkzy.com/fiqh/article-396/.

المبحث الثاني

العقود الباطلة

نظراً لأهمية عظمى في حياة الناس، ولتعلقهم بالتعامل، وتداول المنافع بينهم، لذلك يجب وضع قواعد وضوابط اللازمة، حتى يتم احترام الحدود وأن لا تقع في المحذور، وتبيان الصواب من الخطأ، وبرغم من أن الله تعالى ورسول صلى الله عليه وسلم قد أحل البيع إلا أنه يوجد بعض البيوع قد حرمت بدليل القرآن والسنة وبذلك سيتم تطرق إلى أنواع العقود الباطلة التي تتمثل في البيوع المنهي عنها (مطلب أول)، والبيوع المحرمة (مطلب ثاني)، البيوع مختلف فيها (مطلب ثالث).

المطلب الأول

البيوع المنهي عنها

لقد خرجت المعاملات من الإباحة إلى التحريم، فظهرت بيوع تم تحريمها ونهي عنها في القرآن والسنة والإجماع، فحصرت المعاملات المحرمة في دائرة ضيقة، بخلاف المعاملات المباحة؛ فإنه لا حدود لها.

ويلاحظ في المعاملات المحرمة الأمور الآتية: أنها محدودة في نطاق ضيق، وأن الله حرم الربا وفي المقابل أباح البيع الآجل، وحرم القمار وأباح المسابقات المشروعة، وحرمت المعاملات لكونها تشمل على الظلم، فكان في منعها مصلحة للعباد ودفعاً لآثارها السيئة عن المجتمع.

ذكر أهل العلم أن الكسب المحرم في المعاملات يرجع في الغالب إلى واحد من الأسباب الثلاثة: الضرر (فرع أول)، الغرر والجهالة (فرع ثاني)، الربا (فرع ثالث).

الفرع الأول

البيوع المنهي عنها بسبب الضرر

هذه المجموعة الأولى من البيوع المنهي عنها، وهي تتناول عددا كبيرا من هذه البيوع وهي مختلفة الأسباب والعلل كما أنها تتفاوت فيما بينها في شدة الحرمة، لكن يجمعها معنا عام هو اشتغالها على الضرر قد يلحق بالغير أو النفس، وروعي في تشريع المعاملات في الإسلام مصالح العباد والتسيير عليهم في تحصيل معاشيهم، والنصوص الشرعية في هذا كثيرة، بل أكثر من أن تحصى لذلك ورد النهي عن كل تصرف يترتب عليه إلحاق الضرر بهم في أرزاقهم أو قضاء مصالحهم⁽¹⁾، وبذلك سنتطرق أولا إلى تعريف الضرر حتى يتم إيضاح المعنى، ثم ثانيا سنتطرق إلى أنواع البيوع التي تحتوي على الضرر.

¹ - أحمد ريان، فقه البيوع المنهي عنها مع تطبيقاتها الحديثة في المصارف الإسلامية، الطبعة الثالثة، مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، السعودية، 2003، ص.50.

أولاً: تعريف الضرر

يراد به ما إذا كان تسليم المبيع لا يمكن إلا بإدخال ضرر على البائع، فيما سوى المبيع من ماله، كما لو باع جذعا معيناً في سقف مبنى، أو ذراعاً من ثوب يضره التبويض، فإن التنفيذ يقضي بهدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب⁽¹⁾.

ثانياً: أنواع البيوع بسبب الضرر

تنوعت بيوع المنهي عنها بسبب الضرر، وتتجلى فيبيع الرجل على بيع أخيه، وبيع النجش، وبيع تلقي الجلب أو الركبان، وبيع الحاضر لباد، وبيع فضل الماء، وبيع المحتكر، وبيع الذي فيه غش ومكر وخديعة، وبيع الثلجئة.

1- بيع الرجل على بيع أخيه:

فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم البيع على بيع مسلم، وشراء على شرائه، فهي حرام شرعاً ذلك لسبب ما تسببه من إضرار بالمسلم وإفساد عليه، والتحاسد، والعداوة، ونزاع بين الناس، ودليل عن ذلك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يبيع الرجل على بيع أخيه"⁽²⁾، وكذلك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض"⁽³⁾، وعن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه"⁽⁴⁾، ومثال ذلك كأن يشتري شخص من إنسان سلعة ب (10) ثم يأتيه آخر ويقول: أعطيك مثلها ب (9)، أو يقول أعطيك أحسن منها ب (10)، وحكمة من النهي هي حصول التحاسد والتباغض⁽⁵⁾.

¹ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، جزء رابع، المكتبة التوفيقية، مصر،

2003، ص.ص. 291-292.

² - رواه البخاري، رقم 2140.

³ - رواه مسلم، رقم 1412.

⁴ - رواه مسلم، رقم 1414.

⁵ - سليمان بن محمد اللهميد، كتاب البيوع، مكتبة الدعوة والارشاد، السعودية، د.س، ص. 18.

2- بيع النجش:

لغة:

هو أن يزيد في ثمن سلعة ولا رغبة لك في شرائها⁽¹⁾.

شرعا:

فقد اختلف الفقهاء على تعريف النجش تبعا لاختلافهم في الزيادة التي يزيد بها الناجش من حيث إطلاقها أو تقييدها، ففي الحنفية: هو أن يزيد في الثمن، ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعدما بلغت قيمتها، أما المالكية: والنجش أن تعطيه سلعته أكثر من ثمنها، وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك، أما الشافعية: النجش هو أن يزيد في ثمن السلعة ليغري غيره وهو راغب فيها، وأما الحنابلة: النجش هو أن يزيد في ثمن السلعة⁽²⁾.

لم يختلف الفقهاء في حكم بيع النجش فإذا زاد على السلعة فوق قيمتها فإنه حرام، ومن أدلة على تحريمها في السنة والإجماع.

أ- في السنة:

حديث ابن عمر (رضي الله عنه) قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش"⁽³⁾،

ب- الإجماع:

فقد قال صاحب الفتح: (قال ابن بطال: أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله).

3- بيع تلقي الجلب أو الركبان

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله قال: "لا تلقوا الركبان، ولا بيع بعضكم على بيع بعض، ولا تتاجشوا..."⁽⁴⁾.

¹- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، 1403هـ، ص.201.

²- سليمان بن محمد اللهميد، المرجع السابق، ص.19.

³- رواه مسلم، رقم 1516، رواه البخاري، رقم 6963.

⁴- رواه البخاري، رقم 2150، رواه مسلم، رقم 1515.

ولقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي القادمين لبيع سلعهم، والشراء منهم قبل أن يصلوا إلى السوق، والحكمة من النهي لئلا يخدعوا، فتشتري منهم سلعهم بأقل من قيمتها كثيرا والنهي يقيد التحريم⁽¹⁾.

4- بيع الحاضر لباد

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا بيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض"⁽²⁾، وهو أن يأتي الرجل من البادية سلعة يبيعهها بسعر يومها، والناس في حاجة إليها، فيقول له حاضري: أترك السلعة عندي وأن أبيعها لك بعد أيام بسعر أكبر من ذلك، ولكن لا بأس أن ينصح له، ويدع الناس في أسواقهم يبسر الله عليهم أسعارهم، ويكون هناك ضرر في تأخيرها فهي حرام⁽³⁾.

5- بيع فضل الماء

هو ما زاد عن حاجته، وحاجة عياله، وماشيته، وزرعه، وعن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء"⁽⁴⁾، فإن الماء الذي في الأنهار، والبحار، والغدران، وما يشابهها مباحة للمسلمين جميعا وهم شركاء فيها، ولا يختص بها أحد، ولا يجوز بيعها مادامت في مقارها، وأما إذا أحرزها إنسان في أوان وظروف، أو حفر بئرا في ملكه، أو في أرض أحيائها للتملك فقد أصبح ملكا له، حينئذ يبيع الماء، إلا أن يضطر إليه ذو كبد حار فإنه يجب عليه بذله ما دام فاضلا عن حاجته وحاجة عياله ومواشيه⁽⁵⁾.

6- بيع المحتكر

هو وجود ندرة السلع أو انعدامها في الأسواق بحيث قام كبار التجار شراء السلعة وتخزينها حتى تقل في الأسواق، ومن ثم ترتفع أسعارها والذي يسمى بالاحتكار، وقد ورد النهي عاما في المنع من الاحتكار لجميع السلع، وهو ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلا

1- أبو سعيد بلعيد بن أحمد، المرجع السابق، ص.124.

2- رواه مسلم، رقم 1522.

3- أحمد ريان، المرجع السابق، ص.ص.81.82.

4- رواه مسلم، رقم 1565.

5- أبو سعيد بلعيد بن أحمد، المرجع نفسه، ص.134.

خاطئ⁽¹⁾، وهو العاصي أثيم، وقال أبو يوسف القاضي: كل ما يضر الناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو إياباً⁽²⁾.

7- بيع الذي فيه غش ومكر وخديعة

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟" قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: "أفلا جعلته فوق الطعام كن يراه الناس؟ من غش فليس منا"⁽³⁾.

وعن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من غشنا فليس من والمكر والخداع في النار"⁽⁴⁾. أما كتمان الحقيقة: كأن يكتُم البائع عيباً في المبيع، كتصدع في جدران الدار وطلاتها بالدهان أو الحصى، وكسر في محرك السيارة، ومرض في الدابة المبيعة، أو يكتُم المشتري عيباً في النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل أو زائلة الرقم النقدي المسجل عليها، وحكم هذا أنه جزم شرعاً باتفاق الفقهاء⁽⁵⁾.

8- بيع التلجئة:

فيرجع معناها إلى معنى الإلجاء وهو الإكراه التام، كتهديد شخص لغيره بإتلاف نفس وعضو أو ضرب مبرح إذا لم يفعل ما يطلبه منه، وهذا النوع ضرر على البائع حيث يكره على البيع وهو لا يريد، وقد نهانا الله عن ذلك لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"⁽⁶⁾، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنما البيع عن تراض"⁽⁷⁾.

¹- رواه مسلم، رقم 1605.

²- أحمد ريان، المرجع السابق، ص. 54.

³- رواه مسلم، رقم 102.

⁴- صحيح ابن حبان، رقم (5559).

⁵- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص. 396.

⁶- سورة النساء، الآية (29)

⁷- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع نفسه، ص. 397.

الفرع الثاني

البيع المنهي عنها بسبب الغرر والجهالة

عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وبيع الغرر"⁽¹⁾ وزيادة في معنى الغرر، قال الحطابي (رحمه الله تعالى): أصل الغرر هو ما طوى عنك علمه وخفى عليك باطنه وسره، وهو مأخوذ من قولك طويت الثوب على غرة أي على كسر الأول، وكل بيع كان المقصود منه مجهولا غير معلوم، ومعجوزا عنه، غير مقدور عليه فهو غرر، وذلك مثل أن يبيعه سمكا في الماء فإن البيع فيها مفسوخ، وإنما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن هذه البيوع تحصينا للأموال أن تضيع وقطعا للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس وأبواب الغرر كثيرة وجماعها ما دخل في المقصود منه الجهل. بذلك سنتطرق إلى تعريف الغرر والجهالة (أولا)، وكذا أنواع البيوع (ثانيا).

أولا: تعريف الغرر والجهالة

أ- تعريف الغرر:

هو ما طوي عن الإنسان علمه، وخفى عليه باطنه من معدوم، أو مجهول، أو معجوز عنه، أو غير المقدور عليه⁽²⁾.

ب- تعريف الجهالة:

هي الجهالة الفاحشة أو التي تفضى إلى نزاع يتعذر حله، وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة، كما لو باع إنسان شاة من قطيع.

ثانيا: أنواع البيوع المنهي عنها بسبب الغرر والجهالة

1- بيع المنابذة:

عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم: " نهى عن المحاقلة والمحاضرة والمامسة والمنابذة، المزبنة"⁽¹⁾

¹ - رواه مسلم، رقم 1513.

² - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويري، المرجع السابق، ص. 722.

والمناذبة هي أن ينبذ الرجل بثوبه لرجل، ويكون ذلك بيعاً من غير نظر، وفيها الجهالة المفضية للخصام والشجار، فلا بد من العلم بالسلعة والرضا⁽²⁾.

2- بيع الملامسة:

هو بيع ثوب دون تفقد وتعرف على العيوب، والميزان، والأصناف إذا كان مما يحتاج فيه لذلك⁽³⁾.

3- بيع الحصة:

هو أن يرمي بحصة فما وقعت عليه وتم عليه عقد البيع، ويحرم للجهالة، ولها صور معاصرة وكله بيع حرام⁽⁴⁾.

4- بيع حبل الحبل:

هو البيع ولد الناقة بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة. وهذا البيع باطل لأنه بيع بثمن إلى أجل مجهول، ولأنه بيع معدوم ومجهول وغير مملوك للبائع وغير مقدور على تسليمه، وقد أجمع العلماء أن هذا لا يجوز في بيوع المسلمين⁽⁵⁾.

5- بيع المضامين والملاقيح:

المضامين:

هي ما في البطون وهي الأجنة.

الملاقيح:

هي ما في أصلاب الفحول.

¹ - رواه البخاري، رقم 2207.

² - محمد صفوت نور الدين، فقه البيوع، دار ابن رجب، مصر، 2006، ص.71.

³ - محمد صفوت نور الدين، المرجع نفسه، ص.71.70.

⁴ - محمد صفوت نور الدين، المرجع نفسه، ص.71.

⁵ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص.295.

عن سعيد بن المسيب قال: "لا ربا في الحيوان وإنما نهى عن الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين والملاقيح وحبل الحبله والمضامين بيع ما بطون إناث الإبل، والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال"⁽¹⁾.

6- بيع عسب الفحل:

عن ابن عمر (رضي الله عنه) قال: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل"⁽²⁾. وعسب الفحل هو ضراب الذكر من كل حيوان فرسا أو جملا أو تيسا أو غير ذلك، وغاية من النهي لما فيه من الغرر، لأن الفحل قد يضرب وقد يضر، وقد تلحق الأنثى وقد لا تلحق، وقد ذهب إلى تحريمه أكثر الصحابة والفقهاء⁽³⁾.

7- بيع المخاضرة:

بيع الثمار والحبوب قبل صلاحها⁽⁴⁾، وقد نهى الشرع عنها، لحديث أنس (رضي الله عنه): نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى تزهو، قال: "أريت إن منع الله الثمرة، بم تستحل مال أخيك"⁽⁵⁾.

8- بيع المجهول:

عن ابن عباس (رضي الله عنه) قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم، ولا صوف على ظهر، ولا سمن في لبن، ولا لبن في ضرع"⁽⁶⁾، وهذا البيع فاسد باتفاق المذاهب إذا كانت الجهالة فاحشة، كأن يبيع ثوبا من أثواب، فلا يجوز بيع عين مجهولة، ولا يبيع

¹ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص. 295.

² - رواه البخاري، رقم 2284.

³ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع نفسه، ص. 296.

⁴ - محمد صفوت نور الدين، المرجع السابق، ص. 69.

⁵ - رواه مسلم، رقم 1555.

⁶ - أخرجه سنن الكبرى، رقم 5/340.

بثمن مجهول، ولا بثمن مؤجل إلى أجل مجهول، يكون البيع باطل، لوجود الغرر بسبب الجهالة⁽¹⁾.

9- بيع الثنايا:

هو بيع شيء ويستثنى بعضه كأن يبيع شجرة إلا بعضها، أو قطيع الغنم إلا عشرة غير معنية، واستثناء المعلوم من المجهول يصير الباقي مجهولاً والعكس⁽²⁾، وعن جابر (رضي الله عنه) قال: "تهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة. وعن الثنايا ورخص في العرايا"⁽³⁾.

10- بيع ما ليس عندك:

لحديث حكيم بن حزام (رضي الله عنه)، قلت: "يا رسول الله، الرجل يسألني البيع وليس عندي، أفأبيعه؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك"⁽⁴⁾، وبيع ما ليس عندك هو بيع سلعة مملوكة لغيرك، ولم تفرض في بيعها، أو بيع الشيء قبل قبضه أو بيع العبد الآبق⁽⁵⁾.

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.ص.408.409.

²- محمد صفوت نور الدين، المرجع السابق، ص.71.

³- رواه مسلم، رقم 1536.

⁴- رواه ابن ماجه، رقم 1794.

⁵- محمد صفوت نور الدين، المرجع نفسه، ص.74.

الفرع الثالث

البيع المنهي عنها بسبب الربا

البيع الربويّة تعتبر فاسدة عند الحنفيّة، وباطلة عند بقية المذاهب، ولا خلاف في حرمتها، سواء أكان الربا ربا فضل أم ربا نسيئة، للنهي الثابت عنه في القرآن والسنة⁽¹⁾، ومنه سنتطرق إلى تعريف لها، ثم ما حكمها، وأخيرا أنواع البيع الربويّة.

أولا: تعريف الربا

أ- لغة:

هو الزيادة⁽²⁾، ويقال: الزيادة على أصل رأس المال، سواء كانت قليلة أو كثيرة⁽³⁾.

ب- اصطلاحا:

مبادلة الربويّة بجنسه، أو تأخير القبض فيما يلزم فيه التقابض من الربويّات⁽⁴⁾.

ثانيا: حكم الربا

الربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع، وهو من الكبائر، ومن السبع الموبقات، وأما من تعامل بالربا من غير أن يكون مستحلا له فهو فاسق⁽⁵⁾.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.409.

² - علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، المرجع السابق، ص.94.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.411.

⁴ - سليمان بن محمد اللهميد، المرجع السابق، ص.11.

⁵ - أحمد سعيد حوى، صور التحايل على الربا وحكمها في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، لبنان، 2008، ص.ص. من

32 إلى 36.

- أدلة التحريم:

من الكتاب:

قول الله تبارك وتعالى: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا" (1)، وقوله عز وجل: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ 278 فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ 279" (2).

وقال السرخسي: ذكر الله تعالى في هذه الآيات لآكل الربا خمسا من العقوبات:

-إحداها: التخبط: قال الله تعالى: "الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا" (3).

-الثانية: المحق: قال تعالى: "يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا" (4) والمراد الهلاك والاستئصال، وقيل: ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع به، ولا ولده بعده.

-الثالثة: الحرب: قال الله تعالى: "فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ" (5).

-الرابعة: الكفر: قال الله تعالى: " وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ 278" (6) وقال سبحانه بعد ذكر الربا: " وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ" (7) أي: كفار باستحلال الربا، أثيم فاجر بأكل الربا.

-الخامسة: الخلود في النار أي لمن استحلها: قال تعالى: "فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ" (8).

1- سورة البقرة الآية (275).

2- سورة البقرة الآية (278-279).

3- سورة البقرة، الآية (275).

4- سورة البقرة الآية(276).

5- سورة البقرة الآية(279).

6- سورة البقرة الآية(278).

7- سورة البقرة الآية (276).

8- سورة البقرة الآية (275).

ومن السنة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " اجتنبوا السبع الموبقات قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات"⁽¹⁾.

وعن جابر بن عبد الله (رضي الله تعالى عنهما) قال: " لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء"⁽²⁾.

ومن الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على تحريم الربا، ويجب على من يقرض أو يقترض أو يبيع أو يشتري أن يبدأ بتعلم أحكام هذه المعاملات قبل أن يباشرها، حتى تكون صحيحة وبعيدة عن الحرام والشبهات، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وتركه إثم وخطيئة، وهو إن لم يتعلم هذه الأحكام قد يخوض في الربا وهو يجهل أنه تردى في الحرام، وقد أثر عن السلف أنهم كانوا يحذرون من الاتجار قبل تعلم ما يصون المعاملات التجارية من التخبط في الربا، ومن ذلك قول عمر رضي الله عنه: لا يتجر في سوقنا إلا من فقه و إلا أكل الربا. وقول علي رضي الله عنه: من اتجر قبل أن يتفقه ارتطم في الربا ثم ارتطم ثم ارتطم، أي: وقع وارتيك ونشب⁽³⁾.

ثالثاً: أنواع الربا

أ- ربا الفضل:

فهو زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي

¹ - رواه البخاري، رقم 6857، ومسلم، رقم 89.

² - رواه مسلم، رقم 1598.

³ - سليمان بن محمد اللهميد، المرجع السابق، ص. 11.

ب- ربا النسيئة:

فهو فضل الحلول على الأجل، وفضل العين على الدين في المكيلين، أو الموزونين عند اختلاف الجنس، أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس⁽¹⁾.

رابعاً: أنواع البيوع الربوية

تتميز هذه البيوع على أنها تحتوي على عنصر الربا والتي تتمثل في:

1- بيع العينة:

هي أي بيع صوري المتخذ وسيلة للربا الحرام، كبيع سلعة بثمن مؤجل إلى مدة بمئة درهم، ثم شراؤها في الحال بمئة وعشرة، فيكون الفرق ربا، لكن أبو حنيفة استثناء من مبدئه في عدم النظر إلى نية غير المشروعة، اعتبر هذا العقد الفاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك، المقرض في الحقيقة، والمشتري المقرض في الواقع⁽²⁾، وبيع العينة محرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم"⁽³⁾.

2- بيع المزبنة:

هي أن يباع ثمر النخل على رؤوسه بالتمر كيلاً، وهي تجوز كالمحاولة⁽⁴⁾، عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) "تهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزبنة والمحاولة"⁽⁵⁾.

3- بيع المحاكلة:

هي بيع الحب المشتد في سنبله بحب من جنسه، وهي لا يجوز، لأنها جمعت محذورين: الجهالة في المقدار والجودة، والربا، لعدم انضباط التساوي⁽⁶⁾.

¹ - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص.ص. 730.729.

² - وهبة الزحيلي، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله، دار المكتبي، سوريا، 2000، ص.9.

³ - أخرجه أبي داود، رقم 3462.

⁴ - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص.721.

⁵ - رواه البخاري، رقم 2207، ومسلم، رقم 1538.

⁶ - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع نفسه، ص.721.

4- بيع الحيوان باللحم:

عن سعد بن المسيب: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم"⁽¹⁾، وعن القاسم بن أبي بزة قال: "قدمت المدينة، فوجدت جزورا قد نحرت، فجزئت أجزاء، كل جزء منها بعناق، فأرادت أن أبتاع منها جزءا فقال لي رجل من أهل المدينة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت، قال: فسألأت عن ذلك الرجل فأخبرت عنه خيرا"⁽²⁾.

5- بيع الكالئ بالكالئ:

ولقد سمي البيع النسيئة بالنسيئة، أو بيع الدين بالدين.

وقد ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ في السنة المطهرة، ففي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وبيع الدين بالدين صور عديدة، وقد يلتبس المشروع منها بغير المشروع، فمست الحاجة إلى تفصيل القول في هذه المسألة فنقول: لا يخلو الدين المبيع من أن يكون ثمنا مؤجلا، أو سلعة معينة مؤجلة التسليم، أو سلعة موصوفة في الذمة مؤجلة التسليم⁽³⁾.

6- بيعتين في بيعة واحدة:

بيع بيعتين في بيعة: البيع بالتقسيم بزيادة في الثمن إلى أجل إذا افترق البائع والمشتري على جهالة الثمن أو المؤجل والمعجل، أما إذا افترقا على أحد الثمنين المعلومين فهو جائز، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن نبي الله قال: "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا"⁽⁴⁾، قال الترميذي في سننه: عن عبد الله بن عمرو، وابن مسعود حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم. وقد فسر بعض أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد

¹- أخرجه التمهيد، رقم 4/322.

²- أبو سعيد بن أحمد، المرجع السابق، ص.68.

³- عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا ييسع التاجر جهله، دار المسلم للنشر والتوزيع، لبنان، 2005، ص.78.

⁴- أخرجه أبي داود، رقم 3461.

بعشرة، وبسبب عشرة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعتين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما⁽¹⁾.

المطلب الثاني

البيوع المحرمة

لقد نهى الله تعالى ورسوله عن أكل أموال الناس بالباطل كالغش والغرر الذي تطرقنا إليهم سابقا ونص على التعامل في الطيبات، فلا يجوز التجارة في المحرمات، الحمر والميتة والخنزير والأصنام وغيرها لقوله تعالى: "ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأخلال التي كانت عليهم فالذين آمنوا به وعزروه ونصروه واتبعوا النور الذي أنزل معه أولئك هم المفلحون"، وأوجب أداء الحقوق لقول النبي صلى الله عليه وسلم: قال الله: ثلاثة: أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، رجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره" رواه البخاري، وتجنب الربا الذي ذكرناه سابقا، قال اله تعالى: "...وحرّم الربا" سورة البقرة.

وبذلك خصصنا مطلقا لبيوع حرّمها الله سبحانه لكونها تمس الدين والعقل، ومنه قسمنا هذا المطلب إلى: بيوع لذاتها (الفرع الأول)، وبيوع لغيرها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

البيوع المحرمة لذاتها

هو ما حرّمه الشارع ابتداء لما فيه من الأضرار والمفاسد الذاتية التي لا تتفك عنه: كأكل الميتة وبيعها، ونحو ذلك مما حرّم لذاته وعينه، فهو غير مشروع أصلا، ولا يحل للمكلف فعله، وإذا فعله لحقه الذم والعقاب، ولا يصلح أن يكون سببا شرعيا تترتب عليه أحكامه، وإذا كان محلا للعقد بطل العقد، ولم يترتب عليه أثره الشرعي⁽²⁾، ولها عدة بيوع منها:

¹ - أبو سعيد بن أحمد، المرجع السابق، ص. 64.

² - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 40.

أولاً: بيع الخمر

أ- تعريف الخمر:

1- لغة:

سميت (الخمر) خمرا لأنها تركت (فاختمرت) و(اختمارها) تغير ريحها، وقيل سميت بذلك لمخامرتها العقل⁽¹⁾.

2- شرعا:

أنها كل مسكر من المائعات، سواء كانت من العنب أو التمر أو التفاح⁽²⁾.

ب- حكم بيع الخمر:

إنه محرم إجماعاً وهو بيع باطل، فإذا بيعت وجب رد الثمن للمشتري إذ أن الخمر ليست مالا في شرعنا ولا يصح تملكها، بل يجب إراقته إذا كانت لمسلم⁽³⁾.

ثانياً: بيع الميتة

لا يجوز بيعها إلا الميتة التي حلها الله، كالجراد والسمك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أحلّ لنا ميتتان ودمان: أما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال"⁽⁴⁾، ويجوز ما كان منفصلاً من أجزاء الميتة كالشعر، والوبر، والصوف، والریش، وكذلك جلد الميتة إذا دبغ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا دبغ الأهاب فقد طهر"⁽⁵⁾، فإن الميتة يلحق بها النجاسة ولا يجوز الانتفاع بها ولا بيعها⁽⁶⁾.

¹ - الصحاح المختار، ص. 79.

² - رمضان حافظ عبد الرحمان، البيوع الضارة، الطبعة الثانية، دار السلام، مصر، 2006، ص. 321.

³ - رمضان حافظ عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص. 324.

⁴ - أخرجه نيل الأوطار، رقم 9/25.

⁵ - رواه مسلم، رقم 366.

⁶ - عبد الناصر بن خضر ميلاد، المرجع السابق، ص. 43.

ثالثا: بيع الخنزير

قال الله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلِيَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَبِئَةُ وَالْمُؤَفَّقُودَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فِسْقُ الْيَوْمِ بِيَسِّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"⁽¹⁾ وبيع الخنزير باطل، ولا ينعقد أصلا بخلاف البيع به حيث يكون البيع حرام وذلك لأن الخلل في هذه الحالة يكون متعلقا بوصف العقد إلا أنه مال عند المسلمين⁽²⁾.

رابعا: بيع الأصنام

جمع صنم، وهو التمثال من الحجر، أو الخشب، أو المعدن، كانوا يزعمون أن عبادته تقربهم إلى الله، وقيل هو الوثن، والصنم ما كان مصور، وقد أجمع الفقهاء على حرمة إتخاذ واقتناء هذه التماثيل والتي تتميز بأنها تحتوي على ظل، حيث وردت أحاديث صحيحة وصريحة بالنهاي عن صناعتها وعن تصوير ما فيه روح، والعلة من التحريم أن التصوير فيه مضاهاة لخلق الله سبحانه، وتشبيهه فعل المخلوق لفعل الخالق، أن صناعة الصور ذوات الروح المحرمة، ووسيلة إلى لغو فيها مندون الله تعالى⁽³⁾.

خامسا: بيع آلات اللهو

اتفق الأئمة الأربعة على حرمة بيع آلات العزف و شرائها فيما عدا ما يستثنى شرعا، ويتضح من نصوص الفقهاء السابقة في بيع آلات العزف إذا وقع: ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن بيعها صحيح مع الإثم ولا يفسخ العقد، وهو قول أبي حنيفة والشافعية.

القول الثاني: أن العقد باطل ويفسخ البيع ويرد الثمن إلى صاحبه وهو قول المالكي.

¹ - سورة المائدة الآية (3).

² - محمد بن علي حلاوة، صور البيوع المحرمة والمختلف فيها، مكتبة عباد الرحمن، مصر، 2006، ص.43.

³ - عبد الناصر بن خضر ميلاد، البيوع المحرمة والمنهي عنها، دار الهدى النبوي، مصر، د س، ص.305.

القول الثالث: إن كانت بعد كسرها لا تعد ما لا يبطل العقد ووجب الفسخ، وإن كانت بعد الكسر تعد ما لا فكيل بالبطلان، وقيل بالصحة، وقيل إن أتخذت من جوهر نفيس صح بيعها وإن اتخذت من خشب ونحوه بطل العقد ووجب الفسخ، وهذا قول الشافعية.

وقول الراجح من حيث النظر أن آلات العزف، يصح بيعها ولا يفسخ العقد لكن مع الإثم⁽¹⁾.

الفرع الثاني

البيوع المحرمة لغيرها

هو ما كان مشروعاً في الأصل، إذ لا ضرر فيه ولا مفسدة، أو أن منفعته هي الغالبة، ولكنه اقتزن بما اقتضى تحريمه، أو مما عرض له التحريم لأمر خارج عن ذات الفعل، فليس التحريم لذات الفعل، لأن الفعل بنفسه من المفسدة والضرر، ولكن اتصل به ما جعل فيه مفسدة وضرراً⁽²⁾، والبيوع التي تحتوي على هذا النوع هي:

أولاً: بيع عند أذان الجمعة

أجمع الفقهاء على أن البيع عند أذان الجمعة حرام، وإن كانوا قد اختلفوا في تحديد هذا الوقت الذي يحرم فيه البيع والشراء، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ"⁽³⁾، والحكمة من النهي عن البيع وقت أذان الجمعة سواء كان هذا البيع عند الأذان الأول أو الثاني أو بعد الزوال، هي الخوف على المسلم من ضياع الصلاة، ولا شك أن ضياع الصلاة على المسلم ضرر في دينه ونقص في إيمانه⁽⁴⁾.

ثانياً: بيع في المسجد

عن عبد الله بن عمرو (رضي الله عنه): " نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع والاشتراء في المسجد، وأن تتشد فيه الأشعار، وأن تتشد فيه الضالة، وعن الحلق يوم الجمعة قبل

¹ - رمضان حافظ عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.ص. 256.257.

² - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 41.

³ - سورة الجمعة الآية (9).

⁴ - رمضان حافظ عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص. 239.

الصلاة⁽¹⁾، من هذا الحديث يفهم أن البيع والشراء في المساجد حرام، إنما تبنت لطاعة الله وعبادته، أنه يجب على من سمع من يبيع أو يشتري في المسجد أن يقول له جهرا: لا أريح الله تجارتك، فإن المساجد لم تبين للبيع والشراء⁽²⁾، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذ رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد، فقولوا: لا أريح الله تجارتك"⁽³⁾.

ثالثا: بيع المصحف للكافر

اتفق الفقهاء على أن البيع ممنوع وصرح جمهور بالحرم، لأن فيه امتهان حرمة الإسلام بملك المصحف، وقد قال الله تعالى: " وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"⁽⁴⁾، ونهى رسول صلى الله عليه وسلم عن المسافرة إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم، فلا يجوز تمكينهم منه، ولأنه يمنع الكافرين من استدامة الملك عليه، فمنع من ابتدائه كسائر مالا يجوز بيعه، ولما في الملك الكافر للمصحف ونحوه من الإهانة⁽⁵⁾.

رابعا: بيع السلاح في الفتنة

عن أبي قتادة (رضي الله عنه) قال: خرجنا مع الرسول الله صلى الله عليه وسلم عام حنين فبعت الدرع فابتعت به مخرفا في بنى سلمة، فإنه لأول مال تأثلته في الإسلام، لا يصح بيع السلاح في فتنة بين المسلمين، فلو حصل فتنة وقتال بين المسلمين، وجاء رجل يشتري منك سلاحا، وغلب على ظنك أنه اشترى منك السلاح ليقاتل المسلمين فإنه يحرم عليك أن تبعه إياه⁽⁶⁾.

خامسا: بيع العصير ممن يتخذه خمرا

عن بريدة الأسلمي (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذه خمرا فقد تقحم النار على

¹ - أخرجه أبي داود، رقم 1079.

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص. 405.

³ - أخرجه الترمذي، رقم 1321.

⁴ - سورة النساء الآية (141).

⁵ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع نفسه، ص. 406.

⁶ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع نفسه، ص. 407.

بصيرة⁽¹⁾، وحرّم بيع العنب ممن يتخذة خمرا لوعيد البائع بالنار، وهو مع القصد محرم إجماعاً، وأما مع عدم القصد ويجوز البيع مع الكراهة ويؤول بأن ذلك مع الشك في جعله خمرا، وأما إذا عمله فهو محرم ويقاس على ذلك ما يستعان به في معصية، وهو قيد يرد على عملية الاستثمار، وهو المنع من كل بيع فيه إعانة على معصية الله عز وجل⁽²⁾.

المطلب الثالث

البيوع المختلف في حرمتها

هي بيوع قام فريق من الفقهاء بإجازتها وفريق آخر قام بتحريمها، وهذه البيوع كثيرة وعديدة، لقد خصصنا لها في المطلب أربع بيوع تتمثل في: بيع التورق (فرع أول)، بيع التقسيط مع زيادة الثمن (فرع ثاني)، بيع العربون (فرع ثالث)، بيع الوفاء (فرع رابع).

الفرع الأول

بيع التورق

أولاً: تعريف التورق

أ- لغة:

التورق مصدر تورق، يقال تورق الحيوان: أي أكل الورق، والورق بكسر الراء الدّراهم المضروبة من الفضة، وقيل: الفضة مضروبة أو غير مضروبة⁽³⁾، فالتورق استعمل عند المتقدمين في طلب النقود الفضية، واستعمل عند المعاصرين في طلب النقود الورقية وهو استعمال لغوي صحيح مشتق من نفس الكلمة⁽⁴⁾.

¹ - أخرجه الدراري المضية، رقم 254.

² - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص. 408.

³ - www.alimam.ws/ref/1080. 16/05/2016.

⁴ - رياض بن راشد عبد الله الرشود، التورق المصرفي، إدارة الأوقاف، قطر، 2013، ص. 23.

ب- اصطلاحاً:

التورق مصطلح شاع في مؤلفات المذهب الحنبلي، وغير الحنابلة يذكرون صورة التورق في مسائل بيع العينة⁽¹⁾، هو أن يشتري السلعة إلى أجل ثم يبيعه نقداً إلى غير بائعها ليتوسع بثمنها، وسمي تورقاً لحاجة فاعله إلى الورق أي الدراهم أو المال⁽²⁾.

ثانياً: حكم التورق عند الفقهاء

انقسم الفقهاء حول إجازة أو حرمة⁽³⁾، فمنهم من قال بالجواز وهم أبي يوسف من الحنفية ومذهب الشافعية وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد، وابن الهمام من الحنفية، وأما المالكية وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد فقالوا بالكراهة وقد رجح هذه الكراهية في كون أن فعل البائع الأول الذي يعلم بحاجة المستقرض، ويوجدوا من قالوا بكراهة التحريم المنسوب إلى محمد بن الحسن من الحنفية إذا جاز اعتبار التورق صورة من صور العينة، ويقابله قول ابن تيمية بالنهاي عنه لأنه اعتبره من باب بيع المضطر⁽⁴⁾.

لكن الرأي الراجح أخذ بالجواز بيع النسئة أي لأجل، لكن اختلفوا في جواز الزيادة في الثمن لأجل الأجل، إلى أنهم اتفقوا على الزيادة بشرط أن لا يكون زيادة فاحشة⁽⁵⁾، وذلك لحاجة المتورق إلى المال وأنه لم يجد من يقرضه قرضاً حسناً، والذي جعله يلجأ إلى بيع التورق ويتكلف هذا الفارق في الثمن، وأن كثيراً من أهل العلم يكره بيع المضطر، أن بيع التورق يختلف عند بيع بالعينة من حيث إن السلعة لا تعود إلى بائعها الأول، وأن تهمة التحايل على الربا ضعيفة ومتنفية⁽⁶⁾.

¹ - هناء محمد هلال الحنبلي، التورق حقيقته أنواعه، د.د.ن، الشارقة، د.ت.ن، ص.9.

² - سعيد بوهراوة، التورق المصرفي دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، د.د.ن، ماليزيا، د.ت.ن، ص.4.

³ - <http://www.mnokhab.net/vb/showthread.php?t=5021>, 16/05/2016.

⁴ - أحمد محمد الجوسي، التورق المصرفي بين المجيزين والمانعين، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول للتورق المصرفي والحيل الربوية، جامعة فيلادلفيا، الأردن، 2012، ص.ص.8.9.

⁵ - www.kau.edu.sa/Files/0002230/Subjects/التورق%عقد%20, 16/05/2016.

⁶ - أحمد سعيد حوى، المرجع السابق، ص.140.

الفرع الثاني

البيع بالتقسيط مع زيادة الثمن

التقسيط هو أن يدفع الثمن متفرقا على آجال معلومة، وهو طريقة سداد الثمن المبيع، وهو إلا صورة من صور بيع النسيئة.

أولاً: حكم بيع بالتقسيط

لقد أجاز أهل العلم بيع النسيئة⁽¹⁾ لورود الأحاديث الصحيحة الصريحة، فقد روى عن البخاري ومسلم وغيرهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعام إلى أجل ورهنه درعا من حديد⁽²⁾.

ثانياً: حكم الزيادة الثمن

هو أن يكون ثمن السلعة بمئة دينار لكن إذا بيعت على أقساط كان ثمنها مائة وخمسين دينار. لقد أجازوا البيع المؤجل مع زيادة الثمن وعدم جواز فرض غرامة عند التأخير⁽³⁾، وهذا ما أجمع عليه المؤتمر الإسلامي⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

بيع العيوب

هو أن يشتري السلعة، ويدفع إلى البائع درهما أو أكثر، على أنه أخذ السلعة، احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فهو للبائع⁽⁵⁾.

¹ - <http://www.binbaz.org.sa/noor/10342>. 20/05/2016.

² - المكاشفي طه الكباشي، بيع المربحة والتقسيط ودورها في المعاملات المصرفية في الفقه الإسلامي، د.م.ن، السودان، 2008، ص.14.

³ - <https://saaid.net/Doat/Najeeb/f84.htm>. 20/05/2016.

⁴ - عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، المرجع السابق، ص.ص. من 93 إلى 96.

⁵ - <http://www.alukah.net/sharia/0/90905>. 23/05/2016.

أولاً: حكم بيع العربون

اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع، فيرى الحنفية والمالكية والشافعية وأبو الخطاب من الحنابلة أنه لا يصح، وعن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان"⁽¹⁾ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾، وفيه غرر ولأن فيه شرطين مفسدين: شرط الهبة للعربون وشرط رد المبيع بتقدير أن لا يرضى. لكن مذهب الحنابلة أجاز هذه الصورة من البيوع⁽³⁾.

الفرع الرابع

بيع الوفاء

أولاً: تعريف الوفاء

أ- لغة:

الوفاء، وفي بالعهد، وفاء ضد غدر، وأوفى فلان حقه⁽⁴⁾، وهو أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لي⁽⁵⁾.

ب- اصطلاحاً:

هو البيع يحتفظ فيه البائع حق استرداد المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري.

ولقد تعدد تسميات بيع الوفاء بالبيع الجائر الذي كان مشهوراً عند الحنفية، أما عند الشافعية سمى ببيع الأمانة والرهن المعاد، والبيع المعاملة، وبيع العهدة، أما بيع الثنيا كان مشهوراً عند المالكية، وبيع الطاعة⁽⁶⁾.

¹ - أخرجه نيل الأوطار، رقم 5/250.

² - محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني (على موطأ لإمام مالك)، الجزء الثالث، المكتبة العصرية، لبنان، 2002، ص. 314.

³ - أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص. 411. 412.

⁴ - <http://fiqh.islammessgae.com/NewsDetails.aspx?id=4093>, 12/06/2016.

⁵ - علي بن محمد السيد الجرجاني، المرجع السابق، ص. 44.

⁶ - محمد أمين بارودي، بيع الوفاء، دار النوادر، سوريا، 2012، ص. 12.

ثانيا: حكم بيع الوفاء

تعددت الأقوال المنقولة عن الفقهاء في بيع الوفاء وتباينت من البطلان إلى الصحة⁽¹⁾، لكن اتفقوا على أن بيع الوفاء ببيع فاسد إذا اقتران به شرط الرد، وهذا يتفق مع قواعد المذاهب الثلاثة، خلافا الحنابلة الذي عدوه من باب الخيار، ولكن من ذهب بعضهم إلى تصحيح هذا العقد نظرا للحاجة وتعامل الناس به، وبالتالي لزوم الوفاء بالشرط، لكن قد رأى بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجاب لحاجة جدية في التعامل، وإنما وسيلة لستر الرهن وحقيقة هذا البيع هو تحايل على الربا وأنه غير جائز⁽²⁾.

¹ - <http://www.feqhweb.com/vb/t19105.html>. 23/05/2016.

² - أحمد سعيد حوى، المرجع السابق، ص.ص من 176 إلى 187.

خاتمة

من خلال بحثنا هذا توصلنا إلى أن العقود المبرمة بين الناس للإلزام والالتزام ظواهر اجتماعية مهمة جداً، ولا يستغني عنها إنسان في حياته، لكن صورة العقد قد تستخدم من أجل الوصول إلى مقاصد غير مشروعة يترتب عليها المساس بمبدأ التحريم، أو الحظر، أو البطلان، أو مبدأ النظام والآداب العامة.

وتميزت الشريعة الإسلامية عن القانون، لكون أن الشريعة الإسلامية فصلت عن الموضوع بشكل دقيق وبكل جوانبه، وتتوعت عنه أدلة من قرآن كريم وسنة نبوية شريفة، لكن القانون لم يتطرق إليه بشكل دقيق إنما ذكر بعض منها الشواهد تعد على برؤوس الأصابع.

ورأينا أن العقد الباطل هو اختلال أحد الأركان العقد من رضا ومحل وسبب، أو وجود عيب من عيوب الإرادة، أو فقدان الأهلية، ويرجع سبب بطلان العقد إلى وجود عيب في تصرف القانوني الذي يتمثل في عيوب الإرادة، أو عيوب في المحل والسبب، أو تخلف الشكل، أو الاحتيال على القانون والصوربة.

وتتوعت تقسيمات البطلان من تقسيم ثلاثي والذي يسمى بالنظرية التقليدية التي تتمثل في الانعدام، بطلان مطلق، وبطلان نسبي، إلا أن هذه النظرية أصبحت غير صالحة، واتفق الفقه الحديث على تقسيم الثنائي وهو البطلان المطلق و بطلان نسبيواستبعدوا الانعدام، وتميز البطلان عن غيره من مفاهيم قانونية المشابهة له من صوربة، عدم سريان، وفسخ.

وبالرجوع إلى موقف المشرع من البطلان، نرى أن مشرع فرنسي يؤول إلى تمييز بين نوعي البطلان برغم من أنه لم يذكر مصطلحي مطلق ونسبي، واتبعه المشرع المصري ولكنه اختلف في لفظي مطلق ونسبي، فمطلق سماه بالبطلان، أما النسبي سماه بقابلية للإبطال أو حق في الإبطال، أما المشرع الجزائري فقد تبنى كغيره من التشريعات التقسيم الثنائي للبطلان، لكنه اختلف عن فرنسي ومصري، فقد استعمل عدة تعبيرات على أنواع البطلان، فاستعمل المطلق بالعقد باطل بطلان مطلق أو عقد باطل، أما نسبي فأخذه بالعقد القابل للإبطال.

أما آثار البطلان يرجع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل وقت التعاقد، وكذا الآثار العريضة التي ينتجها العقد الباطل تتمثل في ثلاثة نظريات معروفة هي نظرية تحول العقد، نظرية إنقاص العقد، نظرية الخطأ في تكوين العقد، لكن قد يسبب البطلان ضرر لأحد الطرفين حسن النية مما يؤدي لطرف الآخر بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه به، ولا يقتصر أثر البطلان على المتعاقدين فقط، إنما على الغير الذي يقصد به الخلف الخاص للمتعاقدين، خاصة إذا كان حسن النية، وبالنظر إلى قاعدة أثر الرجعي للبطلان يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، ومن المعقول أن العدالة تقتضي حماية حسن النية.

والعقود الباطلة تتمثل في عقود الغرر وهي القمار والرهان وعقد التأمين ومرتب مدى الحياة، وبيع الباطلة التي خصص المشرع لها مكانة خاصة من مواد 397 إلى 412 من القانون المدني الجزائري، وهي بيع ملك الغير، بيع تركة، بيع في مرض الموت، بيع النائب لنفسه، أما القروض الربوية فالمشرع لم يتطرق إليها بدقة إنما أجاز، وذلك لتشجيع الادخار.

أما من الناحية الشرعية الإسلامية، فسموا العقد الباطل بعقد غير الصحيح، واختلفوا حول عقد غير صحيح، فالحنفية يقولون أن عقد غير صحيح قد يكون فاسد أو باطل، أما جمهور الفقهاء يرون ما يقابل صحيح هو باطل، ويمنع البيع لوجود عيب في البيع لأن الأصل في المعاملات هو الإباحة لكن إلا ما حرمه الله ورسوله، وقد تعددت أسباب فساد وتنوعت تقسيمات العقود الباطلة من بيع محرمة، وفاسدة، وممنوعة، وغيرها من تقسيمات.

وتتمثل العقود الباطلة في بيع منهي عنها بسبب الضرر، والربا، الجهالة والغرر، وقد تكون محرمة بذاتها أو لغيرها، وهناك بيع مختلف فيها الفقهاء على حرمتها وتتمثل في بيع التورق، وبيع العربون، وبيع الوفاء، وبيع بالتقسيط مع زيادة الثمن.

نقترح بعض التوصيات المستخلصة من النتائج السابقة منها:

- 1- ضرورة إجراء تعديل تشريعي في القانون المدني الجزائري فيما يخص مراحل العقد وذلك من خلال تقسيمه إلى صحيح وباطل.
- 2- على المشرع إعادة تنظيم القسم الثاني مكرر الخاص بالإبطال العقد وبطلانه من القانون المدني، بوضع تفصيل شامل حول العقد الباطل.
- 3- على المشرع الجزائري أخذ الجانب الشرعي في القانون المدني، لكون هذا الأخير يعتبر قانون العلاقات بين الأفراد، والشريعة الإسلامية هي سبيل أصلح لتنظيم هذه العلاقات.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- باللغة العربية

- القرآن الكريم
 - السنة النبوية
1. سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي دard سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (275هـ)، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار ابن حزم، لبنان، 1998.
 2. سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (297هـ)، جزء ثالث، بتحقيق أحمد محمد فؤاد عبد الباقي، دار الإعلام، الأردن، 2001.
 3. سنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (458هـ)، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
 4. صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري بن المغيرة بن برزدية البخاري الجعفي (256هـ)، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، 2003.
 5. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بليان، علاء الدين علي بن بليان الفارسي (739هـ)، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993.
 6. صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج الفشري النيسابوري (261هـ)، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الأصاله، الجزائر، 2009.
 7. نيل الأوطار، بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الإخبار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (1250هـ)، طبعه مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1926.

• الكتب

1. أبو سعيد بلعيد بن أحمد، أحكام البيع وآدابه في الكتاب والسنة، الطبعة الثالثة، مكتبة الإمام مالك، الجزائر، 2008.
2. أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، جزء الرابع، المكتبة التوفيقية، مصر، 2003.
3. إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره (دراسة مقارنة)، د.د.ن، السعودية، 2004.
4. أحمد ريان، فقه البيوع المنهي عنها مع تطبيقاتها الحديثة في المصارف الإسلامية، الطبعة الثالثة، مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، السعودية، 2003.

5. أحمد سعيد حوى، صور التحايل على الربا وحكمها في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، لبنان، 2008.
6. أحمد شرف الدين، عقود التأمين وعقود ضمان الإستثمار (واقعها الحالي وحكمها الشرعي)، الطبعة الثالثة، دار الكتاب، د.ب.ن، 1991.
7. أسامة السيد عبد السميع، القروض والودائع البنكية في ميزان الشريعة الإسلامية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2010.
8. اسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
9. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1968.
10. المكاشفي طه الكباشي، بيع المرابحة والتقسيط ودورها في المعاملات المصرفية في الفقه الإسلامي، د.م.ن، السودان، 2008.
11. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (عقد البيع: البيوع الخاصة)، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 1997.
12. أمير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.
13. أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
14. بلحاج العربي، النظرية العامة لالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
15. توفيق حسن فرج، دروس في النظرية العامة لالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.ت.ن.
16. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، الناشر دار النهضة العربية، مصر، 1994.
17. حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
18. رمضان جمال كامل أحكام بيع ملك الغير، الطبعة الثالثة، توزيع مكتبة الألفى القانونية، د.ب.ن، 1997.
19. رمضان حافظ عبد الرحمان، البيوع الضارة، الطبعة الثانية، دار السلام، مصر، 2006.
20. رياض بن راشد عبد الله الرشود، التورق المصرفي، إدارة الأوقاف، قطر، 2013.

21. سليمان بن أحمد الملح، القمار وحقيقته وأحكامه، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2008.
22. سعيد بوهراوة، التورق المصرفي دراسة تحليلية نقدية للآراء الفقهية، د.د.ن، ماليزيا، د.ت.ن.
23. سعيد سعيد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
24. سليمان بن محمد اللهميد، كتاب البيوع، مكتبة الدعوة والإرشاد، السعودية، د.ت.ن.
25. عباس حسني، عقد التأمين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مكتبة وهبه، مصر، د.ت.ن.
26. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات (في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
27. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، د.د.ن، د.ب.ن، 1984.
28. عبد الرحمن زكي إبراهيم، معالم الاقتصاد الاسلامي، دار الجامعات المصرية، مصر، د.ت.ن.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، جزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
30. -----، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000.
31. -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني: عقود الغرر (عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين)، منشورات الحلبي، لبنان، 1998.
32. -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
33. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1969.
34. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، 2010.
35. عبد الله المصلح، صلح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، دار المسلم للنشر والتوزيع، لبنان، 2005.
36. عبد الناصر بن خضر ميلاد، البيوع المحرمة والمنهي عنها، دار الهدى النبوي، مصر، د.ت.ن.

37. علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موزم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
38. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
39. فايز محمد عبد الرحمن، التأمين في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
40. فضل منذر، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية، دار تاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006.
41. حمد أمين بارودي، بيع الوفاء، دار النوادر، سوريا، 2012.
42. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر فقه الإسلامي، الطبعة الرابعة عشرة، دار أصدقاء المجتمع، السعودية، 2012.
43. محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني (على موطأ لإمام مالك)، الجزء الثالث، المكتبة العصرية، لبنان، 2002.
44. محمد بن علي حلاوة، صور البيوع المحرمة والمختلف فيها، مكتبة عباد الرحمن، مصر، 2006.
45. محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، سوريا، د.ت.ن.
46. محمد جمال مطلق الذنبيات، النظام القانوني لعقد القرض العام، دار الثقافة، الأردن، 2003.
47. محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 1996.
48. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
49. محمد سعيد جعفرور، نظرية في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ت.ن.
50. -----، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، دار الهومة، الجزائر، 2009.
51. محمد سيد طنطاوي، معاملات البنوك وأحكامها الشرعية، الطبعة السابعة، مطبعة السعادة، مصر، 1991.
52. محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
53. -----، الواضح في شرح القانون المدني، الطبعة الرابعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

54. محمد صفوت نور الدين، فقه البيوع، دار ابن رجب، مصر، 2006.
55. محمد علي محمد أحمد النبأ، القرض المصرفي (دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)، دار الكتاب العلمية، لبنان، د.ت.ن.
56. محمد محمود زهران همام، الأصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
57. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، الدخلة الفقه العام، السعودية، 1968.
58. هناء محمد هلال الحنيطي، التورق حقيقته أنواعه، د.د.ن، الشارقة، د.ت.ن.
59. هيثم حامد المصاروة، المنتقى في شرح عقد التأمين، دار إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
60. وهبة الزحيلي، الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله، دار المكتبي، سوريا، 2000.
61. -----، الفقه المالكي الميسر (المعاملات المالية)، الجزء الثاني، دار الكلم الطيب، سوريا، 2010.
62. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات)، الجزء الأول، دار الثقافة، الأردن، 2008.
63. يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا الحرام (دراسة فقهية في ضوء القرآن والسنة والواقع)، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2003.
64. يوسف محمد عبيد، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2008.
- الرسائل والمذكرات الجامعية
-الرسائل الجامعية
الرسائل الدكتوراه
1. اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
2. محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني، بحث لنيل شهادة الدكتوراه، مقدم إلى جامعة الجزائر، 1976.
- الرسائل الماجستير

1. بن خدة حمزة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية (التصرف القانوني نموذجاً)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مقدم جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007-2008.

2. سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقاء (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة استكمال لمطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013.

3. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد القابل لإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، مقدم بكلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1985.

-المذكرات الجامعية

المذكرات الماستر

1. فرحون ليندة، فلة كريمة، آليات تجنب المنازعات المتعلقة بالقرض البنكي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون العام لأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015.

2. دفلاوي سمراء، مسلم جميلة، النظام القانوني للقرض العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012.

3. مباركي نجمة، بودريقة جميلة، بيع ملك الغير في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في حقوق، تخصص: القانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2012-2013.

المذكرات الليسانس

1. لمياء بن زهرة، آثار البطلان العقد على الغير، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الليسانس في الحقوق، أكاديمي الميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص: قانون الخاص، جامعة قاصدي، ورقلة، 2013-2014.

• المقالات العلمية

1. مصطفى الزرقاء، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجلة حضارة الإسلام، العدد الرابع، السنة الثانية، تشرين الأول، السعودية، 1961.

2. مجلة البحوث الإسلامي (أسباب العقد الفاسد)، الجزء 92، www.alifta.net.

• مؤتمرات

1. أحمد محمد الجوسي، التورق المصرفي بين المجيزين والمانعين، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول للتورق المصرفي والحيل الربوية، جامعة فيلادلفيا، الأردن، 2012.

• النصوص القانونية

1. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج ر ج ج، ع78، الصادرة في سبتمبر 1975.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج، ع24، الصادرة في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم.
3. القانون المصري رقم 131 لسنة 1948، يتضمن القانون المدني، المؤرخ في 09/07/1948، مجلة الوقائع المصرية، عدد 28 مكرر.

• قواميس

1. جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، دار صادر، لبنان، 1863.
2. جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، دار صادر، لبنان، 2014.
3. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، 1403هـ.
4. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005.
5. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، مصر، 2000.

ثانياً- باللغة الفرنسية

1. AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Français, 4⁰ édition, t 1et 6, par BARTIN, Paris, 1952.

• المواقع الإلكترونية

1. www.alimam.ws/ref/1080.
2. <http://www.mnokhab.net/vb/showthread.php?t=5021>

3. www.kau.edu.sa/Files/0002230/Subjects/عقد%20التورق.
4. <http://www.binbaz.org.sa/noor/10342>.
5. <https://saaid.net/Doat/Najeeb/f84.htm>.
6. <http://www.alukah.net/sharia/0/90905>.
7. <http://fiqh.islammmessage.com/NewsDetails.aspx?id=4093>.
8. <http://www.feqhweb.com/vb/t19105.html>.
9. www.chechar.cc/vb/showthread.php?t=18381.
10. qadeem.com/vb/shwthead.php?p=98531.
11. islam.mrkzy.com/fiqh/article-396/.

الفهرس

الموضوع.....	الصفحة.....
1.....	مقدمة.....
الفصل الأول: العقود الباطلة في ضوء القانون	
4.....	تمهيد.....
5.....	المبحث الأول: ماهية العقد الباطل.....
6.....	المطلب الأول: مفهوم العقد الباطل.....
6.....	الفرع الأول: تعريف البطلان.....
6.....	أولاً: البطلان لغة.....
6.....	ثانياً: البطلان اصطلاحاً.....
7.....	الفرع الثاني: أسباب البطلان.....
8.....	الفرع الثالث: أنواع البطلان.....
9.....	أولاً: البطلان المطلق.....
9.....	ثانياً: البطلان النسبي.....
10.....	الفرع الرابع: تمييز البطلان عن بعض المفاهيم القانونية المشابهة.....
10.....	أولاً: البطلان وعدم السرمان.....

- 10.....ثانيا: البطلان والفسخ
- 11.....ثالثا: البطلان والصورية
- 11.....المطلب الثاني: موقف المشرع من البطلان
- 12.....الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري
- 12.....أولا: الحالات التي يكون فيها العقد باطلا
- 12.....ثانيا: الحالات التي يكون فيها العقد قابلا للإبطال
- 13.....الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي
- 14.....الفرع الثالث: موقف المشرع المصري
- 14.....المطلب الثالث: آثار البطلان
- 15.....الفرع الأول: آثار البطلان بين المتعاقدين
- 15.....أولا: الآثار الدائمة
- 15.....ثانيا: الآثار العرضية للعقد الباطل
- 16.....أ-نظرية تحول العقد
- 16.....1-شروط تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح
- 16.....ب-نظرية إنقاص العقد
- 16.....1-شروط إنقاص العقد

- ج-نظرية الخطأ عند تكوين العقد.....16
- الفرع الثاني: التعويض عن البطلان.....19
- أولاً: حالة استعمال القاصر طرقاً احتيالية لإخفاء نقص الأهلية.....19
- ثانياً: بيع ملك الغير.....19
- الفرع الثالث: الآثار بالنسبة للغير.....20
- أولاً: المقصود بالغير.....20
- ثانياً: قاعدة الأثر الرجعي للبطلان والاستثناءات الواردة عليها.....21
- أ-الحالات حماية الغير حسن النية من أثر البطلان.....21
- 1-العقد الصوري.....21
- 2-حماية حائز المنقول بحسن نية.....21
- 3-الرهن الرسمي.....21
- المبحث الثاني: العقود الباطلة.....23
- المطلب الأول: عقود الغرر.....24
- الفرع الأول: القمار.....24
- الفرع الثاني: الرهان.....25
- الفرع الثالث: عقد التأمين.....26

- 27.....الفرع الرابع: المرتب مدى الحياة.
- 28.....المطلب الثاني: البيوع الباطلة.
- 28.....الفرع الأول: بيع ملك الغير.
- 29.....الفرع الثاني: بيع في مرض الموت.
- 30.....الفرع الثالث: بيع التركة.
- 31.....الفرع الرابع: بيع النائب لنفسه.
- 33.....المطلب الثالث: القروض الربوية.
- 33.....الفرع الأول: تعريف عقد القرض.
- 33.....أولاً: لغة.
- 33.....ثانياً: اصطلاحاً.
- 34.....الفرع الثاني: القرض الاستهلاكي.
- 35.....الفرع الثالث: القرض الإنتاجي.
- 35.....الفرع الرابع: القرض بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية.

الفصل الثاني: العقود الباطلة في ضوء الشريعة

- 38.....تمهيد

- 39.....المبحث الأول: طبيعة العقد غير الصحيح.
- 40.....المطلب الأول: تعريف العقد غير الصحيح.
- 40.....الفرع الأول: العقد غير الصحيح عند المذهب الحنفي.
- 41.....أولاً: العقد الباطل.
- 41.....أ-لغة.
- 41.....ب-اصطلاحاً.
- 41.....ثانياً: العقد الفاسد.
- 41.....أ-لغة.
- 41.....ب-اصطلاحاً.
- 42.....ج-حكم العقد الفاسد.
- 42.....الفرع الثاني: العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء.
- 42.....الفرع الثالث: أساس اختلاف الفقهاء.
- 42.....أولاً: جمهور الفقهاء.
- 43.....ثانياً: مذهب الحنفي.
- 43.....ثالثاً: الرأي الراجح.
- 43.....المطلب الثاني: موانع البيع.

- 44.....الفرع الأول: أصل في العقود والمعاملات والبيوع.
- 44.....الفرع الثاني: أسباب الفساد في البيوع وموانعه.
- 46.....المطلب الثالث: أهم تقسيمات العقود الباطلة.
- 46.....الفرع الأول: البيوع الفاسدة.
- 47.....الفرع الثاني: البيوع المحرمة.
- 48.....الفرع الثالث: البيوع الممنوعة.
- 49.....المبحث الثاني: العقود الباطلة.
- 50.....المطلب الأول: البيوع المنهي عنها.
- 50.....الفرع الأول: البيوع المنهي عنها بسبب الرضا.
- 51.....أولاً: تعريف الرضا.
- 51.....ثانياً: أنواع البيوع بسبب الرضا.
- 51.....1-بيع الرجل على بيع أخيه.
- 52.....2-بيع النجش.
- 52.....3-بيع تلقي الجلب أو الركبان.
- 53.....4-بيع الحاضر لباد.
- 53.....5-بيع فضل الماء.

- 53.....6-بيع المحتكر
- 54.....7-بيع الذي فيه غش ومكر وخديعة
- 54.....8-بيع التلجئة
- 55.....الفرع الثاني: البيوع المنهي عنها بسبب الغرر والجهالة
- 55.....أولاً: تعريف الغرر والجهالة
- 55.....أ-تعريف الغرر
- 55.....ب-تعريف الجهالة
- 55.....ثانياً: أنواع البيوع
- 55.....1-بيع المنابذة
- 56.....2-بيع الملامسة
- 56.....3-بيع الحصة
- 56.....4-بيع حبل الحبل
- 56.....5-بيع المضامين والملاقيح
- 57.....6-بيع عشب الفحل
- 57.....7-بيع المحاضرة
- 57.....8-بيع المجهول

- 9-بيع الثنايا.....58
- 10-بيع ما ليس عندك.....58
- الفرع الثالث: البيوع المنهي عنها بسبب الربا.....58
- أولاً: تعريف الربا.....58
- أ-لغة.....58
- ب-اصطلاحاً.....59
- ثانياً: حكم الربا.....59
- ثالثاً: أنواع الربا.....61
- أ-ربا الفضل.....61
- ب-ربا النسئة.....61
- رابعاً: أنواع البيوع الربوية.....61
- 1-بيع العينة.....61
- 2-بيع المزابنة.....62
- 3-بيع المحاقلة.....62
- 4-بيع الحيوان باللحم.....62
- 5-بيع الكالئ بالكالئ.....62

- 63.....6-بيعتين في بيعة واحدة.
- 63.....المطلب الثاني: البيوع المحرمة.
- 64.....الفرع الأول: البيوع لذاتها.
- 64.....أولا: بيع الخمر.
- 64.....أ-تعريف الخمر.
- 64.....ب-حكم بيع الخمر.
- 65.....ثانيا: بيع الميتة.
- 65.....ثالثا: بيع الخنزير.
- 65.....رابعا: بيع الأصنام.
- 66.....خامسا: بيع آلات اللهو.
- 66.....الفرع الثاني: البيوع لغيرها.
- 67.....أولا: بيع عند أذان الجمعة.
- 67.....ثانيا: البيع في المسجد.
- 67.....ثالثا: بيع المصحف للكافر.
- 68.....رابعا: بيع السلاح في الفتنة.
- 68.....خامسا: بيع العصير ممن يتخذه خمرا.

- 68.....المطلب الثالث: البيوع المختلف في حرمتها.
- 69.....الفرع الأول: بيع التورق.
- 69.....أولاً: تعريف التورق.
- 69.....أ-لغة.
- 69.....ب-اصطلاحاً.
- 69.....ثانياً: حكم التورق عند الفقهاء.
- 70.....الفرع الثاني: بيع بالتقسيط مع زيادة الثمن.
- 70.....أولاً: حكم بيع بالتقسيط.
- 71.....ثانياً: حكم زيادة الثمن.
- 71.....الفرع الثالث: بيع العربون.
- 71.....أولاً: حكم بيع العربون.
- 72.....الفرع الرابع: بيع الوفاء.
- 72.....أولاً: تعريف الوفاء.
- 72.....أ-لغة.
- 72.....ب-اصطلاحاً.
- 72.....ثانياً: حكم بيع الوفاء.

73.....الخاتمة

75.....قائمة المراجع

83.....الفهرس

ملخص:

يرجع سبب بطلان العقد إلى وجود عيب في التصرف القانوني مما يؤدي إلى ظهور عدّة عقود باطلة ، و التي تطرقت إليها الشريعة الإسلامية بكل دقة وتفصيل ، والتي أوضحها الله في كتابه وبينها النبي ﷺ في سنته المطهرة ، واجمع عليها الفقهاء والعلماء المسلمين.

لكن بعكس القانون الذي حصرها في مجال ضيق ذكر بعض منها وترك الآخر.

Résumé :

La raison de la nullité du contrat a l'existence d'un défaut dans l'acte juridique conduisant à l'émergence de plusieurs décennies de vide, que je touchais et de détail, et que Dieu a clarifié dans son livre, y compris le Prophète, la paix soit sur lui dans son année effacé, et approuvé a l'unanimité par les juristes et érudit islamique.

Mais contrairement à la loi qui limite dans une étroite mentionné certains d'entre eux et laisser l'autre domaine.