

# معالم نظرية العقد عند الإمام أبي حنيفة

## AKİT TEORİSİNİN İMÂM EBÛ HANİFÊ NEZDİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

### FEATURES OF CONTRACT THEORY ACCORDING TO IMAM ABU HANİFA

Geliş Tarihi: 29.09.2020 Kabul Tarihi: 17.12.2020

✉ HEYTEM HAZNE

DOÇ. DR.

MARDİN ARTUKLU ÜNİVERSİTESİ

İSLAMİ İLİMLER FAKÜLTESİ

orcid no: 0000-0003-1836-9511

haihthamkhazneh@yahoo.com

#### ABSTRACT

This research aims to bring together the most prominent features of the theory of contract, in which Imam Abu Hanifa is accepted as the real founder in many aspects, and aims to reveal that "the first and the founder" characteristics belong to him in terms of contract theory. The study illuminates the pre-eminence and ingenuity of the Imam by focusing on the aspects of the theory in which he was distinguished in developing, differed from the other schools in, and focuses on the legal comparison of the latest legislation and laws in legal contract theory.

Among these innovations is his reliance on the principle of liberating contracts from formal restrictions (in a distinctive way), and distinction between Real Contracts and Consensual Contracts. Also includes the idea of the Mortmain contract, and he established the idea of a Deterioration contract, in-addition the division of contracts into Commutative and donations. He also placed the excuse theory in the necessary extended contracts.

**Keywords:** Contract theory, Formal contracts, Real contracts, Consensual contracts, Ineffective contracts, Nonvalid contracts, Commutative and Donations contracts, Excuse Theory.

#### المخلص

يسعى البحث إلى جمع أبرز معالم نظرية العقد عند الإمام أبي حنيفة التي يُعدّ المؤسس الحقيقي لكثير من جوانبها، فيظهر جانب سبق والإبداع فيها عند الإمام، وقصّر البحث على جوانب من نظرية العقد التي تميّز الإمام في وضعها، فيما خالفه فيها أصحاب المذاهب الأخرى، أو خالفه قسم كبير منهم، مع التركيز على المقارنة القانونية لأحدث التشريعات والقوانين الوضعية في نظرية العقد القانونية. ومن هذه الابتكارات اعتماده مبدأ تحرير العقود من القيود الشكلية، مع استثناء ما اقتضته دواخ لاعتماد الشكلية في بعض العقود، كما فرّق بين نوعي الشكلية -الشرعية والاعتقادية- من حيث الثبوت والأثر. ومن ابتكارات الإمام تفريقه بين العقود العينية والعقود الصيغية من حيث منشأ الآثار وابتداء ثبوتها. ومنها وضعه فكرة العقد الموقوف مؤسساً إياه على عقد الفضولي، ثمّ تعدّيته إلى كثير من الصور والتطبيقات. ومنها أيضاً تأسيسه فكرة العقد الفاسد، وجعله حالة بين الصحيح والباطل، ووضعه معياراً للتفريق بينه وبين الباطل، وإثبات آثاره وإمضائه بالتنفيذ، مع تعديل بعض التزاماته إلى ما يشبه قواعد الضمان، وجعله إياه عقداً مستحقاً للفسخ قبل التنفيذ وبعده، وأن إمضاءه عنده لا يعدّ تصحيحاً له، وقصّره إياه على عقود المعاملات المالية دون عقد النكاح. ومن ابتكاراته تقسيم العقود إلى معاوضات وتبرعات، وظهر هذا التقسيم من خلال تفريقه بين أحكام العقود من جوانب عدة. ومنها أيضاً وضعه نظرية العذر في العقود اللازمة الممتدة، فأجاز فسخها عند تحقّق ضرر غير مستحقّ بالعقد. الكلمات المفتاحية: الإمام أبو حنيفة، نظرية العقد، العقود الشكلية، العقود العينية، العقود الصيغية، العقد الموقوف، العقد الفاسد، عقود المعاوضات والتبرعات، نظرية العذر.

#### ÖZ

Bu araştırma, İmâm Ebû Hanîfê'nin pek çok yönüyle gerçek kurucusu kabul edildiği akit teorisinin en belirgin özelliklerini bir araya getirmeyi hedeflemekte, akit teorisi hususunda "ilk ve kurucu" olma özelliklerinin ona ait olduğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Araştırma, akit nazariyesi hususunda diğer mezhep taraftarlarının tamamının ya da önemli bir kısmının muhalefet ettiği ve İmâm Ebû Hanîfê'nin bu konuda kurucu olduğunu ortaya koyan yönlerin ele alınmasına hasredilmiştir. Bununla beraber araştırma, onun akit teorisi ile modern ve beşerî hukuk sistemlerindeki akit teorisinin mukayesesine de yoğunlaşmıştır. İmâm Ebû Hanîfê'nin akit teorisi hususunda ortaya koymuş olduğu bazı yenilikler şunlardır; ayırt edici bir şekilde akitleri şekli kısıtlamalardan kurtarma ilkesine dayanması; aynı ve sözlü akitleri birbirinden ayırması; mevkûf akit fikrini ortaya koyması; fâsîd akit teorisini tesis etmesi; akitleri muâvezât ve teberra akitleri olmak üzere ikiye ayırması; özür (akdın mahallinden istifade etmeye engel teşkil eden durumların ortaya çıkması) teorisini ortaya koyması.

**Anahtar Kelimeler:** Akit Teorisi, Şekli Akitler, Aynı Akitler, Sözlü Akitler, Mevkûf Akit, Fâsîd Akit, Muâvezât ve Teberra Akitleri, Özür Teorisi.

## FEATURES OF CONTRACT THEORY ACCORDING TO IMAM ABU HANIFA

### SUMMARY

Jurisprudence theories appeared in our present time when legal jurists developed their legal theories, and contemporary scholars of the nation and imams of Islamic jurisprudence came to the fore to explain what corresponds to them in Islamic jurisprudence. They brought out the jurisprudential theories for us, drawing them from the branches of the jurisprudential schools of thought which are the basic reference for devising these theories.

And they showed this jurisprudential heritage in a contemporary dress that is very creative and distinguished. This was a sign of a creative precedent in the legislative structure. Some Arab legal jurists have acknowledged the precedence of Islamic jurisprudence in the mental existence of these theories, even though legal jurisprudence is prior to a tangible development and existence.

And it was from the decree of Allah Almighty that the imams of the Hanafi School of jurists undertook this great task, and on top of them was the Hanafi jurist of his time Imam Mustafa al-Zarqa, may Allah Almighty have mercy on him. He showed us the heritage of the Hanafi School in the form of jurisprudential theories, with some comparison with other schools of law. He wrote it in a manner consistent with legal jurisprudential theorizing.

The theory of the contract was one of the most important and greatest legal theories. Al-Zarqa, may God have mercy on him, excelled in formulating it in an organized and integrated manner, drawing from the branches of the Hanafi school of thought. However, he presented the theory with the intention of presenting and comparing, without referring to the creative aspects of theorizing and establishing it. The theory was based on a set of issues that the Hanafis innovated and Imam Abu Hanifa, may Allah Almighty have mercy on him, is considered the founder of the theory of the contract.

Imam Abu Hanifa devised a set of founding ideas for this theory. Among these innovations is his reliance on the principle of liberating contracts from formal restrictions, with the exception of some cases for the adoption of formalism in some contracts, like the distinction he makes between the two types of formalism - legality and agreement - in terms of evidence and effect. Other innovations of the Imam include distinction between Real Contracts and Consensual Contracts in terms of the origin

of the effects and the beginning of their confirmation. It also includes the idea of the Ineffective Contract, which he based on the Officious Contract, then extended it to many types.

Abu Hanifa also established the idea of a Nonvalid contract, making it a case between a valid and vain contract, and created the principles by which it is differentiated from the latter and argued its effectiveness, while amending some of its obligations to what looks like guarantee rules. He made it a contract worthy of revocation before and after implementation, and the completion of it does not entail its validity. Further, he limited this aspect to financial transaction contracts and not the marriage contract. Among other innovations is the division of contracts into commutative and donations. This division appeared by him differentiating between the laws of contracts from several aspects. He also placed the law of excuse in the necessary extended contracts, allowing it to be canceled when an undue damage is achieved in the contract.

These innovations are among the most important pillars of the theory of the contract. In reality they are the innovations of Imam Abu Hanifa which no jurist prior had mentioned. Opinions of some of his predecessors exist but do not amount to an integrated theory as he had devised. But Imam Abu Hanifa compiled all this and excelled in creating an integrated system of contracts that was a model of ingenuity and admiration. It was only possible due to him being capable of making independent reasoning from the legal texts, his in depth understanding and accuracy in deducing from them. Subsequently the people of his madhhab inherited these narrated opinions, organized them and formulated them in a legal manner in their various jurisprudential chapters, until Zarqa came, may Allah have mercy on him, and he gave us the theory of the contract in its contemporary formulation.

I will suffice this study on aspects of the theory of the contract that the Imam is distinguished, and that is what the owners of other schools, or a large portion of them disagreed with. The Imam's choice of these aspects was subject to independent reasoning and jurisprudential consideration. Here, I also focus on the aspects in which the Imam's creativity and originality is most evident through a legal comparison with the latest legislation and laws in legal contract theory. A comparison of legal theory with what the Imam originated and what distinguished his approach from other schools of jurisprudence has shown legislative innovation and sophistication in setting and establishing a contract theory.

## AKİT TEORİSİNİN İMÂM EBÛ HANİFE NEZDİNDEKİ ÖZELLİKLERİ

### ÖZET

Hukuk âlimlerinin hukuk teorilerini geliştirdiği günümüzde fıkıh teorileri ortaya çıktı ve çağdaş âlimler ve İslâm hukuku âlimleri İslâm hukukunda bunlara neyin karşılık geldiğini açıklamak için öne çıktılar. Hukukî bilimsel teorileri bizim için öne sürdüler ve bu teorileri ortaya çıkarmak için temel referans olan hukuk ilmi düşünce okullarının dallarından yararlandılar. Ve bu hukuksal mirası yaratıcı, seçkin ve çağdaş şekilde gösterdiler. Bu, yasama yapısında yaratıcı bir emsalin işaretiydi. Bazı Arap hukuk alimleri, hukukî içtihadı somut bir gelişme ve varoluştan önce olsa da bu teorilerin zihinsel varlığında İslâm hukukunun önceliğini kabul ettiler. Ve bu büyük görevi Hanefî mezhebinin imamlarının üstlenmesi Yüce Allah'ın emrindeydi ve bunların en önemlisi, zamanının Hanefî hukukçusu İmam Mustafa ez-Zerka idi. Bize Hanefî mezhebinin mirasını hukuk teorileri biçiminde, diğer hukuk okullarıyla bir miktar karşılaştırarak gösterdi. Bunu hukukî kuramlaştırmayla tutarlı bir şekilde yazdı. Akit teorisi, en önemli ve en büyük hukuk teorilerinden biriydi. Ez-Zerka, Hanefî mezhebinin dallarından hareketle bu teorisini organize ve entegre bir şekilde formüle etti. Bununla birlikte, teoriyi, teorileştirmenin ve kurmanın yaratıcı yönlerine değinmeden sunma ve karşılaştırma niyetiyle sundu. Teori, Hanefîlerin geliştirdiği ve İmam Ebû Hanîfe'nin (r.a.) akit teorisinin kurucusu olarak kabul edildiği bir dizi konuya dayanıyordu.

İmam Ebû Hanîfe bu teori için bir dizi kurucu fikir geliştirdi. Bu yenilikler arasında, iki tür biçimcilik arasında kanıt ve etki açısından yaptığı ayırım gibi, bazı akitlerde biçimciliğin benimsenmesine ilişkin bazı durumlar dışında, akitleri resmi kısıtlamalardan (yasallık ve anlaşma) kurtarma ilkesine güvenmesi yer almaktadır. İmam'ın diğer yenilikleri arasında, etkilerin kaynağı ve teyitlerinin başlangıcı açısından *aynî akitler* ile *sözlü akitler* arasındaki ayırım yer almaktadır. Ayrıca, *müdahil akitlere* dayandırdığı ve daha sonra bunu birçok türe genişlettiği *mevkûf akit* fikrini de içerir. Ebû Hanîfe ayrıca *fâsit akit* fikrini oluşturdu, bunu geçerli

ve geçersiz bir akit arasında vaka haline getirdi. İkincisinden farklılaştırıldığı, etkinliğini savunduğu ilkeleri yarattı ve garanti kurallarına benzeyen bazı yükümlülüklerini değiştirdi. Bir akdın tamamlanmasının, onun geçerli olmasını gerektirmediğini öne sürerek akitleri uygulanmasından önce veya sonra feshedilebilir hale getirdi. Dahası, bu yönü evlilik akdiyle değil finansal işlem akitleriyle sınırladı. Akitlerin muâvezât ve teberru akitleri olarak sınıflandırılması ise diğer yenilikler olarak gösterilebilir. Bu bölünme, akit yasalarını çeşitli yönlerden ayırarak ortaya çıktı. Ayrıca mazeret kuralını gerekli uzatılmış akitlerde geçerli kılarak akitte usulsüz bir ziyan oluştuğunda akdın iptal edilmesine izin verdi. Bu yenilikler, akit teorisinin en önemli dayanakları arasındadır. Gerçekte bunlar, daha önce hiçbir hukuk aliminin bahsetmediği, İmam Ebû Hanîfe'nin getirdiği yeniliklerdir. Seleflerinden bazılarının görüşleri mevcuttur, ancak onun tasarladığı gibi birleşik bir teoriye varmaz. Ancak İmam Ebû Hanîfe tüm bu fikirleri derledi ve bir pratik zeka örneği olan bütünleşik akitler sistemi yaratmada başarılı oldu. Bu, ancak hukukî metinlerden bağımsız muhakeme yapabilmesi, bu metinleri derinlemesine anlayışı ve bunlardan çıkarımdaki doğruluğu sayesinde mümkün olmuştur. Sonraki dönemde, ez-Zerka çağdaş akit teorisini sunana kadar, Hanefî mezhebine mensup insanlar bu rivayet edilen görüşleri miras aldılar, düzenlediler ve çeşitli konularda hukuk çerçevesinde formüle ettiler.

İmam'ın ayırt edici olduğu akit teorisinin yönleri üzerine bu çalışmayı yeterli bulacağım. Bu diğer düşünce okullarının büyük çoğunluğunun aynı fikirde olmadığı bir konudur. İmam'ın bu yönleri seçimi, bağımsız muhakemeye ve hukukî değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Bu çalışmada, İmam'ın yaratıcılığının ve özgünlüğünün son kanunlar ve yasal akit teorisindeki mevzuatlarla hukuk yönünden bir karşılaştırma yoluyla en açık olduğu yönlere odaklanılmıştır. Hukuk teorisinin, İmam'ın kökeniyle ve yaklaşımını diğer hukuk ilim okullarından ayıran özelliklerle karşılaştırılması, bir akit teorisi oluşturmada hukukî yenilik ve gelişmişlik göstermiştir.

## معالم نظرية العقد عند الإمام أبي حنيفة

### المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد، فإن النظريات الفقهية تُعدُّ وجهًا من أوجه الإعجاز التشريعي، إذ أظهرت هذه النظريات الأصالة المنهجية للفقه الإسلامي، وابتنائه على أسس وقواعد تُعدُّ غاية في الإبداع والتنظيم التشريعي، في فترة لم يكن البشر قد وصلوا فيها إلى أية مرحلة من مراحل التقنين والتشريع المنظم وفق أسس نظرية مترابطة، فأظهرت نظريات الفقه الإسلامي هذا السبق التصلي الإبداعي في التشريع، الذي لم تعرفه البشرية قديمًا، مما دُلل على استحالة كون أصول هذه النظريات الفقهية من وضع البشر.

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

وقد أفرَّ السنهوري عميد فقهاء القانون العرب بأسبقية الفقه الإسلامي في الوجود الذهني لهذه النظريات، وإن كان الفقه القانوني أسبق وضعًا ووجودًا ملموسًا، فالفقه الإسلامي "يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولاً عملية عادلة، ينسب فيها تيارًا خفي من المنطق القانوني المتسق، وعلى الباحث أن يكشف عن هذا التيار، وأن يشبِّد نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني سليم من الحلول المتفرقة الموضوعية للمسائل المختلفة، وهكذا يبني بهذه الأحجار بناء راسخ الأركان"<sup>(1)</sup>.

وكان من تقدير الله تعالى أن قام بهذه المهمة الجليلة أئمة المذهب الحنفي من الفقهاء المعاصرين، وعلى رأسهم فقيه الحنفية في عصره الإمام مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى، فأظهر لنا تراث الحنفية في باب المعاملات خصوصًا وغيره من أبواب الفقه عمومًا على هيئة نظريات فقهية مع شيء من المقارنة مع المذاهب الفقهية الأخرى بثوب معاصر، وكتبه بأسلوب يتوافق مع التنظير تلقفه القانوني، فتلقفته الفقهاء المعاصرون، وتأسس فهم أكثرهم على وفق ما كتبه الزرقا رحمه الله من نظريات فقهية.

وقد كانت نظرية العقد من أهم وأعظم النظريات الفقهية والقانونية، وقد أبدع الزرقا رحمه الله تعالى في صياغتها بشكل

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي 6/ 64.

منظم ومتكامل مستنبطاً إياها من فروع المذهب الحنفي، ونبه إلى وجود توافق في كثير من جوانب النظرية القانونية للعقد مع نظرية العقد عند الحنفية، إلا أنه أورد النظرية بقصد العرض والمقابلة الفقهية للنظرية القانونية، دون الإشارة إلى الجوانب الإبداعية في التنظير والتأسيس لها، حيث تأسست النظرية على مجموعة من القضايا التي أبدع الحنفية في اختراعها وابتكارها، ويُعد الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى المؤسس لنظرية العقد، فالإيه تُنسب أكثر تلك القضايا الفقهية الابتكارية التي استند إليها الزرقا في صياغة نظرية العقد.

وقد ابتكر الإمام أبو حنيفة مجموعة من الأفكار المؤسسة لهذه النظرية حيث لم يرد أن أحدًا سبقه إليها في كثير منها، فكان بذلك الرائد والمبدع في الاجتهاد الفقهي المُنهج، ومن هذه الابتكارات اعتماده مبدأ تحرير العقود من القيود الشكلية، مع استثناء ما اقتضته دواعي لاعتماد الشكلية في بعض العقود، كما فرّق بين نوعي الشكلية -الشرعية والاتفاقية- من حيث الثبوت والأثر. ومن ابتكارات الإمام تفريقه بين العقود العينية والعقود الصيغية من حيث منشأ الآثار وابتداء ثبوتها. ومنها وضعه فكرة العقد الموقوف مؤسساً إياه على عقد الفضولي، ثم تعديته إلى كثير من الصور والتطبيقات. ومنها أيضاً تأسيسه فكرة العقد الفاسد، وجعله حالة بين الصحيح والباطل، ووضع معياراً للتفريق بينه وبين الباطل، وإثبات آثاره وإمضاؤه بالتنفيذ، مع تعديل بعض التزاماته إلى ما يشبه قواعد الضمان، وجعله إياه عقداً مستحقاً للفسخ قبل التنفيذ وبعده، وأن إمضاه عنده لا يعدّ تصحيحاً له، وقصره إياه على عقود المعاملات المالية دون عقد النكاح. ومن ابتكاراته تقسيم العقود إلى معاوضات وتبرعات، وظهر هذا التقسيم من خلال تفريقه بين أحكام العقود من جوانب عدة. ومنها أيضاً وضعه نظرية العذر في العقود اللازمة الممتدة، فأجاز فسخها عند تحقق ضرر غير مستحق بالعقد.

وتُعد هذه الابتكارات من أهم مرتكزات نظرية العقد، وهي في حقيقتها من إبداعات وابتكارات الإمام أبي حنيفة التي لم يرد عن أحد من الفقهاء السابقين تقريره إياها، إلا آراءً في بعضها تُروى لبعض من سبقه لا ترقى لجمع شتاتها في نظرية متكاملة الأركان، لكن الإمام أبا حنيفة جمع شتات ذلك كله، وأبدع في تكوين منظومة متكاملة للعقود كانت مثار إبداع وإعجاب، وما ذلك إلا بتميزه في الاجتهاد من النصوص الشرعية، وعمقه في فهمها ودقته في الاستنباط منها، ثم تلقّف أهل مذهبه هذه الفروع والآراء المروية، فنظّموها وصاغوها فقهيّاً في أبوابها الفقهية المتعددة، وأتموا بناءها من خلال ربط هذه الفروع بنسيجها المتكامل، إلى أن جاء الزرقا رحمه الله تعالى، فأخرج لنا نظرية العقد في صياغتها المعاصرة.

وأقصر الكلام في هذا البحث على جوانب من نظرية العقد تميز الإمام بوضعها على وجه الخصوص، وذلك فيما خالفه فيها أصحاب المذاهب الأخرى، أو خالفه قسم كبير منهم، فكان اختيار الإمام لهذه الجوانب محل اجتهاد ونظر فقهي، أما الجوانب الأخرى المميزة لنظرية العقد التي أخذ بها الإمام أبو حنيفة، ووافق فيها أصحاب المذاهب الفقهية الأخرى، فلا أوردنا هنا؛ لأنه تميز يعود لأنظمة الفقه الإسلامي عموماً.

وأركز هنا أيضاً على الجوانب التي ظهر إبداع الإمام في تأصيلها وتقريرها من خلال المقارنة القانونية لأحدث التشريعات والقوانين الوضعية في نظرية العقد القانونية، حيث أظهرت مقارنة النظرية القانونية بما أصله الإمام وتميز به عن غيره من المذاهب الفقهية إبداعاً ورُقياً تشريعياً في وضعه وتأسيسه لنظرية العقد.

وفيما يأتي بيان لأهم معالم نظرية العقد التي تميز الإمام فيها تميزاً فقهيّاً وقانونياً:

## 1. تحرير العقود من القيود الشكلية

كانت العقود عند كثير من الأمم السابقة مقيدة بالشكليات، فلا تتعدى إلا بمراسيم وأشكال محددة تكون شرطاً للانعقاد كحركات وأفعال وإشارات وألفاظ معينة يؤديها العاقدان، وهي أشبه بطقوس

دينية أو عرفية، فلا يكفي التراضي وإجراء الصيغة العقدية<sup>(2)</sup>، وقد وُجدت بعض صور الشكلية عند العرب في الجاهلية، كبيع الملامسة والمناذرة وإلقاء الحجر<sup>(3)</sup>.

وقد أخذ الإمام أبو حنيفة بمبدأ تحرير العقود من القيود الشكلية، وإسناد الانعقاد إلى الصيغة المجردة المُنبئة عن الإرادة الباطنة، مستنداً في ذلك إلى النصوص الشرعية التي تُثبت الانعقاد وما يتبعه من التزامات بالصيغة مجردة عن أي مراسيم أو أشكال، منها قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) [المائدة: 1]، إضافة إلى النصوص الشرعية الواردة في النهي عن الملامسة والمناذرة التي تُعد من صور العقود الشكلية<sup>(4)</sup>، وهذا ما نجدّه واضحاً في كل الفروع الفقهية المروية عن الإمام حيث جعل الانعقاد وأثار العقد مرتبطة بالصيغة كأصل عام، فلا تتعلق بمراسيم أو أشكال فعلية أو قولية.

ولم يكن الإمام أبو حنيفة المقرر لهذا المبدأ ابتداءً، فهو وارد في النصوص بدلالة واضحة، إضافة إلى أن فقهاء الصحابة والتابعين قد سبقوه في تقرير هذا المبدأ وإثباته مستنبطين إياه من النصوص، إلا أن السبق والإبداع يكمن في مواضع تطبيق هذا المبدأ في العقود تصميلاً، حيث جعل الإمام في الشكلية أصلاً، لكنه لم يقره أصلاً ثابتاً في كل العقود بشكل مستمر، حيث قرر عقوداً لا تكفي فيها الصيغة لتمامها وثبوت أحكامها، فلا بد من وجود أفعال حسية تُتقرر الأثار وتُثبت الأحكام بها، وهي عنده خمسة عقود: الهبة والإعارة والقرض والرهن والإيداع، فُيُشترط في هذه العقود لتمامها تسليم المعقود عليه، فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها، وقد لاحظ أهل مذهبه من خلال الفروع المروية عنه أنه قرر انعقاد هذه العقود بالصيغة إلا أنه انعقادٌ عديم الأثر، لا بد له من التنفيذ، فاصطاح أهل مذهبه على جعل التنفيذ وتسليم المعقود عليه في هذه العقود شرط تمام<sup>(5)</sup>، فكان ذلك نوعاً من الشكلية.

ويمكن أن يقال أيضاً: إن الإمام قرر إثبات الشكلية في عقد النكاح حيث جعل الشهادة شرطاً فيه، وهو نوع من الشكلية؛ لأن النصوص قد وردت به فاقترضى إثباته، لكن الإمام جعل الشهادة شرط صحة لا شرط انعقاد على ما سيأتي بيانه لاحقاً في تفريقه بين شروط الصحة والانعقاد، ومدى انطباق ذلك على النكاح، حيث كان ذلك من إحدى إبداعاته في نظرية العقد.

وقد استقر الأمر في القوانين الوضعية الحديثة على مبدأ تحرير العقود من الشكليات، وإسناد الانعقاد إلى الإرادة التي تُظهرها الصيغة العقدية؛ لما في ذلك من الرقي الإنساني والتقدم الحضاري الذي يفي ربط إنشاء العقود بمراسيم شكلية ناتجة عن أعراف وثقافات خاصة، إلا أن تلك القوانين قد انتهت إلى ضرورة وجود بعض صور الشكلية في بعض العقود، وهي ليست من الشكليات المادية البدائية كما في الأمم السابقة، بل شكليات اقتضتها الضرورة والمصلحة العامة كتوثيق عقود العقارات والمركبات والشركات والنكاح في هيئات خاصة كالسجل العقاري (طابو)، فلا تعتد القوانين بأي عقد يجريه العاقدان خارج إطار تلك الهيئات<sup>(6)</sup>.

2 - ذهب بعض التشريعات القديمة إلى ضرورة إحضار بعض الأدوات كالميزان، أو أداء بعض الحركات كالضرب على قطعة نحاسية، أو تلاوة بعض العبارات المقدسة؛ لإتمام العقود. انظر: السنهوري، نظرية العقد، 90/1.

3 - الملامسة: أن يلمس كلٌّ من العاقدين ثوب صاحبه بغير تأمل؛ ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية، والمناذرة: أن ينبذ كلٌّ واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كلٌّ واحد منهما إلى ثوب صاحبه ويكون النبذ بيناً، وإلقاء الحجر: أن يلقي حصة بين أثواب، فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية. انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 65/5.

4 - ورد في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة". انظر: صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المناذرة، حديث رقم (2146). صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمناذرة، حديث رقم (1511).

5 - انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 214/6. ابن مازة، المحيط البرهاني، 527/5. ابن عابدين، رد المحتار، 164/5، 688، 478/6.

6 - انظر: السنهوري، نظرية العقد، 113/1.

كما فرّقت تلك القوانين بين الشكلية القانونية والشكلية الاتفاقية، أما الشكلية القانونية فهي ما يفرضه القانون، كالأتملة السابقة، وأما الشكلية الاتفاقية، فهي التي يتفق عليها العاقدان، كأن يشترط أحدهما على الآخر شكلاً معيناً في العقد كتوثيق العقد بكتابة أو رهن<sup>(7)</sup>، وقد قرر الإمام أبو حنيفة هذا التفريق أيضاً، بل إنها من مميزات المذهب الحنفي التي استقاها أئمة المذهب من فروع الإمام، حيث لاحظ أهل مذهبه أن الإمام فرّق بين نوعي العقود الشكلية -القانونية والاتفاقية- من حيث ثبوتها، ومن حيث أثرها أيضاً، فالشكلية الشرعية (القانونية) تثبت دائماً لمطالبة الشرع بها، كالشهادة في عقد النكاح وهي شرط صحة، أو القبض في عقد الهبة والقرض، وهي شرط تمام العقد، أما الشكلية الاتفاقية، فتثبت عند اشتراط أحد العاقدين، وهي شرط لزوم كما يظهر من فروع الإمام، إذ الإخلال بالشروط الاتفاقية الصحيحة يؤدي إلى عدم لزوم العقد وثبوت حق الفسخ للطرف الآخر، وهذا ما انتهت إليه القوانين الوضعية، إذ فرقت بين نوعي الشكلية -القانونية والاتفاقية- من حيث الثبوت، كما فرقت بينهما من حيث الأثر على هذا النحو تقريباً، فكان ما تم تقريره من فروع الإمام أبي حنيفة رحمه الله متوافق مع أحدث القوانين.

وبهذا نجد أن القوانين الوضعية قد انتهت إلى ما قرره الإمام أبو حنيفة، إذ إنه أول أئمة المذاهب الذين دَوّنَت فروعهم، وقد أقرَّ عبد الرزاق السنهوري عميد فقهاء القانون العرب بهذه الأسبقية والتميز، فقال: "وَيَجْمَلُ بنا أن نذكر هنا أن الشريعة الإسلامية، -وهي من الشرائع القديمة- تجنّبت الشكلية إلى حدٍّ يُباري فيه أحدث القوانين"<sup>(8)</sup>.

وقد كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى من السبّاقين إلى اجتناب الشكلية كأصل عام وقبولها في بعض المواضع وفق مصلحة عامة كلية، وذلك لدقة استنباطه من النصوص الشرعية وعمق اجتهاده فيها، وقد أمكن ملاحظة هذا السبق الإبداعي للإمام من خلال تتبع الروابط بين الفروع الفقهية المروية عنه.

## 2. العقود العينية والصيغية

يلاحظ من الفروع الفقهية المروية عن الإمام تقسيمه العقود من حيث سبب ووقت ثبوت آثارها، أي من حيث بدء ترتب أحكامها وآثارها إلى نوعين:

العقود العينية: وهي التي يُشترط لتمامها تسليم المعقود عليه، فلا يَنبُتُ عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها، ولا يكفي فيها الصيغة لتمامها وثبوت أحكامها، وهي من صور العقود الشكلية كما سبق بيانه، وهي خمسة عقود عند الإمام: الهبة والإعارة والقرض والرهن والإيداع، فهذه العقود لا تبدأ آثارها إلا بالقبض، ولا يكون العقد كافياً في إيجاد آثارها وتحققها، فكانت الصيغة عديمة الأثر، حتى يلتحق بها القبض، ويتم العقد به، فكان التنفيذ هو المولد لآثار العقد، فإن تجردت الصيغة عن التنفيذ فقدَّ العقد قيمته، فعقد الهبة مثلاً لا تنتقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له إلا بقبض المال، فالصيغة المجردة لا يترتب عليها أي أثر، ولا يَنبُتُ عنها شيء، فإذا قبض الموهوب له المال انتقلت الملكية حينئذ إليه، بل ذهب زفر إلى أن القبض ركن في الهبة، إلا أن المذهب اعتمد قول الإمام<sup>(9)</sup>.

العقود الصيغية أو غير العينية: وهي التي تنشأ آثارها ويبدأ ثبوت تلك الآثار ووجودها بالعقد، أي بالصيغة، حيث لا يتوقف نشوء وثبوت هذه الآثار على أمر لاحق، كتسليم المعقود عليه أو تصرف فيه ونحوه. ويلاحظ من الفروع المروية أنّ نشوء تلك الآثار في هذا النوع من العقود نشوء غير كامل في أكثرها، حيث تنشأ الآثار ويبدأ ثبوتها بالصيغة، لكنها لا تكتمل إلا بعد تنفيذ العقد، ولذا فإن الآثار تمرُّ بمرحلتين: مرحلة انعقاد العقد ثم مرحلة تنفيذه، وقد ترُتّب على ذلك أن تثبت

7 - انظر: العجّارمة، د. مصطفى موسى، الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني.

8 - السنهوري، نظرية العقد، 84/1.

9 - انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6، 123. ابن عابدين، رد المحتار، 688/5.

بعض الآثار بالانقضاء، ويكتمل ثبوت باقي الآثار بالتنفيذ، وللتوضيح أذكر مثالا وهو عقد البيع، حيث يظهر من الفروع المروية أن انتقال ملكية المبيع يتحقق بالانقضاء وهو المرحلة الأولى، بينما يتأخر انتقال ضمان المبيع إلى المشتري بالقبض وهو المرحلة الثانية<sup>(10)</sup>.

ولم يصرح الإمام ولا أصحابه بهذا التقسيم، بل لا نجده مذكوراً في كتب الحنفية حتى عند المتأخرين، لكنه ظاهر بجلاء من الفروع المروية للإمام، وما أورده أهل مذهبه من تفصيل في التفرقة بين أحكام هذه العقود، حيث يفرقون بين العقود في سبب ووقت ثبوت آثارها، وبدء ترتب أحكامها، وقد أظهر ذلك حقيقة وجود هذا التقسيم عند الإمام وأهل مذهبه، وإن لم يسموه بهذا الاسم أو يصرحوا بهذا الانقسام.

وقد ذهبت القوانين الوضعية الحديثة إلى اعتماد هذا التقسيم نفسه، وسَمَّت النوع الأول عقوداً عينية، والثاني عقوداً رضائية أو صيغية أو غير عينية، فكان هذا الاصطلاح تسمية قانونية في الأصل<sup>(11)</sup>، وإن كان مضمونه ثابتاً عند الحنفية.

ويلاحظ أن هذا التقسيم الوارد عند القانونيين متوافق إلى حد كبير جداً مع ما ثبت عن الإمام وأهل مذهبه، سواء في أصل القسمة أو ما ترتب عليه من اختلاف في وقت ثبوت الآثار ونشوتها في النوعين، إضافة إلى اعتماد القانونيين ثبوت آثار العقود الصيغية على مرحلتين، على النحو الذي قرره الحنفية، وإن اختلف الطرفان في بعض التفصيلات.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن هذا التقسيم للعقود وما ترتب عليه من أحكام لا يُنسب للفقهاء الإسلامي عامة، كما قد يظن البعض، بل هو اجتهاد خاص بالإمام تبعه فيه أهل مذهبه، وخالفه فيه بعض المذاهب الأخرى، فالمالكية لا يرون هذا التقسيم، ولهم نظرة اجتهادية خاصة ليس هذا موضع بيانها<sup>(12)</sup>، فأساس هذا التقسيم يعود إلى الإمام وتبعه أهل مذهبه فيه، فكان هذا الاجتهاد إبداع وسبق في التأصيل التشريعي للعقود، وهي دقة وعمق في الاجتهاد والاستنباط لا أجد لها نظيراً، حتى انتهت أحدث القوانين المعاصرة إلى اعتماد هذه النظرة في تقسيم العقود.

### 3. العقد الموقوف

تُعد فكرة العقد الموقوف من إبداعات الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فهو صاحب السبق في ابتكاره وإدراجه في المنظومة العقدية، فلا يُعلم هذا العقد عن أحدٍ قبله في الدنيا، وقد كان محلَّ إعجاب وإبداع قلَّ نظيره، إذ تلقفه كثير من فقهاء الأمة حتى صار أحد تقسيمات العقود الأساسية. وقد اهتدى الإمام أبو حنيفة إلى فكرة العقد الموقوف بفضل العبقرية الاجتهادية، حيث رأى إمكانية إسناد هذا النوع من العقود إلى الشرع باستدلال دقيق ونظر عميق في بعض النصوص الشرعية التي تتيح للأجنبي التصرف في مال الغير الغائب لمصلحة تقوت بالانتظار<sup>(13)</sup>، وسُمِّيَ بالفضولي، ورغم أن النصوص الشرعية قد دلت على إباحة تصرف الفضولي، إلا أن ذلك لا يعني إنفاذه وإمضاءه على حاله، فقرر الإمام تملك صاحب المال حق اختيار إنفاذ العقد أو رده وفسخه،

10 - انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 233/5، 238.

11 - السنهوري، نظرية العقد، 116/1، الوسيط في شرح القانون المدني، 150/1، عبد الله، د. هادي، حقيقة القبض في العقود العينية بين الانقضاء والتمام، المجلة العلمية لجامعة جيهان، العراق، المجلد 3، العدد 1، حزيران، 2019م ص 381. الزرقاء، المنخل الفقهي العام، 419/1.

12 - انظر تفصيل رأي المالكية في هذا التقسيم: خزنة، نظرية العقد عند المالكية الخصائص والمميزات.

13 - استنبط الإمام أبو حنيفة فكرة العقد الموقوف من نصوص شرعية دلت على صحة عقد الفضولي، منها: حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه: <sup>17</sup> "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشترها بدينار، وباعها بدينارين، فرجع، فاشترى له أضحية بدينار، وجاء بدينار، إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فتصدق به النبي صلى الله عليه وسلم ودعا له أن يبارك له في تجارته". سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، حديث رقم (3386)، وسكت عنه أبو داود. فيلاحظ أن حكيم بن حزام رضي الله عنه تصرف في حدود الوكالة في عقد البيع الأول، لكنه تجاوز حدودها في العقد الثاني، فكان فضولياً، وأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ولم يبطل عقده.

وفق المصلحة التي يَرْتَبِهَا، وسمّى ذلك عقداً موقوفاً<sup>(14)</sup>، وجعله عقداً صحيحاً، لكنه غير نافذ، أي لا تُنتج آثاره والتزاماته إلا بإجازة صحب الحق، وإلا فُسح صاحب الحق. ومن إبداعات الإمام أبي حنيفة أنه لم يقصُر تطبيق فكرة العقد الموقوف على تصرفات الفضولي، بل عدّاه إلى كثير من الصور والتطبيقات، حيث رأى أن الحكمة من إباحة تصرف الفضولي تحقيق مصلحة يُخشى فواتها، ورأى أن مدارها على تصرف وقع فيه تجاوزاً على حق الغير، إلا أنّ ذلك الغير مصلحةً مرجوة وفائدة متوقعة في هذا التصرف، فرأى الإمام توسيع مجال تطبيق العقد الموقوف قياساً على تصرفات الفضولي العقدية، فألحق بها غيرها من الصور، منها<sup>(15)</sup>:

عقد الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، كالبيع والإجارة، وهو موقوف على إجازة الولي أو الوصي.

عقد نكاح الأب غير المجرى لابنته البالغة العاقلة دون إذنها، وهو موقوف على إجازتها.

عقد السفه الدائر بين النفع والضرر، كالبيع والإجارة، وهو موقوف على إجازة الوصي.

عقد المدين بدين تستغرق أمواله، وهو موقوف على إجازة الغرماء.

عقد المريض مرض الموت، وهو موقوف على إجازة الورثة.

فهذه العقود وغيرها جعلها الإمام عقوداً موقوفة، إما وجده فيها من مصلحة تحتمل الضياع والفوات بترك العقد، أو حصول ضرر متوقع به، ولما فيها من تعديّة على حق الغير، فحكم بوقفها وتجميد آثارها إلى حين تحقق إجازة صاحب الحق وإلا فُسح العقد.

وقد وافق الإمام أبو حنيفة على هذا التصوير العقدي المبتكر للإمام مالك، وإن اختلفا في بعض تفصيلاته وتطبيقاته، بينما ردّه الإمام الشافعي حيث أعمل ظاهر النصوص، فلم يجد -وفق منظوره- ما يدل على هذا النوع من العقود، فأبطل تصرف الفضولي باعتباره تصرفاً في مال الغير دون إذن<sup>(16)</sup>.

وقد اعتمدت أكثر القوانين العربية فكرة العقد الموقوف، واستنقت أكثر أحكامه من المذهب الحنفي، منها: القانون العراقي والسوري والأردني والتونسي والسوداني والكويتي والإماراتي واليميني والجزائري، أما القوانين الغربية فلم تأخذ به، ووافقهم في ذلك بعض القوانين العربية كالقانون المصري، لكنها أوجدت أنواعاً أخرى من العقود تقارب العقد الموقوف، منها: العقد غير الساري، فهو يشبه العقد الموقوف إلى حد كبير خصوصاً وقف الآثار، إلا أن العقد الموقوف أوقف الآثار وفقاً كلياً إلى حين ورود الإجازة، بينما كان وقف الآثار في العقد غير الساري جزئياً، كما أن فكرة البطلان النسبي في الفقه القانوني الغربي تقارب في بعض أحكامها العقد الموقوف<sup>(17)</sup>.

#### 4. العقد الفاسد

ابتكر الإمام أبو حنيفة فكرة العقد الفاسد، حيث جعل العقد من حيث الاعتداد به شرعاً وقبول ما يترتب عليه من آثار والتزامات منقسماً إلى ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، أما المعتد به والمقبول شرعاً، فهو الصحيح، حيث تترتب عليه كافة الآثار والالتزامات، وأما غير المعتد به والمردود، فهو ما كان فيه خللٌ يستوجب الرد والفسخ، وقد جعله الإمام على نوعين: الباطل والفاسد، إما رأى أن الخلل في كلٍ منهما مختلف عن الآخر مقداراً ونوعاً، فأوجب التفريق بينهما من حيث الإمضاء وثبوت الآثار.

14 - انظر: الشيباني، الأصل، 437/2، 108/4، 198/5.

15 - ذكر ابن عابدين أن عدد صور العقد الموقوف في المذهب تجاوزت الثلاثين عقداً. انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 113/5.

16 - انظر: السرخسي، المبسوط، 154/13، ابن الهمام، فتح القدير، 51/7، الدردير، الشرح الصغير، 26/3. الشربيني، مغني المحتاج، 351/2.

17 - انظر: السنهوري، نظرية العقد، 610/2. بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، 22، 25، 40.

أما الباطل، فقرر إهداره ومنع ثبوت آثاره كأنه عدم، وحكم برداً ما تم تنفيذه ونقض ما ترتب عليه من التزامات. وأما الفاسد، فقرر إمضاءه وإثبات آثاره عند تنفيذه، وما ذلك إلا مراعاة لواقع تقرر وأمر تحقق، وحرصاً على استقرار المعاملات بين الناس وتقليل فسخها وإبطالها، فرأى رفع الضرر الأشد وهو الإبطال بالضرر الأخف وهو الإمضاء رغم تحقق الخلل والفساد.

ولم يرد عن الإمام نص واضح في بيان هذا التفريق على هذا النحو، أو تعريف العقد الباطل أو الفاسد وبيان معناهما عنده، لكن أهل مذهبه قرروا ذلك مذهباً له ونسبوه إليه من خلال الفروع الفقهية المروية، وصرحوا بأن التفريق بين العقد الفاسد والباطل إنما هو مستمد من الفروع الفقهية ومستنبط منها، قال البزدوي: "وعلى هذا الأصل تُخَرَّجُ الفروع كلها، منها: أن البيع بالخمر منهي بوصفه وهو الثمن؛ لأن الخمر مال غير متقوم، فصح ثمناً من وجه دون وجه، فصار فاسداً لا باطلاً"<sup>(18)</sup>.

وبناء على ذلك، فإن تأصيل العقد الفاسد وجعله حالة بين الصحيح والباطل إنما هو من ابتكار واختراع الإمام أبي حنيفة، تُنبئ عنه فروعه الفقهية المروية وكلماته فيها التي تدل عليه بشكل جلي وقاطع، وقد اعتمده أهل مذهبه لهم وجعلوه أصلاً من أصولهم، ثم اشتهر هذا التعيد والتفريق بين الفساد والبطال قديماً وحديثاً على ما قرره الإمام أبو حنيفة وأهل مذهبه، حتى غدت نظرية خاصة بهم وتُسمى إليهم<sup>(19)</sup>. قال ابن رشد الحفيد: "وأما في العقود، فينطلق الفساد على كل حكم لم يتصمّن أحد ما به يتم الحكم، سواء كان ذلك شرطاً أو سبباً، والصحة مقابل هذا. اللهم إلا أن أصحاب أبي حنيفة، فإنهم يخصون باسم الفاسد ما كان مشروعاً في أصله ممنوعاً في وصفه"<sup>(20)</sup>.

وقد أقرّ المعاصرون بهذا التمييز والسبق للإمام وأهل مذهبه، فذهب كثير منهم إلى أن نظرية الفساد المقابلة لنظرية البطالان في العقود نظرية قررها الحنفية على وجه الخصوص، فهم المؤسسون لها، والمنفردون بها عن باقي المذاهب، وممن نص على ذلك مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى، حيث قال: "إن الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطالان والصحة مرتبة ثالثة"<sup>(21)</sup>.

وقد كانت نظرية العقد الفاسد من أبداع النظريات الفقهية التي تدل على مدى الرقي التشريعي الذي وصل إليه الإمام أبو حنيفة ويسمو في تأصيله وتقعيده على أحدث القوانين والتشريعات الوضعية، ويظهر هذا التمييز التشريعي من جوانب عدة، وقد يصعب عرض جوانبه كلها في بحث علمي محدود، فأعرض أهم جوانب هذا التمييز بإيجاز، وذلك في الأوجه الآتية:

#### 4. 1. معيار التفرقة بين العقد الفاسد والباطل

يدور معيار التفرقة بين العقد الفاسد والباطل عند الإمام أبي حنيفة كما هو ظاهر من فروعه الفقهية المروية- على ما كان الخلل فيه راجعاً إلى أصل العقد فيبطل، وما كان راجعاً إلى وصفه فيفسد، وقد أفاض أهل مذهبه في بيان هذا المعيار، وأنه أساس التفرقة، منه: ما قاله السمرقندي: "وأما بيان الفاسد والباطل: ... فالفساد هو ما كان مشروعاً في نفسه، فأبى المعنى من وجه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه، بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة. والباطل ما كان فأبى المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة، إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل"<sup>(22)</sup>، وقد أفاض الجصاص في بيان هذا المعيار وجعله أساس التفرقة مستنداً في ذلك إلى الفروع الفقهية المروية<sup>(23)</sup>.

18 - البزدوي، كنز الوصول إلى معرفة الأصول، 393/1.

19 - انظر المقارنة بين المذهبين -الحنفية والمالكية- في مدى اعتمادهما نظرية العقد الفاسد وتأصيلها عندهما: خزنة، نظرية العقد عند المالكية الخصائص والمميزات.

20 - ابن رشد الحفيد، الضروري في أصول الفقه، 58.

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

22 - السمرقندي، ميزان الأصول في نتائج العقول، 39/1.

23 - انظر: الجصاص، الفصول في الأصول، 183/2.

#### 2.4. معيار إضاء العقد الفاسد وثبوت آثاره

قرّر الإمام أبو حنيفة عدم إثبات أي من آثار العقد الفاسد بالانعقاد المجرد؛ لأنه في حكم العدم، وفي المقابل قرّر إضاءه وإثبات آثاره عند تحقق وجوده كأمر واقع مفروض، ومعيار ذلك عنده تنفيذ العاقدين موضوع العقد، وذلك بإيجاده عملياً بالشروع فيه وإتمام ما يفترض أنه التزام وأثر، كما لو كان عقداً صحيحاً، فيقرر أبو حنيفة حينئذ إضاءه وترتيب آثاره عليه، وتختلف صورة التنفيذ باختلاف نوع العقد، ففي البيع يكون تنفيذه بقبض المبيع، وفي الإجارة بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة، ونحو ذلك.

وهذا التأصيل المنسوب للإمام لاحظته أهل مذهبه من فروع الفقهية المروية، ففي البيع مثلاً تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في العقد الصحيح بالعقد نفسه أي بالصيغة، أما في العقد الفاسد، فلا تنتقل الملكية بالعقد؛ لأنه في حكم العدم قبل تنفيذه، أما بعد تنفيذه وذلك بقبض المشتري السلعة من البائع، فإن الملكية تنتقل حينئذ بذلك، فكانت آثار العقد الفاسد عند الإمام تثبت بالتنفيذ، وهذا ما قرره المتأخرون للمذهب باستقراء الفروع الفقهية المروية عن الإمام وتحريح هذا التأصيل عليها<sup>(24)</sup>.

#### 3.4. ما يثبت عند إضاء العقد الفاسد من آثار

تتبع فقهاء الحنفية ما أثبته الإمام أبو حنيفة من آثار العقد الفاسد عند تنفيذه، فوجدوا أنه أثبت في البيع الفاسد بعد قبضه قيمة المبيع يوم قبضه، لا الثمن المسمى، ولو تجاوزت القيمة الثمن المسمى، ووجدوا أيضاً أن الإمام أثبت بالإجارة الفاسدة أجره المثل ما لم تتجاوز الأجر المسمى، فإن تجاوزته ثبت المسمى<sup>(25)</sup>، وفي شركة العنان الفاسدة أثبت الربح بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال لا بحسب الاتفاق<sup>(26)</sup>، وفي المضاربة الفاسدة أثبت الربح كاملاً لرب المال، وللمضارب أجره المثل مطلقاً، سواء حصل ربح أو خسارة، وفي المزارعة الفاسدة أثبت الزرع كاملاً لصاحب البذر، سواء كان البذر من المزارع أو من صاحب الأرض، وأثبت للأجر المثل، فإن كان الآخر هو المزارع، فله أجره مثل عمله، وإن كان صاحب الأرض فله أجره مثلها<sup>(27)</sup>.

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

فلاحظ أهل مذهبه أنه أبطل العوض المتفق عليه بين العاقدين المقابل للالتزام الأصلي في هذه العقود، وأقام مقامه ما يشبه الضمان، ويعود السبب في ذلك عنده إلى أن الحقوق المتبادلة الناشئة عن العقد الفاسد قد شابها خللٌ، فنُزعت الحقوق المتبادلة في العقد الفاسد إلى قواعدها الأصلية، وهي قواعد الضمان، فكان ذلك إبطالا جزئياً للالتزامات المتفق عليها، وإبدالها بما تُنتهت قواعد الضمان. وفي هذا إشارة إلى أن العقد الفاسد عنده أقرب إلى الباطل من الصحيح؛ لأن هذا الإبدال دليل على عدم اعتبار الاتفاق، وإرجاع التزاماته إلى قواعد تنظيمية أخرى.

<sup>24</sup> - انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 88/5، 48/6.

<sup>25</sup> - يعطل الحنفية التفريق بين البيع الفاسد حيث يثبت فيه قيمة المبيع أبداً لا الثمن المسمى، والإجارة الفاسدة حيث يثبت فيها أجره المثل ما لم تتجاوز أجره المسمى أن المبيع ذو قيمة مالية ذاتية، فوجب قيمته عند فساد البيع لا المسمى، أما المنافع فليست أموالاً عندهم، لذلك كانت قيمتها اتفاقية تعاقدية، فلو تجاوزت أجره المثل المسمى، يثبت المسمى باعتباره تقويماً اتفاقياً، وهو أولى بالاعتبار من أجره المثل. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 218/4.

<sup>26</sup> - أجاز الحنفية اختلاف نسب ربح الشركاء عن نسب حصصهم في شركة العنان، أما نسب الخسارة فلا تكون إلا وفق الحصص. انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 312/4.

<sup>27</sup> - انظر هذه الأحكام في البيع والإجارة والشركة والمضاربة والمزارعة: الكاساني، بدائع الصنائع، 218/4، 301/5، 77/6، 108، 182.

#### 4.4. ثبوت استحقاق فسخ العقد الفاسد وسقوطه

تتبع فقهاء المذهب الحنفي الفروع المروية عن الإمام وأصحابه، فخرّجوا عليها أن العقد الفاسد مستحق للفسخ قبل التنفيذ وبعده، ونصوا على وجوب فسخه ديانته، قال الكاساني: "فينفسخ بنفس الفسخ، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى رضا البائع، سواء كان قبل القبض أو بعده؛ لأن هذا البيع إنما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل؛ لما في الفسخ من رفع الفساد"<sup>(28)</sup>.

ورغم استحقاق العقد الفسخ قبل التنفيذ وبعده، إلا أنهم وجدوا من خلال الفروع المروية ضرورة إسقاط استحقاق الفسخ، وحكموا بإمضاء العقد في الأحوال الآتية:

زوال سبب الفساد، فحينئذ يسقط حق الفسخ، ويمضي العقد سواء زال السبب قبل التنفيذ أو بعده، كفساد بيع جهالة وصف أو ثمن فعيته العاقدان، فيسقط حق الفسخ حينئذ، بل ينقلب العقد صحيحاً، وهذا ما نص عليه ابن الهمام، فقال: "إذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعاً بلا فساد، وهو معنى الصحيح"<sup>(29)</sup>.

هالك المبيع أو استهلاكه أو تبدله، كقمح أصبح دقيقاً.

تعلق حق للغير في المعقود عليه، كبيعه لآخر أو هبته أو إجارته أو رهنه ونحو ذلك<sup>(30)</sup>.  
وعليه، فإن قاعدة الإمام أن العقد الفاسد مستحق للفسخ أبداً، سواء قبل التنفيذ أو بعده، وهو حق ثابت لله تعالى، لكن استحقاق الفسخ يسقط في هذه الأحوال الثلاثة، فيحكم بإمضائه وثبوته.

#### 4.5. إمضاء العقد الفاسد ليس صحيحاً له

إن من أهم أصول نظرية العقد الفاسد المُخرجة على فروع الإمام أن إمضاء العقد الفاسد لا يعني صحيحه أو جوازه؛ فهو عقد فاسد غير صحيح، وإن إمضائه وإثبات آثاره بالتنفيذ لا يستلزم صحيحه، ولا يصح أن يقال: إن الحنفية يصحون العقد الفاسد بالتنفيذ، وإن إمضاء الحنفية العقد الفاسد صحيح له، فهذا خطأ بَيِّنٌ، ويدل على ذلك ما ورد عن الإمام أبي حنيفة من فروع تدل على الآتي:

استحقاق فسخ العقد الفاسد، سواء قبل التنفيذ أو بعده، كما سبق بيان ذلك.

وجوب فسخ العقد ديانته، وثبوت حرمة مادام قائماً، كما سبق بيانه.

إبطال العوض المتفق عليه بين العاقدين المقابل للالتزام الأصلي في العقد الفاسد، وإقامة ما يشبه الضمان مقام ذلك العوض، كما سبق بيانه.

وهو الأهم: أن إمضاء العقد الفاسد وثبوت آثاره بالتنفيذ لا يستلزم جُلَّ الانتفاع بالمعقود عليه، بل تبقى حرمة الانتفاع به قائمة رغم الإمضاء وثبوت الآثار، فلا يجوز للمشتري مثلاً الانتفاع بالمبيع بيعاً فاسداً وإن كان مملوكاً له بعد القبض، وقد قرر الكاساني هذا الأصل ونسبه إلى الإمام وأصحابه، فقال: "إنَّ هذا المَلِكُ يفيد المشتري انطلاق تصرف، ليس فيه انتفاع بعين المملوك، بلا خلاف بين أصحابنا، كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد"<sup>(31)</sup>. فنلاحظ أن الكاساني سمى الإمضاء انطلاق التصرف، أي يملك المشتري التصرف بالمبيع بيعاً فاسداً، فيملك بيعه وهبته وإجارته، وهكذا، لكن لا يحل له الانتفاع به؛ لأنه ملك خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع.

28 - الكاساني، بدائع الصنائع، 300/5.

29 - ابن الهمام، فتح القدير، 194/5.

30 - ابن عابدين، رد المحتار، 92/5.

31 - الكاساني، بدائع الصنائع، 304/5.

وبناء على ذلك تتقرر قاعدة للإمام مفادها: أن إمضاء العقد الفاسد بالتنفيذ هو اعتداد بآثار وإثبات لها، وليس تصحيحاً بحال؛ لأن التصحيح يقتضي إثبات آثار العقد الصحيح على حالها دون تغيير، وامتناع وجوب الفسخ ديانة، وحل الانتفاع بالمعقود عليه، وهذا كله منتفٍ في العقد الفاسد، فدل ذلك على إن إثبات آثار للعقد الفاسد بالتنفيذ هو إمضاء لا تصحيح، وهذا ما قرره فقهاء الحنفية والأئمة المتأخرون تخريجاً على الفروع المروية عن الإمام.

#### 4. 6. مجال تطبيق نظرية الفساد في العقود

قصر الحنفية مجال تطبيق نظرية العقد الفاسد على عقود المعاملات المالية دون عقد النكاح، وهذا ما قرره فقهاء المذهب وأئمة المتأخرون تخريجاً على فروع الإمام الفقهية المروية، قال ابن نجيم: "الباطل والفساد عندنا في العبادات مترادفان، وفي النكاح كذلك، لكن قالوا: نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، فلا حد، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد، وفي جامع الفصولين: نكاح المحارم، قيل: باطل وسقط الحد لشبهة الاشتباه، وقيل: فاسد وسقط الحد لشبهة العقد. انتهى. وأما في البيع، فمُتَّبِئَان ..."<sup>(32)</sup>

فيلاحظ من الفروع المروية عن الإمام أن تنفيذ النكاح الفاسد وتقرير وجوده على الواقع بالدخول والوطء لا يقتضي إمضاءه وإثبات آثاره عنده، مخالفاً بذلك نظرتَه للعقد الفاسد في عقود المعاملات المالية، أي أن البطلان والفساد مترادفان، لكن هذا الترادف بينهما في النكاح ليس على إطلاقه، بل هو ترادف من وجه دون وجه، فهما مترادفان من حيث وجوب الفسخ وعدم الإمضاء بالدخول، أما من حيث ثبوت بعض الآثار بالدخول، فهما مفترقان، فعقد النكاح الباطل يعامل معاملة العدم، بل قد يجب فيه حد الزنى إن عُلمت الحرمة، أما العقد الفاسد، فرغم عدم إمضاءه إلا أن بعض الآثار تثبت عند الدخول، وهي: العدة والنسب والأقل ما بين مهر المثل والمسمى.

وقد بين ابن عابدين ذلك، فقال: "لا فرق بينهما [أي الفاسد والباطل] في النكاح، بخلاف البيع"، لكنه نبه إلى فرق من وجه آخر فقال: "حكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد، فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ... والظاهر أن المراد بالباطل ما وجوده كعدمه، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة"<sup>(33)</sup>.

وبعود سبب قصر نظرية الفساد عن عقد النكاح عند الإمام، إلى أن إمضاء العقد الفاسد في العقود المالية يقتضي إطلاق التصرف لا إطلاق الانتفاع، كما ورد ذلك في كلام الكاساني السابق نقله، حيث قال: "إن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والإعتاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع. وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كآكل الطعام وليس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد"<sup>(34)</sup>.

فيُتصور عملياً إطلاق التصرف في العقود المالية دون إطلاق حل الانتفاع، وهذا هو معنى الفساد الدقيق عند الإمام، وهذا المعنى بتمامه لا يمكن تطبيقه على عقد النكاح، إذ لا يُتصور أن يُحْكَمَ بإمضاء النكاح، ثم لا يُباح الوطء، فلما كان كذلك قَصُرَ الإمام نظرية الفساد على العقود المالية دون عقد النكاح.

وقد اعترض البعض كأمجد إبراهيم بيك - أحد أكابر شيوخ الأزهر - على ما قرره ابن نجيم وابن عابدين وغيرهما تخريج هذه الفروع على قصر الفساد على العقود المالية دون النكاح، وعدّ

32 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، 291.

33 - ابن عابدين، رد المحتار، 131/3.

34 - الكاساني، بدائع الصنائع، 304/5.

ذلك دعوى تعترئها الشك، وأن مذهب الإمام لا يقتضي إخراج النكاح عن مجال تطبيق نظرية الفساد<sup>(35)</sup>؛ وذلك لثلاثة أسباب عنده<sup>(36)</sup>:

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

الثاني: أن معنى إمضاء العقد الفاسد عند الإمام إطلاق التصرف دون إطلاق حل الانتفاع، وهذا المعنى متحقق في العقد المالي كما سبق بيانه، وهو متحقق أيضاً في النكاح، حيث لا يحل الوطء. الثالث: تثبت آثاراً للعقد الفاسد بالتنفيذ، كانتقال الملكية في البيع بالقبض، وهذا الأمر متحقق في النكاح الفاسد، حيث يثبت بالدخول العدة والنسب والمهر.

ورغم صحة ما أورده أحمد إبراهيم بيك من تشابه في الأحكام بين النكاح والعقد المالي الفاسدين عند الإمام، إلا أن ذلك لا يقتضي في مذهبه أن يكون النكاح داخلاً في مجال نظرية الفساد؛ لأن ما ذكره أحمد إبراهيم بيك من أحكام قررها الإمام في العقد الباطل أيضاً نسبياً، وبيان ذلك بالآتي:

أولاً: يجب فسخ الباطل أبداً عنده، وإن كان ذلك لا يسمى فسخاً بالمعنى الاصطلاحي؛ لأن الفسخ لا يطلق إلا على القائم، والباطل معدوم لا قائم، لكن قد يكون معنى فسخه تقرير عمه. ثانياً: عدم حل الوطء موجود أيضاً في الباطل عنده، وإن كانت الحرمة فيه أشد، وقد تصل إلى إقامة حد الزنى فيه، بخلاف النكاح الفاسد.

ثالثاً: وهو الأهم، لا يقتضي إثبات بعض الآثار في النكاح الفاسد، وهي العدة والنسب والمهر أن يكون النكاح داخلاً في مجال نظرية الفساد؛ لأن سبب إثبات هذه الآثار عند الإمام يعود إلى كون الدخول وطء شبيهة لا مستنداً إلى العقد الفاسد، وهذا النوع من الوطء يوجب ترتب هذه الآثار ولو كان من غير عقد أصلاً، كما هو ثابت في كثير من فروعه، ومن ذلك: من وطء امرأة ظنّها الرجل زوجته، فتثبت هذه الآثار لوجود وطء الشبهة لا إقراراً بالعقد الفاسد. وهذا بخلاف العقد الباطل إذ لا شبهة فيه، بل هو أقرب إلى كونه زنى إن حصل فيه دخول، وقد يجب الحد إن علمت الحرمة. ومما يؤكد هذا المعنى أن آثار النكاح الصحيح الأخرى لا تثبت في الفاسد عند الإمام رغم أن الإمضاء يقتضي وجودها، كالطلاق حيث لا يقع ولو بعد الدخول، قال ابن مازة: "الطلاق في النكاح الفاسد ليس بطلاق على الحقيقة بل هو متاركة، حتى لا ينتقص من عدد الطلاق"<sup>(37)</sup>، كما لا تثبت النفقة والإرث والإحصان ونحو ذلك من الآثار، وهذا يدل على أن إثبات الإمام أبي حنيفة العدة والنسب والمهر دون غيرها من الآثار يعود لكون الدخول وطء شبيهة، لا باعتباره عقداً تقرر وجوده واقعاً، فلم يكن إثبات هذه الآثار مستنداً إلى العقد الفاسد.

وهذا بخلاف البيع الفاسد حيث تنتقل الملكية بالقبض، لكنها تستند إلى العقد؛ لأن القبض المجرد لا يثبت هذه الآثار، فيمضي العقد الفاسد، وتنتقل الملكية للمشتري ويملك التصرف في المبيع هبة وإجارة وبيعا ونحوها، وهذه آثار تستند إلى العقد الفاسد. وبهذا يترجح أن قاعدة الإمام أبي حنيفة اقتصاراً مجال تطبيق نظرية الفساد على العقود المالية، فلا تشمل عقد النكاح عنده.

وبعد هذا العرض الموجز لأهم جوانب نظرية العقد الفاسد عند الإمام أبي حنيفة يظهر لنا مدى العبقريّة التنظيرية التشريعية لأحكام هذا العقد عنده، ويظهر هذا بجلاء من خلال تفرقة العقد الفاسد عن العقد الصحيح والباطل، وجعله حالة بينهما، وتنظيمه أحكام العقد الفاسد وفق منظومة متناسقة، لم يسبق إليها، بل لم يُخلق بالإمام فيها حتى عند أرقى النظم القانونية والتشريعية المعاصرة، حيث لا نجد في الفقه القانوني العقد الفاسد أو صورةً تقاربه في المعنى.

35 - انظر: أحمد إبراهيم بيك، المعاملات الشرعية المالية، 94.

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

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

ولم يكن تزكُّ الفقه القانوني فكرة العقد الفاسد إنكارًا لوجودتها ومرونتها، بل لأمر آخر أشير إليه باختصار، فقد قسّم الفقه القانوني البطلان في العقود إلى قسمين:

البطلان المطلق، ويكاد يطابق في معناه البطلان في الفقه الإسلامي عموماً.

البطلان النسبي، وهذا النوع ليس فيه معنى البطلان على الحقيقة، كما ليس فيه معنى الفساد الذي قرره الحنيفة؛ لأنه عقدٌ صحيحٌ مُنتجٌ لآثاره كاملة قانوناً، إلا أنه قد سلب منه اللزوم، فكان عقداً قابلاً للفسخ والإبطال لخلل فيه، وهو يشبه العقد الموقوف من حيث الأسباب التي جعلته عقداً قابلاً للإبطال، فلم يكن لهذا النوع نصيب من البطلان إلا الاسم فقط، لذلك اصطُح على تسمية أخرى له، وهو العقد القابل للإبطال، وهي تسمية أدق من البطلان النسبي<sup>(38)</sup>.

وعليه، فإن هذا التقسيم يشوبه خلل، لأن البطلان النسبي ما هو إلا عقد صحيح قابل للفسخ، ويشبه عملياً العقد الصحيح غير اللازم، فلا يُتصور أن يكون من أقسام البطلان، وقسماً للبطلان المطلق، فتمحض البطلان عملياً في البطلان المطلق، وقد أقر بعض فقهاء القانون بهذا القصور في تقسيم البطلان، وأنه ضيقٌ وجامد لا يتسع لكل الحاجات، ودعا إلى إيجاد نوع جديد يكون بين البطلان النسبي الذي يثبت الآثار كاملة كالصحيح، والبطلان المطلق الي بعدمه كلياً، ويكون هذا النوع الجديد مثباً لبعض الآثار على نحو مجتزأ، وسبب دعوتهم هذه وجود حالات لا يمكن إدراجها في أي من نوعي العقد الباطل إلا بتكلف<sup>(39)</sup>.

وهذه الدعوة وإن كانت مرفوضة عند أصحاب النظرة القانونية التقليدية للتقسيم الثنائي للبطلان، إلا أنهم يقرّون بقصور هذا التقسيم وبمرونة تلك الدعوة التجديدية ووجود الحاجة إليها، لكنهم يتمسكون بالنظرة التقليدية حرصاً على استقرار الفقه القانوني، فالدعوة التجديدية وفق نظرهم تؤدي إلى عدم الاستقرار في الأحكام القانونية، وهدم ما استقر طويلاً عندهم من القواعد القانونية الثابتة، إضافة إلى أن تلك الدعوة يراها أصحاب النظرة التقليدية مازالت غير ناضجة وينقصها الاختبار، وهذا ما ذكره عبد الرزاق السنهوري في تبريره ردّ النظرة التجديدية، حيث قال: "مهما قيل في مرونة نظرية تنوع البطلان المتقدمة، وفي أنها تفسر استعصاء بعض مسائل البطلان المطلق أو النسبي على الخضوع للقواعد التقليدية ... إلا أن هذه الحالات الشاذة هي حالات استثنائية لا تُسوّغ هدم القاعدة، ولا شك في أن التقسيم الذي أتت به النظرية التقليدية فيه مزية التحديد، ... وهذه الصياغة القانونية ضرورية لتقدم القانون وثباته حتى تستقر ما تجري عليه أحكامه من المعاملات، فاستبدال نظرية تنوع البطلان بالنظرية التقليدية إنما هو هدم لقواعد ثابتة مستقرة لتحل محلها قواعد أخرى، إذا كانت لها مزية المرونة، فهي غير محددة تحديداً كافياً يبرر الاطمئنان إليها"<sup>(40)</sup>.

وبناء على ذلك، فإن الفقه القانوني يُقرُّ بقصوره في تقسيم العقود غير الصحيحة، وفي المقابل نجد إبداع المذهب الحنفي في تقسيمها وتنظيم أحكامها، وهذا ما أشار إليه الزرقا عند انتقاده إدراج البطلان النسبي في باب العقد الباطل، فقال: "وقد كان فقهاؤنا في هذه التقاسيم أدق نظراً وتمييزاً، وأصح لغةً واصطلاحاً"<sup>(41)</sup>.

وبهذا يظهر جلياً عظمة اجتهاد الإمام أبي حنيفة في تقسيم العقود إلى صحيح وفساد وباطل وفق منظومة تشريعية متكاملة، ولم يأخذ الفقه القانوني الحديث بفكرة العقد الفاسد وتنوع العقود غير الصحيحة، إلا لأنه لم يستطع الارتقاء إليها لعدم إمكان استيعابها في منظومته التقنينية التقليدية، فآثر الاستقرار التشريعي على المجازفة بالمحاولة التجديدية، فأى عظمة وسمو نجده عند الإمام أبي حنيفة فيما قرره لأهل مذهبه، وما ذاك إلا لانتسابه إلى الشريعة الخالدة بأصولها المعجزة.

38 - انظر: أحمد، د. رباحي، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلة علمية محكمة دولية، جامعة أدرار، الجزائر، المجلد 15، العدد 37، 2016، ص 203.

39 - انظر: أحمد، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي، 211.

40 - السنهوري، نظرية العقد، 608/2.

41 - الزرقا، المدخل الفقهي العام، 775/2.

## 5. عقود المعاوضات والتبرعات

دلّت الفروع الفقهية المروية عن الإمام أبي حنيفة على أنه يفرق بين نوعين من العقود، هما: عقود المعاوضات: وهي التي يُقدّم فيها كلٌّ من المتعاقدين للآخر عوضًا عما يأخذه منه، كالبيع والإجارة.

عقود التبرعات: وهي التي لا يُقدّم فيها أحد المتعاقدين للآخر عوضًا عما يأخذه منه، كالهبية والإعارة.

وقد لاحظ فقهاء الحنفية أن الإمام يُفرّق بين هذين النوعين من عدة جوانب، أهمها: نشوء الآثار وابتداء ثبوتها: سبق البيان أن عقود التبرعات هي عقود عينية، ولذا فإن نشوء آثارها وابتداء ثبوتها يكون بالقبض، وهي قبل ذلك عديمة الأثر، أما عقود المعاوضات فهي عقود رضائية أو صيغية تنشأ آثارها ويبدأ ثبوتها بالصيغة.

اللزوم: الأصل في عقود المعاوضة اللزوم، فالبيع والإجارة عقود لازمة، لا يجوز فسخها بإرادة منفردة، أما عقود التبرعات، فالأصل فيها عدم اللزوم<sup>(42)</sup>.

أهلية العاقد: لا يشترط في عقود المعاوضات لصحتها الأهلية الكاملة، فبلوغ العاقد شرط نفاذ لا شرط صحة، فإذا باع صبي عاقل مميز، فعقده صحيح إلا أنه موقوف على إجازة وليه، أما عقود التبرعات فالبلوغ شرط انعقاد، فلو وهب صبي مميز بعض ماله أو أعاره أو وقفه، فإن عقده باطلٌ، لا تلحقه إجازة، فكان تصرفه هدرًا<sup>(43)</sup>.

الإيجاب والقبول: تتعقد التبرعات بالإيجاب المجرد عن القبول، فليس القبول ركنًا في عقود التبرعات، أما عقود المعاوضات، فلا تتعقد إلا بإيجاب وقبول متصلين<sup>(44)</sup>.

السلامة من العيوب والتغريب: يشترط في عقود المعاوضات السلامة من العيوب، وعدم التغريب، ولا يشترط ذلك في عقود التبرعات<sup>(45)</sup>.

الشرط الفاسد: الأصل أنّ عقود المعاوضات المالية تُفسد بالشرط الفاسد، أما عقود التبرعات فلا تفسد بذلك، بل تبقى صحيحة، وبلغو الشرط<sup>(46)</sup>.

الشفعة: تثبت الشفعة في عقود المعاوضات دون التبرعات<sup>(47)</sup>.

وقد تميز الإمام أبو حنيفة في هذا التقسيم، إذ لم يكن محل اتفاق عند الفقهاء، فالإمام مالك لا يعتمد هذا التقسيم في المجرى، فهو لا يفرق بين التبرعات والمعاوضات في العقود الناقلة للملكية في أكثر أحكامها حيث يقول بلزومها بالعقد، فلا فرق عنده بين الهبة والبيع، فكلاهما عقدان لازمان، كما أن نشوء آثارهما وابتداء ثبوتها يكون بالعقد أيضًا، حيث تنتقل الملكية عنده في كلٍّ من البيع والهبة بالعقد، أي بصير المشتري والموهوب له مالًا للمبيع والمال الموهوب بمجرد العقد، فجاز لكلٍ منهما المطالبة بالتسليم قضاءً<sup>(48)</sup>.

وقد اعتمد الإمام الشافعي هذا التقسيم، لكنه خالف في بعض جوانبه، إذ لم يفرق بين عقود المعاوضات والتبرعات من حيث الأهلية، فاشتراط في النوعين الأهلية الكاملة أي العقل والبلوغ، وإلا كان العقد باطلاً، كما اشترط في كلٍّ منهما اتصال القبول بالإيجاب، أي لا ينعقد التبرع إلا بإيجاب وقبول<sup>(49)</sup>.

أما في الفقه القانوني، فقد أقرت القوانين بضرورة التفريق بين عقود المعاوضات والتبرعات،

42 - انظر: ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 478/7، الكاساني، بدائع الصنائع، 216/6.

43 - انظر: البرزوي، كنز الوصول إلى معرفة الأصول، 360/4، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 265.

44 - انظر: ابن عابدين، رد المحتار، 846/3.

45 - انظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 88/5، ابن عابدين، رد المحتار، 145/5.

46 - انظر: الزيلعي، تبين الحقائق، 131/4.

47 - انظر: السرخسي، المبسوط، 10/28.

48 - انظر تفصيل ذلك: خزنة، نظرية العقد عند المالكية، الخصائص والمميزات.

49 - انظر: الشربيني، مغني المحتاج، 332/2، 560/3.

فاعتمدت أصل التقسيم، وبنّت عليه التفريق بينهما في كثير من الأحكام، ومن ذلك<sup>(50)</sup>:  
العقود العينية والصيغية: الأصل في عقود التبرعات أنها عقود عينية، أما عقود المعاوضات فهي عقود رضائية أو صيغية، وقد سبق بيان الفرق بينهما، وأنه تقسيم فقهي تميز الإمام أبو حنيفة بوضعه وتقريره، وسبق البيان أيضاً بأن القانونيين المعاصرة اعتمدت هذه النظرة الفقهية إلى حد كبير.

أهلية العاقد: إذا أجرى القاصر وناقض الأهلية عقد تبرع كهبة، فإنه يكون باطلاً وعديم الأثر، أما إذا أجرى عقد معاوضة كبيع، فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، فيكون عقداً منتجاً لآثاره كاملة كالصحيح، لكنه قابل للإبطال، كما سبق بيان ذلك في البطلان النسبي.

مسؤولية العاقد: تكون مسؤولية العاقد في عقود التبرع أقل منها في عقود المعاوضات، فلا يضمن الواهب العيوب الخفية في الموهوب، بينما يضمن البائع ذلك في المبيع.

مراعاة شخصية المتعاقد: إن لشخصية المتعاقد اعتبار في عقود التبرعات، بخلاف عقود المعاوضات، فمن ادعى الغلط في شخصية الموهوب له، فإنها دعوة مؤثرة في إبطال العقد؛ لأن الهبة مبنية على اعتبارات شخصية، وهذا بخلاف الغلط في عقود المعاوضات، فلا يجوز إبطالها بدعوى الغلط في شخصية المتعاقد إلا في بعض الحالات التي قررها القانون كعقد الشركة.

تصرفات المدين المعسر: جعلت القوانين تصرفات المدين المعسر قابلة للإبطال، لكنها فرقت بين تصرفاته، فإن كان تصرفه معاوضة، فإنها تشتت لإبطاله تواطؤ المدين على التهرب من سداد الدين بهذا التصرف، فلا بد من إثبات سوء النية في هذا التصرف، لكنها لم تشتت ظهور هذا التواطؤ وإثبات سوء النية في عقود التبرعات لإبطالها.

وبعد عرض هذا التقسيم وما ترتب عليه من أحكام يلاحظ أن الفقه القانوني وافق الإمام أبا حنيفة في أصل التقسيم، كما وافقه في أكثر أحكامه، بل إن ما رتبّه الإمام من أحكام على هذا التقسيم أكثر دقة وتفصيلاً وأبعد نظراً، فكان ما انتهت إليه هذه القوانين عبر قرون طويلة في نظم العقود وتقسيمها قد ابتدأ به الإمام أبو حنيفة مذهبه، واتخذ منهجاً في الفقه ينظم العقود، ويؤجرها على نظرية متماسكة يسودها منطق قانوني متسق، سبق بها أهل زمانه ومن بعده من الفقهاء، وارتقى بها على القانونيين، وفاقهم تنظيماً وتشريعاً.

## 6. العذر وأثره في العقود اللازمة الممتدة

قرر الإمام أبو حنيفة في العقود اللازمة الممتدة وهي: الإجارة والمزارعة والمساقاة جواز فسخها بالأعذار، ذلك أنه قد يلحق بأحد العاقدين ضرراً ناشئاً من أمر خارجي عن العقد غير مستحق به في أثناء تنفيذ الالتزامات في الفترة الممتدة لهذا العقد اللازم، فيعجز العاقد عن المضي في موجب العقد والالتزام بتنفيذ استحقاقاته الممتدة إلا بتحمل هذا الضرر، فأجاز الإمام أبو حنيفة فسخ العقد رغم لزومه لوجود هذا الضرر، كمن استأجر ركوباً للسفر، ففاته الغرض من سفره، أو استأجر بيتاً فظهر له حاجة إلى السفر، فإن ذلك يُعدّ عذراً يبيح له فسخ عقد الإجارة؛ لأن الضرر يلحقه من إلزامه باستمرار تنفيذ العقد<sup>(51)</sup>.

وقد أصّل الإمام نظرية العذر في العقود الممتدة تأصيلاً متكاملًا، وظهر ذلك من خلال فروعه الفقهية المروية، ومن خلال تتبعها يظهر أن له شروطاً في الأعذار المبيحة للفسخ، وهي<sup>(52)</sup>:

تحقق الضرر وثبوت وقوعه بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات العقدية، وإلا يبقى العقد لازماً، فمن حُبس في دين عليه، وله عقار مأجور وليس له سواه لسداد دينه، جاز له فسخ عقد الإجارة لبيع العقار، لكن إن كان له عقارٌ آخر، فلا يجوز له فسخ الإجارة لعدم تحقق الضرر بها؛ لإمكان بيع العقار الآخر.

50 - انظر: السنهوري، نظرية العقد، 137/1.

51 - انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، 145/5، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، 247/3، ابن عابدين، رد المحتار، 80/6.

52 - انظر: السرخسي، المبسوط، 3/16، الكاساني، بدائع الصنائع، 198/4. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، 842/3.

أن يكون الضرر غير مستحق بالعقد، فإن كان الضرر مستحقاً بالعقد فلا يُعدُّ عذراً، كمن أجزَّ بيتاً، ثم بدا له السفر، فليس له فسخ العقد بغيبته عن البيت؛ لأن ذلك يُعدُّ ضرراً مستحقاً بالعقد، فغيباب العين المأجورة عن المؤجر من الأمور المستحقة بالعقد؛ لأنها ستكون في يد المستأجر.

أن يكون الضرر زائداً عما تعارفه الناس واعتادوه، وإلا يبقى العقد لازماً، كمن استأجر دكاناً ثم وجد غيره أرخص أو أوسع أو أقرب إلى السوق، فلا تُعدُّ هذه الأضرار أضراراً مبيحة للفسخ؛ لأنها متعارفة ومعتادة.

ويظهر من خلال الفروع المروية أن الإمام لا يقصُر الأعدار على الضرر الواقع على أحد العاقدين، بل يكون العقد مستحقاً للفسخ ولو كان الضرر قد لحق بأجنبي عن العقد، فيملك أحد العاقدين فسخ العقد لرفع الضرر عن ذلك الأجنبي، كمن أجزَّ نفسه في الخدمة، فتضرر أهله منها للمعزة التي قد تلحق بهم، فيثبت له حق الفسخ بهذا الضرر<sup>(53)</sup>، ويظهر أيضاً من هذا المثال أن العذر لا يقتصر على الجانب المالي المادي، بل يتعدى إلى الضرر الشخصي سواء كان مادياً كالضرر الواقع على البدن، أو معنوياً كالأذى الذي يمس الكرامة والاعتبار الإنساني.

وقد اختلف فقهاء الحنفية المتأخرون في أثر العذر من حيث كيفية ثبوت حق الفسخ، بسبب اختلافهم في تفسير الفروع الفقهية المروية، فذهب بعضهم إلى ثبوت حق الفسخ بمجرد وقوع العذر ولحوق الضرر، فيملك المتضرر فسخ العقد بإرادة منفردة دون حاجة إلى قضاء أو تراض على الفسخ، وذهب بعضهم إلى أن العقد لا يفسخ إلا بالقضاء، وذهب آخرون إلى أن العذر إن كان ظاهراً فيفسخ بالإرادة المنفردة، وإلا يُشترط القضاء ليظهر العذر ويزول الاشتباه<sup>(54)</sup>.

هذا مجمل ما ذكره متأخرو الحنفية في تأصيل نظرية العذر من خلال تتبعهم الفروع الفقهية المروية عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه، وقد تميز الإمام أبو حنيفة في وضع هذا التأصيل، إذ لم تأخذ المذاهب الأخرى بهذا المبدأ، فأبقت للزوم العقدي قائماً ومنعت فسخه مادام التنفيذ ممكناً غير متعذر ولو ترتب عليه ضرر، إعمالاً لمبدأ وجوب الإيفاء بالعقود اللازمة سواء كانت فورية كالبيع أو ممتدة كالإجارة.

وقد ظهر إبداع الإمام أبي حنيفة في اعتماده نظرية العذر في العقود اللازمة الممتدة، وتميزه في تأصيلها وتنظيم أحكامها من خلال المقارنة مع أحدث ما أنتجته النظريات القانونية المعاصرة، حيث كانت نظرية الظروف الطارئة القانونية متشابهة من حيث الغاية والموضوع والأثر مع نظرية العذر التي وضعها الإمام، فغابتهما واحدة وهي التقليل من القوة الملزمة للعقد لمنع الضرر المترتب عليها، وموضوعهما متقارب أيضاً وهو العقود اللازمة الممتدة، ومتقاربان أيضاً في الأثر وهو تغيير الالتزام العقدي، وإن اختلفوا جذرياً في آليات التغيير.

ولست أبتغي عرض النظرية القانونية إلا بالقدر الذي يُظهر الرقي التشريعي والتميز التأصيلي والإبداع المنهجي للإمام أبي حنيفة، فأعرض منها جوانب تظهر ذلك وتبديه بجلاء<sup>(55)</sup>.

## 6.1. نشأة النظريتين

ظهرت نظرية العذر مع البدايات الأولى لظهور المدارس الفقهية، وكان الإمام أبو حنيفة عميد مدرسة الرأي المبتكر لها، فكانت نشأة نظرية العذر متقدمة مع البدايات الأولى للتشريع الإسلامي. أما نظرية الظروف الطارئة فهي متأخرة النشأة، حيث ظهرت فكرتها من خلال واقعة قضائية في أثناء الحرب العالمية الأولى في فرنسا، حينما ارتفع سعر الفحم ارتفاعاً كبيراً ألحق خسارة فادحة بإحدى الشركات الملتزمة بتوريده بسعر محدد، مما اقتضى بعد مداوات قضائية ضرورة تغيير

<sup>53</sup> - انظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، 505/7.

<sup>54</sup> - انظر: السرخسي، المبسوط 16/3. الكاساني، بدائع الصنائع، 201/4، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار 2/62.

<sup>55</sup> - انظر المقارنة التفصيلية بين النظريتين: خزنة، د. هيثم، العذر عند الحنفية مقارنةً بنظرية الظروف الطارئة في القانون، مجلة الجامعة الأسمرية، ليبيا، العدد العاشر، 8002م.

آثار العقد، لتحقيق التوازن الاقتصادي بين الطرفين المتعاقدين<sup>(56)</sup>.  
فيظهر هنا أن نظرية العذر نشأت من النصوص التشريعية باجتهاد متميز، واستنباط دقيق، أي أنها وُلدت متكاملة مع النظرية الأم نظرية العقد، من خلال إمام عظيم جعله الله تعالى سبيلاً لإظهار عظمة وإعجاز التشريع الإسلامي، بينما جاءت النظرية القانونية وليدة تجارب بشرية لقرون طويلة، أي أنّ منشأها القصورُ البشري في الوضع والتأسيس، ليُتبعه التصحيح والتعديل.

## 6. 2. ماهية العذر والظرف الطارئ

اتفقت النظريتان على ضرورة تحقق ضرر ناشئ عن حالة استثنائية؛ لتغيير الالتزام العقدي في العقود اللازمة الممتدة، إلا أنهما اختلفتا في بعض شروط هذا الضرر، وظهر اختلافهما في الآتي:  
اشترطت النظرية القانونية في الحادث الطارئ المتسبب في الضرر أن يكون عامًا، فارتفاع سعر الفحم كان حدثًا عامًا، مما أجاز تطبيق النظرية، أما نظرية العذر فلا تشترط ذلك، فيمكن أن يكون الحادث المتسبب في الضرر خاصًا، بل إن أكثر الفروع الفقهية المروية كذلك، كمن استأجر ركوبًا للسفر، ففاته الغرض من سفره، فإنه عذر يبيح له الفسخ، بينما لا تقبله النظرية القانونية لخصوصية الحادث بأحد العقادين.

اشترطت النظرية القانونية عدم القدرة على دفع الحادث الطارئ، وعدم القدرة على دفع الضرر الناتج عنه، وهذا لا يتفق مع نظرية العذر جزئيًا؛ لأن كثيرًا من الفروع المروية للعذر يُمكن دفع الحادث المُسبب للضرر، كمن استأجر دكانًا أو بيتًا ثم بدا له أن يسافر فله الفسخ للعذر، فالسفر هو المُسبب للضرر، ويمكن دفعه وتحاشيه بترك السفر، أما الضرر الناتج عن الحادث، فإن نظرية العذر تتفق مع النظرية القانونية، فإن أمكن تحاشي الضرر ودفعه فلا يجوز الفسخ وفق نظرية العذر، فلا بد أن يكون الضرر متحققًا أي لا يمكن دفعه وتحاشيه، كمن حُبس في دين عليه وله عقار مأجور يريد فسخ الإجارة لبيعه ويسدد دينه من ثمنه، فإن كان له عقار آخر فلا يجوز له فسخ الإجارة؛ لإمكان بيع العقار الأخر.

اشترطت النظرية القانونية أن لا يكون الحادث الطارئ ناتجًا عن إرادة أحد طرفي العقد، وهذا لا يتفق مع العذر؛ لأن كثيرًا من الفروع الفقهية المروية هي عبارة عن أفعال إرادية للعاقدين المتضررين، كمن بدا له عدم السفر بعد أن استأجر دابة للسفر فله الفسخ، أو بدا له تغيير الحرفة بعد أن استأجر دكانًا لتلك الحرفة فله الفسخ.

اقتصرت النظرية القانونية على الضرر المالي، فلا بد أن يكون الحادث الطارئ متسببًا لضرر مالي، فإن كان الضرر معنويًا مثلًا فلا يدخل في نطاق عمل النظرية القانونية، أما نظرية العذر فقد تعدت إلى الضرر البدني والضرر المعنوي، كما سبق بيانه.

## 6. 3. أثر كل من نظرية العذر ونظرية الظروف الطارئة

إن المنتبِع للفروع الفقهية للإمام يجد أن الأثر الناتج عند تحقق العذر فسخُ العقد، وقد قرر أهل مذهبه ذلك أصلاً في نظرية العذر، فلا يلجؤون في أي صورة من صور العذر إلى تعديل الالتزامات، بل يقررون الفسخ طريقًا لحل الإشكال، فتمحض الفسخ أثرًا وحيدًا لنظرية العذر.  
أما النظرية القانونية، فلم تجعل فسخ العقد من آثار النظرية، بل قررت كل التشريعات والقوانين الوضعية تعديل الالتزام إلى الحد المعقول المحقق للتوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، فإن تعاقدا طرفان على عقد توريد مثلًا، فطرأ حادث أدى إلى لحوق ضرر فاحش بأحد طرفي العقد، بأن زادت تكاليف التوريد مما سبب بخسارة كبيرة للمورد، فإن القانون يمنع فسخ العقد بذلك مادام الطرف المقابل متمسكًا بالعقد، ولا يزال تنفيذه ممكنًا مع ذلك الضرر والخسارة، لكن القانون يقوم بتحقيق التوازن بين الطرفين، فيقرر أحد ثلاثة أمور:

56 - انظر: السنهوري، نظرية العقد 2/ 970، البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1/ 211.

إيقاف تنفيذ العقد إلى حين ارتفاع الحادث الطارئ إذا كان ذلك ممكناً في فترة قصيرة لا تعود على العاقدين بضرر كبير.

إنقاص الالتزام المرهق الثابت على المتضرر، كإنقاص الكم الذي يلتزم به المدين، أو إنقاص الكيف بأن يؤدي المدين التزامه بعودة أقل، وغير ذلك من الأمور التي يفدرها القاضي في إنقاص الالتزام تحقيقاً للعدالة.

زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كرفع ثمن السلعة إن كان الطرف الطارئ أدى إلى ارتفاع كبير في الأسعار.

فيلاحظ أن الفرق بين النظريتين يكمن في كيفية رفع الضرر، فنظرية العذر تقرر الفسخ طريفاً وحيداً، ولا تتدخل في الالتزامات بإيقاف تنفيذ العقد أو إنقاص التزام المتضرر أو رفع التزام الطرف الآخر؛ لأن ذلك شأن خاص بالعاقدين لا يتصور التدخل فيه، وقد لا يقبل أحد الطرفين هذا التغيير، فيكون ذلك إكراهاً على العقد بالتزامات جديدة لا يقبلها أحد الطرفين أو كلاهما، بخلاف النظرية القانونية التي لجأت إلى هذا التدخل في العقد بتغيير الالتزامات أو إيقافها مؤقتاً.

والسبب في امتناع فكرة الفسخ عند القانونيين، أن نظريتهم جاءت على سبيل الاستثناء بعد استقرار قاعدة القوة الملزمة للعقد التي أتت بها الرأسمالية، حيث أطلقت العنان للفرد بأن يتمسك بحقوقه التعاقدية دون النظر إلى ما يترتب على ذلك من أضرار للغير، لكن فقهاء القانون رأوا ضرورة تقييد ذلك بعد تعول الرأسمالية المفرطة، "فاضطر الفقه الغربي إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة؛ لأن قوة العقد الملزمة قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي"<sup>(57)</sup>.

وعليه، فإن فقهاء القانون انتهوا إلى حيث ابتدأ الإمام أبو حنيفة، فأقروا بوجود التقليل من القوة الملزمة للعقد بعد تمسكهم بها قرونًا طويلة، وإن اختلفوا معه في الشروط والآليات، وقد أقرّ السنهوري بتميز المذهب الحنفي حينما قارن بين النظريتين، وأقرّ بتميز نظرية العذر وارتقاؤها في الأساس التشريعي، حيث بنى الإمام أبو حنيفة نظريته على "مقتضيات العدالة في الفقه الإسلامي التي تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، وقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد"<sup>(58)</sup>.

## الخاتمة

بعد هذا التجوال في أهم معالم نظرية العقد عند الإمام أبي حنيفة نجد أنّ الإمام قد وضع أحكام العقود وفق منظومة متناسقة لا يتصور وجود نظير لها في زمن متقدم لم تكن البشرية تملك من التجارب والمعارف التشريعية الذاتية التي تمكنها من الوصول إلى هذا الرقي التشريعي من تلقاء نفسها، لكن الله تعالى وهب الإمام تلك المكنة الاجتهادية الفذة، إذ ليس كل من ورد بحر الفقه قادراً على الغوص والسباحة فيه بطوله وعرضه، فإن إتقانه بمعرفة ربط الفروع بأصولها، وملاحظة تلك الروابط الدقيقة منها خصوصاً، والتفرقة بينها لا تكون إلا لمن أعطاه الله تعالى الملكة لذلك، فهي في أساسها موهبة إلهية لا حيلة للعبد فيها.

وما كان الإمام ليصل إلى هذه المكانة السامية لولا استناده واستقاؤه الأحكام والتشريعات من الأصل المعجز تشريعياً - القرآن والسنة - بفهم دقيق ونظر عميق، فاجتمع عند الإمام هذا الأصل التشريعي المعجز مع تلك المكنة الاجتهادية والموهبة الربانية، فأخرج لنا ابتكارات وعقوبات غاية في الإبداع التشريعي بأصول ومناهج دقيقة.

وما كان الإمام ليظهر مذهبه الذي تميز به على الفقهاء أولاً والقانونيين ثانياً لولا صدقه مع الله

57 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، 64/6.

58 - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، 64/6، بتصرف يسير.

تعالى، فمن يَصُدِّقُ الله ببارك له في عمله، ويقدر الصدق مع الله يكون الأثر والظهور في الأمة. وفي ختام ذلك أورد أهم نتائج البحث:

تُعدُّ النظريات الفقهية من أوجه الإعجاز التشريعي؛ لابتنائها على أسس تُعدُّ غايةً في الإبداع والتنظيم التشريعي، في فترة لم تكن البشرية قد وصلت إلى التقنين والتشريع المنظم وفق أسس نظرية مترابطة.

ابتكر الإمام أبو حنيفة مجموعةً من الأفكار المؤسسة لنظرية العقد، حيث لم يرد أن أحدًا سبقه إليها في كثير منها.

قرر الإمام أبو حنيفة تحرير العقود من القيود الشكلية، وإسناد الانعقاد إلى الصيغة المجردة المُنبئة عن الإرادة الباطنة، لكنه لم يجعل ذلك أصلاً ثابتاً ومستمرّاً في كل العقود، فاعتمدت الشكلية في بعض العقود لدواعٍ اقتضتها، كما فرق بين نوعي الشكلية -الشرعية والافتراضية- من حيث الثبوت والأثر، وقد انتهت أحدث القوانين الوضعية إلى ما قرره الإمام أبو حنيفة.

دلّت الفروع الفقهية المرورية عن الإمام على اعتماده تقسيم العقود إلى عقود عينية تكون الصيغة عديمة الأثر، فلا تنشأ آثارها ويبدأ ثبوتها إلا بتنفيذها، وعقود صيغية تكون الصيغة فيها سبباً لنشوء الآثار وابتداء ثبوتها، وقد اعتمدت القوانين الوضعية هذا التقسيم وما ترتب عليه من أحكام.

تُعدُّ فكرة العقد الموقوف من إبداعات الإمام أبي حنيفة، وقد استنبطه من النصوص الشرعية التي دلّت عليه من خلال ما سماه الإمام بعقد الفضولي، ولم يُقصر الإمام فكرة العقد الموقوف على الفضولي، بل عداه إلى كثير من الصور والتطبيقات، وقد أخذت أكثر القوانين العربية بفكرة العقد الموقوف، لكن القوانين الغربية وبعض القوانين العربية لم تأخذ به، إلا أنها أوجدت أنواعاً أخرى من العقود تقارب العقد الموقوف.

ابتكر الإمام أبو حنيفة فكرة العقد الفاسد، وجعله حالة بين الصحيح والباطل.

جعل الإمام معيار التفرقة بين العقد الفاسد والباطل قائماً على ما كان الخلل فيه راجعاً إلى أصل العقد فيبطل، وما كان راجعاً إلى وصفه فيفسد.

لا يُثبِت الإمام أيّاً من آثار العقد الفاسد بالانعقاد، فإن تمّ تنفيذ العقد وتقرر واقعاً مفروضاً، أثبت الإمام له آثاراً.

لا يُثبِت الإمام التزامات العقد الفاسد التي تكون عوضاً مقابلاً للالتزام الأصلي، بل يردّها إلى ما يشبه قواعد الضمان.

إن العقد الفاسد عند الإمام مستحق للفسخ قبل التنفيذ وبعده، إلا في ثلاثة أحوال.

إن إمضاء العقد الفاسد بالتنفيذ عند الإمام هو اعتداد بآثار له وإثبات لها، وليس تصحيحاً له.

قَصَرَ الإمام مجال تطبيق نظرية العقد الفاسد على عقود المعاملات المالية دون عقد النكاح، وفق التأويل الأرجح عند غالبية المتأخرين.

لم يأخذ الفقه القانوني بفكرة العقد الفاسد، ولم يكن ذلك إنكاراً لجودتها ومرونتها، بل ظهرت دعوات قانونية تجديدية تدعو إلى تنويع أقسام البطلان، إلا أن أصحاب النظرية القانونية التقليدية رفضوا ذلك حرصاً على استقرار الفقه القانوني وقواعده الثابتة.

اعتمد الإمام تقسيم العقود إلى معاوضات وتبرعات، وظهر هذا التقسيم من خلال التفريق بين أحكام العقود من جوانب عدة، وقد أقرت القوانين الوضعية بهذا التقسيم، ووافقت الإمام في الكثير من الأحكام الناتجة عنه.

ابتكر الإمام نظرية العذر في العقود اللازمة الممتدة، وأصلها تأصيلاً متكاملًا.

نشأت نظرية العذر من النصوص التشريعية باجتهاد متميز، بينما كانت نشأة نظرية الظروف الطارئة القانونية متأخرة نتيجة القصور البشري في الوضع والتأسيس.

تميزت نظرية العذر بابتنائها على مقتضيات العدالة الشرعية، مما جعلها أكثر مرونة في تقليل القوة الملزمة للعقد، بخلاف نظرية الظروف الطارئة التي اضطرَّ الفقه القانوني إلى وضعها للتقليل من هذه القوة تحت وطأة مساوى التمسك بها كمبدأ عام.

ظهر تميز نظرية العذر على النظرية القانونية من خلال المقارنة في الظرف الطارئ، والضرر الناشئ عنه، والأثر الناتج لكل من النظريتين. وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

### المصادر والمراجع

- إبراهيم بيك، أحمد (ت: 1945م)، المعاملات الشرعية المالية، دار الانتصار، مصر، طبع 1936م. أحمد، د. رباحي، مراتب العقد الباطل في القانون الوضعي دراسة مقارنة، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلة علمية محكمة دولية، جامعة أدرار، الجزائر، المجلد 15، العدد 37، 2016.
- البخاري، محمد بن إسماعيل (ت: 256هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد فواد عبد الباقي، دار السلام، الرياض، الطبعة الأولى، 1419هـ.
- البدوي، د. محمد علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، الطبعة الرابعة.
- اليزدي، فخر الإسلام علي بن محمد (ت: 482هـ)، كنز الوصول إلى معرفة الأصول، ومعه شرح كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م. بخالد، عجال، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، الجزائر.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي (ت: 370هـ)، الفصول في الأصول، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، 1994م.
- خزنة، د. هيثم: العذر عند الحنفية مقارنا بنظرية الظروف الطارئة في القانون، مجلة الجامعة الأسمرية، ليبيا، العدد العاشر، 2008م.
- نظرية العقد عند المالكية الخصائص والمميزات، قُدّم في الملتقى الدولي الخامس عشر للمذهب المالكي (المعاملات المالية في المذهب المالكي)، المنعقد في الجزائر، 5-7/11/2019م.
- أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث (275هـ)، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، بيروت.
- الدردير، أحمد بن أحمد (1127هـ)، الشرح الصغير ومعه حاشية الصاوي، دار المعارف.
- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت: 595هـ)، الضروري في أصول الفقه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
- الزرقا، مصطفى أحمد (ت: 1999م)، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1998م.
- الزبلي، فخر الدين عثمان بن علي (ت: 743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد (483هـ) المبسوط، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1993م.
- السمرفندي، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد (ت: 539هـ)، ميزان الأصول في نتائج العقول، الناشر: مطابع الدوحة الحديثة، قطر، الطبعة الأولى، 1984م.
- السنهوري، د. عبد الرزاق (ت: 1971م):
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.
- نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 1998م.
- الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الشربيني، محمد بن أحمد (977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
- الشيباني، محمد بن الحسن (189هـ)، الأصل، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م.

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (1252هـ) رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1992م.
- عبد الله، د. هادي، حقيقة القبض في العقود العينية بين الانعقاد والتمام، المجلة العلمية لجامعة جيهان، العراق، المجلد 3، العدد 1، حزيران، 2019م.
- العجائمة، د. مصطفى موسى، الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 45، حزيران 2018م.
- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1986م.
- ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدئ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- مسلم بن الحجاج (ت: 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الموصللي، عبد الله بن محمود (ت: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت: 861هـ) شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني، وبهامشه العناية شرح الهداية للبايرتي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ.