تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

Turning a financial contract and its impact on the Islamic Jurisprudence - a comparative study

م.د. حيدر جبار محمود

الجامعة العراقية / كلية الشريعة

D.Haider Jabbar Mahmoud

Iraqi University / College of Sharia

المقدمة:

ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات اعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، واشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له واشهد ان محمداً عبده ورسوله وبعد....

فالإنسان مدني بطبعه لا يستطيع ان يعيش وحده مكتفيا بنفسه، بل لابد له ان يعيش في مجتمع يستفيد منه ويفيده ويتأثر فيه، واذا كان ذلك كذلك لابد ان تكون هناك تعاملات وتصرفات تجري بين البشر لتجعل عجلة الحياة تسير بسهوله، ولا شك ان العقود من اهم هذه التصرفات في الحياة العملية.

ونتيجة للتطور الهائل الذي حصل في العصور الحديثة بحيث خرج الكثير من العقود سواء كانت تجارية او مدنية، واشترط لصحة هذه العقود شروطا ووضع لصحة نفاذها ضوابط بحيث متى توافرت فيها هذه الشرط والتزمت بالضوابط خرجت من دائرة الفساد والبطلان، ومتى ما اختلف شرط او انخرم ضابط بطل هذا العقد.

انبرى كثير من الشرائح الى ايجاد حلول مناسبة للتقليل من حالات البطلان التي تعتري هذه العقود اسهاما منهم في تحقيق غايات الناس واهدافهم

الاقتصادية والاجتماعية ومن هذه الحلول التي خرجت ((نظرية تحول العقد)) حيث حوت في مضمونها كيفية تحول العقد الباطل الى عقد صحيح وهذه النظرية تكلم عنها فقهاء الشريعة وتطبيقاتها منثورة في الكتب الفقهية.

ولقد وجدت في نفسي ان ابحث هذا الموضوع ((تحول العقد المالي وأثره في الفقه الاسلامي–دراسة مقارنة)).

أسباب اختيار هذا الموضوع:

١– ان هذا الموضوع يكتسب اهمية في ظل الانظمة التي تسعى دائماً الى التقليل من حالات بطلان العقود وفسادها.

٢– ان هذا الموضوع يسعى الى تحقيق غايات الناس واهدافهم بما يؤمن من تصحيح العقود الاقتصادية والاجتماعية.

٣– ان هذا الموضوع له اصل واساس في الشريعة الاسلامية فخليق بنا ان نسلط عليه الانظمة الوضعية.

٤– ان فقهاء الشريعة –رحمهم الله تعالى– بحثوا في هذا الموضوع، فتطبيقاته منثورة في الكتب الفقهية بخلاف شراح الانظمة فجهودهم محصورة.

منهجي في البحث:

يتبين منهجي في هذا البحث بالأمور التالية:

١– جميع ما ورد في هذا الموضوع حسب الاماكن من النصوص الشرعية واثار الصحابة وأقوالأهل العلم.

٢– ارتب موضوعات البحث في مباحث، والمباحث تتكون من مطالب، والمطالب تتكون من فروع، وقد أذكر توطئة لبعضها.

٣– عند الاستدلال بايات القرآن الكريم اذكر اسم السورة ورقم الاية.

٤- أقوم بتخريج الأحاديث من مصادرها ونقل كلام اهل العلم في الحكم عليها وبيان درجتها ما لم تكن في الصحيحين او احدهما.

٥- عند التعاريف اللغوية ارجع الى المعاجم والقواميس واذكر اسم المرجع ورقم الصفحة.

٦- عند التعاريف الاصطلاحية اذكر كل تعريف منسوبا الى صاحبه ثم اختار منها تعريفا مبينا أسباب الاختيار.

٧- عند ذكر المسائل أو الشروط:

أ- ان كان محل اتفاق، ذكرت الحكم او الشرط بدليله.

ب-وان كان محل اختلاف، اذكر كل قول بادلته ومن قال به ان امكن ثم اذكر الراجح مع بيان سبب الترجيح.

٨- ان نقلت عبارة بنصها اجعلها بين قوسين واشير في الحاشية الى أسم الكتاب والقائل، وان لم انقل العبارة بنصها لم اجعلها بين قوسين وهذا يكون فيه تصرف واشير اليه في الحاشية.

خطة البحث:

المقدمة:

المبحث الأول : تعريف العقد وفيه.

المطلب الأول/ تعريف العقد لغة.

المطلب الثاني/ تعريف العقد اصطلاحاً.

المطلب الثالث/ المقصود يتحول العقد في الفقه الاسلامي.

المبحث الثاني/ شروط تحول العقد في الفقه الاسلامي واثاره ويشتمل على:

المطلب الأول/ شروط تحول العقد.

المطلب الثاني/ اثأر تحول العقد.

المبحث الثالث: تطبيقات عن تحول العقد في الفقه الإسلامي وفيه:

المطلب الأول/ تحول عقد السلم إلى عقد بيع والعكس.

المطلب الثاني/ تحول عقد الهبة إلى عقد البيع والعكس.

المطلب الثالث/ تحول عقد المضاربة إلى عقد قرض.

المطلب الرابع/ تحول عقد الاستصناع إلى عقد سلم.

الخاتمة

المصادر والمراجع.

المبحث الأول

تعريف العقد

ويشتمل على المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: المقصود بتحول العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول:تعريف العقد في اللغة:

العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشده وتوثق[1] ويطلق في اللغة على فروع كثيرة ترجع إلى هذا الأصل ومنها:

[1]معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس زكريا ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، طبعة اتحاد كتب العرب : ٨٦/٤.

١- الربط والشد: سواء استعمل في الربط الحسي كعقدت الحبل ام في الربط المعنوي كعقدت البيع[٢].

٢- التوكيد والتغليظ والتوثيق[٣]: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ﴾[٤].

٣- الضمان والعهد[٥] ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾[٦].

٤- الالزاق: ومنه عقد البناء بالجص عقدا الزقه[٧].

المطلب الثاني:تعريف العقد في الإصلاح:

لا يبعد معنى العقد في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له تخصيص لما فيه من العموم.

والمتتبع لكلام الفقهاء يجد انهم يطلقون العقد ويريدون به معنيين:

الأول: المعنى الخاص.

وهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل[٨] ويمكن ان يقال: المعامله التي يلتزمها الطرفان بربط الإيجاب بالقبول[٩].

---

[٢]لسان العرب، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت٧١١هـ)، دار بيروت للطباعة، بيروت، ١٩٥٥م: ٣٠٩/٩، ٣١٠، القاموي المحيط (٢٧٢)، تاج العروس (٣٩٤/٨).

[٣]معجم مقاييس اللغة: (٨٦/٤).

[٤]سورة المائدة/٨٩.

[٥]تاج العروس ٣٩٥/٨.

[٦]سورة البقرة/ ٢٣٥

[٧]المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مجمع اللغة العربية القاهرة- مصر، ط٣، ١٩٨٥م: ٧٣٦/٢.

ويتضح من هذين التعريفين ان العقد هو ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع ارادتين، اي على ايجاب وقبول، نفي عقد البيع تمليك المبيع للمشتري بعد ان كان مملوكا للبائع وتمليك الثمن الذي يثبت في المحل المعقود عليه، وبناء على هذين التعريفين فان ما يتم بارادة واحده لا يسمى عقدا، فالوقف ليس بعقد لانه يتم من المالك وحده دون ان يشرك فيه احد، كل ذلك ليس عقدا بالمعنى المتقدم وانما يمكن ان يسمى التزاما اذا كان ملزما او وعدا اذا كان غير ملزم.

اذا تبين هذا فان العقد بمفهومه الخاص هو ارتباط ارادتين سواء بالاضافة او النيابة او الوكالة من شخصين او من شخص واحد اذا كان وكيلا او نائبا عن طرفين، ويعبر عن هاتين الإرادتين كلمتا الإيجاب والقبول[١٠].

الثاني: المعنى العام.

هناك من الفقهاء من عرف العقد بتعريف اعم من التعريف الخاص فاطلق لفظ ((العقد)) على معنى اوسع واشمل من معناه الخاص، فعمم معنى العقد على كل ما يغرم الانسان على فعله وعلى كل ما يلزم به المرء نفسه حتى ان الجصاص وهو من فقاء الحنفية اطلق كلمة العقد على كل شرط يشترطه المرء على نفسه حيث قال: ((العقد ما يعقده العاقد على امر يفعله هو او يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه))[١١] ومن هذا التعريف يتضح انه لا

---

[٨]حاشية ابن عابدين ٥٠٥/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ: ٥/٣، روضة الطالبين، الامام ابن زكريا يحيى شرف الدين النووي (ت ٦٧٦هـ)، المكتب الاسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ: ٣٣٦/٣، المغني، موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: عبد الله التركي- عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ: ٥/٦.

[٩]مجله الاحكام الشرعية- احمد عبد الله القاري م١٦٢ (١٠٧).

[١٠]الاموال ونظرية العقد، محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، مدينة نصر، مصر، ١٤١٧هـ: ٢٢٩، ٢٣٠، النظرية العامة للالتزام- العبدلاوي ١٠٥، ١٦٠.

[١١]احكام القران، ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ) تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث- بيروت ١٤٠٥هـ: ٢٨٥/٣.

يشترط العدد في الارادة بل يكفي لانعقاد العقد ارادة واحدة، وبناء عليه فان التصرفات التي لا تقابلها التزامات اخرى على طريق التبادل من طرف اخر تسمى عقودا بهذا المعنى كالاعتاق والطلاق واليمين وغيرهما.

وخلاصة ما سبق ان العقد عند الفقهاء يطلق على معنيين:

الأول: معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي ترتب اثارا شرعية.

الثاني: معنى خاص يتناول التصرفات والالتزامات التي تتم بايجاب وقبول.

والمتتبع لكتب الفقهاء يجد ان كلا الاستعمالين سائغ، الا ان التعريف بالمعنى الخاص هو المشهور وهو السائد عندهم وهو الاكثر تداولا، وتعميم العقد على ما كان بارادة منفردة فيه توسيع في الاستعمال، واطلاقه على ما كان فيه ايجاب وقبول بين ارادتين اقرب الى الاصطلاح، بل انه اذا اطلقت كلمة العقد يتبادر الى فهم المعنى الخاص[١٢].

المطلب الثالث: المقصود بتحول العقد في الفقه الإسلامي

التحول في اللغة هو الانتقال، يقال تحول عن مكانه اذا انتقل عنه الى موضع اخر[١٣].

---

[١٢]نظرية العقد- محمد ابو زهرة ١٩٩، ٢٠٠، الاموال ونظرية العقد، محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، مدينة نصر، مصر، ١٤١٧هـ: ٢٢٩، ٢٣٠، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق حسن فرج، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٦٨م: ١٤، النظرية العامة للالتزام- العبدلاوي ١٠٥، ١٠٦.

[١٣]المصباح المنير، احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، اعتنى بها: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ: ٨٤، مختار الصحاح، زين الدين محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٦٦هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٤١٨هـ: ١٦٣.

اما تحول العقد في الاصطلاح فيقصد به انه اذا كان العقد باطلا او قابلا للابطال، وكان يتضمن اركانا او عناصر عقد اخر رغم بطلانه فان العقد الذي قصد اليه المتعاقدان وهو العقد الباطل يتحول الى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح وبالتالي تترتب اثار العقد الصحيح الشرعية[١٤].

وفكرة تحول العقد في الفقه الاسلامي موجودة قبل ان يخرجها لنا شراح القوانيين الوضعية وذلك ان الفقهاء المسلمين قد اهتموا بالعقود وحرصوا على استثمارها بقدر المستطاع في الحدود التي لا تخالف احكام وقواعد الشرع، ومن هنا جاءت كثير من القواعد الفقهية التي تؤكد هذا الوجود مثل قاعدة (اعمال الكلام اولى من اهماله)[١٥].

وقاعدة: (هل العبرة بصيغ العقود او بمعانيها؟)[١٦]

وتؤكد هاتان القاعدتان ان العبرة في العقود والتصرفات بما تتجه اليه ارادة المتعاقدين، وان الاثار الشرعية المترتبة تكون على وفق ما قصده المتعاقدان حتى لو كانت الالفاظ التي استعملها المتعاقدان مخالفة لمقصدهم.

ونجد هذا واضحا جليا في كلام ابن رجب الحنبلي، حيث يقرر في قواعده (فيما اذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك او يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه، فيه خلاف يلتفت الى ان المغلب هل هو اللفظ او المعنى) ثم ساق بعد ذلك مسائل متفرعة عن هذه المسألة منها: لو اسلم في شيء حالاً فهل يصح ويكون بيعا او لا يصح فيها وجهان الثاني منها انه يصح، ومنها: ((لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن قال القاضي يصح ويكون أقاله، وقال هو وابن عقيل لا يجوز

---

[١٤] نظرية العقد السنهوري ٦٣٤، العقد للعبدلاوي ٥٨١.
[١٥] الاشباه والنظائر، جلال عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، ط٣، ١٤١٧هـ:٢٤٥.
[١٦] الاشباه والنظائر للسيوطي ٣٠٤.

بيع الدين من الغريم بمثله لانه نفس حقه فيخرج في المسالة وجهان التفاتاً الى اللفظ والمعنى))[١٧].

ومن الأمثلة والتطبيقات ايضاً على تحول العقد عند الفقهاء:

جريان حكم الرهن في بيع الوفاء في بعض الإحكام، ومعنى بيع الوفاء ان البائع يبيع السلعة[١٨] ويشترط على المشتري انه اذا رد الثمن يرد عليه السلعة، وهذا اذا نظرنا الى قصد المتعاقدين من هذا البيع لوجدنا انه قرض مرهون برهن، فالقرض هو الثمن الذي يسلمه المشتري للبائع والرهن هو السلعة التي يستلمها المشتري من البائع، وبالتالي يمكن ان تطبق عليه احكام الرهن ويعتبر عقد البيع عقداً صورياً لا يرتب الاثر الشرعي المقصود منه وهو تمليك البائع الثمن وتمليك المشتري السلعة واعطاء كل منهما حرية التصرف الكامل فيما يملك، لاننا نلحظ من بيع الوفاء ان هناك شروطاً ضمنية تشترط في هذا البيع ومنها: انه لا يحق للمشتري بيع مبيع الوفاء للغير الا باذن الاخر، وان العقار المبيع بالوفاء لا يؤخذ بالشفعة ولو بيع عقار بجانبه فالشفعة فيه للمالك وهو البائع لا المشتري، وبالتالي يقرب هذا العقد من الرهن فتطبق عليه احكامه[١٩].

ومن الامثلة ايضاً على هذه النظرية في الفقه الاسلامي، التصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت من بيع وشراء وايجاره ووقف وهبة

---

[١٧]القواعد في الفقه الاسلامي، زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن رجب، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة: قاعدة رقم ٣٨ (٤٩، ٥٠).

[١٨]البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط٢: ٦، ٨، حاشية ابن عبادين ٣٣٣/٢.

[١٩]شرح القواعد الفقهية، احمد محمد الزرقاء (ت ١٣٥٧هـ)، دار القلم، دمشق، ط٢: ٥٦-٥٨، تحول العقد، صاحب عبيد الفتلاوي، مكتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، ط١، ١٤١٨هـ: ١٤.

وغيرها، كل هذه تأخذ حكم الوصية فيما كان داخلاً في الثلث وما زاد فلا ينفذ الا بإجازة من الورثة[٢٠].

ومن الامثلة المعاصرة التي يمكن ان تطبق على نظرية العقد، البيع الذي يكون الثمن فيه تافها ويكون مكتوبا في ورقة رسمية، فالبيع باطل لتفاهة الثمن، ولكن هذا البيع يتضمن عناصر الهبة ففيه الايجاب والقبول وفيه التبرع لذلك يتحول البيع الباطل الى هبة صحيحة[٢١].

وبهذا نرى ان نظرية تحول العقد وتطبيقاتها مقررة عند الفقهاء المسلمين بل ذهبوا الى ابعد من ذلك حينما اقاموا التحول على اساس موضوعي بدلا من الاساس الذاتي، فالارادة لديهم تنشئ العقد فقط اما احكام العقود واثارها من الشارع لا من العاقد[٢٢].

المبحث الثاني

شروط تحول العقد في الفقه الإسلاميوأثاره

المطلب الأول: شروط تحول العقد في الفقه الإسلامي

ويشتمل على ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعرض العقد للبطلان ويشتمل على النقاط:

الأولى: مفهوم البطلان والغاية منه.

الثانية: أسباب البطلان.

---

[٢٠] المغني لابن قدامة ٨/٤٧٣-٤٧٤.

[٢١] نظرية العقد، عبد الرزاق احمد السنهوري، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت-لبنان: ٦٣٤-٦٣٥.

[٢٢] الموافقات للشاطبي ١/٢١٤، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق احمد السنهوري جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٧م: ٤/١٤٢.

الثالثة: مراتب البطلان.

الرابعة: تمييز البطلان عما يشتبه به.

الفرع الثاني: الإرادة في تحول العقد.

الفرع الثالث: موافقه العقد الباطل اركان عقد صحيح اخر او عناصره.

الفرع الأول: تعرض العقد للبطلان.

البطلان هو الد اعداء العقود اذ به يفقد العقد استقراره وتنعدم اثاره ويعتبر كأن لم يكن، وهذا البطلان يحدث نتيجة لتخلف عنصر من عناصر العقد او فقد لشرط من شروط صحته فكأنه جزاء يوقع نتيجة لاختلال في تكوين العقد.

وبطلان العقد هو المرحلة الاولى التي يمر بها تحول العقد وهو الركن الأساسي الذي يقوم عليه حتى ينتج اثره، فلو كان العقد صحيحا فانه لا يتم التحول حتى ولو تضمن عناصر عقد اخر وكانت ارادة المتعاقدين متجهة اليه، فمثلا لو ان هناك هبة صحيحة توفرت فيها شروط الوصية فان هذه الهبة لا تتحول الى وصية ولو كان المتعاقدان يؤثران الوصية على الهبة.

وايضا لابد ان يكون البطلان بطلانا كليا، اما اذا كان جزء منه باطلا فانه لا مجال لتحول العقد بل لانتقاصه اذا كان العقد قابلا للانقسام[٢٣].

وفي الحقيقة ان نظرية البطلان من النظريات الدقيقة التي كانت في كثير من مسائلها محل خلاف عند فقهاء الشريعة، لذا كان لابد لنا ان نسلط مزيدا من الضوء على هذه النظرية حتى نقف على تفصيلاتها وجزئياتها، وايضا بحكم اهميتها بالنسبة لموضوعنا (تحول العقد) لان مجاله هو العقد

[٢٣]نظرية العقد-السنهوري ٦٣٥، نظرية العقد، ادريس العلوي العبدلاوي، ط١، ١٤١٦هـ: ٥٨٢، ٥٨٣.

الباطل بطلانا كليا والمشتمل على عناصر واركان عقد اخر صحيح فكان واجبا علينا ان نعرف البطلان ونذكر اسبابه ونبين مراتبه وتميزه عما يشتبه به حتى تكون دراستنا لهذا الشرط دراسة واقيه وبها نعرف مجال التحول، وسوف يكون هذا الفرع ان شاء الله في ثلاث نقاط:

الأولى: مفهوم البطلان والغاية منه.

الثانية: اسباب البطلان.

الثالثة: مراتب البطلان.

الأولى: مفهوم البطلان والغاية منه.

احجم كثير من شراح القانون عن وضع تعريف للبطلان، في حين تصدى بعضهم لتعريفه، الا ان تعريفاتهم بينها اختلاف ولا تكاد تتفق فبعضهم يعرف بانه ((عدم الصحة او عدم النفاذ)) ومنهم من يعرف بانه ((جزاء تخلف شروط صحة العقد المؤدي الى انعدام اثرها)) وغيرها من التعريفات التي لا تكاد تسلم من النقد، ولعل السبب راجع في ذلك الى ان تحديد البطلان امر دقيق وصعب وذلك لان نظرية البطلان من المسائل المضطربة المعقده فيصعب ان يوضع للبطلان تعريف يجسم طبيعته بعمق، لذلك تجد كثيرا من شراح القانون يكتفي بذكر اسبابه امر مراتبه ويعرض عن ذكر تعريف له.

ويمكن ان يعرف البطلان بانه ((وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه ويحرمه من اثاره[٢٤]).

فبطلان العقد هو الجزاء الذي يرتبه المشرع على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة مستوفية لشرائطها ومؤداه انعدام اثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين

[٢٤]نظرية بطلان العقود وابطالها في قانون الالتزامات والعقود، شكري احمد السباعي، المطبعة المثالية، الرباط، ١٩٧١م: ١١.

وبالنسبة الى الغير، فالعقد له اركان ثلاثة، التراخي والمحل والسبب، ولكل شروط معينة يجب توافرها، فاذا تخلف ركن او شرط من شروطه فان العقد يكون باطلا أو قابلا للابطال على التفصيل الذي سنذكره ان شاء الله[٢٥].

اما في الفقه الاسلامي فقد قسم العقد من حيث الصحة والبطلان الى صحيح وباطل عند جمهور العلماء والباطل هو ((التصرف الذي لا يترتب عليه اثره وذلك لعدم مشروعيته سواء باصله أو بوصفه))[٢٦].

ونظرية البطلان في الفقه الاسلامي اوسع نطاقاً من نظيرتها في القانون المعاصر، ذلك لان العقد في الفقه الاسلامي اكثر تدريجاً منه من حيث المشروعية وعدمها في القانون فهو يتدرج من البطلان الى الفساد، ثم من الفساد الى الوقف، ثم من الوقف الى النفاذ، ثم من النفاذ الى اللزوم، فنظرية البطلان في الفقه الاسلامي تمتد الى مدى ابعد، اذ يدخل فيها الغاء العقد وعدم نفاذه في حق الغير وفسخه وانفساخه، بل يدخل فيها كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف[٢٧].

ومن هذا نستنتج ان البطلان هو جزاء يوقع نتيجه لمخالفة المتعاقدين للقواعد والانظمة سواء كانت شرعية او قانونية وانه يحقق اهداف وغايات متعددة باعتباره وصفا واحدا يلحق بالتصرف المعيب ويحرمه من اثاره فتارة

---

[٢٥] بطلان التصرف القانوني- جميل الشرقاوي ٥٣-٦٧، نظرية بطلان العقود وابطالها- احمد السباعي ٦-١١.

[٢٦] اصول السرخسي ١٨٠/١، ارشاد الفحول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت١٢٥٠هـ) تحقيق: محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ: ١٩٣/١، تبيين الحقائق- الزيلعي ٤٤/٤، التنبيه ، ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ابو اسحاق (ت٤٧٦هـ)، تحقيق: عماد الدين احمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٣: ٨٨/١، الملكية ونظرية العقد- لابي زهرة ٤١٠.

[٢٧] مصادر الحق- للسنهوري ١٢٤/٤.

يكون اداة تخويف وزجر وتارة يكون وسيلة مراقبة وتارة يكون وسيلة حماية وتارة يكون جزاء لمخالفة الضوابط والقواعد القانونية[٢٨].

الثانية: أسباب البطلان.

سبق وان عرفنا ان البطلان هو وصف يلحق التصرف القانوني لعيب فيه فيحرمه من اثاره ومن هنا يتبين لنا ان السبب الاساسي للبطلان هو كل خلل او نقص يلحق بالعقد فيجعله معيبا بحيث تنعدم اثاره.

وفي شأن تأصيل البطلان في القانون الوضعي يقول شراح القوانيين بانه يجب لانعقاد العقد توافر اركان ثلاثة، وهي: الرضا والمحل والسبب، وكذلك هناك ركن رابع وهو الشكل في العقود الشكلية او التسليم في العقود العينية، ويرتبون على انعدام احد هذه الاركان انعدام العقد وهذا ما يسمى (بالانعدام)، ويجعلون لركني المحل والسبب شروطا هي: ان يكون المحل ممكنا ومعيناً أو قابلاً للتعين ومشروعاً وان يكون السبب موجودا ومشروعاً ويرتبون على اختلال اي شرط من هذه الشروط سواء في المحل او السبب ان يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا يسمى (بالبطلان المطلق).

ويجعلون لركن الرضا شروطاً لانعقاده وشروطا اخرى لصحته، وشروط انعقاده هي التمييز لدى العاقدين، وتقابل الايجاب والقبول وتطابقها، اما شروط الصحة فهي صدوره من ذي اهله وخلوه من عيوب الارادة وهي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال والغبن بحيث اذا اختل شرطا من شروط الانعقاد فان العقد يبطل بطلانا مطلقا، اما اذا اختل شرط من شروط الصحة فان

[٢٨]نظرية بطلان التصرف القانوني- جميل الشرقاوي ٥٣-٦٧، نظرية بطلان العقود وابطالها- احمد السباعي ٦-١١، تحويل العقد- للفتلاوي ٢٨-٣١.

العقد يبطل بطلانا نسبيا وهذا ما يسمى (بالبطلان النسبي)، وهذا التأصيل وفقاً للنظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي)[٢٩].

ويمكن ان يعتبر من اسباب البطلان مخالفة القواعد القانونيه التي ترتب البطلان نتيجة لهذه المخالفة، فقد يكون البطلان جزاء لتخلف شرط خاص يتطلبه القانون.

ويمكن ان يعتبر من اسباب البطلان الغش الذي يستخدم كوسيله للاضرار بحقوق الغير، او كان الغرض منه الاحتيال على القانون، او الهروب من حكم يتعلق بالنظام العام.

هذه هي جملة الأسباب المعروفة للبطلان، وقد اظهرت التطورات الاقتصادية اسبابا جديدة للبطلان تختلف عن الأسباب المعروفة، فيمكن ان يدخل في دائرة البطلان العقود التي تخالف ما تقتضيه المصلحة، او المخالفة لمقتضيات الاقتصاد الموجه وغير ذلك من الأسباب التي تستجد وفقا لما تقتضيه التطورات الاقتصادية والمعاملات الحديثة[٣٠].

اما في الفقه الإسلامي فقد سبق وان عرفنا ان العقد الباطل عند جمهور العلماء هو: التصرف الذي لا يرتب عليه اثره وذلك لعدم مشروعيته سواء باصله او بوصفه[٣١].

---

[٢٩] مصادر الحق للسنهوري ٨٤/٤، نظرية بطلان العقود وابطالها- السباعي ١١.

[٣٠] نظرية العقد- عاطف النقيب ٣٤٦، ٣٤٧، تحويل العقد- للفتلاوي ٣١-٣٤، نظرية بطلان التصرف القانوني ١٨٥ وما بعدها.

[٣١] اصول السرخسي، ابو بكر محمد بن احمد ابي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت: ١٨٠/١، ارشاد الفحول ١٩٣/١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ: ٤٤/٤، الملكية ونظرية العقد لابن زهرة ٤١٠، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي، محمد مصطفى شلبي، مطبعة دار التأليف، الاسكندرية، ١٩٥٦م: ٣٦٣.

وبناء عليه فان العقد اذا فقد ركنا من اركانه او اختل شرط من شروطه فان العقد يبطل وتنعدم اثاره الشرعية.

اما اذا اردنا ان نؤصل نظرية البطلان في الفقه الاسلامي فنجد ان العقد يقوم على اركان ثلاثة: الصيغة والعاقدان والمحل وكل ركن من هذه الاركان يشترط له شروط معينة فالصيغة يشترط لها ان تتم بايجاب وقبول متطابقين وان يكون ذلك في مجلس العقد، والعاقدان يشترط لها التعدد اي بان يكون في العقد ارادتين وايضا التمييز ممن يصدر منه الايجاب او القبول، اما المحل فيشترط له ان يكون موجودا او ممكنا اي مقدورا على تسليمه وان يكون معينا او قابلا للتعين، وان يكون صالحاً للتعامل فيه بان يكون مالا متقوما مملوكا مباحا، فاذا اختل احد هذه الاركان او الشروط فان العقد يكون باطلا.

وقد يبطل العقد لاسباب اخرى غير اختلال هذه الاركان وهذه الشروط كان يكون السبب غير مشروع، او يكون العقد خالياً من الرضا، او يكون الرضا مشوبا بعيب من العيوب التي تحدث خللا فيه كالاكراه والغلط والتدليس والغبن والتغرير[٣٢].

الثالثة: مراتب البطلان.

بعد ان عرفنا اسباب البطلان، ورأينا ان البطلان ليس قسما واحداً في كل الاحوال، بل ترى له انواعاً تتدرج في الشده وذلك راجع الى اختلاف العيوب والاسباب التي تؤدي اليه فمن العيوب ما يؤدي الى حرمان التصرف تماما من وجوده وهو الانعدام ومنها ما يجعله باطلا بطلانا مطلقاً، ومنها ما يجعله باطلا بطلانا نسبياً، هذا هو التقسيم الثلاثي للبطلان.

---

[٣٢] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتاب العربي ط٢، ١٩٨٢: ١٣٦/٥-١٤٧، مصادر الحق للسنهوري ١٢٥/٤-١٢٦، مصادر الالتزام- عبد المجيد الحكيم ٢٩٩ وما بعدها.

وتقسيم البطلان على الصوره السابقة ليس مسلماً به عند شراح القوانين بل اخذت اراؤهم اتجاهات عديدة، فمنهم من يرى ان البطلان على قسمين مطلق ونسبي وهذا هو التقسيم الثنائي ومنهم من ذهب الى اتجاه آخر وهو الاخذ بمبدأ التعدد في البطلان حسب ما تقتضيه الحال والرأي الاخير وقف ضد هذا وذلك، حيث لا يقر التدرج في البطلان بل يرى بان البطلان درجه واحده لا غير فالعقد اما صحيح واما باطل[٣٣].

اما موقف الشريعة الاسلامية من مراتب البطلان:

فقد عرفنا فيما سبق ان العقد عند جمهور الفقهاء ينقسم من حيث الصحة والبطلان الى عقد صحيح وعقد باطل، وان العقد الباطل هو ((التصرف الذي لا يترتب عليه اثره وذلك لعدم مشروعيته سواء باصله أو بوصفه)).

بخلاف الحنفية الذين ذهبوا الى اثبات قسم بين الصحيح والباطل وسموه بالفاسد، فالباطل عندهم ((ما لا يكون مشروعاً لا باصله ولا بوصفه)) اما الفاسد فهو ((ما كان مشروعا باصله لا بوصفه))[٣٤] واذا اردنا ان نقابل الفقه الاسلامي بالقانون الوضعي في تعدد مراتب البطلان، لوجدنا ان الفقه الاسلامي اكثر تدرجا من القانون الوضعي في ذلك فنجد ان العقد الباطل في الفقه الاسلامي يقابله العقد الباطل في القانون الوضعي وهما سواء.

ونجد ان الفقه الاسلامي عنده العقد الفاسد وهو القسم الذي اوجده الحنفية، بخلاف القانون الوضعي فلا تجد عنده ما يقابل هذا القسم لان البطلان

---

[٣٣]نظرية بطلان التصرف القانوني-جميل الشرقاوي ٣٣٠-٣٣١، مصادر الحق-السنهوري ٨٤/٤-٨٨.

[٣٤]اصول السرخسي ١٨٠/١، ارشاد الفحول- الشوكاني ١٩٣/١، تبيين الحقائق-الزيلعي ٤٤/٤، التنبيه ، ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ابو اسحاق (ت٤٧٦هـ)، تحقيق: عماد الدين احمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٣: ٨٨/١، الملكية ونظرية العقد- لابي زهرة ٤١٠، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي- شلبي ٣٦٣.

عنده اما مطلقاً وهو ما يقابل العقد الباطل، واما نسبياً او القابل للابطال وهو عقد صحيح لا يقابل العقد الفاسد.

وايضا نجد الفقه الاسلامي يعرف العقد الموقوف ولا نجد له نظيراً في القانون الوضعي، ويمكن ان يقابله في بعض الحالات العقد القابل للابطال[٣٥].

المطلب الثاني: اثار تحول العقد في الفقه الإسلامي.

تمهيد:

بعد ان عرفنا الشروط اللازمة لتحول العقد الباطل الى عقد صحيح جديد، وانه متى ما استوفيت هذه الشروط فان العقد الجديد يكتسب القوة تمكنه من ترتيب اثاره الشرعية.

واثار التحول ستختلف بالتأكيد تبعا لاختلاف المبادئ التي تقوم عليها العقد، فنجد انه في الشريعة الاسلامية وان كان العاقدان لهما الحرية في انشاء العقود الا ان احكام العقود واثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعاقد ينشيء العقد فقط ولكن لا ينشيء الاثار، وتبعا لذلك نجد ان اثار التحول ستخضع لحكم الشارع الذي يعرف مصالح العباد اكثر من معرفة الافراد لها[٣٦]، ان الشريعة الاسلامية تجعل للعاقدين الحرية في انشاء العقود.

اما اثار العقود فانها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعاقد ينشيء العقد فقط ولكن لا ينشيء الاثار، وعليه تكون اثار التحول مردها الى الشارع الحكيم دون الرجوع الى نية المتعاقدين او ارادتهما وبالتالي هذه الاثار تكون مأطوره باطار الموافقة وعدم المخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية.

---

[٣٥] مصادر الحق- للسنهوري ٢٦٦/٤، نظرية بطلان العقد في الفقه الاسلامي- محمد حسين ٧٩ وماظظزع بعدها.

[٣٦] الموافقات- الشاطبي ٢١٤/١.

ونجد ان هذا المبدأ القائم في الفقه الاسلامي وهو ان اثار العقود واحكامها لا تكون الا بحكم الشارع وان حرية المتعاقدين دائرة في انشاء العقود لا في اثارها مبين وموضح في كتب علماء الشريعة وفي هذا الخصوص يقول الشاطبي: المسالة التاسعة ما ذكر في هذه المسائل من ان المسببات غير مقدوره للمكلف وان السبب هو المكلف به اذا اعتبر ينبني عليه امور: احدهما ان متعاطي السبب اذا اتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد ان لا يقع مسببه فقد قصد محالا وتكلف رفع ما ليس له رفعة ومنع ما لم يجعل له منعة فمن عقد نكاحا على ما وضع له في الشرع او بيعا او شيئا من العقود ثم قصد ان لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه، فقد وقع قصده عبثا ووقع المسبب الذي أوقع سببه[٣٧].

ثم اورد الشاطبي رحمه الله على هذا الكلام اشكالا من وجهين احدهما:

ان اختيار المكلف وقصده شرطا في وضع الاسباب فاذا كان اختياره منافيا لاقتضاء الاسباب لمسبباتها كان معنى ذلك ان الاسباب لم يتعاطها المكلف على كمالها بل مفقوده الشرط وهو الاختيار فلم تصح من جهة فقد الشرط فيلزم ان تكون المسببات الناشئة عن الاسباب غير واقعة لفقد الاختيار.

ثم اجاب عن ذلك الشاطبي بقوله: ((ان الفرض انما هو في موقع الاسباب بالاختيار لان تكون اسباب لكن مع عدم اختياره للمسبب وليس الكلام في موقعها بغير اختيار، والجمع بينهما ممكن عقلا لأن احدهما سابق على الآخر فلا يتنافيان كما اذا قصد الوطء واختاره وكره خلق الولد او اختار وضع البذر في الارض وكره نباته او رمى بسهم صوبه على رجل ثم كره ان يصيبه وما اشبه ذلك فكما يمكن اجتماعهما في العاديات فكذلك في الشرعيات[٣٨].

---

[٣٧] الموافقات ٢١٤/١.
[٣٨] الموافقات ٢١٦/١.

ويقرر هذا المبدأ ايضا العلامة ابن تيمية بقوله: ((فكما أن أفعالنا في الاعيان من الاخذ والزكاة الاصل فيها الحل وان غير حكم الملك له، فكذلك افعالنا في الاملاك والعقود ونحوها الاصل فيها الحل، وان غيرت حكم الملك له، ولسبب ذلك ان الاحكام الثابتة بافعالنا، كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن احدثنا اسباب تلك الاحكام والشارع اثبت الحكم لثبوت سببه منا[٣٩].

وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من الشارع لا من العاقد فإفاد، البيع نقل الملكية من البائع للمشتري، واستحقاق البائع للثمن، وغير ذلك من الاحكام ليس ذلك من ذات الايجاب والقبول وما وراءهما من اراده العاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط، ولكن لهذا، ولان الشارع جعل ذلك العقد طريقا لثبوت هذه الاثار وتلك الاحكام بأمرين:

اولهما: اذن عام من الشرع يجعل الرضا طريقا لانشاء الحقوق والواجبات وانتقالها، وذلك في الاصل العام في قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾[٤٠].

ثم اوجب الوفاء بالعقود وتنفيذ احكامها في قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[٤١].

ثانيهما: ان الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراً له يثبت اذا توافرت اركانه، وتحققت شروطه، وليس للعاقد ان يتخلص من ذلك المقتضى بشرط يشترطه، قبل العقد او في اثنائه ما لم يرد اذن من الشارع بذلك واقرار

---

[٣٩]الفتاوى، لشيخ الاسلام تقي الدين احمد بن تيمة الهراني (ت٧٢٨هـ) دار الوفاء – مصر ،ط٢، ٢٠١م: ٤٨٤/٣.

[٤٠]سورة النساء/آية ٢٩.

[٤١]سورة المائدة/آية ١.

منه له، سواء اكان ذلك اذنا عاما شاملا، ام اذنا خاصا باقرار ذلك الشرط بعينه، وكذلك ليس له ان يزيد على المقتضى الا باذن من الشارع[٤٢].

ومما تقدم نستنتج ان اثار العقود بشكل عام صحيح هام باطله لا تخضع لاراده المتعاقدين في الشريعة الاسلامية، بل تخضع لاحكام الشارع فاذا كانت مخالفة لاحكام الشارع فانها تعد باطلة لا قيمة لها.

وهذا المبدأ القائم في الشريعة الاسلامية لا يعني اهدار ارادة المتعاقدين واهمال رضاهما، بل العكس صحيح، اذ ان الرضا في العقود له سلطان قوي في احكام العقود واثارها الا ان هذا السلطان مستمد باذن عام من الشارع الحكيم الخبير بمصالح الناس[٤٣].

وبما ان اثار تحول العقد هي من جملة اثار العقود ووفقاً للمبدأ القائم في الفقه الاسلامي وهو ان اثار العقود مرهونة بعدم مخالفتها لاحكام الشريعة الاسلامية، ينبغي ان تخضع اثار التحول لاحكام الشريعة الاسلامية وهو ما يعرف في القانون الوضعي بالنظام العام علماً بان دائرة النظام العام في الفقه الاسلامي اوسع منها في القوانين الوضعية، فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه الدائرة في الفقه الاسلامي، فالاصل اذن في الفقه الاسلامي هو حرية التعاقد في حدود النظام العام، الا ان كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق هذه الحرية[٤٤].

المبحث الثالث

تطبيقات على تحول العقد في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي مليء بالنماذج والتطبيقات على مسالة تحول العقد فالامثلة عليه مثبوتة في كتب الفقهاء وبخاصة في كتب المعاملات، وان دل هذا

[٤٢] المكلية ونظرية العقد- لابي زهرة ٢٥١، ٢٥٢.
[٤٣] المكلية ونظرية العقد- ابو زهرة ٢٥٦.
[٤٤] مصادر الحق في الفقه الاسلامي- للسنهوري ٨١/١.

على شيء فانما يدل على حرص الشريعة الاسلامية على تصحيح العقود بقدر المستطاع، والتقليل من حالات البطلان وما لها من تأثير سلبي على سير عجلة الاقتصاد في المجتمع، وكل ذلك مأطور بإطار الموافقة وعدم المخالفة لاحكام الشريعة الإسلامية.

ولاشك ان عرضنا لبعض النماذج والتطبيقات فضلا عن اعطاء القارئ الكريم تصوراً كاملا عن عملية تحول العقد، فانها تكون دليلا وشاهدا له من بين الادلة الكثيرة على شموليه هذه الشريعة ومواكبتها لكل زمان ومكان، فقد سبق الفقه الإسلامي جميع الأنظمة والقوانين الوضعية في كثير من مجالات الحياة ومنها مجال اعمال تحول العقود الباطلة مما يدحض حجه القائلين بان الشريعة الاسلامية لا تواكب العصر الحاضر.

وفي الحقيقة ان التطبيقات الفقهية على عملية تحول العقد وان كانت كثيرة الا انها قلت بسبب تركيزنا في هذا البحث على العقود المالية، وبالتالي سوف يكون عرضنا لنماذج وتطبيقات على عقود مالية فقط، وسوف يكون وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: تحول عقد السلم إلى عقد بيع والعكس.

المطلب الثاني: تحول عقد الهبة إلى عقد بيع والعكس.

المطلب الثالث: تحول عقد المضاربه إلى عقد قرض الى عقد سلم.

المطلب الأول: تحول عقد السلم الى عقد بيع والعكس.

المسالة الأولى: تحول عقد السلم الى عقد بيع:

السلم لا يصح الا بشروط ومن شروطه: كون المسلم فيه دينا في الذمة، لكن لو كان المسلم فيه عينا كأن يقول: اسلمت اليك هذه السيارة في هذا المنزل، هل يبطل العقد ام انه يتحول الى بيع لكونه يتضمن معنى البيع؟[٤٥]

هذه المسالة محل خلاف بين العلماء ولهم فيها قولان:

القول الاول: انه اذا كان المسلم فيه عينا لم يصح العقد وهو قول الجمهور من الحنفية، والمالكية، والاظهر عند الشافعية، وهو راي الحنابلة[٤٦].

القول الثاني: انه اذا كان المسلم فيه عينا فيبطل كونه سلماً، ويتحول الى عقد بيع ويصح، وذلك تبعا للمعنى لا للفظ، وهو قول للشافعية[٤٧].

ولعل الارجح والله اعلم انه ينعقد بيعا نظراً للمعنى الذي قصده المتعاقدان فالمعنى معنى البيع لتوافر شروطه واركانه، والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ وتصحيح العقود اولى من ابطالها وفيه توسعه للمسلمين وامضاء لمعاملاتهم[٤٨]، وبهذا الترجيح نرى كيف تمت عملية التحول بعد ان توفرت شروطه، حيث توفر الشرط الاول وهو بطلان العقد الاصلي وهو هنا عقد السلم لاختلال شرط من شروطه، ثم توفر الشرط الثاني وهو اشتمال العقد الاصلي على عناصر عقد صحيح اخر حيث اشتمل عقد السلم على عناصر عقد البيع الصحيح، اما الشرط الثالث وهو اتجاه ارادة المتعاقدين الى العقد الصحيح فلا مجال لاشتراطه في الفقه الاسلامي لان اثار العقود تكون من الشارع لا من العاقد.

---

[٤٥]، بدائع الصنائع ٢٠١/٥،الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، شرف الدين موسى الحجاوي والمقدسي، دار المعرفة، بيروت: ١٣٣/٢

[٤٦]بدائع الصنائع: ٢٠٢/٥، حاشية الدسوقي ٢١٠/٣، روضة الطالبين ٦/٤، المغني ٣١٠/٤.

[٤٧]روضة الطالبين: ٦/٤، مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت: ١٠٤/٢.

[٤٨]تحول العقد واثره-للحفظي ٢٨٢/١.

المسالة الثانية: تحول عقد البيع الى عقد السلم.

اذا قال: بعتك خمسه عشر وسقا[٤٩] من البر سة ألف دينار حالة هل يتحول البيع الى السلم؟ اختلف العلماء في هذه الصورة[٥٠] ولعل الارجح ان العقد يتحول الى عقد سلم فاذا قال المسلم اليه: بعت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم: قبلت، انعقد سلماً، فتحول من بيع الى السلم وذلك لان السلم بيع فينعقد بلفظ البيع[٥١]، ولان اطلاق البيع على السلم اطلاق له على ما يتناوله وقد جاء مستوفيا لشروطه وهو نوع من البيع والعبرة في العقود بالمعاني لا بالفاظ[٥٢].

المطلب الثاني: تحول عقد الهبة الى عقد بيع والعكس.

المسالة الاولى: تحول عقد الهبة الى عقد بيع:

اذا شرط في الهبة العوض مثل ان يقول: وهبتك هذه السيارة على ان تعوضني هذا المنزل، فهنا هل يصح العقد ويتحول من عقد هبه الى عقد بيع ام ان العقد يبطل؟

اختلف العلماء في هذه المسالة على قولين:

القول الاول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية، والمالكية، وقول للشافعية، ورأى للحنابلة، الى ان الهبه اذا كانت بشرط العوض وكان العوض معلوما فان العقد يصح ويتحول من عقد هبة الى عقد بيع وذلك لان الهبه بشرط

---

[٤٩] الوسق يعادل ستون صاعاً، القاموس المحيط، مجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب الشافعي (ت ٨١٧هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ: ٨٣٥، المصباح المنير ٣٤٠.

[٥٠] بدائع الصنائع ٢٠١/٥، مغني المحتاج ١٠٤/٢، المحلى لابن حزم ١٠٥/٩.

[٥١] بدائع الصنائع ٢٠١/٥.

[٥٢] تحول العقد واثره للحفظي ٢٨٥/١.

معاوضه فصح كما لو قال: بعتك والعبرة في العقود للمعاني للالفاظ والمباني[٥٣].

القول الثاني: ان عقد الهبة يبطل اذا شرط فيه العوض وهو قول للشافعية، وراي ابن حزم[٥٤].

ولعل الارجح والله اعلم هو القول بان عقد الهبة يصح ويتحول الى عقد بيع وتطبق عليه احكام البيوع وذلك لان العبرة في العقود بالمعاني لا الفاظ والمباني، ولان فيه تيسير وتسهيل للمسلمين في معاملاتهم، والشريعة داعية الى ذلك دائماً.

المسالة الثانية: تحول عقد البيع الى عقد هبه:

لو قال شخص لاخر بعتك هذه السيارة مجانا بلا ثمن وقال الاخر اشتريت وقبض المبيع، هل يصح العقد ويتحول الى هبة؟

اختلف العلماء في ذلك[٥٥] ولعل الارجح والله اعلم ان العقد يصح ويتحول الى هبه، وذلك لان العبره بالمعنى لا باللفظ ولان تمليك العين في الحال غير عوض هو تفسير الهبه.

المطلب الثالث: تحول عقد المضاربه الى عقد قرض:

اذا قال في عقد المضاربه رب المال للعامل خذ المال والربح كله لك وشرط عليه ذلك هل يتحول عقد المضاربه الى عقد قرض؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة اقوال:

---

[٥٣] تبيين الحقائق ١٠٢/٥، حاشية الدسوقي ١٨٠/٤، المهذب، ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت: ٤٤٧/١، ٤٤٨، الكافي ٤٦٨/٢.

[٥٤] المهذب ٤٤٧/١، ٤٤٨، المحلى ١١١/٩.

[٥٥] الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، زيد الدين بن ابراهيم بن نجيم، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة- الرياض، ط٢، ١٤١٨هـ: ٢٠٨، الاشباه والنظائر- للسيوطي ١١٢.

القول الاول: انه لو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضاً فيتحول عقد المضاربه الى عقد قرض وهو قول الحنفية والمالكية[٥٦].

القول الثاني: انه اذا اشترط رب المال المضارب ان الربح كله للعامل فهو عقد مضاربة فاسد وهو قول للشافعية ورأي الحنابلة[٥٧].

القول الثالث: انه اذا شرط الربح كله للعامل كان عقد مضاربة صحيح وهو قول الامام مالك، وهو قول الشافعية[٥٨].

ولعل الارجح ان العقد يتحول من عقد مضاربه الى عقد قرض، وذلك لان كل ربح لا يملك الا بملك راس المال فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال، ثم اذا قال له: مضاربه كانه شرط عليه رد راس المال فيكون ذلك قرضا[٥٩]، ولان العقد يقع عقد فرض مستوف لشروطه واركانه، وتصحيح العقود اولى من ابطالها.

المطلب الرابع: تحول عقد الاستصناع الى عقد سلم لو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها فان العقد يتحول الى عقد سلم، لانه لا يتعامل في الثياب وقد جوز الاستصناع استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل في الثياب، ولانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح[٦٠].

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والحمد لله الذي اعانني على اكمال هذا البحث واتمامه، فما كان فيه من صواب فمن الله وما كان فيه من خطأ او نقص فهو مني، واستغفر الله واتوب اليه.

وفي نهاية هذا البحث المتواضع اريد تذييله بهذه الخاتمة التي تضم في محتواها ابرز ما توصلت اليه من نتائج:

---

[٥٦] الاشباه والنظائر- ابن نجيم ٢٠٨، حاشية الدسوقي ٥٢٣/٢.
[٥٧] مغني المحتاج ٣١٢/٢، الاقناع ٢٦٠/٢.
[٥٨] مغني المحتاج ٣١٢/٢، المغني ٣٥/٥.
[٥٩] المبسوط ٢٢-٢٤.
[٦٠] بدائع الصنائع ٣/٥، تبيين الحقائق ١٢٤/٤.

١- انه يقصد بتحول العقد في الفقه ان العقد الذي حكم ببطلانه بطلانا كليا، وكان مشتملاً على عناصر عقد صحيح اخر، فان العقد الباطل الاصلي يتحول الى العقد الصحيح الجديد، وبناء عليه تطبق على العقد احكام العقد الجديد وتترتب عليه اثاره الشرعية.

٢- ان الفقه الاسلامي له الاسبقية في الاخذ بفكرة تحول العقد فهي موجودة في كتب الفقهاء في العصور المتقدمة قبل ان يخرجها شراح القوانين على هيئة نظرية في حين لم تولد هذه الفكرة في النظام الا في القرن التاسع عشر.

٣- انه لابد لقيام عملية تحول العقد من شروط ثلاثة:

الأول: بطلان العقد الاصلي ولابد ان يكون البطلان بطلانا كاملا.

الثاني: اشتمال العقد الاصلي على عناصر عقد اخر صحيح، ولا يشترط على الارجح ان يكون للعقد الاصلي نوعا يختلف عن العقد الجديد فيكفي ان يميز العقد الجديد عن العقد الباطل اي تغير ما ولا يعني الاشتمال باي حال من الاحوال الاحتواء، وانما يكفي فيه التوافق، ومعناه ان يكون هناك رابطه بين العقدين توصف برابطه الغرض والغاية التي قصدها المتعاقدان.

الثالث: اتجاه الارادة الى اعمال التحول، ففي الفقه الاسلامي عب بارادة المتعاقدين لان دورها مقصور على انشاء العقود، اما مقتضيات العقود واحكامها فيرتبها الشارع الحكيم وعلى هذا تتسع صلاحيات القاضي في اعمال التحول.

٤- ان اثار التحول تختلف تبعا لاختلاف المبادئ التي يقوم عليها العقد، فنجد في الفقه الاسلامي ان العاقدان وان كان لهما الحرية في انشاء العقود الا ان احكامها واثارها تكون من الشارع لا من العاقد ونجد في القوانين الوضعية ان ارادة المتعاقدين كما ان الحرية في انشاء العقود لها الحرية كذلك في ترتيب الاثار والاحكام ما لم تخالف النظام العام الاداب العامة.

هذه ابرز النتائج التي توصلت اليها في هذا البحث المتواضع، وان كانت مقصوره على ما له علاقة مباشرة بموضوع تحول العقد.

Conclusion

Thank God that His grace is righteous deeds, and praise be to God who helped me to complete this research, what was in it from the right, it is God and what was in it from error or lack of it to me, and ask forgiveness of Allah and repent to Him.

At the end of this simple research I want to appendix it to this conclusion, which includes highlights of its findings:

1 - that he intended to shift the contract in the Quran, which ruled that the contract which is invalid entirely, and it was having on the last elements of a valid contract, the original contract wrong turn into the new contract right, and accordingly applied the provisions of the contract and the new contract carries its effects legitimacy.

2 - Islamic jurisprudence that has precedence in taking the idea of turning contract they are found in the books of scholars in the Middle Ages developed by commentators laws that give it the form of the theory while not generate this idea in the system, till the nineteenth century.

3 – There are three conditions have to followed to do a process of transformation of the valid of contract:

First: the invalidity of the original contract, and we must be complete invalidity .

Second: the inclusion of the original contract on the elements of another contract properly, and do not require the more likely to be with the original somewhat different from the new contract is sufficient to distinguish the new contract for contract falsehood any change that does not mean the inclusion in any way containment, but enough where compatibility, and its meaning that there is a link between the past and the purpose of the Association

described the purpose intended by the contracting parties.

The third: direction will to transformational work, in Islamic jurisprudence divisions will of contractors because its role is limited to the creation of contracts, either the requirements and provisions of contracts Firtbha street wise and this expands the powers of the judge in the work shift.

4 - The effects of transformation vary depending on the different principles underlying the contract, we find in Islamic jurisprudence that Akdan though for them the freedom to set up contracts, but the rulings effects be from the street rather than knitter and find the the positive laws that the will of the contractors as the freedom to set up contracts her freedom as well as in the order of effects and judgments unless contrary to public order, public morals.

The most prominent of these findings in this simple research, though limited to what is directly related to the subject of transformation of the contract.

المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم**

١- احكام القران، ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ) تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث- بيروت ١٤٠٥هـ.

٢- ارشاد الفحول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت١٢٥٠هـ) تحقيق: محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤١٢.

٣- الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، زيد الدين بن ابراهيم بن نجيم، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة- الرياض، ط٢، ١٤١٨هـ.

٤- الاشباه والنظائر، جلال عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، ط٣، ١٤١٧هـ.
٥- اصول السرخسي، ابو بكر محمد بن احمد ابي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت.
٦- الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، شرف الدين موسى الحجاوي والمقدسي، دار المعرفة، بيروت.
٧- الاموال ونظرية العقد، محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، مدينة نصر، مصر، ١٤١٧هـ.
٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، دار المعرفة، بيروت، ط٢.
٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتاب العربي ط٢، ١٩٨٢.
١٠- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.
١١- تحول العقد واثره في الفقه الاسلامي، عبد القادر بن سليمان الحفظي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الامام محمد بن مسعود، ١٤١٥.
١٢- تحول العقد، صاحب عبيد الفتلاوي، مكتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، ط١، ١٤١٨هـ.
١٣- التنبيه ، ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي ابو اسحاق (ت٤٧٦هـ)، تحقيق: عماد الدين احمد حيدر، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٣.
١٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ.
١٥- روضة الطالبين، الامام ابن زكريا يحيى شرف الدين النووي (ت ٦٧٦هـ)، المكتب الاسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.
١٦- شرح القواعد الفقهية، احمد محمد الزرقاء (ت ١٣٥٧هـ)، دار القلم، دمشق، ط٢.
١٧- القاموس المحيط، مجد الدين ابو طاهر محمد بن يعقوب الشافعي (ت ٨١٧هـ)، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.

١٨- القواعد في الفقه الاسلامي، زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن رجب، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة.
١٩- لسان العرب، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور (ت٧١١هـ)، دار بيروت للطباعة، بيروت، ١٩٥٥.
٢٠- المبسوط، شمس الدين ابو بكر محمد بن احمد السرخسي، دار المعرفة.
٢١- مجلة الاحكام الشرعية، احمد بن عبد الله القارئ، تحقيق: عبد الوهاب ابو سليمان- محمد ابراهيم علي، تهامة- جده، ١٤٠١هـ.
٢٢- المحلى، ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم، دار الافاق الجديدة، بيروت.
٢٣- مختار الصحاح، زين الدين محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٦٦هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٤١٨هـ.
٢٤- المدخل لدراسة الفقه الاسلامي، محمد مصطفى شلبي، مطبعة دار التأليف، الاسكندرية، ١٩٥٦م.
٢٥- مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق احمد السنهوري جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.
٢٦- المصباح المنير، احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، اعتنى بها: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ.
٢٧- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مجمع اللغة العربية القاهرة- مصر، ط٣، ١٩٨٥م.
٢٨- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس زكريا ، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون ، طبعة اتحاد كتب العرب
٢٩- مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
٣٠- المغني، موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: عبد الله التركي- عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ.
٣١- المهذب، ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت.
٣٢- نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق حسن فرج، جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٦٨م.

٣٣- نظرية العقد، ادريس العلوي العبدلاوي، ط١، ١٤١٦هـ.
٣٤- نظرية العقد، عاطف النقيب، منشورات دويدان، بيروت ١٩٨٨م.
٣٥- نظرية العقد، عبد الرزاق احمد السنهوري، المجمع العلمي العربي الاسلامي، بيروت- لبنان.
٣٦- نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي، د.محمد حسنين المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٨م.
٣٧- نظرية بطلان العقود وابطالها في قانون الالتزامات والعقود، شكري احمد السباعي، المطبعة المثالية، الرباط، ١٩٧١م.
٣٨- الوسيط في نظرية العقد، عبد المجيد الحكيم، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.