

## من الاعتبارات الموجبة لتصحيح العقود الفاسدة

## Considerations required correcting corrupt contracts

قويدر العشبي<sup>1</sup>

جامعة وهران 1

Lachebikouider40@yahoo.com

تاريخ الوصول 2020/11/28 القبول 2021/08/05 النشر على الخط 2021/12/15  
 Received 28/11/2020 Accepted 05/08/2020 Published online 15/12/2021

## ملخص:

أقر الفقهاء بالفساد باختلاف مناهجهم في بيان أوصاف الأحكام ، فمنهم من أقره على أنه وصف مستقل عن الباطل كما هو عند الحنفية ، و منهم من أقره من جهة كونه وصفا طارئاً يستثنى من قاعدة عامة أو تطبيقاً لمسائل الدليل كما هو عند الجمهور . وكانت الدعوة إلى تصحيح العقود الفاسدة قائمة على اعتبارات أوجبت تصحيحها، منها ما يدخل في تقدير الأحكام فيما يتقرب تصحيحه ، و منها ما فرضته الضرورة ، و منها ما هو مبني على ترجيح جانب المعنى و المعقولية في الأحكام ، و منها ما هو مبني على النظر في درجات الفساد من حيث القوة و الضعف . و كانت غاية ذلك كله ، معالجة و التقليل من آثارها بما يحقق مقصود العاقدين و يرفع عنهما الضرر و لا يخالف غرض الشارع .

الكلمات المفتاحية: الاعتبارات ، الموجبة ، تصحيح ، عقود ، فاسدة .

## Abstract:

The jurists recognized the corrupt by their difference in explaining the rulings, some of them approved it as a description independent of the falsehood as it is according to the tap, and some of them approved it as an emergency description that is excluded from a general rule or application of the issues of evidence as it is with the public. Including those included in the assessment of the validity of judgments, some of which were imposed by necessity, and some that were based on the preponderance of reasonableness in the rulings, and some that were based on looking at the degrees of corruption. The goal of all this was to deal with its effects in a way that achieves the intentions of the two parties and removes the damage from them and does not contradict the purpose of the legislator.

**Keywords:** Consideration, necessity, correction, contracts, corrupt.

البريد الإلكتروني: Lachebikouider40@yahoo.com

<sup>1</sup> - المؤلف المراسل: قويدر العشبي

## 1. مقدمة:

ترجع أسباب الفساد عند الفقهاء إلى خلل واقع على ركن من أركان العقد أو في شرط من شروط الصحة أو ورود نهي عن تمام الماهية أو جزء منها أو على وصف لازم أو مجاور لها ، باعتبار أن الحقيقة الشرعية تكتمل بوجود أصولها و أوصافها ، لكن النظر العقلي يقتضى الفصل بين الصورة و الوصف ، و هذا ما تقرر عند فقهاء الحنفية عند تعريفهم للفساد ، فجعلوه منزلة بين الباطل و الصحة مخالفين في ذلك الجمهور .

بيد أن الواقع الفقهي دل على أن تصحيح العقود الفاسدة تقتضيه مصالح العباد في قيام معاشهم في الدنيا ، و أن البيع قائم مع الفساد ، و أن التحقيق يقتضي تصحيح كل عقد استند إلى رضا ، و أن انحسام البيوع الفاسدة بالبطلان فيه من الضرر العظيم على العباد .

فعمد جمهور الفقهاء في تفرعاتهم الفقهية إلى التفريق بين الاعتداد بالفساد وبين التعامل مع أثره ، و هذا النظر في حقيقة الأمر فرضته بعض الاعتبارات التي أوجبت التصحيح ، و كان من ثمرة هذا النظر انحصار الخلاف في اللفظ ، فما هي هذه الاعتبارات التي أوجبت و استدعت تصحيح العقود الفاسدة و التي ضيققت من دائرة الخلاف ؟

و يكمن هدف و أهمية هذا الموضوع في إيجاد مخرج لبعض العقود الفاسدة التي استحدثها الواقع الحالي و أشكلت في المؤسسات المالية التي تتعامل وفق الرؤية الشرعية ، من خلال مراعاة هذه الاعتبارات .

و في تقرير هذا البحث اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي ، و أثرنا ربط أوصاف الحكم مع أثره الفقهي من خلال التمثيل للمسائل المذكورة في البحث .

و قسمنا الموضوع إلى مقدمة و مبحثين ، الأول في بيان نفاذ العقد الفاسد ، و الثاني في بيان الاعتبارات التي أوجبت تصحيح العقد الفاسد ، و خاتمة نذكر فيها ما توصل إليه البحث من نتائج .

## 2. نفاذ العقد الفاسد :

## 1.2 . الوضع اللغوي و الاصطلاح الفقهي للفساد:

الفساد ضد الصلاح و المفسدة ضد المصلحة<sup>1</sup> ، و المال الفاسد هو المال الذي أخذ ظلماً<sup>2</sup> ، و قيل أن فسد بمعنى هلك و تفسد القوم قطعوا الأرحام<sup>3</sup> . و الملاحظ من خلال تتبع مادة فسد في كتب اللغة تبين أنها تطلق على تغير الحال بخلاف أصله ، بمعنى : أن الحال له أصل فتغير بالاقتران بوصف ما ، و مثال ذلك :

طعام معثون إذا فسد لدخان خالطه<sup>4</sup> ، و عفن الشيء أي فسد من ندوة<sup>5</sup> ، و حبط بطنه إذا فسد بالمأكل الرديء<sup>1</sup> ،

<sup>1</sup> - الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص: 331 .

<sup>2</sup> - المصدر نفسه و الصفحة نفسها .

<sup>3</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، تح : عبد الله علي الكبير ، محمد أحمد حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي ، دار المعارف ، القاهرة ، ج 5 ص: 3412 .

<sup>4</sup> - المصدر نفسه ، ج 4 ص: 3018 .

<sup>5</sup> - المصدر نفسه ، ج 4 ص: 3018 .

وحرف فسد عقله لكبره<sup>2</sup> ، و طهل الماء أي فسد و تغيرت رائحته<sup>3</sup> ، و لذلك عرف الجرجاني الفساد بقوله : " زوال الصورة عن المادة بعد أن كانت حاصلة"<sup>4</sup> ، فالفساد بحسب ما تقدم من المعاني اللغوية من الأوصاف الطارئة و الخارجية التي إذا اقترنت بالشيء أفسدته .

أما في الاصطلاح الفقهي ، فإن لفظ الفساد مرادف للبطلان عند جمهور فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة في الجملة ، فيطلق على كل تصرف غير مشروع بأصله أو بوصفه أو بهما ، و يطلق عند فقهاء الحنفية على وضع خاص بين منزلتين : الصحة و البطلان ، فاخص إطلاق لفظ الفساد عندهم على بعض التصرفات و المعاملات و عرفوه تعريفاً فقهيًا يستقل به عن التعريف الفقهي للبطلان ، فقالوا بأن الفاسد ما شرع بأصله دون وصفه<sup>5</sup> ، و هذا التعريف - و إن كان دقيقاً في بيان أوصاف الأحكام التي تتعلق بالمعاملات - إلا أنه يورث إشكالات تتعلق باعتباره في آثار الأحكام . فالتعريف يحتاج إلى بيان معناه ، مفاده : أن للعقد وجود معتبر و أنه - بحسب تقريراتهم الفقهية - يفيد الملك بالقبض في الجملة ، لكن ملكاً غير لازم ، بمعنى : يمكن فسخه من قبل أحد المتعاقدين اعتباراً لحق الله عز وجل ، ووجه ذلك : أن في الفسخ رفع الفساد فأشبهه الحكم في البيع الفاسد الغصب ، فكلاهما يجب فيه الفسخ و الرد حقاً لله عز وجل<sup>6</sup> ، لكنه قد يصحح و يلزم إن قام العاقدان بإزالة الوصف المفسد كإسقاط الأجل المجهول ممن له الحق فيه<sup>7</sup> .

و في الجملة ، فإن مذهب الجمهور في عدم إقرارهم بالفساد في المعاملات و على أنه ليس له وجود فعلي و أثر عليها ، فذلك من قبيل المقابلة للحنفية في تعريفهم للفساد و تفريقهم بين الأصل و الوصف ، إلا أنهم في تفرعاتهم الفقهية فرقوا بين الأوصاف اللازمة و الأوصاف المجاورة من حيث ورود النهي عنها و مبحثه في مجال الأصول لا يناسب مقال البحث ، فقد اعتبروا بالفساد و فرقوا بينه و بين الباطل من جهة كونه وصفاً طارئاً يستثنى من قاعدة عامة أو تطبيقاً لمسائل الدليل<sup>8</sup> بمعنى : تطبيقاً لمسائل متفرقة تستدعي تصحيح العقود الفاسدة ضرورة ، بل ذهب الزنجاني إلى أكثر من ذلك قال : " و اعلم أن هذا الأصل عظم فيه اختلاف الفتتين و طال فيه نظر الفريقين و هو على التحقيق نزاع لفظي و مرء جدي"<sup>9</sup> .

1 - أبو هلال العسكري ، الفروق اللغوية ، تح : عماد زكي البارودي ، المكتبة التوفيقية ، ص: 250 .

2- الفيروزيادي ، القاموس المحيط ، مصدر سابق ، ص: 1038 .

3- ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج4 ص: 3018 .

4- الجرجاني ، التعريفات ، تح : محمد علي أبو العباس ، دار الطلائع ، القاهرة ، 2014 ، ص: 167 .

5- ابن نجيم ، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت ، ج8 ص: 19 .

6- الكاساني ، بدائع الصنائع ، تح : محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 2010 ، ج4 ص: 583 - 584 .

7- المصدر نفسه ، ج4 ص: 584 .

8- ابن اللحام ، القواعد و الفوائد الأصولية ، تح : محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 1995 ، ص: 95 .

9- تخريج الفروع على الأصول ، تح : محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 ، 1398 هـ ، ص: 168 .

## 2.2 نفاذ العقد الفاسد وانعقاده :

الذي عليه الاتفاق بين الفقهاء هو حرمة العقد الفاسد ، و على أن العقد الباطل لا ينفذ و يجب رده إن كان موجودا أو قيمته إن كان معدوما ، و العين المحرمة غير المحترمة تتلف ، و إن أطلق عليه عقد فذلك من قبيل المجاز<sup>1</sup> ، لكن محل الخلاف في نفاذ العقد الفاسد و انعقاده و ثبوت الملك به ، و الظاهر أن الخلاف في ذلك مبني على اتجاهين :

– الأول : أنه يبقى على فساده و للطرف الآخر القيمة إذا تصرف في العين المباعة و هي طريقة فقهاء الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> .  
– الثاني : يصح إذا تم قبضه بإذن الطرف الثاني عند فقهاء الحنفية<sup>4</sup> ، و يصح إذا فات عند فقهاء المالكية<sup>5</sup> .  
و الاتجاه الأول يرتب على القبض في العقود الفاسدة بعض الآثار من حيث الضمان و نحوه – ككل بيع فاسد – لفقد شرط أو وجود مانع ، فزمانه من البائع لبقائه على ملكه حيث لم يقبض المشتري ، فإن قبضه المشتري قبضا مستمرا فزمانه من المشتري من زمن قبضه و هو رأي عند المالكية<sup>6</sup> .

و هذا يدعو إلى التقرير التالي : أن هناك فرقا بين فساد الشيء و عدم الاعتداد به ، و بين التعامل مع أثره ، خاصة إذا فات على رأي فقهاء المالكية أو تم التصرف به أو تعلق به حق آخر على رأي فقهاء الحنفية ، فالرفع للمفسدة غير ممكن ، لأنها وقعت و اتصلت به و رفع الواقع من المحال ، لكن أمكن رفع ما يترتب عليها من مفسدة ، و لذلك قال إمام الحرمين أن تصحيح العقود الفاسدة آيل للضرورة<sup>7</sup> .

و التقرير السابق مبني على حقيقة و نظر :

– الأول : دأب الشارع في ذلك ، فقد رتب الشارع أحكاما على أفعال محرمة كالطلاق في الحيض و الظهار و الاتلاف ، فجميع الفقهاء باختلاف مذاهبهم رتبوا أحكاما على مسائل نظروا فيها في الأثر الناتج عن التصرف الفاسد ، فالمهر يجب من العقد الفاسد و الحد يجب من فعل المحظور ، و أن اعتبار حقيقة الوجود في المنافع يتعذر ، لكن يقدر ذلك ضرورة تصحيح العقد ، قال ابن الدهان : اعتبار الوجود في المنافع يتعذر لكن يقدر ذلك تصحيحا للعقد<sup>8</sup> ، و ما تقرر عند المالكية من أن انتفاء وجود الحقيقة

<sup>1</sup> - النفراوي ، الفواكه الدواني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ج2 ص: 72 .

<sup>2</sup> - الشربيني ، مغني المحتاج ، تح : محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط3 ، 2007 ، ج2 ص: 54 . الأنصاري ، أسنى المطالب ، تح : محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2000 ، ج2 ص: 37 .

<sup>3</sup> - ابن قدامة ، المغني ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، 1405 هـ ، ج6 ص: 327 . ابن مفلح ، الفروع ، تح : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 2003 ، ج4 ص: 142 .

<sup>4</sup> - الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج4 ص: 590 . السرخسي ، المبسوط ، تح : خليل محي الدين الميس ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، ط1 ، 2000 ، ج13 ص: 22-23 .

<sup>5</sup> - الخطاب ، مواهب الجليل ، تح : زكريا عميرات ، دار عالم الكتب ، 2003 ، ج4 ص: 382 . العبدري ، التاج الإكليل ، دار الفكر ، بيروت ، 1398 هـ ، ج6 ص: 256 . و يقصد بالفوت تغير ثمن السوق أو هلاك العين أو تغييرها أو تعلق به حق الغير .

<sup>6</sup> - النفراوي ، الفواكه الدواني ، مصدر سابق ، ج2 ص: 86 .

<sup>7</sup> - السبكي ، الإبهام ، تح : محمود أمين السيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 ، 2013 ، ج3 ص: 48 .

<sup>8</sup> - ابن الدهان ، تقويم النظر ، تح : صالح بن ناصر الخزيم ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 2001 ، ج3 ص: 145 .

الحقيقة لا يدل على انتفاء الصحة ، خاصة فيما يتعلق بشروط الوجود ، مثل انعقاد البيع من غير المميز ، فهذا فاسد عند فقهاء المالكية ، ووجه ذلك : " أن التمييز شرط في وجود العقد لا في صحته ، فالمراد شرط وجود عقد عاقده ، لأن فقد التمييز يمنع انعقاد البيع بحيث لا توجد حقيقته لفقد ما يدل على الرضا لا صحته مع وجود حقيقته تأمل"<sup>1</sup>.

فالقصد من نقض الشارع للفساد هو التقليل من آثاره ، وغاية الأمر معالجة آثار العقد الفاسد بما يحقق مقصود المتعاقدين ولا يخالف غرض الشارع من إبطال أثر الفساد .

- الثاني : من حيث القواعد العامة فإن الجمهور لا يفرق بين الفاسد و الباطل ، لكن من حيث التفصيل الفقهي و ما تشهد عليه التفريعات الفقهية في المسائل المختلفة ، فإن الظاهر منها أنهم فرقوا بينهما ، و اختلفت أسباب التفرقة بينهما فمنهم من يعتبر ذلك استثناء من قاعدة عامة كفقهاء الشافعية و منهم من اعتبر ذلك تفرقة بين مسائل الدليل كما هو عند فقهاء المالكية والحنابلة ، و سيتأكد هذا النظر من خلال ما سيقدم من التمثيل للمسائل في المبحث الموالي .

### 3. ما يعتبر في تصحيح العقود الفاسدة :

#### 1.3 . اعتبار ترقب الأحكام:

يقصد بالترقب : توقع حصول الأمور و تدعى بالترقبات ، اشتهرت عند فقهاء المالكية على أنها قاعدة فقهية و عبر عن مضمونها الونشريسي فقال : " المترقبات إذا وقعت هل يقدر حصولها ليوم وجودها و كأنها فيما قبل كالعدم ، أو يقدر أنها لم تنزل حاصلة من حيث حصلت أسبابها التي أثمرت أحكامها و استند الحكم إليها"<sup>2</sup> ، و هي ليست افتراضات بعيدة الوقوع ، ولكنها عملية تستند إلى معطيات تنقدح في الاعتبار ، و احتمالات راجحة تعطي للحكم مناسبة أو ملائمة للواقع ، و هي عملية ضرورية لتصحيح الأحكام خاصة المتعلقة بالعقود، و لها جانبان جانب تقديري يقدر فيه المعدوم موجودا أو العكس ، و جانب آخر تنعطف به المسألة .

ومن دوافع الترقب تصحيح الأحكام الشرعية و ما يبني عليها ، فالترقبات فيها من التقديرات التي لا تنافي المحققات ، فما قدر من الأحكام الشرعية لا ينافي الأحكام المتيقنة المحققة ، و إنما هي من باب إزالة الضرر بعد وقوعه ، كما يجب دفعه قبل وقوعه بتصحيحه مثل مسألة الرد بالعيب دفعا للضرر عن المشتري ، و لذلك جعل الشارع الموجود كالمعدوم أو العكس في أحكامه لإمكان تصحيح العقود و التصرفات ، فأعطى ما يرى على بعض الوجوه حكم ما يرى كلها احتياطا للعادة و تيقنا من أداء المفروض و براءة الذمة .

من جهة ثانية ، فإن رفع الواقع محال و المحال عقلا لا يرد الشرع بوقوعه ، فتعين أن يكون ارتفاعه تقديرا لا تحقيقا ، كمسألة الرد بالعيب ، فالعقد واقع لا سبيل إلى رفعه ، لكن من قواعد الشرع إعطاء الموجود حكم المعدوم ، فهذا العقد و إن كان واقعا يقدره

<sup>1</sup> - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، تح : محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ، ج 3 ص: 5 .

<sup>2</sup> - إيضاح السالك ، تح : الصادق بن عبد الرحمن الغرياني ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط 1 ، 2006 ، القاعدة رقم : 35 ص: 82 .

الشارع معدوما فيعطيه حكم عقد لم يوجد ، لا أنه يرفع بعد وجوده و ما يترتب عليه من أحكام و توابع و جميع الآثار في حكم العدم و إن كان العقد موجودا في الواقع<sup>1</sup> .

و من مباني التفريق بين الفاسد و الباطل عند فقهاء الحنفية ، أن ارتفاع المفسد في الجملة بارتفاع فساده ووجه ذلك : أن ارتفاع المفسد من الفاسد يردده صحيحا ، لأن البيع قائم مع الفساد و مع البطلان لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما<sup>2</sup> .

و على هذا الاعتبار ( اعتبار المترقيات ) قسم المازري العقود عند فقهاء الحنفية إلى ثلاثة : عقد صحيح و هو ما لا يترب في إبطاله ، و عقد باطل و هو ما لا يترب في صحته ، و عقد فاسد و هو ما يترب صحته<sup>3</sup> ، و هذا تقسيم دقيق لفقيه مالكي

المذهب بنى عليه مسألة تصحيح العقد بإسقاط الشرط الفاسد باعتبار ما يترب صحته .

و من تطبيقات ذلك :

- تقدير القبض بمنزلة العدم و اشتراط الاستمرار في القبض في البيوع الفاسدة في وجوب الضمان ، قال خليل : " و قيدنا القبض المستمر للاحتراز بما إذا اشترى سلعة شراء فاسدا فقبضها ثم ردها إلى البائع على وجه الأمانة أو غيرها فهلكت ، فإن ضمانها من بائعها ، لأن هذا القبض بمنزلة العدم"<sup>4</sup> .

- ما تقرر عند فقهاء الحنفية في إثبات الخيار للمستصنع لا للصانع ، ووجه ذلك قال الكاساني : " أن المستصنع مشتر شيئا لم يره ، لأن المعقود عليه و هو المستصنع و إن كان معدوما حقيقة لكنه جعل موجودا شرعا حتى جاز العقد استحسانا"<sup>5</sup> .

- وقال السرخسي : " جواز عقد الإجارة ثابت بخلاف القياس لحاجة الناس إلى ذلك ، فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا يتحقق ، لأنها لا تبقى زمانين فلا بد من إقامة العين المنتفع بها مقام الإجارة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك"<sup>6</sup> .

- و ما تقرر عند فقهاء الشافعية ما ذكره البخاري في كشف الأسرار قوله : " اعلم أن الشافعي رحمه الله جعل المنافع المعدومة في باب الإجارة كالموجودة حكما ، لأن العقود لا تصح إلا مضافة إلى محال أحكامها

و الحكم وهو الملك إنما يثبت في المنفعة دون الدار فلا بد من وجودها حال العقد إما حقيقة أو تقديرا"<sup>7</sup> .

### 2.3 . اعتبار الضرورة:

و تعتبر الضرورة من أسباب التخفيف و يعمل بمقتضاها عند تحقق العذر الشاق المتصل بالضرر الذي الأصل فيه التحريم ، فشرعت لأجلها و بمقتضاها أحكاما استثنائية من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة ، و لما تعلقت العقود عامة بمصالح العباد كان من الضروري تصحيح ما كان منها فاسدا خاصة إذا استند كل العقد على أصل الرضا ، قال الجويني : " لو

<sup>1</sup> - القراني ، نفائس الأصول ، تح : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط 1 ، 1995 ، ج 8 ص: 3556 .

<sup>2</sup> - السبكي ، الإجماع ، مصدر سابق ، ج 3 ص: 48 .

<sup>3</sup> - المازري ، شرح التلقين ، تح : محمد المختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي ، ط 1 ، ج 2 ص: 471 .

<sup>4</sup> - النفراوي ، الفواكه الدواني ، مصدر سابق ، ج 2 ص: 87 .

<sup>5</sup> - بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج 4 ص: 445 .

<sup>6</sup> - السرخسي ، أصول السرخسي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 1993 ، ج 2 ص: 203 .

<sup>7</sup> - البخاري ، كشف الأسرار ، تح : محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 3 ، 1997 ، ج 1 ص: 373 .

درست تفاصيل الشريعة وتعاف نقلتها و بقيت أصولها على بال من حملة الدين فالذي يقتضيه التحقيق تصحيح كل بيع استند إلى رضا و لو لم يقل به و تفاصيل الاستصلاحات لا تطلع عليها العقول ولا يحسم باب البيع ، ففي انحسامه ضرورة عظيمة<sup>1</sup> ومن تطبيقات ذلك :

- يجوز الإقدام على العقد الفاسد للضرورة كالمضطر يشتري الطعام بزيادة على ثمن المثل ، قال الزركشي : " فالأقيس في الراجعي أنه يلزمه المسمى ، لأنه التزمه بعقد لازم ، و قيل لا يلزمه إلا ثمن المثل لأنه كالمكره ، قال الأصحاب : و ينبغي للمضطر أن يحتال في أخذه منه ببيع فاسد لكونه الواجب القيمة قطعاً و كذلك العقد الذي يختبر به رشد الصبي فقد قيل يشتري الولي شيئاً ثم يدفعه إلى آخر ثم يأمر الطفل بشراؤه منه"<sup>2</sup> .

- القياس أن لا يجوز شرط الخيار لما فيه من تعليق التمليك بالخطر ، إلا أن الشارع الحكيم جوزه للضرورة و هي تندفع بدخوله في الحكم دون السبب الذي هو أكثر خطراً<sup>3</sup> .

- إذا لم يرضى المشتري بتفريق الصفقة ما لم يكن باختيار الشفيع و فعله بل للضرورة أنه لم يتمكن من أخذ أحدهما فصار كما لو اشترى عبداً و داراً صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد<sup>4</sup> .

- إن الشرع يبيح الغرر للضرورة ، فقد أباح القراض و المساقاة مع الغرر ، و إقامة الدليل على ذلك ممتنع لأن الناس مجتمعون على ذلك<sup>5</sup> .

- ما شرع لدفع ضرورة الجنس بعد بقاءه للضرورة العامة كالسلم و الرهن و القراض و المساقاة و الإجارة ، فلولاها تحصلت المشاق العظيمة للخلق<sup>6</sup> .

- أجاز فقهاء المالكية في المشهور عندهم بيع الغائب بلا وصف لنوعه و جنسه في حالة معينة و هو ما يسمى عندهم بالبيع على البرنامج أو البرامج ، و هو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في الوعاء من الثياب المبعة دون اطلاع البائع على الجنس والنوع و الجواز للضرورة<sup>7</sup> ، أي لما في حل العدل من الحرج و المشقة على البائع ، فأقيمت الصفة مقام الرؤية .

### 3.3 . اعتبار قاعدة :العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ

أخذ بها الفقهاء كأصل عام في فروعهم الفقهية خاصة في المسائل التي تتعلق بتصحيح العقد الفاسد ، و يعمل بها عند حصول العقد ، فلا ينظر إلى الألفاظ التي استعملها العاقدان حين العقد ، بل ينظر إلى المعنى الحقيقي للكلام الذي تلفظ به العاقدان حين العقد ، فالألفاظ قوالب للمعاني ، و في المقابل لم يوسعوا في إعمالها ، و لذلك جاءت هذه القاعدة بأسلوب

<sup>1</sup> - البرهان في أصول الفقه ، تح : عبد العظيم محمود الديب ، الوفاء ، مصر ، 1418 هـ ، ج 2 ص: 610 .

<sup>2</sup> - المنتور في القواعد ، تح : تيسير فائق أحمد محمود ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط 2 ، 1405 هـ ، ج 1 ص: 354 .

<sup>3</sup> - التفنازي ، شرح التلويح ، تح : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996 ، ج 2 ص: 276 .

<sup>4</sup> - الحموي ، غمز عيون البصائر ، تح : أحمد بن محمد الحنفي الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1985 ، ج 2 ص: 287 .

<sup>5</sup> - القراني ، نفائس الأصول ، مصدر سابق ، ج 2 ص: 954 .

<sup>6</sup> - المصدر نفسه ، ج 8 ص: 3640 .

<sup>7</sup> - النفراوي ، الفواكه الدواني ، مصدر سابق ، ج 2 ص: 107 .

الاستفهام الذي يفيد التقرير من جهة و يبنى إلى الخلاف في المذهب الواحد كما هو ظاهر عند فقهاء الشافعية ، قال السيوطي : " هل العبرة بصيغ العقود أو معانيها ، و من فروع ذلك : إذا قال اشترت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال : بعتهك . فرجح الشيخان أنه ينعقد بيعا اعتبارا باللفظ ، و الثاني روجه السبكي أنه ينعقد سلما اعتبارا للمعنى ، و منها إذا قال : بعتهك و لم يذكر ثمنا ، فإن راعينا المعنى انعقد البيع أو اللفظ فهو بيع فاسد"<sup>1</sup> .

و قد طبقت هذه القاعدة في تصحيح العقود الفاسدة بطريق تحويل العقد أو تحويل الصفقة ، فإذا أمكن حمل العقد إذا كان فاسدا إلى عقد آخر جائز ، فهذا أولى تصحيحا للعقد و تيسيرا للمتعاقدين ، و من فروع ذلك :

- من باع عقارا أو غيره و اشترط على المبتاع أن لا يبيعه و لا يهبه حتى يعطيه الثمن ، فلا بأس بهذا ، لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى<sup>2</sup> .

- لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع ، وخرجه السبكي على هذه القاعدة و كذلك القاضي حسين قال: "إذا اعتبرنا اللفظ لم يصح و إن اعتبرنا المعنى فإقالة"<sup>3</sup> .

- لو اشترط في عقد المضاربة الربح كله للمضارب لم يكن مضاربة ، ولكن يكون قرضا تصحيحا للعقد ، لأنه لو بقي مضاربة لكان باطلا ، لأن المضارب لا يملك راس مال المضاربة حتى يكون الربح كله له ، فجعل قرضا نظرا للمعنى ليصح العقد<sup>4</sup> .

- و من المسائل التي صححها ابن تيمية العقود المبنية على بيع القابل للوجود في المستقبل ، مثل بيع النتاج قبل أن يولد ، فتصحح إذا امتنع الغرر أو كان يسيرا لا يضر<sup>5</sup> .

### 4.3 . اعتبار تعليل أحكام العقود:

و هذا مبني على إشكال مفاده : هل الأصل الغالب في الشريعة التعبد أم التعليل ؟ و الاتفاق قائم على أن الأحكام الشرعية منها ما هو تعبدى لا تعرف علته و منها ما هو معلل بنص الكتاب و السنة<sup>6</sup> ، و ليس المقصود تحرير الإشكال ، و إنما بيان ما لهذا لهذا الاعتبار من أثر في تصحيح بعض العقود الفاسدة خاصة في المسائل التي اقترن بها العقد بالشروط الفاسدة ، و بيان هذا المطلب يقوم على معنى و تفصيل .

<sup>1</sup> - الأشباه و النظائر ، تح : خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ص: 212 .

<sup>2</sup> - محمد عليش ، منح الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، 1989 ، ج 2 ص: 568 .

<sup>3</sup> - السيوطي ، الأشباه و النظائر ، مصدر سابق ، ص: 214 .

<sup>4</sup> - ابن رجب ، تقرير القواعد و تحرير الفوائد ، تح : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان للنشر و التوزيع ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 ، 1419 هـ ، ج 1 ص: 270 .

<sup>5</sup> - ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1987 ، ج 4 ص: 18 .

<sup>6</sup> - الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تح : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، 1987 ، ج 3 ص: 275 .



فالمعنى مبني على التقرير التالي : إذا لم يظهر وجه المصلحة في الحكم سواء كانت هذه المصلحة عامة متضمنة لمطلق النفع أم خاصة باعتبار كونها من باب الضروريات و الحاجيات و التحسينيات ، فإنه يناط الحكم بوصف تعبدي<sup>1</sup> ، و أن التمييز بين التعبدي و المعقول ليس له - بوجه عام - طريقة معينة ، و إنما هذا العجز - في حقيقة الأمر - مبني على اختلاف المعاني ، ولذلك يقول ابن عابدين : " ما شرعه الله إن ظهرت لنا حكمته قلنا : إنه معقول المعنى و إلا قلنا : إنه تعبدي"<sup>2</sup> ، و يقول القرافي في هذا الباب : " فكل ما كان لا نعلم فيه مصلحة قلنا فيه مصلحة لم نطلع عليها ، هكذا كل تعبدي معناه أنا لم نعلم بمصلحته لا لأنه لا مصلحة فيه"<sup>3</sup> .

و أما من جهة التفصيل ، فإن العقود الفاسدة فيها اعتبار للتعبد من جهة و اعتبار للمعقولة من جهة أخرى ، فالذي تقرر سابقا من أن أصول العقود مبنية على التعبد من خلال الاتفاق القائم على تحريم العقد الفاسد و حرمة الإقدام عليه ، و على أن العقد الباطل لا ينعقد و يجب رده إن كان موجودا و قيمته عند عدمه ، و يجب التخلص من هذا المال ، و أن العين المحرمة غير المحترمة تتلف ، ثم إن العقد الفاسد عند فقهاء الحنفية غير لازم لأنه مستحق الفسخ لحق الله عز وجل لمخالفته الشرع . و فيه اعتبار للمعنى من جهة الواقع الفقهي ، فإننا إذا قلنا أن الفساد تحكيمي فهذا يستلزم أن كل العقود الفاسدة لا ترتفع بارتفاع الشروط الفاسدة ، و هذا التعميم مخالف للتفريع الفقهي فقد لوحظ أن من الفقهاء من صحح العقود الفاسدة بارتفاع الشرط الفاسد ، و من جملة ذلك :

- التوضيح الذي قدمه الشاطبي في بيان وجه تصحيح العقود الفاسدة عند فقهاء الحنفية ، قال : " فمعنى هذا الوجه ، أن نهي الشارع كان لأمر ، فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي فصار العقد موافقا لقصد الشارع ، إما على حكم الانعطاف إن قدرنا رجوع الصحة إلى العقد الأول ، أو غير حكم الانعطاف إن قلنا : أن تصحيحه وقع الآن لا قبل ، و هذا الوجه بناء على أن مصالح العباد مغلبة على حكم التعبد"<sup>4</sup> .

- تقرر عند فقهاء المالكية أن الشرط الفاسد إذا أسقط صح العقد و هو المشهور في المذهب و هذا ترجيحاً للمعنى دون التعبد<sup>5</sup> ، قال المازري : " اسقاط مشروط السلف لما اشترطه منه يصحح البيع"<sup>6</sup> .

- ما تقرر عندهم كذلك لما ورد في الموطأ عن عبد الله بن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - قال : من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه<sup>7</sup> ، قال في التوضيح : " و الصحيح عند أهل المذهب أن هذا النهي تعبدي و قيل أنه معقول المعنى ،

<sup>1</sup> - المرادوي ، التعبير شرح التحرير ، تح : عبد الرحمن الجبيرين ، عوض القرني ، أحمد السراح ، مكتبة الرشد ، الرياض ، 2000 ، ج 7 ص : 3416 .

<sup>2</sup> - حاشية رد المختار ، دار الفكر للطباعة و النشر ، بيروت ، 2000 ، ج 1 ص : 447 .

<sup>3</sup> - نفائس الأصول ، مصدر سابق ، ج 1 ص : 324 .

<sup>4</sup> - الموافقات ، تح : عبد الله دراز ، محمد عبد الله دراز ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 3 ، 2003 ، ج 1 ص : 219 .

<sup>5</sup> - ينظر في ذلك : ابن رشد ، بداية المجتهد ، تح : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ، 1996 ، ج 5 ص : 8 .

<sup>6</sup> - شرح التلقين ، مصدر سابق ، ج 2 ص : 381 .

<sup>7</sup> - أخرجه مالك في موطئه ، كتاب البيوع ، باب العينة و ما يشبهها ، رقم : 1329 .

لأن الشارع له غرض في ظهوره ، فلو أجاز بيعه قبل قبضه ( بيع الطعام قبل قبضه ) لباع أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور ، بخلاف ما إذا منع من ذلك ، فإنه ينتفع به الكيال و الحمال و يظهر للفقراء ، فتقوى به قلوب الناس لا سيما في زمن المسغبة و الشدة"<sup>1</sup> .

### 5.3 . اعتبار درجة الفساد:

أولى الفقهاء العقود من جهة تقسيم الفساد و بيان درجته عناية و اهتماما خاصا ، لأنه من شأن ذلك أن يفرق بين الفساد الذي يمكن اعتباره في تصحيح العقد من جهة رفعه ، و بين ما هو ألصق بجانب الباطل أو أقرب إليه فيلحق بحكمه ، و هذا الاهتمام لا تجده في أصول مسائل الباب ، و إنما يعتبر من دقائق المسائل الفقهية و الفرعية الدقيقة في موضع تفصل فيه المسائل تفصيلا يراعى فيه الواقع ، باعتبار أن الأصل في العقود خاصة المالية منها – أنها معقولة المعنى ، فيؤخذ بأصل التيسير فيها لأنه ألصق بقواعد الشرعية .

و في حقيقة الأمر فإن النظر إلى درجة الفساد أمر له متعلقات خاصة يدخل في باب التقدير الفقهي للأشباه و ما في الأوصاف الشرعية المناسبة له ، و هذا يحتاج إلى تفصيل مقامه لا يناسب مقالنا ، إنما يكفي بيان الوصف من خلال أقوال الفقهاء المحققين من المذهب .

فيقول الكاساني من فقهاء الحنفية : " الأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد ، فإن كان قويا بأن دخل في صلب العقد و هو البدل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر إذا باع عبدا بألف درهم و رطلا من خمر فحط الخمر عن المشتري ، وإن كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يؤقت أو وقت إلى وقت مجهول كالحصاد و الدرس ، أو لم يذكر الوقت كما في بيع الدين بالدين إلى أجل مجهول"<sup>2</sup> .

و يقول ابن رشد من فقهاء المالكية : " و قد رام ذلك كثير من الفقهاء ، و إنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحته البيوع و هي الربا و الغرر ، و إلى قلته و إلى التوسط بين ذلك ، أو ما يفيد نقصا في الملك ، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله و أبطل الشرط و ما كان قليلا أجازته و أجاز الشرط فيه ، و ما كان متوسطا أبطل الشرط و أجاز البيع"<sup>3</sup> .

و يدخل في هذا الباب ، تعامل الفقهاء مع المسائل التي تحتم النظر إلى هذا الاعتبار (درجة الفساد) خاصة في قضايا تفريق الصفقات و قولهم أن سائر البيوع الفاسدة تنقلب جائزة بحذف المفسد ، و التفريق بين الغرر اليسير و الغرر الكثير .

<sup>1</sup> - الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج3 ص: 151 .

<sup>2</sup> - بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج4 ص: 392 .

<sup>3</sup> - بداية المجتهد ، مصدر سابق ، ج5 ص: 5 .

## 4. خاتمة:

و خلاصة القول بالنسبة لهذا الموضوع مبنية على أن تصحيح العقود معتبر عند جميع الفقهاء من جهة معالجة آثارها ، و إن ما يلتمس من تقارير البحث أن الفاسد اعتبر من جهة قيام الدليل لدى المجتهد الذي انقذح في ذهنه وجود فرق بين أصل الحكم و وصفه ، ففرق بين الباطل و الفاسد ، فدل على أن الخلاف بين الجمهور و الحنفية - في حقيقته - خلاف صوري .  
ثم إن اعتبار العقود الفاسدة كان قائما على موجبات استدعت التصحيح مبنية على أمور هي :  
- وجوب دفع الضرر المترقب ، فيقدر الفساد معدوما لإمكان التصحيح ، و تعمل الضرورة و تقدر بقدرها .  
- إعمال واقع الحال الذي دل على أن الفساد درجات يختلف من حيث القوة و الضعف ، و الشارع الحكيم قد تساهل في الغرر اليسير و الجهالة اليسيرة ، فكان تصحيح العقود التي فسادها ضعيف و قليل أولى بالاعتبار .

- تصحيح العقود الفاسدة تستدعيه القواعد العامة للشريعة إذا اعتبرنا أن الأصل في المعاملات الإباحة و التيسير و رفع الحرج .

## 5. قائمة المراجع:

- 1- ابن الدهان ، تقويم النظر ، تح : صالح بن ناصر الخزيم ، مكتبة لرشد ، الرياض : 2001 .
- 2- ابن اللحام ، القواعد و الفوائد الأصولية ، تح : محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 : 1995 .
- 3- ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية ، ط 1 : 1987 .
- 4- ابن رجب ، تقرير القواعد و تحرير الفوائد ، تح : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان للنشر و التوزيع ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 : 1419 .
- 5- ابن رشد ، بداية المجتهد ، تح : علي محمد عوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 : 1996 .
- 6- ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، دار الفكر للطباعة و النشر ، بيروت : 2000 .
- 7- ابن قدامة ، المغني ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 : 1405 .
- 8- ابن مفلح ، الفروع ، تح : عبد الله عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 : 2003 .
- 9- ابن منظور ، لسان العرب ، تح : عبد الله علي الكبير ، محمد أحمد حسن الله ، هاشم محمد الشاذلي ، دار المعارف ، القاهرة .
- 10- ابن نجيم ، البحر الرائق ، دار المعرفة ، بيروت .
- 11- أبو هلال العسكري ، الفروق اللغوية ، تح : عماد زكي البارودي ، المكتبة التوفيقية .
- 12- الأنصاري ، أسنى المطالب ، تح : محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 : 2000 .
- 13- البخاري ، كشف الأسرار ، تح : محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط 3 : 1997 .
- 14- التفتازاني ، شرح التلويح ، تح : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت : 1996 .

- 15- الجرجاني ، التعريفات ، تح : محمد علي أبو العباس ، دار الطلائع ، القاهرة : 2014 .
- 16- الجويني ، البرهان في أصول الفقه ، تح : عبد العظيم محمود الديب ، الوفاء ، مصر : 1418 .
- 17- الخطاب ، مواهب الجليل ، تح : زكريا عميرات ، دار عالم الكتب : 2003 .
- 18- الحموي ، غمز عيون البصائر ، تح : أحمد بن محمد الحنفي الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان : 1985 .
- 19- الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، تح : محمد عlish ، دار الفكر ، بيروت .
- 20- الزركشي ، المنثور في القواعد ، تح : تيسير فائق أحمد محمود ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط2 : 1405 .
- 21- الزنجاني ، تخرّيج الفروع على الأصول ، تح : محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط2 : 1398 .
- 22- السبكي ، الإتهام ، تح : محمود أمين السيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط2 : 2013 .
- 23- السرخسي ، أصول السرخسي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 : 1993 .
- 24- السرخسي ، المبسوط ، تح : خليل محي الدين الميس ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، ط1: 2000 .
- 25- السيوطي ، الأشباه و النظائر ، تح : خالد عبد الفتاح شيل أبو سليمان ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان : 2009 .
- 26- الشاطبي ، الموافقات ، تح : عبد الله دراز ، محمد عبد الله دراز ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط3 : 2003 .
- 27- الشربيني ، أسنى المطالب ، تح : محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط3 : 2007 .
- 28- الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تح : عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ، ط1 : 1987 .
- 29- العبدري ، التاج الإكليل ، دار الفكر ، بيروت : 1398 .
- 30- الفيروزيادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- 31- القراني ، نفائس الأصول ، تح : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط1 : 1995 .
- 32- الكاساني ، بدائع الصنائع ، تح : محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار 'حياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ط1 : 2010 .
- 33- المازري ، شرح التلقين ، تح : محمد المختار السلامي ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 .
- 34- مالك ، الموطأ ، تح : أحمد راتب عرموش ، دار النفائس ، بيروت ، ط6 : 1982 .
- 35- محمد عlish ، منح الجليل ، دار الفكر ، بيروت : 1989 .
- 36- المرادوي ، التحبير شرح التحرير ، تح : عبد الرحمن الجبيرين ، عوض القرني ، أحمد السراح ، مكتبة الرشد ، الرياض : 2000 .
- 37- النفراوي ، الفواكه الدواني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان : 2009 .