



كلية الشريعة / قسم الفقه وأصوله

التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي (المعاملات المالية والأحوال الشخصية)

The Mitigation of the Effects of Contract Nullification in Islamic
Jurisprudence

"Financial Dealings and Personal Status"

إعداد الطالبة:

آمنة حسين إبراهيم إبراهيم

الرقم الجامعي: (١٥٨٠١٠٤٠٠١)

إشراف الأستاذ الدكتور:

أحمد ياسين القرالة

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في

الفقه وأصوله

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

آب، ٢٠١٩م

إقرار والتزام

أنا الطالبة: أمنة حسين إبراهيم إبراهيم، الرقم الجامعي: ١٥٨٠١٠٤٠٠١
التخصص: دكتوراه فقه وأصوله/ كلية الشريعة.

أعلن بأنني التزمت بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها سارية المفعول المتعلقة بإعداد أطاريح الدكتوراه عندما قمت شخصياً بإعداد أطروحتي الموسومة بعنوان: "التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي/المعاملات المالية والأحوال الشخصية"

وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية المتعارف عليها في كتابة الرسائل والأطاريح العلمية، كما أنني أعلن بأنّ أطروحتي هذه غير منقولة أو مستنلة من رسائل أو أطاريح أو كتب أو أبحاث أو أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة إعلامية، وتأسيساً على ما تقدم فإنني أتحمل المسؤولية بأنواعها كافة لو تبين غير ذلك، بما فيه حق مجلس عمداء جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها، وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها دون أن يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد.

التفويض

أنا الطالبة: أمانة حسين إبراهيم إبراهيم، أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ أطروحتي للمكتبات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة.

قرار لجنة المناقشة

التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي
"المعاملات المالية والأحوال الشخصية"

إعداد الطالبة:

آمنة حسين إبراهيم إبراهيم

الرقم الجامعي: (١٥٨٠١٠٤٠٠١)

إشراف الأستاذ الدكتور:

أحمد ياسين القرالة

التوقيع	صفتهم	أعضاء لجنة المناقشة
	مشرفاً ورئيساً	أ. د. أحمد ياسين القرالة/ جامعة آل البيت
	عضواً	د. جهاد سالم الشرفات/ جامعة آل البيت
	عضواً	د. محمد علي محمد العمري/ جامعة آل البيت
	عضواً خارجياً	د. هيام الزيدانين/ الجامعة الأردنية

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله،
من كلية الشريعة/ جامعة آل البيت

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ ...٧... /...٨.../ ٢٠١٩م

قرار لجنة المناقشة

التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي
"المعاملات المالية والأحوال الشخصية"

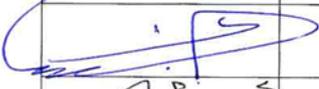
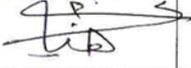
إعداد الطالبة:

أمينة حسين إبراهيم

الرقم الجامعي: (١٥٨٠١٠٤٠٠١)

إشراف الأستاذ الدكتور:

أحمد ياسين القرالة

التوقيع	صفتهم	أعضاء لجنة المناقشة
	مشرفاً ورئيساً	أ. د. أحمد ياسين القرالة/ جامعة آل البيت
	عضواً	د. جهاد سالم الشرفات/ جامعة آل البيت
	عضواً	د. محمد علي محمد العمري/ جامعة آل البيت
	عضواً خارجياً	د. هيام الزيدانين/ الجامعة الأردنية

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، من
كلية الشريعة/ جامعة آل البيت

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ .. ٧ / ... ٨ / ... ٢٠١٩م

الإهداء

إلى والديّ العزيزين ... إلى أمي، وأبي ... تغمدهما الله برحمته وأسكنهما فسيح
جنانه

إلى ابنتي العزيزة لبنى.....

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء.....

إلى كل من نصر الحق، وعاش عليه، ومات عليه...

أهدي هذا العمل المتواضع

.....

شكر وتقدير

لا يسعني في مقام الشكر والتقدير إلا أن أتوجه بالشكر والعرفان الجزيلين إلى الأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة؛ لتفضله مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة، ولقد كان لتوجيهه وإرشاده عظيم الأثر في إخراج هذا الجهد بالصورة المناسبة.

كما أتوجه بالشكر الجزيل -أيضاً- إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين أفادوني بملاحظاتهم القيمة وهم: الدكتور جهاد سالم الشرفات، والدكتور محمد علي محمد العمري، والدكتورة هيام الزيدانين.

ولن أنسى أن أشكر أيضاً أساتذتي الفضلاء والنجباء أساتذة كلية الشريعة بقسميها أصول الدين والفقه وأصوله في جامعة آل البيت وما قدموه لي من علوم ومعارف خلال المراحل الدراسية: البكالوريوس، والماجستير، والدكتوراه، ولو وسع المقام لذكرت أسماءهم كلاً منهم على حدة.

وفي الختام أشكر كل من كان له يد السند، وفضل العون في إتمام هذه الرسالة.

الطالبة: أمّنة حسين إبراهيم.

ملخص الرسالة باللغة العربية

تناولتُ في هذه الأطروحة الحديث عن التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي، في فقهي المعاملات المالية، والأحوال الشخصية. وقد تكونت من مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة على النحو الآتي:

ذكرت في المقدمة سبب اختياري لهذا الموضوع، وما كتب حوله، وإشكاليته، وأهميته، وحدوده المنهجية المتبعة فيه، والهيكل التنظيمي له.

أما بالنسبة للفصل الأول، فقد تناولت فيه الحديث عن بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغةً واصطلاحاً. وتناولت فيه الحديث -أيضاً- عن العلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة، ومن ثم بيّنت فيه أدلة مشروعيته من خلال القرآن الكريم، والسنة النبوية، والمعقول.

أما الفصل الثاني، فقد تناولتُ فيه نظريات التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي باعتبارها وسائل تُسهم في التخفيف من آثار بطلان العقود، فتناولت فيه الحديث عن أربع نظريات، هي الآتي: نظرية العقد الموقوف، ونظرية تحول العقد، ونظرية انتقاص العقد، وختمت هذا الفصل بالحديث عن نظرية فساد العقد.

أما الفصل الثالث، فقد تناولتُ فيه وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي باعتبارها وسائل وطرق تعمل على التخفيف من آثار بطلان العقود، فتناولتُ فيه الحديث عن خمس وسائل، هي الآتي: التقدير الحكمي ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد، دلالة الحال ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد، دلالة الاقتضاء ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد، علم البيان ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد، وختمت هذا الفصل بالحديث عن الحيل الشرعية ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد.

وأخيراً، ختمت الأطروحة بخاتمة، ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة.

فهرس المحتويات

ب	إقرار والتزام.....	١
ج	التفويض.....	١
د	قرار لجنة المناقشة.....	١
و	الإهداء.....	١
ز	شكر وتقدير.....	١
ح	ملخص الرسالة باللغة العربية.....	١
ي	فهرس المحتويات.....	١
١	مقدمة أديبات الدراسة وإطارها النظري.....	١
٣	مشكلة الدراسة:.....	٣
٣	أهمية الدراسة:.....	٣
٤	أهداف الدراسة:.....	٤
٤	الدراسات السابقة:.....	٤
٨	منهجية الدراسة:.....	٨
	الفصل الأول بيان مفهوم التخفيف من آثار بطلان العقد، والعلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة وبيان مشروعيته في الفقه الإسلامي.....	١٢
١٣	المبحث الأول بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة واصطلاحاً.....	١٣
٣٠	المبحث الثاني العلاقة بين التخفيف وبين المفاهيم ذات الصلة.....	٣٠
٣٩	المبحث الثالث مشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	٣٩
٥٢	الفصل الثاني نظريات التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	٥٢
٥٣	المبحث الأول نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.....	٥٣
٧٤	المبحث الثاني نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي.....	٧٤
٩٤	المبحث الثالث نظرية انتقاص العقد في الفقه الإسلامي.....	٩٤
١١٣	المبحث الرابع نظرية فساد العقد في الفقه الإسلامي.....	١١٣
١٢٨	الفصل الثالث وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	١٢٨
١٢٩	المبحث الأول التقدير الحكمي ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	١٢٩
١٤٢	المبحث الثاني دلالة الحال ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	١٤٢
١٥٦	المبحث الثالث دلالة الاقتضاء ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	١٥٦
١٦٩	المبحث الرابع علم البيان ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	١٦٩
١٩٠	المبحث الخامس الحيل الشرعية ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.....	١٩٠

٢٠٨ الخاتمة
٢٠٨ أولاً: النتائج:
٢١٠ ثانياً: التوصيات:
٢١١ قائمة المصادر والمراجع:
٢٢٢ Abstract

مقدمة

أدبيات الدراسة وإطارها النظري

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم،
وبعد:

إن علميَّ الفقه وأصول الفقه من أجل العلوم وأنفعهما، فما زالت موضوعاتهما محل
جهد الباحثين واهتمام الدارسين، لما لهما من دور فاعل في استنباط الأحكام العملية المنظمة
لحياتنا في شتى مناحي الحياة.

فها هم علمائنا الأجلاء -قديمًا وحديثًا- لم يتوانوا عن دراسة أفعال المكلفين ومعاملاتهم
والاجتهاد فيها وإظهار أحكامها الشرعية من حيث الصحة والبطلان مع دراسة الآثار الناجمة
عنها؛ وذلك بالتنظير والتفصيل وبيان الحقوق والالتزامات. ولم يكتفوا بدراسة الصحيح منها
بل تعدوها إلى الباطل؛ والذي يتراءى لنا في بادئ الأمر عبثية الأمر مع شيءٍ من الاستغراب؛
فالعقد الباطل عديم الأثر، فهو في حكم العدم!! وهذا صحيح؛ إلا أنه قد تحوّل إلى واقعة ماديّة
ينتج أثرها على الواقع؛ لهذا وحرصاً منهم على صيانة أعمال المكلف عن الإبطال أو الإلغاء
قدر الإمكان، وتمشيًا مع الهدي النبوي وحرصه -عليه الصلاة والسلام- على التخفيف من
آثار بطلان العقود عند توافر إمكانية التصحيح؛ لذلك قاموا بوضع مجموعة من النظريات
والوسائل للتخفيف من آثار بطلان العقد؛ سأقوم -إن شاء الله تعالى- بجمع شتاتها وتبيين
أحكامها وشروطها وتطبيقاتها مع التفصيل لمزيد من نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان
العقد والمستخلصة من ثنايا كتب علمائنا القدامى، والتي لم يتطرق إليها أحد من علمائنا
المُحدثين.

وسأقتصر في هذه الدراسة على ذكر الجوانب التطبيقية الخاصة بفقهي المعاملات المالية والأحوال الشخصية؛ لشدة التصاقهما بهذه الدراسة، وأهميتهما، وجُلي نظرية العقد فيهما؛ وذلك بذكر بعض النماذج التطبيقية فيهما.

راجياً من الله تعالى أن يرزقني الإخلاص، وأن يعينني، فأبّه نعم المولى ونعم المُعين.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- ١- هل يُعدُّ التخفيفُ من آثار بطلان العقد مشروعاً؟ إذا كانت الإجابة نعم، فما هي أدلة مشروعيته من الكتاب والسنة؟
- ٢- هل يُعدُّ التخفيفُ من آثار بطلان العقد مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية؟
- ٣- ما هي نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد؟ وما هي ضوابطها وشروطها وتطبيقاتها؟
- ٤- هل تُعدُّ الحيل الشرعية وسيلة من وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد؟ إذا كانت الإجابة نعم، فما هي ضوابطها، وما هي تطبيقاتها؟
- ٥- هل تُعدُّ دلالة الحال وسيلة من وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد؟ إذا كانت الإجابة نعم، فما هي ضوابطها، وما هي تطبيقاتها؟
- ٦- هل من الممكن استخلاص نظريات ووسائل جديدة - لم يتطرق إليها أحد من علمائنا القدامى أو المُحدثين - تساهم في التخفيف من آثار بطلان العقد؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في الآتي:

- ١- تبيين نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي؛ وذلك بذكر ضوابطها وشروطها وتطبيقاتها الفقهية.
- ٢- جمع شتات نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في دراسة واحدة. وإضافة ما يُمكن إضافته مما لم يتم التطرق إليها دراسة باعتبارها وسائل من وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد.
- ٣- استخلاص نظريات ووسائل جديدة - لم يتطرق إليها أحد من علمائنا القدامى أو المُحدثين - تساهم في التخفيف من آثار بطلان العقد.

أهداف الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- التأكيد على مرونة شريعتنا الغراء، وحرصها الشديد على صيانة أعمال المكلفين عن الإبطال أو الإلغاء قدر الإمكان.
- 2- إتمام دراستي الجامعية؛ وذلك للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله.

الدراسات السابقة:

- 1- تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، للأستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة. وهو بحث نشرته مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، ٢٠٠٩م. وقد تناول هذا البحث بيان مفهوم التصحيح، والتفريق بينه وبين غيره من المصطلحات التي تشتهر به، ثم تعرض لمشروعيته، وبيان شروطه، والوسائل التي يتم من خلالها تصحيح التصرفات الفاسدة. وكما هو ظاهر من عنوان هذه البحث أنه ركز على التصحيح من التصرفات الفاسدة بشكل خاص والذي يُعتبر وسيلة من وسائل التخفيف من البطلان. وعرضَ -أيضاً- لبعض الوسائل الأخرى التي تُسهم في تصحيح التصرفات كنظريتي تحول العقد وانتقاص العقد، وفرّق بين مفهومهما ومفهوم التصحيح. وقد كان هذا البحث مُرتكزاً لي ونقطة انطلاق لاختيار موضوع وعنوان أطروحتي الموسومة بـ: "التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي/ المعاملات المالية والأحوال الشخصية"؛ وقد أضافت أطروحتي لهذا البحث مجموعة أخرى من نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد، ولم تقتصر على نظرية الفساد ودورها في التخفيف. هذا عدا أنني قمت بالتأصيل لمشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي، وتبيين العلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة.

٢- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، للأستاذ الدكتور عبد الرزاق حسن فرج، مكتبة محمد قطب، القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م). وهي رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق (الشريعة الإسلامية)/ جامعة القاهرة. اشتملت هذه الرسالة على باب تمهيدي وقسمين: قسم نظري وقسم تطبيقي. الباب التمهيدي: في بيان حقيقة العقد وأقسامه من حيث الصحة والبطالان. أما القسم الأول: فكان بخصوص العقد الموقوف ومحلّه وحكمه. أما القسم الثاني: فقد اشتمل على بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف. وتجدر الإشارة إلى أن موضوع هذه الرسالة مُتعلق بموضوع أطروحتي ويُعتبر من أدبياته، إلا أنه متعلق بجزئية مُعيّنة من التخفيف من آثار بطلان العقد، وهي نظرية العقد الموقوف ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي، والعلاقة بينهما تكون كالعلاقة بين الخاص والعام. وقد اشتملت رسالة نظرية العقد الموقوف لعبد الرزاق حسن فرج على التنظير الكامل لهذه النظرية؛ لكن دون الإشارة إلى أنها وسيلة من وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي. وقد أضافت أطروحتي لهذه الدراسة مجموعة أخرى من النظريات والوسائل التي تُسهم في التخفيف من آثار بطلان العقد، ولم تقتصر على نظرية العقد الموقوف. هذا عدا أنني قمت بالتأصيل لمشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي، وتبيين العلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة.

٣- تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، لإبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي. وهي أطروحة علمية مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في المعهد العالي للقضاء، إشراف الدكتور يوسف بن عبد الله الخضير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، (١٤٢٥هـ). حيث قدّم صاحبها لنظرية تحول العقد باعتبارها حلاً من الحلول المناسبة التي تُسهم في التقليل من حالات البطلان التي تعترى العقود المالية لما في ذلك من تحقيق لغايات الناس

٤- وأهدافهم الاقتصادية والاجتماعية؛ حيث حوت في مضمونها كيفية تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح باعتبارها نظرية تكلم عنها فقهاء الشريعة وتطبيقاتها منثورة في الكتب الفقهية. اشتملت هذه الدراسة على أربعة فصول وتمهيد في التعريف بمفردات العنوان. اشتمل الفصل الأول منها على تمييز تحول العقد عما يُشتبه به. أما الفصل الثاني فقد اشتمل على شروط تحول العقد. أما الفصل الثالث فقد اشتمل على آثار تحول العقد. أما الفصل الرابع فقد اشتمل على تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي، وفي النظام السعودي، وفي القضاء. وتجدر الإشارة إلى أن موضوع هذه الأطروحة مُتعلق بموضوع أطروحتي ويُعتبر من أدبياته، إلا أنه متعلق بجزئية مُعيّنة من التخفيف من آثار بطلان العقد، وهي نظرية تحول العقد ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي، والعلاقة بينهما تكون كالعلاقة بين الخاص والعام. وقد أشار السحيلي إلى الدور الفاعل الذي تلعبه هذه النظرية في التخفيف من البطلان في الفقه الإسلامي. وقد أضافت أطروحتي لهذه الدراسة مجموعة أخرى من النظريات والوسائل التي تُسهم في التخفيف من البطلان، ولم تقتصر على نظرية تحول العقد. هذا عدا أنني قمت بالتأصيل لمشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي، وتبيين العلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة.

٥- العقد في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، لعباس حسني محمد، ط١، (١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م). وقد غطت هذه الدراسة حقيقة العقد ومشروعيته، وبعض أركان العقد. وقد تكونت من بابين: الباب الأول: حقيقة العقد ومشروعيته، وقد تكون هذا الباب من فصلين: اشتمل أولاهما على حقيقة العقد في الفقه الإسلامي والقانون. وثانيهما: على مدى حرية العاقد في إنشاء العقود في الفقه والقانون. أما الباب الثاني لها فقد اشتمل على أركان العقد.

٦- وتجدر الإشارة إلى أن موضوع هذه الدراسة مُتعلق بموضوع أطروحتي ويُعتبر من أدبياته، إلا أنه متعلق بجزءٍ مُعَيَّن منها: وهو مفهوم العقد في الفقه الإسلامي وأركانه. وقد أضافت أطروحتي لهذه الدراسة نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد باعتبارها وسائلَ وطرقَ تُسهم في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

أخيراً، لم أجد -حسب اطلاعي- دراسة متخصصة شملت نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي في دراسة واحدة. بالإضافة إلى أنني سأضم وأكشف الغطاء عن العديد من وسائل التخفيف من البطلان التي لم يتم الإشارة إليها من قبل على أنها وسائلٌ وطرقٌ تُسهم في التخفيف من البطلان.

منهجية الدراسة:

سوف أعتمد في هذه الدراسة على المناهج الآتية:

- ١- المنهج الاستقرائي: حيث سأقوم باستقراء جميع نظريات ووسائل التخفيف من آثار بطلان العقد لجمع ثنائياتها في دراسة واحدة. جنباً إلى جنب سأنتبع كل ما يتعلق بوسائل التخفيف من آثار بطلان العقد، للوصول منها إلى أحكام عامة، وتقعيدها في هذه الدراسة.
- ٢- المنهج التحليلي: من حيث تحليل النصوص الواردة في الموضوع، واستخلاص الشروط والوسائل والضوابط.

الهيكل التنظيمي:

جاءت هذه الدراسة مكونة من مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة كالاتي :

-المقدمة-

-الفصل الأول : بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد"، والعلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة، وبيان مشروعيته.

المبحث الأول : بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة واصطلاحاً.

المطلب الأول: بيان معاني مفردات "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة.

المطلب الثاني: بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" اصطلاحاً.

المسألة الأولى: بيان مفهوم العقد اصطلاحاً.

المسألة الثانية: بيان مفهوم البطلان اصطلاحاً، وأسبابه، ومراتبه،

وتمييزه عما يُشْتَبه به.

المسألة الثالثة: بيان مفهوم "التخفيف من الآثار" اصطلاحاً.

المسألة الرابعة: بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" اصطلاحاً.

المبحث الثاني : العلاقة بين التخفيف وبين المفاهيم ذات الصلة.

المطلب الأول : العلاقة بين التخفيف والتكييف.

المطلب الثاني : العلاقة بين التخفيف والتطويع.

المطلب الثالث : العلاقة بين التخفيف والتصحيح.

المطلب الرابع : العلاقة بين التخفيف والإزالة.

المبحث الثالث : مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد".

المطلب الأول : مشروعيته من القرآن الكريم.

المطلب الثاني : مشروعيته من السنة النبوية.

المطلب الثالث : مشروعيته من الأدلة العقلية.

-الفصل الثاني: نظريات التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول : نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف العقد الموقوف لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية العقد الموقوف وبيان اختلاف العلماء فيه.

المطلب الثالث: أسباب وقف العقد.

المطلب الرابع: إجازة العقد الموقوف.

المطلب الخامس: تطبيقات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي.

المطلب السادس: دور نظرية العقد الموقوف في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الثاني : نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف تحول العقد لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: شروط تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الخامس: دور نظرية تحول العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الثالث : نظرية انتقاص العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف انتقاص العقد لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد (انتقاص العقد).

المطلب الثالث: شروط صحة العمل بنظرية انتقاص العقد.

المطلب الرابع: تطبيقات على انتقاص العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الخامس: دور نظرية انتقاص العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الرابع : نظرية فساد العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف العقد الفاسد لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التفريق بين العقد الفاسد والعقد الباطل، وبين اختلاف العلماء فيه.

المطلب الثالث: تطبيقات على العقد الفاسد في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: دور نظرية فساد العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد.

الفصل الثالث: وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول : التقدير الحكمي ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه

الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف التقدير الحكمي لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية التقدير الحكمي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: تطبيقات التقدير الحكمي في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: دور التقدير الحكمي في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الثاني : دلالة الحال ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريف دلالة الحال لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تطبيقات على دلالة الحال في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: دور دلالة الحال في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الثالث : دلالة الاقتضاء ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

- المطلب الأول:** بيان مفهوم دلالة الاقتضاء اصطلاحاً، وبيان أقسامها.
- المطلب الثاني:** بيان مفهوم عموم المقتضى، واختلاف الأصوليين فيه.
- المطلب الثالث:** تطبيقات على دلالة الاقتضاء في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع:** دور دلالة الاقتضاء في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الرابع : علم البيان ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

- المطلب الأول:** تعريف علم البيان اصطلاحاً.
- المطلب الثاني:** أقسام علم البيان.
- المطلب الثالث:** تطبيقات على المجاز، والكناية، والتعريض في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع:** دور علم البيان في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المبحث الخامس : الحيل الشرعية ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي.

- المطلب الأول:** تعريف الحيل الشرعية لغةً واصطلاحاً.
- المطلب الثاني:** أقسام الحيل الشرعية، ودليل مشروعيتها.
- المطلب الثالث:** تطبيقات على بعض الحيل الشرعية في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع:** دور الحيل الشرعية في التخفيف من آثار بطلان العقد.

-الخاتمة-

الفصل الأول

بيان مفهوم التخفيف من آثار بطلان العقد، والعلاقة بينه وبين المفاهيم ذات الصلة وبيان مشروعيتها في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث، هي الآتي:

المبحث الأول : بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة واصطلاحاً:

المبحث الثاني : العلاقة بين التخفيف وبين المفاهيم ذات الصلة:

المبحث الثالث : مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" في الفقه الإسلامي:

المبحث الأول

بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة واصطلاحاً

ويتكون هذا المبحث من مطلبين، هما:

المطلب الأول: بيان معاني مفردات "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة.

المطلب الثاني: بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" اصطلاحاً.

المطلب الأول: بيان معاني مفردات "التخفيف من آثار بطلان العقد" لغة.

- "التخفيف": من خفف: وهي من الخَفَّة والخَفَّة: ضد الثقل والرجوح، وهي من: خَفَّ يَخْفُ خَفًّا وَخَفَّةً: أي صار خفيفاً، فَهُوَ خَفِيفٌ وَخُفَافٌ، وقيل: الخَفِيفُ في الجسم، والخُفَافُ في التوقد والذكاء، وجمعها خِفَاف. وقوله عز وجل: ﴿أَنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾. سورة التوبة، الآية ٤١/٤١. قال الزجاج: أي مُوسرين أو مُعسرين، وقيل: خَفَّتْ عليكم الحركة أو ثقلت، وقيل: ركبناً ومشاةً، وقيل: شباناً وشيوخاً. والخَفُّ: كل شيء خف محمله. وأخَفَّ الرجل إذا كان قليل الثقل في سفره أو حضره. والتَّخْفِيفُ: ضد التثْقِيل. (١)

- "آثار": من أثر: ومفردتها الأثر: وهو بقية الشيء، والجمع آثارٌ وأثور. وخرجت في إثره وَفِي أَثَرِهِ: أي بعده. وَأَثَرْتُهُ وَتَأَثَّرْتُهُ: أي تتبعته أثره. ويقال: أثار كذا وكذا، بكذا وكذا: أي أتبعه إياه. والأثر أيضاً: ما بقي من رسم الشيء. والتأثير: إبقاء الأثر في الشيء. وأثر في الشيء: أي ترك فيه أثراً. (٢)
- "بطلان": من بَطَلَ: وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه. يُقَالُ: بَطَلَ الشيء يَبْطُلُ بَطْلاً وَبَطُولاً. وسُمي الشيطان بالباطل؛ لأنه لا حقيقة لأفعاله، وكل شيء منه فلا مرجوع له ولا معول عليه. (٣) ومن معانيها الهدرُ: وهو ما يَبْطُلُ من دم وغيره. والهدرُ والهادرُ: أي الساقط، ويُقال: بنو فلان هَدَرَةٌ: أي ساقطون ليسوا بشيء. وذهب دم فلان هَدَرًا: أي باطلاً ليس فيه قود، ولا عقل ولم يدرك بثأره. (٤)

(١) محمد بن مكرم بن منظور (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، ط٣، دار صادر، بيروت، (١٤١٤هـ)، باب الفاء، فصل الخاء، ج٩، ص٧٩-٨٠.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، باب الراء، فصل الألف، ج٤، ص٥.

(٣) أحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م)، باب الباء والطاء وما يثلاثهما، ج١، ص٢٥٨.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، باب الراء، فصل الهاء، ج٥، ص٢٥٧.

- "العقد": من عَقَدَ: وهو نقيض الحَلِّ؛ عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا. يُقَالُ: عَقَدْتُ الحبلَ، فهو مَعْقُودٌ، وكذلك العهد؛ ومنه عَقْدَةُ النكاح. وعَقَدَ العهدَ واليمينَ يَعْقِدُهُمَا عَقْدًا؛ أي: أكدَّهُما. ومن معانيه التوكيد والتغليظ. يُقَالُ: عَقَدْتُ الحبلَ والبيعَ والعهدَ فائْتَعَدَ. والجمع عُقُودٌ، وهي أوكد العهود. يُقَالُ: عَهَدْتُ إلى فلان في كذا وكذا، وتَأْوِيلُهُ أَلْزَمْتُهُ ذلكَ، فإذا قلت: عَاقَدْتُهُ أو عَقَدْتُ عَلَيْهِ فتَأْوِيلُهُ أَنك أَلْزَمْتَهُ ذلكَ باستيثاق.

(١)

المطلب الثاني: بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" اصطلاحاً:

المسألة الأولى: بيان مفهوم العقد اصطلاحاً:

تمَّ تعريف العقد بعدة تعريفات في الفقه الإسلامي، منها الآتي:

- عرفه ابن عابدين^(٢): "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما، يُفيد حكمه بحسب الوضع الشرعي".^(٣)

- وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".^(٤)

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب الدال، فصل العين، ج ٣، ص ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. صاحب كتاب (رد المحتار على الدر المختار) في الفقه، والذي يُعرف بحاشية ابن عابدين، و(رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار) و(العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية)، توفي سنة (١٢٥٢هـ). / نقلاً عن كتاب الأعلام للزركلي، ج ٦، ص ٤٢.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٣، ص ٣.

(٤) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواري، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي، (المادة ١٠٣).

حيث أن الإيجاب هو: أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف. وأما القبول فهو: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد؛ أي إثبات أمر لم يكن، ويُراد به الإيجاد للحال، حيث أن آثار العقد ما كانت ثابتة، وقد ثبتت بعد صدور القبول. ومثاله: إنَّ المبادلة في عقد البيع ما كانت ثابتة، وقد ثبتت بعد صدور اللفظين جميعاً.^(١) وعليه يكون الانعقاد هو: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل".^(٢) أو "تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما".^(٣)

فيعدُّ العقد من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما. وهاتان الإرادتان خفيتين؛ فطريق إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من قبل الطرفين المتعاقدين، ويُسمى هذا التعبير المتقابل: إيجاباً وقبولاً.^(٤) أي أنَّ العقد يكون ما بين طرفين موجب وقابل، يتعهد كلُّ منهما بتنفيذ الالتزام الذي ألزم نفسه به للآخر، على أن يكون هذا الالتزام مشروعاً؛ أي مُراعياً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية. ومثاله: أن يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري، وفي المقابل: يلتزم المشتري بدفع الثمن للبائع، ومتى نَقَدَ كلا الطرفين التزاميهما؛ يمكننا القول: إنَّ آثارَ العقدِ قد ظهرت وثبتت في متعلقهما، والتي هي: تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع للثمن.

(١) العيني، البنية شرح الهداية، ج ٨، ص ٤.

(٢) محمد بن محمد بن محمود البابرني (ت ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، ج ٦، ص ٢٤٨.

(٣) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، (المواد: ١٠١، ١٠٢، ١٠٤).

(٤) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٣٨٢.

المسألة الثانية: بيان مفهوم "البطلان" اصطلاحاً، وأسبابه، ومراتبه، وتمييزه عما يُشْتَبه به.

أولاً: بيان مفهوم "البطلان" اصطلاحاً:

بدايةً، وقبل البدء بتعريف البطلان، سأدرج إلى تعريف الباطل؛ حيث أن ما كان باطلاً من عقودنا وتصرفاتنا نحكم عليه بالبطلان. وللباطل عند الأصوليين تعريفات عدة، أذكر منها الآتي:

- عرفه عبد العزيز البخاري: "ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة".^(١)

وعقّب شارحاً: "إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل... فإذا حكمنا على شيء بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعاً، بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلاً".^(٢) وأقول: "ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة"؛ أي ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا وصفه، مع أنه موجودٌ حساً و صورةً؛ أي أن الفعل قد وُجد وجوداً مادياً حسياً ولكن دون تحقق آثاره المترتبة عليه شرعاً.

(١) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي (ت ٧٣٠هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، ج ١، ص ٢٥٩.

(٢) المصدر ذاته، ج ١، ص ٢٥٩.

- عرفه التفتازاني^(١): "ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه".^(٢)
- وعقّب شارحاً: "ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون".^(٣)
- ونقل السبكي^(٤) تعريف الشافعية للباطل: "قال علماؤنا: الباطل والفاقد مترادفان وهما نقيضاً الصحة.... وحكم الباطل أن لا يترتب عليه شيء".^(٥)
- أي أنه في عداد العدم، وكان هذا العمل أو هذا التصرف غير موجود ابتداءً.

(١) مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، سعد الدين: من أئمة العربية والبيان والمنطق. ولد بتفتازان (من بلاد خراسان) وأقام بسرخس، وأبعده تيمورلنك إلى سمرقند، فتوفي فيها، ودفن في سرخس. كانت في لسانه لكنة. من كتبه (تهذيب المنطق) و(المطول) في البلاغة، و(حاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب) في الأصول، وهو أول من صنّف من الكتب، وكان عمره ست عشرة سنة، توفي سنة (٧٩٣هـ). / نقلًا عن الأعلام للزركلي، ج٧، ص٢١٩.

(٢) مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج٢، ص٢٤٦.

(٣) المصدر ذاته، ج٢، ص٢٤٦.

(٤) عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، أبو نصر: قاضي القضاة، المؤرخ، الباحث. ولد في القاهرة، وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها. نسبته إلى سبك (من أعمال المنوفية بمصر) وكان طلق اللسان، قوي الحجة، انتهى إليه قضاء في الشام وعزل، وتعصب عليه شيوخ عصره فاتهموه بالكفر واستحلال شرب الخمر، وأتوا به مقيداً مغلولاً من الشام إلى مصر. ثم أفرج عنه، وعاد إلى دمشق، فتوفي بالطاعون. قال ابن كثير: جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاض مثله. من تصانيفه "طبقات الشافعية الكبرى" و"جمع الجوامع" في أصول الفقه، توفي سنة (٧٧١هـ). / نقلًا عن الأعلام للزركلي، ج٤، ص١٨٤.

(٥) عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، (١٤١١هـ-١٩٩١م)، ج٢، ص٩٨.

وبناءً على التعريفات السابقة لمفهوم الباطل؛ يكون تعريف البطلان، الآتي: وهو ما عرفه به الزرقا - رحمه الله:-

"عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع" (١)

وعقّب شارحاً: "إن كل تصرف من تصرفات الإنسان له ناحيتان في الوجود: أولاهما: وجود حسي: وهو وقوعه بحركته وصورته الماديّة. ثانيهما: وجود اعتباري: وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح؛ لأنّ تترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة له شرعاً. ومن الواضح أن كل ما كان له صفة اعتبارية متوقّفة عليها أحكامه فإن عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه. فهو كصورة جامدة لا روح فيها ولا تأثير لها، وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح، ويهبها الحياة والفعالية". (٢)

ثانياً: بيان أسباب بطلان العقد في الفقه الإسلامي:

لبطلان العقد في الفقه الإسلامي أسباب عدة، تتلخص في فقدان العقد لإحدى مقوماته (أركانه) أو اختلال شرط من شروطه.

يقول الزرقا: "إن لكل عقد مقومات لا بد من وجودها ليتحقق وجوده الفعلي، ومن هذه المقومات أركانه. ثم إن لكل من هذه المقومات شرائط، أي صفات مطلوبة شرعاً لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة، ويكتسب وجوده الاعتباري". (٣) فإذا فقد العقد إحدى هذه المقومات أو اختل شرط من شروطه؛ فقد بطل.

(١) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط١، دار القلم، دمشق، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، ج٢، ص٧٠٣.

(٢) المصدر ذاته، ج٢، ص٧٠٣.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧٠٩.

فالعقد في الفقه الإسلامي عند جمهور العلماء يقوم على أركان ثلاثة: الصيغة، والعاقدان، والمحل. وكل ركن من هذه الأركان يُشترط له شروط معينة. فالصيغة مثلاً: يشترط لها أن تتم بإيجاب وقبول متطابقين وفي مجلس واحد، أما العاقدان: فيشترط لهما التعدد، وأن يكون كلٌّ منهما مميزاً. وأما المحل: فيشترط له أن يكون موجوداً غير معدوم، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مالاً متقوماً^(١)، مملوكاً، مباحاً؛ فإذا اختلف أحد هذه الأركان أو الشروط يكون العقد باطلاً. وقد يبطل العقد لأسباب أخرى، منها: عدم مشروعية سببه، أو خلوه من الرضا، أو عدم خضوعه لمراسم شكلية معينة كالتسجيل أو الإشهاد أو الكتابة في العقود الشكلية، أو عدم تسليم الأعيان في العقود العينية التي يكون فيها تسليم الأعيان شريطةً لتمامها.^(٢)

ويلخص الزرقا سبب بطلان العقد بالآتي: "إن البطلان في جميع حالاته وصوره يمكن رده إلى سبب واحد، هو مخالفة التصرف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية".^(٣)

ثالثاً: بيان مراتب البطلان في الفقه الإسلامي: (٤)

حقيقةً، لا نجد تقسيمات لمراتب البطلان في كتب فقهاءنا القدامى، لكننا نستطيع أن نستخلص من خلال فقههم بعض هذه المراتب.

(١) أي مباح الانتفاع به شرعاً.

(٢) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، ج٥، ص١٣٣-١٣٨. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧١٠. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ط١، (١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م)، ج١، ص٧٣، ص١٢٩. إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، إشراف الدكتور يوسف بن عبد الله الخضير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، (١٤٢٥هـ)، ص٩٥. حيدر جبار محمود، تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، الجامعة العراقية، مجلة كلية الشريعة، العدد الرابع، (٢٠١٣م)، ص٢٠١.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧٠٩.

(٤) أخذت فكرة هذا العنوان من صاحب كتاب تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، لإبراهيم السحيلي، ص١٠٢.

يقول ابن قدامة: "كل ما كان سبباً لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح، وإلا فهو باطل. فالباطل: هو الذي لم يثمر، والصحيح: الذي أثمر. والفساد مرادف الباطل، فهما اسمان لمسمى واحد. وأبو حنيفة أثبت قسماً بين الباطل والصحيح، جعل الفساد عبارة عما كان مشروعاً بأصله، غير مشروع بوصفه." (١)

ويقول الأمدي: "الباطل نقيض الصحة بكل اعتبار من الاعتبارات السابقة. وأما الفساد فمرادف للباطل عندنا، وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل، وهو ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه." (٢)

ويقول التفتازاني: "فعلى ما ذكرنا الصحة والبطلان والفساد معانٍ متقابلة حاصلها أن: الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله ووصفه. والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه. والفساد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وهذا معنى قولهم: الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم. والفساد ما كان مشروعاً في نفسه فانت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة. والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون، وقد يطلق الفساد على الباطل، وعند الشافعي -رحمه الله تعالى- الباطل والفساد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح." (٣)

(١) عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط ٢، مؤسسة الريان، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، ج ١، ص ١٨٣.

(٢) علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (ت: ٦٣١هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق، ج ١، ص ١٣١.

(٣) مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج ٢، ص ٢٤٦.

يتبين لنا -من خلال السابق- ما أحدثه السادة الحنفية من تقسيم، واستثنوه من الباطل وسموه بالفاسد؛ واعتبروه قسماً بين الباطل والصحيح، وهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. إذن قد نُعدُّ الفاسدَ مرتبةً من مراتب البطلان؛ ولكنه أخف وطأةً منه. (١)

أيضاً نظرية العقد الموقوف وما فيها من اعتبارات تجميد العقد وعدم الحكم عليه بالصحة ولا البطلان إلا بعد الإجازة أو العدم. (٢) قد نُعدُّ أيضاً مرتبةً من مراتب البطلان؛ حيث أنها تشبه الفاسد في التقسيم؛ فهي مرتبة تتوسط وتتردد ما بين الباطل والصحيح.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن البطلان قابلٌ للتجزؤ، (٣) يقول الزرقا: "والبطلان قابلٌ للتجزؤ في نظر فقهاءنا، فقد يكون العقد أو التصرف الواحد بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة إلى ناحية دون أخرى في محله؛ وذلك لأن الاعتبار الشرعي قد تتوافر شرائطه في جزءٍ دون آخر من المحل، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار". (٤) فيظهر لنا جلياً أن تجزؤ البطلان قد يُعدُّ أيضاً مرتبةً من مراتب البطلان؛ فالحكم على جزءٍ من العقد بالصحة وعلى جزئه الآخر بالبطلان، لا شك أنه أخف وطأةً من إبطال العقد بالكلية.

(١) سأطرق -إن شاء الله تعالى- لنظرية الفساد عند الحنفية وتطبيقاتها لاحقاً في مبحثٍ مستقل.

(٢) سأطرق -إن شاء الله تعالى- لنظرية العقد الموقوف وتطبيقاته لاحقاً في مبحثٍ مستقل.

(٣) سأطرق -إن شاء الله تعالى- لنظرية انتقاص العقد (تجزؤ البطلان) وتطبيقاتها لاحقاً في مبحثٍ مستقل.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧١١.

رابعاً: تمييز الباطل عما يشتبه به:

هناك بعض المصطلحات التي تقترب من مفهوم الباطل؛ لذلك قد يُعبر البعض عنها أو عن العقود المتسمة بها بالعقود الباطلة، مجازاً أو تسامحاً في التعبير، مع أن حقيقتها غير ذلك. ومن هذه المصطلحات: "فساد العقد"، ومنها أيضاً: "انفساخ العقد"، سآبين الفرق بينها وبين بطلان العقد فيما يلي:

أولاً: الفرق بين بطلان العقد وفساده:

ذكرت سابقاً ما أحدثه السادة الحنفية من تقسيم، واستثنوه من الباطل وسموه بالفاسد، واعتبروه قسماً بين الباطل والصحيح، وهو: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. أما الباطل عندهم وعند جمهور العلماء هو: ما لم يكن مشروعاً لا بأصله، ولا بوصفه؛ فيتبين لنا أن مصطلح البطلان يُغاير مصطلح الفساد عندهم، ولكن ومع ذلك فقد يُطلق بعضهم الفاسد على الباطل مجازاً أو تسامحاً في التعبير - كما ذكرت سابقاً - وقد أشار إلى هذا التفتازاني، حيث قال:

"فعلى ما ذكرنا الصحة والبطلان والفساد معانٍ متقابلة حاصلها أن: الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله ووصفه. والباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه. والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه وقد يُطلق الفاسد على الباطل، وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح". (١)

(١) مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج ٢، ص ٢٤٦.

أما بالنسبة للفرق ما بين بطلان العقد وفساده -عند الحنفية- فيتلخص في الآتي: يكون العقد باطلاً متى كان النهي في جزء من أجزاء الماهية -أركان العقد الأربعة- أو في جميع أجزائها. ويكون فاسداً متى وُجدت أركان العقد الأربعة -العوضان والعاقدان- من حيث الجملة سالمة عن النهي؛ أي وُجدت الماهية سالمة عن النهي وإنما تعلق النهي بأمرٍ خارج عنها. ويلخص هذا الحصفكي قائلاً: "كل ما أورث خطأ في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره فمفسد". (١)

ثانياً: الفرق بين بطلان العقد وانفساخه:

بدايةً، من المعلوم أنّ إنهاء الرابطة العقدية يكون إما ببطلان العقد أو بانفساخه. أما الفرق بينهما فيتلخص في أنّ العقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله، ولا بوصفه، وتتلخص أسباب بطلانه في فقدان العقد لإحدى مقوماته (أركانه) أو اختلال شرط من شروطه؛ فالعقد عندئذٍ يكون من أصله باطلاً ومعدوماً اعتباراً؛ أي أن العقد ابتداءً لم تتوافر فيه مكنة التكوين، فلم يتكون أصلاً؛ فحكمنا عليه بالبطلان. أما إذا انعقد العقد وتوافرت شروط انعقاده وقت تكوينه، ثم ظهر ما يستوجب حل الرابطة العقدية لسبب من الأسباب الطارئة، فلا يسمى هذا الحل بطلاناً بل انفساخاً. يقول الزرقاء: "فأما الانفساخ فإنما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح لسببٍ طارئٍ يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده، كهلاك المبيع عند البائع بعد العقد قبل التسليم. فالعقد هنا لا مخالفة فيه، وهلاك المبيع بعد ذلك ليس مخالفة لنظام التعاقد، ولكنه حادث يتعذر معه تنفيذ العقد فينفسخ". (٢)

(١) الحصفكي (ت: ١٠٨٨هـ)، الدر المختار، وهو مطبوع ضمن كتاب رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج ٥، ص ٥٠.

(٢) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧١٢.

ويؤيد ذلك تعريف الفقهاء للفسخ؛ فقد عرفوه: "بحل ارتباط العقد".^(١) فيظهر جلياً من خلال هذا التعريف أن العقد منعقدٌ أصلاً، ومن ثم حُل. أيضاً من عبارات فقهاءنا الآتي: "إذا انعقد البيع، لم يتطرق إليه فسخ، إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف المشروط، والإقالة، والتخالف، وهلاك المبيع قبل القبض".^(٢) وهذه العبارة ميّنة وبشكلٍ جلي لمفهوم الفسخ؛ حيث أنه لا يكون إلا بعد انعقاد.

ويفترق أيضاً بطلان العقد عن الانفساخ في أن الانفساخ يكون مستنداً بأثر رجعي، كما في هلاك المبيع قبل التسليم؛ فيزول الارتباط التعاقدى اعتباراً من وقت الانفساخ، أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد. بخلاف البطلان الذي يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً.
(٣)

المسألة الثالثة: بيان مفهوم "التخفيف من الآثار" اصطلاحاً:

بدايةً، يبدو جلياً أنه لا يوجد فرقٌ يُعتد به بين مفهوم "التخفيف اصطلاحاً" و"التخفيف لغةً"؛ فكلاهما يعنيان التقليل وعدم التكثر.

(١) عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي (ت: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، ط١، (١٤١١هـ - ١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية، ص ٢٨٧.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٢٨٧.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧١٣.

أما بالنسبة لمفهوم "الآثار" اصطلاحاً، فينبغي التنويه إلى أن للعقود آثاراً خاصة وأخرى عامة، يوضحها الزرقا بالآتي، ويقول: "الآثار الخاصة للعقد: هي الأحكام والنتائج الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه". فالبيع ينقل الملكية لقاء عوض، والهبة تنقلها بلا عوض، والإجارة تفيد تملك المنافع بعوض أيضاً، ... وهكذا.. فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي.^(١) ويقول أيضاً: "أما الآثار العامة للعقد: فهي ما تشترك فيه العقود، جميعها أو معظمها، من أحكام ونتائج".^(٢) وهي: النفاذ، والإلزام، واللزوم. وتتلخص هذه المفاهيم بالآتي:

فالنفاذ: معناه أن العقد منتج نتائج المرتبة عليه شرعاً منذ انعقاده. أي أن حكم ذلك وآثاره الخاصة في الحقوق والأموال التي ورد العقد عليها حاصلة بمجرد رضا عاقديه. فنفاذ البيع مثلاً: معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحاً قد نقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع، وأوجب بين الطرفين سائر الالتزامات الأخرى التي أنشأها العقد؛ كوجوب التسليم والتسلم، وضمان العيب في المبيع إن ظهر فيه عيب، ... الخ.^(٣)

وأما الإلزام: فهو أثر عام لجميع العقود بلا استثناء. فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاماً معيناً على أحد عاقديه، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما هي من الآثار الخاصة للعقد، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعاً. ومثاله: تسليم المبيع، وضمان عيوبه الخفية، هما التزامان على البائع لمصلحة المشتري. وكذا أداء الثمن، وتسلم المبيع، هما التزامان على المشتري لمصلحة البائع.^(٤)

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٤٩٧.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٤٩٧.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٤٩٨.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٥١٤.

وأما اللزوم: فمعناه عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة. فيقال: عقد ملزم؛ أي أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر؛ لأن في نقض العقد تغييراً للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين؛ فيتوقف النقص على التراضي، كأصل العقد. (١) ومثاله: عقد البيع، وعقد الإجارة.

من خلال السابق يتبين لنا جلياً: أن الآثار التي تعيننا في هذا المقام: هي الآثار الخاصة للعقد، والتي هي عبارة عن الأحكام والنتائج الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه. فكل عقد له أثرٌ خاص به، هو ذاته حكمه الشرعي.

وإذا علمنا أن الأطروحة موسومة بـ"التخفيف من آثار بطلان العقد"، فيكون المقصود من "التخفيف من الآثار" اصطلاحاً: هو التقليل من حالات بطلان العقود أو الحكم عليها بالبطلان؛ وذلك لتجنب النتائج الحقوقية المترتبة أو الناجمة عن البطلان.

المسألة الرابعة: بيان مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" اصطلاحاً: يظهر لنا من خلال السابق: أن مفهوم "التخفيف من آثار بطلان العقد" اصطلاحاً، يتلخص في الآتي:

"التقليل من النتائج الحقوقية المترتبة أو الناجمة عن عدم اكتساب التصرف الثنائي وجوده الاعتباري -جنباً إلى جنب- عدم اكتسابه لآثاره في نظر الشارع".

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٥١٣، ص٥٢٢.

حيث يكون هذا التقليل عن طريق تصحيح العقود المعرضة للبطلان ما أمكن، وسواء أكان هذا التصحيح كلياً، أم جزئياً، أم بترتيب بعض الآثار عليها دون بعضها الآخر، أم... الخ؛ فنكون ضمناً قد قللنا من آثار بطلانها فيما لو بطلت كوقائع ماديّة ملموسة على أرض الواقع.^(١) ومثال هذه الآثار الناجمة عن البطلان: المقبوض في البيع الباطل أو الفاسد: يجب فيه على كل واحد من العاقدين مطالبة صاحبه بما دفعه إليه إن كان باقياً، أو بدله إن كان تالفاً،... الخ.^(٢) وما ينجم عن هذه المطالبة من أعباء ومشاق وخسائر ماديّة ناجمة عن كلفة نقل رد المبيع إن كان باقياً، أو ارتفاع ثمن بدله في الأسواق إن كان تالفاً،... الخ. وربما تُعلّق المبيع المقبوض بالبائع الفاسد أو الباطل بحق الغير في حال بيعه لشخص آخر من قبل المشتري الأول، وغيرها الكثير.

وقد يتساءل البعض: إنَّ العقدَ الباطلَ عديمُ الأثر؛ فكيف سنُخفّفُ من آثاره؟! أُجيب بما أجاب القرافي، وأقول: العدم الحكمي للعقد، لا يعني عدمه حقيقة؛ وذلك اعتماداً على قاعدة التقادير الشرعية: وهي إعطاء الموجود حكم المعدوم أو المعدوم حكم الموجود. وبناءً على هذه القاعدة يكون العقدُ الباطلُ موجوداً حقيقةً، معدوماً حكماً في نظر الشرع، وكذلك آثاره موجودةً حقيقةً، معدومةً حكماً في نظر الشرع؛ ولا تنافي بين ثبوت الشيء حقيقةً وعدمه حكماً.^(٣)

(١) القرافي، الفروق، ج ١، ص ٧١. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، (١٩٨٠م)، ج ١، ص ١٢٤.

(٢) النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٩، ص ١٦٤.

(٣) القرافي، الفروق، ج ١، ص ٧١.

وخلص القول: ستعمل هذه الأطروحة على التخفيف والتقليل من الآثار المادية الملموسة على أرض الواقع والناجمة عن بطلان العقود والتصرفات بشكل عام. فصحیح أن الباطل عديم الأثر حكماً؛ ولكن تنجم عنه آثارٌ ماديةٌ ملموسةٌ على أرض الواقع لا يختلف اثنان على سلبيتها، وتفويتها لكثير من الفرص والمصالح لكلا العاقدين، وقد تعداهما إلى غيرهما. وكنتيجة: عندما أقلل من حالات بطلان العقود؛ أكون قد قللتُ وخففتُ من آثار بطلانها فيما لو بطلت.

المبحث الثاني

العلاقة بين التخفيف وبين المفاهيم ذات الصلة

ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول: العلاقة بين التخفيف والتكيف.

المطلب الثاني: العلاقة بين التخفيف والتطويع.

المطلب الثالث: العلاقة بين التخفيف والتصحيح.

المطلب الرابع: العلاقة بين التخفيف والإزالة.

المطلب الأول : العلاقة بين التخفيف والتكليف:

بدايةً، قبل تبين العلاقة بين مُصطلحي التخفيف والتكليف؛ لا بد من تبين معنى التكليف اصطلاحاً:

يقول السحيلي: "يُقصد بتكليف العقد تحديد ماهيته وطبيعته وإعطاؤه الوصف الصحيح، وذلك بعد أن يحدد القاضي التزامات طرفي العقد ويفسر هذا العقد إن كان فيه ما يستوجب التفسير، والتكليف من المسائل التي يختص بها القاضي في ضوء ما ينتهي إليه في فهمه لإرادة المتعاقدين، ولا مجال فيه لإرادة العاقدين. والغالب أن يسمى العاقدان العقد أو يعطيانه وصفاً، وهذه التسمية أو ذلك الوصف إذا كان متفقاً مع ماهية العقد، وجب العمل به، أما إذا اختلف معها فيجب صرف النظر عن تسمية المتعاقدين والعمل بالتكليف الصحيح للعقد الذي يحدده القاضي وفقاً للقواعد والضوابط المقررة".^(١)

وتتلخص عملية تكليف العقد بإعطاء الوصف القانوني للعقد الذي يتحدد بالآثار الأساسية التي اتجه طرفاه إلى تحقيقها، وهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفي العقد، بصرف النظر عن أية تسمية يطلقها المتعاقدان على هذه المقاصد أو على العقد في جملته. فيقوم القاضي بتحديد طبيعة ونوع العقد المعروف عليه، ككونه عقد مسمى أو غير مسمى، أو عقد هبة أو بيع أو إيجار... الخ.^(٢)

(١) إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، إشراف الدكتور يوسف بن عبد الله الخضير، (١٤٢٥ هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ص٧٨.

(٢) حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، إشراف الدكتور رابيس محمد، مدونة المنبر القانوني، (٢٠١٣م)، ص٦٨.

وتظهر مشروعية التكيف من خلال العديد من الأدلة الشرعية، من أكثرها وضوحاً:
ما رواه أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - بلحم، فقيل:
تصدق على بريرة، قال: "هو لها صدقة ولنا هدية".^(١)

يقول ابن حجر في شرح هذا الحديث: "إن الصدقة إذا قبضها من يحل له أخذها ثم
تصرف فيها زال عنها حكم الصدقة وجاز لمن حرمت عليه أن يتناول منها إذا أهديت له أو
بيعت"^(٢)

ويقول السرخسي: "إذا كسا مسكيناً عن كفارة يمينه، ثم مات المسكين، فورثه هذا
منه، أو اشتراه في حياته، أو وهبه له، لم يفسد ذلك عليه؛ لأن الواجب قد تأدى بوصول الثوب
إلى يد المسكين، ولم يبطل ذلك بما اعترض له من الأسباب، وقد بينا في الزكاة نظيره.
والأصل فيه ما روي أن بريرة كان يُتصدق عليها، وتهديه إلى رسول الله - صلى الله عليه
وسلم-، ويقول: "هي لها صدقة، ولنا هدية"،^(٣) فهذا دليل على أن اختلاف أسباب الملك ينزل
منزلة اختلاف الأعيان"^(٤)

(١) محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، ط١، دار طوق النجاة،
(١٤٢٢هـ)، ج ٣، ص ١٥٥، حديث رقم ٢٥٧٧.

(٢) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد
عبد الباقي، أشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (١٣٧٩هـ)، ج ٥، ص ٢٠٥.
(٣) البخاري، صحيح البخاري، ج ٣، ص ١٥٥، حديث رقم ٢٥٧٧.

(٤) محمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، الميسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت،
(١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ج ٨، ص ١٥٥.

وكننتيجة: نلاحظ أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد وصف بذل اللحم لبريرة بأنه صدقة، وهذا جائز؛ حيث يجوز لها أخذ الصدقة. أما بالنسبة لبذله من بريرة للنبي -صلى الله عليه وسلم- فقد وصفه -صلى الله عليه وسلم- بأنه هدية؛ حيث أنه -صلى الله عليه وسلم- لا تجوز عليه الصدقة، بخلاف الهدية. وقد بيّن -صلى الله عليه وسلم- ما مفاده: أن التحريم الكلي على الصفة لا على العين. فما نحن نرى أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد قام أولاً بتوصيف الواقعة أو تكييفها، ومن ثمّ رتب عليها الحكم الشرعي. وهذا هو المعنى المقصود من التكييف. (١)

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن نظرية تحول العقد -والتي ستمر معنا لاحقاً- يعتبرها البعض تطبيقاً خاصاً من تطبيقات نظرية تكييف العقد. وهذا ما أرجحه لتقاربهما في المعنى؛ حيث أنّ في كليهما إعطاء التوصيف الصحيح الذي تنطبق عليه الواقعة بحسب القانون أو الشرع. (٢)

أما بالنسبة للعلاقة ما بين التخفيف والتكييف، فقد ذكرت سابقاً: أن التخفيف من آثار بطلان العقود يعني: التقليل من ظاهرة بطلان العقود أو الحكم عليها بالبطلان؛ وذلك لتجنب النتائج الحقوقية المترتبة أو الناجمة عن البطلان. فيظهر لنا جلياً الفرق بينهما؛ حيث أن تكييف العقود يعني توصيف وقائع العقود وجزئياتها، ومن ثم ترتيب الأحكام الشرعية عليها؛ وبهذا يكون التكييف خطوة من الخطوات أو مرحلة من المراحل التي تقوم أحياناً على تصحيح العقود وعدم إبطالها؛ وذلك بتحليل العقد إلى جزئياته

(١) عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار ابن فرحون، (١٤٣٤هـ-٢٠١٣م)، ج١، ص٦٧.

(٢) عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، (١٩٨٠م)، ج١، ص١٢٦.

ومن ثم توصيفه. فتكون العلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص: فكل تكييف للعقد غالباً ما يكون مُخففاً من البطلان، وليس العكس؛ أي ليس كلُّ تخفيفٍ لبطلان العقد تكييفاً؛ لأن التخفيفَ من بطلان العقود آفاقه واسعة لا تنحصرُ بالتكييف. فقد يكون عن طريق تصحيح أحد شقي العقد، وقد يكون بإجازة العقد الموقوف، وقد يكون تصحيحه عن طريق التقدير... الخ.

المطلب الثاني : العلاقة بين التخفيف والتطويع:

بدايةً، وقبل تبيين العلاقة بين مُصطلحي التخفيف والتطويع؛ لا بد من تبيين معنى التطويع اصطلاحاً،^(١) وهو:

"الظاهرة التي يتم من خلالها تضخيم وتمديد المحتوى الضروري للعقد بمجموعة من الإلتزامات، والتي في الحقيقة لا يرغب بها أطراف العقد أو لم تخطر ببالهم أو تعمدوا نسيانها".^(٢)

حيث أن العقد عادةً يتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات التي ترد فيه صراحة، وقد يتضمن أخرى تُعد من مستلزماته ولكنها لم ترد فيه؛ فيقوم القاضي بتحديد هذه الإلتزامات وإضافتها للعقد من تلقاء نفسه باعتبارها من مستلزمات العقد مُعتمداً على قواعد الشريعة الإسلامية والقانون والعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يُنظر إلى ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين؛ بل إلى ما يحتاجه العقد من مستلزمات؛ فقد يضيف القاضي التزاماً لم يخطر ببال المتعاقدين أو ربما أرادوا تجنبه خلسة.^(٣)

(١) لا بد من الإشارة إلى أن مصطلح تطويع العقود لم يُذكر في كتب الفقه الإسلامي قديماً، بل هو مصطلح حديث نسبياً؛ حيث أنه من صنيع أهل القانون.

(٢) حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدى وتطويع العقد، ص ٧٧.

(٣) حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدى وتطويع العقد، ص ٧٧-٨١. بتصرف.

وقد يُقصد أيضاً من تطويع العقد: إزالة العيب الذي لحق به ليبقى صحيحاً -في حالة عدم مشروعية أحد شروطه- انصياعاً لأحكام القاعدة التي تمت مخالفتها. وهذا ما يقابله في الفقه الإسلامي ما يذكره بعض الفقهاء عندما يتكلمون عن الشروط الفاسدة وأنواعها، ويذكرون أن منها ما يبطل ويبقى العقد صحيحاً. (١)

وكنتيجة: يكون المقصود من تطويع العقد: هو أن يضيف القاضي للعقد التزاماً من مستلزماته، أو أن يُزيل عيباً لحق به ليبقى العقد صحيحاً. وبعبارةٍ أخرى: يقوم القاضي على إعادة هيكلة أو تشكيل العقد بالشكل الذي ينبغي أن يكون عليه.

أما بالنسبة للعلاقة ما بين التخفيف والتطويع: يظهر لنا جلياً العلاقة بينهما: أنها علاقة عموم وخصوص؛ فكل تطويع تخفيف، وليس العكس؛ وذلك لأن تطويع العقود وإعادة هيكلتها بالشكل الذي ينبغي وسيلةً تعمل على التخفيف من البطلان. أما التخفيف من البطلان فأفاهه واسعة، حيث يكون بالتطويع وغيره. فقد يكون عن طريق تصحيح أحد شقي العقد، وقد يكون بإجازة العقد الموقوف، وقد يكون تصحيحه عن طريق التقدير... الخ.

المطلب الثالث: العلاقة بين التخفيف والتصحيح:

بدايةً، قبل تبين العلاقة بين مُصطلحي التخفيف والتصحيح؛ لا بد من تبين معنى التصحيح اصطلاحاً:

(١) إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ٦٩.

استخدم العلماء التصحيح بمعانٍ مختلفة تختلف باختلاف العلوم والموضوعات التي تبحثها، ولكنها لم تخرج في معناها العام عن المفهوم اللغوي للتصحيح.^(١) والذي هو: من صحح: الصُّحُّ والصَّحَّةُ، يُقال: صحَّه اللهُ؛ فهو صحَّيحٌ وصَّاحٌ. والصَّحَّاحُ: خلاف السقم، وذهاب المرض. ويُقال: صحَّ الشيء: أي جعله صحيحاً، وصحَّحتُ الكتاب والحساب تصحيحاً، إذا كان سقيماً فأصلحت خطأه.^(٢)

فالتصحيح بمعناه العام يعني: جعل غير المشروع مشروعاً بسبب مشروع. فهو بهذا الأمر يشمل كلاً من العقد الباطل بانتقاصه أو تحوله،^(٣) والفاقد بحذف المفسد المقترن به، والموقوف بإجازته من صاحب الشأن.^(٤)

أما بالنسبة للعلاقة ما بين التخفيف والتصحيح: يظهر لنا جلياً العلاقة بينهما: وهي علاقة عموم وخصوص: فكلُّ تصحيحٍ تخفيفٌ، وليس العكس؛ أي أن كل تصحيح للعقود - سواء أكانت فاسدة، أم باطلة، أم موقوفة بإجازتها- يُعتبر تخفيفاً و تقييلاً من العقود الباطلة، أو من البطلان بشكلٍ عام. وليس العكس؛ إذ ليس كلُّ تخفيفٍ تصحيحاً، فقد نخفف من العقود الباطلة ومن أثارها السلبية الناجمة عنها بإيجادها صحيحةً ابتداءً، وذلك بمراعاة شروطها وأركانها وضوابطها الشرعية.

كما ينبغي التنويه إلى إمكانية اعتبار التصحيح -بكل صورته وأشكاله- وسيلةً أو آلةً تُخفف بها من آثار بطلان العقود أو من البطلان بشكلٍ عام.

(١) يُنظر إلى تعريفات العلماء المختلفة للتصحيح اصطلاحاً في بحث الدكتور أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ص ٣١٧-٣١٨.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، باب الحاء، فصل الصاد، ج ٢، ص ٥٠٧-٥٠٨.

(٣) سأطرق -إن شاء الله تعالى- إلى تبیین هذه المفاهيم من خلال الفصل الثاني من هذه الرسالة.

(٤) أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣١٨.

المطلب الرابع : العلاقة بين التخفيف والإزالة:

بدايةً، قبل تبين العلاقة بين مُصطلحي التخفيف والإزالة؛ لا بد من تبين معنى الإزالة اصطلاحاً:

حقيقةً -وبعد استقراءي للعديد من كتب الفقه الإسلامي- وجدت أن مصطلح "الإزالة" قد استخدم بمعناه اللغوي، ولا يوجد له تعريفٌ اصطلاحِيٌ يختص به، ويُميّزه عن نظيره اللغوي. ومن عبارات الفقهاء التي تُؤكد ذلك، الآتي:

يقول الكاساني: "المتعارف فيما بين المسلمين، والمسنون منه هو إزالة النجاسة الحقيقية عن البدن قبل الاغتسال" (١) ويقول الموصلي: "الخلع في اللغة: القلع والإزالة، ومنه خلع القميص: إذا أزاله عنه، وخلع الخلافة: إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها. والخلع في الشرع: إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ... كما اختص إزالة قيد النكاح بالطلاق". (٢) ويقول الشربيني: "والوقف إزالة ملك عن عين". (٣)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١، ص ٦٧.

(٢) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البغدادي، الحنفي (ت ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧م)، ج ٣، ص ١٥٦.

(٣) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط ١، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، ج ٣، ص ٥٢٥.

وها نحن كما نرى: نجد أن لفظة الإزالة اصطلاحاً قد استخدمت بذات معناها اللغوي والذي هو: من الزوّال: وهو الذهاب والاستحالة والاضمحلال. يُقال زَالَ الشيء عن مكانه يَزُول زَوَالاً، وأزاله غيره؛ فائزَال. (١) وأزَلْتُ الشيء إِزَالَةً: إذا نَحَيْتَهُ؛ فائزَال. والإزْدِيَال: تعني الإزالة، قال كثير: أحاطت يداه بالخلافة بعدما ... أراد رجال آخرون ازْدِيَالَهَا؛ أي ذهابها منه. (٢)

أما بالنسبة للعلاقة ما بين التخفيف والإزالة: يظهر لنا جلياً الفرق بينهما: فإذا علمنا أن التخفيف هو التقليل من الشيء مع بقاء عينه؛ لأن الباطل واقعٌ وموجودٌ، ومن المستحيل تصور إزالته وذهابه بالكلية؛ فتكون العلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص؛ فكل إزالة لعقد باطل -بتصحيح هذا العقد مثلاً- يُعتبر تخفيفاً من البطلان؛ أي أنه يُساهم في التخفيف من بطلان العقود. وليس العكس؛ أي ليس كلُّ تخفيفٍ من البطلان إزالة. وذلك لأن الباطل موجودٌ ومتصورٌ كما ذكرت سابقاً.

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب اللام، فصل الزاي، ج ١١، ص ٣١٣.

(٢) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الزبدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، فصل الزاي مع اللام، ج ٢٩، ص ١٤٥-١٤٩.

المبحث الثالث

مشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من ثلاثة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول : مشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد من القرآن الكريم.

المطلب الثاني : مشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد من السنة النبوية.

المطلب الثالث : مشروعية التخفيف من آثار بطلان العقد من المعقول.

المطلب الأول: مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" من القرآن الكريم:

تظهر مشروعية التخفيف من البطلان جلية في القرآن الكريم من خلال العديد من

الآيات القرآنية، منها الآتي:

أولاً: قوله تعالى:

﴿لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا

رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لِطَاقَةِ لَتَابِهِ وَأَعْفُ عَنَّا

وَأَغْفِرْ لَنَا وَأَرْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴿٢٨٦﴾ سورة البقرة، الآية / ٢٨٦.

يقول القرطبي في تفسير هذه الآية: "قيل سبب نزولها الآية التي قبلها، وهي: ﴿لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾

فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِنْ تُبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوهُ يَحْسَبِكُمْ بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَنْ يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَنْ

يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٢٨٤﴾ سورة البقرة، الآية / ٢٨٤. فإنه لما أنزل هذا على النبي -صلى الله

عليه وسلم- اشتد ذلك على أصحاب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأتوا رسول الله -صلى

الله عليه وسلم- ثم بركوا على الركب فقالوا: "أي رسول الله، كلفنا من الأعمال ما نطيق:

الصلاة والصيام والجهاد والصدقة، وقد أنزل الله عليك هذه الآية ولا نطيقها". قال رسول الله

-صلى الله عليه وسلم- "أتريدون أن تقولوا كما قال أهل الكتابين من قبلكم: "سمعنا وعصينا"

بل قولوا: "سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصير". فقالوا: "سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا

وإليك المصير". فلما اقترأها القوم ذلت بها ألسنتهم؛

فأنزل الله في إثرها: ﴿ءَامَنَ الرَّسُولُ بِمَا أُنزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾^ط
سورة البقرة، الآية ٢٨٥. فلما فعلوا ذلك نسخها الله؛ فأنزل الله عز وجل: ﴿لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسَعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا كَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ قال: "نعم". ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا﴾ قال: "نعم" ﴿وَلَا تُحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾ قال: "نعم".
﴿وَأَعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾ قال: "نعم".^(١) ولما تقرر الأمر على أن قالوا: سمعنا وأطعنا، مدحهم الله وأثنى عليهم في هذه الآية، ورفع المشقة في أمر الخواطر عنهم، وهذه ثمرة الطاعة والانقطاع إلى الله تعالى، كما جرى لبني إسرائيل ضد ذلك من ذمهم وتحميلهم المشقات من الذلة والمسكنة والانجلاء؛ إذ قالوا: سمعنا وعصينا، وهذه ثمرة العصيان والتمرد على الله تعالى".^(٢)

وجه الدلالة: يتبين لنا من خلال السابق: أن المبالغة أو الإكثار من إبطال العقود تحميلٌ أو تكليفٌ للنفس فوق طاقتها؛ وذلك لسلبية نتائج العقد الباطل؛ حيث أنه يقوم على إلغاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين وتتعهد آثارها. وكما هو ظاهر من خلال الآية السابقة أن الله -عز وجل- لم يكلفنا فوق طاقتنا، بل وخصنا بهذه المكرمة عن سبقنا من الأمم، وقد أمرنا بالدعاء بها من خلال قوله تعالى: ﴿وَلَا تُحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾، وكننتيجة: التسرع في إبطال العقود دون محاولة تصحيحها عند إمكانية التصحيح؛ يُعتبر نوعاً من أنواع تحميل النفس فوق طاقتها، وخاصة في حال النسيان أو الخطأ، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾.

(١) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ١، ص ١١٥، حديث رقم ١٢٥.

(٢) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط ٢، دار الكتب المصرية، القاهرة، (١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)، ج ٣، ص ٤٢٧.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ سورة محمد، الآية ٣٣/.

وجه الدلالة: يظهر لنا جلياً من خلال قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ نهيه - عز وجل - عن إبطال الأعمال أو السعي في إبطالها؛ حيث أنّ (لا الناهية) تُفيد النهي والذي بدوره يُفيد التحريم. إذن: التسرع في الحكم على الأعمال بالبطلان دون محاولة تصحيحها عند إمكانية التصحيح يُعتبر نوعاً من أنواع إبطال الأعمال المنهي عنه في الآية الكريمة. وكننتيجة: عدم التسرع في الحكم على الأعمال بالبطلان والعمل على تصحيحها عند إمكانية التصحيح يُعتبر نوعاً من أنواع التخفيف من البطلان، وهذا ذاته ما فهم من الآية الكريمة من خلال مفهومها الموافق. خاصة إذا علمنا "أنّ التحرز عن إبطال العمل واجب". (١)

المطلب الثاني: مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" من السنة النبوية:

تظهر مشروعية التخفيف من البطلان جليةً في السنة النبوية من خلال العديد من

الأحاديث النبوية، منها الآتي:

أولاً: ما رواه البخاري عن عروة البارقي: "أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لريح فيه". (٢)

(١) السرخسي، المبسوط، ج٣، ص٦٩. ويُنظر أيضاً في بحث الدكتور أحمد ياسين القراللة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ص٣٣٦.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، ج٤، ص٢٠٧، باب فضائل أصحاب النبي عليه السلام، حديث رقم ٣٦٤٢.

وجه الدلالة: يظهر لنا جلياً حرص الرسول -صلى الله عليه وسلم- على تصحيح التصرفات وعدم المسارعة إلى إبطالها عند إمكانية التصحيح؛ فهذا هو -صلى الله عليه وسلم- أقر تصرف الصحابي مع مخالفته للوكالة التي وكل بها؛ حيث أنه اشترى شاتين بدلاً من شاة واحدة، وأقر له أيضاً بيّعه للشاة الثانية حيث أنه لم يكن مأموراً ببيع الشاة؛ فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالخير والبركة على ما فعل، ولأنكر عليه؛ لأن الباطل ينكر، ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن، وقد أمكن حمله على الأحسن ههنا.^(١) وكننتيجة: يُعد إقرار الرسول لتصرف عروة البارقي وعدم إبطاله له نوعاً من أنواع التخفيف من البطلان وآثاره.

ثانياً: ما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم يتكلموا، أو يعملوا به".^(٢)

وجه الدلالة: وبهذا تضيق لدائرة البطلان؛ إذ لو أن الله -عز وجل- يحاسبنا على ما حدثت به أنفسنا؛ لكثرت أخطاؤنا ودخلت خواطرنا أو ما جالت به أنفسنا في دائرة البطلان. وفي هذا -أيضاً- ملحظٌ يُظهر لنا أن شريعتنا الغراء عمّدت إلى التخفيف من البطلان.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٩. ويُنظر أيضاً في بحث الدكتور أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ص ٣٣٨.

(٢) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج ١، ص ١١٦، باب تجاوز الله عن حديث النفس، حديث رقم ١٢٧.

ثالثاً: ما رواه مسلم عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً، فأشكَل عليه أخرج منه شيء أم لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً". (١)

وجه الدلالة: يظهر لنا جلياً -من خلال الحديث السابق- حرص شريعتنا الغراء على التخفيف من البطلان وتصحيح الأعمال ما أمكن؛ فهذا هو رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ينهانا عن التسرع في إبطال الصلاة أو الحكم عليها بالبطلان لمجرد الشك. بل أمرنا عليه الصلاة والسلام بعدم الخروج منها، وعدم التسرع في إبطالها ما لم نتيقن بدلائل ملموسة.

رابعاً: ما رواه النسائي عن زيد بن ثابت -رضي الله عنه- أنه قال: "أمروا أن يسبحوا دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين، ويحمدوا ثلاثاً وثلاثين، ويكبروا أربعاً وثلاثين، فأتي رجل من الأنصار في منامه، فقيل له: أمركم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن تسبحوا دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين، وتحمدوا ثلاثاً وثلاثين، وتكبروا أربعاً وثلاثين؟ قال: نعم، قال: فاجعلوها خمساً وعشرين، واجعلوا فيها التهليل، فلما أصبح أتى النبي -صلى الله عليه وسلم- فذكر ذلك له، فقال: "اجعلوها كذلك". (٢)

(١) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج ١، ص ٢٧٦، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث، فله أن يصلي بطهارته تلك، حديث رقم ٣٦٢.

(٢) أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (ت: ٣٠٣هـ)، المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط ٢، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، ج ٣، ص ٧٦، باب نوع آخر من عدد التسييح، حديث رقم: ١٣٥٠. وهو حديث صحيح بحكم الألباني.

وفي رواية أخرى: عن ابن عمر -رضي الله عنه-: "أن رجلاً رأى فيما يرى النائم، قيل له: بأي شيء أمركم نبيكم -صلى الله عليه وسلم-؟ قال: "أمرنا أن نسبح ثلاثاً وثلاثين، ونحمد ثلاثاً وثلاثين، ونكبر أربعاً وثلاثين، فتلك مائة، قال: سبحوا خمساً وعشرين، واحمدوا خمساً وعشرين، وكبروا خمساً وعشرين، وهللوا خمساً وعشرين، فتلك مائة، فلما أصبح ذكر ذلك للنبي -صلى الله عليه وسلم- فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "افعلوا كما قال الأنصاري" (١).

حقيقةً يوجد تعليقٌ صوتيٌ لطيفٌ مسجل على اليوتيوب للشيخ الألباني -بخصوص هذا الحديث- لم أجد نظيراً له في كتبه، ولا في كتب غيره من علماء الحديث، هو الآتي: "أرى كثيراً من الناس الذين يظهر أنهم ملتزمون -ليس فقط للفرائض- بل وللنوافل وللأمور المستحبة، كالذكر بعد الصلاة، والتسبيح، والتحميد، والتكبير ونحو ذلك. أرى بعضهم حينما يريد أن يعمل بقوله -عليه الصلاة والسلام-: "من سبح الله في دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين، وحمد الله ثلاثاً وثلاثين، وكبر الله ثلاثاً وثلاثين، فتلك تسعة وتسعون، وقال: تمام المائة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير، غُفرت خطاياهم وإن كانت مثل زبد البحر" (٢) ... حينما يريدون العمل بهذا الحديث، ترى بعضهم لا يكاد يُبين بلسانه عن تسبيح الله وتحميده وتكبيره. فماذا تسمع؟... هذه ماذا تُسميها.. (السبسية) كما نسمع.. فهذا ليس تسبيحاً ولا تحميداً.. بلحظات بثواني انتهى من المائة!! من جاء بهذه المائة، ما أجرها؟ غفر الله له ذنوبه وإن كانت مثل زبد البحر،

(١) النسائي، السنن الصغرى، ج٣، ص٧٦، باب نوع آخر من عدد التسبيح، حديث رقم ١٣٥١. وهو حديث حسن صحيح بحكم الألباني.

(٢) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج١، ص٤١٨، باب استحباب الذكر بعد الصلاة، حديث رقم ٥٩٧.

ولو كان الإتيان بها مثل هذه (البسيسة) -حاشا لله- وإنما يجب أن يتأني؛ فيقول: "سبحان الله، سبحان الله، سبحان الله، الحمد لله، الحمد لله... الخ" لا أريد لما يأتي من كلامي التالي أن أصد الناس عن التسبيح ثلاثاً وثلاثين وما جاء في بقية الحديث، وإنما أريد أن أقرب إليهم ما هو أفضل لهم شرعاً، وأيسر لهم عملاً، وأظنكم ستسمعون هذا الحديث لأول مرة.. وهو حديث هام جداً، وهو حديث صحيح أيضاً، أخرجه الإمام النسائي والحاكم وغيرهما عن صحابييين بسندين صحيحين -وذكر الشيخ الألباني الحديث السابق الذي فيه أمرٌ بأن يجعلوهن خمساً وعشرين- لأن الإنسان مهما استعجل؛ سيتلفظ بهن بشكل أفضل بهذه الطريقة. فعلى هؤلاء المستعجلين أن يجمعوا بين الأربعة جميعاً بأن يقولوا: "سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر" خمساً وعشرين مرة. وهذا أفضل بدليل تمام الحديث.... حيث أن ذلك الرائي قصها على النبي -عليه الصلاة والسلام- فكان جوابه "فافعلوا إذاً".... ولا يُعتبر هذا الحديث نسخاً لحديث الثلاثة والثلاثين، وإنما هو تفضيل، فإذا جاء المصلي بالثلاثة والثلاثين بعد الصلاة بتؤدة وروية؛ فلا مانع، ولكن الأفضل له أن يجمع الأربع في خمسة وعشرين مرة". (١)

وجه الدلالة من كلام الألباني -رحمه الله- بخصوص الحديث السابق: يظهر لنا جلياً أن شريعتنا الغراء حرصت كل الحرص على التخفيف من البطلان وأثاره، وحرصت كذلك كل الحرص على تصحيح التصرفات وتصويبها؛ لئلا يُحكم عليها بالبطلان. فمن الأفضل لنا شرعاً، وأيسر لنا عملاً -كما قال الألباني- -وأنا أقول: وأخف بطلاناً- العمل بنص الحديث الذي رواه النسائي والذي فيه: "فاجعلوها خمساً وعشرين، واجعلوا فيها التهليل" بدلاً من رواية الثلاثة والثلاثين؛ لأن فيها تحرزاً عن إبطال العمل وذهاب الأجر كله أو بعضه، خاصة لهؤلاء المستعجلين.

(١) محمد ناصر الدين الألباني، شريط مسجل بخصوص الذين يسرعون في التسبيح بعد الصلاة، سلسلة الهدى والنور، تم نشره في (٢٨-٢-٢٠١٤م)، شريط رقم ١٩٠، الدقيقة ٢١.

المطلب الثالث: مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" من خلال المعقول:
تظهر مشروعية التخفيف من البطلان جليةً من خلال العديد من الأدلة العقلية، أذكر منها الآتي:

أولاً: مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" من خلال القياس:
تظهر مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" جليةً من خلال القياس؛ وذلك قياساً على العقد الموقوف؛ وتفسير ذلك أن التخفيف من البطلان يكون غالباً بالعمل على تصحيح العقود وتحويلها من حالة البطلان إلى حالة النفاذ، وهذا ذاته ما يحصل بالعقد الموقوف الذي يكون في حالة عدم النفاذ، وهي حالة تشبه حالة البطلان؛ ولكنه يتحول بعد إجازته إلى حالة النفاذ. ومن المعروف عند عامة فقهاء الشريعة أن العقد الموقوف عقدٌ قابلٌ للنفاذ في حال الإجازة. وهذا ذاته ما عبر عنه السرخسي بقوله: "إن تصحيح العقد بإزالة المفسد نظير الإجازة في البيع الموقوف".^(١) لأن في كليهما صيانةً لتصرف العاقل عن الإبطال.

ثانياً: مشروعية "التخفيف من آثار بطلان العقد" من خلال المصلحة:

بدايةً، لقد عرف الإمام الغزالي -رحمه الله- المصلحة بالآتي: "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة".^(٢)

(١) السرخسي، المبسوط، ج ١٣، ص ٥٠. ويُنظر أيضاً في بحث الدكتور أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣٤٢.

(٢) محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط ١، دار الكتب العلمية، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، ص ١٧٤.

وبالنظر إلى هذا التعريف نجد أن التخفيفَ من آثار بطلان العقد مصلحةٌ تجلب المنفعة وتدفع المضرة؛ حيث أن تصحيح تصرفات العباد وعدم إبطالها - ما أمكن - يعمل على تجنب الآثار السلبية الناجمة عن إبطالها من تفكك العقود، وتعطيل المعاملات، وإبطالها أحياناً وتجميدها أحياناً أخرى، وربما تضيع الكثير من الحقوق بالحكم عليها بالبطلان؛ خاصة إذا علمنا أن درء هذه المفاصد أو دفع هذه المضرات مقصدٌ من مقاصد الشارع؛ لما تحققه من حفظٍ للأموال والنسل والنسب - كما سيمر معنا لاحقاً في تصحيح العقود المالية وعقود الزواج - وكنتيجة: يظهر لنا جلياً أن التخفيف من آثار بطلان العقد أو التخفيف من البطلان بشكلٍ عام، يدفع عنا الكثير من المفاصد التي يُعتبر دفعُها مصلحةً كما أشار إلى ذلك الغزالي - رحمه الله - في آخر كلامه.

أخيراً، وقبل أن أنتهي من هذا المطلب، تجدر الإشارة إلى أن هنالك العديد من القواعد الفقهية، وكذلك العديد من العبارات الفقهية أقرب إلى القواعد الفقهية من النثر الفقهي أكدت على مشروعية التخفيف من البطلان، أذكر منها الآتي: (١)

(١) تجدر الإشارة إلى أن جُل هذه القواعد أشار إليها -مشكوراً- الدكتور أحمد ياسين القرالة في بحثه تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣٤١. قمت باستخراجها من مصادرها الأصلية، وحرصت على توثيقها لدقة هذه العبارات وأهميتها.

- أولاً: أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن. (١)
- ثانياً: الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد. (٢)
- ثالثاً: الأصل في عقود المسلمين الصحة. (٣)
- رابعاً: ارتفاع المفسد في الفاسد يردده صحيحاً. (٤)
- خامساً: فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد. (٥)
- سادساً: الأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن. (٦)

يظهر لنا جلياً من خلال العبارات أو القواعد الفقهية السابقة حرص فقهاءنا القدامى على عدم التسرع في إبطال تصرفات العاقل؛ بل عمدوا إلى تصحيحها أو حملها على الصحة ما أمكن. وهذا عينه يرمي إلى مشروعية التخفيف من البطلان بشكل عام أو التخفيف من إبطال العقود بشكل خاص.

لا بد من الإشارة -أيضاً- إلى مجموعة من القواعد الفقهية التي لها دور فاعل في التخفيف من البطلان؛ مع أنّ عبارة نصها لم تصرح بهذا؛ بل دلّت عليه دلالاته، ومنها الآتي:

-
- (١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢١٧.
- (٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٠٠.
- (٣) محمد بن عبد الله الخرشبي (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج٧، ص١٥٤.
- (٤) عثمان بن علي بن محجن البارعي، الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، (١٣١٣هـ)، ج٤، ص٥٠.
- (٥) السرخسي، المبسوط، ج١٠، ص٢٠١.
- (٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩.

أولاً: قواعد التيسير ورفع المشقة -وهي كثيرة- في شريعتنا الغراء، منها: قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"،^(١) وقاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"^(٢) وقاعدة "المشقة تجلب التيسير"^(٣) وغيرها الكثير. والتي تصب في جُلّها إلى مُراعاة ظروف المكلف والتيسير عليه ورفع الحرج والمشقة عنه. فالمتتبع لجزيئات الشريعة من القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع، والقياس يجد أن جُلّها راعت ظروف المكلف ويسّرت عليه ورفعت المشقة عنه، ومن هنا أتت هذه القواعد وتم تأصيلها وتقييدها من قبل أصوليي وفقهاء الشريعة الإسلامية، ولا يسعُ المقام لتبيين مستندها الشرعي، فما من قاعدة إلا ولها مستند شرعي من القرآن أو السنة أو منهما جميعاً. ولولا وجود هذه القواعد؛ لارتكب كثيرٌ من الناس -مضطرين- المحرّم، ولاضطر كثيرٌ منهم إلى عقد عقوداً مخالفة للشرع؛ فبطلت حكماً؛ الأمر الذي يؤدي إلى زيادة البطلان. ولما كان الأمر كذلك راعت شريعتنا الغراء ذلك ودعت إلى رفع المشقة والتيسير على المكلفين ابتداءً. ومثاله: لو لم تكن الضرورات تبيح المحظورات؛ لاضطر المكلف المضطر إلى ارتكاب المحظور والوقوع في المحرّم الذي يؤدي بدوره إلى إبطال تصرفه وزيادة البطلان.

ثانياً: قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"^(٤) حيث أنها تُظهر حرص فقهاءنا على عدم إبطال عبادتنا أو تصرفاتنا بمجرد الشك؛ وإلا لكثرت البطلان بمجرد أدنى شك، وهذا ما يسعى إليه الشيطان من إبطال لعبادتنا وتصرفاتنا؛ ولما لكثرة البطلان من آثارٍ سلبيةٍ على المجتمع ككل، وعلى الفرد بشكلٍ خاص.

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٤، ص ٣٤٨. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١٤٦. الشاطبي، الموافقات، ج ٥، ص ٩٩. السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٥.

(٢) القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١٤٦. السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٩.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٦٤. السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١، ص ٧٣. السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٩٦. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط ١، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، ج ١، ص ١٥٣. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، المغني، بدون طبعة، مكتبة القاهرة، (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م)، ج ١، ص ٧٤.

ثالثاً: قاعدة: "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"^(١) أي أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الإبتداء؛ فإذا أُجيز التصرف الموقوف؛ يكون له حكم التصرف النافذ منذ إنشائه.^(٢) وفي هذا -أيضاً- تخفيفٌ من البطلان؛ حيث تجعل هذه القاعدة حكم الإجازة اللاحقة كحكم الوكالة السابقة؛ مما يُسهّم في تفعيل وتصحيح تصرفات الفضولي وعدم الحكم عليها بالبطلان؛ إذ أن الحكم عليها بالبطلان يُؤثر سلباً على سير المعاملات، واستقرارها، وترتب آثارها الشرعية، والتي لا تقتصر على الفضولي -فحسب- بل وعلى كل من تعاقد معه، وحتى على صاحب الحق الأصيل.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٣١. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٢، ص١٣٤. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج٣، ص٣١١.

(٢) المصادر السابقة ذاتها.

الفصل الثاني

نظريات التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا الفصل من أربعة مباحث، هي الآتي:

المبحث الأول : نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي:

المبحث الثاني : نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي:

المبحث الثالث : نظرية انتقاص العقد في الفقه الإسلامي:

المبحث الرابع : نظرية فساد العقد في الفقه الإسلامي:

المبحث الأول نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من ستة مطالب هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف العقد الموقوف لغةً واصطلاحاً:

المطلب الثاني: مشروعية العقد الموقوف وبيان اختلاف العلماء فيه:

المطلب الثالث: أسباب وقف العقد:

المطلب الرابع: إجازة العقد الموقوف:

المطلب الخامس: تطبيقات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي:

المطلب السادس: دور نظرية العقد الموقوف في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف العقد الموقوف لغةً واصطلاحاً:

سأبين معنى العقد الموقوف لغةً واصطلاحاً من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: تعريف العقد الموقوف لغةً:

لفظة "الموقوف" لغةً: من وَقَفَ: وَقَفَ بِالْمَكَانِ وَقَفًا وَوُقُوفًا، فَهُوَ وَاقِفٌ، وَالْجَمْعُ وَقُوفٌ وَوُقُوفٌ، وَيُقَالُ: وَقَفْتُ الدَّابَّةَ تَقْفُ وَوُقُوفًا، وَوَقَفْتُهَا أَنَا وَقَفًّا. وَوَقَفَ الدَّابَّةَ: جَعَلَهَا تَقْفُ. وَالْوُقُوفُ خِلافُ الْجُلُوسِ. وَوَقَّفَ الْأَرْضَ عَلَى الْمَسَاكِينِ؛ أَي حَبَسَهَا. وَيُقَالُ: كَانَ عَلَى أَمْرٍ فَأَوْقَفَ؛ أَي أَقْصَرَ. (١)

المسألة الثانية: تعريف العقد الموقوف اصطلاحاً:

عرفت العقد سابقاً بـ: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل". (٢) أما بالنسبة لمفهوم "العقد الموقوف" كمركب إضافي اصطلاحاً، فقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات، منها الآتي:

- عرفه الكاساني: "هو ما لا حكم له يُعرف للحال لاحتمال الإجازة والرد من المالك؛ فيتوقف في الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكماً شرعياً". (٣)

- وعرفه ابن عابدين: "هو ما تعلق به حق الغير". (٤)

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب الفاء، فصل الواو، ج٩، ص٣٥٩.

(٢) محمد بن محمد بن محمود البابر تي (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، ج٦، ص٢٤٨.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٣٠٥.

(٤) محمد أمين بن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م)، ج٥، ص٥٠.

-وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: "العقد الموقوف ضد النافذ، وهو ما توقف نفاذه على الإجازة من مالكها، كبيع الفضولي. فإنه يكون بهذا المعنى جائزاً في الجملة، بخلاف الفاسد، فإنه غير مشروع". (١)

-وعرفه الزرقا: "العقود الموقوفة: هي التي فيها تجاوز على حق لغير عاقدتها، يوجب توقفها على إرادته وإجازته، كعقد الفضولي، أو فيها مانع آخر يمنع نفاذها، كالإكراه". (٢)

يتبين لنا من خلال التعريفات السابقة أن تعريف الزرقا -رحمه الله- للعقد الموقوف أشمل هذه التعريفات وأكثرها دقة؛ لإحتوائه على عبارة "أو فيها مانع آخر يمنع نفاذها، كالإكراه" وبهذا لم يقتصر العقد الموقوف على العقود التي فيها تجاوز على حقوق لغير عاقدتها فقط؛ بل ويتعداه إلى العقود التي فيها تجاوز على حقوق نفس الشخص العاقد، كحالة الإكراه.

المطلب الثاني: مشروعية العقد الموقوف، وبيان اختلاف العلماء فيه، وأدلتهم: (٣)
اختلف الفقهاء في مشروعية العقد الموقوف؛ فمنهم من اعتبره مشروعاً وصحيحاً، ومنهم من اعتبره باطلاً، على الوجه الآتي:

(١) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط٢، دارالسلاسل، الكويت، (من ١٤٠٤هـ - ١٤٢٧هـ)، ج٥، ص٢٨٨.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ص٦٣٨.

(٣) عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، جامعة بومرداس، (٢٠٠٥م)، ص٢٦.

أولاً: ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية في القديم (٣) ورواية عن أحمد (٤) بصحة العقد الموقوف.

ثانياً: ذهب الشافعية في الجديد (٥) ورواية عن أحمد (٦) وابن حزم الظاهري (٧) ببطلان العقد الموقوف. وسأعرض أدلة أصحاب القولين من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: أدلة القائلين بصحة العقد الموقوف:

استدل القائلون بصحة العقد الموقوف بمجموعة من الأدلة الشرعية، أوجزها في

الآتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ سورة المائدة، الآية ٢. وقوله

تعالى: ﴿وَاحْسِبُوا أَنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ سورة البقرة، الآية ١٩٥. (٨)

وجه الدلالة: غالباً ما يكون قصدُ الفضولي أو الوكيل -الذي تجاوز حدود وكالته- البرّ

والتعاون على الخير والإحسان لصاحب الحق الأصيل.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٩.

(٢) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ج ٤، ص ٦٥.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥١.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٥٤.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥١. عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص ٣٣.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٥٤. عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص ٣٣.

(٧) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، المطلى، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت، ج ٨، ص ٤٣٣.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٩.

ثانياً: ما رواه البخاري عن عروة البارقي: "أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه".^(١)

وجه الدلالة في الحديث السابق: فيها هو رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قد أقر تصرفَ الصحابي مع مخالفته للوكالة التي وكل بها؛ حيث أنه اشترى شاتين بدلاً من شاة واحدة، وأقر له أيضاً ببيع الشاة الثانية حيث أنه لم يكن مأموراً ببيع الشاة؛ فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالخير والبركة على ما فعل، ولأنكر عليه؛ لأن الباطل ينكر، وقد قصد البر به والإحسان إليه بالإعانة على ما هو خير للمالك.^(٢)

ثالثاً: ما رواه البخاري عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "خرج ثلاثة نفر يمشون فأصابهم المطر، فدخلوا في غار في جبل، فانحطت عليهم صخرة، قال: فقال بعضهم لبعض: ادعوا الله بأفضل عمل عملتموه، فقال أحدهم: اللهم إني كان لي أبوان شيخان كبيران، فكننت أخرج فأرعى، ثم أجيء فأحلب فأجيء بالحلاب، فآتي به أبوي فيشربان، ثم أسقي الصبية وأهلي وامراتي، فاحتبست ليلة، فجننت فإذا هما نائمان، قال: فكرهت أن أوقظهما، والصبية يتضاغون عند رجلي، فلم يزل ذلك دأبي ودأبهما، حتى طلع الفجر، اللهم إن كنت تعلم أنني فعلت ذلك ابتغاء وجهك، فافرج عنا فرجة نرى منها السماء، قال: ففرج عنهم، وقال الآخر: اللهم إن كنت تعلم أنني كنت أحب امرأة من بنات عمي كأشد ما يحب الرجل النساء، فقالت: لا تنال ذلك منها حتى تعطيهما مائة دينار،

(١) البخاري، صحيح البخاري، ج٤، ص٢٠٧، باب ذكر فضائل أصحاب النبي عليه السلام، حديث رقم ٣٦٤٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٩.

فسعيت فيها حتى جمعتها، فلما قعدت بين رجليها قالت: اتق الله ولا تفض الخاتم إلا بحقه، فقلت وتركتها، فإن كنت تعلم أنني فعلت ذلك ابتغاء وجهك، فافرج عنا فرجة، قال: ففرج عنهم الثلثين، وقال الآخر: اللهم إن كنت تعلم أنني استأجرت أجيراً بفرق من ذرة فأعطيته، وأبى ذاك أن يأخذ، فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته، حتى اشتريت منه بقرأ وراعيها، ثم جاء فقال: يا عبد الله أعطني حقي، فقلت: انطلق إلى تلك البقر وراعيها فإنها لك، فقال: أتستهزئ بي؟ قال: فقلت: ما أستهزئ بك ولكنها لك، اللهم إن كنت تعلم أنني فعلت ذلك ابتغاء وجهك، فافرج عنا فكشف عنهم". (١)

وجه الدلالة في الحديث السابق: إن تصرف الرجل الذي قال: "اللهم إن كنت تعلم أنني استأجرت أجيراً بفرق من ذرة...." يشابه تصرف الفضولي؛ حيث أنه تصرف في مال غيره، ونمّاه بغير إذنه. (٢) ويظهر لنا جلياً أن عمله الذي قام به كان من أهم أعماله الخالصة التي تقرب بها إلى الله، وقد كشف الله عنهم ما هم فيه بأفضل أعمالهم جميعاً؛ ولو لم يكن عمل هذا الرجل مشروعاً؛ لما قبله الله - عز وجل - منه؛ ولما جاء تمام النجاة والفرج به؛ وفي هذا دليلٌ على صحة تصرف الفضولي وعقده. وكنتيجة: دليلٌ على صحة العقد الموقوف؛ حيث أنّ عقده صورةٌ من صور العقد الموقوف.

(١) البخاري، صحيح البخاري، ج ٣، ص ٧٩، باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي، حديث رقم ٢٢١٥. وقد استدل الدكتور محمد عبد القادر أبو فارس بهذا الحديث لإثبات صحة عقد الفضولي في كتابه الميسوط في فقه المعاملات، ج ١، ص ١١٠؛ ولكنه استدل برواية أبي داود والتي تحوي على زيادة في أولها وهي: قول الرسول عليه السلام: "من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز، فليكن مثله"، سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٥٦، حديث رقم ٣٣٨٧. ولكني أثرت الاستدلال برواية البخاري والتي لا تحوي على هذه الزيادة المذكورة؛ وذلك لأنها رواية منكرة بحكم الألباني؛ حيث حكم على الحديث بالآتي: "منكر بهذه الزيادة التي في أوله وهو في الصحيحين دونها".

(٢) محمد عبد القادر أبو فارس، الميسوط في فقه المعاملات، ط ١، دار الفرقان، عمان، (١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م)، ج ١، ص ١١٠.

وجديرٌ بالذكر -أيضاً- أن الإمام البخاري -رحمه الله- ذكر هذا الحديث في باب: "إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي"، وذكره أيضاً في باب: "من استأجر أجيراً فترك الأجير أجره، فعمل فيه المستأجر فزاد، أو من عمل في مال غيره، فاستفضل"؛ وهذه التبويبات تُفيد وتدعم الرأي القائل بصحة ومشروعية العقد الموقوف. (١)

رابعاً: ومن القياس: قياس العقد الموقوف على الوصية؛ لأنه عقد مجيز حال وقوعه، فيجب أن يقف على إجازته، كالوصية. (٢) وكذلك قياسه على البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري، يقول الكاساني: "وتفسير التوقف عندنا: أن يتوقف في الجواب في الحال أنه صحيح في حق الحكم أم لا، ولا يقطع القول به للحال، ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة، وهذا جائز، وله نظائر في الشرع، وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشتري على ما عرف". (٣) وذلك بجامع أن كليهما تصرفات لا تنفذ بالحال؛ وإنما تتوقف على الإجازة.

خامساً: ومن المصلحة: وذلك لأن تصرف العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن، خاصة إذا ثبت أن قصد الفضولي البرُّ والإحسانُ لصاحب الحق الأصل؛ فلا يجوز القول بإهدار هذا التصرف، وإلحاق كلامه، وقصده بكلام المجانين. (٤) خاصة "إذا علمنا أن هؤلاء الفضوليين أهل خبرة ودربة في الأسواق ومعرفة السلع وتقدير أثمانها، وهم بحكم صلتهم بالناس يعرفون ما يحتاجه الناس.

(١) تجدر الإشارة إلى أن الدكتور محمد عبد القادر أبو فارس قد استدلل بهذه الجزئية مُستنداً إلى تبويب الإمام أبي داود -رحمه الله-. المبسوط في فقه المعاملات، ج ١، ص ١١١.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٥٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٩.

وفي الغالب هؤلاء يحبون قضاء حاجات الناس؛ وعليه لا يُمنع الشرع من الإستفادة منهم ومن خبراتهم ونصائحهم؛ فإن لبوا حاجة هؤلاء المالكين -مثلاً- في الربح وقضاء الحاجة أجازوهم في عقودهم لهم؛ وإن أدركوا أن هذه العقود الفضولية لا تفيدهم ولا تحقق المنافع المقصودة لهم؛ لم يجيزوها وأبطلوها". (١)

المسألة الثانية: أدلة القائلين ببطلان العقد الموقوف:

استدل القائلون بعدم صحة العقد الموقوف بمجموعة من الأدلة الشرعية، أوجزها في

الآتي:

أولاً: من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ سورة الأنعام، الآية ١٦٤/.

وجه الدلالة: أفادت الآية الكريمة أن كلَّ انسان مسؤولٌ عن كسبه وتصرفه فقط، ولا يُسأل عن كسب غيره أو تصرفه؛ حيث أن "لا النافية" نفت تصورَ وجودِ أي تكسب للإنسان إلا على نفسه. وبدلالة المفهوم: عدم جواز تكسب الإنسان أو تصرفه نيابة عن غيره. يقول ابن حزم بصدد هذه الآية: "وقد صح إجماع أهل الإسلام على أن لا يصدق أحد على غيره إلا على حكم الشهادة فقط، ثم نقض من نقض، فأنفذ إقرار الوكيل على موكله، وأخذ به في الدم، والمال، والفرج، وهذا أمر يُوقن أنه لم يكن قط، ولا جاز، ولا عُرف في عصر رسول الله". (٢)

(١) محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ط١، دار الفرقان، عمان، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، ج١، ص١٠٩-١١٠.

(٢) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، المحلى، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت، ج٨، ص٤٣٣.

ثانياً: من السنة: ما رواه أبو داود عن حكيم بن حزام أنه قال: "يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: "لا تبع ما ليس عندك" (١) وجه الدلالة: نهى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، والنهي يُفيد التحريم، وهذا بدوره يُوجب بطلان بيع الإنسان ما لا يملك. ويُقاس على هذا تصرفُ الفضولي في العقد الموقوف؛ حيث أنه يتصرف بما ليس عنده أو ما لا يملك. (٢)

ثالثاً: ومن القياس: استدلوا بالقياس على بيع الطير الذي في الهواء، أو بيع السمك الذي في الماء. يقول ابن قدامة: "ولقوله -صلى الله عليه وسلم- لحكيم بن حزام: "لا تبع ما ليس عندك" يعني ما لا تملك؛ لأنه ذكره جواباً له حين سأله، أنه يبيع الشيء، ثم يمضي فيشتره ويسلمه، ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه؛ فأشبهه الطير في الهواء". (٣) لاشتراكهما في عدم القدرة على التسليم.

المسألة الثالثة: ما يترجح لدي من القولين السابقين:

يترجح لدي القولُ بصحة العقد الموقوف ومشروعيته، للآتي:

أولاً: لقوة الأدلة التي استدلت بها القائلون بصحة العقد الموقوف؛ حيث تم توجيه الأدلة بشكلٍ صحيح وداخل محل النزاع.

(١) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن عمرو الأزدي (ت: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ج ٣، ص ٢٨٣، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم ٣٥٠٣. وهو حديث صحيح بحكم الألباني.

(٢) عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص ٣٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٥٥.

ثانياً: لم يوجه القائلون ببطلان العقد الموقوف أدلتهم بالشكل الصحيح، بل كانت أدلتهم خارجة عن محل النزاع. ويمكن الرد على أدلتهم بالآتي:

١- المقصود من الكسب في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ سورة الأنعام، الآية /١٦٤. المقصود منه الكسب الآخروي لا الدنيوي، ومحاسبتنا على أعمالنا.

٢- أما بالنسبة لقوله -عليه الصلاة والسلام- لحكيم بن حزام: "لا تبع ما ليس عندك" (١) فمحمولٌ على عدم بيع ما لا يملك الإنسان بطريق الأصالة؛ لا النيابة. أما إذا باع الإنسان ملك غيره ولكن بطريق النيابة؛ فهذا جائز. يقول الكاساني: "المراد منه بيع ما ليس عنده ملكاً؛ لأن قصة الحديث تدل عليه، فإنه روي: أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها، ويأخذ الثمن منهم، ثم يدخل السوق فيشتري، ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: "لا تبع ما ليس عندك"؛ ولأن بيع ما ليس عنده بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه بطريق الأصالة، وأنه محال.... وأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره يُنظر إن كان البائع وكيلًا وكفيلًا؛ فكون المبيع مملوكًا للبائع ليس بشرط، وإن كان فضولياً فليس بشرط للانعقاد عندنا، بل هو من شرائط النفاذ؛ فإن بيع الفضولي عندنا منعقدٌ موقوف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، وإن رد بطل". (٢)

(١) أبو داود، سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٨٣، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث رقم ٣٥٠٣. وهو حديث صحيح بحكم الألباني.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٧.

٣- وأما القياس على بيع الطير الذي في الهواء، أو السمك الذي في الماء. فهو قياس مع الفارق؛ حيث تم قياس العقد الموقوف على بيع الإنسان ما ليس عنده؛ لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا تبع ما ليس عندك" (١) حيث أن الفضولي في العقد الموقوف يتصرف بما لا يملك، تماماً كالذي يبيع ما ليس عنده؛ فيشتركان في علة عدم القدرة على التسليم. وقد بينت سابقاً أن الاستدلال بهذا الحديث خارج محل النزاع؛ فخرج معه القياس.

ثالثاً: إن انعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فيه رعاية للمصلحة، ويعتبر من قبيل التعاون على البر كما في حالة تصرف الفضولي، فهو من قبيل التسامح والتيسير على الناس في المعاملات، ورفع الحرج والضيق عنهم. (٢)

المطلب الثالث: أسباب وقف العقد:

تتلخص أسباب وقف العقد: في تخلف الولاية عن محل التعاقد، أو عن نوع التصرف؛ فيعتبر تخلفها سبباً للوقف ولا ينفذ العقد إلا بتحققها. (٣) وسأمثل على كلا النوعين من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: مثال وقف العقد لانعدام الولاية على محل التعاقد:

(١) سبق تخريجه.

(٢) عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، مكتبة محمد قطب، القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م)، ص ٦٢.

(٣) عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص ٤٤.

مثال وقف العقد لانعدام الولاية على محل التعاقد: تصرفُ الفضولي في مال غيره. وأصل هذا أن تصرفات الفضولي^(١) التي لها مجيز حالة العقد منعقدةً موقوفةً على إجازة المجيز من البيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق ونحوها؛ فإن أجاز ينفذ، وإلا فيبطل. ومثاله: أن يتصرف فضوليً بمبيع مملوكٍ لغيره؛ فلا ينفذ بيعُ الفضولي لانعدام الملك والولاية على محل التعاقد -وهو المبيع- لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك؛ حيث أن الولاية على محل التعاقد تتحقق بوجود حق الملك على المحل أو النيابة عن المالك فيه مهما كان نوع هذه النيابة.

(٢)

المسألة الثانية: مثال وقف العقد لانعدام الولاية على نوع التصرف:

تعتبر تصرفات الصغير المميز المترددة بين النفع والضرر -كالبيع والإجارة- مثلاً على وقف العقد لانعدام الولاية على نوع التصرف؛ حيث أن هذه الولاية تقتضي توافر الأهلية اللازمة في المتعاقد وخلوها من عوارض الأهلية المعدمة أو المنقصة لها. وكما هو معروف أن أهلية الأداء للصغير المميز ناقصة لنقصان عقله. فبيع أو شراء الصغير المميز قبل إذن الولي يكون موقوفاً على إجازة الولي؛ فإن أجازته نفذ؛ وإلا بطل. ويكون موقوفاً على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً، ولصحة التصرف في نفسه؛ لصدوره من أهله في محله. (٣)

(١) الفضولي: هو من غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه. محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، ج ٧، ص ٥١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٤٨. عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص ٤٥. عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، ص ٩٥.

(٣) محمد بن محمد، ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي (ت: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٩، ص ٣١٢. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط ١، مؤسسة الرسالة، دمشق، (١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م)، ص ٧٦. عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، ص ٧٦.

المطلب الرابع: إجازة العقد الموقوف:

سأتحدث في هذا المطلب عن إجازة العقد الموقوف من خلال العديد من المسائل:

المسألة الأولى: بيان مفهوم الإجازة لغةً واصطلاحاً :

الإجازة لغةً: من جَوَزَ: والجَوَزُ: وسط الشيء. يُقال جُرْتُ الموضع: أي سرت فيه، وأجَزْتَه: خلفته وقطعته. وأجَزْتُ الشيء: أي أنفذته. والجَوَازُ: الماء الذي يسقاه المال من الماشية والحرث، يقال منه: استَجَزْتُ فلاناً فأجَازَني، إذا أسقاك ماء لأرضك أو ماشيتك. (١)

وأما الإجازة اصطلاحاً: فعرفت بعدة تعريفات منها:

- عرفها المرغيناني: "الإجازة رفع المانع" (٢) أي إزالة المانع الذي يمنع التصرف من النفاذ؛ فلا يبقى موقوفاً، بل ينفذ بإجازة صاحب الحق.

- وعرفها الكاساني: "الإجازة: هي تصرف في العقد بالتغيير، وهو الإلزام لا بالإعدام" (٣) ويكون هذا التصرف بإجازة العقد الموقوف؛ حيث أنه يبقى موقوفاً لا حراك فيه ولا تغيير إلا بعد إجازته من صاحب الحق بإلزامه: أي بإقراره والموافقة عليه، لا بإعدامه: أي لا برفضه أو رده.

(١) أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، مجمّل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، كتاب الجيم، باب الجيم والواو وما يتلثهما، ج ١، ص ٢٠٢.

(٢) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٤، ص ٥١٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٧١.

- وعرفها عبد الرازق فرج: "هي تصرفٌ شرعيٌّ بالإبقاء، توجب نفاذه وترتب عليه حكمه، إما مستنداً إلى وقت وجوده، أو مقتصرأ على حال صدورها"^(١) أي أن الإجازة تصرف بإبقاء عقد الفضولي وإقراره وعدم رده؛ مما يستوجب نفاذه بعد توقيفه. ويوجب أيضاً ترتب حكمه الشرعي عليه؛ وذلك حسب نوع التصرف؛ فمن التصرفات ما تستند إجازتها إلى وقت إنشائها، ومنها ما تقتصر على وقت صدور الإجازة.

يتبين لنا جلياً من خلال التعريفات السابقة أن التعريف الأخير أكثرها شمولاً وأكثرها ضيقاً لمفهوم الإجازة؛ حيث تميز عن سابقه بضبط التعريف بالشرع، وبذكر حكم الإجازة.

المسألة الثانية: من له حق الإجازة في الفقه الإسلامي (المجيز):

المجيز في الفقه الإسلامي هو كل من يملك مباشرة التصرف الموقوف؛ فقد يكون هو المالك أو وليه أو وكيله. ومثاله إذا باع الفضولي ملك غيره؛ توقف العقد على إجازة المالك الأصلي أو وليه أو وكيله؛ لأنهما يقومان مكانه في التصرف. فإذا أجاز بيعه اعتبر وكيلاً ونفذ البيع منذ عقده؛ وإلا فبيعه باطل. وبعبارة أخرى؛ المجيز: هو كل من يقدر على الإجازة سواء كان تملكاً: كالبيع، والإجارة، والهبة، والتزويج، والتزوج. أو إسقاطاً: كالطلاق أو الاعتاق، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها.^(٢)

(١) عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، ص ٢٠٢.
(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٧، ص ٥٣. عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، ص ٢١٣.

المسألة الثالثة: شروط صحة الإجازة: (١)

تتلخص شروط صحة الإجازة بالآتي:

أولاً: قيام العاقدين وقت صدور التصرف ووقت الإجازة؛ فإذا مات أحدهما قبل إجازة صاحب الشأن بطلت الإجازة.

ثانياً: لا بد أيضاً من وجود المجيز (من له حق الإجازة)؛ فإذا مات قبل الإجازة؛ فإجازته لا تورث.

ثالثاً: لا بد أيضاً من بقاء محل التصرف الموقوف -كالمبيع مثلاً- فلا تصح إجازته بعد هلاكه.

رابعاً: لا بد أيضاً من بقاء الثمن؛ خاصة إذا كان عيناً، فإذا هلك؛ فلا تلحقه الإجازة. أما إذا كان الثمن ديناً فتلحقه الإجازة لبقائه في الذمة حتى بعد هلاكه.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٩-١٥١. ابن الهمام، فتح القدير، ج٧، ص٥٤-٥٥. عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، ص٢٢٣-٢٢٦.

المسألة الرابعة: حكم الإجازة في الفقه الإسلامي:

يتلخص حكم الإجازة في الفقه الإسلامي بمقولة شائعة بين الفقهاء وهي: "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة" (١) أي أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الإبتداء. يقول عبد الرازق حسن فرج بخصوص هذه القاعدة: "ولو أخذنا هذه القاعدة على إطلاقها وجب أن نقول إن التصرف الموقوف إذا أُجيز يكون له حكم التصرف النافذ منذ إنشائه؛ ولكن المذهب الحنفي يرى أن من التصرفات ما يستند إلى وقت إنشائه، ومنها ما يقتصر على حال صدور الإجازة. فالإجازة تارة تكون إنشاءً، وتارة تكون إظهاراً". (٢)

ومثال التصرفات التي يقتصر حكمها على وقت صدور الإجازة -أي الإجازة التي يكون حكمها إنشاءً-:

أولاً: إذا باع فضوليّ مال غيره دون إذنه؛ لا يجوز للمشتري التصرف فيه قبل إجازة صاحب المال الأصلي، ولا يُعتبر تصرفه صحيحاً إلا بعد الإجازة. يقول الزبيدي: "ومن باع ملك غيره بغير أمره، فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ، ولا يجوز للمشتري التصرف فيه قبل الإجازة سواء قبضه أو لم يقبضه". (٣)

ثانياً: إذا طلق فضوليّ امرأة؛ يثبت حكم الطلاق مقصوراً من لحظة الإجازة، ولا تترتب أحكام الطلاق والعدة إلا من لحظة الإجازة. يقول الخرشي: "وطلاق الفضولي متوقف على إجازة الزوج كبيعته؛ إلا أن العدة والأحكام من يوم الإجازة بخلاف البيع". (٤)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٣١. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٢، ص١٣٤. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج٣، ص٣١١. عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف، ص٢٣٠.

(٢) عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف، ص٢٣٠.

(٣) أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي الحنفي (ت: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، ط١، المطبعة الخيرية، (١٣٢٢هـ)، ج١، ص١٩٦.

(٤) الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ج٤، ص٣٢. عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف، ص٢٣٢.

أما مثال التصرفات التي يثبت حكمها مستنداً إلى وقت صدورها -أي الإجازة التي يكون حكمها إظهاراً- :

أولاً: إذا باع فضوليّ مال غيره، وأجازه هذا الأخير؛ يُعتبر بيعه نافذاً ومستنداً حكمه إلى وقت إنشاء العقد إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وإذا هلك ثمن المبيع بيده قبل الإجازة لا يضمنه؛ باعتبار يده يد أمان تماماً كيد الوكيل. يقول ابن الهمام: "وإذا أجاز المالك، صار المبيع ملكاً للمشتري والثمن مملوكاً له أمانة في يده -أي في يد الفضولي- فلو هلك لا يضمنه الكوكيل؛ فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة". (١)

ثانياً: إذا باع فضوليّ مال غيره، وأجازه هذا الأخير؛ يثبت للمشتري الحق في كل ما يحدث للمبيع قبل الإجازة من نماء أو زيادة. جاء في الفتاوى الهندية: "وكل ما حدث من كسب وولد وعقر وأرث قبل الإجازة فللمشتري". (٢)

ثالثاً: في النكاح الموقوف على إذن الزوجة، إذا بلغها فسكتت ولم تجزه، ولم ترده، حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من صدور العقد؛ فإنه يثبت نسب المولود -إن أجازت النكاح- مستنداً إلى وقت العقد. (٣)

المطلب الخامس: تطبيقات العقد الموقوف في الفقه الإسلامي:

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ج٧، ص٥٥.

(٢) لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط٢، دار الفكر، (١٣١٠هـ)، ج٣، ص١١٢. عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف، ص٢٣٤.

(٣) عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف، ص٢٣٣.

سأذكر بعض تطبيقات العقد الموقوف في فقهي الأحوال الشخصية والمعاملات المالية

منها الآتي:

أولاً: قد يباشر عقد الزواج فضوليً لا ولاية له في إنشائه، وقد يباشره -أيضاً- وكيلٌ تجاوز حدود الوكالة التي وكل بها، وقد يباشره وليٌ أبعد مع وجود الأقرب؛ ففي كل هذه الحالات الراجح في الفقه الإسلامي عدم إبطال العقد؛ بل جعله موقوفاً على إجازة من له الحق في إنشائه. يقول المرغيناني: "وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي، بكرةً كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه لا ينعقد إلا بولي، وعند محمد ينعقد موقوفاً. وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً؛ لأن النكاح يراد لمقاصد والتفويض إليهن مغل إلا أن محمداً يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج؛ وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة". (١)

يظهر لنا جلياً -من خلال كلام المرغيناني- اختلاف الفقهاء في صحة عقد زواج البكر أو الثيب عندما يُباشره من ليس له الحق في إنشائه. والذي يترجح لدي القول بجعله موقوفاً؛ حيث أنها تصرفت في خالص حقها، وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة؛ ولما في ذلك من تخفيفٍ من البطلان. ويُدعم هذا الرأي قول أبي حنيفة: "ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي"؛ فمن باب أولى انعقاد نكاحها موقوفاً على إجازة الولي.

ثانياً: لو خالع الزوج زوجته بإرادة منفردة دون علمها؛ يقع تصرفه موقوفاً على إجازتها؛ فإن شاءت أجازت؛ وإلا فلا. يقول الزيلعي: "لو قال الزوج: "خالعت امرأتي على كذا" وهي غائبة، فبلغها، فقبلت جاز؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة" (٢). حيث أن قبولها إجازةً لتصرفه.

(١) المرغيناني، الهداية، ج ١، ص ١٩١. عبد الرازق فرج، نظرية العقد الموقوف، ص ١٦٨.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٢، ص ١٣٤.

ثالثاً: إذا أخرج الصغير شيئاً من ماله صدقةً أو هبةً دون إذن مسبقٍ من وليه؛ الراجح عند المالكية أن يقع هذا التصرف موقوفاً على إذن وليه أو وصيه. يقول ابن رشد: "أما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال، ولا المحيض من النساء، فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة، ولا صدقة، ولا عطية، ولا عتق، وإن أذن له الأب في ذلك، أو الوصي. فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض، كان موقوفاً على نظر وليه إن كان له ولي، فإن رآه رشداً أجازته؛ وإلا أبطله".^(١)

وأرجح ما ذهب إليه المالكية؛ لما في ذلك من تخفيفٍ للبطلان وتعاونٍ على البر وتسيير للمعاملات؛ خاصةً أن الولي إن رأى في تصرفه رشداً أجازته؛ وإلا أبطله؛ حيث أن هذا التبرع لم يكن بإذن الولي ابتداءً، وإنما إجازةً لاحقةً لتصرفٍ وقع وانتهى.

رابعاً: إذا خالف الوكيل موكله في البيع أو الشراء فاشتري مثلاً غير ما أمر بشرائه، أو خالف موكله بأي صورةٍ كانت؛ عندها يقع تصرفه موقوفاً على إجازة موكله. يقول ابن قدامة: "إن الوكيل إذا خالف موكله، فاشتري غير ما أمره بشرائه، أو باع ما لم يؤذن له في بيعه، أو اشتري غير ما عين له، فعليه ضمان ما فوت على المالك، أو تلف؛ لأنه خرج عن حال الأمانة، وصار بمنزلة الغاصب... إلا أن يرضى الأمر، فيلزمه. يعني إذا اشتري غير ما أمره بشرائه، بثمن في ذمته، فإن الشراء صحيح، ويقف على إجازة الموكل، فإن أجازته لزمه، وعليه الثمن، وإن لم يقبل، لزم الوكيل".^(٢) وتجدر الإشارة إلى أن صور مخالفة الوكيل لحدود الوكالة كثيرة: منها مخالفته لقدر الشيء الموكل فيه.

(١) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ج ٤، ص ٦٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٥٤.

وقد مر معنا سابقاً مثالُ هذه المخالفة فيما رواه البخاري عن عروة البارقي: "أن النبي - صلى الله عليه وسلم- أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه".^(١) وقد تم الاستدلال بهذا الحديث على مشروعية العقد الموقوف بإقرار النبي -صلى الله عليه وسلم- لفعل عروة البارقي ودعائه له.

المطلب السادس: دور نظرية العقد الموقوف في التخفيف من آثار بطلان العقد:

لقد تبين لنا من خلال هذا المبحث أنَّ لنظرية العقد الموقوف دوراً بارزاً في التخفيف من البطلان، وقد ظهر هذا جلياً من خلال الكثير من تطبيقاته؛ حيث أن انعقاد التصرف موقوفاً على الإجازة فيه رعاية للمصلحة، ويعتبر من قبيل التعاون على البر كما في حالة تصرف الفضولي، فهو من قبيل التسامح والتيسير على الناس في المعاملات، ورفع الحرج والضيق عنهم.^(٢)

(١) البخاري، صحيح البخاري، ج٤، ص٢٠٧، حديث رقم ٣٦٤٢.

(٢) عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، مكتبة محمد قطب، القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م)، ص٦٢.

ومن المصلحة الحكم بصحة العقد الموقوف؛ وذلك لأن تصرف العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن، خاصة إذا ثبت أن قصد الفضولي البرُّ والإحسانُ لصاحب الحق الأصيل؛ فلا يجوز القول بإهدار هذا التصرف، وإلحاق كلامه، وقصده بكلام المجانين.^(١) خاصة "إذا علمنا أن هؤلاء الفضوليين أهل خبرة ودربة في الأسواق ومعرفة السلع وتقدير أثمانها، وهم بحكم صلتهم بالناس يعرفون ما يحتاجه الناس. وفي الغالب هؤلاء يحبون قضاء حاجات الناس؛ وعليه لا يُمانع الشرع من الاستفادة منهم ومن خبراتهم ونصائحهم؛ فإن لبوا حاجة هؤلاء المالكين -مثلاً- في الربح وقضاء الحاجة أجازوهم في عقودهم لهم؛ وإن أدركوا أن هذه العقود الفضولية لا تفيدهم ولا تحقق المنافع المقصودة لهم؛ لم يجيزوها وأبطلوها".^(٢)

وتجدر الإشارة -أيضاً- إلى قاعدة: "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"^(٣) وهي قاعدة فقهية مهمة جداً في هذا المقام؛ حيث تعتبر تأسيساً لحكم إجازة العقد الموقوف في كثير من حالاته؛ أي أن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الإبتداء؛ فإذا أُجيز التصرف الموقوف؛ يكون له حكم التصرف النافذ منذ إنشائه. وفي هذا أيضاً تخفيفٌ من البطلان؛ حيث تجعل هذه القاعدة حكم الإجازة اللاحقة كحكم الوكالة السابقة؛ مما يُسهّم في تفعيل وتصحيح تصرفات الفضولي وعدم الحكم عليها بالبطلان؛ إذ أن الحكم عليها بالبطلان يُؤثر سلباً على سير المعاملات، واستقرارها، وترتب آثارها الشرعية، والتي لا تقتصر على الفضولي - فحسب- بل وعلى كل من تعاقد معه، وحتى على صاحب الحق الأصيل.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٩.

(٢) محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ط١، دار الفرقان، عمان، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، ج١، ص١٠٩-١١٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٢، ص٢٣١. الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٢، ص١٣٤. البابرتي، العناية شرح الهداية، ج٣، ص٣١١.

المبحث الثاني نظرية تحول العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من خمسة مطالب هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف تحول العقد لغة واصطلاحاً:

المطلب الثاني: مشروعية تحول العقد في الفقه الإسلامي:

المطلب الثالث: شروط تحول العقد في الفقه الإسلامي:

المطلب الرابع: تطبيقات تحول العقد في الفقه الإسلامي:

المطلب الخامس: دور نظرية تحول العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف تحول العقد لغة واصطلاحاً:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين:

المسألة الأولى: تبين مفهوم التحول لغةً:

التحول لغةً: من حَوَّلَ يُقَالُ حَالَتْ القوس واستحالت، بمعنى؛ أي انقلبت عن حالها التي غمزت عليها وحصل في قابها اعوجاج.^(١) وحَال عن العهد؛ أي انقلب عنه، وحَال لونه؛ أي تغير واسود. والتَّحَوَّلُ؛ أي التَّنْقِلُ من موضع إلى موضع، ومنه قوله تعالى: ﴿خَلِدِينَ فِيهَا لَا يَبْعُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾ سورة الكهف، الآية ١٠٨؛ أي لا يبعون عنها تحولاً ولا انتقالاً.^(٢)

المسألة الثانية: تبين مفهوم تحول العقد اصطلاحاً:

بدايةً، لا بد من الإشارة إلى أن مفهوم تحول العقد هو ذاته ما يُعبر عنه الفقهاء بانقلاب العقد.^(٣)

ويُقصد به: أنه إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وكان يتضمن أركاناً أو عناصرَ عقدٍ آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين؛ فينصرف إليه، وإن اعتبر باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه.^(٤)

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب اللام، فصل الحاء، ج ١١، ص ١٩٥.

(٢) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط ٥، المكتبة العصرية، بيروت، (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م)، باب حول، ص ٨٤.

(٣) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧١٩.

(٤) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧١٨. إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ٣٩.

المطلب الثاني: مشروعية تحول العقد في الفقه الإسلامي:

تظهر مشروعية تحول العقد في الفقه الإسلامي من خلال العديد من الأدلة الشرعية،
منها الآتي:

أولاً: من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ
تَعْلَمُونَ﴾ سورة البقرة، الآية / ٢٨٠.

وجه الدلالة: يظهر لنا جلياً أن الله - عز وجل- ندب الدائن إلى الصدقة على المعسر،
وجعل ذلك خيراً من إنظاره. يقول القرطبي: "قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ
تَعْلَمُونَ﴾ ندب الله تعالى بهذه الألفاظ إلى الصدقة على المعسر، وجعل ذلك خيراً من
إنظاره".^(١) وبعبارة أخرى: ندب الله - عز وجل- الدائن إلى تحويل الدين الذي بينه وبين الفقير
المعسر إلى صدقة، وقد ظهر هذا الندب من خلال قوله تعالى: ﴿خَيْرٌ لَّكُمْ﴾؛ لما في إسقاط
الدين بالتصدق فيه على الفقير المعسر مصلحة ظاهرة ومرجوة. ومن هنا تظهر مشروعية
تحول العقد: حيث أنه - عز وجل- لا يندب لمحرم. إذن؛ إذا كانت المصلحة ظاهرة في انقلاب
العقد إلى عقد آخر؛ فلا مانع من انقلابه، بل هو شيء محمود وخير، خاصة إذا كان هذا
التصرف أو هذا العقد قد توافرت فيه عناصر وشروط العقد الجديد ولا يتنافى هذا الأخير مع
غرض العاقدين.

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٧٤.

ثانياً: ومن السنة: ما رواه أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: أتى النبي -صلى الله عليه وسلم- بلحم، فقيل: تصدق على بريرة، قال: "هو لها صدقة ولنا هدية".^(١)

يقول ابن حجر في شرح هذا الحديث: "إن الصدقة إذا قبضها من يحل له أخذها ثم تصرف فيها؛ زال عنها حكم الصدقة وجاز لمن حرمت عليه أن يتناول منها إذا أهديت له أو بيعت"^(٢)

ويقول السرخسي: "إذا كسا مسكيناً عن كفارة يمينه، ثم مات المسكين، فورثه هذا منه، أو اشتراه في حياته، أو وهبه له، لم يفسد ذلك عليه؛ لأن الواجب قد تأدى بوصول الثوب إلى يد المسكين، ولم يبطل ذلك بما اعترض له من الأسباب، وقد بينا في الزكاة نظيره. والأصل فيه ما روي أن بريرة كان يُتصدق عليها، وتهديه إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، ويقول: "هي لها صدقة، ولنا هدية"^(٣)؛ فهذا دليل على أن اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان"^(٤)

وجه الدلالة: ظهر لنا جلياً من خلال السابق أن اختلاف أسباب الملك قد تكون سبباً لانقلاب العقود وتحولها؛ فهذا هو أصل اللحم الذي تُصدق به على بريرة صدقة؛ ولكنه بتملك بريرة له؛ تحول بذله منها لرسول الله -عليه الصلاة والسلام- إلى هبة؛ حيث أن عناصر وشروط العقد الأول -الصدقة- قد بطلت ببذله لرسول الله -عليه الصلاة والسلام-؛ حيث أنه -عليه الصلاة والسلام- لا تجوز عليه الصدقة؛ ولكن وبنفس الوقت توافرت فيه عناصر وشروط عقد جديد لا يتنافى مع غرض العاقدين، ألا وهو عقد الهبة؛ بجامع أن كليهما بذل مال للغير من غير مقابل؛ فتحولت الصدقة إلى هبة.

(١) محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، ط ١، دار طوق النجاة، (١٤٢٢هـ)، ج ٣، ص ١٥٥، باب قبول الهدية، حديث رقم ٢٥٧٧.

(٢) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، أشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (١٣٧٩هـ)، ج ٥، ص ٢٠٥.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) محمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ج ٨، ص ١٥٥.

ثالثاً: ومن المصلحة:

لقد بيّنت سابقاً أن المصلحة تعني: جلب منفعة أو دفع مفسدة، وبالنظر إلى هذا المعنى نجد أن من المصلحة القول بمشروعية تحول العقد؛ لدفعه عنا الكثير من المفسد؛ حيث أن تصحيح تصرفات وعقود المكلفين بتحويلها إلى عقودٍ صحيحةٍ وعدم إبطالها - ما أمكن - يعمل على تجنب الآثار السلبية الناجمة عن إبطالها من تفككٍ للعقود، وعدم استقرار المعاملات، وما ينجم عن ذلك من تضييع للحقوق وتفويتٍ للكثير من الفرص التي تُسهم في بناء المجتمع واستقراره. خاصةً إذا علمنا أن درءَ هذه المفسد مقصداً من مقاصد الشارع؛ لما تحققه من حفظٍ للأموال والنسل والنسب كما سيمر معنا لاحقاً في تطبيقات هذا المبحث. وإذا علمنا - أيضاً- أن هذا التصرف قد صدر من عاقل قاصد لعقده؛ فمن الأوجه حمل عقده على قصده - ما أمكن- عملاً بقاعدة: "إن تصرفَ العاقل محمولٌ على الوجه الأحسن ما أمكن".^(١) ولأن أعمال الكلام أولى من إهماله.^(٢)

وأخيراً: القول بمشروعية تحول العقد تُؤيده القاعدة الفقهية الشهيرة بين الفقهاء وهي: "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟"^(٣) أو "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"^(٤)؛ أي أن العبرة في العقود قصد المتعاقدين، لا ما صدر منهما من ألفاظ؛ فإذا علمنا أن قصد المتعاقدين عقدٌ آخر غير الذي تلفظا به؛ فلا مانع شرعاً من تحوله. وهذا ما أشار إليه ابن رجب الحنبلي في قواعده

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص١٤٩.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٢٨.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٦٦. تجدر الإشارة إلى أن الإمام السيوطي -رحمه الله- صاغ هذه القاعدة بأسلوب الإستفهام؛ لأنها محلٌ خلافٍ بين فقهاء المذهب الشافعي.

(٤) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، (المادة: ٣)، ص١٦.

حيث قال: "إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها، فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ وفيه خلاف، يلتفت إلى أن المذهب هل هو اللفظ أو المعنى".^(١) وأشار إليه أيضاً ابن القيم قائلًا: "ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسي والسكران والجاهل..... فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها".^(٢)

المطلب الثالث: شروط تحول العقد في الفقه الإسلامي:

يشترط لتحول العقد في الفقه الإسلامي شروطاً عدة، أجمالها في الآتي:^(٣)

أولاً: تعرض العقد للبطلان الكلي.

ثانياً: الإرادة في تحول العقد.

ثالثاً: موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره.

سأتناول -إن شاء الله تعالى- بحث كل شرطٍ في مسألة مستقلة.

(١) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية، قاعدة ٣٨، ص ٤٨. إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، ص ٤٠.

(٢) محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، ج ٣، ص ٧٨-٧٩.

(٣) إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ٨٥. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، ص ١٢٧.

المسألة الأولى: تعرض العقد للبطلان:

يشترط لتحول العقد إلى عقدٍ آخر تعرض العقد الأول للبطلان الكلي؛ فلا يجوز تحويله إذا كان صحيحاً، حتى وإن تضمن عناصر العقد الآخر، واتجهت إليه إرادة المتعاقدين؛ حيث لا ضرورة للتحويل، ولدرء مفسدة التلاعب بتحويله فراراً من آثاره الشرعية المترتبة عليه أو من بعضها؛ مما يؤدي إلى الفوضى وتضييع الحقوق وعدم استقرار المعاملات. وتجدر الإشارة -أيضاً- إلى ضرورة أن يكون بطلان العقد كلياً، أما إذا كان جزئياً فمن الممكن انتقاصه. (١)

وقد تطرقت لبيان مفهوم البطلان اصطلاحاً، وأسبابه، ومراتبه، وتمييزه عما يُشتبه به خلال الفصل الأول من هذه الأطروحة، ولا داعي لتكراره.

المسألة الثانية: الإرادة في تحول العقد:

يشترط لتحول العقد إلى عقدٍ آخر أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد سواء أكان ذلك ابتداءً ضمناً دون التصريح به عند عقده، أو قد تتأخر فتنتمثل بعدم الممانعة لتحويله حال بطلانه. إلا أن هذه الإرادة تقتصر على إنشاء العقد والإتيان بسببه دون التحكم بالآثار والنتائج المتسببة عنه؛ حيث أن الأخيرة من وضع الشرع لا من وضع العاقدين. يقول الشاطبي: "إن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه، ثم قصد أن لا يقع مسببه؛ فقد قصد محالاً، وتكلف رفع ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه. فمن عقد نكاحاً على ما وضع له في الشرع، أو بيعاً أو شيئاً من العقود، ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه؛ فقد وقع قصده عبثاً، ووقع المسبب الذي أوقع سببه". (٢)

(١) سأحدث -إن شاء الله- عن نظرية انتقاص العقد من خلال المبحث اللاحق.

(٢) إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، الموافقات، تحقيق: مشهور حسن، ط١، دار ابن عفان، (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م)، ج١، ص٣٣٩.

ويقول ابن تيمية: "إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالمالك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا. لم نثبتته ابتداءً كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة، فإذا كنا نحن المثبتين لذلك الحكم، ولم يحرم الشارع علينا رفعه، لم يحرم علينا رفعه، فمن اشترى عيناً فالشارع أحلها له وحرمها على غيره لإثباته سبب ذلك، وهو الملك الثابت بالبيع، ولم يحرم الشارع عليه رفع ذلك، فلأن يرفع ما أثبتته على أي وجه أحب مما لم يحرمه الشارع عليه، كمن أعطى رجلاً مالاً فالأصل أن لا يحرم عليه التصرف فيه، وإن كان مزيلاً للملك الذي أثبتته المعطي ما لم يمنع منه مانع".^(١)

ويُلخص الزرقا السابق بالآتي: "تكاد تكون جمهرة الاجتهادات متفقة على مبدأ عام، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها إنما هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس، ويجعل كل عقد طريقاً إلى نتائج معينة يرتبها عليه... ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أن العقد سبب شرعي، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرها بينهم. فإلى الشارع يعود تحديد هذه النتائج؛ وإنما تستمد إرادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها. فإن للشرع نظاماً يحميه، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وإرادات أصحابها من جهة، وبين المصالح العامة وإرادة الشارع من جهة أخرى، كما أن الشارع أيضاً هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناءً على مباشرتهم لأسبابها، حفظاً للتوازن، ومنعاً للتغابن، وضبطاً لنظام التعامل".^(٢)

(١) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى، ط ١، دار الكتب العلمية، (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م)، ج ٤، ص ٩١-٩٢.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ١، ص ٥٤٧-٥٤٨.

يتبين لنا من خلال السابق أن إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد وحدها لا تكفي لتحويل العقد؛ بل يشترط -أيضاً- أن تكون آثار التحول تتفق مع أحكام الشارع وأوامره ونواهيه، أما إذا كانت هذه الآثار لا تتفق مع ما يتطلبه الشارع؛ فإنه لا يُصار إلى التحول حتى ولو اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. (١)

المسألة الثالثة: موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره:

يشترط لتحويل العقد إلى عقدٍ آخر موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره. فلا بد أن يكون العقد الأصلي متضمناً ومحتوياً لعناصر العقد الجديد ليست هي نفسها عناصر العقد الأصلي ولا ينبغي أن تكون أكبر منه؛ أي لا بد من توافر كل عناصر العقد الأصلي في العقد الجديد دون زيادة. ولكن ليس بالضرورة أن تكون كل عناصر العقد الجديد متوافرة في العقد الأصلي؛ أي أنها علاقة جزء من كل: فالعقد الأصلي الباطل هو الجزء، والعقد الجديد هو الكل. وهذا بدوره سيؤدي إلى التقليل من عملية التحول وعدم الاستفادة منه إلا في نطاق ضيق وعند الحاجة. إذ لو كان ليس شرطاً أن تكون كل عناصر العقد الأصلي متوافرة في العقد الجديد ويُكتفى ببعضها -مثلاً- أو كان ليس شرطاً عدم زيادة عناصر العقد الأصلي على عناصر العقد الجديد رغم احتوائها لعناصره؛ لأدى هذا إلى زيادة حالات تحول العقود وعدم ضبطها. (٢)

المطلب الرابع: تطبيقات تحول العقد في الفقه الإسلامي:

سأورد -إن شاء الله تعالى- بعض تطبيقات تحول العقد في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، منها الآتي:

(١) إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ١١٢.

(٢) إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ١٢٢-١٢٣. بتصرف.

أولاً: تحول عقد البيع إلى عقد السلم:

ومثاله: لو قال أحدهم لآخر: "اشتريت منك ثلاثة أطنان من الأرز الهندي، على أن تسلمني إياها بعد عام، وها هو الثمن. فهل نحكم على عقد البيع هذا بالبطلان؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان؟ أم يتحول هذا العقد من عقد بيع إلى عقد سلم لاشتماله على شرائط السلم؟ تجدر الإشارة إلى أن تحول عقد البيع إلى عقد السلم محل خلاف بين الفقهاء، حتى بين فقهاء المذهب الواحد، سأورد بعض أقوال الفقهاء فيه:

يقول الكاساني: "وكذا ينعقد إذا قال المسلم إليه: بعت منك كذا، وذكر شرائط السلم، فقال رب السلم: قبلت، وهذا قول علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا ينعقد إلا بلفظ السلم، لأن القياس أن لا ينعقد أصلاً، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وأنه منهي عنه؛ إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم ... ولنا أن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع".^(١)

ويقول الشربيني: "لو قال: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم. فقال: بعتك. انعقد بيعاً، اعتباراً باللفظ، وهذا هو الأصح في أصل الروضة وصححه البغوي وغيره ... وقيل سلماً، اعتباراً بالمعنى، واللفظ لا يعارضه؛ لأن كل سلم بيع، كما أن كل صرف بيع، فإطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله ... وقال الإسنوي: الفتوى عليه".^(٢)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٠١.

(٢) الشربيني، مغنى المحتاج، ج ٣، ص ٧.

يتبين لنا من خلال السابق: جواز تحول عقد البيع إلى عقد السلم إذا تضمن شروط السلم، وهذا هو الرأي الراجح عند السادة الحنفية، وما عليه الفتوى عند الشافعية؛ لأن السلم بيع فينعد بلفظ البيع؛^(١) ولأن إطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله؛^(٢) ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني.^(٣) ولما في ذلك من تخفيف من بطلان العقود، فبدل أن نحكم على عقد البيع بالبطلان لاختلال ركن من أركانه أو شرط من شروطه. ونزيد من حالات بطلان العقود وما يتبعها من آثار سلبية على العاقدين بشكل خاص، وعلى استقرار المعاملات بشكل عام. لذا أرجح القول بجواز تحول عقد البيع إلى عقد السلم، خاصة إذا علمنا أن هذا العقد الذي أصبح باطلاً، أضحى -أيضاً- مستوفياً لشروط وأركان عقد جديد؛ فلا مانع من أن يتحول إليه.

ثانياً: تحول عقد السلم الحال إلى عقد البيع:

ومثاله: لو قال أحدهم لآخر: "أسلمت إليك هذه العشرة آلاف دينار في ثلاثة أطنان من الأرز الهندي حالاً". فهل نحكم على عقد السلم هذا بالبطلان؛ لاختلال شرط من شروطه، وهو شرط الأجل؟ أم يتحول هذا العقد من عقد سلم إلى عقد بيع؛ لاشتماله على شرائط البيع؟ وهذا أيضاً محل خلاف بين الفقهاء، سأورد بعض أقوالهم في المسألة:

يقول السمرقندي: "الأجل في المسلم فيه شرط الجواز، وهذا عندنا. وقال الشافعي ليس بشرط. ولقب المسألة: أن السلم الحال لا يجوز عندنا وعنده يجوز".^(٤)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٠١.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٧.

(٣) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، (المادة: ٣)، ص ١٦.

(٤) محمد بن أحمد بن أبي أحمد، السمرقندي (ت: نحو ٥٤٠هـ)، تحفة الفقهاء، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج ٢، ص ١١.

ويقول ابن قدامة: "يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً، ولا يصح السلم الحال. قال أحمد: لا يصح حتى يشترط الأجل. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي. وقال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: يجوز السلم حالاً؛ لأنه عقد يصح مؤجلاً، فصح حالاً، كبيع الأعيان، ولأنه إذا جاز مؤجلاً؛ فحالاً أجوز، ومن الغرر أبعد. ولنا، قول النبي -صلى الله عليه وسلم- : "من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم"^(١) فأمر بالأجل، وأمره يقتضي الوجوب"^(٢).

ويقول ابن رجب الحنبلي في قواعده: "ومنها: لو أسلم في شيء حالاً فهل يصح ويكون بيعاً أو لا يصح؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو ظاهر كلام أحمد في رواية المروزي لا يصح البيع بلفظ السلم. والثاني: يصح، قاله القاضي في موضع من خلافه"^(٣).

تبين لنا من خلال أقوال الفقهاء السابقة أن جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والأظهر عند الحنابلة، يشترطون الأجل لصحة عقد السلم؛ وعليه يكون حكم عقد السلم الذي يكون المسلم فيه حالاً باطلاً. إلا أن الإمام الشافعي لا يشترطه قياساً على عقد البيع؛ لاشتماله على شرائطه. وبناءً على قول الشافعي ورواية عند الحنابلة نرى أن هناك من الفقهاء من قال بجواز تحول عقد السلم إلى عقد البيع. وهذا ما أرجحه؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني^(٤). ولاشتمال عقد السلم -الذي يكون المسلم فيه حالاً- على أركان عقد البيع الصحيح وشروطه؛ حيث أنه بيع معاوضة في الحال وتم فيه القبض. ولما في ذلك من تخفيفٍ من بطلان العقود؛ فبذل أن نحكم عليه بالبطلان؛

(١) البخاري، صحيح البخاري، ج٣، ص٨٥، حديث رقم ٢٢٤٠.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢١٨.

(٣) ابن رجب الحنبلي، القواعد، ص٤٩.

(٤) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، (المادة: ٣)، ص١٦.

لاختلال ركن من أركانه أو شرط من شروطه، ونزید من حالات بطلان العقود وما يتبعها من آثار سلبية على العاقدين بشكل خاص، وعلى استقرار المعاملات بشكل عام؛ نقوم بتصحيحه وتحويله إلى عقد صحيح آخر. لذا أرجح قول الإمام الشافعي -وهي رواية عن الحنابلة أيضاً- بجواز تحول عقد السلم الحال إلى عقد بيع، وعدم الحكم عليه بالبطلان؛ لاشتماله على شرائط عقد البيع الصحيح. خاصة إذا علمنا أن هذا العقد الذي أصبح باطلاً، أضحى -أيضاً- مستوفياً لشروط وأركان عقد جديد؛ فلا مانع من أن يتحول إليه.

ثالثاً: تحول عقد السلم المُعَيَّن المؤجل إلى عقد البيع:

ومثاله: لو قال أحدهم لآخر: "أسلمت إليك هذه العشرة آلاف دينار في هذه السيارة مؤجلاً". فهل نحكم على عقد السلم هذا بالبطلان؛ لإختلال شرط من شروطه، وهو شرط كون المسلم فيه ديناً في الذمة لا معيناً؟ أم يتحول هذا العقد من عقد سلم إلى عقد بيع؛ لاشتماله على معنى البيع؟

تجدد الإشارة إلى أنه يشترط لصحة عقد السلم عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والأظهر عند الشافعية (١) أن يكون المسلم فيه ديناً في ذمة المسلم إليه؛ لأنه شرع للحاجة ولا فائدة منه إذا كان معيناً، إلا أن هناك قولاً للشافعية يُجيزه قياساً على عقد البيع (٢) وهذه بعض عباراتهم:

يقول أحمد الدردير: "الشرط السادس: كونه -أي المسلم فيه- ديناً في ذمة المسلم إليه؛ وإلا كان معيناً وهو مؤد لبيع معين يتأخر قبضه وهو ممنوع، والذمة كما قال القرافي: معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم". (٣)

(١) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ص ١١١-١١٢. أحمد بن أحمد بن أبي حامد المالكي، الشهير بأحمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير للشيخ الدردير على مختصر خليل وبهامشه حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج ٣، ص ٢١٠. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٧. ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٢١٦.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٧.

(٣) أحمد الدردير، الشرح الكبير للشيخ الدردير على مختصر خليل وبهامشه حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢١٠.

ويقول الشربيني: "فلو قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فقبل، فليس بسلم قطعاً لانتهاء الدينية، ولا ينعقد بيعاً في الأظهر؛ لاختلاف اللفظ، فإن اسم السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان، والثاني: ينعقد بيعاً نظراً للمعنى". (١)

وبالإعتماد على أقوال الفقهاء السابقة يترجح لدي القول بعدم جواز تحول عقد السلم المعين المؤجل إلى عقد بيع؛ لأن السلم بهذه الطريقة مؤدٍ لبيع معين يتأخر قبضه وهو ممنوع. (٢) ومثاله: قول أحدهم لآخر: "أسلمت إليك هذه العشرة آلاف دينار في هذه السيارة مؤجلاً"؛ فأشبهه ببيع معاوضة لم يتحقق فيه القبض. وفي هذا نهى صريح؛ لإشتماله على الربا المحرم. ولو قلنا بل ينعقد بيعاً نظراً للمعنى، وهو قولٌ للشافعية، (٣) لا يسلم؛ لأن معنى السلم بهذه الصيغة مؤداه بيع مؤجل يتأخر قبضه؛ لا بيع صحيحٌ مستوفٍ لأركانه وشروطه؛ وبهذا تكون الشروط التي ذكرتها سابقاً لصحة تحول العقد قد اختلف بعضها؛ ولنستذكرها معاً:

أولها: تعرض العقد للبطلان: وها نحن نرى أن عقد السلم في هذه المسألة قد تعرض للبطلان لانتهاء الدينية، وبها تنتفي الحاجة إليه؛ ولأن السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان.

ثانيها: موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر أو عناصره: نلاحظ هنا عدم موافقة عقد السلم الباطل لأركان عقد البيع الصحيح؛ بل وافق عقد البيع الباطل؛ حيث أنه بيعٌ معينٌ متأخر قبضه.

(١) الشربيني، معنى المحتاج، ج ٣، ص ٧.

(٢) أحمد الدردير، الشرح الكبير للشيخ الدردير على مختصر خليل وبهامشه حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢١٠.

(٣) الشربيني، معنى المحتاج، ج ٣، ص ٧.

ثالثها: الإرادة في تحول العقد: وقد أشرت سابقاً إلى أن إرادة المتعاقدين إلى العقد الجديد وحدها لا تكفي لتحول العقد؛ بل يشترط -أيضاً- أن تكون آثار التحول تتفق مع أحكام الشارع وأوامره ونواهيه، أما إذا كانت هذه الآثار لا تتفق مع ما يتطلبه الشارع؛ فإنه لا يُصار إلى التحول حتى ولو اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. فيظهر لنا جلياً أن آثار تحول عقد السلم هنا إلى عقد بيع لا تتفق مع أحكام الشارع وأوامره ونواهيه؛ لاشتمال الأخير على الربا المحرم. هذا عدا أن ظاهر هذه الصيغة فيها شيء من التحايل لتغطية البيع المعين المتأخر القبض بغطاء شرعي.

وخلاصة القول: لم يتحقق من شروط صحة تحول العقد في هذه المسألة سوى الشرط الأول: وهو تعرض العقد للبطلان؛ إذن فليبق باطلاً؛ حيث أن التخفيف من آثار بطلان العقود ليس مفتوحاً على مصراعيه؛ بل ينضبط بضوابط ومعايير أهمها موافقته للشرع.

أخيراً: ربما يخطر ببال القارئ: لماذا أدرجت هذا التطبيق؛ ما زلت لا ترجحينه؟ أقول: أولاً: لتبيين كيفية وضوابط تحول العقد. ثانياً: للتمييز ما بين تحول عقد السلم المعين الحال إلى عقد بيع وهذا جائز، وبين تحول عقد السلم المعين المؤجل وهذا غير جائز. ثالثاً: للخلط الذي لاحظته من بعض طلبة العلم ما بين النوعين اللذين ذكرتهما آنفاً؛ حيث أنهم لم يلاحظوا الفرق بينهما؛ بل إنهم استدلوا ووثقوا لعبارات الفقهاء التي تتكلم عن المسلم فيه المعين المؤجل؛ ففهموها على أنها تتكلم عن المسلم فيه المعين الحال. ومنها عبارة أحمد الدردير: "الشرط السادس: كونه -أي المسلم فيه- ديناً في ذمة المسلم إليه؛

وإلا كان معيّنًا وهو مؤد لبيع معين يتأخر قبضه وهو ممنوع".^(١) ففهموا عبارته على أنها بخصوص المسلم فيه المعين الحال -وقد ظهر جلياً من عبارة الدردير أنّها بخصوص المسلم فيه المعين المؤجل لا المسلم فيه المعين الحال- ولذلك لم يرجحوا قوله بعدم الجواز؛ بل رجحوا جواز تحول العقد في هذه المسألة تحت مسمى: "لو كان المسلم فيه عيناً، هل يبطل العقد أم أنه يتحول إلى بيع لكونه يتضمن معنى البيع؟"^(٢) دون أن يلتفتوا إلى حقيقة هذه المسألة أنها بخصوص المسلم فيه المعين المؤجل؛ وإلا لما رجّحوا الجواز قياساً على عقد البيع الصحيح.

رابعاً: تحول عقد السلم -الذي يكون فيه المسلم فيه من الأثمان- إلى عقد البيع:

ومثاله: لو قال أحدهم لآخر: "أسلمت إليك ثلاثة أطنان من الأرز الهندي في عشرة آلاف دينار مؤجلاً". فهل نحكم على عقد السلم هذا بالبطلان؛ لإختلال شرط من شروطه؛ حيث أن المسلم فيه من الأثمان؟ أم يتحول هذا العقد من عقد سلم إلى عقد بيع؛ لاشتماله على معنى البيع؟

(١) أحمد الدردير، الشرح الكبير للشيخ الدردير على مختصر خليل وبهامشه حاشية الدسوقي، ج٣، ص٢١٠.

(٢) وجدت هذه المسألة في كتاب تحول العقد المالي وأثره، لإبراهيم السحيلي، ص١٤٣-١٤٤. وكذلك وجدت في بحث تحول العقد المالي وأثره، لحيدر جبار محمود، ص٢٠٨، وقد نقلها الدكتور حيدر جبار حرفياً من كتاب السحيلي. وقد ظهر جلياً الخلط عندهما بين كون المسلم فيه معيّنًا حالاً، وبين كونه معيّنًا مؤجلاً؛ ففهموا عبارات الفقهاء التي تتكلم عن المسلم فيه المعين المؤجل على أنها بخصوص المسلم فيه المعين الحال؛ لذلك لم يرجحوا قولهم بعدم الجواز -كعبارة أحمد الدردير السابقة- التي فهموا منها عدم تجويزه لتحول عقد السلم المعين الحال إلى عقد بيع؛ وقالوا: -أي السحيلي وحيدر جبار- بل نرجّح الجواز قياساً على عقد البيع الصحيح.

يقول الزيلعي: "يصح -أي السلم- في المكيل والموزون المئمن؛ لما روينا ولما بينا من المعنى، واحترز بقوله المئمن من الدراهم والدنانير؛ لأنها أثمان وليس بمئمن حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلماً؛ لأن السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع، ولو جاز فيه لانعكس؛ فإذا لم يقع سلماً يكون باطلاً عند عيسى بن أبان^(١) وقال الأعمش^(٢): يكون بيعاً بمئمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان والعبرة في العقود للمعاني. وقول عيسى أصح؛ لأن المعقود عليه في السلم المسلم فيه"^(٣).

والذي يترجح لدي: ما ذهب إليه الأعمش وهو جواز تحويل عقد السلم -الذي يكون فيه المسلم فيه من الأثمان- إلى عقد بيع؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني، وقد كان ظاهراً أن إرادة المتعاقدين تتجه إلى اعتباره بيعاً بمئمن مؤجل. ولاشتمال العقد الأصلي وهو عقد السلم الباطل على عناصر عقد البيع الصحيح؛ فلا مانع من تحويله.

خامساً: تحول عقد البيع إلى عقد الإجارة: ومثاله: قول أحدهم لآخر: "بعتك منفعة هذه الدار لمدة سنة". فهل نحكم على عقد البيع هذا بالبطلان؛ حيث أن البيع تملك عين لا تملك منفعة؟ أم يتحول هذا العقد من عقد بيع إلى عقد إجارة؛ نظراً للمعنى ولاشتماله على شرائطها؟ حيث أن الإجارة تملك للمنافع لا للأعيان، وتحتل التآقيت.

(١) عيسى بن أبان بن صدقة، أبو موسى: قاض من كبار فقهاء الحنفية. كان سريعاً بإنفاذ الحكم، عفيفاً. خدم المنصور العباسي مدة. وولي القضاء بالبصرة عشر سنين، وتوفي في (٢٢١هـ) في البصرة. من كتبه: "إثبات القياس" و"اجتهاد الرأي" و"الجامع" في الفقه، و"الحجة الصغيرة" في الحديث. / من كتاب الأعلام للزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي دمشقي (ت: ١٣٩٦هـ)، الأعلام، ط ١٥، دار العلم للملايين، (٢٠٠٢م)، ج ٥، ص ١٠٠.

(٢) سليمان بن مهران الأسدي بالولاء، أبو محمد، الملقب بالأعمش: تابعي، مشهور. أصله من بلاد الرّي، ومنشأه ووفاته في الكوفة. كان عالماً بالقرآن والحديث والفرائض، يروي نحو ١٣٠٠ حديث، قال الذهبي: كان رأساً في العلم النافع والعمل الصالح. وقال السخاوي: قيل: لم ير السلاطين والملوك والأغنياء في مجلس أحقر منهم في مجلس الأعمش مع شدة حاجته وفقره، توفي في (١٤٨هـ). / من كتاب الأعلام للزركلي، ج ٣، ص ١٣٥.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ص ١١١.

يقول الجويني: "وهذا الخلاف قربه الأصحاب من الخلاف إذا قال المكري: بعتك منافع هذه الدار سنة، ففي انعقاد الإجارة بلفظ البيع وجهان، ووجه التقريب أن البيع موضوع لتمليك الرقبة، والإجارة موضوعة لاستحقاق المنفعة، فتباعد المقتضيان".^(١)

ويقول السيوطي: "لو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال: بعتك منفعة هذه الدار شهراً، فالأصح لا ينعقد نظراً إلى اللفظ. وقيل ينعقد نظراً إلى المعنى".^(٢)

ويقول الشربيني: "ولا تتعقد الإجارة بلفظ البيع على الأصح لأن لفظ البيع موضوع لملك الأعيان؛ فلا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة".^(٣)

يظهر لنا جلياً من خلال أقوال فقهاء الشافعية السابقة أن الراجح عندهم عدم جواز انعقاد الإجارة بلفظ البيع نظراً للفظ؛ وبناءً عليه عدم جواز تحول عقد البيع في هذه الحالة إلى عقد إجارة. وما يترجح لدي هو الجواز نظراً للمعنى؛ ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني؛ ولما في ذلك من تخفيفٍ من البطلان.

(١) عبد الملك بن عبد الله بن محمد الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، نهاية المطالب في دراية المذهب، تحقيق د/ عبد العظيم محمود الديب، ط١، دار المنهاج، (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م)، ج١، ص٣٤٥.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٦٧.

(٣) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات/ دار الفكر، دار الفكر، بيروت، ج٢، ص٣٤٩.

خاصة إذا علمنا أن حدَّ الإجارة وحقيقتها أنها بيعٌ للمنافع. وها هو الشافعي -رحمه الله- يُبين هذا بالآتي: "والإجارة ملك من المستأجر للمنفعة، ومن المؤجر للعوض الذي بالمنفعة، والبيع إنما هي تحويل الملك من شيء لملك غيره، وكذلك الإجارة. فقال منهم قائل: ليست الإجارة بيع. قلنا: وكيف زعمت أنها ليست ببيع، وهي تملك شيء بتمليك غيره؟ قال، ألا ترى أن لها اسماً غير البيع؟ قلنا: قد يكون للبيع أسماء مختلفة تعرف دون البيع والبيع تجمعها مثل الصرف والسلم يعرفان بلا اسم بيع، وهما من البيع عندنا، وعندك. قال: فكيف يقع البيع مغيباً لعله لا يتم. قلنا: أو ليس قد نوقع نحن وأنت البيع على المغيب إلى المدة البعيدة في السلم ونوقعها أيضاً على الرطب بكيلٍ والرطب قد ينفد". (١)

وأستغرب وجود هذا الخلاف بين فقهاء المذهب الشافعي وترجيحهم بعدم جواز انعقاد الإجارة بلفظ البيع، وإمام مذهبهم يقول ما يقول، ويوضح ويؤكد ويدلل على أن حقيقة الإجارة بيعٌ للمنافع.

وأما بالنسبة لتطبيقات تحول العقد في فقه الأحوال الشخصية، فقد ذكر السيوطي العديد منها في كتابه الأشباه والنظائر تبعاً لتطبيقات قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟" (٢) وأشار إلى أنها محل خلاف بين فقهاء المذهب الشافعي، أذكر منها الآتي: (٣)

١- "الرجعة بلفظ النكاح، فيها خلاف خرج الهروي على القاعدة والأصح صحتها به".

ما يترجح لدي هو صحة الرجعة بلفظ النكاح نظراً للمعنى؛ أي يجوز تحويل عقد النكاح في هذه الحالة إلى رجعة؛ لتقاربهما في المعنى. ولما في ذلك من تخفيفٍ من البطلان.

(١) محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن عبد المطلب المكي، المعروف بالشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، ج٤، ص٢٧-٢٨.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٦٦. تجدر الإشارة إلى أن الإمام السيوطي -رحمه الله- صاغ هذه القاعدة بأسلوب الإستفهام؛ لأنها محل خلاف بين فقهاء المذهب الشافعي.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص١٦٧-١٦٩.

٢- "إذا قال الزوج: خالعتك ولم يذكر عوضاً، قال الهروي فيه قولان بناء على القاعدة أحدهما: لا شيء. والثاني: خلع فاسد يوجب مهر المثل".

ما يترجح لدي أنه خلعٌ فاسدٌ يوجب مهر المثل؛ لأن أعمال الكلام أولى من إهماله.

٣- "إذا وكله أن يطلق زوجته طلاقاً منجزاً وكانت قد دخلت الدار فقال لها: إن كنت دخلت الدار فأنت طالق فهل يقع الطلاق؟ فيه وجهان، لأنه منجز من حيث المعنى، معلق من حيث اللفظ".

ما يترجح لدي هو وقوع الطلاق في هذه الحالة، وتحوله من طلاقٍ معلقٍ إلى طلاقٍ منجزٍ؛ لأنه معلقٌ من حيث اللفظ، منجز من حيث المعنى. وكما ذكرت سابقاً أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني". (١)

المطلب الخامس: دور نظرية تحول العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال التطبيقات السابقة أن القول بمشروعية تحول العقد الباطل إلى عقدٍ آخر صحيح، له دور فاعل في التخفيف من بطلان العقود وآثارها السلبية الناجمة عن بطلانها. حيث أن تصحيح تصرفات وعقود المكلفين بتحويلها إلى عقودٍ صحيحةٍ وعدم إبطالها - ما أمكن - يعمل على تجنب الآثار السلبية الناجمة عن إبطالها من تفككٍ للعقود، وعدم استقرار المعاملات، وما ينجم عن ذلك من تضييع للحقوق وتفويتٍ للكثير من الفرص التي تُسهم في بناء المجتمع واستقرار معاملاته. خاصةً إذا علمنا أن درءَ هذه المفاصد مقصدٌ من مقاصد الشارع؛ لما تحققه من حفظٍ للأموال والنسل والنسب كما مر معنا سابقاً في تطبيقات هذا المبحث.

(١) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، (المادة: ٣)، ص ١٦.

المبحث الثالث نظرية انتقاص العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من خمسة مطالب، هي الآتي:

- المطلب الأول: تعريف انتقاص العقد لغةً واصطلاحاً:
- المطلب الثاني: مشروعية تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد (انتقاص العقد):
- المطلب الثالث: شروط صحة العمل بنظرية انتقاص العقد:
- المطلب الرابع: تطبيقات على انتقاص العقد في الفقه الإسلامي:
- المطلب الخامس: دور نظرية انتقاص العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف انتقاص العقد لغةً واصطلاحاً:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما الآتي:

المسألة الأولى: تعريف انتقاص العقد لغةً:

الانتقاص لغةً: من النَّقَص: وهو الخسران في الحظ. والمصدر منه النَّقْصَان: وهو قدر الشيء الذاهب من المنقوص. يُقال: نَقَصَ الشيءَ يَنْقُصُ نَقْصًا ونُقْصَانًا. وأنْقَصَه وانْتَقَصَه: أي أخذ منه قليلاً قليلاً. وانتَقَصَ الشيءَ: أي نَقَصَ. ويُقال: استَنْقَصَ المشتري الثمن؛ أي استحط منه. ويُقال: نُقِصَانه كذا وكذا؛ أي هذا قدر الذاهب. (١)

العقد لغةً: من عَقَدَ: وهو نقيض الحَل؛ عَقَدَه يَعْقِدُه عَقْدًا. يُقال: عَقَدْتُ الحبل، فهو مَعْقُود، وكذلك العهد؛ ومنه عُقْدَةُ النكاح. وعَقَدَ العهد واليمين يَعْقِدُهُمَا عَقْدًا؛ أي: أكدهما. ومن معانيه التوكيد والتغليظ. يُقال: عَقَدْتُ الحبل والبيع والعهد فأنعقد. والجمع عُقُود، وهي أوكد العهود. يُقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عَاقَدْتَه أو عَقَدْت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق. (٢)

وكننتيجة: يكون معنى "انتقاص العقد" كمركب إضافي لغةً هو: "قدرٌ ذاهبٌ من عهد

أو التزام بين طرفين ألزما بعضهما به".

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب الصاد، فصل النون، ج٧، ص ١٠٠.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، باب الدال، فصل العين، ج٣، ص ٢٩٦-٢٩٧.

المسألة الثانية: تعريف انتقاص العقد اصطلاحاً:

بدايةً، تجدر الإشارة إلى أن نظرية انتقاص العقد هي ذاتها ما يُعبر عنها بعض الفقهاء بـ (تجزؤ البطلان) يقول الزرقا: "والبطلان قابلٌ للتجزؤ في نظر فقهاءنا".^(١)

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن رجال القانون هم من تبنوا التنظير الحديث لهذه النظرية. وهناك الكثير من المؤلفات الحديثة المتخصصة بنظرية انتقاص العقد أو تجزؤ البطلان بالنسبة للنظر القانوني الحديث؛ لذلك لا مانع من الاطلاع على هذه المؤلفات والإفادة منها فالحكمة ضالة المؤمن؛ حيث أنها كثيراً ما تلتقي مع فقهاءنا الإسلامي؛ خاصة إذا علمنا أن فقهاءنا هم أول من نظّر وقعد لهذه النظرية ولكن تحت مسمى "تفريق الصفقة"^(٢) والتي عرّفت بـ: "الجمع في البيع بين ما يجوز بيعه، وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد، وعبد المرء وعبد غيره؛ تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز، ويصح فيما يجوز".^(٣)

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن هناك من فرق بين انتقاص العقد وتجزؤ البطلان، بالآتي: "إن الانتقاص لا تثار فكرته، إلا إذا تحقق مجاله وهو البطلان الجزئي، الذي يعد مجال الانتقاص، الأمر الذي يجعل الانتقاص أثراً ونتيجة للبطلان الجزئي... ولكن لما كان البطلان الجزئي وسيلة للانتقاص، وكما يحدث في بعض الحالات، يتم التعبير عن نتيجة العمل بوسيلته، فإنه يمكن التعبير -مجازاً- عن أحدهما بالآخر، فيعبر عن الانتقاص بالبطلان الجزئي".^(٤)

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧١١.

(٢) تم الإشارة لمثل هذا في العديد من المؤلفات الحديثة منها الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٨، ص١١٢. وهو أن مسألة انتقاص العقد بُحنت قديماً تحت مسمى: "تفريق الصفقة". وكذلك أشار لهذا الدكتور أحمد القرالة في بحثه تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص٣٢٣.

(٣) يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب، طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، ج٩، ص٣٧٩.

(٤) علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد ٤٢، (٢٠١٩م)، ص١٥٣٤.

أما بالنسبة لتعريف انتقاص العقد (تجزؤ البطلان) اصطلاحاً في الفقه الإسلامي، فله عدة تعريفات، منها الآتي:

-عرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: "أن يشمل التصرف على ما يجوز وما لا يجوز، فيكون في شق منه صحيحاً، وفي الشق الآخر باطلاً".^(١)

وقد نقد الدكتور أحمد القرالة هذا التعريف ووصفه: بأنه تعريفٌ يفتقر إلى الدقة للآتي:

أولاً: قد يكون التصرف مشتملاً على الجائز وغير الجائز، ومع ذلك لا يكون التصرف صحيحاً في الجائز منه. ومثاله: لو باع أحدهم لآخر خمراً وخلاً بثمن واحد، فبيع الخل جائز، وبيع الخمر غير جائز، كان العقد باطلاً لا يقبل التجزؤ والانتقاص؛ لجهالة الثمن في الجزء الجائز منه، ألا وهو الخل.

ثانياً: لا يلزم من عدم جواز التصرف عدم صحته، كما في بيع ملك الغير دون وكالة أو ولاية فهو غير جائز، ومع ذلك فالعقد ليس باطلاً، بل هو موقوف.

وأقول: -إضافة إلى النقد السابق- ما كان ينبغي صياغة هذا التعريف بهذه الطريقة لاحتوائه على التقدير. فالتقدير المنطقي الصحيح لمفرداته هو الآتي: "ما يجوز الحكم بصحته، وما لا يجوز الحكم بصحته" ويكون هذا الأخير هو الجزء الباطل من العقد. فلو تم وضع التعريف بهذه الصيغة لارتفعت الإشكاليات السابقة. وربّ قائل يقول: التقدير في اللغة وهذا أمر سديد. أجب: نعم، ولكن ليس في حد الشيء وتعريفه؛ فلا بد أن يكون التعريف جامعاً مانعاً، وبالتقدير دخل إلى التعريف ما ليس منه.

(١) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٨، ص ١١٢.

(٢) أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣٢٣.

-وعرفه الزرقا: "قد يكون العقد أو التصرف الواحد بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة إلى ناحية دون أخرى من محله. وذلك لأن الاعتبار الشرعي قد تتوافر شرائطه في جزء دون آخر من المحل، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار".^(١)

وهذا التعريف سديدٌ أيضاً؛ إلا أن الزرقا لم يُشر إلى احتمالية عدم جواز تجزؤ الاعتبار في بعض الحالات مع أن ظاهر العقد بعضه باطلٌ وبعضه معتبرٌ شرعاً.

أما بالنسبة لتعريفات رجال القانون لانتقاص العقد، فجل تعريفاتهم تصب في الآتي:
"إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً"
(٢)

يظهر لنا جلياً أن تعريفهم لانتقاص العقد كان سديداً أيضاً؛ حيث تمّ فيه الإشارة إلى احتمالية عدم جواز تجزؤ الاعتبار في بعض الحالات مع أن ظاهر العقد بعضه باطلٌ وبعضه معتبر. وبهذا يكون تعريفهم لانتقاص العقد أو تجزؤ البطلان أكثر ضبطاً من التعريفات السابقة؛ ولهذا أرجحه.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧١١.

(٢) عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ص١٢٥.

المطلب الثاني: مشروعية تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد (انتقاص العقد):

تظهر مشروعية تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد (انتقاص العقد) من خلال العديد من الأدلة الشرعية منها الآتي:

أولاً: من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ^ط وَإِن تُبْتِغُوا فَلَکُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِکُمْ لَا تُظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾

سورة البقرة، الآية / ٢٧٨-٢٧٩.

يقول القرطبي في تفسير هذه الآية: "قوله تعالى: "وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم" ... فردهم تعالى مع التوبة إلى رؤوس أموالهم وقال لهم: "لا تظلمون" في أخذ الربا "ولا تظلمون" في أن يتمسك بشيء من رؤوس أموالكم فتذهب أموالكم". (١)

وجه الدلالة: تظهر مشروعية تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد من خلال قوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتِغُوا فَلَکُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِکُمْ لَا تُظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾؛ فأمر الله -عز وجل- الدائنين بترك الأموال والزيادات الربوية التي لهم عند الناس، والاكتفاء برؤوس الأموال الأصلية الذي لا ربا فيه، وعدَّ الله عز وجل تركهم لرأس المال الأصلي الخالي من الربا والتخلي عنه نوعاً من أنواع الظلم لهم، فخطبهم وقال: "لا تظلمون" في أخذكم لأموالكم الربوية التي لكم عند المدنيين؛ لأنها باطلة ومُحرمة "ولا تُظلمون" في أن يتمسك المدنيون برأس مالكم الأصلي الخالي من الربا. وكننتيجة أبطل الله عز وجل الجزء الباطل من عقد الدين وصحح الجزء الصحيح والمشروع منه، وهو رأس المال الأصلي الخالي من الربا. ولو كان تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد ليس مشروعاً؛ لأبطل الله -عز وجل- كلَّ الأموال الربوية: زياداتها ورؤوس أموالها؛ وهذا مُحال لما فيه ظلمٌ للدائنين.

(١) القرطبي، تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٦٥.

ويقول القرطبي في المسألة التي تليها بخصوص هذه الآية: "قوله تعالى: "وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم" تأكيد لإبطال ما لم يقبض منه (١) وأخذ رأس المال الذي لا ربا فيه". (٢) وفي هذا تأكيداً من القرطبي على ما ذكرته سابقاً: وهو وجوب إبطال الجزء الباطل من العقد دون الجزء الصحيح. وعدم جواز إبطال العقد بالكلية لمجرد بطلان أحد جزئيه.

ويقول القرطبي -أيضاً- في المسألة التي تليها: "ذهب بعض الغلاة من أرباب الورع إلى أن المال الحلال إذا خالطه حرام حتى لم يتميز ثم أخرج منه مقدار الحرام المختلط به لم يحل ولم يطب، لأنه يمكن أن يكون الذي أخرج هو الحلال والذي بقي هو الحرام. قال ابن العربي: وهذا غلو في الدين، فإن كل ما لم يتميز فالمقصود منه ماليته لا عينه، ولو تلف لقام المثل مقامه والاختلاط إتلاف لتمييزه، كما أن الإهلاك إتلاف لعينه، والمثل قائم مقام الذاهب، وهذا بيّن حساً بيّن معنى. (٣)

وفي هذا تأكيداً من القرطبي -ووافقه ابن العربي- على أن التشدد في إبطال المال الحلال إذا خالطه مالٌ حرامٌ واعتباره مالاً حراماً قولاً واحداً -دون تمييز الحلال منه عن الحرام عند إمكانية التمييز- اعتباره غلواً في الدين. ولو كان التشدد في الإبطال أمراً مباحاً أو مندوباً لما اعتبراه غلواً في الدين والذي تُهيننا عنه شرعاً؛ وفي هذا دعوة إلى وجوب تجزؤ الاعتبار في الحكم على العقود؛ وذلك بإبطال الجزء الباطل منها فقط.

(١) أي من الأموال الربوية التي له عند المدنيين.

(٢) القرطبي، تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٦٥.

(٣) القرطبي، تفسير القرطبي، ج ٣، ص ٣٦٦.

ثانياً: من السنة النبوية:

١- ما رواه مسلم عن عائشة، قالت: "دخلت علي بريرة، فقالت: إن أهلي كاتبوني على تسع أواق في تسع سنين، في كل سنة أوقية فأعينيني، فقلت لها: إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك، ويكون الولاء لي فعلت، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأتتني فذكرت ذلك قالت: فانتهرتها، فقالت: لا ها الله إذا قالت، فسمع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فسألني، فأخبرته، فقال: "اشتريها وأعتقها، واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق" ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عشية، فحمد الله، وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: "أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلاناً والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق".^(١)

وجه الدلالة: إن النبي -عليه الصلاة والسلام- أبطل الشرط المخالف لكتاب الله تعالى، وأمضى العقد الذي أبرمته السيدة عائشة -رضي الله عنها- ولم يجعل الشرط الباطل مُبطلاً للعقد بالكلية.^(٢)

٢- ما رواه مسلم عن عمران بن حصين: "أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً".^(٣)

(١) مسلم، صحيح مسلم، ج٢، ص١١٤٢، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم ١٥٠٤.

(٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، ج٣، ص١٩٤. أحمد القرآلة، تصحيح التصرفات الفاسدة، ص٣٣٩.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، ج٣، ص١٢٨٨، باب من أعتق شركاً له في عبد، حديث رقم ١٦٦٨.

وجه الدلالة: نلاحظ أن النبي -عليه الصلاة والسلام- قد قال قولاً شديداً للمعتق؛ كراهية لفعله وتغليظاً عليه؛ مما يدل على أن تصرف المعتق كان باطلاً بالكامل أو حوى على البطلان. ولكن لما رأى النبي -عليه الصلاة والسلام- إمكانية تصحيح تصرفه لاحتوائه على الباطل والصحيح معاً؛ لم يبطله بالكامل، بل أبطل الجزء الباطل منه فقط وصحح الآخر؛ وذلك بالإقراع بين المملوكين وإجراء نتيجة القرعة مجرى الوصية المسموح بها شرعاً. ولو لم يكن تصحيح أحد جزئي العقد وإبطال الجزء الباطل منه مشروعاً؛ لأبطل -عليه الصلاة والسلام- تصرف المعتق بالكامل. (١)

٣- ما رواه أبو داود عن سليمان بن عمرو، عن أبيه، قال: "سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في حجة الوداع يقول: "ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون، ولا تظلمون، ألا وإن كل دم من دم الجاهلية موضوع، وأول دم أضع منها، دم الحارث بن عبد المطلب، كان مسترضعاً في بني ليث فقتلته هذيل"، قال: "اللهم هل بلغت"، قالوا: "نعم"، ثلاث مرات، قال: "اللهم اشهد"، ثلاث مرات". (٢)

وجه الدلالة: خاطبهم الرسول -عليه الصلاة والسلام- وقال: "لكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون، ولا تظلمون"؛ أي "لا تظلمون" في أخذكم لأموالكم الربوية التي لكم عند المدنيين؛ لأنها باطلة ومُحرمة و "لا تظلمون" في أن يَتمسك المدنيون برأس مالكم الأصلي الخالي من الربا. وفي هذا دلالة على مشروعية تصحيح أحد جزئي العقد وإبطال الجزء الباطل منه فقط. فها هو -عليه الصلاة والسلام- أبطل الجزء الباطل من عقد الدين وصحح الجزء الصحيح والمشروع منه والذي هو رأس المال الأصلي الخالي من الربا. ولو كان تصحيح أحد شقي أو جزئي العقد ليس مشروعاً؛ لأبطل -عليه الصلاة والسلام- كلَّ الأموال الربوية: زياداتها ورؤوس أموالها؛ وهذا مُحال لما فيه ظلمٌ للدائنين

(١) أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣٤٠.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٤٤، باب في وضع الربا، حديث رقم ٣٣٣٤. وهو حديث صحيح بحكم الألباني.

ثالثاً: من المعقول:

يظهر لنا جلياً مشروعية انتقاص العقد من خلال المعقول من خلال الآتي:

أولاً: من خلال المصلحة:

فقد ذكرت سابقاً أن المصلحة جلب منفعة أو دفع مضرّة، والقول بمشروعية انتقاص العقد وتصحيحه قدر الإمكان -بانتقاص الجزء الباطل منه وإبقاء الشق الآخر منه صحيحاً- قولٌ يتمشى مع تحقيق المصالح؛ لما فيه من تخفيفٍ من البطلان. فبدل أن نحكم بالبطلان على العقد بأكمله لمجرد احتوائه على شقٍ باطل، بل يُبطل الجزء الباطل منه فقط، وتُبقى الجزء الآخر منه صحيحاً؛ "لأن ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما؛ فبطل حمل أحدهما على الآخر، وبقياً على حكمهما؛ فصح فيما يجوز، وبطل فيما لا يجوز". (١)

خاصةً إذا علمنا أنّ هذا متوافقٌ مع ما تقتضيه العقول السليمة في أن المحافظة على البعض أولى من تضييع الكل؛ حيث أنّ حفظ البعض أولى من تضييع الكل. (٢) وهذا ما أشار إليه العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام، حيث قال: "ولا شك أن حفظ البعض أولى من تضييع الكل، وقد قال شعيب -عليه السلام-: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ﴾ سورة هود، الآية ٨٨/ وقال الله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ سورة التغابن، الآية ١٦/. فعلق تحصيل مصالح التقوى على الاستطاعة، فكذاك المصالح كلها". (٣)

(١) يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، ج ٩، ص ٣٧٩.

(٢) محمد علي محمد بني طه، قواعد التبويض وأثرها في فقه المعاملات المالية، إشراف الدكتور محمد أحمد القضاة، الجامعة الأردنية، (٢٠٠٥م)، ص ١١٣.

(٣) عبد العزيز بن عبد السلام بن الحسن الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة: جديدة مضبوطة منقحة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م)، ج ٢، ص ٤٥.

ثانياً: من خلال القياس:

وذلك بقياس العقد أو التصرف الذي حوى على الباطل والصحيح معاً -مع امكانية الفصل بينهما وتعيين الجزء الباطل منه- على العقدين أو التصرفين المنفصلين عن بعضهما البعض أحدهما باطل والآخر صحيح؛ فينفرد كلٌ منهما بحكمه بلا خلاف؛ كذلك العقد الذي يكون البطلان فيه جزئياً بجامع أن -في كليهما- تعيين الجزء الباطل وتمييزه عن الجزء الصحيح ممكنٌ. يقول ابن قدامة في ما يجوز وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة: "ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه".^(١) أيضاً، لأن الحكم يثبت بقدر العلة؛ فلا يجوز تعميمه مع خصوصها، يقول الكاساني: "إن الفساد بقدر المفسد؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة، والمفسد خص أحدهما، فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة".^(٢)

المطلب الثالث: شروط صحة العمل بنظرية انتقاص العقد:

يشترط لصحة العمل بنظرية انتقاص العقد مجموعة من الشروط لا بد من مراعاتها، أجمالها في الآتي:

أولاً: بطلان التصرف جزئياً؛ أي أن يكون أحد جزئي التصرف باطلاً، والآخر منه صحيحاً؛ لأنه لو كان باطلاً في جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه، فإن أي جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلاً.^(٣)

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٧٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصائغ، ج ٥، ص ١٤٥. وأشار إلى مثل هذا المرغيناني في كتاب الهداية، ج ٣، ص ٥١. وكذلك الزيلعي في كتاب تبيين الحقائق، ج ٤، ص ٦٠.

(٣) عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، ص ٢٤٧. علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد، ص ١٥٣٤. إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ٥٢.

ثانياً: إمكانية الفصل بين الجزء الباطل والجزء الصحيح منه، أما إذا تبين أن الشق الذي وقع باطلاً لم يكن العقد ليتم بدونه؛ بل هو عنصر منظور إليه، فإنه يكون باطلاً في الجميع لعدم إمكان الفصل بينهما. (١)

ومثال ذلك: كمن جمع في بيع واحد بين شاةٍ مذكاةٍ وأخرى ميتةٍ وبثمن واحد؛ لا يصح تجزؤ البطلان هنا لتعذر إمكانية الفصل بينهما لاتحاد الثمن. يقول الزيلعي: "أما إذا بين ثمنهما صارا صفتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً" (٢) ويُعتبر البيع -في هذا المثال- صفقةً متحدةً؛ فلا يمكن وصفه بالصحة أو الفساد فيبطل.

ثالثاً: أن يكون الشق الباطل معيناً، أما إذا كان البطلان في بعض غير معين ولا سبيل إلى تعيينه فإن البطلان يعم. (٣)

(١) عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، (١٩٨٠م)، ج ١، ص ١٢٥. إبراهيم السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، ص ٥٢. بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، إشراف د. وعراب سليمة، جامعة الجزائر، (٢٠١٤م)، ص ٥٥، ص ٦١.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ص ٦٠. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي لجمهور الحنفية، أما زفر فيرى بطلان الصفقة بالكامل وعدم جواز تجزئها. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ٦٠.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧١١-٧١٢.

ومثال ذلك: كمن تزوج أختين في عقد زواج واحد؛ فإن كل واحدة منهما يصح زواجه
منها على انفراد، والممنوع هو الجمع بينهما معاً، وبما أنه تزوجهما في عقد واحد؛ فلا سبيل
إلى تعيين الأولى من الثانية؛ الأمر الذي يؤدي إلى عموم البطلان. هذا بخلاف ما إذا تزوجهما
في عقدي زواج منفصلين على التعاقب، حيث يكون الشق الباطل من تصرفه معيناً، ألا وهو
زواجه من الثانية؛ فيمسك الأولى ويُخلى الثانية. أما إذا لم يكن يدري أيهما الأولى من الثانية؛
يعم البطلان. يقول المرغيناني: "إن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى، فرق
بينه وبينهما؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا إلى التنفيذ
مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق". (١)

رابعاً: أن لا يؤدي انتقاص العقد إلى إلحاق الضرر بأحد العاقدين بسبب تفرق الصفقة. (٢)
ومثال ذلك: كمن ابتاع فرساً بسرجهما، الفرس بمائة دينار، والسرج بعشرة لترات من
الخمير، فلا يصح لنا في هذه الحالة انتقاص العقد لتجزؤ البطلان وتعيينه، فأنصححه في الفرس
وئبطله في السرج لفساد الثمن؛ وذلك لاحتمالية تضرر المشتري من تفرق الصفقة؛ حيث أن
شقي المبيع مرتبطان مع بعضهما البعض، إلا إذا وافق المشتري على ذلك.

المطلب الرابع: تطبيقات انتقاص العقد في الفقه الإسلامي:

سأورد -إن شاء الله تعالى- بعض تطبيقات انتقاص العقد في فقهي الأحوال الشخصية
والمعاملات المالية، منها الآتي:

(١) المرغيناني، الهداية، ج ١، ص ١٨٧.

(٢) أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣٢٧.

أولاً: من تزوج أختين في عقد زواج واحد؛ فإنَّ كل واحدة منهما يصح زواجه منها على انفراد، والممنوع هو الجمع بينهما معاً، وبما أنه تزوجهما في عقد واحد؛ ولا سبيل إلى تعيين الأولى من الثانية؛ الأمر الذي يؤدي إلى عموم البطلان؛ لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى؛ فلا سبيل لانتقاص العقد في هذه الحالة. أما إذا تزوجهما في عقدي زواج منفصلين على التعاقب؛ فيكون الشق الباطل من تصرفه معيّناً، ألا وهو زواجه من الثانية؛ فمن الممكن انتقاص العقد في هذه الحالة؛ حيث يُمسك بالأولى ويُخلى الثانية. وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، يقول ابن قدامة: "فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح؛ لأنه لم يحصل فيه جمع، ونكاح الثانية باطل؛ لأن به يحصل الجمع، وليس في هذا -بحمد الله- اختلاف وليس عليه تفريع".^(١) أما إذا لم يكن يدري أيهما الأولى من الثانية؛ يعم البطلان. يقول المرغيناني: "فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى، فرق بينه وبينهما؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق".^(٢)

ثانياً: لو جمع الرجل في النكاح بين امرأة تحل له وأخرى لا تحل، فتزوجهما بعقد واحد، صح النكاح في حق من تحل له، وبطل في حق الأخرى. فلو كانت إحداهما محرمة عليه والأخرى غير محرمة، صح نكاح غير المحرمة، وبطل نكاح المحرمة.^(٣)

(١) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١١٣.

(٢) المرغيناني، الهداية، ج١، ص١٨٧.

(٣) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، خرج أحاديثه: زكريا عميرات، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، ص٩٧. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المدعو بشيخي زاده (ت: ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي، ج١، ص٣٢٩. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧١١.

ثالثاً: لو جمع الرجل في النكاح بين حرة وأمة، فتزوجهما بعقد واحد، صح نكاح الحرة، وبطل نكاح الأمة، لحديث: "لا تنكح الأمة على الحرة".^(١) يقول الزيلعي: "لا يجوز نكاح الأمة إلا منفردة، ولا يجوز حالة الانضمام حتى لو تزوجهما بعقد واحد صح نكاح الحرة، وبطل نكاح الأمة، ولو تزوج أربعاً من الإماء وخمساً من الحرائر في عقد صح نكاح الإماء؛ لأن التزوج بالخمس باطل فلم يتحقق الجمع".^(٢)

رابعاً: إذا سُمِّي في المهر ما يحل، وما يحرم، ومثاله: تزوج رجل امرأة على عشرة دراهم، ودين من خمر، فلها العشرة، وبطل الخمر. وكذلك الأمر في الخلع.^(٣)

خامساً: إذا أوصى رجلٌ لأجنبي ووارثه معاً، كان للأجنبي نصف الوصية، وبطلت الوصية للوارث، يقول الزيلعي: "إذا أوصى لأجنبي ووارثه كان للأجنبي نصف الوصية، وبطلت الوصية للوارث؛ لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر".^(٤)

أما بالنسبة لتطبيقات انتقاص العقد في فقه المعاملات المالية، فمنها الآتي:

(١) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ)، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، ط ١، (١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م)، ج ٣، ص ٧٦٩، حديث رقم ١٩٦٥. رواه مالك عن سعيد بن المسيب؛ أنه كان يقول: "لا تنكح الأمة على الحرة، إلا أن تشاء الحرة، فإن طاعت الحرة، فلها الثلثان من القسم".

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٢، ص ١١٢.

(٣) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، خرج أحاديثه: زكريا عميرات، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)، ص ٩٧.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٦، ص ١٩٢. وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٨. أما الشافعية فلهم قولان في هذه المسألة: أصحهما: تبطل في حق الوارث، وتصح في حق الأجنبي / السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٠٩.

أولاً: كمن باع ملكه وملك غيره صفقة واحدة، صح البيع في ملكه، وأصبح موقوفاً في ملك غيره، وهذا عند أبي حنيفة (١)، ومالك (٢)، وأحد قولي الشافعي (٣)، ورواية عن أحمد. (٤) يقول ابن جزي: "لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع بينهما فيهما، ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على إجازته". (٥) ويقول ابن قدامة: "أن يكن المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه، وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ففيه وجهان: أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه. والثاني، لا يصح فيهما". (٦)

ثانياً: كمن جمع في بيع واحد بين شاة مذكاة وأخرى ميتة وبثمن واحد؛ لا يصح تجزؤ البطلان هنا لتعذر إمكانية الفصل بينهما لاتحاد الثمن. ويُعتبر البيع في هذا المثال - صفقة متحدة؛ فلا يمكن وصفه بالصحة أو الفساد فيبطل. هذا بخلاف ما إذا بَيَّن وميَّز بينهما في الثمن، يقول الزيلعي: "أما إذا بَيَّن ثمنهما صاروا صفتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً" (٧)

(١) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٥١.

(٢) محمد بن أحمد بن عبد الله، ابن جزي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، ص ١٧٢.

(٣) الشربيني، مغنى المحتاج، ج ٢، ص ٣٩٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٧٨.

(٥) محمد بن أحمد بن عبد الله، ابن جزي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، ص ١٧٢.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٧٨.

(٧) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ص ٦٠. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي لجمهور الحنفية، أما زفر فيرى بطلان الصفقة بالكامل وعدم جواز تجزئتها / الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ٦٠. أما الشافعية فلهم قولان في هذه المسألة: أحدهما: الصحة في الحلال وهو الراجح، والآخر: بطلان الصفقة بالكامل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم / يُنظر في المجموع شرح المهذب، ج ٩، ص ٣٧٩. وفي الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٠٨.

ثالثاً: لو استأجر رجلٌ داراً في كل شهر بكذا؛ فإنه يصح في الشهر الأول فقط. يقول السيوطي: "كما لو أجز كل شهر بدرهم. وهل يصح في الشهر الأول؟ ومقتضاه تصحيح البطلان، فإنه الأصح في مسألة الإجارة". (١)

رابعاً: لو أهدى إلى القاضي من له عادة بالإهداء له قبل القضاء وزاد، يرد القاضي الزائد لا الكل. يقول ابن الهمام: "وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء، فإن زاد لا يقبل الزيادة". (٢)

المطلب الخامس: دور نظرية انتقاص العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد: يظهر لنا جلياً من خلال هذا المبحث أن نظرية انتقاص العقد لها دورٌ فاعلٌ في التخفيف من آثار بطلان العقد؛ وذلك بنزع الجزء الباطل من العقد الذي يحوي على جزئين أحدهما باطل والآخر صحيح. ولا شك أنّ في هذا تخفيفاً من البطلان وآثاره؛ فبدل أن نحكم بالبطلان على العقد بأكمله، نحاول أن نصح العقد ما أمكن وذلك بالمحافظة على الجزء الصحيح منه ما أمكن. ولا شك أيضاً أن الآثار السلبية الناجمة عن إبطال أحد شقي العقد أخف وطأة من إبطال العقد بأكمله. وقد أشارت -إلى مثل هذا- عبارات بعض الفقهاء التي أكدت على دور نظرية انتقاص العقد في التخفيف من البطلان، ومنها قول السيوطي في تطبيقاته تفريق الصفقة الآتي: "كما لو أجز كل شهر بدرهم. وهل يصح في الشهر الأول؟ ومقتضاه تصحيح البطلان، فإنه الأصح في مسألة الإجارة". (٣)

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٠٩. وانظر ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٨.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٧، ص ٢٧١. وانظر ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٨. وانظر السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٠٩.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٠٩.

خاصةً إذا علمنا أنّ هذا متوافقٌ مع ما تقتضيه العقول السليمة في أن المحافظة على البعض أولى من تضييع الكل؛ حيث أنّ حفظ البعض أولى من تضييع الكل. وهذا ما أشار إليه العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام، حيث قال: "ولا شك أن حفظ البعض أولى من تضييع الكل، وقد قال شعيب -عليه السلام-: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ﴾ سورة هود، الآية ٨٨/ وقال الله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ سورة التغابن، الآية ١٦/. فعلق تحصيل مصالح التقوى على الاستطاعة، فكذاك المصالح كلها". (١)

والقول بمشروعية نظرية انتقاص العقد -أيضاً- قولٌ يتمشى مع الكثير من القواعد الفقهية التي قعد لها فقهاؤنا الأجلاء ومن أهمها قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، فإن لم يمكن أهمل" (٢) فإذا حكمنا بالبطلان على كلا شقي العقد دون التمييز بينهما في الحكم؛ نكون قد أهملنا ما يُمكن إعماله وتصحيحه، ألا وهو الشق الصحيح منه. وقد صرح الفقيه ابن نجيم -في تطبيقات هذه القاعدة- بأمثلة تنسجم ونظرية انتقاص العقد مما يؤكد مشروعية هذه النظرية وأنها محط نظر فقهاننا منذ القدم. ومما أشار إليه ابن نجيم: "لو قال الزوج: الثلاث لك، والباقي لصاحبتك، لا تطلق الأخرى؛ لعدم إمكان العمل فأهمل؛ لأن الشارع حكم ببطلان ما زاد فلا يمكن إيقاعه على أحد". (٣) فيها نحن كما نرى في هذا المثال عدم إبطالنا لتصرف الزوج بالكامل، بل أبطلنا منه -فقط- ما تعذر إعماله، وهو ما زاد عن الثلاثة، أما طلاقه للأولى فواقعٌ وصحيحٌ لإمكانية إعماله، وهذا عينه يُعدُّ تطبيقاً من تطبيقات انتقاص العقد.

(١) عبد العزيز بن عبد السلام بن الحسن الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة: جديدة مضبوطة منقحة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م)، ج ٢، ص ٤٥.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١١٤. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ١٢٨.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١١٤.

ومن هذه القواعد أيضاً -أو عبارات الفقهاء التي أشبه ما تكون إلى القواعد-: "إن الفساد بقدر المفسد" (١) أي أنّ الفساد بقدر المفسد؛ فيبطل من التصرف ما بطل منه فقط، يقول الكاساني: "إن الفساد بقدر المفسد؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة، والمفسد خص أحدهما، فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة". (٢)

(١) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٥١. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ٦٠. الكاساني، بدائع الصانع، ج ٥، ص ١٤٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصانع، ج ٥، ص ١٤٥.

المبحث الرابع نظرية فساد العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف العقد الفاسد لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: التفريق بين العقد الفاسد والعقد الباطل، وبيان اختلاف العلماء فيه.

المطلب الثالث: تطبيقات على العقد الفاسد في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: دور نظرية فساد العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد.

المطلب الأول: تعريف العقد الفاسد لغة واصطلاحاً:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما الآتي:

المسألة الأولى: تعريف العقد الفاسد لغة:

"الْفَاسِدُ" لغة: من فَسَدَ: وَالْفَسَادُ: نَقِيضُ الصَّلَاحِ، فَسَدَ يَفْسُدُ وَيَفْسِدُ وَفَسَدَ فَسَاداً وَفُسُوداً، فَهُوَ فَاسِدٌ وَفَسِيدٌ فِيهِمَا، وَلَا يُقَالُ انْفَسَدَ وَأَفْسَدْتَهُ أَنَا. وَأَفْسَدَهُ هُوَ وَاسْتَفْسَدَ فَلَانَ إِلَى فَلَانٍ. وَتَفَاسَدَ الْقَوْمُ: تَدَابَرُوا وَقَطَعُوا الْأَرْحَامَ. وَالْمَفْسُودَةُ: خِلَافُ الْمَصْلُحَةِ. وَالِاسْتَفْسَادُ: خِلَافُ الْإِسْتِصْلَاحِ. وَقَالُوا: هَذَا الْأَمْرُ مَفْسُودَةٌ لَكُذَا؛ أَي فِيهِ فَسَادٌ. (١)

وكنتيجه يكون معنى "العقد الفاسد" كمركب إضافي لغة: هو العهد أو الالتزام المناقض للصالح أو المصلحة.

المسألة الثانية: تعريف العقد الفاسد اصطلاحاً:

قمت سابقاً بتعريف "العقد" اصطلاحاً بالآتي: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل". (٢)

أما بالنسبة لتعريف "الفاسد" اصطلاحاً، فهو: "ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه". (٣)

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب الدال، فصل الفاء، ج٣، ص٣٣٥.

(٢) البابر تي، العناية شرح الهداية، ج٦، ص٢٤٨.

(٣) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي (ت: ٧٣٠هـ)، كشف الأسرار شرح أصول اليزدوي، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي، ج١، ص٢٥٩. مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج٢، ص٢٤٦. المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٥٢. الزيلعي، تبين الحقائق، ج٤، ص٤٤. محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي العيني (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، ج٨، ص١٣٩.

يقول عبد العزيز البخاري في شرح هذا التعريف: "الفاسد ما كان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة". (١)

ويقول الزيلعي في تبیین حقيقة الفاسد: "إن الفاسد أعم من الباطل؛ لأن كل باطل فاسد ولا ينعكس، وهذا لأن الباطل مضمحل الأصل والوصف جميعاً والفاسد مضمحل الوصف دون الأصل، كالجوهر إذا تغير واصفر يُقال فسد، وإذا لم يبق صالحاً لشيء يُقال بطل وأما الفاسد فعقد مخالف للدين، ثم إن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه؛ إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ". (٢)

ويقول العيني في تبیین الفاسد: "الفاسد هو ما لا يصح وصفاً، وكل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به، والانتفاع المقصود منه، والإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد. وحاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه لانتفاء ركنه ومحلّه، يُقال: بطل اللحم إذا برد وسوس بحيث لا ينتفع به، والفاسد ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض، يقال: فسد اللحم إذا صار ذا نتن بحيث يمكن الانتفاع به". (٣)

تبين لنا من خلال أقوال أصوليي وفقهاء الحنفية أن الفاسد ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه؛ أي أن الخلل أمرٌ خارجيٌ منفصلٌ عنه، لا في صلبه ولا في أصله؛ بل هو أمرٌ خارجيٌ منفصلٌ عن محلّه أو ركنه.

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج ١، ص ٢٥٩.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٤، ص ٤٤.

(٣) العيني، البناية شرح الهداية، ج ٨، ص ١٣٩.

وقد ظهر جلياً من خلال الشروحات السابقة سبب تسميته بالفساد: حيث إمكانية الانتفاع وترتب بعض الأحكام دون بعض؛ قياساً لغةً على قولنا: فسد اللحم؛ أي أنه أصابه بعض الخلل ولم يبطل بالكامل؛ فيمكن الانتفاع به؛ خلافاً للبطل الذي تنعدم آثاره. ومثاله: إذا اتصل الفاسد بالقبض عند الحنفية؛ فإنه يُفيد الملك الخبيث. أما الباطل فلا يفيد شيئاً. (١)

وأخيراً وقبل الانتهاء من تعريف العقد الفاسد وبيان حقيقته في اصطلاح الفقه الحنفي، لا بد من الإشارة إلى تعريف الزرقا له: حيث عرّفه، وبيّن مقصوده، وضبط تعريف الحنفية السابق بالآتي: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ". (٢)

وقد امتاز هذا التعريف بالآتي: (٣)

أولاً: صور حقيقة الفساد وبيّن سببها، والتي هي خلل اعتباري سببه مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية.

ثانياً: وصف نتيجة وتأثير الفساد في العقد والذي يجعله مستحقاً للفسخ.

ثالثاً: أفاد وبيّن أنّ العقد الفاسد منعقد؛ إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً.

وبتعريف الزرقا للعقد الفاسد وتبيين حقيقته؛ تكون الصورة قد اكتملت وأصبحت أكثرَ

وضوحاً بخصوص حقيقة العقد الفاسد وسببه ونتيجته ومفاده.

(١) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٣. السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج ١، ص ٦٩.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧٣٩.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧٣٩.

المطلب الثاني: التفريق بين العقد الفاسد والعقد الباطل، وبيان اختلاف العلماء فيه: بداية سأورد بعض أقوال العلماء لتبيين الفرق بين العقد الفاسد والعقد الباطل، وبيان اختلاف العلماء فيه:

يقول عبد العزيز البخاري: "وأما الفساد فيرادف البطلان عند أصحاب الشافعي وكلاهما عبارة عن معنى واحد وعندنا هو قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل وهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه وهو ما كان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة. والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية للتصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل".^(١)

ويقول التفتازاني: "قد يطلق الفساد على الباطل، وعند الشافعي -رحمه الله- الباطل والفساد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح".^(٢)

ويقول الأمدي: "الباطل نقيض الصحة بكل اعتبار من الاعتبارات السابقة. وأما الفساد فمرادف للباطل عندنا، وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل، وهو ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه".^(٣)

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج ١، ص ٢٥٩.

(٢) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج ٢، ص ٢٤٦.

(٣) علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (ت: ٦٣١هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ج ١، ص ١٣١.

ويقول ابن قدامة: "كل ما كان سبباً لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه فهو صحيح، وإلا فهو باطل. فالباطل: هو الذي لم يثمر، والصحيح: الذي أثمر. والفاقد مرادف الباطل، فهما اسمان لمسمى واحد. وأبو حنيفة أثبت قسماً بين الباطل والصحيح، جعل الفاسد عبارة عما كان مشروعاً بأصله، غير مشروع بوصفه. (١)

تبيّن لنا من خلال السابق أنّ الباطل عند جمهور العلماء ومعهم الحنفية: "هو ما لم يكن مشروعاً لا بأصله، ولا بوصفه؛ لانتفاء ركنه ومحلّه"، وهو ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل. وتبيّن لنا -أيضاً- أنّ الباطل والفاقد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح عند جمهور العلماء عدا الحنفية الذين أثبتوا قسماً ثالثاً بين الباطل والصحيح هو الفاسد، والذي هو: "ما كان مشروعاً بأصله، ممنوعاً بوصفه". فتبيّن لنا أن الاجتهاد الحنفي هو الذي قرر نظرية فساد العقد، وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين الصحة والبطلان مرتبة ثالثة. لكن -ومع ذلك- فقد يُطلق بعض الحنفية الفاسد على الباطل مجازاً أو تسامحاً في التعبير؛ ولأن الفاسد أعم من الباطل؛ فكل باطل فاسد، وليس العكس.

يقول القرافي مُبيّناً فقه الحنفية في التفريق بين أصل العقد ووصفه أو بين كون النهي في الماهية أو في أمر خارج عنها: "إن أركان العقد أربعة: عوضان وعاقدان. فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعاً سالمة عن النهي فيكون النهي إنما تعلق بأمر خارج عنها، ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد عدت الماهية؛ لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها فإذا باع سفيه من سفيه خمرأً بخنزير

(١) عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط ٢، مؤسسة الريان، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، ج ١، ص ١٨٣.

فجميع الأركان معدومة فالماهية معدومة والنهي والفساد في نفس الماهية وإذا باع رشيد من رشيد ثوباً بخنزير فقد فقد ركن من الأربعة وهو أحد العوضين فتكون الماهية معدومة شرعاً ولا فرق في ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر. فإذا باع رشيد من رشيد فضة بفضة فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهي الشرعي فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين فالوصف متعلق النهي دون الماهية. فهذا هو تحرير كون النهي في الماهية أو في أمر خارج عنها". (١)

وكننتيجة: يكون العقد باطلاً متى كان النهي في جزء من أجزاء الماهية -أركان العقد الأربعة- أو في جميع أجزائها. ويكون فاسداً متى وجدت أركان العقد الأربعة -العوضان والعاقدان- من حيث الجملة سالمة عن النهي؛ أي وجدت الماهية سالمة عن النهي وإنما تعلق النهي بأمر خارج عنها. ويلخص هذا الحصفكي قائلاً: "كل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره فمفسد". (٢)

المطلب الثالث: تطبيقات على العقد الفاسد في الفقه الإسلامي:

بداية وقبل البدء بذكر بعض تطبيقات العقد الفاسد في الفقه الإسلامي، لا بد من تبيين ضابط ما تجري فيه نظرية الفساد، يقول الزرقا: "هذا وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الأحكام المدنية يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط التالي: إنَّ التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية". (٣)

(١) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، الفروق، بدون طبعة وبدون تاريخ، عالم الكتب، ج٢، ص٨٣، الفرق السبعون.

(٢) الحصفكي (ت: ١٠٨٨هـ)، الدر المختار، وهو مطبوع ضمن كتاب رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج٥، ص٥٠.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧٣٥.

ولا بد من الإشارة أيضاً إلى أنّ بعض فقهاء الحنفية ميزوا بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد، ولكن ليس بالمعنى الذي تم تبيينه سابقاً بخصوص مفهوم الفساد؛ لأن كليهما غير منعقد، بل من حيث ما يترتب عليهما من آثار. (١) وكننتيجة: سأورد -إن شاء الله تعالى- بعض تطبيقات هذه النظرية في فقهي المعاملات المالية والأحوال الشخصية، وسأبدأ بذكر بعض تطبيقاتها في فقه الأحوال الشخصية بالمعنى الذي ذكرته آنفاً؛ أي من حيث ثبوت بعض الآثار، لا من حيث الانعقاد. منها الآتي:

أولاً: تزوج الأختين معاً، ونكاح الأخت في عدة الأخت، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها، والخامسة في عدة الرابعة، والأمة على الحرة؛ ففي جميع هذه الحالات يُعدُّ النكاحُ فاسداً عند الحنفية؛ فيثبت فيه النسب، والمهر، والعدة، وإن لم يكن النكاح منعقداً (٢) يقول التمرتاشي: "ويجب مهر المثل في نكاح فاسد بالوطء لا بغيره، ولم يزد على المسمى، ولكل واحد منهما فسخه، ولو بغير محضر عن صاحبه دخل بها أو لا، وتجب العدة بعد الوطء من وقت التفريق، ويثبت النسب وتعتبر مدته من الوطء، فإن كانت منه إلى الوضع أقل مدة الحمل يثبت وإلا لا". (٣)

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧٣٦.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٣، ص ١٣١.

(٣) التمرتاشي (ت: ١٠٠٤هـ)، تنوير الأبيصار، وهو مطبوع ضمن كتاب حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار للحصفي، ج ٣، ص ١٣١-١٣٤.

ثانياً: إذا تزوج ذميٌّ مسلمةً وقع الزواج فاسداً؛ فيفرّق بينهما، ويثبت فيه النسب والعدة إن تم الدخول. (١) يقول المرغيناني: "إن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد". (٢)

ثالثاً: إذا نكح الرجل امرأة بلا شهود؛ يُعدُّ النكاحُ فاسداً عند الحنفية؛ فيثبت فيه النسب، والمهر، والعدة، وإن لم يكن النكاح منعقداً. (٣)

وخلاصة القول من خلال التطبيقات السابقة: إن النكاح الفاسد عند الحنفية هو الذي فيه شبهة استحلال للمتعة؛ فيثبت فيه النسب، والمهر، والعدة، وإن لم يكن النكاح منعقداً، كالنكاح بلا شهود، ونكاح المعتدة قبل انقضاء عدتها. أما النكاح الباطل فهو الذي لا شبهة فيه، كما لو تزوج رجل إحدى محارمه كبنته أو أخته عالماً بالحرمة؛ فإنه كالزنا المحض؛ فلا يترتب عليه أثر من نسب أو مهر. (٤)

أما بالنسبة لتطبيقات العقد الفاسد في فقه المعاملات المالية، فمنها الآتي:

أولاً: إن كان العوضان قابليين للبيع في عقد البيع؛ ولكن جاء الخلُّ من أمرٍ آخر كبيع درهم بدرهمين؛ أي إن الخلَّ من الزيادة؛ فيُعتبر هذا من قبيل الفاسد عند الحنفية؛ لأن النهي ليس في معنى العقد وشرائطه، بل لمعنى خارج فيجوز. (٥)

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، ص١٣١.

(٢) المرغيناني، الهداية، ج٢، ص٢٨٣.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار للحصفي، ج٣، ص١٣١.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧٣٦-٧٣٧.

(٥) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٢٧. علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يحيى السبكي (ت: ٧٥٦هـ)، الإبهاج في شرح منهاج البيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، ج١، ص٦٩.

ثانياً: إن كان الثمن وحده غير قابل للبيع دون المبيع كبيع ثوب بدم؛ فالثوب هنا يصلح أن يكون مبيعاً. أما الدم فلا يصلح أن يكون ثمناً؛ فيعتبر هذا من قبيل الفاسد عند الحنفية. أما إن كان المبيع غير قابل للبيع دون الثمن كبيع الملاحيح (١) بالدرهم؛ فهذا باطلٌ عندهم. وفلسفة الحنفية في ذلك هو أن الثمن ليس مقصوداً لذاته في عقد البيع؛ بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان؛ فتقومه شريطة صحة لا انعقاد؛ فيمكن تصحيحه، على خلاف المبيع. أما إن كان العوضان في عقد البيع غير قابلين للبيع كبيع الميتة بالدم؛ فهذا باطلٌ قطعاً عند الحنفية؛ لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد. (٢)

ثالثاً: يفسد عقد البيع أيضاً إذا سكت البائع فيه عن الثمن؛ لأن مطلق البيع يقتضي المعاوضة، فإذا سكت البائع عن الثمن كان غرضه القيمة، فكأنه باع بقيمته؛ فيفسد ولا يبطل. (٣)

رابعاً: يفسد عقد البيع -أيضاً- إذا كان أحد البديلين أو كلاهما مجهولاً. ومثاله: إذا اشترى رجل شاة من قطيع بمائة دينار، فالمجهول هنا الشاة إذ هي غير معينة، والعلة في ذلك؛ لأن المشتري يحرص على أن يأخذ أفضل شاة في القطيع، على عكس البائع الذي يحرص على بيع أهزل شاة منه؛ فيحصل النزاع المانع عن التسليم والتسلم، وبدونهما يكون البيع فاسداً لأنه لا يفيد مقصوده. (٤)

(١) الملاحيح: هي ما في بطون الأنعام من أجنة / ابن منظور، لسان العرب، ج٢، ص٥٨٠. ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص٥٣.

(٢) المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٤٢. ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص٥٠، ص٦٠. السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج١، ص٦٩. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٣، ص١٣٥.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص٦٠. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٧١٨.
(٤) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، ص٤٥. محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ج١، ص١١٨.

خامساً: يفسد عقد البيع -أيضاً- "إذا كان في المبيع أو في ثمنه غرر. مثل بيع السمك في الماء، وهو لا يقدر على تسليمه بدون الاصطياد والحيلة، وبيع الطير في الهواء، أو بيع مال الغير على أن يشتريه فيسلمه إليه؛ لأنه باع ليس بمملوك له للحال وفي ثبوته غرر وخطر." (١)

سادساً: يفسد عقد البيع -أيضاً- ببيع الأتباع والأوصاف مقصوداً. ومثاله: بيع ذراع من الثوب؛ لأنه تبع ولا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو قطع الثوب. (٢)

سابعاً: يفسد عقد البيع -أيضاً- إذا تباع المتبايعان وأجلاً تسليم المبيع أو الثمن إلى وقت الحصاد أو وقت القطاف أو وقت قدوم الحاج؛ لجهالة وقت التسليم في هذه الحالة؛ لأنها تتقدم وتتأخر. (٣)

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٨. المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٤.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٨.

(٣) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٢٦.

وخلص القول في أحكام البيع الفاسد من خلال التطبيقات السابقة: إنَّ البيعَ الفاسدَ
عند الحنفية بيعٌ منعقدٌ يُفيد الملك عند اتصاله بالقبض، ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري
فيه. (١) فإذا قبض المشتري المبيع بأمر البائع وفي العقد عوضان؛ ملك المشتري المبيع
ولزمته قيمته؛ لأن ركن البيع صدر من أهله، مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده؛ وعليه
إن باع المشتري المبيع نفذ بيعه؛ لأنه ملكه؛ فملك التصرف فيه، وسقط حق الاسترداد لتعلق
حق المشتري الثاني به؛ ولأنَّ العقدَ الأولَ مشروعٌ بأصله دون وصفه، والثاني مشروعٌ بأصله
ووصفه؛ فلا يعارضه مجرد الوصف. (٢)

أما إذا لم يقبض المشتري -في البيع الفاسد- المبيع؛ فلا يثبت الملك له؛ إذ يُمكن إزالة
الفساد ورفعه باسترداد المبيع والتمن؛ حيث لم يثبت ولم يتقرر الفساد بعد. يقول المرغيناني:
"وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور؛ إذ هو واجب الرفع
بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى؛ ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح، فيشترط
اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة". (٣) ويقول الزرقا: "فليس من المصلحة
الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يُوجب الشرع نقضه؛ لأنَّ الدفعَ أسهلُ من الرفع. ولكن
إذا وقع التنفيذ، والعقد منعقد، لم يبق مناص من إثبات حكم العقد". (٤)

(١) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٤٣.

(٢) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٥١-٥٢.

(٣) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٥١.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧٥٠.

تجدر الإشارة أيضاً إلى أن لكل واحد من المتعاقدين في البيع الفاسد فسخه قبل القبض؛ بل يجب رفعاً للفساد؛ لأنَّ المخالفة الشرعية منكرٌ وكل مكلف يجب عليه إنكار المنكر وإزالته. وكذلك بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته. (١)

المطلب الرابع: دور نظرية فساد العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال هذا المبحث أنَّ نظرية فساد العقد لها دورٌ فاعلٌ في التخفيف من آثار بطلان العقد؛ حيث أن غالبية فقهاء الحنفية يرون أن الكثير من التصرفات الفاسدة يمكن أن تصبح صحيحة إذا أسقطنا أو أزلنا سبب الفساد. ولا شك أن في هذا تخفيفاً من البطلان وآثاره؛ فبدل أن نحكم بالبطلان على العقد بأكمله، نحاول أن نصحح العقد ما أمكن. خاصة إذا علمنا أن الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد النهي. وفي العقد الفاسد -الذي هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه- يثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي؛ فيفسد الوصف دون الأصل. (٢) ومثاله البيع الفاسد: ففسد البيع مشروعاً، وبه تُنال نعمة الملك؛ وإنما المحذور ما يجاوزه من أوصاف خارجة عن أصل الماهية؛ قياساً على البيع وقت النداء، حرّم ديانته بسبب النهي عنه وقت النداء، ومع ذلك فإنه منعقدٌ صحيحٌ. (٣)

(١) المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٥١-٥٢. محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ج١، ص١٢٩.

(٢) القرافي، الفروق، ج٢، ص٨٤، الفرق السبعون.

(٣) المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٥١.

وهذا يتماشى مع ما تقتضيه العقول السليمة؛ حيث أن الفساد بقدر المفسد.^(١) وقد روى الموصلي عن الكرخي أنه قال: "سائر البياعات الفاسدة تنقلب جائزة بحذف المفسد".^(٢) ويقول الزرقا: "ولكن الفساد يمكن أن يزول بإزالة سببه ... فإن من القواعد المقررة أنه إذا زال المانع عاد الممنوع".^(٣)

ومثال صحيح التصرفات الفاسدة: لو تبايع المتبايعان وأجلاً تسليم المبيع أو الثمن إلى موسم الحصاد أو القطاف أو قدوم الحاج؛ فهذا شرط فاسد لجهالة وقت التسليم، ولكنها بعد ذلك وقبل مجيء موسم الحصاد أو موسم القطاف تراضيا على إسقاط الأجل، جاز البيع كما إذا عقد بلا أجل، وتحول البيع الفاسد إلى بيع صحيح.^(٤)

ومثاله أيضاً: لو كان البيعُ فاسداً بسبب شرطٍ ممنوعٍ مفسد، فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد. وكذلك لو كان فاسداً بسبب جهالة أحد العوضين، فعين الطرفان العوض؛ فعندئذٍ يزول الفساد وينقلب العقد صحيحاً؛ لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع.^(٥)

(١) الكاساني، بدائع الصائغ، ج ٥، ص ١٤٥. المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ٥١. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٤، ص ٦٠.

(٢) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٢٦.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧٥٦.

(٤) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، ص ٢٦. محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ج ١، ص ١٣٦.

(٥) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ٤٠٢. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٧٥٦. محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ج ١، ص ١٣٥.

هذا عدا ما يترتب على هذه النظرية من أحكام -ذكرتها سابقاً- تُسهم في التخفيف من آثار بطلان العقد كثبوت المالك عند اتصاله بالقبض في عقد البيع الفاسد، ونفاذ بيع المشتري للمبيع الذي تملكه من البيع الفاسد لغيره؛ لما في ذلك من استقرار للمعاملات وتحقيق لمصالح الأنام. أو كثبوت النسب، والمهر، والعدة في النكاح الفاسد عند الحنفية، وإن لم يكن النكاح منعقداً عندهم. وما يترتب على ثبوت هذه الأمور من حفظ ورعاية للضروريات الخمس، ومن أهمها: حفظ النفس، وحفظ النسل والنسب، وحفظ المال، وإذا حافظنا عليهن نكون قد حافظنا على أهم هذه الضروريات ومقصودها الأعظم، ألا وهو الدين.

ومما يؤكد على أهمية هذه النظرية -التي هي حنفية المنشأ- دورها في التخفيف من البطلان، أنه قد أشاد بها فقهاء وعلماء من غير الحنفية، فها هو القرافي يقول بخصوصها: "وهو فقه حسن". وقرّر بأن فقهاء المالكية اتخذوا منهاجاً وسطاً وقالوا بالفساد لأجل النهي عن الوصف في مسائل دون مسائل، وذكر بعضها^(١) فهي محاولة لانتشال العقد من برائن البطلان، الذي يعدم العقد، ويجرده من آثاره، ويحول بينه وبين التصحيح، وإنما انتقلت به إلى دائرة الفساد؛ حيث يُمكن النهوض به وتصحيحه^(٢).

(١) القرافي، الفروق، ج ٢، ص ٨٤، الفرق السبعون.

(٢) أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، ص ٣٦١.

الفصل الثالث

وسائل التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا الفصل من خمسة مباحث، هي الآتي:

- المبحث الأول : التقدير الحكمي ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي:
- المبحث الثاني : دلالة الحال ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي:
- المبحث الثالث : دلالة الاقتضاء ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي:
- المبحث الرابع : علم البيان ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي:
- المبحث الخامس : الحيل الشرعية ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي:

المبحث الأول

التقدير الحكمي ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف التقدير الحكمي لغة واصطلاحاً:

المطلب الثاني: مشروعية التقدير الحكمي في الفقه الإسلامي:

المطلب الثالث: تطبيقات التقدير الحكمي في الفقه الإسلامي:

المطلب الرابع: دور التقدير الحكمي في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف التقدير الحكمي لغةً واصطلاحاً:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما الآتي:

المسألة الأولى: تعريف التقدير الحكمي لغةً:

يقول ابن منظور: "التَّقْدِيرُ على وجوه من المعاني: أحدها: التروية والتفكير في تسوية أمرٍ وتهيئته، والثاني: تَقْدِيرُهُ بعلامات يقطعها عليها، والثالث: أن تنوي أمراً بعقلك، تقول: قَدَّرْتُ أمر كذا وكذا؛ أي نويته وعقدت عليه. ويُقال: قَدَّرْتُ لأمر كذا، إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته". (١)

أما "الحكمي" فهو من الحُكْمِ: وهو العلم والفقہ والقضاء بالعدل، وهو مصدر حَكَمَ يَحْكُمُ، وقد حُكِمَ عليه بالأمر، يَحْكُمُ حُكْماً وحُكُومَةً، وحَكَمَ بينهم كذلك. والحُكْمُ: مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى، وحَكَمَ له وحَكَمَ عليه. وحَكَمَ الشيء وأحْكَمَهُ، كلاهما: منعه من الفساد. (٢)

وكننتيجة يكون تعريف "التقدير الحكمي" كمركب إضافي لغةً هو: التفكير في تسوية أمرٍ وتهيئته منعاً له من الفساد. وقد يكون: أن تنوي أمراً بعقلك وتقضي به.

المسألة الثانية: تعريف التقدير الحكمي اصطلاحاً:

التقدير الحكمي اصطلاحاً هو: إعطاء المعدوم حكم الموجود، أو الموجود حكم المعدوم. (٣)

(١) ابن منظور، لسان العرب، باب الرءاء، فصل القاف، ج٥، ص٧٦.

(٢) المصدر ذاته، باب الميم، فصل الحاء، ج١٢، ص١٤١-١٤٣.

(٣) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، الأمنية في إدراك النية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٥٥. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج٢، ص١١٢.

وقد قال عنها القرافي أنها قاعدة مشهورة في الشريعة. وقال أيضاً: "وهو كثير جداً حتى لا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه منه فتأمله تجده". (١)

وقد أطلق عليه العز بن عبد السلام "التقدير على خلاف التحقيق". (٢) فالقواعد العامة للأحكام تقتضي أن يتمسك المكلف أو المجتهد بالأمر الحقيقية، ولكن قد يضطر أحياناً فتلجئه بعض الظروف والأحوال إلى ترك الأمر الحقيقي والتمسك بالأمر الحكمي التقديري دفعاً للمشقة وجلباً للتيسير. (٣)

المطلب الثاني: مشروعية التقدير الحكمي في الفقه الإسلامي:

تظهر مشروعية التقدير الحكمي من خلال العديد من الأدلة الشرعية، منها الآتي:
أولاً: ما رواه مسلم عن عائشة أم المؤمنين، قالت: دخل علي النبي -صلى الله عليه وسلم- ذات يوم، فقال: "هل عندكم شيء؟" فقلنا: لا، قال: "فإني إذن صائم". (٤)
وجه الدلالة: فقد دل هذا الحديث على مشروعية التقدير، حيث أثبت الصوم ابتداءً من الفجر، وإن كان قد عزم عليه وسط النهار، فيُقَدَّرُ الصوم حكماً وينعطف الحكم من أول وقت الصوم. (٥)

(١) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص ٥٦.

(٢) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، ص ١١٢.

(٣) هدييل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر ١ (بن يوسف بن خدة)، كلية العلوم الإسلامية، (٢٠١٠-٢٠١١م)، ص ٢٠.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، ج ٢، ص ٨٠٩، باب جواز صوم الناظلة بنية من النهار، حديث رقم ١١٥٤.

(٥) هدييل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، ص ٣٤.

ثانياً: الحديث الطويل الذي رواه مسلم في باب ذكر الدجال وصفته وما معه، عن النواس بن سمعان، قال: ذكر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الدجال ذات غداة، فخفض فيه ورفع قلنا: يا رسول الله وما لبثه في الأرض؟ قال: "أربعون يوماً، يوم كسنة، ويوم كشهر، ويوم كجمعة، وسائر أيامه كأيامكم" قلنا: يا رسول الله فذلك اليوم الذي كسنة، أتكفينا فيه صلاة يوم؟ قال: "لا، اقدروا له قدره".^(١)

وجه الدلالة: قوله -صلى الله عليه وسلم-: "اقدروا له قدره"؛ أي لذلك اليوم الذي كسنة، فأمرهم -صلى الله عليه وسلم- بأن يقوموا بتقدير أوقات الصلوات قياساً على أوقات صلوات الأيام العادية، وربّ قائل يقول: المقصود هنا التقدير الوقتي -الذي هو بمعنى التحديد- لا التقدير الحكمي. أقول: نعم؛ ولكن في هذا دلالة -أيضاً- على أنه -صلى الله عليه وسلم- أمرنا باعتبار المعدوم في حكم الموجود؛ حيث أنّ أوقات الصلوات المعروفة لدينا والمعتادين عليها ستكون معدومة في ذلك اليوم الطويل جداً؛ ولكننا عندما نقدر لها ستكون في حكم الموجود؛ وبهذا نكون قد أعطينا المعدوم حكم الموجود؛ وهذا عينه مفهوم التقدير الحكمي.

ثالثاً: وقد حصل الإجماع على أن المسافر إذا كان معه ماء وخشي العطش إذا توضأ به؛ فله أن يبقي ماءه للشرب، ويتيمم،^(٢) ويقدر ذلك الماء في حكم العدم.^(٣)

(١) مسلم، صحيح مسلم، ج ٤، ص ٢٢٥٠، باب ذكر الدجال وصفته وما معه، حديث رقم ٢٩٣٧.

(٢) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٩هـ)، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ط ١، دار المسلم للنشر والتوزيع، (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م)، ص ٣٥.

(٣) هدييل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، ص ٣٤.

رابعاً: من المعقول: إعطاء المعدوم حكم الموجود -أو العكس- أمرٌ يتفق مع العقول السليمة، حيث أن المصلحة تقتضي ذلك، بل الضرورة أحياناً أخرى. وبغير ذلك تتعطل الكثير من أمور حياتنا، وسنقف حائرين أمام الكثير من أفعال المكلفين، وربما نضطر إلى إبطالها؛ حيث أنّ الكثير منها يحتاج إلى تقديرٍ وافتراضٍ لبعض الأمور المعدومة كأنها موجودة، أو تقديرٍ وافتراضٍ لبعض الأمور الموجودة كأنها معدومة. هذا عدا أنّ التمسك بالأمر الحقيقي دائماً وعدم التقدير يُوقع المكلفين في كثيرٍ من الأحيان في الحرج والمشقة. ومن المقرر شرعاً أنّ: "المشقة تجلب التيسير"^(١) فمن التيسير على المكلف التقدير الحكمي لكثيرٍ من الأمور والمسائل؛ وذلك بإعطاء المعدوم منها حكم الموجود، أو الموجود منها حكم المعدوم.

وهذا ما تؤيده -أيضاً- العديد من القواعد الفقهية، منها: قاعدة "المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً"^(٢)؛ أي أن التصرف الذي عُدمت شرعيته بسبب مخالفته للشرع؛ أصبح معدوماً حكماً -أو تقديرًا- والمعدوم حكماً يلتحق بالمعدوم حساً أو حقيقةً. ومثاله: العقد الباطل الذي يُجرّد من آثاره، ويُعتبر كالمعدوم حقيقةً ابتداءً.

المطلب الثالث: تطبيقات التقدير الحكمي في الفقه الإسلامي:

سأورد -إن شاء الله تعالى- في هذا المطلب بعض تطبيقات هذه القاعدة في الفقه الإسلامي من خلال مسألتين هما الآتي:

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٦٤. السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٩.

(٢) القرافي، الفروق، ج ١، ص ٢٠٤. حسن بن محمد العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ١٤٠.

المسألة الأولى: أمثلة إعطاء المعدوم حكم الموجود، منها الآتي:

أمثلة إعطاء المعدوم حكم الموجود كثيرة جداً منها: إيمان الصبيان في وقت الطفولة فإنهم لم يتصفوا به حقيقة وإنما قدر وجوده وأجري على ذلك الموجود المقدر أحكام الإيمان، وكذلك تقدير الإيمان في حق البالغين إذا غفلوا عنه أو زال إدراكهم بنوم أو إغماء أو جنون. وكذلك تقدير الكفر في أولاد الكفار مع أنهم لا يدركون إيماناً ولا كفراً وتجري عليهم في الدنيا أحكام آباءهم. وكذلك العدالة مقدره في العدول إذا غفلوا عنها أو زال إدراكهم بنوم أو إغماء أو جنون. وكذلك الفسق يقدر في الفاسق مع غفلته عنه، أو مع زوال الإدراك. ومنها تقدير النيات في العبادات مع عزوبها والغفلة عنها. ومنها صوم المتطوع من أول النهار إذا نواه قبل الزوال على رأي من يراه صائماً من أول النهار.^(١)

أما بالنسبة لتطبيقات هذه القاعدة في فقهي الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، فمنها الآتي:

أولاً: عقد النكاح: إنما يتناول معدوماً مقدرًا في الزوجة وفي الزوج من الوطاء، والعشرة، والصداق، والنفقة، والكسوة، ولا يخرج عن التقدير إلا الصداق المعين.^(٢)

(١) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص ٥٥. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١١٢-١١٤.

(٢) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص ٥٧.

ثانياً: المرأة المعتدة: تُعتبر المرأة المعتدة من طلاق رجعي زوجة حكماً، لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها تصریحاً ولا تعريضاً؛ لأن أحكام الزوجية عليها جارية من وجوب النفقة ووقوع الطلاق، والظهار منها، ويتوارثان إن مات أحدهما، وتعتد الزوجة عدة الوفاة إن مات الزوج، ومتى أراد الزوج رجعتها في العدة كانت زوجته. (١) وكنتيجة: اعتبرت العلاقة الزوجية المعدومة بسبب الطلاق كالموجودة حكماً، والموجودة حكماً تلتحق بالموجودة حقيقة في الآثار والأحكام.

ثالثاً: في الميراث: يُقدَّرُ الملك في دية المقتول خطأ قبل موته حتى يصح فيها الإرث. (٢) وكذلك جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحية حكماً في حق الإرث، والوصية. (٣)

رابعاً: الذم: وهي عبارة عن تقديرات شرعية في الإنسان تقبل الإلزام والالتزام. (٤) وقد عرفها الزرقا بأنها: "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه"، وهي تُفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديون الثابتة على الإنسان. (٥) فهي عبارة عن محل اعتباري تقديري حكمي غير حقيقي أوجده الشرع في الإنسان ليكون محلاً صالحاً للإلزام والإلتزام، كالديون التي يُقدَّرُ وجودها فيها وغيرها من الإلتزامات.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٠٤. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية البلدي، الحنفي (ت: ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليق المختار، تحقيق: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م)، ج٣، ص١٧٧. علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، ج٩، ص٢٤٧. ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١٤٧.

(٢) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج١، ص١٧٠.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج١٥، ص١٠٨.

(٤) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص٥٥. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج٢، ص١١٤.

(٥) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٣، ص٢٠١/١٩٣.

خامساً: الحقوق: مقدرات في الذمم؛ فتقدر العروض في الذمم وهي أجسام لا يتصور كونها في الذمم حقيقة، بل تكون معدومة من الوجود كله بالضرورة، كمن أسلم في فاكهة لا توجد إلا في الصيف بينما وقع العقد في الشتاء؛ فيقدر ذلك كله في الذمة. وكذلك الديون فإنها تقدر موجودة في الذمم من غير تحقق لها ولا لمحلها، ومما يدل على تقديرها وجوب الزكاة فيها، ولو لم يُقدّر وجودها؛ لما وجبت الزكاة في معدوم. (١)

سادساً: عقد البيع: متى وقع البيع ديناً بدين اشتمل على التقدير في الذمة، ولا يخرج البيع عن التقدير إلا في بيع المعاطاة. (٢)

سابعاً: عقد الإجارة: عقد على المنافع التي هي أعراض لا وجود لها؛ وإن كانت كذلك فلا يجوز بيعها للنهي عن بيع المعدوم، ولكنها جعلت كالموجودة حكماً لتصحيح ورود العقد عليها. يقول السرخسي: "لأن المنفعة، وإن كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكماً بدليل جواز العقد ولزومه. وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم، وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكماً" (٣) ويقول القرافي: "لا بد في الإجارة من التقدير إن قوبلت منفعة بمنفعة فكلاهما مقدر لو تعين، وكانت المنافع مقدرة". (٤)

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١١٤. القرافي، الأمانة في إدراك النية، ص ٥٥-٥٦.

(٢) القرافي، الأمانة في إدراك النية، ص ٥٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٠٨.

(٤) القرافي، الأمانة في إدراك النية، ص ٥٧.

المسألة الثانية: أمثلة إعطاء الموجود حكم المعدوم، منها الآتي:

أمثلة إعطاء الموجود حكم المعدوم كثيرة جداً منها: النجاسات المعفو عنها تقدر في حكم المعدومة، ويُقدَّرُ ما وجد من الأحداث والأخبار في صاحب السلس والجراحات السائلة معدومة، وتصح صلاته كأنه عدم الماء في حقه. ووجود الماء يحتاج إليه المسافر لعطشه أو لقضاء دينه، أو لنفقة ذهابه وإيابه، فإنه يقدر معدوماً مع وجوده. يقول الزركشي: "لأن الماء إذا ارتفع سعره ينزل منزلة العدم".^(١) ووجود المكفر الرقبة مع احتياجه إليها واعتماده عليها؛ فإنها تقدر معدومة لينتقل إلى بدلها. ومن معه نصاب حال عليه الحول وهو يحتاجه لقضاء دينه، يُقدَّرُ معدوماً ولا زكاة عليه. وكذلك من عنده نصاب يحتاجه لضرورته وهو لا يكفيه قدره كالمعدوم ونعطيهِ الزكاة كالفقير الذي لا شيء له.^(٢)

أما بالنسبة لتطبيقات هذه القاعدة في فقهي الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، فمنها الآتي:

أولاً: ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يُفَرَّقُ بين المفقود وزوجته إلا إذا حكمنا بموته؛ وإنما يحكم بموته عندهم بموت أقرانه وبمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها.^(٣) يُعتبر هذا مثلاً على إعطاء الموجود حكم المعدوم؛ حيث لا يُفَرَّقُ بين المفقود وزوجته إلا إذا تحقق موت المفقود، ولَمَّا عُجِزَ عن هذا، حكمنا بموته مع أنه ليس ميئاً حقيقةً لاحتمالية استمرار حياته بعد موت أقرانه؛ وكننتيجة: نكون قد أعطينا الحيَّ حكم الميت أو الموجود حكم المعدوم للحاجة ورفع الحرج عن الزوجة حتى لا تبقى من غير زواج.

(١) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج ١، ص ٢٧٠.

(٢) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص ٥٦. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١١٥. محمد بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط ١، دار الكتبي، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج ١، ص ٢٧٠/١٧٠.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٦، ص ١٤٨. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ٩٨. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط ٢، دار الفكر، عمان، (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م)، ص ٣٠٢.

ثانياً: عند الحنفية تُجعل نفقة ولد الولد على جدهم الموسر حال عسرة أبوهم الفقير؛ لأن الأب الفقير عندهم يلحق بالميت في استحقاق نفقة الأحفاد على الجد. يقول ابن عابدين: "وإلا فالأب كالميت والوجوب على غيره لو كان ميتاً، ولا رجوع عليه في الصحيح".^(١) ولا تُعتبر هذه النفقة ديناً في ذمة الأب المعسر، ولا يُطالب فيها حال يساره؛ لأنها ابتداءً لم تُعتبر ديناً في ذمته؛ وإنما بُنيت المسألة على التقدير الحكمي وإعطاء الموجود حكم المعدوم، فاعتبرت حياة الأب الفقير حال إيساره كالمعدومة، والمعدوم حكماً يلتحق بالمعدوم حقيقةً. أما المالكية فلم يأخذوا بهذا التقدير؛ حيث أنهم اعتبروا ما يُنفقه الجد الموسر على أحفاده الفقراء ديناً في ذمة أبيهم ابتداءً؛ لأن الجد ليس بأب حقيقي، على خلاف جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين يعتبرون الجد أباً حكماً؛ لأن اسم الوالدين يقع على الجميع.^(٢)

ثالثاً: تم الإجماع على أن القاتل عمداً لا يرث من مال من قتله، ولا من دينه شيئاً.^(٣) مع أنه قد وُجد سبب الإرث وشرطه: وهما القرابة، وتحقق حياة الوارث عند وفاة المورث؛ ولكن لمعاقبة القاتل ومعاملته بخلاف مقصوده؛ جعلت حياته الموجودة حقيقة عند وفاة مورثه الذي قتله عمداً كالمعدومة، وجعلت قرابته منه كالمعدومة أيضاً. وكنتيجة: الذي يصير معدوماً حكماً يلتحق بالمعدوم حقيقة؛ فلا يرث.

رابعاً: الميراث: جُعل فيه الحي حقيقة كالميت حكماً، كالمرتد اللاحق بدار الحرب؛ لا يُورث.^(٤)

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٣، ص ٦١٥.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٣، ص ٦١٥. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٣، ص ١٥٨. عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي (ت: ٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي، ج ٩، ص ٢٧٦. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص ٣٨٦.

(٣) ابن المنذر، الإجماع، ص ٧٤.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٠٨.

خامساً: العقد الباطل: تجريد العقد الباطل من آثاره، واعتباره كالمعدوم، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية "المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً".^(١)

سادساً: الرد بالعيب: فإنه رفع للعقد من أصله؛ أي يُقَدَّرُ كالمعدوم وإن كان موجوداً؛ فيعطي حكم المعدوم، ومقتضى هذا أن ترد الغلات للبايع، ولا يبقى أي أثر من الآثار.^(٢)

المطلب الرابع: دور التقدير الحكمي في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال تطبيقات هذا المبحث أن لإعطاء المعدوم حكم الموجود، أو الموجود حكم المعدوم دوراً جلياً في التخفيف من البطلان بشكل عام أو في التخفيف من آثار بطلان العقد بشكل خاص، وما يؤول إليه من آثار ووقائع مادية سلبية ملموسة بسبب البطلان. بيّد أنّ "القواعد العامة للأحكام تقتضي أن يتمسك المكلف أو المجتهد بالأمر الحقيقية، ولكن قد تلجئه بعض الظروف والأحوال إلى ترك الأمر الحقيقي والتمسك بالأمر الحكمي التقديري دفعاً للمشقة وجلباً للتيسير"^(٣) خاصة إذا علمنا أن للشرع ولاية في ذلك، يقول السرخسي: "وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكماً لحاجة الناس إليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحية حكماً في حق الإرث، والوصية... وإذا صارت موجودة حكماً التحقت بالموجود حقيقة".^(٤) ويُفهم من كلام السرخسي: أنّ المستقرى لجزيئات الشريعة يجد فيها الكثير من الأمور والمسائل التي تجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكماً وتقديراً لحاجة الناس إليه. وأنا أقول: إنّ كلّ ما حقق حاجة للناس، ودفع عنهم المشقة؛ من شأنه يقيناً أن يعمل على تصويب تصرفاتهم وعدم إبطالها؛ الأمر الذي يؤدي إلى التخفيف من البطلان الذي هو مقصد من مقاصد الشريعة وقد دلت عليه سابقاً وبيّنت مشروعيتها.

(١) القرافي، الفروق، ج ١، ص ٢٠٤. أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، ص ٣٥٩.

(٢) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص ٥٨.

(٣) هدييل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، ص ٢٠.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٠٨.

هذا عدا أنّ التمسك بالأمر الحقيقي دائماً وعدم التقدير يُوقع المكلفين في كثيرٍ من الأحيان في الحرج والمشقة، ومن المقرر شرعاً أنّ: "المشقة تجلب التيسير" (١) فمن التيسير على المكلف التقدير الحكمي لكثيرٍ من الأمور والمسائل؛ وذلك بإعطاء المعدوم منها حكم الموجود، أو الموجود منها حكم المعدوم. ومثال ذلك ما ذكرته سابقاً بأنه تم الإجماع على أن القاتلَ عمداً لا يرث من مال من قتله، ولا من ديته شيئاً. (٢) مع أنه قد وُجد سبب الإرث وشرطه: وهما القرابة، وتحقق حياة الوارث عند وفاة المورث؛ ولكن لمعاقبة القاتل ومعاملته بخلاف مقصوده؛ جُعِلت حياته الموجودة حقيقة عند وفاة مورثه الذي قتله عمداً كالمعدومة، وجُعِلت قرابته منه كالمعدومة أيضاً. وكننتيجة: الذي يصير معدوماً حكماً يلتحق بالمعدوم حقيقة؛ فلا يرث. وأقول: لو تمسكنا هنا بالأمر الحقيقي وهو: توافر سبب الميراث وشرطه؛ لورثنا القاتل عمداً لمورثه؛ ولأوقعنا الناس في المشقة والحرج؛ لانتشار جريمة قتل الوارث لمورثه استعجالاً منه للميراث، ولضاعت الأنفس والأموال اللتان هما من أعظم وأهم الضروريات الخمس التي أمرنا بالمحافظة عليها. وكننتيجة: لا يتحقق حرمان القاتل عمداً من الميراث إلا بالتقدير الحكمي بانعدام حياته وانعدام قرابته؛ أي بإعطاء الموجود حكم المعدوم. وبما أن هذا التقدير يدفع عنا الكثير من المفاصد التي يُعتبر دفعها مصلحة؛ أضحي هذا التقدير مقصداً من مقاصد الشريعة وأمرنا به.

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٦٤. السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٤٩.
(٢) ابن المنذر، الإجماع، ص ٧٤.

ومثاله أيضاً: الذمة: والتي هي: "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه، وهي تُفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديون الثابتة على الإنسان".^(١) فهي عبارة عن محل اعتباري تقديري حكمي غير حقيقي أوجده الشرع في الإنسان ليكون محلاً صالحاً للإلزام والالتزام، كالديون التي يُقدَّر وجودها فيها وغيرها من الإلتزامات. فلو لم نقدّر وجود الذمة وتمسكنا بالأمر الحقيقي وهو عدم وجودها في الإنسان؛ لبطلت كثيرٌ من المعاملات والعقود المالية التي يكون الدين عنصراً هاماً فيها؛ لغياب المحل الصالح للإلزام والإلتزام كالقروض، وعقد السلم، وعقد الاستصناع، وكثير من أنواع البيوع الأخرى، يقول القرافي: "متى وقع البيع ديناً بدين"^(٢) اشتمل على التقدير في الذمة، ولا يخرج البيع عن التقدير إلا في بيع المعاطاة.^(٣)

وبما أن هذا التقدير يجلب لنا كثيراً من المصالح ويدفع عنا كثيراً من المفاسد التي يُعتبر دفعها مصلحة؛ أضحي مقصداً من مقاصد الشريعة وأمرنا به؛ لما فيه من تيسير لأمر الناس، وقضاء لحوائجهم، وتصحيح لتصرفاتهم، وتخفيف من البطلان.

(١) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٣، ص٢٠١/١٩٣.

(٢) عنى القرافي من قوله: "متى وقع البيع ديناً بدين"؛ أي التزاماً يُقابلته التزام؛ وإلا فبيع الدين بالدين منهى عنه شرعاً، ولا يجوز ذلك بالإجماع، نقله ابن قدامة عن الإمام أحمد في كتابه المغني، ج٤، ص٣٧.

(٣) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص٥٧.

المبحث الثاني

دلالة الحال ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

يتكون هذا المبحث من ثلاثة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف دلالة الحال لغة واصطلاحاً:

المطلب الثاني: تطبيقات على دلالة الحال في الفقه الإسلامي:

المطلب الثالث: دور دلالة الحال في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف دلالة الحال لغة، واصطلاحاً:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما الآتي:

المسألة الأولى: تعريف دلالة الحال لغة:

الدلالة لغة: من دَلَّ: تقول: دَلَّلت فلاناً على الطريق. والدَّيْل في الشيء: الأمانة،

نقول: هذا شيءٌ بَيَّنُّ الدلالة؛ أي بَيَّنُّ الأمانة. (١)

أما **الحال لغة:** من حَالَ، والحَالُ: كينة الإنسان وهو ما كان عليه من خير أو شر، يُذكر ويُؤنث، والجمع أحوال وأحولة، والواحدة حَالَةٌ؛ فمن ذكر الحال جمعه أحوالاً، ومن أنثها جمعه حالات. يُقال حَالُ فلان حسنة وحسن، ويُقال: هو بحَالَةٍ سوء. يُقال: تَحَوَّلَه بالنصيحة والوصية والموعظة: أي توخَّى الحال التي ينشط فيها لقبول ذلك منه. وحالات الدهر وأحواله: أي: صروفه. والحَالُ: هو الوقت الذي أنت فيه. (٢)

وكننتيجة: دلالة الحال لغة كمركب إضافي: هي الأمارات التي تدل عليها كينة الإنسان

في وقته الحاضر.

(١) ابن فارس، مجلد اللغة، كتاب الدال، باب الدال وما بعدها في المضاعف والمطابق، ج ١، ص ٣١٩.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، باب اللام، فصل الحاء، ج ١١، ص ١٩٠.

المسألة الثانية: تعريف دلالة الحال اصطلاحاً:

تجدر الإشارة إلى أن دلالة الحال في الاصطلاح بُحِثت تحت العديد من المُسمّيات: فعبرَ عنها البعض بالحال^(١)، وعبرَ عنها البعض الآخر بقرائن الحال، وهم أكثر^(٢)، ومنهم من عبرَ عنها بدلالة الحال.^(٣)

وتجدر الإشارة -أيضاً- إلى أن من الفقهاء من عبرَ عنها تارة بالحال، وتارة أخرى بدلالة الحال، كابن عابدين.^(٤) مما يؤكد على أنهما مسمّيان لشيءٍ واحد. ومنهم من عبرَ عنها تارة بدلالة الحال، وتارة أخرى بالقرائن الحالية، كالزرقا الذي لم يُفرّق بينهما، فيقول في خضم تطبيقات دلالة الحال: "في مثل هذه المسائل توجد قرائن قائمة فيها نوع دلالة".^(٥) أي القرائن الحالية. مما يؤكد على أنهن مسمّيات لغرض واحد ومقصود واحد. إلا أن دلالة الحال وما يدل عليها من مسمّياتٍ أخرى لم تحظ أو لم يكن لها نصيباً وافراً في بيان مفهومها في اصطلاح الفقهاء، مع ما لها من أهمية ودور بارز في تطبيقاتهم الفقهية. وأعزي هذا إلى بدهية معناها ومفهومها لديهم؛ فلم تكن الحاجة لتبيين معناها اصطلاحاً؛ حيث يقترب مفهومها (تعريفها) كثيراً من مفهومها اللغوي والذي هو: الأمارات التي تدل عليها كينة الإنسان في وقته الحاضر.

(١) منهم ابن الهمام الحنفي حيث يقول: "والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهرة في المراد". ابن الهمام، فتح القدير، ج٤، ص٦١. ومنهم -أيضاً- ابن عابدين، حيث يقول: "إذا قال لامرأته: أعتقتك تطلق إذا نوى أو دل عليه الحال". ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، ص٢٤٦.

(٢) منهم الغزالي حيث عرف قرينة الحال بـ: "إشارات ورموز وحركات وسوابق ولواحق لا تدخل تحت الحصر والتخمين يختص بدركها المشاهد". محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥هـ)، المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط١، دار الكتب العلمية، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، ص١٨٥. ومنهم -أيضاً- النووي، حيث عبرَ عن البيع بدلالة الحال (المعاطاة) بالبيع بالقرينة، حيث قال: "كقوله خذ واعطني فهو داخل في عموم ما ذكرناه من القرينة". النووي، المجموع، ج٩، ص١٦٣.

(٣) منهم ابن الفراء حيث يقول: "إن دلالة الحال ليس بعلّة ملازمة للأمر حتى لا تخلو منها، وإنما تقارن بعض الأوامر". محمد بن الحسين بن محمد ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي، ط٢، (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، ج١، ص٢٣٦. ومنهم -أيضاً- ابن قدامة حيث يقول: "لأن دلالة الحال تغني عن اللفظ". ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٣٠.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، ص٢٤٦/٢٩٧.

(٥) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ص١٠٦٦.

ومن تعريفات الفقهاء لدلالة الحال، الآتي:

-عرفها ابن عابدين: "دلالة الحال: هي الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده".^(١)
يُنْتَقَد هذا التعريف: باحتوائه على الدور؛ فلا يجوز تعريف دلالة الحال بالحالة.

-وعرفها الزرقا: "دلالة الحال: هي الأمانة القائمة التي تدل على شيء".^(٢)
يُنْتَقَد هذا التعريف: بأنه لم يكن مانعاً من دخول الأمانات القائمة بغير الإنسان وتصرفه؛ حيث تمَّ التعبير فيه عن الأمانة: بالتي تدل على شيء؛ ففيه من العموم ما يُدْخِل فيه أنواع الأمانات الأخرى؛ فدلوك الشمس أمانة على وجوب الصلاة، ودخول الشهر أمانة على وجوب الصيام، وغيرها من الأمانات الحسيّة أو المقاليّة.^(٣)

-وعرفها الزحيلي: "دلالة الحال: هي الأمانة والعلامة القائمة التي تصاحب الإنسان وتدل على أمر من الأمور".^(٤)
يبدو لي أنّ هذا التعريف أقربها للصواب؛ حيث قيّد العلامة بمصاحبتها للإنسان.

ومن تعريفات الفقهاء للقريظة الحالية التي تلتقي كثيراً بدلالة الحال، الآتي:

-عرفها الغزالي: "إشارات ورموز وحركات وسوابق ولواحق لا تدخل تحت الحصر والتخمين يختص بدركها المشاهد".^(٥)

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٣، ص ٢٩٧.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ١٠٦٥.

(٣) نسيبة زياب محمد الروسان، دلالة الحال وأثرها في الأحكام الفقهية، أطروحة دكتوراه/ جامعة آل البيت، بإشراف الأستاذ الدكتور أحمد القرالة، (٢٠١٩م)، ص ٨.

(٤) محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط ١، دار الفكر، دمشق، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م)، ج ٢، ص ٧٩٨.

(٥) محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط ١، دار الكتب العلمية، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، ص ١٨٥.

يُنْتَقَد هذا التعريف أيضاً: بأنه لم يكن مانعاً من دخول الأمارات القائمة بغير الإنسان وتصرفه؛ فأطلق بالإشارات والرموز والحركات ولم يُقَيِّدها بمصاحبتها للإنسان أو تصرفه.

- وعرفها الرازي: "هيئات مخصوصة قائمة بالمتكلم دالة على أن المراد ليس هو الحقيقة، بل المجاز". (١)

يُنْتَقَد هذا التعريف: بأنه لم يكن جامعاً لمفهوم القرينة الحالية؛ حيث خصَّ الهيئات بالمتكلم؛ مع أنَّ هذه الهيئات تكون قائمة ومصاحبة للإنسان وأحواله المختلفة: من كلام، أو فعل، أو سكوت.

- وعرفها الجويني: "القرائن الحالية: فكقول القائل: رأيت الناس، وأخذت فتوى العلماء، ونحن نعلم أن حاله لا يحتمل رؤية الناس أجمعين، ومراجعة جميع العلماء". (٢)

يُنْتَقَد هذا التعريف: بأنه -كما يبدو ظاهراً منه- ضربٌ ونوعٌ من التمثيل والتوضيح، لا التعريف.

- وعرفها عبد الكريم زيدان: "القرينة الحالية: هي التي تكون حسب العادة وظروف الحال". (٣)

يُنْتَقَد هذا التعريف أيضاً: باحتوائه على الدور؛ حيث عرفها بالتي تكون حسب ظروف الحال.

(١) محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت: ٦٠٦هـ)، المحصل، تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط٣، مؤسسة الرسالة، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ج١، ص٣٣٢.

(٢) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ج١، ص١٣٣.

(٣) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م)، ص٢٦٤.

أخيراً: من خلال التعريفات السابقة يتبيّن لنا أنّ دلالة الحال هي عبارة عن: "هينات وأمارات وعلامات مخصوصة قائمة ومصاحبة للإنسان ولتصرفه، تدل على أمر من الأمور".

المطلب الثاني: تطبيقات على دلالة الحال في الفقه الإسلامي:

تمهيد:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن دلالة الحال: هي الأمانة والعلامة القائمة التي تصاحب الإنسان وتصرفه، وتدل على أمر من الأمور. فالأحوال والقرائن المصاحبة لتصرفات الإنسان من الأقوال، والأفعال -وحتى السكوت- لها دلالة تمكّن من معرفة قصد المتصرف، أو المتحدث، أو الساكت ولو لم يصرح بنيته ومراده؛ وهذا يعنى أن القرائن الحالية تشمل: المخاطب وشخصيته، والمخاطب وشخصيته، والخطاب وما يحيط به من ظروف مادية ومعنوية. ولا بد من الإشارة -أيضاً- إلى أنّه إذا أخذ الكلام، أو السكوت، أو التصرف بمعزل عن الحال أو القرائن الحالية؛ فإن ذلك يحتمل صنوّفاً من المعاني، ولن يُعرف المراد من ذلك الكلام، أو ذلك السكوت، أو ذلك التصرف، على وجه التحديد إلا بالاعتماد على دلالة الحال.^(١) فدلالة الحال تجعل اللفظ المجمل أو المشترك بيّناً ظاهراً. يقول الزركشي: "لأن الظاهر من حال النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه لا ينطق باللفظ المجمل بقصد التشريع وتعريف الأحكام، ويخليه عن قرينة الحالية، أو مقالية تعيّن المقصود من الكلام".^(٢) ويقول ابن أمير الحاج: "لأن الظاهر من حاله -صلى الله عليه وسلم- أنه لا ينطق باللفظ المشترك لقصد التشريع إلا ومعه قرينة الحالية؛ أو مقالية معيّن مراده".^(٣)

(١) محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط١، دار الفكر، دمشق، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م)، ج٢، ص٧٩٨. حسن السيد حامد خطاب، أثر السياق في دلالة السكوت على الأحكام/ دراسة فقهية، من البحوث الفقهية المعاصرة، (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م)، ص١٣.

(٢) محمد بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط١، دار الكتبي، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج٦، ص٢٨٩.

(٣) محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج الحنفي (ت: ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير، ط٢، دار الكتب العلمية، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ج٢، ص٢٦٥.

ولا بد من الإشارة -أيضاً- إلى أنّ دلالة الحال ليست بعلّة ملازمة للأمر حتى لا تخلو منها، وإنما تقارن بعض الأوامر. (١)

أمّا بالنسبة لتطبيقات دلالة الحال في فقهي الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، فمنها الآتي:

أولاً: يُعتبر سكوت البكر -وهي التي لم تتزوج من قبل- علامة وأماراً دالة على رضاها؛ لما رواه البخاري عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا: يا رسول الله، وكيف إذن؟ قال: "أن تسكت". (٢)

(١) محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت: ٤٥٨ هـ)، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد بن علي بن سير المباركي، ط٢، (١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م)، ج١، ص٢٣٦.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، ج٧، ص١٧، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم ٥١٣٦.

وجه الدلالة:

يتبين لنا من خلال الحديث السابق أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أوجب استئذان البكر وأخذ رضاها قبل تزويجها، واعتبر سكوتها علامة وأمانة دالة على رضاها؛ وذلك لفرط حياء البكر على خلاف الأيم التي سبق لها الزواج من قبل. مع أن الأصل ألا يُعتبر سكوتها علامة دالة على رضاها؛ ولكنّه اعتُبر قبولاً على خلاف القياس؛ لوجود النص في هذه المسألة وهو الحديث السابق. (١)

وأقول: ليس بالضرورة أن يكون السكوت لوحده قرينة دالة على رضا البكر، بل قد يحتاج -في كثير من الأحيان- إلى قرينة إضافية تدل على أنه رضا. يقول ابن الهمام: "من أنها إن سكنت أو ضحكت بلا استهزاء أو بكت بغير صوت فهو رضا؛ وإلا فلا". (٢) يُفهم من كلام ابن الهمام أن سكوتها يُعتبر قبولاً إذا وافقه التبسم أو الضحك أو الحياء؛ أمّا إن سكنت مع بكاء بصوت مرتفع، أو سكنت وعلامات الحزن والكآبة على وجهها؛ فلا يُعتبر هذا قبولاً. وقد أشار إلى مثل هذا الدكتور مصطفى البغا في تعليقه وشرحه لصحيح البخاري بخصوص لفظة "أن تسكت" فقال: "استحياء مع قرينة تدل على رضاها، أو عدم قرينة تدل على رفضها من بكاء أو ضحك ونحو ذلك". (٣)

وهذا ما أميل إليه وأرجحه: وهو عدم اعتبار السكوت علامة رضا مستقلة، بل هو كغيره من التصرفات والأفعال والأقوال التي تكون القرينة الحالية أو دلالة الحال فيها مؤشراً وأمانةً مبيّنةً لقصد المتصرف أو المتحدث الحقيقي.

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ج٣، ص٢٦٨. أحمد القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، ص٣٤٠.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ج٣، ص٢٦٧-٢٦٨.

(٣) مصطفى البغا، طبعة صحيح البخاري مع شرح وتعليق مصطفى البغا، ج٥، ص١٩٧٤، حديث رقم ٤٨٤٣.

ثانياً: من قامت امرأته لتخرج فقال لها: إن خرجت فأنت طالق؛ فإنها إن قعدت، ثم خرجت بعد ذلك، لم تطلق. (١)

حيث أن قعودها وعدم خروجها فوراً بعد تهديد زوجها لها دلالة بيّنة على امتثالها لأمر زوجها؛ وإلا لخرجت فوراً بعد مخاطبتها بهذه العبارة.

ثالثاً: ينعقد النكاح بالألفاظ الكنائية إذا دلّ عليها الحال؛ لأن الكناية مع دلالة الحال كالصريح لا تفتقر إلى إظهار النية، فمن دلالات الأحوال في النكاح: اجتماع الناس، وإحضار الشهود، وتسمية المهر. يقول ابن عابدين: "فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار شهود وتسمية المهر معجلاً، ومؤجلاً ونحو ذلك ينصرف إلى النكاح". (٢) وهذا -أيضاً- ما أشار إليه ابن تيمية حيث قال: "ومعلوم أن دلالات الأحوال في النكاح معروفة من اجتماع الناس لذلك والتحدث بما اجتمعوا له، فإذا قال بعد ذلك: "ملكته لك بألف درهم" علم الحاضرون بالاضطرار أن المراد به الإنكاح، وقد شاع هذا اللفظ في عرف الناس حتى سماوا عقده إملاكاً وملاكاً" (٣) ويقول أيضاً: "إن من أصول الإمام أحمد ونصوصه أن العقود تتعقد بما يدل على مقصودها من قول أو فعل، فهو لا يرى اختصاصها بالصيغ. ومن أصله أن الكناية مع دلالة الحال كالصريح لا تفتقر إلى إظهار النية؛ ولهذا قال بذلك في الطلاق والقذف وغير ذلك". (٤)

(١) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، الفصول في الأصول، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج١، ص٥١.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، ص١٧.

(٣) أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن أبي القاسم ابن تيمية الحنبلي (ت: ٧٢٨هـ)، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، ط١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، (١٤٢٢هـ)، ص١٥٨.

(٤) أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن أبي القاسم ابن تيمية الحنبلي (ت: ٧٢٨هـ)، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، ج٢٠، ص٥٣٤.

رابعاً: إذا طلبت الزوجة من زوجها الخلع، وبذلت من أجله العوض؛ فأجابها الزوج بلفظ من ألفاظ كنايات الخلع مثل: بارأتك أو أبرأتك، صحت المخالعة من غير نية؛ لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض، صارفة إليه، فأغنى عن النية فيه. (١)

خامساً: وقوع الطلاق بالألفاظ الكنائية إذا دلَّ عليه الحال؛ لأن الكناية مع دلالة الحال كالصریح لا تفتقر إلى إظهار النية. يقول ابن عابدين: "إذا قال لامرأته: أعتقتك؛ تطلق إذا نوى، أو دل عليه الحال". (٢)

أما بالنسبة لتطبيقات دلالة الحال في فقه المعاملات المالية، فمنها الآتي:

أولاً: الرضا أو التراضي من الطرفين ركن العقود، والرضا أمر باطن، فلا بدَّ من شيء في الظاهر يدل عليه، كاللفظ المعبر عن الرضا. ولكن لا تقتصر أمانة الرضا على اللفظ وحده، بل تتعداه إلى دلالة الحال التي تدل عليه دلالة بيّنة قاطعة للنزاع، كالتعاطي. (٣) ومثاله: أن يذهب رجلٌ إلى محل البقالة، ويأخذ سلعةً من السلع المعروضة، ويدفع ثمنها للبائع دون أن يتلفظ بأي كلمة. يقول النووي ممثلاً: "أن يعطيه درهماً أو غيره، ويأخذ منه شيئاً في مقابلته، ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر؛ فإذا ظهر والقرينة وجود الرضا من الجانبين؛ حصلت المعاطاة". (٤)

(١) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٢٩.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، ص٢٤٦.

(٣) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج٢، ص٧٩٩.

(٤) يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، ج٩، ص١٦٣.

وتجدر الإشارة إلى أنّ بيع المعاطاة أجازته وصحّحه كل من الحنفية (١) والمالكية (٢) والحنابلة. (٣)

يقول الكاساني من الحنفية: "وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والإعطاء، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً، فكان جائزاً". (٤)

ويقول ابن الحاج من المالكية: "لأنه يُجيز -أي الإمام مالك- إذا عدم الإيجاب والقبول ما شاركهما في الدلالة على الرضا الباطني من قول، أو فعل قصد به ذلك، فتكفي المعاطاة". (٥)

ويقول ابن قدامة من الحنابلة: "نص عليه أحمد -أي على بيع المعاطاة- في من قال لخباز: كيف تبيع الخبز؟ قال: كذا بدرهم. قال: زنه، وتصدق به. فإذا وزنه فهو عليه". (٦)

أما الإمام الشافعي فلا يكفي عنده بيع المعاطاة دون قول، بينما ذهب بعض أصحابه إلى القول به. (٧)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٣٤.

(٢) محمد بن محمد العبدري المالكي، الشهير بابن الحاج (ت: ٧٣٧هـ)، المدخل، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار التراث، ج ١، ص ١٥٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٨١.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ١٣٤.

(٥) محمد بن محمد العبدري المالكي، الشهير بابن الحاج (ت: ٧٣٧هـ)، المدخل، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار التراث، ج ١، ص ١٥٦.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٨١.

(٧) النووي، المجموع شرح المهذب، ج ٩، ص ١٦٣. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج ٣، ص ١٨٧. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٨١.

ثانياً: لو قال شخص فقير، أو متوسط الحال لآخر: اشتر لي داراً أو سيارة، فاشترى له سيارة أو داراً تصلح للأمرء أو الأغنياء؛ فلا ينفذ هذا الشراء على الموكل، وإن كان اللفظ مطلقاً؛ لأن حالة الفقير أو دلالة الحال تنبئ أن المراد داراً متواضعةً، وسيارة رخيصة، تتفق مع حاله. (١)

ثالثاً: لو دفع رجلٌ ثوبه إلى قصارٍ أو خياطٍ معروفين بذلك، فقاما بخياطته أو تقصيره؛ استحقا الأجرة، وإن لم يشترطاً عوضاً ابتداءً؛ لأن دلالة الحال تعني عن اللفظ. (٢)

رابعاً: إذا قدم شخص بلدة، فقال لغيره: استأجر لي داراً، فاستأجرها له بعد سنة مثلاً، فإنه لا ينفذ فعل الأمور على الأمر؛ لأن الأمر يتقيد بدار يسدّ بها حاجته القائمة في الحال بالدلالة. (٣)

خامساً: لو كلف شخص غيره شراء أضحية، فاشترها له بعد انقضاء العيد، فلا ينفذ الشراء عليه؛ لأن دلالة الحال تقضي شراءها قبل العيد أو في العيد. (٤)

(١) أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط٢، دار القلم، دمشق، (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، ج١، ص٣٢٤. الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج١، ص٣٨٠.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٣٠.

(٣) أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ج١، ص٣٢٤. الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج١، ص٣٨٠.

(٤) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج١، ص٣٨٠.

سادساً: لو جاءت امرأة بغزلها إلى السوق، وأمرت رجلاً ببيعه، فباعه نسيئة، لم ينفذ عليها؛ وذلك لتقيده بالقبض حالاً بدلالة الحال وهي الحاجة. (١)

المطلب الثالث: دور دلالة الحال في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال التطبيقات السابقة أنّ لدلالة الحال دوراً فاعلاً في التخفيف من البطلان بشكل عام، ومن آثار بطلان العقد بشكل خاص؛ حيث أنّها ناطقة بالأمر الباطنة والمبهمّة ومُدلّلة عليها. يقول السيّانوي: "الحال ناطقة بكذا؛ أي دالة عليه، على وجه الاستعارة التبعية؛ بأن شبهت دلالة الحال بالنطق في إيصال المعنى إلى الذهن". (٢) حيث أنّ النية باطنة، أما الحال فهي ظاهرة في المراد. (٣) ومن هنا جاء دورها فاعلاً في تفسير الأقوال، والأفعال، وحتى السكوت، وتبيين المراد الحقيقي لقول الإنسان أو فعله أو سكوته. وإذا بان المراد من هذه الأقوال أو الأفعال وتصرفات الإنسان المبهمّة، أو تصرفات الإنسان التي في ظاهرها باطلة؛ تأت دلالة الحال وتُخرج هذه التصرفات من دائرة البطلان إلى دائرة الصحة والاعتبار؛ الأمر الذي بدوره يُخفف من البطلان وما ينتج عنه من آثار ووقائع مادية تضر سلباً بأحد العاقدين أو كليهما معاً، وعلى المجتمع ككل. وقد كنت قد دلّلت سابقاً على مشروعية التخفيف من البطلان وأنه مقصود من مقاصد شريعتنا الغرّاء؛ راعته الشريعة من خلال تشريعها للأحكام التي كان يطغى عليها سمة التخفيف والتيسير على المكلفين ابتداءً؛ حرصاً منها على تقليل البطلان ما أمكن. ولمّا كان الأمر كذلك وجب علينا الأخذ والعمل بدلالة الحال؛ حيث أنّها تُسهّم في تصحيح العقود وعدم الحكم عليها بالبطلان.

(١) أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ج ١، ص ٣٢٤. الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج ١، ص ٣٨٠.

(٢) حسن بن عمر بن عبد الله السيّانوي المالكي (ت: بعد ١٣٤٧هـ)، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، ط ١، مطبعة النهضة، تونس، (١٩٢٨م)، ج ١، ص ٧٠.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٤، ص ٦١.

ويؤكد السابق تطبيقاتها الفقهية التي ذكرتها سابقاً، ومنها دورها الفاعل في تصحيح البيع بالتعاطي؛ وإلا لفسد هذا البيع ودخل الناس في المشقة نتيجة فسادهم، وما يترتب على هذا الفساد من مطالبة كل واحد منهما صاحبه بما دفعه إليه إن كان باقياً، أو بدله إن كان تالفاً،.... الخ. -كما هو الحال عند الشافعية- فإنَّ البيعَ بالتعاطي عندهم له حكم المقبوض ببيع فاسد.^(١)

ولوقع الناس في مشقة -أيضاً- إذ وجب عليهم إجراء العقود لأبسط وأبخر أنواع البيوع؛ فمثلاً: من أراد ركوب سيارة أجرة، وجب عليه إجراء عقد إجازة قبيل الركوب، وما يترتب على مثل هذه العقود من مشقة وتضييع للوقت؛ فأنت دلالة الحال تُسعفنا وتصح تصرفاتنا بما ظهر منا من أحوال؛ إذ أنها ناطقة ومترجمة لما في داخلنا من نوايا ومقاصد حقيقية للأفعال.

وأيضاً ما ذكرته سابقاً من انعقاد النكاح بالألفاظ الكنائية إذا دلَّ عليها الحال، وأنَّ الكناية مع دلالة الحال كالصريح لا تفتقر إلى إظهار النية. فمن دلالات الأحوال في النكاح: اجتماع الناس، وإحضار الشهود، وتسمية المهر. فبديل أن نحكم على عقد الزواج -المعقود باللفظ الكنائي- بالبطلان؛ تأت دلالة الحال وتنفذه من برائن البطلان إلى دفة الصحة والاعتبار، وما ينتج عن هذا البطلان من حرمة الاستمتاع... الخ. ولمَّا كان الأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن؛^(٢) وجب علينا الأخذ بدلالة الحال واعتبارها ما أمكن؛ صيانة لتصرفات العاقل عن الإبطال.

(١) النووي، المجموع شرح المهذب، ج٩، ص١٦٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٧٩.

المبحث الثالث

دلالة الاقتضاء ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب، هي الآتي:

- المطلب الأول: بيان مفهوم دلالة الاقتضاء اصطلاحاً، وبيان أقسامها:
- المطلب الثاني: بيان مفهوم عموم المقتضى، واختلاف الأصوليين فيه:
- المطلب الثالث: تطبيقات على دلالة الاقتضاء في الفقه الإسلامي:
- المطلب الرابع: دور دلالة الاقتضاء في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: بيان مفهوم دلالة الاقتضاء اصطلاحاً، وبيان أقسامها:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما على الآتي:

المسألة الأولى: بيان مفهوم دلالة الاقتضاء اصطلاحاً عند الأصوليين:

عُرِّفت دلالة الاقتضاء عند الأصوليين بعدة تعريفات، تلتقي جميعها في معنى واحد،

أذكر منها الآتي:

-عرفها التفتازاني: "دلالة اللفظ على معنى خارج يتوقف عليه صدقه، أو صحته

الشرعية، أو العقلية".^(١)

-وعرفها الغزالي: "هو الذي لا يدل عليه اللفظ، ولا يكون منطوقاً به، ولكن يكون

من ضرورة اللفظ، إما من حيث لا يمكن كون المتكلم صادقاً إلا به، أو من حيث يمتنع وجود

الملفوظ شرعاً إلا به، أو من حيث يمتنع ثبوته عقلاً إلا به".^(٢)

-وعرفها من المعاصرين: محمد أديب الصالح: "دلالة الكلام على معنى يتوقف على

تقديره صدق الكلام، أو صحته شرعاً، أو عقلاً".^(٣)

(١) مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج ١، ص ٢٦٢.

(٢) الغزالي، المستصفى، ص ٢٦٣.

(٣) محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط ٥، المكتب الإسلامي، عمّان، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م)، ج ١، ص ٤٤٣.

وبناءً على التعريفات السابقة يكون "المقتضي" هو: ما أضر ضرورة صدق الكلام،^(١) وهو زيادة على النص، ثبت شرطاً لصحة المنصوص عليه، وجب تقديره لتصحيح المنصوص عليه، ولاقتضاء وحاجة النص إليه.^(٢) ويكون الثابت به يعدل ويساوي الثابت بالنص.^(٣)

أما بالنسبة لتبيين المقصود من قول الأصوليين فيه: ما وجب تقديره لضرورة صدق الكلام، أو صحته شرعاً، أو عقلاً؛ فهذا ما سأيّنه من خلال المسألة الآتية.

المسألة الثانية: بيان أقسام دلالة الاقتضاء عند الأصوليين:

تنقسم دلالة الاقتضاء عند عامة الأصوليين من الحنفية،^(٤) وجميع أصحاب الشافعي،^(٥) إلى ثلاثة أقسام، هي الآتي:

(١) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٢٤٩.

(٢) البيزدي، أصول البيزدي، مطبوع ضمن كتاب شارحه عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيزدي، ج ٢، ص ٢٣٥.

(٣) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيزدي، ج ٢، ص ٢٣٦.

(٤) مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج ١، ص ٢٦٢.

(٥) الغزالي، المستصفى، ص ٢٦٣.

أولاً: ما وجب تقديره لضرورة صدق الكلام،^(١) كما في الحديث الذي رواه ابن عباس عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه".^(٢)

فإن الخطأ والنسيان لم يرفعا، بدليل وقوع الأمة في كل منهما. وكذلك رفع العمل بعد وقوعه محال. مع أن ظاهر النص يفيد أن الخطأ والنسيان وما استكرهت عليه الأمة موضوع عنها. لذلك احتاجت ضرورة صدق كلام الرسول -صلى الله عليه وسلم- إلى تقدير، وهو: وضع إثم الخطأ أو حكمه. وبهذا التقدير يتفق الكلام مع الواقع ولا يخالفه.^(٣) يقول الأمدي: "يتعذر حمله على حقيقته لإفضائه إلى الكذب في كلام الرسول".^(٤)

(١) الغزالي، المستصفى، ص ٢٦٣. الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٢٤٩.

(٢) محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه (ت: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، ج ١، ص ٦٥٩، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم ٢٠٤٥. رواه الحاكم في "المستدرک في الطلاق"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. قال ابن أبي حاتم في "علله": سألت أبي عن حديث رواه الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"، وعن الوليد عن مالك عن نافع عن ابن عمر مثله، وعن الوليد عن ابن لهيعة عن موسى بن وردان عن عامر مثله، فقال أبي: هذه أحاديث منكرة، كأنها موضوعة، ولا يصح هذا الحديث، ولا يثبت إسناده. عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ)، نصب الرأية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ط ١، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ج ٢، ص ٦٤-٦٦.

(٣) محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ٤٤٤.

(٤) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج ٢، ص ٢٤٩.

ثانياً: ما وجب تقديره لضرورة صحة الكلام عقلاً،^(١) كما في قوله تعالى: ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعَيْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾. سورة يوسف، الآية ٨٢. لأن القرية لا تُسأل؛ وكذلك العير؛ فاحتاجت ضرورة صحة الكلام عقلاً إلى تقدير، وهو: سؤال أهل القرية، لا ذات القرية. وكذلك سؤال: أهل القافلة (العير)، لا ذات القافلة. يقول الغزالي: "لأنه لا بد من الأهل حتى يعقل السؤال فلا بد من إضماره".^(٢)

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَخْتَارَ مُوسَىٰ قَوْمَهُ﴾ سورة الأعراف، الآية ١٥٥. أي اختار موسى من قومه رجالاً.^(٣) لأن الاختيار يكون على البعض، لا على الكل.

ثالثاً: ما وجب تقديره لضرورة صحة الكلام شرعاً: كما في قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾. سورة المجادلة، الآية ٣. فصحة الكلام المنصوص عليه شرعاً يتوقف على تقدير النص بالآتي: "فتحريير رقبة مملوكة للمكفر. يقول عبد العزيز البخاري: "مثال المقتضى: الأمر بالتحريير؛ لأنه في معنى الأمر، أي فحرروا رقبة مقتضى للملك؛ لأن تحرير الحر لا يتصور، وكذا تحرير ملك الغير عن نفسه، فصار التقدير: فعليه تحرير رقبة مملوكة له".^(٤)

(١) مسعود بن عمر التفنازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر، ج ١، ص ٢٦٢. الغزالي، المستصفي، ص ٢٦٣.

(٢) الغزالي، المستصفي، ص ٢٦٣.

(٣) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيزدوي، ج ١، ص ٧٨. تجدر الإشارة إلى أن البيزدوي اعتبر هذا المثال من قبيل الحذف؛ لا من قبيل الاقتضاء. يقول عبد العزيز البخاري: "وما ذكر من النظر من هذا القبيل فكان تسميته بالمحذوف أولى"، والثابت مقتضى عنده هو: ما وجب تقديره لضرورة صحة الكلام شرعاً فقط.

(٤) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيزدوي، ج ١، ص ٧٨.

ومثاله أيضاً: لو قال أحدهم لآخر: "أعتق عبدك عني بألف"؛ ثبت باقتضاء هذا الكلام شراء العبد ودخوله في ملك المشتري أولاً، ومن ثم توكيل المشتري البائع بالعتق. وقد ثبت هذا التقدير لأجل صحة الإعتاق المطلوب بهذا الكلام؛ حيث أن شرعاً لا يصح إعتاق العبد إلا ممن يملكه.^(١) يقول الغزالي: "لكن العتق المنطوق به، شرط نفوذه شرعاً تقدم الملك؛ فكان ذلك مقتضى اللفظ".^(٢)

المطلب الثاني: بيان مفهوم عموم المقتضى، واختلاف الأصوليين فيه:
المقصود من عموم المقتضى: أي إذا كان المقتضى عاماً يشمل أفراداً كثيرين، فهل يبقى في هذه الحال على عمومه وشموله لكل الأفراد التي تحته، أم يجب تعيين فرداً واحداً من أفرادها التي تحته؛ ليصبح الكلام مفيداً، والقول بعدم العموم؟^(٣) وقد اختلف الأصوليون فيه اختلافاً كان له أثره في كثير من الفروع والأحكام، على الآتي:

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج ٢، ص ٢٣٦. الغزالي، المستصفى، ص ٢٦٣.

(٢) الغزالي، المستصفى، ص ٢٦٣.

(٣) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج ٢، ص ٢٣٧.

أولاً: ذهب عامة الحنفية،^(١) وبعض الشافعية،^(٢) إلى أنه لا عموم للمقتضى، وقد استدلوا بالآتي:

- ١- إنما الأصل هو العمل بالوضع الأصلي، وعدم العرف الطارئ.^(٣)
- ٢- لأن ثبوت المقتضى للحاجة والضرورة حتى إذا كان المنصوص مفيداً للحكم بدونه لا يثبت المقتضى لغةً ولا شرعاً، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا حاجة إلى إثبات صفة العموم للمقتضى، فإن الكلام مفيد بدونه فبقي فيما وراء موضع الضرورة وهو صحة الكلام على أصله وهو العدم؛ فلا يثبت فيه العموم. وهو نظير تناول الميتة لما أبيح للحاجة يتقدر بقدرها، وهو سد الرمق.^(٤)
- ٣- ولأنَّ العموم للألفاظ، لا للمعاني التي تضمنتها ضرورة الألفاظ.^(٥)
- ٤- ولأن الإضمار على خلاف الأصل، والمقصود حاصل بإضمار البعض، فوجب الاكتفاء به؛ ضرورة تقليل مخالفة الأصل.^(٦)

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج٢، ص٢٣٧.

(٢) منهم الغزالي؛ حيث عنون مسألة بـ: "المقتضى لا عموم له". الغزالي، المستصفى، ص٢٣٧. ومنهم الأمدى؛ حيث عنون مسألة بـ: "المقتضى وهو ما أضمر ضرورة صدق المتكلم لا عموم له". الأمدى، الإحكام من أصول الأحكام، ج٢، ص٢٤٩.

(٣) الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام، ج٢، ص٢٥٠.

(٤) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج٢، ص٢٣٧.

(٥) الغزالي، المستصفى، ص٢٣٧.

(٦) الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام، ج٢، ص٢٤٩.

ثانياً: ذهب بعض الشافعية إلى القول بعموم المقتضى،^(١) وقد نَسب بعض أصولي الحنفية هذا القول للإمام الشافعي.^(٢) وقد استدلوا بالآتي:

لأن المقتضى بمنزلة النص، حتى كان الحكم الثابت به بمنزلة الثابت بالنص، لا بالقياس؛ فيجوز فيه العموم كما يجوز في النص.^(٣)

المطلب الثالث: تطبيقات على دلالة الاقتضاء في الفقه الإسلامي:

سأورد بعض تطبيقات دلالة الاقتضاء في فقه الأحوال الشخصية، والمعاملات المالية، منها الآتي:

- ففي فقه الأحوال الشخصية سأذكر مسألة طلاق المكره، واختلاف الفقهاء في وقوع طلاقه، أم لا؟ ولقد كان لدلالة الاقتضاء، وعلى وجه الخصوص القول بعموم المقتضى، أو عدم القول به، دوراً بارزاً في هذه المسألة:^(٤)

(١) العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج٢، ص ٢١-٢٢.

(٢) نَسب بعض أصولي الحنفية هذا القول للإمام الشافعي، ومنهم: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول اليزدوي، ج٢، ص ٢٣٧.

(٣) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول اليزدوي، ج٢، ص ٢٣٧.

(٤) ذكر هذه المسألة بالتفصيل الدكتور محمد أديب الصالح في كتابه تفسير النصوص، ص ٤٦٠. وقد ذكرت وسُردت أدلة القولين بالتفصيل في جُل كتب فقه الأحوال الشخصية الحديثة؛ لذلك اكتفيت بذكر الدليل الذي له علاقة بدلالة الاقتضاء والقول بعمومها أم لا، والرد عليه من قبل الطرف الآخر، وما يترجح لدي فيه.

أولاً: ذهب الحنفية (١) إلى وقوع طلاق المكره:

وكان من أهم الأدلة التي استدلووا بها على وقوع طلاق المكره: عموم النصوص وإطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد، (٢) كما في قوله تعالى: ﴿

يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ سورة الطلاق، الآية ١/.

وجه الدلالة: حيث لم تُفرّق الآية بين أنواع الطلاق؛ فطلاق المكره مثل طلاق المُختار، أو الهازل... وهكذا.

ثانياً: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، (٣) والشافعية، (٤) والحنابلة، (٥) وابن حزم الظاهري، (٦) إلى عدم وقوع طلاق المكره:

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٨٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٨٢.

(٣) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ، ج٢، ص٣٦٨.

(٤) النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٧، ص٦٧. الشربيني، مغنى المحتاج، ج٤، ص٤٧٠.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٣٨٢.

(٦) ابن حزم، المحلى، ج٩، ص٤٦٦.

وكان من ضمن أدلتهم التي استدلوا بها على عدم وقوع طلاق المكره: الحديث الذي رواه ابن عباس،^(١) عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه".^(٢)

وجه الدلالة في الحديث السابق: دلالة اقتضاء صدق الكلام فيه، هي: أن الله وضع عنا حكم الخطأ، والنسيان، وما استكرهنا عليه بنوعيه الدنيوي والآخروي في كل منها. وعمدة قولهم في هذه المسألة هو عموم المقتضى؛ أي أنهم يُجيزون عمومته وشموله لكل الأفراد التي تحته. والمقتضى المحذوف المقدر في هذا الحديث هو: كلمة (حُكْم) ومن الأفراد التي تشملها هذه الكلمة: الحكم الدنيوي، وكذلك الحكم الآخروي. وكنتيجة: فهم لا يفرقون بين حكم وحكم؛ بل يعمهما مقتضى صدق الكلام جميعاً؛ فيوضع حكم طلاق المكره في الدنيا؛ فلا يقع. وكذلك يوضع حكم طلاقه في الآخرة؛ فلا يَأثم عليه.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية قد أجابوا الذين استدلوا بحديث ابن عباس السابق، بالآتي: هذا لا يصح لأن المقتضى لا عموم له. يقول ابن الهمام الحنفي في رد الاستدلال بالحديث السابق: "إنه من باب المقتضى ولا عموم له، ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم أحكام الدنيا، وأحكام الآخرة، بل إما حكم الدنيا، وإما حكم الآخرة. والإجماع على أن حكم الآخرة - وهو المؤاخظة- مُراد؛ فلا يُراد الآخر معه؛ وإلا عُمِّ".^(٣)

ما يترجح لدي في هذه المسألة: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم وقوع طلاق المكره، والقول بعموم المقتضى؛ لما في ذلك من تحقيق لمصلحة الناس، وتخفيف من وقوع حالات الطلاق.

(١) النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٧، ص٦٧. الشربيني، مغنى المحتاج، ج٤، ص٤٧٠. ابن قدامة، المغنى، ج٧، ص٣٨٢. ابن حزم، المطلى، ج٩، ص٤٦٦.

(٢) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج١، ص٦٥٩، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم ٢٠٤٥. سبق تخريجه.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ج٣، ص٤٨٨-٤٨٩.

- لو تزوج رجلٌ امرأةً، وقال لوليها: "تزوجت ابنتك على صاع من فضة"؛ فتقتضي ضرورة صحة الكلام عقلاً أن يكون مهرها صاعاً مصنوعاً من فضة؛ لا ملء الصاع فضة؛ لأنَّ الصاع يُتخذ وسيلةً للكيل لا للوزن، والفضة تُوزن وزناً ولا تُكال كَيْلاً.

أما بالنسبة لتطبيقات دلالة الاقتضاء في فقه المعاملات المالية، فمنها الآتي:

أولاً: لو قال أحدهم لآخر: "أعتق عبدك عني بألف"؛ ثبت باقتضاء هذا الكلام شراء العبد ودخوله في ملك المشتري أولاً، ومن ثم توكيل المشتري البائع بالعتق. وقد ثبت هذا التقدير لأجل صحة الإعتاق المطلوب بهذا الكلام؛ حيث أن شرعاً لا يصح إعتاق العبد إلا ممن يملكه. (١)

ثانياً: لو قال تاجر تمور لصاحب شاحنة مليئة بالتمور: "بعتُ منك هذه الشاحنة"؛ ثبت باقتضاء هذا الكلام شراء ما فيها من تمور، وليس ذات الشاحنة؛ وقد ثبت هذا التقدير لضرورة صحة الكلام عقلاً.

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، ج٢، ص٢٣٦. الغزالي، المستصفي، ص٢٦٣.

ثالثاً: قول رجلٍ لجزّار: تصدق بهذه الشاة عني بمائة دينار؛ فيدل هذا الكلام اقتضاءً على شراء الشاة من مالها الأصلي -وهو الجزّار- بمائة دينار، ومن ثم توكيل الجزّار بالتصدق بها؛ لأن الجزّار لا ينوب عن الرجل في التصدق بها على الفقراء إلا بعد أن يملكها الأمر بالتصدق. فالشراء ثابت هنا بدلالة اقتضاء النص. وقد ثبت هذا التقدير لضرورة صحة الكلام شرعاً؛ حيث لا يجوز شرعاً توكيل الإنسان غيره بما لا يملك التصرف فيه؛ أي لا بد أن يكون الأمر أهلاً للتصدق. (١)

رابعاً: لو قال رجلٌ لعبده: "إن أدبت إلي ألفاً فأنت حر"؛ كان إذنًا له بالتجارة، وتعلق عتقه بالأداء نظراً للمعنى وصحت المكاتبة. (٢) فالمضمر المقدر المحذوف لصحة الكلام شرعاً هو: الإذن بالتجارة؛ لأن نول العبد حريته بالمكاتبة شرعاً لا تكون إلا بعد الإذن له بالعمل أو التجارة.

المطلب الرابع: دور دلالة الاقتضاء في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال التطبيقات السابقة أن دلالة الاقتضاء دوراً بارزاً في التخفيف من البطلان بشكلٍ عام ومن آثار بطلان العقد بشكلٍ خاص. فالتقدير الذي تُوجبه ضرورة صدق الكلام -أو ضرورة صحته عقلاً، أو شرعاً- يرمي إلى تصحيح التصرفات ويعمد إلى عدم إبطالها. وبما أن الأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن. (٣) تأتي دلالة الاقتضاء لتصحيح تصرف العاقل وتصونه عن الإبطال ما أمكن. ولو أننا توقفنا عند ظاهر اللفظ واقتصرنا عليه؛ لبطلت الكثير من تصرفاتنا وعباداتنا؛ لاحتياج اللفظ لتقدير مُضمر (محذوف) مفهوم لا يصح الكلام ولا يستقيم إلا به.

(١) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص ٢٨٩.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٧٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٧٩.

وقد عرضت سابقاً لبعض تطبيقات دلالة الاقتضاء، ظهر منها دورها في التخفيف من البطلان، ومنها: قول رجلٍ لجزّار: "تصدق بهذه الشاة عني بمائة دينار"؛ فيدل هذا الكلام اقتضاءً على شراء الشاة من مالكها الأصلي -وهو الجزّار- بمائة دينار، ومن ثم توكيل الجزّار بالتصدق بها؛ لأن الجزّار لا ينوب عن الرجل في التصديق بها على الفقراء إلا بعد أن يتملكها الأمر بالتصدق؛ وإلا لبطلت هذه الوكالة؛ لعدم استيفائها لشروط صحتها.

وقد عرضت -أيضاً- لمسألة عموم المقتضى، وبيّنت اختلاف الأصوليين فيه: وتجدر الإشارة إلى أنّ دوره في التخفيف من البطلان تظهر جلية في مسائل العبادات أكثر منها في مسائل المعاملات، ومنها: عدم بطلان الصلاة بالكلام القليل نسياناً أو خطأً عند الشافعية الذين يقولون بعموم المقتضى وشموله لجميع أفراد استناداً على الحديث سابق الذكر وهو: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه".^(١) فهم يرون أنّ الحكم المرفوع بحق الناسي والمخطئ يشمل الحكمين الدنيوي والآخروي؛ فلا تبطل صلاتهما بالكلام القليل نسياناً أو خطأً في الدنيا، ولا يأتان عليه في الآخرة.^(٢) وعلى أقل تقدير فإنّ كلا الفريقين -الذين يقولون بعموم المقتضى والنافين له- متفقون في هذه المسألة ومثيلاتها على رفع الإثم الآخروي؛ وفي هذا -أيضاً- تخفيفٌ من بطلان الأعمال -ولكن- في الآخرة.

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج١، ص٦٥٩، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم ٢٠٤٥. سبق تخريجه.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ج١، ص٤١٢.

المبحث الرابع

علم البيان ودوره في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف علم البيان اصطلاحاً:

المطلب الثاني: أقسام علم البيان:

المطلب الثالث: تطبيقات على المجاز، والكناية، والتعريض في الفقه الإسلامي:

المطلب الرابع: دور علم البيان في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف علم البيان اصطلاحاً:

من أشهر تعريفات "علم البيان" اصطلاحاً عند أهل المعاني والبيان هو ما عرفه به السكاكي في كتابه مفتاح العلوم، وهو: "معرفة إيراد المعنى الواحد في طرق مختلفة بالزيادة في وضوح الدلالة عليه، وبالنقصان ليحترز بالوقوف على ذلك عن الخطأ في مطابقة الكلام لتمام المراد منه".^(١)

أما بالنسبة لتعريف "علم البيان" اصطلاحاً عند الأصوليين؛ فلم أجدهم خصوه بتعريف مستقل، بل تكلموا عنه باعتباره علماً من علوم أهل المعاني والبيان؛ فيعرضوا له عرضاً دون تبين حده، وأحياناً يعرفونه بنفس تعريف أهل المعاني والبيان، ويحيلون تعريفهم له إلى كتبهم. فها هو التفتازاني يعرفه بما عرفه به السكاكي ويُحيل التعريف إليه، ويُعقب شارحاً لتعريف السكاكي السابق بالآتي: "فإن المراد هو أداء المعنى بكلام مطابق لمقتضى الحال، وتمام المراد إيراده بتراكيب مختلفة الدلالة عليه وضوحاً، وخفاءً. ولا خفاء في أنه لا يمكن بالدلالات الوضعية والألفاظ الحقيقية لتساويها في الدلالة عند العلم بالوضع، وعد منها عند عدمه، وإنما يمكن بالدلالات العقلية والألفاظ المجازية لاختلاف مراتب اللزوم في الوضوح والخفاء؛ فإذا قصد مطابقة تمام المراد وتأدية المعنى بالعبارات المختلفة في الوضوح والخفاء يعدل عن الحقيقة إلى المجاز ليتيسر ذلك".^(٢)

(١) يوسف ابن أبي بكر بن علي السكاكي (ت: ٦٢٦هـ)، مفتاح العلوم، ضبطه نعيم زرزور، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ١٦٢.

(٢) التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج ١، ص ١٨٣-١٨٤.

المطلب الثاني: أقسام علم البيان:

ينقسم علم البيان عند أهل المعاني والبيان إلى ثلاثة أقسام، هي: التشبيه، والمجاز، والكناية^(١). ولما للمجاز والكناية من دور بارز في التخفيف من البطلان؛ سأقصر الحديث عليهما، مُضيفاً إليهما فناً تابعاً لهذه الفنون، ألا وهو "التعريض" الذي يُعتبر نوعاً من أنواع الكناية^(٢)؛ لما له أيضاً من دورٍ فاعلٍ في التخفيف من البطلان.

وبناءً على السابق، يتكون هذا المطلب من ثلاث مسائل، هي الآتي:

المسألة الأولى: بيان مفهوم المجاز عند الأصوليين، وبيان مثاله:

أولاً: بيان مفهوم المجاز عند الأصوليين:

عرف المجاز عند الأصوليين بعدة تعريفات، منها الآتي:

- كل كلام أريد به غير ما وضع واضع اللغة الكلام به.

يُقال حبك لي مجاز؛ أي هو باللسان لا بالقلب الذي هو معدنه. وهذا الوعد منك مجاز؛

لأنه لم يرد به التحقيق^(٣).

- ما أفيد به معنى مصطلح عليه غير ما اصطُح عليه في أصل تلك المواضعة التي وقع

التخاطب بها لعلاقة بينه وبين الأول^(٤).

- هو الكلمة المستعملة في غير ما هي موضوعة له بالتحقيق استعمالاً في الغير بالنسبة إلى

نوع حقيقتها، مع قرينة مانعة عن إرادة معناها في ذلك النوع^(٥).

(١) السكاكي، مفتاح العلوم، ص ٣٢٩.

(٢) العلوي، الطراز لأسرار البلاغة، ج ١، ص ٢٠١. السكاكي، مفتاح العلوم، ص ٤١١. وانظر في كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، ج ٢، ص ٢٠٩.

(٣) منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت: ٤٨٩ هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق محمد الشافعي، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٨ هـ-١٩٩٩ م)، ج ١، ص ٢٨٧.

(٤) محمد بن عمر بن الحسن التيمي الرازي (ت: ٦٠٦ هـ)، المحصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، ط ٣، مؤسسة الرسالة، (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م)، ص ٢٨٦.

(٥) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي (ت ٧٣٠ هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، ج ١، ص ٦٢.

ثانياً: بيان مثال المجاز:

- قولهم: "سال الوادي": والحقيقة سال ماء الوادي؛ فإسناد السيلان إلى الوادي من باب المجاز المركب، وتسمية الماء بالوادي من باب المجاز المفرد لما كان الوادي قابلاً له. (١)
- ومثاله أيضاً قولهم: "أحياني اكتحالي بطلعتك": فقد استعمل لفظ الإحياء في غير موضوعه بالأصالة، وأسند الاكتحال إلى الإحياء، مع أنه في الحقيقة غير منتسب إليه، فقد حصل المجاز في الأفراد والتركيب معاً. (٢)

المسألة الثانية: بيان مفهوم الكناية عند الأصوليين، وبيان مثالها:

أولاً: بيان مفهوم الكناية عند الأصوليين:

عرفت الكناية عند الأصوليين بعدة تعريفات، منها الآتي:

- هو ما استتر المراد به بالاستعمال. (٣)
- ما يكون المراد به مستوراً إلى أن يتبين بالدليل. (٤)
- ما استتر، المراد به مثل هاء الغائبة وسائر ألفاظ الضمير. (٥)

(١) يحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم العلوي الطالب (ت: ٧٤٥هـ)، الطراز المتضمن لأسرار البلاغة وعلوم حقائق الإعجاز، ط ١، المكتبة العصرية، بيروت، (١٤٢٣هـ)، ج ١، ص ٤٠.

(٢) المصدر ذاته، ج ١، ص ٤٢.

(٣) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج ١، ص ٦٦.

(٤) محمد بن أحمد السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ج ١، ص ١٨٧.

(٥) البزدوي، أصول البزدوي، ج ١، ص ٦٦.

ثانياً: بيان مثال الكناية:

- قوله تعالى: ﴿أَوْجَاءَ أَحَدٍ مِّنْكَ مِنَ الْغَائِطِ أَوْلَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ سورة النساء، الآية ٤٣. فالغائط

كناية عن الحاجة، وملامسة النساء كناية عن الجماع. وقوله تعالى: ﴿وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ﴾ سورة

الواقعة، الآية ٣٤. فالفرش كناية عن النساء. (١)

- تكني العرب الحبشي بأبي البيضاء والضرير بأبي العيناء، فيكونون بالشيء عن الشيء

على وجه السخرية أو على وجه التفاؤل؛ فيكونون عما يذم بما يمدح به على سبيل التفاؤل. (٢)

المسألة الثالثة: بيان مفهوم التعريض عند الأصوليين، وبيان مثاله:

أولاً: بيان مفهوم التعريض عند الأصوليين:

للتعريض عند الأصوليين والفقهاء تعريفات عدة، جلها مأخوذة عن أهل المعاني

والبيان؛ لأن الكلام فيه من وظيفة علماء المعاني والبيان لا علماء الأصول؛ ولذلك لم يذكرها

إلا القليل من الأصوليين. (٣) وهذا ما أكده العطار في حاشيته حيث قال: "وأما التعريض

فالظاهر أن معناه باصطلاح الفقهاء والبيانين واحد". (٤) ومن هذه التعريفات الآتي:

- تضمين الكلام ما يصلح للدلالة على مقصوده، وتحصل الدلالة على غير مقصوده إلا أن

إشعاره بخلاف المقصود أتم وأرجح. (٥)

(١) العسكري، كتاب الصنائع، ص ٣٦٨.

(٢) السرخسي، أصول السرخسي، ج ١، ص ١٨٨.

(٣) علاء الدين علي بن سليمان المرادوي (ت: ٨٨٥هـ)، التحيير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق:

عبد الرحمن الجبرين وآخرون، ط ١، مكتبة الرشد، الرياض، (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، ج ٢، ص ٤٨٥.

وانظر في شرح الكوكب المنير، محمد بن أحمد الفتوح المعروف بـ"ابن النجار الحنبلي" (ت: ٩٧٢هـ)،

تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، ط ٢، مكتبة العبيكان، الرياض، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ج ١،

ص ١٩٩.

(٤) حسن بن محمد العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ٤٣٦.

(٥) محمد بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط ١، دار الكتب، (١٤١٤هـ-

١٩٩٤م)، ج ٣، ص ١٣٧.

وذلك بأن يجعل الشخص كلامه يصلح للدلالة على مقصوده الحقيقي من الكلام -أي الغاية والهدف الحقيقي من كلامه- جنباً إلى جنب يجعله -أيضاً- يصلح للتدليل على معنى آخر لم يكن الغاية الحقيقية من كلامه، ويكون هذا الأخير هو الراجح من كلامه لدى فهم المخاطبين.

- أن يضمن المُخاطب كلامه ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره، إلا أن إشعاره بالمقصود أتم. (١)

يتقارب هذا التعريف كثيراً مع التعريف السابق، إلا أن الراجح فيه من فهم الكلام لدى المخاطبين هو القصد الحقيقي للمتكلم من كلامه وغايته.

بالنظر إلى التعريفين السابقين؛ نلاحظ التشابه الواضح، إلا أن الزركشي قال: "إلا أن إشعاره بخلاف المقصود أتم وأرجح"، بينما قال الحطاب: "إلا أن إشعاره بالمقصود أتم". والذي يبدو لي أنها مسألة نسبية، فإذا كان التعريض جلياً كان فيه إشعار الكلام بالمقصود هو الذي أتم وأرجح. وإذا كان التعريض خفياً كان فيه إشعار الكلام بخلاف المقصود هو الذي أتم وأرجح. ويكون التعريف المختار لي هو الجامع المشترك بينهما، وهو: تضمين الكلام ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره. ومأخذي الوحيد على هذا التعريف: اقتصره على التعريض القولى دون الفعلى. إذن فلنعدل التعريف معاً وليكن التعريف المختار للتعريض اصطلاحاً عند علماء الأصول والفقهاء هو: تضمين الكلام أو الأفعال ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره. مع ملاحظة عودة هاء الكناية في لفظة "غيره" على لفظة "المقصود"؛ فيكون التعريض هو تضمين الكلام ما يصلح للدلالة على القصد الحقيقي وراء الكلام وغايته، وعلى غير المقصود في آن واحد.

(١) محمد بن محمد الطرابلسي المعروف "بالحطاب الرعيبي" (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط٣، دار الفكر، بيروت، (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، ج٣، ص٤١٧. من الواضح اعتماد الحطاب في تعريفه على تعريف الزركشي السابق.

ثانياً: بيان مثال التعريض:

- كقول المحتاج للمحتاج إليه: "جننتك لأسلم عليك، ولأنظر إلى وجهك الكريم".^(١)
- وكقول أحدهم معرضاً بزنا غيره: "أما أنا فلست بزنان".^(٢)
- وكقول الخاطب للمخطوبة: "إني أريد أن أتزوج".^(٣)
- ومثال التعريض بالفعل: كتقديم هدية للمرأة المراد خطبتها، أو القيام على خدمتها وقضاء حاجياتها.^(٤)

المطلب الثالث: تطبيقات على المجاز، والكناية، والتعريض في الفقه الإسلامي:

سأورد بعض تطبيقات المجاز، والكناية، والتعريض في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، سأذكر أولاً تطبيقات فقه الأحوال الشخصية، يليها تطبيقات فقه المعاملات المالية، من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: تطبيقات المجاز، والكناية، والتعريض في فقه الأحوال الشخصية:

أولاً: من تطبيقات المجاز في فقه الأحوال الشخصية:

- لو قالت امرأة لزوجها: "اخلعني، ولك ثلاثة آلاف دينار"، ففعل وقع الطلاق، ووجب المال عند أبي يوسف ومحمد، خلافاً لأبي حنيفة؛ وذلك لأن الواو في لفظة "ولك" استخدمت بمعنى الباء مجازاً كما في القسم، فكأنها قالت: "اخلعني بثلاثة آلاف دينار"،

(١) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج ٢، ص ٢٠٩.

(٢) المصدر ذاته، ج ٢، ص ٢٠٩.

(٣) محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٤، ص ٣٤٢.

(٤) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الخزرجي القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط ٢، دار الكتب المصرية، القاهرة، (١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)، ج ٣، ص ١٨٨-١٨٩. محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، ص ١٣٠.

وإنما حمل على المجاز؛ لمعنى المعاوضة؛ لأن الخلع معاوضة، وفي المعاوضات لا يعطف أحد العوضين على الآخر، إنما يلصق أحدهما بالآخر. (١) وأرجح ما ذهب إليه صاحبان من وجوب المال؛ لأن الخلع لا يكون إلا بمقابل، ولأن الأصل في تصرف العاقل صيانتة عن الإبطال ما أمكن. (٢)

- لو قال الزوج لزوجته: "خلعتك"، وعنى بها إيقاع الطلاق في الحال؛ تطلق في الحال على سبيل المجاز؛ لتصحيح مقصوده بحسب الإمكان. (٣)

- لو قال رجلٌ لامرأة حرة: "اشتريتك بألفي دينار"، كان نكاحاً صحيحاً؛ لأن الحرة ليست محلاً لأصل حكم البيع، وهو ملك الرقبة. (٤)

- إذا قال الزوج لزوجته: "أنت طالق إن فعلت كذا وكذا"، فإن الفقهاء يسمون هذا يمينا بالطلاق على المجاز؛ لما فيه من معنى اليمين بالله تعالى. (٥)

- إذا قال الزوج لزوجته: "أنت طالق إذا قدم فلان"، فقدم به ميتاً، لم تطلق؛ لأنه لم يقدم، وإنما قدم به؛ إذ الميت لم يوجد منه فعل أصلاً وإن نسب الفعل إليه، لكنه في الميت ونحوه على سبيل المجاز، والأصل الحقيقة. (٦)

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٦، ص ١٨٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٧٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٧، ص ١٦٨.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج ٧، ص ٦٨.

(٥) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، المقدمات الممهدات، ط ١، دار الغرب الإسلامي، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، ج ١، ص ٥٧٩.

(٦) محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط ١، دار العبيكان، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م)، ج ٥، ص ٤٢٠.
١٧٦

- إذا أوصى الموصي بثمار بستانه ولم يقل: "أبدأ" فإن كان في البستان ثمار عند وفاته؛ يستحق الموصى له هذه الثمار، ولا حق له فيما يحدث بعد ذلك منها؛ لأن اللفظ إذا صار مستعملاً في حقيقته ينتفي عنه المجاز. أما إذا لم يكن في البستان ثمار عند موت الموصي؛ عندها وجب ترك حقيقة اللفظ إلى مجازة؛ فيكون للموصى له ما يحدث من الثمار ما عاش، بمنزلة الغلة. (١)

ثانياً: من تطبيقات الكناية في فقه الأحوال الشخصية:

- يقع الطلاق بالألفاظ الكنائية؛ لأن الكناية مع القرينة الصارفة إلى أحد احتمالاتها كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى. (٢) وتجدر الإشارة إلى أنه لا خلاف بين جمهور الفقهاء في وقوع الطلاق بالكناية مع النية. (٣) وذهب الحنفية والحنابلة في المعتمد إلى أن قرائن الحال كالنية في وقوع الطلاق باللفظ الكنائي، كما لو قال لزوجته في حالة غضب: "الحقي بأهلك"، فإنه طلاق ولو لم ينوه، وكذلك إذا كان في حالة مساءلة الطلاق؛ لأن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال؛ فإن من قال لرجل: "يا عفيف ابن العفيف" - حال تعظيمه - كان مدحاً له، وإن قاله في حال شتمه وتنقصه، كان قذفاً وذمماً.

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٢٨، ص ٢.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ٨٩.

(٣) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ١، ص ٢٣٥. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج ٣، ص ٩٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٥٦-٤٦٢. ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٣٩٠-٣٩٥. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٥، ص ١٣٨.

والغضب هاهنا يدل على قصد الطلاق، فيقوم مقامه. وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية إلى عدم الاعتداد بقرائن الحال هنا، فلا يقع الطلاق باللفظ الكنائي عندهم إلا إذا نواه مطلقاً؛ واحتجوا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق، ولم ينوه، فلم يقع به الطلاق، كحال الرضا؛ لأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب. (١) وأرجح ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم إلى أن قرائن الحال كالتنية في وقوع الطلاق باللفظ الكنائي؛ وذلك لأن تصرفات العاقل محمولة على الصحة ما أمكن، ولما في ذلك تخفيفاً من البطلان.

وتجدر الإشارة -أيضاً- إلى أن كنايات الطلاق كثيرة، بل لا تكاد تنحصر. ذكر الفقهاء أمثلة لها، اتفقوا في أكثرها، ومنها: (أنت خلية): أي خالية مني، (برية): أي منفصلة، (بتة): أي مقطوعة الوصلة، (بتلة): أي متروكة النكاح، (بائن): من البين وهو الفراق، (اعتدي، أو استبرئي رحمك): أي لأنني طلقتك، (الحقي بأهلك): أي لأنني طلقتك، (حبلك على غاربك): أي خليت سبيلك كما يخلو البعير في الصحراء وزمامه على غاربه، (لا أئده سربك): من الندى، وهو الزجر أي لا أهتم بشأنك لأنني طلقتك، (اعزبي): أي أصبحت عزباء بلا زوج، (اغربي): أي صيري غريبة بلا زوج، (دعيني): أي اتركيني، (لا حاجة لي فيك): أي لأنني طلقتك، (ذوقي): أي مرارة الفراق، (تزودي): أي استعدي للحوق بأهلك، (تقعي واستتري): أي لأنني طلقتك فأنت محرمة علي؛ فلا تحل لي رؤيتك، (تجرعي): أي كأس الفراق، (ابعدي): لأنك أجنبية مني، (اذهبي): أي إلى أهلك لأنني طلقتك. (٢)

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٣، ص ٢٤٩-٢٥٠. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ٣٧٨-٣٧٩. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٧٤. ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٣٨٩، ٣٢٩-٣٩٠. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٩، ص ٢٧.

(٢) المرغيناني، الهداية، ج ١، ص ٢٣٥. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج ٣، ص ٩٧. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٤، ص ٤٥٩-٤٦٠.

- ينعقد النكاح بلفظ التملك بطريق الكناية عند الشافعية؛ لأنه عقد يقصد به التملك؛ فجاز أن ينعقد بلفظ التملك كالبيع، ويكون حكمه كالصريح. (١)

ثالثاً: من تطبيقات التعريض في فقه الأحوال الشخصية:

أ- جواز التعريض بخطبة المرأة المعتدة من وفاة أثناء فترة العدة سراً وعلانية؛ (٢) هذا وقد اتفق الفقهاء على جواز التعريض بخطبة المعتدة من وفاة، (٣) وحجتهم في ذلك الآتي:

١- لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ سورة البقرة، الآية /٢٣٥.

وجه الدلالة: قوله تعالى: "لا جناح" أي لا إثم، ونفي الإثم يفيد الإباحة؛ فيكون مدلول

الآية الكريمة: أي لا إثم عليكم إذا عرضتم بخطبة هؤلاء النساء المعتدات من وفاة أثناء

فترة العدة، خاصة إذا علمنا أن الآية التي سبقتها هي: ﴿وَالَّذِينَ تُوَفَّقُوا مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا

يَتَرَيَّضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ

وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ سورة البقرة، الآية /٢٣٤. هذا ولا يجوز التصريح؛ لأن الله تعالى لما

خص التعريض بالإباحة، دل على تحريم التصريح. (٤)

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، ص١٥٢.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج٩، ص٢٤٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٠٤. الشرح الكبير على مختصر خليل، للشيخ أحمد الدردير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج٢، ص٢١٩. الماوردي، الحاوي الكبير، ج٩، ص٢٤٧. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، المغني، بدون طبعة، مكتبة القاهرة، القاهرة، (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م)، ج٧، ص١٤٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١٤٧.

٢- لأن المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهاراً فيمكن التعريض بخطبتها على وجه لا يقف عليه سواها.^(١) وتفصيل ذلك؛ وذلك لقضاء حوائجها؛ لأنها تحتاج إلى الخروج بالنهار لاكتساب ما تنفقه؛ لأنه لا نفقة لها من الزوج المتوفى، فتحتاج إلى الخروج لتحصيل النفقة.

٣- لا يؤدي التعريض بخطبتها في فترة عدتها إلى إحداث العداوة والبغضاء بينها وبين ورثة المتوفى؛ لأن العدة في المتوفى عنها زوجها ليست لحق الزوج، بدليل أنها تجب قبل الدخول بها.^(٢)

٤- لا يليق بالمتوفى عنها زوجها -وهي مفجوعة- أن تتشوف إلى الطالب قبل انقضاء العدة، فناسب ذلك تحريم التصريح بخطبتها، وجواز التعريض.^(٣)

هذا ويبدو جلياً ما لهذا التعريض من تخفيفٍ من البطلان؛ وفي تشريع إباحته من الشارع ابتداءً ما يُدلل على أنّ التخفيفَ من البطلان مقصودٌ من مقاصد الشريعة؛ فلولاها لاضطر كثيرٌ من الخاطبين التصريح بالخطبة -المحرم شرعاً- خشية فوات الفرصة عليهم، وحتى لا يسبقهم إلى هذه المخطوبة -التي يرون فيها الزوجة المناسبة- أحد من الرجال؛ لذلك وُجد البديل الشرعي للحاجة ولمراعاة ظروف المكلفين وأحوالهم.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٠٤-٢٠٥.

(٢) المصدر ذاته، ج٣، ص٢٠٤.

(٣) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٥، ص٢٤٦.

ب- اختلف الفقهاء في حكم التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن (بينونة كبرى) على مذهبين:

المذهب الأول: يجوز التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن:

وإليه ذهب: بعض الحنفية،^(١) والمالكية،^(٢) والشافعية في الأظهر عندهم،^(٣) والحنابلة،^(٤)

ودليلهم الآتي:

١- عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ سورة البقرة، الآية / ٢٣٥.

وجه الدلالة: المراد به المعتدات بشكل عام.^(٥)

٢- ما روته فاطمة بنت قيس: "أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي، طلقها ثلاثاً، ثم انطلق

إلى اليمن، فقال لها أهله: ليس لك علينا نفقة، فانطلق خالد بن الوليد في نفر، فأتوا

رسول الله - صلى الله عليه وسلم- في بيت ميمونة، فقالوا: إن أبا حفص طلق امرأته

ثلاثاً، فهل لها من نفقة؟ فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "ليست لها نفقة، وعليها

العدة"، وأرسل إليها أن لا تسبقيني بنفسك، وأمرها أن تنتقل إلى أم شريك، ثم أرسل

إليها: "أن أم شريك يأتيها المهاجرون الأولون،

(١) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص١٧٦.

(٢) أحمد بن أحمد العدوي، الشهير بأحمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج٢، ص٢١٩.

(٣) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٥، ص٢٤٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١٤٧. علي بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط٢، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ، ج٨، ص٣٥.

(٥) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص١٧٦.

٣- فانطلقني إلى ابن أم مكتوم الأعمى، فإنك إذا وضعت خمارك لم يرك"، فانطلقت إليه، فلما مضت عدتها أنكحها رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أسامة بن زيد بن حارثة".

(١) **وجه الدلالة:** يُعتبر قول الرسول -صلى الله عليه وسلم- لفاطمة بنت قيس: "لا تسبقيني بنفسك" تعريضاً بخطبتها، حيث كانت ما زالت في فترة العدة من طلاق بائن.

(٢)

٤- لأن في المرأة من غلبة الشهوة والرغبة في الأزواج ما ربما يبعثها على الإخبار بانقضاء العدة قبل أوانها، وقولها في انقضائها مقبول؛ فتصير منكوحة في العدة؛

فحظر الله تعالى التصريح بخطبتها حسماً لهذا التوهم. (٣)

٥- لا تعتبر المطلقة البائن زوجة حكماً كما هو الحال في الرجعية؛ حيث لا يملك الزوج

رجعتها لزوال ملك النكاح؛ فلذلك يصح التعريض بخطبتها. (٤)

المذهب الثاني: لا يجوز التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن:

(١) الإمام مسلم، صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١١٥، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم ١٤٨٠.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٩، ص ٢٤٨. الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ٤٤٨. ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ١٤٧. عبد الرحمن بن إبراهيم بهاء الدين المقدسي (ت: ٦٢٤هـ)، العدة شرح العمدة، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، ص ٣٨٨.

(٣) المصادر السابقة ذاتها.

(٤) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج ١٢، ص ٢٧٢.

وإليه ذهب : جمهور الحنفية،^(١) وبعض الشافعية. ^(٢) ودليلهم الآتي:

١- لا يجوز للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها أصلاً بالليل ولا بالنهار؛ فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس، والإظهار بذلك بالحضور إلى بيت زوجها قبيح. ^(٣)

٢- ولما فيه من اكتساب عداوة وبغض فيما بينها وبين زوجها، إذ أن العدة من حقه، بدليل أنه إذا لم يدخل بها لا تجب العدة. ^(٤)

٣- قياساً على الرجعية، حيث تكون المطلقة البائن حنفة متغيظة، وقد يحملها ذلك على الكذب في ادعاء انقضاء العدة. ^(٥)

وقد نقل بعض علماء الحنفية إجماع فقهاء مذهبهم على عدم جواز التعريض للمطلقة البائن، ومن هؤلاء: العيني-صاحب كتاب البناية شرح الهداية-، حيث قال: "إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع"^(٦) والصحيح أن الإجماع لم يتم، وذلك لوجود المخالف وهو الموصلي صاحب كتاب الاختيار لتعليل المختار. ^(٧)

وهذا ما أشار إليه ابن عابدين في حاشيته حيث قال: "وينافي نقل الإجماع ما في الاختيار حيث قال ما نصه: وهذا كله في المبتوتة والمتوفى عنها زوجها، أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأول قائم".^(٨)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٠٤-٢٠٥. عثمان بن علي بن محجن البارعي، الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، (١٣١٣هـ)، ج٣، ص٣٦. أبو بكر العبادي، الجوهرة النيرة، ج٢، ص٧٩. العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، ص٦٢٤.

(٢) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٢، ص٢٧٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٠٤-٢٠٥. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٣، ص٣٦. أبو بكر العبادي، الجوهرة النيرة، ج٢، ص٧٩. العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، ص٦٢٤.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص٢٠٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٣٦. ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، ص٥٣٤.

(٥) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٢، ص٢٧٢.

(٦) العيني، البناية شرح الهداية، ج٥، ص٦٢٤.

(٧) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، ص١٧٦.

(٨) ابن عابدين، رد المحتار، ج٣، ص٥٣٤.

والذي يرجح لدي ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من جواز التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن؛ وذلك لقوة أدلتهم، ولأن المرأة إذا اعتدت من طلاق بائن بينونة كبرى لا يملك زوجها إرجاعها خلال فترة العدة ولا بعد انتهائها؛ لزوال ملك النكاح من كل وجه. فلولا عارض العدة؛ وإلا لأشبهت المرأة الخلية التي تخلو من عدة أو نكاح والتي يجوز خطبتها بالتصريح والتعريض معاً. وقد عدل عن التصريح بالتعريض لوجود عارض العدة قياساً على المتوفى عنها زوجها. وأيضاً لما في القول بجواز التعريض بخطبتها من التخفيف من البطلان؛ وإلا لاضطر كثير من الخاطبين التصريح بخطبة المعتدة البائن -المحرم شرعاً- خشية فوات الفرصة عليهم، وحتى لا يسبقهم إلى هذه المخطوبة -التي يرون فيها الزوجة المناسبة- أحد من الرجال. فالقول بالجواز يُعتبر بديلاً شرعياً يفي بحاجات المكلفين ويراعي ظروفهم وأحوالهم. جنباً إلى جنب يعمل على تصحيح تصرفاتهم وعدم إبطالها ما أمكن.

المسألة الثانية: تطبيقات المجاز، والكناية، في فقه المعاملات المالية:

أولاً: من تطبيقات المجاز في فقه المعاملات المالية:

- في مسائل الضمان: اعتبرت القيمة عند تعذر المثل؛ على سبيل المجاز؛ وذلك لأن حقيقة المثل ما يماثل الشيء صورة ومعنى، أما القيمة فهي ما تماثل الشيء معنى لا صورة. ولا يجوز العدول عن الحقيقة إلى المجاز إلا عند تعذر العمل بالحقيقة، فإذا لم يتوافر المثل اعتبرت القيمة؛ للحاجة وتصحيح التصرفات ما أمكن. (١)

- لو قال رجل لجاره: "أعزني رطلاً من البر"، فحقيقة هذا الطلب أنه قرضٌ وليس عاريةً، ولكن يسمى عارية على سبيل المجاز. لأن إعاره كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالمكيلات، والموزونات؛ يكون قرضاً لا إعاره؛ ولأن محل حكم الإعاره المنفعة لا العين، والمكيلات والموزونات لا يُنتفع بها إلا باستهلاك عينها، ولأنه لما رضي الانتفاع بالشيء باستهلاك عينه ببدل؛ كان تملكاً له ببدل، وهو تفسير القرض. (٢)

- لو قال أحدهم لآخر: "احمل هذا المتاع إلى بيتي، ولك درهم" كان هذا وقوله: "احمله بدرهم" سواء، ووجب عليه المال إذا حمله؛ لأن الواو في "ولك" بمعنى واو الحال. (٣)

(١) السرخسي، المبسوط، ج٤، ص٨٢.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص١٧٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٢١٥.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج٦، ص١٨٠.

ثانياً: من تطبيقات الكناية في فقه المعاملات المالية:

- يجوز الوقف بالألفاظ الكنائية التي تحمل معنى الوقف وغيره؛ كأن يقول الواقف: "تصدقت، وحرمت، وأبّدت" باشتراط اقتران نية الوقف، أو اقتران أحد الألفاظ الصريحة معه؛ كأن يقول: تصدقت بكذا صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مؤبدة. أو يقول: "تصدقت بكذا صدقة لا تباع ولا تورث". (١)

- جواز هبة الدين لمن عليه الدين بطريق الكناية عن الإبراء والإسقاط. (٢)

- قول البائع للمشتري: "خذه مني بألفين" أو "هو لك بألفين" كان بيعاً صحيحاً؛ حيث أنها ألفاظ كنائية لصيغة عقد البيع، ولحصول التراضي مع جريان اللفظ وإرادة المعنى. يقول النووي: "ومثال الكناية في البيع أن يقول: خذه مني بألف، أو تسلمه بألف، أو أدخلته في ملكك بألف، أو جعلته لك، أو هو لك بألف، وما أشبهها". (٣)

أخيراً، وقبل أن أنتهي من هذه المسألة، تجدر الإشارة إلى أنني وحسب إطلاعي لم أجد تطبيقاتاً للتعريض في فقه المعاملات المالية. حيث اقتصرت تطبيقات التعريض في كتب الفقهاء على فقه الأحوال الشخصية، وفقه العقوبات، وفقه وسائل الإثبات.

(١) صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، ط١، دار العاصمة، الرياض، (١٤٢٣هـ)، ج٢، ص٢٠١.

(٢) محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر البخاري الحنفي (ت: ٦١٦هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م)، ج٦، ص٢٤٣.

(٣) النووي، المجموع، ج٩، ص١٦٦. عبد الكريم بن محمد الراجعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، الشرح الكبير وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، دار الفكر، ج٨، ص١٠٣.

المطلب الرابع: دور علم البيان في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال التطبيقات السابقة أنّ لعلم البيان دوراً جلياً في التخفيف من البطلان بشكل عام، ومن آثار بطلان العقود بشكل خاص. وقد ذكرت كثيراً من التطبيقات الفقهية التي صُحِّحت فيها التصرفات والعقود على سبيل المجاز، وذكرت منها الكثير التي تعتبر اللفظ الكنائي وتُصحَّح التصرف به: فقد ذكرت صحة انعقاد البيع بالألفاظ الكنائية، وكذلك الوقف والهبة. وذكرت أنّه لا خلاف بين جمهور الفقهاء في وقوع الطلاق بالألفاظ الكنائية مع النية^(١) وعرضت -أيضاً- لبعض مسائل التعريض في فقه الأحوال الشخصية، وبيّنت دورها في التخفيف من البطلان، وتصحيح التصرفات وعدم إبطالها. وهذا شيء حسن؛ لما فيه من مراعاة لمصالح الناس وتلبية لحوائجهم وصيانة تصرفاتهم عن الإبطال؛ حيث أنّ الأصل في تصرف العاقل صيانتها عن الإبطال ما أمكن^(٢).

وقد أشار إلى هذا الدور -دور علم البيان في التخفيف من البطلان وأنه وسيلة لتصحيح التصرفات- أشار إليه العديد من الفقهاء وأكدوا عليه، فما هو أبو حنيفة يقول: "لا يملك جعل الواحدة ثلاثاً حقيقة، ولكن يملك ضم البينتين إلى الواحدة بالإيقاع لتصير ثلاثاً كناية عن قوله أوقعت اثنتين على سبيل المجاز؛ لتصحيح مقصوده، كما جعلنا لفظة الخلع مجازاً عن إيقاع الطلاق في الحال لتحصيل مقصوده بحسب الإمكان".^(٣)

(١) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ١، ص ٢٣٥. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج ٣، ص ٩٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٥٦-٤٦٢. ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٣٩٠-٣٩٥. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٥، ص ١٣٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٧٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ١٧، ص ١٦٨.

وتكاد تكون عبارة المرغيناني صريحة في ذلك؛ حيث يقول: "وطريق المجاز موجود على ما نبينه -إن شاء الله تعالى- فيُصرف إليه تحريماً للصحة قطعاً" (١) ويقول السرخسي: "أن الواو تستعار للحال مجازاً وإنما يُصار إليه للحاجة إلى تصحيح الكلام". (٢) ويقول ابن قدامة: "إذا تعذرت الحقيقة، وجب صرف الاسم إلى مجازه، والعمل به، تصحيحاً لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه؛ ولأن الظاهر إرادته المجاز، لكونه محملاً صحيحاً، وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد". (٣)

حتى أن بعض الفقهاء من صرّح بدور المجاز وقوته في الدلالة التي تفوق أحياناً الحقيقة، يقول التفتازاني: "فعلى هذا لا حاجة إلى إثبات كون بعض المجازات أوضح دلالة من الحقيقة". (٤)

(١) المرغيناني، الهداية، ج ٣، ص ١٥٠.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ٢٢، ص ٤١.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٣٣.

(٤) التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج ١، ص ١٨٤.

أما بالنسبة للتعريض، فمن المشهور عنه: "أنَّ في المعاريض لمدوحة عن الكذب":
فعن عمران بن الحصين، أنه قال: "إن في المعاريض لمدوحة^(١) عن الكذب".^(٢) وهو أن
يريد الرجل أن يتكلم بالكلام الذي إن صرح به كان كذباً، فيعارضه بكلام آخر يوافق ذلك
الكلام في اللفظ، ويُخالفه في المعنى، فيتوهم السامع أنه أراد ذلك؛^(٣) فيتجنب الوقوع في
الكذب المحرم شرعاً. وفي هذا الحديث إشارة -أيضاً- إلى أنَّ التعريضَ وسيلةٌ من وسائل
التخفيف من البطلان؛ وذلك بتصحيح الأقوال عن طريق التعريض، وعدم إبطالها بالكذب.

(١) مندوحة: أي سعة يستغني بها المسلم عن الاضطرار إلى الكذب، وأصلها من الندح: وهو السعة والفسحة.
ابن منظور، لسان العرب، ج ٢، ص ٦١٣.

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، ج ١٠، ص ٣٣٦، حديث رقم ٢٠٨٤٢. قال البيهقي: "هذا هو الصحيح موقوفاً".
وقال الهيثمي: "ورجاله رجال الصحيح"، علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت: ٨٠٧هـ)، مجمع
الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م)، ج ٨،
ص ١٣٠، حديث رقم ١٣٣٥٥. وقال الألباني: "هذا هو الصحيح موقوفاً"، محمد بن إسماعيل البخاري
(ت ٢٥٦هـ)، صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ط ٤، دار
الصديق للنشر، (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م)، ص ٣١٩، حديث رقم ٨٥٧.

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، ج ١٠، ص ٣٣٦، حديث رقم ٢٠٨٤٥.

المبحث الخامس

الحيل الشرعية ودورها في التخفيف من آثار بطلان العقد في الفقه الإسلامي

ويتكون هذا المبحث من أربعة مطالب، هي الآتي:

المطلب الأول: تعريف الحيل الشرعية لغةً واصطلاحاً:

المطلب الثاني: أقسام الحيل ومراتبها، ودليل مشروعيتها:

المطلب الثالث: تطبيقات على بعض الحيل الشرعية في الفقه الإسلامي:

المطلب الرابع: دور الحيل الشرعية في التخفيف من آثار بطلان العقد:

المطلب الأول: تعريف الحيل الشرعية لغة واصطلاحاً:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما الآتي:

المسألة الأولى: بيان معاني مفردات الحيل الشرعية لغة:

جاء في لسان العرب أنّ الحيلة: من الحذق، وجودة النظر، والقدرة على دقة التصرف.

وجمعها: الحيلُ أو الحولُ. (١)

أما لفظة "الشَّرْعِيَّة" فهي: من شَرَعَ: شَرَعَ الوارد يَشْرُغُ شَرْعاً وشَرْوَعاً: تناول الماء بفيه. والشَّرِيعة، والشَّرَاع، والمَشْرَعَة: المواضع التي ينحدر الماء منها، وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم والصلاة، والحج، والنكاح وغيره. والشَّرِيعة: هي الدين، والملة، والمنهاج. ومنه يقال: شَرَعَ فلان في كذا وكذا إذا أخذ فيه. والشَّرَعَة: هي الدين. (٢)

المسألة الثانية: تعريف الحيل الشرعية اصطلاحاً:

عُرِفَت الحيل الشرعية في اصطلاح الفقهاء بعدة تعريفات: عرفها البعض باعتبارها مفسدةً وطريقاً للوصول إلى المحرم، منها تعريف الشاطبي؛ حيث عرفها بالآتي: "تقديم عمل ظاهر الجواز؛ لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر". (٣)

وعقّب شارحاً: "كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد، صار مأل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية". (٤)

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ١١، باب اللام، فصل الحاء، ص ١٨٥.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، باب العين، فصل الشين، ص ١٧٥-١٧٦.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٥، ص ١٨٧.

(٤) الشاطبي، الموافقات، ج ٥، ص ١٨٨.

وعرفها البعض الآخر باعتبارها مصلحة وطريقاً للوصول إلى الحق أو المباح، منها تعريف ابن قيم الجوزية؛ حيث عرفها بالآتي: "الاحتيال على الوصول إلى الحق بطريق مباحة لكنها لم تشرع له".^(١)

وعقب شارحاً: "وهي أن يحتال على التوصل إلى حق، أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك، بل وضعت لغيره؛ فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد تكون قد وضعت له لكن تكون خفية ولا يفطن لها، فهي في الفعال كالتعريض الجائز في المقال".^(٢)

وهذا المعنى الأخير هو الذي أعنيه في هذا المبحث؛ وهي الحيل التي تكون طريقاً للوصول إلى الحق أو المباح بطريق مباح.

المطلب الثاني: أقسام الحيل ومراتبها، ودليل مشروعيتها:

ويتكون هذا المطلب من مسألتين، هما الآتي:

المسألة الأولى: أقسام الحيل ومراتبها:

تجدر الإشارة إلى أن ابن قيم الجوزية قسم الحيل إلى قسمين رئيسيين، وكل قسم

منهما ينقسم إلى عدة أقسام، سأقوم بتلخيص هذه الأقسام، وأبين مراتبها في الآتي:^(٣)

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٦١.

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٦١.

(٣) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٥٥-٢٦١.

أولاً: القسم الأول من الحيل: الحيل المحرمة، وهي على ثلاثة أنواع، هي الآتي:

- ١- أن تكون الحيلة محرمة، ويقصد بها المحرم؛ فتكون حراماً قطعاً.
- ٢- أن تكون الحيلة مباحة في نفسها، ولكن يُقصد بها المحرم؛ فتكون حراماً تحريم الوسائل المباحة المفضية للمحرم، كالسفر لقطع الطريق.
- ٣- أن تكون طرقاً يُتوصل بها إلى ما هو محرم، وهي طرق خفية يتوصل بها إلى ما هو محرم في نفسه، فمتى كان المقصود بها محرم في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين، وذلك كالحيل على أخذ أموال الناس، وظلمهم في نفوسهم، وسفك دمائهم. وأصل هذه الطرق أنها وضعت مفضية إلى المشروع كالإقرار، والبيع، والنكاح، والهبة ونحو ذلك؛ فيتخذها المتحيل سلباً وطريقاً إلى الحرام.

ثانياً: القسم الثاني من الحيل: وهي الحيل التي يُقصد بها أخذ حق، أو دفع باطل، وهي على ثلاثة أنواع، هي الآتي:

- ١- أن يكون الطريق محرماً في نفسه، وإن كان المقصود به حقاً، ومثاله: أن يكون لرجل على آخر حق؛ فيجده، فيقيم صاحب الحق شاهدي زور يشهدان به، مع أنهما لا يعلمان بثبوت هذا الحق. ففي هذه الحالة يَأْتُم صاحب الحق على الوسيلة دون المقصود.
- ٢- أن يكون الطريق مشروعاً، وما يفضي إليه مشروعاً، وهذه هي الأسباب التي نصبها الشارع مفضية إلى مسبباتها كالبيع، والإجارة، والوكالة. ومنها التحيل على جلب المنافع وعلى دفع المضار. يقول ابن القيم في هذا القسم: "ومن لم يحتل وقد أمكنته هذه الحيلة أضاع فرصته، وفرط في مصالحه".^(١)

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٦١.

٣- أن يحتال من أجل التوصل إلى حق، أو لدفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك، بل وضعت لغيره؛ فيتخذها هو طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد تكون قد وضعت له لكن تكون خفية، ولا يفطن لها، فهي في الأفعال كالتعريض الجائز في الأقوال.^(١) وقد تكون هي الحيل التي يقصد بها الجمع بين المقاصد الشرعية وأحكام العقود التي ينص عليها الفقهاء -خاصة في المذهب الحنفي- لأن الشروط التي يجيزون اشتراطها في العقود محدودة، قد تضيق عن بعض الحقوق التي يرغب فيها بعض العاقدين، ولو شرطوا شروطاً لصيانتها لفسد العقد أو ألغيت؛ لذلك نجدهم يذكرون وجه الحيلة لهؤلاء الذين يرغبون في اشتراطها؛ وبذلك يوازنون بين رغبات هؤلاء في الاشتراط، وعدم التعدي على ما يقرره الفقهاء بخصوص عدم جواز اشتراطها؛ لأن الاحتياط يوجب التزام مؤداه.^(٢)

تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع الأخير من الحيل هو الذي عنيته في هذا المبحث والمتعارف عليه: بالحيل الشرعية أو المخارج الشرعية. ومثاله: إذا استأجر رجلُ داراً مدة سنين بأجرة معلومة، فخاف أن يغدر به المؤجّر في آخر المدة ويتسبب في فسخ الإجارة، بأن يُظهر أنه لم تكن له ولاية الإيجار أو غيرها من الأعذار. فالحيلة في ذلك: أن يقسط مبلغ الأجرة على عدد السنين، ويجعل معظمها للسنة التي يخشى غدره فيها. وكذلك إذا خاف المؤجّر أن يغدر المستأجر ويرحل في آخر المدة، فليجعل معظم الأجرة على المدة التي يأمن فيها من رحيله، والقدر اليسير منها لآخر المدة.^(٣)

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٦٢.

(٢) محمد أبو زهرة، أبو حنيفة/ حياته وعصره-آراؤه وفقهه، ط ٢، دار الفكر العربي، (١٣٦٩هـ-١٩٤٧م)، ص ٤٨١-٤٨٢.

(٣) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٦٢.

المسألة الثانية: دليل مشروعية الحيل الشرعية:

أولاً: دليل مشروعية الحيل الشرعية من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿وَحُدِّبْدِكَ صُغُرًا فَاصْرَبْ بِهِ وَلَا تَحْنُتْ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾ سورة ص، الآية ٤٤/ (١).

وجه الدلالة: أذن الله - عز وجل - لأيوب - عليه السلام - أن يتحلل من يمينه بالضرب بالضغث، وقد كان نذر أن يضرب زوجته ضربات معدودة، وهي في المتعارف الظاهر إنما تكون متفرقة؛ فأرشده تعالى إلى الحيلة في خروجه من اليمين، فنقيس على هذا سائر الحيل. (٢)

- وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذِنَ مُؤَدِّنُ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسِرْقُونَ﴾ سورة يوسف، الآية ٧٠/ . إلى قوله تعالى: ﴿فَبَدَأَ بِأَوْعِيَتِهِمْ قَبْلَ وِعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ أَسْتَخْرَجَهُمَنْ وِعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ تَرَفَعَ دَرَجَاتٍ مَن نَّشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾ سورة يوسف، الآية ٧٦/ . (٣)

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٠٩. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٤٩.

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٤٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٠٩. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٤٩.

وجه الدلالة: كانت هذه حيلة من يوسف -عليه السلام- لإمساك أخيه عنده؛ فجعل صواعه في رحل أخيه ليتوصل بذلك إلى أخذه من إخوته. والدليل على صحة هذه الحيلة أن الله عز وجل -امتدحه في ذلك، وأخبر أن هذه الحيلة كانت برضاه وإذنه وبمشيئته، وأنها من كيدِه - عز وجل-لنبيه. (١) كما قال: ﴿كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَن نَّشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿٧٦﴾﴾ سورة يوسف، الآية /٧٦.

- وقوله تعالى: ﴿قَالَ سَتَجِدُنِي إِِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا وَلَا أَعْصِي لَكَ أَمْرًا ﴿٦٩﴾﴾ سورة الكهف، الآية /٦٩. (٢)

وجه الدلالة: قيّد سيدنا موسى -عليه السلام- صبره بمشيئة الله تعالى. وهذا مخرج صحيح؛ حتى لا يبطل وعده للخضر -عليه السلام- إن لم يصبر.

- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَايٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ عَدَا ﴿٢٤﴾﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ وَأَذْكَرُّ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ وَقُلْ

عَسَى أَنْ يَهْدِيَنَّ رَبِّي لِأَقْرَبٍ مِّنْ هَذَا رَشَدًا ﴿٢٤﴾ سورة الكهف، الآية /٢٣-٢٤. (٣)

وجه الدلالة: يُعلمنا الله -عز وجل- هذا المخرج؛ وذلك بأن نقيد أفعالنا وأفعالنا بمشيئته - عز وجل- لاحتمالية عدم تحققها؛ فتبطل.

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٤٩.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٠٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٠٩.

- وقوله تعالى: ﴿وَمَكَرُوا مَكْرًا وَمَكَرْنَا مَكْرًا وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ﴾ سورة النمل، الآية / ٥٠.

وجه الدلالة: أخبر الله - عز وجل - أنه مكر بمن مكر بأنبيائه ورسله، وكثير من الحيل هذا شأنها، يمكر بها على الظالم والفاجر، ومن يعسر تخليص الحق منه؛ فتكون وسيلة إلى نصر مظلوم، وقهر ظالم، ونصر حق، وإبطال باطل. (١)

ثانياً: دليل مشروعية الحيل الشرعية من السنة النبوية:

- ما رواه البخاري عن أبي هريرة - رضي الله عنه -: "أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعمل رجلاً على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "أكل تمر خيبر هكذا؟" قال: لا والله يا رسول الله إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً". (٢)

وجه الدلالة: أرشد الرسول - عليه الصلاة والسلام - الرجل إلى حيلة التخلص من الربا المحرم شرعاً والمبطل للعقد؛ وذلك بتوسط عقدٍ آخر مباح كان حيلةً للحصول على المقصود، ولكن بطريق مباح. (٣)

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٤٩-١٥٠.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، ج ٣، ص ٧٧، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، حديث رقم ٢٢٠١.

(٣) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٥٠.

- ما رواه ابن هشام في سيرته في معرض حديثه عن أحداث غزوة بدر الكبرى، وكيف كان الرسول -صلى الله عليه وسلم- وأبو بكر الصديق -رضي الله عنه- يتعرفان أخبار قريش: قال ابن إسحاق كما حدثني محمد بن يحيى بن حبان: "حتى وقف على شيخ من العرب؛ أي الرسول -صلى الله عليه وسلم- فسأله عن قريش، وعن محمد وأصحابه، وما بلغه عنهم، فقال الشيخ: لا أخبركما حتى تخبراني ممن أنتم؟ فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: إذا أخبرتنا أخبرناك. قال: أذاك بذاك؟ قال: نعم، قال الشيخ فإنه بلغني أن محمداً وأصحابه خرجوا يوم كذا وكذا، فإن كان صدق الذي أخبرني، فهم اليوم بمكان كذا وكذا، للمكان الذي به رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وبلغني أن قريشاً خرجوا يوم كذا وكذا، فإن كان الذي أخبرني صدقني فهم اليوم بمكان كذا وكذا للمكان الذي فيه قريش. فلما فرغ من خبره، قال: ممن أنتم؟ فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "نحن من ماء"، ثم انصرف عنه. قال: يقول الشيخ: ما من ماء، أمن ماء العراق؟" (١)

وجه الدلالة: فهي هو الرسول -صلى الله عليه وسلم- يعرض ويوري بالإجابة ويقول: "نحن من ماء" موهماً الشيخ أنه من قبيلة يُطلق عليها: قبيلة ماء، وحقيقة الأمر أننا كلنا مخلوقون من ماء. وبناءً على هذا تُقاس الحيل؛ لأن الحيل ما هي إلا معاريض في الأفعال قياساً على معاريض الأقوال المشروعة، والمندوب إليها أحياناً، وأحياناً أخرى واجبة. وإذا كانت معاريض الأقوال مندوحة عن الكذب؛ ففي معاريض الأفعال مندوحة عن المحرمات، وتخلص من المضايق. (٢)

(١) عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري (ت: ٢١٣هـ)، السيرة النبوية لابن هشام، تحقيق مصطفى السقا وآخرون، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م)، ج١، ص٦١٦. (وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث، وشيخه ابن حبان ثقة من رجال الجماعة، لكن العلة هي الانقطاع؛ لأن ابن حبان مات سنة ١٢١هـ وهو ابن أربع وسبعين سنة، فبين مولده والقصة قرابة خمس وأربعين سنة) من كتاب ما شاع ولم يثبت في السيرة النبوية، د. محمد بن عبد الله العوشن، دار طيبة، ص١٠٥. وقد علق العوشن في مقدمة كتابه أنه ليس بالضرورة أن الذي شاع ولم يثبت أنه لم يثبت حقيقة وإنما يقصد منه التوثيق.

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٣، ص١٥٠.

ثالثاً: دليل مشروعية الحيل الشرعية من المعقول:

تظهر مشروعية الحيل الشرعية من المعقول، من خلال الآتي:

أولاً: من خلال القياس: وذلك قياساً على العقود التي تُعتبر حيلة للتوصل إلى ما لا يباح إلا بها. فمن المعلوم أن الشارع جعل العقود وسائل وطرقاً إلى إسقاط الحدود والمآثم؛ ولهذا لو وطئ الرجل امرأة أجنبية من غير عقد ولا شبهة لزمه الحد، فإذا عقد عليها عقد النكاح، ثم وطئها لم يلزمه الحد؛ فكان العقد حيلة على إسقاط الحد، وكذلك عقد البيع حيلة للإنتفاع بملك الغير، وسائر العقود حيلة للتوصل إلى ما لا يباح إلا بها.^(١) وبهذا تشترك هذه الحيل والعقود المشروعة في أنّ كليهما وسائل وطرق للتوصل إلى ما لا يباح إلا بهما. ومثال ذلك: الحيل التي يكون مؤداها مؤداة بعض الشروط الممنوعة وغير المباحة، ولكن بهذه الوسائل والطرق الخفية المباحة توصلنا إلى ما لا يُباح إلا بها؛ حيث أصبح غير المباح بهذه الوسائل والطرق مباحاً.

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٥١.

ثانياً: ومن المصلحة: قد تضيق العقود عن بعض الحقوق التي يرغب فيها بعض العاقدين، ولو شرطوا شروطاً لصيانتها لفسد العقد أو ألغيت؛ لذلك نجد بعض الفقهاء يذكرون وجه الحيلة لهؤلاء الذين يرغبون في اشتراطها؛ وبذلك يوازنون بين رغبات هؤلاء في الاشتراط، وعدم التعدي على ما يقرره الفقهاء بخصوص عدم جواز اشتراطها؛ لأن الاحتياط يوجب التزام مؤداه.^(١) والمصلحة ظاهرة في ذلك، حيث أنها جلب منفعة أو دفع مضرة؛ وما هذه الحيل التي قرر العلماء مشروعيها إلا جلباً للمنافع، أو دفع للمضار بطريق مباح. ولما في هذه الحيل من تحقيق منافع الناس، وقضاء حوائجهم، وصيانة حقوقهم من الضياع، وتشجيعهم على الاستثمار.

المطلب الثالث: تطبيقات على بعض الحيل الشرعية في الفقه الإسلامي:

سأورد بعض تطبيقات الحيل الشرعية في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات المالية من خلال المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: تطبيقات الحيل الشرعية في فقه الأحوال الشخصية:

سأورد بعض تطبيقات الحيل الشرعية في فقه الأحوال الشخصية، منها الآتي:

أولاً: إذا أراد رجل أن يطلق امرأته ثلاثاً أو واحدة؛ فحتى لا يقع عليها الطلاق، وترجع إليه وتكون على حالها، الحيلة في ذلك هو أن يقول لها: "أنت طالق ثلاثاً أو واحدة - إن شاء الله -"؛ أي عليه أن يُوصل يمين الطلاق بمشيئة الله.^(٢)

ثانياً: لو حلف رجل بطلاق امرأته ثلاثاً، إن كلم أخاه. الحيلة في ذلك أن يُطلقها واحدة، فإذا انقضت عدتها كلم أخاه، ومن ثم يتزوجها من جديد؛ فلا يقع عليها ما بقي لها من طلاقات. وذلك لأن زوجها عندما كلم أخاه لم تكن زوجة له حتى يقع عليها الطلاق.^(٣)

(١) محمد أبو زهرة، أبو حنيفة/ حياته وعصره - آراؤه وفقهه، ط٢، دار الفكر العربي، (١٣٦٩هـ-١٩٤٧م)، ص ٤٨١-٤٨٢.

(٢) محمد بن الحسن الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، المخارج في الحيل، مكتبة الثقافة الدينية، (١٤١٩هـ-١٩٩٩م)، ص ٥.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٠٩.

ثالثاً: لو قال لامرأته: "إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق ثلاثاً"؛ فالحيلة أن يقول لها أنت طالق على ألف درهم، ولم تقبل، لم يقع وعليه الفتوى. (١)

رابعاً: إذا تزوج رجل امرأة بشرط ألا يتزوج عليها، وقالت: قل "كل جارية أشتريها فهي حرة، وكل امرأة أتزوجها فهي طالق". الحيلة في ذلك: أن يقول ذلك ويعني بالجارية السفينة، ويمسك بيده حصاة أو خرقة ويقول: "فهي طالق" فيرد الكناية إليها، فإن قالت: قل: "كل رقيقة أو أمة" فليقل ذلك، وليعن: فهي حرة الخصال غير فاجرة. وإن قالت: "من غير تورية، ولا كناية، ولا نية تخالف قولي" وهذا آخر التشديد، فلا يمنعه ذلك من التورية والكناية، وإن قال بلسانه: "لا أوري ولا أكني" والتورية والكناية في قلبه، كما لو قال: "لا أستثنى" بلسانه ومن نيته الاستثناء، ثم استثنى؛ فإنه ينفعه. (٢)

المسألة الثانية: تطبيقات الحيل الشرعية في فقه المعاملات المالية:

سأورد بعض تطبيقات الحيل الشرعية في فقه المعاملات المالية، منها الآتي:
أولاً: لو أن رجلاً وهب لرجل هبة فقبضها قبل أن يتفرقا، والواهب ساكت ولم يأمره بالقبض؛ فإن الهبة جائزة. كذلك لو قال الواهب للموهوب له: "قد خلّيت بينك وبينها" ثم انصرف وتركها عند الموهوب له؛ فإنه قبض. ولو أن رجلاً على رجل ديناً دراهم أو دنانير، فوهبها لرجل أجنبي، ووكله بقبضه، فقبضه؛ فإن ذلك جائز، وصحّت الهبة. (٣)

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٥٢. سارية محمد خير فستق، الحيل في الفقه الإسلامي وأثرها في كتاب الأيمان والطلاق، إشراف: د. صلاح عبد التواب سعداوي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، (١٤٣٦هـ/٢٠١٥م)، ص ٨٨.

(٢) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ٢٦٧.

(٣) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ١٧-١٨.

ثانياً: لو وهب رجلٌ داراً فيها متاع الواهب، وسلم الدار إليه مع ما فيها من المتاع؛ فإنه لا يجوز لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض، ولأن من شروط أركان الهبة ألا يكون الموهوب مشغولاً؛ ولم يوجد. الحيلة في صحة التسليم: أن يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولاً ويخلى بينه وبين المتاع، ثم يسلم الدار إليه؛ وذلك بأن يخرج المتاع من الدار، ثم يسلم الدارَ فارغةً.^(١)

ثالثاً: لو قال رجلٌ لآخر: "أعطيتك هذه الدابة أو هذه السيارة" كانت هبة. ولكن لو قال له: "حملتك على دابتي أو على سيارتي" كانت عارية، إلا أن يقول أردت الهبة.^(٢)

رابعاً: لو استأجر رجلٌ سيارةً لحمل متاع له من عمان إلى مدينة العقبة بمائة دينار، فإن قصر عنها إلى معان فالأجرة سبعون ديناراً، فإن قصر عن معان إلى الكرك فالأجرة ستون ديناراً. كانت الإجارة فاسدة لجهالة مقدار المعقود عليه، وجهالة الأجر المسمى عند العقد. والحيلة في ذلك، وحتى لا تفسد الإجارة كان عليه ابتداءً: أن يستأجرها من عمان إلى الكرك بخمسين ديناراً، ويستأجرها من الكرك إلى معان بعشرين ديناراً، ويستأجرها من معان إلى العقبة بثلاثين ديناراً، فإذا بلغ صاحب المتاع الكرك وأراد أن لا يكمل طريقه إلى العقبة؛ كان ذلك عذراً له في فسخ العقد الثاني والثالث.^(٣)

خامساً: إذا استأجر رجلٌ داراً مدة سنين بأجرة معلومة، فخاف أن يغدر به المؤجر في آخر المدة ويتسبب في فسخ الإجارة، بأن يُظهر أنه لم تكن له ولاية الإيجار أو غيرها من الأعدار. فالحيلة في ذلك: أن يقسط مبلغ الأجرة على عدد السنين، ويجعل معظمها للسنة التي يخشى غدره فيها. وكذلك إذا خاف المؤجر أن يغدر المستأجر ويرحل في آخر المدة، فليجعل معظم الأجرة على المدة التي يأمن فيها من رحيله، والقدر اليسير منها لآخر المدة.^(٤)

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٢٥.

(٢) الشيباني، المخارج في الحيل، ص٢٠.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج٣٠، ص٢١٩.

(٤) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج٣، ص٢٦٢.

سادساً: إذا أراد رجل أن يُؤجر أرضاً له فيها زرع. الحيلة في ذلك: عليه أن يبيع الزرع للمستأجر أولاً، ثم يُؤجره الأرض ما أحب من السنين.^(١) وذلك لأنَّ الإجارة تقع على المال الذي تبقى عينه بالاستعمال، وهنا لا يمكن إجارة الزرع؛ لأنه لا يُمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه وذهاب عينه.

سابعاً: لو أن رجلاً أراد أن يدفع مالاً مضاربة إلى آخر، وأراد أن يكون المضارب ضامناً لهذا المال؛ وذلك لأنه لا يأمن أن يعيث صاحب العمل بالمال معتمداً على أنه أمين؛ لأنَّ الأمين لا يضمن، وشرط ضمان المال في العقد شرط غير صحيح؛ فيكون الشخص بين أمرين: إما أن لا يضارب، وفي ذلك إضرار به وبالأخر؛ إذ فيه حرمان لنفعهما، وإن قدم المال من غير ضمان كان ماله عرضة للضياع. الحيلة في ذلك: أن يقرض رب المال المضارب المال كله إلا درهماً، ثم يشاركه بذلك الدرهم بجميع ما أقرضه على أن يعمل بالمال جميعاً، فما رزقهما الله تعالى في ذلك من شيء، فهو بينهما على النسبة التي اتفقا عليها. ويكون هذا جائزاً؛ لأنَّ المستقرض بالقبض يصير ضامناً للمال المستقرض متملكاً له، ثم الشركة بينهما مع التفاوت في رأس المال صحيحة؛ فالربح بينهما على الشرط.^(٢)

(١) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ٢٣.

(٢) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ٨٠. السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٣٨-٢٣٩. محمد أبو زهرة، أبو حنيفة/ حياته وعصره- آراؤه وفقهه، ط ٢، دار الفكر العربي، (١٣٦٩هـ-١٩٤٧م)، ص ٤٨٢. إحسان الحق، الحيلة وأثرها على الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه، بإشراف: ضياء الله الأزهري، جامعة بشاور، قسم دراسات العلوم الإسلامية، (٢٠٠٩م)، ص ٢٧٦.

المطلب الرابع: دور الحيل الشرعية في التخفيف من آثار بطلان العقد:

يظهر لنا جلياً من خلال تطبيقات الحيل الشرعية السابقة أنّ لها دوراً بارزاً في التخفيف من البطلان بشكل عام، ومن بطلان العقود بشكل خاص. وقد أشاد بهذا الدور العديد من الفقهاء الذين وصفوها بالفقه الحسن، فها هو السرخسي يقول: "إن ما يتخلص به الرجل من الحرام، أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل؛ فهو حسن".^(١) وها هو الإمام أبو زهرة يصفها بالفقه الجيد، ويقول: "فحيل أولئك الأئمة الأجلاء ما كانت لهدم مقصد الشارع، وجعل الظاهر فقط موافقاً، بل كانت لتحقيق الأغراض الشرعية وتسهيلها، وتيسير التكلف، ودفع الحرج، فكانت فقهاً جيداً وتطبيقاً مرناً لقواعد العقود وشروطها، قد سهله العرفان الكامل لأحوال الناس، وما يصلح لها".^(٢)

وأمثلة الحيل الشرعيّة ودورها في التخفيف من البطلان وتصحيح العقود كثيرة، منها ما ذكرته سابقاً: بخصوص مسألة المضاربة التي يكون المضارب فيها يخشى على ماله من الضياع ويُريد ضمانه، وهذا قطعاً لا يجوز؛ وإلا لبطلت المضاربة؛ فجاءت الحيلة لتنقذ عقد المضاربة من الإبطال ابتداءً قبل وقوعه، وكانت: بأن يُقرض رب المال المضارب المال كله إلا درهماً، ثم يشاركه بذلك الدرهم بجميع ما أقرضه على أن يعمل بالمال جميعاً، فما رزقهما الله تعالى في ذلك من شيء، فهو بينهما على النسبة التي اتفقا عليها. ويكون هذا جائزاً؛ لأن المستقرض بالقبض يصير ضامناً للمال المستقرض متملكاً له، ثم الشركة بينهما مع التفاوت في رأس المال صحيحة؛ فالربح بينهما على الشرط.^(٣)

(١) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢١٠.

(٢) أبو زهرة، أبو حنيفة، ص ٤٩٠.

(٣) الشيباني، المخارج في الحيل، ص ٨٠. السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٣٨-٢٣٩. أبو زهرة، أبو حنيفة/ حياته وعصره-آراؤه وفقهه، ص ٤٨٢.

ولنا في رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الأسوة الحسنة، فما هو يُعلمنا هذه الحيل والمخارج، كما في الحديث الذي ذكرته سابقاً، عندما خاطب الرجل قائلاً: "لا تفعل، بع الجمع بالdraهم، ثم ابتع بالdraهم جنيياً".^(١) فأرشدنا -عليه الصلاة والسلام- إلى حيلة التخلص من الربا المحرم شرعاً والمبطل للعقد؛ وذلك بتوسط عقدٍ آخرٍ مباحٍ كان حيلةً للحصول على المقصود، ولكن بطريقٍ مباحٍ.

وقد تضيق العقود عن بعض الحقوق التي يرغب فيها العاقدان، ولو شرطوا شروطاً لصيانتها لبطل العقد أو أُلغيت؛ فتأتي هذه الحيل وتنقذ عقودهم وشروطهم من البطلان، وتكون مخرجاً مُسعفاً لهم؛ حيث أنها تُوازن بين رغباتهم في الاشتراط، وعدم التعدي على ما يقرره الفقهاء بخصوص عدم جواز اشتراطها.^(٢)

ويتجلى دور هذه الحيل في التخفيف من البطلان في أن كثيراً منها -كما بدا لنا من خلال تطبيقاتها- ما هو إلا وسيلة من وسائل التخفيف من البطلان التي ذكرتها سابقاً من خلال المباحث السابقة لهذه الرسالة: فمنها ما اعتمد على دلالة الحال، ومنها ما اعتمد على الكناية والتورية، ومنها ما اعتمد على تحول العقد... وهكذا، وقد ذكرت سابقاً هذه الوسائل ودللت على مشروعيتها ودورها في التخفيف من البطلان.

ولا بد من إشارة -أيضاً- إلى أن هذه الحيل تقوم على تحقيق مصالح الناس الدنيوية والآخروية. أما الدنيوية: فلما في هذه الحيل من تحقيق منافع الناس، وقضاء حوائجهم ومصالحهم الدنيوية، وصيانة حقوقهم من الضياع؛ من خلال تصحيح عقودهم وصيانتها عن الإبطال. ولما فيها -أيضاً- من تشجيعهم على الاستثمار. أما مصالحهم الآخروية: فلما فيها من صيانة أعمالهم عن الإبطال، وما يلحقه غالباً من الإثم والوزر.

(١) البخاري، صحيح البخاري، ج ٣، ص ٧٧، حديث رقم ٢٢٠١.

(٢) محمد أبو زهرة، أبو حنيفة/ حياته وعصره -آراؤه وفقهه، ص ٤٨١-٤٨٢.

ولا بدّ من التنويه إلى أنّ الحيل التي عنيتها في هذا المبحث هي: ما كانت مشروعة ومباحة: وهي كل ما يُتخلص به من الحرام، أو يتوصل به إلى الحلال بطريق مباح ومشروع يُقرره الفقهاء. يقول السرخسي: "إن الحيل في الأحكام المخرجة عن الإمام^(١) جائزة عند جمهور العلماء، وإنما كره ذلك بعض المتعسفين لجهلهم وقلة تأملهم في الكتاب والسنة".^(٢) ويقول الشاطبي: "ومن أجاز الحيل كأبي حنيفة، فإنه اعتبر المآل أيضاً، لكن على حكم الانفراد، فإن الهبة على أي قصد كانت مبطلّة لإيجاب الزكاة، كإنفاق المال عند رأس الحول، وأداء الدين منه، وشراء العروض به، وغيرها مما لا تجب فيه زكاة، وهذا الإبطال صحيح جائز؛ لأنه مصلحة عائدة على الواهب والمنفق، لكن هذا بشرط أن لا يقصد إبطال الحكم، فإن هذا القصد بخصوصه ممنوع؛ لأنه عناد للشارع كما إذا امتنع من أداء الزكاة، فلا يُخالف أبو حنيفة في أن قصدَ إبطال الأحكام صراحاً ممنوعاً، وأما إبطالها ضمناً، فلا، وإلا امتنعت الهبة عند رأس الحول مطلقاً، ولا يقول بهذا واحد منهم".^(٣) وبشهادة هؤلاء العلماء نتأكد من أنّ الحيل الشرعية التي أخذ بها بعض الفقهاء، ومن أشهرهم فقهاء الحنفية وعلى رأسهم أبو حنيفة ما هي إلا مخارجٌ شرعيةٌ لتحقيق الأغراض الشرعية وتسهيلها، وتيسير التكلف، ودفع الحرج.^(٤) وتبيّن لنا أيضاً أنّ الحيل التي يُقصد بها إبطال الأحكام الشرعية، أو التي يُحتال بها من أجل إبطال حقوق الناس، أو من أجل تمويه الباطل، محرمة قطعاً عندهم، ولا خلاف في تحريمها عند جمهور العلماء.

(١) "الإمام": هو محمد بن الحسن الشيباني، صاحب كتاب المخارج في الحيل؛ حيث شكك البعض في صحة نسبه للإمام الشيباني؛ لأنهم أنكروا ما فيه من الحيل.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج ٣٠، ص ٢٠٩.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ج ٥، ص ١٨٨.

(٤) أبو زهرة، أبو حنيفة، ص ٤٩٠.

أخيراً، وقبل الانتهاء من هذا المطلب أقترح تسميتها: "بالمخارج الشرعية"؛ لأن حقيقتها مخارجٌ شرعيةٌ لتصويب وتصحيح التصرفات والعقود، وصيانتها عن الإبطال ما أمكن، وهذا ذاته ما أشار إليه ابن قيم الجوزية، فقال: "نسميه وجوه المخارج من المضائق، ولا نسميه بالحيل التي ينفّر الناس من اسمها"^(١). حيث أنّ كثيراً منها ما يكون ابتداءً قبل صدور التصرف من المكلف أو إبرام عقده؛ وكأنّ فقهاءنا يُرشدوننا إلى الواجب فعله ابتداءً قبل صدورها منا؛ صيانةً لعقودنا وتصرفاتنا عن الإبطال؛ وما ينجم عنها فيما لو بطلت من آثارٍ سلبيةٍ على العاقدين بشكلٍ خاص، وعلى المجتمع ككل بشكلٍ عام.

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٣، ص ١٤٩.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة، الآتي:

- ١- التخفيفُ من آثار بطلان العقد مشروعٌ، وقد ظهرت مشروعيته من خلال القرآن الكريم، والسنة النبوية، والمعقول.
- ٢- ظهرت مشروعية التخفيفُ من آثار بطلان العقد جليةً -أيضاً- من خلال العديد من القواعد الفقهية، كقاعدة: "أمر المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن" وقاعدة: "ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحاً"، والتي تُظهر حرص فقهاءنا القدامى على عدم التسرع في إبطال تصرفات العاقل؛ بل عمدوا إلى تصحيحها وحملها على الصحة ما أمكن.
- ٣- راعت الشريعة الإسلامية التخفيف من البطلان من خلال تشريع أحكامها ابتداءً، ودعت إليه.
- ٤- باستقراء العديد من جزئيات الشريعة وأحكامها، أثبتت الدراسة أنَّ التخفيفَ من آثار بطلان العقد مقصدٌ من مقاصد الشريعة الإسلامية.
- ٥- أظهرت الدراسة الدورَ الفاعلَ لنظرية العقد الموقوف في التخفيف من آثار بطلان العقد.
- ٦- أظهرت الدراسة الدورَ الفاعلَ لنظريتي تحول العقد، وانتقاص العقد في التخفيف من آثار بطلان العقد.
- ٧- أكدت الدراسة على إيجابية نظرية الفساد عند الحنفية ودورها الفاعل في التخفيف من البطلان بشكلٍ عام، ومن التخفيف من آثار بطلان العقد بشكلٍ خاص.

- ٨- هناك العديد من الوسائل التي بحثها الفقهاء قديماً، والتي تُعتبر وسائلَ من وسائل التخفيف من البطلان، دون التنبيه أو الإشارة إليها من قبلهم على أنّ لها دوراً في التخفيف من البطلان، ومنها: التقدير الحكمي، ودلالة الاقتضاء.
- ٩- أكدت الدراسة على الدور الفاعل للحيل الشرعية (المخارج الشرعية) باعتبارها تطبيقاً مرناً لقواعد العقود وشروطها، تُسهم وبدورٍ فاعل في التخفيف من بطانها.

ثانياً: التوصيات:

خروجاً عن روتين التوصيات التي تُوصي بإتمام الدراسة وإكمال الناقص منها،
أوصي بالآتي:

أوصي كل من توافرت فيه شروطُ الفتوى وتصدَّرَ لها: عدم التسرع في إبطال أفعال
المكلفين وإبطال عقودهم؛ حيث أنَّ التخفيفَ من آثار بطلان العقود بشكلٍ خاص، أو التخفيفَ
من البطلان بشكلٍ عام مقصدٌ من مقاصد شريعتنا الغراء.

ولا يُفهم من كلامي السابق التساهل في تصحيح العقود الباطلة؛ ولكنَّ كلَّ مسألةٍ
تحتاج منه إلى إعمال فكرٍ واجتهادٍ وتروٍّ وتشاورٍ مع أهل الفقه والاجتهاد كلاً منها على حدة؛
فإذا توافرت إمكانية تصحيح العقود ضمن الشروط الشرعية التي اعتبرها الفقهاء للتصحيح؛
فلا مانع من تصحيحها، وأحياناً يجب؛ وإلا فلا.

وتجدرُ الإشارةُ إلى أنَّ وسائلَ التخفيفِ من البطلان كثيرةٌ: فقد نُصحَّ العقدَ الباطلَ
بتحويله إلى عقدٍ آخرٍ مستوفٍ ومحتوٍ لشروط وأركان العقد الأصلي. وقد نصحه -أيضاً-
بإبطال الجزء الباطل منه فقط؛ لأن الفساد بقدر المفسد. وإذا كان موقوفاً فقد نصحه بإجازته.
وإذا كان فاسداً تُرتب عليه بعض آثاره،... الخ. كل هذا مع مراعاتنا لظروف حال المتعاقدين،
وما صدر عنهما من ألفاظٍ كناية، أو تعريضية،... الخ.

تمَّ بحمد الله توفيقه.....

قائمة المصادر والمراجع:

- ١- إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، تحول العقد المالي وأثره/ دراسة مقارنة، إشراف الدكتور يوسف بن عبد الله الخضير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، (١٤٢٥هـ).
- ٢- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٣- إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، الموافقات، تحقيق: مشهور حسن، ط١، دار ابن عفان، (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م).
- ٤- إحسان الحق، الحيلة وأثرها على الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه، بإشراف: ضياء الله الأزهري، جامعة بشاور، قسم دراسات العلوم الإسلامية، (٢٠٠٩م).
- ٥- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي الحنفي (ت: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، ط١، المطبعة الخيرية، (١٣٢٢هـ).
- ٦- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
- ٧- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، الأمنية في إدراك النية، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٨- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، الفروق، بدون طبعة وبدون تاريخ، عالم الكتب.
- ٩- أحمد بن أحمد بن أبي حامد المالكي، الشهير بأحمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير للشيخ الدردير على مختصر خليل وبهامشه حاشية الدسوقي، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- ١٠- أحمد بن أحمد العدوي، الشهير بأحمد الدردير (ت: ١٢٠١هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١١- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

- ١٢- أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي (ت: ٣٠٣هـ)، المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط٢، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
- ١٣- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحنبلي (ت: ٧٢٨هـ)، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، ط١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، (١٤٢٢هـ).
- ١٤- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، الفتاوى الكبرى، ط١، دار الكتب العلمية، (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م).
- ١٦- أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
- ١٨- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، الفصول في الأصول، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
- ٢٠- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، أشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (١٣٧٩هـ).
- ٢١- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، مجمل اللغة، تحقيق: زهير عبد المحسن، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
- ٢٢- أحمد بن فارس (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
- ٢٣- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط٢، دار القلم، دمشق، (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).
- ٢٤- أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، (١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م).
- ٢٥- بوشعرة مونية، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، إشراف: وعراب سليمة، جامعة الجزائر، (٢٠١٤م).

- ٢٦- التمرتاشي (ت: ١٠٠٤هـ)، تنوير الأبصار، وهو مطبوع ضمن كتاب حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار للحصفي.
- ٢٧- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، إشراف الدكتور راييس محمد، مدونة المنبر القانوني، (٢٠١٣م).
- ٢٨- حسن السيد حامد خطاب، أثر السياق في دلالة السكوت على الأحكام/ دراسة فقهية، من البحوث الفقهية المعاصرة، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م).
- ٢٩- الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن مهران العسكري (ت ٣٩٥هـ)، كتاب الصناعتين، تحقيق علي محمد البجاوي ومحمد إبراهيم، المكتبة العصرية، بيروت، (١٤١٩هـ).
- ٣٠- حسن بن عمر بن عبد الله السيناوي المالكي (ت: بعد ١٣٤٧هـ)، الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، ط١، مطبعة النهضة، تونس، (١٩٢٨م).
- ٣١- حسن بن محمد العطار الشافعي (ت: ١٢٥٠هـ)، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٣٢- الحصفي (ت: ١٠٨٨هـ)، الدر المختار، وهو مطبوع ضمن كتاب رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين.
- ٣٣- حيدر جبار محمود، تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي/دراسة مقارنة، الجامعة العراقية، مجلة كلية الشريعة، العدد الرابع، (٢٠١٣م).
- ٣٤- خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي دمشقي (ت: ١٣٩٦هـ)، الأعلام، ط٥، دار العلم للملايين، (٢٠٠٢م).
- ٣٥- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت: ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، خرج أحاديثه: زكريا عميرات، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- ٣٦- سارية محمد خير فستق، الحيل في الفقه الإسلامي وأثرها في كتاب الأيمان والطلاق، إشراف: د. صلاح عبد التواب سعداوي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، دولة ماليزيا، (١٤٣٦هـ/٢٠١٥م).

- ٣٧- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن عمرو الأزدي (ت: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
- ٣٨- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، ط١، دار العاصمة، الرياض، (١٤٢٣هـ).
- ٣٩- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، ط١، (١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م).
- ٤٠- عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط٢، مؤسسة الريان، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م).
- ٤١- عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعلي المقدسي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، المغني، بدون طبعة، مكتبة القاهرة، القاهرة، (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م).
- ٤٢- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار ابن فرحون، (١٤٣٤هـ-٢٠١٣م).
- ٤٣- عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، الحنفي (ت ٦٨٣هـ)، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧م).
- ٤٤- عبد الله بن يوسف بن محمد الزيّلعي (ت: ٧٦٢هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ط١، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، (١٩٩٧هـ/١٤١٨م).
- ٤٥- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي/ دراسة مقارنة، مكتبة محمد قطب، القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م).
- ٤٦- عبد الرحمن بن إبراهيم بهاء الدين المقدسي (ت: ٦٢٤هـ)، العدة شرح العمدة، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، (١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).
- ٤٧- عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٤٨- عبد الرحمن بن أبي بكر، السيوطي (ت: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، ط١، (١٤١١هـ - ١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية.

- ٤٩- عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت: ٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي.
- ٥٠- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المدعو بشيخي زاده (ت: ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي.
- ٥١- عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي (ت: ٧٣٠هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي.
- ٥٢- عبد العزيز بن عبد السلام بن الحسن الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة: جديدة مضبوطة منقحة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م).
- ٥٣- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- ٥٤- عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، الشرح الكبير وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (ت: ٥٠٥ هـ) ، دار الفكر.
- ٥٥- عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، (١٩٨٠م).
- ٥٦- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن عويضة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٩٩٧م - ١٤١٨هـ).
- ٥٧- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، الملقب بإمام الحرمين (ت: ٤٧٨هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، ط١، دار المنهاج، (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م).
- ٥٨- عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري (ت: ٢١٣هـ)، السيرة النبوية لابن هشام، تحقيق مصطفى السقا وآخرون، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م).

- ٥٩- عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ٦٠- عثمان بن علي بن محجن البارعي، الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، (١٣١٣هـ).
- ٦١- عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، جامعة بومرداس، (٢٠٠٥م).
- ٦٢- علاء الدين علي بن سليمان المرداوي (ت: ٨٨٥هـ)، التحيير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وآخرون، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- ٦٣- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، المحلى، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر، بيروت.
- ٦٤- علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت: ٨٠٧هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م).
- ٦٥- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت: ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٦٦- علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد ٤٢، (٢٠١٩م).
- ٦٧- علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط٢، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.
- ٦٨- علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يحيى السبكي (ت: ٧٥٦هـ)، الإبهاج في شرح منهاج البيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م).
- ٦٩- علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي (ت: ٦٣١هـ)، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق.
- ٧٠- علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).

- ٧١- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط٢، دار الفكر، (١٣١٠هـ).
- ٧٢- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- ٧٣- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: ١٧٩هـ)، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد آل نهيان للأعمال الخيرية، أبو ظبي، ط١، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- ٧٤- محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: ٣١٩هـ)، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ط١، دار المسلم للنشر والتوزيع، (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م).
- ٧٥- محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن عبد المطلب المكي، المعروف بالشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، (١٤١٠هـ / ١٩٩٠م).
- ٧٦- محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، ط٤، دار الصديق للنشر، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- ٧٧- محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، ط١، دار طوق النجاة، (١٤٢٢هـ).
- ٧٨- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، السمرقندي (ت: نحو ٥٤٠هـ)، تحفة الفقهاء، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).
- ٧٩- محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط٢، دار الكتب المصرية، القاهرة، (١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م).
- ٨٠- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات/ دار الفكر، دار الفكر، بيروت.
- ٨١- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).
- ٨٢- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- ٨٣- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، المقدمات الممهدة، ط١، دار الغرب الإسلامي، (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).

- ٨٤- محمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
- ٨٥- محمد بن أحمد بن عبد الله، ابن جزى الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٨٦- محمد بن أحمد الفتوحى المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: ٩٧٢هـ)، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، ط٢، مكتبة العبيكان، الرياض، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
- ٨٧- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- ٨٨- محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية.
- ٨٩- محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط٥، المكتب الإسلامي، عمّان، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م).
- ٩٠- محمد أمين بن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، ط٢، دار الفكر، بيروت، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
- ٩١- محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ٩٢- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط٥، المكتبة العصرية، بيروت، (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م).
- ٩٣- محمد بن الحسن الشيباني (ت: ١٨٩هـ)، المخارج في الحيل، مكتبة الثقافة الدينية، (١٤١٩هـ-١٩٩٩م).
- ٩٤- محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد بن سير المبارك، ط٢، (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م).

- ٩٥- محمد أبو زهرة، أبو حنيفة/ حياته وعصره-آراؤه وفقهه، ط٢، دار الفكر العربي، (١٣٦٩هـ-١٩٤٧م).
- ٩٦- محمد بن عبد الله الخرشي (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ٩٧- محمد بن عبد الله الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ط١، دار الكتب، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م).
- ٩٨- محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط١، دار العبيكان، (١٤١٣هـ-١٩٩٣م).
- ٩٩- محمد بن عبد الله العوشن، ما شاع ولم يثبت في السيرة النبوية، دار طيبة، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٠٠- محمد عبد القادر أبو فارس، المبسوط في فقه المعاملات، ط١، دار الفرقان، عمان، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م).
- ١٠١- محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ١٠٢- محمد علي محمد بني طه، قواعد التبويض وأثرها في فقه المعاملات المالية، إشراف الدكتور محمد أحمد القضاة، الجامعة الأردنية، (٢٠٠٥م).
- ١٠٣- محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت: ٦٠٦هـ)، المحصول، تحقيق: طه جابر فياض، ط٣، مؤسسة الرسالة، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- ١٠٤- محمد بن محمد، ابن أمير حاج الحنفي (ت: ٨٧٩هـ)، التقرير والتحبير، ط٢، دار الكتب العلمية، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- ١٠٥- محمد بن محمد الطرابلسي المعروف "بالحطاب الرعيني" (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط٣، دار الفكر، بيروت، (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
- ١٠٦- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الزبيدي (ت: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

- ١٠٧- محمد بن محمد العبدري المالكي، الشهير بابن الحاج (ت: ٧٣٧هـ)، المدخل، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار التراث.
- ١٠٨- محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: ٥٠٥هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام، ط١، دار الكتب العلمية، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م).
- ١٠٩- محمد بن محمد بن محمود البابر تي (ت ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، بدون طبعة وبدون تاريخ، دار الفكر.
- ١١٠- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط١، دار الفكر، دمشق، (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- ١١١- محمد بن مكرم بن منظور (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، ط٣، دار صادر، بيروت، (١٤١٤هـ).
- ١١٢- محمد ناصر الدين الألباني، شريط مسجل بخصوص الذين يسرعون في التسبيح بعد الصلاة، سلسلة الهدى والنور، تم نشره في (٢٨-٢-٢٠١٤م)، شريط رقم ١٩٠، الدققة ٢١.
- ١١٣- محمد بن يزيد القزويني، ابن ماجه (ت: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
- ١١٤- محمود بن أحمد بن عبد العزيز الحنفي (ت: ٦١٦هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م).
- ١١٥- محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي العيني (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م).
- ١١٦- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢، دار الفكر، عمان، (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م).
- ١١٧- مسعود بن عمر التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة وبدون تاريخ، مكتبة صبيح، مصر.

- ١١٨- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١٩- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط١، دار القلم، دمشق، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م).
- ١٢٠- منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت: ٤٨٩هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد الشافعي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤١٨هـ - ١٩٩٩م).
- ١٢١- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
- ١٢٢- نسيبة زياب محمد الروسان، دلالة الحال وأثرها في الأحكام الفقهية، أطروحة دكتوراه/ جامعة آل البيت، بإشراف الأستاذ الدكتور أحمد القرالة، (٢٠١٩م).
- ١٢٣- هدييل سبتي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر (بن يوسف بن خدة)، كلية العلوم الإسلامية، (٢٠١٠-٢٠١١م).
- ١٢٤- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط٢، دار السلاسل، الكويت، (من ١٤٠٤هـ - ١٤٢٧هـ).
- ١٢٥- يحيى بن حمزة بن علي بن إبراهيم العلوي الطالبي (ت: ٧٤٥هـ)، الطراز المتضمن لأسرار البلاغة وعلوم حقائق الإعجاز، ط١، المكتبة العصرية، بيروت، (١٤٢٣هـ).
- ١٢٦- يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب، طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر.
- ١٢٧- يوسف ابن أبي بكر بن علي السكاكي (ت: ٦٢٦هـ)، مفتاح العلوم، ضبطه: نعيم زرزور، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت.

Abstract□

I dealt with this letter about the mitigation of the effects of contract nullification in Islamic jurisprudence financial dealings and personal status. It consisted of an introduction, three chapters and a conclusion as follows:

I mentioned in the introduction reason that I choose this subject, what was written about it, its problematic nature, its importance, its methodological limits, and its organizational structure.

As for the first chapter of this letter, I dealt with the concept the mitigation of the effects of nullification of contract in Islamic jurisprudence financial dealing and personal status. And dealt with the talk about the relationship between him and related concepts. Then showed evidence of legitimacy through the Koran and the Sunna and reasonable.

As for the second chapter of this thesis, I have discussed the theories of alleviating the effects of invalidity of the contract in Islamic jurisprudence as a means to mitigate the effects of the invalidity of contracts. In which I discussed four theories. Is the following: theory of stopped contract theory of Contract transformation and Theory of contract reduction and I concluded this chapter by talking about the theory of contract corruption.

As for the third chapter of this letter Which I dealt with ways to mitigate the effects of invalidity of the contract In Islamic jurisprudence as means and ways to mitigate the effects of the invalidity of contracts In which I spoke about five ways are the following: The judgment and its role in mitigating the nullification of the contract, Significance of the case and its role in mitigating the effects of invalidity of the contract, As appropriate and their role in mitigating the effects of invalidity of the contract, science of statement and role in mitigating the effects of contract nullification, and I concluded this chapter by talking about Legitimate tricks and their role in mitigating the effects of invalidity of the contract.

Finally, the letter concluded with a conclusion in which I mentioned the most important findings in this study.

And Praise be to Allah, the Lord of the Worlds....