



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الجامعة العراقية
كلية العلوم الإسلامية



مجلة
العلوم الإسلامية
مجلة علمية فصلية محكمة

«ملحق العدد السادس والعشرون»

كانون الأول

١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م

مجلة العلوم الإسلامية

مجلة علمية، محكمة فصلية، تصدرها كلية العلوم الإسلامية في الجامعة العراقية في بغداد «العراق» وتعنى بنشر المقالات، والبحوث، والدراسات الأصلية، والمبتكرة، والتطبيقية في الفروع الإسلامية، والعلمية، والتربوية كافة، بعد أن تخضع للمراجعة والتقويم من الخبراء والمختصين في داخل العراق وخارجه.

وتشترط المجلة: أن تكون المشاركة المقدمة إليها للنشر غير منشورة سابقاً في مجلة أو دورية أخرى. يقصد من هذه المجلة: أن تمثل منتدى لاختصاصات إسلامية، وعلمية متعددة، ضمن مجتمع البحث العلمي في العراق.

وتهدف المجلة: إلى نشر المعرفة، وتوفير المراجع، والمصادر المقومة في الفروع: الإسلامية، والعلمية، والتربوية، وكذلك إيجاد قنوات للتواصل بين الأكاديميين، والخبراء، والباحثين، وصناع القرار، والقائمين على تنفيذه في ميدان الاختصاص.

* * *

مجلة العلوم الإسلامية مجلة علمية فصلية محكمة تصدرها كلية العلوم الإسلامية في الجامعة العراقية

العراق - بغداد

الترقيم الدولي:

(issn/2225-9732)

معامل التأثير العربي:

L20/659ARcif

البريد الإلكتروني:

إميل المجلة:

journalislamicsciences@gmail.com

إيميل مدير التحرير:

dr.salahhemeed@gmail.com

شروط النشر

- ترحب أسرة مجلة العلوم الإسلامية بالباحثين والدارسين، ويسرها نشر بحوثهم، ضمن الشروط الآتية:
- يشترط أن يكون البحث رصيناً علمياً، مراعيًا معايير البحث العلمي: تقديم طلب خطي لنشر البحث، مع التعهد بعدم إرساله إلى مجلة أخرى، أو نشره فيها. لا يتجاوز عدد صفحات البحث (٣٠) صفحة، ويترتب على الزيادة مبالغ مالية رمزية. ينبغي أن يكون البحث مطبوعاً على الحاسب الإلكتروني وتقدم ثلاث نسخ منه (من ضمنها النسخة الأصلية) مع قرص CD.
 - عند طباعة البحث يجب الالتزام بما يأتي:
 - ١- أن يستخدم في طباعة البحث برنامج (word 2003-2007).
 - ٢- الحاشية من أعلى وأسفل الصفحة ٥, ٣ سم، وتترك مسافة من الجهة اليمنى والجهة اليسرى ٣ سم.
 - ٣- المسافات بين الأسطر مفردة: ١ سم.
 - ٤- أن يكون نوع الخط العربي (Traditional Arabic)، والخط الإنجليزي (Times New Roman).
 - ٥- يكتب عنوان البحث بلون غامق وبحجم خط (١٨)، وإذا كان البحث باللغة الإنجليزية تكتب الأحرف الأولى من الكلمات كبيرة (Capital).
 - ٦- تكتب أسماء الباحثين بلون غامق وبحجم خط (١٦) ويكتب تحتها عنوان الباحثين بحجم خط (١٥) متضمنًا اللقب العلمي / القسم / الكلية / الجامعة.
 - ٧- محتويات البحث العربي ترتب بالصيغة الآتية (الخلاصة العربية، المقدمة، المواد وطرائق العمل أو الجزء العلمي حسب اختصاص الباحث، النتائج والمناقشة، الاستنتاجات أن وجدت، المصادر). أما البحوث الإنجليزية فتكتب فيها الخلاصة العربية قبل الإنجليزية على أن لا تزيد الخلاصة على ٢٥٠ كلمة.
 - ١٨- اعتماد رسم مصحف المدينة المنورة عند ذكر الآيات القرآنية كما موضح أدناه: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾ [المجادلة الآية ١١].
 - ١٩- متن البحث بحجم خط (١٨)، والهوامش تكتب بحجم خط (١٤) مع إتباع طريقة الترقيم في كتابة المصادر.
 - ٢٠- توضع الأشكال والجداول والصور في أماكن مناسبة مع ما يشير إليها في محتوى البحث.
 - ٢١- يطالب الباحث بنسخة نهائية ورقية بعد إقرار الخبراء، بنشر البحث مع القرص (CD) ويجب أن

تكون النسخة الورقية للبحث مطابقة تماماً لما موجود في القرص.

٢٢- لا تعاد البحوث إلى أصحابها سواء قبلت أو لم تقبل.

٢٣- المجلة غير ملزمة بسحب البحث بعد قبوله للنشر لأي سبب كان.

تكون المراسلات المتعلقة بالمجلة كافة باسم رئيس تحرير المجلة، وعلى العنوان الإلكتروني أو موقع المجلة:

• إميل المجلة: journalislamicsciences@gmail.com

• إميل مدير التحرير: dr.salahhemeed@gmail.com



هيئة التحرير

- ١- أ.د. ضياء محمد محمود رئيس التحرير
- ٢- أ.د. صلاح حميد عبد مدير التحرير
- ٣- أ.د. محمد شاكر عبد الله عضواً
- ٤- أ.د. كاظم خليفة حمادي عضواً
- ٥- أ.د. محسن عبد فرحان عضواً
- ٦- أ.د. حسين عليوي حسين عضواً
- ٧- أ.د. أحمد سامي شوكت عضواً
- ٨- أ.د. إبراهيم درباس موسى عضواً
- ٩- أ.د. فاضل بنيان محمد عضواً
- ١٠- أ.د. عثمان محمد بشير عضواً
- ١١- أ.د. أحمد صويعي شلييك عضواً
- ١٢- أ.د. عبد العزيز دخان عضواً



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد؛ إن الإيمان والعمل الصالح من اعظم الأسباب، قال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيٰوةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴿٩٧﴾﴾ [التحل الآية ٩٧]، فمن جمع بين الإيمان والعمل الصالح في دار الدنيا فجزاؤه الراحة والسكينة والاستقرار في الدارين، إذ لا يتصور وقوع الابتلاءات والمصائب على المؤمن ويتعارض مع الراحة والسكينة والاستقرار، والدليل على ذلك ما حلّ بمجتمعنا خلال جائحة كورونا العالمية، التي أرخت بظلالها على الإنسان وأعطت له بعداً إنسانياً يغلفه السكينة والاستقرار في بيوتنا جبراً، وبنفس الوقت باتت مكانة المسجد والعبادة في نفوس العباد، قال رسول الله ﷺ: «عجبا لأمر المؤمنين إن أمره كله خير، وليس ذلك لأحد إلا المؤمنين، إن أصابته سراء شكر فكان خيراً له، وإن أصابته ضراء صبر فكان خيراً له».

إن من سعادة اقب وسروره أن هياً اله تعالى أسبابا لتحقيق الأهداف، ومن هنا توحدت جهود الأساتذة الباحثين المتخصصين في العلوم الإنسانية والشرعية والعلوم المصاحبة بها من داخل العراق وخارجه في تهيئة الوسائل في فهم النصوص واستنباط الاحكام مقرونة بالآداب والأخلاق، فانتمت بحوثهم مثل حبات اللؤلؤ في عقد فريد في سبيل تحقيق وتحصيل المعلومات حتى تتكامل البحوث الرصينة بما ينفع المجتمع ويرفد الحركة العلمية بمولود عدد جديد من مجلتنا.

فهرست ملحق العدد السادس والعشرون

- ١- القول المفيد في دراسة نظرية انتقاص العقود في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ٢٨-٩
م. م. إبراهيم خليل محمود
- ٢- توجيهات إقتصادية في السنة النبوية ٥٠-٢٩
م. م. أحمد عبد الستار عزيز مامك
- ٣- رسالة في فضل صلاة الجمعة لعبد الله بن علي بن عبد الرحمن الدمليجي تـ (١٢٣٤هـ) (تحقيق
ودراسة) ٨٢-٥١
أ. م. د. حسام مشكور عواد الزوبعي
- ٤- آيات بر الوالدين في سورة الأحقاف (دراسة تحليلية) ١٠٢-٨٣
خلدون هلال أحمد
- ٥- إختلاف رسم متشابه الكلمات في القرآن الكريم ١٣٤-١٠٣
م. د. رسول طه خلف
- ٦- الإختيارات الفقهية للإمام ابن شهاب العكبري (دراسة مقارنة) ١٦٥-١٣٥
أ. م. د. سعيد محي الدين سعيد المجمععي
- ٧- الأحاديث الواردة في تفسير الباقيات الصالحات في سورة الكهف التي جمعها الإمام السيوطي في
كتابه الدر المنثور ١٧٨-١٥٧
م. د. صباح لطيف عبدالله
- ٨- أثر مقاصد الشريعة في ترسيخ قيم المواطنة ونبذ التطرف ١٩٨-١٧٩
م. ضياء الدين حمزة إسماعيل
- ٩- فتاوى الحاخامات في المجتمع الإسرائيلي - الأغيار إنمودجاً - ٢٢٦-١٩٩
أ. م. د. عبد الباسط أحمد حسن
- ١٠- منهجية البحث العلمي عند المناطقة وأثرها في الإستدلال تصوراً وتصديقاً ٢٥٢-٢٢٧
أ. د. عبدالله محمّد كريم
- ١١- نزهة العين في اخراج زكاة المعدنين للامام حسن الجبرتي (ت: ١١٨٨هـ) ٢٩٦-٢٥٣
م. د. عمر حسن علي جاسم الزهيري

- ١٢- المنح والمساعدات الخارجية وأثرها على النمو الاقتصادي في دول العالم الثالث ٢٩٧-٣٢٠
..... د. قصي مساهر محمد
- ١٣- المصلحة المحمية من تجريم التحريض غير المتبوع بأثر (دراسة مقارنة) ٣٢١-٣٤٨
..... محمد هادي حسين السعدي
- ١٤- الأمثال القرآنية وآثارها التربوية على المجتمع ٣٤٩-٣٦٨
..... أ.د. مشتاق ناظم نجم + أ.د. مصطفى هذال خميس
- ١٥- أثر التأويل في التنزيه وردّ الشُّبه ٣٦٩-٣٩٢
..... م.د. مصطفى ذياب عبد
- ١٦- رسالة التبيان في تحقيق مسألة الإيمان تأليف محمد بن سليمان ابن مراد العبيدي الحنفي النقشبندي
الخالدي البغدادي عفى عنه الملك الهادي (دراسة وتحقيق) ٣٩٣-٤٢٤
..... أ.م. مؤيد محمود حسن + أ.د. ضياء محمد محمود المشهداني
- ١٧- أثر التشريع الإسلامي في القانون الفرنسي ٤٢٥-٤٥٢
..... م.م. ثمينة إسماعيل الغريري + أ.د. ضياء حسين الزوبعي
- ١٨- الإختيار من مذاهب علماء الأمصار كتاب الطلاق (باب الخلع) تأليف السيد عماد الدين: يحيى بن
الحسين بن القاسم بن محمد المتوفى سنة (١٠٣٥-١٠٩٩هـ) ٤٥٣-٤٧٨
..... د. خوله حمد خلف الزيدي
- ١٩- الشرط الجزائي في عقود التوريد الرأي الفقهي والتشريع الوضعي (دراسة مقارنة) ٤٧٩-٥٠٨
..... م.د. عمار حمد حريش
- ٢٠- أسباب الرحمة الإلهية في ضوء الآيات القرآنية (دراسة موضوعية) ٥٠٩-٥٢٨
..... د. ليث إسماعيل حماد حمادي الدليمي
- ٢١- شرح الجامع الكبير أحمد بن محمد بن عمر زين الدين أبو نصر البخاري العتّابي الحنفي
(ت٥٨٦هـ) ٥٢٩-٥٥٨
..... أ. د. محسن عبد فرحان الجميلي
- ٢٢- تطبيقات المناهج في المدارس الإسلامية ودورها في تعزيز القيم والضبط الاجتماعي .. ٥٥٩-٥٩٢
..... م.م. أسامة عثمان محمد
- ٢٣- الإحتلال الإيطالي لأثيوبيا والموقف البريطاني والفرنسي عام ١٩٣٥ م ٥٩٣-٦١٤
..... د. سعد حميد كمبش

القول المفيد في دراسة نظرية انتقاص العقود في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)

م.م. إبراهيم خليل محمود

كلية الإمام الأعظم «رحمه الله» / قسم الشريعة

انتقاص العقود في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)

هذا وقد اقتضت طبيعة البحث تقسيمه بعد هذه المقدمة الى ثلاثة مباحث وخاتمة.

المبحث الأول: تعريف الانتقاص والعقد لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: مفهوم انتقاص العقد في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: انتقاص العقد في الفقه الإسلامي. ومن ثم جاءت الخاتمة التي توصلت فيها لبعض النتائج التي خرج فيها البحث ومن الله التوفيق، وبعد هذا كله فلا ادعي لنفسي الكمال، والعصمة من الاخطاء وحسبي ان هذا جهد انسان (وكل ابن ادم خطاء)^(١).

فما كان فيه كان فيه من صواب فما هو الا من توفيق الله تعالى وحده، وله الحمد عليه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وما كان فيه من زللٍ فمني ومن الشيطان، واستغفر الله تعالى منه بدءاً، والرجاء ممن ينظر: في هذا الكتاب ان يسعفني بيان مواضع الخلل، ومواطن التقصير، واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

وصلّ اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



(١) جزء من حديث اخرجه، ابن ابي شيبه في مصنفه ٦٥٧/٦، والامام احمد في مسنده ١٩٨/٣ والترمذي في جامعه (٢٤٩٩) وابن ماجه في سننه (٤٢٥١).

المقدمة

الحمد لله نحمده ونشكره، ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من بعده الله فلا فصل له ومن يضل فلا هادي له، وأشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم.

أما بعد؛ فإني قد استخرتُ الله تعالى في كتابة بحثي فأرشدني إلى تحصيل علوم الفقه... فهو العلم الذي يحرف به المسلم الاحكام العملية التي يتعرض لها في الليل والنهار، وهو أعلى العلوم مرتبة، لأنه يشتمل على اغلب الاحكام الدينية، فهو يملأ العيون نوراً والقلب سروراً والصور انشراحاً ويفيد متعلمها كيفية فهم الأمور فيزداد بهما اتساعاً وانتقاماً، وهو مهم لأنه به يتبين الحلال من الحرام ويبين الصحيح والفاسد في جميع الاحكام، وبحوره زاخرة ونجومه زاهرة واشجاره مثمرة لا يغنى بكثرة الانفاق كنزه، ولا يبلى على طول الزمان عزه.

وانطلاقاً من الشعور بالمسؤولية في الجانب ووفاء لمن بذل الغالي والنفيس من السلف الصالح- رضوان الله عليهم اجمعين- وإحياءً لجهدهم، أحببت ان ادلو بدلوي الضعيف لأشارك في خدمة- شريعتنا السمحاء، لذا أحببت أن أكتب في مفهوم نظرية انتقاص العقود في الفقه الإسلامي واجمع في ذلك أقوال المذاهب الفقهية في هذه المسألة فجاء عنوان البحث: (القول المفيد في دراسة نظرية

الاصطلاح بما يأتي:

هو ما كان أحد شطري العقد صحيحاً والآخر فاسداً، فالصحيح يطبق والفاسد يبطل^(٢). والبطلان إما أن يكون مطلقاً أو نسبياً والمطلق ما يبطل جميع العقد والنسبي ما يبطل جزء من العقد بسبب انتقاص جزء منه.

انتقاص العقد في القانون

انتقاص العقد وفقاً للمادة (١٣٩) من القانون العراقي المدني، إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الباطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً^(٣).

قلت: إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله يعتبر ذلك الحكم عن فكره البطلان الجزئي أو انتقاص العقد فالبطلان هو جزء على مخالفة القانون، ومن ثم يتعين إكماله في إطار الهدف، ويجب بالتالي إن يقتصر البطلان على الشق المخالف للقانون في التصرف القانوني، فإذا تضمن التصرف أو العقد شقاً أو شرطاً غير مشروع، فإن ذلك الجزء هو الذي يبطل ويظل الباقي منه صحيحاً ويرتب آثاره. والهدف من ذلك هو الرغبة في إنقاذ العقد وتفادي

(٢) ينظر: البحر الرائق ٧/٦، والمهذب ١/٢٦٩، ومغني المحتاج ٤٠/٢.

(٣) ينظر: في النظرية العامة للالتزام د. اسماعيل غانم مكتبة عبد الله هبة / مصر / ١٩٦٦ (١٩٧٠) - ص ٢٩٦.

المبحث الأول

تعريف الانتقاص والعقد لغةً واصطلاحاً

• الانتقاص في اللغة:

قبل أن نتكلم على بيان مفهوم الانتقاص من النظرية الشرعية لا بد أن نبين مفهوم اللفظة كما وردت في معجمات اللغة العربية فقد ذكر ابن منظر الأفرقي هذه اللفظة في كتابه لسان العرب فقال: نقص: النقص وهو الخسران في الحظ والنقصان وعلى هذا يكون مصدراً ويكون قدر الشيء الذاهب من المنقوص.

وقال أيضاً: نقص الشيء، ينقص نقصاً ونقصاناً ونقيصة، وانتقصه، وتنقصه: أخذ منه قليلاً قليلاً على حد ما يجيء عليه هذا الضرب من الأبنية بالأغلب، وانتقص الشيء نقص، وتنقص الرجل وانتقصه واستنقصه، نسبه إليه النقصان، والاسم النقيصة، والفعل الانتقاص، وكذلك انتقاص الحق^(١).

قلت: إذا النقص في اللغة عدم الكمال واضطراب جزء منه مع كمال الباقي.

الانتقاص في اصطلاح الفقهاء:

ومن خلال الاستقراء الأمثلة الفقهاء التي دلل فيها على الانتقاص نستطيع أن نعرف الانتقاص في

(١) ينظر: لسان العرب: مادة (نقص) ٧/١٠٠ و١٠١.

إن يتضح إن أياً من العاقدين ما كان ليقبل بغير الشق المصيب ، فإذا تبين إن الجزء أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع لأحد المتعاقدين فإن العقد يبطل بكامله بشرط إن يكون في إمكان المتعاقد الآخر إدراك ذلك وذلك إكمالاً لمبدأ الثقة المشروعة كأساس لمقتضيات استقرار التعامل .

• تعريف العقد لغة

يطلق العقد في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل، ويطلق أيضاً بمعنى إحكام الشيء وتقويته. ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلامين، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان، وكل ما يُنشئ التزاماً^(١).

قلت: وعلى ذلك يكون عقداً في اللغة، كل ما يفيد الالتزام بشيء عملاً كان أو تركاً، من جانب واحد أو من جانبين، لما في كل أولئك من معنى الربط والتوثيق.

• العقد في الاصطلاح الفقهاء

اصطلح الفقهاء على كلمة العقد فإنه لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو حصر له وتخصيص لما فيه من العموم، وللعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين: فمن عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد

البطلان الكلي بقدر الإمكان فإبقاء العقد خير من إبطاله ويساهم ذلك في استقرار المعاملات واقتصاد الجهد والنفقات ولكن يشترط لأعمال تلك النظرية شرطان.

أولاً: قابلية العقد أو التصرف للتجزئة

يشترط لإبطال العقد في شق منه مع بقاءه قائم ثم في باقي أجزائه . أن يكون المحل مما يقبل القسمة أو الانقسام بطبيعته ومعنى ذلك إذا كان محل العقد لا يقبل للانقسام بطبيعته فانه يترتب على بطلان جزء منه بطلان لعقد بأكمله . يتضح مما سبق إن يشترط لإكمال نظرية البطلان الجزئي إن يكون الجزء المتبقي من العقد باطلاً للوجود المستقل ، فيجب إن تتوافر آخر فيه العناصر القانونية الأساسية اللازمة لوجوده ويجب إلا يترتب على استبعاد الجزء الباطل حدوث تغيير في تكييف العقد ، فإذا حدث مثل هذا التغيير نكون بصدد تحول العقد. ثانياً: عدم تعارض الإنقاص مع إرادة المتعاقدين : يقوم البطلان الجزئي على أساس تفسير إرادة المتعاقدين بمعنى عدم وجود مانع لديها مع الإبقاء على الجزء الصحيح في العقد، إن انتقاص العقد مشروط بالألا يتعارض مع قصد الطرفين ، حتى لا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد ، فإذا تبين إن أحد المتعاقدين لم يكن ليرضي إبرام العقد بغير الشق المعيب امتد البطلان إلى العقد بأكمله، ويتحقق ذلك في الحالات التي يكون الشق الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد ولا يشترط إن يكون الشق الباطل دافعاً لكل من المتعاقدين ، بل يكفي

(١) ينظر: لسان العرب مادة (عقد) ١٠/١٢٢.

الطرفين أو لكليهما^(١).
وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه. ولذا فإن أكثر الفقهاء لا يطلقون اسم العقد على الطلاق، والإبراء، والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني. في حين يطلقون اسم العقد على البيع، والهبة، والزواج، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين.

شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل. والثاني: العقد هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين، من كلام وغيره، ويترتب عليه التزام بين طرفيه. فالعقد عند هؤلاء، لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد أو ارتباط بإرادتيهما^(٣). وللعقود أركان وشروط ولها مسميات عديدة لا نذكرها لأن هناك العديد من الكتب والبحوث التي بيتتها بالتفصيل، فلا حاجة لبيانها، كما أن موضوعنا عن مفهوم انتقاص العقد.

وقد يطلق العقد على كل تصرف شرعي، سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين^(٢).



والناظر إلى كتب الفقه في الجملة فإنها تذكر كلمة العقد، وتريد بها أحياناً المعنى العام، وهو المراد للتصرف، وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنى الخاص، وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي.

قلت: وهذا هو المعنى الشائع المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح، وهو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن إذا أطلقت كلمة العقد.

أما المعنى الثاني فلا تدل عليه كلمة العقد، إلا بتنبه يدل على التعميم.

ويطلق جمهور الفقهاء والاحناف منهم خاصة العقد بمعنيين:

الأول: هو تعليق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر،

(٣) ينظر: البحر الرائق ٦/٢٣٤، والمغني لابن قدامة

٢١٣/٧، والمجموع ٢٢/٣.

(١) ينظر: الاختيار ٢/٢١١، وروضة الطالبين ٣/١٢٥.

(٢) ينظر: المجموع ٣/٢١.

فللمشتري في هذه الحالة أن يطلب الفسخ. وأما عدم سريان العقد في حق الغير، فهذا وضع يقوم على عقد كامل متوافر الأركان صادر رضاه عن أهله، سليم غير مشوب بعيب فينتج العقد تبعاً لهذا آثاره كاملة فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يسري في حق الآخرين، مثال ذلك بيع المريض مريض الموت صحيح بين المتعاقدين ولكنه لا يسري فيه حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، والعقد غير المصدق من مرجع رسمي صحيح بين المتعاقدين، ولكن لا يمكن الاحتجاج به على الغير، وبيع الفضول لا يسري في حق المالك الأصلي^(١).

أما الفقه الإسلامي فقد اختلف اختلافاً جوهرياً في نظريته للبطلان عن القانون الغربي نجد أن المشرع العراقي قد استمد نظرية انتقاص العقد من الفقه الإسلامي، وأما القانون المصري استمد نظريته من القانون الغربي (الفرنسي) فالقانون الغربي يجعل العقد باطلان دون تفصيل أما الفقه الإسلامي يفصل في ذلك مصلحة للمتعاقدين وتنظيم عملية التعاقد^(٢).

ويلاحظ في مفهوم انتقاص العقد أن فكرة الانتقاص لا تنطبق إذا كان التصرف باطلاً في شق منه كما أسلفنا ولكنه غير قابل للتجزئة، إما لطبيعة المحل

(١) ينظر: الوسيط في نظرية العقد ١/٦٨٦ للدكتور عبد المجيد الحكيم، والوسيط في شرح القانون المدني ١/٥٣٣ للدكتور عبد الرزاق السنهوري.

(٢) ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/٢٦٠ وفيها تفاصيل هذه القوانين وضوابطها القانونية.

المبحث الثاني

مفهوم انتقاص العقد في الفقه الإسلامي

لا شك أن للعقود أهمية بالغة في تحديد تصرفاتنا وترتيب الآثار عليها، ونتيجة العقود لا تلزم في الأصل إلا من تعاقد بها بمنفعة أو خسارة وقد ينصرف أثره إلى غير المتعاقدين متى وقع العقد صحيحاً لازماً وذلك باستجماعه لإركانه كاملة مستوفية لشروطه شرعاً أو وضعاً، فقد انشغلت ذمة المتعاقدين، بكل ما التزمه، وعليهم المسارعة إلى إبراء الذمة منه وكما يترتب هذا الجزاء عند قيامه صحيحاً، ويترتب جزاء آخر عند عدم استجماعه لإركانه المختلفة والمستوفية لجميع شروطها، هذا الجزاء هو ما يسمى بالبطلان، والبطلان كما أسلفنا هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك.

ولبيان ذلك فلا بد من أن نبين مفهوم فسخ العقد أو عدم سريانه في حق الغير، ففسخ العقد يشبه البطلان من حيث أن كلا منهما يؤدي إلى زوال العقد، ولكن يختلف عنه لوجود سبب لاحق لإبرام العقد أدى إلى زواله، فالعقد في حالة الانفساخ ينشأ صحيحاً متوافراً أركانه مستوفياً لشروط صحته، ولكنه يزول لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فيسقط التزام الآخر، فيفسخ العقد أو يفسخ ولا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين، كالبيع

المبحث الثالث

انتقاص العقد في الفقه الإسلامي

من خلا استقراء الأمثلة التي أودعها الفقهاء في كتبهم لهذه المسألة نستطيع أن نوضح هذا المفهوم جلياً كاملاً وواضحاً من خلال جمع أقوال الفقهاء فيها واستعراضها من أجل توضيح نظرية انتقاص العقد في الفقه الإسلامي .

• انتقاص العقد عند فقهاء الأحناف:

جاء في الفقه الحنفي: من جمع بين الحر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة ، بطل البيع فيها ، وإن جمع بين عبد مدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف ، صح في القين وعبده والملك^(٢) .

أما الأول: فالمذكور على إطلاقه قول أبي حنيفة (رحمه الله تعالى) وعندهما أن بين ثمن كل واحد منهما ، جاز في العبد والذكية وإلا فلا ، لأنه إذا بين ثمنها صاراً صفتين فيتقرر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً لأنه يبقى بيعاً بالحصّة ابتداء وهو لا يجوز له ، لان الصفقة متحدة



(٢) ينظر: المبسوط ٥/١٣، والبحر الرائق ٦/ ٩٠، وتبين الحقائق ٤/ ٦٠، والاختيار ٢/ ١٩٦، وينظر أيضاً: فتح القدير ٦/ ٤٤٥، والمحيط البرهاني ٤/ ٣١، وبدائع الصنائع ٥/ ٣١٧، والجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري ٣/ ٣٦، والعناية شرح الهداية ٤/ ٣٦٩، واللباب شرح الكتاب ١٢١، ورد المحتار ٩/ ٣٣١.

(١) ينظر: أصول الالتزام ١٤١ للدكتور حسن علي .

بين المال ووقف هناك ورايتان: في رواية يفسد في الملك لأن البيع لا يعقد على الوقف لأنه صار محرزاً عن الملك والتملك ، فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث في نوازله^(٣) ، والأصح أنه يجوز في الملك لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لأجل تعلق حق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر ونحوه والله أعلم^(٤) .

من هذا المثال وغيره نجد فقهاء الحنفية يبنون آراءهم على ما يلي:

- ١- إذا كان العقد في شق منه صحيحاً وكان في شقه الآخر باطلاً لم يدخل في العقد إلا الشق الصحيح لعدم إمكان الانعقاد في الشق الباطل كما لو عين ابتداء في عقد البيع لكل شق حصته من الثمن إذ تعتبر الصفقة صفتين مستقلتين تجوز التجزئة بينهما لأنه ليس بيعاً بالحصة من الثمن أصلاً.
- ٢- يسقط العقد وإن كان صحيحاً في شق منه ، باطلاً في الشق الآخر فلا ينتقص ، ويبقى الصحيح منه ويسقط الباطل ، وإن كان بقاء الشق الصحيح بيعاً بالحصة من الثمن ابتداء ، إذ هذا لا يجوز .
- ٣- قد ينتقص العقد (عقد البيع) إذا كان صحيحاً نافذاً في شق منه موقوفاً في شقه الآخر ، فإذا لم يجز الشق الموقوف بقي الشق النافذ بحصة من الثمن ، وهذا جائز بجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء^(٥) .

فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل ، وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطاً لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل^(١) .

وأما الثاني: فهو قول علماؤنا الثلاثة، وقال زفر: لا يصح، لأن محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد شرطاً لصحة العقد في المال يفسد كالفصل الأول ، والفرق بين الفصلين لأبي حنيفة مطلقاً ، ولهما إذا لم يفصل الثمن^(٢) .

قلت: إن المدبر ونحوه يدخل تحت المبيع ثم ينقص في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلاً فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعاً بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد ، والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل ، لأن القاضي لو قضى بجواز بيع الدبر وأم الولد ينفذ ، وفي المكاتب ينفذ برضاه في الأصح وفي عبد الغير بأجازة مولاه ، ولولا أنهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة ، وإنما يخرجون من العقد بعد الدخول لا ستحقاقهم أنفسهم في المدبر ، وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأجل مولاه فلا يكون بيعاً بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما إذا جمع

(٣) ينظر: تبين الحقائق ١١/١٠ .

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) يرى أغلب فقهاء الحنفية على اعتبار العقد الموقوف

(١) ينظر: المبسوط ١٣/٥ .

(٢) المصدر نفسه.

لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقياً على حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق فيبطل للعقد فيهما واختلف أصحابنا في علته فمنهم من قال يبطل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهما بدرهمين ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن وذلك أنه إذا باع حراً وعبداً بألف سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعاً بما بقي وذلك مجهول في حال العقد فبطل كما لو قال بعثك هذا العبد بحصته من ألف درهم فإن قلنا بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع لأنه جمع بين الحلال والحرام وإن قلنا إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله فإن قلنا أن العقد يبطل فيهما رد المبيع واسترجع الثمن وإن قلنا أنه يصح في أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار فإن اختار الإمساك فبكم يمسك فيه قولان: أحدهما يمسك بجميع الثمن أو يرد لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن

ولم يخرج عن هذه الأقسام إلا الإمام زفر، فهو يرى عدم انتقاص العقد في أية حالة كانت، لوقوع العقد على المجموع والمجموع لا يتجزأ^(١).

• انتقاص العقد عند فقهاء المالكية:

ففي الفقه المالكي جاء في القوانين الفقهية: إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام، فالصفقة باطلة، وقيل: يصح فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن، ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه ملكه ووقوف اللزوم في ملك غيره على أجازته^(٢).

قلت: يتبين مما تقدم أن العقد (عقد البيع) يبطل في شقيه الباطل والصحيح لبطلان الصفقة كلها على رأي، وفي الآخر ينتقص فيسقط شق منه نافذاً وفي الآخر موقوفاً، نفذ في الشقين عند إجازة الموقوف وإلا انتقص فينفذ في الشق النافذ ويسقط في الشق الموقوف.

• انتقاص العقد عند فقهاء الشافعية:

قال الشيرازي في كتابه المذهب في باب تفريق الصفقة: (إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبد غيره ففيه قولان: أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز لأنه ليس بإبطاله فيهما

من أقسام العقد الصحيح إن عده بعضهم من أقسام العقد الباطل، وهو رأي الشافعية أيضاً ينظر في ذلك البحر الرائق ٧٠/٦.

(١) ينظر: تبين الحقائق ٩/١١.

(٢) ينظر: مصادر الحق ١٥٥/٤، والقوانين الفقهية لابن جزي ٢٢/٣.

كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه والثاني لا يبطل إلا فيما تلف لأن في الجمع ما بين الحلال والحرام إنما بطل للجهل بالعوض أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ولا يوجد ههنا واحد منهما فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشتري الخيار في فسخ العقد لأنه تفرقت عليه الصفقة فإن أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً لأن العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك^(١).

ثم فصل الكلام حول اتحاد البيع والإجارة فقال: وإن جمع بين بيع وإجارة أو بين بيع وصرف أو بين عبيدين بشرط الخيار في أحدهما دون الآخر بعوض واحد ففيه قولان: أحدهما أنه يبطل العقدان لأن أحكام العقدتين متضادة وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل الجميع والثاني أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدتين وهذا لا يمنع صحة العقد كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد فالنكاح لا يبطل لأنه لا يبطل بفساد العوض وفي البيع قولان ووجههما ما ذكرناه وإن جمع بين البيع والكتابة فإن قلنا في البيع والإجارة أنهما يبطلان بطل البيع والكتابة وإن قلنا إن البيع والإجارة يصحان بطل البيع ههنا لأنه لا يجوز أن يبيع السيد من عبده وهل تبطل الكتابة بيني على تفريق الصفقة فإن قلنا لا تفرق بطل وإن قلنا تفرق

كله في مقابلة الآخر والثاني أنه يمسه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما واختلف أصحابنا في موضع القولين فمنهم من قال القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء فإنه يمسه الباقي بالقسط من الثمن قولاً واحداً لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوماً وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته ومنهم من قال: القولان في الجميع وهو الصحيح لأنه نص على القولين في بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء فإن قلنا يمسه بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه وإن قلنا يمسه بحصته فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان أحدهما أن له الخيار لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشتري والثاني لأخيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن وإن باع مجهولاً ومعلوماً فإن قلنا لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما وإن قلنا تفرق وقلنا إنه يمسه الجائز بحصته بطل البيع فيه لأن الذي يخصه مجهول وإن قلنا يمسه بجميع الثمن صح العقد فيه وإن جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه وإن يبطل في الباقي فيه طريقان: أحدهما أنه على القولين في تفريق الصفقة لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد فوجب أن يكون

(١) ينظر: المهذب ٢/٢٤٤.

- **انتقاص العقد عن فقهاء الحنابلة:**
- ذكر الإمام ابن رجب الحنبلي في كتابه القواعد الفقهية مسألة عن الصفقة وما فيها فقال: (الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا؟ فإذا بطل بعضها بطل كلها؟) في المسألة روايتان أشهرهما أنها تتفرق وللمسألة صور:
- أحدها: أنه يجمع العقدين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلية إما مطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي؟ على الروايتين. ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بجهالة عوضه كالبيع وما لا يبطل كالنكاح فإن النكاح فيه روايتان منصوصتان عن أحمد غير أن صاحب المغني اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبدین أحدهما مغصوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالأجزاء كقفيز صبرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما لو قالوا فيما إذا باع معلوماً ومجهولاً إنه لا يصح رواية واحدة؛ لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقها وفي التلخيص أن للبطلان في الكل مأخذين أحدهما كون الصفقة لا تقبل التجزئة والانقسام. والثاني: جهالة العوض قال: فعلى الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه كالنكاح، قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني انتهى ثم إنه حكى في تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين وصرح
- بطل البيع وصحت الكتابة^(١) ثم بين الإمام النووي كلام شيخه الشيرازي في المجموع^(٢) ونلخص منه ما يأتي:
- ١- رأي يذهب إلى بطلان العقد في الشقين جميعاً لجمعه حلالاً وحراماً فيغلب التحريم وعلى هذا يرد المشتري - في عقد البيع - المبيع ويسترد الثمن .
- ٢- ورأي يذهب إلى جواز انتقاص العقد دائماً فيسقط الشق الباطل ويبقى الآخر صحيحاً وللمشتري الخيار في أمضاء العقد أو فسخه في شقه الصحيح ، لتفرق الصفقة عليه ، فإذا أمضاه دفع الثمن كاملاً على قول أو قسط الشق الصحيح من الثمن في قول آخر إذا كان جاهلاً لتفرق الصفقة عليه ، أما إذا كان عالماً بها فلا خيار له ، كما لبائع الخيار أيضاً لتفرق الصفقة عليه في قول ، وفي اسقاطه منه قول آخر .
- ٣- ويذهب البعض أن عدم جواز انتقاص العقد عند جهالة الثمن وجوازه إذا كان الثمن فيما ينقسم على المحل بالأجزاء لعدم جهالة العوض مما فيه عوض ، كما يجوز ذلك أيضاً فيما لا عوض فيه ، كالرهن ، أو فيما لا يبطله الجهل بالعوض كالنكاح . قلت: ولم يرد عند فقهاء الشافعية ذكر للعقد الموقوف في باب بيان الصفقة ولم يذكر له مثلاً، إذا يعد العقد الموقوف عندهم من أقسام العقد الباطل.

(١) المصدر نفسه ٢/ ٢٤ و٢٥.

(٢) ينظر: المجموع ٩/ ٣٧٩ و٣٨٠.

الخلاف. ذكره الأزجي ولا يثبت ذلك في المذهب. وعلى القول بالتفريق فللمشتري الخيار إذا لم يكن عالما بتبعض الصفقة عليه وله أيضا الأرش إذا أمسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغني في الضمان. الصورة الثانية: أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئا من الجمع بينه وبين الآخر فهنا حالتان. إحداهما: أن يمتاز بعض الأفراد بمزية فهل يصح العقد بخصوصه أم يبطل في الكل؟ فيه خلاف والأظهر صحة المزية.

فمن أمثلة صور ذلك: ما إذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس؟ على وجهين. ومنها: لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعتن بين حرة وأمة في عقد، ففيه روايتان منصوستان: إحداهما يبطل النكاحان معا. الثانية: يصح نكاح الحرة وحدها. وهي أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهي كالبنات مع الأم وأولى لجواز نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا.

ومنها: أن يتزوج حر خائف للعتن غير واجد للطول حرة تعفه بإفرادها وأمة في عقد واحد وفيه وجهان. إحداهما: يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد؛ لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها فاختصت بالصحة. والثاني: يصح نكاحهما معا. قال القاضي وأبو الخطاب في خلافهما: لأن له في هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح

بعدها فعلى هذا يصح في قوله: يقبل كل واحد بكذا على المأخذين ثم أنه اختار أن المتبايعين إن علما أن بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة؛ لانهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين؛ لأن الجهل بمثل ذلك تأثير في الصحة كما لو شرى المبيع الذي لا يسقط أرشه بعد العتق وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا يمنع الصحة وكذا في بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمدا فإن البيع يصح في ذلك كله ويسقط بعض الثمن.

وهنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم ذكره القاضي وابن عقيل وجها في باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول فيما إذا باع عبيدين أحدهما له والآخر لغيره أن الثمن يتقسط عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد جدا ولا أظن يطرد إلا فيما إذا كان جنسا واحدا.

وذكرنا في باب الضمان من كتابيهما طريقة ثالثة وهي أنه يمسك ويصح العقد عليه بكل الثمن أو يردده وهذا في غاية الفساد اللهم إلا أن يخص هذا بمن كان عالما بالحال، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته بشيء أن الوصية كلها للحي. ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهي إن كان مما لا يجوز عليه العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية، كالطريق بطل البيع؛ لأنه غير قابل للتحويل بالكلية وقياسه الخمر وإن كان قابلا للصحة فيه

أن يقال: القبض في الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه وأن العقد مراعى بوجوده. صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق حينئذ في الابتداء. غير أن القاضي حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف، تصريحه في المسألة بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضي ولا بد تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دواما قبل استقرار العقد. وذكر أبو بكر الشامي أن مال الزكاة إذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة فللساعي الفسخ في قدرها فإذا فسخ في قدرها فهل يفسخ الباقي؟ يخرج على روايتي تفريق الصفقة وهذا تصريح بإجراء الخلاف في التفريق في الدوام فإن انفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا في البيع ونحوه فأما في النكاح فإن طراً ما يقتضي تحريم إحدى المرأتين بعينها كردة ورضاع واختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وإن طراً ما يقتضي تحريم الجمع بينهما فإن لم يكن لأحديهما مزية بأن صارتا أما وبتنا بالارتضاع فروايتان أصحابهما يختص الانفساخ بالأم وحدها إذا لم يدخل بهما؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم على أم و بنت ولم يدخل بهما فإنه يثبت نكاح البنت دون الأم والله أعلم^(١)، قلت: وأراء فقهاء الحنابلة كما تظهر من النص الذي تقدم لا تخرج عما تقدم فيما عرضه فقهاء الشافعية .

الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة. والأول أصح؛ لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة فمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع. أما إذا كان المتزوج عبداً وقلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرة التي تعفه ففيه وجهان. أحدهما: أنه كالحرة سواء قاله القاضي في الجامع وصاحب المحرر. والثاني: يصح جمعه بينهما في عقد بغير خلاف و (.....) وصاحب المغني لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة (.....) مقارنة نكاحهما وإنما يمنع بسبق نكاح الحرة.

الحالة الثانية: أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالمشهور البطلان في الكل إذ ليس بعضها أولى ببعض في الصحة مثل أن يتزوج أختين في عقد أو خمساً في عقد فالمذهب البطلان في الكل نص عليه أحمد في رواية صالح وأبي الحارث ونقل عنه ابن منصور إذا تزوج أختين في عقد يختار إحداها وتأوله القاضي على أنه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد. وخرج القاضي فيما إذا زوج الوليان من رجلين وقعا معا أنه يقرع بينهما فمن أقرع فهي زوجته ويخرج هنا أمثلة.

الصورة الثالثة: أن يجمعاً في صفقة شيئين يصح العقد فيهما أم يبطل العقد في أحدهما قبل استقراره فإنه يختص بالبطلان دون الآخر. قال القاضي وابن عقيل رواية واحدة؛ لأن التفريق وقع هنا دواما لا ابتداء والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما إذا تفرقت المتصارفان عن قبض بعض الصرف أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفي الباقي روايتان. تفريق الصفقة وهذا تفريق في الدوام إلا

(١) القواعد الفقهية ٤٥٧-٤٦٠.

صحته إلا بصحة الباطل الذي لا صحة له، وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح أبدا فلا صحة له أبدا وهو قول أصحابنا وبالله تعالى التوفيق.^(١)

قلت: من هذا يظهران الرأي الراجح عند ابن حزم هو إبطال العقد برمته لا انتقاصه لقوله المتقدم (وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح أبدا فلا صحة له أبدا وهو قول أصحابنا وبالله تعالى التوفيق) لأنه أكل مال الغير بالباطل، لمخالفته أمر الله تعالى، فهما لم يتراضيا ببعض الصفقة دون البعض.

أما قوله (فإن تراضيا الآن بذلك نمنعهما ولكن بعقد مجرد برضاهما لأن العقد الأول لم يقع هكذا...) فظاهر كلامه هذا أنه يأخذ بفكرة تحول العقد وذلك بتحويل العقد الباطل بشقيه الصحيح والباطل، إلى عقد صحيح، هو في الأساس الشق الصحيح أكثر من فكرة انتقاص العقد، وذلك بإسقاط الشق الباطل منه من العقد الأصل، إلا إذا خرج قوله هذا بصياغة العقد في الجزء الحلال دون الباطل واعتبار عقده مستقلاً لئلا يكون شك في هذا الجمع، فعندئذ يكون انتقاصاً.

وهو في هذا الجانب، يأخذ العقد بمعيارين: أولهما: معيار ذاتي يتناول رضا الطرفين وقبولهما بالشق الصحيح المجرد دون الآخر.

ثانيها: معيار موضوعي يتناول العقد بجزئية الحلال والحرام، ويرتب الأثر بناء على الجمع أو الإسقاط. انتقاص العقد عند فقهاء الإمامية الإثني عشرية: ذكر العملي في كتابه الروضة البهية شرح اللمعة

• انتقاص العقد عند الظاهرية:

ذكر ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى مسألة بين فيها انتقاص العقد فقال: (وكل صفقة جمعت حراما وحلالا فهي باطل كلها، لا يصح منها شيء مثل: أن يكون بعض المبيع مغصوبا، أو لا يحل ملكه، أو عقدا فاسدا وسواء كان أقل الصفقة، أو أكثرها، أو أدناها، أو أعلاها، أو أوسطها وقال مالك: إن كان ذلك وجه الصفقة بطلت كلها، وإن كان شيئا يسيرا بطل الحرام، وصح الحلال.

قال علي: وهذا قول فاسد لا دليل على صحته، لا من قرآن، ولا من سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قياس.

ومن العجائب احتجاجهم لذلك بأن قالوا: إن وجه الصفقة هو المراد والمقصود فقلنا لهم: فكان ماذا ومن أين وجب بذلك ما ذكرتم وما هو إلا قولكم احتجاجتم له بقولكم، فسقط هذا القول.

وقال آخرون: يصح الحلال قل أو كثر ويبطل الحرام قل أو كثر. قال أبو محمد: فوجدنا هذا القول يبطله قول الله عز وجل ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء الآية ٢٩] فهذان لم يتراضيا ببعض الصفقة دون بعض، وإنما تراضيا بجمعها، فمن ألزمهما بعضها دون بعض فقد ألزمهما ما لم يتراضيا به حين العقد، فخالف أمر الله تعالى، وحكم بأكل المال بالباطل وهو حرام بالقرآن، فإن تراضيا الآن بذلك لم نمنعهما، ولكن بعقد مجرد برضاهما معا؛ لأن العقد الأول لم يقع هكذا.

وأیضا: فإن الصحيح من تلك الصفقة لم يتعاقدا

(١) المحلى ١٦/٩ و١٧.

الدمشقية عن انتقاص العقد فقال: (ولو باع غير المملوك مع ملكه ولم يجز المالك صح البيع في ملكه، ووقف في ما لا يملك على إجازة مالكة المشتري، فإن أجاز صح البيع ولا خيار وإن رد تخير المشتري مع جهله يكون بعض المبيع غير المملوك للبائع لتبعض الصفقة أو الشركة فإن فسخ رجع كل مال إلى مالكة، وإن رضي صح البيع في المملوك للبائع بحصته من الثمن ويعلم مقدار الحصة بعد تقويمهما جميعاً ثم تقويم أحدهما منفرداً، ثم نسبة قيمته المجموعة)، فيخصم من الثمن مثل تلك النسبة، أو باع ما يملك مبيناً للمجهول، وما لا يملك كالعبد مع الحر والخنزير مع الشاة فإنه يصح في المملوك بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين من الثمن ويقوم الحر لو كان عبداً على ما هو عليه من الأوصاف والكيفيات، والخنزير عنده مستحلية، إما بأخبار أو الظن المتأخم له أو بإخبار عدلين مسلمين يطلعان على حالة عندهم، لا منهم مطلقاً لاشتراط عدالة المقوم هذا على جهل المشتري بالحال لئتم قصده إلى شرائهما، ويعتبر العلم بثمان المجموع لا الأفراد، فيوزع حيث لا يتم له، وأما مع علمه بفساد البيع فيشكل لإفضائه إلى الجهل بثمان المبيع حال البيع، لأنه في قوة بعثك العبد بما يخصه من الألف، إذا وزعت عليه وعلى شيء آخر مقدار ثمنه كاف، وإن يعلم مقدار ما يخص كل جزء ويمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك، ولا يعد في بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر، هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، سواء كانت عينه باقية أو كان جاهلاً

وإلا جاء فيه بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع في الثمن، أو في غير ثمنه^(١). قلت: وهذه الآراء لم تخرج عما يأتي:

١- إذا كان العقد في شق منه باطلاً وفي الآخر صحيحاً جاز انتقاصه إذا كلن الثمن معلوماً والمشتري جاهلاً بالحال لقيم قصده إلى الشراء.

٢- يبطل العقد في شقيه إذا كان المشتري عالماً بفساد البيع لإفضائه إلى الجهل بثمان المبيع حال البيع.

٣- إذا كان العقد نافذاً في شق منه موقوفاً في شق الآخر جاز انتقاصه إذا لم يجز الشق الموقوف والمشتري بالخيار في أمضاء العقد في الشق المنتقص إذا كان جاهلاً بالحال أما إذا كان لم يكن جاهلاً فلا خيار كما يفهم من النص.

قلت: ويتلخص مما تقدم من أقوال الفقهاء في بيان انتقاص العقد أن لهم نظرة موضوعية قائمة على أساس المعيار في انتقاص العقد في شقه الباطل أو الموقوف، برغم اختلاف الفقهاء للقسمين الأخيرين.

• الانتقاص بين الفقه الإسلامي والقانون الغربي: يتبين لنا من النظرة المختلفة لفقهاء الشرع والوضع على الرغم من أن الغاية المقصودة واحدة من قبلهما ألا وهي انتقاص العقد واختلافهم هذا إنما وقع في الوسيلة الموصلة إلى ذلك المتمثلة في الأسس والمعايير التي اعتمدا عليها فقهاء الإسلام لهم معايير وقواعد ينطلقون منها وأهل الوضع لهم

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٧٩/١.

معايير وقواعد ينطلقون منها إلا إن معايير الفقهاء أدق وأصوب لأن المرجع لهم هو القرآن والسنة النبوية ثم تقوم دراستهم دراسة موضوعية لهذه المسألة فيخرجون بنتيجة واضحة ، أما أهل الوضع فيبحثون في مسائل الذات والنفع والضرر دون النظر إلى الحلال والحرام في المسألة ولقد انتفعوا من أهل الشرع في هذه المسألة وغيرها كثيراً وهذا لا ينكره أحد، فالقانون الغربي إنما جعلها تقوم على معيار ذاتي يتجه إلى البحث عن نية المتعاقدين ليعرف هل كانا يريدان أن ينعقد العقد ويتم بغير الشق الذي وقع فيه الباطل أولاً من وجهة نظرهم، فعندهم بيع لحم الخنزير ليس حرام وبيع الخمر ليس حرام وغير ذلك ، فعلماء الفقه بينوا كل ذلك بوضوح وشفافية كما بينا.

* * *

كما أن هذا البحث في حد ذاته لا يمكن أن يعرف من الإرادة الظاهرة للمتعاقدين التي من تعبيرهما من صياغة العقد بل قد يفهم من إرادتهما الباطنة ، وهذا يؤثر في سلطة القاضي ، وهذا الأمر لم يمكن أن ينصف المتضرر منهم فهو لا يصلح كما أسلفنا . بينما تقوم في الفقه الإسلامي على أساس موضوعي لا يشوبه الخل أو الضرر .

وإذا كان العوض قابلاً للانقسام على المحل بالأجزاء أو كان المتعاقدان قد بينا لابتداء لكل شق حصته من الثمن فعند ذلك تعتبر الصفقة صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة فينتقص العقد ويبقى الشق الصحيح فهذا لا يوجد في القانون الغربي . وغير ذلك من الأمر التي يتقدم فيها الفقهاء على القانون الغربي في اشتراط الخيار في البيع وكذلك

الخاتمة

المصادر والمراجع

- الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد؛ بعد هذه الرحلة في كتابة البحث نوجز لكم أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث المتواضع في ورقاته إلى ما يأتي:
- ١- إن علماء الشريعة هم أول من أصل هذه النظرية وبينها بكل جزئياتها ومسائلها وما القانون الوضعي إلا وقد انتفع من أرث فقهاء الشريعة الإسلامية.
 - ٢- الناظر إلى القانون الوضعي الغربي والفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء قد أنصفوا المتعاقدين بعدم الإضرار بأحدهما وهذا لا يوجد إلا في الشريعة الإسلامية وأما القانون الوضعي فهو ينظر إلى نية المتعاقدين والنية أمر خفي لا يظهر على القاضي.
 - ٣- إن الفقهاء فرق بين الفسخ والعقد وبين انتقاص العقد وبين ما لا يجري على الغير وهذا أيضاً لا يوجد إلا في الشريعة الإسلامية.
 - ٤- إن الفقهاء جعلوا أكثر من حل للمتعاقدین فصلها هذا البحث دفعا للضرر الذي قد يقع على أحد الطرفين أي جعل البدائل لتصحيح العقد دون إلغائه .
 - ٥- كما إن هذا البحث عرف الانتقاص والعقد لغة واصطلاحاً وبين الفرق بين الفقه الإسلامي والقانون الغربي.
 - وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.
- ١- القرآن الكريم.
١. إحياء سنن الإسلام وقواعده، محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية ومكبتها، ط ٢، ١٣٩٩ هـ .
 ٢. الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام، مصطفى محمود منجود، ط ١- القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م.
 ٣. أجنحة المكر الثلاثة وخوافيها: التبشير - الاستشراق - الاستعمار ، دراسة وتحليل وتوجيه (ودراسة منهجية شاملة للغزو الفكري)، عبد الرحمن بن حسن حَبَنَكَة الميداني الدمشقي (ت ١٤٢٥ هـ)، دار القلم - دمشق، ط ٨، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م .
 ٤. أحاديث حقوق الفرد والمجتمع في الكتب الستة- دراسة تحليلية، صفاء جعفر علوان الخزرجي، ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م .
 ٥. الأدب النبوي، محمد عبد العزيز بن علي الشاذلي الخَوَلِي، (ت ١٣٤٩ هـ)، دار المعرفة - بيروت، ط ٤، ١٤٢٣ هـ .
 ٦. أساليب الغزو الفكري للعالم الإسلامي، علي محمد جريشه - محمد شريف الزبيق، دار الوفاء، ط ٣، ١٣٩٩ هـ- ١٩٧٩ م.
 ٧. أصلح الأديان للإنسانية عقيدة وشريعة، أحمد بن عبد الغفور عطار، (ت ١٤١١ هـ)، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ .

٨. أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ط ٩.
٩. الأصول العلمية للدعوة السلفية، عبد الرحمن بن عبد الخالق اليوسف، الدار السلفية، الكويت، ٢، ١٣٩٨هـ.
١٠. أضواء على الثقافة الإسلامية، دنادية شريف العمري، مؤسسة الرسالة، ط ٩، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
١١. الأمن في حياة الناس وأهميته في الإسلام، عبد الله بن عبد المحسن بن عبد الرحمن التركي.
١٢. الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في ضوء الكتاب والسنة، سليمان بن عبد الرحمن الحقييل، ط ٤، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
١٣. بناء المجتمع الإسلامي، نبيل السمالوطي، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، ط ٣، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
١٤. بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، أبو عبد الله، عبد الرحمن بن ناصر ابن عبد الله بن ناصر بن حمد آل سعدي (ت ١٣٧٦هـ)، عبد الكريم بن رسمي ال دريني، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
١٥. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزبيدي، (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
١٦. تبصير المؤمنین بفقہ النصر والتمکین في القرآن الكريم (أنواعه - شروطه وأسبابه - مراحلہ وأهدافه)، علي محمد محمد الصلابي، مكتبة الصحابة، الشارقة - الإمارات، مكتبة التابعين، مصر - القاهرة، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
١٧. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذی، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المبارکفوری، (ت ١٣٥٣هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت.
١٨. التصوير النبوي للقيم الخلقية والتشريعية في الحديث الشريف، علي صباح، المكتبة الأزهرية للتراث، ط ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
١٩. التعايش مع غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، منقذ بن محمود السقار، رابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة، ط ١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٢٠. تقريب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد - سوريا، ط ١، ١٤٠٦ - ١٩٨٦.
٢١. تهذيب الكمال في أسماء الرجال، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزي، (ت ٧٤٢هـ)، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١، ١٤٠٠ - ١٩٨٠.
٢٢. جامع الأصول في أحاديث الرسول: للإمام مجد الدين أبي السعادات ابن الأثير الجزري (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: عبد القادر الاناوط، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان - بيروت، ط ١، سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م. مع تعليقات أيمن صالح.
٢٣. الجامع الكبير - سنن الترمذی، محمد بن

عيسى بن سَورَة بن موسى بن الضحاك، الترمذي،
أبو عيسى (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: بشار عواد
معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر:
١٩٩٨ م.

