الفصل الثالث

فلسفة التعامل بالعقود الفاسدة (*)

المبحث الأول: معاني العقد وأنواعه:

لا يخفى أن العقد، من الناحية اللغوية، يفيد معاني الشد، والربط، والجمع بين أطراف الشيء. وضده الحل. كما يطلق على إحكام الشيء وتقويته[1].

أما **من الناحية الاصطلاحية**، يفيد الربط بين طرفين لكل منهما إرادة تتفق مع إرادة الطرف الآخر، مثل البيع والإجارة والزواج وغيرها. كذلك يشمل التصرفات التي تتم من قبل طرف واحد كالطلاق والوقف والإبراء واليمين لما فيها من العزم والإرادة على تنفيذه، وهذا الشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، حيث يعبرون عنه بكل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه فهو عقد[2].

وينظر إلى العقد من نواحي عدة، بالنظر إلى التسمية وعدمها، وإلى تبادل الحقوق، وإلى غاية العقد، وإلى الأصلية والتبعية، وإلى الفورية والاستمرار، وإلى النفوذ وعدمه، وإلى اللزوم وعدمه، وإلى الضمان وعدمه، وإلى الصحة والفساد. والذي يهمنا في هذه العجالة الأخيرين منها.

فمن ناحية صحة العقد وفساده: فعند الجمهور ينقسم العقد إلى صحيح وغير صحيح: فالصحيح: ما كان مستجمعا لشروط الصحة والانعقاد، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة لا خلل فيها على نحو تترتب عليه آثاره المقررة له شرعا.

(*) أصل هذا المبحث توجيهات كريمة وإرشادات علمية من فضيلة العلامة الشيخ عبدالله بن بيه حفظه الله، بعد مطالعته لكتابي (فصول من حديث مكحول) فكان توجيهه الكريم بإضافة مسألة (التعامل بالعقود الفاسدة)، فجزاه الله عنا خيرا وجعله ذخرا للإسلام والمسلمين.

(١) مختار الصحاح، للجوهري: ٢/ ٥١

(٢) انظر: نظرية العقد، لابن تيمية: ١٨و٧٨

وغير الصحيح: ما ليس كذلك - وهو يشمل الباطل والفاسد - وهو ما كان فيه خلل سواء، كان الخلل في صيغته أو في العاقدين أو في محله أو في أوصافه اللازمة له كجهالة الثمن أو المحل. هذا مذهب الجمهور.

أما عند الأحناف فالتقسيم يختلف حيث يرون أن العقد ينقسم إلى ثلاثة أقسام، صحيح، وباطل، وفاسد.

فالصحيح: هو العقد الذي لا خلل في ركنه لصدوره من أهله وكان محله قابلا لحكمه، وسلمت أوصافه من الخلل ولم يقترن به شرط من الشروط الفاسدة. والباطل: هو ما كان مختلا والخلل فيه راجع إلى ركنه؛ كأن تكون الصيغة غير سليمة، كما لو كان القبول غير مطابق للإيجاب.

والفاسد: وهو ما كان مختلا والخلل فيه راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة له، فهو عقد منعقد لسلامة ركنه وهو الإيجاب والقبول من أي خلل، ولكن الخلل طرأ على بعض أوصافه الخارجية فأفسده كما لو اقترن العقد بشرط فاسد (أي ما كان مشروعا بأصله دون وصفه).

علماً بأن الأحناف يرون ركني العقد الإيجاب والقبول فقط، أما بقية العناصر التي يقوم عليها العقد من محل العقد، والعاقدين، فهي لوازم لابد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط[1].

أما الجمهور فيذهب أن للعقد ثلاثة أركان هي: العقد، والمعقود عليه، والعاقدين[2].

وفلسفة التفريق بين العقد الباطل والفاسد، مردها إلى التفريق بين عقود العبادات والمعاملات، فالأحناف عندهم: (أن المقصود في العبادات التعبد وهو إنما يكون بالطاعة والامتثال، فإذا وقعت المخالفة فات المقصود، ولا وجه حينئذ للتفرقة بين باطل وفاسد فلا تبرأ الذمة بصلاة فاسدة كما لا تبرأ بصلاة باطلة.

---

(١) انظر بدائع الصنائع: ٥/١٠٩، بتصرف

(٢) بداية المجتهد: ٥٣٣

أما المعاملات فالمقصود الأول فيها مصالح العباد الدنيوية فلنفسح المجال إلى تحقيقها ما أمكن، ولا نقول بإلغائها إلغاء تاما إلا إذا وصل الخلل إلى أركانها لانتفاء حقائقها الشرعية حينئذ)[1].

المبحث الثاني: آثار العقد الفاسد:

لا يخفى أن المعاملات الصحيحة ما استوفت أركانها وشروطها، بحيث تترتب عليها كل آثارها، كعقد البيع الصحيح تترتب عليه آثاره، من التملك للمشتري والتصرف في الملك بعد القبض، وتصرف البائع في الثمن. فإذا اختلت أركان العقد وقع العقد باطلا لا تترتب عليه آثاره كبيع الحر، أو تزويجه بغير من عينها وسماها، وغير ذلك.

فإذا اختل وصف عارض في العقود والتصرفات، ولم يقع الخلل في الأركان، وصفت هذه العقود والتصرفات بأنها فاسدة تترتب عليها بعض الآثار دون بعض، كمن وقع عقد تأمين في بلاد الدعوة بينه وبين مسلم أسلم في دار الدعوة، فإنه يعتبر عقداً فاسداً لكنه يترتب عليه تبادل المنافع بينهما، والاستفادة من مضمون العقد لأن ركني العقد، القبول والإيجاب، قائمان[2].

وكذلك إذا عقد زواج بلا شهود ولا إعلان فإنه عقد باطل عند الجمهور، فاسد عند الحنفية يلزم الزوجان إلغاؤه، فإذا حدث دخول مع العقد الفاسد وجب التفريق بينهما، وترتب عليه بعض آثاره كالمهر والعدة وثبوت النسب، ولم يترتب عليه بعض آخر كالنفقة والتوارث[3].

آثار التقوم وعدمه:

عندما قسم العلماء المال إلى قسمين، **مال متقوم، وغير متقوم**، ويريدون بالمال المتقوم باعتبار إباحة الانتفاع به من الناحية الشرعية، وإمكانية حيازته من الناحية العرفية. أما المال غير المتقوم فهو المال الذي لم يبح الانتفاع به شرعا، وعدم حيازته عرفا.

---

(١) أصول التشريع الإسلامي، للشيخ على حسب الله: ٣٥٠

(٢) انظر: رد المختار، لابن عابدين: ٣ / ٢٧٤، بتصرف

(٣) انظر: أصول التشريع الإسلامي للشيخ على حسب الله: ٣٥٠

يريدون بهذا الفارق التمييز بين المال الذي يضمن وغيره، وبين صحة المعقود عليه من عدمه، فالمال المتقوم هو الذي يصح التعاقد عليه وتجوز التصرفات فيه، وعكسه المال غير المتقوم. كذلك المال المتقوم يضمن إذا أتلف، وغير المتقوم لا يضمن بالإتلاف. ولا ريب أن هذا الفارق يعتبر مكونا من مكونات مذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله وغيره من العلماء في فلسفة جواز العقود الفاسدة، لعدم التقوم في دار الدعوة، لأن مبنى التقوم يثبت بدار الاستجابة والمنعة[١]. ويقصد بالتقوم في اللغة: من عدلته فتعدل، وثمنته فتثمن. (القاموس المحيط مادة: قوم) وفي الاصطلاح: كون الشيء مالا مباح الانتفاع به شرعا في غير ضرورة[٢].

بناء على ذلك أعلن أئمة الأحناف شروط جريان الربا في المعاملات المالية وغيرها بوضوح لا خفاء فيه، فذكروا، منها: أن يكون البدلان معصومين، فإن كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا[٣]. وأن يكون البدلان متقومين شرعا، وهو أن يكونا مضمونين حقا للعبد، فإن كان أحدهما غير مضمون حقا للعبد لا يجري فيه الربا. وعلى هذا الأصل يخرج إذا دخل المسلم دارهم فبايع رجلا أسلم هناك، ولم يهاجر إلينا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة أنه يجوز عند أبي حنيفة[٤]. وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل مسلم دارهم تاجرا فباع كافرا درهما بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة في حكم الإسلام، أنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد[٥].

فإذا كان مذهب الأحناف في صحة التعامل بالعقود الفاسدة في دار الدعوة، فإن غيرهم من علماء الإسلام من ذهب إلى صحة ذلك حتى في دار الاستجابة، كالإمام مالك رحمه الله وبعض كبار أئمة المذهب المالكي منهم أبو الحسن اللخمي، والإمام القرافي وغيرهم، حيث ذهبوا إلى صحة التعامل بالعقود الفاسدة في دار الإسلام بين المسلم والذمي إذا كثرت المعاملات الفاسدة والمشبوهة في دار الإسلام بين

---

(١) انظر: البدائع: ٦/١١٤، بتصرف
(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٣/١٦٨
(٣) البدائع والصنائع للكسائي: ٤/٤١٧
(٤) المرجع السابق: ٤/٤١٦
(٥) المرجع السابق.

المسلمين، وهذا ما ذكره الإمام القرافي في فروقه تحت قاعدة: (معاملة أهل الكفر وقاعدة معاملة المسلمين).

ما نصه: (أما مالك رحمه الله فرجح معاملة المسلمين، وقال: أكره الصيرفي من صيارفة أهل الذمة لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١]. وقال: وأكره معاملة المسلم بأرض الحرب للحربي بالربا، وجوز أبو حنيفة الربا مع الحربي لقوله عليه السلام: «لا ربا بين مسلم وحربي لا ربا إلا بين المسلمين» والحربي ليس بمسلم. . .)[1].

وعلل ذلك رحمه الله بأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، ولم ير اللخمي وغيره من علماء المالكية هذا التعليل وقالوا بجواز التعامل مع الذمي في دار الإسلام بالربا إذا فسدت معاملات المسلمين الشرعية، كما نقل القرافي ذلك عن اللخمي أبي الحسن علي بن محمد الربعي، المتوفى سنة ٤٧٨هـ، والذي يعد قوله في المذهب المالكي من الأقوال المعتمدة.

قال اللخمي أبو الحسن رحمه الله ما يلي: (إذا ظهر الربا بين المسلمين، فمعاملة أهل الذمة أولى لوجهين. **الأول**: أنهم ليسوا مخاطبين بفروع الشريعة على أحد القولين للعلماء، فلا يكون ما أخذوه بالربا محرما على هذا القول، بخلاف المسلم مخاطب قولا واحدا، فكانت معاملته إذا كان يتعاطى الربا وهو غير متحذر أشد من الذمي. **الثاني**: أن الكافر إذا أسلم ثبت ملكه على ما اكتسبه بالربا والغصب وغيره. وإذا تاب المسلم لا يثبت ملكه على شيء من ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ﴾ [البقرة: ٢٧٩] وما هو بصدد الثبوت المستمر وقابل للثبوت أولى مما لا يقبل ثبوت الملك عليه بحال، ولذلك اعتمد جماعة من المتورعين على معاملة أهل الكفر أكثر ملاحظة لهذين الوجهين وهما الفرق بين القاعدتين والفريقين)[2].

فانظر رحمك الله، كيف فرق أهل العلم، وأهل الورع، بين القاعدتين وتينك الفريقين، من خلال فقه الموازنة بين خير الخيرين وشر الشرين، ومعرفة الحال واعتبار

---

(١) الفروق للقرافي: ٣/٣٦٢-٣٦٣

(٢) المرجع السابق: ٣/٣٦٣

المآل، وكل ذلك في دار الإسلام؛ دار الاستجابة بين مسلم وذمي، فما بالك بدار غير الإسلام؛ دار الدعوة، بين مسلم وغيره مع وجود ركني القبول والإيجاب، والوفاء والأمانة، وعدم الغدر والخيانة ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾ [المائدة:١] !!

المبحث الثالث: استدراك استدلالي:

جرى العرف في كتب التفاسير والفقه على الاستدلال بقوله تبارك وتعالى ﴿ **وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ** ﴾ [النساء:١٦١] بأنه دليل على حرمة التعامل بالربا بين بني إسرائيل وغيرهم، وأن الكفار مخاطبون بفروع. ولكن الناظر في الآية الكريمة وفي سياقها وسباقها ولحاقها، يجد أنها تشير إشارات متفاوتة كلها تقوي الأخذ بالقول القائل أن الشرائع اعتبرت للإنسان المؤمن قيمة ملّية وللمكان الذي يقطنه وتظله أحكام السماء فيه، من حيث سريان الأحكام، وولاية السلطان.

فمثلا في قوله تعالى في آية النساء: ﴿ **وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ** ﴾ [النساء:١٦١] فإن السياق والسباق واللحاق جميعا يتجه نحو فهم فحوى نص الآية على تحريم التعامل الربوي بين بني إسرائيل دون غيرهم، وذلك لاعتبار القيمة الملّية التي تعتمدها شرائع السماء لاتباعها في زمن التنزيل والأحكام، وهذا الفهم يمكن معرفته من خلال نصوص التوراة المتضافرة في ذلك، حيث جاء في سفر الخروج (٢٢:٢٥): (إن أقرضت فضة لشعبي الفقير الذي عندك فلا تكن له كالمرابي، ولا تضعوا عليه ربا). وفي سفر الأوابين (الأحبار) (٢٥: ٣): (وإذا افتقر أخوك وقصرت يده عندك فاعضده غريبا أو مستوطنا فيعيش معك، لا تأخذ منه ربا ولا مرابحة بل اخش الهلك فيعيش أخوك معك، فضتك لا تعطه بالربا وطعامك لا تعطه بالمرابحة). وفي سفر تثنية الاشتراع (٢٣: ١٩): (لا تقرض أخاك بربا، وربا فضة أو ربا شيء ما مما يقرض بربا، للأجنبي تقرض بربا، ولكن لأخيك لا تقرض بربا).

وهذا الفهم قد أمّه العلامة ابن عاشور في تفسير آية النساء ﴿ **وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ** ﴾ [النساء:١٦١] والذي يجدر سرده في هذا المقام، قال رحمه الله: ﴿ **وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ** ﴾ [النساء:١٦١]؛ هو أن يأخذوه من قومهم خاصة ويسوغ لهم أخذه من غير الإسرائليين كما في الإصحاح ٢٣ من سفر التثنية: (لا تقرض أخاك بربا، ربا فضة أو ربا طعام أو ربا شيء ما مما يقرض بربا. للأجنبي

تقرض بربا) . والربا محرم عليهم بنص التوراة في سفر الخروج في الإصحاح ٢٢ : (إن أقرضت فضة لشعبي الفقير الذي عندك فلا تكن له كالمرابي لا تضعوا عليه ربا) ﴿ **وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ** ﴾ [النساء: ١٦١] أعم من الربا فيشمل الرشوة المحرمة عندهم، وأخذهم الفداء على الأسرى من قومهم، وغير ذلك) . (التحرير والتنوير: ٤ / ٣١١-٣١٢)

مثال ثان، ففي قوله تعالى: ﴿ **وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَارِكُمْ** . . . الآيات ﴾ [البقرة: ١٨٤] وردت إشارات إلى اعتبار حرمة أتباع موسى عليه السلام وديارهم في ذلك الزمان دون غيرهم باعتبار ملّي، كما يفهم من عودة الضمائر الظاهرة في قوله تعالى: ﴿ **لا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَارِكُمْ . . . تَقْتُلُونَ أَنفُسَكُمْ . . . وَتُخْرِجُونَ فَرِيقًا مِّنكُم مِّن دِيَارِهِمْ . . . تَظَاهَرُونَ عَلَيْهِم . . . وَإِن يَأْتُوكُمْ أُسَارَىٰ تُفَادُوهُمْ . . . وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَلَيْكُمْ إِخْرَاجُهُمْ** ﴾ [البقرة ٨٤-٨٥] .

مثال آخر، ففي قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ** ﴾ [الممتحنة: ١٠] إشارات تدل على أهمية اعتبار القيمة الملية لدار الإسلام والقاطنين فيها والمهاجرين إليها، ومن ذلك؛ مجرد التحاق المرأة المسلمة بحوزة دار الإسلام، ودخولها تحت سلطانه، نالت بذلك المنعة . . . فلا ترجعوهن إلى الكفار، **ونفسخ** عقد نكاحها من زوجها الكافر . . . لا هن حل لهم ولاهم يحلون لهن. **علما بأن** المرأة المسلمة التي لم تهاجر إلى دار الإسلام لم يكن لها تلك الاعتبارات الملية إلا بنوع تأول. ولعل هذا الفهم هو الذي حمل بعض علماء السلف على ترجيح القول القائل بالتفرقة بين المسلمة المهاجرة وزوجها غير المسلم ابتداء.

* * *