فنقول: أصل الماهية سالم عن النهي ، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي ، فيثبت لأصل الماهية الأصل -الذي هو الصحة- ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة -الوصف العارض- وهو النهي. فيفسد الوصف دون الأصل ، وهو المطلوب. قال القرافي : وهو فقه حسن. (1)

المقصود بالفساد: تخلف الأحكام عن العقود ، وخروجها عن كونها أسبابًا مفيدة للأحكام ، ولو * صرح الشارع بقوله: نهيتك عن الطلاق في الحيض لعينه ، لكن إن فعلت بانت زوجتك ، ونهيتك عن ذبح شاة بسكين مغصوبة ، لكن إن فعلت حلت الذبيحة ، فشيء من هذا ليس يمتنع ولا يتناقض ، بخلاف قوله: حرمت عليك الطلاق ، وأمرتك به وأبحته لك وما أشبه ذلك ، فإن ذلك تناقض لا يعل؛ لأن التحريم يضاد الإيجاب ، ولا يضاده كون المحرم منصوبًا علامة على حصول الملك والحل وسائر الأحكام ، إذ يتناقض أن يقول: حرمت الزنا وأبحته ، ولا يتناقض أن يقول: حرمت الزنا ، وجعلت الفعل الحرام لعينه سببًا لحصول الملك في العوضين. ويتضح ذلك في الإحرام الفاسد ، فإنه يبقى أصله ، وإن كان قبيحًا لمعنى اتصل بوصفه وهو الفساد. (2)

9 - الترجيح:

والمختار -عندي والله أعلم- رجحان مذهب الحنفية لقوة أدلتهم؛ ولأن الجمهور يفرقون بين الباطل والفاسد في الحج؛ (3) مما يدل على أن هناك فرقًا بين الفساد والبطلان ، ونقل الزركشي عن الشافعية أنهم يفرقون بين الباطل والفاسد في الخلع والكتابة والعارية أيضًا. وألحق بها الشيخ زين الدين الكتاني أيضًا الوكالة والإجارة وعقد الجزية والعتق . (4) وكذا فرق الشافعية والحنابلة في الشركات بين العقد والفاسد والباطل. قال ابن قدامة رحمه الله: ومتى اشترط شرطًا فاسدًا يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة ؛ لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمرًا أو خنزيرًا ، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه: إن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم غيره؛ لأنه عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة؛ كالنكاح والعتاق والطلاق. (5)

وفرق المالكية والشافعية بين القراض الفاسد والقراض الباطل ، فرد المالكية توزيع الأرباح في القراض الفاسد إلى قراض المثل. قال القرافي : إن أسباب الفاسد إذا تأكدت في القراض أو غيره بطلت حقيقة المستثنى بالكلية فتتعين الإجارة ، وإذا لم تتأكد اعتبرنا القراض ، ثم يبقى النظر بعد ذلك في المفسد هل هو متأكد أملا نظرًا في تحقيق المناط. ولم يعترض عليه ابن الشاط كعادته ، ونقله محمد علي المالكي وأقره. (1) وأما الرد على أدلة الجمهور فمبسوط في كتب الأصول والفقه ، ولا داعي لذكره هنا. (2) ننتهي من ذلك كله أن المبيع بيعًا فاسدًا يدخل في الملك إذا تم التقابض بإذن البائع ، وكذا إذا تصرف فيه المشتري تصرفًا يخرج فيه المبيع عن ملك المشتري كالهبة والوقف ، وجعله مهرًا ... إلخ. وهو مذهب الحنفية ، (3) ووافقهم المالكية في حال التصرف. قال في تبيين المسالك: فإن فات المبيع فاسدًا بيد المشتري ، مضى المختلف في منعه بين العلماء -ولو خارج المذهب- بالثمن ، ومضى المتفق على منعه بالقيمة يوم القبض. والفوات يكون بتغير سوق غير المثلي والعقار ، وبطول زمان حيوان كشهر ، ونقل لمحل بكلفة ، وتغير ذات وإن بسمن أو هزال ، وبالوطء ، وبالخروج عن اليد كبيع صحيح ، أو تعلق حق للغير كرهن أو إجارة . (4) ومعنى هذا أن عوض المقبوض في بيع فاسد في حال التصرف فيه يدخل في ملك المشتري الأول الذي تصرف في المبيع. (5)

---

(1) انظر: الفروق ، 4 / 15. تهذيب الفروق ، 4 / 33. الأشباه: للسيوطي ، 178 .

(2) انظر على سبيل المثال: بذل النظر: للإسمندي ، 152. أصول السرخسي ، 1 / 87. المستصفى ، 2 / 25. التلويح والتوضيح ، 1 / 396. فواتح الرحموت ، 1 / 396. المحصول ، 2 / 488.

(3) ابن عابدين ، 4 / 126. تبيين الحقائق ، 4 / 64.

(4) تبيين المسالك ، 3 / 356 ، بتصرف. وانظر: الدسوقي ، 3 / 72 .

(5) وانظر: مصادر الحق ، 4 / 169 .

---

(1) الفروق ، 2 / 82.

(2) انظر: أصول السرخسي ، 1 / 87.

(3) المجموع ، 7 / 388. وشرح العمدة: ابن تيمية ، 2 / 227.

(4) انظر التفصيل في: المنثور: للزركشي ، 3 / 7 ، 8.

(5) المغني ، 5 / 187. وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي 178 .