«تحول العقود وإعادة تكييفها وأثر العوارض الطارئة في ذلك»
- دراسة مقارنة -

أ.د. عبد الحميد محمود البعلي [1]

1) أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية القانون الكويتية العالمية – المستشار باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالديـوان الأميري (سابقاً).

مختصـر

يعتمد هذا البحث على المنهجية الواقعية من السَبْر والتقسيم في تصنيف مسائله والتأصيل لها، والمقارنة الحقيقية الكلية والجزئية: الكلية التي تمتد إلى جذور المسائل، و الجزئية التي تشتمل على فروعها التفصيلية، وذلك في تناول مشكلة عملية تتعلق بجواهر المعاملات، وهي العقود المالية كما أسماها المنهاجي في كتابه «جواهر العقود» وبخاصة ما يتعلق بهذه العقود من مسميات وأوصاف، ثم تتحول هذه العقود وتنقلب إلى عقد آخر لاعتبارات كثيرة، قد يمليها الإجتهاد التشريعي، أو حالة العقد من عدم استكمال شرائطه، أو تأثراً بالعوارض الطارئة والحوادث المفاجئة والضرورات الشرعية، أو لمراعاة مقصد أطرافه، ومن ثم الخلوص إلى إثبات تعدد وتنوع حالات التحول والتحويل والانقلاب للعقود في الفقه الإسلامي.

كما يعتمد هذا البحث على منهجية التقصيد والتأصيل بمعنى: الربط بين مقاصد التشريع وتخريج – وليس تكييف – مسائل البحث، وأيضاً تحقيق الارتباط بالأصل والتواصل مع العصر، أي الارتباط بالأصول والمصادر الشرعية، وتفعيلها في استنباط الأحكام التفصيلية وتأسيسها، بما يؤدي إلى إحداث وتجديد بناء نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي، وإثبات أصالتها وجدارتها وثرائها، ومن ثم إبراز أوجه المقارنة الحقيقية التفصيلية – لا الكلية العامة – بين النظامين الفقهي في شريعة الإسلام وغيره من النظم الوضعية الأخرى، على أساس من المنهج الموضوعي الذي يرتكز على منظومة متكاملة: من الأصول الشرعية والقواعد الكلية الفقهية والضوابط الجزئية التفصيلية الفقهية، وكل هذا يعكس خصوصية الصناعة الفقهية في شريعة الإسلام، بل وخصوصية مصطلحاتها المستخدمة، وقد عمد الباحث إلى استخدام كل هذه المعطيات التي يوصف بها البحث، ونحن بصدد بناء نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي العظيم في أصول الصناعة الفقهية واستخدامها في منهجية هذا البحث الهام والدقيق بما يحدد ويبرز ملامح وأوصاف التجديد فيه وعلى نحو ما جاء به تفصيلاً وتأصيلاً ومقارنة حقيقية.

المشكلة الحقيقية للبحث تتمثل في ضرورة المحافظة على المصالح الجوهرية في الالتزامات التعاقدية :

إن الهدف من النظام القانوني سواء كان مصدره أحكام الشريعة الإسلامية أو النظم الوضعية ونظرياتها الفكرية والفلسفية هو حماية قيم المجتمع والمصالح الجوهرية في الالتزامات الناشئة عن الروابط القانونية بحسب الأحكام التفصيلية ومصادرها لكل نظام، ومن ثم فإذا تعرضت هذه المصالح للخطر بسبب ظروف استثنائية طارئة أو عرض طارئ من العوارض[1]، بحيث لم تستطع القواعد القانونية السارية من تحقيق حماية هذه المصالح فإن هذه القواعد السارية تصبح غير قادرة على أداء دورها في هذه الظروف ويصير من اللازم إعمال قواعد أخرى مغايرة تكون كفيلة بتحقيق مصالح الالتزامات وحمايتها، وعلى هذا الأساس نستطيع القول: إن هذه القواعد التي تطبق في حال تحقق هذه العوارض الطارئة أو الظروف الاستثنائية تعتبر جزأ لا يتجزأ من عمومية النظام القانوني ككل، ويكون اللجوء إلى أحكامها مطلوباً للمحافظة على المصالح المتولدة من الالتزامات ويكون ذلك هو الهدف من تطبيق هذه الأحكام ومن ثم يجب أن تكون ملائمة ومناسبة للخطر الناجم عن الظروف والعوارض الطارئة.

وقد يكون الخطر المهدد للمصلحة اقتصادياً أو اجتماعياً أو سياسياً أو عسكرياً أو حدث نتيجة كوارث طبيعية ويشترط في هذا الخطر أن يكون حالاً وحقيقياً ومؤكداً وغير محتمل وغير مألوف يخول اتخاذ إجراءات غير عادية لحماية المصالح المهددة والجوهرية وهذه المصالح تختلف من نطاق قانوني إلى آخر فهي مثلاً «الحقوق المالية الأساسية» في نطاق القانون المدني.

وهذا الخطر كما سبق يشكل جوهر الظروف الاستثنائية والعوارض الطارئة التي قد تكون:

---

1) العبارة الأخيرة استخدمتها الموسوعة الفقهية الكويتية بصدد الحديث عن قاعدة الضرورة تقدر بقدرها وما يكملها من قاعدة: ما جاز لعذر بطل بزواله.

– طبيعية كالفيضانات والزلازل والبراكين والسيول.....الخ.

– اجتماعية كالأوبئة والفتن الطائفية والصراع الطبقي.

– اقتصادية تتصل بالنظام الاقتصادي وتنعكس آثارها على الروابط والعلاقات الاقتصادية والنشاط الاقتصادي ككل كارتفاع الأسعار وحالات التضخم الجموح والكساد المزمن والأزمات الاقتصادية الكبرى والبطالة الطاحنة والديون المتراكمة.....الخ.

ومن ثم نكون أمام وضع غير عادي وغير مألوف يحتم التصرف للحفاظ على المصلحة مع عدم إمكان إعمال القواعد العادية في هذه الظروف والعوارض الطارئة، وتكون هذه الظروف والعوارض هي التي تجعل التصرفات غير المشروعة في الظروف العادية مشروعة، وأن الخروج على القواعد العادية هو السبيل الوحيد لمواجهة هذه الظروف والعوارض الطارئة وأن يكون التصرف حيالها بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف، ويقدر بقدرها.

وهذه الظروف والعوارض الطارئة تعددت مسمياتها :

فقد يطلق عليها حادث مفاجئ أو قوة قاهرة[1] أو حوادث استثنائية[2]

أو ظروف استثنائية[3] أو نظرية الظروف الطارئة أو الضرورة الشرعية[4].

حالة الضرورة هي الأساس القانوني لنظرية الظروف والعوارض الطارئة :

تعتبر حالة الضرورة في جوهرها هي الأساس القانوني لنظرية الظروف والعوارض الطارئة بضوابطها الشرعية في القوانين التي نصت عليها والمأخوذة من الشريعة الإسلامية مثلما تنص عليه المواد التالية : تنص المادة (211) مدني

---

1) انظر المادة 165 من القانون المدني السوري.

2) انظر المادة 212 من القانون اليمني المأخوذ من الشريعة الإسلامية والمادة 205 من القانون المدني الأردني المأخوذ من الشريعة الإسلامية .

3) انظر المادة 198 من القانون المدني الكويتي المنقح طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالديوان الأميري – الكويت.

4) نظرية الضرورة الشرعية د. جميل محمد مبارك ط دار الفرقان بالمنصورة – مصر.

يمني على «العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كالحروب والكوارث لم تكن متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها جاز للقاضي تبعاً للظروف من فقر أو غنى وغير ذلك، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول».

وتنص المادة (205) مدني أردني على: «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وتنص المادة (198) مدني كويت على: « إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

المادة (205) – إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنص ما يلي :

1 – الأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد ان يستقل بنقضه أو تعديله، ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين، فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقديه، ويكون هذا التراضي بمثابة تعاقد جديد، أو لسبب من الأسباب المقررة كما هو الشأن في أسباب الرجوع في الهبة.

2 – وقد استثنى المشروع في هذا المادة حكماً بالغ الأهمية إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود، وقد حرص المشروع على :

أ. أن يرسم في وضوح الحدود بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة، ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي على حد تعبير النص مرهقاً يجاوز السعة دون أن يكون مستحيلاً ومؤدى ذلك ان الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة.

ب. أن يقنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة.

3 – وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحَّة تقتضيها العدالة فهي تُستهدف للنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي، بيد ان المشروع قد احتاط في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار فأضفي عليها صبغة مادية يتجلى أثرها في تحديد الطارئ غير المتوقع، وفي أعمال الجزاء الذي يترتب على قيامة، فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً بل استعمل المشروع عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك» وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي النزعة وفضلاً عن ذلك فإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع عمد إلى إعمال الجزاء برد الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة، إلى « الحد المعقول »، وهذا قيد آخر مادي الصبغة. هذا فضلاً عن اشتراط أن يكون

الطارئ حادثة استثنائية عامة كالفيضان والجراد وليست خاصة بالمدين كحريق المحصول مثلاً.

4 – ونظرية الطوارئ غير المتوقعة تختلف عن نظرية القوة القاهرة في أن الطارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون ان يبلغ به حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة، أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم تبعته الدائن والمدين.

5 – وهذا الحكم يجد لأساسه سنداً في الفقه الإسلامي في مبدأ «الأعذار» في الفقه الحنفي و«الجائحة» في الفقه المالكي والحنبلي مع اختلاف في الأحكام، وفي «المساواة» بين طرفي العقد التبادلي، وفي العدالة عموماً. ويراجع فيما يتعلق بالحوادث الطارئة غير المتوقعة. الكاساني (4: 197 – 199) والهندية (4:459 – 463) وابن عابدين (5:76). السنهوري مصادر الحق (6:95 – 118) وهي تقابل المادة (147) مصري و (148) سوري ومشروع أردني و (146) عراقي.

الالتزامات التعاقدية هي محور البحث :

تنقسم الالتزامات بوجه عام إلى التزامات تعاقدية وغير تعاقدية[1] والأخيرة هي التي يكون مصدرها الفعل الضار والإثراء دون سبب مشروع أو القانون الذي يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها.

أما الالتزامات التعاقدية هي التي يكون مصدرها العقد سواء كان من العقود المسماة أو غير المسماة، وهذه هي محاور البحث.

1) انظر المواد أرقام 20، 21، 22 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المأخوذ من الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

معنى الضرورة وضوابطها الشرعية

الفرع الأول : معنى الضرورة.

■ **في اللغة :** ضرورة جمعها ضرورات وضرائر1 الحاجة، 2 الشدة لا مدفع عنها، الضرورات تبيح المحظورات: تجيز ما لا يجوز. الضرورة القصوى: الحاجة البالغة الشدة. ضروري منسوب إلى الضرورة: كل ما تمس إليه الحاجة[1] .

■ **في الاصطلاح :** نجتزئ من تعريفات الفقهاء ما له علاقة أكثر بعوارض الالتزامات التعاقدية على النحو التالي:

عرفها الإمام السيوطي بأنها بلوغ حد إن لم يتناوله المحظور هلك أو قارب[2].
وعرفها الجرجاني بقوله: الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل بما لا مدفع له[3].

والفقهاء ضبطوا مفهوم الضرورة من أدلة مشروعيتها في القرآن والسنة وأمثلتها فيهما كي تعّد معبرة بدقة عن أحوال الضرورة المبيحة للمحظورات، ومن ثم يقاس عليها ما هو مثلها في حالة المضطر إليه عند تحقق اتحاد العلة وضوابط القياس الأخرى[4].

ومن أدلة مشروعية الضرورة في القرآن والسنة[5] تباح المحرمات من المطعومات

1) المعجم العربي الأساسي.

2) الأشباه والنظائر ص 70 .

3) التعـريفـات.

4) انظر د. جميل محمد مبارك – نظرية الضرورة الشرعية ص 159 – أحكام القرآن للجصاص الحنفي ح 1 / 160.

5) يقول الله تعالى « فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ « البقرة / 173»
« اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ « المائدة / –3»
« اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ « الأنعام / 145»
« وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ « الأنعام / 119»
ومن الأحاديث النبوية الشريفة ما يلي: «1 – عن أبي واقد الليثي قال : « قلت : يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا مخمصة، فما يحل لنا من الميتة ؟ فقال : إذا لم تصطبحوا، ولم تغتبقوا، لم تحتفؤوا بها بقلاً، فشأنكم بها « ومعنى الحديث : إذا لم تجدوا البنة تصطبحونها أو شراباً تغتبقونه، ولم تجدوا بعد ذلك بقلة تأكلونها، حلت لكم الميتة. ومثال إباحة الميتة، وإن كان نادراً في عصرنا الحاضر، لكنه قد يحصل، ويعد رمزاً معبراً لأحوال الضرورة المبيحة للمحظورات.فيقاس عليه ما هو في مثل حالة المضطر اليه.
2 – عن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحرة محتاجين، قال « فماتت عندهم ناقة لهم، أو لغيرهم، فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في أكلها قال : فعصمتهم بقية شتائهم، أو سنتهم» رواه احمد.

عند وجود ضرورة الغذاء والمخمصة (الجوع الشديد)، ومن ثم يمكن تعدية الحكم إلى الحالات المماثلة فيصير معنى الضرورة جامعاً لما نص عليه وما لم ينص عليه عند توافر ضوابط الضرورة وبخاصة في حالات أثر العوارض على الالتزامات التعاقدية أو العقدية، بقصد المحافظة على مصلحة العملية التعاقدية، ومبدأ التوازن العقدي، مما يجعل من الضرورة أساساً لنظرية متكاملة في الفقه الإسلامي، وفي هذا السياق وعلى هذا الدرب عرف د. وهبة الزحيلي[1] الضرورة بأنها:

«هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع».

وعرفها المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة [2] أيضاً بشيء من التوسع فقال :

«الضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور، أو يخشى ضياع ماله كله، أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية، ولا تُدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره».

ويفهم من التعريفين أن الثاني أوسع نطاقاً من الأول إذ عّبر التعريف الأول للدكتور وهبة الزحيلي بأن تطرأ حالة من الخطر والمشقة الشديدة بحيث يحصل خوف من حدوث ضرر، وعبّر التعريف الثاني للشيخ محمد أبو زهرة بحصول حال تهدد مصلحة الشخص الضرورية ومن ثم يتضح أن حال الضرورة في هذا التعريف أشمل وأوسع وإن كان كلا التعريفين استخدما المعيار الشخصي للمضطر في تقدير حال الضرورة، إلا أن الأول وصفه بالخطر أو المشقة الشديدة، والثاني وصفة بمجرد تهديد مصلحة ضرورية، ولكن التعريفين اتفقا في الأثر والنتيجة المترتبة على هذه الحالة للضرورة بأنها لا تدفع إلا بتناول (إتيان) المحظور وارتكاب المحرم أو ترك الواجب أيضاً مقاسه بمعيار شخصي في غالب ظن المضطر.

---

1) المرجع السابق ص 67 وما بعدها..

2) أصول الفقه ص 43، 362 مشار إليه في د. وهبة الزحيلي .

وابن حزم الظاهري يذهب إلى كل ما حرمه الله عز وجل حلال عند الضرورة حاشا لحوم بني آدم فلا يحل من ذلك شيء أصلاً لا بضرورة ولا بغيرها[1] ودليله قوله تعالى: «وقد فصّل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه» (الأنعام / 119) فقد اعتبر رحمه الله عموم هذه الآية لكل ما يضطر إليه فقال: وهذا عموم لكل ما اضطر إليه إلا ما منع منه نص أو إجماع. والحنفية يقولون بإباحة كل المحرمات بالنص وبالقياس معاً: قال الجصاص «والضرورة في الآية منتظمة لسائر المحرمات وذِكرُه لها في الميتة وما عطف عليها غير مانع من اعتبار عموم الآية الأخرى في سائر المحرمات[2].

والحنابلة يقولون بأن الضرورة في سائر المحرمات أي تعم كل المحرمات وحكى ابن قدامه الإجماع على ذلك»[3].

■ **المعيار فيما يباح للضرورة وما لا يباح[4]:**

إزاء ما وقع من اختلاف فيما يباح للضرورة وما لا يباح فإن ذلك ناجم عن عدم توافر أو توفر معيار ذلك ويرى د. جميل محمد مبارك ونحن معه أن هذا المعيار هو:

1 – إذا كان الضرر المترتب على الأخذ بالضرورة أقل من الضرر المترتب على عدم الأخذ بها فاللشخص حينئذ الأخذ بالضرورة، وقد يجب الأخذ بها في حالة الضرر الشديد أو الهلاك[5] المحقق أو المظنون ظنا قويا وذلك بدليل ثابت من قواعد الشرع لا من دليل الضرورة لقوله تعالى: «ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما» (النساء 29).

2 – أما إذا كان الضرر المترتب على الأخذ بالضرورة أكبر من الضرر المترتب على عدم الأخذ بها فلا يلتفت للضرورة.

---

1) المحلي ح 7 ص 426 و ح 1 ص 113 .

2) أحكام القرآن 1/ 160 ولكن الحنفية يستثنون بعض الأشياء لا تبيحها الضرورة انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 95 .

3) المغني ح 9 / 415 – تفسير الطبري ح 9 / 537 .

4) د. جميل محمد بن مبارك – مرجع سابق ص 160 وما بعدها .

5) انظر ما سيأتي في حكم الضرورة.

هذا وقد نصت الشريعة على محظورات في أعلى وأشد مراتب الحظر ولم تبيحها لضرورة ولا لغيرها كالكفر والقتل[1].

حكم الضرورة :

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن حكم الضرورة هو مطلق الإباحة[2] لقوله تعالى: (فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) (البقرة:173) وقال سبحانه (فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) (المائدة:3) ويقول الفخر الرازي ليس في الآيتين إلا نفي الإثم، وهو قدر مشترك بين الواجب والمندوب والمباح، وعليه تكون الإباحة في حالة الاضطرار بمعني مجرد رفع الحرج ونفي الإثم وعدم المؤاخذة كما يقول الإمام الشاطبي رحمه الله[3].

ونخلص إلى أن حكم الضرورة هو الإباحة بمعني رفع الحرج ونفي الإثم وعدم المؤاخذة.

ولكن متى تجب الاستجابة للضرورة، ومتى لا تجب، لم يتفق الفقهاء على ضابط واحد في ذلك:

والإمام الغزالي[4] يذهب إلى أن الفرق بين ما يجب فعله للضرورة وما لا يجب هو أمور مصلحيه رآها المجتهدون.

وقال صاحب التقرير والتحبير[5] الأصل في تحريم هذه المسائل ما حرمه النص حالة الاختيار ثم أبيح حالة الاضطرار وهو مما يجوز أن يرد الشرع بإباحته: «كأكل الميتة ولحم الخنزير وإباحة الفطر في رمضان للمسافر المريض إذا امتنع عن ذلك حتى مات كان آثماً، لأنه أتلف نفسه لا لإعزاز دين الله، ومن أتلف نفسه كان آثماً».

---

1) انظر في تفصيل مسألة المرجع السابق ص 162 د. جميل مبارك.

2) الإبهاج في شرح المنهاج 1/ 82 – أحكام القرآن للجصاص 1/ 156، 159 مشار إليها في المرجع السابق.

3) الموافقات في أصول الشريعة ح 1 ص 320، 350 – 352. .

4) المستصفي ح 1 / 99.

5) ح 2 ص 147 .

«وما حّرمه النص حالة الاختيار ورخص فيه حالة الاضطرار، وهو ليس مما يجوز أن يرد الشرع بإباحته كالكفر بالله ومظالم العباد إذا امتنع فقُتل كان مأجوراً لأنه بذل مهجته لإعزاز دين الله حيث تورع عن ارتكاب المحرم».

«وكذا ما ثبتت حرمته بالنص ولم يرد نص بإباحته حالة الضرورة كالإكراه على ترك الصلاة في الوقت، وعلى الفطر في رمضان للمقيم الصحيح إذا امتنع عن ذلك فقُتل كان مأجوراً لأنه بذل مهجته لإعزاز دين الله وقتل الصيد للمحرم كذلك».

ولكن أبو يوسف رحمه الله[1] ذهب إلى أن الإباحة غير ثابتة في الحالة الأولى، فالحرمة في أكل الميتة ثابتة للضرورة لم ترتفع، وإنما رفع إثم الأكل ولا يأثم الممتنع عن الاستجابة للضرورة في هذه الحالة لقوله تعالى: «فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم» دليل على قيام الحرمة إلا أنه تعالى رفع المؤاخذة رحمة بعبادة.

الفرع الثاني : ضوابط الضرورة :

■ **ضوابط الضرورة الشرعية المبيحة للمحظور :**

(1) أن تكون حالة حقيقية قائمة لا متوهمة يخاف منها حدوث ضرر بالشخص، أو تهدد مصلحته الضرورية..

(2) ألا يكون هناك سبيل آخر لدفع الحالة السابقة إلا بارتكاب المحظور وفعل المحرم أي لا يمكن الخلاص منها بوجه مشروع.

(3) ألا يخالف المضطر قواعد ومبادئ الشريعة وأصول العقيدة الإسلامية مما يعتبر مفسدة في ذاته، فلا يحل الزنى والقتل والكفر[2] الذي يطمئن إليه القلب.

(4) أن يقتصر المضطر فيما يباح من المحظور على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر إذ الضرورة تقدر بقدرها لقوله تعالى: «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه» (البقرة:173). و قاعدة «ما جاز لعذر بطل بزواله».

---

1) المبسوط 24/ 84 – فواتح الرحموت 1/ 118 – التقرير والتحبير 2/ 151 .

2) قواعد الزركشي ق 137 ب – وهبة الزحيلي – المرجع السابق ص 70 وفي المسألة تفصيل يرجع إليه في مراجعة.

(5) أن تكون متفقة مع مقاصد الشريعة الإسلامية في جلب المصلحة ودفع المفسدة وإزالة الضرر.

(6) ألا يؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها فترجّح أعظم المصلحتين فتُجلب، وأعظم المفسدتين فتُدفع[1] يقول السيوطي في هذا : «الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها»[2].

(7) ألا يترتب على إزالتها إلحاق مثلها بالغير.

(8) أن تكون حالة الضرورة من الخشية والخوف من وقوع الضرر مبنية على ظن المضطر ظناً قوياً بوقوعه وفي كل حالة بحسبها.

■ **تنبيهات فقهية في حالة الضرورة :**

ينبغي فيما نحن بصدده من دراسة وبحث حالة الضرورة وأثرها على الالتزامات التعاقدية أن ننبه إلى الأمور الشرعية التالية :

(1) أن الضرورة كاستثناء من النصوص والقواعد الشرعية ينبغي تجاوزها والخروج منها.

(2) علة التحريم لا تزول عما أبيح للضرورة وإنما ينتفي الإثم ويتجاوز عنه بسبب حالة الضرورة بضوابطها الشرعية فمثلاً في حالة الاكراه[3] :

أ- قد يباح الفعل المحرم حالة الاختيار.

ب- وقد يرخص فيه ولكن حرمته مؤبدة لا تحتمل السقوط في الجملة.

جـ- وقد يرخص فيه وحرمته تحتمل السقوط في الجملة كإتلاف مال الغير وتناول المضطر مال غيره، وهذان النوعان (ب، ج) لا يباح ما يتضمناه بالإكراه ولكن يرخص فيه للضرورة.

---

1) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام في تفصيل المسألة ح 1 ص 93.

2) الأشباه والنظائر ص 93 – أيضاً انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 96 .

3) تهذيب الفروق بهامش الفروق للشيخ محمد على بن حسين مفتي المالكية 1/ 36 مشار إليه في نظرية الضرورة الشرعية ص 115 هامش 2 .

د- وقد لا يباح الفعل، ولا يرخص فيه إطلاقاً كالقتل بغير حق، والخلاصة أن الإكراه لا يعتبر دائماً من أسباب إباحة المحظور، وإنما قد يباح المحظور به وقد لا يباح، وحينئذ يعتبر من موانع المسئولية الجنائية فقط.

(3) من حِكْمة تقدير الضرورة بقدرها ألا يركن إلى الضرورة وأن يسهل الرجوع إلى الأصل، وأن يجب على المضطر العمل على إزالة الضرورة[1].

■ المشقة غير المعتادة أساس حالات الضرورة الشرعية في العقود وتحولها في الفقه الإسلامي :

- حالات الضرورة :

- القاعدة الفقهية عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه[2]، ومعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية، وأن القواعد الفقهية يستثنى منها مواطن الضرورات، ونذكر من القواعد الفقهية ذات الصلة بموضوعنا قاعدة:
- «المشقة تجلب التيسير»[3] فقد اعتبر البعض المشقة وإزالتها عن المكلف هي المعيار التي تستند إليه نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية[4].
- لكن المقصود بالمشقة المقتضية للتخفيف في الأحكام هي المشقة الخارجة عن المعتاد والمألوف(5)، وتفسد التصرفات، وتلحق بأحد الضروريات الخمسة (حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال)، وهذا النوع للمشقة هو الذي يكون سبباً في صيرورة الأحكام غير المشروعة أصلاً مشروعة.

1) في هذا المعنى انظر حجة الله البالغة للدهلوي ج 1 ص 103 - قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ح 1 ص 95 نظرية الضرورة د. جميل محمد مبارك ص 300 انظر تفصيل القول في أثر الاضطرار في الأحكام الشرعية وحالاته د. وهبه الزحيلي ص 280 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 22.

2) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 22.

3) نصت عليها المادة رقم 17 من مجلة الأحكام العدلية.

4) نظرية الضرورة الشرعية - جميل محمد مبارك ص 49.

5) انظر في أنواع المشقة الفروق للقرافي 1 ص 181 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 73 - قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ص 31، ص 7 - غمز عيون البصائر 1/ 257 - 276 - الأشباه للسيوطي - الموسوعة الفقهية الكويتية ح 28 ص 206.

- وقد تكون هذه المشقة سبباً في تشريع أحكام جديدة[1] على خلاف المألوف المعتاد مثل: تشريع عقود وتصرفات معينة على خلاف القياس كالقرض والإعارة والإجارة فإنها شرعت تسهيلاً للانتفاع بمال الغير، وكالوكالة والإيداع[2] وأنواع الشركات فإنها أبيحت للاستعانة بجهود الغير وكالحوالة ليتمكن الدائن من استيفاء دينه من غير المدين، وكعقود التوثيق من رهن وكفالة مالية أو بالنفس لتأمين حق الدائن وتوثيقه وكالإبراء لحط كل الدين أو بعضه عن ذمة المدين، وكخيار الشرط والغبن والتغرير للتروي ودفع الاستغلال، وكقبول شهادة الأمثل فالأمثل أي الأحسن فالأحسن سيرة بين الشهود الموجودين بدلاً من اشتراط العدالة المطلقة لضرورة الفصل في القضايا بين الناس، وإلا ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات نظراً لفساد الزمان.
- كما قد تكون المشقة سبباً في رفع الحرج ودفع العسر عن الناس والترخيص والتسهيل في بعض الأحكام مثل: التقادم أو مضي المدة بمنع القاضي من سماع الدعوة في الحقوق المتنازع عليها حماية للحقوق المكتسبة ولاستقرار المعاملات، وكجهل الوكيل بالعزل الاختياري من الموكل يعتبر عذراً في استمرار صلاحية الوكيل وبقاء سلطاته ونفاذ عقوده دفعاً للحرج عنه[3]. مما يبرر أيضاً عملية تحول العقود في الفقه الإسلامي في نظرنا.

– ضابط المشقة المقتضية للتخفيف :

من قواعد الشريعة التيسير والتخفيف عن الناس ورفع الحرج عنهم ومن هنا كانت قاعدة «المشقة تجلب التيسير» وكانت الرخص بالأعذار في الشرع الحنيف للتيسير والتسهيل، فالرخص هي الأحكام الشرعية التي شرعها الله تعالى بناء على أعذار الناس[4] رعاية لحاجتهم مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي، وتتنوع

1) د. وهبة الزحيلي – نظرية الضرورة الشرعية ص 200 وما بعدها

2) الوديعة هنا بمعنى حفظ المال لاستثماره.

3) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم 1/ 105 – شرح المجلة للشيخ طاهر الأتاسي ص 49 وللمحامي سعيد المحاسني ص 49.

4) انظر الإبهاج للسبكي ص 51 – التقرير والتحبير ص 146 – الأحكام للآمدى ص 68 – شرح المحلى على جمع الجوامع ص 92 – نظرية الضرورة الشرعية د. وهبه الزحيلي ص 206 .

الرخص إلى أنواع عديدة ليس هنا مجال سردها والتفصيل فيها.

والمشقة المقتضية للتخفيف ليست بالخفيفة التي لا توجب تخفيفاً، وليست بالفادحة الموجبة للتخفيف، ولكنها المتوسطة بينهما، وفي ضابطها الفقهي اختلف الفقهاء: فابن قدامه[1] يذهب إلى أن كثير المشقة لا ضابط له في نفسه ولذلك ينظر إلى الحكمة أحياناً إن أمكن إدراكها، وإلا فالمظنة تقوم مقامها.

والزركشي ربط المشقة بالأعذار فتختلف باختلافها، وقال: المشقة يختلف ضابطها باختلافات أعذارها[2].

والعز بن عبد السلام[3] وتلميذه القرافي يذهبان إلى أنه لا ضابط للمشقة المتوسطة وقال: فإن قيل: إن المشاق تنقسم إلى ما هو في أعلى مراتب الشدة، وإلى ما هو أدناها، وإلى ما يتوسط بينهما، فكيف تعرف المشاق المتوسطة المبيحة التي لا ضابط لها مع أن الشرع قد ربط التخفيفات بالشديد والأشد والشاق والأشق مع أن معرفة الشديد الشاق متعذر لعدم الضابط.

وأجاب : لا وجه لضبط هذا وأمثاله إلا بالتقريب فإن ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله ويجب تقريبه.

ولكن القرافي[4] ذكر ضابط المشقة التي تثمر التخفيف وقال إن الفقهاء يجيبون بالإحالة إلى العرف[5] ولكن العرف عند بعض الفقهاء متروك للعوام، ولا يصح تقليدهم في ذلك، وانتهي إلى ما انتهي إليه شيخه العز بن عبد السلام، وأن ما لا ضابط له يقرب بقواعد الشرع، وذلك بأن يفحص الفقيه عن أدنى مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً، ومن ثم

---

1) المغني ح 3 ص 156 .

2) المنثور في القواعد ح 3 ص 171 .

3) قواعد الأحكام ح 2 ص 15.

4) الفروق ح 1 ص 120 .

5) العرف كضابط يعتبره الشيخ رشيد رضا – تفسير المنار 6/ 224.

فالقرافي بذلك يلجأ إلى القياس[1] لمعرفة الضابط في المشقة المعنية فإذا ثبتت أدنى مشقات عبادة معينة يمكن أن تأتي بالترخيص بنص أو إجماع أو استدلال فتقاس عليها مشقات تلك العبادة التي لم ينص عليها.

ويذهب الإمام الشاطبي[2] في بيان ضابط المشقة المؤثرة بالتخفيف وهي المتوسطة من المشاق إلى أن المشقة «إضافية لا أصلية» أي بحسب من تضاف إليه ومن ثم تختلف باختلاف الناس والأحوال والأزمان، وأنه إذا كان العمل يؤدي بالمكلف إلى الانقطاع عنه، أو يسبب له خللاً في حال من أحواله فالمشقة غير عادية مقتضية للتخفيف وإلا فهي عادية.

ويرى الشيخ د وهبه الزحيلي[3] أن المعاملات تتأثر بمرتبة واحدة من المشاق، ففيها يقتصر في إسقاط المسؤولية على أقل ما تصدق عليه حقيقة الشرط الذي تقتضيه حقيقة المعاملة، أي أنه يكتفي في تنفيذ الشرط بأقل ما يسمى شرطاً ينطبق عليه المتفق عليه، فلو عقد شخص مع آخر عقد سلم واشترط أوصافاً معينة في المسلم فيه المبيع، فإنه يُحمل على أقل شيء يحقق معنى الشرط أو مسماه، ولا يشترط توفر مرتبة معينة من الأوصاف المتفق عليها، فالمعاملات تحمل على أدنى المشاق فيها، فيحمل المطلوب على أقل مشقة تحصيلاً لمقاصد المعاملات ومصالحها التي تقتضي التيسر فلذا ربط الحكم بها بأقل ما يطلق اسم الشرط ويحقق معناه، ولو طولب العاقد بأعلى مراتب الأوصاف في عقد السلم مثلاً لأدى ذلك إلى كثرة التنازع والاختلاف وإظهار العناد والاستبداد.

هذا وإن كان فضيلته ينتهي إلى ما انتهي الإمامان العز بن عبد السلام وتلميذه القرافي في ضابط المشقة المقتضية للتخفيف إلا أنه بخصوص ما قال «إذا احتكمنا إلى العرف فيما يعتبر مشقة فإن العرف مضطرب ومتغير وليس فيه تحديد ثابت» فكان الأنسب القول كما قرر الفقهاء إن ما لم يرد فيه الشرع بتحديد المشقة يتعين

---

1) نظرية الضرورة الشرعية د. جمال محمد مبارك ص 53.

2) الموافقات 1/ 314 – 316، ح 2 ص 123.

3) نظرية الضرورة الشرعية ص 217 وما بعدها .

تقريبه بقواعد الشرع، لأن «ما لا يحد ضابطه لا يجوز تعطيله»وعدم الالتفات إليه، ونقول في هذا الضابط أيضاً : إن سهل هذا التقريب في مشاق العبادات لكثرة ووفرة الاستدلال فيه فإنه يصعب في مسائل المعاملات وما يترتب عليها من التزامات تعاقدية، وهو ما نؤيد فيه تفريق الشيخ وهبه الزحيلي بين العبادات والمعاملات ولكن مع الاستئناس أو الاسترشاد بها (العبادات)، وفي نفس الوقت يكون من الأنسب في المعاملات باعتبارها من مفردات قسم العادات في الفقه الإسلامي أن يرجع فيها إلى العرف الذي يؤدي دوراً مهماً فيها، وبخاصة إذا كانت تلك المعاملات من الأعمال التجارية التي تستحوذ على ساحة واسعة من المعاملات المعاصرة. ولهذا كان من باب أولى عندنا أن تكون نظرية تحول العقود، في الفقه الإسلامي من هذا الباب وفي إطار وسياق أثر العوارض الطارئة في تحول العقود وما يترتب عليها من التزامات تعاقدية وهو ما نتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني

تحول العقد وحالاته في الفقه الإسلامي

أهمية موضوع تحول العقود :

تتأكد أهمية هذا البحث في أنه يحقق القدرة الشرعية للعقود على الاستجابة لمتطلبات المصلحة الشرعية العملية.

كما تتأكد أهمية البحث في إثبات الحقيقة الشرعية لتحول العقود في الفقه الإسلامي وأنها أصيلة فيه، وأنها ليست منقولة أو مأخوذة من الفكر والقانون الوضعي إثبات ذلك.

وكذلك تظهر أهمية البحث في استنباط قواعد وضوابط تحول العقد في الفقه الإسلامي من الأمثلة والحالات الجزئية التفصيلية لتحول وانقلاب العقود، ومن منهجية الفقهاء في الصناعة الفقهية، وتفردها بالموضوعية، في إطار قواعد كلية وضوابط فرعية حاكمة، أو ناظمة لحالات تحول العقد.

ولابد أن ينتهي البحث إلى بيان أي المنهجين أو السبيلين أقوم في خدمة الموضوع، وأكثر صلاحية لانتظام تشعب حالاته المختلفة، ومن ثم تحقيق المصالح المعتبرة من الأعمال والتصرفات، ووضع الأسس الفقهية لبناء نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي على وجه الخصوص والخلوص.

التخريج الفقهي والتكييف القانوني :

في وجازة عَجْلى حول المصطلح نقول : إن منهجية البحث في الفقه المقارن في شريعة الإسلام تمتاز بدقتها وانضباطها، وتميزها ابتداء من تحرير المعنى اللغوي للمصطلح...

وحول مصطلح «تخريج» في معاجم اللغة العربية جاء في المعجم العربي الأساسي حرف الخاء: (خ ر ج) ما يلي :

أولاً : خرّج يخرّج تخريجاً :

1 – الاختصاصي الطالبَ في العلم أو الصناعة: درّبه وعلّمه.

2 – الفقيهُ المسألةَ: بيّن وجهها في الحكم الشرعي.

3 – في (مصطلح الحديث) الحديثَ: ذَكَرَ أسانيدَهُ وفحصها.

وبذلك يظهر لنا أن دور المخرِّج كاشف، ومستنبط للحكم الشرعي، على وفق أصول الاجتهاد وضوابط الاستنباط الشرعية، وهو ما يؤكده صاحب معجم الوافي[1] بقوله: أخرّج المسألة أبان لصحتها وجهاً.

ثانياً : حرف الكاف : ك ي ف :

كيَّف يكيِّف تكييفاً :

1 – الشيء : قطَّعَهُ..

2 – جعل له كيفية مخصوصة «كيَّف السياسي الموضوع كما أراد» «كيَّف المصلح عقلية الشعب».

1) معجم وسيط اللغه العربيه باب الخاء.

تكَيَّفَ يَتكيَّفُ تكَيُّفا :

1 – الشيء : صار على كيفية معينة.

تكْييفٌ : 1 – مصدر كَيَّفَ

2 – (قانونيا) : تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، ومن ثم فهو منشئ للحكم.

وبذلك يظهر لنا أن المكيِّف يجعل المسألة على كيفية مخصوصة كما أراد واضع القانون مع الظروف، ومن ثم فهو منشئ للحكم، وهو ما يؤكده أيضاً صاحب الوافي بقوله :

«كيَّفه فتكيف أي جعل له كيفية فصارت له». بل يؤكد الواقع القضائي في إطار القانون الوضعي من أن القاضي يستقل بتكييف العقد ابتداء، ولكنه ليس مطلقاً، بل يقع تحت رقابة محكمة النقض التي قد تغيره، وأن تعديل التكييف الخاطئ ليس تحولاً بل تفسيراً للتكييف الصحيح على ما سيأتي.

والخلاصة عندنا على أساس ما تقدم هي :

إن التخريج أولى وأدق في الصناعة الفقهية وفي لغة الفقهاء، على غرار ما درج عليه الفقهاء ونقول:

- إن التخريج منوط بالكشف عن الحكم الشرعي بطريق الاستنباط من أدلته الشرعية وليس منشئاً، وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر لما له حكم في الفقه الإسلامي، ولذلك يغلب استعمال المصطلح في عمل المجتهد والفقيه في المسائل الفقهية.
- إن التكييف منوط «بالجَعْل» لطبيعة المسألة أو التصرف، ولذا يغلب عليه الإنشاء للحكم ابتداء على غير مثال سابق، فافترق عن التخريج، ولذلك يغلب استخدامه في عمل رجال القانون الوضعي، باعتبار أن القوانين الوضعية من عمل العقل

البشري ابتداء، فاتسق معها مصطلح التكييف؛ لأن طبيعة النظم القانونية تقوم على نظريات عملية فكرية من صنع العقل ابتداء. فضلاً عن أن دور القاضي في مسائل تحول العقد في القانون تدور على الكشف عن نية أطراف العقد في ظل ظروف العقد وأحواله، فغلب عليه الطابع الشخصي لا الشرعي.

لهذا نرجح : استخدام التخريج لجريانه في عمل الفقهاء ولغتهم في المسائل الفقهية، واستخدام التكييف في عمل رجال القانون للمسائل القانونية. ولذلك لم نر مصطلح «التكييف» في لغة الفقهاء قديماً، ولم نر مصطلح «التخريج» في لغة رجال القانون إلا نادراً جداً، فلكل نظام منهجيته التي يعمل على أساسها، وهو ما نفضله وندعو إليه، وليس معنى ذلك إغلاق باب الاستفادة من كلٍ بما لا يلغي أصول صناعة كل نظام وتفرده في أصوله ووسائله ومقاصده....

الفرع الأول :

التحول والتحويل في القرآن الكريم :

- يقول الله تعالى:

« **خَالِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا** » (سورة الكهف: آية 108)

أي حال كونهم في الجنّة «لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا» أي لا يطلبون عنها تحولاً والحاصل أن المراد من عدم طلب التحول عنها كونها أطيب المنازل وأعلاها، وجوز ابن الزجَّاج أن يراد نفي التحول والانتقال على أن يكون تأكيداً للخلود، أي لا يتحولون عنها فيبغوه، وقيل في وجه التأكيد إنهم إذا لم يريدوا الانتقال لا ينتقلون لعدم الإكراه فيها وعدم إرادة النقلة عنها فلم يبق إلا الخلود[1].

فدلّنا على أن التحول آكد في الانتقال من حال إلى حال، ومن صورة إلى أخرى، ومن مكان إلى آخر.

1) انظر روح المعاني للألوسي ج 9 ص 74 ط. المكتبة التجارية.

• يقول الله تعالى:

«فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا» (سورة الإسراء: آية 56)

أي: فلا يستطيعون بأنفسهم كشف الضرّ عنكم ولا نقله منكم إلى غيركم، أو ولا تبديله بنوع آخر[1]. فدلّنا على أن التحويل يعني النقل أو التبديل بنوع آخر.

• يقول الله تعالى:

«سُنَّةَ مَنْ قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنْ رُسُلِنَا وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا» (سورة الإسراء: آية 77)

فالسنّة لله عز وجل وأضيفت للرسل عليهم السلام لأنها سنت لأجلهم، ويدل على ذلك قوله سبحانه: «وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا» حيث أضاف السنة إليه تعالى. والتحويل التغيير أي لا تجد لما أجرينا به العادة تغييراً أي لا يغيره أحد[2].

فدّلنا على أن التحويل التغيير لما جرت به العادة.

• يقول الله تعالى:

«فَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَحْوِيلًا» (سورة فاطر: آية 43)

بأن ينقل عذابه من المكذبين إلى غيرهم، والفاء لتعليل ما يفيده الحكم بانتظارهم العذاب من مجيئه ونفي وجدان التبديل والتحويل عبارة عن نفي وجودهما بالطريق البرهاني، وتخصيص كل منهما بنفي مستقل لتأكيد انتفائهما، والخطاب عام أو خاص به عليه الصلاة والسلام. فدّلنا على أن التحويل يعني التبديل والنقل.

ونخلص من هذه الآيات الكريمات في التوثيق لمعنى التحول والتحويل إلى المعاني الآتية:

1 – الانتقال من حال إلى حال ومن صورة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر.

2 – النقل أو التبديل بنوع آخر.

3 – التغيير لما جرت به العادة.

1) انظر روح المعاني للألوسي ج 9 ص 142 ط. المكتبة التجارية.

2) روح المعاني للألوسي ج 9 ص 190 مرجع سابق

الفرع الثاني:

نماذج من حالات التحول وأحكامه في الفقه الإسلامي :

الغُصْن الأول : تـحول العقد :

التعـريـف :

التَحول في اللغة مصدر تَحول.

ومعناه: التنقل من موضوع إلى آخر.

ومن معانيه أيضاً: الزوال. كما يقال تحول عن الشيء أي: زال عنه إلى غيره.

وكذلك: التغير والتبدل.

والتحويل مصدّر حوّل، وهو: النقل من موضع إلى موضع، فالتحول مطاوع وأثر للتحويل وهو بمعنى الانتقال[1].

ويقصد الفقهاء بالتحول ما يقصد به في اللغة[2].

ويستفاد لنا مما تقدم أن التحويل لغةً مصدر حوّل الشيء، والتحول أثر للتحويل ومطاوع له، وتدور معانيه على: النقل والتغيير والتبديل.

الألفاظ ذات الصلة بالتحول والتحويل :

1 – **الاستحالة :** من معانيها تغير الشيء عن طبعه ووصفه أو عدم الإمكان[3]. فالاستحالة قد تكون بمعنى التحول كاستحالة الأعيان النجسة من الخمر والخنزير، وتحولها من أعيانها، وتغير أوصافها، وذلك بالاحتراق أو بالوقوع في شيء.

---

1 مختار الصحاح، الصحاح في اللغة والعلوم، لسان العرب مادة: «حول « – المصباح المنير الحاء مع الواو وما يثلثهما ص 244 التعريفات للجرجاني ص 99.

2 الموسوعة الفقهية الكويتية ج 10 ص 278.

3 المصباح المنير مادة « حول « ومادة « نقل «.

2 – **النقل :** تحويل الشيء من موضع إلى موضع، والأصل فيه النقل من مكان إلى مكان، وقد يستعمل في الأمور المعنوية كالنقل من صفة إلى صفة، وكنقل اللفظ من الاستعمال الحقيقي إلى الاستعمال المجازي[1].

3 – **التبديل والإبدال والتغيير:** وهي أن يجعل مكان الشيء شيئاً آخر أو تحول صفته إلى صفة أخرى، والتغيير إما في ذات الشيء أو جزئه أو الخارج عنه[2] وهذه الألفاظ متقاربة في المعنى، إلا أن التحويل يستعمل في تبديل ذات بذات أخرى،[3] وإن كان من معانيه التغيير.

4 – **انقلاب العقد :** وهو الأظهر في لغة الفقهاء قديماً.

الغُصْن الثاني :

التحول تعتريه أحكام كثيرة تختلف باختلاف مواطنها[4]:

أولاً– نماذج للعقود المتحولة منها :

1 – **تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب[5] وإلى شركة إن ربح المضارب. وإلى إجارة فاسدة إن فسدت[6].**

تحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة نص عليه الماوردي وعلله بأن العقد ينعقد جائزاً وليس بلازم[7]. وكذلك تظهر فكرة تحول العقد في المضاربة من قولهم المضاربة عقد ابتداء وشركة عند حصول الربح انتهاء، وهي بهذا نوع

---

1) الفروق ص 139.

2) الكليات لأبي البقاء الكفوي ص 294 لفظ التحويل ط. مؤسسة الرسالة.

3) التعريفات ص 99 ط. لبنان سنة 1990م.

4) الموسوعة الفقهية الكويتية ج 10.

5) ولذلك يرى جمهور الفقهاء في الجملة أن تصرفات المضارب منوطه بالمصلحة كالوكيل – بدائع الصنائع 6/ 87، 92 – وحاشية ابن عابدين 3/ 19 – الموسوعة الفقهية مرجع سابق.

6) الشرح الصغير 3/ 681 – روضة الطالبين 5/ 141 – المغني 5/ 63 – 64.

7) المضاربة للماوردي ص 157.

شركة في الربح، ومن ثم تنطوي المضاربة على فكرتي العقد والشركة[1].

2 – **تحول السلم إلى بيع مطلقاً** إذا كان المسلم فيه عيناً في قول عند الشافعية. وإلى هبة لو قال: بعت بلا ثمن، والأظهر البطلان[2].

3 – **تحول الاستصناع سلماً إذا ضرب فيه الأجل** عند بعض الحنفية حتى تعتبر فيه شرائط السلم3. فإذا ما ضرب في الاستصناع أجل صار بمعنى السلم ولو كانت الصيغة استصناعاً[4] وخالف الصاحبان وأن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل، فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل ويحمل الأجل على الاستعجال لا الاستعمال[5].

4 – **تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر** ومن أمثلة ذلك :

– **الهبة بشرط العوض** وأقوال الفقهاء في ذلك :

- ذهب الحنفية والحنابلة وهو الأظهر من المذهب عند الشافعية إلى أن الهبة إذا كانت بشرط العوض يصح العقد ويتحول إلى بيع، فيثبت فيه الخيار والشفعة، ويلزم قبل القبض، ويرد بالعيب وخيار الرؤية[6].

ويقول الكمال بن الهمام :

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض[7].

وفي هذا القدر من أقوال الفقهاء أثبتنا فكرة تحول العقد في هذا المثال. وهناك أقوال أخرى للفقهاء في المسألة:

- ففي قول للشافعية: يبطل العقد لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها.

---

1) حاشية ابن عابدين 8/ 315، 316 – المحلي على المنهاج 3/ 55 – نهاية المحتاج 4/ 118.

2) روضة الطالبين 4/ 6 – الوجيز 1/ 154.

3) حاشية ابن عابدين 4/ 212.

4) تحفة الفقهاء 2/ 539.

5) المبسوط 12/ 139 – الموسوعة الفقهية الكويتية ج 3.

6) كشاف القناع 4/ 300.

7) تكملة فتح القدير 7/ 510 ط دار إحياء التراث العربي.

- وذهب المالكية إلى أن هبة الثواب بيع ابتداء، ولذا لا تبطل بموت الواهب قبل حيازة الهبة، ولا يجوز أن يثاب عن الذهب فضة أو العكس لما يلزم عليه من الصرف المؤخر ما لم يحدث التقابض في المجلس. وفي كون العوض معلوماً أو مجهولاً، وكذلك في كونها بيعاً ابتداء أو انتهاء تفصيل ليس هنا مكانه.

5 – **تعليق الهبة على شرط** يصيّر العقد وعداً[1] عند بعض الحنابلة.

6 – **تحول العقد الموقوف إلى عقد نافذ** وأقوال الفقهاء في ذلك: ذهب الحنفية والمالكية وهو قول للشافعية ورواية عند الحنابلة إلى أن بيع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك فإذا أجازة المالك أصبح نافذاً وإلاّ فلا، وإليه ذهب إسحاق بن راهويه[2]. وفي هذا القدر من أقوال الفقهاء يثبت تحول العقد.

وقد فصل القائلون بانعقاد بيع الفضولي وليس هنا مكانه.

7 – **تحول الدين الآجل إلى حال** ومواطن ذلك كثيرة وأقوال الفقهاء في ذلك: **الموت والتفليس**:

- **ففي حال الموت:** ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة: إلى أن الدين الآجل يتحول بالموت إلى حال لانعدام ذمة الميت وتعذر المطالبة، وبه قال الشعبي والنخعي والثوري[3].

- **وفي حال التفليس:** ذهب المالكية وقول للشافعية ورواية عند الحنابلة ذكرها أبو الخطاب إلى أن من حجر عليه لإفلاسه يتحول دينه الآجل إلى حال لأن التفليس يتعلق به الدين بالمال فيسقط الأجل كالموت[4].

---

1) المغني لابن قدامة ج 5 فقرة 4450 وقال: فإن علقها على شرط كقول النبي صلى الله عليه وسلم لأم سلمه « إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك « كان وعداً «– ومن المعلوم أن الهبة من عقود التمليكات ولذا منع فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد تعليق الهبة أو إضافاتها وإن كان هذا هو الأصل عند فقهاء المالكية إلا أنهم يذهبون إلى أن الوعد في التبرعات إذا كان على سبب ودخل الموعود له بسبب الوعد في شيء على المشهور – أو لم يدخل على قول أصبغ – فإنه يكون لازماً ويقض به على الواعد – الفروق 1/ 228 فتح العلى المالك لعليش 1/ 254.

2) ابن عابدين 4/ 135 وما بعدها – القوانين الفقهية ص 250 – المغني 4/ 227 – روضة الطالبين 3/ 353.

3) ابن عابدين 5/ 483 – الشرح الصغير 3/ 353 وما بعدها – القوانين الفقهية 323 – المغني 4/ 481، 482.

4) المراجع السابقة.

8 – تحول الوقف عند انقطاع الموقوف عليه[1]:

ذهب عامة الفقهاء إلى أن التأبيد شرط في الوقف وأن الوقف الذي لا خلاف في صحته: ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل: أن يجعل نهايته إلى جهة لا تنقطع كأن يجعل آخره على المساكين أو طائفة منهم فإنه يمتنع بحكم العادة انقراضهم. واختلفوا فيما لو انقطع الموقوف عليهم.

- **بيع الموقوف والاستبدال به :** إذا تعطل الموقوف وصار بحالة لا ينتفع بها في الجملة فقد أجاز الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في رأي، بيعه وجعل ثمنه في مثله أي الاستبدال به، وأجاز الحنفية البيع والاستبدال ولم يتعطل الموقوف لكن بشروط خاصة، وفرق المالكية بين العقار والمنقول[2]. وقد أوردنا حالة استبدال الموقوف ضمن حالات التحول باعتبار أن التبديل والإبدال من الألفاظ ذات الصلة بالتحول ومشمولة بمعانيه.

9 – الحوالة تكون وكالة :

عند الحنابلة أن المحيل إذا أحال شخصاً غير مدين له على من عليه دين للمحيل فهو وكالة جرت بلفظ الحوالة[3].

وتنص المادة (866) من مرشد الحيران على أنه: «يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديوناً للمحتال وإلا فهي وكالة، ولا يشترط أن يكون المحتال عليه مديوناً للمحيل، بل إذا رضي بالحوالة صحت والتزم بالدين للمحتال ولو لم يكن المحتال عليه مديوناً للمحيل»[4].

- جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير[5] ما يلي :

1) هذه الصورة ذكرتها الموسوعة الفقهية الكويتية (ج 10 ص 288) ونراها بعيدة عن تحول العقد وأن الأقرب والأبلغ منها هو حالة الاستبدال بالموقوف وأقوال الفقهاء فيه.

2) انظر في تفصيل ذلك الموسوعة الفقهية الكويتية ج 44 ص 194 وما بعدها.

3) انظر الرهوني على خليل 5/ 397، 402، 403 – المنتفي للباجي على الموطأ 5/ 67 كشاف القناع للبهوتي 3/ 384 – الموسوعة الفقهية ج 18/ 205.

4) يستفاد من رد المحتار من أوائل الحوالة ص 290.

5) ج 3 ص 397 ط. دار إحياء الكتب العربية – مصر.

10 – التوكيل على اقتضاء الدين تارة يكون إجارة وتارة يكون جعالة :

ففي الإجارة لا بد من بيان القدر الذي للموكل القدرة على اقتضائه، وأن يبين من عليه الدين ليعلم حين العقد هل هو معسر أو موسر أو مماطل أو لا .....

وأما في الجعالة فالواجب بيان أحد الأمرين، إما القدر، أو من عليه الدين.

وليس المراد وقوعها بلفظ إجارة أو جعالة وإنما المراد أن العقد وقع على صورة الإجارة بأن عيّن الزمان أو العمل، أو على صورة الجعالة بأن لم يعين الزمان. ولذا قال المصنف أو إن وقعت بأجرة أو جُعْل ولم يقل أو إن كانت إجارة أو جعالة.

11 – انقلاب الوكالة إلى فضالة ويصير الوكيل فضولياً إذا خالف الوكيل وجاوز الحدود المرسومة لوكالته[1]، ويتوقف العقد على إجازة الموكل، جاء في البحر الرائق: «وكيل بشراء العبد جاء إلى مالكه فقال: بعت هذا العبد من المُوَكِّلِ وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف أمره ألاَّ ترجع العهدة إليه وقد رجع، قال أبو القاسم الصفار: والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً، ويتوقف العقد على إجازة الموكل».

12 – الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة :

إذا كانت الوكالة بجُعل وعوض وأجرة تصبح إجارة لازمة بالعقد عند فريق من الفقهاء[2].

13 – خروج العقد من الجعالة إلى الإجارة :

في حالة ما إذا جعل للعامل الجعل بتمام الزمن المحدد في العقد سواء أتم العمل أم لا[3].

---

1) ج 3 ص 397 ط. دار إحياء الكتب العربية – مصر.

2) الخرشي 6/ 86 – المغني 5/ 94 – ابن جزي ص 334 – ابن رشد الجد م3 / 58 – حاشية البيجرمي 3/ 54 – الحطاب في حاشية البيجرمي 5/ 188 – الفتاوى الهندية ج 3 / 278.

3) الموسوعة الفقهية 15/ 216.

14 – **الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال**،والعارية تنقلب قرضاً إذا كان الشيء مما يستهلك بالاستعمال:

إذا كان الوديع مأذوناً بالاستعمال تصبح الوديعة عارية.

وإذا كان الشيء نقوداً أو مالاً مثلياً مما يهلك بالاستعمال فإن العارية تنقلب قرضاً[1].

15 – **الإعارة إذا اشترط فيها العِوضْ تنقلب إجارة.**

16 – **تحول القرض إلى وصيّة :**

لو أقرض رجل دراهم وقال: إذا مت فأنت في حلٍ كانت وصية[2].

17 – **الحوالة تنقلب كفالة :**

الحوالة بشرط الضمان على الأصيل (المدين) تنقلب كفالة كذا في محيط السرخسي[3].

وجاء في البدائع[4]: كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به.

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية[5]: كلٌ من المحال عليه والكفيل قد التزم ما هو أهل لالتزامه وقادر على تسليمه، وكلاهما طريق لتيسير استيفاء الحق. ولنا أن كلاهما من وسائل الضمان في الفقه الإسلامي.

18 – **انقلاب عقد القرض بزيادة إلى بيع ربوي :**

لو أقرضه لأجل بشرط أن يرد إليه مبلغ القرض بزيادة فهذا لا خلاف بين الفقهاء على تحريمه، لأن العقد ينقلب في هذه الحال من قرض بالاصطلاح الفقهي الإسلامي إلى بيع ربوي.

---

1) البهوتي في كشاف القناع 4/ 141 – تحفة الفقهاء للسمرقندي 3/ 284 – الكاساني في البدائع 8/ 2899 – المبسوط للسرخسي 11/ 145 – المغني لابن قدامة 5/ 207.

2) المغني لابن قدامة ج 4 / 213 بند 3268 – ط. دار الفكر.

3) الفتاوى الهندية 3/ 278 ط. دار إحياء التراث العربي.

4) البدائع 6/ 16 – 17 ط. دار الكتاب العربي.

5) ج 18/ 171.

القرض بفائدة في لغة المصارف عقد معاوضة ومشاحة، الأجل عنصر لازم فيه، أما القرض في اصطلاح فقهاء الشريعة فهو عقد تبرع وإرفاق، والأجل ليس بلازم فيه. ويقول الكاساني: فلو لزمه الأجل لم يبق تبرعاً فيتغير المشروط بخلاف الديون[1].

19 – البيع بالإكراه غير الملجئ ينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكرَه :

الإكراه غير الملجئ كالتهديد بالحبس والضرر اليسير يفسد البيع عند الحنفية ولا يبطله، فيثبت به الملك عند القبض وينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكرَه لأن غير الملجئ لا يعدم الاختيار (الذي هو ترجيح فعل الشيء على تركه)، وإنما يعدم الرضا (الذي هو الارتياح إلى الشيء).

20 – الحق الشخصي ينقلب حقاً عينياً :

يقول علاّمة القانون الوضعي د. السنهوري : « الفقه الإسلامي يعرف نوعاً من الحق العيني كان في الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب حقاً عينياً ويتحقق ذلك في حالات: الحجر ومرض الموت والموت.

ففي هذه الحالات تتعلق ديون الشخص بهذا المال، وانقلبت هذه الديون من حقوق شخصية إلى حقوق عينية فهي تتركز في أموال المدين وتتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها، وللدائنين حق تتبع هذه الأموال، ويتقدمون في استيفائها[2].

21 – الحوالة تتحول حَمالة :

جمهور الفقهاء لا يذهب إلى تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة وإن كانت بعض الحالات عندهم يصدق عليها أنها حوالة مطلقة، فمن الجائز عندهم وعلى المرجوح عند المالكية والشافعية حوالة على غير مدين بشرط رضاه تترتب عليها أحكامها وفي مقدمتها سقوط دين المحيل وبراءة ذمته.

---

1) الكاساني 7/ 396 – بحث الشيخ صالح الحصين – بمجلة البحوث الإسلامية العدد 35.

2) مصادر الحق ج 1 ص 33 – دار النهضة العربية – مصر.

ولكن ابن الماجشون وهو صاحب الرأي المرجوح عند المالكية قد اشترط أن تقع الحوالة بلفظها وإلا فهي حمالة أي ضمان (كفالة)[1]. والذي رجحه المالكية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبيل الضمان وليس من الحوالة في شيء ولو استعمل لفظها[2]، ويفرّع المالكية على هذا الذي رجحوه قائلين:

«لو أعدم – أي أفلس – المحال عليه لرجع المحال على المحيل – إلا أن يعلم المحال أنه لا شيء للمحيل على المحال عليه، ويشترط المحيل براءته من الدين فلا رجوع له عليه».

وليس الإعدام – أي الفقر – شريطة حتمية عندهم ليثبت حق الرجوع بل مثله الموت، وكل سبب يتعذر به استيفاء الحق من المحال عليه وهذه طريقة أشهب. وعليها تعويلهم في هذا الحكم خلافاً لابن القاسم فيرى عدم الرجوع مطلقاً[3].

22 – تقيد الحوالة بألفاظ معينة نوع من التحول:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وأكثر المالكية إلى أن الحوالة لا تتقيد بألفاظ معينة في عقد الحوالة، ولذا قالوا: إن الكفالة بشرط أن يبرأ الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ألا يبرأ الأصيل كفالة فيتبع المعنى جريان أحكام الحوالة أو الكفالة[4].

تنص المادة (648) من مجلة الأحكام العدلية على أن[5]:

«لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى الحوالة. ويصبح الأصيل بريئاً من المكفول به وليس للطالب مطالبة سوى الكفيل – المحال عليه – وكذلك لا يطالب في الحوالة الأصيل – المحيل مع الكفيل – المحال عليه».

وتنص المادة (649) من مجلة الأحكام العدلية على أن:

1) المنتقي للباجي على الموطأ 5/ 68.

2) مغني المحتاج على المنهاج 2/ 194 – المغني لابن قدامة 5/ 57.

3) الخرشي على خليل 4/ 233 – الموسوعة الفقهية ج 18 ص 179 وما بعدها.

4) البحر الرائق 6/ 239 – مجلة الأحكام العدلية م 648 و م 649 ومرشد الحيران م 891 – الفتاوى الهندية 3/ 304.

5) درر الحكام شرح مجلة الأحكام – على حيدر كتاب الكفالة ص 679 ط. دار الكتب العلمية بيروت.

«الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة، فلو قال أحد للمدين أحل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً، فإحالة المدين على هذا الوجه فاللطّالب أن يأخذ طلبه ممن شاء».

ويقول شارح المجلة هذا العقد عقد كفالة مجازاً والمحال عليه هو الكفيل.

وعلى تحول الكفالة والحوالة وانقلابهما تنص المادة (958) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م على:

«الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة».

23 – تحول شراء الفضولي لغيره إلى شرائه لنفسه :

فعند الحنفية إذا اشترى الفضولي لغيره ولم يضف العقد إلى من اشترى له تحوّل العقد شراء للفضولي نفسه، وعند المالكية فشراء الفضولي لا يتحول وينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من اشترى الفضولي له، فإن امتنع عن الإجازة تحول العقد شراء للفضولي نفسه إلا أن يكون الفضولي أشهد عند الشراء أنه إنما يشتري لغيره بعلم من البائع أو صدَّق البائع الفضولي فيما ادعاه من ذلك.

24 – البيع إقالة :

لو باع المبيع للبائع قبل قبضة بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع. وقال القاضي حسين: إن اعتبرنا اللفظ لم يصح، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة[1].

25 – تنقلب شركة المفاوضة عناناً إذا فقدت أياً من شروطها أو اشترط فيها شرط فاسد[2]: «إذا كان المالان على السواء عند الشركة حتى صحت المفاوضة ثم صار في أحدهما فضل قبل أن يشتري بأن زادت قيمة أحد النقدين بعد عقد المفاوضة قبل الشراء انتقضت المفاوضة وصارت عناناً. ولو كان لأحدهما دين صحت إلى أن يقبضه فإذا قبضه فسدت وصارت عناناً، وكذا يعتبر التساوي في التصرف فإنه لو ملك أحدهما تصرفاً لم يملكه الآخر فات التساوي».

---

1) السيوطي – الأشباه والنظائر ص 111، 113.

2) الفتاوى الهندية 2/ 308. ط دار إحياء التراث العربي.

26 – من أمثلة انقلاب العقـد في الفقه الإسلامي أيضاً ما يلي[1]:

بطلان البيع والإجارة إذا صُرِّح في عقدهما بنفي الثمن والأجرة صراحة بأن قال العاقد: بعتك هذا الشيء بلا ثمن، أو قال: آجرتك إياه بلا أجرة، وذلك لأنهما من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلين فإذا نُفي الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد، وهي المعاوضة.

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والإجارة :

- **هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة والإجارة إعارة ؟**
- **وهل ينقلب البيع إعارة أيضاً إذا كان فيه توقيت مع نفي البدل كما لو قال: بعتك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن، أو لا ينقلب العقد في شيء من ذلك.**

ذهب فريق من الفقهاء إلى هذا الانقلاب تنزيلاً على القاعدة العامة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وذهب آخرون إلى عدم هذا الانقلاب بحجة أن العقد الأصلي هنا باطل لانعدام الركن وهو المال من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً فهو معدوم، والانقلاب لا يكون في معدوم، وهذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي[2].

ويرى المرحوم الشيخ الزرقاء أن الرأي الأول أوجه والقواعد الفقهية تؤيده، فمن القواعد المقررة أن إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن[3]، ومن صور إعمال الكلام: حمله على المجاز إذا تعذرت الحقيقة[4]، فيعتبر التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والإعارة، وأن المجاز في العقود معهود حتى لقد صرح الفقهاء

1) انظر المدخل الفقهي العام للزرقاء ج2 ص 660 ط. دار الفكر.

2) حاشية ابن عابدين ج 4، 5 أول كتابي العارية والإجارة. ففي ج 5 كتاب العارية ونقل الرملي في حاشية البحر عن إجارة البزازية لا تنعقد الإعارة بالإجارة حتى لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية.
وفي كتاب البيوع آخر ج 4، وأول ج 5 باب البيع الفاسد وبطل بيع صرّح بنفي الثمن فيه لانعدام الركن وهو المال من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفي العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض وذلك لأن العقد إذا بطل بقي الملك بالقبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي وصحح في القنية ضمانه وقال في الدر وقيل يكون مضموناً لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو أن يسمى الثمن.

3) مجلة الأحكام العدلية م 60.

4) المجلة رقم 61.

في النكاح – على خطورة موضوعه – أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز في التعبير[1].

ثانياً – قاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وما فيها من حالات تحول العقد :

تنص عليها المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية وتقول في شرحها: ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء. ويفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر إلى الألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلاّ قوالب للمعاني[2].

أمثلـــة :

1 – بيـــع الوفـــاء :

استعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك، لأنه لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين، ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري فيه حكم الرهن، ولا يجري حكم البيع.

بناء على ما تقدم يحق للبائع بيعاً وفائياً أن يعيد الثمن ويسترد المبيع، كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن، ولو كان البيع بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الطرفين على إقالة البيع[3].

2 – لو اشترى شخص من «بقّال» رطل سكر وقال له خذ هذه الساعة أمانة عندك

1) الهداية وشروحها 3/ 107.

2) تنص عليها المادة (136) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد والمادة 214 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م المأخوذ من الشريعة الإسلامية.

3) شرح المجلة لعلى حيدر مرجع سابق ص 18.

حتى أحضر لك الثمن، فالساعة لا تكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن، وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه، فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحقّ له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

3 – لو قال شخص لآخر وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه أحكام البيع، فإذا كان المبيع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام المبيع.

4 – لو قال شخص لآخر أعرتك هذا الفرس لتركبه إلى مكان كذا بمبلغ كذا فالعقد يكون عقد إيجار، لا عقد إعارة رغماً من استعمال كلمة الإعارة في العقد، لأن الإعارة تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

5 – لو قال شخص لآخر قد أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين، فالعقد هذا لا يكون عقد حوالة لأن الحوالة هي نقل ذمة إلى ذمة أخرى، وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة، والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى فأصبح المحال عليه كفيلاً بالدين والمدين أصيلاً.

6 – لو أعطى شخص لآخر عشر كيلات حنطة بعشر ليرات، وقال له قد أعرتك إياها، فيكون قد أقرضها له، ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار بل له حق الانتفاع به دون استهلاك العين.

مستثنيات القاعدة :

لهذه القاعدة مستثنيات هي :

لو باع شخص شيئاً لآخر مع نفي الثمن بقوله: قد بعتك هذا المال بدون ثمن، يكون البيع باطلاً ، و يعتبر العقد هبة. كذلك لو أجر شخص آخر فرساً بدون أجرة تصبح الإجارة فاسدة، وتكون عارية، لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض والعارية تفيد عدم العوض، وبما أن بَين معنى اللفظين تضادا (إجارة عارية)، فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة.

المبحث الثالث

نظرية تحول العقد في القانون

Conversion du Contract

الفــرع الأول :

النصوص القانونية :

الغُصْن الأول: القوانين التي أخذت بالنظرية :

تنص المادة (191) من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980م[1] على:

1 – إذا بطل العقد أو أبطل وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره قام هذا العقد الآخر.

2 – ويعتبر الرضا بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافراً إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذي قصدا في الأصل إبرامه».

تنص المادة 135 من مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية في مصر على :

«إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»[2].

---

1) ينص في المادة الأولى / 2 منه بعد تعديلها بالقانون رقم 15 لسنة 1996م المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 259 بتاريخ 2/ 6/ 1996م والذي رفعته إلى صاحب السمو أمير الكويت الراحل الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح رحمه الله تعالى رحمة واسعة اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الديوان الأميري بدولة الكويت.

2) ورد في مذكرتها الإيضاحية أنها تقابل المادة 144 من القانون المدني الحالي وتقابلها المادة 140 مدني عراقي بنفس النص مع حذف عبارة أو موقوفاً ونص في المذكرة الإيضاحية أيضاً أن المادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد وقد ورد في الفقه الإسلامي بعض تطبيقات لهذه النظرية.

المادة رقم 95 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م[1] في جمهورية السودان على :

«إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

الغُصْن الثاني : ومن القوانين ما لم ينص على نظرية تحول العقد :

1 – القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (7 ج 1) لسنة 2002م، والمأخوذ من الشريعة الإسلامية حسبما نص على ذلك في المادة رقم (1) منه.

2 – قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985م، والذي ينص في مادته الأولى على أنه إذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، ونص في مادته الثانية على: يُرْجَعُ في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني :

تعريف التحول وشروطه في القانون

الغُصْن الأول : تعريف التحول في القانون :

يعرّف البعض تحول العقد بأنه[2]: عبارة عن تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي.

---

1) نص القانون في المادة الثالثة على أن: تسترشد المحاكم في تطبيق أحكام هذا القانون وتفسير الكلمات والعبارات الواردة فيه وكذلك في حالات غياب النص بالمبادئ الشرعية وتتبع القواعد المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م.

2) النظرية العامة للالتزامات د. محمد الزين ص 229، 230 تونس سنة 1993م.

وهو نوع من تأويل العقد بما يرجع به إلى تحقيق المقصود منه، فيصبح بذلك التزاماً غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجرى عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام[1].

ولكننا نرى أن تعريف التحول في إطار نظريته في القانون الوضعي يجب أن يستجمع شرائطه التي أوردها رجال القانون، والتي سنسردها تفصيلاً وتدقيقاً فيما يلي:

تتلخص النظرية كما يقول أ.د. عبد الرزاق السنهوري في أن التصرف الباطل قد ينطوي على رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان، وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً لا كواقعة مادية، بل كتصرف قانوني، ولكنه أنتج أثراً عرضياً لا أثراً أصلياً.

الغُصْن الثاني: شروط التحول في القانوني :

ويشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة هي[2]:

أولاً- بطلان التصرف الأصلي :

يجب أن يكون التصرف الأصلي إما باطلاً وإما تصرفاً قابلاً للإبطال، وقد أبطل فعلاً. ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً ولا تصرفاً باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر، مثل: عقد رهن حيازة صحيح في ورقة رسمية ويتبين أن كلاً من الراهن والمرتهن كان يؤثر أن يكون الرهن رهناً رسمياً، لا رهن حيازة فلا يتحول رهن الحيازة إلى رهن رسمي في هذه الحالة لأن رهن الحيازة وقع صحيحاً ولا يتحول إلا التصرف الباطل.

1) وقد تبنى القانون التونسي هذه النظرية أخذاً عن القوانين الألمانية والسويسرية والإيطالية.

2) مصادر الحق للسنهوري ج 4 ص 109 ط. دار النهضة العربية – بتصرف.

كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد لا يتحول إلى تصرف آخر، لأن العقد صحيح، وأراد المتعاقدان أن يعلقاه على هذا الشرط ولا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول إلى عقد آخر.

وإذا كان التصرف باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر، وكان التصرف قابلاً للانقسام، لم يكن هناك محل لتحول التصرف بل لانتقاصه، فيبقى الجزء الصحيح، ويزول الجزء الباطل.

أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام فإنه يبطل بأكمله، وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحول التصرف الذي أبطل بأكمله إلى تصرف آخر، كما قد يكون هناك محل في حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح.

ثانياً – أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه :

(1) فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي بمعنى أن تكون عناصر العقد الجديد قد توافرت جميعاً في العقد الباطل[1].

والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورية للتحول أما مجرد تعديل التكييف للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائماً فليس بتحول: كما إذا كيفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطئ ليس تحولاً بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف.

(2) ويجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطوياً في

1) انظر أيضاً د. منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات ج 1 ص 243 مكتبة دار الثقافة تونس والمراجع المشار إليها فيه – أيضاً د. اياد ملوكي – تحول العقد مجلة العلوم القانونية المجلد 7 سنة 1988م ص 177 وما بعدها – د. جميل الشرقاوي – نظرية بطلان التصرف القانوني ط جامعة القاهرة سنة 1959م – د. محمود سعد الدين الشريف نظرية الالتزام ج 1 ص 252 بغداد سنة 1955م – د. توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – الدار الجامعية سنة 1988م – د. شفيق شحاته – النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ج 1 – طرق الالتزام – مطبعة الاعتماد. مصر – د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزامات ج 2 مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر سنة 1954م.

مجموعة على عناصر التصرف الآخر ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمناً فعلياً.

(3) على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا ينطوي عليه التصرف الأصلي، فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولاً، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي، وإنما تكيف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم[1].

ويشير د. السنهوري هنا إلى وجوب التمييز ما بين : **تصحيح العقد ومراجعته وتحوله وإجازته:**

- فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي إلى جعله صحيحاً.
- وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد فالأول يكون بحكم القانون، والثاني يكون من عمل القاضي، والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ معيباً منذ البداية.
- أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معيباً كإنقاص الالتزام في الاستغلال، وفي عقد الإذعان، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها العاقدان وكإنقاص الالتزام المرهق في نظرية الحوادث الطارئة.
- أما تحول العقد فهو استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد، وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته.

ثالثاً – جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحوّل إليه التصرف الأصلي، وليست إرادة حقيقية، وإلا لما كان هذا تحولاً بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها؛ لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية، بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية [2] مفروضة، يستخلصها القاضي فيفرضها القانون، يستخلصها القاضي من الغاية العملية التي يريد العاقدان الوصول إليها،

1) الوسيط – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ج 1 ص 502 هامش ط. دار إحياء التراث العربي بيروت.

2) الوسيط ج 1 فقرة 306.

وقد اختار لها طريقاً تبين بطلانه، فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية، والتحول يقع في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر، ولكن كيف يتعرف القاضي على هذه الغاية، يتعرف عليها من واقع التصرف الأصلي، ومن كل الظروف المقارنة له، وما دام التصرف الآخر يحقق كلياً أو جزئياً هذه الغاية العملية، فإن القانون يفترض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف.

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة وقع التحول منذ البداية، وانقلب التصرف الأصلي الباطل إلى تصرف آخر ينتج آثاره في الحال، ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضي، ولا تزيد مهمة القاضي فيه على أن يقرر أن شروط التحول قد توافرت، وأن التحول قد وقع بحكم القانون، ويجوز للقاضي أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم.

الغُصْن الثالث: تفصيل وإيضاح اجتماع شروط تحقق تحول العقد وانقلابه في الفقه الجرماني والقانوني الغربي :

(على حد تعبير الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري) تحول العقد يكون كالتالي:

1 – أن نكون بصدد حالة من حالات بطلان التصرف الأصلي أو قابليته للإبطال، ومن ثم لا يجوز أن يكون تصرفاً باطلاً في شق منه، وصحيحاً في الشق الآخر ومن باب أولى ألا يكون التصرف صحيحاً بذاته أو بتحقق الشرط الواقف أو الفاسخ المعلق عليه؛ لأن العاقدين لا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول على عقد آخر.

2 – يجب أن يكون هناك تصرف آخر مغاير يتحول إليه التصرف الباطل، ومن ثم فإن تحول العقد هو استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد، وهذا ما يميز التحول: عن تصحيح العقد وتعديل التكييف الخاطئ للتصرف الذي هو من قبيل تفسير العقد. وكذلك ما يميز التحول عن مراجعة العقد من قبل القاضي وإدخال المسائل الجوهرية، فيه وهذه المراجعة قد تلحق العقد الذي

نشأ صحيحاً أو نشأ معيباً.

3 – يجب أن تكون هناك رابطة بين التصرفين، ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمناً فعلياً.

4 – جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة لا الحقيقية إلى التصرف الآخر الذي تحول إليها التصرف الأصلي، فالتحول استخلاص الإرادة الحقيقية الضمنية ابتداء المفروضة انتهاء، أي يستخلصها القاضي فيفرضها القانون، والقاضي يستخلصها من غاية المتعاقدين العملية التي يريدان الوصول إليها، ومن الظروف المقارنة الواقعية للتصرف، إذ العبرة بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية التي تبين بطلانها، والغرض من ذلك وضع معيار للقاضي لتحقيق العدالة، حيث هو مطالب باستخلاص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد، وهذا التكييف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض.

5 – يجب أن يقع التحول في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر الذي يحقق كليا أو جزئياً هذه الغاية العملية، ومن ثم فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف.

6 – إذا قرر القاضي أن شروط التحول قد توافرت وتحققت وقع التحول بحكم القانون، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم.

نظرية تحول العقد في القانون نظرية ألمانية[1]:

صاغها رجال القانون الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة (140) التي تنص على:

«إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان».

وعلى نهج القانون الألماني سار واضعو القانون المدني المصري الجديد ومن حذا حذوهم.

1) أ. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ج 1 ص 498 ط. دار إحياء التراث العربي – بيروت.

المبحث الرابع

قواعد وضوابط تحول العقد وانقلابه في الفقه الإسلامي

الفرع الأول :

المنهج الموضوعي والأحكام الجزئية التفصيلية هو ما يميز الفقه الإسلامي عن غيره:

من ليس له دراية ولا دربة في بحور الفقه الإسلامي الزاخرة، والقطف من رياضه الناضرة، والوقوف على أصوله الثابتة المقررة، والاستئناس بفروعه المحررة، ومعرفة نظائر الفروع وأشباهها، وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها، له نظر يحكم إذا اختلفت الآراء بفصل القضاء، وله فهم دقيق ثاقب، على أن ذلك ليس من كسب العبد وحده، وإنما هو بفضل الله يؤتيه من يشاء[1].

ولكن الدكتور السنهوري يقول[2]:

«قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الموجود في الفقه الجرماني، ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول، ويشير إلى بعض هذه التطبيقات». وقبل الولوج في بسط القول في تصنيف وتوضيح المسألة بمصطلحاتها في الفقه الإسلامي وتفرد منهجيته نشير إلى أن صاحب هذا القول هو القائل أيضاً[3]:

«إن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها، ويتميز عن سائر النظم القانونية الوضعية في صياغته، وتقضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه القانوني الغربي فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة بل لعله يبتعد به عن جانب الجدّة والإبداع وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم».

---

1) الاشباه والنظائر للأسيوطي ص 7، 4 ط – دار الكتب العالمية.

2) انظر مصادر الحق ج 4 ص 296 وما بعدها.

3) مصادر الحق ج 1 ص 2 وما بعدها.

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن البعض[1] يذهب إلى أن نظرية تحويل العقد ليست من إبداعات الفقه المدني الحديث، وإنما تصعد هذه النظرية إلى القانون الروماني والفقه الإسلامي، حيث نُظمت أحكامها وبلغت أعلى درجات التنظيم في كتب الفقه الإسلامي، وهو ما لم تصل إليه الكثير من التشريعات المدنية الوضعية إلا حديثاً، نحن نقول إن أكبر دليل على صحة وصدق هذا المسلك ما أوردنا من أمثلة وحالات تحول العقد وانقلابه في الفقه الإسلامي في الفرع الثاني من المبحث الثاني من هذا البحث.

الفرع الثاني :

القواعد والضوابط والأحكام التفصيلية[2]:

الغُصْن الأول: خصائص منهجية البحث الفقهي :

من خصائص منهجية البحث الفقهي أنه محكوم بالاستهداء بقواعد كلية تتفرع عليها الأحكام التفصيلية في المسائل الجزئية، وأن المسائل الجزئية تُحْكِمُها ضوابط فرعية، فالقاعدة تنتظم أكثر من موضوع والضابط الفقهي في موضوع بعينه.

---

1) د. منذر الفضل – مصادر الالتزام ج 1 ص 242، 243 ط. دار الثقافة تونس.

2) يقرر المرحوم الشيخ الزرقاء إن في القواعد تصويراً بارعاً وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية وضبطاً لفروع الأحكام العملية ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتته قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة – انظر المدخل الفقهي العام ج 2 ص 949 – وفي مقابل القواعد والضوابط يقرر الدكتور السنهوري إنه من الأحكام التي قررها الفقهاء – يقصد الأحكام التفصيلية – يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعا: فيستخلص منها نظرية عامة للعقد وهذا ما فعله فقهاء الشريعة المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة وهذا ما سنحاوله في بحثنا ونسير فيه على غرار نظريات الفقه الغربي لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامي. مصادر الحق ج 1 ص 37 هذا فضلاً عن أن الفقه الإسلامي يميل في منهجيته إلى المعيار الموضوعي بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه يميل إلى الذات ومثال ذلك نظرية انتقاص العقد إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال في الفقه الغربي فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله فالفقه الغربي يبحث في نية المتعاقدين على خلاف الفقه الإسلامي إذ المعيار فيه موضوعي ففي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه باطلاً كبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخمر يبطل العقد كله في المذهب الحنفي لأن بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعاً بالحصة من الثمن ابتداء وهذا لا يجوز ويبطل العقد كله في مذهب أحمد وفي قول في المذهب الشافعي لجهالة العوض لأن العوض هنا لا ينقسم على المحل بالأجزاء فالمعيار إذن موضوعي – مصادر الحق ج 1 ص 296 وما بعدها.
هناك أيضاً من القواعد الفقهية والأصول الشرعية المشتركة بين نظرية العوارض الطارئة (الضرورة) ونظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي في المبحث الخامس من البحث.

الغُصْن الثاني: أهم القواعد الفقهية المتعلقة بموضوع تحول العقود وما يتفرع عنها :

وفي خصوص ما يتعلق ببحثنا نجد من القواعد الفقهية ما يلي[1]:

1 – **العبرة في العقود للمقاصد والمعاني:** لا للألفاظ والمباني: وقد بيّنّا أثرها في تحول العقود.

2 – **إعمال الكلام خير من إهماله أو أولى من إهماله[2]**: ومعناها أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد، لأن خلافه إهمال وإلغاء، وأن كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن.

ويتفرع على هذه القاعدة: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»؛[3] لأن المجاز عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام.

3 – **يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد:**

ومن ثم جزم بمنع توقيت الضمان، وجرى في الكفالة خلاف لأن الضمان التزام للمقصود وهو المال، والكفالة التزام للوسيلة. أو يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد.

وكذلك لم تختلف الأمة في إيجاب النية للصلاة واختلفوا في الوضوء[4].

---

1) هناك أيضاً من القواعد الفقهية والأصول الشرعية المشتركة بين نظرية العوارض الطارئة (الضرورة) ونظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي في المبحث الخامس من البحث.

2) نصت عليها المادة 60 من مجلة الأحكام العدلية – فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد لأن خلافه إهمال وإلغاء وأن كلام العقلاء يصان على الإلغاء ما أمكن – القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص 155 مشار إليه في المدخل الفقهي العام مرجع سابق ص 1002. القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص 155 مشار إليه في المدخل الفقهي العام مرجع سابق ص 1002.

3) نصت عليها المادة 61 من مجلة الأحكام العدلية.

4) السيوطي – الأشباه والنظائر – القاعدة 37 ص 158 ط. دار الكتب العلمية.

4 – إذا زال المانع عاد الممنوع [1].

فالعقد الفاسد[2] وهو ما شرع بأصله لا بوصفه وأنه بالمعنى الاصطلاحي للفساد مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان، ويترتب على ذلك – فيما نحن بصدده في بحث التحول – نتيجة هامة هي: أن يصبح العقد الفاسد مستحقاً للفسخ بإرادة كل من الطرفين وبحكم القاضي[3]. ومن ثم يفقد العقد قوته الإلزامية، ولا يثبت حكمه بمجرد العقد، بل يتراخى حتى تنفيذ العقد، وكذلك لا يرتفع الفساد بالإجازة من العَاقدين أو أحدهما، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ ولو حصلت الإجازة حتى يزول سبب الفساد[4]:

كما لو كان الفساد لجهالة في أحد العوضين في البيع أو لجهالة نسبة الربح في المضاربة أو الشركة، فعين الطرفان العوض أو نسبة الربح المجهولة فعندئذ يزول الفساد، وينقلب العقد صحيحاً للقاعدة المذكورة.

وأسباب الفساد في العقود التي يلحقها الفساد وعلى وجه الخصوص العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية هي: الجهالة والغرر والإكراه [5].

الفرع الثالث :

ما يؤدي إليه النظر الفقهي في حالات وأحوال : تحول العقد في الفقه الإسلامي:

الغُصْن الأول: المعاني المختلفة للتحول :

يستفاد لنا من معنى التحول والتحويل في الآيتين الكريمتين السابقتين[6] ومعناه

---

1) انظر المادة 143 من مجلة الأحكام العدلية.

2) صناعة يستقل بها المذهب الحنفي وقال عنه القرافي المالكي في كتابه الفروق «إنه فقه حسن» (الفرق 70) أما بقية المذاهب فالعقد يدور بين الصحة والبطلان وإن تابع المالكية والشافعية التمييز الحنفي بين الفساد والبطلان في بعض المواضع.

3) انظر البدائع للكاساني ج 5/ 300.

4) انظر المرجع السابق وقال الكاساني: «الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل».

5) انظر المدخل الفقهي العام للمرحوم الشيخ مصطفي الزرقا ج 2 ص 689 وما بعدها.

6) انظر ص 19 وما بعدها واعتمادنا هنا على النص القرآني مرصود ومقصود كي نرد منهجية البحث إبتداء إلى القرآن الكريم وتصدره له، فهو المصدر الأول للتأمل والتدبر والإدراك واكتشاف السنن ووضع القوانين ثم تأتي أو تصاحبه بقية المصادر مع تقديم القرآن على ما سواه.

في اللغة على نحو ما سبق [1] أن التحول يحمل من المعاني ما يلي :

1 – التنقل من موضوع إلى آخر.

2 – التغير والتبدل لقوله تعالى: «وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا» (سورة الإسراء: آية 77).

3 – النقل أو الانتقال من حال إلى حال، ومن صورة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر: لقوله تعالى: «لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا» (سورة الكهف: آية 108).

4 – النقل أو التبديل بنوع آخر :

لقوله تعالى: «فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا» (سورة الإسراء: آية 56) .

ونخلص هنا أيضاً إلى أن التحول أثر للتحويل ومطاوع له.

وكل هذه المعاني استخدمها الفقهاء تحت مصطلح «التحول» كما أوردته الموسوعة الفقهية الكويتية، وجاء فيها أن للتحول أحكاماً تعتريه، وهي تختلف باختلاف مواطنها [2] وما ذكرناه من أمثلة ونماذج للعقود المتحولة كثير وكثير، ولا تنحصر فقط في هذه الأمثلة والحالات في الحالات والشروط التي ذكرها رجال القانون الوضعي الذين لم يتحدثوا في « نظرية تحول العقد « إلا من خلال نظرية بطلان العقد وإبطاله[3]، وفقط كأحد الآثار العرضية للعقد الباطل[4] في القانون، فضلاً عن أن هذه النظرية منقولة من القانون والفقه الجرماني كما سبق القول،[5] وذلك على التفصيل الآتي:

---

1) انظر ص 22 وما بعدها.

2) انظر ص 6 وما بعدها.

3) من المسلم لدينا ولدى فقهاء الفقه المقارن الذين ولجوا الدراسات القانونية أن ما أسماه رجال القانون نظرية البطلان المطلق والبطلان النسبي ويَعْنون به إبطال العقد أي قابليته للإبطال لا يتسق مع نظر فقهاء الفقه المقارن في موضوع بطلان العقد وفساده في الكثير من الأمور فلكل نظام صناعته ولكن تناول ذلك بالشرح والتفصيل يخرج عن نطاق هذا البحث.

4) د. السنهوري – الوسيط – مصادر الالتزام ج 1 ص 496 وما بعدها – د. منذر الفضل – مرجع سابق ص 241 وما بعدها – د. محمد الزين – مرجع سابق ص 229 – مصادر الحق للسنهوري ج 4 ص 107 وما بعدها– مرجع سابق – د. على على سليمان – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري – ط. ديوان المطبوعات الجامعية.

5) انظر ص 41 وما بعدها من هذا البحث.

الغُصْن الثاني: في الفقه الإسلامي ليس بلازم أن يكون العقد الأصلي باطلاً، مثل حالات[1] :

1 – تحول القرض إلى وصية.

2 – تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة وإلى شركة وإلى إجارة فاسدة.

3 – تحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة.....

ما في هذه الحالات من ضوابط :

ولكنا نلاحظ في الأمثلة السابقة ثلاثة أمور يمكن اعتبارها ضوابط في تحول العقد في الفقه الإسلامي هي :

(أ) الانتقال من العقد الأول إلى عقد جديد في وصفه ورسمه.

(ب) أن العقد الآخر الجديد استجمع شرائطه في الفقه الإسلامي.

(ج) أن الأمر هنا مرده لا إلى إرادة الطرفين في المقام الأول وإنما توافر الشروط الشرعية في التصرف المتحوَّل إليه.

هذا فضلاً عن أن هناك رأياً في الفقه يذهب إلى أن العقد الباطل معدوم والانقلاب لا يكون في معدوم، ويعلق المرحوم الشيخ الزرقا بأن هذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي، وإن كان الأوجه عند الشيخ الزرقا رأي من يرى انقلابه تنزيلاً على قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله، وقاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

وعلى هذا الأساس نخلص إلى أنه – خلافاً للقانون الوضعي في نظريته لتحول العقد – لا يُشترط بإطلاق في تحول العقد في الفقه الإسلامي أن يكون التصرف الأصلي أو الأول باطلاً بل قد يكون صحيحاً، ولكنه يصير ويتحول إلى تصرف

1) انظر ص 20 وما بعدها.

آخر في رسمه ووصفه إذا استجمع شرائطه الشرعية في الفقه الإسلامي، ونقصد بالشرط هنا معناه: ما يترتب على وجوده الوجود ولا يترتب على عدمه العـدم.

الغُصْن الثالث:

تـحول العقد لمراعاة مقصد أطرافه ويظهر ذلك فيما يلي:

بيع الوفاء عند من أجازه:

هنا قالوا : إن البيع لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين فلم يخرج العقد عن كونه عقد رهن ويجري حكم الرهن فيه. ولو كان بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق الطرفين على إقالة البيع[1].

الغُصْن الرابع :

تـحول العقد لاعتبار تشريعي اجتهادي، ويظهر ذلك في حالات منها[2]:

إذا صرح المتعاقدان في عقدهما بنفي الثمن في عقد البيع، والأجـرة في عقد الإجارة، فيكون العقد باطلاً لانتفاء حقيقة المعاوضـة فيه.

ولكن بعد تقرير البطلان هل ينقلب عقد البيع إلى هبة، وينقلب عقد الإجارة إلى إعارة. ذهب فريق من الفقهاء إلى انقلاب العقد تنزيلاً على ثلاثة قواعد فقهية هي:

أ – قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ب – قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن.

ج – قاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

---

1) انظر الأمثلة الأخرى ومراعاة قصد المتعاقدين من التصرف ص 14 – في بيع الوفاء – انظر المواد (548 – 555) من مرشد الحيران والمراجع المشار إليها فيه.

2) انظر ما سبق ص 16.

الغُصْن الخامس:

تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر مثل:

- **الهبة بشرط العوض (هبة الثواب) يصح ، العقد ويتحول إلى بيع عند فريق من الفقهاء[1].**
- **تعليق الهبة على شرط يصّير العقد وعداً.**
- **انقلاب الوكالة إلى فضالة إذا خالف الوكيل، وجاوز الحدود المرسومة له، ويتوقف العقد على إجازة الموكل.**
- **الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال.**
- **الحوالة تنقلب كفالة والعكس أيضاً.**
- **الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة إذا كانت الوكالة بجعل وعوض وأجره :**

جاء في روضة الطالبين[2]: متى قلنا الوكالة جائزة أردنا الخالية عن الجُعل، فأما إذا اشترط فيها جُعل معلوم اجتمعت شرائط الإجارة، وعقد بلفظ الإجارة فهي لازمة وإن عقد بلفظ الوكالة أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أم بمعانيها.

وجاء في مغني المحتاج[3]: الوكالة ولو بجعل جائزة من الجانبين ، أي : من جانب الموكل لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه أو في توكيل آخر، ومن جانب الوكيل لأنه قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مُضراً بهما، هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجار، فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم، وهذا لا يحتاج إلى استثنائه، وإن عقدت بلفظ الوكالة وشُرط فيها جُعل معلوم قال الرافعي: فيمكن بناؤه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها، وهذان الاحتمالان نقلهما الروياني وجهين، وصحح منهما الأول على القاعدة الغالبة في ذلك، وهو المعتمد كما جزم ابن الجويني في مختصره، لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة. وعلى هذا أيضاً لا يحتاج إلى استثنائه».

1) انظر ص 8.

2) ج 4 ص 332.

3) ج 2 ص 231، 232.

ونخلص ونحن بصدد بناء نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي إلى :

أولاً – التخريج والتكييف :

إن تخريج العقد منوط بالكشف عن الحكم الشرعي الصحيح بطريق الاستنباط من أدلته الشرعية وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر لما له حكم في الفقه الإسلامي.

أما التكييف فمنوط بالجَعْل لطبيعة المسألة أو التصرف، ولذلك يغلب عليه الإنشاء للحكم ابتداء، وقد يكون على غير مثال سابق، ودور القاضي فيه الكشف عن نية أطراف العقد وقصدهم من العقد أو التصرف ومن ثم فمدار التكييف على الاعتبار الشخصي لا الموضوعي الشرعي دائماً.

لهذا نرجح استخدام مصطلح التخريج في موضوع البحث على مصطلح التكييف الذي يخضع في عمل القاضي لرقابة محكمة النقض، وما تعنيه هذه الرقابة من التعديل أو الإلغاء، وكلها تخرج عن التحويل، وتدخل في إطار التفسير كما يذكر رجال القانون.

ثانياً – إن التحويل والتحول وردا في القرآن الكريم ، واستعملا في لغة الفقهاء بمعني :

1 – الانتقال من حال إلى أخرى ومن صورة إلى أخرى.

2 – النقل أو التبديل.

3 – التغيير.

ثالثاً – إن حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي تتنوع وتتعدد وتختلف ولا تقتصر هذه الحالات على العقد الباطل أو القابل للإبطال كما في القانون الوضعي، مع ملاحظة أن نظرية العقد القابل للإبطال نظرية قانونية بحته، وأن الصناعة الفقهية فيها « العقد الباطل» عند جمهور الفقهاء، و «العقد الصحيح» وبينهما العقد الفاسد الذي هو اجتهاد حنفي سائغ يختلف عن العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي.

رابعاً – استخدم الفقهاء مصطلحات التحول والتحويل والانقلاب عند الانتقال من عقد إلى آخر استجمع شرائطه الشرعية.

خامساً – إن تحول العقد في الفقه الإسلامي تحكمه أصول الصناعة الفقهية وفق منهجية البحث فيه من ذلك :

- قاعدة العبرة في العقود للمعاني والمقاصد لا للألفاظ والمباني.
- إذا تعذرت الحقيقة في الكلام يصار إلى المجاز.
- يغتفر في الوسائل ما لا يغتفره في المقاصد.
- إذا زال المانع عاد الممنوع.

سادساً – يستفاد أيضاً من حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي أنه :

- لا يشترط بطلان العقد الأصلي أو الأول ، فالبطلان والعدم سواء.
- أن التحول يعني الانتقال من عقد إلى عقد جديد في وصفه ورسمه.
- أن يستجمع العقد الجديد شرائطه الشرعية.
- إن لإرادة الطرفين اعتباراً بعد توافر الشروط الشرعية في العقد.
- قد يكون لمقصد الطرفين أثر في إظهار حقيقة العقد والتحول إليها.

سابعاً – إن « نظرية تحول العقد « في القانون أخذ بفكرتها ابتداء القانون الألماني في مادة واحدة هي المادة رقم (140) ومنها أقام رجال القانون الجرمان نظرية كاملة تسمى بهذا الاسم، ووضعوا لها الشروط والضوابط وفرعوا عليها: التفريق بين التحول والتكييف والتفسير والتصحيح الوارد على العقد، كل ذلك في إطار العقد الباطل أو القابل للإبطال، فاختلفت النظرية في كثير من مبناها ومعناها عن تحول العقد في الفقه الإسلامي بأصالته وشموله وقواعده وضوابطه، بما يجعل تحول العقد فيه صناعة فقهية أصيلة في مبناها ومعناها وضوابطها ونطاقها مما يجعل الفقه الإسلامي أكثر رحابة وسعة ومرونة من النظام القانوني في تلبية

متطلبات الواقع والاستجابة لحاجات الناس العملية في أدق تفاصيلها الجزئية، وكيف لا والفقه الإسلامي يستند إلى مصادره الشرعية وعلى رأسها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة واجتهادات الفقهاء وفق منهجية هذا الفقه العظيم.

ثامناً – انظر الأصول الشرعية والقواعد الفقهية المشتركة بين العوارض الطارئة (الضرورة الشرعية) وتحول العقود في المبحث الخامس من البحث كالتالي.

المبحث الخامس

الأصول الشرعية والقواعد الفقهية المشتركة بين العوارض الطارئة (الضرورة الشرعية) وتحول العقود في الفقه الإسلامي وتأثر النظريتين بها

كلتا النظريتين تشتركان وتتأثران في / ب :

1 – مقصد حفظ المال في الشريعة وعلاقته بالنظريتين.

2 – تحقيق المصلحة عموماً والمرسلة خصوصاً وعلاقتهما بالنظريتين.

3 – رفع الحرج ودفع المشقة وجلب التيسير.

4 – الاستحسان وعلاقته بنظريتي الضرورة وتحول العقود.

5 – الأساس الشرعي في كل من النظريتين.

أولاً – مقصد حفظ المال وعلاقته بالنظريتين :

يقول تعالي: **(يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاء لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ)** (يونس : 57).

من أجل تحقيق هذا المنهج الإلهي للناس جميعاً جاء الإسلام برفع الحرج ورفع

المشقات ورسخ مبدأ التيسير فقال تعالي : (**مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ**) (المائدة : 6) وحرصت الشريعة على المحافظة على أمور خمسة تسمي بالكليات أو الضروريات الخمس[1] منها حفظ المال كمقصد ضروري من مقاصد الشرع تتوقف على حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت أو اختلف اختلت حياة الناس في الدنيا، وحل العقاب في الآخرة هذه الضروريات من ناحيتين، كما يقول الشاطبي في الموافقات: ناحية الوجود أي تحقيقا وإيجادها، ومن ناحية العدم أي المحافظ على بقائها. هذا من جانب الضروري في المقصد الشرعي (حفظ المال)، أما من جانب الحاجيات فهي كل ما يحتاج إليه الناس لرفع الحرج ودفع المشقة بحيث إذا فقدت وقع الناس في ضيق وشدة ومشقة، وفيما يتعلق بالمال أو المعاملات طلب الشرع تنمية المال وتثميره وحفظه باستمرار ذلك وشرع من العقود عقوداً تيّسر ذلك في التعامل على أشياء غير موجودة وقت التعاقد كالسلم والإجارة والمساقاة ونحوها وعلى شاكلتها أيضاً تحول العقود من عقد لا يحقق المصلحة المبتغاة لأطرافه إلى عقد آخر يحققها، ولا شك أن هذا يحقق مصلحة حفظ المال إذا روعيت في عملية التحول هذه الضوابط الفقهية والأحكام الشرعية.

ثانياً – تحقيق المصلحة عموماً والمصلحة المرسلة خصوصا وعلاقتهما بالنظريتين :

1 – **المصلحة الشرعيــة** عموماً فــي اصطلاح الأصوليين هــي المحافظة علــى مقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم[2].

وكما عرفها الخوارزمي هي المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق[3] فالمصلحة هي المحافظة على منافع الخلق وفق مراد الشرع[4].

---

1) بقية الضروريات الخمس هي : حفظ الدين والنفس والعقل والنسل.

2) الإمام أبو حَامد الغزالي – المستصفي ح1 ص287.

3) ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول ص242.

4) نظرية الضرورة الشرعية د. جميل محمد مبارك ص201.

وهذا المعنى موجود بعينه في الضرورة، وتحول العقود في الشريعة الإسلامية، وإذا كانت الضرورة تقتضي دفع المضرة للمشقة المتحققة بضوابطها الشرعية فكذلك تحول العقود يحقق المنفعة لأطرافها بالانتقال من عقد لا يحقق مقصود أطرافة إلى عقد يحقق مقصودهم وفق ضوابط الشرع.

2 – المصلحة المرسلة:

هي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده دون أن يكون لعينها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس[1].

ومن هذا القبيل في موضوع تحول العقود البحث عن الوصف المناسب للعقد الجديد الذي يتم التحول إليه من العقد السابق على أساس استجماعه لشرائطه في الفقه الإسلامي، وهذا أمر موضوعي بالدرجة الأولي يناسب حالة المصلحة المرسلة التي لم يشهد لها دليل معين بالاعتبار فتكون معتبرة أو بالإلغاء فتكون ملغاة فالوصف المناسب لبيع الوفاء عند من أجازه أنه تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع وإبقاء المبيع تحت يد المشترى لحين وفاء الدين، فلم يخرج العقد عن كونه عقد رهن، ويجرى فيه حكم الرهن، ولو كان بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق الطرفين على إقالة البيع.

ثالثاً – رفع الحرج ودفع المشقة وجلب التيسير:

يقوم على قاعدة: المشقة تجلب التيسير[2].

ومعناها أن الصعوبة تصير سببا للتيسير والتسهيل[3] والتخفيف ومن أنواع التخفيف تخفيف إبدال[4] وتغيير وترخيص ففي العبادات مثلا إبدال القيام في الصلاة

---

1) انظر الموافقات للشاطبي 1/ 39 – د. وهبة الزحيلى – مرجع سابق ص164.

2) م 17 مجلة الأحكام العدلية.

3) انظر ص فيما تقدم ضابط المشقة المقتضية للتخفيف.

4) انظر د. وهبة الزحيل مرجع سابق ص205، ص206.

بالقعود والقعود بالاضطجاع، والاضطجاع بالإيماء وفي المعاملات إبدال وتحول العقود التي لم تستكمل شرائطها إلى عقد آخر مثل :

- الوديعة تصبح عارية من الإذن بالاستعمال.
- الحوالة تنقلب كفالة والعكس أيضا.
- الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة إذا كانت الوكالة بجعل وعوض وأجرة.
- التخفيف أنواع كثيرة منها :
- تخفيف تغيير كتغيير هيئة الصلاة في حالة الخوف والحرب.
- تخفيف إسقاط الجمعة والصوم والحج بعذره.
- تخفيف تنقيص كالقصر وصلاة المريض.
- تخفيف إبدال كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، والقيام بالقعود في الصلاة، وبعض واجبات الحج بالكفارات.
- تخفيف التقديم كتقديم العصر إلى الظهر.
- تخفيف تأخير كتأخير الظهر إلى العصر والمغرب إلى العشاء.
- تخفيف الترخيص بإباحة شرب الخمر لغصة والنجاسات للتداوى.

ومن أقسام الرخصة جواز العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها وإباحتها مع مخالفتها للقواعد المقررة مثل : عقد السلم ونحوه كالاستصناع فإن السلم من قبيل بيع المعدوم وبيع المعدوم باطل ولكن الشرع أجازه لحاجة الناس إليه ونحو ذلك كالإجارة والمساقاة، وبيع العرايا وهو بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق (أي قنطارين ونصف) لمن به حاجة إلى أكل الرطب، ولا ثمن معه فيبادل التمر القديم بالرطب الجديد والأصل عدم جواز هذا البيع لأن التمر من الأموال الربوية فتشترط المماثلة في بيع التمر بالتمر، لكنه أجيز البيع هنا للحاجة على الرغم من عدم تحقق شرط المماثلة في الحال[1]، وبذلك كان رفع الحرج ودفع المشقة مشتركاً بين الضرورة وتحول العقود في الفقه الإسلامي مع اختلاف الأثر المترتب على كل منهما.

1) انظر ابن القيم - إعلام الموقعين 2/ 9 وما بعدها.

رابعاً – الاستحسان وعلاقته بنظريتي الضرورة وتحول العقود :

الاستحسان يعني: العدول عن الحكم في مسألة بحكم نظائرها إلى خلافة لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول[1].

استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضى ذلك[2].

وعرف السرخسى الاستحسان تعريفاً مستحسناً عندنا لمناسبته أكثر لنظريتي تحول العقد والضرورة فقال[3]: الاستحسان ترك القياس بما هو أوفق للناس وأرفق بهم، أو الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى به الخاص والعام، ثم قال: وحاصل هذه العبارات أنه : ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين[4].

وكلام السرخسى ينطبق بشكل واضح على الضرورة وتحول العقود في الفقه الإسلامي ويتوافر ضوابطهما الشرعية. ويرى البعضأن العلماء وإن اختلفوا في الظاهر في أمر الاستحسان إلا أن الخلاف بينهم في الحقيقة لفظي كما قال جماعة من المحققين كابن الحاجب والآمدى وابن السبكى والأسنوى والشوكانى وعبارتهم هي : الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العرف أو المصلحة صالحاً لتخصيص الدليل العام، وأن الاستحسان يشبه عند رجال القانون ما يسمى بالاتجاه إلى روح القانون وقواعده الكلية.

خامساً – الأساس الشرعي في كل من عمليتي التخريج في تحول العقود وفي الضرورة:

إن التخريج الشرعي لعقد جديد بناء على عقد آخر في حقيقته بحث عن الوجه الشرعي في المسألة وبيان وجه صحتها، ومن ثم فالتخريج منوط بالكشف عن الحكم الشرعي الصحيح بطريق الاستنباط من أدلته الشرعية، وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر.

---

1) انظر : الكرخى – كشف الأسرار على أصول الذووى 2/ 1123 – د.وهبه الزحيلي – نظرية الضرورة ص158 الابهاج في شرح المنهاج 3/ 189 لعلى بن عبدالكافي السبكى وولده تاج الدين السبكى ضوابط.

2) الموافقات للشاطبي 4/ 208.

3) أصول السرخي 2/ 203 – مشار اليه في د. سعيد رمضان السيوطي المصلحة ص.240 نظرية الضرورة د. جميل بن محمد مبارك ص 234 – تقويم الأدلة للدبوس ص 838.

4) المبسوط للسرخي 10/ 145.

وفي نظرية الضرورة أليس البحث عن ضابط المشقة التي هي أساس الضرورة المبيحة للفعل أو التصرف هو كذلك في أساس عملية التخريج في تحول العقود والجواب (نعم).

ولكن هذا البحث عن الوجه الشرعي ينتج تحولاً للعقد في إطار ضوابط التحول، وذلك عن توافر ضابط المشقة في الضرورة ينتج إباحة للفعل وتعديلاً لأثارة في إطار ضوابط الضرورة الشرعية.

هذا وإن النظر الفقهي في حالات وأحوال تحول العقد في الفقه الإسلامي يثبت أن التحول يحمل من المعاني ما يلي:

1 – التنقل من موضوع إلى آخر.

2 – التغير والتبدل لقوله تعالى: «**وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا**» (سورة الإسراء/ آية 77).

3 – النقل أو الانتقال من حال إلى حال، ومن صورة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر: لقوله تعالى: «**لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا**» (سورة الكهف/ آية 108).

4 – النقل أو التبديل بنوع آخر.

لقوله تعالى: «**فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا**» (سورة الإسراء/ آية 56).

ونخلص هنا أيضاً إلى أن التحول أثر للتحويل ومطاوع له.

وكل هذه المعاني استخدمها الفقهاء تحت مصطلح «التحول»، وأن للتحول أحكاماً تعتريه، وهي تختلف باختلاف مواطنها، وما ذكرناه من أمثلة ونماذج للعقود المتحولة كثير وكثير، ولا تنحصر فقط في الأمثلة التي ذكرها رجال القانون الوضعي الذين لم يتحدثوا في « نظرية تحول العقد « إلا من خلال نظرية بطلان العقد وإبطاله، وفقط كأحد الآثار العرضية للعقد الباطل في القانون، فضلاً عن أن هذه النظرية منقولة من القانون والفقه الجرماني كما سبق القول، وذلك على التفصيل الآتي :

من المفارقات بين الفقه والقانون في هذا الخصوص أنه:

أولاً – في الفقه الإسلامي ليس بلازم أن يكون العقد الأصلي باطلاً مثل حالات:

1 – تحول القرض إلى وصية.

2 – تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة ، وإلى شركة ، وإلى إجارة فاسدة.

3 – تحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة.

ما في هذه الحالات من ضوابط:

ولكنا نلاحظ في الأمثلة السابقة وغيرها أموراً يمكن اعتبارها ضوابط في تحول العقد في الفقه الإسلامي هي:

(أ) الانتقال من العقد الأول إلى عقد جديد في وصفه ورسمه.

(ب) أن العقد الآخر الجديد استجمع شرائطه في الفقه الإسلامي.

(ج) أن الأمر هنا مرده ليس إرادة الطرفين في المقام الأول ، وإنما توافر الشروط الشرعية في التصرف المتحوَّل إليه.

هذا فضلاً عن أن هناك رأياً في الفقه يذهب إلى أن العقد الباطل معدوم، والانقلاب لا يكون في معدوم، ويعلق البعض : أن هذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي، وإن كان الأوجه عندهم أنه من قبيل انقلاب العقد تنزيلاً على قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله، وقاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

وعلى هذا الأساس نخلص إلى أنه – خلافاً للقانون الوضعي في نظريته لتحول العقد – لا يُشترط بإطلاق في تحول العقد في الفقه الإسلامي أن يكون التصرف الأصلي أو الأول باطلاً بل قد يكون صحيحاً، ولكنه يصير ويتحول إلى تصرف آخر في رسمه ووصفه إذا استجمع شرائطه الشرعية في الفقه الإسلامي.

ونقصد بالشرط هنا معناه: ما يترتب على وجوده الوجود ولا يترتب على عدمه العدم.

ثانياً– كما أثبتنا في الفقه الإسلامي أيضاً تحول العقد لاعتبار تشريعي اجتهادي، ويظهر ذلك في حالات منها :

إذا صرح المتعاقدان في عقدهما بنفي الثمن في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة، فيكون العقد باطلاً لانتفاء حقيقة المعاوضة فيه.

ولكن بعد تقرير البطلان هل ينقلب عقد البيع إلى هبة، وينقلب عقد الإجارة إلى

إعارة. ذهب فريق من الفقهاء إلى انقلاب العقد تنزيلاً على ثلاث قواعد فقهية هي:

أ – قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ب– قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن.

ج– قاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

ثالثاً – كما أثبتنا في الفقه الإسلامي تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر مثل :

– الهبة بشرط العوض (هبة الثواب) يصح العقد ، ويتحول إلى بيع عند فريق من الفقهاء.

– تعليق الهبة على شرط يصّير العقد وعداً.

– انقلاب الوكالة إلى فضالة إذا خالف الوكيل وجاوز الحدود المرسومة له، ويتوقف العقد على إجازة الموكل.

– الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال.

– الحوالة تنقلب كفالة والعكس أيضاً.

– الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة إذا كانت الوكالة بجعل وعوض وأجره.

تقرير بحث

تحول العقود وإعادة تكييفها/ تخريجها
وأثـــر العـــوارض الطـــارئـــة فـــي ذلك

إن مشكلة البحث الحقيقية تتمثل بشكل جوهري في ضرورة المحافظة على المصالح الاقتصادية في الالتزامات التعاقدية إذ هي مقصد شرعي والتزام جوهري في التعاقدات وذلك بحسب الأحكام التفصيلية ومصادرها لكل نظام قانوني سواء كان مصدره أحكام الشريعة الإسلامية أو النظم الوضعية، ومن ثم فإذا تعرضت هذه المصالح للخطر بسبب ظروف استثنائية أو عرض طارئ من العوارض بحيث لم تتمكن القواعد السارية من تحقيق حماية هذه المصالح يصير من اللازم إعمال

قواعد أخرى مغايرة تكون كفيلة بتحقيق مصالح الالتزامات وحمايتها، وتصبح هذه القواعد حينئذ جزءًا من عمومية النظام القانوني ككل ويكون اللجوء إلى أحكامها مطلوباً للمحافظة على المصالح المتولدة من الالتزامات التعاقدية، ومن ثم يجب أن تكون ملائمة ومناسبة للخطر الناجم عن الظروف والعوارض الطارئة، وأن يكون هذا الخطر حالاً وحقيقيا لا متوهماً ومؤكداً، وغير محتمل، وغير مألوف، وهذا الخطر إذن يشكل جوهر الظروف والعوارض الطارئة وأثرها على الالتزامات، وقد اختلفت التشريعات في تسمية هذه الظروف والعوارض الطارئة من قوة قاهرة كالمدني السوري وحادث مفاجئ أو حوادث وظروف استثنائية كالمدني الأردني والكويتي واليمنى المأخوذة من الشريعة الإسلامية أو الضرورة الشرعية.

ولكن بالتدقيق والتحقيق يثبت أن حالة الضرورة بضوابطها هي الأساس القانوني والشرعي لنظرية الظروف والعوارض الطارئة، وأيضاً تصلح أساساً لنظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي وضمن معطياتها الأخرى، ولكن يجب التنبيه إلى ما ذهب إليه القانوني المدني الأردني من التفريق بين نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية القوة القاهرة في أن الطارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ حد الاستحالة، ويستتبع ذلك فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن في الالتزام تبعتها كاملةً أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول وبذلك يتقاسم تبعته الدائن والمدين.

وتقول المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم يجد أساسه في الفقه الإسلامي في مبدأ الأعذار في الفقه الحنفي والجائحة في الفقه المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام وفي المساواة بين طرفي العقد التبادلي وفي العدالة عموماً.

- على أساس ما تقدم فإن حالة الضرورة هي الأساسي القانوني لنظرية العوارض والظروف الطارئة في هو أثرها على الالتزامات التعاقدية التي يكون مصدرها العقد سواء كان من العقود المسماة أو غير المسماة، وكذلك ما أثرها على نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي ؟

– ونجتزئ من تعريفات الفقهاء للضرورة ماله علاقة أكثر بعوارض الالتزامات التعاقدية، فقد عرّف الإمام السيوطي الضرورة بأنها بلوغ حد إن لم يتناوله المحظور هلك أو قارب.

وضبط الفقهاء مفهوم الضرورة من أدلة مشروعيتها في القرآن والسنة وأمثلتها فيهما كي تعدّ معبّرة بدقة عن حالة الضرورة المبيحة للمحظور.

ومن ثم يقاس عليها ما هو مثلها في حالة المضطر إليه عند تحقق اتحاد العلّة وضوابط القياس الأخرى، ومن ثم يمكن تعدية الحكم إلى الحالات المماثلة فيكون معني الضرورة جامعاً لما نص عليه وما لم ينص عليه، عند توافر ضوابط الضرورة وبخاصة في حالات أثر العوارض على الالتزامات التعاقدية أو العقدية بقصد المحافظة على المصلحة العملية التعاقدية، ومبدأ التوازن العقدي، مما يجعل من الضرورة أساساً لنظرية متكاملة في الفقه الإسلامي، ويؤخذ من تعريفات المعاصرين في معنى الضرورة «أنها حالة من الخطر أوالمشقة الشديدة بحيث يُخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وفواتها، وأن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية، ويتعين عندئذ أن يباح ارتكاب المحرم أو دفعاً ترك الواجب وفقاً للضرر في غالب الظن ضمن قيود وضوابط الشرع.

ويذهب البعض إلى أن المعيار فيما يباح للضرورة وما لا يباح **يكمن فيما يلي**:

- إذا كان الضرر المترتب على الأخذ بالضرورة أقل من الضرر المترتب على عدم الأخذ بها فللشخص حينئذ الأخذ بالضرورة، وقد يجب الأخذ بها في حال الضرر الشديد أو الهلاك المحقق أو المظنون ظنا قويا.
- أما إذا كان الضرر المترتب على الأخذ بالضرورة أكبر من الضرر المترتب على عدم الأخذ بها فلا يلتفت إليها.

والإمام الغزالي يرحمه الله يذهب إلى أن الفرق بين ما يجب فعله للضرورة وما لا يجب هو أمور مصلحية رآها المجتهدون.

ومن قواعد الضرورة أنها تقدر بقدرها كي لا يركن إليها، وأن يسهل الرجوع إلى

الأصل، وأنه يجب على المضطر العمل على إزالة الضرورة.

وتأسيساً على ذلك تكون ضوابط الضرورة الشرعية المبيحة للمحظور كما يلي:

(1) أن تكون حالة حقيقية قائمة لا متوهمة يخاف منها حدوث ضرر بالشخص، أو تهدد مصلحته الضرورية.

(2) ألا يكون هناك سبيل آخر لدفع الحالة السابقة إلا بارتكاب المحظور وفعل المحرم أي لا يمكن الخلاص منها بوجه مشروع.

(3) ألا يخالف المضطر قواعد ومبادئ الشريعة وأصول العقيدة الإسلامية مما يعتبر مفسدة في ذاته، فلا يحل الزنى والقتل والكفر[1] الذي يطمئن إليه القلب.

(4) أن يقتصر المضطر فيما يباح من المحظور على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر، إذ الضرورة تقدر بقدرها لقوله تعالى: «**فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه**» البقرة / 173، قاعدة : «ما جاز لعذر بطل بزواله».

(5) أن تكون متفقة مع مقاصد الشريعة الإسلامية في جلب المصلحة ودفع المفسدة وإزالة الضرر.

(6) ألا يؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها، فترجّح أعظم المصلحتين فتُجلب، وأعظم المفسدتين فُتدفع[2] يقول السيوطي في هذا « الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها[3].

(7) ألا يترتب على إزالتها إلحاق مثلها بالغير.

(8) أن تكون حالة الضرورة من الخشية والخوف من وقوع الضرر مبنية على ظن المضطر ظناً قوياً بوقوعه وفي كل حالة بحسبها.

- وإذا كانت حالة الضرورة هي الأساس القانوني لنظرية العوارض والظروف

---

1) قواعد الزركشي ق 137 ب – وهبة الزحيلي – المرجع السابق ص 70 وفي المسألة تفصيل يرجع إليه في مراجعة.

2) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام في تفصيل المسألة ح 1 ص 93.

3) الأشباه والنظائر ص 93 – أيضاً انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 96 .

الطارئة فإن المشقة غير المعتادة أساس حالات الضرورة الشرعية في العقود وتحولها في الفقه الإسلامي، إذ القاعدة الفقهية « المشقة تجلب التيسر » ولذلك اعتبر البعض المشقة وإزالتها هي المعيار الذي تستند إليه نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، والمشقة المقصودة هنا هي الشقة الخارجة عن المعتاد والمألوف وتفسد التصرفات وتلحقه (الفساد) بأحد الضروريات الخمسة التي منها حفظ المال.

– وقد تكون المشقة هذه سبباً في تشريع أحكام جديدة على خلاف المألوف المعتاد مثل تشريع عقود وتصرفات على خلاف القياس كالقرض والإعارة والإجارة، فإنها شرعت تسهيلاً للانتفاع بمال الغير، وكالوكالة والإيداع وأنواع الشركات فإنها أبيحت للاستعانة بجهود الغير عند العجز، وكالحوالة ليتمكن الدائن من استيفاء دينه من غير المدين، وكعقود التوثيق من رهن وكفالة مالية لتأمين حق الدائن وتوثيقه، وكالإبراد لحط كل الدين أو بعضه عن ذمة المدين، وكخيار الشرط والغبن والتغرير للتروي ودفع الاستغلال وغير ذلك.

– كما قد تكون المشقة سببا في رفع الحرج ودفع العسر عن الناس والترخيص والتسهيل في بعض الأحكام مثل: التقادم أو مضى المدة يمنع القاضي من سماع الدعوى في الحقوق المتنازع عليها حماية للحقوق المكتسبة ولاستقرار المعاملات، وكجهل الوكيل بالعزل الاختياري من الموكل يعتبر عذراً في استمرار صلاحية الوكيل وبقاء سلطاته ونفاذ عقوده دفعا للحرج عنه كما يبرر أيضاً في نظرنا عملية تحول العقود في الفقه الإسلامي.

• وضابط المشقة المقتضية للتخفيف والتيسر ورفع الحرج ودفع المشقة على نحو ما تقدم اختلف فيه الفقهاء إلى حد أن ذهب البعض(ابن قدامه) إلى أن كثير المشقة لا ضابط له في نفسه، ولذلك ينظر إلى الحكمة أحياناً إن أمكن إدراكها والإ فالمظنة تقوم مقامها وربط البعض المشقة بالأعذار فتختلف باختلافها، وذهب العز بن عبدالسلام إلى أنه لا وجه لضبط المشاق الأعلى

مرتبة في الشدة وما هو أدناها والمتوسطة بينهما إلا بالتقريب فإن «ما لا يحد ضابطة لا يجوز تعطيله ويجب تقريبه». وذهب القرافي في ضابط المشقة التي تثمر التخفيف إلى العرف. ويذهب الشاطبي ونحن معه إلى أن المشقة «إضافية لا أصلية» أي بحسب ما تضاف إليه، ومن ثم تختلف باختلاف الناس والأحوال والأزمان، ولكننا نقول: إن سهل التقريب في مسائل العبادات لكثرة وفرة الاستدلال فيه، فإنه يصعب في مسائل المعاملات وما يترتب عليها من التزامات تعاقدية، ومن ثم يكون من الأنسب التفريق بينهما، ولكن في نفس الوقت مع الاستئناس والاسترشاد بها، ويكون من الأنسب في المعاملات باعتبارها من مفردات قسم العادات في الفقه الإسلامي أن يرجع فيها إلى العرف، وبخاصة إذا كانت تلك المعاملات من المعاملات التجارية، ولهذا كان من باب أولي عندنا أن تكون نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي من هذا الباب في إطار وسياق أثر العوارض الطارئة في تحول العقود وما يترتب عليها من التزامات تعاقدية وهو ما نقول فيه – أي في تحول العقد – أن :

أهمية بحث هذا الموضوع تتأكد في أنه يحقق القدرة الشرعية للعقود على الاستجابة لمتطلبات المصلحة الشرعية العملية، وتقديم الحلول للمشاكل التطبيقية.

كما تتأكد أهمية بحث هذا الموضوع في إثبات وإظهار الحقيقة الشرعية لتحول وانقلاب العقود في الفقه الإسلامي، وأنها أصيلة فيه بضوابط التحول وشروطه، ومن ثم العمل على استنباطها من الحالات والمسائل الجزئية التفصيلية وفق فنون الصناعة الفقهية، وتفردها بالموضوعية في إطار قواعد كلية وضوابط فرعية حاكمة أو ناظمة لحالات تحول العقد.

وتقوم نظرية تحول العقد في القانون الوضعي على نص وحيد منقول ابتداء من القانون الألماني وهو المادة رقم (140 مدني ألماني)، ثم تناقلتها الكثير من القوانين العربية، وعلى هذا النص شيّد رجال القانون الجرمان نظريتهم في تحول العقد في القرن التاسع عشر، وتحدثوا عنها قبله.

وتتلخص النظرية ، كما يقول أصحابها ، في أن التصرف الباطل قد ينطوي

على الرغم من بطلانه على عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً. ومن ثم يشترط للتحول في القانون اجتماع ثلاثة شروط هي:

أولاً – بطلان التصرف الأصلي أو أن يكون قابلاً للإبطال وقد أبطل فعلاً ومن ثم :

- لا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً.
- ولا تصرفاً باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر ، وكان التصرف غير قابل للانقسام.

مثل : عقد رهن حيازة صحيح في ورقة رسمية ، ويتبين أن كلاً من الراهن والمرتهن كان يؤثر أن يكون الرهن رهناً رسمياً لا رهن حيازة فلا يتحول رهن الحيازة إلى رهن رسمي في هذه الحالة؛ لأن رهن الحيازة وقع صحيحاً، ولا يتحول إلاّ التصرف الباطل.

كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد، لا يتحول إلى تصرف آخر لأن العقد صحيح، وأراد المتعاقدان أن يعلقاه على هذا الشرط ولا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول إلى عقد آخر.

وإذا كان التصرف باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر وكان التصرف قابلاً للانقسام، لم يكن هناك محل لتحول التصرف بل لانتقاصه فيبقى الجزء الصحيح ويزول الجزء الباطل.

أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام فإنه يبطل بأكمله، وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحول التصرف الذي أبطل بأكمله إلى تصرف آخر، كما قد يكون هناك محل في حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح.

ثانياً – أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه :

(1) فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي بمعنى أن تكون عناصر العقد الجديد قد توافرت جميعاً في العقد الباطل.

والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورية للتحول، أما مجرد تعديل التكييف للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائماً فليس بتحول: كما إذا كيفت وصية خطأ على أنها بيع، فتعديل التكييف الخاطئ ليس تحولاً بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف.

(2) ويجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطوياً في مجموعِة على عناصر التصرف الآخر، ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمناً فعلياً.

(3) على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا ينطوي عليه التصرف الأصلي، فإذا أضيف عنصر جديد، لم يكن هذا تحولاً بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي، وإنما تُكيف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم.

- أما تحول العقد فهو استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد عليه، وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته.

ثالثاً – جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحوّل إليه التصرف الأصلي، وليست إرادة حقيقية، وإلا لما كان هذا تحولاً بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها، لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية مفروضة يستخلصها القاضي فيفرضها القانون.

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة وقع التحول منذ البداية، وانقلب التصرف الأصلي الباطل إلى تصرف ينتج آثاره في الحال، ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضي، ويجوز للقاضي أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة إلى

طلب من الخصوم.

هذا مع ملاحظة أن نظرية العقد القابل للإبطال نظرية قانونية بحته، وأن الصناعة الفقهية فيها هي: العقد الباطل عند جمهور الفقهاء، والعقد الصحيح وبينهما العقد الفاسد الذي هو اجتهاد حنفي سائغ، كما ذكر القرافي في الفروق، وإن تابع المالكية والشافعية التمييز الحنفي بين الفساد والبطلان في بعض المواضع، وقال الكاساني: « الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل». وهذا الاجتهاد الحنفي الذي تابعه بعض الفقهاء من المذاهب الأخرى **يختلف** عن العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي:

فالعقد الفاسد، هو ما شرع بأصله لا بوصفه، وأنه بالمعنى الاصطلاحي للفساد مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان، ويترتب على ذلك – فيما نحن بصدده في بحث التحول – نتائج هامة هي:

1 – أن يصبح العقد الفاسد مستحقاً للفسخ بإرادة كل من الطرفين وبحكم القاضي. ومن ثم يفقد العقد قوته الإلزامية.

2 – ولا يثبت حكمه بمجرد العقد، بل يتراخى حتى تنفيذ العقد.

3 – وكذلك لا يرتفع الفساد بالإجازة من العَاقدين أو أحدهما، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ ولو حصلت الإجازة حتى يزول سبب الفساد :

كما لو كان الفساد لجَهالة في أحد العوضين في البيع، أو لجهالة نسبة الربح في المضاربة أو الشركة، فَعيّن الطرفان العوض أو نسبة الربح المجهولة فعندئذ يزول الفساد، وينقلب العقد صحيحاً للقاعدة المذكورة.

هذا عن تحول العقد في القانون الوضعي.

أما في الفقه الإسلامي فإننا نفرق بين مصطلح تخريج الذي غلب على الصناعة الفقهية ومصطلح تكييف الذي غلب على الصناعة القانونية.

فالتخريج بحث الفقيه عن الوجه الشرعي في المسألة، وبيان وجه صحتها،

ومن ثم فالتخريج منوط بالكشف عن الحكم الشرعي بطريق الاستنباط من أدلته الشرعية وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر لما له حكم في الفقه الإسلامي.

وأما التكييف فهو جعل المسألة لها كيفية معينة فهو منوط (بالجَعْل) لطبيعة المسألة أو التصرُّف، ولذا يغلب عليه الإنشاء للحكم ابتداء، وقد يكون على غير مثال سابق، ودور القاضي فيه الكشف عن نية أطراف العقد وقصدهم من التصرف، ومن ثم فمدار التكييف على الاعتبار الشخصي لا الموضوعي الشرعي دائماً، لهذا نرجِّح استخدام مصطلح التخريج في موضوع البحث على مصطلح التكييف الذي يخضع في عمل القاضي لرقابة محكمة النقض، وما تعنيه هذه الرقابة من التعديل أو الإلغاء وكلها تخرج عن التحويل والتحول وتدخل في إطار التفسير كما يقرر رجال القانون، ولذلك:

لم نر مصطلح التكييف في لغة الفقهاء قديماً، ولم نر مصطلح التخريج في لغة رجال القانون إلا نادراً جداً، وليس معنى ذلك إغلاق باب الاستفادة من كلٍ، وإن تأكد لدينا إن لكل نظام منهجيته التي تؤَثر في صناعته.

وقد ورد التحول والتحويل في القرآن الكريم وفي كلام الفقهاء وعقود المعاملات واستخدم الفقهاء مصطلحات التحول والتحويل والانقلاب عند الانتقال من عقد إلى آخر استجمع شرائطه الشرعية.

وقد أوردنا ما يصل إلى خمسة وعشرين نموذجاً وحالة ومثالاً لتحول العقود في الفقه الإسلامي بقدر ما وسعنا الوقت والجهد، وبالقدر الكافي لإثبات أصل تحول العقود في الفقه الإسلامي وتأسيس نظريته، وأن التحول والتحويل أصيل في الفقه ولقوله تعالى:

« لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا » (سورة الكهف: آية 108)

« وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا » (سورة الإسراء: آية 77)

وذلك على عكس ما يقرره بعض كبار رجال القانون الأعلام من أنه: «يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الموجود في الفقه

الجرماني»، بل إنني أقول: إن التحول تحكمه خصائص منهجية البحث الفقهي المتمثلة في الاستهداء بالقواعد الكلية التي تتفرع عليها الأحكام التفصيلية في المسائل الجزئية، وأن المسائل الجزئية تُحْكِمها ضوابط فرعية، وتأثير كل ذلك في عمليات وصناعة تحول العقود على نحو ما أثبتناه في البحث.

هذا وإن النظر الفقهي في حالات وأحوال تحول العقد في الفقه الإسلامي يثبت أن التحول يحمل من **المعاني ما يلي**:

1 – التنقل من موضوع إلى آخر.

2 – التغير والتبدل لقوله تعالى: « **وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا** » (سورة الإسراء/ آية 77).

3 – النقل أو الانتقال من حال إلى حال، ومن صورة إلى أخرى، ومن مكان إلى آخر: لقوله تعالى: «**لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا**» (سورة الكهف/ آية 108)

4 – النقل أو التبديل بنوع آخر:

لقوله تعالى: «**فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا**» (سورة الإسراء/ آية 56).

ونخلص هنا أيضاً إلى أن التحول أثر للتحويل ومطاوع له.

وكل هذه المعاني استخدمها الفقهاء تحت مصطلح «التحول»، وأن للتحول أحكاماً تعتريه، وهي تختلف باختلاف مواطنها، وما ذكرناه من أمثلة ونماذج للعقود المتحولة قليل من كثير وكثير، ولا تنحصر فقط في الأمثلة التي ذكرها رجال القانون الوضعي الذين لم يتحدثوا في « نظرية تحول العقد » إلا من خلال نظرية بطلان العقد وإبطاله، وفقط كأحد الآثار العرضية للعقد الباطل في القانون، فضلاً عن أن هذه النظرية منقولة من القانون والفقه الجرماني كما سبق القول، وذلك على التفصيل الآتي:

من المفارقات بين الفقه والقانون في هذا الخصوص أنه :

أولاً – في الفقه الإسلامي ليس بلازم أن يكون العقد الأصلي باطلاً مثل حالات :

1 – تحول القرض إلى وصية.

2 – تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة وإلى شركة وإلى إجارة فاسدة.

3 – تحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة...

- **ما في هذه الحالات وأمثالها من ضوابط :**

ولكنا نلاحظ في الأمثلة السابقة وغيرها أموراً يمكن اعتبارها ضوابط في تحول العقد في الفقه الإسلامي هي :

(أ) الانتقال من العقد الأول إلى عقد جديد في وصفه ورسمه.

(ب) أن العقد الآخر الجديد استجمع شرائطه في الفقه الإسلامي.

(ج) أن الأمر هنا مرده لا إلى إرادة الطرفين في المقام الأول وإنما توافر الشروط الشرعية في التصرف المتحوَّل إليه.

هذا فضلاً عن أن هناك رأياً في الفقه يذهب إلى أن العقد الباطل معدوم والانقلاب لا يكون في معدوم، ويعلق البعض أن هذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي، وإن كان الأوجه عندهم أنه من قبيل انقلاب العقد تنزيلاً على قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله، وقاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

وعلى هذا الأساس نخلص إلى أنه – خلافاً للقانون الوضعي في نظريته لتحول العقد – لا يُشترط بإطلاق في تحول العقد في الفقه الإسلامي أن يكون التصرف الأصلي أو الأول باطلاً، بل قد يكون صحيحاً، ولكنه يصير ويتحول إلى تصرف آخر في رسمه ووصفه إذا استجمع شرائطه الشرعية في الفقه الإسلامي.

ونقصد بالشرط هنا معناه: ما يترتب على وجوده الوجود ولا يترتب على عدمه العدم.

ثانياً – هذا وقد أثبتنا في الفقه الإسلامي أيضاً تحول العقد لمراعاة مقصد أطرافه، ويظهر ذلك فيما يلي :

بيع الوفاء عند من أجازه :

هنا قالوا : إن البيع لم يكن مقصوداً من الفريقين، بل المقصود هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين فلم يخرج العقد عن كونه عقد رهن ويجري حكم الرهن فيه. ولو كان بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق الطرفين على إقالة البيع.

ثالثاً – كما أثبتنا في الفقه الإسلامي أيضاً تحول العقد لاعتبار تشريعي اجتهادي، ويظهر ذلك في حالات منها :

إذا صرح المتعاقدان في عقدهما بنفي الثمن في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة، فيكون العقد باطلاً لانتفاء حقيقة المعاوضة فيه.

ولكن بعد تقرير البطلان هل ينقلب عقد البيع إلى هبة، وينقلب عقد الإجارة إلى إعارة. ذهب فريق من الفقهاء إلى انقلاب العقد تنزيلاً على ثلاث قواعد فقهية هي:

أ – قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ب– قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن.

ج– قاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

رابعاً – وأثبتنا في الفقه الإسلامي تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر مثل :

1 – الهبة بشرط العوض (هبة الثواب) يصح العقد ويتحول إلى بيع عند فريق من الفقهاء.

2 – تعليق الهبة على شرط يصّير العقد وعداً.

3 – انقلاب الوكالة إلى فضالة إذا خالف الوكيل وجاوز الحدود المرسومة له ويتوقف العقد على إجازة الموكل.

4 – الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال.

5 – الحوالة تنقلب كفالة والعكس أيضاً.

6 – الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة إذا كانت الوكالة بجُعل وعوض وأجره :

جاء في روضة الطالبين: متى قلنا الوكالة جائزة أردنا الخالية عن الجعل، فأما إذا اشترط فيها جعل معلوم اجتمعت شرائط الإجارة، وعقد بلفظ الإجارة فهي لازمة، وإن عقد بلفظ الوكالة أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أم بمعانيها ؟

وجاء في مغني المحتاج: الوكالة ولو بجعل جائزة من الجانبين أي من جانب الموكل، لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه أو في توكيل آخر، ومن جانب الوكيل لأنه، قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مضراً بهما، هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجار، فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم، وهذا لا يحتاج إلى استثنائه، وإن عقدت بلفظ الوكالة وشرط فيها جُعل معلوم قال الرافعي: فيمكن بناؤه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها، وهذان الاحتمالان نقلهما الروياني وجهين وصحح منهما الأول على القاعدة الغالبة في ذلك، وهو المعتمد كما جزم ابن الجويني في مختصره، لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة. وعلى هذا أيضاً لا يحتاج إلى استثنائه».

خامساً – وعلى هذا النحو من التقصي والتتبع والاستقرار والاستنباط أثبتنا :

- **أن حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي تتنوع وتتعدد وتختلف**، ولا تقتصر هذه الحالات على العقد الباطل أو القابل للإبطال كما في القانون الوضعي.
- **واستخدم الفقهاء مصطلحات التحول والتحويل والانقلاب** عند الانتقال من عقد إلى آخر استجمع شرائطه الشرعية.
- **وأن تحول العقد في الفقه الإسلامي تحكمه أصول وقواعد الصناعة الفقهية**

وفق منهجية البحث فيه من ذلك :

- قاعدة العبرة في العقود للمعاني والمقاصد لا للألفاظ والمباني.
- إذا تعذرت الحقيقة في الكلام يصار إلى المجاز.
- يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد.
- إذا زال المانع عاد الممنوع.

• **ويستفاد أيضاً من حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي فضلاً عما ذكرناه من ضوابط أنه:**

1 – لا يشترط بطلان العقد الأصلي أو الأول، فالبطلان والعدم سواء عند البعض، إذ التحول يعني الانتقال من عقد إلى عقد جديد في وصفه ورسمه وأن يستجمع العقد الجديد شرائطه الشرعية.

2 – إن لإرادة الطرفين إعتباراً بعد توافر الشروط الشرعية في العقد، وقد يكون لمقصد الطرفين أثر في إظهار حقيقة العقد والتحول إليها.

سادساً – وبالاستقراء والاستنباط يثبت أن هناك أصولاً شرعية مشتركة بين العوارض الطارئة وتحول العقود في الفقه الإسلامي، وأن كلتا النظريتين (الضرورة والتحول) تتأثران بها، ومن تلك الأصول الشرعية المشتركة :

أولا – مقصد حفظ المال في الشريعة الإسلامية : كمقصد ضروري من مقاصد الشرع تتوقف عليه مصالح الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت أو اختلت اختلت حياة الناس في الدنيا، والمحافظة على هذه الضروريات يكون من ناحيتين كما يقول الشاطبي في الموافقات: من ناحية الوجود أي تحقيقاً وإيجاداً ومن ناحية العدم أي المحافظة على بقائها، وهذا من جانب الضروري في مقصد حفظ المال، أما من جانب الحاجيات فهي كل ما يحتاج إليه الناس لرفع الحرج ودفع المشقة بحيث إذا فقدت (أي ما يحتاج إليه) وقع الناس في ضيق وشدة ومشقة، ومن ثم طلب الشارع تنمية المال وتثميره باستمرار ذلك، وشرع من العقود ما ييسر ذلك في التعامل على أشياء

غير موجودة وقت التعاقد كالسلم والإجارة والمساقاة ونحوها، وعلى شاكلتها أيضاً ومن نظائرها تحول العقود من عقد لا يحقق المصلحة المبتغاة إلى عقد آخر يحققها، ولا شك أن هذا التحول يحقق مصلحة حفظ المال إذا استوفيت الضوابط الفقهية في التحول.

ثانياً – من تلك الأصول الشرعية المشتركة تحقيق المصلحة عموماً، والمصلحة المرسلة خصوصاً :

فالمصلحة الشرعية عموماً في اصطلاح الأصوليين تتمثل في المحافظة على مقصود الشرع من الخلق في أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، ومن ثم المحافظة على منافع الخلق وفق مراد الشرع، وهذا المعنى بعينه موجود في الضرورة والعوارض الطارئة، وتحول العقود في الفقه الإسلامي، فإذا كانت الضرورة تقتضى دفع المضرّة للمشقة المتحققة بضوابطها الشرعية، فكذلك تحول العقود يحقق المنفعة لأطرافها بالانتقال من عقد لا يحقق مقصود أطرافه إلى آخر، يحقق مقصودهم وفق ضوابط الشرع.

أما المصلحة المرسلة فهي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده دون أن يكون لعينها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس، ومن هذا القبيل في موضوع تحول العقود البحث عن الوصف المناسب للعقد الجديد الذي يتم التحول إليه، على أساس استجماعه لشرائطه في الفقه الإسلامي، وهذا أمر موضوعي بالدرجة الأولى يناسب حالة المصلحة المرسلة التي لم يشهد لها دليل معين بالاعتبار فتكون معتبرة، أو بالإلغاء فتكون ملغاة، فالوصف المناسب لبيع الوفاء عند من أجازه أنه تأمين دين المشترى المترتب في ذمة البائع وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين، فلم يخرج العقد عن كونه عقد رهن، ويجرى فيه حكم الرهن، ولو كان بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق الطرفين على إقامة البيع.

ثالثا – من القواسم المشتركة بين النظريتين رفع الحرج ودفع المشقة والتيسر

القائم على قاعدة المشقة تجلب التيسير : ومعناها أن الصعوبة تصير سبباً للتيسر والتسهيل والتخفيف، ومن أنواع التخفيف تخفيف إبدال وتغيير وترخيص، وهذا عين التحول في العقود بإبدال وتحول العقود التي لم تستكمل شرائطها إلى عقد آخر مثل: الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال، والحوالة تنقلب كفالة والعكس أيضا، والوكالة بأجر تتحول إلى إجارة، ومن ناحية أخرى فإنه من أقسام الرخصة المترتبة على المشقة جواز العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها وإباحتها مع مخالفتها للقواعد المقررة مثل : السَلَم .

رابعاً – من القواسم المشتركة بين النظريتين الاستحسان الذي يعنى العدول عن الحكم في مسألة بحكم نظائرها إلى خلافة لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول، أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلى أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضى ذلك.

فالاستحسان على هذا النحو، وكما يقول السرخسى، أوفق للناس، وأرفق بهم، فهو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى به الخاص والعام، وحاصلة ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين.

خامساً – وهو الأهم في نظرنا من ناحية أن نظرية الضرورة وتحول العقود في الفقه يشتركان في الأساس الشرعي لكل منهما. فالتخريج الشرعي لعقد جديد بناء على عقد آخر في حقيقتة بحث عن الوجه الشرعي في المسألة وبيان وجه صحتها، ومن ثم فالتخريج في عملية التحول منوط بالكشف عن الحكم الشرعي الصحيح بطريقة الاستنباط من أدلته الشرعية، وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر، وفي نظرية الضرورة أليس البحث عن ضابط المشقة التي هي أساس الضرورة المبيحة للفعل أو التصرف هو كذلك في أساس عملية التخريج في تحول العقود (بلى).

ولكن هذا البحث في التخريج عن الوجه الشرعي ينتج تحولاً للعقد في إطار ضوابط التحول، وذلك البحث عن توافر ضابط المشقة في الضرورة ينتج إباحة للفعل وتعديلاً لآثاره في إطار ضوابط الضرورة الشرعية.

ويتربع على قمة تحول العقد وانقلابه في الفقه الإسلامي تجسيداً لهذه الأصول الشرعية السابقة والمشتركة بين نظريتي التحول والضرورة / العوارض الطارئة، التحول لاعتبار تشريعي اجتهادي يظهر في حالات أكثر وضوحاً كما سبق مثل :

- إذا صرح المتعاقدان في عقدهما بنفي الثمن في عقد البيع والأجرة في عقد الإجارة. فإن العقد يكون باطلاً لانتفاء حقيقة المعاوضة فيه ولكن :

هل ينقلب البيع هبة والإجارة إعارة ؟

ذهب فريق من الفقهاء إلى انقلاب العقد تنزيلاً على ثلاث قواعد فقهية سبق ذكرها :

– قاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

– قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله.

– قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

- وكذلك الحال في تحول العقد الذي تستكمل شرائطه إلى عقد آخر كما سبق ذكره

ونخلص ، ونحن بصدد بناء نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي ، إلى ما يلي:

1 – إن حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي تتنوع وتتعدد وتختلف.

2 – استخدام الفقهاء مصطلحات التحول والتحويل والانقلاب عند الانتقال من عقد إلى آخر استجمع شرائطه الشرعية.

3 – إن تحول العقد في الفقه الإسلامي تحكمه أصول الصناعة الفقهية وفق منهجية البحث مثل :

– يغتفر في الوسائل مالا يغتفر في المقاصد.

– إذا زال المانع عاد الممنوع.

4 – إن تحول العقد في القانون الوضعي أخذ بها ابتداء القانون الألماني في مادة واحدة هي المادة رقم (140)، ومنها أقام رجال القانون الألمان نظرية تحول

العقد. ولكن في إطار العقد الباطل أو القابل للإبطال، فاختلفت النظرية في كثير من مبناها ومعناها عن تحول العقد في الفقه الإسلامي بقواعده وضوابطه ومعناها وضوابطها ونطاقها، مما يجعل الفقه الإسلامي أكثر رحابة وسعة ومرونة من النظام القانوني في تلبية متطلبات الواقع والاستجابة لحاجات الناس العملية في أدق تفاصيلها الجزئية.

5 – أن هناك قواسم مشتركة بين نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي ونظرية العوارض الطارئة، رفعاً للحرج ودفعاً للمشقة وأخذاً بمعيارها من المشقة، غير المألوفة وغير المعتادة، ومن ثم التيسر وبخاصة في نطاق المعاملات المالية والتعاقدات المدنية التي تتأثر بمرتبة واحدة من المشاق كما سبق ففيها يقتصر في إسقاط المسؤولية على أقل ما تصدق عليه حقيقة الشرط الذي تقتضيه حقيقة المعاملة فالمعاملات تحمل على أدنى المشاق فيها فيحمل المطلوب على أقل مشقة تحصيلاً لمقاصد المعاملات ومصالح وما يترتب عليها من التزامات بين أطرافها، مع فارق جوهري هو أن أثر العوارض الطارئة بضوابطها الشرعية ممتد في نظرية تحول العقود إلى حالة من استقرار العقود وتوازنها بعد انقلابها وتحولها إلى العقد الجديد، الذي يحقق المصلحة الاقتصادية للعقد ومقصود أطرافه بما يتفق مع استجماع العقد الجديد لأحكامه وشرائطه الشرعية، على حين أن أثر الضرورة يقدر بقدرها، ومجاوزة المحظور الشرعي فيها محدود حال تحققها فقط فلا ينقلب المحظور الشرعي الذي أبيح للضرورة مباحاً بإطلاق.

وآخر دعوانا أن الحمدلله رب العالمين ، ،

أ. د. عبدالحميد محمود البعلي

الفهـــرس

الموضـــــوع	الصفحة
ضرورة المحافظة على المصالح الجوهرية في الالتزامات	158
حالة الضرورة هي الأساس القانوني لنظرية الظروف والعوارض الطارئة الالتزامات التعاقدية هي محور البحث	159
المبحث الأول :	163
معنى الضرورة وضوابطها الشرعية الفرع الأول : معنى الضرورة	163
– في اللغة	163
– في الاصطلاح	163
– المعيار فيما يباح للضرورة ومالا يباح	165
– حكم الضرورة	166
الفرع الثاني : ضوابط الضرورة	166
– ضوابط الضرورة الشرعية المبيحة للمحظور	167
– تنبيهات فقهية في حالة الضرورة	168
– المشقة غير المعتادة أساس حالات الضرورة الشرعية في العقود وتحولها في الفقه الإسلامي:–	169
– حالات الضرورة	169
– ضابط المشقة المقتضية للتخفيف	170
المبحث الثاني :	173
تحول العقد وحالته في الفقه الإسلامي	173
أهمية موضوع تحول العقود	173
التخريج الفقهي والتكييف القانوني	174
الخلاصة	175
الفرع الأول : التحول والتحويل في القرآن الكريم	176
الفرع الثاني : نماذج من حالات التحول وأحكامه في الفقه الإسلامي	178
الغُصن الأول تحول العقد :	178
التعريف	178
الألفاظ ذات الصلة بالتحول والتحويل	178
الغُصن الثاني : التحول تعترية أحكام كثيرة تختلف باختلاف مواطنها	179
أولاً : نماذج للعقود المتحولة منها :	179

الموضـــــوع	الصفحة
1 – تحول المضاربة الصحيحة	179
2 – تحول السلم إلى بيع مطلقاً	180
3 – تحول الاستصناع سلماً إذا ضُرب فيه الأجل	180
4 – تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر مثل : – الهبة بشرط العِوض وأقوال الفقهاء في ذلك	180
5 – تعليق الهبة على شرط يُصيّر العقد وعداً عند بعض الحنابلة	181
6 – تحول العقد الموقوف إلى عقد نافذ	181
7 – تحول الدَّين الآجل إلى حال	181
8 – تحول الوقف عند انقطاع الموقوف عليه	182
9 – الحوالة تكون وكالة	182
10 – التوكيل على اقتضاء الدّين تارة يكون إجارة وتارة يكون جعالة	183
11– انقلاب الوكالة إلى فضالة	183
12 – الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة	183
13 – خروج العقد من الجعالة إلى الإجارة	183
14 – الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال	184
15 – الإعارة إذا اشترط فيها العِوض تنقلب إجارة	184
16 – تحول القرض إلى وصّية	184
17 – الحوالة تنقلب كفالة	184
18 – انقلاب عقد القرض بزيادة إلى بيع ربوي	184
19 – البيع بالإكراه غير الملجئ ينقلب صحيحا لازماً بإجازة المكرَه	185
20 – الحق الشخصي ينقلب حقاً عينياً	185
21 – الحوالة تتحول حمالة	185
22 – تقييد الحوالة بألفاظ معينة نوع من التحول	186
23 – تحول شراء الفضولي لغيره إلى شرائه لنفسه	187
24 – البيع إقالة	187
25 – تنقلب شركة المفاوضة عناناً	187
26 – بطلان البيع والإجارة	188

الموضـــــوع	الصفحة
ثانيا : قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وما فيها من حالات تحول العقد :	189
– أمثلة	189
– مستثنيات القاعدة	190
المبحث الثالث : نظرية تحول العقد في القانون :	191
الفرع الأول: النصوص القانونية :	191
الغصن الأول: القوانين التي أخذت بالنظرية	191
الفصل الثاني : القوانين التي لم تنص على نظرية تحول العقد	192
الفرع الثاني: تعريف التحول وشروطه في القانون	192
الغُصن الأول: تعريف التحول في القانون	192
الغُصن الثاني : شروط التحول في القانون :	193
أولا : بطلان التصرف الأصلي	193
ثانيا : أن ينطوي التصرف الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه	194
ثالثا : جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر	195
الغُصن الثالث : تفصيل وإيضاح اجتماع شروط تحول العقد وانقلابه في الفقه الجرماني والقانوني الغربي.	196
– نظرية تحول العقد في القانون نظرية ألمانية	197
المبحث الرابع :	198
قواعد وضوابط تحول العقد وانقلابه في الفقه الإسلامي	198
الفرع الأول: المنهج الموضوعي والأحكام الجزئية التفصيلية هو ما يميز الفقه الإسلامي عن غيره	198
الفرع الثاني : القواعد والضوابط والأحكام التفصيلية	199
الغُصن الأول : خصائص منهجية البحث الفقهي	199
الغُصن الثاني : أهم القواعد الفقهية اللصيقة بموضوع تحول العقود وما يتفرع عنها :	200
1 – العبرة في العقود للمقاصد والمعاني	200
2 – إعمال الكلام خير من إهماله	200
3 – يغتفر في الوسائل مالا يغتفر في المقاصد	200
4 – إذا زال المانع عاد الممنوع	201
الفرع الثالث: ما يؤدى إليه النظر الفقهي في حالات وأحوال تحول العقد في الفقه الإسلامي	201
الغُصن الأول: المعاني المختلفة للتحول	201
الغُصن الثاني: في الفقه الإسلامي ليس بلازم أن يكون العقد الأصلي باطلا و حالات ذلك	203
الغُصن الثالث : تحول العقد لمراعاة مقصد أطرافه	204
– بيع الوفاء عند من أجازه.	204

الموضـــــوع	الصفحة
الغُصن الرابع : تحول العقد لاعتبار تشريعي اجتهادي وحالاته	204
الغُصن الخامس: تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر. مثال ذلك..	205
الخلائص في بناء نظرية تحول العقود في الفقه الإسلامي.	206
أولاً : التخريج والتكييف	206
ثـانيـاً : إن التحويل والتحول وردا في القرآن الكريم واستعمالا في لغة الفقهاء	206
ثـالثـاً : إن حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي تتنوع وتتعدد وتختلف	206
رابـعـاً : استخدام الفقهاء مصطلحات التحول والتحويل والانقلاب	207
خامساً : تحول العقد في الفقه الإسلامي تحكمه أصول الصناعة الفقهية وفق منهجية البحث فيه	207
سادساً : الضوابط المستفاد من حالات تحول العقد وفق الفقه الإسلامي	207
سابعـاً : مرد نظرية التحول في القانون مادة واحدة في القانون الألماني	207
المبحث الخامس : الأصول الشرعية المشتركة والقواعد الفقهية بين العوارض الطارئة وتحول العقود في الفقه الإسلامي وتأثر النظريتين بها	208
أولا : مقصد حفظ المال وعلاقته بالنظريتين	209
ثانيا : تحقيق المصلحة عموماً والمصلحة المرسلة خصوصا وعلاقتهما بالنظريتين	209
ثالثا : رفع الحرج ودفع المشقة وجلب التيسير	210
رابعا : الاستحسان وعلاقته بنظريتي الضرورة وتحول العقود	212
خامساً : الأساس الشرعي في كل من عمليتي التخريج في تحول العقود والضرورة الشرعية	212
الخلاصـــة	213
من المفارقات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في هذا الخصوص :	213
أولاً : في الفقه الإسلامي ليس بلازم أن يكون العقد الأصلي باطلاً.	213
ثانياً : لقد أثبتنا في الفقه الإسلامي أيضاً تحول العقد لمراعاة مقصد أطرافه.	214
ثالثاً : أثبتنا في الفقه الإسلامي أيضاً تحول العقد لاعتبار تشريعي اجتهادي ويظهر ذلك في حالات منها.	214
رابعاً : أثبتنا في الفقه الإسلامي تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر. **تقرير البحث : تحول العقود وإعادة تكييفها / تخريجها وأثر العوارض الطارئة...**	214