الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
– قسنطينة–

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم: الفقه وأصوله

تصحيح وتحول العقد وتطبيقاته في العقود المالية البسيطة والمركبة

–دراسة فقهية مقارنة–

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

تخصص: الفقه المقارن

إعداد الطالب:
سالم رقاقي

إشراف الأستاذ الدكتور:
عبد القادر جدّي

أعضاء لجنـــة المناقشـــة:

أعضـــاء اللجـــــنة	الرتبـــة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د.محمد مزياني	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر –قسنطينة	رئيسا
أ.د.عبد القادر جدي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر –قسنطينة	مشرفا ومقررا
د.نور الدين بوكروديد	أستاذ محاضر–أ	جامعة الأمير عبد القادر –قسنطينة	عضوا
أ.د.أم نائل بركاني	أستاذ	جامعة الحاج لخضر– باتنة1	عضوا
أ.د.محمد الصالح روان	أستاذ	جامعة العربي بن مهيدي–أم البواقي	عضوا
د.عبد الرحمان رداد	أستاذ محاضر–أ	جامعة الحاج لخضر–باتنة1	عضوا

السنة الجامعية: 1439–1440هـ/ 2018–2019م

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قال تعالى:

قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾

سورة البقرة، الآية275

قال ﷺ: ((لا تفعل فإن هذا لا يصح ولكن بع تمرك واشتر من هذا حاجتك))

النسائي

قال الإمام مالك– رحمه الله–:" إنما يُنظر في البيوع إلى الفعل ولا يُنظر إلى القول، فإن قَبُح القول وحَسُن الفعل فلا بأس به وإن قَبُح الفعل وحَسُن القول لم يصلُح"

المدونة،169/3

يقول العز ابن عبد السلام–رحمه الله–" لو عم الحرام الأرض بحيث لا يوجد فيه حلال جاز أن يستحل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة" قواعد الأحكام 160/2

الشكر والتقدير

الحمد لله وحده والشكر له على جزيل كرمه ووافر نعمه، وبعد فإني أتقدم بخالص دعائي وجزيل شكري وعظيم تقديري و امتناني إلى أُستاذي الفاضل المعطاء المشرف على هذا البحث: الدكتور "عبد القادر جدي" الذي وجدته نعم المشرف والموجه إذ لم يَأْلُ جهداً في متابعة هذا البحث تدقيقاً وتصويباً رغم كثرة أشغاله وارتباطاته فجزاه الله عني خير الجزاء، كما أتوجه بالشكر الخالص إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الذين سيقومون ما اعوج من هذا البحث بتصويباتهم ونقدهم البناء حفظهم الله تعالى، والشكر موصول إلى إدارة جامعة الأمير عبد القادر خاصة كلية الشريعة والاقتصاد فقد سهلت وذللت الصعاب ومهدت لنا طريق العلم والبحث والشكر موصول أيضاً إلى كل من ساعدني دون أن أنسى عمال المكتبة والدوريات فجزى الله الجميع عني خير الجزاء .

الإهداء

إلى من أرشداني إلى المعرفة والعلم وساعداني في هذا الطريق منذ الصغر والدي الكريمين أطال الله عمرهما وحسن عملهما وجعل الجنة مثواهما.

إلى من كانوا قدوة في طريق العلم والخير أساتذتي ومشايخي حفظهم الله تعالى ونفع بهم البلاد والعباد وأخص بالذ كر شيخي الفاضل" محمد ولد سيد المختار الشنقيطي" حفظه الله تعالى

إلى إخوتي الكرام الأعزاء فقد أعطوا فما بخلوا وتحملوا وما وهنوا جزاهم الله خير الجزاء وأجزل لهم المثوبة والعطاء.

إلى من أعطت الكثير من وقتها وراحتها من أجل إكمال هذا العمل، إلى رمز الإيثار والتضحية زوجتي الغالية وعائلتها الكريمة داموا في حفظ الله ورعايته وعنايته.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث ولو بابتسامة أو إشارة وكل من له حق علي

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل تقديراً وعرفاناً وحباً ووفاءً.

سالم

مقدمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

إن الحمـــد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنـــا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

و بعد:تحتل العقود بمختلف أنواعها وأشكالها أهمية بالغة في الفقه الإسلامي لما لها من جلب لمصالح المكلفين الذين ما جاءت الشريعة إلا لجلب مصالحهم ودفع المضار عنهم؛ إذ بها يتم تبادل المنافع بينهم، وحتى تكون هذه العقود موافقة لمقتضى ما أراده الشرع الحكيم فقد وضع الفقهاء لها شروطا وضوابط وأحكاماً خاصة تنظمها وتضبطها على أحسن حال حتى يترتب على العقد أثره والغاية المقصودة منه، فإذا تخلفت هذه الشروط أو كان العقد ينافي مقتضى الشرع من تشريع العقود، أو تضمن ما نهى عنه الشرع وقع باطلاً، ومن المعلوم في الوقت الحاضر أن بعض عقود المسلمين قد يلحقها الفساد؛ لجهل معظم الناس بأحكام دينهم خاصة ما تعلق منها بفقه المعاملات.

لذلك جاءت فكرة موضوع بحث تصحيح العقد الفاسد في الفقه الإسلامي لما له من أهمية في وقتنا الحاضر الذي تعددت فيه مصادر التمويل و تنوعت ،و ظهرت فيه عقود جديدة معقدة وقد تحتوي أحياناً على الربا أو الغرر كما قد تكون في أحايين كثيرة فاقدة لما اشترطه الفقه الإسلامي من ضوابط في العقود، وقد تُعطى هذه العقود الصبغة الشرعية، وما أبعدها عنها؟ فاتضح من هذا أن بحث هذا الموضوع مهم جداً ليُجيب على الإشكاليات المتعلقة بمسألة تصحيح فساد العقود في الفقه الإسلامي.

وقد عنوت البحث بـــ: تصحيح وتحوُّل العقد وتطبيقاته في العقود المالية البسيطة والمركبة. دراسة فقهية مقارنة. وفيما يلي ذكر إشكالية الموضوع وأسباب اختياره وأهدافه والدراسات السابقة فيه،ثم بعض الصعوبات التي واجهتني ومنهج البحث وخطته وذلك على النحو الآتي:

أولاً- إشكالية الموضوع:

إن هذا الموضوع يأتي ليبحث عن سُبل تصحيح العقد الفاسد، ومن أهم الإشكالات التي

يطرحها ما يأتي:

1- ما مفهوم تصحيح العقد في الفقه الإسلامي، وهل عرف الفقه الإسلامي مسألة تصحيح العقد؟

2- كيف تصحح المعاملات الفاسدة؟

3- هل يمكن تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح بتغيير صيغته، أو برفع المفسد للعقد؟

ثانياً– أسباب اختيار الموضوع:

وقد دفعني لاختيار هذا الموضوع أسباب هي:

1- أهمية الموضوع و المتمثلة في تحقيق استقرار العقود

2– رغبتي الذاتية لمثل هذه البحوث المتعلقة بالمعاملات المالية ؛ لأنها مجال حيوي متجدد يجلي مرونة الفقه الإسلامي واستيعابه لحوادث الناس في مختلف الأزمنة والعصور.

3– أحببت أن أبحث في هذا الموضوع الذي له تعلُّق بمعاملات الناس المتجددة باستمرار لأتَعرف من خلاله على المسالك التي اتبعها العلماء في تصحيح العقود الفاسدة.

ثالثاً– أهداف الموضوع:

إن هذا البحث يهدف إلى ما يأتي:

1-بيان عظمة الدين الإسلامي من خلال ما في الفقه الإسلامي من طرق يمكن بها رفع الفساد و تصحيح العقد.

2- رفع الحرج عن الناس بتصحيح العقود التي يمكن تصحيحها خاصة فيما عم فيه الفساد و عسر عن الناس التخلص منه.

رابعاً– الدراسات السابقة:

إن هذا الموضوع لم يفرد بالبحث عند العلماء القدامى، وإنما نجد عندهم إشارات كثيرة، متفرقة فقد تكلم عنه الأصوليون عند حديثهم عن المسألة الأصولية هل النهي يقتضي الفساد أم لا، وتكلم عنه الفقهاء لما عالجوا مسألة فساد العقد وبطلانه، وكذا عند كلامهم عن مسألة فوات المبيع، وكذا عند كلامهم عن اختلال شروط العقد وأركانه، وكذا مسألة التخلص من المال الحرام أو ما يُعرف بتغيير طريق الكسب، أو الاحتيال للتخلص من المال الحرام بطريق مشروع، وعند كلامهم عن ما يفسد به القراض والجعالة والمساقاة والمغارسة وسبيل تصحيح ذلك، كما بحثوا بعض مسائله عند تفريعاتهم على قاعدة" هل العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني" وأيضا بحثوا بعض مسائله عند كلامهم عن مآلات الأفعال، وبحثها المالكيةو الحنابلة في مسألة مراعاة الخلاف ، والحنفية في الحيل أو المخارج الفقهية، و لا شك أن هذا يفيد في تخريج المسائل المعاصرة على مابحثوه ، إلا أن عدم استقلالية بحث هذا الموضوع عندهم تجعله بحاجة للبحث من جديد.

أما الدراسات الأكاديمية الحديثة فقد اطلعت على بعض الأبحاث والتي عُنونت بتصحيح العقد إلا أنها جد مختصرة، كما اطلعت على بعض الأبحاث والرسائل الجامعية والتي أشارت إلى بعض تطبيقات هذا الموضوع تحت ما يُسمى بالبدائل الشرعية، أو أسباب الفساد وكذا الرسائل التي بحثت مسألة تحول العقد، والتي تعتبر من أهم المسائل التي لها علاقة بهذا الموضوع، هذا على وجه الإجمال،وفي الآتي عرض لما له علاقة بهذا الموضوع على وجه التفصيل:

1- أستاذتنا الدكتوراه سعاد سطحي:أسباب الفساد في المعاوضات المالية،المتعلقة بالثمن والمبيع دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في الفقه وأصوله بجامعة الأمير عبد القادر، السنة الجامعية (2003م – 2004م) هذه الرسالة التي بحثت أسباب فساد العقود والتي لا شك أن لها ارتباطاً نوعاً ما بموضوع بحثي،إلا أنها تختلف عنه في كونها

اشتملت على أسباب فساد العقد،أما بحثي فسيبحث –إن شاء الله – سبل وطرق رفع هذا الفساد.

2-أحمد ياسين القرالة: تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون الإمارتية، العدد التاسع والثلاثون، رجب 1430هـ 2009م.

هذا البحث الذي ساعدني كثيراً في خوض غمار هذا البحث إذ أعطى صاحبه مفهوم هذه المسألة وفرق بينها وبين ما يشبهها، كما ذكر أهم القواعد وبعض الأدلة التي يمكن تأصيل المسألة عليها، لكن هذا لا يُغني عن دراسة هذا الموضوع؛لأن دراسته ليست رسالة علمية بل هي بحث في صفحات معدودة هذا من جهة، ومن جهة أُخرى فقد غلب على بحثه الجانب النظري.

3- ظافر بن محمد بن محسن: تصحيح العقود الفاسدة، وهي رسالة ماجستير، نوقشت بجامعة الإمام محمد بن سعود، بالسعودية(1430-1431ه) وقد استفدت منها في تعريف التصحيح وشروطه خاصة.

4- محمد علي العمري، أحمد ياسين القرالة: قواعد تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات، العدد الثاني المجلد الخامس عشر(6/14 /2009م الصادرة عن جامعة آل البيت، المملكة الأردنية.

هذا البحث الذي تظهر علاقته بمسألة تصحيح العقود في بيان أهم القواعد التي بها يُصحح العقد في الفقه الإسلامي، ولا يخفى ما لهذا من فائدة، إلا أن هذه الدراسة أيضا كانت نظرية أكثر منها تطبيقية كما أنها جد مختصرة.

5-الطنيجي، إبراهيم علي أحمد الشال، طرق تصحيح العقد الفاسد، وهو بحث منشور، بمجلة الشريعة والقانون، العدد الحادي والثلاثون، كلية الشريعة جامعة الإمارات (2007م)، وقد عالج فيه صاحبه تعريف العقد الفاسد وبين آراء العلماء في تصحيح العقد الفاسد وأسباب ذلك، وقد استفدت من بحثه خاصة في طرق التصحيح إذ توسع فيها أكثر من غيرها

6- عبيد الفتلاوي: تحول العقد دراسة مقارنة،نشر دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 1997م.

7- حمد فخري العزام: التحول في العقد دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني،

بحث مقدم للحصول على درجة الدكتوراه بالجامعة الأردنية.

8- عبد الحميد محمود البعلي: دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه المقارن والقانون، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، ط 2009م، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي.

وغير خاف أن هذه الأبحاث المتعلقة بالتحول تفيد في مسألة تصحيح العقود، إلا أنها لا تمنع من بحث هذا الموضوع؛ لأن التصحيح أعم من التحويل، إذ يُعتبر هذا الأخير أحد أفراد التصحيح ليس إلا.

9- البوطي،توفيق رمضان: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، ط (1422هـ 2001م) دار الفكر، (دمشق)

وهذا البحث قد تعرض إلى مسألة ضوابط المبيع وتطبيقاتها في البيوع المشهورة، وبين صاحب البحث حكم تخلف هذه الضوابط وأثرها على هذه البيوع من حيث الصحة والفساد،كما أعطى بدائل لبعض العقود المعاصرة التي لحقها الفساد لتخلف ضابط من ضوابطها.

خامساً- صعوبات البحث:

لا يكاد يخلو بحث من صعوبات ومتاعب فإضافة إلى تشعب وتعقد مسائل المعاملات وصعوبتها وتباين الآراء في الحكم عليها والاختلاف في تكييفها، فقد كانت الصعوبة الأكبر هي قلة البحوث المعاصرة المؤصلة لهذا الموضوع ، وكذا تناثر مسائله في كتب المتقدمين إضافة إلى عدم التفرغ التام للموضوع -لظروف خاصة- مما أضر بالموضوع كيفاً ومحتوى، ولكن رغم ذلك كله فقد بذلت جهد المقل لإتمامه ولولا توفيق الله ثم تشجيعات المشرف -حفظه الله- المتكررة لما وصل هذا البحث إلى هذه الصورة مع أني معترف بالتقصير لقصور باعي وقلة اطلاعي ولكني مع ذلك كلي أمل بل مفعم بالأمل بعد تقويم هذا العمل من لجنة المناقشة الموقرة-جزاهم الله خير

الجزاء- أن يُزال بنقدهم البناء ما فيه من خلط وخلل وزلة قدم، ومع ذلك فما رأوه فيه من صواب فمن توفيق الله سبحانه وبصمات المشرف-جزاه الله خيرا- وما رأوه من خلل وزلل فمن نفسي فأستغفر الله من ذلك.

سادساً- منهجية البحث:

اتبعت في بحثي هذا منهجية تمثلت في الآتي:

- بالنسبة للتوثيق رجعت إلى الكتب المعتمدة المختصة في كل فن -حسب الوسع -لذلك رجعت في أوجه الاستدلال من الآيات إلى كتب التفسير خاصة آيات الأحكام كأحكام ابن العربي وأحكام الجصاص، وكذا كتب شرح الحديث التي رجعت إليها لبيان وجه الاستدلال وشرح الغريب، وأما الكتب فكانت لنقل آراء الفقهاء والمعاجم اللغوية للتعريفات اللغوية.

- أما عند التهميش فإنني أذكر أكثر المعلومات المتاحة عند ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة بادئاً بذكر المؤلِّف ثم عنوان الكتاب وبعده المحقق إن كان الكتاب محققاً والطبعة ومكانها وعددها وسنة الطبع إن وُجِدت رامزاً لها بـــ:ط، والتحقيق بـــ:ت، وإذا لم توجد رمزت لها ب(د،ت)، مراعياً في الترتيب البداية بالمذهب الحنفي ثم المالكي يليه الشافعي ثم الحنبلي بعد ذلك المراجع المعاصرة، لكن عند الإحالة مرة أُخرى فإنني أكتفي بذكر، المؤلف ثم عنوان الكتاب مع الإشارة إلى أنه مرجع أو مصدر سابق مع الجزء والصفحة.

- استعملت علامات التنصيص المعروفة فنقل أقوال العلماء خصصت له" " والآيات جعلت لها ﴿ ﴾، أما الأحاديث فقد خصص لها (( ))

- في عرض المسائل الفقهية قمت أحياناً عندما يقتضي الأمر ذلك بتصوير المسألة مع ذكر سبب الخلاف إن وُجِد، ثم ذكرت بعد ذلك أقوال العلماء في المسألة مقتصراً على المذاهب الأربعة وقد أذكر رأي ابن حزم أحياناً، وهذا مع الرجوع إلى الكتب المعتمدة عند كل مذهب، وأما في عرض الأدلة فقد كنت أبدأُ بالكتاب ثم السنة ثم الإجماع إن وجد ثم المعقول وقد أُخالف

نهجي هذا إذا اقتضت طبيعة المسألة ذلك، وقد بينت أوجه الاستدلال وكذا مناقشة الأدلة مع ذكر الاعتراضات على الأدلة إن وُجدت والجواب عنها وذلك باختصار لأن؛ الغرض من المسائل المعروضة في البحث هو التمثيل، ثم أختار الأقرب للصواب والأوفق بمقاصد الشريعة.

– قمت بتخريج الأحاديث والآثار مقتصراً على الصحيحين إن كان الحديث فيهما، إما إن كان في غيرهما فقد بينت درجته – بقدر الإمكان– وذلك بالرجوع إلى كتب التخريج المعتمدة وقد كنت في تخريج الحديث أُشير إلى صاحب الكتاب يليه الكتاب والباب ورقم الحديث ثم الجزء والصفحة وقد قمت بعزو الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر أرقامها في الهامش

– أما الترجمة فقد ترجمت للمغمورين فقط فلم أترجم للصحابة ولا الأئمة الأربعة و ترجمت لغيرهم.

وقد استعملت في بحث هذا الموضوع المناهج الآتية:

أ–المنهج الوصفي: وقد استعملته في نقل المسائل الفقهية من كتب الفقهاء المعتمدة المتعلقة بمسألة تصحيح العقدو تحوله.

ب–المنهج المقارن: في المقارنة بين آراء الفقهاء في مسائل هذا الموضوع واختيار ما وافق الدليل.

جـــ– التحليلي: وقد استعملته عند تحليل آراء الفقهاء ومناقشتها

وفي الأخير وضعت الفهارس المطلوبة، وهي :فهرس الآيات القرآنية و قد رتبتها حسب ورودها في المصحف، وفهرس الأحاديث النبوية وقد رتبتها حسب ورودها في البحث و كذا فهرس الأعلام ،و فهرس المصادر و المراجع و فهرس الموضوعات.

سابعاً– خطة البحث:

قسمت البحث بانتهاج الخطة الآتية:

الباب الأول: وقد اشتمل على فصل تمهيدي وفصلين، فأما الفصل التمهيدي،فتضمن حقيقة العقد في الفقه الإسلامي و قد عالجت فيه مفهوم العقد وأقسامه، كما أشرت فيه إلى آثار العقد الصحيح والعقد غير الصحيح في الفقه الإسلامي.

و أما الفصل الأول:فقد تضمن حقيقة تصحيح العقد و تحوله، وقد تحدثت فيه عن مفهوم تصحيح العقد والعلاقة بينه وبين ما يشبهه من المصطلحات كما أشرت فيه إلى ضوابط تصحيح العقد، وكذا بينت حقيقة التحول والعلاقة بينه وبين تصحيح العقد

والفصل الثاني: فقد تضمن مشروعية تصحيح العقد وأسباب الفساد وطرق تصحيحه لذلك أشرت فيه إلى أهم الأدلة والقواعد التي يُستدل بها على مشروعية التصحيح، كما بينت فيه أسباب فساد العقد في الفقه الإسلامي والضوابط الحاكمة لصحته .

الباب الثاني: وقد جعلته لتطبيقات تصحيح العقد تحوله في العقود ولذلك اشتمل عل فصلين:

الفصل الأول:خصصته لتطبيقات التصحيح والتحول في العقود البسيطة وقد عالجت فيه بعض المسائل –على سبيل التمثيل لا الحصر– في الإجارة والهبة والمضاربة والمشاركة وغيرها مبيناً وجه الفساد وكيفية إزالته.

والفصل الثاني: خصصته لتطبيقات تصحيح وتحوُّل العقد في العقود المركبة لذلك أشرت فيه إلى بعض العقود التي تمارسها المصارف الإسلامية بكثرة وهي: الإجارة المنتهية بالتمليك، المرابحة للآمر بالشراء، المشاركة المتناقصة.

ثامناً–الخاتمة:

لخصت فيها أهم النقاط التي توصل إليها هذا البحث

والحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

الباب الأول:

حقيقة تصحيح العقد وتحوُّله وتأصيله في الفقه الإسلامي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

يتضمن هذا الباب الجانب النظري لتصحيح وتحول العقد وقد تطرقت فيه إلى المفاهيم الأساسية الخاصة بتصحيح العقد وتحوله لذا قسمته إلى الفصول الآتية:

الفصل التمهيدي: حقيقة العقد في الفقه الإسلامي

الفصل الأول: مفهوم تصحيح وتحوُّل العقد في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني مشروعية تصحيح العقد وأسباب الفساد وطرق دفعه

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل التمهيدي:

حقيقة العقد في الفقه الإسلامي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قبل الولوج إلى موضوع هذا البحث يجدر بنا أن نمهد له بفصل نبين فيه حقيقة العقد ولتتضح حقيقته لابد من تعريفه وذكر بعض أقسامه خاصة تلك التي لها علاقة بموضوع البحث وقد جعلت ذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم العقد

ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:تعريف العقد

ويحتوي على:

الفرع الأول: العقد لغة

يُطلق العقد في اللغة على الربط والشد سواء كان مادياً أو معنوياً وعكسه الحل وكل معانيه ترجع إلى هذا إذ" العين والقاف والدال أصلٌ واحدٌ يدلُّ على شَدٍّ وشِدّةٍ وُثوق، وإليه ترجعُ فروعُ البابِ كلها " [1] وجاء في القاموس المحيط" عقد الحبل والبيع والعهد يعقده: شده"[2]

و" العقد ما عقد من البناء والعهد واتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج"[3] وقيل أن العقد يختلف عن العقد ويتمثل الفرق بينهما أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد، ولا يكون إلا بين متعاقدين.بينما العهد قد ينفرد به الواحد فبينهما عموم وخصوص[4].

---

[1] ابن فارس، مقاييس اللغة، ت: عبد السلام هارون، ط(1399هـ1979م)، دار الفكر، 86/4.

[2] الفيروزآبادي، القاموس المحيط ط(د، ت)، دار الكتاب العربي، (بيروت)، 225/4.

[3] محمد النجار وآخرون، المعجم الوسيط، ت: مجمع اللغة العربية، ط(د، ت)، دار الدعوة للنشر والتوزيع 614/2.

[4] أبو هلال العسكري،الفروق، ت:مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1(1421هـ2000م)، رقم 366.

والعقد الجمع حساً ومعنىً يقول الراغب الأَصفهاني[1]" العقد الجمع بين أطراف الشيء ويُستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء ثم يُستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما فيقال عاقدته وعقدته وتعاقدنا وعقدت يمينه، قال تعالى﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ ﴾[2]..... ومنه قيل لفلان عقيدة، وقيل للقلادةعقد

و العقد مصدر استُعمل اسماً فجمع نحو قوله تعالى﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[3]والعقدة اسم لما يعقد من نكاح أو يمين أو غيرهما، قال تعالى:﴿ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ ﴾[4]"[5]

و من معانيه أيضاً التوثيق والإيجاب والإبرام والعزم فعقد في البيع: إيجابه، وعقد اليمين توثيقها، وعقدة النكاح: إحكامه وإبرامه وعزم على الأمر عقد قلبه عليه[6]

فتبين مما سبق أن العقد في اللغة يُطلق على الشد والربط والتوثيق والعزم والإحكام في الأمور سواء كانت حسية أو معنوية.

---

[1] هو الحسين بن محمد بن المفضل، أبو القاسم الأصفهاني، أديب، لغوي، حكيم، مفسر. من أهل " أصفهان " سكن بغداد، واشتهر، حتى كان يُقرن بالإمام الغزالي. من تصانيفه: " الذريعة إلى مكارم الشريعة "، و" والمفردات في غريب القرآن "توفي سنة502هـ الأعلام 2، ط 15(2002م) دار العلم للملايين255/2

[2] سورة المائدة، الآية: 89

[3] سورة المائدة، الآية:1

[4] سورة البقرة، الآية:235

[5] الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب ألفاظ القرآن، ت:محمد سيد كيلاني، ط(د، ت)، دار المعرفة، (بيروت) ص341.

[6] ابن منظور، لسان العرب، ط(د، ت)، دار صادر بيروت، 296/3

الفرع الثاني: العقد اصطلاحا

يُطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين هما معنى عام ومعنى خاص[1] وفيما يأتي عرض لذلك:

أولا– العقد بالمعنى العام:

يُطلق بهذا المعنى على كل التزام سواء كان في مقابل التزام آخر أو لا

و سواء كان دنيويا أم دينيا[2] فهو "كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بطرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين"[3]

شرح التعريف:

كل: لفظ يشمل جميع التصرفات الصادرة عن الإنسان.

– تصرف شرعي:هو كل تصرف قولي أو فعلي يصدر عن الشخص بإرادته مما يعتد به شرعاً سواء أكان من ضمن العقود أم لا كالبيع والإجارة والوقف والإسقاط والإتلاف ورد الدَّين والنكاح وغيرها[4].

---

[1]قال الزركشي" العقد ضربان: عقد ينفرد به العاقد وعقد لا بد فيه من متعاقدين فالأول عقد التدبير والنذور واليمين والوقوف.....و عد بعضهم الطلاق والعتاق إذا كانا بغير عوض والثاني... كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة...." الزركشي: المنثور في القوا عد، ت:فائق أحمدمحمود، مراجعة:عبد الستار أبي غدة، ط2 (1402هـ1982م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (الكويت)، (397/30)

[2]القره داغي، علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط2(1423هـ2002م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت،115/1

[3]أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي (د،ت)، ص200.

[4]أحمد مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط (1968م)، دار الفكر (بيروت)، (289/1)،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية،الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2(1404ه1983م)، طباعة ذات السلاسل، الكويت،71/12

-سواء أكان ينعقد:خرج بهذا التصرف الذي لا تتوجه الإرادة فيه إلى إنشاء حق أو إسقاطه، كالإقرار[1] والإسقاط[2].

بكلام الطرفين: وهذا القيد يتضمن التصرف الفعلي، فالمعاطاة بناء على هذا لا تدخل في تعريف العقد وهذاما يجعل هذا التعريف غير جامع.[3]

و عرفه الزحيلي- رحمه الله- بأنه"كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين أو احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع"[4]

شرح التعريف[5]

-كل: تفيد عموم جميع التصرفات العقدية وغيرها

- ما عزم المرء على فعله:هذا يشمل جميع التصرفات سواء أكانت فعلية أم قولية.

- بإرادة منفردة أم بإرادتين: هذا يشمل التصرفات الصادرة عن إرادتين كالبيع والإجارة والتصرفات الصادرة عن إرادة واحدة كالإبراء والوقف.

- في إنشائه:خرج به ما لا يحتاج إلى إنشاء كقبض الدين والإقرار.

و لعل هذا التعريف أدق من التعريف السابق إذ هو يشمل جميع التصرفات العقدية وغيرها

---

[1] الإقرار:إخبار الرجل عن نفسه بأمر يوجب عليه حكما. ابن راشد القفصي، محمد بن عبد الله، لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، ط(د، ت)، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ص249، والإبراء: هو إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق142/1.

[2] الزرقا، المدخل الفقهي العام،مرجع سابق 289/1.

[3] منال جهاد، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، ط(1429ه2008م)، ص5.

[4] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2(1405ه1985م)، دمشق دار الفكر، 70/4.

[5] منال جهاد، أحكام عقود الإذعان، مرجع سابق، ص6.

سواء أكانت قولية أم فعلية، وسواء كانت بإرادة واحدة أو بإرادتين ولا يخرج عنه ما هو منه.

و قد أفصح ابن العربي[1] -رحمه الله- عن ذلك فقال"إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع الله تعالى وتارة يكون مع الآدمي وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل"[2]

و بهذا المعنى العام فالولاء واليمين والمعاهدات التي تكون بين المسلمين والكفارتعتبر من ضمن العقود أيضاً.

لكن ذهب الجصاص[3] -رحمه الله- إلى أنه لا يُطلق العقد إلا على ما يتحقق في المستقبل قائلاً"العقد ما يعقده العاقد على أمر بفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه لأن ما قد وقع يستحيل حله"[4].

ولكن المتبادر عند الإطلاق خلاف ما ذهب إليه الجصاص -رحمه الله-لأننا"لا نكاد نجد

---

[1] هو محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر، المعروف بابن العربي.حافظ متبحر، وفقيه مجتهد، من أئمة المالكية ختام علماء الأندلس، ولد سنة 468ه ورحل إلى المشرق، وأخذ عن الطرطوشي والإمام أبي حامد الغزالي، ليعود إلى مراكش، وأخذ عنه القاضي عياض وغيره، أكثر من التأليف المفيدة، والتي من أشهرها" عارضة الأحوذي شرح الترمذي "، و" أحكام القرآن "، و" المحصول في علم الأصول "، توفي سنة543 هـ ينظر:ابن مخلوف:شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت).ص136، ابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ت:مأمون بن محيي الدين الجنان، ط1 (1417هـ1996م)، دار الكتب العلمية (بيروت)، ص 376.

[2] ابن العربي، أحكام القرآن، ت: علي محمد البجاوي، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت)،485/6.

[3] هو أحمد بن علي، أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص من أهل الري ولد سنة(305هـ). من فقهاء الحنفية. سكن بغداد ودرس بها وتفقه على أبي سهل الزجاج وعلى أبي الحسن الكرخي، وتفقه عليه الكثيرون. انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته وكان، رحل إليه الطلبة من أماكن عدة، عرض عليه القضاء فامتنع.من أشهر كتبه:" أحكام القرآن " توفي سنة(370 هـ) -رحمه الله-.أبو الوفا القرشي: الجواهر المضيئة، ت: عبدالفتاح محمد الحلو(1413هـ1993م)، دارهجر(مصر)، 222/1،، الشيرازي: طبقات الفقهاء ط(1401هـ1981م)، دار الرائد العربي (بيروت)، ص 144.

[4] الجصاص،أحكام القرآن، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت)، 295/2.

فقيها يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق أو الإعتاق أو اليمين من غير تنبيه"[1]

ومنه فالعقد بمعناه العام عند العلماء هو كل التزام ينتج عن ارتباط إرادتين كالبيع والنكاح

أو بإرادة منفردة كالوصية والطلاق وهو بهذا المعنى مرادف للالتزام، كما أنه قريب جدا من المعنى اللغوي يقول أبو زهرة –رحمه الله–"و المعنى الذي اصطلح الفقهاء عليه لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له،بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له وتخصيص لما فيه من العموم"[2]

ثانيا– العقد بمعناه الخاص

أشار إلى تعريفه بهذا المعنى ابن عابدين[3] فقال:"العقد إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما"[4]

و قد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه"ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"[5].

---

[1]أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق،ص201.

[2] المرجع نفسه، ص199.

[3]هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين،ولد سنة1198 ه كان فقيه الديار الشامية،خاتمة المحققين وإمام الحنفية في عصره،من أهم مؤلفاته " رد المحتار على الدر المختار " المشهور بحاشية ابن عابدين، " العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، " في الأصول و" مجموعة رسائل" توفي سنة1252ه. ينظر: مقدمة "ابن عابدين، محمد علاء، قرة عيون الأخيار، تكملة رد المحتار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط،خاصة(1423هـ2003م)، دار عالم الكتب، السعودية، 11/ 8، الزركلي:الأعلام، ط (15)(2002 م)، دار العلم للملايين، (بيروت).42/6.

[4]ابن عابدين،حاشية رد المحتار، ت:عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض ط خاصة(1423هـ2003م)، دار عالم الكتب، السعودية، (د، ت)، دار الفكر، بيروت59/4.

[5]علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب:فهمي الحسيني، ط1(1411ه1991م)، دار الجيل، بيروت، لبنان، (مج105/1).

شرح التعريف[1]

-الارتباط:يشمل الارتباط الحسي والمعنوي كالربط بين شيئين ماديين والمعنوي كالارتباط بين إرادتين.

-إيجاب بقبول:هذا قيد يخرج الارتباط الحسي.

-على وجه مشروع:هذا القيد ليخرج العقود المخالفة للشرع، إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حساً.

-يثبت أثره في محله: الأثر هو ما يترتب على هذا الارتباط من حقوق ففي بيع شخص لآخر سيارة فأثر البيع هو انتقال ملكية السيارة من البائع إلى المشتري واستحقاق البائع الثمن من المشتري.

ومما سبق فالعقد بالمعنى الخاص إذن هو كل ارتباط بين إرادتين ينتج عنه حقوق والتزامات، ولا شك أن هذا المعنى الخاص هو المقصود في باب المعاملات لا المعنى العام.

وفي القانون هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه[2].

و إنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحوالة[3]،وتعديله كإضافة شرط له[4].

والملاحظ أن العقد في نظر الفقه الإسلامي هو ليس اتفاق[5] الإرادتين فحسب، بل هو الارتباط الذي يعتبره الشارع، إذ قد يحصل الاتفاق من غير توفر شروط العقد المطلوبة شرعاً فلا

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق81/4.

[2]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبع، 137/1.

[3]الحوالة:هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى.ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص212.

[4] السنهوري،الوسيط،مرجع سابق،ص،مج137/1.

[5] يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد، فالاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام مثل البيع أو على نقله كالحوالة أو تعديله كإضافة شرط له، أما العقد فهو أخص من الاتفاق إذ هو اتفاق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله وعليه فكل عقد اتفاق ولا عكس.السنهوري، الوسيط، مرجع سابق مج137/1.

يعتد به إذ المعدوم شرعاً معدوم حساً، بخلاف التعريف القانوني فهو يشمل العقد الباطل أيضاً لأنه اتفاق إرادتين وقد تتفقا على ما نهى عنه الشارع، كما أن القانون يخص العقد بما لا بد فيه من إرادتين، أما ما يتم بإرادة واحدة فلا تشمله كلمة العقد عندهم إذ هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد[1].

وعليه فالتعريف الفقهي تميز بتصوير الحقيقة العقدية بدقة، كما وضَّح الأجزاء التي يتركب منها في نظر الشارع وهي الإيجاب والقبول،إضافة إلى ذلك فالتعريف القانوني غير جامع إذ يدخل فيه الوعد أيضاً لوجود اتفاق الإرادتين فيه[2].

[1] محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط2(1996م)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص518.

[2] الزرقا، المدخل،مرجع سابق، 294/1

المبحث الثاني– أقسام العقود في الفقه الإسلامي

لقد رتب الشارع على كل عقد أثراً، وإذا اتحدت العقود في الغرض المقصود منها، كانت آثارها متحدة وهذا ما جعل الفقهاء يقسمون العقود إلى مجموعات وفق المقصود والغاية المرجوة منها وفي الآتي ذكر لأقسام العقود:

المطلب الأول – تقسيمها باعتبار وجود العوض

تنقسم بهذا الاعتبار إلى:

1–عقود معاوضات: كما تسمى عقود المبادلات وهي العقود التي تجري فيها المبادلات سواء كانت مبادلة مال بمال كالبيع بجميع أنواعه، أو مال بمنفعة كالإجارة والاستصناع والمضاربة، أم كانت مبادلة مال بما ليس مال ولا منفعة كالزواج، أو مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المهايأة[1].

2–عقود تبرعات: وهي العقود الخالية عن العوض كالإعارة والوقف والصدقة والوصية[2]، وهناك عقود تبدأ تبرعاً وتنتهي معاوضة من أمثلتها القرض والكفالة[3]

على أن عقود التبرعات وعقود المعاوضات تشترك في أن كلا منها يُفيد التمليك؛لذا يدرجهما الفقهاء تحت مسمى عقود التمليك[4].

---

[1] المهايأة: هي قسمة المنافع وذلك بأن ينتفع الشريك بالعين على الهيئة التي وقع بها انتفاع شريكه. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 249/33.

[2] الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق579/1.

[3] المرجع نفسه.

[4] مدكور، المدخل، مرجع سابق، ص599.

المطلب الثاني: باعتبار الأصالة والتبع:

تنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

1-عقود أصلية:وهي التي لا ارتباط لها مع غيرها كالبيع والإجارة والإيداع والعارية.[1]

2-عقود تبعية:وهي التي تكون مرتبطة بغيرها وتابعة لها وجوداً وعدماً كعلاقة الفرع بأصله كالرهن والكفالة[2].

فالكفالة والرهن شُرِعا من أجل توثيق الحقوق، وعليه فلا ينعقدان إذا لم يكونا في مقابل حق ثابت أو على الأقل متوقع، كما أنهما يزولان بزواله، إذ التابع تابع فلو أبرأ الدائن المدين سقطت الكفالة عن الكفيل، والحال نفسه في الرهن[3].

المطلب الثالث: باعتبار القبض أو الصفة العينية (رضائية وقبضية)

1-عقود عينية:و هي التي يُشترط فيها قبض المعقود عليه ليتم العقد وإلا فلا يأخذ العقد حكمه ومن أمثلتها الهبة والقرض والإيداع.

2-عقود غير عينية: وهي التي تتم بمجرد الإيجاب والقبول[4].

---

[1]الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق576/1، السنهوري، عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 143/1.

[2]الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق576/1.

[3]الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق235/1،الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق586/1، حنان بنت محمد حسين، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى(1418هـ1998م)، السعودية، 451/1.

[4]الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق245/4.

المطلب الرابع: باعتبار التسمية وعدمها:

ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين هما[1]:

1-العقود المسماة:وهي التي وضعت لها أحكاماً وتسميات خاصة تميزها عن غيرها، فهذه العقود خُصت بتنظيم معين تحت مسمى معين كعقد البيع وعقد الرهن وعقد الإجارة.

2- عقود غير مسماة:وهي التي لم تختص باسم معين و لم تُوضع لها أحكاماً خاصة.

و لا شك أن العقود غير المسماة لا حصر لها فهي تتنوع حسب إرادة المتعاقدين، وبتطور المجتمعات كما أن العقود المسماة قد تزول نظراً لتبدل الأزمنة فهناك عقود كانت موجودة سابقاً في أعراف مختلف المجتمعات والآن يعاقب عليها القانون، وقد يدخل العقد غير المسمى ضمن العقود المسماة عندما يكثر التعامل به فعقد التأمين مثلاً لم يكن ضمن العقود المسماة، وما سُمي إلا في التقنينات المعاصرة[2]، وقد استجدت عقود أُخرى في هذا العصر وأُعطيت تسميات لم تعرف عند الفقهاء المتقدمين كالإجارة التمليكية والمرابحة للآمر بالشراء والمشاركة المتناقصة وغيرها.

المطلب الخامس: باعتبار البساطة والتركيب[3]

تنقسم بهذا الاعتبار إلى:

1-**العقد البسيط:**هو ما لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة كالبيع والإيجار.

2- **العقد المركب:** وهو الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للسكن، وبيع بالنسبة للمأكل، وعمل بالنسبة للخدمة، ووديعة بالنسبة للأمتعة.

---

[1] السنهوري، نظرية العقد،مرجع سابق198/1

[2] محمد حسن قاسم، القانون المدني(العقود المسماة)ط(2008م)، منشورات الحلبي الحقوقية، ص6، الزحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق 242/4.

[3] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق125/1

المبحث لثالث: العقد بين الصحة والبطلان.

رأينا سابقاً أن الفقهاء قسموا العقد باعتبار الوصف الشرعي له إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح وفيما يلي نعرض لذلك بشيء من التفصيل:

المطلب الأول: العقد الصحيح في الفقه الإسلامي.

الصحة لغة:"الصاد والحاء أصل يدل على البراءة من المرض والعيب، وعلى الاستواء"[1].

فالصحة خلاف السُّقم، وهي ذهاب المرض والبراءة من كل عيب والصحيح الحق وهو خلاف الباطل[2].

و جاء في المصباح المنير أن"الصحة في البدن حالة طبيعية تجري أفعالها معها على المجرى الطبيعي، وقد استُعيرت للمعاني، فقيل:صح القول إذا طابق الواقع"[3].

و اصطلاحا هي: عند الفقهاءفي العبادات ما أسقط القضاء، أو هي وقوع الفعل موافقاً للشرع وذلك بتوفر أركانه وشروطه، فتكون نتيجته في المعاملات ترتب الثمرة من التصرف أو العقد كنقل الملكية في البيع، وأما في العبادات فيسقط القضاء ولا يطالب المكلف بفعل العبادة مرة أخرى[4] فهي إذن "تَرتُّب أَثَرٍ مَطلُوبٍ مِن فعل عليه "[5] ولا شك أن هذا يشمل العبادات والمعاملات على حد سواء.

---

[1] ابن فارس، مقاييس اللغة، مصدر سابق281/3.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق507/2.

[3]الفيومي، المصباح المنير، ط(د، ت)، المكتبة العلمية، بيروت33/1.

[4]ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، ط2(1423هـ2002م)، مؤسسة الريان، السعودية، 198/1، أبو الحسين البصري، المعتمد في أصول الفقه، ت:خليل الميس، ط1(1403ه)، (دار الكتب العلمية، بيروت92/1.

[5]تقي الدين الفتوحي، شرح الكوكب المنير، ت:محمدالزحيلي، نزيه حماط2(1418هـ1997م)، مكتبة العبيكان، السعودية 468/1.

هذا وقد ذهب آخرون إلى عدم التفرقة بين العبادات والمعاملات قال الآمدي[1] بعد أن عرف الصحة في المعاملات بأنها ترتب الثمرة المطلوبة من الفعل:"و لو قيل للعبادة صحيحة بهذا التفسير فلا حرج"[2]

والعقد الصحيح عند الجمهور خلافاً للحنفية هو ما استكمل أركانه وشروطه بحيث يكون معتبراً شرعا[3].

و المقصود بالاعتبار الشرعي:أن يحصل على وجه يصلح أن تترتب عليه الآثار التي رتبها الشارع عليه[4].

و لا يُخالف الحنفية الجمهور في هذا التعريف، ولكنهم عرفوه بتعريف مغاير تمشياً مع مذهبهم في التفريق بين ما اختل فيه ركن أو شرط وبين ما اختل فيه وصف، إذا القسمة عندهم من هذه الحيثية ثلاثية لا ثنائية؛ ولذا عرفوا العقد الصحيح بأنه: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه[5]

وأصل العقد هو الركن وشروطه، ومعلوم أن الركن عند الحنفية هو الصيغة (الإيجاب والقبول)، والشروطعندهم في الصيغة هي: التوافق بين الإيجاب والقبول، واتحاد المجلس،والعقل والتعدد بالنسبة للعاقد، وإمكان التسليم، والصلاحية للتعامل به شرعا.

---

[1] هو علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، أبو الحسن، سيف الدين الآمدي. ولد سنة 551ه بآمد من ديار بكر. أصولي بارع، كان حنبليا ثم تشفع، شهد له العز بن عبد السلام بالبراعة دخل الديار المصرية وتصدر للإقراء.، توفي بدمشق سنة631ه، له مصنفات مفيدة منها: " الإحكام في أصول الأحكام "؛ و" أبكار الأفكار " في علم الكلام".ابن السبكي: طبقات الشافعية الكبرى، ت: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو ط 2(1413هـ) دار هجر 130/5.

[2] الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ت: السيد الجميلي ط1(1404ه)، دار الكتاب العربي، بيروت،176/1.

[3] عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، ت:محمود محمد عمر، ط(1418هـ1997م)، دار الكتب العلمية، بيروت380/1.

[4] حنان، أقسام العقود، مرجع سابق165/1.

[5] عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق380/1.

أما أوصافه فترجع في الغالب إلى المحل، فينبغي أن لا يكون منهياً عنه، وذلك بأن يكون هناك ضرر في تسليمه أو تسلُّمه، أو دخله غرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو لحقه ما يفسد الرضا وهو الإكراه[1].

المطلب الثاني:العقد غير الصحيح

يشمل العقد غير الصحيح الباطل والفاسد

والبطلان لغة: الضياع والخسران أو سقوط الحكم ومنه قولهم بطل الشيء...بمعنى ذهب وضاع أو سقط حكمه[2].

و اصطلاحا: في العبادات هو عدم اعتبار العبادة، كما لو صلى بغير وضوء وبالتالي تكون العبادة باطلة أو فاسدة.

و في المعاملات هو عند الحنفية ما ليس مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، أو بمعنى آخر هو ما خالف الشرع وذلك لوقوع خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده.

و بالتالي لا تترتب أحكامه عليه، وهو لا يُرادف الفساد إذ هذا الأخير هو ما وقع خلل في شرط من شروط صحته،أو هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه[3].

---

[1] السنهوري،عبد الرزاق أحمد: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2 (1998م)، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت) 147/4.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق56/11.

[3] عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق380/1.

أماعند الجمهور فالبطلان والفساد مترادفان فكل فعل أو تصرف خالف الشرع سواء كانت المخالفة لوقوع خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروطه فهو باطل أو فاسد[1].

ولا تترتب على العقد غير الصحيح آثاره لافي العبادات ولا في المعاملات.

وبناء على ما سبق فالعقد غير الصحيح: هو كل عقد أصابه خلل في ركن من أركانه أو وصف من أوصافه أو ورد نهي عنه من الشارع[2].

و الجمهور يريدون بالفاسد والباطل معنى واحدا وهو وقوع الفعل على خلاف ما يريده الشارع ولا يفرقون بين أن تكون المخالفة بسبب فوات ركن أو شرط أو وصف.

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى نوعين فاسد وباطل، وذلك حسب نوع الخلل الذي يُصيب العقد فإذا كان الخلل في ركن من أركانه فهو الباطل، أما إذا كان الخلل في وصف من أوصافه فهو الفاسد يقول ابن نجيم[3]:"الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك لكن قالوا: نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله فلا حدَّ وباطل عندهما رحمهما الله فيُحد...وأما في البيع فمتباينان فباطله: ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه وفاسده: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وحكم الأول: أنه لا يملك بالقبض وحكم الثاني: أنه يملك به "[4]

---

[1]الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق7/3، سيدي عبد ولد الحاج إبراهيم، متن مراقي السعود، ط(2002م)، دار الآثار، القاهرة، ص16.

[2]المرصفي، النظريات الفقهية، ط1(1421هـ2001م)، مؤسسة المختار،ص38.

[3]هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، من أهل مصر فقيه وأصولي حنفي، كان عالمًا محققًا ومكثراً من التصنيف. أخذ العلم عن شرف الدين البلقيني وشهاب الدين الشلبي وغيرهما.و أُجيز بالإفتاء والتدريس، توفي –رحمه الله– سنة(970 هـ). من أشهرمصنفاته:" البحر الرائق في شرح كنز الدقائق " و" الأشباه والنظائر ". ابن العماد: شذرات الذهب، ط (د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت)، (355/8).

[4]ابن نجيم: الأشباه والنظائر ط (1400هـ1980م)، دار الكتب العلمية (بيروت)، ص337.

فأساس التفرقة عند الحنفية هو التمييز بين أصل العقد وصفه، فالبيع الفاسد عندهم هو المشروع أصلاً لا وصفاً، ويكون فاسداً إذا كان الثمن مجهولا، أو جُهِل أجل دفع الثمن، أو كان شرط انعقاد البيع غير مشروع باعتبار وصف من أو صافه الخارجية[1]

فالملاحظ أن الحنفية يميزون في العقد بين اختلال الوصف والأصل، بينما الجمهور لا يفرقون بين ذلك.

المطلب الثالث: أساس الاختلاف في تقسيم العقد غير الصحيح

بعد أن اتفق جمهور الأصوليين على أن النهي المجرد عن القرينة يُفيد التحريم، ولا يصرف عنه إلا بقرينة، إذ:"أصل النهي من رسول الله ﷺ أن كل ما نهى عنه فهو محرم حتى تأتي عنه دلالة تدل على أنه إنما نهى عنه لمعنى غير التحريم"[2].

فقد اختلفوا فيما يقتضيه هل يقتضي الفساد أم لا؟ وسبب الخلاف يتمثل في"أن الشارع إذا أمر بشيء مطلقا ثم نهى عنه في بعض أحواله، فهل يقتضي ذلك النهي إلحاق شرط بالمأمور به حتى يُقال إنه لا يصح بدون ذلك الشرط، ويصير الفعل الواقع بدونه كالعدم، كما في الفعل الذي اختل منه شرطه الثابت شرطيته بدليل آخر أم لا يكون كذلك؟"[3].

فذهب الجمهور إلى أن العقد الباطل أو الفاسد منهي عنه شرعاً وما نهى عنه الشارع يكون

---

[1] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق108/1. يُنبه إلى أن الجمهور أيضا فرقوا في بعض المسائل بين الباطل والفاسد كما هو الشأن في باب النكاح إذ فرقوا بين النكاح الفاسد والنكاح الباطل وكذلك في الحج، وسيأتي تفصيل لذلك فيما يستقبل-إن شاء الله-ينظر ص23.

[2] الشافعي، الأم، ط(د، ت)، دار الفكر، بيروت 305/7.

[3] العلائي، خليل بن كيكلدي، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، ت:إبراهيم محمد سلقيني، ط1(1402هـ1982م)، دار الفكر، بيروت، 188، وأيضا، محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط4(1413هـ1993م)، المكتب الإسلامي، بيروت 411/2.

حراما وهو لا يصلح لثبوت الملك ولا يترتب عليه التزام؛لأن الإقدام على العقد المنهي عنه شرعا عصيان فيبعُد أن يرتب عليه الشارع أثرا؛إذ ورود النهي عن تصرف ما يدل على أن هذا التصرف قد خرج عن الشرعية مما يستلزم بطلانه سواء ورد النهي عن أصله أو وصفه؛لأن ما يرِد على الوصف يرد على الأصل إذ التابع تابع و"....متى ورد نهي أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملته فإن ذلك العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف، أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان فبقي على الأصل غير معقود عليه"[1] بينما ذهب أبوحنيفة إلى أن النهي لا يُبطل ماهية الشيء بل يدل على صحة العقد، وعلى وجوده إذ لو لم يكن موجوداً ما وقع النهي عنه[2].

و قد نتج عن هذا الخلاف بين الحنفية والجمهور أن الحنفية يجيزون التصرف في المعقود بعقد فاسد خلافاً لمالك و الشافعي و أحمد إلا أن مالكاً له تفصيل مفاده أن النهي يدل على البطلان ما لم يلحقه مفوت من مفوتات البيع الفاسد المختلف فيه وهي حوالة السوق أو التلف أو انتقال حق الغير فيصير صحيحا [3].

وقد استدل الجمهور بأدلة من السنة والآثار منها ما يأتي:

أولا–السنة والآثار:

1– عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: ((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد))[4].

---

[1] القرافي، الفروق، مصدر سابق268/3.

[2] السرخسي، أصول السرخسي، ت:أبو الوفاء الأفغاني، ط1(1414هـ1993م)، دار الكتب العلمية، بيروت،ص141.

[3] الدردير، الشرح الكبير، ط(د، ت)، دار إحياء الكتب العربية، 72/3.

[4] أخرجه البخاري: الجامع الصحيح، كتاب:الصلح، باب:إذ اصطلحوا على صلح جور، برقم:2550، ط3 (1407هـ1987م) دار ابن كثير، بيروت، (959/2) ومسلم: في الصحيح، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ط (د، ت)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت)، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، برقم:1718 (1343/3).

وجه الاستدلال:قالوا المنهي عنه ليس من الدين فهو مردود، والمردود من العقود هو عكس المقبول الصحيح[1] فهو رد أي مردود على فاعله لبطلانه وفيه أن النهي يقتضي الفساد، لأن النهي ليس من الدين وهو-الحديث- عام فيحتج به في إبطال جميع العقود المنهية وعدم وجود ثمرتها المترتبة عليها "[2]و"الرد إذا أُضيف إلى العبادات اقتضى عدم الاعتداد بها،وإن أُضيف إلى العقود اقتضى فسادها"[3].

2-عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال:((إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه))[4]

وجه الاستدلال: وضَّحه الحافظ العلائي[5] -رحمه الله- فقال: " وهذا يتضمن الدليل على أن البيع الفاسد لا يتقرر أصلا بوجه ما، إذ لو كان كذلك لما حرم التصرف في الثمن مطلقا، فهذا يختص بالرد على من يقول إن العقد الفاسد يُقر في بعض الصور أو أن النهي يقتضي الصحة"[6]

---

[1] العلائي، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد،مصدر سابق،ص112.

[2] المناوي، عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ض، ت:أحمد عبد السلام، ط 1(1415هـ-1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 90/3.

[3] الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق87/3.

[4] أبو داوود:في سننه، كتاب البيوع، باب:في ثمن الخمر والميتة، برقم:3488، (302/2)، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت)، أحمد: في المسند، برقم:2221، (247/1)، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها ط (د، ت)، مؤسسة قرطبة (القاهرة).

[5] هو خليل بن كَيْكَلْدي بن عبد الله، أبو سعيد، العلائي الدمشقي الشافعي. محدث فقيه، أصولي تفقه على كمال الدين الزملكاني وبرهان الدين بن الفركاح، وأخذ علم الحديث عن المزي وغيره، ودرس بدمشق بالأسدية وغيرها، ثم انتقل إلى القدس مدرسا بالصلاحية وأقام بالقدس مدة طويلة يدرس ويفتي ويحدث ويصنف إلى آخر عمره من أشهر تصانيفه: " المجموع المذهب في قواعد المذاهب "، و" الأشباه والنظائر " تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد" ينظر: ابن العماد: شذرات الذهب، ط (د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت)، (327/8). ابن حجر: الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، ضبط وتصحيح: عبد الوارث محمد علي، ط1 (1418هـ-1997م) دار الكتب العلمية، (بيروت)، (216/1).

[6] العلائي، تحقيق المراد، مصدر سابق،ص121.

3-عن أبي سعيد الخدري ﷺ أن النبي ﷺ أُتِي بتمرٍ رَيَّانٍ وكان تمر رسول الله ﷺ بَعْلا[1] فيه يُبس فقال: ((أَنَّى لكم هذا؟)) قالوا ابتعناه صاعا[2] بصاعين من تمرنا فقال:((لا تفعل فإن هذا لا يصح ولكن بع تمرك واشترِ من هذا حاجتك))[3]

وجه الاستدلال: فقد بين ﷺ أن هذا العقد لا يصح لما فيه من التفاضل وعدم التماثل، وهذا يدل على أن ما نهى الله عنه يفسخ ولا يقبل بوجه من الوجوه.

4-كان الصحابة يستدلون بالنهي عن الفساد في وقائع كثيرة، كاحتجاجهم على فساد نكاح المشركات وبطلان عقود الربا و لم يُنقل عن أحد منهم إنكار ذلك ولا أنه ذهب إلى صحة فعل ما نُهي عنه أصلا فكان ذلك إجماعا منهم على أن النهي يقتضي الفساد[4].

ثانيا- من المعقول:

النهي لم يرد إلا عندما اشتمل على المفسدة الخالصة أو الراجحة، فلو أفادت المقصود عند الإقدام عليها كان ذلك باعثا للنفوس على تعاطيها، والنهي يمنع من الإقدام عليها، فيقع التناقض وهو محال وما أدى إلى المحال فهو باطل، فوجب القول بالفساد[5]؛لأن:" تصحيح العقد الفاسد والمشتمل على الوصف المقتضي لتحريمه، وفساده جمع بين النقيضين فإن الصحة إنما تنشأ عن

---

[1] الريان:أي الذي سُقي نخله بماء كثير، والبعل هو الذي يشرب بعروقه، السندي،حاشية السندي على سنن النسائي، ت:عبد الفتاح أبو غدة، ط2(1406هـ-1986م)، دار المطبوعا ت الإسلامية، حلب272/7.

[2] الصاع أربعة أمداد وهو بحسب تقدير الجمهور 2,04 كلغ. جمعة محمد علي، المكاييل والموازين الشرعية، ط2(1421ه2001م)، مطبعة القدس، القاهرة، ص37.

[3] النسائي: في سننه، كتاب:البيوع، باب: بيع التمر بالتمر متفاضلا، برقم: 4554(272/7)، ت: عبدالفتاح أبي غدة، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، ط 3، (1406 هـ م1986 م)، مكتب المطبوعات الإسلامية، (حلب) وقد صححه الألباني.

[4] الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، 85/3.

[5] العلائي تحقيق المراد، مصدر سابق، ص141، الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، 88/3.

المصلحة والعقد المحرم لا مصلحة فيه بل هو منشئ لمفسدة خالصة أو راجحة"[1]

لكن مما ينبغي الإشارة إليه أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فرقوا بين الباطل والفاسد في بعض المسائل، فعند المالكية البيع الفاسد يفيد شبهة الملك مراعاة للخلاف فالبيع الفاسد أو الباطل، كالبيع الذي فقد ركناً من الأركان أو شرطا من الشروط باطل ويجب فسخه، لكن لو تصرف المشتري في المبيع، كأن يبيعه أو يهبه أو غير ذلك مما يفوته، فإنه يفيد شُبهة الملك وعلى المشتري ضمانه بالقيمة فيما هو قيمي[2] وبالمثل فيما هو مثلي، كما أن المالكية يميزون أيضا بين المحرم والمكروه فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة والمكروه إذا فات صحَّ كما تُصحح بعض البيوع الفاسدة لخِفة الكراهة[3].

ولا شك أن المذهب المالكي يُعتبر من أقرب المذاهب إلى الحنفية في التقليل من الفساد، لكن لا يُقال أن المالكية خالفوا أصلهم، بل خصصوا هذه الفروع بنظر فقهي آخر، بناء على أدلة أُخرى منها مراعاة المصلحة المتمثلة هنا في مراعاة حق الغير تحقيقاً للعدل وتكميلاً للمصلحة[4].

كما فرق الشافعية أيضا بين الباطل والفاسد في بعض الأبواب كالحج والعارية والوكالة والشركة والقراض، ولا يُعد هذا تناقضا من الحنفية مع أصلهم العام في عدم التفرقة بين الباطل والفاسد، بل هو مراعاة لمقتضى أدلة أُخرى إذ وجدوا أن الشارع في بعض المسائل يفرق بين اختلال الركن واختلال الشرط، فيُرتِب عليها بعض الآثار عند اختلال بعض شروطها ولا يرتب عليها شيئا

---

[1] شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح ابن القيم، ت: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2(1388هـ-1968م)، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة 239/6.

[2] المثلي:هو ما يوجد مثله في السوق دون تفاوت معتد به كالمكيلات والموزونات، وأما القيمي فهو ما لا يوجد مثله في السوق أو يوجد لكن مع تفاوت معتد به. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 36/36.

[3] ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4 (1395هـ-1975م)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده (مصر).193/2.

[4] ينظر:حنان، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 180/1.

عند اختلال ركن من أركانها[1]، وقد وضعوا قاعدة مفادها أن "كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده" [2] على أن المقصود بالفاسد هنا ما وجد فيه شرط فاسد، أما الباطل فهو ما اختل فيه ركن من أركانه، وقد بين الإسنوي أن الفرق بين الباطل والفاسد يُتصور في كل عقد صحيح غير مضمون كالإجارة والهبة[3].

ونجد الأمر نفسه عند الحنابلة فالفاسد من النكاح مثلا عندهم هو ما اختُلِف في صحته وبطلانه، والباطل ما لا خلاف فيه، و"المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة لآمر آخر لا تبطل على الصحيح"[4].

و يمكن القول أن عقود الأمانات والعقود الجائزة كالشركة والمضاربة وكذا العقود اللازمة كالنكاح، أنها تنقسم إلى صحيحة وباطلة وفاسدة، وما عدا ذلك فباطله وفاسده سواء[5]، هذا وقد جا ء في القواعد"و إذا قبض العين في العقد الباطل، فإنها تكون مضمونة عليه وعلى كل حال سواء كانت صحيحة العين مضمونة فيه أو غير مضمونة، وإن قبضها في الفاسد –و كانت صحيحة العين فيه غير مضمونة ففاسده كذلك"[6] ولا يُقال أيضا أن الحنابلة خالفوا أصلهم، وإنما فرقوا في هذه المسائل بين الفاسد والباطل تمشيا مع الدليل الخاص؛لأن ماوردله دليل خاص صار الأصل فيه

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر، (د، ت)، الكتب العلمية، بيروت،، ص، 286. الأسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ت:محمد حس هيتو، ط2(1401هـ1981م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص59.

[2] السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص283.

[3] الإسنوي، التمهيد، مصدر سابق، ص60، الزركشي، المنثور، مصدر سابق، 3/8-11.

[4] ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي،ت:طه عبد الرؤوف سعد، ط1(1391هـ1971م)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 64/1

[5] حنان، أقسام العقود، مرجع سابق185/1.

[6] ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ت:عبد الكريم الفضيلي، ط(1420هـ1999م)، المكتبة العصرية، ص154.

ذلك الدليل، فيُخصص به الأصل العام، وفي ذلك إعمال للدليل وتخصيص للأصل العام[1].

وخلاصة القول أن الجمهور يفرقون بين الفساد والبطلان في بعض المسائل وذلك ليس على خلاف أصلهم بل لأدلة أُخرى اقتضت ذلك تحقيقا للعدل ومراعاة لحق الغير ومن أجل استقرار العقود.

أما الحنفية فقد استدلوا بالآتي:

1-أن النهي إذا كان لمعنى في غير المنهي عنه فإنه لا يعدم المشروعية كالنهي عن البيع وقت النداء للجمعة[2].

2-العقد الفاسد يترتب عليه الضمان وذلك يدل على انعقاده وإن كان ذلك الانعقاد محرما[3].

فالتحريم لا يقتضي انعدام الانعقاد في الشرع فالنجاسات يحرم تناولهاولكن يجوز الانتفاع بها[4].

3-النهي في حد ذاته يقتضي المشروعية، ويقررها، فالبيع في حد ذاته مشروع وينقل الملك، وإنما المحظور ما جاوره قال السرخسي[5]:"من ضرورة تحريم العقود بقاء أصلها مشروعا إذ لا تَكوُّن لها

---

[1] ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية،مصدر سابق،ص152

[2] السرخسي، المبسوط، ط(د، ت)، دار المعرفة، بيروت، 43/6، العيني،محمود بن البنايةشرح الهداية، ط2(141 1هـ1990م)، دار الفكر بيروت262/7.

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 46/6، الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2 (1406هـ1986م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 187/5.

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 25/6.

[5] هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، السرخسي، الحنفي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان يلقب بشمس الأئمة، علامة حجة متكلما ناظرا أصوليا مجتهدا في المسائل، أخذ عن الحلواني وغيره سجن في جب بسبب نصحه لبعض الأمراء وأملى كثيرا من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه، توفي رحمه الله سنة483 هـ، وقيل غير ذلك، من أشهر مؤلفاته: " المبسوط "، في الفقه، و" الأصول " في أصول الفقه، " ينظر: أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ت: عبد الفتاح محمد الحلو، ط2(1413هـ1993م)، دار هجر، مصر، 3/ 78، الزركلي، الأعلام،مرجع سابق،315/5.

إذا لم تبق مشروعة، وبدون التكوُّن لا يتحقق تحريم فعل الأداء...فكان في إبقاء المشروع مشروعا مراعاة حقيقة النهي لا أن يكون تركا حقيقة، فصفة الفساد للعقد لا تكون إلا عند وجود العقد إذ الصفة لا تسبق الموصوف....فبه تبين أنه بقي مشروعا والمشروع لا يكون قبيحا لعينه فعرفنا أن القبح لوصف اتصل به فصار الأداء قبيحا فاسدا"[1].

ورد عن هذا بأن الشرعي ليس معناه المعتبر في نظر الشارع، بل هو ما يسميه الشارع بذلك الاسم وهو الصورة المعينة صحت أم لا؛لأن الشرعي قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا، كما يُقال صلاة صحيحة وصلاة فاسدة فالرسول ﷺ عندما قال:((تدع الصلاة أيام أقرائها))[2] فإن الصلاة المأمور بتركها هي الصلاة الشرعية-لأن اللغوية لا نؤمر بتركها- وصلاة الحائض لا تصح اتفاقا. ولوسُلم فإنه يُمكن أن يحمل النهي على النسخ كما لو قال الموكل لوكيله:لا تبع هذا فإنه وإن كان نهيا في الصيغة لكنه نسخ في حقيقة الأمر للصحة السابقة[3].

4- استدلوا بحديث عائشة إذا اشترتها واشترطت الولاء وأعتقتها، وقد أجاز النبي ﷺ العتق والبيع فاسد[4] ورُدَّ بأن حديث بريرة دل على صحة العقد وفساد الشرط[5].

---

[1] السرخسي، أصول السرخسي، ت:أبو الوفاء الأفغاني، ط1(1414هـ-1993م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ص141،

[2] أبو داود:في سننه، كتاب: الحيض، باب: في المرأة تستحاض، برقم: 1،281/122، الترمذي:في سننه، كتاب: الطهارة، باب: ما جاء في المستحاضة تتوضأ لكل صلاة، برقم: 1،126/53، ت:أحمد محمد شاكر وآخرون، ط(د، ت)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت) وصححه الألباني: إروء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ط2 (1405هـ-1985م) المكتب الإسلامي (بيروت)، 255/1.

[3] العلائي، تحقيق المراد، مصدر سابق، ص، 185.

[4] أخرجه البخاري: في الجامع الصحيح، كتاب: الشروط، باب:الشروط في البيع، برقم: 2568. ينظر: ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق 968/2، مسلم: في الصحيح، كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، برقم: 3850، 213/4.

[5] الجصاص، الفصول من علم الأصول، ت:عجيل جاسم النشمي، ط1(1405هـ)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 181/2.

هذا وقد وُصف النظر الفقهي الحنفي في هذه المسألة بأنه " فقه حسن "[1]، ومال إليه صاحب تفسير النصوص فقال "و الذي نميل إليه فيما يقتضيه النهي من أثر في المنهي عنه لوصف لازم هو ما ذهب إليه الحنفية من تفريق بين أثر مجاله العلاقة بين المكلف والشارع، وأثر مجاله العلاقة بين الفرد والآخرين من حيث التعامل، وتحقيق المصالح في حياة الناس ومعاشهم"[2]

و لا شك أن ما ذهب إليه الحنفية أقرب إلى تيسير شؤون الناس وتحقيق مصالحهم إذا الشريعة ما جاءت إلا لتحقيق ذلك، خاصة وأن معاملة الناس في تطوُّر مستمر وهذا الاتجاه يجعل حلا لكثير من العقود الفاسدة، مما يسهل وييسر على الناس ويقلل من العقود الفاسدة ويجعل المعاملات في استقرار.

[1] القرافي، الفروق، مصدر سابق2/145.

[2] محمد أديب صالح، تفسير النصوص، مرجع سابق2/413.

المبحث الرابع:آثار العقد غير الصحيح

العقد غير الصحيح منهي عنه شرعا و لا يترتب عليه أي أثر، وبالتالي فالأصل أن لا يقدم عليه المؤمن أما العقد الصحيح فبمجرد انعقاده تترتب عليه آثاره، هذا هو الأصل، لكن العقد الباطل قد تترتب عليه بعض الآثار وفي الآتي تفصيل لذلك.

المطلب الأول– آثارالعقد الباطل

الأصل أن العقد الباطل لا تترتب عليه آثار؛لأن العقد الباطل لا يجوز الإقدام عليه، بل هو غير منعقد وليس له وجود شرعي، وإن وُجِد في الواقع؛لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا وبالتالي لا تترتب عليه آثاره المقصودة منه، إذ لا يثبت الفرع والأصل باطل، ولا يحصل المسبب والسبب غير حاصل، وإذا نفذ العقد الباطل وجب رد الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد فليس لأي واحد من المتعاقدين جبر الآخر على تنفيذه، فلا يجوز للمشتري جبر البائع على تسليم المبيع، كما لا يجوز للبائع جبر المشتري على دفع الثمن؛لأن البيع الباطل لا ينقل الملكية جاء في بدائع الصنائع"ولا حكم لهذا البيع أصلا؛ لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم ... وكل ما ليس بمال، وكذا بيع صيد الحرم والإحرام؛ لأنه بمنزلة الميتة، ....وكذا بيع الخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال في حق المسلم وكذا بيع الخمر؛ لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم؛ لأن الشرع أسقط تقومها في حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد؛ لأنه لو انعقد إما أن ينعقد بالمسمى وإما أن ينعقد بالقيمة لا سبيل إلى الأول؛ لأن التسمية لم تصح ولا سبيل إلى الثاني لأنه لا قيمة له إذ التقويم ينبني عن العزة، والشرع أهان المسمى

على المسلم فكيف ينعقد بقيمته؟ ولا قيمة له؟، وإذا لم ينعقد يبطل ضرورة"[1] فوجود العقد الباطل كعدمه عند جمهور الفقهاء هذا هو الأصل في العقد الباطل، حتى وضع العلماء قواعد في هذا منها:"إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه"[2] فما ثبت ضمنا إذا بطل أصله لا يبقى له حكم، إذ ما بُني على باطل فهو باطل على خلاف في بعض تفريعاتها.

ومنها"إذا بطل العقد بطل ما بني عليه"[3] فالعقد الباطل لا تلحقة الإجازة لأنه لم ينعقد أصلا[4]

و لكن هناك استثناءات يُنتِج فيها العقد الباطل بعض الآثار لكن لا ينتجها بذاته وإنما هي ناتجة عن وصف اقترن به، جاء في الموافقات"وأما في الأسباب الممنوعة؛ كالأنكحة الفاسدة ممنوعة، وإن أدت إلى إلحاق الولد، وثبوت الميراث، وغير ذلك من الأحكام، وهي مصالح، والغصب ممنوع للمفسدة اللاحقة للمغصوب منه، وإن أدى إلى مصلحة الملك عند تغير المغصوب في يد الغاصب، أو غيره من وجوه الفوت، والذي يجب أن يُعلم أن هذه المفاسد الناشئة عن الأسباب المشروعة، والمصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست بناشئة عنها في الحقيقة، وإنما هي ناشئة عن أسباب أُخرى مناسبة لها"[5].

وقد ذهب المالكية إلى أن العقد الباطل أو الفاسد مردود، ما لم يَفُت بشيء من مفوتات البيع وهي

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 305/5.

[2] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص391،، أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ت:مصطفى أحمد الزرقا، ط(1409هـ-1989م)، دار القلم، دمشق، ص273.

[3] ابن نجيم، الأشباه، مصدر سابق، ص392، علي حيدر درر الحكام، مصدر سابق54/1، السعدي، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة، ع:أيمن بن عارف، صبحي محمد رمضان، (د، ت)، مكتبة السنة، ص190.

[4] حاشية الجمل على شرح المنهج، (د، ط)، (د، ت)، دار الفكر، بيروت75/3، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق288/7، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق71/3.

[5] الشاطبي، الموافقات، ت:مشهور بن حسن آل سلمان، ط1(1417هـ-1997م)، دار بن عفان، السعودية17/3

حوالة السوق، والتلف أو تغير الذات، وانتقال حق الغير، والإخراج عن الملك[1]

وإذا كان المبيع باطلا وجب على المشتري رد القيمة للبائع في القيمي والمِثل في المثلي، لكن إذا زال المفيت ارتفع حكمه ووجب رد المبيع، وكذا إذا كان المفيت تغير السوق ثم عاد إلى حالته، لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع.

و يمكن القول أن المالكية بهذا يقتربون من المذهب الحنفي في التقليل من أسباب الفساد[2].

و في المعاملات ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل،يذهب جمهور الفقهاء من الحنفية في الراجح عندهم، والمالكية، والشافعية، والحنابلة وكذا الظاهرية إلى أنه في ضمان المشتري بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة إن كان قيمياً؛لأن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده، إذ المشتري قبض المبيع على سبيل المعاوضة بدفع الثمن فيكون مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء، ويستثنى عند المالكية من ذلك ما لا يجوز تملكه كالخنزير فضمانه على البائع وإن قبضه المشتري[3].

بينما ذهب الحنفية في قول إلى أن المبيع المقبوض بعقد باطل يكون أمانة في يد المشتري، فلا يضمنه إلا إذا قصر وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيها ما نصه"و إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه" [4] لأن البيع لما كان باطلا بقي مجرد القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان على القابض بغير تعد

---

[1] المازري، شرح التلقين، ت:محمد المختار السلامي، ط1(1997م)، دار الغرب الإسلامي، تونس، مج2، 441/2

[2] ينظر، المرصفي، النظريات، مرجع سابق،ص 55

[3] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق246/7، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق70/3، البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع،ت: إبراهيم الأحمد عبد الحميد،ط (1423هـ 2003م)، دار عالم الكتب، السعودية، 245/3، ابن قدامة، المغني،ط(د،ت)،دار الفكر، بيروت311/4

[4] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق393/1.

فأشبه الوديعة[1]، كما ينتج عن العقد الباطل أثرا إذا حول إلى عقد آخر صحيح كما سيأتي -إن شاء الله-

ولعل أشهر مثال على ذلك أيضاً الأنكحة المختلف فيها؛لأن الأنكحة المختلف فيها كان الدخول فيها مع الشبهة لها دليل، لذا يدرأ به الحد، ويثبت به النسب ويمحى به وصف الزنا، ويجب به المهر والعدة، ويثبت به النسب[2].

المطلب الثاني-آثار العقد الفاسد

رأينا سابقاً أنه لا فرق بين العقد الباطل والفاسد عند جمهور الفقهاء إلا ما استثنوه لاعتبارات أُخرى وليس تبعاً لمنهج الحنفية، وبالتالي فما يسري على العقد الباطل، يسري على العقد الفاسد، لكن المذهب الحنفي- كما سلف-له فلسفة خاصة في طبيعة العقد الفاسد، فهو وإن لم يكن عقداً صحيحاً، إلا أنه منعقد وله وجود شرعي، ولكن يجوز فسخه من العاقدين، وهذا الفسخ دليل على وجوده، إذا الفسخ فرع الوجود، لكن هذا الوجود عُرضة للزوال في كل وقت، فيكون الحنفية بهذا، قد أبدعوا للفقه الإسلامي صناعة فقهية رائدة من شأنها، أن تخفف من أسباب الفساد، كما تجعل حق الغير محمي، بل تحمي العاقد نفسه، وتصحح العقد الفاسد ذاته[3]، و لم تتابع المذاهب الأُخرى المذهب الحنفي في هذا، وإن وُجدت عندهم بعض المسائل التي فرقوا فيها بين الباطل والفاسد ولكن ليس على أصل المذهب الحنفي، بل لأدلة أُخرى اقتضت تخصيص الأصل العام، ولعل أقرب مذهب للمذهب الحنفي هو المذهب المالكي الذي يتوسع في استعمال المصلحة

---

[1] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق5/59، حنان، أقسام العقود، مرجع سابق1/197.

[2] حنان، أقسام العقود، مرجع سابق 1/195، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط(د، ت)، دار الفكر، القاهرة، 150.

[3] المرصفي، النظريات، مرجع سابق، ص45.

المرسلة[1]، وكذا قاعدة مراعاة الخلاف[2] التي اشتهر بها، كما أن المالكية يفرقون بين البيع الحرام والبيع المكروه، فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة، والمكروه إذا فات صار صحيحاً، لخفة الكراهة، ويذهب الحنفية إلى أن العقد الفاسد وإن كان واجب الفسخ، لكنه إذا قبض المشتري المبيع فإن الملكية تنتقل إليه،، من أجل تصحيح التصرف الذي يصدر من المشتري إلى الغير، وهذا الملك خبيث، " لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم"[3].

والأصل أن العقد الفاسد قبل قبضه لا أثر له، أما بعد القبض فقد ينتج بعض الآثار وفيما يأتي شيء من التفصيل لذلك.

الفرع الأول: آثار العقد الفاسد قبل القبض

الأصل في العقد الفاسد أن لا ينتج أي أثر قبل الإذن بقبضه صراحة أو دلالة ومثال الدلالة:"، أنه إذا قبضه بحضرته و لم ينهه كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة مع أن العقد الثابت دلالة الإذن بالقبض؛ لأنه تسليط له على القبض فكأنه دليل الإذن بالقبض"[4] لأنه منهي عنه، لذا فلا تلحقه الإجازة، ولكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه، ولا تنتقل به الملكية قبل القبض فالمشتري

---

[1] المصلحة المرسلة:هي استنتاج حكم شرعي في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناء على مراعاة المصلحة. البوطي، محمد سعيد، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2(1393هـ-1973م)، مؤسسة الرسالة، ص352.

[2] هي إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه. الونشرسي، أبو العباس أحمد بن يحي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجّي، ط دار الغرب الإسلامي بيروت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ج6، ص388.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق304/5.

[4] المصدر نفسه

بعقد فاسد لا يعتبر مالكاً للمبيع، كما أن المشتري لا يستطيع أن يجبر البائع على دفع الثمن، لأن القبض فرع المِلك ولا يستطيع المشتري جبر البائع على تسليم المبيع".[1]

لكن العقد الفاسد وإن لم يكن صحيحاً، فهو مع ذلك منعقد، وله وجود شرعي لا وجود مادي، ولكن هو معرّض للزوال ويجوز للمتعاقدين فسخه وهذا الفسخ أصلاً دليل على وجوده الشرعي وإلا لما كان هذا الفسخ، ولِما اقترن به الفساد، ودفع الفساد واجب، ولا طريق له إلا الفسخ، لأن فعله معصية والتوبة منه فسخه، ودفع هذا الفساد هو حق للشرع فلذا حتى لو أصر عليه المتعاقدان فللقاضي فسخه إذا علم به جاء في البحر الرائق" أن للقاضي فسخ الفاسد جبراً عليهما... وإذا أصر البائع والمشتري على إمساك المشتري فاسداً، وعلم به القاضي له فسخه حقاً للشرع فبأي طريقة رده المشتري إلى البائع صار تاركاً للمبيع، وبريء عن ضمانه"[2]

على أن هذا الفسخ يستحقه لغيره لا لنفسه، إذ لو أمكن دفع الفساد بدون الفسخ، فإن ذلك يصحو ينقلب العقد صحيحاً فلو كان الفساد سببه جهالة الأجل، فإن العاقدين لو قبل انقضاء المجلس عيناه زال الفساد ويصير العقد صحيحاً، وكذا إذا كان سبب الفساد بسبب الربا، وزال انقلب العقد صحيحاً، كما أن العقود المقترنة بالشروط الفاسدة إذا أسقطها المتعاقدان صح العقد؛لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع[3]، طبعاً إذا أمكن التصحيح، فإذا لم يمكن كأن يتمكن الفساد من صلب العقد كما إذا رجع الفساد إلى البدل بأن كان الثمن خمراً مثلا، أو لم يزل المفسد بقي

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق303/5، ابن الهمام، كمال الدين بن محمد، شرح فتح القدير، تع:عبد الرزاق غالب المهدي، ط1(1424هـ2003م)، دار الكتب العلمية، بيروت 404/6، المرصفي، النظريات،مرجع سابق، ص57،حنان، أقسام العقود، مرجع سابق201/1.

[2] ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ت:أحمد عزو، وعناية الدمشقي، ط 1(1422هـ2002م)، دارإحياء التراث العربي، (بيروت)، 141/14.

[3] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، 39/1.

العقد فاسداًو وجب فسخه، ولا يستطيع أحد المتعاقدين أن يسقط حقه في الفسخ لأن الفسخ هنا حق لله جاء في البدائع" الفسخ في البيع الفاسد يبطل بصريح الإبطال والإسقاط بأن يقول: أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته؛لأن وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى دفعاً للفساد وما ثبت حقا لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً"[1]

الفرع الثاني– آثار العقد الفاسد بعد القبض

إذا كان القبض بإذن العاقد، فإن العقد يقوى أثره، بل يجب أن يكون القبض بإذن البائع في البيع مثلاً فلا يصح القبض بغير إذنه، كأن ينهي المشتري عن القبض، أو أن يقبضه بغير حضرته، صراحة على المشهور، فإن لم ينهه ولا أذن له في القبض فلا يثبت الملك جاء في بدائع الصنائع" والثاني أن يكون القبض بإذن البائع فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه، فإن لم ينهه ولا أذن له في القبض صريحا فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيادات أنه يثبت الملك، و...في الرواية المشهورة أنه لا يثبت. وإذا قبض المشتري المبيع في مجلس العقد و لم يمنعه البائع فيعتبر ذلك قبض لأنه بحكم التسليط، لكن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة وبالتالي فهو قابل للفسخ حتى بعد القبض، على أنه ينبغي التفريق بين حالتين، فإذا كان الفساد راجع إلى البدل كالبيع بخمر مثلاً فإن العاقدين كليهما له حق الفسخ كما كان الأمر قبل القبض "لأن الفساد الراجع إلى البدل فساد في صلب العقد.ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد؟ لِما أنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين فكان الفساد قوياً فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا"[2]

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق394/5.

[2] المصدر نفسه300/5.

وإن كان الفساد راجعاً إلى شرط فاسد فللحنفية اتجاهان أحدهما يرى أن كلا من العاقدين له حق الفسخ كما في الحالة السابقة، والآخر يجعل حق الفسخ لمن له المنفعة في الشرط، فإذا أسقط الشرط الفاسد زال الفساد وانقلب العقد صحيحاً، فقد ذكروا أنه إذا لم يكن الفساد راجعاً إلى البدل أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه و لم يحك خلافاً؛ لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البدل لا يكون قوياً لكونه محتملاً للحذف والإسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه[1]

وخلاصة القول أن فسخ العقد الفاسد عند الحنفية إذا كان الفساد في صلب العقد فإن لكل من العاقدين أن يفسخه قبل القبض وبعده، أما إذا كان الفساد بسبب شرط فاسد فقبل القبض لكل منهما فسخه مالم يزل سبب الفساد، أما بعد القبض فحق الفسخ هو لمن له منفعة في الشرط[2].

والعقد الفاسد بعد القبض لما تقوى صار يثبت الملك عند الأحناف، إلا أن هذا الملك ليس مثل الملك الذي يثبته العقد الصحيح، بل هو ملك يستحق الفسخ، كما أنه يضمن بالقيمة لا بالمسمى؛لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى، ولذا أطلق عليه الحنفية ملكا خبيثا على أن الحنفية مختلفين في مدى ما يملكه المشتري بالعقد الفاسد من قائل إلى أنه يملك العين والتصرف وهو ما يشير إليه صاحب البحر الرائق قائلا: " وفي ذلك رد على من قال إنه إنما يملك التصرف دون العين... وهو الصحيح المختار "[3] وقائل بأنه يملك التصرف دون العين، ويؤيد هذا ماجا ء في

---

[1] بتصرف يسير، هذا "و قد وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير". الكاساني، البدائع، مصدر سابق301/5

[2] طبعا هذا على قول محمد، أما على رأي أبي حنيفة فهو لكل منهما. الكاساني، البدائع، مصدر سابق301/5

[3] ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق138/14

البدائع"لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع؛ لأنه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرَّر له وفيه تقرير الفساد"[1]

هذا وسواء أفاد هذا الملك العين والتصرف أو العين فقط فإنه لا يشبه الملك الذي ينتقل بالعقد الصحيح، لأنه ملك يستحق الفسخ، كما أنه مضمون بالقيمة ولا يفيد الانتفاع [2]

و إذا تصرف المشتري في المبيع بعقد فاسد كأن يهبه أو يتصدق به، بطل الفسخ في هذه الحالة، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع، وإنما له الرجوع على المشتري بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى، والسبب في ذلك أن المشتري انتقل إليه بالعقد الفاسد ملكية تفيد التصرف لا الانتفاع، أما البائع فإنه لا يستطيع نقض فعل المشتري لأنه حصل على تسليط منه [3]، أما المشتري الثاني فقد تغير طريق الكسب عنده؛لأن ملكه بعقد صحيح، وما ملك بعقد صحيح لا ينقض ولا يفسخ[4] جاء في البدائع "إذا باع المشتري أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ، وعلى المشتري القيمة أو المثل؛ لأنه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه؛ لأنه حصل عن تسليط منه، ويطيب للمشتري الثاني؛ لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول؛ لأنه لا يطيب؛ لأنه ملكه بعقد فاسد"[5]

و ذهب الحنفية إلى أنه إذا تغير المبيع بعقد فاسد في يد المشتري بالزيادة أو بالنقصان، فهو في حكم الغاصب وتكون يده يد ضمان لا يد أمانة، والعبرة في الضمان يوم القبض[6].

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق304/5

[2] المرصفي، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص63.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 301/5.

[4] في مثل هذا المرصفي، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص64.

[5] الكاساني،بدائع الصنائع، مصدر سابق، 301/5

[6] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق324/5، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 142/14. وذهب محمد بن الحسن منهم إلى أنه يوم الهلاك.

والعقد الفاسد عند الحنفية إذا قبض بإذن البائع بتصريح أو دلالة يفيد الملك، وعليه فإذا كان من عقود الضمان، وحصل القبض، فإنه يوجب الضمان مع الفساد، كعقد البيع للقاعدة المعمول بها في الجملة عند الفقهاء، خاصة الشافعية والحنابلة"كل عقد يجب الضمان في صحيحه، يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب في فاسده"[1]

[1] ابن رجب الحنبلي، القواعد مصدر سابق،67/1، القرافي، الفروق،مصدر سابق336/2، السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص283، الزركشي، المنثور، مصدر سابق، 8/3، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 120/9.

الفصل الأول

مفهوم تصحيح العقد وتحوله في الفقه الإسلامي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بغية دراسة موضوع تصحيح و تحول العقد يحسن أن نبين مفهوم كل من تصحيح العقد و تحوله ليتسنى لنا معرفة الأحكام الفقهية المتعلقة به، وذلك في الآتي:

المبحث الأول:مفهوم تصحيح العقد

ويحتوي على:

المطلب الأول:تعريف التصحيح لغة واصطلاحا

الفرع الأول:التصحيح لغة

التّصحيح لغة: هو مصدر صحّح، ويُقال: صحّحت الكتاب، والحساب تصحيحاً: إذا أصلحت خطأه، وصحّحته فصحّ، والصحة خلاف المرض والسقم[1] والتصحيح إزالة السقم من المريض[2].

الفرع الثاني:التصحيح اصطلاحا

للتصحيح في الاصطلاح تعاريف كثيرة وذلك تبعا لتنوع العلوم والموضوعات والذي يهمنا هنا هو تعريفه عند الفقهاء في مجال العقود لا غير.

وقد عرفوه بهذا الاعتبار بأنه"رفع أو حذف ما يفسد العبادة أو العقد"[3] والمقصود به هنا هو

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 507/2.

[2] الجرجاني، التعريفات، ت:إبراهيم الأبياري، ط1(1405ه)، دار الكتاب العربي، بيروت، ص82، أحمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي(1401هـ1981م)، دار الجيل، ص76.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 179/5، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق55/12، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 3/ 67.

جعل غير الصحيح، صحيحاً وذلك بحذف وإزالة سبب فساده[1].

إذن فالتصحيح بعبارة أُخرى، هو إزالة سبب فساد العقد أو التصرف إذ بزوال سبب الفساد ينقلب التصرف أو العقد صحيحاً للقاعدة الفقهية "إذا زال المانع عاد الممنوع"، وتترتب عليه آثاره وبتعبير آخر هو بذل الجهد والوسع في حماية تصرف عقدي صدر عن المكلف من الفساد أو البطلان بوسيلة يقرها الشرع إذا كان ذلك ممكناً[2] أو "هو تغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب يؤدي إلى جعله صحيحا مرتبا لآثاره"[3] أو هو "جعل غير الصحيح، صحيحاً بإزالة سبب فساده"[4].

و بهذا يكون له معنيان،أحدهما عام والآخر خاص.

-العام يعني جعل غير المشروع، مشروعاً بسبب معتبر شرعاً.

الخاص:هو رفع ما أفسد العقد حقيقة أو حكما بقدر الإمكان. وهذا التعريف الأخير هو المختار لأنه ألصق بالعقد.

وقد يكون الرفع حقيقة:و ذلك برفعه فعلا، كأن يكون سبب الفساد جهالة الأجل فيحدد أو الثمن فيتعين في مجلس العقد. وقد يكون حكما:أي يحكم برفعه معنى فيعتبر كأنه غير موجود بوجه ما كأن يُعطى أحكام عقد آخر وهو ما يعرف بالتحويل، ولكن ذلك مقيد بالإمكان إذ ليس

---

[1] أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد التاسع والثلاثون، 1430هـ2009م، ص318.

[2] بتصرف من، محمد علي العمري، أحمد ياسين القرالة، قواعد تصحيح التصرفات، بحث منشور في مجلة المنارة، السنة (2009م)، مج15، العدد2، ص245.

[3] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص502، أيمان طارق شكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، ص3.

[4] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص318.

كل فساد يقبل التصحيح[1].

المطلب الثاني:الألفاظ المشابهة

بعد معرفتنا لحقيقة تصحيح العقد، يحسن بنا أن نميز بينه وبين ما يشبهه من المصطلحات حتى يتضح معناه أكثر، خاصة تلك التي قد تشترك معه في بعض الآثار، وفيما يأتي عرض لذلك:

الفرع الأول: تصحيح العقد وتحوله

التحول لغة: هوالتنقل من موضع إلى آخر، وكذا الانتقال من حال إلى أُخرى[2]، ومنه الحول قال تعالى: ﴿ خَالِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا ﴾[3]أي تحولاً وتغيراً وانتقالاً إلى مكان آخر[4] ومعانيه تدور على النقل والتغيير والتبديل [5] ونقطة التحول هي الحد الفاصل بين شيئين.

وفي **الاصطلاح**: يقصد بتحول العقد إذا كان العقد الباطل قد تضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي تترتب عليه آثاره[6].

---

[1] ينظر:القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص318، ظافر بن محمد بن محسن، تصحيح العقود الفاسدة، رسالة ماجستير، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الموسم الجامعي (1430هـ1431هـ)، السعودية، ص41.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق11/**184**

[3] الكهف، الآية، 108

[4] القرطبي،محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، ط(1405 هـ 1985 م)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت). 396/13

[5] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 184/11.

[6] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، 634/2.

و يكمن الفرق بين التصحيح والتحول، في أن التحول يكون دون إدخال عنصر جديد، وإنما ما تعاقد عليه المتعاقدان، يكيف وفق المشروع ما دامت توفرت فيه عناصر عقد آخر مشروع، أما التصحيح فقد يضاف إليه عنصر آخر كما قد يحذف منه عنصر[1]، كما أن التصحيح يكون بالتحول وبغيره من الإجراءات التي تجعل العقد غير المشروع مشروعا، وبالتالي يمكن القول أن التصحيح أعم من التحول إذ هذا الأخير ما هو إلا أحد طرق التصحيح، فتكون العلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص مطلق فكل تحول هو تصحيح، ولا عكس[2]

الفرع الثاني: تصحيح العقد وانتقاصه

الانتقاص " هو حصر البطلان في الشق المعيب من التصرف فقط وعدم مده إلى الشق الآخر الصحيح بهدف إنقاذ التصرف من مصير البطلان الكلي "[3] أو هو أن يكون العقد في شق منه صحيحاً وفي الشق الآخر باطلاً[4]

ويطلق عليه تجزؤ البطلان ذلك أنه قد يكون العقد أو التصرف بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة إلى ناحية دون الأخرى؛ إذ الاعتبار الشرعي قد تتوفر شروطه في أحد جزئَي المحل دون الآخر وهذا يقتضي تجزؤ الاعتبار، وذلك كأن يبيع في صفقة واحدة ماله ومال غيره دون رضاه[5]

---

[1] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 502/1.

[2] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص332

[3] عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف، ص16، بواسطة، محمد بوكماشة، سلطة القاضي، في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث لنيل درجة الدكتوراه، في الشريعة والقانون، باتنة، الجزائر2011-2012، 86

[4] الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 59/9.

[5] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط1(1418هـ1998م)، إخراج جديد، بتطوير في الترتيب والتبويب، دار القلم، دمشق، 711/2.

وهوما يقابل المشهور بمصطلح تفريق الصفقة في الفقه الإسلامي[1] وذلك بأن تجمع بين الحلال والحرام.

فهو حالة يسمح بها عندما نكون أمام عقد مركب، أو مجموعة من العقود المنفصلة[2].

وفي انتقاص العقد الشق الباطل هو الذي لا يعتد به، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل في هذه الحالة العقد كله، ومثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك فتقع قسمة الموقوف باطلة وتبقى قسمة المملوك صحيحة، لكن ما لم يثبت أن القسمة كلها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف، كما أن وجود شرط في الوصية يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع لها، ويبطل وحده إذا لم يكن كذلك[3].

و يظهر الفرق بين التصحيح والانتقاص في الآتي:

- التصحيح يكون للعقد بأكمله، أما الانتقاص فهو لشق من العقد لا لكله.

-إذا تعذر الانتقاص فإن العقد يبطل بأكمله، وبالتالي تترتب عليه آثار العقد الباطل، أما إذا تعذر التصحيح فإن العقد يصبح فاسداً وبالتالي تترتب عليه آثار العقد الفاسد.

-الانتقاص لا يكون إلا بحذف الجزء الباطل من التصرف أو العقد، بينما التصحيح يكون بالحذف وبغيره من وسائل التصحيح كالتحويل والتعديل.

-الانتقاص يكون في العقود كلها سواء كانت باطلة أو فاسدة أو موقوفة، أما التصحيح فلا يكون إلا للعقد الفاسد.

---

[1] سيأتي الكلام عليها ينظر ص119

[2] محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2000م، ص261.

[3] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 500/1.

– الانتقاص أساسه الذي يقوم عليه هو تفريق الصفقة، وهذا إنما يُتصور في العقد الواحد الذي جمع عدة صفقات، بينما التصحيح لا يُشترط فيه ذلك فقد يكون في الصفقة الواحدة

وعلى كل فيمكن القول أن التصحيح أعم من الانتقاص؛ لأنه يكون بالانتقاص وبغيره، والانتقاص أخص، إذ بينهما عموم وخصوص مطلق[1].

الفرع الثالث: تصحيح العقد وإجازته

إجازة العقد في اللغة إنفاذه، أجاز العقد أنفذه[2].

و في الاصطلاح"هي العمل القانوني الذي يُزيل به الشخص العيوب اللاحقة بعقد يمكن الطعن فيه بالبطلان"[3].

والمقصود بالعيوب ما يلحق هذا العقد من عيوب عقدية والمتمثلة في عدم الملك وعدم الأهلية.

أو هي "إنفاذ تصرف موقوف بإذن لاحق مستحق"[4]و المقصود بذلك أن ما يُسمى بالعقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رغم أنه عقد صحيح إلا أن كونه صدر ممن لا أهلية له، فلا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من له حق الإجازة شرعاً، وذلك كبيع ملك الغير، من غير إذنه، أو صدر ممن لا أهلية له كتصرف الصبي المميز فيما هو متردد بين النفع والضرر كالبيع والإجارة والمساقاة، فهو عقد صحيح لتوفر عناصر الصحة فيه، ولكن تنقصه الملكية والأهلية، فإن أجازه من له الحق كانت الإجازة اللاحقة كالإجازة السابقة.

---

[1] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص327-328

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 326/5.

[3] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق 637/2.

[4] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص332

ويظهر الفرق بين الإجازة والتصحيح في أن الإجازة هي استبفاء العقد القابل للإبطال بعناصره كما هي، أما التصحيح فقد يغير بعضها بالحذف أو الإضافة[1]، كما أن الإجازة تكون في العقد المشروع الصحيح الذي يقره الشرع ولكن وقف لسبب ما، أما التصحيح فيرد على العقد الفاسد من أجل تصحيحه[2].

إضافة إلى ذلك فتصحيح العقد هو لحق الشرع، أما إجازته فهي لحق العبد

كما أن الإجازة لا تكون إلا متراخية عن التصرف بخلاف، التصحيح فيُشترط أن يكون في مجلس العقد إذا كان الفساد قوياً، وإلا بطل العقد كأن يكون الفساد تعلق بصلب العقد، أما إذا كان خفيفاً فلا يُشترط ذلك[3]

الفرع الرابع: تصحيح العقد وتجديده

الجديد في العربية خلاف القديم، جدد وضوءه أي صيره جديداً[4].

و في الاصطلاح، هو إبرام العقد مرة أخرى[5] ويُعتبر التجديد عند الفقهاء من أهم وسائل تصحيح العقود جاء في المبسوط أن" تصحيح العقد الفاسد في استقباله"[6] وذهب الشافعي- رحمه الله- إلى أن التجديد هو الوسيلة الوحيدة لتصحيح العقد جاء في الأم بأن من عقد" عقداً فاسداً لم

---

[1]السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 502/1.

[2]الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق722/2

[3]القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص332، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 722/2.

[4]ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 107/3.

[5]القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص333

[6]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 124/12و هو رأي زفر من الحنفية إذ لا يرى التصحيح إلا بالتجديد لا بغيره، المصدر نفسه.

يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح"[1]

و يتضح الفرق بين التجديد والتصحيح فيما يأتي:

-إبرام العقد من جديد لا ينصب على عقد معيب ليزيل عيوبه، بل هو عقد جديد يتلو عقداً سابقاً ليكسبه قوة ملزمة لم تكن للعقد السابق، والعقد الجديد يكون بتوافق إرادتين، أما التصحيح فهو إزالة لعيوب العقد الفاسد، ولا يُشترط فيه توافق الإرادتين[2]

- تجديد العقد لا صلة له بالعقد السابق، أما التصحيح فهو تصحيح لعقد موجود وذلك بإزالة سبب الفساد، والتصحيح يكون له أثر رجعي ولا يكون ذلك للتجديد، فلو أُكره شخص على شراء شيء ما وقبضه مكرهاً، وقبل ظهور ما يدل على رضاه، قام شخص آخر ببيع ذلك الشيء دون أن يأمره بذلك، فأجاز المكرَهُ البيع، فإن إجازته تعتبر تصحيحاً لعقده الذي أبرمه بالإكراه، ويُعتبر مالكاً له من تاريخ انعقاده

-تصحيح العقد يكون لوجود خلل في العقد، بينما التجديد يكون من غير خلل

-التجديد يكون تلقائياً كما لو استأجر شخص سفينة وانتهت مدة الإجارة قبل الوصول إلى المكان المعين، فإن الإجارة تمتد تلقائياً بأجر المثل، والتصحيح لا يكون كذلك؛ لأن الفساد لا يزول بذاته[3].

---

[1] الشافعي، الأم،مصدر سابق 39/3، القرالة، تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص333

[2] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، 664/2.

[3] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص335.

المطلب الثالث:شروط التصحيح

يُستشف من خلال تعريف التصحيح وشرحه السابق أن التصحيح لا يشمل كل العقود بل بعضها، مما يعني أن للتصحيح شروطاً معينة بتوفرها يكون التصحيح سائغاً وبانعدامها ينعدم، وفي الآتي بيان لهذه الشروط:

أولا–أن يكون العقد فاسدا[1]

فإذا كان العقد باطلاً فإن العقد لا يقبل التصحيح؛لأن التصحيح يكون لعقد موجود، اعتراه خلل، والباطل لا وجود له أصلاً، فهو معدوم شرعاً وإن وُجد حساً، والمعدوم شرعاً معدوم حساً ضرورة، فمن باع ميتة أو خنزيراً أو خمراً، فعقده باطل ولا يمكن تصحيحه بأي حال من الأحوال[2]

ثانيا–أن يكون التصحيح ممكنا

فليس كل عقد يقبل التصحيح، ولا يمكن رفع الفساد في كل العقود، وعليه فإذا لم يُمكن رفع الفساد فلا يمكن التصحيح فمثلاً إذا تعذر التصحيح لفوات المحل، فالتصحيح في هذه الحالة غير ممكن؛ لأن " تصحيح العقد بإزالة المفسد نظير الإجازة في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالإجازة إلا عند قيام المحل فكذلك لا يصح بإقامة المفسد بعد هلاك المحل."[3]، ومثل ذلك أيضاً إذا فُسخ العقد؛لأن التصحيح يُشترط فيه أن يكون العقد قائماً والمفسوخ قد زال، وبزواله انعدم العقد فلا يُمكن التصحيح إذ بالفسخ يسقط والساقط لا يعود، ولا طريق في تحقيق مقصود العقد إلا بتجديده[4]، وقد يتعذر التصحيح بسبب عدم تعذر إعمال الكلام؛ لأنه ليس كل كلام يجب اعتباره

---

[1] وفق منهج الحنفية في التفريق بينهما

[2] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق 436/6، القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص346.

[3] السرخسي، المبسوط، مصدرسابق، 43/13.

[4] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 379/6.

وإعماله، إذ هناك من الكلام ما لا يُعتبر بأي وجه من الوجوه، وبالتالي لا يمكن تصحيح العقد الذي تضمنه، وهنا يُعمل بالقاعدة التي تقول"إذا تعذر إعمال الكلام فإنه يُهمل"[1]فلو قال البائع للمشتري أقلني بعد هلاك المبيع فإن الإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛لأن الإقالة [2]عنده فسخ في حق المتعاقدين[3]، والفسخ لا يصح مع هلاك المعقود عليه[4].

ثالثا–أن لا يكون الفساد في صلب العقد

وذلك بأن يكون متعلقاً بالعوضين أو أحدهما، فإذا كان الفساد كذلك فهو فساد متمكن، ولا يمكن رفعه لقوته، وعليه فلا يجوز معه تصحيح العقد، بل يكون العقد مع هذا واجب الفسخ، وفسخه هنا لحق الشارع، ولا يستطيع أي واحد من المتعاقدين إسقاطه، فإذا باع شخص ديناراً بدينارين، ثم أسقط الدينار فإن هذا الإسقاط لا يجعل العقد صحيحاً لتعلق الفساد بصلب العقد، وكذا الحال لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الشيء بالخمر فهذا العقد لا يُمكن تصحيحه لتعلقه بصلب العقد إذ الثمن هنا فاسد، أما إذا لم يكن الفساد متعلق بصُلب العقد، فيُصحح إذا زال سبب فساده، فإذا قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الشيء إلى الحصاد، فإنه بإسقاط

---

[1]علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، 59/1.

[2] الإقالة: هي رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بالتراضي.الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 306/5.

[3]بعد أن اتفق الفقهاء على مشروعية الإقالة لقوله ﷺ ((من أقال مسلما أقال الله عثرته)).(سنن أبي داود، برقم3460)اختلفوا هل هي بيع أم فسخ، فذهب بعض المالكية وزفر من الحنفية والشافعي في الجديد والحنابلة في رواية هي الأصح إلى أنها فسخ، وذهب المالكية والشافعي في القديم والحنابلة في رواية وابن حزم إلى أنها بيع جديد، وهو ما اختاره أبو يوسف وإذا تعذر حملها على البيع عنده كانت فسخا، إلا أن المالكية استثنوا ثلاثة أشياء تعتبر الإقالة فيها ليست بيعا وهي:الإقالة في الطعام قبل قبضه، والإقالة في الشفعة، والإقالة في بيع المرابحة، ولعل الراجح أنها إن كانت بمثل الثمن الأول فهي فسخ، وإلا فهي بيع.
العيني، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، ط2(1411هـ1990م)، دار الفكر، بيروت،292/7، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 143/3، النووي، المجموع،ط(د،ت)،دار الفكر162/9،ط(د،ت)، 200/9، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 544/2

[4]العيني،البناية،مصدر سابق292/7

صاحب الأجل أجله، يصير العقد صحيحاً؛لأن الجهالة هنا خارجة عن أصل العقد وعلة فساده هنا خشية المنازعة عند المطالبة"فإذا زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحاً"[1].

رابعا–أن لا يؤدي التصحيح إلى تغيير العقد

التصحيح ليس من شأنه أن يُغير العقد إلى عقد آخر، وإنما يقتصر على حذف ما كان سبباً في إفساد العقد، فمثلاً النكاح إلى أجل نكاح فاسد، لكنه لا يُمكن تصحيحه عن طريق حذف المفسد؛ لأن النكاح مع ذكر الأجل هو نكاح متعة، ومحاولة تصحيحه بحذف المفسد هنا تقلب العقد من المتعة إلى الزواج الشرعي وشتان ما بينهما فلا يجوز التصحيح[2]

خامسا–أن لا يكون الفساد قد تقرر

فإذا تقرر الفساد فلا يجوز التصحيح، فانقضاء مجلس العقد قبل زوال سبب الفساد مبطل لتصحيح العقد، فاشتراط الخيار في عقد الصرف مفسد له، لأنه يمنع التقابض،والتقابض هنا شرط لبقاء صحة العقد، لكن إذا أسقط صاحب الخيار، خياره في المجلس أصبح العقد صحيحاً، أما إذا حصل الافتراق قبل إسقاط الخيار فإن الفساد يتقرر ويتعذر التصحيح، وأيضاً يتقرر الفساد عند عدم دفع رأس مال السلم في مجلس العقد[3].

سادسا–أن لا يكون في التصحيح ضرر

من المُسَّلم به شرعا أنه لا ضرر ولا ضرار، وعليه فإذا ترتب على التصحيح ضرر يلحق بأحد

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق 418/6.

[2] البابرتي، العناية شرح الهداية،أبو عبد الله، محمد بن محمد ، العناية في شرح الهداية، ط2(1411هـ1990م) ، دار الفكر، (بيروت). 292/7 /456، القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص349.

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق 344/17، القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص349.

المتعاقدين، فلا يجوز التصحيح؛ لأن الضرر غير مستحق بالعقد، بل الضرر واجب إزالته، ويتمثل الضرر في التسليم وذلك كأن يبيع له سيفاً محلى بالذهب فلا يجوز بيع الذهب والفضة نسيئة؛لأن العقد في حصة الحلية صرف ومن شرطه التقابض، وبيعه نسيئة مانع من التقابض فيفسد العقد في الحلية وهذا الفساد يسري إلى السيف إذ لا يُمكن نزع الحلية من السيف إلا بضرر يلحق بصاحب السيف عند التسليم وهذا مفسد للعقد [1]

سابعا–أن يكون للتصحيح مستند شرعي

فإذا لم يكن له مستند فلا يجوز؛لأن ذلك يؤدي إلى مخالفة الشرع، ومخالفة الشرع لا تجوز.

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 167/5، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق344/17، القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص350

المبحث الثاني: مفهوم تحول العقد

ويتضمن الآتي:

المطلب الأول:تعريف تحول العقد

وفيه

الفرع الأول:التحول لغة

مر سابقاً أن التحول لغة هو:التنقل من موضع إلى آخر، وكذا الانتقال من حال إلى أُخرى[1]، ومنه الحول قال تعالى:﴿ خَٰلِدِينَ فِيهَا لَا يَبۡغُونَ عَنۡهَا حِوَلٗا ﴾[2]

وخلاصة القول أنَّ التحول أو التحويل تدور معانيه على النقل والتبديل، فلذلك يُعبر عنه بهذه الألفاظ كما يطلق على القلب والانقلاب، ولعلَّ التحول آكد في الانتقال من حالة إلى أخرى من غيره من الألفاظ[3].

الفرع الثاني:التحول اصطلاحا

وفي الاصطلاح: يقصد بتحول العقد إذا كان العقد الباطل قد تضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي تترتب عليه آثاره[4].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق184/11

[2] سورة الكهف، الآية: 108

[3]البعلي، عبد الحميد محمود، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون-دراسة مقارنة-، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دبي، ط2009، ص8.

[4] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، 634/2.

فإذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتضمن أركان وعناصر عقد آخر رغم بطلانه، فإن العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو الباطل يتحول إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقدالصحيح، وبالتالي تترتب آثار العقد الصحيح الشرعية[1].

فتحول العقد عبارة عن تغيير في وصف من أوصاف العقد حتى تترتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وصفه الأصلي.

وهو نوع من تأويل العقد بما يرجع به إلى تحقيق المقصود منه فيصبح بذلك التزاماً غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجري عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام [2]

أو هو استبدال عقد قديم بعقد جديد من غير إدخال أي عنصر جديد بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي، وإنما تُكيف تكييفا قانونيا غير التكييف الأول[3].أو تكييفا شرعيا

ومن أمثلته تحول القرض إلى قراض، مارواه مالك في الموطأ قال:((خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما، فقالا: وددنا ذلك ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا، فقال: عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا

---

[1] رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح،ط1(1426ه2005م)،دار العلوم، القاهرة،ص52

[2] محمد الزبن، النظرية العامة للالتزامات، ط (1993م)، تونس، ص229 – 230، السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق 296/4 وما بعدها.

[3] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 498/1 -499

المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه فقال: عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال: رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً فقال عمر قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال))[1].

فعمر ﷺ قد حول عقد القرض الذي رأى فيه خللاً وهو المحاباة التي بدت له أنها مخلة بالعقد إلى قراض، ولا شك أن تحويل عقد القرض هذا إلى قراض، فيه من العدل والمصلحة لكلا الطرفين ما ليس في إبطال العقد بالكلية، مما يعني أن تحويل العقد من نوع إلى آخر هو وسيلة لدفع الظلم والضرر الذي يترتب على إبطال العقد بالكلية، وإحقاق العدل.[2]

ومن أمثلة تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح عقد البيع الذي يكون الثمن فيه تافهاً ويكتب في ورقة رسمية فالبيع باطل لتفاهة الثمن، ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة إذ فيه الإيجاب والقبول ونية التبرع، فيتحول إلى هبة صحيحة، وأيضا التصرف الباطل في شيء كان قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف فيتحول هذا التصرف إلى عدول صحيح عن الوصية.[3] وبالتالي فإن التحول يقصد به التغير والانتقال من وضع معين إلى وضع آخر،و هذا التغير أو الانتقال يقتضي عادة أن يكون الوضع المتحول إليه أفضل حالا من الوضع المتحول عنه.[4]

---

[1] الموطأ، كتاب: القراض، باب: ما جاء في القراض، برقم 1372، 687/2.

[2] أيمن صالح،تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي،بحث منشور لمجلة الجامعة الأسمرية،السنة الأولى، العدد الأول (2003م)، ص108

[2] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، 634/2.

[3] المرجع نفسه، 635/2.

[4] الربيعة، سعود محمد، "تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته"، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، 1992، 15/1، القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص332.

المطلب الثاني:الألفاظ ذات الصلة

قد يختلط تحول العقد بمفاهيم أُخرى لما لها من شبه به في حالات ولكنها تختلف عنه في حقيقة الأمر، لذا في فروع هذا المطلب سنعالج ذلك وفق الآتي:

الفرع الأول: تحول العقد وتكييفه

التكييف لغة من الكيف وهو حال الشيء وكيفيته وصفته[1].

و اصطلاحا:هو تحرير النازلة وبيان انتمائها إلى أصل معتبر شرعا[2].

ويلتقي التحول والتكييف عندما يعطي المتعاقدان وصفاً غير صحيح للعقد فيصحح من قبل الفقيه وذلك بإعطائه الوصف الصحيح المناسب له، إذن فالتكييف هو إعطاء العقد الوصف الصحيح الفقهي أو القانوني، وهنا يحصل الخلط في العقد الأصلي هل صار باطلا بتصحيح القاضي أو الفقيه لوصفه بحيث يتغير إلى عقد صحيح آخر وهذا هو التحول أما إذا بقي العقد الأصلي باق على أصله صحيحا وغير القاضي في وصفه فقط فهذا هو التكييف[3].

كما أن القاضي أو الفقيه يبحث عن قصد المتعاقدين حتى يستطيع تقرير التحول أو التكييف.

و يفترقان في الآتي:

1-التحول لا يكون إلا إذا بطل العقد الأصلي، أما التكييف فليس كذلك بل يتحقق بتغيير اسم العقد الذي وقع خطأ أو غلط في وصفه، وبالتالي يجب في التكييف أن يكون العقد الأصلي لا

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق312/9، الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق546/2.

[2] قلعجي محمد، وصادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2(1408هـ1988م)، دار النفائس بيروت لبنان، ص143

[3] إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، (1424هـ1425ه)، ص80

يزال صحيحاً[1].

-الآثار التي تترتب على التحول تعتبر آثارا عرضية وليست أصلية، مع وجوب إهدار العقد الأصلي[2].

الفرع الثاني: تحول العقد وتصحيحه

رأينا سابقاً أن التحول هو استبدال العقد القديم الباطل بعقد جديد توفرت فيه عناصره، ودون إضافة أي عناصر جديدة.

أما التصحيح بمعناه الخاص فهو تغيير في عنصر من عناصر العقد المعيب، حتى يصبح صحيحا وتترتب عليه كافة آثاره، ويكون إما بإضافة عنصر جديد حتى يقع العقد صحيحا كإجراء الزيادة في حالة الغبن والاستغلال، كما يكون بالإنقاص .

ويتفق كل من التحول والتصحيح في الهدف والغاية إذ الغاية منهما واحدة، وهي التقليل قدر الإمكان من البطلان والحد من آثاره[3].

و يختلفان في الآتي[4]:

تحول العقد يشترط فيه أن يكون العقد الأصلي باطلا، ولا يكون هذا في التصحيح، بل التصحيح يجب أن يكون العقد صحيحا لكنه معيب، أي لحقه عيب من عيوب الإرادة بحيث أصبح موقوفا على إجازة من وقع تحت تأثير العيب وذلك مثل الغلط والاستغلال ومن شروط التحول أن

---

[1] جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ط(1995م)، دار النهضة العربية، القاهرة1/285.

[2] إسعد سعيدة، الآثار العرضية للعقد الباطل، مذكرة تخرج لنيل درجة الماستر، الموسم الجامعي (2013-2014)، جامعة البويرة، ص40.

[3] إيمان طارق الشكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، (د، ت)، ص10.

[4] محسن حاتم، تصحيح العقد المعيب، مرجع سابق، ص11.

يتضمن عناصر عقد آخر وفي هذا أيضا يختلف التحول عن التصحيح، إذا التصحيح لا يؤدي إلى تغيير نوع العقد ولا تكييفه بل يبقى العقد المصحح كما هو بعد زوال ما شابه من عيب، ويبقى على تكييفه دون أي تغيير، والتغيير في التصحيح يجب أن يكون في مضمون العقد لا في العقد.

أما التصحيح بمعناه العام فقد مر سابقاً أن الفرق بينه وبين التحول، يكمن في أن التحول يكون دون إدخال عنصر جديد، وإنما ما تعاقد عليه المتعاقدان، يكيف وفق المشروع ما دامت توفرت فيه عناصر عقد آخر مشروع،

أما التصحيح فقد يضاف إليه عنصر آخر كما قد يحذف منه عنصر، كما أن التصحيح يكون بالتحول وبغيره من الإجراءات التي تجعل العقد غير المشروع مشروعا، وبالتالي يمكن القول أن التصحيح أعم من التحول إذ هذا الأخير ما هو إلا أحد طرق التصحيح، فتكون العلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص مطلق فكل تحول هو تصحيح، ولا عكس.

الفرع الثالث: تحول العقد وإجازته

إجازة العقد في اللغة إنفاذه، وأجاز العقد أنفذه[1].

و في الاصطلاح"هي العمل القانوني الذي يزيل به الشخص العيوب اللاحقة بعقد يمكن الطعن فيه بالبطلان"[2].

والمقصود بالعيوب ما يلحق هذا العقد من عيوب عقدية والمتمثلة في عدم الملك وعدم الأهلية.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 326/5.

[2] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، 637/2.

أو هي "إنفاذ تصرف موقوف بإذن لاحق مستحق" [1] والمقصود بذلك أن ما يُسمى بالعقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رغم أنه عقد صحيح إلا أن كونه صدر ممن لا أهلية له، فلا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من له حق الإجازة شرعا، وأثر الإجازة يكون بأثر رجعي[2]

والإجازة تعتبر تصرفا انفراديا، وهي لا تلحق كل العقود بل إنما تلحق العقود القابلة للإبطال فقط، ويشترط لها ما يأتي[3]:

1-أن يكون العقد قابلاً للإبطال لا باطلاً

2-أن يعلم من له حق الإجازة العيب اللاحق بالعقد وتكو ن له رغبة في تصحيحه

3-أن تكون للمجيز أهلية وقت الإجازة

و من خلال ما سبق فإن الإجازة تقلل من حالات البطلان في العقود، وهذا ما يجعلها تتشابه مع التحول،لأن الغرض من كليهما تقليل فساد العقود ما أمكن، ومن أهم أوجه التشابه بينهما ما يأتي[4]:

1-كل منهما يقلل من أسباب البطلان في العقود، ففي التحول كان العقد الأصلي باطلاً لا تترتب عليه أي آثار لو ترك كما عقده المتعاقدان، ولكنه لما حول إلى عقد آخر توفرت أركانه أصبح منتجا لآثاره، وفي الإجازة بعد أن كان العقد مهددا بالبطلان جاءت الإجازة فأبعدته عن ذلك وبالتالي ترتب عليه حكمه الشرعي أو آثاره.

---

[1] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص332

[2] محسن حاتم، تصحيح العقد المعيب، مرجع سابق، ص10.

[3] السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، ص57-58..

[4] المرجع نفسه، 59.

2-كل من التحول والإجازة لا يتعلقان بالعقد الكامل الصحة.

3- في كل من التحول والإجازة يبقى العقد كما هو ولا تدخل عليه أية عناصر جديدة، فالتحول يستبدل فيه العقد القديم بعقد جديد من غير زيادة أي عنصر، وفي الإجازة يبقى العقد الأصلي كما هو أيضا.

إلاّ أنهما يختلفان في الآتي[1]:

1-التحول يرد على العقد الباطل بطلانا كلياً، أما الإجازة فترد على العقد القابل للبطلان.

2-التحول يستبدل فيه العقد القديم الباطل بعقد جديد صحيح، بينما في الإجازة يبقى العقد الأصلي كما هو دون إضافة ولا تبديل ولا تغيير، وهي تؤدي إلى استقرار العقد بعد أن كان مهدداً بالزوال.

الفرع الرابع: تحول العقد وإنقاصه

الإنقاص:هو استبعاد العناصر المعيبة أو الفاسدة في العقد وإبقاء السليمة[2].

فإذا تركب العقد من أجزاء ولحق بعضها البطلان وبقي البعض الآخر صحيحا، فإن الأجزاء التي لحقها البطلان تبطل دون الأخرى إلا إذا كان العقد ما كان ليتم إلا بوجود هذه الأجزاء التي لحقها البطلان فإذا كان الأمر كذلك فإن العقد يبطل كله ولا وجه للإنقاص.

إذن فالإنقاص يكون في العقد الذي يكون جزء منه باطلا، والجزء الأخر منه صحيحا، وأمكن الفصل بين جزئيه، وإنقاص العقد هو الذي يعرف في الفقه الإسلامي بـــ"تفريق الصفقة"،

---

[1] السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، 60.

[2] المرجع نفسه، ص51.

لكن للأخذ بالإنقاص لا بد من توفر شروط، وهي[1]

1-أن يلحق البطلان العقد الأصلي على أن يكون البطلان في شق منه أما إذا كان صحيحا كله أو باطلا كله فلا يصح تطبيق الإنقاص

2-أن يكون الشق الذي لم يلحقه البطلان يمكن فصله عن الشق الذي لحقه البطلان، أما لو كانا مترابطين ترابطا يؤدي فصل أحدهما إلى بطلان الآخر فإن العقد يبطل كله ولا وجه للإنقاص.

بعد هذا يمكن القول أن التحول والإنقاص يتفقان في الآتي:

1-الغرض والهدف من كل منهما تقليل البطلان ما أمكن والمحافظة على استقرار العقود

2-نجد أن كل من التحول والإنقاص يقومان على وجود بطلان في العقد الأصلي، ففي التحول يشترط أن يكون العقد الأصلي باطلا كله، إلا أنه اشتمل على عناصر عقد آخر صحيح فيحول إليه، والانتقاص يشترط أن يكون البطلان في جزء من أجزاء العقد مع إمكانية الفصل بين أجزائه.

و لكنهما يختلفان في الآتي[2]:

1-البطلان الذي يلحق العقد في التحول يشترط أن يكون كليا، أما في الانتقاص فيشترط أن يكون جزئيا.

2-تحول العقد هو استبدال عقد قديم باطل بعقد آخر جديد صحيح، بينما الانتقاص يبقى فيه العقد الأصلي كما هو مع حذف الجزء الباطل.

3-يشترط في الانتقاص أن لا تكون أجزاء العقد مترابطة ترابطا يجعل الفصل بينها يؤدي إلى

---

[1] السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4، ص99، السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، ص51.

[2] السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، 54

سريان البطلان للعقد كله، ولا يشترط ذلك في التحول بل هذا الأخير يشترط فيه البطلان الكلي للعقد.

الفرع الخامس: تحول العقد وتفسيره

تفسير العقد: هو تحديد الإرادة المشتركة للمتعاقدين[1].

فالقاضي يستعين بالتفسير الذي به تحدد إرادة كل واحد من المتعاقدين ليعرف هل اتجهت إرادتهما معا إلى عقد معين أم لا وبالتالي التوصل إلى معرفة هل الإرادة سليمة أم معيبة

إذن فتفسير العقد هو الكشف عن الإرادة الحقيقية التي قصدها المتعاقدان من غير أن تأسرنا الألفاظ التي أطلقها المتعاقدان، فهو استخلاص النية المشتركة بين المتعاقدين، وبيان معنى ما تلفظا به[2]

على أن القاضي ليست له كامل الحرية في ذلك، بل هو ملزم بمراعاة قواعد معينة في التفسير، وذلك كالاستعانة بطبيعة التعامل، وما تقتضيه النصوص المكملة والمفسرة في القانون والعرف الجاري به التعامل.

و عليه فإذا كانت عبارة العقد واضحة فيجب الوقوف عندها، ما لم تخالف ما قصده المتعاقدان.[3]

و لا شك أن التفسير موجود في الفقه الإسلامي، إذهناك قواعد مساعدة للقاضي بها يهتدي ويسترشد ليتوصل إلى مقصود المتعاقدين، ومن تلك القواعد: العبرة في العقودللمقاصد والمعاني لا

---

[1] إسعد سعيدة، الآثار العرضية للعقد الباطل، مرجع سابق، ص40.

[2] السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، ص73.

[3] السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4، ص7.، السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، ص73.

للألفاظ والمباني، وإعمال الكلام أولى من إهماله، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، والعادة محكمة وغيرها.

هذا ويتفق التفسير والتحول في أن كلا منهما تفسر به نية المتعاقدين فالتحول بمعنى آخر ليس إلا نوع من التفسير، به يكشف عن الغاية الحقيقية للعقد، وفي هذا يتداخلان، وبكل منهما يتوصل إلى معرفة المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان[1]

ولكنهما يختلفان في الآتي[2]:

1-التفسير هو الكشف عن الإرادة الحقيقية الموجودة أصلا، إلا أن المتعاقدين لم يعبرا عنها بوضوح، بينما التحول هو الكشف عن إرادة محتملة أو مفترضة وليست حقيقية.

2-تفسير العقد لا يكون للعقد الباطل بل للعقد الصحيح الذي لم يتضح المعنى المقصود منه، فيأتي التفسير ليوضحه، عكس التحول الذي يكون في العقد الباطل ولكنه اشتمل على عناصر عقد آخر صحيح فيكشف عن الإراة بتحويله إلى هذا العقد الجديد

3-التفسير يبقى فيه العقد الأصلي كما هو دون إضافة أية عناصر أخرى للعقد، بل فقط يكشف به عن نية المتعاقدين لعدم وضوحها من خلال ما عبرا عنه، بينما التحول يلغى فيه العقد الأول الباطل ويحل محله عقد آخر جديد.

المطلب الثالث:شروط تحول العقد

حتى تتم عملية تحول العقد لا بد من توفر شروط وهي:

بطلان العقد الأصلي، وتضمنه لعناصر عقد آخر، وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا

---

[1] السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، ص74.

[2] المرجع نفسه، ص75.

العقد الآخر" فشروط التحول تستلزم أن تكون عناصر التصرف الصحيح الذي يتحول إليه التصرف الباطل متضمنة في هذا التصرف الباطل كما تستلزم انصراف الإرادة المحتملة لأطراف المعاملة إلى التصرف الصحيح وهذا يعني أن القول بقيام التصرف الصحيح لا يعني أكثر من إبراز التصرف الحقيقي الذي أراد أطراف المعاملة إبرامه وأن القاضي الذي يُعرض عليه أمر التصرف الباطل لا يفعل أكثر من تفسير الإرادة مستنيراً بالغاية الاقتصادية للتصرف وعمله لا يمكن أن يكون إنشاء التصرف الثاني بل مجرد الكشف عنه في مقاصد المتعاملين مأخوذ من التعبير عن إرادتهم".[1]

وتفصيل هذه الشروط في الآتي:

أولا– أن يكون العقد الأصلي باطلا

إذ لو كان العقد الأصلي صحيحا ولكنه تضمن عناصر عقد آخر وكان المتعاقدان يريدانه ويفضلانه على العقد الأول فلا يمكن تحويل العقد مادام العقد الأول صحيحا، لأنه لا يتحول إلاَّ العقد الباطل، ومثال ذلك عقد الهبة إذا كانت صحيحة وتضمنت عناصر الوصية فلا يمكن تحويلها هبة، لأن الهبة الصحيحة لا مجال فيها للتحول، كما يشترط أن يكون العقد الأصلي باطلا بطلانا كليا، أمَّا إذا كان شق منه باطلا والشق الآخر صحيحا وكان العقد قابلا للانقسام فلا يمكن التحويل أيضا لأننا نكون بصدد الانتقاص فيبطل الجزء الباطل ويبقى الجزء السالم صحيحا [2].

ثانيا–أن يتضمن العقد الباطل عناصر عقد آخر

فإن لم يتضمن العقد الباطل جميع عناصر العقد المراد التحويل إليه فلا يمكن التحول، فلو اتفق شخص مع آخر على أن يبيعه شيئا معينا وتبين أنَّ هذا الشيء غير موجود أصلا فلا يمكن أن يتحول

---

[1] الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، 287/1.

[2] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج2، ص635.. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق287/1. السحيلي، تحول العقد المالي وأأثره، مرجع سابق، ص75. رأفت دسوقي،تحول العقد الباطل، مرجع سابق، ص54

العقد إلى بيع يقع على شيء آخر غير ما اتفق عليه المتعاقدان حتى لو رضيا بذلك لأن عناصر البيع الثاني غير متوفرة جميعها في البيع الأول إذ الشيء المبيع في البيع الثاني هو غيره في البيع الأول[1].

ثالثا– أن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة للعقد الآخر

ينبغي أيضا أن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى العقد الآخر ومعنى ذلك أنَّ المتعاقدين حتى وإن لم يصرحا بإرادة العقد الآخر إلاَّ أنهما لو علما أنَّ العقد الآخر باطل لاتجها إليه ما دام يحقق ما أرادا، إذ إرادتهما الواقعية انصرفت للعقد الأول ولكن الإرادة المحتملة انصرفت لهذا العقد الآخر، وهما اختارا طريقا غير صحيح تبيَّن بطلانه فلذا لو وجدا طريقا آخر يؤدي إلى المقصود لسلكاه، والعبرة بالغاية العملية لا بالإرادة القانونية[2].

لكن الفقه الإسلامي لا يُشترط فيه لتحول العقد بطلان العقد الأصلي بل تتم عملية التحول حتى ولو لم يكن العقد الأول باطلا ومن ذلك تحول القرض إلى وصية، وتحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة، وإلى شركة، وتحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة وبالتالي فالذي يشترط في تحول العقد في الفقه الإسلامي هو ما يأتي:

1- أن يتم الانتقال من العقد الأول إلى عقد جديد في رسمه ووصفه.

2- أن يستجمع العقد الآخر جميع شروطه

3- إرادة المتعاقدين ليست هي المؤثرة في عملية التحول في الفقه الإسلامي وإنما توفر الشروط الشرعية هو المؤثر[3].

---

[1] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج2، ص635.. الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق287/1. السحيلي، تحول العقد المالي وأأثره، مرجع سابق، ص75.

[2] السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق 636/2، الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق287/1.، السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، مرجع سابق، ص75. رأفت دسوقي،تحول العقد الباطل، مرجع سابق،ص89

[3] البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود، مرجع سابق،ص40.

الفصل الثاني

مشروعية تصحيح العقد وأسباب فساده وطرق تصحيحه في الفقه الإسلامي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مسألة تصحيح العقد معروفة في الفقه الإسلامي منذ القدم إذ الشريعة الإسلامية من مراميها ومقاصدها العامة حفظ مصالح الناس في العاجل والآجل، ومما يدل على وجودها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة النبوية الشريفة، وقواعد كلية استنبطها العلماء من خلال الأدلة الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، حتى وُجدت قواعد فقهية صارت كأنها هي الدليل للتقليل من فساد العقود والبحث عن المخارج الشرعية لما يلحق عقود الناس من فساد، وفي هذا الفصل سنرى هذا بالتفصيل وفق الآتي:

المبحث الأول:مشروعية التصحيح

ويتضمن الآتي:

المطلب الأول: من القرآن الكريم

1- قال تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَلَا تُبۡطِلُوٓاْ أَعۡمَٰلَكُمۡ ﴾[1]

وجه الاستدلال:نهى الله سبحانه وتعالى عن إبطال الأعمال والتصرفات وهو لفظ عام يشمل كل التصرفات والعقود، وهذا يقتضي حرص الشارع على تصحيح العقود ما أمكن ذلك، والإعراض عن ذلك عند الإمكان هو مخالف؛ لأمر الشارع ومخالفة أمر الشارع لا تجوز، فدل ذلك على أن التحرز عن إبطال العمل واجب شرعا[2]

و يمكن أن يرد عن هذا بأنه عمومات وتدخله احتمالات كثيرة وتأويلات والدليل إذ دخله الاحتمال كساه ثوب الإجمال وسقط به الاستدلال.

---

[1] سورة محمد، الآية:33.

[2] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 125/3.

2- قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ ﴾[1]

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى مدح المؤمنين وأثنى عليهم وبين أن من صفاتهم الإعراض عن اللغو من القول وهو ما لا فائدة فيه، وما لا عبرة به من القول ولا اعتداد به[2]، وفي ذلك إشارة إلى أن كل أفعال المؤمن مقصودة مبتغاة، وهذا يستلزم أن تُصان تصرفاته عن اللغو والعبث؛لأن في إلغائهاو إهمالها إلغاء لمقاصدها، وليس ذلك من شأن المؤمنين، فإذا صدر من المؤمن تصرف أو عقد فينبغي حمله على وجه شرعي ما أمكن وفي ذلك إبعاد له عن اللغو والإهمال[3]

المطلب الثاني:من السنة النبوية الشريفة

السنة النبوية مليئة وغنية بالنصوص الدالة على مشروعية تصحيح العقود، ولا غرو في ذلك إذ هي التفسير العملي للقرآن الكريم، ومن ضمن نصوصها الدالة على التصحيح ما يأتي:

2-عن عروة البارقي ﷺ ((أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه))[4]

---

[1] سورة المؤمنون، الآية: 3.

[2] الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، 247، الجصاص، أحكام القرآن، مصدر سابق، 111/4.

[3] القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص337، بتصرف وزيادة

[4] أخرجه البخاري: الجامع الصحيح، كتاب:المناقب، باب:سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، برقم3443، 1332/3، وقد تُكلم في هذا الحديث فقد أُعل بالإرسال وعدم الاتصال، وهو مروي عن مجهولين ولعل هذا ما جعل البخاري لا يخرجه في كتاب البيوع لأنه ليس على شرطه ابن ح الزيلعي، جمال الدين: نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تصحيح: محمد عوامة، دارالقبلة للثقافة الإسلامية، (جدة)، 91/4، ولكن كما قال ابن حجر "و الصواب أنه متصل في إسناده مبهم" ابن حجر:تلخيص الحبيرفي تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط 1 (1419هـ-1989م)، دار الكتب العلمية، بيروت(12/3).

2-عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ ((بعث معه بدينار يشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺودعا له أن يُبارك له في تجارته.))[1]

وجه الاستدلال: ففي هذين الحديثين نجد أن النبي ﷺ صحح تصرف الصحابي عروة البارقي رضي الله عنه، رغم مخالفته حقيقة الوكالة، فقد أمره بشراء شاة، فاشترى شاتين، ثم باع إحدى الشاتين دون إذن أو تفويض، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، بل ولما دعا له النبي ﷺ بالخير والبركة، ولا أنكر عليه؛ لأن عدم الإنكار تقرير ورسول الله ﷺ لا يقر على باطل، وهذا الصحابي عاقل والأصل أن يُحمل تصرف العاقل البالغ على الصحة وعلى الوجه الأحسن ما أمكن وعليه فإذا عقدالإنسان عقداً فاسداً وأمكن حمله على وجه ما صحيح، أو حذف ما هو فيه من شروط فاسدة، فذلك مطلوب شرعاً[2].

و رُد بأن النبي ﷺ وكله وكالة تفويض وإطلاق في البيع والشراء[3].

و أُجيب بأن هذا بعيد؛ لأن الظاهر يدل على أنه وكله في الشراء فقط لا في البيع بدليل أنه قال اشتري، كما أن عروة تصدق ولو كان وكله تفويضاً وإطلاقاً لم يتصدق لكونه قد نوى

---

[1] أبو داود: في سننه، مع تعليقات الألباني، ط (د، ت)، دار الكتاب العربي، برقم: 3388، كتاب: البيوع باب: في المضارب يخالف (265/3)، قال الشيخ الألباني:"ضعيف"، و"حكيم إنما رواه عن شيخ مجهول وليس هذا من شروط أصحاب الحديث في قبول الأخبار. ينظر:العظيم آبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح ابن قيم الجوزية، ت:عبد الرحمن محمد عثمان، ط 2(1388هـ-1968م)، (المدينة المنورة)، (243/9)

[2] الغزنوي، الغرة المنيفة في فقه أبي حنيفة، ط(د، ت)، مكتبة الإمام أبي حنيفة، ص86.

[3] العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، تصح:عبد الله محمود محمد، ط1(1421هـ-2001م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 231/16، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط جديدة، دار السلام (الرياض)، دار الفيحاء (دمشق) 634/6، الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، ط(د، ت)، دار الجيل، بيروت، 9/10.

التجارة من الأول[1]

3-عن عائشة رضي الله عنها قالت: ((جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق[2] في كل عام أوقية فأعينيني فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت: لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي ﷺ فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: ((خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق)) ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر فقال:((ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط))[3].

وجه الاستدلال:النبي ﷺ في هذا الحديث، أبطل الشرط الفاسد، ولكنه صحح العقد، فهو ﷺ هاهنا أبطل الشرط لا العقد مما يدل على أن الشرط الفاسد إذا لم يؤثر في صلب العقد وأُسقط فإن العقد ينقلب صحيحاً[4].

---

[1]العيني، عمدة القاري مصدر سابق231/16، التهانوي، ظفر أحمد، إعلاء السنن، ط1(1421هـ2001م)، دار الفكر، بيروت، 6006/12.

[2] الأوقية: أربعون درهما سميت بذلك، لأن المال مخزون مصون أو لأنها تقي البؤس.الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، ت:علي محمود البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2(د، ت)، دار المعرفة، لبنان، 74/4، سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط 2 (1408 هـ1988م)، دار الفكر، دمشق، ص386، وهي تساوي في الوقت الحاضر119 غرام تقريبا.جمعة، محمد علي، المكاييل والموازين الشرعية، مرجع سابق، ص21.

[3]متفق عليه، أخرجه البخاري: الجامع الصحيح، كتاب:البيوع، باب:إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، برقم2060، 759/2، مسلم، في صحيحه، كتاب:العتق، باب:إنما الولاء لمن أعتق، برقم3852، 214/4

[4]ابن قدامة، المغني، مصدر سابق 309/4،القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص 339

ورُد بأنه كما قال ابن الجوزي[1]"ليس في الحديث أن اشتراط الولاء والعتق كان مقارناً للعقد فيُحمل على أنه كان سابقاً للعقد فيكون الأمر بقوله اشترطي مجرد الوعد ولا يجب الوفاء به"[2] ولا شك أن هذا الاحتمال يضعف الاستدلال، أو أن اشتراط الولاء كان ثابتا لغير المعتق، ثم نسخ[3]

و أُجيب بأن النبي ﷺ هو أعلم الناس بأن اشتراط البائع الولاء باطل وذلك لا يخفى على أهل بريرة فلذلك لما أرادوا أن يشترطوا ما تقدم لهم العلم ببطلانه أطلق الأمر وهو ﷺ يريد به التهديد وكأنه يقول اشترطي لهم فسيعلمون أن ذلك لا ينفعهم ويؤيد هذا توبيخه لهم في خطبته حين قال((ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله))[4]أو أن الأمر فيه بمعنى الوعيد الذي ظاهره الأمر وباطنه النهي [5] وذلك كقوله تعالى ﴿ ٱعۡمَلُواْ مَا شِئۡتُمۡۖ إِنَّهُۥ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ﴾[6]

4- رُوي أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً.[7]

و جه الاستدلال:النبي ﷺ، لم يبطل تصرف المعتق كله رغم أنه كره فعله إذ أغلظ له في

---

[1]هو أبو الفرج عبد الرحمن بن على بن محمد الجوزي القرشي البغدادي الواعظ الزاهد علامة في الحديث والتاريخ ولد وتوفي ببغداد له مؤلفات كثيرة من أشهرها: تلبيس إبليس وصيد الخاطر وغيرها توفي عام 597.وقد اشتهر من أولاده ست بنات كلهن لهن اشتغال بالعلم من أشهرهن ست العلماء الكبرى وست العلماء الصغرى، وشرف النساء، ابن رجب: الذيل على طبقات الحنابلة، مصدر سابق،458/2.

[2]ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق 192/5

[3] ابن حزم، المحلى، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت)، 97/8.

[4] سبق تخريجه، ينظر، ص68 من هذا البحث

[5]ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 192/5.

[6] سورة فصلت، الآية: 40

[7] مسلم، كتاب:الأيمان، باب: من أعتق شركاء له في عبد، برقم:4425، 97/5.

القول[1]، وإنما صحح بعضه وأبطل بعضه[2].

4-عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: ((لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار))[3].

وجه الاستدلال:فالنبي ﷺ أثبت الخيار للجالب وللمشتري وهذا يدل على تصحيح العقد[4].

5- روى مالك في الموطأ قال((خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا: وددنا ذلك ففعل وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما اسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه فقال: عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال: رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال: عمر قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال))[5].

---

[1]النووي: شرح النووي على مسلم، ط 1، (1349 هـ1930م)، المطبعة المصرية بالأزهر (مصر)، 37/11.

[2]القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص340

[3]مسلم، كتاب:البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب، برقم:1519، 1157/3

[4] ظافر بن محمد، تصحيح العقود الفاسدة، مرجع سابق، ص52

[5]الموطأ، كتاب: القراض، باب: ما جاء في القراض، برقم 1372، 687/2.

فعمر رضي الله عنه قد حول عقد القرض الذي رأى فيه خللاً وهو المحاباة التي بدت له أنها مخلة بالعقد إلى قراض، ولا شك أن تحويل عقد القرض هذا إلى قراض، فيه من العدل والمصلحة لكلا الطرفين ما ليس في إبطال العقد بالكلية، مما يعني أن تحويل العقد من نوع إلى آخر هو وسيلة لدفع الظلم والضرر الذي يترتب على إبطال العقد بالكلية، وإحقاق العدل، والتحويل هو أحد أفراد التصحيح، مما يدل على مشروعيتهما[1].

المطلب الثالث:من المعقول

يؤيد جواز تصحيح العقد من جهة المعقول ما يأتي:

1-القياس على العقد الموقوف

فإذا كانت إجازة العقد الموقوف تبعده عن البطلان، فكذلك العقد الفاسدصيانة لتصرف العاقل عن البطلان " فإن تصحيح العقدبإزالة المفسد نظير الإجازة في البيع الموقوف"[2].

2-الاستناد على الاستحسان:

تطبيق القياس دائماً قد لا يحقق المقصد الشرعي من تصرفات الناس؛ فلذا أحياناً يكون العدول عنه هو المحقق لمصالح الناس، تصحيحاً لتصرفات المكلفين وذلك بالاستناد على أدلة شرعية أُخرى وقد مثل الحنفية لذلك باشتراط رب الغنم على الراعي أن يولدها ويرعى أولادها فالعقد هنا رغم فساده؛لأن العمل هنا مجهول لجهالة محله إذ لا يُعرف ما تلد وكم ستلد، وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد، ولكن جاز استحساناً إذ عمل الناس عليه، كما أن هذه الجهالة لا تؤدي إلى النزاع

---

[1] أيمن صالح،تحول عقد الشركة، المرجع السابق، ص108

[2] القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص342، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق40/6.

بينهما[1] وهذا الاستحسان أساسه عرف الناس ولا يخفى ما للعرف من تحقيق لمصالح الناس فهو معتبر شرعاً في تصحيح تصرفاتهم.

ومما يؤيد مشروعية التصحيح أن عقود المسلمين الأصل فيها أن تحمل على الصحة إذ الواجب حسن الظن بالمسلم، ولذا قعد العلماء كثيراً من القواعد التي تشير إلى وجوب حمل تصرفات المسلم على الصحة ما دام ذلك ممكن، حتى ذهب الكاساني إلى أن:"إلغاء تصرف العاقل مع إمكان تصحيحه خارج عن العقل"[2]، ومن أهم القواعد [3]ما يأتي:

1- إذا تعذرت الحقيقة يُصار إلى المجاز[4]

فإذا تعذر حمل كلام المتعاقدين أو كليهما على الحقيقة، يُحمل على المجاز تصحيحاً للعقد، إذ"تصحيح كلام العاقل واجب، وللعرب لسانان: حقيقة، ومجاز فإذا تعذر تصحيحه باعتبار الحقيقة يصحح باعتبار المجاز"[5]، ومثاله لو قال شخص وقفـــت داري على أولادي، و لم يكن له أولاد عند نطقه بالوقف، وله أحفاد، فهنا لا يمكن حمل الكلام على حقيقته لتعذرها بسبب عدم وجود ما تنطبق عليه، فيُحمل على معناه المجازي تصحيحاً لتصرفه، ويُعتبر الأحفاد هم المقصودون بالوقف؛ لأن الحفيد يسمى ولداً مجازاً.

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق 164/8،القرالة، تصحيح التصرفات،مرجع، ص343

[2]الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 71/4

[3]محمد العمري وأحمد القرالة، قواعد تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة المنارة، مج15، العدد2، 2009م، ص246.

[4]الشاشي، أحمد بن محمد، أصول الشاشي، ط(1402هـــ)، دار الكتاب العربي، بيروت، ص52.

[5] السرخسي، المبسوط، مصدرسابق 61/7.

2-العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[1]:

فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:فهذه القاعدة من أهم القواعد في تصحيح العقود فلو تلفظ العاقدان بلفظ ما، وعُلم من القرائن أن مقصودهما غير ما تلفظا به فإن الفقيه عليه أن يحمل كلامهما على ما فهم منه قصداً.

و المقصود بهذه القاعدة أنه عنـــد حصول العقد لا يُنظر لما يستعمله العاقدان من ألفاظ وإنما يُنظر إلى المقاصد الحقيقية؛لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليست الصيغة والألفاظ إلا وسيلة للتعبير عنه إذ ما الألفاظ إلا قوالب للمعاني.[2] يقول الإمام مالك- رحمه الله-:" إنما يُنظر في البيوع إلى الفعل ولا ينظر إلى القول، فإن قَبُح القول وحَسُن الفعل فلا بأس به وإن قَبُح الفعل وحَسُن القول لم

---

[1] في هذا نزاع بين العلماء ويمكن إجماله في رأيين هما:الرأي الأول تغليب الألفاظ في العقود على النيات والقصود فاللفظ والرسم عندهم مقدم إلا إذا وُجد في العقد ما يدل على النية والقصد صراحة أو تضمناً وقد ذهب إليه الشافعية وإن عملوا بالقاعدة في بعض الأبواب ولذلك صيغت القاعدة عندهم على وجه الاستفهام، والرأي الثاني تغليب النيات والقصود على الألفاظ وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والحنفية وناصره ابن تيمية ونسبه للجمهور فقال"هذا أصل أحمد وجمهور العلماء وأحد الوجهين في مذهب الشافعي" هذا وقد بين ابن القيم محل النزاع قائلا:" وإنما النزاع في الحمل على الظاهر حكماً بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما أظهره فهذا هو الذي وقع فيه النزاع وهو هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته". ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين،ت:عبد الرؤوف سعد،ط(1388هـــ1968م)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر.109/3، وينظر:ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، 475/8، الونشريسي،، المعيار المعرب،مصدر سابق، 95/4، النووي، المجموع، مصدر سابق، 202/9، ابن تيمية، مجموع الفتاوى،ت:عبد الرحمن بن محمد قاسم،ط(1416هـــــ1995م)،مجمع الملك فهد، السعودية،112/30، الندوي، علي أحمد، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، ط(1419هـــ1999م)، دار عالم المعرفة، مج518/1.

[2] علي حيدر درر الحكام، مرجع سابق21/1، الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول، ت:أحمد عناية، ط1(1419هـــ1999م)، دار الكتاب العربي، 36/2، الندوي،، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، مرجع سابق، مج518/1، العمري، القرالة، قواعد تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص251.

يصلُح"[1]

والأصل اعتبار الألفاظ مع المعاني؛لأنها تدل على المقاصد والنيات، ولكن بُغية تصحيح التصرفات والعقود وإعمالاً للكلام حتى لا يُحاط بالإهمال يُعدل عن ظاهر اللفظ إلى المعنى، فإذا لم يتعذر الجمع بيـــن الألفاظ والمعاني المقصودة فلا يجوز إلغاء المعاني، ومن أمثلتها لو قال شخص لآخر: وهبتك هذه السيارة أو الدار بمبلغ قدره كذا، فيكون هذا العقد بيعاً لا هبة وتجري فيه أحكام البيع، ولو قال شخـــص لآخر قد أعرتك هذه السيارة لتركبها إلى المكان الفلاني بـــ4000دينار، فالعقد يكون إيجاراً لا إعارة على الرغم من استعمال كلمة الإعارة في العقد؛ لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض وهو من خصائص الإجارة لا الإعارة.[2]

و هذه القاعدة لها أثر بارز في تصحيح بعض العقود عن طريق تحولها وانقلابها إلى عقد آخر، وهذه القاعدة محل استناد واعتبار في كثير من القضايا المعاصرة من ذلك إيداع المال في البنوك باسم الودائع حكمه حكم القرض ومجرد اسم الإيداع لا ينطبق عليه؛لأن الوديعة لا تستثمر ولا يتصرف فيها بل تحفظ والوديع يعتبر أمينا لا ضامنا، والواقع أن البنوك تتصرف في الوديعة وتضمنها وترد مثلها عند الطلب، ولذلك فهذا الإيداع له حكم القرض لأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني [3].

---

[1] مالك ابن أنس: المدونة الكبرى ط1، (1415هـــ1994م)، دار الكتب العلمية (بيروت)، 169/3

[2] القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق،ص251.

[3] الندوي، موسوعة القواعد والضوابط، مرجع سابق، 526/1.

3-الضرورات تُبيح المحظورات[1]

فهذه القاعدة تدل على أن الضرورة عذر يبيح فعل ما كان ممنوعاً؛لأن المطلوب أنه " مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يُرتكب وله نظائر كثيرة، ولهذا يُحمل كلامه على المجاز وتُترك حقيقته إذا كان لا يصح على تقديرها، ويُدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها إذا كان لا يصح إلا بذلك"[2]

ومما هو من باب الضرورة، العمل بالمجاز والعمل بالتقدير أي إعطاء الموجود حكم المعدوم والعكس فقد" قد يجعل المعدومحقيقة موجوداً تقديراً عند تحقق الحاجة والضرورة"[3] وهذه الضرورة هنا هي ضرورة تصحيح التصرف

و من المعلوم أن الشرع جاء لتحقيق مصالح الناس ودفع الضرر عنهم؛ ولذلك فكل ما يضر بالناس الأصل فيه المنع، وعدم تصحيح العقد الممكن تصحيحه يؤدي إلى إلحاق الضرر، بأحد العاقدين أو كليهما، أو يُفوت عليهما مصالح ما، فكان التصحيح محققاً لمصالح الناس دافعاً للضرر عنهم وذلك مطلوب شرعاً، ولذا ذهب المالكية إلى أن العقد وإن كان فاسداً أو باطلاً يُصحح إذا تعلق به حق الغير أو لحقه مفوت من المفوتات مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، دفعاً للضرر عنه، جاء في منح الجليل "وأما ما يتصل بها على أصولنا فلأن البيع المحرم إذا اتصل به عندنا أحد أمور أربعة تقرر فيه الملك بالقيمة وهو تغير السوق أو العين أو هلاكها أو تعلق حق الغير بها على تفصيل مذكور في كتب الفقه قال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم النهي يدل على

---

[1] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص65، القرافي، الفروق، مصدر سابق، 205/4، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، د.ط، دار القلم، بيروت، ص185.

[2] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق138/7.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 201/10.

الفساد وقال أبو حنيفة يدل على الصحة فكل واحد طرد أصله إلا مالكا، فقال أبو حنيفة يجوز التصرف في المبيع بيعا فاسداً ابتداءً وهذه هي الصحة وقال الشافعي ومن وافقه لا يثبت أصلاً ولو تداولته الأملاك وهذا هو الفساد وقال مالك بالفساد في حالة عدم الأمور الأربعة المتقدم ذكرها وبعدمه وتقرير الملك إذا طرأ أحدها فلم يطرد أصله والله أعلم"[1]

و جاء في المغني تنبيه على تصحيح تصرفات المغصوب وجعلها موقوفة على إجازة العاقد دفعاً للضرر" فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنمائه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك "[2]

4-إذا زال المانع عاد الممنوع[3]:

وهذه القاعدة تعني أنه إذا كان الشيء جائزاً ومشروعاً، ثم امتنع حكم مشروعيته لوجود مانع ما، فإنه إذا زال ذلك المانع يعود حكم مشروعيته فالممنوع هو الأثر الذي يترتب على الفعل، مع التنبيه إلى أنه ليس كل الموانع قابلة للزوال، فقتل الوارث لمورثه غير قابل للزوال[4]

فوجود الجهالة في العقد مانع من صحتة، لكن إذا زالت هذه الجهالة في مجلس العقد صح العقد وترتبت عليه آثاره، ومن أمثلة ذلك، إذا باع بثمن مؤجل إلى الحصاد أو قدوم الحاج، فالبيع

---

[1] محمد عليش، منح الجليل، ط(1409هـ1989م)، دار الفكر، بيروت 26/5.

[2] ابن قدامة المغني، مصدر سابق 415/5.

[3] البركتي، محمد عميم الإحسان، القواعد في الفقه، ط (د، ت)، الصدف، ص57، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص191، علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق 39/1، المانع:هو الذي يلزم من وجوده العدم،.السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج، ط(1416هـ1995م)، دار الكتب العلمية،206/1.

[4] القرالة والعمري، قواعدتصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص256

فاسد للجهالة، ولكن لو أسقطا الأجل قبل حصول هذه الأمور انقلب العقد صحيحاً[1]

5-التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

للعرف[2] أهمية بالغة في الشرع وله اعتبار ما دام يحقق المقاصد الشرعية، إذ به يُخصص العام ويُقيد المطلق، كما يفسر به ما انبهم من الألفاظ الصادرة عن المكلفين، فيتضح مقصود كلامهم، وهذا من شأنه أن يقلل الخلاف والنزاع ويصحح العقود الفاسدة، لذا ذهب الحنفية إلى أن الشرط إذا كان مما تعارف عليه الناس فإنه يصح حتى "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً.....لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا "[3] ولا شك أن هذا من شأنه أن يُقلل من أثر الشرط الفاسد في إفساد العقود والتصرفات[4]، وقد جاء التصريح باعتباره في المجلة"البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عُرف البلد صحيح والشرط معتبر" وعلة ذلك أن "الشرط متى كان متعارفاً فلا يكون باعثاً على النزاع ويحصل الملك المقصود بغير خصام"[5]

و قد ذهب المالكية أيضا إلى اعتبار العرف في تصحيح بعض التصرفات والعقود، خاصة

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق 416/6.

[2]العرف في اللغة: من المعرفة، ويطلق على الشيء المعروف المألوف الذي استحسنته العقول، واصطلاحا" وهو في اصطلاح الأصوليين: مرادف لمعنى العادة، وهي مأخوذة من العود، وهو التكرار، وقد عرفه النسفي رحمه الله تعالى بقوله:"العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول". النسفي، عبد الله بن أحمد، المستصفى في الفقه الحنفي، 217/1، عن طريق، حسنين محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث(1409ه1989م)، جامعة الإمارات العربية، ص101، هو عادة جمهور قوم في قول أو فعل.الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، 840/2.

[3]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 15/13.

[4]القرالة، تصحيح التصرفات، مرجع سابق، ص345.بتصرف

[5] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق 159/1.

المتأخرين منهم تحت ما يُسمى بـــ"ماجرى به العمل" فلو كانت داراً أو سيارة بين اثنين أو ثلاثة وكانوا ملكوها دفعة واحدة بشراء أو هبة أو إرث وباعها أحدهم ذلك دون إذن منهم فللشركاء الخيار بين أن يكملوا البيع للمشتري وبين أن يضموا ذلك المبيع لأنفسهم ويدفعوا للبائع ما ناب حصته من الثمن الذي باع به، والمنصوص أن ذلك لابد فيه من الرفع للقاضي لما قد يحدث في ذلك من نزاع، ولكن جرى العمل بعدم الرفع إليه[1]

فالعرف له سلطان على الأحكام وله دور في تصحيح العقود جاء في قواعد الأحكام أن "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو أدخل أوقات قضاء الحاجات في الإجارة مع الجهل بحال الأجير في قضاء الحاجة لم يصح، ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب وأن يقتصر في الفرائض على الأركان صح ووجب الوفاء بذلك؛لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز، كما لو أدخل بعض الليل في الإجارة بالنص عليه، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به، فإن النوم يغلب بحيث لا يتمكن الأجير من العمل، فكان ذلك غرراً لا تمس الحاجة إليه، بخلاف ما لو شرط ذلك في ليلة أو ليلتين"[2]

ومعنى هذه القاعدة أنه إذا عين العرف لأمرمطلق أو عام بعض أفراده، وخصصه من جملة ذلك الشيء، فإن هذا التخصيص يعتبر كأنه ثابت نطقاً، ويطبـــق عليه من الأحكام ما يطبـــق

---

[1] ميارة، محمد بن أحمد، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، ت: رشيد البكاري، ط1(1429هـــ2008م)، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، ص452.

[2] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ت:محمود بن التلاميدالشنقيطي، ط(د، ت)، دار المعارف، بيروت، 158/2

على المذكور نطقاً[1].

والمطلق في هذه القاعدة هو اللفظ أو العقد الذي لم يقترن به ما يقيده فيجب حمله على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل نصي أو عرفي أو قرينة، فالعرف له دور هام في تصحيح كثير من أسباب فساد العقود إذ به تزول الجهالة والإبهام ويُقيد المطلق ومن أمثلة ذلك أن من استأجر داراً بأجرة معينة و لم يسم نوع الاستعمال الذي يريدها له فالعقد جائز، لكن لو استأجر أرضاً و لم يبين ما يزرع فيها لم يجز؛ لأن الناس لهم عرف وعادة في كيفية الانتفاع بالدار، فإذا كانت خربة كانت للدواب، وإذا كانـــت جيدة كانت للسكن، بخلاف الانتفاع بالأرض [2] وكذا الحال لو اشترى سلعة و لم يبين نوع الدنانير انصرف العقد إلى النقد الغالب في البلد؛لأنه هو المتعارف عليه فيُصرف القصد إليه تصحيحاً للعقد.

6-الأصل في العقود الصحة

ومعنى هذه القاعدةأن الأصل في العقود والشروط أنها مشروعة، ولا يحرم منها إلا ما دل الدليل على تحريمه خلافا للظاهرية[3].

و لا شك أن ما ذهب إليه الجمهور، هو الذي يؤدي إلى تصحيح العقود ويحميها من البطلان، والشارع من مراميه التشوف إلى تصحيح العقود، وخلافه يؤدي إلى إبطال عقود الناس وتأثيمهم وفي ذلك مخالفة لقصد الشارع[4]

---

[1] الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق،ص341، العمري والقرالة، قواعد تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص257.

[2] الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص347.

[3] ابن حزم، علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام، ت:أحمد محمد شاكر، ط(د، ت)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 13/5.

[4] ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق259/1.

7-عموم البلوى:

هو شمول وقوع الحادثة مع تعلق التكليف بها بحيث يعسر الا حتراز منها أو الا ستغناء عنها إلا بمشقة زائدة تقتضي التيسير والتخفيف، فهي الحادثة التي يعسر الاستغناء عنها والاحتراز منها[1]أو:" هو شمول وقوع الحادثة مع تعلق التكليف بها بحيث يعسر الاحتراز منها أو الا ستغناء عنها إلا بمشقة زائدة تقتضي التيسير والتخفيف، فهي الحادثة التي يعسر الاستغناء عنها والاحتراز منها[2].

و من شواهد عموم البلوى أنه إذا عم الحرام في قطر من الأقطار، بحيث لا يُوجد فيه الحلال إلا نادراً فإن جواز استعمال المحرم لا يقتصر على قدر الضرورة، بل يجوز استعمال ما يحتاج إليه الإنسان، دون التبسط الذي يكون في حال الحلال[3] جاء في البهجة"قال البرزلي[4]:تجوز المعاملة الفاسدة لمن لا يجد مندوحة عنها كالإجارة والمزارعة والشركة وغير ذلك من سائر المعاملات"[5]، وجاء في قواعد الأحكام ما نصه" لو عم الحرام الأرض بحيث لا يُوجد فيه حلال جاز أن يستحل

---

[1]مسلم بن محمد الدوسري، عموم البلوى دراسة نظرية تطبيقية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، في أصول الفقه، كلية الشريعة، الرياض، ط 1(1420هـ-2000م)، مكتبة الرشد، الرياض، ص61.

[2]الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط4(1405هـ-1985م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص123.

[3]الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق، 317/2، السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص174.

[4] هو القاسم بن أحمد بن محمد وقيل أبو القاسم بن محمد بن إسماعيل البلوي البرزلي نسبة لبُرزُلة بضم أوله وثالثه من القيروان ولد سنة 741ه من أشهر أئمة المالكية بتونس في عصره، أخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو أربعين عاما وسكن تونس وانتهت إليه الفتوى فيها.من أهم تصانيفه: " جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام " توفي سنة841و قيل843 وقيل844.ينظر: ابن مخلوف، محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط(د، ت)، دار الفكر، بيروت.ص245، الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 172/5.

[5]التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ت:محمد عبد القادر شاهين، ط1(1418هـ-1998م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 335/2. محنض بابه، نظم المباحث الفقهية، مخطوط، ص265.

من ذلك ما تدعو إليه الحاجة ولا يقف تحليل ذلك على الضرورات؛لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد، واستيلاء أهل الكفر والعناد على بلاد الإسلام، ولا انقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالح الأنام"[1]

[1]ابن عبد السلام،، قواعد الأحكام،مصدر سابق 160/2.

المبحث الثاني: الضوابط العامة للعقود وأسباب الفساد وطرق التصحيح

إن أسباب الفساد في العقود ترجع إلى خلو العقد من الضوابط التي وضعها الفقهاء لصحة العقود لذا يحسن بنا أن نتطرق إلى بيان أهم الضوابط الحاكمة للمعاملات في الفقه الإسلامي ثم بعد ذلك نعالج أسباب الفساد لنختم بطرق تصحيح العقد وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول: الضوابط العامة للعقود:

حتى يكون العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره لا بد من أن تتوفر فيه الضوابط العامة الحاكمة للعقود في الفقه الإسلامي والتي من أهمها[1]:

الضابط الأول: العقود مبنية على التراضي

يعتبر الرضا ركن أساس في العقود فكل عقد خلا منه فهو فاسدلقوله ﷺ: ((إنما البيع عن تراض))[2]، وفي هذا قال ابن تيمية "فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد".[3]

ولما كان الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه فقد أُنيط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه وهو الصيغة، ولا يُوجد تحديد لشكل معين لإنشاء العقود في الفقه الإسلامي بل كل ما دل على الرضا من قول أو فعل معتبر، و"إن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال، انعقد العقد عند كل قوم

---

[1] ينظر: عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط1، 1432ه-2011م، دار كنوز اشبيليا، الرياض، 215/1.عبد اللطيف ايت عمي، قضايا فقهية معاصرة وفق التطبيقات المغربية، ط1، 2011م، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص12 وما بعدها.

[2] البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب:البيوع، باب:ما جاء في بيع المضطر، برقم: 11403، 17/6، وابن حبان، في صحيحه، كتاب:البيوع، باب:البيع المنهي عنه، برقم: 4967، 340/11، وصححه الألباني في الارواء 135/5

[3] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 155/29.

بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستمر، لا في شرع، ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس، كما تتنوع لغاتهم "[1].

الضابط الثاني: العقود مبنية على العدل وعدم الظلم

إنَّ من أجل قواعد الدين وجوب العدل ومنع الظلم وقد دل على ذلك نصوص كثيرة منه قوله تعالى " ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾"[2]وقوله ﷺ ((كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه))[3] يقول ابن تيمية مبيِّناًذلك" المعاملات من المبايعات والإجارات والوكالات والمشاركات والهبات والوقوف والوصايا ونحو ذلك من المعاملات المتعلقة بالعقود والقبوض...العدل فيها هو قِوام العالم ولا تصلح الدنيا والآخرة إلا به..... فعامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل والنهي عن الظلم دقه وجله "[4]

والعدل في الأموال مقصد من مقاصد الشريعة في الجانب المالي وتحققه يكون "بأن يكون حصولها وجه غير ظالم؛ وذلك إما أن تحصل بعمل مكتسبها، وإما بعوض مع مالكها أو تبرع، وإما بإرث. ومن مراعاة العدل حفظ المصالح العامة ودفع الأضرار؛ وذلك فيما يكون من الأموال تتعلق به حاجة طوائف من الأمة لإقامة حياتها، مثل الأموال التي هي غذاء وقوت، والأموال التي هي وسيلة دفاع العدو عن الأمة "[5].

---

[1] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق،7/29.

[2] سورة النساء، الآية: 29

[3] اخرجه مسلم، في صحيحه، كتاب:البر والصلة، باب:تحريم الظلم، برقم:2564، 1986/4

[4] مجموع الفتاوى، ابن تيمية، مصدر سابق، 385/28.

[5] الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ط7(1437ه-2016م)، دار السلام- مصر، ودار سحنون- تونس، ص206.

الضابط الثالث: العرف معتبر

إنَّ العرف في الشريعة له اعتبار ما لم يُخالف نصا أو أصلا من أصول الشريعة وقواعدها العامة، فقد أحالت الشريعة في كثير من المسائل على العرف من ذلك قوله ﷺ ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك))[1] ومعلوم أن " موجبات العقود تُتَلقى من اللفظ تارة ومن العرف تارة أُخرى، لكن كلاهما مقيد بما لم يحرمه الله ورسوله "[2]

ولكن للعمل بالعرف لابُدَّ من توفر شروط وهي:

1- أن يكون العرف مطردا أو غالبا إذ "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[3]

2- أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف؛ لأن " العوائد الطارئة بعد النطق لا يُقضى بها على النطقفإن النطق سالم عن معارضتها، فيحمل على اللغة، ونظيره إذا وقع العقد في البيع، فإن الثمن يُحمل على العادة الحاضرة في العقد وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم"[4].

3- أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه؛ فإذا صرح المتعاقدان بخلاف ما يدل عليه فالعبرة بما صرحا به؛ لا به و"كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صحَّ "[5].

4- أن لا يعارض العر ف نصا شرعيا أو أصلا قطعيا؛لأن العرف المعتبر هو الذي لا يعارض

---

[1] أخرجه مسلم، في صحيحه، كتاب:الأقضية، باب:قضية هند، برقم:1714، 1338/3..

[2] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 91/34.

[3] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، 50/1

[4] القرافي، شرح التنقيح، مصدر سابق، ص211

[5] ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، مصدر سابق، 184/2.

الأصول فاذا عارضها فلا عبرة به و"كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر"[1].

الضابط الرابع: المعاملات مبنية على مراعاة المصالح

إن المتأمل فيما حرمته الشريعة من العقود يجد أن علة تحريمها هو ما اشتملت عليه من مفاسد وأضرار كأن تشتمل على الظلم الذي هو أساس تحريم الربا والاحتكار والغش ونحوها، أو ما تؤدي إليه من النزاع والعداوة بين الناس وذلك يتمثل في تحريم الميسر والغرر فالمنع في المعاملات معلل ومفهوم إذ الأصل فيها الالتفات إلى العلل والمصالح [2]، "و على رعي مقاصد الشريعة من التصرفات المالية تجري أحكام الصحة والفساد في جميع العقود في التمليكات والمكتسبات.فالعقد الصحيح هو الذي استوفى مقاصد الشريعة منه فكان موافقا للمقصود منه في ذاته، والعقد الفاسد هو الذي اختل منه بعض مقاصد الشريعة"[3]، ويجب على المكلف أن يكون باعثه على العقود مشروعا وموافقا لقصد الشارع فإذا كان الأمر في الظاهر والباطن موافقا لقصد الشارع فالعقد صحيح لكن لو كان الظاهر موافقا والقصد مخالفا فهو غير صحيح جاء في المدونة أنه " إنما ينظر في البيوع إلى الفعل ولا ينظر إلى القول، فإن قبح القول وحسن الفعل فلا بأس به، وإن قبح الفعل وحسن القول لم يصلح"[4].

الضابط الخامس: خلو العقد من الغرر

منع الغرر أصل أصيل من أصول الشريعة في باب المعاملات، والأصل في ذلك أن النبيﷺ ((نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر))[5]، كما يدخل ضمن عموم الأدلة القاضية بمنع أكل المال بالباطل.

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 348/12.

[2] الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 513/2.

[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع سابق، ص206.

[4] مالك، المدونة، مصدر سابق، 169/3.

[5] مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، برقم: 3881 (3/5).

والجدير بالذكر أنَّ الغرر المقصود هو الغرر المؤثر لا مطلق الغرر " فلو اشتُرِط نفي الغرر جملة لانحسم باب البيع "[1]؛ فلذا كان المقصود بالغرر هو الغرر الكثير المؤثر وقد اشترط الفقهاء في الغرر المفسد للعقد شروطا هي:

1-أن يكون الغرر غالبا على العقد، فإذا كان يسيرا وعسُر الاحتراز منه فلا يضر، وذلك كبيع الدار دون رؤية أساسها.

2-أن يكون الغرر أصلا في العقد لا تابعا، إذ" يُغتفر في التوابع ما لا يُغتفر في غيرها "[2]

3- أن لا يكون في عقد تدعو الحاجة إليه فإذا كان الناس في حاجة إلى عقد من العقود وتضمن هذا العقد الغرر وعسر التحرز منه فإنَّ هذا الغرر لا يؤثر لأنَّ حاجة الناس معتبرة ورفع الحرج عنهم مقصد شرعي، مما يقتضي إلغاء هذا النوع من الغرر؛ "لأنَّ إضرار مراعاته أشدُّ من إضرار إلغائه"وجاء في المجموع" أنّ " ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار... فهذا يصح بيعه بالإجماع "[3]؛ لأن:" الشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوع من الغرر بل يبيح ما يحتاج إليه من ذلك كما أباح بيع الثمار قبل بدو صلاحها مبقاة إلى الجذاذ[4] وإن كان بعض المبيع لم يُخلق "[5].

---

[1] الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 26/2.

[2] السيوطي، الأشباه، مصدر سابق، ص216، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 1654/26.

[3] النووي، المجموع، مصدر سابق، 285/9.

[4] الجذاذ: هو القطع، والمقصود وقت جنيه.ينظر:ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 479/3.

[5] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق227/29.

الضابط السادس: خلو العقد من الربا

الربا محرم بإجماع العلماء وأدلة تحريمه ظاهرة[1] بل حرم حتى في الشرائع السابقة، قال تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلْبَٰطِلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَٰفِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴿١٦١﴾﴾[2]

وقال تعالى أيضا: ﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ ﴾[3].

لذا فوجوده في العقد مفسد له،[4] بل أساس فساد العقود في المعاملات يرجع إلى أمرين هما الربا وما يؤدي إليه والميسر وما يؤدي إليه وما في معناه كالغرر الفاحش،"فجملة ما نهى الله عنه من المعاملات كله لا يخرج عن ثلاثة أقسام وهي الربا والباطل والغرر"[5] ويقول ابن تيمية رحمه الله " فإنَّ عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يرجع إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم دقه وجلَّه مثل أكل أموال الناس بالباطل وجنسه من الربا والميسر، وأنواع الربا والميسر التي نهى عنها النبي الله ﷺ مثل بيع الغرر"[6].

---

[1] القرطبي، الجامع لآحكام القرآن، مصدر سابق 382/3

[2] سورة النساء، الآية: 161.

[3] سورة البقرة، الآية:275.

[4] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق 396/3

[5] ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق 324/1

[6] ابن تيمية،مجموع الفتاوى، مصدر سابق،385/28.

ولكن ضابط ما يدخله الربا وما لا يدخله يكون محل خلاف بين الفقهاء في أحايين كثيرة لأنَّ " باب الربا من أشكل الأبواب على كثير من أهل العلم "[1]

الضابط السابع: تصحيح العقود بحسب الوسع والإمكان

الشريعة نزَّاعة إلى تصحيح معاملات الناس بقدر الإمكان لتحقيق الاستقرار في المعاملات والتقليل من النزاعات؛ فلذا كان" الرد مطلقا بالغبن الفاحش ليس أرفق بالناس بل خلاف الأرفق لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والمنازعة في كثير من البيوع إذ لم يزل أصحاب التجارة يربحون في بيوعهم الربح الوافر ويجوز بيع القليل بالكثير وعكسه"[2] و"عقود المعاوضات يجب أن تُصان ما امكن عن الفسخ وخاصة إذا كان ذلك بسبب يرجع الى تقصير العاقد وعدم تأنيه "[3]

و في مثل هذا يقول ابن عاشور-رحمه الله-" وقد يقع الإغضاء عن خللٍ يسيرٍ ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوتات "[4]

إذن فالعقود في الفقه الإسلامي ينبغي أن تقوم على الاستقرار والوضوح وعدم التذبذب ولا شك أن تصحيح العقود بقدر الإمكان فيه نزوع إلى استقرارها وجرياها على سنن قويم وبذلك يُحفظ النظام ويقع الاطمئنان.[5]

---

[1] ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ت:سامي بن محمد سلامة، ط2(1420هـ-1999م)، دار طيبة، 710/1.

[2] ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ط(د، ت) 80/2.

[3] الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية،ط(1429هـ-2008م)،دار الفكر العربي،ص397.

[4] ابن عاشور، مقاصد الشريعة مرجع سابق، ص206.

[5] ، الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 378/1، السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، 112/2. قنديل، علي =مسعد، استحداث العقود في الفقه الإسلامي، ط1(1433ه)، دار ابن الجوزي، السعودية، ص393.

الضابط الثامن: الأصل في العقود والشروط الإباحة

وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء لعموم قوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [1]

وفي هذا يقول الشافعي–رحمه الله– "فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا "[2] و"الضابط في ذلك أنَّ ما لا يُعلم تحريمه من المعاملات فلا حجر فيه عند خلو الزمان عن علم التفاصيل "[3] بل "لو درست تفاصيل الشريعة وتعافى نقلتها وبقيت أصولها على بال من حملة الدين فالذي يقتضيه التحقيق تصحيح كل بيع استند إلى رضا ولو لم يقل به "[4]

و غير خافٍ أن المعتبر في هذا الباب هو مصالح العباد والإذن يدور معها حيث دارت[5]

المطلب الثاني: أسباب الفساد

سبب الفسادفي العقود هو مخالفتها للضوابط التي وُضعت للعقود في الفقه الإسلامي؛ ولذا فأساس الفساد"هو مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة" [6]

و هذا السبب هو الذي ينشأ عنه الفساد في مختلف العقود، وأسباب الفساد تنقسم إلى نوعين عامة وخاصة، فالأسباب الخاصة سبيل معرفتها الرجوع إلى شروط الصحة في كل عقد، وأما الأسباب العامة فترجع في مجملها إلى الجهالة والغرر والإكراه، وإضافة الشرط المفسد، والربا ولا

---

[1] سورة المائدة، الآية: 1

[2] الشافعي، الأم، مصدر سابق،3/3

[3] الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في إلتياث الظلم، ت: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، ط1(د، ت)، دار الدعوة، الإسكندرية، ص358.

[4] الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان، ت: عبد العظيم محمد الديب، ط4(1418)، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 610/2.

[5] الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 105/2.

[6] الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، 741/2.

يخفى ما لمعرفة هذه الأسباب من أهمية في الفقه المعاصر، إذ بمعرفتها يمكننا الحكم على العقد بالصحة أو الفساد تبعاً لتوفرها، أو تبعاً لعدمها وأسباب الفساد تتمثل في الآتي[1]:

الربا والغرر والجهالة وتحريم العين وحرمة الوقت والإعانة على الإثم والعدوان والإضرار بالغير ووجود شرط من الشروط المحرمة في العقد وفقدان شرط من شروط الصحة وأكل أموال الناس بالباطل.

ولا شك أن فقدان شرط من شروط الصحة يجعل العقد فاسداً، وشروط الصحة كثيرة منها ما هو عام ومنها ما هو خاص بعقد دون آخر، والذي نفصل فيه هنا هو تلك الشروط العامة التي ينبغي توفرها في كل عقد، على أننا سنعالجها وفق مذهب الحنفية؛لما لهذا المذهب من توسع في تصحيح العقد الفاسد، إذا زال السبب المفسد، فقد صرحوا أنه إذا زال سبب الفساد صار العقد صحيحاً" لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يُفسخ كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل فأسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعاً كما كان"[2] فسائر البيوع الفاسدة تنقلب صحيحة عند الحنفية بحذف المفسد، وهذا ما يجعل الفقه الحنفي رائداً في هذا المجال، وألصق بقواعد الشريعة الرامية والمتشوفة إلى تصحيح عقود الناس الداعية إلى تقليل الفساد ما أمكن، والأسباب العامة التي تؤدي إلى فساد العقد هي الجهالة والغرر والإكراه والشرط الفاسد والربا والضرر الذي يلحق التسليم.

و السؤال الذي يُطرح هنا هل إذا زال سبب فساد العقد، يصير العقد صحيحاً؟ للإجابة عن

---

[1] سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية في ضوء الإسلام، ط1(1423ه2002م)، المكتب الإسلامي، بيروت، ص153.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 301/5.و ينظر: في تفصيل هذا والتوسع فيه أستاذتنا الدكتوراه سطحي سعاد، أسباب الفساد في المعاوضات المالية، المتعلقة بالثمن والمبيع دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل دكتوراه دولة في الفقه وأصوله، الموسم الجامعي(2003م-2004)، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة.

هذا السؤال ينبغي أن نشير إلى وجهة نظر الحنفية و وجهة نظر الجمهور بناءً على أصل كل منهم في مسألة النهي يقتضي الفساد، إذرأينا سابقاً أن العقد الفاسد عند الجمهور هو الذي لم يستكمل شرائطه التي يتوقف عليها المقصود من الفعل، وأن الحنفية يخالفون الجمهور فيرون بأن الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وبذلك خالف الحنفية الجمهور في تقسيم العقد من هذه الحيثية فهو عندهم باطل وفاسد وصحيح، بينما الجمهور القسمة ثنائية صحيح وفاسد ولافرق بين الباطل والفاسد عندهم وبناءً على ذلك ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية في قول عندهم إلى أن العقد إذا وقع فاسداً لا يمكن تصحيحه، وقد صرح بذلك كل من الشافعية وكذا الحنابلة، قال الماوردي[1] "....العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع به فاسداً"[2] وجا ء عند الحنابلة أيضاً أن" العقد الفاسد لاينقلب صحيحاً "[3].

وقد استدلوا كما مر بقوله ﷺ ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد))[4] ولا شك أن "هذا تصريح بإبطال كل عمل على خلاف أمره ورده وعدم اعتباره في حكمه المقبول ومعلوم أن المردود هو الباطل بعينه بل كونه رداً أبلغ من كونه باطلاً إذ الباطل قد يُقال لما لا نفع فيه أو لما منفعته قليلة جداً وقد يُقال لما ينتفع به ثم يبطل نفعه، وأما المردود فهو الذي لم يجعله شيئاً و لم

---

[1] هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد ولد سنة 364 بالبصرة ثم رحل إلى بغداد من أكابر علماء المذهب الشافعي وحفاظه، وهو أول من لقب بـــ " أقضى القضاة " في العهد العباسي وقدكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد، واتهم بالاعتزال. توفي في بغداد سنة 450له مؤلفات قيمة من أشهرها.الحاوي في الفقه " " الأحكام السلطانية "في السياسة الشرعية و" أدب الدين و الدنيا ".السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، مصدر سابق 5 /267.

[2] الماوردي:علي بن محمد: الحاوي الكبير، ت:علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود ط1(1414هـــ1994م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 93/6.

[3] البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ت:عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1 (1421هـــ2000م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، 383/3.

[4] سبق تخريجه ينظر ص20

يترتب عليه مقصوده أصلاً"[1].

قالوا العقد عندنا صحيح وفاسد والفاسد فاقد لمشروعيته، وبالتالي لا يمكن تصحيحه؛ لأن"الحرمة والمشروعية متنافيان، إذ المشروعية هي الإباحة أو القربة والطاعة، ولا يجتمع قصد القربة وقصد المعصية وهذا تناقض والتناقض في الشرع باطل فما أدى إليه باطل، وعليه فلا يمكن تصحيح الفساد برفع المفسد[2].

و مما اعتمد عليه الجمهور النهي يوجب القبح العيني، وهو يستلزم البطلان، إذ المطلق ينصرف إلى الكامل، والكمال متحقق في الأصل لا في الوصف، كما أن النهي المقترن الدال على أنه للوصف اللازم، يدل على البطلان أيضاً؛لأن فساد الوصف يوجب فساد الأصل، لأن التصرف وحدة متكاملة لا تقبل التجزئة بين الأصل والوصف[3].

و يمكن أن يرِد على ما استدل به الجمهور من السنة بأنه عمومات لا تفصل في القضية، إذ الحنفية أيضاً يقرون بأن ما نهى الله عنه مردود ولكن إذا تعلق الأمر بالوصف لا بالأصل فإن العدل يقتضي أن يبطل الوصف ويصح العقد، إذا الأصل باق على أصل المشروعية، فالنهي ينصرف إلى الوصف اللازم لا إلى الذات فيكون مشروعاً بأصله لا بوصفه وهي مرتبة أُخرى بين الصحة والبطلان فتسويته مع البطلان من كل وجه حيف وعمل غير سديد[4].

---

[1] حاشية ابن القيم على أبي داود مع عون المعبود، مصدر سابق 169/6.

[2] الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2(1429هـ2008م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 289/1، العلائي تحقيق المراد، مصدر سابق، ص141، الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، 88/3.

[3] الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، مرجع سابق، 289/1، العلائي تحقيق المراد، مصدر سابق، ص141، الفتوحي، شرح الكوكب المنير، مصدر سابق، 88/3.

[4] السرخسي، أصول السرخسي، مصدر سابق91/1، الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، 289/1.

كما أنه لا تناقض في اجتماع المشروعية مع الحرمة هنا إذ المشروعية سببها هو انعقاد أصل التصرف وذلك يفيد حكمه وهو الملك، ولكن هذه المشروعية ناقصة لوجود هذا الوصف المحرم الذي بزواله تكتمل المشروعية، على أن القصد بها ترتب الأثر لا الإباحة أو الطاعة [1].

وذهب الحنفية والمالكية في قول إلى أن العقد الفاسد يمكن تصحيحه، وذلك بحذف المفسد ومعتمد الحنفية في ذلك هو التفريق بين الباطل والفاسد فالباطل عندهم هو ما لا يترتب عليه أي أثر، فهو كالمعدوم ووجوده كعدمه، فهو لاغٍ شرعاً وإن كان موجوداً حساً، أما الفاسد فيفرقون فيه بين الفساد القوي والفساد الضعيف، فالفساد القوي لا يمكن تصحيحه، أما الفساد الضعيف فيمكن عندهم أن يصحح، جاء في البدائع:" والأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد، فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد وهو البدل، أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد..... وإن كان ضعيفاً لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يُوَقَّتْ أو وُقِّتَ إلى وقت مجهول كالحصاد،و الدِّياس[2] أو لم يذكر الوقت"[3].

وقال الحنفية نسلم بأن النهي يدل على الفساد ولكن أسباب النهي ليست على درجة واحدة من حيث الأثر المترتب على التصرفات، فالعدل والمصلحة والحق يقتضي أن الجزاء ينبغي أن يكون على قدر المخالفة؛ فلذا ينبغي النظر إلى التصرف الشرعي على أنه سبب شرعه الله لتحقيق أغراض المكلفين ومصالحهم، وهي أولى بالنظر مقارنة لها بهذا السبب الذي وجد خلل فيه، وإذا أمكن تصحيح هذا الخلل بوجه ما وجب المصير إليه، بُغية إبعاد تصرفات المكلفين عن الإبطال، وذلك عن

---

[1] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، 108/1، الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق261/1.

[2] من الدَّوْس:وهو وطء الزرع بقوائم الدواب أو بآلة حتى ينفصل الحب عن التبن.ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 90/6، قلعجي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص245

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 24/12.

طريق حذف هذا السبب المفسد رعاية لمصالح المكلفين التي لم يأت الشارع إلا لتحقيقها والمحافظة عليها[1].

أما المالكية فإن العقد الفاسد رغم أن الأصل عندهم عدم التفرقة بينه وبين الباطل، إلا أنهم في حالات معينة رأوا تصحيحه إما مراعاة للخلاف، وكذا إذا فات بمفوت من المفوتات أو كان خفيف الكراهة، أو حماية لحق الغير جاء في النظائر في الفقه المالكي"اختلف الأصوليون في العقد إذا انبرم فاسداً هل تلحقه الصحة أم لا واختلف المذهب باختلافهم...و هو مثل البيع إذا وقع بشرط السلف ثم أسقط مشترط السلف شرطه في السلف... ومثل ذلك مسائل الشروط الذي أسقطها مشترطها يصح العقد هي كلها مبنية على قولين والتعليل بذلك بحال العقد ومآله وهو إسقاط الشرط...و أنا أصور لك مسألة لم يختلف فيها المذهب فيمن باع ثوباً بثمر لم يبد صلاحه على البقاء فتراضيا على جذه في الحال ليصححا ما تقدم من الفساد، أنه لا بد من فسخ البيع...و من اشترى سلعة بمائة دينار وخمر واكترى به أرضاً، فأسقط البائع الخمر لتتم له المائة لم يمكن من ذلك ولا بد من فسخ البيع بخلاف من اشترى سلعة على أن يسلفه المبتاع خمسين، أن البائع إذا أسقط سلف الخمسين تمت له المائة على مذهب الكتاب"[2]

وعليه فالمالكية يصح العقد عندهم إذا حُذف الشرط المفسد، لكن ذلك ليس على إطلاقه، وإنما في حالات معينة، ولذا نصوا على أن من ابتاع سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه فإن هذا العقد لا يصح بحذف المفسد؛ لأنه غرر كثير، وكذا الحال لوشرط أنه إن مات فلا يُطالب البائع ورثته بالثمن، وكذا شرط الثنيا يفسد البيع ولو أسقط الشرط[3].

---

[1] الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 184/1.

[2] الفاسي، أبو عمران، عبيد بن محمد، النظائر في الفقه المالكي، اعتناء:جلال علي الجهاني، ط2(1431هـ-2010م)، دار البشائر الإسلامية، ص23-24-25.

[3] التسولي، البهجة، مصدر سابق12/2، الدردير، أحمد بن محمد أبو البركات، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية أحمد بن محمد الصاوي، تخريج وفهرسة، مصطفى كمال وصفي، ط(د، ت)، دار المعارف، القاهرة، 277/2، ظافر، تصحيح العقود الفاسدة، مرجع سابق، ص75.

وخلاصة القول أن الأصل في المذهب المالكي عدم انقلاب العقد الباطل أو الفاسد إلى الصحة إلا في حالات معينة لاعتبارات معينة في أغلبها إما مراعاة للخلاف أو حماية لحق الغير.

و سبب الخلاف في جواز تصحيح العقد الفاسد من عدمه يرجع إلى هل الفساد معقول المعنى أم لا، فإن قلنا غير معقول المعنى استلزم ذلك عدم تصحيح الفساد برفع المفسد، وإن قلنا معقول المعنى استلزم ذلك تصحيحه إذا أمكننا رفع المفسد[1].

هذا ومن المعلوم أن المعاملات معقولة المعنى، وبالتالي فإن القول بتصحيح الفساد برفع المفسد وفق ما ذهب إليه الحنفية والمالكية فيه تيسير ورفع للحرج وهذا من مرامي ومقاصد الشريعة المتشوفة إلى تصحيح العقود بقدر الإمكان والأصل حمل العقود على الصحة[2].

المطلب الثالث: تصحيح العقد برفع المفسد

و فيما يأتي سنتطرق إلى بعض مفسدات العقد مع بيان وجه تصحيحه:

الفرع الأول – الجهالة

مر سابقاً أن من شروط صحة العقد في الفقه الإسلامي، المعلومية، فلا بد من معلومية الثمن والمثمن عِلماً ينفي الجهالة والغرر في عقد البيع مثلاً ، ولابد من معلومية الأُجرة والمنفعة في عقد الإجارة وهكذا في كل عقد من العقود، وكذا معرفة الأجل فيما فيه أجل، فبيع ما هو مجهول مما يفسد العقد.

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 194/2.

[2] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق466/29، الغزنوي، الغرة المنيفة، مصدر سابق، ص64، إبراهيم أحمد الطنيجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الحادي والثلاثون(1428ه2007م)، ص167.

والجهالة لغة: الخفة وعدم الطمأنينة[1] والجهل نقيض العلم، وكذا الجهالة أن تفعل فعلاً دون علم[2].

و اصطلاحا:هي" ما عُلم حُصوله وجُهلت صفته"[3].

على أن المقصود بالجهالة هنا، هو الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى النزاع؛لأنها هي التي تؤثر في صحة العقد لأنها تمنع التسليم والتسلُّم، وبالتالي فإن المقصود من البيع لا يحصل فهذه الجهالة مؤثرة في العقد ومفسدة له؛لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد والجهالة الفاحشة مفضية إلى المنازعة ومانعة من التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز[4] وذلك كما لو باع شخص لآخر سيارة غير معينة من مجموعة من السيارات المختلفة الأنواع، وأيضاً لو تعاقدا في الإجارة على ثمن مجهول، وكذا لو في عقد الشركة لم يبينا كيفية تقسيم الربح ولا يُوجد عرف يُرجع إليه.أما لو باعه جميع ما في الصندوق أو البيت جاز ذلك؛ لأن الجهالة يسيرة والمبيع في هذه الحالة هو معين بحد حاصر متفق عليه وهو الصندوق، وهذا التعيين كاف في القضاء على النزاع الذي قد ينشأ [5]

و الجهالة الفاحشة غالباً ترجع إلى جهات أربعة هي[6]:

1-الجهالة في المعقود عليه، كجهالة المعقود عليه في البيع، أو المأجور في الإجارة، أو الموهوب في عقد الهبة.

---

[1] ابن فارس، مقاييس اللغة، 489/1.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق129/11، الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص 113.

[3] القرافي، الفروق، مصدر سابق، 431/3.

[4] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 241/6، /475، النووي: المجموع، مصدر سابق، 149/9، البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ت: إبراهيم الأحمد عبد الحميد، ط (1423هـ 2003م)، دار عالم الكتب، السعودية، (473/2)، الدسوقي:حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 10/3.

[5] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق49/7، الزرقا، المدخل، مرجع سابق، 742/2.

[6] الزرقا، المدخل، مرجع سابق، 742/2.

2-جهالة العوض في عقود المعاوضات، كأن يجهل الثمن في عقد البيع، والأُجرة في الإجارة.

3-جهالة الأجل في كل ما من شأنه الأجل، كجهالة المدة في عقد الإجارة، وجهالة موعد استحقاق الثمن في البيع المؤجل.

الجهالة في وسائل التوثيق المشروطة في العقد، كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكون كل من الرهن والكفيل معينين وإلا بطل العقد.

وعليه فيشترط عند الفقهاء في الجملة[1] المعلومية عيناً في المعين، وقدراً وصفة فيما هو في الذمة، وأن يكون الثمن معلوم القدر والأجل والصفة، أما الجهالة اليسيرة التي لا تؤدي إلى منع التسليم والتسلُّم، ويحصل معها المقصود من البيع فمغتفرة، والمعيار الذي يُرجع له في التفريق بين الجهالة الفاحشة والجهالة اليسيرة هو العُرف، فما عدَّه العرف يسيراً فهو يسير وما لم يعده فلا، والجهالةالفاحشة مفسدة للعقود؛ لأنها غرر لا يدري صاحبه مقدار ما أخذ، ولا ما أعطى، وقد((نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر))[2]، كما((نهى ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدُو صلاحها نهى البائع والمبتاع))[3]

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 241/6، المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج2، 476/2، النووي: المجموع، مصدر سابق، 149/9، البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ت: مصدر سابق، 473/2، الدسوقي:حاشية الدسوقي مصدر سابق، 10/3.

[2] سبق تخريجه ينظر ص85.

[3] متفق عليه، أخرجه البخاري: في الجامع الصحيح، كتاب: البيوع، باب: بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها، برقم: 2082، (766/2)، مسلم: في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، برقم: 3941 (11/5).

فهذه الأحاديث وغيرها استند عليها الفقهاء في تحريم كل بيع اشتمل على غررأو جهالة فاحشة[1].

وخلاصة القول أن الجهالة الفاحشة تمنع صحة العقد؛ لأنها تؤدي إلى الغرر المنهي عنه، فبيع المجهول جهالة تفضي إلى المنازعة غير صحيح، أما الجهالة اليسيرة فتصح معها العقود؛ لأنها لا تؤدي إلى المنازعة وغررها يسير كبيع الدار مع أساسها، وبيع ما غاب عن مجلس العقد إذا كان موصوفاً[2].

---

[1] ينبه إلى أن " الغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه وهو غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر وعدم معرفته تقتضي الجهالة به وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق" القرافي، الفروق، مصدر سابق، 432/3، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 460/4. الضرير، الصديق محمد الأمين، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، ط2(1416ه1995م)، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي، ص60.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، 163/5، ابن رشد: بداية المجتهد، مصدر سابق، 125/2، الحطاب، مواهب الجليل،ت:زكرياء عميرات،ط(1423هـ2003م)،دار عالم الكتب، 119/6.الأصل في البيع رؤية المبيع في مجلس العقد، أو ما يقوم مقام الرؤية، وإذا لم يتحقق العلم إلا بالرؤية وجبت، ولكن أحياناً نجد بعض المبيعات تتماثل آحادها وبالتالي فإن رؤية بعضها تكفي، وهو ما يسمى بيع الأنموذج وهو جائز عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والصحيح عند الشافعية، خلافا للحنابلة الذين يرون أن الصحيح عدم جوازه.ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 315/6، ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين، التفريع ت:، حسين بن سالم الدهماني، ط1(1408ه-1987م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 170/2، النووي، المجموع، مصدر سابق، 298/9، المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تح: محمد حامد الفقي، ط 2(140هـ 1986م)، دار إحياء التراث العربي (بيروت). 294/4.

كما أن المبيع أحيانا يتعذر إحضاره لمجلس العقد، وبالتالي تتعذر رؤيته فيكفي في ذلك وصفه وصفا يقضي على الجهالة والغرر، وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع العين الغائبة على الصفة، وقد ذهب الجمهور إلى جوازه من الحنفية والمالكية أما الشافعية فالأصل عندهم عدم جواز هذا البيع إلا إذا وصف المبيع وصفا دقيقا فلهم في ذلك قولان في القديم قالوا بالصحة وفي الجديد بعدمها، وذهب أحمد أيضا إلى جوازه، وكذا ابن حزم؛ لأن المعرفة بالصفة معرفة بالشيء الموصوف، فهي تقوم مقام الرؤية، بينما ذهب الشافعية في الجديد إلى عدم صحته ولو وصفت وصفا دقيقا، وهو الرواية الأظهر عند الحنابلة؛لأنه من بيع الغرر ولعدم المعلومية. ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 309/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 415/3، الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط (1404هـ 1984)، دار الفكر، (بيروت)، 372/3.المرداوي، الإنصاف،

ومثل ذلك أيضاً بيع الأُنموذج وبيع البرنامج[1]، وعليه فا لعبرة بالجهالة الفاحشة، أما الجهالة اليسيرة فمغتفرة إذ يعسر التحرز منها كما أن الغرر اليسير الذي تؤدي إليه معفو عنه[2]

و عليه فالمعلومية ضرورية في العقد سواء تعلق الأمر بالمبيع أو الثمن أو الأجل وبكل ما تعلق بالعقد كالرهن والكفيل، فالجهل بأي شيء من ذلك يودي إلى فساد العقد، فهل إذا زال سبب الجهالة ينقلب العقد صحيحا؟ذهب مالك وأحمد ورواية عن الشافعي إلى أن العقد إذا فسد بسبب الجهالة لا ينقلب صحيحاً بإزالتها، بل لا بد من إنشاء عقد جديد[3].

و للشافعية قول آخر مفاده أنه لو كان السبب مثلاً جهالة الأجل وحُدد في مجلس العقد قبل الافتراق فإن العقد ينقلب صحيحاً؛لأن مجلس العقد كحال العقد، أمَّا الحنفية فإن العقد ينقلب صحيحاً عندهم، إذا حدد المتعاقدان الأجل قبل افتراقهما، وقبل أن يفسخ أما بعد ذلك فلا يمكن تصحيحه[4].

فالحنفية زوال الوصف المفسد للعقد مصحح له بشرط أن يكون ذلك في مجلس العقد وقبل فسخه، وعليه فإذا عين المبيع المجهول عندهم بالإشارة إليه أو بيانه عن طريق الخواص التي تميزه زال وصف الجهالة وأصبح العقد صحياً.

مصدر سابق، 295/4، وكذا ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 337/8، العياشي فداد، البيع على الصفة وما يثبت في الذمة، ط1(1421هـ2000م)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص37.

[1]بيع الأنموذج:هو: "بيع لبعض المبيع الدال على باقيه." سليمان الجمل: حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ط (د، ت) دار الفكر، بيروت 5 / 383. وأما بيع البرنامج فهو:" الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل".فهو الورقة الحاملة لمواصفات السلعة". الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، 6/ 115.

[2]ابن رشد: بداية المجتهد، مصدر سابق، (2/ 155)، عبد المجيد عبدالله دية: القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ط (2005م)، (دار النفائس)، ص195.

[3]النووي، المجموع، مصدر سابق، 224/9.

[4]الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق179/5، الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق 60/4.

الفرع الثاني: الغرر

الغرر لغة:الخطر، وغرَّر بنفسه عرضها للهلاك، والتغرير حمل النفس على الغرر، والغرر أيضاً الخديعة، وغرته الدنيا خدعته، وسُمي غررا من الغُرر، وهو ما له ظاهر يُحب، وباطن يُكره[1]

واصطلاحاً:له عدة تعريفات منها:

عرفه السرخسي بأنه"ما يكون مستور العاقبة"[2]

ومثله ما جاء في التعريفات بأنه" ما يكون مجهول العاقبة لا يُدرى أيكون أم لا"[3]، والمتأمل في هذا التعريف يجده مقصور على ما لا يُدرى أيحصل أم لا[4]

و جاء في المحلى أنه" هو ما لا يدري فيه المشتري ما اشترى، أو البائع ما باع"[5] لكن هذا التعريف يجعل الغرر قاصراً على المجهول وأفضل هذه التعاريف هو التعريف الأول؛ لأنه جامع وتدخل فيه كل أنواع بيوع الغرر[6]

و الأصل في منع الغرر ما ورد في السنة أن ((النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر))[7].

فهذا الحديث يدل على أن الغرر كله باطل، ويُستثنى من ذلك الغرر اليسير وما دعت له الحاجة تيسيراً على الناس ودفعاً للمشقة عنهم، هذا والغرر تدخل تحته جزئيات كثيرة، ويمكن

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 11/5، الفيومي: المصباح المنير، مصدر سابق، 445/2.

[2] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 58/13.

[3] الجرجاني: التعريفات، مصدر سابق، ص208.

[4] الضرير، الغرر وأثره في العقود، مرجع سابق، ص49.

[5] ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 439/8

[6] الضرير، الغرر وأثره في العقود، مرجع سابق، ص54

[7] سبق تخريجه ينظر ص85

تقسيم ما يدخله الغرر وفق الآتي[1]:

أولا –الغرر في صيغة العقد

و معنى ذلك أن الغرر اتصل بالعقد نفسه، ومن أمثلة ذلك أن يقول شخص لآخر بعتك سيارتي بكذا إن باع لي فلان سيارته، وقبِل الآخر فإن هذا غرر، إذ لا يدري أي منهما هل يتم العقد أم لا، ويدخل تحت هذا كثير من البيوع منها:بيعتان في بيعة، والذي ورد النهي عنه، وبيع العربان عند من لا يجيزه، وكذا بيع الحصاة، وبيع الملامسة والمنابذة، وكذا البيع المعلق، إذ عقد البيع لا يقبل التعليق[2] وذلك يفسده عند جمهور الفقهاء في الجملة؛ لأن البيع من شرطه التنجيز[3]ولأنه من عقود التمليكات وهي للحال لا للاستقبال فلا تُضاف للمستقبل لما في ذلك من القمار والجهالة[4].

ثانيا–الغرر في محل العقد:

محل العقد هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، وهو في عقد البيع مثلاً المبيع والثمن، والغرر في

---

[1] ينظر الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرةط1(1414ه1993م)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، المملكة العربية السعودية،، ص12

[2]التعليق: هو ربط حصول أمر بأمر آخر ممكن الحصول.ينظر:سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص260، فالبيع المعلق: هو ما رُبط حصوله بتحقق أمر آخر ممكن الحصول في المستقبل بأداة من أدوات التعليق."كإذا"و " وإن" مدكور، المدخل، مرجع سابق، ص615، حنان، أقسام العقود، مرجع سابق، 223/1.

[3] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، 388/5، النووي، المجموع، مصدر سابق، 342/9، القرافي، الفروق، مصدر سابق396/1، ابن مفلح، الفروع وتصحيح الفروع، ت:أبو الزهراء حازم القاضي، ط(1418ه)، دار الكتب العلمية، 62/7.

[4] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 388/5، وقد خالف ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في هذه المسالة وذهبا إلى أنه يصح تعليق جميع العقود، قال ابن القيم –رحمه الله– أن " تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف" ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 387/3، وأيضا.مدكور، المدخل، مرجع سابق، ص621.

ذلك يرجع غالباً إما إلى الجهل بجنس المحل الذي يعتبر من الغرر الكثير المفسد لعقد البيع، كأن يقول شخص لآخر بعتك كتاباً ب1000دج، لكن عند المالكية والحنفية إذا شرط خيار الرؤية للمشتري فلا مانع، وقد يتعلق الأمر بجهل النوع وهي أيضاً فيها غرر كثير ومن أمثلة ذلك بعتك سيارة من غير أن يبين نوعها، أما صفة المحل فقد اختلفوا في الجهل بها أيؤثر في العقد أم لا فالحنفية في المبيع المشار إليه لا يُشترط فيه ذلك فلو قال له بعتك هذه الحنطة بهذه الدراهم التي في يدك لزم البيع، واختلفوا في غير المشار إليه، أما الثمن فلا خلاف بينهم في اشتراط وصفه، أما المالكية فلا بد عندهم من وصف كل من المبيع والثمن تجنباً للغرر، والحنابلة أظهر الروايتين عندهم لا بد من اشتراط ذلك في المبيع والثمن، وللشافعية أقوال ثلاثة، قيل مطلقاً يشترط وصف كل منهما، وقيل بل يشترط ذكر الصفات المقصودة، وقيل لا يشترط ذلك لأن خيار الرؤية كاف في دفع الغرر، أما الثمن فلا بد من ذكر وصفه عندهم.

ثالثا–الجهل بالأجل:

فلا خلاف بين العلماء على أن العلم بالأجل في البيع المؤجل الثمن من الغرر الممنوع في البيع وذلك كبيع حبل الحبلة[1]ضف إلى ذلك القدرة على التسليم، فلا يُباع المعدوم غير المرجو تحققه

وجدير بالذكر أن الحنفية تمشياً مع مذهبهم في التفريق بين الفساد والبطلان، قد فرقوا بين نوعين من الغرر، فالغرر الذي يلحق أصل المعقود عليه يؤدي إلى البطلان وذلك كبيع الحمل وهو في بطن أمه، إذ لا يُدرى أيُولد أم لا ويوافقهم الجمهور على هذا، وغرر في الأوصاف والمقدار

[1]حبل الحبلة: هو بيع ولد الناقة أو غيرها وهو في بطنها. النووي، شرح مسلم، مصدر سابق، 158/10و قدورد النهي عنه في حديث ابن عمر((أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة)) أخرجه البخاري: في الجامع الصحيح، كتاب: البيوع، باب:بيع الغرر وحبل الحبلة، برقم: 3 214. ينظر: ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق 450/4، مسلم: في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع حبل الحبلة برقم: 1514، 3 / 1153.

وهذا يؤدي إلى فساد العقد لا إلى بطلانه ومثل ذلك لو باع شخص لآخر بقرة واشترط أن يحلب كذا منها، فالبيع فاسد للغرر إذ يمكن أن لا يحلب هذا المقدار، وكذا لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة مقدارا محددا من الدنانير[1].

لكن مما ينبغي الإشارة إليه أن الغرر ليس كله مؤثر"لأن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه وهو يضيق أبواب المعاملات لأن" أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة مكمِّل، فلو اشترط نفي الغررجملةلا انحسم باب البيع "[2].

وجا ء في شرح مسلم " ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق والمعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه... ونظائر ذلك وكل هذا بيعه باطل؛ لأنه غرر من غير حاجة لكن لو اقتضته الحاجة وعسُر الاحتراز منه جاز وقد يحتمل بعض الغرر بيعا إذ دعت إليه حاجة كالجهل بأساس الدار....قال العلماء مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرنا هو أنه إن دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يُمكن الاحتراز عنه إلابمشقة وكان الغرر حقيراً جاز البيع وإلا فلا"[3].

وعليه فإن الضابط المعول عليه هو أن يكون الغرر كثيرا، وفي عقود المعاملات، وأن يكون في المعقود عليه أصالة و لم تدع الحاجة له[4] وإلا فيُتسامح في"الغرر لضيق الاحتراز مع تفاهة ما يحصل

---

[1] الزرقا، المدخل، مرجع سابق745/2.

[2] الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق26/2.

[3] النووي: شرح النووي على مسلم، مصدر سابق، 156/10.

[4] خليل بن إسحاق،المختصر ط2(2004م)، دار المدار الإسلامي، بيروت، ص154، المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج2، 462/2-463، مصدر سابق، ابن تيمية، القواعد النورانية، مصدر سابق، ص133، الضرير، الغرر وأثره في العقود، مرجع سابق، ص583، قطب الريسوني، بحوث في الفقه المالكي، ط1(1435هـ2014م)، دار ابن حزم، بيروت، ص45.

من الغرر و لم يُسامح في كثيره إذ ليس في محل الضرورة"[1]

فإذا انعدم أي شرط من ذلك فالغرر لا يؤثر، هذا ولعل النظر الفقهي المالكي كان أقرب للصواب عندما جعل الغرر مؤثراً في المعاوضات لا في التبرعات، إذ هذه الأخيرة في حقيقة الأمر لا غرر يلحق بالمتعاقدين فيها، إذ لا يترتب على الغرر فيها خصومة، ولا أكل لأموال الناس بالباطل، جاء في الفروق"وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة ما يُجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يُقصد به تحصيلها وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يُقصد لذلك وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة فالطرفان: أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، كما تقدم أن الجهالات ثلاثة أقسام فكذلك الغرر والمشقة وثانيهما ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يُقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله"[2]

وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز، والقليل يجوز لكن يختلفون في بعض أنواع الغرر، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بينهما.

---

[1] الشاطبي، الاعتصام، ط(د، ت)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 144/2.

[2] القرافي، الفروق، مصدر سابق، 275/1.

وخلاصة القول أن علة منع الغرر في عقود المعاوضات غير موجودة في التبرعات والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، ولا شك أن هذا ألصق بقواعد الشريعةو مراميها.

مع الإشارة إلى أن الغرر قد ينفرد وقد يجتمع مع غيره من الشروط المفسدة للعقد كأن يجتمع مع الجهالة أو مع الربا أو مع الشرط المفسد، فمن اشترط أن يبيع غنماً إلا واحدة لم يسمها فهنا اجتمعت الجهالة مع الغرر، يقول الكاساني موضحاً اجتماع الشرط المفسد مع الغرر"و منها الخلو عن الشروط الفاسدة، وهي أنواع منها شرط في وجوده غرر نحو ما إذا اشترط ناقة على أنها حامل؛ لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع"[1].

و الملاحظ أن اجتماع الغرر مع وصف آخر مفسد للعقد عند الحنفية، وإذا حذف الغرر وارتفع يتحول العقد الفاسد صحيحا، إذا تعلق الأمر بوصف العقد لا بأصله

الفرع الثالث:الربا

الربا:لغة الزيادة، من ربى الشيء يربو إذا زاد والمرابي من يتعاطى الربا[2]

واصطلاحاً:" كل زيادة مشروطة في العقد خالية عن عوض مشروع" [3]

و هو نوعان:

ربا الفضل: وهو "بيع شيء من الأموال الربوية بجنسه متفاضلاً و ربا النسيئة:و هو الزيادة المشروطة مقابل الأجل"[4].

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 168/5.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدرسابق304/14، قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، 218.

[3] قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، 218.

[4] المرجع نفسه، 218.

ومن شروط صحة العقد أن يكون خالياً من الربا، فوجود الربا يفسد العقد عند الحنفية ويبطله أو يفسده عند الجمهور؛لأن الربا محرم في الكتاب والسنة؛لقوله تعالى﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[1].

ولقوله ﷺ: ((ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربانا ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله))[2]

وعليه فإذا تضمن العقد الربا، فإن الجمهور يعتبرون العقد باطلاً، ولا وجه لتصحيحه؛لأنه منهي عنه وذلك يقتضي التحريم والفساد أوالبطلان، جاء في شرح مسلم في شرح هذا الحديث"المراد بالوضع الرد والإبطال"[3]

و قد طبق الحنفية أصلهم في هذه المسألة وقالوا بتصحيح العقد ورأوا فساد العقد المشتمل على الربا لا بطلانه وبالتالي فإن المبيع في العقد الفاسد يملك بالقبض بخلاف الباطل الذي لا يترتب عليه شيء، فالعوض يملك بالقبض في العقد الفاسد ويجب رده لو قائماً ورد مثله أو قيمته لو مستهلكاً وعليه فإنه يجب رد الزيادة الربوية لو قائمة[4]؛لأنهم رأوا أن "فيه حقين: حق العبد وهو رد عينه لو قائماً ومثله لو هالكاً، وحق الشرع وهو رد عينه لنقض العقد المنهي شرعاً، وبعد الاستهلاك لا يتأتى رد عينه فتعين رد المثل وهو محض حق العبد"[5].

---

[1] سورة البقرة، الآية275.

[2] مسلم في صحيحه، كتاب:، باب:حجه ﷺ، برقم1218، 886/2.

[3] النووي، شرح مسلم، مصدر سابق183/8

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق 109/12، الطنيجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مرجع سايق، 176.

[5] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق400/7.

الفرع الرابع:وجود الشرط المفسد:

الشروط في العقود أقسام منها ما لا يبطل معه العقد، ومنها ما يؤدي إلى بطلان العقدو فساده، وفي الآتي تعريج على أقسام الشروط بإجمال واختصار، بعد ذلك نتكلم عن الشرط المفسد.

أولا- أقسام الشروط في البيع

تنقسم الشروط في البيع إلى أربعة أقسام هي:

1-شروط يقتضيهاالعقد:و ذلك كاشتراط تسليم المبيع، أو تسليم الثمن في البيع الحال

فهذا القسم من الشروط لا حرج فيه، وحكمه الجواز والصحة من غير خلاف؛لأنه تحصيل حاصل[1].

2- ما ليس من مقتضى العقد، ولكنه في مصلحته كاشتراط الرهن للتوثيق، واشتراط صفات معينة في المبيع كاشتراط أن يكون لون السيارة أزرقاً، وأن تكون الدار تشتمل على مرافق معينة، وحكم هذا القسم الجواز والصحة أيضاً[2].

3-ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، وهو نوعان:

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 466/6، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 249/4، النووي، المجموع، مصدر سابق379/9.

[2] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 466/6، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 249/4، النووي، المجموع، مصدر سابق، 379/9، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 13/2.

1-اشتراط منفعة معلومة للبائع أو المشتري، وذلك كاشتراط انتفاع مدة معينة بالمبيع كأن يشترط البائع السكنى في الدار سنة، أو السيارة على أن يركبها إلى مكان معين ثم يسلمها للمشتري، فهذا النوع اختلف العلماء فيه، فرأى الإمام أحمد جوازه، ومالك إذا قرُبت المسافة قالا؛ لأنه شرط لا ينافي العقد، بل قد ورد النص على جوازه، فقد باع جابر جمله من النبي ﷺ واشترط ركوبه إلى المدينة فوافقه النبي ﷺ[1]، كما ((نهى النبي ﷺ عن الثُّنْيَا[2]إلا أن تُعلم[3])).

بينما ذهب الشافعي إلى منع هذا القسم من الشروط، وأ بطل به البيع؛ لأنه عنده مناف لمقتضى العقد [4]، واحتج على ذلك أن النبي ﷺ ((نهى عن بيع وشرط))[5] وذهب أيضاً أبو حنيفة إلى بطلانه ما لم يجر به عرف كبيع نعل مع شرط تشريكه، والعقد في حال اشتراطه فاسد لا باطل وحجته حديث النهي عن بيع وشرط، وهو فاسد؛لأن الخلل راجع لوصف ملازم لا لركن العقد ومحله[6]، بناءً على منهجهم في التفريق بين البطلان والفساد.

---

[1]الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 66/3، ابن قدامة المغني، مصدر سابق، 109/4.

[2]الثُّنْيَا: بضم المثلثة على وزن الدنيا اسم من الاستثناء وهي في البيع أن يستثنى شيئاً مجهولا كـــ: بعتك هذه الصبرة إلا بعضها. المباركفوري: تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، ت: عبد الوهاب عبد اللطيف، ط3 (1399هـــ1979م)، دار الفكر، (يروت)، 511/4

[3]أبو داوود، في سننه مع أحكام الألباني، كتاب: البيوع باب: في المخابرة، برقم 3405، 282/2، قال الألباني: صحيح، الترمذي، في سننه، كتاب: البيوع، باب: النهي عن الثنيا، برقم: 1290، 585/3، وقال:"هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه "، النسائي، في سننه كتاب: البيوع باب:النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم، برقم: 6229، (44/4).

[4]النووي، المجموع، مصدر سابق، 361/9، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،ط(1377هـــ1958م)،البابي الحلبي، مصر، 31/2.

[5]أخرجه الطبراني، في المعجم الأوسط، ط5(د، ت)، دار الحرمين، السعودية، رقم 335، 332/4، وفي إسناده مقال، الزيلعي، نصب الراية تخريج أحاديث لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تصحيح: محمد عوامة، دارالقبلة للثقافة الإسلامية، (جدة)، (469/4).ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 229/5.

[6]ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، 84/5.

ب-اشتراط أحد المتبايعين عقداً آخر، وذلك كأن يبيع أحد المتعاقدين سلعة ما مقابل أن يبيعه الآخر سلعة أُخرى، أو أن يقرضه مبلغاً من المال، فهذا النوع باطل باتفاق الفقهاء؛لأنه يؤدي إلى الجهالة، وشبهة الربا، كما يؤدي إلى التردد ولما فيه من بيعتين في بيعة[1]، وبيع وشرط، وهو عند الجمهور باطل، أما الحنفية فيحكمون بفساده بناءً على أصلهم في النهي[2]

4-ما ليس من مصلحة العقد ولا يُلائمه بل ينافيه

و ذلك كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع السلعة التي اشتراها منه، أو أن لا يهبها

فقد اختلف العلماء في حكم هذا البيع الذي اشتمل على هذا الشرط فذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد في رواية إلى بطلان البيع والشرط معاً[3]، ودليلهم ما يؤدي إليه من شبهة الربا، وما فيه من منازعة وشقاق، كما أنه يقضي على المقصود من عقد البيع، وهو داخل عندهم في النهي عن بيع وشرط[4] أما المالكية فقد فرقوا بين ما يُشترط بعد خروج المبيع من ملك المشتري وذلك كأن يبيع سيارة ويشترط أنه بعد مدة إذا أراد المشتري بيعها فالبائع أولى بها، وبين ما يشترط من المنع في

---

[1] البيعتين في بيعة اختلف في تفسيرها ولعل من أشهر ما فسرت به أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه السيارة بـــثمن قدره كذا نقداً، وبـــ ثمن يختلف عن الآخر إلى أجل، فيقول المشتري قبلت من غير أن يبين بأي الثمنين اشترى.أو أبيعك هذا الكتاب بكذا على أن تبيعني تلك الساعة بكذا.ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 153/2، الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ت: محمود إبراهيم زايد، الطبعة الأولى الكاملة 1405هـ 1985م. دار الكتب العلمية، بيروت، 61/3.

[2] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 446/6 مصدر، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 66/3.ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 258/4، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 31/2.

[3] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، 84/5، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 31/2، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 258/4.

[4] فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ((أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط)).سبق تخريجه ينظر ص108.

التصرف وذلك كأن يبيع سيارة ويشترط على المشتري أن لا يبيعها فالأول عندهم العقد صحيح والشرط باطل، بينما الثاني يبطل عندهم فيه كل من العقد والشرط[1]، وقد ذهب الإمام أحمد في رواية أخرى اختارها كثير من الحنابلة إلى صحة البيع وفساد الشرط.[2]

و جدير بالذكر أن عدم الصحة عند الجمهور تعني بطلانه أما الحنفية فهو عندهم فاسد لا باطل مما يعني إمكانية تصحيحه.

ثانيا– الشرط المُفسد للعقد وأنوعه

من خلال ما سبق يمكن أن نقول أن الشرط المفسد هو ما خالف مقتضى العقد و لم يكن في مصلحته، وكذا ما كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين وفق مذهب الأحناف، وعليه فكل ما خالف مقتضى العقد من الشروط هو مفسد للعقد.

و هو ثلاثة أنواع:

1-الشرط المفسد المؤدي للغرر

و هو أن يشترط في المبيع ما لا وجود له حين العقد، ولا يُعرف وجوده من عدمه ومن أمثلة ذلك أن يشتري بقرة ويشترط أن تكون تحلب كذا من الحليب[3]، فهذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد؛لأنه يؤدي إلى الجهالة الفاحشة، والغرر الكثير والنزاع وكل ما أدى إلى ذلك فهو باطل ويفسد العقد به.

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 66/3، المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج2، 458/2

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق250/4

[3] الكاساني، بدائع الصنائع168/5،و ظافر، تصحيح العقود الفاسدة، مرجع سابق،ص103

2- الشرط المحظور

و من أمثلته اشترط الربا في عقد من العقود[1]، وسبب فساد هذا النوع من الشروط أنه يحقق ما لم يقره الشرع، وما كان كذلك يؤدي إلى فساد العقد

3-الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين

ومن أمثلة ذلك لو باع داراً واشترط على المشتري أن يسكنها شهراً، أو باع له شيئاً ما بشرط أن يقرضه، أو ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، و لم يوجد عرف يقتضي ذلك أو باع سيارة على أن لا يبيعها المشتري[2] فهذا الشرط فاسد كما مر لنهيه ﷺ عن بيع وشرط[3]، وهذا النهي عام في كل الشروط إلا ما دل دليل آخر على إخراجه، أو اقتضاه عرف[4]، كما نهى ﷺ عن بيعتين في بيعة[5] وهذا النوع من الشروط يؤدي إلى صفقتين في صفقة[6].

وتصحيح العق الفاسد بحذف الشرط المفسد يكاد يتفق عليه الحنفية والمالكية والحنابلة ما عدا الشافعية، لكن الاختلاف وارد في ضبط وتصوير الشرط الذي يمكن تصحيحه، ويمكن حصر صور

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 169/5، اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة،ط1(1427ه)،دار كنوز إشبيليا، الرياض،ص78

[2] الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق102/3.

[3] سبق تخريجه ينظر ص108.

[4] الشاذلي، نظرية الشروط في الفقه الإسلامي، ط1(11430ه)، دار كنوز إشبيليا، ص87.

[5] الترمذي:في سننه، كتاب: البيوع، باب: فيمن باع بيعتين في بيعة، برقم: 1249، 350/2 وقال:" حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم "، والنسائي، في سننه، كتاب: البيوع، باب:بيعتين في بيعة، برقم:4632، 295/7، مالك: الموطأ، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، رقم: 1342، 663/2، ت: محمدفؤادعبدالباقي، ط(د، ت)، دارإحياءالتراثالعربي، (مصر)، وعلق الألباني، فقال:إسناده حسن" الألباني: إرواءالغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط2(1405هـ1985م)، المكتبالإسلامي، (بيروت)، 5 /1149.

[6] الشاذلي، نظرية الشروط، مرجع سابق، ص229

تصحيح العقد الفاسد بالشرط في قسمين هما:

-الحكم بصحة العقد والتصرف سواء أسقط الشرط أم لا ويتمثل هذا في الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يُلائمه و لم يرد فيه شرع ولا عُرف وليس فيه نفع لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه وذلك كأن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر أن لا يبيع ما اشتراه أو أن لا يهبه، فالشرط باطل والعقد صحيح وهو ما ذهب إليه المالكية[1]، وكذا رواية عن الحنابلة، وذهب ابن تيمية إلى أن الشرط إذا كان مخالفاً لمقصود الشارع فإن الشرط يبطل والعقد صحيح وذلك كاشتراط الربا في القرض، واشتراط المؤجر على الأجير عدم الصلاة أو غيرها من الطاعات في المكان المؤجر، أما إذا كان الشرط مخالفاً لمقصود العقد كاشتراط البائع للمشتري أن لا يبيع المبيع أو أن لا يهبه فإن الشرط والعقد يبطلان[2].

-الحكم بصحة العقد والتصرف فيه إذا أسقط الشرط، وضابط هذا أن يخالف الشرط مقصود العقد، كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع أو أن لا يهب المبيع، وهذه الحالة يصح التصرف إذا أُلغي الشرط.[3]

فساد العقد بالشرط الفاسديرجع إما لوجود شبهة الربا، أو أن الشارع لم يرد به، و لم يجر به عرف، فاشتراط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين فيه شبهة الربا؛لأن هذه المنفعة زيادة دون مقابل والزيادة دون مقابل ربا، وبالتالي فهو عقد فاسد عند الحنفية، لكن إذا ارتفع سبب الفساد فإن العقد يتحول إلى عقد صحيح، جاء في البدائع" ومنها أن يكون خالياً عن الأجل لهما أو لأحدهما.فإن شرطاه لهما أو لأحدهما فسد الصرف؛ لأن قبض البدلين مستحق قبل

---

[1] العبدري، محمد بن يوسف، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، ط2(1978م)، دار الفكر العربي، بيروت، 499/4.

[2] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 148/29.

[3] الطنيجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مرجع سابق، ص175.

الافتراق، والأجل يعدم القبض فيفسد العقد، فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جائزاًعندنا"[1]

هذا ويذهب الحنفية إلى أن العرف مخصص للشروط الفاسدة ما لم تعارض نصاً صريحاً؛لأن العرف إذا خالف النصف لا عبرة به، فما تعارف الناس عليه من الشروط الفاسدة وجرى التعامل به بين الناس فإن هذا التعارف يزيل ما به من فساد؛لأن سبب التحريم هو ما يؤدي إليه هذا الشرط من خصومة ونزاع وتعارف الناس يقضي على النزاع والخصومة، فينقلب العقد صحيحاً لزوال ذلك إذا العلة مع المعلول وجوداً وعدماً حلاً وتحريماً، وبهذا يكون الحنفية قد توسعوا كثيراً في تصحيح العقود بواسطة العرف جاء في المدخل"و بما أن عرف الناس مصحح للشروط التي يتعارفونها في نظر فقهاء الحنفية، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس وشاع بينهم اشتراطه، وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبقى معه شرط فاسد"[2].

الفرع الخامس: الإكراه

الإكراه لغة:أكرهته على أمر ما حملته عليه قهراً، أو حملته على ما يكرهه[3]

و اصطلاحا:هو حمل الغير على القيام بفعل لا يريد إيقاعه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفاً بسببه[4] أو هو" حمل إنسان على فعل أو على امتناع عن فعل بغير رضاه بغير حق"[5]و هو نوعان إكراه ملجيء وإكراه غير ملجيء:

---

[1] خلافاً لزفر، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 179/5.

[2] الزرقا، المدخل، مرجع سابق، 924/2.

[3] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 534/13، الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، 532/2.

[4] البزدوي، كشف الأسرار، مصدر سابق، 538/4.

[5] قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص85.

فالملجيء:وهو الذي لا اختيار ولا قدرة للشخص معه كالتهديد بالقتل أو قطع عضو أو الضرب المبرح[1] فهذا النوع يعدم الرضا، كما يوجب الإلجاء، لكنَّه يفسد الخيار ولا يعدمه.

و غير الملجيء: وهو الذي لا يؤدي إلى تفويت النفس ولا إلى قطع عضو وذلك كالحبس لمدة قصيرة والضرب الذي لا يؤدي إلى هلاك النفس أو عضو وهذا النوع لا يعدم الرضاولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار، فهذا الأخير"لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا كالبيع والإجارة والإقرار، والأول يؤثر في الكل فيُضاف فعله إلى المكرِه فيصير كأنه فعله، والمكرَه آلة له"[2].

يشترط الفقهاء جميعاً أن يكون البيع عن تراض لا إكراه فيه لقوله تعالى"﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾[3] فإذا أُكره البائع أو المشتري على البيع، فإن البيع يعتبر فاسداً عند الحنفية، وباطل عند الجمهور إلا إذا أجازه المكرَه[4].

فالإكراه من أسباب فساد العقد، وقد يكون المكرَه هو البائع، وقد يكون المشتري فإن كان المكرَه هو البائع، فيُنظر هل أُكره على البيع فقط، أو أُكره على البيع والتسليم، فإن أُكره على البيع وعند التسليم دلت القرائن على رضاه فإن العقد ينقلب صحيحاً لزوال الإكراه عند التسليم، وإن أُكره على البيع والتسليم معاً، فالعقد لا يصحح إلا إذا زال الإكراه وارتفع[5].

---

[1] ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، 359/6.

[2] ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق128/8.

[3] سورة النساء، الآية:29.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 2/2، ابن قدامة المغني، مصدر سابق، 353/6، النووي، المجموع، مصدر سابق، 158/9.

[5] ظافر، تصحيح العقود الفاسدة، مرجع سابق، ص120.

و إذا كان المكرَه هو المشتري، فله فسخ العقد، قبل القبض وبعده ما لم يرتفع سبب الإكراه، إذ بزوال هذا الأخير يكون له الخيار بين إجازة العقد وفسخه وبالإجازة يصحح الفساد لزوال السبب المفسد لأن "الإجازة إزالة الإكراه"[1] لأن الإكراه يقضي على الرضا، والإجازة تدل على وجوده وبها ينقلب العقد صحيحاً.

و لتصحيح الفساد بسبب الإكراه عند الحنفية ينظر هل الإكراه ملجيء أو غير ملجيء فإن كان ملجيئاً بأن هُدد الشخص بالقتل أو بتر عضو من أعضائه إن لم يفعل فإن العقد هنا لا وجه لتصحيحه لانعدام الرضا فيكون باطلاً والباطل لا يُصحح

و إن كان غير ملجيء وهو ما لا يُفَو ت النفس أو بعضاً منها، كالتهديد بالحبس أو الضرب الذي لا يؤدي إلى القتل [2]، فإن العقد هنا يكون فاسداً؛لأنه يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار؛لأن المكرَه ليس مضطراً لفعل ما أُكره عليه، إذ بإمكانه الصبر على ذلك ما دام لا يؤدي إلى تفويت النفس أو بعضها، وهذا الإكراه يمكن تصحيحه وذلك بإجازة المكرَه لهذا العقد، إذ بإجازته يرتفع المانع وهو الإكراه وإذا ارتفع المانع عاد الممنوع [3].

أما الجمهور فإن عقد المكرَه عندهم من قبيل الباطل وبالتالي لا يمكن تصحيحه للخلل الذي لحق العقد وهو الرضا[4].

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق188/7.

[2] الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 105/6.

[3] ينظر:الطنيجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مرجع سابق، ص176.

[4] الطنيجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، مرجع سابق، ص175، ينبه إلى أن الفقهاء اختلفوا في حكم العقود والتصرفات التي تقبل الفسخ والتي منها الإكراه على البيع وما يشبهه على ثلاثة أقوال، هي:

القول الأول: يرى أن تصرفات المكره وعقوده فاسدة وللمكره الخيار عند زوال الإكراه فإن شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه، وهذا قول أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف، قالوا لأن الإكراه يعدم الرضا، والرضا شرط في صحة العقود فصار حكمه مثل الشروط المفسدة، فركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله وهو المالك وصادف محله وهو الملك إلا أنه فقد شرط

الفرع السادس: عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر

فقدان التسليم والتسلم مبطل للعقد عند جميع الفقهاء وذلك كبيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، ولا يمكن تصحيحه[1]، لكن عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر من قبل البائع وذلك كأن يكون المبيع في موضع يشق على البائع تسليمه إلا بترتب ضرر عليه كأن يبيع سقف منزله أو حجراً من جدار داره ولا شك أن هذا يلحق به ضررا و هو عقد فاسد عند الحنفية فقد صرحوا "أن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه فأما ما وراءه فلا"[2].

أما المالكية فذهبوا إلى جواز بيع ما من شأنه أن يلحق ضرراً بالبائع عند التسليم كبيع عمود

التراضي فكان التصرف فاسدا لانتفاء الشرط وهو الرضا مما يستلزم انتفاء المشروط وهو النفاذ.ينظر:ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 240/9-241.

القول الثاني:يرى أصحابه أن تصرفات المكره القابلة للفسخ كالبيع وشبهه صحيحة إلا لأنها موقوفة على إجازة المكره، وهو قول المالكية وزفر من الحنفية قال الخرشي"إن شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم وإن صح"ولكن عندهم لا يثبت الملك للمشتري بقبض العين؛لأن الموقوف لا يفيد ملكاً.ينظر ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 241/9 الخرشي، شرح خليل، مصدر سابق،7/5.

القول الثالث:ذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم والشوكاني إلى أن تصرفات المكره بغير حق باطلة غير صحيحة فالإكراه يسقط أثر التصرفات عندهم ولا يجب بها شيء؛لأن الإكراه على العقود يعدم الرضا فلا تصح معه العقود. قال الشوكاني:" فكيف لايترك الواجب بالإكراه وكيف لا تبطل به المعاملة، فإن بطلانها مما لاينبغي أن يتردد فيه متردد أو يشك فيه شاك، لأن المناط الشرعي في جميع المعاملات هو التراضي...و أي رضا يوجد مع الإكراه ".الشوكاني، السيل الجرار، مصدر سابق، 266/4، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 329/8، النووي، المجموع، مصدر سابق، 182/8، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق351/10

ولا شك أن هذا القول تمشياً مع ظاهر الأدلة له وجهاته إلا أن حمل العقد على الفساد وفق مذهب الحنفية أو جعله موقوفاً وفق ما ذهب إليه المالكية فيه نظر مصلحي يرمي إلى تصحيح العقود ما أمكن وذلك من مقاصد الشريعة ومراميها.

[1]الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، 147/5، ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، 24/4، النووي: المجموع، مصدر سابق، 149/9، الدسوقي:حاشية الدسوقي، مصدرسابق، 11/3،: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 15/9.

[2]الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 168/5.

في البناء إذا لم يؤد ذلك إلى ضياع مال كبير، و لم يؤد إلى خراب المعقود عليه عند إخراجه فإن كان كذلك فلا إذ لا ضرر ولا ضرار[1].

بينما ذهب الشافعية إلى أنه إذا ترتب على ذلك نقصان في مال البائع فإن البيع يبطل؛لأن النقص فيه تضييع للمال وضياع المال حرام، واستثنوا من ذلك استثناء جزء من الأرض إذا كان للتمييز بين المالكين فذلك لا ضرر فيه لضرورة التمييز[2]

وهو كما تقدم فاسد عند الحنفية ويمكن تصحيحه لكن بشروط هي:

-أن يسلم البائع قبل الفسخ، أما بعده فقد زال العقد بالفسخ وبالتالي لا يمكن تصحيحه.

-أن يكون في التسليم ضرر مؤكد، وقد رضي البائع بهذا الضرر.

-أن يكون المعقود عليه معيناً كأن يقول بعتك هذا الجزع الموجود في هذا الجدار

فإذا توفرت هذه الشروط يمكن تصحيحه، وعليه فإذا سلمه البائع للمشتري فيجبر على أخذه ويمضي البيع وينقلب صحيحاً إذا المانع من البيع هنا هو الضرر الذي يلحق البائع وهو هنا قد سلمه باختياره ورضاه[3]، لكن مما ينبغي الإشارة إليه أن الحنفية يفرقون بين الضرر الذي يلحق أصل الخلقة والضرر الذي يلحق غيرها فالأول كتسليمه شعرا من شاة حية أونوى من تمر فهذا عندهم باطل لا فاسد حتى ولو تم التسليم ولا وجه لتصحيحه؛لأن جز الصوف من الحيوان وهو حي لا يخلو من الإضرار بالحيوان وموضعه أيضا على وجه الدقة غير معلوم مما يؤدي إلى المنازعة، أما غير أصل الخلقة فليس الشأن كذلك وذلك كتسليمه خشباً في سقفه أو حجارة من جداره فهذا فاسد كما

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 20/5.

[2] ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ت:عبد الله محمود عمر، ط(د، ت)، دار الكتب العلمية، بيروت، 283/4.

[3] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 254/7، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر، 378/6، ظافر، تصحيح العقود الفاسدة، مرجع سابق، ص127.

مر ويمكن تصحيحه[1].

الفرع السابع: تصحيح العقد بتحويله[2]

قد يبرم المتعاقدان ما هو خال من الضوابط الشرعية إذا حملناه على وفق ما تلفظا به ولكن هذا الذي عقداه يمكن حمله وفق شروط وخصائص عقد آخر، فلو حمل عليه لا يؤدي إلى أي مخالفة شرعية وبالتالي فإن العقد يحمل عليه صيانة لتصرف المتعاقدين عن الإبطال، وقد بنى الفقهاء هذا على قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"[43] فالعقد في الفقه الإسلامي عندما يختلف اللفظ عن القصدأو المعنى فإن العبرة للمعنى لا للفظ، فالمعاني هي المهمة لا الصور والمباني؛لأن المباني ماهي إلاَّ وسيلة للتعبير عما يقصده المرء، وعليه فإذا وجدت قرائن لفظية وأكسبت العقد خصائص عقد آخر، فإن الفقيه يطبق على ما أبرمه المتعاقدان خصائص هذا العقد لا ما تلفظا به ما دام يؤدي إلى مخالفة ما اشترطه الشارع فيما تلفظا به؛لأن المقصود الحقيقي هو معنى العقد لا لفظه، وقد ذكر الفقهاء جملة من المسائل التي صححوا فيها العقد بحمله على عقد آخر منها:لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع لأننا لو اعتبرنا اللفظ وهو البيع لم يصح؛لأنه وقع على بيع المبيع قبل قبضه وهو بيع فاسد، لكن لو اعتبرنا المعنى إقالة فهي صحيحة؛لأن العقد اشتمل على جميع عناصر الإقالة، وقد ذكر الحنفية أن جعل الدراهم والدنانير مسلما فيه، وجعل رأس مال السلم من العروض كالثياب والحبوب لا يصح سلما؛لأن المسلم فيه لابد أن يكون مثمنا

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 253/7.، ظافر، تصحيح العقود الفاسدة، مرجع سابق، ص127.

[2] الطنيجي، طرق تصحيح العقد، مرجع سابق، ص180.

[3] علي حيدر، درر الحكام، مصدر سابق، 21/1، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص، 55 الزركشي، المنثور، مصدر سابق، 371/2، ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق،118/3، ابن رجب، القواعد، مصدر سابق، ص49، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص207.

[4] السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 167.

والنقود أثمان فلا تكون مُسلما فيها، ولكن يمكن أن يصحح هذا العقد وذلك بجعله بيعا في الثياب والحبوب بثمن مؤجل حتى لا يبطل هذا العقد وفي هذا تصحيح له[1].

و من ذلك أيضاً أن من قال لآخر ساقيتك على هذا النخيل مدة كذا بنقود معلومة لو حملنا العقد على أنه مساقاة[2] فهي مساقاة فاسدة؛لأن المساقاة إنما تكون بما يخرج من الأرض لا بالنقود، وعليه فيُحمل العقد هنا على أنه إجارة تصحيحاً للعقد[3]

الفرع الثامن:التصحيح بتفريق الصفقة

والتفريق لغة خلاف التجميع، يُقال: فرق الشيء تفريقاً، أي بدده[4]

الصفقة:هي المرة من الصفق وهو في اللغة كل ضرب له صوت وضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه، وقد كان عادة العرب إذا وجب البيع أن يضرب أحد المتبايعين على يد الآخر[5].

أما الصفقة في الاصطلاح فهي العقد الواحد بثمن واحد[6].

و معنى تفريق الصفقة:هو أن يجمع في عقد واحد بين ما يجوز وما لا يجوز فلا يتناول حكم

---

[1] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 69/7.

[2] المساقاة: هي أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمره.الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 209/23.

[3] الزركشي، المنثور في القواعد، مصدر سابق، 373/2.

[4] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 299/10.

[5] المطرزي، أبو الفتح ناصر الدين، المغرب في ترتيب المعرِب ، ت:محمود فاخوري، عبد المجيد مختار، ط1(1979م)، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، 476/1.

[6] نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط(1429هـ2008م)، دار القم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ص144.

العقد جميع المعقود عليه[1] فتفريق الصفقة هو"تفريق ما اشتراه في عقد واحد"[2].

و هو ما يعبر عنه الفقهاء تارة بـــ"تفريق الصفقة"و تارة بـــ"تبعيض الصفقة" وتارة بـــ"تجزؤ الصفقة" أو "تجزؤ البطلان"[3] و"تتفرّق الصّفقة بتفصيل الثّمن كأن يقول: بعتك هذا بكذا، وهذا بكذا، فيقبل الآخر، وبتعدّد المشتري، أو البائع، وبالجمع في صفقة بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه كخلّ، وخمر"[4].

و الصفقة قد يجمع فيها بين الحلال والحرام، أو بين الصحيح والفاسد، وذلك كأن يبيع ملكه وملك غيره، أو أن يبيع سلعتين في صفقة واحدة بثمن قدره كذا وخمر، ومن صورها أيضاً اجتماع العقود المختلفة الأحكام في عقد، فهل هذا يؤدي إلى بطلان الصفقة كلها، أم بتجزؤ البطلان فيبطل ما اشتمل على المحرم أو الفسادو يصح غيره ؟

هذا ومن أهم صورها في عقد البيع إذا كان في جزء منه صحيحاً، وفي الجزءالآخر باطلاً، كأن يبيع العصير والخمر صفقةً واحدةً، وكذلك بيع شاة ميتة وشاة مذكاة، ففي المذهب الحنفي تبطل الصفقة كلها إذا لم يسم لكل وحدة ثمنها عند أبي حنيفة والصاحبين، أما إذا عين لكل واحدة ثمنها فتبطل أيضا عند أبي حنيفةإذ الخمر والميتة ليسا بمال وما دام البيع صفقة واحدة فكأن

---

[1] النووي، المجموع، مصدر سابق، 379/9، نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية، مرجع سابق، ص144، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 112/8.

[2] البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 484/2.

[3] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص139، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 232/2، القرافي، الذخيرة، ت:محمد بو خبزة، ط1(1994م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 37/5، السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص108، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 112/8، نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية، مرجع سابق، ص144. ومحمد علي محمد بني طه، قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية، ط1(1430هـــ2010م)، دار النفائس، الأردن، ص189.

[4] الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، 88/13.

بيع المذبوحة كالمشروط في بيع غير المذبوحة فهو شرط فاسد مفسد للعقد، أما الصاحبان[1] فالبطلان عندهم يتجزأ وبالتالي فيصح العقد في المذكاة ويبطل في الميتة، إذ يقتصر الفساد على قدر المفسد خاصة وقد انفصلت الميتة عن المذكاة بتحديد الثمن[2] وإذا كان العقد في جزء منه صحيحاً، وفي الجزء الآخر موقوفاً، كالجمع بين ملكه وملك غيره، وباعهما صفقةً واحدةً، فإنّ البيع فيهما يصحّ لكن يكون لازما في ملكه، موقوفا في ملك الغير على إجازته، وهو مبنيّ عند الحنفيّة على قاعدة عدم جواز البيع بالحصّة ابتداءً، وجواز ذلك بقاءً [3].

و قد ذهب المالكية إلى أن الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً كشاتين إحداهما ميتة والأُخرى مذبوحة وعلما الحرام أو أحدهما فهي باطلة، أما إذا لم يعلما بذلك فعليهما رد الحرام وللمشتري أن يتمسك بالحلال بما نابه من الثمن إذا كان الحلال هو الغالب، أما إذا كان الحرام هو الغالب فللمشتري إما رد الجميع أو التمسك بالحلال مقابل دفع جميع الثمن[4]

أما إذا باع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويبقى ملك غيره موقوفا على إجازة المالك عند الحنفية والمالكية بناء على أصلهم في البيع الموقوف.

بينما ذهب الشافعية إلى أن تفريق الصفقة في الابتداء يصح فيما هو جائز بقسطه من الثمن، ويبطل فيما ليس بجائز، ولهم قول بالبطلان مطلقا وهو ما ذهب إليه الشافعي في الجديد، أما في الدوام وذلك بأن يجمع في الصفقة بين أشياء فيتلف بعضها قبل القبض، ففي هذه الحالة لا يفسخ

---

[1] هما أبويوسف ومحمد بن الحسن الشيباني. اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اعتناء: محمد بدر الدين أبو فارس، ط(د، ت)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ص248.

[2] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق3/13-4، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص114.

[3] خلافاًلزفر إذ عنده يبطل الجميع؛لأن العقد وقع على المجموع وهو لا يتجزأ.ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق3/13-4

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 15/3، ابن جزي، القوانين الفقهية، ط(د، ت)، دار الفكر، بيروت، ص223/1.

العقد، بل المشتري له الخيار إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه بقسطه من الثمن[1].

و ذهب الحنابلة إلى أنه إن جمع في العقد بين معلوم ومجهول في صفقة واحدة كأن يقول بعتك هذه الشاة وما في بطن الأخرى فإن العقد يبطل بلا خلاف عندهم، للجهالة إذ لا وجه لتفريق الصفقة هنا إذ المجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط[2]، أما إن أمكن تقسيم الثمن عليهما كدار مشتركة بينه وبين غيره فلهما في ذلك وجهان:

الأول: يصح فيما يملكه بما نابه من الثمن ويبطل فيما لا يملكه

الثاني: لا يصح هذا البيع؛ لأن الصفقة إذا جمعت الحلال والحرام يغلب الحرام؛ ولأن الصفقة إذا بطلت في جزء منها بطلت كلها لأنها مجموع لا يقبل التجزئة.

أما إن كان المبيعان مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء كخل وخمر فهنا يبطل فيما لا يصح بيعه، وهل يصح في الآخر في ذلك روايتان في المذهب بالجواز ومقابله عدم الجواز[3]

هذا والملاحظ أن المدار على مدى توفر المعلومية، فلذلك إذا كان الثمن يتقسط على أجزاء المبيع في العقد فالأصوب في هذه الحالة جواز تفريق الصفقة، أما إذا كان الثمن لا يتقسط على أجزاء المبيع فالأصوب عدم الجواز؛لأنها والحالة هذه من قبيل ما لا يقبل التجزئة إذ القاعدة أن الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كله[4]، وبالتالي ففساد بعض العقد مفسد للعقد كله.

---

[1] النووي، المجموع، مصدر سابق، 379/9-381، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 54/2.

[2] المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 316/4، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 162/4.

[3] المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 316/4، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 162/4، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 484/2.

[4] ينظر هذه القاعدة في:ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص162، البركتي، قواعد الفقه، مصدر سابق، 81/1، الزرقا، شرح القواعد، مرجع سابق، 320/1.

الباب الثاني

تطبيقات تصحيح وتحول العقد في الفقه الإسلامي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بعد أن عالجت في الباب الأول الجانب النظري للتصحيح من خلال تعريفه وبيان مشروعيته وضوابطه وبينت وجه ارتباطه بقواعد الشرع وأنه أحد مقاصد الشريعة يجدر بي في هذا الباب أن نشفع التنظير بالتطبيق خاصة وأن الموضوع له تطبيقات فقهية كثيرة مما يعني عدم الإحاطة به، لذا سأقتصر على بعض الأمثلة، وبُغية تسهيل ذلك فقد قسمته إلى فصلين هما:

الفصل الأول تطبيقات تصحيح العقد وتحوله في العقود البسيطة.

الفصل الثاني تطبيقات تصحيح وتحول العقد في العقود المركبة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول

تطبيقات تصحيح وتحول العقد في العقود البسيطة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

لتصحيح وتحول العقد تطبيقات فقهية كثيرة في مختلف العقود في الفقه الإسلامي وفي هذا الفصل أُشير لبعضها وذلك وفق الآتي:

المبحث الأول:تطبيقات تصحيح العقد

ويحتوي على المطالب الآتية:

المطلب الأول:تعيين الإجارة بالمدة والعمل

الإجارة الواردة على العمل، إما أن تُعين بالزمن، كاستئجار بنَّاء لمدة شهر، أو تُعين بالعمل كالاستئجار على خياطة ثوب، ففي الأولى للعامل الأُجرة إذا سلَّم نفسه للعمل وإن قل عمله أو لم يعمل أصلا.

لكن لو في تحديد الإجارة جمع بين الزمن والعمل، كأن يستأجر شخص آخر، قائلا له:استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في هذا اليوم، فهل يصح هذا التحديد؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين، هما:

القول الأول:يصح الجمع بينهما، وهو ما ذهب إليهالصاحبان من الحنفية، وقول في مذهب المالكية إذا تساوى الزمن والعمل[1]، والحنابلة في رواية[2]، ووجه ما ذهبوا إليه أن المعقود

---

[1]في المسألة نزاع داخل المذهب، أشار له خليل بقوله"و هل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقا خلاف"، المختصر، مصدر سابق، ص 211، " فقوله: "وتساويا" مفهومه: إن لم يتساويا يريد بأن كان أوسع فلا تفسد على القول الأول، ثم قال: "أو مطلقا" أي تفسد مطلقا سواء كان مساويا أم واسعا خلاف، والله أعلم." الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 527/7

وفي البيان"فإن كان الأمر في ذلك مشكلا فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، وإن كان لا إشكال في أن العمل يمكن تمامه قبل انقضاء الأجل فقد قيل إن ذلك جائز.....و المشهور أن ذلك لا يجوز". ابن رشد، الجد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، ت:أحمد الشرقاوي إقبال، محمد حجي، ط2(1408هـ1988م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 411/8-412.

[2]الكاساني، بدائع، الصنائع مصدر سابق، 185/4، التهانوي، إعلاء السنن، مصدر سابق، 7428/15، نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوىالهندية، المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام أبي حنيفة، ضبط، تص:عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ط1(1421هـ2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 477/4، ابن رشد، الجد، البيان والتحصيل، مصدر سابق 411/8،، القاضي عبد الوهاب،المعونة على مذهب عالم المدينة، ت: محمد حسن إسماعيل الشافعي،ط1

عليه هو العمل، وهو معلوم، وذكر الوقت إنما هو للتعجيل، لا لتعلُّق العقد به، وإنما المقصود هوالسرعة، وعليه فإذا فرغ العامل قبل انتهاء المدة لم يلزمه العمل في باقيها؛لأنه قام بما يلزمه قبل المدة، وإن مضت المدة قبل فراغه من العمل فيلزمه العمل بعدها، لأن المعقود عليه في الأصل هو العمل وهو لم يعمله بعد[1].

القول الثاني: لا يصح الجمع بين المدة والعمل، فإن جمع بينهما فسدت الإجارة، وهو قول أبي حنيفة والأصح عند الشافعية، والمشهور عند الحنابلة، وقول عند المالكية إذا كان الزمن أنقص من العمل[2]، وقد استدلوا بالآتي:

1- قالوا العقد على هذه الصفة يُؤدي إلى الغرر؛لأن العامل قد يفرغ من العمل قبل انتهاء المدة، فإذا عمل في باقيها فقد زاد على ما تم العقد عليه، وإن لم يعمل فقد ترك العمل في بعض المدة جاء في المغني" لأن الجمع بينهما يزيدها غررا لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة فإن استُعمِل في بقية المدة فقد زاد على ما وقع عليه العقد وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل

(1418هـ-1998م)، دار الكتب العلمية (بيروت) 99/2، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 12/4، ابن قدامة المغني، مصدر سابق8/6، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 93/3 وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 296/1.

[1] الكاساني، بدائع، الصنائع مصدر سابق، 185/4، التهانوي، إعلاء السنن، مصدر سابق، 7428/15، والقاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق 99/2، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 12/4، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق8/6، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 93/3.

[2] ابن رشد، الجد، البيان والتحصيل مصدر سابق، 411/8، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 12/4، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق8/6، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 93/3، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ت:زهير الشاويش، ط2(د، ت)، المكتب الإسلامي، بيروت، 416/1، البهوتي، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 292/7، الشربيني، مغني المحتاج، مصدرسابق، 438/2، العمراني، يحيـــى ابن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتناء: قاسم محمد النوري، ط1(1421ه-2000م)، دار المنهاج، بيروت لبنان، 304/7، وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 296/1، دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،ط2(1434ه)، مكتبة الملك فهد، الرياض، 284/14.

في بعض المدة وقد لا يفرغ من العمل في المدة فإن أتمه عمل في غير المدة وإن لم يعمله لم يأتِ بما وقع عليه العقد وهذا غرر أمكن التحرز عنه و لم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه"[1]

2- تصحيحها على هذا الوجه يؤدي إلى التناقض"لأنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طُولب بالعمل في بقية اليوم، أخل بشرط العمل، وإن لم يُطالب بالعمل أخل بشرط المدة"[2].

3- العقد بهذه الصفة يحتوي على الجهالة؛ والجهالة تُوجب فساد العقد؛"لأنه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه....و لا يُمكن الجمع بينهماكون كل واحد منهما معقودا عليه؛لأن حكمهما مختلف؛ لأن العمل على المدة يقتضي وُجوب الأجر من غير عمل لأنه يكون أجيراً خالصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل لأنه يصير أجيرا مشتركا"[3][4]

ويُمكن مناقشة هذا بأن المعقود عليه في الحقيقة هو العمل لا المدة. وعليه فلا جهالة في المسألة.

إن المتأمل في هذه المسألة يجد أن القائلين بتحريمها، اعتمدوا واستندوا على ما رأوه فيها من جهالة وغرر ومن المعلوم أن الغرر والجهالة من أهم أسباب فساد العقود، ولكن في حقيقة الأمر لو تعارف الناس على التعاقد بهذه الصفة فلا حرج فيها؛لأن الظاهر أن المدة يُقصد بها

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق8/6. وينظر مثله أيضا عند الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 185/4.

[2] تكملة المجموع، مصدر سابق 260/15، العمراني، البيان، مصدر سابق، 304/7.

[3] الأجير المشترك:هو الذي يعمل للمؤجر ولغيره كالبناء الذي يبني لكل أحد. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 295/1.

[4] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 185/4.

التعجيل، وبالتالي فإن تمَّ العمل في المدة المحددة فذاك، وإن لم يتم وقد مضت المدة طالبه بالعمل إن اختار إمضاء العقد، وإلا فُسخ العقد، لكن إن كان الفسخ من قِبل المؤجر فللعامل أجر مثله، وإن كان من العامل فلا أجر له، وبطبيعة الحال هذا إن كان الفسخ بعد العمل أما قبله فلا شيء فيه، فهذه المسألة يمكن تصحيحها باعتبارها جعالة؛"لأنه يُغتفر فيها ما لا يُغتفر في الإجارة فإذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل في باقيها كقضاء الدَّين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل فقط، كالمسلِم إذا صبر عند التعذر وإن فسخ قبل العمل سقط الأجر والعمل، وإن كان بعض عمل بعضه فإن كان الفسخ من الجاعل فللعامل أجر مثله، وإن كان من العامل فلا شيء له"[1].

و سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى مدى مقدار الجهالة والغرر في تحديد المنفعة بهذه الصفة فمن رآها تؤدي إلى جهالة فاحشة وغرر كثير حرمها، ومن رأى أنه لا جهالة ولا غرر في ذلك أو بأنه غرر يسير وجهالة لا تؤدي إلى النزاع وقد تعارف الناس على ذلك أجازها.

القول المختار:

بعد النظر في أدلة الفريقين نجد أن الرأي الأول هو الأقرب للصواب للآتي:

1-عدم ورود نص يحرم ذلك فوجب استصحاب الأصل في المعاملات وهو الجواز

2- فيه تيسير على الناس ورفق بهم وتلك غاية الشريعة من تشريع العقود.

3-أما مظنة ما تؤدي إليه من غرر وجهالة على التسليم بوجودهما فهما من اليسير المغتفر، كما أنها لا تؤدي إلى نزاع وخصومة لتعارف الناس على ذلك ورضاهم به وعليه فلا حرج فيه.

---

[1] البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 93/3.

المطلب الثاني:عقد البيع المشتمل على الربا

رأينا فيما سبق أن الباطل والفاسد عند الجمهور مترادفان ولا يفرقون بينهما إلا في مسائل معدودة لاعتبارات تطرقنا لها، أما الحنفية فيفرقون بين الباطل والفاسد كما سلف فالباطل ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، والفاسد ما شرع بأصله دون وصفه، ولاشك أن عقد البيع المشتمل على الربا هو من البيوع الفاسدة وِفق المنهج الحنفي والعلماء متفقون " على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت و لم تفُت بإحداث عقد فيها أو نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق أن حكمها الرد...: أن يرد البائع الثمن، والمشتري المثمون. واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بهبة، أو بيع، أو رهن، أو غير ذلك"[1]فهل يُصحح العقد إذا اشتمل على شرط يؤدي إلى الربا إذا أُزيل في مجلس العقد أم أنه باطل لا يجوز بحال وإذا لم يُفسخ فهل يُفيد الملك أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين هما:

القول الأول:يمكن تصحيح العقد إذا اشتمل على شرط يؤدي إلى الربا وهو مذهب الحنفية[2] فالعقد الربوي في المذهب الحنفي عقد فاسد لكن لو أُسقطت الزيادة ينقلب صحيحا، فعدم المماثلة في العقد الربوي يُؤدي إلى فساده، وتصحيحه يكون عن طريق زيادة النقص الموجود في العقد، أو عن طريق الأخذ من الزائد، وكذا لو كان في عقد الصرف تأجيل أو خيار فهو فاسد ولكن إذا أُزيل يصبح العقد صحيحا جاء في البدائع عند الكلام عن شروط المصارفة:"...و منها أن يكون خالياً عن شرط الخيار، فإن شُرط الخيار فيه لهما أو لأحدهما فسد الصرف؛لأن القبض في هذا العقد شرط بقائه على الصحة، وخيار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض، ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن تقابض ينقلب إلى الجواز "[3]و قد استدلوا بالآتي:

---

[1]ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق193/2.

[2]ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق 400/7

[3]الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 219/5، خِلافاً لزفر.

أولا–من السنة النبوية

استدلوا بحديث عائشة إذا اشترت بريرة واشترطت الولاء وأعتقتها، وقد أجاز النبي ﷺ العتق والبيع فاسد.

ونُوقش بأن حديث بريرة دل على أن[1] " الشرط إنما كان في العتق لا في البيع، على أنه ﷺ أراد بهذا الشرط إبطال الولاء لغير المُعْتِق لتقرُّر الشرط عليه، وإن كان مشروطاً فكان حكمه مخصوصا"[2].

ثانيا–من المعقول

1–قالوا نحن نقر بورود النهي عن هذا البيع، ولكن هنا يحمل على الوصف؛لوجهين" أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان، والثاني أن في الحمل على البيع نسخ المشروعية، وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ؛ لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود"[3].

2–إن البيع على هذه الصفة جائز بأصله من حيث أنه بيع، ممنوع بوصفه من حيث كونه ربا، وعليه فإذا أُسقِط الربا صحَّ العقد؛ لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، فإذا فسد العقد لوجود الربا، فيصح إذا زال؛"لأن النهي متى كان لمعنى في غير المنهى عنه فإنه لا يعدم المشروع"[4]." وبالتالي"فيثبت لأصل التصرف أصل الصحة ولكنها ناقصة، وأما الوصف وهو

---

[1] الجصاص، الفصول من علم الأصول، مصدر سابق، 181/2.

[2] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، 313/5.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 299/5-300.

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 23/13، وينظر أيضا:ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم، فتح الغفار شرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار، ط1(1422هـ-2001)، دار الكتب العلمية، بيروت، ص90، ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق423/6.

الزيادة الربوية وهي علة الفساد فيثبت لها الوصف العارض وهو النهي فيفسد الأصل دون الوصف"[1].

3-ليس من ضرورةانعدام الوصف انعدام الأصل بل من ضرورته انعقاد الأصل فالصفة لاتكون بدون الموصوف[2] لذا كان"الأصل السالم عن الخلل يُقابله أن الأصل في التصرفات الشرعية الصحة حتى يرد دليل على المنع فينسب لأصل التصرف الصحة ولكنها ناقصة، وأما الوصف وهو الزيادة الربوية وهي علة الفساد فينسب لها الوصف العارض وهو النهي فيفسد الوصف دون الأصل وهذه هي مرتبة الفساد التي يتعين القول بها دفعاً للمحاذير"[3].

والعقد بهذه الصفة لو أسقط الزيادة يصح، وكذا لو وهبه الزيادة إذ علة التحريم هي لو وقع العقد على هذه الزيادة على سبيل المعاوضة، ففي رد المحتار ما نصه:"ثم اعلم أن وجوب رد عينيه لو قائما فيما لو وقع العقد على الزائد، أما لو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم وزاده دانقا وهبه منه فإنه لا يفسد العقد"[4].

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى بطلان العقد، ولا بد من وجوب الرَّد[5]و قد استدلوا بأدلة منها:

---

[1]الدريني، بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، 285/1.

[2]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 24/13، وأصول السرخسي، مصدر سابق، 91/1.

[3]الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، 285/1.

[4]ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 400/7، النسفي، عبد الله بن أحمد، البحر الرائق، مصدر سابق، 210/6.

[5]ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 194/2 ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 290/4.

أولا- من القرآن الكريم

1-استدلوا بعموم الآيات الدالة على تحريم الربا، خاصة قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[1].

ووجه الاستدلال: أن الآية نص صريح في تحريم الربا، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه مما يقتضي رده[2].

2-قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ﴾[3].

ووجه الاستدلال من الآية واضح في أن من يتعاطى العقود الفاسدة يتوجه إليه هذا الوعيد مما يدل على أن المقبوض بعقد فاسد وجب أن لا ينفذ تصرفه فيه[4].

و نُوقِش بأن العقد المشتمل على الربا يجب فسخه مُسلَّم؛لأنه معصية لكن لو أُزيل سبب فساده كأن ألغيت الزيادة قبل العقد فيصح، وحتى لو قبض بإذن البائع يفيد الملك وإن كان ملكا خبيثا؛ لأن حقيقة البيع موجودة والخلل ناتج عن الوصف ليس إلا، والمكلف هنا قد جمع بين البيع وهو مشروع ولكنه اشتمل على وصف ممنوع فكان لكل حكمه وفي ذلك إعمال الأدلة كلها.ففيه العمل بدليل مشروعية البيع، وأيضا العمل بدليل النهي وهو الحرمة[5].

---

[1] سورة البقرة، الآية:275.

[2] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق 358/3.

[3] سورة البقرة، الآية:275.

[4] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، 358/3، الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق316/5.

[5] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 299/5-300، الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، 282/1

ثانيا– من السنة النبوية

1- عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: أُتي رسول الله ﷺ بتمر، فقال: ((ما هذا التمر من تمرنا)) فقال الرجل: يا رسول الله بعنا تمرنا صاعين بصاع من هذا، فقال رسول الله ﷺ ((هذا الربا، فردوه، ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا))[1].

وجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي ﷺ قضى ببطلان هذا البيع، فيجب فسخه و"هذا دليل على أن المقبوض ببيع فاسد يجب رده على بائعه وإذا رده استرد الثمن"[2] " كما فيه حجة على من قال" إن بيع الربا جائز بأصله من حيث هو بيع، ممنوع بوصفه من حيث هو ربا، فيسقط الربا ويصح البيع. ولو كان على ما ذكر لما فسخ النبي ﷺ هذه الصفقة، ولأمره برد الزيادة على الصاع ولصحح الصفقة في مقابلة الصاع"[3].

2-قول النبي ﷺ: (ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فردوه)[4].

ووجه الاستدلال: هذا الحديث واضح وصريح في أن مالم يقع فيه التقابض يجب رده؛لأنه ربا وفي هذا رد على من صحح العقد إذا تضمن الربا[5].

3- عن ابن عمر قال: ((كان عند النبي ﷺ أناس فدعا بلالا بتمر عنده، فجاء بتمر أنكره رسول الله ﷺ، فقال:ما هذا التمر؟ فقال التمر الذي كان عندنا أبدلنا صاعين بصاع، فقال: رد علينا تمرنا))[6].

---

[1] مسلم: في الصحيح، كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، حديث رقم: 1594، 1215/3.

[2] النووي، شرح مسلم، مصدر سابق، 22/11، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 290/4، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق 54/2، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 194/2، القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ت:موسى اسماعيل، ط1(1419هـ1998م)، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 280/5

[3] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، 358/3.

[4] البخاري: الجامع الصحيح، كتاب:الشركة، باب:الاشتراك في الذهب والفضة، برقم: 2365، 884/2.

[5] ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق135/5.

[6] أخرجه أحمد في المسند، برقم:6308، 144/2، وقال الأرنؤوط:"حسن"

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث صريح، في وجوب فسخ العقد إذا اشتمل على الربا؛مما يستلزم عدم تصحيحه.

وناقش الحنفية الاستدلال بهذه الأحاديث بأن العقد بهذه الصفة محرم ويجب فسخه حقا لله مسلم، ولكن لم يسلِّموا أنه غير موجود أصلا؛لأن البيع ثابت مشروع قطعا لأن حقيقته مبادلة مال بمال، وبالتالي فرغم اقترانه بالشرط الفاسد هو معتبر؛لأن " ما وضعه الشرع سببا لحكم إذا نهى عنه على وضع خاص ففُعِل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه، أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعاً للمعصية بالقدر الممكن وأُتِّم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بُوشر معه يثبت حكمه ويعصي به"[1].

وسبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى المسألة الأصولية هل النهي يقتضي الفساد في المعاملات مطلقا سواء تعلق بأصل العقد أم بوصفه أم لا بد من التفريق بين أصل العقد ووصفه، أو بعبارة أخرى هل النهي عن ركن من أركان العقد كالنهي عن وصف من أو صافه أم لا ؟ فالأصل أن الجمهور لا يفرقون بين أصل العقد ووصفه وبالتالي فإذا اشتمل العقد على الربا أو شرط فاسد فهو باطل ولا يمكن تصحيحه أما الحنفية فيجنحون إلى التفريق بينهمافالنهي الموجه للأصل يقتضي البطلان وأما النهي الموجه للوصف فيقتضي الفساد وبالتالي يمكن أن يصحح العقد بإزالته في مجلس العقد، وإذا لم يفسخ تترتب عليه آثاره.

فاشتمال العقد على الربا أو الشرط المفسد هو سبب الفساد عند الجمهور بما فيهم الحنفية، لكن الحنفية يجنحون إلى تصحيحه وذلك مقتضى العدل والحكمة وما تقتضيه الشريعة الرامية إلى تصحيح عقود المكلفين ما أمكن ذلك، وذلك ممكن هنا عن طريق إزالة الفساد، وإذا

---

[1] ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق42/6.

لم يُزل الفساد وفات العقد فلا سبيل أيضا إلا لتصحيحه وترتيب بعض آثاره؛لأن بفوته قد تترتب عليه أضرار تلحق أحد المتعاقدين أو غيرهما في حالة ما تعدى إلى الغير كأن يُباع إليه أو يوهب، ولا شك أن إزالة الضرر وجلب المصلحة مطلوبان شرعاً.

القول المختار

هذا ولا شك أن فيما ذهب إليه الحنفية على حد تعبير الدريني"توقياً من إبطال التصرف جملة، وذلك بإزالة سبب الفساد فيه إن كان لأمر خارج عن ذات التصرف، رعاية لمصالح المكلفين التي ما شُرع التصرف إلا وسيلة إلى تحصيلها، أو وبعبارة أُخرى إن التوقي من إبطال التصرف أصلاً ينبغي أن يُصار إليه وذلك بالتوفيق -إن أمكن- بين مقتضى النهي في ضوء متعلَّقه ومقصود الشارع منه من جهة، وبين أصل مشروعيته من جهة أُخرى"[1]، ولكن الذي أميل إليه هو الأخذ بما ذهب إليه الجمهور؛ لأن سبب الفساد الربا متعلق بالعقد من أساسه فلا وجه لتصحيحه إلا بتجديد العقد وهو ما دل عليه قول الرسول ﷺ لبلال [2]رضي الله عنه.

المطلب الثالث: الإجارة بلفظ البيع

لا إشكال في صحة انعقاد الإجارة باللفظ الصريح الموضوع لها كالاستئجار والكراء، كما أن جمهورهم الفقهاء على أنها تنعقد بكل ما يدل على تمليك المنفعة بعوض؛لأنها بيع والبيع ينعقد بكل ما يدل على الرضا [3]، لكنهم اختلفوا في مدى صحة انعقادها بلفظ البيع وذلك كأن يقول: بعتك منفعة هذه البيت أو هذه السيارة سنة مثلاً على قولين هما:

---

[1] الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق185/1.

[2] ينظر الحديث ووجه الاستدلال به في ص135.

[3] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 7/9، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 459/4،، الدردير، الشرح الصغير،مصدر سابق 7/4، خليل، المختصر، مصدر سابق، ص، 143، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 429/2، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 230/3، ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق218/1.

القول الأول: تنعقد الإجارة بلفظ البيع، وهو مذهب الجمهور[1]، وقول في المذهب الشافعي، غير أن الحنفية اشترطوا التوقيت" والأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وُجِد التوقيت"[2]، والحنابلة اشترطوا أن يُضاف العقد إلى المنفعة وكذا الشافعية فقد جاء في كشاف القناع بأنها تنعقد"بلفظ بيع أضافه إلى النفع نحو بعتك نفعها "[3] وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولا:من السنة النبوية:

1-عن جابر بن عبدالله: ((أن رسول الله ﷺ قال: من كان له فضل أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا تبيعوها، فقلت لسعيد ما قوله ولا تبيعوها ؟ يعني الكراء ؟ قال: نعم))[4].

وجه الاستدلال:الحديث صريح بل نص في صحة إطلاق لفظ البيع على الإجارة.

2-قوله ﷺ: ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه))[5].

وجه الاستدلال:دل الحديث على أن من نوى شيئا فهو له والواهب إذا استعمل لفظ البيع في الهبة اعتبرت بيعاً إذا العبرة بما نوى لا بما تلفظ به تغليباً للمعنى عن اللفظ.

ثانيا:من المعقول:

الألفاظ في حقيقة الأمر غير مقصودة لذاتها، وإنما هي وسيلة لفهم المعاني، فإذا أُلغيت المعاني واعتُبرت الألفاظ التي لا تُراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، وكيف يُقدَّم

---

[1] محمد نجيب المطيعي التكملة الثانية للمجموع، مصدر سابق، 257/15، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 230/3.

[2] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق،6/9.

[3] البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 230/3.

[4] مسلم: في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: الكراء، برقم: 1536، 1172/3.

[5] البخاري: في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله، برقم: 1، 6/1، مسلم: في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: الكراء، برقم: 1172/1536،3.

اعتبار اللفظ الذي قد ظهر أن المراد خلافه، إذ كيف تُقدَّم الوسيلة على الغاية" فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده والألفاظ لم تُقصد لذواتها وإنما هي أدلة يُستدل بها على مراد المتكلِّم فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له"[1].

القول الثاني: لا تنعقد الإجارة بلفظ البيع، وهو القول الأصح عند الشافعية، وقو ل مرجوح عند الحنفية، فقد جاء في حاشية ابن عابدين ما نصه:"لا تنعقد ببعت منفعتها؛لأن بيع المعدوم باطل"[2] وجاء عند الشافعية ما نصه" والأصح انعقادها بقوله: آجرتك منفعتها، ومنعها بقوله: بعتك منفعتها"[3].

وقد استدلوا بالآتي:

1-لفظ البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يُستعمل في المنافع، ولا يكون كناية فيها؛لأن لفظ البيع ينافي قوله إلى "سنة" فلا يكون صريحا ولا كناية.

2-لفظ الإجارة يُخالف لفظ البيع في الحكم والاسم، فلم تنعقد بلفظه كالنكاح[4].

و يمكن أن يُجاب بأن هذا قياس مع الفارق، فما أبعد النكاح عن البيع، والإجارة كما هو معلوم ما هي إلا نوع من أنواع البيع.

القول المختار:

بعد النظر في أدلة الفريقين، يظهر ويتضح –و الله أعلم- أن القول الأول هو الأقرب للصواب؛ للآتي:

---

[1] ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 218/1.

[2] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 7/9.

[3] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 429/2.

[4] العمراني، البيان،مصدر سابق295/7، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 429/2.

1-لا يُوجد دليل من الكتاب أو السنة يقيد انعقاد الإجارة بلفظ معين.

2-الأصل في الصيغة في العقود بصفة عامة عند أكثر الفقهاء أنها تنعقد بكل ما يدل عليها من لفظ أوتصرف أو عرف معمول به متعارف عليه.

3-العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني فإذا فُهِم من أَيِّ قول أو فعل ما يدل على تمليك المنفعة بعوض لمدة مؤقتة فهو إجارة تغليباً للمعنى على المبنى.

المطلب الرابع:اجتماع البيع مع غيره من العقود

ويتضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: اجتماع البيع مع القرض

اتفق العلماء على حرمة اجتماع البيع مع القرض في صفقة واحدة، إذا اشترط ذلك أحد المتعاقدين؛لقوله ﷺ: ((لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضمن، ولا بيع ما ليس عندك))[1] لذا فقد أجمعوا على " جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا"[2] "لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى الربا [3]"لأن المبيع المقارن للسلف قد يزيد في قيمته ويرغب فيه مشتريه لأجل ما يتسلفه من البائع فتصير الزيادة التي زادها على قيمته عوض

---

[1]أبو داوود، السنن، كتاب:البيوع، باب:في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم:3504، 305/2، الترمذي، السنن، كتاب:البيوع، باب:كراهية بيع ما ليس عندك، رقم:1234، 535/3.وقال:"حديث حسن صحيح"، الحاكم، فيالمستدرك، كتاب:البيوع، باب:، رقم:2185، 268/2. وصححه ووافقه الذهبي، وصححه الألباني، ينظر:صحيح الجامع الصغير، 152/3.

[2]القرافي، الفروق، مصدر سابق، 436/3، المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج 1، 376/2، وينظر أيضا: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 16/13، ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 141/3، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 329/6، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 2/، 42، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 334/29، البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة، ت:شعيب الأرناؤوط، محمد زهير الشاويش، ط2(1403هـ1983م)، المكتب الإسلامي، بيروت، 145/8.

[3]ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 141/3، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 162/2، البغوي، شرح السنة، مصدر سابق، 145/8.

السلف والسلف بزيادة ممنوع"[1] إضافة إلى تنافي حكميهما

وجدير بالذكر أن للسلف المنهي عنه في هذا الحديث تفسيران أحدهما القرض، والثاني السلم وصورة اجتماع القرض مع البيع أن يقول له:أُقرضك هذا المبلغ على أن تبيع لي سيارتك بكذا، وصورة اجتماع البيع مع السلم:أن يُسلم إليه في شيء ويقول له إذا لم يتهيأ المسلَم فيه عندك فهو بيع لك بثمن قدره كذا[2] على أن التنصيص على القرض لا يدل على جواز ما عداه من عقود التبرعات بل هي مثله في الحكم وكذا البيع يُقاس عليه غيره من عقود المعاوضات وهو ما وضحه ابن تيمية –رحمه الله– بجلاء عند تفسيره لمعنى هذا الحديث فقال: "فجماع معنى الحديث: ألا يجمع بين معاوضة وتبرع؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعًا مطلقًا فيصير جزءًا من العوض، فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض جمعا بين أمرين متنافيين "[3] وأشار إلى مثله ابن العربي–رحمه الله– في المسالك فقال"ويُركب على هذا الحديث أصل بديع عند المالكية وهو أن كل عقدين يتضادان وضعا ويتناقضان حكما، فإنه لا يجوز اجتماعهما أصله البيع والسلف فيركب عليه في جميع المسائل"[4]

فإذا اشتُرِط عقد البيع في عقد القرض فهل يصح العقد إذا حُذِف وزال الشرط أم لا؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين، هما:

القول الأول:ذهب الحنفية، والمالكية في الأشهر والشافعية[5] إلى أن العقد إذا حُذِف منه

---

[1] المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج1، 2/ 376-377.

[2] الشوكاني، نيل الأوطار، مصدر سابق، 425/5.

[3] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق62/29.

[4] ابن العربي،المسالك في شرح موطأ مالك،قرأة و تعليق:محمد بن الحسين السليماني،و عائشة بنت الحسين السليماني،ط1(1428هـ2007م)،دار الغرب الإسلامي،(بيروت)144/6

[5] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 219/5، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 418/6، النووي، روضة الطالبين، ت: أحمد عبد الموجود، علي محمد المعوض، ط(1423ه-2003م)، دار عالم الكتب، الرياض، 77/3-78، المازري، شرح التلقين، مصدرسابق، مج2،1/380، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 246/6،، الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 455/1.

الشرط وزال يَصِّح العقدو قد استدلوا بالآتي:

أولا–من السنة النبوية:

قوله ﷺ لعائشة في حديث بريرة((خُذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق)). ففعلت عائشة ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: (أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق))[1].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ، أبطل الشرط لا العقد وهذا يدل على صحة العقد مع وجود الشرط الفاسد إذا ألغي[2]

و نُوقش بأن اشترطي لهم معناه اشترطي عليهم؛لأن الاشتراط لهم يفسد العقد، ومحال أن يأمر ﷺ بالفاسد[3].

و أُجيب بأن هذا التأويل بعيد؛لأن اشترطي عليهم لا يصح؛لأن الولاء لهم بالعتق فلا حاجة إلى اشتراطه، وهم قد اشترطوا أن لا يبيعوا إلا بذلك فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه[4].

و رُدَّ: بأن الأمر هنا ليس على حقيقته، بل هو بمعنى التسوية، وذلك نظير قوله تعالى: ﴿ اصْلَوْهَا فَاصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا سَوَاءٌ عَلَيْكُمْ إِنَّمَا تُجْزَوْنَ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾[5] فيكون المعنى اشترطي أولا تشترطي،

---

[1] سبق تخريجه، ينظر، ص68

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق 309/4،القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة، مرجع سابق، ص339.

[3] ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق192/5.

[4] ابن حزم، المحلى،مصدر سابق، 97/8.

[5] سورة الطور، الآية:16.

وذلك يعضده"إنما الولاء لمن أعتق"[1].

ثانيا– من المعقول:

1– القصد من القرض هو الإرفاق، وإدخال البيع عليه يخرجه عن أصله، فإذا أُلغي البيع المشترط في القرض رجع القرض إلى أصله، فيصح.

2–علة الفساد هي وجود الشرط المفسد، وقد زال فيصح العقد لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

3–الشرط هنا لا يُوثر لأنه لا يودي إلى الغرر والجهالة، ولا فائدة فيه لمشترطه و لم يتعلق به حق لله تعالى، وإذا كان كذلك فبزواله يصح العقد[2]

ونوقش هذا بأنه مؤثر؛لأن الانتفاع بالسلف هو بعض الثمن فيكون زواله غير مصحح للعقد وهو الأصل في البيوع الفاسدة[3]

القول الثاني:ذهب المالكية في رواية أُخرى، والشافعية في الصحيح، ورواية عن الحنابلة[4] إلى بطلانه وعدم تصحيحه، وقد استدلوا، بما يأتي:

---

[1] ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 192/5.

[2] المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج1، 379/2.

[3] المصدر نفسه.

[4] المازري، شرح التلقين، مصدر سابق، مج1، 379/2 وفيه أن محمد بن عبد الحكم هو القائل بعدم تصحيحه، وذكر أن الأبهري ذهب إلى أن بعض المدنيين رواه عن مالك وقال الأبهري: " وهو القياس "، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 162/2، النووي، روضة الطالبين،مصدر سابق 77/3–78، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 54/2، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق 291/4، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 39/3،

أولا– من السنة النبوية:

1– قوله ﷺ: ((كل قرض جر منفعة فهو ربا))[1].

وجه الاستدلال: الحديث صريح في أن كل قرض جر منفعة، فهو ربا والنهي يقتضي البطلان كما هو مقرر في الأصول.

و قد يُناقَش بأن هذا الحديث ضعيف، والضعيف لا يُستدل به في إثبات الأحكام[1].

و على التسليم بصحته فهو يدل على فساد الشرط أما العقد فيبقى صحيحا عملا بحديث بريرة[2]، ولقوله تعالى ﴿ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾[3]، فقد أقرَّت هذه الآية رأس المال وأبطلت الزيادة المحرمة، مما يقتضي صحة العقد إذا زال المفسد وهو هنا اشتراط البيع في القرض[4].

ثانيا– من المعقول:

1–المقرض أقرض بشرط المنفعة، وإذا لم يسْلَم الشَّرط فيُستلزم أن لا يسْلَم العقد فبطل الجميع.

---

[1] رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث عليم رفوعا، كتاب: البيوع، باب:في القرض يجر المنفعة برقم:437 (486/1) الهيثمي:بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، ت:حسين أحمد صالح الباكري، ط 1 (1413هـ1992م) مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، (المدينة المنورة)، وأخرجهالبيهقي:السنن الكبرى، عن فضالة بن عبيد موقوفا بلفظ: (كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا)، كتاب:البيوع، باب:كل قرض جر منفعة فهوربا، برقم: 10715، 263/5، ت: محمد عبد القادر عطا ط(1414هـ1994م)، مكتبة دار الباز (مكة المكرمة).لكن فيإسناده سوار بن مصعب وهو متروك، ابن حجر:تلخيص، مصدر سابق، 80/3، وقال الشوكاني: "فيإسناده سوار بن مصعب، وهومتروك... وهم إمام الحرمين والغزالي فقالا: إنه صح. ولاخبرة لهما بهذا الفن".ينظر: نيلالأوطار، مصدر سابق، 262/5، وضعفه الألباني: إرواء الغليل، مرجع سابق، 235/5، لكن معناه صحيح وقد تلقته الأمة بالقبول، صديق حسن خان:الروضة الندية شرح الدرر البهية ط(د، ت)، دار المعرفة، 99/2.

[2] سبق تخريجه، ينظر ص68.

[3] سورة البقرة، الآية:279.

[4] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، 365/3.

و نُوقش بأن هذا مُسلَّم، لو كان الاشتراط في عقد معاوضة، أما في القرض فلا؛لأنه عقد إرفاق.

2-النهي يقتضي فساد المنهى عنه، وهذا البيع مما نهي عنه مما يقتضي بطلانه وعدم جواز تصحيحه بأيِّ وجه من الوجوه.

ويُمكن أن يُنَاقش بأن النهي يقتضي الفساد مسلَّم به ولكن إذا أُزيل سبب الفساد فإن العقد يصبح صحيحا.

3-اقتران البيع بالسلف يؤدي إلى جهالة الثمن والجهالة من أسباب فساد العقد، مما يقتضي بطلانه ووجوب فسخه لا تصحيحه.

و سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الخلاف في ماهية هذا الفساد هل هو معقول المعنى أم أنه غير معقول المعنى فمن رآه معقول المعنى ذهب إلى تصحيح العقد لزوال الشرط ومن رآه غير معقول المعنى ذهب إلى بطلان العقد وإن زال الشرط المفسد[1]

فالناظر في هذه المسألة يجدها لصيقة بموضوع تصحيح العقد؛وسبب الفساد فيها وجود هذا الشرط المفسد وهو اشتراط القرض في البيع لاختلاف حقيقتهما إذا البيع مبني على المماكسة والمشَّاحة والقرض مبني على الرفق والإحسان، فالجمع بينهما يؤدي إلى شبهة الربا، ولكن زوال الشرط المفسد كفيل بتصحيح هذا العقد؛لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع.

القول المختار:

بعد النظر في هذين القولين وأدلتهما نجد أن الأقرب للصواب هو القول الأول الذي مفاده تصحيح العقد لزوال الشرط، وذلك لما يأتي:

1-الشرط الفاسد هنا لا يُؤثر؛لأنه غير منعقد أصلا، فلا ينبغي إبطال الصحيح لمجرد مقارنته الباطل، وإنما يميز الحق من الباطل فيلغو الشرط الفاسد ويصح العقد.

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق2/162.

2-إن في الأخذ بهذا القول إرفاقاً بالمقترض، وهو مقصد من مقاصد الشريعة، ومراميها، كما فيه تصحيح للعقود بقدر الإمكان.

الفرع الثاني: اشتراط عقد معاوضة في عقد البيع

رأينا سابقا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز اشتراط عقد البيع في عقد القرض، أما اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر، كاشتراط الإجارة في البيع أو الشركة مثلا، فقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال، هي:

القول الأول:يرى أصحابه عدم جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر سواء كان البيع أو غيره، وهو قول الحنفية، والشافعية في الأشهر وهو المذهب عند الحنابلة[1].

وقد استدلوا بأدلة منها:

أولا-من السنة النبوية:

1- عن أبي هريرة ﷺ قال: ((نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة))[2].

وجه الاستدلال:دل الحديث على حرمة البيعتين في بيعة، ومن معانيها اشتراط عقد في عقد، والنهي يقتضي الفساد[3]فاستلزم بطلان اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر.

---

[1]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 16/13، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 410/6، الشافعي، الأم، مصدر سابق، 75/3، النووي، المجموع، مصدر سابق، 9/ 412، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 67/3، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 5/ 342، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 498/2، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 348/4.

[2]سبق تخريجه، ينظر ص 111

[3] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 410/6، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 16/13،، النووي، المجموع، مصدر سابق،338/9، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 42/2، العمراني، البيان، مصدر سابق، 148/5 ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 290/4، الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ومعه تجريد زوائد الغاية والشرح لحسن الشطي، ط(د، ت)، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، 574/3، الخطابي،أبوسليمان بن أحمد، معالم السنن،ط1(1351هـ-1932م)، المكتبة العلمية، 141/3،123.

و نُوقش بأن تفسير البيعتين في بيعة بهذا التفسير غير سديد؛لأن ذلك لا يؤدي إلى الربا[1].

و أُجيب بأن ذلك يؤدي إلى الربا، إذا الربا هو الفضل الخالي عن العوض[2].

و يُمكن رد هذا بأن اشتراط نحو السكن والخدمة وما شابههما في عقد البيع له ما يقابله من الثمن فلم يخلو عن عوض[3].

2- قوله ﷺ: ((لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضمن، ولا بيع ما ليس عندك))[4].

وجه الاستدلال:يدل الحديث على حرمة اجتماع القرض والبيع وهذا يستلزم حرمة اشتراط ذلك، فيُقاس على البيع غيره من عقود المعاوضات؛لأن المثيل له حكم مماثله[5].

و نُوقش هذا بأنه قياس غير معتبر؛لأنه قياس مع الفارق، إذ النهي عن اشتراط القرض في البيع لما فيه من الربا، ولا وجود لذلك في البيع مع البيع أو في البيع مع غيره من عقود المعاوضات، كما أنه يُتسامح في البيع ما لا يتسامح في القرض[6].

3-ما رُوي ((أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط))[7].

---

[1] العمراني،عبد الله بن محمد، العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية، ط1(1427هـ-2006م)، دار كنوز إشبيليا، الرياض،ص 102.

[2] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 109/12، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 410/6، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص103.

[3] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص103.

[4] سبق تخريجه ينظر ص 139

[5] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 290/4، الخطابي، معالم السنن، مصدر سابق، 123/3، 142

[6] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص 103.

[7] سبق تخريجه ينظر ص108.

وجه الاستدلال: والمنهي عنه في الحديث نكرة في سياق النهي فيعم، فيدخل فيه اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة[1].

و نُوقِش هذا بأن الحديث ضعيف فلا يجوز الاستدلال به، وعلى التسليم بصحته فإنه يُعارِض الأحاديث الدالة على جواز الاشتراط في البيع[2].

و رُدَّ بأن النهي عن البيع والشرط عام حاظر، والأحاديث الدالة على الاشتراط خاص مبيح وقد تعارضا فيقدم العام الحاظر على الخاص المبيح[3]

و أُجيب بأن ما ذهبتم إليه غير سديد وفيه ما فيه وهو جواب لا يدفع الإيراد، بل الخاص مقدم على العام، وهو الذي تؤيده الأدلة وفي إعمال العام إهمال للخاص بينما إعمال الخاص لا إهمال فيه للعام[4].

ثانيا–من المعقول:

وقد استدلوا من المعقول بأدلة منها:

1–الثمن في العقدين مجهول؛لأن البائع يلزم المشتري مع الثمن بيع ما لا يلزم وبالتالي فإسقاط الشرط يؤدي إلى جهالة بعض الثمن وجهالة الثمن تبطل العقد [5].

---

[1] الزيلعي، البحر الرائق، مصدر سابق، 139/6، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 351/5

[2] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص105.

[3] الزيلعي، البحر الرائق، مصدر سابق139/6.

[4] الآمدي، الإحكام، مصدر سابق، 264/4، الرازي، محمد بن عمر، فخر الدين، المحصول في علم الأصول، ت: طه جابر فياض العلواني، ط2(1412هـ1992م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 93/3، القرافي، الفروق، مصدر سابق، 338/1، الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ت:أحمد عزو عناية، ط1 (1419هـ1999م)، دار الكتاب العربي، بيروت، 268/2.

[5] الشافعي، الأم، مصدر سابق، الخطابي، معالم السنن، مصدر سابق، 123/3، 142، النووي، المجموع، مصدر سابق، 341/9، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص 103.

ونُوقش بأن الجهالة لا وجود لها؛ لانقسام العوض عليهما بالقيمة[1]

2- إسقاط الشرط يُفسد العقد؛لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط فإذا فات فات الرضى به[2].

و يمكن أن يُناقش هذا بأنه عند فوات الشرط له الخيار في الإمضاء أو الإلغاء[3].

3-لا يجوز اجتماع عقد معاوضة مع عقد معاوضة آخر قياسا على الشغار[4].

و نُوقِش بأنه قياس غير سديد فلا حجة فيه على المطلوب؛لأن:

ا- الشغار ورد النهي عنه نصا، ولم يرد نهي عن اجتماع عقود المعاوضات فوجب استصحاب الأصل وهو الإباحة.

ب- علة النهي في الشغار[5] خلو العقد من المهر وخلوه يفسد العقد، بخلاف المعاوضات.[6]

---

[1] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص105

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 290/4، وينظر:ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 153/2.

[3] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص 106.

[4] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 290/4.

[5] الشغار لغة من شغرت البلدة أي فرغت، واصطلاحا: هو أن ينكح الرجل وليته لرجل آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما، وسمي بذلك لخلوه من الصداق.ينظر، الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، 316/1، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق 57/2.و قد ورد النهي عنه في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ((أن النبي ﷺ نهى عن الشغار)).ينظر:البخاري، الجامع الصحيح، كتاب:النكاح، باب:الشغار، برقم:4822، 1966/5،مسلم، في صحيحه، كتاب:النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه، برقم:1415، 1034/2.

[6] ابن تيمية، العقود، مصدر سابق، 172، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص107.

القول الثاني:لا يجوز اشتراط عقود معينة، ويجوز ما عداها وهو مشهور مذهب المالكية[1]

قالوا وعلة التحريم تنافي أحكامها وتضادها، ولا شك أن تنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات جاء في الشرح الصغير:"(لا يجوز صرف مع بيع): أي اجتماعهما في عقد واحد كأن يشتري ثوباً بدينار على أن يدفع فيه دينارين ويأخذ صرف دينار دراهم، لتنافي أحكامهما لجواز الأجل والخيار في البيع دون الصرف، وكذا لا يجوز اجتماع البيع أو الصرف مع جُعل أو مُساقاة أو شركة أو نكاح أو قراض، ولا اجتماع اثنين منها في عقد"[2].

و جاء في البهجة ما نصه:"لايجوز اجتماع البيع مع واحد من هذه العقود الستة خلافاً لأشهب لتنافي أحكامها؛لأن حكم الصرف المناجزة، ويجوز في البيع التأخير والمناجزة، وإذا استُحقت السلعة المبيعة مع الصرف لم يجز التمسك بالصرف، ولا يجوز الخيار في الصرف، ويجوز في البيع ويجوز التصديق في البيع ولا يجوز في الصرف وأما الجُعل؛ فحكمه عدم اللزوم بخلاف البيع ولا يكون في الجُعل أجل بخلاف البيع والجُعل على الأمانة بخلاف البيع، ويجوز فيه الغرر المنفرد به بخلاف البيع، وأما النكاح؛ فعلة عدم اجتماعه أيضاً مع البيع أن النكاح على المكارمة والبيع على المكايسة، ويجوز أن لا يدخل بالمرأة إلى سنة لموجب من صغر ونحوه، ولا يجوز تأخير القبض في المبيع المعين الحاضر. وأما المساقاة فلأنه يجوز فيها الغرر دون البيع وفيها بيع التمرة قبل الطيب، ولا يجوز ذلك في البيع وهي مستثناة من الإجارة المجهولة والبيع أصل في نفسه. وأما الشركة؛ فلأنها على الأمانة ولا كذلك البيع، ويجوز فيه الأجل دون الشركة فلا تكون إلى أجل. وأما القراض؛ فلأنه على الأمانة دون البيع وهو مستثنى من الإجارة المجهولة

---

[1] ابن العربي، المسالك، مصدر سابق144/6 .

المسالك، مصدر سابق144/6، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 145/6، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 14/2.

[2]الدردير،، الشرح الصغير مصدر سابق، 53/3.

بخلاف البيع فهو أصل في نفسه. هذا معنى تنافي الأحكام، ووجه قول أشهب[1] بجواز اجتماع هذه العقود أنه لما جاز كل عقد على انفراده جاز مجتمعاً"[2].

و نُوقش هذا بأن التضاد المؤثر هو الذي يكون من جميع الوجوه، وبالتالي فإن المحظور هو الجمع بين عقدين مختلفين في الشروط والأحكام، مما يؤدي إلى التضاد في الآثار والموجبات، وهذا لا شك متحقق في حالة ما إذا كان العقدان على محل واحد وفي الوقت نفسه، كهبة عين وبيعها في الوقت نفسه، أما في حالة تعدد المحل فذلك غير موجود إذ لا تنافي ولا تضاد فيجوز الجمع من غير إشكال[3].

القول الثالث: يجوز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة، وهو قول أشهب من المالكية، ورواية عن الحنابلة اختارها ابن تيمية وابن القيم[4].

و قد استدلوا بأدلة منها:

أولا–من السنة النبوية:

1–قوله ﷺ: ((المسلمون على شروطهم))[5].

---

[1]هوأ شهب بن عبدالعزيز بن داود، القيسي العامري ولد سنة(145 هـ) كان فقيه مصر في عهده، وهومن أكبر أصحاب الإمام مالك، قالالشافعي: "ما أخرجت مصرأفقه من أشهب لولاطيش فيه". قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقبله. توفي –رحمه الله –بمصرسنة(204 هـ). القاضي عياض: ترتيب المدارك وتقريب المسالك، ت: أحمد بكير محمود، ط(د، ت)، دار مكتبة الحياة، (بيروت)، دار مكتبة الفكر، (ليبيا)، (447/1)، ابن مخلوف:شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت)مصدر سابق، ص59.

[2]الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 53/3، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 14/2

[3]نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، قراءة جديدة، ط1(1428هـ2007م)، دار القلم، دمشق، ص، العمراني،، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص 108.

[4]التسولي، البهجة، مصدر سابق، 14/2، الدردير، الشرح الصغير، مصدرسابق، 53/3، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 291/4، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 497/2، ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق 342/3.

[5]البخاري، تعليقا، الصحيح، كتاب:الإجارة، باب:أجر السمسرة، رقم:2273، 92/3، أبو داود، السنن، كتاب:الأقضية، باب:في الصلح، برقم:3594، 327/2، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب:النكاح، باب:الشروط في

ووجه الاستدلال:الحديث دل على وجوب الوفاء بما اتفق عليه المتعاقدان، من شروط بعمومه فيدخل فيه اشتراط عقد في عقد[1].

و نُوقِش بأن العموم مخصص بحديث ((ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط))[2] وعليه فليس كل شرط معتبر وإنما الحديث "...أثبت أحكام الشروط إذا جاء النص بها ودل الكتاب عليها"[3].

وأُجيب:بأن هذا التخصيص غير مسلم، لأن معنى ليس في كتاب الله يحتمل عدة تفسيرات، إذ يحتمل ما كان مخالفاً لحكم الله، ويحتمل ما لم يرد فيه نص، والاحتمال يَضُرُّ بالاستدلال

2- عن جابر بن عبد الله ﷺ ((أنه كان يسير على جمل له قد أعيا[4] فأراد أن يسيبه قال فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيرا لم يسر مثله قال: بعنيه بوقية قلت: لا. ثم قال: بعنيه، فبعته بوقية واستثنيت عليه حُملانه إلى أهلي فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه ثم

النكاح، برقم:14819، 248/7، الترمذي، في سننه كتاب:، باب: ماذكر في الصلح بين الناس، برقم:1352، 634/3، بلفظ ((الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)) وقال:"حديث حسن صحيح"، الحاكم، في المستدرك، كتاب:البيوع، برقم:2310، 52/2، وقد تكلم في سند هذا الحديث لضعف كثير بن زيد في اللفظ الأول، وأما الترمذي فقد رواه عن كثير، وكثير فيه كلام كثير. ينظر:ابن حجر، تهذيب التهذيب، الزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، 147/4، الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، ت:علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1(1416ه1995م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 492/5-493، ولكن صححه السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، ينظر:المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، ط(د، ت)، دار الكتاب العربي، بيروت، 607/1، وصححه الألباني، ينظر:الإرواء، مرجع سابق، 152/5.

[1] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص109.

[2] سبق تخريجه ينظر: ص68

[3] الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 791/5، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص110، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق 164/8.

[4] أعيا: أي تعب. ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 315/5.

رجعت فأرسل في أثرى فقال: أتُراني ماكستك[1] لآخذ جملك خذ جملك ودراهمك فهو لك))[2].

وجه الاستدلال: جابر ﷺ اشترط ركوب الدابة، وهذا شرط للإجارة في البيع مما يدل على جواز اشتراط عقد في عقد[3].

و نُوقِش: بأن الشرط لم يكن في العقد بل بعده وتسميته شرطاً مجاز، وبالتالي لا يضر؛ لأن المضر هو اشتراطه في نفس العقد[4].

و أُجيب بأن من رواه بصيغة الاشتراط في العقد، أكثر ممن لم يروِ ذلك، فيُرجح ذلك؛ إذ من المرجحات عند التعارض الكثرة كما هو مقرر في الأصول[5].

ونُوقِش أيضا بأن النبي ﷺ لم يرد حقيقة البيع، وإنما أراد أن يتبرع عليه وذلك لحسن الصحبة والعشرة في السفر يدل على ذلك أن بعض رواياته فيها "فأفقرني[6]"، وإذا كان الأمر كذلك فلا حجة فيه[7].

و أُجيب بأن ظاهر الحديث يدل على ذلك إذ فيه "بعنيه"، والأصل في الألفاظ استعمالها

---

[1] المماكسة: هي المكالمة أو المفاوضة في النقص من الثمن. النووي، شرح مسلم، 32/11.

[2] متفق عليه، أخرجه البخاري: الجامع الصحيح، كتاب:الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة، برقم:6925، 968/2، ومسلم: في الصحيح، كتاب البيوع، باب:بيع البعير واستثناء ركوبه، برقم:4182، 51/5.

[3] ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص112.

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 14/13، التهانوي، إعلاء السنن، مصدر سابق، 5990/12، النووي، شرح صحيح مسلم، 30/11، ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق319/5، الطحاوي، شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد أبو جعفر، ط(د، ت)، دار الكتب العلمية، 42/4، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص112

[5] ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق 319/5.

[6] الإفقار: إعارة الظهر للركوب.الزمخشري، الفائق، مصدر سابق، 44/3.

[7] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق14/13، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 92/6، النووي، شرح صحيح مسلم، 31/11الخطابي، معالم السنن، مصدر سابق، 144/3، الطحاوي شرح معاني الآثار، مصدر سابق، 42/4 التهانوي، إعلاء السنن، مصدر سابق، 5990/12.

فيما وُضعت له.ومخالِف الأصل عليه بالدليل[1].

ثانيا– من فعل الصحابة:

ثبت أن صُهيباً ﷺ باع داره من عثمان، واشترط سكناها كذا وكذا.[2]

وجه الاستدلال: ما فعله صهيب هو شرط عقد الإجارة في عقد البيع، ولم يُنكَر عليه ذلك أحد من الصحابة فدل على الجواز[3].

ثالثا– من المعقول:

1-الأصل في العقود والشروط الإباحة، ولا يحرم منها إلا ما ورد فيه دليل، واشتراط اجتماع عقد معاوضة في عقد معاوضة من هذا القبيل، فيبقى على الأصل، وهو الإباحة.

و نُوقِش بأن اجتماع عقد معاوضة في عقد معاوضة قد ورد النهي عنه، للنهي عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وشرط، كما أنه مشمول بعموم النهي عن الربا[4].

و أُجيب بأن ما فُسِّر به بيعتين في بيعة بعيد؛لأنها لا تؤدي إلى الحرام، أما حديث النهي عن بيع وشرط فهو ضعيف فلا حجة فيه[5].

2- قالوا العقد اشتمل على أمرين كل منهما جائز على انفراده، فلا يمنع اجتماعهما[6].

و نُوقش بأن القرض والبيع أيضا كلاهما جائز على انفراده ولكن مُنِع اجتماعهما[7].

---

[1] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص112.

[2] ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يبيع داره ويشترط فيها سكنى، 23466، 248/7، وأورده ابن حزم.المحلى، مصدر سابق، 420/8.

[3] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص115.

[4] المرجع نفسه، ص109.

[5] المرجع نفسه

[6] التسولي، البهجة، مصدر سابق، 14/2، الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق53/3.

[7] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص116.

القول المختار

فالناظر في هذه المسألة يجد أن من لم يجز هذه المسألة رأى أنها بهذه الصفة تشتمل على جهالة مؤثرة في الثمن والجهالة كما مر من أهم أسباب فساد العقد، وجهالته تفسد العقد، لكن المجيزين رأوا أن العقد بهذه الصفة لا جهالة فيه وعلى التسليم بوجودها فهي جهالة يسيرة فتُغتفر؛ لأنها لا تؤدي إلى النزاع والمخاصمة، وبالتالي فما دام الأمر كذلك ولا يؤدي إلى محظور فالعقد صحيح لا إشكال فيه.

وعليه فالأقرب للصواب في هذه المسألة هو رأي المجيزين، للآتي:

1-الأصل في العقود الإباحة فوجب استصحابه إلا لمانع ولا مانع شرعي من هذا العقد.

2-العقد إذا لم يرد في شأنه نص خاص النظر فيه يكون بالاحتكام للضوابط العامة الحاكمة للعقود، فكل عقد لا يخالفها أو يناقضها فهو جائز.

3- إن في الأخذ بهذا القول تيسيراً عن الناس ورفعاً للحرج عنهم وذلك مقصد شرعي معتبر خاصة في المعاملات التي الأصل فيها النظر إلى مصالح المكلفين والالتفات إليها.

المطلب الخامس:الإجارة ببعض ما يعمله العامل

وصورتها أن يتفق العاقدان على أن يكون الأجر بعض ما ينتج عن عمل الأجير، كأن يكون الأجر ما ينتج عن الشاة بعد ذبحها، أو ما ينتج عن العمل بالآلة، وهذه المعاملات منتشرة في عصرنا ومنها ما هو شائع بين أصحاب سيارات الأُجرة، إذ صاحب السيارة يدفعها لمن يعمل بها على أن له الثلث أو الربع أو النصف مما نتج عنها، أو العمل في محل تجاري بنسبة من الربح ومعلوم أن الإجارة يُشترط فيها العلم بالأُجرة، فهل تحديد الأُجرة بهذه الصفة يؤدي إلى جهالة فاحشة مؤثرة في العقد أم لا؟

إن المتأمل في هذه المسألة، يجد أن الأُجرة مجهولة المقدار نوعا ما، والجهالة كما أسلفنا تُفسد عقد الإجارة؛لذا فقد اختلف العلماء في هذه المسألة، وسبب الخلاف، يرجع إلى مدى

تأثير هذه الصفة في العقد فمن رآها مؤدية إلى الجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع والغرر حرمها، ومن رآها غير مؤدية إلى ذلك، أو سلم بكونها مؤثرة ولكن نظرا لحاجة الناس وفساد الزمان أجازها لما فيها من الرفق، وفي الـــآتي أقوالهم وأدلتهم:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين، هما:

القول الأول: ذهب الحنفية، والمالكية في المشهور، والشافعية والحنابلة في رواية[1]، إلى عدم جواز كون الأُجرة، مما عمل فيه الأجير حتى لو كان هذا الجزء معلوما.

و قد استدلوا، بالآتي:

أولا–من السنة النبوية:

1–قوله ﷺ: ((من استأجر أجيرا فليُعلِمه أجره))[2].

وجه الاستدلال: دل الحديث على وجوب معرفة الأُجرة معرفة دقيقة منعاً للجهالة والتنازع والغرر، وكون الأُجرة مما يعمله العامل فيه من الغرر والجهالة ما يُفسد العقد[3].

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 192/4، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق41/8، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 228/4، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق454/5، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق 251/4، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق 431/2، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق516/7، ابن رشد، البيان والتحصيل، مصدر سابق، 488/8 وما بعدها.

[2] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب:الإجارة، باب: لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة، برقم:11985، 120/6، وهذا الحديث في بعض طرقه انقطاع وفي بعضها إرسال.الزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، 131/4، ابن الملقن، سراج الدين عمر بن علي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثارالواردة في الشرح الكبير، ت:مصطفى أبو الغيط،و آخرون ط1(1425هـــ2004م)، دار الهجرة، السعودية، 38/7.ينظر: الإرواء، 311/5.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 192/4، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 41/8، مالك، المدونة، مصدر، سابق، 420/3 الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 516/7، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 229/2، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 431/2، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 251/4، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 228/4،، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 15/4، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 225/2.

ويُمكن أن يُناقش بأن هذا الحديث فيه مقال، ففي بعض طرقه إرسال وفي بعضها الآخر انقطاع[1].

و أُجيب:بأن ذلك لا يضر؛لأن المرسل[2]يحتج به[3].

2-عن ابن عمر رضي الله عنهما ((أن النبي ﷺ نهى عن عَسْب[4] الفَحْل))[5].

وجه الاستدلال:يدل الحديث على منع كراء ضِراب الفحل، وما ذلك إلا لما فيه من الجهالة والغرر إذلا يدري هل ينفع أم لا، ولا تجوز إجارة المجهول [6] فكل ما شابهه لا يجوز ومنه الإجارة على أن الأُجرة، مما عمل فيه الأجير.

3-ما رُوي عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ ((نهى عن عَسْب الفَحْل وعن قَفِيز[7] الطحان))[8].

---

[1]ينظر فيما قيل فيه في:الزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، 131/4، ابن الملقن، البدر المنير، مصدر سابق، 7/ 38، الألباني، الإرواء، مصدر سابق، 311/5.

[2]المرسل: هو الحديث الذي سقط الصحابي من إسناده.الذهبي،شمس الدين محمد، الموقظة في علم مصطلح الحديث، ت:علي بن أحمد الرازحي، ط1(1428هـ-207م)، مكتبة ابن تيمية، صنعاء، ص41.

[3]التهانوي، إعلاء السنن، مصدر سابق، 7429/15.

[4]عَسْب الفحل: بفتح العين وسكون السين ماؤه، والفحل الذكر من كل حيوان فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما. ابن الأثير: النهايةفي غريب الحديث والأثر، ت: طاهرأحمدالزاوى، محمودمحمدالطناحي، ط (1399هـ- 1979م)المكتبةالعلمية، (بيروت)، 464/3.ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق379/4.

[5]البخاري، الجامع الصحيح، كتاب:الإجارة، باب:عسب الفحل، برقم:2164، 797/2.

[6]ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 379/4، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 192/4، نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 502/4.

[7] القفيز مكيال يصطلح الناس عليه، وهو يساوي 24،480 كيلو غرام تقريبا.ابن الأثير، النهاية، مصدر سابق، 4/ 138، جمعة، المكاييل، مرجع سابق، ص39-40.

[8]الدارقطني، السنن، كتاب:البيوع، رقم:195، 47/3، البيهقي، السنن، كتاب:البيوع، باب:النهي عن عسب الفحل، رقم:10636، 339/5، وهذا الحديث في إسناده ضعف.ابنحجر، الدراية في تخريج أحاديث البداية، تـ:عبد الله هاشم اليماني، ط(د، ت)، دار المعرفة، بيروت، 190/2، ولكن صححه الألباني.ينظر: صحيح وضعيف الجامع الصغير، رقم6967، 100/2.

وجه الاستدلال: دل هذا الحديث صراحة على حرمة استئجار الطحان، لطحن الحنطة بقفيز منهاو هذا يدل على أنه لا يجوز أن تكون الأُجرة بعض المعمول بعد العمل؛لأنها في معنى قفيز الطحان وقد نُهي عنه[1].

و نُوقش بأن هذا الحديث لا حجة فيه لضعفه؛ لأنه" باطل لا أصل له وليس هو في شيء من كتب الحديث المعتمدة ولا رواه إمام من الأئمة والمدينة النبوية لم يكن بها طحان يطحن بالأُجرة ولا خباز يخبز بالأُجرة. وأيضا فأهل المدينة لم يكن لهم على عهد النبي ﷺ مكيال يسمى القفيز وإنما حدث هذا المكيال لما فُتِحت العراق "[2]

4- عن علي ﷺ قال:((أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بُدْنِه[3] وأن أتَصَدَّقَ بِلَحمها وجُلودِها وأَجِلَّتِها[4] وأن لا أُعطي الجزَّار منها وقال ونحن نعطيه من عندنا))[5]

وجه الاستدلال: وفيه دليل على أنه لا يُعطى الجزار أجرة الجزارة من لحم الهدي أو الأضحية[6]، فيقاس عليه غيره

و يُمكن أن يناقش هذا بأنه خاص بالهدي والأضحية إذ لا تجوز المعاوضة بها أو بأجزائها.

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 192/4، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 41/8، أحمد بن قودر شمس الدين، تكملة فتح القدير، (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، 108/9، العيني، بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ضـــ:عبد الله محمود محمد عمر، ط1(1421هـــ2001م)، دار الكتب العلمية، بيروت 235/12، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 225/2، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 251/4، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 431/2، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 13/6،، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 15/4.

[2] ابن تيمية، مجوع الفتاوى، مصدر سابق113/30.

[3] تطلق لغة على الأنثى والذكر من الإبل أو البقر أو الغنم ولكن يُقصد بها في الغالب الإبل. الفيومي، المصباح، مصدر سابق، ص 39، النووي، شرح مسلم، مصدر سابق، 340/17 .

[4] الجِلال: جمع جُل وهو كساء يوضع على ظهر الإبل خاصة.العيني، عمدة القاري، مصدر سابق، 63/10.

[5] البخاري، الجامع الصحيح، كتاب:الحج، باب:لا يعطى الجزار من الهدي شيئاً، برقم: 1630، 613/2، مسلم في صحيحه واللفظ له، كتاب:الحج، باب:في الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها، برقم:1317، 954/2.

[6] العيني، عمدة القاري، مصدر سابق 76/10.

ثانيا–من المعقول:

1- التعاقد على هذه الصفة لا يجوز؛لما فيه من الغرر والعجز عن التسليم، والجهالة المفضية إلى النزاع، فلو هلك محل العمل ضاع على الأجير أجره[1]

ونُوقش هذا بأن العقد على هذه الصفة لا غرر فيه ولا جهالة بل هو نظير المضاربة فلا إشكال في جوازه، بل هو أولى من ذلك إذ في المضاربة قد لا يربح فيذهب عمله هباء أَمَّا هنا فيحصل على بعض ما عمل كأن يكون زيتونا يعصره فيحصل على بعضه فيكون شريكا للمالك فأين الغرر وأين الجهالة؟[2]

2- من المسلم به أن الربح تابع للضمان والعقد بهذه الصفة يجعل الأجير مشاركا في الربح وهو لاضمان عليه وهذا ممنوع شرعا[3]

القول الثاني:ذهب بعض المالكية[4] والظاهرية، والحنابلة في رواية، وبعض المتأخرين من الحنفية[5]إلى الجواز إن وصفه وقدره.

---

[1]الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 192/4، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 41/8،، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 516/7، ابن رشد، البيان والتحصيل، مصدر سابق، 488/8 وما بعدها، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 251/4، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 431/2، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 228/4، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 454/5.

[2] ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 408/2.

[3] الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، فتاوى المعاملات الشائعة، ط2(1423هـ2003م)، دار السلام، للنشر والتوزيع، مصر، ص28.

[4]كابن لب وابن سراج وابن عاصم فقد أجاز ابن سراج تبعاً لشيخه ابن لب إجارة السفينة بجزء مما تحمله، وخدمة الجباح بجزء من غلتها مستنداً على أصل مالك في جواز المصلحة الحاجية الكلية ووافقه على ذلك ابن عاصم واستحسنه الونشريسي.ينظر:ابن سراج، محمد بن محمد، فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج، ت:محمد أبو الأجفان، ط2 (1427هـ2006م)، دار ابن حزم، بيروت، ص198و201، الونشريسي، المعيار، مصدر سابق، 193/8، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 299/2.

[5] ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 41/8، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 502/4، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 225/2، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 454/5، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 111/30.

و قد استدلوا بالآتي:

أولا-من السنة النبوية

1-عن ابن عمر رضي الله عنهما ((أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع))[1].

وجه الاستدلال:الحديث صريح في جواز المعاملة بالجزء المعلوم كالنصف وغيره، مما يقتضي صحة انعقاد الإجارة ببعض ما ينتج عن العمل[2].

ثانيا-من المعقول:

1-العين المستأجرة في هذه الحالة يُنميها العمل؛ فلذا صحَّ العقد عليها ببعض ما ينتج عنها قياسا على الشجر في المساقاة والأرض في المزارعة[3].

2-في جعل عقد الإجارة على هذه الصفة نفع لكلا المتعاقدين؛لأن العامل أو الأجير إذا علم مثلاً أن له نصف الناتج أو ثلثه سيعمل ليحقق أكثر ربح حتى يكون الأجر أوفر، أما لو حُدِّد له أجر معين من البداية ربما أدى به ذلك إلى الكسل والتهاون وفي الأخير الأُجرة مضمونة مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر والشرع لا ضرر فيه ولا ضرار.

القول المختار:

بعد النظر في أدلة الفريقين نجد أن الأقرب للصواب -والله أعلم- هو القول بالجواز للآتي:

1-لقوة أدلتهم إذ ثبت ذلك في المزارعة وهذه المسألة شبيهة بها.

---

[1] مسلم: في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر، برقم: 4044، 26/5.

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق118/5.

[3] المصدر نفسه، 13/6.

2-أن في الأخذ بهذا القول تمشياً مع روح الشريعة الداعية إلى التيسير ورفع الحرج عن المكلفين.

3-أن الجهالة هنا لا تفضي للمنازعة؛إذ تحديد النصف أو الربع أوغيره فيه تحديد للأُجرة.

4-إن في الأخذ بهذا القول مراعاة لفساد الزمان؛لأن بعض العمال إذا كانت الأُجرة محددة ربما تهاون في العمل مما يلحق الضرر بالمؤجر، وبالتالي فجعل الأُجرة من ضِمن الناتج تجعل العامل يجتهد ليحصل أكثر حتى يربح أكثر.

المطلب السادس: المشاركة بالعُروض[1]

من بين الشروط التي اتفق الفقهاء عليها في الشركة معلومية الربح[2]؛لأن الجهل بذلك يؤدي إلى المنازعة وبالتالي يفسد العقدلذا فقد اتفقوا على جواز الشركة بالنقود، ولكن ماذا لو كان رأس المال من العروض هل تجوز الشركة بذلك أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة ويُمكن إجمال اختلافهم في قولين هما:

القول الأول:ذهب أصحابه إلى تحريم الشركة بالعروض مطلقا سواء أكانت قيمية أم مثلية وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة والمشهور عند الحنابلة وأكثر الشافعية[3]، وقد استدلوا على ذلك بالآتي:

1-((أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يُضمن))[4].

---

[1] العروض: هو ما عدا النقود كالمتاع والقماش.أبو جيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص247.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 59/6، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 165/6، ابن قدامة، المغني، 124/5، ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق399/1، ابن رشد، بدية المجتهد، 253/2، القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، 141/2.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 59/6، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 157/6، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 474/6، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 191/3، ابن ضويان، منار السبيل، مصدر سابق، 398/1.

[4] سبق تخريجه ينظر ص 139.

وجه الاستدلال: أن الحديث نَصّ في تحريم كل ربح لم يُضمن وكون الشركة بالعروض يؤدي إلى ذلك؛لأنه لو باع كل منهما رأس ماله فعند تفاصل الثمنين فإن ما يستحقه الآخر من الزيادة في مال صاحبه يكون من ربح ما لم يُضمن، وإذا تلف مال أحدهما كان من نصيب مالكه وليس من مال الشركة، ولا وجود لهذا في الشركة بالنقود؛لأن ضمانها من مال الشركة وربحها من ربح ما يُضمن؛ لأنها لا تتعين بالتعيين[1].

ونُوقِش هذا بأن الضمان في الشركة يثبت بمجرد العقد إذ مقتضى الشركة ثبوت الملك لكل منهما في نصف مال صاحبه، فينبغي أن يكون الغرم بالغنم والخراج بالضمان.

2- الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة إلى رأس المال أو ما يماثله والعروض لا مثيل لها، كما أن قيمتها مجهولة إذ لا تعرف إلا بالظن وذلك يؤدي إلى جهالة الربح المفضي للتراع[2].

ونُوقش هذا بأن الجهالة التي تجعلكم تحرمون العقد بهذه الصفة يرفعها ويدفعها التقويم فالشركة لا تتم إلا بعد تقويم العروض وبعد الاتفاق على القيمة تصبح هي محل الشركة، وما يحدث للعروض من زيادة أو نقصان بعد التقويم يكون من نصيب الشريكين والضمان عليهما.

3-الشركة أساسها الوكالة وهي لا تصح بالعروض فتكون الشركة مثلها.[3]

و نُوقِش بأنه عند تقويم العروض فإنها تصبح ملكا للشركة ومنه يجوز للشريك التصرف فيها في نصيبه أصالة، وفي نصيب شريكه وكالة ويكون الغنم لهما والغرم عليهما.

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 59/6، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 125/5، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 474/6.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 59/6، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 125/5، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 474/6.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 59/6.

القول الثاني: جواز الشركة بالعروض بشرط أن تكون قيمتها المتفق عليها يوم العقد هي رأس مال الشركة، وهو المذهب عند المالكية ورواية عند الحنابلة رجحها ابن تيمية[1]، وقد استدلوا بالآتي:

أولا–من القرآن:

قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[2]

وجه الاستدلال: والشركة بالعروض عقد من العقود فهي جائزة داخلة في هذا العموم[3]

1–الأصل في العقود:فالأصل في المعاملات الإباحة والإذن إلا لدليل، ولا دليل على منع الشركة بالعروض، فوجب استصحاب الأصل وهو الجواز.

2–الغرر والجهالة لا وجود لها في الشركة بالعروض؛لأن تقويمها من أهل الخبرة وقت العقد يجعلها بمثابة النقود، وبالتالي يكون رأس مال الشركة معلوما وهو قيمة العروض[4].

3–المقصود من الشركة هو جواز التصرف من الشريكين في المالين جميعا وأن يكون الربح بينهما وهذا متحقق في العروض أيضاً[5].

وسبب الخلاف هو هل كون رأس الشركة عروضاً يؤدي إلى الجهالة أم لا، فمن رآها تؤدي إلى ذلك منعها مطلقا، ومن رأى أن التقويم يزيل ذلك أجازها.

---

[1] مالك، المدونة، مصدر سابق، 607/3الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 349/3، الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 459/3، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 125/5، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 91/30، ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 396/3.

[2] سورة المائدة، الآية:1

[3] القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تعليق وتخريج:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1(1429هـ–2008م)، دار ابن القيم، السعودية، ودار ابن عفان، مصر،66/3

[4] ابن قدامة المغني، مصدر سابق125/5.

[5] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق، 66/3، ابن قدامة المغني، مصدر سابق، 125/5.

فالناظر في هذا العقد يجد أن وجه الفساد هنا هو كون العروض تؤدي إلى الجهالة والغرر، وذلك مفسد لعقد الشركة إذ من شروط صحتها أن يكون رأس المال معلوماً، ولكن هذا العقد يزول فساده برفع هذه الجهالة وذلك ممكن عن طريق تقويم العروض وبالتالي يُصَّحح العقد؛لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع.

القول المختار:

عند النظر والتأمل في أدلة الفريقين نجد أن الأقرب للصواب –والله أعلم- هو جواز الشركة بالعروض للآتي:

1-عدم ورود نص يحرم المسألة فتبقى على الأصل العام وهو الإباحة.

2-ضعف أدلة المحرمين؛ولأن الجهالة التي ادعوها في الشركة بالعروض يزيلها التقويم.

3-هذا القول فيه تحقيق لمقاصد الشريعة الرامية إلى تشريع ما يحتاج الناس إليه من عقود تحقيقاً لمصالحهم ودفعا للحرج عنهم ومن ذلك المشاركة بالعروض.

المطلب السابع:المضاربة بالعروض

اتفق الفقهاء على جواز أن يكون رأس المال في المضاربة من النقود، بل أجمعوا على ذلك جاء في المحلى" والقراض إنما هو بالدنانير والدراهم ولا يجوز بغير ذلك...لأن هذا مجمع عليه وما عداه مختلف فيه"[1] ولكن لو كان رأس المال عروضاً كأن يدفع شخص لآخر عروضا يُضارب بها مقابل جزء من الربح فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك على قولين هما:

---

[1]ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 247/8، وينظر أيضا:140، ابن المنذر، أبو بكر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، ت:أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، ط2(1420هـ-1999م)، مكتبة، الفرقان، عجمان، الإمارات العربية المتحدة، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص140، ابن القطان، علي بن محمد، أبو الحس، الإقناع في مسائل الإجماع، ت:حسن بن فوزي الصعيدي، ط1(1424هـ-2004م)، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر،، 198/2، ابن رشد، الجد، المقدمات، مصدر سابق، 16/3، ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، مضدر سابق، 236/2.

القول الأول:ذهب أصحابه إلى عدم جواز القراض بغير النقود ومنها العروض واعتبروه فاسدا سواء أكان رأس المال العرض ذاته أو قيمته وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وهو ظاهر مذهب الحنابلة [1]، وقد استدلوا بالآتي:

1- ((نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع وعن شرطين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن))[2]

وجه الاستدلال:المضاربة بالعروض داخلة ضمن هذا النهي؛لأنها تؤدي إلى ذلك فهي أمانة في يد المضارب وربما ترتفع قيمتها بعد العقد فإذا باعها حصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود فإنه يشتري بها وإنما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته فما يحصل له يكون ربح ما قد ضمن وتوضيحه: إن الربح هنا لما كان يحصل بمجرد البيع يصير في المعنى كأنه استأجره لبيع هذه العروض بأُجرة مجهولة وفي النقد الربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع جميعا فتكون شركة ولأن تقدير المضاربة بالعروض كأنه قال بع عرضي هذا على أن يكون بعض ثمنه لك ولو قال على أن جميع ثمنه لك لم يجز فكذلك البعض وإذا كان رأس المال نقدا يصير كأنه قال اشتر بهذه الألف وبع على أن يكون بعض ثمنه لك ولو قال على أن جميع ثمنه لك صح فكذلك البعض.[3]

2- قالوا يُشترط في المضاربة ردُّ رأس المال وبعد ذلك اقتسام الربح بينهما وكون رأس

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 82/6، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 33/22، نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 312/4، الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، ت:محمد عبد القادر أحمد عطا، ط1(1420هـ1999م)، دار الكتب العلمية، بيروت98/7، الدردير، الشرح الصغير، مصدر، سابق، 683/3، القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق، 161/3، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 400/2، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 307/7، العمراني، البيان، مصدر سابق، 187/7، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 428/4، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 198/3، ابن قدامة المغني، مصدر سابق، 125/5.

[2] سبق تخريجه ينظر ص139.

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 33/22، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 82/6.

المال من العروض يؤدي إلى الغرر والجهالة والجهل برأس المال يفضي إلى الجهل بالربح؛ وذلك مفسد للعقد؛ فالعامل يقبض مال المضاربة وهو يساوي قيمة ما ويرده وهو يساوي قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولين وحتى لو كان رأس المال قيمة العروض فإن ذلك أيضاً لا يصح؛"لأن قيمة العروض عندهم تُعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضي إلى المنازعة والمنازعة تفضي إلى الفساد وهذا لا يجوز"[1].

ونُوقش هذا بأن القراض بالعروض يؤدي إلى الجهالة لو اشتُرِط ردُّ ذات العروض، أما لو جُعِل رأس المال قيمة العروض وذلك وقت العقد فلا غرر في ذلك؛لأن التقويم وسيلة لمعرفة قيمة العرض[2].

ونُوقش أيضا بأن منع المضاربة بالعروض بناءً على وجود الفرق بين قيمة العرض في يوم القبض ويوم الرد يستلزم منع المضاربة حتى ولو كان رأس المال من النقود؛ لأنها هي أيضاً لم تسلم من ذلك خاصة في هذا العصر الذي يكثر فيه انخفاض العملات وارتفاعها بين فينة وأُخرى[3].

3-المضاربة مستثناة من الإجارة بأجر مجهول فهي على خلاف القياس ولكن الشارع أجازها للضرورة والحاجة فينبغي أن تكون بمقدار ما جوز الشرع فتكون بالنقود لا بغيرها حتى

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق82/6، وأيضا:السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 33/22، القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق162/3، ابن رشد، الجد، المقدمات، مصدر سابق، 16/3، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 124/6، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق،307/7، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 237/2.

[2] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 363/15.

[3] قطب مصطفى سانو، المدخرات أحكامها وطرق تكوينها واستثمارها في الفقه الإسلامي، ط1(1421هـ2001م)، دار النفائس، للنشر والتوزيع، الأردن، ص270.

لا يزداد الغرر فيها مما يُفضي إلى التراع[1].

نُوقِش هذا بأنه غير مسلَّم؛للفرق بينهما فالإجارة لازمة بينما المضاربة جائزة، والأجير له الأُجرة مطلقا عكس المضاربة التي له فيهانصيب في حالة الربح وإلا فقد خسر عمله، كما أن عقد المضاربة على وِفق القياس وهي من جنس المشاركات لا من جنس الإجارات فبطل ما ذهبتم إليه [2].

القول الثاني:ذهب أصحابه إلى جواز المضاربة بالعروض وذلك عن طريق تقويمها وقت العقد وتكون قيمتها هي رأس المال وهو ما ذهب إليه أحمد في رواية وهيئة الفتوى ببنك السودان المركزي[3].

و قد استدلوا بالآتي:

1-الأصل في المعاملات الإباحة والإذن إلا لورود نهي ولا يُوجد نص صحيح يحرم المضاربة بالعروض فوجب استصحاب الأصل وهو الإباحة[4].

2- شُرعت المضاربة من أجل التعاون بين رب المال والعامل، رب المال بماله والعامل(المضارب) بخبرته في التجارة على أن يُقَسَّم الربح بينهما وهذا كما يحصل بالنقود يحصل بالعروض فلِم

---

[1]ابن رشد، الجد، المقدمات، مصدر سابق، 16/3، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 517/3، المنوفي، علي بن خلف، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وبهامشه حاشية العدوي، ط1(1409هـ1989م)، مطبعة المدني، مصر، 419/3، الذبيان364/15.

[2]الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق365/15.

[3]و هو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى وطاووس والحسن البصري وحماد بن أبي سليمان والأوزاعي. ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 157/6، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 307/7، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 125/5، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 409/5، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 236/2، الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية (بنك السودان المركزي)، المراشد الفقهية، ط1(1427ه-2006م)، ص96.

[4]قطب، المدخرات، مرجع سابق، ص270.

التفريق بينهما[1].

3-جازت المضاربة في النقود لا لذاتها وإنما لكونها ثمنا يقوم عليه التبادل والعروض أثمان؛لأن"الدراهم والدنانير ليست مقصودة لذاتها حتى يمتنع القراض بغيرها إذا انفرد التعامل بها"[2].

4-عندما تُقوم العروض من أهل الخبرة تصبح قيمتها كالنقود وبعد ذلك يكون الضمان متحققا؛لأنه للقيمة لا للعين والقيمة لا تتعين بالتعيين، وهي من قبيل ربح ما ضُمِن لا ما لم يُضْمن[3].

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى مدى الجهالة التي تلحق العقد وهل هي مؤثرة فيه أم لا إذا كان رأس المال عروضاً فمن رأى ذلك مُفضي إلى الجهالة المؤثرة منع المضاربة بغير النقود وهم الجمهور، ومن رأى أن ذلك لا يفضي إلى الجهالة لأن التقويم من أهل الخبرة يدفعها أجاز.

فهذه المسألة يظهر فيها الفساد من حيث ما تؤدي إليه من الجهالة والغرر اللذان يؤديان إلى المنازعة وهذا يُفسد عقد المضاربة فيعتبر عند الجمهور مضاربة فاسدة فلا يجوز ابتداء أما لو عقدت المضاربة على هذا الشكل فإنها تُعامل معاملة الإجارة الفاسدة ويكون للمضارب أُجرة المثل وهذا على رأي الجمهور، أما على رأي من أجازوا المضاربة بالعروض فلا إشكال فيها؛ لأن الجهالة التي يُتخوف منها يدفعها تقويم أهل الخبرة وإذا زال المانع زال الممنوع.

القول المختار:

بعد النظر في أدلة الفريقين نجد أن الأقرب للصواب هو رأي من أجاز المضاربة بالعروض للآتي:

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 125/5، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق 517/3.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 517/3.

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 367/15.

1-عدم ورود نص صحيح يحرم هذه المعاملة فبقيت على الأصل في العقود وهو الإباحة.

2-أهم ما استدل به الجمهور على حرمة هذه المعاملة هو الفرق بين قيمة العرض يوم القبض ويوم الرد وذلك كائن في المضاربة بالنقود أيضاً ولا قائل ببطلانها بالنقود فاقتضى ذلك القول بجوازها بالعروض.

3-التقويم من أهل الخبرة لقيمة العروض لِتُجعل هي رأس المال يُزيل الجهالة التي من شأنها أن تفسد العقد وإذا زال سبب الفساد ارتفع الفساد وصح العقد وقد ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى الجواز ونصت على أنّ" الأصل في رأس مال المضاربة أن يكون نقدا. ويجوز أن تكون العروض راس مال للمضاربة. وتعتمد في هذه الحالة قيمة العرض عند التعاقد باعتبارها رأس مال المضاربة ويتم تقويم العروض حسب رأي ذوي الخبرة أو باتفاق الطرفين "[1].

4-إن الأخذ بهذا القول ألصق بقواعد الشريعة الرامية إلى رفع الحرج عن المكلفين وتسهيل معاملاتهم وتصحيح عقودهم حسب الإمكان.

المطلب الثامن:التساوي في الربح مع التفاوت في المال في الشركة

لا خلاف بين الفقهاء في أن الخسارة في شركة العنان[2] على قدر مال كل واحد منهما في الشركة[3]، وبالتالي فلا يتحمل الشريك من الخسارة أكثر من مقدار نصيبه، فلو فرضنا أن نصيب مقداره من المال النصف أو الربع فإن الخسارة تكون كذلك؛ لحديث أنس ﷺ: ((أن

---

[1] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية،ط(1427ه)،البحرين،ص371

[2] شركة العنان هي التي لا يحق للشريك أن يتصرف في الشركة إلا بحضرة صاحبه وموافقته.التسولي، البهجة، مصدر سابق، 345/3.

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 62/6، القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، 139/2، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 473/6، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 279/2، الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 468/3،البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 192/3، الفتوحي، معونة أولي النهى، مصدر سابق، 13/6، ابن رشد، بدايةالمجتهد، مصدر سابق، 253/2، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 125/8.

أبا بكر رضي الله عنها كتب له فريضة الصدقة التي فرض رسول الله وقال: وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية))[1]، كما اتفقوا على أنه في حالة التساوي في رأس المال يكون الربح بينهما نصفين[2]، لكن لو اختلفت رؤوس أموالهما فهل يجوز اشتراط التفاوت في الربح أم ؟ أو بعبارة أُخرى هل يشترط في الربح أن يكون على قدر نصيب كل منهما في مال الشركة كذلك؟

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين، هما:

القول الأول:يرى أصحابه أن الربح بحسب ما اشترطاه، وبالتالي فلا حرج عندهم في التفاضل في الربح تساويا في رأس المال أم لا، وهو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة[3]، وقد استدلوا لذلك بالآتي:

أولا–من السنة النبوية

قوله ﷺ: ((المسلمون على شروطهم))[4].

وجه الاستدلال:فالحديث يدل على وجوب الوفاء بالشروط، فالربح يستحقه كل منهما بقدر ما شرط ساوى مقدار ماله أم لا[5].

ونُوقش هذا بأنه ليس على عمومه فقد جاء في الحديث نفسه ((إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالاً)) وهو شرط ليس في كتاب الله فهو باطل فلا حجة فيه على المطلوب[6].

---

[1]البخاري، الجامع الصحيح، كتاب:الشركة، باب:ما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية، برقم:2355، 880/2.

[2]ابن رشد، بدايةالمجتهد، مصدر سابق، 253/2.

[3]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 62/6، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 190/3، الفتوحي، معونة أولي النهى، مصدر سابق، 10/6.

[4]سبق تخريجه ينظر ص150.

[5]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11.

[6]الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 476/6، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 125/8.

2-قول علي ﷺ: (الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر المالين)[1].

وجه الاستدلال:فقد بين أن الربح على ما شرطا مطلقا، و لم يفصل فدل على الجواز[2]

ويمكن أن يُناقش هذا بأنه لا حجة فيه لضعفه.

ثانيا-من المعقول:

1-قالوا هذا العقد شرع لحاجة الناس إليه والحاجة داعية إلى هذا الاشتراط؛ إذ قد يكون أحدهما أكثر خبرة من الآخر بالتجارة ولا يرضى بأن يساويه صاحبه في الربح[3].

و نوقش هذا بأنه ليس بصحيح؛لأن العمل في الشركة لا يقابل شيئا من الربح بدليل أنهما لو أطلقا الشركة لم يتقسط الربح على العمل ولا استحق عوضا فيه فلا حجة لكم فيه[4].

و أُجيب بأن هذه المناقشة لا تدفع ما أوردناه بل هي في محل النزاع والربح عندنا تارة يُستحق بالمال كما يستحق بالعمل والضمان مما يدل على أن الربح بحسب الشرط لا إشكال فيه[5].

2-قالوا إذا كان الربح في المضاربة يُستحق بمجرد العمل فيكون هنا أولى بالجواز لاجتماع العمل مع المال[6]؛ لأن الربح يتعلق بالمال والعمل معا لا بالمال وحده، فبعض الشركاء قد تكون له عقلية تجارية وتجربة أفضل وهو بالتجارة أجدر، وعليه لو جُعل له من الربح وِفق ما يؤدي من عمل فلا مانع من ذلك، جاء في المغني ما نصه:"فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن

---

[1] هذا الأثر أورده الحنفية في كتبهم بعضهم يرفعه إلى النبي ﷺ وبعضهم يوقفه عن علي ﷺ. ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 166/6، شيخي زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، 553/2، النسفي، البحر الرائق، مصدر سابق، 293/5، قال الزيلعي:"غريب جدا".نصب الراية، مصدر سابق، 477/3.

[2] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 166/6

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11.

[4] الماوردي، الحاوي، مصدر سابق،477/6.

[5] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 63/6.

[6] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق157/11.

يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال"[1] وعلة ذلك أن "العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد؛ وذلك؛لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً فكذلك إذا اجتمعا"[2].

و نُوقِش هذا بأنه قياس فاسد؛لأن المعنى في المضاربة أنه لما كان إطلاقها يقتضي تساويهما في الربح دل على جواز اشتراط التفاضل في الربح ولا وجود لهذا المعنى في الشركة فافترقا[3].

و أيضا في الشركة المال في أيديهما والعمل مشروط عليهما، وفي المضاربة اشتراط العمل على رب المال أو جعل المال في يده لا يجوز[4].

القول الثاني: ذهب أصحابه إلى أن الربح مثل الخسارة يجب أن يكون تبعاً لمقدار نصيب كل منهما من مال الشركة، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية وهو اختيار ابن حزم[5]، فلا يجوز عندهم أن يُشترط لأي منهما من الربح أكثر من مقدار نصيبه

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 140/5 وينظر أيضا:، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 62/6، الفتوحي، معونةأولي النهى، مصدر سابق، 10/6، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 191/3.

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 140/5 وينظر أيضا:الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 63/6، الفتوحي، معونةأولي النهى، مصدر سابق، 10/6، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 191/3، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق253/2.

[3] الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 476/6.

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11.

[5] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 157/11، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 62/6، الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 460/3، القاضي، عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، 139/2، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 476/6، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 279/2، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 125/8.

مع الإشارة إلى أن المالكية اشترطوا أن يكون العمل أيضا على قدر المال، و لم ير ذلك الشافعية، فقد جاء في الروضة ما نصه" أن الربح بينهما على قدر المالين شرطا ذلك أم لا، تساويا في العمل، أم تفاوتا فإن شرطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال فسدت الشركة"[1].

و قد عللوا ما ذهبوا إليه بالآتي:

1-قالوا الربح نماء المال، وذلك يقتضي أن تكون القسمة تبعاً له سواء شرطا ذلك أم لا؛ لأنه مقتضى الشركة، مما يعني تحريم التفاضل فيه[2].

ونُوقش هذا بأنه ما دام التفاوت في الشركة في المال جائز فيكون التفاوت في العمل كذلك؛لأن الشركة لا تقوم على المال وحده بل على المال والعمل وبالتالي فلا دليل على التفريق بينهما؛لأن ما جاز في المال يجوز في العمل. وإذا جاز التفاوت في العمل جاز التفاوت في الربح وإن كان هناك تساوٍ في المال؛لأن الربح كما يُستحق بالمال يُستحق بالعمل، ألا ترون أن العامل في المضاربة يستحق نصيبا من الربح بعمله، مما يدل على جواز التفاوت في الربح وإن تساويا في المال[3].

وأُجيب بأن قياس الشركة على المضاربة قياس فاسد؛لأن العمل في الشركة لا يُقابله ربح[4].

2-قاسوا الربح على الخسارة فقالوا:إذا كانت الخسارة على مقدار المال ولا يتحمل الشريك أكثر من مقدار نصيبه، فإن الربح كذلك ويجب أن" يُقسم الربح والخسران على قدر

---

[1] النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 516/3.

[2] القاضي عبد الوهاب: الإشراف، مصدرسابق، 74/3، المعونة، مصدر سابق، 141/2، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 280/2، العمراني، البيان، مصدر سابق369/6.

[3] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 140/5 وينظر أيضا:الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 63/6.

[4] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، 477/6.

المالين؛لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما فكانا على قدر المالين، فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد؛لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف؛ لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف، فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه لأنه إنما عمل ليُسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم رجع بأُجرة عمله"[1].

ونُوقش هذا القياس بأنه قياس فاسد؛لأن الخسارة هي نقصان رأس المال ويكون تقديرها تبعاً لما لكل منهما من المال؛ أما الربح فليس نماء للمال وحده بل هو نتيجة للمال والعمل فافترقا[2].

3-قالوا هو شرط ينافي مقتضى الشركة فلا يصح مثله مثل اشتراط الربح لأحدهما[3]

و يمكن أن يناقش هذا بأنه غير منافٍ لمقتضى الشركة؛لأنه يستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله[4].

و يبدو أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الخلاف في سبب استحقاق الربح في الشركة إذ يرى الحنفية والحنابلة أنه يُستحق بالعمل والضمان كما يُستحق بالمال، بينما يرى المالكية والشافعية أنه يستحق بالمال وحده.

---

[1] المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 48/14، وأيضا: القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، 141/2، العمراني، البيان، مصدر سابق369/6، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق476/6، ابن رشد، بدايةالمجتهد، مصدر سابق253/2.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق63/6، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق/158.

[3] القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، 141/2، العمراني، البيان، مصدر سابق، 369/6

[4] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 62/6.

المطلب التاسع: اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة

الأصل في المضاربة أن تنعقد بين رب المال بماله والعامل بعمله، فهل اشتراط عمل رب المال مع العامل جائز؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين هما:

القول الأول: عدم الجواز، وهو ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية في الأصح[1]، وقد عللوا ذلك بأنه مفسد لعقد المضاربة، وفي الآتي أقوالهم وتعليلاتهم:

جاء في البدائع:"و كذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه، أو لم يعمل؛ لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال، وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال إلى رب المال، و لم يشترط عمله، ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز؛ لأن الاستعانة لا تُوجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة"[2].

و جاء في المبسوط:" وإذا وقعت المضاربة على أن يعمل رب المال مع المضارب فالمضاربة فاسدة لأن من شرط صحتها التخلية بين المضارب وبين رب المال وهذا الشرط يعدم التخليةوإنما قلنا ذلك لأن من حكم المضاربة أن يكون رأس المال أمانة في يدالمضارب ولا يتحقق ذلك إلا بأن يخلي رب المال بينه وبين المالك الوديعة وإذا اشترط عمل نفسه معه تنعدم هذه التخلية؛ لأن المال في أيديهما يعملان فيه، يُوضحه أن المضاربة فارقت الشركة في الاسم فينبغي أن تفارقها في الحكم وشرط العمل عليهما من حكم الشركة فلو جوزنا ذلك في المضاربة لاستوت المضاربة والشركة في العمل وشرط الربح فلا يبقى لاختصاص المضاربة بهذا

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق 85/6، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 520/3، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 400/2.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق85/6.

الاسم فائدة"[1].

أما المالكية فقد جاء عندهم أن من ضمن صور الفساد في المضاربة التي ترد إلى أُجرة المثل اشتراط عمل العامل، ففي حاشية الدسوقي ما نصه:"" كاشتراط يده: أي كأن يشترط رب المال يده مع العامل أو يشترط العامل على رب المال عمل يده مع العامل"[2]. وعلة المنع عندهم جاء توضيحهافي الشرح الصغير إذ فيه أنه لو"اشتراط يده أي يد رب المال مع العامل في البيع والشراء، والأخذ والعطاء مما يتعلق بالقراض ففاسد لما فيه من التحجير، وللعامل أُجرة مثله"[3].

أما الشافعية، فقد جاء في روضة الطالبين أن من ضمن شروط المضاربة:"أن يكون رأس المال مسلَّما إلى العامل، ويستقل باليد عليه، والتصرف فيه، فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده، ويُوفى منه الثمن إذا اشترى العامل شيئا، أو شرط أن يُراجعه في التصرفات، أو مشرفا نصَّبه فسد القراض، ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد على الصحيح"[4].

و قد عللوا ذلك بأنه ينافي استقلال المضارب بالتصرف في المال وهو شرط في القراض وعليه:"فلا يجوز ولا يصح الإتيان بما ينافي ذلك وهو شرط كون المال في يد المالك ولا عمله معه"[5].

وعند النظر في هذه الأقوال نجد أن مستند المانعين هو ما في هذا الاشتراط من تحجير وعدم استقلالية العامل في التصرف في المال وهذا ينافي عقد المضاربة التي تقتضي تسليم رأس المال للعامل وعدم التحجير عليه.

القول الثاني: جواز ذلك، وهو مذهب الحنابلة

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 22/83-84.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق3/520.

[3] الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 3/690.

[4] النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 4/199.

[5] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق2/400.

فقد جاء في الكشاف:"و إن أخرج إنسان مالا تصح المضاربة عليه يعمل فيه هو أي مالكه، وآخر، والربح بينهما صح، وكان مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط من الربح بعمله في مال غيره، وهذا حقيقة المضاربة"[1].

و في المغني ما نصه:": أن يشترك بدنان بمال أحدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز...وتكون مضاربة لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة

..... ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال "[2].

فقد خالف الحنابلة ما ذهب إليه الجمهور؛لأنهم يرون أن المضاربة لا تقتضي تسليم المال للعامل وإنما تقتضي إطلاق التصرف في مال الغير جاء في المغني"وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل"[3].

و سبب اختلافهم في هذه المسألة–و الله أعلم – مبني على كون هذا الاشتراط هل يخل بمقصود المضاربة ويمنع تسليم المال أم لا ؟ فمن رآه كذلك قال بالمنع وهم الحنفية والمالكية والشافعية ومن لم يره كذلك قال بالجواز وهم الحنابلة

و حكم هذه المسألة عند المانعين الفسخ فإن عمل المضارب فله أُجرة المثل، لفساده عندهم وفي إعطاء أُجرة المثل تصحيح للعقد ما أمكن مادام العامل شرع في العمل، أما قبل

---

[1] البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق3/203.

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 5/138.

[3] المصدر نفسه

الشروع في العمل فحكمها عندهم الفسخ؛لأن العقد الفاسد واجب الفسخ، أما من أجازها فهي عنده باقية على الأصل في العقود والشروط.

القول المختار:

إن القول بالجواز هو الأقرب للصواب، للآتي:

1-إن اشتراط عمل رب المال مع المضارب لا يستلزم عدم تسليم رأس المال

2-هذا الاشتراط لا يؤدي إلى الغرر أو الربا.

3-لما فيه من تيسير ورفع للحرج عن المكلفين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني:تطبيقات التحول

ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: الهبة في مرض الموت

معلوم أن الإسلام إذا حرم شيئا ما، حرم كل الوسائل المؤدية إليه، فلذلك كان الإنسان حر في ما يملكه له أن يفعل فيه ما يشاء ما لم يُخالف أمر الله أو يُلحق ضررا بغيره، وتصرفات الإنسان المتعلقة بالتبرع في حالة مرضه المخوف[1]مظنة إلحاق الضرر بالورثة؛فلذا اتفق الفقهاء على جواز تبرعاته التي لا تتجاوز الثلث[2]كما اتفقوا على أن التبرع الصادر ممن هو أهل له في حال صحته لغير ولده نافذ كله، لكنهم اختلفوا في حال مرضه جاء في البداية- " اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس." [3]أما الهبة لوارث فهي باطلة إلا إذا أجازها الورثة.

إذن فالهبة في حال المرض المخوف إذا لم يبرأ صاحبه محل خلاف بين العلماء وقد اختلفوا فيها على قولين هما:

القول الأول:ذهب جمهور الفقهاء إلى أن تبرعات المريض سواء كانت هبة أو غيرها ليست وصية في حقيقة الأمر؛ " لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في

---

[1]المرض المخوف: هو ما يعرف بمرض الموت عند الفقهاء، وهو المرض الذي يخاف منه التلف غالبا، إما بشهرة أو خبر طبيب.الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 224/3، القرافي، الذخيرة، مصدر سابق137/7،، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 66/3، ابن قدامة المغني، مصدر سابق، 538/6.

[2]الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 118/6، نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 448/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 98/4، السرخسي، المبسوط، 103/13،، الشربيني، مغني المحتاج، 2/ 513، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 261/6، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 508/3.

[3]ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 327/2.

الحال، وإنما اعتُبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه في حق الزائد على الثلث"[1] ولكنها مع ذلك تأخذ حكم الوصية، فتنفذ من الثلث وما زاد على ذلك يحجر عليه فيه إلا إذا أجازه الورثة[2]، وقد استدلوا بالآتي:

1- عن عمران بن حصين ((أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته و لم يكن له مال غيرهم فجزَّأهم النبي ﷺ أثلاثا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرَّق أربعة، وقال له قولاشديدا))[3].

وجه الاستدلال:فالنبي ﷺ في هذا الحديث جعل العتق في حدود الثلث، فتكون الهبة وسائر التبرعات مثله للعلة نفسها وهي دفع الضرر عن الورثة[4].

و نُوقِش بأن المعتبر في الثلث القيمة لا العدد وذلك في العتق خاصة فلا يُقاس عليه غيره[5]

و أُجيب بأن الرسول ﷺ جزَّأهم إلى ثلاثة أجزاء مما يدل على أنه اعتبر القيمة لاالعدد[6].

ورُدَّ بأن العتق هنا في معنى الوصية؛لأن علة المنع هي إزالة الضرر عن الورثة والحكم مع علته وجودا وعدما.

---

[1]الزيلعي، فخر الدين بن عثمان، تبيين الحقائق، ط2(د، ت)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 196/6.

[2]الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، 196/6، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 103/12-، الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 140/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 89/4، الشافعي، الأم، مصدر سابق، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 63/3، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 290/8، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 286/6، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 507/3، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 327/2، ابن عبد البر، الاستذكار، مصدر سابق، 282/7، ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، مصدر سابق، 186/2.

[3]سبق تخريجه، ينظر ص69 **179**

[4]ابن عبد البر، الاستذكار، مصدر سابق282/7.

[5]ابن حزم، المحلى،مصدر سابق 358/9.

[6]الخطابي، معالم السنن، مصدر سابق76/4.

2-عن سعد بن مالك قال:((عادني النبي ﷺ في حجة الوداع من وجع أَشْفَيْتُ [1] منه على الموت فقلت يا رسول الله بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي؟، قال: لا قلت: أفأَتصدَّق بشطره؟ قال:الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس))[2].

وجه الاستدلال:منطوق الحديث يدل على صحة تبرعات المريض إذا كانت من الثلث، ومفهومه أن ما جاوز ذلك لا يجوز فالحديث"جعل صدقته في مرضه من الثلث كوصاياه من الثلث بعد موته"[3].

القول الثاني:ذهب المالكية إلى أن هبة المريض يفرق فيها بين المال المأمون كالأرض والبناء والأشجار، وبين ما ليس بمأمون فالأول ينفذ من الثلث عاجلا، وأما الثاني فإنه يوقف ولو كان دون الثلث؛لأنه:" إذا تبرع في مرضه بشيء من ماله بأن أعتق أو تصدق أو وقف فإن ذلك يوقف فإن مات قوم بعد موته ويخرج كله من ثلثه إن وسعه كله وإلا أخرج ما وسعه الثلث فقط وإن صح و لم يمت مضى جميع تبرعه هذا إذا كان ماله الباقي بعد التبرع غير مأمون كالحيوان والعروض وأما لو كان ماله الباقي بعد التبرع مأمونا وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر فإن ما بتله من عتق أو صدقة لم يوقف وينفذ ما حمله ثلثه عاجلا ووقف منه ما زاد ثم إن صح نفذ الجميع وإن مات لم يمض غير ما نفذ"[4]، وأدلة المالكية هي الأدلة نفسها التي استدل بها الجمهور.

---

[1] أشفيت:بمعنى أشرفت وقاربت ولا يقال أشفيت إلا في الشر.القاضي عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، ط(ج، ت)، المكتبة العتيقة،257/2.

[2] البخاري، الجامع الصحيح، كتاب:المغازي، باب:حجة الوداع، برقم:4147، 1600/4، مسلم،في صحيحه، كتاب:الوصية، باب:الوصية بالثلث، برقم:1628، 1250/3.

[3] الطحاوي، شرح معاني الآثار، مصدر سابق381/4.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق307/3.

القول الثالث:ذهب الظاهرية إلى التفريق بين عتق المريض وهباته وصدقاته، فالعتق ينفذ منه الثلث وأما هباته وصدقاته وما يهديه فينفذ كله ومن رأس ماله لا من ثلثه.و قد استدلوا بالآتي:

1-قوله تعالى:﴿ وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴾[1]

ووجه الاستدلال:أن في هذا النص: "لم يخص عز وجل صحيحاً من مريض، ولا حاملاً من حائل، ولا آمناً من خائف، ولا مقيماً من مسافر:﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾[2] ولو أراد الله تعالى تخصيص شيء من ذلك لَبَيَّنَهُ على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام فإذ لم يفعل فنحن نشهد بشهادة الله عز وجل الصادقة: أنه تعالى ما أراد قط تخصيص أحد ممن ذكرنا "[3].

2-و استدل ابن حزم بالاستصحاب وبيان ذلك أنه لا اختلاف على جواز هبته في الصحة فوجب استصحاب هذا في حال المرض؛لأنه لا دليل على التفريق بين حال الصحة وحال المرض[4].

القول المختار:

هو أن عطية المريض مرض الموت إذا اتصلت بالموت إذا قبضها الموهوب له فإنها تنفذ من الثلث، فهي إذن تأخذ حكم الهبة بالقبض من حيث اللزوم وبقية شروط الهبة وتأخذ حكم الوصية من حيث نفوذها في ثلث المال وفي هذه الحالة تكن تحولت وصية فتأخذ حكمها وفي ذلك صيانة لمال الورثة ومحافظة على مال المريض.

---

[1] سورةالحج، الآية:77

[2] سورةمريم، الآية 64

[3] ابن حزم، المحلى، مصدر سابق348/9.

[4] المصدر نفسه

المطلب الثاني: اشتراط العوض في الهبة

الأصل في الهبة أن لا يكون فيها عوض مالي؛لأنها تبرع، فإذا وهب شخص لآخر شيئا ما وشرط عليه ثوابا معلوما كما لو قال:وهبتك هذه الأرض بشرط أن تهب لي سيارتك فما الحكم في ذلك؟

اختلف الفقهاء في هذه الهبة على قولين هما:

القول الأول: تصح الهبة ويكون لها حكم البيع[1]، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والأظهر عند الشافعية[2]، وقد استدلوا بالآتي:

أولا– من القرآن الكريم:

1–قوله تعالى: ﴿ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَا۟ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرْبُوا۟ عِندَ ٱللَّهِ ۖ وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ ﴾[3]

وجه الاستدلال:المقصود بالآية كما قال ابن عباس هي الهبة يهب الشيء يريد أن يُثاب عليه أكثر، فلا أجر له عند الله ولكن لا إثم عليه لأنه مباح[4].

---

[1]على أنه من المهم أن نشير إلى أن بينهم خلافاً مفاده هل تأخذ هذه الهبة حكم البيع قبل القبض، فتلزم بمجرد العقد كما هو الشأن عند الجمهور وزفر من الحنفية، أم أنها تأخذ حكم البيع بعد القبض ويكون لها قبل ذلك أحكام الهبة وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه وقول في مذهب الشافعية مقابل الأظهر.قاضي زاده، تكملة فتح القدير، مصدر سابق49/9، مواهب الجليل، مصدر سابق29/8،الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق522/2.

[2]السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 75/12، قاضي زاده، تكملة فتح القدير، مصدر سابق49/9، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق 114/4، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق29/8، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 522/2، المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 359/16، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 299/6-300، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 115/7، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 331/2.

[3]سورة الروم، الآية:39

[4]ابن العربي، أحكام القرآن،مصدر سابق523/3، ابن رشد الجد، المقدمات، مصدر سابق، 442/2.

2-قوله تعالى﴿ وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ ﴾[1]

و جه الاستدلال: نهت الآية النبي ﷺ عن الإعطاء طمعا في الحصول على أكثر من المعطى وهو خاص به، مما يدل على أن الشأن في الإنسان أن يعطي طمعا في أخذ الأكثر مما يستلزم جواز اشتراط العوض في الهبة؛لأن ذلك من متاع الحياة الدنيا وطلب الكسب فيها[2].

ثانيا-من السنة النبوية وأقوال الصحابة

1-قوله ﷺ ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه))[3].

وجه الاستدلال: دل الحديث على أن من نوى شيئا فهو له والواهب إذا اشترط البيع في الهبة اعتبرت بيعا إذا العبرة بما نوى لا بما تلفظ به تغليباً للمعنى عن اللفظ[4].

2- عن أبي حُمَيد السَّاعِدي ﷺ قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سُلَيم يُدعى ابن اللُّتْبِيَّةِ فلما جاء حاسبه، قال: هذا مالكم وهذا هدية. فقال رسول الله ﷺ: ((فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقا، ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاَّني الله فيأتي فيقول هذا مَالُكُم وهذا هدية أُهديت لي أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة فَلأَعْرِفَنّ أحدا منكم لقي الله يحمل بعيرا له رُغَاءٌ أو بقرة لها

---

[1] سورة المدثر، الآية:6

[2] ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق342/4، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 7/349.

[3] متفق عليه، البخاري: واللفظ له، في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله، برقم: 1، 6/1، مسلم: في الصحيح، كتاب: البيوع، باب: الكراء، برقم: 1907، 1515/3.

[4] ينظر في مثله: قاضي زاده، تكملة فتح القدير، مصدر سابق، 49/9، ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، مصدر سابق، 442-441/2، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 522/2.

خُوَارٌ أو شاة تَيْعَرُ[1] ثم رفع يده حتى رُئي بياض إبطه يقول: اللهم هل بلغت بَصُر عيني وسمع أُذُنِي))[2].

وجه الاستدلال: عند التأمل في هذا الحديث نجد النبي ﷺ لم ينظر إلى ما تلفظ به المعطي، وإنما نظر إلى القصد والنية وما دلت عليه القرائن الحالية، فلما كان الدافع للعطية هنا المنصب لينتفع منه الدافع اعتبر ذلك رشوة وإن سُميت عطية أو هدية[3]؛و هذا يستلزم أن الهبة بلفظ البيع تعتبر بيعا؛لأن المعتبر في العقود هو المقاصد ودلالة الحال إذ ما المباني والألفاظ إلا قوالب للمعاني

3-عن عائشة رضي الله عنها قالت: ((كان النبي ﷺ يقبل الهدية ويُثيب عليها))[4].

وجه الاستدلال:فالحديث صريح في جواز هبة الثواب؛لأن (يثيب عليها) معناه إعطاء المهدي بدلها، مما يدل على جواز اشتراط العوض فيها[5].

4- عن أبي هريرة أن رجلا من أهل البادية أهدى للنبي ﷺ ناقة فأعطاه النبي ﷺ ثلاثا فلم يرض ثم أعطاه ثلاثا فلم يرض ثم أعطاه ثلاثا فرضي بالتسع فقال النبي ﷺ لقد هممت أن لا أَتَّهِبَ هبة إلا من قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ))[6].

---

[1] الخُوَار: صوت البقرة، الرُغَاء: صوت الإبل، تَيْعَر: تصيح بصوت شديد.القاضي عياض، مشارق الأنوار، مصدر سابق، 305/2 و295/1 و137/1.

[2] متفق عليه:البخاري، الجامع الصحيح، كتاب:الحيل، باب:احتيال العامل ليهدى له، برقم:6578، 2559/6، مسلم، في صحيحه، كتاب:الإمارة، باب:تحريم هدايا العمال، برقم:1832، 1463/3.

[3] في مثله، القاضي عياض، إكمال المعلم، مصدر سابق، 236/5، الخطابي، معالم السنن، مصدر سابق،8/3

[4] البخاري:الجامعالصحيح، كتاب:الهبة وفضلها، باب:المكافأة في الهبة، برقم:2445، 913/2.

[5] ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ضبط وتعليق:أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط3، (1425 هـ2004م) مكتبةالرشد (الرياض) 95/7، المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 359/16.

[6] أحمد، في المسند، برقم: 2687، 295/1، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها ط (د، ت)، مؤسسة قرطبة، القاهرة، قال الأرنؤوط:" إسناده صحيح على شرط الشيخين"

وجه الاستدلال.:ما فعله ﷺ من إعطاء هذا الرجل أكثر مما أهدى يدل على وجوب العوض؛لأن الاقتداء به ﷺ واجب والمعطي يطمع في أكثر مما أعطى مما يُوجب التعويض[1].

و نُوقِش هذا بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب، بل ذلك من أخلاق ﷺ الكريمة وشيمه ليس إلا[2] فهذا الدليل لحقه الاحتمال وهو مضر بالاستدلال.

5-عن عمر رضي الله عنه قال:(من وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها)[3].

وجه الاستدلال:فقول عمر أصل في جواز هبة الثواب سواء كانت تصريحا وهذا يشمل الاشتراط أو تلويحا أو دلت عيها قرائن أو عرف[4]

و نُوقش بأن قول الصحابي إذا خالفه غيره لا حجة فيه، وعمر قد خالفه ابنه وابن عباس[5].

ثانيا-من المعقول:

1-الألفاظ مقصودة لغيرها؛و"لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمُقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة أو بإيماء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له مطردة "[6] بل إن " القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي

---

[1] المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 359/16، ابن بطال، شرح البخاري، مصدر سابق،96/7.

[2] العيني، عمدة القاري، مصدر سابق، 201/13،ابن العربي، المسالك، مصدر سابق 450/6. المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 359/16

[3] مالك، في الموطأ، كتاب:الأقضية، باب: القضاء في الهبة:، برقم:1440، 754/2، البيهقي، في السنن، كتاب:الهبات، باب:المكافأة في الهبة، برقم: 12386، 182/6، وقال الألباني:" صحيح موقوف".ينظر:الإرواء، مصدر سابق، 55/6.

[4] الباجي، المنتقى مصدر سابق7/8.

[5] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 301/6.

[6] ابن القيم إعلام الموقعين، مصدر سابق 218/1.

ليس بعقد تحليلا وتحريما فيصير حلالا تارة وحراما تارة أُخرى باختلاف النية والقصد كما يصير صحيحا تارة وفاسدا تارة باختلافها"[1].

2-العرف شاهد في حالة الإطلاق ولو من غير اشتراط أن الفقير يهدي للغني مثلا طمعا في معروفه والعرف أصل يجب الرجوع إليه[2] فكيف لو اشترط ذلك.

3- الهبة بهذه الصفة بيع من البيوع فهي من قبيل الجائز المباح[3].

القول الثاني:لا تصح الهبة وهو قول الشافعي في الجديد وقول عند الحنابلة[4]، وقد استدلوا بالآتي:

1-قالوا إن اعتبار المعنى يستلزم إهمال اللفظ، وهذا غير سائغ؛لأن ألفاظ اللغة لا يُعدل بها عما وُضِعت له في اللغة فيجب حمل اللفظ على ما وُضع له وألفاظ العقود من ضمن ذلك فلفظ وهبت هو للتمليك بغير عوض وذكر العوض فيه يفرغه عن محتواه[5].

ونُوقِش بأن القول بأن ألفاظ اللغة لا يُعدل بها عما وُضعت له هي دعوى في محل النزاع، وكيف يستقيم ذلك وفي كثير من المسائل قدمت النية على اللفظ، وواضح للعيان وغني عن البيان أن النية مؤثرة في التحليل والتحريم والفساد والثواب والعقاب، فبطل ما ادعيتموه، بل قد يعدل عن اللفظ إلى غير معناه لقرينة اقتضت ذلك؛لأن المعنى مقدم على اللفظ[6].

---

[1] ابن القيم إعلام الموقعين، مصدر سابق 109/3.

[2] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق263/3، ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق 524/3.

[3] ابن رشد الجد، المقدمات، مصدر سابق، 443/2.

[4] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 522/2، المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 359/16 ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي، معونة أولي النهى شرح المنتهى، ت:عبد الملك بن عبد الله دهيش، ط5(1429هـ2008م)، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، 271/7، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 115/7. وبه قال داود وأبو ثور.ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق 331/2.

[5] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 522/2.

[6] ينظر في مثل هذا: ابن القيم إعلام الموقعين، مصدر سابق 218/1.

2-اقتران العقود بالشرط المفسد يفسدها، مما يدل على أن تغيير مقتضاها يفسدها بالأولى واشتراط الثواب في الهبة من ضمن ذلك[1].

ونُوقِش بأننا نُسلم بأن الشرط المفسد يفسد العقد، لكننا لا نسلم لكم بأن اللفظ كذلك؛لأنه لا يُشترط لفظ معين في إنشاء العقود، إذا الألفاظ وسيلة للكشف عن رضا المتعاقدين مما يستلزم أن تحقُّق الرضا بأي لفظ يحصل به المقصود كافٍ وهو المطلوب[2].

3-الأصل أن يحمل الكلام على ظاهره؛لأن حمله على غير ظاهره يبطل فائدة اللغة وفائدة الخطاب.

و نُوقش هذا بأن حمل الكلام على ظاهره مُسلم، لكن ليس دائما إذ أحيانا يتعذر حمله على ذلك، وبالتالي فنحن لم نترك ظاهر اللفظ إلا عند التعذر وذلك لقرينة اقتضت ذلك إعمالا للمعنى الذي رامه المتعاقدان وتصحيحاً للعقود ولا شك أن إمضاء العقود خير من إبطالها وإعمال الكلام خيرمن إهماله.

القول المختار:

عند التأمل في أدلة القولين نجد أن القول الأول هو الأقرب للصواب لما يأتي:

1-قوة أدلته وضعف أدلة القول الثاني لما ورد عيها من اعتراضات جعلتها تتهاوى وأقواها دليل أن العبرة بالمعنى إذا اختلف مع اللفظ.

2-أن المشترط عوضا عن الهبة يقصد البيع ولا عبرة بتغيير الاسم وبالتالي فهو بيع وليس له من خصائص الهبة إلا الاسم فهو بيع استُعمل فيه لفظ الهبة وتسمية الأشياء بغير اسمها لا تغير حكمها وخصائصها.

---

[1] النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، 446/4.

[2] ابن تيمية، القواعد النورانية، مصدر سابق،ص110.

3-اجتماع البيع مع الهبة يؤدي إلى عقد مركب من عقدين أحكامهما متنافية، ولا نستطيع أن نصف العقد الواحد بأنه عقدان فنغلب المعنى على اللفظ فتأخذ الهبة هنا أحكام البيع؛لأنه عند اختلاف المعنى والمبنى تكون العبرة للمعنى لأنه هو المقصود.

و سبب الخلاف يرجع إلى قاعدة هل العبرة في العقود بالمعاني أم بالألفاظ، فمن نظر إلى اللفظ اعتبر ذلك هبة تغليبا للفظ على المعنى نظرا لما تلفظ به المتعاقد لكنها عنده باطلة إذا التبرعات لا عوض فيها؛وبالتالي فقد اشترط فيها ما يخالف مقتضاها فتبطل، ومن نظر إلى المعنى الذي يقتضي التمليك بعوض وذلك من حقيقة البيع أعطاها حكم البيع تغليبا للمعنى على اللفظ.

وهل الهبة بلفظ البيع بيع مجهول الثمن أم لا، فمن رآها كذلك حرمها للغرر والجهالة ومن لم يرها كذلك أجازها ويكون مقدار الثمن مما تعارف عليه الناس[1].

المطلب الثالث:اشتراط الربح لأحدهمافي المضاربة

من شروط الربح أن يكون بينهما؛لأن "مبنى الشركات على العدل فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلا"[2] فالجمهور على أنه لا تصح المضاربة إلا إذا كان الربح مشاعا بينهما[3].

لكن لو شُرِط الربح لأحدهما كأن يقول رب المال للمضارب اعمل في هذا المال مضاربة

---

[1]ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 331/1.

[2]ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 508/20.

[3]زاده، مجمع الأنهر، مصدر سابق، 446/3، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 85/6، القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق، 167/3، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق 440/7، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 313/6، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 403/2، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 144/5، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 199/3، ابن المنذر، الإجماع، مصدر سابق، ص140، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 508/20، ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، الاستذكار الجامع لمذاهب علماء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، توثيق وتخريج وفهرست:عبد المعطي أمين قلعجي، ط1(1414هـ-1993م)، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، بيروت، دار الوعي، القاهرة، 143/21.

على أن الربح كله لي، أو على أن الربح كله لك فما الحكم في ذلك؟.اختلف الفقهاء في توصيف ذلك:

فذهب الحنفية إلى اعتبار ذلك قرضاً إذا اشترط الربح كله للعامل إذ لا يمكن اعتباره قراضا صحيحا فيصحح باعتباره قرضا؛لأنه جاء بمعناه والعبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها ومبانيها، ووجه ذلك أن المضارب لا يستحق الربح كله إلا باعتبار ملكيته لرأس المال وبالتالي فتمليكه الربح كله معناه تمليكه جميع رأس المال وحملوه على القرض لا الهبة؛لأنه أقل ضررا، وأما لو اشترط الربح كله لرب المال فهو إبضاع [1]جاء في رد المحتار ما نصه"ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح كله للمالك بضاعة، ومع شرطه للعامل قرض لقلة ضرره "[2] وقد غلب الحنفية المعنى على اللفظ فالعقد عندهم قرض؛"لأنه إذا لم يمكن تصحيحه مضاربة يصحح قرضاً؛لأنه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها"[3]

بينما ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى أن المضاربة لا تبطل باشتراط الربح كله لأحدهما واعتبروا ذلك من باب التبرع فقد نصوا على أنه:"يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما"[4] ولم يعتبروه قراضا إلا من حيث الصورة؛ لأن"رب المال والعامل دخلا على القراض، فشرط رب المال كون الربح كله للعامل هبة منه له حقه من الربح وذلك جائز أصله لو وهب له بعد العقد، ولأن القراض غير القرض وقد دخل رب المال على أن لا يكون في ذمة العامل وأن يكون في أمانته؛فلا يجوز أن يكون على خلاف ذلك"[5].

وذهبوا إلى أنه قرض إذا لم يصرح بلفظ القراض في العقد ؛لأنه انتقل من الأمانة إلى

---

[1] الإبضاع:هو إعطاء مال لمن يتجر فيه متبرعاً.الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 403/2.

[2] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 432/8.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 86/6، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 432/8.

[4] القاضي عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، 124/2، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق،440/7

[5] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق 168/3.

الذمة؛ وإطلاق القراض عليه مجازاً وذلك بأن قال: اعمل فيه والربح لك، ما لم يصرح رب المال بلفظ القراض أو يشترط العامل نفي الضمان فإن الربح في هذه الحالة للمضارب وحده والضمان على رب المال فالمضارب متبرع بالضمان على رب المال، وأما لو شرطه بكونه قراضا فاسدا فإنه يُفسخ قبل العمل وبعده له قراض المثل[1].

أما الشافعية فالأصح عندهم أن العقد بهذه الصفة فاسد إذا صرح رب المال بلفظ المضاربة فقد جاء في تكملة المجموع"وإن قال: قارضتك على أن الربح كله لي أو كله لك بطل القراض؛ لأن موضوعه على الاشتراك في الربح، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل، وإن دفع إليه ألفاً وقال: تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال في ربحه، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض، وقد قُرِن به حكم القرض، فانعقد القرض به كلفظ التمليك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قُرِن به الثمن كان بيعاً، وإن قال: تصرف فيه والربح كله لي فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك"[2] وقيل أنه قراض صحيح[3].

و ذهبت الحنابلة إلى أنه إن قال له خذ هذا المال واتَّجر به والربح كله لك كان قرضا ولا يمكن اعتباره قراضا؛"لأن قوله خذه فاتجر به يصلح لهما وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضا ولا ضمان عليه وإن قال خذه فاتجر به والربح كله لي كان إبضاعا لأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه فإن قال: مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه وإن قال خذه مضاربة والربح

---

[1] الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 693/3.

[2] المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 158/15.

[3] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 403/2، العمراني، البيان، مصدر سابق196/7.

كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد"[1].

و قد علل الحنابلة ما ذهبوا إليه بأنه عند التصريح بلفظ المضاربة يفسد العقد؛لأن مقتضاها أن يشتركا في الربح فاشتراط اختصاص أحدهما به ينافي مقتضاها يفسد به العقد، أما عند عدم التصريح بلفظ المضاربة فإن اللفظ يصلح للإبضاع وللقرض مراعاة للمعنى[2].

فاشتراط الربح لأحدهما هو سبب تحول العقد من مضاربة إلى قرض أو هبة وذلك أفضل من القول ببطلان العقد وفي ذلك استقرار للتعامل؛لأن هذا الاشتراط أخرج العقد عن مسماه والعبرة للمسمى لا للاسم عند اختلافهما تغليبا للمعنى على المبنى

المطلب الرابع: تحول المضاربة إلى إجارة فاسدة

المضاربة إذا وقعت فاسدة وذلك لوجود خلل فيها كأن يتعدى فيها العامل، أو كانت بالعروض أو جهل فيها مقدار الربح تفسخ قبل الشروع في العمل لكن لو عمل العامل فإنها تُعتبر فاسدة ويكون للعامل أُجرة مثله؛ وبعبارة أُخرى تتحول إلى إجارة فاسدة فتُعطى حكمها وبالتالي فالمضارب يستحق عند فساد العقد أُجرة المثل سواء في حالة الربح أو الخسارة؛لأن المضارب لا يعمل مجاناً وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية يقول الشافعي –رحمه الله– أثناء كلامه عن بعض صور المضاربة الفاسدة:"فإن عمل فيه فله أُجرة مثله والربح لصاحب المال"[3] ويبدو أن هذا الحكم مطرد في المذهب الشافعي وعند الحنفية جاء في البدائع عند الكلام عن أحكام المضاربة الفاسدة:" وإنَّما له أَجْرُ مِثْل عمَله، سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن؛ لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة، والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة، وإنما يستحق أجر المثل، والربح كله يكون لرب المال؛ لأن الربح نماء ملكه، وإنما

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق144/5.

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 144/5، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق200/3.

[3] الشافعي، الأم، مصدر سابق9/4.

يستحق المضارب شطراً منه بالشرط، ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال، والخسران عليه"[1].

هذا هو ظاهر مذهب الحنفية، ولكن قالوا إنه إذا لم يربح لا أجر له ووجه ذلك حتى لا تربو الفاسدة على الصحيحة، ففي رد المحتار:" إذا لم يربح لا أجر له وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة "[2] وأما عند الشافعية فقد جاء في روضة الطالبين عند الكلام عن أحكام القراض الفاسد ما نصه "استحقاق العامل أُجرة مثل عمله، سواء كان في المال ربح، أم لا، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد، لكن لو قال: قارضتك على أن جميع الربح لي، وقلنا: هو قراض فاسد، لا إبضاع، ففي استحقاق العامل أُجرة المثل، وجهان. أصحهما: المنع، لأنه عمل مجانا"[3]. وكانت له أجرة مثله؛لأن"عقود بيوعه وشرائه صحيحة مع فساد القراض لصحة الإذن بها واختصاص الفساد بنصيبه من ربح القراض"[4].

و قد ذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الشافعية ففي كشاف القناع عند الكلام على المضاربة الفاسدة لجهالة نصيب العامل من الربح ما مفاده:"فالمضاربة فاسدة لجهالة نصيب العامل والربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله وإن لم يحصل ربح"[5] وقد عللوا ذلك فقالوا: "ولنا أن تسميه الربح من توابع المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة... وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه وذلك متعذر فتجب قيمته وهو أجر مثله

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق108/6، وينظر:السرخسي، المبسوط، مصدر سابق152/22-153

[2] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق431/8. رُوي عن أبي يوسف.المصدر نفسه.

[3] النووي، روضة الطالبين،مصدر سابق205/4.

[4] الماوردي، الحاوي، مصدر سابق،315/7.

[5] البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق199/3.

كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا وتلف أحد العوضين "[1]

بينما ذهب المالكية إلى القول بأن المضاربة الفاسدة تُرد تارة إلى قراض المثل[2]و هي رواية عن مالك وتارة تُعامل معاملة الإجارة الفاسدة فيكون للمضارب أجرة المثل وهي رواية أُخرى عن مالك جاء في الكافي "وكل قراض فاسد فهو مردود بعد الفوت إلى قراض المثل[3] دون أُجرة المثل،.....وعنه أن القراض الفاسد على وجهين فبعضه مردود إلى أُجرة المثل وهو ما شرطه فيه رب المال على العامل أمدا قصره له على نظره وما سوى ذلك فهو مردود إلى قراض المثل، وأُجرة المثل"[4].

هذا وقد جاء توضيح ما ذهب إليه المالكية في الإشراف:"ووجه ذلك أن الأصول

---

[1]ابن قدامة، المغني، مصدر سابق189/5.

[2] وهو ما ذهب إليه الحنابلة في رواية أخرى، ابن، مفلح، الفروع، مصدر سابق، ص1038.و فيه"و أوجب شيخنا في الفاسدة نصيب المثل، فيجب من الربح جزء جرت به العادة في مثله، وأنه قياس مذهب أحمد؛لأنها عنده مشاركة لا من باب الإجارة".

[3]الفرق بينهما يكمن في"أن أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أم لا، أما قراض المثل فهو على سنة القراض فإن كان ربح كان للعامل منه وإلا فلا شيء له. وأجرة المثل يحاص بها الغرماء، وقراض المثل يقدم فيه عليهم". ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 243/2، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 366/2.

[4]ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2(1413هـ1992م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ص387، وقد ذهب ابن العربي –رحمه الله– إلى أنه عند ابن القاسم يُرجع في القراض الفاسد إلى أُجرة المثل إلا في تسع مسائل، وهي:القراض بالعروض، وبدنانير بعد صرفها، والقراض المبهم، وإلى أجل وبالضمان، بدين يقبضه، إن اختلفا بعد العمل فالقول للعامل إن أتى بما يشبه وإلا فله قراض المثل، القراض على أن لا يشتري إلا سلعة كذا يقل وجودها فتعدى واشترى غيرها، القراض على أن يشتري سلعة فلان ثم يشتري به ثيابا، أما غيرها فيرجع فيه إلى إجارة المثل. ابن العربي، المسالك، مصدر سابق، 207/6-208، ويُنظر خليل عند قوله:"ثم قراض مثله في ربحه كلك شرك ولا عادة أو مبهم أو أجل أو ضمن أو اشتر سلعة فلان ثم اتجر في ثمنها أو بدين أو ما يقل وجوده كاختلافهما في الربح وادعيا ما لا يشبه وفيما فسد غيره أجرة مثله" خليل، المختصر، مصدر سابق، ص188، القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، 44/6 وللمالكية أقوال أُخرى أوصلها القرافي إلى سبعة أقوال.ينظر:القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، 44/6، هذا وقد وضح الدردير ضابط ما فيه قراض المثل وما فيه أجرة المثل فقال:":" وضابط ذلك أن كل مسألة خرجت عن حقيقة القراض من أصلها ففيها أُجرة المثل، وأما إن شملها القراض لكن اختل منها شرط ففيها قراض المثل" الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 690/3، ومعنى ذلك أنه إن كان الفساد قليلا فالمعتبر قراض المثل، وإن كان كثيرا فأجرة المثل.

موضوعة على أن شبه كل عقد فاسد مردودة إلى صحيحه كالبيع والإجارة والنكاح وغير ذلك وكذلك القراض وليس في الأصول عقد يرد فاسده إلى صحيح غيره أو فاسده، ولأن العامل دخل مثل ما دخل عليه رب المال من رجاء الفضل ونماء المال لا على أن يأخذ أحدهما مما سوى ذلك من الآخر....و وجه أُجرة المثل أن العامل دخل على أن يستحق عوضا على عمله من الربح لا على أنه متطوع فإذا لم يُسلم له ما شرطه لفساد العقد وجب رد منافعه عليه...كالبيع إذا وقع فاسدا"[1].

و هذا الذي ذهب إليه المالكية أعدل وأقيس؛لأن القول بأُجرة المثل مطلقاًيُلحِق ضرراًبرب المال في حالة الخسران فإضافة إلى خسارة ماله عليه أُجرة المثل للمضارب وفي حالة الربح الكبير فإن إعطاء أُجرة المثل للمضارب يؤدي إلى إلحاق غبن كبير به وهذا يُخالف العدل، كما أنه يخرج عن قاعدة الغرم بالغنم والخراج بالضمان، كما أن فيما ذهب إليه المالكية سداً لذريعة المضارب من أن يُحاول إفساد الشركة من أجل أن يأخذ أُجرة المثل، ولهذا ذهب ابن تيمية – رحمه الله– إلى أنه يجب في المضاربة الفاسدة قراض المثل لا أُجرة المثل فقال:" ولهذا كان الصواب أنه يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل لا أُجرة المثل فيُعطى العامل ما جرت به العادة أن يُعطاه مثله من الربح إما نصفه وإما ثلثه وإما ثلثاه.

فإما أن يُعطي شيئًا مقدرًا مضمونًا في ذمة المالك كما يُعطي في الإجارة والجعالة فهذا غلط ممن قاله، وسبب الغلط ظنُّه أن هذا إجارة فأعطاه في فاسدها عوض المثل كما يُعطيه في المسمى الصحيح، ومما يُبين غلط هذا القول أن العامل قد يعمل عشر سنين فلو أُعطي أُجرة المثل لَأُعطي أضعاف رأس المال وهو في الصحيحة لا يستحق إلا جزءاً من الربح إن كان هناك ربح فكيف يستحق في الفاسدة أضعاف ما يستحقه في الصحيحة ؟"[2].

---

[1] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق166/3.

[2] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق509/20.

المطلب الخامس: اشتراط ضمان المُضارِب عند التلف

أجمع الفقهاء على أن المال في يد المضارب أمانة فلا ضمان عليه ما لم يتعد أو يفرط جاء في الإقناع:"و لا خلاف أن المقارض مؤتمن لا ضمان عليه فيما تلف من المال من غير جناية ولا تضييع والوضيعة على رب المال والربح على ما اصطلحا عليه" [1]، فالمضارب "أمين على مال القراض لا يضمن شيئا منه إلا بالتعدي؛لأن رب المال ائتمنه عليه فهو كالمودع"[2] وبالتالي فاشتراط الضمان على المضارب مُخِل بعقد المضاربة؛لأنه منافٍ لها وبالتالي يخرجها عن حقيقتها، كما يؤدي إلى زيادة الغرر فيها[3] مما يقتضي فسادهاو عدم جوازها، لكن هل هذا الاشتراط مبطل للعقد أم يمكن معه تصحيح العقد؟

بعد إن اتفق الفقهاء على عدم مشروعية هذا الاشتراط اختلفوا في مدى فسادالعقد بهذا الشرط ويُمكن إجمال اختلافهم في قولين هما:

القول الأول:ذهب أصحابه إلى أن هذا الاشتراط باطل ويؤدي إلى بطلان العقد وهو ما ذهب إليه لمالكية والشافعية [4]و قد استدلوا على ذلك بالآتي:

---

[1]ابن القطان، الإقناع، مصدر سابق، 200/2، وينظر أيضا:ابن عبد البر، الاستذكار، مصدر سابق، 124/21، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 87/6، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 19/22، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 523/3، القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق، 180/3، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 323/7، العمراني، البيان، مصدر سابق219/7، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق192/5، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 199/3، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق238/2.

[2]العمراني، البيان، مصدر سابق219/7.

[3]ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق238/2.

[4]القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق180/3، الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق446/7، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 523/3، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 332/7، المطيعي، تكملة المجموع، مصدر سابق، 213/15.

أولا: من السنة:

قوله ﷺ ((ما بالُ أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط))[1].

وجه الاستدلال:هذا الحديث نص في بطلان ما ليس في كتاب الله وشرعه، والضمان ليس في كتاب الله؛لأنه ينافي مقتضى عقد المضاربة [2].

و نُوقِش هذا بأن الحديث لا دلالة فيه على المطلوب، إذ لا دليل من الكتاب أو السنة على حرمة اشتراط الضمان، فوجب المصير إلى الأصل في العقود وهو الجواز، ولو سُلِّم ما دلَّ عليه الحديث فإنه وارد في العتق وشتان ما بين عقود المعاوضات والعتق، وبالتالي فلا دليل لكم على المطلوب[3].

ثانيا– من المعقول:

قالوا المضارب أمين واشتراط الضمان عليه باطل؛لأنه يُخالف مقتضى العقد، وما كان كذلك فهو مفسد للعقد.[4]؛لأن فيه"نقل الضمان عن محله بإجماع، فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط"[5]

نُوقش هذا بأن الأصل في عقود الأمانات عدم الضمان مسلَّم به، ولكن ما لم يلتزم الشخص بذلك فإذا التزمه صار واجباً عليه والأصل في الشروط الصحة [6].

---

[1] سبق تخريجه، ينظر ص68 .

[2] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق181/3، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق332/7. الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق 70/15

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق70/15.

[4] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، مصدر سابق181/3.

[5] ابن العربي، المسالك، مصدرسابق 204/6.

[6] المصدر نفسه، 204/6، الباجي، المنتقى، مصدر سابق96/7.

ثالثا– الإجماع:

أجمع الفقهاء على أن شرط الضمان على العامل باطل[1] وما كان كذلك فسد به العقد.

نُوقِش هذا بأنه من دعاوى الإجماع؛لأن بعض الفقهاء[2] ذهبوا إلى جواز هذا الاشتراط[3]

وأُجيب بأن هذا لا يطعن في الإجماع؛لأن من نقل عنه ذلك فهو عنده من باب التطوع بالضمان وهو تبرع ولا علاقة له بالاشتراط[4].

كما لا يطعن فيه من ذهب إلى اشتراط ضمان العارية؛لأن العارية وإن شابهت المضاربة في أن كلا منهما من باب الأمانات، إلا أنها تختلف عنها في كونها من التبرعات بينما المضاربة من باب المعاوضات واشتراط الضمان فيها يحولها إلى القرض ويكون الربح فائدة هذا القرض[5]، والمعول عليه عند اختلاف الاسم والمسمى هو المسمى؛ لأن العبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها، فلا ينبغي الوقوف عند حرفية الكلمات إذا عُرفت المقاصد والنيات.

المذهب الثاني: ذهب أصحابه إلى أن الاشتراط باطل ولكنه يلغو ويصح العقد، وهو ما

---

[1] ابن القطان، الإقناع، مصدر سابق، 200/2، ابن عبد البر، الاستذكار، مصدر سابق، 124/21، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 19/22، العمراني، البيان، مصدر سابق219/7، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 192/5، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، 238/2.

[2] منهم ابن عتاب، وأبو المطرف ابن بشير من المالكية، جاء في إيضاح المسالك " أن أبا المطرف ابن بشير قد أملى عقدا بدفع الوصي مال السفيه قراضا إلى رجل على جزء معلوم وأن العامل قد طاع بالتزام ضمان المال وغرمه".الونشريسي، أحمد بن يحيـــى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ت:الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، ط1(1427هـــ2006م)، دار ابن حزم، بيروت، ص125.

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 74/15.

[4] المرجع نفسه، 75/15.

[5] السعدي، عبد الله بن محمد، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، ط2(1421هـــ2000م)، دار طيبة، للنشر والتوزيع، السعودية، 1157/2.

ذهب إليه الحنفية والحنابلة[1] وقد استدلوا بالأدلة نفسها التي استدل بها أصحاب القول الأول الدالة على بطلان الشروط ، لكن العقد يصح عندهم للآتي:

أولا–من السنة النبوية

قوله ﷺ ((خذيها واشترطي لهم الولاء))[2].

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أبطل الشرط هنا، ولكنه لم يبطل العقد، فيكون اشتراط الضمان فاسد، ولكنه يلغو ويصح العقد[3].

ونُوقِش هذا بأن ما فعله النبي ﷺ هو في العتق والولاء ليس مالاً، فقياسكم فاسد؛لأنه مع الفارق وبالتالي يكون اشتراط الضمان فاسد بل ومفسد للعقد[4].

ثانيا–من المعقول

1–قالوا الشرط إذا لم يؤد إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد، فاشتراط الضمان على العامل لا يؤثر في جهالة الربح فلا يفسد العقد به كما لو شرط لزوم المضاربة[5].

2–قالوا هو شرط تتوقف صحته على القبض فلا يفسدبالشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه.

3–قالوا أيضا، هي من قبيل الوكالة والشرط الفاسد لا يعمل فيها[6].

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 84/15، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 86/6، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 434/8، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 183/5،، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق5/ 424الرحيباني، مطالب أولي النهى، مصدر سابق، 521/3.

[2] سبق تخريجه ينظر ص68.

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق 80/15.

[4] المرجع نفسه،80/15.

[5] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 440/8، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 184/5

[6] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق86/6.

القول الثالث:ذهب أصحابه إلى صحة العقد والشرط وهو ما ذهب إليه بعض المالكية[1] وتبناه بعض المعاصرين منهم سامي حسن حمود ونزيه حماد[2].

و قد استدلوا بالآتي:

أولا– من السنة النبوية

1–قوله ﷺ ((المسلمون على شروطهم))[3].

وجه الاستدلال: أن الحديث دلَّ على إباحة جميع الشروط ما دامت لم تحل حراما أو تحرم حلالا واشتراط الضمان على العامل في المضاربة لا يؤدي إلى ذلك[4].

ونوقش بأن هذا الحديث فيه مقال، فلا يصح الاستدلال به.

ونُوقش هذا بأنه غير سديد؛لأن اشتراط الضمان على المضارب ظلم إذ المضارب أمين فالخسارة على رب المال أمَّا هو فيخسر جهده فتكون إضافة الضمان عليه ظلم والظلم محرم[5]

2–قوله ﷺ ((بل عارية مضمونة))[6].

وجه الاستدلال: أن العارية من باب الأمانة فالأصل فيها عدم الضمان، وهذا الحديث يدل على جواز اشتراط الضمان فيها، مما يدل على صحة اشتراط الضمان على العامل في عقد

---

[1] ابن بشير وابن عتاب.الونشريسي، إيضاح المسالك، مصدر سابق، ص125.

[2] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص68/15.

[3] سبق تخريجه ينظر ص150.

[4] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص68/15.

[5] المرجع نفسه.

[6] البيهقي، السنن الكبرى، كتاب: البيوع، باب: العارية مضمونة، رقم 11812، 89/6. الحاكم في المستدرك، كتاب: البيوع، رقم 2300، 306/2. أحمد في المسند، رقم 15337، ج3، ص 400. أبو داوود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في تضمين العارية، رقم 3564، 321/3. وقال الألباني بأنَّه صحيح بمجموع طرقه، ينظر: إرواء الغليل، مصدر سابق، 346/5.

المضاربة؛ لأن ما ثبت للنظير ثبت لنظيره[1].

ونُوقِش هذا بأن الحديث ضعيف فلا حجة فيه لاضطرابه، وعلى فرض صحته فإن قياس المضاربة على العارية قياس فاسد؛ لأن العارية يجب رَدُّ عينها فاشتراط الضمان فيها لا يؤدي إلى الربا، بخلاف المضاربة التي تُشغل فيها ذمة العامل بالرد مما يجعل رأس المال دين في ذمته فإذا أخذ رب المال ربحاً صار ذلك من قبيل القرض بفائدة، والمضاربة من قبيل المعاوضات أَمَّا العارية فمن التبرعات ومعلوم أنه يُغتفر في التبرعات ما لا يُغتفر في المعاوضات، وعليه فمن جعل البابين باباً واحداً فقد قاس قياساً فاسداً.

ضمان العارية مختلف فيه، وصحة القياس تقتضي أن يكون المقيس عليه ثابتا بنص أو إجماع[2].

وقد يجاب بأن هذا الشرط في حد ذاته مختلف فيه، فقد جاء في البحر المحيط أنه لا حرج في "جواز القياس على ما عُدل فيه عن سنن القياس"[3].

ثانيا–من المعقول:

1- لا يوجد دليل صحيح يحرم هذه المعاملة بل هو محض اجتهاد وهذا الاجتهاد تولد من الواقع العرفي والخلقي لمتانة الوازع الديني وقتئذ وانتشار الأمانة، أما وقد تغير واقع الناس فقلَّت الأمانة وانتشر الكذب والخيانة فلا بد من حفظ أموال الناس وذلك عن طريق اشتراط الضمان[4].

ونُوقِش هذا بأن تحريمه نُقِل فيه الإجماع والقول باشتراطه خرق لهذا الإجماع[5].

---

[1] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق82/15

[2] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق82/15.

[3] الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط، ت:محمد محمد تامر، ط1(1421هـ2000م)، دار الكتب العلمية، بيروت، 84/4.

[4] قطب مصطفى سانو، المدخرات، مرجع سابق، ص283.

[5] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 88/15.

2- يجوز اشتراط الضمان على المضارب خاصة المشترك قياساً على الأجير المشترك، خاصة وقد ذهب المالكية إلى القول بتضمين الصناع للمصلحة لمَّا فسدت ذمم الناس، فكل من اقتضت المصلحة تضمينه جاز تضمينه[1].

ونُوقِش هذا بأن القول بتضمين الأجير المشترك مختلف فيه فلا يصح القياس عليه، فإن الأظهر عند الشافعية إلى أن يده يد أمانة مطلقاً.و أيضا فإن القول بضمان الأجير المشترك لا ظلم فيه فلا يمنع؛لأن الأعيان ليست عُرضة للربح والخسارة فالأصل أن لا تهلك إلا بتعد أو تفريط، أما المضاربة فتختلف عن ذلك؛لأن النقود يقصد تنميتها فهي عرضة للربح والخسارة بطبيعتها، ولا شك أن عامل المضاربة حريص على تنمية المال؛لأنه شريك في الربح وضياع المال يعني ضياع الربح، فيكون تضمينه بلا تعد أو تفريط ظلم والظلم لا يجوز فبطل ما ادعيتموه.

3-"قالوا ذهب المالكية إلى أن التطوع بالضمان بعد العقد يصح، فإذا جاز بعد العقد جاز قبله"[2].

و نُوقش هذا بأن التطوع بالضمان إذا كان قبل العقد لا يصح؛لأنه يلحق بالعقد إذ ما قارب الشيء أُعطي حكمه، أما بعد العقد فلا حرج فيه؛لأنه من قبيل الهبة ففسد قياسكم[3].

القول الثالث:ذهب أصحابه إلى جواز اشتراط الضمان إذا تبرع بالضمان طرف ثالث لا علاقة له بالمضارب أو رب المال، وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي:

-لأن الأصل في العقود والشروط الجواز إلا لمانع، وإذا كان التبرع بالمال جائزا، فإن

---

[1] سامي حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2(1402ه-1982م)، مطبعة الشروق ومكتبتها، عمان- الأردن، ص402-405.

[2] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق96/15.

[3] المرجع نفسه96/15.

التبرع بالضمان أولى بالجواز[1].

ولكن يُشكل على هذا أن الطرف الثالث في الغالب له علاقة بالبنك أو المصرف فيكون هذا من قبيل التحايل؛لأن المصرف في الحالة يتبرع بيده اليمنى ليأخذ أكثر باليسرى، لكن لو وُجِد فعلا طرف ثالث ولا علاقة له بأطراف المضاربة فلاحرج في ذلك، لكن الواقع العملي يقِل فيه ذلك[2].

والحاصل أن الفقهاء المتقدمين متفقون على عدم صحة اشتراط الضمان على المضارب؛ وإن اختلفوا في فساد العقد بهذا الاشتراط كما سبق، أما المعاصرون فقد اختلفوا في مشروعية هذا الاشتراط أصلاً ولعل سبب اختلافهم نظرتهم إلى هذه الشروط هل هي وليدة نصوص شرعية أم وليدة ظروف زمنية فمن رآها من قبيل الأول قال بعدم الجواز، ومن رآها من قبيل الثاني قال بجواز ذلك لتغير الظروف والأحوال.

هذا وقد عرفت هذه المسألة نقاشا حادا في الأونة الأخيرة؛لأن المصارف الإسلامية تجد كثيرا من المخاطر عند تعاملها بعقد المضاربة نظرا لفساد ذمم كثير من الناس، مما جعل بعض المعاصرين يرجحون جواز هذا الاشتراط، منهم نزيه حماد[3] وقطب مصطفى سانو الذي يرى أن المضاربة بمفهومها التقليدي لا تصلح لاستثمار المدخرات؛ فها هو يقول: "الشروط التي أوجب توافرها بعض الفقهاء في هذا العقد ليست شروطا قطعيةولا نصية ولا ينبغي لها أن تكون كذلك، بل هي كلها تلبية للظروف الاجتماعية والاقتصادية والواقعية التي كانت سائدة آنذاك، وبالتالي فإن الالتزام بها يظل شأنا مرهوناً بمدى ثبات تلك الظروف الاجتماعية والاقتصادية

---

[1] الشبيلي، يوسف بن عبد الله، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط(1423هـ-2002م)، الرياض، 38/2.

[2] المرجع نفسه38/3.

[3] نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، في الفقه الإسلامي، ط2(1420ه2000م)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة السعودية، ص55.

وتغيُّرها"[1] إلاأنه يُفرق في هذا الاشتراط بين الخسائر التي تلحق مال المضاربة ولا يمكن دفعها كالخسائر السماوية وبين ما يمكن دفعه مما هو ناجم عن سوء تخطيط أو عدم الاستيعاب للواقع الاقتصادي فهذا النوع الثاني هو الذي يرى جواز اشتراط الضمان فيه فقد صرح بذلك قائلا:" وبناء على هذا الاعتبار فإننا نرى أنه من الممكن، بل من الواجب اليوم اشتراط ضمان المضارب مال المضاربة في حالة وقوع النوع الثاني من الخسائر، وعدم ضمانه مال المضاربة في حالة وقوع النوع الأول من الخسائر "[2].

القول المختار:

إن الناظر المتأمل في هذه المسألة يرى أن اشتراط الضمان في المضاربة هو شرط يُخالف مقتضى طبيعة هذا العقد وهي الأمانة، لكن ما دام ذلك لا يؤدي إلى جهالة المعقود عليه وهو الربح فإن ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من بطلان الشرط وصحة العقد هو الأقرب للصواب لما فيه من موافقة لمقاصد الشريعة الرامية إلى استقرار العقود وتصحيحها بقدر الإمكان، فيلغو هذا الشرط الفاسد ويصح العقد.

المطلب السادس:خطاب الضمان

أولا – تعريفه:

هو تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه، في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون الالتفات لما قد يبديه العميل من المعارضة[3]

---

[1] قطب، المدخرات، مرجع سابق، ص273.

[2] المرجع نفسه، ص275

[3] السالوس، علي أحمد، الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر،(د،ت)،ص57

ثانيا–التكييف الشرعي لخطاب الضمان وحكمه

خطاب الضمان يعتبر في حقيقته شكل من أشكال الكفالة، إذ فيه التزام وتعهد من قادر على تسديد ما ترتب بذمة المدين اتجاه الدائن أو الطالب، لكن خطاب الضمان المتعامل به الآن في المصارف، قد يكون خاليا من أي غطاء نقدي، وقد يكون له غطاء نقدي عند البنك، وعليه فإذا كان بدون غطاء نقدي فهو كفالة وبيانه أن ذمة البنك انضمت إلى ذمة العميل في الالتزام اتجاه المستفيد(الطالب)، لكن إذا أودع العميل غطاء نقديا بقيمة الخطاب فهل يعتبر هذا من قبيل الكفالة أيضا؟

من المعلوم أن الأجر على الضمان لا يجوز؛لأن الضمان شأنه شأن القرض أن يكون لوجه الله، ودفع الأجر في مقابله يخرجه عن أصله؛ فلذا فإن خطاب الضمان الذي يدفع في مقابله مالا لا يعتبر كفالة؛لأن الأجر يفسد عقد الكفالة، ولتصحيح العقد فإنه يحول إلى عقد وكالة، إذ لا محذور في دفع الأجر عليها، فتكون العلاقة بين العميل (طالب الضمان)، وبين البنك هي الوكالة، فيكون البنك وكيلا عن العميل في تسديد كل ما يترتب من التزامات تجاه المستفيد، وهذا لا محذور فيه شرعا.

جاء في الفتوى الصادرة عن ندوة البركة لسنة 1985 أن "خطاب الضمان إذا كان بدون غطاء نقدي كامل فهو كفالة ويخضع لأحكامها، وإذا قدم له غطاء نقدي كامل لدى البنك فهو وكالة بالنسبة للشخص المكفول، وأما بالنسبة للجهة المكفول لها فإن خطاب الضمان حينئذ كفالة[1].

و قد نص مجمع الفقه الإسلامي، في دورته المنعقدة بجدة عام 1985م،في القرار رقم:12 إلى أنه"إذا كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه، وأما إذا كان بدون غطاء فهو كفالة، والكفالة عقد

[1] مجموعة البركة، الفتاوى الشرعية في الاقتصاد،، ط1(1991م)، جدة السعودية، ص47.

تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، فلا يجوز أخذ العوض عنها، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعا على المقرض وذلك ممنوع شرعا، أما أخذ الأجرة مقابل المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعا، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل"[1].

[1] منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الدورة الثانية(1407هـ1986م)، 1209/2.

الفصل الثاني

تطبيقات تصحيح وتحول العقد في العقود المركبة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بعد أن تكلمت في الفصل السابق عن تطبيقات تصحيح وتحوُّل العقد في بعض العقود البسيطة، سأتطرق في هذا الفصل إلى تطبيقاته في العقود المركبة، على أن الإحاطة بجميع جزئيات هذا الموضوع عسيرة لذا سيكون التركيز على بعض العقود التي لها وجود في التعاملات المصرفية الإسلامية، بدءا بالإجارة المنتهية بالتمليك، يليها بيع المرابحة للآمر بالشراء وأخيراً المشاركة المنتهية بالتمليك، هذه العقود التي تعتبر من أهم مصادر التمويل الإسلامي ولذا ستتم دراسة هذا الفصل من خلال الآتي:

المبحث الأول– الإجارة المنتهية بالتمليك

تتم دراسةهذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول– مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك

و فيه الفروع الآتية:

الفرع الأول– تعريف الإجارة والتمليك

ويتضمن ما يأتي:

أولا– تعريف الإجارة:

1–الإجارة لغة

اسم للأُجرة وهي كراء الأجير، وهي ما أُعطي من أجر في عمل ما، والأجر الثواب، فالإجارة من الأَجر وهو العوض ومنه يُسمى الثواب أجراً، والحاصل أن الإجارة لغة هي الثواب[1]

فالإجارة في اللغة هي العوض، وكسر الهمزة فيها أفصح من ضمها وفتحها[2].

2–الإجارة اصطلاحا:

عُرفت الإجارة في الاصطلاح بتعاريف اختلفت لفظاً واتفقت في المعنى منها:

عرفها الحنفية بأنها" تمليك نفع بعوض"[3]

و عرفها المالكية بأنها" عقد معاوضة على تمليك منفعة، بعوض، بما يدل"[4]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 10/4.

[2] النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، ت:عبد الغني الدقر، ط1(1408ه)، دار القلم، دمشق،ص219.

[3] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق5/8.

[4] الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق 6/4.

وعرفها الشافعية بأنها" عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"[1]

أما الحنابلة فقد عرفوها بأنها:"عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"[2]

و الحاصل أن هذه التعاريف متقاربة في المعنى وتعريف الحنابلة؛ أكثرها وضوحاً، وفيه تفصيل ليس في غيره.

ثانيا– تعريف التمليك:

1- التمليك لُغة:

من المِلك وهو ما ملكته اليد من مال وغيره وهو الاستبداد بالشيء واحتواؤه[3].

2–التمليك اصطلاحا:

هو حكم شرعي يُقدَّر في العين أو المنفعة يقتضي تمكُّن من يُضاف إليه من انتفاعه به والعوص عنه[4].

الفرع الثاني:تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك

عرفت الإجارة المنتهية بالتمليك بتعاريف منها:

عرفها عثمان شبير بأن المقصود بها:"أن يقوم المصرف بتأجير عين كسيارة إلى شخص مدة معينة بأُجرة معلومة قد تزيد عن أُجرة المِثل، على أن يُملِّكه إياها بعد انتهاء المدة ودفع أقساط الأجرة بعقد جديد"[5].

---

[1] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق 427/2.

[2] البهوتي، منتهى الإرادات، مصدر سابق64/3.

[3] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق491/10.

[4] السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابقص316.

[5] شبير، محمد عثمان،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي،ط6(1427هـ2007م)،دار النفائس، الأردن،ص322

وعرفها وهبة الزحيلي بأنها:"هي أن يتفق اثنان على إجارة سلعة مقابل أُجرة أو أقساط دورية كل شهر أو ثلاثة أشهر أو سنة أو غير ذلك، فإذا سدَّد المُستأجر الأقساط في مدة معينة، وأعاد المُستأجِر السلعة إلى مُؤَجِرها في نهاية مدة الإجارة انتهت الإجارة، ثم يتفقان على تملُّك المستأجر السلعة أو المعدات بوضعها الحالي وبسعر متفق عليه عن طريق بيعها نهائياً"[1]

و عُرِفت أيضا بأنها:عقد بين طرفين يُؤَجر فيه أحد المتعاقدين للآخر شيئاً ما بمبلغ معين لمدة معينة مع اشتراط أن تؤول ملكية هذا الشيء إلى المستأجر في نهاية المدة التي يتفقان عليها[2]

و عرفها عبد الستار أبو غدة، فقال:"التأجير مع الاقتناء(أو التأجير المنتهي بالتمليك) هو عقد إجارة على أشياء بأقساط أُجرة يُتفق عليها مع اتخاذ إجراء لانتقال ملكية العين المُؤَجرة إلى مِلك المُستأجِر، سواء تلقائيا بتمام أقساط الإجارة، وذلك بنفاذ عقد هبة مُعلَّق على هذا التمام بعقد الإجارة أو قبله أو بعده، أو بالهبة للعين بإبرام عقد هبة عند انتهاء عقد الإجارة، أو بالبيع بثمن رمزي أو حقيقي بإبرام عقد بيع في حينه"[3]

و يبدو أن هذا التعريف أشمل من غيره إذ فيه إشارة إلى معظم صور الإجارة المنتهية.

ويُطلق على هذا العقد عدة إطلاقات منها: البيع الإيجاري، والإيجار الساتر للبيع، والإيجار الذي ينقلب بيعاً، والإيجار المقترن بوعد بالبيع، والإجارة التشغيلية.

الفرع الثالث–نشأة الإجارة المنتهية بالتمليك:

لقد كان البيع بالتقسيط سببا في نشأة الإجارة المنتهية بالتمليك ابتكره التجار حتى يحتفظون بملكية المبيع إلى حين سداد جميع الأقساط وأول ظهور له كان في بريطانيا في عام 1846م التي

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، السنة التاسعة، العدد الحادي عشر(1419ه1998م)، 52.

[2] محمد رواس قلعه جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ط1(1420ه1999م)، دار النفائس، بيروت، ص86.

[3] عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل، ط2(1424ه2003م)المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص39.

انتشر فيها في ذلك الوقت البيع بالتقسيط الذي يسهل على المشتري دفع الثمن ويحقق ربحا أكثر للبائع[1].

لكن البيع بالتقسيط تَحفُّه مخاطر بالنسبة للبائع إذ قد يُصيب المشتري إفلاس فيعجز عن دفع الأقساط، أو يُماطل في الأداء أو يتأخر لسبب ما؛ مما يعني إلحاق الضرر بالبائع؛ لأنَّه لا يحصل على حقه، وملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري بمجرد العقد، ممَّا جعل التجار والباعة يفكرون في أسلوب آخر يحميهم من هذه المخاطر ويحققون به أرباحاً أكثر؛ لذا قام أحد بائعي الآلات الموسيقية بصيغة أُخرى مفادها إبرام العقد في صورة إيجار مع إعطاء المستأجر حق تملك السلعة تلقائيا عندما يدفع القسط الأخير عند نهاية مدة الإيجار دون إبرام عقد جديد، وعندها يكون البائع قد استوفى كامل الثمن.

والهدف من ذلك كله هو إظهار عقد البيع في صورة عقد إيجار ليتفادى البائع به عدم اعتبار المشتري مبدِّداً للبيع إذا تصرف فيه قبل سداد الثمن، وأيضا إمكانية استرداد المبيع إذا أفلس المشتري؛ لأن الإجارة بطبيعتها تبقى فيها ملكية العين للمُؤجر فيكون المستأجر حائزا لا مالكا وإذا تصرف في العين كان مبدِّدا كما أن الأموال المستأجرة لا تدخل في تفليسة المشتري[2]

فهذه المزايا في صيغة البيع الإيجاري جعلته يلقى رواجاً بين التجار خاصة في المشاريع الاستثمارية الكبرى.

---

[1] إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، ط1984م، ص304، بواسطة القرة داغي، علي محي الدين، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط1(1431ه-2010م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت،ص 619، غسان محمد الشيخ، الإجارة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط1، 1431ه، 2010م، دار القلم، دمشق، ص39، السنهوري، الوسيط، مرجع سابق4/173-182، بن بيه عبد الله بن الشيخ، مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات، ط2، 2010م، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ص 161.

[2] قنديل، استحداث العقود في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص613، إبراهيم أبو الليل، البيع بالتقسيط، مرجع سابق، ص303، السنهوري، الوسيط، مرجع سابق4/150.

لكن رغم كل هذه الحيل فقد اعتبرت كثير من الأنظمة القانونية هذا العقد بيعاً و لم تعتبره إجارة إذا انتقال الملكية فيه معلّقاًعلى شرط قبول المستأجر الشراء إذا أدى جميع الأقساط خلال المدة المتفق عليها فهو بيع معلّق على شرط واقف، وبالتالي يُعتبر المستأجر (المشتري في الحقيقة والواقع) مالكا للعين بهذا الشرط فإذا تصرف في المبيع قبل سداد الأقساط فقد تصرف فيما يملك فلا يكون متعديا.

و حتى تزداد نية المتعاقدين خفاءً أكثر أُدرِّج شرط مفاده الاتفاق على أن يدفع المستأجر مبلغا رمزيا عند رغبته في شراء العين المؤجرة إضافة إلى سداد جميع الأقساط.

ونظراً لتكييف القانون لعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع بثمن رمزي أيضا بكونه بيعاً وليس إجارة فقد دفع ذلك المتعاقدين أن يجعلا الثمن حقيقيا وهنا اعتبر القانون هذه الصيغة إيجارا مقترنا بوعد بالبيع[1]

ونظراً لخشية البائع من تكييف القانون لهذا العقد بأنَّه بيع بالتقسيط وذلك يهدد حقوقه لأنَّه لا يتمكن في الحالة هذه من استرداد العين في حالة إفلاس أو إعسار المشتري إذ تصرفه في هذه الحالة هو تصرف مشروع، فقد تطور هذا العقد إلى طريقه أُخرى يتفادى بها الباعة مختلف الأخطار وهذه الطريقة هي عقد الليزنج

وقد كانت بدايته ظهوره في أمريكا عام 1953م عندما دخلت المؤسسات المالية كوسيط بين العاقدين لتقوم بتمويل عملياتها وسُمي بعقد الليزنج (LEASING)، وظهر في إنجلترا عام 1960م، ثم ظهر في فرنسا عام 1962م وسُمي في القانون الفرنسي بالإيجار الائتماني CREDIT BOIL لينتشر بعد ذلك في معظم البلدان وقد صدر في مصر قانون رقم 95 سنة 1995م الذي ينظم التأجير التمويلي[2].

---

[1] غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص42.

[2] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق،ص619، قنديل، استحداث العقود، مرجع سابق،ص614.

وبهذا اتخذ الإيجار المنتهي بالتمليك طابعاً جديداً تمثل في تدخل طرف ثالث وهو المؤسسات المالية التي تقوم بتمويل العقد بشراء الأشياء التي هي في غالب الأمر تجهيزات وصناعات كالطائرات والسفن والدور ثم تقوم بتأجيرها لمن يتعاقد معها لمدة متفق عليها طويلة الأجل نسبيا ليتسنى للمؤسسة التي قامت بتمويل المشروع من الحصول على ما أنفقته على التمويل، ثم يقوم المستأجر بإعادة الشيء المُستأجَر إلى المؤسسة أو يتملكه مقابل ثمن يُراعى في تحديده المبالغ التي دفعها كأقساط إيجار فهذا العقد ليس فيه إلزام بشراء العين المؤجرة، وإنَّما بنهاية المدة المتفق عليها يكون للمستأجِر المتعاقد مع المؤسسة خيارات وهي:

1. إرجاع السلعة المؤجَرة إلى المؤسسة المالكة للعين المؤجرة.
2. تمديد وتجديد مدة الإيجار.
3. تملُّك السلعة مقابل ثمن يُراعى في تحديده المبالغ التي دُفِعت كأقساط إيجار.

والجديد في الليزنج هو تدخل المؤسسة التي لا تملك هذه الأشياء المراد تأجيرها وإنَّما تشتريها لتحقق الربح من خلال هذه العملية والمُستأجر هو الذي يحدد الأشياء التي يريدها ويصفها، وقد تُوكله المؤسسة ليشتري هذه الأشياء باسمها فهو وكيل ومستأجر ورغم تسلُّمه لها إلاَّ أنَّه لا يتملكها بل تبقى مملوكة للمؤجر مع منحه حق الشراء الاختياري في نهاية العقد، كما يلتزم بالمحافظة عليها[1].

ولهذا العقد مزايا منها: [2]

1. نظراً لاحتفاظ شركات الليزنج بملكية الأصل (العين المؤجرة) فإنَّها تتغاضى عن كثير من

---

[1] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق،ص620، قنديل، استحداث العقود، مرجع سابق،ص614.

[2] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية، مرجع سابق، ص621، الشرقاوي، عبد الله، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، ط1، 1431ه-2009م، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء، ص261- 262، عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، ط(2016م) دار نشر المعرفة، الرباط، ص41-42.

الضمانات المطلوبة في حالة التمويل التقليدي.

2. تهتم شركات الليزنج على مدى توفر السيولة النقدية لدى المستأجِر وقدرته على السداد لا على رأس ماله أو حجم أصوله.

3. شروط الليزنج غالبا أفضل من شروط التمويلات الأُخرى؛ لأنَّ شركة الليزنج تقدم كامل التمويل بينما التمويل التقليدي لا يتجاوز (70 %) كحد أقصى من قيمة الأصول المراد تمويلها.

4. لا تُؤثر الاستفادة من الليزنج على قدرة المستأجر على الاستفادة من وسائل التمويل الأخرى لأنَّ التزاماته الناشئة عن عقد الليزنج تُكيف على أساس كونها أحد مصروفات التشغيل ولا تدخل عند حساب معدلات المديونية وبالتالي لا تأثير لها على القدرة الائتمانية للمستأجر.

5. يدفع عجلة التنمية وينشطها لما فيه من تسهيلات كبيرة تؤدي إلى تذليل مشكلات تشييد المرافق الراجعة إلى ضعف الإمكانيات.

6. يُوفر الإمكانات لصيغ التأجير للتمويل المتوسط أو الطويل خاصة لدى الدول التي لها أسواق مالية نامية لتأجير المعدات الرأسمالية.

7. يُعتبر أسلوبا تمويليا بديلا عن الاقتراض بالفوائد الربوية المحرمة في الأديان السماوية[1].

المطلب الثاني: صور الإيجار المنتهى بالتمليك في القانون وتكييفها

و فيه الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: صور الإيجار المنتهي بالتمليك

يمكن إجمال صور هذا العقد من الناحية القانونية في ثلاث صور هي[2]:

---

[1] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية،مرجع سابق، ص350-420، الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية، مرجع سابق، ص263.

[2] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 177/4، أبو الليل، البيع بالتقسيط، مرجع سابق، ص305، غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص101.

الصورة الأولى – الإيجار الساتر للبيع:

في هذه الصورة قصد المتعاقدين هو البيع بالتقسيط وليس عقد الإجارة وإنَّما تستر البيع بعقد الإجارة وأُطلِق على الأقساط التي يدفعها المشتري اسم الأُجرة وهي في الحقيقة ثمن يدفعه المشتري على أقساط، ويتفقان على أنَّه إذا وفى المشتري بالأقساط المطلوبة انقلب الإيجار بيعا.

الصورة الثانية– الإيجار المقترن بوعد بالبيع:

وذلك في حالة ما إذا أراد المتعاقدان في حقيقة الأمر البيع بالتقسيط من البداية فيجعل المؤجر الوعد بالبيع معلَّقا على شرط وفاء المستأجِر بأقساط الإيجار في وقتها المحدد ويجعل الثمن إذا ظهرت رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وأحياناً يُضيف إليه مبلغا رمزيا[1].

الصورة الثالثة–الإيجار الجديُّ المقترن بوعد بالبيع:

في هذه الحالة يجعل المتعاقدان الثمن حقيقيا وليس رمزيا وتكون الأُجرة مناسبة للعين المستأجرة، على أن يتم البيع بعقد جديد لا بنهاية المدة المحددة للإيجار.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للإيجار المنتهي بالتمليك:

لقد اختلف القانونيون في تكييف هذا العقد، إذ بعضهم كيَّفه على أنه إجارة مقترنة بوعد بالبيع، وذهب آخرون إلى أنَّه بيع تقسيط معلَّق على شرط سداد الثمن كاملا ورأى آخرون عدم تكييفه بعقد معين وإنَّما يُترك الأمر للقاضي الذي يستخلص حقيقة كل صورة من صوره من خلال قصد العاقدين وما يحتف بذلك من قرائن وملابسات، إلاَّ أنَّ معظم القوانين في الوقت المعاصر كيفته على أنَّه بيع بالتقسيط مُعلَّق على شرط سداد الثمن كاملا؛"لأنَّ الأُجرة التي يدفعها المستأجر تعتبر بمثابة جزء من الثمن [2]"وهذا ينطبق على الصورة الأولى والصورة

---

[1] غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص103، القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص624.

[2] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 4/170-171، القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، 625.

الثانية فقد نصَّ القانون المصري بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري على هذا العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً لأنَّ قصدهما واضح وإن لم يفصحا عنه إذ قصدا أن يكون الإيجار عقدا صوريا يُخفى به العقد الحقيقي المقصود وهو البيع بالتقسيط وما سمياه أُجرة هو أقساط، وبالتالي تسري عليه أحكام البيع بالتقسيط، والأمر نفسه بالنسبة للصورة الثانية ولو أضافا مبلغا رمزيا؛لأنهما ما فعلا ذلك إلاَّ رغبة في إخفاء القصد الحقيقي[1] وهو البيع بالتقسيط.

ممَّا سبق يظهر أنَّ التكييف القانوني للصورتين الأولى والثانية هو البيع بالتقسيط ممَّا يعني أنَّ الآثار المترتبة هي آثار البيع بالتقسيط لا الإجارة فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري لكن تكن معلَّقة على شرط واقف منذ إبرام العقد، وفي حالة إفلاس المشتري فإنَّ البائع يستطيع فسخ البيع، كما له حق التقدم على دائني المشتري.

أمَّا الصورة الثالثة فقد اعتبرها القانون إيجارا لا بيعا بالتقسيط وعليه فلا تنتقل ملكية العين المستأجرة إلى المستأجر، وتصرفه فيها غير قانوني وعند إفلاسه فللمؤجر استرداد العين، وإذا ظهرت رغبة المستأجر في شراء العين انتهى عقد الإجارة وتنتقل الملكية إلى المشتري عند ظهور رغبته في الشراء لا بأثر رجعي.[2]

والحاصل أن البيع الإيجاري اختلف حول تكييفه لاختلاف ظاهر اللفظ عن قصد المتعاقدين إلاَّ أنَّ أغلب القوانين المعاصرة اعتبرت الصورتين الأوليتين بيعا بالتقسيط والصورة الأخيرة إجارة لا بيعا.

---

[1] السنهوري،الوسيط، مرجع سابق، 4/170-171، القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، 625.
البيع بالتقسيط، إبراهيم أبو الليل، ص305، بواسطة غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص105.

[2] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 4/174-178.القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص625.

المطلب الثالث– صور الإيجار المنتهي بالتمليك وحكمها في الفقه الإسلامي

إن الإيجار المنتهي بالتمليك يُبنى على مسائل فقهية منها: اجتماع عقدين في عقد، اشتراط شرط أو أكثر في العقد، والإلزام بالوعد، فلا بد من بيان الرأي الفقهي في هذه المسائل بعدها نتطرق لصور الإيجار المنتهي بالتمليك والحكم عليها، لذلك سيتضمن هذا المطلب الفروع الآتية:

الفرع الأول– مسائل يُبنى عليها الإيجار المنتهي بالتمليك

ويتضمن ما يأتي:

المسألة الأولى: الوعد الملزم

الناظر في صور الإيجار المنتهي بالتمليك يجد أن المؤجِر والمستأجر كلاهما يعِد الآخر، فالمؤجر يعد المستأجر بالبيع إذا وفى جميع الأقساط في الموعد المحدد لها، والمستأجر يعد بالشراء أو إرجاع العين عند العجز، فهل هذه الوعود ملزمة[1]، ويقضى بها أم لا؟ للإجابة على ذلك نقول لقد وقع خلاف بين العلماء في مدى إلزامية الوعد على أقوال هي:

القول الأول: الوفاء به مستحب فلا يجب ديانة ولا قضاء ولو تركه لا يُؤثم وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافية والحنابلة وقول عند المالكية[2].

وقد استدلوا بالآتي:

---

[1] نقصد بالإلزام هو المواعدة الملزمة بما يفيد صراحة أو دلالة تعهد طرفيها والتزامهم بإتمام عقدها وتنفيذ مقتضاه.نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم، في المعاملات المالية، ط1(1431هـ2010م)، دار القلم، دمشق، ص29.

[2] ابن علان، محمد علي، الفتوحات الربانية على الأذكار النووية، ضبط وتصحيح: عبد المنعم خليل، ط1(1424هـ2004م)، دار الكتب العلمية، بيروت (169/6)، الحطاب، محمد أبو عبد الله، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ت: عبد السلام محمد الشريف، ط 1(1404ه-1984م)، ص 154-155، ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، 243/4، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق39/21.

1-قوله ﷺ: ((إذا وعد أحدكم أخاه ومن نيته أن لا يفي و لم يجيء للميعاد فلا إثم عليه))[1].

وجه الاستدلال: أنَّ النبي ﷺ رفع الإثم والحرج عمن لم يفِ بوعده ممَّا يدل على استحباب الوفاء لا وجوبه[2].

ونُوقِش هذا بأنَّه حديث ضعيف والضعيف لا يُحتج به، وعلى التسليم بصحته فإنَّه يُحمل على من لم يف بوعده لسبب ما كالاضطرار حتى لا يتعارض مع الأدلة القاضية بوجوب الوفاء والجمع واجب متى ما أمكن وقد أمكن[3].

2-قالوا الوعد تبرع والتبرعات لا تلزم، جاء في الفتوحات الربانية " لأنَّه بمعنى الهبة والهبة لا تلزم إلاَّ بالقبض عند الجمهور وعند المالكية تلزم قبل القبض "[4]

3-الإجماع: إذ أجمع العلماء على أنَّ الواعد إذا مات فإنَّ الموعودُ له لا يُحكم له بما وعد به ممَّا يدل على أنَّ الوفاء بالوعد مستحب لا واجب[5].

ونوقش هذا بأنَّه من دعاوى الإجماع إذ كيف يصح الإجماع مع وجود الخلاف في المسألة[6].

القول الثاني: ذهب جمع من العلماء إلى أن الوعد ملزم ديانة وقضاء منهم عمر بن عبد

---

[1] أبو داود في سننه: كتاب الأدب، باب العدة، برقم: 4995، 476/4، والترمذي في السنن، كتاب: الإيمان، باب: ما جاء في علامة المنافق، برقم: 2633، وقال:" هذا حديث غريب وليس إسناده "، وضعفه الشيخ الألباني: ينظر ضعيف سنن الترمذي، 313/1.

[2] ابن حجر، فتح الباري مصدر سابق، 290/5. غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، 170/6

[3] القرافي، الفروق، مصدر سابق، 54/4.

[4] ابن علان، الفتوحات الربانية، مصدر سابق، 170/6، . السخاوي، محمد عبد الرحمن، التماس السعد في الوفاء بالوعد، ت: عبد الله الخميس، ط1(1417ه-1997م)، مكتبة العبيكان، الرياض، ص59.

[5] ابن علان، الفتوحات الربانية، مصدر سابق، 170/6، ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 290/5.

[6] ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق290/5.

العزيز وهو ما تبناه بعض المعاصرين من أشهرهم الشيخ القرضاوي [1] وقد استدلوا بالآتي:

1. بعموم النصوص الآمرة بالوفاء بالعهود والعقود والتي منها:

ا- قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ﴾[2]

وجه الاستدلال: دلت الآية على أنَّ إخلاف الوعد من الكبائر ممَّا يدل على تحريم الإخلاف به و لم تفرق بين الديانة والقضاء[3].

ونُوقِش بأن هذا الدليل تُلابسه احتمالات منها أن المقصود به من وعد وفي نيته أن لا يفي أو هي في مدح الإنسان نفسه بما لم يفعل والدليل إذا دخله الاحتمال سقط به الاستدلال[4].

ب- قوله ﷺ " آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان"[5].

وجه الاستدلال أنَّ النبي ﷺ عدَّ من علامات النفاق إخلاف الوعد ممَّا يدل على حرمة إخلافه ووجوب الوفاء به عملاً بظاهر الحديث[6].

---

[1]، القرافي، الفروق، مصدر سابق، 54/4، ابن حجر، فتح الباري، مصدر سابق، 290/5، ابن علان، الفتوحات الربانية، مصدر سابق، 169/6، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 28/8. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 29/21، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق 237/18. الحطاب، تحرير الكلام، مصدر سابق، ص154.
القرضاوي، يوسف، الوفاء بالوعد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس (1409هـ1988م)، 856/2.كما نسب لابن شبرمة وابن الأشوع.ينظر:ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 28/8.، القرضاوي، الوفاء بالوعد، مجلة المجمع، مرجع سابق، 857/2.

[2]سورة الصف، الآية:2

[3] القرضاوي، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص65. القرافي، الفروق، مصدر سابق.54/4.

[4] ابن علان، الفتوحات الربانية، مصدر سابق، 169/6، الجصاص، أحكام القرآن، مصدر سابق334/5، ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، 28/8، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، (79/18).

[5] البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: علامة المنافق، برقم: 33، 16/1، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، بباب:خصال المنافق، برقم: 59، 78/1.

[6] ابن علان، الفتوحات، مصدر سابق 170/6.

ونُوقِش هذا بأن ظاهر الحديث غير مقصود فهو محمول على من تركه من غير عذر، والمقصود هو التحذير والتنفير من هذه الخصال فلا حجة فيه على المطلوب[1].

القول الثالث: ذهب المالكية في المشهور[2] عنهم إلى أن الوعد ملزم قضاء إذا كان مرتبطا بسبب ودخل الموعود له في السبب كأن يقل له: اهدم دارك وأنا أُسلِّفك، أو اخرج إلى الحج أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة وأنا أُسلِّفك أمَّا مجرد الوعد فلا يلزم به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق"[3].

ووجه الاستدلال: أنَّ الموعود إذا دخل في السبب و لم يف الواعد بوعده سيلحقه الضرر والضرر مدفوع شرعا[4].

القول المختار:

الناظر في هذه المسألة يجد أنَّ الأقرب للصواب هو الرأي المشهور عند المالكية أنَّ الوعد يجب الوفاء به ويلزم قضاء إذا كان مرتبطا بسبب ودخل الموعود في السبب لما فيه من رفع للضرر المطلوب شرعا، لكن ينبه إلى أن المالكية قصروا ذلك على التبرعات لا المعاوضات. ولكن ذهب الشيخ يوسف القرضاوي إلى أنه لا فرق بين المعاوضات والتبرعات فيقضى بالوعد مطلقا لما له من دور في حماية البنوك من الخسارة بسبب النكول. ولما فيه من استقرار للمعاملات وبناء عليه يكون الوعد الصادر من المؤجر ببيع العين المؤجرة أو هبتها إذا وفى المستأجر بالأقساط في وقتها المحدد ملزما، وكذا الوعد الصادر من المستأجر.

---

[1] ابن علان، الفتوحات الربانية، مصدر سابق، 169/6، السخاوي، التماس السعد، مصدر سابق، ص61. ابن حزم المحلى، مصدر سابق28/8.

[2] الحطاب، تحرير الكلام، مصدر سابق، ص 154.

[3] القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، 297/6.

[4] القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، 366/6. نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم، مرجع سابق، ص37. وذهب أصبغ من المالكية إلى أنَّ الوعد ملزم قضاء إذا كان مرتبطا بسبب مطلقا دخل الموعود في السبب أم لا،.عليش، محمد، فتح العلي المالك، في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ط1(1320ه)، مطبعة التقدم العلمية، مصر،212/1.

وقد ذهب إلى القول بذلك المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي الذي عقد بدبي عام 1399 وصدر فيه قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورته الخامسة (1409هـ1988م) إذ جاء فيه ما نصه.:"الوعد(وهو الذي يصدر من الآمر أوالمأمور على وجه الانفراد) يكون ملزما للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلَّقا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض على الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر"[1].

المسألة الثانية: البيع المعلَّق[2] على شرط:

إن الإجارة المنتهية بالتمليك تتضمن وعدا بالبيع أو الهبة ويكون معلقاً على شرط سداد الأقساط في موعدها المحدد لها فهل يصِّح تعليق البيع على هذا الشرط؟ إن مسألة تعليق البيع على شرط في المستقبل اختلف فيها الفقهاء على قولين هما:

القول الأول: عدم الجواز وهو مذهب الأئمة الأربعة [3] وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بالآتي:

1-قالوا لأنَّه غرر فقد يتحقق الشرط وقد لا يتحقق والغرر منهي عنه[4] و"عقود المعاوضات لا

---

[1] منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، مرجع سابق، 1599/2.

[2] التعليق في الاصطلاح: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى" وعُرِف أيضا بأنَّه" ترتيب أمر لم يوجد بأن أو إحدى أخواتها. ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 589/4ويشترط فيه كون الشرط معدوما على خطر الوجود فالتعليق بكائن تنجيز وبالمستحيل باطل.

[3] النووي، المجموع، مصدر سابق، 340/9، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 278/7، التسولي، البهجة، مصدر سابق، 107/2، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق 500/2.يُنبه إلى أنَّ الحنفية والمالكية استثنوا تعليق البيع على رضا شخص آخر ورأوا أنه قبيل الخيار للأجنبي وهو جائز عندهم وقد قيَّد الحنفية ذلك بثلاثة أيام أمَّا المالكية فهو عندهم تبع لنوع السلعة، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، 278/7، جاء في الكافي" وجائز إن يشترط كل واحد منهما الخيار =لغيره "ابن عبد البر، الكافي، مصدر سابق، 70/2و في المدونه" إن رضي فلان البيع فالبيع جائز"178/4.

[4] النووي، المجموع، مصدر سابق، 340/9، ابن عابدين، رد المحتار، 278/7، الدردير، الشرح الصغير، 30/4، القرافي، الفروق، مصدر سابق، 396/1.

تقبل التعليق، ولا تلزم به"[1].

ونُوقِش هذا بأنَّه غير مُسلَّم فهو ليس من الغرر المنهي عنه، وإنَّما هو عقد على صفة معينة إن حصلت حصل وإن لم تحصل لم يحصل"فهذا ليس بتغرير إنَّما التغرير إن يعقد له عقدا يأخذ فيه ماله ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطرة"[2].

2-قالوا هومن قبيل الشرط في البيع[3] وقد" نُهي عنه وعليه فلا يجوز.

ونُوقِش هذا بأنَّ هذا الحديث لم يثبت وليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكايات منقطعة[4]، ولا يُعلم له إسناد يصح مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس وانعقاد الإجماع على خلافه"[5].

3- قالوا هو من قبيل القمار والمعاوضات تمليكات للحال فلا يصح تعليقها لوجود معنى القمار[6].

ونُوقِش بأنَّا نسلم أن فيه مخاطرة، لكنها لا تؤدي إلى القمار إذ ليس كل مخاطرة قمار" فليس في الأدلة الشرعية ما يُوجب تحريم كل مخاطرة، بل قد عُلِم أنَّ الله ورسوله لم يُحرِّما كل مخاطرة ولا كل ما كان متردِّدا بين أن يغنم أو يغرم...وليس في أدلة الشرع ما يُوجب تحريم جميع هذه الأنواع لا نصا ولا قياسا ولكن يحرم من هذه الأنواع ما يشتمل على أكل المال بالباطل والموجب للتحريم عند الشارع: أنَّه أكل مال بالباطل، كما يحرم أكل المال بالباطل وإن

---

[1] ابن عظوم، أبو القاسم بن محمد، كتاب الأجوبة، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، ط (د، ت)، المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون، 382/5.

[2] ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، العقود، تحقيق محمد حامد الفقي، ط(د، ت)، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، ص 228.

[3] الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي، ط1، مطبعة الكتز الأميرية مصر، مصدر سابق، 131/4، نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم، مرجع سابق، ص99.

[4] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق،132/29.

[5] ابن القيم، اعلام الموقعين، مصدر سابق،346/2.

[6] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 51/6، ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق503/7.

لم يكن مخاطرة لا أنَّ مجرد المخاطرة محرم"[1] فلا تلازم بينهما

القول الثاني: جواز تعليق عقود المعاوضات مطلقا ومنها البيع وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[2] وقد استدلوا بأدلة كثيرة منها:

1-قال الله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ١﴾[3]

ووجه الاستدلال أنَّ الآية دلت على وجوب الوفاء بكل العقود والشروط وهي باقية على عمومها دون فرق بين منجز ومعلَّق ومدَّعي التقييد مُطالَب بالدليل [4] و" الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلاَّ ما دل الدليل على خلافه وهو الصحيح " [5]

2-قوله ﷺ((المسلمون على شروطهم))[6]

وجه الاستدلال: فالحديث دل على صحة شروط المسلمين ولزومها جميعها والبيع المعلَّق على شرط أحد أفرادها.

3-بفعل عمر ﷺ فقد عامل الناس فأعطاهم الأرض البيضاء على أنَّه: إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فلعمر الثلثان ولهم الثلث وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر[7].

---

[1] البعلي، بدر الدين بن محمد، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تصحيح: عبد المجيد سليم، ط(1405هـ-1985م)، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 532.

[2] ابن تيمية، العقود، مصدر سابق، ص 227، ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 346/2، البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 500/8.

[3] سورة المائدة، الآية:1

[4] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق،544/9.

[5] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق،346/29.

[6] سبق تخريجه ينظر ص150.

[7] البخاري ،في المعلقات، الصحيح، كتاب: المزارعة، باب: المزارعة بالشطر، 819/2.

وجه الاستدلال: " أنَّ عمر عقد المزارعة بالشرط و لم يخالفه صاحب فدل على الجواز[1]

4-استدلوا بقاعدة رفع الحرج وهي أصل من أصول الشريعة وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشرط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف[2].

القول المختار:

الناظر في هذه المسألة يجد أنَّ سبب الخلاف فيها أساسه مدى تضمن العقد المعلَّق على الغرر والقمار فمن رآه يتضمن ذلك منع ومن لم ير ذلك أجاز، والناظر في الأدلة التي استدل بها كل فريق يجد أن أدلة المجيزين أقرب إلى الصواب إذ لا غرر ولا قمار في التعليق[3]، كما أنَّ القول بالجواز سنده الأصل العام في الشروط وهو الإباحة ما لم يُخالف الشرع -والله أعلم-

المسألة الثالثة: الهبة المعلَّقة على شرط

يتضمن عقد الإجارة التمليكية في بعض صوره تعليق الهبة على الشرط، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين هما:

القول الأول: عدم صحة تعليق الهبة بالشرط وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة[4] وقد استدلوا على ذلك بالآتي:

---

[1] ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 388/3.

[2] المصدر نفسه387/3.

[3] خاصة وقد أجاز أكثر المانعين بيع الفضولي وبيع الغاصب للعين المغصوبة ولا يوجد فرق مؤثر بين هذه العقود إلاَّ من حيث الصورةنزيه حماد، نظرية العقد الملزم، مرجع سابق، ص 112، أحمد إبراهيم بك، العقود والخيارات، أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص665.

[4] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 118/6، العمراني، البيان، مصدر سابق، 122/8،المرداوي، الإنصاف،مصدر سابق134/7

1-قالوا الهبة المعلقة بالشرط من باب القمار وهو منهي عنه[1].

ونُوقش هذا بعدم التسليم؛لأن القمار هو مخاطرة تتضمن أكل مال الغير بالباطل وذلك كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء، وهذا المعنى غير موجود في الهبة المعلقة على الشرط [2].

2-قاسوا الهبة على البيع إذ كل منهما تمليك لعين في الحياة وكل منهما يبطل بالجهالة فلما كان البيع لا يصح تعليقه وجب أن تكون الهبة مثله[3].

نُوقِش هذا بأنَّه قياس مع الفارق؛ لأنَّ البيع تمليك مال بعوض بينما الهبة تمليك مال بلا عوض، كما أنَّه يُغتفر من الغرر في التبرعات ما لا يُغتقر في المعاوضات؛ لأنَّ الشرع نهى" عن بيع الغرر والمجهول صونا للمالية عن الضياع في أحد العوضين أو كليهما؛ لأنَّ المقصود تنمية الأموال..... وما لا معاوضة فيه في غاية البعد عن قضية التنمية بل هو ممحقة للمال فلا يُناقضه الغرر والجهالة ولذلك جوزناهما في ذلك فإن قاسه الخصم على البيع فالفرق عظيم كما ترى"[4] لأنَّ " المعروف يُوسع فيه ما لا يُوسع في غيره"[5].

القول الثاني:صحة تعليق الهبة بالشرط وهو قول المالكية وأحمد في رواية[6].

وقد استدلوا بالآتي:

1-بالأدلة التي استدلوا بها على جواز تعليق البيع بالشرط[7]

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 118/6.

[2] نزيه حماد، نظرية الوعد، مرجع سابق، ص 115، ابن القيم اعلام الموقعين، مصدر سابق،387/3.

[3] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 118/6، العمراني، البيان، مصدر سابق، 122/8، المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، 134/7.

[4] القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، 244/6.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 175/6.

[6] ابن تيمية، القواعد النورانية، مصدر سابق، ص 260. ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 387/3.

[7] ينظر ص 222.

2-قوله ﷺ لجابر رضي الله عنه: ((لو قد جاء مال البحرين لأعطيتك هكذا وهكذا (ثلاث حثيات)) [1].

وأنجز ذلك له أبو بكر الصديق رضي الله عنه لما جاء مال البحرين بعد وفاة رسول الله ﷺ.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ " علَّق الهبة بالشرط" [2]

3-قول النبي ﷺ لما تزوج أم سلمه رضي الله عنها، قال لها:" إنِّي قد أهديت إلى النجاشيِّ حُلَّةً وأَواقي مِسك، ولا أرى النجاشي إلاَّ قد مات، ولا أرى هديتي إلاَّ مردودة علي فإن رُدَّت فهي لك. فكان كما قال رسول الله ﷺ ورُدَّت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحُلَّة"[3]

ووجه الاستدلال: أنَّ النبي ﷺ علَّق هبة الحلَّة لأم سلمة على رجوعها بموت النجاشيِّ، ممَّا يدل على جواز تعليق الهبة بالشرط[4]

و نُوقِش بأن هذا الحديث فيه وعد معلَّق على شرط وليس هبة معلَّقة على شرط[5]

و رُدَّ بأن هذا التأويل لا برهان عليه إذ لا يُوجد فرق مُؤثر بين الوعد المُعلَّق على الشرط والهبة المعلَّقة على الشرط[6]

القول المختار:

الأقرب للصواب أنَّ تعليق الهبة بالشرط جائز وهو قول المذهب الثاني لأن الأصل في

---

[1] البخاري، في الصحيح، كتاب: المغازي، باب: قصة عمار والبحرين، برقم: 4122، 1593/4. مسلم في صحيحه، كتاب: الفضائل، باب: ما سئل رسول الله شيئا قط فقال لا، رقم 2314، 1806/4.

[2] ابن القيم، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، ت:محمد حامد الفقي، ط2(1395هـ-1975م)، دار المعرفة، بيروت، 16/2.

[3] أحمد، في المسند برقم: 27317، 404/6.و قال الأرنؤوط:"إسناده ضعيف".

[4] ابن القيم، إغاثة اللهفان، مصدر سابق، 17/2.

[5] ابن القيم، إغاثة اللهفان، مصدر سابق 16/2. ابن قدامة، المغني، 250/8. البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، 522/2.

[6] ابن القيم، إغاثة اللهفان، مصدر سابق، 16/2، نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم، مرجع سابق، ص121

الشروط الصحة كما أن التعليق قد تدعو الحاجة إليه.

المسألة الرابعة – اقتران الإجارة بالهبة:

ذهب جمهور الأئمة الأربعة إلى منع كل عقد جُمِع فيه بين المعاوضة والتبرع؛ لأنَّ " ذلك التبرع إنَّما كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا فيصير جزءا من العوض" [1]فلا يجوز عندهم الجمع بين الإجارة والهبة لأنَّ النبي ﷺنهى عن ((سلف وبيع))[2]

ونُوقِش ما ذهب إليه الجمهور بأنَّه خاص باجتماع السلف مع غيره من عقود المعاوضات؛ لأن ذلك يؤدي إلى الربا ولا يُقاس على السلف غيره من التبرعات إذ لا وجود للربا في ذلك خاصة وقد ورد ما يدل على جواز اجتماع المعاوضة مع التبرع وهو العتق مع البيع الذي دل عليه حديث بريرة.

المسألة الخامسة – اشتراط شرط أو أكثر في العقد

من خلال النظر في تعريف الإيجار المنتهي بالتمليك وصوره نجد أنه يتضمن مجموعة من الشروط منها: بيع العين المؤجرة لكن بشرط أن يدفع المستأجر الأقساط المحددة في موعدها، وكذا اشترط الصيانة والتأمين على المستأجر، فهل يجوز اقتران العقد بمثل هذه الشرط؟ لقد اختلف الفقهاء في ذلك فذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى فساد الشرط والبيع، وذهب مالك إلى أن العبرة بما يتضمنه الشرط من الربا أو الغرر فبمقدار ذلك يكون الحكم على العقد، وذهب ابن شبرمة[3]إلى جواز البيع والشرط، وذهب ابن أبي ليلى[4] إلى جواز البيع وبطلان

---

[1] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق 63/29.

[2]سبق تخريجه، ينظر: ص139.

[3]هو عبد الله بن شبرمة بن الطفيل، أبو شبرمة، الضبي فقيه كوفي تابعي وُلد سنة 72هـ، اتفقوا على توثيقه وجلالته وُلي القضاء وروى عن أنس والتابعين وروى عنه ابن المبارك وآخرون توفي سنة144هـ رحمه الله. النووي، محيي الدين بن شرف، تهذيب الأسماء واللغات، ط (د، ت)، دار الكتب العلمية، بيروت، 372/1.

[4]هو عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار بن بلال أبو عيسى. تابعي جليل، وُلد في عهد عمر ﷺ وروى عنه وعن عثمان وعن علي. وروى عنه ابنه عيسى وابن سيرين والشعبي وغيرهم، واتفقوا على توثيقه وجلالته. أدرك عشرين ومائة من أصحاب النبي ﷺ وتوفي سنة83هـ رحمه الله. النووي، تهذيب الأسماء واللغات، مصدر سابق، 304/1.

الشرط، بينما ذهب الإمام أحمد إلى جواز البيع مع الشرط الواحد لا الشرطين، بينما ذهب الظاهرية إلى جواز الشروط إذا ورد بها الشارع، فما لم يرد به الشارع فلا يجوز والأصل فيما ذهب إليه الفقهاء مجموعة من الأحاديث منها حديث جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ: ((ابتاع منه بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة))[1] فأقر ﷺ ذلك، وحديث بريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط))[2]، وحديث:((لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يُضمن ولا بيع ما ليس عندك))[3].

فالتعارض بين هذه الأحاديث هو الذي جعل الفقهاء يختلفون فيما يجوز اقترانه من الشروط مع البيع وما لا يجوز اقترانه"فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه ﷺ عن بيع وشرط، ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر ﷺ الذي ذكر فيه البيع والشرط، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة، ومن لم يُجِز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو"[4]

والمختار:

إن الشروط إذا لم تؤد إلى الغرر الكثير المفسد للعقد أو الربا فهي جائزة ويصح معها العقد؛لأن علة التحريم المعتبرة هي ما يتضمنه الشرط من غرر مفسد للعقد أو الربا، أو المناقضة للقصد الأصلي من العقد لا مجرد الشرط وبناء عليه فلا حرج لو تضمن عقد الإيجار المنتهي بالتمليك مجموعة من الشروط بشرط أن لا تعارض النصوص الشرعية والقواعد المرعية ولا تناقض المقصود الأصلي من عقد الإجارة.

---

[1] سبق تخريجه ينظر ص152.

[2] سبق تخريجه ينظر ص68.

[3] سبق تخريجه ينظر ص139.

[4] ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق،160/2

فهل يجوزاشتراط الصيانة[1] والتأمين على المُستأجِر

الأصل في الإجارة أنه لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر صيانة العين المؤجرة، لأنَّ ما يدفعه المستأجر في الصيانة يكون أُجرة مضافة إلى الأُجرة المتفق عليها كما أن هذه الأُجرة المضافة مجهولة المقدار ممَّا يؤدي إلى فساد الشرط الذي يؤدي إلى فساد العقد.

لكن لو كان قدر الصيانة معلوما جاز هذا الاشتراط)جاء في الدسوقي" إذا سمى التطيين مرات يجوز مطلقا سواء كان من كراء وجب أو من كراء لم يجب"[2] وعند الشافعية أنه إن "ذكروا قدرا معلوما وأذن له خارج العقد بصرفه في العلف أو في العمارة جاز" [3].

وكذا لون اشترط المُؤجِر على المستأجر إصلاح ما تحتاج إليه العين المؤجرة على أن يُحسب من الأُجرة صحَّ إن جرى عرف بذلك، أو كان من أُجرة مدة سابقة.

أما التأمين فهو بمقتضى عقد الإجارة ليس من واجبات المستأجر؛ لأنَّ التأمين فرع الملكية والعين المُؤجرة مِلك للمؤجِر وبالتالي فاشتراط التأمين على المستأجِر شرط فاسد، إذ بقاء العين سالمة مدة عقد الإجارة هي مسؤولية المُؤجِر، لأنَّ العين المؤجرة أمانة عند المُستأجِر فلا يضمن إلاَّ إذا فرط أو قصر[4].

لكن ذهب بعض المعاصرين منهم القره داغي إلى رجحان جواز ذلك وقال: " لأنَّه شرط لا يُخالف نصا من الكتاب والسنة والإجماع فيُعتبر العميل متبرعا، بتحملُّه لتحقيق مصالحه في عقد الإجارة.... لكن الأفضل والأحرى هو أن يُخصم المبلغ من الإجارة أو يُضم أساسا إلى

---

[1] الصيانة لغة: الحفظ، واصطلاحا: هي مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها. ينظر:قلعجي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص279.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 54/4، نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 458/4، الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصره، ص 318.

[3]القليوبي، أحمدسلامةوعميرة، أحمدالبرلسي، حاشيتهما على شرح المحلي، طبعة، 1415هـ-1995م، دارالفكر-بيروت، 70/3.

[4] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص660،، قنديل، استحداث العقود، مرجع سابق، ص653.

الإجارة ثم يُخصم خروجاً من الخلاف ودرءا للشبهات[1].

المسألة السادسة-البيع بمبلغ رمزي

في بعض صور الإجارة التمليكية بعد نهاية مدة الإجارة يليها البيع بثمن رمزي فهل يقبل الفقه أ ن يكون الثمن رمزيا؟، الأصل في الثمن أن يكون مقاربا للثمن الحقيقي للسلعة؛لأنَّ البيع في حقيقته معاوضة مال بمال و" العدل في المعاملات إنَّما هو مقاربة التساوي"[2] والناظر في حقيقة هذا العقد يجد أنَّ اقتران عقد الإجارة مع البيع مع ارتفاع الأُجرة عن أُجرة المثل خلال المدة التي اشتُرِط فيها استمرار الإجارة يدل بوضوح على أن مقصود المتعاقدين من أول الأمر هو البيع لا الإجارة، فالإجارة صورة وشكلا والبيع حقيقة ومعنى والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.لكن ذهب بعض المعاصرين ومنهم وهبه الزحيلي و القره داغي إلى جواز البيع بثمن رمزي يقول الزحيلي" الإنسان حر التصرف في ملكه فله أن يبيع أو يهب أو يرهن أو غير ذلك من التصرفات وعليه فلا مانع شرعا يمنع ذلك... إلاَّ إذا وُجد مانع كالتصرف في مرض الموت حيث يمنع من التبرعات إلاَّ في حدود الثلث وكالحجر بسبب السفه والإفلاس، ولكن في حالة عدم إتمام الشراء فعلى المصرف(المالك) أن يرد على المستأجر مقدار ما يدفع الضرر عنه برد فروق الأُجرة دفعا للضرر بقدر الإمكان[3] هذا إذا كان المُؤجر شخصا طبيعيا يتصرف في ماله أما مدير المصرف أو الشركات المعنوية فلا يجوز لها ذلك إلاَّ بموافقة الجمعية العمومية على الشرع وموافقة أصحاب الأموال وهو ما أفتت به هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي إذ قالت " وليس لبيت التمويل الكويتي أن يهب من أموال المؤسسيين والمستثمرين إلاَّ بإذنهم ولا أن يبيع السيارة بسعر رمزي"[4].

---

[1] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 661.

[2] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، 132/2.

[3] الزحيلي، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 404، القرة داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص666.

[4] أعمال الندوة الفقهية الثالثة، لبيت التمويل الكويتي، 4ص102بواسطة القرة داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، 667/2.

الفرع الثاني: صور الإيجار المنتهي بالتمليك وحكمها:

للإيجار المنتهي بالتمليك صور متعددة، ويمكن حصر أهمها في الآتي مع تكييفها وتصويرها والحكم عليها[1]:

الصورة الأولى: الإجارة المنتهية بالتمليك:

ففي هذه الصورة بعد أن ينتهي عقد الإجارة تلقائيا يصبح المبيع (العين المؤجرة) في ملك المستأجر دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد ودون إضافة أَيِّ ثمن آخر سوى ما دفعه من أقساط مدة الإجارة، إذ تتحول أو تنقلب الإجارة بيعًا.

وصورة ذلك أن يقول المُؤجر للمستأجر مثلا أجَّرتك هذه السيارة بأُجرة مقسَّطة قدرها كذا، وإذا وفيت بهذه الأقساط كلها في الوقت المحدد كانت العين المُؤجرة مِلكا لك مقابل ما دفعته من أقساط ويقول المستأجِر قَبِلت.

إنَّ المتأمل في هذه الصورة يجد أن هذا العقد تردَّد بين كونه بيعا أو إجارة فهل يُعتبر إجارة نظراً للفظ ام بيعا نظراً للقصد، فهذا التردُّد جعل الفقهاء يختلفون في تكييفه بناءً على الخلاف في قاعدة هل العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني فذهب بعض المعاصرين منهم عبد الله محمد عبد الله وإبراهيم أبو الليل، وسليمان بن تركي التركي، إلى أن هذا العقد بهذه الصورة هو بيع تقسيط؛ لأنَّ إرادة المتعاقدين متجهة إلى ذلك ولكنهما تسترا بعقد الإجارة وسُميت الأقساط التي تدفع أُجرة وهي في حقيقتها ثمنا والعبرة في العقود لمعانيها لا لمبانيها [2].

---

[1] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 633، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 521/9-522، محيي الدين يعقوب أبو الهول، تقييم أعمال البنوك الإسلامية الاستثمارية دراسة تحليلية مقارنة، ط1، (1433هـ-2012م)، دار النفائس، الأردن، ص303.

[2] سليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، ط1(1424هـ2003م)، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ص195. الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 526/9، محمد عبد الله، الإجارة المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 2599/4.

وذهب آخرون إلى أنَّ هذا التملُّك التلقائي يُعتبر هبة مطلقاً، وإن لم يُصرَّح بها في العقد فهي هبة معلَّقة على شرط سداد الأقساط المتفق عليها في المدة المحددة وقالوا:" الذي يظهر أن هذه الصورة إنَّما هي عقد إجارة اقترن به عقد هبة معلَّق على تمام سداد أقساط الإجارة" [1] ولكن يرِد على هذا أن ما زاد عن أُجرة المثل فهو في الحقيقة في مقابل ما سميتموه هبة فأصبحت هبة ثواب وهي من عقود المعاوضات لا التبرعات.[2]

والوصف الفقهي الأقرب للصواب هو الأول فهي عقد بيع بالتقسيط تستر بعقد الإجارة؛ لأنَّ الموهوب ما كان ليُقدِم على الإجارة لولا الهبة، والواهب (المُؤجر) ما دفعه لذلك إلاَّ إغراء الناس في الشراء وترويج تجارته؛ والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

فهذه الصورة هي عقد بيع تستَّر بعقد الإجارة وهو عقد باطل لما يتضمنه من جهالة في حقيقته إذ تردَّد حكم هذه الصورة بين البيع والإجارة والشأن في العقود الجزم، كما فيه مانع من موانع اجتماع العقود فقد اجتمع البيع والإجارة في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد وهو شرط مفسِّد للعقد وقد نص مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة (1421هـ2000م) على عدم جواز هذه الصورة إذ جاء فيه أن من صور العقد الممنوعة"عقد إجارة ينتهي بتملُّك العين المُؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أُجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعا تلقائيا"[3].

ولكن يمكن للمتعاقدين أن يبرما العقد بيعاً مع اشتراط عدم نقل الملكية إلا بعد دفع الثمن

---

[1] حامد بن حسن ميرة، صكوك الإجارة، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، ط1(1429ه-2008م)، بنك البلاد، الرياض، ودار اليمان للنشر والتوزيع، الرياض، ص 272.

[2] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 533.

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، مرجع سابق،698/1.

ويكون بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى كما ذهب إلى ذلك المالكية[1]، فقد جاء في المواهب ما نصه "" ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل على ألاَّ يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطي الثمن؛ لأنَّه يترل مترلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى "[2].

الصورة الثانية : الإيجار المنتهي بالبيع:

في هذه الصورة يُصرِّح المُؤجِر بأنَّه باع العين المُؤَجرة من المستأجِر بيعا باتا معلَّقا على تمام تسديد جميع أقساط الإجارة ويحدد ثمن البيع وقد يكون الثمن حقيقيا أو رمزيا.

وصورة ذلك أن يقول المُؤجر للمُستأجِر أجَّرتك هذا البيت بأُجرة تدفعها مقسَّطة قدرها كذا، لمدة كذا، على أنك إذا دفعت إلي هذه الأقساط خلال هذه المدة بِعتك هذا البيت فيقول المستأجر قَبِلتُ ولا يحتاجان إلى صيغة جديدة.

فهذه الصورة هي عقد إجارة اقترن به عقد بيع معلَّق على شرط تمام سداد أقساط الإجارة في المدة المحددة [3]وقد اختلف المعاصرون في حكم هذه الصورة فقد ذهب جمع من المعاصرين منهم الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور عثمان شبير إلى جوازها، لأنَّ اجتماع الإجارة مع البيع لا حرج فيه والأصل في العقود الإباحة[4] بينما ذهبت هيئة كبار العلماء في السعودية[5] ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم 110(12/4) إلى عدِّها من الصور الممنوعه إذ جاء فيه أن من صور العقد الممنوعه: ".... إجارة عين

---

[1] حسن علي الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس (1409هـ-1988م)، 2640/4.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 242/6.

[3] ميرة، صكوك الإجارة، مرجع سابق، ص 275، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 539/9، غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص 133.

[4] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، مرجع سابق، 2646/4، الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، 399، شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص317.

[5] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 539/9.

لشخص بأُجرة معلومة ولمدة معلومة مع عقد بيع له معلَّق على سداد جميع الأُجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة ومضاف إلى وقت مستقبل"[1].

ووجه المنع هو عدم جواز الجمع بين الإجارة والبيع؛لأنه يؤدي إلى البيعتين في بيعة وذلك منهي عنه، ولكن الراجح جواز الجمع بينهما كما سبق ترجيحه[2]

الصورة الثالثة: الإجارة المنتهية بالوعد بالهبة:

وفي هذه الحالة ينص المؤجر بأنه يهب العين المؤجرة للمستأجر إذا وفَّى بجميع أقساط الإجارة في وقتها المحدد وذلك بعد نهاية عقد الإجارة.

وصورة ذلك أن يقول المؤجر للمستأجر أجَّرتك هذا البيت بأجرة تدفعها مقسطة قدرها كذا لمدة كذا، على أنك إذا وفيت هذه الأقساط خلال هذه المدة أعدك أن أهب لك هذه العين المؤجرة ويقول المستأجر قبلت، ثم يبرمان عقد الهبة بعد سداد الأقساط الإيجارية المتفق عليها وفاءً بالوعد.

فهذه الصورة هي إجارة اقترن بها وعد بالهبة وبناء عليه فهذه الصور جائزة لِما سبق وأن رجحنا الوفاء بالوعد إذا ارتبط بسبب، وهي ليست من قبيل اجتماع عقدين في عقد كما سبق، قد ذهب إلى جوازها مجمع الفقه الإسلامي[3].

الصورة الرابعة: الإجارة مع الوعد بالبيع

في هذه الحالة ينص المؤجر بأن يبيع العين المؤجرة للمستأجر شريطة أن يتم تسديد جميع أقساط الإجارة وقد يكون الثمن حقيقيا أو رمزيا، وفي هذه الصورة قد يكون الوعد ملزما للمالك(المؤجر)، وقد يكون غير ملزم.

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق،698/1.

[2] ينظر، ص227 من هذا البحث.

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق،699/1.

وصورة ذلك أن يقول المؤجر للمستأجر أجرتك هذه السيارة بأجرة تدفع مقسطة قدرها كذا لمدة كذا على أنك إذا دفعت هذه الأقساط خلال المدة المتفق عليها أعدك أن أبيعك العين المؤجرة في نهاية مده الإجارة مقابل دفع مبلغ قدره كذا (قد يكون المبلغ حقيقيا وقد يكون رمزيا،) وبعد ذلك يبرمان عقد البيع بعد سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق عليها وفاءً بالوعد. فهذه الصورة هي عقد إجارة اقترن بها وعد بالبيع معلَّق على شرط سداد الأقساط المتفق عليها خلال المدة المحددة.[1]

وقد مرت الإشارة فيما سبق إلى رجحان جواز اجتماع البيع مع الإجارة وفقا لما ذهب إليه المالكية، كما أشرنا إلى رجحان جواز تعليق العقود ووجوب الوفاء بالوعد خاصة إذا علق على سبب ودخل الموعود له في السبب وبناء عليه فهذه الصورة جائزة وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر إذ جاء في قراره ما نصه" من صور العقد الجائزة.....عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة واقترن به وعد بيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأُجرة بثمن يتفقان عليه الطرفان".[2]

الصورة الخامسة: أن يُصاغ العقد إجارة ويكون للمستأجر الخيار في في ثلاثة أمور هي:

1-شراء العين المؤجرة بسعر السوق بعد انتهاء مدة الإجارة.

2-تمديد الإجارة لفترة أُخرى أو فترات[3]

3- إعادة العين المؤجرة إلى صاحبها، وإنهاء عقد الإجارة.

وصورة ذلك أن يقول المُؤجر للمستأجر أجرتك هذه السيارة بأُجرة تُدفع على أقساط قدرها كذا في مدة هي كذا وأنت بالخيار، إن شئت اشتريت العين المُؤجرة بسعر السوق عند

---

[1] غسان، الإجارة المنتهية بالتمليك، مرجع سابق، ص133. ميرة، صكوك الإجارة، مرجع سابق، ص275.

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 699/1.

[3] القره داغي، بحوث في فقه المعاملات، مرجع سابق، ص 635.

انتهاء مدة الإجارة، أو تمديدها لفترة زمنية أُخرى أو إرجاع العين المُؤجرة ويقول المستأجر قَبِلت.

فهذه الصورة جائزة لما سبق من أن اجتماع البيع مع الإجارة جائز لا محظور فيه، والوعد يجب الوفاء به إذا ارتبط بسبب ودخل الموعود فيه وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة[1].

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، مرجع سابق، 2748/4.

المبحث الثاني: بيع المرابحة للآمر بالشراء

تتم دراسة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: حقيقة بيع المرابحة للآمر بالشراء ونشأته

وفيه ما يأتي:

الفرع الأول: مفهوم بيع المرابحة للآمر بالشراء

و يتضمن ما يأتي:

أولا– تعريف المرابحة:

المرابحة لغة: هي مصدر الفعل ربح يربح إذا طلب منه أن يُعطيه ربحاً معيناً، والربح في اللغة النماء والزيادة[1].

وأمَّا في اصطلاح الفقهاء فقد عُرفت بتعاريف تنوعت ألفاظها واتفقت معانيها وهي كالآتي:

فقد عرفها الحنفية بأنها: " بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح"[2].

وهي عند المالكية: " بيع ما اشترى بثمنه وربح عُلِم"[3].

وعند الشافعية هي" أن يقول أبيعك هذا الثوب مرابحة على أن الشراء مائة درهم وأَربح في كل عشرة واحد" [4].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق،442/2

[2] الكاساني، البدائع، مصدر سابق،135/5.

[3] الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 215/3.

[4] الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 279/5.

وجاء عند الحنابلة أنها: " البيع برأس المال وربح معلوم "[1].

والحاصل من هذه التعاريف أن المرابحة هي بيع السلعة بالثمن الذي اشتُريت به مع زيادة ربح معلوم.

وقد ذهب جمهور العلماء إلى جوازها؛ لأنها نوع من البيع، إلاَّ أنَّ المالكية ذهبوا إلى أنَّها خلاف الأولى، فقد جاء في المختصر "جاز مرابحة والأحب خلافه"[2] وما دامت المرابحة نوع من البيع فيُشترط فيها ما يُشترط فيه ولها شروط خاصة وهي:

1. معلومية الثمن الأول للمشتري وإلافسد العقد.
2. معلومية الربح؛ لأنه بعض الثمن.
3. أن لا يكون الثمن في البيع الأول مقابلا بجنسه من أموال الربا.
4. أن يكون العقد الأول صحيحا لا فاسدا.

فالمرابحة ترتكز أساسا على معلومية الثمن الأول وكذا الربح وجهالتهما تؤدي إلى فساد العقد[3].

ثانيا– بيع المرابحة للآمر بالشراء:

هذا البيع فرع عن بيع المرابحة بصورته القديمة، إلاَّ أنَّه يختلف عنه وقد عُرِّف بيع المرابحة للآمر بالشراء بتعاريف متعددة منها:

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 280/4

[2] خليل، المختصر، مصدر سابق، ص158. كما رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس والحسن وذهب إسحاق بن راهويه إلى عدم جوازها. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 280/4.

[3] الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، 218/3، الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، 386/5. الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 22/5. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، 320/36.

عرفها سامي حمود فقال هو:" أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يُحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلاً مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانياته"[1].

وعرفها أحمد سالم ملحم بأنها: " طلب شراء للحصول على مبيع موصوف مقدم من عميل إلى مصرف يقابله قبول من المصرف ووعد من الطرفين الأول بالشراء والثاني بالبيع بثمن وربح يُتفق عليهما مسبقا"[2].

وقد عرفته هيئة المحاسبة والمراجعة فقالت: "هي بيع المؤسسة إلى عميلها (الآمر بالشراء) سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة (ربح المرابحة) في الوعد"[3]. فهو عقد "يُقصد بها أن يتقدم شخص سواء كان طبيعيا أو اعتباريا إلى البنك طالباً منه شراء سلعة معينة بالمواصفات التي يحددها على أساس الوعد منه بشراء السلعة اللاَّزمة له فعلاً مرابحة بالنسبة التي يتفق عليها ويدفع الثمن مقسطا حسب إمكانياته"[4].

عند النظر في هذه التعاريف نجد أنها متقاربة في المعنى كما أنها تشبه ما جاء في الأم فقد قال الشافعي –رحمه الله-: " إذا أرى الرجل الرجلَ السلعة فقال اشترها وأُربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز، والذي قال أُربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعًا وإن شاء تركه وهكذا إن قال اشتر لي متاعًا ووصفه له، أو متاعا أي متاع شئت وأنا أُربحك فيه فكل هذا سواء. ويجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: ابتعه وأشريته منك بنقد أو دين، يجوز البيع الأول ويكون بالخيار في البيع

---

[1] حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص432.

[2] أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1، (1410هـ-1989م)، مكتبة الرسالة الحديثة عمان، ص79.

[3] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص108.

[4] الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ط1 (1402-1982م)،28/1.

الآخر فإن جدداه جاز وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما فهو من قبيل شيئين: أحدهما أنَّه تبايعاه قبل أن يملكه البائع. والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أُربحك فيه كذا"[1]

وهذا العقد يتكون من ثلاثة متعاقدين:

الأول: الآمر بالشراء

الثاني: المصرف الإسلامي.

الثالث: البائع.

ويتم هذا العقد بالخطوات التالية[2]:

1. طلب من العميل يقدمه للمصرف الإسلامي لشراء سلعة موصوفة.
2. قبول من المصرف لشراء السلعة الموصوفة.
3. وعد من العميل لشراء السلعة الموصوفة من المصرف بعد أن يتملكها المصرف.
4. وعد من المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل وقد يكون الوعد ملزما أو غيرملزم.
5. شراء المصرف للسلعة الموصوفة نقدا
6. بيع المصرف للسلعة الموصوفة للعميل بأجل مع زيادة ربح يتفقان عليه.

ثالثا –الفرق بين المرابحة للآمر والمرابحة القديمة[3]:

تختلف المرابحة للآمر بالشراء عن المرابحة القديمة وبيان ذلك كالآتي:

1. بيع المرابحة للآمر بالشراء ثلاثي الأطراف أمَّا المرابحة القديمة ففي الأغلب ثنائية الأطراف.
2. السلعة في المرابحة القديمة تكون مملوكة للبائع وموجودة عنده أمَّا في المرابحة للآمر بالشراء

---

[1] الشافعي، الأم، مصدر سابق،39/3

[2] شبير، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص، 309، عبد اللطيف آيت عمي، قضايا فقهية، مرجع سابق، ص95

[3] رفيق يونس المصري، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط1(1416هـ1996م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، 40 عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، ط(2016م)، دار المعرفة، الرباط، ص18.

فيشريها البائع بناءً على طلب الآمر بالشراء ليعيد بيعها له بعد الحصول عليها.

3. المرابحة القديمة تنعقد مرة واحدة في مجلس العقد بخلاف المرابحة للآمر بالشراء التي فيها مرحلتان مرحلة المواعدة ومرحلة التعاقد.
4. في المرابحة القديمة قد يُدخل البائع عملا إضافياً على السلعة يزيد في قيمتها أمَّا في المرابحة للآمر بالشراء فلا وجود لهذا؛ لأن البنك يشتري السلعة ليُعيد بيعها.
5. المرابحة البسيطة من عقود الاستئمان لأنَّ المشتري يستأمن البائع على الثمن، أمَّا المرابحة المصرفية فهي ليست من عقود الأمانات بل هي بيع مساومة لأنَّ المصرف يفرض الذي يراه والتكاليف التي لا يدخلها في الثمن الأول يدخلها من الربح.
6. البائع في المرابحة البسيطة يتخذ الملك طريقا للربح، وأمَّا في المرابحة المركبة فإن وجود المشتري المربح مسبقاً هو الطريق إلى الامتلاك فلولا وجود العميل الآمر بالشراء لم يكن للمصرف أي نية في الشراء من هذه الفوارق يتبين أنَّ المرابحة للآمر لا تتفق مع المرابحة البسيطة إلاَّ في الاسم إذ هي تختلف عنها[1]

الفرع الثاني – نشأة بيع المرابحة للآمر بالشراء

يُعد بيع المرابحة للآمر بالشراء من العقود المستجدة التي ظهرت في أواسط السبعينات وأول من أطلق عليه هذا الاسم هو الدكتور سامي حمود في رسالته للدكتوراه التي نُوقشت عام 1976م بعنوان" تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية" ها هو يقول:" وقد كان بيع المرابحة للآمر بالشراء بصورته المعروفة حالياً... كشفاً وفق الله إليه الباحث أثناء إعداده لرسالة الدكتوراه في الفترة الواقعة بين 1973م-1976م حيث تم التوصل إلى هذا

[1] بكربن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، ط1، (1416هـ-1996م)، مؤسسة الرسالة، بيروت،2/ 54 .

العنوان الاصطلاحي بتوجيه من الأستاذ الشيخ العلامة محمد فرج السنهوري رحمه الله "[1]، ثم شاع وانتشر استعمال هذا المصطلح لدى البنوك الإسلامية.

ومن الفتاوى المبكرة في هذا الموضوع ما صدر عن المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي الذي عقد في دبي سنة 1399ه-1979م أي بعد أربع سنوات من ظهور أول مصرف إسلامي وبعد أربع سنوات أي سنة 1403ه عُقد المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي

والحق" أن هذه المعاملة ليست مستحدثة وإنَّما المستحدث هو التسمية فقط أما حقيقة المعاملة فهي معروفة في الفقه الإسلامي[2] فهو ليس جديدا كما توهمه بعض الباحثين:" والحال أن هذا الفرع الفقهي بصوره مُدَّون عند الفقهاء المتقدمين "[3].

فقد جاء في الحيل عند الحنفية ما نصه" رجل أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم، وأخبره أنَّه إن فعل اشتراها الآمر منه بألف درهم ومائة درهم، فخاف المأمور إن اشتراها أن لا يرغب الآمر في شرائها قال يشتري الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيها ويقبضها ثم يأتيه الآمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة فيقول المأمور هي لك بذلك ولا بد له أن يقبضها "[4].

وجاء في الموطأ للإمام مالك في باب بيعتين في بيعة (أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل فسُئِل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه)[5]

وجاء في إعلام الموقعين: "رجل قال لغيره اشتر هذه الدار أو هذه السلعة من فلان بكذا أو كذا وأنا أربحك فيها كذا أو كذا فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنَّه بالخيار ثلاثة أيام، أو أكثر ثمَ يقول للآمر قد اشتريتها بما

---

[1] سامي حسن حمود، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1092/2

[2] المصري، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص 26.

[3] بكرعبد الله،فقه النوازل مرجع سابق، 83/1.

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 227/30.

[5] مالك، الموطأ، كتاب:البيوع، باب:النهي عن بيعتين في بيعة، برقم:1343، 663/2.

ذكرت فإن أخذها منه وإلاَّ تمكن من ردها على البائع بالخيار فإن لم بشترها الآمر إلاَّ بالخيار فالحيلة أن يشترط له خيارًا أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع ليتسع له زمن الرَّد إن رُدَّت عليه" [1]

فظهر من هذا أن هذه المعاملة كانت معروفة عند المتقدمين فهي ليست أمرًا جديدًا.

الفرع الثالث: صور بيع المرابحة للآمر بالشراء

إنَّ صور بيع المرابحة للآمر بالشراء متعددة لكن أكثرها انتشاراً واستعمالاً في المصارف الإسلامية ثلاث وهي[2]:

الصورة الأولى: المرابحة ذات الوعد الملزم للطرفين المصرف والعميل

وهي الأكثر تداولا الآن والأشهر استعمالاً في البنوك الإسلامية.

وصورتها أن يرغب العميل في شراء سلعة معينة ذاتاً أو جنساً فيذهب إلى المصرف ويتفق معه على أن يلتزم المصرف بشراء هذه السلعة بالوصف الذي يريده العميل ويلتزم العميل بشرائها من المصرف بعد ذلك، كما يلتزم المصرف ببيعها للعميل بثمن يتفقان عليه قدرًا وأجلاً وربحًا.

الصورة الثانية: المرابحة الخالية من الوعد لكلا المتعاقدين

وهي شبيهة بالصورة الأولى إلاَّ أنَّها تقوم على أساس عدم الإلزام بالوعد لأيٍّ من الطرفين (المصرف والعميل).

وصورة ذلك أن يرغب العميل في شراء سلعة معينة ذاتًا أو جنسًا فيذهب إلى المصرف

---

[1] ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 29/4.

[2] حسام الدين عفانة، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص15، بكر أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، 79/2، آيت عمي، قضايا فقهية، مرجع سابق، ص98

ويقول له اشتروا هذه السيارة مثلاً ولي رغبة في شرائها بثمن مؤجل أو معجل وأُربحكم زيادة على رأس المال 10000دج مثلاً.

الصورة الثالثة: المرابحة المبنية على أساس الإلزام لأحد الطرفين

وهي مثل الصورتين السابقتين إلاَّ أنَّها تقوم على أساس الوعد الملزم لطرف واحد فقط المصرف أو العميل.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لبيع المرابحة للآمر بالشراء وحكمها

وفيه ما يأتي:

الفرع الأول– التكييف الفقهي لبيع المرابحة للآمر بالشراء

ذهب فريق إلى أنَّ هذه العملية هي مركبة من وعد بالشراء من طرف الآمر وبيع بالمرابحة من طرف المأمور[1].

بينما ذهب آخرون إلى أنَّها تتكون من وعد من كلا الطرفين وعد من الآمر بالشراء ووعد آخر من المصرف بإتمام هذا البيع.[2]

ويرى آخرون أنَّها علاقة تتكون من ثلاثة أطراف (الآمر بالشراء، والمصرف، والبائع صاحب السلعة، وتُبنى على المواعدة بالبيع مرابحة إلى أجل.[3]

---

[1] سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص 432، حسن عبد الله الأمين، الاستثمار اللاَّربوي في نطاق عقد المرابحة، مجلة المسلم المعاصر، العدد(35)، ص72.الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية، مرجع سابق، ص242، الموسوعة العلمية العملية للبنوك الإسلامية، 29/1.

[2] حسن عبد الله الأمين، الاستثمار اللاَّربوي، مجلة المسلم المعاصر، مرجع سابق، ص77. عبد الحميد محمود البعلي، فقه المرابحة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، ط مكتبة السلام العالمية، القاهرة، ص78.

[3] عبد الرحمن عبد الخالق، شرعية المعاملات التي تقوم بها المصارف الإسلامية، مجلة الجامعة الاسلامية، العدد(59) ص101.، العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص265.

ولعل الأقرب للصواب أنَّها مواعدة ملزمة للطرفين بالبيع معلَّقة على شرط تملُّك المصرف للسلعة ودخولها في ضمانه.

فالمصرف يعِد العميل وعدًا ملزما بأن يبيعه تلك السلعة بعد تملُّكها ودخولها في ضمانه بالثمن المتفق عليه والعميل يعِد المصرف وعدا ملزما بشرائها منه بعد أن يتملكها المصرف وتدخل في ضمانه.[1]

الفرع الثاني– حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء

إنَّ بيع المرابحة للآمر بالشراء قد يكون الوعد فيه ملزِما للطرفين وقد لا يكون ملزِما لأي منهما فإذا كان الوعد غير ملزم لهما فهذه الصورة جائزة.[2]

عند الحنفية والشافعية والمالكية، لكن المالكية اشترطوا أن لا يذكر مقدار الربح[3]، ومعلوم أن العميل والمصرف في المرابحة للآمر بالشراء يتفقان على الربح وقد ذهب من المعاصرين الشيخ العثيمين[4] إلى مثل ما ذهب إليه المالكية.

وأما إذا كان الوعد ملزما للطرفين فقد وقع خلاف بين المعاصرين في هذه المسألة إذ لم يُعهد عند المتقدمين الإلزام في المعاوضات، بل النهي عنها مع الإلزام محل إجماع عند الأئمة

---

[1] نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم،مرجع سابق، ص141، وأيضًا البعلي، فقه المرابحة، مرجع سابق، ص99. ورأى بكر أبو زيد بن عبد الله أنَّ صورتها تدخل تحت السلم الحال. بكر أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، 65/2.

[2] لكن على أصول المالكية لا تجوز سدًا للذريعة حتى لا تكون دراهم بدراهم لأنهم يروها من بيع العينة، جاء في حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير:" يقول شخص لبعض أهل العينة إذا مرت عليك السلعة الفلانية فاشترها (ويوميء لتربيحه).... فسماه إيماء لأنه لم يذكر قدر الربح فإن صرح بقدره حرم ".حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 89/3

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 227/30، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، 89/3، الشافعي، الأم، مصدر سابق، 33/3، ابن القيم، اعلام الموقعين، مصدر سابق، 29/4، بكر أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، 90/2،القرشي، عبد الله بن مرزوق، التفكير الفقهي في المعاملات المعاصرة بين مراعاة شكل العقود المالية وحقيقتها(نماذج تطبيقية) ط1 (2013م)، مركز نماء للبحوث والدراسات،الرياض،ص143

[4] القرشي، التفكير الفقهي، مرجع سابق، ص143.

الأربعة[1]، ونصوصهم تدل على تحريمها ففيما نقل عن الحنفية سابقا وإن لم يرغب الآمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فلوكان الوعد عندهم ملزِما لما احتاج المأمور إلى الخيار، وجاء في الذخيرة عند المالكية ما نصه: " اشتر لنفسك نقداً وأشتريها منك باثني عشر إلى أجل فهو حرام"[2] وفي الأم للشافعي "و إن تبايعا على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ"[3] وكذا اقترح الحنابلة كما مر فيما نقل عن ابن القيم الخيار فيفهم منه أنهم لا يرون الإلزام في المرابحة، وهو ما ذهب إليه من المعاصرين الشيخ ابن باز ومحمد سليمان الأشقر [4] والصديق الضرير[5] وبكر أبو زيد[6] ورفيق المصري [7]و وهو ما أفتت به اللجنة الدائمة في السعودية[8]، وأما مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي فقد حرم المواعدة الملزمة للطرفين حيث جاء في قراره رقم (2-3) ما نصه: " المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما فإذ لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكًا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده"[9].

وقد استدل أصحاب هذا القول بالآتي:

---

[1] المصري، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص31.

[2] القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، 17/5.

[3] الشافعي، الأم، مصدر سابق، 39/3.

[4] الأشقر، محمد سليمان وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1(1418هـ-1998م)، دار النفائس الأردن، 72/1.

[5] ذهب إلى القول بإلزام المصرف والخيار للعميل.ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة (1409هـ-1988م)، العدد الخامس1000/2

[6] بكر أبو زيد، فقه النوازل،مرجع سابق، 90/2.

[7] رفيق يونس المصري، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص31.

[8] مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الموسوعة الميسرة في الفقه القضايا المعاصرة، ط1، (1435ه-2014م)، جامعة الامام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، 20/1.

[9] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1599/2.

الدليل الأول: قالوا الوعد إذا كان ملزمًا للطرفين فهذا الاتفاق في حقيقة الأمر عقد إذ فيه اتفاق إرادتين على إنشاء حق فهو عقد ولو سُمي وعدًا، فإن الأُمور بمقاصدها والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني؛ لأن الإلزام من خصائص العقد، مما يستلزم أنَّ البيع انعقد بذلك الوعد لأنَّه؛لا خيار لهما في إحداث إيجاب جديد، بل لو حدث فلا حاجة إليه فقد انقلب الوعد عقدا فتسري عليه أحكامه ولا عبرة بالألفاظ إذا عرفت المقاصد.[1]

ونُوقِش هذا بعدم التسليم بانقلاب هذا الوعد عقدا؛ لوجود فروق بينهما منها:أن السلعة بعد الوعد وقبل تسليمها للواعد ملك للمصرف وضمانها عليه، وللمصرف عند امتناع الواعد من الشراء أن يبيع لمن شاء ويُطالب الآمِر بالتعويض ولو كان الاتفاق الأول بيعا لما كان له ذلك، كما أننا لم نقل بأنهما يكتفيان بالوعد لانتقال الملكية بل لا بد أن يُبرِما عقد بيع من جديد بعد شراء المصرف للسلعة وتقديمها للآمِر[2]

وأُجيب بأنَّه لا يُوجد فرق مُؤثر بين أن يبيع الإنسان ما لا يملكه أو أن يعِد شخصا وعدا لازما بأن يبيع ما لا يملكه فهما سواء والتفريق تحكُّم[3]

الدليل الثاني: البنك في هذا العقد يبيع ما لا يملك[4] وقد نهى النبي ﷺ ((عن سلف وبيع وعن شرطين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يُضمن))[5]

---

[1] السعدي، عبد الله بن محمد، الربا في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، 1101/2، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 355/12، قنديل، استحداث العقود، مرجع سابق، ص685، القرشي ، التفكير الفقهي، ص135.

[2] القرضاوي، بيع المرابحة، ص60، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1000/2

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 359/12، الضرير، بيع المرابحة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة (1000/2)القرشي، التفكير الفقهي، مرجع سابق، ص136، السعدي، عبد الله بن محمد، الربا في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، 1101/2.

[4] الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية، مرجع سابق، 72/1، السعدي، عبد الله بن محمد، الربا في المعاملات المصرفية، مرجع سابق، 112/2

[5] سبق تخريجه، ينظر ص139.

ونُوقِش هذا بأن المصرف لم يبع ما ليس عنده؛ لأنَّ ما جرى بينه وبين العميل هو وعد لا عقد، وعقد البيع يبرمانه بعد شراء المصرف السلعة وتملُّكه لها[1].

ونوقش هذا بأن عقد البيع الذي يتم بعد وصول السلعة لا معنى له؛ لأنَّه لا خيار للآمِر بالشراء، والدليل على ذلك إلزامه بالتعويض وتفريقكم بين الوعد الملزم والعقد فرق في الشكل والعبارة ليس إلاَّ فلا تأثير له بل ما هو إلاَّ تحايل فبطل ما ادعيتموه.[2]

الدليل الثالث: هذه المعاملة تُعتبر من قبيل بيع العينة وقد نهى عن ذلك رسول الله ﷺ فقال" إذا تبايعتم بالعِينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزَّرع وتركتم الجهاد سلَّط الله عليكم ذُلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم"[3] [4].

وجه الاستدلال:

من هذا الحديث أنَّ قصد العميل من العملية هو الحصول على النقود وكذلك المصرف قصده الحصول على الربح فهذه العملية ليست من البيع والشراء في شيء فالآمر بالشراء ما لجأ إلى المصرف إلاَّ من أجل المال والمصرف لم يشتر السلعة إلاَّ بقصد بيعها بأجل وليس له قصد فيها.[5]

---

[1] عبد اللطيف آيت عمي، قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص104.

[2] السعدي، عبد الله بن محمد، الربا في المعاملات المصرفية، مرجع سابق،1119/2.

[3] رواه أبو داود في سننه واللفظ له، كتاب: البيوع، باب:في النهي عن العينة، برقم: 3462، 2 /296.و البيهقي، في السنن، كتاب:البيوع، باب: ما ورد في كراهية التبايع بالعينة، برقم: 11017، 316/5، وأحمد، في المسند، برقم: 5562، 84/2.و الحديث مختلف في تصحيحه فقد صححه ابن القطان بينما ذهب ابن حجر إلى أنه معلول.ينظر: الزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، 469/4، وابن حجر، التلخيص، الحبير، مصدر سابق، 384/3، قال ابن تيمية،:إسناده جيد.ينظر: مجموع الفتاوى، مصدر سابق30/29، وصححه، الألباني بمجموع طرقه.ينظر: السلسلة الصحيحة، مرجع سابق، 10/1

[4] العينة: لغة فعله من العون، وكان البائع أعان المشتري بتحصل مراده، لأنَّ مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا.ابن منظور، لسان العرب، 305/13

واصطلاحا هي " أن يبيع الرجل السلعة بثمن معلوم إلى أجل ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن" مواهب الجليل، مصدر سابق 393/6. وبيع العينة هو الذي يكون قصد المشتري فيه هو الحصول على العين أي النقد وليس الحصول على السلعة

[5] ملحم، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص128.

ونُوقِش هذا بأنَّ صورة العينة التي اتفق الجمهور على تحريمها هي أن يبيع سلعة ما إلى غيره بثمن معين إلى أجل (سنة مثلاً، ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن أقل يدفعه نقدا ولا وجود لهذا في بيع المرابحة فالعميل يقصد السلعة ابتداء ولا يقصد الحصول على العين[1]

وكون المالكية يدرجون هذه العملية في صور العينة لا يقدح فقد خالفهم غيرهم على أنَّ المالكية فيما يظهر يخصون المنع بأهل العينة لأنَّهم يُتهمون فيما لا يتهم فيه أهل الصحة.

وبالتالي فلا وجود لمعنى العينة في المرابحة؛ لأنَّ السلعة بذاتها مقصودة والمصرف يريدها ليتَّجر فيها وليس لمجرد الحصول على الدراهم وإنَّما للتجارة وقد أباحها الله.

وأُجيب بأنَّه إذا كان في المسألة إلزام فلا فرق بين العينة وهذه الصورة.[2]

الدليل الرابع: إنَّ هذا البيع في حقيقته حيلة على الإقراض بفائدة إذ هو بيع نقد بنقد أكثر منه بينهما سلعة محللة فغايته قرض بفائدة [3] وقد أشار إلى هذا المالكية إذ " معناه أنَّه تحيَّل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محلِّلة..... مثال ذلك: أن يطلب رجل من آخر سلعة يبيعها منه بنسيئة وهو يعلم أنَّها ليست عنده ويقول له: اشترها من مالكها هذا بعشرة وهي علي باثني عشر إلى أجل فهذا لا يجوز "[4].

ونُوقِش هذا بأنَّه على التسليم بأنَّها من الحيل فهي ليست من الحيل المحرَّمة؛لأنَّ المصرف يشتري حقيقة ولكنه يشتري ليبيع لغيره كما يفعل أي تاجر، وليس من ضرورة الشراء أن يشتري المرء للانتفاع والحيل إذا لم تؤد إلى الحرام فهي جائزة[5]. ودليل ذلك قوله ﷺ: ((فَلاَ

---

[1] آيت عمي، عبد اللطيف، قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص104.

[2] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص279.

[3] الأشقر،، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، 73/1، بكر أبو زيد، فقه النوازل،مرجع سابق 94/2

[4] ابن عبد البر، يوسف، الكافي، مصدر سابق،ص 672.

[5] القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط2(1407هـ1987م)، مكتبة وهبة، ص27 وما بعدها

تَفْعَلْ بِعِ الْجَمْعَ[1] بِالدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا))[2] فتغيير الصورة قد يؤدي إلى تغيير الحكم وإن لم تتغير النتيجة[3].

وأُجيب بأنَّه وإن سُلِّم ذلك في صورة المرابحة مع عدم الإلزام فلا يُسلَّم في هذه الصورة، أمَّا قوله ﷺ: ((بع الجمع)) فلا حجة فيه لكم " لأنَّ الذي باع الجمع بالدراهم هو بعد ذلك قد يشتري الجنيب من هذا البائع نفسه، أو من غيره ولو كان ملزما بالشراء من البائع نفسه لأمكنهم القول أنَّه مجرد فرق في الصورة ولكن هيهات "[4] والدليل إذا تطرق له الاحتمال كساه ثوب الإجمال وسقط به الاستدلال.

الدليل الخامس: إنَّ الإلزام بالوعد يجعل هذه المعاملة من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه.و وجه ذلك أنَّ البنك لا يشتري السلعة إلاَّ إذا اشترط على العميل شراءها فالبيعة الثانية مشروطة في البيعة الأُولى وقد فُسِّر بيعتين في بيعة باشتراط عقد في عقد[5].

ونُوقِش هذا بعدم التسليم؛لأنَّ الفقهاء مختلفون في تفسير ذلك فقد فُسرت بأنها: أن يقول له أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان من غير تحديد لأحدهما كما فسر البيعتين في بيعة ببيع العينة وهو غير متصور مع الإلزام.[6]

وأُجيب بأن الإلزام بالوعد ينافي الرضا والتراضي شرط أساس في صحة العقد مما يستلزم أن

---

[1] الجمع هو التمر المختلط أو المجمع من أنواع متفرقة. والجنيب هو النوع من التمر. الزمخشري، الفائق في غريب الحديث، مصدر سابق، ص212.

[2] البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خيرا منه، رقم: 2089، 767/2. مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، رقم: 4166، 47/5.

[3] القرضاوي، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص44.

[4] رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، مرجع سابق، 1160/2.

[5] عبد المجيد، عبد الله دية، شبهات وردود على بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، العدد الثاني(2009م)، 93/9، أحمد علي عبد الله، المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، ط2(1438هـ2016م)، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ص150

[6] أحمد ملحم، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص141.

يكون الوعد عقدا فصار من قبيل البيعتين في بيعة؛لأنَّ المواعدة إذا كانت ملزمة للطرفين تنقلب عقدًا.[1]

الدليل السادس:

هذا النوع من التعامل من قبيل البيع المُعلَّق؛ لأنَّ الآمِر بالشراء يقول إن اشتريتموها اشتريتها منكم وتعليق البيع لا يجوز لما فيه من الغرر والجهالة؛ لأنَّه يقتضي التمليك في الحال.[2]

ونُوقِش بأنَّ العقد المعلَّق على شرط مختلف فيه فقد أجازه الحنفية إذا كان الشرط ممَّا يقتضيه العقد أو متعارفا عليه والحنابلة يجيزونه وهو الصواب لأنَّ الأصل في الشروط الإباحة إلاَّ لدليل.[3]

القول الثاني: جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء مع كون الوعد ملزما وقد ذهب إلى هذا الرأي جماعة من المعاصرين منهم الدكتور سامي حمود[4] والدكتور يوسف القرضاوي[5] وعبد الستار أبو غدة [6]وأحمد علي السالوس[7] وقد أخذت به أكثر المصارف الإسلامية، وقد استدلوا بالآتي:

الدليل الأول: الأصل في المعاملات والعقود الإذن والإباحة ولا يُعدَل عن هذا الأصل إلاَّ لدليل والمرابحة للآمر بالشراء بيع من البيوع فهي جائزة داخلة تحت عموم الآيات والأحاديث الدالة على إباحة البيع[8].

---

[1] رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، مرجع سابق، 1150/2.

[2] قنديل، استحداث العقود، مرجع سابق، ص694. الأشقر وآخرون، بحوث في قضايا اقتصادية، مرجع سابق، ص 73.

[3] نزيه حماد الوعد الملزم، مرجع سابق، ص110.

[4] حمود، تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص430.

[5] القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مرجع سابق، ص14.

[6] عبد الستار أبو غدة، أسلوب المرابحة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1211/2.

[7] علي السالوس، المرابحة للآمر بالشراء نظرات في التطبيق العملي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس1059/2.

[8] القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مرجع سابق، ص13. القرشي، التفكير الفقهي، مرجع سابق، ص 135.

نُوقِش هذا الدليل بأنَّه مُسلَّم لو لم يرد الدليل المانع وهو النهي عن بيع ما ليس عندك وعن بيعتين في بيعة [1].

الدليل الثاني: المعاملات مبنية على مراعاة المصالح والعلل فلا يُمنع من البيوع والمعاملات إلاَّ ما اشتمل على ظلم وهو أساس تحريم الربا والاحتكار والغش ونحوها، أو ما خشي أن يؤدي إلى النزاع والعداوة بين الناس وهو أساس تحريم الميسر والغرر وهذه المعاني لا وجود لها في هذا العقد[2].

نُوقِش هذا بأنَّ هذه المصلحة مُلغاة لأنَّها تؤدي إلى المحظور ولا عبرة بمصلحة ألغاها الشارع[3] والشرع أدرى بالمصالح.

الدليل الثالث: من حق علماء العصر أن يجتهدوا فيما استجد من المسائل وليس من اللاَّزم أن يكون لكل قوم سلف بل ومن حقهم أن يخالفوا إذ زمانهم ليس كزمان أسلافهم [4].

ونُوقِش هذا بأنَّ هذا الاجتهاد غير مكتمل الشروط ففيه تلفيق كما أنَّ هذه المعاملة ليست مستجدة بل نصَّ الفقهاء القدامى عليها ولم يجيزوها بالمواعدة الملزمة وإنَّما من أجازها منهم قال بالخيار لا الإلزام[5].

الدليل الرابع: إنَّ الوعد ملزم قضاء طبقا لأحكام المذهب المالكي وملزم للطرفين ديانة طبقا لأحكام المذاهب الأُخرى فيمكن الالتزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك[6].

ونُوقش هذا بأنَّه لا ورود له في هذه المسألة فهو خارج عنها؛ لأن الوعد الذي وقع

---

[1] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص 268.

[2] القرضاوي، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص 123.

[3] الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية، مرجع سابق، ص98.

[4] القرضاوي، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص19. قطب، استثمار المدخرات، مرجع سابق، ص298.

[5] بكر أبو زيد، فقه النوازل، مرجع سابق، 83/2. رفيق يونس المصري، بيع المرابحة للآمر بالشراء،مرجع سابق ص33، العمراني، العقود المالية، مرجع سابق، ص274. الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية، مرجع سابق، 75/1-98.

[6] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 367/12، الأشقرو آخرون، بحوث فقهية، 98/1، الشبيلي، الخدمات المصرفية، مرجع سابق، 291/3.

الاختلاف فيه هو الوعد من جانب واحد لا من طرفين وهو خاص بالتبرعات عند المالكية لا المعاوضات؛لأنَّ الإلزام به في المعاوضات عند المالكية يؤدي إلى المحظور وهو الغرر فلا حجة لكم فيه ولا يصح القول بالإلزام بناء على مذهب المالكية إذ قد نهوا على منع هذه المعاملة إذا وقعت على وجه الإلزام [1]

الدليل الخامس: حاجة الناس في هذا العصر إلى التيسير رعاية لظروفهم خاصة وقد رقَّ الدين وضعف اليقين وابتلوا بكثرة المغريات بالإثم والمعوقات عن الخير.[2]

نُوقِش هذا بأن الواجب في المسائل الخلافية الأخذ بالراجح لأنَّ العمل به واجب لا راجح، ثمَّ إنَّكم لم تلتزموا التيسير الذي ادعيتموه إذ يسرتم على القوي (المصرف) وشدَّدتم على الضعيف (العميل)[3].

الدليل السادس: الإلزام بالمواعدة في هذه العملية قلنا به دفعاً للضرر عن الطرفين والضرر مدفوع شرعا[4].

ونُوقش بأنَّ الضرر لا يُزال بمثله؛ لأنَّ القول بالإلزام فيه ضرر على العميل إذ قد يبدو له عدم إبرام العقد لعذر ما، أمَّا ضرر المصرف فهو محتمل لا متحقق.

كما أن شأن التجارة المخاطرة ولو تصورنا صورا من المرابحة لا مخاطرة فيها انقلبت المعاملة إلى تمويل ربوي فهي ترجمة مشوهة للقرض بفائدة [5] وعلى البنك إذا أراد دفع الضرر أن يدفعه بطريق لا ضرر فيه وذلك كالخيار مثلا أو الرهن أو العربون أخذا بقول الإمام أحمد.

---

[1] الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية، مرجع سابق، 89/1. الضرير، بيع المرابحة، مجلة المجمع، مرجع سابق، العدد الخامس، 1001/2.

[2] القرضاوي، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص22.

[3] الأشقر، وآخرون، بحوث فقهية، مرجع سابق، 89/1.

[4] سامي حمود، بيع المرابحة للآمر بالشراء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، مرجع سابق، 1106/2.

[5] الأشقر، بحوث فقهية، مرجع سابق، ص(103/1-104)، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 366/12.

الدليل السابع: قالوا تجوز المرابحة بهذه الصورة قياسا على الاستصناع فهو من بيع المعدوم عند الحنفية إلاَّ أنَّهم أجازوه استحسانا فالصانع والمُستصنِّع يُلزمان به ولا خيار لهما دفعا للضرر والمرابحة تشبهه حيث تقوم على البيع والمواعدة، وفيها سلعة موصوفة ليست موجودة والمصرف فيها يُقابل الصانع فيه فكل منهما مُطالَب من المشتري بسلعة موصوفة غير موجودة بناء على مواعدة بينهما[1].

ونُوقِش هذا بأنَّ هذه استثناءات من أصل التحريم جُوِّزت للحاجة والواقع الآن أن ليس ثَمَّة حاجة ملحة لتصحيح المعاقدة في المرابحة كحاجة الناس للاستصناع إذ إن حاجة الناس تُدفع بالوعد غير الملزم[2].

القول المختار:

بعد إيراد أقوال العلماء في هذه المسألة والتأمل فيما استدلوا به وما وجه من اعتراضات للأدلة، يبدو –و الله أعلم– أن قول المجيزين لبيع المرابحة للآمر بالشراء لكن دون إلزام بالوعد هو الأقرب للصواب، للآتي:

1-القول بالإلزام يؤدي إلى محظورات شرعية إذ يتحول الوعد عقدا وهذا من شأنه أن يؤدي إلى أن يبيع المصرف ما لا يملكه ويربح فيما لم يدخل في ضمانه.

2- توجد مخارج شرعية تغني عن القول بالإلزام وهي اشتراط الخيار والرهن.

3-وجاهة الاعتراضات التي وجهت للقائلين بالإلزام خاصة وأن نصوص المتقدمين تكاد تجمع على أن المعاملة إذا كانت مع الإلزام فهي محرمة.

---

[1] القرضاوي، بيع المرابحة، مرجع سابق، ص106.

[2] الشبيلي، الخدمات المصرفية، مرجع سابق،320/2.

المطلب الثالث:صيغة المرابحة للآمر بالشراء والإجارة التمليكية ببنك البركة الجزائري

يقوم بنك البركة الجزائري شأنه شأن المصاريف الإسلامية الأخرى بمجموعة من الخدمات من أهمها تلك العقود التمويلية التي تعتبر بديلا عن القرض بالفائدة وهي الإجارة المنتهية بالتمليك والمرابحة للآمر بالشراء، وفي الآتي بعض الملاحظات على هذين العقدين ولكن قبل ذلك يحسن أن نعطي لمحة عن بنك البركة وفي الآتي عرض لذلك

الفرع الأول – لمحة عن بنك البركة

يُعتبر بنك البركة أول بنك إسلامي فتح أبوابه للعمل المصرفي الإسلامي وقد جاء امتثالا لأحكام القانون10/90 المؤرخ في 14أفريل1990 المتعلق بالنقد والقرض وقد تمَّ إنشاؤه في 20ماي1991 ليجعل مقره الرئيسي بالجزائر العاصمة برأسمال قدره500مليون دينار جزائري وقد ساهم فيه بنك الفلاحة والتنمية الريفية الجزائري وشركة دلة البركة، وقد رخص له في القيام بجميع الأعمال المصرفية والتمويل والاستثمار وفق مباديء الشريعة الإسلامية وله 32فرعا، وقد قدم البنك منذ تأسيسه في سنة1991م بتطوير العديد من القطاعات ذات الأنشطة الحيوية مثل تمويل قطاعات الهاتف المحمول والصناعات التحويلية والنفطية، وللبنك فروع منتشرة عبر التراب الوطني كوكالة قسنطينة ووكالة ورقلة وغرداية وغيرها[1].

الفرع الثاني: ملاحظات على نموذج عقد المرابحة والإجارة ببنك البركة

أولا: ملاحظات على عقد المرابحة [2]

1-يُلاحظ أن المادة السادسة قضت بغرامة التأخير في حالة التأخير عن السداد وقد اشترطتها بمجرد التأخير وهذه الزيادة محل نظر فقهي إذ لا يجوز للمصرف الاتفاق مع المدين (العميل) على دفع مبلغ ما في حالة التأَخُر عن السداد وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في

---

[1] عبد الرحمن مايدي، المصارف الإسلامية نشأتها وتطورها ومكانتها في الاقتصاد الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد الخامس، ص399.

[2] ينظر الملحق ص281وما بعدها .

دورته الثانية بجدة إذ جاء فيه" أنَّ كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجز المدين على الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد هاتان الصورتان ربا محرم شرعا"

2-الناظر في المادة السابعة من هذا العقد يجد فيها اشتراط التأمين على العميل ضد كل المخاطر مع إعطاء البنك الحق في أن يحل محله في قبض أي تعويضات في حالة حدوث حادث. واشتراط التأمين على العميل شرط فاسد ممّا يطعن في شرعية هذا التعامل.

3-المتأمل في هذا العقد يجد أنَّ الرضا مشوب؛ لأنَّ العميل يوقع على مواد العقد ولا يؤخذ رأيه لأن الجانب الأقوى وهو البنك وضع هذه الشروط (المواد) لحماية نفسه وهذا مخالف لطبيعة العقود في الفقه الإسلامي التي أساسها الرضا.

4-ورد في المادة الثانية أنَّه (يلزم العميل شراء السلع أو البضاعة... كما يلتزم بعدم الرجوع على البنك بخصوص أي عيب أو خلل في هذه السلع وفي هذا إشارة إلى الوعد الملزم وهذا يقلب الوعد عقدا ممَّا يؤدي إلى محاذير شرعية وبإمكان المصرف الإسلامي أن يكون في غنى عنها، إذ له مخارج شرعية لا إشكال فيها منها أن يشتري مع الخيار ويحدد مدة الخيار

5-تنص المادة العاشرة من هذا العقد على أن تكون كل المصارف والحقوق والأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين والمحامين والمحضرين القضائيين... على عاتق العميل وحده.

وهذا يدل على أنَّ العقد صوريا والغرض من العملية هو المال فكيف يتحمل العميل كل هذه المصاريف على سلعة لم يشترها بعد، ممَّا يجعل العملية أقرب إلى الشكلية والصورية.

6-جاء في ملحق التوكيل من هذا العقد أنَّ البنك والمصرف لا يشتري السلعة وإنَّما يوكل العميل بشرائها وهذا يؤدي إلى مشكل فقهي لأنَّ المصرف يكون قد باع السلعة قبل تملكها، إذ قد وقع عقد المرابحة مع العميل قبل أن يتملك السلعة، ممَّا يجعل العقد أقرب إلى الصورية والشأن أن يشتري ثمَّ يبيع.

وخلاصة القول أن بيع المرابحة للآمر بالشراء جائز ولكن بعض الشروط التي تضمنها العقد –في نظري – أدت إلى فساده خاصة مسألة الإلزام لأنها تحول الوعد عقدا مما يؤدي إلى بيع ما لا يملكه الشخص، وكذا غرامة التأخير التي تجعل في العقد شبهة الربا ومن شأنها أن تحول العقد من المرابحة إلى قرض بفائدة، إضافة إلى اشتراط الضمان والتأمين على العميل على سلعة لم يتملكها بعد؛ فلذا ليكون عقد المرابحة للآمر بالشراء جائزًا ينبغي تصحيح هذا العقد وذلك بإلغاء مسألة الإلزام بالوعد والأخذ بالخيار أو الرهن، كذا إلغاء الغرامة التأخيرية والأخذ بالعقوبة بالمال عن طريق القضاء.

ثانيا– ملاحظات على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك[1]

وأهم ما يلاحظ على هذا العقد ما يأتي:

1–الناظر في هذا العقد يجد أنه عقد مركب من بيع وإجارة ويظهر أن المقصود به بيع بالتقسيط ولكن أُلبس ثوب الإجارة والشأن في العقود الوضوح لا التردد، فقد اتفق المصرف والعميل على عقد الإجارة كما هو موضح في بنود هذا العقد، ولكنه ليس إجارة محضة؛ لأن المصرف حمَّل المستأجر تكاليف الصيانة وهذا من طبيعة عقد البيع لا الإجارة، مما يجعل هذا العقد محل نظر فقهي.

2–ممَّا يُلاحظ أيضا في بنوده اشتراط التأمين على المستأجر كما نصت عليه المادة الخامسة من هذا العقد وهذا شرط يؤثر في صحة هذا العقد، فبناء على تفريق الحنفية بين الباطل والفاسد فإنَّ العقد بهذا الشرط فاسد لا باطل ممَّا يعني إمكانية تصحيحه، أما على مذهب المالكية والشافعية فهو مبطل للعقد وأما عند الحنابلة المتوسعون في إجازة الشروط فهو شرط فاسد والعقد صحيح، واشتراط هذا التأمين يؤدي إلى الغرر والجهالة إذ لا يدري المستأجر بعد تأمينه على السيارة وقت العقد مقدار ما يعطي ويأخذ وهذا قمار ومخاطرة.

---

[1] ينظر الملحق، ص278وما بعدها.

3- ورد في المادة الثالثة عشر التنصيص على أن للبنك الحق في فسخ العقد لأسباب معينة ذُكرت في هذه المادة منها: تأخر المستأجر عن الدفع، وهذا مناقض لطبيعة عقد الإجارة إذ هي عقد لازم لا يحق فسخه لأي منهما، وقد أعطى البنك الحق لنفسه في فسخه بما يحقق مصلحته وربما في أحايين كثيرة تضرر بذلك المستأجر ممَّا يجعل هذا العقد محفوفا بالخطر والغرر والضرر وتلك كلها مفسدات للعقد في الفقه الإسلامي.

4- قضى هذا العقد بغرامة التأخير، وكون البنك هو الذي يفرضها على المستأجر كما هو واضح في بنود هذا العقد وهذا يجعل العقد مشوباً بالربا، وتلك علة كان بإمكان البنك تلافيها، لو أسند الأمر إلى الجهات القضائية حتى يزال الضرر من غير وقوع في شبهة الربا ومن غير إلحاق الضرر بالعميل إذا القضاء عند جبره للضرر يستعين بالخبراء بما يرفع الضرر عن البنك من غير إلحاق الضرر بالعميل إذا الضرر لا يزال بمثله.

5-ورد في المادة الثامنة اشتراط الصيانة على المستأجر، وهذا مخالف لشروط عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، إذ المستأجر أمين لا يضمن إلاَّ إذا قصَّر أو فرَّط.

6- ورد في المادة السابعة عشرة من هذا العقد أن الطرفين اطلعا على بنوده وشروطه بإرادة خالية من العيوب الشرعية والقانونية، ولكن يعكر صفو هذا أن معظم الشروط هي شروط إذعان الهدف منها حماية المصرف ليس إلاَّ.

و الحاصل أن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يتضمن شروطا منافية لمقتضى عقد الإجارة مما يؤدي إلى فساد العقد خاصة مسألة اشتراط الصيانة والتأمين، وفسخ العقد بمجرد تأخُر العميل في السداد، والجمع بين البيع والإجارة من غير فصل في بعض صور هذا العقد؛ فلذا حتى يكون هذا العقد موافقا إلى شروط وطبيعة عقد الإجارة في الفقه الإسلامي لا بد من تصحيحه عن طريق، الفصل بين عقد الإجارة وعقد البيع بأن يكون كلا منهما مستقل عن الآخرـــ وإذا اشترطت الصيانة على المستأجر فينبغي أن تحسب على أساس أنها جزءا من الأُجرة.

المبحث الثالث: المشاركة المتناقصة

ستتم معالجة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: حقيقة المشاركة المتناقصة

وفيه:

الفرع الأول: لمحة عن نشأتها

ذهب فقهاء المعاملات المالية المعاصرة إلى أن أول دراسة من الناحية النظرية لموضوع المشاركة المتناقصة كانت للدكتور سامي حمود في أطروحته للدكتوراه المعنونة ب « تطوير الأعمال المصرفية» بتاريخ 1976/06/30م[1].

وكان أول تطبيقي عملي لها في مصر على حد تعبير عثمان شبير، ثم بدأت المصارف الإسلامية تستعمل هذا الأسلوب[2].و يطلق عليها المشاركة المتناقصة والمشاركة المنتهية بالتمليك

الفرع الثاني: تعريف المشاركة المتناقصة

ويتضمن

أولا: المشاركة المتناقصة لغة

المشاركة لغة على وزن مفاعلة مشتقة من شرَك والاسم منه الشِّرك وهو النصيب والحصة[3] والمتناقصة على وزن متفاعلة من الفعل نقص والنُقص هو الخسران في الحظ وهو الضعف أيضا[4].

---

[1] الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1(1428هـ2008م)، دار النفائس، الأردن، ص28

[2] عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص334.

[3] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 448/10.

[4] المصدر نفسه، 100/7.

التمليك: من المِلك وهو ما ملكته اليد من مال وغيره وهو الاستبداد بالشيء واحتواؤه[1]

ثانيا: المشاركة المتناقصة اصطلاحا:

عُرفت بتعاريف متعددة نذكر منها:

1- عرفها عثمان شبير بأنها:" شركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها"[2]

2- عرفها حمود فقال بأنها "قيام المضارب المشترك بشراء الأشياء المنتجة للدخول بطريقة العمل عليها كالسيارات مثلا مما يستعمل لنقل الأشخاص أو البضائع، وذلك ليس على أساس اعتبارها موارد للكسب، وإنما على أساس إجراء ترتيب منظم لتجنيب جزء من الدخل المتحصل إلى أن يصل مقداره إلى ما يساوي قيمة السيارة حيث يقوم المضارب المشترك بالتنازل عن ملكية السيارة لصالح من عمل عليها خلال المدة التي سُدِّدت فيها قيمتها بالكامل "[3].

3- ذهب معدو الموسوعة العلمية للبنوك الإسلامية إلى أنها: " مشاركة يُساهم فيها المصرف الإسلامي في رأس مال شركة أو مؤسسة تجارية أو بنايات أو مصنع أو زراعة مع شريك أو أكثر وعندئذ يستحق كل من الشركاء نصيبه من الأرباح بموجب الاتفاق عند التعاقد مع وعد المصرف الإسلامي أن يتنازل عن حقوقه عن طريق بيع أسهمه إلى شركائه والشركاء يعِدون بشراء أسهم المصرف والحلول محله في الملكية سواء على دفعة واحدة أو على دفعات"[4].

وصفوة القول أن المشاركة المتناقصة هي اشتراك المصرف الإسلامي مع شخص أو أكثر في القيام بمشروع معين أو أن يشتريا شيئاً معيناً من خلال مساهمة كلاهما فيه على أن يعطي المصرف الحق للشريك(العميل) في الحلول محله دفعة واحدة أو على دفعات.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 491/10

[2] شبير، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص334.

[3] سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية،مرجع سابق، ص426

[4] الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية،مرجع سابق 532/1

الفرع الثالث : صور المشاركة المتناقصة:

للمشاركة المتناقصة صور عديدة نذكر منها الصور الآتية:

الصورة الأولى: المشاركة في عين مع الوعد بالبيع.

في هذه الصورة يتفق المصرف مع العميل ويُحدِّدان حصة كل واحد منهما في رأس مال المشاركة وشروطها ويكون بيع حصص المصرف للعميل بعقد مستقل بعد نهاية المشاركة كما قد تُباع لغيره ويكون للعميل أيضا بيع حصصه للمصرف أو لغيره[1].

الصورة الثانية: المشاركة المتناقصة بتمويل مشروع قائم.

في هذه الحالة يقدم العميل للمصرف عينا ما لعجزه عن تشغيلها كمصنع مثلا لا يستطيع تجهيزه فيدخل المصرف شريكا معه بقيمة هذه التجهيزات فيكون له حصة من الربح وحصة لتسديد مساهمته في رأس المال ويتم الاتفاق على أن يبيع المصرف حصته دفعة واحدة أو على دفعات لتتناقص ملكيته لصالح العميل الشريك لتكون له الملكية التامة عند سداد جميع الأقساط[2].

الصورة الثالثة: المشاركة المتناقصة باقتناء الأسهم.

في هذه الصورة يُحدد نصيب المصرف وكذا نصيب العميل الشريك في الشركة في صورة أَسهُم هي مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة ويكون لكل منهما الحصول على نصيبه من إيرادات الشركة، كما يحق للشريك اقتناء الأسهم المملوكة للمصرف كل سنة عددا معينا حتى يتملك العميل الأسهم كلها لتصبح الملكية له بمفرده[3].

---

[1] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص234.

[2] عجيل النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 571/2.

[3] العمراني، العقود المالية المركبة، مرجع سابق، ص234، النشمي، المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر 572/2

الصورة الرابعة: المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك مع الإجارة.

في هذه الصورة يتعاقد المصرف مع العميل على أن يُقِيما مشروعاً ما ويستأجِر الشريك العين لمدة محددة بأُجرة المثل فيكون شريكاً ومُستأجِراً ويتم توزيع الربح بينهما وفق طريقة المشاركة المتناقصة حسب الاتفاق.[1]

الصورة الخامسة: المشاركة المتناقصة بالتمويل المشترك.

في هذه الصورة يتفق المصرف الإسلامي مع عميله على المشاركة في التمويل لمشروع ذي دخل ويتفق المصرف مع الشريك على أن يحصل على نسبة من صافي الدخل مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقى من الإيراد حتى يُخصص لتسديد أصل ما قدَّمه البنك من تمويل.[2]

الصورة السادسة: المشاركة المتناقصة بطريق المضاربة.

في هذه الصورة يدفع المصرف الإسلامي كامل رأس المال لمشروع معين على أن يتولى الشريك العمل ويكون الربح بينهما ويعد المصرف العميل بتمليك المشروع له بطريقة المشاركة المتناقصة وينبغي في هذه الصورة مراعاة شروط وضوابط المضاربة[3]

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة

اختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف الشركة المتناقصة فمنهم من اعتبرها من قبيل شركة الملك ومنهم من اعتبرها شركة عقد بينما ذهب فريق ثالث إلى اعتبارها عقداً جديداً مستحدثاً، وفي الآتي تفصيل لذلك:

---

[1] النشمي، المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 572/2.

[2] النشمي، المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر مرجع سابق، 572/2، العمراني، العقود المالية، مرجع سابق، ص235.

[3] النشمي، المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، 572/2، مرجع سابق. العمراني، العقود المالية، مرجع سابق، ص 236.

القول الأول: ذهب أصحابه إلى أن الشركة المتناقصة تُعتبر شركة ملك وهو ما ذهب إليه الدكتور نزيه حماد والدكتور حسين الشاذلي والدكتور قطب مصطفى سانو[1]، وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بالآتي:

1- قالوا شركة العقد قائمة على الوكالة من الشريكين فكل واحد منهما يتصرف في نصيبه بحكم الملك وفي نصيب شريكه بحكم الوكالة ولا وجود لهذا في الشركة المتناقصة[2].

2- الشركة المتناقصة لا يكون للشريك فيها حق التصرف في الشركة بمجرد العقد؛ مما يعني أنها ليست من قبيل شركة العقد[3].

3- الغرض الأساس من الشركة المتناقصة هو التمليك؛لأن " القصد الأَجَّل من هذه المشاركة منذ بداية تكوينها هو تمكين العميل- في الغالب- من تملُّك عين أو مشروع ذي دخل معروف كالمصنع والطائرة والباخرة وسوى ذلك "[4].

و لكن يُناقش هذا بأن الغرض الذي أُبرِمت عليه المشاركة المتناقصة في جميع صورها هو التمويل واستثمار رأس الملك (المال) خاصة من قِبل المصرف وإن كان العميل قد يقصد التملُّك فالمصرف لا قصد له في ذلك، كما أن الواقع العملي للمشاركة المتناقصة مبني على أن كل شريك يُعتبر وكيلاً عن شريكه في العمل وقد يكون أحد الشركاء هو الوكيل وهذه خاصية شركة العنان[5] التي تُعتبر من قبيل شركة العقد لا الملك[6].

---

[1] نزيه حماد، فقه المعاملات المالية والمصرفية،مرجع سابق، ص82.

الشاذلي، المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، 437/2. قطب مصطفى سانو، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 553/1.

[2] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 146/15 والمراجع السابقة نفسها.

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 147/15.

[4] سانو، المشاركة المتناقصة، مجلة المجمع، مرجع سابق 554/1، ويُنظر ايضا، الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص84.

[5] شركة العنان: هي الشركة من غير استبداد.ابن راشد، لباب اللباب، مصدر سابق، ص239

[6] الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص89.

القول الثاني: ذهب أصحابه إلى أن الشركة المتناقصة هي من قبيل شركة العقد وهو ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي ومحمد عثمان شبير وعبد الستار أبو غدة وغيرهم[1].

ودليلهم أن المشاركة المتناقصة عندهم في حقيقتها هي من قبيل شركة العنان وتتضمن وعداً من أحد الشريكين للآخر بأن يبيع حصته لشريكه إما كليا أو جزئيا دفعة واحدة أو على دفعات والغرض منها الاستثمار وكل شريك فيها هو وكيل عن شريكه.[2]

القول الثالث: ذهب أصحابه إلى أنها مترددة بين شركة الملك وشركة العقد فإذا كان الهدف منها تمويل المساكن والسيارات فهي شركة ملك وإذا كان الهدف الاستثمار في المستغلات والمدَّخرات فهي شركة عقد وهو ما ذهب إليه محمد تقى العثماني.[3]

و دليل هذا القول أنه لا يمكن الحكم عليها إلا من خلال النظر في العقد المبرم بين العميل والبنك؛ لأن لها تطبيقات متعددة ففي بعض هذه التطبيقات هي شركة ملك وفي بعضها الآخر هي شركة عقد.[4]

القول الرابع: كيَّفها أصحابه بأنها عقد مستجد ولا يمكن أن تُلحق بأيٍّ نوع من أنواع الشركات المعروفة في الفقه الإسلامي وهو ما اختاره جماعة منهم جاسم النشمي ومحمد النجمي.[5]

---

[1] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص436، شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص341.
أبو غدة، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 394/1، وينظر أيضا الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص84. الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 149/15.

[2] المراجع نفسها وينظر أيضا: التسخيري، محمد علي، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، مرجع سابق582/1، النمشي، المشاركة المتناقصة وصورها. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشر (1422ه-2001م)، العدد الثالث عشر، 565/2، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص171. الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص171

[3] مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 646/2 في المناقشات والتعقيبات.

[4] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 646/2، الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص86.

[5] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 640/1.

قالوا لأنه لا يمكن أن تُكيَّف المشاركة المتناقصة بأنها شركة عنان من كل وجه إذ لا يُوجد فيها إطلاق يد كل من الشريكين وليست وكالة من الطرفين؛ مما يعني أنها شركة جديدة ينبغي أن يكون أساس النظر فيها مبنياً على مراعاة الضوابط العامة الحاكمة للمعاملات المالية.[1]

هذا ولعل الأقرب للصواب للحكم عليها هو النظر إلى طبيعة العقد لأن التطبيقات مختلفة في المصارف ففي بعضها هي من قبيل شركة الملك وفي بعضها الآخر هي من قبيل شركة العقد.

المطلب الثالث: حكم المشاركة المتناقصة

اختلف الفقهاء في حكم المشاركة المتناقصة على قولين هما

القول الأول: ذهب أصحابه إلى عدم جواز المشاركة المتناقصة ومن الذين تبينوا ذلك الدكتور علي السالوس والدكتور حسين كامل فهمي ومال إليه الشيخ صالح المرزوقي[2] وقد استدلوا بالآتي:

الدليل الأول: الشركة المتناقصة فيها شبهة القرض بفائدة " لأن تعهد العميل بشراء حصة البنك بقيمتها الاسمية ما هو إلا ضمان واضح منه لحصة البنك في المشاركة بما يؤدي إلى قطع المشاركة من بدايتها وتحول العقد إلى عقد قرض "[3]

و نُوقش هذا بأن شبهة القرض بفائدة لا وجود لها في هذه المعاملة "لأن الطرف الممولِّ وهو المصرف في أغلب الأحوال يكون شريكاً لطالب التمويل في الربح والخسارة وكل طرف

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، مرجع سابق، 640/1، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 150/15.

[2] حسين كامل فهمي. عقد المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد الخامس عشر، مرجع سابق، 432/1-443.

علي السالوس، المشاركة المتناقصة وضوابطها، مجلةمجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، مرجع سابق، 496/1.

و يُنظر رأي المرزوقي في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 636/2 في المناقشة

[3] حسين كامل فهمي، عقد المشاركة، مجلة المجمع، مرجع سابق، 429/2.

وكيل عن الآخر في نصيبه –حسب شروط العقد- ولا يضمن إلا في حالة التعدي والتقصير المحقق والنظر إلى المشاركة في الربح وغض الطرف عن المشاركة في الخسارة نظر لا يستقيم"[1]

الدليل الثاني: المشاركة في الحقيقة عبارة عن تمويل وليست مشاركة في الربح والخسارة فهذا العقد " وإن لم يكن هو صورة من بيع الوفاء[2] فهو أسوأُ من بيع الوفاء؛ لأن الآخر أي: عميل المصرف والمستثمر في المشاركة المتناقصة ملتزم بمبلغ يدفعه. إنما في بيع الوفاء إن لم يرد العين فلا يدفع شيئا "[3].

فالسالوس "يرى أن بيع الوفاء هذا متحقق في أحد صور المشاركة المتناقصة وهي التي يتفق فيها البنك مع متعامليه على أن يحصل البنك من شريكه حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلا ويحتفظ بجزء من الإيرادات لتسديد ما قدمه البنك من التمويل معتبراً أن هذا الدخل عبارة عن زيادة على رأس المال "[4]

و نُوقِش هذا بأن الشركة المتناقصة لا شبه لها ببيع الوفاء" لأن المشتري في بيع الوفاء يكون مالكا وغير مالك فهو مالك بمقتضى العقد وغير مالك بمقتضى الشرط الذي يلزمه برد المبيع إلى المدين عند سداد الدين وبالتالي فالعقد معيب والشرط مناقض لمقتضى العقد، أما المصرف في الشركة المتناقصة فهو شريك يتمتع بجميع حقوق الشريك ويلتزم بجميع التزاماته وكل ما تتضمنه هذه المعاملة وعد من المصرف بأن يبيع حصته للشريك إذا توفر لديه المبلغ الذي يشتري به "[5]

و بالتالي فلا وجود لشبهة بيع الوفاء في عقد المشاركة المتناقصة فتكون جائزة.

---

[1] الكواملة، المشاركة المتناقضة، مرجع سابق، ص 109

[2] هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه.الموسوعة الفقهية الكويتية، مر جع سابق، 48/9

[3] السالوس، المشاركة المتناقصة وضوابطها، مجلة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 496/1.

[4] الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص102

[5] شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص337

الدليل الثالث: عقد المشاركة المتناقصة هو من قبيل بيع العينة المنهي عنه شرعا ومنشأ هذه الشبهة من اعتقاد أن تمويل الطرف المُموِّل وهو المصرف على الأغلب بشراء عين ما بناء على طلب الطرف المستثمر ومن ثَمَّ القيام بتقسيم القيمة الإجمالية لهذه العين إلى عدد معين من الحصص أو الأسهم ليشتريها الطرف طالب التمويل وبالتالي فهي أحد صور بيع العينة[1]

ونُوقش هذا بأن العينة فيها بيعان أحدهما حال والآخر مؤجل بينما المشاركة المتناقصة ليس فيها ذلك، لأن فيها مشاركة بعد ذلك يحصل البيع وبالقيمة السوقية أما العينة ففيها زيادة في البيع المؤجل عن الحال مما يعني أن المشاركة المتناقصة لا شِبه لها ببيع العينة[2] ومشروعيتها واضحة فهي لا تتصادم مع نصوص الشريعة وقواعدها.

الدليل الرابع: عقد المشاركة المتناقصة من خلال الوعد الذي يبرمه الأطراف يُثير شبهة؛ لأن هذا الوعد إما أن يكون ملزما أو غير ملزم فإذا كان غير ملزم فهو من قبيل الاتفاق على بيع مُضاف إلى المستقبل وهو محرم شرعا أما إذا كان الوعد ملزماً فهو من قبيل بيع ما لا يملك وهو محرم أيضا[3].

و نُوقش هذا بأن مسألة الإلزام بالوعد مختلف فيها وكذا مسألة البيع المُضاف إلى المستقبل والحق أن ما كان من الشروط والوعود يحُقق مصلحة أو منفعة لأحد طرفي العقد أو لهما معا فلا إشكال فيه لأن الأصل في الشروط الحِل[4].

---

[1] فهمي، المشاركة المتناقصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 626/1، الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص107.

[2] وهبة الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 499/2 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 642/2 في المناقشة، ومجلة المجمع، العدد الخامس عشر، 620/1

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر 637/2، الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص101

[4] سانو قطب مصطفى، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 550/1. الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص109

وأُجيب بأن الوعد الملزم في هذا العقد فيه محاذير متعددة " منها البيع المضاف إلى المستقبل، وتأخيره وبيع الشخص ما لا يملك من الأعيان والبيع بثمن مجهول "[1]

القول الثاني: ذهب أصحابه إلى جواز المشاركة المتناقصة وهو ما ذهب إليه الدكتور نزيه حماد وعبد الستار أبو غدة وحسن الشاذلي ووهبة الزحيلي وقطب مصطفى سانو وبه صدر قرار الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي[2] وقد استدلوا بالآتي:

الدليل الأول: عموم النصوص الدالة على جواز الشركة في الفقه الإسلامي والتي منها قوله:﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾[3]. وقوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴿٢٤﴾ ﴾[4]

و الخلطاء هم الشركاء[5].

وقوله ﷺ: ((إن الله يقول أَنَا ثالث الشريكين ما لم يخُن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما))[6]

فقد دلَّ الحديث على حفظ الله ورعايته للشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه مما يدل على

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، مرجع سابق، 637/1.

[2] نزيه حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، 520/2.

عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 393/1، حسن الشاذلي، المشاركة المتناقصة وصورها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، 462/2، وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 499/2، مصطفى سانو، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 549/1، شبير، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص336

[3] سورة النساء، الآية:12

[4] سورة ص، الآية:23

[5] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، 179/15.

[6] أبو داوود، في السنن، برقم:3383، كتاب:البيوع والإجارات، باب:الشركة، 677/3، الحاكم، في المستدرك، برقم: 2322، 312/2، وصححه الذهبي.

مشروعية الشركة فتكون المتناقصة مشروعة لأنها أحد أفرادها.

الدليل الثاني: الأصل في المعاملات الإباحة وهذه الصيغة تجمع بين عقود جائزة ولا مانع من هذا الجمع ما دام كل عقد استوفى شروطه إذا المانع من اجتماع العقود هو ما كان في اجتماعه توصُّل إلى ما هو محرم أو كان هذا الجمع منهياً عنه ولا وجود لهذا في عقد الشركة المتناقصة[1].

الدليل الثالث: عقد الشركة المتناقصة هو في حقيقته عقد شركة مع عقد بيع أو عقد شركة مع عقد إجارة وهذا لا حرج فيه شرعا لأن اجتماع البيع مع الشركة لا حرج فيه " وكما جاز أن تجمع الشركة المتناقصة بين الشركة والبيع فهي تجمع أيضا بين البيع والإجارة وهذا جائز نص على ذلك المالكية والحنابلة؛ لأن العقدين من العقود اللاَّزمة واجتماع العقود اللاَّزمة جائز سواء أكانت متفقة الأحكام أو مختلفة إذا استوفت العقود أركانها وشرائطها الشرعية "[2]

الدليل الرابع: هذا العقد هو من قبيل شركة العنان وهي جائزة باتفاق الفقهاء وقد اقترن بها شرط الوعد بالبيع أو الإجارة وهو شرط صحيح؛ لأنه غير منافٍ لمقتضى العقد وغير مناقضٍ للشرع[3].

و نُوقِش هذا بأن كلا الشريكين في عقد الشركة يحق له إبداء الرغبة في التخارج في أي وقت بعد بداية العقد، ولكن إن كان ذلك شرط أساس داخل العقد نفسه أو بوعد ملزم وبالقيمة

---

[1] شبير، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص336. الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، 161/15، مجلة شبير، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص3342، الكواملة، المشاركة المتناقصة، مرجع سابق، ص، 97، مجلة مجمع الإسلامي، العدد الخامس عشر، مرجع سابق، 393/1.

[2] النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، 581/2، الكواملة، المشاركة المتناقصةمرجع سابق، ص96.

[3] الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 160/15، عبد السلام فيغو، العقود التشاركية، مرجع سابق، ص51

الاسمية فإنه يؤدي إلى ضمان الشريك المشتري للشريك المتخارج وهذا يُنافي عقد الشركة[1].

وقد وضع المجيزون لهذا العقد شروطاً وهي[2]:

1- ألاَّ تكون المشاركة المتناقصة مجرد عملية تمويل بقرض فلا بُدَّ من إيجاد الإرادة الفعلية للمشاركة وتقاسم الربح بحسب الاتفاق وأن يتحمل جميع أطرافها الخسارة.

2- أن يمتلك المصرف حصته في الشركة ملكا تاما وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرُّف وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة العميل.

3- أن لا يُنص في عقد الشركة المتناقصة على أن يرُد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال إلى ما يخصه من ربح لأن ذلك شبهة ربا.

4- أن لا يكون الشراء بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة؛ لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه وإنما يكون تحديد الثمن بالقيمة السوقية يوم البيع أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.

5- أن لا يُشترط تحمُّل أحد الطرفين مصروفات الـتأمين أو الصيانة وإنما يكون ذلك على وعاء المشاركة بقدر الحصص.

6- أن يُفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة و" لابد أن تكون الشركة غير مشترط فيها البيع والشراء، وإنَّما يتعهد الشريك بذلك بوعد منفصل عن الشركة، وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة ولا يجوز أن يُشترط أحد العقدين في الآخر " [3]

7- أن لا ُينص على أن لأحد الطرفين الحق في استرداد ما قدمه من تمويل.

فلابد من توفر كامل هذه الشروط حتى تكون الشركة المتناقصة جائزة، بشرط عدم

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 433/1، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، ص 161/15

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، 646/1، الدبيان، المعاملات المالية، مرجع سابق، 162/15-163، هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص171.

[3] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، مرجع سابق، المعيار رقم(12)، ص171

الإلزام بالوعد؛ لأن الإلزام يؤدي إلى بيع ما لا يملك وأن لا تكون الشركة مشترطة في البيع وإنما بوعد منفصل، والغرض من هذه الشروط هو حماية هذا العقد من شبهة القرض بفائدة، فإذا خلا عقد الشركة من هذه الشروط وتضمن ما يخالفها فهو عقد فاسد وسبل تصحيحه يكون بزوال ما تضمنه العقد من شروط مفسدة ولا شك أن هذا الإجراء أضمن لاستقرار العقود وأرفق بالناس.

القول المختار:

بعد عرض أدلة الفريقين والنظر فيها يتبين –والله أعلم– أن الأقرب للصواب هو رأي المجيزين مع ضرورة توفر الشروط التي وضعوها ولكن مع عدم الإلزام بالوعد، وذلك للآتي:

1- الأصل في المعاملات الالتفات إلى مصالح الناس وكل ما اضطروا إليه ينبغي التماس المخرج الشرعي لهم بقدر الإمكان.

2- الأصل في العقود الإباحة ومنها الشركة المنتهية بالتمليك.

3-القول بالجواز مع الضوابط التي وضعها المجيزون يجعل المعاملة خالية من مفسدات العقود التي ادَّعاها المانعون.

خاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على من ختم الله به الرسالات، وبعد في ختام هذا العمل أُسجل الآتي:

1- للعقود في الفقه الإسلامي أهمية بالغة، ولذلك اعتنى الفقهاء في مختلف العصور بالعقود بصفة عامة والعقود المالية بصفة خاصة ومن ضمن ما اعتنوا به فيها مسألة تصحيح العقد الفاسد.

2- الأصل في العقود الصحة والجواز إلاَّ ما خصه الدليل بالمنع والمعيار الحاكم على فساد العقد أو صحته هو مدى توفر الشروط والضوابط العامة التي وضعها الفقهاء، وكذا خلوه من مفسدات العقود والتي يمكن إجمالها في: الربا، الغرر، الجهالة.

3- العقد الصحيح هو ما استجمع أركانه وشروطه وبالتالي تترتب عليه آثاره والباطل عكسه خلافاً للحنفية الذين فرقوا بين الباطل وهو ما لحقه خلل في أصله والفاسد هو ما لحقه خلل في وصفه، وبزوال المفسد صححوا الفاسد، وقد خالف الجمهور أصلهم في ذلك لاعتبارات أخرى من أهمها: تعلق حق الغير بالعقد كما هو الشأن عند المالكية أو عن طريق مراعاة الخلاف.

4-تصحيح العقد هو جعل غير الصحيح صحيحا وذلك بإزالة سبب فساده أو تحويله وبالتالي يكون التصحيح أعم من التحويل إذ هذا الأخير ماهو إلاَّ أحد طرق التصحيح.و نعني به تصحيح العقد عن طريق التكييف الفقهي المناسب له فيتحول من الصور الباطلة إلى الصورة الصحيحة.

5- من مرامي الشريعة وأهدافها تصحيح العقود بقدر الإمكان وذلك من أجل استقرار العقود وتقليل النزاعات.

6- من أهم طرق تصحيح العقد في الفقه الإسلامي رفع سبب الفساد إذا أمكن ذلك وفقا للنظر الحنفي، لذا كان المذهب الحنفي أكثر تقدما وتفوقا ووضوحا من غيره من هذه الناحية، ولكن هذا لا يعني أنَّ مسألة تصحيح العقود خاصة بهذا المذهب، بل هي موجودة في المذاهب الأخرى خاصة عند المالكية والحنابلة وذلك عن طريق مراعاة الخلاف وكذا التوسع في تصحيح الشروط عند الحنابلة.

7- لموضوع تصحيح العقود تطبيقات فقهية كثيرة سبق ذكر بعضها في هذا البحث وقد اتضح من خلال ذلك كيف خالف الفقهاء الراجح في مذاهبهم وصححوا بعض العقود لما لحق بالناس من حرج وذلك راجع إلى طبيعة المعاملات التي الأصل فيها النظر إلى مصالح الناس فكل عقد وجد الفقيه طريقاً لتصحيحه فلا ينبغي له العدول عن ذلك، وذلك تحقيق لمقصد الرفق ورفع الحرج عن الناس، فلا ينبغي التقيد دائما بما رُجح عند الفقهاء المتقدمين ولا الجمود على ما سطروه فلابد من إعادة النظر بجُرأة علمية واعية بالواقع ومراعية لمقاصد الشريعة وذلك كمسألة الإجارة ببعض ما يعمله العامل، والمضاربة بالعروض واشتراط ضمان المضارب وغيرها من المسائل.

8- من أهم القواعد التي لها علاقة وطيدة بمسألة تصحيح العقد قاعدة "هل العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني" هذه القاعدة التي تعتبر أساس مبدأ تحول العقد في الفقه الإسلامي، وقد اتفق الفقهاء في الجملة على القول بها وإن اختلفوا في بعض الفروع المندرجة تحتها ما بين موسع ومضيق فالمالكية والحنابلة توسعوا ويليهم الحنفية أما الشافعية فقد ضيقوا في ذلك.

9- السمة الغالبة على العقود في العصر الحاضر التركيب ممَّا يجعلها أكثر تعقيداً إذ يصعب إدراجها ضمن العقود المسماة في الفقه الإسلامي في أحايين كثيرة؛ ممَّا من شأنه أن يؤدي إلى الاختلاف في تكييفها وتوصيفها وبالتالي تختلف الفتاوى فيها.

10-العقود المركبة غالباً يلحقها ما يفسد العقود في الفقه الإسلامي؛ لأنها تتسم في الغالب بالتردد بين العقود كما هو الشأن في الإيجار التمليكي، والشأن في العقود في الفقه الإسلامي

الجزم والوضوح، كما قد تتضمن ما يحول طبيعة العقد ممَّا من شأنه أن ينتج عنه أحيانا محاذير شرعية كما هو الحال في مسألة الوعد الملزم في عقد المرابحة للآمر بالشراء إذ يتحول الوعد عقداً وذلك يؤدي إلى البيع قبل التملك والربح من غير ضمان.

11-لا ينبغي للفتاوى أن تكون مجملة في هذه العقود المعاصرة سواء تعلق الأمر بالحلِّ أو التحريم بل لابد من النظر في صور هذه العقود لأنَّ الغالب في هذه العقود تعدد صورها واختلافها وتباينها فبعضها فيه الضوابط الشرعية وبعضها يخلو من ذلك.

12-من المسلم به أنَّ الفقه السلامي فقه واقعي يساير كل العصور وهو قادر على إيجاد البديل لكل عقد فاسد؛ فلذا يجدر بالفقهاء أن يبذلوا جهودهم في إيجاد بدائل شرعية لمختلف العقود الفاسدة بغية رفع الحرج عن الناس.

بعد تسجيل هذه النقاط أعترف أنه موضوع خصب لازال يحتاج إلى دراسة جادة جريئة للفصل في كثير ممَّا له علاقة بموضوع فساد العقود وسبل تصحيحها لذا أقدم اقتراحات لها علاقة بهذا الموضوع أذكر منها:

- دراسة موضوع الأصول الضابطة للمعاملات المالية والعقود في بحث موسع من الناحيتين النظرية والتطبيقية، إذ هذا الموضوع مهم جدا في تأصيل وتصحيح كثير من العقود المعاصرة الفاسدة.
- بحث هذا الموضوع ضمن نظرية تصحيح العقد في الفقه الإسلامي معالمها وضوابطها وتأصيلها الشرعي
- بحث موضوع قواعد تصحيح العقود في الفقه المالكي

وأخيرا كانت تلك أهم النقاط التي أردت تسجيلها في خاتمة هذا البحث فإن كان فيه توفيق فهو من الله سبحانه وتعالى وإن كان فيه خطأ وتقصير -وهو لا محالة كائن- فهو من نفسي فأستغفر الله من ذلك والحمد لله على كل حال والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

الملاحق

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

عقد تأجير عقاري منتهي بتمليك للأفراد

الشروط العامة

بين :

1–بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها خمسمائة مليون دينار جزائري (2.500.000.000،00دج) خاضعة لأحكام الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 والمتعلق بقانون النقد والقرض، المسجلة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم B/00 /0014294 والكائن مقره الرئيسي بحي بوثلجة هويدف فيلا رقم 1 بن عكنون الجزائر ينوب عنه في الإمضاء عن هذا العقد السيد ..... صفته مدير ..... .

ويشار إليه فيما بعد بالمؤجر (الطرف الأول)

2–السيد (ة) .....المولود(ة) بتاريخ ../../.... والساكن(ة) بـــ.....

ويشار إليها فيما بعد بالمستأجر (الطرف الثاني)

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد :

بالإشارة إلى الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد .

بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد .

بالإشارة إلى أحكام النظام الأساسي لبنك البركة الجزائري والتزامه بالتعامل وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ونظرا إلي رغبة الطرف الثاني في استئجار العقار المبينة أوصافه في طلب التمويل على سبيل البيع بالإيجار، تم الاتفاق على ما يلي :

المادة الأولى : موضوع الإيجار

يؤجر بموجب هذا العقد بنك البركة الجزائري للسيد..... العقار المذكور في طلب التمويل المرفق بهذا العقد الذي يعد جزءا لا يتجزأ منه.

المادة الثانية : التعيين

المادة الثالثة : مدة الإيجار

حددت مدة الإيجار بـــ .....، حسب ما هو منصوص عليه في جدول التسديد المرفق بهذا العقد والذي يعد جزءا لا يتجزأ منه.

المادة الرابعة : مبلغ الإيجار

حدد المبلغ الإجمالي للإيجار حسب جدول التسديد المرفق بهذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه، كما يلتزم المستأجر بدفع الإيجارات المستحقة وفقا لجدول التسديد في نهاية كل فترة تأجيرية وفي موطن المؤجر الموضح في مقدمة هذا العقد

هذا وفي حالة تأخر المستأجر عن سداد أي قسط من الأقساط في موعده تحل باقي الأقساط وتصبح جميعا واجبة الأداء.

كل رسم أو ضريبة أو أي حق آخر مستحق بالجزائر قد يتعلق بالإيجارات كما هي محددة أعلاه تقع على عاتق المستأجر وحده بما فيها الغرامات أو العقوبات المستحقة علي الرسوم والضرائب أو الحقوق الأخرى المذكورة أعلاه.

في حالة الدفع المسبق لأقساط الإيجار غير المستحقة بعد, وفي حالة موافقة المؤجر على ذلك,يتم مراجعة المبلغ الإجمالي للإيجار تبعا لذلك.

كما يمكن مراجعة أقساط الإيجار سنويا وفق ارتفاع معدل إعادة الخصم المطبق من قبل بنك الجزائر وذلك بإضافة الفارق بين المعدل الساري في السنة المنقضية والمعدل الساري على الفترة التأجيرية الجديدة الى نسبة العائد المستند إليه في تحديد أقساط الإيجار بتاريخ توقيع هذا العقد، وللعميل الحق في هذه الحالة التسديد المسبق للإيجارات المتبقية على عاتقه .

يسمح المستأجر للمؤجر صراحة بأن يخصم من أي حساب مفتوح باسمه المبالغ المستحقة بموجب هذا العقد.

كما يلتزم المستأجر باكتتاب سندات أو كمبيالات لأمر المؤجر بقيمة الإيجارات المستحقة.

المادة الخامسة : التأمين على العين المؤجرة

يتعين على المستأجر أن يؤمن لحساب المؤجر ونيابة عنه بمعرفته العين المؤجرة لدى شركة التأمين تأمينا شاملا ضد جميع المخاطر بحيث يكون المؤجر هو المستفيد من هذا التأمين.

المادة السادسة : تسلم العين المؤجرة

يعتبر المستأجر أنه تسلم العين المؤجرة بحالة صالحة للاستعمال وتبقى في حوزته طوال مدة الإيجار المتفق عليها وتحت مسؤوليته .

المادة السابعة : ملكية العين المؤجرة

تعتبر العين المؤجرة المبينة في التعيين أعلاه ملكا للمؤجر ولا يمكن تحويل ملكيتها إلى المستأجر إلا بعد سداد القسط الأخير من الإيجار مضاف إليه كافة المصاريف والملحقات ولاسيما تلك المتعلقة بنقل ملكية العين المؤجرة حيث يحق للمستأجر حينئذ امتلاك العين المؤجرة مباشرة .

المادة الثامنة : الصيانة والمعاينة

يلتزم المستأجر باستخدام العين المؤجرة في الغرض الذي خصصت من أجله وصيانتها الصيانة العادية والدورية اللازمة وأي إصلاحات طارئة ولو كانت جوهرية والتي يتوقف عليها بقاء منافع العين المؤجرة طبقا للقواعد الشرعية والقوانين والأعراف والتنظيمات المعمول بها حاليا ومستقبليا.

يحق للمؤجر أو من يعينه أن يجري كشفا دوريا على العين المؤجرة طوال مدة الإيجار للتحقق من حسن استعمالها ومن صيانتها العادية والدورية اللازمة لاستعمالها ويتعين على المستأجر تسهيل مهمة المؤجر في ذلك.

المادة التاسعة: مسؤولية العميل المدنية وغيرها

يتحمل العميل وحده مسؤولية الأضرار الجسدية أو المادية التي يتعرض لها الغير من جراء العقار أو جزء منه ويضمن البنك من اي رجوع للغير عليه.

يلتزم العميل بتأمين مسؤوليته المدنية على نفقته المطلقة في حالة الأضرار الجسدية أو المادية التي قد يسببها العقار أو جزء منه على مستخدميه أو الغير ولو كان الضرر ناجما عن خطأ في البناء أو حادث عرضي أو قوة قاهرة. كما يلتزم العميل بأن يبين في تأمينه أو تأميناته المكتتبة لغرض ضمان مسؤوليته المدنية أن المؤمنين يتخلون عن أي رجوع علي البنك.

يلتزم العميل بالإبقاء على التأمينات الواردة قي هذه المادة سارية المفعول وبأن تنفذ بحرص وعلى نفقاته الخاصة كل الالتزامات التي تنبثق عن هذه التأمينات أثناء مدة سريان هذا العقد وخاصة فيما يتعلق بالدفع المنتظم للعلاوات، وعليه أن يقدم كل المستندات عند أول طلب من البنك.

كما يجب أن تنص التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة على مسؤولية المؤمنين في إعلام البنك في حالة ما إذا توقف العميل عن دفع العلاوات أو في حال فسخ هذه التأمينات.

إذا ما لم ينفذ العميل أحد الالتزامات الخاصة بالتأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة يمكن للبنك وفق ما يرتئيه أما أن يفسخ عقد التأجير حسب الشروط المتضمنة في المادة 13 الآتي ذكرها أو يكتتب بمبادرته الشخصية التأمينات التي لم يكتتبها العميل علي نفقة هذا الأخير.

المادة العاشرة :حق الرجوع

يتحمل العميل على عاتقه تبعة كل رجوع ضد البائع الأول وكل خلاف مع هذا الأخير.

يخول البنك للعميل كل الحقوق والرجوعات التي يحق له التمسك بها ضد البائع الأول علي سبيل الضمان القانوني أو التعاقدي التي ترتبط عادة بملكية العقار،بما فيها دعوى فسخ البيع بسبب العيب الموجب للفسخ والتي يفوضه البنك برفعها.

المادة الحادية عشر : الإطار القانوني والشرعي

يخضع هذا العقد بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، إلى القانون الجزائري .

المادة الثانية عشر : المصروفات والرسوم

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق والأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين والمحامين والمحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزاد والوكيل العقاري وغيرهم وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق العميل وحده الذي يوافق على ذلك صراحة ودلك بأن يدفعها مباشرة أو بخصمها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى البنك.

المادة الثالثة عشر : فسخ العقد

يتم فسخ هذا العقد ويحق للبنك حينئذ استرجاع العقار والتصرف فيه إما بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك في الحالات الآتية :

- في حالة عدم دفع أي قسط من أقساط الإيجار كما هي مبينة في جدول التسديد المرفق بهذا العقد أو أي عمولة أو مصاريف أو نفقات تابعة مستحقة للمؤجر بموجب هذا العقد وذلك بعد خمسة عشر يوم بداية من تاريخ استحقاق الإيجار المذكور والعمولة والمصاريف أو النفقات التابعة وذلك بعد إرسال إنذار بالفاكس و/ أو رسالة مسجلة مع أشعار بالاستلام.

-في حالة وقوع المستأجر في توقف عن الدفع وكذا حالة التسوية القضائية أو تصفية الممتلكات أو توقف النشاط .

– في حالة إخلال المستأجر بأي التزام أو بند أو شرط من الالتزامات أو البنود أو الشروط المنصوص عليها في هذا العقد .

- في حالة وقوع حادث قد يمس بصلاحية الضمان الذي أصدره الضامن إلا إذا قدم للمؤجر بديلا عن هذا الضمان والذي يكون مقبولا حسب تقدير المؤجر.

- في حالة عدم تمكن المؤجر لأي سبب ما من أخذ رهن عقاري من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من المستأجر كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق وأن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع أو أي دائن أخر.

- في حالة تحويل المستأجر لكل أو جزء من عملياته المالية الناتجة عن النشاط موضوع هذا التمويل إلى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري.

- في حالة وفاة المدين،تكون أقساط الإيجار، التكاليف والمصاريف غير قابلة للتجزئة ,مستحقة، ويمكن مطالبة ورثة المدين بها، غير أنه يمكن لورثة المدين الاستفادة من هذا العقد بشرط أن يكونوا قادرين حسب تقدير المؤجر غير القابل للمراجعة أو المنازعة على احترام وأداء التزامات المدين المتوفى.

- في حالة فسخ عقد شراء العقار من البائع الأول لأي سبب من الأسباب وخاصة إذا تعلق الأمر بعطب أو عيوب خفية تضر بكامل العقار أو جزء منه.

-في حالة ما إذا فسخ هذا العقد، فان أثار هذا الفسخ مهما كان سببه هي تلك المنصوص عليها في هذه الفقرة.

و بالتالي علاوة على أقساط الإيجار المستحقة وغير المدفوعة مع كل ملحقاتها فان العميل يكون مدينا بمبلغ مالي معادل لمجموع أقساط الإيجار التي لم يحن وقت استحقاقها عند تاريخ فسخ العقد وكذا كل الحقوق والعمولات والمصاريف وغرامات التأخير والرسوم المستحقة .

لا يمكن للعميل أن يحتج بأي حال من الأحوال على قيمة ثمن البيع أو الإيجار الجديد قبل البنك ولا على المصاريف التي التزم بها هذا الأخير وتحملها بصدد البيع أو الإيجار .

– أي تأخير في دفع التعويضات أو جزئ منها – المقررة في الفقرات السابقة ينجر عنها حصول البنك على غرامة التأخير تحتسب بداية من تاريخ استحقاق التعويضات وفق الشروط السارية المفعول لدى البنك.

و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

و يصرح العميل بعدم الاعتراض بأي وجه كان على استرجاع البنك للعقار في الحالات المنصوص عليها أعلاه.

- وبصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

المادة الرابعة العاشرة : النزاعات

كل خلاف متعلق بتفسير أو تنفيذ هذا العقد يرفع إلى المحكمة التي يقع المقر الرئيسي للبنك في دائرة اختصاصها، دون أن يمنع ذلك المؤجر من إمكانية اللجوء إلى أية محكمة أخرى يملك في دائرة اختصاصها المستأجر أصولا .

يتخلى المستأجر صراحة أمام المحاكم عن التمسك بأي امتياز بالحصانة القضائية أو التنفيذية الذي قد يمكنه الاستفادة منه.

المادة الخامسة عشر : الموطن المختار

من اجل تنفيذ هذا العقد اختار كل واحد من الطرفين سكنه المذكور أعلاه موطنا معتادا له يمكن مخاطبته فيه عند الاقتضاء.

المادة السادسة عشر : مرفقات العقد

تعتبر مرفقات العقد و/أو أي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان فيما بعد جزء لا يتجزأ من هذا العقد ومكملا له .

المادة السابعة عشر : التصريح

صرح الطرفان المؤجر والمستأجر بالإطلاع على كل بنود وشروط العقد الذي حرر من ثلاثة نسخ أصلية أمضاه الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية .

حرر ب..... في ../../....

المؤجر **المستأجر**

عقـــــــــــــــــــــــــد تـــــــــمـــــــــــويل بالمـــــــــــــــــــــــــــــرابحة

الشروط العامة

بين:

بنك البركة الجزائر شركة مساهمة رأسمالها 10,000,000,000.00 الكائن مقرها الاجتماعي حي بوتلجة هويدف فيلا رقم 01 ، بن عكنون ، الجزائر ، مقيدة بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 0014294/B/00

على هذا العقد السيد SEBA HAFID B/KACEM بصفته مدير وكالة غرداية الأندلس

من جـــــــــــــــــــــــــــهة و يشار إليها فيما يلي بالبنك

والسيد/الشركة

المقيد (ة) بالسجل التجاري لولاية تمنراست تحت رقم 000000000492075

والكائن مقره(ها) الاجتماعي ب

وينوب عنها في الإمضاء السيد بصفته

من جـــهة أخـــرى و يشار إليه فيما يلي "بالعميل

تـــــــمهيد :

بالإشارة إلى أحكام القانون الأساسي للبنك المتعلقة بالتزامه بالتعامل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية،

بالإشارة إلى الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد .

بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد

بالإشارة إلى طلب / طلبات التمويل الموقع(ة) من العميل المتضمن (ة) أوامر الشراء الموقعة بهذا العقد والتي تعد جزء لا يتجزأ

حيث أن العميل طلب من البنك أن يشتري له السلع محل الفاتورة و أمر/أوامر الشراء المرفقين بهذا العقد و اللذان يعتبران جزءا لا يتجزأ منه.

حيث أن البنك فوض العميل للتعامل و التعاقد مع المزود في طلب و تسلم السلع و /أو البضائع محل هذه الفاتورة أو الفواتير

حيث أن الطرفان يتمتعان بكامل الأهلية القانونية المعتبرة و اللازمة للتعاقد.

فقد تم الاتفاق على ما يلي:

المادة الأولى : الموضوع

يمنح البنك العميل الذي يوافق على ذلك تمويلا بالمرابحة في حدود المبلغ المرخص به من قبل البنك مضاف إليه هامش الربح المتفق عليه و المشار إليهما في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد و الذي يعد جزءا لا يتجزأ منه.

يجب على العميل أن يقدم للبنك لكل عملية مرابحة منجزة في إطار التمويل موضوع هذا العقد أمرا بالشراء يبين فيه خاصة مبلغ العملية ثمن لمرابحة و نسبة الربح المتفق عليه و مواعيد التسديد

تنفيذا لهذا العقد ، يبيع البنك للعميل الذي يوافق السلع أو البضاعة محل الفاتورة أو الفواتير و الأمر أو الأوامر بالشراء المرفقة بهذا العقد والتي تشكل جزءا لا يتجزأ منه .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المادة الثـــانية : استعمال التمويل

يتم التمويل بتسديد البنك ثمن السلع و /أو البضاعة للمورد و كذا كافة المصاريف التي يوافق على تحملها في حدود المبلغ المذكور في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد، و هذا بعد تسلم الوثائق الخاصة بها عقود، فواتير ، وثائق شحن، مستند تسليم وثائق جمركية الخ

يلتزم العميل بشراء السلع أو البضاعة محل أمر/أو أوامر الشراء من البنك بنفس المواصفات المذكورة في الفاتورة أو الفواتير الملحقة بها كما يلتزم بعدم الرجوع على البنك بخصوص أي عيب أو خلل في هذه السلع و يعتبر العميل المسؤول الوحيد فيما يخص نوعية ومواصفات السلع

و/أو البضاعة محل هذا عقد، و كذلك مطابقتها للقوانين والقواعد و التنظيمات المعمول بها

المادة الثالثة :ثمن البيع وكيفية تسديده

يتمثل ثمن بيع السلع و /أو البضاعة من البنك إلى العميل في مبلغ الفاتورة أو الفواتير المسددة للمزود مضافا إليها كل المصاريف و الملحقات الأخرى ونسبة الربح المتفق عليه

يلتزم العميل بدفع ثمن المرابحة كما هو مبين في الفقرة أعلاه طبقا للأقساط المذكورة في الأمر/الأوامر بالشراء المرفق(ة) بهذا العقد و الذي 'التي يعتبر/ تعتبر جزءا لا يتجزأ منه

في حالة تسديد مبلغ الدين قبل الاستحقاق يمكن أن يمنح البنك العميل تخفيضا من اصل ثمن المرابحة المسدد قبل الاستحقاق

يرخص العميل للبنك بموجب هذا العقد، عند حلول آجل الاستحقاق ,أن يقتطع المبالغ المستحقة في إطار هذا العقد من كل حساب مفتوح باسمه على دفاتر البنك .

المادة الرابعة : التزامات العميل

يلتزم العميل بموجب هذا العقد بأن:

يودع جميع إيرادات بيع السلع و/أو البضاعة موضوع هذا العقد لدى البنك إلى غاية التسديد الكلي للثمن كما هو مبين في المادة 3 أعلاه و/أو التزامات أخرى التزم بها البنك بطلب من العميل .

يدفع للبنك بمجرد الحصول عليها، النقود، الشيكات و أي وسيلة دفع أخرى خاصة ببيع السلع و/ أو البضاعة محل هذا التمويل في حدود مبلغ ثمن المرابحة كما حدد في المادة 3 أعلاه .

يسمح العميل للبنك أن يحل محله في تحصيل كل الشيكات و الأوراق التجارية الأخرى المسلمة للبنك لغاية التحصيل، الا أن العميل يظل مدينا بمبلغ التمويل و مسؤولا أمام البنك إلى غاية التسديد الكلي و الفعلي للدين .

المادة الخامسة : مراقبة السلع أو البضاعة

يحق للبنك في أي وقت مراقبة السلع و/أو البضاعة محل هذه المرابحة في مخازن العميل، وكذا الإيرادات و حسابات هذا الأخير

المادة السادسة : غرامات التأخير

يحق للبنك أن يفرض على المدين المماطل غرامة تأخير على المبلغ المسحق غير المدفوع في الآجال المتفق عليها بالنسبة المنصوص عليها في الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري عن كل شهر تاخير بغض النظر عن الوسائل الأخرى التي يمنحها له القانون

لتحصيل دينه .

المادة السابعة : تأمين السلع

يلتزم العميل بتامين السلع و/ او البضاعة التي إشتراها من البنك بموجب هذا العقد ضد كل المخاطر مع إعطاء البنك الحق في ان يحل محله في قبض أي تعويضات في حالة حدوث أي حادث ، كما يلتزم العميل بالإبقاء على التأمين ساريا وتجديده إلى غاية وفائه بجميع ديونه اتجاه البنك، ويلتزم بدفع علاوة التأمين المنصوص عليها في عقد التأمين، واطلاع البنك بذلك كلما طلب منه ذلك

و في حالة عدم قيام العميل بتجديد التأمين ضد كافة الأخطار مع الإنابة لفائدة البنك رغم إخطاره، يحق لهذا الأخير تجديدهما و اقتطاع علاوات التأمين من حساب العميل المفتوح على دفاتر البنك .

في حالة وقوع حادث قبل تحرر العميل المذكور أعلاه من ديونه اتجاه البنك، فان لهذا الأخير حق الامتياز على مبلغ التعويض

المادة الثامنة :الشروط الفاسخة لأجل التسديد

يصبح مبلغ الدين مستحق الأداء فورا، و يفسخ أجل التسديد الممنوح للعميل المنصوص عليه في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد تلقائيا في حالة عدم احترام العميل لأي شرط من شروط هذا العقد و خاصة في الحالات التالية :

في حالة عدم دفع إيرادات البيع للبنك، و /أو عدم الوفاء في الموعد بأحد الالتزامات المكتتبة بموجب هذا العقد.

في حالة عدم دفع أي قسط من أقساط المرابحة عند الاستحقاق.

بالنسبة للتجار والمهنيين في حالة التوقف عن التجارة ،الإفلاس، التسوية القضائية ، التوقف عن النشاط الذي أبرم في إطاره العقد أو التوقف عن الدفع .

في حالة عدم تمكن البنك لسبب ما من تسجيل الضمان المتفق عليه من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من العميل كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق و أن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع آخر أو أي دائن آخر

في حالة البيع الودي أو القضائي للممتلكات المخصصة من طرف العميل كضمان ، و كذلك في حالة إيجارها ، إتلافها أو تخصيصها كحصة في شركة تحت أي شكل كان دون الموافقة المسبقة للبنك

في حالة تحويل العميل لكل أو جزء من عملياته المالية الناتجة عن النشاط موضوع هذا التمويل إلى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري

في حالة ما إذا كان العميل محل متابعة قضائية من شأنها إعاقة تسديده لثمن المرابحة المشار إليه أعلاه

في حالة عدم تغطية التأمين المكتتب لقيمة السلع المشتراة بواسطة هذا التمويل.

في حالة وفاة المدين إذا كان شخصا طبيعيا، يعتبر أصل الدين بما فيه نسبة الربح و التكاليف و المصاريف غير قابلة للتجزئة مستحقا و يمكن مطالبته من كل واحد من ورثة المدين

غير أنه يمكن للورثة الاستفادة من اجل سداد ثمن البيع المنصوص عليه في المادة الثالثة اعلاه بشرط أن يكونوا قادرين حسب تقدير البنك غير القابل للمراجعة أو المنازعة على احترام و تسديد التزامات المدين المتوفى

و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون .

المادة التاسعة: الضمانات

ضمانا لتسديد مبلغ التمويل محل هذا العقد بما في ذلك الأصل، نسبة الربح ، النفقات و المصاريف الأخرى، يلتزم العميل بتخصيص كل الضمانات العينية و / أو الشخصية التي يطلبها البنك .

المادة العاشرة: المصاريف والحقوق

اتفق الطرفان على أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين و المحامين و المحضرين القضائيين و محافظي البيع بالمزاد ومصاريف تقييم الضمانات العينية المخصصة او المقترحة وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق العميل وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو باقتطاعها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى البنك دون الحاجة إلى إذن مسبق منه

المادة الحادية عشر: المرفقات

تعتبر مرفقات العقد و أي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، كتابيا جزءا لا يتجزأ من هذا العقد و مكملا له

المادة الثانية عشر : الموطن

لتنفيذ هذا العقد، اختار الطرفان موطنا لهما العناوين المذكورة أعلاه.

المادة الثالثة عشر : حل النزاعات

اتفق الطرفان على ان اي خلاف ناشئ عن تنفيذ هذا العقد او تفسيره و لم يتمكن الطرفان من حله وديا يحال على المحكمة الذي يقع في دائرة إختصاصها مقر البنك او الوكالة المعنية بهذا العقد .

المادة الرابعة عشر: عدد النسخ وتاريخ السريان

حرر هذا العقد من ثلاثة نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية أو القانونية.

حرر ب Ghardaïa في

3/7

البنك

العميل

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملحق رقم (3)
عـقـد تـوكـيـل

بين:

بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 10,000,000,000.00 دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11
المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد و القرض الكائن مقرها الاجتماعي حي بوثلجة هويدف ، فيلا رقم 01
بن عكنون ، الجزائر ، مقيدة بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 0014294/B/00 ينوب عنها في الإمضاء على
هذا العقد السيد SEBA HAFID B/KACEM بصفته مدير وكالة غرداية الأندلس

من جـــــــــــــــــــهة و يشار إليها فيما يلي " بالبنك"

والسيد/الشركة
المقيد(ة) بالسجل التجاري لولاية تمنراست تحت رقم 00000492075
و الكائن مقره(ها) الاجتماعي CITE OULAD BELKACEM KSAR EL MORABITINE
ب
و ينوب عنها في الإمضاء السيد

من جـــهة أخـــرى و يشار إليه فيما يلي "بالعميل"

المادة الأولى :

حيث أنه توافر الرضا الكامل و كذلك الأهلية القانونية المعتبرة و اللازمة للتعاقد لدى كل من الطرفين فقد تم الاتفاق عليها يلي :

يوكل الطرف الأول بموجب هذا العقد الطرف الثاني في التعاقد مع المورد نيابة عنه لشراء السلع و /أو البضاعة محل الفاتورة أو الفواتير المرفقة بهذا العقد التي تعد جزءا لا يتجز منه .

يتحمل الطرف الثاني مسؤولية التفاوض مع المورد و الاتفاق معه على المواصفات المبينة في الفاتورة أو الفواتير المشار إليها اعلاه وتسليمه ثمن الشراء و جميع الشروط و الأوضاع المتعلقة بشراء المواد و كل الأمور الأخرى المتعلقة بتسلمها ، و على الطرف الثاني أن يوضح للمورد في جميع الأوقات أنه يتعاقد نيابة عن الطرف الأول .

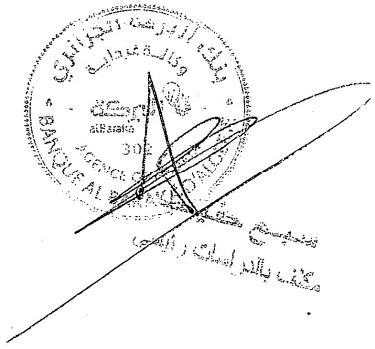
يلتزم الوكيل بأن يتخذ كل الإجراءات الضرورية و الضمانات اللازمة لعقد الوكالة و لا يلتزم الموكل بأي مقدار مالي زائد على ما حدد في هذا العقد و لا يتحمل الموكل أية مسؤولية مترتبة عن ذلك

يكون الطرف الثاني مسؤولا عن تسلم السلع و/ او البضاعة محل الفاتورة و يتولى الإشراف على عملية الترتيبات و التجهيزات و الإعدادات اللازمة لكي تكون صالحة للاستعمال

المادة الثانية :

يتحمل الطرف الثاني مسؤولية الإخلال بالالتزامات المتعلقة بتسلم السلع و / او البضاعة سواء كان هذا الالتزام مفروضا بموجب القانون أو جرى به العرف

الطرف الأول **الطرف الثاني**



ملحق رقم (2)

أمـــــــــــــــــــر بالشـــــــــــــــــراء

رقـــــــــــــم :

إلى بـــــنـــــك الـــبـــــركـــــة الـــــجـــــزائـــــري

الاسم و اللقب / الاسم التجاري:

رقم السجل التجاري: 000000000492075

العنوان: CITE OULAD BELKACEM KSAR EL MORABITINE

طبقا لطلب التمويل بالمرابحة المرفق .

يشرفني أن أطلب منكم شراء و/أو استيراد السلع و /أو البضاعة المبينة كمياتها ومواصفاتها و أسعارها في الفاتورة الأولية المرفقة بهذا الأمر

ألتزم صراحة و بدون رجعة أن أشتري هذه السلع و /أو البضاعة من البنك بعد تسلمها بمبلغ العقد أو الفاتورة المذكورة أعلاه مضاف إليه المصاريف والنفقات و الحقوق والملحقات الأخرى التي تحملها البنك زائد هامش ربح قدره 193,919.56 دج خارج الضريبة .

كما أتعهد بأن أسدد للبنك مبلغ المرابحة كما حدد أعلاه في مدة أقصاها 61 **شهر** ابتداء من تاريخ الدفع للمورد .

كما أتعهد بدفع قيمة 0.00 بالمائة من مبلغ المرابحة كدفعة ضمان جدية تتحول الى عربون بعد توقيع عقد المرابحة .

و اخيرا التزم بتعويض البنك عن كل ضرر قد يلحقه من جراء اي اخلال من طرفي بالتزاماتي بموجب هذا الامرو كذا احكام عقد المرابحة المرتبطة به و المشار اليه اعلاه

حرر يوم 21/09/2016

الخاتم والتوقيع

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملحق رقم (1)

عقد تمويل بالمرابحة

الشروط الخاصة

بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 10,000,000,000.00 دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11

المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد و القرض الكائن مقرها الاجتماعي حي بوثلجة هويدف ، فيلا رقم 01

بن عكنون ، الجزائر ، مقيدة بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 0014294/B/00 ينوب عنها في الإمضاء على

هذا العقد السيد SEBA HAFID B/KACEM بصفته مدير وكالة غرداية الأندلس

من جـــــــــــــــــــهة و يشار إليها فيما يلي " بالبنك"

بين:

والسيد/الشركة

المقيد(ة) بالسجل التجاري لولاية تمنراست تحت رقم 00492075

و الكائن مقره(ها) الاجتماعي ب CITE OULAD BELKACEM KSAR EL MORABITINE

و ينوب عنها في الإمضاء السيد بصفته

من جـــهة أخـــرى و يشار إليه فيما يلي "بالعميل"

خصوصيات التمويل

مبلغ شراء السلع (1) : 1,432,000.00 دج

هامش الربح (2) : 55,969.56 دج

ثمن بيع السلع (2+1) : 1,487,969.56 دج

بما فيه دفعة ضمان الجدية/ العربون : 522,050.00 دج

الثمن المقسط : 1,487,969.56 دج

مدة التسديد : 61 شهر

الشروط والضمانات الأخرى

الشروط و الضمانات الأخرى منصوص عليها في رخصة التمويل .

حرر ب Ghardaïa

6/7

البنك

العميل

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قرار هيئة كبار العلماء بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، وبعد:

فإن مجلس هيئة كبار العلماء درس موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك في دورته التاسعة والأربعين، والخمسين، والحادية والخمسين، بناء على استفتاءات متعددة وردت إلى الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء، واطلع على البحوث المعدة في الموضوع من قبل عدد من الباحثين.

وفي دورته الثانية والخمسين المنعقدة في الرياض ابتداء من تاريخ 1420/10/29 هـ. استأنف دراسة هذا الموضوع، وبعد البحث والمناقشة رأى المجلس بالأكثرية أن هذا العقد غير جائز شرعا لما يأتي:

أولا: أنه جامع بين عقدين على عين واحدة غير مستقر على أحدهما وهما مختلفان في الحكم متنافيان فيه. فالبيع يُوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري، وحينئذ لا يصح عقد الإجارة على المبيع لأنه ملك للمشتري، والإجارة توجب انتقال منافع العين فقط إلى المستأجر. والمبيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه، فتلفه عليه عينا ومنفعة، فلا يرجع بشيء منهما على البائع، والعين المستأجرة من ضمان مُؤجِرها، فتلفها عليه عينا ومنفعة، إلا أن يحصل من المستأجر تعد أو تفريط.

ثانيا: إن الأُجرة تقدر سنويا أو شهريا بمقدار مقسط يستوفى به قيمة المعقود عليه، يعده البائع أُجرة من أجل أن يتوثق بحقه حيث لا يمكن للمشتري بيعه.

مثال ذلك: إذا كانت قيمة العين التي وقع عليها العقد خمسين ألف ريال وأجرتها شهريا ألف ريال حسب المعتاد جعلت الأُجرة ألفين، وهي في الحقيقة قسط من الثمن حتى تبلغ القيمة المقدرة، فإن أعسر بالقسط الأخير مثلا سحبت منه العين باعتبار أنها مؤجرة ولا يرد عليه ما

أخذ منه بناء على أنه استوفى المنفعة. ولا يخفى ما في هذا من الظلم والإلجاء إلى الاستدانة لإيفاء القسط الأخير.

ثالثا: أن هذا العقد وأمثاله أدى إلى تساهل الفقراء في الديون حتى أصبحت ذمم كثير منهم مشغولة منهكة، وربما يؤدي إلى إفلاس بعض الدائنين لضياع حقوقهم في ذمم الفقراء

ويرى المجلس أن يسلك المتعاقدان طريقا صحيحا وهو أن يبيع الشيء ويرهنه على ثمنه ويحتاط لنفسه بالاحتفاظ بوثيقة العقد واستمارة السيارة ونحو ذلك.

والله الموفق.

وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قرار مجمع الفقه الإسلامي

قرار رقم: 110(12/4) بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك

إن مجلس الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421هـ إلى غرة رجب 1421هـ (23-28 سبتمبر 2000)

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع (الإيجار المنتهي بالتمليك). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرر ما يلي:

الإيجار المنتهي بالتمليك

أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ما يلي:

ا – ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد.

ب – ضابط الجواز:

1- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

2- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع

ج – أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المُؤجر ما يلحق العين من غير تلف ناشيء من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

د – إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونيا إسلامياً لا تجارياً، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

ه – يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

و تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

ثانياً: من صور العقد الممنوعة

1- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أُجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.

2- إجارة عين لشخص بأُجرة معلومة ولمدة معلومة مع عقد بيع له مُعلَّق على سداد جميع الأُجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.

- عقد إجارة حقيقي، واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل محدد (هو آخر مدة عقد الإيجار).

ثالثاً: من صور العقد الجائزة

1- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر معلقا على سداد كامل الأجرة، وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة (وذلك وفق ما جاء في قرار المجمع بالنسبة للهبة رقم (3/1/13) في دورته الثالثة

2- عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة (وذلك وفق قرار المجمع رقم 44(5/6) في دورته الخامسة.

3- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة، في مدة معلومة واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

4- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة، في مدة معلومة، ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء على أن

يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق (وذلك وفق قرار المجمع السابق رقم 6/44(5)) أو حسب الاتفاق في وقته.

رابعاً: هناك صور من عقود التأجير المنتهي بالتمليك محل خلاف، وتحتاج إلى دراسة تعرض في دورة قادمة إن شاء الله تعالى.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قائمة الفهارس:

فهرس الآيات القرآنية.
فهرس الأحاديث النبوية والآثار.
فهرس الأعلام.
فهرس المصادر والمراجع.
فهرس الموضوعات.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة "مدنية"		
﴿ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ ﴾	﴿٢٣٥﴾	5
﴿ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ﴾	﴿٢٧٥﴾	133-87
﴿ فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ ﴾	﴿٢٧٩﴾	143
سورة النساء "مدنيــة"		
﴿ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾	﴿١٢﴾	267
﴿لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾	﴿٢٩﴾	83
﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ﴾	﴿١٦١﴾	87
سورة المائدة "مدنية"		
﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾	﴿١﴾	5-222-89-162
﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ﴾	﴿٨٩﴾	05
سورة الكهف "مكية"		

﴿خَٰلِدِينَ فِيهَا لَا يَبۡغُونَ عَنۡهَا حِوَلٗا﴾	١٠٨	51-41
سورة مريم " مكية"		
﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيّٗا﴾	٦٤	181
سورة الحج "مدنيـــــــة"		
﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾	٧٧	181
سورة المؤمنون "مكية"		
﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ عَنِ ٱللَّغۡوِ مُعۡرِضُونَ﴾	٣	66
سورة الروم "مكية"		
﴿وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن رِّبٗا لِّيَرۡبُوَاْ فِيٓ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ فَلَا يَرۡبُواْ عِندَ ٱللَّهِۖ وَمَآ ءَاتَيۡتُم مِّن زَكَوٰةٖ تُرِيدُونَ وَجۡهَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُضۡعِفُونَ﴾	٣٩	182
سورة ص "مكية"		
﴿وَإِنَّ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلۡخُلَطَآءِ لَيَبۡغِي بَعۡضُهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ﴾	٢٤	267
سورة فصلت "مكية"		
﴿ٱعۡمَلُواْ مَا شِئۡتُمۡ إِنَّهُۥ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ﴾	٤٠	69
سورة محمد "مدنية"		
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَلَا تُبۡطِلُوٓاْ أَعۡمَٰلَكُمۡ﴾	٣٣	65
سورة الطور " مكية"		

﴿ ٱصۡلَوۡهَا فَٱصۡبِرُوٓاْ أَوۡ لَا تَصۡبِرُواْ سَوَآءٌ عَلَيۡكُمۡۖ إِنَّمَا تُجۡزَوۡنَ مَا كُنتُمۡ تَعۡمَلُونَ ﴾	١٦	141
سورة الصف "مدنيـــــة"		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ﴾	٢	218
سورة المدثر " مكية"		
﴿ وَلَا تَمۡنُن تَسۡتَكۡثِرُ ﴾	٦	183

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

رقم الحديث	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
01	((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد))	عائشة رضي الله عنها	20
02	((إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه))	ابن عباس ﷺ	21
03	((لا تفعل فإن هذا لا يصح ولكن بع تمرك واشتر من هذا...)	أبو سعيد الخدري ﷺ	22
04	((تدع الصلاة أيام أقرائها))	أم حبيبة بنت جحش رضي الله عنها	26
05	((من أقال مسلما.....))	أبو هريرة ﷺ	48
06	((خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب.....))	زيد بن أسلم	53
07	((أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً....))	عروة البارقي ﷺ	66
08	((بعث معه بدينار يشتري له أضحية.....))	حكيم بن حزام ﷺ	67
09	((خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق...))	عائشة رضي الله عنها	68
10	((أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال...))	عمران بن حصين	69
11	((لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه....))	أبو هريرة ﷺ	70
12	((إنما البيع عن تراض))	أبو سعيد الخدري ﷺ	82
13	((كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه))	أبو هريرة ﷺ	83
14	((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك))	عائشة رضي الله عنها	84
15	((نهى رسول الله....عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر))	أبو هريرة ﷺ	85
16	((نهى ﷺ عن بيع الثمار...))	ابن عمر رضي الله عنهما	97

17	((أن النبي ﷺ نهى عن حبل الحبلة))	ابن عمر رضي الله عنهما	102
18	((ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربانا...))	جابر بن عبد الله رضي الله عنه	106
19	((نهى النبي ﷺ عن الثُّنْيَا إلا أن تُعلم))	جابر بن عبد الله رضي الله عنه	108
20	((أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط))	شعيب عن أبيه عن جده	108
21	((نهى ﷺ عن بيعتين في بيعة))	أبو هريرة رضي الله عنه	111
22	((هذا الربا، فردوه، ثم بيعوا تمرنا واشتروا لنا من هذا))	أبو سعيد رضي الله عنه	134
23	((ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فردوه))	البراء بن عازب رضي الله عنه	134
24	((كان عند النبي ﷺ أناس فدعا بلالا...))	ابن عمر رضي الله عنهما	134
25	((أن رسول الله ﷺ قال: من كان له فضل أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا تبيعوها....))	جابر بن عبد الله رضي الله عنه	137
26	((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امريء ما نوى))	عمر بن الخطاب رضي الله عنه	137
28	((كل قرض جر منفعة.....))	فضالة بن عبيد	143
29	((لا يحل سلف وبيع.....ولا بيع ما ليس عندك))	عبد الله بن عمرو	139
30	((المسلمون على شروطهم))	أبو هريرة رضي الله عنه	150
31	((أترابي ماكستك لآخذ جملك خذ جملك ودراهمك...))	جابر ين عبد الله رضي الله عنه	152
32	((من استأجر أجيرا فليُعلمه أجره))	أبو هريرة رضي الله عنه	155
33	((أن النبي ﷺ نهى عن عَسْب الفَحْل))	ابن عمر رضي الله عنه	156
34	((نهى عن عَسْب الفَحْل وعن قَفِيز الطحان))	أبي سعيد الخدري	156

		ﷺ	
35	((أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بُدْنِه..))	علي ﷺ	157
36	((أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع))	ابن عمر ﷺ	159
37	((أن أبا بكر رضي الله عنها كتب له فريضة الصدقة التي فرض رسول الله))	أنس ﷺ	169
38	((الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين))	علي ﷺ	170
39	((عادني النبي ﷺفي حجة الوداع من وجع))	سعد بن مالك	180
40	((فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك))	أبو حُمَيْد الساعدي	184
41	((كان النبي ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها))	عائشة رضي الله عنها	184
42	((لقد هممت أن لا أَتَّهِبَ هبة إلا من قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ...))	أبو هريرة ﷺ	184
43	((من وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته...)	مروان بن الحكم ﷺ	185
44	((بل عارية مضمونة))	أمية بن صفوان	199
45	((إذا وعد أحدكم أخاه ومن نيته أن لا يفي...))	زيد بن أرقم ﷺ	217
46	((آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف...))	أبو هريرة ﷺ	218
47	((...إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فلعمر الثلثان...))	عمر بن عبد العزيز	222
48	((لو قد جاء مال البحرين لأعطيتك هكذا وهكذا...))	جابر بن عبد الله ﷺ	225
49	((إنِّي قد أهديت إلى النجاشيِّ حُلَّةً وأَواقي مِسك...))	أم سلمة رضي الله عنها	225
50	((أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد...))	مالك بن أنس	241

51	((إذا تبايعتم بالعِينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزَّرع...))	ابن عمر رضي الله عنهما	247
52	((فلا تفعل بيع الجمع بالدراهم ثم بع بالدراهم جنيبا))	أبو هريرة ﷺ	249
53	((إن الله يقول أَنَّا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه.))	أبو هريرة ﷺ	267

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعلام:

رقم الحديث	اسم العلم	الترجمة	الصفحة
01	أبو القاسم الأصفهاني	الحسين بن محمد بن المفضل، أديب، لغوي، حكيم، مفسر. من أهل " أصفهان " سكن بغداد، واشتهر، حتى كان يُقرن بالإمام الغزالي. من تصانيفه : " الذريعة إلى مكارم الشريعة "، و" والمفردات في غريب القرآن "توفي سنة502هـ.	05
02	ابن العربي	محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر، حافظ متبحر، وفقيه مجتهد، من أئمة المالكية خِتام علماء الأندلس، ولد سنة 468ه ورحل إلى المشرق، وأخذ عن الطرطوشي والإمام أبي حامد الغزالي، ليعود إلى مراكش، وأخذ عنه القاضي عياض وغيره، أكثر من التأليف المفيدة، والتي من أشهرها" عارضة الأحوذي شرح الترمذي "، و" أحكام القرآن "، و" المحصول في علم الأصول "، توفي سنة543 هـ.	08
03	أبو بكر الرازي الجصاص	أحمد بن علي، من أهل الري ولد سنة (305هـ)، من فقهاء الحنفية، سكن بغداد ودرس بها وتفقه على أبي سهل الزجاج وعلى أبي الحسن الكرخي، وتفقه عليه الكثيرون. انتهت إليه رئاسة الحنفية في وقته وكان إماما، رحل إليه الطلبة من أماكن عدة، عرض عليه القضاء فامتنع. من أشهر كتبه: " أحكام القرآن " توفي سنة(370 هـ)	08
04	ابن عابدين	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، ولد سنة1198 ه، كان فقيه الديار الشامية، خاتمة المحققين وإمام الحنفية في عصره، من أهم مؤلفاته " رد المحتار على الدر المختار " المشهور بحاشية ابن عابدين، " العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، "، و"	09

		مجموعة رسائل، توفي سنة1252ه.	
05	الآمدي	علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، أبو الحسن، سيف الدين الآمدي. ولد سنة 551ه، بآمد من ديار بكر. أصولي بارع، كان حنبليا ثم تشفع، شهد له العز بن عبد السلام بالبراعة دخل الديار المصرية وتصدر للإقراء، توفي بدمشق سنة631ه، له مصنفات مفيدة منها: " الإحكام في أصول الأحكام " ؛ و" أبكار الأفكار" في علم الكلام.	16
06	ابن نجيم	زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، من أهل مصر فقيه وأصولي حنفي، كان عالمًا محققًا ومكثرًا من التصنيف. أخذ العلم عن شرف الدين البلقيني وشهاب الدين الشلبي وغيرهما. أجيز بالإفتاء والتدريس، توفي –رحمه الله- سنة(970 هـــ). من أشهر مصنفاته: " البحر الرائق في شرح كنز الدقائق " و" الأشباه والنظائر ".	18
07	الحافظ العلائي	خليل بن كَيْكَلْدي بن عبد الله، أبو سعيد، العلائي الدمشقي الشافعي. محدث فقيه، أصولي. وتفقه على كمال الدين الزملكاني وبرهان الدين بن الفركاح، وأخذ علم الحديث عن المزي وغيره، ودرس بدمشق بالأسدية وغيرها، ثم انتقل إلى القدس مدرسا بالصلاحية وأقام بالقدس مدة طويلة يدرس ويفتي ويحدث ويصنف إلى آخر عمره من أشهر تصانيفه : " المجموع المذهب في قواعد المذاهب "، و" الأشباه والنظائر ".	21
08	السرخسي	محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، السرخسي، الحنفي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان يلقب بشمس الأئمة، علامة حجة متكلما ناظرا أصوليا مجتهدا في المسائل، أخذ عن الحلواني وغيره سجن في جب بسبب نصحه لبعض الأمراء، وأملى كثيرا من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه، توفي	25

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

		رحمه الله سنة483 هـــ، وقيل غير ذلك، من أشهر مؤلفاته : " المبسوط "، في الفقه، و" الأصول" في أصول الفقه.	
09	ابن الجوزي	أبو الفرج عبد الرحمن بن على بن محمد الجوزي القرشي البغدادي الواعظ الزاهد علامة في الحديث والتاريخ ولد وتوفي ببغداد له مؤلفات كثيرة من أشهرها : تلبيس إبليس وصيد الخاطر وغيرها توفي عام .597	69
09	البرزلي	القاسم بن أحمد بن محمد وقيل أبو القاسم بن محمد بن إسماعيل البلوي البرزلي نسبة لبُرزُلة بضم أوله وثالثه من القيروان ولد سنة 741ه، من أشهر أئمة المالكية بتونس في عصره، أخذ عن ابن عرفة ولازمه نحو أربعين عاما وسكن تونس وانتهت إليه الفتوى فيها.من أهم تصانيفه : "جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام " توفي سنة841و قيل843 وقيل844	80
10	الماوردي	علي بن محمد بن حبيب الماوردي، نسبته إلى بيع ماء الورد ولد سنة 364 بالبصرة ثم رحل إلى بغداد من أكابر علماء المذهب الشافعي وحفاظه، وهو أول من لقب بـــ " أقضى القضاة " في العهد العباسي قد وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد، واتهم بالاعتزال. توفي في بغداد سنة 450 ه. له مؤلفات منها: الحاوي في الفقه" " الأحكام السلطانية "في السياسة الشرعية و" أدب الدنيا والدين ".	91
11	أشهب	أ شهب بن عبد العزيز بن داود، القيسي العامري ولد سنة(145 هـــ) كان فقيه مصر في عهده، وهومن أكبر أصحاب الإمام مالك، قال الشافعي: " ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه". قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. توفي –رحمه الله بمصرسنة(204 هـــ).	150
12	ابن شبرمة	عبد الله بن شبرمة بن الطفيل، أبو شبرمة، الضبي، فقيه كوفي	226

		تابعي وُلد سنة 72هـ، اتفقوا على توثيقه وجلالته وُلي القضاء وروى عن أنس والتابعين وروى عنه ابن المبارك وآخرون توفي سنة144هـ.	
13	ابن أبي ليلى	عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار بن بلال أبو عيسى، تابعي جليل، وُلد في عهد عمر رضي الله عنه وروى عنه وعن عثمان وعن علي. وروى عنه ابنه عيسى وابن سيرين والشعبي وغيرهم، واتفقوا على توثيقه وجلالته. وتوفي سنة83هـ.	226

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قائمـــــة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

❖ كتب التفسير وعلوم القرآن:

1. الجصاص، أبوبكر، أحمد بن علي، أحكام القرآن، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).
2. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق : علي محمد البجاوي، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).
3. القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، ط(1405 هـ 1985 م)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت)
4. ابن كثير، أبو الفداء، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، ط2) 1420هـ1999م)، دار طيبة.
5. محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، إشراف بكر بن عبد الله أبو زيد، ط(د، ت)، عالم الفوائد.

❖ كتب الحديث وعلومه:

6. أحمد بن حبل، المسند، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها ط (د، ت)، مؤسسة قرطبة (القاهرة).
7. الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ط2 (1405هـ1985 م)، المكتب الإسلامي، (بيروت)
8. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، ت: محمد عبد القادر أحمد عطا، ط1(1420هـ1999م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).
9. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ط3 (1407هـ1987م) دار ابن كثير، (بيروت).
10. ابن بطال، علي بن خلف، شرح صحيح البخاري، ضبط وتعليق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم،

ط3، 1425) هـ2004م (مكتبةالرشد (الرياض)

11. الترمذي، أبو عيسى محمد بن سورة السنن، تحقيق، أحمد محمد شاكر وآخرون، ط(د، ت)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت).

12. التهانوي، ظفر أحمد العثماني، إعلاء السنن، ط1(1421هـ2001م)، دار الفكر، (بيروت).

13. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط 1 (1419هـ1989م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

14. ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط جديدة، دار السلام (الرياض)، دار الفيحاء (دمشق)

15. أبو داود، سليمان بن الأشعث، السنن، مع تعليقات الألباني، ط (د، ت)، دار الكتاب العربي.

16. داوود: السنن، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

17. الذهبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، الموقظة في علم مصطلح الحديث، تحقيق: علي بن أحمد الرازحي، ط1(1428هـ207م)، مكتبة ابن تيمية، (صنعاء)

18. الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو، الفائق في غريب الحديث، تحقيق: علي محمود البجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2(د، ت)، دار المعرفة، (بيروت).

19. الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تصحيح: محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، (جدة).

20. السخاوي، شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، ط(د، ت)، دار الكتاب العربي، (بيروت).

21. السندي، أبو الحسن محمد بن عبد الهادي، حاشية السندي على سنن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2(1406هـ1986م)، دار المطبوعات الإسلامية، (حلب).

22. شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، مع شرح ابن القيم، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2(1388هـ1968م)، المكتبة السلفية (المدينة المنورة).

23. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، ط(د، ت)، دار الجيل،

(بيروت).

24. الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، ط5(د، ت)، دار الحرمين، (القاهرة).

25. الطحاوي، شرح معاني الآثار، أحمد بن محمد أبو جعفر، ط(د، ت)، دار الكتب العلمية الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، ط(1429هـ2008م)، دار الفكر العربي، (بيروت).

26. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار الجامع لمذاهب علماء الأمصار توثيق وتخريج وفهرست: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1(1414هـ1993م)، دار قتيبة للطباعة والنشر، (دمشق)، بيروت، دار الوعي، (القاهرة)

27. ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، قرأة وتعليق: محمد بن الحسين السليماني، وعائشة بنت الحسين السليماني، ط1(1428هـ2007م)، دار الغرب الإسلامي، (بيروت)

28. العيني، أبو محمد، محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، تصحيح: عبد الله محمود محمد، ط1(1421هـ2001م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

29. القاضي عياض، أبو الفضل بن موسى، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: موسى إسماعيل، ط1(1419هـ1998م)، دار الوفاء، المنصورة، (مصر)

30. القاضي عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، ط(ج، ت)، المكتبة العتيقة(تونس) ودار التراث(القاهرة).

31. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط(د، ت)، دار الفكر (بيروت).

32. المباركفوري، أبو العلاء محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، ط3 (1399هـ1979م)، دار الفكر، (بيروت).

33. مسلم، أبو الحسن بن الحجاج، الصحيح، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ط (د، ت)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت).

34. المناوي، محمد عبد الرؤوف، بن تاج العارفين، فيض القدير شرح الجامع الصغير، تحقيق: أحمد عبد السلام، ط 1(1415هـ1994م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

35. النسائي، أحمد بن علي، المجتبى من السنن(السنن الصغرى)، تحقيق: عبد الفتاح أبي غدة، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، ط 3، (1406 هـ 1986 م)، مكتب المطبوعات الإسلامية، (حلب).

36. النووي، أبو زكرياء يحي بن شرف، شرح النووي على مسلم، ط 1، (1349 هـ1930م)، المطبعة المصرية بالأزهر (مصر).

❖ كتب المذاهب الفقهية:

❖ أولا- المذهب الحنفي:

37. البابرتي، أبو عبد الله، محمد بن محمد، العناية في شرح الهداية، ط2(1411هـ1990م)، دار الفكر، (بيروت).

38. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، ط(د، ت)، دار المعرفة، (بيروت).

39. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض ط خاصة(1423هـ2003م)، دار عالم الكتب، السعودية، دار الفكر، (بيروت).

40. ابن عابدين، علاءالدين محمد بن محمد أمين، قرة عيون الأخيار، تكملة رد المحتار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط، خاصة(1423هـ2003م)، دار عالم الكتب،) السعودية

41. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مجموعة رسائل ابن عابدين، ط(د، ت).

42. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب : فهمي الحسيني، ط1(1411ه1991م)، دار الجيل، (بيروت).

43. العيني، محمود بن أحمد، بدر الدين، البناية في شرح الهداية، ط2(1411هـ1990م)، دار الفكر، (بيروت).

44. الغزنوي، أبو حفص عمر بن إسحاق، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل أبي حنيفة، ط1(1406هـ1986م)، مؤسسة الكتب الثقافية.

45. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2 (1406هـ1986م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

46. محمد علاء، قرة عيون الأخيار، تكملة رد المحتار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط، خاصة(1423هـ2003م)، دار عالم الكتب،) السعودية)

47. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو، وعناية الدمشقي، ط 1(1422هـ-2002م)، دار إحياء التراث العربي، (بيروت).

48. نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ضبط وتصحيح عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ط1(1421هـ2000م)، دار الكتب العلمية، (بيروت) .

49. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، تعليق: عبد الرزاق غالب المهدي، ط1(1424هـ2003م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

ثانيا- المذهب المالكي:

50. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين، ط1(1418هـ1998م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

51. ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين، التفريع تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، ط1(1408هـ-1987م)، دار الغرب الإسلامي، (بيروت).

52. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكرياء عميرات، ط (1423هـ2003م)، دار عالم الكتب.

53. الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ت: عبد السلام محمد الشريف، ط 1(1404ه-1984م)

54. الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، مع حاشية الصاوي، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، ط(د، ت)، دار المعارف، (القاهرة).

55. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط(د، ت)، دار الفكر

56. ابن راشد القفصي، محمد بن عبد الله، لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، ط(د، ت)، مكتبة الثقافة الدينية، (القاهرة).

57. ابن رشد (الجد) أبو الوليد محمد بن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، ت: أحمد الشرقاوي إقبال، محمد حجي، ط2(1408هـ1988م)، دار الغرب الإسلامي، (بيروت)

58. الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبي الأجفان، الطاهر المعموري، ط1(1993م)، دار الغرب الإسلامي، (بيروت).

59. ابن سراج، محمد بن محمد، فتاوى قاضي الجماعة ابن سراج، ت: محمد أبو الأجفان، ط2 (1427هـ2006م)، دار ابن حزم، (بيروت)

60. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2(1413هـ1992م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

61. العبدري، أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، ط2(1978م)، دار الفكر العربي، (بيروت).

62. ابن عظوم، أبو القاسم بن محمد، كتاب الأجوبة، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، ط (د، ت)، المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون(تونس).

63. عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، ط (د، ت)، دار المعرفة.

64. عليش، منح الجليل، ط(1409هـ1989م)، دار الفكر، (بيروت)

65. الفاسي، أبو عمران، عبيد بن محمد، النظائر في الفقه المالكي، اعتناء: جلال علي الجهاني، ط2(1431هـ2010م)، دار البشائر الإسلامية.

66. القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، ط1(1994م)، دار الغرب الإسلامي، (بيروت).

67. القرافي، الفروق تحقيق: خليل المنصور، (1418هـ1998م)، دار الكتب العلمية، (بيروت)

68. المازري، أبو عبد الله محمد بن علي، شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السلامي، ط1(1997م)، دار الغرب الإسلامي، (بيروت).

69. ميارة، محمد بن أحمد، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، ت: رشيد البكاري، ط1(1429هـ2008م)، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، (المغرب).

70. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس المغرب، تح: مجموعة من العلماء، ط(1401هـ1981م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية.

ثالثا-المذهب الشافعي:

71. حجر الهيتمي، أبو العباس أحمد بن محمد، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله محمود عمر، ط(د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت). ابن

72. الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط (1404هـ 1984)، دار الفكر، (بيروت).

73. سليمان الجمل: حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ط (د، ت) دار الفكر، (بيروت).

74. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

75. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط(1377هـ-1958م)، البابي الحلبي، (مصر).

76. العمراني، يحيى ابن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتناء: قاسم محمد النوري، ط1(1421ه-2000م)، دار المنهاج، (بيروت)

77. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد : الحاوي الكبير، ت: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود ط1(1414هـ1994م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

78. النووي: المجموع شرح المهذب، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

79. النووي، روضة الطالبين، ت: أحمد عبد الموجود، علي محمد المعوض، ط(1423ه-2003م)، دار عالم الكتب، (الرياض)

رابعا- المذهب الحنبلي:

80.البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: إبراهيم الأحمد عبد الحميد، ط (1423هـ 2003م)، دار عالم الكتب، (السعودية).

81. البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1 (1421هـ2000م)، مؤسسة الرسالة ناشرون.

82.ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ت: زهير الشاويش، ط2(د، ت)، المكتب الإسلامي، (بيروت)

83. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

84. المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي، ط 2(140هـ 1986م)، دار إحياء التراث العربي (بيروت).

85. ابن مفلح محمد شمس الدين، الفروع ومعه تصحيح الفروع للمرداوي، تحقيق: أبوالزهراء حازم القاضي، ط(1418ه)، دار الكتب العلمية.(بيروت)

خامسا-المذهب الظاهري:

86. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى، ط (د، ت)، دار الفكر، (بيروت)

❖ كتب القواعد الفقهية

87. أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا، ط(1409هـ-1989م)، دار القلم، (دمشق).

88. الإسنوي، أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حس هيتو، ط2(1401هـ1981م)، مؤسسة الرسالة، (بيروت)

89. البركتي، محمد عميم الإحسان، القواعد في الفقه، ط (د، ت).

90. ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية، تحقيق : محمد حامد الفقي، ط1(1370هـ-1951م)، مكتبة السنة المحمدية، (مصر).

91. ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

92.ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي " تقرير القواعد وتحرير الفوائد "، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1(1391هـ1971م)، مكتبة الكليات الأزهرية، (مصر).

93. الزركشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، المنثور في القوا عد، تحقيق : فائق أحمد محمود، مراجعة: عبد الستار أبي غدة، ط2 (1402هـ1982م)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (الكويت).

94. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة، تعليق: أيمن بن عارف، صبحي محمد رمضان، (د، ت)، مكتبة السنة.

95. السيوطي، أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، (د، ت)، الكتب العلمية، (بيروت).

96. عبد المجيد عبدالله دية: القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ط (2005م)، دار النفائس، (الأردن)

97. ابن اللحام، أبو الحسن علي بن محمد، القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق : عبد الكريم الفضيلي، ط(1420هـ1999م)، المكتبة العصرية.

98. ابن نجيم: الأشباه والنظائر ط (1400هـ1980م)، دار الكتب العلمية (بيروت).

99. الندوي، علي أحمد، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، ط(1419هـ1999م)، دار عالم المعرفة.

100. الونشريسي، أحمد بن يحيى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ت: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، ط1(1427هـ2006م)، دار ابن حزم، (بيروت).

❖ كتب أصول الفقه:

101. الآمدي، أبو الحسن علي بن أبي علي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: السيد الجميلي ط1(1404ه)، دار الكتاب العربي، (بيروت).

102. البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2 (1393هـ-1973م)، مؤسسة الرسالة.

103. تقي الدين الفتوحي، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي، نزيه حماط2(1418هـ1997م)، مكتبة العبيكان، (الرياض).

104. الجصاص، الفصول في الأصول، تحقيق : عجيل جاسم النشمي، ط1(1405هـ)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (الكويت).

105. ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط(د، ت)، دار الآفاق الجديدة، (بيروت).

106. أبو الحسين البصري، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، ط1(1403ه)، (دار الكتب العلمية،) بيروت).

107. الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2(1429هـ2008م)، مؤسسة الرسالة ناشرون، (دمشق).

108. أبو زهرة، أصول الفقه، (د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

109. السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج، ط(1416هـ1995م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

110. السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، ط1(1414هـ1993م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

111. سيدي عبد الله ولد الحاج إبراهيم، متن مراقي السعود، ط(2002م)، دار الآثار، (القاهرة).

112. الشاشي، أحمد بن محمد، أصول الشاشي، ط(1402هـ)، دار الكتاب العربي، (بيروت).

113. الشاطبي، أبو أسحاق إبراهيم بن موسى، الاعتصام، ط(د، ت)، المكتبة التجارية الكبرى، (مصر).

114. الشاطبي، الموافقات، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، ط1(1417هـ1997م)، دار بن عفان، (السعودية).

115. الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: محمد سعيد البدري، ط(1412هـ1992م)، دار الفكر، (بيروت)

116. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ط7(1437ه-2016م)، دار السلام (مصر)، ودار سحنون (تونس).

117. ابن عبد السلام، أبو القاسم عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميد الشنقيطي، ط(د، ت)، دار المعارف، (بيروت).

118. عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، تحقيق: محمود محمد عمر، ط(1418هـ1997م)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

119. العلائي، أبو سعيد خليل بن كيكلدي، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، تحقيق: إبراهيم محمد سلقيني، ط1(1402هـ1982م)، دار الفكر، (بيروت).

120. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، ط2(1423هـ2002م)، مؤسسة الريان، (السعودية).

121. ابن القطان، علي بن محمد، أبو الحس، الإقناع في مسائل الإجماع، ت: حسن بن فوزي الصعيدي، ط1(1424هـ2004م)، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر.

122. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط4(1413هـ1993م)، المكتب الإسلامي، (بيروت).

❖ كتب المعاجم:

123. أحمد الشرباصي، المعجم الاقتصادي الإسلامي(1401هـ1981م)، دار الجيل.

124. الجرجاني، أبو الحسن علي بن محمد، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط1(1405ه)، دار الكتاب العربي، (بيروت).

125. الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب ألفاظ القرآن، تحقيق : محمد سيد كيلاني، ط(د، ت)، دار المعرفة، (بيروت).

126. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط 2 (1408 هـ1988م)، دار الفكر(دمشق).

127. ابن فارس، أبو الحسين أحمد، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ط (1319هـ-1979م)، دار الفكر، (بيروت).

128. الفيروز آبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ط(د، ت)، دار الكتاب العربي، (بيروت).

129. الفيومي، أبو العباس أحمد بن محمد، المصباح المنير، ط1(د، ت)، المكتبة العلمية، (بيروت).

130. قلعجي محمد، صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2(1408هـ1988م)، دار النفائس (بيروت)

131. محمد النجار وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ط(د، ت)، دار الدعوة للنشر والتوزيع.

132. المطرزي، أبو الفتح ناصر بن عبد السيد، المغرب في ترتيب المعرِب، تحقيق: محمود فاخوري، عبد المجيد مختار، ط1(1979م)، مكتبة أسامة بن زيد، (حلب).

133. منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ط(د، ت)، دار صادر، (بيروت). ابن

134. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط(14دار القم، دمشق، الدار الشامية، (بيروت).

135. أبو هلال العسكري، الحسن بن عبد الله، الفروق اللغوية، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، ط 1(1421هـ2000م).

❖ كتب الفقه العام:

136. البعلي، بدر الدين بن محمد، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تصحيح: عبد المجيد سليم، ط(1405هـ1985م)، دار الكتب العلمية، (بيروت)

137. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد قاسم، ط(1416هـ-1995م)، مجمع الملك فهد، (السعودية).

138. ابن رشد (الحفيد)، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4 (1395هـ-1975م)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده (مصر).

139. السخاوي، أبو الخير، محمد بن عبد الرحمن، التماس السعد في الوفاء بالوعد، ت: عبد الله الخميس، ط1(1417ه-1997م)، مكتبة العبيكان، (الرياض).

140. الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، الطبعة الأولى الكاملة 1405هـ 1985م، دار الكتب العلمية، (بيروت.)

141. ابن علان، محمد علي، الفتوحات الربانية على الأذكار النووية، ضبط وتصحيح: عبد المنعم خليل، ط1(1424هـ2004م)، دار الكتب العلمية، (بيروت)

142. القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تعليق وتخريج: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1(1429هـ2008م)، دار ابن القيم، (السعودية) ودار ابن عفان، (مصر).

143. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: عبد الرؤوف سعد، ط(1388هـ1968م)، مكتبة الكليات الأزهرية، (مصر).

144. ابن القيم، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، ت: محمد حامد الفقي، ط2(1395هـ-1975م)، دار المعرفة، (بيروت).

145. ابن المنذر، أبو بكر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، ت: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، ط2(1420هـ1999م)، مكتبة، الفرقان، عجمان، الإمارات العربية المتحدة، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

146. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2(1404هـ-1983م)، طباعة ذات السلاسل، (الكويت).

147. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2(1405هـ-1985م)، دار الفكر، (دمشق).

❖ كتب القانون:

148. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ط(1995م)، دار النهضة العربية، (القاهرة).

149. حمد حسن قاسم، القانون المدني(العقود المسماة)، ط(2008م)، منشورات الحلبي الحقوقية، (مصر).

150. رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، ط1(1426هـ-2005م)، دار العلوم، (القاهرة)

151. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، دون طبع. (القاهرة)،

152. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، (بيروت).

153. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2 (1998م)، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت).

154. محمد الزبن، النظرية العامة للالتزامات، ط (1993م)، (تونس).

155. محمد حسنين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 2000، (الاسكندرية).

156. منصور حاتم محسن، إيمان طارق الشكري، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، (د، ت)

❖ الرسائل الجامعية وبحوث المجلات.

157. إبراهيم بن عبد الرحمن السحيلي، تحول العقد المالي وأثره، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، (1424هـ/ 1425ه). (السعودية)

158. إسعد سعيدة، الآثار العرضية للعقد الباطل، مذكرة تخرج لنيل درجة الماستر، الموسم الجامعي (2013-2014)، (البويرة).

159. حنان بنت محمد حسين، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى(1418هـ1998م)،) السعودية).

160. ظافر بن محمد بن محسن، تصحيح العقود الفاسدة، رسالة ماجستير، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الموسم الجامعي(1430هـ1431هـ)، (السعودية).

161. عدنان عبد الهادي حسن، أحكام العقود الصورية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، (1427ه2006م) الجامعة الإسلامية، (غزة).

162. محمد بوكماشة، سلطة القاضي، في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث لنيل درجة الدكتوراه، في الشريعة والقانون، جامعة باتنة، (2011-2012)

163. مسلم بن محمد الدوسري، عموم البلوى دراسة نظرية تطبيقية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، في أصول الفقه، كلية الشريعة، الرياض، ط 1(1420هـ2000م)، مكتبة الرشد، (الرياض).

164. منال جهاد، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية (غزة)، ط (1429ه2008م).

❖ المجلات:

165. إبراهيم أحمد الطنيجي، طرق تصحيح العقد الفاسد، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الحادي والثلاثون(1428ه2007م).

166. أحمد ياسين القرالة، تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد التاسع والثلاثون (1430هـ2009م).

167. أيمن صالح، تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي، بحث منشور لمجلة الجامعة الأسمرية، السنة الأولى، العدد الأول (2003م).

168. أيمن صالح، تحول عقد الشركة في الفقه الإسلامي، بحث منشور لمجلة الجامعة الأسمرية، السنة الأولى، العدد الأول(2003م)، (طرابلس)

169. حسنين، محمود حسنين، مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث (1409ه1989م)، جامعة الإمارات العربية.

170. عبد الرحمن مايدي، المصارف الإسلامية نشأتها وتطورها ومكانتها في الاقتصاد الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، الصادرة عن جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد الخامس.

171. عبد المجيد، عبد الله دية، شبهات وردود على بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، العدد الثاني(2009م).

172. محمد العمري وأحمد القرالة، قواعد تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة المنارة، العدد2 (2009) م

173. منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة التاسعة، العدد الحادي عشر(1419ه1998م) والدورة الخامسة، العدد الخامس (1409هـ1988م) والعدد الثالث عشر والعدد الخامس عشر

❖ التراجم:

174. ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، ضبط وتصحيح : عبد الوارث محمد علي، ط1 (1418هـ1997م) دار الكتب العلمية، (بيروت).

175. ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، ط1(1425هـ2005م)، مكتبة العبيكان، (الرياض)

176. الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، ط (15) (2002 م)، دار العلم للملايين، (بيروت).

177. ابن السبكي، أبو نصر عبد الوهاب بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط 2(1413هـ) دار هجر. (مصر).

178. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، طبقات الفقهاء ط(1401هـ1981م)، دار الرائد العربي (بيروت).

179. ابن العماد، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ط (د، ت)، دار الكتب العلمية، (بيروت).

180. ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: مأمون بن محيي الدين الجنان، ط1 (1417هـ1996م)، دار الكتب العلمية (بيروت). الحلو(1413هـ1993م)، دار هجر(مصر)

181. اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اعتناء: محمد بدر الدين أبو فارس، ط(د، ت)، دار الكتاب الإسلامي، (القاهرة)

182. ابن مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط(د، ت)، دار الفكر، (بيروت).

183. أبو الوفا القرشي، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضيئة، تحقيق: عبدالفتاح محمد الحلو(1413هـ-1993م)، دار هجر(مصر).

❖ كتب عامة ومعاصرة:

184. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط(د، ت)، دار الفكر، (القاهرة) .

185. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ط(د، ت)، دار الفكر العربي (بيروت)

186. أحمد سالم ملحم، بيع المرابحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1(1410هـ-1989م)، مكتبة الرسالة الحديثة (عمان).

187. أحمد علي عبد الله، المرابحة أصولها وأحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، ط2(1438هـ-2016م)، الدار السودانية للكتب، (الخرطوم).

188. أحمد مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط (1968م)، دار الفكر (بيروت).

189. الأشقر، محمد سليمان وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1(1418هـ-1998م)، دار النفائس (الأردن).

190. البعلي، عبد الحميد محمود، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون-دراسة مقارنة ط، 2009. (دبي).

191. بن بيه عبد الله بن الشيخ، مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات، ط2، 2010م، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي.

192. جمعة، محمد علي، المكاييل والموازين الشرعية، ط2(1421هـ-2001م)، مطبعة القدس، (القاهرة).

193. حامد بن حسن ميرة، صكوك الإجارة، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، ط1(1429ه-2008م)، بنك البلاد، (الرياض)، ودار اليمان للنشر والتوزيع، (الرياض).

194. حمداً ولد التاه، موطأ المحظرة، تقديم: ولد الزين ولد الإمام، ط1(1435هـ-2013)، (انواكشوط).

195. دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط2(1434ه)، مكتبة الملك فهد، (الرياض).

196. الربيعة، سعود محمد، "تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته"، جمعية إحياء التراث الإسلامي، 1992 (الكويت).

197. رفيق يونس المصري، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط1(1416هـ1996م)، مؤسسة الرسالة، (بيروت).

198. الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط4(1405هـ-1985م)، مؤسسة الرسالة، (بيروت).

199. السالوس، علي أحمد، الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر، (د، ت).

200. سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية في ضوء الإسلام، ط1(1423هـ-2002م)، المكتب الإسلامي، (بيروت).

201. السعدي، عبد الله بن محمد، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، ط2(1421هـ2000م)، دار طيبة، للنشر والتوزيع، (السعودية).

202. سليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، ط1(1424هـ2003م)، دار كنوز اشبيليا، (السعودية)

203. الشاذلي، نظرية الشروط في الفقه الإسلامي، ط1(11430ه)، دار كنوز إشبيليا.(الرياض)

204. شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، 6(1427ه2007م)، دار النفائس، (الأردن)

205. الشبيلي، يوسف بن عبد الله، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط(1423هـ2002م)، (الرياض)

206. الشرقاوي، عبد الله، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، ط1، 1431ه-2009م، دار الرشاد الحديثة (الدار البيضاء).

207. الضرير، الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة، ط1(1414هـ1993م)، البنك الإسلامي للتنمية، (جدة).

208. عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط1، 1432ه-2011م، دار كنوز اشبيليا، (الرياض).

209. عبد الحميد محمود البعلي، فقه المرابحة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، ط مكتبة السلام. العالمية، (القاهره).

210. عبد الستار أبو غدة، البيع المؤجل، ط2(1424ه2003م) المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

211. عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، ط(2016م) دار نشر المعرفة، (الرباط).

212. عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، ط(2016م) دار نشر المعرفة، (الرباط).

213. عبد اللطيف آيت عمي، قضايا فقهية معاصرة وفق التطبيقات المغربية، ط1، 2011م، المطبعة والوراقة الوطنية، (مراكش).

214. العياشي فداد، البيع على الصفة وما يثبت في الذمة، ط1(1421هـ2000م)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب..

215. غسان محمد الشيخ، الإجارة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ط1، 1431ه، 2010م، دار القلم، (دمشق).

216. القرشي، عبد الله بن مرزوق، التفكير الفقهي في المعاملات المعاصرة بين مراعاة شكل العقود المالية وحقيقتها(نماذج تطبيقية) ط1 (2013م)، مركز نماء للبحوث والدراسات (الرياض).

217. القرضاوي، يوسف بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط2(1407هـ1987م)، مكتبة وهبة (القاهرة).

218. القره داغي، علي محيي الدين، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط2(1423هـ2002م)، دار البشائر الإسلامية، (بيروت(

219. القره داغي، علي محي الدين، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ط1(1431ه-2010م)، دار البشائر الإسلامية، (بيروت).

220. قطب الريسوني، بحوث في الفقه المالكي، ط1(1435هـ2014م)، دار ابن حزم، (بيروت).

221. الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط1(1428هـ2008م)، دار النفائس، (الأردن).
222. محمد علي محمد بني طه، قواعد التبعيض وأثرها في فقه المعاملات المالية، ط1(1430هـ-2010م)، دار النفائس، (الأردن)
223. محمد رواس قلعه جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، ط1(1420هـ-1999م)، دار النفائس(الأردن).
224. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط2(1996م)، دار الكتاب الحديث، القاهرة.
225. المرصفي، النظريات الفقهية، ط1(1421هـ2001م)، مؤسسة المختار
226. مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الموسوعة الميسرة في الفقه القضايا المعاصرة، ط1، (1435ه-2014م)، جامعة الامام محمد بن سعود، (السعودية).
227. مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية، ط1(1422هـ2002م)، دار ابن حزم، (بيروت).
228. نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، قراءة جديدة، ط1(1428هـ-2007م)، دار القلم، (دمشق).
229. نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، في الفقه الإسلامي، ط2(1420ه2000م)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، (جدة السعودية).
230. نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم، في المعاملات المالية، ط1(1431هـ2010م)، دار القلم، (دمشق).
231. الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية (بنك السودان المركزي)، المراشد الفقهية، ط1(1427ه-2006م).(الخرطوم).
232. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ط(1427ه)، (البحرين).
233. اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، ط1(1427ه)، دار كنوز إشبيليا، (الرياض).

فهرس الموضوعات

	الصفحة
مقدمـــــة	أ
الباب الأول: **حقيقة تصحيح العقد وتحوُّله وتأصيله في الفقه الإسلامي**	
الفصل التمهيدي	
تمهيد: حقيقة العقد في الفقه الإسلامي	3
المبحث الأول: مفهوم العقد	4
المطلب الأول: تعريف العقد	4
الفرع الأول: تعريفه لغة	4
الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحا	6
المبحث الثاني: أقسام العقود في الفقه الإسلامي	12
المطلب الأول: باعتبار وجود العوض	12
المطلب الثاني: باعتبار الأصالة والتبع	13
المطلب الثالث: باعتبار القبض أو الصفة العينية (رضائية وقبضية)	13
المطلب الرابع: باعتبار التسمية وعدمها	14
المطلب الخامس: باعتبار البساطة والتركيب	14
المبحث الثالث: العقد بين الصحة والبطلان	15

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: العقد الصحيح في الفقه الإسلامي	15
المطلب الثاني: العقد غير الصحيح	17
المطلب الثالث: أساس الاختلاف في تقسيم العقد غير الصحيح	19
المبحث الرابع: آثار العقد غير الصحيح	28
المطلب الأول: العقد الباطل	28
المطلب الثاني: آثار العقد الفاسد	31
الفرع الأول: آثار العقد الفاسد قبل القبض	32
الفرع الثاني: آثار العقد الفاسد بعد القبض	34
الفصل الأول: **حقيقة تصحيح العقد وتحوله في الفقه الإسلامي**	
المبحث الأول: مفهوم التصحيح	39
المطلب الأول: تعريف التصحيح لغة واصطلاحا	39
الفرع الأول: التصحيح لغة	39
الفرع الثاني: التصحيح اصطلاحا	39
المطلب الثاني: الألفاظ المشابهة	40
الفرع الأول: تصحيح العقد وتحوله	41
الفرع الثاني: تصحيح العقد وانتقاصه	42
الفرع الثالث: تصحيح العقد وإجازته	44-43
الفرع الرابع: تصحيح العقد وتجديده	45

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثالث: شروط التصحيح	47
المبحث الثاني: مفهوم تحول العقد	51
المطلب الأول: تعريف تحول العقد.	51
الفرع الأول: التحول لغة	51
الفرع الثاني: التحول اصطلاحا	51
المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة	54
الفرع الأول: تحول العقد وتكييفه	54
الفرع الثاني: تحول العقد وتصحيحه	55
الفرع الثالث: تحول العقد وإجازته	56
الفرع الرابع: تحول العقد وإنقاصه	59
الفرع الخامس: تحول العقد وتفسيره	60
المطلب الثالث: شروط تحول العقد	60
الفصل الثاني: **مشروعية تصحيح العقد وأسباب فساده وطرق تصحيحه**	
المبحث الأول: مشروعية التصحيح	65
المطلب الأول: من القرآن الكريم	65
المطلب الثاني: من السنة النبوية	66
المطلب الثالث: من المعقول	71
المبحث الثاني: الضوابط العامة للعقود وأسباب الفساد وطرق التصحيح	82

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: الضوابط العامة للعقود	82
العقود مبنية على التراضي	82
العقود مبنية على العدل وعدم الظلم	83-82
العرف معتبر في العقود	84-83
المعاملات مبنية على مراعاة المصالح	85
خلو العقد من الغرر	85
خلو العقد من الربا	87
تصحيح العقد بحسب الوسع	88
الأصل في العقود والشروط الإباحة	89
المطلب الثاني: أسباب الفساد	89
المطلب الثالث: تصحيح العقد برفع المفسد	95
الفرع الأول: الجهالة	95
الفرع الثاني: الغرر	100
الفرع الثالث: الربا	105
الفرع الرابع: وجود الشرط المفسد	107
الفرع الخامس: الإكراه	113
الفرع السادس: عدم القدرة على التسليم	116
الفرع السابع: تصحيح العقد بتحويله	118
الفرع الثامن: تصحيح العقد بتفريق الصفقة	119

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الباب الثاني:

تطبيقات تصحيح وتحول العقد في الفقه الإسلامي

الفصل الأول:

تطبيقات تصحيح وتحول العقد في العقود البسيطة

المبحث الأول: تطبيقات تصحيح العقد	126
المطلب الأول: تعيين الإجارة بالمدة والعمل	126
المطلب الثاني: عقد البيع المشتمل على الربا	130
المطلب الثالث: الإجارة بلفظ البيع	136
المطلب الرابع: اجتماع البيع مع غيره من العقود	139
الفرع الأول: اجتماع البيع مع القرض	139
الفرع الثاني: اشتراط عقد معاوضة في عقد البيع	145
المطلب الخامس: الإجارة ببعض ما يعمله العامل	154
المطلب السادس: المشاركة بالعُروض	160
المطلب السابع : المضاربة بالعروض	163
المطلب الثامن: التساوي في الربح مع التفاوت في المال في الشركة	168
المطلب التاسع: اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة	174
المبحث الثاني: تطبيقات التحول	178
المطلب الأول : الهبة في مرض الموت	178

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثاني : اشتراط العوض في الهبة	182
المطلب الثالث: اشتراط الربح لأحدهما في المضاربة	188
المطلب الرابع : تحول المضاربة إلى إجارة فاسدة	191
المطلب الخامس: اشتراط ضمان المضارب عند التلف	195
المطلب السادس: خطاب الضمان	203
الفصل الثاني: **تطبيقات تصحيح وتحول العقد في العقود المركبة**	
المبحث الأول: الإجارة المنتهية بالتمليك	207
المطلب الأول: مفهومها	207
الفرع الأول: تعريف الإجارة والتمليك	207
الفرع الثاني: الإجارة المنتهية بالتمليك	208
الفرع الثالث- نشأة الإجارة المنتهية بالتمليك	209
المطلب الثاني: صور الإيجار المنتهى بالتمليك في القانون وتكييفها	213
الفرع الأول: صور الإيجار المنتهي بالتمليك	213
الفرع الثاني: التكييف القانوني للإيجار المنتهي بالتمليك	214
المطلب الثالث: صور الإيجار المنتهي بالتمليك وحكمها في الفقه	216
الفرع الأول: مسائل يُبنى عليها الإيجار المنتهي بالتمليك	216
الفرع الثاني: صور الإيجار المنتهي بالتمليك وحكمها في الفقه الإسلامي	230
المبحث الثاني: بيع المرابحة للآمر بالشراء	236

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: حقيقة بيع المرابحة للآمر بالشراء ونشأته	236
الفرع الأول: مفهوم بيع المرابحة للآمر بالشراء	237
الفرع الثاني : نشأة بيع المرابحة للآمر بالشراء	240
الفرع الثالث: صور بيع المرابحة للآمر بالشراء	242
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لبيع المرابحة للآمر بالشراء وحكمها	243
الفرع الأول- التكييف الفقهي له	243
الفرع الثاني- حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء	244
المطلب الثالث: صيغة المرابحة للآمر بالشراء والإجارة التمليكية ببنك البركة	254
أولا - لمحة عن بنك البركة	254
ثانيا- ملاحظات على نموذج عقد المرابحة والإجارة ببنك البركة	255
المبحث الثالث: المشاركة المتناقصة	258
المطلب الأول: حقيقة المشاركة المتناقصة	258
الفرع الأول: لمحة عن نشأتها	258
الفرع الثاني: تعريف المشاركة المتناقصة	259
الفرع الثالث: صور المشاركة المتناقصة	260
المطلب الثاني: التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة	261
المطلب الثالث : حكم المشاركة المتناقصة	264
الملاحق	275
خاتمة	271

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملحق	276
الفهارس	
فهرس الآيات القرآنية	292
فهرس الأحاديث النبوية والآثار	295
فهرس الأعلام	299
قائمة المصادر والمراجع	303
فهرس الموضوعات	323
ملخص البحث	

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملخص

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وبعد:

فهذا ملخص موجز عن البحث الموسوم بـــ" تصحيح وتحوُّل العقد وتطبيقاته في العقود المالية البسيطة والمركبة"هذا الموضوع الذي يُعالج مسألة مهمة لها تعلُّق بالعقود في الفقه الإسلامي وقد أولاها الفقهاء كامل العناية والرعاية وقد اشتمل هذا الموضوع على مقدمة وبابين وخاتمة وكشَّاف للفهارس.

فالمقدمة اشتملت على أسباب اختيار الموضوع وأهميته والدراسات السابقة فيه ومنهج البحث وأهدافه وخطته وأمَّا الباب الأول فقد اشتمل على الفصل التمهيدي " حقيقة العقد في الفقه الإسلامي فكان لبيان مفهوم العقد وأقسامه وشروطه وقد ركزت فيه على تقسيم العقد باعتبار الصحة والفساد لعلاقته الوطيدة بالموضوع، أمَّا الفصل الأول " حقيقة تصحيح العقد وحقيقة تحوله في الفقه الإسلامي" فقد خصصته لتوضيح مفهوم التصحيح ومفهوم التحوُّل موضِّحاً الفرق بينهما وبين ما يشبههما من اصطلاحات دون أن أُغفل شروطهما، وأمَّا الفصل الثاني" مشروعية التصحيح وأساب الفساد " فكان بمثابة التأصيل الشرعي لمسألة تصحيح العقد لذلك بينت فيه ما يستند عليه التصحيح من نصوص شرعية وقواعد كُلية وضعها الفقهاء لتصحيح العقود بقدر الإمكان، كما أشرت فيه إلى أسباب الفساد وطرق دفعها دون أن أُغفل أهم الضوابط الحاكمة للعقود في الفقه الإسلامي وأما الباب الثاني فقد ركزت فيه على الجانب التطبيقي لذلك اشتمل على فصلين خصصت الأول منهما لتطبيقات التصحيح والتحول في العقود البسيطة فذكرت بعضالمسائل في الإجارة والبيع والمضاربة والهبة على سبيل التمثيل لا الحصر، وأمَّا الثاني فقد ذكرت فيه تطبيقات التصحيح في العقود المركبة ذاكراً بعض العقود التي تعتبر من أهم التعاملات المصرفية المعاصرة في البنوك الإسلامية وهي الإجارة التمليكية والمرابحة للآمر بالشراء والمشاركة المنتهية بالتمليك،وأنهيت العمل بخاتمة وتوصيات وفهارس تبين محتوى الرسالة.

Résumé:

Gloire à Allah et que les prières et la paix soient sur son dernier prophète, et ensuite:

Ceci est un court résumé pour la recherche intitulée "La correction et le changement de contrat et son application dans les contrats simples et complexes", ce thème traite une question importante qui a une relation avec les contrats dans la jurisprudence islamique, les juristes ont donné à cette question tous les soins et l'attention, le thème contenait une introduction, chapitre préliminaire, quatre chapitres, conclusion et un index.

L'introduction contenait les causes du choix du thème, son importance, les études précédentes pertinentes, la méthode de recherche, les objectifs de la recherche et son plan,concernant le chapitre préliminaire, il portait sur "la notion de contrat dans la jurisprudence islamique", il est pour clarifier la définition du contrat, sa classification, ses conditions, et je me suis concentré sur la classification du contrat selon sa validité et son invaliditéen raison de sa relation solide avec le sujet.

Quant au premier chapitre qu'est «la réalité de la correction du contrat et la réalité de son changement dans la jurisprudence islamique»; je l'ai assigné pour clarifier le concept de correction, et le concept de changement expliquant la différence entre eux et entre ce qui leur ressemble des termes sans négliger leurs conditions, concernant le deuxième chapitre qu' est "la légalité de la correction et les causes d'invalidité ",et il était comme une légalisation de l'affaire de la correction du contrat,

pour cela, j'ai clarifié la correction sur la base de preuves islamiques (textes) et les règles générales posées par les juristes pour corriger les contrats autant que possible, j'ai aussi souligné les causes de l'invalidité et les méthodes pour l'affronter sans négliger les règles les plus importantes qui contrôlent les contrats dans la jurisprudence islamique,dans le troisième et le quatrième chapitre; je me suis concentré sur la partie appliquée, j'ai spécifié le premier aux applications de la correction et le changement dans les contrats simples donnant quelques exemples dans le loyer, la vente, la spéculation et le cadeau pour n'en citer que quelques-uns, et j'ai mentionné dans le seconde les applications de la correction dans les contrats complexes rappelant certains contrats considérés entre les transactions bancaires contemporaines les plus importantes dans les banques islamiques, qui sont leloyer de propriété, le coût plus du chef d'achat(Mourabaha), et la coopérationfinissant par la propriété, et j'ai terminé le travaille avec une conclusion, des recommandations et des index clarifiant le contenu de la thèse.

Abstract:

Praise be to Allah alone, and peace and blessings be upon the one after whom there is no prophet, and then:

This is a short abstract for the research titledwith “The correction and the shift of contract and its application in the simple and complex contracts", this themetreats an important matter that has a relation with the contracts in the Islamic jurisprudence, this matter was givenby the jurists all of the cares and attention, the theme contained an introduction, preliminary chapter, four chapters, conclusion, and index finder.

The introduction contained the causes of theme's choosing, its Importance, the previous studies about it, the researchmethod, aims of the research and its plan,either, preliminary chapterwas about "the concept of contract in the Islamic jurisprudence",it was for clarifying the contract definition, its classification, conditions, and I have focused about the contract's classification according to validity and invalidity because of its solid relationship with the subject,either, the first chapter is "the reality about the contract's correction and the reality of its shift in the Islamic jurisprudence"; I assigned it to clarify the correction's concept, and the concept of shift explaining the difference between them and between what resemble them of terms without I oversight of their conditions, either, the second chapter is "the legality of correction and the causes of invalidity" and it was as a legalization of the contract correction's matter, for that, I clarified what the correction is based on from Islamic evidences (texts) and the general rules putted by the jurists to correct the contracts as they can, I also pointed to the causes of invalidity and the methods to affront it without the oversight of the most important rules that control the contracts in the Islamic jurisprudence, in the third and the fourth chapter; I have focused on the applied party, I specified the first to the applications of correction and the shift in the simple contracts giving some examples in the Leasing, selling, speculation and giftto cite just a few, either, I mentioned in the second the applications of correction in the complex contracts recalling some contracts considered between the most important contemporary banking transactions in the Islamic banks, that are the ownership leasing, the cost plus of buying's chief (Murabaha), and the collaboration that finish with ownership, and I ended the work with a conclusion, recommendations, and indexes clarifying the thesis's content.