تفاوت مفسدات العقود قوةً وضعفًا، وأثره على الأحكام

الدكتور علي محمد بورويبة
رئيس خلية التدقيق الشرعي
مصرف السلام الجزائر

الحمد لله حمدا كثيرا كما أمر، والصلاة والسلام على نبينا محمّد سيّد البشر، وعلى آله وصحبه وكلّ من اقتفى الأثر.

إنّ من أهمّ خصائص التشريع الإسلامي في جوانبه المدنية والمالية أنّه إلزامي يجب أن يخضع له المكلّفون، ويحترموا أوامره ونواهيه، ويلتزموا الجادة التي خطّها لهم في أعمالهم ومعاملاتهم المولّدة للحقوق بينهم، وذلك من أجل تنظيم علاقات الناس، وصيانةً لمصالحهم العامة والخاصة، وإقامةً للعدل، ومنعاً للعدوان بينهم. ففي المعاملات والعقود يجب أن يتقيّد الإنسان بالطرق والمراسم والأشكال، وسائر الشرائط التي يحدّدها التشريع ويوجبها؛ لأنّه لم يوجبها إلاّ لمصلحة قدّرها الشارع، ولمنع مشكلات يلحظ أنّها قد تنشأ من عدم مراعاتها.

وحتى يكون التشريع محترما مطاعا يجب أن تنضاف إليه أحكام وترتيبات أخرى تضمن له هذه الحرمة، وتلجئ الناس إلى طاعته. وذلك بأن يرتّب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعْر المسالك، عقيم المساعي، بحيث لا يجد الإنسان الثمَرة التي يبتغيها من عمله ومسعاه، إلّا في سلوك الطرق التي عيّنها الشارع. وإلاّ صار أشبه بالمواعظ الإرشادية، وسهُل على الناس مخالفته.

فتلك الأحكام المؤيّدة لأصل التشريع هي ما تسمّى في اصطلاح الحقوقيين: مؤيّدات؛ لأنها تؤيّد التشريع، وتكسبه القوّة اللازمة. وتسمّى كذلك: ضوامن؛ لأنّها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها. وفقهاء الإسلام يسمّونها: زواجر؛ لأنّها تزجر عن تنكّب جادة الشرع ومخالفة أوامره، وهي تتصل بموضوع حكمة التشريع وتعدُّ من أهم مباحثه(١).

هذه الورقة هي محاولة لإلقاء الضوء على قضية مهمّة من قضايا مؤيّدات العقود المالية، والمعبّر عنها فقهيا بـ"مُفسدات العقود"، نبحث فيها عن مظاهر تفاوتها، ومقياس تصنيفها قوّةً وضعفًا،

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا: ٦٦٣/٢.

وأثر ذلك التفاوت في الأحكام والآثار المرتبة عنها، وهذا الموضوع على أهميته البالغة في أحكام المعاملات المالية، إلاّ أنّه من أصعب المباحث العلمية، حتى وصفه الأبياري بأنّه: "محلّ غامض"[١]، وقال الزركشي: "وقد اعتاصت هذه المسألة على قوم من المحققين"[٢]، وألّف فيها العلائي كتابا مفردا بعنوان: "تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد"، وجاء في خاتمته: "إنّ هذه المسألة، وإن كانت جزئية، فهي من القواعد الكبار التي ينبني عليها من الفروع الفقهية ما لا يحصى، وقد اضطربت فيها المذاهب، وتشعّبت الآراء، وتباينت المطالب... -ووصل إلى نتيجة مفادها:- أنّ كلّ الأئمة المجتهدين قد تناقض فيها قولهم، ولم يطّردوا أصلهم الذي اختاروه فيها سوى الإمام الشافعي ومن تابعه"[٣].

في مقابل هذه النتيجة نجد إماما شافعيا آخر يقلّل من شأن هذه القضية معتبراً إيّاها من الخلاف الصوري والجدال الكلامي، قال الزنجاني: "واعلم أنّ هذا أصلٌ عَظُم فيه اختلافُ الفئتين، وطال فيه نظر الفريقين، وهو على التّحقيق نزاعٌ لفظي، ومراءٌ جدلي"[٤].

ويعتبر موضوع مفسدات العقود المالية من المواضيع التي يتمّ استحضارها في أكثر من مجال علمي، فهي من مباحث الأحكام الوضعية ضمن مباحث الفساد والبطلان ومقتضيات النهي من علم أصول الفقه، لكنّها تستدعى أيضا ضمن مباحث التحسين والتقبيح، وقاعدة مراعاة الخلاف، كما يتمّ استحضارها عند الحديث عن حقّ الله وحقّ العبد، والتعليل والتعبد في علم المقاصد، كما يمثّل لها ضمن جملة من القواعد الفقهية؛ كقاعدة الدفع أولى من الرفع، وقاعدة ترجيح أيسر المفسدتين وارتكاب أخف الضررين وغيرها من القواعد.

أمّا الفقهاء فقد تناولوا هذا الموضوع ضمن مباحث أركان العقود وشروطها ومنهياتها، وقد خصّص المالكية دون غيرهم ضمن مصنّفاتهم الفقهية فصلا مستقلاّ عن "البيوع الفاسدة".

أمّا الباحثون المعاصرون فقد بلوروا الموضوع ضمن نظرية المؤيّدات المدنية، وشهدوا للمذهب الحنفي بالسبق والاعتناء في تأسيس نظريتي البطلان والفساد القائمتين أساساً على قضية إثبات

---

(١) ينظر: التحقيق والبيان، للأبياري: ١/٨٠٦.

(٢) ينظر: البحر المحيط، للزركشي:٣/٣٩٠.

(٣) ينظر: تحقيق المراد، العلائي: ٤٠٠.

(٤) ينظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني: ١٦٨.

التفاوت بين مفسدات العقود.

ونحن لا ننكر فضل المذهب الحنفي في وضع اللبنات الاصطلاحية، وصياغة القواعد والضوابط الفقهية، ولكنّنا سنتقصّى أطراف الموضوع لدى المذاهب الفقهية الأخرى، فلعلّنا نصل إلى نتائج أخرى تكمّل البناء الفقهي والأصولي لهذه القضية.

تحاول هذه الورقة الإجابة عن جملة من التساؤلات، وردتنا في خطاب الاستكتاب، فقمنا بتوزيعها على مبحثين، وسبعة مطالب:

المبحث الأوّل: تفاوت مفسدات العقود، أسبابه، مقاصده، ومحدّداته

المطلب الأوّل: صحة العقود وأسباب فسادها

المطلب الثاني: المقصود بتفاوت مفسدات العقود

المطلب الثالث: المقصد الشرعي من تفاوت مفسدات العقود

المطلب الرابع: المرجع في تحديد قوة المفسد وضعفه

المبحث الثاني: مظاهر تفاوت مفسدات العقود، وآثاره، وتطبيقاته

المطلب الأوّل: مظاهر التفاوت بين مفسدات العقود

المطلب الثاني: الأثر الفقهي الناتج عن تفاوت مفسدات العقود

المطلب الثالث: من تطبيقات تفاوت المفسدات في أعمال المؤسسات المالية الإسلامية

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

المبحث الأوّل: تفاوت مفسدات العقود، أسبابه، مقاصده، ومحدّداته

المطلب الأوّل: صحة العقود وأسباب فسادها

الفرع الأوّل: الأصل في العقود الصحّة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الأصل في العقود الإباحة والصحة[١]، قال الإمام الشافعي: "فأصل البيوع كلّها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلاّ ما نهى عنه رسول الله –صلّى الله عليه وسلّم– منها"[٢]، وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: «كل بيع فالأصل فيه الجواز، إلّا ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع»[٣].

وقال الإمام ابن رشد: "أمّا البيوع الجائزة فهي التي لم يحظُرها الشرع، ولا ورد فيها نهي، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الله تعالى أباح البيع لعباده، وأذن لهم فيه إذنا مطلقا، وإباحة عامة في غير ما آية من كتابه"[٤].

ويقصد بالصحيح: "ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبرا شرعا في حق الحكم"[٥]، أو: "ما كان مشروعا بأصله ووصفه"[٦].

وصحة المعاملات والعقود هي "كونها محصّلة للملك والحلّ"، أي حلّ الانتفاع بالعوضين.

أما الملك فهي ثمرة المعاملة في الدنيا، وأما الحلّ، فهو حكم أخروي يترتب عليه الثواب، ومقابله الحرمة التي يترتب عليها العقاب[٧].

فالعقد الصحيح إذن هو: ما يفيد ترتب ثمرة العقد المطلوبة منه، وهي أثر كل عقد بحسبه،

---

(١) يراجع: كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري: ٩٦/٣، فتح القدير، لابن الهمام،: ٣/٧، الاستذكار، لابن عبد البر: ٩١/٢٠، الفروق، للقرافي: ٢٥٤/٣، القواعد، للمقّري: ٣٢٩، الحاوي، للماوردي: ٢١٧/٥، نهاية المحتاج، للرملي: ٣٧٣/٣، مجموع الفتاوى، لابن تيمية: ٧٥/٢٩، الفروع، لابن مفلح: ١٤٥/٧، الإنصاف، للمرداوي: ٣٢٩/١٤.

(٢) يراجع: الأمّ، الشافعي: ٥/٤.

(٣) يراجع: التلقين، لعبد الوهاب البغدادي: ٣٥٩/٢.

(٤) يراجع: المقدمات الممهدات، لابن رشد: ٦١/٢.

(٥) يراجع: ميزان الأصول، للسمرقندي: ٣٧.

(٦) يراجع: شرح التلويح، للتفتازاني: ٢٤٦/٢.

(٧) يراجع: بحوث مقارنة، محمد فتحي الدريني: ٢٤٨/٢.

أو الفوائد المطلوبة منه، فأثر البيع التمكّن من الأكل والهبة والوقف ونحو ذلك، وثمرة الإجارة التمكّن من المنافع، وفي القراض عدم الضمان واستحقاق الربح إلى غير ذلك من أنواع العقود[١].

الفرع الثاني: تعريف الفساد والبطلان وأسبابهما

اختلف الفقهاء في تعريف الفساد على طريقتين:

١- **طريقة جمهور الفقهاء**[٢]؛ إذ قالوا إنّ الفساد "خللٌ يوجب عدم ترتّب الآثار". والفاسد مرادف للباطل[٣] مفهوما، وسببا، وحكما:

- أما المفهوم فهو: ارتفاع المشروعية أصلا وانعدامها.
- وأما السبب: فلفوات الركن، أو شرط الركن، أو وصف لازم.
- وأما الحكم: فانعدام الآثار المقصودة من التصرف، إذ لا يترتب أيٌّ أثر منها؛ لأنّه إذا كان معنى الصحة، هو استتباع الغاية، فالبطلان، عدم استتباعها، والبطلان والفساد يقابلها، فالقسمة ثنائية[٤]، فالعقود عندهم: إمّا صحيحة، وإمّا باطلة، ولا منزلة أخرى بينهما.

٢- **طريقة الحنفية** الذين فرّقوا بين الفساد والبطلان[٥]، فقالوا إنّ الفساد: "اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متمّمة يجعله مستحقّا للفسخ"، فالفاسد: "ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه"[٦].

أمّا البطلان، فهو: "عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع"، فالباطل: "ما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة"[٧].

---

(١) يراجع: تحقيق المراد، للعلائي: ٢٨١، الموافقات، للشاطبي: ٤٥٣/١، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، الشوشاوي: ٥٢/٢-٥٤.

(٢) يراجع: رفع النقاب، للشوشاوي: ٥٢/٢، الإبهاج، لابن السبكي: ١٨٦/٢، روضة الناظر، لابن قدامة: ١٨٣/١.

(٣) فرّق الشافعية بين الفاسد والباطل في أربعة مسائل وهي الحج والعارية والكتابة والخلع. يراجع: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي: ٥٩.

(٤) يراجع: بحوث مقارنة، محمد فتحي الدريني: ٢٤٨/٢.

(٥) يراجع: كشف الأسرار، للبخاري: ٢٥٩/١، شرح التلويح، للتفتازاني: ٢٤٦/٢.

(٦) يراجع: المدخل الفقهي العام: ٧٣٩/٢.

(٧) يراجع: المدخل الفقهي العام: ٧٠٣/٢.

ويترتّب على هذا الاختلاف أنّ بعض أوجه الخلل في العقود متّفقٌ على إلغائها لآثار العقد، ومختلفٌ في بعضها الآخر، وهذه أولى مظاهر تفاوت المفسدات بين الجمهور والحنفية.

والمرجع في تحديد أسباب الفساد والبطلان نصوص الشريعة وأدلّتها المعتبرة، وهي بحاجة إلى تمحيص وتأصيل نظرا لكثرة الأسباب وتنوّعها وتجدّدها، وقد عبّر أبو حامد الغزالي عن هذه الأخيرة بقوله: "فإنّا نعلم أنّ العقود الفاسدة والربويات في عصرنا أكثر منه في ابتداء الإسلام وصفوته"(١).

وقد حاول بعض الفقهاء استقراء المنهيات الشرعية الواردة في دواوين السنة النبوية، ومن هؤلاء القاضي أبو بكر بن العربي حيث قال: "ثبت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- في المبيعات أنه نهى عن سبع وثلاثين، قبضتها يد الإسلام: البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي فاطلبوها فيها"(٢)، ثمّ أوصلها في أحكام القرآن(٣) إلى ست وخمسين معنى، ثمّ حاول تفسير سبب كثرة مفسدات العقود فقال: "شروط -البيع- كثيرة، ومفسداته أكثر، لما قضى الله أن يكون الفساد أكثر من الصلاح، والشر أضعاف من الخير، ولذلك تمتلئ النار بأهلها، وتبقى الجنة خالية؛ حتى ينشئ الله لها خلقا آخر"(٤).

هذا، فيما يتعلّق بنصوص الوحي، وينبغي أيضا الرجوع إلى الأدلة الشرعية الأخرى؛ كالقياس وسد الذرائع والاستحسان وما إلى ذلك من أدلة أصول الفقه؛ لأمرين:

الأوّل: لأنّ النصوص متناهية، وتصرّفات المكلّفين ووقائعهم غير متناهية(٥).

الثاني: لاتّساقه مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كلّه، من أنّ أحكامه معلّلة بمصالح العباد فيما خلا التعبدية، وأقرب إلى تحقيق مقصد الشارع.

فحكم النهي -كسائر الأحكام الشرعية الأخرى- معلّل، وبعض عِلله قد لا يكون له

وهذا على سبيل التغليب، وسيأتي معنا أنّ الحنفية لا يفرّقون بين الفساد والبطلان في جملة من العقود والتصرفات.

(١) يراجع: المنخول، الغزالي: ٤٧٩.

(٢) يراجع: القبس، لابن العربي: ٧٩٢/١، المسالك لابن العربي: ٣١/٦-٣٣.

(٣) يراجع: أحكام القرآن، لابن العربي: ١/ ٣٢٣.

(٤) يراجع: القبس، لابن العربي: ٧٧٥/١، المسالك لابن العربي: ٦/٦. ولابن رشد الجد أيضا كلام في كثرة المفسدات. يراجع: المقدمات الممهدات، ابن رشد: ٦٢/٢.

(٥) يراجع: بداية المجتهد، ابن رشد: .

علاقة بذات التصرف أصلا، إلاّ مجاورة، أو وصفا خارجا عن ذات التصرف، ويمكن إزالته، ولو كان لازما[1].

طرق تقسيم مفسدات العقود

اعتنى الفقهاء بحصر مُفسدات العقود وتقسيمها وإرجاعها إلى أسباب عامة تنتظم تحتها جلّ التطبيقات والفروع، ويعتبر المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية اعتناءً بهذا الأمر يليه المذهب الحنفي، بينما اكتفى الشافعية والحنابلة بالحكم على كلّ مُفسد من المفسدات في بابه وموضعه. وسنذكر فيما يلي أهمّ ما عثرنا عليه من التقسيمات:

أوّلا: طريقة الأحناف

قال السعد التفتازاني[2]:

- **الفاسد:** ما كان مشروعا في نفسه فائت المعنى من وجه **لملازمة** ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور **الانفصال** في الجملة.
- **الباطل:** ما كان فائت المعنى من كلّ وجه مع وجود الصورة؛ **إمّا لانعدام معنى التصرف** كبيع الميتة والدم، أو **لانعدام أهلية المتصرّف** كبيع الصبي والمجنون.

وقد جمع الأستاذ مصطفى الزرقا[3] أسباب البطلان والفساد على الطريقة الحنفية، فقال:

سبب البطلان: مخالفة التصرّف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية.

ويقصد بالناحية الجوهرية: المقوّمات العقدية وشرائطها الأساسية للانعقاد؛ كأهلية العاقد وعدم تقوّم المعقود عليه، أو الغرر في أصله.

أمّا **الفساد،** فتعود أسبابه إلى نوعين: عامة وخاصة.

أمّا **السبب العام،** فهو: الشرط المفسد، وهو الشرط التقييدي الممنوع الذي يفسد جميع عقود المعاوضات والمشاركات.

وأمّا **الأسباب الخاصة،** فهي ثلاثة:

---

(١) يراجع: بحوث مقارنة، الدريني: ١/١٨٦.

(٢) يراجع: شرح التلويح، للتفتازاني: ٢/٢٤٦.

(٣) يراجع: المدخل الفقهي العام: ٢/٧٠٩، ٧٤٧.

١- **الجهالة الفاحشة** التي تفضي إلى نزاع مشكل، أي الذي يتعذّر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استنادا إلى تلك الجهالة، وتشمل: المعقود عليه، والعوض، والآجال، ووسائل التوثيق.

٢- **الغرر** في الأوصاف والمقادير.

٣- **الإكراه.**

٤- **الأسباب الخاصة المتعلقة ببعض العقود؛** مما يرجع في معرفته إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة؛ كشرط التقابض في الصرف... إلخ.

وأضاف إليه الدكتور الدريني[١] سببين آخرين ينشأ عنهما فساد العقد:

٥- **الربا.**

٦- **الضرر الزائد** الذي لم يُلتزَم بالعقد في تسليم المعقود عليه، كما لو باع ذراعا من ثوب يضرّه التبعيض، فإن في تسليم المبيع ضررا زائدا يلحق البائع، وهو إتلاف الثوب.

ثانيا: طرق المالكية

أمّا المالكية فقد تعدّدت تقسيماتهم وتنوّعت تعبيراتهم، وهم أكثر المذاهب تفصيلا لأسباب الفساد ووجوه، وسأذكر فيما يلي أهمّها:

أ) أسباب الفساد التي ترجع إلى المناهي الشرعية:

١- لخّص **القاضي عياض**[٢] أسباب فساد العقود بقوله: "الفساد في البيع يرجع إلى ثلاثة أشياء: ربا، وغرر، وأكل مال بالباطل".

ثمّ شرح واستفاض في تفصيلها فقال: "الفساد في البيع يكون لعلل كثيرة، ولمسائله وصوره ألقاب وأسماء معروفة، ويجمعها ستة أنواع: خمسة مما يفسده في نفسه، والسادس مما يفسده لما يلحقه من غيره:

١,١- **فالأول:** ما كان قماراً، وخطراً، ويشتمل على: بيع الغرر، والأجنة، والملاقيح، والمضامين، وحبل حبلة، وبيع الحصاة والمنابذة، والملامسة والمزابنة، والمخابرة...

---

(١) يراجع: بحوث مقارنة، الدريني: ٢٩٧/١.

(٢) يراجع: التنبيهات، لعياض: ١١٤٢/٣-١١٤٧.

وأشباه هذا كله مما يكون الغرر بالجهالة بالمبيع، إما في نفسه، أو صفته، أو مقداره، أو عوضه، أو وقت قبضه، أو مآل حاله.

١,٢- **والثاني**: الربا بالتفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل، وذلك في الطعام المقتات المدخر للعيش غالبا، أو الفضة أو الذهب نقدا كان ذلك أو إلى أجل، والتفاضل مع الأجل في الجنس الواحد في جميع الأشياء.

١,٣- **والثالث**: الربا في النسيئة والتأخير، كالعين كله؛ وأجناس المطعومات كلها، كانت من جنس واحد، أو مختلفة.

١,٤- **والرابع**: ما لا يصح بيعه قبل استيفائه، وذلك يختص بالطعام.

فهذه أربعة أصول في البيوع الفاسدة لعقودها وأنفسها.

١,٥- ويلحق بها نوع **خامس** لا بد منه، وهو ما منع بيعه: إما لحرمته، أو لخبثه وعدم منفعته. **فلحرمته**، كالحر، وأم الولد، والمدبر، والمعتق إلى أجل، والمصحف والمسلم من الكافر على أحد القولين. **ولخبثه وعدم منفعته شرعاً**، كالنجاسات، والميتات، والخمر، والدم، والأصنام، والصور، والخنزير، والكلب، والقرد، وآلات الباطل، والسم. أو **عادة**: كالديدان، والجعلان.

١,٦- وما خرج عن هذه الوجوه فهو جائز، إلا أن تقترن به قرائن فساد خارجة عن نفسه، وعقده، وهو النوع **السادس**، وهي أربع علل:

- علّة بوقت لا يجوز فيه البيع، كوقت الأذان والصلاة يوم الجمعة.
- وعلّة في المتعاقدين، كالسفه، والصغر، والجنون، والرق، والسكر، إلا أن العقد هنا موقوف لإجازة نظر من له النظر، وليس بفاسد شرعاً.
- وعلّة شرط قارن البيع، كالسلف وغيره من الشروط المؤثرة في العقد، أو النكاح، والقراض، ونحوهما.
- وعلّة تعلّق حقّ لغير البائع بالمبيع، كبيع التفرقة، وبيع مال الغير بغير أمره، وبيع الحاضر للبادي، والبيع على بيع أخيه، وتلقي السلع، وكالمرهون، ...".

٢-وبقريب من هذا قسّم **ابن رشد الحفيد**[١] أسباب النهي في البيوع إلى أربعة أسباب:

٢,١- **أحدها**: تحريم عين المبيع.

٢,٢- **والثاني**: الربا.

٢,٣- **والثالث**: الغرر.

٢,٤- **والرابع**: الشروط التي تئول إلى أحد هذين أو لمجموعهما.

وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد، وذلك أن النهي إنّما تعلق فيها البيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج. وأما التي ورد النهي فيها **لأسباب من خارج**:

٢,٥- فمنها الغش؛

٢,٦- ومنها الضرر؛

٢,٧- ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه؛

٢,٨- ومنها لأنها محرّمة البيع.

٣-أمّا **ابن شاس**[٢] فقد أرجعها إلى أربعة أسباب، موافقا بعض من سبقه مع زيادة:

٣,١- الفساد بجهة الربا.

٣,٢- فساد العقد من جهة نهي الشارع.

٣,٣- الفساد من جهة تفريق الصفقة.

٣,٤- الفساد من جهة تطرق التهمة إلى المتعاوضين (بأنهما قصدا إظهار فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز، وتذرعاً بشيء جائز في الظاهر إلى باطن ممنوع في الشريعة، حسماً للذرائع وحماية لها).

ب)وجوه الفساد التي ترجع إلى اختلال أركان العقد:

١-وقد لخّص **القاضي عبد الوهاب**[٣]اختلالات أركان العقد في خمسة وجوه:

١,١- «منها ما يرجع إلى المبيع،

---

(١) يراجع: بداية المجتهد، لابن رشد: ٢٣٧/٣.

(٢) يراجع: عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس: ٦٢٩/٢-٦٨٢.

(٣) يراجع: التلقين، عبد الوهاب البغدادي: ٣٥٩/٢.

١,٢- ومنها ما يرجع إلى الثمن،

١,٣- ومنها ما يرجع إلى المتعاقدين،

١,٤- ومنها ما يرجع إلى صفة العقد،

١,٥- ومنها ما يرجع إلى الحال التي وقع فيه العقد،

وربما انفرد بعض هذه الأقسام بنفسه، وربما تداخلت».

٢-بينما ردّها **أبو الحسن اللخمي**(١) إلى أربعة أوجه فقط:

٢,١- «إما أن يكون فساده من قِبَل ثمنه،

٢,٢- أو من قِبَل عقده،

٢,٣- أو من قبل ثمنه وعقده،

٢,٤- أو بشرط فاسد قارنه».

٣-ولخّصها **ابن رشد الجد**(٢) في ثلاثة أوجه:

٣,١- منها ما يعود إلى الثمن والمثمون،

٣,٢- ومنها ما يعود إلى حال المتبايعين،

٣,٣- ومنها ما يعود إلى الحال التي وقع فيها البيع.

٤-وبقريب من سابقيه صنع **الرجراجي**(٣)، فأرجعها إلى أربعة وجوه:

٤,١- «منها ما كان فساده في عقده.

٤,٢- ومنها ما كان فساده في ثمنه أو مثمونه.

٤,٣- ومنها ما يرجع فساده إلى حالة المتعاقدين.

٤,٤- ومنها ما كان فساده من شروط مقترنة به».

---

(١) يراجع: التبصرة للخمي: ٩/٤٢٣٠.

(٢) يراجع: المقدّمات الممهدات، ابن رشد: ٢/٦٢.

(٣) يراجع: مناهج التحصيل، للرجراجي (تحقيق: نقيب نصير الدين، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الإمام، الرياض (١٤٢٩ هـ): ٢/١٣٣٠).

المطلب الثاني: المقصود بتفاوت مفسدات العقود

يقصد بتفاوت مفسدات العقود: أنّ أسباب الفساد ليست كلّها على درجة واحدة حُكماً وأثراً؛ فمن حيث الحُكم فإنّها تتفاوت بين كونها من كبائر الذنوب؛ كالربا وبيع المحرّمات التي تستوجب اللّعن، وبين كونها من صغائر الذنوب؛ كبيع النجش وبيع الثنيا، ومن حيث الأثر فإنّها تتفاوت أيضا بين كونها تفيد البطلان التام، أو بين كونها تفيد الفساد الجزئي أو المؤقّت الذي يحتمل التصحيح والإمضاء.

والذي يهمّنا بالدرجة الأولى هو تفاوت الأثر وليس تفاوت الحُكم؛ لأنّ المكلّف مأمور بإتيان المأمور وترك المحظور؛ بصرف النّظر عن تحقّق الآثار المترتّبة عنها أو تخلّفها. قال سبحانه: {**وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ**} [الحشر: ٧]، وقال المصطفى صلى الله عليه وسلّم: «**إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ**»(١)، فالواجب على المسلم تحرّى المال الحلال، قال عليه السلام: «**طَلَبُ الْحَلَالِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ**»(٢)، وتجنّب الكسب الخبيث مهما كان نوعه أو مصدره، وإلاّ كان آكلا للحرام مشمولا بوعيد النبي صلى الله عليه وسلم: "**أَيُّ لَحْمٍ نَبَتَ مِنْ حَرَامٍ، فَالنَّارُ أَوْلَى بِهِ**"(٣)، هذا التشنيع دفع بعض الفقهاء إلى اعتبار كلّ عقد فاسد ربا(٤)، أو كلّ عقد فاسد من أكل الباطل(٥).

كما أنّه لا تلازم بين الحُكم الشرعي لهذه الأسباب وبين أثرها الوضعي، فقد يكون المفسد متّفقا على إبطاله لجميع آثار العقد، وهو ليس من المنهيات الشرعية؛ كإبطال العقود لانعدام الأهلية في حقّ المجنون والصغير؛ فكلاهما غير مكلّف، كما قد يكون المفسد معصية أو كبيرة ومع ذلك يقع الاختلاف في إبطاله للعقد الذي تلبّس به؛ كالربا –في نظر الحنفية–.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣٧)، باب فرض الحج مرة في العمر، كتاب الحج.

(٢) رواه الطبراني في الأوسط، وحسّن إسناده: المنذري في الترغيب والترهيب: ٥٤٦/٢، والهيثمي في المجمع: ٢٩١/١٠.

(٣) أخرجه الترمذي (٦١٤)، باب ما ذكر في فضل الصلاة، أبواب السفر، وحسّنه، وابن حبّان في صحيحه (١٧٢٣)، والحاكم في مستدركه (٧١٦٤)، وأحمد في مسنده (١٤٤٤١). وحسّنه الشيخ شعيب الأرناؤوط.

(٤) البحر الرائق، لابن نجيم: ٧٤/٦، حاشية رد المحتار، لابن عابدين: ٤٩/٥.

(٥) أحكام القرآن، لابن العربي: ٥٢١/١.

ولا يدخل في مفهوم التفاوت أيضا اختلاف الفقهاء في حرمة بعض الأوصاف بناء على ثبوت دليل النهي أو قوّة دلالته، فهذا اختلاف وليس تفاوتا، ونحن إنّما نقيس التفاوت الحاصل بالنسبة للأوصاف المتّفق على كونها محرّمة، ومع ذلك يمكننا اعتبار هذا الاختلاف من جملة العوامل المؤثّرة في تحديد قوّة المفسد وضعفه (مفسدات متّفق عليها ومفسدات مختلف فيها) وبخاصة عند القائلين بقاعدة مراعاة الخلاف.

هذا، ويمكن تلخيص أسباب اختلاف الفقهاء في تحديد أسباب الفساد إلى العوامل التالية:

- الاختلاف في ثبوت النص والعمل به؛ كالنهي عن بيع العربون.
- الاختلاف في تفسير النص وتأويله؛ كتأويل الأحاديث الواردة في الشروط الجعلية.
- الاختلاف في تعليل سبب النهي واقتضائه للفساد: كالنهي عن البيع عند أذان الجمعة.
- الاختلاف في العمل بإبطال الحيل؛ كبيوع العينة.
- الاختلاف في العمل بسد الذرائع ومراعاة المآلات؛ كبيع العنب لمن يعتصره خمرا.

أسباب تفاوت مفسدات العقود

ترجع أسباب اختلاف الفقهاء في إثبات منزلة الفساد الوسطى بين الصحة والبطلان إلى سؤالين محوريّين هما[1]:

أ- هل النهي المطلق يوجب البطلان في المنهي عنه من التصرفات الشرعية؟

ب- وهل النهي المقيّد بأمر خارج عن أصل التصرف الشرعي، مما يتصل به وصفا لازما قائما فيه، أو متّصلا به مجاورة، يوجب البطلان؟

لقد جمع الإمام العلائي أقوال العلماء في هاتين المسألتين من مصادر أصولية وفقهية متنوّعة وانتهى إلى أنّ "مجموعَ المذاهب أكثرُ من ستة عشر قولا"[2]، ويمكن تلخيص الشائع منها في أربعة اتّجاهات رئيسة عليها مدار جمهور الفقهاء:

الاتّجاه الأوّل: أنّ **النّهي يقتضي الفساد مطلقا**؛ سواءٌ كان عن الشيء لعينه أو لوصفه أو لغيره، وهذا مذهب أحمد وكثير من أصحابه وسائر الظاهرية.

---

(١) بحوث مقارنة، للدريني: ١٧٥/٢.

(٢) تحقيق المراد، للعلائي: ٢٨٥-٣١٧.

الاتّجاه الثاني: كأنّه **يقتضي شبهة الفساد** كما حكاه القرافي عن المالكية.

الاتّجاه الثالث: أنّه يقتضي **الصحّة إذا كان النهي عنه لوصفه**، وأما النهي **عن الشيء لعينه فيقتضي الفساد**، وهو مذهب الحنفية.

الاتّجاه الرابع: أنّ النهي **عن الشيء إن كان لعينه**، أو **لوصفه اللازم له فهو مقتض للفساد**، بخلاف ما إذا كان لغيره، وهو مذهب الشافعي وجمهور أصحابه، وانتصر له العلائي.

هل الخلاف حقيقي أم مجرّد نزاع لفظي؟

هذا مجمل القول في مسألة اقتضاء النهي للفساد، وهو كما ترى مستخلص من عدّة أقاويل وتأويلات، وانبنت عليه آثار وتطبيقات، وقبل أن نذكر تفصيل ذلك في كلّ مذهب، تجدر الإشارة إلى أنّ الإمام الزنجاني قد زعم أنّ الخلاف الحاصل بين الحنفية والشافعية ومن معهم، إنّما هو مجرّد خلاف لفظي فقط لا طائل من ورائه، قال رحمه الله[1]: "واعلم أنّ هذا أصلٌ عظُم فيه اختلاف الفئتين، وطال فيه نظر الفريقين، وهو على التّحقيق نزاع لفظي، ومراء جدلي، فإنّ مراد القوم من هذا التقسيم أنّ التصرفات تنقسم إلى:

– ما نهى الشرع عنها لمعنى يرجع إلى ذاتها بسبب اختلاف ركن من أركانها؛ كبيع الحر والميتة والدم،

– إلى ما نهي عنه لا لذاته بل لأمر يرجع إلى شروطها وتوابعها وأوصافها، وأمور تقارنها كالبيع إلى أجل مجهول، والبيع بالخمر والخنزير ونظائرها.

فإنّ الأوّل معلوم البطلان بدلالة قاطعة، والثاني مظنون البطلان بدلالة ظنية اجتهادية، ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيه.

ويدلّ على الفرق بينهما أنّ الأوّل: لا يسوغ فيه الاجتهاد، لو حكم الحاكم بنفاذه لم ينفذ حكمه، والثاني: يسوغ فيه الاجتهاد، حتى لو قضى قاض بجوازه نفذ حكمه، وصحّ وإن لم يكن صحيحا من قِبل الحاكم.

فخصّ أبو حنيفة اسم الباطل بما ثبت إلغاؤه شرعا بدلالة قاطعة، واسم الفاسد بما ثبت إلغاؤه بدلالة ظنية، وهذا كمصيرهم إلى الفرق بين الواجب والفرض، وقولهم: إنّ الفرض ما ثبت بدلالة

(١) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني: ١٦٨-١٧١. مختصرا.

قاطعة، والواجب ما ثبت بدلالة ظنية، فإنّا نساعدهم على الانقسام المعنوي، وإن نازعناهم في العبارة.

وقد نصّ الشافعي على جنس هذا التصرف، فإنّه قال في غير موضع: إن كان النهي لأمر يرجع إلى عين المنهي عنه دلّ على فساده، وإن كان لأمر يرجع إلى غيره لا يدلّ على فساده، فالتفرقة بين القسمين متّفق عليها.

وإنّما يرجع النزاع إلى: أنّ فساد الوصف المقارن هل يلحق بفساد الأصل في سائر أحكامه وآثاره أم لا؟

فالشافعي ألحق فساد الوصف بفساد الأصل، وأبو حنيفة فرّق بينهما.

وعند هذا لا بدّ من التنبيه لدقيقة، وهي أنّ الوصف المقارن للتصرف قد يكون مجاورا له غير لازم للذات؛ كالبيع في وقت النداء، وحيث ألحق الشافعي فساد الوصف بفساد الأصل إنّما أراد به القسم الأول دون الثاني"... ثمّ ذكر جملة النتائج والآثار المترتبة عن هذ الاختلاف؛ كانعقاد الفاسد وإفادته للملك ممّا سنفصّله في المطالب القادمة.

والذي يظهر للباحث أنّ محاولة الزنجاني في التوفيق بين الحنفية والشافعية محاولة جيّدة ولكنها ناقصة؛ فقد كشفت أنّ محلّ النزاع حقيقي وليس صوريا كما زعم، فالاتّفاق بين المذهبين حاصل في صورة واحدة، وهي إذا تعلّق النهي بوصف خارج عن عين المنهي، وهو الوصف المجاور فقط، أمّا الوصف الملازم، فهو جوهر الخلاف، ومنبع النزاع.

هل الخلاف شامل لكلّ أنواع العقود؟

إنّ قاعدة الترادف أو الاختلاف بين الباطل والفاسد ليست مطّردة في سائر أنواع العقود الأخرى سوى البيع، فقد نصّ كل من الفريقين على وجود استثناءات لقاعدتهم.

❖ فعند **الحنفية**: استخلص الأستاذ الزرقا ضابطا للتمييز بين ما تجري عليه قاعدتهم وانتهى إلى أنّها خاصّة بـ"العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية"[1]:

أ- ويشمل ذلك عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها، لأنها تنشئ التزامات متقابلة. إلى جانب القرض والهبة؛ لأنهما ينقلان

(١) المدخل الفقهي، للزرقا: ٢/٧٣٥-٧٣٦.

الملكية. فكل ذلك مما يتميز فساده عن بطلانه، يعتبر مع الفساد منعقدا.

ب- ويخرج عن هذا الضابط: العقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة. فكلّ هذه الأنواع من التصرفات لا يعتبر لها إلا مرتبتا وجود وعدم، أو صحة وبطلان. وليس بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد.

❖ وعند **المالكية**: تعود بعض العقود الفاسدة إمّا إلى أصل عقودها صحيحةً بعوض المثل، أو تنقلب إلى عقود أخرى قريبة منها بعوض المثل أيضا، وقد وضع الإمام **المقّري**(١) ضابطا لهذه العقود، فقال: "كلّ أصل متقرّر في الشريعة جار على القياس، فإنّ فاسد عقده يردّ إلى صحيحه. فإن كان مستثنى من الأصول وإنّما أجيز رخصة، فهل يردّ إلى صحيح ذلك المستثنى إذا فسد أو إلى صحيح ما استثني منه؟ قولان للمالكية؛ نظرا إلى تقرّر حكمه، أو فوات المقصود منه؛ كالقرض والقراض والجعل والمساقاة". وقال أيضا: "إذا تأكّدت أسباب الفساد في المستثنى بطلت حقيقته فردّ إلى صحيح أصله، وإن لم تتأكّد لم تبطل، فيعتبر هذا مثال الفرق بين ما يُرد إلى القراض والمساقاة الفاسدين إلى إجارة المثل، وما يُرد إلى قراض المثل ومساقاته، وهو مشهور أقوال المالكية فيهما". بمعنى أنّ العقود التي شُرعت على خلاف القياس؛ كالمضاربة والمساقاة على خلاف أصول الإجارة، إن كان البطلان متأكّدا انقلب العقدان إلى إجارة المثل، وإن لم يتأكّد البطلان صُحّحا على قواعدهما بعوض المثل، وفي هذا قال الرّقاق في منظومته:

وهل إلى صحيحِ أصلِه يُردّ ... أم نوعِه ما استُثني الذي فَسَد(٢)

وستأتي تطبيقاتها لاحقا.

❖وعند **الشافعية**: لخّص الإمام عزالدين بن عبد السلام مذهبهم في مُفسدات العقود ضمن ثلاث كليّات، فقال في قواعده(٣):

- كلّ ما نُهي عنه لفوات ركن من أركانه، أو شرط من شرائطه فهو فاسد؛ سواء أكان في العبادات أم من المعاملات،
- وكلّ تصرّف نُهي عنه لأمر يجاوره، أو يقارنه مع توفر شرائطه وأركانه فهو صحيح، عبادة

---

(١) القواعد، للمقّري: ٤٥٩، ٤٩٨، شرح المنهج المنتخب، للمنجور: ٤١١.

(٢) ينظر شرحها في: شرح المنهج المنتخب، للمنجور: ٤٠٩-٤١٢.

(٣) قواعد الأحكام، لابن عبد السلام: ١٦٣/٢.

كان أو معاملة،

- وكلّ تصرّف نُهي عنه، ولم يُعلم لماذا نُهي عنه فهو باطل؛ حملا للفظ النهي على الحقيقة".

ومع ذلك توجد لديهم استثناءات نصّوا فيها على نفي الترادف بين الباطل والترادف، قال تاج الدين ابن السبكي(١): "قال علماؤنا: الباطل والفاسد مترادفان، وهما نقيضا الصحة، وفرّقت الحنفية بينهما بما عرف في الأصول، وفرّق أصحابنا بين الباطل والفاسد فرقًا ليس على أصول الحنفية، ومع ذلك قد حرّر الشيخ الإمام رحمه الله (يقصد والده تقي الدين السبكي) في باب القراض من شرح المنهاج أنّه لا فرق أصلًا، وحكيت كلامه في شرح المختصر". وذكر منها ما يلي:

- منها: الإجارة الفاسدة فيها أجرة المثل.
- ومنها: لو قال: بعتك ولم يذكر ثمنًا وسلّم، وتلفت العين في يد المشتري هل عليه قيمتها؟ فيه وجهان. أحدهما: نعم؛ لأنه بيع فاسد، والثاني: لا؛ لأنه ليس بيعًا أصلًا.
- ومنها: لو قال للمديون: اعزل قدر حقّي، فعزله ثمّ قارضه عليه، فإذا تصرّف فيه المأمور؛ ولكنه اشترى في الذمة ونفذ ذلك القدر، فيه وجهان. أحدهما: الشراء للقراض والقراض فاسد، وله الأجرة والربح لربّ المال. والثاني: لا يكون قراضًا فاسدًا ولا صحيحًا بل هو باطل.
- ومنها: إذا فسد القراض بالنسبة إلى العوض بقي أصل الإذن، ونفذ تصرف العامل.

لكن يقيّد ذلك بما إذا كان الفساد لأمر خارج مع وجود حقيقة القراض محكومًا عليها بالفساد، أمّا إذا انعدمت حقيقة القراض بالكلية كالقراض على المغصوب فإنّه يبطل كلّه ولا يصحّ التصرف.

وستأتي تطبيقاتها لاحقا.

❖ وعند **الحنابلة** أيضا: توجد بعض الاستثناءات نصّوا فيها على تصحيح بعض آثار العقود الفاسدة، قال ابن اللّحام في قواعده(٢): "البطلان والفساد مترادفان عندنا وعند الشافعية ... إذا تقرّر هذا فذكر أصحابنا مسائل فرّقوا فيها بين الفاسد والباطل، ظنّ بعض المتأخرين أنّها

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن السبكي: ٢/٩٨-٩٩، الأشباه والنظائر، للسيوطي: ٢٨٦.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام: ١٥٢-١٥٥. باختصار.

مخالفة للقاعدة... وإنّما فرّقوا بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل". وزاد المرداوي[1]: "إذا علم ذلك؛ فقد ذكر أصحابنا مسائل الفاسد غير مسائل الباطل في أبواب منها: باب الكتابة، والنكاح، والحج، وغيرها".

وستأتي من تطبيقاتها: الإجارة والمضاربة والمساقاة وغيرها.

تحرير مذهب المالكية:

لقد شاع عند كثير من السلف والخلف إدراج مذهب الإمام مالك ضمن مذهب الجمهور رفقة الشافعية والحنابلة في مقابل مذهب الحنفية في مسألة اقتضاء النهي للفساد مطلقا، وفي مقابل ذلك ينسب بعض الباحثين أنّ البيع الفاسد عند المالكية يمضي بفوات المبيع مطلقا أيضا دون تفصيل، وسنحاول في هذا المقام تحرير مذهب المالكية انطلاقا من النقول المعتمدة التي ذكرها العلائي في رسالته[2]:

١- قال القاضي **أبو الوليد الباجي**: "النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه، وبهذا قال القاضي أبو محمد -يعني عبد الوهاب- وجمهور أصحابنا"[3].

٢- وقال الإمام **المازري** في شرح البرهان: "...والجمهور من مذاهب المالكية: كونه دالا على الفساد"[4].

٣- وقال الإمام **أبو العباس القرطبي** في كتابه الوصول: "قال قوم: النهي يدل على الفساد؛ وهو مذهب مالك على ما حكاه القاضي عبد الوهاب".

٤- وقال **القرافي** في شرح التنقيح: "في هذه المسألة أربعة مذاهب: يقتضي الفساد، لا يقتضيه، الفرق بين العبادات والمعاملات، تفيد الفساد على وجه تثبت معه شبهة الملك، وهو مذهب مالك"[5].

وزاد في شرح المحصول: "وقال في مذهب مالك: إنّ البيع الفاسد عندهم المنهي عنه يفيد

---

(١) التحبير شرح التحرير، للمرداوي: ١١١١/٣.

(٢) تحقيق المراد، للعلائي: ٢٨٥-٣١٧.

(٣) إحكام الفصول في أحكام الأصول، للباجي: ٣٧٦/١.

(٤) المطبوع من كتاب إيضاح المحصول في شرح برهان الأصول، للمازري ناقص، ولا يوجد فيه هذا النصّ.

(٥) شرح تنقيح الفصول، للقرافي: ١٧٤.

شبهة الملك، فإذا اتّصل به البيع، أو غيره على ما قرروه ثبت الملك فيه بالقيمة، وإن كانت قاعدتهم أن النهي يدل على الفساد في الأصول، غير أنّهم راعوا الخلاف في أصل القاعدة في الفروع، فقالوا: شبهة الملك، ولم يخصّوا الفساد، ولا الصحة جمعا بين المذاهب"[١].

٥- "وفي المسألة أيضا قول آخر لم يتقدّم، وهو التّفرقة بين ما كان النّهي عنه حق لله تعالى، فيقتضي الفساد؛ وما كان لحقّ العباد فلا يقتضي الفساد، حكاه المازري عن شيخه، ولم أظفر به إلا متأخّرا، وقد ذكرته آخر الكتاب مع الكلام عليه".

ثمّ عاد إلى بيان هذا القول في التنبيه الخامس من الفصل السادس[٢]: "ذكر الإمام **المازري** في شرح البرهان عن شيخه، -وأظنه **أبا الحسن اللخمي**- قولا بالتفصيل في المنهيات، لم أظفر به حتى وصلت إلى هنا، وهو مباين لما تقدم من المذاهب، ويتحصل منه زيادة قول آخر في المسألة، وهو أنّ ما كان النهي عنه لحق الخلق فإنّه لا يدلّ على الفساد... وتزول المعصية بإسقاط المالك حقه، وبالإذن له؛ بخلاف ما هو حقّ الله تعالى، فإنّه لا يسقط بإذن أحد، ولا بإسقاطه".

٦- نقل الإمام العلائي في التنبيه الرابع من الفصل الثاني[٣]، عزوا آخر لرأي المالكية، حكاه عن الإمام **ابن شاس** في كتابه الجواهر الثمينة عن القاضي عبد الوهاب خلاف ما نقله الآخرون، فقال: "وعندنا أنّ مطلق النهي عن العقد لا يدلّ على فساده، إلاّ أن يقوم دليل. هكذا حكى القاضي أبو محمد عن أهل المذهب"[٤]. ويريد به القاضي عبد الوهاب.

مناقشة النقول:

حاول الإمام العلائي الجمع بين النقلين السابقين المنسوبين إلى القاضي عبد الوهاب، فحمل القول بالفساد على العبادات، وحمل القول بعدم الفساد إلا بدليل على العقود، مستشهدا بقول

---

(١) نفائس الأصول، للقرافي: ١٦٩٤/٤.

(٢) تحقيق المراد، للعلائي: ٤٠٧-٤٠٨.

(٣) تحقيق المراد، للعلائي: ٣٠٥-٣٠٨.

(٤) المثبت من طبعتي كتاب ابن شاس (عقد الجواهر الثمينة): بإثبات الفساد، وليس بنفيه كما ذكر العلائي، وقد يعود ذلك إلى وجود تحريف في النسخة التي اطّلع عليها. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس: ٤١٧/٢ من طبعة أبو الأجفان، و: ٦٦٩/٢ من طبعة حميد لحمر.

القرافي في أنّ النهي يفيد الفساد على وجه تثبت معه شبهة الملك، لكن الملك لا ينتقل بمجرّد العقد الفاسد ولا باتّصال القبض به، إلّا أن يعقبه الفوات، فينتقل حينئذ الملك إلى المشتري الذي فات في يده، فحقيقة الاختلاف راجعة إلى تفسير الفساد عندهم هل هو على مراد أبي حنيفة أم على مراد الجمهور؟

ثمّ ساق أمثلة وفروعا فقهية دالة على احتمال الأمرين معا، ثمّ انتهى إلى أنّ "حقيقة مذهب مالك وأصحابه راجعة إلى قولين في أنّ النّهي هل يقتضي الفساد؟ وعلى ما ذكر القرافي يجيء أيضا في البيوع قول ثالث: أنّه يقتضي شبهة الفساد. والله أعلم".

كما اعترض العلائي على قول المازري بأنّ الفساد إذا كان متعلّقا بحقّ الله تعالى فهو فاسد، وإن كان متعلّقا بحقّ الآدمي فلا يفيد الفساد، وإنّما معلّق على إجازته؛ بأنّه غير مطّرد في الفروع المنقولة في المذهب، بالتالي لا يصلح قاعدة عامة.

تعليق وتحقيق:

لا نسلّم بالنتيجة التي انتهى إليها الإمام العلائي من أنّ مذهب المالكية متردّد بين ثلاثة أقوال: قول بفساد العقود؛ كالجمهور، وقول بعدم فسادها؛ كأبي حنيفة، وقول بإفادة شبهة الفساد؛ التي قد تؤول إلى الصحة أو البطلان؛ لأمرين:

الأوّل: أنّ الثابت في مطبوعتي كتاب عقد الجواهر الثمينة لابن شاس، إثبات الفساد عند مطلق النهي إلاّ أن يقوم دليل. وليس بنفيه كما ذكَر العلائي، وبذلك فإنّ النقل الذي عزاه ابن شاس للقاضي عبد الوهاب متّسق مع باقي النقول الأخرى، فلا داعي لمحاولة التوفيق.

الثاني: أنّ اقتصاره على النصوص التي نقلها عن علماء المذهب غير كافية لتصوير المسألة بشكل دقيق ومتّسق، ولذلك سنحاول استكمال ما أغفله من نقول حتّى تكتمل الصورة.

نقرّر بداية، بأنّ أولى الطرق في تفسير قاعدة النهي هل يقتضي الفساد، هو ما جاء به المازري ناقلا إيّاه عن شيخه أبي الحسن اللخمي، من أنّ النهي إذا تعلّق بحقّ الله تعالى فقط فهو فاسد، أمّا إذا انضاف إليه حقّ آدمي ففيه شبهة فساد، بمعنى أنّ الآدمي مخيّر بين إجازته أو منعه، وإذا فات عومل معاملة العقد الصحيح، وفيما يلي الشواهد:

✓ نؤكّد أوّلا أنّ الشيخ الذي نقل عنه المازري هو **أبو الحسن اللخمي** وذلك في كتابه

التبصرة[1]، وهذا نصّه: "باب في البياعات المنهي عنها بالسنة، وهي على ثلاثة أوجه:

أحدها: شُرع لحقّ الله سبحانه.

والثاني: لما يتعلّق به من حقّ آدمي.

والثالث: حضّ وتنبيه على مكارم الأخلاق وما يرفع الشحناء".

✓ ثمّ إنّ الذي نقله **اللخمي** ليس اجتهاد خاصّا به، بل هو ما عليه محقّقو المذهب، فقد تبيّن لنا أنّ أوّل من أشار إلى هذا التقسيم –فيما اطّلعت– القاضي **أبو الحسن ابن القصّار البغدادي** (٣٩٧ هـ) حيث قال: "إذا جمعت الصفقة حلالًا وحرامًا، فهي كلّها باطلة، إذا كان التّحريم لحقّ الله، مثل: بيع حرّ وعبد، أو سلعة وخمر أو خنزير في صفقة، وهذا ظاهر قول مالك... وإن كان ما لا يجوز لحقّ آدمي، مثل: بيع عبدِه وعبدِ غيره في صفقة، صحّ البيع في حقّه، ووقف في حقّ غيره، فإن أجازه صحّ، وإن منع منه بطل حقّ الغير خاصّة"[2].

وهو كذلك أوّل من استخدم –فيما اطّلعت– عبارة: "شبهة الملك"، قال رحمه الله: "البيع الفاسد إذا فات بعد قبضه؛ بهبة أو عتق أو بيع، يعدّ تصرفه فيه بشبهة الملك، ولزمته القيمة؛ لأنّه مضمون عليه بالعقد الذي هو تسليط من البائع"[3].

✓ كما استخدم هذا التقسيم **القاضي عبد الوهاب**[4] –تلميذ ابن القصّار–، حيث قال معلّلا فساد التفرقة بالبيع بين الأمة وولدها، بقوله: "ولأنّه بيع مُنع منه لحقّ الله تعالى في أحكام المبيع، فكان باطلًا أصله بيع الخمر، فإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضًا؛ لأنّ المنع من ذلك لحقّ الله تعالى، فلا يسقط بإسقاط الآدمي".

✓ كما ذكر هذا التقسيم بشكل موسّع الإمام **ابن رشد**[5]، قال رحمه الله: "وأمّا البيوع المحظورة فإنّها تنقسم إلى قسمين: أحدهما: ما كان محظورا لحق آدمي. والثاني: ما كان محظورا لحق الله تعالى.

---

(١) التبصرة، للخمي: ٤٢٧٢/٩.

(٢) عيون المسائل، لابن القصار: ٤١٣-٤١٤.

(٣) عيون المسائل، لابن القصار: ٤١٦.

(٤) المعونة، للقاضي عبد الوهاب: ٤١٦.

(٥) المقدمات الممهدات، لابن رشد: ٦٣/٢-٦٩.

فأمّا ما كان منها محظورا لحق آدمي، فإنها موقوفة على إجازة من حظرت لحقه.

وأمّا ما كان منها محظورا لحق الله تعالى، فإنها تنقسم إلى أربعة أقسام:

(أحدها) ما كان محظورا لتعلقه بالمحظور في الشرع دون أن يطابقه نهي، أو يخلّ فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته. [وهذا إذا وقع لم يفسخ، فات أو لم يفت، باتفاق]

(والثاني) ما طابقه النهي ولم يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته. [يختلف أهل العلم فيها إذا وقعت على قولين: الفساد فتفسخ قائمة أو فائتة، أو عدم الفساد فلا تفسخ].

(والثالث) ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته. [فإنها تنفسخ على كل حال، ولا خيار في ذلك لأحد المتبايعين وترد السلعة إن كانت قائمة، أو قيمتها إن كانت فائتة].

(والرابع) بيوع الشروط وهي التي يسميها الفقهاء بيوع الثنيا". [اختلف فيه إذا وقع شيء منها على قولين: يفسخ ما دام البائع متمسكا بشرطه، أو يفسخ على كل حال].

✓ كما تبنّى هذا التقسيم أيضا القاضي **أبو بكر ابن العربي** في كتابه المسالك[1]، وزاده بيانا في كتابه القبس[2]: "والضابط أنّه متى كان المنع لحقّ الله تعبّداً فسخ البيع إجماعاً، ومتى ما كان لحقّ الآدمي؛ كالعيب والغشّ فله الخيار، ومتى ما كان لحقّ الله ولحقّ الآدمي فعند كافة العلماء أنّه يفسخ. واختلف علماؤنا فيه على تفصيل طويل يرِد في المسائل، عمدته على الإطلاق أنّه إن قوي حقّ الآدمي بأن يكون في نهي الشرع عنه رائحة المصلحة ففيه الخيار، وإن قوي فيه حكم التعبّد وجب الفسخ".

✓ وجزم الإمام **محمد بن الشريف التلمساني** بهذا التقسيم في مفتاح الوصول[3] فقال: "وتحقيق المذهب أنّ النهي عن الشيء إن كان لحقّ الله تعالى، فإنّه يُفسد المنهيَّ عنه، وإن كان لحقّ العبد فلا يُفسد المنهيَّ عنه. وإن كان النّهي فيه لحقّ الله تعالى فإنّه فاسد، ولذلك قلنا: إنّ البيع وقت النداء للجمعة يفسخ، لأنّه منهيّ عنه لحقّ الله تعالى، وهذا هو وجه تفرقة أكثر الرواة بين ما يفسخ من النكاح المنهي عنه بطلاق، وما يفسخ بغير طلاق... فهذه قاعدة المذهب، وما خرج عن هذا فإنّما هو لدليل منفصل".

---

(١) المسالك، لابن العربي: ٩/٦.

(٢) القبس، لابن العربي: ٨٥١/٢.

(٣) مفتاح الوصول، للشريف التلمساني: ٤٢١-٤٢٣.

وقد أطال الإمام **الشاطبي** في الموافقات[1] شرح هذه القاعدة والتدليل عليها في معرض ردّه على من قال بعموم فساد المنهي عنه: "ومن هذا الموضع يقول كثير من العلماء: "إنّ النهي يقتضي الفساد بإطلاق"، عُلمت مفسدة النهي أم لا، انتفى السبب الذي لأجله نهي عن العمل أو لا، وقوفا مع نهي الناهي؛ لأنّه حقّه، والانتهاء هو القصد الشرعي في النهي، فإذا لم يحصل، فالعمل باطل بإطلاق".

فبيّن أنّ "الأفعال بالنسبة إلى حقّ الله أو حقّ الآدمي ثلاثة أقسام: ... أحدها: ما هو حقّ لله خالصا كالعبادات، وأصله التعبّد كما تقدّم، فإذا طابق الفعل الأمر، صحّ؛ وإلاّ؛ فلا... والثاني: ما هو مشتمل على حقّ الله وحقّ العبد، والمغلّب فيه حقّ الله، وحكمه راجع إلى الأوّل؛ لأنّ حقّ العبد إذا صار مطرحا شرعا، فهو كغير المعتبر... والثالث: ما اشترك فيه الحقّان وحقّ العبد هو المغلّب، وأصله معقولية المعنى، فإذا طابق مقتضى الأمر والنّهي فلا إشكال في الصّحة... وإن وقعت المخالفة فهنا نظر... فإمّا أن يحصل مع ذلك حقّ العبد ولو بعد الوقوع على حدّ ما كان يحصل عند المطابقة أو أبلغ، أو لا؛ فإن فُرض غيرَ حاصل؛ فالعمل باطل؛ لأنّ مقصود الشارع لم يحصل، وإن حصل... صحّ وارتفع مقتضى النّهي بالنسبة إلى حقّ العبد؛ ولذلك يصحّح مالك بيع المدبّر إذا أعتقه المشتري؛ لأنّ النّهي لأجل فوت العتق، فإذا حصل، فلا معنى للفسخ عنده بالنسبة إلى حقّ المملوك، وكذلك يصحّ العقد فيما تعلّق به حقّ الغير إذا أسقط ذو الحقّ حقّه؛ لأنّ النّهي قد فرضناه لحقّ العبد، فإذا رضي بإسقاطه؛ فله ذلك، وأمثلة هذا القسم كثيرة".

فإذا تقرّر ما سبق، علمنا أنّ قاعدة مالك في فساد المنهي عنه مخصوصة بما تعلّق المنهيّ عنه بحقّ متمحّض لله سبحانه ويغلب عليه معنى التعبّد، أمّا ما تعلّق بحقّ متمّحض للعبد ويغلب فيه معنى المعقولية والمصلحة فهو معلّق على إجازة صاحب الحقّ، ويلاحظ في هذه القاعدة أنّها أغلبية اجتهادية قد تستثنى منها بعض الصور والحالات، فينتفي منها الاطّراد، وليس ذلك من قبيل التناقض والاختلال، ولكن من جهة تحقيق المناط في الجزئيات والفروع.

استدراك وتتمة:

ينضاف إلى القاعدة السابقة، فيما يتعلّق بفساد المنهي عنه لحقّ الله تعالى قيدان:

---

(١) الموافقات، للشاطبي: ٢/٥٣٦-٥٤٢. باختصار.

الأوّل: أن يكون النهي لذات المنهي عنه أو لوصف ملازم، دون الوصف المجاوالر خارج عنه، وبذلك تُخصّص النّقول التي ذكرها العلائي عن علماء المذهب، قال خليل في مختصره: "وفسد منهي عنه إلاّ لدليل"، قال الشراح: "ومحلّ القاعدة ما لم يكن النهي لأمر خارج غير لازم، فلا يقتضي الفساد"(١).

وهذا ما شهد به ابن التلمساني –الشافعي–(٢) حيث قال: "وإنّما يخالف –يقصد أبا حنيفة– الشافعيَّ ومالكا –رحمهما الله تعالى– في أنهما يقولان: إنّ إطلاق النّهي يقتضي الفساد بظاهره في نفس ما أضيف إليه، ولا ينصرف عنه إلا بدليل منفصل يصرف النهي إلى المجاور المفارق"، ثم قال في موضع آخر: "وأمّا القسم الرابع، وهو: أن يكون منشأ المفسدة أمرا خارجا عن الماهية، مفارقا لها– فهذا لا يمنع صحة الفعل؛ كالوضوء بالماء المغصوب، والاصطياد بالفرس المغصوب: هذا القسم متّفق عليه أيضا من الأئمة: وهو: أنّه متى كان النهي لمجاور مفارق؛ فإنّه لا يمنع الصحّة؛ وإنّما يقع النزاع في بعض المواطن في تحقيق مناط أنّه مفارق أو لا، كالبيع وقت النداء عندنا، وعند مالك، رحمه الله تعالى".

الثاني: إذا تعلّق النهي بوصف لازم مختلف فيه مضى العقد الفاسد بالثمن المسمّى، وأمّا إذا تعلّق بوصف لازم متّفق على حظره، فإنّ العقد يمضي بردّ مثله إن كان مثليا، أو بالقيمة إن كان قيميا، وتعتبر القيمة يوم القبض، قال **مالك**(٣): "الحرام البيّن من الربا وغيره يردّ إلى أهله أبدا؛ فات أو لم يفت، وما كان ممّا كرهه النّاس، فإنّه ينقض إن أدرك بعينه، فإن فات ترك"، وهذا ما أطلق عليه القرافي: "شبهة الفساد"، أو "شبهة الملك"؛ وهي تعني "فسادا مؤقّتا"، قال القرافي: "إنّ البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرّر الملك بالقيمة، وهي: حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها على تفصيل في ذلك في كتب الفروع"(٤).

وقد اعترض **الأبياري** على تفسير قول مالك السابق على أنّه تصحيح للعقد الفاسد بالفوات،

---

(١) الشرح الكبير، للدردير: ٥٤/٣، منح الجليل، لعليش: ٢٥/٥.

(٢) شرح المعالم، لابن التلمساني: ٤١٦/١– ٤١٨.

(٣) المدونة، لسحنون: ١٤٨/٩، التهذيب، للبراذعي: ١٥٥/٣.

(٤) شرح تنقيح الفصول، للقرافي: ٧٧.

وإنّما يرى في عدم ردّ المبيع الفاسد بالفوات، بأنّه ليس "لاقتضاء البيع ذلك، ولكن يقدّره بمثابة الهالك، ولذلك قال: يضمن بالقيمة. ولو كان البيع الفاسد مفوّتا، للزم الثمن، وليس الأمر كذلك"(١).

ويمكننا الإجابة عن هذا الاعتراض بأنّ يقال: إنّ البيع الفاسد عند مالك على ثلاثة أنواع: منه ما يردّ قبل الفوات وبعده (كبيع الميتة)، ومنه ما يردّ قبل الفوات وبعده؛ إمّا بالثمن أو القيمة، ومنه ما يردّ قبل الفوات لا بعده، فلو كان الفاسد الذي يمضي بالقيمة كالأوّل لألحقه به، فلمّا ألحقه بما يمضي بالثمن عُلم أنّه ليس مثله، وأنّه أقرب إلى الفساد الذي يصحّح بعد الفوات، واشتراطه أن يكون الردّ بالقيمة؛ إمّا تنزيلا له منزلة الغاصب، أو تجنيبا له من ربح خبيث.

وقد أكّد **ابن رشد** النتيجة الأولى (تصحيح الفاسد بالقيمة) في مسائله(٢) قائلا على من استشكل ذلك: "وهذا كلّه بيّن لا إشكال فيه، ولا ارتياب في صحّته، ولا حجّة لمن ذهب إلى مثل قوله فيما روي عن مالك رحمه الله من أنّ المبيع الحرام من الربا وغيره يردّ إلى أهله أبدا، فات أو لم يفت، لأنّه قد نصّ في غير ما موضع من المدونة وغيرها، على أنّ البيع الحرام إذا فات تراد المتبايعان القيمة فيه، ولم تردّ السلعة المبيعة بعينها. ولم يقل أحد من أهل النّظر: إنّ ذلك اختلاف من قوله، بل تأوّلوه على ما يصحّ فقالوا: إنّ معنى قوله: "يردّ البيع فات أو لم يفت": أن يردّ المبيع بعينه ما كان قائما، وتردّ القيمة إذا فات، ويكون ردّ قيمته كردّ عينه لما في رد عينه بعد الفوات، من الظّلم لأحد المتبايعين وقد قال الله تعالى: {**وإن تبتم فلك رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون**} [**البقرة: ٢٧٩**]. وردّ قيمته في الفوات هو المراد بعينه، وهو التصحيح بالقيمة".

الخلاصة:

وبهذا تتبيّن مفارقة المالكية لما ذهب إليه الشافعية في نقطتين:

- إذا تعلّق النهي بحقّ متمحّض للعبد، فالعقد موقوف على إجازته، وإذا فات كان صحيحا.
- إذا تعلّق النهي بحقّ متمحّض لله سبحانه، وكان النهي لوصف ملازم فهو فاسد مؤقّتا

(١) التحقيق والبيان، للأبياري: ٥٨٢/٣، الفتح المبين، لابن الفاكهاني: ٢٢٤.

(٢) مسائل أبي الوليد ابن رشد: ٢٠٣/١.

لوجود شبهة فساد؛ فيجب فسخه قبل فوات المعقود عليه، فإن فات مضى بردّ قيمته إن كان متّفقا على تحريمه، أو بالثمن المسمّى إن كان مختلفا فيه.

وبهذا أيضا تتبيّن مقاربة المالكية للحنفية في التفريق بين المنهي عنه لذاته والمنهي عنه لوصف ملازم أو مجاور، فالأوّل لا يقبل التصحيح بأيّ حال (باطل)، وأمّا الثاني فيفسخ قبل الفوات، ويصحّح بعد الفوات (الفاسد)؛ إمّا بالثمن أو بالقيمة، وأمّا الثالث فلا يؤثّر في فساد العقد.

تعقيب على مذهب الحنابلة:

لقد اشتهر كذلك لدى كثير من الأصوليين والباحثين المعاصرين أنّ مذهب الحنابلة متطابق مع مذهب الظاهرية في القول بفساد المنهي عنه مطلقا، وهو ما نسبه إليهم العلائي[١] في رسالته، لكنّه عاد ونقل عن ابن قدامة في الروضة[٢]: "ثلاثة أقوال أُخَر، وهي أنّه لا يقتضي فسادا ولا صحّة، وأنّه يقتضي الصحة كما قاله أبو حنيفة، وأنّه يقتضي الفساد في العبادات دون المعاملات".

ولنا استدراك على هذا التقرير من ناحيتين: نظرية وتطبيقية.

١- جاء في مختصر الروضة (البلبل)[٣] **لنجم الدين الطوفي** بعد أن ساق مختلف الأقوال التي ذكرها ابن قدامة، ما يلي: "والمختار أنّ النهي عن الشيء لذاته أو وصف لازم له مبطل، ولخارج عنه غير مبطل، وفيه لوصف غير لازم تردّد، والأولى الصحّة".

جاء في شرحه على مختصره[٤] ما يلي: "قوله: «والمختار أنّ النّهي عن الشيء لذاته»، إلى آخره. هذا تفصيل في المسألة أقرب إلى التحقيق من الإطلاقات الواقعة فيها، وهو أنّ النهي عن الفعل إمّا أن يكون لذاته، أو لوصف لازم له، لا ينفك عنه، أو لأمر خارج عنه لا يتعلّق به أصلا، أو لوصف يتعلّق به، لكنه عارض فيه، غير لازم له.

- فإن كان المنهي عنه لذاته كالكفر والكذب والظلم والجور، ونحوها... أو فرضنا أنّ الشرع قال: نهيت عن عقد الربا، أو نكاح الشغار والمتعة لذاته؛ كان هذا النهي مبطلا، أي: دالّا على بطلان المنهي عنه.

---

(١) تحقيق المراد، للعلائي: ٩٢-٩٣.

(٢) روضة الناظر، لابن قدامة: ٦٥٢-٦٥٤.

(٣) مختصر الروضة، للطوفي: ٩٦.

(٤) شرح مختصر الروضة، للطوفي: ٢/٤٣٩-٤٤٠.

وكذلك إن كان النهي عن الفعل لوصف لازم له، كالنهي عن نكاح الكافر المسلمة، وعن بيع العبد المسلم من كافر ... فيبطل لهذا الوصف اللازم له.

– وإن كان النهي عن الفعل لأمر خارج عنه لا تعلّق له به عقلا.. أو شرعا كما لو نهي عن بيع الجوز والبيض خشية أن يقامر به،.. أو عن غرس العنب أو بيعه خشية أن يُعصر خمرا ونحوه، لم يكن ذلك النهي مبطلا ولا مانعا؛ لأنّ هذه المفاسد وإن تعلّقت بهذه الأفعال تعلّقا عقليا، بمعنى أنّ تلك الأفعال تصلح أن تكون سببا لتلك المفاسد، لكنها غير متعلّقة بها شرعا؛ لأنّ الشرع لم يُعهد منه الالتفات في المنع إلى هذا التعلّق العقلي البعيد.

– وإن كان النهي عن الفعل لوصف له، لكنّه غير لازم؛ ففيه تردّد، إذ بالنظر إلى كونه وصفا للفعل يقتضي البطلان، كما لو نهي عنه لذاته، أو لوصف لازم، وبالنظر إلى كونه غير لازم لا يقتضي البطلان، كما لو نهي عنه لأمر خارج، وهو أولى تغليبا لجانب العرضية على جانب الوصفية، إذ بكونه عارضا يُضعِف كونه وصفا؛ فلا يلحق بالوصف اللازم؛ لأنّ لزومه يؤكد وصفيته ويقوّيها".

٢– كما أنّنا لما رجعنا إلى التطبيقات الفقهية عند الحنابلة وبخاصة كتب الإمام **موفق الدين ابن قدامة** عثرنا على ما يقيّد هذه القاعدة بقيدين: القيد الأوّل قريب ممّا ذهب إليه المالكية في تخصيص فساد المنهي عنه بما تعلّق بحقّ الله، دون ما له تعلّق بحقّ الآدمي، أمّا القيد الثاني فأن يعود النهي إلى العقد وليس إلى أمر خارج عنه، وسأذكر مثالين على ذلك:

✓ جاء في كتابه الكافي: "ومعنى النجش: أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليغتر به المشتري، ويقتدي به فهو **حرام**، لأنّه خداع، **والشراء صحيح**. وعنه: أنّه باطل، لأنّ النهي يقتضي الفساد، والأولى أصحّ؛ لأنّ النهي عاد إلى غير العقد، فلم يؤثّر فيه، وللمشتري الخيار إن غبن غبناً يخرج عن العادة، سواء كان بمواطأة من البائع، أو لم يكن، لأنه غبن للتغرير".

✓ وجاء في كتابه المغني عند حديثه عن السوم على سوم أخيه: "فإن خالف وعقد، فالبيع **باطل**؛ لأنّه منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد. ويحتمل أنّه **صحيح**؛ لأنّ المحرّم هو عرض سلعته على المشتري،... ولأنّه إذا صحّ الفسخ الذي حصل به الضرر، فالبيع المحصّل للمصلحة أولى،

ولأنّ النهي لحقّ آدمي، فأشبه بيع النجش".

✓ وكذلك أشار **شمس الدين الزركشي** في شرحه على مختصر الخرقي[1] إلى هذا القيد، فقال: "النهي إذا كان لحقّ آدمي معيّن، وأمكن تداركه، لا يبطل العقد، كتلقي الركبان ونحوه".

✓ وممّن اختار هذا القول **شيخ الإسلام ابن تيمية**[2]، قال مقرّرا قاعدة "أنّ النّهي يدل على أنّ المنهي عنه فسادُه راجح على صلاحه، ولا يشرع التزام الفساد ممن يشرع له دفعه": "لكن من البيوع ما نهي عنه لما فيها من ظلم أحدهما للآخر؛ كبيع المصرّاة والمعيب، وتلقّي السلع والنّجش ونحو ذلك؛ ولكن هذه البيوع لم يجعلها الشارع لازمة كالبيوع الحلال؛ بل جعلها غير لازمة والخيرة فيها إلى المظلوم إن شاء أبطلها، وإن شاء أجازها، فإنّ الحقّ في ذلك له، والشارع لم ينه عنها لحقّ مختصّ بالله كما نهى عن الفواحش؛ بل هذه إذا علم المظلوم بالحال في ابتداء العقد مثل أن يعلم بالعيب والتدليس والتصرية ويعلم السعر إذا كان قادما بالسلعة، ويرضى بأن يغبنه المتلقي جاز ذلك، فكذلك إذا عُلم بعد العقد إن رضي جاز، وإن لم يرض كان له الفسخ. وهذا يدلّ على أنّ العقد يقع غير لازم بل موقوفا على الإجازة؛ إن شاء أجازه صاحب الحقّ، وإن شاء ردّه... ولما كان النهي هنا لحقّ الآدمي: لم يجعله الشارع صحيحا لازما. كالحلال؛ بل أثبت حقّ المظلوم وسلّطه على الخيار. فإن شاء أمضى، وإن شاء فسخ. فالمشتري مع النّجش إن شاء ردّ المبيع فحصّل بهذا مقصوده. وإن شاء رضي به إذا علم بالنجش. فأمّا كونه فاسدا مردودا وإن رضي به: فهذا لا وجه له".

وبهذا يتبيّن أنّ في المذهب الحنبلي قولا قويّا معتبرا قيّد فساد المنهي عنه في أمرين:

- إذا تعلّق النهي بحقّ متمحّض للعبد، فالعقد موقوف على إجازته، وإذا فات كان صحيحا.
- أمّا إذا تعلّق النهي بحقّ متمحّض لله سبحانه في ذات المنهي عنه، فهو باطل، فإن كان لأمر خارج عنه فهو صحيح.

تصنيف مفسدات العقود بناء على تفاوت قوّتها

---

(١) شرح الخرقي، للزركشي: ٥/٩٦.

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية: ٢٩/٢٨١-٢٨٥.

يمكننا في ختام هذا المطلب تصنيف مفسدات العقود بناء على تفاوت أنظار الفقهاء في قوّتها وتأثيرها إلى ثلاث مراتب:

١- **مفسدات كبرى** (مبطلات العقود): ويقصد بها أسباب البطلان المتّفق عليها بين سائر المذاهب، التي لا تقبل أيّ تصحيح ولا تثمر أيّ أثر؛ لتعلّق النهي بحقّ الله تعالى لذات المنهي عنه، وهذه تستوجب الفسخ والاسترداد قبل فوات المعقود عليه وبعده.

٢- **مفسدات وسطى** (مفسدات جزئية أو مؤقّتة): ويقصد بها أسباب الفساد المتردّدة بين إفادة الفساد الجزئي أو المؤقّت؛ وهذه المرتبة خلافية؛ حيث يرى الشافعية والحنابلة أنّ المنهي عنه إذا كان لوصف لازم فينبغي إلحاقه بالمرتبة الأولى، بينما يرى الحنفية والمالكية أنّ هذه الأسباب تفيد شبهة فساد ويجب فسخها قبل القبض وبعده، فإن فات المعقود عليه مضى بالثمن المسمّى أو بالمثل أو بالقيمة.

٣- **مفسدات صغرى** (مفسدات معلّقة): ويقصد بها المنهيات المتعلقة بوصف مجاور إمّا لحقّ الله تعالى أو لحقّ آدمي، أو من قبيل الحضّ على مكارم الأخلاق، فهذه لا تفسد العقد، وإنّما تسلبه نفاذه أو لزومه، فيبقى معلّقا على إجازة صاحب الحقّ، وتصحّح بالفوات أيضا، أو لا تفسدها مطلقا.

المطلب الثالث: المقصد الشرعي من تفاوت مفسدات العقود

سنحاول في هذا المطلب استخلاص المقاصد الشرعية والحكم المرعية من تفاوت مفسدات العقود على النحو الذي قرّرناه في المطلب السابق، إجابةً عن الأسئلة التي قد تطرح في هذا الموضوع:

لماذا لم تكن أسباب الفساد على درجة واحدة في تأثيرها على صحة العقود؟

لماذا تباينت آثار المنهيات وتدرّجت بين إبطال تام ونهائي، إلى فساد مؤقّت، أو إلى تعليق العقد أو سلب لزومه أو إلى فساد غير مؤثّر؟

ما الحكمة الشرعية من وجود هذا التفاوت؟

سنجيب عن هذه الأسئلة من خلال سبر أغوار نظرية المؤيّدات المدنية للعقود بشقّيها: الفساد والبطلان.

الفرع الأوّل: نظرية المؤيّدات المدنية للعقود

إنّ أحكام العقد وآثاره تترتب عليه بحكم الشارع ووضعه، وليس بإرادة العاقد؛ لأن الشارع هو الذي يمنح التصرف وجودَه الاعتباري إذا نُفّذ على الوضع الذي شرعه، وقوّة الإنشاء والإلزام تستلزمان المشروعية من ترتّب الآثار المقصودة منها أو المطلوبة والمرغوبة للمكلّفين، على النحو الذي يحفظ مقاصد الشرع في الخلق، من ضروريات وحاجيات وتحسينيات، ويقيم العدل والتوازن بينهم، ويحفظ الحقّ، ويدرأ الظلم، والضرر، ويجنّب التعاملات أسباب النزاع والشقاق الذي قد يتعذّر حسمه، وبهذا كلّه يستقيم أمر الحياة بشرع الله، وكما أراد الله.

أمّا العاقد فهو منشئ للعقد فقط دون الآثار، وتنحصر إرادته في تكوين العقد وإيجاده، دون أن تتعدّى إلى إعطاء الأحكام وإنشاء الآثار، وهذا ما يعبّر عنه الفقهاء بقولهم: "إنّ العقود أسباب جعلية لا شرعية".

إنّ اعتبار آثار العقد من صُنع الشارع وتقديره هو المنطلق في نظرية المؤيّدات المدنية، فحتى يكون التشريع محترما مطاعا في أمره ونهيه يجب أن يكون إلى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة، ويلجئ الناس إلى طاعته. وذلك بأن يرتّب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعْر المسالك، عقيم المساعي، بحيث لا يجد الإنسان الثمرة التي يبتغيها من

عمله ومسعاه؛ إلا في سلوك الطرق التي عيّنها الشارع. وإلاّ فإنّ التشريع يكون فاقدا صفته الإلزامية، وأشبه بالمواعظ الإرشادية، فتهون على الناس مخالفته إذا استوت المخالفة والطاعة من حيث النتيجة في تحصيل الثمرة التي يسعى إليها الفاعل. فتلك الأحكام التي تؤيّد التشريع هي ما تسمى في اصطلاح الحقوقيين: مؤيّدات، وذلك لأنها تؤيّد التشريع، أي تكسبه القوّة اللازمة. وعرّفها الأستاذ مصطفى الزرقا بأنّها: "كلّ ما يُشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية". وقد تسمّى أيضا: ضوامن؛ لأنّها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها. وفقهاء الإسلام يسمّونها: زواجر؛ لأنّها تزجر عن تنكّب جادة الشرع ومخالفة أوامره، قال الكاساني[1]: "اشتراط الربا، وشرطُ خيارٍ مجهول، وإدخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصيةٌ، والزّجر عن المعصية واجبٌ، واستحقاق الفسخ يَصلُح زاجرا عن المعصية؛ لأنّه إذا علم أنّه يفسخ، فالظاهر أنّه يمتنع عن المباشرة".

وبما أنّ التصرف العقدي يتمتّع بالصفة المدنية أو المالية، فكان المؤيّد المناسب له مؤيّدا مدنيا أو ماليا؛ لأنّ الجزاء من جنس العمل، فإذا خالف المكلَّف أحد الأحكام الشرعية في التعاقد، فالمؤيِّد الضامن لحمايتها، والحفاظ عليها، هو عدم ترتيب الآثار التي وضعها الشارع للعقد الصحيح على هذا العقد المخالف، وحرمان العاقد من الثمرات المرجوّة، رغم وجود التصرف وجودا ماديا في الواقع؛ لعدم اعتبار الشارع لهذا التصرف، وعدم الاعتراف به، وهو أقطع لدابر المخالفة من المؤيّد التأديبي؛ فإذا سلب الشارع عن التصرف المخالف لنظامه نتائجَه كلَّها أو بعضَها لم يستطع الفاعل بوجه من الوجوه أن يكتسب أمام القضاء ما نفاه الشارع من الحقوق، ما دام القضاء هو المطبّق والمنفّذ لشريعة الشارع[2].

الفرع الثاني: أنواع المؤيّدات المدنية للعقود

إنّ مواقع الخلل نتيجةَ مخالفات المكلّفين، ومباشرتهم إيّاها، ليست سواءً من حيث الأثرُ، فعوارض النّهي تختلف آثارها تبعا لاختلاف عللها وأسبابها، قوّةً وضعفًا، أو حسب الغرض الذي قصده المشرّع من النهي عنه، لذا كانت الجزاءات على قدر المخالفة طبيعةً وأثراً، وذلك على ضوء

(١) بدائع الصنائع، للكاساني: ٥/٣٠٠.

(٢) المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٢/٦٦٦-٧٧٠، بحوث مقارنة، للدريني: ١/١٨٥، النظريات الفقهية، محمد الزحيلي:٧٨-٧٩.

مقصد الشارع في "متعلَّق النهي" أو علّته، من جهة، وفيما يتوخّاه من جعل هذه التصرفات وسائلَ وأسبابًا لغايات معيّنةٍ مقصودةٍ من شرعها وتنفيذها، وهي مصالح المكلّفين، من جهة أخرى.

وعلى هذا، فليس البطلانُ هو المؤيِّدَ الوحيد أو الجزاءَ المتعيّنَ لجميع حالات المخالفة بإطلاق؛ لمنافاة ذلك لمقصد الشارع الذي يتوخّى تحقيق مصالح الناس.

وقد وضّح الدكتور الدريني هذه "المنافاة" بما صار إليه "اجتهاد الظاهرية ومن معهم، في ذهابهم إلى إبطال التصرفات الشرعية ولو لأمر خارج مجاور، لا علاقة له أصلا بكيان التصرف لا ذاتا ولا جزءً، ولا وصفا لازماً متّصلا قائما فيه، أخذا بظاهر النهي دون اجتهاد منهم في تبيّن مقصد الشارع من النهي، أو مدى تأثيره على مشروعيته التي تتعلّق بمصالح المكلّفين، كالبيع وقت النداء مثلا... إنّ النهي المطلق ينصبّ أساسا على عين التصرّف عند الجمهور ولا ينصرف إلى الغير إلاّ بدليل، خلافا للحنفية الذين يرون أنّ الأصل أن ينصرف النهي المطلق بمعناه الحقيقي إلى "الغير" لا إلى الذات، ولا ينصرف إلى عين التصرف إلاّ بدليل، وحينئذ يكون النهي مستعملاً في معناه المجازي، وهو النفي، أعني: نفي المشروعية أصلا، وحينئذ يكون بيان شرع لا طلب انتهاء. ونستخلص من ذلك أن الاتفاق منعقد بين الجمهور من جهة، والحنفية من جهة أخرى، على أنّ النهي إذا انصبّ على عين التصرّف، أصالة أو مجازاً، أفاد "القبح العيني" وهذا يستلزم انتفاء أصل المشروعية الذي هو البطلان"[1].

فإذا تقرّر ذلك علمنا أنّ إلغاء التصرفات المخالفة ليس على درجة واحدة، بل متدرّجة من البطلان إلى الفساد[2]:

١- فإذا كانت المخالفة لنظام التعامل واقعة في ناحية أساسية، يكون الإلغاء كليا، ويسمى المؤيّد عندئذ: **بطلانا**.

٢- وإذا كانت المخالفة في ناحية فرعية، يكون الإلغاء جزئيا من بعض الوجوه، ويسمى المؤيّد عندئذ: **فسادا**.

٣- وإذا كان التصرف يمس حقا محترما للغير، كمن باع مال غيره بلا إذنه، فإنّ العقد يكون

---

(١) بحوث مقارنة، للدريني: ١٨٦/١.

(٢) مصادر الحق، للسنهوري: ٨٨/٤، المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٦٧٠/٢.

معتبرا في ذاته إذا استوفى شرائطه، لكنه متوقف من حيث الحكم والثمرة حتى يرضى صاحب الحق الممسوس، أو يرفض، ويسمى المؤيّد عندئذ: **توقّفا**.

٤- وإذا كان في التصرف إخلال بالتوازن العقدي الواجب بين حقوق المتعاقدين المتقابلة، بحيث يكون مظنّة لطغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقّق رضاه، فإنّ المؤيّد الضامن لإعادة التوازن أو سلامة الرضا يكون بمنح الطرف الذي تعرّض حقّه للضرر خيارا في فسخ العقد إن شاء، ويسمّى المؤيّد عندئذ: **تخييرا**.

وعلى هذه الأسس والاعتبارات تتنزّل في الفقه الإسلامي نظرية المؤيّدات الشرعية العامة التي هي من ضرورات كل تشريع ولوازم فكرته.

الفرع الثالث: المقصد من تفاوت المؤيّدات المدنية للعقود

إنّ المقصد الأساس من وجود التدرّج في المؤيّدات بناءً على التفاوت الحاصل في طبيعة المفسدات وآثارها، هو حفظ "**ثبات الأموال**" من جهتين: حملها على الصحّة ما أمكن، إلاّ أن يدلّ دليل على خلاف ذلك، وحفظ استقرار العقود وحقوقها المكتسبة الناشئة عن شبهة العقد في حال تعذّر فسخها واستردادها.

إنّ تدرّج المؤيّدات المدنية في إيقاع الجزاءات المناسبة لطبيعة المفسدات وحجم مفاسدها يمكن إدراك معانيه الدقيقة من خلال إعمال الفكر وإمعان النظر في ثلاث قضايا:

- عدم تأثير الفساد بالوصف المجاور.
- عدم تأثير الفساد بالوصف اللازم.
- إلغاء آثار الفساد بفوات محلّ العقد.

وسنفرد لكلّ واحد من هذه الأسباب المعاني والمقاصد الكامنة وراءها:

أوّلا: عدم تأثير الفساد بالوصف المجاور

وهذا التفاوت حاصل لدى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة، فعند هؤلاء لا يستوي المنهي عنه لذاته أو لوصف ملازم له بالمنهي عنه لوصف مجاور خارج عنه، ويرجع هذا التفاوت إلى معنى أصولي وهو أنّ المنهي عنه إذا كان لذاته أفاد قبحا ذاتيا، وإذا كان لغيره أفاد "**قبحا خارجيا**"، ولم يفد قبحا ذاتيا في نفس التصرّف.

فالنهي المتعلّق بأمر مجاور منفكّ عن العقد لا يؤثّر في أصل مشروعيته؛ لأنّ هذا الوصف المجاور منهيّ عنه على الخصوص، فحيثما وُجِدَ كان النهي عنه.

وبما أنّ مقصد الشارع من النهي ترتيب الجزاء، على قدر المخالفة، أو الخلل، قوّةً وضعفا، فلا يستوي أثر النهي عن بيع الخنزير أو الخمر مثلا، لقبح عيني متعلق بجزء جوهري في ذات التصرف، وهو المحلّ، -إذ لا يقبل هذا المحل حكم التصرف، فكان كالمعدوم-، وبين أثر النهي عن البيع وقت النداء، منعًا من التشاغل عن وجوب السعي المتعيّن لأداء صلاة الجمعة، وهو ظرف زمني ملابس غير ملازم، لا علاقة له بكيان التصرف أصلا ولا وصفا، فلا يؤثّر بالتالي على "مشروعيته الكاملة"؛ إذ الخلل في الأوّل ذاتي، وفي الثاني غير مجاور ومفارق.

فمقصد الشارع في الأوّل إعدام التصرف أصلا، لعدم قبول محلّ العقد لحكمه، فانعدم وجوده شرعا، لفساد في أصله، وخلل في ماهيته.

وفي الثاني مقصده إيقاع عقد البيع المشروع في غير هذه الظروف، حتى لا يحول دون أداء واجب السعي، فيؤدّي إلى تفويت صلاة الجمعة.

فالحسن الذاتي المكتسب من إباحة البيع لا يرجّح عليه القبح الغيري، بفساد الوصف الخارج الملازم المتمثّل في "عدم الانشغال عن السعي إلى صلاة الجمعة"، ولا تناقض في هذا؛ إذ الجهة منفكّة، فتأخذ كلّ جهة حكمها الخاص بها، وتكون الصحة والمشروعية الكاملة في التصرف أصلا ووصفا، والكراهة بفساد الوصف المجاور المنفكّ[1].

ثانيا: عدم تأثير الفساد بالوصف اللازم

وهذا التفاوت حاصل لدى فقهاء الحنفية، ويرجع هذا التفاوت إلى معنى أصولي متفرّع عن المعنى السابق، فالمنهي عنه لوصف لازم لا يختلف عن المنهي عنه لوصف مجاور؛ لأنّ كليهما متعلّق بأمر خارج عن أصل التصرف، فأفادا "**قبحاً خارجيا**"، ولم يفيدا قبحا ذاتيا في نفس التصرّف.

ويتمسّك الأحناف بالقاعدة المقرّرة سلفا في صحّة العقود، إلاّ ما دلّ الدليل بفسادها، ويظهر ذلك عندهم بتعلّق الفساد بعين المنهي عنه، وليس لوصف خارج عنه، وترتّبت على ذلك قاعدة

---

(١) بحوث مقارنة، للدريني: ١/١٨٨، ١٩٤، ١٩٥.

أخرى، مفادها "أنّ النهي المطلق يقتضي قبح غيره إلاّ بدليل"، قال أبو زيد الدبوسي –كما لخّصه الزركشي[1]–: "قال علماؤنا: مطلق النهي عن الأفعال التي تتحقق حسّا ينصرف إلى ما قبح لعينه، وعن التصرفات والأفعال التي تتحقق شرعا، كالعقود والعبادات لا ينصرف إلى ما قبح لغيره إلا بدليل. وقال الشافعي في الموضعين: يدلّ على قبحه في عينه، وقال بعض محقّقيهم: النهي بلا قرينة يقتضي القبح لعينه عند الشافعي، وفائدته بطلان التصرف، وعندنا يقتضي القبح لغيره والصحة لأصله. قال: وينبني على الخلاف أنه إذا وجدت القرينة على أنّ النهي سبب القبح لغيره، وكان ذلك وصفا فإنّه باطل عند الشافعي، وعندنا يكون صحيحا بأصله لا بوصفه".

كما نقل الإمام القرافي استدلال الحنفية السابق واستحسن نتيجته: "بأنّ الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحّة حتّى 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"[2].

ثالثا: إلغاء آثار الفساد بفوات محلّ العقد

وهذا التفاوت حاصل عند الحنفية والمالكية دون غيرهما، ويقوم على معنيين متعاضدين:

المعنى الأوّل: تغليب مصلحة العباد على التعبّد في أبواب المعاملات

بيّن الإمام الشاطبي[3] أنّ المعاملات راجعةٌ إلى مصالح الدنيا في الغالب؛ ولذلك "كان النظر فيها راجعا إلى اعتبارين:

أحدهما: من حيث هي أمور مأذون فيها أو مأمور بها شرعا.

والثاني: من حيث هي راجعة إلى مصالح العباد".

ثمّ قرّر بأنّ "المعنى الذي لأجله كان العمل باطلا إن كان حاصلا أو في حكم الحاصل، بحيث لا يمكن تلافيه؛ بطل العمل من أصله، وهو الأصل فيما نهى الشرع عنه؛ لأنّ النهي يقتضي أن لا مصلحة للمكلف فيه، وإن ظهرت مصلحته لبادئ الرأي؛ فقد علم الله أن لا مصلحة في

---

(١) البحر المحيط، للزركشي: ٣٩٠/٣. وأصل العبارة في: تقويم الأدلة، للدبوسي: ٥٤. وقد آثرت عبارة الزركشي لاختصارها وتركيزها.

(٢) الفروق، للقرافي: ١٥٢/٢.

(٣) الموافقات، للشاطبي: ٤٥٣/١-٤٥٥.

الإقدام وإن ظنّها العامل. وإن لم يحصل ولا كان في حكم الحاصل لكن أمكن تلافيه، لم يحكم بإبطال ذلك العمل"

ثمّ مثّل للحالة الثانية –إمكان تلافي معنى النهي– بمسألتين:

الأولى: إجازة الإمام مالك لبيع المدبّر إذا أعتقه المشتري؛ "فإنّ البيع إنّما منع لحقّ العبد في العتق، أو لحقّ الله في العتق الذي انعقد سببه من سيّده، وهو التدبير؛ فإنّ البيع يفيته في الغالب بعد موت السيد، فإذا أعتقه المشتري حصل قصد الشارع في العتق".

الثانية: تصحيح الحنفية للعقود الفاسدة؛ "كنكاح الشغار والدرهم بالدرهمين، ونحوهما، إلى غير ذلك من العقود التي هي باطلة على وجه؛ فيزال ذلك الوجه فتمضي العقدة، فمعنى هذا الوجه أنّ نهي الشارع كان لأمر، فلمّا زال ذلك الأمر ارتفع النهي؛ فصار العقد موافقا لقصد الشارع؛ إمّا على حكم الانعطاف إن قدّرنا رجوع الصحّة إلى العقد الأوّل، أو غير حكم الانعطاف إن قلنا: إنّ تصحيحه وقع الآن لا قبل، وهذا الوجه بناء على أنّ مصالح العباد مغلّبة على حكم التعبّد".

وبقريب من هذا نوّه الدكتور الدريني إلى ضرورة إعمال النظر الكلّي في العقود بوصفها أسبابا شرعت وسيلة لتحصيل ثمراتها المقصودة للمكلّفين، وعدم قصر النظر على الأسباب مجرّدة من حيث كونُه مأذونا فيها شرعا، بل إنّ الثمرات المقصودة للمكلّفين التي جُعلت العقود أسبابا للوصول إليها شرعا، أولى بالنظر والمراعاة عند وزن الأسباب لتحديد مواضع الخلل فيها، حتى إذا أمكن تصحيح موضع الخلل، وجب المصير إليه، تجنّبا لإبطال العقد جملةً، وذلك بإزالة سبب الفساد فيه إن كان لأمر خارج عن ذات العقد، رعايةً لمصالح المكلّفين التي ما شُرعت العقود إلاّ وسيلة إلى تحصيلها.

وعليه، ينبغي تجنّب إبطال العقد ومحاولة التوفيق –إن أمكن– بين مقتضى النهي في ضوء متعلَّقه ومقصود الشارع منه، من جهة، وبين أصل مشروعيته من جهة أخرى، لأنّ الأخذ بظاهر النهي في جميع الحالات دون استبطانٍ لعلّته، أو موضع الخلل الذي استوجبه، ثمّ إبطال التصرف جملة على أساس هذا الظاهر، نظَرٌ مبتَسر إلى السبب مجرّداً، بكونه مأذونا فيه شرعا بحسب الأصل، ومقتضى النهي –وهو الحرمة– يتضادّ مع هذه المأذونية.

إنّ هذا النظر المجرّد إلى السبب قد يتنافى ومقصد الشارع في كثير من الصور والحالات التي لم

يقصد الشارع في مواضع النهي إبطالَها، إذ قد يكون أصل مشروعيتها متحقّقا، أو بالإمكان تحقيقه بوسائل تشريعية تعيد إلى التصرف صلاحيته لاستتباع آثاره، أو بتصرّفٍ في محلِّه يكسب الغيرَ حقّاً فيه، فيخرج المتصرّف عن المعصية، ويطهّر التصرف الثاني ممّا شاب الأوّل من أسباب الفساد فيه، فينقطع الحقّ في فسخه بإبطلاق(١).

المعنى الثاني: الدفع أولى وأسهل وأقوى من الرّفع

دفع الشيء: هو منع التأثير بما يصلح له لولا ذلك الدافع. والرفع: إزالة موجود لمانع، فالموجود يكون أقلّ تأثراً وأسهل إلغاء من التأثير الأوّلي للشيء(٢).

ويقصد بهذه القاعدة الفقهية: أنّ الاحتياط واتّخاذ أسباب الوقاية قبل حدوث المخالفة أيسر وأولى من ترك المخالفة حتى تنزل فيعسر رفعا إلاّ بضرر زائد.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: العقود الفاسدة التي تصحّح بعد الفوات على مذهبي الحنفية والمالكية، لأنّ حكمها الأصلي: الحظر والتحريم، وبعد الوقوع: استحقاق الفسخ، وبعد الفوات: تصحيح العقد إمّا بالمسمّى أو بالقيمة، ولا تستردّ العين المعقود عليها؛ تجنّبا لإحداث الضرر بأحد العاقدين، قال ابن رشد الجدّ(٣): "لما في رد عينه بعد الفوات، من الظلم لأحد المتبايعين وقد قال الله تعالى: {**وإن تبتم فلك رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون**} [البقرة: **٢٧٩**]. وردّ قيمته في الفوات هو المراد بعينه وهو التصحيح بالقيمة".

فهذا الإجراء هو من قبيل ترجيح أخفّ الضررين، قال الإمام المقّري في قواعده(٤): "ترجيح المفسدة على المفسدة يسقط اعتبارها ارتكابا لأخف الضررين عند تعذر الخروج عنهما، كإنفاذ المالكية إلا ابن عبد الحكم نكاح الثاني في مسألة الوليين بالدخول، ... أو ينقل حكما كفوات البيع الفاسد بالقيمة، وهذا أصل مالك، وخالفه الشافعي فيه على الجملة".

---

(١) بحوث مقارنة، للدريني: ١/١٨٥.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن السبكي: ١/١٢، المنثور، للزركشي: ٢/١٥٥، الأشباه والنظائر، للسيوطي: ١٣٨، غمز عيون البصائر، للحموي: ٢/١٨٤، شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقا: ٤/٣٣٩، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي: ٢/٧١٦.

(٣) مسائل أبي الوليد ابن رشد: ١/٢٠٣.

(٤) القواعد، للمقّري: ٣٢٧.

وأنقل هنا ما قاله **المرغيناني**، في متن الهداية عن حكم البيع الفاسد: "لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور؛ إذ هو واجب الرفع بالاسترداد، فبالامتناع عن المطالبة أولى"، قال **بدر الدين العيني** شارحا التعليل: "يعني أن البيع الفاسد إذا أفاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري رفعا للفساد واجتنابا عن المعصية، فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منعُ الفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد؛ لأنّ الدفع أسهل من الرفع"(١).

وقال الإمام محمّد الطاهر بن عاشور مؤصّلا مذهب الحنفية في قولهم بمرتبة "الفاسد" المغاير لـ"الباطل": "ويلقبّون هذا النّوع بالفاسد؛ لأنّ الفساد عندهم غير البطلان؛ كبيع عبد بخمسين أعطاه قيمتها خمراً، فإنّه تام الأركان إلّا أنّ بدل الثمن لا يصحّ الانتفاع به مع أنّه مال، وحكمه: أنّه يفسخ قبل القبض؛ لأنّ الدفع أسهل من الرفع، فإن قبضه المشتري صحّ ملكه له، ولكن إن بقي في يده وجب فسخه عند الظهور عليه، أو عند طلب أحدهما فسخه، وإن فات بنقل ملك، أو هلك ردّ المشتري مثله أو قيمته، ورد البائع الثمن في الصورتين، ويجب على المتبايعين فسخ الفاسد ما دام في يد المشتري"(٢).

كما أنّ في إيجاب ردّ العين الفاسدة بعد استهلاكها أو تعيّبها أو تغيّرها، أو بعد انتقالها بين الأيدي خدش لمبدأ استقرار العقود وحماية الحقوق المكتسبة من الأطراف الأخرى المتعاقد، وقد ألمح الأستاذ شفيق شحاته إلى وجود معنى شرعي مهمّ كامن وراء تصحيح العقود الفاسدة بعد فواتها، بأنّه وسيلة بديلة لحماية حقوق الغير من عيوب الملكية في حال غياب وسيلة لشهرها، حيث قال: "فأسباب الفساد كثيرة، وليس في الفقه الإسلامي طرق لشهر التصرفات فيبقى الغير إذاً جاهلا لعيوب ملكية من نقل له الملك، وإذا اشترى كان ملكه متقلقلا. لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة، يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر. ذلك أنهم نصّوا على أن التصرف في العين يطهّرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرّف"(٣).

---

(١) البناية شرح الهداية، للعيني: ٨/١٩٩-٢٠٠.

(٢) حاشية التوضيح على التنقيح، لابن عاشور: ١/٨٧.

(٣) النظريات العامة للالتزامات في الشريعة، لشفيق شحاته: ١٥٣.

المطلب الرابع: المرجع في تحديد قوة المفسد وضعفه

سنحاول خلال هذ المطلب تلخيص المؤشّرات التي تقاس بها قوّة المفسدات، وهي مستخرجة من الأوصاف والمناطات المذكورة في المطالب السابقة، وتهدف هذه المؤشّرات إلى تحديد المقاييس المعتبرة في قياس حجم المخالفات الواقعة في المعاملات المالية، وقد أحصينا منها ستة محدّدات:

✓ المحدّد الأوّل: متعلّق النهي

يمكن تصنيف قوّة المفسدات بالنظر إلى متعلّق النهي وفق الترتيب التالي:

١- المنهيات المتعلّقة بحقّ الله تعالى وتنصبّ على ذات المنهي عنه (الخمر والميتة..).

٢- المنهيّات المتعلّقة بحقّ الله تعالى وتنصبّ على وصف ملازم للعقد (الربا، الغرر..).

٣- المنهيات المتعلّقة بحقّ الله تعالى وتنصبّ على وصف مجاور للعقد (البيع وقت النداء).

٤- المنهيّات المتعلّقة بحقّ الآدمي (بيع النجش، وتلقي الركبان).

٥- المنهيات المتعلّقة بالحضّ على مكارم الأخلاق (يبيع الرجل على بيع أخيه).

✓ المحدّد الثاني: محلّ اختلال العقد

كما يمكن تصنيف قوّة المفسدات بالنظر إلى محلّ اختلال العقد وفق الترتيب التالي:

١- اختلال في شروط الانعقاد[١] (الصيغة، العاقدان، مكان العقد، المعقود عليه).

٢- اختلال في شروط الصحة (التأبيد، المعلومية، سلامة الرضا، الإفادة، تقوم الثمن، الخلو من الشروط الفاسدة).

٣- اختلال في شروط النفاذ (انعدام الولاية على المبيع، أو نقص في الأهلية).

٤- اختلال في شروط اللزوم (الخلو عن موجبات الخيارات).

✓ المحدّد الثالث: ثبوت حكم التحريم

ويقصد بهذا المحدّد أنّ أسباب الفساد المتّفق على تحريمها أقوى من الأسباب المختلف فيها، ويترتب عليها أمران:

أ- أن يَسلِب القائلُ بالتحريم عن المفسدات المختلف فيها بعض آثار الفساد مراعاة لقول المخالف الذي يري جوازها أو كراهتها، مع أنّ حكم التحريم ثابت لديه، ومع ذلك لم "يطّرد

---

(١) مصادر الحق، للسنهوري: ٤/٩٠.

المالكية مذهبهم وراعوا الخلاف؛ لأنّ مراعاة الخلاف أصل من أصول المالكية"[١].

ويندرج ضمن هذه الحالة أيضا المحرّم على سبيل الظنّ لا القطع؛ فإنّه يفيد فساداً ظنيا "شبهة فساد"، ويتم التعامل معه بنفس الطريقة. قال **خليل** في التوضيح[٢]: "فرّق في الفاسد بين أن يكون حراماً صريحاً ثبت تحريمه بنصّ أو إجماع وشبه ذلك، وبين أن يكون مدركُ تحريمه قياساً وعموماً بعيداً، فالأوّل تلزم فيه القيمة في المقوّم والمثل في المثلي، والثاني يمضي بالثمن، أي: يمضي بالثمن بعد الفوات".

ب- أن يجري القائل بالإباحة أو الكراهة على المفسدات المختلف فيها بعض آثار الفساد مراعاة لقول المخالف الذي يرى التحريم، قال ابن رشد[٣]: "وأمّا البيوع المكروهة، فهي التي اختلف أهل العلم في إجازتها، والحكم فيها أن تفسخ ما كانت قائمة، فإن فاتت لم ترد، مراعاة للاختلاف فيها".

وهذا الضابط تقديري واعتباري، ولا يمكن تحديده بمعيار مطرّد، ولذلك قال الدسوقي: "هذه قاعدة أغلبية إذ قد يأتي ما هو مختلف فيه، ولكنّه يمضي إذا فات بالقيمة"[٤]، كما لا يمكن تعميم هذه القاعدة على أيّ خلاف فقهي منقول ما لم ينصّ عليه أهل المذهب، قال العدوي معلّقا على قولهم "ولو كان الخلاف خارج المذهب": "لا شكّ أنّ معرفة ذلك تشقّ إلّا بنصّ من أهل المذهب أنّ المسألة ذات خلاف"[٥].

وقد وافق الحنابلة على الضابط الذي وضعه المالكية في التمييز بين النهي المتفق عليه والمختلف فيه، قال ابن اللحام[٦]: "ذكر أصحابنا مسائل فرّقوا فيها بين الفاسد والباطل، ظنّ بعض المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة. والذي يظهر والله أعلم أن ذلك ليس بمخالفة للقاعدة... فعندنا كلّ ما كان منهيّا عنه إمّا لعينه أو لوصفه ففاسد وباطل، ولم يفرّق الأصحاب في صورة من

---

(١) رفع النقاب، للشوشاوي: ٥٦/٢.

(٢) التوضيح، لخليل: ٥٠٦/٥.

(٣) المقدمات الممهدات، لابن رشد: ٦٨/٢.

(٤) حاشية على الشرح الكبير، للدسوقي: ٧١/٣.

(٥) حاشية على شرح الخرشي، للعدوي: ٨٦/٥.

(٦) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام: ١٥٢-١٥٥. باختصار.

الصورتين بين الفاسد والباطل في المنهيّ عنه، وإنّما فرقوا بين الفاسد والباطل في مسائل الدليل... فالباطل المجمع على بطلانه لا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح إلا في الطلاق إذا تزوّجها في عدّة من غيره هل يقع فيه روايتان... قلت: اختار عامة الأصحاب خلاف قوله والله أعلم. وأمّا الفاسد المختلف فيه فيثبت فيه أحكام الصحيح"، وزاد المرداوي[1]: "غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد، إذا كانت مختلفا فيها بين العلماء، والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كانت مجمعا عليها، أو الخلاف فيها شاذ".

ويمكن تصنيف قوّة المفسدات بالنظر إلى ثبوت حكم التحريم للمفسد وفق الترتيب التالي:

١- مفسدات قطعية الثبوت والدلالة.

٢- مفسدات ظنية تفيد "شبهة الفساد"؛ إمّا لظنية الأدلة والدلالة، أو لوجود خلاف فقهي معتبر.

✓ المحدّد الرابع: أحوال المعقود عليه

يمكن تصنيف قوّة المفسدات بالنظر إلى أحوال المعقود عليه وجودا أو فواتا بالنسبة لمراحل التعاقد الفاسد وفق الترتيب التالي:

١- المعقود عليه قائم وقت التعاقد الفاسد. (وهذا يستوجب الفسخ عند الجميع).

٢- المعقود عليه قائم بعد تسليمه وقبضه. (وهذا يستوجب الفسخ عند الجميع أيضا، مع انتقال الملك إلى المشتري عند الحنفية).

٣- فوات المعقود عليه بإحدى المفوّتات المعتبرة. (وهذا مختلف فيه بين الفقهاء، فيرى الشافعية والحنابلة وجوب فسخه مطلقا، ويفصّل الحنفية والمالكية بين حالتين: إذا كان المفسد كبيرا (البطلان)؛ يفسخ أيضا، أمّا غيره فيمضي العقد إمّا بالثمن أو بالمثل أو القيمة).

٤- رجوع المعقود عليه مرّة أخرى بزوال سبب الفوات؛ كزوال العقد الثاني. (وهذا يستوجب الفسخ مرّة أخرى عند الجميع).

✓ المحدّد الخامس: تعلّق المعقود عليه بحقوق الآخرين

---

(١) التحبير شرح التحرير، للمرداوي: ١١١١/٣.

يمكن تصنيف قوّة المفسدات بالنظر إلى تعلّق المعقود عليه في العقد الفاسد بحقوق الآخرين وفق الترتيب التالي:

١- خلوّ المعقود عليه من حقوق الآخرين. (يجب فسخه عند الجميع إذا كان قائما).

٢- تعلّق المعقود عليه بحقوق الآخرين بعقد غير لازم؛ كإعارة أو وديعة. (يجب فسخه أيضا عند الجميع).

٣- تعلّق المعقود عليه بحقوق الآخرين بعقد لازم؛ كبيع أو هبة أو رهن. (وهذا مختلف فيه بين الفقهاء، فيرى الشافعية والحنابلة وجوب فسخه مطلقا، ويفصّل الحنفية والمالكية بين حالتين: إذا كان المفسد كبيرا (البطلان)؛ يفسخ أيضا، أمّا غيره فيمضي العقد إمّا بالثمن أو بالمثل أو القيمة).

✓ **المحدّد السادس: نوع العقد المشتمل على المفسد**

يمكن تصنيف قوّة المفسدات بالنظر إلى نوع العقد الذي تدخل عليه وفق الترتيب التالي:

١- عقد البيع. (لتعلّق أغلب النصوص الشرعية به).

٢- عقد الإجارة وما في معناها كالجعالة والمساقاة والمزارعة. (وهذه تصحّح غالبا بأجرة المثل).

٣- عقود المشاركات؛ كالمضاربة والمشاركة. (وهذه تصحّح غالبا؛ بربح المثل للعامل، وبتقسيم أرباح الشركة وفق حصص رأس المال).

٤- عقود التبرع والإرفاق؛ كالهبة والعارية والوقف. (وهذه تتفاوت بين الإبطال، والتصحيح).

المبحث الثاني: مظاهر تفاوت مفسدات العقود، وآثاره، وتطبيقاته

المطلب الأوّل: مظاهر التفاوت بين مفسدات العقود

ذكرنا في المبحث السابق بعض النصوص الفقهية المختلفة الشاهدة على وجود التفاوت بين مفسدات العقود وأسبابها ومقاصدها، وسنذكر في هذا المطلب نماذج تطبيقية لكلّ مذهب فقهي، وحتّى ننوّع من مصادرنا ونَصل جهود الخلف بالسلف، فسيكون معتمدنا في هذه التطبيقات على: الجهود التي بُذلت في تقنين أحكام المعاملات الشرعية عند كلّ مذهب؛ بدءً من مجلة الأحكام العدلية الحنفية والحنبلية ومشاريع التقنين الأزهرية الأربعة، وكذا الدراسات الفقهية الحديثة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفرع الأوّل: مظاهر التفاوت في المذهب الحنفي

يعتبر المذهب الحنفي من أوسع المذاهب الفقهية مراعاة لهذا التفاوت لوجود مرتبة "الفساد" الوسطى بين الصحة والبطلان، وقد جزم كثير من الباحثين بأنّ "نظرية فساد العقود حنفية المنشأ، فإنّ الاجتهاد الحنفي هو الذي قرّرها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة"، أمّا "الاجتهادان المالكي والشافعي، خلافا للحنبلي، قد تابعا في مواطن دون أخرى التمييز الحنفي بين نهي مفسد لماهية الفعل، ونهي بأمر خارج عنها فلا يفسدها. لكنهما على كل حال، كغيرهما من الاجتهادات لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج"(١).

ومع ذلك فقد تأسّف الأستاذ الزرقا لفقهاء المذهب الحنفي لكونهم لم يضعوا "إلى اليوم ضابطا يقيم حدّا واضحا لما يجري فيه هذا التمييز بين البطلان والفساد وما لا يجري، ولكنهم فصّلوا أسباب الفساد وأحكامه تفصيلا مستوعبا في الفصول التي ميّزوا بين بطلانها وفسادها؛ كالبيع والإجارة، والهبة والمخارجة وغيرها"، وقد ذكرنا في المبحث السابق الضابط الذي استقرأه الأستاذ الزرقا للتمييز بينها بقوله: "إنّ التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية"(٢):

---

(١) المدخل الفقهي، للزرقا: ٢/٧٣٠، ٧٣٤. مختصرا. وينظر أيضا: مصادر الحق، للسنهوري: ٤/٩٠.

(٢) المدخل الفقهي، للزرقا: ٢/٧٣٥-٧٣٦.

أ- فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها، لأنها تنشئ التزامات متقابلة. إلى جانب القرض والهبة؛ لأنهما ينقلان الملكية. فكل ذلك مما يتميز فساده عن بطلانه، يعتبر مع الفساد منعقدا.

ب- ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية:

١- التصرفات الفعلية مطلقا.

٢- التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود، بل من تصرف الإرادة المنفردة كالطلاق والإعتاق والوقف والإبراء والكفالة وكذلك الإقرار.

٣- العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم، فإن الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض.

٤- العقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة.

فكلّ هذه الأنواع من التصرفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبتا وجود وعدم، أو صحة وبطلان. وليس بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد.

وفيما يلي: نماذج تطبيقية سنرتّبها بحسب التصنيف الذي انتهينا إليه سابقا:

أوّلا: المفسدات الكبرى

- البيع الباطل: هو ما أورث خللا في ركن البيع أو محلّه[١].
- يبطل بيع ما ليس بمال والبيع به[٢].
- كل مال غير متقوّم يبطل بيعه بالثمن، ويفسد بالعوض[٣].
- إذا بيع مال متقوّم منضما إليه ما لا يصلح بيعه بطل البيع وإن سمّي لكلٍّ ثمنٌ[٤].
- إذا بيع ملك منضما إليه وقف فالبيع صحيح في الملك إلا إذا كان المنضم إليه المسجد العامر فهو باطل[٥].

---

(١) مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أبي حنيفة، لجنة الأزهر: (المادة: ١٠٢): ١/١٧٥.

(٢) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٠٣): ١/١٧٥.

(٣) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٠٤): ١/١٧٥.

(٤) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٠٥): ١/١٧٨.

(٥) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٠٦): ١/١٧٩.

- يبطل بيع المجنون وبيع المعتوه والصبي اللذين لا يعقلان[١].
- يبطل بيع ما سيملكه إلا بطريق السلم[٢].
- لا يترتب على البيع الباطل ثبوت ملك التصرف للمشتري، فإذا هلك المبيع في يده بلا تعد لا يضمنه[٣].
- يبطل البيع المصرّح فيه بنفي الثمن[٤].
- إذا باع المرء مال غيره لنفسه أو من نفسه أو شرط الخيار فيه لمالكه، فالبيع باطل[٥].
- بيع ما فيه غرر باطل[٦].
- بيع غير مقدور التسليم بالثمن باطل[٧].

ثانيا: المفسدات الوسطى

- إذا باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فسد البيع[٨].
- بيع المضطر وشراؤه بغبن فاحش فاسد[٩].
- البيع المسكوت فيه عن الثمن فاسد[١٠].
- يفسد بيع عرض بخمر وعكسه[١١].
- بيع غير مقدور التسليم بالعرض فاسد[١٢].

---

(١) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٠٧): ١/١٨٠.
(٢) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٠٩): ١/١٨٢.
(٣) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١٠): ١/١٨٣.
(٤) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١١): ١/١٨٤.
(٥) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١٣): ١/١٨٦.
(٦) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١٤): ١/١٨٧.
(٧) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١٦): ١/١٨٩.
(٨) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١٨): ١/١٩٠.
(٩) نفس المرجع السابق: (المادة: ١١٩): ١/١٩١.
(١٠) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٠): ١/١٩٢.
(١١) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢١): ١/١٩٣.
(١٢) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٢): ١/١٩٤.

- بيع ما لا يصحّ الاستثناء منه فاسد مع الاستثناء[١].
- يفسد بيع ما ليس بمال متقوم في نفسه[٢].
- يفسد بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر وبيع فيه جهالة[٣].
- بيع المزابنة فاسد[٤].
- يفسد بيع ما فيه معنى المقامرة[٥].
- بيع المبهم القيمي فاسد إذا لم يشترط خيار التعيين[٦].
- يفسد شراء ما باعه ممن اشتراه بالأقل من قدر الثمن قبل نقده[٧].
- يفسد البيع بثمن مؤجل إلى وقت لا يمكن ضبطه[٨].
- يفسد البيع إذا اقترن بشرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين، ولم يجر عرف به، ولم يرد شرع بجوازه[٩].

فساد العقود الأخرى (غير البيع):

- الإجارة الفاسدة نافذة لكن الآجر يملك فيها أجر المثل ولا يملك الأجر المسمى[١٠].
- يقسم الربح والفائدة في الشركة الفاسدة بنسبة مقدار رأس المال، فإذا شرط ربح زائد لأحد الشريكين فلا يعتبر[١١].
- يستحق رب المال للربح بماله فلذلك يكون جميع الربح له في المضاربة الفاسدة، ويكون

---

(١) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٣): ١/١٩٥.
(٢) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٤): ١/١٩٥.
(٣) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٥): ١/١٩٦.
(٤) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٦): ١/١٩٧.
(٥) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٧): ١/١٩٨.
(٦) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٢٨): ١/١٩٩.
(٧) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٣٣): ١/٢٠٥.
(٨) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٣٥): ١/٢٠٨.
(٩) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٣٦): ١/٢٠٩.
(١٠) مجلة الأحكام العدلية (المادة ٤٦١).
(١١) نفس المرجع السابق (المادة ١٣٦٨).

المضارب بمنزلة أجير المثل لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد، ولا يستحق أجر المثل أيضا إن لم يكن ربح[١].

ثالثا: المفسدات الصغرى

وتشمل نوعين من البيوع:

البيوع المكروهة:

- يكره البيع مع الأذان الأول للجمعة إذا أخل بالسعي لها[٢].
- يكره النجش إذا بلغت السلعة قيمتها[٣].
- يكره السوم على سوم الغير بعد الاتفاق على الثمن وكذا البيع على بيعه[٤].
- يكره تلقي الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر[٥].
- يكره بيع الحاضر للبادي في حالة القحط أو العوز[٦].

البيوع الموقوفة:

- ينعقد بيع الفضولي موقوفا إن كان له مجيز وقت العقد وإلا فلا ينعقد، وتصح إجازته من المالك إذا كان كل من البائع والمشتري والمبيع قائما وأن يكون الثمن موجودا لو كان عرضا[٧].
- يتوقف بيع الصبي المحجور وبيع المعتوه على إجازة الولي[٨].
- يتوقف بيع غير الرشيد ماله على إجازة الوصي أو القاضي[٩].

---

(١) نفس المرجع السابق (المادة ١٤٢٦).
(٢) مشروع تقنين المذهب الحنفي: (المادة: ١٤٤): ٢١٩/١.
(٣) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٤٥): ٢٢٠/١.
(٤) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٤٦): ٢٢١/١.
(٥) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٤٧): ٢٢٢/١.
(٦) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٤٨): ٢٢٣/١.
(٧) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٤٩): ٢٢٤/١.
(٨) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٥٥): ٢٣١/١.
(٩) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٥٦): ٢٣١/١.

- يتوقف بيع المرهون والمستأجر على إجازة المرتهن أو المستأجر[١].
- يتوقف بيع شيء بالقدر المكتوب عليه، فإن علم المشتري بحقيقة قدره في مجلس البيع تخير وإلا فسد[٢].
- يتوقف بيع المبيع من غير مشتريه بعد القبض[٣].
- يتوقف البيع بما باع به فلان، والبيع بمثل بما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان، والبائع يعلم والمشتري لا يعلم، فإن علم المشتري في مجلس صح وإلا فسد[٤].
- يتوقف بيع الشيء بقيمته، فإن بيّن في المجلس صح وإلا فسد[٥].
- يتوقف بيع فيه خيار شرط[٦].
- يتوقف بيع ما في تسليمه ضرر على تسليمه في المجلس[٧].

الفرع الثاني: مظاهر التفاوت في المذهب المالكي

للمذهب المالكي نظرة مقاربة لنظرية الفساد الحنفية، فإذا كان المذهب الحنفي قد اعتبر العقد في منزلة بين الصحة والبطلان مع استحقاق الفسخ ما لم يفت المعقود عليه، فإنّنا نجد نفس هذه النتيجة مقرّرة في المذهب المالكي مع اختلاف في الاصطلاحات، فهم لا يفرّقون بين الفاسد والباطل كما فعل الحنفية، ولكنّهم فرّقوا بين درجات البطلان؛ بين باطل يفسخ ويردّ المعقود عليه على كلّ حال، وباطل لا يردّ معقوده في حال فواته، والتقط هذا المعنى الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وعبّر عنه بكلّ وضوح بقوله: "والظاهر أنّ مذهب مالك يجعل الرد يفوت في البيع الباطل –وهو الفاسد سواء في هذا المذهب– بخروج المبيع عن يد المشتري ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة، وبتعلّق حقّ للغير بالبيع، كرهنه إذا لم يقدر الراهن على خلاصه لعسره فلو قدر لملاءته لم يكن فوتا،

(١) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٥٧): ١/٢٣٢.
(٢) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٥٩): ١/٢٣٤.
(٣) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٦٠): ١/٢٣٤.
(٤) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٦٢): ١/٢٣٥.
(٥) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٦٣): ١/٢٣٥.
(٦) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٦٤): ١/٢٣٧.
(٧) نفس المرجع السابق: (المادة: ١٦٨): ١/٢٣٨.

وكإجازته اللازمة، فيحمي المذهب المالكي الغير في البيع الباطل، كما يحميه المذهب الحنفي في العقد الفاسد؛ لاختلاط العقد الباطل بالعقد الفاسد في مذهب مالك"[١].

وفيما يلي: نماذج تطبيقية مرتّبة بحسب التصنيف المقترح:

أوّلا: المفسدات الكبرى

يمكن حصر المفسدات الكبرى عند فقهاء المالكية في أمرين:

- لا يصحّ عقد غير المميّز لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر[٢].
- يشترط في المعقود عليه مثمنا كان أو ثمنا: أن يكون منتفعا به شرعا، مقدورا على تسليمه، معلوما للمتبايعين ذاتا وصفة وقدرا[٣]. فكلّ ما لا يحلّ تملّكه ولا الإقرار به لو حصل يعتبر باطلا غير قابل للتصحيح، قال ابن رشد[٤]: "ومنها ما يفسخ على كل حال، وهو ما لا يصح بيعه على حال، كبيع الحر وأمّ الولد وجلود الميتة، ولحوم الضحايا، وما أشبه ذلك".

ثانيا: المفسدات الوسطى

- يبطل بيع العين بالعين، والطعام بالطعام لاشتماله على ربا الفضل إن اتحد جنس العوضين في كل منهما، وكان الطعام ربويا، أو باشتماله على ربا نساء مطلقا، اتحد الجنس أو اختلف، كان الطعام ربويا أو غير ربوي[٥].
- يفسد البيع باشتماله على غش في المبيع، وهو إظهار جودة مبيع ليس بجيد، أو خلطه بغير جنسه أو خلط جيد برديء من جنسه، إلا أن يكون خلطه بغير جنسه، إلا أن يكون خلطه بغير جنسه قد اقتضته صنعة المبيع فلا يكون من باب الغش ولا يوجب فساد البيع[٦].

---

(١) مصادر الحقّ، للسنهوري: ٩٣/٤.

(٢) مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك، لجنة الأزهر: (المادة: ٢٤): ٧٣/١.

(٣) المرجع السابق: (المادة: ٣٢): ٧٩/١.

(٤) مسائل ابن رشد: ٢٠٢/١.

(٥) مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٦٢): ١١٦/١.

(٦) المرجع السابق: (المادة: ٦٣): ١١٩/١.

- يفسد البيع باشتماله على الجهالة والغرر في الثمن أو المثمن. ويغتفر النزر اليسير الذي جرت عادة الناس بالتسامح فيه أو الذي لا يمكن الاحتراز منه[١].
- لا يجوز فسخ دين في دين في ذمة المدين في نظير دين آخر في ذمته من غير جنس أو من جنسه أكثر منه، ولا فسخه في نظير شيء معيّن يتأخّر قبضه، ويجوز فسخه في نظير منافع شيء معيّن[٢].
- من باع شيئا بثمن مؤجل جاز له أن يشتريه ممن باعه له بثمن حال أو مؤجل، إلا أن يختلف البيعان في الثمن والأجل، وكان دفع الثمن الأقل سابقا على دفع الثمن الأكثر، فلا يجوز البيع الثاني منهما، ويفسخ إن كان المبيع قائما، فإن فات فسخ البيعان لسريان الفساد إلى البيع الأول بفوات المبيع[٣].
- بيع العينة هو بيع يتم بين من نصب نفسه لطلب شراء السلع وليست عنده وبين طالب السلعة، فإذا طلبت منه سلعة فإنه يشتريها لحسابه، ويبيعها لمن طلبها منه بزيادة على ثمن شرائه لها، وهو بيع جائز إلا أن يؤدي إلى تهمة سلف بزيادة فلا يجوز، وإذا وقع فسخ الشراء الثاني، ولزمت السلعة طالبها بثمن الشراء الأول، وللمطلوب منه الأقل من جعل المثل وربح الشراء الثاني[٤].
- ويلتحق بما سبق: البيع عند النداء يوم الجمعة، وفيها ثلاث أقوال: أشهرها، يفسخ البيع، وإن فات فبالقيمة يوم قبضه؛ كما هو شأن البيع المتّفق عليه مع أنّه مختلف فيه، فهي استثناء من القاعدة، وهناك قولان آخران: أحدهما: لا يفسخ، والثاني يفسخ في حقّ المتعوّد[٥].

فساد العقود الأخرى (غير البيع):

- إذا وقع القراض بدين لرب المال على العامل قبل قبضه منه كان قراضا فاسدا. ويستمر

---

(١) المرجع السابق: (المادة: ٦٤): ١/١٢٠.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ٦٥): ١/١٢١.

(٣) المرجع السابق: (المادة: ٥٧): ١/١٠٩.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ٥٨): ١/١١١.

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١/٣٨٨-٣٨٩.

الدين في ذمة العامل ويكون له ربح ما يعمل فيه من ماله وعليه خسارته[١].

- إذا لم يعيّن نصيب العامل من ربح القراض عند العقد ولم يوجد في بلده عُرف يعيّنه كان قراضا فاسدا، ويفسخ إن عُثر على فساده قبل شروع العامل في العمل، فإن عثر على فساده بعد شروعه فيه فلا يفسخ، ويُردّ إلى قراض المثل بالنسبة لتوزيع الربح بين العامل ورب المال[٢].
- إذا شرط رب المال على العامل ضمان رأس مال القراض إذا تلف أو ضاع ولو بغير تفريط منه كان قراضا فاسدا. ويفسخ قبل الشروع في العمل، ويرد بعد الشروع فيه إلى قراض المثل، ولا يعمل بشرط الضمان[٣].
- إذا وقعت المساقاة فاسدة وعُثر على فسادها قبل الشروع في العمل وجب فسخها، فإن عثر عليه بعد الشروع فيه فلا تنفسخ وتردّ إلى مساقاة المثل في العمل وجزء الغلة[٤].
- إذا وقعت الإجارة فاسدة وعرف فسادها قبل الشروع في استيفاء المنفعة وجب فسخها، فإن عُرف بعد الشروع في استيفائها فلا تفسخ وتردّ إلى أجرة المثل[٥].
- إذا وقعت الجعالة فاسدة لفقد شرط من شروطها، فإنّ العامل يكون له جعل المثل إن تمّ العمل المجاعل عليه، فإن لم يتمّ فلا شيء له، إلاّ أن تقع الجعالة بجعل ولو لم يتم العمل، فيكون له حينئذ أجرة مثله[٦].

ثالثا: المفسدات الصغرى

وتشمل نوعين:

البيوع الموقوفة:

- يصح عقد السفيه أو الصغير المميّز، ولا يكون لازما إلا إذا أمضاه وليه، أو كان وكيلا

---

(١) مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٤٢٠): ٣٠٥/٢.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ٤٢٢): ٣٠٧/٢.

(٣) المرجع السابق: (المادة: ٤٢٣): ٣٠٨/٢.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ٤٥١): ٣٤٢/٢.

(٥) المرجع السابق: (المادة: ٤٨٤): ٣٧٧/٢.

(٦) المرجع السابق: (المادة: ٥٠٦): ٣٩٩/٢.

في عقده عن رشيد[1].

- يصح عقد الفضولي ويتوقف لزومه على إجازة مالك المبيع[2].

البيوع المحظورة لوصف مجاور أو حضّا على مكارم الأخلاق:

- ويلتحق بما سبق البيوع التي يقترن بها وصف محظور مجاور دون أن يطابقه نهي أو إخلال بشرط من شرائط صحّتها، ومثّل لها **ابن رشد**[3] بقوله: "مثل أن يبيع قبل الصلاة في آخر وقتها بقدر ما لا يدرك قبل تمامه إلا ركعة من الصلاة، ويعلم أنّه يفوته جميع الوقت باشتغاله بالبيع، ومثل البيع والشراء في موضع مغصوب وما أشبه ذلك، فإنّ البيع على هذا الوجه حرام محظور غير جائز، إلا أنّه إذا وقع لم يفسخ، فات أو لم يفت، باتفاق، إلا ما كان من هذا النوع علة الحظر فيه باقية ببقاء المبيع، مثل شراء النصراني المصحف والمسلم، أو شراء الدين على الرجل إرادة الإضرار به، فقيل: إنه يفسخ لبقاء علة الحظر فيه بعد البيع، وقيل: إنه لا يفسخ وترفع العلة ببيع المشترى على المشتري".
- ويلتحق بما سبق أيضا: ما نهي عنه من قبيل الحضّ على مكارم الأخلاق، ومثّل لها الإمام **اللخمي**[4] بقوله: "والثالث: نهيه -صلى الله عليه وسلم- أن يبيع الرجل على بيع أخيه، أو يسوم على سومه، أو يخطب على خطبته، وهذا حض منه على رفع الشحناء وما يجر إلى التباغض، ونهيه عن ثمن الكلب، وثمن السنور، وعن كراء الأرض إذا كان صاحبها في غنى عن حرثها لقوله: "يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها خرجا معلوما". ونهيه عن عسيب الفحل وبيع نقع الماء، وبيع فضل الماء، وبيع الكلأ، فهذا حض منه -صلى الله عليه وسلم- على مكارم الأخلاق".

الفرع الثالث: مظاهر التفاوت في المذهب الشافعي

للمذهب الشافعي نظرة أضيق من سابقيه في تفاوت مفسدات العقود؛ إذ تتوزّع جلّها بين المفسدات الكبرى التي تفيد البطلان، والمفسدات الصغرى التي لا تؤثّر في صحّة العقد، باستثناء

---

(١) مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٢٥): ٧٤/١.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ٢٦): ٧٤/١.

(٣) المقدمات الممهدات، لابن رشد: ٦٣/٢.

(٤) التبصرة، للخمي: ٤٢٧٥/٩.

عقود الإجارات والمشاركات التي تصنّف ضمن المفسدات الوسطى التي تسلب عنها بعض آثار الصحّة، وتجري عليها البعض الآخر؛ كاستحقاق عوض المثل، وثبوت الضمان.

وفيما يلي: نماذج تطبيقية مرتّبة بحسب التصنيف المقترح:

أوّلا: المفسدات الكبرى

- يكون بيع الربوي باطلا[١]:

١- إذا اشتمل الثمن والمثمن أو أحدهما على جنسين ربويين.

٢- إذا اشتملا على جنس ربوي وانضم إليه جنس آخر غير ربوي.

٣- إذا اختلف نوع المبيع.

- تعتبر البيوع التالية فاسدة[٢]:

١- بيع عسب الفحل

٢- بيع حبل الحبلة

٣- بيع الملاقيح

٤- بيع المضامين

- بيع الملامسة باطل[٣].
- بيع المنابذة باطل[٤].
- بيع الحصاة باطل[٥].
- بيعتان في بيعة باطل[٦].
- لا يصح البيع بشرط ينافي مقتضى العقد[٧].

---

(١) مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام الشافعي، لجنة الأزهر: (المادة: ٢٨): ٦٦/١.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ٣٠): ١٤٧/١.

(٣) المرجع السابق: (المادة: ٣١): ١٤٩/١.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ٣٢): ١٤٩/١.

(٥) المرجع السابق: (المادة: ٣٣): ١٤٩/١.

(٦) المرجع السابق: (المادة: ٣٤): ١٤٩/١.

(٧) المرجع السابق: (المادة: ٣٥): ١٤٩/١.

- لا يصح بيع العربون[1].

ثانيا: المفسدات الوسطى

- صحيح المساقاة والقراض، والإجارة، والمسابقة، والجعالة: مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل[2].

ثالثا: المفسدات الصغرى

- النوع الثاني من المنهي عنه، وهو ما لا يبطل لرجوع النهي عنه إلى معنى يقترن به لا إلى ذاته؛ لأن النهي ليس للبيع بخصوصه ... بل لأمر آخر غير لازم له[3].

١- بيع الحاضر للباد.

٢- تلقي الركبان.

٣- السوم على سوم غيره.

٤- البيع على بيع غيره قبل لزومه.

٥- الشراء على الشراء في زمن الخيار.

٦- النجش.

٧- بيع السلعة المفضية إلى معصية.

٨- الاحتكار.

- إذا باع في صفقة واحدة حلالا وحراما، فرقت الصفقة وصح البيع في الحلال وبطل في الحرام[4].

الفرع الرابع: مظاهر التفاوت في المذهب الحنبلي

المذهب الحنبلي قريب من المذهب الشافعي -أو أضيق منه- في نظرته إلى تفاوت مفسدات العقود؛ إذ تتركّز جلّها ضمن المفسدات الكبرى التي تفيد البطلان، وقليل منها ضمن المفسدات

---

(١) المرجع السابق: (المادة: ٣٧): ١/١٤٩.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ٢٨٤.

(٣) مشروع تقنين المذهب الشافعي: (المادة: ٢٨): ١/١٦٥.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ٣٨): ١/١٧١.

الصغرى، بينما تتضمّن المفسدات الوسطى عقود الإجارات والمشاركات كما هو الشأن عند الشافعية.

وفيما يلي: نماذج تطبيقية مرتّبة بحسب التصنيف المقترح:

أوّلا: المفسدات الكبرى

- تصرف الفضولي باطل، ولو أجيز بعد. إلاّ إذا اشترى في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح البيع[١].
- يحرم ويبطل بيع الربوي بجنسه ومع أحدهما أو معهما شيء آخر من غير جنسهما[٢].
- يحرم البيع ويقع فاسدا في حالتين[٣]:

١- إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الجمعة ووقع العقد بعد الشروع في النداء الذي عند المنبر حتى تنقضي الصلاة.

٢- إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الصلاة المكتوبة ووقع العقد بعد أن تضايق وقتها، بحيث لم يبق منه إلا ما يسعها إلى أن ينتهي وقتها.

يباح البيع، ويصح في الحالتين السابقين: إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة.

- إذا وقع العقد على عين يقصد بشرائها استعمالها في معصية إذا علم البائع من المشتري ذلك ولو بقرينة[٤].
- إذا باع المسلم على بيع المسلم أو اشترى على شرائه في زمن أحد خياري المجلس والشرط[٥].
- بيع الحاضر للبادي باطل وحرام بخمسة شروط[٦]:

١- أن يحضر البادي لبيع سلعته.

---

(١) مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لجنة الأزهر: (المادة: ١٣): ٣٤/١.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ١١٥): ١٨٢/١.

(٣) المرجع السابق: (المادة: ٣٣): ٦٤/١.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ٣٤): ٦٦/١.

(٥) المرجع السابق: (المادة: ٣٥): ٦٧/١.

(٦) المرجع السابق: (المادة: ٣٦): ٦٨/١.

٢- أن يريد بيعها بسعر يومها.

٣- أن يكون جاهلا بسعر البلد الذي قدم إليه.

٤- أن يقصده حاضر عارف بالسعر.

٥- أن يكون بالناس حاجة إلى السلعة.

- العينة: يحرم ويفسد في الصورتين (باع بمؤجّل ثم اشترى منه بأقل، باع بنقد مقبوض ثم اشترى منه بأكثر غير مقبوض) العقد الأوّل: إن كان وسيلة إلى الثاني وإلا فلا.

يحل البيع ويصح من اشترى شيئا نسيئة بأكثر من قيمته، ويصح البيع إذا باعه لغير بائعه بثمن حاضر أقل مما اشتراه به، حيث أن المشتري الثاني غير البائع الأول[١].

- الاحتكار حرام، بثلاثة شروط[٢]:

١- أن يكون الطعام المحتكر مشترى.

٢- أن يكون قوتا.

٣- أن يضيق على الناس بشرائه.

يجبر المحتكر على بيع ما احتكره كما يبيع الناس فإن أبى وخيف التلف بحبسه عن الناس فرقه الإمام على المحتاجين، ويردون مثله عند زوال الحاجة.

ثانيا: المفسدات الوسطى

- الإجارات الفاسدة إذا عمل فيها الأجير وجب له أجرة المثل[٣].
- العقد الفاسد لا أثر له فلا يعتبر الأجر المسمى فيه، وتجب فيه أجرة المثل بتسليم العين لمدة بقائها في يد المستأجر ولو لم ينتفع بها، ولا يعتبر البذل تسليما في الإجارة الفاسدة[٤].
- إذا فسدت الشركة فسم الربح على قدر أموال الشركاء وكذا الوضيعة، ويرجع كلّ شريك على بقية الشركاء بأجرة مثل عمله في مالهم، فلو كان الشركاء من ثلاثة رجع كلّ شريك

---

(١) المرجع السابق: (المادة: ٣٧): ١/٧٠.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ٤٠): ١/٧٥.

(٣) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، أحمد القاري: (المادة: ٦٦٧): ٢٤٨.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ٦٧٤): ٢٥٠.

بأجرة ثلثي عمليه، ولو كانوا أربعة رجع كلّ بثلاثة أرباع أجرة عمله وهكذا، وفي شركة الأبدان قسم أجر ما تقبلاه بالسوية[١].

- المضاربة الفاسدة كالإجارة الفاسدة، فالربح كلّه لرب المال وللعامل أجرة مثله[٢].
- إذا فسدت المساقاة فالثمر كله لرب الشجر، وعليه أجرة مثل العامل[٣].
- البذر أصل الزرع، فإذا فسدت المزارعة كان الزرع لصاحب البذر وعليه للعامل أجرة مثله، ولرب الأرض أجرة مثلها[٤].

ثالثا: المفسدات الصغرى

- للمغبون من العاقدين غبنا يخرج عن العادة الخيار على التراخي بين رد، أو إمساك بلا أرش، وذلك في صور ثلاث:

١- إذا التقى حاضر قادما فباعه أو اشترى منه بغبن.

٢- إذا زايد في السلعة من لا يريد شراءها ليغر المشتري.

٣- إذا كان المغبون جاهلا بقيمة المبيع ولا يحسن المماكسة[٥].

---

(١) المرجع السابق: (المادة: ١٨٥١): ٥٥٣.

(٢) المرجع السابق: (المادة: ١٨٦٦): ٥٥٧.

(٣) المرجع السابق: (المادة: ١٩٦٤): ٥٧٩.

(٤) المرجع السابق: (المادة: ١٩٩٤): ٥٨٦.

(٥) مشروع تقنين المذهب الحنبلي: (المادة: ٦٦): ١١٥/١.

المطلب الثاني: الأثر الفقهي الناتج عن تفاوت مفسدات العقود

تطرّقنا في المطالب السابقة إلى بعض الآثار الناجمة عن فساد العقد أو بطلانه، وسنحاول في هذا المطلب تلخيصها حسب التصنيف المقترح:

الفرع الأوّل: آثار المفسدات الكبرى (مبطلات العقود)

ويقصد بها المفسدات المتّفق عليها بين سائر المذاهب، ويتعلّق النهي فيها بحقّ الله تعالى لذات المنهي عنه عند الحنفية والمالكية، ويلحق بها الشافعية والحنابلة المنهي عنه لوصف ملازم، ويترتّب عليها ما يلي:

❖ **النتيجة الأساسية لبطلان العقد:** فقدان العقد سببيته لحكمه، فلا يترتب عليه الأثر النّوعي المقرر له شرعا في حال صحته(١).

❖ **النتائج السلبية لبطلان العقد:**

✓ بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه، وبطلان ما بني عليه.

✓ إذا بطل التصرف الفعلي لزم نقضه، وإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها قبل التصرف.

✓ العقد الباطل لا يقبل الإجازة اللاحقة.

✓ البطلان لا يسري عليه حكم التقادم.

✓ الدعوى الباطلة وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها، كمن ادعى أحد بطلب صدقة، أو بوفاء دين؛ لأنه من جيران المدين، أو بطلب تنفيذ عقد باطل. وهذه لا يترتب عليها حكم، بل يردها القاضي فورا لعدم إمكان إصلاحها(٢).

❖ **النتائج الإيجابية لبطلان العقد:**

✓ انتقال ضمان المبيع إلى المشتري في البيع الباطل عند جمهور الفقهاء وذلك في غير حالات عدم التقوّم شرعا؛ إذ "كلّ عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكلّ عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده؛ فالبيع والإِجارة

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني: ١٨٧/٧، مصادر الحق، للسنهوري: ٩٤/٤-١٠٣، المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧١٥/٢.

(٢) المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧٣٧/٢، نقلا عن درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر: ١٧٥/٤.

والنكاح موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفساد، والأمانات؛ كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة؛ لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد"[١]، وعند الحنفية قولان[٢].

- ✓ تجزؤ البطلان في حال جمعت الصفقة بين حلال وحرام، فيصحّ الجزء المتعلّق بالحلال ويبطل الجزء المحرّم، وهذا في أحد قولي العلماء في سائر المذاهب[٣].

ثانيا: آثار المفسدات الوسطى (مفسدات جزئية أو مؤقّتة)

ويقصد بها أسباب الفساد المتردّدة بين إفادة البطلان النهائي أو الفساد الجزئي أو المؤقّت، ويترتّب عليها ما يلي:

- ❖ **النتيجة الأساسية لفساد العقد:** سلب بعض آثار العقد المقررة له شرعا في حال صحته، واستحقاقه للفسخ بإرادة كل من الطرفين أو بإرادة القاضي[٤].
- ❖ **النتائج السلبية لفساد العقد[٥]:**
  - ✓ العقد الفاسد لا ينتج أثرا قبل القبض.
  - ✓ وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفسد قبل القبض أو بعده، ولا يتوقف الفسخ على القضاء إلا إذا أصر أحدهما على إمساكه[٦]، وعند المالكية كذلك بالنسبة للفساد المتّفق عليه، فإن كان مختلفا في فساده فسخ بحكم القاضي[٧].
  - ✓ وجوب ردّ المبيع الفاسد ما لم يفت، فإذا فات استقرّت الملكية، ويحصل الفوات عند الحنفية بأحد أمرين[٨]:

١- حدوث تغيّر في حالة المعقود عليه؛ بأن هلك المبيع في يد المشتري، أو استهلكه، أو

---

(١) عمل من طب لمن حب، للمقري: ١٢٠، الأشباه والنظائر، لابن السبكي: ٣٠٧/١، القواعد، لابن رجب: ٣٣٤/١.

(٢) المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧١٧/٢.

(٣) مصادر الحق، للسنهوري: ٩٩/٤، النظريات الفقهية، للزحيلي: ٨٥.

(٤) مصادر الحق، للسنهوري: ١٠٩/٤-١١٠، المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧٤٩/٢.

(٥) المراجع السابقة، النظريات الفقهية، للزحيلي: ١١٨.

(٦) مشروع تقنين المذهب الحنفي: (المادة: ١٣٧): ٢١١/١، مصادر الحق، للسنهوري: ١١٠/٤.

(٧) مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٥): ١٣٢/١.

(٨) مجلة الأحكام العدلية، (المادة: ٣٧٢)، المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧٥٣/٢.

زاد المشتري في المعقود عليه شيئا من ماله كما لو كان المبيع دارا فعمرها، أو أرضا فغرس فيها أشجارا، أو تغيّر اسم المبيع؛ بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيق.

٢- إذا تعلّق بالمعقود عليه حقّ الآخرين؛ بأن أخرجه من يده ببيع صحيح، أو بهبة من آخر، فينبغي ألاّ يؤدّي الفسخ إلى إبطال حقوقهم.

✓ يجب ردّ المبيع لبائعه في البيع الفاسد عند المالكية إن كان قائما، فإن فات وهو بيده، وكان مختلفا في فساده: مضى بيعه بالثمن الذي وقع البيع به، وإن كان مجمعا على فساده: وجب عليه ردّ قيمته يوم قبضه إن كان قيميا، وردّ مثله إن كان مثليا وعُلم قدر المثل ووُجد بالبلد، وإلا ردّ قيمته يوم الحكم بها[١]، ويحصل الفوات المبطل لحقّ الفسخ عند المالكية بنفس ما ذكره الحنفية، وزادوا عليهم أمرين[٢]:

١- تغيّر سوق المبيع غير المثلي والعقار، فإن كان مثليا أو عقارا فلا يفوت بتغير سوقه ويرد بعينه للبائع.

٢- نقل المبيع إلى محل آخر إن كان في نقله مشقة أو كانت الطريق مخوفة.

✓ يجب ردّ المبيع الفائت عند المالكية إذا عاد إلى حالته الأصلية بعد حدوث المفوّت، وقبل صدور الحكم بالفوات، إلا أن يكون فواته بتغيّر سوقه فلا يرتفع الفوات بعود المبيع إلى سوقه الأوّل[٣].

✓ ومن أحكام الفسخ عند الحنفية[٤]:

- لا يسقط حق الفسخ في البيع الفاسد بموت أحد المتعاقدين.
- ولا يأخذ البائع المبيع بعد الفسخ حتى يرد ما قبضه.
- ولو مات البائع فالمشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء.
- ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بما قبضه حتى يسترد المبيع.

✓ لا يرتفع الفساد بالإجازة؛ لأنه ناشئ عن مخالفة نظام العقد، وليس لأحد أن يقرّ هذه

---

(١) مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٦): ١٣٢/١.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي: ١٧٥، مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٨): ١٣٣/١.

(٣) مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٩): ١٣٥/١.

(٤) مشروع تقنين المذهب الحنفي: (المادة: ١٤١): ٢١٦/١.

المخالفة. ولكن يمكن أن يزول الفساد بإزالة سببه كالشرط الممنوع، أو الجهالة. فعندئذ ينقلب العقد صحيحا (إذا زال المانع عاد الممنوع).

- ✓ الدعوى الفاسدة وهي: المستوفية شرائطها الأساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل، ولكنها مختلة في بعض أوصافها الخارجية (فرعية). وذلك إذا كان المدعى به مجهولا بأن ادعى أحد على آخر بدين مثلا لم يبين مقداره. فهي على هذا الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة، ولكنها قابلة للإصلاح. فإذا صححها واستكمل نواقصها سارت فيها المحكمة، وإلا ردّتها. ولا يستلزم هذا الرد سقوط الحق بتاتا، بل للمدعي أن يجدّدها على وجه صحيح متى شاء[١].

❖ **النتائج الإيجابية لفساد العقد:**

- ✓ انتقال ضمان المبيع إلى المشتري في البيع الفاسد.
- ✓ انتقال الملك في البيع الفاسد يكون عند الحنفية بعد قبض محلّه برضا البائع، لكنّه ملك خبيث لا يحلّ معه الانتفاع به، ولكن يجوز له التصرف فيه بالبيع والهبة[٢]، فإذا تصرّف البائع في الثمن، والمشتري في المبيع تصرّفا صحيحا، وربح كلّ منهما يطيب الربح للبائع ولا يطيب للمشتري[٣].
- ✓ انتقال شبهة ملك المبيع الفاسد عند المالكية يحصل بفواته، وهو بيده لا بمجرد قبضه[٤]، ويستحق المشتري غلة المبيع بيعا فاسدا عندهم بعد قبضه يوم الحكم بردّه، ولا رجوع له على البائع بما أنفقه على المبيع المردود، فإن لم يكن للمبيع غلة رجع عليه بما أنفقه[٥].
- ✓ لا ينتقل ملك المبيع الفاسد عند بقية الفقهاء مطلقا[٦].

---

(١) المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧٣٧/٢، نقلا عن درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر: ١٧٦/٤.

(٢) مشروع تقنين المذهب الحنفي: (المادة: ١٣٧): ٢١١/١، مصادر الحق، للسنهوري،: ١١٤/٢، النظريات الفقهية، للزحيلي: ١٢٠.

(٣) مشروع تقنين المذهب الحنفي: (المادة: ١٤٢): ٢١٧/١.

(٤) قواعد الفقه، للمقري: ٤٤٨، إيضاح المسالك، للونشريسي: ١٥١، مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٤): ١٣١/١.

(٥) إيضاح المسالك، للونشريسي: ١٤٩، مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٧): ١٣٣/١.

(٦) إيضاح المسالك، للونشريسي: ١٤٩، مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادة: ٧٧): ١٣٣/١.

- ✓ انقلاب العقد الفاسد أحيانا إلى عقد صحيح، إذا كان الفساد ضعيفا لا يدخل في صلب العقد، بل في شرط جائز في الأصل؛ كما لو باع بالخيار ولم يؤقّت أجلا، أو وقّت بأجل فيه جهالة؛ فإنّه فاسد للجهالة، لكنه إذا أزال الجهالة بالاختيار فعلا قبل حلول الأجل صحّ العقد(١).
- ✓ استحقاق أجرة المثل في عقود الإجارة والمساقاة والمزارعة الفاسدة، وكذا ربح المثل، في المضاربة والمشاركة الفاسدتين عند جميع الفقهاء(٢)، قال السيوطي: "وصحيح المساقاة والقراض، والإجارة، والمسابقة، والجعالة: مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل".

ثالثا: آثار: المفسدات الصغرى (مفسدات معلّقة أو غير مؤثّرة)

ويقصد بها المنهيات المتعلقة بوصف مجاور إمّا لحقّ الله تعالى أو لحقّ آدمي، أو من قبيل الحضّ على مكارم الأخلاق، ويترتّب عليها ما يلي:

❖ **النتيجة الأساسية للعقد:** العقد صحيح ومنعقد، لكنّه قد تُحجب عنه بعض الآثار؛ كالنفاذ، أو اللزوم.

❖ **النتائج الفرعية للعقد:**

- ✓ استحقاق الفسخ للعقود المكروهة قبل الفوات لا بعده عند المالكية، قال ابن رشد(٣): "وأما البيوع المكروهة، فهي التي اختلف أهل العلم في إجازتها، والحكم فيها أن تفسخ ما كانت قائمة، فإن فاتت لم ترد، مراعاة للاختلاف فيها، كذا روى ابن وهب عن مالك أنّ البيع المكروه لا يردّ إذا فات، وبعضها أشدّ كراهية من بعض، فمنها ما العقد فيه فوت، ومنها ما القبض فيه فوت، ومنها ما فوات العين فيه فوت، ومنها ما يختلف فيما يفوت به، كشراء الزرع إذا أفرك قبل أن ييبس، وما أشبه ذلك".
- ✓ البيوع المكروهة عند الحنفية والشافعية والحنابلة لا تستوجب الفسخ.
- ✓ البيوع الموقوفة؛ كالفضولي والسفيه منعقدة وتفيد الحكم بعد الإجازة عند الحنفية

---

(١) المدخل الفقهي العام، للزرقا: ٧٥٤/٢، فقه المعاوضات، للكردي: ٢٦١.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي:٢٨٤، ٣٦٣، مشروع تقنين المذهب الحنبلي: (المادة: ٩٨): ١٥٨/١..

(٣) المقدمات الممهدات، لابن رشد: ٦٨/٢.

والمالكية[1]، خلافا للشافعية والحنابلة[2].

- ✓ سلب صفة اللزوم بثبوت خيارات السلامة والأمانة في حقّ العاقد المتضرّر؛ بالغبن أو التغرير أو التدليس أو العيب أو فوات الوصف بردّ الصفقة أو قبولها أو تعديلها على خلاف بين الفقهاء في الشروط والضوابط.

(١) مجلة الأحكام العدلية: (المادة: ٣٧٧)، مشروع تقنين المذهب المالكي: (المادتان: ٢٥، ٢٦).

(٢) مشروع تقنين المذهب الشافعي: (المادتان: ١٥-١٦): ٦٣/١، مشروع تقنين المذهب الحنبلي: (المادة: ١٣): ٣٤/١.

المطلب الثالث: من تطبيقات تفاوت المفسدات في أعمال المؤسسات المالية الإسلامية

نختم دراستنا بتقصّي موضوع تفاوت مفسدات العقود ضمن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التي تمثّل أهمّ وأرقى ما توصّل إليه الاجتهاد الجماعي المعاصر في مجالات الصناعة المالية الإسلامية؛ لمعرفة مدى أخذها بمبدأ التفاوت والوقوف عند أهمّ تطبيقاته.

ونبدأ بسؤالنا الأوّل: **مع أيّ اتّجاه فقهي سارت المعايير الشرعية في طرق تصنيف العقود الفاسدة؟**

- لم نعثر ضمن المعايير ما يدلّنا بشكل واضح وصريح على اختيار المجلس الشرعي في مسألة التفريق الاصطلاحي بين الفاسد والباطل، وقد استعملهما متفرّقين ومجتمعين، وقد قمنا بعملية بحث نصّي ضمن جميع المعايير البالغ عددها (٦١) معيارا، فوجدنا ما يلي: وردت عبارة "**لا يجوز**": (٣١٤ مرّة)، وعبارة "**يحرم**": (٢٢ مرّة)، وعبارة "**لا يصح**": (١٧ مرّة). بينما لم تبلغ استخدامات مادتي "**فسَد**" و"**بطل**" (٣٠ مرّة) لكلّ واحد منهما.

وقد يفهم من هذا الصنيع أنّ المعايير ركّزت على بيان الأحكام الشرعية التكليفية، ولم تلتزم ببيان آثارها ومقتضياتها الوضعية، إلاّ نادراً، أو حينما يقتضي المقام التفصيل –كما سنرى– وفي هذا إشارة إلى عدم تبنّي المعايير للتفرقة الاصطلاحية بين الفساد والبطلان على طريقة الحنفية، لكن ماذا عن الآثار والنتائج؟

فهل تنتقل ملكية المعقود عليه بالعقد الفاسد أم لا؟ وهل تنتقل بالقبض أم بالفوات؟

- لا يوجد جواب صريح على هذا السؤال أيضا، لكنّنا لو تأمّلنا واقع العمل المصرفي المتشابك؛ فإنّه يصعب تطبيق مذهبي الشافعية والحنابلة القائل بوجوب فسخ العقد الفاسد مطلقا واسترداد كلّ طرف ما دفعه ولو توالت الأيدي، لذلك اتّجهت المعايير إلى تجنيب الإيرادات الناجمة عنها عوض تتبّع محلّ العقد واسترداده، وهو اتّجاه مقارب لاتّجاه الحنفية والمالكية في إمضاء العقد الفاسد؛ إمّا بالقبض، أو بفوات الردّ.

وهل يبيح فوات المعقود عليه الأرباح الناجمة عن العقود الفاسدة؟ وماذا عن أرباح التصرفات الجديدة الصحيحة المتعلقة بالمعقود الفائت؟

- اعتبرت المعايير كلّ ربح نشأ عن تصرّف محرّم مهما كان نوع المفسد: ربحا غير مشروع يستوجب التجنيب؛ إلاّ إذا كان المفسد مختلفا فيه، لكنّها لم تتطرّق إلى إيرادات الصفقات التالية لها، فإذا تصرّف المصرف في عين اشتراها بعقد فيه غرر، فإنّه غير مطالب بتجنيب أرباح الصفقة الثانية، وهذا مقتضى مذهب المالكية، كما أنّه إذا تحصّل على ثمن ما باعه قبل تملّكه، فإنّه يتخلّص من حصّة ربح تلك البيعة فقط، ولا يسري ذلك إلى الأرباح المحصّلة من صفقة تالية موّلها بالثمن السابق. وهذا مقتضى مذهبي الحنفية والمالكية، خلافا لمقتضى مذهبي الشافعية والحنابلة بضرورة ردّ كلّ شيء، والرجوع إلى ما قبل حدوث أسباب الفساد.

ما هي صور التجنيب؟

- ذكرت المعايير ثلاث صور لتجنيب الأصول والإيرادات غير المشروعة:

أمّا الأعيان المحرّمة، فهذه يجب إتلافها، وأمّا الأماكن التي تقدّم خدمات غير مشروعة، فهذه يجب تحويلها إلى أماكن تقدّم خدمات مشروعة، وأمّا الإيرادات غير المشروعة، فهذه يجب صرفها في وجوه البرّ، ولا تترك عند أصحابها، وفيما الشواهد:

١- المعيار الشرعي رقم (٤٧): ضوابط حساب ربح المعاملات

- نصّ المعيار في الفقرة (٢/٢) على أنّ: الربح غير المشروع هو ما ينتج عن تصرف محرّم، مثل: الربا، والتجارة بالمحرمات، أو عن عقود باطلة.

✓ حدّد المعيار بشكل واضح أنّ كلّ ربح نشأ عن تصرّف محرّم؛ مهما كان نوعه (لذاته = المحرمات، أو لوصفه= الربا، أو لعدم انعقاده= الباطل) فهو ربح غير مشروع. بالتالي يجب تجنيبه. وينبغي استثناء حالات فساد المضاربة والشركة التي مرّت سابقا.

٢- المعيار الشرعي رقم (٦): تحول البنك التقليدي إلى مصرف إسلامي

- نصّ المعيار في الفقرة (٢/١/٨) على ما يلي: إذا كان البنك التقليدي تحول من داخله إلى مصرف فإن التخلص من الفوائد والايرادات المحرمة يتم منذ بداية الفترة المالية التي حصل فيها التحول. أمّا الإيرادات المحرمة التي حصلت قبل الفترة المالية المشار إليها فإنما يجب التخلص منها ديانة على حملة الأسهم والمودعين الذين حصلوا على هذه الإيرادات ولا يجب على المصرف.

- كما جاء في الفقرة (٣/١/٨): الإيرادات التي فيها شبهة، مما لم يقبض أو قبض، باعتقاد الجواز، بسبب اجتهاد ممن له أهلية الاجتهاد فيما يسوغ فيه الاجتهاد، أو التقليد لمذهب معتبر، أو برأي بعض أهل العلم المشهود لهم بالتثبت، لا يجب التخلص منه، سواء نشأت في الفترة المالية التي تقرر فيها التحول أم قبلها.
- وجاء في الفقرة (٤/١/٨): في حال استحقاق البنك على الغير لموجودات غير نقدية محرمة فإنه لا مانع من تسلمها بنية إتلافها، وفي حال استحقاقه أثمان موجودات أو خدمات محرمة باعها فإنه يقبض أثمانها بنية صرفها في وجوه الخير، وكذلك كل ما قبض في الفترة التي تقرر فيها التحول من أثمان الموجودات المحرمة وفي الحالتين لا تترك لمن هي عليه لئلا يجمع بين البدل والمبدل.
- وجاء في الفقرة (٥/١/٨): إذا تحول البنك وكان بين موجوداته العينية بضائع محرمة فيجب عليه إتلافها. وإذا كان البنك قد باع شيئا منها ولم يستوف أثمانها فإنه يستوفي أثمانها ويصرفها في وجوه الخير.
- وجاء في الفقرة (٦/١/٨): إذا كانت الموجودات أماكن لتقديم خدمات غير مشروعة فيجب عليه تحويلها إلى أماكن لتقديم الخدمات المشروعة.

✓ فصّلت الفقرات السابقة كيفية التعامل مع الإيرادات المحرّمة والأعيان والموجودات المحرّمة، وذلك في حقّ البنك التقليدي المتحوّل إلى مصرف إسلامي، وهي في حق المصارف الإسلامية إذا وقعت في أخطاء أو مخالفات —من باب أولى—.

كما لاحظنا في المعيار ذكره للإيرادات المشبوهة، ويقصد بها: إيرادات العمليات المختلف في فسادها؛ ومثّل لذلك ببيع ما لم يقبض (الذي قال بجوازه المالكية). وقد راعى المعيار ذلك الخلاف إذا كان مبنيا على اجتهاد أو تقليد بشروطهما، فلم يوجب تجنيب تلك الإيرادات.

هل يمكن تصنيف مفسدات العقود ضمن المعايير الشرعية بشكل متفاوت؟

سنستعرض فيما يلي بعض الشواهد التي يمكن الاستدلال بها على تحقّق التفاوت بين مفسدات العقود ضمن المعايير الشرعية وفق التصنيف المقترح، ومن خلال الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأوّل: المفسدات الكبرى

١- المعيار الشرعي رقم (٨): المرابحة

- نصّ المعيار في الفقرة (٣/٢/٢) على ما يلي: يجب على المؤسسة أن تتأكد أن الذي يبيع السلعة إليها طرف ثالث غير العميل أو وكيله. **فلا يصح** مثلا أن يكون العميل الأمر بالشراء هو نفسه أو وكيله المالك الأصلي للسلعة، أو أن تكون الجهة الموردة للسلعة مملوكة للعميل بما يزيد على النصف. فإن وقع مثل ذلك البيع ثم تبيّن الأمر كانت العملية **باطلة** لأنها من بيع العينة.

✓ أطلق المعيار على بيع العينة وصف البطلان على اصطلاح الجمهور، ولكن يلاحظ غياب الآثار البعدية (الفسخ، والاسترداد)، وهذا يؤكّد ما ذكرناه من اعتماد مذهبي الحنفية والمالكية في سقوط الفسخ بالفوات.

- وجاء في الفقرة (٣/١/١): **يحرم** على المؤسسة أن تبيع سلعة بالمرابحة قبل تملكها لها. **فلا يصح** توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة محل المرابحة، وقبضها حقيقة أو حكما بالتمكين أو تسليم المستندات المخولة بالقبض.

كما يعتبر بيع المرابحة **غير صحيح** إذا كان عقد الشراء الأول باطلا لا يفيد ملكا تاما للمؤسسة.

✓ لم يصرّح المعيار في الحالة الثانية بمقتضى عدم الصحة، ومهما يكن من أمر، فهو يرى تجنيب أرباح هذه العملية مطلقا على اصطلاح الجمهور، كما لا يوجب فسخا ولا ردّا على مقتضى مذهبي الحنفية والمالكية.

٢- المعيار الشرعي رقم (١٤): الاعتمادات المستندية

- نصّ المعيار في الفقرة (٣/١/٣) على ما يلي: **لا يجوز** للمؤسسة التعامل بالاعتمادات المستندية بالأصالة عن نفسها أو نيابة عن الغير عميلا أو مؤسسة، أو الإعانة على ذلك، إذا كانت تلك الاعتمادات تخص بضاعة **محرمة شرعا**، أو **عقدا باطلا** أو **فاسدا** بموجب ما تضمنه من شروط، أو **تتضمن تعاملا بالفوائد الربوية أخذا أو إعطاء**، صراحة كما في حالة القرض الذي ينشأ عند الدفع عن المستفيد في مثل الاعتماد غير المغطى كليا أو جزئيا، أو ضمنا كما في حالات الحسم، والتداول (أي الدفع) للكمبيالات مؤجلة الدفع، والتأخر في الدفع.

✓ يُفهم من المعيار أنّ الاعتماد المستندي إذا تعلّق بأحد تلك المفسدات أخذ حكمها؛ فإذا

تعلّق ببضاعة محرّمة أو بعقد باطل= كان الاعتماد باطلا، وإذا تعلّق بعقد فاسد= كان الاعتماد فاسدا. ولكنها تؤول جميعها إلى مآل واحد، وهو تجنيب الأرباح دون وجوب الفسخ والردّ إن تعذّر. كما ينبغي إن كانت البضاعة محرّمة أن يتلفها ولا ينتفع منها.

٣- المعيار الشرعي رقم (٢٥): الجمع بين العقود

- نصّ المعيار في الفقرة (١/٣/٦) على ما يلي: المواطأة على الحيل الربوية: مثل التمالؤ على العينة وعكسها، وبيع الوفاء (بيع الرجاء)، والحيلة إلى ربا الفضل. وهي **محظورة شرعا**، ويترتب عليها **فساد العقود** التي يتوسل بها إلى ذلك.

✓ جزم المعيار هنا بفساد الحيل الربوية وعاملها معاملة العقود المتحيّل عليها. بالتالي: تُجنّب جميع أرباحها.

- وجاء في الفقرة (٢/٣/٦): المواطأة على الذرائع الربوية: مثل الاتفاق على الجمع بين القرض والمعاوضة، أو على دفع المقترض للمقرض هدية أو زيادة في القدر أو الصفة على المال المقترض. وتعتبر موجبة لمنع تلك الذرائع المباحة في الأصل، ومناطا **لحظرها شرعا** بشرطين:

الأول: أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور في تلك المعاملة كثيرا بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك المحظور وإرادته.

الثاني: ألا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة إلى تلك المعاملة.

✓ قيّد المعيار فساد العقود بالذرائع الربوية بما قويت تهمته وانعدمت الحاجة إليه، وقد أخذ المعيار بمذهب المالكية والحنابلة في سد الذرائع الربوية، وقول ابن القيم ومن وافقه في فتح الذرائع للحاجة. وهذا من أوجه التفاوت في قوة المفسد بالنظر إلى قوّة حكمه.

- كما جاء في الفقرة (٤/٣/٦): المواطأة على الجمع بين عقود متناقضة أو متضادة: وهي **فاسدة محظورة**، بناء على عدم جواز الجمع بين عقدين فأكثر بينهما تناقض أو تضاد أو تنافر في الموجبات والآثار، لأنها وسيلة إليه.

✓ حكم المعيار على هذه الصورة من المواطأة بالحظر والفساد. ومقتضى ذلك تجنيب جميع أرباحها.

٤- المعيار الشرعي رقم (٣١): ضابط الغرر المفسد للمعاملات المالية

- نصّ المعيار في الفقرة (٤) تحت عنوان: ضابط الغرر المفسد للمعاملات:

يُفسد الغرر المعاملة إذا توافرت فيه الشروط الأربعة الآتية:

أ- أن يكون الغرر في عقد معاوضة مالية، أو ما بمعناها.

ب- أن يكون الغرر كثيرا.

ج- أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة.

د- ألا تدعو الحاجة المعتبرة شرعا إلى العقد المشتمل على غرر.

✓ صرّح المعيار بفساد جميع صور الغرر المتعلّقة بالمعاوضات إذا كانت كثيرة وجوهرية ولا تدعو حاجة إليها. وهو مقتضى مذهب المالكية عامّة. وهذا من الأوجه الجلية في تفاوت المفسدات بالنظر إلى نوع العقد وجهة اختلال العقد.

- وجاء في الفقرة (١/٣/٥) ما يلي: **يفسد** العقد بجهالة الأجل المشروط في العقد، فإن أزيل الغرر بأن ارتفعت الجهالة في مجلس العقد أو أبطل الأجل في مجلس العقد صح العقد. وجاء في مستند المنع: "أن ذلك يؤدي للنزاع".

✓ وهذا مقتضى مذهب الحنفية في تصحيح العقد الفاسد بزوال مُفسده.

الفرع الثاني: المفسدات الوسطى

٥- المعيار الشرعي رقم (١٢): الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة

- نصّ المعيار في الفقرة (٧/٥/١/٣) على ما يلي: **لا يجوز** أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك في الربح؛ مثل أن يشترط لأحد الشركاء مبلغ محدد من الربح أو نسبة من رأس المال، فإن وقع **بطل الشرط**، فإن صحّح الشرط قبل حصول الربح وزّع الربح حسب ما اتفق عليه الشركاء بعد التصحيح، وإن لم يصحّح الشرط قبل حصول الربح، فالربح يوزع بقدر حصص الشركاء في رأس المال.

✓ وهنا يلاحظ أنّ المعيار سار مع جمهور الفقهاء في توزيع أرباح الشركة الفاسدة وفق حصص المشاركة، وقد يكون أقرب إلى المذهب الحنفي الذي يصحّح العقد بزوال المفسد غير الجوهري.

٦- المعيار الشرعي رقم (١٣): المضاربة

- نصّ المعيار في الفقرة (٤/٨) على ما يلي: إذا سكت الطرفان عن نسبة توزيع الربح، فإن كان ثمة عرف يرجع إليه في التوزيع لزم اعتماده، كما إذا كان العرف أن يوزع الربح بينهما مناصفة، وإن لم يكن هناك عرف **فسدت** المضاربة. ويأخذ المضارب أجر المثل فيما قام به من عمل. وجاء في مستنده: "مستند وجوب معلومية الربح أنه المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد".

✓ ولم يتعرّض المعيار إلى استحقاق رب المال للربح، والظاهر ذلك؛ لأنّ الفساد كان في حقّ العامل فقط.

- وجاء في الفقرة (٥/٨): إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغا مقطوعا **فسدت** المضاربة.

✓ ولم يصرّح المعيار بمصير المضاربة الفاسدة بسبب قطع الربح، والظاهر أنّها كالأولى تؤول إلى استئثار رب المال بالربح، وأجرة المثل للمضارب.

٧- المعيار الشرعي رقم (١٥): الجعالة

نصّ المعيار في الفقرة (١/٢/٣/٥) على ما يلي: **يشترط** أن يكون الجعل معلوما متقوّما شرعا مقدورا على تسليمه، فإن كان الجعل مجهولا أو غير مشروع أو غير مقدور على تسليمه **وجب** جعل المثل.

✓ وهذا محلّ اتفاق بين سائر المذاهب في تصحيح الجعالة الفاسدة بجعل المثل.

٨- المعيار الشرعي رقم (٢٣): الوكالة وتصرف الفضولي

- نصّ المعيار في الفقرة (٤/٢/٤) على ما يلي: إذا لم تحدد الأجرة يرجع فيها إلى أجرة المثل.

✓ وهذا محلّ اتفاق بين سائر المذاهب في تصحيح الإجارة الفاسدة بأجرة المثل.

الفرع الثالث: مفسدات الصغرى

٩- المعيار الشرعي رقم (٢٣): الوكالة وتصرف الفضولي

- نصّ المعيار في الفقرة (٢/٨) على ما يلي: عقد الفضولي **موقوف** على إجازة صاحب الحق فإن أجازه **نفذ**، وإن لم يجزه **بطل**، ولا يملك إجازته بعد أن فسخ العقد بل يمكنه عقده ابتداء.

✓ وهذا مقتضى المذهبين الحنفي والمالكي في انعقاد البيع الموقوف، وتعليق نفاذه أو بطلانه بقرار صاحب الحقّ.

١٠- المعيار الشرعي رقم (٣٣): الوقف

- نصّ المعيار في الفقرة (٣/٢/٣) على ما يلي: **يتوقف** وقف المحجور عليه للدين على إجازة الدائنين فإن لم يجيزوه **بطل**.

وجاء في مستنده: "درءً للضرر عن الدائنين، وعن السفيه نفسه، ومن يعولهم".

✓ هذا التفصيل متوافق مع المذهب الحنفي.

- كما جاء في الفقرة (٣/١/٤): **يبطل** الشرط المشتمل على ما هو محرّم شرعا، أو الشرط الذي يخل بحكم الوقف ويؤثر في أصله **فيبطل الشرط ويصح الوقف بدونه**، مثل اشتراط عدم الاستبدال مطلقا، أو عدم عزل الناظر مهما كان السبب، كما **يبطل الشرط** الذي يؤدي إلى تعطيل مصلحة الوقف أو الاخلال بالانتفاع به مثل اشتراط البدء دائما بالمستحقين ولو كان الوقف محتاجا للصيانة أو الترميم.

✓ لم يبطل المعيار عقد الوقف بتلك الشروط؛ لأنّه عقد إرفاق وتبرّع استوفى شرائط انعقاده، وتعلّق الفساد بشرط منفكّ عنه، فيلغى الشرط ويثبت العقد.

الخاتمة والنتائج

انتهت الورقة إلى جملة من النتائج نوجزها فيما يلي:

١- يقصد بتفاوت مفسدات العقود من حيث قوّتها وضعفها: "أنّ أسباب فساد العقود لا تفيد وقوع نفس الآثار والنتائج، بل هي متفاوتة ومتدرّجة بين إفادة البطلان التام المستوجب للفسخ والتراد، وبين إفادة الفساد الجزئي المستوجب تصحيح بعضها وفسخ الآخر، وبين إفادة الفساد المؤقّت الذي قد يزول بزوال مانعه، أو يمضي بوقوعه، أو لفوات ردّه".

٢- إنّ المقصد الشرعي من إيجاد المفسدات بأنواعها هو حماية المنظومة التشريعية للعقود بإحدى الزواجر أو المؤيّدات المدنية، وهي: البطلان أو الفساد أو التوقيف أو عدم اللزوم، وبما أنّ التفاوت حاصل في أنواع المفسدات ودرجاتها والمفاسد المترتبة عنها؛ فلا يمكن إيقاع نفس المؤيّد على جميع المفسدات؛ فإنّ ذلك سيؤدّي إلى تعطيل مقاصد المال الثابتة؛ كالاستمرارية والاستقرار والمعبّر عنهما بلزوم العقد وحفظ الحقوق المكتسبة للآخرين، فوجب ترتيب المؤيّد المناسب لكلّ حالة.

٣- اختلف تصنيف الفقهاء لمفسدات العقود الذي ينبني عليه التفاوت في الآثار، فمنهم من اعتمد على متعلّق النهي، ومنهم من اعتمد على محلّ اختلال العقد، ومنهم راعى الاتفاق أو الاختلاف في حكم المفسد، ومنهم من راعى أحوال المعقود عليه وجودا أو فواتا، ومنهم من راعى كذلك تعلّق العقد الفاسد بحقوق الآخرين أو خلّوه، ومنهم من نظر إلى طبيعة العقد المشتمل على المفسد.

٤- اقترحت الورقة تصنيف المفسدات إلى ثلاث درجات: مفسدات كبرى (مبطلات)، مفسدات وسطى (مفسدات جزئية أو مؤقتة)، ومفسدات صغرى (مفسدات معلّقة أو سالبة للزوم أو غير مؤثّرة).

٥- أبانت الشواهد الفقهية عن وجود التفاوت بين المفسدات لدى جميع الفقهاء، وإن اختلفت حدوده ومشتملاته، فقد اتّفقوا على بعض المفسدات الكبرى؛ كالأعيان المحرّمة، والغرر الفاحش. كما اتّفقوا على بعض المفسدات الوسطى؛ وتشمل مفسدات عقود الإجارات والمشاركات. كما اتّفق جمهورهم على بعض المفسدات الصغرى؛ كالبيوع المكروهة، والنجش.

٦- إذا كان المذهب الحنفي قد اشتهر بوضع أسس نظرية الفساد من خلال تبنّي اصطلاح

يفرّق بين الفاسد والباطل، ويجعل الفساد منزلة وسطى بين الصحة والبطلان، فإنّ المذهب المالكي كذلك قد أرسى نظرية خاصة للفساد مقاربة للنظرية الحنفية لكنها لم تظهر في مصطلحاته، وإنّما في الآثار التي رتّبها لكلّ مفسد بشكل متفاوت، وخلاصتها: أنّ المفسد إذا تعلّق بمشروعية ذاته؛ فهو كالباطل عند الأحناف، أمّا إذا تعلّق بوصف ملازم؛ فيجب فسخه ما لم يفت، ولا يفيد ملكا إلاّ بعد الفوات – وليس بقبضه كما يقول الحنفية- بالثمن المسمّى إذا كان مختلفا في فساده، وبقيمته إذا كان متّفقا على فساده.

٧- لقد وجدنا ضمن المعايير الشرعية ما يشهد على تفاوت مفسدات العقود، رغم غياب التأسيس النظري والتصنيف المنهجي لهذه المفسدات، لذا نرجو من القائمين على المعايير استدراك ذلك، ولم لا تخصيص معيار شرعي حول مفسدات العقود وآليات تجنيب الأرباح، يتناول الإطار العام لنظريتي الفساد والبطلان (الأسباب، والآثار)، ويستقصي جميع المفسدات ويصنّفها وفق مقياس القوّة والضعف، لتكون عونا لإدارات الرقابة والتدقيق الشرعيين في صياغة مصفوفات المخاطر والمخالفات الشرعية.

٨- وفي الأخير، نقول بكلّ يقين: إنّ هذه الورقة محاولة متواضعة هدفها التنويه بأهمية الموضوع، واقتراح نموذج تفسيري له –في حدود الاستطاعة-، وما تزال آفاق الموضوع واسعة كبيرة، ولعلّها تلقى عناية بعض الباحثين الجادّين فيسلطوا الضوء على مزيد من الزوايا والخبايا التي لم نهتد إليها، أو يحقّقوا النظر في بعض قواعده وضوابطه، أو يجتهدوا في تنزيله على مستجِدَّات الصناعة المالية الإسلامية.

ونختم بحمد الله وشكره على أن وفّقنا لجمع هذه الورقات، فما كان فيها من صواب فمنّ الله وحده فله الحمد والمنّة، وما جانب الصواب، فمن نفسي ومن الشيطان، والله ورسوله منه براء.

وصلّى الله عليه سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه وسلّم