تفاوت مفسدات العقود قوة وضعفا، وأثره على الأحكام

أ.د. بشير محمد عزالدين الغرياني
عضو المجلس الشرعي لأيوفي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى من اتبع هداه واقتفى أثره إلى يوم الدين. وبعد،

فتعد معرفة مفسدات العقود من أهم ما ينبغي أن يعتنى به في دراسة العقود؛ فبالإضافة إلى أن بمعرفة المفسدات يتوصل إلى الحكم على العقد بالفساد إن اتصف بإحدى المفسدات، وبالصحة إن اجتنبت جميعها؛ فهناك فوائد أخرى مهمة، منها: **أن المفسدات ليست في درجة واحدة.**

وهذا ما يتناوله هذا البحث بعنوان: (تفاوت مفسدات العقود قوة وضعفا، وأثره على الأحكام)، ويشمل المحاور الآتية:

١ ـ المقصود بتفاوت مفسدات العقود.

٢ ـ المقصد الشرعي من تفاوت مفسدات العقود.

٣ ـ المرجع في تحديد قوة المفسد وشدته.

٤ ـ مظاهر التفاوت بين مفسدات العقود.

٥ ـ الأثر الفقهي الناتج عن تفاوت مفسدات العقود.

يبتدأ البحث بتمهيد، يتناول المقصود بتفاوت مفسدات العقود، والمقصد الشرعي منه، والمرجع في تحديده على النحو الآتي.

أولا: المقصود بتفاوت مفسدات العقود:

المقصود من تفاوت مفسدات العقود هو تفاوت درجة قوتها أو ضعفها في أربعة جوانب، هي: التحريم، وسد الذرائع الواردة فيه، والاتساع لما يجري فيه، والأثر المترتب عليه.

أما قوة تحريم المفسد أو ضعفه فيتعلق بالنصوص الواردة فيه من حيث تكرارها وصحتها والوعيد فيها، ومن حيث تحريم عين المبيع كالميتة والخمر والخنزير، أو لا؛ ومن حيث الاتفاق على المفسد أو الاختلاف فيه، ومن حيث كون النهي لذات المنهي عنه، أو لغيره، فهو نهيٌ في معنى العقد وشرائطه، أو نهيٌ لسبب خارج عن العقد كتعلق النهي بالوقت المستحق بما هو أهم منه ـ كما يقول ابن رشد ـ في النهي عن البيع عند أذان الجمعة.

وهناك تصريح من الفقهاء أو إشارات إلى التفاوت في قوة التحريم وردت في صور تقسيم المفسدات تقسيمات متعددة، منها: تقسيمها إلى مفسدات هي أصول للفساد وغير أصول؛ فقد ذكر ابن رشد الحفيد مفسدات هي أصول الفساد: من تحريم عين المبيع، والربا، والغرر، والشروط التي تؤول إلى أحد هذين أو لمجموعهما؛ ثم عقب عليها: "وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد؛ وذلك أن النهي إنما

تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع، لا من أمر خارج؛ وأما التي ورد النهي فيها لأســـباب من خارج، فمنها: الغش، ومنها الضرر، ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه، ومنها لأنها محرمة البيع".[1]

ومن دلائل قوة المفسد: ورود نصوص في سد ذرائعه الموصلة إليه، فهي علامة على اهتمام الشارع بالتحذير منه، والتغليظ فيه؛ كما أن اتساع مجالات سريان المفسد في المعقود عليه، وفي الأبواب المالية المختلفة من علامات قوة المفسد.

وأخيرا فإن الأثر المترتب على انبرام العقد الفاسد من حيث وقوع للظلم، أو أكل للمال بالباطل، أو حصول النزاع المؤدي إلى التشاحن والبغضاء من أكبر أمارات قوة المفسد وشدته.

ثانيا: المقصد الشرعي من تفاوت مفسدات العقود:

قصد الشارع الحكيم في بناء أحكام مفسدات العقود على تحقيق مصالح العباد العامة والخاصة، وقدمها على رغبة المتعاقدين وإشباع حاجتهما؛ فشرع الحكم بفساد العقود، كما شرع الحكم بفسخها؛ بالرغم من إنشاء العاقدين لها.

ويأتي تفاوت مفسدات العقود قوة وضعفا محققا لمقصد الشارع في تشريعه لأحكام مفسدات العقود، المتمثل في مراعاة مصالح العباد، والموازنة بين الحرص على تحقيق المصالح، وبين اجتناب وقوع الظلم، وحصول النزاع؛ ولا تتحقق تلك المصالح، ولا تحصل تلك الموازنة لو كانت المفسدات في مرتبة واحدة.

فأباح الشارع الغرر اليسير، أو الذي يعسر اجتنابه؛ تحقيقا لمصالح العباد، وغلبه على مجرد توقع حصول ظلم أو نشوب نزاع؛ وتشدد في الظلم البين، وأكل الأموال بالباطل، في شديد الفساد، ولو تراضى على ذلك المتعاقدان.

كما أن في وجود التفاوت بين المفسدات تيسيرا على الناس، واستقرار لمعاملاتهم، من حيث إمكانية تصحيح بعضٍ من العقود الفاسدة.

ويأتي تفاوت مفسدات العقود متوافقا مع التفاوت في المعاصي والذنوب، وتقسيمها إلى كبائر ولمم، وتصنيف الكبائر إلى موبقات وغيرها في قوله ﷺ: "اجتنبوا السبع الموبقات" وقوله تعالى: "إذ انبعث أشقاها"؛ ومتوافقا مع تقسيم الفقهاء المحرمات إلى قسمين: محرمات لذاتها لا تباح إلا للضرورة، كالربا، والنطق بكلمة الكفر، "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان"؛ ومحرمات لغيرها كالخلوة بالمرأة، أو رؤية عورتها؛ فالرؤية والخلوة محرمتان؛ لأنها ذريعة إلى الزنا وتغريان به؛ والمحرم لغيره يباح للحاجة أو لدفع الحرج، كعلاج المرأة تجوز فيه الرؤية للطبيب.

---

[1] ـ بداية المجتهد٤٩٦.

كما أن التفاوت من طبائع الأشياء فقد وقع التفاوت في الطاعات والأماكن والأوقات، وفي الملائكة والناس، والرسل "تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض"، وفي مراتب الجنة والنار، فلو قلنا إن التفاوت من سنن الله تعالى الكونية لما بعد ذلك.

ثالثا: المرجع في تحديد قوة المفسد وشدته:

يرجع أساس التفريق بين قوة المفسد وضعفه إلى نصوص الشارع الواردة فيه من القرآن والسنة؛ التي بنى الفقهاء عليها أحكاما وضوابط وقواعد، بينوا من خلالها تفاوت المفسدات في تحريمها، وفيما يترتب عليها من آثار، وبعض هذه الأحكام والقواعد متفق عليه، والآخر مختلف فيه؛ كما هو مبين بعضه في البحث. فالمرجع في التفاوت أصله في نصوص الشارع، وتوضيحه وتفصيله والقياس عليه، من اجتهادات أئمة الفقه، والتخريج عليها.

مظاهر التفاوت بين مفسدات العقود، والأثر الفقهي الناتج عن تفاوت

يتناول صلب البحث تفاوت مفسدات العقود قوة وضعفا، ويشمل: التفاوت في أبواب الربا بمقارنة بعضها ببعض، وبمقارنتها بغيرها من المفسدات كالغرر، كما يشمل المقارنة بين ما حرم لذاته وما حرم لغيره، وما اتفق على فساده واختلف فيه، والتفاوت في فسخ الدين بالدين، وبيعه به، وابتداؤه به؛ مع بيان الأثر الفقهي المترتب على هذا التفاوت وهذه المقارنة.

ويضم البحث العناوين الآتية، التي صيغت على هيئة القواعد والضوابط الآتية:

١ ـ ربا الديون أشد المفسدات.

٢ ـ ربا البيوع أخف من ربا الديون.

٣ ـ ربا بيوع النساء أشد من ربا بيوع التفاضل.

٤ ـ ربا بيوع الصرف أشد من ربا بيوع غيره من سائر الربويات.

٥ ـ ربا الديون أشد من الغرر.

٦ ـ ما حرم لذاته أشد مما حرم لغيره.

٧ ـ ما اتفق على فساده أشد مما اختلف في فساده.

٨ ـ التفاوت في فسخ الدين بالدين، وبيعه به، وابتداؤه به.

المطلب الأول: ربا الديون أشد المفسدات، وأثر ذلك:

تصنف معصية ربا الديون في الشريعة الإسلامية على أنها من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله تعالى، وقد وصفه النبي ﷺ بربا الجاهلية، ويتمثل في تأخير أجل الدين مقابل الزيادة في المال[٢]، أو الإقراض بزيادة كما في تفسير الجصاص، ونصه: (ومعلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضا مؤجلا بزيادة مشروطة).

وقد عد الفقهاء مفسد الربا أعظمَ المفسدات تحريما له، وسدا لذرائعه، وشمولا لما يجري فيه، وأثرا لما يترتب عليه:

أولا: أما تحريمه فقد ورد بطريقة لم يرد بها تحريم غيره، المتمثل في الوعيد بمحاربة الله تعالى ورسوله لمن لم يدع أكل الربا؛ في قوله تعالى: {فأذنوا بحرب من الله ورسوله} وفي ذلك إعلام منه ـــ كما يقول الإمام الرازي الجصاص ـــ بمقدار عظم جرم الربا، واستحقاق مرتكبه المحاربة عليها، ووسمه بصفة محارب لله تعالى ورسوله؛ وقد نقل ابن العربي في تفسيره اتفاق الأمة على أن محاربة الله تعالى ورسوله ليست خاصة لمن يستحل الربا، بل تشمل من فعله؛ ونصه: (فإن قيل: ذلك فيمن يستحل الربا قلنا: نعم، وفيمن فعله؛ فقد اتفقت الأمة على أن من يفعل المعصية يحارب، كما لو اتفق أهل بلد على العمل بالربا، وعلى ترك الجمعة والجماعة). وما ورد في آية حد الحرابة إنما هو محاربتهم لله، لا محاربة الله إياهم.

ومن مظاهر الشدة في تحريم الربا تحريم الله سبحانه الطيبات على من أخذه، سواء أكان تحريم تشريع، كما في تحريم الله طيبات على الذين هادوا كانت حلالا لهم بأسباب منها أخذهم الربا في قوله تعالى: فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا وأخذهم الربا وقد نهوا عنه)، أو تحريم تمكين، كما هو مشاهد من أحوال المرابين في محق مالهم "يمحق الله الربا"، أو منع الطيبات عليهم لسوء صحتهم.

وفي السنة لم يرد غيره من مفسدات العقود في السبع الكبائر الموبقات في قوله: (اجتنبوا السبع الموبقات، وعد منها: أكل الربا)، وقد ورد النص الصريح الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم بلعن فاعله والمعين عليه، وأصبح تحريمه من المعلوم من الدين بالضرورة.

أما سد الذرائع الموصلة إلى الربا، فلم ترد في الأحاديث **في سد الذرائع بعد الشرك بالله تعالى، كما ورد في سد ذرائع إلى الربا**؛ فقد وردت أحاديث تحرم صورا من المعاوضات؛ لأنها تتخذ حيلة إلى ربا الديون، وقد وقع التصريح في بعضها بسد معصية الربا في قوله: فإني أخاف عليكم الرما، من تلك الأحاديث:

---

[٢] . انظر أعلام الموقعين ١٥٤/٢.

أحاديث منع العينة، ومنع بيع وسلف، والمزابنة، وربا البيوع، وبيع ما ليس عندك، وبيعتين في بيعة، كما وردت أحاديث كان من مقاصدها الشرعية سد الذرائع إلى الربا: كالنهي عن ربح ما لم يضمن، والنهي عن بيع الطعام قبل استيفائه، وغيرها، وشواهد ذلك في النصوص الفقهية الآتية:

ففي الفروق للإمام القرافي: (وبإجماع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا).

وفي النهي عن بيع الطعام قبل استيفائه، قيل لابن عباس كيف ذلك؟ قال: (دراهم بدراهم والطعام مرجأ).

وفي النهي عن بيع ما ليس عندك: (قال مالك: وإنما فرق بين لا يبيع الرجل إلا ما عنده، وأن يسلف الرجل في شيء ليس عنده؛ أصله: أن صاحب العينة إنما يحمل ذهبه الذي يريد أن يبتاع بها، فيقول: هذه عشرة دنانير، فما تريد أن أشتري لك بها، فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا، بخمسة عشر دينار على أجل، فلهذا كره هذا، وإنما تلك الدخلة والدلسة)[٣].

وفي منع بيعتين في بيعة ومنع الشرطان في البيع كان المنع سدا للربا في بعض معاني هذا البيوع؛ ففي أعلام الموقعين: (نهى عن بيعتين في بيعة، وهو الشرطان في البيع في الحديث الآخر، وهو الذي لعاقده أوكس البيعتين أو الربا في الحديث الثالث؛ وذلك سد لذريعة الربا).

أما شمول ربا الديون وتوسعه فلأنه لا يجري في صنف واحد أو صنفين من أموال مخصوصة فقط، كما في ربا الفضل وربا النساء، بل يجري في جميع الأموال من أعيان ومنافع بإجماع المسلمين، وقد نص على ذلك أئمة الفقه، وغيرهم؛ ففي المدونة قال الإمام مالك: (كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا)؛ وقال الإمام الليث بن سعد: (كل ما ينتفع به الناس من كل صنف من الأصناف، وإن كان من الحجارة أو التراب، وكل واحد من صنف تلك الأصناف بمثليه من صنفه إلى أجل هو الربا، أو واحد بمثله، وزيادة شيء إلى أجل هو الربا)[٤]؛ وهو من باب سلف جر منفعة؛ وقد نقل الإجماع على حرمة الربا في جميع الأموال الأئمة: ابن المنذر وابن حزم وابن عبد البر وابن تيمية والقرطبي وغيرهم؛ ففي المحلى: (والربا لا يجوز في البيع والسلم إلا في ستة أشياء فقط: في التمر والقمح والشعير والملح والذهب والفضة؛ وهو في القرض في كل شيء)، وفي التمهيد لابن عبد البر: (وقد أجمع المسلمون نقلا عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف أو حبة كما قال ابن مسعود)[٥]، وفي

---

[٣] . الاستذكار ٦/ ٤٩٧.

[٤] . الاستذكار ٦/ ٣٥٨.

[٥] . التمهيد ١٢/ ٢٦٢.

مجموع الفتاوى: (وليس له أن يشـــترط الزيادة عليه في جميع الأموال باتفاق العلماء)، وفي المغني: (وكل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام، بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا.

أما عظم أثر الربا فلأن مفســـدته المتمثلة في الظلم وأكل المال بالباطل بغير عوض، واضـــحةٌ في جميع صوره، لا تنفك عنها؛ بخلاف غيره من المفسدات التي قد يحصل فيها الظلم وأكل المال بالباطل، وقد لا يحصل كالغرر في المبيع إذا وجد على الصفة المتفق عليها[٦]؛ ولهذا كان تحريم ربا الديون لذاته، لا لغيره كما في ربا البيوع.

الآثار الفقهية على كون ربا الديون أشد المفسدات، وتطبيقاتها:

رتب الفقهاء على كون ربا الديون أشد المفسدات تحريما، وشمولا، وأثرا، رتبوا أحكاما متوافقة مع شدته، وتحريمه لذاته، منها:

أولا: أنه لا يباح من ربا الدين إلا للضرورة:

تعد المفسدات لذاتها في الفقه الإسلامي أقلَ عددا من المفسدات لغيرها، ومن أحكام المفسدات لذاتها أنها لا تباح إلا الضرورة، التي يترتب على ترك الأخذ بها تلفُ النفس أو عضو من أعضاء الجسم".

وبما أن تحريم ربا الديون كان تحريما لذاته؛ لمفسدته الظاهرة المتمثلة في الظلم وأكل المال بالباطل بغير عوض؛ وقد ذكر ذلك الإمام ابن القيم بقوله: (الربا نوعان: جلي وخفي؛ فالجلي حرم لما فيه من الضرر العظيم، والخفي حرم؛ لأنه ذريعة إلى الجلي؛ فتحريم الأول قصدا، وتحريم الثاني وسيلة: فأما الجلي فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية)

فإن ربا الديون لا يباح إلا للضرورة؛ وهذا ما ذكره الإمام ابن رشد في الحكم على فسخ الدين في الدين الذي هو صورة من صور ربا الدين؛ جاء في البيان: (وذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك **إلا عند الضرورة التي تحل أكل الميتة**، مثل الهلاك إن لم يأخذ من البائع دابة فيبلغ عليها فيما وجب له عليه من الثمن)[٧].

ثانيا: منع الاحتيال عليه، والذرائع المفضية إليه:

لكون ربا الديون أشـدَ المفســدات تحريماً، شـدد كثير من الفقهاء من المالكية وغيرهم فيه، فمنعوا المواطأة فيه والاحتيال عليه؛ بل منعوا الذريعة المفضـية إليه، وتوسـع الإمام مالك وأصـحابه في منع ذلك في باب

---

[٦] . انظر مجوع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٢٢ . ٢٤.

[٧] . البيان والتحصيل ٧/ ٤١١.

العينة وفي بيوع الآجال بالتهمة؛ سدا للذريعة؛ توسعًا لم يوافقهم في كثير من صورها كثير من العلماء؛ فقد نص ابن رشد في مقدماته على أن "أصل ما بنى عليه مالك كتاب بيوع الآجال الحكم بالذرائع، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور"[٨]؛ وفي حاشية الدسوقي: أن التهمة بالتوصل إلى الربا تنزل منزلة اشتراط ذلك، والنص عليه بالفعل.[٩]

ومستند من تشدد في الربا فمنع الذرائع الموصلة إليها ورودُ أحاديث تحرم الحيلة إلى ربا الديون، منها: أحاديث منع العينة، ومنع بيع وسلف، والمزابنة، وربا البيوع، وغيرها.

المطلب الثاني: ربا البيوع أخف من ربا الديون

ورد في السنة تحريم ربا البيوع في أنواع من المال منصوص عليها، يحصل الربا فيها بزيادة بعضها على بعض، أو بعدم التقابض فيها، وقد فصل الفقهاء أحكامها وعلل تحريمها القياسية، تفصيلا معلوما في المذاهب المختلفة.

ويعد ربا البيوع أخف من ربا الديون تحريما وسعة وأثرا؛ ويتضح ذلك بالآتي:

أما خفة تحريمه مقارنة بربا الديون فتتمثل في شئين:

الأولى: وقوع الخلاف في حرمته بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم؛ فمذهب ابن عباس ومن معه ـ وهم نفر قليل من صغار الصحابة ـــ في اقتصار الربا على النسيئة معروف؛ وقد استقر الحكم بحرمة ربا البيوع من بعده عند أئمة المذاهب المتبوعين وغيرهم؛ لورود الأحاديث الصحيحة الصريحة في التحريم، وهو مذهب جمهور الصحابة.

الثاني: أن تحريم ربا البيوع كان سدا لذريعة الوصول إلى ربا الديون؛ وما كان تحريمُه وسيلة أخفَ مما حرم قصدا وغاية؛ ويترتب على ذلك آثار سيشير البحث إلى بعضها.

والدليل على أن تحريم ربا البيوع كان سدا لذريعة الوصول إلى ربا الديون، ما رواه (مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره إني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الرباء.)، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمر قال: أيها الناس، لا تشتروا دينارا بدينارين ولا درهما بدرهمين؛ فإني أخاف عليكم الرما، قيل: وما الرما قال: الذي تدعونه الربا.

---

[٨] . مقدمات ابن رشد٢/٣٩ وما بعدها والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه٣/٧٦.

[٩] . انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٧٦.

وأقدم من رأيته نص على كون حرمة ربا البيوع تحريمَ وسيلة لا تحريم غاية الإمام الماوردي في أحكامه السلطانية؛ فقد قال في معرض حديثه على إنكار والي الحسبة وتعزيره على البيوع الفاسدة مع تراضي المتعاقدين بها: "(فصل) وأما المعاملات المنكرة كالزنا والبيوع الفاسدة وما منع الشرع منه مع تراضي المتعاقدين به إذا كان متفقا على حظره فعلى والي الحسبة إنكاره والمنع منه والزجر عليه وأمره في التأديب مختلف لحسب الأحوال وشدة الحظر، وأما ما اختلف الفقهاء في حظره وإباحته فلا مدخل له في إنكاره إلا أن يكون مما ضعف الخلاف فيه وكان ذريعة إلى محظور متفق عليه كربا النقد فالخلاف فيه ضعيف وهو ذريعة إلى ربا النساء المتفق على تحريمه، فهل يدخل في إنكاره بحكم ولايته أو لا؟ على ما قدمناه من الوجهين"[١٠].

ثم جاء من بعده الإمام ابن القيم فاشتهر عنه كون تحريم ربا البيوع تحريما وسيلة وسدا للذريعة، ونص كلامه في **أعلام الموقعين**: (فتحريم الربا نوعان: نوع حرم لما فيه من المفسدة وهو ربا النسيئة، ونوع حرم تحريم الوسائل وسدا للذرائع؛ فظهرت حكمة الشارع الحكيم وكمال شريعته الباهرة في تحريم النوعين).

ويظهر سد الذريعة في ربا البيوع في جانبين، هما:

أولا: "أن التفاضل في النقدين يؤدي إلى أن تكون النقود سلعا؛ وذلك خروج به عن طبيعتها، وضعف قوة تحريمها؛ وأن منع التفاضل في المطعومات بأجناسها منع احتكارها لمن يملكونها؛ "إذ أنه إذا تقايض من عندهم الأقوات أقواتهم، وتيسر لهم ذلك تعجيلا وتأجيلا، وتفاضلا وتساويا أدى ذلك إلى ألا ينال منها شيئا من عنده نقود، وليس عنده قوت"[١١].

ثانيا: أن التفاضل والنساء في بيع الأجناس الربوية ذريعة إلى ربا الديون؛ لأنها أموالٌ مِثليةٌ قابلةٌ للقرض؛ فلو أجيز فيها الفضل والنساء لاستحلت القروض الربوية باسم البيع، ويزاد في أحد العوضين الربويين في نظير التأخير، باسم البيع.

واستدل كثير من الفقهاء من المعاصرين وغيرهم على كون ربا البيوع وسيلة إلى ربا الديون، منه الشيخ محمد أبو زهرة، بقوله: (فالعلة في تحريم التفاضل والنساء في النقدين هو سد الذريعة للربا الأصلي، ولذا قال النبي ﷺ: "لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين؛ فإني أخاف عليكم الرما"؛ والرماء هو الربا)[١٢].

أما كون ربا البيوع أخف من ربا الديون سعة وأثرا؛ فيتضح بالآتي:

الآثار الفقهية على كون ربا البيوع أخف من ربا الديون:

---

[١٠] . الأحكام السلطانية أبو الحسن الماوردي. ٣٧٩،٣٨٠.

[١١] . بحوث في الربا. محمد أبو زهرة ٨٨،٩٠.

[١٢] . بحوث في الربا. محمد أبو زهرة ٨٥.

يترتب على كون تحريم ربا البيوع أخف من ربا الديون، وأن تحريمه كان سدا للذريعة، لا تحريما لذاته، أنه **يجوز من ربا البيوع ما تدعوا إليه الحاجة، أو ما كان على وجه المعروف؛ وبيان ذلك في التفصيل الآتي:**

قسم الفقهاء المحرمات إلى قسمين محرمات لذاتها، ومحرمات لغيرها، وقرروا أن ما كان تحريمه سدا للذريعة هو من تحريم الوسائل؛ ورتبوا على ذلك آثارا، منها: أن ما كان تحريمُه وسيلة أخفَ مما حرم قصدا وغاية.

وبما أن تحريم ربا البيوع كان تحريم وسيلة سدا لذريعة الوصول إلى ربا الديون فإن الفقهاء أباحوا منه ما تدعوا إليه الحاجة، التي يمكن أن يعيش الإنسان من غيرها، مع حرج وضيق؛ جاء في أعلام الموقعين: يباح من ربا الفضل ما تدعوا إليه الحاجة كالعرايا.

ومن الأدلة على أن ربا البيوع أخف من ربا الديون، وأنه قد يباح منه ما كان على وجه المعروف، أو تدعوا إليه الحاجة، ما ورد في حديث بيع العرايا من إجازته ﷺ بيع رطب النخلة المعراة تخريصا، بالتمْر الجاف مكيلا؛ إرفاقا بالمحتاجين، واستثناء للمعروف من المغابنة، والمكارمة من الربا[١٣]؛ فقد ورد في الموطأ والصحيحين عن زيد بن ثابت "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا"[١٤]، وفي رواية سهل بن أبي حثمة قال {نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها تمرا، يأكلها أهلها رطبا}.

فأجاز ﷺ بيع رطب النخلة المعراة تخريصا بالتمْر الجاف مكيلا؛ مع أن في ذلك ربا فضل من وجهين:

الأول أن فيه بيع الرطب مقدرا بالخرص، بالتمْر مقدرا بالكيل، وفي ذلك شك في التماثل؛ لأن وجوب التساوي يحتاج إلى كيل، ولا يكفي فيه الخرص، والشك في المماثلة كالعلم بالمفاضلة

والثاني: أن فيه بيع الرطب بالتمْر، مع كون الرطب ينقص إذا يبس، وفي ذلك تحقق للتفاوت والتفاضل، وكان مقتضى ذلك تحريم هذه المعاوضة؛ ففي الموطأ عن سعد بن أبي وقاص قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمْر بالرطب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أينقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا نعم. فنهى عن ذلك"[١٥]؛ وبيع الرطب بالتمْر الجاف من المزابنة المنهي عنها؛ ففي الموطأ والصحيحين عن ابن عمر "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة، والمزابنة بيع الثَّمَر بالتمْر كيلا، وبيع الكرْم بالزبيب كيلا"[١٦].

---

[١٣] ـ انظر القبس ٢/ ٨١٢. والاستذكار ٦/ ٤٠٥.

[١٤] ـ الموطأ ٢/٦٢٠، والبخاري ومسلم بشرح النووي ١٠/١٨٤.

[١٥] ـ " الموطأ ٢/٦٢٤.

[١٦] ـ الموطأ ٢/٦٢٤. والبخاري ومسلم يشرح النووي ١٠/١٨٧

ويرى المالكية أن في بيع العرايا رخصةً واستثناءً من ربا النساء أيضا؛ وذلك لأن شراء الثمرة الرطبة بخرصها يابسا يدفع عند الجذاذ فيه ربا نساء؛ وعللوا دفعه عند الجذاذ بأنه تمر وَرَد الشرع بخرصه، فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاذ؛ كالزكاة[١٧].

جاء في القبس لابن العربي: (ومن ذلك حديث العرايا، وبيع الثمر فيها على رؤوس النخل بالتمر الموضوع على الأرض؛ وفيه من الربا ثلاثة أوجه: بيع الرطب باليابس، والعمل بالحزر والتخمين في تقدير المالين الربويين، وتأخير القبض، إن قلنا إنه يعطيها له إذا حضر جذاذ التمر)[١٨].

فظهر من هذا أصل أن ما حرم من ربا الفضل والنساء يستثنى منه ما كان فيه إرفاق ومعروف، أو ما تدعوا الحاجة إليه عند توافر شروطهما المعتمدة عند القائلين بذلك من الفقهاء.

شرائط الترخص بالحاجة في ربا البيوع:

حصر الأصوليون حصول مصالح العباد المعتبرة في أربعة مراتب: إما في محل الضرورات أو في محل الحاجات أو في محل التتمات وإما مستغنى عنها بالكلية إما لعدم اعتبارها أو لقيام غيرها مقامها. كما في أشباه السيوطي. وعد الأصوليون الحاجيات مرتبة وسطى بين الضروريات والتتمات التي اشتهرت تسميتها بالتحسينيات.

ويجب عند الترخص بالحاجة مراعاة الضوابط الآتية:

١ ـ الحرص على ضبط مفهوم الحاجة، الذي يدور حول رفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة، وليس مجرد التشهي أو التفكه.

٢ ـ الالتزام بشروط الترخص بها وضوابطها، لكيلا يفتح باب استباحة المحرمات باسم الحاجة، ومن تلك الشروط والضوابط: ألا يوجد بديل مشروع لها، وأن تكون الحاجة قائمة لا منتظرة، وألا يتحيل لإيجادها ليعمل بمقتضاها، وألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، وأن "ما جاز للحاجة يقيد بوجودها".

٣ ـ الحذر من الخلط بين مرتبة الحاجيات ومرتبة التحسينات التي تعد أدنى من الحاجيات في مراتب تحقيق المصالح للعباد؛ فالحاجة هي: ما يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين ـ على الجملة ـ الحرج والمشقة دون اختلال شيء من الضروريات الخمسة)

أما التحسينات فهي ما لا تدعو إليها ضرورة ولا حاجة ولكن تقع موقع التحسين والتيسير ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات.

---

[١٧] ـ انظر بداية المجتهد ٥٧٢ وحاشية الدسوقي ١٧٩/٣. ١٨٠.

[١٨] ـ القبس ٢/ ٧٩٠،٧٩١.

فقد يحصل باسم مصلحة الحاجة دخول مصالح التحسينيات، وأحيانا دخول المصالح المستغنى عنها بالكلية إما لعدم اعتبارها أو لقيام غيرها مقامها، وليست هي من الحاجة.

٤ ــ دراسة تطبيقات الفقهاء في الأخذ بالحاجة عند إباحة ربا الفضل، فقد ربطوا ذلك ــ في بيع العرايا مثلا ـــ بتوافر شرائط مقررة، يظهر بها وجه الحاجة؛ منها: أن يكون المقدار خمسة أوسق، أو ما دونها، وأنها موقوفة على المعري بما يدخل من الضرر بدخول غيره عليه حائطه من أجلها؛ فإن اختلت الشروط لم يجز للمعري شراء ثمر النخل إلا بذهب أو ورق أو عرض، كالأجنبي[١٩]

تطبيقات فقهية على كون ربا البيوع أخف من ربا الديون:

نص الفقهاء على حكم مسائل يستفاد منها أن ربا البيوع أخفُ من ربا الديون، ويتضح ذلك من الشواهد الآتية:

أولا: جواز التخريص في الربويات مما لا يجوز التفاوت فيها:

نص كثير من الفقهاء في معاوضة الربويات بعضها ببعض، مما لا يجوز التفاوت فيها، على مسائل يجوز التخريص والتحري فيها، مع الشك في حصول التماثل بالخرص والتحري، ويستدل لهم بإجازته صلى الله عليه وسلم التقدير بالخرص في بيع الرطب بالتمر في حديث العرايا عن زيد بن ثابت "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا"[٢٠]، فأجاز بيع رطب النخلة المعراة تخريصا بالتمْر الجاف مكيلا؛ ومن أمثلة ما نص عليه الفقهاء من ذلك الآتي:

١ ـ جواز التخريص في بيع ما يوزن من الربويات مما لا يجوز فيه التفاضل:

أجاز فقهاء المالكية في ما يباع وزنا مما لا يجوز فيه التفاضل من الربويات بيع بعضه ببعض على سبيل التحري، وحكى ابن رشد عدم وجود الخلاف فيه، ونصه: "ولا اختلاف في إجازة التحري فيما يوزن مما لا يجوز فيه التفاضل"[٢١]؛ فيباع الخبز بالخبز تحريا واللحم باللحم تحريا أن يكون فيما يعطي مثل ما يأخذ، ففي المدونة: "قلت: فإن سلفت في لحم الحيوان كيف يكون السلم في قول مالك أبوزن أم بغير وزن؟ قال: قال مالك: إذا اشترط وزنا معروفا فلا بأس، وإن اشترط تحريا معروفا بغير وزن فإن ذلك جائز. قال ابن القاسم: ألا ترى أن اللحم يباع بعضه ببعض بالتحري، والخبز أيضا يباع بعضه ببعض بالتحري، فذلك جائز أن يسلف فيه بغير وزن ذا كان ذلك قدرا قد عرفوه"، وفيها أيضا: "اللحم بعضه ببعض لا يجوز في قول مالك إلا مثلا بمثل إذا كان نيئا، وهاتان الشاتان لما ذبحتا فقد صارتا لحما فلا يجوز إلا مثلا

---

[١٩] ـ الكافي ٣١٥.

[٢٠] ـ الموطأ ٦٢٠/٢، والبخاري ومسلم بشرح النووي ١٨٤/١٠.

[٢١] ـ البيان والتحصيل ٧/ ٤٤٩.

بمثل على التحري. قلت: وهل يتحرى هذا وهما غير مسلوختين حتى يكونا مثلا بمثل؟ قال: إن كانا يقدران على أن يتحريا ذلك حتى يكونا مثلا بمثل فلا بأس به كما يتحرى اللحم)

وأباح المالكية التحري فيما يباع وزنا من الربويات ولو لم تدع إلى ذلك ضرورة سفر أو غيره، بأن أمكن الوزن؛ وهذا ما استظهره الباجي؛ ونصه: "وأما على قول من حمل على ذلك على الإطلاق مع القدرة على الموازين وهو الأظهر"، وصرح ابن رشد بأنه ظاهر المدونة، كما في البيان والتحصيل[٢٢].

والتحري ليس خاصا بالخبز واللحم، وغيره مما نص عليه في المدونة وغيرها، بل هو عام في كل موزون، قال ابن رشد: "كل ما يباع وزنا ولا يباع كيلا مما لا يجوز فيه التاضل ، يجوز بيع بعضه ببعض على التحري هو مثل ما في المدونة"، وصححه ابن العربي؛ ونصه في القبس: (واختلف علماؤنا في نقل ذلك عنه، فتارة جعلوه عاما، وتارة جعلوه خاصا فيما ذكرنا؛ والصحيح عمومه؛ لأن مالكا جعل الخرز والتخمين طريقا من المعرفة بالظاهر من التماثل"[٢٣]؛ وفي المنتقى: والتحري "معنى وضع في الشرع لمعرفة المقدار؛ فجاز أن يعتبر به المبيع كخرص العرية والزكاة.

٢ ـ جواز التخريص في قسمة ما يوزن من الربويات مما لا يجوز فيه التفاضل:

أباح فقهاء المالكية التخريص في قسمة ما يوزن من الربويات مما لا يجوز فيه التفاضل كإباحتهم البيع به؛ قال ابن رشد: "وكما يجوز بيع بعضه ببعض بالتحري، فكذلك يجوز اقتسامه بالتحري"[٢٤] وبينوا التخريص في قسمة الزروع والثمار على رؤوس أشجارها، بأن يتحرى أن زرعَ تلك الجهة أو ثمارَها يساوي قدر هذه الجهة، ويأخذ كل واحد من المتقاسمين جهة منهما[٢٥].

٣ ـ التوسع في بيع العرايا:

توسع المالكية في بيع العرايا فلم يجيزوه في النخيل الذي ورد النص فيه فقط، بل هو جائز عندهم في النخيل والعنب وفي كل تمر ييبس، ويعرفون العرية بأنها: ثمَر نخل أو غيره ييبس ويدخر، يهبها مالكها، ثم يشتريها من الموهوب له، بثمر يابس إلى الجذاذ[٢٦]؛ ففي حدود ابن عرفة: «العرية: ما مُنح من ثَمَر ييبس»[٢٧].

ثانيا: يجوز التفاوت بين الربويين، وعدم تحقق التماثل، إذا كان على وجه الإرفاق والعون والإحسان:

---

[٢٢] ـ انظر البيان والتحصيل ٤٤٩،١٠١/٧ وحاشية الدسوقي ؟؟؟

[٢٣] . القبس ٢/ ٧٨٨.

[٢٤] . انظر البيان والتحصيل ١٩٠/٧.

[٢٥] . انظر أحكام المقاسمة بالتحري وشروطها في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٠٧/٣.

[٢٦] . انظر حاشية الدسوقي ١٧٩/٣ والمنتقى للباجي ٢٢٩/٤. أما عند الحنابلة فبيع العرايا جائز في النخيل فقط، ولا يجوز في غيره من الثمار التي يجري فيها الربا؛ وعند الشافعية في النخيل، والعنب قياساً عليه؛ بجامع أنه زكوي يمكن خرصه، ويدخر يابسه. انظر المغني ٧٣/٤ وشرح منتهي الإرادات ٢ /٧٩ وتحفة المحتاج ٢٢٣/٢

[٢٧] . حدود ابن عرفة بشرح الرصاع ٣٨٩/٢

جوز المالكية لمن أراد إرفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنانير ناقصة بثلاثة دنانير وازنة عددا؛ إرفاقا به وعونا له[٢٨]، وذكر الإمام الباجي أن الجهل بالتماثل في بيع الطعام الربوي بجنسه يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف.[٢٩] وفي الكافي لابن عبد البر: (وأجاز مالك الدينار الناقص الرديء العين بالدينار الوازن الجيد، على وجه المعروف، وجعله من باب القرض والمعروف والإحسان؛ وقال: إن كان الناقص أجود عينا لم يجز؛ لأنه هاهنا مكايسة ومبايعة؛ وذهب أكثر العلم إلى كراهة ذلك، وأبى جوازه)[٣٠]

ثالثا: جواز بيع ربوي بربوي من جنسه متفاضلا إذا كان مع أحدهما سلعة هي المقصودة بالشراء:

أجاز المالكية والحنابلة في المشهور عندهم بيع ربوي بربوي من جنسه متفاضلا إذا كان مع أحدهما سلعة هي المقصودة بالشراء وكان الربوي تابعا لها، كبيع شاة ذات لبن بلبن، ودار مموهة بذهب بذهب، والسيف المحلى بفضة بفضة، ونحو ذلك؛ وضابط التبعية عند المالكية الثلث فأقل[٣١].

ملخص لقاعدة أن ربا البيوع أخف من ربا الديون:

١ ـ جواز بيع الربوي بالربوي على سبيل التحري والخرص ولو من غير حاجة على ما استظهره بعض أئمة المالكية.

٢ ـ جواز التفاضل بين الربويين، إذا كان مع أحدهما سلعة هي المقصودة بالشراء.

٣ ـ جواز التفاوت بين الربويين على وجه الإرفاق والإحسان:

نص فقهاء المالكية على جواز التفاوت بين الربويين إذا كانت الزيادة من باذلها على وجه الإرفاق بغيره وعونه والإحسان إليه؛ أما الزيادة لحاجة باذلها كخوف رفقة سفره التي روي جوازها عن كثير من أصحاب الإمام مالك، وبعضهم يرويه عن الإمام مالك فقد رد ابن وهب جواز هذه المسألة عن الإمام مالك، وأنكر روايتها عنه، وقد اشتد إنكار ابن عبد البر لجواز هذه المسألة، وبالغ في الرد عليه؛ وقال: هذا مما يرسله العالم من غير تدبر ولا رؤية، وربما حكاه لمعنى قاده إلى حكايته، فيتوهم السامع أنه مذهبه فيحمله عنه، وهذا عين الربا[٣٢].

المطلب الثالث: ربا بيوع النساء أوسع دائرة في الحرمة من ربا بيوع الفضل

.

---

[٢٨] . انظر المنتقى للباجي ٤/٢٢٥.

[٢٩] . انظر المنتقى للباجي ٤/٢٢٧.

[٣٠] . الكافي. ٣٠٤.

[٣١] ـ انظر المدونة: "في بيع السيف المفضض بالفضة إلى أجل"، ومجموع فتاوى ابن تيمية٢٩/٤٥٢. ٤٥٨

[٣٢] . انظر التمهيد ١٢/١٢٥.

من صور تفاوت المفسدات التفاوت في سعة الحرمة، ومن مظاهر ذلك أن ربا النساء أوسع في الحرمة من ربا الفضل، وبيان ذلك في التفصيل الآتي:

قسم الفقهاء ربا البيوع إلى قسمين، هما: ربا الفضل، ومعناه: الزيادة؛ وربا النساء، ومعناه: التأخير.

وينبغي هنا التنبيه إلى ما نبه عليه فضيلة الإمام محمد أبو زهرة من أن ربا النساء قد يسمى في مصادر الفقه القديمة والمراجع الحديثة ربا النسيئة، وهو غير ربا الديون، وقال: "إن تسميته بالنسيئة يحدث التباسا بربا الديون، ولذلك أختار تسميته بالنساء فهذه التسمية مميزة له عن ربا الديون ابتداء".

وصرح الفقهاء بأن تحريم ربا النساء أوسع دائرة من تحريم ربا الفضل؛ فكل ما لا يجوز فيه التفاضل لا يجوز فيه النساء، أما ما لا يجوز فيه النساء فقد يجوز فيه التفاضل؛ ففي المغني: (تحريم النساء آكد، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين، فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم)؛ وفي حاشية ابن عابدين: (كلما حرم الفضل حرم النساء ولا عكس، وكلما حل النساء حل الفضل ولا عكس).

وأصل كون ربا النساء أضيق في الحل من ربا الفضل قوله ﷺ في صحيح مسلم: (فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد) بعد قوله: «الذهبُ بالذهبِ، والفِضّةُ بالفِضّةِ، والقمحُ بالقمحِ، والشعيرُ بالشعيرِ، والتمرُ بالتمرِ، والمِلحُ بالمِلحِ، مِثلاً بمِثلٍ، سواءً بسواءٍ، يدًا بيدٍ). فأجاز التفاضل في الأصناف المختلفة، ومنع التأخير فيها.

وقوله ﷺ: "كيف شئتم" يعني: متفاضلا أو متساويا، كيلا أو وزنا أو جزافا؛ ولا يعني: نساء أو حالا؛ لقوله: يدا بيد؛ ففي الأم للإمام الشافعي: (فإذا اختلف الصنفان فبعه كيف شئت يدا بيد، جزافا بكيل، ورطبا ييابس، وقليله بكثيره).

مظاهر كون ربا النساء أوسع في الحرمة من ربا الفضل:

نص الفقهاء على أن تحريم ربا النساء أوسع من تحريم ربا الفضل، وتتمثل مظاهر التوسع في الأحكام الآتية:

. أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد، وأنه لا يجري في الجنسين؛ وقد نقل ابن عبد البر إجماع العلماء على ذلك؛ ففي الاستذكار: (فأما الجنسان بعضُهما ببعض كالذهب بالورق فجائز التفاضل فيهما بإجماع من العلماء) [٣٣]، وفي المغني: (لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه، إلا عن سعيد بن جبير)؛ وبهذا يتبين أن مساحة تحريم ربا الفضل صغيرة، وصوره قلما تقع.

أما ربا النساء فحرمته أوسع مساحة، لجريانه في الآتي:

١ . في مبادلة الجنس الواحد الربوي ببعضه، فيحرم بيع الجنس بجنسه نسيئة في الأموال التي يجري فيها الربا، وهذا متفق عليه بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في علة قياس منع الربا.

---

[٣٣] . الاستذكار ٦/ ٣٥٦.

٢ . في مبادلة الجنسين الربويين المختلفين، إذا جمعتهما علة واحدة؛ وقد نقل ابن عبد البر إجماع العلماء على ذلك؛ ففي الاستذكار: (فأما الجنسان بعضُهما ببعض كالذهب بالورق فجائز التفاضل فيهما بإجماع من العلماء، ولا يجوز فيهما النسيئة بإجماع أيضا من العلماء)[٣٤].

٣ . في مبادلة الطعام بالطعام غير المدخر المقتات:

منع فقهاء المالكية بيع الطعام بالطعام نسيئة، سواء اتفقا في الجنس أو اختلفا، وسواء كان الطعام ربويا يجري فيه ربا الفضل أولا ولم يشترطوا في منع الطعام بالطعام نسيئة أن يكون الطعام مقتاتا مدخرا، بل يحرمون النساء بمجرد الطعم؛ جاء في الشرح الكبير: (وأما ربا النساء فعلته مجرد الطعم لا على وجه التداوي فتدخل الفاكهة والخضر كبطيخ وقثاء، أو بقول كخس ونحو ذلك).

٤ . في وجود إحدى علتي ربا الفضل:

يرى فقهاء الحنفية أن علة تحريم ربا الفضل زيادة الكيل أو الوزن، مع اتحاد الجنس، وعلة ربا النساء وجود إحدى العلتين؛ جاء في الدر المختار: (وعلته) أي علة تحريم الزيادة (القدر) المعهود بكيل أو وزن (مع الجنس فإن وجدا حرم الفضل) أي الزيادة (والنساء) بالمد التأخير فلم يجز بيع قفيز بر بقفيز منه متساويا وأحدهما نساء .....(وإن وجد أحدهما) أي القدر وحده أو الجنس (حل الفضل وحرم النساء) ولو مع التساوي، حتى لو باع عبدا بعبد إلى أجل لم يجز لوجود الجنسية.

٥ . في مبادلة العروض والحيوان نسيئة:

ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى جواز مبادلة الأموال غير الروية نسيئة، كالعروض والحيوان وغيرهما؛ فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ونسيئة؛ اتحدت أجناسها، أولا.[٣٥]

وذهب فقهاء الحنفية إلى أن العوضين غير الربويين إن كانا من جنس واحد يحرم بيعهما نسيئة، سواء كانا متماثلين أو متفاضلين؛ فلا يجوز عندهم بيع ثوب بثوب إلى أجل؛ لاتحادها جنسا[٣٦].

وتوسط فقهاء المالكية في حصول الربا في بيع الأموال غير النقد والطعام باجتماع ثلاثة أوصاف فيها: أن تتفق أغراضها ومنافعها؛ وأن تباع نسيئة؛ متفاضلة؛ فلا يجوز عندهم بيع ثوب بثوبين من جنسه إلى أجل، ولا بيع فرس للركوب بفرسين للركوب إلى أجل؛ فإن كان أحدهما للركوب دون الآخر جاز؛ لاختلاف المنافع، **فاختلاف المنافع عند المالكية يجعل الجنس الواحد صنفين** وإن كان الاسم واحدا[٣٧]؛ ففي الموطأ عن الإمام مالك: «وكل شيء ينتفع به الناس من الأصناف كلها، وإن كانت الحصباءَ والقَصَّةَ[٣٨]، فكل

---

[٣٤] . الاستذكار ٦/ ٣٥٦.

[٣٥] . انظر المهذب وشرحه المجموع ٩/٤٩٩-٥٠٤ والمغني ٤/١٤،١٥

[٣٦] . انظر الاختيار٢/٣٧ وحاشية ابن عابدين٧/٤٢٣

[٣٧] . انظر الكافي١٠/٣١١،٣١٠ والقوانين الفقهية١٩١ وبداية المجتهد٥٠٣

[٣٨] . القَصَّة بالفتح: الجِصُّ، بلغة أهل الحجاز. انظر المصباح المنير: مادة «قصص».

واحد منهما بمثليه إلى أجل فهو ربا»[٣٩]؛ وقال الإمام الليث بن سعد: (كل ما ينتفع به الناس من كل صنف من الأصناف، وإن كان من الحجارة أو التراب، وكل واحد من صنف تلك الأصناف بمثليه من صنفه إلى أجل هو الربا)[٤٠].

ودليل فقهاء المالكية في تحريم مبادلة الجنس الواحد من العروض والحيوان متفاضلا نساء إذا اتفقت منافعه: سد الذريعة إلى ربا القروض؛ جاء في بداية المجتهد: "وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الذريعة؛ وذلك أنه لا فائدة في ذلك إلا أن يكون من باب سلف جر نفعا وهو يحرم"[٤١].

المطلب الرابع: ربا بيوع الصرف أشد من ربا بيوع غيره من سائر الربويات.

تتمثل شدة التحريم في بيع الصرف مقارنة مع بيوع غيره من الربويات في الآتي:

١ . تفاق الفقهاء على شرط التقابض في الصرف في مجلس العقد، واختلافهم في سائر الربويات:

اتفق الفقهاء لصحة عقد الصرف اشتراط التقابض في المجلس قبل الافتراق؛ للأحاديث الصحيحة الصريحة في ذلك، منها ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز}. فعقد الصرف تضر فيه مفارقة المتصارفين معا أو أحدهما، ولو ليأتي بماله؛ لحديث عمر رضي الله عنه في الموطأ وغيره: (وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره).

ونقل الإمام ابن عبد البر اتفاق العلماء على شرط التقابض قبل الافتراق في الصرف، ونص كلامه: (ولا خلاف بين علماء المسلمين في تحريم النساء في بيع الذهب بالذهب، والورق بالورق، وبيع الورق بالذهب، والذهب بالورق؛ وأن الصرف كله لا يجوز إلا هاء وهاء، قبل الافتراق؛ وثبت قوله صلى الله عليه وسلم في ذلك: "إلا هاء وهاء" بنقل الآحاد العدول؛ فيجب التسليم لهذا)

واختلفوا فيما عدا عقد الصرف من سائر الربويات هل يشترط في صحة مبادلة الجنس الواحد منها التقابض في المجلس؛ ففقهاء الحنفية لا يرون شرط التقابض في المجلس إلا في عقد الصرف، أما غيره فلا يشترطون فيه إلا تعيين المعقود عليه؛ جاء في حاشية ابن عابدين ما نصه: (القبض في المجلس لا يشترط إلا في الصرف وهو بيع الأثمان بعضها ببعض أما ما عداه فإنما يشترط فيه التعيين دون التقابض).

---

[٣٩] . الموطأ ٦٦٢/٢

[٤٠] . الاستذكار ٦/ ٣٥٨.

[٤١] . بداية المجتهد. ٥٠٣.

ويرجع تفريق الحنفية في اشتراط التقابض بين عقد الصرف، وبين غيره إلى ما جاء في المبسوط، ونصه: (هذا بخلاف الصرف فالقبض الذي هو حكم العقد لا يشترط هناك عندنا وإنما يشترط التعيين لأن التعين شرط العقد بدليل {نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ} والنقود لا تتعين في العقود فكان اشتراط القبض للتعيين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى من الآخر وبهذا شرطنا القبض فيهما للتعين وفي باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعيين حتى لا يكون دينا بدين ولكن ما يقابله وهو السلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضى العقد).

وأرجع ابن رشد الحفيد الخلاف بين القولين إلى وجود نص في الصرف فقط؛ ففي بداية المجتهد: (واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء: هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تبيعوا منها غائبا بناجز: فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها في الصرف، ومن لم يشترط ذلك قال: إن القبض قبل التفرق ليس شرطا في البيوع إلا ما قام الدليل عليه، ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل"[٤٢]، وقد يقال: إنه قد ثبت اشتراط التقابض أيضا في سائر الربويات عن النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "يدا بيد"، وهذا ليس مجال بحثه.

.

٢ . اشتراط سرعة التقابض عند الإيجاب والقبول عند المالكية:

ذهب فقهاء المالكية إلى أن أضيق ما تجب فيه المناجزة هو الصرف؛ جاء في شرح الخرشي: "أضيق الأبواب المعتبر فيها المناجزة الصرف"؛ وتشددوا فيه أكثر من الأطعمة التي يجري فيها ربا التفاضل؛ فنصوا لصحة عقد الصرف اشتراط حصول المناجزة عند الإيجاب والقبول، وأنه لا يجوز تراخي المناجزة والتقابض بعد العقد وقبل الاصطراف، ولو لم يحصل تفرق في الأبدان؛ أما إذا حصل تفرق بالأبدان فلا يغتفر التأخير القليل ولو غلبة؛ ففي التمهيد لابن عبد البر: "فإن لم ينقده، ومكث معه من غدوة إلى ضحوة قاعدا، وقد تصارفا غدوة، فتقابضا ضحوة، لم يصح هذا، ولا يكون الصرف إلا عند الإيجاب والقبول، ولو انتقلا من ذلك المكان إلى موضع غيره، لم يصح تقابضهما؛ هذا كله قول مالك، وجملة مذهبه في ذلك أنه لا يجوز تراخي القبض في الصرف، سواء كان في المجلس أو تفرقا)[٤٣]، وورد في الشرح الكبير: (و) لا يجوز صرف (مؤخر ولو) كان التأخير منهما أو من أحدهما (قريبا) مع فرقة ببدن اختيارا، ولو بأن يدخل أحدهما في الحانوت ليأتي له بالدراهم منه لا إن لم تحصل فرقة فلا يضر إلا إذا طال).

---

[٤٢] . بداية المجتهد. ٥٠٤.

[٤٣] . التمهيد ١٢/ ١٤٧.

المطلب الخامس: ربا الديون أشد من الغرر.

يظهر بوضوح عند تتبع أحكام المعاملات واستقرائها تشدد الفقهاء في باب ربا الديون، والتيسير في باب الغرر، سواء في عقود المعاوضات أو التبرعات، ويظهر ذلك جليا في الفقه المالكي من خلال التقريرات الآتية:

أولا: التوسع في سد الذرائع إلى الربا، ومنع المواطأة فيه والاحتيال عليه، والأخذ بالتهمة إليه، ونصهم على أن التهمة إلى الربا تنزل منزلة اشتراطه، والنص عليه بالفعل[٤٤]؛ وعقدوا بابا فقهيا يبين صور سد الذرائع إلى الربا، والتهمة به، سموه "بيوع الآجال"، يضم مئات الصور من المسائل.

ثانيا: التوسع في عدم اعتبار الغرر، سواء في أصول أبواب المعاملات، أو في بعض تفاصيلها وأحكامها، ومن أهم شواهده الآتي:

١ ـ اغتفار الغرر في أبواب التبرعات؛ توسعة للإحسان بالمعلوم والمجهول، كما يقول الإمام القرافي؛ فأجازوا الغرر في أبواب الهبة والصدقة والوقف والعمرى والوصية والمنحة والإرفاق والإخدام والإسكان، وغير ذلك من أبواب التبرعات التي هي إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال، ولا ضرر فيه على من أحسن إليه، بسبب الجهالة والغرر، وقد أوصل فقهاء المالكية أبواب التبرعات إلى بضعة عشر بابا، تتسع للتبرع بالذوات والمنافع، والتبرع الدائم والمؤقت، والتبرع حال الحياة وبعد الممات؛ ليتاح للمتبرع الفرصة في اختيار الباب الذي يناسبه، فتتوسع بذلك أعداد المتبرع عليهم، وينتفع الجميع بما يطلبه.

٢ ـ اغتفار الغرر في أبواب التوثيقات؛ لأن من مقاصد عقود التوثيقات التوثق لأصل الدين. ومن ضوابطهم في ذلك: (يغتفر في الرهن ما لا يغتفر في البيع). (الحمالة تصح في المعلوم والمجهول) (يصح ارتهان الغرر والمجهول كإفراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتهان).

٣ ـ اغتفار الغرر في الخلع (لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة)؛ جاء في الشرح الكبير: (و) جاز الخلع (بالغرر) (كجنين) في بطن حيوان تملكه فإن كان في ملك غيرها أو أنفش الحمل فلا شيء له وبانت (وغير موصوف) من عرض أو حيوان أو ثمرة لم يبد صلاحها وعبد آبق وبعير شارد أو بأجل مجهول

٤ ـ اغتفار الغرر في المهر؛ جاء في الفروق للقرافي ما نصه: وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا. وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى {أن تبتغوا بأموالكم} يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه فلو وجد الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو عبد من غير

---

[٤٤] ـ انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٧٦.

تعيين وشورة بيت ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف والثاني ليس له ضابط فامتنع).

اغتفار الغرر في سائر المذاهب:

لم يقتصـــر اغتفار الغرر على فقهاء المالكية، بل إن ســـائر الفقهاء اغتفروه في مواطن متعددة؛ ومما نص عليه فقهاء الحنفية من ذلك الآتي:

١ ـــ اغتفار الغرر إذا تعارف الناس عليه، وقد نصوا على اغتفار الغرر في الشروط المفسدة، وفي غيرها؛ ففي **الشروط الفاسدة:** قرر فقهاء الحنفية أن اشتمال عقد البيع على شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، وفيه نفع لأحد العاقدين هو عقد فاسد؛ لأنه شرط زائدة على أصل عقد البيع يؤدي تنفيذه إلى المنازعة المخرجة للعقد عن المقصـــود به، لكن لو جرى به العرف، يلزم الوفاء به، ويعد العقد معه صـــحيحا؛ لانتفاء علة المنع، وهي وقوع المنازعة بين المتعاقدين؛ بسبب كون جريان العمل بها يجعل الأمر فيها معروفا ومألوفا، لا يترتب عنه نزاع أو مخاصمة[٤٥].

٢ ـ اغتفار الجهالة الطارئة؛ جاء في أصول السرخسي: (ليس في الحرمة الطارئة معنى المنازعة، وفي المقارنة للعقد يتحقق ذلك)[٤٦]؛ وأصول المالكية لا تمنع ذلك؛ وفي فروعهم تطبيقات لها[٤٧].

٣ ـ الغرر في الجمع بين الحلال والحرام: ذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر بعض القواعد المتفرعة عن قاعدة: إذا جمع بين حلال وحرام في عقد أو نية، ونص منها على قاعدة: (إذا جمع بين مجهول ومعلوم في البيع، فإن كان المجهول لا تفضي جهالته إلى المنازعة لا يضر، وإلا فسد في الكل، كما علم في البيوع)[٤٨].

٤ ـ الإقرار صحيح بالمعلوم والمجهول: نص فقهاء الحنفية على أن الإقرار بالمعلوم والمجهول صحيح، وعللوا صـــحته بما نص عليه في المبســـوط من أنه (إظهار لما عليه من الحق وقد يكون ما عليه مجهولا فيصـــح إظهاره بالمجهول كالمعدوم، ..... ومن عليه الحق محتاج إلى إظهار ما عليه بإقراره معلوما كان عنده أو مجهولا فقد يعلم أصل الوجوب ويجهل قدر الواجب وصفته ولهذا صح إقراره بالمجهول).

وذكر الإمام السرخسي في أصوله أن المسائل على هذا الأصل كبيرة[٤٩].

ومن مظاهر اغتفار جمهور الفقهاء للغرر الآتي:

---

[٤٥] . انظر الدر المختار، وحاشية ابن عابدين عليه ٧/ ٢٨٢ ـ ٢٨٧.

[٤٦] . أصول السرخسي ١/ ٣٣٦.

[٤٧] . بلغة السالك لأقرب المسالك ٦٤/٢ بتصرف.

[٤٨] . الأشباه لابن نجيم ١٢١&.

[٤٩] . انظر أصول السرخسي ١/ ٣٣٦.

١ ـ مشروعية عقد الجعالة: ذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية إلى مشروعية عقد الجعالة مع تضمنها لشدة الجهالة في عمل الجاعل، فقد ينجز ما جوعل عليه في وقت قصير، وقد لا يستطيع فعل ذلك، أو ينجزه بعد وقت طويل.

٢ اغتفار الغرر في المعقود عليه إذا كان تابعا؛ وقعدوا في ذلك قواعد، منها: (يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع)، (يغتفر تبعا ما لا يغتفر أصالة). وأصله ما ورد في الحديث من جواز بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها تبعا لأصلها.

٣ ـ إذا كان الغر يسيرا، مقارنة بكامل الصفقة، فقد تجاوز الفقهاء عنه؛ إذا كان مما لا يمكن الوصول إلى معرفة قدره ونوعه.

والخلاصة أن توسع الفقهاء، وبخاصة المالكية في عدم اعتبار الغرر كبير؛ فاغتفروه إذا انتفت علته وهي مظنة العداوة والبغضاء، كما في عقود التبرعات، أو إذا كان تابعا، أو إذا كان يسيرا، أو إذا دعت إليه حاجة.

المطلب السادس: ما حرم لذاته أشد مما حرم لغيره.

بتتبع أحكام المعاملات واستقرائها نجد أن ما حرم من مفسدات العقود لغيرها أخف في التحريم مما حرم منها لذاتها، ورتب الفقهاء على ذلك أحكاما، منها: أن علة تحريم المنهي عنه لغيره إذا انتفت ارتفع الحكم بالفساد والنهي، وأن المنهي عنه لغيره يجوز للحاجة.

وهذا تعداد لأهم المفسدات لغيرها، وأثر ذلك على أحكامها:

١ ـ مفسد الغرر: نص الفقهاء في مواطن كثيرة على أن الجهالة لم تمنع لذاتها، بل لما تؤدي إليه من المنازعة المفضية إلى العداوة والبغضاء؛ من ذلك المسائل الآتية:

أ ـ جهالة المعقود عليه: ما ذكره الإمام السرَخْسي في أصوله، ما نصه: (إذا جوزنا دخول الحمام بأجر بطريق الاستحسان فإنا تركنا القول بالفساد الذي يوجبه القياس لانعدام علة الفساد، وهو أن فساد العقد بسبب جهالة المعقود عليه ليس لعين الجهالة، بل لأنها تفضي إلى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم، وهذا لا يوجد هنا ولا في نظائره، فكان انعدام الحكم لانعدام العلة؛ لا أن يكون بطريق تخصيص العلة).

ب ـ الجهل بمقدار رأس مال الشركة حال العقد: جاء في بدائع الصنائع: (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالأموال عندنا، وعند الشافعي رحمه الله شرط (وجه) قوله أن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد، فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا. (ولنا) أن لجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة، وجهالة رأس المال وقت

العقد لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا؛ لأن الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء، فيعلم مقدارها فلا يؤدي إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة.

ج . ما تعارفه الناس من الشروط الفاسدة:

قرر فقهاء الحنفية أن اشتمال عقد البيع على شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، وفيه نفع لأحد العاقدين هو عقد فاسد؛ لأنه شرط زائدة على أصل عقد البيع يؤدي تنفيذه إلى المنازعة المخرجة للعقد عن المقصود به، لكن لو جرى به العرف، يلزم الوفاء به، ويعد العقد معه صحيحا؛ لانتفاء علة المنع، وهي وقوع المنازعة بين المتعاقدين؛ بسبب كون جريان العمل بها يجعل الأمر فيها معروفا ومألوفا، لا يترتب عنه نزاع أو مخاصمة[٥٠].

الأثر الفقهي على كون الغرر محرما لغيره: إذا ثبت أن علة النهي في الغرر وإفساده للعقود هو إفضاؤه للمنازعة، فإن الحكم بالنهي والفساد يرتفع بارتفاع العلة. وقد مرت تطبيقات هذه القاعدة في البحث، وتوسع فقهاء المالكية فيها توسعا كبيرا اغتفر معه الغرر في عقود التبرعات والتوثيقات وغيرها.

٢ . ربا البيوع:

تحريم ربا البيوع كان سدا لذريعة الوصول إلى ربا الديون وإلى الاحتكار، وإلى أن تصير النقود سلعا للتجارة؛ **وهذا بيان لسد الذريعة في ربا البيوع:**

أولا: "أن التفاضل في النقدين يؤدي إلى أن تكون سلعا؛ وذلك خروج بها عن طبيعتها؛ إذ أنها صارت سلعا ضعفت قوة تحريمها؛ وأن منع التفاضل في المطعومات بأجناسها منع احتكارها لمن يملكونها؛ "إذ أنه إذا تقايض من عندهم الأقوات أقواتهم، وتيسر لهم ذلك تعجيلا وتأجيلا، وتفاضلا وتساويا أدى ذلك إلى ألا ينال منها شيئا من عنده نقود، وليس عنده قوت "[٥١].

ثانيا: أن التفاضل والنساء في بيع الأجناس الربوية ذريعة إلى ربا الديون؛ لأنها أموالٌ مِثليةٌ قابلةٌ للقرض؛ فلو أجيز فيها الفضل والنساء لاستحلت القروض الربوية باسم البيع، ويزاد في أحد العوضين الربويين في نظير التأخير، باسم البيع.

الأثر الفقهي على كون ربا البيوع محرما لغيره:

إذا ثبت أن علة النهي في **ربا البيوع كونه محرما لغيره وسدا للذريعة**؛ لا تحريما لذاته، فأنه **يجوز من ربا البيوع ما تدعوا إليه الحاجة، أو ما كان على وجه المعروف**؛ وقد مرت تطبيقات فقهية لجواز ما كان على وجه المعروف من ربا البيوع في هذا البحث.

---

٥٠ . انظر الدر المختار، وحاشية ابن عابدين عليه ٧/ ٢٨٢ . ٢٨٧.

٥١ . بحوث في الربا. محمد أبو زهرة ٨٨،٩٠.

المطلب السابع: ما اتفق على فساده أشد مما اختلف في فساده.

حرص الفقهاء على بيان ما اتفق على فســـاده من مســـائل العقود، وما اختلف فيه منها، عند تناولهم لأحكام تلك المسائل، وقرروا أن ما اتفق على فساده من العقود أشد مما اختلف في فساده، ورتبوا على ذلك آثار متعددة، كحكم الاجتهاد في المتفق عليه، ونقض حكم القاضـــي في مخالفته المتفق عليه، وغيرها.

وسأقتصر في بحث قاعدة أن ما اتفق على فساده أشد مما اختلف في فساده على مسألتين: تتعلق الأولى بحكم الإنكار على الإقدام على إبرام العقد الفاســـد المتفق عليه والمختلف فيه، والثانية بطريقة تصحيحهما؛ وهل هناك فرق بينها في أحكام تلك المسألتين.

أولا: الإنكار على إبرام العقد الفاسد:

من أحكام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ما قرره الفقهاء من أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يختص بالمتفق عليه من الأحكام بشـــروط محددة، وأن المختلف فيه لا يقع فيه إنكار من حيث الجملة، على تفصيلات ذكره الفقهاء، واختلاف بينهم في بعض ذلك، ليس هذا محل بحثه.

وســأقتصــر هنا على ما ذكره الإمام الماوردي في أحكامه الســلطانية؛ في معرض حديثه على إنكار والي الحســبة وتعزيره على البيوع الفاســدة مع تراضــي المتعاقدين بها، وتفريقه في الإنكار بين المتفق عليه من العقود الفاســدة والمختلف فيه، وتفصــيله في المختلف فيه بين ضــعيف مدرك المختلف فيه وقويه، وهذا نص كلامه : "(فصــل) وأما المعاملات المنكرة كالزنا والبيوع الفاســدة وما منع الشــرع منه مع تراضــي المتعاقدين به إذا كان متفقا على حظره فعلى والي الحسـبة إنكاره والمنع منه والزجر عليه وأمره في التأديب مختلف لحسب الأحوال وشدة الحظر، وأما ما اختلف الفقهاء في حظره وإباحته فلا مدخل له في إنكاره إلا أن يكون مما ضــعف الخلاف فيه وكان ذريعة إلى محظور متفق عليه كربا النقد فالخلاف فيه ضــعيف وهو ذريعة إلى ربا النساء المتفق على تحريمه، فهل يدخل في إنكاره بحكم ولايته أو لا؟ على ما قدمناه من الوجهين"[٥٢].

ثانيا: من حيث طريقة تصحيح فاسد المتفق عليه، والمختلف فيه:

المراد بتصحيح العقود الفاسدة تثبيتها وتقريرها وعدم فسخها؛ ثم ترتيب آثارها الشرعية عليها، فتصير ـ كما يقول الفقهاء ـ كالصحيحة ابتداء؛ فالبيع الفاسد ـ مثلا ـ إذا فات لا يُفسخ، بل يُصحح ويَصير كالصحيح ابتداء، فيُصبح بيعاً لازمًا نافذًا، ليس لأحد المتعاقدين أن يرده بعد تصحيحه، إلا إذا كان رده بسبب استحقاق، أو عيب قديم فيه، أو بتراضي المتعاقدين على الإقالة.

---

[٥٢] ـ الأحكام السلطانية أبو الحسن الماوردي. ٣٧٩،٣٨٠.

ويترتب على تصحيح العقد الفاسد بعد تصحيحه آثار، منها: **صحةُ العقد، ولزومُه، وانتقالُ الملك، ونفاذُ تصرفات المشتري** بالبيع، والهبة، وغيرها من العقود.

ويشمل التصحيحُ العقودَ المستمرةَ التي يأخذ تنفيذُ التزاماتها وقتا كالإجارة والمساقاة، ويقصد بتصحيح عقودها الفاسدة استمرارها وإمضاؤها، سواء ما تعلق بما مضى من مدتها، أو بما بقي منها.

ويعلل فقها الحنفية إمضاء عقد البيع الفاسد، وعدم فسخه، بأنه بيع مشروع بأصله؛ فهو منعقد، يتقوى أولاً بقبض المعقود عليه بإذن من البائع الذي سلطه على التصرف في الشيء المبيع، ويتقوى ثانيًا ـ فيرفع فساده، ويصبح بيعاً صحيحا لازما ـ بفوات المبيع عند المشتري: إما بزيادته في يده بعد قبضه قبضاً صحيحاً بإذن البائع، أو تعلق حق الغير به ببيعه أو هبته أو رهنه، أو غير ذلك من المفوتات.

ويقترب الاجتهاد المالكي من الحنفي في رؤيته للعقد الفاسد، فيرى أنه بيع منعقد، يمضي بالفوات ولا يرد؛ جاء في المدونة: البيع الحرام بيع، وإن كان المتعاقدان قد أخطآ فيه وجه العمل، فيلزم المشتري قيمة المبيع يوم قبضه إذا فات بنماء، أو نقصان، أو اختلاف سوق.

التفريق في طريقة تصحيح العقود الفاسدة بين المتفق عليه والمختلف فيه:

نص فقهاء الحنفية والمالكية على أن تصحيح العقود الفاسدة يمضي بالقيمة السوقية للمعقود عليه يوم قبضه، وهذا ليس على إطلاقه في الفقه المالكي، بل فصل فقهاؤه في طريقة التصحيح بين المتفق على فساده والمختلف فيه، فأمضوا العقد الفاسد المتفق عليه بالقيمة، وأمضوا العقد المختلف فيه بعد فواته بالعوض المسمى.

والأصل ألا يمضي العقد الفاسد بعد فواته بالمسمى المذكور في العقد؛ لأن الثمن المسمى ملغى لكونه وقع في عقد فاسد؛ ولكن فقهاء المالكية حكموا بإمضاء العقد الفاسد، بعد فواته بالعوض المسمى، إذا كان الحكم بالفساد محل خلاف بين الفقهاء، ولو كان الخلاف خارج المذهب؛ مراعاة للخلاف فيه؛ جاء في حاشية الخرشي: فإن فات المبيع بيعا فاسدا كله؛ أو أكثره بمفوت مما يأتي مضى بالثمن، إن كان مختلفا فيه بين الناس ولو كان الخلاف خارج المذهب.

واستثنى فقهاء المالكية عقودا مختلفا في فسادها، فأمضوها إذا فاتت بالقيمة، لا بالثمن المسمى؛ إذا ترتب على بالمسمى وقوع ضرر على أحد العاقدين، أو تأديته لسلف جر نفعا، ومن نص عليه الفقهاء من هذه المستثنيات الآتي:

ـ إن اطلع على عيب قديم في المبيع بيعا فاسداً، فيصحح العقد بالقيمة أو المثل، لا بالثمن؛ لئلا يتضرر المشتري؛ لأن الثمن الذي جعله في المبيع إنما هو لاعتقاد سلامته من العيوب[٥٣].

---

٥٣ انظر فتاوى عليش١٢٦/٢ وشرح الزرقاني على مختصر خليل١٤٢/٥

. إن أدى الإمضاء بالثمن إلى ممنوع، كبعض صور بيع العينة مختلف في فسادها تصحح بالقيمة لا بالثمن؛ لتأدية إمضائها بالثمن إلى ممنوع، وهو سلف جر نفعا.

الفروق المترتبة على التصحيح بالثمن والقيمة:

تفترق القيمة عن الثمن في تصحيح عقد البيع الفاسد بالآتي:

١. القيمة تقدر بتقويم المقومين، وتمضي ولو لم يرضها المتعاقدان أو أحدهما؛ أما الثمن فهو المسمى الذي تراضى عليه المتعاقدان أثناء العقد[٥٤].

٢. القيمة تقدر يوم القبض، أما الثمن فهو المتفق عليه يوم العقد[٥٥].

٣. القيمة تحل بالفوات، ويجب تعجيل دفعها عنده، أما الثمن فيدفع حين حلول أجله.

رأي فقهاء الشافعية والحنابلة في تصحيح العقود الفاسدة:

مذهب فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية أن العقد الفاسد لا يمكن تصحيحه ولو قبض المبيع . في البيع مثلا . وفات؛ إذ لا ينقلب الفاسد صحيحاً، ولا يمكن للعاقدين أو أحدِهما إصلاحُ ما فسد من غير ابتداء عقد، أو تجديده؛ فقد صرح الإمام الشافعي أن «البيع الفاسد لو مرت عليه الآباد واختار البائع والمشتري إنفاذه لم يجز»؛ وقال: (ولو باع رجل عبدا بمائة دينار إلى العطاء أو إلى الجداد أو إلى الحصاد كان فاسدا ولو أراد المشتري إبطال الشرط وتعجيل الثمن لم يكن ذلك له؛ لأن الصفقة انعقدت فاسدة فلا يكون له، ولا لهما إصلاح جملة فاسدة إلا بتجديد بيع غيرها)[٥٦].

المطلب الثامن التفاوت في فسخ الدين بالدين، وبيعه به، وابتداؤه به.

قسم فقهاء المالكية الكالئ بالكالئ إلى ثلاثة أقسام، هي: فسخ الدين في الدين، وبيعه به، وابتداؤه به، ونصوا على أنها ليست على مرتبة واحدة في الأحكام، وأن أشدها فسخ الدين في الدين؛ جاء في الشرح الكبير على قول المختصر: وككالئ بمثله ما نصه: (وهو ثلاثة أقسام: فسخ الدين في الدين وبيع الدين بالدين وابتداء الدين بالدين، وبدأ المصنف بالأول؛ لأنه أشدها لكونه ربا الجاهلية).

ويتلخص تفاوت أنواع الكالئ بالكالئ الثلاثة في الأحكام الضوابط الآتية:

---

٥٤ انظر حاشية ابن عابدين٧/١١٧.

٥٥ انظر البحر الرائق٦/١٠١ ومختصر خليل مع الشرح الكبير٣/٧١.

٥٦ . انظر أدلة الأقوال في تصحيح العقود الفاسدة في بحثي المقدم لمؤتمر أيوفي الفقهي لسنة ٢٠١٩. تصحيح العقود الفاسدة، وأثره في استقرار التعاملات، وتطبيقاته الفقهية.

١ ـ علة منع فسخ الدين في الدين الممنوع هي: ربا الجاهلية، لأن فسخ الدين في الدين هو: فسخ ما في ذمة المدين في مؤخر قبضه عن وقت الفسخ، إن كان المؤخر من غير جنسه أو من جنسه بأكثر منه، (ولو) كان المفسوخ فيه (معينا يتأخر قبضه كغائب) عقارا أو غيره.

٢ ـ ولذا لا يحل من فسخ الدين في الدين إلا عند الضرورة التي تحل أكل الميتة؛ جاء في البيان والتحصيل: "وذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك **إلا عند الضرورة التي تحل أكل الميتة**، مثل الهلاك إن لم يأخذ من البائع دابة فيبلغ عليها فيما وجب له عليه من الثمن[٥٧].

٣ ـ علة منع بيع الدين في الدين هي: الغرر المتمثل في عدم القدرة على التسليم؛ ففي بداية المجتهد: "ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب: (أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم بالطرفين) لا من باب الربا"[٥٨].

٤ ـ يجوز في بيع الدين بالدين بيعه لغير من هو عليه بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع ذات معينة، ولا يجوز في فسخ الدين في الدين أن يكون المفسوخ فيه معينا يتأخر قبضه، أو منافع معين؛ جاء في حاشية الدسوقي: (قوله: ولا يمتنع في هذا القسم بيعه) أي لغير من هو عليه، وقوله: بمعين يتأخر قبضه أي سواء كان عقارا أو غيره أي فإذا كان لزيد دين على عمرو فيجوز له بيعه لخالد بمعين يتأخر قبضه أو بمنافع ذات معينة وإذا علمت أن الدين يجوز بيعه بما ذكر ولا يجوز فسخه تعلم أن هذا القسم أوسع مما قبله".

٥ ـ ابتداء الدين بالدين أخف من بيع الدين بالدين الأخف من فسخه به، من حيث التوسع في تأخير القبض؛ ففسخ الدين بالدين لا يجوز فيه التأخير إلا للذهاب لنحو البيت لإحضار المال، أو التأخير لمدة يوم ونحوه على رأي بعض الفقهاء[٥٩]، فإذا كان لإنسان دين على آخر وقال له احرث معي غدا وأقتطع لك من دينك فهذا جائز على قول أشهب ورجحه ابن يونس[٦٠].

أما ابتداء الدين بالدين فيغتفر تأخير القبض فيه لثلاثة أيام؛ وعلل المالكية التوسع في باب الدين بالدين بأنه ليس من الحرام البين كبيان فسخ الدين بالدين الذي يضاهي الربا المحرم بالقرآن؛ ولهذا أجازوا تأخير رأس مال السلم اليوم واليومين والثلاثة، كما أجازوا تأخير نقد الكراء المضمون في الذمة فوق الثلاثة الأيام للحاجة لذلك؛ لكثرة هروب المكرين الضامنين للمنفعة.[٦١]

الحمد لله تعالى أولا وآخرا

والحمد له وحده على ما منح من العافية، ورزق من المعونة، وكفى من الموانع، حمدا كثيرا.

---

[٥٧] ـ البيان والتحصيل ٧/ ٤١١.

[٥٨] ـ بداية المجتهد. ٥٢١.

[٥٩] ـ انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه٣/١٥٨،١٥٩.

[٦٠] انظر شرح التسولي على العاصمية ٢/١٥٤.

[٦١] ـ انظر البيان والتحصيل٩/ ٩٠.