



الاختلافات في العقود المالية وطرق تصحيحها

إعداد الدكتور

حمود بن مسلط المرزوقي

دكتوراه في الفقه المقارن من المعهد العالي

بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.







بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الاختلالات في العقود المالية وطرق تصحيحها

حمود بن مسلط المرزوقي

دكتوراه في الفقه المقارن من المعهد العالي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

البريد الإلكتروني: h3a33@hotmail.com

الملخص

أهداف البحث: يأتي البحث إجابة عن قضايا مهمة نحو: ما هو تعريف الاختلال في العقود؟ وما معياره؟ وما أنواعه؟ وما ضوابطه؟ وما آلية تصحيح الاختلال في العقد؟ وما المراد بتفريق الصفقة؟ وما أثره في التصحيح؟ وما المراد بتحول العقد؟ وما هو دوره. ومنهج البحث: اتبعت في هذا البحث: المنهج التحليلي الاستقرائي المقارن القائم على قراءة النصوص الشرعية ودراستها، وإلى أقوال الفقهاء في الاختلالات في العقود، وتحليلها والمقارنة بينها. وكان من نتائج البحث: أن الشريعة الإسلامية قادرة على مواكبة المتغيرات التي يمكن الاستفادة منها في الأحكام الشرعية، والاستناد عليها في الترجيح، والحكم بموجبها استناداً لأصولها الموجودة في الشريعة، وذلك بما يتوافق مع قواعده العامة وأصوله الكلية، لاسيما مع المعطيات المتغيرة والمستمرة في حياة الناس. وأن العقود التي لا يتحقق فيها العدل تتجلى فيها صور الظلم والجور الذي لا تأتي به الشريعة ولا تقره، وهو من الحقوق التي كفلتها الشريعة فشرعت أحكام وأقرت حماية لتوازن العقد من الاختلال. ومن توصيات البحث: إعطاء الموضوع مزيداً من البحث والاستقراء؛ لكثرة المنتجات المصرفية المستجدة في الأسواق المالية؛ لحفظ العقود من الاختلالات وحمايتها من التقلبات، دراسة البدائل المصرفية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية؛ للمحافظة على العقود من الاختلال لاسيما التمويلات طويلة الأجل؛ لأنها مظنة المخاطرة..

الكلمات المفتاحية: الاختلال-العقود-المالية-الصفقة-التحول.





Imbalances between Financial Contracts and Ways of Correction

By: Hemoud Bin Meslat Al- Marzouki
PhD. in Comparative Jurisprudence
An Independent Researcher
Email: h3a33@hotmail.com
Abstract



This research highlights the common imbalances between financial contracts and how to right them. The research tries to answer some crucial questions such as; what is meant by imbalances between financial contracts? What are the criteria of these imbalances? What types of imbalances are there? What are the restrictions of those imbalances? What kind of mechanism can be employed to right such imbalances? What is meant by breaking up the deal? How does it influence the process of correction? What is meant by shifting the contract? And what role does it have? The research applies the comparative, inductive and analytical approach which is based on reading and studying the legal texts, statements of the jurists concerning imbalances between financial contracts as well as analyzing and comparing them. The research concludes that the Islamic jurisprudence keeps up with the changes that could be utilized by the legal provisions, considering it in instances of preponderance, making decisions on ad hoc basis as well as relying on the general principles of Sharia, with special regard to the continuous changing data about people's lives. In addition, in unfair contracts, one can easily discern apparent forms of oppression and injustice which are not identifiable or approved by the Islamic Sharia. It is a guaranteed right by the Sharia to issue rulings and protect contracts from any imbalance. The research has also recommended that more research work should be carried out on this topic due to the growing banking products of the financial markets so that contracts can be protected from imbalances or shifts. Moreover, banking alternatives-compatible with Islamic sharia- should be utilized to protect contracts from any imbalance; especially long-term funds for being risky.

Key words: imbalance, contracts, financial, deal, shift.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله
وصحبه أجمعين ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين
أما بعد

فإن الشريعة الإسلامية شرعت العقود وسائل لغاياتها ومقاصدها من أجل تحقيق
مصالح العباد، وجعل قوامها الوفاء امتثالاً لقول الباري جلّت قدرته ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وأساسها العدل الذي تركز عليه، ووسيلته في العقود-المعاوضات
والمشاركات- هو التوازن في الحقوق والواجبات بين المتعاقدين ابتداءً وانتهاءً.

قال تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٢) وقال تعالى ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا
رُسُلًا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^(٣)
قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: "إن العدل في المعاملات هو قوام العالمين، لا تصلح
الدنيا والآخرة إلا به، وإن عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل
والنهي عن الظلم دقه وجله"^(٤).

فالعدل هو مقصد الشريعة الأول، وذلك أن الشريعة نهت عن كثير من العقود التي لا
تتحقق فيها المعادلة والتوازن في العقد، ففي عقود المعاوضات مثلاً يتجلى العدل الذي أمرت
به الشريعة في تحقيق التوازن بين المتعاقدين.

(١) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٢) سورة النحل الآية رقم (٩٠).

(٣) سورة الحديد الآية رقم (٢٥).

(٤) السياسة الشرعية (ص: ٢١١).



العقد ينشأ بين المتعاقدين على أساس التوازن في الالتزامات التعاقدية، بحيث يسعى كل متعاقد إلى بذل ما يطلب منه في مقابل حصوله على مقصوده فهو التزام مقابل التزام. والعقود لها مقاصد، ومقصدها الرئيس هو تبادل الالتزامات بين المتعاقدين، قال الشاطبي: "والأحكام الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها وهي المصالح التي شرعت من أجلها".^(١) وبين ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: "فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه فالعقود موجبة للقبوض، والقبوض هي المسؤولة المقصودة المطلوبة، ولهذا العقود تتم بالتقابض من الطرفين".^(٢)

وقد يعرض للعقد ما يخل بتوازنه، فإذا طرأ على العقد ما يخل بتوازنه ويحرفه عن مقصوده والغاية التي شرع من أجلها وفقد العقد توازنه، ولا يمكن ابتداء العقد أو تنفيذ الالتزامات المتفق عليها إلا بتحمل ضرر زائد يلحق بالدائن أو المدين أو غيرهما ممن له علاقة بالعقد، فلا بد من رفع الضرر ليعود للعقد توازنه، أو فسخ العقد منعا للضرر والإضرار. وأصله قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار".^(٣)



(١) الموافقات (٣/١٢٠).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٦٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب في من بنى في حقه ما يضر بجاره (١/٧٣٦) برقم (٢٣٦٢)، ورواه البيهقي في كتاب آداب القاضي باب مالا يحتمل القسمة (١٠/١٣٣) برقم (٢٠٩٤٧)، ورواه الدارقطني في كتاب الأفضية (٥/٤٠٧) برقم (٤٥٣٩)، ورواه الحاكم في كتاب البيع باب النهي عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة (٢/٥٨) برقم (٢٣٠٥)، ورواه مالك في كتاب الأفضية باب القضاء في المرافق (٢/٧٤٥) برقم (٣١)، ورواه الإمام أحمد في مسنده (٥/٣٢٧) برقم (٢٨٦٧) في مسند عبد الله بن عباس عن النبي ﷺ تعليق الأرنؤوط: حسن، قال الألباني: "ولهذا الحديث طرق كثيرة قد جاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيراً منها لم يشتد ضعفها، فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى بها الحديث وارتقى إلى درجة الصحة إن شاء الله تعالى". إرواء الغليل (٣/٤١٣).

خطة البحث:

التمهيد وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاختلال في العقود لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: معيار الاختلال في العقود.

المبحث الأول: أنواع الاختلال في العقود.

المبحث الثاني: ضوابط الاختلال المؤثر في العقود.

المبحث الثالث: تصحيح الاختلال في العقد. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف تفريق الصفقة.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة.

المطلب الثالث: بيان وجه حماية تفريق الصفقة للعقود من الاختلال.

المبحث الرابع: التحول في العقود. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحول في العقود.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود.

المطلب الثالث: بيان وجه حماية "تحول العقد" للعقود من الاختلال.

الخاتمة.

الفهارس.

التمهيد

تعريف الاختلال في العقود ومعياره.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الاختلال في العقود لغة واصطلاحاً:

الاختلال لغة: والخلل في الأمر والحرب كالوهن والفساد. وأمر مختل: واهن. وأخل بالشيء: أجحف. ^(١) والخلل اضطراب الشيء وعدم انتظامه. ^(٢) واختلَّ فعل: خماسي لازم متعد بحرف. اِخْتَلَّ، يَخْتَلُّ، مصدر اِخْتِلَالٌ. ^(٣)

والاختلال اصطلاحاً: قد ذكر بعض المعاصرين تعريفات عديدة للاختلال في التوازن منها:

التعريف الأول: "الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات". ^(٤)

مناقشة التعريف:

(الاختلال الظاهر): فيه دور، فعرف الاختلال بأنه الاختلال الظاهر وهذا دور، ومع ذلك فلا يكون الاختلال دائماً مضراً بالعقد.

التعريف الثاني: "هو الحالة التي أدت أن يتمتع أحد المتعاقدين بمركز اقتصادي متفوق، وهذا التفوق أتاح له إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطاً لا تقبل لها تعديلاً ولا تحويراً". ^(٥)

مناقشة التعريف:

(١) لسان العرب، لابن منظور (٢١٥ / ١١) مادة [خلل].

(٢) المصباح المنير (١٨٠ / ١) مادة [خ ل ل].

(٣) ينظر: المعجم الوسيط (٢٥٣ / ١)، معجم المغني، لعبد الغني أبو العزم (٢٧٢٤ / ١).

(٤) التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه في كلية الحقوق بجامعة الجزائر، لعرعارة عسالي (ص: ١٨٦).

(٥) عقود الإذعان في التشريع المصري، لعبد المنعم فرج الصدة (ص: ٧٦-٧٧).

مركز اقتصاد متفوق): ليس للمراكز تأثير على العقد إلا إذا أدت إلى ظلم، وليس توحيد المراكز بمقدور لنا، بل الله قسم وأعطى، وقدر التفاوت بين عباده. (تعديلا وتحويرا): ليست كل الشروط مؤدية بالضرورة إلى الاختلال في العقود، وإن بدا فيها ما يمكن أن يظن أنه يسبب الاختلال.

التعريف الثالث: "هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا مع تقارب بين مركزي التعاقد"^(١). مناقشة التعريف:

(الإكراه الاقتصادي): هو سبب من أسباب الاختلال في العقود، فالإقتصار عليه قصور في التعريف.

التعريف الرابع: "هو الحالة التي تكون فيها التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع المتعاقد الآخر"^(٢). مناقشة التعريف:

(لا تتعادل مطلقاً): ليس عدم التعادل المطلق في الالتزامات اختلالاً دائماً، فقد يكون العقد فيه تفاوت كبير في قيمته لكنه متوازن؛ لعلم المتعاقدين ومعرفتهم بالتفاوت كما في الغبن مع علم المتعاقدين مثلاً.

وهذه التعريفات مع ما ورد عليها من مناقشات إلا أن فيها أيضاً وصفا للاختلال في بعض مراحل العقد، والاختلال أعم من ذلك، فيشمل الحقوق والالتزامات، وقد يعرض للعقد في كل مرحله، فالتعريف المختار -والله أعلم-: "هو كل ما يحرف العقد عن مقصوده في الحقوق والالتزامات انحرافاً بينا سواءً كان عند إنشاء العقد أو أثناء تنفيذه أو بعده".

(١) اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، لعصمت عبد المجيد بكر (ص: ٨٦).

(٢) اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، لحسين الكلابي (ص: ٢١٤).

شرح التعريف:

الاختلال قد يكون معدماً للتوازن، وقد يكون منقصاً له، وذلك باعتبار سبب الاختلال وموطنه، فالاختلال عند إنشاء العقد، يتفاوت عن الاختلال أثناء التنفيذ، يختلف عن الاختلال بعده.

وليس كل اختلال في العقد يعد مبرراً كافياً لإطلاق حكم الاختلال؛ فهناك قدر من الاختلال الطبيعي الذي تسببه ما يسمى بالمخاطر العادية "Risk Normal" التي يجب أن يعتبرها كل متعاقد وقت التعاقد. فمجرد التغير في الأسعار أو في قيمة التكلفة أو في ثمن المواد الأولية الناتج عن التقلبات الاقتصادية المعتادة لا يعد كافياً للحكم بوجود اختلال في توازن العقد، ما لم ينجم عن ذلك ضررٌ مؤثرٌ على أحد المتعاقدين.

المطلب الثاني: معيار الاختلال في العقود:

التفاوت بين حقوق المتعاقدين والتزاماتهم أمر تقتضيه طبائع الناس، وتفاوت خبراتهم، ومعارفهم، وغاياتهم من التعاقد، والظروف التي حملتهم على التعاقد، إلا أن هذا التفاوت إذا تضمن مجانباً للتوازن، ومخالفةً للعدالة العقدية، الذي يقرها الشرع الحنيف وينشدها، أو تتضمن مخالفةً لمقصود الشارع، أو مقصود العقد كان العقد مختلاً، ومع تطور وسائل التعاقد، وظهور عقود جديدة مركبة ومعقدة، وظهور تقنيات ذات تعقيد، تزايدت مشكلة التفاوت بين المتعاقدين، فالاختلاف في المراكز مثلاً كأن يكون أحد المتعاقدين يتمتع بقوة ناتجة عن مركزه الاقتصادي، وامتلاكه مقومات العلم والدراية بكل ما يتصل بالعقد المراد عقده، وهذه القوة الاقتصادية ولدت ما يسمّى بالطرف الضعيف فهذا التفاوت إذا لم ينجم عنه غبن أو تدليس أو تصرفاً يخلُّ بمقصود الشارع أو مقصود العقد لا يُعدُّ مؤثراً. لا بد من دفع اختلال التوازن في كافة مراحل العقد، عند تكوينه وإنشائه، وأثناء تنفيذه وبعد تنفيذه، وأن كل ما يعرض للعقد فيحرفه عن جادة التوازن، يعد سبباً من أسباب اختلال توازن العقد الذي ينجم عنه ضررٌ وإضرارٌ بأحد المتعاقدين، أو كليهما، أو غيرهما، والتوازن الذي تقتضيه قواعد العدل رفع هذا الاختلال، بل إن الشريعة جعلت من الأحكام ما يدفع الاختلال قبل وقوعه؛ حماية لقيمة العدل.



وأما المعيار الذي يُستدل به للحكم على الاختلال في العقد:

إما أن يكون معياراً شخصياً: وذلك بالنظر إلى شخص المتعاقد وظروفه الخاصة، والاقتصار على هذا المعيار فيه نظر؛ كون بعض من يعقد العقود مليئاً ولا يتأثر بالاختلال، فالمعيار الشخصي ينظر للعائد بمعزل عن موضوع العقد، وهذا يجافي مبدأ العدالة والإنصاف في الشريعة.

والنظر الثاني في معيار اختلال توازن العقد أن يكون المعيار موضوعياً: فينظر لمحل العقد، وإلى العقد نفسه دون اعتبار لشخص العاقد، فمتى لحق الضرر بأحد المتعاقدين اختل العقد.

والذي يظهر لي - والله أعلم - اعتبار كلا المعيارين دليلاً على الاختلال، فموضوع المتعاقد لا بد من اعتباره؛ لضمان أهليته ورضاه، ولا بد من اعتبار موضوع العقد؛ ليكون العقد موافقاً لمقصود الشارع، ومن ثمّ موافقاً لمقصود العاقد، فاعتبار المعيارين - من وجهة نظري - أسدّ؛ لحماية العقد من الاختلال، وهما متكاملان من حيث النظر.^(١)



(١) ينظر: الوسيط، للسنيهوري (١-٨٧٨-٨٨٢)، نظرية الظروف الطارئة أركانها وشروطها، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ١٤٢٨ العدد الثاني، لأحمد شليبيك (ص: ١٧)، التوازن العقدي عند نشأة العقد رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الجزائر، لعرارة عسالي (ص: ٢١٤)، إجازة العقد القابل للإبطال، لحمدي المغاوري (ص: ١٧٢).

المبحث الأول

أنواع الاختلال في العقود

الاختلال في العقود يتفاوت بحسب النظر إليه من عدة اعتبارات:

الاعتبار الأول: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى الركن الذي وقع فيه الاختلال: فنوع من الاختلالات تقع في صيغة العقد، ونوع يقع في العاقد، ونوع يقع في المعقود عليه، ويتفاوت نوع الاختلال إبطالا للعقد أو إنقاصا منه بحسب الركن الذي وقع فيه، فما يتعلق بالنوع الأول: الاختلال في الصيغة: كالاختلال في الإيجاب والقبول، إما لعدم تطابقهما، أو اختلاف الصيغة، كالتعاقد بصيغة الاستفهام.

النوع الثاني: الاختلال في العاقد، كأن يكون فاقد للأهلية، أو مكره على التعاقد، أو فاقدًا لولاية التصرف.

النوع الثالث: الاختلال الراجع لاختلال شرط في المعقود عليه، كأن يكون غير مقدور على تسليمه، أو محرّمًا، أو لا يملكه البائع.

الاعتبار الثاني: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى سببه: ويتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: سبب عام، كالزلازل والبراكين، وكل ما يخرج عن تدبير المتعاقدين وما لا يد لهم فيه، وخارج عن إرادتهم، فهذا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، فينسخ به العقد.

النوع الثاني: سبب خاص يتعلق بالمدين، فهذا على قسمين:

القسم الأول: إذا كانت الظروف التي تعرّض لها المدين غير متوقعة، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا، وربما تحمّل خسارة، فالقاضي يتدخل؛ لرد الالتزام إلى حد يستطيع معه المدين تنفيذه، مع مراعاة الطرفين.

القسم الثاني: إذا كان إخلالا من المدين بالتزامه، وتقصيرا وتفريطا، فإنه يلزم بالتنفيذ والتعويض.

الاعتبار الثالث: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى موطن الاختلال: ويتنوع إلى ثلاثة أنواع:



النوع الأول: اختلال وقع في مرحلة إنشاء العقد، كأن يتعاقدان على ما لا يملكه البائع، أو يكون فيه إكراه، أو لا يكون الإيجاب والقبول متطابقاً.

النوع الثاني: اختلال وقع في مرحلة التنفيذ، وهذا على قسمين:

القسم الأول: إخلال من المتعاقد نفسه، بالمماطلة وعدم الوفاء بما التزم به، فيتحمّل التبعة.

والقسم الثاني: اختلال لظروف قاهرة، فينقضي الالتزام^(١) وينفسخ العقد.

والنوع الثالث: اختلال وقع بعد العقد، كالخطأ في التنفيذ أو العيوب فيه، أو التعسف في استعمال الحق، فللقاضي تقييم الخطأ والعيب، وإلزام المنفّذ بما يحفظ للمنفّذ له حقه، ويحقق العدالة.

الاعتبار الرابع: أنواع الاختلال من حيث النظر إلى الأثر: وينقسم إلى قسمين: القسم الأول: اختلال لا يمكن للعقد أن يستقيم ويتم بوجوده، كأن يقع العقد مخالفاً لمقصود الشارع، أو مقصود العاقد، فينعدم التوازن ويبطل العقد. والقسم الثاني: اختلال لا ينعدم فيه التوازن وإنما يختل اختلالاً لا يفضي به إلى الانعدام، فيعالج الاختلال، ويرد العقد إلى التوازن، ويستمر العقد؛ لينتج أثره، وتتحقق غايته.^(٢)

(١) قد ينقضي الالتزام بعدة أمور منها: إبراء الدائن للمدين، المقاصة في الديون، انعدام الأهلية في العقود الجائزة، الإفلاس، عدم إمكان التنفيذ، وغيرها.

(٢) هذه الأنواع أنتجها الاستقراء والتمعن في الاختلال وأسبابه.

المبحث الثاني

ضوابط الاختلال المؤثر في العقود

الاختلال في العقود يتفاوت أثره اعتبارا بنوع العقد، فالاختلالات الواقعة في عقود المعاوضات أشد تأثيرا على العقد، بينما الاختلالات الواقعة في عقود التبرعات أقل تأثيرا، فالاختلال في عقود التبرعات لا يؤثر إلا إذا خالفت مقصود الشارع؛ لأن عقود التبرعات في أصلها لم تُبنَ على التعادل في الأداءات والحقوق والالتزامات، بل هي عقود مبنية على التسامح وطيب النفس، بيد أن الاختلال المؤثر لا بد له من ضوابط تبيّنه، بل تبيّن درجته ومن تلك الضوابط:

الضابط الأول: مخالفة مقصود الشارع:

فكل عقد خالف مقصود الشارع فهو مختل اختلالا تاما لا يمكن تعديله ولا معالجته، ولو تراضى المتعاقدان عليه، بل آثاره منعدمة، قال رسول الله ﷺ: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد".^(١) وفي حديث بريرة المتفق عليه قول الرسول ﷺ: "من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق".

قال ابن تيمية: "وهذا الحديث الشريف المستفيض الذي اتفق العلماء على تلقيه بالقبول، اتفقوا على أنه عام في الشروط في جميع العقود، ليس ذلك مخصوصا عند أحد منهم بالشروط في البيع، بل من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود".^(٢)

(١) أخرجه البخاري: كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود ح (٢٥٥٠)، وأخرجه مسلم: كتاب الأفضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ح (١٧١٨). واللفظ لمسلم.

(٢) الفتاوى الكبرى (٤/٢٤٨).

الضابط الثاني: مخالفة مقصود العقد:

العقود لها مقاصد وغايات، فأى تصرف يحول بين تحقيق مقصودها، يعد اختلالاً، فمقصود البيع تملك السلعة، فلو اشترط عليه البائع أن لا يتصرف فيها ولا يملكها، كان هذا الشرط مصادماً لمقصود العقد، فكان اختلالاً، وكما في عقد النكاح تشترط عليه ما ينافي المقصود الأصلي للنكاح؛ وهو: المعاشرة الزوجية، بأن تشترط ألا يطأها، أو يشترط هو: ألا مهر لها، كلها شروط مخالفة لمقصود العقد فيختل العقد بها. ومن القواعد الفقهية الدالة على ذلك "ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط"^(١) والرضا بالعقد مع مخالفته لمقصود العقد لا يبيحه، يقول الإمام الجويني: "ولو تراضا الملاك على تعدي الحدود لم يصح منهم مع التواطئ والتراضي"^(٢).

الضابط الثالث: أن يشتمل العقد على نوع من أنواع الظلم^(٣):

الأصل أن العقود المبرمة بين المتعاقدين تقوم على العدل، ودفع الظلم، فلو اشتمل العقد على ربا أو غرر مؤثر أو غبن فاحش أو غش، أو غير ذلك من الأمور التي تُحرف العقد عن جادة العدل، فهو عقد احتوى على ما أُخِلَّ به والتوازن نفيه عن العقد، والظلم لا يحل في أي حال من الأحوال، بل الواجب العدل، والعدل في المعاملات من أهم مقاصد التي تتشوف لها الشريعة، فمنع الظلم، ووجوب العدل من أكبر قواعد الشريعة في باب المعاملات، وأهمها،^(٤)

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لتاج الدين السبكي (١/١٤٩)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٤٩).

(٢) غياث الأمم في التياث الظلم (ص: ٤٩٥).

(٣) الظلم لغة: وضع الشيء غير موضعه تعدياً. واصطلاحاً: عبارة عن التعدي عن الحق إلى الباطل، وهو الجور، وقيل: هو التصرف في ملك الغير ومجاوزه الحد. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/٤٦٨) مادة [ظلم]، المصباح المنير، للفيومي (٢/٣٦٨) مادة [ظلم]، والتعريفات، للجرجاني (ص: ١٤٤)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٨/١٥٧)، طريق الهجرتين، لابن القيم (ص: ١١٨).

(٤) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/٥٤١)، الموافقات، للشاطبي (٤/٧).



يقول ابن تيمية: "فإن عامة ما نهى عنه الكتاب والسنة من المعاملات يعود إلى تحقيق العدل، والنهي عن الظلم: دقه وجله، مثل أكل المال بالباطل، وجنسه من الربا والميسر"^(١).
 ويقول ابن القيم: "والشارع نهى عن الربا لما فيه من الظلم، وعن الميسر لما فيه من الظلم، والقرآن جاء بتحريم هذا وهذا، وكلاهما أكل المال بالباطل، وما نهى عنه النبي ﷺ من المعاملات - كبيع الغرر -، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع السنين، وبيع حبل الحبل، وبيع المزبنة، والمحاقلة، وبيع الحصاة، وبيع الملايح والمضامين، ونحو ذلك - هي داخلة إما في الربا وإما في الميسر"^(٢).



الضابط الرابع: الجمع بين العقود المتضادة^(٤):

فالعقدان المتضادان لا يجوز اجتماعهما في عقد واحد، قال القرافي: "أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسيبتها بطريق المناسبة والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد"^(٥). والضابط: ألا يكون

(١) الميسر لغة: القمار. الجزور التي كانوا يتقامرون عليها، كانوا إذا أرادوا أن ييسروا، اشتروا جزورا نسيئة، ونحروه قبل أن ييسروا، وقسموه ثمانية وعشرين قسما، أو عشرة أقسام، فإذا خرج واحد واحد باسم رجل رجل، ظهر فوز من خرج لهم ذوات الأنصباء، وغرم من خرج له الغفل. واصطلاحا: لعب على مال ليأخذه الغالب من المغلوب كائناً من كان. ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (١٥٦/٦) مادة [يسر]، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (ص: ٥٠٠) مادة [ي س ر]، المطلع، لابن أبي الفتح البعلي (ص: ٣٠٧).

(٢) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (ص: ١٢٤).

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين (١/٢٩٢).

(٤) العقود المتضادة: هي العقود التي لا يمكن اجتماعها في عقد واحد لتنافر مقتضاها. ينظر: العقود المتضادة، رسالة ماجستير مقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، للباحث/ محمد البقمي ١٤٣٤ هـ (ص: ٢٢)، العقود المالية المركبة، للعمري (ص: ٦٤).

(٥) الفروق، للقرافي (٣/١٤٢) ف (١٥٦).

العقدان متضادين وضعا متناقضين حكما.^(١) والتضاد بين عقدين، أو شرطين في عقد واحد كل ذلك مبطل للعقد، فاجتماع عقدين مختلفين في الشروط والأحكام، وترتب تضاد في موجباتها وآثارهما كان هذا اختلالا في توازن العقد، بل معدما للتوازن، كالجمع بين هبة عين وبيعها للموهوب، أو هبتها وإجارتها.

الضابط الخامس: أن يكون في العقد استغلال لضعف المتعاقد:

مقتضى العقود سلامتها مما يخلّ بها، وأن المتعاقد يبيّن ما في سلعته من مزايا وعيوب، إلا أن تداعيات التطور الصناعي والتكنولوجي وما صاحبه من تطور صناعي، أدت إلى ظهور وتمكن طرف قوي، يمتلك النفوذ والقوة الاقتصادية فيما يبرم من عقود، وطرف ضعيف اقتصادياً، مستهلك محتاج لتلك السلع، وعقد تلك العقود؛ وهذا ألقى بظلاله على الطبيعة التعاقدية، وأثر على الحرية التعاقدية، وظهر التفاوت البين بين الأداءات في العقود والتزامات المتعاقدين، وهذا التفاوت يخلّ بالتوازن في كل عقد بحسبه سواءً كان بسبب القوة الاقتصادية، أو اشتمل على استغلال طيش وهوى جامع في المتعاقد، ونتج عنه تفاوتاً مؤثراً. فالاستغلال عيب في الرضا، يجعل التوازن في العقد مختلاً.

الضابط السادس: مخالفة ما اتفق على تنفيذه:

إذا تم العقد واتفق على تنفيذه بصورة معينة، وبمواصفات معينة ومحددة، فالتوازن تنفيذها على الوجه المتفق عليه، وعدم التزامها يشكّل اختلالاً في توازن العقد؛ لأن الشريعة توجب على المتعاقدين الوفاء بما التزموه بالعقد، مالم يخالف مقصود الشارع ومقصود العقد، فالأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به، وذلك طبقاً للعلاقة التي تربطه بالدائن فإذا عرض المدين شيئاً آخر غير ما التزم به، عندئذ للدائن أن يرفض هذا الوفاء، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن يجبر الدائن على قبول غير المتفق عليه حتى لو كان مساوياً له في القيمة أو أكبر منه قيمة، لكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يقدم المدين شيئاً غير الشيء الذي في ذمته،

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة، لنزيه حماد (ص: ٢٨١).



ويقبل الدائن بهذا الشيء، كما لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول شيء غير الشيء المتفق عليه بينهما، فإنه لا يجوز للدائن أن يطلب من المدين شيئاً آخر غير المتفق عليه، حتى لو كان هذا الشيء أقل قيمة من قيمة الشيء محل الاتفاق الأصلي. وعند قبول الدائن استيفاء شيء آخر من المدين مقابل دينه، ينقضي الدين وتبرأ ذمة المدين عن طريق الوفاء بمقابل وليس عن طريق الوفاء.^(١)

فالأصل أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به، على الوجه الذي التزم به.

الضابط السابع: أن يشتمل العقد على ضرر بالمتعاقدين أو غيرهما:

الأصل أن الشريعة هي أساس معرفة الحقوق واعتبارها، سواء كانت حقوق شخصية أو اجتماعية، لكن هذه الحقوق مقيّدة بقيود؛ لتؤدي مراداتها وغاياتها دون المساس بما يضر بغيرها، فالشريعة التي هي منشأ الحقوق مبنية على تحقيق المصالح وتكميلها ودرء المفاسد وتقليلها، فإذا استعمل هذا الحق للإضرار، دون مصلحة تعود لصاحبه، أو لتحقيق غرض لا يتناسب مع الإضرار اللاحق بالغير، أو استعمل في مناقضة مقصود الشارع أو العقد، أو كان ذريعة لتحصيل حقوق غير مشروعة كان تعسفاً في استعمال حقه.^(٢)

قال تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا

تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتِدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾.^(٣)

أي ولا تراجعوهن إن راجعتموهن في عددهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتوهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن بإمساكنكم

(١) ينظر: الوسيط، للسنيوري (٣/٩٣٦)، المبسوط في شرح القانون المدني، لحسن الذنون (٢/٣٢٣-٣٢٤).

(٢) ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريني (ص: ٢٥) بتصرف. والتعسف كمصطلح منقول

من كتب القانونيين الغربيين، وعرفه الدريني: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً". (ص: ٢١٣).

(٣) سورة البقرة الآية رقم (٢٣١).



إياهن، ومراجعتكم وهن ضرارا واعتداء. ^(١) فالمراجعة حق للزوج لكن لما كان قصده الإضرار بالزوجة كان هذا استعمالا لما شرعه الله في الإضرار بها فنهى عنه.

قال ابن فرحون: "إنه من حق المالك أن يفتح في داره نافذة لدخول النور والهواء بشرط عدم تجاوز حقه، بأن تكون هذه النافذة كاشفة على جاره يستطيع بواسطتها الاطلاع على أحواله". ^(٢) وكالبيع الذي يقصد منه إسقاط الشفعة. ^(٣)

وما جاء أن سمرة بن جندب رضي الله عنه كانت له عضد ^(٤) من نخل في حائط رجل من الأنصار قال: ومع الرجل أهله قال: فكان سمرة رضي الله عنه يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى قال فبهه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال: "أنت مضار"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصاري: "اذهب فاقلع نخله". ^(٥)

قال الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه: "كل ما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر، يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه في ذلك، وفيه مرفق له". ^(٦)

قال الخطابي: "وفيه من العلم أنه أمر بإزالة الضرر عنه وليس في هذا الخبر أنه قلع نخله،

(١) ينظر: جامع البيان، للطبري (٤/١٧٨-١٧٩).

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام (٢/٣٥٥).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة (٥/٢٦٢).

(٤) إذا صار للنخلة جذع يتناول منه فهو عضيد. النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير (٣/٢٥٢).

(٥) أخرجه أبو داود: كتاب الأقضية أبواب من القضاء باب ح (٣٦٣٦)، وأخرجه البيهقي: كتاب إحياء الموات باب من قضى بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد (٦/١٥٧) قال الشيخ الألباني: ضعيف.

(٦) الفروع، لابن مفلح (٦/٤٥١).



ويشبه أن يكون أنه إنما قال ذلك ليردعه به عن الأضرار".^(١)

فاستعمال الحق في غير ما شرع له يؤدي إلى اختلال في التوازن في العقد، والمضارّة بالغير، ووفقا للقاعدة الفقهية الكلية "الضرر يزال" يعالج هذا الاختلال بما لا يضرّ بالمتعاقدين أو غيرهما.

وهذه الضوابط تبيّن الاختلال ونوعه، لكن لا ريب أن نشأة العقد على أساس التوازن أولى من إيجاد حلول الاختلال عند تكوينه أو تنفيذه أو بعد تنفيذه، وقيامه على ساق التوازن أمر مهم.



(١) معالم السنن (٤/ ١٨١).

المبحث الثالث

تصحيح^(١) الاختلال في العقد

تفريق الصفقة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف تفريق الصفقة:**• تعريفه باعتباره مركبا إضافيا:**

التفريق لغة: الفاء والراء والقاف أصيل صحيح يدل على تمييز وتزييل بين شيئين، والفرق: خلاف الجمع، وانفرد الشيء وتفرق وافترق.^(٢) الصفقة لغة: الصاد والفاء والقاف أصل صحيح يدل على ملاقة شيء ذي صفحة لشيء مثله بقوة. من ذلك صفقت الشيء بيدي، إذا ضربته بباطن يدك بقوة. والصفقة: ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة، وتلك عادة جارية للمتبايعين. وصفق يده بالبيعة والبيع وعلى يده صفقا: ضرب بيده على يده، وذلك عند وجوب البيع، وتصافق القوم عند البيعة. ويقال: ربحت صفقتك، للشراء، وصفقة رابحة وصفقة خاسرة. وصفقت له بالبيع والبيعة صفقا أي ضربت يدي على يده.^(٣)

• تعريف باعتباره لقباً:

عند الحنفية: أي تفريق العقد، بأن يوجب الملك في بعض المبيع دون البعض.^(٤) وعند

(١) هو بذل الجهد والوسع في حماية تصرف صادر عن مكلف من الفساد والبطلان بوسيلة معتبرة شرعاً، إذا كان ذلك ممكناً. قواعد تصحيح التصرفات في الفقه الإسلامي، لمحمد العمري وأحمد القرالة، بحث منشور في مجلة المنارة المجلد ١٥ العدد ٢ بتاريخ ٢٠٠٩م، (ص: ٢٤٦).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٤٩٣) مادة [فرق]، لسان العرب، لابن منظور (١٠/٢٩٩) مادة [فرق].

(٣) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٣/٢٩٠) مادة [صفق]، لسان العرب، لابن منظور (١٠/٢٠٠) مادة [صفق].

(٤) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/٦٠٣).



المالكية: اشتمال الصفقة على حلال وحرام.^(١) وعند الشافعية: جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره.^(٢)

وعند الحنابلة: تفريق ما اشترى في عقد واحد.^(٣)

أما القانونيون فيطلقون على تفريق الصفقة ما يسمى "نظرية إنقاص العقد"، ومفادها أن: العقد يتضمن مجموعة من الشروط بعضها صحيح والبعض الآخر باطل، وذلك لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، أو أن المحل كركن العقد لم يستوف أحد شروطه ففي مثل هذه الحالات يتم إعمال ما يسمى بفكرة إنقاص العقد طالما أن البطلان لحق شقا من العقد، فانتقاص العقد بطلانٌ جزئيٌّ كبطلان شرط في العقد، فيقتصر البطلان على الشرط الباطل فقط ويبقى العقد صحيحاً.

وتقوم فكرة انتقاص العقد على أنه إذا تعددت أجزاء العقد واعتري البطلان بعض هذه الأجزاء ولم يعتر البعض الآخر، فإن الأجزاء التي لحقها البطلان تبطل دون بقية الأجزاء إذا تبين أن العقد يمكن أن يتم بغير الجزء الباطل. وبناء عليه فنظرية انتقاص العقد تتعلق بعقد باطل أو قابل للإبطال قضي فعلا بإبطاله، فالذي يجوز الانتقاص منه هو العقد الذي يكون جزء منه باطلاً والآخر صحيحاً بشرط ألا تكون الأجزاء مترابطة بحيث لا يمكن فصلها، وإلا ففي هذه الحالة يبطل العقد بأكمله.^(٤)



(١) ينظر: عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/٦٨١).

(٢) ينظر: المهذب، للشيرازي (١/٢٦٩).

(٣) ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع، للبعلي (ص: ٢٧٧).

(٤) ينظر: مصادر الحق، للسنهوري (٤/٩٩-١٠٠)،

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة

ينقسم تفريق الصفقة إلى ثلاثة أقسام^(١):

القسم الأول: أن يبيع معلوما ومجهولا في صفقة واحدة بثمن واحد، كأن يقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى، بألف. فهذا باطل^(٢)؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، فيصير المبيع المعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته، لأن المعرفة إنما تكون بتقسيط الثمن على المبيعين، والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط.

القسم الثاني: أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كدار مشتركة بينه وبين غيره باعها بغير إذن شريكه، اختلف الفقهاء على قولين:

أحدهما: قول أبي حنيفة^(٣) وقول مالك^(٤) وأحد قولي الشافعي^(٥) وإحدى الروايتين

عن أحمد^(٦)، يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن، ويبطل فيما لا يملكه؛ لأن لكل واحد منهما حكم المستقل لو انفرد، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه، ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد^(٧).

القول الثاني: قول للشافعية^(٨)، وإحدى الروايتين عن أحمد^(٩) لا يصح فيهما، لأن

(١) عند الحنابلة ينظر: المغني، لابن قدامة (١٧٨/٤-١٧٩).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة (١٧٨/٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (١٤٥/٥)، تبيين الحقائق، للزيلعي (١٣٨/٤).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي (١٥/٣).

(٥) ينظر: المهذب، للشيرازي (٢٦٩/١)، مغني المحتاج، للشربيني (٣٩٧/٢).

(٦) المغني، لابن قدامة (١٧٨/٤).

(٧) ينظر: المغني، لابن قدامة (١٧٨/٤-١٧٩).

(٨) ينظر: أسنى المطالب، لذكريا الأنصاري (٤٢/٢).

(٩) ينظر: المغني، لابن قدامة (١٧٨/٤).



الصفقة جمعت حلالا وحراما، فغلب التحريم، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل، كالجمع بين الأختين.^(١)

والراجح - والله أعلم - أنه يصح البيع في ملكه بقسطه من الثمن، ويبطل فيما لا يملكه؛ كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحدٍ منهما حكمه، ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه، فصح كما لو انفرد، وهو ما رجحه النووي^(٢)، وابن قدامة.^(٣)

ويمكن أن يستدل بما جاء أن أبا المنهال سئل عن الصرف يدا بيد فقال اشترت أنا وشريك لي شيئاً يدا بيد ونسيئة فجاءنا البراء بن عازب رضي الله عنه فسألناه فقال فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم رضي الله عنه وسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: "ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فذروه".^(٤) ويُستدل به لجواز تفريق الصفقة، فيصح الصحيح منها ويبطل ما لا يصح.^(٥)

والقسم الثالث: أن يكون المبيعان معلومين، مما لا يتقسم عليهما الثمن بالأجزاء كعبد

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/١٧٨).

(٢) ينظر: المجموع (٩/٣٨١).

(٣) ينظر: المغني (٤/١٧٨).

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الشركة باب الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصرف ح (٢٤٩٧)، وأخرجه مسلم: كتاب المساقاة باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً ح (١٥٨٩).

(٥) نقله القسطلاني في إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري عن الزين بن المنير (٤/٢٩٠). وتعقب ابن حجر الاستدلال بذلك في فتح الباري بقوله: "وفيه نظر لاحتمال أن يكون أشار إلى عقدين مختلفين ويؤيد هذا الاحتمال ما جاء من وجه آخر عن أبي المنهال قال باع شريك لي دراهم في السوق نسيئة إلى الموسم فذكر الحديث وفيه قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة ونحن نتابع هذا البيع فقال ما كان يدا بيد فليس به بأس وما كان نسيئة فلا يصلح فعلى هذا فمعنى قوله ما كان يدا بيد فخذوه أي ما وقع لكم فيه التقابض في المجلس فهو صحيح فأمضوه وما لم يقع لكم فيه التقابض فليس بصحيح فاتركوه ولا يلزم من ذلك أن يكونا جميعاً في عقد واحد والله أعلم". فتح الباري (٥/١٣٥).



وحر، واخل وخمر، وعبده وعبد غيره وعبد حاضر وأبق. فاختلف الفقهاء على قولين: الأول: قول صاحبين،^(١) وأظهر القولين عند الشافعية،^(٢) وإحدى الروایتين عن أحمد،^(٣) أنه يصح فيه البيع بقسطه من الثمن؛ لأنه يصح بيعه منفرداً فلم يبطل بانضمام غيره إليه، والثاني: قول أبي حنيفة،^(٤) ومالك،^(٥) وقول للشافعية،^(٦) والرواية الأخرى عن الإمام أحمد،^(٧) أنه يبطل فيهما؛ لأن الثمن مجهول، ولأنه يتبين بتقسيم الثمن على القيمة، وذلك مجهول حين العقد. والراجح - والله أعلم - يبطل فيهما؛ لجهالة الثمن، والجهالة سبب من أسباب اختلال توازن العقود؛ لأنها مفضية للتنازع، وأما عقود التبرعات والتوثيقات وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة؛ لأنها ليست عقود معاوضة، فلا توجد جهالة العوض فيها.^(٨)

شروط إعمال تفريق الصفقة:

الأول: أن يكون التصرف عبارة عن صفقة واحدة، أما إذا كان صفقات متعددة فلا يدخل في أحكام تفريق الصفقة. والثاني: أن تكون الصفقة الواحدة في حكم صفقات متعددة، كما لو قال: له بعتك هذا الجمل بمائة دينار، وهذه الناقة بما تجود به نفسك، فقال المشتري قبلت البيع، فالصفقة هنا اشتملت على الصحيح وهو بيع الجمل، وغير الصحيح وهو بيع الناقة لجهالة

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٤/١٣)، تأسيس النظر، الدبوسي (ص: ٢٦).

(٢) ينظر: مغني المحتاج، للشرييني (٣٩٧/٢).

(٣) ينظر: مسائل الإمام أحمد برواية صالح (٢/٢٦٩)، المغني، لابن قدامة (٤/١٧٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٥/١٣٦)، الاختيار، للموصلي (٤/٢).

(٥) ينظر: حاشية الدسوقي (٣/١٥).

(٦) ينظر: أسنى المطالب، لذكري الأنصاري (٢/٤٢).

(٧) ينظر: مسائل الإمام أحمد برواية مهنا الشامي (٢/٦١٩)، المغني، لابن قدامة (٤/١٧٩).

(٨) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/١٧٩).



الثلث، والتصرف هنا في حكم الصفقات المتعددة، فيصح في الجمل بالثلث المذكور، ويفسد في الناقه، أما إذا كان في حكم صفقة واحدة، فالعقد فاسد بلا خلاف، كما لو باع معلوماً ومجهولاً كقول بعثك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف. فهذا البيع باطل بكل حال؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته، والمعلوم مجهول الثلث ولا سبيل إلى معرفته؛ لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثلث عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط. ^(١) والثالث: ألا يترتب على التفريق ضرر بالتسليم، فإن ترتب عليه ضرر سرى الفساد إلى الجميع. ومثاله كمن باع سيفاً محلي بفضة لا يجوز بيعه نسيئة بفضة أو ذهب؛ لأن العقد في الحلية صرف، والصرف لا بد فيه من التقابض، ولا تقابض في النسيئة، فيفسد العقد في الحلية، وهذا الفساد يسري إلى السيف؛ لأنه لا يمكن نزع الحلية من السيف إلا بضرر يلحق بصاحب السيف بالتسليم، وضرر التسليم مفسد للعقد. ^(٢)



المطلب الثالث: بيان وجه حماية تفريق الصفقة للعقود من الاختلال:

إن تفريق الصفقة في أقسامها الثلاثة، وكلام الفقهاء في أحكامها، من مقاصده، ومراداته، حماية العقود من اختلال توازنها وإبطالها؛ لأن عدم القول بتفريق الصفقة فيه إبطال لكامل العقد، والشريعة تتشوف إلى تحقيق مصالح العباد في كل شؤونهم، ومعاملاتهم على وجه الخصوص؛ لأنها من الضرورات التي عنيت الشريعة برعايتها وحفظها، فإذا عقد العقد وكان الاختلال واقعاً في جزء منه، وكان قابلاً لأن يصحح، فالموافق لنظر الشريعة ومقاصدها تصحيحه ما أمكن؛ لأن في تصحيحه ضمان لاستقرار العقود واستمرارها قدر الإمكان، لا سيما إذا كان البطلان لحق شقاً من العقد ولم يشمل جميع أجزائه حتى لا يؤدي إلى حدوث خسائر اقتصادية واجتماعية.

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/١٦٢).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٤/١٢).

المبحث الرابع التحول في العقود

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحول في العقود:

التحوّل لغة: حال الشيء حولا وحوّولا وأحال: تحول. وهو الانتقال، يقال تحول من مكانه إذا انتقل عنه إلى موضع آخر.^(١) قال تعالى ﴿فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضَّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا﴾.^(٢) أي فانظروا هل يقدرّون على دفع ذلك عنكم، أو تحويله عنكم إلى غيركم، فتدعوهم آلهة، فإنهم لا يقدرّون على ذلك، ولا يملكونه، وإنما يملكه ويقدر عليه خالقكم وخالقهم.^(٣) فالتحويل والتحوّل قد يقصد به النقل.

وتحول العقد اصطلاحا: أنه إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتضمن أركانا أو عناصر عقد آخر رغم بطلانه فإن العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل يتحول إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي تترتب آثار العقد الصحيح الشرعية.^(٤) فشرط فالتحول في العقود له ثلاثة شروط تتبين من تعريفه الاصطلاحي:

أولا: تعرض العقد الأصلي للبطلان أو أن يكون قابلا للإبطال.

ثانيا: الإرادة من المتعاقدين في تحول العقد.

ثالثا: موافقة العقد الباطل أركان عقد صحيح آخر.

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور (١١٨٨/١١) مادة [حول]، المصباح المنير، للفيومي (١٥٧/١) مادة [حول].

(٢) سورة الإسراء الآية رقم (٥٦).

(٣) ينظر: جامع البيان، للطبري (٦٢٦/١٤).

(٤) ينظر: نظرية العقد، للسنيهوري (٦٣٤/٢).

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود:

التحوّل مصطلح قد اعتبره الفقهاء، وأثبتوا له أحكاماً، في العبادات والمعاملات، وله تطبيقات في أسفار الأئمة، تثبت ذلك، وسأجعل الحديث عن ما يتعلق بالعقود؛ لارتباطه بالتوازن، وإلا فإن صور التحول وتطبيقاته كثيرة،^(١) والتحول يتم بحسب توافر شروطه، وأحكامه الفقهية ومراعاة مقاصد أطراف العقد، والتحول في العقود بالاستقراء قد ينقسم إلى قسمين:

الأول: تحول العقود المستكملة لشرائطها: ومثالها تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب^(٢) وإلى شركة إن ربح المضارب، وإلى إجارة فاسدة إن فسدت.^(٣) وكذلك قول الفقهاء: المضاربة عقد ابتداءً وشركة عند حصول الربح.^(٤)

الثاني: تحول العقود التي لم تستكمل شرائطها إلى عقد آخر: ومثالها تعليق الهبة على شرط يصيرها وعداً.^(٥) وكذلك الهبة بشرط العوض، فلا يخلو:

- إما أن يكون العوض معلوماً: فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال: القول الأول: قول



(١) ينظر: دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون، لعبد الحميد البعلي، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول بدبي بدولة الإمارات ٢٠٠٩م، فقد ذكر ما يزيد على عشرين تحولا في العبادات والمعاملات تحولت إلى عقود وأحكام أخرى بسبب التحول.

(٢) فالجمهور على أن تصرفات المضارب منوطة بالمصلحة كالوكيل. ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٦/٨٧-٩٢)، مغني المحتاج، للشرييني (٣/٤٠٩)، المغني، لابن قدامة (٥/١٦).

(٣) ينظر: بلغة السالك، للدردير (٣/٦٨٣)، روضة الطالبين، للنووي (٥/١٤١)، المغني، لابن قدامة (٥/٦٤).

(٤) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٤/٢٩٩)، نهاية المحتاج، للرملّي (٥/٣)، حاشية المحلي على منهاج الطالبين (٣/٥٥).

(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة (٦/٤٧).

الحنفية^(١)، والأظهر من المذهب عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) أن العقد يصح وتتحول الهبة إلى بيع، ويثبت فيها الخيار والشفعة وخيار الرؤية وغير ذلك من أحكام البيوع. والقول الثاني: قول عند الشافعية^(٤) وقول عند الحنابلة^(٥) أن العقد يبطل؛ لأن الشرط ما ينافي مقتضاها.

والثالث: وهو مذهب المالكية^(٦) أن هبة الثواب بيع ابتداءً؛ ولذا لا تبطل بموت الواهب قبل حيازة الهبة. والراجح - والله أعلم - القول بتحول العقد إلى بيع؛ لأن استمرار العقود وحمله على ما يكمله مقصد، ويحقق الاستقرار للتعاملات.

- وإما أن يكون العوض مجهولاً: فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المذهب عند الشافعية^(٧) والأصح عند الحنابلة^(٨) أن الهبة تفسد؛ لتعذر صحته بيعاً لجهالة العوض. والقول الثاني: قول الحنفية^(٩) أن الهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض والبيع بعده، فإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداءً وبيع انتهاءً. أما لو كان العوض مجهولاً بطل اشتراطه، فيكون هبة ابتداءً وانتهاءً، والهبة لا تبطل

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي (٧٩/١٢)، فتح القدير، لابن الهمام (٢٢/٩).

(٢) ينظر: جواهر العقود، للمنهاجي (٣١٥/١)، مغني المحتاج، للشرييني (٥٧٣/٣).

(٣) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢٦١/٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٣٠٠/٤).

(٤) ينظر: المهذب، للشيرازي (٣٣٥/٢)، روضة الطالبين، للنووي (٢٧٨/١٢).

(٥) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (١١٧/٧)، كشاف القناع، للبهوتي (٣٠٠/٤).

(٦) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (١١٥/٤)، مواهب الجليل، للحطاب (٦٧/٦).

(٧) ينظر: مغني المحتاج، للشرييني (٥٧٣/٣)، نهاية المحتاج، للرملي (٤٢٤/٥).

(٨) ينظر: الكافي، لابن قدامة (٢٦١/٢)، الإنصاف، للمرداوي (١١٧/٧).

(٩) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلبي (٥٣/٣)، رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (٦٨٨/٥).



بالشروط الفاسدة. والقول الثالث: قول المالكية،^(١) أنه إذا كان الثواب غير معين ولم يحصل قبض، فإن الهبة لا تلزم الواهب، أما إذا قبض الموهوب له الهبة فإنها تكون لازمة بالنسبة للواهب، أما الموهوب له فإنها لا تلزم في حقه؛ ولذلك له أن يردّها بعينها، فإن فاتت عنده بزيادة أو نقص وجب عليه دفع القيمة. والراجع -والله أعلم- أن الهبة تفسد، ويبطل العقد؛ لجهالة العوض الذي ينجم عنه اختلال من حيث مخالفة الشارع، ومفسدته أكبر من مفسدة الاختلال من حيث الأثر وهو عدم استقرار العقد، ومن قواعد الشريعة المتقررة، ارتكاب المفسدة الدنيا لدرء مفسدة أعظم.



وكذلك من المسائل التي صحح الفقهاء فيها العقد بحمله إلى عقد آخر إذا استكملت شرائطه: - أنه 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. وإن اعتبرنا المعنى إقالة، فهي إقالة صحيحة؛ لأن العقد شمل على جميع عناصر الإقالة.^(٢) -ومن ذلك ما ذكره الزركشي: "فيمن قال لشخص ساقيتك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة، فلو حملنا العقد على أنه مساقاة فإنها فاسدة، إذ إن المساقاة لا تكون بالدراهم، وإنما بما يخرج من الثمر، فيحمل هذا العقد على الإجارة تصحيحاً للعقد.^(٣) وهذه الأمثلة تدل على اعتبار الفقهاء تصحيح العقود من خلال تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح بدلا من إبطال العقد.

ولم تكن فكرة التحول في العقود من ابتكار القوانين الوضعية، بل ذكر الفقهاء ما يدل على اعتبارهم لهذه الفكرة، وذكروا تطبيقات لها منثورة في دواوينهم -رحمهم الله- والتأصيل لها،

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب (٦٧/٦-٦٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١١٤).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي (١٦٦).

(٣) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية (٢/٣٧٣).

منها قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"^(١) أي أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حملة على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم، وحملة على لفظ آخر يترتب عليه حكم، فالواجب حملة على المعنى المفيد لحكم جديد؛ لأن خلافه إهمال وإلغاء، وأن كلام العقلاء يصرح عن الإلغاء ما أمكن.^(٢) ومنها قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".^(٣) قال ابن القيم: "والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، وهذا حكم شامل لجميع العقود، فإن الشارع لم يحد لألفاظ العقود حداً، بل ذكرها مطلقة، فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية والتركية فانعقادها بما يدل عليها من الألفاظ العربية أولى وأحرى".^(٤)

وقد ذكر ابن رجب أنه إذا وُصِلَ بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ أنه يلتفت إلى أن المذهب هل هو اللفظ أو المعنى، ويتخرج على ذلك عدة مسائل.^(٥) ومما يدل على اعتبار هذه القاعدة كذلك قول ابن قدامة: "أن تصرفات المريض مرض الموت من بيع وإجارة ووقف، بمنزلة الوصية في اعتبارها من ثلث المال؛ لأنه تبرع، فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالتعق والهبة،

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص: ١١٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ١٢٨).

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا (ص: ١٠٠٩-١٠١٠).

(٣) وردت بعدة ألفاظ متقاربة في كتب الأئمة الفقهاء: ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (٣/٥)، تبين الحقائق، للزيلعي (١٥١/٥)، المنتقى شرح الموطأ، للبايجي (٢٨٢/٤)، الذخيرة، القرافي (٣٣٦/٦)، الموافقات، للشاطبي (٣٢٣/٢)، المعيار، للونشريسي (٩٥/٤)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٥٢/٣٠)، القواعد، للمقري (٥٧٢/٢)، المنشور، للزركشي (٣٧١/٢)، القواعد، لابن رجب (ص: ١٣).

(٤) إعلام الموقعين (٤/٢).

(٥) ينظر: القواعد، لابن رجب ق (٣٨) (ص: ٤٨-٤٩).

وما زاد عن الثلث فعلى إجازة الورثة".^(١)

ومن الأمثلة المعاصرة التي يمكن أن تطبق على نظرية تحول العقد، البيع الذي يكون الثمن فيه تافهاً ويكون مكتوباً في ورقة رسمية، فالبيع باطل لتفاهة الثمن ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة ففيه الإيجاب والقبول ونية التبرع لذلك يتحول البيع الباطل إلى هبة صحيحة.^(٢)

المطلب الثالث: بيان وجه حماية "تحول العقد" للعقود من الاختلال:

إن العقود التي نشأت على تحقيق العدل وسعت الشريعة للمحافظة عليها مما يخل بها إبطالا لها، ولذا فإن الفقهاء قد عُنُوا بالعقود وحرصوا على أن تؤدي هذه العقود مقاصدها ومرادات عاقيدها ما أمكن ذلك مالم تخالف أحكام وقواعد الشرع، لذا فإن العقد إذا أمكن تحوله من نوع إلى نوع آخر صحيح، فهو أولى من إبطال العقد بالكلية، فلو عقد عقداً باطلاً واشتمل العقد على عناصر لعقد آخر، وانصرفت إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا العقد الآخر،^(٣) فإن العقد يتحول من العقد الأول الباطل إلى عقد صحيح، فلو تعهد شخص أن يجعل آخر من غير قرابته وارثاً له دون غيره، فإن هذا العقد باطل؛ لمخالفته الشريعة، ولكن يمكن أن يتحوّل العقد إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها، وعليه فإن العقود إذا أمكن تصحيحها أولى من إبطالها، وفي ذلك يتبين حرص الشريعة الإسلامية على استقرار العقود، بل وسعت في أن تصحح هذه العقود وتؤدي ثمرتها، فإذا أمكن حمل العقد إذا كان فيه فساد إلى عقد آخر، فهذا أولى تصحيحاً للعقد وتيسيراً للمتعاقدين، لا سيما إذا اكتملت شرائطها. وقال السرخسي: "وفعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن وعلى ما هو الأفضل فلا يحمل على الفساد إلا بعد تعذر حمله

(١) المغني، لابن قدامة (٦/٢٥).

(٢) ينظر: نظرية العقد، للسنيهوري (٢/٦٣٥).

(٣) هذه شروط تحول العقد ذكرها السنيهوري وغيره (٢/٦٣٥)، ينظر: النظرية العامة للعقود، للعلايلي

(٢/٢٢١).

على الصحة".^(١)

فنظرية تحول العقد وتطبيقاتها مقررّة عند الفقهاء + بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك حينما أقاموا التحول على أساس موضوعي بدلا من الأساس الذاتي، فالإرادة لديهم تنشئ العقد فقط أما أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد.^(٢)

أوجه الاختلاف بين تفريق الصفة "انتقاص العقد" وتحول العقد^(٣):

١- إن البطلان الذي يعتري العقد لا بد أن يكون كلياً في التحول أما في الانتقاص فلا بد أن يكون جزئياً.

٢- أن تحول العقد عبارة عن استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل، أما الانتقاص فنفترض فيه بقاء العقد القديم مع حذف الجزء الباطل وإبقاء الجزء الصحيح.

٣- أنه في الانتقاص لا بد أن تكون أجزاء العقد غير مترابطة بمعنى أنه من الممكن فصل الجزء الصحيح عن الجزء الذي اعتراه البطلان؛ لأنه إذا كانت الأجزاء مترابطة فإن البطلان يسري على العقد بأكمله أما في التحول فإنه لا مجال لاشتراط هذا الشرط لأنه يشترط في التحول أصلاً بطلان العقد^(٤) الأصلي بطلاناً كلياً.

(١) المبسوط، للسرخسي (٤/١١٨).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٢٩/١٤٨)، قاعدة في العقود (ص: ١٧١ و ٢١٧)، مصادر الحق، للسنيهوري (٤/١٤٢)، تحول العقد المالي وأثره، بحث مقدم لنيل الماجستير بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، للباحث/ إبراهيم السحيلي ١٤٢٥ هـ (ص: ٤٢).

(٣) ينظر: مصادر الحق، للسنيهوري (٤/٩٩-١٠٠)، مصادر الالتزام، لأنور سلطان (ص: ١٧١).

(٤) الفرق بين انحلال العقد وبطلانه يتجلى في أن البطلان: هو الحالة التي كان للعقد فيها وجوداً حسيماً فقط، دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع، أي إن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله، كمولود يولد ميتاً، أما الانحلال فهو الحالة التي يكون فيها العقد منعقدّاً منتجاً لآثاره بين طرفيه، ولكنه بعد الوجود



٤- أن العقد المنتقص ينتج أثراً أصلياً لا أثراً عرضياً، وينتجه باعتباره تصرفاً قانونياً بخلاف تحول العقد فإن الأثر يكون عرضي لا أصلي وباعتباره واقعه.



يزول وينعدم بسبب غير إرادي، أو بسبب إرادي فهو كشخص تطراً عليه الوفاة. المدخل الفقهي العام، للزرقا (ص: ٥٩٣).

الخاتمة

- أن الشريعة الإسلامية شرعت العقود وسائل لغاياتها ومقاصدها من أجل تحقيق مصالح العباد، وجعل قوامها الوفاء.
- أن العقود التي لا يتحقق فيها العدل تتجلى فيها صور الظلم والجور الذي لا تأتي به الشريعة ولا تقره، وهو من الحقوق التي كفلتها الشريعة فشرعت أحكام وأقرت حماية لتوازن العقد من الاختلال.
- أن الشريعة الإسلامية قادرة على مواكبة المتغيرات التي يمكن الاستفادة منها في الأحكام الشرعية، والاستناد عليها في الترجيح، والحكم بموجبها استناداً لأصولها الموجودة في الشريعة، وذلك بما يتوافق مع قواعده العامة وأصوله الكلية، لاسيما مع المعطيات المتغيرة والمستمرة في حياة الناس.

التوصيات

- ✚ إعطاء الموضوع مزيداً من البحث والاستقراء؛ لكثرة المنتجات المصرفية المستجدة في الأسواق المالية؛ لحفظ العقود من الاختلالات وحمايتها من التقلبات.
- ✚ دراسة البدائل المصرفية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية؛ للمحافظة على العقود من الاختلال لاسيما التمويلات طويلة الأجل؛ لأنها مظنة المخاطرة.



فهرس المراجع

١. أحكام القرآن، لابن العربي المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٤ هـ.
٢. اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، لعصمت عبد المجيد بكر، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة بغداد ١٩٨٧ م.
٣. الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، دار المعرفة، لبنان، الطبعة السادسة ١٤٣٣ هـ.
٤. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطاني، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة السابعة.
٥. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، لبنان.
٦. الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
٧. الأشباه والنظائر، لجلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
٨. إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، لعزت صلاح عبدالعزيز، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ٢٠١٣ م.
٩. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.
١٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبو الحسن المرادوي الحنبلي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
١١. أنوار البروق في أنواء الفروق، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ.
١٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،



- دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.
١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ.
١٤. تأسيس النظر، لأبي زيد عبيد الله عمر ابن عيسى الدبوسي الحنفي، دار ابن زيدون، وتحقيق مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى.
١٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبيِّ، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، والحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد الشُّلبيِّ، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
١٦. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة الأولى.
١٧. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٨. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
١٩. الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب المصرية، مصر، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ.
٢٠. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
٢١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبأعلاه الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت لبنان.
٢٢. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلّي، لأحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
٢٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، للماوردي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.



٢٤. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحى الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ.
٢٥. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، لعلاء الدين الحصكفي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ.
٢٦. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.
٢٧. رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر ابن عابدين، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.
٢٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.
٢٩. السياسة الشرعية، لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني الحنبلي، الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
٣٠. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر الجوهري، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ.
٣١. طريق المهجرتين وباب السعادتين، لابن القيم، دار السلفية، مصر، الطبعة الثانية.
٣٢. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المالكي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.
٣٣. العقود المالية المركبة، لعبدالله العمراني: دار كنوز إشبيليا، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ.
٣٤. عقود الإذعان في التشريع المصري، لعبد المنعم فرج الصدة، مطبعة فؤاد الأول، مصر، الطبعة الأولى.
٣٥. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين العيني، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان.
٣٦. غياث الأمم في التياث الظلم، لأبي المعالي عبد الملك الجويني، مكتبة إمام الحرمين،



الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ.

٣٧. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد ابن حجر العسقلاني، دار السلام، الطبعة الأولى

١٤٢١ هـ.

٣٨. فتح القدير، لكamal الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، دار الفكر، بيروت-لبنان.

٣٩. الفروع، لشمس الدين محمد بن مفلح الحنبلي، ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي

بن سليمان المرداوي، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ.

٤٠. الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، دار الفكر، سوريا، الطبعة الرابعة.

٤١. فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، لنزيه حماد: دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية

١٤٣١ هـ.

٤٢. قاعدة في العقود، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، دار المعرفة-بيروت-

لبنان.

٤٣. القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة

الثامنة ١٤٢٦ هـ.

٤٤. القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، لأبي بكر بن العربي المالكي، دار الغرب الإسلامي،

لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٢ م.

٤٥. القواعد لابن رجب، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار الكتب

العلمية، بيروت-لبنان.

٤٦. القواعد، لأبي عبدالله المقري، مطبوعات جامعة أم القرى، بتحقيق الشيخ أحمد بن عبدالله

بن حميد.

٤٧. الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية،

الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.

٤٨. كتاب التعريفات، للشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ.





٤٩. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى.
٥٠. الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، للكرماني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة ثانية ١٤٠١هـ.
٥١. لسان العرب، لجمال الدين ابن منظور، دار صادر، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ.
٥٢. المبسوط في شرح القانون المدني، لحسن الذنون، دار وائل للنشر والطباعة، الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.
٥٣. المبسوط، لشمس الأئمة السرخسي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤٢٩هـ.
٥٤. مجموع الفتاوى، لتقي الدين أحمد ابن تيمية، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية ١٤١٦هـ.
٥٥. المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، لبنان.
٥٦. مختار الصحاح، لزين الدين محمد بن أبي بكر الحنفي، المكتبة العصرية، لبنان، الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ.
٥٧. مسائل الإمام أحمد برواية حرب الكرماني جمع ودراسة، لعبدالباري الشبيبي، مطبوعات الجامعة الإسلامية، عمادة البحث العلمي، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.
٥٨. مسائل الإمام أحمد برواية مهنا الشامي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٣١هـ.
٥٩. مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية، الهند، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
٦٠. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان.
٦١. مصادر الالتزام في القانون المدني، لأنور سلطان، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الرابعة ١٤٣١هـ.



٦٢. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لعبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية ١٩٩٨م.

٦٣. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي، المكتبة العلمية - بيروت، لبنان.

٦٤. المطلع على ألفاظ المقنع، لأبي الفتح البعلي، مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

٦٥. معالم السنن شرح سنن أبي داود، للخطابي، المطبعة العلمية، سوريا، الطبعة الأولى.

٦٦. المعيار المعرب، للونشريسي، نشر وزارة الأوقاف المغربية ودار الغرب الإسلامي ١٤٠١هـ.

٦٧. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٦٨. المغني لابن قدامة، لأبي محمد موفق بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، مصر، الطبعة الأولى.

٦٩. مقاييس اللغة، لابن فارس القزويني، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.

٧٠. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد الباجي، دار الكتاب الإسلامي، مصر، الطبعة الثانية.

٧١. المنثور في القواعد الفقهية، لبدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.

٧٢. منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عlish، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

٧٣. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.

٧٤. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي اسحاق الشيرازي، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ.

٧٥. الموافقات، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٧٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد



- الرحمن المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ.
٧٧. النظرية العامة للعقود، لبهاء الدين العلايلي، دار الشواف، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.
٧٨. نظرية العقد، لعبدالرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية ١٩٩٨م.
٧٩. نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق، لأسامة عبد الرحمن، رسالة النيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط ١٩٨٣م.
٨٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين الرملي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ.
٨١. النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، المكتبة العلمية، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
٨٢. الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
٨٣. الوسيط في شرح القانون المدني، لعبدالرزاق السنهوري: دار إحياء التراث، لبنان ١٩٦٤م.



فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع	م
١١٢٥	المقدمة	١
١١٢٨	التمهيد:	٢
١١٢٨	المطلب الأول: تعريف الاختلال في العقود لغة واصطلاحاً	٣
١١٣٠	المطلب الثاني: معيار الاختلال في العقود	٤
١١٣٢	المبحث الأول: أنواع الاختلال في العقود	٥
١١٣٤	المبحث الثاني: ضوابط الاختلال المؤثر في العقد	٦
١١٤١	المبحث الثالث: تصحيح الاختلال في العقد	٧
١١٤١	المطلب الأول: تعريف تفريق الصفقة	٨
١١٤٣	المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في حكم تفريق الصفقة	٩
١١٤٦	المطلب الثالث: بيان وجه حماية تفريق الصفقة للعقود من الاختلال	١٠
١١٤٧	المبحث الرابع: التحول في العقود	١١
١١٤٧	المطلب الأول: تعريف التحول في العقود	١٢
١١٤٨	المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اعتبار التحول في العقود	١٣
١١٥٢	المطلب الثالث: بيان وجه حماية "تحول العقد" للعقود من الاختلال	١٤
١١٥٥	الخاتمة والنتائج	١٥
١١٥٦	المصادر والمراجع	١٦
١١٦٣	الفهرس	١٧

