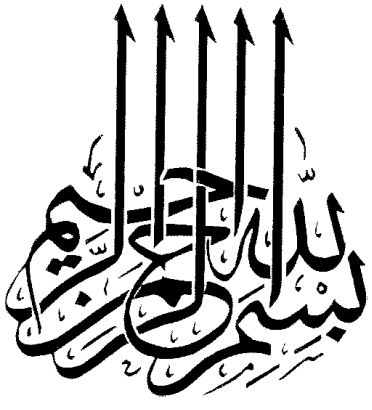

التغرير

وأثره في العقود

عنوان الكتاب: التغرير وأثره في العقود

المؤلف: كفاح عبد القادر الصوري

رقم التصنيف: **263.1**

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: 2007/1/5

الموضوع الرئيسي: المعاملات//الفقه الإسلامي//الاقتصاد الإسلامي//الفقه//العقود

تم إعداد بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية من قبل دائرة المكتبة الوطنية

الطبعة الأولى: **2007 - 1428**

حقوق الطبع محفوظة لـ

www.daralfiker.com

المملكة الأردنية الهاشمية - عمّان

ساحة الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري

هاتف: 4621938 6 962+ فاكس: 4654761 6 962+

ص.ب: 183520 عمان 11118 الأردن

بريد الكتروني: info@daralfiker.com

بريد المبيعات: sales@daralfiker.com

All rights reserved. No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means without prior permission in writing of the publisher.

جميع الحقوق محفوظة. لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أيّ جزء منه، أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات، أو نقله بأيّ شكل من الأشكال، دون إذن مسبق من الناشر.

التغرير

وأثره في العقود

تأليف

د. كفاح عبد القادر الصوري

الطبعة الأولى

2007-1428

دار الفكر
ناشرون وموزعون

مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين المبعوث بالهدى ودين الحق وعلى آله وصحبه، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد،

فإن منهج الله القويم، الذي بينه رسوله الكريم، للناس أجمعين، وأمرهم تبارك وتعالى باتباع الصدق والأمانة التي هي عماد التعامل في المجتمع الإسلامي، ونهاهم عن الكذب والخيانة، وبين أن تحريمهما أصل ما بنيت عليه أحكام كتاب الله وسنة نبيه ﷺ، فقال الله تعالى في كتابه الكريم ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾[1].

ولما شاعت وانتشرت عمليات الغش والخداع كثيراً في عقود الناس ومعاملاتهم خاصة في هذا الزمن لضعف الوازع الديني وفساد الذمم والأخلاق، رأيت أن اكتب في هذا الموضوع لتوضيح المواطن التي يمكن أن يحدث فيها غش في العقود وبيان حكمها والآثار المترتبة عليها.

ونظراً إلى حرص الشارع الحكيم بتنظيم عقود الناس واستقرار معاملاتهم ودفعاً للنزاع بين المتعاقدين، فقد احترم إرادتهما بجعل الرضا مناط شريعة المتعاقدين، ونهاهم عن أكل المال بغير وجه حق، إلا أن يكون عن تراض ورغبة. قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن

(١) سورة الأنفال آية ٢٧.

تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1].

ولم أجد في حدود ما أطلعت عليه بحثاً مستقلاً في هذا الموضوع، فرأيت أن اكتب فيه بحثا يتضمن جزئياته بصورة متكاملة.

وبعد؛ فهذا عملي وهو جهد المقل، لا أدعي أنني بلغت الكمال أو قاربته فالكمال لصاحب الكمال وحده، فإن أصبت فبمحض فضل الله، وإن اخطأت فمني ومن الشيطان، وأسأل الله السداد والتوفيق، إنه سميع مجيب.

الـمؤلفة

(١) سورة النساء آية ٢٩.

التمهيد في عيوب الرضا

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الإكراه: تعريفه، شروطه، أنواعه، أثره في التصرفات.

المطلب الثاني: الغلط: تعريفه، أنواعه، أثره في التصرفات.

المطلب الثالث: الغبن: تعريفه، أقسامه، أثره في العقود، شروطه.

التمهيد في عيوب الرضا

وتسمى بعيوب العقد أو الإرادة[1]: وهي أمور تلابس إنشاء العقد فتعيب إرادة العاقد، وتحدث خللا في رضاه، فيكون لها تأثير في العقد[2].

ولما كان موضوع هذه الرسالة في أحد العيوب المخلة بالرضا «التغرير» كان لابد من تناول العيوب الأخرى وبيانها بإيجاز:

المطلب الأول

الإكراه

١. **تعريفه لغة:** أكرهه من باب تعب كُرهاً ضد أحببته فهو مكروه. والكره بالفتح المشقة وبالضم القهر، وقيل العكس. وأكرهته على الأمر إكراها حملته عليه قهراً[3]

٢. **تعريفه اصطلاحاً:** يقول السرخسي الإكراه «اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي

---

(١) الإرادة هي، «مجرد اعتزام الفعل والاتجاه إليه». الأستاذ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثامنة، مطبعة الحياة ١٩٦٤ جـ١/ ٣٩٥، أشار إليه فيما بعد، الزرقا، المدخل الفقهي العام. الإرادة إما أن تكون باطنه أو ظاهرة، فالإرادة الباطنة هي أمر خفي في نفس المتعاقد ولا يمكن الإطلاع عليه إلا بالتعبير والكشف عن مراده، وهذا ما يسمى بالإرادة الظاهرة وبالتالي فإن الأحكام تبنى على الإرادة الظاهرة دون الباطنة. د. عبد المجيد مطلوب: نظرية العقد، طبعة ١٩٨٦م ص٢٧، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام جـ١/ ٣٧٨ ـ ٣٨٢.

(٢) أ.د. محمد مصطفى شلبي: المدخل العام في الفقه الإسلامي، مطبعة الدار الجامعية ١٩٨٥م، ص٧٩٥، عبد المجيد مطلوب، نظرية العقد ص ٢٧.

(٣) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، الطبعة الرابعة، المطبعة الأميرية ١٩٢١م، مادة كره جـ٢/ ٧٢٩، ٧٣٠، وسيشار إليه فيما بعد، الفيومي، المصباح المنير.

به رضاه أو يفسد به إختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكرَه أو يسقط عنه الخطاب »[١]. ويقول االتفتازاني الإكراه «حمل الغير على أن يفعل مالا يرضاه ولا يختار مباشرته» .[٢] جاء في شرح المنار الإكراه: «حمل الإنسان على ما يكرهه ولا يريد ذلك الإنسان مباشرته»[٣].

وفي مجلة الأحكام العدلية مادة ٩٤٨ الإكراه هو: «إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق دون رضاه بالإخافة»[٤].

وعرفه الفقهاء المحدثون بقولهم: إجبار شخص على أمر لا يرضاه ولا يلزمه شرعا»[٥].

مما سبق يتبين لنا أن المعنى الاصطلاحي للإكراه موافق لمعناه اللغوي والتعريف الوارد في شرح المنار هو المختار لكونه يشمل الأقوال والأفعال أما التعريفات الأخرى فالإكراه فيها مقتصر على الأفعال، فكما يقع الإكراه على الأفعال فكذلك على الأقوال.

٣. شروط الإكراه: يشترط لتحقق الإكراه ما يلي:

أولاً: أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ما هدد به، فإن لم يستطع تنفيذه فلا

---

(١) شمس الدين السرخسي، المبسوط، الطبعة الثانية، دار المعرفة ـ بيروت جـ٢٤/ ٣٨، وسيشار إليه فيما بعد السرخسي: المبسوط.

(٢) سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية ـ بيروت جـ٢/ ١٩٦، وسيشار إليه فيما بعد التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح.

(٣) ملاجيون، نور الأنوار على المنار مع كشف الأسرار، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية ١٣١٦هـ جـ٢/ ٣٠٧.

(٤) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مطبعة غزة جـ٩/ ١٠.

(٥) د. حسن صبحي أحمد: المدخل إلى الفقه الإسلامي، مطبعة الرسالة ص ٤٦٨، محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي ص ٣٦٥.

يتحقق الإكراه[1].

ثانياً: أن يغلب على ظن المكره وقوع ما هدد به المكرِه إذا امتنع عن تنفيذ ما أمره أما لو غلب على ظنه عدم تنفيذ التهديد فلا يكون مكرَهاً[2].

ثالثاً: أن يكون الأمر الذي أُكره عليه غير مشروع، أما لو كان مشروعا أو بحق فلا يكون مكرها وذلك: كجبره على بيع ماله لسداد دين عليه، أو بيع أرضه لتوسعة المسجد[3].

رابعاً: أن يكون الشيء المكرَه به متلفاً للنفس أو عضو من أعضائه، أو مما يصعب على النفس احتماله وهذا يختلف باختلاف الأشخاص فقد يكون المكره به يؤثر على شخص ويؤذيه ولا يؤثر على آخر.[4]

خامساً: أن يكون المهدد به عاجلا وليس آجلا، لأنه لو كان مؤجلا فلا يكون مكرها للجوئه إلى من هو أعلى مكانة من المكرِه[5].

---

(١) ذهب أبو حنيفة إلى القول بعدم وقوع الإكراه إلا من السلطان، فهو القادر على تنفيذ ما هدد به، وغيره يستغيث به. قال الصاحبان: يقع من القادر عليه، وقيل إنما كان هذا الاختلاف اختلاف زمان فقط. علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ٩/ ٤٤٧٩، وسيشار إليه فيما بعد الكاساني: بدائع الصنائع، فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق المطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية جـ٥/ ١٨١ ـ ١٨٢، وسيشار إليه فيما بعد، الزيلعي: تبيين الحقائق. السرخسي: المبسوط جـ٢٤/ ٣٩.

(٢) المصادر السابقة نفس الموضع.

(٣) السرخسي: المبسوط جـ٢٤/ ٣٩، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي، دار الفكر جـ٣/ ١٦ وسيشار إليه فيما بعد ابن عرفة: حاشية الدسوقي، أبو زكريا النووي: المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد جـ٩/ ١٨٦، وسيشار إليه فيما بعد النووي: المجموع.

(٤) السرخسي: المبسوط جـ٢٤/ ٣٩، د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: دار الفكر جـ٤/ ٢١٤.

(٥) عبد الله الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية جـ٢/ ١٠٥، وسيشار إليه فيما بعد الموصلي: الاختيار.

٤. **أنواع الإكراه:** يتنوع الإكراه إلى نوعين:[١]

النوع الأول: الإكراه الملجئ أو التام: وهو أن يُكرهه بما يخاف فيه فوات النفس أو إتلاف عضو من أعضائه، ويكون بالقتل والقطع والضرب المبرّح، وهذا النوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار، فالمكرَه يصير بمنزلة الآلة بالنسبة للمكرِه فيسلب اختياره. والرضا هو «الرغبة في الفعل، والارتياح إليه. »[٢] أما الاختيار فهو «القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر»[٣].

النوع الثاني: الإكراه غير الملجئ أو الناقص: وهو أن يُكرهَه بما لا تفوت به النفس ولا يتلف عضوا من أعضائه، ويكون ذلك بالضرب الشديد والحبس والقيد أو تهديده في عمله كمنع ترقيته. وهو يُعدِم الرضا ولا يفسد الاختيار لأن بإمكان المكرَه الصبر وتحمل الأذى الواقع عليه فلا يُسلب اختياره.[٤]

ولم يفرق جمهور الفقهاء بين الإكراه التام والناقص فالإكراه بالقتل والحبس كله سواء جاء في التاج والإكليل «حد الإكراه ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره»[٥]

---

(١) هذا التقسيم خاص بفقهاء الحنفية، والفقهاء الآخرون لم يفرقوا بين نوعي الإكراه. الكاساني: بدائع الصنائع جـ٩/ ٤٤٧٩، الزيلعي: تبيين الحقائق جـ٥/ ١٨١، علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية جـ٣/ ٢٧٣، وسيشار إليه فيما بعد: السمرقندي: تحفة الفقهاء، ابو البركات حافظ الدين النسفي: كشف الأسرار، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية ١٣٠٦ هـ جـ٢/ ٣٠٧، وسيشار إليه فيما بعد، النسفي: كشف الأسرار، التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح جـ٢/ ١٩٦.

(٢) الزرقا: المدخل الفقهي العام جـ١/ ٣٩٦، د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته جـ٤/ ٢١٣.

(٣) التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح جـ٢/ ١٩٦.

(٤) المصدر السابق.

(٥) أبو عبد الله العبدري الشهير بالمواق: التاج والإكليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر ١٩٩٢ م جـ٤/ ٤٥، وسيشار إليه فيما بعد المواق: التاج والإكليل.

وذهب الشافعية[1] إلى القول بأن الإكراه بنوعيه معدم للرضا ومفسد للاختيار، فالرضا والاختيار متلازمان فمتى انعدم الأول انعدم الآخر، والفاعل متى كان قاصدا للفعل فهو مختار، أما إذا لم يقصده فيكون مجبرا ومرغما عليه فينعدم اختياره[2].

والإكراه بنوعيه لا يزيل أهلية المكرَه ولا ينافي الخطاب بدليل أنّ أفعاله مترددة بين الإباحة والرخصة والحرمة كما أنه يأثم تارة ويؤجر أخرى[3].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بمذهب الحنفية في تقسيم الإكراه فقد جاء في المادة (١٣٨) «الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يُفسد الاختيار»[4].

٥. أثر الإكراه في التصرفات القولية.

اختلف الفقهاء في أثر الإكراه في التصرفات القولية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: التفريق بين التصرفات القولية القابلة للفسخ وغير القابلة له، وهذا قول الحنفية[5].

---

(١) التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح جـ٢/ ١٩٦.

(٢) النسفي: كشف الأسرار جـ٢/ ٣٠٨، د. محمد يوسف موسى: الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي ص ٣٩٩.

(٣) التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح جـ٢/ ١٩٦، النسفي: كشف الأسرار جـ٢/ ٣٠٨، الزيلعي: تبيين الحقائق جـ٥/ ١٨١.

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مطبعة التوفيق جـ١/ ١٣٠.

(٥) هذا التقسيم خاص بالحنفية، السمرقندي: تحفة الفقهاء جـ/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦، النسفي: كشف الأسرار جـ٢/ ٣٠٩، أما جمهور الفقهاء فجعلوه قسما واحدا وهو الإكراه بغير حق، أبو عبد الله المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر ١٩٩٢م جـ٤/ ٢٤٨. وسيشار إليه فيما بعد، الحطاب، مواهب الجليل، أبو إسحق الشيرازي، المهذب،

أ ـ أثر الإكراه على التصرفات غير القابلة للفسخ: كالزواج والطلاق والعتاق.

ذهب الحنفية إلى القول بجواز هذه التصرفات مع الإكراه لأنها تتوقف على القصد والاختيار دون الرضا. واستدلوا على قولهم بالكتاب والسنة والقياس:

أولاً: من الكتاب:

١. قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ...﴾[١].

٢. قال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٢].

وجه الدلالة في الآيتين: وردت الآيتان الكريمتان مطلقتان في شرعية النكاح والطلاق دون تخصيص أو تقييد بإثبات الخيار للعاقد المكره فيعمل بعمومهما.

تناقش هذه الأدلة: بالقول بتخصيص عموم النصوص السابقة بالآثار الصحيحة **فقد ورد عن خنساء بن خذام الأنصارية، أنّ أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها»**[٣].

وعن عائشة رضي الله عنها قلت: «**يا رسول الله تستأمر النساء في**

الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٩ م، جـ١/ ٢٦٤، وسيشار إليه فيما بعد، الشيرازي: المهذب، ابو اسحق بن مفلح، المبدع في شرح المقنع الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي جـ٤/ ٧، وسيشار إليه فيما بعد ابن مفلح: المبدع.

(١) سورة النساء آية (٣).

(٢) سورة الطلاق آية (١).

(٣) أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري شرح فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار المعرفة جـ٩/ ١٩٤، حديث ٥١٣٨، وسيشار إليه فيما بعد، البخاري: صحيح البخاري شرح فتح الباري.

إبضاعهن[1]؟ قال: نعم، قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت، قال: سكاتها إذنها»[2].

فلو جاز النكاح دون الرضا لما رد رسول الله ﷺ نكاح الأنصارية، ولما استأذن النساء في نكاحهن[3].

ثانياً: من السنة:

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله**»[4].

وجه الدلالة في الحديث: أجاز رسول الله ﷺ الطلاق واستثنى طلاق المعتوه والمغلوب على عقله ولم يستثن طلاق المكره فكان جائزا.

يناقش هذا الدليل: هذا حديث ضعيف فلا يستدل به لأن فيه عطاء بن عجلان وهو ضعيف.

ثالثاً: من القياس:

يقاس طلاق المكره على الهازل[5]، فكما يقع طلاق الهازل وهو غير راض به، فكذلك المكره بل إن وقوع طلاقه أولى، ففي الهزل انتفى الاختيار والرضا بالحكم

---

(١) إبْضاعِهنّ: انكاحهن، ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، دار بيروت ١٩٥٦ م جـ٨/ ١٤.

(٢) البخاري: صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ٩/ ١٩٢ حديث ٥١٣٧.

(٣) د. محمد المعيني: الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية، الطبعة الأولى، مطبعة الزهراء ص ٥٦، ٢١٨.

(٤) أبو عيسى بن سوره: الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية ١٩٨٧ م، جـ٣/ ٤٩٦ حديث ١١٩١، قال أبو عيسى: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ضعيف، وسيشار إليه فيما بعد، الترمذي: الجامع الصحيح.

(٥) الهزل: نقيض الجد، ابن منظور: لسان العرب جـ١١/ ٦٩٦، واستدل على وقوع طلاق الهازل بقوله ﷺ: «**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة**». الترمذي الجامع الصحيح جـ٣/ ٤٩٠ حديث ١١٨٤.

مع وجود الاختيار والرضا بالسبب، أما في الإكراه فيوجد الاختيار بالسبب والحكم مع الفساد وينتفي الرضا بهما، فوقوع طلاق المكره مع فساد الاختيار أولى.

يناقش هذا الدليل: إن هذا قياس مع الفارق، فالهازل قد رضي بالسبب واختاره مع الصحة، وفي الإكراه فإن الرضا معدوم في السبب والحكم والاختيار موجود مع الفساد فلا يقاس عليه [1] وأيضا فإن طلاق الهازل يقع عقوبة له، فهذه العقود من أهم وأخطر العقود لتعلقها بالأعراض، فحتى لا تكون عرضة للعبه وعبثه لا يعطى الخيار. وأما تصرفات المكره فلا تجوز منه لأنه أُرغم وأُجبر عليها فلم يكن راضيا ولا عابثا بها [2].

ب - أثر الإكراه في التصرفات أو العقود القابلة للفسخ: كالبيع والشراء والإجارة.

اختلف الحنفية في حكم العقود القابلة للفسخ بالإكراه على رأيين:

الرأي الأول: إذا أُكره الشخص على بيع أو شراء أو إجارة وغيره إكراها ملجئا أو غير ملجئ فيقع العقد فاسدا [3] ويثبت للمكرَه الخيار إذا زال الإكراه وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة والصاحبان [4] واستدلوا على قولهم: بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [5].

---

(١) التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح جـ٢/ ١٩٧، ١٩٨.

(٢) د محمد المعيني: الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية ص ٢١٧.

(٣) قسم الحنفية العقد إلى باطل وفاسد، والعقد الباطل هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، والفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه. زين الدين بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة جـ٦/ ٧٤، وسيشار إليه فيما بعد ابن نجيم: البحر الرائق، وجمهور الفقهاء عندهم العقد الباطل والفاسد واحد وهو ما ينافي مقتضى العقد، الشيرازي: المهذب جـ١/ ٢٧٥، ابن مفلح، المبدع، جـ٤/ ٥١.

(٤) برهان الدين المرغيناني: الهداية، دار الفكر، جـ٩/ ٢٣٤، وسيشار إليه فيما بعد، المرغيناني: الهداية، الزيلعي: تبيين الحقائق جـ٥/ ١٨٢، الكاساني: بدائع الصنائع جـ٩/ ٤٥٠٣.

(٥) سورة النساء آية ٢٩.

وجه الدلالة: من شروط صحة البيع الرضا، وقد انعدم هذا الشرط بالإكراه فيكون العقد معه فاسدا.

ولا يبطل العقد لتحقق ركنه ـ الإيجاب والقبول ـ فقد صدر من أهله مضافاً إلى محله، فيثبت به الملك عند القبض للفساد كسائر البياعات الفاسدة[1].

الرأي الثاني: يكون العقد موقوفا[2] إذا أُكره على تصرف من التصرفات القابلة للفسخ وهذا قول زفر من الحنفية[3].

بدليل أنه لو أجاز المكره العقد بعد زوال الإكراه جاز، أما الفاسد فلا يجوز العقد معه بالإجازة. وهذا أصل متفق عليه عند الحنفية.

القول الثاني: بطلان تصرفات المستكره سواء أكانت قابلة للفسخ أو غير قابلة للفسخ وهذا قول جمهور الفقهاء من الشافعية[4] والحنابلة[5] والظاهرية[6]. واستدلوا على قولهم بالكتاب والسنة والقياس.

---

(١) المصادر السابقة نفس المواضع.

(٢) العقد الموقوف هو ما تعلق به حق الغير وهو إما ملك الغير أو حق بالبيع. ابن نجيم: البحر الرائق جـ٦/ ٧٥.

(٣) الزيلعي: تبيين الحقائق جـ٥/ ١٨٢، المرغيناني: الهداية مع فتح القدير جـ٩/ ٢٣٥.

(٤) محمد الشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ١٩٥٨ م جـ٢/ ٧. وسيشار إليه فيما بعد الشربيني: مغني المحتاج، الشيرازي: المهذب جـ١/ ٢٦٤، النووي: المجموع جـ٩/ ١٨٦.

(٥) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامه المقدسي: الشرح الكبير على متن المقنع، طبعة جديدة بالاوفست، دار الكتاب العربي ١٩٧٢ م وسيشار إليه فيما بعد ابن قدامه: الشرح الكبير، جـ٤/ ٥، أحمد بن تيميه: مجموع فتاوى ابن تيميه، الطبعة الأولى، مطابع الرياض، ١٣٨٣ هـ جـ٢٩/ ١٩٦، ٢٠٠، وسيشار إليه فيما بعد ابن تيميه: مجموع فتاوى ابن تيميه.

(٦) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة جـ٩/ ٢١، وسيشار إليه فيما بعد ابن حزم: المحلى.

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾.(١)

وجه الدلالة: قوله تعالى: ﴿عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ والمكره مجبر على التصرف غير راض به فلا يجوز تصرفه لفوات شرط الصحة وهو الرضا.

ثانياً: من السنة:

أولاً: عن أبي سعيد الخدري قال: قال ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**»(٢).

وجه الدلالة: من شروط صحة البيع الرضا، فإذا انعدم الرضا بطل العقد، لفوات شرطه والمكره قد انعدم اختياره ورضاه.

ثانياً: عن عمر بن الخطاب قال: قال ﷺ: «**الأعمال بالنية ولكل إمرئ ما نوى**»(٣).

وجه الدلالة: إن صحة القول تتوقف على نية العاقد واختياره والمكره مرغم فلا يصح تصرفه لعدم قصده واختياره.

ثالثاً: عن أبي ذر الغفاري، قال: قال ﷺ: «**إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**».(٤)

---

(١) سورة النساء آية (٢٩).

(٢) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية جـ٢/ ٧٣٧ حديث ٢١٨٥، وسيشار إليه فيما بعد ابن ماجة، سنن ابن ماجة.

(٣) أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، جـ٣/ ١٥١٥ حديث ١٩٠٧، وسيشار إليه فيما بعد، مسلم: صحيح مسلم.

(٤) أبو بكر احمد بن الحسين البيهقي: السنن الكبرى، الطبعة الأولى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٤ م جـ٧/ ٥٨٤ حديث ١٥٠٩٤ وسيشار إليه فيما بعد، البيهقي: السنن الكبرى،

وجه الدلالة: يدل الحديث بمنطوقه على أن الله تعالى عفا عن كل تصرف وقع على سبيل الإكراه، فالمكره غير قاصد لتصرفه، وإنما قصد دفع الأذى عن نفسه فبانعدام القصد ينعدم التصرف.

يناقش هذا الدليل: هذا الحديث مخصص بالإكراه على الكفر، ففي بداية الإسلام انتشرت ظاهرة الإكراه على الكفر فعفا الله تعالى في الحديث عمن نطق بكلمة الكفر مجبرا عليها إجبارا تاما[1].

يرد عليه: لم يرد ما يدل على تخصيص الحديث، فهذا تخصيص في غير موقعه.

ثالثاً: من القياس:

رخص الله تعالى النطق بكلمة الكفر لمن أُكره عليها، ولم يحكم بكفره. قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾[2].

فكذلك لا يقع قول المكره في أي تصرف آخر، لأنه إذا سقط الأعظم ـ الكفر ـ فسقوط ما دونه أولى[3].

يناقش هذا الدليل: لا قياس بين الإكراه على الكفر والإكراه على التصرفات فالإكراه على أي تصرف يكون بالقول، والمكره يكون مختارا لقوله، بينما الإيمان اعتقاد، والاعتقاد محله القلب، فإذا نطق بكلمة الكفر مكرها فيكون قولا ظاهرا

محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي ـ بيروت ١٩٨٦ م جـ١/ ٣٤٧ حديث ١٦٦٢ وسيشار إليه فيما بعد الألباني: صحيح سنن ابن ماجه.

(١) الكاساني: بدائع الصنائع جـ٩/ ٤٤٩٤.

(٢) سورة النحل آية ١٠٦.

(٣) الشيرازي: المهذب جـ١/ ٢٦٤، ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري جـ٩/ ٣٩٠.

وليس باطنا، لعدم إمكانية تغيير ما يعتقده بقلبه جبرا[1].

يرد عليه: إن القصد والرضا شرط لصحة جيمع التصرفات عند الجمهور سواء كانت عقدية أم قوليه، فإذا انعدم القصد بطل التصرف.

القول الثالث: تصرفات المكره صحيحة وغير لازمة. فهو بالخيار إن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه وهذا قول المالكية. فهو صحيح من جهة توفر أركانه من عاقد ومعقود عليه وصيغة دالة على الرضا، وغير لازم من جهة أخرى[2] ؛ لفقدان شرط لزوم العقد بالإكراه وهو التكليف[3].

يناقش هذا الدليل: لقد ذكرتم أن الصيغة الدالة على الرضا من أركان العقد، والإكراه ضد الرضا، فيكون الرضا قد انتفى بالإكراه وفقد العقد أحد أركانه وبالتالي لا يصح التصرف.

الترجيح:

بعد هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء وأدلتهم والمناقشات التي ثارت حولها أرى ترجيح القول بإبطال العقود غير القابلة للفسخ كالنكاح والطلاق، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لما استدلوا به من أن الرضا شرط لصحة العقود، فبفواته يبطل العقد.

وعدا عن ذلك فإن هذه التصرفات تختلف عن غيرها من التصرفات الأخرى لتعلقها بالأعراض، فهي من أهم العقود وأخطرها.

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع جـ٩/ ٤٤٩٤، د. محمد المعيني: الإكراه وأثره على التصرفات ص ٢١٧.

(٢) ابن عرفه: حاشية الدسوقي جـ٣/ ٦.

(٣) الحطاب: مواهب الجليل جـ٤/ ٢٤٨، الخرشي: شرح الخرشي، دار صادر جـ٥/ ٩، د. عيسى شقرة: الإكراه وأثره في التصرفات،مكتبة المنار ص ١٧٥.

وأما بالنسبة للعقود القابلة للفسخ كالبيع والإجارة أرى أن الراجح ما ذهب إليه زفر وهو أن عقد المكره يكون موقوفا، فإن أجازه جاز وإلا فلا. ولم نقل بفساد عقد المكره ؛ لأن بيع المكره يجوز بالإجازة، أما الفاسد فلا يجوز بالإجازة.

ولم نأخذ بالقول القائل بالبطلان لوجود الاختيار فالمكره قد اختار أهون الأمرين وكذلك فإن هذه العقود أخف خطورة من عقود الطلاق والنكاح.

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «إنما يخل بحق المستكره ومصلحته، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه »[1].

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية مادة (١٠٠٦): «لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة ملجئا كان الإكراه أو غير ملجئ ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر»[2].

وبرأي زفر كذلك أخذ القانون المدني الأردني مادة ١٤١ «من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا»[3].

(١) الزرقا: المدخل الفقهي العام جـ١/ ٤٠١.

(٢) علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام جـ١٠/ ٨٠.

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني جـ١/ ١٣٣.