تصحيح
التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي *

إعداد
د. أحمد ياسين القرالة•

ملخص البحث

تصحيح التصرفات هو رفعٌ ممكنٌ لمفسدِ تصرف حقيقةً أو حكماً، وهو الموضوع المكمل والمتمم لنظرية الفساد التي ابتكرها الفقه الحنفي، لأنه لا معنى للحكم بفساد العقد دون بطلانه، إلا أن يكون لذلك العقد آثار تختلف عن آثار الباطل، وكان تصحيح العقد بإزالة سبب فساده من أهم تلك الآثار، وهذا التصحيح ليس مشروعاً فقط بل هو مطلوب شرعاً، إذا توفرت في العقد الفاسد شروط التصحيح المعتبرة شرعاً، وكانت هناك وسيلةٌ شرعيةٌ معتبرةٌ لتصحيح ذلك التصرف، وقد تناول هذا البحث بيان مفهوم التصحيح، والتفريق بينه وبين غيره من المصطلحات التي تشتبه به، ثم تعرض لمشروعيته، وبيان شروطه، والوسائل التي يتم من خلالها تصحيح التصرفات الفاسدة.

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٢٢م.
• أستاذ مشارك – كلية الدراسات الفقهية والقانونية– جامعة آل البيت– المملكة الأردنية الهاشمية.

المقدمة:

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

فتعتبر نظرية العقد الفاسد من أبدع ما ابتكره الفقه الحنفي في ميدان المعاملات المالية، وقد كان لهذه النظرية دورٌ كبيرٌ في التقليل من حالات بطلان العقود، وفي الحد من آثاره السلبية، نظراً لأن البطلان يجرد التصرف من كل آثاره ويجعله كأن لم يكن، والأهم من ذلك أنه يجعل التصرف غير قابل للتصحيح، وهذا ما تجاوزته نظرية الفساد، فالفساد فضلاً عن كونه منتجاً لبعض الآثار إذا تم تنفيذه بالقبض، هو عقد قابل للتصحيح، لذلك فإن نظرية الفساد لا تستوى على عودها دون أن تقترن بنظرية التصحيح، وقد سعى هذا البحث لتحقيق ذلك.

مشكلة البحث:

تتمثل إشكالية البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية:

أ- ما هو مفهوم تصحيح التصرفات؟ وما الفرق بينه وبين غيره من المصطلحات؟

ب- هل التصحيح مشروع؟ وإذا كان كذلك فما هي شروطه ووسائله؟

حدود المشكلة:

لا يسعى هذا البحث لتناول كل ما يتعلق بنظرية الفساد، لأنها نظرية واسعة النطاق والحدود، ولأن مثل هذا البحث لا يتسع لها، كما أنه ليس من هدف البحث دراسة المسائل الفقهية دراسةً متخصصةً باعتبارها موضوعاتٍ مستقلةً، بل هو يسعى إلى إبراز معالم نظرية الفساد باعتبارها نظرية متكاملة من حيث المفهوم والمشروعية والشروط والوسائل، وإذا كان الفساد منتجاً حنفياً مختصاً بالمعاملات دون العبادات، وكان التصحيح متمماً

ومكملاً له، فهذا يعني أن ميدان البحث سيكون هو الفقه الحنفي في المعاملات فقط، ولن نتعرض للمذاهب الأخرى إلا فيما يقتضيه المقام.

فرضيات البحث:

ينطلق هذا البحث من فرضية محددة وهي: أن تصحيح التصرفات مطلوب شرعاً إذا كان التصحيح ممكناً تتوفر فيه شروطه ووسائله الشرعية.

والبحث يسعى إلى إثبات صدق هذه الفرضية أو خطئها.

أدبيات البحث (الدراسات السابقة):

لاشك أن العقد الفاسد قد حظي بدراسات علمية كثيرة تناولته من جوانب متعددة، ومن هذه الدراسات:

- تحول العقد دراسة مقارنة للأستاذ الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي[١].
- التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني للباحث حمد فخري العزام[٢].
- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، للأستاذ الدكتور عبدالرزاق حسن فرج[٣].

وهي بلا شك دراسات جيدة ومتعلقة بموضوع البحث وتعتبر من أدبياته، إلا أنها متعلقة بجزء من التصحيح بمعناه العام، والعلاقة بينهما تكون كالعلاقة بين الخاص والعام.

(١) نشرته دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٩٧م.
(٢) وهي رسالة تقدم بها الباحث إلى كلية الشريعة في الجامعة الأردنية للحصول على درجة الدكتوراه، وقد كانت بإشراف الدكتور ياسين درادكة، الجامعة الأردنية، أيار ٢٠٠٠م.
(٣) نشرته دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٩م.

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على ثلاثة مناهج هي:

أ. المنهج الاستقرائي: حيث قمت باستقراء ما يتعلق بتصحيح التصرفات، والمصطلحات المشابهة له، للوصول منها إلى أحكام عامة.

ب. المنهج التحليلي: من حيث تحليل النصوص الواردة في الموضوع، واستخلاص الشروط والوسائل التي يتم بها تصحيح التصرفات.

ج. المنهج المقارن: وذلك بمقارنة الأقوال والآراء الفقهية بما أخذ به القانون المدني الأردني، ومجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني المصري.

خطة البحث:

المبحث الأول: تعريف التصحيح والفرق بينه وبين غيره من المصطلحات، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التصحيح لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: الفرق بين التصحيح وبين غيره من المصطلحات.

المبحث الثاني: مشروعية التصحيح وشروطه، وفيه مطالبات:

المطلب الأول: مشروعية التصحيح.

المطلب الثاني: شروط التصحيح.

المبحث الثالث: وسائل تصحيح التصرفات، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: التصحيح بدلالة الاقتضاء.

المطلب الثاني: التصحيح بالحمل على المجاز أو الكناية.

المطلب الثالث: التصحيح بحمل التصرف على الوجه المصحح.

المطلب الرابع: التصحيح بالتقدير.

المطلب الخامس: التصحيح بالإضافة إلى غير المفسد.

المطلب السادس: التصحيح بإعمال اللفظ الواحد في بعض مدلولاته.

المبحث الأول

ماهية التصحيح والفرق بينه وبين غيره من المصطلحات

المطلب الأول

تعريف التصحيح لغة واصطلاحاً

أولاً التصحيح لغة:

مصدر صحح، والصِّحة هي خلاف السقم، وهي ذهاب المرض، وتطلق أيضاً على البراءة من كل عيب وريب.

والتصحيح هو إزالة السقم من المريض(٤).

يقال صحَّ الشيء أي جعله صحيحاً،وصححت الكتاب والحساب تصحيحاً إذا كان سقيماً فأصلحت خطأه(٥).

ثانياً التصحيح اصطلاحاً:

استخدم العلماء التصحيح بمعانٍ مختلفة تختلف باختلاف العلوم والموضوعات التي تبحثها، ولكنها لا تخرج في معناها العام عن المفهوم اللغوي للتصحيح.

فالتصحيح عند الفقهاء هو: رفع أو حذف ما يفسد العبادة أو العقد(٦).

وفي علم المواريث: بيان أقل عدد يتأتى فيه نصيب كلِ وارث بلا كسر(٧).

وعند المحدثين: هو الحكم على الحديث بأنه صحيح(٨).

---

(٤) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، ص ٥٧(١٩٨٣).
(٥) جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، باب الحاء فصل الصاد، ٢/ ٥٠٧(١٩٨٣).
(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية مادة تصحيح، ١٢/٥٥.
(٧) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٦/٨٠٥(١٩٦٦).

والمقصود بالتصحيح هنا هو جعل غير الصحيح صحيحاً بإزالة سبب فساده، والتصحيح بهذا الاعتبار له معنيان:

معنى عام: وهو يعني جعل غير المشروع مشروعاً بسبب مشروع.

والتصحيح بهذا الأمر يشمل كلاً من العقد الباطل بانتقاصه أو تحوله، والفاسد بحذف المفسد المقترن به، والموقوف بإجازته من صاحب الشأن.

ومعنى خاص: وهو المقصود في هذا البحث، وهو:

هو رفعٌ ممكنٌ لمفسدِ تصرف حقيقةً أو حكماً.

شرح التعريف:

- **الرفع:** هو الإزالة، فالتصحيح يكون بإزالة ذلك الشيء وإعدامه.
- **ممكن:** أي أن يكون المفسد قابلاً للإزالة والحذف، وهذا في الحقيقة شرط من شروط التصحيح كما سيأتي[٩]؛ لأنه إذا لم يكن ممكناً كانت كل التصرفات بناء على ذلك قابلةً للتصحيح، وهذا غير صحيح شرعاً، لأن ذلك يؤدي إلى رفع الفساد والبطلان كلياً، والإمكانية هنا تشمل الحقيقية و العرفية والشرعية.
- **مفسد:** هو كل ما يورث خللاً في وصف التصرف السالمِ أصلُه عن الخلل ، فإذا كان الخلل في أصل التصرف، فهذا الخلل يورثه البطلان، فلا يعود قابلاً للتصحيح.
- **التصرف:** وهو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج شرعية[١٠]، وهو يشمل العبادات كما يشمل المعاملات، وسنقتصر في هذا

---

(٨) الموسوعة الفقهية الكويتية مادة تصحيح، ١٢/٥٥.
(٩) في شروط التصحيح ص ٢٦.
(١٠) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام١/٢٨٨ (١٩٦٨).

البحث على تصحيح التصرفات المتعلقة بالمعاملات دون العبادات؛ لأن التصحيح في العبادات ضيق، ولأن الفساد عندما يطلق ينصرف إلى المعاملات، إذ لا فرق بين الباطل والفاسد في العبادات عند الحنفية فهما مترادفان[١١]، أما في المعاملات فهما متباينان.

- **حقيقةً:** وذلك برفع ذلك المفسد فعلاً، كما لو كان سبب الفساد شرطاً فاسداً، فأسقط صاحب الشرط شرطَه، أو كان سببُه جهالةَ الثمن فتعين في مجلس العقد.
- **أو حكماً:** أي أن المفسد لا يمكن رفعه فعلاً، إما لتعذره أو لاستحالته، أو لأن طبيعته تأبى ذلك، فيحكم برفعه من حيث المعنى، أي يعتبر كأنه غير موجود بوجه من الوجوه، وستأتي أمثلة ذلك في مبحث وسائل التصحيح.

أما القانون المدني الأردني فلم يعرف التصحيح، وإن كان قد أخذ به في الفقرة(١) من المادة (١٧٠) والتي تنص على ما يأتي:

"العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صح."

تأصيل فكرة التصحيح:

تقوم فكرة التصحيح على فكرة العقد الفاسد، فماهو العقد الفاسد؟ وكيف استند إليه مبدأ التصحيح؟

يعرف الحنفية العقد الفاسد بأنه: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[١٢].

(١١) زين العابدين بن نجيم إبراهيم، الأشباه والنظائر، ٣٣٧(١٩٨٥).
(١٢) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٤٤/١،، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في (المادة ١٠٩) والتي تنص على ما يأتي: البيع الفاسد هو المشروع أصلاً لا وصفاً، يعني أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة، والقانون المدني الأردني في الفقرة ١ المادة ١٧٠ المذكورة في متن البحث سابقا.

وهم بذلك يفروق بينه وبين العقد الباطل، فالباطل عندهم مالم يكن مشروعاً بأصله(١٣)؛ لأن الخلل فيه راجع إلى أصل العقد، أما الفاسد فالخلل والنهي فيه ليس لذاته؛ لأن أصلَه سالمٌ عن الخلل،

وقد وصف القرافي صنيع الحنفية بأنه "فقه حسن" بعد أن عرض لمستندهم في التفريق بينه وبين الباطل، حيث يقول: " قال أبو حنيفة أصل الماهية سالم عن المفسدة، والنهي إنما هو في الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقا لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد وبين السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقا لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وصفاتها، وبين المتضمنة للفساد في صفاتها، وذلك غير جائز، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد، فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف، فنقول أصل الماهية سالم عن النهي، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل، وهو المطلوب وهو فقه حسن" (١٤).

ويستدل الحنفية لقولهم بالأدلة الآتية(١٥):

١) إن هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة، والدليل على كونه بيعاً أن البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالاً كان أو غيرَ مال، وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد فكان بيعاً. ودليل مشروعيته النصوص العامة المطلقة الواردة في باب البيع من نحو قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (٢٧٥: البقرة)، وقوله

(١٣) زين العابدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وتنص المادة (١١٠) من المجلة على ما يأتي: البيع الباطل ما لا يصح أصلا يعني أنه لا يكون مشروعا أصلاً.
(١٤) أحمد بن إدريس القرافي المعروف، الفروق، الفرق السبعون٢/٨٣.
(١٥) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع١/٢٩٩(١٩٨٢)، عبدالعزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي١/٣٧٨(١٩٩٧).

تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (٢٩: النساء)، ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل.

٢) الاستدلال بدلالة الإجماع على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، واقتران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً، والعدم الأصلي سواء، وإذا ألحق بالعدم كان نفس البيع خالياً عن المفسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع.

٣) وأما ورود النهي عن هذا البيع، فالجواب أن هذا نهي عن غير البيع لا عن ذاته لوجوه ثلاثة:

أحدها: إن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقولَ المعنى، وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة، وأنه سبب بقاء العالم إلى حين؛ إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكنى واللباس، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة، وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة، وهو البيع، ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصلُه بالعقل؛ لأنه يؤدي إلى التناقض فيحمل النهي المضاف إلى البيع على غيره ضرورةً.

والثاني: إن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة، لكن حمله على الغير ههنا أولى لأمرين: أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان، والثاني أن في الحمل على البيع نسخ المشروعية، وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز، ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ؛ لأن الحمل على المجاز من

باب نسخ الكلام، ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود، والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود.

والنتيجة العملية لهذه التفرقة بين الباطل والفاسد، هي أن الحنفية بهذا الصنيع ضيقوا من دائرة بطلان العقود لحساب دائرة الفساد، وإذا العقد الباطل لا أثر له، ولا يمكن تصحيحه بحال من الأحوال، فهذا يؤدي إلى إهدار عبارة المكلف وإلغاء تصرفه، فهو بهذا الأمر يختلف عن العقد الفاسد الذي له وجود شرعي، فهو عقد منعقد، تترتب عليه آثار شرعية إذا تم تنفيذه، والأهم من ذلك، أن هذا العقد ما دام أنه منعقد، وله وجود شرعي، فإنه في حالات كثير يمكن تصحيحه بحذف وإزالة سبب فساده فيغدو صحيحاً منتجاً لكافة آثاره، ولا شك أن هذا خير من إعدامه كلياً ما دام أن هناك وجهاً لتصحيحه.

وإن ابتكار الحنفية لفكرة العقد الفاسد هي التي أوجدت منفذاً لتصحيح العقد، الذي يزيل من العقد ما فيه من مخالفة شرعية، وإخلال بنظام التعاقد، وذلك بلا شك فقه حسن كما وصفه القرافي؛ لأنه يؤدي إلى احترام عبارة العاقد وصيانة كلامه وتصرفاته عن اللغو والإبطال، كل ذلك مع المحافظة على هيبة الشرع وقواعده.

المطلب الثاني

الفرق بين التصحيح وبين غيره من المصطلحات

يشتبه تصحيح العقد بكثير من المصطلحات التي لها دور ما في تصحيح العقد بوجه من الوجوه، ولكن ذلك لا يلغي الفرق بينها وبين التصحيح من حيث المفهوم والشروط والآثار، وفيما يلي استخلاص لهذه الفروق:

أولاً : الفرق بين تصحيح العقد وانتقاص العقد:

تعريف انتقاص العقد[١٦]:

عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية الانتقاص تحت عنوان تجزؤ البطلان بقولها: هو أن يشمل التصرف على ما يجوز وما لا يجوز، فيكون في شق منه صحيحاً، وفي الشق الآخر باطلاً[١٧].

وهو تعريف يفتقر إلى الدقة لما يأتي:

- لأنه ليس دائماً يكون معها الشقُ صحيحاً في التصرف المشتمل على الجائز وغير الجائز، فقد يكون التصرف مشتملاً على الجائز وغير الجائز، ومع ذلك لا يكون التصرف صحيحاً في الجائز منه، ومثال ذلك لو قال البائع للمشتري: بعتك هذه الشاة، وما في بطن هذه البقرة بألف دينار، فبيع الشاة جائز، وبيع الحمل غير جائز، لعدم وجوده، ولا يمكن انتقاص العقد في هذه الحالة، باعتبار البيع صحيحاً في الشاة، وباطلاً في الحمل؛ لأنه لما كان الثمن واحداً، وتعذر تصحيحه في الحمل، فتبقى الشاة مجهولة الثمن، ولا سبيل إلى معرفته فلا يصح العقد[١٨]، وكذلك لو باعه خمراً وخلاً بثمن واحد، فبيع الخل جائز، وبيع الخمر غير جائز، كان العقد باطلاً لايقبل التجزؤ والانتقاص.
- كما أنه 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.

---

(١٦) وهو يعرف في الفقه الإسلامي بتفريق الصفقة، ويقول عنه النووي " تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه، والفتاوى فيه "يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب ٤٩١/٩.

(١٧) الموسوعة الفقهية الكويتية ١١٢/٨.

(١٨) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع،١٧٧/٣.

- إن هذا تعريف للانتقاص بمعناه العام، وهو بناءً على ذلك يتناول العقود كلها، وهي:

١) **الباطل:** ويكون انتقاصه بإبطال الجزء غير المشروع منه، واعتباره منعقداً فيما تبقى، ولكن لا يلزم من انعقاده صحته، لذلك يبقى العقد بعد انتقاصه مفتقراً إلى التصحيح، ومثال ذلك: لو قال البائع للمشتري بعتك هذه الكمية من الخمر، وهذا الحصان، الخمر بمائة دينار، والحصان بألف على أن تعلمني ركوب الخيل، فقال المشتري: قبلت، فهذه الصفقة اشتملت على عقد باطل، هو بيع الخمر، لعدم مشروعية المحل، وعقد فاسد، وهو بيع الحصان، لاشتماله على شرط فاسد(١٩)، وانتقاص العقد هنا ممكن بإبطال العقد الباطل، واعتباره منعقداً في الشق الآخر، ولكنه مع كونه منعقداً، إلا إنه عقد فاسد، وفائدة انعقاده تظهر في إمكانية تصحيحه، وذلك بإسقاط صاحب الشرط الفاسد شرطه في مجلس العقد(٢٠).

٢) **الفاسد:** وانتقاصه يكون كانتقاص الباطل، بإبطال الجزء الفاسد منه، واعتباره صحيحاً فيما تبقى إذا كان مشروعاً، كما قد يكون انتقاصه بإسقاط الجزء الفاسد الذي لا يمكن تصحيحه، واعتباره فاسداً فيما يمكن تصحيحه، ومثاله: إذا باع شخص غيره حصاناً وجملاً بالإكراه، الحصان بكذا من الخمر، والجمل بألف دينار، فالصفقة هنا مشتملة على عقد فاسد لا يمكن تصحيحه، وهو البيع بالخمر، لعدم مشروعية الثمن، وعلى عقد فاسد يمكن تصحيحه، وهو البيع بالإكراه(٢١)، وانتقاص العقد يكون، بحذف الفاسد

(١٩) الشرط الفاسد: هو كل شرط لا يقتضيه العقد، وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه، ولم يجر التعامل فيه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق. علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية مع شرحها فتح القدير ٥٧/٤.
(٢٠) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٦٩/٥٧(١٩٨٢).
(٢١) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية ٢٣٧/١.

الذي لا يمكن تصحيحه، وإبقاء الجزء الذي يمكن تصحيحه، إذ العقد الفاسد بسبب الإكراه قابل للتصحيح إذا قبل به المكره بعد زوال الإكراه[٢٢].

٣) **العقد الموقوف**، ويكون ذلك بصحة العقد ونفاذه في غير الموقوف، وتوقفه على الإجازة في الباقي، ومثال ذلك إذا باع شخص ملكه وملك غيره صفقة واحدة وبين لكل منهما ثمناً، فإن العقد يكون صحيحاُ نافذاً فيما ملك، وموقوفاً في ملك الغير[٢٣]، وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني فقد نصت الفقرة(٢) من المادة (١٦٩)على ما يأتي: " إذا كان العقد في شق منه موقوفاً، توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجيز، نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته."

وعليه فيمكن تعريف الانتقاص بمعناه الخاص بأنه:

هو حذفٌ ممكنٌ لجزء غير مشروع من تصرف، واعتباره صحيحاً فيما تبقى.

فالانتقاص يقوم على فكرة قابلية التصرف للتجزئة[٢٤]، إما بتجزئة محله فيصح بالصحيح منها ويبطل بالباطل، أو بتجزئة العقد نفسه إلى عدة صفقات وإعطاء كل صفقة حكمها، والعلة في ذلك أنه" ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقيا على حكمهما، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز "[٢٥]، يقول الكرابيسي "وانفساخ العقد في بعضٍ لا يوجب بطلان العقد في الباقي "[٢٦]

(٢٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٨٧/٧(١٩٨٢).
(٢٣) محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية ٢٢٣.
(٢٤) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام٦٥٢/٢.
(٢٥) يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب ٤٦٩/٩.
(٢٦) أسعد بن محمد الكرابيسي، الفروق ٨٦/٢.

شروط الانتقاص:

١) أن يكون العقد في جزء منه باطلاً، وفي الجزء الآخر صحيحاً، أما إذا كان باطلاً في أجزائه كلها، فلا مجال لتصحيحه بالانتقاص؛ لأن أجزاءه بعد الانتقاص تبقى باطلةً والباطل لا يمكن تصحيحه، وإنما قد يحتمل التصحيح بالتحول إلى عقد آخر إذا توفرت فيه شروط التحول(٢٧).

٢) أن يكون العقد قابلاً للانتقاص، كأن يكون العقد عبارة عن صفقة واحدة اشتملت على جملة من الأمور، بعضها باطل والبعض الآخر صحيح، ولكنها مع ذلك في حكم صفقات متعددة.

ومثال ذلك لو قال البائع للمشتري: بعتك هذه الشاة وهذه الخمر، الشاة بمائة والخمر بخمسين، فقبل المشتري، فالعقد هنا مشتمل على جملة من الأمور، بعضها باطل والبعض الآخر صحيح، فالتصحيح هنا ممكن؛ لأنه ببيان "ثمنهما صارا صفقتين، فيتقدر الفساد بقدر المفسد(٢٨) " فيعتبر العقد صحيحاً في الشاة(٢٩)، وباطلاً في الخمر؛ لأن العقد على الخمر باطل.

أما لو كان الثمن واحداً للجميع في الصفقة السابقة كأن قال له: بعتك هذه الشاة وهذه الخمر بمائة وخمسين ديناراً، فالعقد هنا غير قابل للتصحيح فيبطل كله(٣٠).

٣) أن يكون الشق الباطل معيناً، فإن كان غيرَ معين بطل العقد كلُّه؛ لأنه لا مرجح لتصحيح العقد في واحد منهما، ولا فائدة في تصحيحه في غير المعين، فيبطل فيهما جميعاً(٣١).

---

(٢٧) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي٤/٩٩.
(٢٨) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق٤/٦٠
(٢٩) هذا عند جمهور الحنفية، وذهب زفر إلى أن الصفقة كلها باطلة، والعقد غيير قابل للتصحيح، علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية مع شرحها فتح القدير ٦/٤٥٦.
(٣٠) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٣/٣ (١٩٨٦).
(٣١) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٢/٦٥٣.

ومثال ذلك إذا عقد زواجه على من تحل له ومن لا تحل له بعقد واحد، كأن تزوج بعقد واحد مسلمة ومجوسية، صح العقد في المسلمة وبطل في المجوسية[٣٢]؛ لأن البطلان معين في المجوسية.

أما لو جمع بين أختين في عقد واحد فالعقد فاسد فيهما معاً لقوله تعالى ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾، ولا يمكن تصحيحه في واحدة منهما؛ لأنها ليست بأولى من الأخرى[٣٣].

٤) أن لا يؤدي انتقاص العقد إلى إلحاق الضرر بأحد العاقدين بسبب تفرق الصفقة.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بمبدأ انتقاص العقد، ليس في البطلان وحده، بل أضاف إليه انتقاصه في حالة التوقف، فقد نصت المادة (١٦٩) منه على ما يأتي:

"١. إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله، إلا إذا كانت حصة كل شق معينةً فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي.

٢. وإذا كان العقد في شق منه موقوفاً، توقف في الموقوف على الإجازة فإن أجيز، نفذ العقد كله، وإن لم يجز بطل في هذا الشق فقط بحصته من العوض وبقي في النافذ بحصته."

الفرق بين التصحيح بمعناه الخاص وبين الانتقاص:

١. إن التصحيح يكون للعقد كله، أما الانتقاص فهو تصحيح لجزء مشروع منه، ولا يمكن أن يكون للعقد كله، وإلا ما كان انتقاصاً.
٢. إذا تعذر الانتقاص فإن العقد يكون كله باطلاً، وتترتب عليه آثار البطلان، أما في حالة التصحيح فإن العقد إذا تعذر تصحيحه يصبح فاسداً، وتطبق عليه أحكام الفساد وآثاره.

(٣٢) زكريا بن محمد الأنصاري ،أسنى المطالب شرح دليل الطالب١٥٩/٣.
(٣٣) أحمد بن علي الجصاص أحكام القرآن ١٣٢/٢(١٩٨٥).

٣. إن الانتقاص لا يكون إلا بالحذف، أي بحذف الشق الباطل من التصرف، أما التصحيح فقد يكون بالحذف، وقد يكون بغيره من وسائل التصحيح كالتأويل أو التعديل.

٤. إن الانتقاص يدخل في العقود كلها الباطلة والفاسدة والموقوفة، أما التصحيح فلا يكون إلا للعقد الفاسد.

٥. إن الانتقاص يقوم على مبدأ تفرق الصفة، وهذا إنما يكون في العقد الواحد الذي تضمن عدة صفقات(٣٤)، أما في التصحيح فلا يشترط تعدد الصفات في العقد الواحد، فقد يكون في الصفقة الواحدة.

أما عن الفرق بين التصحيح بمعناه العام وبين الانتقاص، فهو أن التصحيح أعم من الانتقاص؛ لأنه يكون بالانتقاص وبغيره، والانتقاص أخص منه، وعليه فكلُ انتقاصٍ تصحيحٌ، وليس كلُ تصحيحٍ انتقاصاً، فالنسبة بينهما هي العموم والخصوص المطلق.

ثانياً الفرق بين التصحيح والتحول:

لم يعرف الفقهاء السابقون مصطلح تحول العقد، وإن تناولوا كثيراً من صوره وأحكامه، أما المعاصرون فقد عرفه بعضهم بأنه " انتقال العقد أو صفة من صفاته من حالة إلى حالة أخرى مشروعة(٣٥)".

وهذا تعريف للتحول بمعناه العام، ولكن التحول بمعناه الخاص يمكن تعريفه بأنه: انقلابٌ ممكنٌ لعقدٍ باطلٍ في موضوعِه إلى عقدٍ صحيحٍ في موضوعٍ آخرَ.

(٣٤) محمد عثمان شبير، مبدأ تفريق الصفقة في المعاملات وتطبيقاته المعاصرة، بحث منشور في مجلة دراسات للبحوث الدراسات، الجامعة الأردنية، المجلد٢٥، العدد٢، كانون الأول ١٩٩٨م، ص٢٨٨.

(٣٥) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام٢/٦٥٩(١٩٦٨).

فالانقلاب الحقيقي يتحقق في حالة انقلاب الموضوع، أما تحول العقد من صفة إلى صفة، كما في تحول العقد غير اللازم، إلى اللزوم، والموقف إلى النفاذ، فليس تحولاً حقيقةً.

ومثال التحول لو اشترط المضارب أن يكون الربح جميعُه له، فالعقد ينقلب من مضاربة إلى قرض، فيكون رأس المال كلُّه مضموناً على المضارب، ويكون ربحه له؛ لأن العقد في هذه الحالة لا يمكن تصحيحه مضاربةً؛ لأن المعنى هو القرض،والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني(٣٦)"

أما إذا اشترط أن يكون الربح كلُّه لرب المال فيكون إيضاعاً، الربح فيه لرب المال والخسارة عليه، والمضارب متبرع بعمله.

ومثاله أيضاً الكفالة بشرط براءة الأصيل تنقلب حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل تنقلب كفالة.

وقد أخذ القانون المدني المصري بنظرية تحول العقد ونص عليها في المادة (١٤٤) والتي جاء فيها: إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد.

أما القانون المدني الأردني فلم ينص على هذه النظرية، وإن كان قد أخذ بها ومن ذلك أنه اعتبر الكفالة بشرط البراءة حوالة، والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة، وهو ما نصت عليه المادة(٩٥٨): "الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة(٣٧)."

(٣٦) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٨٥/٦.
(٣٧) وهو ما نصت عليه المادتان(٦٤٨، ٦٤٩) من مجلة الأحكام العدلية.

ويعتبر التحول من الآثار الاستثنائية العرضية لا الأصلية للعقد الباطل[٣٨].

شروط التحول[٣٩]:

١) بطلان العقد الأصلي، وتعذر تصحيحه أو انتقاصه، فإذا كان العقد الأول صحيحاً، فلا يجوز تحويله، وإنما يجب الوفاء به وتنفيذه، لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ (١: المائدة)، وكذلك الحال إذا كان بالإمكان تصحيحه بإزالة سبب فساده، أو انتقاصه بإسقاط الشق الباطل منه، فهذا كله خير من تحول العقد؛ لأنه في تحول العقد محافظة على أصل التعاقد، بينما تكون المحافظة في التصحيح أو الانتقاص على أصل العقد، ولا شك أن المحافظة على أصل العقد أولى من المحافظة على أصل التعاقد.

٢) أن يحمل العقد الباطل بين طياته عقداً جديداً مختلفاً في موضوعه عن العقد السابق، وهذه المغايرة بين التصرفين ضروريةٌ لتحقق التحول؛ لأنه بدون هذه المغايرة، نكون قد أعملنا العقد الباطل في موضوعه، وهذا ليس تحولاً، وإنما تطبيق للعقد الباطل.

٣) أن يكون العقد المتحول إليه مشروعاً أما إذا كان غير مشروع، فلا يصح التحول، لعدم الفائدة من التصحيح؛ لأن العقد إذا كان غير مشروع في موضوعه قبل التحول، فمن باب أولى أن لا يكون مشروعاً في العقد الذي آل إليه.

ومثال ذلك إذا شُرِط المالُ في المسابقة على الطرفين المتسابقين ولم يدخلا بينهما مُحللاً انقلب العقد إلى قمار وهو غير مشروع[٤٠].

وهو مانصت عليه لمادة (٩١٤) من القانون المدني الأردني، والتي جاء فيها:

---

(٣٨) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٦٥٩/٢(١٩٦٨)، عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه في الإسلامي ١٠٠/٤.

(٣٩) العزام: حمد فخري، التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، بإشراف الدكتور ياسين درادكة، الجامعة الأردنية، أيار ٢٠٠٠م، ص١١.

(٤٠) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٤٠٣/٦.

إذا كان الجعل من أحد المتسابقين أو من غيرهما على أن الجعل للفائز جاز. وأما إذا شرط المتعاقدان أن للفائز قبل الآخر جعلاً فلا يجوز؛ لأنه ينقلب العقد قماراً.

٤) أن تتوفر في العقد الجديد الذي آل إليه التصرف، الشروط المعتبرة فيه في موضوعه ونوعه.

٥) أن لا يتنافى هذا التحول مع غرض المتعاقدين من التعاقد، فإن تنافى فلا يصح المصير إليه.

أما في القانون فيشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة(٤١):

أولاً: بطلان التصرف الأصلي... ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً، ولا تصرفاً باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر.

ثانياً أن ينطوي التصرف الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه، فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي، والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورية للتحول.

ثالثاً: انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي، وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية، وإلا لما كان هذا تحولاً، بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها.

(٤١) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٠١/٤.

الفرق بين التصحيح والتحول:

١. التصحيح أعم من التحول؛ لأن التصحيح كما يكون بالتحول يكون بغيره من وسائل التصحيح الأخرى، وبناء على ذلك يكون بين التصحيح والتحول عموم وخصوص مطلق، فكل تحول هو تصحيح، وليس كل تصحيح تحولاً.

٢. في التحول يتغير موضوع العقد كأن تتحول الكفالة إلى وكالة أو العكس، أما في التصحيح فيبقى العقد في موضوعه.

الفرق بين تصحيح التصرف وإجازته:

الإجازة هي: إنفاذ تصرف موقوف بإذن لاحق من مستحق.

الفرق بين التصحيح والإجازة **يظهر بالأمور الآتية:**

١. إن الإجازة لا تكون إلا لعقد منعقد صحيح موقوف لسبب من الأسباب، فتأتي الإجازة لتجعله نافذا منتجاً لآثاره [٤٢]، أما التصحيح فيلحق عقداً فاسداً لسبب ما ليرفع عنه سبب الفساد ليكون صحيحاً.

٢. إن إجازة العقد تكون لحق العبد،أما التصحيح فهو لحق الشرع[٤٣].

٣. أن تكون الإجازة متراخية عن التصرف الذي تلحق به، بل هي لا تكون إلا متراخية، وإلا كانت وكالة ابتداءً، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " أما التصحيح فلا يجوز أن يتراخى عن مجلس العقد، إذا كان الفساد قوياً، وهو ما كان متعلقاً بصلب العقد كجهالة الثمن، فإذا أزيلت الجهالة في المجلس صح العقد، أما إذا لم يكن الفساد فيه متعلقاً بصلب العقد بل

(٤٢) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٢/٦٦٥(١٩٦٨).
(٤٣) يستثنى من ذلك ما إذا كان الفساد بسبب الإكراه.

لأمر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه، كما لو اشترط المشتري على البائع الخيار أكثر من ثلاثة أيام فأسقط الشرط قبل مضي الأيام الثلاثة، صح العقد[٤٤].

الفرق بين تصحيح العقد وتجديده:

تجديد العقد: هو إعادة إبرام للعقد السابق.

وقد اعتبر الفقهاء التجديد وسيلة من وسائل تصحيح التصرف، ومن ذلك ما ذكره الإمام الشافعي[٤٥]في الأم حيث يقول: "ولو باع رجل عبداً بمائة دينار إلى العطاء أو إلى الجداد أو إلى الحصاد كان فاسداً، ولو أراد المشتري إبطال الشرط وتعجيل الثمن لم يكن ذلك له؛ لأن الصفقة انعقدت فاسدة فلا يكون له، ولا لهما إصلاح جملة فاسدة إلا بتجديد بيعٍ غيرِها[٤٦] "

وجاء في المبسوط " وتصحيح العقد الفاسد في استقباله[٤٧]" أي في تجديده.

ومثال ذلك: "فيما إذاكفل رجلٌ آخرَ كفالةَ نفس" ثم دفعه إليه وبرئ منه، فلزمه الطالب فقال الكفيل: دعه وإنما على كفالتي، أو على مثل كفالتي، أو أنا كفيل به فهو لازم له أتى بلفظ صالح لإنشاء الكفالة به، أما قوله أنا على كفالتي أي بعقد إنشائه سوى الأول؛ لأنه لا وجه لتصحيحه إلا هذا، ووجه الصحة مقصود كل متكلم عاقل، أو معناه فسخنا ذلك الإبراء الحاصل لي بالرد عليك فأنا كفيل به كما قلت[٤٨]"

ويظهر الفرق بين التصحيح وبين تجديد العقد في الأمور الآتية:

(٤٤) حمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية ٢٦٧/٦.
(٤٥) بل إن الإمام الشافعي يرى أن التجديد هو الوسيلة الوحيدة لتصحيح العقد حيث يقول "إذا عقدا فاسدا لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح "محمد ابن إدريس الشافعي، الأم ٣٩/٣(١٩٨٣) .
(٤٦) محمد ابن إدريس الشافعي، الأم ٩٦/٣(١٩٨٣) .
(٤٧) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٤٣/١٢ (١٩٨٦).
(٤٨) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٦٧/١٩ (١٩٨٦).

١. إن تجديد العقد يحتاج إلى إرادتين معتبرتين، أما التصحيح فيكتفى فيه أحياناً بإرادة طرف[٤٩] واحد وهو من كان الفساد بسببه، أو من كان الفساد لحقه، كما لو كان الفساد بسبب الإكراه على التعاقد، فإن الحق في تصحيح العقد يكون للمكره وحده.

٢. إن التجديد يكون للعقد بكلِّه من حيث الحقوق والواجبات، أما في التصحيح فهو يكون لجزء معين فيه.

٣. إن تجديد العقد يكون منقطع الصلة بالعقد السابق، ولا يؤثر فيه العقد السابق، وبالتالي فإن العقد مع التجديد يكون بالشروط والالتزامات التي يتفق عليها الطرفان، أما التصحيح بعد إزالة المفسد فيكون لما هو موجود بحقوقه وواجباته.

٤. إن التصحيح لا يكون إلا لوجود خلل في التصرف، أما التجديد فلا يشترط وجود خلل فيه.

٥. إن تجديد العقد الصحيح الذي يقبل الفسخ[٥٠] هو فسخ ضمني للعقد السابق وإعدام له، لضرورة تصحيح العقد الثاني[٥١]، أما التصحيح فهو إمضاء للتصرف.

٦. أثر التجديد يكون مقتصراً غير مستند، أما التصحيح فهو يكون مستنداً للماضي أي أن له أثراً رجعياً، ومثال ذلك لو أُكره شخصٌ على شراء شيء معين، وقبضه مكرهاً، وقبل أن يظهر ما يدل على رضاه بالعقد، قام آخر ببيع ما اشتراه المكرَه فضولاً، فأجاز المكرَه البيع، تعتبر إجازته تصحيحاً لعقده الذي

(٤٩) وأحياناً أخرى لا بد للتصحيح من إرادة الطرفين، كما لو باعه شيئاً بمائة دينار وكذا من الخمر، فالعقد فاسد، وهذا الفساد لايمكن تصحيحه إلا باتفاق الطرفين على إسقاط الخمر، لأنه تصرف في البدل، محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٣/ ٢٨(١٩٨٦).

(٥٠) فالذي لا يقبل الفسخ، لا يقبل صحيحه التجديد كعقد الزواج، أحمد بن محمد الحموي، غمزعيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ٢/٢٧٧(١٩٨٥).

(٥١) أحمد بن محمد الحموي، غمزعيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ٢/٢٧٧(١٩٨٥).

أبرمه بالإكراه، ويعتبر مالكاً له من تاريخ انعقاده، وليس من تاريخ تصحيحه؛ لأنه لا بد وأن يكون له ملك سابق للتحقق إجازة بيع الفضولي[٥٢].

٧. إن التجديد قد يكون تلقائيا وذاتياً للضرورة كما لو استأجر شخصٌ زورقاً وانتهت مدة الإجارة قبل الوصول إلى الساحل [٥٣]، فتمدد الإجارة تلقائياً بأجر المثل[٥٤]، أما التصحيح فلا يمكن أن يكون تلقائياً؛ لأن الفساد لايزول بذاته.

مراتب رفع الفساد عن التصرف:

انتهينا سابقاً إلى أن هناك طرقاً كثيرة تؤدي إلى صيانة التصرف الذي فيه خلل عن الإبطال، وهذه الصيانة قد تكون للتصرف كله، أو لجزء منه، أو بتحوله لتصرف آخر، وترتيبها يكون على النحو الآتي:

أولاً: التصحيح: وهو الأولى؛ لأن فيه محافظةً على العقد السابق حقيقة وموضوعاً.

ثانياً: الانتقاص: وهو يأتي في الدرجة الثانية؛ لأن فيه محافظة على العقد في بعضه، فإن ما لا يدرك كله لا يترك جله.

ثالثاً: التحول وهو آخر ما يصار إليه؛ لأنه وإن لم يكن فيه محافظة على العقد موضوعاً، إلا أن فيه محافظةً على أصل التعاقد، وصيانةً لتصرف العاقل عن الإبطال.

(٥٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٨٧/٧(١٩٨٢).
(٥٣) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٤٥/٢٣ (١٩٨٦).
(٥٤) المادة ٤٨٠ من مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثاني
مشروعية التصحيح وشروطه

المطلب الأول
مشروعية التصحيح

التصحيح مشروع بالكتاب والسنة والمعقول، و في الفروع الثلاثة الآتية بيان ذلك:

الفرع الأول
مشروعية التصحيح من القرآن الكريم

دلت كثير من الآيات على مشروعية التصحيح ومن ذلك:

١) قال تعالى ﴿ وَلا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ (٣٣: محمَّد)

وجه الدلالة: تدل الآية بعمومها على النهى عن إبطال الأعمال والتصرفات، وإن إهمال تصحيح التصرف الذي يمكن تصحيحه بوجه شرعي هو إبطال له فيكون منهياً عنه، لذا كان: "التحرز عن إبطال العمل واجب[٥٥]".

٢) قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ﴾ (٣: المؤمنون).

٣) قال تعالى﴿ وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا﴾ (٧٢: الفرقان).

٤) قال تعالى﴿ وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ وَقَالُوا لَنَا أَعْمَالُنَا وَلَكُمْ أَعْمَالُكُمْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ لَا نَبْتَغِي الْجَاهِلِينَ﴾ (٥٥: القصص).

(٥٥) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٦٩/٣ (١٩٨٦).

اللغو في اللغة هو الشيء الذي لا يعتد به، يقول ابن فارس " اللام والغين والحرف المعتل أصلان صحيحان، أحدهما يدل على الشيء لا يعتد به، والآخر على اللهج بالشيء[٥٦]".

وجاء في التعريفات للجرجاني اللغو "ضم الكلام ما هو ساقط العبرة منه وهو الذي لا معنى له في حق ثبوت الحكم[٥٧]".

وقد اختلف العلماء في تفسير اللغو، ولعل أحسنها ما رجحه الإمام الطبري بقوله " وأولى الأقوال في ذلك بالصواب عندي ، أن يقال: إن الله أخبر عن هؤلاء المؤمنين الذين مدحهم بأنهم إذا مروا باللغو مروا كراماً ، واللغو في كلام العرب هو كل كلام أو فعل باطل لا حقيقة له ولا أصل ، أو ما يستقبح[٥٨]."

وجه الدلالة في الآيات:

امتدح الله تعالى المؤمنين بأنهم لا يفعلون اللغو وإذا مروا به لم يقفوا عنده ومروا به مرور الكرام، وإذا كان المسلم لا يقول لغواً ولا يفعل عبثاً، فكل أفعاله وأقواله مقصودة مبتغاة، لذلك يجب أن تصان عن اللغو وعن العبث؛ لأن في إلغائها وإهمالها إلغاءً لمقاصدها، مما يجلها لغواً وعبثاً.

ومما يؤكد ذلك أن الله تعالى رفع المؤاخذة عن اليمين التي تجري على لسان المسلم إذا لم يقصدها ولم يعقد عليها قلبه، واعتبرها لغواً لا شيء فيها، ومن ذلك:

١- قوله تعالى ﴿ لاَّ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِيَ أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾ (٢٢٥: البقرة).

---

(٥٦) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون ٢٥٥/٥، (باب اللام والعين وما يثلثهما).
(٥٧) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات(١٩٨٣).
(٥٨) محمد بن جرير الطبري،جامع البيان عن آي القرآن(١٤٠٥هـ)

٢- قوله تعالى ﴿ لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُواْ أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ (٨٩: البقرة).

يقول الجصاص: " وأما اللغو فقد قيل فيه إنه ما لا يعتد به.... فعلى هذا لغو اليمين ما لا يعتد به ولا حكم له [٥٩] ".

الفرع الثاني
مشروعية التصحيح من السنة النوية

دلت كثير من الأحاديث الشريفة على مشروعية التصحيح ومن ذلك:

١) مارواه البخاري عن عروة البارقي أن النبى ﷺ أعطاه ديناراً يشترى به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة فى بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه[٦٠].

وجه الدلالة في الحديث:

أن النبي ﷺ صحح تصرف الصحابي عروة البارقي مع أنه خالف الوكالة فاشترى شاتين بدل أن يشتري شاة واحدة، وباع إحدى الشاتين دون وكالة أو تفويض، ومعلوم أنه لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله ﷺ 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[٦١].

---

(٥٩) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن ١١١/٤ (١٩٨٥).
(٦٠) رواه البخاري في كتاب المناقب باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺآية، فأراهم انشقاق القمر، حديث رقم ٣٤٤٣.
(٦١) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٤٩/٥(١٩٨٢).

٢) ما رواه مسلم عن عائشة، قالت دخلت على 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 لاها الله إذا قالت . فسمع رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته فقال "اشتريها وأعتقيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق". ففعلت – قالت: ثم خطب رسول الله ﷺ 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 [٦٢]وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلاناً والولاء لي إنما الولاء لمن أعتق [٦٣]" .

وجه الدلالة في الحديث:

أن النبي ﷺ أبطل الشرط المخالف لكتاب الله تعالى، وأمضى العقد الذي أبرمته السيدة عائشة رضي الله عنها[٦٤]، ولم يجعل الشرط مبطلاً للعقد.

٣) ما رواه مسلم عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقَّ أربعةً وقال له قولاً شديداً[٦٥].

(٦٢) أورد العلماء إشكالاً على هذا الحديث، وهو كيف يأذن النبي صلى الله عليه وسلم في البيع على شرط فاسد؟ وكيف يأذن، حتى يقع البيع على هذا الشرط فيدخل البائع عليه، ثم يبطل اشتراطه؟ وقد أجاب العلماء عن هذا الإشكال بإجابات عديدة، لا يتسع المقام لبحثها، أنظرها في: فتح الباري شرح صحيح البخاري، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، سبل السلام شرح أدلة الأحكام، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار.
(٦٣) رواه مسلم في كتاب العتق باب (إنما الولاء لمن أعتق) حديث رقم ٣٨٥٢.
(٦٤) منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع١٩٤/٣.
(٦٥) رواه مسلم في كتاب الأيمان باب (من أعتق شركا له في عبد) حديث رقم٤٤٢٥.

وجه الدلالة في الحديث:

أن النبي ﷺ لم يبطل تصرف المعتقِ كلَّه مع أنه قال له قولاً شديداً كراهيةً لفعله وتغليظاً عليه[٦٦]، وإنما صحح بعضه وأبطله في الباقي، ولم ينقل أنه راجع الورثة فدل على منعه مطلقاً[٦٧].

٤) ما رواه البخاري عن أبي هريرة أن النبى ﷺ قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن». قالوا يا رسول الله وكيف إذنها قال «أن تسكت »[٦٨].

وجه الدلالة في الحديث:

أن النبيﷺ اعتبر سكوت البكر قبولاً منها للعقد ورضا به، وذلك تصحيحاً لتصرفها؛ لأن الأصل أن لا يعتبر السكوت قبولاً، ولكنه اعتبر على خلاف القياس[٦٩]؛ لأن حياءها يمنعها النطق بالإذن، وهي لا تستحيي من إبائها وامتناعها، فإذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها، فاكتفي به[٧٠].

الفرع الثالث

أدلة مشروعية التصحيح من المعقول

كذلك دل المعقول على أن تصرفات الإنسان العاقل تصان عن الإبطال والإلغاء قدر الإمكان، وأنه لا يصار إلى إلغائها إلا ضرورةً، وذلك عند تعذر تصحيحها، كما أنه من الواجب إحسان الظن بالمسلم، وحمل تصرفاته على الصحة ما أمكن، وتعتبر هذه من

(٦٦) يحيى بن زكريا النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٤٠/١١(١٩٨١).
(٦٧) أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤٢٣/٥(١٤٠٧هـ).
(٦٨) رواه البخاري في كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم ٥١٣٦.
(٦٩) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط٢، بدون تاريخ، ...
(٧٠) موفق الدين عبدالله بن أحمد ابن قدامة، المغني شرح المقنع ٣٨٦/٧(١٩٨٤).

القواعد المقررة الثابتة[٧١]، هذا فضلاً عن أنه ليس في التصحيح ما يصادم العقل أو يؤدي إلى التعارض أو التناقض، وذلك لاختلاف جهة المنع ومحله، إذ أنهما ليسا واردين على محل واحد، لذلك لا مانع من اعتبار التصرف صحيحاً في جانب وفاسداً في جانب آخر، بل إن الفقهاء ذهبوا إلى أن " إلغاء تصرف العاقل مع إمكان تصحيحه خارج عن العقل[٧٢]".

وقد أكد الفقهاء هذا المعنى ونصوا عليه في عبارات كثيرة هي قواعد فقهية أقرب منها إلى النثر الفقهي ومن ذلك:

أ- أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن[٧٣].

ب- الأصل اعتبار كلام المكلف دون إلغائه[٧٤].

ج- الأصل في عقود المسلمين الصحة[٧٥].

د- الأصل اقتصار الفساد على قدر المفسد[٧٦].

ه- إعمال كلام المكلف حيث كان له محمل صحيح خير من إهماله[٧٧].

و- ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحاً[٧٨].

ز- الأصل في تصرف العاقل صيانته عن الإبطال ما أمكن[٧٩].

ح- فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد فيه[٨٠].

---

(٧١) وقد وصفها قاضي زادة بأنها قاعدة الشرع، قاضي زاده: أحمد بن قودر، تكملة فتح القـدير ١١٤/٩.
(٧٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٧١/٤(١٩٨٢).
(٧٣) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢١٧/٥(١٩٨٢).
(٧٤) منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع٣٤١/٥.
(٧٥) الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل ١٥٥/٧.
(٧٦) مسعود بن أحمد الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع٢٠٠/٥.
(٧٧) أحمد بن محمد بن حجر الهيثمي،تحفة المحتاج في شرح المنهاج ١٠/.
(٧٨) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥./٤.
(٧٩) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٧٩/٧(١٩٨٢).
(٨٠) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٢٠١/١٠ (١٩٨٦).

ط- فعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن، وعلى ما هو الأفضل فلا يحمل على الفساد إلا بعد تعذر حمله على الصحة.[٨١]

ي- فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن[٨٢].

ك- والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي[٨٣].

ودلالة المعقول على مشروعية التصحيح من وجوه:

أولاً: القياس على إجازة العقد الموقوف:

فلما كانت إجازة العقد الموقوف تمنحه النفاذ وتنأى به عن البطلان ، فكذلك تصحيح التصرف؛ لأن في كليهما صيانةً لتصرف العاقل عن الإبطال، يقول السرخسي: "فإن تصحيح العقد بإزالة المفسد نظير الإجازة في البيع الموقوف "

ثانياُ الاستحسان المستند إلى دليل آخر[٨٤]:

يعتبر الاستحسان من الأدلة التي استند إليها الفقهاء في تصحيح التصرفات؛ لأن الجري مع القياس دائماً قد يؤدي إلى إبطال كثير من التصرفات، لذلك يعدل عن القياس في حالات معينة إلى الاستحسان تصحيحاً لتصرف المكلف، الذي يستند إلى دلائل الشرع[٨٥]."

ومن الأمثلة على التصحيح المستند إلى الاستحسان ما يأتي:

١- إذا اشترط رب الغنم أو البقر على الراعي حين دفع الغنم إليه أن يولدها ويرعى أولادها، فالعقد فاسدٌ قياساً؛ لأن المعقود عليه هو العمل فلا بد من إعلامه، وإعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول؛ لأنه لا يدري ما تلد منها وكم تلد

(٨١) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١١٨/٤ (١٩٨٦).
(٨٢) قاضي زاده: أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير ٢٤٨/٨.
(٨٣) أحمد بن إدريس القرافي المعروف، الفروق، الفرق السبعون٨٣/٢.
(٨٤) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١١٤/٤.
(٨٥) وقد وصفه قاضي زاده بأنه " قاعدة الشرع"، تكملة فتح القدير ١١٤/٩.

وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد، ولكن جاز ذلك استحساناً؛ لأنه عَمَلُ[٨٦] الناس ولأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة بينهما[٨٧].

٢- استأجر الرجل رجلاً يبني له حائطاً بالجص والآجر، و سمى له كذا ألف آجرة من هذا الآجر، وكذا من الجص ولم يسم الطول والعرض، فهو في القياس فاسد لجهالة المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه العمل دون الآجر والجص، وهو يختلف باختلاف صفة الحائط في الطول والعرض، وفي أسفل الحائط يكون العمل أسهل وكلما يرتفع من وجه الأرض كان العمل أشق، ولكنه أجيز استحساناً؛ لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، وبيان مقدار الآجر والجص يصير الطولَ والعرضَ في الحائط الذي يبني عليه معلوماً عند أهل الصنعة[٨٨].

٣- لو كفل رجلٌ رجلاً آخر كفالةَ نفس فقال: إن لم يوفِّ بالألف التي عليه إلى وقت كذا فهي عليَّ، فمضى الأجل قبل أن يوافيه به؛ فالتزامه بالمال التزام باطل قياساً؛ لأنه علق التزام المال بالخطر، وتعلق التزام المال بالخطر باطل، ولكن يلزمه المال استحساناً تصحيحاً لتصرفه[٨٩].

ثالثاً: المصحلة، بجلب المنفعة ودفع الضرر:

وذلك لأن الحكم ببطلان التصرف الذي يقبل التصحيح يؤدي إلى فوات المصالح التي قصدها المتصرف من تصرفه[٩٠]، كما أنه قد يلحق الضرر بالمتصرف أو المتصرف له، أو من كان له مصلحة في صحة التصرف.

---

(٨٦) أي عرف الناس، وسنرى بعد قليل أن العرف هو أحد الوسائل التي يعتمد عليها في تصحيح التصرفات.
(٨٧) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٦٤/١٥ (١٩٨٦).
(٨٨) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٥٠/١٦ (١٩٨٦).
(٨٩) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٧٦/١٩ (١٩٨٦).
(٩٠) قاضي زاده: أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير ٤١٨/١٠.

وقد أشار إلى ذلك كثير من العلماء، ومن ذلك ما نص عليه ابن قدامة في تعليله لتصحيح تصرفات الغاصب في المال المغصوب واعتبارها موقوفة على إجازة العاقد، حيث يقول " فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته، وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير، وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك، والعوض بنمائه وزيادته له، والحكم ببطلانه يمنع ذلك[٩١] ".

كذلك نص الحنفية على جواز انعقاد النكاح بصيغ الأمر خلافاً للبيع؛ لأن" الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك مني شطر العقد، فلو لم تجعل شطر العقد، لتضرر به الولي لجواز أن يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء، وهذا المعنى في باب البيع منعدم فبقيت سؤالاً فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر[٩٢]".

رابعاً العرف:

يعتبر العرف من الأمور المهمة في تصحيح التصرفات، وذلك نظراً لدوره الكبير في تخصيص العام وتقييد المطلق، وفي تفسير الألفاظ، وبيان مشتملات التصرفات، مما يؤدي في الغالب إلى رفع الجهالة، والكشف عن مقاصد المتصرفين ونياتهم بما يرفع الخلاف ويقلل النزاع الذي يكون سبباً في فساد العقود.

ومن الأمثلة التي استند تصحيح التصرف فيها إلى العرف ما يأتي:

١- ذهب الحنفية إلى أن تصحيح الشرط المقترن بالعقد إذا كان الشرط مما جرى به العرف، يقول السرخسي:" وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر فذلك جائزاً

(٩١) موفق الدين عبدالله بن أحمد ابن قدامة، المغني شرح المقنع ٥/٤١٥(١٩٨٤).
(٩٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/١٣٤.

أيضاً؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً[٩٣] "وهذا توجه منهم إلى التقليل من أثر الشرط في إفساد التصرف.

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٨٨): البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح والشرط معتبر.

يقول علي حيدر في تعليل ذلك: " لأن الشرط متى كان متعارفاً فلا يكون باعثاً على النزاع ويحصل الملك المقصود بغير خصام". وهو ما نصت عليه المادة (١٦٤) من القانون المدني الأردني، والتي جاء فيها: يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة.

٢- أجاز الحنفية الاستصناع في كل ماجرى به العرف من المصنوعات، فإن وقع الاستصناع على ما لم يتعارف الناس التعامل به كان سلما إن توفرت فيه شروط السلم[٩٤].

وهو ما نصت عليه المادة (٣٨٩) من المجلة والتي جاء فيها : كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلماً، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا.

المطلب الثاني
شروط تصحيح التصرفات

ليس كل التصرفات قابلةً للتصحيح، وإلا لارتفع بذلك أصلُ البطلان، وهذا غير صحيح، فالتصرفات التي يجوز تصحيحها هي التي توفرت فيها الشروط الآتية:

(٩٣) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٤/١٣ (١٩٨٦).
(٩٤) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣/٥.

أولاً: أن يكون العقد فاسداً، فإذا كان باطلاً، فهو لا يقبل التصحيح [٩٥]؛ لأن التصحيح إنما يكون لعقد منعقد موجود، اعتراه خلل غير جوهري في جانب من جوانبه، يأتي التصحيح ليرفعه، أما العقد الباطل، فليس هناك عقد ليتم تصحيحه؛ لأن الباطل[٩٦]غير منعقد أصلاً، ولا وجود له شرعاً[٩٧]؛ لأن" المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً[٩٨] "

ومثال ذلك بيع مال ليس بمال كالميتة والخمر والخنزير والمخدرات، فالعقد هنا يعتبر باطلاً لعدم قابلية المحل لحكم العقد، فلا يقبل التصحيح.

ثانياً: أن يكون التصحيح ممكناً: إذ ليس كل العقود الفاسدة قابلةً للتصحيح، وليس من الممكن رفعُ الفساد في كثير من الحالات، فإذا كان رفع الفساد غير ممكن فلا يجوز التصحيح، وهذا الشرط ينطوي تحته حالات كثيرة أهمها:

الحالة الأولى: تعذر التصحيح لفوات المحل: لأن تصحيح العقد بإزالة المفسد نظيرَ الإجازة في العقد الموقوف، فكما لا ينفذ العقد الموقوف بالإجازة إلا عند قيام المحل، فكذلك لا يصح بإزالة المفسد بعد هلاك المحل[٩٩] ".

وقد يقال ما الفرق بين تصحيح العقد وعدم تصحيحه مع فوات المعقود عليه؟، والجواب عن ذلك: أن فائدة ذلك تظهر في أنه في حالة تصحيح العقد، فإن المعقود عليه يكون مضموناً على القابض بالثمن، أما في حالة عدم التصحيح العقد أي بقائه فاسداً، فإنه يكون مضموناً بالقيمة[١٠٠]، وليس بالثمن، لفساد التسمية بفساد العقد[١٠١].

---

(٩٥) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية٦/٤١٤.
(٩٦) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية٦/٤١٣.
(٩٧) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/٣٠١.
(٩٨) أحمد بن إدريس القرافي، الفروق ١/١٦٤
(٩٩) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٣/٥٠ (١٩٨٦).
(١٠٠) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٣/٧.
(١٠١) وذلك بناء على قاعدة " إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه" وبمعناها " إذا فسد المتضمِن فسد المتضَمَّن"

الحالة الثانية: زوال العقد بالفسخ، إذ يشترط لجواز التصحيح أن يكون العقد قائماً وباقياً، فإذا فسخ العقد قبل تصحيحه، اعتبر العقد منعدماً، لا يحتمل التصحيح؛ لأنه بالفسخ يسقط العقد و" الساقط لا يعود[١٠٢]" وإذا أراد العاقدان تحقيق مقصوده لا بد من تجديده.

ومثال ذلك لو كان فساد العقد بسبب الضرر في التسليم كما لو باع شخص فَصاً من خاتم يضره التبعيض، فإذا قلع البائع الفَصَّ قبل الفسخ وسلمه انقلب العقد صحيحاً، أما لو سلمه بعد الفسخ فلا يصح العقد[١٠٣].

الحالة الثالثة: تعذر التصحيح بسبب تعذر إعمال الكلام بوجه ما: إذا كانت القاعدة تنص على أن " إعمال الكلام أولى من إهماله[١٠٤] " فلا يعنى ذلك أن كل كلام واجب الإعمال؛ لأن من الكلام ما لا يمكن إعماله بوجه من الوجوه، أي لا يمكن تصحيحه، وعليه فلا يجوز الانشغال والتكلف بإعماله، وهذا ما نصت عليه القاعدة الفقهية " إذا تعذر إعمال الكلام فإنه يهمل[١٠٥] ".

ومثال ذلك: قول الزوج لزوجته طلقتك قبل أن تخلقي أو قبل أن أخلق؛ فهذا الكلام لايمكن إعماله؛ لأنه ليس له حقيقة أصلاً، فلم يصح التكلم به فلا يمكن تصحيحه بجعله عبارة عن لازم حقيقته، إذ ليس له حقيقة فيلغو ضرورةً[١٠٦].

لو قال البائع للمشتري: أقلني البيع بعد هلاك المبيع، فإن الإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛ لأن الإقالة فسخ عنده[١٠٧]، والفسخ لا يصح مع هلاك المعقود عليه، وبالتالي لا يمكن حمل اللفظ على حقيقته لتعذره، ولا يمكن حمله على المجاز وهو اعتبارها بيعاً، "؛

---

(١٠٢) كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية٦/٣٥٤، وهي نص المادة (٥١) مجلة الأحكام العدلية.
(١٠٣) كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية٦/٤١٣.
(١٠٤) بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد١/١٨٣.
(١٠٥) المادة (٦٠) من المجلة.
(١٠٦)
(١٠٧) وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني كما نصت على ذلك المادة (٢٤٣): الإقالة في حق العاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد.

لأن اللفظ لا يحتمله لكونها ضده، واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز"؛ لأن الإقالة لا مجاز لها، استدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع فهو حقيقة فيه، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها، فإن تعذر ذلك صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطلا، وهاهنا لم يمكن أن يجعل مجازاً عن ابتداء العقد؛ لأنه لا يحتمله لكونها ضده، واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز[١٠٨]"

ثالثاً: أن لايكون الفساد متمكناً[١٠٩]: والفساد المتمكن هو ما كان متعلقاً بصلب العقد، وصلب العقد هو ما كان متعلقاً بالعوضين أو بأحدهما[١١٠]".

فإذا كان الفساد متعلقاً بصلب العقد، فهو فساد متمكن لا يمكن رفعه، لقوة الفساد[١١١]، ولا يجوز معه تصحيح العقد، ويكون العقد مع هذا الفساد واجب الفسخ؛ لأن فسخه حق للشرع[١١٢]، لا يملك أحد العاقدين إسقاطه. ومثال الفساد المتمكن:

- إذا باع ديناراً بدينارين، ثم أسقط الدينار، فهذا الإسقاط لا يجعل العقد صحيحاُ؛ لأن الفساد متعلق بصلب العقد.
- إذا قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الشيء بهذه الخمر، فالعقد هنا فاسد لفساد الثمن، وهذا الفساد متعلق بصلب العقد لا يمكن تصحيحه[١١٣].

أما إذا لم يكن الفساد متعلقاً بصلب العقد فيجوز تصحيحه بإزالة سبب فساده، ومثال ذلك:

- إذا قال له اشتريت منك هذا الشيء بثمن مؤجل إلى الحصاد أو الدياس أو إلى قدوم الحاج، فإذا أسقط صاحب الأجل أجله قبل حصول هذه الأمور يصبح العقد

---

(١٠٨) حمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية ٤٨/٦.
(١٠٩) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٥٠/١٣ (١٩٨٦).
(١١٠) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٨/٤، علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٨/٥.
(١١١) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦٤/٤.
(١١٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٠٠/٥.
(١١٣) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٩٤/٢٤ (١٩٨٦).

صحيحاُ؛ لأن هذه الجهالة ليست في صلب العقد بل في أمر خارج عنه، والعلة في فساده هو المنازعة عند المطالبة فإذا " زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحاً[١١٤]"

رابعاً: أن لا يؤدي التصحيح إلى تغيير العقد[١١٥]: ليس من مهمة التصحيح أن يغير العقد بقلبه إلى عقد آخر، وإنما مهمته مقتصرة على حذف ما يؤدي إلى فساد العقد ليصبح العقد صحيحاً، ومثال ذلك: أن النكاح إلى أجل نكاح فاسد، وهذا العقد لا يمكن تصحيحه بإسقاط سبب فساده[١١٦]؛ لأن النكاح مع ذكر الأجل يكون متعةً[١١٧]، ومحاولة تصحيحه بحذف الأجل يقلب العقد من المتعة إلى زواج وهما عقدان مختلفان، فلا يجوز التصحيح[١١٨].

خامساً: أن لا يكون الفساد قد استقر وتقرر[١١٩]: فإن تقرر الفساد فلا يجوز تصحيح العقد، والفساد يتقرر في حالات كثيرة منها:

أ- انقضاء مجلس العقد قبل زوال المفسد[١٢٠]، ومثال ذلك: اشتراط الخيار في عقد الصرف، فهو مفسد له؛ لأنه يمنع التقابض في أحد البدلين أو في كليهما، والتقابض شرط لبقاء العقد على الصحة، فإذا أسقط صاحب الخيار خياره في المجلس أصبح العقد صحيحاً[١٢١]، وإذا حصل الافتراق قبل إسقاط الخيار يتقرر الفساد، ويتعذر التصحيح.

---

(١١٤) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية٤٥٥/٦.
(١١٥) محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية ٤٥٦/٦.
(١١٦) خلافا لزفر الذي يرى صحة العقد وبطلان الشرط.، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٧٣/٢.
(١١٧) أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن ١٠٣/٣.
(١١٨) محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية ٤٥٦/٦.
(١١٩) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٢٣/١٤.
(١٢٠) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٦/١٣.
(١٢١) خلافا لزفر الذي يرى أن العقد الفاسد لايقبل التصحيح، حمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية ٢٦٧/٦.

ب- عدم التقابض بدلي الصرف[١٢٢] ورأسمال السلم في مجلس العقد[١٢٣]، فإذا حصل الافتراق قبل التقابض في هذين العقدين يتقرر الفساد.

سادساً: أن لا يترتب على التصحيح ضرر بأحد العاقدين[١٢٤]: فإذا ترتب عليه ضرر فلا يجوز التصحيح؛ لأن الضرر غير مستحق بالعقد، ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه، فأما ما وراءه فلا[١٢٥]، ولأن الضرر منهي[١٢٦]، وواجب إزالته[١٢٧]، وإذا كان الضرر بالتسليم يؤدي إلى فساد العقد الصحيح، فكيف يصحح عقد فاسد يرتب عليه ضرر بالتسليم؟، وهذا الضرر قد يكون سببه:

أ- **الضررَ في التسليم**[١٢٨]، ومثاله كمن باع سيفاً محلى بالذهب لا يجوز بيعه نسيئة بالذهب أو الفضة؛ لأن العقد في حصة الحلية صرف، لا بد فيه من التقابض، وبيعه نسيئة يمنع التقابض، فيفسد العقد في الحلية، وهذا الفساد يسري إلى السيف؛ لأنه لا يمكن نزع الحلية من السيف إلا بضرر يلحق بصاحب السيف بالتسليم، وضرر التسليم مفسد للعقد.

ب- **الضرر بتفرق الصفقة.**

سابعاً: أن لا يكون التصحيح لأجل بقاء العقد على الصحة[١٢٩]: شروط الصحة عند الحنفية نوعان:

النوع الأول: شروط لانعقاد العقد صحيحاً، كالرضا في العقود، وخلو العقد عن الربا، وعن الغرر، فهذه الشروط إن لم تتوفر كان العقد فاسداً ابتداءً.

---

(١٢٢) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٣/١٤.
(١٢٣) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١١٧/٤.
(١٢٤) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ٨٩/١٤.
(١٢٥) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٦٨/٥.
(١٢٦) وهو ما تنص عيه القاعدة الفقهية " لاضرر ولا ضرار"المادة (١٩) من مجلة الأحكام العدلية.
(١٢٧) وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية "الضرر يزال"، ابن نجيم، الأشباه والنظائر٨٥، والمادة (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.
(١٢٨) وهوما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطعً اتصال عارض بالمعقود عليه، أما إذا كان متصلاً خلقة فالعقد باطل، علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٦٨/٥.
(١٢٩) زين العابدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢١٦/٦.

النوع الثاني: شروط لبقاء العقد على الصحة[١٣٠]، كالتقابض في بدلي الصرف، وفي إقالته، وقبض رأسمال السلم في مجلس العقد، والفرق بين هذا النوع والنوع الذي قبله، أن العقد في النوع الأول لا يكون صحيحاً ابتداء إذ يتولد الفساد بوجوده، أما هذا النوع فإن العقد يولد صحيحاً، فإذا حصل الافتراق قبل التقابض فسد العقد.

والاحتيال لتصحيح التصرف إنما يكون للنوع الأول من الشروط، دون الثاني، ومثال ذلك: لو باع شخص عشرة دنانير وثوباً بعشرة وثوبٍ وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم، ولو صرفنا الجنس إلى خلاف جنسه – أي أن نجعل كلَّ عشرة في مقابل الثوب الذي يقابلها– لم يبطل العقد؛ لأن القبض ليس شرطاً في هذه الحالة، ولكن لا يصار إلى ذلك؛ لأنه "يحتال للتصحيح في الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة [١٣١]"

ثامناً: أن يكون للتصحيح مستندٌ شرعيٌ، فإذا لم يكن له سند فلا يجوز؛ لأن ذلك يؤدي إلى إهدار الشروط والنواهي الشرعية، وفي المبحث التالي بيان ذلك.

المبحث الثالث

وسائل التصحيح وقواعده

انتهينا إلى أن المقصد من تصحيح التصرف هو صيانة تصرف العاقل عن الإبطال والإلغاء، وهذا التصحيح لا يجوز أن يكون اعتباطياً كيفما اتفق، وإنما يكون بناءً على وسائل معتبرة شرعاً، تجعل التصحيح مقبولاً شرعاً، وفي المطالب الآتية بيان لأهم هذه الوسائل.

(١٣٠) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١١٧/٤.
(١٣١) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٥/١٤.

المطلب الأول
التصحيح بدلالة الاقتضاء

دلالة الاقتضاء: هي ما كان المدلول فيه مضمراً، إما لضرورة صدق المتكلم، وإما لصحة وقوع الملفوظ به[١٣٢].

فهذه الدلالة تجعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق[١٣٣]، فالكلام لا يستقيم ولا يصح إلا بتقدير لازم مسكوت عنه، ولولا هذا التقدير لكان الكلام لغواً يصان عنه كلام العاقل ما أمكن.[١٣٤]"

وهي ثابتة ضرورة؛ لأن الأصل أن يعبر النص عن نفسه بنفسه دون زيادة أو نقصان[١٣٥]، ولكن ضرورة تصحيح الكلام وصيانته عن الإبطال هي التي أباحت ارتكاب هذا المحظور بناء على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات[١٣٦]"، وإذا كانت هذه الدلالة ثابتةً ضرورةً فلا تتعدى موضع الضرورة؛ لأن "ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها[١٣٧] ".

ومن الأمثلة على تصحيح التصرفات بدلالة الاقتضاء ما يأتي:

١- إذا اشترط العاقد الخيار لغيره ولم يذكر نفسَه، كان الخيار ثابتاً للغير بالاشتراط، ويثبت للمشترط اقتضاءً، صيانةً لكلام المكلف عن الإبطال، ويكون الغير وكيلاً عن الأصيل.

وتوضيح ذلك هو أن الأصل في خيار الشرط، أن لا يثبت لغير العقد؛ لأنه من حقوق العقد، وهي لا تثبت لغير العاقدين، هذا هو القياس، إلا أن الحنفية أجازوا ثبوت الخيار لغير العاقد استحساناً، والقياس أن لا يصح وهو قول زفر؛ لأن الخيار من أحكام

(١٣٢) علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ٣/٩١(١٩٨٣).
(١٣٣) أحمد بن محمد الحموي، غمزعيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر٢/٢٦٦ (١٩٨٥).
(١٣٤) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/١٤١.
(١٣٥) فتحي الدريني، المناهج الأصولية ٣٤٨(١٩٨٥).
(١٣٦) الزركشي، المنثور في القواعد٢/٣١٧، والمادة (٢١) من مجلة الأحكام العدلية.
(١٣٧) بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد ٢/٣٢٠.

العقد فلا يصح اشتراطه للغير كالثمن، ووجه الاستحسان أن الخيار لغير العاقد يثبت بالنيابة عنه، فيثبت الخيار للعاقد اقتضاء ليتمكن من إثباته للغير؛ لأن الشخص لا يستطيع أن يملك غيره من الحقوق أكثر مما يملك، وفاقد الشيء لا يعطيه، فيجعل الغير نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، ويكون الخيار ثابتاً لكل منهما، للغير بالاشتراط، وللعاقد بالاقتضاء[١٣٨].

وهذا إذا لم يصرح المشترط بنفي الخيار عن نفسه، فإذا صرح بذلك فلا يمكن تصحيح التصرف[١٣٩].

٢- إن البيع لا ينعقد عند الحنفية بصيغة الأمر المباشر؛ لأن صيغة الأمر طلب، والطلب لا يكون إيجاباً و لا قبولاً[١٤٠]، ولكن قد ينعقد بالأمر اقتضاءً، وهذا ما نصت عليه (المادة ١٧٢) من المجلة والتي جاء فيها:

لا ينعقد البيع بصيغة الأمر أيضاً كبع واشتر، إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها البيع، فلو قال المشتري: بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم، وقال البائع: بعتك لا ينعقد البيع، أما لو قال البائع للمشتري: خذ المال بكذا من الدراهم وقال المشتري: أخذته، أو قال المشتري: أخذت هذا الشيء بكذا قرشاً، وقال البائع: خذه، أو قال: الله يبارك لك وأمثاله انعقد البيع فإن قوله: خذه، والله يبارك ههنا بمعنى: ها أنا ذا بعت فخذ.

والمعنى "إن صيغة (خذ) هنا تقتضي وجود البيع قبل اللفظ المذكور، فأصبحت دالةً على الحال بطريق الاقتضاء، إذ يكون المعنى بعتك فخذه فينعقد البيع بها، ولا يحق للبائع أو المشتري الرجوع عن البيع في هذه الصورة.[١٤١]"

(١٣٨) كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية ٣٢٠/٦.
(١٣٩) منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ٢٠٤/٣.
(١٤٠) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٣٤/٥.
(١٤١) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٢١/١.

٣- إذا قال الزوج لزوجته المدخول بها اعْتَدِّي ونَوَى الطلاق فإنه يقع؛ لأنه لا صحة للاعتداد إلا بتقديم الطلاق فوجب تقديمه اقتضاء تصحيحاً للكلام(١٤٢).

٤- إذا أبرأ المؤجر المستأجر من الأجرة أو وهبها له أو تصدق بها عليه، فلا يجوز في قول أبي يوسف الأخير عيناً كان الأجر أو ديناً، وقال محمد: إن كان الأجر ديناً جاز ذلك كله، ودليل أبي يوسف هو أن الأجرة لم يملكها المؤجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل، والإبراء عما ليس بمملوك المبرئ لا يصح، بخلاف الدين المؤجل؛ لأنه مملوك، وإنما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الإبراء عنه، وهبة غير المملوك لا تصح، واستدل محمد بأن الإبراء لا يصح إلا بالقبول، فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما، ولا صحة إلا بالملك، فيثبت الملك للمؤجر بالأجرة اقتضاء التصرف تصحيحاً، وإسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز، كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد(١٤٣).

المطلب الثاني

التصحيح بالحمل على المجاز أو الكناية

الأصل أن يحمل الكلام على معناه الحقيقي؛ لأن اللفظ موضوع له ابتداءً، وهذا ما تنص عليه القاعدة الفقهية " الأصل في الكلام الحقيقة(١٤٤)"، ولكن المعنى الحقيقي قد يكون متعذراً في بعض الأحيان، ومع ذلك لا يلزم من تعذره إهمال الكلام؛ لأن في إهماله إهمالاً لمقاصده وغاياته، والأصل صيانة كلام العاقل وتصرفاته عن الإبطال قدر الإمكان، إذ لا بد وأن يكون المتصرف قد قصد معنى ما غير المعنى الحقيقي لسبب ما، لذلك وصيانة لتصرف المكلف وإحساناً للظن به يحمل الكلام على المجاز، إذا تعين وسيلة

(١٤٢) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٧٠/٢.
(١٤٣) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٠٢/٤.
(١٤٤) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الأشباه والنظائر٦٣، المادة (١٢) من مجلة الأحكام العدلية.

لتصحيح الكلام، وهذا ما تنص عليه القاعدة الفقهية " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز " والقاعدة تعني أنه إذا تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي وجب صرف اللفظ إلى مجازه، والعمل به؛ تصحيحاً لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه؛ ولأن الظاهر إرادته المجاز، لكونه محملاً صحيحاً، وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد(١٤٥).

وكذلك يجب أن يحمل اللفظ على معناه الصريح(١٤٦)، ولا يجوز العدول عنه ما دام ذلك ممكناً، وهذا ما تنص عليه القاعدة الفقهية " ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كنايةً في غيره(١٤٧) " وإذا تعذر الصريح يصار إلى الكناية(١٤٨) إعمالاً للكلام، ويشترط لحمل اللفظ على الكناية أمران(١٤٩):

أ- أن لا يجد اللفظ نفاذاً في موضوعه، فإن كان اللفظ نافذاً في موضوعه، فلا يجوز اعتباره كناية في غيره، ومثال ذلك، لو قال شخص لآخر أعرتك داري، وبعد أن استعملها المستعير طالب المعير بالأجرة، بدعوى أنه قصد الإجارة، فلا يقبل كلامه؛ لأن اللفظ نافذ في موضوعه.

ب- أن يقبله العقد المنوي فيه، فإذا لم يكن من محتملاته فلا يجوز حمل اللفظ عليه، لو قال رجل لامرأة أعيريني نفسك على ألف دينار، فهذا اللفظ لا يمكن حمله على معناه الصريح؛ لأن ذكر البدل يمنع كونه إعارة، ولا يمكن اعتباره كناية في النكاح؛ لأن اللفظ لا يحتمله(١٥٠).

---

(١٤٥) موفق الدين عبدالله بن أحمد ابن قدامة، المغني شرح المقنع ٥٨٥٦/٦.
(١٤٦) الصريح: اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق.عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر٢٩٣.
(١٤٧) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر٢٩٥.
(١٤٨) الكناية: هي ما استتر المراد منه في نفسه. سعد الدين مسعود التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح ٧٢/١.
(١٤٩) محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٥٦/٥.
(١٥٠) علاء الدين بن مسعود الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٣٠/٢.

ومن أمثلة الحمل على المجاز ما يأتي:

قال وقفت داري على أولادي، وليس له أولاد صلبيين، ولكن له أحفاد، فالكلام هنا لايمكن حمله على معناه الحقيقي لعدم وجود أفراد له في الوجود الخارجي، فيحمل على مجازه، وهم الأحفاد؛ لأن الحفيد يسمى ولداً مجازاً، صيانة لتصرف العاقل(١٥١).

لو قال الكفيل كفلتك بوجهك أو برأسك، أو لروحك، كان كفيلاً له بالنفس؛ لأن هذا اللفظ لا يمكن حمله على حقيقته شرعاً فيحمل على مجازه؛ لأن هذه الأجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كما في باب الطلاق، أما لو قال كفلت بيدك أو برجلك لم يكن كفيلاً له؛ لأن هذه الأمور لا يعبر بها بالبعض عن الكل(١٥٢). ومن أمثلة الحمل على الكناية عند تعذر الصريح ما يأتي:

١- قال الكفيل للمكفول له: كفلت لك دينك الذي على فلان على أنه بريء من الدين، فالكلام هنا لا يمكن حمله على معناه الصريح وهو الكفالة؛ لأن الكفالة تقتضي ثبوت مطالبة كل من الوكيل والأصيل، فلما بريء الأصيل، لم تكن كفالة، وصيانة للتصرف يعتبر الكلام كناية في الحوالة؛ لأن الحوالة هي التي يبرأ بها الأصيل؛ لأنها نقل للدين من ذمة إلى ذمة وكذلك لو أحاله على بشرط أن يبقى ذمة الأصيل مشغولة بالدين، لم تكن حوالة، وكانت كناية في الكفالة(١٥٣).

٢- قال الأول للآخر: صالحني على مالك الفلاني بكذا، فقال: صالحتك، ونويا البيع، كان هذا اللفظ كناية بيع، ولم يكن صلحاً؛ لأن الصلح يستدعي سبق الخصومة(١٥٤).

---

(١٥١) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام١/٦٠.
(١٥٢) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٦/٧.
(١٥٣) علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية مع شرحها فتح القدير ١/٤٨٣.
(١٥٤) محمد بن أحمد الشربيني،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٢/١٧٨.

المطلب الثالث

التصحيح بحمل التصرف على الوجه المصحح له

أي إذا دار اللفظ بين معنيين أحدهما يؤدي الحمل عليه إلى تصحيح التصرف، والآخر يؤدي الحمل عليه إلى فساد التصرف، فالأولى حمله على المعنى الأول صيانةً لتصرف المكلف عن الإلغاء، ومثال ذلك:

١- لو قال رب المال خذ هذا المال وضارب به على أن لك شِركاً في الربح، فالشِرك يحمل معنيين(١٥٥):

الأول: بمعنى النصيب، قال الله تعالى ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَاوَاتِ﴾ (٤٠: فاطر) أي نصيب، والحمل عليه يؤدي إلى فساد المضاربة لجهالة النصيب مما يؤدي إلى جهالة الربح، وهو ما ذهب إليه محمد.

الثاني: بمعنى الشركة، يقال: شركته في هذا الأمر أشركه شركة وشركاً قال القائل:

وشاركنا قريشاً في بقاها وفي أحسابها شِرك العنان

وفي الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف.

٢- إذا صالح الدائن المدين على بعض جنسه، كما لو كان للدائن على المدين ألف دينار فصالحه على تسعمائة منها، فإن الصلح هنا يدور بين معنيين(١٥٦):

الأول: المعاوضة. الثاني: الإسقاط.

فيحمل الصلح على المعنى الثاني، وهو الإسقاط؛ لأن فيه تصحيحاً للتصرف، ولا يحمل على المعاوضة؛ لأنه يؤدي إلى فساد الصلح لاشتماله على الربا،ويترتب على ذلك:

---

(١٥٥) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٦/٨٥.
(١٥٦) داما أفندي ،محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢/٣١٥.

أنه لا يشترط قبض بدل الصلح قبل الافتراق، وذلك بخلاف إذا ما كان الصلح على الدين بغير جنسه فلا بد فيه من القبض قبل الافتراق؛ لأنه لا يمكن اعتباره إسقاطاً بل هو معاوضة وجهاً واحداً[١٥٧].

يقول المرغيناني: " وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه[١٥٨]".

وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٥٢) من المجلة: إذا صالح أحد عن دينه الذي هو في ذمة الآخر على مقدار منه يكون قد استوفى بعض دينه، وأسقط الباقي أي أبرأ ذمة المدين من الباقي .

يقول علي حيدر في شرحها " قاعدة إذا كان المصالح عليه أزيد، وأحسن من حق المصالح قدراً ووصفاً أو قدراً فقط، أو وصفاً فقط، وكان الإحسان من الدائن فقط فيكون الصلح الواقع إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه[١٥٩]".

٣- لو أوصى بطبل وله طبل لهو وطبل يحل الانتفاع به كطبل حرب، وهو ما يضرب به للتهويل وطبل حجيج وهو ما يضرب للإعلام بنزول وارتحال، حملت الوصية على الطبل الذي يحل الانتفاع به ليصح تصرفه، إذ الظاهر أنه يقصد الثواب، وهو فيما تصح الوصية به[١٦٠].

---

(١٥٧) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٤/٢.
(١٥٨) علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع فتح القدير شرح الهداية ٤٢٥/٨.
(١٥٩) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام٥٢/٤.
(١٦٠) بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد ١٨٣/١.

المطلب الرابع
التصحيح بالتقدير

التقدير: هو إعطاء الموجودِ حكمَ المعدومِ، والمعدومَ حكم الموجودِ[١٦١]. وهي قاعدة مشهورة في الشريعة[١٦٢] وقد وصفها القرافي بأنها قاعدة الشرع.

وإعطاء المعدوم حكم الموجود كثير في الشريعة،ولا يكاد باب من أبواب الفقه ينفك عن التقدير ومن ذلك:

أ- إن الذمة هي عبارة عن وصف شرعي ليس له وجود حقيقي، قدر الشرع وجودها لتكون محلاً للإلزام والالتزام، وكذلك ما يثبت فيها من حقوق كالذهب والفضة والطعام في السلم وغيره والعروض في الذمم، فهي أجسام لا يتصور كونها في الذمم حقيقةً بل تكون معدومةً من الوجود كله بالضرورة، كمن أسلم في فاكهة لا توجد إلا في الصيف.

ب- المقتول تورث عنه الدية وإنما تجب بموته ولا تورث عنه، إلا إذا دخلت في ملكه. فيقدر دخولها قبل موته.

ومن الأمور التي بناها الفقهاء على قاعدة إعطاء المعدوم حكم الموجود أنهم اعتبروا المنافع موجودة، مع أنها أعراض لا وجود، وإذا كانت غير موجودة لا يصح أن يرد عليها عقد الإجارة، للنهي عن بيع المعدوم، ولكن الفقهاء اعتبروا المنفعة موجودة حكماً من أجل تصحيح ورود العقد عليها [١٦٣]".

وكذلك تجريد العقد الباطل من آثاره، واعتباره كالمعدوم، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية " المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً ".

---

(١٦١) عز الدين عبدالعزيز السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١١٢/٢.
(١٦٢) أحمد بن إدريس القرافي، الأمنية في إدراك النية ٢٩.
(١٦٣) محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط ١٠٨/١٥.

ومثال ذلك: لو وهب المكفول له الدين للكفيل، فالهبة صحيحة، ويرجع الكفيل على الأصيل بالدين، مع أن القاعدة أن هبة الدين لغير من عليه هبة باطلة، ولأجل تصحيح تصرف الواهب قال الحنفية بثبوت الدين في ذمة الكفيل إضافة إلى ثبوته في ذمة الأصيل ضرورةً، واعتبر الدين المعدوم في حكم الموجود ضرورةً تصحيحاً لتصرف الواهب، فتكون هبة الدين قد حصلت لمن هو عليه فتصح(١٦٤).

وإذا كانت من المقررة أن الشيء الواحد لا يثبت في محلين، إلا أن قاعدة التقديرات قد أسعفتهم في ذلك؛ لأن الدين ليس شيئاً حقيقياً، وإنما هو أمر حكمي، لذا كان من الممكن اعتباره ثابتاً في محلين تصحيحاً للتصرف.

المطلب الخامس

التصحيح بالإضافة إلى غير المفسد

والمعنى أنه إذا تنازع التصرف أمران أحدهما يؤدي إلى فساده والآخر يؤدي إلى صحته، فيضاف الأمر إلى غير المفسد، وذلك احتيالاً لتصحيح التصرف، ومن الأمثلة على ذلك:

١. إن بقاء المعقود عليه شرطٌ لصحة الإقالة خلافاً للثمن، فإذا هلك المعقود عليه بعد القبض لا تصح الإقالة، وإذا كان العوضان في بيع المقايضة كلاهما يعتبر مبيعاً من وجه، وثمناً من وجه آخر، فإذا تم البيع مقايضةً عيناً بعين ثم تقابضا فهلك أحدهما ثم تقايلا العقد تصح الإقالة، ويتعين الهالك للثمن، والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد؛ لأن في القلب إفساده، فكان التصحيح أولى فبقي البيع ببقاء المبيع، فاحتمل الإقالة(١٦٥)"

(١٦٤) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٢٨٢/٥.
(١٦٥) الكاساني،بدائع الصنائع، ج٥ص٣٠٩.

٢. لو باع شخصٌ آخرَ ديناراً ودرهمين بدرهم ودينارين، فلو أضفنا الجنس إلى جنسه لفسد العقد، لوجود الربا، إذ لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين، ولا الدينار بالدينارين، ولكن لو أضيف الجنس إلى غير جنسه لصح العقد إذ يعتبر الدينار مبيعاً بالدرهمين، والدرهم بالدينارين، فيضاف إليه العقد(١٦٦).

وإن إضافة الفساد إلى غير المفسد لم تقف عند ما ذكرنا بل تجاوزت ذلك إلى محاولة انتشال العقد من براثن البطلان، الذي يعدم العقد، ويجرده من آثاره، ويحول بينه وبين التصحيح، وإنما انتقلت به إلى دائرة الفساد، الذي يمكن النهوض به وتصحيحه، ومثال ذلك: إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً، وإن كان الخمر مبيعاً(١٦٧)، والثوب ثمناً بدخول الباء، لكونه مقايضة، وفيها يكون كل من العوضين ثمناً ومثمَّناً، فلما كان في الخمر جهة الثمنية اعتبرت ثمناً، وترجح جانب الفساد على جانب البطلان، صوناً للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان(١٦٨).

المطلب السادس

التصحيح بإعمال اللفظ الواحد في بعض مدلولاته

أي جعل التصرف الواحد في حكم تصرفات متعددة، فإذا اشتمل التصرف الواحد على ما يجوز وما لا يجوز اعتبر التصرف في حكم تصرفات متعددة ضرورةَ تصحيح التصرف، فيصح في الجائز ويفسد في غير الجائز.

وهذا الفعل ليس مستبعداً فقهاً ولا عقلاً، أما فقهاً فستأتي أمثلته، وأما عقلاً، فلأن المحظور إنما يلزم بحسب العقل أن لو كان محل الصحة والفساد واحداً، وأما إذا كان

(١٦٦) زين العابدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢١٥/٦.
(١٦٧) والأصل أن يعتبر البيع باطلاً، لعدم قابلية المحل لحكم العقد.
(١٦٨) كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية ٤٠٦/٦.

متعدداً بأن كان محل الصحة بعضاً من شيء ذي أجزاء، ومحل الفساد بعضاً آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محظور فيه عقلاً أصلاً[١٦٩].

ومثال ذلك: إذا أوصى شخص لغيره بثلثي ماله، أو أوصى له بعشرة آلاف درهم، وكان ثلثُ ماله ثمانيةَ آلاف درهم، فإن هذه الوصية تجعل في "حكم وصايا متعددة بأن يجعل مثلاً قوله: أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر، ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم، وقد كان ثلث ماله ثمانيةَ آلاف بمنزلة أن يقال: أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين إلى غير ذلك صيانةً لكلام العاقل عن إلغائه ما أمكن، وحذراً عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل[١٧٠]"

وأخيراً ليست وسائل التصحيح مقتصرة على ذلك بل هي أكثر من ذلك، توقفنا عن ذكرها، وعن ذكر قواعد التصحيح الفقهية[١٧١]، لعدم اتساع البحث لأكثر من ذلك؛ ولأن فيما ذكرنا دلالة على ما لم نذكره

والحمد لله رب العالمين،،

(١٦٩) قاضي زاده: أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار ٤١٧/١٠.
(١٧٠) قاضي زاده: أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار ٤١٧/١٠.
(١٧١) كانت قواعد تصحيح التصرفات الفقهية هي المبحث الخامس في خطة هذا البحث، ولكن وجدنا أنها تحتاج إلى بحث مستقل، لذلك قمت أنا وأحدُ الزملاء بدراسة هذه القواعد في بحث مستقل عنوانه " قواعد تصحيحِ التصرفات في الفقه الإسلامي".

الخاتمة

بعد الانتهاء بفضل الله تعالى من إعداد هذا البحث، أذكر فيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

أ- التصحيح: هو رفعٌ ممكنٌ لمفسدِ تصرف حقيقةً أو حكماً.

ب- غاية التصحيح هي المحافظة على أصل التصرف وفي موضوعه الذي وضع له.

ت- يلتقي التصحيح مع تحول العقد وانتقاصه وإجازته في الهدف والغاية، ويختلف عنها في الوسائل والأحكام.

ث- تصحيح التصرف أمر مطلوب شرعاً إذا كان هناك وجه معتبر لتصحيحها؛ لأن في تصحيحها توفيقاً بين عبارة المتصرف بصيانتها عن الهدر والإلغاء، وبين قواعد الشرع أوامرِه ونواهيه، ولا شك أن هذا التوفيق خير من إهدار عبارة المتصرف، وإلحاقها بالعدم.

ج- ليس كل تصحيح مقبولاً شرعاً، فالتصحيح المعتبر شرعاً هو ما توفرت فيه شروطه، وأدى إلى ارتفاع المفسد حقيقة أو حكماً.

التوصيات:

أ- أن يعطي القانون المدني الأردني العقد الفاسد مكانته التي تليق به، وأن ينص على الحالات التي يجوز فيها تصحيح التصرفات، خاصة وأنه قد أخذ بنظرية فساد العقد، التي يعتبر التصحيح مكملاً ومتمماً لها؛ لأنه يحقق المقصد الأسمى من ابتكار الحنفية لهذه النظرية.

ب- أن يدرس هذا الموضوع في رسالة علمية تستوعب جميع جوانبه، تفصيلاً وتدليلاً وتعليلاً وتقعيداً، وما كان هذا البحث إلا توطئة وتمهيداً لغيره، وما ينبغي أن يكون له أكثر من ذلك، نظراً لطبيعة البحث العلمي.

والحمد لله رب العالمين،،

المراجع:

١. أحمد بن إدريس الصنهاجي المعروف بالقرافي، الفروق، بيروت، عالم الكتب، بدون تاريخ.

٢. أحمد بن إدريس القرافي المعروف بالقرافي، في إدراك النية، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣. أحمد بن علي الرازي الجصاص،أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

٤. أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون،دار الفكر.

٥. أحمد بن محمد الحموي، غمزعيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٥.

٦. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، بيروت دار إحياء التراث العربي.

٧. أسعد بن محمد الكرابيسي، الفروق، عالم الكتب بدون تاريخ.

٨. علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات،دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٣م.

٩. بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد، نشر وزارة الأوقاف الكويتية.

١٠. جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب،ط١، بيروت، دار صادر، ١٩٨٣.

١١. زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح دليل الطالب، بيروت ،دار الكتاب الإسلامي.

١٢. زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم، الأشباه والنظائر،دار الكتب العلمية،بيروت،ط ١٩٨٥،.

١٣. سعد الدين مسعود التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،بدون تاريخ.

١٤. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٥. عبد العزيز بن أحمد البخاري،كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٩٩٧،١م.

١٦. عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ.

١٧. عز الدين عبد العزيز السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.

١٨. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي (ط٢)، ١٩٨٢.

١٩. علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٣.

٢٠. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهد الحسيني، دار الجيل بيروت، بدون تاريخ.

٢١. فتحي الدريني،المناهج الأصولية، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، ط٢، ١٩٨٥.

٢٢. كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط٢، بدون تاريخ.

٢٣. محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت ١٩٨٣.

٢٤. محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٦٦.

٢٥. محمد بن أبي الفضل السرخسي، المبسوط،دار المعرفة، بيروت، ط ١٩٨٦

٢٦. محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،بيروت،دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.

٢٧. محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، دار الفكر،بيروت، بدون تاريخ.

٢٨. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن آي القرآن،بيروت، دار الفكر،١٤٠٥هـ.

٢٩. محمد بن سليمان داما أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.

٣٠. محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.

٣١. محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.

٣٢. محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط٢، بدون تاريخ.

٣٣. محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط٢، بدون تاريخ، ج١٠، ص٤٨٣.

٣٤. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ط١٠، ١٩٦٨.

٣٥. موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني شرح المقنع، دار الفكر، بيروت، ط١، (١٩٨٤) م.

٣٦. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت ، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.

٣٧. الموسوعة الفقهية الكويتية منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.