الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الشريعة
قسم الفقه الإسلامي وأصوله

تَعَدُّدُ القُصُود

وأثرُه في العقودِ الماليَّةِ في الفقهِ الإسلاميّ

-دراسة تأصيليَّة تطبيقيَّة-

أطروحة مقدَّمة لنيل درجة الدّكتوراه في الفقه الإسلاميّ

إعداد الطَّالب: عبد الرَّحمن محمود السَّعدي

بإشراف الدكتور: أحمد حســـــــــن

١٤٣٨هـ/٢٠١٧م

بسم الله الرحمن الرحيم

نوقشت هذه الأطروحة المعنونة بـ (**تعدُّد القُصُود وأثرُه في العقود المالِيَة في الفقه الإسلامي-دراسة تأصيلية تطبيقيّة-**) في الساعة (العاشـرة) من صباح يوم الأحـد الواقع في ١٠/ ٩/ ٢٠١٧م، في مدرج نقابة المعلمين في مبنى رئاسة جامعة دمشق، وقد حازت درجة (امتياز)، من قبل السادة الأساتذة أعضاء لجنة الحكم:

١- **أ.د. محمد توفيق رمضان** الأستاذ في قسم الفقه الإسلامي وأصوله - جامعة دمشق/ عضواً.

التوقيع:.....

٢- **د. أحمد حسن** الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله - جامعة دمشق/ عضواً. **{المشرف}**.

التوقيع:.....

٣- **د. محمد نجدات المحمد** الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله - جامعة دمشق/ عضواً.

التوقيع:.....

٤- **د. غيداء المصري** الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله - جامعة دمشق/ عضواً.

التوقيع:.....

٥- **د. محمد حسام رحيمة** المدرس في قسم الفقه الإسلامي وأصوله - جامعة حلب/ عضواً.

التوقيع:.....

الإهداء

إلى السيد الأعظم، الرّؤوف الرحيم، الذي لا يردُّ قاصداً، إليك سيدي وقرةَ عيني رسولَ الله ﷺ . .

إلى صاحب الفضل، من ألهمني التفوق والنجاح في كلِّ حركاته وسكناته، من لَبى نداء ربه ولم أحظ بخدمته في آخر عمره، إليك أبي سائلاً المولى ﷻ أن يجعل عملي هذا في ميزان حسناتك . . .

إلى تلك الامرأة العظيمة التي لم تألُ جهداً في تنشئة ثلاثة أجيال من الأحفاد، الحاضرة في قلبي ووجداني رغم بعد المسافة وطول الزمن، إليكِ أمّي سائلاً المولى سبحانه أن يمدك بمدد وعافية منه لا ينفدان حتى ألقاكِ دائماً على أحسن حال . . .

إلى من تركَتْ الأهل جميعاً وآثرت مرارة البعد عنهم في سبيل الوُد والوفاء، إليك زوجتي . . .

إلى من أكرمني الله بهما، من أرى فيهما الأمل ولذة العيش، إليكما ولداي: سارة ومحمود . .

إلى إخوتي وأخواتي من كانوا لي عوناً في مسيرة العلم والاجتهاد، سائلاً المولى أن يجمعني بكم عاجلاً على أفضل حال . . .

إلى كلِّ من كان له فضلٌ عليَّ، من شرّفني الله تعالى بالأخذ عنهم في كل مراحل دراستي، أساتذتي ومشايخي . . .

إلى كل من ساعدني وساهم في إخراج هذا البحث بأي وسيلة كانت . . .

إليكم جميعاً أهدي هذا البحث سائلاً المولى أن يجزيَكم عني خير الجزاء . . .

كلمة شكر وتقدير

من الواجب أن يُردَّ الفضل لأهله . . .

ولذا أتوجَّه بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور أحمد حسن الذي أمدَّني وما زال يمدني بعلوِّ الهمَّة، مَن دلّني على الله صفاء حالِه قبل مقاله، سائلاً المولى أن يجزيه خير الجزاء عن جهده المشكور في تصويب هذا البحث وتوجيهي لكل صواب . . .

والشكر موصول لكل الهيئة التدريسية في كلية الشريعة وعمادتها الكريمة الذين كانوا مثالاً رفيعاً في لطف معاملتهم وكريم أخلاقهم وعظيم علمهم . . .

مُقَدِّمَة

الحمدُ لله حمداً كثيراً طيِّباً مبارَكاً فيه ملءَ السماوات وملءَ الأرض، وملء ما شاء الله من شيءٍ بعد، والصلاة والسلام الأكملان الأتمَّان على سيِّد الخلائق والبشر، سيدنا محمدٍ المبعوث رحمةً للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أمَّا بعد:

فقد خلق الله ﷻ الإنسان وخصَّه بما ليس لغيره من المخلوقات، ومن تلك الخصائص أن جعله قاصداً وذا إرادة، ورتَّب على قصده وإرادته المسؤوليَّة الدينيَّة والدنيوية.

فقصد الإنسان بالنسبة لتصرفاته كافَّة بمنزلة الروح من الجسد؛ إذ لا مميِّز لما يصدر عن المكلفين من أعمال تتشابه صورُها إلا قصود أصحابها، وهذا ما يعبِّر عنه الفقهاء بقاعدة فقهية مفادها: [الأمور بمقاصدها]، فبالقصد تتميز العبادة عن العادة، وبه تتميَّز رتب العبادات، وبه كذلك تفترِق أنواع العقود المختلفة عن بعضها من حيث المشروعية والتكييف، وتتحدَّد الالتزامات الناشئة عنها.

أولاً: التعريف بالموضوع:

في هذه الأطروحة المعنونة بـ(تعدد القصود وأثره في العقود الماليَّة في الفقه الإسلامي –دراسة تأصيليَّة تطبيقيَّة–) دراسةٌ لتعدد القصود في العقود المالية، إذ بيَّنت مفهوم تعدُّد القصود في أشهر أبواب الفقه الإسلامي التي يظهر فيها اهتمام الفقهاء بتعدد القصود، وصولاً لتحرير هذا المفهوم في باب العقود المالية، وبعد ذلك عرضت الأعمال التي قد تتأثر بتعدد القصود فيها مما يرسخ المفهوم الذي توصلت إليه ويعد منطلقاً لعملية التأصيل لتعدد القصود في العقود المالية، ثمَّ بيّنت أقسام القصود في تلك العقود من حيثيات مختلفة مبيناً ثمرة تقسيمها، ثم أوضحت الحكم التكليفي لتعدد القصود فيها، وحكم العقد المالي الذي تعددت فيه قصود صاحبه من حيث الصحة وعدمها.

وبعد ذلك تناولت الدراسة أثرَ تعدُّد القصود في تكييف العقود الماليَّة المختلفة، وفي الآثار الناجمة عن تلك العقود –سواء ما يمسُّ العاقدين أو غيرهما– ثم وضعت ضوابطَ عامّة لتعدد القصود في العقود المالية

توصلت إليها من خلال ما سبق دراسته، وذكرت في كلِّ ضابط تطبيقاً له أو أكثر مع بيان آثار تعدد القصود المترتبة على ذلك التطبيق ممَّا ورد تأصيله في فصول سابقة.

ثانياً: حدود البحث:

إنَّ استقراء الأحكام المتصلة بتعدد القصود وأثره في أبواب الفقه جميعها أمرٌ شاقٌّ ومطوَّل، ولذا اهتمَّت هذه الأطروحة ببيان تعدد القصود وأثره في العقود الماليَّة دون غيرها من التصرفات الأخرى، وهذا بيِّن في العنوان.

فلم يتناول هذا البحث في صلبه تعددَ القصود في غير أبواب العقود المالية، إلا من حيث المفهوم وما يتصل به من استعراضٍ موجز لأهم الأعمال التي يبرز فيها دور لتعدد القصود، وهذا يعدُّ أمراً ضرورياً ومنطلقاً مهمًّا في هذه الدراسة.

أما ما وراء ذلك فقد اقتصرت هذه الأطروحة على تعدد القصود في العقود المالية سواء كان المقصود بتلك العقود المالية **العين** بنقل ملكيتها بعوض كالبيع، أو بغير عوض كالهبة، أو كان المقصود بالعقد **المنفعة** كالإجارة أو العارية أو قصد به مجرد **التوثيق** كالرهن والكفالة، أو قصد به **الاشتراك في المال والربح** كالشركات.

ثالثاً: أهمية الموضوع:

تتجلَّى أهمية البحث في موضوع تعدد القصود وأثره في العقود المالية بالنواحي الآتية:

١- إن التوصُّل إلى مفهوم محدد لتعدد القصود أمرٌ على غاية من الأهمية لما يترتب عليه من تطبيقات عملية، ولا سيما في العقود المالية التي تعد صلب هذه الدراسة.

٢- إن لتعدد القصود الأثر البالغ في تكييف العقود الماليَّة، من حيث الحكم التكليفي، ومن حيث الوصف الحقيقي الذي يميِّز كلَّ عقد عن غيره.

٣- كما أنَّ الالتزامات والحقوق الناشئة بين أطراف العقد في العقود المالية تختلف بتعدد القصود فيه.

٤- ثم إنَّ لدراسة تعدد القصود تطبيقاتٍ مهمَّةً في العقود الماليَّة المستجدة، كمسألة ما يسمى بـ(الرهنية)، وكعقد التأمين الإسلامي، وكحكم الودائع المصرفيَّة بقصد الحصول على الجوائز المعلن عنها من قبل المصارف.

رابعاً: سبب اختيار الموضوع:

إضافة لما سبق بيانه في أهمية الموضوع فقد اخترت البحث في تعدد القصود وأثره في العقود المالية لأسباب منها:

-لم أطلع على من تناول موضوع تعدّد القصود وأثره في العقود المالية بالبحث بشكل مباشرٍ، مع ما للأمر من أهميَّة بالغة، ولذا أردتُ أن أضبط هذا الموضوع ضمن أطروحة أكاديميَّة.

-في هذا البحث إثراء لذهن الباحث كون القصد متصلاً بأكثر من باب من أبواب الفقه، وبمقاصد الشريعة كذلك.

-كثيراً ما نجد اضطراباً في تكييف العقود المالية المستجدة، وما ذلك إلا لإغفال النظر إلى القصود الحقيقيَّة لأصحابها، وكذلك الأمر بالنسبة لتحديد آثار العقد (بما فيها من التزامات وما يقابلها من حقوق)، وهذا سبب وجيه يدعو إلى هذا البحث الذي نحن بصدده.

خامساً: مشكلة البحث:

تجلت مشكلة البحث في تساؤلات عديدة:

ما حقيقة القصد؟ وما مفهوم تعدده في الفقه الإسلامي؟ وما أقسام القصود في العقود المالية؟ وما الحكم التكليفي لتعدد القصود في تلك العقود؟ ثم ما حكم صحة العقد الذي تعددت فيه قصود العاقد؟ وما أثر ذلك التعدُّد في تكييف العقد المالي وفي الآثار الناجمة عنه؟ وهل لتعدد القصود أثر في إثبات الحقوق أو إنشاء التزامات لغير العاقدين؟ وما الضوابط العامَّة لتعدد القصود في العقود المالية؟ وما تطبيقات ذلك؟.

فكلُّ سؤال من تلك الأسئلة يمثل مشكلة علميَّة أراد الباحث الإجابة عنها من خلال هذه الأطروحة.

سادساً: هدف البحث:

تتمثل أهداف هذا البحث بالنقاط الآتية:

١- وضع مفهوم محدَّد لتعدد القصود في أهمِّ أبواب الفقه، وصولاً لتحرير هذا المفهوم في باب العقود الماليَّة.

٢- التمييز بين أنواع القصود في العقود المالية (القصود المباشرة وغير المباشرة، المشروعة وغير المشروعة) والوصول إلى ثمرة تقسيمها على ذلك الشكل.

٣- بيان الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية، وحكم صحة العقد الذي تعددت فيه قصود صاحبه.

٤- بيان أثر تعدد القصود في العقود الماليَّة من حيث تكييف العقد المالي، ومن حيث الآثار التي تترتب على ذلك العقد بما يخص أطرافه.

٥- معرفة إمكانية تأثير تعدد القصود لدى العاقد في العقود المالية في إضافة الحقوق والالتزامات لغير المتعاقدين.

٦- الوصول إلى ضوابط عامة تجمع حالات تعدد القصود المشروعة في العقد المالي، وذكر بعض التطبيقات المهمَّة عليها.

سابعاً: صعوبات البحث:

تجلّت صعوبة البحث في أنَّ الفقهاء لم يتعرّضوا لمفهوم تعدد القصود بالبيان والتأصيل؛ بل إنهم لم يذكروا مصطلح تعدد القصود مطلقاً، وهذا أمرٌ يجعل الوصول إلى مفهوم واضح لذلك المصطلح من أصعب الأمور التي واجهت الباحث، وقد أشرتُ إلى ذلك بشيء من التفصيل في بداية الباب الأول.

كما أنَّ المعاصرين لم يتناولوا هذا البحث في دراساتهم الأكاديميَّة بشكلٍ مباشرٍ فكان كلُّ ما ورد في هذه الأطروحة محاولة من الباحث لجمع شتات الموضوع ووضع تقسيمات جديدة، وفي ذلك من الصعوبة ما ليس بخافٍ، فضلاً عن احتمال اختلاف وجهات النظر في تحديد الأمثلة التي تدخل تحت موضوع تعدد القصود والتي تخرج عنه.

ثامناً: الدراسات السابقة:

لم أجد فيما اطلعت عليه من أفرد موضوع (تعدد القصود وأثره في العقود المالية) ببحث مستقل، سواء أكان رسالة علميَّة أم بحثاً محكَّماً، إلا أنه قد وجدت بعض الدراسات التي تتصل بهذا الموضوع بشكل أو بآخر، وأذكر أهمَّ تلك الدراسات مبيناً الفرق بينها وبين هذه الأطروحة، ليتبين الجديد الذي أتيت به:

١- **دراسة بعنوان (الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي)**، وهي رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله-كلية الشريعة بجامعة دمشق، للباحثة مصونة الخطيب الحسني، بإشراف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي-رحمه الله تعالى- مناقشة عام ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

وقد تناولت هذه الرسالة نظرية الباعث في العقود عند الفقهاء، فعرفت بالباعث وخصائصه، ثم عرفت بالعقد وصيغته، وبينت أثر الباعث غير المشروع في صحة العقود، مقارنة بين الفقه والقانون أحياناً.

والمآخذ على هذه الرسالة تظهر في نقص الرجوع إلى المصادر الفقهية من المذاهب الأربعة، والاعتماد على كتب أخرى في مواضع عديدة، كما أنَّ الدراسة لم تتناول تطبيقات ملحوظة معاصرة على نظرية الباعث سوى ما ذكره المتقدمون من أمثلة فقهية معروفة.

والفرق بين هذه الرسالة ودراستي هذه أن نظرية الباعث وُجدت أصلاً لبحث الباعث غير المشروع في التصرفات وبالأخص العقود، وهذا يعني أن تلك الرسالة تهتم بالغاية البعيدة التي تأتي خلف القصد المباشر، وتدخل في مفهوم القصد غير المباشر؛ إلا أنها غير مشروعة ولا تظهر ضمن الصيغة لكن قد توجد قرائن تدل عليها، وأثر ذلك الباعث غير المشروع مقتصر على صحة العقد أو بطلانه -حسب اختلاف الفقهاء-.

وهكذا يتضح الفرق بين موضوع تعدد القصود وبين موضوع الباعث، حيث إنَّ تعدد القصود لا يقتصر في الدراسة على القصد غير المباشر غير المشروع الذي لم يظهر في العقد ودلت القرائن عليه، فقد تجتمع قصود متعددة في عقد واحد وتكون مشروعة ومباشرة أو غير مباشرة، ويكون لاجتماعها أثر معين في العقد غير الصحة والبطلان، كالأثر في تكييف العقد، وفي الآثار الناجمة عنه، من زيادة التزامات أحد الطرفين أو إنقاصها، بل هناك آثار تطال غير العاقدين بتعدد قصود العاقدين، وكل ذلك لا يدخل في دراسة الباعث غير المشروع، وقد اهتمت هذه الأطروحة ببيانه.

٢- **دراسة بعنوان (التداخل بين الأحكام في الفقه الإسلامي)** للباحث خالد بن سعد الخشلان، وهي رسالة ماجستير نوقشت بكلية الشريعة، جامعة الإمام محمَّد بن سعود الإسلامية بالرياض، بتاريخ ١٦/ ٤/ ١٤١١هـ.

وقد اطلعت على هذه الدراسة مؤخراً بعد أن أنهيت البحث بشكل كامل، إلا أنَّني وجدت الفرق شاسعاً بينها وبين هذه الأطروحة، حيث اهتمَّت تلك الرسالة ببيان اجتماع مخصوص لحكمين شرعيين مع

الاكتفاء بواحدٍ منهما، وهذه مسألة لا تتَّصل بتعدد القصود في كثير من المسائل، كالتداخل بين الديات في النفس وما دونها، وكمن ارتكب عدة جرائم موجبة لحدٍ ما فهل يجب عليه حدٌّ واحد أو أكثر؟ وكمن ذكَّى شاة فوجد في بطنها جنيناً فهل تعدُّ ذكاة الأمّ ذكاة لجنينها ؟ وهكذا يتضح لمن يستقرئ محتويات تلك الرسالة أنَّها لا تتصل بتعدد القصود، إلا في بعض الجوانب في العبادات بشكلٍ خاصٍّ حيث تناولت بعض الأمثلة التي تناولتُها في المفهوم، ولكن بشكل مختلف تماماً.

ويكفيني لبيان الفرق المهمّ بين أطروحتي وتلك الرسالة أن تلك الرسالة ذكرت التداخل بين العقود في الفصل الثاني من الباب الثاني فقط وبحدود عشر صفحات، وقد جعل عنوانه (**الفصل الثاني: التداخل في العقود، التداخل في عوض لبن المصراة عند تعدُّدها واختيار ردِّها**) ولم يذكر غير هذا المثال مما يخص العقود في كلِّ الرسالة، وهو مثال لا يتصل بتعدد القصود في العقود الماليَّة.

٣- **دراسة بعنوان (العقود المالية المركبة -دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية-)** للدكتور عبد الله العمراني، وهي أطروحة دكتوراه نوقشت بكلية الشريعة، جامعة الإمام محمَّد بن سعود الإسلامية بالرياض، بتاريخ ٢٢/ ١١/ ١٤٢٥هـ.

وقد جمع الباحث في هذه الأطروحة الحالات التي نصَّ عليها الفقهاء والمتَّصلة بحكم اجتماع عقدينِ في عقد واحد، ولم يهتمَّ ببيان تعدد القصود فيها، والقسم الأكبر من رسالته كان لبيان بعض التطبيقات المعاصرة من المعاملات الجارية في المؤسسات المالية وغيرها.

ومع أنَّ التركيب بين العقود يصلح -في كثير من فروعه- كأمثلة لتعدد القصود المباشرة فحسب، إذ في العقود المالية المركبة اجتماع أثرين نوعيين أو قصدين مباشرين لعقدين في عقد واحد، إلَّا أنَّ ما يميِّز دراستي هذه عن تلك الدراسة أنني أصَّلت لموضوع تعدد القصود في العقود المالية بما فيها القصود غير المباشرة، ولم أكتف ببيان الحكم التكليفي وحكم صحة العقد الذي تعددت القصود فيه، بل ذكرت أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي، وفي الآثار الناجمة عنه حتى ما يَطال غير العاقدين، وكلُّ ذلك لم تهتم به الرسالة المذكورة، ويظهر الفرق كذلك في أنَّني ذكرت كثيراً من التطبيقات التي لا تمت إلى تلك الدراسة بصلة.

تاسعاً: الجديد في هذه الأطروحة:

تبيَّن أن موضوع تعدد القصود وأثره في العقود المالية لم يبحث من قبل بشكل مباشرٍ، ولذا أتت هذه الأطروحة في كثير من المواضع بإضافة جديدة، وأذكر بعض الأمثلة عن ذلك:

- طريقة عرض الموضوع الذي نحن بصدده من حيث التأصيل وبيان الأثر.
- بيان مفهوم تعدد القصود عند الفقهاء من خلال استقراء الجزئيات التي استنبطتها من كتبهم.
- التأصيل لكثير من المسائل المتصلة بتعدد القصود في العقود المالية ضمن مبادئ تندرج تحتها جزئيات كثيرة، يظهر ذلك على سبيل المثال في تقسيم القصود في العقود المالية إلى مباشرة وغير مباشرة وثمرة ذلك التقسيم، وكذلك في التأصيل لموضوع الحكم التكليفي لتعدد القصود في تلك العقود وما اشتمل عليه من أمثلة استخرجتها من مذاهب الفقهاء، بالإضافة إلى بيان أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي وفي الآثار الناجمة عنه.
- وكذلك يظهر الجديد في تناول هذه الأطروحة لكثير من الأمثلة والتطبيقات –ولاسيما المستجدة منها– المتصلة بتعدد القصود في العقود المالية.

عاشراً: منهج البحث وطريقة الكتابة فيه:

اتبعت في هذه الأطروحة عدة مناهج (الاستقرائي والتأصيلي والتحليلي والمقارن والتطبيقي).

❖ المنهج الاستقرائي: حيث تتبعتُ مواضع الفروع التي تهتمُّ ببيان القصد وما يتصل به من مصطلحات في الأبواب الفقهية، وجمعت منها ما يصلح كأمثلة لتعدد القصود في كلٍ من عملية التأصيل الفقهي ودراسة الأثر في العقود الماليَّة، ولا أدعي الاستقراء الكامل فهذا يحتاج لجهد ووقت تضيق عنه هذه الأطروحة، فالمهمُّ هو ذكر مثالٍ أو أكثر للمسألة المطروحة بما يخدم البحث سواء في الجانب التأصيلي أو بيان الأثر.

❖ المنهج التأصيلي: حيث انطلقت من الجزئيات إلى التأصيل لها، إذ إنَّ الفقهاء لم يأصِّلوا لتعدُّد القصود في العقود المالية –ولا في غيرها– فكان لزاماً استنباط التأصيل من خلال الأمثلة المنتثرة التي تخدم صلب الموضوع.

❖ المنهج التحليلي المقارن: وهذا المنهج المتبع عادة في الأبحاث الفقهية حيث شرحت المسائل المطروحة بجزئياتها مقارناً بين مذاهب الفقهاء في المواضيع التي وجدت فيها تعدداً في آراء المذاهب مع ذكر الترجيح بمبرراته غالباً، كما أنني اتبعت منهج المقارنة بين الفقه من جهة والقانون من جهة أخرى في بعض المسائل إن اقتضت طبيعة البحث وتمام الفائدة تلك المقارنة. (كما فعلت في تعريف العقد، وكما فعلت في موضوع التفريق بين العقد المدني والتجاري تبعاً لتعدد القصود).

❖ المنهج التطبيقي: حيث ذكرت تطبيقات متعددة لموضوع تعدد القصود، أوردتها ضمن الفصل الأخير، وهو ضوابط تعدُّد القصود في العقود المالية، فذكرت في كل ضابط تطبيقاً له أو أكثر، ثم ذكرت ضمن دراستي لذلك التطبيق ما قد يتصل به من أمور سبق دراستها في الفصول السابقة، وذلك تحاشياً للتكرار ما أمكن.

هذا بالنسبة لمنهج البحث، أما بالنسبة لطريقتي في الكتابة فأبيِّن أهمَّ نقاطها فيما يأتي:

-عزوت الآيات القرآنية الكريمة في المتن اختصاراً للحواشي، وقد جعلتها بالرسم العثماني.

-وإذا وجدت تخريج الحديث الشريف في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بذلك، وإلا فأخرجه من كتب السنن الأربعة (سنن أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه) فإن وجدتُ الحديث في أكثر من مصدر من هذه السنن الأربعة، فإني أقتصر على تخريجه من مصدرين منهما في الغالب مراعياً الترتيب بينها (سنن أبي داود فالترمذي فالنسائي فابن ماجه)، وإن لم يوجد الحديث في واحد من هذه السنن فإني أنتقل إلى المسانيد والمعاجم الحديثية والمستدركات، وبعد ذلك أذكر الحكم على الحديث من كتب التخريج الحديثية إذا كان تخريج الحديث من غير الصحيحين.

-وقد وضعت نص الحديث الشريف بين أقواس بهذا الشكل((....)).

-أما النقول الحرفية من كلام العلماء، فقد جعلتها بين قوسين بهذا الشكل "..."، وأحيل في الهامش إلى المصدر مباشرة دون كلمة (انظر:) أما الأفكار التي أكتبها بصياغتي فأوثقها في الهامش بعد كلمة (انظر:).

-وقد ذكرت المعلومات الأساسية عن كل مصدر عند وروده لأول مرة، وبعدها أكتفي باسم الكتاب ومؤلفه، إلا إن كان اسم المؤلف ظاهراً في العنوان المشهور للكتاب فأكتفي بذلك العنوان كحاشية ابن عابدين، وحاشية الخرشي.

-وإن نقلت نصاً وأردت التعقيب خلاله، فأضع كلامي بين معكوفتين بهذا الشكل [].

-وقد راعيت ترتيب المذاهب الفقهية خلال عرضها، فأبدأ بمذهب الحنفية فالمالكية فالشافعية فالحنابلة.

-وقد ترجمت للأعلام الواردة في المتن من الفقهاء وعلماء الأصول، ومن لهم صلة مباشرة بالبحث بما فيهم المعاصرون، فيدخل في ذلك علماء العربية إن أتيت على ذكرهم في معرض بيان معاني الكلمات المتصلة بالأطروحة، ولذا لم أترجم لرواة الحديث ولا لمخرجيه مثلاً.

-خصصت فهرساً للآيات القرآنية بترتيب ورودها في القرآن الكريم، وفهرساً لأطراف الأحاديث الشريفة بترتيب حروف الهجاء، وفهرساً للأعلام المترجمين بترتيب حروف الهجاء للاسم المشهور مع حذف كلمة أب وابن، وقد ذكرت في فهرس الأعلام صفحة ورود الترجمة فقط، ثمَّ وضعت فهرساً للمصادر والمراجع مقسمة إلى فئات، وأخيراً فهرس المحتويات.

حادي عشر: خطة البحث:

تجلت الدراسة في هذه الأطروحة من خلال فصل تمهيدي، وبابين:

الفصل التمهيدي: وفيه التعريف بمصطلحات عنوان الأطروحة، وذلك من خلال أربعة مباحث:

في المبحث الأول: تكلمت عن حقيقة القصد لغة واصطلاحاً في مطلبين.

وفي المبحث الثاني: صلة القصد بمصطلحات مشابهة وذلك في ثلاثة مطالب.

وفي المبحث الثالث: تناولت مكانة القصد في التصرفات ومشروعيته في مطلبين.

وفي المبحث الرابع: بينت حقيقة العقد فذكرت تعريفه لغة واصطلاحاً وأنواعه، وذكرت الفرق بينه وبين التصرُّف، وذلك في أربعة مطالب.

وقد خصصت **الباب الأول** لبيان **التأصيل الفقهي لتعدُّد القصود**، وجعلته في أربعة فصول:

ففي **الفصل الأول: مفهوم تعدد القصود والأعمال التي يؤثر فيها**، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفهوم تعدُّد القصود عند الفقهاء، وفيه مطلبان: بينت في المطلب الأول: مفهوم تعدد القصود في غير أبواب العقود المالية، وفي المطلب الثاني: مفهوم تعدد القصود في العقود المالية.

المبحث الثاني: الأعمال التي يؤثر فيها تعدد القصود، وفيه المطالب الآتية: المطلب الأول: تعدد القصود في الواجبات، المطلب الثاني: تعدد القصود في المندوبات، المطلب الثالث: تعدد القصود في المباحات، المطلب الرابع: تعدد القصود في المحرمات، المطلب الخامس: تعدد القصود في المكروهات.

وفي **الفصل الثاني: عرضت أقسام القصود في العقود الماليَّة،** وذلك في مبحثين:

ذكرت في المبحث الأول: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المباشرة وغير المباشرة، وفيه مطلبان: المطلب الأول: القصد المباشر، المطلب الثاني: القصد غير المباشر.

وفي المبحث الثاني: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المشروعية وعدمها، وفيه أربعة مطالب، المطلب الأول: بيان حقيقة القصد المشروع والقصد غير المشروع، المطلب الثاني: أمثلة القصد المشروع وغير المشروع في العقود المالية، المطلب الثالث: الصلة بين القصد غير المشروع والباعث غير المشروع، المطلب الرابع: الترجيح بين القصد المشروع وغير المشروع عند اجتماعهما.

وفي **الفصل الثالث: بيّنت الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية،** وذلك في مبحثين:

ذكرت في المبحث الأول: حالات عدم مشروعية تعدد القصود في العقود المالية، وفيه مطلبان: المطلب الأول: حالة حرمة تعدد القصود في العقود المالية، المطلب الثاني: حالة كراهة تعدد القصود في العقود الماليَّة.

وفي المبحث الثاني: حالات مشروعية تعدد القصود في العقود المالية، وضمَّ ثلاثة مطالب، المطلب الأول: حالة وجوب تعدد القصود في العقود المالية. والمطلب الثاني: حالة استحباب تعدد القصود في العقود المالية. والمطلب الثالث: حالة إباحة تعدد القصود في العقود المالية.

وفي **الفصل الرابع: بيّنت حكم العقد المالي الذي تعددت فيه القصود من حيث الصحة وعدمها** وقد جعلته في مباحث أربعة:

في المبحث الأول: بينت حقيقة الصحة والبطلان والفساد في العقود، وذلك في مطلبين. في المطلب الأول: معنى الصحة والبطلان والفساد لغة، وفي المطلب الثاني: معنى الصحة والبطلان والفساد في العقود اصطلاحاً.

وفي المبحث الثاني: أوضحت حكم صحة العقد المالي الذي تعدَّدت فيه القصود المباشرة، وفيه مطلبان: المطلب الأول: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين سلف وبيع. والمطلب الثاني: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين بيعتين في بيعة.

وفي المبحث الثالث: بطلان العقد المالي بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع، وفيه مطلبان هما: المطلب الأول: حالة ظهور القصد المحظور من خلال الصيغة أو المحل. المطلب الثاني: حالة علم العاقد الآخر بالقصد المحظور من خلال القرائن.

وفي المبحث الرابع: حكم صحة العقد المالي المقترن بالشرط، وفيه المطالب الآتية: المطلب الأول: أنواع الشروط العقدية وصلتها بتعدد القصود. المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في صحته. المطلب الثالث: تعقيبٌ على مسألةِ (الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في صحته).

وقد تناولت في **الباب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي وآثاره وضوابطه**، وجعلته في ثلاثة فصول:

في **الفصل الأول: أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي**، وفيه خمسة مباحث:

بينت في المبحث الأول: مدى الاعتداد بالقصود في تكييف العقد عند الفقهاء، وفيه ثلاثة مطالب، بينت في المطلب الأول: أصل قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ومستندها ومعناها، وفي المطلب الثاني: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في تكييف العقد، وفي المطلب الثالث: مذاهب الفقهاء في الأخذ بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وبينت في المبحث الثاني: أثر تعدُّد القصود في تكييف العقد من حيث كونه مسمى أو غير مسمى، من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول: بيان حقيقة العقد المسمى وغير المسمى، المطلب الثاني: ضابط التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى ودور تعدد القصود في ذلك، المطلب الثالث: أثر التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى.

وفي المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف العقد من حيث كونه عقد معاوضة أو تبرع، وفيه مطالب ثلاثة، المطلب الأول: تعريف عقد المعاوضة والتبرع، المطلب الثاني: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة، المطلب الثالث: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع.

وبيَّنت في المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في تكييف عقود الشركة، وذلك في ثلاثة مطالب، المطلب الأول: تعريف الشركة، المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الحكم التكليفي، المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الوصف الحقيقي للعقد.

وتناولت في المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات، من خلال مطالب ثلاثة، المطلب الأول: تعريف عقود التوثيقات، المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الحكم التكليفي، المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الوصف الحقيقي للعقد.

وبينت في **الفصل الثاني: أثر تعدد القصود في الآثار الناجمة عن العقد المالي**، وجعلته خمسة مباحث:

المبحث الأول: وفيه بيان حقيقة آثار العقد لغة، واصطلاحاً، وذلك في مطلبين.

وفي المبحث الثاني: أثر تعدد القصود في الأثر النوعي للعقد، وفيه أربعة مطالب: المطلب الأول: بيان حقيقة الأثر النوعي للعقد، المطلب الثاني: حكم مناقضة القصود للأثر النوعي، المطلب الثالث: دور القصد في الأثر النوعي في تبدل العقد المسمى إلى عقد غير مسمى.

وفي المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في الالتزامات العقدية، وفيه أربعة مطالب: المطلب الأول: بيان حقيقة الالتزام العقدي، المطلب الثاني: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه الشَّرط في الالتزامات العقدية، المطلب الثالث: أثر القصد الزائد الذي دلَّت عليه قرائن الحال في الالتزامات العقدية، المطلب الرابع: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه العرف في الالتزامات العقدية.

المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في لزوم بعض العقود، وفيه المطالب الآتية: المطلب الأول: بيان حقيقة لزوم العقد، المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في لزوم عقد العارية، المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوديعة، المطلب الرَّابع: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوكالة.

وفي المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في الآثار المترتبة على العقد فيما يخص غير المتعاقدين، وفيه ثلاثة مطالب، المطلب الأول: بيان المقصود بغير المتعاقدين، المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في إلزام غير المتعاقدين بواجبات العقد، المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في إنشاء الحقوق لغير المتعاقدين.

وبينت في **الفصل الثالث: ضوابط تعدد القصود في العقود المالية**، وفيه ثلاثة مباحث.

تناولت في المبحث الأول: ضابط اجتناب الغرر مع ذكر تطبيق له، وذلك في سبعة مطالب، المطلب الأول: تعريف الغرر، والمطلب الثاني: أقسام الغرر من حيث الكثرة وعدمها، والمطلب الثالث: حكم اشتمال القصد الأصيل في العقد على الغرر، والمطلب الرابع: حكم اشتمال القصد التابع في العقد على الغرر، والمطلب الخامس: حكم قصد الغرر في العقد لرفع حاجة أو ضرورة، والمطلب السادس: حكم القصد المشتمل على الغرر في عقود التبرع، والمطلب السابع: أثر الغرر في عقد التأمين الإسلامي.

وفي المبحث الثاني: ضابط اجتناب الربا، مع ذكر تطبيقات له. وذلك في أربعة مطالب. المطلب الأول: تعريف الربا، والمطلب الثاني: مسألة (البيع بطريق المعاملة)، والمطلب الثالث: الهبة للمقرض، والمطلب الرابع: جوائز المصارف الإسلامية لقاء الإيداع فيها.

وفي المبحث الثالث: ضابط عدم مناقضة قصد الشارع مع تطبيقاته، وفيه أربعة مطالب، المطلب الأول: تعريف مناقضة قصد الشارع وأثرها في العقد، والمطلب الثاني: تعدد القصود المناقض لقصد الشارع في مسألة (الرشوة)، والمطلب الثالث: تعدد القصود الموافق لقصد الشارع (اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك)، والمطلب الرابع: تعدد القصود المختلَف في موافقته لقصد الشارع.

ثم ذكرت في الخاتمة أهمَّ النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

وأخيراً أحمد الله تعالى أن وفقني لإنجاز هذه الأطروحة في هذا الوقت العصيب، سائلاً المولى سبحانه أن يحفظ هذا البلد وبلاد المسلمين من كل سوء، وأن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم، ويتقبل مني ما كان صالحاً ويعفو عني ما دون ذلك، بجاه الحبيب الأعظم والسيد الأكرم محمد رسول الله ﷺ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

وكتبه: عبد الرحمن محمود السعدي

دمشق الفيحاء- فجر السبت / ١١/ ذو القعدة / ١٤٣٨هـ.

الموافق لـ ٥/ آب/ ٢٠١٧م.

الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات عنوان الأطروحة:

وفيه المباحث الآتية:

المبحث الأول: حقيقة القصد

المبحث الثاني: صلة القصد بمصطلحات مشابهة

المبحث الثالث: مكانة القصد في التصرفات ومشروعيته

المبحث الرابع: تعريف العقد وبيان أنواعه والفرق بينه وبين التصرف

المبحث الأول: حقيقة القصد

وفيه المطلبان الآتيان:

المطلب الأول: تعريف القصد لغة

المطلب الثاني: تعريف القصد اصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف القصد لغة:

يطلق القصد في اللغة على معانٍ عدة، ألخصها فيما يأتي:

المعنى الأول: استقامة الطريق وسهولته:

يقول ابن منظور[1]: "القصد استقامةُ الطريق، قَصَدَ يَقصِد قَصْداً فهو قاصد، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱللَّهِ قَصۡدُ ٱلسَّبِيلِ ۝٩﴾[النحل:٩] أي على الله تبيين الطريق المستقيم والدعاء إليه بالحجج والبراهين الواضحة، ﴿وَمِنۡهَا جَآئِرٞۚ﴾ أي: ومنها طريق غير قاصد، وطريق قاصِدٌ سهلٌ مستقيم، وسفر قاصِدٌ: سهلٌ قريب، وفي التنزيل العزيز﴿لَوۡ كَانَ عَرَضٗا قَرِيبٗا وَسَفَرٗا قَاصِدٗا لَّٱتَّبَعُوكَ﴾ [التوبة:٤٢] ... سفرًا قاصدًا أي غير شاق[2]...واقتَصَد فلان في أمره أي استقام.....وقَصَد فلان في مشيه إذا مشى مستوياً"[3].

المعنى الثاني: القصد هو القربُ وعدمُ البعد:

يقول ابن منظور والفيروز أبادي[4]-وعبارتهما واحدة-:"القاصِدُ : القريبُ، وبَيْنَنا وبين الماءِ لَيْلَةٌ قاصِدَةٌ : هَيِّنَةُ السَّيْرِ"[5].

---

(١) . هو أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفريقي، ولد بمصر عام ٦٣٠هـ، من أئمة اللغة، ولي القضاء في طرابلس، جمع في كتابه (لسان العرب) أمهات كتب العربية، فكاد يغني عنها جميعاً، توفي بمصر سنة ٧١١هـ. انظر: الأعلام قاموس تراجم لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين- بيروت، ط١٥، ٢٠٠٢م (٧/ ١٠٨).

(٢) . وهذا المعنى ذاته ذكره المفسرون. انظر: التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور، مؤسسة التاريخ العربي- بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م (١٠/ ١٠٥).

(٣) . لسان العرب لمحمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي، دار صادر- بيروت، ط١، مادة (قَصَدَ)؛ وانظر: القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، دار الجيل- بيروت، د.ط، مادة (قَصَدَ)؛ المحيط في اللغة للصاحب إسماعيل بن عباد، دار عالم الكتب-بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، مادة (قَصَدَ)؛ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية – بيروت، د.ط، مادة (قَصَدَ).

(٤) . هو محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، مجد الدين الشيرازي الفيروزآبادي، ولد عام ٧٢٩هـ، كان من أئمة اللغة والأدب، ومرجع عصره في علوم العربية والحديث والتفسير، كان شافعي المذهب أخذ عن القاضي تقي الدين السبكي وعن ولده تاج الدين وغيرهما، من مؤلفاته: (المغانم المطابة في معالم طابة) و(بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز)، توفي سنة ٨١٧هـ. انظر: طبقات الشافعية لأبي بكر تقي الدين ابن قاضي شهبة، عالم الكتب- بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ، ت:عبد العليم خان(٤/ ٦٤)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ١٤٦).

(٥) . لسان العرب لابن منظور، مادة (قَصَدَ)؛ وانظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (قَصَدَ)، المصباح المنير للفيومي، مادة (قَصَدَ).

المعنى الثالث: القصد هو العدل في الأمور ومجانبة الإفراط فيها:

فالقَصْدُ: العدل، ومن هذا المعنى ما ورد في الحديث الشريف: ((القصدَ القصدَ تَبلُغُوا))[1]، أي عليكم بالقصد من الأمور في القول والفعل، وهو الوسط بين الطرفين، وهو منصوب على المصدر المؤكد وتكراره للتأكيد[2].

"والقَصْدُ في الشيء خلاف الإفراط، وهو ما بين الإسراف والتقتير، والقَصْدُ في المعيشة أن لا يسرف ولا يقتِّر، يُقال: فلان مقتصِدٌ في النفقة"[3].

المعنى الرابع: القصد هو الاعتماد والأَمُّ والتوجه نحو الشيء وإتيانه:

يقول ابن منظور: "والقَصْدُ إتيان الشيء، تقول: قصدتُه وقصدتُ له وقصدتُ إليه بمعنى [أي بمعنى واحد]....والقصدُ: الاعتمادُ والأمُّ، قصَده يقصِده قصداً، وقصد له وأقصدني إليه الأمر، وهو قصْدُك وقصَدَك أي تجاهَك،...وقصدتُ قصدَه نحوتُ نحوَه، قال ابن جني[4]: "أصل «ق ص د» ومواقعها في كلام العرب الاعتزامُ والتوجهُ والنُّهودُ والنهوضُ نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو جَور، هذا أصله في الحقيقة، وإن كان قد يُخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل، ألا ترى أنك تقصِد الجَور تارة كما تقصد العدلَ أخرى"[5].

---

(١) . جزء من حديث أخرجه البخاري في الرقاق/ باب المداومة على العمل، برقم (٦٤٦٣). ولفظه: عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: ((لن يُنجيَ أحداً منكم عملُه، قالوا: ولا أنت يا رسولَ اللهﷺ! قال: ولا أنا، إلا أن يتغمدنيَ الله برحمةٍ، سدِّدوا وقاربوا واغدوا وروحوا، وشيءٌ من الدُّلجة، والقصدَ القصدَ تبلغوا)). يقول ابن حجر: " قوله ((والقصدَ القصدَ)) بالنصب على الإغراء، أي: الزموا الطريق الوسط المعتدل". فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة- بيروت، ١٣٧٩هـ، ت: محمد فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب (١١/ ٢٩٨).

(٢). انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (قَصَدَ)؛ القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (قَصَدَ).

(٣) . لسان العرب لابن منظور مادة (قَصَدَ).

(٤) . هو عثمان بن جني الموصلي، أبو الفتح، من أئمة الأدب والنحو، من كتبه: (سر الصناعة) في اللغة و(اللمع) في النحو، توفي سنة ٣٩٢هـ. انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي المعروف بابن العماد، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.ت (٣/ ١٤٠).

(٥) . لسان العرب لابن منظور، مادة (قَصَدَ)؛ تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٢م، ت: مصطفى حجازي، مادة (قَصَدَ)؛ وانظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي مادة (قَصَدَ).

المعنى الخامس: القصد هو طلب الشيء بعينه:

"قَصَدْتُ الشيءَ وله وإليه قَصْداً من باب ضَرَب: طلبتُه بعينه"[1].

وأرى تشابهاً كبيراً بين المعنيين الأخيرين للقصد؛ إذ طلب الشيء بعينه يعني التَّوجهَ نحو ذلك الشيء وأَمَّه، ولكنني ألحظ أن المعنى الخامس آكد من المعنى الرابع وأخص منه، إذ قد يتوجه العزم إلى إتيان شيء، ولكن قد لا يطلب ذلك الشيء لعينه بل لأمر آخر.

والخلاصة: إن القصد يطلق في اللغة على معان عدة: فقد يطلق ويراد به معنى استقامة الطريق وسهولته، وقد يطلق ويراد به القرب والدنو، وقد يطلق ويراد به العَدْل في الأمور، وقد يطلق ويراد به التوجه نحو الشيء، وقد يطلق على طلب الشيء بعينه.

والذي أتوصل إليه أن كل تلك المعاني مترابطة من حيث النتيجة، فالطريق المستقيم هو الطريق الأقرب والأسهل، وغالباً ما تُطلب الاستقامة ويتوجَّه إليها العزم سواء كانت تلك الاستقامة حسّاً أو معنى، ويتجلى في كل ذلك معنى العَدْل؛ إذ من العدل طلب الاستقامة والاعتماد عليها.

والذي يهمُّنا في هذا المقام من تلك المعاني المعنيان الرابع والخامس، وهما التوجه نحو الشيء، وطلب الأمر بعينه، كل هذا مع الأخذ بالحسبان ذلك الترابط الذي أشرت إليه فيما سبق.

ولا بد هنا من الإشارة إلى أنَّ للقصد استخدامين من الناحية الصرفيَّة:

الأول: أنَّه مصدر من الفعل قصدَ يقصِدُ قصداً، فهو بالتالي لا يُجمع؛ لأنه يدلُّ على الجنس، والجنس يدل بلفظه على ما دلّ عليه الجمع من الكثرة، فلا فائدة من جمعه[2].

الثاني: أنه اسم يدل على عدد أو أنواع معينة وعند ذلك يجوز جمعه، فيُقال: (قُصودٌ)؛ وذلك لاختلاف أنواعه التي دل عليها كل قصد[3].

---

(١) . المصباح المنير للفيومي، مادة (قَصَدَ).

(٢) . انظر: المصباح المنير للفيومي، مادة (قَصَدَ).

(٣) . انظر: المصباح المنير للفيومي، مادة (قَصَدَ).

ثم إنَّ جمع القصد على قصود معروف في كتب الفقهاء، وبعض علماء العربية كابن جني _وهو أشهر من استخدم كلمة قصود من علماء العربية[1].

وفي حاشية الدسوقي[2] عند كلامه عن النية في الوضوء: " قوله :(وهي القصد إلى الشيء) أي فهي من باب **القُصُود** والإرادات"[3].

ويقول العز بن عبد السلام[4]: "النوع الخامس والعشرون؛ **القصود** والنيَّات والعزوم على الطاعات فيما يستقبل من الأوقات، فيجب على المكلف أن يعزِم على الطاعات قبل وجوبِها ووجوبِ أسبابِها، فإذا حضرتِ العباداتُ وجبتْ فيها **القصودُ** إلى اكتسابها والنية بالتقرب بها إلى رب السموات"[5].

ويقول الزركشي[6] : "وأما الآن فقد ساءَتِ **القصودُ** والظنون وكَثُرَ الفجور وتغيَّر [الزمنُ] إلى فتون، فليس إلا إلجام العوام عن الإقدام على الرُّخص البتة"[7].

---

(١) . فعلى سبيل المثال يقول في الخصائص: "فإن قلت: فما تُنكِر أن يكون ذلك شيئاً طُبِعوا عليهِ وأُجيئوا إليهِ من غير اعتقاد منهم لعِلَلِه ولا **لقصدٍ من القُصود** التي تنسبها إليهم في قوانينِه وأغراضه، بل لأن آخِرا منهم حذا على ما نهج الأوّل فقال بِه، وقام الأوّل للثاني في كونه إماماً له فيِه مقَام من هَدَى الأوّل إليهِ وبعثه عليه ملَكا كان أو خاطِراً". الخصائص لأبي الفتح عثمان بن جني، عالم الكتب- بيروت، د.ط، ت:محمد علي النجار (١/ ٢٣٨)؛ ويقول الزبيدي: "وما لم نجد لها مناسبة ذكرناها في المستدركات؛ لأجل **تتميم القصود** وتعميم الفائدة". تاج العروس مادة (مَسَحَ).

(٢) . هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، من علماء العربية، وفقهاء المالكية، درَّس في الأزهر، من كتبه (الحدود الفقهية) و(حاشية على مغني اللبيب)، توفي سنة ١٢٣٠هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ١٧).

(٣) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، دار الفكر-بيروت، د.ط (١/ ٩٣).

(٤) . هو عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ولد عام ٥٧٧هـ بدمشق، كان فقيهاً شافعياً بلغ رتبة الاجتهاد، لقب بسلطان العلماء، رحل إليه الطلبة من سائر البلاد، من مصنفاته: (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، توفي سنة ٦٦٠هـ. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ١٠٩)؛ شذرات الذهب لابن العماد (٥/ ٣٠٠).

(٥) . قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين بن عبد السلام، دار الكتب العلمية- بيروت (١/ ١٧٥).

(٦) . هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي، ولد عام ٧٤٥هـ، الإمام العلامة المصنف المحرر، كان فقيهاً أصولياً أديباً، من مؤلفاته (نظم الجمان في محاسن أبناء الزمان)، و شرح جمع الجوامع للسبكي في مجلدين، توفي بمصر عام ٧٩٤هـ. انظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٣/ ١٦٧)؛ شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد (٦/ ٣٣٤).

(٧) . البحر المحيط لمحمد بن عبد الله الزركشي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢١هـ (٤/ ٦٠٢).

وذكر الشافعية أنَّ: "**القصود** الخارجة عن الصلاة قبل التلبس بها لا أثر لها"[1].

وقد يطلق الفقهاء القصد ويريدون به الشيء المقصود، أي تسمية المفعول بالمصدر، وعند ذلك لا إشكال في جمعه، يقول الخَرْشِي[2]: "قصدٌ بمعنى مقصود"[3].

والنتيجة أن جمع قصد على قصود قد وقع كثيراً في كلام الفقهاء، مما يشكل مستنداً للباحث في السير على ذلك، وإن لم يرَ بعضُ اللغويِّين جوازه.

المطلب الثاني: تعريف القصد اصطلاحاً:

لم يذكر أغلب الفقهاء تعريفاً للقصد بحد ذاته، مع أنهم قد أكثروا من ذكره في معظم أبواب الفقه، ويعود ذلك لسببين -كما تبين لي، والله أعلم- وهما:

السبب الأول: لم يعرِّف معظمُ الفقهاءِ القصدَ اعتماداً منهم على وضوح معناه عند القارئ.

السبب الثاني: إنَّ المعنى الذي أرادوه من كلمة القصد، وما يُشتَقُّ منها لم يخرج عن المعنى اللغوي، إلَّا أنَّ هناك من الفقهاء -وهم قليل- من أشار لمعنى القصد، وأكثرهم عرَّف بعض المصطلحات بكلمة قصد...، وبيان ذلك كالآتي:

أولاً: تعريف الفقهاء لكلمة القصد:

لقد ذكر بعض الفقهاء معنى للقصد، وكل عباراتهم تجعل القصد بمعنى الإرادة والعزم على أمرٍ ما.

يقول ابن نجيم[4]: "القصدُ نوعٌ من الإرادة"[5].

---

(١) . حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، مطبعة مصطفى محمد- مصر، د.ط (٢/ ٣٤٠).

(٢) . هو محمد بن عبد الله الخرشي ولد عام ١٠١٠هـ، من فقهاء المالكية الورعين، وأول من تولى مشيخة الأزهر، من كتبه (الشرح الكبير على متن خليل) في فقه المالكية، و(الفرائد السنية شرح المقدمة السنوسية) في التوحيد، توفي سنة ١١٠١هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ٢٤٠)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى- بيروت، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط (٩/ ٢٧٨).

(٣) . حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل المالكي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، ضبط: زكريا عميرات (١/ ٢١).

(٤) . هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد المصري، الحنفي الشهير بابن نجيم، لم تذكر ولادته على وجه الدقة، فقيه حنفي عالم بالأصول، من تصانيفه: (الفتاوى الزينية)، و(البحر الرائق في شرح الكنز الدقائق)، توفي سنة ٩٧٠هـ، ١٥٦٣م. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٨/ ٣٥٥)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٤/ ١٩٢).

(٥) . البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي(ت٩٧٠هـ)، دار المعرفة- بيروت، د.ط (١/ ٥).

وفي مجمع الأنهر: "الإرادةُ القصدُ الذي هو ضد السهو"[1].

وفي الجوهرة النيرة: "والقصد هو الإرادة، وهي النيَّة"[2].

وفي حاشية العطار: "حقيقة القصد الإرادة"[3].

وقد بين الخرشي أنَّ القصد هو الإرادة نفسها[4].

ومن الفقهاء من ذكر أنَّ للقصد مراتب، من ذلك ما ورد في حاشية الطحاوي على المراقي: "مراتب القصد فقال:

مراتب القصد خمس هاجسٌ ذكروا ... فخاطرٌ فحديثُ النفـــــس فاستمعا

يليه همٌّ فعزمٌ كلُّها رُفِعـــــــــت ... ســـــوى الأخيرِ ففيه الأخذُ قد وقَعا

فالهاجس هو الذي يمر على القلب ولا يمكث، والخاطر الذي يتردَّد تردّداً ما، وحديث النفس ما تتكلم به، والهم الإرادة والعزم والتصميم، والذي يكتب في العزم على السيئة إثم العزم لا فعل المعصية"[5].

ونتيجة كل هذه التعريفات أنَّ القصد إرادة الشيء أيّاً كان ذلك الشيء المراد، من فعل المريد ذاته، أو من فعل غيره[6].

---

(١) . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان (شيخي زاده)، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ت: عمران المنصور (٤/ ١٦٧).

(٢) . الجوهرة النيرة لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي، المطبعة الخيرية، ط١، ١٣٢٢هـ (١/ ٢٣).

(٣) . حاشية العطار على جمع الجوامع لحسن العطار، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط (١/ ٢٣٦).

(٤) . انظر: حاشية الخرشي على مختصر خليل (١/ ٢١).

(٥) . شرح نور الإيضاح على مراقي الفلاح لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق-مصر، ١٣١٨هـ (٤٣٨).

(٦) . يقول ابن قيم الجوزية: " القصد معلَّق بفعل الفاعل نفسه، وبفعل غيره". انظر: بدائع الفوائد لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم، مكتبة نزار مصطفى الباز- مكة المكرمة، ط١، ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م، تحقيق : هشام عطا وعادل العدوي (٣/ ٧٠٨).

ثانياً: تعريف الفقهاء لبعض المصطلحات بالقصد:

من ذلك تعريف النِّية بأنها: "القصد إلى الشيء والعزيمة على فعله"[1].

يقول النووي[2]: " النية هي القصد"[3].

وتعريف القُربة بأنها: "ما قُصد به التقرب إلى الله تعالى على وفق أمره أو نهيه"[4].

وتعريف النية بالقصد مشهور عند الفقهاء، وقد أفردت لذلك المطلب التالي، ولكن أذكر هنا أنَّ القصد أعمُّ من النية؛ إذ النِّية هي نوع من القصد، وهي القصد المتَّجه للفعل المقارن له[5]، في حين أنَّ القصد الذي لا يقارن الفعل بل يأتي وراءه ليس بنية، وإن سُمِّيَ قصداً.

والخلاصة: إنَّ القصد في اصطلاح الفقهاء لا يبتعد عن القصد في استعمال اللغويين، فالفقهاء استعملوا القصد وأرادوا به توجه القلب، ونهوض العزم نحو أمر ما، حاضر أو آجل، من فعل القاصد ذاته أو من فعل غيره، وقد يطلق القصد ويراد به الشيء الذي يتوجه القلب إليه، أي يستعمل كاسم المفعول، وهذا يرجح جواز جمعه على قصود، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

---

(١) . وفي المطلب الآتي تعريف النية، وانظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية- المدينة المنورة، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م (١٩٧).

(٢) . هو محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الحوراني، ولد عام ٦٣١هـ، فقيه شافعي حافظ بارع في شتى العلوم الشرعية، كان صاحب تقى وورع ونباهة، وله تصانيف كثيرة منها (المجموع شرح المهذب) و(روضة الطالبين)، توفي سنة ٦٧٦هـ. انظر: تذكرة الحفاظ لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ت: زكريا عميرات (٤/ ١٧٤)؛ طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار هجر، ١٤١٣هـ، ط٢، تحقيق : د. محمود محمد الطناحي ود.عبد الفتاح محمد الحلو (٨/ ٣٩٥).

(٣) . المجموع لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م (١/ ٣١٦).

(٤) . شرح الكوكب المنير لتقي الدين أبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز ابن النجار، مكتبة العبيكان- الرياض، ط٢، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، ت: محمد الزحيلي و نزيه حماد (١/ ٣٥٨).

(٥) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٥)؛ حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج (١/ ١٩١)، وسيأتي مزيد بيان لذلك في المطلب الأول من المبحث التالي.

المبحث الثاني: صلة القصد بمصطلحات مشابهة

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: صلة القصد بالنية

المطلب الثاني: صلة القصد بالباعث

المطلب الثالث: صلة القصد بالغرض

المطلب الأول: صلة القصد بالنية:

لبيان معرفة صلة القصد بالنية لا بد من تعريف النية لغة واصطلاحاً:

أولاً: النية لغة: يقول ابن منظور: "نَوَى الشيءَ نيَّةً ونِيَة -بالتخفيف- .. وهو نادر، إلا أن يكون على الحذف، وانتواه، كلاهما [أي نوى وانتوى] قصده واعتقده....والنيةُ الوجهُ يُذهب فيه...والنية والنوى جميعاً البعد...وفلان ينوي وجه كذا أي يقصده من سفر أو عمل، والنَّوى الوجه الذي تقصده....ومن ينوِ الدنيا تعجزْه: أي من يسعَ لها يخبْ، يُقال: نويت الشيء إذا جَدَدْتُ في طلبه"[1]

ويقول: "ويقال لي في بني فلان نواة ونية أي حاجة، والنية والنوى الوجه الذي تريده"[2].

و"النية عزم القلب وتوجهه وقصده إلى الشيء"[3].

من خلال ذلك أصل إلى أن النية لغة تطلق على: اعتقاد الشيء، وقصده بمعنى توجه العزم إليه، وقد تستخدم كاسم للشيء الذي يتوجه إليه الشخص، وهو المطلب والحاجة بمعنى الشيء المراد، والنية تطلق على البعد أيضاً.

وبذلك يتبين أنَّ هناك عموماً وخصوصاً وجهيّاً بين المعنى اللغوي للقصد والنية، فيشتركان في معان وينفرد كل واحد منهما بمعان أخرى.

فمن المعاني المشتركة بين القصد والنية: التوجه نحو الشيء والجدُّ في طلبه، وكذلك الشيء الذي يُطلب ويؤتى. وهذا المعنى هو ما يهمنا في هذه الأطروحة.

ومن المعاني التي ينفرد فيها القصد، ولا تدل عليها النية: استقامة الطريق، والقرب وعدم البعد، والعدل ومجانبة الظلم، فقد يراد من القصد –لا النية- كل معنى من هذه المعاني.

أما المعاني التي تنفرد النية في الدلالة عليها دون القصد فهي: البعد والتنائي، فللقصد معنى آخر يغاير هذا المعنى تماماً؛ إذ من معاني القصد القرب والتداني.

ثانياً: النية اصطلاحاً: عرَّفها الفقهاء بتعريفات مختلفة الألفاظ أوردها تباعاً لأصل إلى النتيجة المرجوة، إلا أنني أشير إلى أنَّ تعريف الفقهاء للنيَّة مشتهر في أبواب العبادات دون العقود:

---

(١) . لسان العرب لابن منظور مادة (نوي)؛ وانظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي مادة (نوي)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (نوي).

(٢) . لسان العرب لابن منظور مادة (نوي).

(٣) . تاج العروس للزبيدي مادة (نوي).

فقد ورد في البحر الرائق عند الحنفية أن النِّية هي: "قصد الطاعة والتقرُّب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل"[1].

والذي رجَّحه ابن نجيم أن النية: "توجه القلب نحو إيجادِ الفعل وتركِه موافقاً لغرض من جلب نفع أو دفع ضر حالاً أو مآلاً"[2].

وقد عرفها المالكيَّة بأنها: "القصد للشيء ومحلها القلب"[3].

يقول القَرَافي[4]:"قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله"[5].

وقد عرفها الشافعية بأنها: "قصد الشيء مقترناً بفعله"[6].

يقول النووي: "عزم القلب على عمل فرض أو غيره"[7].

---

(١) . البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٥)؛ وانظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين ابن عابدين، دار الفكر- بيروت، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م (١/ ١١٤).

(٢) . البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٥).

(٣) . الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، مع تقريرات الشيخ محمد عليش، دار عيسى البابي الحلبي وشركاه- مصر، د.ط (١/ ٩٣).

(٤) . هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية، له مصنفات منها (أنوار البروق في أنواء الفروق)، و(الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام)، توفي في مصر سنة ٦٨٤ هـ. انظر: الديباج المُذَهَّب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي، دار التراث- القاهرة، د.ط، ت: د.محمد الأحمدي أبو النور (١/ ٢٣٦)؛ الأعلام للزركلي (١/ ٩٥).

(٥) . الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي القرافي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٩٩٤م (١/ ٢٤٠).

(٦) . حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج (١/ ١٩١)؛ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب لسليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية- ديار بكر (١/ ١٨٦)؛ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر- بيروت، د.ط (١/ ٤٧).

(٧) . المجموع للنووي (١/ ٣١٠).

وعند الحنابلة: "عزم القلب على فعل العبادة تقرباً إلى الله تعالى بأن يقصد بعمله الله تعالى دون شيء آخر من تصنع لمخلوق"[1].

من خلال هذه النصوص في تعريف الفقهاء للنية يتضح لنا مدى تلك الصلة الوثيقة بين القصد والنية، حتى إن معظم الفقهاء قد عرفوا النية بالقصد وجعلوهما بمعنى واحد، إلا أنَّ ذلك لا ينفي ما بينهما من فرق، وإن دقَّ فهمه، وذلك أنَّ النية هي القصد المقترن بالفعل، أو قصد الفعل ذاته، وليست القصد بالإطلاق، وهذا ما تدل عليه عبارات الفقهاء آنفة الذكر، وبالتالي فنية الصلاة هي قصد ذلك الفعل -بما فيه من أركان- وإيقاعه عن فرض محدد أو سنة معينة، هذه هي النية في الصلاة، وهي نوع من القصد، ولكن قد يقصد الإنسان ما وراء ذلك كحب الظهور أو التهرب من أداء الحق... فإن ذلك -وإن سمي قصداً- إلا أنه لا يسمَّى نية بالمعنى الاصطلاحي؛ إذ لا يصدق عليه تعريف النية عند الفقهاء.

والخلاصة: إنَّ النِّية هي قصد الفعل ذاته وتوجه القلب إليه، أمَّا ما وراء ذلك من غايات فإنَّها وإن سُمِّيت قصداً -إذ لا بد أن يقصدها المرء وإلا لما كانت غايات- إلَّا أنها لا تسمَّى نية في استعمال الفقهاء في الأعمِّ الأغلب.

المطلب الثاني: صلة القصد بالباعث:

أولاً: الباعث لغة: اسم فاعل من الفعل بعث يبعث بعثاً.

ومن خلال الاستقراء أصل إلى أنَّ الباعث في اللغة يطلق على معان عدة:

- **المعنى الأول**: المرسِل الذي يقوم بإرسال شخصٍ لحاجة ما، ومنه سمي الرسول مبعوثاً.. وعلى هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ بَعَثْنَا مِنۢ بَعْدِهِم مُّوسَىٰ بِـَٔايَـٰتِنَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ وَمَلَإِيْهِۦ﴾ [الأعراف:١٠٣] معنى بعثنا: أرسلنا.

يقول ابن منظور: "بعَثَه يبعثُه بعثاً أرسلَه وحدَه، وبعثَ به أرسلَه مع غيره، وابتَعَثَه أيضاً أي أرسله"[2].

- **المعنى الثاني:** الباعث هو المحيي، وهو من أسماء الله تعالى، فهو سبحانه من يحيي الناس بعد موتهم.

---

(١) . المبدع في شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المكتب الإسلامي- بيروت، ١٤٠٠هـ (١/ ٤١٤)؛ كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٢هـ، ت:هلال مصيلحي مصطفى هلال (١/ ٣١٣).

(٢) . لسان العرب لابن منظور، مادة (بَعَثَ)؛ وانظر: تاج العروس للزبيدي، مادة (بَعَثَ).

يقول ابن منظور: "والبعث أيضا الإحياء من الله للموتى، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ بَعَثْنَاكُم مِّنۢ بَعْدِ مَوْتِكُمْ﴾[البقرة:٥٦]، أي أحييناكم، وبَعْثُ الموتى نَشْرُهم ليوم البعث، وبعثَ اللهُ الخلقَ يبعثُهم بعثاً نشَرَهم من ذلك، وفتح العين في البعث كله لغة، ومن أسمائه عز وجل **الباعث** هو الذي يبعث الخلقَ، أي: يحييهم بعد الموت يوم القيامة"(١).

- **المعنى الثالث:** الباعث من يقوم بفعل الإثارة والحث على الشيء، ومن هنا سمي الهدف الذي يثير الشخص ويحرك إرادته، ويدفعه إلى التعاقد باعثاً؛ لأن ذلك الهدف هو الدافع إلى التصرف.

يقول ابن منظور: "وكل شيء أَثَرْتَه فقد بعثتَه"(٢).

وفي النهاية في غريب الحديث: "يقال انبعث فلان لشأنه إذا ثارَ ومضى ذاهباً لقضاء حاجته"(٣).

وفي تاج العروس: "اعلم أنَّ البعث في كلام العرب على وجهين، أحدهما: الإرسال: كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ بَعَثْنَا مِنۢ بَعْدِهِم مُّوسَىٰ بِـَٔايَـٰتِنَآ﴾ معناه: أرسلنا، والبعث: إثارةُ بارِكٍ أو قاعد، والبعث أيضاً: الإحياء من الله للموتى"(٤).

وتبدو الصلة واضحة بين تلك المعاني، فالمعنى الأول وهو الإرسال يتجلى في إحياء الناس؛ إذ إحياء الناس هو إرسالهم وبعثهم للحساب، والفاعل هو الله تعالى وحده، والذي يرسل شخصاً لأمر ما فهو يحثه ويثيره إلى إنجاز مهمته.

وعلى أي حال فإن المعنى الأخير –وهو الإثارة والحث– هو المعنى الأكثر صلة بهذا البحث.

ثانياً: الباعث اصطلاحاً:

إن المتتبع لكلام الفقهاء يجد أنهم لم يعرفوا الباعث بشكل صريح محدد، وإن كان يستنبط ذلك من أقوالهم، فمعنى الباعث عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي الذي فصلته، فالفقهاء تارة يستخدمون

---

(١) . لسان العرب لابن منظور، مادة (بَعَثَ)؛ وانظر: تاج العروس للزبيدي، مادة (بَعَثَ).

(٢) . لسان العرب لابن منظور، مادة (بَعَثَ)؛ وانظر: تاج العروس للزبيدي، مادة (بَعَثَ).

(٣) . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، المكتبة العلمية- بيروت، ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي (١/ ٣٥٩).

(٤) . تاج العروس للزبيدي، مادة (بَعَثَ).

الباعث بمعنى المرسل الذي يقوم بإرسال شخصٍ لحاجة ما[1]. وهذا المعنى على صلته بالمعنى المتعلق بالبحث لا يهمنا في هذا المقام.

والمعنى الآخر للباعث في اصطلاح الفقهاء -وهو الذي يهمنا في الدراسة- هو استخدام الباعث بمعنى المحرِّك لإرادة الشخص ليقوم بالتصرُّف فيحصل على هدفه. وأسوق عدة نقول تؤيد ما ذكرته:

يقول الزيلعي[2] من الحنفية: "الباعث على الفعل كقولهم: فعلتُ هذا الأمر لابتغاء مرضاتك، أي لأجلِ ابتغاءِ مرضاتك"[3].

وفي مواهب الجليل: "فالمخلصُ في عبادته هو الذي يخلِّصها من شوائب الشرك والرياء، وذلك لا يتأتَّى له إلا بأن يكون الباعث له على عملها قصد التقرب إلى الله تعالى، وابتغاء ما عنده، فأمَّا إذا كان الباعث عليها غير ذلك من أغراض الدنيا، فلا تكون عبادة، بل تكون مصيبةً موبقةً لصاحبها"[4].

ويقول الزركشي من الشافعية: "الباعث يعني الذي بعث على الفعل، وهو المفعول لأجله"[5].

وخلاصة المعنى الفقهي للباعث: هدف الفعل الذي دفع الشخص وحرك إرادته للقيام بذلك الفعل، وهو بهذا المعنى يدخل في معنى القصد، ولكن القصد أوسع؛ إذ القصد يشمل قصد الفعل لذاته،

---

(١) . ومنه قول الموصلي من الحنفية في مجمع الضمانات:" فإذا بعث البائع ثمن الكَرابيس بيد شخص ظنَّه أميناً وأبق ذلك الرسول لا يضمن الباعث إذا كانت هذه العادة معروفة عندهم ". ومنه ما ورد في التاج والإكليل: "من بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطي أو المعطى قبل وصولها، فإن كان المعطي أشهد على ذلك حين بعث بها فهي للمُعطى أو لورثته ، وإن لم يشهد عليها حين بعثها فأيُّهما مات قبل أن تصل فهي ترجع إلى الباعث أو إلى ورثته". مجمع الضمانات لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي الموصلي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، د.ط (٢٦٠)؛ التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف العبدري، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٤م (٨/ ١٤).

(٢) . هو فخر الدين عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، من فقهاء الحنفية، قدم القاهرة عام ٧٠٥هـ فأفتى ودرس بها، من كتبه (تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق) و(تركة الكلام على أحاديث الأحكام)، توفي سنة ٧٤٣هـ. انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، دار هجر- مصر، د.ط، ت: د.عبدالفتاح محمد الحلو (٢/ ٥١٩)؛ الأعلام للزركلي (٤/ ٢١٠).

(٣) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية- بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ (٣/ ١٤٩).

(٤) . مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل للحطاب الرُّعيني المغربي، دار عالم الكتب-بيروت، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ت: زكريا عميرات (٢/ ٥٣٢).

(٥) . البحر المحيط للزركشي (١/ ٤٢٤).

وهو نية القيام بالفعل والعزم عليه، ويشمل كذلك ما يأتي وراء الفعل من أغراض وأهداف وهو القصد غير المباشر على ما سيأتي بيانه.

أما الباعث فلا يدخل إلَّا في المعنى الثاني آنف الذكر، وهو معنى الهدف والغرض الذي من أجله وجد الفعل، ولا يطلق الباعث على نية الفعل ذاته أو العزم عليه. ودليلي على ذلك أنه لا يوجد من الفقهاء مطلقاً من أطلق الباعث وأراد به النِّية بمعناها الاصطلاحي.

وقد عرفت الباحثة مصونة الحسني[1] الباعث بأنه: "المحرِّك للقوة النفسيَّة المدركة للغاية والمحركة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر من التصرف"[2].

فالقوة النفسية هي الشعور والميول والرغبات، والمدركة للغاية أي أنها تصورت الغاية من التصرف وما يحويه من منافع، المحركة للإرادة أي الحاملة على سلوك إرادي معين ينشئ التصرف، والغرض غير المباشر: وهذا قيد للتفريق بين الباعث كقصد غير مباشر، وبين قصد إيجاد التصرف، وهو القصد المباشر أو النية بمعناها الاصطلاحي[3].

وأُلاحظ أنَّ التعريف السابق يشتمل على الجانب الشخصي للباعث، وهو القوة المحركة للإرادة نحو التصرف لتحقيق الهدف المراد، ولكن يوجد هناك جانب مادي للباعث، وهو الهدف الذي تتحرك الإرادة لأجل تحقيقه، كما أن عبارة " المحرك للقوة النفسية المدركة للغاية والمحركة للإرادة " عبارة ركيكة، وفيها تكرار من غير داع.

ولذا أرى أنَّ الأرجح في تعريف الباعث ما ذكرَه الأستاذ الدكتور فتحي الدريني[4] حيث قال: "يقصد بالباعث: الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرضٍ غيرِ مباشر"[5].

---

(١) . هي طالبة دراسات عليا في جامعة دمشق- كلية الشريعة.

(٢) . الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي للباحثة مصونة الخطيب الحسني، رسالة ماجستير بإشراف الأستاذ الدكتور: وهبة الزحيلي –رحمه الله- مقدمة في كلية الشريعة-جامعة دمشق، عام ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م (٤٣).

(٣) . انظر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (٤٣).

(٤) . هو الشيخ الناسك العابد الملقب بشاطبي عصره لإحيائه الاجتهاد المقاصدي، وهو من الذين برعوا في دراسة القانون والقضاء إلى جانب الشريعة، فميَّز فضل الشريعة على غيرها بأبحاثه الموضوعية، درّس لعقود في مصر والجزائر ودمشق والسودان، ومن أبرز مؤلفاته "حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن" و"نظرية التعسف في استعمال الحق". توفي سنة ٢٠١٣م عن عمر يناهز ٩٠ عاماً رحمه الله تعالى. انظر: http://www.ektab.com

(٥) . النظريات الفقهية أ.د فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق-كلية الشريعة، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م (٢٢٨).

ثالثاً: خلاصة الفرق بين الباعث والقصد:

لا بد لي من الإشارة إلى أنَّ الباعث الذي أتكلم عنه هو الباعث الذي صيغت له نظرية كاملة، وتطبيقات تلك النظرية واسعة في باب العقود؛ إذ وجدت تلك النظرية أصلاً لبيان أثر الباعث غير المشروع في صحة العقود المختلفة، وهذا الباعث هو الذي عرضت تعريفه في الفقرة السابقة من كلام الأستاذ الدكتور فتحي الدريني.

وأبيَّن هنا الفرق بين مصطلح الباعث، ومصطلح القصد ليتبين الفرق بين دراستي هذه وبين الدراسات التي كتبت في موضوع نظرية الباعث، فأقول:

أولاً: إنَّ العلماء الذين كتبوا في الباعث أرادوا به الباعث غير المشروع أساساً[1]، فاتفقوا على حصول الإثم، وتفصيلاتهم فيما وراء ذلك مقتصرة على أثر ذلك الباعث في بطلان العقد أو صحته، أما القصد فلا يقتصر على القصد غير المشروع، بل تشمل الدراسة قصوداً مشروعة ذات أثر في تكييف العقد أو في الآثار الناجمة عنه (من التزامات وما يقابلها من حقوق)، أي أنَّ الدراسة لا تقتصر على أثر القصود في صحة العقد وبطلانه فحسب، بل تشمل أموراً أخرى كاختلاف تكييف العقود تبعاً لتعدُّد القصود فيها، فضلاً عن اختلاف آثار تلك العقود كزيادة واجبات العاقدين أو نقصها وما يتبعه من زيادة لحقوق الطرف الآخر أو نقصها، كما أنَّ هناك آثاراً تلحق بغير المتعاقدين في بعض الأحيان تبعاً لتعدد القصود في العقد. وكل ذلك لا تهتم نظرية الباعث بدراسته، وذلك مرتبط بالفرق الثاني الآتي ذكره.

ثانياً: إنَّ الباعث أمر باطني خارج عن نطاق التعاقد، إذ إنَّه الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر، ولا يترتب عليه أي التزام تجاه الطرف الآخر، غاية ما في الأمر أنَّه إن ظهر في الصيغة فالفقهاء متفقون على بطلان العقد، وإن بقي دفيناً في نفس صاحبه فالعقد صحيح، ومحل الاختلاف فيما لو لم يظهر في الصيغة، ولكن دلت القرائن عليه ما دام غير مشروع.

أما بالنسبة للقصود محلِّ الدراسة فالمراد بها –علاوة على القصود المؤثرة في صحة العقد أو بطلانه– القصود التي يترتب عليها التزامات أو مطالبات، وهي قد تكون مباشرة، وقد تكون غير مباشرة، وسيأتي بيان حقيقة كل منهما.

---

(١) . تقول الباحثة مصونة الحسني: "إن فكرة الباعث لا تُثار إلا إذا كان غير مشروع". الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (٥٣).

والخلاصة: يمكِن عد الباعث قصداً غير مباشر؛ إلا أنَّه لا يترتب عليه أي أثر في الالتزامات الناشئة عن العقد لكونه متعلقاً بغرض صاحبه الشخصي.

وأضرب مثالاً لذلك: من يتعاقد مع آخر على شراء كمية من العنب ليتخذها خمراً، فالباعث هنا اتخاذ الخمر، وهو وإن كان في حقيقته قصداً غير مباشر إلا أنه لا يترتب على الطرف الآخر أي التزام بسبب وجود هذا الباعث غير المشروع، غاية ما في الأمر أنَّ العقد باطل إن ذكر ذلك الباعث في الصيغة أو دلَّت عليه القرائن... وفق مذاهب الفقهاء[1]. وهذا هو الباعث الذي بحثه الفقهاء في نظرية الباعث.

أما من يتعاقد مع شخص آخر على أن يستأجر منه داراً مثلاً، ويقصد المتعاقدان أن يتملك المستأجر الدار في نهاية مدة الإجارة، بطريقة يتفقان عليها[2]، فإنَّنا نكون أمام تعدد للقصود من شأنه أن يغير تكييف العقد، إذ وجد قصدان ظاهران في نطاق التعاقد: قصد الانتفاع في الحال وقصد التملك في المآل، وهذا من شأنه نقل العقد من دائرة العقود المسماة إلى دائرة العقود غير المسماة، إضافة إلى زيادة التزامات وحقوق كل من الطرفين تبعاً لاجتماع قصد الانتفاع والتملك، وهذه الحالة لا تمت إلى نظرية الباعث بصلة[3]. نعم يمكن أن نقول إنَّ الباعث يظهر هنا فيما لو كان غرض المستأجر أن يتملك الدار نهاية المدة من أجل أن يتخذها مكاناً للمعصية أو كنيسة فهنا يأتي دور الباعث غير المشروع، والذي يمكن أن نعدَّه قصداً غير مباشر.

---

(١) . سيأتي بيان هذا الحكم عند الحديث عن القصد غير المشروع في العقد.

(٢) . تجدر الإشارة إلى أن هذه المعاملة تسمى بالإجارة المنتهية بالتمليك، وهي: بذل منفعة بعض الأعيان كالدور، مدة معينة من الزمن، بمبلغ معلوم (يزيد عادة عن أجرة المثل)، يدفعه المستأجر أقساطاً، على أن يُملِّك المؤجر العينَ المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة بعد سداد جميع الأقساط، وذلك بعقد جديد مستقل، وهو إما هبة، وإما بيع بثمن حقيقي أو رمزي. انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط٨، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م (٣٩٤)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير، دار النفائس- الأردن، ط٤، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م (٣٢٧).

(٣) . قد ضربت المثال لغرض بيان الفرق بين الباعث وتعدد القصود فحسب؛ وما أشرت إليه من أثر تعدد القصود في تكييف العقد وفي الأثار الناجمة عنه سيأتي في موضعه تفصيلاً.

المطلب الثالث: صلة القصد بالغرض

أولاً: الغرض في اللغة:

للغرض معان عدة في اللغة:

- المعنى الأول: حزام الرحل، وجمعه غُرُوض وأَغْرَاض[1].
- المعنى الثاني: الضجر والملل[2].

- المعنى الثالث: شدة النزع نحو الشيء والشوق إليه، يُقال: غَرَض إلى لقائه يغرض غرضاً فهو غَرِض أي اشتاق[3].

- المعنى الرابع: الغرض هو الهدف الذي يُنصَب فيرمى فيه، وجمعه أغراض، وفي حديث الدجال أنه ((يدعو شاباً ممتلِئاً شباباً، فيضربه بالسيف فيقطعه جَزْلَتَين رميةَ الغَـرَض))[4]، الغَرَض ههنا الهدف[5].

- المعنى الخامس: إن للغرض معنى من معاني القصد: وهو المعنى الذي يدل على الحاجة أي البغية، وهو الشيء الذي يُطلب وتتجه الرغبة إليه، دون غيره من المعاني؛ ففي لسان العرب: "وغرضه كذا أي حاجته وبغيته وفهمت غرضك أي قصدك"[6].

ومن خلال تتبع تلك المعاني أستنتج أن القصد والغرض يشتركان في اللغة في معنى البغية والحاجة دون غيره من المعاني؛ إذ يدل القصد على معان لا يدل عليها الغرض كالاعتدال واستقامة الطريق

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (غَرَضَ)؛ وانظر القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (غَرَضَ).

(٢) . انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (غَرَضَ)؛ القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (غَرَضَ)؛ الصحاح في اللغة للجوهري، مادة (غَرَضَ).

(٣) . انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (غَرَضَ)؛ القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (غَرَضَ)؛ الصحاح في اللغة للجوهري، مادة (غَرَضَ).

(٤) . جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في الفتن وأشراط الساعة/ باب ذكر الدجال وصفته وما معه (٢٩٣٧).

(٥) . انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (غَرَضَ)؛ القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (غَرَضَ)؛ الصحاح في اللغة للجوهري، مادة (غَرَضَ).

(٦) . لسان العرب لابن منظور، مادة (غَرَضَ)؛ الصحاح في اللغة للجوهري، مادة (غَرَضَ).

وسهولته، في حين يدل الغرض على معان لا يدل عليها القصد كحزام الرحل، والضجر، والشوق، ويشتركان في الدلالة على ما يبتغيه الشخص ويهدف إليه.

ثانياً: الغرض في الاصطلاح:

إن معنى الغرض عند الفقهاء لم يخرج عن المعنى اللغوي، فقد استخدموا الغرض وأرادوا به **الهدف الذي يُرمى إليه**، وهذا المعنى ليس له صلة مباشرة ببحثنا.

ومن ذلك قول ابن عابدين[1]: "الأغراض: جمع غَرَض، وهو الهدف الذي يُرمى بالسهام"[2].

وكذلك استخدم الفقهاء الغرض بمعنى **البغية التي يطلبها الشخص والهدف الذي يتبعه**، وهذا أحد معاني القصد، وهو استخدام مشهور عند الفقهاء، وهو الألصق بهذا البحث.

ومن ذلك قول ابن نجيم: "واعلم أن ستر العورة خارج الصلاة بحضرة الناس واجب إجماعاً إلا في مواضع، وفي الخلوة فيه خلاف، والصحيح الوجوب إذا لم يكن الانكشاف لغرض صحيح"[3].

ويقول: "ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح"[4]. فالغرض الصحيح أراد به ما يبتغيه الذابح من ذبحه ذبحه للحيوان كالذبح بهدف المأكل.

ويقول العبدري[5] من المالكية: "فيجب غض البصر إلا لغرض صحيح من شهادة، أو تقليب جارية للشراء، أو النظر لامرأة للزواج ، أو نظر الطبيب ونحو هذا"[6].

وذكر الشافعية أن: "للقصر أربعة شروط.....[منها] كون السفر مباحاً، وكونه لغرضٍ صحيح"[7].

---

(١) . هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ولد عام ١١٩٨هـ، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، من مؤلفاته: (حاشية رد المحتار على الدر المختار) في الفقه الحنفي، و(نسمات الأسحار على شرح المنار) في أصول الفقه، توفي سنة ١٢٥٢هـ. انظر: معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٩/ ٧٧)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٤٢).

(٢) . حاشية ابن عابدين (١/ ٣١).

(٣) . البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٨٣).

(٤) . البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٩٠).

(٥) . هو محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي المواق، فقيه مالكي، كان عالم غرناطة وإمامها في وقته، من كتبه (سنن المهتدين في مقامات الدين)، توفي سنة ٨٩٧هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٧/ ١٥٤).

(٦) . التاج والإكليل للعبدري (٢/ ١٨١).

(٧) . إعانة الطالبين لأبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن محمد شطا الدمياطي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٢/ ١١٧).

ونصُّوا على أنَّ الإصبع يُغني عن السواك؛ لأنَّ "غرضه التنظيف"[1].

والخلاصة من تلك الأمثلة: إن الفقهاء لم يجعلوا للغرض معنى خاصاً، بل أرادوا به المعنى اللغوي؛ وهم إذ يطلقون الغرض بمعنى القصد فلا يريدون منه كل معاني القصد، بل ما يختص بالبغية التي يضمرها الشخص، ولا يريدون بالغرض قصد الفعل ذاته أي النية بمعناها الاصطلاحي، وبذلك يقترب معنى الغرض من معنى الباعث في أنَّ كلا منهما يختص بالدلالة على ما وراء نية الفعل ذاته، ولكن يفترق الباعث عن الغرض في أن الباعث هو المحرك والدافع الذي يحث الشخص على التصرف[2]، وهذا المعنى غير موجود في الغرض.

(١) . انظر: الشرح الكبير (فتح العزيز بشرح الوجيز) لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ) دار الفكر- بيروت، د.ط (١١٩/٥).

(٢) . انظر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (٣٠).

المبحث الثالث: مكانة القصد في التصرفات ومشروعيته:

وفيه المطلبان الآتيان:

المطلب الأول: مكانة القصد في التصرفات

المطلب الثاني: مشروعيَّة القصد

المطلب الأول: مكانة القصد في التصرفات:

اعتدت الشريعة بالقصد اعتداداً بالغاً، وقد ذكر الشاطبي[1] في هذا كلاماً مهماً آثرتُ نقلَه بنصِّه، حيث يقول: "المقاصدُ معتبرةٌ في التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر، ويكفيك منها: أن المقاصد تفرِّق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحرم والصحيح والفاسد وغير ذلك من الأحكام، والعمل الواحد يُقصد به أمر فيكون عبادة، ويُقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك، بل يُقصد به شيء فيكون إيماناً، ويُقصد به شيء آخر فيكون كفراً، كالسجود لله أو للصنم، وأيضاً فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفيَّة، وإذا عَرِي عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون"[2].

ويقول أيضاً: "المقاصد أرواح الأعمال"[3].

ويقول الكمال ابن الهمام[4]: "الفعل الاختياري لابد في تحقيقه من القصد إليه"[5].

إن تلك النصوص -وغيرها كثير من كلام الفقهاء- تدل على أهمية القصد، وإنَّهم بكلامهم السابق قد عنوا القصد بمعنى نية الفعل ذاته، والقصد الذي يأتي وراء نية الفعل، وفي هذا المطلب سأتكلم عن مكانة القصد في التصرفات، من خلال تقسيم التصرفات إلى الأنواع الآتية:

---

(١) . هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، من علماء أصول الفقه، وإمام من أئمة المالكية، من كتبه (الاعتصام في أصول الفقه) و(الاتفاق في علم الاشتقاق)، توفي عام ٧٩٠هـ. انظر: الأعلام للزركلي (١/ ٧٥)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (١/ ١١٨).

(٢) . الموافقات في أصول الشريعة لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي، دار المعرفة- بيروت، د.ط، تحقيق: عبد الله دراز (٢/ ٣٢٤).

(٣) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٤٤).

(٤) . هو محمد بن عبد الواحد السِيواسي الأسكندري المعروف بابن الهمام، ولد عام ٧٩٠هـ، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والمنطق، من مؤلفاته: (زاد الفقير في فروع الحنفية) و(المسايرة في أصول الدين)، توفي سنة ٨٦٢هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٧/ ٢٩٧)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٢٥٥).

(٥) . شرح فتح القدير للكمال بن الهمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر- بيروت، د.ط، (١/ ٣٢).

أولاً: المباحات:

لما كان المباح هو ما خُيِّر فيه بين الفعل والترك، أو ما استوى فيه جانبا الفعل والترك[1]، فإنَّ الشرع لم يجعل النّية من مقوماته، فأثر النية في المباح يظهر من ناحية الثواب، أو عدمه، أو العقاب[2].

يقول الحطاب[3]: " المباح لا يُتقَرَّب به إلى الله تعالى؛ فلا معنى للنيَّة فيه"[4].

ولكن إذا فعل المكلف المباح بقصد التوصل إلى طاعة والحصول على الثواب، فإنه يثاب على هذا القصد[5].

وإذا فعل المكلف المباح بقصد التوصل إلى معصية فإنه يعاقب على قصده كذلك.

يقول العز بن عبد السلام: "ولو قصد المعصيةَ بما ليس بمعصية لعوقب على قصده دون فعله، مثل أن يقصد وطء جارية أو أكل طعام يظنهما لغيره، فوطئ وأكل مع كونهما ملكاً له، فإنه يعاقب على قصده دون فعله"[6].

والخلاصة: إنَّ القصد في المباح لا يُنظر إليه إلا من ناحية الثواب وعدمه، فإذا لم يقصِد المكلفُ بفعل المباح تحصيلَ الثواب فلا ثواب له، ولكن لا يقال: "إن المباح لم يقع صحيحاً لأنَّ فاعله لم يقصده"؛ لأنه لا مكان للقصد في المباحات إلا من الناحية التي ذكرتها.

---

(١) . انظر: المحصول في علم أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م (١/ ٩٣)؛ المستصفى لمحمد بن محمد الغزالي، الجامعة الإسلامية- المدينة المنورة، ١٤١٣هـ، ت: د.حمزة زهير حافظ (١/ ٨٣)

(٢) . انظر: المنثور في القواعد لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ط٢، ١٤٠٥هـ، ت: د. تيسير فائق أحمد محمود (٣/ ٢٨٧)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، ط٢، ١٤٢٧هـ (٤٢/ ٦١).

(٣) . هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرُّعيني، المعروف بالحطاب، ولد عام ٩٠٢هـ، من فقهاء المالكية وعلماء الصوفية، من كتبه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام)، توفي سنة ٩٥٤هـ. انظر: معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (١١/ ٢٣٠)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ٥٨).

(٤) . مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٢).

(٥) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٤، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م (٢٤)؛ مواهب الجليل للحطاب للحطاب (١/ ٢٣٢)؛ المنثور للزركشي (٣/ ٢٨٧).

(٦) . قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٣٠٨).

وبعبارة أخرى: لم يعتدَّ الشارع بقصد مباشرة فعل المباح مجرَّداً، ولكنَّه جعل القصد الذي يأتي وراء قصد الفعل ذاته سبباً لنيل الثواب، أو استحقاق العقاب.

ثانياً: المنهيات: يدخل تحت المنهيات أمران:

- المحرم: وهو ما طلب الشارع من المكلف تركه طلباً جازماً، أو الفعل الذي يُذمّ ويُعاقب فاعله شرعاً[1].

- المكروه: وهو ما مدح تاركه ولم يذم فاعله، أو ما طلب الشارع من المكلَّف تركه طلبًا غير جازم، أي ما يترجَّح تركه على فعله[2].

وأشير هنا إلى أن الحنفية يقسمون المكروه إلى قسمين، الأول المكروه تحريماً: وهو ما طلب الشارع تركه طلباً جازماً بدليل ظني، وهو كالحرام من حيث العمل (من تحريم الفعل وطلب الترك واستحقاق العقاب على من فعله، ولكن لا يكفر جاحده، بخلاف الحرام فإنَّ الحنفية لا يطلقونه إلا على ما ثبت بدليل قطعي)، والثاني المكروه تنزيهاً: وهو ما طلب الشارع تركه طلباً غير جازم[3].

فالإنسان يخرج عن عهدة الحرام والمكروه بمجرد تركهما، وإن كان غير قاصدٍ للترك، ومن ثم فلا يفتقر ترك المنهيات إلى النية، إلا إذا شعر المكلف بالمنهي عنه ونوى تركه لله تعالى، فإنه يحصل له -مع الخروج عن العهدة- الثواب لأجل النية، ومن ثم فالنية شرط في الثواب لا في الخروج عن العهدة[4].

---

(١) . انظر: المحصول للرازي (١/ ٩٣)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ٢٠٤)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٨٤).

(٢). انظر: المستصفى للغزالي (١/ ٨٤)؛ إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني، دار الفكر المعاصر- بيروت، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، ت: محمد سعيد البدري (١/ ٢٣).

(٣) . انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العلي محمد بن نظام الدين اللكنوي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ضبطه عبدالله محمود محمد عمر (١/ ٤٣٨). غمز عيون الأبصار شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ت: أحمد بن محمد الحنفي الحموي (١/ ٢٢)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤١٨).

(٤) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٦)؛ غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي (١/ ٩٤)؛ الموافقات للشاطبي (٢/ ٣١٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٣)؛ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٣هـ (١٢)؛ المنثور للزركشي (٣/ ٢٨٨)؛ فتح الباري لابن حجر (١/ ١٤)؛ حاشية العطار على جمع الجوامع (١/ ١١٠) ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٢/ ٦١).

يقول الحموي[1]: "اعتبار النِّية في التُّروك إنَّما هو لحصول الثواب لا للخروج عن عُهدَة النَّهي؛ لأنَّ مناط الوعيد بالعقاب في النهي هو فعل المنهي عنه، فمجرد تركه كاف في انتفاء الوعيد،.....لا يثاب المكلف على التُّروك إلا إذا ترك قاصداً، فلا يثاب على ترك الزنا إلا إذا كفَّ نفسه عنه قصداً"[2].

يقول السيوطي[3]: "وأما التُّروك كترك الزنا وغيره، فلم يحتج إلى نيَّة لحصول المقصود منها وهو اجتناب المنهي بكونه لم يوجد، وإن لم يكن نية، نعم يحتاج إليها في حصول الثواب المترتب على الترك"[4].

والدليل على عدم اشتراط القصد للخروج من العهدة في ترك المنهيات حديث النبي ﷺ: ((إنَّما الأعمالُ بالنيَّات))[5].

يقول العطار[6] مبيناً وجه الاستدلال في هذا الحديث: "وجه الاستدلال أن النِّيَةَ القصدُ، والأعمال جمع عمل، وهو بمعنى الفعل المقابل للترك، وقد اقتصر في الحديث على اشتراط النية لصحة الأعمال أو لاعتبارها، فكانت التروك على الأصل في عدم اشتراط النية لها"[7].

وهكذا يتبين أنَّ القصد يُعتدُّ به شرعاً في المنهيَّات من أجل الحصول على الثواب، ولكنَّه ليس بشرط من أجل الخروج عن العهدة واتقاء العقاب.

---

(١) . هو أبو العباس أحمد بن محمد مكي، شهاب الدين الحسيني الحموي من علماء الحنفية، كان مدرساً بالمدرسة السليمانية بالقاهرة، وتولى إفتاء الحنفية. من مؤلفاته (كشف الرمز عن خبايا الكنز) في الفقه و(الدر النفيس) في مناقب الشافعي، توفي عام ١٠٩٨هـ، ١٦٨٧م. انظر: الأعلام للزركلي (١/ ٢٣٩).

(٢) . غمز عيون الأبصار شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ت: أحمد بن محمد الحنفي الحموي (١/ ٩٤).

(٣) . هو جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ولد عام ٨٤٩هـ، شافعي محقق، وعالم موسوعي في الحديث والتفسير واللغة والتاريخ والأدب والفقه وغيرها من العلوم، من مؤلفاته الكثيرة (الدر المنثور في التفسير المأثور) و(المزهر في اللغة)، توفي سنة ٩١١هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٨/ ٥٠)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٥/ ١٢٨).

(٤) . الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢).

(٥) . أخرجه البخاري في بدء الوحي/ باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، برقم (١)؛ وأخرجه مسلم في الإمارة/ باب قوله ﷺ: ((إنَّما الأعمال بالنية))، برقم (١٩٠٧).

(٦). هو أبو السعادات حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، ولد عام ١١٩٠هـ بالقاهرة ، كان عالماً أديباً شاعراً، مشاركاً في علم الأصول والنحو والمعاني والبيان والمنطق والطب والفلك، تولى مشيخة الأزهر سنة ١٢٤٦هـ، من تصانيفه: (حاشية على جمع الجوامع) في الأصول، توفي سنة ١٢٥٠هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٢/ ٢٢٠)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٣/ ٢٨٥).

(٧) . حاشية العطار على جمع الجوامع (١/ ٢٨٣).

النوع الثالث: الأوامر:

ويدخل تحت الأوامر ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً، فيعاقب تاركه ويثاب فاعله، وهو الواجب[1]، وما طلب الشارع فعله طلباً غير جازم فيثاب فاعله ولا يعاقب تاركه، وهو المندوب[2].

ويمكن تفريع هذه المأمورات من حيث طلب توافر القصد فيها إلى صور:

- **ما تكون صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته، وفيه تغليب لمصلحة العبد**، كأداء الدين وردّ الوديعة والمغصوب ونفقات الزوجات والأقارب، فإن المقصود من هذه الأمور انتفاع أربابها، وهي تتحقق بمجرد امتثال الأمر، ولا تتوقف على قصد الفاعل لها، فيخرج الإنسان عن عهدتها، وإن لم ينوها[3].
- **ما لم تكن صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته المقصودة منه، وفيه تغليب لحق الله** تعالى، كالصلوات والصيام والنسك، فإنَّ المقصود منها تعظيمه تعالى بفعلها والخضوع له بإتيانها، وذلك إنما يحصل إذا قُصدت من أجله سبحانه وتعالى، ثم إن هذه العبادات لها رتب مختلفة قد تختلط ببعضها، فكل من الوضوء والغسل والصلاة والصوم ونحوها قد يكون فرضاً ونذراً ونفلاً، فلا بد من قصد يميز كلَّ رتبة عن الأخرى[4].

---

(١) . انظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م، ت: زكريا عميرات (١/ ٢٣)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ١٣٩، ١٤١)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٨٤).

(٢) . انظر المراجع السابقة. وأشير هنا إلى أنه لا فرق بين الندوب والمستحب والنفل والسنة عند جمهور العلماء. يقول ابن عابدين: "لا فرق بين المندوب والمستحب والنفل والتطوع ...وقد جرى على ما عليه الأصوليون -وهو المختار- من عدم الفرق بين المستحب والمندوب والأدب، ... فيسمى مستحبًا من حيث إن الشارع يحبه ويؤثره، ومندوبًا من حيث إنه بيَّن ثوابه وفضيلته، من (نَدْب الميت): وهو تعديد محاسنه، ونفلاً من حيث إنه زائد على الفرض والواجب ويزيد به الثواب، وتطوعًا من حيث إنَّ فاعله يفعله تبرعًا من غير أن يؤمر به حتماً...وقد يطلق عليه اسم السُّنَّة". حاشية ابن عابدين (١/ ١٣٣).

(٣) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٣١٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٣)؛ المنثور للزركشي(٣/ ٢٨٨)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢)؛ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل لعبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، بيروت- دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ (١/ ١١٣)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٢٢٨)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٢/ ٦١)؛ مقاصد المكلفين فيما يُتعبَّد به رب العالمين عمر سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح-الكويت، ط١، ١٤٠١هـ (٧٣)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن العبد اللطيف (١٩٦).

(٤) . انظر المراجع السابقة.

يقول القرافي: "والأوامر على قسمين: الأول منها ما يكون صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته كأداء الديون والودائع والغصوب ونفقات الزوجات والأقارب، فإن المصلحة المقصودة من هذه الأمور انتفاع أربابها، وذلك لا يتوقف على قصد الفاعل لها فيخرج الإنسان عن عهدتها وإن لم ينوها، والقسم الثاني من الأوامر: ما تكون صورة فعله ليست كافية في تحصيل مصلحته المقصودة منه كالصلوات والطهارات والصيام والنسك، فإن المقصود منها تعظيمه تعالى بفعلها والخضوع له في إتيانها، وذلك إنما يحصل إذا قُصدت من أجله سبحانه وتعالى، فإن التعظيم بالفعل بدون قصد المعظم محال، ...فهذا القسم هو الذي أمر فيه الشرع بالنيات"[1].

-**العبادة التي لا تلتبس بغيرها من العادات،** كالإيمان والتعظيم والإجلال والخوف والرجاء والتوكل والحياء والمحبة والمهابة، فهذه متعلقة بالله عز وجل قربة في أنفسها، متميزة لله بصورتها لا تفتقر إلى قصد يجعلها قربة متميزة، وكذلك التسبيح والتقديس والتهليل والتكبير والثناء على الله عز وجل بما لا يشارَك فيه، والأذان وقراءة القرآن فإنه لا يحتاج إلى نية، إذ لا تردد بين العبادة والعادة ولا بين رتب العبادة[2].

ومن هنا نص الحنفيَّة على أنَّ مطلق الدعاء لا يحتاج إلى نيَّة[3].

ويقول ابن حجر[4]: "وأما ما يتميَّز بنفسه فإنَّه ينصرف بصورته إلى ما وضع له كالأذكار والأدعيَّة والتلاوة؛ لأنَّها لا تتردَّد بين العبادة والعادة، ولا يخفى أنَّ ذلك إنما هو بالنظر إلى أصل الوضع، أما ما حدث فيه عرف كالتسبيح للتعجب فلا، ومع ذلك فلو قصد بالذكر القربة إلى الله تعالى لكان أكثر ثواباً"[5].

---

(١) . الذخيرة للقرافي (١/ ٢٤٥).

(٢) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٢)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٢٢٦)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٩٩).

(٤) . هو أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، ولد سنة ٧٧٣هـ، من فقهاء الشافعية المتمكنين في علوم شتى، حتى صارت له شهرة كبيرة، فقصده الناس للأخذ عنه، وأصبح حافظ الإسلام في عصره، وشهد له العلماء بالحفظ والإتقان بالإجماع، من كتبه (بلوغ المرام من أدلة الأحكام)، و(شرح على الإرشاد في فروع الفقه الشافعي)، توفي سنة ٨٥٢هـ.انظر: ذيل تذكرة الحفاظ للحافظ أبي المحاسن الحسيني الدمشقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط (٣٢٦)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٢/ ٢١).

(٥) . فتح الباري لابن حجر (١/ ١٤).

النوع الرابع: التصرفات التي تنعقد بإرادة مستقلة (أي من طرف واحد) والعقود التي لا بد فيها من طرفين:

١- **فالتصرف إذا كان يستقلُّ به الشخص** كالطلاق والعتاق والإبراء والوقف والوصية والرجعة [وقد تسمى هذه التصرفات عقداً مجازاً]، فيفرق بين حالتين:

أ- إذا استُعمِل في التعبير عنه لفظٌ صريح[١] فلا حاجة للنية فيه وهذا الحكم باتفاق الفقهاء[٢]؛ ومن هنا نصوا على قاعدة: [الصريح لا يحتاج إلى نية][٣]. ولكن يجب الإشارة إلى أن قصد حروف اللفظ الصريح مطلوب، ولكن الذي لا يطلب ولا يعتد به هو قصد إيقاع مضمون ذلك اللفظ.

يقول السيوطي: "قد يُشكل على قولِهم: "الصريح لا يحتاج إلى نية" قولُهم: "يُشترط في وقوع الطلاق قصدَ حروف الطلاق بمعناه". وليس بمُشكِل، فإنَّ المراد في الكناية: قصد إيقاع الطلاق، وفي الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه لا الإيقاع، ليخرج ما إذا سبق لسانه، وما إذا نوى غير معنى الطلاق الذي هو قطع العصمة كالحل من وثاق، ويدخل ما إذا قصد المعنى ولم يقصد الإيقاع، كالهازل"[٤].

---

(١) . الصريح اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع، واللفظ الصريح يختلف باختلاف تلك التصرفات. انظر: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر- بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م (٢/ ٣)؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م (٣/ ١٠١) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (١/ ١٣١).

(٢) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٣)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٠١)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (٢/ ٢١)؛ الشرح الكبير للدردير (٢/ ٣٦٥)؛ حاشية الخرشي (٤/ ٤٣)؛ الشرح الكبير للرافعي (٨/ ١٠٢)؛ روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط، ت: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض (٣/ ٥و٦)؛ الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م (١٠/ ١٦٧)؛ المغني لابن قدامة (٧/ ٤٢٨)؛ الشرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي(ت٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط (١٢/ ٣١٠).

(٣) . انظر: البحر المحيط للزركشي (١/ ٤٢٣)؛ المنثور للزركشي (٢/ ٣١٠)؛ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (١/ ٢٢٨)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٣)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن العبد اللطيف (١٩٦).

(٤) . الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٤)؛ وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤)؛ الشرح الكبير للدردير (٢/ ٣٦٥)؛ الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق لأحمد بن إدريس القرافي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م، تحقيق: خليل المنصور (١/ ٩٦).

ب- أما إذا استعُمل في التعبير عنه لفظٌ من ألفاظ الكناية[1] فإنه يفتقر إلى النية، والتي تشتمل على قصدين هنا: قصد اللفظ بحروفه، وقصد إيقاع مضمونها[2].

يقول النووي: "كل تصرف يستقل به الشخص، كالطلاق والعتاق والإبراء، ينعقد بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح"[3].

٢- **العقد الذي لا يستقل به الشخص** بل يحتاج فيه إلى إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر، وهذا على نوعين:

أ- إما أن يشترط فيه الإشهاد كالنكاح: فهذا إن وقع التصريح به فقد انعقد وإن تخلَّفت النية، شأنه في ذلك شأن ما يستقل به الشخص إن وقع بلفظ صريح وقد سبق بيانه[4].

أما إن وقع بلفظ كنائي فقد اختلف الفقهاء فيه، والمثال على ذلك اختلافهم في وقوع النكاح بلفظ البيع أو الهبة:

حيث ذهب الحنفية في المعتمد[5] والمالكية[6] إلى أن النكاح لا يشترط فيه اللفظ الصريح، بل ينعقد بالكناية (وهو كل لفظ يدل على تمليك العين عند الحنفية، ولفظ الهبة مع ذكر المهر عند المالكية) **مع النية**-مع اختلافهم في بعض التفاصيل التي لا يتسع المقام لبسطها-.

---

(١) . الكناية: ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه. انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٤/ ٦١)؛ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (١/ ١٣١).

(٢) . انظر: أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م (١/ ١٨٨)؛ المبسوط لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م (٦/ ٩٦)؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤)؛ الشرح الكبير للدردير (٢/ ٣٦٥)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٩٤)؛ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (١/ ٢٢٨)؛ المغني لابن قدامة (٨/ ٢٧٥).

(٣) . روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥).

(٤) . انظر تفصيل ذلك في الفقرة السابقة.

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ١٩)؛ المبسوط للسرخسي (٥/ ٦١)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ٢٣٠).

(٦) . انظر: بداية المجتهد و نهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (ابن رشد الحفيد) (ت: ٥٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده- مصر، ط٤، ١٣٩٥هـ،١٩٧٥م (٢/ ٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥١٥)؛ حاشية الخرشي (٣/ ١٧٣)؛ منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عليش، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م (٣/ ٢٦٨).

أما الشافعية[1] والحنابلة[2] فذهبوا إلى عدم انعقاد النكاح أصلاً إلا بلفظه الصريح (النكاح والزواج) وما يشتق منهما.

ب- وإمَّا ألا يشترط فيه الإشهاد: ومن هذا النوع أغلب العقود المالية كالبيع والإجارة وغيرها.....فإنَّ المتتبع لكلام الفقهاء يرى أنهم يذهبون إلى ضرورة توافر القصد لإنشاء هذه العقود، حيث إنَّ الرضا من أهمِّ الأمور التي يطلب الشارع توافرها لصحة المبادلات المالية بين الناس، ولا يُتصور وجود الرضا إلا بوجود القصد، إذ كيف يرضى من لم يقصد؟ يقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ٢٩﴾ [النساء:٢٩].

وفي الحديث: ((إنَّما البيعُ عن تراضٍ))[3].

يقول الزركشي استدلالاً بالآية والحديث المذكورين: "وهذا يدلُّ على أن الرضا هو المعتبر في العقود"[4]، وبالتالي فالقصد ركن في تلك العقود؛ لأنَّ الرضا ثمرة للقصد، مع اختلاف الفقهاء في وسائل التعبير عن ذلك القصد وصوره، فقد اختلفوا في صور رآها بعضهم معبرة عن الرضا بالعقد فأجاز تلك

(١) . انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، دار المنهاج- لبنان، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، اعتنى به: قاسم النوري (٩/ ٢٣٣)؛ تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى- مصر، ط ١٣٥٧ هـ، ١٩٨٣م (٧/ ٢٢٠).

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٤٢٨)؛ كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٣٧)؛ منار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، مكتبة المعارف- الرياض، ١٤٠٥هـ، ت: عصام القلعجي(٢/ ١٣٤).

(٣) . أخرجه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري ﷺ في التجارات/ باب بيع الخيار برقم (٢١٨٥). وذكر السندي نقلاً عن الزوائد أن إسناده صحيح ورجاله موثوقون. انظر: حاشية السندي على سنن ابن ماجه (كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه)، لأبي الحسن محمد بن عبد الهادي التتوي نور الدين السندي، دار الجيل – بيروت، د.ط (٢/ ١٥).

(٤) . البحر المحيط للزركشي (٤/ ١٢١)؛ وانظر: العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود أكمل الدين البابرتي، دار الفكر- بيروت، بيروت، د.ط (٩/ ٢٣٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٨)؛ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م (١/ ٢٧٢)؛ المغني لابن قدامة (٢/ ٣)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٢٢٦).

الصور، ورآها بعضهم لا تفي بالغرض فلم يجزها، كما في بيع التعاطي، ولا مكان لتفصيل ذلك هنا؛ لأنه غير متصل بهذا المبحث.

والخلاصة: إن القصد مطلوب في التصرفات بصفة عامة حتى يُعتد بها شرعاً، وإن وردت بعض التصرفات التي لا يطلب فيها توافر القصد إليها، فإن ذلك لحالة خاصة تكتنفها:

- كأن يكون طلب توافر القصد فيها **تحصيل حاصل**؛ إذ لا يُتصور وجودها إلا مقصودة، أو بعبارة أخرى إن القصد جزء من ماهيتها، ومن ذلك الإيمان بالله تعالى والخوف منه والرجاء والدعاء الصادر من العبد لمولاه. وهذا يُلمح من قول العز: "ولا حاجة إلى التعليل بأن النية لو افتقرت إلى نية لأدى ذلك إلى التسلسل؛ لأن انصرافها بصورتها إلى الرب سبحانه وتعالى مُميِّز لها، فلا تحتاج إلى مُميِّز"[1]. كما أن الثواب على هذه الأعمال لو وقعت بغير قصد من العبد من باب التفضل والكرم من الله تعالى[2].
- أو يكون طلب توافر القصد إليها **لا أثر له في الشرع**، فالمباح مثلاً لا يطلب فيه توافر القصد؛ إذ لا أثر لذلك شرعاً في كونه مباحاً، نعم يطلب القصد فيه لترتب الثواب كما سبق.

وكذلك الأمر في ردِّ المغصوب والودائع والنفقات، فالمقصود فيها مصلحة العبد، فإذا حصلت فعلاً فلا ينظر إلى توافر القصد فيها، إلا في حالة واحدة ذكرها العز بقوله: "وكذلك الحقوق المتعيِّنة لا يفتقر أداؤها إلى نية، بل تصح وتبرئ من غير نية لتعينها لمستحقها، وإن تردَّدت: مثل أن يقبض المدين مالاً لرب الدين من جنس حقه، فإنه متردِّد بين الوديعة والهبة والعارية والإباحة وقضاء الدين، فلا بد من نية تميز إقباضَ الدين عن سائر أنواع الإقباض"[3].

المطلب الثاني: مشروعية القصد

إنَّ الأدلة الشرعية كثيرة على ضرورة توافر القصد في التصرفات حتى يعتد بها شرعاً، وكذلك الأدلة على أن القصد له تأثير كبير في أحكام التصرفات، أذكر طرفاً منها فيما يأتي:

---

(١) . قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٢٢٦).

(٢) . مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي- دمشق، ١٩٦١م (١/ ٣٩٧).

(٣) . قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٢٢٨).

أولاً: من القرآن:

قوله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٦ ﴾ [النحل:١٠٦].

فمن يتلفظ بكلمة الكفر اتقاء لعذاب محيق به من دون أن يقصد معناها، ويعقد قلبه عليها فلا إثم عليه، ولا يناله حكمها لا في الدنيا: حيث لا يعد مرتداً، ولا في الآخرة: حيث لا يؤاخذه الله تعالى[1].

يقول ابن العربي[2]: "والكافر أو المرتد هو الذي جرى بالكفر لسانه ، مخبِراً عما انشرحَ به من الكفر صدرُه، فعليه من الله الغضب، وله العذاب الأليم، إلا من أُكره...فذكر استثناء من تكلم بالكفر بلسانه عن إكراه، ولم يعقد على ذلك قلبه، فإنه خارج عن هذا الحكم، معذور في الدنيا، مغفور [له] في الأخرى"[3].

وفي هذا دليل قوي على اعتداد الشريعة بما يقصده المكلف، فإن قصد الشخص بتلفظه لكلمة الكفر إنكار وجود الله تعالى فهو كافر ويستحق العذاب في الدنيا وفي الآخرة، ومن تلفظ بالكلمة ذاتها قاصداً درء العذاب عن نفسه فإن قصده ذلك يمنع عنه العقاب والمؤاخذة في الدارين.

ثانياً: من السنة:

الحديث الأول: وهو الحديث المشهور عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: ((إنَّما الأعمال بالنية، وإنما لامرئٍ ما نوى، فمن كانت هجرتُه إلى الله ورسوله فهجرتُه إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يُصيبها، أو امرأة يتزوَّجُها فهجرته إلى ما هاجر إليه))[4].

---

(١) . انظر: أحكام القرآن لمحمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٠هـ، ت:عبد الغني عبد الخالق (١/ ٢٩٩)؛ أحكام القرآن لأحمد بن علي الرازي الجصاص، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط ١٤٠٥هـ، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (٥/ ١٣).

(٢) . هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن أحمد المعافري الأندلسي الأشبيلي ، الشهير بابن العربي، ولد عام ٤٦٨هـ، فقيه مالكي جامع لعلوم شتى مقدَّم في المعارف كلها ومتكلم في أنواعها، حريص على أدائها ونشرها، ختام علماء الأندلس، توفي سنة ٥٤٣هـ رحمه الله تعالى. انظر: الديباج المذهب لابن فرحون (٢/ ٢٥٢)؛ وفيات الأعيان لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، دار صادر- بيروت، د.ط، تحقيق: إحسان عباس (٤/ ٢٩٦)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٢٣٠).

(٣) . أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي المعافري، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط (٥/ ٢٢٧).

(٤). سبق تخريجه ص ٢٦ من هذه الأطروحة.

وهذا الحديث يدل على أن الأعمال لا تصح شرعاً إلا بالنية، فهي الفاصل بين ما يصح وبين ما لا يصح، وكلمة (إنَّما) وضعت للحصر فهي تثبت الشيء وتنفي ما عداه، وظاهر الحديث ينفي وجود ذوات الأعمال التي تخلو من النية، ولكن الفقهاء قرَّروا أن هذا الظاهر غير مراد؛ إذ قد توجد صورة العمل بدون نية كمن يعمله سهواً، ولذا قدروا محذوفاً كي يستقيم الكلام، وهذا المحذوف هو **صحة الأعمال** في قول جمهور الفقهاء[1].

يقول ابن حجر العسقلاني في ذلك: "والحديث متروك الظاهر، لأنَّ الذوات غير منتفية؛ إذ التقدير لا عمل إلا بالنية، فليس المراد نفى ذات العمل؛ لأنه قد يوجد بغير نية، **بل المراد** نفي أحكامها كالصحة والكمال، لكنَّ الحمل على نفى الصحة أولى؛ لأنه أشبه بنفي الشيء نفسه، ولأن اللفظ دل على نفي الذات بالتصريح، وعلى نفي الصفات بالتبع، فلما منع الدليل نفى الذات بقيت دلالته على نفي الصفات مستمرة"[2].

الحديث الثاني: عن ابن بريدة عن أبيه ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ لعلي ﷺ: ((يا عليُّ لا تُتبعِ النظرةَ النظرةَ فإنَّ لك الأولى، وليست لك الآخرةُ))[3].

وفي هذا الحديث دليل على أن أساس المؤاخذة والعقاب إنما هو القصد إلى المعصية، فإن عُدِم القصد إلى المعصية فلا عقاب، وإن وقعت صورتها بدون قصد[4].

---

(١) . انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار في باب المجمل (٣/ ٤٣١)؛ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، ١٣٨٧هـ، ت: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد البكري (٢٢/ ١٠٠)؛ البحر المحيط للزركشي (٣/ ٥٢)؛ المستصفى للغزالي (٢/ ٢٨)؛ المغني لابن قدامة (١/ ١٢١)؛ مقاصد المكلفين فيما يُتعبَّد به رب العالمين د.عمر سليمان الأشقر (٦٤).

(٢) . فتح الباري لابن حجر (١/ ١٣).

(٣) . أخرجه أبو داود في النكاح/ باب فيما يؤمر به من غض البصر برقم (٢١٤٩). وقد ذكر الهيتمي أن الإمام أحمد أخرجه وفي إسناده ابن إسحاق وهو مدلس، وبقية رجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي بتحرير الحافظين: العراقي وابن حجر، دار الفكر- بيروت، ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢م (٧/ ٣٧٧).

(٤) . انظر: فتح الباري لابن حجر (١١/ ٢٥)؛ عمدة القاري شرح صحيح البخاري لأبي محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط، (٢٠/ ١١٩).

يقول المباركفوري[1]: "((فإن لك الأولى)) أي النظرة الأولى إذا كانت من غير قصد ((وليست لك الآخرة)) أي النظرة الآخرة؛ لأنها باختيارك فتكون عليك"[2].

ثالثاً: من الإجماع:

أجمع الفقهاء على اعتداد الشريعة بالقصد، وأن له دوراً مهمّاً في الأعمال من ناحيتين:

الأولى: المسؤولية الدِّيَانِيَّة[3] أي إن الثواب والعقاب لا يكون إلا بقصد العمل، وهذا هو الأصل في كل التصرفات، إلَّا ما ذكره العلماء استثناءً من حصول الثواب على بعض الأعمال، ولو صدرت من غير قصد كما سبق بيانه، وذلك تفضلاً من الله تعالى كالدعاء والذكر[4].

وقد نقل ابن مفلح[5] الإجماع على عدم حصول الثواب إلا بالقصد، حيث يقول: "ولا ثواب في غير مَنْوِيٍّ بالإجماع"[6].

الثانية: ترتب الآثار الدنيوية: يظهر ذلك من خلال اشتراط الفقهاء للإرادة والقصد لترتب الآثار على التصرفات كافة من حيث الأصل، فعقد البيع مثلاً لا بد فيه من الإرادة الباطنة التي تترجمها الصيغة كما

---

(١) . هو عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري ، أحد العلماء المشهورين بالعلم والزهد، ولد ببلدة مبارك بور من أعمال أعظم كده في الهند، عام ١٢٨٣هـ، أسس مدارس دينية في مباركبور وغيرها من المدن الهندية، خدم علم الحديث تدريساً وتأليفاً وشرحاً وبحثاً، توفي سنة ١٣٥٣هـ. رحمه الله تعالى. انظر: الإعلام بمن في تاريخ الهند من الأعلام (نزهة الخواطر وبهجة المسامع والنواظر) لعبد الحي بن فخر الدين بن عبد العلي الحسني الطالبي، دار ابن حزم- بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٩م (٨/ ١٢٧٢).

(٢) . تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي لأبي العلاء محمد بن عبد الرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري، المكتبة السلفية- المدينة المنورة، ط٢، ١٣٨٣هـ، ١٩٦٣م، ت: عبد الوهاب عبد اللطيف (٨/ ٦١).

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٤٠)؛ غمز عيون البصائر للحموي (١/ ٥٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٢)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا بن محمد الأنصاري، (ت: ٩٢٦هـ)، المطبعة الميمنية، د.ط (١/ ٨٥)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (١/ ١١٦).

(٤) . سبق بيان ذلك ص ٣٢ من هذه الأطروحة.

(٥) . هو إبراهيم بن محمد بن مفلح، برهان الدين أبو إسحاق الدمشقي، ولد عام ٧٤٩هـ، شيخ الحنابلة في عصره، من كتبه (طبقات أصحاب الإمام أحمد)، و(كتاب الملائكة)، توفي سنة ٨٠٣هـ رحمه الله تعالى. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٧/ ٢١)؛ الأعلام للزركلي (١/ ٦٤).

(٦) . المبدع شرح المقنع لابن مفلح (١/ ١١٦).

سيأتي من خلال تعريف العقد قريباً، ووجود بعض الآثار التي تترتب على الأعمال بغير قصد عند بعض الفقهاء ما هي إلا بمثابة استثناء على الأصل[1].

ثالثاً: المعقول:

مع أنَّني لم أجد من نصَّ صراحة على الاستدلال بشرعية القصد وأهميته في التصرفات كافة بالمعقول، إلا أنه يمكن القول بأن وجوب توافر القصد في التصرفات ليُعتدَّ بها شرعاً ما هو إلا مظهر من مظاهر العدالة الإلهية.

ولبيان ذلك أضرب المثال الآتي: إن من عدل الله تعالى عدم عقاب من صدرت عنه صورة المعصية بغير قصد، وهذا ما دلَّ عليه الحديث المذكور آنفاً ((يا علي لا تتبع النظرةَ النظرةَ فإنَّ لك الأولى وليست لك الآخرة))[2].

بالإضافة إلى أن الاعتداد بالقصد في التصرفات يعدُّ ثمرة جعل الله تعالى الإنسانَ حرّاً مختاراً للأفعال التي شاء الله تعالى أن يكون فيها الإنسان مختاراً؛ إذ تنعدم الفائدة من جعله مختاراً مع عدم الاعتداد بقصده في تلك الأعمال.

---

(١) . من أمثلة ذلك في اختلاف الفقهاء في عقد السكران والمكره، وسيأتي بيان حكم كل منها ص ١٠١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . سبق تخريجه ص٣٤ من هذه الأطروحة.

المبحث الرابع: تعريف العقد وبيان أنواعه والفرق بينه وبين التصرف:

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف العقد لغة

المطلب الثاني: تعريف العقد اصطلاحاً

المطلب الثالث: بيان أنواع العقد

المطلب الرابع: الفرق بين العقد والتصرُّف

المطلب الأول: تعريف العقد لغة:

أصل معنى العقد في اللغة نقيض الحَلِّ، كما ورد في تاج العروس: "والذي صرَّح به أئمة الاشتقاق: أنَّ أصل العَقْدِ نقيض الحَلِّ، عَقَدَه يَعْقِده عَقْداً وتَعْقَاداً، وعَقَّده، وَقد انْعَقد، وتَعَقَّدَ، ثمَّ اسْتُعْمِل فِي أَنْواعِ العُقُودِ من البُيوعاتِ والعقود وغيرها، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم"[1].

ويُقال عَقَدْتُ الحبل فهو معقود، وكذلك العهدَ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة:٢٣٥]، وانعقد عَقْدُ الحبل انعقاداً[2].

وعَقَدَ العهد واليمين يَعْقِدهما عقداً إذا أكَّدهما، وعقدة كل شيء إبرامه[3].

يقول ابن منظور: "وعَقَدْتُ الحبْلَ وَالْبَيْعَ وَالْعَهْدَ فَانْعَقَدَ. والعَقْدُ: الْعَهْدُ، وَالْجَمْعُ عُقود، وَهِيَ أَوكد العُهود. وَيُقَالُ: عَهِدْتُ إِلى فلانٍ فِي كَذَا وَكَذَا، وتأْويله أَلزمته ذَلِكَ، فإِذا قُلْتَ: عَاقَدْتُهُ أَو عَقَدْتُ عَلَيْهِ، فتأْويله أَنك أَلزمته ذَلِكَ بِاسْتِيثَاقٍ. وَالْمُعَاقَدَةُ: الـمُعَاهَدَةُ. وَعَاقَدَهُ: عهده. وَتَعَاقَدَ الْقَوْمُ: تَعَاهَدُوا"[4].

وهكذا نجد أن العقد في اللغة نقيض الحَلِّ، ويطلق على التأكيد والإلزام.

المطلب الثاني: تعريف العقد اصطلاحاً:

من خلال البحث يتبين أن للعقد في الفقه الإسلامي معنى عام وآخر خاص:

المعنى العام: هو كل ما ينتج التزاماً، سواء كان هذا الالتزام ناشئاً عن اتفاق بين طرفين أو كان نتيجة لإرادة الشخص الواحد بأن يعزم على إنشاء التزام شرعي معين يُلزِم نفسه الوفاء به، كالوقف والوصية واليمين[5].

---

(١) . تاج العروس للزبيدي مادة (عَقَد).

(٢) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (عَقَد)؛ القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة (عَقَد).

(٣) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (عَقَد).

(٤) . لسان العرب لابن منظور مادة (عَقَد)؛ وانظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة (عَقَد).

(٥) . لم يعرِّف الفقهاء القدماء العقد بمعناه العام بشكل صريح، بل قام المعاصرون بذلك استناداً لما ذكره الفقهاء في فروعهم. انظر: النظريات الفقهية، أ.د فتحي الدريني (٢٥٠)؛ المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط٢، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م (١/ ٣٨٠).

ومن هذا المعنى العام ما ذكره الجصاص[1] من فقهاء الحنفية حيث قال: "العقدُ ما يعقِده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقِد على غيره فعلَه على وجه إلزامه إياه،... فيُسمَّى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه التمامَ عليه والوفاءَ به، وسمِّي اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك، والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه على كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه، وكذلك العهد والأمان لأنَّ معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وإيجاب القرب"[2].

ومن هنا يقول الزركشي في أنواع العقد: "عقد ينفرد به العاقد، وعقد لا بد فيه من متعاقدين"[3].

ومن هذا النوع ما يقوله الألوسي[4] في تفسير قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ١﴾ [المائدة:١]: "واختار بعضُ المفسرين أن المرادَ بها ما يعمُ جميع ما ألزمه الله تعالى عبادَه وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به"[5].

وهذا المعنى العام أخذاً بالمعنى اللغوي؛ إذ العقد لغة كما أسلفت هو نقيض الحِلِّ، وهو التأكيد والإلزام، فكل ما يُلزِم به المرء نفسه يسمى عقداً في اللغة، وكذلك في الاصطلاح الشرعي.

---

(١) . هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ولد عام ٣٠٥هـ، وقد انتهت إليه رياسة الحنفية في بغداد، درس على كبار الحنفية كأبي الحسن الكرخي وغيره، كان زاهدًا ورعًا جمع إلى العلم الصلاح والتقوى، من كتبه (شرح مختصر الطحاوي) و(أصول الفقه)، توفي سنة ٣٧٠هـ، وقيل ٣٧٢هـ. انظر: الجواهر المضية في تراجم الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن أبي الوفاء القرشي (١/ ٢٢٠)؛ طبقات المفسرين لأحمد بن محمد الأدنروي، مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة، ط١، ١٩٩٧م، ت:سليمان بن صالح الخزي (١٤٤)؛ الأعلام للزركلي(١/ ١٧١).

(٢) . أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٢٨٥).

(٣) . المنثور للزركشي (٢/ ٣٩٧).

(٤) . هو أبو الثناء محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، شهاب الدين، ولد عام ١٢١٧هـ، مفسر محدث أديب، من المجددين من أهل بغداد، مولده ووفاته فيها، كان مجتهداً آثر العزلة، فانقطع للعلم، من كتبه: (روح المعاني) في التفسير، و(مقامات) في التصوف والأخلاق، توفي سنة ١٢٧٠هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٧/ ١٧٦)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (١٢/ ١٧٥).

(٥) . روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لمحمود الألوسي أبي الفضل، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط، (٦/ ٤٨).

المعنى الخاص: ومن تعريفات العقد بمعناه الخاص ما يأتي:

عرَّف الفقهاء العقد بتعريفات متقاربة، أسوق بعضها لأصل للتعريف الراجح.

يقول الجرجاني[1] في تعريفه للعقد: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"[2].

وعرف البابرتي[3] من الحنفية الانعقاد بأنه: "تعلُّق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"[4].

وعرف الزركشي العقد بأنه: "ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والنكاح وغيرهما"[5].

وفي مجلة الأحكام العدلية تعريف العقد بأنه: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"[6].

ويلاحظ المدقق في تلك التعريفات أن العقد يضم ثلاثة أمور، بيَّنها ابن نجيم بقوله: "والحق أن العقد مجموع ثلاثةٍ: الإيجاب والقبول والارتباط الشرعي"[7].

إلا أن تعريف البابرتي وتعريف المجلة أكمل من غيرهما؛ حيث ذكرا أمراً زائداً عن التعريفات الأخرى، وهو ثبوت أثر الارتباط بين الإيجاب والقبول في المحل.

---

(١) . هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، ولد عام ٧٤٠هـ، من فقهاء الحنفية، وكبار علماء اللغة والمنطق، أغلب مؤلفاته في علوم المنطق والكلام، كشرحه لمواقف الإيجي، والكبرى والصغرى في المنطق. وقد التقى بأكمل الدين البابرتي صاحب العناية شرح الهداية، فقرأ عليه كتابه في الفقه الحنفي العناية، وغيره من العلوم، توفي سنة ٨١٦هـ. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي الهندي، دار الكتاب الإسلامي-القاهرة، د.ط، عني بتصحيحه والتعليق عليه: محمد بدر الدين النعساني (١٢٧)؛ الأعلام للزركلي (٥/ ٧).

(٢) . التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي – بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ت: إبراهيم الأبياري (١٩٦).

(٣) . هو محمد بن محمد أكمل الدين البابرتي، ولد عام ٧١٤هـ، من فقهاء الحنفية، ورعٌ ساد وأفتى وأفاد، نسبته إلى بابرتي –قرية قريبة من بغداد أو في تركيا- له مؤلفات منها (شرح المنار) و(شرح مختصر ابن الحاجب)، توفي في مصر ليلة الجمعة، سنة ٧٨٦هـ. انظر: تاج التراجم في طبقات الحنفية لزين الدين أبي العدل قاسم بن قطلوبغا (ت: ٨٧٩هـ)، دار القلم- دمشق، ط١، ١٤١٣ هـ ، ١٩٩٢ م، ت: محمد خير رمضان يوسف (٢/ ٨٦)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ٤٢).

(٤) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٢٤٨)؛ وانظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٨٣).

(٥) . المنثور للزركشي (٢/ ٣٩٧).

(٦) . مجلة الأحكام العدلية للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الدولة العثمانية، مكتبة نور محمد كارخانه تجارتِ كتب- إيران، د.ط (٢٩).

(٧) . البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٨٧).

ولكن تعريف المجلة أرجح؛ لأن تعريف البابرتي قصر الصيغة المنشئة للعقد على الكلام، مع أن الانعقاد قد يتم بغير ذلك من وسائل التعبير عن الإرادة كالمعاطاة.

فمعنى **الارتباط** هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر تعلقاً حُكمِياً أو اعتبارياً.

وذلك الارتباط يتم من خلال **الإيجاب والقبول** الذين يعبران عن إرادة كل منهما في إنشاء العقد.

فالإيجاب: عند الحنفية[1] هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين بصيغة صالحة لإفادة العقد، أما **القبول** فهو ما صدر ثانياً من الطرف الآخر مما يدل على إرادته الجازمة في الموافقة على كل ما تضمنه الإيجاب.

في حين ذهب الجمهور[2] إلى أن الإيجاب ما دل على التمليك (كقول البائع: بعتُك) وإن صدر آخراً، والقبول مـــا دل على التملُّك (كقول المشتري: اشتريتُ منك) وإن صدر أولاً.

أما كون الارتباط **على وجه مشروع** فلإخراج الارتباط الذي يكون على وجه غير مشروع كعقد الربا، وكالاتفاق على القتل أو الإتلاف.

وأما معنى الأثر في قوله **"يثبت أثره في محله"** فيعني الحكم الأصلي للعقد-أو النتيجة- الذي رتبه المشرع الحكيم على كل عقد؛ إذ لكل نوع من العقود أثر خاص يميزه عن غيره، كنقل الملكية بعوض في عقود البيع، وبغير عوض في الهبة، والتوثيق في عقد الرهن وهكذا[3].

وأما **المحل** فهو المعقود عليه، ويختلف باختلاف العقود، كالمبيع في عقد البيع، والمنفعة في عقد الإجارة.

ومثال ما لا يظهر أثره في محله: العقد الباطل عند الحنفية، والفاسد والباطل عند الجمهور[4].

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٨٧)؛ شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٣/ ١٩٠)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٣).

(٢) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٨)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٦)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٤/ ٤٣٥)؛ الشرح الكبير للرافعي (٨/ ١٠٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٩)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن شهاب الدين الرملي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م (٣/ ٣٧٣)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٤٦).

(٣) . ويطلق على هذا الأثر: الأثر النوعي، ويسمى موضوع العقد ومقصود العقد كما سأفصله لاحقاً، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٤٨١)؛ المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٣)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، دار المنهاج- دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ت:أ.د. عبد العظيم محمود الدّيب (٥/ ٣٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٤٣).

(٤) . وسيأتي الفرق بين الفاسد والباطل ص١٨١من هذه الأطروحة.

فإذا قال شخص لآخر: بعتُ منك هذا الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر: اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعاً، ثبت أثر البيع في محله (وهو الكتاب هنا)، وهو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القانونيين عرَّفوا العقد بأنه: اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني[2]. أو هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها[3].

وبعض القانونيين يجعلون الاتفاق أعم من العقد والعقد أخص منه، فالاتفاق هو توافق إرادتين على إحداث أي أثر قانوني، إنشاءً كما في البيع، أو نقلاً كما في الحوالة، أو تعديلاً كما في إضافة أجل جديد للالتزام، أو إنهاءً كما في الوفاء، في حين أن العقد هو أخص من ذلك فهو اتفاق بين إرادتين على إنشاء التزام فحسب[4].

إلا أن هذا التفريق مرجوح لا أهمية له، لذا درج القانونيون على استعمال لفظي الاتفاق والعقد كمترادفين[5].

وبالنظر إلى معنى العقد عند الفقهاء ومعناه عند القانونيين يتبين أن التعريف الفقهي أرجح من القانوني؛ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً من وجهة نظر الشريعة؛ لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل.

---

(١) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي، دار الفكر-بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م (٤/ ٨١).

(٢) . شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام لمحمد وحيد الدين سوار، المطبعة الجديدة دمشق ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م (١/ ٢٤).

(٣) . الوسيط في شرح القانون المدني د.عبدالرزاق السنهوري، دار التراث العربي- بيروت، د.ط (١/ ١٣٧)؛ العقد في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالقانون الوضعي- د.عباس حسني محمد، المعهد العالي للقضاء-الرياض، ط١، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م (٣٣).

(٤) . انظر: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام لمحمد وحيد الدين سوار (٤١)؛ الوسيط في شرح القانون المدني د.عبد الرزاق السنهوري (١/ ١٣٧).

(٥) . انظر: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام لمحمد وحيد سوار (٤٢).

ثمَّ إن مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدل على وجود العقد، وتظل الإرادة حينئذ أمراً خفيّاً غير معروف؛ وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد[1].

المطلب الثالث: بيان أنواع العقد:

إن أنواع العقود كثيرة متعددة، تختلف باختلاف حيثيات التقسيم:

فبالنظر إلى محل العقد تنقسم إلى عقود مالية وعقود غير مالية، وبالنظر إلى اللزوم وعدمه تنقسم إلى عقود لازمة وعقود غير لازمة كما سيأتي بيانه في هذا المطلب.

وبالنظر إلى غاية العقد والغرض منه تنقسم إلى عقود تمليك وعقود حفظ[2] وعقود توثيق[3] وعقود مشاركة[4]، وعقود التمليك تنقسم بدورها إلى عقود تبرع وعقود معاوضة[5].

وبالنظر إلى الحكم الشرعي تنقسم إلى عقود صحيحة وعقود غير صحيحة. والعقود غير الصحيحة تنقسم عند الحنفية إلى عقود باطلة وعقود فاسدة.

وبالنظر إلى ورود تسمية في الشرع لعقد معين أو عدمه تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة.

ولن أستفيض في بيان كل تلك الأقسام بأنواعها فإنَّ ذلك يحتاج إلى وقت وجهد ليس هذا محله، ويخرج بنا عن مقصد البحث، ويكفيني من ذلك الإشارة بإيجاز إلى أهم تلك الأنواع، وسيأتي تفصيل بعضها في ثنايا البحث مما يخدم الغرض المنشود.

---

(١) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي (٤/ ٨٢)؛ العقد في الفقه الإسلامي د.عباس حسني محمد (٣٥و٣٧).

(٢) . ومثالها الوديعة؛ إذ هي عقد غرضه حفظ العين لصاحبها. انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٤٨٤)؛ حاشية الخرشي (٦/ ١٠٨)؛ نهاية المحتاج للرملي (٦/ ١١٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٦).

(٣) . ومثالها الرهن؛ إذ هو عقد غرضه توثيق الدين، ولذا عبروا عنه بأنه "وثيقة بحق" أو "بدين". انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده (٤/ ٢٦٩)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٧).

(٤) . وعقود المشاركة كثيرة نص عليها الفقهاء، أجمعوا على صحة بعضها كشركة العنان، واختلفوا في بعضها كشركة الوجوه. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٨٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٦/ ٢٤٨)؛ البيان للعمراني (٦/ ٣٦٥)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٩).

(٥) . وهذا ما يقصده الفقهاء بقولهم: "العقود التي تنتقل بها الأملاك تنقسم على قسمين: بعوض وعلى غير عوض". المقدمات الممهدات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨م (٢/ ٤٠٩)؛ وانظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٦٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٣٤).

أولاً: أقسام العقد من حيث المحل:

١- **العقد المالي:** هو الذي يقصد به المال، كما يقول الدمياطي[١] من الشافعية: "العقد المالي: أي الذي قصد منه المال"[٢].

سواء قصد به **العين** بنقل ملكيتها بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة، أو كان غرض العقد **التوثيق** كالرهن[٣].

ويدخل تحت العقد الذي قصد به المال العقود الواردة على **المنافع** بالإضافة إلى **الأعيان**؛ إذ المنافع أموال عند الجمهور، وتلحق بالأموال عند الحنفية للحاجة[٤] كعقد الإجارة فهو عقد مالي كذلك[٥].

وكذلك يدخل تحت العقود المالية عقد الشركة –بأنواعها– إذ المقصود بها المال من الطرفين[٦].

٢- **العقد غير المالي**: هو العقد الذي لم يُقصد به المال، كأن قصد به العمل بدون مقابل كعقد الوصاية[٧]، أو قُصد به الكف عن عمل ما كعقد الهدنة[٨] بين المسلمين وغيرهم.

---

(١) . هو أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، لم تذكر وفاته على وجه الدقة، ولكن كان حياً عام ١٣٠٠هـ، فقيه متصوف مصري، من كتبه (القول المبرم) في المواريث، و (الدرر البهية فيما يلزم المكلف من العلوم الشرعية)، توفي بعد ١٣٠٢هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٤/ ٢١٤).

(٢) . إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣١٤).

(٣) . انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٦٥)؛ حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج (٤/ ٢١٨)؛ المنثور للزركشي (٢/ ٤٠٢)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/ ٢٢٧).

(٤) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ١٦٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٦)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٢٢٤)؛ تحفة المحتاج للهيتمي (٦/ ١٢٤)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٦).

(٥) . انظر: المنثور للزركشي(٢/ ٤٠٢).

(٦) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٧٩)؛ المنثور للزركشي(٢/ ٤٠٢)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٩).

(٧) . ويسميه الفقهاء الإيصاء أيضاً، وهو إثبات تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، كقضاء دين ورد مغصوب. انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (١٠/ ٤٩٧)؛ المقدمات الممهدات لابن رشد (٣/ ١١٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٦/ ٩٨)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٣٩٣).

(٨) . عقد الهدنة: عرفه الشافعية بأنه مصالحة أهل الحرب على ترك القتال مدة معينة بعوض أو بغير عوض، ولا يختلف المعنى عند سائر الفقهاء، والحنفية يسمون الهدنة بالموادعة. انظر: البناية شرح الهداية لمحمود بن أحمد بدر الدين العيني دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م (٧/ ١١٤)؛ إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك لعبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي المالكي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي-مصر، ط٣، (٥٢)؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا بن محمد الأنصاري، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط، (٤/ ٢٢٤)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٢/ ٥٨٥).

ويدخل في العقد غير المالي عقد النكاح[1].

ثانياً: أقسام العقد من حيث اللزوم وعدمه:

١- العقد اللازم: وهو ما لا ينفرد أحد المتعاقدين بحق فسخه[2]، كعقد البيع؛ إذ لا بدَّ من اتفاق الطرفين على فسخه ولا يستطيع أحدهما فسخه بإرادته المنفردة[3].

٢- العقد غير اللازم: وهو ما يثبت فيه حق الفسخ لأحد الطرفين كالرهن بعد القبض، فهو لازم للراهن، غير لازم للمرتهن، أو لكليهما معاً كالمضاربة قبل الشروع في العمل[4].

ثالثاً: أقسام العقد من حيث الصحة وعدمها:

١- العقد الصحيح: وهو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، بحيث يكون مستجمعاً لكل مقومات وجوده، من أركان وصفات، كالبيع الصادر من أهله الواقع على محل يقره الشرع، بإيجاب وقبول معتدٍ بهما شرعاً، فهذا عقد صحيح يترتب عليه أثره كاملاً من نقل ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع[5].

٢- العقد الباطل: وهو ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، وحكم العقد الباطل أنه لا يترتب عليه أي أثر، ولا يفيد الملك، ولو اتصل بالقبض، ومثاله بيع الميتة[6].

٣- العقد الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، ويفيد الملك عند اتصال القبض به[7]، وهذا القسم القسم عنـــد الحنفية دون الجمهور[8].

---

(١) . انظر: المنثور للزركشي(٢/ ٤٠٢)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٥٧١)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٣١٥).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع (للكاساني ٥/ ٢٧١)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٧٥)؛ المنثور للزركشي (٢/ ٤٠٠).

(٣) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٢٥٧)؛ منح الجليل شرح مختصر خليل (٤/ ٤٣٥).

(٤) . انظر: حاشية الخرشي على مختصر خليل (٦/ ٢٢٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٧٥)؛ المنثور للزركشي (٢/ ٤٠٠).

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١١)؛ تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر- بيروت، د.ط، (٢/ ٣٣٩)؛ المحصول للرازي (١/ ١١٢)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/ ٢٣٥).

(٦) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٧)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٧٣)

(٧) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١١)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٧٣)؛ المحصول للرازي (١/ ١١٢).

(٨) . فالقسمة ثنائية عند الجمهور إذ الباطل والفاسد عندهم سيان. وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ص١٨١من هذه الأطروحة.

يقول سعد الدين التفتازاني[1] من الشافعية مبيناً الأقسام التي ذكرتها: "الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم، والفاسد ما كان مشروعاً في نفسه فائتَ المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة، والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون"[2].

ثم نبَّه بعد ذلك أنَّ القسمة ثنائية عند الجمهور؛ إذ الباطل والفاسد بمعنى واحد عندهم، فلا فرق بينهما، أمَّا الحنفيَّة فأضافوا الفاسد على التفصيل الذي ذكرته.

المطلب الرابع: الفرق بين العقد والتصرُّف:

أولاً: تعريف التصرُّف لغة واصطلاحاً:

التصرُّف في اللغة بمعنى التقلُّب في الأمور والسعي في طلب الكسب[3].

أما التصرُّف في الاصطلاح: فلم يعرِّفه الفقهاء المتقدمون بشكل صريح، ولكن يُفهم من كلامهم أنَّ التصرف هو ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب عليه الشرع أثراً معيَّناً[4].

أمَّا تعريفه عند العلماء المعاصرين فهو: "كلُّ ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا"[5].

ثانياً: أنواع التصرُّف وصلته بالعقد: للتصرف قسمان هما:

---

(١) . هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، ولد عام ٧١٢هـ، من أئمة العربية والبيان والمنطق، وله تصانيف في شتى العلوم ومنها أصول الفقه والفقه، من مؤلفاته (حاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب) في الأصول، وله كتاب في فروع الشافعية لم يطبع بعد، عنوانه (المفتاح). توفي سنة ٧١٩هـ. انظر: الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة لابن حجر العسقلاني، دار الجيل- بيروت، ط١٤١٤هـ، ١٩٩٣م (٤/ ٣٥٠)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ٢١٩).

(٢) . شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (٢/ ٢٥٧).

(٣) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (صرف)؛ القاموس المحيط للفيروز أبادي مادة (صرف).

(٤) . انظر على سبيل المثال: المبسوط للسرخسي (٢/ ١٦٠)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٨٩)؛ المجموع للنووي (٧/ ١٢٦)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٤١).

(٥) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي (٤/ ٨٣)؛ الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (١٠٥).

١- التصرُّف الفعلي: وهو ما كان منشؤه فعل الإنسان لا قوله، وهو إمَّا أن يكون مشروعاً كقبض المبيع وإحراز المباحات، وإمَّا أن يكون غير مشروع كالغصب[١] وإتلاف مال الغير بغير حق[٢].

٢- التصرُّف القولي: وهو ما كان منشؤه اللفظ أو ما يقوم مقامه كالكتابة والإشارة، وهو على نوعين:

أ- تصرّف قولي عقدي: وهو الذي يتمُّ باتفاق إرادتين على إحداث أثر معين في محل قابل للحكم شرعاً، وهذا النوع هو ذاته العقد بمعناه الاصطلاحي الخاص[٣].

ب- تصرُّف قولي غير عقدي: وهو ما يكون منشؤه الإرادة المنفردة، وهذا النَّوع إمَّا أن يقصد به هو مجرد إخبار بحق كالدعوى والإقرار[٤]، أو يقصد به إنشاء حق أو إنهاؤه كالوقف والطلاق والإبراء[٥].

وهكذا نجد من خلال عرض أقسام التصرف، وأنواع كلِّ قسم أن العقد أخصُّ من التصرف؛ فالعقد هو التصرف القولي الذي لا يتمُّ إلا باتفاق إرادتين على إحداث أثر في محل قابل له شرعاً، وبذلك يكون بين التصرف والعقد بمعناه الخاص عموم وخصوص مطلق، فكل عقد هو تصرف ولا عكس، والعقد المالي هو أحد أنواع العقود: وهو العقد الذي يقصد به المال، وقد يكون وارداً على تمليك العين (بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة)، وقد يرد على المنفعة (بعوض كعقد الإجارة أو بغير عوض كالعارية)، وقد يراد منه التوثيق (كالرهن والكفالة)، وقد يراد منه المشاركة لتحقيق الربح (كعقود الشركات).

---

(١) . فالغصب هو فعل لا قول، وهو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده؛ وقد رتَّب الفقهاء عليه آثاراً كثيرة. ولذا فهو تصرُّف فعليّ. انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١١/ ١٨١)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢٧٣)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ١٤٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٧٦).

(٢) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي (٤/ ٨٣)؛ الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (١٠٦).

(٣) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي (٤/ ٨٣)؛ الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (١٠٦).

(٤) . فالدعوى هي إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به، أمَّا الإقرار فهو إخبار عن وجوب حق على نفسه لغيره. انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٥٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٦/ ٤١٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ٢٨٥)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٨/ ٢٤٨).

(٥) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي (٤/ ٨٣)؛ الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (١٠٦).

الباب الأول: التأصيل الفقهي لتعدد القصود

وفيه الفصول الآتية:

الفصل الأول: مفهوم تعدد القصود والأعمال التي يؤثر فيها

الفصل الثاني: أقسام القصود في العقود المالية

الفصل الثالث: الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية

الفصل الرابع: حكم صحة العقد المالي الذي تعددت فيه القصود

من المعلوم بداهةً أنَّ أيَّ مصطلح في أي علم من علوم الشريعة لا ينضج إلا بتوارد أفهام أهل الاختصاص عليه، ومرور وقت على نشوئه، وهذا مكمن الصعوبة في هذا البحث، حيث إنَّ الفقهاء لم يتناولوا تأصيل "تعدد القصود" في أيِّ باب من أبواب الفقه، بل إنَّهم لم يذكروا هذا المصطلح إطلاقاً، ولذا كان التأصيل الفقهيّ لتعدُّد القصود في العقود المالية –وفي غيرها– أمرٌ على غاية من الصعوبة.

وبما أنَّ الفقهاء لم يذكروا مصطلح تعدد القصود، ولم يتناولوا تأصيلَه –من باب أولى– فكان لا بد من الرُّجوع إلى الأمثلة المتعلقة بالقصد والمصطلحات المتصلة به كالنية –وقد اتضحت الصلة بينهما في الفصل التمهيدي– للاستفادة منها في عملية التأصيل، وهذا يعني أنَّ التأصيل الفقهي لتعدُّد القصود لا يتمُّ إلا من خلال التطبيقات المنثورة في أبواب الفقه –ولاسيما أبواب العقود المالية التي تعد الأساس في هذه الدراسة– ومن هنا لا يمكن التحرُّز عن تناول الأثر في الباب التأصيلي في بعض المواضع؛ لأن ذلك الأثر لتعدد القصود والمتمثل بالأمثلة المستقرأة يعدُّ منطلقاً مهمّاً في عملية التأصيل.

ولا بد من الإشارة إلى أنَّ هذا الباب التأصيلي منصبٌّ أساساً على تأصيل تعدد القصود في العقود المالية إلا أنَّ من الضروري تناول مفهوم تعدد القصود في أشهر أبواب الفقه التي يستنبط منها اهتمام الفقهاء بتعدد القصود في الفروع الفقهية، واستعراض الأعمال التي يظهر فيها أثر لتعدد القصود، ولذا لم تقتصر الدراسة في هذا الباب **في الفصل الأول منه** على تعدد القصود في العقود الماليَّة بل تناولت ذلك المفهوم بشكل عام، مع بيان عرض موجز لأهم الأعمال التي تتأثر بتعدد القصود، وقد شكل الفصل الأول **منطلقاً للفصول الأخرى في هذا الباب التي اختصت ببيان تعدد القصود في العقود المالية** بشكل أساسي.

وبعد هذا البيان أنتقل إلى دراسة مفهوم تعدد القصود واستعراض الأعمال التي يؤثر فيها، وذلك في الفصل الأول الآتي.

الفصل الأول: مفهوم تعدد القصود والأعمال التي يؤثر فيها

الغرض من هذا الفصل بيان مفهوم تعدد القصود في أهمِّ أبواب الفقه، واستعراض الأعمال التي تظهر فيها أهمية تعدُّد القصود، إذ ليس لتعدد القصود دورٌ مهمٌ في كلِّ الأعمال؛ حيث إنَّ هناك بعض التصرُّفات لا تتأثر بتعدد القصود إلا استثناء، وهناك تصرفات أخرى تتأثر بتعدد القصود بشكل كبير، ومن خلال هذا الاستعراض يتضح مفهوم تعدُّد القصود في العقود المالية، ويتمُّ الإجابة عن السؤال الآتي: هل العقود المالية من التصرُّفات التي يتسع فيها أثر تعدد القصود أم لا؟ وبيان ذلك في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم تعدد القصود عند الفقهاء

المبحث الثاني: الأعمال التي يؤثر فيها تعدد القصود

المبحث الأول: مفهوم تعدد القصود عند الفقهاء:

سبق بيان معنى القصد كلفظٍ مفرد، وفي هذا المبحث بيان لمعنى تعدد القصود مركَّباً، وذلك من خلال دراسةٍ موجزةٍ لاهتمام الفقهاء بمسألة تعدد القصود في أهمِّ أبواب الفقه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم تعدد القصود في غير أبواب العقود الماليَّة

المطلب الثاني: مفهوم تعدد القصود في العقود الماليَّة

لا بد من بيان أنَّ الفقهاء استخدموا لفظة التعدُّد، ولم يخرجوا بها عن المعنى اللغوي، الذي يدلُّ على الكثرة والزيادة على الواحد، فأصل التعدُّد لغةً من العدِّ، "العَدُّ إِحْصاءُ الشيءِ، عَدَّه يَعُدُّه عَدّاً وتَعْداداً وعَدَّةً وعَدَّدَه"[1].

والفقهاء استخدموا التعدُّد بالمعنى السابق، وهو ما يقابل الوحدة والإفراد، وعباراتهم في ذلك مستفيضة، إلا أنني أذكر من كلِّ مذهب نصاً يؤيِّد ما ذكرت.

يقول البابرتي: "الاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد"[2].

ويقول الخرشي: "التعدُّد ...جعل [السهم أو النصيب] الواحد في المال اثنين"[3].

ويقول الجويني[4]: "الاتحاد ينافي التعدُّدَ"[5].

ويقول ابن مفلح: "ما يقتضي التعدُّد، كأجلين.. أو صفتين"[6].

وقد اشتهر استخدام الفقهاء للفظ (التعدد) مركَّباً مع غيره في بعض العبارات منها: (تعدد الزوجات)[7]، (تعدد الكفارات)[8]، و(تعدد الجنايات)[9]، وذلك ليدلُّوا على ما يزيد على الواحد في كلِّ ما أضيف له لفظ التعدُّد.

---

(١) . لسان العرب لابن منظور مادة (عَدَد).

(٢) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٧٢).

(٣) . حاشية الخرشي (٦/ ٣٧).

(٤) . هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني الملقب بإمام الحرمين، ولد عام ٤١٩هـ، شافعي المذهب، أجمعوا على فضله وإمامته شرقاً وغرباً، له مؤلفات كثيرة، منها (نهاية المطلب في المذهب) و(الشامل في أصول الدين)، توفي سنة ٤٧٨هـ.انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥/ ١٦٥)؛ سير أعلام النبلاء للذهبي (١٨/ ٤٦٨).

(٥) . نهاية المطلب للجويني (١/ ٥٥).

(٦) . المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٨/ ٤٠١).

(٧) . انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده (١/ ٣٧٤)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي(ت١١٢٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٢/ ٢٢).

(٨) . انظر: الذخيرة للقرافي (٤/ ١٧)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١٣٥).

(٩) . انظر: حاشية الخرشي (٨/ ٤٨).

المطلب الأول: مفهوم تعدد القصود في غير أبواب العقود الماليَّة:

لم يتعرَّض الفقهاء لتعريف تعدُّد القصود كمصطلح مركَّب بشكل صريح في أيِّ باب من أبواب الفقه سواء في العقود أو في غيرها –فيما اطَّلعت عليه– إلا أنَّهم اهتمُّوا بمسألة وجود أكثر من قصد في الفروع الفقهيَّة إذا لزم من ذلك أثرٌ معيّن في الفعل.

وفي هذا المطلب أعرض بإيجاز أهمَّ المواطن التي اهتمَّ الفقهاء فيها بتعدُّد القصود في أبواب الفقه من غير العقود الماليَّة (وهي العبادات –وتعدُّ من أهمِّ الأبواب التي اهتم الفقهاء بتعدد القصود فيها– ثمَّ النكاح من خلال بعض الأمثلة التي ذكروها)، لأصل إلى مفهوم تعدد القصود في تلك الأبواب.

أولاً: تعدد القصود في العبادات:

من خلال الاستقراء والأمثلة التي ستأتي خلال البحث يتبيَّن أنَّ مفهوم تعدُّد القصود الذي اهتمَّ به الفقهاء في العبادات هو: **أن ينوي المكلّف فعل العبادة بحد ذاته وأن تتجه إرادته إلى تحقيق أمر آخر زائد على نية الفعل ممَّا يؤثر في العبادة (من ناحية حكمها التكليفي أو ناحية الصحة والبطلان).**

فكلامهم عن تعدُّد القصود في العبادات يستنبط من عدة مسائل أهمُّها:

– عندما وضعوا ضابطاً **لتعدد القصود غير المؤثر في صحة العبادة**، وهو ما عبَّر عنه الزركشيُّ بقوله: [ما يحصل ضمناً إذا تعرَّض له [المكلف في قصده] لا يضرُّ][1].

وذكروا من أمثلة هذا الضابط: من يتوضَّأ بقصد رفع الحدث وبقصد التبرد[2].

–ويظهر **كذلك تعدد القصود في كلامهم** عندما بيَّنوا أنَّ قصد ما يحصل ضمناً، وإن كان لا يضرُّ في الصحة إلا أنَّه مما يُذهب الأجر أو ينقصه[3].

---

(١) . المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ١٤٧). وهو مفاد كلام ابن قدامة: "وإن نوى بطهارته رفع الحدث وتبريد أعضائه صحت طهارته؛ لأن التبريد يحصل بدون النية فلم يؤثر هذا الاشتراك، كما لو قصد بالصلاة الطاعة والخلاص من خصمه". المغني لابن قدامة (١/ ١٢٢).

(٢) . سيأتي تفصيلها ص ٦٣ من هذه الأطروحة.

(٣) . غمز عيون البصائر للحموي (١/ ١٤٥)؛ الفروق للقرافي (٣/ ٤٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣)؛ حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١/ ١٩٦)؛ وانظر: مغني المحتاج للشربيني (١/ ١٧٠)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (١/ ١٣٧)؛ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الفكر – بيروت، د.ط (١/ ٣٩)؛ الفروع لابن مفلح (١/ ٣٤٥).

-وكذلك **يظهر تعدد القصود في العبادات** في كلام الفقهاء عندما بيّنوا حصول الإثم بالاتفاق[1] على من قصد نيَّة العبادة بحد ذاتها وقصد من عبادته أمراً آخر يناقض قصد الشارع في تشريعه للعبادات، كقصد مراءاة الناس أو الحصول على مكسبٍ دنيوي، وكذلك **يظهر كلامهم عن تعدد القصود** في هذه المسألة عندما اختلفوا في صحة العبادة التي جمعت بين قصد فعل العبادة وقصد الرياء، فالحنفية[2] ذهبوا إلى صحتها مع الإثم، والجمهور[3] إلى بطلانها.

-كما **يتضح اهتمام الفقهاء بتعدد القصود في العبادات** في مسألة مهمَّة فصَّلوها في كتبهم وهي مسألة **الجمع بين أكثر من نية عبادة في فعل واحد**، فعلى سبيل المثال: بيَّنوا جواز الجمع بين صلاة تحيَّة المسجد وصلاة أخرى أياً كانت[4]، وأجمعوا على عدم صحة الجمع -من حيث الأصل- بين فرضين في فعل واحد [5]، ويصح استثناء في حالات نادرة[6].

ويظهر من خلال تلك الأمثلة ما يأتي:

---

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (٣١/ ٨٦)؛ بدائع الصنائع للكاساني (١/ ١٢٩)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٢/ ١٣٨)؛ الذخيرة للقرافي (١/ ٤٧)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٧٦)؛ الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، دار عالم الكتب- الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ت: هشام سمير البخاري (٢٠/ ١٤٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦/ ١٧).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (١/ ٤٤٧)؛ غمز عيون البصائر للحموي(١/ ٦٨).

(٣) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٠)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٧٦)؛ الفروع لابن مفلح (١/ ٣٤٥)؛ مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٦/ ٣٠).

(٤) . فقد ذهب الجمهور إلى صحة الصلاة بالقصدين معاً، وعلة ذلك أن ركعتي التحية ليستا مرادتين لذاتهما؛ إذ القصد منهما تمييز المساجد عن سائر البيوت. وخالف محمد بن الحسن الجمهور فذهب إلى بطلان كلٍ من التحية والصلاة الأخرى. انظر: حاشية ابن عابدين (٢/ ١٩)؛ حاشية الخرشي (٢/ ٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (١/ ١٥٠)؛ الفروع لابن مفلح (٢/ ٩٦).

(٥) . كالجمع بين الظهر والعصر في صلاة واحدة. يقول ابن نجيم: "لو نوى صلاتي فرض كالظهر والعصر لم تصحا اتفاقاً". انظر: البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٩٦)؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم (٤٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٢٦٤)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (١/ ٥٥٠).

(٦) . كأن ينوي الغسل الواجب والوضوء معاً، فإنهما يحصلان عند جمهور الفقهاء وعلى الأصح عند الشافعية. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٤٠)؛ شرح مختصر خليل (١/ ١٧٥)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ١٣٩)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (١/ ١٢٣)؛ المبدع لابن مفلح (١/ ١١٩)؛ الإنصاف للمرداوي (١/ ١٥٠).

أ- إنَّ الفقهاء **اهتموا بتعدُّد القصود في العبادات إن لزم من ذلك التعدد أثرٌ معيَّن،** من ناحية حصول الإثم أو نقص الأجر أو بطلان العبادة.

ب- إنَّ تعدد القصود في تلك الأمثلة **إمَّا أن يكون الجمع بين قصدين مباشرين** (كالجمع بين نية صلاتين في فعل واحد) **وإمَّا أن يكون اجتماع قصد غير مباشر مع القصد المباشر للعبادة** (كاجتماع قصد التبرد إلى نية الوضوء، أو اجتماع قصد الخلاص من الخصم إلى نية الصلاة).

ثانياً: تعدد القصود في النِّكاح:

يبدو تعدد القصود في كلام الفقهاء في باب النكاح في بعض المسائل التي **يترتب فيها أثر معين من انضمام قصد أمر زائدٍ على القصد المباشر لعقد النكاح، سواء من ناحية المشروعيَّة أو من ناحية أثر ذلك التعدد في صحة العقد، أو في الآثار الناجمة عن العقد بين أطرافه.**

وأضرب بعض الأمثلة التي يُستنبط منها اهتمام الفقهاء بتعدد القصود في النكاح وما يتصل به:

- **فيظهر تعدد القصود** في مسألة حكم نكاح الشغار، ويتضح ذلك من تعريفه؛ إذ يُعرِّف الفقهاء نكاح الشغار بأنَّه: أن يزوِّج الرجلُ ابنتَه على أن يزوِّجه الآخرُ ابنتَه ليس بينهما صداق[1].

فكل عاقد قصد تزويج من تحت ولايته، وقصد كذلك أن يتزوَّج ممن تحت ولاية الآخر.

ولست هنا بصدد بيان حكم هذا العقد وصوره فهي مفصَّلة في مظانّها[2]، ولكن يبدو **تعدد القصود** في هذه المسألة من خلال كلام العيني[3]: "وإذا زوَّج الرجلُ بنتَه على أن يزوجَه المزوَّجُ بنته، أو أخته؛ ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر **فالعقدان جائزان،** ولكل واحدة منهما مهر مثلها"[4].

---

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (٥/ ١٠٥)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ١٦٧)؛ المدونة الكبرى للإمام مالك (٢/ ٩٨)؛ البيان والتحصيل لابن رشد (٥/ ٦٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٣/ ٤٧٧)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٩/ ٢٧١)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٧/ ٢٢٥)؛ المبدع لابن مفلح (٦/ ١٤٩).

(٢) . إذ ذهب الحنفية إلى صحة النكاح ووجوب مهر المثل، وذهب الجمهور إلى عدم صحته على تفصيل بينهم. انظر المراجع السابقة.

(٣) . هو أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى ، بدر الدين العيني، ولد عام ٧٦٢هـ، فقيه حنفي، ولي في القاهرة الحسبة وقضاء الحنفية، كان مؤرخاً علامة، من كبار المحدثين، من كتبه (رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق) و(مباني الأخبار في شرح معاني الآثار) في الحديث، توفي عام ٨٥٥هـ. انظر: إكمال الكمال لابن ماكولا، دار الكتاب الإسلامي- القاهرة، د.ط (٦/ ٣٧١)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ١٦٣).

(٤) . انظر: البناية شرح الهداية للبابرتي (٥/ ١٥٧).

أي أنَّ في نكاح الشغار عقدين مقصودين من كلِّ عاقد جمعهما عقدٌ واحد، وهذه صورة من صور تعدد القصود في عقد النكاح.

وقد تناول الفقهاء تعدُّد القصود في هذه المسألة لأنَّه مؤثر في هذا النِّكاح، من ناحية الإثم بالاتفاق ومن ناحية جعل العقد فاسداً عند البعض[1].

-ويظهر كلام الفقهاء عن **تعدد القصود في باب النكاح كذلك** عند تناولهم لمسألة حكم النِّكاح بنيَّة الطلاق، وهو أن يتزوج امرأة وفي نيَّته طلاقها بعد فترة طالت أو قصرت[2].

فتعدد القصود في هذه المسألة واضح؛ إذ للعاقد قصد مباشر هو حل الاستمتاع وهو القصد المباشر لعقد النكاح، بالإضافة إلى قصدٍ آخر وهو أن يطلقها بعد فترة لغرضٍ في نفسه، وللفقهاء في ذلك تفصيل فيما لو صرح بقصده لطلاقها بأن اشترطه في الصيغة أو بقي ذلك القصد مضمراً في نفسه[3].

-ومن المسائل التي يظهر فيها اهتمام الفقهاء **بتعدد القصود في النكاح مسألة النكاح بقصد التحليل**، ومعنى ذلك: أن يتزوَّج الرجل امرأة وفي قصده أن يحلِّلَها لزوجها السابق الذي طلقها ثلاثاً[4].

فتعدد القصود في هذه المسألة ظاهر حيث انضمَّ إلى القصد المباشر لعقد النكاح قصدٌ آخر، وهو تحليل المرأة لزوجها السابق الذي بانت منه، وللفقهاء في هذه المسألة تفصيل، إذ فرّقوا بين حالة

---

(١) . يقول الدسوقي: "اُختلِف فيه، أي في صحته وفساده، لا في جوازه وعدم جوازه؛ إذ لا قائل بجواز نكاح الشغار". حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٣٩).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ١١٦)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٣/ ٣٠٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٤٢)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٦/ ١٥٤).

(٣) . فذهب جمهور الفقهاء-خلافاً للحنابلة- إلى صحة النكاح ما دام قصد الطلاق بعد فترة مضمراً، أما إن اشترط ذلك بالعقد فالجمهور على فساد النكاح سواء كان الوقت المحدد لطلاقها معلوماً أو مجهولاً، في حين ذهب زفر والشافعية في قول إلى صحة النكاح وبطلان الشرط. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ١١٦)؛ حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٣/ ٣٠٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٤٢)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٨/ ١٦٣)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٦/ ١٥٤).

(٤) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٤/ ١٨١)؛ الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني لصالح عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية- بيروت، د.ط (٤٦٢)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣)؛ نهاية المطلب للجويني (١٢/ ٤٠٢)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١).

التصريح بقصد التحليل في العقد، وبين حالة عدم التصريح، وكان اختلافهم من ناحيتين من ناحية الحكم التكليفي، ومن ناحية الصحة وعدمها[1].

والخلاصة: من خلال الأمثلة السابقة نجد أنَّ الفقهاء اهتمُّوا بتعدد القصود في باب النكاح إذا لزم من ذلك التعدُّد أثر في عقد النكاح (إمَّا من حيث المشروعيَّة وعدمها وإمَّا من حيث الصِّحة وعدمها وإمَّا من حيث الالتزامات الناتجة عن العقد بين أطرافه).

المطلب الثاني: مفهوم تعدد القصود في العقود المالية:

إنَّ تحديد مفهوم تعدد القصود في العقود المالية من أهمِّ المسائل التي يقوم عليها هذا البحث، ولكنَّ الصعوبة تكمن في عدم تناول هذا المفهوم بالدراسة والبحث بشكل صريح لا من قبل الفقهاء المتقدمين ولا المعاصرين.

وإنَّني سأذكر هنا معنى تعدُّد القصود في العقود الماليَّة من خلال الأمثلة التي استنبطتها من كتب الفقهاء من المذاهب الأربعة، والتي تعدُّ دراستها من صلب هذا البحث ولا سيما في الباب الثاني.

فالعقود الماليَّة بشكل عام شُرِعت لتحقيق مصالح العباد، ومصالح العباد مختلفة ومتعددة، وبناء عليه فكل عقد يجريه أطرافه يشتمل على قصود متعددة أهمُّها ما يمثل قصد الغرض الأساسي من ذلك العقد، وهو ما يسمِّيه الفقهاء بالأثر النوعي للعقد أو مقصوده الأصلي...[2]، إلا أنَّ العاقد لا يقتصر على مجرد هذا القصد، بل يتجاوزه ليقصد قصوداً أخرى في عقده قد تظهر بطريقةٍ ما (من خلال الصيغة أو العرف أو القرائن أو طبيعة المحلِّ) وقد تبقى دفينة في نفس صاحبها.

---

(١) . حيث ذهب الحنفية إلى الكراهة التحريمية وذهب الجمهور إلى حرمة العقد إن صرح في الصيغة بقصد التحليل، والعقد فاسد عند الجمهور، وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن النكاح صحيح. أما إن لم يصرِّح في العقد بقصد التحليل فالحنفية والشافعية على أن العقد صحيح، واختلفوا في الحكم التكليفي فذهب جمهور الحنفية والشافعية في المعتمد إلى أن العقد مكروه، وذهب بعض الحنفية إلى حصول الثواب للمحلل لأن قصده الإصلاح، أما المالكية والحنابلة فذهبوا إلى بطلان النكاح ولو كان قصد التحليل غير صريح في الصيغة ما دام أنَّ القرائن دالة عليه. انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٥٥)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ٢٥٩)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٧٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١).

(٢) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٢)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٤٨١)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٤١)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٨٥)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٣٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٤٣).

ولكنّ القصود الكثيرة التي لا أثر لها في العقد بأيِّ شكل لا يمكن حصرها ولا فائدة من تقصِّيها ولا سيما تلك القصود المضمرة؛ ولذا تخرج عن حدود هذا البحث.

وبناء عليه فإنَّ تعدّد القصود في العقود الماليَّة الذي تهتمُّ به هذه الدِّراسة هو: **توجُّه إرادة العاقد إلى قصدِ أمر زائدٍ عن قصد الآثار التي تثبت للعقد أصالةً، ممَّا يؤثر في العقدِ من حيث (مشروعيتُه أو تكييفُه أو الآثار الناتجة عنه كتغيير صفته من حيث اللزوم وعدمها وزيادة التزامات المتعاقدين أو إنقاصها أو إضافة الحقوق إلى غير أطرافه) –أي إلى غير أطراف ذلك العقد–.**

فبقولي (**توجه إرادة العاقد إلى قصد أمرٍ زائدٍ عن قصدِ الآثارِ التي تثبت للعقد أصالة**): يخرج عن نطاق البحث قصد الأمور التي تثبت بمجرد الصيغة مهما تعددت تلك الأمور: كما لو **قصد** المشتري تملُّك السلعة –وهو الأثر النوعي لعقد البيع، **وقصد مع ذلك** أن يتسلَّمها من بائعها، ففي هذه الحالة لا يوجد تعدُّد للقصود؛ إذ تسليم المبيع واجبٌ على البائع بمجرد العقد[1].

وبقولي: (**ممّا يؤثر في العقد من حيث مشروعيته**): يدخل في البحث حالةٌ تتصل بتعدد القصود تناولها الفقهاء في مذاهبهم، وهي انضمام قصد غير مباشر محظور إلى القصد المباشر للعقد ممّا يؤثر في حكم العقد من حيث المشروعيَّة، ولهم في ذلك تفصيلات فإمَّا أن يظهر القصد غير المشروع في الصيغة أو المحل أو من خلال القرائن، وسيأتي بيان تلك التفصيلات في موضعها[2].

وبقولي: (**أو تكييفُه**): يدخل في البحث حالة أن ينضمَّ إلى قصد العقد قصد أمرٍ زائد من شأنه أن يغيِّر تكييف العقد، كمن يبيع عقاراً ويقصد أن يستردّه بعد فترة فيشترط ذلك بالعقد، وهو ما يسمَّى

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧١)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠).

(٢) . انظر ص ١٢٩ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(ببيع الوفاء). يقول الشيخ مصطفى الزرقا[1]: "بيع الوفاء يجب أن يعدَّ عقداً مستقلاً، ولا ينبغي أن يعتبر من فروع البيع؛ لأنَّه عقد مستحدَث **مزيج من بيع ورهن...**"[2].

وقولي: **(كتغيير صفته من حيث اللزوم وعدمها)**: يدخل فيه حالة انضمامِ قصدٍ زائد عن القصد الأساسي للعقد من حيث الأصل من شأنه تغيير صفة العقد من حيث اللزوم.

كقصد أخذ العوض عن حفظ الوديعة باشتراطه في العقد؛ إذ الوديعة عقد غير لازم من حيث الأصل[3] ولكن انضمام قصد أمرٍ زائد –وهو الحصول على مقابل– جعل العقد لازماً[4].

وقولي: **(وزيادة التزامات المتعاقدين أو إنقاصها)**: يدخل فيه حالة انضمام قصد أثرٍ زائدٍ عن الآثار الأصليَّة للعقد من شأنه أن يزيد الالتزامات العقديَّة الواجبة على أحد الأطراف أو ينقصها، ويدل على ذلك القصد الزائد أمورٌ متعددة (كالشرط أو العرف أو قرائن الحال).

ومثال ذلك قصد تغيير صفة يد الأمانة إلى يد الضمان في العقود التي تكون فيها اليد يد أمانة، أو العكس[5].

وبقولي **(إضافة الحقوق إلى غير أطرافه)** تدخل حالة تعدد القصود التي ينتج عنها أثر بالنسبة لغير المتعاقدين، كمسألة اشتراط جزء من ربح المضاربة لأجنبي عن العقد، وهي حالة انضمام قصد التبرُّع إلى قصد شركة المضاربة التي أجازها المالكية[6] كما سيأتي.

---

(١) . الشيخ مصطفى الزرقا هو ابن الشيخ أحمد محمد الزرقا من سلالة علم وفقه، ولد عام ١٣٢٢هـ، وإذا أطلق الزرقا تبادر إلى الذهن الشيخ مصطفى، تلقى العلم عن كبار العلماء في حلب كالشيخ أحمد المكتبي الشافعي، وإبراهيم السلقيني الجد، أتقن الفرنسية ودرس القانون المدني بالإضافة إلى الشريعة، من كتبه (المدخل الفقهي العام) و(شرح القانون المدني السوري) توفي سنة ١٤٢٠هـ. انظر: ترجمة الشيخ مصطفى الزرقا بقلم د. عبدالناصر أبو البصل منشورة في موقع نسيم الشام.

(٢) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٠٨).

(٣) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٤/ ٣٤٢)؛ حاشية الخرشي (١٨/ ٢٩٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢٥١)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨٢)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٦).

(٤) . سيأتي بيان ذلك ص ٣٤٣ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٥) . سيأتي بيان ذلك ص ٣٢٢ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٦) . انظر: حاشية الخرشي (٦/ ٢٠٩)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (بلغة السالك لأقرب المسالك) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي، دار المعارف، د.ط (٣/ ٦٩٢).

وبعد هذا البيان لمفهوم تعدد القصود في أشهر الأبواب الفقهية التي يظهر فيها اهتمام الفقهاء بهذا المصطلح أصل إلى أنَّ المفهوم العام لتعدد القصود هو: **أن ينضمَّ إلى قصد الحكم الأصليِّ للفعل –أيّاً كان– قصد أمرٍ زائدٍ من شأنه أن يؤثر في ذلك الفعل من ناحية ما (كالمشروعيَّة أو الصِّحة أو الآثار الأخرى التي تختلف باختلاف طبيعة كلِّ تصرفٍ عن غيره)**. وهذا التعريف لتعدد القصود يشمل تعدد القصود في أغلب الفروع الفقهية (من العبادات والعقود المالية وغير المالية على حدٍّ سواء).

ومن خلال المبحث الآتي يتضح مفهوم تعدد القصود بشكل أكثر.

المبحث الثاني: الأعمال التي يؤثر فيها تعدد القصود

يبدو الغرض من هذا المبحث وأهمية دراسة ما ورد فيه من ناحيتين، الأولى: إيضاح المفهوم من تعدد القصود في الفروع الفقهية بشكل أكثر من خلال الأمثلة التي وردت فيه، وبالتالي يعدُّ هذا المبحث تكميلاً للمبحث الأول، الناحية الثانية: فيه تمييزٌ للأعمال التي يظهر فيها دورٌ بارزٌ لتعدد القصود أكثر من غيرها، ويتضح من خلال ذلك العرض موطن العقود المالية في تلك الأعمال، وبيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعدد القصود في الواجبات

المطلب الثاني: تعدد القصود في المندوبات

المطلب الثالث: تعدد القصود في المباحات

المطلب الرابع: تعدد القصود في المحرمات

المطلب الخامس: تعدد القصود في المكروهات

المطلب الأول: تعدد القصود في الواجبات:

الواجب: هو ما طلب الشارع من المكلف فعله طلباً جازماً بصيغة تدل على ذلك، بحيث يثاب فاعله ويعاقب تاركه[1].

يقول المرداوي[2]: "الفعل الواجب: ما اقتضى الشرع فعله اقتضاءً جازماً"[3].

ومن خلال الاستقراء يتضح أن الفقهاء قد اهتموا ببيان تعدد القصود في الواجب؛ ذلك لأن الواجب يتأثر بتعدد القصود بشكل كبير.

أولاً: ضابط تعدد القصود غير المؤثر في الواجب:

كثيراً ما يجمع المكلف عند فعله للواجب –كالعبادات المفروضة مثلاً– بين القصد الأصلي للواجب وبين قصد آخر، كمن يصلي طلباً للثواب زيادة على قصده في أداء الواجب إخلاصاً لربه سبحانه، أو كمن يتوضأ بقصد رفع الحدث، وبقصد التبرد، وهذا الجمع في القصود عند فعل الواجب

---

(١) . انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٣)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ١٤١)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٨٤)؛ روضة الناظر وجنة المناظر لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي(ت٦٢٠هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود– الرياض، ط٢، ١٣٩٩هـ، ت: د.عبد العزيز عبد الرحمن السعيد (٢٦). وأشير إلى أن الحنفية يفرِّقون بين الفرض والواجب، فما ثبت بدليل قطعي فهو الفرض، أما ما ثبت بدليل ظني فهو الواجب، وذلك بخلاف الجمهور حيث لا يفرِّقون بينهما في أغلب الفروع، وعلى كلٍّ فالخلاف لا أثر له من حيث العمل؛ إذ المكلف ملزم بفعل الواجب والفرض على حدٍّ سواء. انظر: أصول الشاشي لنظام الدين أحمد بن محمد الشاشي، دار الكتاب العربي– بيروت، د.ط (٣٧٩)؛ رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، عالم الكتب–بيروت، ١٩٩٩م، ١٤١٩هـ، ت:علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود (١/ ٤٩٤)؛ نهاية السول في شرح منهاج الأصول لجمال الدين الآسنوي، دار الكتب العلمية –بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ (٢٤)؛ نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر لجمال الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي، مؤسسة الرسالة–بيروت، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، ت:محمد عبد الكريم كاظم الراضي (٤٦٧).

(٢) . هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد الدمشقي، ولد عام ٨٢٠هـ، من فقهاء الحنابلة، عالم متقن محقق منقاد للحق ورع متعفف، من مصنفاته: (التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع) و(تحرير المنقول في أصول الفقه)، توفي سنة ٨٨٥هـ. انظر: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار المعرفة– بيروت، د.ط، (١/ ٤٤٦)؛ الأعلام للزركلي (٤/ ٢٩٢).

(٣) . التحبير شرح التحرير في أصول الفقه لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، مكتبة الرشد– الرياض، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ت: د.عبد الرحمن الجبرين، د.عوض القرني، د.أحمد السراح (٢/ ٨١٤).

لا يضر ما دام أن القصد الآخر الزائد على قصد فعل الواجب يحصل حكماً بمجرد أداء الواجب، وهذا ما عبر عنه الزركشي بقاعدة مفادها: [**ما يحصل ضمناً إذا تَعرَّض له** [أي القاصد] **لا يضر**][1].

وما قدمته هو مذهب أكثر الفقهاء حيث إنَّ في هذه المسألة مذهبين:

– **مذهب جمهور الفقهاء**[2]: ومفاد رأيهم: أنَّ هذا الجمع بين القصود لا يضر ولا يؤثر في الواجب –الذي هو الوضوء للصلاة هنا–.

وهذا الحكم بدهي عند الحنفية[3]؛ إذ إنهم لم يشترطوا لصحة الوضوء النية أصلاً فمن باب أولى أنَّ تعدد القصود في الوضوء لا يؤثر إن كان القصد الزائد الذي قصده يحصل حكماً ولا يناقض الطهارة.

وقد نص المالكية كذلك على أن نية الوضوء إذا صحبها قصد التبرُّد فإنها صحيحة، ولا يضرها ما صحبها...فلو نوى مع التبرُّد استباحة الصلاة لأجزأه..؛ لأن غسل الأعضاء يتضمن ذلك بوجوده، فإذا نواه لم يكن ذلك مضاداً للوضوء، ولا مؤثرا في التطهير من الحدث؛ ....وكذلك لو نوى رفع الحدث والتبرد أجزأه ؛ لأن ما نواه حاصل وإن لم ينوه؛ فلا تضاد[4].

---

(١) . المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ١٤٧).

(٢) . انظر: غمز عيون البصائر للحموي (١/ ١٤٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٥)؛ التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف العبدري، دار الكتب العلمية– بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٤م (١/ ٣٣٩)؛ الشرح الكبير للرافعي (١/ ٣١٩)؛ روضة الطالبين للنووي (١/ ١٥٩)؛ الحاوي الكبير للماوردي (١/ ٩٦)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١/ ١٩٦)؛ المغني لابن قدامة (١/ ١٢٢)؛ الكافي في فقه الإمام أحمد لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية–بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م (١/ ٢٤).

(٣) . حيث إن النية سنة في الوضوء، وليست بشرط لصحته إنما هي شرط لاستحقاق الثواب فحسب، وهو ما عبر عنه ابن عابدين بقوله: "الصلاة تصح عندنا بالوضوء ولو لم يكن منوياً بخلاف التيمم، وإنما تسن النية في الوضوء ليكون عبادة". حاشية ابن عابدين (١/ ١١٤)؛ وانظر: أصول السرخسي (١/ ٦٢)؛ البحر الرائق لابن نجيم (١/ ٢٥)؛ شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (١/ ٣٢).

(٤) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٥)؛ حاشية الخرشي (١/ ١٢٩)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١/ ٩٤).

ويقول الرافعي[1] من الشافعية: "لو نوى بوضوئه رفع الحدث والتبرد، أو استباحة الصلاة والتبرد، ففي صحة الوضوء وجهان أحدهما يحكى عن ابن سريج[2] أنه لا يصح؛ لأن الاشتراك في النية بين القربة وغيرها مما يُخِلُّ بالإخلاص، وأصحهما أنه يصح؛ لأن التبرد حاصل وإن لم ينوه"[3].

وهذا مفاد قول الزركشي من الشافعية فنص على صحة ما: "لو ضم إلى نية رفع الحدث نية التبرد، أو إلى فرض الصلاة نية تحية المسجد، أو إلى غسل الجنابة نية الجمعة؛ لأنها تحصل ضمناً فلا يضر التعرض لها"[4].

ويقول ابن قدامة[5]: "وإن نوى بطهارته رفع الحدث وتبريد أعضائه صحت طهارته؛ لأن التبريد يحصل بدون النية فلم يؤثر هذا الاشتراك، كما لو قصد بالصلاة الطاعة والخلاص من خصمه"[6].

وتجدر الإشارة إلى أنه إن نوى التبرد فقط بأفعال الوضوء لم يجزئه: "فإن نوى بالطهارة ما لا تشرع له الطهارة كالتَّبرد والأكل والبيع والنكاح ونحوه ولم ينو الطهارة الشرعية، لم يرتفع حدثه؛ لأنـــه لم ينو

---

(١) . هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الرافعي، نسبة إلى بلدة رافعان من أعمال قزوين، وذكر الزركلي أن نسبته إلى الصحابي رافع بن خديج رضي الله عنه، ولد عام ٥٥٧هـ، وصفه السبكي بأنه عمدة المحققين وأستاذ المصنفين، كأنما كان الفقه ميتاً فأحياه، كان بدراً يتوارى عنه البدر. صاحب كرامات ظاهرة، وكان ضليعاً في كل علوم الشريعة، من مؤلفاته (فتح العزيز في شرح الوجيز في فقه الشافعية)، توفي سنة ٦٢٣هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار هجر، ١٤١٣هـ، ط٢، تحقيق : د.محمود محمد الطناحي ود.عبد الفتاح محمد الحلو (٨/ ٢٨٢)؛ الأعلام للزركلي (٤/ ٥٥).

(٢) . هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، ولد عام ٢٤٩هـ، فقيه الشافعية وشيخ المذهب في عصره، لُقب بالباز الأشهب والأسد الضاري على خصوم المذهب، كان يفضل على جميع أصحاب الشافعي، له مصنفات كثيرة، جلها لم تصل إلينا، توفي سنة ٣٠٦هـ. انظر: طبقا ت الشافعية الكبرى للسبكي(٣/ ٢١)؛ الأعلام للزركلي (١/ ١٨٥).

(٣) . الشرح الكبير للرافعي (١/ ٣٢٧).

(٤) . المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ١٤٧).

(٥) . هو موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، ولد في فلسطين عام ٥٤١هـ، من أكابر علماء الحنابلة، تعلَّم في دمشق، من تصانيفه: (الكافي) في الفقه، و(روضة الناظر) في أصول الفقه، توفي ببغداد عام ٦٢٠هـ. انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (١١/ ١٦٦)؛ الأعلام للزركلي (٤/ ٦٧).

(٦) . المغني لابن قدامة (١/ ١٢٢).

الطهارة، ولا بما يتضمن نيتها؛ فلم يحصل له شيء كالذي لم يقصد شيئاً"[1].

-**المذهب الثاني في هذه المسألة:** عدم الصحة: وهو قول المالكية في الرواية غير المشهورة عندهم[2]، والقول المرجوح عند الشافعية[3]، والرواية المرجوحة عند الحنابلة[4].

يقول الحطاب من المالكية: "وقيل: لا يجزئه؛ لأن المقصود من النية أن يكون الباعث على العبادة طاعة الله تعالى فقط، وها هنا الباعث الأمران"[5].

يقول النووي مرجحاً ما عليه جمهور الفقهاء: "لأن التبرد حاصل سواء قصده أو لا، فلم يُجعَل قصده تشريكاً وتركاً للإخلاص، بل هو قصد للعبادة على حسب وقوعها؛ لأن من ضرورتها حصول التبرد، ولو اغتسل بنية رفع الجنابة والتبرد ففيه الخلاف الذي في الوضوء، والصحيح الصحة..."[6].

ويمكن التمثيل للحالة التي نحن بصددها –حالة تعدد القصد غير المؤثرة- بشخص نوى الصومَ والحمية أو التداوي، فصيامه صحيح؛ لأن الحمية أو التداوي حاصل، سواء قصدَه أو لا، فلم يُجعل قصدُه تشريكاً وتركاً للإخلاص، بل هو قصد للعبادة على حسب وقوعها؛ لأن من ضرورتها حصول الحمية أو التداوي، ولو نوى الصلاة ودفع غريمه صحت صلاته؛ لأن اشتغاله عن الغريم لا يفتقر إلى

---

(١) . المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ١٤٧)؛ وانظر: مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٥). وهذا عند غير الحنفية؛ لأنهم لم يشترطوا النية في الوضوء أصلاً كما سبق غير بعيد، ولذا صرح الكاساني بأنه لو "فاتته فريضة عن وقتها فأدَّاها بوضوء حصل للتبرد أو للتعليم جاز". بدائع الصنائع للكاساني (١/ ١٩٠).

(٢) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٥).

(٣) . انظر: نهاية المطلب للجويني(١/ ٥٨)؛ الشرح الكبير للرافعي (١/ ٣٢٧)؛ المجموع للنووي (١/ ٣٢٥)؛ البيان للعمراني (١/ ١٠٧).

(٤) . انظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلي بن سليمان المرداوي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط، ت: محمد حامد الفقي (١/ ١٤٧).

(٥) . مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٥).

(٦) . المجموع للنووي (١/ ٣٢٥)؛ وانظر: الإنصاف للمرداوي (١/ ١٤٧).

قصد؛ وكذا لو نوى الطواف وملازمة الغريم أو السعي خلفه لما ذُكِر، ولو قرأ آية وقصد القراءة والإفهام فإنَّها لا تبطل القراءة، وهذا الحكم باتفاق أغلب الفقهاء من كل المذاهب[1].

وقريب من هذا الكلام نص عليه ابن مفلح من الحنابلة في **باب النية** بقوله: "ولا يضر معها قصد تعليمها لفعله عليه السلام في صلاته على المنبر وغيره، أو خلاصاً من خصم، أو إدمان سهر،...والمراد لا يمنع الصحة بعد إتيانه بالنية المعتبرة،...ومثله قصده مع نية الصوم هضم الطعام، أو قصده مع نية الحج رؤية البلاد النائية ونحو ذلك"[2].

وإن الناظر في كلام الفقهاء وما ذكروه من الفروع في مسألة عدم تأثر الفعل بتعدد القصد فيه يرى أنه متى كان الأمر يحصل حكماً من الفعل فقصدُه لا يضر ولا يؤثر في ذلك الفعل، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء كما سلف، وهو ما أرجحه؛ وذلك لأن إخلاص النية لله تعالى لا يناقضه قصد الحصول على منفعة تحصل بمجرد الفعل، فنصوص القرآن والسنة طافحة بالترغيب بالثواب والترهيب من العقاب، فلو كان قصد الثواب مثلاً أو قصد التخلص من العقاب يُضر بالفعل لأشكل فهم كل تلك النصوص التي نصَّت على الثواب والعقاب.

ثانياً: ضابط تعدد القصود المؤثر في الواجب:

لئن كانت هناك قصود لا تؤثر في الواجب-وهي التي سبق بيانها في الفقرة السابقة- فإن هناك قصوداً متى وجدت أثرت على الواجب سواء من ناحية الثواب أو من ناحية الصحة والبطلان، وتلك القصود هي قصد ما لا يحصل ضمناً بفعل الواجب، ويدخل تحتها تلك القصود التي لا تتفق مع القصد الأصلي للواجب، وبعبارة أخرى أن يقصد بفعل الواجب زيادة على القصد المباشر قصداً آخر

(١) . انظر: غمز عيون البصائر للحموي (١/ ١٤٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣)؛ المجموع للنووي (١/ ٣٢٥)؛ المغني لابن قدامة (١/ ١٢٢)؛ الفروع وتصحيح الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي(ت:٧٦٢)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١٤١٨هـ، حققه: أبو الزهراء حازم القاضي، (١/ ٣٤٥).

(٢) . الفروع لابن مفلح (١/ ٣٤٥).

ينافي العبادة، كأن يقصد بعبادته مراءاة الناس، أو التقرب لهم.... ولذا نص الفقهاء على أن الإخلاص في العبادة لله وحده واجب على المكلف[1].

والإخلاص هو: "إفراد الحق –سبحانه– في الطاعة بالقصد، وهو أن يريد بطاعته التقرب إلى الله سبحانه دون أي شيء آخر؛ من تصنُّع لمخلوق، أو اكتساب محمَدة عند الناس، أو محبة مدح من الخلق، أو معنى من المعاني سوى التقرّب به إلى الله تعالى، ويصحّ أن يقال: الإخلاص: تصفية الفعل من ملاحظة المخلوقين، ويصحّ أن يقال: الإخلاص: التوقِّي عن ملاحظة الأشخاص"[2].

ويعد الإخلاص الأصل الذي تتفرع عنه العبادات على أنواعها[3]، كما نص على ذلك ابن الحاج[4] من المالكية، ولا يخالفه معه أحد من الفقهاء في ذلك.

ويُقابل الإخلاص الرياء: وهو أن يعمل الطاعة لله وللناس، أو للناس فقط[5].

ولكن الفقهاء بعد اتفاقهم على وجوب الإخلاص في نية العبادة لله وحده، وأن الإثم يحيق بمن قصد مراءاة الناس أو تقرباً منهم، (كمن يصلي ليُقال عنه أنه طائع، أو ليتقرب من ذوي الجاه) اختلفوا في حكم تلك العبادة من حيث الصحة وعدمها على مذهبين:

---

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (٣١/ ٨٦)؛ بدائع الصنائع للكاساني (١/ ١٢٩)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٢/ ١٣٨)؛ الذخيرة للقرافي (١/ ٤٧)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٧٦)؛ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٠/ ١٤٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦/ ١٧).

(٢) . الرسالة القشيرية لعبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك القشيري (ت: ٤٦٥هـ)، دار المعارف– القاهرة، ت: الإمام د.عبد الحليم محمود، د.محمود بن الشريف (٢/ ٣٥٩).

(٣) . انظر: المدخل لأبي عبد الله محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (ت: ٧٣٧هـ)، دار التراث–مصر، د.ط، (١/ ٧).

(٤) .هو محمد بن محمد أبو عبد الله العبدري المغربي الفاسي المعروف بابن الحاج، نزيل مصر، لم تُذكر ولادته بشكل دقيق، عاش نحواً من ثمانين عاماً، كان من العلماء العاملين، فقيه عارف بمذهب الإمام مالك، معروف بالزهد والصلاح، من مؤلفاته (التنبيه على كثير من البدع المحدثة)، و(مدخل الشرع الشريف) توفي سنة ٧٣٧هـ. انظر: الديباج المُذهَّب لابن فرحون المالكي (٣٢٧ و٣٢٨)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ٣٥).

(٥) . انظر: الذخيرة للقرافي (١/ ٤٨).

المذهب الأول: وإليه ذهب الحنفية[1]، ومفاد رأيهم: أنَّ الإخلاص في العبادة إنما هو شرط لاستحقاق الثواب لا لصحة العمل، فالعمل بالتالي صحيح يرفع عهدة الواجب عن المكلف.

يقول ابن عابدين :"اعلم أن إخلاص العبادة لله تعالى واجب والرياء فيها –وهو أن يريد بها غير وجه الله تعالى– حرام بالإجماع للنصوص القطعية، .... وهذه النية لتحصيل الثواب لا لصحة العمل؛ لأن الصحة تتعلق بالشرائط والأركان، والنية التي هي شرط لصحة الصلاة مثلا أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي"[2].

ويقول الحموي :"إذا صلى رياء وسمعة تصح في الحكم؛ يعني لوجود شرائطها وأركانها، ولم يستحق الثواب؛ لفقد الإخلاص"[3].

المذهب الثاني: وإليه ذهب الجمهور[4]، ومفاده: أن الإخلاص شرط لصحة العمل، فإن جمع المكلف بين قصد العبادة لله وابتغاء غيره، فقد حبط عمله وبطل، فضلاً عن انتفاء الثواب.

يقول السيوطي عن تعدد القصد المبطل للعمل: **"أن ينوى مع العبادة ما ليس بعبادة فقد يبطلها،** ويحضرني منه صورة: وهي ما إذا ذبح الأضحية لله ولغيره؛ فانضمام غيره يوجب حرمة الذبيحة"[5].

ويقول العز بن عبد السلام: " إخلاص العبادة شرط"[6].

ففي كلام الفقهاء أنَّ من قصد فعل الواجب وقصد بفعله للواجب غيرَ الله فإن ذلك محبط للعمل.

والخلاصة: إن قصد غير الله في العبادة يؤثر عليها من حيث الجملة، حيث لا ثواب لها بالاتفاق، والجمهور على أنها باطلة كذلك.

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (١/ ٤٤٧)؛ غمز عيون البصائر للحموي(١/ ٦٨).

(٢) . حاشية ابن عابدين (١/ ٤٤٧).

(٣) . غمز عيون البصائر للحموي(١/ ٦٨).

(٤) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٠)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٧٦)؛ الفروع لابن مفلح (١/ ٣٤٥)؛ مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٦/ ٣٠).

(٥) . الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٠).

(٦) . قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٧٦).

والفرق بين هذه الحالة والحالة الأولى (أي بين تعدد القصود غير المؤثر وتعدد القصود المؤثر) أن الرياء إشراك غير الله في الطاعة وهو موجب للمعصية والإثم، والله عز وجل يقول في الحديث القدسي: ((أَنَا أَغْنَى الشُّرَكَاءِ عَنِ الشِّرْكِ، مَنْ عَمِلَ عَمَلًا أَشْرَكَ فِيهِ مَعِي غَيْرِي، تَرَكْتُهُ وَشِرْكَهُ))[1].

وهذا ظاهر في عدم اعتداد المشرع بذلك العمل؛ لأنه قد قُصد به وجه الله وتعظيم الناس أو بعضهم، ليصل إلى القاصد نفعهم أو يندفع عنه ضررهم.

أما من يجاهد لتحصيل طاعة الله بالجهاد وليحصل له غنيمة، أو من صام ليصح جسده، ويكون التداوي مقصوده أو بعض مقصوده، وكذلك من حج وضم إلى قصد النسك قصد التجارة، فكل ذلك لا يؤثر في صحة العبادة؛ إذ لا مناقضة فيها لقصد الشارع، ولا تخالف الإخلاص[2].

المطلب الثاني: تعدد القصود في المندوبات

المندوب: ما طلب الشارع فعله طلباً غير جازم، بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه[3].

ولا فرق بين السنة والمندوب والمستحب والنفل عند جمهور الأصوليين[4].

وإن الكلام عن تعدد القصود في المندوب يقترب من الكلام السابق في تعدد القصود في الواجب.

أولاً: ضابط تعدد القصود غير المؤثر في المندوب:

على غرار ما سبق إذا قصد المكلف عند قيامه بالمندوب قصوداً عدة تحصل حكماً بفعل المندوب، فإنَّ ذلك لا يؤثر على صحة العمل وبقائه مندوباً صحيحاً ينتج أثره.

فالوضوء المسنون[5] لو تعددت فيه قصود المكلف، بأن قصد رفع الحدث والتبرد، فإن ذلك لا يؤثر على صحته؛ وهذه المسألة تعد فرعاً للمسألة التي مرَّت في المطلب الأول؛ إذ الفقهاء عند كلامهم

---

(١) . أخرجه مسلم في الزهد والرقائق/ باب من أشرك في عمله غير الله، برقم (٢٩٨٥).

(٢) . انظر: الفروق للقرافي (٣/ ٤٢)؛ مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣).

(٣) . انظر: أصول الشاشي (٣٨٠)؛ شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٢٣)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٨٤)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ١٣٩).

(٤) . انظر: أصول الشاشي (٣٨٠)؛ حاشية ابن عابدين (١/ ١٣٣).

(٥) . الوضوء المسنون كما عرفه ابن عابدين: هو الذي لا يكون عن حدث، بمعنى الوضوء على الوضوء، وكوضوء الجنب إذا أراد النوم، وكالوضوء بعد الكلام المُحرَّم كما ذكر الحنابلة. انظر: حاشية ابن عابدين (١/ ١٠٠)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ١٨١)؛ المجموع للنووي (١/ ٤٧٢)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (١/ ١٤٩).

عن عدم تأثر الوضوء باجتماع قصد استباحة الصلاة مع قصد التبرد لم يقيِّدوا كلامهم بالوضوء الواجب، بل أطلقوا الحكم ليشمل الوضوء المسنون والواجب.

وكذا صلاة النفل لو نوى بها النفل والتشاغل عن غريمه، فإن ذلك غير مؤثر في صحة النفل[1].

يقول الحموي: "ولو نوى الصلاة ودفع غريمه صحت صلاته؛ لأن اشتغاله عن الغريم لا يفتقر إلى قصد؛ وكذا لو نوى الطواف وملازمة الغريم أو السعي خلفه لما ذكر، ولو قرأ آية وقصد القراءة والإفهام فإنَّها لا تبطل القراءة"[2].

ثانياً: تعدد القصود الذي يزيد ثواب فعل المندوب:

لو تصدق المرء بصدقة –غير واجبة– على قريب له أو تبرع بهبة قاصداً بها ثواب الصدقة وثواب صلة الرحم، فإن لقصده هذا أثراً في زيادة الثواب وتأكيد السنية.

وهذا ما ألمحه من حديث رسول الله ﷺ: ((الصَّدقةُ على المسكينِ صدقةٌ، وهي على ذي الرحم ثِنْتان صدقةٌ وصِلَةٌ))[3].

ويمكنني أن أستدل كذلك بقوله ﷺ: ((يا معشَر الشباب من استطاع منكم البَاءَةَ فليتزوَّجْ، فإنه أَغضُّ للبصر وأَحْصَنُ للفرج، ومن لم يَستطعْ فعليه بالصوم فإنَّه له وِجَاء))[4] على أن الصوم بقصد التقرب إلى الله والابتعاد عن الفاحشة وإعانة النفس على الصبر عند العجز عن النكاح جائز، بل مستحسن، كما يدل عليه سياق الحديث.

يقول القرافي استدلالاً بهذا الحديث: "من صام ليصح جسده، أو ليحصل له زوال مرض من الأمراض التي ينافيها الصيام، ويكون التداوي هو مقصوده، أو بعض مقصوده، والصوم مقصوده مع ذلك، وأوقَعَ الصوم مع هذه المقاصد، لا تقدح هذه المقاصد في صومه، بل أمر بها صاحب الشرع في

---

(١) . انظر: غمز عيون البصائر للحموي (١/ ١٤٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣)؛ المجموع للنووي (١/ ٣٢٥)؛ المغني لابن قدامة (١/ ١٢٢).

(٢) . غمز عيون البصائر للحموي (١/ ١٤٥).

(٣) . أخرجه الترمذي في الطهارة/ باب ما جاء في الصدقة على ذي القرابة برقم (٦٥٨). والحديث حسَّنه الترمذي، وصححه ابن حبان والحاكم. انظر: تيسير التحرير، لأمير بادشاه(٢/ ٢٥٧).

(٤) . أخرجه البخاري في النكاح/ باب قول النبي ﷺ من استطاع منكم الباءة فليتزوج برقم (٥٠٦٥)؛ وأخرجه مسلم في النكاح باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، برقم (١٤٠٠) واللفظ له.

قوله: ((يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وِجاء)) أي قاطع"[1].

فهناك أيام كثيرة سنَّ النبي ﷺ صيامها، ولكن السنية تتأكد إذا جمع المكلف بين قصد فضيلة الصيام بحد ذاته، وإيقاعه في يوم معين –كعاشوراء أو عرفة مثلاً– وكذلك قصد إعفاف نفسه عن المحرمات.

ومثال آخر: من دخل المسجد فنوى سنة الفجر وتحية المسجد أجزأه عن النافلتين، وكان له ثوابهما، بخلاف ما لو نوى إحداهما فليس له إلا ثواب ما قصده عند الفقهاء[2].

ثالثاً: تعدد القصود المبطل للمندوب:

وعلى غرار ما سبقت دراسته في الواجب، لو نوى بفعله للمندوب قصداً ينافي قصد العبادة كالرياء، فإن ذلك مبطلٌ للمندوب في قول أكثر الفقهاء، وفي قول بعضهم: إنَّ الفعل صحيح، ولكن لا ثواب عليه[3].

والخلاصة: إن لتعدد القصود دوراً مهمّاً في المندوب كالواجب على التفصيل الذي سبق.

المطلب الثالث: تعدد القصود في المباحات:

المباح: هو ما خير فيه بين الفعل والترك، أو ما استوى فيه جانبا الفعل والترك[4].

إن للقصد دوراً بارزاً في المباح، فالنية ليست من مقوماته شرعاً كما سبق[5]، ولكن الإنسان لا يفعل فعلاً مباحاً إلا ويرمي إلى غرضٍ ما، حسناً كان أو سيئاً، فإن قصد بفعل المباح أمراً وسطاً بين الحسن والقبيح فهو المباح الخالص، وهذا نادر، ولكن إن قصد بفعله للمباح أمراً حسناً أو سيئاً فهنا يظهر واضحاً دور القصد في فعله، ويمكنني أن أذكر الحالات الآتية:

---

(١) . أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي (٣/ ٤٤)؛ وانظر: مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٣).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٠)؛ حاشية الخرشي (٢/ ٥)؛ التاج والإكليل للعبدري (٢/ ٣٧٥)؛ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (١/ ١٨٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (١/ ٤٢٤).

(٣) . انظر تفصيل المسألة ص٦٧ من هذه الأطروحة.

(٤) . انظر: المحصول للرازي (١/ ٩٣)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٨٣)

(٥) . مر تفصيل المسألة في الفصل التمهيدي ص ٢٤.

أولاً: انتقال المباح إلى المندوب بتعدد القصود فيه:

اتفق الفقهاء -من خلال الفروع التي نصوا عليها-[1] على أن المباح قد يعتريه عارض ينقله إلى دائرة أخرى كالوجوب أو الندب أو الكراهة أو الحرمة.

فابن الحاج المالكي يبين أنَّ المباح قد ينتقل بالنية إلى الندب[2].

فتعدد القصود في المباح في هذه الحالة يظهر من خلال اجتماع قصدين، قصد فعل المباح بحد ذاته وقصد التقرب به إلى الله تعالى.

يقول الغزالي[3]: "والمباحات كثيرة، ولا يمكن إحصاء النيات فيها، فقس بهذا الواحد ما عداه، ولهذا قال بعض العارفين من السلف: إني أستحب أن يكون لي في كل شيء نية، حتى في أكلي وشربي ونومي ودخولي إلى الخلاء، وكل ذلك مما يمكن أن يُقصد به التقرب إلى الله تعالى؛ لأن كل ما هو سبب لبقاء البدن وفراغ القلب من مهمات البدن فهو مُعِين على الدين، فمن قصدُه من الأكل التقوي على العبادة، ومن الوقاع تحصين دينه وتطييب قلب أهله والتوصل به إلى نسل صالح يَعبد الله تعالى بعده، فتكثر به أمة محمد ﷺ كان مطيعاً بأكله ونكاحه، وأغلب حظوظ النفس الأكل والوقاع وقصد الخير بهما غير ممتنع لمن غلب على قلبه همُّ الآخرة"[4].

---

(١) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٢)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٢٧)؛ المنثور للزركشي (٣/ ٢٨٧)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٣٤١).

(٢) . المدخل لابن الحاج (١/ ٢٣)؛ مقاصد المكلفين لعمر الأشقر (٤٩٣).

(٣) . هو أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ولد في الطابران بخرسان عام ٤٥٠هـ، لم يكن للشافعية في عصره مثله، له نحو مائتي مصنف، منها (الوسيط في الفقه الشافعي)، و(المستصفى من علم الأصول)، وله كتب بالفارسية، توفي سنة ٥٠٥هـ. انظر: طبقات الشافعية للسبكي (٦/ ١٩١)؛ سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٩، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م، (١٩/ ٣٢٣)؛ الأعلام للزركلي (٧/ ٢٢).

(٤) . إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة- بيروت، د.ط (٤/ ٣٧٢).

ويقول ابن القيم[1] عن المقربين: "قد انقلبت المباحات في حقهم طاعات وقربات بالنية، فليس في حقهم مباح متساوي الطرفين، بل كل أعمالهم راجحة، ومَن دونَهم يترك المباحات مشتَغِلاً عنها بالعبادات، وهؤلاء يأتونها طاعات وقربات"[2].

والذي يُستفاد من تلك النصوص أن المباح إذا قصد به المرء التقرب إلى الله أو قصد مصلحة يرعاها الشارع فإن ذلك يجعل المباح أقرب إلى المستحب، إذ يُثاب على تلك القصود الخيِّرة[3].

فالكلام في الأصل مباح، ويدخل تحت القاعدة **الأصل في الأشياء الإباحة**[4] ولكن هذه الإباحة الأصلية عرضة للتغير والتبدل لتصبح أمراً مستحسناً يستحق صاحبه عليه الأجر والثواب، كمن تكلم بنية الإصلاح بين المتخاصمين أو الجمع بين الزوجين بعد شقاقهما، وإصلاح ذات البَين، فاجتماع كل تلك القصود مع قصد فعل المباح بحد ذاته –الذي هو الكلام هنا– يجعل المباح مستحباً ومندوباً، وهذا ما ألمحه من قوله تعـــــالى:

﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١١٤﴾﴾[النساء:١١٤].

ولهذه القاعدة في العقود التطبيق الأكبر، إذ إن أغلب العقود المختلفة (من بيع وإجارة ووكالة...) تدخل في المباحات، فإذا قصد المرء بعقد البيع مثلاً التملك والتمليك وقصد بذلك العقد قضاء حوائج الناس فإن له أجراً على قصده ذلك، بناء على كلام الفقهاء السابق ذكره، وسيأتي مزيد بيان لذلك ضمن البحث.

---

(١) . هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، ولد عام ٦٩١هـ بدمشق وتتلمذ على ابن تيمية، كان عارفاً بالتفسير والأصول والحديث والفقه، والتصوف، من مؤلفاته: (أعلام الموقّعين)، (زاد المعاد) توفي سنة ٧٥١هـ. انظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب الحنبلي (٥/ ١٧١)؛ شذرات الذهب لابن العماد (٦/ ١٦٧)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٥٦).

(٢) . مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، دار الكتاب العربي- بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م، ت: محمد حامد الفقي (٣/ ١٠٨).

(٣) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٢)؛ المنثور للزركشي (٣/ ٢٨٧).

(٤) . انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٣٢)؛ البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٢٤)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي(٦٠).

كما أنَّ لتعدد القصود في المباحات (ولاسيما العقود) أثراً في ناحية أخرى غير ناحية حصول الثواب أو عدمه، وهذه الناحية تتناول الآثار الدنيوية بين أطراف العقد إن ظهر القصد الزائد في الصيغة أو دل عليه العرف أو القرائن (كالأثر في تكييف العقد المالي وآثاره الأخرى مما سيأتي في الباب الثاني).

ثانياً: انتقال المباح إلى المحرم بتعدد القصود فيه:

قد يقصد المكلف من فعله للمباح قصداً ثانياً زائداً على فعل المباح يتمثل في ارتكاب محرم أو تضييع واجب، فتعدد القصود هنا يؤثر في المباح فينقله إلى دائرة الحرمة، وإن التطبيق الواضح لذلك ما يسمى بقاعدة (سد الذرائع) وهي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور[1].

فالأمر المباح الذي قُصد به فعل محرم أو أدى لمحرم ينبغي منعه، والأخذ بسد الذرائع متفق عليه بين الفقهاء من حيث العمل وإن اختلفوا فيه من حيث التأصيل[2]، وقد اتفقوا على أن ما يفضي إلى المحرم قطعاً أو غالباً فهو ذريعة يجب سدُّها[3].

ويدخل في معنى سد الذرائع الذي أشرت إليه أمران:

الأمر الأول: وهو أن يؤدي المباح إلى المحظور بحكم الظرف القائم وإن لم يقصده الشخص، ومثال ذلك ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِم مَّرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿١٠٨﴾﴾[الأنعام:١٠٨] فالمسلم الذي يشتم ما يعبده الكفار من دون الله لا شك أنه لا يقصد التوصل إلى سب الذات الإلهية، ولكن مُنع من ذلك؛ لأن الكفرة عندما يسمعون شتم ما يعبدون قد يتجرؤون فيشتمون الدين الحنيف.

---

(١) . انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٨٢)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ٣٢٣).

(٢) . إذ ذهب الإمام مالك إلى أن سد الذرائع من مصادر أدلة الشرع، وخالفه في ذلك الجمهور من حيث التأصيل، وإن اتفقوا معه من حيث العمل بها. يقول الزركشي ناقلاً عن القرطبي: "وسد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلا"، ويقول القرافي: " فليس سد الذرائع خاصاً بمالك كما يتوهمه كثير من المالكية، بل قال بها هو أكثر من غيره، وأصل سدها مجمع عليه". البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٨٢)؛ أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي (٢/ ٦٢)؛ وانظر: الموافقات للشاطبي (٣/ ٣٦)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ٣٢٣).

(٣) . انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٨٢)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ٣٨٢).

فسب الأوثان والأصنام مباح، ولكن إذا كان ذلك يُفضي إلى مفسدة كأن يسب الكفار ديننا، فإنَّه يمنع صيانةً لحرمة الإسلام[1].

الأمر الثاني: -وهو الذي يهمنا في هذا المقام- أن يفعل الشخصُ المباحَ قاصداً التوصل به إلى الحرام، **فقصده هذا عندما انضم إلى قصد فعل المباح بحد ذاته ينقل المباح إلى دائرة المحظور.**

وإذا كان الشَّارع قد حرم الذرائع المفضية لمحظور وإن لم يُقصد بها ذلك المحظور، فإن حرمة تلك الذرائع أشد وأبلغ إن قُصد بها المحرم ذاته[2].

والمثال الواضح هنا -والذي يتصل بتعدد القصود- أن يبيع السلعة بمائة إلى أجل، ويشتريها بخمسين نقداً، فالبائع الأول هنا قصد البيع بجميع مقوماته في المعاملة الأولى، وله قصد آخر وراء ذلك القصد، وهو أن يشتري السلعة مرة أخرى –قصد الشراء وهو المعاملة الثانية-، وقصد ثالث جامع بين تلك البيعتين وهو أن يحصل على الزيادة التي هي الفارق بين الثمنين، وبالنسبة للطرف الآخر فكذلك تتعدد قصوده، إذ يقصد البيع الأول، ويقصد البيع الثاني، وقصده من تلك البيعتين معاً التوصل إلى السيولة.

وهذا ما يسمى ببيع العينة، وصورتها المشهورة: أن يشتري شخص سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها لمن اشتراها منه نقداً بثمن أقل؛ ليحصل على المال في الحال[3].

وأصل العينة: عونة، وقعت الواو ساكنة بعد كسرة فقلبت ياء: من العون، كأن البائع أعان المشتري بتحصيل مراده[4].

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع على المذاهب الآتية:

---

(١) . انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٨٣)؛ الفروق للقرافي (٢/ ٦٠)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٤١٢)؛ أحكام القرآن للجصاص (٤/ ١٧٠).

(٢) . انظر: من أصول الفقه على منهج أهل الحديث، لزكريا بن غلام قادر الباكستاني، دار الخراز-الرياض، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م (١٦٣).

(٣) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٣١٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٢/ ١٤٠)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٦١)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١١٧)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٨٥)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٧).

(٤) . انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٢٧).

فذهب الحنفيَّة[1] والشافعيَّة[2] إلى أنَّ العقد صحيح، إلا أن الحنفية اختلفوا فمنهم من جعل العقد مكروهاً تحريماً، ومنهم من جعله مكروهاً تنزيهاً، أما الشافعيَّة فذهبوا إلى الكراهة التنزيهية للعقد، ذلك لأن المكروه تحريماً مصطلح خاص بالحنفية.

في حين ذهب المالكية[3] والحنابلة[4] إلى أنَّ البيع غير جائز –وهو باطل كذلك– ما دام أنَّ هناك اتفاقاً بين البائع والمشتري؛ لأنَّ هذا العقد وسيلة إلى الربا.

فالبيع في الأصل مباح، والذي يمعن النظر في المعاملة السابقة يرى أن اجتماع قصد الحصول على الزيادة أو السيولة –في شقي المثال– مع قصد البيع وقصد الشراء مرة أخرى هو الفيصل في تحريم هذه المعاملة عند القائلين بالحرمة، إذ تشبه الربا، فمقصدهما واحد، وهو مبادلة المال بالمال بقصد الحصول على الزيادة الربوية، ولا عبرة بالسلعة هنا؛ لأنها غير مقصودة لذاتها أصلاً.

ومن أمثلة تعدد القصود الذي يؤثر في المباح فيجعله محظوراً: الزواج بقصد التحليل، **فاجتماع قصد التحليل مع القصد المباشر لعقد النكاح من الأمور التي نهى عنها الشارع بقوله ﷺ:** ((لعنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له))[5]؛ وذلك لأنَّ من مقاصد الشارع من مشروعية النكاح الدوام والتناسل والسكن، وقصد التحليل يناقض قصد الشارع من مشروعيته للنكاح. فالمحلِّل هو من يعقد على امرأة بقصد أن يحلَّها لزوجها السابق الذي طلقها ثلاثاً، والذي يسمى المحلَّل له.

---

(١) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٣١٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٢/ ١٤٠)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٤٦٢)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٦١).

(٢) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٨٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٦)؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤١).

(٣) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٨٩)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٢٩)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي(ت٤٦٣هـ)، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م، ت: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني (٢/ ٦٧٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ١٠٣).

(٤) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٨٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٣٥).

(٥) . أخرجه أبو داود في النكاح/ باب في التحليل برقم (٢٠٧٦)؛ وقد روي بأكثر من طريق، ورواته ثقات. انظر: سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني(ت١١٨٢هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي- مصر، ط٤، ١٣٧٩هـ، ١٩٦٠م (٣/ ١٢٧)؛ نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي(ت٧٦٢هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر– بيروت، ت: محمد عوامة، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٣/ ٢٣٨).

أما عن حكم الزواج بقصد التحليل فلا بد من التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة التصريح بقصد التحليل في العقد:

حيث ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى أن من تزوج مطلقةً ثلاثاً على أن يحلَّها لزوجها الأول –بشرط صريح في العقد– فهو حرام، وذهب الحنفية[2] إلى أنه مكروه تحريماً[3].

يقول الكمال بن الهمام فيمن نكح امرأة: "بشرط التحليل، أي بأن يقول: تزوجتك على أن أحللكِ له، أو تقول هي ذلك، فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب"[4].

وهذا النهي يقتضي الفساد عند الجمهور[5]؛ لأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، وشرط التأقيت في النكاح يفسده، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل.

وذهب أبو حنيفة[6] وزفر[7] إلى أن النِّكاح صحيح، وتحل للأول بعد أن يطلقها الثاني وتنتـــــــهي

---

(١) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٧٠)؛ الثمر الداني في تقريب المعاني للآبي الأزهري (٤٦٢)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣)؛ نهاية المطلب للجويني (١٢/ ٤٠٢)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٧)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ٢٥٩).

(٣) . سبق بيان أنَ الحنفية يقسمون المكروه إلى قسمين: مكروه تحريمي، ومكروه تنزيهي، فالمكروه التحريمي: هو ما طلب الشارع تركه طلباً جازماً بدليل ظني، وهو قسم من الحرام، ويأخذ أحكام الحرام من حيث العمل من تحريم الفعل وطلب الترك واستحقاق العقاب على من فعله، ولكن لا يكفر جاحده، والمكروه التنزيهي هو ما طلب الشارع تركه طلباً غير جازم. انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي (١/ ٢٢)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤١٨).

(٤) . شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٤/ ١٨١).

(٥) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٧٠)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١)؛ منار السبيل لابن ضويان (٢/ ١٥٨).

(٦) . هو النعمان بن ثابت، ولد عام ٨٠هـ، الفقيه المحدث صاحب المذهب، كان ذكياً فطناً سريع البديهة قوي الحجة حسن الهيئة كريماً زاهداً متعبداً، ذكر المؤرخون أن للإمام أبي حنيفة كتباً كثيرة لم يصل أغلبها إلينا، إلا أن تلامذته دوَّنوا أغلب مسائلها في مصنفاتهم، توفي سنة ١٥٠هـ. انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، دار هجر– مصر، د.ط، ت: د.عبدالفتاح محمد الحلو (١/ ٥١وما بعدها)؛ تهذيب الأسماء واللغات للإمام النووي، دار الفكر– بيروت، ط١، ١٩٩٦م (٢/ ٥٠١).

(٧) . هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، ولد عام ١١٠هـ، له منزلة عند أبي حنيفة، وصفه بقوله: "هذا زفر بن الهذيل إمام من أئمة المسلمين، وعلم من أعلامهم، في شرفه وحسبه وعلمه"، ثقة ورع ذو عقل ودين. توفي سنة ١٥٨هـ. انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن أبي الوفاء القرشي (٢/ ٢٠٧).

عدتها. مع الكراهة التحريمية كما سبق بيانه؛ لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لا؛ فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً، فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٠] فتنتهي الحرمة عند وجوده، إلا أنه كره النكاح لهذا الشرط الذي ينافي المقصود الشرعي من النكاح وهو السكن والتعفف والتناسل؛ لأن ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح[١].

فالإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى لم ير هذه المسألة داخلة تحت النكاح المؤقت.

يقول الزيلعي: "ولأبي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم: ((لعن اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له))[٢]، وهذا الحديث يقتضي صحة النكاح والحل للأول والكراهية؛ **ولأنَّ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح، وتحلل للأول ضرورةَ صحتِه،** ولا معنى لما ذكره محمد، ثم قيل إنما لعن مع حصول الحل؛ لأن التماس ذلك واشتراطه في العقد هتك للمروءة وإعارة النفس في الوطء لغرض الغير؛ فإنه إنما يطؤها ليعرضها لوطء الغير، وهو قلة حمية"[٣].

وذهب محمد[٤] إلى أن النكاح الثاني صحيح، ولا تحل للأول؛ لأن النكاح عقد مؤبد، فكان شرط الإحلال استعجالاً لما أخره الله تعالى لغرض الحل، فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً، لكن لا يحصل به الغرض الذي من أجله كان النكاح الثاني[٥].

الحالة الثانية: حالة عدم التصريح بقصد التحليل في العقد:

فالحنفية[٦] والشافعية[٧] على أن من تزوج بمطلقة غيره ثلاثاً ليحلها لزوجها الأول دون أن يصرح

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٥٥)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٧)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ٢٥٩).

(٢) . سبق تخريجه ص ٧٦ من هذه الأطروحة.

(٣) . تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ٢٥٩)؛ وانظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٨٢).

(٤) . هو أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، ولد عام ١٣١هـ، صاحب أبي حنيفة إمام بالفقه والأصول، نشر علم أبي حنيفة في مصنفاته، نعته الخطيب البغدادي بأنه إمام أهل الرأي، من كتبه (الآثار) و(الجامع الكبير)، توفي سنة ١٨٩هـ.انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن أبي الوفاء القرشي (٣/ ١٢٢)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٨٠).

(٥) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٧).

(٦) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٧)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ٢٥٩).

(٧) . انظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣).

بقصده في العقد، فإن هذا العقد صحيح، وإذا طلقها الثاني فإنها تحل للأول بمضي عدتها؛ لأنَّ النية بمجردها في العقود غير معتبرة، فوقع الزواج صحيحاً لتوافر شرائط الصحة في العقد، وتحل للأول، كما لو نويا التأقيت ولم يصرحا به[1].

يقول النووي: "الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان؛ ولهذا يصح بيع العِينة ونكاح من قصد التحليل"[2].

أما حصول الكراهة أو الحرمة فقد اختلف هؤلاء الفقهاء فيما بينهم؛ إذ ذهب بعض الحنفية إلى حصول الثواب للزوج الثاني لقصده في الإصلاح، ولكن الأرجح الكراهة[3] وهو مذهب الشافعية[4].

يقول العيني: "وقال بعض مشايخنا: لو تزوجها ليحللها للأول، فهو مثاب مأجور في ذلك، حكاه المرغيناني وغيره، لكن يرد عليهم أن المعروف كالمشروط، ولا خلاف في كراهية المشروط"[5].

ويقول الشربيني[6]: "فإن تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد، ثم عقدا بعد ذلك العقد بلا شرط كُره خروجاً من خلاف من أبطله، ولأن كل ما لو صرح به أبطل إذا أضمر كره، ومثله لو تزوجها بلا شرط وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها"[7].

وذهب المالكية[8] والحنابلة[9] إلى أن الزواج بقصد التحليل - ولو بدون شرط في العقد- باطل، وذلك بأن تواطأ العاقدان على شيء مما ذكر قبل العقد، ثم عُقد الزواج بذلك القصد، ولا تحل المرأة به لزوجها الأول، عملاً بقاعدة سد الذرائع.

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٨٧).

(٢) . المجموع للنووي (٩/ ٢٦١).

(٣) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٨١)؛ حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٥٦).

(٤) . انظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣).

(٥) . البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٤٨١).

(٦) . هو محمد بن أحمد شمس الدين الشربيني، فقيه شافعي، مفسر، من أهل القاهرة، من مؤلفاته (مناسك الحج)، و(الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع) توفي سنة ٩٧٧هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٨/ ٣٨١)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٦).

(٧) . مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٨٣).

(٨) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٢/ ٢٥٨)؛ انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٧٠).

(٩) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٨/ ١٦١)؛ منار السبيل لابن ضويان (٢/ ١٥٨).

وللحديث السابق: ((لعن الله المحلِّل والمحلَّل له))[1]، والنهي عندهم يقتضي الفساد[2].

يقول ابن قدامة: "فإن شرط عليه التحليل قبل العقد، ولم يذكره في العقد، ونواه في العقد، أو نوى التحليل من غير شرط، فالنكاح باطل أيضاً"[3].

والخلاصة: إن المباح إذا قُصدَ به المحرم أو ما يناقض قصد الشارع انقلب محرَّماً –على اختلاف بين الفقهاء في بعض الجزئيات كما تبين من خلال الأمثلة–، فتعدد القصود هنا يتحقق في قصد فعل المباح ذاته، وقصد الوصول بذلك المباح إلى المحرم.

المطلب الرابع: تعدد القصود في المحرمات:

أولاً: تعريف المحرم وبيان أقسامه:

المحرم: هو ما طلب الشارع تركه طلباً جازماً، أو هو ما يُذمّ ويُعاقب فاعله شرعاً[4].

ولقد فرق العلماء بين نوعين من المحرم:

١- المحرم لذاته أو لعينه: هو المحظور الذي حرَّمه المشرِّع الحكيم ابتداءً، لقبحٍ ذاتي فيه، أي إنَّ منشأ الحرمة فيه عين الشيء وأصله، كتحريم القتل العدوان وشرب الخمر وأكل الميتة ونحو ذلك، ويُطلق على هذا النوع (المحرَّم تحريم المقاصد)[5]. فتحريم أكل الميتة إنما كان لأجل ذاتها، ولقبح عينها، وكذا تحريم الدم ولحم الخنزير من أجل ذاته وقبحه؛ لا لأجل عارض أو ملابسات أخرى خارجة عن تلك الأمور.

---

(١) . سبق تخريجه ص ٧٦ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٥٧٤)؛ منار السبيل لابن ضويان (٢/ ١٥٨).

(٣) . المغني لابن قدامة (٧/ ٥٧٤).

(٤) . انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للكنوي (١/ ٤٣٨)؛ المحصول للرازي (١/ ٩٣)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ٢٠٤)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٨٤).

(٥) . انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٢٦٢) ؛ حاشية الخرشي (٤/ ٣٠١)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٢/ ٤٥٧)؛ حاشية الجمل حاشية الجمل على المنهج للأنصاري للشيخ سليمان الجمل، دار الفكر- بيروت، د.ط (١٠/ ١٤٦)؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٢١٠).

ومن أمثلته كذلك تحريم ربا النسيئة، إذ حرَّمت الشريعة ربا النسيئة الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه لما فيه من الضرر الخطير في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها بإجماع الفقهاء[1]، وتلك المخاطر مخاطر ذاتية وليست خارجة عن ذلك المحرَّم، فكان الدائن يؤخر سداد الدين عن المدين مقابل أن يزيده عليه، وكلما أخَّر الوفاء زاد الدين حتى تصير المائة آلافاً مؤلفة، مما يؤدي إلى إثقال كاهل المدين من غير فائدة تحصل له[2].

١- **المحرم لغيره**: أو المحرم لأمر عارض، أي حرمته لا لعينه، بل لأمر راجع إلى شيء خارج عنه، وبعبارة أخرى حرِّم لأنه يُتخذ كوسيلة للتوصل إلى المحرم لعينه، ولذا يُسمى تحريم الوسائل[3]، ومن أمثلته النهي عن البيع بعد نداء الجمعة؛ لأنَّ البيع هنا يتخذ وسيلة إلى التخلف عن الجمعة أو فوات بعضها[4].

فالمحرم لغيره ربما يكون مباحاً من حيث الأصل لكن عرضت له مفاسد جعلت مفسدته غالبة على مصلحته فيحرم حينئذ.

أو كان مباحاً وفعل على صفة محرمة، فأكل أموال الناس بالباطل حرام، ولكن ليست الحرمة ناشئة فيه عن أخذ المال نفسه؛ لأن أخذ المال بين الناس مباح بطريق البيع إذا كان على سبيل التراضي، فهو في ذاته ليس محرماً، ولكن لما ارتبط بكونه أخذاً بالباطل كالأخذ بالغش وبالحيلة فإنه في هذه الحالة

---

(١) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي(٢/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

(٢) . انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية- مصر، ١٣٨٨هـ،١٩٦٨م، ت: طه عبد الرؤوف سعد (٢/ ١٥٩أيضاً ٣/ ٢٣٢).

(٣) . انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٢٦٢)؛حاشية ابن عابدين (١/ ٣٢١)؛ الفروق للقرافي (٣/ ٢٠٢)؛ حاشية الخرشي (٤/ ٣٠١).

(٤) . انظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-المغرب، ١٣٨٧هـ، ت: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد البكري (١٨/ ٢٠١)؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر (٢/ ٣٥٤)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٤/ ٢٧٧).

يكون محرماً لغيره وليس بذاته، فالحرمة لكون المأكول ملكاً للغير، إذ المحل وهو المال قابل للأكل في الجملة، كأن يأكله صاحبه أو غيره بإذنه لكن لما ارتبط بطريق محرم صار محرَّماً[1].

ثانياً: عدم تأثير تعدد القصود في المحرمات من حيث المبدأ:

إن المستقرئ للفروع الفقهية في الشريعة يجد أن المحرم يبقى محرماً مهما قصد به المكلف من أمور قد تكون مباحة أو مندوبة أو حتى واجبة، وهذا من حيث الأصل.

فمن يقصد بالسرقة أن يتصدق بالمسروق -والصدقة منها ما هو واجب ومنها ما هو مندوب- فإن فعله يبقى محرماً، ولا أثر لقصدِه وجوهَ البر تلك على حرمة السرقة، إذ تبقى فعلاً محرماً، ففي الحديث عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: ((أيُّها النَّاس إن الله طيِّبٌ لا يقبلُ إلا طيِّباً...))[2].

يقول النووي: " فيه الحثُّ على الإنفاق من الحلال، والنهى عن الإنفاق من غيره"[3].

ويقول ابن رجب[4] في ذلك: "والمراد أنَّه تعالى لا يقبل من الصدقات إلا ما كان طيِّباً حلالاً"[5].

ومثل ذلك ما جاء في فتاوى الأزهر عن حكم التمثيل من أنَّه "إن كانت المادة محرَّمة ككذب أو اختلاق حديث نبوي مثلاً، أو كان الأداء غير ملتزم بالآداب كالتخنُّث وكشف المفاتن، وتشبه المرأة بالرجل أو الرجل بالمرأة، وكالقبلات بين الجنسين وما شاكل ذلك، أو أدى الاشتغال بالتمثيل إلى تقصير في واجب ديني أو وطني مثلا، أو أدى إلى فتنة أو ضرر لا يحتمل كان ممنوعا .

ولا يقال إن القبلات أو شرب المحرمات أو الرقص هو لتصوير حال بعض الناس، وليس المراد من ذلك حقيقة ما يعمل، بل هو تمثيل، لا يقال ذلك؛ لأنَّ الغاية لا تبرر الوسيلة"[6].

---

(١) . انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٢٦٢).

(٢) . أخرجه مسلم في الزكاة/ باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها برقم (١٠١٥).

(٣) . المنهاج شرح صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ (٧/ ١٠٠).

(٤) . هو عبد الرحمن بن احمد بن رجب بن الحسن البغدادي الدمشقي الحنبلي الشهير بابن رجب، ولد عام ٧٣٦هـ، فقيه أصولي محدث متقن، من مصنفاته (تقرير القواعد وتحرير الفوائد في الفقه). توفي سنة ٧٩٥هـ. انظر: ذيل طبقات الحفاظ لجلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) دار الكتب العلمية-بيروت، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات (٢٤٣)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٥/ ١١٨).

(٥) . جامع العلوم والحكم لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار المعرفة- بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ (١٠٠).

(٦) . موقع وزارة الأوقاف المصرية http://www.islamic-council.com .

ففي كل مثال من تلك الأمثلة أكثر من قصد، فالقصد الأول هو قصد فعل المحرم والتوجه إليه، والقصد الثاني هو القصد الذي يأتي وراء فعل المحرم، وهو الباعث على فعل المحرم وقد يكون هذا الباعث –وهو القصد غير المباشر وسيأتي تفصيله في أقسام القصود– متعدداً كذلك.

يقول الغزالي: "المعاصي وهي لا تتغير عن موضعها بالنية، فلا ينبغي أن يفهم الجاهل ذلك من عموم قوله عليه السلام: ((إنما الأعمال بالنيات..))[1] فيظن أنَّ المعصية تنقلب طاعة بالنية كالذي يغتاب إنساناً مراعاة لقلب غيره، أو يطعم فقيراً من مال غيره أو يبني مدرسة أو مسجداً أو رباطا بمال حرام، وقصده الخير، فهذا كله جهل، والنية لا تؤثر في إخراجه عن كونه ظلماً وعدواناً ومعصية، بل قصده الخير بالشر على خلاف مقتضى الشرع شر آخر، فإن عرفه فهو معاند للشرع، وإن جهله فهو عاصٍ بجهله، إذ طلب العلم فريضة على كل مسلم.... من قصدَ الخيرَ بمعصية عن جهل فهو غير معذور إلا إذا كان قريب العهد بالإسلام، ولم يجد بعدُ مهلة للتعلم...."[2].

وأذكر هنا بعض النصوص التي يستأنس بها على أن المحرَّم لا يغيره اجتماعُ قصدٍ مشروعٍ مع قصدِ فعلِه:

-قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡمُشۡرِكُونَ نَجَسٞ فَلَا يَقۡرَبُواْ ٱلۡمَسۡجِدَ ٱلۡحَرَامَ بَعۡدَ عَامِهِمۡ هَٰذَاۚ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ عَيۡلَةٗ فَسَوۡفَ يُغۡنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦٓ إِن شَآءَۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ٢٨ ﴾[التوبة:٢٨] وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن فيها نهياً للمؤمنين أن يمكِّنوا المشركين من دخول المسجد الحرام.

يقول ابن عاشور[3]: "جعل النهي في صورة نهي المشركين عن ذلك؛ مبالغةً في نهي المؤمنين حين جُعلوا مكلفين بانكفاف المشركين عن الاقتراب من المسجد الحرام، من باب قول العرب: "لا أرَيَنَّك ههنا" فليس النهي للمشركين على ظاهره"[4].

---

(١) . سبق تخريجه ص ٢٦ من هذه الأطروحة.

(٢) . إحياء علوم الدين للغزالي (٤/ ٣٦٩).

(٣) . هو محمد الطاهر بن عاشور، ولد في تونس عام ١٢٩٦هـ، كان رئيس المفتين المالكيين بتونس، وشيخ جامع الزيتونة وفروعه، وهو من أعضاء المجمعين العربيين في دمشق والقاهرة، من مؤلفاته (مقاصد الشريعة الإسلامية) و(الوقف وآثاره في الإسلام)، توفي بتونس سنة ١٣٩٣هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ١٧٤).

(٤) . التحرير والتنوير لابن عاشور (١٠/ ٦٣).

ثم عطف على ذلك النهي قوله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦٓ إِن شَآءَ﴾، والعَيلة: الاحتياج والفقر، والمقصود من هذه الجملة: وعد من الله للمؤمنين بأنه سيُغنِيهم عن المنافع التي تأتيهم من المشركين حين كانوا يفِدون إلى الحج، فينفقون ويهدون الهدايا، فتعود منهم منافع على أهل مكة وما حولها، وقد أصبح أهلها مسلمين فلا جرم أن ما يرد إليها من رزق يعود على المؤمنين(١).

وفي هذا إشارة واضحة إلى أن قصد المنافع والأرزاق والتجارة بدخول المشركين إلى الحرم لا يغير من حكم النهي، إذ يبقى محرماً على المؤمنين تمكين المشركين من دخول الحرم، ولو كانت للمؤمنين في ذلك مقاصد مشروعة.

- عن أبي أُمامة ﷺ: أنَّ رسول الله ﷺ قال : ((نَفَث روحُ القدس في رَوْعي أنَّ نفساً لن تخرجَ من الدنيا حتى تَستكمل أجلَها، وتستوعِب رزقَها، فأجمِلوا في الطلب، ولا يحملنَّكم استِبْطَاءُ الرزق أن تطلبوه بمعصية الله، فإن الله لا يُنَالُ ما عنده إلا بطاعته))(٢).

فارتكاب المحرم بدافع القصود الكثيرة التي تطرأ على النفس لتبريره -كما هو حال كثير من الناس اليوم- لا وزن له شرعاً، ولا يجوز انتهاك ما حرَّمه الله إلا ضمن الضوابط التي أقرها الشرع وراعاها رحمة بالناس، وهذا ما تناولته في الفقرة الآتية.

ثالثاً: استثناءات تأثير تعدد القصود في المحرمات:

تبين في الفقرة السابقة أنَّ الأصل عدم انتقال المحرم إلى الإباحة بالقصد مهما تعدد، وإن كانت تلك القصود مشروعة، إلا أنَّ هذا الأصل يرد عليه الاستثناءان الآتيان، وهما:

١- قصد رفع ضرورة تحققت شروطها شرعاً:

---

(١) . انظر: تفسير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م، ت: أحمد محمد شاكر (١٤/ ١٩٣)؛ تفسير القرطبي (٨/ ١٠٣)؛ التحرير والتنوير لابن عاشور (١٠/ ٦٣).

(٢) . أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، مكتبة العلوم والحكم- الموصل، ط٢، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٣م، ت: حمدي بن عبد المجيد السلفي، باب الصاد، باب صدي بن عجلان. وفي سنده انقطاع، ولكن يوجد ما يشهد له بأسانيد أخرى. انظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة للحافظ أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري، دار الوطن- الرياض، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م (٢/ ١٢٨).

والضرورة في تعريف الزركشي والسيوطي: أن يبلغ الإنسان "حداً إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس، بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو"[1].

وعرفها الدردير[2] بقوله: "الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظنّا"[3].

والجامع بين هذين التعريفين أنهما يتجهان نحو بيان ضرورة الغذاء فحسب، ولا يشملان كل الحالات التي يلزم منها الهلاك، مما يترتب عليه إباحة المحرم أو ترك الواجب[4].

ولذا عرَّف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي[5] الضرورة بأنها: "أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر، أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو 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"[6].

والذي يبدو لي أن تعريف الأستاذ الدكتور وهبة-رحمه الله تعالى- للضرورة الشرعية أرجح من غيره لأنَّ تعريفه لا يقتصر على ضرورة الغذاء التي يلزم من عدم مراعاتها الهلاك بمعنى الموت، بل يعم كلَّ حالات الخطر الذي يضر بالعرض وبالعقل وبالمال وتوابعها...

---

(١) . المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٣١٩)؛ وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤).

(٢) . هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير، ولد في بني عدي (بمصر) عام ١١٢٧هـ، كان من فقهاء المالكية، تعلم بالأزهر، وتولى الإفتاء بمصر، من مؤلفاته (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك) و(منهج التقدير في شرح مختصر خليل)، توفي في القاهرة عام ١٢٠١هـ. انظر: الأعلام للزركلي (١/ ٢٤٤)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٢/ ٦٧).

(٣) . الشرح الكبير للدردير (٢/ ١١٥).

(٤) . انظر: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي د. وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط٤، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٦٤).

(٥) . هو الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي من مواليد دير عطية من نواحي دمشق ١٩٣٢م، حصل العلوم الشرعية بالأزهر الشريف، درس العربية والحقوق، حصل على الدكتوراه بمرتبة الشرف الأولى، وموضوع الأطروحة (آثار الحرب في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بين المذاهب الثمانية والقانون الدولي العام)، درَّس في جامعة دمشق، وله مؤلفات كثيرة، منها: (التفسير المنير) و(الفقه الإسلامي وأدلته) و(المعاملات المالية المعاصرة)، توفي سنة ٢٠١٦م رحمه الله تعالى. انظر: http://www.fikr.com/zuhayli/biograp1.htm

(٦) . انظر: نظرية الضرورة الشرعية أ.د.وهبة الزحيلي (٦٤).

والذي يهمنا أنَّ المحرم لا تؤثر فيه القصود إلا إن اجتمع إلى قصد فعل المحظور قصد رفع الضرورة التي تحققت ضوابطها، وأهمُّ تلك الضوابط ما يأتي:

أ- أن تكون حالة الضرورة قائمة حقيقة وليست منتظرة أو وهمية:

فلا بد لصحة العمل بالضرورة أن تكون حالة خوف الهلاك قائمة حقيقةً في يقين المكلف أو في غلبة ظنِّه حسب التجارب، بأن يتحقق من وجود خطر حقيقي يهدد سلامته في دينه أو نفسه أو عرضه أو عقله أو ماله[1].

يقول الجويني: "قد تبيح الضرورة الشيء، ولكن لا يثبت حكمها كليّاً في الجنس، بل يعتبر **تحققها في كل شخص** كأكل الميتة"[2].

ب- أن يتعين ارتكاب المحظور طريقاً وحيداً لدفع الضرورة:

فإن وَجد المضطر سبيلاً مباحاً أو مكروهاً لرفع الهلاك المتوقع فلا يجوز انتهاك المحرم بحال من الأحوال[3].

فقوله تعالى:﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾[المائدة:٣] يدل على تحريم أكل الميتة، ولكن الوقوع في الضرورة عذر شرع الله تعالى عنده أكل الميتة لرفع الضرورة التي يحصل الهلاك عندها إن لم تراعَ[4]. فقال تعالى في الآية ذاتها: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٣﴾.

---

(١) . انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٥٩)؛ البرهان في أصول الفقه لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت٤٧٨هـ)، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م، ت: صلاح بن محمد بن عويضة (٢/ ٦١٣)؛ المغني لابن قدامة (١١/ ٧٤)؛ نظرية الضرورة أ.د.وهبة الزحيلي (٦٥).

(٢) . البرهان للجويني (٢/ ٦١٣).

(٣) . انظر: الفروق للقرافي (٢/ ٢٢٤)؛ أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٥٩).

(٤) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١١/ ٥٧)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٥/ ٣٣٧)؛ بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (١/ ٣٨٤)؛ الوسيط في المذهب لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، دار السلام- القاهرة، ١٤١٧هـ، ت: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر (٧/ ١٦٨)؛ مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٠٩)؛ المستصفى للغزالي (١/ ٣٣٠)؛ المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلي بن محمد بن علي البعلي، جامعة الملك عبد العزيز- مكة المكرمة، ت: د. محمد مظهربقا (٦٨)؛ المغني لابن قدامة (١١/ ٧٤)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٠/ ٣٦٩).

فمن شارف على الهلاك لجوعه لا يحل له أكل الميتة ما دام أن هناك شيئاً من الطعام المباح أمامه، يقول الجصاص: "ومعنى الضرورة ههنا هو خوف الضرر على نفسه، أو بعض أعضائه بتركه الأكل، وقد انطوى تحته معنيان أحدهما: أن يحصلَ في موضع لا يجد غير الميتة، والثاني: أن يكون غيرها موجوداً، ولكنه أُكرِه على أكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه"[1].

ت- أن يكون تناول المحظور بالقدر اللازم لرفع الضرر دون الزيادة عليه:

بمعنى أنه يجب أن تقدر الضرورة بوقتها، وبقدرها، فمن اضطر لأكل ميتة، ولم يجد غيرها حل له الأكل بالقدر الذي يُبقي رمقه، وفي الوقت الذي يتيقن، أو يغلب على ظنه أنه هالك لا محالة إن لم يأكل[2].

وهذا الشرط يُفهم من مصطلح الضرورة؛ إذ لا تسمى بالضرورة إلا الحالة التي تقارب الهلاك فإذا اندفع الهلاك بتناول جزء من المحرم انتفت الضرورة. وهذا إعمال للقاعدة القائلة [الضرورة تقدر بقدرها][3].

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾ ﴾ [البقرة: ١٧٣]

فقد عفا الله سبحانه وتعالى عن المضطر ما يرفع اضطراره فحسب، فقال: ﴿ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ ﴾ والباغي هو الذي يبتغي الميتة مع قدرته على التوصل إلى المُذكَّى والمباح من الأطعمة، والعادي هو الذي يتعدى في أكله الميتة فوق حد اضطراره[4].

---

(١) . أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٥٩).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ١٧٦)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٥/ ٣٣٧)؛ بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (١/ ٣٨٤)؛ الوسيط للغزالي (٧/ ١٦٨)؛ مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٠٩)؛ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (٤/ ٣٠٨)؛ المغني لابن قدامة (١١/ ٧٤)؛ الإنصاف للمرداوي (١٠/ ٣٦٩)؛ نظرية الضرورة الشرعية أ.د.وهبة الزحيلي (٦٧).

(٣) . انظر: شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م، تحقيق: مصطفى الزرقا (١/ ١٦٢)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف (١/ ٥٢).

(٤) . انظر: تفسير القرطبي (٢/ ٢٣١)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (١/ ٦٧).

وخلاصة الكلام: إن اجتماع قصد فعل المحرم مع قصد رفع الضرورة القائمة بالمكلف والتي تحققت شروطها يجعل المحرم مباحاً وربما واجباً لدفع الهلاك المتوقَّع.

٢- قصد رفع حاجة تحققت شروطها شرعاً:

يقصد الفقهاء بمصطلح الحاجة بالمعنى الدقيق: حالة الافتقار والضيق المؤدية في الغالب إلى الحرج والمشقة الزائدة عن المعتاد اللاحقة بفوت المطلوب، ولكن هذه المشقة لا تصل إلى الهلاك، فهي بذلك دون المشقة اللاحقة بفوت الضرورة؛ لأنها في المشقة في الضرورة مشقة مهلكة، وفي الحاجة مشقة تؤدي إلى العسر والضيق الزائد عن المعتاد إلا أنها دون الهلاك[١].

وعلى ذلك إذا اجتمع عند المكلف قصد ارتكاب المحرم مع قصد رفع حاجة بفعله لذلك المحرم فإنه يباح له ارتكاب المحرم بالشروط الآتية:

الشرط الأول: ألا يؤدي العمل بالحاجة إلى الإخلال بالضرورة:

إذ الضرورة أصل لكل المصالح، والحاجة تكملة للضرورة[٢]، يقول الشاطبي: "الضروري أصلٌ لما سواه من الحاجي والتكميلي"[٣]. ويقول أيضاً: " كلّ تكملة فلها من حيث هي تكملة شرط، وهو أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال"[٤].

---

(١) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ١٠)؛ غياث الأمم في التياث الظلم (الغياثي) لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني(ت٤٧٨هـ)، مكتبة إمام الحرمين- قطر، ط٢، ١٤٠١هـ، تحقيق: د. عبد العظيم ديب (٤٨٠)؛ الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، للشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ت:د.مازن المبارك (٧٠)؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د. أحمد الرشيد، دار كنوز إشبيليا- السعودية، ط١، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م (١/ ٦١)؛ الحاجة الشرعية حقيقتها أدلتها ضوابطها، د. نور الدين الخادمي، بحث منشور في مجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل السعودية، العدد١٤، السنة الرابعة، ربيع الآخر ١٤٢٣هـ (٨).

(٢) . الموافقات للشاطبي (٢/ ١٣) رفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب لتاج الدين السبكي (٤/ ٣٣٤)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ٢٢٠).

(٣) . الموافقات للشاطبي (٢/ ١٦).

(٤) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ١٣).

وإن هذا الشرط تدل عليه قاعدة وجوب مراعاة المصلحة الأعلى عند تعارضها مع الأدنى، وقاعدة إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما[1].

وهذا ما صرح به العلماء يقول الزركشي: "إذا تعارض مصلحتان وجب إعمالُ الضرورة المهمة وإلغاء التتمة"[2].

الشرط الثاني: ألا يكون قصد المكلف عند العمل بمقتضى الحاجة مخالفا لقصد الشارع[3]:

يقول الشاطبي: "قصدَ الشارعُ من المكلف أن يكون قصدُه في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلافَ ما قصد الشارع"[4].

ومن أمثلة ذلك: أن الشريعة حثَّت على النكاح لمقاصد جليلة، أهمها مقصد التناسل لما فيه من إعزاز أمة الإسلام في الدنيا والآخرة، وكذلك مقصد المواصلة والاستقرار والسكن والتعاون على مختلف المصلح الدنيوية والأخروية، والاستمتاع بالحلال والبعد عن الوقوع في الفواحش...إلى غير ذلك من المقاصد العظيمة التي قصدها الشارع من شرعية النكاح، ولذا فإن كل ما يناقض هذه الأمور فهو مضاد لمقاصد الشارع، ومن هنا حرِّم ما يسمى بـ (نكاح المتعة[5])، لمناقضته لقصد المواصلة و الاستقرار.

---

(١) . الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٩)؛ وانظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٤٤٧)؛ قواعد الإحكام للعز بن عبدالسلام (١/ ٥١)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (٣/ ٢٢٠).

(٢) . البحر المحيط للزركشي (٤/ ١٩٢)؛ المنثور للزركشي (١/ ٣٩٤).

(٣) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١).

(٤) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١).

(٥) . نكاح المتعة أن يعقد الرجل على امرأة مدة معلومة بمهر معلوم بلفظ المتعة. فيختص بأنه يتم بلفظ المتعة (كأستمتع)؛ ويذكر في العقد صراحة تأقيت العقد بمدة ينتهي عندها تلقائياً، وحكمه عند الأئمة الأربعة البطلان والحرمة، في حين ذهب الشيعة الإمامية إلى إباحته. انظر: المبسوط للسرخسي (٥/ ١٥٢)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ١١٥)؛ الشرح الكبير للدردير (٢/ ٢٣٩)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٤٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٤٢)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٧/ ٢٢٤)؛ الإنصاف للمرداوي الحنبلي (٨/ ١٦٣)؛ المبسوط في فقه الإمامية لأبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط، صححه وعلق عليه: محمد الباقر البهبودي (٤/ ٢٣٦)؛ المختصر النافع في فقه الإمامية لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، دار الأضواء- بيروت، ط٣، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م (٢٠٥).

وكذلك إن القصد الشرعي في الإجارة تحقيق مصالح الناس المباحة، كالبناء والسكنى...فإن كانت المنفعة محظورة فهذا يعني أن القصد من الإجارة مناقض لقصد الشارع؛ ولذا حُرِّمت الإجارة في كل ما كانت منفعته محرَّمة، كالنوح والغناء المحرم[1].. وسيأتي تفصيل بعض الأمثلة عن ذلك –من ناحية الصحة والبطلان– في موضعه.

الشرط الثالث: ألا يؤدي العمل بالحاجة إلى انتهاك محرم لذاته:

فأثر الحاجة مقتصر على إباحة المحرم لغيره، وهو ما حرم تحريم الوسائل، كلبس الحرير أو النظر للعورة، ولا تقوى الحاجة على إباحة المحرم لذاته كربا النسيئة أو أكل الميتة.

يقول السيوطي: "يُغتفر في الوسائل ما لا يُغتفر في المقاصد"[2].

وفي القاعدة [ما نُهي عنه لغيره يباح للحاجة، وما نُهي عنه لذاته لا يُباح إلا للضرورة][3].

ويقول ابن القيم: "ما حُرِّم سداً للذريعة أُبيح للمصلحة الراجحة"[4].

الشرط الرابع: أن يتعين المحظور سبيلاً لرفع المشقة الزائدة:

بأن يكون فعل المحرم الذي قصد به رفع الحرج الزائد هو الطريق الوحيد لذلك فإن وجد سبيل آخر مباح أو مكروه فلا يجوز تناول المحرم بحال من الأحوال[5].

---

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٣٨)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٣٤٣)؛ المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية– بيروت، ط١، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م (٣/ ٤٣٢)؛ البيان في مذهب الشافعي للعمراني (٧/ ٢٨٨)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ١٤٣).

(٢) . الأشباه والنظائر للسيوطي (١٥٨).

(٣) . انظر: عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي لأبي بكر ابن العربي المعافري (ت٥٤٣هـ)، دار الكتب العلمية– بيروت، د.ط (٨/ ٦١)؛ مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢١/ ٢٥١ وأيضاً ٢٢/ ٢٩٨)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٢/ ١٦١)؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة– بيروت، ١٣٧٩هـ، ت: محمد فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب (١٠/ ٥٨)؛ الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها لأحمد كافي (١٢٥).

(٤) . إعلام الموقعين لابن القيم (٢/ ١٦١).

(٥) . انظر: نظرية الضرورة الشرعية د. وهبة الزحيلي (٢٥٩)؛ الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة د.الصديق محمد الأمين الضرير (٤٦)؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د. أحمد الرشيد (١/ ١٩٠) وقد ذكر ابن حجر العسقلاني هذا الشرط لجواز الغيبة للحاجة. انظر: فتح الباري لابن حجر (١٠/ ٤٧٢).

ولذلك لا يجوز العقد على شراء لباس حرير إذا كان العاقد رجلاً، ويقصد بعقده أن يلبس ذلك الثوب لإذهاب حكة به، ما دام أن هناك سبيلاً آخر غير لبس الحرير للخلاص من المرض الذي أصابه.

الشرط الخامس: أن لا يتناول من المحظور إلا القدر اللازم لرفع المشقة الزائدة[1]:

يقول ابن حجر الهيتمي[2]: "ما جاز لحاجة يتقدر بقدرها"[3]، فلا يجوز للمرء أن يسأل غيره مالاً، إلا إذا قصد بفعله رفع حالة الحاجة والافتقار النازلة به، فيجوز له السؤال عندئذٍ بقدر ما يدفع عنه حاجته فقط، يقول ابن قدامة: "لأن دَفْعَنا إليه لأجل الحاجة، فأُعطي بقدرها"[4].

ويقول الغزالي: "كذلك المستشار في التزويج وإيداع الأمانة له أن يذكر ما يعرفه، على قصد النصح للمستشير، لا على قصد الوَقيعة، فإن علم أنه يترك التزويج بمجرد قوله: "لا تَصلُح لك" فهو الواجب وفيه الكفاية، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالتصريح بعيبه فله أن يصرح به"[5].

وإذا كان هذا الشرط لصحة العمل بالضرورة كما سبق فلا بد منه في الحاجة من باب أولى.

وخلاصة هذا المطلب: إن القصد لا يؤثر في تغيير حكم المحرم مهما تعدد، إلا إن اجتمع إلى جانب قصد فعل المحرم بحد ذاته، قصد رفع الضرورة أو الحاجة بالشروط التي سبق بيانها.

المطلب الخامس: تعدد القصود في المكروهات:

يعرّف المكروه بأنه: هو ما طلب الشارع تركه طلبًا غير جازم، أي ما يترجح تركه على فعله، بحيث يثاب تاركه ولا يعاقب فاعله[6].

---

(١) . انظر: عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي لابن العربي المالكي (٣/ ١٥٢)؛ الفتاوى الحديثية لابن حجر الهيتمي (٤/ ٤٦٦)؛ نظرية الضرورة الشرعية د. وهبة الزحيلي (٢٦٠)؛ الغرر في العقود وآثاره في التطبيقات المعاصرة د.الصديق محمد الأمين الضرير (٤٦)؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د. أحمد الرشيد (١/ ١٩٩، ٢٠٠).

(٢) . هو أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري شهاب الدين، ولد عام ٩٠٩هـ، فقيه شافعي مصري، له تصانيف كثيرة، منها (الخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان) و(الفتاوى الهيتمية)، توفي سنة ٩٧٤هـ. انظر: الأعلام للزركلي (١/ ٢٣٤).

(٣) . الفتاوى الحديثية لابن حجر الهيتمي (٤/ ٤٦٦).

(٤) . المغني لابن قدامة (٧/ ٣٠٧).

(٥) . إحياء علوم الدين للغزالي(٣/ ١٥٣).

(٦) . انظر: المستصفى للغزالي (١/ ٨٤)؛ إرشاد الفحول للشوكاني (١/ ٢٣).

أما عن مدى تأثير تعدد القصود في المكروه: فيقول الحارث المحاسبي[1]: "لَا إخلاص فِي محرم وَلَا مَكْرُوه كمن ينظر إِلَى مَا لَا يحل النّظر إِلَيْهِ وَيَزْعُم أَنه ينظر إِلَى ذَلِك يتفكر فِي صنع الصَّانِع، فَهَذَا لَا إخلاص فِيهِ، بل لَا قربَة فِيهِ الْبَتَّةَ"[2].

وبالتالي إن المكروه شأنه شأن المحرم في أن الأصل عدم تأثر بتعدد القصود فيه، إذ يبقى مكروهاً، ولو كان قصد فاعله خيِّراً.

وقد رأينا أن الأصل في المحرم كذلك عدم تأثره بالقصود مهما تعددت، باستثناء حالتين ذكرتهما، وهما: قصد رفع الضرورة وقصد رفع الحاجة بشروط كل منهما، ومن هنا يمكن القول: إن المكروه يتأثر من باب أولى بقصد رفع الضرورة أو الحاجة، بل قد يتأثر المكروه لا بقصد رفع ضرورة أو حاجة بل ما هو دون ذلك، وهو قصد فعل التحسيني، فيصبح مباحاً وربما يصير واجباً إذا كان الضرر المترتب على فعله أقل من الضرر المترتب على الامتناع عنه.

ومن تتبع الفروع الفقهية يجد أن الكراهة تزول بقصد فعل أمر يعد من التحسينيات: (وهي الأخذ بما يليق من محاسن العادات، ورعاية أفضل المناهج، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق)[3]. فالتحسيني دون الضرورة؛ إذ المشقة في الضرورة مهلكة، وكذلك دون الحاجة؛ إذ المشقة في الحاجة زائدة وغير معتادة، وإن كانت أقل من الضرورة، أما التحسيني فلا مشقة في تركه.

---

(١) . هو الحارث بن أسد المحاسبي، أبو عبد الله، جمع بين علوم الشريعة وصدق الحال، من أكابر الصوفية، كان عالماً بالأصول والمعاملات، من كتبه (الرعاية لحقوق الله عزو جل) و(المسائل في أعمال القلوب والجوارح)، توفي سنة ٢٤٣هـ. انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان (٢/ ٥٧)؛ الأعلام للزركلي (٢/ ١٥٣).

(٢) . مقاصد الرعاية لحقوق الله عز وجل أو مختصر رعاية المحاسبي، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام سلطان العلماء (ت: ٦٦٠هـ)، دار الفكر– دمشق، ط١، ١٤١٦هـ،١٩٩٥م، ت: إياد خالد الطباع (٩٢).

(٣) . انظر: تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه (٣/ ٤٤٢)؛ الموافقات للشاطبي (٢/ ١١، ١٣)؛ المستصفى للغزالي (٢/ ٤٨٥)؛ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣/ ٣٠٢)؛ البحر المحيط للزركشي (٤/ ١٩١)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٦٧).

فإذا قصد المكلف **فعل المكروه بحد ذاته، وقصد إلى جانب ذلك أن يراعي أمراً تحسينياً بفعله المكروه،** فإنَّ ذلك من شأنه أن ينفي صفة الكراهة عن الفعل إذا كانت المصلحة المترتبة على الأمر التحسيني أعظم من المصلحة المترتبة على اجتناب المكروه.

ومن هنا ذهب الفقهاء[1] إلى أن كراهة الكلام أثناء الأذان تزول إذا كان هناك مصلحة إلى الكلام أثناء الأذان، وذلك كتشميت العاطس، أو تنبيه الإمام للصلاة.

يقول ابن حجر الهيتمي: " أو تكلَّم بمصلحة [أثناء الأذان] لم يكره"[2].

بل إن الحنابلة[3] نصوا على أنه يجوز رد السلام أثناء الأذان.

فتلك الأمور التي نص الفقهاء على جواز الكلام أثناء الأذان لأجلها –بالرغم من كراهته من حيث الأصل– تدخل في التحسينيات، إذ لا يلزم من فواتها أي مشقة ولا ضرر بل هي أمور تستدعيها مكارم الأخلاق ورغد العيش، فقصدها يرفع الكراهة.

والخلاصة: إن المكروه عرضة للتأثر بتعدد القصود فيه إذا تضمَّنت تلك القصود مراعاة مصلحةٍ شرعيَّة يقرُّها الشرع، سواء كانت تلك المصلحة ضرورة أو حاجة أو أمراً تحسينياً.

وهكذا يتضح من خلال عرض هذا المبحث أن لتعدد القصود في العقود المالية أثراً بيِّناً أكثر من أثره في غيرها؛ وذلك لأنَّ أغلب العقود الماليَّة في الأصل من المباحات، والمباحات تتأثر بتعدد القصود فيها من نواح متعددة بخلاف الأمور غير المباحة، ولذا كان تأثر عقد الربا بتعدد القصود فيه محدوداً، وسيأتي مزيد بيان لذلك في موطنه.

---

(١) . انظر: التمهيد لابن عبد البر (١٣/ ٢٧٥)؛ التاج والإكليل للعبدري (٢/ ٧٦)؛ حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج (١/ ٤٧٠)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١/ ٤٧٠).

(٢) . تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١/ ٤٧٠).

(٣) . انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (١/ ١٣٦)؛ الإنصاف للمرداوي (١/ ٤٢٠).

الفصل الثاني: أقسام القصود في العقود المالية:

تبيّن في الفصل السابق أن تعدد القصود ذو أهميَّة وأثر في المباحات أكثر من أهميته في غيرها –ولاسيما المحظورات– وبما أنَّ العقود المالية تدخل تحت المباحات –من حيث المبدأ– إضافة إلى كونها المحور الأساس الذي تدور حوله هذه الدراسة، فإنني تناولت أقسام القصود في تلك العقود في هذا الفصل، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المباشرة وغير المباشرة

المبحث الثاني: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المشروعيَّة وعدمها

المبحث الأول: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المباشرة وغير المباشرة:

وفيه المطلبان الآتيان:

المطلب الأول: القصد المباشر

المطلب الثاني: القصد غير المباشر

إن الكلام عن تقسيم القصد في العقود المالية[1] إلى قصد مباشر وغير مباشر أمر دقيق وشائك، لسببين:

الأول: لم يصرِّح الفقهاء بتقسيم القصود في العقود المالية إلى قصد مباشر وقصدٍ غير مباشر، وإنَّما يمكن أن يستنبط ذلك من كلامهم في الجزئيات المنثورة في أبواب تلك العقود.

الثاني: إن التفريق بين القصد المباشر وغير المباشر يترتب عليه أمر مهم، وهو أنَّ القصد المباشر يجب توافره في العقود حتى يُعتدَّ بها شرعاً وجوداً وآثاراً، أمَّا القصد غير المباشر فلا يُطلب توافره في العقدِ، ولكن إن وُجِد فيجب أن لا يناقض قصد الشارع.

وسأعرض في هذا الفصل معنى القصد المباشر وغير المباشر في العقود المالية مبيِّناً ثمرة هذا التقسيم.

(١) . لا بد لي أن أنوِّه إلى أنَّني إن أطلقت كلمة "عقد" من غير تقييد فإنَّها تنصرف إلى العقد المالي كونه المقصود بالدراسة أساساً.

المطلب الأول: القصد المباشر:

لابد من بيان معنى المباشَرة لغة في الفقرة الآتية وصولاً للمعنى الفقهي:

أولاً: بيان معنى المباشرة في اللغة:

المباشرة في اللغة الملامسة، وأصل تلك الكلمة من لمس البشرة للبشرة، ومنه سُمِّي الجماع مباشرة[1]، كما في قوله تعالى:﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة:١٨٧]، وباشرَ الأمرَ: وَلِيَه أو حضرَه بنفسه، وتباشير كل شيء أوله كتباشير الصباح والنور، وتبشيره أي مبدؤه وأوله، والبَشَر ظاهر جلد الإنسان[2].

وهكذا يتبيَّن أن المباشرة في اللغة تدل على الاتصال والابتداء.

ثانياً: بيان معنى القصد المباشر عند الفقهاء وحكم توافره في العقود:

١- بيان معنى القصد المباشر عند الفقهاء:

ولمَّا لم يُعرِّف الفقهاء القصد المباشر بشكل صريح وجب الرجوع إلى اللغة، واستنباط المعنى بعد ذلك من كلام الفقهاء في الفروع.

فالمباشرة في اللغة هي الاتصال والبدء.. فالقصد المباشر -لأي تصرف يتصرَّفه الإنسان- على هذا المعنى هو القصد المتصل بالفعل، وهذا المعنى يدخل تحته أمران، من شأنهما تمييز القصد المباشر:

الأمر الأول: قصد الفعل ذاته، وهي نية الفعل[3]، ويمثله في العقد قصد الإتيان بالصيغة المنشِئة للعقد.

الأمر الثاني: الغرض الأساسيّ الذي يرمي إليه الفاعل من الفعل، والذي يصاحب نيَّة الفعل ذاته، ويمثِّل ثمرة الفعل ونتيجته التي تُقصد من ذلك الفعل عادةً، ويطلق عليه في العقد: الأثر النوعي أو الأثر الحكمي للعقد، وهذه تسمية شائعة عند الفقهاء ولا سيما المعاصرين منهم.

---

(١) . انظر: تفسير القرطبي (٢/ ٣٣٢).

(٢) . انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (بَشَرَ)؛ الصحاح في اللغة للجوهري، مادة (بَشَرَ)؛ القاموس المحيط للفيروز آبادي، مادة (بَشَرَ)؛ تاج العروس للزبيدي، مادة (بَشَرَ).

(٣) . سبق أن الفقهاء يعرِّفون النِّية بأنها قصد الشيء مقترناً بفعله. انظر ص١١، ١٢من هذه الأطروحة.

وقبل البدء بتفصيل ذلك أقول: إنَّ اجتماع قصد الفعل ذاته (أي نية الفعل) وقصد الغرض الأساسي من الفعل لا يدخل تحت تعدد القصود، بل يدخل تحت تخصيص القصد أي تمييزه عن غيره من القصود.

فاجتماع نيَّة التلفظ بصيغة البيع، مع قصد ترتيب الأثر الحكمي على تلك الصيغة (وهو قصد التملك والتمليك) لا يدخل في تعدد القصود بشكل دقيق، إنما يدخل في تمييز القصد المباشر في عقد البيع عن غيره.

إلا أنَّه لا بدَّ لي أن أبيِّن معنى القصد المباشر بفرعيه في العقود مع بيان حالات توافر أحد فرعي القصد المباشر دون الآخر لتتضح ماهيته.

ففي كل عقد يقوم به الشخص من بيع وإجارة...الخ قصد مباشر، له فرعان لا ينفكان عن بعضهما، قصد فعل العقد (أي قصد الصيغة بأي شكل كانت)، وقصد الغرض الأساسي الذي يرمي إليه العاقد والذي يسمِّيه الفقهاء الأثر النوعي للعقد، أو حكمه أو غرضه ومقصوده، وهو واحد في كل طائفة من أنواع العقود[1].

وتفصيل هذين الأمرين كالآتي:

أ- قصد الفعل ذاته في العقود (قصد الإتيان بصيغة العقد):

وقصد الفعل في العقد: هو قصد الإتيان بالصيغة المنشِئَة للعقد؛ إذ إنَّ الصيغة ما شرعت إلا لتكون دليلاً على قصد المتعاقدين وإرادتهما الباطنة في إنشاء العقد. **ولذا تسمى بالإرادة الظاهرة.**

فالأصل في إنشاء العقود هو الإرادة الباطنة، وما الصيغة الظاهرة -على اختلاف أشكالها- إلا دليل وأمارة على توافر الإرادة الباطنة[2].

---

(١) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٢)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٤٨١)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٤١)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٨٥)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٣٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٤٣).

(٢) . يقول ابن حجر الهيتمي: "وهو [أي الرضا بالبيع] خفي فأنيط بظاهر هو الصيغة". تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٦)؛ وانظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٨).

وقد أجمع الفقهاء[1] على أن الأصل في العقود هو الرضا المعبر عن الإرادة الباطنة، لما ثبت بالنصوص الشرعية من القرآن والسنة.

أما القرآن فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء:٢٩]

وأما السنة: قول النبي ﷺ ((إنَّما البيعُ عن تَراضٍ))[2].

والذي يعبّر عن التراضي هو الصيغة، ويمكن أن تكون باللفظ عند كل الفقهاء، إذ لكل عقد ألفاظ موضوعة له تدل على رغبة العاقدين في إنشائه.

وقد تتجلى الصيغة بالفعل في العقود المالية[3]، وهو ما يطلق عليه الفقهاء في عقد البيع مثلاً البيع بالتعاطي أو المعاطاة، أو ما أسماه الحنابلة بالدلالة الحالية[4]، ومعناه -كما ذكر ابن نجيم-: "وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ، وهو يفيد أنه لا بد من الإعطاء من الجانبين"[5]. ففي المعاطاة يقصد كل من العاقدين فعل الأخذ والإعطاء بدلاً من التلفظ بألفاظ العقد.

وقد اختلف الفقهاء في حكم البيع بالمعاطاة:

فذهب الحنفية[6] والمالكية[7] والحنابلة[8] إلى صحة البيع بالتعاطي في القليل والكثير، يقـــول ابن

---

(١) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٢٣٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٨)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ١٢)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٦)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٧).

(٢) . سبق تخريجه ص ٣١ من هذه الأطروحة.

(٣) . بخلاف النِّكاح؛ إذ لا يصح إلا باللفظ الموضوع له على تفصيل بين الفقهاء. انظر اختلافهم في ذلك ص ٣٠ من هذه الأطروحة.

(٤) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٤٨).

(٥) . البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٩١)؛ وانظر: حاشية الصاوي (بلغة السالك لأقرب المسالك) (٣/ ١٤).

(٦) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٩١)؛ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٧)؛ شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٢٥٢).

(٧) . انظر: حاشية الصاوي (بلغة السالك لأقرب المسالك) (٣/ ١٤)؛ الثمر الداني في تقريب المعاني للأزهري (١/ ٥٢٢)؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب (٢/ ١٨٩).

(٨) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٤٨)؛المغني لابن قدامة (٤/ ٤).

قدامة: "المعاطاة مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح"[1].

وذهب الشافعية في المعتمد عندهم[2] إلى عدم صحة البيع بالتعاطي مطلقاً، يقول الرافعي: "المعاطاة ليست بيعاً على المذهب المشهور؛ لأنَّ الأفعال لا دلالة لها بالوضع وقصود الناس فيها تختلف"[3]، وفي قول ثان عندهم أنها تصح في المحقرات التي جرت بها العادة كرطل من الخبز دون الأشياء النفيسة، ونقل عن بعضهم كذلك صحة البيع بالتعاطي في كلِّ ما يعده الناس بيعاً؛ لأنه لم يثبت اشتراط لفظ فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة[4].

ويبدو لي صحة التعاقد بالمعاطاة في العقود المالية، ما دام الفعل المعبِّر عن الرضا لا يلتبس بغيره في عرف الناس؛ ذلك لأن الصيغة في الأصل شرعت للتعبير عن الإرادة الباطنة، فإن كان الفعل واضحاً في الدلالة على إرادة إنشاء العقد فيجب أن يُقال بالاعتداد به قياساً على اللفظ.

ب-قصد الغرض الأساسي من العقد:

والغرض الأساسي من العقد هو ما يُعبَّر عنه بحكم العقد، وهو النتيجة أو الغاية التي يقصدها المتعاقدان مباشرة من عقدهما وتكون واحدة في كل نوع من أنواع العقود، وتُسمَّى تلك النتيجة بالحُكم الأصلي للعقد[5]، أو موضوع العقد[6]، أو غرض العقد[7] أو مقصوده[8]، وتسمَّى كذلك عند المعاصرين بالأثر النوعي للعقد[9].

٢- حكم توافر فرعي القصد المباشر في العقود:

---

(١) . المغني لابن قدامة (٤/ ٤)؛ وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٨).

(٢) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣)؛ المجموع للنووي (٩/ ١٦٢).

(٣) . الشرح الكبير للرافعي (٨/ ٩٩).

(٤) . انظر: المجموع للنووي (٩/ ١٦٢)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٣٣٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣).

(٥) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٤٨١).

(٦) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٣)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٣٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٤٣).

(٧) . انظر: الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٨٥)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٦١).

(٨) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٢)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٤١)؛ الحاوي للماوردي (٩/ ٥٠٨).

(٩) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٣٨٣)؛ النظريات الفقهية د.فتحي الدريني (٢٦٠).

وبالنظر إلى فرعي القصد المباشر في العقود (أي قصد صيغة العقد وقصد الغرض الأساسي له) يتبدى للباحث حالات عدة:

✓ **الحالة الأولى: إما ينعدم القصدان معاً:** بحيث لا يقصد الشخص التلفظ بالصيغة ولا الغرض الأساسي للعقد الموضوعة له تلك الصيغة.

وأمثلة هذه الحالة ما يصدر من النائم والمجنون والسكران، إذ إنَّ كلاً من هؤلاء الثلاثة لا يوجد لديهم قصد لما يقع منهم مطلقاً.

ولذا أجمع الفقهاء[1] على أن **النائم والمجنون** لا تُقبَل عبارتُهما، وليسا أهلاً لإجراء العقود المختلفة أياً كانت-بما فيها العقود المالية-؛ لزوال القوة المدركة والعقل في كل منهما؛ فلا هما يقصدان التلفظ بالصيغة، ولا يقصدان الحكم أو الغرض الأساسي للعقد.

أما السكران: فإن كان سكره بغير إثم -أي بمباح كبنجٍ أو خطأٍ- فالفقهاء من المذاهب الأربعة[2] متفقون على أن ما يقع منه من عقود لا أثر لها؛ والسبب انعدام قصده وعدم تعدِّيه في سكره.

أما إن كان سكره بمحرم، بأن شرب الخمر طوعاً باختياره، فقد اختلف الفقهاء في حكم ما يصدر عنه من تصرفات -ومن ضمنها العقود-:

-فذهب الحنفية[3] والشافعية[4] ورواية عند الحنابلة ذكر المرداوي أنَّها المذهب عندهم[5] إلى أن كل

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٣٥)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٤٢١)؛ القوانين الفقهية لابن جزي المالكي (١٦٣)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ١٢)؛ نهاية الزين في إرشاد المبتدئين لمحمد بن عمر نووي الجاوي، التناري بلدا (ت:١٣١٦هـ)، دار الفكر- بيروت (٢٤٧)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٧٦).

(٢) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ١٩٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦٦)؛ قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار لعلاء الدين محمد بن محمد أمين (ابن عابدين الابن) (ت: ١٣٠٦هـ)، دار الفكر-بيروت، د.ط، (٤/ ٣٤٥)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٨/ ٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٣٤).

(٣) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ١٩٦)؛ قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار لابن عابدين الابن (٨/ ٣٢٣)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦٦)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٩٠).

(٤) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٩)؛ حاشية الجمل على شرح المنهج لسليمان الجمل (٤/ ٣٢٣)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٢٨). وتجدر الإشارة إلى أن إمام الحرمين الجويني نقل أقوالاً متعددة في حكم تصرفات السكران. انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (١٤/ ١٦٨).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٥٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ٤٣٤)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٧٥).

تصرفات السكران صحيحة نافذة إلا بعض التصرفات القليلة التي استثناها الحنفية كالردة والإقرار بالحدود...، أي أنَّ كل العقود الصادرة منه تُعَدُّ صحيحة تنتج أثرها.

ودليل هذا المذهب أن زوال عقل السكران بسبب المعصية، فيُجعل –أي عقله–باقياً حُكماً زجراً له[1].

–وذهب بعض الحنفية[2] والحنابلة في رواية[3] إلى عدم الاعتداد بما يقع من السكران من عقود؛ لأنه كالنائم لا قصد له أصلاً.

ودليل هذا المذهب أن السكران زائل العقل، فأشبه المجنون، والعقل شرط التكليف، ولا يمكن أن يُنسب إلى سكران قصد وإرادة، ولا فرق بين زوال العقل بمعصية وغيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف[4].

–وتحقيق مذهب المالكية[5] في عقود السكران أنه إن كان السكران فاقداً للتمييز مطلقاً فلا يُعتَدُّ بكلامه، ولا ينعقد ما يصدر منه من عقود البتة.

أما إن كان له نوع تمييز فالمشهور عندهم[6] أن ما يصدر منه من عقود يقع صحيحاً، ولكنها غير لازمة له.

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ١٩٦)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٩٠)؛ حاشية الجمل على شرح المنهج لسليمان الجمل (٤/ ٣٢٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٢٣٤).

(٢) . وهو اختيار الكرخي والطحاوي. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٢/ ١٩٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٢٦٦)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٣/ ٤٩٠).

(٣) . انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٥٦)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ٢٤٠)؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ت: عبد المنعم خليل إبراهيم (٥/ ٣٨٧).

(٤) . انظر: المغني لابن قدامة (٨/ ٢٥٦)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٨/ ٢٤٠).

(٥) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٤٣)؛ حاشية العدوي المالكي (علي بن أحمد بن مكرم العدوي (ت١١٨٩هـ) على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي يزيد القيرواني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م (٢/ ١٣٧).

(٦) . وهذا بخلاف ما يقع منه من غير العقود كالجنايات وطلاق وحدود، فإنَّها تلزمه مطلقاً. انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٤٣)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٣٦٥).

يقول الخرشي: "اعلم أن الذي يتحصَّل في بيع السكران وشرائه على ما يظهر من كلامهم: إن كان لا تمييز عنده أصلاً أنه: لا ينعقد أي لا يصح اتفاقاً... وأما إن كان عنده تمييز، أي نوع من التمييز، فلا خلاف في انعقاد بيعه، وإنما اختلفت الطرق في لزومه....وقول مالك[1] وعامة أصحابه أنه لا يلزمه، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب"[2].

يقول العدوي[3] في بيان دليل هذا الحكم: "وإنما لم يصح بيع السكران أو لم يلزم كإقراره وسائر عقوده، بخلاف جناياته وعتقه وطلاقه؛ سداً للذريعة؛ لأنا لو فتحنا هذا الباب -مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده، وكثرة وقوع البيع منه- لأدى إلى أنه لا يبقى له شيء بخلاف طلاقه وقتله وإتلافه وعتقه، وما يتعلق به حق لغيره، فيلزمه ذلك؛ لأنا لو لم نلزمه ذلك لتساكر الناس ليتلفوا أموال غيرهم ويستبيحوا دماءهم"[4].

- ✓ **الحالة الثانية: أن يوجد قصد التلفظ بالصيغة وينعدم قصد الغرض الأساسي للعقد:**

ويدخل في هذه الحالة المكره والهازل؛ إذ كلٌّ منهما قصد إتيان الفعل (أي صيغة العقد الموضوعة له شرعاً) ولكن لم يقصد حكمه أو غرضه الأساسي، ويدخل في ذلك أيضاً ما يسمَّى بالتلجئة.

أما **الهازل** فقد اختلف الفقهاء في حكم العقود الصادرة عنه:

---

(١) . هو مالك بن أنس ابن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ولد عام ٩٣هـ، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأعلام، ومؤسس المذهب المالكي، أجمع العلماء على أمانته ودينه وورعه، عرف بتوقيره الشديد لحديث رسول الله ﷺ، من كتبه (الموطأ) وقد ظل في تحريره أربعين عاماً، وله أيضاً (المدونة)، توفي سنة ١٧٩هـ. انظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي (١/ ٨٢ وما بعدها)؛ الأعلام للزركلي (٥/ ٢٥٧).

(٢) . حاشية الخرشي (٥/ ٨).

(٣) . هو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي، ولد عام ١١١٢هـ، من فقهاء المالكية المحققين وعمدة المدققين، كان شيخ الشيوخ في عصره، وعنه أخذ كثير من فقهاء المالكية المشهورين كالدردير، والدسوقي، عرف بالزهد والورع والصبر على العلم حتى وفاته، من مؤلفاته: (حاشية على كفاية الطالب الرباني). توفي سنة ١١٨٩هـ -رحمه الله تعالى-. انظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للعلامة محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م (١/ ٤٩٢)؛ الأعلام للزركلي (٤/ ٢٦٠).

(٤) . حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٣٧).

-فذهب الحنفية[1] والشافعية في قول[2] والحنابلة في الرواية الراجحة[3] إلى عدم الاعتداد بعبارة الهازل في العقود، لأنَّه وإن قصد اللفظ، لكنه لم يقصد حكم العقد.

إلا أن لذلك استثناء –لا يتصل بالعقود المالية– وهو عقد النكاح والتصرفات التي وردت في الحديث الذي يرويه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: "ثلاث جِدُّهن جِدٌّ، وهزلهن جِدٌّ، النكاح والطلاق والرجعة"[4].

فمفاد هذا المذهب أنَّ العقود المالية الصادرة عن الهازل غير معتدٍّ بها شرعاً.

وتجدر الإشارة إلى أن الهزل يُعرف بالقرائن الدالة عليه، كأن يكون سياق الحديث بين الطرفين صريحاً بأنه من باب اللعب واللهو، نص على ذلك الحنابلة[5].

-وأما المالكية[6] فيفهم من كلامهم أن عقد الهازل غير لازم، أي أنَّه منعقد صحيح، ولكنه لا يلزم صاحبه إن حلف على أنه كان هازلاً، فإن أمضاه نفذ وإلا بطل.

يقول الدسوقي في البيع: "ولو قال البادئ: لا أرضى، وإنما **كنت مازحاً** مثلاً...**وحلف**.... **لا يلزمه البيع**، وإلا يحلف لزم البيع"[7].

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٩)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٥/ ٨)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٢١٠).

(٢) . انظر: الوسيط في المذهب للغزالي (٥/ ٣٨٧)؛ المجموع للنووي (٩/ ١٧٣)؛

(٣) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٦)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٥٠)؛ مطالب أولى النهى للرحيباني (٥/ ٣٤٠).

(٤) . أخرجه أبو داود في الطلاق/ باب في الطلاق على الهزل؛ وأخرجه الترمذي في الطلاق/ باب الجد والهزل في الطلاق برقم (١١٨٤). يقول الزيلعي عن هذا الحديث: "صحح الحاكم إسناده، وقال الترمذي: حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم، والصحابة، وغيرهم". نصب الراية للزيلعي (٣/ ٢٢٣).

(٥) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٦)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٥٠)؛ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لموسى بن أحمد الحجاوي المقدسي (ت: ٩٦٨هـ)، دار المعرفة- بيروت، ت: عبد اللطيف محمد موسى السبكي (٢/ ٥٨).

(٦) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٣١)؛ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الحفيد) (ت٥٩٥هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ت:د.محمد حجي (٧/ ٣٣١)؛ حاشية الخرشي(٥/ ٧)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣/ ٤).

(٧) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣/ ٤).

وهذا يشمل كلَّ العقود المالية[1].

-وذهب الشافعية في المعتمد عندهم[2] والحنابلة في رواية ضعيفة[3] إلى أن ما يصدر من الهازل من عقود يعتد به شرعاً عملاً بالصيغة؛ إذ قصد المعنى أمر باطن؛ ولذا أنيط بظاهر، وهو التلفظ أو ما يقوم مقامه في إنشاء العقود.

كما أنَّ الهازل يقصد الصيغة، وهو وإن كان لا يقصد غرض العقد ومعناه، إلا أنه يعلم به ويفهمه، وهذا كاف في إنشاء العقد عند أصحاب هذا المذهب.

أما المكرَه: فكذلك اختلف الفقهاء فيما يصدر عنه من عقود:

- فذهب الحنفية[4] والمالكية[5] ورواية عند الحنابلة[6] إلى أن من أكره على عقد من العقود المالية[7] (بيع أو إجارة...) فإن عقده صحيح ولكنه غير لازم؛ فإن زال الإكراه كان له الخيار إن شاء أمضى العقد الذي أُكره عليه وإن شاء فسخه.

ودليل هذا المذهب أن من شرط صحة التعاقد التراضي ووجود الإرادة الحقيقية بالتعاقد، كما قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء:٢٩].

---

(١) . ولكنهم استثنوا بعض التصرفات مما يخرج عن العقود المالية، كالنكاح وما يلحقه، شأنهم في ذلك شأن سائر الفقهاء لورود النص الصريح. انظر: حاشية الخرشي (٤/ ٣٢).

(٢) . انظر: المجموع للنووي (٩/ ١٧٣)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٦)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٣٧٥).

(٣) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٦).

(٤) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١١/ ٤١).

(٥) . انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٤٦)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٤/ ٤٤١).

(٦) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٥).

(٧) . حيث إنَّ الحنفية يُلحقون الإكراه بالهزل في لزوم عقد النِّكاح –وهو غير مالي–، فلا أثر للإكراه فيه. والحنابلة في ذلك كالحنفية. انظر: المبسوط للسرخسي (٢٤/ ٦٤)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ١٨٤)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ١٨٨)؛ الفروع لابن مفلح (٥/ ١٢٣). وذلك خلافاً للمالكية إذ الإكراه في عقد النكاح مؤثر كسائر العقود، إلا أن المكره على النكاح لا يصح منه إجازته بعد زوال الإكراه بل يجب عليه الفسخ، والإكراه على النكاح عند الشافعية كذلك يجعله غير منعقد أصلاً. انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ٣٧٠) و(٢/ ٥٥٠)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٤/ ٥٦)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (١٤/ ١٦٠).

والمكره لم يرد حكم العقد ولم يقصد الغرض الأساسي الذي شرع لأجله، وإنما قصد إتيان الصيغة رفعاً لما نزل به، فلا يلزم بها عقد أثناء الإكراه.

جاء في الدر المختار: "عقود المكره نافذة عندنا، والمعلق على الرضا والإجازة لزومه لا نفاذه؛ إذ اللزوم أمر وراء النفاذ"[1].

يقول الخرشي: "شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع، فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم، وإن صح"[2].

-وذهب الشافعية[3] والحنابلة في المعتمد[4] إلى أن العقود الصادرة من المكره باطلة لا أثر لها؛ ودليلهم الآية التي استدلَّ بها الحنفية إلا أنهم جعلوا أثر الإكراه عدم صحة العقد.

فالمكره وإن قصد التلفظ بالصيغة وهو فاهم لمعناها إلا أنه لم يقصد الغرض الأساسي أو حكم العقد الذي وضعت له، ولذا لم يصح عقده، ولذا صرح بعض الشافعية بها يأتي.

يقول ابن القاسم العبادي[5]: "(فلا يصح عقد مكره) قال في شرح العباب **ومحلُّه** إن لم يقصد إيقاع البيع"[6].

أمَّا ما أسماه الفقهاء **بعقد التلجئة**، فمعناه: أن يقصد العاقدان التلفظ بصيغة العقد ظاهرياً، ولكن من غير أن يقصدا حكمه وغرضه الأساسي، وذلك الاتفاق بين العاقدين على إظهار صورة العقد دون قصد معناه، قد يكون لخوف سلطان أو عدو أو غير ذلك ويسمى ببيع الأمانة[7]، ويسمَّى في الفقه المعاصر بالعقد الصوري[8].

---

(١) . الدر المختار للحصكفي، دار الفكر-بيروت، ط١٣٨٦هـ، (٥/ ٤٢٣).

(٢) . حاشية الخرشي (٥/ ٩).

(٣) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٧)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٣٨٧).

(٤) . انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٧)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٥)؛ مطالب أولي النهي للرحيباني (٣/ ١٠).

(٥) . هو شهاب الدين أحمد بن قاسم الصبّاغ العبّادي المصري الشافعيّ الأزهري، له حاشية على شرح جمع الجوامع في أصول الفقه سماها (الآيات البينات) و(شرح الورقات لإمام الحرمين). توفي بمكة سنة ٩٩٢هـ. الأعلام للزركلي (١/ ١٩٨).

(٦) . حواشي ابن القاسم العبادي والشرواني على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٢٢٨).

(٧) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٤٨)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٤٩)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٠).

(٨) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته أ.د وهبة الزحيلي (٤/ ١٩٣).

يقول السرخسي[1]: "فالملجَأ أيضاً يكون مختاراً للسبب لغير ما وضع له السبب، ولا يكون مختاراً للحكم، ولا راضياً به"[2].

وقد اختلف الفقهاء في حكمه على أقوال:

- فذهب الحنفية في الرواية المعتمدة[3] والحنابلة[4] إلى عدم الاعتداد بالعقد الصوري؛ بل هو عقد باطل؛ لأن العاقدين ما قصدا بعقدهما حكم العقد حقيقة، فلا يصح قياساً على الهازل.

يقول المرداوي: "بيع التلجئة، والأمانة وهو أن يظهرا بيعاً لم يريداه باطناً، بل خوفاً من ظالم دفعاً له باطل"[5].

- وذهب الحنفيَّة في رواية منقولة عن الإمام أبي حنيفة[6] والشافعية[7] إلى صحة العقد ولا عبرة للاتفاق السابق، لأن الشرط السابق لحالة العقد لا يؤثر فيه، فهو كما لو اتفقا على شرط فاسد، ثم عقدا العقد، فإنه لا يبطل العقد.

- وأشير إلى أنَّ المالكية لم يصرحوا ببيع التلجئة في كتبهم، ويبدو لي أنه غير لازم عندهم وذلك قياساً على الهازل والمكره في مذهبهم.

✓ **الحالة الثالثة: أن ينعدم قصد الصيغة ويوجد قصد الغرض الأساسي للعقد:**

ومثال ذلك ما لو قصد شخص تملك سلعة أو منفعة مثلاً... ولكنه لم يقم بأي عمل يدلّ على قصده، فلا شك أن قصده المضمر لا أثر له ما لم يترجمه في صيغة أو فعل يدل عليه، وهذا بإجماع الفقهاء، حيث جعلوا الصيغة من أركان العقود على اختلاف أنواعها[8].

---

(١) . هو شمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسي قاض من كبار الحنفية، كان عالماً بالأصول والمناظرة، من أشهر كتبه (المبسوط) في الفقه الحنفي، توفي سنة ٤٨٣هـ. انظر: تاج التراجم في طبقات الحنفية لزين الدين قاسم بن قطلوبغا الحنفي (٢/ ٤٤)؛ الأعلام للزركلي (٥/ ٣١٥).

(٢) . المبسوط للسرخسي (٢٤/ ١٢٢).

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠٧)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٩).

(٤) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٥)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٥٠).

(٥) . الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٦٥).

(٦) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٤/ ١٢٢)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٩).

(٧) . انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٠٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٢٣).

(٨) . يظهر ذلك جلياً في كل باب من أبواب العقود كلها في كتب المذاهب جميعاً.

والخلاصة مما سبق: يتبين لنا أن القصد المباشر بفرعيه –قصد إتيان الصيغة المكونة للعقد وقصد الغرض الأساسي منه– أمر ضروريٌ يجب توافره حتى يعتد بصحة العقد، إلا في بعض الجزئيات التي سبقت دراستها –كعقد المكره والسكران– حيث اختلف الفقهاء فيها اختلافاً لا يغيِّر المبدأ العام الذي اتفقوا عليه، وهو أهمية توافر القصد المباشر في كل العقود.

وأطبق ذلك الكلام على الهبة مثلاً، فلابد فيها من توافر الأمرين الذين أشرت إليهما، وهما:

- **قصد الأفعال المكونة للهبة:** وهو أن يقصد الواهب **الصيغة وهي المظهر الخارجي** للهبة، وذلك بالإيجاب الذي هو ركن الهبة عند الحنفية[1]، والإيجاب والقبول عند المالكية[2] والشافعية[3] وزفر من الحنفية[4].

فالصيغة –الإيجاب أو الإيجاب والقبول معاً– تصرف إرادي لا يقع إلا مقصوداً من صاحبه.

- وكذلك أن يقصد التمليك بلا مقابل، وهو **غرض الهبة وحقيقتها**:

وذلك أن الفقهاء عرفوا الهبة بأنها: تمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً[5]. والفيصل في ذلك إنما هو قصد الواهب فإن قصد التمليك بلا عوض فهي الهبة، وإن انضم إلى ذلك القصد قصد آخر هو الحصول على ثواب الآخرة فهي الصدقة[6].

يقول العز بن عبد السلام: "دفع الأموال مُردَّد بين أن يُفعَل هبة أو هدية أو وديعة، وبين أن يُفعل قربة إلى الله كالزكاة والصدقات والكفارات، فلما تردد بين هذه الأغراض، وجب أن تُمَيَّز النية لما يفعل لله عما يفعل لغير الله"[7].

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يتعدد القصد المباشر في العقد؟

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١١٥)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ١٩).

(٢) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٨/ ١٠)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٨/ ١٨١).

(٣) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٧)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ١٦٨).

(٤) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١١٥).

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٥٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٤٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٦)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٢٧٣).

(٦) . انظر: مواهب الجليل (٦/ ٤٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٧).

(٧) . قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٦).

كما سلف أن بينت عندما أقول إن القصد المباشر في عقد الإجارة مثلاً هو قصد الإتيان بالصيغة وقصد تحقيق الأثر النوعي وهو تملك المنفعة فلا يعني ذلك أن هناك تعددَ قصودٍ مباشرة، بل هذا من باب تخصيص القصد المباشر لهذا العقد أي تمييز القصد المباشر للإجارة عن غيره العقود.

ولكن قد تتعدد القصود المباشرة في عقد من العقود في حالة ما لو تعاقد طرفان واتجهت قصود كل واحد منهما إلى الجمع بين أكثر من أثر نوعي للعقود التي فصلها الفقهاء، أي يجمع العاقدان بين حكم أكثر من عقد في منظومة عقدية واحدة، ولهذا أثر في تكييف العقد، إذ من شأنه أن ينقل العقد من زمرة العقود المسماة إلى زمرة العقود غير المسماة بالإضافة إلى ما يترتب على ذلك من أثر في حقوق العاقدين والتزاماتهم وسيتبين تفصيل ذلك كل في موضعه.

المطلب الثاني: القصد غير المباشر:

إذا كان القصد المباشر في العقد يشمل كلاً من قصد الإتيان بالصيغة، وقصد الغرض الأساسي من ذلك العقد -الذي يُصاحب قصد التلفظ الصيغة ولا ينفك عنه كما سبق بيانه-، فإن القصد غير المباشر في العقود أوسع من ذلك بكثير.

إذ يشمل القصد غير المباشر للعقد: كل ما تتجه إليه إرادة الشخص من غايات تأتي وراء القصد المباشر لذلك العقد.

وإذا كان القصد المباشر -بشقيه- في كل نوع من أنواع العقود واحداً، فإنَّ القصد غير المباشر يتعدد بتعدد الأشخاص، ولا يمكن حصره.

فإذا كان القصد المباشر من عقد البيع -مثلاً- كما سبق قصد المظهر الخارجي الذي هو الصيغة، وقصد التملك والتمليك بمقابل وهو غرض العقد، فإنَّ القصد غير المباشر من البيع متعدد بتعدد المتعاقدين، بل كثيراً ما تتعدد القصود غير المباشرة لدى العاقد نفسه، فقد يشتمل القصد غير المباشر في البيع على قصد الاستفادة الشخصية من المبيع باستعماله من قبل المبتاع كمن يشتري بيتاً للسكنى، وقد يشتريه ليؤجره، وقد يشتريه ليتاجر به، وقد يشتريه ليجعل منه مشروعاً ما...وهكذا تتعدد القصود غير المباشرة.

ولا حرج في تعدد القصود غير المباشرة ما دامت موافقة لقصد الشارع، ولكن إذا كان تعدد القصود غير المباشرة التي لا تناقض الشارع لا يؤثر في حكم العقد من حيث المشروعية، إلا أنَّه قد يؤثر

في الآثار المترتبة على العقد، وذلك كأثر زيادة الالتزامات أو إنقاصها بين العاقدين، إن ظهرت تلك القصود بطريقة ما كأن تظهر من خلال الشروط المقترنة بالعقد أو دلَّ العرف عليها ممَّا سيأتي بيانه في محله من الباب الثاني.

ولكن أضرب هنا أمثلة -سيأتي تفصيلها- عن اجتماع القصود غير المباشرة مع القصود المباشرة والتي يترتب عليها أثر في العقد.

- ففي عقد البيع إن قصد المشتري استخدام المبيع في غرضٍ معين، فاشترط في المحل صفةً زائدة تنسجم مع قصده غير المباشر، فنكون أمام حالة اجتماع قصد غير مباشر -دلت عليه الصفة المقصودة المشترطة- مع قصد مباشر هو الغرض الأساسي للعقد.

يقول الرحيباني: "إنَّ في اشتراطها [أي اشتراط صفات معينة] **قصداً صحيحاً،** وتختلف **الرغبات باختلاف الصفات،** فلولا صحة اشتراطها ولزومها لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع"[1].

- ومن أمثلة القصود غير المباشرة التي يدلُّ عليها العرف: قصد الحصول على عوض في هدايا الأفراح وهو ما يسمَّى بالنقوط، وهو الهبة التي تُعطى في الأفراح من المناسبات لصاحب الفرح، وخصوصاً الأعراس ومن رُزق بمولود وهكذا، وقد تعارف الناس على أن من يُعطى النقوط يردُّ بدلاً منه للمعطي في وقت أفراحه[2].

وقد بينت في المبحث التالي حكم ما إذا وجد قصد غير مشروع بين تلك القصود.

والخلاصة التي أصل إليها: إنَّ ثمرة التفريق بين القصد المباشر وغير المباشر تتبدَّى في أن القصد المباشر يجب توافره ليكون العقد معتداً به شرعاً ومنتِجاً أثرَه، فإن لم يتوافر القصد المباشر أو أصابه خلل -كما في العقود الصادرة من المجنون وغيرها مما مر بيانه- فإنَّ ذلك من شأنه أن يجعل ذلك العقد غير صحيح، أو غير لازم -كما في حالة عقود المكره على اختلاف بين الفقهاء كما سبق-.

---

(١) . مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٦٧، ٦٨).

(٢) . انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٤٤)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٢٨)؛ حاشية الجمل حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٢٥٥)، وسيأتي بيانها ص٣٣٦ وما بعدها من هذه الأطروحة.

أمَّا القصد غير المباشر فلا يطلب توافرُه للحكم بصحة العقد ما دام أنَّ العاقد قد قام به مكتمل الشروط والأركان.

فمن باع أو استأجر لا يطلب منه الإفصاح عن قصده غير المباشر من عقده الذي أجراه.

إلا أنَّه إن وجد في العقد قصد غير مباشر -إلى جانب القصد المباشر- فإنَّه يجب أن يكون مشروعاً، وهذا موضوع المبحث الآتي.

المبحث الثاني: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المشروعية وعدمها

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان حقيقة القصد المشروع والقصد غير المشروع

المطلب الثاني: أمثلة القصد المشروع وغير المشروع في العقود المالية

المطلب الثالث: الصلة بين القصد غير المشروع والباعث غير المشروع

المطلب الرابع: الترجيح بين القصد المشروع وغير المشروع عند اجتماعهما

المطلب الأول: بيان حقيقة القصد المشروع والقصد غير المشروع:

لا بد -قبل بيان حقيقة القصد المشروع وغير المشروع في العقد المالي- من بيان حقيقة قصد الشارع (أو مقاصد الشريعة) وذلك للصلة بين الأمرين؛ فلا يعدُّ قصد العاقد مشروعاً ما لم يتفق مع قصد الشارع في تشريعه للعقود المختلفة.

أولاً: بيان حقيقة مقاصد الشريعة:

تنقسم مقاصد الشريعة إلى أقسام ثلاثة:

١- مقاصد الشريعة العامة (المقاصد الكليَّة):

وإلى هذا القسم تردُّ كل أنواع المقاصد الأخرى، فهي الأصل والأساس الذي تفرعت عنه كلُّ مصلحة معتد بها شرعاً، وإن لم يكن العلماء المتقدمون من الفقهاء والأصوليين قد وضعوا تعريفاً لهذه المقاصد إلا أنهم قد تناولوها بالبحث والبيان من خلال إيضاح أنواع المقاصد العامة (الكلية) وضرب الأمثلة عنها.

يقول الغزالي: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[1].

فالمقاصد العامة (أو الكلية) للشريعة هي **حفظ الدين، والنفس والعقل والنسل (أو العرض) والمال.**

---

(١) . المستصفى للغزالي (٢/ ٤٨٢). وانظر: الفروق للقرافي (١/ ٣٧٦)؛ وكذلك الشاطبي فمع دقة فهمه وتبحره في علم مقاصد الشريعة لم يذكر تعريفاً محدداً لمقاصد الشريعة في كتابه الموافقات، الذي يعد مرجعاً لكل من أتى بعده في علم المقاصد، وسبب عدم ذكره تعريفاً محدداً أنه اعتبر الأمر واضحاً للقارئ؛ إذ إن كتابه كان موجهاً للراسخين في علوم الشريعة، ثم إن التعريف بالمثال يقرب المعرَّف إلى الذهن، ولذا لم يغرق في تفاصيل الحدود بشكل دقيق كما هو معهود عند المناطقة وعلماء الكلام. انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية د. محمد سعد اليوبي، دار الهجرة- السعودية، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م، (٣٤هامش).

ويقول ابن عاشور في تعريفه لمقاصد الشريعة العامة بأنها: "مقاصد التشريع العامَّة هي المعاني والحِكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحِكَم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها"[1].

وهذا القسم هو الذي يعنيه غالباً المتحدثون عن مقاصد الشريعة، ويظهر من كلام ابن عاشور أن بعض تلك المقاصد أعم من بعض، وما كان أعم فهو أهم، أي أنَّ المقاصد التي روعيت في جميع أبواب الشريعة هي أعم وأهم من التي روعيت في كثير من أبوابها[2].

والمقاصد الكلية التي روعيت في كلِّ أبواب الشريعة هي المقاصد الخمسة التي بينتها في مطلع هذه الفقرة، وإليها تردُّ كل مصلحة معتد بها.

وأضرب مثالاً لمقاصد الشريعة العامة فيما يأتي:

لقد نهى الشرع عن أن يخطب المسلم على خطبة أخيه المسلم، وذلك إذا حصل الركون للخاطب الأول بأن أجيب بالموافقة على الخطبة، والنهي هنا نهي التحريم باتفاق الفقهاء[3].

وكذلك نهى الشارع عن أن يشتري المسلم على شراء أخيه[4].

يقول الزيلعي: "يكره فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي سماه المشتري، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد؛ لأن هذا بيع من يزيد"[5].

---

(١) . مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور، الشركة التونسية للتوزيع- تونس، ١٩٧٨م (٥١).

(٢) . انظر: القصد والنية في الشريعة الإسلامية د.عبود بن علي بن درع، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة-العدد٤٨، (٩٠).

(٣) . انظر: اللباب شرح الكتاب لعبد الغني الميداني (١٢٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٢/ ١٠)؛ الثمر الداني للآبي الأزهري (٤٤٣)؛ الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر- بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م (٥/ ١٧٤)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٣١١)؛ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري (٢/ ٥٧)؛ منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان (٢/ ١٣٢).

(٤) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٦٧)؛ الثمر الداني للآبي الأزهري (٤٤٣)؛ المجموع للنووي (١٣/ ١٧)؛ مطالب أولى النهى للرحيباني (٣/ ٤٦٧).

(٥) . تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٦٧).

ودليل تحريم البيع على البيع والخطبة على الخطبة ما ورد في الحديث عن ابن عمر ﷺ أنه كان يقول: ((نهى النبي ﷺ أن يبيعَ بعضُكم على بيعِ بعضٍ، ولا يخطِبُ الرجلُ على خِطبة أخيه حتى يتركَ الخاطبُ قبلَه أو يأذنَ له الخاطبُ))[1].

فيستخلص من تلك الفروع -وما يشبهها كثير في الأبواب الفقهية- مقصد من مقاصد الشريعة العامة، وهو دوام الأخوة بين المسلمين واجتناب الأفعال التي تنال من المحبة بينهم[2]. مما يعود على مقصد حفظ الدين ومقصد حفظ النفس بالرعاية والصون.

ولو استقرأنا أحكام الشريعة لوجدنا أنه يندر أن يخلو حكم من مثل هذا المقصد العظيم، فما أحكام المعاملات بأجمعها وما وضع لها من شروط إلا لتنظيم تلك العقود التي تمس الحاجة إليها تنظيماً من شأنه أن يحفظ الحقوق لأصحابها ويمنع من تفشي الخلاف بين الأطراف المتعاقدة، وهذا بالنتيجة ترسيخ لمبدأ الأخوة بين المسلمين وصيانتها مما قد ينال منها.

بل نجد أن المشرع الحكيم قد أوضح هذا المقصد بشكلٍ جلي في موضع قد لا يُنتبه إليه، وذلك في الصلاة التي هي صلة بين العبد وربه؛ فعن النعمان بن بشير ﷺ قال: قال النبي ﷺ: ((لَتُسَوُنَّ صفوفَكم أو لَيُخَالِفَنَّ اللهُ بين وجوهكم))[3].

يقول ابن حجر: "قال النووي: معناه يوقع بينكم العداوة والبغضاء"[4].

وهذا يدل بوضوح على أنَّ من المقاصد الشرعية لتسوية الصف في الصلاة أن تزيد عرى الأخوة وأواصر المحبة بين المسلمين كما يقفون جنباً إلى جنب لأداء ما فرضه الله عليهم.

٢- مقاصد الشريعة الخاصة:

وهي المعاني والحكم التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها في باب معين، أو في أبواب قليلة متجانسة من أبواب التشريع[5]، وقد اعتنى بهذا القسم من المقاصد ابن عاشور، فتناول منها مقاصد الشـــارع في

(١) . أخرجه البخاري في النكاح/ باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع برقم (٥١٤٢).

(٢) . انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (٢٠).

(٣) . أخرجه البخاري في الأذان/ باب تسوية الصفوف عند الإقامة وبعدها برقم (٧١٧).

(٤) . فتح الباري لابن حجر (٢/ ٢٠٧).

(٥) . انظر: القصد والنية في الشريعة الإسلامية د.عبود بن علي بن درع، (٩٠).

أحكام العائلة، ومقاصد القضاء والشهادة، ومقاصد التبرعات، ومقاصد العقوبات.. وغيرها[1].

ففي العقود المالية نجد أنَّ من مقاصد الشريعة رواج الأموال، ويعني دوران المال بين أكثر من يمكن من الناس بوجه حق[2].

وهذا مقصد عظيم من مقاصد الشارع في الأموال دلت عليه فروع كثيرة، منها:

الترغيب في المعاملة والتجارة قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزَّمل:٢٠]. وفي الآية: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[البقرة:٢٨٢] إشارة إلى أهمية التجارة في نظر الشريعة حيث رخص في ترك الإشهاد -الذي حثَّت عليه الأدلة- حرصاً على نفي العوائق عنها[3].

وأيضاً للمحافظة على مقصد الرواج شرعت عقود المعاملات لنقل الحقوق المالية بمعاوضة أو بتبرع.

ولمقاصد الشريعة الخاصة معنى آخر تعرض له ابن عاشور كذلك، ويعني بها الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة.. ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس، مثل: قصد التوثق في عقد الرهن[4].

٣- مقاصد الشريعة الجزئية:

وهي ما يقصده الشارع من كل حكم شرعي، من إيجاب أو تحريم، أو ندب أو كراهة أو إباحة أو شرط أو سبب...وأكثر من يعتني بهذا القسم من المقاصد هم الفقهاء، لأنهم أهل التخصص في جزئيات الشريعة ودقائقها[5].

---

(١) . في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية.

(٢) . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (١٧٥).

(٣) . انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (١٧٥)؛ المجموع للنووي (١٣/ ١٠٤).

(٤) . انظر: القصد والنية في الشريعة الإسلامية د.عبود بن علي بن درع، (٩٠).

(٥) . انظر: القصد والنية في الشريعة الإسلامية د.عبود بن علي بن درع، (٩٠)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية د. محمد سعد اليوبي (٣٥).

وهذا المعنى هو الذي يتضح من تعريف علال الفاسي لمقاصد الشريعة حيث قال: "المراد بمقاصد الشريعة: الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"[1].

وأمثلة ذلك كثيرة تفوق الحصر، ففي كل حكم جزئي شرعي معنى راعاه الشارع عند تشريعه لذلك الحكم، سواء كان ذلك المعنى معلوماً لدى الفقيه أو المجتهد، أو كان غائباً قصرت عنه أذهان المجتهدين[2].

والذي يدقق النَّظر في أنواع تلك المقاصد الشرعية يجدها كُلاً متماسكاً مترابطاً غايتها واحدة، وهي رعاية مصلحة العباد في نظر الشارع، فكل مجموعة من المقاصد الجزئية تتعاضد فيما بينها لتؤلف مقصداً أكمل يختص بباب أو أكثر بقليل من أبواب الفقه، وكل مجموعة من تلك المقاصد التي يتصل كل منها بباب واحد تتعاضد فيما بينها لتؤلف مقصداً أكمل من كل مقصد انضوى تحته، وهكذا تختزل مقاصد التشريع بمقاصد أكمل وأشمل لتصب جميعها في مقصد خلق الله ﷻ للعباد والمتمثل في قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴿٥٦﴾﴾ [الذاريات:٥٦].

بعد هذا البيان لأقسام المقاصد الشرعية، أقول:

إنَّ الناظر في كلام الفقهاء والأصوليين يجد أن هناك ترابطاً وثيقاً بين مصطلح المقصد الشرعي – على اختلاف أقسامه– وبين المصالح الشرعية، حيث إن تكاليف الشريعة راجعة إلى حفظ مقاصدها في الخلق، والمحافظة على مقصود الشارع من الخلق هي المصلحة الشرعية المعتد بها[3]، والتي تنقسم إلى ثلاثة أقسام الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

وإنَّ من عرفوا المقاصد الشرعية لا حظوا ذلك الترابط:

---

(١) . مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها لعلال الفاسي، مكتبة الوحدة العربية– الدار البيضاء، د.ط (٣).

(٢) . إن المعنى المعلوم في جزئية ما إن كان منضبطاً فهو العلة التي بحثها الأصوليون في باب القياس. والعلة هي: "مناط الحكم أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصَّبه علامة عليه". ومثال العلة الإسكار؛ إذ هو علة تحريم الخمر. المستصفى للغزالي (١/ ٢٨١، ٣٠٧)؛ وانظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٦، ١٤١)؛ تيسير التحرير لأمير بادشاه (٤/ ١١١).

(٣) . انظر: المستصفى للغزالي (٢/ ٤٨٢)؛ البحر المحيط للزركشي (٤/ ٣٧٧)؛ الموافقات للشاطبي (٢/ ٨)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (٧٨).

فقد عرفها الشيخ عبد الوهاب خلاف[1] بأنها: "تحقيق مصالح الناس بكفالة ضرورياتهم وتوفير حاجياتهم وتحسينياتهم"[2].

وبناء على ما سبق يمكنني تعريف مقاصد الشريعة بأنها: "المعاني التي راعاها المشرع الحكيم تفضلاً منه في تشريعه للأحكام كافة والمشتملة على تحقيق مصالح الناس المختلفة برتبها الثلاث[3]".

وهذا التعريف استقيته كذلك من قول الشاطبي: "تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام، أحدها أن تكون ضرورية، والثاني أن تكون حاجية، والثالث أن تكون تحسينية"[4].

وأشير إلى أن ما ذكره الشاطبي هنا من الضروريات والحاجيات والتحسينيات يعدُّ رُتَباً للمقاصد الكلية للشريعة.

ثانياً: بيان حقيقة القصد المشروع:

تناولت في الفقرة السابقة معنى مقصد الشارع، وفي هذه الفقرة أتناول حقيقة **القصد المشروع الذي يقصده المكلف**.

---

(١) . من مواليد كفر الزيات المصرية عام ١٨٨٨م، درس القضاء الشرعي وعين قاضيا شرعيا ومديرا للمساجد بوزارة الأوقاف ثم مفتشا بالمحاكم الشرعية ثم عين مدرساً للشريعة الإسلامية في كلية الحقوق، كان واسع المعرفة بالشريعة واللغة العربية، من كتبه: (أحكام الأحوال الشخصية) و(السياسة الشرعية) توفي سنة ١٩٥٦م، رحمه الله تعالى. انظر مقدمة كتابه أصول الفقه (٣).

(٢) . أصول الفقه الإسلامي لعبد الوهاب خلاف، مكتب الدعوة الإسلامية-القاهرة، ط٨، (١٩٧)؛ وانظر: القصد والنية في الشريعة الإسلامية د.عبود بن علي بن درع (٩٠).

(٣) . المصلحة الضرورية: هي ما لا تستقيم الحياة بفواتها، فإن فقدت حلَّ الهلاك أو التلف، والمصلحة الحاجية: هي ما يصعب العيش بدونها فإن فقدت حلت المشقة غير المعتادة ولم يصل الأمر للهلاك والتلف، أما المصلحة التحسينية فهي ما لا تفوت الحياة بفقدانها ولا تحل مشقة زائدة بدونها، ولكنها تطلب من باب محاسن الأخلاق وكمال الترفه، ولذا تسمى بالكماليات، وكل رتبة من الرتبتين الأخيرتين تعد بمثابة الخادم والمتمم لما فوقها، فأصل المصالح المصلحة الضرورية. انظر: المستصفى للغزالي (٢/ ٤٨٥)؛ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣/ ٣٠٢)؛ تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه (٣/ ٤٤٢)؛ الموافقات للشاطبي (٢/ ١١، ١٣)؛ رفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب لتاج الدين السبكي (٤/ ٣٣٤)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ١٦٧).

(٤) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٨).

لم يعرِّف الفقهاء ولا الأصوليون القصد المشروع، ولكن يمكن استنتاجه بسهولة ويسر من كلامهم، ولاسيما الشاطبي حيث يقول: "قَصَدَ الشارعُ من المكلف أن يكون قصدُه في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهرٌ من وضع الشريعة، إذ قد مرَّ أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع، ولأن المكلف خُلِق لعبادة الله، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة -هذا محصول العبادة- فينال بذلك الجزاء في الدنيا والآخرة، وأيضاً فقد مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والتحسينيات، وهو عين ما كلف به العبد، فلا بد أن يكون مطلوباً بالقصد إلى ذلك، وإلا لم يكن عاملاً على المحافظة؛ لأن الأعمال بالنيات، وحقيقة ذلك أن يكون خليفة الله في إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه، وأقل ذلك خلافته على نفسه ثم على أهله ثم على كل من تعلقت له به مصلحة"[1].

وقد نقلت النص بطوله لأهميته ووضوحه، ويظهر جلياً أن قصد المكلف يكون مشروعاً عندما يوافق قصد الشارع في تشريعه للأحكام، وهنا يظهر الترابط بين مقصد الشارع وقصد المكلف، إذ ينبغي لقصد المكلف أن يكون تابعاً لقصد الشارع حتى يتصف بالمشروعية.

يقول الشاطبي في موضع آخر: "القصد المطابق لقصد الشارع هو الصحيح"[2].

وبناء عليه أعرِّف القصد المشروع لدى المكلف بأنه: توجه إرادة المكلف في أعماله كافة لموافقة المعاني التي تحقق مصالح العباد، والتي راعاها الله ﷻ -تفضلا منه- في أحكام دينه كلها.

وتجدر الإشارة إلى أن الدكتور عمر الأشقر[3] قد عرَّف المقاصد المشروعة، وأطلق عليها لفظ المقاصد الخيِّرة بقوله: "المقاصد الخيِّرة هي التي يقصد بها صاحبها وجه الله تعالى أو يقصد المصالح التي أجاز الشارع للمكلَّف قصدها"[4].

---

(١) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١).

(٢) . الموافقات للشاطبي (١/ ٢٤٤).

(٣) . عمر سليمان الأشقر من مواليد برقة حوالي ١٩٣٠م، عالم فقيه، درَّس في جامعة الإمام محمد بن سعود في الرياض، ودرَّس أيضاً في الكويت، وقد توفي سنة ١٤٣٠هـ. انظر الموقع الالكتروني: http://majles.alukah.net/showthread

(٤) . مقاصد المكلفين فيما يُتعبد به رب العالمين د.عمر سليمان الأشقر (٤١٣).

وهذا التعريف مع كونه يبين الربط بين مقاصد الشارع في ابتغاء المصلحة الشرعية ومقاصد المكلف، وأن قصد المكلف يجب أن يكون تبعاً لمقاصد الشارع إلا أنني ألاحظ أن فيه دوراً[1]؛ إذ عرف المقاصد الخيرة بأنَّها التي يقصد بها صاحبها وجه الله تعالى، وهذا ينبغي أن تصان عنه التعريفات.

ثالثاً: بيان حقيقة القصد غير المشروع:

كما أنَّ العلماء لم يعرِّفوا القصد المشروع فكذلك لم يعرِّفوا القصد غير المشروع إنَّما يمكن استنتاج ذلك من كلامهم.

يقول الشاطبي: "كلُّ قصد ناقضَ قصدَ الشارع فباطلٌ"[2]. ويقول: "والمطلوب من المكلَّف أن لا يقصد خلافَ ما قصد الشارع"[3]. ويقول: " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غيرَ ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل، أما أن العمل المناقض باطل فظاهرٌ؛ فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة"[4].

ويقول: "إن الآخذَ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد آخذٌ في غير مشروع حقيقةً؛ لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم فلم يأت بذلك المشروع أصلاً، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الأخذ من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به.."[5].

من خلال ذلك الكلام يمكنني تعريف القصد غير المشروع بأنَّه: **توجُّه إرادة المكلف في تصرُّفه إلى معنى يناقض المعنى الذي شُرع من أجله ذلك التصرُّف.**

---

(١) . الدور تعريف الشي بنفسه، وهذا مما يجب أن تصان عنه التعريفات، لأنه لا تُفهم حقيقة المعرَّف إذا عرّف بذاته، أو بما يشتق منه. انظر: ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة لعبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، دار القلم- دمشق، ط١٠، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م (٦١).

(٢) . الموافقات للشاطبي (١/ ٢١٥).

(٣) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١) بتصرف يسير.

(٤) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣٣).

(٥) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣٤).

ويتضح مفهوم القصد المشروع وغير المشروع في العقود المالية من خلال الأمثلة في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: أمثلة القصد المشروع وغير المشروع في العقود المالية:

وبناء على ما سبق فإنَّ القصد المشروع في العقد هو القصد الذي لا يُنافي مقصد الشارع، أمَّا القصد غير المشروع فهو القصد الذي ينافي مقصد الشارع، وبناء عليه:

أولاً: إنَّ القصود المباشرة في العقود التي نصَّت الشريعةُ على إباحتها كلُّها قصودٌ مشروعة؛ لأنَّ العاقدين عندما يقصدان عقداً معيَّناً من العقود المشروعة إنما يتجه قصدهما بادئ ذي بدء إلى ترتيب الأثر الذي أقرَّه الشارع ورتَّبه على الصيغة التي أتيا بها.

فالقصد المباشر في عقد البيع هو التملك والتمليك بمقابل[1]، وفي الهبة التملك والتمليك بلا مقابل[2]، وفي المضاربة الاشتراك بالربح بمال من طرف والتجارة من طرف آخر[3]، وكلُّ ذلك قصود مشروعة بأدلَّة كثيرة، وهي كما يتضح قصود مباشرة من تلك العقود.

ثانياً: إن القصود المباشِرة في العقود التي نصَّت الشريعةُ على تحريمها قصودٌ غير مشروعة، فالشريعة حرَّمت تلك العقود؛ لأنَّ الأثر المطلوب منها والذي يمثل القصد المباشر للعاقدين لا يتَّفق مع مقصِد الشارع، ومثال ذلك عقد الربا بنوعيه.

فالقصد المباشر من ربا النسيئة أو الديون، قصد محظور؛ لأنَّ الغرض الأساسي منه الزيادة في الدين نظير الأجل؛ ولذا حرَّمت الشريعة هذا النوع من الربا الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه تحريماً ذاتياً، لما فيه من الضرر الخطير في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها بإجماع الفقهاء[4].

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٢)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٥٩).

(٢) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٩١)؛ الشرح الكبير للدردير (٤/ ٩٧)؛ روضة الطالبين للنووي (٤/ ٤٢٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٦).

(٣) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٤٢)؛ حاشية الخرشي (٦/ ٢٠٣)؛ البيان للعمراني (٧/ ١٨١)؛ متن الخرقي على مذهب الإمام أحمد لعمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي(ت٣٣٤هـ)، دار الصحابة للتراث- مصر، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م (٧٤).

(٤) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٨٥)؛ حاشية العدوي المالكي (٢/ ١٣٩)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٢٤)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٣٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

وكذا القصد المباشر من ربا البيوع قصد غير مشروع؛ وهو محرم ووسيلة لربا النسيئة، وهذا ظاهرٌ في حديث النبيﷺ: ((لا تبيعوا الدِّينار بالدِّينارين، ولا الدِّرهم بالدِّرهمين، ولا الصَّاع بالصَّاعين، فإنِّي أخافُ عليكم الرَّمَّاء...)) - والرَّمَّاء هو الربا -[1]، فمنعهم من ربا الفضل في البيوع لما يخافه عليهم من ربا النسيئة ، وذلك إذا باعوا درهماً بدرهمين -ولا يُفعل هذا إلا للتفاوت بين النوعين إمَّا في الجودة أو غيرها- فإنهم يتدرَّجون من الربح المعجل إلى الربح المؤخَّر، وهو ربا النَّسيئة[2].

ثالثاً: إنَّ القصود غير المباشرة في العقود منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع:

فعلى سبيل المثال نجد أنَّ قصدَ الشارع من تشريعه للإجارة – وهي بيع منافع معلومة بعوض معلوم[3]- مراعاةُ حاجة الناس إليها؛ إذ لا يملك كل فرد داراً يسكنها، وليس لكل واحد مركب يركبه، ولا يجب على من يملك ذلك أن يبذله لمن لا يملكه، فكان لابد من الإجارة، مع كونها عقداً على معدوم سيوجد، وهو المنفعة؛ لأنَّ العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها؛ لأنها تتلف بمضي الساعات، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها [4].

وبالتالي فكل قصد لدى المستأجر في عقد الإجارة لا يناقض قصد الشارع يكون مشروعاً، كسكنى البيت، والقيام بأعمال التجارة في الحانوت، وركوب السيارة لسفر مباح.

وكذلك القول في العقود الأخرى، إلا أنِّي أشير إلى أنَّ كثيراً من القصود المشروعة لا أثر لها في تكييف العقد وفي الآثار الناجمة عنه، ولاسيما تلك القصود التي تعدُّ أموراً شخصيَّة باطنيَّة لا سبيل

---

(١) . أخرجه الإمام أحمد في مسنده برقم (٥٨٨٥) (١٠/ ١٢٥). يقول الهيثمي: "وفيه أبو جناب، وهو ثقة، ولكنه مدلس". مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي (٤/ ١٣٢).

(٢) . انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٢٣٣).

(٣) . انظر: فتح باب العناية بشرح النقاية لنور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد الهروي القاري، دار الأرقم بن أبي الأرقم- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٢/ ٤٢١)؛حاشية العدوي المالكي (٢/ ٢٤٧)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدين الرملي (٥/ ٢٦١) المغني لابن قدامة (٦/ ٥).

(٤) . انظر: فتح باب العناية بشرح النقاية لنور الدين الهروي القاري (٢/ ٤٢٢)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٥).

لمعرفتها لبشر غير صاحبها، ولكن هناك قصود مشروعة غير مباشرة قد تظهر بطريقة ما فيترتب عليها أثر في العقد، ولا سيما في الالتزامات والحقوق الناشئة بين الطرفين[1].

ومن أمثلة القصود غير المشروعة قصد الإضرار بالورثة في عقد الوصية: حيث شرع الله ﷻ الوصيَّة لحكم ومعان جليلة تحقِّق مصلحة العباد؛ إذ قد يكون لبعض الناس الذين ليس لهم حق في الميراث حاجة إلى المال، وكذلك قد يكون على الميت ديون لا إثبات فيها، وكذلك قد يكون الميت من المقصرين في الإنفاق حال الحياة، فحاجته إلى تدارك ما فاته بالغة وكبيرة؛ لذا تفضل الله تعالى بتشريع الوصية، وقد دلَّ عليها القرآن الكريم والسنة المطهرة، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾ [النساء:١٢]، ومن السنة الحديث الذي يرويه معاذ بن جبل ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال : ((إنَّ اللهَ ﷻ قد تصدَّق عليكم بثلثِ أموالِكم عند وفاتكم زيادةً في حسناتكم؛ ليجعلَها لكم زكاةً في أعمالكم))[2].

مع العلم أنَّ الأصل في الوصية عدم الجواز، لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت[3]، والميت ليس أهلاً لأن يملِك ولا أن يملِّك؛ لأن ماله انتقل إلى الورثة، فلم يعد الميت مالكاً لشيء من أمواله، ولكنها شرعت للمعاني الجليلة السابقة.

وبناء عليه إذا خرج الموصي في الوصية عن تلك المقاصد الشرعية فقصد بوصيته الإضرار بالورثة مثلاً فقصده هذا غير مشروع لمناقضته المقصد الشرعي من الوصية[4]، وسيأتي قريباً تأثير هذا القصد في صحة العقد.

---

(١) . وسيأتي بيان أنَّ للعاقد أنَّ يعبر عن قصده بطريقة الاشتراط مثلاً فيزيد التزام الطرف الآخر بموجب ذلك القصد الذي تجلى في الشرط، كما أن التطبيقات ضمن هذه الأطروحة ولاسيما في الباب الثاني ستزيد هذا الأمر وضوحاً.

(٢) . أخرجه الدارقطني في الوصايا (٤/ ١٥٠). وهذا الحديث روي بطرق ضعيفة، ولكن يقوي بعضها بعضاً. انظر: سبل السلام للصنعاني (٣/ ١٠٧)؛ نصب الراية للزيلعي (٤/ ٣٩٩).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٤٥٩)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٤١٧)؛ مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل للحطاب (٨/ ٥١٣)؛ إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك للبغدادي المالكي (٢١٤)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٤٤٤).

(٤) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣٥).

المطلب الثالث: الصلة بين القصد غير المشروع والباعث غير المشروع:

سبق في الفصل التمهيدي بيان حقيقة الباعث، وأنه: "الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر"[1].

وبذلك يدخل الباعث في مفهوم القصد غير المباشر[2].

إلا أنَّه ليس كل قصد غير مباشر يدخل في مفهوم الباعث، لأن الباعث هو الذي يحرك إرادة الفاعل، أي هو الدافع إلى الفعل، ولولا وجود ذلك الباعث لما أقدم صاحبه على الفعل، وبالتالي قد يكون هناك عدة قصود غير مباشرة من الفعل، إلا أن أحدها هو الدافع إلى الفعل بشكل أساسي- فهذا هو الباعث-، وغيره ثانوي أي لا يؤثر فقده في وجود الفعل، فهذه القصود وإن كانت غير مباشرة إلا أنها ليست باعثاً بالمعنى الدقيق.

كما أن المقصود بالباعث في نظرية الباعث هو الباعث غير المشروع فحسب-**وذلك وفقاً لما شاع استعماله عند المعاصرين الذين كتبوا في نظرية الباعث**-، ولذا قد تسمى بنظرية الباعث غير المشروع، أما القصد غير المباشر فمنه ما هو مشروع ومنه ما هو غير مشروع.

ثم إنَّ الباعث عنصر ذاتي متغير من شخص لآخر، ينشأ في نفس المتعاقد لا في نطاق العقد[3]، وهو بهذا المعنى يتشابه مع القصد بشكل عام، إذ القصد أمر باطني، ولكن الفرق أنَّ القصود محل الدراسة أساساً هي القصود التي يتمّ التعبير عنها أو التي تظهر في نطاق التعاقد، ويترتب عليها آثار أوسع من الآثار المترتبة على الباعث، إذ قد تكون هي الأساس لتكييف العقد وتعديل التزامات الطرفين بالزيادة أو النقصان بل قد تمتد إلى غير المتعاقدين[4].

---

(١) . انظر ص ١٦ من هذه الأطروحة.

(٢) . ولذا قيل في الباعث: "الغرض غير المباشر الذي تحركت الإرادة لتحقيقه". الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (٥٦).

(٣) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته أ.د وهبة الزحيلي (٤/ ١٨٥)؛ الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (٥٦).

(٤) . وقد سبق بيان تلك الفروق بشيء من التفصيل ص ١٧ من هذه الأطروحة.

وبناء على ذلك يكون معنى الباعث غير المشروع هو (القصد غير المباشر غير المشروع الذي دفع إلى التعاقد)، وبعبارة أخرى: الغاية الأساسية المحركة للإرادة التي تأتي وراء القصد المباشر من الفعل، والتي تناقض مقصد الشارع.

وهنا يتضح الرابط بين القصد غير المشروع وبين الباعث غير المشروع، فكل باعث غير مشروع هو قصد غير مشروع، ولا عكس.

إذ قد يكون القصد غيرَ مشروع ومباشراً في الوقت ذاته[1]، وبالتالي لا ينطبق عليه مصطلح الباعث غير المشروع؛ لدخول الباعث في القصد غير المباشر.

المطلب الرابع: الترجيح بين القصد المشروع والقصد غير المشروع عند اجتماعهما:

أولاً: حالة اجتماع القصد المباشر غير المشروع مع القصد غير المباشر المشروع:

تبين مما سبق أنَّ القصد المباشر في العقد يضمُّ كلاً من قصد الإتيان بالصيغة المنشئة للعقد، وقصد الغرض الأساسي منه.

ويكون القصد المباشر غير المشروع متوافراً في العقود المالية المحظورة، كعقد الربا بنوعيه.

والسؤال: لو اجتمع قصد غير مباشر مشروع مع القصد المباشر في عقد الربا (الذي هو غير مشروع) فأيُّهما يرجَّح؟ هل يحكم بجواز العقد لوجود قصد غير مباشر مشروع؟ أم يحكم بحرمته لأنَّ القصد المباشر محظور شرعاً وهو الربا؟

والجواب عن ذلك أنَّ الأصل في المحظور –ومنه عقد الربا– عدم تأثر حكمه بالقصود المشروعة غير المباشرة مهما تعدَّدت، لأنَّ ذلك العقد معصية بحد ذاته؛ وهذا الأصل متفق عليه بين

---

(١) . يكون القصد المباشر غير مشروع في **المحظورات**: كقصد ارتكاب جريمة القتل، فالذي يوجه إرادته لإزهاق نفس معصومة بغير حق يكون قصده هذا غير مشروع وهذا بدهي؛ إذ القتل جريمة منكرة مجمع على تحريمها، وكما أن ذلك القصد غير مشروع فهو مباشر؛ لأنه يتصل بالفعل ولا ينفك عنه ويشكل قوام المحرم، وهكذا كل فعل محرم يكون القصد المباشر فيه قصداً غير مشروع؛ إذ القصد المباشر هو نية الفعل ذاته، والغرض الأساسي المتصل بتلك النية، وكلا الأمرين محرم يُناقض قصد الشارع في كل فعل محظور. انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٢٣٣)؛ مواهب الجليل للحطاب(٥/ ٦٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٤/ ٢)؛ المغني لابن قدامة (٩/ ٣١٩).

الفقهاء[1]، وقد سبق بيان هذه المسألة بأدلتها[2]، وسبق أنَّ لهذا المبدأ استثناءين الأول: إباحة المحظور إن انضمَّ إلى القصد المباشر لفعله قصد رفع ضرورة تحققت شروطها، والاستثناء الثاني: إباحة المحظور إن انضمَّ إلى القصد المباشر لفعله قصد رفع حاجة بضوابطها.

وبناء عليه فمن قصد الاستقراض بالفائدة لأجل شراء بيت للسكنى، فعقده ربوي من ربا الديون: **القصد المباشر فيه الاستقراض بفائدة**، وهو قصد محرَّم، أمَّا القصد الثاني **فهو قصد شراء بيت لأجل السكنى** وهو قصد مشروع، إلا أنَّ العقد يبقى محرّماً؛ ولا عبرة بالقصد غير المباشر المشروع، هذا من حيث الأصل، إلا إن كان قد اجتمع مع قصد عقد الربا قصد رفع الضرورة فإنَّه يُباح الرِّبا في هذه الحالة –للمستقرض دون المقرض إذ لا ضرورة من جهته–، بالشروط الشرعيَّة للضرورة التي نص عليها الفقهاء لإباحة المحظور[3]، ولا يمكن للحاجة أن تبيح هذا الربا لأنه ربا الديون، وهو محرم لذاته؛ فلا تؤثر فيه إلا الضرورة[4].

فتعدُّد القصود هنا على هذا النحو كان سبباً في ترجيح مشروعية العقد المحظور.

ومع ذلك فالذي يبدو لي أنَّ حالة الضرورة لا يمكن تصوُّرها من حيث الواقع في شراء مسكن بالربا؛ لأنَّ الضرورة الشرعية المعتد بها هنا أن يبلغ الشخص حداً لو لم يفعل المحظور –الذي هو الاستقراض بالربا في هذه الصورة– لهلك أو قارب من الهلاك، وهذا بعيد التحقق.

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٨٥)؛ حاشية العدوي المالكي (٢/ ١٣٩)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٢٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

(٢) . انظر ص ٨٢ من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٥٩)؛ الفروق للقرافي (٢/ ٢٢٤)؛ البرهان في أصول الفقه للجويني (٢/ ٦١٣)؛ المغني لابن قدامة (١١/ ٧٤)؛ نظرية الضرورة أ.د.وهبة الزحيلي (٦٥).

(٤) . سبقت الإشارة إلى أن الحاجة لا تبيح إلا المحرم لغيره. انظر ص ٨٨ من هذه الأطروحة.

وأضرب مثالاً آخر: وهو اجتماع قصد عقد الصرف الذي اختلَّ فيه شرط التقابض، مع قصد رفع الحاجة والمشقة النازلة بالعاقدين، حيث إنَّ الصرف هو: بيع الثمن بالثمن، أو النقد بالنقد بجنسه أو بغير جنسه[1]، ولكن لعقد الصرف شروطٌ منها شرط التقابض[2].

فتخلف التقابض بين البدلين يجعل عقد الصرف عقداً ربوياً من ربا البيوع، وهو محظور، إلا أنَّه قد يقع المتعاقدان في عقد الصرف في ضيق وحرج شديد إذا التزما بشرط التقابض مطلقاً، فيعقدان ذلك العقد المحظور وفي قصدهما رفع الحاجة النازلة بهما.

فموطن تعدد القصود هنا ظاهر: إذ القصد المباشر هو قصد الصرف الذي اختل أحد شروطه، والقصد غير المباشر هو قصد رفع الحاجة النازلة بالعاقدين.

وإن حاجة المتصارفين إلى التخفيف من شرط التقابض تتزايد مع تطور الحياة الاقتصاديَّة، ومن أوجه المشقة التي يقصد المتعاقدان رفعها بإجراء عقد الصرف وإن تخلف التقابض ما يأتي:

- إنَّ التعامل بالصرف اليوم لا يتم بالطريقة الفردية إلا نادراً لخطورة ذلك؛ لما قد يترتب على ذلك من سرقة الأموال أو كسادها؛ لانتشار الفساد، وقلة الأمانة، وكثرة الأموال كذلك، لذا يتم الصرف عن طريق المصارف الرسميَّة، وتدخل فيه أطراف أخرى غير المتعاقدين تقوم بتسلُّم وتسليم العملات، مما يجعل التقابض الفوري صعباً إن لم يكن مستحيلاً؛ لأن هذه المصارف تخضع لأنظمة وقوانين دقيقة محددة لأجل التأكد من صحة العمليات ووثائقها، وهذه الإجراءات تحتاج مدة كافية لتنفيذها، بالإضافة إلى كثرة عمليات الصرف اليومية وارتفاع قيمتها ارتفاعا كبيراً قد تصل أحيانا إلى ١٥٠٠مليار دولار يومياً[3]، وقد اصطلح على تسمية المدة بين تسليم العميل المبلغ وتسلمه مقابله من

---

(١) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٥٠١)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٣/ ٢١٧)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤١)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٠)؛ البيان في مذهب الشافعي للعمراني (٥/ ١٧٦)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٩٢).

(٢) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٣٥)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/ ٦٣٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٣١)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٥)؛ البيان في مذهب الشافعي للعمراني (٥/ ١٧٦)؛ المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ١٥١)؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني (٣/ ١٧٣). المغني لابن قدامة (٤/ ١٩٢).

(٣) . انظر: الحاجة وأثرها في الأحكام د.أحمد الرشيد (٢/ ٧٢٤).

العملة المرغوب فيها (مهلة يومي عمل) حيث يحتاج إتمام القيد الحسابي لكل واحد من المتصارفين بالعملات الدولية عبر البنوك المراسلة إلى ٤٨ ساعة عمل بحسب المتعارف عليه دوليًا[١].

- وجود العاقدين في بلدين بعيدين عن بعضهما في كثيرٍ من الأحيان، ومختلفين بالتوقيت بين ممَّا يجعل التقابض الفوري الفعلي غير ممكن لاختلاف ساعات العمل بين البلدين، جاء في قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار ما نصه: "إن فارق التوقيت بين ساعات عمل المصارف الدولية في البلاد المختلفة، وهي مصارف لا بد منها لتنفيذ المصارفة عملياً كما أسلفنا لا يمكن معه إنجاز المصارفة وتنفيذها في اليوم نفسه بين بعض البلاد إذا كان فارق التوقيت كبيراً كما هو الحال بين المملكة العربية السعودية وأستراليا ونيوزلندا مثلاً.."[٢].

- ثم إنَّ اختلاف أيام العطل بين البلدان تؤكد حالة المشقة الزائدة، فقد تكون العطلة في بلد ما يوم الجمعة وفي بلد غيره يوم الأحد، وقد يقع عقد الصرف في آخر أيام الدوام قبل العطلة، ولا يتم القيد المصرفي إلا بعد يوم أو يومين أي بعد مضي مدة العطلة، وذلك لوجود إجراءات لا بد منها.

جاء في فتاوى هيئة الرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي: "إعطاءُ شيك واجب الدفع وغير مؤجل، والأمرُ بالدفع غير المؤجل، أو عن طريق التلفون، كلُّ ذلك يعتبر قبضاً، **ولا بأس من تخلل العطل المتعارف عليها**" جواباً لسؤال ما حكم شراء عملة ويكون استلام العملة وتسليم المقابل في يومين مختلفين؟[٣].

---

(١) . انظر: المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية د. أحمد محيي الدين أحمد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، ١٤١٩هـ (٢٢٤).

(٢) . انظر: قرار هيئة مصرف الراجحي رقم (١٩٥) بشأن المصارفة الفورية في العملات والذهب والفضة؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د.أحمد الرشيد (٢/ ٧٢٤).

(٣) . الفتوى الشرعية ذات الرقم ١٧٦، نقلاً عن البيوع الشائعة أ. د. محمد توفيق رمضان، دار الفكر- دمشق، ط٣، ٢٠٠٥م (٣٥٥)؛ بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها د. عبد الستار أبو غدة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الرياض، ١٤٢١هـ (٣/ ٤٩١).

وبناء على ذلك يجوز عقد الصرف الذي اختل فيه شرط التقابض لانضمام قصد رفع الحاجة إلى القصد المباشر للعقد[1].

ولكن يجب مراعاة ضوابط الحاجة كما أسلفت، ومنها الاقتصار على القدر اللازم لرفع المشقة وألا يوجد سبيل آخر لذلك.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ، الموافق١٤-٢٠ آذار،١٩٩٠م:

(ويُغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي، للمُدَد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي)[2].

والخلاصة من هذا المطلب: إنَّ اجتماع القصد المباشر غير المشروع مع القصد غير المباشر المشروع في العقود لا أثر له في حكم العقد؛ إلا في حالتين فصلتهما.

ثانياً: حالة اجتماع القصد المباشر المشروع مع القصد غير المباشر غير المشروع:

وهذه الحالة كثيراً ما تحدث في العقود المباحة من حيث الأصل، إذ يعقد الشخص بيعاً أو إجارة...وهي عقود مشروعة، ولكن يقصد العاقد بتلك العقود التوصل إلى أمر حرَّمه الشرع، فإن كان التوصل إلى ذلك المحظور هو الدافع إلى التعاقد سمي بالباعث غير المشروع، وقد سبق بيان أنَّ الباعث يدخل في مفهوم القصد غير المباشر، وقد بحث العلماء حكم هذه المسألة تحت مسمى **نظرية الباعث**[3].

ولدراسة هذه المسألة بدقة ينبغي تقسيمها كالآتي:

---

(١) . انظر: الحاجة وأثرها في الأحكام د.أحمد الرشيد (٢/ ٧٢٥)؛ المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية د. أحمد محيي الدين أحمد (٢٢٤)؛ قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد د.نزيه حماد، دار القلم- دمشق، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م (١٦٢).

(٢) . مجمع الفقه الإسلامي جدة- الدورة السادسة- قرار رقم (٥٣)؛ وانظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م (٦)؛ مخاطر التمويل الإسلامي د. علي السواس، ط تمهيدية (٢٩).

(٣) . ممن كتب في الباعث الأستاذ الدكتور فتحي الدريني رحمه الله تعالى في كتابه النظريات الفقهية، و الباحثة مصونة الحسني في رسالة الماجستير في كلية الشريعة- جامعة دمشق، وهي بعنوان: الباعث وأثره في العقود والتصرفات. وقد أشرت إليها سابقاً.

١- إن الباعث غير المشروع يستوجب الإثم الأخروي:

وهذا بالاتفاق، إذ إنَّ أساس العمل هو النية، والإثم الأخروي والمسؤولية الديانية مبناها على النيات[١]، وهذا ما دل عليه الحديث المشهور عن عمر بن الخطاب ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((إنَّما الأعمالُ بالنيَّات، وإنَّما لكل امرئٍ ما نوى..))[٢].

فمن تصدق ناوياً إعانة الفقير فقد استحق الأجر تفضلاً من الله، ومن تصدق ناوياً الرياء والسمعة فقد أثم[٣]، ومن اشترى عنباً قاصداً جعله خمراً فهو آثم، أما من اشتراه قاصداً إطعام عياله أو جعله عصيراً فهو

غير آثم[٤].

فمبنى المؤاخذة الأخروية ما وقر في القلب من القصود، ومصداق ذلك حديث رسول الله ﷺ عن النواس بن سمعان الأنصاري ﷺ قال: سألت رسول الله ﷺ عن البر والإثم؟ فقال: ((البِرُّ حسنُ الخلُق، والإثم ما حاك في صدرك، وكرهت أن يطلع عليه الناس))[٥].

فالإثم الأخروي لا يُنظر فيه إلى ظهور مناقضة قصد الشارع أو عدم ظهورها، إذ قد يكون العقد مكتمل الأركان صحيحاً من حيث الظاهر، ولكنه محرَّم تبعاً لباعث صاحبه غير المشروع.

يقول ابن حجر الهيتمي: "(ولو باع مال مورثه) أو غيره..(ظانّاً حياته) أو عدم إذن الغير له (فبان ميتاً) بسكون الياء في الأفصح أو آذِناً له...(صح) البيع ...وإن حرم عليه الإقدام كما هو ظاهر"[٦].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٤٠)؛ غمز عيون البصائر للحموي (١/ ٥٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (١/ ٢٣٢)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (١/ ٨٥)؛ الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي (١/ ١٢٢).

(٢) . سبق تخريجه ص ٢٦ من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت: ٤٤٩هـ)، مكتبة الرشد-الرياض، ط٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم (٣/ ٤٠١)؛ المبسوط للسرخسي (٣٠/ ٢٦٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٥٣٤)؛ انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (١٧/ ٢١٥).

(٤) . انظر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (١٦٨).

(٥) . أخرجه مسلم في البر والصلة والآداب / باب تفسير البر والإثم، برقم (٢٥٥٣).

(٦) . تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٤٩).

والخلاصة: إن كان القصد المباشر للعقد مشروعاً، ولكن كان القصد غير المباشر منه محظوراً فإنَّ الإثم والمسؤولية الديانيَّة واقعان على صاحب القصد غير المشروع، خفي قصده أو ظهر.

٢- لا أثر للباعث غير المشروع على صحة العقد إذا جهله الطرف الآخر:

فمن ابتاع عنباً وكان قصده وباعثه أنه سيجعله خمراً، ولم يكن البائع يعلم بذلك، ولم يتضح ذلك من ظروف العقد الملابسة له، فإنَّ البيع صحيح باتفاق الفقهاء[١]، لأن الفقه الإسلامي ينزع إلى استقرار التعامل بين الناس[٢]، ما دام أن العقد لم يظهر فيه ما يشوب صحته، مع ثبوت الإثم لمن كان قصده المعصية كما مرَّ في الفقرة السابقة.

فموطن تعدُّد القصود هنا: اجتماع قصد مباشر مشروع هو تملك العنب بعوض، وقصد غير مباشر غير مشروع هو اتخاذ ذلك العنب خمراً، إلا أنَّ هذا القصد الثاني لم يظهر للعاقد الآخر.

يقول الشيرازي[٣]: "ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر، والتمر ممن يعمل النبيذ، وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به؛ لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية، فإن باع منه صح البيع؛ لأنه قد لا يَتخِذَ الخمرَ، ولا يعصي الله تعالى بالسلاح"[٤].

و يقول المرداوي: "ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً، ولا بيع السلاح في الفتنة، ولأهل الحرب، وهذا المذهب... **محلُّ هذا الخلاف إذا علم أنه يفعل به ذلك على الصحيح...أو ظنَّه...قلتُ:**

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣/ ٢٩٧)؛ المبسوط للسرخسي (٢٤/ ٦)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٣/ ٣٠٤)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدين الرملي (٣/ ٤٦٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٢٨).

(٢) . انظر: الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لمصونة الحسني (١٦٩).

(٣) . هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، أبو إسحاق، ولد عام ٣٩٣هـ، كان مفتي الأمة في عصره، وهو فقيه شافعي بارع، من مؤلفاته (التبصرة) في أصول الفقه، و(المهذب) في الفقه الشافعي، توفي سنة ٤٧٦هـ. طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٤/ ٢١٥)؛ الأعلام للزركلي (١/ ٥١).

(٤) . المهذب في الفقه الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (ت٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٩٩٥م (١/ ٢٦٧).

وهو الصواب"[1]. أي إذا لم يعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع فلا أثر له على صحة العقد بلا خلاف[2].

ففي هذه الحالة: يترجح القصد المشروع على القصد غير المشروع من ناحية صحة العقد وعدم بطلانه.

٣- الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا كان صريحاً في صلبه، أو أمكن استنتاجه من طبيعة المحل:

في هذه الحالة يصرح العاقد بقصده غير المشروع في صيغة العقد ذاتها، كمن يستأجر دكاناً ويصرح في صيغة عقد الإجارة بأنها لبيع الخمور، ففي هذه الحالة يبطل التصرف بالاتفاق.

يقول الأستاذ الدكتور فتحي الدريني: "لا خلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله، لاقترانه بشرط محظور محرم"[3].

ومثال ذلك ما ذكره الحنفية: "ومن كان له عصيرٌ فلا بأس عليه في بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذَه خمراً...**وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً أن يتخذه المشتري خمراً...**"[4].

---

(١) . الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٢٨).

(٢) . إلا أنَّ هناك استثناء عند الحنابلة ولكنه متعلق بالعقود غير المالية: وهي مسألة اجتماع قصد النكاح مع قصد الطلاق بعد فترة، وهو ما يسمَّى عند الفقهاء بالنكاح بنية الطلاق، حيث ذهبوا إلى بطلان النكاح في الصحيح من المذهب بوجود قصد الطلاق إلى جانب القصد المباشر لعقد النكاح، ولو كان مضمراً، يقول المرداوي: "لو نوى بقلبه [الطلاق]، فهو كما لو شرطه. على الصحيح من المذهب"، وذلك خلافاً للجمهور حيث ذهبوا إلى صحة العقد ما دام قصد الزوج عند العقد مضمراً لم يظهر بأي شكل كان. ولا شكَّ أن مذهب الجمهور هو الأرجح؛ وذلك لأنَّ القصد أمر باطني لا سبيل لبناء الأحكام عليه ما لم يظهر، والعقود من التصرفات التي تتناول حقوق العباد فلا يؤخذ فيها إلا بما ظهر أو قام الدليل عليه. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ١١٦)؛ حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٣/ ٣٠٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ١٤٢)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٨/ ١٦٣)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٦/ ١٥٤).

(٣) . النظريات الفقهية أ.د.فتحي الدريني (٢٣٢).

(٤) . مختصر الطحاوي لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي (ت٣٢١هـ)، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية-الهند، د.ط (٢٨٠).

ويقول الإمام الشافعي[1]: "أصل ما أذهب إليه أنَّ كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، **وأكره لهما النِّية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع**"[2].

وإن كان الحنفية والشافعية متفقين على الاعتداد بالباعث غير المشروع الذي ظهر في الصيغة، فإن المالكية والحنابلة يقولون بذلك من باب أولى[3]، إذ سنرى أنهم يعتدون بالباعث ولو دلَّت عليه القرائن، ولا شك أن القرائن دون التصريح بالصيغة.

وكذلك لو كان محل العقد ينبئ عن الباعث غير المشروع، وتكثر أمثلة هذه الحالة في باب الإجارة، وفي بعض الجزئيات منها اختلاف بين الفقهاء مع اتفاقهم على المبدأ؛ وأضرب هنا مثالين: الأول استئجار شخص ليحمل له الخمر، والثاني استئجار الكافر للمسلم ليبني له كنيسة.

المثال الأول: استئجار شخص ليحمل له الخمر:

ففي هذا المثال يوجد قصدان: القصد المباشر لعقد الإجارة الذي هو قصد مشروع من حيث الأصل، وقصد غير مباشر هو القصد الذي دلَّ عليه محلُّ العقد؛ فحمل الخمر ينبئ بشكل ظنِّي غالب أنَّ قصد المستأجر هو شرب الخمر أو الاتجار به وهو قصد غير مشروع.

وحكم هذه المسألة عند الفقهاء كالآتي:

إنَّ الجمهور متفقون[4] على صحة العقد وجوازه إن كان حمل الخمر لإراقته، لعدم المعصية.

يقول الحطاب: "ولو استؤجر على طرحها وإراقتها جاز"[5].

---

(١) . هو سيدي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن شافع يصل نسبه إلى عبد مناف بن قصي القرشي، ولد عام ١٥٠هـ، وهو أحد أئمة المذاهب الفقهية، من شهد بفضله القاصي والداني، ملأ علمه طباق الأرض، ويعد أول من ألّف في علم أصول الفقه، من كتبه (الرسالة في أصول الفقه)، و(الأم في الفقه) توفي سنة ٢٠٤هـ ﷺ. انظر: طبقات الشافعية لعماد الدين إسماعيل بن عمر ابن كثير، دار المدار الإسلامي- بيروت، ط١، ٢٠٠٤م، ت: عبد الحفيظ منصور (١/ ١٧ وما بعدها).

(٢) . الأم للإمام الشافعي (٣/ ٧٥).

(٣) . انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (١٨/ ٦١٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٢٧)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٤٢).

(٤) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٧٦)؛ المدونة للإمام مالك (٣/ ٤٦٣)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٤١٦)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ١٤٣).

(٥) . مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٤٠٩).

أما إذا كان الاستئجار ليحمل له الخمر لغرض شربها، فالفقهاء مختلفون فيما بينهم:

حيث ذهب الجمهور-بما فيهم الصاحبان من الحنفية-[1] إلى بطلان العقد وحرمته؛ لأنَّ شرب الخمر محرم، ولذا لا يستحق الأجير أي أجر.

وذهب أبو حنيفة[2] إلى صحة العقد في حمل المسلم الخمر للذمِّي.

كما ذهب الحنابلة في رواية ضعيفة إلى صحة العقد مطلقاً؛ لأنَّ الحمل لا يتعيَّن للشرب أو الانتفاع المحرم، بل قد يكون لطرحها.

ذكر هذه الرواية ابن مفلح: "(ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة) أي للأكل ... (والخمر) أي للشرب..(وعنه: يصح)؛ لأنَّه لا يتعيَّن عليه [أي لا يتعين الحمل على الشرب]، (ويكره أكل أجرته)؛ لاختلاف العلماء في حرمته"[3].

ولم يفرِّق الفقهاء في حكم العقد فهو باطل سواء قبل البدء بالعمل أو بعده، إلا المالكية حيث نصوا على أنه "ما لا يجوز للمسلم فعله لنفسه كعصر الخمر ورعي الخنازير وما أشبه ذلك، فإنه لا يجوز له أن يؤاجر نفسه وما ذكر معه لكافر، فإن فعل فإن الإجارة تُرَدُّ قبل العمل، فإن فاتت بالعمل: فإن الأجرة تؤخذ من الكافر **ويُتَصدَّق بها على الفقراء أدباً للمسلم، إلا أن يُعذر لأجل جهلٍ ونحوه فإنَّها لا تُؤخذ منه**"[4].

ولست هنا بصدد عرض الأدلة ومناقشتها، ولكن يبدو لي أن الراجح مذهب الجمهور؛ إذ الاستئجار لحمل الخمر وإن كان لا يدل على غرض شربها يقيناً؛ إلا أنه يدل على ذلك في غلبة الظن على أقل تقدير، ولا سيما في زمننا الذي فسدت فيه الذمم وقلَّ التديُّن.

وهكذا نجد أن المحل الذي هو (منفعة الشخص المتمثلة بالحمل) تدل عند جمهور الفقهاء دلالة قوية على الباعث غير المشروع الذي هو (شرب الخمر)، وبغض النظر عن الترجيح بين الرأيين، إلا أنني

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٣١)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٤٠٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٣٧)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٤١٦).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٣١)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٩٠).

(٣) . المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٤١٦).

(٤) . حاشية الخرشي (٧/ ٢٠).

ألمح هنا دقة الإمام أبي حنيفة –رحمه الله تعالى– في تمييزه بين المحل والباعث، وهذه قضية شائكة في أغلب القوانين الوضعية في عصرنا[1].

فقال أبو حنيفة بالجواز؛ لأن المحل مشروع من حيث الأصل، وليس المحل هو صنع الخمر أو شربها كما يُتوهم، بل هو منفعة مباحة وهي مجرد النقل والحمل، إلا أنَّ الجمهور تجاوزوا هذا المحل المشروع من حيث الأصل ليحكموا بعدم صحة العقد؛ لأن المحل وإن كان مشروعاً أساساً إلا أنه يدل على قصد المعصية بشكل قطعي أو قريب منه.

المثال الثاني: الاستئجار لبناء الكنائس والبِيع:

وتعدد القصود هنا: من خلال اجتماع القصد المباشر لعقد الإجارة وهو قصد مشروع، مع القصد الذي دلَّ عليه المحل، فالمحل هو بناء كنيسة، إلا أنَّ هذا المحل ينبِّئ بشكل قاطع عن قصد غير مباشر غير مشروع من قبل المستأجر وهو المعصية وعبادة غير الله تعالى، فما الحكم؟

ذهب الحنفية[2] إلى أن استئجار الذمِّي للمسلم لبناء كنيسة أو إصلاح خلل فيها جائز؛ لأنَّ المعصية من العابد لا من العامل[3].

وذهب الجمهور[4] إلى حرمة استئجار المسلم لبناء الكنيسة للذمي، وأنَّ العقد باطل.

والراجح مذهب الجمهور؛ إذ في بناء الكنيسة إعانة على المعصية والكفر–والله أعلم–.

٤– حكم ظهور الباعث غير المشروع بعد تمام العقد:

---

(١) . يُطلق مصطلح السبب الدافع في القانون ليدل على معنى يشابه الباعث في الفقه، ونصت المادة (١٣٨) من القانون المدني على أن:"١– كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ٢– ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه". وقد يقع الخلط بين المحل والسبب. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، أ.د عبد الرزاق السنهوري (٤٣٨)؛ شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام) أ.د محمد وحيد الدين سوار (١/ ١٣٨).

(٢) . انظر: نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن عابدين، دار الفكر–دمشق، ١٩٩٩م، ت: محمد مطيع الحافظ (٣٢١).

(٣) . انظر: نظرية الأجور في الفقه الإسلامي د.أحمد حسن، أطروحة دكتوراه في كلية الشريعة–جامعة دمشق، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م (١٧٢).

(٤) . انظر: المدونة للإمام مالك (٣/ ٤٣٥)؛ حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٢٧٤)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي (عميرة)، دار الفكر–بيروت، ط١٤١٥هـ، ١٩٩٥م (٣/ ٧١).

وتعدد القصود هنا يكون موجوداً عند العقد إلا أنَّه لا يظهر من خلاله بل بعد تمامه.

تبين من خلال الفقرات السابقة أن التصريح بالقصد غير المشروع في صيغة العقد يؤثر في صحته باتفاق الفقهاء[1].

يقول الكاساني[2]: "فأمَّا إذا **شرط بأن استأجر ذميٌّ** داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الإجارة؛ لأنه استئجار على المعصية"[3].

وبطلان العقد في هذه الحالة لأنَّ المعصية لا يُتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجير شيئاً، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحقَّ عليه للمعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجبا للمعصية -تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً-؛ ولأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا، فتكون الإجارة واقعة على عمل هو فيه شريك...، وإن أعطاه الأجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه[4].

ويقول البهوتي[5]: "ولا تصح إجارة (دار لتعمل كنيسة) أو بِيَعَة أو صومعة راهب (أو بيت نار) لتَعَبُّدِ المجوس (أو لبيع خمر) أو القمار ونحوه. سواء **شرط ذلك في العقد** أو عُلم بقرينة "[6].

ولكن قد يستأجر شخص من آخر حانوتاً أو داراً ويصرّح أنها لغرض مشروع، ثم يستخدمها في محرم كدعارة أو بيع خمرٍ، فما حكم ظهور هذا القصد غير المشروع بعد تمام العقد؟

---

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٣٨)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٣)؛ حاشية الخرشي (٧/ ٢٠)؛ كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لأبي بكر بن محمد الحصني الشافعي(ت٨٢٩هـ)، دار الخير- دمشق، ط١، ١٩٩٤م، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان (٢٩٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٤٤٩)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٥٠).

(٢) . هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، من فقهاء الحنفية البارزين، منسوب إلى كاسان بتركستان، كان يسمى ملك العلماء، من تصانيفه (البدائع) وهو شرح تحفة الفقهاء للسمرقندي، و(السلطان المبين في أصول الدين) توفي بحلب سنة ٥٨٧هـ. انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن أبي الوفاء القرشي الحنفي (٤/ ٢٥)؛ الأعلام للزركلي (٢/ ٧٠).

(٣) . بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٧٦).

(٤) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٢٥).

(٥) . منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، ولد عام ١٠٠٠هـ، شيخ الحنابلة في عصره، من كتبه: (كشاف القناع على متن الإقناع) و(إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى)، توفي سنة ١٠٥١هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٧/ ٣٠٧)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (١٣/ ٢٢)

(٦) . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٥٠).

إن العقد في هذه الحالة صحيح ابتداءً، ولا يمكن فسخه، لتوافر أركانه وشروطه وعدم ظهور ما يناقض قصد الشارع فيه.

إلا أنَّ الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة يرتبون على ظهور القصد المناقض لقصد الشارع بعد تمام العقد حكماً كالآتي:

إذ ينصُّ الحنفية[1] أنه لو كان المستأجر مسلماً، فظهر منه فسق في الدار أو دعارة أو كان يجمع الناس فيها على شرب الخمر، فعلى صاحب الدار أن يمنعه من ذلك، ولكن لا لملكه الدار، بل على سبيل النهي عن المنكر، المفروض على كل مسلم صاحب الدار وغيره، فليس لرب الدار أن يخرجَه من الدار من أجل ذلك، مسلماً كان أو ذميا؛ لأن عقد الإجارة لازم لا يفسخ إلا بعذر، والعذر ضرر يزول بفسخ الإجارة، وهذا ليس من تلك الأعذار المبيحة للفسخ، فكما أنه لا يستطيع فسخ البيع فيما لو باعه الدار وبان أنه يستخدمها في معصية، فكذلك الإجارة، ولكن مع ذلك لولي الأمر أن يخرجه إن رأى ذلك.

يقول ابن عابدين: "لو أظهر المستأجر في الدار الشر كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف، وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه، فذلك لا يصير عذراً في الفسخ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة، وفي الجواهر: إن رأى السلطان أن يخرجه فعل"[2].

ومذهب المالكية[3] كالحنفية أيضاً فليس لصاحب الدار فسخ العقد، ويأمره بالمعروف، ولكن نصوا على أن لولي الأمر أن يخرجه ويكري الدار عليه، أي تكون أجرتها للمستأجر الأول.

جاء في المدونة: "أرأيتَ إن آجرتُ داريَ من رجل فظهرت منه دعارة وفسق وشرب الخمور، أيكون لي أن أخرجه من داري وأنقض الإجارة؟ قال: الإجارة بحالها لا تُنتقَض، ولكنَّ السلطانَ يمنعه

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٣٥)؛ البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٣٤٩) ؛ لسان الحكام في معرفة الأحكام لأحمد بن محمد أبي الوليد ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي (ت: ٨٨٢هـ)، مطبعة البابي الحلبي-القاهرة، ط٢، ١٣٩٣ هـ، ١٩٧٣م (٣٦٨).

(٢) . حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٦٧).

(٣) . انظر: المدونة للإمام مالك (٣/ ٥٢٥)؛ التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٥٦٦)؛ حاشية الخرشي (٧/ ٣٣)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٧/ ٥٢٧).

من ذلك، ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، فإن رأى السلطان أن يخرجَه عنهم أخرجه عنهم، وأكرى له الدار، فأما كراء رب الدار فهو عليه لا يُنتقض على حال"[1].

وذهب الحنابلة[2] أنه إن ظهر من المستأجر معصية كأن استأجر داراً ليسكنها فجعلها لبيع الخمر فلصاحب الدار منعه، ولم أجد من نص على كيفية منعه.

يقول البهوتي: "(ولو اكترى ذمي من مسلم داراً) ليسكنها (فأراد بيع الخمر) فيها (فلصاحب الدار منعه) من ذلك؛ لأنه معصية"[3].

ومع أنني لم أجد من الشافعية من نص على حكم هذه المسألة إلا أن قواعدهم تقتضي الاتفاق مع الجمهور في عدم جواز الفسخ بظهور القصد المناقض لقصد الشارع بعد تمام العقد؛ فهم أكثر المذاهب الفقهية تمسُّكاً بظاهر العقد.

٥- حكم الباعث غير المشروع إذا علم الطرف الآخر به من خلال القرائن والظروف الملابسة:

كمن اشترى من آخر عنباً، ولم يصرح في العقد أنه لصنع الخمر، ولكن ظروف الحال تدل على ذلك، كأن يكون المشتري خمَّاراً معروفاً من قِبَل البائع، فهل يبطل العقد هنا اعتماداً على الباعث غير المشروع (النزعة الذاتية)؟ أم أن العقد صحيح اعتماداً على سلامة العقد من حيث الظاهر (النزعة الموضوعية)؟.

وبعبارة أخرى: هل يترجح القصد غير المشروع فيبطل العقد؟، أو يترجح القصد المشروع بغض النظر عن الباعث أو القصد غير المباشر غير المشروع فيصح العقد؟!.

وموطن تعدد القصود ظاهر في هذه الحالة، حيث اجتمع –في المثال السابق– قصد مشروع هو القصد المباشر لعقد البيع، وقصد غير مباشر محظور وهو قصد صنع الخمر، الذي دلت عليه القرائن، فما حكم هذه الحالة؟

لقد انقسم الفقهاء إلى فريقين:

---

(١) . المدونة للإمام مالك (٣/ ٥٢٥).

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٤٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٥٩).

(٣) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٥٩).

الفريق الأول: أخذ بالإرادة الظاهرة في دائرة التعاقد، والتي تمثل القصد المباشر المشروع، وهو هنا قصد عقد بيع العنب، دون الاعتماد على ما وراء ذلك من قصود محرمة، ما دام أن تلك القصود غير المباشرة لم تظهر في نطاق التعاقد، ولذا يصح العقد؛ استقراراً للمعاملات، وهذا ما يسمى بالنزعة الموضوعية؛ إذ لا عبرة للباعث الذاتي غير المشروع عندهم في هذه الحالة.

ويمثل هذا الفريق كل من الحنفية[1] وبعض المالكية[2] والشافعية[3] إذ ذهبوا إلى أنَّ العقد صحيح والإثم على من قصد مخالفة الشرع، فيجوز بيع العنب لمن يعلم أنه يتخذه خمراً، لأنه لا فساد في قصد البائع، فإن قصده التجارة بالتصرف فيما هو حلال لاكتساب الربح، وإنما المحرَّم قصد المشتري اتخاذ الخمر منه[4]، وهذا قصد غير مباشر ولم يظهر في صيغة العقد.

وقد نقل هذا القول من المالكية العبدري حيث يقول: "..لا ينبغي أن يُباعَ العنبُ ممن يتخذه خمراً لا من مسلم ولا من يهودي....يدل هذا على **أنه مكروه، ولا يفسخ**، إذ ليس فيه فساد في ثمن ولا مثمن، وتجب عليه التوبـة؛ لأنه أعان على إثم..."[5].

فالعبارة واضحة بأنه لا عبرة للقرائن التي تدل على القصد غير المشروع، ما دامت الصيغة خالية منها.

ويقول الإمام الشافعي: "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يَقتُل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣/ ٢٩٧)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٥٤)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٥/ ٤١٦).

(٢) . انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل للعبدري (٦/ ١٨٢)؛ الشرح الكبير للدردير (٢/ ٢٣٩)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٣/ ٣٠٤).

(٣) . انظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري حيث يقول: "(فلو باع العنب ممن يتخذه خمراً) بأن يعلم أو يظن منه ذلك..(حرم) لأنه تسبب إلى معصية (ويصح) لرجوع النهي لغيره" (٢/ ٤١)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدين الرملي (٣/ ٤٦٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٩٠).

(٤) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٤/ ١١)؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٧).

(٥) . التاج والإكليل للعبدري (٦/ ١٨٢).

به ظلماً؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أُفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً، وفى صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً..."[1].

الفريق الثاني: رجَّح القصد غير المشروع بالرغم من عدم التصريح به في نطاق التعاقد، أخذاً بالنزعة الذاتية؛ وذلك لأن ذلك القصد هو الباعث والدافع على العقد، وتدل عليه قرائن الحال، ولذا يُعتَد بذلك الباعث غير المشروع دون القصد المباشر الجلي في العقد مع أنه مشروع ويمثل الإرادة الظاهرة، والنتيجة من هذا الكلام فسخ العقد أو الإجبار على إخراج المحل من ملكية صاحبه عند المالكية[2] بعد الانعقاد، وبطلان العقد أصلاً عند الحنابلة[3].

ولكن اشترط هؤلاء الفقهاء أن يعلم الطرف الآخر بذلك القصد المحرم، أو يغلب على ظنه، أو يوجد من الأدلة أو الظروف وقرائن الأحوال ما يدل عليه، وإلا فلا عبرة له والعقد صحيح.

إذن فالمالكية بالرغم من اتفاقهم مع الحنابلة في الأخذ بالقرائن إلا أنهم يختلفون معهم في مفعولها أي أثرها في العقود.

فمنهم من ذهب إلى أن العاقد يجبر على إخراج المحل من ملكيته ببيع وهبة، ولكن من غير فسخ.

يقول الدردير: "وكذا يمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز كبيع جارية لأهل الفساد أو مملوك **(وأجبر) المشتري من غير فسخ للبيع (على إخراجه) عن ملكه** ببيع أو (بعتق) ناجز (أو هبة)"[4].

---

(١) . الأم للإمام الشافعي (٣/ ٧٥).

(٢) . انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار عالم الكتب- الرياض، ط خاصة، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، تعليق: جمال مرعشلي (٢/ ١٥٨)؛ انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٧).

(٣) . انظر: متن الخرقي (٦٨)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٢٨)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٥٠).

(٤) . الشرح الكبير للدردير (٣/ ٧).

ومنهم من ذهب إلى أن العقد يجب أن يفسخ، أي نعود إلى الحالة التي كانت قبل التعاقد بردِّ السلعة وثمنها كلٍ إلى صاحبه الأصلي، ما دام المعقود عليه قائماً.

يقول ابن فرحون المالكي[1]: "ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب يعني من الحربيين، والعنب لمن يتخذه خمراً". ثم يقول بعد ذلك "ويؤدب من يبيع آلات اللهو ويفسخ البيع ويكسر ويؤدب أهل ذلك"[2].

وقد ذكر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير أن القول بالإجبار على إخراج المحل من ملكية صاحبه من غير فسخ هي الرواية المشهورة وهي التي وردت في المدونة، وأن الرواية التي توجب الفسخ منسوبة لأكثر أصحاب الإمام مالك[3].

فخلاصة المذهب عند المالكية أنهم يُعمِلون الباعث غير المشروع الذي دلت عليه القرائن، ولو لم يظهر في الصيغة، ولكن العقد عندهم ليس بباطل، بل منعقد لكنه مستحقٌّ للرفع إما بالفسخ أو الجبر على التخلص من المحل.

أما الحنابلة فيذهبون إلى إبطال العقد بتوافر قصد غير مشروع ما دامت القرائن دالة عليه، أي فالعقد عندهم لا ينعقد أصلاً.

يقول المرداوي: "ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً، ولا بيع السلاح في الفتنة، ولأهل الحرب، وهذا المذهب... محل هذا الخلاف إذا علم أنه يفعل به ذلك على الصحيح...أو ظنَّه...قلتُ: وهو الصواب"[4].

ويقول ابن القيم: "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، **فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ** [وهذا أخذ بالنزعة الذاتية]؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي

---

(١) . هو إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري ابن فرحون، ولد عام ٧١٩هـ، عالم بحَّاث من شيوخ المالكية، تولى القضاء في المدينة المنورة عام ٧٩٣هـ، من كتبه: (الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب) في تراجم المالكية، و(تسهيل المهمات) في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب في الفقه، توفي سنة ٧٩٩هـ. انظر: معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (١/ ٦٨)؛ الأعلام للزركلي (١/ ٥٢).

(٢) . تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون (٢/ ١٥٨).

(٣) . انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٧).

(٤) . الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٢٨).

تراد لأجلها، فإذا أُلغِيت واعتُبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاءً لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه"[1].

ومن أدلة هذا الفريق: قوله تعالى: ﴿... وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ٢﴾ [المائدة:٢]، وهذا نهي يقتضي التحريم، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل عند الحنابلة، كما نص على ذلك ابن قدامة بقوله: "فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصدَ المشتري ذلك، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك، فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر **فالبيع جائز، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل**"[2].

والذي يبدو لي هو أن المذهب الأول هو الأرجح؛ لأن من مقاصد الشريعة في المعاملات بشكل عام استقرار التعامل وعدم جعل العقد عرضة للزوال بأية شبهة غير ثابتة قطعاً أو في غلبة الظن، ولذا يصح العقد ويطلب من العاقد الذي تبين أنه قصد مناقضة الشارع أن يتوب ويستغفر؛ ولكن لا سبيل لإبطال عقده بقصده الذي عزم عليه؛ لأنه قد يعدِل عنه.

والخلاصة: أرى ترجيح القصد المباشر المشروع على القصد غير المباشر غير المشروع (الباعث غير المشروع) في هذه الحالة للأدلة التي سبق أن ذكرتها –والله أعلم–.

---

(١) . إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٩٤).

(٢) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٦).

الفصل الثالث: الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية

إنَّ تعدَّد القصود لدى العاقد في أيِّ عقد مالي تعتريه الأحكام الخمسة؛ وذلك بحسب الأحوال، فقد يكون **تعدد القصود غير مشروع فيكون** منهياً عنه بشكل جازم بحيث يأثم العاقد عندئذ (وهي حالة الحرمة)، وقد يكون منهياً عنه بشكل غير جازم (وهي حالة الكراهة)، وقد يكون تعدد **القصود مشروعاً**، ولذلك حالات: (فإن كان مطلوباً جزماً فهو واجب، وإن كان مطلوباً طلباً غير جازم فهو مستحبّ، وإن كان العاقد مُخيّراً بين أن يُعدِّد قصوده أو لا فهو المباح)، وكلُّ ذلك ممَّا يؤثر بالنتيجة على مشروعيَّة العقد الذي تعدَّدت فيه القصود، وذلك من خلال الاستقراء.

وقد درست تلك الحالات في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حالات عدم مشروعية تعدد القصود في العقود المالية

المبحث الثاني: حالات مشروعية تعدد القصود في العقود المالية

المبحث الأول: حالات عدم مشروعية تعدد القصود في العقود المالية:

وفيه المطلبان الآتيان:

المطلب الأول: حالة حرمة تعدد القصود في العقود المالية

المطلب الثاني: حالة كراهة تعدد القصود في العقود المالية

المطلب الأول: حالة حرمة تعدد القصود في العقود المالية:

أولاً: مناط[1] الحرمة في تعدد القصود في العقود الماليَّة مناقضتها لقصد الشارع:

إن المستقرئ للنصوص الشرعية من القرآن والسنة وما ذكره الفقهاء في كتبهم يظهر له بوضوح أن مناط الحرمة في تعدد القصود لدى المكلف في كلِّ تصرفاته –بما فيها العقود المالية– إنما هو **مناقضة قصد الشارع**، فإذا تحققت مناقضة قصد الشارع في قصد المكلف تحققت الحرمة، ولبيان ذلك لا بد من بيان معنى مناقضة قصد الشارع، وسرد الأدلة على حرمتها، ثم تطبيق ذلك على العقود المالية.

١- بيان معنى مناقضة قصد الشارع:

لقد سبق تفصيل القول في معنى قصد الشارع في الفصل السابق[2].

أما مناقضة قصد الشارع فأبينها فيما يأتي:

أ- المناقضة لغة: مصدر من الفعل ناقض، والنقض إفساد العقد بعد إبرامه، فالنقض ضد الإبرام، ومنه نقض العهد والحبل، ونقض البناء هدمه، وناقضه في قوله أو رأيه أو قصده مناقضة ونقاضاً إذا خالفه[3].

فمجمل معنى المناقضة لغة: الهدم والإفساد والمخالفة، والمعنى الأخير وهو المخالفة هو ما يهمنا في هذا المقام..

ب- أمَّا عن معنى مناقضة قصد الشارع في الاصطلاح، فقد تبين عند الكلام عن معنى قصد الشارع، أنَّ الفقهاء لم يعرفوا مصطلح قصد الشارع أو مقاصد الشريعة بشكل صريح مع كثرة استخدامها في كلامهم، وإن ابن عاشور أول من نص على تعريف لمقاصد الشريعة وإن كان تعريفه

---

(١) . إن المناط، أو الوصف المناسب، أو المعنى الذي من أجله شرع الحكم، كلها مصطلحات يطلقها الأصوليون ويريدون بها علة الحكم، والعلة –كما عرفها الغزالي– هي ما أضاف الشارع الحكم إليه ونصبه علامة عليه، وإطلاق المناط على العلة من باب المجاز اللغوي؛ لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء الذي تعلق بغيره، فهو من باب تشبيه المعقول بالمحسوس. انظر: المستصفى للغزالي (٢/ ٢٤٥)؛ البحر المحيط للزركشي (٤/ ٢٢٧)؛ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح للتفتازاني (٢/ ٢٨٥)؛ إحكام الأحكام للآمدي (٣/ ٢٢٣)؛ روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة (٢٧٦).

(٢) . انظر ص ١١٣ الأطروحة.

(٣) . انظر: لسان العرب مادة (نَقَضَ)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (نَقَضَ)؛ مختار الصحاح للرازي مادة (نَقَضَ).

ينطبق على المقاصد العامة دون الخاصة، حيث قال: "مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحِكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحِكَم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها"[1]، وقد مرَّ تفصيل كل ذلك فيما سبق.

وبما أن الفقهاء لم يعرفوا قصد الشارع صراحة فكذلك لم يضعوا تعريفاً لمناقضة قصد الشارع، إلا أنه يمكن استنتاج ذلك من كلامهم، بعد الاستئناس بالمعنى اللغوي للمناقضة: إذ إن المناقضة لغة تعني المخالفة.

ويقول الشاطبي: "قَصَدَ الشارعُ من المكلف أن يكون قصدُه في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهرٌ من وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"[2].

فيتبين من خلال الربط بين المعنى اللغوي وقول الشاطبي أنَّ **مناقضة قصد الشارع تعني:** أن تتجه إرادة المكلف في فعله إلى مخالفة المعاني التي راعاها الله ﷻ في أحكامه عند كل حكم من أحكام الشريعة فيما يتصل بذلك الفعل.

ومن استقرأ العقود المختلفة التي شرعها الله ﷻ لعباده وأباح لهم التعامل بها، يجد أن لكل عقدٍ حكمةَ مشروعيةٍ قصد إليها الشارع الحكيم، وبالتالي يجب على المكلف عند تعامله بتلك العقود ألا يقصد منها إلا ما يوافق قصد الشارع، وإلا يكون قد ناقض قصد الشريعة ومناقضة قصد الشريعة محرَّمة كما نص على ذلك الفقهاء والأصوليُّون[3].

---

(١) . مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور (٥١).

(٢) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١). وقد أطال الشاطبي -رحمه الله تعالى- في بيان هذا المعنى بأسلوب سهل واضح، وساق أمثلة كثيرة عليه.

(٣) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١)؛ الكاشف عن أصول الدلائل وفصول العلل للرازي (٥٣)؛ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (٢/ ١٦٠)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (٥١). وقد سبق تفصيل ذلك غير بعيد.

ومما يدل على وجوب مراعاة قصد الشارع عند كل معاملة، وحرمة مناقضته، أن الشارع الحكيم قد جعل هناك ضمانة ينبغي على المكلف ألا يتجاوزها وذلك ليسهل عليه تحقيق المقصد الشرعي من كل معاملة بحد ذاتها، وتتمثل تلك الضمانة بوضع شروط وأحكام خاصة إزاء كل معاملة تنسجم مع مقصد الشارع منها[1].

ومثال ذلك: التأقيت في الإجارة معتد به شرعاً[2]، وذلك لأنه طريق لتحصيل مقصود الشارع من الإجارة.

أما التأقيت في عقد البيع فغير معتبر[3]، لأنه يناقض المقصد الشرعي للبيع القائم على تملك العين مطلقاً –على التأبيد– ولذا قالوا التمليك لا يحتمل التأقيت[4].

ومن هنا كان تأقيت الإجارة مشروعاً بل هو شرطٌ يجب توافره فيها، وتأقيت البيع غير مشروع، وحرمته لأنه يناقض القصد الشرعي من ذلك العقد، وكلامنا هنا عن الحكم التكليفي من حيث المشروعية وعدمها، أما عن أثر ذلك في صحة العقد فمحله الفصل القادم.

يقول ابن نجيم في شروط البيع: "أن لا يكون مؤقتاً، فإن أقَّته لم يصح بخلاف الإجارة، فإن التأقيت شرطها"[5].

ويقول الشربيني: "وأن لا يكون العقد مؤقتاً، فلو قال: بعتكه بكذا شهراً مثلاً لم يصح"[6].

ولا بد لي أن أذكر هنا أن الحنفية يذهبون إلى أن المكلف إن قصد ما يناقض قصد الشارع، وكان عمله من حيث الظاهر مشروعاً فإن الحكم هو الكراهية التحريمية[7]، ولا يصفون الفعل بالمحرم،

---

(١) . انظر: قواعد الإحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٢/ ١٢٢).

(٢) . بل إنَّ تأقيت الإجارة شرط لصحتها باتفاق الفقهاء، وذلك لأن معلومية المنفعة لا تتبدى إلا بتحديد مدة الانتفاع، كما أن التأقيت يمنع التأبيد، وبذلك يحصل مقصود الشارع من الإجارة. انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٨٦)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٨٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٨١)؛ الشرح الكبير للرافعي (٨/ ٢٨٠)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية للأنصاري (٢/ ٤٣٩)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٨٤).

(٤) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٤/ ٩٤).

(٥) . البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٨١).

(٦) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٣٠).

(٧) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٦/ ٣٩٠).

وذلك لأن المحرم عندهم لا يطلق إلا على ما ثبت بدليل قطعي، أما ما ثبت بدليل ظنِّي أو كان النهي لوصف منفك عن الفعل فهو المكروه تحريماً، وهذا التفريق لا يؤثر من حيث العمل، إذ المكلف مطالب باجتناب المحرم والمكروه تحريماً على السواء ويحصل الإثم بمقارفتهما، إنما الخلاف من حيث الاعتقاد، فمستحل الحرام كافر، ومستحل المكروه تحريماً فاسق[1].

٢- أدلة النهي عن مناقضة قصد العاقد لقصد الشارع:

إنَّ لكل فعل شرعه الله ﷻ –بما في ذلك العقود الماليَّة المباحة– قصداً شرعياً يحقق المصلحة التي راعاها الشارع الحكيم من تشريعه لذلك الفعل، وإن من واجب المكلف في كل فعل يفعله أن يقصد ما قصده الشارع من تشريعه لذلك الفعل، فإن قصد المكلف عين ما قصده الشارع كان فعله مشروعاً وجديراً بتحصيل المصلحة من ذلك الفعل، وإن قصد خلاف ما قصده الشارع كان فعله محرماً –أو مكروه تحريماً عند الحنفية كما سلف–، ويتصف بأنه مناقض لقصد الشارع.

ولقد نص الفقهاء على حرمة مناقضة قصد الشارع بشكل صريح أحياناً، وبشكل غير مباشر أحياناً أخرى.

وقد سبق قول الشاطبي: "قَصَدَ الشارعُ من المكلف أن يكون قصدُه في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهرٌ من وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"[2].

---

(١) . انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت للكنوي (١/ ٤٣٨)؛ غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي (١/ ٢٢)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤١٨).

(٢) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١)؛ وانظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (٢/ ١٦٠)؛ الكاشف عن أصول الدلائل وفصول العلل للرازي، دار الجيل-بيروت، ط١، ١٤١٣هـ، ت:أحمد السقا (٥٣).

ويقول الرازي[1]: "مقصود الشارع هو ما دلت الدلائل الشرعية على **وجوب تحصيله**، والسعي في رعايته، والاعتناء بحفظه..."[2]. فإذا كان مقصود الشارع مما يجب على المكلف تحصيله، فهذا يعني – وفقاً لمفهوم المخالفة– أن مناقضة قصد الشارع محرم.

وقد ورد في الفتاوى الهندية: "مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى أن كل حيلة يحتال بها الرجل لإبطال حق الغير أو لإدخال شبهة فيه أو لتمويه باطل فهي مكروهة [أي تحريماً[3]]"[4].

وأما عن الأدلة التي استدل بها الفقهاء على حرمة مناقضة قصد الشارع فهي كثيرة أذكر طرفاً منها:

أ- **من القرآن الكريم:**

قوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا ١١٥﴾ [النساء:١١٥].

ووجه الاستدلال بأن قصد خلاف ما قصده الشارع يعتبر مشاقة لنهج الشارع الحكيم، وهذا محرم بنص الآية.

يقول الشاطبي استدلالاً بهذه الآية: "والأخذ في خلاف مآخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة مشاقة ظاهرة"[5].

---

(١) . هو فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي، ولد في الري بطبرستان عام ٥٤٤هـ، ١١٥٠م، كان عالماً في التفسير وعلم الكلام والفلك والفلسفة وعلم الأصول وغيرها، من أبرز مصنفاته تفسيره الكبير المعروف (بمفاتيح الغيب) توفي عام ٦٠٦هـ، ١٢١٠م. انظر: طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السبكي (٨/ ٨٠)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٣١٣).

(٢) . الكاشف عن أصول الدلائل وفصول العلل للرازي (٥٣)؛ وانظر: الاعتصام لإبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، دار ابن عفان- السعودية، ط١، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، (٨٥٨)؛ طرق إثبات مقاصد الشريعة لإحسان الحمامي، كلية الشريعة-جامعة دمشق، بإشراف الدكتور: أحمد حسن، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م (٢٢).

(٣) . إذا أطلق الحنفية لفظ المكروه انصرف إلى المكروه تحريماً في الأعم الأغلب. انظر: غمز عيون البصائر للحموي (٤/ ٢١٩)؛ المهذب في علم أصول الفقه المقارن لعبد الكريم بن علي النملة، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، مكتبة الرشد- الرياض (١/ ٢٨٧).

(٤) . الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٦/ ٣٩٠).

(٥) . الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣٤).

ويقول ابن عاشور: "والمشاقة: **المخالفة المقصودة**، مشتقة من الشق؛ لأن المخالف كأنه يختار شقاً يكون فيه غير شق الآخر"[1].

ب- من السنة:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: ((من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو ردٌّ))[2].

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن من يقصد بعمله خلاف ما قصده الشارع فإنه يكون قد أحدث في دين الله ما ليس منه، ولذا كان قصده محرماً ويوجب رد عمل واعتباره كأن لم يكن.

وقد نص العلماء على أن هذا الحديث يمثل نصف أدلة الشرع، وأنه من قواعد الدين وجوامع الكلم[3].

يقول النووي: "هذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام، وهو من جوامع كلمه ﷺ، فإنه صريح في رد كل البدع والمخترعات...وهذا الحديث مما ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات وإشاعة الاستدلال به"[4].

ت- من المعقول:

إن من يأتي بفعل مشروع ولكن بقصد آخر يخالف قصد الشارع في ذلك الفعل المشروع، فإنه في الحقيقة آخذ بغير المشروع، لأن الله تعالى إنما شرع ذلك الأمر لحكمة ومقصد معين يحقق المصلحة الشرعية، فإذا قام المكلف بالفعل المشروع بقصد غير القصد الشرعي فإنه لم يأت بالمشروع أصلاً، فصار كالفاعل لغير ما أُمر به، وكالتارك لما أمر به[5].

---

(١) . التحرير والتنوير لابن عاشور (٤/ ٢٥٤).

(٢) . أخرجه البخاري في الصلح/ باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، برقم (٢٦٩٧)؛ وأخرجه مسلم في الأقضية/ باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، برقم (١٧١٨).

(٣) . انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر (٥/ ٣٠٣)؛ وانظر: فيض القدير شرح الجامع الصغير لعبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى- مصر، ط١، ١٣٥٦هـ (٦/ ٣٦).

(٤) . المنهاج شرح صحيح مسلم للنووي (١٢/ ١٦).

(٥) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣٤).

وبعد هذا العرض لمعنى مناقضة قصد الشارع وإقامة الدليل على تحريمها لا بد من التساؤل عن الحالة التي يتحقق فيها تعدد القصود المناقض لقصد الشارع في العقود المالية؟ وللإجابة على هذا السؤال أفردت الفقرات الآتية.

ثانياً: حالة حرمة اجتماع القصود المباشِرة المناقِضة لقصد الشارع في العقود المالية:

يمكن استنباط حالات حرمة تعدُّد القصود المباشرة لعدة عقود في عقد واحد من خلال مسألة نص عليها الفقهاء، وهي مسألة حكم اجتماع عقدين في عقد واحد، ولهذه المسألة تفصيلات وفروع كثيرة في مواضع متعددة من أبواب العقود في كتب الفقه، لا يمكن استقصاؤها لكثرتها؛ إلا أنَّه يمكن التوصل إلى ضوابط تجمع بين كثير من الجزئيات فيما يتصل بحرمة تعدد القصود المباشرة في العقود، وقد أوجزت هذه الضوابط التي تتحقق فيها حرمة تعدد القصود المباشرة في الفقرات الآتية مع عرض اختلافات الفقهاء إن وجدت:

١- **أن يكون الجمع بين القصود المباشرة محل نهي شرعي:** ومن النَّصوص الواردة في ذلك:

أ- حديث النبي ﷺ: ((لا يَحِلُّ سلفٌ وبيعٌ))[1].

ولذا اتفق الفقهاء[2] على أنَّ الجمع بين السلف (القرض) والبيع –ومثله سائر المعاوضات– في عقد واحد لا يجوز، وذلك للحديث السابق. فلو قال شخص لآخر: أقرضك مبلغاً قدره كذا على أن تبيعني دارك بكذا فإنَّه لا يجوز.

والحديث بعمومه يدلُّ على النهي عن صورتين: الأولى اشتراط البيع في عقد القرض، والثانية اشتراط القرض في عقد البيع، يدلُّ على ذلك كلام الفقهاء.

---

(١) . جزء من حديث أخرجه أبو داود في الإجارات/ باب في الرجل يبيع ماليس عنده، برقم (٣٠٥٤)، وأخرجه الترمذي في البيوع/ باب كراهية بيع ما ليس عنده برقم (١٢٣٤)، وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(٢) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٤٦)؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٦٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣٩١)؛ المجموع للنووي (١٣/ ١٧٠)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٢٠)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٣١٥)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠).

كما صرَّح الشافعية بأنَّ معنى: "((نهى عن بيع وسلف)) ، أي بيعٍ بشرط قرضٍ أو قرضٍ بشرط بيعٍ"[1].

ويقول القرافي: "وبإجماع الأمَّة على جواز البيع والسلف مفترقين **وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا**"[2].

ويقول ابن قدامة: "ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه **فهو محرَّم، والبيع باطل** ...ولا أعلم فيه خلافاً"[3]. ويقول في موضع آخر: "وإن شرطَ في القرض أن يؤجرَه داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز"[4].

ووجه مناقضة قصد الشارع في الجمع بين السلف والبيع أنَّ اشتراط البيع في القرض ذريعة إلى حصول الزيادة الربويَّة؛ إذ ربما يحابيه في الثمن من أجل القرض، فيكون القرض جارّاً لمنفعة مشروطة، وهي ربا محرم[5].

وكذلك لأنَّ الجمع بين القرض والبيع يؤدي إلى جهالة الثمن؛ لأنَّ البائع إذا شرط لنفسه قرضاً صار بائعاً سلعته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط، فلمّا لم يلزم الشرط سقطت منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت المنفعة من الثمن أفضت إلى الجهالة فيه، وجهالة الثمن لا تجوز وتبطل العقد[6].

---

(١) . حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٢٣).

(٢) . الفروق للقرافي (٣/ ٤٣٧).

(٣) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤).

(٤) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠).

(٥) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٤)؛ الفروق للقرافي (٣/ ٤٣٧)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ١٤١).

(٦) . انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٥/ ٣٥١)؛ مختصر المزني لإسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، دار المعرفة-بيروت، ط١٤١٠هـ، ١٩٩٠م (٨٩).

وهناك وجه آخر لمناقضة قصد الشارع –في الجمع بين القرض والبيع– بيَّنه الباجي[1] فقال: "ووجه ذلك من جهة المعنى أنَّ القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البرِّ والمكارمة، فلا يصح أن يكون له عوض فإن قارن قرضٌ عقدَ معاوضة، وكان له حصة من العوض فيخرج من مقتضاه فبطل، وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة"[2].

ب- حديث النبي ﷺ أنه ((نهى عن بيعتين في بيعة))[3].

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذا الحديث، وأوجز آراءهم في معناه وفق الآتي:

-ذهب الحنفية في رواية[4] والشافعية في قول[5] وكذلك قول عند الحنابلة[6] إلى أنَّ معنى الحديث: أن يبيع الرجل السلعةَ بمبلغ معين نقداً أو بأكثر منه إلى أجل، فيفترق العاقدان على الإلزام بأحد الثمنين دون تحديد.

-وذهب المالكية[7] إلى أنَّ معنى ((بيعتين في بيعة)) يشتمل على صورتين: الصورة الأولى هي المعنى الذي سبق، والصورة الثانية هي العقد على أحد سلعتين بثمن واحد، فيفترق العاقدان ولا يحددان المبيع، أي أن المالكية يوسعون مفهوم الحديث ليشمل الإلزام بأحد ثمنين أو مثمنين من غير تعيين[8].

---

(١) . هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي، ولد عام ٤٠٣هـ، فقيه مالكي ومحدث، من كتبه: (فرق الفقهاء) و(إحكام الفصول، في أحكام الأصول) و(التعديل والتجريح لمن روى عنه البخاري في الصحيح)، توفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء لابن حجر (١٨/ ٥٣٦)؛ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي (١/ ٣٧٧).

(٢) . المنتقى شرح الموطأ للباجي (٥/ ٢٩).

(٣) . أخرجه الترمذيُّ عن أبي هريرة ﷺ في البيوع/ باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة. برقم (١٢٣١). وقال عنه: " حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم ".

(٤) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٥٨)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٦).

(٥) . انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٣٦)؛ البيان للعمراني (٥/ ١١٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١).

(٦) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٥٠)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٩).

(٧) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٧٢، ٧٣)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٩٥)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٣٧).

(٨) . يقول الخرشي: " ومحمله [أي الحديث الوارد في المتن] عند مالك على إحدى صورتين: أشار لإحداهما بقوله: يبيعها بإلزام بعشرة نقداً، أو أكثر لأجل ...وجعلها بيعتين باعتبار تعدد الثمن.. وأشار لثاني الصورتين بقوله: أو سلعتين مختلفتين، في الجنسيَّة=

وكلا التفسيرين السابقين للبيعتين في بيعة يخرجان عن المفهوم الدقيق لتعدد القصود في العقود؛ إذ إنَّ قصد العاقد في الصورتين واحد، ولكنَّه مبهم وغير محدَّد.

-وذهب الحنفية في الرواية الراجحة[1] وهو المعنى الثاني عند الشافعية في تفسير الحديث[2] والرواية الراجحة لدى الحنابلة[3] إلى أنَّ معنى الحديث هو اشتراط عقد في عقد، كأن يقول بعتك داري بكذا على أن تبيعني دارك بكذا، أو على أن تؤجرني دكانك بكذا...وهذا التفسير يظهر فيه تعدد القصود؛ إذِ اجتمع قصدان مباشران لعقدين في عقد واحد.

وسبب حرمة هذا الجمع والمنع منه حصول الغرر والجهالة في الثمن كما بيَّن الإمام الشافعي بقوله: "ولا خيرَ في أن أبتاع منك جزافاً ولا كيلاً ولا عدداً ولا بيعاً كائناً ما كان على أن أشتري منك مُداً بكذا، وعلى أن تبيعني كذا بكذا، حاضراً كان ذلك أو غائباً، مضموناً كان ذلك أو غير مضمون، وذلك من بيعتين في بيعة، ومن أنّي إذا اشتريت منك عبداً بمائة على أن أبيعك داراً بخمسين: فثمن العبد مائة وحصته من الخمسين من الدار مجهولة، وكذلك ثمن الدار خمسون وحصته من العبد مجهولة، ولا خير في الثمن إلا معلوماً"[4].

-وذهب بعض الفقهاء من متأخري الحنابلة[5] إلى تفسير البيعتين في بيعة بأن يبيع الرجل السلعة بثمن مؤجل، على أن يشتريها ممّن باعها له بثمن حالٍّ أقل. وهذه مسألة العينة التي سأبينها في الفقرة التالية.

ولا بدَّ لي أن أشير إلى أنَّ ما ذكرته يعدُّ خلاصة اختلاف الفقهاء في تفسير حديث النهي عن البيعتين في بيعة، إذ تكثر الدراسات التي تناولت هذا الحديث بالتفسير والشرح، فاقتصرت على ما يهمنا في هذا المقام، ويبدو لي أنَّ **الراجح في تفسير حديث النهي عن بيعتين في بيعة هو الجمع بين عقدين في**

=كثوب ودابة، أو الصنفية كرداء وكساء...وباع إحداهما ولو بثمن واحد بإلزام، ولو لأحدهما، فلا يجوز للجهل بالمثمن، إن اتحد الثمن، أو بالثمن والمثمن، إن اختلف الثمن ". حاشية الخرشي (٥/ ٧٢، ٧٣).

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٦).

(٢) . انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٣٦)؛ البيان للعمراني (٥/ ١١٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١).

(٣) . انظر: المغني لابن قدامة(٤/ ٣١٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٥٠)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٩).

(٤) . الأم للإمام الشافعي (٣/ ٧٥)؛ وانظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٣).

(٥) . كابن تيمية وابن القيم. انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٨/ ٧٤)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ١٥٠).

عقد واحد على نحو يلزم منه محظور شرعي كحصول الغرر، أو الربا، وبناء عليه يدخل في معنى بيعتين في بيعة (بيع العينة الذي فصلته في الفقرة اللاحقة)، ويدخل فيه كذلك المعنى الأول والثاني اللذان ذكرتهما بداية الفقرة، إذ يلزم من العقد على أحد ثمنين أو مثمنين من غير تحديدٍ الجهالةُ والغررُ الكثير في المعقود عليه وهو غير جائز.

أمَّا التفسير الأخير وهو اشتراط عقد في عقد، كأن يقول: بعتك داري بكذا على تبيعني دارك بكذا أو أن تؤجرني دكانك بكذا، فلا يبدو أنَّه داخل في النَّهي ما دام أن كلَّ عوض في كل عقد معلومٌ متميزٌ؛ إذ لا يلزم من ذلك الغرر.

وهذا ما صرَّح به المالكيَّة كما جاء في المدونة: "قلت: أرأيت إن اشتريت عبداً من رجل بعشرة دنانير على أن أبيعه عبدي بعشرة دنانير؟! قال: قال مالك: ذلك جائز"[1].

ويقول ابن تيمية: "يجوز في أظهر الوجهين أن يجمع بين بيع ونكاح"[2]. ويقول: "ويجوز الجمع بين البيع والإجارة في عقد واحد في أظهر قوليهم"[3].

ودليل ذلك أنَّ كثيراً من الفقهاء قد أجازوا الجمع بين أكثر من عقد في كثير من المواضع –والتي سيأتي بيان بعضها في الفقرة (٣) من هذا المطلب[4].

كما أنَّ الذي يؤيَّد أنَّ النهي ليس لمجرد الجمع بين عقدين بل لحصول محظور شرعي كالربا ما جاء في بعض روايات الحديث: "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا"[5].

---

(١) . المدونة للإمام مالك (٣/ ١٦٨).

(٢) . نظرية العقد لابن تيمية (١٩١).

(٣) . الاختيارات الفقهية لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، جمعه: علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، دار المعرفة- بيروت، ط١٣٩٧هـ، ١٩٧٨م (٤٩٤).

(٤) . انظر ص١٤٦ من هذه الأطروحة.

(٥) . أخرجه أبو داود في الإجارة / باب فيمن باع بيعتين في بيعة، برقم (٣٤٦١). وهو حديث حسن. انظر: بلوغ المرام لابن حجر (٢/ ١١).

٢- أن يترتب على الجمع بين القصود المباشرة التَّوصل إلى أمرٍ محرَّم:

والمثال الواضح هنا ما يسمَّى ببيع العينة: وأصلها: عونة، وقعت الواو ساكنة بعد كسرة فقلبت ياء: من العون، كأن البائع أعان المشتري بتحصيل مراده[١].

وهي في اصطلاح الفقهاء: أن يبيعه السلعة بثمن مؤجل على أن يشتريها منه بثمن أقل معجلاً، فيحصل على المال في الحال[٢].

وقد اختلف الفقهاء في حكمها، وجعلُها مثالاً لتعدد القصود المحرَّم هو بالاستناد إلى مذهب المالكية والحنابلة كما سيأتي.

وموطن تعدد القصود في هذا العقد: اجتماع **قصدين مباشرين لعقدي بيعٍ** متفقٍ عليهما على الصورة التي بيَّنتها، ولكن هذا التعدد في القصود يلزم منه جعل هذه المعاملة شبيهة بالرِّبا؛ إذ السلعة لغوٌ لا معنى لها؛ ومناقضة قصد الشارع في ذلك ظاهرة؛ حيث إنَّ المصالح التي شرع البيع لأجلها لم يوجد منها شيء في هذه المعاملة، بل وجد أثر يقترب من أثر الربا، وهو أنَّ العاقد الذي يدفع أولاً ليقبض آخراً يستفيد من هذه العملية تسويغَ أخذ زيادةٍ مُنع من أخذها بمقتضى عقد القرض، وهو الأمر الممنوع الذي يعارض مقصد الشريعة من تحريم الربا في القرض، فتأتي العينة على غاية تحريم ربا القروض بالنَّقض؛ إذ لو جازت لما كان أسهل على المقرِض المموِّل الذي يريد الانتفاع من إقراض الغير بأخذ الزيادة أن يعقد عقد بيع على سبيل العينة مع مريد القرض، فيحل له ما كان حراماً[٣].

---

(١) . انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٢٧).

(٢) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٣١٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٢/ ١٤٠)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٦١)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١١٧)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٨٥)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٧).

(٣) . انظر: قضايا فقهية في المال والاقتصاد، د.نزيه حماد (٢٦١)؛ التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشريعة د.عبد العظيم أبو زيد، بحث منشور في مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد ١٢، العدد ٢٣، ٢٠٠٨م، نشر بالإنكليزية، وترجمه المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب إلى اللغة الفرنسية (٩).

فذهب الحنفية[1] والشافعية[2] إلى أنَّ العقد صحيح، إلَّا أنَّ الحنفية اختلفوا فمنهم من جعل العقد مكروهاً تحريماً، ومنهم من جعله مكروهاً تنزيهاً، أمَّا الشافعية فذهبوا إلى الكراهة التنزيهيَّة لهذا العقد، ذلك لأنَّ المكروه تحريماً مصطلح خاص بالحنفية.

في حين ذهب المالكية[3] والحنابلة[4] إلى **أنَّ هذا العقد محرّم** ما دام أنَّ هناك اتفاقاً بين البائع والمشتري على إعادة البيع بثمن أقل للحصول على السيولة ممَّا يؤدي إلى الرِّبا.

واستدلوا بالأثر عن العالية قالت: ((كنت قاعدة عند عائشة رضى الله عنها فأتتها أم مُحِبَّة، فقالت لها: يا أمَّ المؤمنين أكنتِ تعرفين زيد بن أرقم؟ قالت: نعم. قالت: فإني بعته جارية لي إلى عطائه بثمانمائة نسيئة، وإنه أراد بيعها بستمائة نقداً. فقالت لها: بئسما اشتريت وبئسما اشترى أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول ﷺ إن لم يتب))[5].

فالظاهر أنَّ السيدة عائشة رضي الله عنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتُقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه[6].

---

(١) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٣١٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٢/ ١٤٠)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٤٦٢)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٦١).

(٢) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٨٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٦)؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤١).

(٣) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٨٩)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٢٩)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي(ت٤٦٣هـ)، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م، ت: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني (٢/ ٦٧٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ١٠٣).

(٤) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٨٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٣٥).

(٥) . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في البيوع/ باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل رقم (١١١١٣). وإسناده جيد. انظر: تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، (ت: ٧٤٤هـ)، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٩٩٨م، ت: أيمن صالح شعبان (٢/ ٣٦٩).

(٦) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٧).

٣- أن تكون القصودُ المباشرة المتعدِّدة متنافرة ومتناقضة:

وتستنبط هذه الحالة من مذهب المالكية[١] حيث نصُّوا على عدم جواز اجتماع بعض العقود مع عقد البيع لتنافرها معه في الأحكام.

وقد جمعوا العقود التي تتنافر مقاصدها المباشرة مع القصد المباشر لعقد البيع في عبارة (جص مشنق)، ولذا لا يجوز اجتماعها مع البيع.

فالجيم للجعالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنِّكاح، والقاف للقِراض لتضادِّ أحكامها[٢].

يقول القرافي: "العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمها في مسبباتها بطريق المناسبة والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافيين فلذلك لا يجتمع النكاح والبيع لتضادهما في المكايسة والمسامحة ولا يجتمع مع البيع عقود يجمعها قولك جص مشنق"[٣].

ومن هذا الباب أيضاً: **اجتماع قصدين مباشرين لعقدين أحدهما لازم والآخر غير لازم، كاجتماع القصد المباشر لعقد الشركة مع القصد المباشر لعقد البيع.**

وسبب عدم جواز اجتماع قصد الشركة مع البيع؛ أنَّ الشركة من العقود غير اللازمة، أي لكلِّ واحدٍ من العاقدين أن ينفصل عن صاحبه متى ما أراد، ولا يلزمه البقاء معه على الشركة، وهذا يؤدِّي إلى الغرر في البيع؛ لأنَّ البائع إنما رضي ببيع سلعته منه بالثمن الذي سمَّياه لـِمَا رجاه من الانتفاع ببقائه معه على الشركة، وذلك لا يلزمه، ولو لزمه أيضاً لكان البيعُ غرراً لجهل قدر الانتفاع بمشاركته إيَّاه، فوجب أن يُفسخ البيع في السلعة وتردَّ بعينها إن كانت قائمة وتكون فيها القيمة إن كانت فائتة[٤].

---

(١) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٦/ ١٤٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣١٣)؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٤٠٨)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٢).

(٢) . انظر: الذخيرة للقرافي (٤/ ٣٩٢)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ١٤٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣١٣)؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ٤٠٨). ووجه التنافر بين هذه العقود وعقد البيع: أن الصرف مبنيٌّ على التشديد، وامتناع التأخير والخيار فيه، بخلاف البيع، أما الجعالة فالجهالة لا تؤثر في محلها الذي هو العمل، بخلاف البيع فيشترط أن يكون المبيع معلوماً، والمساقاة والقراض يحتملان الغرر والجهالة ومبناهما على التوسعة كالجعالة خلافاً للبيع.

(٣) . الذخيرة للقرافي (٤/ ٣٩٢).

(٤) . انظر: البيان والتحصيل لابن رشد (٤/ ٤١٧).

ولكنَّ الفقهاء من غير المالكية أجازوا الجمع بين كثيرٍ من تلك العقود في عقد واحد؛ لأنَّ الجمع بين عقدين مختلفين من حيث الشروط والآثار لا يلزم منه التناقض دائماً؛ إنَّما يحصل التناقض في حالة واحدة، وهي لو توارد العقدان على محلٍّ واحد بشكل لا يمكن معه الجمع بين أحكام هذين العقدين، وهي الحالة التي ينبغي منعها (كالجمع بين هبة عينٍ وبيعها للموهوب، أو الجمع بين المضاربة وإقراض رأس مال المضاربة للمضارب، أو الجمع بين سلم وجعالة ببدل واحد).

أمَّا إن تعدد المحلُّ فإنَّ التنافر والتناقض لا يظهر في هذه الحالة، وبالتالي يجوز الجمع بين تلك العقود؛ يدلُّ على ذلك بعض الفروع من المذاهب الفقهيَّة المختلفة منها:

-يقول السرخسي: "لو دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفها قرضاً عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته **يجوز ذلك**"[1].

-وكذلك ذهب الشافعية[2] في القول الراجح إلى جواز الجمع بين الإجارة والبيع –من غير اشتراط أحدهما في الآخر- فنصُّوا على أنَّه: "إن جمع بين البيع والإجارة، بأن يقول: أجرتك داري هذه شهرًا، وبعتك عبدي هذا بألف، فقال: قبلت.. ففيه قولان:...الثاني: لا يبطلان؛ لأنَّ كل واحد منهما لو أفرده بالعقد.. صح، فإذا جمع بينهما.. **فليس فيه أكثر من اختلاف الأحكام، فلم يمنع صحة العقد**"[3]. وفي العبارة الأخيرة من النص تفريق دقيق بين تناقض الأحكام واختلافها، فيمكن الجمع بين الأحكام المختلفة إن تعدَّدت محالُّها، أمَّا الأحكام المتناقضة فتعني عدم إمكان الجمع بينها، وهذا لا يتحقق إلا بورود العقدين المختلفين في الأحكام على محلٍّ واحد.

---

(١) . المبسوط للسرخسي (١٢/ ٦٤)؛ وانظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٥٢)؛ لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة (٣٧٥).

(٢) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤١، ٤٢).

(٣) . البيان للعمراني (٥/ ١٤٨).

ولذا بيَّن العمراني[1] أنَّ البيع والإجارة إن تواردا على محلٍّ واحد فلا يجوز والعقد باطل، حيث يقول: "فأمَّا إذا قال: بعتك داري، وأجّرتكها شهرًا بألف.. لم يصحّ واحدٌ منهما، قولاً واحدًا؛ لأنَّ بنفس عقد البيع يملك المنفعة، فإذا اشترط أن يملك المنفعة بعوض.. بطل العقد"[2].

وقد رجح الشربيني وغيره هذا القول فنصَّ على أنَّ: "مدار الصحة على إمكان الجمع ومدار الفساد على عدمه، وليس المدار على الاتفاق في الجواز واللزوم والاختلاف فيهما"[3].

وكذلك نص الحنابلة على جواز اجتماع عقدين مختلفين في الحكم والوضع بعوض واحد[4].

ومثال ذلك: "نحو أن يقول بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف...لأنَّهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين"[5].

ثالثاً: حالة حرمة اجتماع قصد مباشر وقصد غير مباشر مناقض لقصد الشارع في العقود المالية:

وتتحقق حرمة تعدد القصود في حالة انضم إلى القصد المباشر للعقد قصد غير مباشر يناقض قصد الشارع، وقد مرَّت بنا أمثلة لهذه الحالة عند دراسة أقسام القصود من حيث المشروعية وعدمها[6].

وأضرب هنا مثالاً آخر لاجتماع قصد غير مباشر محرم مع القصد المباشر للعقد:

وهو شراء طعام ونحوه بقصد حبسه انتظاراً لوقت الغلاء، وهو ما يسميه الفقهاء بالاحتكار[7].

---

(١) . هو يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليماني، ولد عام ٤٨٩ هـ، شيخ الشافعية بإقليم اليمن، كان زاهداً ورعاً عالماً خيِّراً مشهور الاسم بعيد الصيت، عارفاً بالفقه والأصول والكلام والنحو، أعرف أهل الأرض بتصانيف أبي إسحاق الشيرازي في الفقه والأصول، يحفظ المهذب عن ظهر قلب، توفي سنة ٥٨٨هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧/ ١٧٩)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (١٣/ ١٩٦).

(٢) . البيان للعمراني (٥/ ١٤٨).

(٣) . انظر: حاشية الشربيني بهامش الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٣٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢٢)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٧٤).

(٤) . انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/ ٢٠)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٧٩).

(٥) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤).

(٦) . انظر ١٢٩ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٧) . وعبر عن حكمه الحنفية بالكراهة، ومرادهم الكراهة التحريمية؛ لتصريحهم بحصول الإثم. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٢٧)؛ مواهب الجليل للحطاب (١٢/ ١٥٢)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٧٣)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٥).

يقول الشربيني: "ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس، وهو إمساك ما اشتراه وقت الغلاء ليبيعه بأكثر ممَّا اشتراه عند اشتداد الحاجة"[1].

ويبدو تعدد القصود المؤثر في الاحتكار بأنَّ المحتكر يشتري السلعة –على اختلافهم في ماهيتها– من أجل أن يحبسها ولا يبيعها مباشرة؛ وذلك انتظاراً لوقت الغلاء فيضيِّق على الناس بفعله ذلك، فيجتمع قصد التملك للسلعة وقصد حبس تلك السلعة لبيعها بوقت الغلاء واستغلال حاجة الناس.

فلو اشتراها لا ليحبسها ويبيعها بأكثر، بل ليستهلكها؛ فلا يدخل تحت مسمَّى المحتكر عند أحد من الفقهاء.

(١) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٧).

المطلب الثاني: حالة كراهة تعدد القصود[1] في العقود المالية:

ينطبق تعدد القصود المكروه في العقود على تعدد القصود في بيع العينة عند الشافعيَّة[2]؛ إذ ذهبوا إلى أنَّ العقد صحيح إلا أنَّه مكروه تنزيهاً، وقد سبق بيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة[3].

ولذا أضرب أمثلة أخرى عن تعدد القصود المكروه في العقود المالية استنبطتها من كتب الفقهاء.

أولاً: اجتماع قصد الرياء مع قصد التبرع:

نجد مثال ذلك عند الحنابلة حيث ذكر البهوتي في حكم الهبة ما نصه: "وجنس الهبة مندوب إليه لشموله معنى التوسعة على الغير ونفي الشح...والفضل فيها يثبت بإزاء ما قُصد به وجه الله تعالى، كالهبة للصلحاء والعلماء ونحو ذلك، ولا خير فيما قصد به رياء أو سمعة، **ولا تستحب إن قصد بها مباهاة ورياء وسمعة،** الواو بمعنى (أو)، **فتكره** لقوله ﷺ: ((من يسمِّع يسمِّع الله به، ومن يراءِ يراءِ الله به))[4] "[5].

فحكم الهبة من حيث الأصل بإجماع الفقهاء[6] الندب، إلا أنه إذا اجتمع مع قصد الهبة قصد الرياء أو السمعة خرجت من باب الندب إلى الكراهة كما نص على ذلك الحنابلة.

وقد يقال إن الرياء مما يحبط العمل، وهو محرم، فكيف نصُّوا هنا على الكراهة؟

لم أجد من الحنابلة من أجاب عن هذا التساؤل إلا أنه يمكن أن يُجاب عنه بأمرين:

---

(١) . المقصود بالكراهة هنا الكراهة التنزيهية؛ إذ الكراهة التحريمية مصطلح خاص بالحنفية، وهو كالمحرم من حيث العمل عندهم. انظر ص ٢٥ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٨٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٦)؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤١).

(٣) . انظر ص ١٥٧ من هذه الأطروحة.

(٤) . أخرجه البخاري بلفظ ((من سمَّع سمَّع الله به ومن يُراءِ يراءِ الله به)) في الرقاق/ باب الرياء والسمعة، برقم (٦٤٩٩).

(٥) . كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٢٩٩)؛ وانظر: مطالب أولي النهي للرحيباني (٤/ ٣٧٨).

(٦) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٩١)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٤٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩٦)؛ منار السبيل لابن ضويان (٢/ ٢٢).

الأول: أن الرياء المحرم المحبط للعمل هو الرياء الذي يشوب العمل بأكمله أو بعبارة أخرى أن يغلب قصد الرياء على قصد العمل فيكون الأصل هو الرياء وقصد العمل تابعاً له.

وقريب من هذا التخريج ما ذكره الرحيباني[1] إذ قال ناقلاً عن بعض الفقهاء: "لا إثم في عمل مشوب برياء إذا غلب قصد الطاعة؛ لأن الحسنات يذهبن السيئات، وعكسه: بأن غلب عليه قصد الرياء يأثم؛ للأخبار الواردة بالنهي عنه، فإن تساوى الباعثان فلا ثواب له ولا إثم عليه"[2].

وأصل ذلك عند الغزالي حيث يقول: "إن كان الباعث الديني مساوياً للباعث النفسي تقاوما وتساقطا وصار العمل لا له ولا عليه، وإن كان باعث الرياء أغلب وأقوى فهو ليس بنافع، وهو مع ذلك مضر ومفض للعقاب. نعم العقاب الذي فيه أخف من عقاب العمل الذي تجرد للرياء ولم يمتزج به شائبة التقرب، وإن كان قصد التقرب أغلب بالإضافة إلى الباعث الآخر فله ثواب بقدر ما فضل من قوة الباعث الديني"[3].

إلا أن هذا التفريق بين الرياء الغالب على قصد الطاعة وبين الرياء الذي يكون أقل من قصد التقرب –على حد تعبيرهم– لا يوجد من الأدلة الشرعية ما يؤيده، بل تواردت النصوص على أن وجود الرياء محبط للعمل، وإن كان يسيراً لإطلاق النصوص[4].

ومن تلك النصوص: الحديث القدسي: ((أَنَا أَغْنَى الشُّرَكَاءِ عَنِ الشِّرْكِ، مَنْ عَمِلَ عَمَلًا أَشْرَكَ فِيهِ مَعِي غَيْرِي، تَرَكْتُهُ وَشِرْكَهُ))[5].

---

(١) . هو مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرّحيباني ولد عام ١١٦٠هـ، كان مفتي الحنابلة بدمشق، وله مؤلفات منها (مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى) في فقه الحنابلة، و(تحفة العباد فيما في اليوم والليلة من الأوراد) جمعه من الأصول الستة، توفي بدمشق سنة ١٢٤٣هـ. انظر: انظر: الأعلام للزركلي (٧/ ٢٣٤).

(٢) . مطالب أولي النهى للرحيباني (١/ ٣٩٦).

(٣) . وقد ذهب إلى ذلك علماء آخرون غير الغزالي كابن جُزَيّ وابن الجوزي. انظر: إحياء علوم الدين للغزالي (٤/ ٣٨٤). القوانين الفقهية لابن جزي (١/ ٢٨٦)؛ الفروع لابن مفلح (١/ ٤٤١).

(٤) . وهو ما أشار إليه ابن عبد السلام فيما نقله عنه الشربيني. انظر: الإقناع للشربيني(١/ ٣٩).

(٥) . سبق تخريجه ص ٦٩ من هذه الأطروحة.

وقول النبي ﷺ: ((إِنَّ اللهَّ لَا يَقْبَلُ مِنْ الْعَمَلِ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ خَالِصًا وَابْتُغِيَ بِهِ وَجْهُهُ))[1].

فكون العمل خالصاً لا يتحقق إلا بخلوصه من كل شائبة رياء مهما قلّ.

الناحية الثانية: إن الرياء المحرم والمبطل للعمل هو ما كان في العبادات المحضة، كالصلاة والصيام وغيرها...أما ما ليس بعبادات محضة كالهبة فهي تصرف مالي وتدخل في عقود التبرع؛ فليس للرياء فيها الأثر ذاته الذي يحدثه في العبادات[2]، ومن هنا من أدى دينه وقد قصد المراءاة، فقد وفَّى ما عليه، ولم ينص أحد الفقهاء على أن أداءه غير مجزئ في هذه الحالة.

ولو بحثنا لوجدنا أن المالكية يثبتون هذا الفرق الذي سبق ذكره؛ فينصون على أن من وهب رياء فلا أجر له على هبته، ولكن لم يذكروا أنه وقع في محرم[3].

ثانياً: قصد إنشاء العقد توصلاً إلى المكروه:

إنَّ الأصل في المعاملات التي شرعها الله ﷻ الإباحة، كالبيع والإجارة والشركة... إلَّا أنَّ هذا الحكم الأصلي عرضة للتغيّر، وذلك حسب ما يقصده المرء من تلك العقود، وذلك لأنَّ [للوسائل حكم المقاصد][4]، نصَّ على هذه القاعدة بلفظها المالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7]، ويكون بالتالي تعدد قصده

---

(١) . أخرجه النسائي في الجهاد/ باب من غزا يلتمس الأجر والذكر، رقم (٣١٤٠). وقد قال عنه ابن حجر أنه روي "بإسناد جيد". فتح الباري لابن حجر (٦/ ٢٨).

(٢) . وذلك من خلال استقراء النصوص الفقهية في موضوع الرياء فالفقهاء قد نصوا على حرمة الرياء في العبادة –كما سبقت دراسته ص٦٧، ٦٨ – ، ولكنهم نصوا على كراهيته في غيرها كالتبرعات كما ورد ذكره في المتن في هذه الفقرة.

(٣) . انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٤٤٢).

(٤) . انظر القاعدة: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ٤٢١)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٢١٧)؛ مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية لصالح بن محمد بن حسن الأسمري، دار الصميعي، اعتنى بها: متعب بن مسعود الجعيد، ط١، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠م (٨٠).

(٥) . انظر: الفروق للقرافي (٣/ ٤).

(٦) . انظر: الشرح الكبير للرافعي (٧/ ٧١)؛ حاشية الجمل على المنهج للأنصاري (٤/ ٣٧٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٢٩/ ٢٩٣).

(٧) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٣٤٠)؛ مطالب أولى النهى للرحيباني (١/ ٣٥٨).

قصده مكروهاً، إذ قَصد الوسيلة –وهي العقد المشروع من حيث الأصل- وقصد الوصول بتلك الوسيلة إلى غرضه المكروه، فأصبح تعدد قصوده مكروهاً، فيكون العقد مكروهاً لذلك.

ومثال هذه الحالة: كمن يقصد عقد شراء أمر مباح من حيث الأصل، إلا أنه يبتغي به صنع شيء نص الفقهاء على كراهته.

كشراء خشب لصنع شطرنج، فهو عقد مكروه عند من قال بكراهة اللعب بالشطرنج[1].

ويمكنني التمثيل لحالة تعدد القصود المكروه كذلك بحالة ذكرها المالكيَّة، وهي:

لو أقرض شخصٌ آخرَ حنطةً، وقال له: "أقرضك هذه الحنطة على أن تعطيني مثلها". فإن قصد بالمثل عدم الزيادة فغير مكروه، وكذلك إن لم يقصد شيئاً، أمَّا إن قصد بذلك الشرط المكايسة[2]، فذلك مكروه والعقد صحيح؛ لعدم النفع للمقرض[3].

فانضمام قصد المكايسة إلى قصد الإقراض في عقد القرض مكروه، ما دام أنَّ الظاهر عدم اشتراط النَّفع للمقرِض.

---

(١) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٢٠)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٣٢٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢).

(٢) . المكايسة، هي المغالبة، كمن يستخدم عقله ليحمل العاقد الآخر على أن يزيد له في العوض المستحق في عقود المعاوضات، ومن هنا قالوا "البيع مبني على المكايسة". انظر: الموافقات للشاطبي (٣/ ٤٧٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٩)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٣).

(٣) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٥٤٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٤٠٨).

المبحث الثاني: حالات مشروعية تعدد القصود في العقود المالية:

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: حالة وجوب تعدد القصود في العقود المالية

المطلب الثاني: حالة استحباب تعدد القصود في العقود المالية

المطلب الثالث: حالة إباحة تعدد القصود في العقود المالية

المطلب الأول: حالة وجوب تعدد القصود في العقود المالية:

سبق بيان أنَّ لكل عقد قصداً مباشراً وآخر غير مباشر، وتبين أن القصد المباشر يجب توافره في العقد حتى يعتد به شرعاً، أما القصد غير المباشر فلا يجب توافره لصحة العقد، لكن إن ظهر فيجب أن يكون مشروعاً[1]، ولكن يستثنى من هذا المبدأ حالة في باب العقود، حيث يجب توافر القصد غير المباشر على صورة معينة نص عليها الشارع، إضافة إلى القصد المباشر، فكثيرٌ من العقود الجزئية يجب على المرء أن يقصدها على وجه معين حتى يُعتد بها من الناحية الشرعية، فإن لم تُقصد على ذلك الوجه فإنه يحرم قُربانها، ومن هنا يتبدى تعدد القصود الواجب حيث يجب على المرء قصد العقد بحد ذاته –يقصد القصد المباشر– (كعقد البيع، أو الإجارة...)، وأن يقصد كذلك استعمال المعقود عليه في الوجه الذي حدده الشارع، –وهو القصد غير المباشر المحدد شرعاً استثناءً– ولإيضاح ذلك أضرب الأمثلة الآتية:

أولاً: وجوب اجتماع قصد الاستعمال للصيد أو الحراسة مع قصد شراء الكلب:

١–حكم بيع الكلب:

لقد اختلف الفقهاء في حكم بيع الكلب، وتفصيل ذلك كالآتي:

المذهب الأول: الجواز مطلقاً: وهو مذهب الحنفية[2] حيث قالوا بجواز بيع الكلب مطلقاً، معلَّماً كان أو غير معلَّم، بل ذهبوا إلى جواز بيع الكلب ولو كان عقوراً، إلا رواية عن أبي يوسف[3] حيث ذهب إلى عدم جواز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم.

---

(١) . انظر ص ١١٠ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٨٧)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ١٥١)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٥٦)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٢٥).

(٣) . هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة، ولد عام ١١٣هـ، أول من نشر مذهب أبي حنيفة، كان فقيهاً علامة، من حفاظ الحديث، وهو أول من دعي (قاضي القضاة)، من كتبه (الخراج) و(الأمالي في الفقه) توفي سنة١٨٢هـ. انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن أبي الوفاء القرشي(٣/ ٦١١)؛ الأعلام للزركلي (٨/ ١٩٣).

المذهب الثاني: المنع مطلقاً: وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية في المشهور عندهم[1] والشافعـية[2]والحنابلة[3] حيث قالوا بعدم جواز بيع الكلب مطلقاً، ولو كان معلَّماً.

المذهب الثالث: التفصيل: حيث ذهب بعض المالكية[4] إلى التفريق بين الكلب الذي أذن الشارع باتخاذه للصيد أو الحراسة وبين غيره، فأجازوا بيع ما أُذن باتخاذه دون سواه.

٢-الأدلة والمناقشة:

أ-استدل الحنفيَّة لمذهبهم بأدلة منها:

- ما رواه الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ((أنه ﷺ رخَّص في ثمن كلب الصيد))[5].

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن الحديث يخص الإباحة بثمن كلب الصيد، وليس عاماً في ثمن أي كلب، وعبارة ((رخص)) تشير إلى أن هناك حكماً عاماً يقضي بالتحريم، ولكن يُستثنى منه ما ذكر في الحديث.

- إن الشارع قد أباح الانتفاع بالكلب في الصيد والحراسة فيجوز بيعه؛ لأنه مال متقوم ويمكن الانتفاع به فهو آله الاصطياد[6].

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن إباحة الانتفاع بكلب الصيد والحراسة لا تدل على جواز بيع الكلب مطلقاً، إذ في ذلك الاستدلال تعميم بغير دليل.

ثم إن الشارع الحكيم لم يعدَّ الكلب مالاً متقوماً إلا من ناحية كونه أداة اصطياد أو حراسة، وهذا لا يعني أن كل كلب مال متقوم.

---

(١) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٦٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٤/ ٤٥٥)؛ البيان والتحصيل لابن رشد (١٦/ ٩٣).

(٢) . انظر: الشرح الكبير للرافعي (٨/ ١١٢)؛ المجموع للنووي (٩/ ٢٢٨)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٣٥).

(٣) . انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ١٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٨٠)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٢٨٩).

(٤) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٦٧)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٠٣).

(٥) . ذكر فقهاء الحنفية هذا الحديث من رواية أبي حنيفة، ولكن لم أجده إلا عند الترمذي من رواية أبي هريرة ﷺ قال: ((نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد)). ثم قال عقبه: "هذا حديث لا يصح من هذا الوجه، وأبو المهزم اسمه يزيد بن سفيان، وتكلم فيه شعبة بن الحجاج وضعفه، وقد روي عن جابر عن النبي ﷺ نحو هذا، ولا يصح إسناده أيضا". أخرجه الترمذي في البيوع/ باب ثمن الكلب، برقم (١٢٨١).

(٦) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٨٧)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ١٥١).

ب- واستدل الجمهور لمذهبهم بأحاديث كثيرة وردت في الصحيحين تنهى عن ثمن الكلب، ومنها:

- عن أبي مسعود الأنصاري ﷺ أن رسول الله ﷺ ((نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن))[1].
- عن رافع بن خديج ﷺ عن رسول الله ﷺ قال: ((ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث وكسب الحجام خبيث))[2].

ويجاب عن الاستدلال بهذه الأحاديث بأنها أحاديثٌ عامة، والأحاديث التي استدل بها الحنفية أحاديث خاصة، فلا تعارض بينها؛ إذ يُعمل بالخاص في الحالات التي ورد فيها، ويبقى العمل بالعام سارياً فيما عدا ذلك.

٣-الراجح:

لما سبق بيانه أرى أن الراجح في هذه المسألة قول بعض المالكية الذين فصلوا بين بيع الكلب الذي أجاز الشارع اتخاذه وهو كلب الصيد والحراسة، وبين الكلب الذي لم يجز الشارع اتخاذه، وهو ما عدا كلب الصيد والحراسة.

وبناء عليه يجب عند بيع الكلب أن يتوافر قصد استعماله للصيد أو الحراسة مع قصد البيع والشراء، فلو قصد المشتري أن يبتاع كلباً ولم يقصد أن يجعله لحراسة أو صيد فهو آثم وفعله محرم، ويمكن الاستئناس لذلك إضافة لما سبق:

- بحديث رواه أبو هريرة ﷺ أنه قال: ((نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد))[3].
- وحديث عن ابن المغفل ﷺ قال: ((أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب، ثم قال: ما بالهم وبال الكلاب؟ ثم رخص في كلب الصيد وكلب الغنم، وقال إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات

---

(١) . أخرجه البخاري في البيوع/ باب ثمن الكلب، برقم (٢٢٣٧)؛ وأخرجه مسلم في المساقاة/ باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور برقم (١٥٦٧).

(٢) . أخرجه مسلم في المساقاة/ باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور برقم (١٥٦٨).

(٣) . سبق تخريجه ص ١٦٨ من هذه الأطروحة.

وعفروه الثامنة في التراب))[1]. وهذا وإن لم يَرِد في بيع الكلب بخصوصه، إلا أن فيه دليلاً واضحاً على جواز اتخاذ كلب الصيد وكلب الغنم (أي حراسة الغنم)، دون تحديد لسبب اتخاذه، فشمل جواز اتخاذه ببيع أو وضع يد....إلا أنه يجب عند قصد سبب التملك (كقصد البيع): أي يقصد المتملك أن يتخذ الكلب فيما أذن فيه شرعاً.

وهذا المعنى واضح عند الحنفية الذين أجازوا بيع الكلب مطلقاً من حيث الظاهر، إذ إنه عند التحقيق يتبين أنهم أرادوا بجواز بيع الكلب، الكلب الذي يقصد منه الاصطياد أو الحراسة، حتى أنهم عندما أجازوا بيع الكلب العقور إنما أرادوا الذي يقبل التعلم والاصطياد لا الكلب العقور الذي لا يُنتفع به البتة[2].

واستدلالاتهم لجواز بيع الكلب كلها محمولة على ما يقصد به الحراسة والصيد، وقد مر تفصيل ذلك في الأدلة.

ثانياً: وجوب اجتماع قصد مصلحة اليتيم مع قصد الاتجار بماله من قبل وصيه:

لقد أجمع الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] على أن للوصي أن يتجر بمال من تحت وصايته من اليتامى في وجوه الإنماء والاستثمار المختلفة، من بيع وإجارة ومضاربة وغيرها من وجوه المعاملات المشروعة.

ولقد استدل الفقهاء على جواز تصرف الوصي بمال اليتيم بما يحقق نماء ماله، بالأدلة الآتية:

---

(١) . أخرجه مسلم في الطهارة/ باب حكم ولوغ الكلب برقم (٢٨٠).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٨٧).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٥٣٤)؛ مجمع الضمانات للبغدادي، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، د.ط (١/ ٤٠١)؛ المبسوط للسرخسي (٢٢/ ١٨).

(٤) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٤٠٠)؛ حاشية الخرشي (٨/ ١٩٤)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٧/ ٣٨٨).

(٥) . انظر: الأم للإمام الشافعي (٤/ ١٣٠)؛ المجموع للنووي (١٣/ ٣٤٧).

(٦) . انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٢٠)؛ المبدع لابن مفلح (٤/ ٣٣٨).

– حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: ((أن النبي ﷺ خطب الناس، فقال: ألا من ولِي يتيماً له مالٌ فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة))[1].

– ما رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عندما ((كان يكون عنده مال اليتيم فيزكيه ويعطيه مضاربة ويستقرض فيه))[2].

إلا أنه يجب على الوصي أن يقصد باتجاره في أموال اليتامى الذين هم تحت وصايته تحقيق مصلحة أولئك اليتامى أنفسهم، لا تحقيق مصلحة شخصية أو ربح مادي له أو غير ذلك مما لا يدخل في مصلحة اليتيم.

وهذا المعنى واضح من عبارات الفقهاء:

يقول ابن نجيم: "وللوصي أن يأخذ مال الصغير مضاربة؛ لأنها تجارة وليس له أن يؤاجر نفسه من اليتيم؛ لأنَّ القيام بمصالح اليتيم واجب على الوصي"[3].

ويقول البغدادي[4]: "للموصى أن يودع مال اليتيم ويبضع ويتجر بمال اليتيم لليتيم ويدفع مضاربة وله أن يفعل كل ما كان فيه خير لليتيم"[5].

وفي مواهب الجليل: "وله [أي للوصي] أن يتجر بأموال اليتامى لهم ولا ضمان عليه"[6]. فقوله "لهم" أي لمصلحة اليتامى أنفسهم لا لمصلحة الوصي.

---

(١) . أخرجه الترمذي في الزكاة/ باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، برقم (٦٤١)؛ وأخرجه البيهقي في البيوع/ باب تجارة الوصي بمال اليتيم أو إقراضه، برقم (١١٣٠٠). وفي إسناد الحديث مقال، وله طرق لم تسلم من الضعف. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني (٢/ ٣٥٢).

(٢) . أخرجه البيهقي في أول كتاب القراض، برقم (١١٩٤٢)؛ وأخرجه الدارقطني في الزكاة/ باب استقراض الوصي من مال اليتيم. وقد أورده الزيلعي في نصب الراية في كتاب المضاربة كشاهد على مشروعية المضاربة، ولم يعلق على حكمه. انظر: نصب الراية للزيلعي (٤/ ١١٤).

(٣) . البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٥٣٤).

(٤) . هو أبو محمد، غانم بن محمد البغدادي، فقيه حنفي، من كتبه (ملجأ القضاة عند تعارض البينات) و(مجمع الضمانات)، توفي بعد بعد سنة ١٠٢٧ هـ. انظر: معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٨/ ٣٧)؛ الأعلام للزركلي (٥/ ١١٦).

(٥) . مجمع الضمانات للبغدادي (١/ ٤٠١).

(٦) . مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٤٠٠).

ويقول العدوي: "وللوصي أن يتجر في أموال اليتامى، أي يعطيها لمن يعمل فيها قراضاً **على أن يكون الربح للأيتام**"[1].

ويقول ابن قدامة: "يجوز لولي اليتيم إبضاع ماله: ومعناه دفعه إلى من يتجر به والربح كله لليتيم"[2].

ومفاد كل تلك النصوص أنه يجب على الوصي أن يَضم إلى قصد التجارة (البيع أو المضاربة...) قصداً آخر هو تحقيق مصلحة اليتيم الذي هو تحت وصايته، وذلك في كل عقد ومعاملة يقوم بها من مال اليتيم.

المطلب الثاني: حالة استحباب تعدد القصود في العقود المالية:

إنَّ العقود المالية المشروعة تدخل في باب المباح، والمباح ما خيّر بين فعله وتركه، والذي يتتبع كلام الفقهاء يجدهم ينصُّون على أن المباح بشكل عام ينقلب إلى مندوب إن قُصد به أمرٌ حسن مرغوب، فمن أكل ونوى التقوي على طاعة الله فإنه يثاب على قصده، ويندب له هذا الجمع بين قصد المباح وقصد التقوي على طاعة الله، وكذلك يستحبُّ له أن يقصد الطريقة التي كان رسول الله ﷺ يقصدها في أكله وشربه....فتغدو تلك العادات بذلك القصد من العبادات التي يثاب فاعلها[3].

ويتحقق تعدد القصود المندوب في العقود عندما يأتي العاقدان **بالقصد المباشر** المطلوب شرعاً ليعتد بالعقد (وقد سبق تفصيله) ويتوافر إلى جانب ذلك **قصد غير مباشرٍ** يشتمل على أمر حسن مندوب إليه شرعاً.

فلو عقد بيعاً وقصد به رفع حاجة المحتاج فإنَّه يثاب على قصده ذلك؛ لأنَّ المباح ينتقل بالنِّية إلى الندب[4].

---

(١) . حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٧/ ٣٧٠).

(٢) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٧).

(٣) . انظر: المدخل لابن الحاج (١/ ٢١)؛ إحياء علوم الدين للغزالي (٤/ ٣٧٢)؛ مدارج السالكين لابن القيم (٣/ ١٠٨).

(٤) . المدخل لابن الحاج (١/ ٢١)؛ مقاصد المكلفين (٤٩٣).

ويضرب ابن الحاج مثالاً على ذلك فيقول: "وينبغي له أن تكون نيته لجلوسه في دكانه التيسير على إخوانه المسلمين"[1].

ويقول ابن القيم عن المقربين: "قد انقلبت المباحات في حقهم طاعات وقربات بالنية، فليس في حقهم مباح متساوي الطرفين، بل كل أعمالهم راجحة، ومَن دونَهم يترك المباحات مشتَغِلاً عنها بالعبادات، وهؤلاء يأتونها طاعات وقربات"[2].

وقد سبق الغزالي إلى تقرير هذا المبدأ إذ يقول: "والمباحات كثيرة ولا يمكن إحصاء النيات فيها، فقس بهذا الواحد ما عداه، ولهذا قال بعض العارفين من السلف: **إني أستحب أن يكون لي في كل شيء نية، حتى في أكلي وشربي ونومي ودخولي إلى الخلاء، وكل ذلك مما يمكن أن يُقصد به التقرب إلى الله تعالى؛** لأن كل ما هو سبب لبقاء البدن وفراغ القلب من مهمات البدن فهو مُعِين على الدين، فمن كان قصدُه من الأكل التقوي على العبادة، ومن الوقاع تحصين دينه وتطييب قلب أهله والتوصل به إلى نسل صالح يَعبد الله تعالى بعده، فتكثر به أمة محمد ﷺ كان مطيعاً بأكله ونكاحه، وأغلب حظوظ النفس الأكل والوقاع وقصد الخير بهما غير ممتنع لمن غلب على قلبه همُّ الآخرة"[3].

ومن هنا يفهم من كلام العلماء أنَّ المباحات (بما فيها من عقود مشروعة كالبيع وغيره) تنقلب بالنية إلى عبادة يؤجر عليها صاحبها[4] ومن أمثلة ذلك:

- إبرام العقود المختلفة من بيع وإجارة...بقصد الإنفاق على العيال والأهل وطلباً للثواب أمرٌ مستحسنٌ مندوب، ودليل ذلك حديث النبي ﷺ حيث يقول: ((أفْضَلُ دينارٍ ينفقُه الرجلُ: دينارٌ ينفقه على عياله، ودينارٌ ينفقه الرَّجل على دابته في سبيل الله، ودينار ينفِقُه على أصحابه في سبيلِ الله))[5].

---

(١) . المدخل لابن الحاج (٤/ ٩٩).

(٢) . مدارج السالكين لابن القيم (٣/ ١٠٨).

(٣) . إحياء علوم الدين للغزالي (٤/ ٣٧٢).

(٤) . انظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/ ٣٩٣)؛ التبصرة للشيرازي (٢٤٣)؛ قواعد الإحكام للعز بن عبد السلام (١/ ١٨٠).

(٥) . أخرجه مسلم في الزكاة/ باب فضل النفقة على العيال والمملوك وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم. برقم (٩٤٤).

وحصول الثواب على تلك النفقة (وما يسبقها من عقود يجريها الشخص) مقيدٌ بما إذا نوى الشخص وجه الله تعالى[1].

- ويدخل في تعدد القصود المندوب في العقود ما نص عليه المالكية[2] من أن بيع الفضولي بلا مصلحة لمالكه حرام، ولكن إن باعه خوف تلفه أو ضياعه فغير حرام، بل قد **يصل للمندوب** -كما قالوا-.

- يغدو العقد سنة إذا قُصد منه أمرٌ مندوبٌ، كالإرفاق والإعانة على الطاعة، وسد حاجة المسلم....إلى غير ذلك من المقاصد الحسنة التي شُرعت العقود لتحقيقها، وهذا تطبيق لقاعدة: للوسائل حكم المقاصد[3].

يقول الشربيني: "وأما المندوب فكالبيع بالمحاباة وبيع الطعام زمن الغلاء ونحوه"[4].

ولا شكَّ أنَّ ما ذكره الشربيني من العقود كانت مندوبة لما فيها من المقاصد الحسنة التي حثَّ المشرِّع الحكيم المكلفين على التوجه إليها من غير إلزام.

المطلب الثالث: حالة إباحة تعدد القصود في العقود المالية:

تتبدى حالة تعدد القصود المباح في عقد ما عندما يتوافر القصد المباشر لذلك العقد، وينضم إليه قصد آخر يشتمل على تحقيق أمرٍ مباح شرعاً.

إذ إنَّ العقود شُرعت في الأصل لمراعاة مصلحة العباد، ولا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه عند الكلام عن العقود المختلفة من الإشارة إلى أنَّ ذلك العقد وتلك المعاملة إنَّما أبيحت لحاجة النـــاس أو

---

(١) . انظر: مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح لأبي الحسن عبيد الله بن محمد عبد السلام المباركفوري (ت: ١٤١٤هـ)، إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء- الهند، ط٣، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م (٦/ ٣٦٨).

(٢) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ١٨).

(٣) . انظر القاعدة: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ٤٢١)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٢١٧).

(٤) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٩)؛ وانظر: تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للمباركفوري (٤/ ٥٥٠)؛ فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٤/ ٣٠٦)؛ المنتقى شرح موطأ مالك لسليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي(ت٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة-مصر، ط١، ١٣٣٢هـ(٣/ ٤٦٩)؛ فيض القدير للمناوي (٤/ ٢٦).

لمصلحتهم[1].

وهكذا تتعدد القصود في التعامل الواحد (من بيع أو إجارة أو مساقاة...) بتعدُّد المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها العاقد بإجرائه العقد، إذ المصلحة سواء كانت ضرورة أو حاجة أو أمراً تحسينياً ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالقصد[2]، فلولا وجود المصلحة واتجاه القصد إلى تحقيقها بكافة وجوهها لما أقدم المرء على المعاملة التي يريدها.

فمثلاً تتعدَّد القصود عند من يعقد عقداً يبتاع من خلاله بيتاً يسكنه فيقيه من الحر والبرد، فالقصد الأول هو القصد المباشر من هذا العقد (وهو قصد الصيغة وقصد الغرض أو الأثر النوعي للبيع أي قصد التملك والتمليك بمقابل) والقصد الثاني هو القصد غير المباشر: وهو القصد الذي يأتي وراء القصد الأول، وهو هنا قصد السكن وهو قصد مشروع.

فلا حرج على المتعاقدين أن يقصدا بعقدهما ما يُقصد بالعقد عادة من وجوه المنافع والمصالح المباحة شرعاً، ما دام أن الضوابط الشرعية التي تستنبط من كلام الفقهاء متوافرة في تعاملهما، ومن تلك الضوابط، اجتناب الغرر والبعد عن الربا[3].

وأضرب مثالاً لتعدد القصود المباح هنا وهو الذي دلَّ عليه الحديث الشريف، ونصُّه: ((أنَّ النبيّ ﷺ، استعملَ رجلاً على خيبر، فجاءه بتمرٍ جَنِيبٍ، فقال رسول الله ﷺ: ((أكلُّ تمرِ خيبرَ هكذا؟))، قال: ((لا والله يا رسولَ الله! إنا لَنأخذُ الصاعَ من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة))، فقال رسول

---

(١) . والحاجة تدخل تحت المصلحة، فالمصلحة أوسع من الحاجة، إذ تضم المصلحة أيضاً الضروري والتحسيني بالإضافة إلى الحاجي. انظر: المستصفى للغزالي (٢/ ٤٨٢)؛ البحر المحيط للزركشي (٤/ ١٨٨)؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٢١٠).

(٢) . ولذلك تسمى المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية بالمقاصد؛ لأنها محل القصد. انظر: الموافقات للشاطبي (١/ ٧٧).

(٣) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د.محمد رواس قلعه جي، دار النفائس- الأردن، ط٣، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م (١٣ وما بعدها)؛ وسيأتي بيان تلك الضوابط بتطبيقاتها عند الكلام عن ضوابط تعدد القصود في العقد في الباب الثاني قريباً.

الله ﷺ: ((لا تفعل، بِـعِ الجمعَ بالدراهم ثم ابتعْ بالدراهم جَنِيباً))[1]. ففي هذا الحديث دليل على أنَّه إن كان القصد من العقد هو التوصُّل إلى غير محرَّم، فإنَّه لا يوجب إثماً ولا تحريماً[2].

ولذا اتفق الفقهاء على أنه إذا كان مع رجل دراهم صحاح، يريد أن يشتري بها مكسرة من جنسها، أكثر وزنًا منها فلا يجوز له ذلك، ولكن إن باع الصحاح بذهب، ثم قبضه، ثمَّ اشترى بالذهب مكسرة أكثر وزنًا من الصحاح فإن ذلك جائز[3].

فقد دلّ النبي ﷺ في ذلك الحديث الرجلَ على طريق للنجاة من الربا بإنفاذ عقدي بيع، لكن ليس في إجراء مجملهما -ولو مع ذات العاقد- تجاوز لمقصد من مقاصد الشارع في الأحكام؛ إذ ما من نفع زائد يجره بائع التمر الجنيب على نفسه بإجراء عقدي البيع والشراء معه.

فـ"القصد هنا بالذات تحصيل أحد النوعين دون الزيادة...فعُلِم أنَّ كل ما قصد التوصل إليه من حيث ذاته، لا من حيث كونه حراماً جاز بلا كراهة وإلَّا كره إلا أن تحرم طريقه فيحرم"[4].

والخلاصة التي توصلت إليها من خلال هذا الفصل أن الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية قد يكون النهي على سبيل التحريم -أو الكراهة التحريمية وفقاً لمذهب الحنفية- إن لزم منه مناقضة لقصد الشارع، وهذا يتحقق في صورٍ سبق بيانها، منها يتصل بتعدد القصود المباشرة في العقد المالي، ومنها يتصل بانضمام قصد غير مباشر مع القصد المباشر للعقد، مع بعض التفصيلات والاختلافات التي اتضحت من خلال عرض أقوال الفقهاء.

وقد يكون تعدد القصود مكروهاً وأشهر حالة لذلك أن يُتخذ العقد وسيلة لأمر مكروه، فهنا ينضمَّ إلى القصد المباشر للعقد المالي قصداً غير مباشر مكروه.

---

(١) . أخرجه البخاري في البيوع/ باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، برقم (٢٢٠١). والتمر الجنيب هو الطيب، وقيل الصلب، وقيل الذي أخرج منه رديئه، وقيل الذي لم يختلط بغيره. انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٤/ ٤٠٠).

(٢) . وهذا أمر بدهي. انظر: التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشرعية، د. عبد العظيم أبو زيد (٨).

(٣) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٩٢)؛ التمهيد لابن عبد البر (٥/ ١٣٢)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٨٢)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٩٠)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٩٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٦٨).

(٤) . حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٤/ ٢٩٠).

وقد يكون تعدد القصود مشروعاً (واجباً أو مندوباً أو مباحاً) فأمثلة تعدد القصود الواجب في العقود مشتهرة في العقود التي أوجب الشارع على العاقد أن يقصدها على وجه معين، فيكون هناك قصدان يجب توافرهما حتى يعتدَّ بالعقد شرعاً، القصد الأول هو القصد المباشر المطلوب توافره في كل عقد مالي –على اختلاف أنواعه– وقصد آخر هو القصد الذي أوجب الشارع انضمامه إلى القصد الأول ليعتدَّ بالعقد ويصبح منتجاً لآثاره.

أما تعدد القصود المندوب فأشهر حالاته أن يجتمع مع القصد المباشر للعقد قصد غير مباشر يتمثل في فعل قربة أو سنة أو أمر حسن مرغَّب فيه.

وقد سبق بيان كل حالة من تلك الحالات بأمثلتها، ولكن بعد معرفة حكم تعدد القصود في العقود المالية من الناحية التكليفية، لا بد من التساؤل عن حكم ذلك العقد الذي تعددت فيه قصود صاحبه من حيث الصحة وعدمها. وبيان ذلك في الفصل الآتي.

الفصل الرابع: حكم العقد المالي الذي تعددت فيه القصود من حيث الصحة وعدمها

تبيّن في الفصل السابق الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود الماليَّة (أي من حيث المشروعيَّة وعدمها)، وفي هذا الفصل بيانٌ لحكم صحة العقد المالي الذي تعددت فيه قصود العاقد، وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: بيان حقيقة الصحة والبطلان والفساد في العقود

المبحث الثاني: حكم صحة العقد المالي الذي تعدَّدت فيه القصود المباشرة

المبحث الثالث: بطلان العقد المالي بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع

المبحث الرابع: حكم صحة العقد المالي المقترن بالشرط

المبحث الأول: بيان حقيقة الصحة والبطلان والفساد[1] في العقود

وفيه المطلبان الآتيان:

المطلب الأول: معنى الصحة والبطلان والفساد لغة

المطلب الثاني: معنى الصحة والبطلان والفساد في العقود اصطلاحاً

(١) . لقد جمعت في هذا المبحث بين هذه المصطلحات الثلاثة لأنها معان متقابلة، يؤدي فصلها عن بعضها إلى التطويل والتكرار؛ فالصحيح يقابله الباطل والفاسد، وهذان الأخيران بمعنى واحد عند الجمهور ما عدا الحنفية. وسيتضح هذا الأمر من خلال المبحث الحالي.

المطلب الأول: معنى الصحة والبطلان والفساد لغة:

أولاً: الصِّحَة لغة: بكسر الصاد، مصدر بمعنى البراءة من كل عيب، وهي خلاف السَّقم، وبمعنى ذهاب المرض، والصَّحِيحُ من الشِّعْرِ : ما سَلِمَ من النَّقْص[1].

وقد صَحَّ يَصِحّ صِحَّةً فهو صَحِيحٌ وصَحَاحٌ -بالفتح-[2].

ثانياً: البَاطِل لغة: فهو نقيض الحَقِّ، وهو ما لا ثَباتَ له عند الفحص عنه، يقال: بَطَلَ الشيءُ بُطْلاً وبُطُولاً وبُطْلاناً بضمِّ الباء: ذَهَب ضَياعاً وخُسْراً، ومنه قولُه تعالَى: ﴿فَوَقَعَ ٱلْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿١١٨﴾﴾ [الأعراف:١١٨]، والباطل جمعه بواطِل[3].

ثالثاً: الفاسِد لغةً: من الفساد والفساد نقيض الصلاح فَسَد يفسُد ويفسَد وفَسَدَ فَساداً وفُسُوداً فهو فاسد، والمفسدة خلاف المصلحة، وفَسَد الشيء بمعنى بطل، وبمعنى تغيَّر[4].

وهكذا يتبين ارتباط هذه المعاني ببعضها في اللغة، فالصحيح ما سلم من العيب والعلَّة، والباطل والفاسد ما تطرق إليهما الخلل وهما متقاربان في المعنى لغة.

المطلب الثاني: معنى الصحة والبطلان والفساد في العقود اصطلاحاً:

أولاً: تعريف الصحة في العقود: من خلال استقراء كلام الفقهاء والأصوليين يتبين أن الصحة في العقود: هي ترتب آثارها[5] عليها شرعاً[6].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (صحح)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (صحح)؛ القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة (صحح).

(٢) . تاج العروس للزبيدي مادة (صحح).

(٣) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (بطل)؛ المصباح المنير للرازي مادة (بطل)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (بطل).

(٤) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (فسد)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (فسد).

(٥) . آثار العقد قسمان، آثار خاصة، وآثار عامة، أما الآثار الخاصة فهي ثمرة العقد التي يقصد إليها عادة، فالأثر الخاص لعقد البيع: تملك المشتري للمبيع، والبائع للثمن، وفي الإجارة تملك المنفعة لمدة محددة وهكذا، أمَّا الآثار العامة فأهمُّها اللزوم والإلزام، وهي مشتركة بين أغلب العقود. وتفصيل أثر تعدد القصود في تلك الآثار هو موضوع الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الأطروحة.

(٦) . شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٨٦)؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لعبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٤، ١٤٠٠هـ، ت: د.محمد حسن هيتو (٥٩)؛ روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي (٥٨).

وللحنفية تعريف آخر للعقد الصحيح وهو: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه معاً[1].

ومرادهم بشرعية أصل العقد: توافر شروط الانعقاد كالأهلية والمحل من وجهة نظر الشارع، وأما مرادهم بشرعية وصف العقد: فهي توافر شرائط الصحة كخلو العقد من الربا[2].

ويقول ابن عابدين: "الصحة ترتب المقصود من الفعل عليه، ففي المعاملات الحل والمِلك؛ لأنهما المقصودات منها"[3].

ومثله تعريف ابن النجار[4] **للصحيح** بأنَّه: "ترتب أثر مطلوب من فعل عليه -أي على ذلك الفعل"[5].

ثانياً: تعريف البطلان والفساد في العقود:

اختلف الفقهاء في تحديد معنى البطلان والفساد في العقود[6]، إلى مذهبين:

فذهب الحنفية إلى التفريق بين الباطل والفاسد في العقود فنصوا على أن الباطل في العقود: ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، كبيع الميتة والدم، وحكمه: عدم إفادة الملك حصل قبض المحل أو لا، أما الفاسد: فهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، كعقد بيع ضمَّ ربا فإنه مشروع من حيث إنه بيع، وممنوع من حيث إنه عقد فيه ربا، ولا يحصل حكمه (إفادة الملك) إلا بالقبض الصحيح[7].

---

(١) . انظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للتفتازاني (٢/ ٢٥٧).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٩٩ و٥/ ٣٠٥).

(٣) . حاشية ابن عابدين (١/ ٩٣).

(٤) . هو تقي الدّين مُحَمَّد بن أَحْمد بن عبد الْعَزِيز بن على بن القاهري الحنبلي الشهير بِابْن النجار، أحد أجلاء فقهاء الْحَنَابِلَة بِمصْر، كَانَ قَاضِياً ذَا وجاهة ومهابة عِند عَامَّة الناس وخاصتهم، له في الفقه مهارة كُلية، من مؤلفاته (منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات في الفقه الحنبلي) توفي سنة ٩٧٢هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ٦).

(٥) . انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٨٦).

(٦) . في حين اتفقوا على أنَّ هذين المصطلحين بمعنى واحد في العبادات من حيث المبدأ، بيَّن ذلك ابن نجيم إذ قال: "الفساد والبطلان في العبادات بمعنى واحد"، ومعناهما في العبادة: عدم الصحة، أي: عدم اعتبار الشارع الشيء في حق حكمه. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٢/ ٢٩١)؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي(٥٩)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ٢٥٧)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٧٣)؛ روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي (٥٨).

(٧) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٧)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٧٥)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٦)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٤)؛ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للتفتازاني (٢/ ٢٥٧).

وعدم مشروعية الوصف الذي يلزم منه الفساد إنما هو الوصف الذي لا يقبل الانفكاك عن الأصل، أمَّا إن قبل الانفكاك عن الأصل والاستقلال بذات أخرى فلا يكون موجِباً للفساد[1].

ويعبِّرون بشكل آخر بأنَّ الباطل: ما فاته شرط من شرائط الانعقاد، كالأهليَّة والمحل، أما الفاسد: فهو ما فاته شرط من شرائط الصحة كالخلو من الربا[2].

أما **الجمهور** فيجعلون كلاً من الباطل والفاسد اسمين لمسمى واحد، فهما مترادفان من حيث المبدأ في أغلب أبواب الفقه بما فيها العقود، ويقابل الباطل (أو الفاسد) الصحيح.

فالباطل أو الفاسد: عدم اعتبار الشارع الشيء في حق حكمه، وهو ما لم يثمر الآثار التي يقصد لها عادة، ويقابله الصحيح[3].

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن الجمهور وإن جعلوا الفساد والبطلان مترادفين في أغلب أبواب الفقه بما في ذلك العقود المالية، إلا أنهم ميزوا بينهما في بعض الأبواب الفقهية القليلة[4].

يقول ابن النجار: "وفرَّق أصحابنا وأصحاب الشافعي بين الباطل والفاسد في الفقه في مسائل كثيرة، قال في شرح التحرير: قلت: غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كانت مختَلفاً فيها بين

---

(١) . انظر: تيسير التحرير لأمير باد شاه (١/ ٤٧٢).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٩٩ و٥/ ٣٠٥)؛ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للتفتازاني (٢/ ٢٥٧).

(٣) . انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٧٣)؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للأسنوي (٥٩)؛ البحر المحيط للزركشي (١/ ٢٥٧)؛ روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي (٥٨).

(٤) . انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٧٤)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٨٦). يقول الزركشي: " واعلم أن أصحابنا أصحابنا فرقوا بين الفاسد والباطل في مواضع: أولها، وثانيها : الخلع والكتابة، فالباطل منهما ما كان على غير عوض مقصود كالميتة، أو رجع إلى خلل في العاقد كالصغر والسفه، والفاسد خلافه، وحكم الباطل أن لا يترتب عليه مال، والفاسد يترتب عليه العتق والطلاق، ويرجع الزوج بالمهر والسيد بالقيمة. وثالثها: الحج يبطل بالردة ويفسد بالجماع. وحكم الباطل أنه لا يجب قضاؤه ولا يمضي بخلاف الفاسد. هذا حكم ما يطرأ، وأما الفاسد ابتداء، فيتصور فيما إذا أحرم بالعمرة ثم جامع، ثم أدخل عليها الحج، فالأصح أنه ينعقد فاسداً، وقيل: صحيحاً، وقيل: لا ينعقد... وأما إذا أحرم مجامعاً فينعقد فاسداً أيضا على الأصح....ورابعها: العارية وقد صورها الغزالي في الوسيط فإنه حكى في صحة إعارة الدراهم والدنانير خلافاً، ثم قال فإن أبطلناها ففي طريق أهل العراق أنها مضمونة، لأنها إعارة فاسدة، وفي طريق المراوزة أنها غير مضمونة لأنها غير قابلة للإعارة فهي باطلة....ومن صورة الإجارة الفاسدة وتجب فيها أجرة المثل. أما إذا استأجر مثلا صبي رجلا بالغا فعمل عملا لم يستحق شيئا، لأنه الذي فوت على نفسه عمله وتكون باطلة...". البحر المحيط للزركشي (١/ ٢٥٨).

العلماء، والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كانت مجمعاً عليها، أو الخلاف فيها شاذ، ثم وجدت بعض أصحابنا قال: الفاسد من النكاح ما يسوغ فيه الاجتهاد، والباطل ما كان مجمعاً على بطلانه"[1].

وبعد ذلك البيان لمعنى الصحة والبطلان والفساد في العقود لا بد من طرح التساؤل الآتي: ما حكم العقد المالي من حيث الصحة إذا تعددت فيه القصود؟ وبعبارة أخرى: هل يمكن لتعدد القصود أن ينقل العقد المالي من دائرة الصحة إلى دائرة البطلان أو الفساد؟ للإجابة على هذا التساؤل أسرد المطالب الآتية.

(١) . شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٤٧٣)

المبحث الثاني: حكم صحة العقد المالي الذي تعدَّدت فيه القصود المباشرة

وقد بحثت في هذا المبحث صورتين تندرج تحتهما جزئيات متعددة، وتتصل بتعدد القصود المباشرة في العقود الماليَّة، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين سلف وبيع

المطلب الثاني: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين بيعتين في بيعة

سبق بيان أنَّ تعدد القصود المباشرة في العقد يتصل بمسألة اجتماع عقدين في عقد واحد، وتبيّن أنَّ هناك حالات متعددة لحرمة اجتماع قصود مباشرة لعدة عقود في عقد واحد[1]، وفي هذا المبحث بيانٌ لحكم العقد الذي تعدَّدت فيه تلك القصود من حيث الصحة وعدمها.

ولاشكَّ أن الحالات التي يجوز فيها اجتماع عقدين في عقد واحد عند الفقهاء يكون العقد فيها صحيحاً.

أمَّا الحالات التي لا يجوز فيها اجتماع قصود مباشرة لعقود مختلفة في عقد واحد فحكمها من حيث الصحة كالآتي:

المطلب الأول: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين سلف وبيع:

تقدَّم اتفاق الفقهاء على حرمة الجمع بين السلف (القرض) والبيع بأن يشترط البيع في عقد القرض، أو يشترط القرض في عقد البيع[2]، والسُّؤال: ما حكم صحة العقد في هذه الحالة؟

أولاً: حالة اشتراط البيع في عقد القرض: كأن يقول: أقرضك مبلغاً قدره كذا على أن تبيعني دارك.

وتعدد القصود هنا يبدو: في انضمام القصد المباشر للبيع إلى القصد المباشر للقرض باشتراط البيع في القرض.

فذهب الحنفيَّة[3] والشافعية في قول[4] والحنابلة في الراجح[5]، إلى صحة عقد القرض وبطلان اشتراط البيع.

يقول ابن نجيم: "(وما لا يبطل بالشرط الفاسد **القرضُ**)...لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وأنَّه يختص بالمبادلة المالية، وهذه العقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة"[6].

---

(١) . انظر ص ١٥١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر ص ١٥١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٠٣)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٣٣)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٧٤).

(٤) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٢٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١١٩).

(٥) . انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٠٢)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٣١).

(٦) . البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٠٣).

وذهب المالكية[1] والشافعية في الصحيح[2] ورواية مرجوحة عند الحنابلة[3] إلى بطلان القرض والشرط معاً؛ لأن القرض يبطل بالشروط الفاسدة عندهم.

يقول ابن حجر: **"(ولا يجوز) قرضُ نقدٍ أو غيرِه** إن اقترن (بشرط ردٍّ صحيحٍ عن مكسر أو) ردٍّ (زيادة) على القدر المقرَض أو رد جيد عن رديء **أو غير ذلك من كل شرط جرَّ منفعة للمقرِض** [ومن ذلك اشتراط البيع في القرض] كردِّه ببلد آخر أو رهنه بدين آخر، **فإن فعل فسد العقد"**[4].

والذي يبدو أنَّ الفقهاء القائلين بصحة العقد وبطلان الشرط بمفرده رأوا في هذا القول اتفاقاً مع مقاصد الشريعة في الحفاظ على استقرار المعاملات الماليَّة، ولا سيما إن عُلم أنَّ القرض من عقود التبرع ابتداءً، ومن عقود الإرفاق والإحسان، وهذا يرجح عدم تأثره بالشروط الفاسدة –عندهم–؛ لأنَّ مبناه على المسامحة من حيث الأصل لا المساومة.

ولكنِّي أرى أنَّ في تصحيح العقد وإبطال الشرط وحده في هذه الحالة فتحاً لباب التنازع، وهو ما قصد الشارع إلى سده؛ ذلك أن القرض معاوضة انتهاءً، وليس تبرعاً خالصاً، وهو ما يرجح مذهب القائلين ببطلان العقد والشرط معاً.

ثانياً: حالة اشتراط القرض في عقد البيع: كأن يقول أبيعك دكاني على أن تقرضني مبلغاً قدره كذا.

وتعدد القصود هنا يبدو: في انضمام القصد المباشر للقرض إلى القصد المباشر للبيع باشتراط القرض في البيع.

ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء[5] على بطلان عقد البيع بالإضافة إلى بطلان اشتراط القرض.

---

(١) . انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (٣٨٦)؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٦٣).

(٢) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٣٠)؛ أسنى المطالب للأنصاري (٢/ ٣١).

(٣) . انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٠٢)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٣١).

(٤) . تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٤٧).

(٥) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٢/ ١١١)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٥)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦٢)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٢/ ٧٢٥)؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٦٣)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٤٠)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٥٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤).

يقول ابن حجر الهيتمي: " لو باع داره لشخص بشرط أن يقرضه كذا وهو [شرط] مبطِل"[1].

ويقول ابن قدامة: "ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه **فهو محرَّم، والبيع باطل ...ولا أعلم فيه خلافاً**"[2].

المطلب الثاني: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين بيعتين في بيعة –على اختلافهم في تفسير الحديث–:

تقدَّم عرض آراء الفقهاء في معنى حديث النهي عن بيعتين في بيعة، وتبيَّن أنَّ بعضهم قد ذهب إلى أنَّ معنى الحديث اشتراط عقد في عقد، كأن يقول بعتك داري بكذا على أن تبيعني دارك بكذا، أو على أن تؤجرني دكانك بكذا...وهذا التفسير يظهر فيه تعدد القصود إذِ اجتمع قصدان مباشران لعقدين في عقد واحد، وتبيَّن كذلك أنَّ الراجح حرمة الجمع بين العقود إن لزم من ذلك الجمع محظور شرعي (كالغرر والربا..) أو لم يمكن الجمع بين العقدين حقيقة بأن يكونا متناقضين ويردا على محلٍّ واحد، فالحرمة لا تتحقق بمجرد الجمع بين عقدين في عقد واحد، بل يحرم من ذلك ما يحصل منه أمرٌ نهى عنه الشارع[3].

والسؤال: ما حكم صحة العقد الذي اجتمعت فيه قصود مباشرة لعقود متعددة في الحالات التي تتحقق فيها الحرمة، هل يبطل العقد بشكل كليٍّ؟ أم يبطل اشتراط العقد الثاني دون العقد الأساسي؟

تبيّن أنَّ مذهب الحنفية في الرواية الراجحة[4] وهو القول الآخر عند الشافعية[5] والرواية الراجحة لدى الحنابلة[6] إلى أنَّ معنى الحديث هو اشتراط عقد في عقد، كأن يقول بعتك داري بكذا على أن تبيعني تبيعني دارك بكذا، أو على أن تؤجرني دكانك بكذا.

وتبيّن أيضاً أنَّ المالكيّة نصُّوا على عدم جواز الجمع بين البيع وبين عقود معينة ورد ذكرها سابقاً.

---

(١) . تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٥٢).

(٢) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤).

(٣) . انظر ص ١٥٣ من هذه الأطروحة.

(٤) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٦).

(٥) . انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٣٦)؛ البيان للعمراني (٥/ ١١٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١).

(٦) . انظر: المغني لابن قدامة(٤/ ٣١٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٥٠)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٩).

أمّا عن حكم العقد من حيث الصحة عند هؤلاء الفقهاء في تلك الحالات:

فقد نصَّ الحنفيّة[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة في المعتمد[4] على أنَّ الشرط فاسد ومفسد للعقد الذي اشتُرط فيه.

يقول السرخسي: "وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن **فالبيع في جميع ذلك فاسد**"[5].

ويقول ابن عابدين: "(كشرط إجارة في البيع) أي كما لو باع البناء واشترط عليه إجارة الأرض، وهو مفسد للعقد؛ لأنَّ فيه منفعة لأحد المتعاقدين"[6].

ويقول الخرشي: "وحرم جمع بيعٍ وصرفٍ في عقد، ويفسد العقد على المشهور"[7].

ويقول ابن قدامة في تفسير ((بيعتين في بيعة)): "وهكذا كلُّ ما كان في معنى هذا مثل أن يقول: بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا، أو على أن تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا أو على أن تزوِّجني ابنتك أو على أو على أن أزوِّجك ابنتي، ونحو هذا، فهذا كله لا يصح...[لأنَّ] النهي يقتضي الفساد"[8].

وذهب الحنابلة في رواية مرجوحة إلى صحة العقد وبطلان الشرط، أي يبطل اشتراط العقد الثاني ويبقى العقد الأول المشترَط فيه صحيحاً، فلو اشترط في البيع صرفاً بطل اشتراط الصرف وصحَّ البيع على هذه الرواية.

---

(١) . المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٣).

(٢) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٤٠).

(٣) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٥٠).

(٤) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٣)؛ مطالب أولي النهي للرحيباني (٣/ ٣٧).

(٥) . المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦).

(٦) . حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٩٤).

(٧) . حاشية الخرشي (٥/ ٤٠).

(٨) . المغني لابن قدامة(٤/ ٣١٣).

يقول المرداوي في الشروط الفاسدة: " أن يشترط أحدُهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يُبطل البيع، وهو الصحيح من المذهب...ويحتمل أن يبطل الشرط وحده وهي رواية عن الإمام أحمد[1]"[2].

والخلاصة: إنَّ اجتماع عقدين في عقد واحد يتصل بتعدد القصود المباشرة في العقود، فاشتراط الإجارة في البيع مثلاً يعني أن هناك قصدين مباشرين لعقدين مختلفين في عقد واحد، القصد الأول تملك العين وتمليكها بمقابل، وهو القصد المباشر لعقد البيع، والقصد الثاني هو تملك المنفعة وتمليكها بمقابل، وهو القصد المباشر لعقد الإجارة، وقد تبيّن أن الجمهور يجعلون تعدد القصود –في الحالات التي ذهبوا إلى منعها– مؤثراً في صحة العقد، فيبطلُه أو يفسده عند الجمهور–والبطلان والفساد بمعنى واحد عندهم– ويفسده عند الحنفيَّة.

(١) . هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، ولد عام ١٦٤هـ، إمام المحدثين في عصره، مؤسس المذهب الحنبلي، من أكبر تلاميذ الإمام الشافعي، عرف بصبره وقوة عزيمته وحجته وورعه وزهده، من أعز الله به السنة في زمانه، له (المسند) في أحاديث النبي ﷺ، توفي سنة ٢٤١هـ. انظر: طبقات الحنابلة لأبي الحسين ابن أبي يعلى، دار المعرفة – بيروت، د.ط، ت: محمد حامد الفقي (١/ ٣وما بعدها)؛ شذرات الذهب لابن العماد (٢/ ٩٥).

(٢) . الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٩).

المبحث الثالث: بطلان العقد المالي بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع

وفيه المطلبان الآتيان:

المطلب الأول: حالة ظهور القصد المحظور من خلال الصيغة أو المحل

المطلب الثاني: حالة علم العاقد الآخر بالقصد المحظور من خلال القرائن

تبيَّن في المبحث السابق حكم صحة العقد الذي اجتمعت فيه القصود المباشِرة، وفي هذه المبحث بيانٌ لحكم صحة العقد الذي انضمَّ إلى القصد المباشر فيه قصد غير مباشرٍ مناقض لقصد الشارع.

المطلب الأول: حالة ظهور القصد المحظور من خلال الصيغة أو المحل:

إن تعدد القصود في العقد يُبطِل العقد إذا لزم من هذا التعدد مناقضة لقصد الشارع، وذلك في الحالات الآتية:

أولاً: يبطل العقد إن صرَّح العاقد بقصده المناقض لقصد الشارع في صيغة العقد:

ومثاله لو ابتاع عنباً وصرَّح في العقد أنه يريد أن يصنعه خمراً، فالعقد باطل باتفاق الفقهاء كذلك[1].

وقد مر تفصيل ذلك عند الكلام عن القصد المناقض لقصد الشارع في مبحث أنواع القصود في العقود المالية من حيث مشروعيتها[2].

ثانياً: يبطل العقد إذا تجلَّى القصد المناقض لقصد الشارع في المحل:

كمن يستأجر قينة أو نائحة على ميت، وكمن يشتري أو يبيع خمراً؛ إذ مناقضة الشارع واضحة من خلال محل العقد، ولو لم يصرح بذلك في صلبه، فالعقد غير صحيح بالاتفاق[3].

ويبدو تعدُّد القصود هنا من خلال انضمام قصد غير مباشر دلَّ عليه المحل إلى القصد المباشر للعقد، ففي شراء الخمر قصدان: قصد التملك وهو القصد المباشر لعقد البيع، وقصد المعصية (شرب الخمر أو الاتجار به..) وهو قصدٌ مناقض لقصد الشارع.

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣/ ٢٩٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٣/ ٣٠٤)؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدين الرملي (٣/ ٤٦٣)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٦).

(٢) . انظر ص ١١٢ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٢١٤)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٣٤٣)؛ حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٢٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٢/ ١٧٩)؛ البيان في مذهب الشافعي للعمراني (٧/ ٢٨٨)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ١٤٣).

وعدم الصحة هنا: البطلان أو الفساد عند الجمهور، فهما بمعنى واحد عندهم كما سبق بيانه، وبالتالي لا ينتج العقد أياً من آثاره التي ينتجها العقد الصحيح شرعاً، فلا يثبت به ملك ولا يحل الانتفاع بالمحل.

أما تكييف العقد عند الحنفيَّة في حالة كون المحل محرَّماً، فمن خلال البحث والاستقراء، توصلت إلى أن هناك حالتين:

الحالة الأولى: إن كان المحلُّ غير مال أصلاً: كالعقد على الدم أو الميتة فالعقد باطل؛ لأنَّ ما لم يكن مالاً يعدُّ بحكم المعدوم، فلا يقوم به العقد.

جاء في الهداية وشروحها: "بيع الميتة والدم والحر باطل؛ لأنَّها ليست أموالاً، فلا تكون محلاً للبيع"[1].

الحالة الثانية: إن كان المحلُّ مالاً ولكنَّه غير متقوم: -كالخمر والخنزير؛ إذ يُعدَّان مالاً عند أهل الذمة، ولكنَّ الشرع أهدر قيمتها؛ حيث أمر بإهانتها وترك إعزازهما[2]- **فإنه يفرق بين كون الخمر أو الخنزير مبيعاً وبين كونها ثمناً.**

فإن كانا -أي الخمر أو الخنزير- **مبيعاً** فالبيع باطل؛ وإن كانا **ثمناً** فالبيع فاسد.

وتفصيل ذلك أن الحنفية يعدون المبيع -أو ما يسمى بالمُثَمَّن- هو المقصود الأصلي في العقد، إذ الانتفاع إنما يكون بالمبيع، أمَّا الأثمان فما هي إلا وسيلة للمبادلة، ولذا يُعدُّ التقوُّم في الثمن شرط صحة، أما التقوم في المبيع فهو شرط انعقاد[3].

وبناء عليه:

---

(١) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٠٥)؛ البناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٤١).

(٢) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٥)؛ البناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ١٤١)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٧٨).

(٣) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٠٦)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٧).

- إن كان الثمن خمراً أو خنزيراً فالبيع فاسد لا باطل، لوجود حقيقة البيع، وهي مبادلة مال بمال، إلا أنَّ المال غير المتقوم لا يُملك شرعاً، ولذا تفسد تسمية الثمن هنا -أي الخمر أو الخنزير- وتجب قيمة المبيع الذي قوبل بهما[1].

ويُعدُّ الخمر والخنزير ثمناً إذا قوبل بعينٍ كمن اشترى ثوباً بخمرٍ، علّل الحنفية ذلك بقولهم: "لأن مشتري الثوب يجعله مبيعاً، إنَّما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر، وفيه إعزاز للثوب دون الخمر، فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها، وليس في ذلك إعزازها ولا خلاف ما أُمر به فلا يكون باطلاً، وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر"[2].

وكذلك الحكم **إذا قوبلت العين بالخمر** كمن اشترى الخمر بالثوب، وعلة كون العقد فاسداً في هذه الحالة أيضاً ما بينه البابرتي بقوله: "وكذا إذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسداً، وإن وقع الخمر مبيعاً والثوب ثمناً ..لكونه مقايضة؛ وفيها كل من العوضين يكون ثمناً ومثمَّناً، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رُجِّح جانب الفساد على جانب البطلان صوناً للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان"[3].

- أمَّا إن قوبل الخمر أو الخنزير بالنقود فالبيع باطل؛ لأنَّ الخمر في هذه الحالة هو المبيع المقصود أصالة بالعقد ولا يمكن جعله ثمناً البتة، وعبارة الحنفية في ذلك "لأنه متى اشتراها [أي الخمر] بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة؛ لكونها وسيلة؛ لما أنَّها تجب في الذمَّة، وإنما المقصود الخمر، وفي جعله كذلك خلاف المأمور به؛ فيسقط التقوُّم أصلاً؛ لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به، وحينئذ يكون البيع باطلاً"[4].

وهكذا نجد أنَّ الحنفية يرجِّحون إبقاء العقد قائماً ما أمكن؛ وذلك حفاظاً على قصد الشارع في استقرار العقود، وعدم جعلها مهددة بالزوال إن أمكن تصحيح الخلل فيها، ولذا أطلقوا على البيع الذي يكون الخمر والخنزير فيه ثمناً لفظ الفساد لا البطلان؛ وعبارتهم في ذلك "لأنَّ الخمر والخنزير مالٌ

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٤)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٠٦)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٧٩).

(٢) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٠٦).

(٣) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٠٦)، وانظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٧)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٧٩).

(٤) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٠٦)؛ وانظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٤)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٧).

متقوَّم عند أهل الذِّمَّة؛ ولكنَّ الشرع أسقط التقوُّم...فمن حيث إنَّه مال صلح ثمناً، ومن حيث إنَّه ليس بمتقوِّم لم يصلح ثمناً، **فكان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه وهو الفاسد**"[1].

المطلب الثاني: حالة علم العاقد الآخر بالقصد المحظور من خلال القرائن:

وقد مر[2] تفصيل اختلاف الفقهاء في مسألة **بطلان العقد بالقصد غير المشروع وإن لم يصرَّح به في العقد إن علمه الطرف الآخر**، وتبيَّن أنَّ للفقهاء مذهبين في حكم القصد غير المباشر غير المشروع الذي لم يظهر في الصيغة، ولم يدل عليه المحل، من حيث إبطاله للعقد أو عدم إبطاله.

فالحنفية وبعض المالكية والشافعية يأخذون بالنزعة الموضوعيَّة، ومفاد ذلك: أنَّ العقد صحيح مع الإثم، لأن العبرة لظاهر العقد، وهو مستكمل لشروطه، ولا يجب التحرِّي عن النوايا الخفية.

أما أكثر المالكية والحنابلة فإنَّهم يأخذون بالنزعة الذاتية فيبطلون العقد الذي يراد به ما يناقض قصد الشارع، في كل حالة سواء تم التصريح به في العقد أو لا، ما دام أن الطرف الآخر قد علم بذلك.

يقول ابن قدامة: "بطلان كل عقد مقيد به محرم كبيع السلاح لأهل الحرب وبيع الخمر، وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الأمة أو إجارتها كذلك أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك، فهو حرام **والعقد باطل** لما قدمنا"[3].

---

(١) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق لشهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي (ت: ١٠٢١ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية- القاهرة، ط١ (٤/ ٤٤).

(٢) . انظر تفصيل هذه المسألة ص ١٣٨ من هذه الأطروحة.

(٣) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٧)؛ وانظر: منار السبيل لابن ضويان (١/ ٢٩١)؛ المبدع لابن مفلح (٤/ ٤٢).

المبحث الرابع: حكم صحة العقد المالي المقترن بالشرط

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: أنواع الشروط العقدية وصلتها بتعدد القصود

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في صحته

المطلب الثالث: تعقيبٌ على مسألةِ الشروطِ المقترنة بالعقد وأثرِها في صحته

المطلب الأول: أنواع الشروط العقدية وصلتها بتعدد القصود:

إنَّ الشروط المتعلقة بالعقود ثلاثة أنواع، **ويظهر تعدد القصود في نوع واحد منها دون الآخرَين،** وبيان هذه الأنواع بإيجاز:

النوع الأول: الشرط التعليقي: ومعناه: هو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر معدوم على خطر الوجود، أي محتمل الوجود، ويصاغ عادة بإحدى أدوات الشرط التي تربط بين فعلين[1]: كقوله: إن رضي شريكي فقد بعتك حصتي[2]، وقوله: إن وصلت بضاعتي فقد وكلتك ببيعها. فعقد الوكالة هنا معلق على حصول وصول البضاعة[3].

فهذا النوع لا صلة له بتعدد القصود إذ وجود العقد أساساً مرتبط بالحدَث المحدد أي أنَّ العقد لم يوجد أصلاً، وبناء عليه فلا يوجد تعدد للقصود في العقد؛ لأنَّ الشرط التعليقي سابق على العقد بداهة.

النوع الثاني: شرط إضافة العقد للمستقبل: ومعناه ربط إنشاء العقد بحلول وقت محدد، فالفرق بين هذا النوع والذي قبله أن التعليق يكون على أمر غير محقق الوجود أما المستقبل المُضاف إليه العقد فهو أمرٌ محقق الوجود، كقوله إن جاء رمضان فقد بعتك كذا[4].

وهذا النوع كسابقه **لا صلة له بتعدد القصود؛** لأن العقد عند وقوع هذا الشرط لم يوجد بعد.

النوع الثالث: الشرط الجعلي المقترن بالعقد: والمقصود بالشروط الجعليَّة في أبواب العقود هو: إلزام أحد المتعاقدين -بسبب العقد- العاقد الآخر شيئاً فيه **غرضٌ صحيح للملزِم**[5].

وقد عرَّف العلماء المعاصرون الشرط المقترن بالعقد بأنه: التزامٌ في التصرف القوليّ لا يستلزِمه ذلك التصرَّف في حالة إطلاقه[6].

---

(١) . انظر: حاشية رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٣٧٠)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٤٢٩)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٧/ ٣٦)؛ الكافي لابن قدامة (٢/ ١٢).

(٢) . تجدر الإشارة إلى أن البيع المعلق غير جائز. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٨٦)؛ البيان للعمراني (٥/ ١١٤)؛ الكافي لابن قدامة (٢/ ١٢).

(٣) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (٥٧٤).

(٤) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (٥٧٧).

(٥) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٨٨).

(٦) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (٥٧٥)؛ الفقه الإسلامي المقارن أ.د. حمزة حمزة (١١١).

إذ إنَّ لكل عقدٍ نوعين من الآثار أو الأحكام:

-أحكام معينة تثبت كأثر مباشر للصيغة من غير حاجة للنص عليها، وتسمَّى هذه الأحكام مقتضى العقد[1].

-أحكام أخرى لا تثبت بمجرد الصيغة بل باتفاق الطرفين عليها، وتمثِّل التزاماً يقع على عاتق أحد الطرفين بسبب اشتراط الطرف الآخر عليه مضمون ذلك الشرط، وهذه هي التي تسمَّى بالشروط الجعلية؛ لأنها من جعل المتعاقدين، أو الشروط المقترنة بالعقد؛ لأنَّ الأصل في الصيغة أن تكون مطلقة، فإذا أضيفت إليها تلك الشروط كانت كالتابع المقارن للأصل[2].

أمَّا عن صلة هذا النوع بتعدد القصود فيظهر بشكل واضح جلي في كثير من الصور، إذ إنَّ قصود العاقد تظهر من خلال طرق متعددة فقد تظهر من خلال العرف، وقد تظهر من خلال قرائن الأحوال، وسيأتي بيان ذلك في الباب الثاني.

وإنَّ أصرح الطرق في الدلالة على مقصود العاقد هي الطريقة اللفظيَّة التي تظهر في الصيغة، وتعدُّ الشروط المقترنة بالعقد أوضح مثال عن هذا النوع.

ثمَّ إنَّ أغلب الشروط المقترنة بالعقد تعبِّر عن قصد زائد للعاقد أراد تحقيقه زيادة عن القصد الأصلي أو الغرض الأساسي الذي ينتج عن الصيغة مجرَّدة عن ذلك الشرط، وهذا ظاهر في تعريف الشرط المقترن بالعقد الذي سبق بيانه غيرَ بعيد. ويتفق مع مفهوم تعدد القصود في العقود المالية والذي بيَّنته في بداية الأطروحة وفيه: (**توجُّه إرادة العاقد إلى قصدِ أمر زائدٍ عن قصد الآثار التي تثبت للعقد أصالةً، ممَّا يؤثر في العقدِ من حيث ...زيادة التزامات المتعاقدين أو إنقاصها..).**

ومن أمثلة ذلك أن يشتري قماشاً ويشترط على البائع أن يخيطه، أو يشتري شيئاً ويشترط وصفاً معيناً زائداً عن قصد السلامة الأصلية للمبيع – أي غير الصفات التي يلتزم بها البائع بمجرد الصيغة- فهذا الوصف يعبر عن قصد ثانٍ لا يمكن إلزام البائع بموجبه لولا النص عليه.

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠).

(٢) . انظر: الفقه الإسلامي المقارن أ.د. حمزة حمزة (١١٣).

والاهتمام بذلك القصد غير المباشر إنما كان لظهوره من خلال الشرط؛ لأنَّه عندئذ يؤثر في زيادة الالتزامات الناشئة بين الطرفين.

وإذا علمنا أنَّ الشارع قد رتب على كل عقد التزامات معيَّنة تثبت بمجرد الصيغة، فهل للعاقدين أن يعدلا من تلك الالتزامات بالزيادة أو الحذف أو التعديل؟ وما أثر تلك الشروط في صحة العقد أو عدم صحته؟ هذا ما بحثه الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد، وهو موضوع الفقرات الآتية.

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في صحته:

انقسم الفقهاء إلى اتجاهين رئيسين في الشروط المقترنة بالعقد، على الرغم من وجود بعض الاختلافات التفصيلية التي تميز كل مذهب عن غيره.

المذهب الأول: مذهب المضيقين: ويمثله الحنفية والشافعية.

المذهب الثاني: مذهب الموسعين: ويمثله المالكية والحنابلة.

وأعرض مذاهب الفقهاء فيما يأتي مبيناً مواطن الاختلاف والاتفاق بينهم في هذه المسألة:

أولاً: مذهب المضيقين (القائلين بأن الأصل في الشروط الحظر): وهم الحنفية والشافعية:

فالحنفية والشافعية يقولون بأن الأصل في الشروط الحظر والحرمة، إلا أن هذا المبدأ العام لا ينفي وجود اختلافات تفصيلية بين كل منهما في الشروط المقترنة بالعقد، من حيث الضابط وكذلك الأثر الذي يترتب على تلك الشروط في صحة العقد أو عدم صحتها.

فالحنفية يقسمون الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام:

أ- الشرط الصحيح: وضابطه عندهم: أن يوافق مقتضى العقد أو يكون مؤكداً لمقتضاه أو أن يرد بالشرع أو يجري العرف به.

- **فمقتضى العقد:** هو ما ثبت للعاقد شرعاً دون حاجة إلى التعرض له في الصيغة، ولا يتم المقصود الأصلي من العقد إلا به كوجوب تسليم البدلين وسلامة المحل من العيوب.

فاشتراط ما هو من مقتضى العقد تأكيد وتقرير للحكم الثابت بمجرد الصيغة، فلا يوجب فساد العقد بل يجب الوفاء به، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو اشترى دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك[1].

- أما **الشرط المؤكد لمقتضى العقد** (ويسمى **الملائم له**) فهو: ما ثبت للعاقد شرعاً بشرط أن يتعرض له العاقدان، فإن لم يتعرض له العاقدان فلا يوجبه العقد، وسمي مؤكداً؛ لأنه مقرِّر لحكم العقد من حيث المعنى، مؤكد إياه، ومثاله: اشتراط رهن أو كفيل بالثمن[2].

- أما **الشرط الذي ورد الشرع به** فيشمل كل ما فيه دليل بخصوصه من الشارع، ومثاله خيار الرؤية، وخيار التعيين[3].

- **والشرط الذي جرى العرف به** كمن اشترى نعلاً واشترط على البائع أن يحذوه، أو اشترى لحماً واشترط على البائع حمله إلى بيته[4]، ومثله في زماننا من اشترى طعاماً واشترط على صاحب المطعم إيصاله إلى مكان محدد، فذلك الشرط جائز ملزم والعقد صحيح؛ وذلك أخذاً بالاستحسان المبني على العرف.

يقول السرخسي: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً، كما لو اشترى نعلاً وشِراكاً بشرط أن يحذوَه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً"[5].

ويبين دليل ذلك الكاساني بقوله: "والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله، وجه القياس: أن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وأنَّه مفسد، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً، ونحو ذلك، ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع"[6].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٣٦)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧١)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧١)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٧).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٧).

(٤) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٧٢)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٧، ١٣١).

(٥) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٤).

(٦) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧٢).

ب- الشرط الباطل: وضابطه عندهم: ما لم يكن داخلاً في أحد أقسام الشرط الصحيح التي مرَّ بيانها، ولا منفعة فيه لأحد (سواء البائع أو المشتري أو الأجنبي عن العقد)، أي ليس له مطالب من العباد.

ومثال ذلك: أن يبيع دابة ويشترط على المشتري ألا يبيعها أو ألا يُسيمَها في المرعى ، أو ألا يركب السيارة المشتراة في ساعة معينة، وحكم هذ الشرط: بطلانه بذاته، ولكن يبقى العقد معه صحيحاً، لأن هذا الشرط لا منفعة فيه للمشترط ولا مطالب له، ولذا صح العقد لعدم احتمال حدوث النزاع مع أن الشرط ليس بصحيح في ذاته[1].

ج- الشرط الفاسد: وضابطه عندهم: ما لم يكن داخلاً في أقسام الشرط الصحيح، ولكن فيه منفعة لأهل الاستحقاق (أي لأحد من العباد كالبائع أو المشتري أو أجنبي عن العقد).

ومثاله: أن يبيع داراً ويشترط على المشتري أن يؤجرها مدة سنة لشخص ما.

وحكم هذا الشرط: أنه يفسد بذاته، ويسري الفساد إلى العقد فيفسد كذلك إن كان من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة[2].

أما إن كان العقد من غير عقود المعاوضات المالية كعقود التبرعات والتوثيقات، فإن الشرط يفسد بذاته فقط، ويبقى العقد صحيحاً.

وعلة ذلك: أن الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض، وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك إلا في المعاوضات المالية[3].

أما **الشافعية** فيقسمون الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين:

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٥)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٤٢)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ٩٠)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٥)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٤٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ٩٠)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢).

(٣) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٣١)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤٤٩)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ١٥٦).

أ- الشرط الصحيح: وضابطه عندهم أن يكون من مقتضى العقد أو ملائماً لمقتضاه (ويطلقون عليه الشرط المتعلق بمصلحة العقد)[1]، أو اشتراط صفة مقصودة غير محظورة[2].

ففي مغني المحتاج للشربيني : يصح البيع "ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بعيب... لأن اشتراطه تأكيد وتنبيه على ما أوجبه الشارع عليه"[3].

وعبارة الشافعية في الشرط الملائم: "أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه **مصلحة للعاقد**، كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها"[4].

أما صحة اشتراط **الصفة المقصودة غير المحظورة** كاشتراط كون الدابة حاملاً أو لبوناً، أي ذات لبن؛ فلأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض؛ ولأنه التزام موجودٍ عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط، وإن سمي شرطاً تجوزاً فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً[5].

أي أن الشافعية يوافقون الحنفية في جواز اشتراط هذه الأمور الثلاثة ويلزمون بالوفاء بها.

وقد نص الحنفية على جواز اشتراط صفة غير محظورة[6]، ويمكن إدراجها ضمن ما دل عليه العرف عندهم.

بقي الشرط الذي ورد به العرف والشرط الذي ورد به الشرع، فالشافعية لا يقولون بالأول، لأنه داخل في باب الاستحسان بالعرف، والاستحسان لم يقل به الشافعية، أما الشرط الذي ورد به الشرع فلم ينص عليه الشافعية إلا أنهم يقولون بمضمونه من حيث المبدأ، وبتدقيق النظر يتبين أنه داخل في مفهوم الشرط الملائم الذي هو من مصلحة العقد، بدليل أن الحنفية مثلوا لما ورد الشرع به باشتراط بعض الخيارات، وكذلك فعل الشافعية حين مثلوا لما هو من مصلحة العقد.

---

(١) . انظر: المجموع للنووي (٩/ ٣٦٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٣٠٤).

(٢) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٣٠٥).

(٣) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ وانظر: المجموع للنووي (٩/ ٣٦٣).

(٤) . المجموع للنووي (٩/ ٣٦٤)؛ وانظر: حاشية البجيرمي على الخطيب (٨/ ٣٧).

(٥) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤).

(٦) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧٢).

ب- الشرط الباطل: وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد أو الذي لا يلائم مقتضاه، كأن اشترط عليه ألا يبع ولا يهب المبيع[1].

أما أثر الشرط الباطل على العقد: فالأصح الذي نص عليه فقهاء الشافعية كالشربيني، أن العقد يبطل ببطلان الشرط[2]، وهذا ما تدل عليه عباراتهم في مواضع مختلفة.

يقول الحصني[3] في عقد المضاربة: "من شروط عقد القراض اشتراك رب المال والعامل في الربح ليأخذ هذا بماله، وذاك بعمله، فلو قال: قارضتك على أن الربح كله لي، أو كله لك فسد العقد، لأنه على خلاف مقتضى العقد"[4].

ويقول الرملي[5]: "إذا شرط خلاف مقتضى العقد لم يصح العقد"[6].

وفي المهذب: "فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة أو ثوباً بشرط أن يخيطه له... بطل البيع"[7].

وهكذا يتبين لنا الفرق بين الحنفية والشافعية في ضابط الشرط الصحيح، وفي الشرط الفاسد الذي قال به الحنفية دون الشافعية.

فنقطة الاختلاف الأولى: أن الشرط الصحيح عند الحنفية أوسع منه عند الشافعية كما سبق بيانه.

أما النقطة الثانية: فهو القول بالشرط الفاسد عند الحنفية، فإن كان له مطالب من جهة العباد فسد العقد بفساد ذلك الشرط، أما إن لم يكن له مطالب من جهة العباد فالعقد صحيح، ويطلق على الشرط عندهم هنا الشرط الباطل، لأنه لغو.

---

(١) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٦٣).

(٢) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٣٦).

(٣) . هو تقي الدين أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحسيني الحصني، ولد عام ٧٥٢هـ، فقيه شافعي ورع، له تصانيف كثيرة، منها (كفاية الأخيار) في فقه الشافعية، و(تخريج أحاديث الإحياء)، توفي سنة ٨٢٩هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٧/ ١٨٧)؛ الأعلام للزركلي (٢/ ٦٩).

(٤) . كفاية الأخيار للحصني (١/ ٢٨٩).

(٥) . محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرملي، فقيه الديار المصرية في عصره، ومرجعها في الفتوى في المذهب الشافعي، ولي إفتاء الشافعية، من كتبه: (فتاوى شمس الدين الرملي)، توفي سنة ١٠٠٤هـ. انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ٧).

(٦) . نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٣٦).

(٧) . المهذب للشيرازي (١/ ٢٦٨).

أما الشافعيَّة فلم يستخدموا مصطلح الشرط الفاسد، فالقسمة ثنائية عندهم إما شرط صحيح يصح معه العقد ويلزم الوفاء به، وإما شرط باطل يبطل العقد به كذلك.

وإن نظر الحنفية في ذلك معتمد على تحقيق المصالح والحفاظ على صحة العقد قدر الإمكان[1]؛ وأرى أن مذهبهم في ذلك متسق مع مقصد الشارع في استقرار المعاملات بوجه عام.

والخلاصة التي أصل إليها أن كلاً من الحنفية والشافعية قد ذهبوا إلى أن الأصل في الشروط الحظر إلا بحدود مرَّ تفصيلها بضوابطها، والشافعية أكثر تشدداً من الحنفية في ذلك كما تبين مما سبق.

ثانياً: مذهب الموسِّعين (القائلين بأن الأصل في الشروط الإباحة): وهم المالكية[2] والحنابلة:

فضابط **الشرط الصحيح** عند المالكية[3]:

-اشتراط ما كان من **مقتضى العقد** كشرط تسليم المبيع، ورد العوض عند انتقاص المبيع، وقد نصوا على أن هذا الشرط لازم دون اشتراط فشرطه تأكيد كما ذهب إليه سائر الفقهاء.

-اشتراط ما **لا يقتضيه العقد ولا ينافيه،** (ويدخل في هذا المعنى الشرط الملائم ذاته): فاشتراطه جائز لازم بالشرط ساقط بدونه كالأجل والخيار والرهن....

وضابط الشرط الباطل عنده[4]:

-ما اشتمل على الغرر غير اليسير.

-ما اشتمل على الربا الكثير الواضح.

---

(١) . انظر: الفقه الإسلامي المقارن أ.د. حمزة حمزة (١١٩).

(٢) . لا بد لي أن أشير أن المعاصرين اختلفوا في حكاية مذهب المالكية فبعضهم كالأستاذ الدكتور حمزة حمزة يصنفهم ضمن الموسعين، وبعضهم كالشيخ مصطفى الزرقا والدكتور محمد عثمان شبير يصنفهم ضمن المضيقين. انظر: الفقه الإسلامي المقارن أ.د حمزة حمزة (١٢٤)؛ المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥٥٠)؛ الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي د. محمد عثمان شبير (٧٤).

(٣) . حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٠٢)؛ منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش (٥/ ٥٨).

(٤) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦٠)؛ المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٦٧)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٦٥)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٠٢).

-ما كان مناقضاً لمقتضى العقد، كأن اشترط عليه ألا يبيع السلعة المشتراة، أو لا يهبها، يقول الحطاب: "فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع، مثـــــل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب"[1].

يقول الصاوي[2]: "اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن ينافي المقصود أو يخل بالثمن أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه، ولا ينافيه فالمضر الأولان دون الأخيرين"[3].

وقد ذكر المالكية[4] مثالاً للشرط الذي يوقع في الغرر الفاحش ويحتوي على الربا كذلك: وهو أن يبيع بشرط أن يسلفه –يقرضه– المشتري، أو أن يشتري بشرط أن يقرضه البائع.

فهذا لا يصح لأمرين:

الأول: وجود الغرر والجهالة: إذ إن شرط السلف –القرض– يخل بالثمن، فيجعله مجهولاً، فيزيد إن كان الشرط لمصلحة البائع، أو ينقص إن كان الشرط لمصلحة المشتري، فيصبح "الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول"[5].

الثاني: لأن في هذا الشرط قرضاً جرَّ نفعاً، وهذا لا يجوز[6]. للأثر ((كلُّ قرض جرَّ نفعاً فهو ربا))[7].

---

(١) . مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣٧٢).

(٢) . هو أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي، ولد عام ١١٧٥هـ، فقيه مالكي، نسبته إلى (صاء الحجر) بمصر، من كتبه (بلغة السالك لأقرب المسالك) حاشية على الشرح الصغير للدردير، توفي بالمدينة المنورة سنة ١٢٤١هـ. انظر: الأعلام للزركلي(١/ ٢٤٦).

(٣) . حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٠٢).

(٤) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣٧٢)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨١).

(٥) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٦).

(٦) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٦)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨١).

(٧) . أخرجه البيهقي في السنن الصغرى موقوفاً على عدد من الصحابة، ولفظه: ((كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وُجُوهِ الرِّبَا)). أخرجه في البيوع/ باب القرض، رقم (١٩٧١). وقد روي من طرق عدة لا يصح منها شيء، وهو موقوف؛ إلا أن العمل عليه عند الفقهاء. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر (٣/ ٩٠).

أما عن أثر الشرط الباطل عند المالكية[1] فالذي يظهر للباحث أن هناك اختلافاً في مذهبهم كما يأتي:

إذا كان الشرط باطلاً لمناقضة مقتضى العقد كمنع العاقد من التصرف بشكل عام أو خاص، كما لو شرط على المشتري ألَّا يبيع السلعة مطلقاً، أو ألا يبيعها إلا لفلان، ففي صحة العقد قولان: رواية أنَّه مفسوخ بذلك الشرط، ورواية أنه يصح دون الشرط، والمشهور في المذهب أن المشترط لو أسقط شرطه صح العقد[2].

أما إن كان الشرط باطلاً لأنه يحتوي على الربا أو الغرر فينظر: إن كان الربا أو الغرر كثيراً فالشرط مبطل للعقد[3] إضافة لبطلان ذلك الشرط، أما إن كان الربا أو الغرر متوسطاً –وهو ما جاوز اليسير ولم يبلغ الكثير– فالعقد صحيح والشرط باطل[4].

وأما إن كان الشرط يحتوي على غرر يسير فهو صحيح ملزم والعقد صحيح، كأن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل السنة فذلك جائز[5]؛ مع أن الشهر قد يكون ثلاثين أو تسعة وعشرين يوماً، وتختلف السنة باختلاف ذلك.

وبقيت حالة ما لو كان الشرط يحتوي على ربا يسير فالعقد صحيح، ولكن الشرط باطل، وذلك لأنَّ المالكية –كسائر الفقهاء– لا يبيحون الربا مهما كان يسيراً، بخلاف الغرر فإن اليسير منه مغتفر[6].

أما **الحنابلة** فهم أكثر المذاهب توسعاً بالشروط المقترنة بالعقد؛ فهم يقسمون الشروط إلى صحيح وباطل، والشرط الباطل يمثل الاستثناء الوارد على الشرط الصحيح الذي هو الأصل.

فالشرط الصحيح عندهم: هو اشتراط ما كان من مقتضى العقد، أو ما كان من مصلحته (ويدخل فيه الشرط الملائم دخولاً أولياً) واشتراط البائع نفعاً معلوماً في البيع، كسكنى الدار شهراً، أو

---

(١) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦١)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي الأزهري (٢/ ٨٩).

(٢) . انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٦٥).

(٣) . ولا يتغير الحكم ولو قام المشترط بإسقاط الشرط. انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٦٧).

(٤) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦٠)؛ المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٦٧).

(٥) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦١)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٥٨).

(٦) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٣٠)

حملان البعير إلى موضع معلوم[1]. وهكذا نجد أن النفع المعلوم مطلق غير مقيد بعرف ولا بغيره، غاية ما في الأمر ألا يدخل ضمن مسمى الشرط الباطل الآتي بيانه.

أما الشرط الباطل: فهو الذي تحقق فيه أحد الأمور الآتية:

-أن يكون مناقضاً لمقتضى العقد نحو أن يشرط أن لا خسارة عليه في عقد الشركة، أو أن لا يبيع ولا يهب ما باعه، فالشرط باطل بنفسه غير مبطل للعقد على الصحيح من المذهب[2]. وهو ما اعتمده الحنابلة في الفروع المختلفة.

يقول البهوتي في عقد الوكالة: "(ولا ضمان) على وكيل (بشرط) بأن قال له: وكلتك بشرط ضمان ما يتلف منك، فإذا تلف منه شيء بغير تفريط لم يضمنه؛ لأنه أمين والشرط لاغ؛ لأنه ينافي مقتضى العقد"[3].

ويقول أيضاً:" (وإن اشترط) الشريك أو رب المال (عليه) أي على شريكه أو المضارب (ضمان المال) إن تلف (أو) شرط (أن عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله) فسد الشرط وحده، لمنافاته مقتضى العقد ....(ولا تُفسد) هذه الشروط الفاسدة (العقد)..."[4].

-اشتراط عقد في عقد كاشتراط سلف في بيع. فالشرط هنا باطل ومبطل للعقد للنهي الوارد عنه[5].

-اشتراط شرطين في عقد: إلا إذا كانا من مصلحة العقد فيصح العقد والاشتراط على الصحيح، وإلا بطل الشرط والعقد معاً[6]؛ وذلك لورود النهي عن شرطين في بيع[7].

---

(١) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٨٩)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٨).

(٢) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٥٠)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٥٤)؛ المبدع لابن مفلح (٤/ ٥٧).

(٣) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٨٦).

(٤) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٠٤).

(٥) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٩)؛ المبدع لابن مفلح (٤/ ٥٧).

(٦) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٨)؛ المبدع لابن مفلح (٤/ ٥٧).

(٧) . أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عمرو ﷺ مرفوعاً بلفظ: ((لا يحل سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطان في بيعٍ ولا ربحُ ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك)). في الإجارة/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٤). وقد صححه الترمذي وابن خزيمة والحاكم. انظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام لأحمد بن علي ا بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ)، دار أطلس للنشر والتوزيع-الرياض، ط٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، تحقيق: سمير بن أمين الزهيري (٢/ ١١).

-اشتراط ما دلَّ الشرع على تحريمه، كشرط صفة محظورة، فإن شرط ذلك بطل الشرط دون العقد[1].

المطلب الثالث: تعقيب على مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في صحته:

إن أدلة الفقهاء على مذاهبهم في الشروط المقترنة بالعقد مبسوطة في كتب كثيرة، ولا مجال لاستعراضها خشية الاستطراد، ولكن لا بد لي أن أبين أن مذهب الموسعين هو الأرجح –ولا سيما مذهب الحنابلة.

وذلك لأن القول بأن الأصل في المعاملات الإباحة هو المتفق مع مقاصد الشارع، وبيان ذلك أن العقود المختلفة ما شرعت إلا تحقيقاً لمصلحة العباد، وهي معقولة المعنى، بخلاف العبادات فهي توقيفية، فالقول بتوسيع دائرة الشروط المقترنة بالعقد ينسجم مع متطلبات الحياة المعاصرة ويكشف عن مدى عظمة الفقه الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان.

وإن لمذهب الحنابلة في هذه المسألة مزايا كثيرة رجحته على غيره من المذاهب الفقهية، وبينت تصدره على كثير من الاتجاهات القانونية المعاصرة بتقريره لمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية منذ اثني عشر قرناً تقريباً، ذلك المبدأ الذي لم تكن لتفهمه الشرائع العالمية والفقه الروماني، ولم تنتبه إليه الأفكار التشريعية والاجتماعية في أوربا إلا منذ قرنين، مع أن الإمام أحمد رحمه الله تعالى معدود من فقهاء مدرسة الحديث لا الرأي[2].

فالمذهب الحنبلي لم يهمل مقتضى العقد، ولكنه توسع في تفسيره لمقتضى العقد وحدوده، إذ يعد فقهاء الحنابلة مصلحة العاقد ذاته من مصلحة العقد ما دامت مشروعة[3]، فلا يعتبر الشرط منافياً لمقتضى لمقتضى العقد في نظر محققي الحنابلة إلا في النواحي الأساسية التي إذ شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد[4].

---

(١) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٩٠)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٨).

(٢) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥٥٨).

(٣) . المغني لابن قدامة (٧/ ٤٤٨)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٦٦٥)؛ كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٩١).

(٤) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥٥٥).

يقول البهوتي: "ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد"[1].

وتتجلى مزية المذهب الحنبلي في ناحية أخرى وهي أثر الشرط الباطل؛ إذ أغلب الفروع التي نصوا على بطلان الشرط فيها لمناقضته لمقتضى العقد لم يبطلوا العقد بذلك الشرط، بل بينوا أن العقد صحيح والشرط لاغ، وفي هذا انسجام مع مقصد الشريعة في استقرار المعاملات المالية قدر الإمكان.

والخلاصة: إن كل شرط يشترطه العاقد في العقد يمثل قصداً له في ذلك العقد، فنكون أمام حالة تعدد للقصود؛ إذ يجتمع القصد المباشر للعقد (قصد الصيغة والأثر النوعي أو الغرض الأساسي من العقد) وقصدٌ زائدٌ يعبر عنه الشرط الذي اشترطه أحد العاقدين على العاقد الآخر.

ولتعدد القصود هذا أثر في صحة العقد أو عدمها، إذ قد يبقى العقد مع ذلك القصد الإضافي صحيحاً ويترتب عليه زيادة التزام على العاقد الذي وقع عليه الاشتراط، وهذا يكون في الشرط الصحيح.

وقد يتأثر العقد فيبطل -أو يفسد عند الحنفية- بسبب ذلك القصد المعبر عنه من خلال الشرط المقترن بالعقد، وقد لا يؤبه لذلك الشرط فيلغو بمفرده ويبقى العقد صحيحاً. وقد سبق تفصيل كل ذلك بوضوح.

---

(١) . كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٩١).

الباب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييفِ العقد المالي وآثارِه، وضوابطُه

وفيه الفصول الآتية:

الفصل الأول: أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي

الفصل الثاني: أثر تعدد القصود في الآثار الناجمة عن العقد المالي

الفصل الثالث: ضوابط تعدد القصود في العقود المالية

سبق في الباب الأول أنَّ المباحات من الأمور التي يؤثر فيها تعدد القصود بشكل واضح، ومن أهمِّ المباحات العقود الماليَّة المشروعة، وتبيّن كذلك أنَّ مفهوم تعدُّد القصود في العقود الماليَّة هو توجُّه إرادة العاقد إلى قصدِ أمر زائدٍ عن قصد الآثار التي تثبت للعقد أصالةً، ممَّا يؤثر في العقدِ من حيث (مشروعيَّتُه أو تكييفُه أو الآثارُ الناتجة عنه كتغيير صفته من حيث اللزوم وعدمها وزيادة التزامات المتعاقدين أو إنقاصها أو إضافة الحقوق إلى غير أطرافه)[1].

وقد اتضح أنّ لكل عقد مالي قصداً مباشراً يميِّزه عن غيره من العقود المالية الأخرى، وأنَّ القصود غير المباشرة في العقد كثيرة متعدِّدة وتختلف من شخص لآخر، وهي القصود التي تأتي وراء القصد المباشر، وإنَّ الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية قد يكون الحرمة أو الكراهة أو الوجوب أو الندب أو الإباحة كما سبق تفصيله[2].

كما تبيَّن -من خلال عرض حكم صحة العقد المالي الذي تعدَّدت فيه القصود- أنَّ تعدُّد القصود الذي يجعل العقد غير صحيح هو الذي اشتمل على أمرين:

الأمر الأول: أن يكون تعدُّد القصود محرّماً، فتعدُّد القصود إن كان غير محرَّم (مهما كان حكمه بعد ذلك) لا يؤثر في صحة العقد، وقد سبق بيان أمثلة كلِّ حالة.

الأمر الثاني: أن يكون تعدُّد القصود المحرّم ظاهراً حتَّى يمكن الحكم بعدم صحَّة العقد، سواء ظهر في الصيغة من خلال اللفظ، أو من خلال القرائن -على اختلاف الفقهاء في ذلك-.

وقد بينت في هذا الباب أثر تعدد القصود في العقود الماليَّة من حيث تكييفها وآثارها وذكرت أهمَّ الضوابط لتعدد القصود في العقود الماليَّة التي توصلت إليها من خلال الدراسة، وذكرتُ في كلِّ ضابط تطبيقاً أو أكثر مع بيان أثر تعدد القصود في ذلك التطبيق.

---

(١) . انظر ص ٥٨ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر ص ٩٥ وما بعدها، وص ١٤٤ وما بعدها من هذه الأطروحة.

الفصل الأول: أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي

وفيه المباحث الآتية:

المبحث الأول: مدى الاعتداد بالقصود في تكييف العقد عند الفقهاء

المبحث الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف العقد من حيث كونه مسمى أو غير مسمى

المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف العقد من حيث كونه عقد معاوضة أو تبرع

المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في تكييف عقود الشركة

المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات

إن التكييف الفقهي[1] مصطلح شائع عند العلماء المعاصرين عبّر عن جوهره الفقهاء المتقدمون بألفاظ أخرى [كمصطلح بيان حقيقة الشيء[2]، وماهيته[3] وطبيعته[4]]: وهو بيان الصفة الشرعية للمسألة المطروحة، إمَّا بالرجوع إلى المصادر الشرعية التي نصت عليها صراحة، وإمَّا بإلحاقها بأقرب الأبواب الفقهية شبهاً بها إن كانت مستجدة[5].

---

(١) . التكييف لغة على وزن تَفْعِيل، وهو مصدر من الفعل (كَيَّفَ، يكَيِّفُ)، بمعنى بيان الكيفيَّة، أي الصفة. أما معنى لفظة (الفقهي) فنسبة إلى الفقه، والفقه لغة: العلمُ بالشيء، والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم. انظر: انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (كيف) (فقه)؛ وقد استخدم بعض الفقهاء لفظة التكييف، ولم يخرجوا بها عن المعنى اللغوي، فقد ذكر العَدوي من المالكية التكييف، فقال: "التكييف مصدر كيَّفه إذا ذكر أو أدرك كيفيَّته، أي صفته". حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (١/ ٦٤).

(٢) . فعلى سبيل المثال: اختلف الفقهاء في حقيقة الإقالة، إن وقعت بلفظ الإقالة، حيث ذهب أبو حنيفة إلى أنها فسخ في حق العاقدين بيع في حق غيرهما، في حين ذهب أبو يوسف والمالكية ورواية مرجوحة عند الحنابلة إلى أنها بيع في حق العاقدين وغيرهما، إلا إن تعذر جعلها بيعاً فإنها تكون فسخاً، أمَّا محمد بن الحسن والشافعية والصحيح عند الحنابلة فذهبوا إلى أنَّها فسخ في حق العاقدين وفي حق غيرهما. **فبيان الفقهاء للحقيقة الشرعية للإقالة كل حسب مذهبه هو في الحقيقة تكييف فقهي لهذه المسألة حسب الاصطلاح عند الفقهاء المعاصرين كما نصَّت على ذلك الموسوعة الفقهية حيث جاء فيها: " للفقهاء في تكييف الإقالة اتجاهات". انظر:** البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١١٠)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٤٢٦)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ١٥)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٣٩)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (٥/ ٣٢٦)؛ التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د.محمد عثمان شبير (١٥).

(٣) . والماهية بمعنى الحقيقة، إذ تطلق الماهية في الاصطلاح ويراد بها: كنه الشيء وحقيقته وجنسه، وهي بمعنى ما به الشيء هو هو. انظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعه جي، دار النفائس- الأردن، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م (٣٩٨)؛ كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم لمحمد بن علي الفاروقي الحنفي التهانوي (ت: بعد ١١٥٨هـ)، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، ط١، ١٩٩٦م، تحقيق: د. علي دحروج، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم (٢/ ١٤٢٤).

(٤) . في معنى الحقيقة والماهية طبيعة الشيء. انظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي (٢/ ١١٣٠).

(٥) . توصلت إلى هذا التعريف من خلال تعريفات التكييف الفقهي عند المعاصرين، ومن تلك التعريفات: تعريف الدكتور القلعه جي حيث قال: "التكييف الفقهي للمسألة: تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر"، وتعريفه غامض؛ إذ عرّف التكييف بالتحرير ومن شروط التعريفات أن يكون التعريف أوضح من المعرَّف، ومن التعريفات تعريف الدكتور شبير حيث قال في التكييف الفقهي: "تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة" وقريب منه تعريف الشيخ علي الخفيف حيث قال فيه:=

وبناء عليه فإنَّ التكييف الفقهي للعقد يشتمل على أمرين مهمين:

الأمر الأول: بيان الصفة الأساسيَّة التي أضفاها الشارع على العقد من حيث الجواز وعدمه، أي بيان حكمه التكليفي.

الأمر الثاني: بيان نوع العقد (أي هل هو بيع أو إجارة أو عقد غير مسمى...) وهذا أيضاً داخلٌ في بيان صفة العقد.

وقد أشار الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي إلى هذين الأمرين بقوله: "والتكييف الشرعيُّ للعقود في الفقه الإسلامي، يشمل دراسة العقد من ناحيتين: الأولى: من حيث مشروعيَّة العقد، واتفاقه مع مقاصد الشريعة، وقبوله ضمن قواعد العقود العامة وأحكام التعامل الشرعية، الثانية: من حيث إعطاء الوصف الحقيقي للعقد"[1].

="هو إلحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يُعطى العقد الملحق الحكمَ الذي رتبه الفقهاء على العقد الملحق به؛ من صحة أو بطلان وفساد؛ وذلك بالنظر في الأركان والشروط". وهذان التعريفان مع أنهما يوضحان معنى التكييف بشكل أقرب للفهم من التعريف الأول، إلا أنهما يقصران معنى التكييف على بيان حقيقة الوقائع المستجدة وأوصافها. وهذا يجعل التكييف أقرب إلى القياس بالمعنى الأصولي، مع أنه ينبغي أن يكون التكييف أشمل من ذلك، فعقد البيع مثلاً أصلٌ وليس مسألة مستجدة، إلا أنه يمكن أن يخضع لعملية التكيّيف الفقهي، أي لعملية بيان حقيقته وأوصافه التي نص عليها الشارع. فيُكيَّف عقد البيع بأنه: عقد مشروع، وعقد معاوضة، ومن عقود التمليك...إلى غير ذلك من الأوصاف المتصلة بعقد البيع. بالإضافة إلى أنَّ تعريف الشيخ علي الخفيف غير جامع؛ إذ التكييف الفقهي لا يقتصر على باب العقود كما هو ظاهر في تعريفه. انظر: معجم لغة الفقهاء، د.محمد رواس قلعه جي (١٤٣)؛ التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د. محمد عثمان شبير (٣٠)؛ التكييف الفقهي للعقود المالية المستجدة وتطبيقاتها على نماذج التمويل الإسلامية المعاصرة، أحمد محمد محمود نصار، البنك الإسلامي الأردني، ٢٠٠٤/ ٢٠٠٥م (١)؛ شهادات الاستثمار للشيخ علي الخفيف (١١)؛ مشكلة الاستثمار لمحمد صلاح الصاوي، دار الوفاء- القاهرة، ط١، ١٩٩٠م (٤٢٤).

(١) . العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي، منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م (٣٦).

المبحث الأول: مدى الاعتداد بالقصود في تكييف العقد عند الفقهاء

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: أصل قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ومستندها ومعناها

المطلب الثاني: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في تكييف العقد

المطلب الثالث: مذاهب الفقهاء في الأخذ بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني

إن لمعرفة نوع العقد الذي يجري بين الطرفين أهمية كبيرة وأساسية، بل هي أول ما ينبغي على الفقيه معرفته من أجل أن تتضح لديه الأحكام والآثار التي تترتب على كل نوع من العقود، إذ إن كون العقد بيعاً يعني أن الآثار التي تترتب عليه شرعاً غير الآثار التي تترتب على عقد الإجارة مثلاً، وكذلك يختلف الأمر فيما لو كان العقد هبة...وهكذا.

وقد يكون تكييف العقد ورَدُّه إلى نوع معين من تلك الأنواع أمراً بسيطاً إذا اكتفى الطرفان بتسمية العقد الجاري بينهما بدون إضافة شروط أو التزامات معينة، ولكن الأمر يغدو أكثر صعوبة إذا سمَّى الطرفان العقد بنوع من تلك العقود، ثم اتجه قصدهما إلى إضافة شروط والتزامات من شأنها أن تجعل العقد بينهما أقرب إلى نوع آخر غير النوع الذي سمياه به.

والمثال الواضح لذلك الوديعة المصرفية –وسيأتي بيان أقسامها[1]– ولكن موضع الشاهد منها هنا أنَّ المصرف والعميل يطلقون على هذا العقد عقد الوديعة، ولكن تكييفها من حيث الوصف الحقيقي مختلف عن الوديعة المعروفة عند الفقهاء، فهي إما أن تكيف على أنَّها قرض إذا كانت وديعة جارية (حساب جاري)[2]، أو عقد مضاربة إذا كانت وديعة استثمارية[3]. وما هذا الاختلاف بين التسمية والتكييف الحقيقي إلا لأنَّ قصود أصحابها اتجهت إلى الأحكام الثابتة لعقد القرض أو المضاربة –حسب نوع الوديعة– ولم يقصد المتعاقدان أحكام الوديعة المعروفة.

---

(١) . انظر ص ٤٠١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٥٤٩)؛ البنوك الإسلامية ودورها في اقتصاديات المغرب العربي، وقائع الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب–البنك الإسلامي للتنمية بالمدينة المحمدية بالمغرب، خلال الفترة من ٢٥ إلى ٢٩ من ذي القعدة ١٤١٠هـ، تحرير: لقمان محمد مرزوق ندوة رقم ٣٤، ط ١٤١٧هـ (٥٣)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، البنك الإسلامي للتنمية– جدة ١٤٢٥هـ (١١٩)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي، المكتب الإسلامي– بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م (٣٠٥).

(٣) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٥٤٩)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي (١٢١)؛ البنوك الإسلامية ودورها في اقتصاديات المغرب العربي، وقائع الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب–البنك الإسلامي للتنمية بالمدينة المحمدية بالمغرب، خلال الفترة من ٢٥ إلى ٢٩ من ذي القعدة ١٤١٠هـ (٥٣).

وقد يقوم الطرفان بعقد لا نظير له بين العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، بل هو خليط من عقدين أو أكثر فيجمع بين صفات أكثر من عقد، كما هو الحال في عقد استئجار الصناديق الحديدية في المصارف، إذ تختلط فيه عناصر من عقد الإيجار وأخرى من عقد الوديعة[1].

ولاشك أن لقصد أطراف العقد –سواء كان القصد واحداً أو متعدداً– الدور الرئيس في معرفة تكييف العقد الحقيقي، ولبيان ذلك لابد من الكلام عن دور القصود في تكييف العقود من خلال بيان مراد الفقهاء من قاعدة **العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**، ومدى أخذهم بها، ثم سرد التطبيقات لذلك المتصلة بتعدد القصود في المباحث اللاحقة.

المطلب الأول: أصل قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ومستندها ومعناها:

أولاً: أصل القاعدة ومستندها:

تعد هذه القاعدة من أهم الفروع لقاعدة (الأمور بمقاصدها)، وهي القاعدة التي تدور عليها معظم مسائل الفقه، وقد اتفق الفقهاء على الأخذ بها وجعلوها معياراً مهماً في تكييف الأعمال التي تصدر عن المكلف، وإن لم يصرحوا بلفظها[2].

والذي يهمنا في هذا المقام القاعدة التي تخص العقود، وهي: [**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**][3]. فهي تشير بمنطوقها إلى أن القصد هو المرجع في تكييف أي عقد، ولا يُعتدُّ بالتسمية الظاهرية البتة. فما مستندها؟ وما معناها بشكل دقيق؟ وهل اتفق الفقهاء على الأخذ بها؟.

---

(١) . انظر: العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي (٣٣).

(٢) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٧)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٨)؛ حاشية العطار على جمع الجوامع (٢/ ٣٩٩)؛ غاية الوصول في شرح لب الأصول للأنصاري، دار الكتب العربية الكبرى-مصر، د.ط (١٤٨)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٤٥٤)؛ مطالب أولي النهي للرحيباني (٥/ ١١٠)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن العبد اللطيف(١/ ١٩٥)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م (١/ ٣٢).

(٣) . انظر: غمز عيون البصائر للحموي (٢/ ٢٦٨)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ١٨٤)؛ شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (٧)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن العبد اللطيف(١/ ٤٤٧).

إن مستند قاعدة [**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ..**] قوله ﷺ: ((إنما الأعمال بالنيات...))[1].

يقول ابن دقيق العيد[2]: "قول النبي ﷺ: ((وإنَّما لكل امرئ ما نوى))، يقتضي أن من نوى شيئاً يحصل له، وكل

ما لم ينوه لم يحصل له"[3].

ثانياً: معنى العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:

العقود جمع عقد، وقد سبق في الفصل التمهيدي بيان حقيقة العقد وأقسامه[4]، والمراد من القاعدة أن المعتد به في جميع العقود المالية من حيث تصنيفها والعمل بها إنما يكون بالنظر لمعانيها المقصودة منها، وإنَّ تبدّلَ الألفاظ لا يصرفها عن المقاصد التي وضعت لها بالوضع الشرعي[5].

ولكن لا بد للمقاصد أن تظهر بطريق ما في العقود حتى يعتد بها شرعاً من ناحية تأثيرها في تكييف العقد من حيث وصفه الحقيقي، وكذلك من ناحية تأثيرها في الالتزامات العقدية، وبيان تلك الطرق في المطلب الآتي.

---

(١) . سبق تخريجه ص ٢٦ من هذه الأطروحة.

(٢) . هو محمد بن علي بن وهب القشيري أبو الفتح تقي الدين، ولد عام ٦٢٥هـ، كان حافظاً زاهداً ورعاً، مجتهداً مطلقاً، ذا خبرة تامة بعلوم الشريعة، صاحب التآليف العظيمة، وصفه السبكي بكلام جليل، ومنه: "الحافظ الزاهد الورع الناسك المجتهد المطلق، ذو الخبرة التامة بعلوم الشريعة، الجامع بين العلم والدين، والسالك سبيل السادة الأقدمين، أكمل المتأخرين، وبحر العلم الذي لا تكدره الدلاء، ومعدن الفضل الذي لقاصده منه ما يشاء، وإمام المتأخرين...عليه سيما الجلال، وهيبة لا يقوم الضرغام عندها لنزال". توفي سنة ٧٠٢هـ رحمه الله تعالى. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٩/ ١١٣)؛ الأعلام للزركلي (٦/ ٢٨٣).

(٣) . إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة، ١٩٥٣م، ت: محمد حامد الفقي (١/ ١١).

(٤) . انظر ص ٣٨ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٥) . انظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي (١/ ٤٠٣).

المطلب الثاني: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في تكييف العقد:

أولاً: القصود التي تعينها القرائن اللفظيَّة[1]: التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة إن شرط المُحال في العقد أن يطالب كلاً من المحيل أو المحال عليه أيهما شاء، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشترط فيها براءة المدين عن المطالبة، أو عدم براءته[2].

يقول السرخسي: "لو شَرَط في الحوالة أن يُطالِب بالمال أيَّهما شاء كانت الكفالة [أي فالعقد عقد كفالة]، فإذا شَرَط في الكفالة أن يكون الأصيلُ بريئاً كانت الحوالة"[3].

ويقول الكمال: "إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل، فحينئذ لا يُطالب الأصيل؛ بناء على أنها حينئذ حوالة عُقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها، فتجري حينئذ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما"[4].

فذكر شرط براءة الأصيل في صيغة عقد الكفالة قرينة لفظية على أن المراد من الكفالة في قصد المتعاقدين إنما هو الحوالة.

ومثال آخر عن القرائن اللفظية التي تدل على قصود المتعاقدين: ذكر العوض في الهبة دليل على أن التكييف الحقيقي للعقد إنما هو بيع أو هبة ابتداء بيع انتهاء عند بعض الفقهاء، لا هبة محضة –ولأهمية هذا المثال وصلته بتعدد القصود فقد خصصت له المبحث التالي–.

ثانياً: المقاصد العرفية: وهي المعاني المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها كذلك معتبرة في تعيين جهة العقود؛ لتصريح الفقهاء بأنه يُحمل كلام كل إنسان على لغته وعُرفه.

---

(١) . انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ٥٤)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي (١/ ٤٠٣).

(٢) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ١٨٢)؛ المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٤٦).

(٣) . المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٤٦).

(٤) . شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ١٨٢).

وهذا ما يعبر عنه الأصوليون بالعرف القولي: وهي الألفاظ التي اعتاد الناس إطلاقها لمعان معينة بحيث لا يتبادر إلى الذهن غيرها عند الإطلاق؛ وهي معتبرة شرعاً، ومقدمة على اللغة[1].

يقول القرافي: "العرف القولي يُقضى به على الألفاظ ويخصِّصها....[ثم يقول] العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة"[2].

فتنعقد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ التي وضعت لها مما يفيد معنى تلك العقود في العرف كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والعطاء...وانعقاد شراء الثمار على الشجر بلفظ **الضمان** في العرف الحاضر فالاعتبار بمعناه لا بلفظه، واختلاف الألفاظ والعبارات لا يؤثر في انعقاد العقد إن كان المقصود ظاهراً، لأنَّ المقصود هو فهم مراد المتكلم[3].

يقول الحطاب: "وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة، أو ما يدل على البيع"[4]. وهذا يدل على اعتبار العرف.

ومثله ما صرح به القرافي: "الأصل والقاعدة المعتمدة في العقود كلها إنما هو النية والقصد، مع اللفظ المشعر بذلك، أو ما يقوم مقام اللفظ من إشارة وشبهها، ثم اللفظ **إما أن يُشعر بالقصد لغة** [وهذا دليل على القرائن اللفظية] **أو عرفاً** [وهذا دليل على القرائن العرفية]"[5].

---

(١) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٧)؛ الفروق للقرافي (١/ ٣١٢)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٤٥٤)؛ القواعد في الفقه لابن رجب الحنبلي (١/ ٢٩٩).

(٢) . الفروق للقرافي (١/ ٣١٢)؛ وانظر: المنثور للزركشي (٢/ ٣٩٣).

(٣) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٩)؛ الفروق للقرافي (١/ ٦٩)؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٦/ ١٦٧)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٥٤)؛ شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ٥٥)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي (١/ ٤٠٤).

(٤) . مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٢٩).

(٥) . الفروق للقرافي (١/ ٦٩).

ثالثاً: دلالة الحال: ومعناها الظروف التي نشأ فيها العقد، وتختلف عن القرائن العرفية بأن دلالة الحال أخص؛ إذ القرائن العرفية يكون مضمونها معهوداً لكل الناس، أما دلالة الحال فهي خاصة بالمتعاقدين والظروف التي تقترن بإنشاء العقد.

ومثال ذلك: ما ذكره الحنفية في عقد البيع: إن قام المشتري بهبة المبيع المنقول للبائع قبل أن يقبضه منه وقبل البائع، فإن ذلك يعد إقالة؛ لأنَّ تصرف المشتري في المنقول قبل قبضه من البائع لا يجوز، فلا يمكن تصحيح الهبة، بل تعتبر مجازاً عن الإقالة، ولذا يقوم المشتري باسترداد الثمن إذا كان قد سلمه للبائع[1].

فالدلالة الحالية هنا تتمثل في عدم قبض المشتري للمبيع، إذ لو أنه قبضه لأصبح ملكاً مستقراً له، وعليه ضمانه فيملك التصرف فيه بأي وجه مشروع، ومن ذلك الهبة.

وأضرب مثالاً لدلالة الحال التي تدل على تعدد القصود: المحاباة في البيع، أي البيع بأنقص من ثمن المثل إلى حد لا يتسامح الناس فيه[2].

فإن النزول عن ثمن المثل إلى حد لا يتغابن الناس فيه عادة، ولا يُتسامح فيه، دلالة حالية على أن قصد البائع المحاباة أو التبرع بالجزء الذي يزيد عن مقدار ثمن المثل. وسيأتي حكم اجتماع قصد التبرع مع قصد المعاوضة قريباً[3].

رابعاً: دلالة محل العقد على القصد: يمكن أن أضيف إلى ما سبق أيضاً أن قصد المتعاقدين قد يظهر من خلال المحل الذي جرى التعاقد عليه، وذلك إذا كان محل العقد لا يقبل بطبيعته حكم العقد الذي تلفظ به العاقدان؛ فيلحق بأقرب العقود شبهاً مما يتفق مع طبيعة ذلك المحل.

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٤٨)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٢٧)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٨١)؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (١/ ٦١).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٤٩٣)؛ البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤١٨هـ، ط١، ت: محمد عبد القادر شاهين (٢/ ١٣٤)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٣٩٣)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٤٤٤).

(٣) . انظر ص ٢٤٩ وما بعدها من هذه الأطروحة.

ومثال ذلك: إن الحكم الأصلي لعقد العارية هو الانتفاع بالعين المستعارة وردها إلى صاحبها[1]، وبناء عليه فلا بد أن يكون محل عقد العارية مما تبقى عينه ولا يستهلك بالانتفاع.

ولذا إن كان محل العارية مما يستهلك وتذهب عينه بالانتفاع كالنقود، فإن العقد في حقيقته قرض وليس عارية وإن أطلق عليه المتعاقدان لفظ العارية، وهذا الحكم باتفاق الفقهاء[2].

يقول السمرقندي مبيناً بوضوح دور القصد في تفسير العقد في هذه المسألة: "وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فهو قرض حقيقة، ولكن يسمى عارية مجازاً؛ لأنه لمَّا رضي بالانتفاع به باستهلاكه ببدل كان تمليكاً له ببدل، وهو تفسير القرض"[3].

ويقول الدسوقي: "و[عارية] الأطعمة، والنقود قرض لا عارية، وإن وقعت بلفظ العارية؛ لأن المقصود من العارية الانتفاع بها مع رد عينها لربها"[4].

وهكذا نجد أن لمحل العقد دوراً في إظهار قصد المتعاقدين في بعض العقود.

المطلب الثالث: مذاهب الفقهاء في الأخذ بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني:

إن الفقهاء مختلفون فيما بينهم في تطبيق هذه القاعدة على العقود المختلفة، فبعضهم أخذ بها بشكل موسع، وبعضهم أخذ بها بشكل أضيق، وبعضهم جعلها أصلاً وذكر لها مستثنيات، وبعضهم لم يأخذ بها إلا

---

(١) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ١٣٥)؛ الذخيرة للقرافي (٦/ ١٩٨)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ٢٣٢)؛ تحفة المحتاج لابن حجر (٥/ ٤١٥)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٣٥٤)؛ كشاف القناع للبهوتي(٤/ ١٦٧).

(٢) . صرح بذلك الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو ما يفهم من نصوص الشافعية. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٨٢)؛ المدونة للإمام مالك (٤/ ٤٥٢)؛ التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٢٩٨)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٥٧٣)؛ فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين لزين الدين أحمد بن عبد العزيز المعبري المليباري الهندي (ت: ٩٨٧هـ)، دار بن حزم، ط١، د.ت (٣٨٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٧).

(٣) . تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ ١٩٩٤م (٣/ ١٧٧).

(٤) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٥٣).

استثناءً، والسؤال ما مذاهب الفقهاء في الأخذ بهذه القاعدة، فهل يؤخذ بالقصد في تكييف العقود أم بالألفاظ دون مراعاة مقاصد طرفي العقد؟.

في الحقيقة إن هذه المسألة من أعقد المسائل التي تعرض لها هذا البحث، وذلك لأن الفقهاء –حتى في المذهب الواحد، بل وفي الواقعة الواحدة– مختلفون في الأخذ بهذه القاعدة عند التطبيق، فبعضهم يرجح اللفظ (المتمثل بصيغة العقد) وبعضهم يرجح القصد، وبعضهم يلغي مفعول كل من القصد واللفظ، ويعد العقد باطلاً إن اختلفت مدلولات الألفاظ المجردة عن المقاصد الحقيقيَّة في العقد.

ولبيان مذاهب الفقهاء في ذلك بشكل يوضح المراد ويقربه، فقد قسمت المسألة إلى الحالات الآتية:

أولاً: حال كون القصد الحقيقي من العقد مضمراً:

إن الفقهاء متفقون فيما بينهم بداهة على أن العبرة للألفاظ وما تدل عليه من معانٍ لازمة لها، مهما يكن هناك من قصود مخالفة لما دلت عليه الألفاظ ما دامت تلك القصود خفية غير معلنة بأي وسيلة كانت[1].

وبالتالي فإن من يعقد بيعاً بلفظه الموضوع له عادة، فإن أحكام البيع هي التي تنطبق، ولا عبرة لما قد يضمره العاقدان أو أحدهما من قصود –ذات مدلولات تخالف مقتضى البيع– ما دام أن تلك القصود لم تظهر لا في الصيغة، ولا دلت عليها القرائن.

ويدخل هذا المبدأ تحت مدلول القاعدة التي نص عليها الفقهاء وهي: [أنَّ كلام العاقل يصان عن اللغو ما أمكن][2].

---

(١) . وهذا المعنى واضح جلي عند الفقهاء لكل من يدرس أحكام العقود وما بينوه من أركانها ولاسيما الصيغة وشروطها في كل عقد من العقود المختلفة.

(٢) . انظر القاعدة: البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٢٩٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٢١/ ٣٣١)؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (١/ ٣١٤).

فلو باع مريض مرض الموت شيئاً من ماله لآخر بثمن المثل فالعقد صحيح، والبيع نافذ باتفاق الفقهاء[1]؛ ولا يُقال إن المريض قد تصرف بماله بقصد الإضرار بالورثة؛ لأن هذا القصد –على فرض وجوده– إلا أنَّه مضمر غير ظاهر، لا بالصيغة، ولا بالقرائن الأخرى؛ إذ وقع البيع بثمن المثل، ولم يُصرَّح به في العقد.

ثانياً: إن دار اللفظ على أمر محظور شرعاً والقصد على أمر مباح:

ففي هذه الحالة يبطل العقد، ولا يُعتد بالقصد في أغلب التطبيقات التي ذكروها.

ومثاله: البيع بلا ثمن باطل عند جمهور الفقهاء[2]، باستثناء رواية مرجوحة عند كلٍّ من الحنفية والشافعية[3]؛

ولا يمكن أن يُعتد بالقصد فيما لو قصد العاقد الهبةَ، وكذلك الإجارة بلا بدل لا تعد عارية كذلك[4].

يقول البزدوي[5]: " البيع بلا ثمن، وهو غير مشروع"[6].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٣٤)؛ المحيط البرهاني في الفقه النعماني لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن مَازَةَ البخاري الحنفي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م، ت: عبد الكريم سامي الجندي (٧/ ٢٣)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٦٦٤)؛ المدونة للإمام مالك (٣/ ٢٠٥)؛ روضة الطالبين للنووي (٥/ ٢٣٦)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٤٧٢)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٥٣٦).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٢٠١)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ١٠٩)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/ ١٩٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٠٩).

(٣) . فينعقد بيعاً في رواية الحنفية، وهبة في رواية الشافعية المرجوحتين. انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ٢٠١)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٦١)؛ الوسيط للغزالي (٣/ ٨٥).

(٤) . انظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (١/ ٧٥)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي (١/ ٤١١).

(٥) . هو علي بن محمد بن الحسين أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي، ولد عام ٤٠٠هـ، من فقهاء الحنفية وعلماء الأصول المتقدمين في العلم، من تصانيفه (المبسوط في الفقه) ومازال مخطوطاً و(كنز الوصول في أصول الفقه) توفي سنة ٤٨٢هـ. انظر: تاج التراجم في طبقات الحنفية لقطلوبغا (٢/ ١٥)؛ الأعلام للزركلي (٤/ ٣٢٨).

(٦) . أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول) لعلي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس- كراتشي (٥٥).

وسبب عدم شرعية البيع وبطلانه إن قال: بعتك بلا ثمن، تناقض اللفظ وتهافته.

يعلل الحنفيَّة ذلك بقولهم: "عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكوراً بطريق الدلالة، **فإذا نص على نفي الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعاً أصلاً**"[1].

يقول الأنصاري[2]: "(وإذا قال: بعتك بلا ثمن) أو ولا ثمن لي عليك (فقبل لم يكن هبة) اعتباراً باللفظ، ولا بيعاً؛ لاختلال الصيغة برفع آخرها أولها"[3].

يقول الشيخ أحمد الزرقا[4]:" البيع بلا ثمن يبطل، ولا ينعقد هبة، ولم أر فيه خلافاً[5]، وكذا الإجارة بلا بلا بدل لا تنعقد عارية[6] ... ووجه عدم الانعقاد في الفرعين ظاهر؛ وذلك أنه دار الأمر فيهما بين عقد

---

(١) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٨٣).

(٢) . هو الشيخ زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، ولد سنة ٨٢٦هـ، عرف عنه التواضع وحسن العشرة والأدب والعفة، أذن له شيوخه في الإفتاء في حياتهم، من تصانيفه (أدب القاضي على مذهب الشافعي). توفي سنة ٩٢٦هـ في القاهرة. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٨/ ١٣٣)؛ الأعلام للزركلي (٣/ ٤٦).

(٣) . أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٣٩٧).

(٤) . هو ابن الشيخ محمد الزرقا فقيه حلب الشهباء، ولد نحو سنة ١٢٨٥هـ، درس على أبيه الفقه وغيره من العلوم، كان صبوراً في تلقيه للعلم، قرأ على والده كثيراً من كتب المذهب الحنفي، وله على بعضها تعليقات، أسندت إليه وظائف والده في المدرسة الشعبانية، والجامع الأموي الكبير، كان محققاً مولعاً بالأدب العربي والتاريخ، وقد تخرّج عليه جمع غفير من أهل العلم والفضل، في مقدّمتهم ابنه العلاّمة الفقيه الشّيخ مصطفى الزرقا، وله كتاب وحيد وهو (شرح القواعد الفقهية) الذي أخرجه ابنه العلامة مصطفى الزرقا، توفي سنة ١٣٥٧هـ. انظر موقع نسيم الشام:
https://www.naseemalsham.com/ar/Pages.php?page=readTragm&pg_id=45655

(٥) . وقد ذهب الشيخ مصطفى الزرقا إلى أنه ينعقد هبة؛ لأن ركن الهبة متوافر فيه، وهي الرواية المرجوحة عند الشافعية كما ذكرت. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٦١)؛ الوسيط للغزالي (٣/ ٨٥)؛ العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) لمصطفى الزرقا، دار القلم- دمشق، ط٢، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م (٢٣).

(٦) . يوجد رواية مرجوحة عند الحنفية مفادها أن الإجارة بلا بدل تنعقد عاريَّة، ولم أجد من صرَّح بذلك غيرهم. انظر: حاشية ابن عابدين عابدين (٦/ ٢٤٤)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٧).

محظور، وهو البيع بلا ثمن، والإجارة بلا بدل، وكلاهما فاسد، وهو محظور، وبين عقد مباح، وهو الهبة والعارية، فغلب الحاظر"[1].

ثالثاً: إن الاعتداد بالقصود في العقد مقيد بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يصرف العقد إلى جهة معينة:

فلو قام مانع شرعي يمنع الاعتداد بقصد العاقد، ويصرف العقد إلى جهة معينة فلا عبرة لهذا القصد، وينصرف العقد إلى تلك الجهة، وإن قصد العاقد غيرها.

ومثال ذلك: إن الفسخ في البيع الفاسد –وفق اصطلاح الحنفية– واجب على المتعاقدين كليهما[2].

يقول الكاساني في البيع الفاسد: "البيع وإن كان مشروعاً في ذاته، فالفساد مقترن به ذِكْراً، و دفع الفساد واجب، و لا يمكن إلا بفسخ العقد فيستحق فسخه"[3].

وبالتالي فإنَّ ردَّ المبيع وما يقابله وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد يُعدُّ كل ذلك فسخاً بحكم الشرع، ولا عبرة لما يقصده المتعاقدان في ذلك، أي لو رد المشتري –في البيع الفاسد– السلعة إلى البائع قاصداً الهبة أو العارية أو غير ذلك فإن قصده ملغى، ويقع الرد على سبيل الفسخ للبيع الفاسد لا غير[4]، ولا شك أن أن آثار اعتبار الرد بحكم الفسخ غير الآثار المترتبة على اعتبار الرد بحكم الهبة المبتدأة أو العارية أو غير ذلك من العقود...

وقد نصَّ الحنفية على أنه: "إذا وهب المشتري المبيع للبائع في البيع الفاسد بعد قبضه يجعل عن فسخ البيع الفاسد حتى يبرأ من ضمانه، ولا يجعل هبة؛ لأنَّ الرد واجب والهبة تطوع"[5].

ويقول الشيخ أحمد الزرقا: "إن المشتري شراء فاسداً لو ردّ المبيع على بائعه انفسخ البيع السابق، على أي وجه كان رده، سواء كان ببيعٍ جديد أو بهبة أو صدقة أو عارية أو وديعة؛ لأن فسخ البيع الفاسد ورد

---

(١) . شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (١/ ٧٥).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢١١)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٥٨٢)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٣).

(٣) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٣٠٠).

(٤) . انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١/ ٢٥٧).

(٥) . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (١/ ٢٥٧).

المبيع واجب شرعاً، فعلى أي وجه رده يقع عن الواجب، ويبرأ عن ضمانه، فقد أُلغي القصد في هذه التصرفات، واعتبر تسليم المبيع للبائع رداً بحكم الفسخ للعقد الفاسد السابق..."[1].

-فيما عدا تلك الحالات (أي لو كان القصد ظاهراً من خلال الصيغة أو القرائن العرفية أو دلالة الحال وكان مدلول اللفظ والمقاصد كلاهما مباح، ولم يوجد صارف شرعي للعقد إلى جهة معينة) فما الحكم هل يكون العقد ما أثبته العاقدان باللفظ فحسب؟ أم يُكيَّف العقد وفقاً لما دلت عليه القصود والمعاني؟. كما لو وهبه بشرط العوض بمبلغ معين؟ فهل تنطبق أحكام البيع هنا؟ أو أحكام الهبة -على الاختلاف الكبير بينهما-؟

من خلال البحث والاستقراء توصلت إلى أن هناك مذهبين في ذلك:

المذهب الأول: مذهب الجمهور من الحنفية[2] والمالكية[3] وقول عند الشافعية[4] والحنابلة[5]: ومفاد رأيهم مراعاة القصد والمعنى وتقديمه على اللفظ، ما دام أن هناك قرينة تدل على ذلك القصد، وقد تقدم بيان تلك القرائن في المطلب الثاني من هذا المبحث.

فالحنفية طبقوا قاعدة تقديم المعنى على اللفظ في مواطن كثيرة كما نص على ذلك فقهاؤهم، واستثنوا بعض الفروع مما يدخل في الحالات السابقة (أولاً وثانياً وثالثاً من هذا المطلب).

يقول السرخسي: " العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ"[6].

---

(١) . شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (١/ ٧٢).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٣٤)؛ البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٣٦٨)؛ غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي (٢/ ٢٦٨)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٣/ ٩٤)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ١٨٤).

(٣) . انظر: الفروق للقرافي (١/ ٦٩)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٥).

(٤) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٠٢).

(٥) . انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٦/ ٩٦)؛ كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٣٨)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٩٤).

(٦) . المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٢٣).

ويقول ابن نجيم: " الاعتبار للمعنى لا للألفاظ ، صرحوا به في مواضع [ثم ذكر أمثلة كثيرة على ذلك]"[1].

وجاء في غرر الحكام: "عند حصول العقد لا يُنظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما يُنظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأنَّ المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني"[2].

أما المالكية فقد بينوا أن القاعدة المعتمدة في العقود كلها الاعتداد بالنية والقصد مع اللفظ المشعر بذلك أو ما يقوم مقام اللفظ من إشارة وشبهها، ثم إما أن يُشعرَ اللفظُ بالقصد لغة أو عرفاً[3]. –كما سبق بيانه–.

وكذلك الحنابلة قدموا القصد على اللفظ في العقود باستثناء القليل منها[4].

يقول الرحيباني: "وتصح مساقاةٌ بلفظها: كساقيتك على هذا البستان ونحوه ، وتصح بلفظ مُعاملة ومفالحة، وبلفظ: اعمل بستاني هذا حتى تكمل ثمرته على النصف مثلاً، ونحوه مما يؤدي ذلك المعنى؛ لأنه القصد، فأي لفظ دل عليه انعقدت به، كالبيع، وتصح مساقاة بلفظ إجارة مع مزارعة، أي: وتصح المزارعة أيضاً بلفظ إجارة، كـ: استأجرتك لتعمل على هذا البستان حتى تكمل ثمرته بثلثها، أو استأجرتك لتزرع هذا الحب بهذه الأرض وتعمل عليه حتى يتم بالربع ونحوه؛ لأن هذا اللفظ مؤدٍ للمعنى"[5].

ويقول ابن القيم: "المقصود أن المتعاقدين وإن أظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن فالعبرة لما أضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد"[6].

---

(١) . الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٠٨).

(٢) . درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل-بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م (١/ ٢١).

(٣) . انظر: الفروق للقرافي (١/ ٦٩).

(٤) . كعقد النكاح، وقد سبق في الفصل التمهيدي أن الحنفية والمالكية لم يشترطوا لفظ النكاح أو التزويج لصحة العقد –على اختلاف في التفاصيل–، خلافاً للشافعية والحنابلة حيث ذهبوا إلى أن النكاح لا يكون إلا بلفظي التزويج أو النكاح. انظر ص ٣٠ من هذه الأطروحة.

(٥) . مطالب أولى النهى للرحيباني (٣/ ٥٥٩).

(٦) . إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٩٤).

ويقول كذلك: "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها؛ فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه، وكيف يقدَّم اعتبار اللفظ، الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه، بل قد يقطع بذلك، على المعنى الذي قد ظهر بل قد يتيقن أنه المراد؟!"[1].

وبناء على ذلك: لو تعددت قصود العاقدين في عقد ما فإن لتلك القصود أثراً في تكييف العقد، فإن انضم إلى قصد الكفالة قصد براءة الأصيل بأن اشترطه أحد المتعاقدين في عقد الكفالة، فإن ذلك من شأنه أن يجعل عقد الكفالة عقد حوالة لتوافر معناها[2]، وسيأتي مزيد من الأمثلة عن ذلك عند دراسة المباحث التالية في هذا الفصل.

والخلاصة: إن الأصل عند جمهور الفقهاء الاعتداد بالقصد دون الألفاظ في العقود، ما دامت القرائن (اللفظية أو العرفية أو الحالية..) الدالة على ذلك القصد متوافرة، وذلك في كثير من الفروع التي ذكروها، أما المذهب الثاني فبيانه كالآتي.

المذهب الثاني: وهو الأصح عند الشافعية، ومفاده: الأخذ بالألفاظ في أغلب الفروع[3].

جاء في حواشي الشرواني:"(تارة يراعون هذا)، أي اللفظ، وهو الأكثر، كما لو قال: بعتك هذا بلا ثمن، لا ينعقد بيعاً، ولا هبةً على الصحيح، (وتارة يراعون هذا)، أي المعنى، كما لو قال: وهبتك هذا الثوب بكذا ينعقد بيعاً على الصحيح، فلم يطلقوا القول باعتبار اللفظ، بل يختلف الجواب باختلاف المدرَك، كالإبراء في أنه إسقاط أو تمليك، وتارة لا يراعون اللفظ ولا المعنى، كما إذا قال: أسلمت إليك هذا الثوب في

---

(١) . إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٩٤).

(٢) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ١٨٢)؛ المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٤٦)؛ الشرح الكبير للدردير ومعه حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٦)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٤٥).

(٣) . انظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٣٦٦)؛ حاشية الشربيني على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٣/ ١٤٥)؛ حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٤٠٢)؛ أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٨٢).

هذا العبد، فإنَّ الصحيح أنه لا ينعقد بيعاً ولا سلماً، والغالب عليهم مراعاة اللفظ ما لم يقو جانب المعنى، ومن ثم وقع في عبارة غير واحد **أن العبرة في العقود بالألفاظ"**[1].

وفي حاشية الشربيني على شرح البهجة الوردية: "العبرة في العقود، أي الغالب مراعاة اللفظ"[2].

والضابط لهذه القاعدة في هذا المذهب -كما بين الزركشي- التفريق بين حالتين:

١- إن تهافت اللفظ: [أي تناقض] حكم بالفساد على المشهور، كقول البائع: بعتك بلا ثمن.

٢- إن لم يتهافت اللفظ: فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى، فإن كانت الصيغة أشهر كقوله: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا الكتاب، فالأصح اعتبار الصيغة؛ لاشتهار الصيغة في بيع الذمم، وقيل: ينعقد بيعاً.. وإن لم يشتهر، بل كان المعنى هو المقصود، كـقوله: وهبتك بكذا، فالأصح انعقاده بيعاً، وإن استوى الأمران فوجهان، والأصح اعتبار الصيغة؛ لأنها الأصل، والمعنى تابع لها[3].

والخلاصة: إن الأخذ بمقاصد العاقدين في تكييف العقد أمر متفق عليه من حيث الجملة، مع مراعاة اختلاف طبيعة كل عقد عن غيره وتعدد الأقوال في بعض الجزئيات.

وإن الراجح هو الاعتداد بالقصد متى دلت الدلائل عليه سواء باللفظ أو بالعرف أو بالحال، ويظهر للمدقق أن هذا المعنى صرح به الشافعية أنفسهم.

جاء في حواشي الشرواني والعبادي: "الغالب عليهم مراعاة اللفظ **ما لم يقو جانب المعنى"**[4].

وتطبيقاً على الاختلاف السابق بين جمهور الفقهاء من جهة والشافعية من جهة أخرى، أذكر مثالين:

المثال الأول: عقد السلم: فلو تلفظ العاقدان بلفظ البيع والشراء، وقصدا من ذلك السلم -مع تحقق شروطه المختلفة- فهل ينعقد سلماً أو لا؟.

---

(١) . حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٤٠٢).

(٢) . حاشية الشربيني على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٣/ ١٤٥).

(٣) . انظر: المنثور للزركشي (٢/ ٣٧٤).

(٤) . حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٤٠٢).

الجمهور من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية في قول يقابل الأصح[3] والحنابلة[4] على أن العقد يصح سلماً؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، ومثاله: لو قال رب المال في السلم: اشتريت منك كذا قدراً من القمح صفته كذا، وكذا إلى أجل بمبلغ حاضر معلوم القدر، فلو قبل المُسلَم إليه انعقد سلماً، ولا إشكال في ذلك.

في حين ذهب الشافعية في الأصح[5] إلى أن السلم لا ينعقد إلا بلفظ السلم أو السلف. فلو قال: اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم فقال بعتك. فلا ينعقد سلماً في الأصح، ولكن هل ينعقد بيعاً؟

هناك قولان عند الشافعية الأظهر منهما أنه لا ينعقد بيعاً كذلك؛ لاختلاف اللفظ فإن اسم السلم يقتضي الدينية، والدينية مع التعيين يتناقضان، والثاني ينعقد بيعا نظراً للمعنى، وهذا ما رجحه بعض الشافعية[6].

المثال الثاني: المضاربة بشرط كون الربح كلّه لأحدهما: فلو قصد أحد العاقدين في المضاربة أن يكون الرِّبح جميعه له فاشترط ذلك في العقد، فإن العقد ينقلب إلى قرضٍ إن كان الشرط لصالح عامل المضاربة، وينقلب إلى بضاعة أو إبضاع[7] إن كان الشرط لصالح رب المال، وهذا ما نص عليه الحنفية[8]، وهو مذهب المالكية[9] والحنابلة[10].

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٦٨)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١١٠).

(٢) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٥١٤).

(٣) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٠٢).

(٤) . انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل لابن قدامة المقدسي (٢/ ٦٢).

(٥) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٠٢).

(٦) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٠٢).

(٧) . الإبضاع: هو أن يقوم شخص بالاتجار بمال غيره متبرعاً، فيكون كل ما جناه لصاحب المال. انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٢)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١٣١).

(٨) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٨٦)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ١٧٧)؛ فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ١٧٧).

(٩) . انظر: منح الجليل لمحمد عليش (٧/ ٣٣٨)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٩٢).

(١٠) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٠٩)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١٣١)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٥١٥).

يقول البابرتي: "بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة؛ لأنه إن شرط الجميع للعامل صار قرضاً، وإن شرط لرب المال صار بضاعة"[1].

ونصَّ الحنابلة على أنه "(إن قال خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبضاع)؛ لأنَّه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه...(وان قال والربح كله لك فهو قرض) لا قِراض؛ لأن قوله خذه فاتجر به يصلح لهما"[2].

أمّا المعتمد عند الشافعيَّة[3] فهو أنَّ العاقدين إن تلفظا بلفظ المضاربة ثمَّ أضافا إليها شرطاً بجعل الربح لأحدهما فالعقد مضاربة فاسدة، ولا تنقلب إلى قرض أو إبضاعٍ، بخلاف ما لو قال: خذ هذا المال وربحه لك، فاللفظ هنا محتمل للقرض، ولما جاءت قرينة تدلُّ على ذلك –وهي قوله: ربحه لك– أصبح العقد قرضاً، كذلك القول لو كان الشرط لصالح صاحب المال يصبح بضاعة.

يقول العمراني: "إذا دفع إليه ألفاً، وقال: قارضتك على هذا، على أن يكون الربح كله لك.. كان قراضاً فاسداً...وإن قال: قارضتك على هذا، على أن يكون الربح كله لي...كان قراضاً فاسداً [كذلك]...وإن دفع إليه ألفاً، وقال: اعمل عليه والربح كله لك...كان ذلك قرضاً؛ لأنه لم يذكر اسم القراض ولا معناه، وإن قال: اعمل عليه والربح كله لي...كان ذلك بضاعة...والأصل في هذا: أن كل لفظة كانت موضوعة لعقد من العقود خاصة فيه، فإنَّها إذا أُطلقت.. حُملت عليه، وإن عُقِّبت بما ينافي ذلك العقد...فسد العقد، وكل لفظة كانت محتملة لنوعين من العقود فأكثر: فإذا ذكرت ثم عقبت بما يقتضيه أحد تلك العقود...حُملت على بيان ذلك العقد"[4].

---

(١) . العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ١٧٧).

(٢) . الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١٣١).

(٣) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٢٢٦)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٧/ ١٩٥).

(٤) . البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٧/ ١٩٥).

وعلى أية حال فإن الاختلاف السابق بين الفقهاء لا يمكن سحبه على كل عقد؛ لما سبق أن أسلفت أن في كل مذهب اختلاف وتفصيلات في كل جزئية على حدة، ولكن الفقهاء بما فيهم الشافعية يعتدون بالقصد إن قام الدليل عليه كمبدأ عام في أغلب الفروع.

وهكذا يتبيَّن أن تكييف العقود يختلف باختلاف مقاصد أصحابها، ولإسقاط ذلك على أهم أنواع العقود أتناول أهم التطبيقات لهذا الحكم بما يتصل بتعدد القصود في المباحث الآتية.

المبحث الثاني: أثر تعدُّد القصود في تكييف العقد من حيث كونه مسمى أو غير مسمَّى

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان حقيقة العقد المسمى وغير المسمى

المطلب الثاني: ضابط التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى ودور تعدد القصود في ذلك

المطلب الثالث: أثر التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى

المطلب الأول: بيان حقيقة العقد المسمى وغير المسمى:

إن التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة لم يُصرح به في كتب السادة الفقهاء الأقدمين، وإنما ورد بيانه في كتب الفقهاء المعاصرين والقانون، مع أن تقسيم العقود فقهاً إلى مسماة وغير مسماة يُستنبط من مجموع ما ذكره الفقهاء في أبواب العقود، ويترتب عليه أثر عملي.

ولا بد أن أشير إلى أن تقسيم العقد إلى مسمى وغير مسمى مشتهر في القانون، ولذا لا بد من بيان معنى العقد المسمى وغير المسمى في الفقه والقانون، مع بيان الأثر المترتب على هذا التقسيم.

أولاً: العقد المسمى: هو من العقود التي عرفت بأسماء معينة واحتواها التشريع في نصوصه، وبيَّن أحكامها الخاصة التي تميزها عن غيرها من العقود، ولذا لا بد في العقد المسمى من أن يكون له اسم خاص، وأن ينظم المشرع أحكامه الخاصة به[1].

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "[العقود المسماة] وهي التي أقر التشريع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها، كالبيع والهبة والإجارة والشركة وغيرها..."[2].

فالعقود المسماة في الفقه الإسلامي متفقة مع المعنى القانوني الحديث في النتيجة، ولكنها تختلف عنها من حيث المبدأ؛ إذ قام الفقهاء بعرض جميع العقود الشائعة والمنتشرة بين المسلمين وبيَّنوا تفصيلاتها في كتبهم الفقهية، وخصصوا لكل عقد باباً مستقلاً، (البيع السلم القرض الإجارة الرهن الوكالة...) على اختلاف في الترتيب[3].

أما الاختلاف في المبدأ فيظهر في المصدر الذي استقى منه كل من القانون والفقه أحكام العقود، فالقانون نظم العقود التي شاعت بين الناس وتعارفوا عليها، فكان عمل القانون رصد التعامل بين الأفراد وتتبع مجريات الأمور وتدوين الأحكام المتداولة بين الناس[4].

---

(١) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته أ.د.وهبة الزحيلي (٤/ ٢٤٢)؛ العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي (١٨)؛ العقود المسماة د.زهير حرح، د.علي الجاسم (١٣).

(٢) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٢).

(٣) . انظر: العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي (١٩).

(٤) . انظر: العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي (٢٠).

أما الفقه الإسلامي فقد بادر -وبشكل مباشر- لبيان معظم أحكام المعاملات التي تحقق أهداف الشريعة ومقاصدها العامة في تأمين مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع المضار عنهم، فنزلت الشريعة من رب العزة على الرسول الأعظم ﷺ، فقام رسول الله ﷺ ببيان أحكام الشريعة للناس بسنته المطهرة القولية والفعلية والتقريرية، وأرشد الناس إلى الحفاظ على مصالحهم الضرورية الحاجية التحسينية، فنصت الشريعة مباشرة على أغلب العقود النافعة التي تحقق تلك المصالح، ونهت عن جميع العقود الفاسدة أو الباطلة التي تفوت على الناس مصالحهم، وبيَّنت الشريعة الغراء المصادر التي تفتح المجال لقبول العقود والاتفاقات المنسجمة مع مقاصد الشريعة، ولم يرد فيها نص شرعي، وبذلك أخذت الشريعة بأيدي الناس إلى ممارسة العقود الصحيحة، ولم تترك الأمر للضياع والتجارب للوصول إلى الصواب، وهذا مصداق قوله تعالى: ﴿إِنَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانَ يَهْدِى لِلَّتِى هِىَ أَقْوَمُ وَيُبَشِّرُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱلَّذِينَ يَعْمَلُونَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ أَنَّ لَهُمْ أَجْرًا كَبِيرًا ۝٩﴾ [الإسراء:٩][1].

ولكن بيان الشريعة لقسم كبير من العقود وإعطاؤها أحكاماً خاصة بكل نوع منها لا يعني أن الأصل في العقود الحظر، وإنما يعني أن الشريعة وضعت ضوابط عامة تنظم كل العقود، وقد استنتج الفقهاء تلك الضوابط من خلال النص عليها صراحة، كضابط تحريم الربا؛ إذ وردت أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة المطهرة تدل على تحريم الربا في شتى التعاملات، ومن خلال الاستقراء كذلك، كضابط عدم مناقضة قصد الشارع، وسيأتي بيان أهم تلك الضوابط في الفصل الأخير.

ثانياً: العقد غير المسمى: وهو الذي لم يرد له اسم خاص في الشرع، ولم يضع له المشرع قواعد خاصة تحكمه، بل أنشأها الناس تبعاً للحاجة وتطور مجريات الحياة[2]، كعقد الاستجرار والمضايفة وغيرها مما سيرد بيانه ضمن المبحث.

---

(١) . انظر: العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي (٢٠).

(٢) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٢)؛ الفقه الإسلامي وأدلته أ.د.وهبة الزحيلي (٤/ ٢٤٢)؛ العقود المسماة د.زهير حرح، د.علي الجاسم (١٣).

وقد اختلف الفقهاء في حكم إنشاء هذا النوع من العقود كما سيأتي قريباً، أما القانون فقد اعتدَّ بها، وعدمُ تنظيمه لأحكامها لا يعني أنه لم يعترف بها، بل غايته في تنظيم العقود المسماة –دون غيرها– لأهميتها في الواقع العملي والنشاط الاقتصادي، فيبقى للمتعاقدين الحرية في عقد ما يشاؤون من العقود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة[1]–على حد تعبير القانونيين–.

المطلب الثاني: ضابط التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى ودور تعدد القصود في ذلك:

إن العقد المسمى هو ما خصه المشرِّع بأحكام معينة وميَّزه عن غيره من العقود –كما سبق– وبالتالي فإنَّ اختصاص العقد باسم معين وأحكام خاصة تجعل منه عقداً مسمَّى.

أما إن لم يرد للعقد اسم خاص ولم يفصل التشريع أحكامه بشكل مستقل عن غيره، فهذا يعني أن العقد غير مسمى[2].

وإذا كان ورود اسم خاص وأحكام معينة لعقد ما أو عدم ذلك يجعل منه عقداً مسمى أو غير مسمى، فإن إرادة العاقدين هي الفيصل في إخضاع العقد الذي تم بينهما إلى أحكام العقود المسماة أو غير المسماة، وهذا متفق عليه فقهاً وقانوناً.

فقد ورد عند القانونيين: "ومن الصعوبة حصر العقود غير المسماة؛ لأنها منوطة **بإرادة المتعاقدين** التي لا يحدها إلا النظام العام والآداب، فمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية يتيح للأفراد حرية إبرام ما يشاؤون من العقود"[3].

---

(١) . انظر: العقود المسماة د.زهير حرح، د.علي الجاسم (١٣). بالنسبة لمصطلح النظام العام فهو مصطلح قانوني يصعب تحديده كما صرح بذلك القانونيون، ومن مجمل ما ذكروه يتبين أن النظام العام هو: مجموعة القواعد الآمرة –سواء كانت منصوصة أو غير منصوصة– والتي تحكم السلوك انطلاقاً من مقتضيات المصلحة العامة السائدة في المجتمع، ولا يمكن لأحد تجاوزها. أما المقصود بالآداب العامة فهي: عادات الأفراد الشرفاء، وهي دون القواعد الأخلاقية في المنزلة، حيث إن الأخيرة تكون ثابتة، والأولى متغيرة حسب الزمان والمكان. انظر: شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام) أ.د محمد وحيد الدين سوار (١/ ١٦٣، ١٧١).

(٢) . انظر الصفحتين السابقتين.

(٣) . انظر: العقود المسماة د.زهير حرح، د.علي الجاسم (١٤).

ويقول الشيخ مصطفى الزرقا: "والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر؛ لأنها تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة...."[1].

ولا شك أن **تعدد القصود** في عقد ما يلعب دوراً مهماً في إخراج العقد من دائرة العقود المسماة، وإدخاله في دائرة العقود غير المسماة؛ ذلك أن أغلب العقود غير المسماة تنشأ باتجاه قصد المتعاقدين إلى الجمع بين أغراض عقود متعددة (من العقود المسماة) تحت عقد واحد (فيصبح غير مسمى).

وتفصيل ذلك أن لكل نوع من العقود المسماة قصداً مباشراً-كما سبق بيانه في الباب الأول- لا يختلف مهما اختلفت قصود العاقدين التي تأتي خلف القصد المباشر، ويطلق على القصد المباشر مصطلح الأثر النوعي أو غرض العقد الأساسي أو ثمرة العقد، وهو محدد فقهاً بشكل دقيق، وهو في عقد البيع نقل الملكية لقاء عوض[2]، وفي الهبة نقل الملكية بغير عوض[3]، وفي الرهن توثيق الدين بحبس المرهون[4] وهكذا...فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي ويبحث عنه في بابه، ويسمى هذا الأثر الخاص بالأثر النوعي للعقد[5]. وبناء عليه إذا جمع العاقدان بين أكثر من قصد مباشر في عقد واحد فإن هذا من شأنه أن يضفي على اتفاقهما صفة العقد غير المسمى.

ومن أمثلة العقود غير المسماة:

بيع الوفاء، وبيع الاستجرار، وعقد المضايفة[6] والإجارة المنتهية بالتمليك، والمشاركة المتناقصة.

---

(١) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٢).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٤/ ٤٣٣)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٥)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٤).

(٣) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ١٩)؛ حاشية الخرشي (٧/ ١٠١)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٠٥)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٢٧٣).

(٤) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٢/ ٤٦٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٧).

(٥) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٤٩٧).

(٦) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د.وهبة الزحيلي (٩/ ٢٣٣).

فبيع الوفاء: أي أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً على أنَّه متى وفَّى الثمن استردَّ العقار، وقد نصَّ على هذا العقد الحنفيَّة. واختلفوا في تكييفه بين كونه بيعاً أو رهناً[1]، ثم استقر الترجيح على هذا الاسم الخاص به[2].

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "بيع الوفاء يجب أن يعد عقداً مستقلاً، ولا ينبغي أن يعتبر من فروع البيع؛ لأنه عقد مستحدث مزيج من بيع ورهن..."[3].

و**يبدو تعدد القصود في بيع الوفاء:** في أن الأصل في البيع أنَّه تملُّك وتمليك لا رجوع فيه، ولكن لما قصد المتعاقدان –في بيع الوفاء– تمليك العقار [وهو الأثر النوعي والقصد المباشر لعقد البيع]، وقصدا ردَّه لبائعه بعد إرجاع ثمنه بمضي فترة معينة [وهو الأثر النوعي لعقد الرهن]، فقد خرج هذا البيع عن دائرة العقود المسماة، ولولا انضمام قصد استرداد العقار والثمن لكان العقدُ عقدَ بيع واضح ولا إشكال فيه، ومن هنا اختلفوا في تكييفه من حيث الوصف الحقيقي والحكم الشرعي، وسيأتي بيان ذلك عند عرض مسألة (الرهنية) في الفصل الأخير[4].

أما المثال الثاني فهو بيع الاستجرار: وهو ما يستجرُّه الإنسان من البُيَّاع [أي يأخذه منهم دفعة فدفعة]، ثم يعطيه أثمانها بعد استهلاكها[5]. وكذلك تردد بين كونه بيعاً أو ضمان متلفات بإذن مالكها عرفاً، واستقر

---

(١) . فبعضهم سماه بالرهن المعاد، وبعضهم سماه بيع الأمانة، وبعضهم سماه بيع الوفاء؛ ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن. كما نقل ذكر ذلك فقهاء الحنفية. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٨)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠٨)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٢٣٦).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٨)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠٨)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د.وهبة الزحيلي (٩/ ٢٣٤).

(٣) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٠٨).

(٤) . انظر ص ٣٩٧ من هذه الأطروحة.

(٥) . وقد ذكر له الفقهاء صورتين أساسيتين: الأولى: أن يقول أعطني بكذا لحماً أو شيئاً آخر، فيعطيه، ويبقى بينهما التعامل فترة ثم يحاسبه بعدها، ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا جائز باتفاق الفقهاء الذين أجازوا بيع المعاطاة. الثانية: أن يلتمس مطلوبه من البائع دون تعرض للثمن، وهذا اختلف فيه. فبعض الفقهاء من الشافعية –وهو الغزالي– أباحه، والأكثر منعوه. انظر: حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٧)؛ نهاية المحتاج للرملي (١١/ ١٤٣).

على هذا الاسم [**عقد الاستجرار**] تسهيلاً لأمر الناس ودفعاً للحرج[1]. ويسمى باسم الحساب الجاري[2].

ولو نظرنا في بيع الاستجرار لوجدنا أن تعدد قصد المشتري بتعدد المرات التي تصله البضاعة من بائعها هو الذي أضفى على هذا العقد صفة غير المسمى.

ومن أشهر الأمثلة اليوم على العقود غير المسماة ما يطلق عليه **عقد المضايفة** أي النزول في الفنادق مع ما يشمل تقديم الطعام والشراب للنَّزيل؛ فهذا عقد غير مسمى مركب من عدة عقود؛ إذ هو إجارة بالنسبة للمكان، والخدمة، وبيع بالنسبة للطعام والشراب، ووديعة بالنسبة لملابس النزيل وممتلكاته، ومع ما لهذا العقد من أهمية وضرورة إلا أنَّه لم يوضع له إلى الآن أحكام خاصة مستقلة عن غيره، فبقي في دائرة العقود غير المسماة[3]، ويسمى في بعض الدول كالجزائر **بعقد الفندقة**[4]. وواضح دور تعدد القصود في إنشاء هذا العقد وتصنيفه.

أما الإجارة المنتهية بالتمليك والمشاركة المتناقصة –أو المنتهية بالتمليك– فقد تناولتهما بشكل مستقلٍّ لشيوعهما وأهميتهما وبينت أثر تعدد القصود فيهما من نواح عدة[5].

المطلب الثالث: أثر التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى:

بما أنَّ لتعدد القصود أثراً بارزاً في إخراج العقد من دائرة العقود المسماة إلى غير المسماة، فلا بد من بيان الثمرة الفقهية لذلك الأثر، وهذا يتمثل في البحث عن أثر التمييز بين العقد المسمى وغير المسمَّى في الفقه الإسلامي.

---

(١) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د.وهبة الزحيلي (٩/ ٢٣٤).

(٢) . والذي ذكر هذا الاسم الشيخ مصطفى الزرقا، وقد عدت فلم أجد هذه التسمية عند فقهاء الحنفية؛ فلعلها من إطلاق الشيخ الزرقا رحمه الله تعالى. انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٣).

(٣) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٢).

(٤) . انظر: أحكام العقد غير المسمى في القانون الجزائري، لطاهرة يعقوب عبد الصمد، وأصله بحث مقدم لاستكمال شهادة الليسانس في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية–جامعة قاصدي مرباح–ورقلة الجزائر، ٢٠١٤م (٣).

(٥) . انظر ص ٤٢٢ وما بعدها من هذه الأطروحة.

فأقول: إن التمييز بين هذين النوعين من العقود في الفقه الإسلامي أمر مهم لما يترتب عليه من أثر في معرفة مدى مشروعية كل منهما.

فبما أن العقد المسمى في الشريعة هو العقد الذي وضع له الشرع اسماً خاصاً، وبين أحكامه المترتبة عليه، كالبيع والإجارة والشركة والهبة وغيرها كما سبق في المطلب السابق، فإنه من البدهي أنَّ مشروعية ذلك العقد مرتبطة بالأحكام التي أتى بها المشرع الحكيم، فعقد البيع عقد مباح من حيث الأصل، وكذا الإجارة والشركة والهبة....والربا عقد محرم، وهكذا... فلا خلاف بين الفقهاء في هذه الناحية من حيث الجملة.

أي أن الحكم الشرعي للعقد المسمى هو ما نص عليه الشرع، وهو الإباحة إلا إن اختلت الشروط والضوابط التي طلبها الشارع لذلك، كوجود الربا أو الغرر في العقد، ولا مجال هنا لتفصيل ذلك، فهو مبسوط في كتب الفقه.

أما العقد غير المسمى فقد اختلف في مشروعيته، بناء على الاختلاف بين الفقهاء في مبدأ حرية التعاقد[1].

وذلك لأن العقود غير المسماة لم يوضع لها اسم خاص في الشرع، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها، وإنما استحدثها الناس تبعاً للحاجة والمصلحة، وهي كثيرة لا تنحصر، لأنها تنشأ بحسب تجدد حاجات الناس وتطور المجتمعات[2]، فالمرجع في إحداثها إرادة الشخص وحريته في إنشاء العقود، وفق مصالحه، وإن لم ترد في الشريعة، فما حكم تلك العقود؟ وبعبارة أخرى: هل للشخص حرية في إنشاء العقود التي لم ترد تسميتها وأحكامها في الشريعة؟

إن المبدأ القائل (العقد شريعة المتعاقدين) متفق عليه بين القانونين، ولاسيما فقهاء القانون الحديث، أي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود واشتراط الشروط لتحديد التزامات التعاقد وآثاره المترتبة عليها، ولا

---

(١) . يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "إن لقضية العقود المسماة وغير المسماة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سلطان الإرادة وحرية الشروط التعاقدية". المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٥). والغريب أن مسألة العقود المسماة وغير المسماة لم تدرس من الناحية الفقهية إلا قليلاً، بل درسها القانون الوضعي فقط بشكل كامل، مع أن الأثر المترتب على ذلك التقسيم أثر مهم في الفقه الإسلامي كما بينته في اختلاف الفقهاء في المتن.

(٢) . انظر: العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) لمصطفى الزرقا (٩)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د.وهبة الزحيلي (٤/ ٢٤٢).

يضعون أي حد لذلك إلا انضباط الإرادة بالنظام العام والآداب العامة[1] –على حد التعبير القانوني كما سبق–[2].

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء في الأخذ بمبدأ حرية التعاقد، ولبيان مذاهبهم أوضح أن لمبدأ حرية التعاقد فرعين أساسيين:

الأول: حرية العاقد في تحديد الالتزامات العقدية بالإضافة أو الحذف أو التعديل في العقود المسماة، وهذه المسألة قد بحثها الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وفيها تفصيل سبقت دراسته في الفصل السابق من الباب الأول[3]، ولا صلة له بهذه الفقرة؛ إذ كلامنا هنا ينصرف إلى إنشاء العقود غير المسماة في الشريعة، لا إلى الشروط في العقود.

الثاني: حرية العاقد في إنشاء نوع من العقود الجديدة التي لم تكن معروفة من قبل، وهذه نقطة البحث هنا.

ولا بد لي أن أشير إلى أن كثيراً من العلماء المعاصرين قد قسموا مذاهب الفقهاء إلى قسمين في هذه المسألة، القسم الأول وهم الجمهور من فقهاء المذاهب الأربعة، وهم القائلون بأن الأصل في العقود الإباحة، وجعلوا في مقابلهم: الظاهرية، وهم القائلون بأن الأصل في العقود الحظر.

وبناء على هذه النسبة يظهر الاختلاف بين حكم الشروط المقترنة في العقد وبين حكم إنشاء العقود الجديدة، في مذهبي الحنفية والشافعية؛ إذ يذهبان إلى أن الأصل في الشروط الحظر، خلافاً للعقود الجديدة المبتدأة فالأصل فيها الإباحة[4].

---

(١) . وقد نص القانون المدني السوري على ذلك في المادة (١/ ١٤٨).

(٢) . انظر: العقود المسماة د.زهير حرح، د.علي الجاسم (١٣)؛ الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د.وهبة الزحيلي (٩/ ١٩٢).

(٣) . انظر ص ١٩٨ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٤) . من الذين نسبوا إلى أن الأصل في العقود الإباحة عند المذاهب الأربعة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، والشيخ مصطفى الزرقا، والشيخ عبد الرحمن العبد اللطيف. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته أ.د.وهبة الزحيلي (٤/ ١٩٨)؛ المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥٤٢)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف (١/ ١٧٤).

في حين نجد أن بعض متأخري المذاهب[1] ينسب إلى الحنفية والشافعية القول بأن الأصل في العقود الحظر، أي يسوِّي بين إنشاء العقود الجديدة وبين الشروط المقترنة بالعقد عند هؤلاء الفقهاء.

وقد عرضت ضمن الفقرات الآتية مذاهب الفقهاء في هذه المسألة وفقاً لرؤية المعاصرين، معقباً عليها، مع العلم أنني لم أجد فيها تصريحاً للفقهاء –من الحنفية والشافعية–.

المذهب الأول: وهم جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة[2]:

فعند هؤلاء الفقهاء ينبغي التمييز بين إنشاء العقود الجديدة، وبين إضافة الشروط إلى العقود المعروفة.

فبالنسبة لإنشاء العقود الجديدة، اتفق هؤلاء الفقهاء جميعاً على أن الأصل في العقود الإباحة، ما لم يمنعها الشرع أو تخالف مقاصد الشريعة.

ولم ينص أغلبهم على قاعدة الأصل في العقود الإباحة بشكل خاص سوى الحنابلة[3]، بل اكتفوا ببيان أن الأصل في الأشياء الإباحة[4]، ومن ضمنها العقود.

---

(١) . كابن تيمية فقد نسب إلى الحنفية والشافعية ما يفيد أنَّ الأصل عندهم في العقود التحريم، بخلاف المالكية والحنابلة فالأصل عندهم الإباحة كما هو ظاهر في عبارته، ونصها: "والذي يمكن ضبطه فيها [أي في مسألة الأصل في العقود] قولان **أحدهما**: أن يقال الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا وكثير من أصول الشافعي وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد... **القول الثاني**: أن الأصل في العقود و الشروط الجواز و الصحة ولا يحرم منها و يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه و إبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به، و أصول أحمد المنصوص عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط؛ فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه". انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/ ١٢٦).

(٢) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٢٤٤)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي المالكي (٢/ ٢٨٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٦٠)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ٣٢٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣١).

(٣) . إذ قالوا [الأصل في العقود الجواز والصحة]. انظر: الفروع لابن مفلح (٤/ ٣٢٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣١)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (١/ ٣٤٤).

(٤) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٢٤٤)؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم (٦٦)؛ غمز عيون البصائر للحموي (١/ ٢٢٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي المالكي (٢/ ٢٨٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٦٠)؛ شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٣٢)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٢١٨)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ٣٢٣).

يقول شيخي زاده من الحنفية[1]: "واعلم أنَّ الأصل في الأشياء كلها سوى الفروج الإباحة قال الله تعالى:﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[البقرة:٢٩]، وقال: ﴿كُلُواْ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [البقرة:١٦٨]، وإنما تثبت الحرمة بعارض نص مطلق أو خبر مروي فما لم يوجد شيء من الدلائل المحرمة فهي على الإباحة"[2].

ويقول الرُّحيباني: "الأصل في الأشياء التي لا ضرر فيها، ولا نص تحريم، الحل والإباحة حتى يرد الشرع بالتحريم لا الحظر"[3].

ولكن يمكن الإجابة عن هذا الاستدلال بأنَّ قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة) لا تصلح للاستدلال بإباحة إنشاء العقود المستجدة غير المسماة شرعاً؛ وذلك لأن الفقهاء والأصوليين عندما ذكروا هذه القاعدة أرادوا بها الأشياء المادية –كأنواع الأطعمة والذبائح وغيرها مما له حيز مادي[4]– ولم يمثلوا لهذه القاعدة بالعقود؛ لأن العقد معنى وحالة شرعية غير ملموسة، فهو ارتباط بين إيجاب وقبول على وجه يظهر أثره في محله، ولم يستعمل أحد لفظ شيء في هذا المعنى.

ثم إن هذه القاعدة –على التسليم بدخول العقد في مضمونها– مختلف في الأخذ بها فبعض الحنفية يرون أن الأصل هو الحظر وبعضهم يرى أن الأصل الإباحة وبعضهم ذهب إلى التوقف في ذلك، وهو الراجح عندهم[5].

---

(١) . هو عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، المعروف بشيخي زاده، فقيه حنفي، من أهل كليبولي (بتركيا) من قضاة الجيش. من مؤلفاته (مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر)، توفي سنة ١٠٧٨هـ. الأعلام للزركلي (٣/ ٣٣٢)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٥/ ١٧٥).

(٢) . مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٢٤٤).

(٣) . مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٢١٨).

(٤) . انظر على سبيل المثال: التبصرة للشيرازي (٥٣٥)؛ قواطع الأدلة في الأصول لأبي المظفر منصور بن محمد المروزي السمعاني (ت: ٤٨٩هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٩م، ت: محمد حسن الشافعي (٢/ ٦٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٦٠).

(٥) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٥٧)؛ تيسير التحرير لأمير باد شاه (٢/ ١٧٢).

المذهب الثاني: المضيِّقون، وهم الظاهريَّة[1]، ومفاد قولهم: أن الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، فكل عقد لم يثبت جوازه بنص أو إجماع فهو باطل، ولا يجوز إحداثه؛ وكذلك لا يجوز من الشروط إلا ما ورد دليل بخصوصه شرعاً.

وقد استفاض ابن حزم[2] في الرد على من قال بأنَّ الأصل في العقود الإباحة، وأبرز أدلته:

حديث النبي ﷺ: ((من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد))[3].

حيث إنَّ العقد الذي لم يرد بنص الشارع أو بإجماع العلماء يكون باطلاً ولا يجوز، لأنه إباحة لمحرم، أو تحريم لمباح، وليس لأحد من البشر وضع شيء من الأحكام ونسبتها إلى الشريعة، فصح بهذا النص –على حد تعبير ابن حزم– بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صحَّ أن يكون عقداً جاء النَّص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه[4].

ولكن يجاب عن استدلال ابن حزم: بأن هناك فرقاً بين العبادات والمعاملات، فالأصل في العبادات التوقيف؛ ولذا لا يلتفت فيها إلى المعاني، بخلاف المعاملات والعقود فالأصل فيها التعليل[5].

إذ إنَّ العقود المسماة ما شرعت إلا تحقيقاً لمصالح العباد وبناء عليه إذا كان في مصلحة العباد إنشاء عقود جديدة فإنها لا تمنع ما دامت الشروط والضوابط العامة متوافرة فيها.

---

(١) . انظر: إحكام الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي، دار الحديث– القاهرة، ط١، ١٤٠٤هـ (٥/ ١٥).

(٢) . هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ولد عام ٣٨٤هـ، كان شاعراً وفقيهاً وعالماً بالمنطق والحديث، زهداً ورعاً، من أجمع أهل الأندلس لعلوم الإسلام، نشأ شافعي المذهب، ثم انتقل إلى المذهب الظاهري، من كتبه (الفصل في الملل والأهواء والنحل) و(جمهرة أنساب العرب)، توفي سنة ٤٥٦هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد (٣/ ٢٩٨)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٧/ ١٦).

(٣) . أخرجه مسلم في الأقضية/ باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور. برقم (١٧١٨).

(٤) . انظر: إحكام الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٥/ ٣١).

(٥) . انظر: الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٠٠)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (١/ ٣٩٣)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ٣٢٣)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (١/ ٣٤٤)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف (١/ ٣٣٣).

يقول ابن القيم: "الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم"[1].

فكل ما يحقق مصالح الناس وتتوافر فيه الضوابط العامة للعقود [كالبعد عن الربا والغرر..] ينبغي أن يقال بإباحته، ومن هنا يصح التعامل بعقود جديدة لم تعرف سابقاً ما دامت تلبي تلك المصالح بضوابطها[2].

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها، إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشروط العامة في التعاقد"[3].

وبناء عليه: إن الراجح جواز إنشاء العقود الجديدة –ولو كانت من غير المسماة في الشريعة– تلبية لحاجة الناس، سواء قلنا إن هذا رأي جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة، أو قلنا إنَّه رأي المالكية والحنابلة خلافاً للحنفيَّة والشافعيَّة، وذلك بعد التأكد من توافر الضوابط المختلفة التي تحكم العقود بشكل عام، وسيأتي الحديث عن تلك الضوابط بما يخص تعدد القصود في الفصل الأخير من هذه الرسالة، ومبررات هذا الترجيح:

-ما سبق بيانه من أن الأصل في العقود التعليل؛ لا التوقيف، فإن احتاج الناس إلى عقد ما وتوافرت فيه الضوابط العامة للعقود فلا مانع منه بل في إباحته موافقة لقصد الشارع في رفع المشقة عن العباد.

-إن المستقرئ للعقود الجزئية التي وقع الاختلاف فيها –كعقد العينة والتورق[4]– يجد أنَّ الفقهاء الذين منعوا تلك العقود وأشباهها لم يمنعوها بناء على أنها عقود غير مسماة أو مستحدثة؛ بل لأنَّهم وجدوا

---

(١) . إعلام الموقعين لابن القيم (١/ ٣٤٤).

(٢) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته أ.د.وهبة الزحيلي (٤/ ٢٠٠).

(٣) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٤).

(٤) . التورق: هو أن يشتري الرجلُ السلعةَ نسيئةً ويبيعها نقداً لغير بائعها بأقل مما اشتراها به ليحصل على النقد، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه خلافاً لرواية مرجوحة عند الحنابلة ومذهب المتأخرين منهم كابن تيمية وابن القيم. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٥)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٤٢)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٨٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٣٧)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ١٢٦)؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٣٩٢)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٢٠٠).

فيها مخالفات شرعية كالربا أو الغرر وغير ذلك من المحظورات الشرعية، وبناء عليه إذا خلا العقد من تلك المحظورات فلا بد من القول بإباحته تخريجاً على أقوالهم.

والخلاصة: إنَّ لتعدد القصود أثراً مهمَّاً في نشوء العقود غير المسمّاة شرعاً، حيث تنشأ تلك العقود من اجتماع قصدين مباشرين أو أثرين نوعيين لعقدين مسميين أو أكثر، وإنشاء تلك العقود لا إشكال فيه شرعاً وفقاً للراجح، ما دام العاقدان قد اجتنبا المحظورات الشرعية التي نصَّ عليها الفقهاء في أبواب العقود.

المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف العقد من حيث كونه عقد معاوضة أو تبرع

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف عقد المعاوضة وعقد التبرع

المطلب الثاني: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة

المطلب الثالث: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع

المطلب الأول: تعريف عقد المعاوضة وعقد التبرع:

أولاً: تعريف عقد المعاوضة:

المعاوضة لغة: مفاعلة من العِوَض، وهو البدل، وعَوَّضه وأعاضَه أي أعطاه بدل ما ذهب منه، واعْتَاضَ: أي أخذ العِوَض[1].

أما المعاوضة اصطلاحاً: فلا تخرج عن المعنى اللغوي، فعقد المعاوضة عند الفقهاء: هو ذلك العقد الذي يعطي فيه كل متعاقد مقابلاً لما يأخذه من الطرف الآخر.

وهذا المعنى متفق عليه بين الفقهاء؛ إذ بيَّن الحنفية أن المعاوضة هو العقد الذي يقتضي العوض من الجانبين[2]، كما يقول الكاساني: "معاوضة المال، وهو تمليك المال بعوض"[3]، وكذلك المعنى عند المالكية[4] والشافعية[5]، والحنابلة[6].

يقول الصاوي: "والمعاوضة مفاعلة: إذ كل من البائع والمشتري عوَّض صاحبه شيئاً بدل المأخوذ منه"[7].

وقد عرف الشيخ مصطفى الزرقا عقود المعاوضات بقوله: "وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً، ويعطي في مقابله شيئاً"[8].

وأشهر عقود المعاوضة، عقد البيع، والصرف، والإجارة.

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (عوض).

(٢) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٢/ ٣٢٩)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٤٥).

(٣) . بدائع الصنائع للكاساني (٣/ ١٤٥).

(٤) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢)؛ حاشية الصاوي (٦/ ١٩٥).

(٥) . انظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٥)؛ حواشي الشرواني (٤/ ٤٠٨).

(٦) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ١٦).

(٧) . حاشية الصاوي (٦/ ١٩٥).

(٨) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٤٠).

ثانياً: تعريف عقد التبرع:

التبرع لغة: بَرَع الرجل، وبرُع بالضم أيضاً، براعة، أي فاق أصحابه في العلم وغيره، فهو بارع. وفعلت كذا متبرعا، أي متطوعاً[1].وتبرع بالعطاء أعطى من غير سؤال أو تفضل بما لا يجب عليه، يُقال: فعلتُ ذلك متبرعاً، أي متطوعاً[2].

ولم يرد عند الفقهاء تعريف لعقود التبرع بشكل صريح، ويستنبط من مجموع ما ذكروه عند بيانهم لعقود التبرع –كالهبة والوصية... أن التبرع هو: بذل المال (عيناً أو منفعة) للغير بلا مقابل من المبذول له، والقصد في ذلك الإحسان والمعروف غالباً[3].

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "وهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر كالهبة والإعارة"[4].

المطلب الثاني: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة في تكييف العقد:

أولاً: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة في تكييف العقد من حيث الحكم التكليفي:

لم ينصَّ الفقهاء صراحة على حكم اشتمال عقد المعاوضة على قصد التبرع، ولكن يمكن استنباط ذلك من بعض النصوص الشرعيَّة؛ للوصول إلى المبدأ العام، ثم الاستثناءات الواردة عليه:

إنَّ المتتبع لكلام الفقهاء يجد أن اشتمال عقد المعاوضة على قصد التبرع مندوب إليه من حيث الأصل، لاتفاقه مع مقاصد الشريعة في الحث على المسامحة، ويمكن الاستدلال على ذلك من النصوص الآتية:

١- من القرآن الكريم:

-قول تعالى: ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴿٢١٥﴾﴾ [البقرة:٢١٥].

---

(١) . انظر: الصحاح للجوهري مادة بَرَع.

(٢) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة بَرَع.

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٤٥٩)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١١٥)؛ التاج والإكليل للعبدري (٨/ ٣)؛ حاشية الخرشي (٧/ ١٠٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٠)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١).

(٤) . المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٤٠).

فقد استدل النووي بهذه الآية على الفصل الذي أسماه بقول: "(فصل) في استحباب السماحة في البيع والشراء والتقاضي والاقتضاء وإرجاح المكيال والميزان"[1].

فلا شك أن البائع عندما يبيع سلعته وينقص من ثمنها ابتغاء مرضات الله، والتماساً للأجر، داخل في قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ﴾، والكلام ذاته ينطبق بحق المشتري الذي يزيد في الثمن بما يفوق قيمة المبيع.

٢- من السنة النبوية:

-عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ((أن رسول الله ﷺ قال: رَحِمَ اللهُ رجلاً سَمْحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتَضَى))[2].

ففي الحديث حض على السماحة في المعاملة واستعمال معالي الأخلاق، وترك المشاحَّة، والتجاوز عن بعض الحق، وترك التضييق على الناس في المطالبة وأخذ العفو منهم[3].

-وعن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: ((كان تاجرٌ يداينُ الناسَ، فإذا رأى معسراً قال لفتيانه: تجاوزوا عنه؛ لعلَّ الله أن يتجاوز عنَّا، فتجاوز الله عنه))[4].

فالحديث يشير إلى حثِّ المقرِض على أن يتجاوز عن المقترض، ويدخل في الحديث حالتان، حالة ما لو أسقط كامل الدين فيكون هبة خالصة منه، وحالة ما لو أسقط بعض الدين فيكون معاوضة بالنسبة لما أخذ وتبرعاً بالنسبة لما أسقط، ومعلوم أن القرض إنما هو معاوضة في الانتهاء[5].

إلا أنه يستثنى من هذا الأصل، حالة ما لو كان المال لقاصر أو ما في حكمه، فلا يجوز للولي إلا أن يبتغي الأصلح لمن تحت ولايته، ولا يجوز له أن يهب شيئاً أو يتصدق بصدقة غير واجبة من مال الصبي،

---

(١) . المجموع للنووي (٩/ ١٥٣)؛ وانظر: المدخل لابن الحاج (٤/ ٧٣).

(٢) . أخرجه البخاري في البيوع/ باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف، برقم (٢٠٧٦).

(٣) . انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٤/ ٣٠٧)؛ المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن أيوب الباجي (٥/ ١٠٩).

(٤) . أخرجه البخاري في البيوع/ باب من أنظر معسراً، برقم (٢٠٧٨).

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٨٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١١٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٣١٢).

وكذلك لا يجوز له المحاباة للطرف الآخر في أي عقد معاوضة يقوم به من مال الصبي؛ وإلا ضمن الوليُّ في كل ذلك، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء[1].

يقول الكاساني: "وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، ولو باع لا ينفذ بيعه؛ لأنه ضرر في حقه، وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، وليس له أن يشتري بماله شيئاً بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة، لما قلنا، ولو اشترى ينفذ عليه ويكون المُشترَى له؛ لأن الشراء وجد نفاذاً على المشتري"[2].

والدليل في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام:١٥٢].

ووجه الاستدلال بالآية كما بين النووي أن البيع بالمحاباة من مال اليتيم-فضلاً عن التبرع الخالص- ليس من (الأحسن) الذي صرحت به الآية الكريمة[3].

ومثل الولي في ذلك الوكيل بالبيع فليس له أن يبيع بالمحاباة فيجمع بين قصد المعاوضة وقصد التبرع؛ بأن ينزل عن ثمن المثل بما لا يتسامح الناس فيه عادة، إلا إن أذن له الموكِّل وهذا مفاد مذهب الجمهور خلافاً لأبي حنيفة[4]، وتعليل مذهب الجمهور أنَّ الوكيل مأمور باتباع مصلحة موكله عرفاً[5].

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٥٣)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٢٢٤)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٤٦٢)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٦٠)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٣٩٤)؛ المجموع للنووي (١٣/ ٣٤٧)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٨٦)؛ تحفة المحتاج لابن حجر (٥/ ١٧٩)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٣٤١)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٤٧).

(٢) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٥٣).

(٣) . انظر: المجموع للنووي (١٣/ ٣٤٧).

(٤) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٧٧)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٥٨)؛مواهب الجليل للحطاب (٥/ ١٩٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٢٤)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٨٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٧٥).

(٥) . فإن باع على ذلك النحو لم يصح العقد عند الصاحبين من الحنفية وهو الراجح عند الشافعية، أما الحنابلة فذهبوا إلى أنَّ البيع صحيح، ولكنَّ ولكنَّ الوكيل ضامن للنقص إن كان مما لا يتغابن به الناس عادة، وسبب ذلك -كما يقول البهوتي- "لأن فيه جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ، وحظ البائع، فوجب التضمين، وأما الوكيل فلا يعتبر حظه لأنه مفرط". انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٧٠)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٩/ ٢٦٨)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٢٤)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٨٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٧٥).

وبناء على ذلك أصل إلى الضابط في حكم انضمام قصد التبرع إلى قصد المعاوضة فأقول: (الأصل استحباب انضمام قصد التبرع إلى قصد المعاوضة إلا إن كان العاقد نائباً عن غيره فلا بد من اتباع مصلحة المنوب عنه).

ثانياً: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة في تكييف العقد من حيث الوصف الحقيقي:

قد يقوم الشخص بعقد معاوضة كبيع أو إجارة، ولكن يقصد بالإضافة إلى الحصول على العوض المسمى التبرع بقدر ما من الشيء الذي يملكه، وسبيله في ذلك أن يحابي الطرف الآخر في الثمن أو البدل الذي يوضع عادة لمثل ما يملك، كالبيع بثمن يقل كثيراً عن ثمن المثل (البيع بالمحاباة) أو الإيجار ببدل ضئيل.

والذي دلنا على تعدد القصود هنا هو دلالة الحال: إذ النزول عن ثمن المثل دليل المحاباة في الفارق بين الثمن المسمَّى وثمن المثل.

وقد عرفنا أنَّ الأصل أنه يندب المحاباة في عقد المعاوضة إلا في حالة استثنائية ذكرتها في الفقرة السابقة، ولكن السؤال: ما أثر ذلك على توصيف العقد من حيث كونه عقد معاوضة؟

إن القاعدة العامة في ذلك أن الفقهاء لم يضعوا حداً للبدل الذي يأخذه العاقد في مقابلة ما أعطى في عقود المعاوضة، ما دامت مقومات العقد متوافرة (كالصيغة وما يجب توافره في العاقدين والمحل).

فلم يشترط الفقهاء في الثمن في عقد البيع إلا أن يكون مالاً متقوماً معلوم المقدار ومقدور التسليم[1]، على اختلاف العبارات بين الفقهاء في التعبير عن ذلك.

فالتماثل بين البدلين غير مطلوب شرعاً ما دام الرضا والشروط الأخرى متوافرة، فيبقى العقد عقد معاوضة تجري عليه أحكام المعاوضة، إلا أنَّ لهذه القاعدة استثناءات، وهي الحالات التي يتعلق فيها حق لغير العاقد بالمال محل المعاوضة، وأهم مثال لذلك (**محاباة المريض مرض الموت في البيع**):

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٧)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ١٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١١)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٥٢).

فإن باع المريض مرض الموت شيئاً من ماله بثمن المثل أو بغبن يسير، فإن العقد صحيح والبيع نافذ، باتفاق الفقهاء[1]، ما دام البيع لأجنبي، أي لغير وارث، وتنطبق أحكام العقد الذي عقده كاملة؛ إذ لا توجد نية للتبرع أو المحاباة في تصرفه ذلك، فإن كان لوارث فكذلك الحكم، إلا في قول أبي حنفية[2]، ومفاد قوله: أن البيع لوارث، وإن كان بثمن المثل، متوقف على إجازة الورثة، وإلا فهو باطل.

يقول البهوتي: "وأما معاوضته، أي المريض في مرض الموت المَخُوفِ، بثمن المثل فتصح من رأس المال، ولو كانت مع وارث؛ لعدم المحاباة، فلا اعتراض للورثة فيها، كما لو وقعت مع غير وارث"[3].

أمَّا إن باع المريض مرض الموت شيئاً من ماله لأجنبي مع المحاباة (أي بفارق كبير بين ثمن المثل والثمن المسمَّى مما يتغابن الناس في مثله عادة) فإن المحاباة دليل على قصد التبرع للمشتري بالفارق بين الثمن المسمى وثمن المثل، فيكون قد اجتمع قصد المعاوضة وقصد التبرع؛ ولذا فإنَّ **أحكام التبرعات تنطبق على العقد فيما يخص الجزء الذي يقابل قيمة المحاباة**، على التفصيل الآتي:

ذهب الحنفية[4] والحنابلة[5] إلى أنه: إن كانت المحاباة مما يدخل في ثلث المال، فالبيع صحيح نافذ بالثمن المسمَّى؛ لأن المريض مرض الموت له أن يتبرع بثلث ماله، ولو بغير إذن الورثة ما دام التبرع لغير وارث.

يقول ابن نجيم: "المحاباة في مرض الموت وصية، والوصية معتبرة في الثلث"[6].

أما إن زادت المحاباة على الثلث، فلها حكم التبرع (الوصية) إن أجازها الورثة نفذت، أما إن لم يجزها الورثة فهنا يُنظر:

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٣٤)؛ المحيط البرهاني (٧/ ٢٣)؛ التاج والإكليل للعبدري(٦/ ٦٦٤)؛ المدونة للإمام مالك (٣/ ٢٠٥)؛ روضة الطالبين للنووي (٥/ ٢٣٦)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٤٧٢)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٥٣٦)؛ إلا أنَّ أبا حنيفة يجعل العقد موقوفاً.

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٣٤).

(٣) . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٤٤٤).

(٤) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٤٩٣)؛ مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٣٩٤).

(٥) . انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٤٤٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١٧٥).

(٦) . البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٤٩٣).

إن لم يكن البدلان ربويين من جنس واحد، فللمشتري الخيار إما أن يدفع للورثة قيمة الزائد عن الثلث ليكمل لهم الثلثين، وإما أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة، ويأخذ ما دفعه من الثمن ما لم يتعذر الفسخ، فإن تعذر الفسخ –كما لو هلكت السلعة– فيُجبر المشتري على إتمام الثمن إلى أن يبلغ الثلثين، هذا عند الحنفية، أما عند الحنابلة في هذه الحالة فإن البيع يبطل في قدر الزيادة على الثلث، ويسلم للمشتري باقي السلعة، وله الخيار إن شاء أمضى البيع أو فسخه في الباقي لتفرق الصفقة عليه.

أما إن كان البدلان ربويين من جنس واحد –غير النقدين– فالمذهب عند الحنفية والحنابلة على السواء أنه ليس للورثة أن يلزموا المشتري بأن يدفع لهم الزائد على الثلث أو يفسخ البيع؛ لهذا تُفرَّق الصفقة، ويصح البيع بقدر النسبة ويبطل فيما عداها، والمشتري بالخيار بين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه، وبين الرضا بالبيع في القدر الباقي.

أما المالكية[1] فقد فرقوا بين أن يقصد البائع (بأقل من القيمة بكثير) نفع المشتري –أي يوجد قصد التبرع إلى جانب قصد المعاوضة– وبين أن يقع البيع منه عن غير قصد كأن يجهل قيمة السلعة المبيعة.

ففي الحالة الأولى يعد ما نقص عن القيمة محاباة، ويأخذ حكم الوصية للأجنبي أي تنفذ من الثلث، ولا تنفذ مما فوق الثلث إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوها صحت وإلا بطلت الزيادة.

أما في الحالة الثانية: فالبيع صحيح نافذ على الثمن المسمى، ولا عبرة للنقصان عن الثلث مهما بلغ مقداره على المشهور في المذهب.

وذهب الشافعية[2] إلى أن المحاباة للأجنبي في البدل كالوصية للأجنبي، تنفذ من ثلث المال، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإلا خير المشتري بين رد المبيع وبين إتمام الثمن ليصل للحد الذي لا يتغابن الناس بمثله، هذا إن كان المبيع قائماً، فإن هلك أو تعذر رده، فلا خيار للمشتري، إلا أن يُتِمَّ الثمن للحد الذي ذكرته.

---

(١) . انظر: البهجة في شرح التحفة لأبي التسولي (٢/ ١٣٤).

(٢) . انظر: الأم للإمام الشافعي (٤/ ١٠٨)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٣٩٣).

يقول النووي: "واعلم أن محاباة المريض مرض الموت في البيع والشراء، حكمها حكم هبته وسائر تبرعاته، تعتبر من الثلث"[1].

كل الحكم الذي سبق فيما يخص البيع بالمحاباة –أي بفارق كبير بين القيمة والثمن مما لا يتغابن الناس في مثله عادة– لأجنبي، أي لغير الوارث.

أما إن باع شيئاً لوارثه بفارق كبير بين القيمة والثمن مما لا يتغابن الناس في مثله عادة، فهنا يجري الاختلاف الآتي:

–مذهب الصاحبين من الحنفية[2]: أن البيع هنا له حكم الهبة، فهو متوقف على إجازة الورثة، –إن كانت المحاباة بأقل من الثلث– فإن أجازه الورثة نفذ العقد، وإلا فإن المشتري بالخيار إن شاء أتم القيمة، وإن شاء فسخ البيع واسترد الثمن الذي دفعه.

–وذهب المالكية[3] إلى أن البيع باطل بقدر المحاباة كلها ما لم يجزها الورثة، ويصح البيع فيما عداها، فإن أجاز الورثة المحاباة، فإنها تعتبر هبة مبتدأة منهم تفتقر إلى الحوز أي القبض.

–وذهب الشافعية[4] والحنابلة في رواية[5] إلى أن المحاباة للوارث لها حكم الوصية للوارث، أي تكون موقوفة على إجازة الورثة فإن أجازوها نفذ العقد، وإلا بطل العقد بقدر المحاباة.

–الصحيح من مذهب الحنابلة[6]: بطلان البيع في قدر المحاباة، وصحته فيما يقابل الثمن المسمى، وللمشتري الخيار بين أخذ الباقي أو فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه.

---

(١) . روضة الطالبين للنووي (٣/ ٩٤).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٣٤).

(٣) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٣٠٥)؛ التاج والإكليل للعبدري (٨/ ١١٠).

(٤) . انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٣/ ٣٩)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٤/ ٣٩٣).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٤٧٣).

(٦) . انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٤٤٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١٧٢).

يقول البهوتي: "وإن حابى مريض وارثَه في نحو بيع بطلت المعاوضة في قدرها، أي: المحاباة؛ لأنها كالهبة، وهي لا تصح منه لوارث بغير إجازة باقي الورثة، وصحت المعاوضة في غيره، أي غير قدر المحاباة، بقسطه؛ لأن المانع من الصحة المحاباة، وهي في غير قدرها مفقودة... وله الفسخ لتبعُّض الصفقة في حقه"[1].

والخلاصة: إن الفقهاء متفقون على أن عقد المعاوضة الصادر من المريض مرض الموت إن اشتمل على قصد التبرع، فإنَّ جزء المحل الذي يقابل البدل المسمى يجري عليه حكم المعاوضة، أما الجزء الآخر الذي لا يقابله شيءٌ يجري عليه حكم التبرع (فيصبح بمنزلة الوصية أو الهبة) وذلك على التفصيل الذي سبق.

المطلب الثالث: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع:

قد يقوم الشخص بعقد تبرعٍ، ولكنه يقصد أخذ عوض معين (وإن قل)، مقابل قيامه بعقد التبرع، كأن يشترط الواهب العوض على الموهوب له، أو يشترط الكفيل ثواباً على كفالته؟ فما الحكم في ذلك؟

أولاً: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع في تكييف العقد من حيث الحكم التكليفي:

ينبغي التفريق بين حالتين:

١- **أن يلزم من قصد العوض في عقد التبرع الربا:** ومثاله: ما لو قصد الكفيل العوض على كفالته؛ فاشترط على المكفول عنه أجراً أو بدلاً –مهما قل– عن كفالته.

فيبدو تعدد القصود هنا من خلال انضمام قصد أخذ الأجر أو العوض عن الكفالة إلى جانب القصد المباشر لعقد الكفالة.

ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء[2] على أنَّ العقد غير جائز؛ لأن الكفالة من عقود التبرع والإحسان، وأخذ العوض عنها يفضي إلى الربا المحرم بصريح النصوص؛ إذ الكفيل بمثابة المقرض للمكفول عنه، فلو أخذ زيادة عن قيمة ما كفل كان ربا.

---

(١) . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٤٤٤).

(٢) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٤٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٦/ ٢٢٩)؛ البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي (١/ ٢٩٦)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٧٠).

يقول البغدادي من الحنفية: "ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة: فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة: فالكفالة باطلة"[1].

ويقول الباجي من المالكية: "والحَمالة [أي الكفالة] بالجعل حرام...ومعنى ذلك أن تعطي المتحمِّل جعلاً على حمالته...ويردُّ ما أخذ...فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الحمالة وردَّ الجعل، فإن لم يعلم بذلك فالحمالة لازمة والجعل مردود، ومعنى ذلك أنه عقد يختص بالمعروف؛ فلم يصح فيه العوض كالقرض"[2].

وهذا الكلام ينطبق على كل عقد من عقود التبرع التي نص الفقهاء على أنها عقد تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، كعقد القرض والكفالة[3] فاتجاه قصد العاقد إلى أخذ البدل زيادة عن أصل ما دفعه لا يجوز؛ لأنَّه زيادة ربوية.

٢- **أن لا يلزم من قصد العوض في عقد التبرع الربا:** وهي حالة ما لو عقد شخص عقد تبرع خالص –أي في الابتداء والانتهاء كالهبة– وقصد أخذ عوض أو بدل –ولو جزئياً– مقابل ما أعطى، والمثال الشائع لهذه الحالة هي الهبة بشرط العوض، فما حكم ذلك؟

-**ذهب جمهور الفقهاء** من الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية في الأظهر[6] والحنابلة في الرواية المعتمـــــدة

---

(١) . مجمع الضمانات للبغدادي (٢٨٢).

(٢) . المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن أيوب الباجي (٧/ ٤٨٤).

(٣) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٦٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٢٣).

(٤) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١٣٠)؛ البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٢٠٤)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٢/ ٣٥٢).

(٥) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٨/ ٣٢)؛ إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك للبغدادي المالكي (١٠٥)؛ حاشية الخرشي (٧/ ١١٧)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣٣١)، وقد نقل عن الشافعي أنه منع الهبة بشرط الثواب، ولعله ينقل خلاف الأظهر؛ لأن الأظهر عند الشافعية جواز ذلك كما تبين في المتن.

(٦) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٤)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٢٣)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٣١٥)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٨/ ١٣٣).

عندهم[1] إلى جواز شرط العوض أو الثواب على الهبة، ولزوم الوفاء به.

يقول الحطاب: "الهبة تجوز بشرط الثواب"[2].

-**وذهب الشافعية** في مقابل الأظهر[3] والحنابلة في رواية مرجوحة[4]، إلى عدم جواز اشتراط العوض في في الهبة وأنها تبطل بذلك؛ وذلك لتناقض اللفظ مع المعنى، إذ لفظ الهبة يقتضي التبرع بلا عوض.

والراجح في ذلك قول الجمهور؛ لأنَّ الهبة من عقود التبرع والإحسان، والله ﷻ يقول: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١] فالواهب غير ملزم بالهبة، فله أن يشترط العوض مقابل ما وهب.

ويمكن الاستئناس لذلك بما روي عن النبي ﷺ: ((الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب))[5]. فإذا كان للواهب للواهب الحق في الرجوع بهبته لعدم إثابته عنها، فله الحق في شرط الثواب بدلاً مما وهب.

ثانياً: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع في تكييف العقد من حيث الوصف الحقيقي:

لقد وجدنا أن اشتمال عقد التبرع على قصد العوض إن لزم منه الربا فهو محرم، أما إن لم يلزم منه الربا فالجمهور على جواز ذلك العقد، هذا من الناحية التكليفية، والسؤال: ما أثر ذلك من ناحية تكييف العقد من حيث (الوصف الحقيقي له)؟

كذلك أفصل الأمر في الحالتين ذاتهما:

١- الحالة الأولى: أن يلزم من قصد العوض في عقد التبرع الربا:

---

(١) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٧)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١).

(٢) . مواهب الجليل للحطاب (١٦/ ٤٥٣).

(٣) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٣١٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٢٣).

(٤) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٧).

(٥) . أخرجه البيهقي في الهبات/باب المكافأة في الهبة برقم(١٢٣٨٢). وسنده ضعيف. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني(٣/ ١٧١).

إذا كان أخذ الثواب في عقد التبرع الذي يؤدي إلى الربا محرماً –وقد تمت دراسته في الفقرة السابقة– فإن من شأن ذلك أن يجعل العقد غير صحيح بالإضافة إلى الحرمة إن اشترط في العقد.

فعقد القرض –وهو من عقود الإحسان– إن قصد المقرض فيه ثواباً، فإن من شأن ذلك أن يبطل العقد فحسب، وهذا باتفاق الفقهاء[1]. وكذلك القول في الكفالة إن اشترط الكفيل أجراً عن كفالته، فالعقد باطل، باتفاق الفقهاء[2].

وهذا مفاد كلام البغدادي: "ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة: فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة: فالكفالة باطلة"[3].

وهكذا نجد أن قصد العوض في عقد تبرع إذا لزم منه الربا فإنه يؤثر في صحة العقد فيبطله إن ظهر في الصيغة، دون أن يتبدل توصيف العقد، فيصبح قرضاً باطلاً، وكذا الكفالة تصبح كفالة باطلة[4]...وهكذا.

٢- أن لا يلزم من قصد الثواب في عقد التبرع الربا:

لقد وجدنا أن جمهور الفقهاء يرون جواز اشتراط العوض في الهبة، وفي هذه الفقرة سنتناول أثر قصد الثواب في عقد الهبة على تكييف ذلك العقد؟ فهل يبقى له حكم الهبة؟ أم تنطبق عليه أحكام عقد آخر؟.

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الحنفية[5]، ومفاده: أن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداءً وبيع انتهاء.

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٣٦)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٢٣١)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٢/ ١٩٠)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦١).

(٢) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٤٢)؛ المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن أيوب الباجي (٧/ ٤٨٤)؛ منح الجليل لمحمد عليش المالكي (٦/ ٢٢٩)؛ البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي (١/ ٢٩٦)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٧٠).

(٣) . مجمع الضمانات للبغدادي (٢٨٢).

(٤) . لا بد من الإشارة إلى أن العقد الباطل عقد غير موجود أصلاً، ووجوب رد العوضين أو رفع الآثار التي رتبها الأطراف، ليس بالاستناد إلى العقد، فهو باطل لا حكم له، إنما بالاستناد إلى واقعة مادية مجردة، وهو ما عبر عنه الشيخ مصطفى الزرقا بقوله: "إن التزام الترادِّ بين الطرفين لم ينشأ عن العقد الباطل، وإنما نشأ عن التنفيذ غير المعتبر؛ لأنه مبني على سبب غير معتبر". انظر: العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) لمصطفى الزرقا (٢٤).

(٥) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١١٩)؛ حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٧، ٥٣٩)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥)، (٨/ ١٥٨)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٤/ ٣٩٤).

يقول ابن نجيم: "والهبة بشرط العوض هبة ابتداء: فيشترط فيها التقابض في العوضين، وتبطل في الشيوع، بيع انتهاء: فتُرَدُّ بالعيب، وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة؛ **لاشتمالها على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين**...."[1].

وبناء على هذا التكييف: فإن أحكام الهبة هي التي تنطبق على العقد قبل أن يتم القبض، فإن وقع القبض فإن أحكام البيع هي التي تنطبق من ذلك الوقت، وذلك لأن الهبة بشرط العوض جمعت بين معنيين معنى التبرع ومعنى المعاوضة فيُعمل بكلا المعنيين ما أمكن ذلك[2].

ولا تشترط معلومية العوض: فإن كان العوض المشروط مجهولاً فالهبة صحيحة والشرط باطل، ويُكيَّف العقد على أنه هبة خالصة ابتداء وانتهاء[3].

يقول ابن نجيم: "في اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداءً وانتهاءً لبطلان اشتراطه"[4].

أما بالنسبة للشفعة والخيارات الواردة في المعاوضات: فإنها لا تثبت قبل التقابض وتثبت بعده، فمن وهب داراً من إنسان بشرط أن يعوضه كذا فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا، وبعد التقابض تجب الشفعة بمثل العوض إن كان مثلياً، وإلا فبقيمته إن كان قيمياً[5].

المذهب الثاني: وهو قول زفر من الحنفية[6] والمالكية [7] والشافعية في الصحيح[8] والحنابلة في الرواية المعتمدة[9]...ومفاده: أن الهبة بشرط العوض تكون بيعاً، فتنطبق عليها أحكام البيع كافة.

---

(١) . البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٣/ ٩٤).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥)؛ شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٩/ ٥٤).

(٤) . البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥).

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٤٠)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ١٥٨)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٣/ ٩٤)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٤/ ٣٩٤).

(٦) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥).

(٧) . انظر: حاشية الخرشي (٧/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٤/ ١١٤).

(٨) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥).

(٩) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٦)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١).

يقول الخرشي: "هبة الثواب حكمها حكم البيع"[1].

ويقول الشربيني: "ولو وهب شخصاً شيئاً بشرط ثواب معلوم عليه، كـ: وهبتك هذا على أن تثيبني كذا، فالأظهر صحة هذا العقد نظراً للمعنى فإنَّه معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال: بعتك،...ويكون بيعاً على الصحيح؛ نظراً إلى المعنى، فعلى هذا تثبت فيه أحكام البيع، من الشفعة والخيارين وغيرهما"[2].

ويقول المرداوي: "فإن شرط فيها [أي في الهبة] عوضاً معلوماً صارت بيعاً، حكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وغيرهما هذا المذهب"[3].

وبناء على هذا الكلام فإن أحكام البيع هي التي تنطبق، وأهم تلك الأحكام:

أ- معلومية العوض:

اشترط جمهور الفقهاء وهم زفر من الحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] كون العوض معلوماً حتى تأخذ الهبة بشرط العوض حكم البيع، أما إن كان العوض مجهولاً فقد اختلفوا فيما بينهم وفق المذاهب الآتية:

مذهب المالكية[7]: إن لم يعين الثواب فهي هبة صحيحة، ولا تأخذ حكم البيع، ولذا لا تلزم إلا بالقبض.

رواية عند المالكية[8] وهو المذهب عند الشافعية[9]: بطلان الهبة. فمن قال: وهبتك هذه السيارة بشيء – دون تحديد أو وصف- فالعقد هبة باطلة لتعذر صحته بيعاً؛ إذ من شروط البيع أن يكون العوض من الطرفين معلوماً، وكذلك يتعذر جعل العقد هبة؛ إذ ذكر العوض ينافي مقتضى العقد[10].

---

(١) . حاشية الخرشي (٧/ ١١٧).

(٢) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٤، ٤٠٥).

(٣) . الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٦).

(٤) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٥٠٧)؛البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٩٥).

(٥) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٣١٥).

(٦) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٦)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٥/ ٣٦١).

(٧) . انظر: حاشية الخرشي (٧/ ١١٧)؛ الشرح الكبير للدردير (٤/ ١١٤)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ١٥٦).

(٨) . انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٣/ ٤٥٤)؛ التاج والإكليل للعبدري (٨/ ٣٠).

(٩) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٣١٥).

(١٠) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥)؛ المجموع للنووي (١٥/ ٣٨٩)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥).

وفي **قول مرجوح عند الشافعية**[1]**ورواية ضعيفة عند الحنابلة**[2]: أن العقد يصح هبة، ومقتضى ذلك بطلان الشرط وحده، وصحة العقد، إلا أن الحنابلة في هذه الرواية المرجوحة ذكروا أن الموهوب إن أرضى الواهب بشيء لزم العقد، وإلا فللواهب رد الهبة.

وذهب الحنابلة في القول المعتمد[3]: إلى أن شرط الثواب المجهول في الهبة لا يصح، بل يفسد الهبة كذلك، ويكون لها حكم البيع الفاسد، أي يرد الموهوب العين الموهوبة للواهب، بزياداتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنها نماء ملكه، وإن كانت تالفة رد قيمتها.

ب- انتقال الملك بمجرد العقد دون الحاجة إلى القبض:

اختلف الفقهاء في وقت انتقال الملك في **الهبة المطلقة** (أي التي لم يُشرط فيها العوض) على قولين:

المذهب الأول: وهو مذهب الجمهور[4] من الحنفية والشافعية والمذهب عند الحنابلة[5]، ومفاده: لا يحصل انتقال الملك في الهبة إلا بالقبض، فلا يملك الموهوب له العين الموهوبة إلا بقبضها، بل زاد الشافعية والحنابلة ضرورة الحصول على إذن الواهب[6] لصحة القبض وانتقال الملك.

ودليل ذلك: عن أمِّ كلثوم بنت أبي سلمة -رضي الله عنهما- قالت: ((لما تزوَّج رسول الله ﷺ أمَّ سلمة قال لها: إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى إلا هديتي مردودة عليَّ، فإن رُدَّت علي فهي لك. قال: وكان كما قال رسول الله ﷺ، ورُدَّت عليه هديتُه، فأعطى

---

(١) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥).

(٢) . انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/ ٢٥٩).

(٣) . انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ٣٣١)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٧).

(٤) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٩١)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ٤٩١)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١٢٢)؛

(٥) . ولا سيما في هبة غير المعين أي المثليات كالمكيل والموزون. انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١٢٢).

(٦) . بخلاف الحنفية فلم يشترطوا إذن الواهب من باب الاستحسان، إذ القبض كالقبول، إلا إن صرح الواهب للموهوب له بمنعه من القبض فلا ينتقل الملك حينها. أي اشترط الحنفية لانتقال الملك عدم معارضة الواهب لقبض الموهوب له. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٩٢).

كلَّ امرأة من نسائه أوقيةً مسكٍ، وأعطى أمَّ سلمةٍ بقيةَ المسك والحُلَّة))[1]. فلو كان الملك في الهبة يحصل بلا قبض لكانت الحلَّة والأواقي التي أهداها رسول الله ﷺ إلى النجاشي أصبحت ملكاً للنجاشي، ولم يوزعها رسول الله على نسائه رضوان الله عليهنَّ.

المذهب الثاني: وهو رأي المالكية[2] حيث ذهبوا إلى أن الملك في الهبة ينتقل بمجرد العقد، ويجبر الواهب على الإقباض، فإن امتنع فللموهوب له اللجوء للقاضي.

يقول الدردير: "الهبة تملك بالقول على المشهور، فله طلبها منه حيث امتنع، ولو عند حاكم، ليجبره على تمكين الموهوب له منها"[3].

ولست هنا بصدد التوسع في هذه المسألة، ولكن المهم القول: أن الهبة بشرط العوض ينتقل الملك فيها بمجرد العقد؛ لأن لها حكم البيع كما سبق بيانه، ولا يجري فيها الاختلاف السابق، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء الذين أجازوا الهبة بشرط العوض[4].

يقول الشربيني: "ولا يملك موهوب بالهبة الصحيحة غير ذات الثواب إلا بقبض"[5]. ومؤدى كلامه –وفقاً لمفهوم المخالفة– أن الهبة ذات الثواب أي العوض تملك بمجرد العقد لا بالقبض.

ت- ثبوت الخيار والشفعة بمجرد العقد:

إن اشتراط الثواب المعلوم في عقد التبرع وتكييفه على أنَّه عقد بيع يلزم منه القول بثبوت الخيارات[6] – التي تثبت في عقود المعاوضة المالية جميعاً– والشفعة، وحق الرد بالعيب، في ذلك العقد.

---

(١) . أخرجه الإمام أحمد في مسنده/ مسند أم كلثوم بنت أبي سلمة رضي الله عنها، برقم (٢٧٢٧٦)، (٤٥/ ٢٤٦). وقد ذكر ابن حجر أن إسناده حسن. انظر: فتح الباري لابن حجر (٥/ ٢٢٢).

(٢) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٤/ ١٠١)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٥٤).

(٣) . الشرح الكبير للدردير (٤/ ١٠١).

(٤) . انظر: مجمع الضمانات للبغدادي (٢٨٢)؛ حاشية الخرشي (٧/ ١١٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٦).

(٥) . مغني المحتاج للشربيني بتصرف يسير (٢/ ٤٠٠).

(٦) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٤٣٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥).

وبناء عليه ذهب جمهور الفقهاء[1] وهم القائلون بأن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء، إلى أن الشفعة والخيارات تثبت في الهبة بشرط العوض بمجرد العقد.

والدليل على ذلك أن الموهوب له يملك السلعة بعوض مالي، فلم يفتقر إلى القبض فأصبحت كالبيع في أحكامه[2].

يقول الرملي: "المعتمد ثبوت الخيار فيها [أي الهبة ذات العوض] ولو قبل القبض؛ لأنها بيع حقيقي"[3].

وهكذا نجد أنَّ المذهب الثاني يمثله جمهور الفقهاء وهم زفر من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وقد ذهبوا إلى أن الهبة بشرط الثواب لها أحكام البيع، فيشترط فيها معلومية العوض، وتثبت فيها الخيارات التي تثبت في البيع، بالإضافة إلى الشفعة، وينتقل فيها الملك بمجرد العقد.

---

(١) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٥٩)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣١٥)؛ نهاية المحتاج للرملي(١٥/ ٣٢٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٤٠٥)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٤٦٧).

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٤٦٧).

(٣) . نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤١٥).

المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في تكييف عقود الشركة

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الشركة

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الحكم التكليفي

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الوصف الحقيقي للعقد

المطلب الأول: تعريف الشركة:

أولاً: تعريف الشركة لغة:

الشِّرْكة والشَّرِكة لغة الاختلاط، فالشركة خلط المالين ببعضهما بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر سواء كان الخلط بعقد أو بغير عقد[1]. ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ ﴾[النساء:١٢].

ثانياً: تعريف الشركة[2] وبيان أقسامها اصطلاحاً:

تعرف الشركة اصطلاحاً بأنها: عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح[3]، ولها أقسام أبينها باختصار:

-**شركة الأموال**: وهي عقد بين اثنين فأكثر على خلط مال لهم ليتجروا به، ويكون الربح بينهم بنسب معينة، حسب رأس المال والعمل الصادر من كل منهما[4]، وهي إما عنان أو مفاوضة، وأدخل المالكية المضاربة (القراض) في هذا النوع[5].

أما المفاوضة: فهي التساوي في رأس المال والتصرف والربح بين الشركاء، وأن يجعل كل واحد منهما لصاحبه أن يتصرف في الغيبة، والحضور في البيع، والشراء، والكراء، والاكتراء؛ ولذلك سميت مفاوضة[6].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (شَرَك)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (شَرَك).

(٢) . لا بد من الإشارة إلى أن عبارات الفقهاء مختلفة في تعريف الشركة وبسطها هنا يعد استطراداً بغير داع. كما أشير إلى أن التعريف الوارد في المتن هو تعريف شركة العقد، إذ هناك شركة أملاك: وهي أن يملك اثنان فأكثر عيناً إرثاً أو شراءً أو اتهاباً واستيلاءً أي أخذاً بالقهر من مال الحربي أو حالة اختلاط مالهما بغير صنعهما، وهذا النوع من الشركة لا يهمنا في هذا المقام؛ إذ إن كل شريك أجنبي في نصيب صاحبه، ولا يوجد بينهما عقد. انظر: البحر الرائق لابن نجيم(٥/ ١٨٠)؛ حاشية الخرشي (٦/ ٣٨)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٩).

(٣) . انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده (٢/ ٥٤٣)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٤٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ١١٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١١)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٩).

(٤) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٢)؛ الفواكه الدواني للنفراوي المالكي(٦/ ١٦٢)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٩٦).

(٥) . انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٥).

(٦) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٥٨)؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٥).

وأما العنان فهي الاتفاق بين الشركاء على الاتجار بمقدار معين معلوم من رأس المال المقدم من كل منهم، والربح بينهم، ولا يشترط فيها التساوي بين رأس المال الذي يقدمه كل شريك، ولا الربح الذي يستحقه كل واحد[1].

وشركة الأبدان: أن يتفق شخصان أو أكثر من أصحاب المهن (المتماثلة أو المختلفة) على أن يتقبلوا الصنائع من الناس ويكون الأجر الذي يحصل لهم مشتركاً بينهم بنسب معينة[2].

أما شركة الوجوه: أن يتفق شخصان فأكثر على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا نقداً، ويكون الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن الأصلي الذي اشتريا به السلع[3].

ولا بد من الإشارة إلى أن تقسيم الشركات يختلف من مذهب لآخر، ولكن لا مجال لتفصيل ذلك هنا، ولا يترتب عليه أهمية تتصل ببحثنا[4].

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الحكم التكليفي:

إنَّ الشركات شأنها شأن سائر العقود المشروعة لتحقيق مصالح الناس التي لا تصادم مقاصد الشريعة، وبناء عليه فإن إنشاء الشركة من حيث المبدأ إنما هو للمقاصد التي شرعت لأجلها.

ولكن قد يجتمع إلى جانب القصد المباشر لعقد الشركة –المتمثل بالاشتراك بالمال والربح– قصد آخر يأتي وراء القصد المباشر ويؤثر على حكم الشركة من الناحية التكليفية، وبيان ذلك في الفقرات الآتية:

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٣)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٨١)؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٢)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٩٧).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥١٥)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٦١)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٢)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٢٧).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٩٧)؛ مواهب الجليل للحطاب (١٤/ ٤٣١)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٢)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٢١).

(٤) . المهم أن نعلم أن شركة العنان والمضاربة جائزتان بالإجماع، أما سائر الأنواع فهي جائزة عند الحنفية جميعها، وأجاز المالكية كل الشركات ما عدا الوجوه والمفاوضة، أما الشافعية فلم يجيزوا إلا العنان والمضاربة، وبالنسبة للحنابلة فقد أجازوا كل الشركات ما عدا المفاوضة بالمعنى الذي ذكره الحنفية. انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٩٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٥١)؛ المجموع للنووي (١٤/ ٦٨)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٣٨).

أولاً: أثر تعدد القصود في شرعيَّة الشركات:

ما دامت الضوابط الشرعية لعقد الشركة متوافرة، وما دام قصد الشركاء منها تحقيق مصالح مشروعة لهم، فإن الشركة جائزة لا إشكال في ذلك، وهذا من الأمور البدهيَّة.

فاجتماع قصد غير مباشر مشروع إلى القصد المباشر لعقد الشركة لا يؤثر في شرعيتها، بل يؤكد أنَّها متفقة مع قصد الشارع في تشريعه لهذا النوع من العقود.

وهذا يشمل كل الشركات؛ إذ نص الفقهاء على أنَّ عقود الشركة شُرِعَت أساساً لتحقيق مصالح الناس التي يقصدونها على الوجه المشروع[1].

ومن التطبيقات المعاصرة لذلك: (**الشركات المساهمة[2] التي ينشئها أصحابها لتحقيق قصود وأغراض مشروعة ولا تتعامل بالمحظورات).**

إن الشركات المساهمة التي لا تناقض مقصد الشارع هي التي ينشئها أصحابها لأغراض ومقاصد مباحة، ولا تتعامل في أنشطتها المختلفة إلا وفق معاملات مشروعة، متفقة مع الشريعة الإسلامية كالبيع والإجارة وغيرها من العقود التي أبيحت في الشريعة، فلا تحتوي الحرام لا في أغراضها ولا في إجراءاتها، كشركات إنتاج الخدمات والسلع المشروعة، مثل شركات الأدوية والكهرباء، والتي لا تتعامل بالربا والغرر وغيرها من المحرمات[3]؛ ولذا ذهب الفقهاء المعاصرون إلى إباحة التعامل مع هذه الشركات، لانطباق أحكام

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٧٩)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٣٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٠٩)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٢٣٧).

(٢) . الشركات المساهمة هي: عقد على مال بقصد الربح، مقسوم إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، وكل شريك في هذه الشركة مسؤول بمقدار حصته في رأس المال، وهذا النوع من الشركات لم يكن معروفاً سابقاً، ولكن له أحكام شركة العنان المعروفة في الفقه الإسلامي. انظر لبيان التعريف: الاقتصاد لبول ساملويلسون ووليام نوردهاموس، ترجمة د. هشام عبدالله، الدار الأهلية للنشر- عمان، ط١، ٢٠٠١م (٧٧٢)؛ المصارف الإسلامية أ.د.وهبة الزحيلي، هيئة الموسوعة العربية- دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م (١٤٥، ٢١٤)؛ المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٢١٤).

(٣) . انظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي د. علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦هـ (١٧٦)؛ بورصة الأوراق المالية لشعبان محمد إسلام البرواري، دار الفكر المعاصر- بيروت، دار الفكر- دمشق، ط٢، ١٤٢٦هـ،٢٠٠٥م (١١٣)؛=

الشركات التي نص الفقهاء الأقدمون على صحتها على هذا النوع من الشركات ولا سيما شركة العنان، بالإضافة إلى خلوها من المحظورات الشرعية في تعاملاتها[1].

فهذه الشركات التي ذهب العلماء المعاصرون إلى إباحتها هي التي اجتمعت فيها المزيتان الآتيتان:

الأولى: أغراض هذه الشركات وقصودها غير المباشرة وأنشطتُها مباحة كإنتاج الأدوية، أو توليد الكهرباء، أو صناعة الألبسة، وكشركات النفط والمعادن....وغيرها من أوجه النشاط الاقتصادي المشروع.

الثانية: التعاملات التي تقوم بها تلك الشركات لتحقيق غرضها تعاملات مباحة لا تخالف الشريعة، فلا تحتوي على الربا أو الغرر وغير ذلك مما يمنع من صحة العقود، على وفق ما نص عليه الفقهاء.

وهكذا نرى أن القصود المباحة لإنشاء الشركات من شأنها أن تبقي تلك الشركات جائزة بشرط توافر الضوابط الأخرى فيها.

ولا سيما إن علمنا أنَّ هذه الشركات التي نتكلم عنها هنا هي شركات يقصد منها الشركاء تحقيق أغراض مشروعة لا تخرج عن رتب المصالح الثلاث[2]، بل إن أغلب تلك الشركات تتصل بأنشطة ضرورية كبعض شركات الأدوية التي تنتج أدوية ضرورية لحفظ حياة المريض، وكشركات الدقيق التي تنتج الدقيق المعتبر القوت الأساسي لأغلب الناس، وهناك شركات تتصل بأنشطة حاجية وأمثلتها كثيرة جداً كشركات الكهرباء، وكثير من شركات المنسوجات...وهناك شركات تتصل بأنشطة تحسينية كشركات إنتاج العطور... وهكذا.

=المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير (٢٠٨)؛ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها د. علاء الدين زعتري، دار الكلم الطيب- دمشق وبيروت، ط٢، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م (٥٠٩).

(١) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (٣٧٩)؛ بحوث في الاقتصاد الإسلامي للشيخ عبدالله المنيع، المكتب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م (١٨٢)؛ المعاملات المالية العاصرة د. محمد عثمان شبير (٢٠٨)؛ بورصة الأوراق المالية للبرواري (١٠٧)؛ شركة المساهمة في النظام السعودي د.صالح بن زابن المرزوقي البقمي، دار مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي مطابع الصفا- مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ (٣٤١)؛ أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة د.مبارك آل سليمان، دار كنوز أشبيليا- الرياض، ط١، ١٤٢٦هـ (١/ ١٩٠)؛ الأسهم المختلطة في ميزان الشريعة لصالح بن مقبل العصيمي التميمي، مركز الدار السلام- الرياض، د.ط (٤١).

(٢) . أي الضروريات والحاجيات والتحسينيات وقد مر بيان حقيقتها في الباب الأول. انظر ص ١١٨ من هذه الأطروحة.

ثانياً: أثر تعدد القصود في عدم شرعية الشركات:

قد يجتمع قصد مناقض لمقصد الشارع مع قصد إنشاء الشركة فيؤدي إلى تحريم الشركة، وذلك في الحالات الآتية:

١- الشركات المساهمة ذات الغرض المحظور:

كما سبق في الفقرة السابقة من أن المعاصرين اتفقوا على جواز الشركات المساهمة التي ينشئها أصحابها لتحقيق قصود وأغراض مشروعة ولا تتعامل بالمحظورات، فكذلك اتفقوا على حرمة الشركات التي ينشئها الشركاء بقصد تحقيق أغراض غير مشروعة، كالاتجار بلحوم الخنزير، أو الخمر، فهذه الشركات نشاطها الأساسي محرم، فهي محرمة لذلك بالاتفاق[١].

فيبدو تعدد القصود هنا في انضمام قصدٍ غير مباشر –قصد المعصية في إنتاج السلع المحرمة– إلى القصد المباشر لعقد الشركة.

ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي: "لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، كالتعامل بالربا أو إنتاج محرمات أو متاجرة بها"[٢].

وكذلك نصت المعايير الشرعية على أنه: "إن كان غرضها [الشركات المساهمة] غير مشروع حرم إنشاء الشركة، وحرم تبعاً لذلك إصدار الأسهم التي تتكون منها الشركة"[٣].

ولاشك أنَّ تحريم هذا النوع من الشركات لأن قصود أصحابها مناقِضة لقصد الشارع في تشريعه لعقد الشركة، وقد تبيَّن أن تعدد القصود في العقود المالية يغدو محرَّماً إن لزم منه مناقضة لقصد الشارع[٤].

---

(١) . انظر: بورصة الأوراق المالية للبرواري(١٠٦)؛ بحوث في الاقتصاد الإسلامي للشيخ عبد الله المنيع (٢٢٠)؛ موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي أ.د. علي السالوس، دار القرآن- مصر، دار الثقافة- قطر، ط٧، ٢٠٠٢م (٤٨٢)؛ البنوك الإسلامية د. فليح حسن خلف، دار عالم الكتب الحديث- الأردن، ط١، ٢٠٠٦م (١١٩).

(٢) . انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي –جدة- الدورة السابعة، قرار رقم (٦٥).

(٣) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٩٦).

(٤) . انظر ص ١٤٥ وما بعدها من هذه الأطروحة.

٢- الشركات المساهمة ذات الغرض المشروع، ولكنها تتعامل بالتعاملات المحظورة:

كالشركات المنشأة بقصد إنتاج السلع المباحة كالحديد والورق والزيت...إلا أنها تتعامل بالحرام أحياناً كالإيداع في البنوك الربوية، أو الاقتراض بالربا، فتضم إلى الأرباح العوائد الناتجة عن تلك المحظورات، واشتهرت هذه الشركات باسم الشركات المختلطة؛ حيث يختلط الحلال فيها بالحرام[١].

فالإسهام في هذا النوع من الشركات جائز لمن يقدر على التغيير ويقوم به فعلاً؛ وذلك باتخاذ قرار التحول وفقاً للشريعة في أول اجتماع للجمعية العمومية في تلك الشركة. نصت على ذلك المعايير الشرعية ولا أعتقد أن هناك مخالفاً لها في ذلك.

أما فيما عدا ذلك فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إنشاء هذه الشركات وفق الأقوال الآتية:

الفريق الأول: المانعون: وهو قول كثير من المعاصرين من غير تقييد، فلم يفرقوا بين ما كان الغالب فيه الحرام وبين غيره[٢].

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء في قراره: (الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة)[٣].

الفريق الثاني: المبيحون بضوابط[٤]: وهو ما نصت عليه المعايير الشرعية حيث جاء فيها:

---

(١) . انظر: الأسهم المختلطة في ميزان الشريعة لصالح بن مقبل العصيمي التميمي (٤٣).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (٢٥٩)؛ موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي د.علي السالوس (٤٨٢)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير(٢٠٨)؛ الأسهم المختلطة في ميزان الشريعة لصالح التميمي (٥١).

(٣) . قرارات مجمع الفقه الإسلامي –جدة- الدورة السابعة، قرار رقم(٦٥).

(٤) . أشير هنا إلى أن هناك كثيراً من المعاصرين يبيحون هذه الأسهم بقيود مشابهة، ومنهم الشيخ مصطفى الزرقا، والشيخ عبد الله المنيع، والدكتور علي القره داغي والدكتور محمد رواس قلعه جي، ولا مجال لبسط أدلتهم كلها هنا، إلا أن ضوابط الإباحة التي وضعوها تتمثل في (أن يكون نشاط الشركة الأساسي حلالاً، وأن يكون الهدف من شراء هذه المساهمة تغيير الشركة إلى الحلال المحض، وأن يتم تقدير العائد المحرم والتصدق به للفقراء والمستحقين). انظر: فتاوى مصطفى الزرقا للشيخ مصطفى الزرقا، دار القلم- دمشق، ط٢، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، تقديم: د. يوسف القرضاوي (٥٥٨)؛ بحوث في الاقتصاد الإسلامي للشيخ عبد الله المنيع (٢٤٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د.محمد رواس قلعه جي (٥٩).

(٣/ ٤ المساهمة او التعامل (الاستثمار والمتاجرة) في أسهم شركات أصل نشاطها حلال، ولكنها تودع أو تقترض بفائدة:

الأصل حرمة المساهمة والتعامل (الاستثمار والمتاجرة) في أسهم شركات تتعامل أحيانا بالربا أو نحوه من المحرمات مع كون أصل نشاطها مباحاً، ويستثنى من هذا الحكم المساهمة أو التعامل (الاستثمار أو المتاجرة) بالشروط الآتية:

١/ ٤/ ٣ أن لا تنص الشركة في نظامها الأساسي أن من أهدافها التعامل بالربا.

٢/ ٤/ ٣ ألا يبلغ إجمالي المبلغ المقترض بالربا، سواء أكان قرضاً طويل الأجل أم قرضاً قصير الأجل، ٣٠٪ من القيمة السوقية (.Market Cap) لمجموع أسهم الشركة، علماً بأن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه.

٣/ ٤/ ٣ ألا يبلغ إجمالي المبلغ المودع بالربا، سواء أكانت مدة الإيداع قصيرة أو متوسطة أو طويلة ٣٠٪من القيمة السوقية (.Market Cap) لمجموع أسهم الشركة علماً بأن الإيداع بالربا حرام مهما كان مبلغه.

٤/ ٤/ ٣ ألا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرم نسبة ٥٪ من إجمالي إيرادات الشركة، سواء أكان هذا الإيراد ناتجاً عن ممارسة نشاط محرم أم عن تملك لمحرم. وإذا لم يتم الإفصاح عن بعض الإيرادات فيجتهد في معرفتها ويراعى جانب الاحتياط)[١].

وإنني أرجح مذهب القائلين بالمنع إلا إن تحققت حالة الضرورة بضوابطها الشرعية، ومبررات الترجيح:

- إن المخالفة الشرعية التي ترتكبها هذه الشركات هي التعامل بالربا في أغلب الحالات[٢]، ولذلك نجد أن هذه المسألة تسمى بـ(شراء أسهم الشركات المساهمة التي تتعامل بالفائدة الربوية)[٣]، وهذا ظاهر من

(١) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٩٧).

(٢) . انظر: الأسهم المختلطة في ميزان الشريعة لصالح التميمي (٤٣)؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د.أحمد الرشيد (٢/ ٧٠٧).

(٣) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٣٧٩)؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د. أحمد الرشيد (٢/ ٧٠٧).

نص المعايير كذلك، والربا من المحرمات التي حرمت لذاتها؛ فلا تبيحه إلا الضرورة التي تحققت شروطها، والقول بإباحة الربا للحاجة ممنوع شرعاً؛ لأن الحاجة لا تبيح إلا ما كان محرماً لغيره[1].

- إن الربا قليله وكثيره سواء في الحرمة، وهذا بإجماع الفقهاء[2].

يقول العبدري: "بالنسبة للربا لا يجوز منه قليل ولا كثير لا لتبعية ولا لغير تبعية"[3].

ويقول النووي: "ولا يُحتمل الربا في التابع كما لا يُحتمل في الأصل"[4].

وبناء عليه فما ورد في نص المعايير بأن مستند جواز التعامل بأسهم الشركات المساهمة ذات النشاط المباح في الأصل، ولكنها تودع وتقترض بالفائدة هو تطبيق حالة رفع الحرج والحاجة العامة، ومراعاة قواعد القلة والكثرة والغلبة، وجواز التعامل مع من كان غالب أمواله حلالاً[5]، لا يصلح للاستدلال على الإباحة، وغريب إقرار نص المعيار بوجود الربا في هذا النوع من الشركات، ثم إباحة التعامل بأسهمها!؟.

٣- اجتماع قصد الحصول على نسبة من الربح مع أجر مقطوع أو نسبة زائدة لقاء استئجار الشريك في عقد الشركة:

ويبدو تعدد القصود في هذه المسألة من خلال **اجتماع قصد الشركة وقصد الحصول على أجرة لقاء عمل لصالح الشركة.**

إن لهذه المسألة حالات متعددة، تقتضي الدقة التفصيل بينها وبيان مذاهب الفقهاء فيها ثمَّ ذكر آراء المعاصرين والتعقيب على تلك الآراء:

فإما أن يشترط الشريك مبلغاً مقطوعاً لا غير، فيكون هذا المبلغ هو حصة الشريك كربح ثابت.

وإمَّا أن يشترط الشريك ربحاً بنسبة زائدة لقاء قيامه بعمل زائد عن الشركاء الآخرين.

---

(١) . انظر ص ٩٠ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي الأزهري (٢/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

(٣) . التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٣٠)؛ وانظر: المجموع للنووي (١١/ ١٥٣).

(٤) . روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٤٦).

(٥) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٠٤).

وإما أن يشترط نسبة باعتبارها ربحاً كباقي الشركاء بالإضافة إلى مبلغ معلوم (مقطوع أو نسبة معلومة من الربح) باعتباره أجراً لقاء عمله في الشركة.

وفي الحالة الأخيرة إما أن يكون الشرط الزائد ضمن عقد الشركة أو بعده.

وأبين تلك الحالات بالتفصيل فيما يأتي:

١- الحالة الأولى: وهي أن يشترط الشريك مبلغاً مقطوعاً لا غير [ويكون هذا المبلغ المقطوع بدلاً من الربح الذي يستحقه كشريك والأجر الذي يستحقه كأجير]:

ذهب الفقهاء جميعاً إلى عدم جواز اشتراط مبلغ مقطوع لأحد الشركاء، وهذا أمر متفق عليه في كل أنواع الشركات. وإن لم ينصَّ عليه بعضهم في بعض الشركات فلأنه حاصل بداهة عندهم.

فالحنفية والحنابلة نصوا على هذا الشرط في كل أنواع الشركات التي أجازوها كشركة العنان[١] والمضاربة[٢] والمزارعة[٣].

يقول الكمال ابن الهمام: (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهم دراهم مسمَّاة من الربح؛ لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة)[٤].

والمالكية والشافعية نصوا على هذا الشرط في الشركات التي يكون فيها العمل من جانب والمال من جانب آخر، كالمضاربة[٥].

---

(١) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ١٨٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٩٨)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١١٤).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٨١)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٨٦)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٢/ ٣٢٣)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٣٧٤)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٤٠).

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٣/ ٣٢)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٤٩٦).

(٤) . شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ١٨٣).

(٥) . انظر: الشرح الكبير للدردير(٣/ ٥١٧)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٥٨)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٣)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٧/ ١٩٤).

ولم ينصوا عليها في الشركات التي يكون فيها المال من الجانبين كالعنان؛ لأنَّ الربح عندهم أصلاً يجب أن يكون بنسبة قدر المال المقدَّم من كل شريك[1].

يقول ابن جزي من المالكية: "ويجب في شركة الأموال أن يكون الربح بينهما على حسب نصيب كل واحد منهما من المال، ولا يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من نصيبه"[2]. ومقتضى ذلك عدم جواز اشتراط مبلغ مقطوع كذلك، بل نسبة معلومة بحسب رأس المال.

ويعلل الفقهاء عدم جواز أن يكون الربح مبلغاً مقطوعاً بأن الربح قد لا يتجاوز ذلك القدر المقطوع الذي شرط لأحد الشركاء؛ مما يؤدي إلى اختصاص أحدهم به، وهذا مناف لمقتضى عقد الشركة-أياً كان نوعها-[3].

ولا فرق في ذلك بين عدِّ هذا المبلغ ربحاً فقط، أو ربحاً وأجراً للشريك الذي يقوم بعمل لصالح الشركة.

٢- أن يشترط الشريك ربحاً بنسبة زائدة لقاء قيامه بعمل زائد عن الشركاء الآخرين [فتكون النسبة الزائدة عن الآخرين في مقصوده بمثابة بدلٍ عن الأعمال التي يستحق عليها أجراً]:

اختلف الفقهاء فيما بينهم في حكم اشتراط أحد الشركاء نسبة من الربح أعلى من نسبة ماله في الشركة، على مذهبين:

المذهب الأول: الحنفية والحنابلة[4]: ومفاده جواز اشتراط النسبة الزائدة من الربح عن مقدار رأس المال لأحد الشركاء، بشرط أن تكون الزيادة في مقابل العمل؛ لأنها شركة عنان ومضاربة في هذه الحالة.

---

(١) . انظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ٥٤)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٥٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٢)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٦٧).

(٢) . القوانين الفقهية لابن جزي (١/ ١٨٧).

(٣) . انظر: المراجع السابقة.

(٤) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٣/ ٣١٨)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ١٧٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٩٧)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٣٨٥).

يقول العيني: "ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح...وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى، فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل.... وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك، ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان، فعملنا بشبه المضاربة"[1].

المذهب الثاني: وهو قول زفر من الحنفية والمالكية والشافعية في المعتمد[2]: ومفاده وجوب كون الربح بمقدار المال، سواء اتفق الشركاء في العمل أو اختلفوا فيه؛ وذلك لأن الخسارة على قدر مال كل شريك فكذلك الربح.

٣- أن يشترط نسبة كربح كشأن باقي الشركاء بالإضافة إلى مبلغ مقطوع كأجر لقاء عمله في الشركة:

وهذه الصورة هي الصورة الأهم، ويتضح فيها تعدد القصود بشكل بيِّن أكثر من غيرها، إذ يقصد الشريك الربح باعتباره شريكاً، ويقصد كذلك الأجر باعتباره أجيراً، ولهذه الصورة تطبيقات معاصرة، ولذا كان للعلماء المعاصرين فتاوى متعدِّدة فيها، ولا يقتصر وجود هذه الصورة في شركة العقود بل قد توجد في شركة الملك، أما وجودها في شركة العقود فكما لو ساهم شخصان بمبلغ من المال من كل منهما ثم قام أحد هؤلاء الشركاء بعمل لمصلحة الشركة كتسلمه لإدارتها مثلاً لقاء أجر مقطوع، أو كانت الشركة مضاربة فقام أحد الشريكين كذلك بعمل لمصلحة الشركة لقاء أجر مقطوع فضلاً عن نسبة الربح التي يستحقها في الأصل. وقد يكون الشرط باستحقاق الأجر المقطوع في الصيغة أي ضمن عقد الشركة، وقد يكون بعد تمام عقد الشركة، وهكذا يتضح أن هناك حالات تدخل تحت هذه الصورة، بعضها يتصل بتعدد القصود في العقود وبعضها لا يتصل به:

-فإما أن تكون الشركة شركة ملك، فيقوم أحد الشركاء باشتراط أجر مقطوع لقاء قيامه بعمل معين لصالح الشركة.

---

(١) . البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٩٧).

(٢) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٩٧)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٤٩)؛ الذخيرة للقرافي (٨/ ٥٤)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٥٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٢)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٢٩٢)؛ الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٦٧).

-وإما أن تكون الشركة شركة عقد (كشركة العنان أو المضاربة كما تبين في الأمثلة) ويكون استئجار الشريك مشترَطاً في صيغة عقد الشركة أي تجتمع الإجارة والشركة في عقد واحد.

-وإما أن تكون الشركة شركة عقد ويتم الاتفاق بين الشركاء على استئجار أحدهم بعد تمام عقد الشركة بعقد منفصل.

والحقيقة إن الحالة التي تتصل بتعدد القصود في العقود هي الحالة الثانية من الحالات السابقة؛ لأن الحالة الأولى هي شركة ملك وليست شركة عقد، والحالة الثالثة بالرغم من كونها شركة عقد إلا أن تعدد القصود لم يتوافر أثناء العقد، بل أتى بعده.

ولكن بالرغم من ذلك أرى أن بحث هذه الحالات الثلاثة مهمٌّ للصلة الوثيقة بينها، بالإضافة إلى أن بعض العلماء المعاصرين لم يميِّز بين تلك الحالات.

فأعرض فيما يأتي حكم هذه الحالات عند الفقهاء، ثم أذكر آراء المعاصرين في ذلك.

حكم الحالة الأولى: استئجار الشريك في شركة الأملاك:

ذهب الحنفية[1] إلى عدم جواز استئجار الشريك في شركة الأملاك، كمن يشترك مع آخر في ملكية حنطة فقام أحدهما بطحنها لقاء أجر معين، وكمن يشتركان في ملكية سيارة فقام أحدهما بالعمل كسائق على أن له أجراً مقطوعاً.

يقول ابن نجيم في فقرة بعنوان [استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام بينهما]: "وإن استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له"[2].

ويقول السرخسي: "والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر"[3].

---

(١) . انظر: النتف في الفتاوى لأبي الحسن علي بن الحسين السُّغْدي (ت: ٤٦١هـ)، دار الفرقان-عمان، ط٢، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي (٢/ ٥٧٥)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٨)؛ المبسوط للسرخسي (١١/ ١٥٩)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١٨٦).

(٢) . البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٨).

(٣) . المبسوط للسرخسي (١١/ ١٥٩).

في حين ذهب الجمهور من المالكية[1] والشافعية[2] إلى جواز استئجار الشريك في شركة الأملاك.

يقول العبدري: "إن آجرتَه على رعايةِ غنم بينكما جاز، ولزمته الإجارة"[3].

ويقول العمراني: "إن كان بين رجلين حنطة مشتركة بينهما.. جاز لأحدهما أن يستأجر الآخر على طحن نصيبه منها، أو على حمله إلى موضع آخر"[4].

ويبدو أن الحنابلة يتفقون مع الجمهور في ذلك؛ لأنهم يجعلون شركة العنان إذا فسدت بحكم شركة الملك، ويوجبون أجر المثل لكل منهما على صاحبه إن عمل[5].

وحكم هذه الصورة عند العلماء المعاصرين الإباحة، نصَّ على ذلك الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله تعالى- حيث يقول: "كثيراً ما تنعقد الشركة في ملكية سيارة شاحنة أو صغيرة سياحية أو لنقل الركاب، ويكون بعض الشركاء ملاَّكاً لحصص معينة، وواحد منهم سائق للسيارة وشريك يملك بعض الأسهم معاً، ويتقاضى السائق عادة أجراً أو راتباً شهرياً معيناً...وهذا كله جائز لتعارف الناس؛ لأن الشركة تنعقد على حسب العادة، وهي مبنية على التوسع والمسامحة...ويأخذ السائق حصته من الأرباح، كما يتقاضى الأجر المتفق عليه، ولا مانع من أن يكون الأجر مقطوعاً محدداً أو مسمى، أو جزءاً نسبياً من الربح....لأن المنع من وجود عقدين في عقد أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكمته، وهو عدم إثارة النزاع والجدال، وعدم المنازعات جرى عليه العرف والعادة، فلم يعد الشرط مفسداً، وللناس فيها حاجة"[6].

---

(١) . انظر: التهذيب في اختصار المدونة لخلف بن أبي القاسم الأزدي القيرواني ابن البراذعي المالكي (ت: ٣٧٢هـ)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ (٣/ ٣٤٨)؛ التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٥١٥)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٧/ ٤٤٩).

(٢) . انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٧/ ٣٣٠)؛ روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٥٢).

(٣) . التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٥١٥).

(٤) . البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٧/ ٣٣٠).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ١٢٨)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٥١١).

(٦) . الفقه الإسلامي وأدلته أ.د. وهبة الزحيلي (٤/ ٨٨٣).

ويفهم من كلامه أنه أجاز هنا استئجار الشريك في شركة الأملاك أخذاً بالعرف، وهذا مما يستند إلى مذهب الحنفية حيث جوزوا اشتراط ما دلَّ عليه العرف[1]، بالإضافة إلى أنَّ مذهب الجمهور إباحة استئجار الشريك في شركة الأملاك[2]، وهذا ما يرجح الإباحة ولاسيما في زمننا هذا.

الحالة الثانية: أن تكون الشركة شركة عقد ويكون استئجار الشريك مشترطاً في صيغة عقد الشركة:

فهذه الحالة تكون الإجارة والشركة في عقد واحد، فيكون قصد الشريك متعدداً؛ إذ يقصد مقتضى الشركة فيشترط الربح –شأنه شأن سائر الشركاء– ويقصد أن يصبح أجيراً على عمل لمصلحة الشركة فيشترط أجراً لقاء ذلك غير نسبته من الربح، فما الحكم؟

إن الفقهاء متفقون[3] على أن **اشتراط مبلغ ثابت مقطوع** لأحد الشركاء في عقد الشركة أياً كانت لا يجوز وأن العقد يفسد بذلك الشرط؛ لأن الشركة تقتضي الاشتراك بالربح، فلا يجوز اختصاص أحدهما به، فإن شرط مبلغاً مقطوعاً فذلك من شأنه مناقضة مقتضى الشركة، لأنه يقطعها؛ إذ قد لا يخرج إلا القدر المسمى من الربح، فيختص به أحد الشركاء دون الآخرين وهذا لا يجوز.

يقول السُّغدي[4] من الحنفية عن المضاربة الفاسدة: "فهي على خمسة أوجه....والثاني أن يدفع إليه دراهم ودنانير ويشترط أحدهما لنفسه زيادة عشرة دراهم أو عشرين أو أقل أو أكثر من الربح، والباقي بينهما على النصف أو الثلث أو الربع"[5].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٧٢)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٧، ١٣١).

(٢) . سبق بيان ذلك في بداية الفقرة.

(٣) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ١٨٣)؛ الشرح الكبير للدردير(٣/ ٥١٧)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٥٨)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٣)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٣٧٤)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٤٠).

(٤) . هو علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، فقيه حنفي انتهت إليه رياسة الحنفية في زمانه، أخذ عن شمس الأئمة السرخسي، له مولفات عديدة منها شرح الجامع الكبير للشيباني في فروع الفقه الحنفي، توفي سنة ٤٦١هـ. انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي (١٢١)؛ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٧/ ٧٩).

(٥) . انظر: النتف في الفتاوى للسغدي (١/ ٥٤٠).

يقول الكمال ابن الهمام: (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهم دراهم مسمَّاة من الربح؛ لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة)[1]. فقوله وشرط لأحدهم ظاهر في أنه شرطه ضمن العقد[2].

وسبب ذلك المنع كذلك أن الشرط يغير من ماهية عقد الشركة إلى إجارة، والإجارة لا تصلح إلا بشيء ثابت معلوم، فاشتراط نسبة من الربح، إضافة إلى مبلغ معين يؤدي إلى جهالة العوض في ذلك العقد الذي انقلب إجارة وجهالة الأجرة تفسدها.

يقول الباجي: "فإن دخل القراض شيءٌ من ذلك صار إجارة، ولا يصلح إلا بشيء ثابت معلوم، يريد إن اشترطه العامل فهو إجارة؛ لأن من حكم القراض أن يكون عوضُ العملِ حقُّه مقصورٌ على ما يُترقَّب خروجه من النماء، فإذا اشترط العامل ذهباً من غيره أو غيرَ ذهب، فقد خرج عن سنَّة القراض إلى ما لا يجوز فيه، وإنَّما يجوز في الإجارة، إلَّا أنَّ من شرط الإجارة أن يكون جميعُ عوضها معلوماً فإذا كان بعض عوضها مجهولاً مترقَّباً من النَّماء لم تصحَّ الإجارة أيضاً"[3].

أما إن كانت أجرة العامل **في شركة العنان نسبة معلومة** بأن يشترط نسبة مقابل ماله، ونسبة أخرى مقابل عمله، فهذا جائز عند الحنفية والحنابلة[4]؛ لأن هذه الشركة تصبح شركة عنان ومضاربة، أي أن النسبة مقابل العمل لا يستحقها العامل على أنها أجرة، بل يستحقها بطريق الشركة؛ إذ لو اعتبرنا العامل أجيراً لاشترط تسمية مقدار العمل وبيان المدة[5].

وقد اختلف المعاصرون في حكم استئجار الشريك في شركات العقود إن كانت الإجارة مشترطة في عقد الشركة:

---

(١) . شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ١٨٣).

(٢) . انظر: نظرية الأجور في الفقه الإسلامي د.أحمد حسن (٣١٧).

(٣) . المنتقى للباجي (٥/ ١٦١).

(٤) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٣/ ٣١٨)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ١٧٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٩٧)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٣٨٥).

(٥) . انظر: المبسوط للسرخسي (١١/ ١٥٩)؛ نظرية الأجور في الفقه الإسلامي د.أحمد حسن (٣١٨).

فذهب بعضهم إلى الإباحة سواء كان الأجر مقطوعاً أو نسبة مئوية إضافة إلى نسبته الأساسية، وذهب بعضهم إلى التفريق فقالوا بالمنع إن كانت الأجرة مبلغاً مقطوعاً، إن كانت الأجرة نسبة مئوية، وهذه الحالة فيما لو كان استئجار الشريك ضمن عقد الشركة، أما بعدها فله حكم آخر سيأتي في الفقرة الآتية.

- فالمعايير الشرعية أخذت بالتفريق بين الأجر المقطوع للشريك، وبين زيادة نسبته من الربح لقاء عمله، فمنعت الحالة الأولى وأجازت الثانية.

جاء ذلك في المعيار رقم (١٢) (الشركة والشركات الحديثة):

(٣/ ١/ ٣/ ٤ لا يجوز تخصيص أجر محدد في عقد الشركة لمن يستعان به من الشركاء في الإدارة أو في مهام أخرى مثل المحاسبة، ولكن يجوز زيادة نصيبه من الأرباح على حصته في الشركة)[١].

وهذا الرأي هو رأي الشيخ علي الخفيف[٢] كما يفهم من كلامه، حيث يقول: "وإذا كان [المدير] من الشركاء فيها كان عمله في مال غيره قراضاً"[٣].

فمقتضى كلامه أنه يجوز إعطاء الشريك مقابلاً على عمله، ولكن ليس على أساس الإجارة، بل على أساس المضاربة، ومعلوم أن الشريك المضارب يأخذ نسبة من الأرباح لا مبلغاً مقطوعاً.

- وذهب الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي إلى إباحة كون الشريك العامل شريكاً وأجيراً بالوقت ذاته، فيستحق أجراً مقطوعاً على عمله كموظف أو أجير، ويستحق ربحاً لكونه شريكاً.

وهذا ظاهر في كلامه في شركات العقود حيث يقول: "يعتبر عمله [الشريك الذي يكون مديراً للشركة في شركات الأموال كالمساهمة[٤]] من باب التوظف، فهو يعمل بأجر بحكم التوظف لا بحكم المشاركة، ولا

---

(١) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٦٤).

(٢) . ولد الشيخ علي الخفيف عام ١٣٠٩هـ، في مصر، ونشأ على العلم وحفظ القرآن والاجتهاد، له جهد كبير في المعاملات المالية والأحوال الشخصية وغيرهما من فروع الفقه، وله مؤلفات منها: (أحكام المعاملات الشرعية) و(أحكام الوصية). توفي سنة ١٣٩٨هـ. انظر: الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد للدكتور محمد عثمان شبير، دار القلم-دمشق، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م (١٧ وما بعدها).

(٣) . الشركات في الفقه الإسلامي -بحوث مقارنة- للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي-القاهرة، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م (١٢٧).

(٤) . سبق بيان تكييفها ص ٢٦٨ في الحاشية.

مانع شرعاً في شركة المساهمة وشركة التضامن من اعتبار مدير الشركة أجيراً موظفاً على العمل، ولا مانع من وجود صفتي الشركة والإجارة في شيء واحد؛ لأن المنع من وجود عقدين أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكمته، وهو عدم إثارة النزاع والخلاف، وعدم التنازع جرى عليه العرف والعادة، فلم يعد شرطاً مفسداً"[1].

إذن فالأستاذ الدكتور وهبة يجيز استئجار الشريك في كلٍّ من شركات الملك والعقود على حدٍّ سواء، ولو كانت الإجارة بأجر مقطوع، استناداً للعرف ومراعاة للحاجة.

وقريب من رأي الدكتور وهبة ما ذهب إليه الدكتور عبد العزيز الخياط[2] حيث يقول: "ورأينا في ذلك أن للشريك صفتين: صفة الشريك، وصفة المدير، ويجب التفريق بين هاتين الصفتين استجابة لتطورات الشركات....ويستحق الشريك الربح باعتباره شريكاً، ويتحمل الخسارة كباقي الشركاء، ويستحق الأجر باعتباره مديراً له صفة متميزة عن كونه شريكاً، ولا فرق بين أن يكون أجره جزءاً من الربح، أو راتباً معيناً"[3].

ويبدو لي أن إجماع الفقهاء على عدم جواز تخصيص مبلغ مقطوع للشريك يجب أن يعتدَّ به، فلم أر من خلال البحث من خالف في ذلك في هذه الصورة، بل نقل الإجماع ابن عبد البر[4]، ونقله كذلك ابن المنذر كما نص ابن قدامة وغيره.

---

(١) . الفقه الإسلامي وأدلته أ.د وهبة الزحيلي (٤/ ٨٤٢).

(٢) . هو الأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط، مواليد مدنية نابلس في عام ١٩٢٤م ، عميد كلية الشريعة (الدراسات الإسلامية) في الجامعة الأردنية في الفترة من (١٩٧١ – ١٩٧٣م)، عضو في مجمع الفقه الإسلامي في جدة، توفي سنة ٢٠١١م.
انظر: http://shamela.ws/index.php/author/2372

(٣) . الشركات في الشريعة الإسلامية د. عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٣، ١٤٠٨هـ (١/ ٢٦٣).

(٤) . انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ١٣). وابن عبد البر هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، ولد عام ٣٦٨هـ، فقيه مالكي، وشيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها، لقب بحافظ المغرب، من مصنفاته (التمهيد)، و(الانتقاء في فضائل الثلاثة الفقهاء)، توفي سنة ٤٦٣هـ. انظر: الديباج المذهب في أعيان المذهب لابن فرحون المالكي (٢/ ٣٦٧)؛ الأعلام للزركلي (٨/ ٢٤٠).

يقول ابن قدامة: " ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم.. [ثم قال] قال ابن المنذر: **أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة**"[1].

وبناء عليه يجب الوقوف عند ذلك الإجماع، ولا سيما إن وجد مخرج شرعيٌّ في ذلك، إذ إنَّ ما ذهبت إليه المعايير الشرعية مستنِد إلى مذهب الحنفية والحنابلة الذين يجيزون تفاوت الشركاء في نسب الربح مقابل العمل بغض النظر عن مقدار حصصهم المالية، وقد مر بيان ذلك، فيكون رأي المعايير الشرعية هو الأجدر بالأخذ.

الحالة الثالثة: أن يتم الاتفاق بين الشركاء على استئجار أحدهم بعد تمام عقد الشركة بعقد منفصل:

لم أجد من الفقهاء من صرح بحكم استئجار أحد الشركاء للقيام بعمل لصالح الشركة بعد انعقادها، إلا أنني وجدت عند الحنفية نصاً فيه: "لو استأجر من يتصرف في مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه، فإذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الأولى"[2]. وهذا النص يدل على أن للشريك أن يستأجر أجنبياً عن العقد لعمل من مصلحة الشركة إن لزم الأمر.

ويبدو أنَّ باقي الفقهاء –بالرغم من عدم نصهم على حكم المسألة صراحة- يرون جواز أن يكون الشريك في هذه الحالة أجيراً؛ ولو بأجر مقطوع؛ وهو ما أرجحه؛ لأن هذه الحالة لا يلزم منها قطع الربح؛ فذلك لا يحصل إلا باشتراط المبلغ الثابت في عقد الشركة، أما هنا فالإجارة منفصلة عن الشركة بشكل كامل.

وقد نصت المعايير الشرعية على إباحة استئجار الشريك في هذه الحالة سواء كان الاستئجار بأجر مقطوع أو بنسبة مئوية من الربح حيث جاء فيها: (٣/ ١/ ٣/ ٥ يجوز تكليف أحد الشركاء بالمهمات المذكورة في البند(٣/ ١/ ٣/ ٤) بعقد منفصل عن عقد الشركة بحيث يمكن عزله دون أن يترتب على ذلك تعديل عقد الشركة أو فسخه، وحينئذ يجوز تخصيص أجر محدد له)[3].

---

(١) . المغني لابن قدامة (٥/ ١٤٨).

(٢) . المبسوط للسرخسي (١١/ ١٧٥).

(٣) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٦٤).

وهذا ما ذهب إليه الدكتور أحمد حسن[1] حيث يقول: "أمَّا بعد انعقاد العقد، فيبدو لي جواز ذلك في مذهب الجمهور بالقياس على جواز استئجار الشريك في شركة الأملاك، وعدم جوازه عند الحنفية؛ لأنه ينظر إلى واقع هذه الشركة –بعد انعقادها– بالنسبة للأجير على أنه استئجار للقيام بعمل لمصلحة شركة الأملاك، لأن مال الشركة أصبح بين الشريك الأجير وبين شركائه، فمن ذهب إلى صحة استئجار الشريك في شركة الأملاك فينبغي أن يجيز هذا، ومن ذهب إلى عدم صحة استئجار الشريك في شركة الأملاك فينبغي أن يمنع هذا [ثم رجَّح مذهب الجمهور]"[2].

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الوصف الحقيقي للعقد:

أولاً: أثر انضمام قصد الأجر المقطوع إلى قصد الشركة في الشركات التي يكون فيها المال من الجانبين (كشركة العنان):

في الشركات التي يكون فيها المال من الطرفين وأهمها شركة العنان، وهي جائزة بإجماع الفقهاء، إن استكملت شروط صحتها، فإن الربح يوزع على حسب الاتفاق عند الحنفية والحنابلة، وعلى قدر المالين عند المالكية والشافعية، وقد سبق بيان ذلك[3].

ولكن ما الحكم لو فسدت تلك الشركة، ومن صور فسادها كما سبق تفصيله في المطلب السابق أن يشترط أحد الشركاء مبلغاً مقطوعاً ضمن العقد؟

---

(١) . الدكتور أحمد حسن من مواليد الحسكة ١٩٦٨م، حصل على الإجازة في الشريعة من جامعة دمشق، ودرجة الماجستير والدكتوراه منها، رسالته في الماجستير: (نظرية الأجور في الفقه الإسلامي)، وأطروحته في الدكتوراه (الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها)، وهو الآن أستاذ مساعد في كلية الشريعة بجامعة دمشق، ومستشار في بعض المؤسسات المالية الإسلامية. انظر ترجمة الدكتور في بداية كتابه: الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها، وتجدر الإشارة إلى أن فضيلة الدكتور أحمد حسن هو المشرف على هذه الأطروحة.

(٢) . نظرية الأجور في الفقه الإسلامي د.أحمد حسن (٣١٨).

(٣) . انظر ص ٢٧٥ من هذه الأطروحة.

- **ذهب الحنفية**[1] إلى أن فساد شركة العنان يحولها إلى شركة ملك، وبالتالي يستحق كل شريك الربح على قدر ماله، ولا يُعتد بالاتفاق الحاصل بين الشركاء، كما أنه لا يستحق العامل إن عمل أجراً على عمله.

يقول ابن عابدين في الشركة الفاسدة: "(ويكون الربح على قدر المال) أي وإن اشترط فيه التفاضل، لأن الشركة لما فسدت **صار المال مشتركاً شركة ملك**، والربح في شركة الملك على قدر المال"[2].

ويقول الكاساني: "وأما الشركة الفاسدة ..الربح فيها على قدر المالين؛ لأنه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط؛ لأن الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقي الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال، **ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا**"[3].

ودليلهم أن الشريك استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر[4].

- **أما الجمهور**[5] فذهبوا إلى أن للشريك في الشركة الفاسدة الربح على قدر ماله إن وجد ربح، ولكل واحد على صاحبه أجرة مثل عمله في مال الآخر.

يقول الدسوقي: "[إن فسدت الشركة] فض الربح على قدر المالين (ولكلٍّ أجر عمله للآخر)، فإذا كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ودخلا على المناصفة في العمل والربح فيرجع صاحب الثلثين على صاحب الثلث بسدس الربح ويرجع صاحب الثلث بسدس أجرة العمل"[6].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٩)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٢/ ٥٦٤)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ١٩٤)؛ اللباب شرح الكتاب للغنيمي (١٩٧).

(٢) . حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٩).

(٣) . بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٧٧).

(٤) . بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٧٧).

(٥) . انظر: حاشية الخرشي (٦/ ٤٥)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٥٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٥)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٥/ ٢٩٢)؛ حاشية البجيرمي على تحفة الطلاب (٣/ ٤٥)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٢٨)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٥١١).

(٦) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٥٤)؛ وانظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي المالكي (٢/ ١٢١).

يقول الشربيني: "[في شركة العنان إن فسدت] فيرجع كلٌّ على الآخر بأجرة عمله في ماله، وتنفذ التصرفات، والربح على قدر المالين"[1].

والراجح مذهب الجمهور وهو استحقاق الأجر على العمل لسببين:

الأول: لأن "حكم الشركة إذا زال بفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عوض فاسد؛ وذلك موجب لأجرة المثل"[2].

الثاني: أن قول الحنفية بأن الشريك استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر محل نظر؛ لأن الشريك في الشركة الفاسدة استحق الربح لماله؛ ودليل ذلك أن من عمل ومن لم يعمل سواء في استحقاقه للربح بقدر ماله.

ثانياً: أثر انضمام قصد الأجر المقطوع إلى قصد الشركة في الشركات التي يكون فيها العمل من شريك والمال من شريك (كشركة المضاربة):

اختلف الفقهاء في تكييف عقد الشركة من حيث الوصف الحقيقي له في هذه الحالة وفق الآتي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[3] والشافعية[4] والرواية المعتمدة عند الحنابلة[5] إلى أن الشركة (التي يكون يكون المال فيها من طرف والعمل من طرف آخر كالمضاربة) إن فسدت، فإن العقد يأخذ **حكم الإجارة،** وبالتالي فإن الربح لرب المال وحده، وللعامل أجر المثل[6].

يقول ابن عابدين: "لو فسدت [الشركة] وكان المال كله لأحدهما: فللآخر أجر مثله"[7].

---

(١) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٥).

(٢) . الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٤٧٩).

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٩)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٥٥).

(٤) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٥).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ١٨٨).

(٦) . ينبغي الإشارة إلى أن العامل يستحق أجر المثل وإن لم يتحقق الربح. نص على ذلك الحنفية في الراجح والشافعية كذلك في أرجح القولين، والحنابلة في الرواية المعتمدة؛ وذلك لأنه عمل طامعاً في البدل المسمى، فإذا فات وجب رد عمله عليه، وهو متعذر فتجب قيمته وهي الأجرة. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٥٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٥)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٨٨).

(٧) . حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٠٩).

ويقول الشربيني: "وإذا فسد القراض نفذ تصرف العامل والربح للمالك ، وعليه للعامل أجرة مثل عمله"[1].

ويقول ابن قدامة: "[في المضاربة الفاسدة] الربح جميعه لرب المال؛ لأنه نماء ماله، إنما يستحق العامل [الربح] بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئاً، وكان له أجر مثله"[2].

وهكذا يجعل الفقهاء المضاربة الفاسدة بحكم الإجارة فيستحق العامل أجر المثل.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية[3]، ومفاده: التفريق بين أن حالة ما لو بدأ بالعمل، وحالة ما لو لم يبدأ.

فإن لم يبدأ العمل وجب فسخ العقد ورد المال لصاحبه.

أما إن بدأ بالعمل فهنا اختلف المالكية فيما بينهم:

ففي رواية أننا نرجع إلى **قراض المثل**، وفي رواية أن العقد يكيف على أنه **إجارة المثل** (أي كالجمهور) وفي رواية أن قراض المثل هو المعتد به ما لم يكن الربح في قراض المثل أكثر من المسمَّى، أي للعامل الأقل من الربح المسمَّى أو الربح في قراض المثل، إن كان رب المال هو مشترط الشرط على العامل، فإن كان العامل هو مشترط الشرط فله الأكثر من قراض مثله، أو من الجزء الذي سُمِّي له.

والفارق بين **قراض المثل وأجرة المثل** كما بيَّن ابن رشد[4]: "أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء أكان في المال ربح أو لم يكن، وقراض المثل هو على سنة القراض: إن كان فيه ربح كان للعامل منه، وإلا فلا شيء له"[5].

---

(١) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٥).

(٢) . المغني لابن قدامة (٥/ ١٨٨).

(٣) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٤٢)؛ حاشية الخرشي (٦/ ٢٠٦)؛ الفواكه الدواني للقيرواني (٢/ ١٢٤).

(٤) . هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، ولد عام ٥٢٠هـ، فقيه مالكي، جمع كثيراً من العلوم، وصنف فيها، كالمنطق والطب إضافة إلى الفقه وأصوله، ويلقب بالحفيد تمييزاً عن جده المتوفى ٥٢٠هـ، من كتبه (منهاج الأدلة) في أصول الفقه، و(فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال)، توفي سنة ٥٩٥هـ. انظر: الديباج المذهب في معرفة علماء المذهب لابن فرحون (٢/ ١٥٧)؛ الأعلام للزركلي (٥/ ٣١٨).

(٥) . بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٤٣).

ويبدو أن الراجح مذهب الجمهور في أن الشريك في المضاربة وما في حكمها من الشركات الحديثة- يستحق أجر المثل عن عمله؛ لأني وجدت أن من المالكية كالباجي وابن عبد البر[1] من ينص صراحة على أن اشتراط مبلغ مقطوع في المضاربة يخرج بها عن القراض إلى الإجارة، ولذا يجب أجر المثل فيها.

يقول ابن عبد البر: "ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيء من الأشياء يزداده أحدهما على صاحبه.. فإن دخل القراض شيء من ذلك صار إجارة، ولا تصلح الإجارة إلا بشيء ثابت معلوم "[2].

(١) . انظر: المنتقى للباجي (٥/ ١٦١)؛ الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ١٣).

(٢) . الاستذكار لابن عبد البر (٧/ ١٣).

المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف عقود التوثيقات

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الحكم التكليفي

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الوصف الحقيقي للعقد

المطلب الأول: تعريف عقود التوثيقات:

التوثيق لغة: مصدر من الفعل وثَّق الشيء يوثِّقه توثيقاً فهو موثَّق، إذا أحكمَه وثبّته[1].

عقود التوثيق اصطلاحاً: مع أن الفقهاء لم يصرِّحوا بتعريف جامع لعقود التوثيقات، إلا أنه يُفهم من كلامهم بوضوح أنهم يعنون بالتوثيقات: **العقود التي لا تُقصد لذاتها بل لأجل الحفاظ على حق مشروع**[2]، ولذا يُطلق عليها في الفقه المعاصر العقود التبعية، وهي عقدان عقد الرهن وعقد الكفالة[3].

يقول الزركشي: "الوثائق المتعلقة بالأعيان ثلاثة: الرهن والكفيل والشهادة"[4]، وبما أن كلامنا منصرف إلى العقد فتخرج الشهادة لأنها ليست بعقد، وبالتالي تنحصر عقود التوثيقات فيما ذكرت.

ومن هنا بين الفقهاء أن الرهن هو عقد وثيقة لا معاوضة أو غيرها..[5].

أما الكفالة فتنتمي إلى كل من التبرعات والتوثيقات[6]؛ إلا أنَّها ألصق بعقود التوثيق؛ لأن غرض الكفالة الأصلي توثيق الحق الذي للمكفول له على المكفول عنه.

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الحكم التكليفي:

يظهر أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات (من حيث الحكم التكليفي) في حالة انضمَّ إلى القصد المباشر للكفالة قصد مناقض لقصد الشارع.

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة(وثق).

(٢) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٦٣)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٧٠)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٣١)؛ المنثور للزركشي (٣/ ٣٢٧)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٦٦)؛ الشرح الكبير للرافعي (٩/ ٣٨١)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٣٢٠).

(٣) . انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (١/ ٦٤٦)؛ العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) لمصطفى الزرقا (١٢).

(٤) . المنثور للزركشي (٣/ ٣٢٧).

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٧٠)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٣١)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٦٦)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٧).

(٦) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٦)؛ مجمع الضمانات للبغدادي (٢٨٢)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٤٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش المالكي (٦/ ٢٢٩)؛ المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن أيوب الباجي (٧/ ٤٨٤)؛ البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي (١/ ٢٩٦)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٧٨)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١٠٢).

ولا شك أنَّ مناقضة قصد الشارع منهي عنها؛ ويجب على المكلف أن يقصد في إتيانه لكل عقد المقاصد والمصالح التي راعاها المشرع، وهذا المعنى تمت الإشارة إليه كثيراً وسبقت دراسته بالتفصيل [1].

وبناء عليه فإن الكفالة وثيقة بالحق كما بيَّن الفقهاء، وهي كذلك تشتمل على معنى التبرع والإحسان[2]؛ ولذا فإن قصد الكفيل إجراء عقد الكفالة، وقصد بذلك الحصول على أجر أو عوض عن كفالته فاشترط ذلك على المكفول عنه؛ فإن ذلك محرم باتفاق الفقهاء لمناقضته لقصد الشارع[3].

وكذا بالنسبة لعقد الرهن فإن كان قصد المكلف مناقضاً لمقصد الشارع في الرهن فإن ذلك من شأنه تحريم العقد، وأضرب مثالاً لذلك: انضمام قصد الانتفاع بالعين المرهونة من قبل المرتهن إلى قصد عقد الرهن (قصد توثيق الدين) فإن ذلك مما يناقض قصد الشارع عند جمهور الفقهاء إذ يلزم منه الربا في كثيرٍ من الصور، ولبيان ذلك أذكر اختلاف المذاهب في مسألة قصد المرتهن الانتفاع بالعين المرهونة:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية في الرواية المعتمدة[4] والشافعية[5]، ومفاده: عدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة أياً كانت (حيواناً أو غيره) بأي وجه (استخداماً وسكنى ولبساً وإجارة وإعارة...)؛ إلا بإذن الراهن وبغير اشتراط؛ لأن الرهن يقتضي الحبس إلى استيفاء الدين ولا يقتضي الانتفاع؛ فإن انتفع المرتهن بلا إذن الراهن أصبح غاصباً متعدياً.

يقول شيخي زاده: "وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا بسكنى ولا بلبس إلا بإذن المالك"[6].

---

(١) . انظر ص ١٤٥ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٤٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش المالكي (٦/ ٢٢٩)؛ المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن أيوب الباجي (٧/ ٤٨٤)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٧٨)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١٠٢).

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٤٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٦/ ٢٢٩)؛ البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي (١/ ٢٩٦)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٧٠).

(٤) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩١)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٢٧١)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٤/ ٢٧٣).

(٥) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٨)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ٧٢).

(٦) . مجمع الأنهر لشيخي زاده (٤/ ٢٧٣).

ويقول الرملي: "لو شُرِط فيه شرط يجرُّ منفعة للمرتهن فسد"[1].

المذهب الثاني: وهو رواية مرجوحة عند الحنفية[2] مفادها: عدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة أياً كانت وبأي وجه، ولو كان الانتفاع بإذن الراهن؛ لأنَّه إذنٌ في الربا؛ ذلك لأنَّ المرتهن يستوفي دينه كاملاً فتبقى له المنفعة التي استوفاها فضلاً عن الدين الأصلي فتكون ربا.

يقول ابن عابدين ناقلاً ومعقباً: "يكره [تحريماً][3] للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن... قلت: وهذا هو الموافق لما سيذكره المصنف في أول كتاب الرهن...وعن عبد الله بن محمد بن أسلم السمرقندي، وكان من كبار علماء سمرقند: أنه لا يحل له أن ينتفع بشئ منه بوجه من الوجوه، وإن أذن له الراهن، لأنه أذن له في الربا، لأنه يستوفي دينه كاملاً فتبقى له المنفعة فضلاً، فتكون ربا، وهذا أمر عظيم، قلت: وهذا مخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن"[4].

المذهب الثالث: وهو مذهب المالكية[5] ورواية عن الإمام أحمد[6]، ومفاده: التفريق بين الرهن الناشئ عن عقد البيع، والرهن الناشئ عن القرض، فيجوز الانتفاع بالمرهون في الأول دون الثاني، بإضافة الشروط الآتية:

-أن تكون مدة الانتفاع معلومة؛ رفعاً للجهالة.

---

(١) . نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٨).

(٢) . انظر: وقد ذكرها ابن عابدين عن عبد الله بن محمد بن أسلم السمرقندي، وكان من كبار علماء سمرقند حيث يرى أنه لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن بوجه من الوجوه، وإن أذن له الراهن، لأنه أذن له في الربا، إذ المقرض يستوفي دينه كاملاً فتبقى له المنفعة فضلاً، فتكون ربا، وهذا أمر عظيم، ثم يقول ابن عابدين بعد ذلك" قلت: وهذا مخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن". حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٢)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٤/ ٢٧٣).

(٣) . سبق بيان الفرق بين المكروه تحريماً والمحرم، وأنهما في العمل سواء. انظر ص ٢٥ من هذه الأطروحة.

(٤) . حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩١).

(٥) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٢٤٩)؛ إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك للبغدادي المالكي (١/ ٢١٠)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣/ ٢٤٦).

(٦) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦٨).

-أن يكون الانتفاع مشترطاً في صلب العقد، ومثاله أن يقول: بعتك سيارتي بكذا على أن ترهنني دارَكَ أسكنها سنة كاملة.

فإن أباح الراهن للمرتهن الانتفاع بعد العقد فلا يجوز ذلك، سواء كان سبب الرهن هو البيع أو القرض.

وتفسير ذلك: أن الانتفاع بالرهن الناشئ عن القرض يؤدي إلى القرض الذي جر نفعاً، وهو ربا محرم.

أما الانتفاع بالرهن الناشئ عن البيع فإن كان مشترطاً في صلب العقد فهذا يعني أن المنفعة المشترطة تكون جزءاً من البدل الذي أراده البائع، ولذا يجب أن تكون معلومة ببيان المدة حتى يكون الثمن معلوماً؛ أي يكيف العقد هنا على أنه بيع وإجارة واجتماعهما جائز.

أما إن لم يكن الانتفاع مشترطاً في صلب العقد فهذا يرجع إلى القرض الذي جر نفعاً فلا يجوز؛ ذلك لأن الثمن بعد العقد يصبح ديناً في ذمة المشتري فأي منفعة زائدة عليه بعدها تصبح رباً محرماً.

يقول الخرشي : "يجوز للمرتهن أن يشترط [أي في صلب العقد بدلالة ما سيأتي] منفعة الرهن لنفسه مجاناً، بشرطين، الأول: أن تكون مؤقتة بمدة معينة للخروج من الجهالة...الثاني: أن يكون الرهن في عقد بيع لا في عقد قرض...أما إن لم تكن المنافع مشترطة في صلب العقد بل أباح الراهن له الانتفاع به بعد العقد فإنه لا يجوز في بيع، ولا قرض"[1].

المذهب الرابع: مذهب الحنابلة في الرواية المعتمدة[2]، ومفاده: التفريق بين حالة الحصول على إذن الراهن وبين حالة عدم الحصول على إذنه:

فإن أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بالعين المرهونة فله ذلك، ولكن ينظر:

-إن كان الرهن ناشئاً عن دين غير القرض فللمرتهن الانتفاع بالمرهون بإذن الراهن سواء كان الانتفاع بعوض أو بغير عوض.

---

(١) . حاشية الخرشي (٥/ ٢٥٠).

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦٨)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٣٥٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٧٧).

-إن كان الرهن ناشئاً عن القرض فليس للمرتهن الانتفاع بالمرهون إلا بعوض المثل إضافة إلى كون الانتفاع بإذن الراهن؛ لئلا يؤدي إلى القرض الذي جرَّ نفعاً.

يقول ابن قدامة: "وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك .... فأما إن كان الانتفاع بعوض، مثل أن أستأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة، جاز في القرض وغيره؛ لكونه ما انتفع بالقرض، بل بالإجارة، وإن حاباه فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض: لا يجوز في القرض ويجوز في غيره"[1].

أما إن لم يأذن الراهن للمرتهن بالانتفاع، فهنا يفرق بين: الحيوان (المحلوب والمركوب) وبين غير الحيوان.

-أما غير الحيوان: فلا يجوز الانتفاع به ما لم يأذن الراهن؛ حتى لو أنفق المرتهن على **ما يحتاج إلى مؤنة منه (كدار تهدم جدارها)** فلا حق له في الانتفاع ولا بالرجوع على الراهن؛ لأنه متبرع بالنفقة.

-أما بالنسبة للحيوان: فللمرتهن الانتفاع بالحيوان بالركوب أو الحليب بمقدار النفقة، ولو بغير إذن الراهن؛ لحرمة نفس الحيوان -على حد تعبير الحنابلة-.

يقول ابن قدامة: "غير الحيوان -كدار استهدمت فعمرها المرتهن- لم يرجع بشيء رواية واحدة، وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته [ما لم يأذن له]، فإنَّ عمارتها غير واجبة على الراهن؛ فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه، فإن فعل كان متبرعاً، بخلاف الحيوان؛ فإنه يجب على مالكه الإنفاق عليه لحرمته في نفسه"[2].

وهكذا يتضح الفرق بين مذهب المالكية والحنابلة، وألخصه فيما يأتي:

---

(١) . المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦٨).

(٢) . المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦٧).

•إن المالكية والحنابلة متفقون على منع الانتفاع في الرهن الناشئ عن قرض إلا بأجر المثل صرح بذلك الحنابلة، وهو ما يفهم من نصوص المالكية[1].

•لم يجز المالكية الانتفاع إن لم يأذن الراهن، بغض النظر عن نوع المرهون (حيواناً كان أو غيره)، أما الحنابلة فقد أجازوا الانتفاع بغير إذن الراهن إن كان المرهون حيواناً، وكان الانتفاع بقدر النفقة عليه.

•إن المالكية اشترطوا أن يكون الإذن ضمن صيغة العقد لا بعده، ولم يقيد الحنابلة جواز الانتفاع بذلك في الحالات التي اشترطوا فيها الحصول على الإذن (أي إن كان المرهون من غير الحيوان).

أما الراجح –من وجهة نظري– فهو التفريق بين حالتين:

إن كانت المنفعة التي قصد المرتهن الحصول عليها بلا عوض فإنها لا تجوز، وهي ربا محرم؛ لأنها زيادة عن أصل الدين الذي له في ذمة الراهن.

أما إن كانت المنفعة التي قصد المرتهن الحصول عليها بعوض المثل فإنها جائزة؛ إذ لا يمكن عدُّها زيادة ربوية؛ لأنه عوَّض الراهن عنها عوضاً عادلاً هو ثمن المثل.

وأشير هنا إلى تطبيق معاصر متصل بحكم الانتفاع بالرهن، منتشر في مدينة حلب بشكل كبير، وهو ما يسمى الرهنية، وقد فصلت حكمها في تطبيقات ضابط اجتناب الربا من ضوابط تعدد القصود في الفصل الأخير[2].

---

(١) . وهذا واضح في كلام الخرشي: "يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه **مجاناً**، بشرطين، ..الثاني: أن يكون الرهن في عقد بيع لا في عقد قرض". حاشية الخرشي (٥/ ٢٥٠). فقوله (مجاناً) يدل على أن الانتفاع لو كان بأجر المثل فإنه جائز ولو كان الرهن بعقد القرض.

(٢) . انظر ص ٣٩٥ من هذه الأطروحة.

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الوصف الحقيقي للعقد:

أولاً: أثر انضمام قصد الحصول على الأجر إلى قصد التوثيق في تكييف الكفالة:

علمنا فيما سبق أنَّ قصدَ الكفيلِ في الحصول على الأجر لقاء قيامه بالكفالة غير جائز عند الفقهاء جميعاً، **ويُكيَّف العقد على أنه قرضٌ جرَّ نفعاً.**

وتفسير ذلك: أن الكفيل بمنزلة المقرِض للمكفول عنه –ولا سيما بعد أدائه للدين– فحقُّه أن يأخذ قيمة ما أدى من المكفول عنه فحسب[1]، فإن أخذ زيادة على ذلك فهي زيادة ربوية محرمة ليس إلا.

ففي المدونة: "ولا يرجع الكفيل على الذي عليه الحق إلا بما أدى إلى الطالب"[2].

ومن التطبيقات المعاصرة لهذا الحكم ما يحدث في المصارف التقليدية في خطابات الضمان، وأعرض هنا بإيجاز حقيقة خطاب الضمان وأقسامه وتكييفه، وحكمه شرعاً، وذلك في الفقرات الآتية.

ثانياً: **خطاب الضمان وأخذ الأجر عنه:**

١ - تعريف خطاب الضمان وبيان أهميته:

هو تعهد كتابي صادر عن المصرف بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب[3].

ولخطابات الضمان أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية والتجارية، إذ تكثر المجالات التي يستخدم فيها خطاب الضمان، فيطلب في مجال الأشغال العامة وعقود التوريد للحكومة والهيئات العامة، مع الشركات

---

(١) . انظر: مجمع الضمانات للبغدادي (٢٧٦)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ١٨٥)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٧/ ٢١٦)؛ المدونة للإمام مالك (٤/ ١١٤)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٤٩٨)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦١).

(٢) . المدونة للإمام مالك (١٢/ ٣٤٩).

(٣) . انظر: عمليات البنوك لمحمود الكيلاني، دار الجيب-الأردن، ط١٩٩٢م (١/ ١٤٢)؛ المحاسبة والعمليات المصرفية د. ناجي جمال، مؤسسة مجد- بيروت، ط٢، ٢٠٠٢م (١٩٥)؛ إدارة العمليات المصرفية-المحلية والدولية- أ.د.خالد أمين عبدالله ود. إسماعيل إبراهيم الطراد، دار وائل للنشر- الأردن، ط١، ٢٠٠٦م (٣٢٣)؛ العمليات المصرفية د. عبد الرزاق قاسم، مطبوعات جامعة دمشق- كلية الاقتصاد (٢٠)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، البنك الإسلامي للتنمية- جدة ١٤٢٥هـ (١٩٨).

الكبرى من خلال الدخول في المناقصات، والاشتراك في المزايدات. كما يستخدم وثيقة يمكن بموجبها استلام البضائع المشحونة من ميناء الوصول، وكذلك يطلب لوقف تنفيذ أحكام المصادرة على البضائع المحجوزة أحياناً....إلى غير ذلك[1].

٢- عناصر خطاب الضمان[2]:

أ- **الكفيل**: وهو المصرف المصدر للتعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابة عن العميل إن أخل العميل بشروط التعاقد خلال فترة محددة.

ب- **المكفول**: وهو العميل طالب خطاب الضمان من المصرف.

ت- **المستفيد**: وهو الجهة التي أصدر المصرف خطاب الضمان لصالحها، كالحكومة أو شركة مقاولات...

ث- **العمولة** التي يتقاضاها المصرف في خطاب الضمان، وهي عمولة إصدار الخطاب، وعمولة تمديده وتعديله، وتتفاوت هذه العمولة تبعاً لمبلغ الضمان ومدته.

ج- **مبلغ الضمان**: وهو المبلغ الذي يلتزم المصرف بحدوده بضمان العميل خلال الفترة المحددة.

٣- أنواع خطاب الضمان:

إن لخطاب الضمان أنواعاً من حيثيات متعددة، ولكن تفصيلها يعد استطراداً، والمهم هنا في التكييف تفصيل الأنواع من حيث الغطاء وعدمه:

النوع الأول: خطاب الضمان المغطى: حيث يقوم العميل بسداد المبلغ المحدد في خطاب الضمان إلى المصرف، وقد يكون الغطاء كلياً أو جزئياً، إذ يقوم العميل بإيداع المبلغ في حساب خاص يسمى احتياطي

---

(١) . انظر: الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها د. علاء الدين زعتري (٣٣٠)؛ خطاب الضمان البنكي، لعماد الدين طرابلسي، بحث مقدم لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة قاصدي مرباح-ورقلة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥م (٦).

(٢) . المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي د. محمد عثمان شبير (٣٠٣)؛ الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها د. علاء الدين زعتري (٣٣١)؛ المحاسبة والعمليات المصرفية د. ناجي جمال (١٩٥)؛ خطاب الضمان البنكي، لعماد الدين طرابلسي (٢٥).

خطاب الضمان، وليس للعميل التصرف بهذا الحساب حتى ينتهي التزام المصرف الناشئ عن خطاب الضمان[1].

النوع الثاني: خطاب الضمان غير المغطى: حيث لا يكون للعميل طالب الضمان مبالغ مودعة في المصرف مصدر الضمان[2].

٤- تكييف خطاب الضمان وأثر تعدد القصود فيه، وحكم أخذ الأجر عنه:

اختلف المعاصرون في تكييف خطاب الضمان على أقوال:

القول الأول: تكييف خطاب الضمان بنوعيه على أنَّه كفالة: ومن أصحاب هذا الرأي الدكتور محمَّد رواس قلعه جي[3] حيث كيَّف خطاب الضمان على أنه كفالة أياً كان نوعه –مغطى أو غيره–[4]، إلا أنه أجاز أخذ الأجر على إصدار خطاب الضمان بنوعيه، حيث يقول مستدلاً على ما ذهب إليه: "وأرى أن هذا الحكم –وهو أخذ الأجر على الكفالة– مما يجب أن يعاد النظر فيه نظراً لتبدل حال الكفالة اليوم، ولا ينكر تبدل الأحكام بتبدل الأزمان أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم؛ ولأنه لم يرد نص شرعي من قرآن أو سنة في منع أخذ الأجر على الكفالة"[5].

---

(١) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي د. محمد عثمان شبير (٢٩٧)؛ خطاب الضمان د. عبد الستار أبو غدة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي– جدة– العدد الثاني، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦هـ (٢/ ١١٠٦).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي د. محمد عثمان شبير (٣٠٣)؛ الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها د.أحمد حسن، دار الفكر المعاصر– بيروت، دار الفكر– دمشق، ط٢، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م (٢٩٧).

(٣) . من مواليد حلب ١٩٣٤م، تتلمذ على مؤرخها العلامة محمد راغب الطباخ، حصل على الإجازة في الشريعة من جامعة دمشق عام ١٩٥٨م، والماجستير في الفقه المقارن من الأزهر عام ١٩٧١م، والدكتوراه من كلية الشريعة بالأزهر عام ١٩٧٥م، حنفي المذهب، درَّس في المدراس والمعاهد والجامعات ببلدان عدة، له كتب كثيرة منها: (المعاملات المالية المعاصرة)؛ (معجم لغة الفقهاء). انظر: http://isegs.com/forum/showthread.php?t=5544

(٤) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د. محمد رواس قلعه جي (١٠٩).

(٥) . المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د. محمد رواس قلعه جي (١٠٩).

وتعدد القصود بناء على هذا الرأي: هو انضمام قصد أمرٍ زائد عن القصد المباشر والأحكام الأصلية لعقد الكفالة، وهو قصد أخذ الأجر لقاء الضمان، وبحسب هذا الرأي فلا أثر لتعدد القصود في شرعيّة الكفالة؛ إذ تجوز الكفالة مع اشتراط أخذ الأجر عنها.

القول الثاني: تكييف خطاب الضمان على أنَّه وكالة: ومن أصحاب هذا القول الدكتور سامي حمود[1]، وبناء على هذا التكييف أجاز أخذ الأجر على خطاب الضمان لاتفاق الفقهاء على صحة أخذ الأجر عن الوكالة.

حيث يقول: "وإنَّ تكييف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما دفع على من أمره بذلك تماماً كما يرجع الوكيل؛ لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء، وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق الأجر على قيامه بما وكل به، حيث إن الوكالة يمكن أن تكون بأجر فتأخذ أحكام الإجارة"[2].

وتعدد القصود بناء على هذا الرأي: هو انضمام قصد أمرٍ زائد عن القصد المباشر والأحكام الأصلية لعقد الوكالة، وهو قصد أخذ الأجر لقاء القيام بموضوع الوكالة، وبحسب هذا الرأي فلا أثر لتعدد القصود في شرعيّة الوكالة؛ حيث إنَّ الأصل فيها أنها بغير أجر، ولكن اتفق الفقهاء على أنها جائزة إن قصد الوكيل أخذ الأجر عنها[3].

---

(١) . هو الدكتور سامي حسن أحمد حمود، ولد عام ١٩٣٨م، بدأ حياته كموظف في البنك الأهلي الأردني عام ١٩٥٦م، إلى أن أصبح مساعد مديره العام عام ١٩٧٤م، تابع دراسته، وحصل على الدكتوراه في الحقوق بجامعة القاهرة ، وكان له دور في إنشاء البنك الإسلامي الأردني، وكان نائب رئيس مجلس الإدارة والمدير العام له. انظر: السيرة الذاتية له آخر كتابه تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية.

(٢) . تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود، مطبعة الشرق- عمان ط٢، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م (٣٠٠)؛ وانظر: الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د.عبد الحميد عبد الفتاح المغربي (١٩٨).

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٦)؛ الذخيرة في فقه المالكية للقرافي (٨/ ١٥)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٣٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٣١)؛ حاشية الجمل على المنهج لسليمان الجمل (٦/ ٦٧٧)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٢١٠)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٥/ ٢٨٦).

القول الثالث: التفريق بين خطاب الضمان المغطى وبين غير المغطى: فيكون المصرف كفيلاً للعميل في خطاب الضمان غير المغطى، ووكيلاً عنه في خطاب الضمان المغطى، وهذا رأي الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور أحمد حسن، والدكتور محمد عثمان شبير[1].

وبناء على هذا الرأي فإنه يجوز أخذ الأجر عن خطاب الضمان المغطى؛ لأن الوكالة بأجر جائزة اتفاقاً كما سبق.

أما إن كان خطاب الضمان غير مغطى فإنه يجوز أخذ الأجر لقاء الأعمال الإدارية التي يتطلبها إصدار الخطاب، على ألا تزيد عن أجر المثل، وألا ترتبط بمبلغ الضمان ومدته.

يقول الدكتور أحمد حسن: "وهنا ننظر إلى واقع الأجرة التي يطلبها البنك، فإن ربط البنك هذه الأجرة على أساس المبلغ المدفوع ومدة الوفاء فهو فائدة مدفوعة على قرض فتكون محرمة، أما إذا لم يضع البنك في حسبانه المبلغ والزمن وإنما مجرد الخدمات التي أداها، فلا إثم في هذه الحالة؛ لأنها مقابل الخدمة التي أداها البنك، وليست مقابل المال المدفوع، وهكذا فالإباحة ليست مطلقة"[2].

وهذا الرأي هو الرأي الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء في قراره:

(أولاً: أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

---

(١) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (٤٧٠)؛ المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي د. محمد عثمان شبير (٣٠٣)؛ الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها د.أحمد حسن (٣١٣)؛ الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية د.عبدالحميد محمود البعلي (٤٩). والدكتور محمد عثمان شبير من مواليد ١٩٤٩م في الأردن، حاز الدكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، له مؤلفات كثيرة منها مبدأ التمليك ومدى اعتباره في صرف الزكاة ، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت، وزكاة حلي الذهب والفضة والمجوهرات كتاب مطبوع. انظر: https://ar.wikipedia.org/wiki

(٢) . الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها د.أحمد حسن (٣١٣).

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

ثانياً : إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان.

وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقروض، وذلك ممنوع شرعاً.

ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه **لقاء عملية الضمان** – والتي يراعي فيها عادة مبلغ الضمان ومدته – سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يُراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء، والله أعلم)[1].

وإنني أرجح هذا الرأي الأخير الذي فرَّق بين خطاب الضمان المغطى وغير المغطى؛ وذلك لأنَّ المعاملات المستحدثة ينبغي الوقوف على دقائقها للتوصل إلى تكييفها الحقيقي وإلحاقها بأقرب العقود شبهاً بها، فالوكالة لا تنطبق بمفهومها على خطاب الضمان غير المغطى؛ وذلك لأن دور الوكيل يقتصر على القيام بما وكِّل به من خدمات من غير أن يلتزم بدفع شيء من ماله، والمصرف في خطاب الضمان غير المغطى لا يقدم الخدمات فقط بل يضمن وفاء المبلغ المتفق عليه، وهذا مما يرجح تكييف خطاب الضمان غير المغطى على أنه كفالة، بخلاف المغطى فإنه وكالة؛ لأن المصرف قد أخذ مبلغ الضمان؛ فيقتصر دوره على تسديد المبلغ إلى المستحق نيابة عن العميل، وهذا معنى الوكالة فقهاً.

وبناء على هذا الترجيح: فلا يجوز أخذ الأجر على خطاب الضمان غير المغطى إلا أن يكون مقابل الأعمال الإدارية اللازمة لإصدار الخطاب، وبحدود أجر المثل؛ لأن الكفالة عقد توثيق وتبرع، وكذلك إن

---

(١) . قرارات مجمع الفقه الإسلامي- جدة- الدورة الثانية، قرار رقم (١٢).

أخذ الضامن أجراً على كفالته لزم من ذلك الربا؛ لأن الكفيل بسداده للمبلغ المكفول يصبح بمنزلة المقرِض للمكفول عنه، فأي زيادة يأخذها تكيَّف على أنها زيادة ربوية.

وأما من ذهب إلى إباحة أخذ الأجر على خطاب الضمان ولو كان غير مغطى، وقوله أنه يجب أن يعاد النظر في المنع "نظراً لتبدل حال الكفالة اليوم، ولا ينكر تبدل الأحكام بتبدل الأزمان أي بتغير عرف أهلها وعاداتهم؛ ولأنه لم يرد نص شرعي من قرآن أو سنة في منع أخذ الأجر على الكفالة" فهذا مناقش بأن ليس كل حكم يتبدل بتبدل الأزمان، ولئن لم يرد نص من قرآن أو سنة في منع أخذ الأجر على الكفالة فلا يعني إباحة هذا الأمر؛ لأن هناك قواعد عامة استند إليها الفقهاء فقالوا بالحرمة[1]؛ وذلك لأن الكفالة بعد أداء المبلغ المكفول تصبح بمنزلة القرض، وأي زيادة على مبلغ القرض ربا محرم بنصوص شرعية كثيرة.

والخلاصة: إن اجتماع قصد الضمان مع قصد الحصول على الأجر مما يحرِّم العقد ويكيِّفه على أنه قرض بفائدة ربوية، ومن تطبيقات ذلك خطاب الضمان على التفصيل الذي سبق بيانه.

ثالثاً: أثر انضمام قصد الانتفاع بالمرهون إلى قصد التوثيق في تكييف الرهن:

علمنا أنَّ الأصل عند الفقهاء منع المرتهن من قصد الانتفاع بالعين المرهونة، وقد مر تفصيل ذلك بجزئياته، والسؤال ما أثر انضمام قصد الانتفاع بالمرهون إلى قصد التوثيق في تكييف الرهن من ناحية الوصف الحقيقي للعقد؟

-إن الفقهاء متفقون على أن المنع من اجتماع قصد المرتهن الانتفاع بالمرهون مع قصد التوثيق -في الصور التي ذكروها وقد فصلتها سابقا[2]- لأنه يؤدي إلى القرض الذي جر نفعاً، وبالتالي تُكيَّف المنفعة المقصودة من قبل المرتهن في عقد الرهن على أنها زيادة ربوية فاضلة عن أصل الدين.

-وفي حالة ذكرها المالكية يكَّيف الرهن الذي قصد به المرتهن الانتفاع بالمرهون على **أنه بيع وإجارة،** وشروط هذه الحالة عندهم:

- ✓ أن يكون الرهن ناشئاً عن عقد البيع لا القرض.

---

(١) . انظر: الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها د.أحمد حسن (٣١٤).

(٢) . انظر ص ٢٩١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

- ✓ أن تكون مدة الانتفاع معلومة؛ رفعاً للجهالة.
- ✓ أن يكون الانتفاع مشترطاً في صلب العقد، ومثاله أن يقول: بعتك سيارتي بكذا على أن ترهنني داركَ أسكنها سنة كاملة.

يقول الدردير: "(وجاز) للمرتهن (شرط منفعته) أي الرهن لنفسه مجاناً بشرطين: أشار للأول بقوله: (إن عينت) مدتها للخروج من الجهالة في الإجارة. وللثاني بقوله: وكان (ببيع) أي واقعاً في عقد بيع فقط (لا) في عقد (قرض)؛ لأنه في البيع **بيع وإجارة،** وهو جائز"[1].

أي أن عقد الرهن الناشئ في عقد البيع إن شرط فيه المرتهن الانتفاع بالمرهون وحدد مدة الانتفاع، فإن العقد [أي البيع والرهن الناشئ عنه] حينئذ يكون عقد بيع وإجارة، أما البيع فواضح إذ هو العقد الأصلي، أما الإجارة: فلأن البائع (وهو المرتهن) لما اشترط في عقد البيع رهناً واشترط أن ينتفع مدة معينة بالمرهون صارت منفعة المرهون كأنها جزء من الثمن الذي أراده البائع في مقابلة المبيع، ومعلوم أن المعاوضة على المنفعة في حقيقتها إجارة للعين؛ فكأن الراهن (المشتري) قد أجر العين المرتهنة للبائع (المرتهن) مقابل بعض السلعة التي تمَّ بيعها.

-وتوجد حالة ثالثة وهي اجتماع قصد الانتفاع بالدار المرهونة بالسكنى مع قصد التوثيق، إذ يكَّيف العقد على أنه **بيع وفاء** كما يسمِّيه الحنفية، وسيأتي بيان ذلك قريباً[2].

---

(١) . الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٤٦).

(٢) . انظر ص ٣٩٥ من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني: أثر تعدد القصود في الآثار الناجمة عن العقد المالي

وفيه المباحث الآتية:

المبحث الأول: بيان حقيقة آثار العقد

المبحث الثاني: أثر تعدد القصود في الأثر النوعي للعقد

المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في الالتزامات العقدية

المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في لزوم بعض العقود

المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في الآثار المترتبة على العقد فيما يخص غير المتعاقدين

المبحث الأول: بيان حقيقة آثار العقد

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف آثار العقد لغة

المطلب الثاني: تعريف آثار العقد اصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف آثار العقد لغة:

الآثار لغة: جمع أَثَر، والأَثَر بقية الشيء، والجمع آثَارٌ وأُثُور، والأَثَرُ -بالتحريك- ما بقي من رَسْم الشيء، والتَّأثيرُ إبقاء الأَثَر في الشيء، وأَثَّرَ في الشيء ترك فيه أَثَراً[1].

وخلاصة المعنى اللغوي التي تهمنا هنا أن آثار العقد هي النتائج التي يُبقيها العقد، ويكون سبباً في إحداثها.

المطلب الثاني: تعريف آثار العقد اصطلاحاً:

لم يعرّف الفقهاء المتقدمون آثار العقد بشكل صريح، ولكنهم –ومن خلال تتبع أبواب العقود- قسموها إلى قسمين آثار خاصة وآثار عامَّة -كما بيَّن المعاصرون-.

فالآثار الخاصة: هي الأحكام والنتائج التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه[2].

فيترتب على عقد البيع أثر هو نقل الملكية لقاء عوض[3]، وعلى الهبة نقل الملكية بغير عوض[4]، وعقد الرهن يُنشِئ حق احتباس مال المدين في مقابل الدين[5] وهكذا...فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي ويبحث عنه في بابه، ويسمى هذا الأثر الخاص بالأثر النوعي للعقد[6].

أما الآثار العامة فهي: النتائج والأحكام التي تشترك فيها جميع العقود أو معظمها، وأهم تلك الآثار التي يؤثر فيها تعدد القصود اللزوم والإلزام[7].

وسيأتي بيان كل أثر في موضعه إلا أنَّه يمكن القول هنا: إنَّ **الإلزام** يشير إلى تكليف العاقدين بالواجبات والحقوق التي تنشأ بينهما بسبب العقد، وهذا المعنى متفق عليه فقهاً وقانوناً.

---

(١) . انظر: لسان العرب مادة (أثر).

(٢) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٤٩٧).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٤/ ٤٣٣)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢١٥)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٤).

(٤) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ١٩)؛ حاشية الخرشي (٧/ ١٠١)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٠٥)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٢٧٣).

(٥) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٢/ ٤٦٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٧).

(٦) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٤٩٧)؛ الفقه الإسلامي وأدلته أ.د وهبة الزحيلي (٥/ ٣١٠).

(٧) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٤٩٧).

والجدير بالذكر أنَّ كل حق يقابله واجب، والعكس صحيح؛ فالبيع ينتج آثاراً منها حق المشتري أن يتسلّم المبيع، وهذا يقابله واجب هو إلزام البائع بتسليمه إياه[1].

أما **اللزوم** فهو ألَّا يستطيع أي من العاقدين التحلل من التزامه بالعقد بإرادته المنفردة، ويقابل العقد اللازم العقد غير اللازم: وهو العقد الذي يستطيع العاقد التحلل منه بإرادته المنفردة[2].

ولا بد من الإشارة إلى نقطة تتصل بآثار العقد، وهي أن آثار أي عقد تنصرف إلى أطرافه فقط، ولا تنصرف إلى غيرهما إلا استثناء وبحدود ضيقة –كما سيأتي[3]– وهذا ما يُسمى في القانون (نسبية آثار العقد)...[4].

وبناء على ما تقدم فقد درست أثر تعدد القصود في كلٍ من:

- الأثر النوعي للعقد–وهو الأثر الخاص الذي يختلف في كل عقد عن غيره–.
- وفي الإلزام وقد أسميته الالتزامات العقدية (أي واجبات العاقدين وما يقابلها من حقوق).
- وفي لزوم العقد.
- إضافة إلى مسألة أخرى، وهي أثر تعدد القصود في الآثار المترتبة على غير المتعاقدين.

---

(١) . انظر: العقود المسماة د.زهير الحرح ود.علي الجاسم (٣٠٣)؛ العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) للشيخ مصطفى الزرقا (١٠١)؛ وسيأتي تفصيل ذلك ص ٣٢٠ من هذه الأطروحة.

(٢) . وكذلك سأفصل في هذا الأثر في موضعه قريباً.

(٣) . انظر ٣٥٢ من هذه الأطروحة.

(٤) . انظر: الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) للسنهوري (١/ ٥٤٠).

المبحث الثاني: أثر تعدد القصود في الأثر النوعي للعقد:

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان حقيقة الأثر النوعي للعقد

المطلب الثاني: حكم مناقضة القصود للأثر النوعي

المطلب الثالث: دور تعدد القصود في الأثر النوعي في تبدل العقد المسمى إلى غير مسمى

المطلب الأول: بيان حقيقة الأثر النوعي للعقد:

مصطلح الأثر النوعي مصطلح معاصر لم يرد في كتب الفقهاء بلفظه، والمقصود به: النتيجة أو الغاية التي يقصدها العاقدان مباشرة في عقدهما، ويطلق على هذه النتيجة الحكم الشرعي للعقد، أو الأثر المقصود الذي شرع العقد لأجله، وكذلك يسمونه موضوع العقد[1].

وقد أطلق عليه الفقهاء المتقدمون أسماء مختلفة فأحياناً يعبرون عنه بالحكم الأصلي للعقد[2] وتارة يقولون موضوع العقد[3]، وأحياناً غرض العقد[4] أومقصوده[5]، كما يدخل دخولاً أولياً فيما أسموه مقتضى العقد[6]...فكل هذه المصطلحات متشابهة في الدلالة.

وهذا الأثر واحد في كل نوع من أنواع العقود على حدة[7]، ففي عقد البيع هو نقل الملكية بعوض، وفي الهبة نقل الملكية بغير عوض، وفي الإجارة تمليك المنفعة للمستأجر، وحق احتباس المرهون للاستيثاق في عقد الرهن، والتوثيق في عقد الكفالة وتفويض التصرف في عقد الوكالة....وهكذا.

وينبغي أن نعلم أن الأثر النوعي للعقد هو ما يميز كل عقد عن غيره، بل إنَّ الفقهاء عندما يعرفون عقداً ما يعرفونه بفحوى الأثر النوعي له، أي تتمثل حقيقة كلِّ عقد في أثره أو حكمه النوعي، والذي اتجهت إرادة العاقدين إليه.

فإن قصد العاقدان نقل الملكية على التأبيد بعوض فهو عقد البيع، ولذا عرف البيع بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي[8] – زاد الحنابلة لغرض التملُّك–[9].

---

(١) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٣٨٣)؛ الفقه الإسلامي وأدلته أ.د. وهبة الزحيلي (٤/ ٢٣١).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٤٨١).

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٣)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٣٧٦)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٤٣).

(٤) . انظر: الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٨٥)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٣/ ١٦١).

(٥) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٢)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٤١)؛ الحاوي للماوردي (٩/ ٥٠٨).

(٦) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٥٣)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٥٢)؛ البيان للعمراني (٥/ ١٢٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٨٨)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٥٠).

(٧) . انظر: الفقه الإسلامي وأدلته أ.د. وهبة الزحيلي (٤/ ٢٣١).

(٨) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢).

(٩) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٥٩).

وإن قصد العاقدان نقل الملكية على التأبيد بغير عوض فهو الهبة، وهذا واضح من تعريف الفقهاء للهبة؛ إذ هي: تمليك المال حال الحياة بغير عوض[1].

وإن قصد المتعاقدان مجرد توثيق الدين بحبس العين فهو الرهن، ولذا يعرَّف الرهن بأنه: جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه[2].

وهكذا نجد أن الأثر النوعي للعقد هو الذي يضفي عليه اسماً معيناً من أسماء العقود التي ورد بها الشارع.

وبناء على ذلك فإن اتجه قصد المتعاقدين إلى تعديل الأثر النوعي لأي عقد بالإضافة أو الحذف من جوانب ذلك الأثر، فإن هذا من شأنه أن يخرج العقد عن اسمه الأول، ليضفي عليه اسماً لعقد آخر توافرت مقوماته وله الأثر النوعي ذاته الذي قصده المتعاقدان، أو أن يخرجه من دائرة العقود المسماة شرعاً إذا لم ينطبق على أي عقد[3].

وبالتالي فإن دور تعدد القصود في الأثر النوعي للعقد يقترب كثيراً من أثر تعدد القصود في تكييف العقد، وقد مر بنا دراسته في الفصل السابق[4]، ولذا سأفصل المسألة هنا بما يتوافق مع موضوع هذه الفقرة، مع تجنب التكرار ما أمكن.

وأشير أيضاً إلى أن الأثر النوعي في العقود المسماة محدد شرعاً -كما سبق- ولذا فلا بد من معرفة حكم مناقضة القصود لذلك الأثر، كل ذلك في المطالب الآتية.

---

(١) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٩١)؛ الشرح الكبير للدردير (٤/ ٩٧)؛ روضة الطالبين للنووي (٤/ ٤٢٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٦).

(٢) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٢/ ٤٦٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٧).

(٣) . وهذا المعنى واضح حتى في القانون، حيث يقوم قاضي الموضوع المكلف بتكييف العقد بين المتنازعين بعملية التكييف وفق ما أراده العاقدان حقيقة، دون التقيد بالاسم الذي أطلقاه على عقدهما، فالعبرة للأثر النوعي الذي قصد المتعاقدان إحداثه. انظر: العقود المسماة في القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، د. محمد الزحيلي (٣٥).

(٤) . انظر ص٢٣٦ من هذه الأطروحة.

المطلب الثاني: حكم مناقضة القصود للأثر النوعي[1]:

لقد سبق بيان أن الأثر النوعي في العقد يدخل في مسمى مقتضى العقد عند الفقهاء، وذلك بالاستقراء.

فمقتضى العقد أوسع مما يسمى حديثاً الأثر النوعي للعقد، ذلك أن مقتضى العقد هو: الغاية التي تنتج عن العقد –أي المقصود الأصلي– وما يلحقها من واجبات تلزم العاقدين شرعاً –أي تلزم ولو لم تذكر في الصيغة–[2].

أما المقصود الأصلي فهو الأثر النوعي، وهو جزء من مقتضى العقد.

يقول الكاساني: "وأما الشرط الذي يقتضيه العقد...كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها، وشرط الحصاد على البائع...."[3].

فتملك المبيع والثمن –في عقد البيع– هو الأثر النوعي في اصطلاح الفقه الحديث، وأما ما ذكر كحبس المبيع إلى استيفاء الثمن وغيره فهي من الواجبات المتممة للأثر النوعي، وليست منه، وكل ذلك هو مقتضى العقد عند الفقهاء.

وقد ذكر الفقهاء ضابطاً مهماً لا بد من مراعاته في القصد الذي لا يؤثر في صحة العقد –سواء أكان القصد واحداً أم متعدداً– وهذا الضابط يتلخص في كون القصد الظاهر في العقد غير مناقض لمقتضاه، وبناء عليه يختلف الحكم بين كون القصود غير ظاهرة وبين كونها ظاهرة في الصيغة:

---

(١) . وموطن البحث هنا العقود المسماة شرعاً؛ إذ هي التي يتحدَّد فيها الأثر النوعي من وجهة نظر الشارع مسبقاً، أمَّا غير المسماة فالأثر النوعي لها يتحدد بالإرادة المحضة للعاقدين، وسيظهر مزيد من البيان لذلك خلال المطالب التالية.

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٣٦)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٨٩).

(٣) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧١)؛ وانظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩٢).

أولاً: القصود غير المشترطة في الصيغة ولم يعلم بها العاقد الآخر:

إذا كانت القصود مناقضة للأثر النوعي فلا يعتد بتلك المناقضة، ولا أثر لها البتة ما دامت لم تشترط فحوى تلك القصود في العقد ولم يتمَّ التواطؤ عليها، وهذا الحكم بدهي بإجماع الفقهاء، ويظهر ذلك من خلال استقراء الفروع الفقهية في أبواب العقود.

فمقتضى عقد البيع مثلاً هو التملك والتمليك أو نقل الملكية كاملة على التأبيد بما تحمله من حقوق[1]

فإن أضمر المشتري أن ملكيته للمبيع ستكون مؤقتة أو ناقصة، أو أظهر أنه سيتخلى عن الملكية لفلان من غير أن يشترط العاقد الآخر عليه هذا الأمر فلا أثر لذلك القصد، والعقد صحيح.

إلا أنّه إن حصل تواطؤ بين المتعاقدَين على القصد المناقض للأثر النوعي الذي رتَّبه الشارع على العقد ولكن من غير تصريح به في الصيغة فإنَّ ذلك من شأنه التأثير في مشروعيَّة العقد وصحته، ومثال ذلك ما سبق في بيع العينة؛ إذ ذهب المانعون لهذا البيع –وهم المالكية والحنابلة– إلى أنَّ حرمة العقد وبطلانه لا تتحقق إلا بالمواطأة بين المتعاقدين وإن لم يصرِّحا بذلك في الصيغة[2].

فـ"مسألة العينة: وهو أن يبيعه سلعة إلى أجل ثم يبتاعها منه بأقل من ذلك. **فهذا مع التواطؤ يبطل البيعين**"[3].

---

(١) . إن السلطات التي يفرزها حق الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذا متفق عليه فقهاً وقانوناً، بالرغم من أن الفقهاء لم يصرحوا بذلك بشكل مباشر. والمقصود بحق الاستعمال هو استخدام الشيء المملوك في جميع وجوه الاستعمال التي أعد لها والمتفقة مع طبيعته، أما الاستغلال: فهو الحصول على ثمار الشيء كثمار الأرض أو أجرة الدار، أما التصرف فهو التغيير المادي في المملوك كالبناء في الأرض، أو التصرف الشرعي غير المادي كالبيع والهبة...وكل تلك السلطات تجتمع في يد المالك للشيء بشكل مطلق دون غيره. انظر: الحقوق العينية الأصلية د.محمد وحيد الدين سوار (١٦٧– ١٦٨).

(٢) . سبق بيان حكم بيع العينة ص ١٥٧ من هذه الأطروحة. وأشير إلى أنَّ الأرجح عند الحنفية والشافعية عدم الاعتداد بالشروط السابقة على العقد فالمواطأة عندهم وعد غير ملزم فحسب إن كان الشرط صحيحاً، وإن كان فاسداً فلا يبطل العقد. يقول ابن عابدين: "لو شرطا شرطاً فاسداً قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد". يقول النووي: "الشرط السابق فلا يلحق العقد ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً؛ لأن ما قبل العقد لغو هكذا نُصَّ عليه وقطع به الأصحاب". انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٤)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧٦)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٧٤).

(٣) . مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/ ٣٠)؛ وانظر: التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٩٣)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٧).

ثانياً: القصود المشترطة في الصيغة:

إن القصد إذا كان مناقضاً للأثر النوعي فإنَّه لا يجوز، ما دام فحوى القصد ظاهراً في الصيغة باشتراطه صراحة فيها.

ومن هنا نص الفقهاء بالاتفاق[1] على أن اشتراط ما يناقض مقتضى العقد باطل، وأما عن أثره في صحة العقد ذاته، فقد اختلف الفقهاء كالآتي:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية[2]، ومفاده: إن الشرط المناقض لمقتضى العقد إن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين –أو للمعقود عليه إن كان أهلاً للمطالبة– فإنه يبطل العقد كما لو اشترط بائع الدار أن يسكن فيها شهراً قبل تسليمها لمشتريها، أما إن لم يكن في الشرط المناقض لمقتضى العقد ما ذكرت، فإن الشرط يلغو ويصح العقد.

المذهب الثاني: وهو قول عند المالكية[3] ومذهب الشافعية[4] ورواية عند الحنابلة[5]: ومفاده: أن كل شرط يناقض مقتضى العقد فهو باطل، ويبطل العقد كذلك، والمشهور من مذهب المالكية أنَّ المشترط لو أسقط شرطه صحَّ العقد[6].

المذهب الثالث: وهو القول الآخر للمالكية[7]، والرواية الراجحة عند الحنابلة[8]: ومفاده أنَّ العقد صحيح، والشرط المناقض لاغ.

وهكذا نجد أنَّ قصود المتعاقدين لا يمكن أن تناقض الأثر النوعي للعقد، فإن ناقضته فلا عبرة لتلك القصود، وإن ظهرت في الصيغة أبطلت العقد على التفصيل الذي سبق.

---

(١) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٤٣٩)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١/ ٢٦٨)؛ كفاية الأخيار للحصني (١/ ٣٠٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٦٦).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٥)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (١/ ١٠)؛ مجمع الأنهر لشيخي زاده (٣/ ٩٠).

(٣) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦١)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٨٩).

(٤) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٣٦)؛ كفاية الأخيار للحصني (٢٨٩).

(٥) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٨٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٦٦، ١٦٧).

(٦) . انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٦٥).

(٧) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦١)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٨٩).

(٨) . الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٦٦، ١٦٧).

ولكن لا بدَّ أن أبيَّن أنَّ بطلان العقد الذي اتفق عليه المتعاقدان لا يعني بالضرورة البطلان المطلق، بل يُعطى العقد اسم عقد آخر إن تبين أنَّ العاقدين قد قصداه[1]، وهذا ما يتبدى في الفروع الفقهيَّة، ومن ذلك على سبيل المثال تبدُّل الحوالة إلى كفالة وبالعكس حيث إنَّ الأثر النَّوعي لعقد الحوالة هو نقل الدين من ذمَّة إلى ذمَّة عند الجمهور بما فيهم الحنفية في الرواية الراجحة[2]، أو نقل المطالبة المطالبة به في رواية أخرى عند الحنفية[3]، وهذا يعني أنَّ ذمَّة الأصيل تبرأ من الدين، أو المطالبة به على أقل تقدير[4].

بينما الأثر النوعي لعقد الكفالة هو توثيق الدين، وليس نقله، ولذا فإنَّ الكفالة هي ضمُّ ذمة إلى ذمة باتفاق الفقهاء[5].

وبناء عليه لو قصد المُحال أن لا يبرأ المحيل -إضافة إلى المحال عليه- من الدين والمطالبة به فاشترط ذلك في العقد، فإنَّ ذلك يعني أن العاقدين قد قصدا تعديل الأثر النوعي للحوالة ليصبح كأثر الكفالة ذاته، ولذا ينعقد العقد على أنه كفالة، والعكس صحيح أي لو اشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل لانقلب العقد إلى حوالة.

---

(١) . وهذا يتصل ببحث أثر القصد في تكييف العقد، وهل العبرة في العقود للقصود أم الصيغة؟ وهذا ما تمت دراسته سابقاً. انظر ص٢٢٦ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٢٤١)؛حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٧٨)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي(٥/ ٢٢٦)؛ المجموع للنووي (١٣/ ٤٣٤)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٥٥).

(٣) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٦٦).

(٤) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٦٦)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٧٨)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٢٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي(٥/ ٢٢٦)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٥٤). يقول ابن نجيم: " فقد اتفقوا على أصل النقل ثم اختلفوا في كيفيته فقيل إنها نقل المطالبة والدين وقيل نقل المطالبة فقط"؛ ويقول الدردير: " نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الاولى".

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤١٤)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٤٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٩٦)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٤٥٨)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٨٨).

وهذا ما نص عليه الحنفية[1]، وما يمكن فهمه من نصوص المالكية[2]، وهو ما يتفق مع قواعد الحنابلة في بنائهم للعقد على المعاني وتوسعهم بتصحيح الشروط المقترنة بالعقود.

يقول الكمال: "إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل، فحينئذ لا يُطالب الأصيل؛ بناء على أنها حينئذ حوالة عُقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها، فتجري حينئذ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما"[3].

ويقول العبدري من المالكية: "لا تجوز حوالة إلا على أصل دين، وإلا فهي حمالة [أي كفالة]"[4].

والخلاصة: إنَّ تعدد القصود بأن يقصد المتعاقدان الأثر النوعي لعقد ما ويقصدان كذلك أمراً يخالف ذلك الأثر النوعي الذي يعدُّ من أهمِّ مكونات مقتضى العقد فإن ذلك من شأنه التأثير في صحة العقد عند الفقهاء على التفصيل الذي بينته، ولكن إن أمكن إضفاء اسم عقد آخر على العقد الذي اتفق عليه الأطراف غير العقد الذي تلفظا به فإنّ ذلك ممكن عند الفقهاء؛ لأنَّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المطلب الثالث: دور تعدد القصود في الأثر النوعي في تبدل العقد المسمى إلى غير مسمى:

إنَّ الأثر النوعي لكلِّ نوع من أنواع العقود التي وردت في الشرع بأسماء معينة (العقود المسماة شرعاً) محدد وفق منظومة تحكم كل عقد، وتستخلص من كتب الفقهاء في شتى المذاهب.

وقد يقصد المتعاقدان في عقدهما الجمع بين أثر نوعي لعقد مسمّى وأثر نوعي لعقد مسمّى آخر، وهذا من شأنه أن يضفي صفة العقد غير المسمّى على اتفاقهما[5].

وهنا نكون أمام حالة تعددٍ للقصود المباشرة في العقد؛ إذ تبيّن في الباب الأول أنَّ القصد المباشر في العقد المالي هو (قصد الإتيان بالصيغة وقصد الغرض الأساسي للعقد الذي هو الأثر النوعي ذاته)[6]،

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٣٩)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٧/ ١٨٢)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٨٩)؛ المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٤٦).

(٢) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٢٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٩١)؛ حاشية الخرشي (٦/ ١٦).

(٣) . فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ١٨٢).

(٤) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٢٣).

(٥) . انظر ص٢٣٦ من هذه الأطروحة.

ذاته)[1]، وتبيّن أن الجمع بين القصود المباشرة في العقد جائز لا إشكال فيه إن لم يناقض قصد الشارع، واتَّضح كذلك أنَّ هذه المسألة تتصل باجتماع عقدين في عقد، وأنَّ الراجح فيها الجواز؛ لأنَّ الفقهاء لم يمنعوا اجتماع العقود في عقد واحد لمجرد الجمع، بل يمنع ذلك إن لزم منه محظور شرعي-على اختلاف في بعض الجزئيات بين الفقهاء-[2].

ومن العقود التي كان لتعدد القصود أثر في نقلها من دائرة العقود المسماة إلى غير المسماة عقد الاستصناع الذي نصَّ عليه الحنفية، إذ هو عقد غير مسمّى كما نصَّ على ذلك العلماء المعاصرون الذين تكلَّموا في العقود غير المسماة[3].

وخروجه من دائرة العقود المسماة لأنَّه اشتمل على أثرين نوعيين لعقدين مختلفين هما البيع والإجارة، حيث إنَّ الاستصناع: بيع عين شُرِطَ فيه العمل، أو هو: طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص[4].

ففي هذا العقد قصدان القصد الأول قصد شراء المواد التي ستستخدم في الصناعة، والقصد الثاني هو قصد استئجار الصانع لعمل معيَّن هو صنع الشيء المتفق عليه.

وقد اختلف فقهاء الحنفيَّة في تكييف الاستصناع، ففي قول أنَّه: ينعقد إجارة ابتداءً، وعند التسليم يصير بيعاً[5]، وفي قول أنه: مواعدة وليس ببيع، ولكن القول الأرجح عندهم أنَّه بيع، لأنَّه لا يجوز إلا بما جرى به العرف، ولو كان وعداً لجاز مطلقاً[6].

---

(١) . انظر ص ٩٨ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر ص ١٥١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٦٣٣).

(٤) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ١٥٥)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٥٢).

(٥) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٣/ ٢٠٨).

(٦) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٧٤)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٣/ ٢٠٨).

ولست هنا بصدد بيان أحكام الاستصناع كاملة فهي مبسوطة في كتب الفقهاء؛ ولكن المهمُّ أن أبيِّن أنَّ الذين ذهبوا إلى القول بمنع الاستصناع الذي قال به الحنفية من الجمهور وهم (زفر من الحنفية[1]، والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]) لم يقولوا بالمنع بسبب تعدد القصود في عقد الاستصناع، بل لأمر آخر وهو أنَّ في الاستصناع بيع المعدوم-وهو المصنوع الذي لم يوجد بعد-، وبيع المعدوم لا يصح إلا في السلم، ففي الحديث: ((لا تبعْ ما ليسَ عندَك)) [5]، أمّا الحنفية فيجيبون عن ذلك بأنَّ الاستصناع -وإن كان فيه بيع المعدوم- إلا أنّه جاز على خلاف القياس للحاجة الماسة إليه، ثمَّ إنَّ كلَّ الناس يستصنعون ما يحتاجونه من الأشياء، منذ زمن التشريع إلى يومنا هذا[6].

فالراجح جواز الاستصناع نظراً للحاجة إليه، وتعدد القصود فيه بالجمع بين أثر البيع وأثر الإجارة يجعل منه عقداً غير مسمَّى -والله أعلم-.

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٨٥)؛ فتح باب العناية بشرح النقاية لنور الدين الهروي القاري (٢/ ٣٨٣).

(٢) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٥١٨)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٣٨٦).

(٣) . انظر: المجموع للنووي (١٣/ ١٣٠).

(٤) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٠٠)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٤٩).

(٥) . أخرجه أبو داود في الإجارة/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم (٣٥٠٣)؛ والترمذي في البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم (١٢٣٢) وهو حديث صحيح. انظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لابن الملقن عمر بن علي، دار الهجرة- الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٤م، ت: مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال (٦/ ٤٤٨).

(٦) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠٨)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٨٥)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٧٤).

المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في الالتزامات العقدية

وفي المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان حقيقة الالتزام العقديّ

المطلب الثاني: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه الشَّرط في الالتزامات العقدية

المطلب الثالث: أثر القصد الزائد الذي دلَّت عليه قرائن الحال في الالتزامات العقدية

المطلب الرابع: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه العرف في الالتزامات العقدية

إنَّ لتعدد القصود أثراً في الالتزامات الناشئة بين أطراف العقد زيادة ونقصاناً، ولذا لا بدُّ من بيان حقيقة الالتزامات العقدية بإيجاز وصولاً لأثر تعدد القصود فيها.

المطلب الأول: بيان حقيقة الالتزام العقدي:

أولاً: الالتزام لغة: مصدر التزم يلتزمُ التزاماً إذا أوجب على نفسه شيئاً، يُقال ألزمه فالتزم، والالتزام هو المصاحبة[1].

ثانياً: الالتزامات العقدية اصطلاحاً: هي الواجبات التي تنشأ بين العاقدين بسبب العقد[2].

ومن هذا المعنى قول الفقهاء أنَّ هذا الأمر يلزم بالعقد[3]، أو قولهم عقد البيع ملزِم بنفسه[4]. أي ينشئ واجبات على العاقدين بمجرد العقد دون حاجة إلى قبض وغيره.

ولا بد من الإشارة إلى أن أيّ عقد ينشئ التزاماً ما على أحد عاقديه، أو التزامات متقابلة معينة حسب موضوع العقد وضمن الحدود الجائزة شرعاً؛ لأنَّ الغاية من العقد إنشاء نتيجة لم تكن حاصلة بين المتعاقدين قبل العقد، وإلا كان العقد عبثاً[5].

والالتزام الذي ينشئه العقد هو: كون الشخص مكلَّفاً -بموجب العقد- بفعل، أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره[6].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (لزم)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (لزم).

(٢) . لا بد لي أن أشير إلى أن الالتزام قد ينشأ عن عقد فيسمى الالتزام العقدي كالأمثلة الموضّحة في المتن، وقد ينشأ عن غير العقد فيسمى الالتزام غير العقدي كالتزام المتلِف بضمان ما أتلفه، فإن مصدره الفعل الضار، وكالالتزام بنفقة الأقارب فإن مصدره الشرع. ولذا لا يصح التعبير عن العقد بالالتزام فبينهما فرق واضح. انظر: المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥١٥).

(٣) . كقولهم: "القرض يلزم بالعقد" وغير ذلك من الأمثلة. انظر: منح الجليل لمحمد عليش (١٢/ ٤٥٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٧٤)؛ الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ١٣٢)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ١٦٣).

(٤) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ٨).

(٥) . انظر: المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥١٤). حتى في العقود غير اللازمة ما دام أن العاقدين قد رضيا بها فينبغي أن أن يعملا بمقتضى واجبات العقد، فالوديع غير ملزم بالعقد إلا أنه يجب عليه القيام بالحفظ ما دام لم يفسخ العقد.

(٦) . انظر: المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٥١٤).

فتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية –كما سيأتي– هو **التزام بفعل** يقع على عاتق البائع لمصلحة المشتري؛ بموجب عقد البيع[1].

والالتزام بعدم استعمال الوديعة وعدم التقصير في حفظها هو **التزام بامتناع** يقع على عاتق الوديع، بموجب عقد الوديعة[2].

ثم إن تلك الالتزامات التي ينشئها العقد نوعان:

النوع الأول: التزامات ينشئها العقد مباشرة أي بدون حاجة للنصِّ عليها صراحة من العاقدين:

وهذه الالتزامات تؤلف مع الأثر النوعي –الذي تمت دراسته في المبحث السابق– ما يسميه الفقهاء بمقتضى العقد، فقد أشرت حينها إلى أنَّ الأثر النوعي –في التعبير المعاصر– هو جزء من مقتضى العقد، وأقول هنا إن الجزء المتمم لما يسميه الفقهاء مقتضى العقد هو الالتزامات –وما يقابها من حقوق– التي تجب بمجرد العقد وبغير اشتراط في الصيغة[3].

وهذه الالتزامات تعد خادمة وسبيلاً لتحقيق الأثر النوعي أو الحكم الأصلي للعقد.

حيث يُكلَّف كل عاقد بواجبات لتحقيق الأثر النوعي للعقد، وكل حقٍّ لأحد العاقدين يقابله واجب على الطرف الآخر –مع مراعاة اختلاف طبيعة كل عقد عن غيره–[4].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١١٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٧٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٥١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٥٧).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٣٩)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢٠٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٦/ ١١١)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ٣٦٠).

(٣) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧١)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠).

(٤) . فعلى سبيل المثال: من آثار عقد البيع نشوء حق للمشتري بتسلم المبيع على الوصف الذي تمَّ الاتفاق عليه، وهذا الحق يقابله واجب يقع على عاتق البائع وهو أن يسلِّم المبيع على ذلك الوصف، وكذلك الأمر في الثمن. يقول ابن عابدين: " (وحكمه [أي عقد البيع] ثبوت الملك) أي في البدلين لكل منهما في بدل، وهذا حكمه الاصلي، والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن". حاشية ابن عابدين (٥/ ٩). وانظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٨٢)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٠٢)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٢٣)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ١١٣).

النوع الثاني: التزامات يُنشئها العقد، ولكن ليس بمجرده، بل باشتراط العاقد لها في صيغة العقد: كاشتراط الواهب العوض عن هبته، وكاشتراط وصف زائد في محل العقد، وكاشتراط بائع الدار أن يسكنها بقية سنته...[1].

وإنَّ لتعدد القصود أثراً واضحاً في إنشاء التزامات عقديَّة على أحد أطراف العقد، إذ قد يقصد العاقد الغرض الأساسي والآثار الأصلية للعقد ويقصد بالإضافة إلى ذلك أثراً زائداً فيلزِم به العاقد الآخر، وذلك القصد الثاني قد يتبدى من خلال اللفظ (الاشتراط في الصيغة)، وقد يدلُّ العرف على وجوده، وقد تدلُّ طبيعة المحلِّ عليه.

المطلب الثاني: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه الشَّرط في الالتزامات العقديَّة:

قد يقصِدُ العاقد أمراً زائداً على قصد الغرض الأساسيِّ للعقد من شأنه زيادة التزامات الطرف الآخر أو إنقاصها، ويتبدّى هذا القصد الزائد من خلال مسألة الشروط الجعليَّة والتي سبق بيان تأصيلها في الباب الأول، وأذكر هنا بعض الأمثلة التي تتصل بهذه الفقرة، وهي مسألة اشتراط عقد في عقد ومسألة قصد تغيير يد الأمانة إلى يد ضمان وبالعكس، ومسألة اشتراط وصفٍ في محلِّ العقد.

المسألة الأولى: أثر تعدُّد القصود في مسألة اشتراط عقد في عقد في الالتزامات العقدية:

إنَّ مسألة اشتراط عقد في عقد تتصل بموضوع تعدد القصود المباشرة، وقد تبيّن أن هناك ضوابط متعددة لحرمة اجتماع عقدين في عقد واحد، وتبيّن أنّ الراجح جواز الجمع بين عقدين في عقد واحد إن اجتنبت المحظورات (كالربا والغرر...)[2].

ومن أمثلة هذه الحالة الجمع بين البيع والإجارة بأن يقول: أبيعك داري على أن تؤجرني دكانك؛ إذ ذهب الحنفية في الرواية الراجحة[3] والشافعية[4] والرواية الراجحة لدى الحنابلة[5] إلى المنـــع من هذه

---

(١) . فهذه الأمور وغيرها تلزم بالاشتراط في صيغة العقد. مع مراعاة اختلاف مذاهب الفقهاء في مسألة الشروط المقترنة بالعقد فبعضهم الموسع وبعضهم المضيق. وقد مر بنا في فصل سابق أن الحنابلة من أكثر الموسعين في مسألة الشروط المقترنة بالعقود. انظر ص ١٩٨ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر ص ١٥١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٦).

(٤) . انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٣٦)؛ البيان للعمراني (٥/ ١٤٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة(٤/ ٣١٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٥٠)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٩).

الصورة، بينما ذهب المالكية[1] إلى جواز اشتراط البيع في الإجارة، وهو الذي اختاره متأخرو الحنابلة[2].

ويبدو أثر تعدد القصود -باجتماع قصد البيع والإجارة في عقد واحد- في الالتزامات العقدية بالنظر إلى مذهب المجيزين لهذا الجمع؛ إذ ينشأ العقد صحيحاً عندهم، ولذا تترتب عليه أحكام البيع والإجارة معاً حيث يكون الأثر النوعي للعقد الذي اشتمل على العقدين هو مجموع الأثرين النوعيين لعقدي البيع والإجارة، فيلتزم كلُّ عاقدٍ بموجبهما، وهذ القول ينطبق على كل حالةٍ نصَّ الفقهاء فيها على جواز اجتماع عقدين في عقد واحدٍ.

المسألة الثانية: قصد تغيير صفة يد الأمانة إلى يد ضمان وبالعكس:

وتعدد القصود في هذه المسألة واضحٌ إذ يقصد العاقد المشترِط أثراً زائداً عن الآثار الأصلية للعقد من شأنه زيادة التزام العاقد الآخر –في حالة اشتراط تغيير يده إلى يد ضمان إن كانت يد أمانة–، أو إنقاص التزامه –في حالة اشتراط تغيير يده إلى يد أمانة إن كانت يدَ ضمان–.

ولبيان حكم هذه المسألة أبين حقيقة يد الأمانة ويد الضمان ثم أعرض مذاهب الفقهاء في حكم اشتراط تغيير صفة اليد وصولاً للراجح.

يطلق الفقهاء مصطلح اليد ويريدون بها وصف حيازة الشخص للشيء؛ إذ يفرقون بين يد الأمانة ويد الضمان، وينبغي الإشارة أولاً إلى أن هذين المصطلحين لا يختصان بالعقود فحسب، بل يبحثهما الفقهاء في أبواب عدة تتعلق بحيازة الشيء ولو بغير عقد، كحالة الغاصب وحالة دخول المال في حيازة الشخص بلا قصد منه، كما يفرقون بين ضمان العقد وضمان الإتلاف....ولذا سأتناول ما يخص يد الضمان والأمانة في باب العقود، وبالأخص قصد تغيير صفة يد الأمانة إلى يد الضمان، وهذا ما يزيد من التزامات العاقد الذي وقع الشرط عليه.

إن الفقهاء لم يعرفوا يد الأمانة ويد الضمان بشكل صريح، ولذا قام المعاصرون بتعريف هذين المصطلحين استنباطاً من مذاهب الفقهاء.

---

(١) . انظر: المدونة للإمام مالك (٣/ ١٦٨)؛ وانظر: حاشية الخرشي (٥/ ٤١).

(٢) . انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية(٤٩٤).

١- يد الأمانة: هي سيطرة الشخص على مال الغير بإذن من مالكه أو الشارع على نحو الائتمان، أو هي اليد التي خلفت يد المالك في حيازة ملكه، وتصرفت فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها[١].

وعرفها الدكتور نزيه حماد[٢] بأنها: "يد الحائز للشيء بإذن صاحبه لا بقصد تملكه لمصلحة تعود لمالكه (كالوديع والوكيل...) أو مصلحة تعود للحائز (كالمستأجر والمستعير والمرتهن...) أو مصلحة مشتركة بينهما

(كالمضارب والشريك...)"[٣].

وقد عرفتها الموسوعة الفقهية الكويتية بأنها: حيازة الشيء أو المال، نيابة لا تملكاً، كيد الوديع، والمستعير، والمستأجر، والشريك، والمضارب وناظر الوقف، والوصي[٤].

وحكم يد الأمانة أن الأصل فيها عدم الضمان، إلا في حالتين وهما التعدي والتقصير، ومثال ذلك يد الوديع على الوديعة فهي يد أمانة باتفاق الفقهاء[٥] لا يضمنها إلا بالتعدي أو التقصير.

---

(١) . انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي لحارث محمد سلامة العيسى وأحمد غالب الخطيب، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسة الدراسات الإنسانية)، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني-٢٠١٠م (٣١٥)؛ الضمان في الفقه الإسلامي لعلي عبد الحكيم الصافي، مطبعة الآداب-النجف (٧)؛ ضمان المنافع لإبراهيم فاضل الدبو، دار البيارق-بيروت، ط١، ١٩٩٧م (٩٩).

(٢) . وُلد الدكتور نزيه حماد عام ١٩٤٦م، وحصل على الدكتوراه من جامعة القاهرة عام ١٩٧٣م في العقود المالية في الفقه الإسلامي المقارن، كان أستاذاً للفقه الإسلامي وأصوله بكلية الشريعة بجامعة أم القرى، شارك في كثير من المؤتمرات والندوات العلمية في المعاملات المالية المعاصرة، وهو خبير بمجمع الفقه الإسلامي بجدة. انظر:
http://www.irtipms.org/Nazih%20Hammad_A.asp

(٣) . قضايا فقهية في المال والاقتصاد د.نزيه حماد (٣٦٨).

(٤) . الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٨/ ٢٥٨).

(٥) . انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٤٦٨)؛ المبسوط للسرخسي (١١/ ١٠٩)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣١٠)؛ القوانين الفقهية لابن جزي المالكي (٢/ ١٤٥)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤١٩)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٥/ ١٧٢)؛ مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٨١)؛ المغني لابن قدامة (٧/ ٢٨٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ٣١٧)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٠٨).

٢- يد الضمان:

عرفها الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "يد الحائز الذي حاز الشيء ظلماً بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه"[١].

وقريب منه تعريف الدكتور نزيه حماد حيث قال: "يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه (عدواناً) كالغاصب والسارق، أو بإذنه ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سوم الشراء والملتقط بنية التملك"[٢].

أو هي كل يد لا تستند إلى إذن شرعي من الشارع أو من المالك، وكذلك كل يد تستند إلى ولاية شرعية ودل دليل على ضمان صاحبها، وكل يد متعدية من غير استناد إلى ولاية شرعية أو استندت إلى ذلك، ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة[٣].

وعرفتها الموسوعة الفقهية بأنها: حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز، كيد المشتري والقابض على سوم الشراء، والمرتهن، والغاصب والمالك[٤].

وبناء على ذلك يتبين أن يد الضمان تشمل:

- حيازة الشخص للشيء ظلماً بغير وجه حق كالغاصب، فيده يد ضمان على ما اغتصبه باتفاق الفقهاء[٥].

- حيازة الشخص للشيء على وجه شرعي لا ظلم فيه، ولكن كان في تلك الحيازة مصلحة شخصية للحائز، كيد المستعير على الشيء المستعار إن هلك في يده فإنه يضمنه عند الشافعية[٦] والحنابلة[٧]، ولو كان الهلاك بآفة سماوية.

---

(١) . نظرية الضمان أ.د.وهبة الزحيلي، دار الفكر-دمشق، ط٢، ١٩٩٨م (١٧٥).

(٢) . قضايا فقهية في المال والاقتصاد د.نزيه حماد (٣٦٨).

(٣) . انظر: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي لمحمد أحمد سليمان، مطبعة السعادة-مصر، ط١، ١٩٨٥م (٦٦).

(٤) . الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٨/ ٢٥٨).

(٥) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٣١٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣١٦)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٤٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٧٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ١٢٣).

(٦) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٥/ ١١٨).

(٧) . انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٥٤)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٤٠٠).

بعد هذا البيان لحقيقة كل من يد الأمانة والضمان يتضح أن هناك طائفة من العقود تكون يد الحائز للسلعة فيها يد أمانة، كعقد الوديعة، والشركات بأنواعها، والإجارة.. وهذا يعني أنَّ العاقد لا يضمن العين التي دخلت في حيازته بسبب العقد إلا في حالتين هما التعدي، والتقصير.

والسؤال هنا: ماذا لو قصد المتعاقدان تغيير صفة اليد من أمانة إلى ضمان؟ بعبارة أخرى هل يصح اشتراط تضمين العاقد في العقود التي تكون فيها يد العاقد الحائز للمحل يد أمانة؟

المذهب الأول: مذهب أكثر الحنفية[1] والمشهور عند المالكية[2] ومذهب الشافعية[3] والرواية المعتمدة لدى الحنابلة[4]: عدم صحة اشتراط تضمين الأمين.

ومقتضى مذهب الجمهور -عدا المالكية- أن الشرط يفسد ويصح العقد. أما عند المالكية فيفهم من مذهبهم أن الشرط يفسد بعض العقود(كالمضاربة) دون بعض (كالوديعة)[5]، وهذا مفاد رواية عند الحنابلة إذ نصوا على فساد عقد الإجارة بهذا الشرط[6].

يقول ابن عابدين: "اشتراط الضمان على الأمين باطل، به يفتى... [فلو] دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف [ما أودعه عنده] لا أثر له فيما عليه الفتوى"[7].

جاء عند المالكية في باب الوديعة: "(لا) يضمن (إن نسيها في كمه) حيث أمره بوضعها فيه (فوقعت) منه، (ولا إن شرط عليه الضمان) فيما لا ضمان فيه؛ لما فيه من إخراجها عن حقيقتها الشرعية"[8]، وهذا يعني أن العقد صحيح والشرط باطل.

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٥٣)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٧٤)؛

(٢) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢٣)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣١٤)؛

(٣) . انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٧/ ٣٧١)؛ المهذب للشيرازي (١/ ٣٦٦)؛ أسنى المطالب بحاشية الرملي (٣/ ٧٦).

(٤) . انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٨٦)؛ المبدع لابن مفلح (٤/ ٢٥٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ٢٠٠).

(٥) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣١٨).

(٦) . انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٢٨).

(٧) . حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٥٣).

(٨) . الشرح الكبير للدردير (٣/ ٤٢٣).

أما في المضاربة فنصوا على أن الشرط يبطل العقد فضلاً عن بطلان الشرط ذاته. وعمدة الإمام مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض فيفسد العقد[1].

ودليل الجمهور على عدم جواز اشتراط الضمان على الأمين في عقود الأمانة أن ذلك ممَّا ينافي مقتضى العقد[2]؛ إذ إن للعقود أصولاً مقدَّرة وأحكاماً معتبرة بموجب مقتضى تلك العقود، فلا تغيرها الشروط عن أحكامها في سقوط الضمان أو إيجابه[3].

المذهب الثاني: قول مرجوح عند الحنفية[4] ورواية غير مشهورة عند المالكية[5] ورواية غير معتمدة عند الحنابلة[6] أن الشرط صحيح، وتصبح يد الأمانة يد ضمان بمقتضاه.

يقول ابن قدامة: "فأما غير ذلك [أي غير التعدي] فلا يصح شرط الضمان فيه، وإن شرطه لم يصح الشرط؛ لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيِّره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم؛ وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه؛ لقوله صلى الله عليه و سلم : ((المسلمون على شروطهم))[7]"[8].

الترجيح بمبرراته:

الذي يبدو لي أن اشتراط الضمان على يد الأمين في العقود التي تكون فيها يد العاقد يد أمانة جائز في بعض العقود دون بعض، وذلك على التفصيل الآتي:

---

(١) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٢٣٥).

(٢) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٣/ ٣١٨)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٤/ ١٤٩)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ٨٦).

(٣) . انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٢٥٣).

(٤) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٧٤)؛ مجمع الضمانات للبغدادي (٣٣).

(٥) . انظر: شرح ميارة على العاصمية المسمى بالإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لأبي عبد الله محمد بن أحمد الفاسي، دار المعرفة- بيروت، د.ط (٢/ ١٨٦)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣١٤).

(٦) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٥/ ٢٠٠).

(٧) . أخرجه أبو داود ضمن حديث بلفظ: "المسلمون على شروطهم" في الأقضية/ باب في الصلح برقم (٣٥٩٤). وأخرجه الترمذي في الأحكام/ باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، برقم (١٣٥٢). وقال: "هذا حديث حسن صحيح". والحديث صححه الحاكم، وتعقبه الذهبي بأن أحد رواته –واسمه كثير- قد ضعفه النسائي، ولكن للحديث شواهد أخرى. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر (٤/ ٦).

(٨) . المغني لابن قدامة (٦/ ١٢٨).

فالعقود التي تحمل معنى التبرع والإحسان من قبل صاحب اليد –التي كيفت بأنها يد أمانة– كعقد الوديعة غير المأجورة وكذا الوكالة بلا عوض، فإنه لا يجوز اشتراط الضمان فيها على الأمين، لأن كون اليد في هذه العقود يد أمانة مما ينافي مقتضى العقد بالمعنى الدقيق، إذ مقتضى عقد الوديعة المطلقة التبرع بالحفظ، وليس ليد الأمانة أية مصلحة في حيازته للوديعة، ولذا أطلق عليها الفقهاء أنها ائتمان محض[1]، ونصوا على أنها من عقود الإرفاق[2]، فالوديع محسن، والله عز وجل يقول: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة:٩١]، ومثل الوديعة في ذلك الوكالة؛ إذ هي من عقود الإرفاق والإحسان مادامت بلا أجر[3].

ولذلك كان اشتراط الضمان عليه مما يناقض مقتضى العقد، ويؤدي إلى القول بالإلزام بما ليس بلازم، وذلك ممنوع عند الفقهاء في فروع كثيرة.

أما العقود التي **لا تحمل معنى التبرع والإحسان** وهي التي يكون الأمين قد قبض السلعة وله في قبضها مصلحة، كالمستأجر والشريك[4] ويدخل في ذلك الوديع الذي اشترط الأجر على الحفظ والوكيل والوكيل بأجر، فليس هناك دليل على أن اشتراط الضمان على الأمين مما يناقض مقتضى العقد، لأن مقتضى تلك العقود لا يمنع هذا الشرط، وإلا لما نص الفقهاء على تضمين الأمين في هذا النوع من العقود في حالات معينة [غير التعدي والتفريط أو التقصير] وأهم تلك الحالات هي:

---

(١) . انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٢٧٦).

(٢) . يقول الماوردي: "تضمين الوديعة يخرج عن حكم التعاون وعقود الإرفاق". الحاوي الكبير للماوردي (٨/ ٣٥٦).

(٣) . يقول الشيخ زكريا الأنصاري: "الوكالة عقد إرفاق، والضمان مناف له ومنفر عنه". أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٢٧٦)؛ وانظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ١١٢).

(٤) . المراد بتضمين الأمين بالشرط منحصر في تضمينه لما تلف تحت يده أياً كان سبب الهلاك، بحيث يلتزم برد المثل أو القيمة حسب حسب الحال، وليس المراد بتضمينه أن تنشغل ذمته بذلك المال المقبوض ويصير ديناً فيها، يلتزم بأدائه لصاحبه كسائر الديون الثابتة في الذمة، وإلا لتحول الأمناء عند اشتراط الضمان عليهم إلى مقترضين، وهذا لا يمكن قبوله شرعاً؛ لما فيه من تفريغ عقود الأمانة من مضمونها، وجعلها ذريعة إلى القروض الربوية؛ وبناء على ذلك إذا ضمن المضارب بالشرط فإنه يتحمل تبعة الهلاك أو ضياع مال المضاربة الذي يستثمره، ولكنه لا يغرم شيئاً من الخسارة أو النقصان في رأس المال نتيجة تقليبه في التجارة وأعمالها. انظر: قضايا فقهية في المال والاقتصاد د.نزيه حماد (٣٧٣)؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٣٠ (٥/ ٤) الدورة الرابعة، ورقم ٨٦ (٣/ ٩) في الدورة التاسعة بعدم جواز تضمين المضارب لرأس مال المضاربة (قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ٦٩، ٧٠، ١٩٧).

١- التضمين بموجب العرف:

نص على ذلك بعض فقهاء الحنفية، حيث يقول ابن نجيم: "وَرَدَ عليَّ سؤالٌ فيمن أجَّر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار، أُذِن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر، فأجبتُ بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمانها عليه، والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية"[١].

فالعرف حجة شرعية يُصار إليها عند عدم معارضته للنص[٢]، فإذا لم يرد نص على أن يد العاقد الحائز –في عقد ما- يد أمانة فيمكن تضمينها بالعرف.

وإذا جاز تضمين الأمناء بالعرف فإنه يجوز من باب أولى تضمينهم بالشرط؛ لأن تضمينهم بالعرف إنما هو لاعتباره بمنزلة الشرط[٣]. وهذا واضح من كلام ابن نجيم المتقدم.

٢- تطوع الأمين بالتزام الضمان:

ذهب المالكية[٤] إلى أن صاحب يد الأمانة إن التزم بالضمان بعد تمام العقد فإنه يضمن؛ لأن ذلك من باب التبرع بالمعروف، وهو واجب على من التزمه عند المالكية.

يقول الحطاب: "المعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يحكم به عليه ما لم يمت أو يفلس"[٥].

---

(١) . الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٩).

(٢) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣)؛ البحر المحيط للزركشي (٣/ ٦٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٠)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (٤/ ٤٤٨).

(٣) . انظر: قضايا فقهية في المال والاقتصاد د.نزيه حماد (٣٦٨).

(٤) . انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، دار المغرب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، تحقيق: عبدالسلام الشريف (٣٩٠)؛ شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب لأحمد بن علي المنجور، دار عبدالله الشنقيطي- السعودية، تحقيق: محمد الشيخ محمد أمين (٤١٤)؛ التاج والإكليل للعبدري (٨/ ١٧٠)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٥٦)؛ قضايا فقهية في المال والاقتصاد د.نزيه حماد (٣٦٨).

(٥) . مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٥٦).

وفي حاشية العدوي: "الشَّرْطُ [أي شرط الضمان] لَازِمٌ [في قول]...وَهَذَا إذَا كَانَ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ، وَأَمَّا بَعْدَ الْعَقْدِ فَالشَّرْطُ لَازِمٌ عِنْدَ الْجَمِيعِ"[1].

٣- المصلحة:

الأصل أن يد الأجير يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وسواء في ذلك الأجير الخاص أو المشترك ، إلا أن الصاحبين من الحنفية[2] والشافعية في القول الذي يقابل الأظهر[3]، والحنابلة في رواية مرجوحة[4] ذهبوا إلى تضمين الأجير المشترك لما هو تحت يده بمجرد القبض إن تلف، ولو بغير تعد أو تقصير، إلا أن يكون سبب الهلاك لا يمكن التحرز عنه فإنه لا يضمنه بالإجماع، كحريق غالب. ودليلهم –ولاسيما الحنفية–: الاستحسان؛ لأن المصلحة تقتضي ذلك[5].

ويوضح الكاساني وجه ذلك فيقول: "وروي أن عمر رضي الله عنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس[6]، وهو المعنى في المسألة، وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يُسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب، ولأبي حنيفة أن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المتعدي"[7].

---

(١) . حاشية العدوي (٢/ ٢٧٢).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٢١٠)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٣١)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٥٤٦)؛ حاشية ابن عابدين (٦/ ٢٤٠).

(٣) . انظر: حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ١٤٢)؛ روضة الطالبين للنووي (٤/ ٢٩٩)؛ المهذب للشيرازي (١/ ٤٠٩).

(٤) . انظر: المغني لابن قدامة (٦/ ١٢٧).

(٥) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ١٢٩)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ١٣٨).

(٦) . وقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع/ باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده، برقم (١٤٩٤٩)، بلفظ: عن عبد الله بن الأشج أن عمر بن الخطاب ﷺ ((ضمَّنَ الصبَّاغَ الذي يعمل بيده))، وأخرج كذلك في الباب ذاته برقم (١٤٩٤٨) ما نصه عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: ((كان علي ﷺ يضمن الخياط والصباغ وأشباه ذلك احتياطاً للناس)). وهذان الأثران في سندهما ضعف. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر (٣/ ١٤٧).

(٧) . بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ٢١٠).

وهكذا نجد أن القول بتضمين الأجير المشترك قال به هؤلاء الفقهاء لدواعي المصلحة، وهذا ما أرجحه ولا سيما في زمننا هذا؛ إذ إن الحنفية أفتوا بذلك لتغير أحوال الناس في زمنهم، كما نص أكثرهم على ذلك فقالوا: "بقولهما يفتى في هذا الزمان لتغير أحوال الناس"[1]؛ ولا شك أن زمننا هذا قد تغيرت فيه أحوال الناس بشكل أكبر من الزمن الذي تكلموا عنه وعاشوا فيه.

فلما جاز تضمين الأمين في كل تلك الحالات السابقة فلأن يجوز تضمينه بالشرط من باب أولى، ولا سيما إن علمنا ضعف الذمم وكثرة أكل الأموال بغير حق في هذا الزمن.

المسألة الثالثة: أثر تعدد القصود في مسألة اشتراط وصف معين في محل العقد:

وبيان صلة هذه المسألة بتعدد القصود من ناحيتين:

-إنَّ الوصف المشترَط في المحل يدلُّ على وجود قصدٍ زائد على قصد الغرض الأساسي والأحكام الأصلية للعقد، وقد نبّه الفقهاء إلى هذه النقطة، وأطلقوا على هذا القصد الثاني بأنَّه قصدٌ صحيح [ما دامت الصفة التي تدلُّ عليه غير محظورة] -كما سيتبين من كلام الفقهاء في هذه الفقرة[2].

-إن قصد هذا الوصف وظهوره من خلال الشرط من شأنه زيادة التزامات الطرف الآخر، ولولا وجود قصد هذا الوصف المشترط لما زاد التزام العاقد الأصلي، وبالتالي ينطبق عليه مفهوم تعدد القصود، وبيان ذلك:

إنَّ البائع لا يلتزم بأي وصف زائد على سلامة المحل من العيوب على النحو الذي يقرُّه العرف[3]،

---

(١) . البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٣١)؛ وانظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٥٠)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ١٣٥).

(٢) . من ذلك قول المالكية (ورد بعدم [وجود وصف] مشروط فيه **غرض**..)، وقول الشافعية: (يتعلق بها **غرض صحيح**) وقولهم (ولو شرط وصفاً يقصد..)، وقول الحنابلة: (لأنَّ في اشتراطها [أي الصفة المعينة] **قصداً صحيحاً**). انظر: حاشية الخرشي (٥/ ١٢٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٥)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٦٧).

(٣) . يقول ابن رشد مبيناً العيب المؤثر أنه: "ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص". ويقول الشربيني في ذلك: "وكل ما ..أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه؛ إذ الغالب في الأعيان السلامة فبدل المال يكون في مقابلة السليم". ويقول ابن عابدين معقِّباً على مذهب الشافعية: "وقواعدنا لا تأباه". انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١١٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٧٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٥١).

وذلك باتفاق الفقهاء[1].

ولكن بما أنَّ العقود ما شرعت إلا تلبية لمصالح الناس المختلفة، ومن المعلوم أنَّ لكل شخص قصوداً معيَّنة من الشيء الذي هو محل العقد، فلذا يلجأ العاقد **إلى بيان مقصوده ليُلزم الطرف الآخر بتسليمه المحل بوصف معين يتفق مع غرضه من التعاقد،** ويكون ذلك الوصف زائداً – أي هو غير السلامة من العيوب؛ ولذا لا يجب إلا ببيانه–، ويتبدى قصد العاقد لهذا الوصف عادةً بالاشتراط الصريح في العقد.

وقد أجمع الفقهاء[2] على صحة اشتراط وصف معيَّن وإلزام العاقد الآخر بموجبه.

يقول ابن قدامة مبيناً الشروط الصحيحة في العقد: "اشتراط **صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به،** ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً"[3].

ويقول الرحيباني معللاً صحة قصد أوصاف أخرى غير السلامة: "لأن في اشتراطها [أي اشتراط صفات معينة] **قصداً صحيحاً، وتختلف الرغبات باختلاف الصفات،** فلولا صحة اشتراطها ولزومها لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع"[4].

وهذا القصد الزائد الذي تبدّى من خلال الشرط قد أوجب على الطرف الذي وقع عليه (كالبائع في عقد البيع أو المؤجر في الإجارة...) التزاماً إضافيّاً ينبغي عليه أن يتخذ من السبل ما يحققه، فإن لم يفعل، وقدَّم المحلَّ خالياً عن الوصف فهنا نميز بين حالتين:

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١١٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٧٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٥١)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٥٧).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٧٢)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ١٤٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٣٠٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٢٩٤).

(٣) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٩).

(٤) . مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٦٧، ٦٨).

الحالة الأولى: إن كان المعقود عليه معيناً بالذات، ولكنه غائب عن مجلس العقد[1]، فإن تخلف الوصف في هذه الحالة يجعل العاقد الذي اشترط الوصف بالخيار إن شاء أمضى، وإن شاء فسخ العقد، وتفصيل ذلك عند الفقهاء كالآتي:

ذهب الحنفية إلى أنه إن اختلف وصف المحل للأفضل فلا خيار، والعقد لازم.

أما إن فات الوصف وكان المحل أدنى صفة من المشترط فيثبت الخيار للمشتري إن شاء أمسك بكامل الثمن، وإن شاء فسخ.

أما إن لزم من فوات الوصف تغير جنس المحل، فالعقد فاسد، كما لو اشترى حجراً على أنه ياقوت فبان أنه زجاج.

يقول الكمال: "واعلم أنه إذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه، فتارة يكون البيع فاسداً، وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار، وتارة يستمر صحيحاً، ولا خيار للمشتري، وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه، وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار"[2].

وذهب المالكية[3] إلى أن فوات الصفة يجعل العقد غير لازم، وأدخلوه في خيار النقيصة، إلا إن كان اختلاف صفة المحل للأفضل فلا خيار. أي أنَّهم وافقوا الحنفية في الحالتين الأُوَل، وهما (عدم ثبوت الخيار في حالة اختلاف الصفة للأفضل، وثبوته في حالة اختلافها للأدنى) ولم يوافقوا الحنفية في الحالة الثالثة وهي (تغير جنس المحل باختلاف الصفة) فالحنفية جعلوا العقد هنا فاسداً بينما جعله المالكية صحيحاً مع ثبوت الخيار.

يقول الخرشي في موجبات الخيار: "ورَدٌّ بعدم مشروط فيه غرض...والمعنى أن من اشترى سلعة، واشترط فيها شرطاً لغرض، وسواء كان فيه مالية ككونها طباخة أو لم تكن ... ثم لم يجد المبتاع في تلك السلعة ما اشترطه له البائع فإنه يثبت للمبتاع الخيار إن شاء ردها، وإن شاء تمسك، ولزمه جميع الثمن"[4].

---

(١) . وفي حكم المعقود عليه الغائب ما لو كان المشتري مثلاً أعمى فباعه نسيجاً على أنه أحمر وهو أصفر. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٣٥)؛ المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٤٧٧).

(٢) . فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٣٣٤).

(٣) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٥٣)؛ التلقين للبغدادي (٢/ ٣٦٣)؛ حاشية الخرشي (٥/ ١٢٥).

(٤) . حاشية الخرشي (٥/ ١٢٥).

ونصوا على أنه إذا سمى المبيع بغير اسمه كأن يقول أبيعك هذه الياقوتة فوجدها المشتري غير ياقوتة، فلا خلاف عندهم أن هذا البيع غير لازم[1].

وقريب من مذهب المالكية **مذهب الشافعية**[2] حيث أدخلوه في خيار النقيصة؛ لأنه أنقص مما شرط، أي فصار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف.

وذكروا أن الصفات على ثلاثة أقسام، الأول: التي تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بالخلف فيها، والثاني: ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال والخلف فيها يثبت الخيار عند بعض الشافعية، والثالث: ما لا تتعلق به مالية ولا غرض مقصود فاشتراطه لغو ولا خيار بفقده.

وكذلك نصوا على أنه إن تخلف الوصف، ولكن للأفضل فلا يثبت الخيار إلا إن فات بذلك غرض صحيح للمشترط.

وذهب الحنابلة في الصحيح من مذهبهم كما نقل المرداوي[3] إلى أنه إن تخلف الوصف فالمشتري بالخيار إن شاء أمضى العقد وأخذ الأرش عن تخلف الوصف المشترط، وإن شاء فسخ العقد، هذا إن لم يتعذر رد المحل فإن تعذر رده فليس للمشتري إلا أخذ الأرش إن شاء.

يقول الرحيباني: "فإن وجدت هذه الشروط، أي حصل لمشترط شرطه، لزم البيع، ولا فسخ له، وإن لم يوجد الشرط ثبت له الفسخ؛ لفقد الشرط، ولحديث: ((المؤمنون عند شروطهم))[4] أو أرش فقد الصفة المشروطة إن لم يفسخ، كأرش عيب ظهر عليه، وإن تعذر لا، كنحو تلف مبيع، تعين أرش فقد الصفة كمعيب تعذر رده"[5].

وفي رواية أخرى عند الحنابلة[6] مفادها ليس له الا الفسخ أو القبول بكامل الثمن.

أما إذا كان صفة المحل قد تخلفت ولكن للأعلى أي لو اشترط كون الأجير جاهلاً فبان عالماً فلا

---

(١) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٦/ ١٠٠).

(٢) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٥)؛ المجموع للنووي (١٢/ ٣٢٩)؛ الشرح الكبير للرافعي (٨/ ٣٢٥).

(٣) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠)؛ مطالب أولي النهي للرحيباني (٣/ ٦٨)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٦٥)؛ الفروع لابن مفلح (٤/ ٤٣).

(٤) . أخرجه أبو داود والترمذي ضمن حديث بلفظ: "المسلمون على شروطهم". وقد سبق تخريجه ص ٣٢٦ من هذه الأطروحة.

(٥) . مطالب أولي النهي للرحيباني (٣/ ٦٨).

(٦) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠)؛الفروع لابن مفلح (٤/ ٤٣).

أثر لذلك على العقد؛ لأنه زاده خيراً على حد تعبير الحنابلة[1]، وهو مقتضى مذهب الحنفية والمالكية والشافعية كما سبق.

الحالة الثانية: إن كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد ومكشوفاً ومشاراً إليه، وكانت صفته مما تدرك بالمشاهدة، كاللون والحجم، فهنا إن صرح المشتري –مثلاً– فقال مشيراً: اشتريت هذه السيارة ذات اللون الأبيض، وكان لونها أسود في الحقيقة، أو قال البائع: بعتك هذه السيارة الكبيرة، وكانت صغيرة في الحقيقة، ولم يعترض المشتري، ودفع الثمن، فالعقد لازم، وليس للعاقد الفسخ بحجة فوات الوصف المصرح به في الصيغة، لأن الإشارة هنا من أبلغ طرق التعريف وأقواها، ولا عبرة لاختلاف الوصف المسمى عن الواقع، ولا سيما أنه مما يدرك بالمشاهدة المعتادة، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بالقاعدة الفقهية: [الوصفُ في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر]، وهي قاعدة مشتهرة في المذهب الحنفي[2].

المطلب الثالث: أثر القصد الزائد الذي دلَّت عليه قرائن الحال في الالتزامات العقدية:

قد يجتمع مع القصد المباشر للعقد قصد غير مباشر تدلُّ عليه القرائن من شأنه زيادة التزامات العاقد الآخر، ولولا دلالة قرائن الحال على وجود هذا القصد الثاني لما التزم العاقد الآخر بموجبه.

وهذا المعنى واضح من خلال نصوص الفقهاء في مسألة ذكروها، وهي أن ينضمَّ إلى القصد المباشر للعقد (قصد التملك والتمليك في عقد البيع مثلاً) قصد غير مباشر (قصد استخدام المبيع لغرض في نفس صاحبه اتضح بالقرينة) فما دام أن القصد الثاني ظاهر من خلال قرائن الحال فيلتزم العاقد الآخر بتحقيق مقتضاه.

فقد قرر الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] وهو ما يتفق مع أصول مذهب الحنابلة[6]

---

(١) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٦٥).

(٢) . انظر القاعدة وتطبيقاتها: البحر الرائق لابن نجيم (٤/ ٣٢٥)؛ تيسير التحرير لأمير باد شاه (٤/ ١٠١)؛ شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا (١/ ٣٢٩)؛ المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا (١/ ٤٧٨).

(٣) . انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٤).

(٤) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (١٣/ ٢٥٨)؛ منح الجليل لمحمد عليش (١١/ ١٥).

(٥) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٥٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٥).

(٦) . حيث إن الحنابلة من أكثر المذاهب أخذاً بالقرائن في باب العقود، ولذا أبطلوا العقد لدلالة القرائن على مناقضته لقصد الشارع، الشارع، ولو لم يذكر ذلك في الصيغة. انظر ص ١٤١ من هذه الأطروحة.

أن قصد وصف معين إن دلَّت عليه القرائن فهو معتبر، وفي حكم الصريح ولو لم يكن مشترطاً صراحة في العقد[1]؛ لأنَّ المعروف كالمشروط[2]؛ فإن تخلف ذلك الوصف المقصود دلالة ثبت للعاقد ذي المصلحة فيه فسخ العقد إن شاء.

يقول الزيلعي: "ولو ابتاعه [أي اشترى عبداً] من غير أن يشترط الكتابة والخبز، وكان يحسن ذلك، فنسيه في يد البائع قبل التسليم رده عليه؛ لأنه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فإذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده"[3].

ويقول ابن عابدين: "واعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه: إما أن يكون صريحاً، أو دلالة، لما في البدائع في خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة، إلا أن يكون ذلك شرطا في العقد، وإن لم يكن مشروطاً وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها له ردها، **لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة** [وهذه العبارة تدلُّ على أن القصد غير المباشر ما دام مشروعاً فله أثر في الالتزامات العقدية إن ظهر بالقرائن]، وهو كالمشروط نصّاً"[4].

ويقول الحطاب: "إنه إذا باع الحجر في سوق الجوهر فوجده حجراً كان للمبتاع القيام[5]، وإن لم يشترط أنه جوهر"[6].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٠)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٤٦٦)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٤/ ٣٠٦).

(٢) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٥)؛ حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٣٠)؛

(٣) . تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٤).

(٤) . حاشية ابن عابدين (٥/ ١٠٠).

(٥) . القيام مصطلح عند المالكية معناه حق العاقد في الرجوع والادعاء على المتعاقد معه. انظر: المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقا الزرقا (١/ ٤٧٨).

(٦) . مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٤٦٦).

وفي نهاية المحتاج: "وكالعيب فوات وصف يزيد في قيمته قبل قبضه، وقد اشتراه به كأن اشترى رقيقاً كاتباً أو متصفاً بصفة أخرى، ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع فيثبت للمشتري الخيار، وإن لم يكن فواتها عيباً قبل وجودها"[1].

المطلب الرابع: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه العرف في الالتزامات العقدية:

قد يدلُّ العرف على تعدُّد القصود لدى العاقد، فيكون من شأنه زيادة التزام العاقد الآخر بموجب القصد الذي دلَّ عليه العرف، ومثال ذلك ما يسمَّى بالنقوط.

إذ يستعمل لفظ النقوط عند الفقهاء -وكذلك في العرف- ليدلُّ على ما يُعطى في الأفراح من المناسبات لصاحب الفرح، وخصوصاً الأعراس ومن رُزق بمولود وهكذا، وقد تعارف النَّاس على أن من يُعطى النقوط يردُّ بدلاً منه للمعطي في وقت أفراحه، ولذا يكون في قصد المعطي أن يثاب على هبته[2].

وهنا يظهر تعدد القصود إذ ينضمُّ إلى قصد الإعطاء قصد غير مباشر وهو الحصول على عطية مقابلة من الموهوب له.

وقد اختلفت أنظار الفقهاء في تكييف النُّقوط من حيث الوصف الحقيقي ويترتب على ذلك اختلافهم في التزام الطرف الآخر بالتعويض عنه:

أما مذهب **الحنفية**: فيستنبط من كلامهم أنَّهم يقولون بوجوب ردِّ مثل النقوط، لأنهم يلزِمون بردِّ العوض إن دلَّ عليه العرف.

يقول ابن عابدين: "وينبغي **اعتبار العرف فيما يقصد به التعويض** فيكون كالملفوظ"[3].

وهذا مذهب المالكية حيث قالوا بأنَّ للعرف أثراً في تكييف النقوط، وأسموه (هدية العرس والولائم)، فقالوا إنَّ هذه الهدية تكون للثواب (أي لأجل العوض)، ولذا أعطوا النُّقوط حكم القرض

---

(١) . نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٥).

(٢) . انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٤٤)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٢٨)؛ حاشية الجمل حاشية الجمل على المنهج (٣/ ٢٥٥).

(٣) . حاشية ابن عابدين (٣/ ١٥٢).

من حيث وجوب رد مثله، ولكن نصوُّا على أن المعطي لو قصد أكثر ممَّا أعطى فإن عطاءه (النقوط أو الهدية) فاسد؛ ويجب أن يُرَد، لشبه هذه الصورة بالقرض.

فإن لم يقم من أعطي النقوط برد مثله هل له الرجوع إلى القضاء؟ في مذهب مالك تفصيل أذكره من نصوصهم.

يقول القرافي: "والعادة في هدية العرس والولائم للثواب، غير أنهم يختلفون في القيام[1]، ومن عُلم أنَّ مثلَه لا يَطلب لم يكن له قيام، ولا لورثته إن مات، وإن كان مثله يَطلب فله ولورثته، ومتى كانت العادة أن يثيب مثل الأول جاز لشبهه بالقرض، وإن كان القصد أن يُثاب أكثر فسدت وردَّت"[2].

والمقصود من ذلك أن الواهب إن كان معروفاً بين الناس أنَّه لا ينتظر الثواب –لكرمه أو لغناه أو لجاهه مثلاً– فلا يكون له طلب مثل ما أهدى، وإن لم يكن معروفاً بذلك فله أن يطالب بالعوض.

يتَّضح هذا المعنى في قول الدردير: "(وصُدِّق واهب فيه) أي في قصده الثوابَ عند التنازعِ بعد القبض، بأن قال الواهب: وهبت لقصد الثوابِ، وخالفه الموهوب له (إن لم يشهد عرف) أو قرينة بضده، فإن شهد (بضده) أي الثواب، بأن كان مثلُ الواهبِ لا يَطلب في هبته ثواباً فالقول للموهوب له، وقولنا بعد القبض، وأما التنازع قبله فيصدَّق الواهب مطلقاً، وإن شهد عرف بضده، (وإن) كانت الهبة (لعرس) فيصدَّق الواهب"[3].

وذهب الشافعية في المعتمد إلى أنَّ معطي النُّقوط لا يستحقُّ ثواباً على هبته فلا يلتزم الطرف الآخر بشيء حياله، لأن تكييف النقوط ليس معاوضة على سبيل القرض، بل هو هبة، ولا أثر للعرف فيه.

يقول ابن حجر الهيتمي: "والذي يَتَّجه في النقوط المعتاد في الأفراح أنَّه هبةٌ ولا أثر للعرف فيه، لاضطرابه ما لم يقل خذه مثلاً، وينوي القرض، ويصدق في نية ذلك هو أو وارثه"[4].

ويفهم من ذلك أن من قُدِّم له النقوط يلتزم بردِّه أو ردِّ بدله للواهب إن توافرت الشروط الآتية:

---

(١) . القيام مصطلح عند المالكية سبق بيان معناه في الحاشية رقم (٥) ص (٣٣٥) من هذه الأطروحة.

(٢) . الذخيرة للقرافي (٦/ ٢٧٦)؛ الشرح الكبير للدردير (٤/ ١١٤).

(٣) . الشرح الكبير للدردير (٤/ ١١٤).

(٤) . تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٤٤).

الأول: أن يأتي [الواهب] بلفظ كخذه ونحوها. ثانياً: أن ينوي الرجوع ويُصدق هو ووارثه فيها. ثالثاً: أن يُعتاد الرجوع فيه[1].

جاء في حواشي الشرواني: "والذي تحرَّر.. أنَّه لا رجوع في النقوط المعتاد في الأفراح، أي لا يرجع به مالكه إذا وضعه في يد صاحب الفرح أو يد مأذونه، إلا بشروط ثلاثة: أن يأتي بلفظٍ كخذه ونحوها، وأن ينوي الرجوع ويُصدَّق هو ووارثه فيها، وأن يُعتاد الرُّجوع فيه"[2].

وذهب بعض الشافعية إلى أن النقوط قرضٌ حكمي، وليس هبة ما دام العرف جارياً به.

إذ ذكر بعضهم: "ومن القرض الحكميِّ أمرُ غيره بإعطاء ما له غرض فيه ... ومن ذلك النُّقوط المعتاد في الأفراح حيث اُعتيد الرجوع به من قِبل الدافع والمدفوع له والمدفوع في تلك البلدة"[3].

والراجح فيما يظهر لي أنَّ النقوط له حكم الهبة، ولا يمكن عدُّه قرضاً؛ لأن القرض يجب أن يردَّ مثله بغير زيادة أو نقصان، ففي رده مع زيادة يلزم الربا، وفي ردِّ أنقص منه يلزم ظلم المُقرِض، والنُّقوط غير منضبط في ذلك؛ ولذا كان تعليل الشافعية (بأنَّ العرف غير منضبط؛ ولذا يجري على النقوط حكم الهبة) تعليلاً دقيقاً، ولذا أرى أن الموهوب في مسألة النقوط لا يلتزم بشيء، مع مراعاة اختلاف الفقهاء في حكم الرجوع بالهبة إن وجد سببه.

والذي يقوِّي ذلك أن في القول بإلزام ردِّ بدل النقوط تجاهلاً لإرادة الشخص المعتدِّ بها في العقود؛ إذ قد لا يكون من أُعطي النقوط في فرحه راضياً بتلك المعاملة التي كيِّفت على أنها معاوضة –في قول من ألزموه برد بدل النقوط–، بالإضافة إلى أنَّه قد لا يملك ما يثيب عليه صاحب النقوط، فتصيبه مشقة بلجوئه إلى الاستقراض مثلاً لقلة ذات يده؛ ولذا كان عد النقوط هبة هو الأوفق لروح الشريعة، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الإثابة على الهبة من غير إلزام أو ربط بين الهبة وما يثاب عليها مندوب إليه شرعاً لفعله ﷺ حيث: ((كان رسول الله ﷺ يقبلُ الهديةَ ويثيبُ عليها))[4].

---

(١) . انظر: حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٥/ ٤٥)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٢٩)؛ فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين لزين الدين المليباري الهندي(٣٤٢).

(٢) . حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٥/ ٤٥).

(٣) . حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٢٥٥)؛ وانظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٦٣).

(٤) . أخرجه البخاري في الهبة وفضلها والتحريض عليها/ باب المكافأة في الهبة، رقم (٢٥٨٥).

المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في لزوم بعض العقود

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان حقيقة لزوم العقد

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في لزوم عقد العارية

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوديعة

المطلب الرَّابع: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوكالة

يظهر **أثر تعدد القصود في مسألة لزوم العقد عندما** يقصد العاقد أمراً زائداً على الغرض الأساسي للعقد والالتزامات الأصلية له، ويكون من شأن ذلك القصد تغيير صفة العقد من حيث اللزوم وعدمه.

فمن خلال الاستقراء تبيّن لي أنَّ هناك عقوداً نصَّ الفقهاء على أنَّها غير لازمة من حيث الأصل؛ إلا أنَّهم خرجوا على هذا الأصل فقالوا بلزومها إذا انضمَّ إلى القصد المباشر للعقد قصد أمرٍ زائد – الأصل عدمه- ولولا وجود هذا القصد لبقيت تلك العقود غير لازمة، ومن هنا لا بدَّ من بيان حقيقة اللزوم بإيجاز ثم عرض العقود غير اللازمة التي تلزم بتعدد القصود فيها.

المطلب الأول: بيان حقيقة لزوم العقد:

أولاً: اللزوم لغة: مصدر من الفعل لَزِم يلْزَم لزوماً، يُقال: لزِمَ الشيءَ يَلْزَمُه لَزْماً ولُزوماً إذا صحبه ولم يفارقه، واللزوم المداومة على الشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ مَا يَعْبَؤُا بِكُمْ رَبِّي لَوْلَا دُعَاؤُكُمْ فَقَدْ كَذَّبْتُمْ فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا ﴿٧٧﴾﴾ [الفرقان:٧٧] أي عذاباً لازماً لكم[1].

ثانياً: لزوم العقد في الاصطلاح:

معنى اللزوم عند الفقهاء -في أبواب العقود- هو: عدم جواز فسخ العقد من قبل أحد العاقدين بإرادته المنفردة[2]، ومثال العقود اللازمة عقد البيع والصرف والسلم.

ويقابل العقد اللازم العقد غير اللازم، وهو إمَّا أن يكون غير لازمٍ للطرفين أي يجوز لكل من العاقدين فسخه ولو بغير رضا الطرف الآخر، ومن أمثلته عقد الوديعة والوكالة، ويطلق عليه اسم العقد الجائز[3]. وإمَّا أن يكون لازماً من طرف غير لازم من طرف: كعقد الرهن، فهو لازم بالنسبة للراهن فلا يستطيع فسخه بإرادته المنفردة، غير لازم من المرتهن؛ إذ له فسخه ولو بلا رضا الراهن[4].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (لزم).

(٢) . انظر: غمز عيون البصائر للحموي (٣/ ٤٣٧)؛ المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ٤٧)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٦٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٧٤)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٣٠).

(٣) . يقول الزركشي: "يقول الفقهاء: الوكالة عقد جائز، ويريدون به أنه ليس بلازم". البحر المحيط للزركشي (١/ ٢٥٦)؛ وانظر استخدامات الفقهاء لمصطلح العقد الجائز: بدائع الصنائع للكاساني (٤/ ١٧١)؛ الفروق للقرافي (٤/ ٤٣)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ١٢٦)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٣٠).

(٤) . انظر: المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ٤٧)؛ المجموع للنووي (١٣/ ١٨٤)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٣٠).

وأعرض في المطالب الآتية العقود غير اللازمة التي تلزم –استثناءاً– بتعدد القصود فيها استنباطاً من كلام الفقهاء.

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في لزوم عقد العاريَّة:

إنَّ العارية بالأصل عقد غير لازم باتفاق الفقهاء[1]، إلا أنَّها **تلزم إن انضمَّ إلى القصد المباشر فيها –وهو قصد تملُّك المنفعة بغير مقابل[2]– قصد غير مباشر صُرِّح به في العقد، وهو قصد استعمال العارية في وجهٍ معيّن حدّده بعض الفقهاء**، وبيان ذلك:

إنَّ المالكية[3] يقولون بأنَّ التصريح بأوجه استخدام العارية في الصيغة يجعل العقد لازماً إلى انقضاء الأغراض التي حدِّدت في الصيغة أيَّاً كان ذلك الاستخدام ما دام مباحاً. ولذا لو أعاره سيارة ونصَّ في العقد على أنَّ القصد غير المباشر هو السفر لمكان معيّن فإنَّ العارية لازمة إلى حين انقضاء ذلك الغرض الذي ظهر في الصيغة[4].

وقد وافق الشافعية[5] المالكية في القول بلزوم العارية في حالةٍ يظهر فيها تعدد للقصود: وهي لو أعاره أرضاً ليدفن فيها ميتاً فدفنه، فالقصد المباشر هنا هو (تمليك منفعة الأرض مدة بغير مقابل) والقصد غير المباشر هو (استخدام تلك المنفعة في دفن ميتٍ). ولولا هذا القصد غير المباشر لما لزمت العارية.

---

(١) . انظر: البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ١٤١)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٧١)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٤٢٥)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ١٠٤).

(٢) . إذ عرَّف الفقهاء العارية بأنها: تمليك المنفعة مدة بغير مقابل. انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٣)؛ الذخيرة للقرافي (٦/ ١٩٧)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ١١٧)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٣٥٤).

(٣) . انظر: حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٩)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٧١)؛ الفواكه الدواني (٢/ ١٦٨).

(٤) . وهناك حالة أخرى لا تتصل بتعدد القصود وهي أن يحدّد وقتاً معيناً للعارية، فإن لم يحدد العاقدان أجلاً أو عملاً معيناً فهي لازمة بالقدر المعتاد عرفاً لاستعمال تلك العارية، وهو مفاد قول العدوي: " ثم إن قيِّدت بزمن فلا إشكال في لزومها له، وإلا فاللازم ما تعار لمثله". حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني(٦/ ٤٢٤).

(٥) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ٨٢)؛ المجموع للنووي (١٤/ ٢١٧)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٤٢٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٧٠).

ولذا نصَّ الشافعيَّة على أنَّه ليس للمعير الرجوع إلا بعد اندراس أثر المدفون، ولا أجرة له، كرامة للميت؛ ولأنَّ العرف يقضي بعدم الأجرة على ذلك، ثم إنَّ الميت لا مال له والورثة لا يلزمهم دفع الأجر.

يقول الشربيني: " لكل منهما أي للمعير والمستعير رد العارية متى شاء، وإن كانت مؤقتة والمدة باقية؛ لأنها مبَرَّة من المعير، وارتفاق من المستعير، فلا يليق بها الإلزام...إلا إذا كانت العاريةُ لازمةً، **كمن أعار أرضاً لدفنِ ميتٍ محترم [فهنا اجتمع قصد تملّك المنفعة من قبل المستعير وقصد استخدامها في وجه معيَّن وهو الدفن]**، وفعل المستعير [أي قام بالدفن] فلا يرجع أي المعير في موضعه الذي دفن فيه، وامتنع على المستعير ردها، فهي لازمة من جهتها، حتى يندرِس أثرُ المدفون"[1].

ووافق **الحنابلة**[2] المالكيةَ في لزوم العارية إن كانت بقصد عمل معين يلزم من الرجوع فيه الضرر.

يقول ابن قدامة: " فمن أعار سفينة لحمل أو أعار أرضاً لدفن ميت أو لزرع **[وفي كلِّ تلك الأمثلة تعدد للقصود إذ يقصد العاقدان قصوداً غير مباشرة للعارية تؤثر في العقد من حيث اللزوم إضافة إلى القصد المباشر أو الغرض الأساسي للعاريَّة]** لم يرجع في الإعارة حتى ترسي السفينة أو يبلى الميت أو يحصد الزرع عند أوانه"[3].

وهكذا نجد أنَّ هناك حالات عند جمهور الفقهاء تتصل بتعدد القصود تجعل من عقد العارية لازماً.

ونجد أن المالكية أوسع المذاهب في القول بلزوم العارية من هذه الناحية؛ إذ تلزم عندهم بمجرد قصد عمل معين، ثم يأتي بعد ذلك مذهب الحنابلة؛ إذ وافقوا المالكية في حالة قصد العارية لعمل معين يلزم من الرجوع فيه الضرر، أما الشافعية فلم يقولوا بلزوم العارية إلا في حالة ما لو استعار أرضاً وقصد جعلها مدفناً لميت وقام بالدفن فعلاً.

---

(١) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٧٠).

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٣٦٥)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٦٥)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٨٩)؛ الإنصاف للمرداوي (٦/ ١٠٥).

(٣) . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٨٩).

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوديعة:

موطن تعدد القصود المؤثر في جعل الوديعة لازمة: إنَّ الوديع من حيث الأصل لا يستحقُّ أجراً على قيامه بحفظ العين المودعة؛ لأنَّ الوديعة من عقود الإرفاق، وهي عقد غير لازم للطرفين أساساً باتفاق الفقهاء[1]، ولكن إذا انضمَّ قصد الحصول على الأجر إلى الغرض الأساسي لعقد الوديعة فإنَّ من شأن ذلك أن يجعل عقد الوديعة عقداً لازماً. فقصد الحصول على الأجر هو قصد أمرٍ زائد على الأحكام الأصلية لعقد الوديعة من شأنه التأثير في صفة لزوم العقد.

وهذا ما يُفهم من كلام الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] إذ ذهبوا إلى أنَّ الوديع لو اشترط الأجر فإن الوديعة تصبح لازمة على الوديع.

جاء في الفتاوى الهندية: "إذا شرط الأجرة للمودع على حفظ الوديعة صح ولزم عليه"[5].

بينما ذهب الحنابلة[6] إلى عدم جواز اشتراط الأجر على الوديع، إنَّما يجوز أخذ الأجر على الحفظ، ويكون العقد عقد إجارة على حفظ المال، ومذهب الحنابلة يقترب من مذهب الجمهور في النتيجة؛ إلا أن الحنابلة يكيفون العقد عندئذ على أنه عقد إجارة وليس بعقد وديعة.

فانضمام قصد الحصول على الأجر إلى قصد حفظ الوديعة يجعل العقد لازماً، سواء قلنا أن العقد يبقى وديعة –كما هو مذهب الجمهور– أو يصبح إجارة كما هو مذهب الحنابلة.

---

(١) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٤/ ٣٤٢)؛ حاشية الخرشي (١٨/ ٢٩٨)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢٥١)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨٢)؛ المغني لابن قدامة (٧/ ٢٨٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٦).

(٢) . انظر: الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٤/ ٣٤٢)؛ .

(٣) . انظر: حاشية الخرشي (٦/ ١١٩)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٧/ ٤٥).

(٤) . انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٨٣)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٩٣).

(٥) . الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٤/ ٣٤٢).

(٦) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٤/ ١٦٦) .

المطلب الرَّابع: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوكالة:

وموطن تعدد القصود هنا أن قصد الأجر في عقد الوكالة قصد زائد على الغرض الأساسي للوكالة وآثارها الأصلية، ومن شأن انضمام هذا القصد إلى قصد الآثار الأصلية جعل العقد لازماً.

فعقد الوكالة كما يصح أن يكون بلا أجر **وهو الأصل**[1]، فإنَّه يصح أن يكون بأجر باتفاق الفقهاء[2].

وقد ثبت عن النبي ﷺ الأمران، حيث وكل ﷺ أُنَيساً في إقامة الحد[3]، وعُروةَ في شراء شاة[4]، ولم يسمِّ لهما أجراً، وكان يبعث عمَّاله لقبض الصدقات، ويجعل لهم عَمالَة أو أجراً[5].

والوكالة بأجر لها أحكام الإجارة ومن أحكام الإجارة أنَّها لازمة.

وقد صرح المالكية[6] والشافعية[7] بأن الوكالة لو عقدت على سبيل الإجارة، فهي عقد لازم فليس للوكيل ولا للموكل التحلل من العقد بإرادته المنفردة.

يقول الدسوقي: "ففي الوكالة إذا وقعت على وجه الإجارة تلزم كلاً من الوكيل والموكل بمجرد العقد"[8].

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٣٧)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٨٧)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣٠٢)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٥٢).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٦)؛ الذخيرة في فقه المالكية للقرافي (٨/ ١٥)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٣٣)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢٣١)؛ حاشية الجمل على المنهج لسليمان الجمل (٦/ ٦٧٧)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ٢١٠)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٥/ ٢٨٦).

(٣) . أخرجه البخاري في الحدود/ باب من أمر غير الإمام بإقامة الحد غائباً عنه، برقم (٦٨٣٥)؛ وأخرجه مسلم في الحدود/ باب من اعترف على نفسه بالزنا برقم (١٦٩٧).

(٤) . أخرجه البخاري في المناقب/ باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية فأراهم انشقاق القمر، برقم (٣٦٤٢).

(٥) . أخرجه البخاري في الأحكام/ باب رزق الحكام والعاملين عليها، برقم (٧١٦٣).

(٦) . انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٩٧)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٦/ ٤١٦)؛ التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٢١٤).

(٧) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٦٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٥٢).

(٨) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٩٧).

ويقول النووي: "متى قلنا: الوكالة جائزة [أي غير لازمة]، أردنا الخالية عن الجعل، فأما إذا شرط فيها جعل معلوم، واجتمعت شرائط الإجارة، وعقد بلفظ الإجارة، فهي لازمة، وإن عقد بلفظ الوكالة أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود، أم بمعانيها؟"[1].

وهكذا نجد أنَّ تعدد القصود في بعض العقود غير اللازمة يجعل منها عقوداً لازمة وفق التفصيل الذي سبق بيانه.

(١) . روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٦٠)، ومراده من الجملة الأخيرة أن الوكالة بأجر إن عقدت بلفظ الوكالة فيجري فيها الخلاف في مسألة العبرة في العقود هل للمعاني أم للقصود؟ وقد سبق بيان أن الأرجح اعتبار المعاني، ولذا فالراجح أن الوكالة بأجر وإن عقدت بلفظ الوكالة فلها حكم الإجارة من حيث لزوم العقد.

المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في الآثار المترتبة على العقد فيما يخصُّ غير المتعاقدين

المطلب الأول: بيان المقصود بغير المتعاقدين

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في إلزام غير المتعاقدين بواجبات العقد

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في إنشاء الحقوق لغير المتعاقدين

إن العقد سبب لما ينشأ عنه من آثار، إيجابية كانت (أي الحقوق الثابتة لكل عاقد)، أو سلبية (أي الالتزامات الواجبة على كل عاقد)، وهذه الآثار تنشأ فيما بين العاقدين بمجرد العقد وفق الضوابط الشرعية، ولكن هل يمكن للمتعاقدين أن يقصدا إلزام الغير بالواجبات أو إنشاء الحقوق له بموجب العقد؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من بيان المقصود من عبارة (غير المتعاقدين)، وذلك في الفقرة الآتية.

المطلب الأول: بيان المقصود بغير المتعاقدين:

ليس المراد بعبارة غير المتعاقدين الأشخاص الآخرين ممن لم يباشروا العقد حقيقة فحسب، بل المقصود: غير المتعاقدين حقيقة، وغير الذي يدخل في حكمهم، إذ يستنبط من مذاهب الفقهاء أن هناك أشخاصاً يأخذون حكم المتعاقدين فيسري عليهم آثار العقد، وإن لم يباشروه بأنفسهم، وهذا يتضح بالاستقراء الفقهي في أبواب العقود، وبناء عليه فكلمة غير المتعاقدين في هذه الفقرة تشمل كل شخص أجنبي عن العقد، ولا تربطه بأطرافه صلة البتة من نيابة شرعية –كالولي– أو اتفاقية –كالوكيل، أو علاقة إرث.

فيدخل في حكم العاقدين وتثبت له آثار العقد كل من الآتي:

أولاً: القاصر تحت ولاية الولي أو وصاية الوصي: فالولي هو الشخص الذي يفوضه الشارع للقيام بشؤون قريبه القاصر الشخصية والمالية كالأب والجد على ترتيب معين فصله الفقهاء[1].

والوصي هو الشخص الذي يقيمه الولي –أو القاضي– لينوب عنه في رعاية شؤون القاصر المالية بعد موت الولي[2].

---

(١) . انظر تفصيل ذلك: مجمع الضمانات للبغدادي (٣٩٦)؛ القوانين الفقهية لابن جزي (١٣٤)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٢)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ١٧٦)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٢١).

(٢) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٩٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (١٨/ ٢٣٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٧/ ٨٣)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٦٠٣).

فكل عقد يقوم به الولي والوصي نيابة عن القاصر فإن آثار ذلك العقد تسري عليه، وإن كان القاصر لم يباشر العقد بنفسه، وذلك ما دام الولي والوصي متقيداً بالضوابط الشرعية لإجراء عقود القاصر[1].

ثانياً: الموكِّل في العقود التي يجريها الوكيل ما دام الوكيل منضبطاً بشروط موكله، فإن العقد ينفذ على الموكل، ويعدُّ بحكم العاقد، وإن لم يباشر العقد بنفسه –على تفصيل بين الفقهاء[2].

ثالثاً: الوارث في العقود التي يجريها المورِّث وينشأ فيها حقاً متعلقاً بعين من التركة، كمن رهن متاعاً له بدين عليه، ثم مات، فإن عقد الرهن يسري على الورثة، ولا يبطل بموت الراهن[3]، فيقدم حق المرتهن على حق الورثة بمقدار ما له من الدين.

يقول البهوتي: "ولو مات الراهن وضاقت تركته عن الديون قدم المرتهن برهنه، فيأخذ دينه منه مقدَّماً على سائر الغرماء؛ لتعلق حقه به، فإن بقي من ثمنه شيء رُدَّ عليهم، وإن بقي له شيء حاصصهم به"[4].

فكل الأشخاص السابقين يدخلون في حكم المتعاقدين، وتنصرف إليهم آثار العقد في تلك الحالات، ولا يعدون من (الغير) كما تبيَّن، أما الأشخاص الآخرون الذين لا ينتمون إلى أي ممن سبق فهم المقصود بغير المتعاقدين، فهل يمكن للمتعاقدين أن يقصدا إضافة حقوق أو واجبات لهم بموجب العقد؟ هذا ما سأتناوله في المطالب الآتية.

---

(١) . فللولي والوصي الاتجار بمال القاصر والبيع والشراء متحرياً المصلحة لمن هو تحت ولايته أو وصايته. انظر: مجمع الضمانات للبغدادي (٣٩٦)؛ حاشية ابن عابدين (٦/ ٤٧٠)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٥٥)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٤٠٠)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٧/ ٣٨٨)؛ الأم للإمام الشافعي (٤/ ١٣٠)؛ المجموع للنووي (١٣/ ٣٤٧) المبدع لابن مفلح (٤/ ٣٣٨).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ١٣٧)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣٠١)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١٧)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ٣٥٣).

(٣) . وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية –بعد الحوز– والأصح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٦/ ٨١)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٢٤١)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٧٦)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٣١٦)؛ تحفة المحتاج لابن جر الهيتمي (٥/ ٧٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٢٨).

(٤) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٢٨).

المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في إلزام غير المتعاقدين بواجبات العقد:

لقد سبق غير بعيد أن الآثار التي ينتجها العقد إما أن تكون التزامات تقع على عاتق العاقد أو حقوقاً تثبت له بسبب العقد.

فالالتزامات التي تقع على عاتق أحد العاقدين هي واجبات العقد، وتختلف باختلاف طبيعة العقود، وقد فصلها الفقهاء في أبواب العقود بشكل كامل.

ومن أمثلتها التزام البائع بتسليم المبيع سليماً خالياً من العيوب[1] كما يقول شيخي زاده: "تسليمه سالماً عن العيوب واجب على البائع"[2].

ومن أمثلة واجبات العقد في المعاوضات كذلك ما يسَّمى بضمان الدرك: وقد عرفه الفقهاء بأنه الالتزام برد الثمن عند استحقاق المبيع[3]. فإن باع شخص شيئاً ثم ظهر أنه مغصوب أو لغيره حق به، فعلى البائع أن يضمن الثمن للمشتري على تفصيل بينهم.

يقول الماوردي: "ضمان الدرك واجب على البائع"[4].

واستقراء الواجبات التي تنشأ بسبب العقد عمل مطول لا يتصل بهذا البحث بشكل مباشر، ولكن ما يهمنا هو التساؤل الآتي: هل لتعدد قصود العاقدين أثر في إلزام غيرهما بواجبات العقد والتزاماته ممن لا صلة له بالعقد البتة، **وذلك بأن ينضمَّ إلى قصد الغرض الأساسي والأحكام الأصلية الثابتة للعقد قصد آخر وهو إلزام غير المتعاقدين بالتزامات معينة بسبب العقد؟.**

من خلال استقراء المذاهب الفقهية في أبواب العقود كافة يمكن القول بأن الفقهاء متفقون على أن آثار العقد في إنشاء الواجبات لا تنصرف إلا لأطرافه أو لمن في حكمهم من الأشخاص الذين مرَّ بيانهم في المطلب الأول من هذا المبحث[5]، وإن قصدوا إلزام غيرهم بشيء بموجب العقد فلا أثر له.

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١١٨)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٧٤)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٥١).

(٢) . مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٣٥٩).

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣٨)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٦/ ٢٤٥)؛ الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ٣٦٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٢٤٧)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٩٨).

(٤) . الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٢٢).

(٥) . انظر ص ٣٤٧ من هذه الأطروحة.

فلا يمكن للعقد أن يكون سبباً لإيجاب التزامات على غير أطرافه مطلقاً، (وإلا كان ذلك من باب ما يسميه الفقهاء التزام ما لا يلزم[1]، وهذا ممنوع فقهاً)، وذلك واضح من كلام الفقهاء، وإن لم يصرِّحوا به.

ثم إن في إلزام العاقدين لغيرهما بموجبات العقد فيه تعدٍ على إرادة التعاقد التي تعدُّ الأصل في إنشاء مختلف العقود، وهذا مما يناقض مقاصد الشريعة ونصوصها الصريحة، كالآية الكريمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء:٢٩].

وقد بحثت فلم أجد استثناء واحداً لهذه القاعدة، وكل الصور التي يخيل أنَّ فيها إلزاماً لغير المتعاقدين بموجبات العقد فإنها تنتمي إلى صور النيابة الشرعية أو الاتفاقية...ممَّا سبق بيانه في المطلب الأول.

المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في إنشاء الحقوق لغير المتعاقدين:

إن الحقوق التي ينشئها العقد تنصرف إلى أطرافه –ومن في حكمهم– فحسب ولو قصدوا إثباتها، أو إثبات بعضها لغيرهم، شأنها في ذلك شأن الواجبات العقدية، وبناء عليه فإن حقوق العقد كالتزاماته لا يمكن أن تتجاوز غير المتعاقدين، ولهذا امتنع انصراف آثار عقد الفضولي إلى صاحب السلعة بالإجماع سواء قلنا أن العقد موقوف أو باطل[2]؛ لأنه صاحب السلعة يعد من الغير في عقد الفضولي[3].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٣٥٠)؛ حاشية الخرشي (٧/ ٢٧)؛ وفيه: "الخفراء في الحارات والأسواق لا ضمان عليهم، ولا عبرة بما يكتب عليهم من أنه إذا ضاع شيء في دار يضمنونه؛ لأن ذلك التزام ما لا يلزم ولا ضمان حيث لم يفرطوا"؛ المهذب للشيرازي (١/ ٣٤٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٢٢١).

(٢) . وعدم انصراف آثار عقد الفضولي إلى صاحب السلعة مما أجمع عليه الفقهاء. ولكنهم اختلفوا بعد ذلك هل العقد موقوف أو باطل؟ وملخص مذاهبهم في ذلك أن الحنفية –والمالكية في عقود المعاوضات– والشافعية في القديم ورواية عند الحنابلة ذهبوا إلى أن العقد موقوف على إجازة صاحب الشأن، بينما ذهب الشافعية في الجديد والحنابلة في الصحيح من مذهبهم إلى بطلان العقد. انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٢٨)؛ فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٥٣)؛ حاشية الخرشي (٥/ ١٧)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٤٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٢٨٣).

(٣) . انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (٥٠٨).

إلا أن هذا المبدأ له بعض الاستثناءات حيث يمكن للمتعاقدين أن يقصدا إثبات بعض الحقوق لغيرهما ممن لا صلة له البتة في العقد عند بعض الفقهاء في حالات معينة أهمها:

أولاً: اشتراط منفعة لغير المتعاقدين عند بعض الفقهاء:

وموطن تعدد القصود أنَّ العاقد إذا قصد الغرض الأساسي للعقد، وقصد بالإضافة إلى ذلك إضافة منفعة معينة لأجنبي عن العقد فاشترط ذلك، فما حكم هذه المسألة؟

ذهب الحنفية[1] والشافعية[2] إلى أنه لا يصح اشتراط منفعة لغير المتعاقدين، كمن باع آخر أو أجره بشرط أن يقرض أجنبياً مبلغاً معيناً، فالشرط لاغ باتفاق الحنفية والشافعية.

أما العقد ففي قول عند الحنفية هو الأرجح، وهو مذهب الشافعية أنه يفسد بذلك الشرط وقد جزم به صاحب فتح القدير، والقول الآخر للحنفية أن العقد صحيح، وهو الذي ذكره صاحب الاختيار.

والذي يُفهم من كلام **المالكية** أن اشتراط منفعة لغير المتعاقدين جائز ما دامت المنفعة غير مناقضة لقصد الشارع، وهذا ما يدل عليه كلامهم في أكثر من موضع.

حيث ذهبوا إلى جواز اشتراط ما فيه معنى من معاني البر، ولكن بشرط تعجيله لأن تأخيره يحمل غرراً[3]، ويدخل في ذلك ما لو شرط أحد المتعاقدين على الآخر منفعة يؤديها لشخص آخر.

يقول ابن رشد: "وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه"[4].

ثم إن المالكية أجازوا كل شرط لا ينافي مقتضى العقد، وإن كان لا يدخل في ذلك المقتضى، يقول الصاوي: "اعلم أن الشرط الذي يحصل عند البيع إما أن ينافي المقصود، أو يخل بالثمن أو يقتضيه العقد أو لا يقتضيه ولا ينافيه فالمضر الأولان دون الأخيرين"[5].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٠٧)؛ فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٤٤٣)؛ الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/ ٢٥).

(٢) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣٤).

(٣) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦١)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٠٢).

(٤) . بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦١).

(٥) . حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٠٢).

أما الحنابلة[1] فمذهبهم في الشروط المقترنة في العقود أوسع المذاهب، ولذا يفهم من كلامهم جواز اشتراط منفعة لغير المتعاقدين ما دامت معلومة.

بل إنهم يجعلون كل ما هو من مصلحة العاقد داخلاً في مفهوم مصلحة العقد ويجوز اشتراطه، مالم يناقض الشريعة.

يقول البهوتي: " وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد"[2]. وقد يكون من مصلحة العاقد أحياناً اشتراط منفعة لأجنبي عن العقد؛ فيجوز له ذلك.

ثانياً: اشتراط الربح أو بعضه لغير المتعاقدين في المضاربة:

إذا قصد المتعاقدان إضافة شرط في المضاربة يقتضي جعل الربح أو جزءاً منه لشخص آخر خارج عن العقد، فإن ذلك صحيح عند بعض الفقهاء، ويوجد في هذه الحالة قصدان، **القصد الأول** قصد شركة المضاربة **والقصد الثاني** قصد التبرع بالمبلغ المحدد من الربح – سواء أكان كلّ الربح أو بعضه– لغير المتعاقدين الذي انضمَّ إلى قصد المضاربة، وتفصيل ذلك كالآتي:

المذهب الأول: مذهب الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5]: لو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج، أو لأجنبي عن العقد لم يصح الشرط، أما العقد فصحيح عند الحنفية، ويكون الربح المشروط لرب المال، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الشرط فاسد ويُفسد العقد.

ولو شرط بعض الربح لمن شاء المضارب: فإن شاء المضارب جعل الربح لنفسه أو لرب المال صح الشرط، وإن شاءه لأجنبي لم يصح، ويستثنى من ذلك ما لو جعلا بعض الربح لأجنبي وشرطا عليه العمل[6].

---

(١) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٩)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٤٠).

(٢) . كشاف القناع للبهوتي (٥/ ٩١).

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٢١٨)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٢٦٧)؛ الدر المختار للحصكفي (٥/ ٢١٧).

(٤) . انظر: مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٢)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٨٨)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٢٢٥).

(٥) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥١١)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٥/ ١٣٥)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٥/ ١٨)؛ المغني المغني لابن قدامة (٥/ ١٤٦).

(٦) . أقول: إن شُرط العمل على الأجنبي غدا في حكم المتعاقدين، ولم يبق أجنبياً عن العقد.

ودليلهم: أن من سُمِّي له الربح من غير العاقدين ليس من جانبه رأس مال ولا عمل، فالشرط له لاغ، ثم إن اشتراطه للمساكين تصدق بما لم يملكه بعد فكان باطلاً، ويُجعل ذلك الربح كالمسكوت عنه فيكون لرب المال؛ لأنه لو فسدت المضاربة كاملة كان جميع الربح لرب المال، فكذلك إذا فسد بعض الشرط كان ذلك الربح المشروط للغير لرب المال[1].

ويقول البهوتي: "وإن شرطاه أي شرط المتقارضان الجزء من الربح لأجنبي أو لولد أحدهما كبيراً كان أو صغيراً أو امرأته أو قريبه، كأبيه وأخيه، وشرطا عليه -أي على المشروط له الجزء- عملاً مع العامل صح الشرط، وكانا عاملين، بمنزلة ما لو قال: اعملا في هذا المال، ولكل منكما كذا، وإن لم يشرطا عليه -أي على المشروط له الجزء غير عبد أحدهما- عملاً مع العامل لم تصح المضاربة؛ لأنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرطا دراهم معلومة"[2].

المذهب الثاني: مذهب المالكية[3]، ومفاده: صحة اشتراط ربح المضاربة أو جزء منه لأجنبي عن العقد، فإن كان المشترط له معيناً لزم العاقدين الوفاء بما شرطاه له، ويكون ذلك من باب التبرع منهما، فإن امتنع أحدهما أو كلاهما فيجبر قضاء في قول عند المالكية، وإن كان المشترط له غير معين كالفقراء فيجب الوفاء لهم ديانة لا قضاء.

وإن امتنع المشترَط له (المعيَّن) عن القبول فيعمل بالعرف في مثل ذلك القراض، في اقتسام ذلك الربح بين العامل ورب المال.

وهكذا نجد أن المالكية يصححون اشتراط الربح لأجنبي عن العقد ويعدونه من باب التبرعات، أما قول الجمهور (أن استحقاق الربح لا يكون إلا بالعمل أو المال أو الضمان) فهذا صحيح، ولكن بين الشركاء حيث تغيب نية التبرع وتظهر أحكام الشركة، أما إن اشترط الشركاء بعض الربح لآخر فيُعدُّ ذلك من باب التبرع، وتجري عليه أحكامه، ولذلك اشترط المالكية القبول من قِبل من كان الشرط لمصلحته في حال تعيينه، وليس في ذلك محظور شرعي -والله أعلم-.

---

(١) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٣٠).

(٢) . كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥١١).

(٣) . انظر: حاشية الخرشي (٦/ ٢٠٩)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٧/ ٣٣٨)؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٩٢).

وقد أخذت المعايير الشرعية بمذهب المالكية، حيث ورد فيها: "يجوز الاتفاق على تخصيص نسبة من الربح لغير الشركاء على أساس التبرع"[1].

ثالثاً: التعهد لمصلحة الغير:

إن ما يسمى بالتعهد لمصلحة الغير (أو الاشتراط لمصلحة الغير) لم يرد ذكره في الفقه الإسلامي إنما تناولته كتب القانون، ولذا فهو من العقود غير المسماة فقهاً، وسأتناول تعريفه في القانون، ثم أذكر حكمه فقهاً.

فمعناه -كما نص القانونيُّون-: عقد يتفق فيه أحد طرفيه (يقال له المشترط) مع الطرف الآخر (ويقال له المتعهد) على أن يلتزم هذا الأخير بأداء حق معين لشخص ثالث ليس طرفاً في العقد (ويقال له المنتفع)[2].

ومن تطبيقات التعهد لمصلحة الغير ما يحدث في عقود المقاولات[3]؛ إذ يقوم رب العمل بفرض شروط على المقاول لمصلحة العمال، ولا سيما إن كان رب العمل جهة حكومية أو شخص معنوي عام، ويثبت ذلك التعهد في دفتر الشروط، فيضع حدّاً أدنى للأجور مثلاً، أو شروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويضات عن الإصابات وغير ذلك، فيصبح للعمال حق مباشر بموجب ذلك التعهد الذي لم يكونوا طرفاً فيه[4].

والذي يبدو لي أن التعهد لمصلحة الغير جائز إن كان مضبوطاً بالضوابط الشرعية، وأهم تلك الضوابط:

١- أن يكون موضوع التعهد مباحاً: وبالتالي لا يجوز أن يتفق شخصان على أن يتعهد أحدهما بتقديم مواد محرمة لثالث كخمر مثلاً.

---

(١) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٦٥).

(٢) . انظر: الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) للسنهوري (١/ ٥٦٢).

(٣) . عقد المقاولة هو: اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً أو يؤدي له عملاً لقاء مقابل مالي يتعهد به المتعاقد الآخر. انظر: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني أ. د وهبة الزحيلي ، دار الفكر- دمشق، ١٩٨٧م (٢٧٦)؛ الجامع في أصول الربا د. رفيق المصري، دار القلم-دمشق، ط٢، ٢٠٠١م (٣٨٠).

(٤) . انظر: الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام) للسنهوري (١/ ٥٧٣).

٢- أن يكون الاتفاق بين المتعهد والمشترط مبنياً على ضوابط العقود في الفقه الإسلامي: وأهمها اجتناب الربا، والبعد عن الغرر، وعدم مناقضة قصد الشارع، وهي ذاتها ضوابط تعدد القصود في العقود –موضوع الفصل القادم-.

أما المبررات التي استندت إليها في القول بجواز التعهد لمصلحة الغير فأهمها:

١- إن انصراف آثار العقد الإيجابية إلى غير المتعاقدين له أصل فقهي، فيمكن تخريج مسألة التعهد لمصلحة الغير على المسائل التي سبقت دراستها، وهي(جواز اشتراط ربح المضاربة لثالث عند المالكية، وجواز اشتراط منفعة لغير المتعاقدين عند المالكية والحنابلة).

٢- إن الحاجة الماسة داعية للقول بجواز التعهد لمصلحة الغير، إذ تحتاج المؤسسات العامة مثلاً أن تتفق مع المستشفيات للتعهد بمعالجة موظفيها، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين، مع الالتزام بتقديم الدواء والعمليات ونحوها، فهذا عقد صحيح شرعًا، ما دام منضبطاً بضوابط المعاملات الشرعية، ويعطي المنتفع الحق في مطالبة المستشفى بتنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد[1].

(١) . انظر: التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية د. محمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث عشر، الصفحة (١٤٥٢).

الفصل الثالث: ضوابط تعدد القصود في العقود المالية

وفيه المباحث الآتية:

المبحث الأول: ضابط اجتناب الغرر

المبحث الثاني: ضابط اجتناب الربا

المبحث الثالث: ضابط عدم مناقضة قصد الشارع

الضابط اسم فاعل من ضَبَطَ، والضبطُ: لزوم الشيء وحبسه، وضَبْطُ الشيء: أي حفظه بالحزم، ورجل ضابط: أي حازم أو قوي شديد، وفلان لا يضبِطُ عملَه: أي يعجز عن رعاية ما هو تحت ولايته[1].

أما الضابط في اصطلاح الفقهاء: فهو الحكم الكليُّ الذي تتبين منه أحكام الجزئيات الفقهية، المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه مباشرة[2].

وقد عبر السبكي عنه بأنه "ما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة"[3].

وبهذا يظهر الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط، فالقاعدة: أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة في شتى أبواب الفقه، تفهم أحكامها منها، أما الضابط فيجمع بين الفروع الفقهية من باب واحد[4].

فعندما أقول ضوابط تعدد القصود في العقود فمرادي الأمور الكلية التي تجمع بين جزئيات كثيرة في مسألة معينة، وهي تعدد القصود في العقود بشكل خاص، فما تلك الضوابط؟.

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد أن أبيِّن أنَّ ما ذكرته في هذا الفصل من ضوابط إنما هو استنباط وتخريج من كلام الفقهاء في أبواب العقود، حيث إنهم لم يصرحوا ببيان الضوابط الخاصة بتعدد القصود –لا في العقود ولا في غيرها–.

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور (مادة ضبط)؛ تاج العروس للزبيدي (مادة ضبط).

(٢) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦٦)؛ الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١١)؛ الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ت: عدنان درويش ومحمد المصري (٧٢٨)؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي (١/ ٢٣).

(٣) . الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ١١).

(٤) . انظر: غمز عيون البصائر للحموي (٢/ ٥)؛ شرح الكوكب المنير لابن النجار (١/ ٣٠)؛ الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٢١)؛ القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية د.عمر عبدالله كامل، رسالة دكتوراه في كلية الدراسات العربية والإسلامية – جامعة الأزهر (٢٣).

المبحث الأول: ضابط اجتناب الغرر

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الغرر

المطلب الثاني: أقسام الغرر من حيث الكثرة وعدمها

المطلب الثالث: حكم اشتمال القصد الأصيل في العقد على الغرر

المطلب الرابع: حكم اشتمال القصد التابع في العقد على الغرر

المطلب الخامس: حكم قصد الغرر في العقد لرفع حاجة أو ضرورة

المطلب السادس: حكم القصد المشتمل على الغرر في عقود التبرع

المطلب السابع: أثر الغرر في عقد التأمين الإسلامي

تبيّن لي من خلال الدراسة في تعدُّد القصود في العقود الماليَّة أنَّ بعض الحالات التي منع الفقهاء تعدُّدَ القصود فيها إنَّما كان منعهم بسبب وجود الغرر الذي نشأ من ذلك التعدُّد، وقد يختلف الفقهاء في المثال الواحد الذي اشتمل على تعدد القصود في العقد فيرى بعضهم حصول الغرر المؤثر فيقول بالمنع، ويرى بعضهم أنَّ الغرر غير مؤثر أو لا وجود له أصلاً فيقول بجواز تلك الحالة التي تتعدَّد فيها القصود.

ولبيان ذلك لا بد من تعريف الغرر وبيان أقسامه وحالاته مع ذكر الأمثلة المتصلة بتعدد القصود ما أمكن ذلك. وقد سقت في آخر هذا المبحث تطبيقاً يتصل بتعدد القصود الذي يشتمل على الغرر وذكرت فيه ما يتعلق بأثر تعدد القصود من نواح متعددة مما سبق بيان تأصيله في فصول سابقة.

المطلب الأول: تعريف الغرر

أولاً: تعريف الغرر لغة:

الغرر لغة: اسم من الفعل غَرَّه يغرُّه، والغَرَرُ هو الخطر، وما لم تُعلم عاقبتُه، وغرَّر بنفسه: أي عرضها للهلاك من غير أن يعرف؛ ومن هنا سُمِّي الشيطان غَروراً ﴿وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِٱللَّهِ ٱلْغَرُورُ ﴿٣٣﴾﴾ [لقمان:٣٣].

ومنه سمي بيع الغرر، وهو ما كان له ظاهر يغُرُّ المشتري وباطن مجهول، وهي البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة[1].

ثانياً: تعريف الغرر اصطلاحاً:

أذكر أولاً معنى الغرر من كلام الفقهاء، ثم أتبعه بالأمثلة وبيان الخلاصة في ذلك.

يقول الزيلعي من الحنفية: "والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا"[2].

وبين المالكية أن بيع الغرر هو البيع الذي يجمع ثلاثة أوصاف، "أحدهما: تعذر التسليم غالباً، والثاني: الجهل، والثالث: الخطر والقمار"[3].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (غرر)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (غرر).

(٢) . تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٦). وانظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٦٨)؛ التعريفات للجرجاني (٢٠٨).

(٣) . التلقين للبغدادي المالكي (٢/ ٣٨٠). وقد ذكر لكل واحد أمثلة، فمن أمثلة الأول: بيع الحيوان الضالّ، ومن الثاني: قوله بعتك ما في كمي أو ما في الصندوق، ومن الثالث: بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع الملامسة والمنابذة، وكل ذلك يدخل في بيوع الغرر. وبين ابن رشد بيع الغرر بقوله: "وبيع الغرر هو البيع الذي يكثر فيه الغرر، ويغلب عليه حتى يوصف به، لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر، إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه". المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٧١).

ويقول الشيخ زكريا الأنصاري: "والغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما، وقيل ما انطوت عنا عاقبته"[1].

وقد ذكر الحنفية[2] أن من بيوع الغرر بيع حبل الحبلة والمضامين، وغير مقدور التسليم كبيع السمك في الماء، وبيع ما لم يملكه.

وذكر المالكية كذلك[3] أن من بيع الغرر بيع الآبق، لأنه لا يدرى أيحصل عليه أم لا؟ وكذا بيع الطير في الهواء والسمك في الماء، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها.

يقول ابن عبد البر: "وجملة معنى الغرر أنه كل ما يتبايع به المتبايعان مما يدخله الخطر والقمار وجهل معرفة المبيع والإحاطة بأكثر صفاته، فإن جهل منها اليسير أو دخلها الغرر في القليل، ولم يكن القصد إلى مواقعة الغرر، فليس من بيوع الغرر المنهي عنها؛ لأن النهي إنما يتوجه إلى من قصد الشيء واعتمده، فمن بيوع الغرر بيع الأجنة في بطون أمهاتها وهي المضامين والملاقيح"[4].

والأمثلة ذاتها ذكرها الشافعية[5] والحنابلة[6] في بيوع الغرر فمن الغرر عندهم بيع الحمل في البطن، وبيع السمك في الماء، وبيع الدابة الشاردة والمعدوم.

وبناء عليه يتضح أن مفهوم الغرر عند الفقهاء أعم من الجهالة، فبيع الدابة الضالة فيه غرر مع أنه لا يدخل في الجهالة، إذ لا تتصور الجهالة بالنسبة للبائع؛ لأنه مالكها ويعلم صفاتها؛ وأما المشتري فيمكن أن ترتفع الجهالة ببيان الأوصاف، ومع ذلك فهذا البيع فيه غرر، ويسميه الفقهاء بيع **غير مقدور التسليم**.

---

(١) . الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٠٢)؛ وانظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ١٤).

(٢) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٨٠)؛ المبسوط للسرخسي (٦/ ٢٥٠)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٤٥).

(٣) . انظر: المدونة للإمام مالك (٣/ ٢٥٤)؛ التلقين للبغدادي المالكي (٢/ ١٥٠)؛ المقدمات الممهدات لابن رشد (٢/ ٧١)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٦٩).

(٤) . الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٣٥).

(٥) . انظر: المجموع للنووي (٩/ ٢٨٣)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ٧٨)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٠٢).

(٦) . انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ٢٤)؛ الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/ ٨)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٢٣)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢٩٣).

وكذلك يدخل في الغرر ما كان **مجهولاً** كبيع صرة لا يُدرى ما بداخلها.

وكذلك من الغرر بيع **ما لا يملك**.

ولذا يمكنني تعريف الغرر بأنه: **ما كان مجهولاً، أو غير مقدور على تسليمه حساً أو شرعاً.**

فغير مقدور التسليم حساً: كبيع شاة شردت من صاحبها، وأما غير مقدور التسليم شرعاً كبيع ما لا يملك.

المطلب الثاني: أقسام الغرر من حيث الكثرة وعدمها[1]:

من الأمثلة المتصلة بتعدد القصود التي اختلف الفقهاء في حكمها: الجمع بين عقدي بيعٍ في عقد واحد، أو بيعٍ وإجارة باشتراط أحدهما في الآخر، **وعلل المانعون بحصول الغرر الكثير**، في حين لم يرَ المجيزون ذلك فأباحوا تلك الصورة. وقد سبق بيان حكم هذه المسألة وأصلها[2].

فلو قال أبيعك: داري على أن تؤجرني أو تبيعني دكانك؛ فلا يجوز ذلك عند الحنفية في الرواية الراجحة[3] والشافعية[4] والرواية الراجحة لدى الحنابلة[5] وعلَّلُوا ذلك بحصول الغرر الكثير المؤثِّر، وذهب المالكية[6] إلى جواز هذه الصورة، وهو الذي اختاره متأخرو الحنابلة[7]؛ لأنَّهم لم يروا فيها غرراً.

وقد بيّن الإمام الشافعي ذلك بقوله: "ولا خيرَ في أن أبتاع منك جزافاً ولا كيلاً ولا عدداً ولا بيعاً كائناً ما كان على أن أشتري منك مُداً بكذا، وعلى أن تبيعني كذا بكذا، حاضراً كان ذلك أو غائباً، مضموناً كان ذلك أو غير مضمون، وذلك من بيعتين في بيعة، ومن أنّي إذا اشتريت منك عبداً بمائة على

---

(١) . لا بد لي أن أشير إلى أن الفقهاء لم يضعوا ضابطاً محدداً دقيقاً للتمييز بين الغرر اليسير والغرر الكثير، بل تركوا ذلك للعرف؛ وذلك لأننا مهما فعلنا فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين، وتركنا الوسط من غير تحديد مما يؤدي إلى الاختلاف في جزئيات كثيرة، وهذا ما أشار إليه الدكتور الصديق الضرير. انظر: الغرر وأثره في العقود، وآثاره في التطبيقات المعاصرة، د. الصديق محمد الأمين الضرير، البنك الإسلامي للتنمية-جدة، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م (٤١).

(٢) . انظر ص ١٥٤ من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٦)؛ البناية شرح الهداية للعيني (٨/ ١٨٦).

(٤) . انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٣٦)؛ البيان للعمراني (٥/ ١٤٩)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة(٤/ ٣١٣)؛ الإنصاف للمرداوي (٤/ ٣٥٠)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٩).

(٦) . انظر: المدونة للإمام مالك (٣/ ١٦٨)؛ وانظر: حاشية الخرشي (٥/ ٤١).

(٧) . انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية(٤٩٤).

أن أبيعك داراً بخمسين: **فثمن العبد مائة وحصته من الخمسين من الدَّار مجهولة، وكذلك ثمن الدَّار خمسون وحصته من العبد مجهولة، ولا خير في الثمن إلَّا معلوماً"**[1].

في حين لم يرَ المالكيَّة وجود الغرر في اجتماع بيع وبيع أو بيع وإجارة؛ وذلك لأنَّ المقابلَ لكلِّ معقود عليه معلومٌ بيِّنٌ لا غموض فيه، وهذا ظاهر في الصيغة، حيث حُدِّد لكل محلٍّ مبلغٌ معيَّنٌ.

يقول ابن العربي: "إذا قال له: أبيعك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف، فهذا جائز ولا دَخَل[2] فيه، ولو باعه عبده على أن يبيعه المشتري عبدًا آخر بثمنه -قال أبو حنيفة: لا يجوز- **ولا شيء أجوز منه، فإنَّه حصل من إحدى الجهتين عبد، والجهة الأخرى عبد آخر معلوم، وهذا ممَّا لا دَخَل فيه"**[3].

ولبيان حكم الراجح في هذه المسألة لا بدَّ من بيان معنى وحكم الغرر اليسير والكثير وما بينهما، وذلك في الفقرات الآتية.

أولاً: الغرر اليسير:

أجمع الفقهاء[4] على أن الغرر اليسير لا يؤثر في صحة العقد، ولكنهم اختلفوا في ضابط اليسير:

فصرح المالكية[5] بأن الغرر **اليسير المعفو عنه** ما اشتمل على أمرين:

-أن يكون قليلاً بحيث لا يلتفت إليه، بأن تجري عادة الناس على التسامح فيه.

-أن لا يمكن رفعه إلا بمشقة زائدة.

---

(١) . الأم للإمام الشافعي (٣/ ٧٥)؛ وانظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٣).

(٢) . الدَّخَل هو العيب والفساد والخلل. انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (دَخَل).

(٣) . عارضة الأحوذي بشرح الترمذي لابن العربي (٥/ ٢٤١).

(٤) . انظر: المبسوط للسرخسي(١٣/ ١٧)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٩)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٣٩١)؛ الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٠)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر المالكي (٢/ ٧٣٥)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٠٣)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٤٢٤)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ١٦٨).

(٥) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٦/ ١١٥)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٧٥)؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٥٠)؛ الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر المالكي (٢/ ٧٣٥).

يقول ابن الحاج: "الغرر اليسير مغتفر في البياعات. فالجواب ما ذكره الإمام أبو بكر محمد بن يونس الصقلي – رحمه الله – في شرح المدونة فقال: وقد يجوز الغرر اليسير إذا دعت الضرورة إليه، ولا يجوز إذا لم تدع إليه حاجة"[1].

أما الشافعية[2] فقد ذهبوا إلى أن الغرر اليسير المغتفر، هو الغرر القليل الذي يتسامح فيه الناس، سواء كان بالإمكان رفعه بغير مشقة زائدة أو لا.

ولم أجد من الحنفية أو الحنابلة من نص على هذه النقطة بالذات، ولكن إطلاق نصوصهم يدل على أنهم يوافقون الشافعية[3].

ولا شك أن للعرف دوراً كبيراً في تحديد مقدار الغرر ومعرفة هل يدخل تحت الغرر الكثير أو لا[4].

والحكمة من العفو عن الغرر اليسير أنه لو مُنع هذا النوع من الغرر لأدى ذلك إلى انحسام أصل العقود؛ إذ لا يوجد عقد إلا ويشتمل على بعض الغرر القليل الذي لا يمكن التحرز منه[5].

ومن أمثلة الغرر اليسير باتفاق الفقهاء: بيع الدار وإن لم يُر أساسها، وبيع الجبة وإن لم ير حشوها[6].

---

(١) . المدخل لابن الحاج (٤/ ٧٥).

(٢) . انظر: المجموع للنووي (٩/ ٢٥٨)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٢).

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٧)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام لمحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو (ت: ٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، د.ط (٢/ ١٨٥)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٧٩)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٤٢٤)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ١٦٨).

(٤) . انظر: الغرر وأثره في العقود، وآثاره في التطبيقات المعاصرة، د. الصديق محمد الأمين الضرير (٤١).

(٥) . انظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ٥٥)؛ الموافقات للشاطبي (٢/ ١٤)؛ البيان والتحصيل لابن رشد (٩/ ٣٨٥)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٣٠)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (٥/ ٤٠٣)؛ البرهان للجويني (٢/ ٧٩).

(٦) . انظر: المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٦/ ٤٥١)؛ التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٣٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٦٢)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٢١٨).

ثانياً: الغرر الكثير:

أما الكثير فقد أوضحه الباجي حيث قال: الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به[1]، ويمكن القول بأنَّ الغرر الكثير: هو الذي لا يتسامح النَّاس فيه عادة.

ومن أمثلة الغرر الذي اتفق الفقهاء على أنه غرر كثير: بيع الحمل منفرداً، وبيع الطير في الهواء والسمك في الماء؛ فإنه غير جائز إجماعاً، ومقتضى نفي الجواز عدم الصحة، أي الفساد عند الحنفية والبطلان عند الجمهور، وليس الإثم فقط[2].

يقول الباجي: "وكثير الغرر يبطل العقود، ويسيره معفو عنه"[3].

ثالثاً: الغرر المتوسط:

لا بد من الإشارة إلى أمور توصلت إليها من خلال البحث في هذه المسألة، وهذه الأمور:

الأول: قليلٌ من الفقهاء من أشار إلى الغرر المتوسط، فأكثر المذاهب التي اهتمت بموضوع الغرر وتقسيمه هم المالكية.

الثاني: إن القسمة للغرر من حيث أثره على العقد ثنائية في التطبيق العملي، فإما أن يكون الغرر يسيراً فهو مغتفر على التفصيل الذي سبق، وإما أن يكون ليس يسيراً، وهذا القسم هو المؤثر في العقد كما سيأتي، ولكن قد يوجد في العقد غرر يتراوح بين الكثير واليسير، وهو المقصود بالغرر المتوسط، فبعض الفقهاء رأى أنه يسير فأعطاه حكم اليسير، -أو لم يجد في المسألة غرراً أصلاً-، وبعضهم رأى أنه كثير فأعطاه حكم الغرر الكثير.

---

(١) . وعبارته: " ومعنى بيع الغرر، والله أعلم ما كثر فيه الغرر، وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر، فهذا الذي لا خلاف في المنع منه ". المنتقى شرح الموطأ للباجي (٥/ ٤١). وانظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٩)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٥٩)؛حاشية الخرشي (٥/ ٣٩١)؛ الثمر الداني للأزهري (٢٠٧)؛ المجموع للنووي (١١/ ٦٣)؛

(٢) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٦/ ٤١٠)؛ المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٠)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو (٤/ ٢٨٥)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٩٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٦٥)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ٧٧)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٣٠٧)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١٩٦، و٢٩٣).

(٣) . المنتقى شرح الموطأ للباجي (٤/ ٢١٨).

الثالث: لا يمكن وضع ضابط جامع للغرر المتوسط فالأمر يختلف باختلاف الجزئيات؛ إذ إن هناك فروعاً فقهية كثيرة في باب العقود اختلفوا فيها لاشتمالها على الغرر، فمن رأى أنه يسير أجاز العقد، ومن رأى أنه كثير حكم بعدم الصحة.

يقول القرافي: "ثلاثة أقسام للغرر من جهة الجهالة، الأول: كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء، ...والقسم الثاني: قليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبَّة، والقسم الثالث: متوسط اختلِف فيه هو يلحق بالأول أو الثاني، فلارتفاعه عن القليل أُلحِق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة"[1].

وبناء على ما ذكرت يمكنني تعريف الغرر المتوسط بأنه: الجهالة التي اكتنفت العقد وكانت في درجة لا توصف بالكثرة الغالبة ولا بالقلة النادرة؛ ولذا يختلف توصيفها بحسب الأنظار[2].

وعبارات الفقهاء تدل على أنَّ الغرر المعفو عنه هو الغرر اليسير فقط، أما المتوسط فلا يعفى عنه إلا إن عُدَّ أنه أقرب لليسير منه للكثير، وهذا يختلف باختلاف محل الغرر.

ولو عدنا إلى المثال الذي سقته في بداية المطلب لوجدنا أنَّ الغرر فيه غررٌ متوسط من النَّاحية النظرية؛ لأنَّ الفقهاء قد اختلفوا فيه ؛ إلَّا أنّه من النَّاحية العملية أرى أنَّ الغرر في ذلك المثال الذي نشأ من تعدد القصود بالجمع بين عقدين (بيع وإجارة أو بيعين معاً) غير متحقق، ولا يتوافر فيه ضابط الغرر الكثير الذي سبق بيانه -الذي لا يتسامح النَّاس فيه عادة أو غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به-، فبيان الثمنين والمثمنين في كلِّ عقد بشكل واضح ينفي صفة الغرر عن العقد بشكل كامل، ووجه الغرر الذي ذكره المانعون في هذه الصورة يحصل فيما لو لم يبيّن العاقدان البدل في أحد العقدين، كأن يقول: أبيعك سلعتي على أن تبيعني سلعتك بكذا، أمّا إن كان الثمنان معلومين، فلا إشكال في هذه البيعة، ولا تدخل تحت حديث ((النهي عن بيعتين في بيعة))[3]، لأنَّ النهي لا يتحقق بمجرد الجمع بين بيعتين بل بحصول محظور -كالربا أو الغرر- على ما تقدّم بيانه في الباب الأول.

---

(١) . الفروق للقرافي (٣/ ٤٣٣).

(٢) . انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو (٤/ ٢٨٥)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ٢٥٩)؛ الفروق للقرافي (٣/ ٤٣٣).

(٣) . سبق تخرجه ص ١٥٣ من هذه الأطروحة.

المطلب الثالث: حكم اشتمال القصد الأصيل في العقد على الغرر:

مع أنَّ الفقهاء متفقون على أنَّ الغرر اليسير غير مؤثر في صحة العقد إلا أنَّهم يشترطون لذلك شرطاً آخر، وهو ألا يكون الغرر –وإن كان يسيراً– مقصوداً بذاته أو مقصوداً أصالة في العقد، ومن هنا يتبدى كذلك دور تعدد القصود المؤدِّي للغرر في العقود، وبيان ذلك في الفقرات اللاحقة.

أولاً: المراد من القصد الأصيل في العقد:

يمكن تعريف المقصود الأصيل في العقد بأنه: الشيء الأهم الذي يتجه لتحقيقه العاقد من خلال العقد، ولولا حصول هذا الشيء بالعقد لما أقدم على التعاقد أساساً[1].

وبما أن لكل عاقد قصوداً متعددة لا يمكن التعرف عليها ما دامت باطنة، فلا بد من وضع معيار يتبدى من خلاله القصد الأصيل في العقد، وهذا المعيار هو ظهور قصد العاقد في الصيغة بطريق الاشتراط، فإن العاقد الذي يعمد إلى اشتراط أمر في العقد فهذا قرينة على أن موضوع ذلك الشرط مقصود أصالة من قِبله، وهذا ما يستفاد من كلام الفقهاء، فإذا اشترط العاقد أمراً يحتوي على الغرر، فشرطه يجعل من الغرر قصداً أصيلاً في العقد، ومن هنا نصوا على أنه لا يصح اشتراط أمر يحتوي على الغرر[2]، لأنَّ اشتراطه صراحة في صلب العقد يجعل منه قصداً أصيلاً فيه.

جاء في الفواكه الدواني: "وقَيَّد خليل الغرر اليسير بعدم قصده [أصالة] للاحتراز عن اليسير الذي يقصد كشراء الحيوان **بشرط حمله** [أي ما في بطنه]"[3].

ثانياً: أثر وجود الغرر في القصد الأصلي في صحة العقد:

اتفق الفقهاء[4] على أنَّ قصد الغرر أصالة في العقد يفسده، ما دام لم تدع إليه حاجة أو ضرورة –كما سيتبين في المطلب اللاحق–.

---

(١) . وقد يسمى بالمقصود من العقد، يقول الحصني: "و باع المسك المختلط بغيره لم يصح؛ لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء". كفاية الأخيار للحصني (٢٤٢).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٦٨)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٨٠).

(٣) . الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٨٠)؛ وانظر: حاشية الخرشي (٥/ ٧٥)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٨٠)؛ حاشية العدوي (٢/ ١٥٠)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٤١).

(٤) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٨٠)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٦٨)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٧٥) ؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٦٢)؛ المجموع للنووي (٩/ ٢٥٨)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٩٠)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ١١٨).

وبناء عليه إن كان للعاقد قصود متعددة وكان القصد الأصلي فيها مشتملاً على غرر لم تدع إليه مصلحة من حاجة أو ضرورة فإن ذلك يفسد العقد.

يقول الخرشي: "الغرر اليسير **يغتفر إجماعاً لكن حيث لم يقصد...**بقيد عدم القصد خَرَجَ بيع الحيوان بشرط الحمل"(١).

وكذلك يستشف من كلام الشافعية، "وهو [أي حمل الشاة أو الناقة] مجهول وإعطاؤه حكم المعلوم إنَّما هو عند كونه تبعاً لا مقصوداً [أي أصالة] وكالجدار وأسه الجبة وحشوها"(٢).

وهو ما يفهم كذلك من قول ابن قدامة: "ولأنَّه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فلم يضرَّ احتمال الغرر فيها، كما احتُملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر، وأساسات الحيطان في بيع الدار"(٣).

ومن الأمثلة المتصلة بتعدد القصود والتي يتحقق فيها وجود غرر أصيل في العقد ما يأتي:

ما ذكره الكاساني مبيناً الشروط التي تفسد البيع: "شرطٌ في وجوده غرر نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل؛ لأنَّ المشروط يحتمل الوجود و العدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأنَّ عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع.....ولو اشترى ناقة، وهي حامل على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين فالبيع فاسد؛ لأن في وجود هذا الشرط غرراً "(٤).

وتعدد القصود في هذا المثال واضح: إذ اجتمع القصد المباشر لعقد البيع -وهو تملك الناقة-، وقصد غير مباشر دلَّ عليه شرط الوصف المحدد، فمن يشتري ناقة تتعدد قصوده فقد يقصدها بذاتها لأجل الركوب، وقد يقصدها لأجل اللحم وقد يقصد الحمل الذي في بطنها....فلمَّا اشترط أنها حامل

---

(١) . حاشية الخرشي (٥/ ٧٥)؛ وانظر: الفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ٨٠)؛ حاشية العدوي (٢/ ١٥٠)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٥/ ٤١).

(٢) . نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٦٢).

(٣) . المغني لابن قدامة (٤/ ٢١٨).

(٤) . بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٦٨)؛ وهذا الحكم يمثل ظاهر الرواية عند الحنفية، انظر: المحيط البرهاني لابن مَازَةَ البخاري الحنفي (٦/ ٣٩٦).

دلَّ على أنَّ الحملَ قصد أصيل في العقد، وفي هذا القصد غررٌ؛ لأنَّ الحمل لا يُعلم على وجه الدقة، ففسد العقد لذلك، مع أنَّه قد يقصد غير الحمل كذلك بشكل تبعي.

وكذلك بيَّن المالكية[1] أن الشروط التي تفسد العقد إنما ترجع إلى اشتمالها على أحد أمرين إما الغرر وإما الربا.

وأضرب مثالاً آخر لتعدد القصود الذي يؤدي للغرر -بالإضافة إلى الربا- باتفاق الفقهاء من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة [5]، وهو أن يبيع بشرط أن يسلفه -يقرضه- المشتري، أو أن يشتري بشرط أن يقرضه البائع، وتعدد القصود في هذا المثال ظاهر: حيث **قصد البيع وقصد القرض على الصورة المذكورة -فاجتمع قصدان مباشران لعقدين في عقد واحد-**، فهذا لا يصح لأمرين:

الأول: لأنَّ في هذا الشرط قرضاً جرَّ نفعاً: وهذا ربا فلا يجوز[6].

الثاني: **وجود الغرر والجهالة**: إذ إنَّ شرط السَّلف يُخِلُّ بالثمن، فيجعله مجهولاً، فيزيد إن كان الشرط لمصلحة البائع، أو ينقص إن كان الشرط لمصلحة المشتري، فيصبح "الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمَّن وهو مجهول"[7].

ويبيِّن الماوردي وجه الغرر في الجمع بين السلف والقرض بقوله: "وما ذكره الشافعيُّ من المعنى المُفضي إلى جهالة الثمن: وذاك أنَّ البائع إذا شرط لنفسه قرضاً صار بائعاً سلعته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط، فلما لم يلزم الشرط سقطت منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن أفضت إلى جهالة نافية، وجهالة الثمن مبطلة للعقد"[8].

---

(١) . بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٦٠).

(٢) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٤٤٦).

(٣) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٦)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣٧٣)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨١).

(٤) . حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٢٣).

(٥) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠).

(٦) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٦)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٨١).

(٧) . انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/ ٦٦).

(٨) . الحاوي الكبير للماوردي (٥/ ٣٥١).

ومن أمثلة تعدُّد القصود المؤدي للغرر المقصود أصالة كذلك ما ذكره النووي بقوله: "وإن شرط وضع الحمل لشهر مثلاً، أو أنها تدر كل يوم صاعاً مثلاً لم يصح؛ لأنَّ ذلك غير مقدور عليه فيهما، وغير منضبط في الثانية"[1]، وكل ذلك يدخل تحت الغرر، وفيه تعدد للقصود بشكل واضح، حيث **يجتمع قصد التملك** وهو القصد المباشر للبيع، **وقصد آخر يأتي وراء قصد التملك**، وهو أن تدر كل يوم كذا من الحليب، وهذا القصد الثاني أصبح قصداً أصيلاً باشتراطه في العقد.

ومن أمثلة تعدد القصود الذي يلزم منه غرر مقصود أصالة في العقد أيضاً: اجتماع قصد تملك الطير وهو القصد المباشر لعقد البيع، وقصد غير مباشر ظهر من خلال الشرط، وهو استعمال ذلك الطير ليوقظه للصلاة، فانضمام هذا القصد غير المباشر إلى قصد التملك من شأنه أن يفسد العقد لما فيه من الغرر؛ إذ لا يمكن التحقق من توافر تلك الصفة في الطير، وقد نصَّ على ذلك فقهاء الحنابلة[2] وهو ما يستنبط من سائر المذاهب حيث منعوا اشتراط ما فيه غرر[3].

المطلب الرابع: حكم اشتمال القصد التابع في العقد على الغرر:

إن اشتمل العقد على قصود متعددة وكان القصد التابع –أي لم يكن قصداً أصيلاً– مشتملاً على الغرر فما الحكم؟ لمعرفة ذلك لا بد من بيان معنى القصد التابع.

أولاً: المراد من القصد التابع في العقد:

يستنبط من كلام الفقهاء أن القصد التابع في العقد هو اتجاه الإرادة إلى أمر ثانوي يأتي بالدرجة الثانية بعد القصد الأهم الذي هو القصد الأصيل، ولذا لا يوليه العاقد الأهمية ذاتها التي يوليها للقصد الأصيل، فلا ينص عليه في الصيغة؛ إذ لو نص عليه لدل ذلك على أنه قصد غير تابع بل أصيل بالنسبة لذلك العاقد.

---

(١) . أسنى المطالب للأنصاري (٢/ ٣٦).

(٢) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٩٠).

(٣) . انظر: المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٦/ ٣٩٧)؛ البيان والتحصيل لابن رشد (٧/ ٢٦٧)؛ البيان للعمراني (٥/ ٣٢٧).

وقد استخدم الفقهاء مصطلحات متعددة للدلالة على القصود التابعة منها (الضمنيات)[1]، ومنها مصطلح (التبع والتابع والتبعية)[2].

ومثال ذلك العقد على شاة حامل، فقصد الشاة قصد أصيل متبوع مستقل، أما قصد الحمل فقصد تابع للقصد الأول.

ثانياً: أثر وجود الغرر في القصد التابع في صحة العقد:

إن كان الغرر تابعاً غير مقصود أصالة كأن لم يشترطه العاقدان في العقد، فإن العقد صحيح؛ لأنه يُغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع، وهذا بالإجماع[3].

ومن تطبيقات ذلك:

لو باع شاة حاملاً فإن هذا جائز، ولو اتجه قصد المشتري إلى كل من الشاة وجنينها؛ مادام المقصود أصالة بالعقد شراء الشاة؛ لأنَّ الجنين تابع للأم، فلا يضر بيعه معها ولو كان مقصوداً من قبل المشتري لأنَّ قصده في هذه الحالة قصد تابع، بخلاف مالو عقد على الحمل وحده دون الأم، فإنَّ البيع غير صحيح لوجود الغرر في أصل العقد، وهذا باتفاق الفقهاء[4].

يقول ابن نجيم: "يغتفر في الضمنيات ما لا يغتفر في القصديات"[5].

---

(١) . ومن ذلك قول ابن عابدين: "يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح". وقول النووي: " يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً". حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٣٤)؛ روضة الطالبين للنووي (٧/ ١٦٦)؛ وانظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٥/ ٣٠٨).

(٢) . من ذلك قول الزيلعي: " وكم من شيء يصح تبعاً لا مقصوداً". وقول العز: " ويجوز في التابع ما لا يجوز في المتبوع". تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٢٨٥)؛ قواعد الأحكام للعز (٢/ ١٥٧). وانظر: حاشية الخرشي (١/ ١١٨)؛ روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٤٦).

(٣) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢١)؛ حاشية الخرشي (٣/ ٦٠)؛ حاشية العدوي (١/ ٤٨٨)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢٠)؛ المنثور للزركشي (٣/ ٣٧٦)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٦٦)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٣).

(٤) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٢١)؛ الذخيرة للقرافي (٥/ ١٩٢)؛ حاشية العدوي على هامش حاشية الخرشي (٥/ ٨٥)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٣٩٩)؛ الشرح الكبير للرافعي (٨/ ٢٠٦)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٣).

(٥) . البحر الرائق لابن نجيم (٢/ ٢٩٠).

ومراده بالقصديات أي الأمور التي يقصدها العاقد بشكل أساسي في العقد ويصرِّح بها، ويفسر ذلك كلام ابن عابدين حيث قال: "يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح"[1].

ويقول القرافي: "فإن اشترى الخلفة قبل أن تخلق بعقد منفرد امتنع للجهالة وعدم التبعية التي يغتفر فيها ما لا يغتفر في الاستقلال"[2].

ويقول البهوتي: "إذا باع الحامل ولم يتعرض للحمل، فالعقد (يشمله تبعاً) لأمه ...ويغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال"[3].

والخلاصة: إنَّ الغرر الذي لم يصرَّح به في العقد، لا يضرُّ وجوده ما دام تابعاً، وليس هو الأصل؛ بخلاف الغرر الذي يُشترط في الصيغة؛ إذ يغدو عندها صريحاً ومتبوعاً لا تابعاً؛ فلا يجوز وجوده.

المطلب الخامس: اجتماع قصد الغرر في العقد مع قصد رفع حاجة أو ضرورة:

قد يعقد المكلف عقداً يشتمل على الغرر بقصد رفع حاجة أو ضرورة نازلة به، فما الحكم؟

نص الفقهاء على أن الغرر المؤثر في العقد هو الغرر الذي لا تدعو إليه حاجة أو ضرورة –على الفرق بينهما[4]–.

والغرر الذي تؤثر فيه الحاجة أو الضرورة **يشمل كل أنواع الغرر ولا يقتصر على اليسير**، ودليلي على ذلك أمور:

---

(١) . حاشية ابن عابدين (٦/ ٣٣٤).

(٢) . الذخيرة للقرافي (٥/ ١٩٢).

(٣) . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ١٣).

(٤) . وقد سبق بيان أن الضرورة أقوى من الحاجة، فالضرورة تتمثل في حالة الهلاك أو ما يقاربه، في حين أن الحاجة تتمثل في المشقة الزائدة التي هي دون الهلاك. انظر ص ٨٥ وما بعدها من هذه الأطروحة.

الأمر الأول: إن الفقهاء –من خلال الفروع المختلفة- يثبتون للمصلحة (الضرورية والحاجية) أثراً في الأحكام الشرعية عموماً[1]؛ بل إن للحاجة –فضلاً عن الضرورة- أثراً في إباحة المحرم[2]، فإذا كان العقد المشتمل على الغرر محظوراً فإنه يباح للحاجة إذا تحققت شروطها.

الأمر الثاني: إطلاق عبارات الفقهاء حيث لم يخصوا الغرر المباح للحاجة بنوع معين (كاليسير مثلاً)، وإن اشتراط المالكية وجود الحاجة لإباحة الغرر اليسير لا يعني أنهم لا يجيزون الغرر الكثير إن احتيج إليه[3]، غاية ما في الأمر أن المالكية يشترطون وجود الحاجة لإباحة الغرر بأنواعه –وقد سبقت الإشارة إلى ذلك-.

يقول النووي: "الأصلُ أن بيع الغرر باطلٌ .. والمراد ما كان فيه غرر ظاهر، يمكن الاحتراز، عنه فأما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه، كأساس الدار، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى وكامل الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشاة في ضرعها لبن، ونحو ذلك، فهذا يصح بيعه بالإجماع....[ثم قال] قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه، وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع، وإلا فلا"[4]. فيصح بيع الغرر في حالتين أشار إليهما النووي، وهما: وجود الحاجة إلى ارتكاب الغرر، وذلك إذا شق اجتناب هذا الغرر، والحالة الثانية الغرر اليسير الذي يتسامح

---

(١) . ويؤيد ذلك أنَّ الفقهاء كثيراً ما يستخدمون عبارة: (لأنَّ الحاجة تدعو إليه) أو ما شابهها ليدلوا بذلك على شرعية الحكم، من ذلك قول الكاساني في شرعية الاستصناع: " ولأن الحاجة تدعو إليه"، وكذلك الشافعية ذكروا أن من أدلة شرعية الجعالة الحاجة، كما ورد في نهاية المحتاج: "ولأن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة وآبق وعمل لا يَقدِر عليه ولا يَجِد من يتطوع به". وفي كشاف القناع: "...يصح بيع ما مأكوله في جوفه كرمان وبيض وجوز ونحوها من لوز وبندق؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ولكونه من مصلحته ويفسد بإزالته". انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٣)؛ نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٤٦٥)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٧٢).

(٢) . ولذا قال الفقهاء [إن المحظور يباح عند الحاجة أو الضرورة]، ولكن تجدر الإشارة إلى أن المحرم الذي يجوز فعله للحاجة هو المحرم لغيره بخلاف المحرم لذاته فلا تبيحه إلا الضرورة بشروط. انظر ص ٩٠ من هذه الأطروحة.

(٣) . حيث إن الإمام مالك من أكثر الأئمة احتجاجاً بالحاجة، ومفاد مذهبه: الأخذ بالحاجة مطلقاً؛ وذلك لأنَّ الله تعالى أرسل الرسل لتحقيق مصالح العباد. انظر: الاعتصام للشاطبي (٦٠٧)؛ الحاجة الشرعية حقيقتها أدلتها ضوابطها د. نور الدين الخادمي (٣١).

(٤) . المجموع للنووي (٩/ ٢٥٨).

الناس فيه عادة، كما لو أجر داره شهراً، فالإجارة جائزة مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوماً، وقد يكون تسعة وعشرين، وهذا المثال ذكره النووي والخرشي من المالكية[1].

ولذا نصَّ الفقهاء على قاعدة أصوغها بقولي: "يغتفر الجهل بالمبيع للضرورة أو الحاجة"[2].

والمثال الذي يتصل بتعدد القصود ويتحقق فيه غررٌ تدعو إليه حاجة هو عقد الاستصناع الذي أجازه الحنفيّة، فعقد الاستصناع يجمع بين قصد أثرين نوعيين لعقدين مختلفين هما البيع والإجارة، حيث يقصد العاقد تملك المادة ويقصد كذلك استئجار الصانع لصنعها، وقد اختلفوا في تكييفه بناء على تعدد القصود فيه، وقد فصلت هذا المثال سابقاً بما ينسجم مع تعدد القصود فيه[3].

وتبيّن حينها أنَّ الحنفية يقولون بجواز الاستصناع استناداً لحاجة الناس وجريان التعامل به مع أنَّ فيه غرراً في المعقود عليه إذ هو-المعقود عليه محل الصنعة- معدوم عند التعاقد.

يقول الزيلعي في بيان وجه جواز الاستصناع: "والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً للحاجة...وقد تحقَّقت الحاجة هنا؛ إذ كل واحد لا يجد خفاً مصنوعاً يوافق رجله، ولا خاتماً يوافق أصبعه، وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة"[4].

المطلب السادس: حكم القصد المشتمل على الغرر في عقود التبرع:

قد يلزم من تعدد القصود الغرر في عقد التبرع فهل يؤثر فيه؟

اتفق الفقهاء على أن الغرر الكثير، والذي لم تدع إليه حاجة أو ضرورة يكون مؤثراً ما دام في عقد المعاوضة، أمَّا إن كان العقد عقد تبرع فإن الفقهاء مختلفون فيما بينهم كالآتي:

المذهب الأول: وهو قول الجمهور[5] من الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد، ومفاده أن الغرر يؤثر في كل من التبرعات والمعاوضات على السواء، ومعنى ذلك أن محل التبرع يجب أن يكون معلوماً؛

---

(١) . انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٧٥)؛ المجموع للنووي (٩/ ٢٥٨).

(٢) . انظر: نهاية المحتاج للرملي (٣/ ٤٠٥)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٤٠).

(٣) . انظر ص ٣١٦، ٣١٧ من هذه الأطروحة.

(٤) . تبيين الحقائق للزيلعي (٤/ ١٢٤).

(٥) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ١١٩)؛ تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ٩٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٢٦/ ١٣٨)؛ المجموع للنووي (١٥/ ٣٧٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٢٩٨)؛ الإنصاف للمرداوي (٧/ ١١٧).

ومن هنا نص هؤلاء الفقهاء على أن شروط المبيع ذاتها يجب أن تتوافر في الموهوب، ومن تلك الشروط كونه معلوماً؛ رفعاً للغرر والجهالة.

يقول النووي: "فما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا"[1].

يقول البهوتي: "وخرج بالمعلوم المجهول الذي لا يتعذر علمه، فلا تصح هبته كبيعه"[2].

إلا أنَّ الحنفية[3] والحنابلة في رواية[4]، ذهبوا إلى أنَّ الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (ومن ضمنها الشرط الذي يحتوي على الغرر)، إذ يلغو الشرط، ويصح العقد.

وبما أنَّ تعدد القصود يظهر في العقد بشكل واضح من خلال الشروط المقترنة بالعقد، فهذا يعني أن انضمام قصد مشتمل على الغرر –باشتراطه في العقد– إلى قصد التبرع لا يؤثر عند الحنفية والحنابلة في الصحيح؛ إذ إن الغرر المؤثر عند هؤلاء الفقهاء إنما هو احتمال وجود محل التبرع بحد ذاته والعلم به، أما إن كان موجوداً معلوماً إلا أنه انضم إلى قصد التبرع به قصد مشتمل على غرر فالهبة صحيحة والشرط باطل، ولتوضيح ذلك أضرب المثال الآتي.

لو وهبه دابة واشترط حملها، فالهبة صحيحة والشرط باطل، **وتعدد القصود هنا جليٌّ** إذ قصد التبرع بالشاة وقصد الاحتفاظ بالحمل عند ولادته، فهذه الهبة صحيحة والغرر غير مؤثر، وهي الحالة التي تهمنا.

أما لو وهبه الحمل منفرداً فالهبة عند أصحاب هذا الرأي باطلة لجهالة المحل وكثرة الغرر، وهذه الحالة لا تمت لتعدد القصود بصلة.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية[5]، ومفاده أن التبرعات لا يؤثر فيها الغرر بخلاف المعاوضات.

---

(١) . روضة الطالبين للنووي (٤/ ٤٣٤).

(٢) . كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٢٩٨).

(٣) . انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٥)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٥)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٨٨).

(٤) . انظر: الإنصاف للمرداوي (٧/ ١٣٤)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٥/ ١٩٦)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ١٨٨).

(٥) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣٢٩)؛ منح الجليل لمحمد عليش (١٧/ ٢٠٠)؛ الذخيرة للقرافي (٧/ ١١٣).

يقول ابن رشد: "ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر [يصح هبته]"[1].

وسبب ذلك كما أوضحه فقهاء المالكية أنَّ الإحسان الصرف –كالتبرعات– لا ضرر فيه، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق، فيصح بالمعلوم وبالمجهول، فذلك أيسر لتكثيره، وفي المنع من التبرع بالمجهول وسيلة إلى تقليله[2].

وبناء عليه فإن انضم قصد يحتوي غرراً إلى قصود العاقد في التبرعات، فإن ذلك لا يؤثر في صحتها عند المالكية من باب أولى.

وقواعدهم تدل على أنَّ الشرط الذي اشتمل على الغرر في التبرع يلزم الوفاء به إن أمكن العلم به؛ لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما يشاء –على حد تعبيرهم–[3].

وفي نهاية هذا المبحث أذكر تطبيقاً معاصراً عن تعدد القصود الذي يشتمل على الغرر مع بيان أحكامه المتصلة بموضوع هذه الأطروحة، وذلك في المطلب الآتي.

المطلب السابع: أثر الغرر في عقد التأمين الإسلامي[4]:

أولاً: بيان حقيقة التأمين الإسلامي:

التأمين الإسلامي كما ورد في المعايير الشرعية: هو اتفاق أشخاص يتعرَّضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (صندوق) يتمُّ منه

---

(١) . بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ٣٢٩).

(٢) . انظر: الفروق للقرافي (١/ ٢٧٦).

(٣) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٥٠)؛ البيان والتحصيل لابن رشد (١٣/ ٤٤٢).

(٤) . إن موطن البحث هنا التأمين بصيغته المعاصرة، ويُسمَّى التأمين المركب؛ ويقابله التأمين البسيط وهو اتفاق مجموعة من الأشخاص ممن يتعرضون لنوع معين من المخاطر على تعويض الخسارة التي قد تصيب أحدهم، عن طريق اكتتابهم بمبالغ نقدية ليُؤدى منها التعويض لأي مكتتب منهم عندما يقع الخطر المؤمن منه وأساس الاتفاق هو التبرع والتعاون، وهذه الصورة شائعة منذ القديم ولا إشكال فيها شرعاً. انظر: نظام التأمين –حقيقته والرأي الشرعي فيه– للشيخ مصطفى الزرقا، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م (٤٢، ٤٣)؛ التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالتأمين التجاري أ.د.علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية–بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م (١٩٥)؛ فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ (٥١٠).

التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمَّن منها ، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق[1].

ويتميّز التأمين الإسلامي عن التجاري بعدة فروق[2]، ويبدو لمن يدرس أحكام التأمين التجاري والإسلامي فرقٌ مهم، وهو: مدى تأثير الغرر في عقد التأمين، فالتأمين التجاري يحتوي على الغرر الكثير، ولذا يصنف من عقود الغرر أصلاً حسب ما جاء في القانون[3]، حيث لا يعلم العاقدان مقدار الكسب ولا الخسارة، والتزامات الطرفين أو أحدهما تتوقف في وجودها ومقدارها على حادثة محتملة الوجود، أو مجهولة زمن الوقوع[4]، وبما أن التأمين التجاري عقد معاوضة، فإنَّ للغرر أثراً في بطلانه لما مرَّ من أنَّ الفقهاء متفقون على أن الغرر مؤثر في عقود المعاوضات، ثم إنَّ هناك محظورات أخرى تجتمع مع الغرر في التأمين التجاري كالربا والقمار ... ولذا فإن الحكم الشرعي لعقد التأمين التجاري الحرمة

---

(١) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٤)؛ وانظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ (٥١١)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٢٧٠).

(٢) . أهم تلك الفروق: ١- إنَّ التأمين الإسلامي قائم على أساس التبرع، أما التجاري فقائم على المعاوضة بين الشركة والمستأمِن: فنية التبرع فيه معدومة. ٢- وجود حسابين منفصلين في شركة التأمين الإسلامي **الحساب الأول**: حساب حملة الوثائق، ويختص بالاشتراكات وعوائدها وما يتم تكوينه من مخصصات واحتياطيات متعلقة بالتأمين وبالفائض التأميني، ويتحمل هذا الحساب جميع المصروفات المباشرة المتعلقة بإدارة عمليات التأمين، **والحساب الثاني**: حساب المساهمين (حساب شركة التأمين)، وهو وعاء لأموال الشركة، وفيه يصب الأجر الذي تأخذه عن الوكالة، ونسبتها المحددة من الربح المحقق عن استثمار موجودات التأمين على أساس المضاربة، أو الأجر المحدد على أساس الوكالة بالاستثمار، وتتحمل الشركة جميع مصروفاتها الخاصة بأعمالها، ومن تلك المصروفات مصروفات استثمار موجودات التأمين، أما شركة التأمين التجاري ففيها حساب واحد، فالشركة هنا -في التأمين التجاري- طرف أصيل تعقد باسمها، وتتملك الأقساط بالكامل، وتتحمل المسؤولية تجاه المستأمنين بشكل مباشر، أما شركة التأمين الإسلامي فهي وكيلة عن حساب التأمين، فلا تعقد العقد باسمها أصالة، ولا تتملك الأقساط، فلها ذمتها المالية الخاصة. انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٤)؛ التأمين الإسلامي أ.د. علي القره داغي (٢١٢، ٢١٣)؛ فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ (٤٤٥)؛ الوسيط في شرح القانون المدني، د.عبد الرزاق السنهوري (٧/ ١٠٨٤).

(٣) . انظر المادة (٧١٣) وما بعدها من القانون المدني السوري.

(٤) . انظر: عقد التأمين في القانون السوري، للمحامي حسين صلاح الحاج حسين، رسالة علمية قانونية لنيل الإجازة في الانتقال إلى جدول المحامين الأساتذة، نقابة المحامين-فرع حلب، ١٤٣١هـ، ٢٠٠٩م (٦)؛ الزكاة وترشيد التأمين المعاصر ليوسف كمال، دار الوفاء-المنصورة مصر، ط١، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م (٢٠).

وعدم الصحة في قول جمهور المعاصرين[1]، ولست هنا بصدد بيان أدلة تحريم التأمين التجاري وفساده فهي مبسوطة في كتب كثيرة[2].

-أما التأمين الإسلامي فقد يحتوي على الغرر-كما أشار لذلك المعاصرون[3]- ولكن ليس لذلك الغرر أثر في صحة العقد، وهذه النقطة المهمة في البحث التي تتصل بضابط اجتناب الغرر، حيث يضم التأمين الإسلامي عقوداً متعددة، ويقصد المستأمن أكثر من قصد عند عقد التأمين الإسلامي، وقد ينشأ من تعدد تلك القصود غرر ما، فما أثر ذلك في صحة العقد؟ بيان ذلك في الفقرات الآتية.

ثانياً: تعدد القصود في عقد التأمين وموطن الغرر فيها:

١- العقود التي يشتمل عليها عقد التأمين:

إن المستأمن في عقد التأمين يقصد قصوداً متعددة، ولا يقتصر على قصد التبرع فحسب في الغالب، حيث إن عقد التأمين الإسلامي بصورته المعاصرة قائم على منظومة عقدية تتألف من:

العقد الأول: عقد تبرع: وهو العقد الذي ينظم العلاقة بين المستأمنين وحساب التأمين، وهذا العقد هو العقد الأساسي الذي يعد الأصل في التأمين الإسلامي؛ إذ يُقصد بالتأمين أصالة تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر منهم.

---

(١) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٤)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (١٢٨)؛ التأمين الإسلامي أ.د. علي القره داغي (١٦٣)؛ فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ (٥٠٢).

(٢) . انظر على سبيل المثال: المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (١٢٨)؛ التأمين الإسلامي أ.د. علي القره داغي (١٦٣وما بعدها)؛ التأمين وأحكامه د.سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، دار العواصم المتحدة-بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م (٢١٢)؛ البنوك-المعاملات المصرفية-التأمين على الأنفس والأموال أ.د. رمضان حافظ عبد الرحمن، دار السلام-القاهرة، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م (١٩٦ وما بعدها)؛ الزكاة وترشيد التأمين المعاصر ليوسف كمال (٥٥). ومن الذين قالوا بإباحته الشيخ مصطفى الزرقا. انظر أدلته ومناقشته للمانعين في: نظام التأمين -حقيقته والرأي الشرعي فيه- للشيخ مصطفى الزرقا (٤٥ وما بعدها).

(٣) . انظر: فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ (٥١٣).

ولذا كيَّف مجمع الفقه الإسلامي عقد التأمين بأنه من عقود التبرع من حيث الأصل، ونص قراره: "التأمين التعاوني من عقود التبرع فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنَّما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر"[1].

وهذا رأي المعايير الشرعية والعلماء المعاصرين الذين كتبوا في التأمين الإسلامي، كالأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، وغيره[2].

العقد الثاني: عقد الوكالة: بأجر أو بدون أجر، وهو العقد المنظِم للعلاقة بين الشركة (المساهمين)، وبين المشتركين بحساب التأمين (حملة الوثائق)، وبموجب ذلك العقد تكون الشركة وكيلة عن المستأمنين حملة الوثائق في جميع إجراءات التأمين، ومن ذلك (ترتيب العقود والوثائق واستلام الأقساط ودفع مبالغ التأمين والتعويضات والاقتراض وجميع الأمور الإدارية الخاصة بإعادة التأمين....إلى غير ذلك مما يتصل بجميع أنشطة التأمين)[3].

العقد الثالث: عقد المضاربة: وهو القائم بين الشركة (المساهمين) بصفة مضارب، وبين حملة الوثائق بصفتهم رب المال، لاستثمار الأموال المتجمعة في حساب التأمين على أساس المضاربة الشرعية بشروطها[4].

٢- موطن الغرر في قصود حامل الوثيقة (المشترك بحساب التأمين):

وبناء على ما سبق فإن حامل وثيقة التأمين في عقد التأمين يقصد قصوداً متعددة، عند تأمينه بأي نوع من أنواع التأمين[5]، وأهم تلك القصود:

---

(١) . نقلاً عن التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٢١٠).

(٢) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٤)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٢٧١)؛ التأمين وإعادة التأمين أ.د وهبة الزحيلي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني، (٢/ ٣٧٧)؛ التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٢٤٠).

(٣) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٢٧١)؛ التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٢٣٧).

(٤) . انظر: التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٢٣٦).

(٥) . للتأمين الإسلامي أنواع متعددة يضيق المقام عن تفصيلها؛ ولا يتصل بيانها ببحثنا مباشرة، ومنها التأمين على الأشياء (السيارات والبيوت والطائرات...الخ) والتأمين على الأشخاص. انظر لمزيد من التفصيل: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٥)؛ التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٣٧٠)؛ التأمين وأحكامه د.سليمان بن إبراهيم بن ثنيان (١٣٣ وما بعدها).

القصد الأول: قصد التبرع بالقسط الذي سيدفعه كل فترة لحساب التأمين، وهذا التبرع متجه لصالح حملة الوثائق الآخرين ممن ينزل به ضرر أو خطر معين، حيث تقوم شركة التأمين بتحمل الضرر المتفق عليه عن المتضرر من حساب التأمين الحاصل من مجموع الأقساط المتبرع بها، وهذا القصد في الحقيقة هو **القصد الأهم والأساسي**، كما سلف، إلا أنه ليس القصد الوحيد.

القصد الثاني: قصد حامل الوثيقة أن يحصل على التعويض إن ألم به ضرر معين:

حيث إن حامل الوثيقة لم يكن ليتبرع بالأقساط التي سيدفعها لو لم يطمئن إلى أنه سيعوض عن الضرر المعين في وثيقة التأمين حال وقوعه على الشكل المتفق عليه، وهذا المعنى واضح في تعريف التأمين الإسلامي، وهو في الحقيقة نتيجة منطقية لكون الأقساط من قبل كل المشاركين على سبيل التبرع، فكما أن حامل الوثيقة رضي بالتبرع لغيره فغيره من حملة الوثائق رضوا بالتبرع له إن نزل به خطر معين.

ولذا يعد اشتراط التعويض عن الخطر المعين من مقومات وثيقة التأمين، حيث يبين فيها الخطر المحتمل، وشروط التعويض عنه، ومبلغ التعويض إلى غير ذلك.

وفي هذا القصد غرر من ناحيتين: ناحية **الوجود** حيث إن الخطر المقصود التعويض عنه محتمل فقد يحدث وربما لا يحدث، ومن ناحية **المقدار** فقد يقع الضرر جزئياً وقد يقع بشكل كامل، وكل ذلك غير معلوم ابتداءً.

القصد الثالث: قصد حصول حامل الوثيقة على نسبة معينة من الفائض التأميني:

الفائض التأميني هو المبلغ المتبقي من الأقساط وعوائدها بعد التعويضات والمصاريف والمخصصات[1].

ويرد هذا الفائض التأميني أو جزء منه –بقرار هيئة الرقابة الشرعية سنوياً– على حملة الوثائق، وقصد الحصول على الفائض التأميني من قبل مريدي التأمين لا ينكر وإن لم يصرح به، والدليل على

(١) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٧)؛ التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٢١٤).

ذلك أن الإعلانات التي تشجع على التأمين الإسلامي تتضمن في معظمها الإشارة إلى حق المشاركين بالتأمين في الحصول على نسبة من الفائض التأميني[1].

وموطن الغرر في هذا القصد أن النسبة التي سيحصل عليها حامل الوثيقة مجهولة عند العقد، ولا تتحدد إلا بقرار هيئة الرقابة الشرعية في الشركة.

كما أن هناك بعض حملة الوثائق لا يحصلون على أي نسبة، ويكون ذلك مرتبط بعدم حصول المشترك على تعويضات عن ضرر معين نزل به[2]، وهذا مجهول بالنسبة لحامل الوثيقة عند اشتراكه بوثيقة التأمين.

والسؤال المهم بعدما تبيّن أن تعدد القصود في عقد التأمين الإسلامي يلزم منه غرر ليس باليسير: ما أثر ذلك الغرر في صحة العقد؟ وإن كان غير مؤثر فما سبب ذلك؟

وتبين الجواب عن هذا السؤال من خلال الفقرة الآتية.

ثالثاً: أثر تعدد القصود والغرر فيها في تكييف عقد التأمين:

كيَّف بعض المعاصرين[3] عقد التأمين الإسلامي على أساس الهبة بشرط العوض، وبتدقيق النظر يتبيَّن أنَّ من اتجه إلى هذا التكييف استند إلى أنَّ عقد التأمين قد اشتمل على قصد التبرع وقصد الحصول على عوض إن ألمَّ به ضرر، أي استند إلى حالة تعدد القصود عند حامل الوثيقة، ولكن عُلم مما سبق أنَّ في قصود حامل الوثيقة غرراً –على الشكل الذي بينته–، فهل تصلح الهبة بشرط العوض أساساً لعقد التأمين مع أنَّ في قصد العوض غرراً ليس باليسير؟

---

(١) . يوزَّع الفائض التأميني في شركات التأمين الإسلامي بأحد طرق ثلاث: **فإمّا** أن يتم توزيع الفائض على جميع المشتركين، كل حسب نسبة ما دفعه سنوياً، لا فرق بين من أصابه حادث وعُوِّض عنه، وبين من لم يصبه أي ضرر، وهذا ما يجري عليه العمل في شركة التأمين الإسلامية وشركة البركة بالسودان بناء على توجيه هيئة الرقابة الشرعية في تلك الشركتين. **وإما** أن يتمَّ حرمان من عوض ممن أصيبوا بحادث مهما كانت نسبة التعويض، وهذا ما عليه العمل في الشركة الإسلامية السورية للتأمين. **وإمّا** أن تتمَّ ملاحظة نسبة التعويض إلى نسبة الفائض، بمعنى إذا استقر في التعويض كل المبلغ المدفوع من المشترك فلا شيء له من الفائض، وإن كان مبلغ التعويض يعادل نصف ما دفعه فله نصف فائضه، وهكذا حسب النسبة والتناسب. انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (٣٦٧)؛ التأمين الإسلامي أ.د.علي القره داغي(٣١٢).

(٢) . وذلك إذا كانت الطريقة المتبعة هي التوزيع على من لم يتم تعويضه.

(٣) . منهم الدكتور علي القره داغي. انظر: التأمين الإسلامي أ.د. علي القره داغي (٢٥٩).

١- مناقشة جعل الهبة بشرط العوض أساساً لعقد التأمين:

إن كان أساس عقد التأمين التبرع لدى مجمع الفقه الإسلامي والعلماء المعاصرين، فإنه لا ينكر عدم إمكان تطبيق أحكام الهبة المحضة على ذلك العقد؛ إذ إنَّ في عقد التأمين شرطاً بدفع التعويض المحدد في الوثيقة، **ومن هنا كان لتعدد القصود أثر في التكييف الدقيق لعقد التأمين،** والحقيقة أنه لا يمكن أن تكون الهبة بشرط الثواب أو العوض أساساً صالحاً لعقد التأمين من كل وجه، وذلك لما يأتي:

أ- إن الهبة بشرط العوض جائزة عند جمهور الفقهاء، وتكيف على أنَّها بيع في الحقيقة عند أكثر الفقهاء الذين أجازوها، ولكن يشترط لجواز الهبة بشرط العوض وعدِّها بيعاً ما يشترط في عقد البيع، ومن أهم تلك الشروط معلومية العوض، فإن كان مجهولاً فإما أن تبطل الهبة، وإما أن يبطل الشرط وتصح الهبة على الاختلاف بين الفقهاء وقد مر بيان كل ذلك[1].

وبناء عليه فلا تصلح الهبة بشرط العوض أساساً لعقد التأمين الإسلامي؛ لأن العوض المشترط في هذا التأمين غير معلوم على وجه الدقة فقد يحصل الضرر فيُعوَّض عنه، وقد لا يحصل فلا يعوَّض عنه، فإن حصل: فقد يحصل بشكل جزئي وقد يحصل بشكل كلي، وكل ذلك مجهول عند الاشتراك في وثيقة التأمين.

ب- بما أن الهبة بشرط العوض حكمها حكم البيع -عند الجمهور- فإن الموهوب له ملزم برد البدل، في حين لا يلتزم حساب التأمين بالتعويض في كل الحالات، وإنما عند وقوع الخطر.

ت- إن قلنا بأن الهبة بشرط العوض هي أساس عقد التأمين لوقعنا في مشكلة من ناحية تأثير الغرر على هذا العقد؛ وذلك لأن جمهور الفقهاء يكيفون الهبة بشرط العوض على أنها بيع حقيقة ابتداء وانتهاءً، ويطبقون أحكام البيع من الخيارات والشفعة وغير ذلك على هذا العقد، وهذا يعني أن الهبة بشرط العوض تتأثر بالغرر؛ لأنها معاوضة.

إذن لا بد من البحث عن أصل آخر غير الهبة بشرط العوض أو الثواب، وهذا ما تناولته في الفقرة الآتية.

---

(١) . انظر ص ٢٦١ وما بعدها من هذه الأطروحة.

٢- النهد أو التناهد أساس عقد التأمين الإسلامي:

بما أن الهبة بشرط العوض لا يمكن تطبيقها بدقة على عقد التأمين الإسلامي، فإنني أرى أن ما يسمى عند الفقهاء بالنهد هو الأساس الأقرب لعقد التأمين، ويدخل في التبرعات، ولا يشترط فيه معلومية البدل بدقة أو كذلك لا يشترط التماثل بين البدل والمبدل، ولا يؤثر فيه الغرر؛ لأنَّه تبرع، وبيان ذلك فيما يأتي:

معنى النهد -بكسر النون وفتحها-: "أن يُخرِج كلُّ واحد من الرفقة شيئاً من النفقة، يدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه، ويأكلون جميعاً". ومن صوره كذلك أنه "يجوز للمسافرين خلط أزوادهم ليأكلوا جميعاً"[١].

ويقول ابن حجر العسقلاني: "النهد فهو بكسر النون وبفتحها: إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة، يقال تناهدوا وناهد بعضهم بعضاً"[٢].

فواضح من خلال المعنى أنه لا يشترط العلم بالبدلين ولا التماثل بينهما، وهذا ما صرح به البهوتي إذ يقول: "فلو أكل بعضهم أكثر من رفيقه، أو تصدق بعضهم منه فلا بأس، لم يزل الناس يفعلونه نصاً"[٣].

فيدفع كل واحد من المسافرين بمقدار ما دفعه الآخر لأجل نفقات السفر، فهم متساوون في الدفع، مختلفون في الصرف والإنفاق، فقد يأكل أحدهم أكثر من الآخر، وقد لا يأكل بعضهم لعدم حاجته وهكذا...ومع ذلك لا ينظر إلى تلك المفارقات لأنهم اتفقوا على التعاون والتبرع، ثم ما يتبقى بعد المصاريف يوزع عليهم إن لم يدخروه لسفرة أخرى، وهذا يكاد يكون عين التأمين الإسلامي المعاصر، مع الأخذ بالحسبان التطور الحادث في زمننا، فبدل أن يكون التناهد بين مجموعة مسافرة أصبح متجلياً في حساب منظم دقيق من خلال إشراف شركة عليه[٤].

---

(١) . المغني لابن قدامة (١٠/ ٣٨٦)؛ الإنصاف للمرداوي (٨/ ٣٣٤)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٣٩)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٧٣).

(٢) . فتح الباري لابن حجر (٥/ ١٢٩)؛ وانظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري لبدر الدين العينى الحنفي (١٣/ ٤٠).

(٣) . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٣٩). وهذا ما فعله الصالحون فكان الحسن البصري رحمه الله تعالى يفعله. المغني لابن قدامة (١٠/ ٣٨٦).

(٤) . التأمين الإسلامي أ.د. علي القره داغي (٢٥٧).

وأصل جواز هذا الأمر ما ورواه أبو موسى الأشعري ﷺ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((إن الأشعريين إذا أَرْمَلُوا[1] في الغزوِ أو قَلَّ طعام عيالهم بالمدينة جَمعوا ما كان عندهم في ثوبٍ واحدٍ، ثم اقتسموه بينهم في إناءٍ واحدٍ بالسوية فهم منِّي وأنا منهم))[2].

والخلاصة: إن الغرر الموجود في التأمين الإسلامي، **والذي يتجلى في القصود المتعددة لحامل الوثيقة على الوجه الذي سبق بيانه لا يؤثر في صحة العقد؛ لأنَّ أساس التأمين الإسلامي التبرع وصورته تقترب من صورة التناهد الذي يعد تبرعاً وإحساناً وتعاوناً كما نص عليه الفقهاء؛ وذلك لأنَّ الغرر لا يؤثر في التبرعات –ولا سيما عند المالكية–[3].**

رابعاً: أثر تعدد القصود في عقد التأمين في الالتزامات الناشئة بين الأطراف:

إن لتعدد القصود الذي تجلى في وثيقة التأمين من خلال العقود المشتملة عليها تلك الوثيقة، وما قصده حامل الوثيقة من قصود تجلت في الشروط المنصوص عليها في وثيقة التأمين (وأهمها التعويض حال حصول موجبه) أثراً في الالتزامات الناشئة بين الأطراف في عقد التأمين على الشكل الآتي:

١- أثر تعدد القصود في عقد التأمين الإسلامي في التزامات حامل الوثيقة:

●استناداً **لقصد حامل الوثيقة في التعويض عن الخطر المحدد** واشتراط هذا القصد في وثيقة التأمين، فإنه يلتزم بتقديم البيانات اللازمة المتعلقة بالخطر المؤمن منه، وإبلاغ الشركة بما يستجد من ظروف تؤدي إلى زيادة الخطر بعد إبرام العقد، وإذا ثبت تعمد المشترك التدليس أو التغرير أو تقديم البيانات الكاذبة فيحرم من التعويض كلياً أو جزئياً، أما إذا ثبت أن تقديم البيانات المخالفة للواقع تم على سبيل الخطأ فإنه يستحق التعويض بالمقدار المطابق للبيانات التي تثبت صحتها[4].

---

(١) . أرملوا أي فني طعامهم. انظر: شرح صحيح مسلم للنووي (١٦/ ٦٢).

(٢) . أخرجه البخاري في الشركة/ باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، رقم (٢٤٨٦).

(٣) . انظر ص ٣٧٤ من هذه الأطروحة.

(٤) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٣٦٦).

● دفع الاشتراكات في أوقاتها المحددة المتفق عليها، وفي حالة امتناع المشترك أو تأخره عن دفع الاشتراكات في أوقاتها المحددة يكون للشركة الحق في إنهاء الوثيقة، أو إجباره على الدفع عن طريق القضاء[1].

وهذا الالتزام ناتج عن **قصد الالتزام بالتبرع بالقسط المحدد في عقد التأمين**، ويمكن تخريجه على مسألة الالتزام بالتبرع عند المالكية[2]، حيث يذهبون إلى جواز إلزام الشخص نفسه بالتبرع وأنه ملزم قضاء بذلك الالتزام؛ إلا أن يموت أو يفلس.

فقد نصَّ المالكية على أنَّ: "المعروف على مذهب مالك وأصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يُقضى به عليه ما لم يمت أو يفلس"[3].

ومحل الإلزام قضاء إذا أشهد الملتزم بالتبرع رجلاً على التزامه، وهذا متحقق في التأمين؛ إذ ورود هذا الالتزام في وثيقة التأمين بمثابة الإشهاد عليه.

ففي المدونة: " ألا ترى أنَّ المعروف إذا أشهد به لرجل على نفسه عند مالك لازم له"[4].

● إخطار الشركة باعتبارها وكيلة عن صندوق حملة الوثائق بتحقق الخطر المؤمن منه خلال الفترة المتفق عليها في وثيقة التأمين، وإذا لم يتم فيها تحديد المدة فيجب عليه الإخطار خلال مدة مناسبة، وإذا لم يقم المشترك بهذا الإخطار يكون للشركة الحق في مطالبة المشترك بالتعويض بقدر ما أصاب حساب التأمين من ضرر فعلي بسبب إخلاله بهذا الالتزام[5].

وهذا الالتزام فرع للشرط الذي قصده المشترك، وهو اشتراط تعويضه عن الخطر المحتمل حال وقوعه.

---

(١) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٣٦٦).

(٢) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٦/ ٤٠٨)؛ حاشية الخرشي (٦/ ٢٠٩)؛ منح الجليل لمحمد عليش (٨/ ٢٢٢).

(٣) . منح الجليل لمحمد عليش (٨/ ٢٢٢).

(٤) . المدونة للإمام مالك (٤/ ٧٠).

(٥) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٣٦٦).

٢- **أثر تعدد القصود في عقد التأمين الإسلامي في التزامات شركة التأمين:**

● على الشركة القيام بإدارة عمليات التأمين من إعداد وثائق التأمين، وجمع الاشتراكات، ودفع التعويضات، وغيرها من الأعمال الفنية مقابل أجرة معلومة يُنص عليها في العقد حتى يعتبر المشترك قابلاً بها بمجرد التوقيع عليه[١].

وهذا الالتزام استناداً للوكالة التي قصد الأطراف الاتفاق عليها، فالشركة هي الوكيل بأجر[٢]، فتلتزم بأداء الأمور الموكلة فيها، وتلك الأمور هي ما سلف ذكره.

● يجوز تحقيقاً لمصلحة حملة الوثائق أن يقتطع جزء من أموالهم، أو أرباحها احتياطيات، أو مخصصات متعلقة بصندوق التأمين على أن لا تؤول إلى المساهمين، وما يتراكم في حساب التأمين يصرف في وجوه الخير عند التصفية[٣].

والتزام الشركة بعدم اقتطاع المبالغ المبينة أعلاه لصالح المساهمين منشؤه أن حامل الوثيقة لم يقصد التبرع للشركة بالأقساط إنما لحساب التأمين؛ ومن هنا نشأت فكرة الفصل بين حساب الشركة وحساب التأمين الذين سبقت الإشارة لهما[٤].

● تلتزم الشركة باستثمار أموال حملة الوثائق على أساس المضاربة وتتحمل ما يتحمله المضارب، وإذا استثمرتها على أساس الوكالة بالاستثمار فإنه يطبق حكم الوكالة بأجر[٥].

والتزام الشركة باستثمار أموال حملة الوثائق –وفق المضاربة أو الوكالة بالاستثمار- يكون وفقاً لعقد المضاربة أو الوكالة بالاستثمار الذي قصده الطرفان، وكذلك الالتزام بتوزيع نسب الربح إن وجدت.

● وكذلك تلتزم الشركة –كما يلتزم حامل الوثيقة- بكل ما ورد اشتراطه في وثيقة التأمين مما يضيق تفصيله هنا، كطريقة التعويض عن الضرر وتوزيع الفائض التأميني إن وجد.

---

(١) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٣٦٦).

(٢) . وتعد الوكالة بأجر هي الأغلب، وهو ما عليه العمل في الشركة الإسلامية السورية للتأمين، بخلاف الشركة القطرية للتأمين فالوكالة عن إدارة صندوق التأمين فيها غير مأجورة. انظر: التأمين الإسلامي أ.د. علي القره داغي (٢٠٤).

(٣) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٣٦٧).

(٤) . انظر الحاشية رقم٢ ص ٣٧٦ من هذه الأطروحة.

(٥) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٣٦٧).

والخلاصة: إنَّ تعدد القصود في عقد التأمين الإسلامي لا إشكال فيه شرعاً، وإن لزم من ذلك التعدد وجود الغرر –على الصورة التي سبق بيانها– لأنَّ أساسه التبرع والتعاون على الخير، كما يعدُّ تعدد القصود في هذا العقد مؤثراً في تحديد الالتزامات العقدية؛ حيث يلتزم كل طرف من أطرافه بالالتزامات المحددة في وثيقة أو عقد التأمين، وكل التزام من تلك الالتزامات ناشئ عن قصد محدد، ولتحقيق هدف معين يخدم تلك المنظومة العقدية المتكاملة.

المبحث الثاني: ضابط اجتناب الربا:

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الربا

المطلب الثاني: تعدد القصود في مسألة (البيع بطريق المعاملة)

المطلب الثالث: تعدد القصود في الهبة للمقرض

المطلب الرابع: جوائز المصارف الإسلامية لقاء الإيداع فيها

إن من أهمِّ الضوابط التي يجب أن تراعى في حالات تعدُّد القصود في العقود المالية المختلفة ضابط اجتناب الربا، إذ إنَّ من أهم المقاصد الشرعية البعد عن الربا في كل معاملة ماليَّة، وقد سبق بيان كثيرٍ من الصور الممنوعة لتعدد القصود في العقود المالية لوجود الربا أو شبهته فيها، ومن تلك الأمثلة التي بينتها هذه الدراسة: (بيع العينة عند المانعين، المنع من اجتماع القرض مع البيع، المنع من اجتماع قصد الانتفاع بالمرهون مع القصد المباشر لعقد الرهن، المنع من اجتماع قصد الحصول على أجر مع قصد الكفالة....) إلى غير ذلك من الأمثلة التي مرت في ثنايا الأطروحة، وهذا يدعو لتعريف موجز بالرِّبا ثم ذكر بعض التطبيقات التي تتَّصل بتعدد القصود في العقود المالية المؤدي للربا.

المطلب الأول: تعريف الربا:

أولاً: تعريف الربا لغة:

الربا لغة: الزيادة، ورَبا الشيء يَربُو رَبْواً ورِباء إذا زاد، وأَربَيته أي أنميته، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيُرۡبِي ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: من الآية٢٧٦]، والربوة والرابية: ما ارتفع من الأرض، كما في قوله تعالى: ﴿كَمَثَلِ جَنَّةِۭ بِرَبۡوَةٍ﴾ [البقرة: من الآية٢٦٥]، وأَربى الرجل: إذا دخل في الربا، وتعامل به[1].

ثانياً: تعريف الربا اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: فضل مال بكل عوض في معاوضة مال بمال[2].

وعرفه الشافعية بأنه: عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين، أو أحدهما[3].

أما الحنابلة فقد عرفوه بأنه: الزيادة في أشياء مخصوصة[4].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (ربو)؛ المصباح المنيرللفيومي، مادة (ربو).

(٢) . البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٣٨)؛ وانظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ١١٩)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٣٥).

(٣) . مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٢١)؛ وانظر: إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ٢٥)؛ حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/ ٢٧٢).

(٤) . المغني لابن قدامة (٤/ ١٣٣)؛ الشرح الكبير لابن قدامة (٤/ ١٢٢).

ويُلاحظ أن التعريفين الأُوَل اقتصرا على بيان ربا البيوع فحسب، ولعل سبب ذلك أن أصحابها أرادوا معالجة ربا البيوع فقط، والتعريف الأخير يشمل ربا البيوع وربا القروض[1].

وبالنسبة للمالكية فإنهم قد عرَّفوا كل نوع من أنواع الربا على حدة[2].

والخلاصة: إن الربا عند الفقهاء له نوعان، ربا الديون: وهو الربا الذي كانوا يتعاملون به في الجاهلية، وذلك أنهم كانوا يُقرِضون بالزيادة مقابل الأجل، وإذا عجز المدين عن الأداء يقول لدائنه: أنظرني أزدك، إلى أن يصبح الربا أضعافاً مضاعفة[3].

والنوع الثاني من الربا هو ربا البيوع: وهو ربا النسيئة وربا الفضل.

حيث إن هناك أصنافاً معينة نص الفقهاء عليها لابد لصحة مبادلتها ببعضها بعضاً من التقابض والمماثلة إذا كان البدلان من جنس واحد، كبيع الذهب بالذهب، وإن كانت من جنسين مختلفين جاز التفاضل، وحرم تأخير التقابض.

فإذا اختل شرط التقابض فهو ربا النسيئة، وإذا اختل شرط المماثلة (إذا كان البدلان من جنس واحد) فهو ربا الفضل[4].

ويكفي ما ذكرته من تعريف الربا، ولكن ينبغي أن نعلم أن من أهم مقاصد الشريعة في المعاملات المالية بشكل عام هو اجتناب الربا بقسميه، إذ إن الربا محرم قطعاً، وهو من الكبائر باتفاق الفقهاء، وأدلة ذلك مبسوطة في كتب الفقه[5].

ويتميز الربا عن الغرر أن الغرر قد يُباح في حالات معينة كما لو كان يسيراً أو تابعاً وليس مقصوداً أصالة، بالعقد كما سبق بيانه، أما الربا فلا يباح شيء منه تابعاً كان أو متبوعاً، يسيراً كان أو كثيراً.

---

(١) . انظر: التدابير الواقية من الربا في الإسلام د. فضل إلهي، مكتبة المؤيد- الرياض ، ط٢، ١٤١٢هـ (٢٥).

(٢) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٠٥).

(٣) . انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٠٥).

(٤) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢١٠)؛ بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٠٥)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩١)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ١٢٧).

(٥) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي الأزهري (٢/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

يقول العبدري : "بالنسبة للربا لا يجوز منه قليل ولا كثير لا لتبعية ولا لغير تبعية"[1].

ويقول النووي: "ولا يُحتمل الربا في التابع كما لا يُحتمل في الأصل"[2].

المطلب الثاني: تعدد القصود في مسألة البيع بطريق المعاملة:

وهذه مسألة نص عليها فقهاء الحنفية في عقود المعاوضات، وهي ما يُسمى بالبيع بطريق المعاملة[3]، ولها صورتان:

الأولى: أن يشتري شخص شيئاً يسيراً بثمن غالٍ بقصد الاستقراض من البائع للحاجة[4].

ويبدو تعدد القصود في هذه الصورة من خلال اجتماع قصد التملك لسلعة يسيرة بثمن باهظ، وقصد الاستقراض من البائع.

والثانية: أن يشتري المستقرض من المُقرِض بعد القرض متاعاً بثمن غال لكي لا يطالبه بالقرض في الحال[5].

ويبدو تعدد القصود في هذه الصورة من خلال اجتماع قصد التملك لسلعة بثمن غالٍ، وقصد تأخير المطالبة بالدين الذي عليه للبائع.

فقد روي عن بعض الحنفية جواز ذلك للحاجة، وذهب بعضهم إلى الكراهة مع صحة المعاملة، في حين ذهب بعضهم إلى الكراهة إن كان البيع والقرض في مجلس واحد[6].

---

(١) . التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٢٣٠).

(٢) . روضة الطالبين للنووي (٣/ ٥٤٦).

(٣) . قد ذكرت في المتن ما يهمنا من تفاصيل "بيع المعاملة" إلا أني أشير هنا إلى سبب نشوء هذا التعامل بين الناس: فقد ذهب المتأخرون من الحنفية إلى جواز أن يحدد السلطان منفعة مالية عن القروض فلا يجوز للناس أن يتجاوزوا في فائدة القروض النسبة المعينة من قبل السلطان، واتفقت كلمة فقهاء المذهب –كما ينقل الشيخ مصطفى الزرقا– على جوزاه. فكان الناس يلجؤون إلى بيع المعاملة بالطريقة التي فصلتها في المتن ليحتالوا على الأمر السلطاني بتحديد الفائدة. وقد ناقشت الموضوع في المتن. انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (١/ ٢٩٥).

(٤) . انظر: الدر المختار للحصكفي (٥/ ٢٩٣)؛ المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٥/ ٣٩٥).

(٥) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٣)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٢٠٣).

(٦) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٣)؛ الدر المختار للحصكفي (٥/ ٢٩٣)؛ المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٥/ ٣٩٥).

والذين ذهبوا إلى التحريم استدلُّوا بأن هذا قرضٌ جر منفعة، فإنه لولا ذلك القرض لما كان المستقرض ليتحمل غلاء ثمن الثوب. وكذلك في الصورة الثانية لولا أنَّ المستقرض اشترى السلعة من المقرض بثمن غالٍ لما رضي أن يمهله؛ وهذا نفع كذلك في مقابل الدين[1].

وأما الذين قالوا بعدم الحرمة فقد استدلوا بحاجة المشتري[2].

في حين لم ينص سائر الفقهاء[3] على البيع بطريق المعاملة الذي نص عليه الحنفية ، بل ذهبوا إلى حرمة اجتماع البيع مع القرض، من غير تقييد، أي حتى لو كان البيع بثمن المثل؛ خشية محاباة المستقرض للمقرض مما يجرُّ نفعاً زائداً مقابل القرض.

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢٩٣)؛ الدر المختار للحصكفي (٥/ ٢٩٣)؛ المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٥/ ٣٩٥).

(٢) . انظر: الدر المختار للحصكفي (٥/ ٢٩٣)؛ المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٥/ ٣٩٥). ولعل من المفيد أن أنقل قول ابن مازه البخاري في هذه المسألة: " إذا أقرض رجلاً دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غالٍ فهو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطاً في القرض، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعاً بثمن غالٍ، فعلى قول الكرخي لا بأس به، وذكر الخصاف..: ما أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم أشتره منه طالبني بالقرض في الحال. وذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف: أن السلف كانوا يكرهون ذلك، إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة، إنما قال: ما أحب له ذلك، فهو قريب من الكراهة، ولكنه دون الكراهة، ومحمد رحمه الله لم يرَ بذلك بأساً، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئاً لا بأس به من غير فصل، فهذا دليل على أنه رفض قول السلف، قال شيخ الإسلام: ما نقل عن السلف فذاك محمول على ما إذا كانت المنفعة وهو شراء المتاع في مسألتنا بثمن غال مشروط في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد رحمه الله محمول على ما إذا لم تكن المنفعة وهي الإهداء مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف، هذا إذا تقدم الإقراض على البيع. فأما إذا تقدم البيع على الإقراض؛ وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً، بأربعين ديناراً، ثم أقرضه ستين ديناراً صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً، ذكر الخصاف رحمه الله: أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه كان له سلع، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غالٍ، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته. وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة، فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب، فكان قرضاً جر منفعة، ومن المشايخ من قال: إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما واحد من المنفعة المشروطة في القرض، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف، وبقول محمد بن سلمة، ويقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، هذا بيع جر منفعة وهو القرض". المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٥/ ٣٩٥).

(٣) . انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٦٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٣١٣)؛ المجموع للنووي (١٣/ ١٧٠)؛ حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٢٠)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٣١٥)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠).

ودليل الجمهور حديث النبي ﷺ: "لا يحل سلف وبيع"[1].

يقول النووي: "ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق، والدليل عليه ...((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن سلف وبيع)) والسلَف هو القرض في لغة أهل الحجاز... ولأنه عقد إرفاق فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه"[2].

ويقول ابن قدامة: "وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز ؛لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف، ولأنه شرط عقداً فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره، وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على أن يهدي له هدية أو يعمل له عملاً كان أبلغ في التحريم"[3].

فجمهور الفقهاء قالوا بتحريم الجمع بين القرض والبيع أو الإجارة وهذا ما يبدو لي أنه الأرجح؛ لما في ذلك من الذريعة إلى الربا بأخذ أكثر مما أعطى، ولأنَّ عقد القرض ليس من عقود المعاوضة بل هو عقد بر وإحسان فحصول العوض فيه مما يناقض مقتضاه بالمعنى الدقيق، فيبطل الشرط، ويبطل العقد الذي ترتب عليه[4].

إلا أنَّ المالكية ذهبوا إلى أنَّه إن قال الرجل للرجل: آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فإن عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز، ولكن إن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزاً[5].

هذا إذا كان البيع بثمن المثل فإن كان دونه فإن الحرمة آكد وأبلغ، وهذا مقتضى كلام الفقهاء السالف ذكره.

---

(١) . جزء من حديث أخرجه أبو داود في الإجارات/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم (٣٠٥٤)، وأخرجه الترمذي في البيوع/ باب كراهية بيع ما ليس عنده برقم (١٢٣٤)، وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(٢) . المجموع للنووي (١٣/ ١٧٠).

(٣) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠)؛ وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٢٤٥).

(٤) . وانظر: إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لمحمد بن أبي بكر ابن القيم، دار المعرفة – بيروت، ط٢، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م، ت:محمد حامد الفقي(١/ ٣٦٣)؛ إعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ١٥٥)؛ المنتقى شرح الموطأ للباجي (٥/ ٢٩).

(٥) . المنتقى شرح الموطأ للباجي (٥/ ٢٩).

وأما الذين استدلوا بحاجة المشتري، فيجاب على استدلالهم: بأن الحاجة –وقد سبق بيان معناها في فصل سابق– لا تؤثر إلا في المحرم لغيره دون المحرم لذاته[1]، ولو نظرنا إلى ربا النسيئة –وهو ما يؤدي إليه بيع المعاملة– لوجدنا أنَّ هذا النوع من الربا من المحرم لذاته لا لغيره، فهو ربا جلي جاء تحريمه بالقرآن والسنة، وأجمع الفقهاء على ذلك[2]، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، فكان الدائن يؤخر سداد الدين عن المدين مقابل أن يزيده عليه، وكلما أخر الوفاء زاد الدين حتى تصير المائة آلافاً مؤلفة، فربا النسيئة حرم لذاته قصداً لما فيه من الضرر العظيم، وهو إثقال كاهل المدين من غير فائدة تحصل له[3]، ولذا لا تقوى الحاجة على إباحة هذا النوع من المحرمات.

المطلب الثالث: تعدد القصود في الهبة للمقرض:

ويتجلى ذلك في بعض التطبيقات، ومنها (الهبة للمقرض بقصد الاستقراض منه أو لزيادة أَجَل سداد القرض)، فإن تأكّد أن قصد العاقدين في الهبة التحايل على الربا فإنَّ ذلك محرَّم.

وأشير إلى أنَّ تعدد القصود في الهبة للمقرض يبدو في حالة كون تلك الهبة مشترطة أو دلَّ العرف على أنَّ المقصود منها التحايل على الربا، فإن لم تكن مشترطة ولم يجر بها عرف فلا تتصل بتعدد القصود، ولذا سأتناول في هذه الفقرة، الهبة المشترطة أو التي جرى بها العرف؛ لأنها المتصلة بتعدد القصود، وتفصيل ذلك في الفقرات الآتية:

إذا كان القصد من الهبة صريحاً بأنها في مقابل قيام الموهوب له بإقراض الواهب، بأن كانت مشترطة في عقد القرض، أو جرى بها العرف[4]، فهنا نميز بين حالتين ولكل حالة تفصيل:

أولاً: إذا كانت الزيادة المشترطة عيناً[5] فهي:

---

(١) . انظر ص ٩٠ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي الأزهري (٢/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

(٣) . انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٢/ ١٥٩أيضاً ٣/ ٢٣٢).

(٤) . إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٦)؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٦).

(٥) . وأقصد بالعين هنا ما يقابل المنفعة، فيدخل تحتها كل ما له حيز مادي وإن كان نقداً.

١. إمَّا أن تكون من جنس المال المقترض كمن يستقرض مئة ألف ليرة سورية، ويشترط عليه المقرض أن يردَّها مئة وعشرين ألف.

٢. وإما أن تكون العين من غير جنس المال المقترض كمن يستقرض مئة ألف ليرة سورية، ويشترط عليه المقرض أن يردَّها مئة ألف مع سلعة أخرى.

والحكم في الحالتين واحد وهو أن تلك العطيَّة المشترطة محرَّمة، وتُكيَّف على أنها زيادة ربوية؛ لأنها تدخل تحت القرض الذي جرَّ نفعاً، وهذا باتفاق الفقهاء[١].

ولا يغير من حكم تلك الزيادة التي هي في حقيقتها زيادة ربوية تسميتها بأنها هبة للمقرض؛ لأنه لولا القرض لما رضي الواهب ببذلها.

ثانياً: إذا كانت الزيادة المشترطة منفعة، فلها حالتان:

١. **إما أن تكون المنفعة متجسدة في اشتراط المقرض على المقترض بذل عمل أو خدمة** كبناء بيت له، أو أن يعمل في حانوته.

وهذه الحالة كحكم الحالة السابقة؛ إذ أجمع الفقهاء على تحريمها[٢].

يقول التهانوي :"وأما حديث ((كل قرض جرَّ منفعة فهو ربا))[٣] فبيانه أنَّ المنفعة عامَّة لكل منفعة"[٤].

ويقول الشيرازي: "ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبني داره"[٥].

ويقول ابن قدامة: "ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جرَّ منفعة"[٦].

---

(١) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٣٩٥)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٢٠٣)؛ المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٧/ ٢٨٥)؛ المدونة للإمام مالك (٣/ ١٧٩)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٢٣٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١١٩)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٣١).

(٢) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٣٩٥)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٢٣٠)؛ المهذب للشيرازي (١/ ٣٠٤)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٣١)؛ مطالب أولي النهي للرحيباني (٣/ ٢٤٥).

(٣) . سبق تخريجه ص ٢٠٤ من هذه الأطروحة.

(٤) . إعلاء السنن لظفر أحمد العثماني التهانوي، دار إدارة القرآن والعلوم الإسلامية- كراتشي، ط١(١٤/ ٥١٤).

(٥) . المهذب للشيرازي (١/ ٣٠٤).

(٦) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠).

٢. وإما أن تكون المنفعة متجسدة في الاستفادة من منفعة عين، كسكنى الدار:

وبحث هذه الصورة مهمٌّ؛ لأن لها تطبيقاً معاصراً شائعاً في بعض المدن السورية، وصورة المسألة: أن يشترط المقرض على المقترض منفعة عين يملكها الأخير، وتكون تلك العين عقاراً في الغالب، وعلى وجه الخصوص بيتاً للسكنى، فتكون سكنى الدار للمقرض بلا عوض أو بعوض زهيد لا يساوي أجر المثل[١]، ويستمرُّ انتفاع المقرض بتلك الدار إلى أن يستوفيَ الدين من المقترض، وتسمى هذه الصورة في حلب (الرهنية) وفي الجزيرة السورية (القعيدة).

أما تسميتها بالرهنية في حلب: فلأنَّ المقترض يقدم الدار للمقرض على أنها رهن بالدين ينتفع بسكناها.

وأما تسميتها بالقعيدة في الجزيرة السورية، فلأن المقترض يقدم الدار للمقرض ليقعد فيها مدة القرض[٢]، والنتيجة واحدة وإن اختلفت التسمية.

وقد سبق بيان مسألة الانتفاع بالعين المرهونة سابقاً[٣]، واتضح أن جمهور الفقهاء يرون حرمة الانتفاع بالعين المرهونة ولاسيما إن كان الرهن ناشئاً عن دين قرض، وسواء أكان الانتفاع بغير عوض أم كان بأجر دون أجر المثل فالحكم واحد وهو الحرمة.

أما إن كان الانتفاع بأجر المثل فلا إشكال فيه.

يقول العبدري: "إذا اشترط المرتهن منفعة الرهن، فإن كان الدين من قرض لم يجز ذلك؛ لأنه سلف جر منفعة"[٤].

يقول ابن قدامة: "إن كان الانتفاع بعوضٍ، مثلُ أن أستأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلِها من غير محاباةٍ جاز في القرض وغيره؛ لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن حاباه فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لا يجوز في القرض"[٥].

---

(١) . انظر: القرض الذي جر منفعة، د.أحمد حسن، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد٢٣، العدد الثاني، ٢٠٠٧م (٤٢٣).

(٢) . انظر: القرض الذي جر منفعة، د.أحمد حسن (٤٢٣).

(٣) . انظر ص ٢٩١ من هذه الأطروحة.

(٤) . التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٥٦١).

(٥) . المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦٧).

وبناء على ذلك فإن حكم ما يسمى بالرهنية أو القعيدة الحرمة ما دام انتفاع المقرض بالدار بغير عوض أو دون أجر المثل، وهذا تخريج على مذهب الفقهاء؛ إذ تدخل هذه الصورة في الربا الصريح؛ **وذلك للمبررات الآتية:**

١- حديث النبي ﷺ: ((كل قرض جر نفعاً فهو ربا))[١].

وقد أجمع الفقهاء[٢] على حرمة القرض الذي يجرُّ منفعة للمقرض من غير أن يقابل تلك المنفعة عوض.

وهذا واضح في المسألة التي نحن بصددها إذ يقوم المقترض بسداد مبلغ القرض كاملاً، فتبقى المنفعة التي حصل عليها المقرض زيادة لا مقابل لها وهي عين الربا، ولا يختلف الحكم فيما لو كان المقرض يدفع أجراً زهيداً إذ إنه يكسب الفارق بين الأجر الذي يدفعه وبين أجر المثل بغير مقابل، ولم يكن المقترض ليرضى بتلك الأجرة الزهيدة لولا القرض.

٢- عن ابن مسعود ﷺ ((أنه سئل عن رجل استقرض من رجل دراهم ثم إن المستقرِض أفقَرَ[٣] المقرِضَ ظهرَ دابته، فقال عبد الله: ما أصاب من ظهر دابته فهو ربا))[٤].

٣- إن عقد القرض من عقود الإحسان؛ فإذا شرط فيه منفعة للمقرض خرج عن كونه معروفاً وإرفاقاً، وناقض مقتضى عقد القرض[٥]، ولا بد من الإشارة إلى أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً كما سبق؛ فإذا جرى العرف على التعامل بصورة (الرهنية)، فلا تجوز كذلك وإن لم يكن الشرط صريحاً في العقد[٦].

---

(١) . سبق تخريجه ص ٢٠٤ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٣٣)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٩٤)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٤٨)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٢٤٦).

(٣) . أصل الإفقار في إعارة الظهر، يقال: أفقرتُ الرجل بعيري إذا أعرتَه ظهره للركوب. معالم السنن لأبي سليمان أحمد بن محمد البستي المعروف بالخطابي (ت: ٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية- حلب، ط١، ١٣٥١هـ، ١٩٣٢م (٣/ ٩٦).

(٤) . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في البيوع/ باب كل قرض جر منفعة فهو ربا، رقم (١١٢٥١). وقال عقبه: هذا منقطع.

(٥) . يقول الشيخ زكريا الأنصاري: "موضوع القرض الإرفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقاً خرج عن موضوعه فمنع صحته". الغرر البهية شرح البهجة الوردية للأنصاري (٣/ ٧١). وانظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٧)؛ حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر (٥/ ٤٧)؛ الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/ ٧٢).

(٦) . انظر: القرض الذي جر منفعة، د.أحمد حسن (٤٢٦).

٤- ويقول الإمام أحمد فيما نقله عنه فقهاء المذهب: "أكره قرض الدور، وهو الربا المحض. يعني: إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن"[١]. ومراده بالكراهة الحرمة بدليل السياق؛ إذ قال بعدها: "وهو الربا المحض".

٥- قد يقول قائل صورة (الرهنية) ليست من قبيل المنفعة الزائدة في عقد القرض، إنما تدخل في ما يسمى عند الفقهاء ببيع الوفاء.

وقد صدرت فتوى من دار الإفتاء في حلب بهذا الخصوص، وأنقل نص الفتوى بالكامل:

السؤال رقم (٨٦): "ما حكم عقد الرهنية بصورته الحالية المعروفة حيث يدفع أحد الأشخاص مبلغاً من المال معينا إلى شخص يدفع له داره إلى أجل معين ، وبانتهائه يرد كل منهما ما أخذ من صاحبه؟ -ودمتم سيدي-.

الجواب :الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد : فإن هذا العقد يسمى بـ (بيع الوفاء) وقد أجازه متأخرو الحنفيَّة نظراً لحاجة الناس إليه وفراراً من الربا، ونص على ذلك ابن عابدين رحمه الله، والفتوى على ذلك إن شاء الله للتيسير ودفع الحرج. والله تعالى أعلم)[٢].

ولمناقشة ذلك لا بد من بيان حقيقة بيع الوفاء، وحكمه.

فصورة بيع الوفاء هي أن يقول البائع: بعت منك هذه العين بكذا على أني إن دفعت إليك ثمنك -أي أرجعته لك- تدفع العين إلي[٣].

وقد اختلف فقهاء الحنفية في حكمه وتكييفه على أقوال ثمانية أشهرها[٤]:

-أجازه بعضهم للحاجة إليه، وللعرف.

---

(١) . منار السبيل لابن ضويان (١/ ٣٣٦).

(٢) . وقد تكررت الإجابة عن هذا السؤال في فتوى رقم (١٧٩) وفتوى رقم (٢٣٤). بتاريخ ١٠/ ١٠/ ١٤٢٨هـ، ٢٢/ ١٠/ ٢٠٠٧م، وتجدر الإشارة إلى أن مُصدر الفتوى هو الشيخ الأستاذ الدكتور إبراهيم السلقيني رحمه الله تعالى، وأمين الفتوى الشيخ محمد الشهابي، ومنظمها أستاذي الشيخ علاء الدين قصير حفظهم الله تعالى، مع العلم أن الشيخ علاء الدين قصير هو الذي زودني بها.

(٣) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠٨)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٢٣٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٨).

(٤) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٠٨)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ٢٣٦)؛ البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٨)؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو (٢/ ٢٠٧).

-وذهب بعضهم إلى أنه بيع فاسد.

-ومنهم من جعله رهناً تبعاً قصد المتعاقدين؛ لأنهما وإن سمَّياه بيعاً، لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني، فلا يملكه المرتهن، ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان قيمته تكفي للوفاء بالدين، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه، وللبائع استرداده إذا قضى دينه أي له أحكام الرهن لا فرق بينهما.

-ومنهم من جعله بيعاً باطلاً قياساً على الهازل؛ لأنهما تكلَّما بلفظ البيع ولم يقصداه، فكان لكل منهما أن يفسخ العقد بغير رضا صاحبه، ولو أجازه أحدهما لم يَجز على الآخر، والذي يهمنا أن نعلم أن هذا القول هو المعتمد عند الحنفية.

يقول ابن نجيم: "القول السابع أنه غير صحيح واختاره صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا وعليه الفتوى أعني لا يملك المشتري بيعه من الغير"[1].

والذي يرجح الحرمة أن الفقهاء المبيحين لبيع الوفاء قد استدلوا بالحاجة، وهو الذي اعتمدت عليه الفتوى في إباحتها للرهنية كما هو صريح في نصها السابق، والسؤال هنا: هل يمتد أثر الحاجة إلى إباحة هذه المسألة؟.

الحقيقة التي يجب أن نقف عليها أن الحاجة لا تبيح إلا ما حرم لغيره، وقد سبق بيان هذه النقطة فلا داعي للتكرار[2]، ولو عدنا إلى صورة الرهنية لوجدنا أنها تدخل تحت المنفعة التي حصلت بسبب القرض، ولا مقابل لها، فهي ربا صريح من قسم ربا الديون المحرم لذاته قصداً[3]، وبالتالي لا تصلح الحاجة مستنداً لإباحة هذه المسألة، ولا يغني تسميتها بغير حقيقتها ما دامت قصود المتعاقدين قد اتجهت إلى جعل تلك الدار المنتفع بها رهناً يستردها الراهن بمجرد سداده للدين.

فالقول بتخريج صورة الرهنية أو القعيدة على بيع الوفاء -على فرض صحته، وهو مالا أرجحه- بعيد، وأصرح دليل على أن البيع لم يقصد أساساً من قبل أطراف العقد تسميتها بالرهنية في أكبر محافظة

---

(١) . البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٩).

(٢) . انظر ص ٩٠ من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣)؛ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي الأزهري (٢/ ١١٧)؛ حاشية الدسوقي (٣/ ٢٨)؛ المجموع للنووي (٩/ ٣٩٠)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٢٥١).

تتعامل بها وهي حلب، والرهنية مشتقة من الرهن، والرهن لا يأتي إلا من دين، والواقع العملي يؤكد أن ذلك الدين إنما هو قرض ليس إلا، ثمَّ إن ملكية العين في بيع الوفاء تكون للمشتري وفي الرهنية لا يملك المقرض المنزل بل تبقى ملكيته للراهن المدين.

المطلب الرابع: جوائز المصارف الإسلامية لقاء الإيداع فيها:

أولاً: صورة المسألة وموطن تعدد القصود فيها:

قد وجدت المصارف الإسلامية لتكون بديلاً شرعياً عن المصارف التقليدية التي تتعامل بالربا، وقد حققت في ذلك دوراً بالغاً ولا سيما للشريحة الاجتماعية الكبيرة التي تؤمن بحرمة الربا وتوقن بأضراره البالغة على شتى الأصعدة، فالمصارف الإسلامية هي الملجأ من وطأة الربا؛ لأنها مؤسسات مالية تقوم بعمليات الصرافة واستثمار الأموال بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية[1].

ولجذب السيولة النقدية تقوم بعض المصارف الإسلامية بتشجيع الجمهور للإيداع في حساباتها عن طريق منح جوائز معينة للمودع، ومن صور ذلك:

-ما قام به المصرف الإسلامي الأردني بتقديم جوائز نقدية أو عينية، أو تحمل نفقات حج أو عمرة إلى عملاء المصرف من أصحاب الحسابات الاستثمارية (التوفير أو لأجل)[2].

-وكذلك ما قام به مصرف سورية الدولي الإسلامي من إطلاق برنامج المليونير الإسلامي لقاء الإيداع في حساب التوفير.

وصورة هذه المسابقة منشورة في كثير من المواقع الالكترونية أنقلها بنصها ليتبين آليتها بشكل واضح: (أطلق بنك سورية الدولي الإسلامي برنامج "مليونير الإسلامي" وهو الأول من نوعه في السوق المصرفية السورية، وهو برنامج ادخاري يتيح للعملاء ادخار الأموال بنسب المشاركة نفسها في الأرباح لحسابات التوفير الاستثمارية المعلن عنها في البنك دون تغيير، وفي الوقت نفسه يمنحهم فرصة

---

(١) . انظر التعريف: النقود والمصارف في النظام الإسلامي د. عوف الكفراوي، دار الجامعات المصرية-الإسكندرية، ط٢، ١٤٠٧هـ (١٢٤)؛ الخدمات المصرفية د. علاء الدين زعتري (٢٣).

(٢) . انظر: أحكام المسابقات المالية المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، د.محمد عثمان شبير، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، ١١/ ١/ ٢٠٠٣ إلى ١٦/ ١/ ٢٠٠٣م (٣٠)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي (١٠٠).

الفوز بالجائزة الشهرية. وتتيح سحوبات "مليونير الإسلامي" الفرصة لعملاء المصرف بالفوز بجائزة عبارة عن أونصات ذهبية قيمتها ١ مليون ليرة كل شهر. ويبلغ الحد الأدنى لحساب التوفير الاستثماري لدخول السحب الشهري ٥ آلاف ليرة، وكل مبلغ قيمته ٥ آلاف ليرة يمثل فرصة إضافية للفوز بجائزة "مليونير الإسلامي"، ويشترط أن يمر على مبلغ الـ ٥ آلاف ليرة في حساب التوفير مدة شهر كامل ليحصل على فرصة الدخول في السحب الشهري على جائزة "مليونير الإسلامي"، مثال: لو استثمر احد المودعين مبلغ مائة ألف ليرة سورية في هذا البرنامج فيحصل على ٢٠ فرصة مشاركة في عملية السحب الشهري، كما أنها تشارك في أرباح حسابات الاستثمار كما هو مطبق على حسابات التوفير الاستثمارية. وسيتم اختيار الفائز بطريقة القرعة الإلكترونية العشوائية عن طريق الكمبيوتر بعد أن يشترك كل مودع بعدد من الفرص المقررة كما ذكر، وحسب رصيده الاستثماري والمشارك في السحب، وتتم سحوبات مليونير الإسلامي تحت إشراف المؤسسة العربية للإعلان لضمان الشفافية في السحوبات. ويمكن أن تتكرر فرصة المتعامل بالربح مع كل سحب يجريه البنك مادام حساب التوفير الاستثماري قائماً ولم يقل عن الحد الأدنى، حتى لو فاز صاحب حساب التوفير الاستثماري بجائزة أحد الأشهر السابقة، كما ويستثنى موظفو البنك من المشاركة في السحب..)[1].

كما أن بعض المصارف تقوم بمنح جوائز على الحساب الجاري، ولكن لا تذكر في العقد إنما في الإعلانات.

وبناء على ذلك قد يقوم بعض الأشخاص بالإيداع في أحد حسابات المصرف **بقصد الاستثمار مثلاً –إن كان الحساب استثمارياً– أو بقصد القرض–إن كان الحساب جارياً، وبقصد الحصول على الجائزة المعلن عنها.**

ولبيان حكم هذه المسألة لا بد من عرض سريع لأنواع الحسابات المصرفية الإسلامية ثم إيضاح حكم قصد الجوائز إضافة إلى قصد الغرض الأصلي من الحساب، وذلك في الفقرات الآتية.

---

(١) . انظر الموقع الالكتروني: http://www.syrianmasah.net/arabic/articaldetails9732.html .

ثانياً: حكم الجائزة على الحسابات (الودائع) الجارية:

الحساب الجاري: ويسمى الحساب تحت الطلب، هو المبالغ التي يودعها أصحابها في المصرف، ولهم سحبها متى شاؤوا ولا يستحقون عليها أي ربح، وللمصرف استثمارها وتعود أرباحها له فقط، وتُكيَّف على أنها قرض حسن من قبل العميل للمصرف؛ ولذا يجب أن تخضع لأحكام القرض التي نص عليها الفقهاء[1].

وبناء على ذلك فإن أية جائزة يضعها المصرف لقاء الإيداع في هذا النوع من الحسابات تنطبق عليها أحكام المنفعة في عقد القرض[2]، وذلك كالآتي:

إن كانت تلك الجوائز مشترطة في عقود الإيداع أو جرى تعامل المصرف على إعطائها للمودع في الحسابات الجارية؛ فإن تلك الجوائز محرمة[3]؛ لأنها تدخل تحت القرض الذي جر نفعاً[4]، **وانضمام قصد الحصول عليها من قبل العميل إلى قصد الإيداع في الحساب الجاري (الذي هو قرض في حقيقته) من شأنه أن يحرِّم العقد ويبطله، ما دام ذلك القصد ظاهراً في الصيغة أو دلَّ عليه العرف**[5].

---

(١) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات الماليَّة (٥٤٩)؛ البنوك الإسلامية ودورها في اقتصاديات المغرب العربي، وقائع الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-البنك الإسلامي للتنمية بالمدينة المحمدية بالمغرب، خلال الفترة من ٢٥ إلى ٢٩ من ذي القعدة ١٤١٠هـ تحرير: لقمان محمد مرزوق ندوة رقم ٣٤، ط ١٤١٧هـ (٥٣)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي (١١٩)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي (٣٠٥).

(٢) . سبق بيان أنَّ المنفعة المشروطة أو التي جرى بها عرف مقابل القرض غير جائزة. انظر ص ٣٩٣ وما بعدها من هذه الأطروحة.

(٣) . انظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة د.علي السالوس، دار الثقافة-الدوحة، ١٩٩٨م (٢١٦)؛ الخدمات المصرفية د. علاء الدين زعتري (٥٩٠)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، البنك الإسلامي للتنمية- جدة ١٤٢٥هـ (١٢٠)؛ قرارات وتوصيات ندوة البركة الثالثة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، بتاريخ: ٦و٧ رمضان ١٤٢٣هـ، ١١و١٢تشرين الثاني، ٢٠٠٢م.

(٤) . سبق تخريجه ص ٢٠٤ من هذه الأطروحة.

(٥) . انظر: بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٣٩٥)؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند (٢/ ٢٠٣)؛ المحيط البرهاني لابن مازه البخاري (٧/ ٢٨٥)؛ المدونة للإمام مالك (٣/ ١٧٩)؛ حاشية الخرشي (٥/ ٢٣٠)؛ نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٣٠)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١١٩)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٣١).

وقد كيَّف الدكتور محمد حبيب التجكاني[1] هذه الجوائز بأنها عائد تشجيعي يجوز إعطاؤه ويدخل تحت حسن القضاء الذي حث عليه النبي ﷺ في قوله ((خير الناس أحسنهم قضاء))[2]، ولكن يشترط ألا يتكرر هذا الإعطاء من قبل المصرف بل يكون من حين لآخر حتى لا يشكل عرفاً، أو شرطاً ضمنياً، فيكون ربا[3].

ويُجاب عن إباحته للعوائد التشجيعية –حسب تعبيره- بأن الشرط الذي وضعه للإباحة – ومفاده ألا يصبح إعطاء تلك العوائد التشجيعية عرفاً- من شأنه أن يبيح تلك الجوائز من الناحية النظرية، ولكن هل الواقع العملي يؤيد ما ذهب إليه؟! الحقيقة لا أجد أن الواقع يؤيد إمكان كون تلك الجوائز عفوية –بمعنى أنه لا يدل عليها عرف أو اتفاق- وذلك لأنَّ الإعلان في الصحف على أقل تقدير من شأنه أن يجعلها معلومة لدى العميل فتشبه الاتفاق بينه وبين المصرف، وإن لم تصبح عرفاً متمكناً.

فـ"البنوكَ تُعلِن مسبقًا عن هذه الجوائز، أو في أثناء وجود الحساب؛ ممَّا يُشجِّع المودِعين على إبقاءِ حِساباتهم من أجْلِ هذه الجوائز، وهذا هو عينُ الرِّبا"[4].

---

(١) . الدكتور محمد الحبيب التجكاني حاصل على الإجازة في الآداب، والإجازة في الحقوق، وشهادة الكفاءة في المحاماة، ودبلوم الدراسات العليا في الدراسات الإسلامية، وشهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية بدار الحديث الحسنية في المغرب، توفي سنة ٢٠١٦م. انظر: http://www.anbaae.com/societe/5430-2016-08-21-16-56-31

(٢) . أخرجه مسلم في المساقاة/ باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه، رقم (١٦٠٠).

(٣) . البنوك الإسلامية ودورها في اقتصاديات المغرب العربي، وقائع الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-البنك الإسلامي للتنمية بالمدينة المحمدية بالمغرب، خلال الفترة من ٢٥ إلى ٢٩ من ذي القعدة ١٤١٠هـ (٥٤).

(٤) . جوائز المصارف التقليدية والإسلامية (تأصيل شرعي) د.باسم عامر، مقال منشور على شبكة الانترنت بتاريخ (١٤/ ١٢/ ٢٠١٠م، ٧/ ١/ ١٤٣٢هـ).

ثالثاً: حكم الجائزة على الحسابات (الودائع) الاستثمارية:

يدخل في مفهوم الحساب الاستثماري نوعان من الحسابات (حساب الادخار، وحساب الودائع لأجل).

١- **حساب الادخار:** عبارة عن مبالغ نقدية صغيرة عادة يقتطعها الأفراد من دخولهم ويدفعونها إلى المصرف ليفتح لهم بها حساباً ادخارياً، ويحق لهم سحبها أو سحب جزء منها في أي وقت[١].

وقسمٌ من هذه الودائع الادخارية له حكم الحساب الجاري، والقسم الآخر له حكم حساب الاستثمار[٢].

٢- **حسابات الاستثمار (الودائع الاستثمارية):** حيث يعقد المصرف والمودع اتفاقاً بينهما يقوم بموجبه العميل بإيداع مبلغ من المال في المصرف لمدة معينة (كسنة)؛ ليقوم المصرف باستثمار ذلك المبلغ في أوجه الاستثمار المشروعة، وذلك وفقاً لأحكام المضاربة الشرعية[٣].

وقد اختلفت آراء المعاصرين في حكم الجوائز التي تضعها بعض المصارف الإسلامية لقاء الإيداع في هذه الحسابات (أقصد حساب الادخار الاستثماري وودائع الاستثمار) على قولين، ولكن قبل عرض آراء المعاصرين لا بد لي أن أبيِّن أن أصل هذه المسألة عند الفقهاء المتقدمين هو حكم الهبة الصادرة من عامل المضاربة إلى ربِّ المال.

---

(١) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٥٥٩)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي (٣٠٥).

(٢) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٥٤٩)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي (١٢١)؛ البنوك الإسلامية ودورها في اقتصاديات المغرب العربي، وقائع الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-البنك الإسلامي للتنمية بالمدينة المحمدية بالمغرب، خلال الفترة من ٢٥ إلى ٢٩ من ذي القعدة ١٤١٠هـ (٥٣).

(٣) . تجدر الإشارة إلى أن هذه الحسابات إما أن تكون حسابات استثمار مطلقة، أي دون الربط بمشروع معين، وإما أن تكون مقيدة بمشروع معين. انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية (٥٤٨)؛ الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبدالفتاح المغربي (١٢٢)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي (٣٠٦).

حيث ذهب الحنفية[1] إلى أن عدم جواز اشتراط الهبة في عقد المضاربة، سواء كانت الهبة من ربِّ المال إلى عامل المضاربة، أو العكس، وفي حكم الشرط أن يجري عرف بذلك؛ إذ [المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً][2].

فلا يجوز أن يقول ربُّ المال للعامل: خذ هذا المال واعمل به مضاربة على أن تهبني مبلغاً معيَّناً أو غيره، أو أن يقول: خذ هذا المال واعمل به مضاربة ولك منِّي هبة معيَّنة.

وتعليل ذلك أنَّ اشتراط الهبة من قبل أحد الطرفين للآخر في عقد المضاربة يؤدي إلى قطع الربح؛ إذ قد لا يحصل ربح إلا بقدر الهبة المشترطة أو أقلَّ منه.

يقول السُّغدي في أنواع المضاربة الفاسدة: "أن يدفع إليه جميع المال ويشترط ربُّ المال، أو المضارب يشترط مع رب المال، عند عقده المضاربة أو القراض ...الهبةَ ونحوَها"[3].

ولم أقف على حكم الهبة المقدمة من عامل المضاربة إلى رب المال عند المذاهب الأخرى بشكل خاصّ، إلَّا أنَّ الذي يبدو من خلال البحث أن سائر المذاهب الفقهية تتفق مع الحنفية فتمنع الهبة إن كانت مشترطة في عقد المضاربة –سواء كانت الهبة لرب المال من العامل أو العكس– لأنَّ الفقهاء يُجمعون على منع أي شرط يؤدي إلى قطع الربح، كشرط دراهم معلومة لأحدهما[4]، فيُقاس على ذلك الهبة المشترطة من أحد الطرفين للآخر؛ إذ قد يكون الربح الناتج بمقدار تلك الهبة أو أقلَّ منها فيختصُّ أحد الطرفين به من حيث النتيجة.

أمَّا إن كانت الهبة غير مشترطة في العقد ولم يجرِ العرف على إلزام أحد الطرفين بها فلا إشكال فيها؛ لأنها من قبيل الوعد بالهبة، ولا إلزام فيها.

وبعد عرض أصل المسألة من المذاهب الفقهية أعرض فيما يأتي (حكم الجوائز التي تضعها بعض المصارف الإسلامية لقاء الإيداع في الحسابات الاستثمارية) عند المعاصرين:

---

(١) . انظر: التتف في الفتاوى للسغدي (١/ ٥٤٠)؛ قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار لابن عابدين (الابن) (٨/ ٤١٣).

(٢) . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٤).

(٣) . التتف في الفتاوى للسغدي (١/ ٥٤٠).

(٤) . انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٣٨١)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٦/ ٨٦)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٢/ ٣٢٣)؛ الشرح الكبير للدردير(٣/ ٥١٧)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٥٨)؛ مغني المحتاج للشربيني (٢/ ٣١٣)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٧/ ١٩٤)؛ منار السبيل لابن ضويان (١/ ٣٧٤)؛ المغني لابن قدامة (٥/ ١٤٠).

القول الأول: الإباحة: وهو الرأي الصادر عن ندوة البركة وهيئة الرقابة الشرعيَّة للمصرف الإسلامي الأردني حيث ترى الهيئة أن تقديم هذه الجوائز من الهبة، وإذا كان مسبوقاً بالإعلان فيكون ذلك من باب الوعد بالهبة، سواء كان الوعد لفئة معينة من العملاء أو جميعهم، والجهالة هنا مغتفرة كما هو مقرر في عقود التبرعات، وهي جهالة تزول بسهولة ولا تؤدي إلى النزاع، ولكن يجب أن تكون تلك الجوائز من أرباح المصرف الخاصة (أي من حساب أصحاب الأسهم) إذا كان مجلس الإدارة مخولاً بذلك، ولا يجوز إخراج تلك الجوائز من إجمالي الأرباح بما فيها أرباح المودعين؛ لأنَّ ذلك يؤدي لإخراج جزء من حصة أصحاب حسابات الاستثمار في الربح على سبيل التبرع، وهو ممنوع شرعاً؛ إذ لا يجوز للمضارب (المصرف) التبرع من مال المضاربة إلا بإذن رب المال (وهم هنا أصحاب الحسابات الاستثمارية)، فإذا تمَّ الحصول على إذنهم بوسيلة ما فيجوز إخراجها من إجمالي الأرباح[1].

القول الثاني: الحرمة: وهو رأي هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، حيث رأت أنَّ توزيع الجوائز يعد تقليداً للغرب، وحثّاً للناس على الاستهلاك، وشراء ما لا يحتاج إليه الإنسان، والإسراف والتبذير في الإنفاق، وتكاسلاً عن العمل على أمل الحصول على كسب دون جهد، وهذا مخالف لروح الإسلام الذي يحث الناس على الاقتصاد في المعيشة، وتجنب الإسراف والتبذير، ويحث على الإقبال على العمل والكسب من عمل اليد[2].

وأرى أنَّ الدقَّة في الترجيح في هذه المسألة الاعتماد على الأصل الفقهي الذي ذكره الفقهاء وقد عرضته بشكل موجز قبل أن أبيِّن آراء المعاصرين، وبناء عليه فإنَّ الأرجح التفريق بين حالتين:

- فإن كانت الجوائز مشترطة في عقد الإيداع في حسابات الاستثمار أو جرى العرف على إلزام المصرف بها فإنَّها لا تجوز.
- أمَّا إن كانت تلك الجوائز غير مشترطةٍ في عقد الإيداع في حسابات الاستثمار ولم يجرِ العرف على إلزام المصرف بها فإنَّها جائزة؛ لأنها من قبيل الوعد بالهبة.

---

(١) . انظر: أحكام المسابقات المالية المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، د.محمد عثمان شبير (٣١)؛ قرارات وتوصيات ندوة البركة الثالثة والعشرون للاقتصاد الإسلامي، بتاريخ: ٦و٧ رمضان ١٤٢٣هـ، ١١و١٢تشرين الثاني، ٢٠٠٢م.

(٢) . نقلاً عن: أحكام المسابقات المالية المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، د.محمد عثمان شبير (٣١).

أمّا الدليل الذي اعتمد عليه المانعون بإطلاق فليس بالقوي؛ وذلك لأنَّ تقليد الغرب المحظور شرعاً ليس على إطلاقه؛ فهناك أمور تحمل محاكاة للغرب، ولكنها جائزة؛ وضابط ذلك ما بينه فقهاء الحنفية، بقولهم: "فإن التشبه بهم لا يكره في كل شيء، بل في المذموم، وفيما يقصد به التشبه"[1].

ثم إن القول بأن في الإباحة حثاً للناس على الاستهلاك، وتكاسلاً عن العمل.....منقوض بأنه لا تعارض بين إباحة الجوائز والأمور التي ذكروها؛ إذ الجهة منفكة بينهما، وإلا للزم حرمة الهبة وكل عقود التبرع؛ إذ قد تؤدي إلى التقاعس عن العمل.

(١) . حاشية ابن عابدين (١/ ٦٢٤)؛ وانظر: المبسوط للسرخسي (١/ ٢٠١)؛ حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح (٣٣٦).

المبحث الثالث: ضابط عدم مناقضة قصد الشارع:

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف مناقضة قصد الشارع وأثرها في العقد

المطلب الثاني: تعدد القصود المناقض لقصد الشارع في مسألة (الرشوة)

المطلب الثالث: تعدد القصود الموافق لقصد الشارع (اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك)

المطلب الرابع: تعدد القصود المختلَف في موافقته لقصد الشارع

المطلب الأول: تعريف مناقضة قصد الشارع وأثرها في العقد:

قد سبق بالتفصيل تعريف قصد الشارع وأقسامه، وبيان حقيقة مناقضته وحكمها، وتبين أن مناقضة قصد الشارع محرمة، وهي تبطل العقد إن ظهرت في الصيغة باتفاق الفقهاء، أما إذا لم تظهر في الصيغة، وإنما دلت عليها القرائن، فإن الفقهاء مختلفون بينهم في أثر ذلك على صحة العقد، فالحنفية والشافعية على أن العقد صحيح مع الإثم، وذهب الحنابلة والمالكية إلى بطلان العقد مع الإثم[1].

فيكفي ما ذكرته هناك، ولن أكرر تفصيل كل ذلك، إلا أنني سأذكر تعريف مناقضة قصد الشارع الذي توصلت إليه، فمناقضة قصد الشارع هي: **توجه إرادة المكلف في فعله إلى مخالفة المعاني التي راعاها الله ﷻ عند كل حكم من أحكام الشريعة فيما يتصل بذلك الفعل**[2].

ولا بد من الإشارة إلى أن ضابط عدم مناقضة قصد الشارع أعم وأشمل من الضابطين السابقين –وهما ضابط البعد عن الغرر واجتناب الربا– وذلك لأن كلاً من الغرر والربا في أبواب المعاملات مما يناقض مقصد الشارع، أي إن الشارع قد قصد إلى رفع الغرر واجتناب الربا في العقود، إلا أنني فصلتهما لأهميتهما، وهذا ما يتضح من استعراض كتب الفقهاء.

وقد ذكرت في هذا المبحث مثالاً لتعدد القصود المناقض لقصد الشارع في المطلب الثاني الآتي وهو اجتماع قصد الهبة مع قصد التوصل إلى غير المستحق والذي يسميه الفقهاء (الرشوة)، وذكرت مثالاً آخر لتعدد القصود الموافق لقصد الشارع في المطلب الثالث وهو اجتماع قصد التملك مع قصد التجارة، مبيناً ما يترتب على ذلك من آثار تتميماً للفائدة واستكمالاً للبحث، وكذلك بيَّنت في المطلب الرابع مثالين لتعدد القصود الذي اختلف فيه فبعضهم ذهب إلى موافقته لقصد الشارع فأباحه، وبعضهم ذهب إلى مناقضته لقصد الشارع فمنعه، وهما ومسألة اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد الإجارة (الانتفاع) في الحال، ومسألة اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد المشاركة في الحال والذي يتجلى في صورة (المشاركة المنتهية بالتمليك).

---

(١) . انظر ص ١٣٨ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر ص ١٤٦ من هذه الأطروحة.

المطلب الثاني: تعدد القصود المناقض لقصد الشارع في مسألة (الرشوة):

أولاً: المقاصد الشرعية لعقود التبرع:

يقول ابن عاشور: "عقود التبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجية جليلة، وأثر خلق إسلامي جميل، فبها حصل مساعفة المعوزين وإغناء المقترين وإقامة الجم من مصالح المسلمين"[1].

وقد ذكر ابن عاشور أربعة مقاصد شرعية للتبرعات، وهي التكثير منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وأن تكون صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد أو تعقبها ندامة وتمنن، والتوسع في طرق انعقادها حسب رغبة المتبرعين؛ ولذا شرعت الوصية مع أنها على خلاف القياس[2]، وألا يجعل التبرع وسيلة إلى إضاعة مال الغير من حق وارث أو دائن[3].

وبناء على ذلك تمنع الهبة وغيرها من التبرعات إن قُصد بها خلاف المقاصد الشرعيَّة التي راعاها المشرع الحكيم في تشريعه لتلك العقود.

وأذكر هنا مثالاً له تطبيقات كثيرة في زماننا، وهي **الهبة لأصحاب الوظائف والمصالح العامة بقصد الحصول على غير المستحق**، أو إقصاء حقوق الآخرين، حيث تكيَّف الهبة على أنها رشوة، وبيانها في الفقرات الآتية.

ثانياً: موطن تعدد القصود في مسألة الرشوة:

يبدو تعدد القصود في الرشوة حيث يجتمع القصد المباشر للهبة وهو إعطاء المال بغير مقابل، وقصد غير مباشر من تلك العطيَّة وهو أن يصل المعطي إلى مأربه والذي يتجلَّى في الوصول لغير الحق أو الحكم بما يريد.

---

(١) . مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (١٨٨).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٨/ ٤٥٩)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ٤١٧)؛ مواهب الجليل للحطاب (٨/ ٥١٣)؛ إرشاد السالك للبغدادي المالكي (٢١٤)؛ المغني لابن قدامة (٦/ ٤٤٤).

(٣) . انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (١٨٩).

ولهذا التعدد أثرٌ في التفريق بين الهبة المجردة والرشوة، وله كذلك أثر في حكم الرشوة إذ قد يكون حكم الرشوة محرَّماً بالنسبة للآخذ والمعطي، وقد يكون محرَّماً بالنسبة للآخذ دون المعطي، والفيصل في ذلك هو القصود التي يقصدها المعطي كما سيتبيّن.

ثالثاً: أثر تعدد القصود في التفريق بين الرشوة والهبة:

الرشوة اصطلاحاً: هي ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحقق له ما يريد[1].

وعرفها المالكية بأنَّها: أخذ المال لإبطال حق أو تحقيق باطل[2]. وقريب منه تعريف الشافعية[3] والحنابلة[4].

وتعدد القصود في عقد الهبة هو فيصل التفرقة بينها وبين الرشوة.

يقول ابن نجيم: "الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما يعطيه بشرط أن يُعِينه، والهدية لا شرط معها"[5].

وفصل فقهاء الشافعية الفرق من وجهين –وكلاهما يدور على القصد–، **أحدهما** أن الرشوة هي التي يشرط على قابلها الحكم بغير الحق، أو الامتناع عن الحكم بحق، والهدية: هي العطية المطلقة. **والفرق الثاني**: أن المال إمَّا أن يبذل لغرض آجل فهو عندئذ قربة وصدقة، وإما أن يبذل لغرض عاجل، فهنا إن كان الغرض العاجل الحصول على مال، فهو هبة بشرط ثواب، أو لتوقع ثواب، وإن كان الغرض العاجل عملاً، فإن كان عملاً محرماً، أو واجباً متعيناً، فهو رشوة، وإن كان مباحاً فإجارة أو جعالة، وإما أن يبذل المال للتقرب والتودد إلى المبذول له، فإن كان بمجرد نفسه، فهدية، وإن كان

---

(١) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٨٥)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٠٢).

(٢) . انظر: حاشية الخرشي (٧/ ١٩٣)؛ الذخيرة للقرافي (١٠/ ٨٣).

(٣) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٢٧)؛ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري (٥/ ٢٢٧)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ١٨٤).

(٤) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٦/ ٣١٦)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٤٨٠).

(٥) . البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٨٥).

ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب، فهو هدية، وإن كان بالقضاء والعمل، فهو رشوة[1].

رابعاً: أثر تعدد القصود في حكم الرشوة أخذاً وإعطاءً:

إن لتعدد القصود أثراً واضحاً في حكم الرشوة إذ قد تحرم على الجانبين، وقد يحل إعطاؤها ويحرم أخذها وما ذلك إلا بسبب انضمام قصد معين إلى القصد المباشر لتلك العطيَّة، وهذا ما سيتَّضح من خلال عرض مذاهب الفقهاء في حكم أخذ الرشوة وإعطائها.

حيث ذكر الحنفيَّة[2] أنَّ من الرشوة ما هو محرَّم من الجانبين أي يحرم دفعها وأخذها، ومثال ذلك إذا تقلَّد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ. و إذا دفع الرشوة إلى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء بحق[3] أو بغير حق.

ومن الرشوة ما يحرم على الآخذ دون المعطي كما لو دفع الرشوة **خوفاً على نفسه أو ماله.** فقصد دفع الضرر عن النفس أو المال في هذه الحالة أباح إعطاء الرشوة لا أخذها.

ومن أمثلة ذلك ما ذكره ابن نجيم فقال: "ومنها إذا دفع الرشوة ليسوي أمره عند السلطان حلَّ له الدفع، ولا يحل للآخذ أن يأخذ"[4].

وقريب من هذا نص عليه المالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7] فذهبوا إلى جواز إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم وكان محقاً، فهي على هذا جائزة للدافع حرام على الآخذ.

---

(١) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٢٧)؛ إحياء علوم الدين للغزالي (٢/ ١٥٤)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٣/ ١٨٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ٢٩٧).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٨٥)؛ حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٠٢)؛ المبسوط للسرخسي (٦/ ٣٦٣).

(٣) . حيث ذهب الحنفية إلى أن دفع الرشوة للقاضي محرم، ولو كان القصد منها القضاء بحق؛ لأن القضاء واجب عليه شرعاً. انظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٠٢).

(٤) . البحر الرائق لابن نجيم (٦/ ٢٨٥).

(٥) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٦/ ٥٣٠)؛ حاشية الخرشي (٧/ ١٩٣)؛ مواهب الجليل للحطاب (٦/ ١٢١).

(٦) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٨/ ١٢٧)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٤/ ٢٦٥)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ١٣٦).

(٧) . انظر: المغني لابن قدامة (١١/ ٤٣٧)؛ الفروع لابن مفلح (٦/ ٣٩٣)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٥٠٠).

يقول الخرشي: "أخذ الرشوة أي أخذ المال لإبطال حق أو تحقيق باطل، وأما دفع المال لإبطال الظلم فهو جائز للدافع ، حرام على الآخذ"[1].

يقول ابن حجر الهيتمي: "متى بذل له مال ليحكم بغير حق، أو ليمتنع من حكم بحق فهو الرشوة المحرَّمة إجماعاً، ومثله ما لو امتنع من الحكم بالحق إلَّا بمال لكنَّه أقل إثما ...أما من علم أخذ ماله بباطل لولا الرشوة فلا ذم عليه"[2].

وهكذا نجد أن الفقهاء متفقون على أن من الرشوة ما يحرم من الطرفين ومنها ما يحرم أخذه دون إعطائه، على اختلاف بينهم في الأمثلة، والذي أراه راجحاً أن المعطي لو وجد سبيلاً للحصول على حقه، أو لدفع مظلمة عنه، بلا دفع مال فإنه يحرم عليه الدفع، أما إن لم يجد فإنه يحل له رفعاً للمشقة ومراعاة للحاجة التي يجب أن تقدَّر بقدرها.

أما الآخذ فإن كان الدفع إليه بغرض الحصول على حق متوجب عليه شرعاً، فيحرم عليه الأخذ، كحال موظف لا يقوم بواجبه المهني إلا بتقاضي مبلغ معين من كل شخص يأتيه.

هذا كله إن لم يكن الدفع بقصد ظلم شخص آخر بأي نوع من أنواع المظالم، وإلا فإنه يحرم الأخذ والإعطاء، وهذا بالإجماع كما هو واضح من كلام الفقهاء السالف ذكره.

والخلاصة: إن انضمَّ إلى القصد المباشر للهبة لأصحاب المناصب قصدٌ مناقض لقصد الشارع – يلزم منه ظلمٌ وجور...– **كيِّفت على أنها رشوة محرمة بالنسبة للطرفين**، وإن قصد المعطي الوصول إلى حقه الذي لم يستطع الحصول عليه بغير هذا السبيل حلَّ له الإعطاء وحرم على الآخذ الأخذ.

---

(١) . حاشية الخرشي (٧/ ١٩٣).

(٢) . تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (١٠/ ١٣٦).

المطلب الثالث: تعدد القصود الموافق لقصد الشارع (اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك):

أولاً: تعريف قصد التجارة وقصد التملك:

١- تعريف التجارة:

التجارة في اللغة: تَجَرَ يَتْجُرُ تَجْراً وتِجَارَةً باع وشرى وكذلك اتَّجَرَ وهو افْتَعَل، والتجارة هي تقليب المال بالبيع والشراء بقصد الربح[١].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للتجارة عند الفقهاء[٢] عن المعنى اللغوي.

فعرفها الفقهاء بأنها "تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح"[٣].

يقول النووي :"مال التجارة: كل ما قصد الاتجار فيه [أي الربح] عند اكتساب الملك بمعاوضة محضة"[٤].

فالمراد بقصد التجارة: اتجاه الإرادة إلى جعل المال محلاً للمعاوضات المالية من أجل الحصول على الربح.

٢- تعريف التملك:

التملك لغة: أصله من تملّك، والمَلْكُ والمُلْكُ والمِلْك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به مَلَكه يَمْلِكه مَلْكاً ومِلْكاً ومُلْكاً وتَمَلُّكاً، وأَمْلَكه الشيءَ ومَلَّكه إياه تَمْليكاً جعله مِلْكاً له يَمْلِكُه[٥].

أما الملك اصطلاحاً: فقد عرفه الكمال بن الهمام بقوله: "المِلك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف فخرج نحو الوكيل"[٦].

---

(١) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (تجر)؛ تاج العروس للزبيدي مادة (تجر).

(٢) . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٢/ ٢٢٥)؛ حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٩١)؛ التاج والإكليل للعبدري (٣/ ١١)؛ الشرح الكبير للدردير (١/ ٤٦١)؛ روضة الطالبين للنووي (٢/ ١٢٧)؛ الفروع لابن مفلح (٢/ ٣٧٩).

(٣) . أسنى المطالب لزكريا الأنصاري (١/ ٣٨١).

(٤) . روضة الطالبين للنووي (٢/ ١٢٧)؛ وانظر: مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٩٨).

(٥) . انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (ملك).

(٦) . فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٢٤٨).

وعرفه الشافعية بأنه "حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك"[1].

ويقول الجرجاني: "الملك في اصطلاح الفقهاء اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مُطلِقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه"[2].

ومن مجمل تلك التعريفات أصل إلى أهم الأمور المشتركة التي تميز حق التملك عند الفقهاء:

قدرة على التصرف بالشيء ثابتة ابتداءً، ومعنى ابتداءً أي بغير واسطة فقدرة الوكيل والوصي والقاضي على التصريف ثبتت بطرق الإنابة الشرعية المعروفة في كتب الفقه، وليس بشكل مباشر كما هو الحال في المالك الأصلي.

إن الملك يخول صاحبه التصرف بالشيء المملوك استقلالاً إلا لمانع كجنون وصغر وسفه.

إن الملك الثابت شرعاً للمالك يمنع غيره من التصرف بالمملوك له إلا بإذن منه.

ثانياً: موافقة اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك لقصد الشارع:

إن للعقود المختلفة التي شرعها الله عز وجل حكماً عظيمة جليلة، ومن أهمها مراعاة مصالح الناس برتبها المختلفة، وتختلف مقاصد الناس وأغراضهم من العقود التي يجرونها، ولا ضير في ذلك ما دامت تلك القصود ملتزمة بضوابط الشرعية، ويعد قصد الاتجار وتقليب المال بالبيع والشراء طلباً للربح من القصود المهمة التي تدفع الشخص لأن يتملك ما يريد من السلع.

والمستقرئ للفروع الفقهية يجد أنَّ من يتملك بقصد التجارة يختلف في بعض الأحكام عن الذي يتملك بقصد غير التجارة كالقصد الذي يسميه الفقهاء بالقُنية، فالقنية هي الحبس للانتفاع فهي تقابل التجارة[3].

---

(١) . الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٦)؛ وانظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (١٧٤).

(٢) . التعريفات للجرجاني (٢٩٥).

(٣) . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٢/ ٣٠٠)؛ الشرح الكبير للدردير (٩/ ٤٦٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٩٨)؛ الإنصاف للمرداوي (٣/ ١٥٥)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٢/ ٩٦).

والسؤال هنا: ما حكم قصد التجارة بالمال الذي يريد الشخص أن يتملكه بأحد أسباب التملك[1]؟

إن للمشرع مقاصد كلية في أبواب المعاملات المالية، وأهم تلك المقاصد هو ما يعبر عنه بالرواج، والرواج يعني دوران المال بين أكثر من يمكن من الناس بوجه حق، وهذا مقصد عظيم[2]، وأهم ما يدل على هذا المقصد مشروعية التجارة بضوابطها.

يقول ابن عاشور: "ومن معاني الرواج المقصود انتقال المال بأيد عديدة في الأمة على وجه لا حرج فيه على مكتسبه، وذلك بالتجارة وبأعواض العملة التي تدفع لهم من أموال لأصحاب المال"[3].

ولذا أجمع الفقهاء[4] على جواز نيَّة التجارة في كل ما يتملكه الشخص ما دام مالاً مباحاً وسلك في سبيل ذلك ضوابط المعاملات الشرعية، فاجتماع قصد التجارة مع قصد التملك بأسباب التملك المختلفة-بما فيها العقود المشروعة- يتفق مع قصد الشارع، بل هو قصد مرغب فيه إن انضم إليه قصد ثالث، وهو تقديم العون للناس والمساهمة في خدمة الأمة[5].

والأدلَّة على ذلك كثيرة، أذكر منها نصاً من القرآن وآخر من السنة.

---

(١) . لا بد من الإشارة إلى أن للتملك أسباباً متعددة أهمها (المعاوضات، والميراث، والهبات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والإحياء، والصدقات). انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٧).

(٢) . انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (١٧٥).

(٣) . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (١٧٦).

(٤) . ويُعلم هذا الإجماع بداهة بالنظر إلى كتب الفقهاء، ولا سيما في أبواب المعاملات المالية، وباب زكاة العروض التجارية، بالإضافة إلى ما ذكروه في مسألة أفضل الكسب (هل هي التجارة أم الزراعة أم الصناعة؟) يقول شيخي زاده نقلاً عن الخلاصة: "المذهب عند جمهور العلماء والفقهاء أن جميع أنواع الكسب في الإباحة على السواء هو الصحيح" مع أن جمهور الحنفية ذهبوا إلى أن أفضل أنواع الكسب الغنيمة في الجهاد ثم التجارة فالحراثة فالصناعة، وذهب الشافعية في المعتمد إلى أن أفضل المكاسب الغنيمة فالزراعة فالصناعة فالتجارة، وقيل التجارة هي الأفضل، ولكن هذا خلاف الراجح عندهم ففي حاشية البجيرمي:" والغنيمة أفضل المكاسب ثم بعدها الزراعة ثم بعدها الصناعة ثم بعدها التجارة"، أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الزراعة أفضل مكتسب ثم التجارة فالصناعة، وبعضهم قدم التجارة أولاً. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٤/ ١٨٤)؛ وانظر: البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ٢٨٣)؛ المجموع للنووي (٩/ ١٥٢)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٢/ ٤٠٤)؛ فتح المعين للمليباري الهندي (٢/ ٤٠٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٩/ ٣٨٩)؛ حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٢٧٧)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/ ٤٢٥)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٦/ ٣٤٠)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣).

(٥) . إذ سبقت الإشارة إلى أن المباح يصبح مندوباً بالنية الحسنة. انظر تفصيل ذلك ص ٧٢ من هذه الأطروحة.

أما في القرآن فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء:٢٩].

وأما من السنة فعن أبي سعيد ﷺ: عن النبي ﷺ قال: ((التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء))(١). فهذه النصوص دليل على إباحة قصد التجارة بأي عقد مباح، فالتاجر هو المشتغل بالتجارة على أي وجه كان(٢).

والخلاصة: إن اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك متفق مع مقاصد الشريعة، إلا أن لذلك الاجتماع أثراً في بعض النواحي التي دلت عليها النصوص الشرعية أو العرف بين الجاري، ولتمام الفائدة أعرض تلك الآثار مع الإشارة إلى مدى موافقتها لمقاصد الشريعة، وذلك في الفقرات الآتية.

ثالثاً: أثر اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك في تكييف العقد:

لو عدنا إلى أبواب العقود المالية المختلفة لما وجدنا لقصد التجارة أثراً في تكييف تلك العقود من حيث الوصف الحقيقي، فعقد البيع يبقى بيعاً سواء قصد العاقد الذي يريد التملك (المشتري) استهلاك السلعة لنفسه أو منحها لغيره أو قصد الاتجار بها.

فقصد التجارة لا يؤثر في الأثر النوعي لعقد البيع ولا يتعارض معه، ولذا يحتفظ ذلك العقد بتكييفه الأصلي، أي يبقى عقد بيع، وما سبق يقال في سائر العقود الناقلة للملكية.

ولكن لتوافر قصد التجارة أثر في تكييف العقد من ناحية أخرى معاصرة نصت عليها معظم القوانين، وهي إطلاق صفة العمل التجاري على العقد الذي توافر فيه قصد التجارة، وصفة العمل المدني على العقد الذي لم يتوافر فيه قصد التجارة(٣).

---

(١) . أخرجه الترمذي في البيوع/ باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، برقم (١٢٠٩). وقال عقبه: "هذا حديث حسن لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث الثوري عن أبي حمزة".

(٢) . انظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح لأبي الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (ت: ١٠١٤هـ)، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط١، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٢م (٥/ ١٩٠٩).

(٣) . حيث وجدت معايير متعددة من أجل التفريق بين العقد التجاري وبين العقد المدني، وأشهر تلك المعايير: معيار المضاربة، والمقصود بالمضاربة هنا ليس المضاربة بالمعنى الشرعي بل العمل المؤدي للربح، فإذا سعى العاقد من عقد لتحقيق الربح فعمله تجاري، وإلا فمدني، والمعيار الثاني: معيار التداول: فكل عمل أو عقد يهدف إلى تحريك الثروة هو عمل تجاري، وبالتالي لا يعتبر البيع والشراء عقداً تجارياً إلا إن تم بقصد التداول أو الوساطة أي بنية إعادة البيع أو التأجير...وأيًا ما كان المعيار فأن توافر=

فمن اشترى وقصد بشرائه أن يبيع ما اشتراه فيحصِّل ربحاً يختلف عن ذاك الذي قصد بشرائه استعمال المبيع لأغراضه الشخصية دون أن يتاجر بما اشتراه، وكذلك من باع قطعة أثاث سبق شراؤها لإعادة بيعها فهو يقوم بعمل تجاري بخلاف من باعها لحاجته للمال فهو يقوم بعمل مدني[1].

فالعقد قد يكون تجارياً بالنسبة لشخص، وقد يكون ذاته مدنياً بالنسبة لشخص آخر، وللقصد دور مهم في إضفاء صفة التجارة على العقد.

وإن التفريق بين العمل التجاري وغيره لم يرد بشأنه نص صريح خاص في الفقه الإسلامي، -وإن كان الفقهاء يميزون بين عقود التجارة وغيرها ولاسيما في باب الزكاة[2]-، ولكنه يدخل في باب السياسة الشرعية ومراعاة المصلحة؛ ويتفق مع مقاصد الشريعة، إذ إن المصلحة تقتضي التمييز بين العمل التجاري وغير التجاري (أي المدني على حد التعبير القانوني)، ولذلك فلا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يمنع من ذلك التفريق، بل قد يكون مطلوباً إذا اقتضى الأمر ذلك.

أما القوانين الوضعية فقد فرقت بين العمل التجاري والمدني وبنت على التفريق بينهما نتائج متعددة أقرَّ الفقه الإسلامي بعضها مما لا يخالف قصد الشارع.

ومن الأدلة التي تشير إلى أن التفريق بين العقد الذي قصد به التجارة والعقد الذي قصد به شيء غير التجارة مما يتفق مع مقاصد الشريعة قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ [البقرة:٢٨٢]. بعد أن قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة:٢٨٢].

فتشير الآية إلى أن قصد التجارة معتد به شرعاً ويتميز عن غيره، وهذا ما جرت عليه القوانين الحديثة، إذ بيَّنت أن من الصفات المختصة بالعمل التجاري صفة السرعة؛ ولذا يجب التخفيف من

=قصد الربح شرط أساسي في أي عمل تجاري. انظر: الحقوق التجارية -الأعمال التجارية والتجار والمتجر- د.جاك يوسف الحكيم، منشورات جامعة دمشق-دمشق، ٢٠١٢م (٧٨، ٨٣).

(١) . انظر: الحقوق التجارية -الأعمال التجارية والتجار والمتجر- د.جاك يوسف الحكيم (٧٨).

(٢) . إن ابن نجيم قد سمى العقد الذي يقصد به التجارة بالمعقود عليه (عقد التجارة) تمييزاً له عن غيره لاختلاف أحكام كل منهما، حيث يقول في كتاب الزكاة: "نية التجارة والإسامة لا تعتبر ما لم تتصل بفعل التجارة والإسامة ثم نية التجارة قد تكون صريحاً، وقد تكون دلالة فالصريح أن ينوي عند **عقد التجارة أن يكون المملوك به للتجارة سواء كان ذلك العقد شراء أو إجارة وسواء كان ذلك الثمن من النقود أو من العروض فلو نوى أن يكون للبذلة لا يكون للتجارة**". البحر الرائق لابن نجيم (٢/ ٢٢٥).

شروط الإثبات، فإذا كانت القاعدة العامة في الأعمال غير التجارية وجوب الإثبات في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسمئة ليرة سورية، فإن العقد التجاري يجوز إثباته مهما كانت قيمته بشتى وسائل الإثبات، كالشهادة مثلاً[1]، إلا بعض العقود كعقد الشركة فهو مستثنى من هذه قاعدة حرية الإثبات ويجب إثباته بالكتابة لأهميته[2].

رابعاً: أثر اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك بالنسبة للغير:

إن لقصد التجارة أثراً تفرَّد به التشريع الإلهي عن غيره فيما يتصل بحقوق الغير؛ إذ أثبت المشرِّع الحكيم الحق في ذمة المتملك للسلع بقصد التجارة بدفع الزكاة لمصارفها الشرعية، ومصارف الزكاة يعدون من الغير في العلاقة التعاقدية التي نشأ بسببها المال الواجب فيه الزكاة، وأذكر هنا خلاصة عن تعدد القصود التي يشترط توافرها لوجوب الزكاة في ذمة المتملك لصالح الفقراء –وغيرهم من الجهات المحددة فقهاً–، فأقول:

يبدو بشكل واضح اشتراط توافر قصود معينة لوجوب الزكاة، ومن ذلك (شرط انضمام قصد التجارة مع قصد تملك النصاب لوجوب الزكاة في العروض التجارية[3]):

١- **قصد تملك المال**: يعني أن يتم دخول المال في ملكية المكلف بقصده وفعله، وهذا القصد مطلوب عند جمهور الفقهاء، وأغلبهم يشترطون دخول المال في ملك المكلف **بعقد معاوضة**، وتفصيل ذلك كالآتي:

---

(١) . هناك تعديل لهذه المادة بالنسبة للمبلغ، لكنَّه ما زال مشروعَ قانونٍ ولم يصدر بعد. إذ نص مشروع قانون البينات الذي أقره مجلس الشعب عام ٢٠١٤م في الفقرة الأولى من المادة (٥٤): (إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على خمسين ألف ليرة سورية أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات الالتزام أو البراءة منه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. أما في الالتزامات التجارية إطلاقاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على خمسين ألف ليرة سورية فيجوز الإثبات بالشهادة).

(٢) . انظر: الحقوق التجارية –الأعمال التجارية والتجار والمتجر– د.جاك يوسف الحكيم (١٣).

(٣) . العُروض، مفردها عَرض، بفتح الراء حطام الدنيا، وليس هذا المراد، بل المراد العَرْض بسكون الراء، وهو كل ما ليس بنقد من الأموال. انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٢/ ٢٤٥).

- ذهب محمد من الحنفية –وهو القول الراجح عندهم كما نصَّ على ذلك ابن عابدين والكاساني–[1] والمالكية[2] وهو قول عند الشافعية يقابل الأصح[3]، إلى أن مال العروض لا تجب فيه الزكاة إلا بشرط دخوله في ملك المكلف بمعاوضة مال بمال (كالبيع)، وهو ما يسميه الحنفية –عمل التجارة– وبالتالي: لو دخلت العروض في ملكية شخص بطريق (المهر أو بدل الخلع أو الصلح عن دم العمد) فلا زكاة فيها عند هذا الفريق، ولو دخلت بغير فعله كمن ورث شيئاً عن غيره فإنه لا تجب عليه الزكاة كذلك.

–وذهب أبو يوسف[4] من الحنفية وهو مذهب الحنابلة[5] إلى أنَّ مال العروض لا تجب فيه الزكاة إلا إن دخل في ملك المكلف بفعله، سواء كان دخوله بمعاوضة (كعقد بيع)، أو بغير معاوضة (كمن قصد تملك ما وهب له بقبوله الهبة، أو قصد التملك بفعل الاحتطاب).

- وذهب الشافعيَّة في الأصح[6] إلى أنَّ العروض لا تجب فيها الزكاة ولا تكون للتجارة إلا إن دخلت في ملكية المكلف بعقد معاوضة مالي محض (كالبيع) أو غير محض (كبدل الخلع والمهر) فلا تجب الزكاة في العروض التي دخلت في ملكية المكلف بطريق الاحتطاب أو الهبة –إلا إن كانت هبة بثواب فهي في معنى المعاوضة–.

يقول الدمياطي: "لزكاة التجارة شروطاً....أحدهما: أن يكون ملك ذلك المال بمعاوضة ولو غير محضة، وذلك لأن المعاوضة قسمان: محضة، وهي ما تفسد بفساد مقابلها، كالبيع والشراء، وغير محضة، وهي ما لا تفسد بفساد مقابلها كالنكاح.

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٦٩)؛ المبسوط للسرخسي (٢/ ١٩٨)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ١٢).

(٢) . انظر: الشرح الكبير للدردير (١/ ٤٧٢)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٤٧٢).

(٣) . مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٩٨).

(٤) . انظر: المبسوط للسرخسي (٢/ ١٩٨)؛ بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ١٢)؛ شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٢/ ١٦٩).

(٥) . انظر: المغني لابن قدامة (٢/ ٦٢٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٢/ ٢٤٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٣/ ١٥٣).

(٦) . انظر: روضة الطالبين للنووي (٢/ ١٢٧)؛ مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٩٨)؛ إعانة الطالبين للدمياطي (٢/ ١٧٣).

ثانيها: أن تقترن نية التجارة بحال المعاوضة في صلب العقد أو في مجلسه، وذلك لأن المملوك بالمعاوضة قد يُقصد به التجارة، وقد يقصد به غيرها، فلا بد من نية مميزة، إن لم يجددها في كل تصرف بعد الشراء بجميع رأس المال"[1].

- والمذهب الأخير ويمثله رواية عن الإمام أحمد[2] -وهي رواية غير معتمدة وتقابل الصحيح- مفادها: أن الزكاة تجب في العرض بمجرد نية التجارة -متى بلغ نصاباً- ولو لم يكن دخوله في ملك المكلف بفعله، فعلى هذا لو ورث رجل عرضاً يبلغ النصاب، ونوى به التجارة وجبت فيه الزكاة[3].

وخلاصة الكلام: إنَّ جمهور الفقهاء -باستثناء رواية مرجوحة عند الحنابلة- متفقون على أن المال لا يعد عرضاً للتجارة، وبالتالي لا تجب فيه زكاة العروض التجارية إلا إن ملكه المكلف بفعله، وفعل المكلف لا بد أن يكون مقصوداً (سواء كان ذلك الفعل عقد معاوضة مالي بحت، أو عقد معاوضة أياً كان، أو قبول التبرع من المتبرع، أو فعل الاحتطاب بشرطه وهو قصد التملك لنفسه...)، وذلك حسب الاختلاف السابق.

٢- قصد التجارة: لا يكفي وجود قصد التملك على التفصيل السابق لوجوب الزكاة، بل لابد من انضمام قصد آخر، وهو قصد التجارة إلى قصد التملك الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة، وذلك بالاتفاق[4].

---

(١) . إعانة الطالبين للدمياطي (٢/ ١٧٣).

(٢) . انظر: المغني لابن قدامة (٢/ ٦٢٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٢/ ٢٤٠)؛ الإنصاف للمرداوي (٣/ ١٥٣).

(٣) . دليل هذه الرواية قول سَمُرة ﷺ: ((أمرَنا رسولُ الله ﷺ أن نُخرِج الصدقةَ مما نَعُدُّ للبيع)). أخرجه أبو داود في الزكاة/ باب العروض إذا كانت للتجارة هل فيها زكاة؟ رقم (١٥٦٢). ولفظه: ((كان يأمرنا أن نخرج الصدقة من الذي نُعدُّ للبيع)). يقول ابن حجر: "وفيه ضعف". الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني (٢٥٩).

(٤) . انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (٢/ ٢١٨)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٢/ ٢١٨)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٤٧٢)؛ الشرح الكبير للدردير (١/ ٤٧٢)؛ حاشية الخرشي (٢/ ١٩٥)؛ مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٩٨)؛ المغني لابن قدامة (٢/ ٦٢٣).

ولا بد من اقتران نية التجارة بنية التملك حتى تجب الزكاة، وهذا واضح من عبارات الفقهاء[1].

يقول ابن عابدين: "الشرط في التجارة مقارنتها لعقدها، وهو كسب المال بالمال بعقد شراء أو إجارة أو استقراض"[2].

وأشار المالكية إلى ذلك بقولهم"(بنية تجر) أي ملك مع نية تجر"[3].

ويقول الشربيني: "وإنما يصير العرض للتجارة إذا اقترنت نيتها بكسبه بمعاوضة كشراء ، وكذا المهر وعوض الخلع في الأصح"[4].

ويقول ابن قدامة: " و[الشرط] الثاني أن ينوي عند تملكه أنه للتجارة، فإن لم ينو عند تملكه أنه للتجارة لم يصر للتجارة، وإن نواه بعد ذلك، وإن ملكه بإرث وقصد أنه للتجارة لم يصر للتجارة؛ لأن الأصل القُنية، والتجارة عارض؛ فلم يصر إليها بمجرد النية"[5].

والخلاصة: إنَّ انضمام قصد التجارة إلى قصد التملك يودي إلى نشوء حق في ذمة المكلف لصالح غير العاقدين، وهذا الحق هو الزكاة، مع الأخذ بالحسبان توافر الشروط الأخرى لوجوبها.

المطلب الرابع: تعدد القصود المختلَف في موافقته لقصد الشارع:

أولاً: اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد الإجارة في الحال:

---

(١) . أشير هنا إلى أن الكاساني نسب إلى المالكية ما يفيد أنهم لا يشترطون نية التجارة لوجوب زكاة المتاع، فقال ما نصه: "وقال مالك: هذا ليس بشرط لوجوب الزكاة، وتجب الزكاة في كل مال سواء كان ناميا فاضلا عن الحاجة الأصلية أو لا كثياب البذلة والمهنة، والعلوفة، والحمولة، والعمولة من المواشي، وعبيد الخدمة والمسكن، والمراكب، وكسوة الأهل وطعامهم، وما يتجمل به من آنية أو لؤلؤ أو فرش ومتاع لم ينو به التجارة، ونحو ذلك". ولكن الذي بدا لي بعد الرجوع إلى كتبهم أن الخلاف ليس في نية التجارة إنما في نية الإسامة بالنسبة للمواشي، فالمالكية يوجبون الزكاة في الأنعام ولو كانت معلوفة، أما المتاع فيشترطون فيه نية التجارة، وهذا واضح من نصوصهم، ومنها:" ومن شروط الزكاة أن يكون نوى التجارة بهذا العرض الذي عاوض عليه، أي أن يكون ملكه بهذه النية، احترز بذلك مما إذا لم ينو شيئاً، أو نوى به القنية". بدائع الصنائع للكاساني (٢/ ١١)؛ حاشية الخرشي (٢/ ١٩٥).

(٢) . حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٩٦).

(٣) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٤٧٢)؛ الشرح الكبير للدردير (١/ ٤٧٢).

(٤) . مغني المحتاج للشربيني (١/ ٣٩٨).

(٥) . المغني لابن قدامة (٢/ ٦٢٣).

يتجلَّى اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد الإجارة في الحال في معاملة تسمَّى الإجارة المنتهية بالتمليك، وهذه المعاملة لها صورٌ كثيرة أعرض منها الصورة المعمول بها في المصارف الإسلامية مبيِّناً موطن تعدد القصود فيها، وأثره في مشروعيتها وتكييفها والآثار الناتجة عنها، مع تجنُّب الدخول في تفاصيل لا تتصل بتعدد القصود ما أمكن ذلك.

١- صورة الإجارة المنتهية بالتمليك وموطن تعدد القصود فيها:

الإجارة المنتهية بالتمليك هي: بذل منفعة بعض الأعيان كالدور، مدةً معيَّنة من الزمن، بمبلغ معلوم (يزيد عادة عن أجرة المثل)، يدفعه المستأجر أقساطاً، على أن يُملِّك المؤجِرُ العينَ المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة بعد سداد جميع الأقساط، وذلك بعقد جديد مستقل، وهو إما هبة، وإما بيع بثمن حقيقي أو رمزي[١].

جاء في المعايير الشرعية: "للإجارة صورة يُعمل بها في المؤسسات الماليَّة الإسلامية تسمَّى الإجارة المنتهية بالتمليك، وهي إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق المبينة في المعيار"[٢].

فتعدد القصود في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يتمثل في اجتماع قصدين في تلك المنظومة التعاقدية:

القصد الأول: هو قصد الانتفاع بالعين عن طريق استئجارها في الحال.

القصد الثاني: قصد التملك في المآل ويتحقق ذلك من خلال تمليك العين للمستأجر بإحدى الطرق التي نصَّ عليها المعاصرون، وقد وردت في المعايير الشرعيَّة[٣].

---

(١) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (٣٩٤)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير (٣٢٧).

(٢) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٢٧).

(٣) . نصّت المعايير الشرعية على أنه: " ٨/ ١ يجب في الإجارة المنتهية بالتمليك، تحديد طريقة تمليك العين للمستأجر بوثيقة مستقلة عن عقد الإجارة، ويكون بإحدى الطرق الآتية : (أ)وعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو بتعجيل أجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق. (ب) وعد بالهبة. (ج) عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط. وفي حالات إصدار وعد بالهبة أو وعد بالبيع أو عقد هبة معلق بمستندات مستقلة لا يجوز أن يذكر أنها جزء لا يتجزأ من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك". المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١١٧).

ويعدُّ تعدُّد القصود في الإجارة المنتهية بالتمليك الفيصل في التفريق بينها وبين الإجارة الفقهية المعروفة عند الفقهاء جميعاً.

إذ في الإجارة العادية (الفقهيَّة أو التشغيليَّة) يقصِد المستأجر تملُّك المنفعة مدة معلومة من الزمن ترجع العين بانتهائها إلى المؤجر صاحب العين[1].

ولكن في الإجارة المنتهية بالتمليك يوجد لدى المستأجر قصد زائد على قصد الإجارة العادية، وهذا القصد الزائد هو تملُّك العين في نهاية مدة الإجارة[2].

٢- أثر تعدد القصود في مشروعية الإجارة المنتهيَّة بالتمليك:

إنَّ لتعدد القصود في الإجارة المنتهية بالتمليك أثراً في مشروعيتها عند العلماء المعاصرين؛ إذ اختلفوا في حكم ذلك العقد بين محرّم ومبيح، وما اختلافهم إلَّا لأنَّ هذه المعاملة تجمع بين قصد الإجارة في الحال وقصد التملك في المآل في منظومة تعاقدية واحدة، وأعرض اختلافهم بإيجاز للوصول إلى الرَّاجح في أثر تعدد القصود في مشروعيَّة الإجارة المنتهية بالتمليك.

الرأي الأول: القائلون بالجواز، وهو ما نصت عليه المعايير الشرعية للمؤسسات المالية، وهو قول كثير من المعاصرين[3].

فتعدد القصود في الإجارة المنتهية بالتمليك -في الصورة السابقة المعمول بها في المصارف- لا يؤثر في مشروعيتها عند هذا الفريق، ودليلهم أنَّ هذا النوع من الإجارة لا يخرج عن كونه عقد إجارةٍ تترتب عليه كل أحكام الإجارة الفقهية، إلا أنَّه اقترن بها وعد بالتمليك في نهاية المدة، وهذا الوعد لا

---

(١) . ولذا عرَّف الفقهاء الإجارة بأنها: تمليك منفعة مباحة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة. انظر: البناية للعيني (١٠/ ٢٢١)؛ مواهب الجليل للحطاب (٥/ ٣٨٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ١٢١)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥٤٦).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٢٧)؛ الخدمات المصرفية د. علاء الدين زعتري (١٢٢).

(٣) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١١٧)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. وهبة الزحيلي (٣٩٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د.محمد رواس قلعه جي (٨٩)؛ المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٣٠).

إشكال فيه شرعاً؛ لأنَّه ملزم لجانب واحد فحسب[1]، وهو واجب الوفاء استناداً إلى المشهور من مذهب المالكية[2]، وبناء عليه فالعقد جائز، ولا يلزم من تعدد القصود فيه مناقضة لمقصد الشارع.

القول الثاني: عدم الجواز، وهو قول الدكتور أحمد الحجي الكردي[3]، ورأي مجلس كبار العلماء في السعودية[4].

يقول الدكتور أحمد الحجي الكردي: "...وأنا ممن يفتي بعدم جوازه، لأنَّه يمثل عقدين في عقد، وهو منهيٌّ عنه من النَّبي ﷺ...((نهى رسولُ الله ﷺ عن صفقتين في صفقةٍ واحدةٍ))[5].. والله تعالى أعلم"[6].

فتعدد القصود في الإجارة المنتهية بالتمليك عند هذا الفريق مناقض لقصد الشارع؛ إذ يلزم من انضمام قصد التملك في المآل إلى قصد الاستئجار في الحال حصول محظور، وهو اجتماع عقدين في عقد واحد.

إلا أنّه يجاب عن ذلك بأنه ليس في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك جمعٌ محظورٌ بين عقدي البيع والإجارة؛ إذ تبيّن في الباب الأوَّل[7] أن الجمع بين العقود في عقد واحد غير جائز عند الفقهاء إن لزم من

---

(١) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٢٢).

(٢) . المشهور من مذهب المالكية أن الوعد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. انظر: الذخيرة في فقه المالكية للقرافي (٥/ ٣٦٦)؛ الفروق للقرافي (٧/ ٢٠٢)؛ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد بن أحمد عليش، دار المعرفة- بيروت، د.ط (١/ ٢٥٤).

(٣) . انظر: بحوث وفتاوى فقهية معاصرة د. أحمد الحجي الكردي، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ط٢، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م (٢/ ٢٦٨). والدكتور أحمد الحجي الكردي من محافظة حلب، خبير في الموسوعة الفقهية الكويتية، وأستاذ في كلية الشريعة بجامعة دمشق، شغل وظائف كثيرة منها: مدير أوقاف الباب، ورئيس قسم علوم القرآن والسنة بجامعة دمشق، ومن كتبه: (أحكام المرأة في الفقه الإسلامي)، و(المدخل الفقهي). كما جاء في السيرة الذاتية له آخر كتابه(بحوث وفتاوى فقهية معاصرة).

(٤) . انظر: قرار هيئة كبار العلماء رقم (١٩٨) بتاريخ ٦/ ١١/ ١٤٢٠هـ؛ الحاجة وأثرها في الأحكام د. أحمد الرشيد(٢/ ٧١١).

(٥) . أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند عبدالله بن مسعود برقم (٣٧٨٣)، (١/ ٣٩٨). وهو حديث موقوف ورجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لابن حجر الهيتمي (٤/ ٨٤).

(٦) . بحوث وفتاوى فقهية معاصرة د. أحمد الحجي الكردي (٢/ ٢٦٨).

(٧) . انظر ص ١٥٢ وما بعدها من هذه الأطروحة.

ذلك الجمع محظور شرعي كأن تتناقض أحكام العقدين حقيقة[1]، وهو أن يَرِد العقدان المختلفان في الأحكام على المحلِّ ذاته في الوقت ذاته، كما لو قال: أجرتك داري وبعتكها بكذا، أمَّا الحالة التي نحن بصددها فليست من هذا القبيل؛ إذ تتحقق قصود المستأجر في الإجارة المنتهية بالتمليك من خلال عقدين متميزين عن بعضهما لا تناقض فيها، وإن اختلفت أحكامهما:

العقد الأول: عقد الإجارة سواء أكانت الأجرة أجرة مثل أم أعلى منها، وللعاقدين إبرام العقد بأي عوض بالتراضي، وأثر هذا العقد مقتصر على تملك المستأجر للمنفعة، ويطبق على هذا العقد أحكام الإجارة العادية.

العقد الثاني: عقد البيع أو الهبة في نهاية مدة الإجارة عملاً بالوعد السابق المستقل عن عقد الإجارة، وأثر هذا العقد انتقال الملكية للمستأجر، (والذي أصبح هنا مشترياً أو موهوباً)[2].

وتأكيداً لذلك فقد نصت المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية على وجوب استقلال وثيقة الوعد وطريقة التمليك عن عقد الإجارة؛ لتحقيق عدم الربط بين التصرفات[3].

٣- أثر تعدد القصود في تكييف الإجارة المنتهية بالتمليك:

لقد كُيّـفت الإجارة المنتهية بالتمليك تكييفات عدة تبعاً لتعدد القصود فيها، أي بسبب اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد الاستئجار في الحال، وأذكر هنا أهمَّ تلك التكييفات معقباً عليها.

- فقد كيَّفت المعايير الشرعيَّة صورة الإجارة المنتهية بالتمليك المعمول بها في المصارف الإسلاميَّة على أنَّها لا تخرج عن كونها إجارة تثبت لها كل أحكام الإجارة في المدة التي تسبق تملك العين من قبل المستأجر[4].

---

(١) . انظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ٢٥٢)؛ لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة (٣٧٥)؛ البيان للعمراني (٥/ ١٤٨)؛ المغني لابن قدامة (٤/ ٣١٤)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ١٧٩).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة د. وهبة الزحيلي(٣٩٧)؛ الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر في المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامية، محمد عبد العزيز حسن زيد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م (٥٣).

(٣) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٢٦).

(٤) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٢٦).

وبناء عليه فإنَّ وجود قصد التملُّك في نهاية المدة لا يؤثر في تكييف العقد، غاية ما في الأمر أنَّ هناك وعداً ملزماً لطرف واحد بتمليك العين في نهاية المدة بإحدى الطرق التي أشرت لها.

- وقد كُيِّفت الإجارة المنتهية بالتمليك في القوانين الوضعية على أنَّها **بيع تقسيط بشرط عدم نقل الملكية إلى حين سداد الثمن كاملاً**، لأنَّ الأجرة التي يدفعها المستأجر تعتبر بمثابة قسط من الثمن[1]. إلا أنَّ هذا التكييف لا يمكن القول به لا من حيث الواقع، ولا من حيث الحكم الفقهي.

أما من حيث الواقع: فإنَّ قصود الطرفين في الصورة التي نحن بصددها لا تتجه إلى إبرام بيع معلَّق بدايةً بل إلى عقد إجارة تُقصد أحكامُه ويصرِّح به المتعاقدان، وهذا واضح من خلال إلزام المعايير الشرعية إجراء أحكام الإجارة -لا البيع- خلال مدة الإجارة، وهو المتعامل به في المصارف الإسلامية[2].

ثمَّ إنَّ تكييف الأجرة التي يدفعها المستأجر على أنها بمثابة قسط من الثمن يجعل العقد محظوراً؛ لأنَّه يجمع بين أحكام البيع والإجارة على شكل متناقض؛ إذ لا يمكن عدُّ المبلغ أجرة وثمناً بالوقت ذاته، وقد مرَّ أنَّ الجمع بين العقود لا يجوز إن تناقضت أحكامها حقيقة، وذلك بورودها على محلٍّ واحدٍ بوقت واحد وقد سبق بيان حكم ذلك عند الفقهاء[3].

أما من حيث الحكم الفقهي: فإنَّ اشتراط عدم نقل الملكيَّة إلى حين سداد الثمن مختلف فيه بين الفقهاء، حيث ذهب الحنفيَّة والشافعيَّة[4] إلى عدم جوازه؛ لأنَّه ينافي مقتضى العقد.

وذهب المالكية[5] إلى جواز منع المشتري من التصرف بالمبيع حتى يقبض البائع الثمن؛ لأنَّ هذا الشرط بمنزلة الرهن.

قال العبدري: " وقال مالك: لا بأس أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب حتى يقبض الثمن"[6].

---

(١) . انظر: الوسيط شرح القانون المدني للسنهوري (٤/ ١٧٧)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (٣٩٣)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير (٣٢٩).

(٢) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٢٢).

(٣) . انظر ص ١٥٨ من هذه الأطروحة.

(٤) . انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٩/ ١٦١)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٥/ ١٣٥).

(٥) . انظر: التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٢٩٤)؛ مواهب الجليل للحطاب (١٣/ ٦٤).

(٦) . التاج والإكليل للعبدري (٧/ ٢٩٤).

وقريب من مذهب المالكية مذهب الحنابلة[1] حيث أجازوا تعليق البيع على شرط سداد الثمن، وجعلوا ذلك من مصلحة العقد.

يقول ابن قدامة في الشروط الصحيحة: "[ما كان] من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلّم إليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر"[2].

ولذلك أرى أنَّ المعايير الشرعية قد تلافت المحظورات الشرعية من خلال النص على وجوب تحديد طريقة تمليك العين بوثيقة مستقلة إضافة إلى الفصل بين عقد الإجارة وعقد التمليك نهاية المدة.

إلا أنَّني أرى أنَّ الإجارة المنتهية بالتمليك –مع انطباق أحكام الإجارة الفقهيَّة عليها في المرحلة السابقة للتمليك– تخرج عن دائرة العقود المسماة من حيث تكييفُها؛ إذ هي منظومة تعاقدية متكاملة الأجزاء، فلا يمكن تكييفها على أنها إجارة فقهية، ولا يمكن تكييفها على أنها بيعٌ...

بل هي عقدٌ غير مسمّىً جمع بين أثرين نوعيين لعقدين مسميين هما أثر الإجارة العادية المعروفة – تملك المنفعة بمقابل مدة معينة– والأثر الثاني هو أثر البيع أو الهبة –تملك العين بعوض أو بغيره في نهاية المدة حسب الاتفاق– وقد سبق أنَّ العقد غير المسمَّى قد ينشأ من خلال اجتماع أثرين نوعيين أو قصدين مباشرين لعقدين مسميين في عقد واحد، وتبيّن أن الراجح جواز إنشاء العقد غير المسمّى ما دام ملتزماً بالضوابط الشرعيَّة في البعد عن الربا والغرر ومناقضة قصد الشارع، وهي المبادئ التي هدفت المعايير الشرعية إلى تحقيقها من خلال الضوابط التي وضعتها لهذا العقد في المعيار رقم ٩.

٤– أثر تعدد القصود في الآثار الناجمة عن الإجارة المنتهية بالتمليك:

كما أنَّ لتعدد القصود أثراً في تكييف الإجارة المنتهية بالتمليك فكذلك له أثر في التزامات العاقدين:

فاستناداً إلى قصد مقتضى عقد الإجارة في المدة المحددة: يلتزم كلُ طرف بشكل كامل بأحكام عقد الإجارة التي فصَّلها الفقهاء[3]، ومن تلك الالتزامات التزام المؤجر بتسليم العين إلى المستأجر

(١) . انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٨)؛ المبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤/ ٥٠).

(٢) . المغني لابن قدامة (٤/ ٣٠٨).

(٣) . انظر بيان تلك الأحكام من: البناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ٢٤٨)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٤٤)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٦/ ١٦٣)؛ كشاف القناع للبهوتي (٤/ ٥).

ليتمكن من الانتفاع، وتحديد مدته، والتزام المستأجر بدفع الأجرة المعلومة شهرياً أو حسب الاتفاق....إلى غير ذلك من أحكام ممَّا لا يدخل تفصيلها في صلب الموضوع[1].

واستناداً إلى قصد تملُّك العين وتمليكها في نهاية المدة: يلتزم الواعد وفقاً للوعد الذي صدر منه بتمليك العين حسب الطريقة المتفق عليها في وثيقة الوعد[2]، ويجب أن يكون التمليك بعقد مستقلٍ عن وثيقة الوعد.

جاء في المعايير الشرعية:

"- الوعد بالتمليك... ملزم لمن صدر منه، ويجب أن يقتصر الوعد الملزم على طرف واحد، أمَّا الطرف الآخر فيكون مخيَّراً؛ تجنُّباً للمواعدة الملزمة للطرفين الممنوعة؛ لأنها حينئذ في حكم العقد.

- في جميع حالات التمليك عن طريق الوعد بالهبة أو بالبيع، لا بد من إبرام عقد التمليك بصيغة جديدة عند تنفيذ الوعد، ولا تنتقل ملكيَّة العين تلقائياً بمجرد وثيقة الوعد الأولى"[3].

وهكذا يتبيَّن أنَّ لتعدد القصود أثراً في مشروعية عقد الإجارة المنتهية بالتمليك إذ اُختلِف في حكمها، وله أثرٌ في تكييف العقد إذ كيِّفت بتكييفات عديدة بناء على اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد الإجارة في الحال، والراجح أنها عقد غير مسمّى تنطبق عليه أحكام الإجارة في المدة السابقة للتمليك وأحكام البيع أو الهبة –حسب الاتفاق- في نهاية مدة الإجارة، ولتعدد القصود كذلك أثرٌ في الالتزامات الناشئة بين الطرفين على الوجه الذي تبيّن.

ثانياً: اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد المشاركة في الحال:

---

(١) . وقد قامت المعايير الشرعية بتفصيل تلك الالتزامات بشكل واضح. انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١١٣ وما بعدها).

(٢) . سبق بيان أن الوعد ملزم عند المالكية -في المشهور- قضاء إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. انظر الحاشية رقم (٢) ص(٤٢٤) من هذه الأطروحة.

(٣) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١١٧).

لقد ظهرت ضمن الحياة الاقتصادية المعاصرة الكثير من الصور التي لم تكن معهودة من ذي قبل، وذلك تماشياً مع متطلبات واحتياجات الناس المتزايدة، ومن تلك المعاملات المستحدثة ما يُسمَّى بالمشاركة المنتهية بالتمليك، وتسمى كذلك المشاركة المتناقصة[1].

١- صورة المشاركة المنتهية بالتمليك وموطن تعدد القصود فيها:

صورة المشاركة المنتهية بالتمليك هي: أن يتمَّ الاتفاق بين طرفين (كالمصرف والعميل) على أن يقوم المصرف بتمويل جزء من تكاليف مشروع العميل مقابل حصوله على حصة معينة من صافي الأرباح، فيصبح المصرف شريكاً في المشروع، ويكون للعميل الحق في سداد ثمن حصة المصرف تدريجياً، بصفة دورية على أقساط، سواء من العائد الذي يحصل عليه أو من أي مورد آخر له، في فترات يتفق عليها الطرفان[2]، ويمكن أن يتم التمليك دفعة واحدة[3].

وقد عرفتها المعايير الشرعية بأنها: "عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجياً إلى أن يتملك المشتري المشروع بكامله"[4].

---

(١) . وقد ذكر الدكتور عثمان شبير أن المشاركة المنتهية بالتمليك طبقت لأول مرة في مصر عندما قام فرع المعاملات الإسلامية في أحد المصارف التجارية بمشاركة أحدى شركات السياحة في امتلاك أسطول نقل بري سياحي بين القاهرة وأسوان، حيث انتهت الشركة بامتلاك شركة السياحة للأسطول، ولكنه لم يذكر التاريخ ولا اسم المصرف على وجه الدقة، ولذا يرى نور الدين عبد الكريم الكواملة أنه من الناحية العملية يعتبر البنك الإسلامي الأردني من أوائل من طبق المشاركة المنتهية بالتمليك عام ١٩٧٨م. انظر: المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٣٩)؛ المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في علوم الوحي والتراث، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية- الجامعة الماليزية، ٢٠٠٦م (١٨).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٤).

(٣) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٣٩)؛ وانظر: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي لأميرة عبد اللطيف مشهور، مكتبة مدبولي- القاهرة، ط ١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م (٢٨٧)؛ المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة (٢٠).

(٤) . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٧١).

فيتبين من ذلك أنَّه كلما دفع الشريك –الذي هو العميل– قسطاً من قيمة المشروع للشريك الآخر –الذي هو المصرف– نقص نصيب المصرف في المشروع وربحه، وزاد نصيب العميل حتى تنتهي المشاركة باسترداد المصرف لكامل مساهمته مع نصيبه من الأرباح[1].

ويمكن القول بأنَّ الذي يميز المشاركة المنتهية بالتمليك عن المشاركة الفقهية –أي التي تكلَّم عنها الفقهاء– أنَّ القصد من الشركة المنتهية بالتمليك ابتداء هو أن يتملك الشريك حصة شريكه بعد فترة من الزمن، في حين أن القصد في الشركة الفقهية أو العادية هي الاستمرار في الشركة حتى نهايتها أو تصفيتها ولا يوجد قصد بتملك حصة الشريك الآخر[2].

إذن فتعدد القصود في الشركة المنتهية بالتمليك واضح؛ إذ فيها قصدان:

القصد الأول: قصد المشاركة وما يتفرع عنها من ربح وخسارة، وذلك بمقتضى عقد الشركة بين الأطراف.

القصد الثاني: قصد التملك للمال المشترك بعد فترة، وذلك بطرق محددة[3].

يقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي–رحمه الله تعالى–: "ويكون الفرق بين هذين النوعين من المشاركة متجلياً في عنصر الدوام والاستمرار، فالمصرف في الشركة الدائمة يقصد الاستمرار في الشركة

---

(١) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٤)؛ المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٣٩).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٣٩).

(٣) . إنَّ لانتقال الحصة إلى الشريك ثلاث صور، اقترحها وأقرَّها مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي عام ١٩٧٩م، وهذه الصور هي: ١– إما أن يتفق الطرفان –بموجب وعد غير ملزم لأي منهما أو ملزم لطرف واحد– على أن يحل الشريك محل المصرف بعد نهاية عقد الشركة في ملكية حصة المصرف بعقد بيع مستقل، ٢– وإمَّا أن يتفق الطرفان على تقسيم الربح ثلاثة أقسام، نسبة للمصرف كعائد لحصته في المشروع، ونسبة للعميل كذلك ربحاً له عن حصته، ونسبة تعطى للمصرف لسداد تمويله، ٣– وإما أن يقسم رأس المال إلى حصص أو أسهم بقيمة معينة، ويكون للشريك شراء ما يستطيعه من أسهم المصرف كل سنة، بحيث تتناقص أسهم المصرف وتزيد أسهم العميل إلى أن يمتلك كامل الأسهم، ٤– أن يتفق المصرف مع الشريك على حصول المصرف على الربح كاملاً، فيكون جزءاً منه كربح عن حصته والجزء الآخر كثمن للحصة التي يريد بيعها للعميل، ويترتب على هذه الطريقة سرعة تملك الطرف الثاني لكامل المشروع. انظر: أدوات الاستثمار الإسلامي لعز الدين خوجة (١٠٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٦)؛ انظر: المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٤١)؛ المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة (٣٤)؛ المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي الإسلامي –تأصيل وضبط– د. إسماعيل شندي (١٠).

حتى نهايتها وتصفيتها، في حين أن المصرف في الشركة المتناقصة لا يقصد الاستمرار في الشركة، ويعطي الحق للعميل في تملُّك المشروع كله إذا سدد ثمن حصة المصرف دفعة واحدة أو على دفعات"[1].

٢- أثر تعدد القصود في مشروعية المشاركة المنتهيَّة بالتمليك:

إنَّ لتعدد القصود في هذه المشاركة على النحو الذي بينته أثراً في مشروعيَّة العقد؛ إذ إنَّ اختلاف العلماء المعاصرين في مشروعيَّة المشاركة المنتهية بالتمليك ما هو إلا بسبب تعدد القصود فيها، ولذا لا بد من بيان آراء العلماء المعاصرين في حكم المشاركة المنتهية بالتمليك، حيث انقسموا إلى فريقين:

الرأي الأول: القائلون بالجواز، وهو قول جمهور المعاصرين، ومنهم الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور محمد عثمان شبير والدكتور نزيه حماد وآخرون[2].

وأدلة هذا الفريق تتلخص في أنَّ هذه المعاملة تجمع بين عناصر مشروعة، وليس فيها ما يخالف نصاً شرعيّاً، ولا يناقض قاعدة كلية، بل في جوازها اتفاق مع قصد الشارع بإيجاد بدائل للقروض الربوية، فالسعي إلى التخلص من الرِّبا مما تحث عليه الشريعة، بل يعد مقصداً كلياً من مقاصد الشارع في أبواب المعاملات المالية بشكل عام[3].

فتعدد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك لا يؤثر في مشروعيتها وفقاً لهذا القول، بل على العكس من ذلك فإن تعدد القصود هنا يعدُّ متفقاً مع مقصد الشارع في البعد عن الربا وإيجاد بديل له، ولضمان ذلك وضع أصحاب هذا الفريق بعض الشروط التي يجب مراعاتها[4].

---

(١) . المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٥)؛ وانظر: المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي الإسلامي -تأصيل وضبط- د. إسماعيل شندي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر (الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك) المنعقد في جامعة الخليل في الفترة الواقعة ما بين ٢٧-٢٨/ ٧/ ٢٠٠٩م (٦).

(٢) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٦)؛ في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة د. نزيه حماد (٨٢)؛ فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ (٤٤٥)؛ المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٤٠).

(٣) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٤١).

(٤) . وتلك الشروط هي: ١- لا بد من وجود المشاركة الفعلية من الشركاء كافة بتحمل عبء الخسارة كاستحقاقهم للربح إن وجد. ٢- يجب أن يكون الربح معلوماً بالنسبة فلا يجوز أن يشترط أحدهما مبلغاً مقطوعاً. ٣- أن يمتلك الطرف الممول -وهو المصرف غالباً- حصته في المشاركة ملكاً تاماً، وأن يكون له الحق في الإدارة والتصرف ومراقبة الأداء؛ وذلك تجنباً للصورية. ٤- ألا يتضمن هذا العقد شرطاً يقضي برد الشريك إلى المصرف كامل حصته في رأس المال ورد ما يخصه من أرباح لما في ذلك من شبهة=

الرأي الثاني: القائلون بالمنع[1]، وهو رأي قلة منهم الدكتور حسين فهمي[2] والدكتور صالح المرزوقي[3]، حيث ذهب هؤلاء إلى تحريم المشاركة المتناقصة.

وتعدُّد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك هو سبب القول بالمنع عند المحرِّمين، ذلك أنَّ هذا الفريق رأى أنَّ انضمام قصد المشاركة في الحال والتملك في المآل يلزم منه مناقضة لقصد الشارع، وأوجه تلك المناقضة:

=الربا. ٥- ينبغي أن تكون المواعدة ببيع الحصص على أساس القيمة السوقية عند إبرام كل عقد بيع مستقل في أجله؛ فلو حدد ثمن الحصص في وثيقة الوعد لأدى ذلك إلى أمر محظور؛ وهو ضمان العميل للممولِّ –الذي هو المصرف غالباً- رأس مال المشاركة الذي ساهم فيه، بالإضافة إلى ربح حصته في المشروع؛ وعندها تنطوي المشاركة المنتهية بالتمليك على التوسل بعقود بجائزة بمفردها إلى قرض ربوي يترتب على اجتماعها في صفقة واحدة. ٦- يجب ألَّا يترتب على تعدد القصود في هذه المعاملة التوسل إلى محظور؛ولذا يجب أن يكون محل العقد مباحاً، أي تبرم المشاركة على أمر قد أباحه الشرع، سواء كان نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو حرفيّاً. انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٧١)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د وهبة الزحيلي (٤٣٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير (٣٤٢)؛ المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة (٨٧)؛ المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة د. نزيه حماد (٢١٣)؛ المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة (٨٥).

(١) . انظر: مداخلة الشيخ حسين كامل فهمي في مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورته الثالثة عشرة في الكويت، في الفترة الواقعة من ٧-١٢ شوال ١٤٢٢هـ، الموافق لـ ٢٢-٢٧ديسمبر ٢٠٠١م، والمطبوعة في العدد ١٣ من مجلة المجمع (١٣/ ١٠٢٦)؛ مداخلة الشيخ صالح المرزوقي في مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورته الثالثة عشرة في الكويت، في الفترة الواقعة من ٧-١٢ شوال ١٤٢٢هـ، الموافق لـ ٢٢-٢٧ديسمبر ٢٠٠١م، والمطبوعة في العدد ١٣ من مجلة المجمع (١٣/ ١٠٢٤).

(٢) . هو الدكتور حسين أحمد كامل فهمي، مصري ولد عام ١٩٤٥م في القاهرة، دكتوراه في الاقتصاد الإسلامي تخصص نمو اقتصادي للدول الإسلامية كلية الاقتصاد والعلوم السياسية قسم الاقتصاد جامعة القاهرة ١٩٨٨م، شغل العديد من المناصب منها رئاسة قسم الاقتصاد الدولي، إدارة البحوث الاقتصادية البنك الأهلي المصري ١٩٧٨م، رئاسة قسم الاستثمار والمشاركات طويلة الأجل بنك فيصل الإسلامي المصري ١٩٧٩م، محاضر في الاقتصاد الإسلامي جامعة أم القرى مكة المكرمة ١٩٨٢م ١٩٨٤م إلى غير ذلك من الوظائف المهمة. انظر: https://www.abjjad.com/author/2800189608

(٣) . الدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي الأمين العام للمجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي، وله باع في مجال الاقتصاد الإسلامي من كتبه (شركة المساهمة في النظام السعودي) .
انظر: http://www.assakina.com/news/3105.html#ixzz4ohw4yJK5

أ- تعدد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك يجعل منها نموذجاً من نماذج بيع العينة:

وقد سبق بيان المراد من بيع العينة[1]، **وتبيّن أن في عقد العينة اجتماع قصدين مباشرين لعقدي بيعٍ** متفقٍ عليهما، ولكن هذا التعدد في القصود يلزم منه جعل هذه المعاملة شبيهة بالرِّبا؛ إذ السلعة لغوٌ لا معنى لها، فهو مناقض لقصد الشارع، حتى أنَّ الإمام الشافعي -الذي أجاز بيوع العينة بصفة عامَّة- إلا أنَّه استثنى من ذلك حالة واحدة، وهي أن ينصَّ صراحة في العقد على يعيد المشتري بيع الأصل الذي اشتراه إلى البائع المالك الأصلي نفسه، وهذه الحالة هي حالة عقد المشاركة المتناقصة ذاتها[2].

ويُجاب عن هذا الاستدلال بأنَّ المعايير الشرعية قد نصت على أنه يجب ألا ينص في هذه الشركة على اشتراط البيع والشراء ضمن عقد المشاركة ذاته، وإنما يتعهد بذلك الشريك بوعد منفصل[3] غير ملزم -أو ملزم لطرف واحد فقط-، فينتفي التواطؤ، وبالتالي نبتعد عن صورة بيع العينة.

ب- تعدد القصود في المشاركة المتناقصة يناقض مقتضى عقد الشركة بشكل عام:

حيث إن مقتضى عقد الشركة تحقيق الربح بين المتشاركين، وهذا المقصد لا يتحقق غالباً إلا بافتراض الاستمرار في المشاركة، فكما أن الشركة تعني اشتراك طرفي التعاقد في رأس المال؛ فإنها تعني أيضاً الاشتراك في العمل لتحقيق الربح، وهذا يتناقض مع قصد التمليك من عقد المشاركة المنتهية بالتمليك؛ إذ إنَّ النية مبيَّتة واضحة فيه من البداية على أن يبدأ تخارج البنك من التعامل فور شرائه للأصل من البائع الأول[4].

ويجاب عن ذلك: بأنه ما دام لم يشترط البيع في عقد الشركة بل في وعد منفصل ملزم لأحد الطرفين فقط فلا مجال لهذا الاعتراض، ولا يضرُّ بأن يضع الشريك في حسبانه التخارج بعد مدة، إذ لم يشترط أحد من الفقهاء دوام الشركة بالمعنى الحقيقي؛ إذ هو متعذر، ولكل نوع من أنواع الشركة انتهاء، بلا شك طالت المدة أو قصرت، إنما المهم ألا يصرح باشتراط انتهاء الشركة بعد مدة.

---

(١) . انظر ص ١٥٦ من هذه الأطروحة.

(٢) . انظر: مداخلة الشيخ حسين كامل فهمي(١٣/ ١٠٢٦)؛ مداخلة الشيخ صالح المرزوقي (١٣/ ١٠٢٤).

(٣) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٧١).

(٤) . انظر: مداخلة الشيخ حسين كامل فهمي (١٣/ ١٠٢٦).

مع الإشارة إلى أنَّ الحنفيَّة[1] والحنابلة[2] يجيزون تأقيت بعض الشركات كشركة المضاربة.

ت- تعدد القصود في المشاركة المتناقصة يجعلها تمويلاً بقرض ربوي:

فوجود قصد التملك في المآل إلى جانب قصد المشاركة في الحال يجعل من المعاملة شبيهة بالتمويل بالفائدة؛ لأنَّ القصد الأساسي هو التملك لا المشاركة[3].

ويُجاب عن ذلك: بأن الذين أجازوا الشركة المتناقصة اشترطوا بأن لا تكون مجرد عملية تمويل بقرض ربوي، فلا بد من إيجاد الإرادة الفعلية للمشاركة، وأن يتحمل الأطراف جميعاً الربح والخسارة ما دامت المشاركة قائمة[4].

ث- تعدد القصود في المشاركة المتناقصة يجعلها تشبه بيع الوفاء:

فبيع الوفاء هو البيع بشرط أنَّ البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وسمِّي بيع الوفاء، لأنَّ المشتري يلزمه الوفاء بالشرط[5].

ووجه الشبه بين بيع الوفاء والشركة المنتهية بالتمليك أنَّ المصرف اشترى حصة في الشركة، ويستفيد منها إلى حين تسديد الشريك الآخر لثمن تلك الحصة، كما أن الدائن في بيع الوفاء اشترى عيناً من المدين وينتفع بها إلى حين تسديد المدين الدين[6].

---

(١) . انظر: الهداية للمرغيناني (٣/ ٢٠٣)؛ العناية شرح الهداية للبابرتي (٨/ ٤٥٧)؛ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٢/ ٣٢٥).

(٢) . انظر: كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٥١٢)؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢١٨)؛ مطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٥٢١).

(٣) . يقول الدكتور حسين كامل فهمي: "تنتهي عملية المشاركة بأكملها من الطرفين بمجرد حصول كل منهما على الغرض الأصلي المنشئ لهذا التعامل، وهو التمويل أو القرض بالنسبة للعميل المستثمر، والعائد على هذا القرض مع استرداد أصله بالنسبة للبنك". مداخلة الشيخ حسين كامل فهمي (١٣/ ١٠٢٦).

(٤) . انظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٧١)؛ المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي (٤٣٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٤١) المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة أ.د. عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، الدورة المنعقدة في الكويت، ١٤٢٢هـ (١٣/ ٩٩٣).

(٥) . سبق بيان حقيقته ص ٣٩٧ من هذه الأطروحة.

(٦) . انظر: المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة أ.د.عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، الدورة المنعقدة في الكويت، ١٤٢٢هـ (١٣/ ١٠٠٣).

والحقيقة أن الشركة المنتهية بالتمليك لا تشبه بيع الوفاء، إذ إن المالك في بيع الوفاء يكون مالكاً بمقتضى العقد، ولكنه غير مالك بمقتضى الشرط الذي يلزمه برد المبيع إلى المدين عند سداد الدين، وبالتالي فالشرط مناقض لمقتضى العقد، أما في المشاركة المتناقصة فالمصرف شريك يتمتع بجميع حقوق الشريك، ويلتزم بجميع التزاماته، إلا أن هناك وعداً من المصرف بأن يبيع حصته للشريك إذا توافر لديه المبلغ اللازم[1].

وبناء على ذلك فإن الرَّاجح جواز الشركة المنتهية بالتمليك ما دامت الضوابط التي نص عليها المجيزون متوافرة.

٣- أثر تعدد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك في تكييف العقد:

كما أنَّ لتعدد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك أثراً في مشروعية العقد، فإنَّ لتعدد القصود كذلك أثراً في تكييفه عند المجيزين. حيث إنَّ العنصر الأهمَّ الذي دعا المعاصرين إلى الاختلاف في تكييف هذه المعاملة هو انضمام قصد التملك في المآل إلى قصد المشاركة في الحال، وهو ما يميز هذا العقد المستحدث عن الشركة المعهودة.

وهكذا نجد تكييفات عدة لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك، وأبرز تلك التكييفات هي:

أ- تكييف المشاركة المنتهية بالتمليك على أنها شركة ملك:

فتعدد القصود في المشاركة المتناقصة يجعل منها شركة ملك، والسبب أن القصد الأهم هو قصد التملك في المآل -للمشروع أو العقار أو العين- الذي انضمَّ إلى قصد المشاركة في الحال.

يقول الدكتور قطب سانو[2]: "وإنما كانت هذه المشاركة من جنس شركة الملك الاختيارية؛ لأنها عقد شركة يقوم على اتفاق طرفين فأكثر على شراء عين وتمليكها على أن تؤول ملكية العين إلى أحدهما عند شرائه حصة الطرف الآخر؛ ولأن المقصد الأجلَّ من هذه المشاركة منذ بداية تكوينها هو تمكين

---

(١) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د.وهبة الزحيلي (٤٣٧)؛ الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، لأميرة مشهور (٢٨٩)؛ المعاملات المالية المعاصرة د.محمد عثمان شبير (٣٤٢).

(٢) . ولد في مديمة كانكان بجمهورية غينيا كوناكري، تعلم على يد شيوخ الحرم المكي، نال الدكتوراه في أصول الفقه من جامعة الملك سعود، ودبلوم الدراسات العليا في المالية والمصرفية الإسلامية العالمية من جامعة ماليزيا.عضو مؤسس في المعهد العلمي بجامعة ماليزيا، وكيل العمادة لشؤون تعليم ما قبل الجامعي ولرعاية شؤون الطلبة الوافدين إليها، وأستاذ في الجامعة نفسها. انظر: http://www.fikr.com/fikrauthor

العميل في الغالب من تملك عين أو مشروع ذي دخل معروف كالمصنع والطائرة والباخرة وسوى ذلك..."[1].

ويقول الدكتور نزيه حماد: "وقد توهم بعض الباحثين المعاصرين فاعتبرها شركة عقد وصنفها في زمرة العنان من شركات الأموال...[ثم يرجِّح بعد ذلك] **كونها شركة ملك**....."[2].

ب- تكييف المشاركة المنتهية بالتمليك على أنها شركة عنان:

ومن الذين ذهبوا إلى ذلك الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي –رحمه الله تعالى- والدكتور محمد عثمان شبير، ومفاد قولهم: إن هذا النوع من المشاركة يُعَدُّ شركة عنان أثناء وجودها حيث يساهم الطرفان برأس المال، ويفوض المصرف عميله الشريك بإدارة المشروع، وهذا معنى شركة العنان، غير أن هذه الشركة تشتمل على وعد من الصرف ببيع حصته للشريك إذا ما توافر لديه الثمن[3].

فدليل هذا الفريق فهمهم لطبيعة المشاركة المنتهية بالتمليك على أنها شركة عنان، ثم إنَّ الشركاء يقصدون الاسترباح بالإضافة إلى شراء المال بالاشتراك[4].

ت- تكييف المشاركة المنتهية بالتمليك على أنها عقد مستحدث شبيه بالعنان:

وهذا رأي الدكتور عجيل النشمي[5]، ومفاده: إن الشركة المنتهية بالتمليك ليست شركة عنان وإنما تشبهها، فهي عقد مستجد.

حيث يقول: "عقد المشاركة المتناقصة من عقود شركات الأموال، وهي هنا شركة محدودة، تشبه شركة العنان، حيث إن المؤسسة المالية الإسلامية تمول الشريك بجزء من رأس المال، فإذا اشتركا في

---

(١) . المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية د.قطب سانو، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة عشرة، لكنه غير منشور، (٣١، ٣٢)؛ نقلاً عن: المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة (٦٣).

(٢) . انظر: المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة د.نزيه حماد (٢١٢).

(٣) . انظر: المعاملات المالية المعاصرة أ.د وهبة الزحيلي (٤٣٦)؛ المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير (٣٤٠).

(٤) . انظر: المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة (٦٤).

(٥) . الدكتور عجيل جاسم النشمي، كويتي ولد عام ١٩٤٦م، حاصل على الدكتوراه في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بمصر، شغل مناصب عدة منها عمادة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، من كتبه (العملة وأحكامها في الفقه الإسلامي). انظر موقع الدكتور عجيل النشمي: http://www.dr-nashmi.com.

العمل والربح بينهما فتشبه حينئذ شركة العنان، ولكن هل هي شركة عنان من كل وجه؟....[ثم قال] ومن هذا يتبين أن الشركة المتناقصة ليست هي شركة عنان، فلم يبق إلا أن تكون شركة جديدة مستجدة هي شركة تنتهي بتمليك الشريك بطريق البيع"[1].

وملخص الدليل الذي اعتمده: أن شركة العنان وكذا شركة المضاربة لا تصلح تكييفاً للشركة المتناقصة المنتهية بالتمليك؛ ذلك أن الشركة المتناقصة ليست وكالة من الطرفين، وليس فيها إطلاق يد كل من الشريكين في مال صاحبه، وليست هي دفع مال لمن يعمل به حتى تكون مضاربة، إلا إذا عُدَّت إدارة المشروع عملاً كعمل المضارب، وليس هو كذلك، وأيضاً فإن شركة العنان مقصودها التجر والاستثمار لا التمليك[2].

ث- إن تكييف الشركة المنتهية بالتمليك يختلف حسب المحل:

فهي شركة عنان في صورة العقار فحسب، وهي الصورة التي يقدم فيها الشريك أرضاً والآخر نقداً، ثم يتفقان على الاشتراك لإقامة مشروع ذي دخل متوقع، ففي هذه الحالة لا مانع من تفاوت رأس المال المقدم من كل شريك في شركة العنان، وكون المعقود عليه عرضاً ونقوداً لا مانع منه؛ إذ النقود تصلح محلاً لشركة العنان بالاتفاق، أمَّا العروض ففيها خلاف[3] والراجح جواز كون رأس المال من العروض مطلقاً؛ لأن مقصود الشركة التصرف في المالين جميعاً واكتساب الربح لكل الشركاء، وهذا يحصل في العروض كما يحصل في النقود، كما أن رأس مال الشركة معلوم وهو قيمة العروض، فكانت كالنقود، ثم إن الحاجة داعية إلى جواز ذلك، وليس هناك مانع شرعي.

---

(١) . المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة أ.د.عجيل جاسم النشمي (١٣/ ٩٦٦ و٩٦٩).

(٢) . المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة أ.د.عجيل جاسم النشمي (١٣/ ٩٦٦ و٩٦٩).

(٣) . الأصل كون رأس مال شركة العنان من النقود، فإن كان من غير النقود فالفقهاء مختلفون فيما بينهم، فالحنفية وقول للشافعية وهو المعتمد عند الحنابلة: ذهبوا إلى فساد الشركة إن كان رأسمالها عروضاً مثلية أو قيمية. والمالكية ورواية أخرى عند الحنابلة ذهبوا إلى جواز كون رأس مال الشركة من العروض مطلقاً مثلية أو قيمية، ومذهب الشافعية في المعتمد جواز العروض المثلية دون القيمية. انظر: البناية شرح الهداية للعيني (٧/ ٣٨٨)؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٤٩)؛ تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/ ٢٨٦)؛ كشاف القناع للبهوتي (٣/ ٤٩٨).

أما إن كان محل الشركة **منقولاً** كما في حال شراء سيارة من قبل المصرف وقيام الشريك بالعمل كسائق مثلاً، فإن العقد هنا عقد مضاربة ثم شركة ملك تنتهي بالتمليك، أما إن كان رأس المال **من الجهتين** فهي شركة عنان تنتهي بالتمليك[1].

ج- التعقيب على التكييفات السابقة نظراً لتعدد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك:

الحقيقة إنَّ وجود قصد التملك إلى جانب قصد المشاركة لا يجعل من المشاركة المتناقصة شركة ملك[2].

والسؤال: إلى أي نوع من شركات العقود تنتمي هذه الشركة؟

إن تعدد القصود في المشاركة المتناقصة له أثر كبير في تكييفها، فانضمام قصد التملك في المآل إلى قصد المشاركة في الحال من شأنه أن يخرج عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من دائرة العقود المسماة إلى دائرة العقود غير المسماة؛ والذي أخرج هذا العقد من زمرة العقود المسماة هو قصد المتعاقدين بتمليك الشريك حصة شريكه، وهذا الأثر النوعي لا يوجد في أي نوع من الشركات، ولكن مع ذلك تطبق **أحكام شركة العنان على هذه الشركة**؛ لأنها أقرب أنواع الشركات إليها، إلا أنَّه يزيد على ذلك حكم جديد، وهو انتقال الملكيَّة كاملة للشريك بالطريق المتفق عليه –كما سبق بيانه[3]–.

وبناء عليه يمكنني القول بأنَّ الشركة المنتهية بالتمليك هي عقد غير مسمى شرعاً، ولا مانع من إنشائه ما دام ملتزماً بالضوابط العامة للعقود وهي البعد عن (الغرر والربا ومناقضة قصد الشارع).

٤- أثر تعدد القصود في المشاركة المنتهية بالتمليك في الآثار الناجمة عن العقد:

بناء على تعدد القصود في المشاركة المتناقصة فإن التزامات الأطراف تتحدد وفقاً لتلك القصود:

---

(١) . انظر: المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي الإسلامي –تأصيل وضبط- د. إسماعيل شندي (١٥، ١٦).

(٢) . إذ في شركة الملك يكون كل شريك أجنبياً عن حصة شريكه، ولا يكون الشركاء وكلاء عن بعضهم بعضاً، ولذا لا يشترط لصحتها أهلية الوكالة، بل منها ما يتم جبراً، ولو كان في الشركاء من هو ناقص الأهلية كصبي أو مجنون كما لو مات شخص وترك ورثة فيهم صبي أو مجنون، فإن هؤلاء الورثة شركاء في التركة شركة ملك إجبارية.

(٣) . انظر تلك الطرق الحاشية رقم (٣) ص (٤٣٠) من هذه الأطروحة.

-فلوجود قصد المشاركة في الفترة التي تسبق التملك والتمليك للحصص: يتمتع كلُّ شريك في المشاركة المتناقصة بكامل الحقوق الثابتة شرعاً للشركاء، ويتحمل التبعات الملقاة على عاتقه كما لو كانت الشركة شركة مستمرة[1].

-ووجود قصد تمليك المعقود عليه لأحد الشركاء: يجعل للشريك الحق في أن يحل محل سائر الشركاء في ملكية المال المشترك، ويكون ذلك إمَّا دفعة واحدة، وإمَّا على دفعات حسبما اتفق عليه الأطراف[2].

وذلك الحق بناء على الوعد الصادر من الطرف الآخر –والذي يكون ملزماً لطرف واحد–[3].

وهكذا يتبيَّن أنَّ لتعدد القصود أثراً في مشروعية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك إذ اختلف العلماء في حكمها، وله أثرٌ في تكييف العقد إذ كُيِّفت بتكييفات عديدة بناء على اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد المشاركة في الحال، والراجح أنها عقد غير مسمّى تنطبق عليه أحكام شركة العنان في المدة السابقة للتمليك وأحكام البيع عند نقل ملكية الحصة للشريك، ولتعدد القصود كذلك أثرٌ في الالتزامات الناشئة بين أطراف العقد على الوجه الذي بينته –والله ﷻ أعلم–.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربِّ العالمين

---

(١) . وقد بينت المعايير الشرعية تلك الأحكام بشكل واضح في المعيار رقم (١٢)، وهي أحكام مستقاة من المذاهب الفقهية في باب الشركات ولاسيما شركة العنان.

(٢) . انظر: المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة د. نزيه حماد (٢١٠). جاء في المعايير الشرعية: "لا مانع من تنظيم عملية تملُّك حصة المؤسسة من قبل شريكها بأي صورة يتحقق بها غرض الطرفين، مثل التعهد من شريك المؤسسة بتخصيص حصته من ربح الشركة أو عائدها المستحق له ليتملك بها حصة نسبية من حصة المؤسسة في الشركة، أو تقسيم موضوع الشركة إلى أسهم يقتني منها شريك المؤسسة عدداً معيناً كل فترة، إلى أن يتم شراء شريك المؤسسة الأسهم بكاملها؛ فتصبح له الملكية المنفردة لمحل الشركة" المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (١٧١).

(٣) . انظر حاشية رقم (٢) ص (٤٢٤) من هذه الأطروحة.

الخاتمة

وفي نهاية هذه الأطروحة التي كانت بعنوان (تعدُّد القصود وأثره في العقود المالية في الفقه الإسلامي –دراسة تأصيلية تطبيقية–) توصلت إلى نتائج وتوصيات متعدِّدة، أسردها فيما يأتي:

أولاً: النتائج:

١- لم يصرِّح الفقهاء بمفهومٍ محدَّدٍ لتعدُّد القصود في أيِّ باب من أبواب الفقه إلا أنَّه يمكن الوصول إليه من خلال استقراء الجزئيات المتصلة بموضوع القصد والنية، ويمكن تعريف تعدد القصود في الفقه الإسلامي بأنَّه: أن ينضمَّ إلى قصد الحكم الأصليِّ للفعل –أيّاً كان– قصد أمرٍ آخر من شأنه أن يؤثر في ذلك الفعل من ناحية ما (كالمشروعيَّة أو الصِّحة أو الآثار الأخرى التي تختلف باختلاف طبيعة كلِّ تصرفٍ عن غيره)، وبناء على ذلك يكون تعدد القصود الذي اهتمَّ به الفقهاء في باب العقود المالية هو: توجُّه إرادة العاقد إلى قصدِ أمر زائدٍ عن قصد الآثار التي تثبت للعقد أصالةً، ممَّا يؤثر في العقدِ من حيث (مشروعيتُه أو تكييفُه أو الآثارُ الناتجةُ عنه كزيادة التزامات المتعاقدين أو إنقاصها أو إضافة الحقوق إلى غير أطرافه أو تغيير صفته من حيث اللزوم)، وتدخل في هذا المعنى حالات متعدِّدة تستنتج من خلال البحث، خلاصتها: أن يجتمع قصدان مباشران لعقدين مختلفين في عقد واحد (كاجتماع بيع وإجارة، أو بيع وقرض)، أو أن يجتمع قصد مباشر للعقد وقصد غير مباشر (كاجتماع القصد المباشر لعقد إجارة وقصد غير مباشر يناقض مقصد الشارع–وله حالات بينتها في البحث–) أو أن يقصد العاقد إلى جانب القصد المباشر للعقد أثراً يعدُّ من الآثار الأصلية لعقدٍ آخر –وليس من الآثار الأصليَّة للعقد الذي قام به، ومثال ذلك (اتجاه قصد العاقدين إلى تغيير صفة اليد من حيث الضمان وعدمه).

٢- إن نظرية الباعث غير المشروع أضيق من تعدُّد القصود؛ فتعدد القصود يشتمل على القصود المباشرة وغير المباشرة، المشروعة وغير المشروعة، التي يترتب عليها آثار متعددة غير إبطال العقد؛ فالأثر في تكييف العقد وفي الآثار الناجمة عنه، من زيادة التزامات أحد العاقدين أو إنقاصها، وكذلك الأثر الذي يمَس غير المتعاقدين، كلُّ ذلك مما تهتمُّ به دراسة تعدد القصود بخلاف نظرية الباعث، التي تهتم

بالدرجة الأولى بالغاية المحظورة –دون المباحة– البعيدة التي تأتي وراء القصد المباشر، ولا تظهر في العقد بل تدل عليها القرائن، وأثرها في الصحة والبطلان.

٣- تبيّن لي من خلال هذه الأطروحة أنَّ القصود التي تؤثر في مشروعيَّة العقد المالي أي الحكم التكليفي للعقد لا يشترط فيها الظهور؛ لأنَّ المشروعيَّة وعدمها قائمة على الجانب الديانى الأخروي، ومجرد وجود القصد كاف لقيام المسؤولية الأخروية، أمَّا القصود التي تؤثر في العقد من حيث تكييفُه أو آثارُه فلا بد فيها من الظهور بطريقة ما فصلتها في الأطروحة، وسبب ذلك أنَّ تكييف العقد وتحديد آثاره مما يمسُّ حقوق العباد، وهم مأمورون باتباع الظاهر، كما أنَّه لا سلطة لهم في سبر أغوار النُّفوس لمعرفة مكنوناتها.

٤- إن ثمرة تقسيم القصود في العقود المالية إلى مباشرة وغير مباشرة تتجلّى في أنَّ القصد المباشر يجب توافره من حيث المبدأ حتى يعتدَّ بالعقد شرعاً، أمَّا القصد غير المباشر فلا يجب توافره، ولكن إن وجد فيجب أن يكون مشروعاً، ويُستنتج من ذلك أنَّ الأصل في الشريعة الإسلامية افتراض أنَّ القصود غير المباشرة في العقود مشروعة ما دام أنَّ صاحبها لم يفصح عنها، ولكن إن ظهرت فعندها يُبحث عن مدى اتفاقها مع قصد الشارع لترتيب الأحكام المناسبة لها.

٥- حَرَص الشارع على أن تكون القصود غير المباشرة من العقود المشروعة التي تصدر من المرء مستحسنة وخيِّرة، فالعقود –وهي من العادات– قد تصبح بحكم العبادة –من حيث ترتُّب الثواب على فعلها– بقصد أمور مندوبة ومرغب فيها.

٦- يُستنتج من خلال التأصيل الفقهي لتعدد القصود في العقود المالية أنَّ الشريعة لا تُجيز تعدد القصود إن كانت متناقضة بشكلٍ حقيقي (وهي التي لا يمكن الجمع بينها)، وبناء عليه إن تعددت قصود الشخص في عقد ما، وكانت متناقضة فعقده غير صحيح، وذلك كمن أعطى شخصاً مبلغاً على أنَّه قرضٌ ورأس مال مضاربة بآن معاً؛ فلا يمكن الجمع بين أحكام تلك القصود في وقت واحد لتناقضها.

٧- إنَّ الفقهاء متفقون من حيث الجملة على أنَّ للقصود أثراً في تكييف العقد المالي من حيث الوصف الحقيقي، وإهمال بعضهم لبعض القصود في عمليَّة التكييف ليس لعدم اعتدادهم بذلك القصد، بل لناحية أخرى كرؤيتهم أنَّ القصد غير ظاهر بما يكفي لتكييف العقد على أساسه.

٨- إن تعدد قصود العاقدين في العقد المالي هي الفيصل الأهم في التمييز بين العقد المسمَّى وغير المسمَّى، وإنَّ اتجاه تلك القصود إلى تعديل الأثر النوعي في العقد المسمى قد يضفي عليه حكم عقد مسمى آخر تحققت مقوماته، أو قد يخرج به من زمرة العقود المسماة إلى غير المسماة إن لم تنطبق عليه صفة أي عقد مسمَّى.

٩- سبق بيان أنَّ المريض مرض الموت لا يجوز له أن يضيف قصدَ التبرعِ بجزء من الشيءِ الذي يريد بيعه إلى قصد المعاوضة؛ وذلك مراعاة لحقوق الورثة، وقد فصلت ذلك في الأطروحة في مسألة حكم البيع بالمحاباة، ويستنتج من ذلك أنَّ الشريعة تمنع من تعدد القصود في العقود الماليَّة إن لزم من ذلك التعدُّد الانتقاص من حقوق الغير، وأنَّ تعدد القصود لا عبرة له وإن كان حسناً إن تعارض مع أمرٍ أهمَّ منه في ميزان الشريعة.

١٠- إن لتعدد القصود في العقود المالية أثراً بالغاً في زيادة الالتزامات العقدية أو إنقاصها، ويستنتج من ذلك أنَّ الشريعة الإسلاميَّة قد سبقت كافّة القوانين الوضعية في تقريرها لمبدأ لم تصل إليه تلك التشريعات إلا مؤخراً ذلك المبدأ القائل (العقد شريعة المتعاقدين) أي إنَّ قصود كل عاقدٍ معتد بها، ويجب على العاقد الآخر الالتزام بمقتضاها ما دامت تلك القصود غير مناقضة لقصد الشارع، وما دامت ظاهرة في العقد بحيث يمكن التأثير في التزامات الطرف الآخر بموجبها.

١١- لا يمكن لتعدد القصود لدى العاقدين أن يكون وسيلة لإلزام غيرهما ممن هو خارج دائرة التعاقد بأي التزام، فآثار العقد من النَّاحية السلبية مقتصرة على أطرافه، ولكن قد يثبت لغير العاقدين بعض الحقوق إن قصد العاقدان الالتزام بها تجاه الغير؛ ويستنتج من ذلك مراعاة الفقه الإسلامي لإرادة الشخص وعدم إلزامه بما ليس بلازم ما دام أنه ليس بطرف في العقد، أما إضافة بعض الحقوق له عند الفقهاء وفقاً لتعدد قصود المتعاقدين فلأن ذلك لا يوجد فيه ضررٌ عليه، بل فيه مصلحة له.

١٢- من ضوابط تعدد القصود في العقود المالية ضابط عدم مناقضة قصد الشارع وهذا الضابط أعمُّ من ضابط اجتناب الغرر وضابط البعد عن الربا، ولكن أفردتها بالذكر لأهمِّيتهما؛ وقد جرت عادة الفقهاء بالاهتمام بالغرر والربا في أبواب العقود المالية كافة لكثرة الآثار المترتبة عليهما.

١٣- تمنع كلُّ صورة من صور تعدد القصود في العقود المالية متى ما لزم منها الربا، وهناك فروع كثيرة تدلُّ على ذلك (كمنع اجتماع قصد الانتفاع بالرهن إلى جانب قصد التوثيق، ومنع اجتماع قصد

أخذ العوض على الكفالة مع قصد الضمان...) وهذا يدلُّ على عظيم خطر الربا، وكثرة مضارِّه في كلِّ النواحي الدينية والدنيوية على حدٍّ سواء؛ ولذا كان البعد عنه من أهم المقاصد الكلية في كلِّ عقدٍ مالي.

١٤- إن تعدد القصود المؤدي للغرر لا يؤثر في عقود التبرع وفقاً للراجح من خلال الدراسة، ويستنتج من ذلك حرص الشريعة على الحث على التبرع في وجوه الخير، وإبقاء عقد التبرع صحيحاً قدر الإمكان، ومن هنا جاز عقد التأمين الإسلامي مع أنَّ تعدد القصود فيه يلزم منه غرر ليس باليسير حيث يقصد المستأمن التبرع بقسط التأمين، ويقصد كذلك الحصول على التعويض إن حصل الخطر المؤمن ضده، وفي ذلك غرر واضح إذ الخطر غير محقق، فقد يقع وقد لا يقع، وقد يقع جزئياً فحسب، إلا أن ذلك الغرر غير مؤثر في صحة التأمين؛ لأن عقد التأمين يكيَّف على أنه تبرع، والصورة الأقرب له من عقود التبرع هي عقد التناهد.

١٥- إن إباحة تعدد القصود في العقود المالية -وإبقاء العقد صحيحاً معه- إن لزم منه الغرر اليسير والتابع، وعدم إباحة تعدد القصود إن لزم منه الربا، ولو كان يسيراً أو تابعاً، نابع عن طبيعة المحظور في كل من الغرر والربا، فالغرر محرم لغيره؛ لأنه يؤدي للنزاع، وبالتالي يباح للمصلحة الراجحة، أما الربا فمحرم لذاته، ولذا لا يباح إلا لضرورة تحققت شروطها، وليس من الضرورة كونه يسيراً أو تابعاً.

١٦- توصلت من خلال الدراسة إلى أنَّ الواقع العملي له أثر في التوصل إلى القصود الحقيقية للعاقدين، ولذا يجب معرفة الظروف التي عُقد فيها العقدُ، ليتمَّ تكييفه على أساسها بشكل دقيق، ومراعاة هذا الأمر من شأنها تقليص الاختلاف في تكييف كثير من العقود (سواء من حيث المشروعية أو من حيث الوصف الحقيقي)، فمثلاً لا يمكن القول بإباحة ما يسمَّى بـ(الرهنية) فلا الراهن المدين، ولا المرتهن الدائن يقصدان صورة بيع الوفاء -على فرض جوازه- إذ لا يرضى المدين (صاحب العقار) أن يوصف المرتهن بأنه تملك العقار، ولا الواقع يؤيد ذلك؛ بل كلُّ طرف يعلم أنَّ هذا العقد هو رهن مقابل الدين، وأكبر دليل على ذلك إطلاق لفظة (الرهنية)، وهي مشتقة من الرهن -من قبل الأطراف- على هذه المعاملة، والذي يقيم في حلب التي تتنشر فيها هذه الصورة يوقن بما بيَّنته.

١٧- قد يتوصل إلى تعدد القصود من خلال العرف، وهذا يدلُّ على أهمية مراعاة العرف في الأمور التعاقدية بالكشف عن القصود والنوايا التي تؤثر في العقد، ومثال ذلك إنَّ اجتماع قصد الحصول على

الجائزة المعلن عنها مع قصد الإيداع في الحساب الجاري محرَّم؛ لأنه صورة من القرض الذي جر نفعاً، ولو لم يُنص في عقد الإيداع على تلك الجائزة، لأنَّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

١٨- قد يكون العقد محرَّماً من طرف مباحاً من طرف آخر؛ وذلك تبعاً لقصود العاقدين، ولذا حرم أخذ الرشوة، ولكن يحل إعطاؤها إن كانت بقصد دفع الظلم ما لم يوجد سبيل آخر لتحقيق العدل.

١٩- إن لتعدد القصود أثراً في كلٍّ من الإجارة المنتهية بالتمليك، والمشاركة المتناقصة، وذلك من حيث المشروعيَّة والتكييف حيث توصلت الدراسة إلى أن تعدّد القصود فيهما يخرجهما من زمرة العقود المسماة إلى غير المسماة، كما أنَّ تعدد القصود فيهما يؤثر في التزامات الأطراف حيث يلتزم كل طرف بتحقيق مقتضى تلك القصود، وفقاً لضوابط معينة تُبعد العقد عن المحظورات الشرعية.

ثانياً: التوصيات:

من خلال البحث أوصي ببعض المقترحات التي أراها جديرة بالاهتمام، وأهم تلك التوصيات:

١- إنَّ صلب هذه الأطروحة كان في دراسة تعدد القصود وأثره في العقود المالية، ولم تتطرق إلى غير العقود الماليَّة إلا في التمهيد وفي الفصل الأول من الباب الأول من حيث المفهوم وما يتصل به، ولذا أرى أنه ينبغي تناول دراسة تعدد القصود وأثره في أبواب أخرى من الفقه كتعدد القصود وأثره في الأحوال الشخصيَّة، حتى تشمل الدراسة عقد النكاح وما يتصل به من موضوعات هذا الجانب من جوانب الفقه الإسلامي، وهذا يصلح رسالة أكاديميَّة.

٢- وجدت من خلال البحث من يبيح الربا إن كان تابعاً أو بقصد تحقيق مصلحة حاجيَّة، مع أنَّ الرِّبا محرَّم لذاته قصداً فلا يباح منه شيء، فقليله في الحرمة ككثيره، وإني أوصي بإعادة النظر في تلك الفتاوى التي صدرت بالإباحة، والبحث عن البدائل الشرعية بدلاً من تتبع المبرِّرات لإباحة المحظور بغير ضابط شرعي.

٣- من خلال دراستي لموضوع التأمين الإسلامي واطلاعي على كثيرٍ من الكتابات المتصلة به، وجدت أن إعادة التأمين ما زالت تخضع -في أغلب الدول- لقواعد التأمين التجاري المحرَّم، ولذا أوصي بوضع المعايير النظرية التي كتبت عن إعادة التأمين الإسلامي موضع التنفيذ الفعلي؛ لرفد الحركة الاقتصادية والاجتماعية بما هو قائم على أصول يرضاها الله تعالى ورسوله ﷺ، ألا وهي الشريعة السمحة التي تصلح لكل زمان ومكان.

وختاماً أسأل الله العليَّ القدير أن يتقبَّل مني هذا الجهدَ، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأسأله سبحانه العفو والعافية في الدنيا والآخرة، إنه وليُّ ذلك والقادر عليه.

وصلَّى اللهُ على سيدي وقرَّة عيني صاحبِ الخلق العظيم: مُحَمَّد رسول الله ﷺ، وعلى آلِه وصحبِه، من يَتقرَّب العبد بحبِّهم إلى الله، ويرجو بهم العفو عن ذنوبه وزلَّاته، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

طرف الآية	السورة	رقم الآية	صفحة الورود
﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا	البقرة	٢٩	٢٤٣
﴿ثُمَّ بَعَثْنَٰكُم مِّنۢ بَعْدِ مَوْتِكُمْ	البقرة	٥٦	١٤
﴿كُلُوا۟ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا	البقرة	١٦٨	٢٤٣
﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ	البقرة	١٧٣	٨٧
﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ	البقرة	١٨٧	٩٧
﴿وَمَا تَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ	البقرة	٢١٥	٢٤٩، ٢٥٠
﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ	البقرة	٢٣٠	٧٨
﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ	البقرة	٢٣٥	٣٨
﴿كَمَثَلِ جَنَّةٍۭ بِرَبْوَةٍ	البقرة	٢٦٥	٢٨٨
﴿وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ	البقرة	٢٧٦	٢٨٨
﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا	البقرة	٢٨٢	١١٦، ٤١٧
﴿فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ	النساء	١٢	١٢٣، ٢٦٦
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ	النساء	٢٩	٣١، ٩٩، ١٠٥، ٣٥٠، ٤١٦
﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ	النساء	١١٤	٧٣
﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ	النساء	١١٥	١٤٩
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ	المائدة	١	٣٩
﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ	المائدة	٢	١٤٢
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ	المائدة	٣	٨٦
﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ	الأنعام	١٠٨	٧٤
﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ	الأنعام	١٥٢	٢٥١

﴿ثُمَّ بَعَثْنَا مِنۢ بَعْدِهِم مُّوسَىٰ بِـَٔايَٰتِنَآ	الأعراف	١٠٣	١٣
﴿فَوَقَعَ ٱلْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ	الأعراف	١١٨	١٨٠
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ	التوبة	٢٨	٨٣
﴿لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا وَسَفَرًا قَاصِدًا لَّٱتَّبَعُوكَ	التوبة	٤٢	٣
﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ	التوبة	٩١	٢٥٨، ٣٢٧
﴿وَعَلَى ٱللَّهِ قَصْدُ ٱلسَّبِيلِ	النحل	٩	٣
﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ	النحل	١٠٦	٣٣
﴿إِنَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانَ يَهْدِى لِلَّتِى هِىَ أَقْوَمُ	الإسراء	٩	٢٣٥
﴿قُلْ مَا يَعْبَؤُا۟ بِكُمْ رَبِّى لَوْلَا دُعَآؤُكُمْ	الفرقان	٧٧	٣٤٠
﴿وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِٱللَّهِ ٱلْغَرُورُ	لقمان	٣٣	٣٥٩
﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ	الذاريات	٥٦	١١٦
﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ	المزَّمل	٢٠	١١٦

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

طرف الحديث **صفحة الورود**

أفضلُ دينارٍ ينفقُه الرجلُ ١٧٣

أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب ١٦٩

إن الأشعريين إذا أَرْمَلُوا ٣٨٣

إنَّ اللهَ ﷻ قد تصدَّق عليكم بثلثِ أموالِكم ١٢٣

إِنَّ اللهَ لَا يَقْبَلُ مِنْ الْعَمَلِ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ خَالِصًا ١٦٤

أن النبي ﷺ خطب الناس ١٧١

أنَّ النبيّ ﷺ، استعملَ رجلاً على خيبر ١٧٥

أنا أغنى الشركاء عن الشرك ..... ٦٩، ١٦٣

إنَّما الأعمالُ بالنِّيات ..... ٢٦، ٣٣، ٨٣، ١٣٠، ٢١٧

إنما البيع عن تراض ..... ٣١، ٩٩

أنه ﷺ رخَّص في ثمن كلب الصيد ١٦٨

أنه سئل عن رجل استقرض من رجل دراهم ثم إن المستقرض ٣٩٦

أيها الناس إن الله طيب ٨٢

البرُّ حسنُ الخلُق، والإثم ما حاك في صدرك ١٣٠

التاجر الصدوق الأمين مع النبيين ٤١٦

ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد ١٠٤

ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث ١٦٩

خير الناس أحسنهم قضاء ٤٠٢

رحم الله رجلاً سمحاً ٢٥٠

الصدقة على المسكين صدقة ٧٠

ضمن الصبَّاغ الذي يعمل بيده ..... حاشية ٣٢٩

القصدَ القصدَ تَبلُغُوا ٤

كان تاجرٌ يداينُ الناسَ ٢٥٠
كان رسول الله ﷺ يقبلُ الهديةَ ويثيبُ عليها ٣٣٨
كان علي ﷺ يضمن الخياط والصباغ ..... حاشية ٣٢٩
كان يبعث عمَّاله لقبض الصدقات ٣٤٤
كان يضمن الأجير المشترك ٣٢٩
كان يكون عنده مال اليتيم ١٧١
كل قرض جر نفعاً ..... ٢٠٤، ٣٩٤، ٣٩٦، ٤٠١
كنت قاعدة عند عائشة رضي الله عنها فأتتها أم مُحِبَّة ١٥٧
لا تبع ما ليس عندك ٣١٧
لا تبيعوا الدِّينار بالدِّينارين ١٢٢
لا يحل سلف وبيع ..... ١٥١، ٣٩٢، حاشية ٢٠٦
لتسوُنَّ صفوفَكم أو ليخالفنَّ الله بين وجوهكم ١١٥
لعن الله المحلِّل والمحلَّل له ..... ٧٦، ٧٨، ٨٠
لما تزوَّج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها ٢٦٢
لن يُنجيَ أحداً منكم عملُه حاشية٤
المسلمون على شروطهم ٣٢٦
من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد ١٥٠
من باع بيعتين في بيعة ١٥٥
من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ٢٤٤
من يسمِّع يسمِّع الله به ١٦٢
نَفَث روحُ القدس في رَوعي ٨٤
نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض ١١٥
نهى رسولُ الله ﷺ عن صفقتين في صفقةٍ واحدةٍ ٤٢٤
نهى عن بيعتين في بيعة ..... ١٥٣، ٣٦٥
نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي ١٦٩
الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب ٢٥٨

وكل ﷺ أُنيساً في إقامة الحد وعُروةَ في شراء شاة ٣٤٤
يا علي لا تتبع النظرةَ النظرةَ ..... ٣٤، ٣٦
يا معشر الشباب من استطاع ..... ٧٠، ٧١
يدعو شاباً ممتلئاً شباباً ١٩

فهرس الأعلام

اسم العلم **صفحة ورود الترجمة**

أحمد الحجي الكردي ٤٢٤

أحمد الزرقا ٢٢٤

أحمد بن محمد بن حنبل ١٨٩

أحمد حسن..... ٢٨٤

الألوسي: (محمود بن عبد الله) ٣٩

الأنصاري: (زكريا بن محمد) ٢٢٤

البابرتي: (محمد بن محمد)..... ٤٠

الباجي: (سليمان بن خلف) ١٣٥

البزدوي: (علي بن محمد)..... ٢٢٣

البغدادي: (غانم بن محمد) ١٧١

البهوتي: (منصور بن يونس)..... ١٣٦

التفتازاني: (مسعود بن عمر)..... ٤٦

الجرجاني: (علي بن محمد) ٤٠

الجصاص: (أحمد بن علي) ٣٩

ابن جني: (عثمان بن جني) ٤

الجويني: (عبد الملك بن عبد الله) ٥٢

ابن الحاج: (محمد بن محمد) ٧٦

ابن حجر العسقلاني: (أحمد بن علي) ٢٨

ابن حجر الهيتمي: (أحمد بن محمد)..... ٩١

ابن حزم: (علي بن أحمد) ٢٤٤

حسين كامل فهمي ٤٣٢

الحصني: (أبو بكر بن محمد)..... ٢٠٢

الحطاب: (محمد بن محمد)..... ٢٤

الحموي: (أحمد بن محمد) ٢٦
أبو حنيفة: (النعمان بن ثابت) ٧٧
الخرشي: (محمد بن عبد الله) ٧
الدردير: (أحمد بن محمد) ٨٥
الدسوقي: (محمد بن أحمد) ٦
ابن دقيق العيد: (محمد بن علي) ٢١٧
الدمياطي: (عثمان بن محمد) ٤٤
الرازي: (محمد بن عمر) ١٤٩
الرافعي: (عبد الكريم بن محمد) ٦٤
ابن رجب: (عبد الرحمن بن أحمد) ٨٢
الرحيباني: (مصطفى بن سعد) ١٦٣
ابن رشد: (محمد بن أحمد) ٢٨٧
الرملي (محمد بن أحمد) ٢٠٢
الزركشي: (محمد بن بهادر) ٦
زفر بن الهذيل ٧٧
الزيلعي: (عثمان بن علي) ١٥
سامي حمود ٢٩٩
السرخسي: (محمد بن أحمد) ١٠٧
ابن سريج: (أحمد بن عمر) ٦٤
السُّغدي: (علي بن الحسين) ٢٧٩
السيوطي: (عبد الرحمن بن أبي بكر) ٢٦
الشاطبي: (إبراهيم بن موسى) ٢٣
الشافعي: (محمد بن إدريس) ١٣٣
الشربيني: (محمد بن أحمد) ٧٩
شيخي زاده: (عبد الرحمن بن محمد) ٢٤٣
الشيرازي: (إبراهيم بن علي) ١٣١

صالح المرزوقي ٤٣٢
الصاوي: (أحمد بن محمد الخلوتي) ٢٠٤
ابن عابدين: (محمد أمين) ٢٠
ابن عاشور: (محمد الطاهر) ٨٣
ابن عبد البر: (يوسف بن عبد الله) ٢٨٢
عبد الوهاب خلاف ١١٨
عبدالعزيز الخياط ٢٨٢
العبدري: (محمد بن يوسف) ٢٠
عجيل النشمي ٤٣٦
العدوي: (علي بن أحمد) ١٠٣
ابن العربي: (محمد بن عبد الله) ٣٣
العز: (عبد العزيز بن عبد السلام) ٦
العطار: (حسن بن محمد) ٢٦
علي الخفيف ٢٨١
عمر الأشقر ١١٩
العمراني: (يحيى بن أبي الخير) ١٦٠
العيني: (محمود بن أحمد) ٥٥
الغزالي: (محمد بن محمد) ٧٢
فتحي الدريني ١٦
ابن فرحون: (إبراهيم بن علي) ١٤١
الفيروز أبادي: (محمد بن يعقوب) ٣
ابن القاسم العبادي: (أحمد بن قاسم) ١٠٦
ابن قدامة: (عبد الله بن أحمد) ٦٤
القرافي: (أحمد بن إدريس) ١٢
قطب سانو ٤٣٥
ابن القيم: (محمد بن أبي بكر) ٧٣

الكاساني: (أبو بكر بن مسعود) ١٣٦
الكمال ابن الهمام: (محمد بن عبد الواحد) ٢٣
مالك بن أنس ١٠٣
المباركفوري: (عبد الرحمن بن عبد الرحيم) ٣٥
المحاسبي: (الحارث بن أسد) ٩٢
محمد حبيب التجكاني ٤٠٢
محمد بن الحسن الشيباني ٧٨
محمد رواس قلعه جي ٢٩٨
محمد عثمان شبير ٣٠٠
المرداوي: (علي بن سليمان) ٦٢
مصطفى الزرقا ٥٩
مصونة الحسني ١٦
ابن مفلح: (إبراهيم بن محمد) ٣٥
ابن منظور: (محمد بن مكرم) ٣
ابن النجار: (محمد بن أحمد) ١٨١
ابن نجيم: (زين الدين بن إبراهيم) ٧
نزيه حماد ٣٣٢
النووي: (يحيى بن شرف) ٩
وهبة الزحيلي ٨٥
أبو يوسف: (يعقوب بن إبراهيم) ١٦٧

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن

١. أحكام القرآن لأحمد بن علي الرازي الجصاص (ت٣٧٠هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط ١٤٠٥هـ، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي.

٢. أحكام القرآن لمحمد بن إدريس الشافعي(ت٢٠٤هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٠هـ، ت:عبد الغني عبد الخالق.

٣. أحكام القرآن لمحمد بن عبد الله أبي بكر بن العربي المعافري (ت٥٤٣هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.

٤. أسباب النزول لأبي الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري(ت٤٦٨هـ)، المكتبة العصرية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.

٥. التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور(ت١٣٩٣هـ)، مؤسسة التاريخ العربي- بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م

٦. تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن)، لمحمد بن جرير الطبري(ت٣١٠هـ)، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م، ت: أحمد محمد شاكر.

٧. تفسير القرآن العظيم لإسماعيل بن عمر بن كثير(ت٧٧٤هـ)، دار طيبة، ط٢، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ت: سامي بن محمد سلامة.

٨. الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) لمحمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت٦٧١هـ)، دار عالم الكتب- الرياض، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ت: هشام سمير البخاري.

٩. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لمحمود الألوسي أبي الفضل(ت١٢٧٠هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط.

١٠. معالم التنزيل لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت٥١٠هـ)، دار طيبة-السعودية، ط٤، ١٤١٧ هـ، ١٩٩٧م.

١١. مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) لفخر الدين محمد بن عمر الرازي(ت٦٠٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

١٢. المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)، دار القلم- دمشق، ط١، ١٤١٢هـ، ت:صفوان عدنان الداودي.

ثانياً: كتب الحديث الشريف وعلومه

١٣. إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة لأحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري (ت٨٤٠هـ)، دار الوطن- الرياض، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

١٤. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد(ت٧٠٢هـ)، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة، ١٩٥٣م، ت: محمد حامد الفقي.

١٥. إحكام الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي، دار الحديث- القاهرة، ط١، ١٤٠٤هـ.

١٦. إعلاء السنن لظفر أحمد العثماني التهانوي، دار إدارة القرآن والعلوم الإسلامية- كراتشي، ط١.
١٧. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لابن الملقن عمر بن علي(ت٨٠٤هـ)، دار الهجرة- الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٤م، ت: مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال.
١٨. بلوغ المرام من أدلة الأحكام لأحمد بن علي ا بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، دار أطلس للنشر والتوزيع- الرياض، ط٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، تحقيق: سمير بن أمين الزهيري.
١٩. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي لأبي العلاء محمد بن عبد الرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري (ت١٣٥٣هـ)، المكتبة السلفية- المدينة المنورة، ط٢، ١٣٨٣هـ، ١٩٦٣م، ت: عبد الوهاب عبد اللطيف.
٢٠. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٩هـ، ١٩٨٩م.
٢١. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري (ت٤٦٣هـ)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، ١٣٨٧هـ، ت: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد البكري.
٢٢. تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، (ت ٧٤٤هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٩٩٨م، ت: أيمن صالح شعبان.
٢٣. الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت٢٥٦هـ)، دار السلام- الرياض، ط١، ١٤١٩هـ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي.
٢٤. الجامع الكبير (سنن الترمذي)، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ)، دار الجيل- بيروت، ط٢، ١٩٩٨م، ت: د. بشار عواد معروف
٢٥. حاشية السندي على سنن ابن ماجه (كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه)، لأبي الحسن محمد بن عبد الهادي التتوي نور الدين السندي (ت ١١٣٨هـ)، دار الجيل – بيروت، د.ط.
٢٦. خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، ت: حسين إسماعيل الجمل.
٢٧. الدراية في تخريج أحاديث الهداية لأحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، دار المعرفة- بيروت، د.ط، ت: عبدالله هاشم اليماني المدني.
٢٨. سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (ت١١٨٢هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي- مصر، ط٤، ١٣٧٩هـ، ١٩٦٠م.
٢٩. سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد القزويني (ت٢٧٣هـ)، دار الفكر- بيروت، د.ط. ت:محمد فؤاد عبدالباقي.
٣٠. سنن أبي داود لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني(ت٢٧٥هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط.

٣١. سنن الدارقطني لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي (ت٣٨٥هـ)، دار المعرفة- بيروت، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م، ت: عبد الله هاشم يماني المدني.
٣٢. السنن الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي (ت٤٥٨هـ)، مكتبة دار الباز- مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، ت: محمد عبد القادر عطا.
٣٣. شرح صحيح البخارى لابن بطال لأبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت٤٤٩هـ)، مكتبة الرشد-الرياض، ط٢، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم.
٣٤. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي(ت٣٥٤هـ)، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، تحقيق : شعيب الأرنؤوط.
٣٥. صحيح مسلم لمسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط، ت: محمد فؤاد عبد الباقي.
٣٦. عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي لأبي بكر ابن العربي المعافري (ت٥٤٣هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.
٣٧. عمدة القاري شرح صحيح البخاري لأبي محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني (ت٨٥٥هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط.
٣٨. فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ)، دار المعرفة- بيروت، ١٣٧٩هـ، ت: محمد فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب.
٣٩. فيض القدير شرح الجامع الصغير لعبد الرؤوف المناوي(١٠٣١هـ)، المكتبة التجارية الكبرى- مصر، ط١، ١٣٥٦هـ.
٤٠. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي بتحرير الحافظين: العراقي وابن حجر، دار الفكر- بيروت، ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢م.
٤١. المخلِّصيات لمحمد بن عبد الرحمن بن العباس البغدادي المخَلِّص (ت: ٣٩٣هـ)، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية -قطر، ط١، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م، ت: نبيل سعد الدين جرار.
٤٢. مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح لأبي الحسن عبيد الله بن محمد عبد السلام المباركفوري (ت١٤١٤هـ)، إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء- الهند، ط٣، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٤٣. المستدرك على الصحيحين لمحمد بن عبدالله أبي عبدالله الحاكم النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ١٩٩٠م، ت:مصطفى عبد القادر عطا.
٤٤. مسند الإمام أحمد بن حنبل لأحمد بن حنبل الشيباني(ت٢٤١هـ)، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ت: شعيب الأرنؤوط.

٤٥. المصنف لعبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني (ت ٢١١هـ)، المكتب الإسلامي- بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
٤٦. معالم السنن لأبي سليمان أحمد بن محمد البستي المعروف بالخطابي (ت٣٨٨هـ)، المطبعة العلمية- حلب، ط١، ١٣٥١هـ، ١٩٣٢م.
٤٧. المعجم الكبير لسليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني(ت٣٦٠هـ)، مكتبة العلوم والحكم- الموصل، ط٢، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٣م، ت: حمدي بن عبد المجيد السلفي.
٤٨. المنتقى شرح موطأ مالك لسليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي(ت٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة-مصر، ط١، ١٣٣٢هـ.
٤٩. المنهاج شرح صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ.
٥٠. نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي(ت٧٦٢هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر- بيروت، ت: محمد عوامة، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٥١. النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري(ت٦٠٦هـ)، المكتبة العلمية- بيروت، ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي.

ثالثاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية

٥٢. إجابة السائل شرح بغية الآمل لمحمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني(ت١١٨٢هـ)، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط١، ١٩٨٦م، ت: حسين السياغي ود.حسن محمد الأهدل.
٥٣. إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني، دار الفكر المعاصر- بيروت، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، ت: محمد سعيد البدري.
٥٤. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي(ت٩١١هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٣هـ.
٥٥. الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي(ت٧٧١هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
٥٦. الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي(ت٩٧٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٤، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
٥٧. أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول) لعلي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس- كراتشي.
٥٨. أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
٥٩. أصول الشاشي لنظام الدين أحمد بن محمد الشاشي (ت ٣٤٤هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط.

٦٠. الاعتصام لإبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، دار ابن عفان- السعودية، ط١، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي.
٦١. البحر المحيط لمحمد بن عبد الله الزركشي(ت٧٩٤هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢١هـ.
٦٢. البرهان في أصول الفقه لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني(ت٤٧٨هـ)، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، ت: صلاح بن محمد بن عويضة.
٦٣. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لمحمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (ت ٧٤٩هـ)، دار المدني- السعودية، ط١، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م، ت: محمد مظهر بقا.
٦٤. التبصرة في أصول الفقه لإبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي(ت٤٧٦هـ)، دار الفكر- دمشق، ط١، ١٤٠٣هـ، ت: د. محمد حسن هيتو.
٦٥. التحبير شرح التحرير في أصول الفقه لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي(ت٨٨٥هـ)، مكتبة الرشد- الرياض، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ت: د.عبد الرحمن الجبرين، د.عوض القرني، د.أحمد السراح.
٦٦. التلخيص في أصول الفقه للجويني، دار البشائر الإسلامية-بيروت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م، ت: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري.
٦٧. التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لعبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٤، ١٤٠٠هـ، ت: د.محمد حسن هيتو.
٦٨. تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر- بيروت، د.ط.
٦٩. حاشية العطار على جمع الجوامع لحسن العطار (ت١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.
٧٠. الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، للشيخ زكريا بن محمد الأنصاري(ت٩٢٦هـ)، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ت:د.مازن المبارك.
٧١. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي(٧٧١هـ)، عالم الكتب-بيروت، ١٩٩٩م، ١٤١٩هـ، ت:علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود.
٧٢. روضة الناظر وجنة المناظر لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي(ت٦٢٠هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود- الرياض، ط٢، ١٣٩٩هـ، ت: د.عبد العزيز عبد الرحمن السعيد.
٧٣. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني(ت٧٩٣هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م، ت: زكريا عميرات.
٧٤. شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م، تحقيق: مصطفى الزرقا.
٧٥. شرح الكوكب المنير لتقي الدين أبي البقاء محمد بن أحمد ابن النجار(ت٩٧٢هـ)، مكتبة العبيكان- الرياض، ط٢، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، ت: محمد الزحيلي و نزيه حماد.

٧٦. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي(ت٦٨٤هـ)، دار الفكر- بيروت، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
٧٧. غاية الوصول في شرح لب الأصول للشيخ زكريا بن محمد الأنصاري(ت٩٢٦هـ)، دار الكتب العربية الكبرى-مصر، د.ط.
٧٨. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ت: أحمد بن محمد الحنفي الحموي.
٧٩. غياث الأمم في التياث الظلم (الغياثي) لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني(ت٤٧٨هـ)، مكتبة إمام الحرمين- قطر، ط٢، ١٤٠١هـ، تحقيق:د. عبد العظيم ديب.
٨٠. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق لأحمد بن إدريس القرافي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م، تحقيق: خليل المنصور.
٨١. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العلي محمد بن نظام الدين اللكنوي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ضبطه عبدالله محمود محمد عمر.
٨٢. قواطع الأدلة في الأصول لأبي المظفر منصور بن محمد المروزي السمعاني (ت٤٨٩هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٩م، ت: محمد حسن الشافعي.
٨٣. قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين بن عبد السلام(ت٦٦٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.
٨٤. القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية د.عمر عبدالله كامل، رسالة دكتوراه في كلية الدراسات العربية والإسلامية -جامعة الأزهر.
٨٥. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د.محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط١، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
٨٦. القواعد في الفقه الإسلامي لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي(ت٧٩٥هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية- مصر، ط١، ١٣٩١هـ، ١٩٧١م، ت: طه عبد الرؤوف سعد.
٨٧. القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية- المدينة المنورة، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
٨٨. الكاشف عن أصول الدلائل وفصول العلل لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي(٦٠٦هـ)، دار الجيل-بيروت، ط١، ١٤١٣هـ، ت:أحمد السقا.
٨٩. الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ت: عدنان درويش ومحمد المصري.
٩٠. المحصول في علم أصول الفقه لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي(ت٦٠٦هـ)، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

٩١. المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلي بن محمد بن علي البعلي(ت٨٠٣هـ)، جامعة الملك عبد العزيز- مكة المكرمة، ت: د. محمد مظهر بقا.
٩٢. المدخل لأبي عبد الله محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (ت ٧٣٧هـ)، دار التراث-مصر، د.ط.
٩٣. المستصفى لمحمد بن محمد الغزالي(٥٠٥هـ)، الجامعة الإسلامية- المدينة المنورة، ١٤١٣هـ، ت: د.حمزة زهير حافظ.
٩٤. المعتصر من شرح مختصر الأصول من علم الأصول لأبي المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف المنياوي، المكتبة الشاملة- مصر، ط١، ١٤٣١ هـ، ٢٠١٠م.
٩٥. مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور(١٣٩٣هـ)، الشركة التونسية للتوزيع- تونس، ١٩٧٨م.
٩٦. المنثور في القواعد لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ط٢، ١٤٠٥هـ، ت: د. تيسير فائق أحمد محمود.
٩٧. الموافقات في أصول الشريعة لإبراهيم بن موسى الشاطبي(٧٩٠هـ)، دار المعرفة- بيروت، د.ط، ت: عبد الله دراز.
٩٨. نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر لجمال الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي(ت٥٩٧هـ)، مؤسسة الرسالة-بيروت، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، ت:محمد عبد الكريم كاظم الراضي.
٩٩. نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لابن عابدين(١٢٥٢هـ)، دار الفكر-دمشق، ١٩٩٩م، ت: محمد مطيع الحافظ.
١٠٠. نهاية السول في شرح منهاج الأصول لجمال الدين الآسنوي(ت٧٧٢هـ)، دار الكتب العلمية -بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ.

رابعاً: كتب الفقه

١- كتب الفقه الحنفي

١٠١. البحرالرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم الحنفي(ت٩٧٠هـ)، دار المعرفة-بيروت، د.ط.
١٠٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني(ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
١٠٣. البناية شرح الهداية لمحمود بن أحمد بدر الدين العيني(ت٨٥٥هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.
١٠٤. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي فخر الدين الزيلعي(ت٧٤٣ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية-القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.
١٠٥. تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي(ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.
١٠٦. الجوهرة النيرة لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ(ت٨٠٠هـ)، المطبعة الخيرية، ط١، ١٣٢٢هـ.
١٠٧. حاشية الشرنبلالي على درر الحكام لحسن بن عمار الشرنبلالي الحنفي (ت ١٠٦٩هـ)، دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، د.ط.

١٠٨. حاشية الشلبي على تبيين الحقائق لشهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي(ت١٠٢١ هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية- القاهرة، ط١.
١٠٩. حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي(ت١٢٣١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية- بولاق، ط١٣١٨هـ.
١١٠. حاشية رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين ابن عابدين(ت١٢٥٢هـ)، دار الفكر- بيروت، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
١١١. الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني (ت١٨٩هـ)، عالم الكتب-بيروت، ١٤٠٣هـ، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري.
١١٢. الدر المختار للحصكفي، دار الفكر-بيروت، ط١٣٨٦هـ.
١١٣. درر الحكام شرح غرر الأحكام لمحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو(ت٨٨٥هـ)، دار إحياء الكتب العربية، د.ط.
١١٤. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (ت ١٣٥٣هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل- بيروت، ط١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
١١٥. شرح فتح القدير للكمال بن الهمام محمد بن عبد الواحد السيواسي(ت٨٦١هـ)، دار الفكر- بيروت، د.ط.
١١٦. شرح نور الإيضاح على مراقي الفلاح لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق-مصر، ١٣١٨هـ.
١١٧. العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود أكمل الدين البابرتي(ت٧٨٦هـ)، دار الفكر- بيروت، د.ط.
١١٨. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر- بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
١١٩. قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار لعلاء الدين محمد بن محمد أمين (ابن عابدين الابن) (ت١٣٠٦هـ)، دار الفكر- بيروت، د.ط.
١٢٠. اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني الميداني الغنيمي(ت١٢٩٨هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط.
١٢١. المبسوط لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي(ت٤٨٣هـ)، دار المعرفة- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
١٢٢. مجلة الأحكام العدلية للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الدولة العثمانية، مكتبة نور محمد كارخانه تجارتِ كتب- إيران، د.ط.
١٢٣. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان (شيخي زاده)(ت٩٤٤هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ت: عمران المنصور.
١٢٤. مجمع الضمانات لغان بن محمد البغدادي(ت بعد ١٠٢٧هـ)، دار الكتاب الإسلامي- بيروت، د.ط.

١٢٥. المحيط البرهاني في الفقه النعماني لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن مَازَةَ البخاري، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م، ت: عبد الكريم سامي الجندي.
١٢٦. النتف في الفتاوى لأبي الحسن علي بن الحسين السُّغْدي (ت٤٦١هـ)، دار الفرقان-عمان، ط٢، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي.
١٢٧. نور الإيضاح ونجاة الأرواح في الفقه الحنفي لحسن بن عمار الشرنبلالي الحنفي (ت ١٠٦٩هـ)، المكتبة العصرية-لبنان، ١٢٤٦هـ، ٢٠٠٥م، ت: محمد أنيس مهرات.
١٢٨. الهداية شرح بداية المبتدي لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني (ت٥٩٣هـ)، المكتبة الإسلامية، د.ط.

٢- كتب الفقه المالكي

١٢٩. إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك لعبد الرحمن بن محمد شهاب الدين البغدادي المالكي(ت٧٣٢هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي-مصر، ط٣.
١٣٠. بداية المجتهد و نهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد الحفيد) (ت٥٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده- مصر، ط٤، ١٣٩٥هـ،١٩٧٥م.
١٣١. البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي(ت١٢٥٨هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت-١٤١٨هـ، ط١، ت: محمد عبد القادر شاهين.
١٣٢. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لأبي الوليد محمد بن أحمد (ابن رشد الحفيد) (ت٥٩٥هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م، ت:د.محمد حجي.
١٣٣. التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف العبدري المواق (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٤م.
١٣٤. تحرير الكلام في مسائل الالتزام لمحمد بن محمد الحطاب(٩٥٤هـ)، دار المغرب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، تحقيق: عبدالسلام الشريف.
١٣٥. التلقين في الفقه المالكي لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي(ت٤٢٢هـ)، المكتبة التجارية-مكة المكرمة، ١٤١٥هـ، ت:محمد ثالث سعيد الغاني.
١٣٦. التهذيب في اختصار المدونة لخلف بن أبي القاسم الأزدي القيرواني ابن البراذعي المالكي (ت٣٧٢هـ)، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ.
١٣٧. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني لصالح عبد السميع الآبي الأزهري (ت١٣٣٥هـ)، المكتبة الثقافية- بيروت، د.ط

١٣٨. حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل المالكي لمحمد بن عبد الله الخرشي(ت١١٠١هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، ضبط: زكريا عميرات.

١٣٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت١٢٣٠هـ)، دار الفكر-بيروت، د.ط.

١٤٠. حاشية الصاوي على الشرح الصغير (بلغة السالك لأقرب المسالك) لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي(ت١٢٤١هـ)، دار المعارف، د.ط.

١٤١. حاشية العدوي المالكي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي يزيد القيرواني، لعلي بن أحمد بن مكرم العدوي (ت١١٨٩هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

١٤٢. الذخيرة في فقه المالكية لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي(ت٦٨٤هـ)، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

١٤٣. الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير (ت١٢٠١هـ)، مع تقريرات الشيخ محمد عليش، دار عيسى البابي الحلبي وشركاه- مصر، د.ط.

١٤٤. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب لأحمد بن علي المنجور، دار عبدالله الشنقيطي- السعودية، تحقيق: محمد الشيخ محمد أمين.

١٤٥. شرح ميارة على العاصمية المسمى بالإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لأبي عبد الله محمد بن أحمد الفاسي، دار المعرفة- بيروت، د.ط

١٤٦. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد بن أحمد عليش، دار المعرفة- بيروت، د.ط.

١٤٧. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي(ت١١٢٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

١٤٨. الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي(ت٤٦٣هـ)، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م، ت: محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني.

١٤٩. المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس (ت١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

١٥٠. المقدمات الممهدات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ)، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨م.

١٥١. منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عليش (١٢٩٩هـ)، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.

١٥٢. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل للحطاب الرُّعيني المغربي، دار عالم الكتب-بيروت، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ت: زكريا عميرات.

٣- كتب الفقه الشافعي

١٥٣. أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا بن محمد الأنصاري(ت٩٢٦هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط.
١٥٤. إعانة الطالبين لأبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن محمد شطا الدمياطي(ت بعد ١٣٠٢هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
١٥٥. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ)، دار الفكر – بيروت، د.ط.
١٥٦. الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ)، دار الفكر- بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
١٥٧. البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني(ت٥٥٨هـ)، دار المنهاج- لبنان، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، اعتنى به: قاسم النوري.
١٥٨. تحفة المحتاج في شرح المنهاج لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي(ت٩٧٤هـ)، المكتبة التجارية الكبرى- مصر، ط ١٣٥٧ هـ، ١٩٨٣م.
١٥٩. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب لسليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، المكتبة الإسلامية- ديار بكر.
١٦٠. حاشية الجمل على المنهج للأنصاري للشيخ سليمان الجمل(ت١٢٠٤هـ)، دار الفكر- بيروت، د.ط.
١٦١. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي (عميرة)، دار الفكر-بيروت، ط١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.
١٦٢. الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت٤٥٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
١٦٣. حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، مطبعة مصطفى محمد- مصر، د.ط.
١٦٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط، ت: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض.
١٦٥. الشرح الكبير (فتح العزيز بشرح الوجيز) لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت٦٢٣هـ) دار الفكر- بيروت، د.ط.
١٦٦. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية لزكريا بن محمد الأنصاري(ت ٩٢٦هـ) المطبعة الميمنية، د.ط.
١٦٧. فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين لزين الدين أحمد بن عبد العزيز المعبري المليباري الهندي (ت٩٨٧هـ)، دار بن حزم، ط١، د.ت.
١٦٨. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لزكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري(ت٩٢٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.

١٦٩. كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لأبي بكر بن محمد الحصني الشافعي (ت٨٢٩هـ)، دار الخير- دمشق، ط١، ١٩٩٤م، ت: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان.

١٧٠. اللباب في الفقه الشافعي لأحمد بن محمد بن أحمد الضبي (ت٤١٥هـ)، دار البخاري- المدينة المنورة، ط١، ١٤١٦هـ، ت: عبد الكريم العمري.

١٧١. المجموع لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ)، دار الفكر- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م.

١٧٢. مختصر المزني لإسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني (ت٢٦٤هـ)، دار المعرفة-بيروت، ط١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.

١٧٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ)، دار الفكر- بيروت، د.ط.

١٧٤. نهاية الزين في إرشاد المبتدئين لمحمد بن عمر نووي الجاوي، التناري بلدا (ت١٣١٦هـ)، دار الفكر- بيروت.

١٧٥. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن شهاب الدين الرملي(ت١٠٠٤هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.

١٧٦. نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، (ت ٤٧٨هـ)، دار المنهاج- دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ت: أ.د عبد العظيم محمود الدّيب.

١٧٧. الوسيط في المذهب لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، دار السلام- القاهرة، ١٤١٧هـ، ت: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر.

٤- كتب الفقه الحنبلي

١٧٨. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لموسى بن أحمد الحجاوي المقدسي (ت ٩٦٨هـ)، دار المعرفة- بيروت، ت:عبد اللطيف محمد موسى السبكي.

١٧٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلي بن سليمان المرداوي (ت٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط، ت: محمد حامد الفقي.

١٨٠. شرح الزركشي على مختصر الخرقي لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م، ت: عبد المنعم خليل إبراهيم.

١٨١. الشرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي(ت٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط.

١٨٢. شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي(ت١٠٥١هـ)، عالم الكتب- بيروت، ١٩٩٦م.

١٨٣. الفروع وتصحيح الفروع لمحمد بن مفلح المقدسي(ت٧٦٢)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١٤١٨هـ، ت: أبي الزهراء حازم القاضي.

١٨٤. الكافي في فقه الإمام أحمد لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
١٨٥. كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي(ت١٠٥١هـ)، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٢هـ، ت:هلال مصيلحي مصطفى هلال.
١٨٦. المبدع في شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي(ت٨٨٤هـ)، المكتب الإسلامي- بيروت، ١٤٠٠هـ.
١٨٧. متن الخرقي على مذهب الإمام أحمد لعمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي(ت٣٣٤هـ)، دار الصحابة للتراث- مصر، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.
١٨٨. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني(ت١٢٤٣هـ)، المكتب الإسلامي- دمشق، ١٩٦١م.
١٨٩. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل لعبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي(ت٦٢٠هـ)، بيروت- دار الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ.
١٩٠. منار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان(ت١٣٥٣هـ)، مكتبة المعارف- الرياض، ١٤٠٥هـ، ت: عصام القلعجي.

٥- كتب الفقه للمذاهب الأخرى والفتاوى الفقهية والسياسة الشرعية والأخلاق

١٩١. إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة- بيروت، د.ط.
١٩٢. الاختيارات الفقهية لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، جمعه: علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي (ت: ٨٠٣هـ)، دار المعرفة- بيروت، ط١٣٩٧هـ، ١٩٧٨م.
١٩٣. إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية- مصر، ١٣٨٨هـ،١٩٦٨م، ت: طه عبد الرؤوف سعد.
١٩٤. إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، دار المعرفة – بيروت، ط٢، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م، ت:محمد حامد الفقي.
١٩٥. بدائع الفوائد لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم (ت٧٥١هـ)، مكتبة نزار مصطفى الباز- مكة المكرمة، ط١، ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م، تحقيق : هشام عطا وعادل العدوي.
١٩٦. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي(ت٧٩٩هـ)، دار عالم الكتب- الرياض، ط خاصة، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، تعليق: جمال مرعشلي.
١٩٧. الرسالة القشيرية لعبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك القشيري (ت: ٤٦٥هـ) دار المعارف- القاهرة، ت: الإمام د.عبد الحليم محمود، د.محمود بن الشريف.

١٩٨. الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي(ت٩٧٤هـ)، دار الفكر-بيروت، د.ط.
١٩٩. الفتاوى الكبرى لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٧م، ت: محمد عبدالقادر عطا ومصطفى عبدالقادر عطا.
٢٠٠. القول البديع في الصلاة على الحبيب الشفيع، لأبي الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت:٩٠٢هـ)، دار الريان للتراث- القاهرة، د.ط.
٢٠١. لسان الحكام في معرفة الأحكام لأحمد بن محمد أبي الوليد ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي (ت: ٨٨٢هـ)، مطبعة البابي الحلبي-القاهرة، ط٢، ١٣٩٣ هـ، ١٩٧٣م.
٢٠٢. المبسوط في فقه الإمامية لأبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، دار الكتاب العربي- بيروت، د.ط، صححه وعلق عليه: محمد الباقر البهبودي.
٢٠٣. مجموع الفتاوى لتقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، دار الوفاء- السعودية، ط٣، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ت: أنور الباز- عامر الجزار.
٢٠٤. المختصر النافع في فقه الإمامية لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، دار الأضواء- بيروت، ط٣، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
٢٠٥. مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية(ت٧٥١هـ)، دار الكتاب العربي- بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م، ت: محمد حامد الفقي.

خامساً: المصادر والمراجع المعاصرة

٢٠٦. الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر في المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامية، محمد عبد العزيز حسن زيد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م.
٢٠٧. أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة د.مبارك آل سليمان، دار كنوز أشبيليا- الرياض، ط١، ١٤٢٦هـ.
٢٠٨. أحكام العقد غير المسمى في القانون الجزائري، لطاهرة يعقوب عبد الصمد، وأصله بحث مقدم لاستكمال شهادة الليسانس في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة قاصدي مرباح-ورقلة الجزائر، ٢٠١٤م.
٢٠٩. الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية د. عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، البنك الإسلامي للتنمية- جدة ١٤٢٥هـ.
٢١٠. إدارة العمليات المصرفية-المحلية والدولية- أ.د.خالد أمين عبدالله ود. إسماعيل إبراهيم الطراد، دار وائل للنشر- الأردن، ط١، ٢٠٠٦م.
٢١١. الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي لأميرة عبد اللطيف مشهور، مكتبة مدبولي- القاهرة، ط ١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
٢١٢. الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية د.عبد الحميد محمود البعلي، دار وهبة- القاهرة، ط١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
٢١٣. الأسهم المختلطة في ميزان الشريعة لصالح بن مقبل العصيمي التميمي، مركز الدار السلام- الرياض، د.ط

٢١٤. أصول الفقه الإسلامي لعبد الوهاب خلاف، مكتب الدعوة الإسلامية-القاهرة، ط٨.
٢١٥. الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة د.علي السالوس، دار الثقافة-الدوحة، ١٩٩٨م.
٢١٦. الاقتصاد لبول ساملويلسون وويليام نوردهاموس، ترجمة د. هشام عبدالله، الدار الأهلية للنشر- عمان، ط١، ٢٠٠١م.
٢١٧. الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها د.أحمد حسن، دار الفكر المعاصر- بيروت، دار الفكر- دمشق، ط٢، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
٢١٨. بحوث في الاقتصاد الإسلامي د. علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦هـ.
٢١٩. بحوث في الاقتصاد الإسلامي للشيخ عبدالله المنيع، المكتب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
٢٢٠. بحوث وفتاوى فقهية معاصرة د. أحمد الحجي الكردي، دار البشائر الإسلامية- بيروت، ط٢، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
٢٢١. البنوك الإسلامية د. فليح حسن خلف، دار عالم الكتب الحديث- الأردن، ط١، ٢٠٠٦م.
٢٢٢. البنوك-المعاملات المصرفية-التأمين على الأنفس والأموال أ.د. رمضان حافظ عبد الرحمن، دار السلام-القاهرة، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م.
٢٢٣. بورصة الأوراق المالية لشعبان محمد إسلام البرواري، دار الفكر المعاصر- بيروت، دار الفكر- دمشق، ط٢، ١٤٢٦هـ،٢٠٠٥م.
٢٢٤. البيوع الشائعة د. محمد توفيق رمضان، دار الفكر- دمشق، ط٣، ٢٠٠٥م.
٢٢٥. التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالتأمين التجاري أ.د.علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية-بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٢٢٦. التأمين وأحكامه د.سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، دار العواصم المتحدة-بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
٢٢٧. التدابير الواقية من الربا في الإسلام د.فضل إلهي، مكتبة المؤيد- الرياض، ط٢، ١٤١٢هـ.
٢٢٨. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د. سامي حسن حمود، مطبعة الشرق- عمان ط٢، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
٢٢٩. التكييف الفقهي للعقود المالية المستجدة وتطبيقاتها على نماذج التمويل الإسلامية المعاصرة، أحمد محمد محمود نصار، البنك الإسلامي الأردني، ٢٠٠٤/ ٢٠٠٥م.
٢٣٠. التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د.محمد عثمان شبير، دار القلم-دمشق، ١٤٣٥هـ، ٢٠١٤م.
٢٣١. الجامع في أصول الربا د. رفيق المصري، دار القلم-دمشق، ط٢، ٢٠٠١م.
٢٣٢. الحاجة الشرعية حقيقتها أدلتها ضوابطها، د. نور الدين الخادمي، بحث منشور في مجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل السعودية، العدد١٤، السنة الرابعة، ربيع الآخر ١٤٢٣هـ.
٢٣٣. الحاجة وأثرها في الأحكام د. أحمد الرشيد، دار كنوز إشبيليا- السعودية، ط١، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.

٢٣٤. الحقوق التجارية –الأعمال التجارية والتجار والمتجر- د.جاك يوسف الحكيم، منشورات جامعة دمشق-دمشق، ٢٠١٢م.
٢٣٥. الحقوق العينية الأصلية د.محمد وحيد الدين سوار، جامعة دمشق- ٢٠١٢م.
٢٣٦. الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها د. علاء الدين الزعتري، دار الكلم الطيب- دمشق وبيروت، ط٢، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
٢٣٧. خطاب الضمان البنكي، لعماد الدين طرابلسي، بحث مقدم لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة قاصدي مرباح-ورقلة الجزائر، ٢٠١٤-٢٠١٥م.
٢٣٨. الزكاة وترشيد التأمين المعاصر ليوسف كمال، دار الوفاء-المنصورة مصر، ط١، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
٢٣٩. شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام لمحمد وحيد الدين سوار، المطبعة الجديدة دمشق ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.
٢٤٠. الشركات في الشريعة الإسلامية د. عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٣، ١٤٠٨هـ.
٢٤١. الشركات في الفقه الإسلامي -بحوث مقارنة- للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي-القاهرة، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
٢٤٢. شركة المساهمة في النظام السعودي د.صالح بن زابن المرزوقي البقمي، دار مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي مطابع الصفا- مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ.
٢٤٣. ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي لمحمد أحمد سليمان، مطبعة السعادة-مصر، ط١، ١٩٨٥م.
٢٤٤. ضمان المنافع لإبراهيم فاضل الدبو، دار البيارق-بيروت، ط١، ١٩٩٧م.
٢٤٥. الضمان في الفقه الإسلامي لعلي عبد الحكيم الصافي، مطبعة الآداب-النجف.
٢٤٦. ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة لعبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، دار القلم- دمشق، ط١٠، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
٢٤٧. طرق إثبات مقاصد الشريعة لإحسان الحمامي، كلية الشريعة-جامعة دمشق، بإشراف الدكتور: أحمد حسن، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.
٢٤٨. عقد التأمين في القانون السوري، للمحامي حسين صلاح الحاج حسين، رسالة علمية قانونية لنيل الإجازة في الانتقال إلى جدول المحامين الأساتذة، نقابة المحامين-فرع حلب، ١٤٣١هـ، ٢٠٠٩م.
٢٤٩. العقد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالقانون الوضعي- د.عباس حسني محمد، المعهد العالي للقضاء-الرياض، ط١، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.
٢٥٠. العقود المسماة (البيع-المقايضة الإيجار) أ.د.محمد الزحيلي، منشورات جامعة دمشق، ط٤، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
٢٥١. العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) لمصطفى الزرقا، دار القلم- دمشق، ط٢، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.
٢٥٢. العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني أ. د وهبة الزحيلي ، دار الفكر-دمشق، ١٩٨٧م.

٢٥٣. العقود المسماة، د.زهير حرح، ود.علي الجاسم، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١١م.
٢٥٤. عمليات البنوك لمحمود الكيلاني، دار الجيب-الأردن، ط١٩٩٢م.
٢٥٥. العمليات المصرفية د. عبد الرزاق قاسم، مطبوعات جامعة دمشق- كلية الاقتصاد.
٢٥٦. الغرر وأثره في العقود، وآثاره في التطبيقات المعاصرة، د. الصديق محمد الأمين الضرير، البنك الإسلامي للتنمية-جدة، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
٢٥٧. فتاوى مصطفى الزرقا للشيخ مصطفى الزرقا، دار القلم- دمشق، ط٢، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، تقديم: د. يوسف القرضاوي.
٢٥٨. الفقه الإسلامي المقارن، أ.د.حمزة حمزة، منشورات جامعة دمشق-كلية الشريعة، ط١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
٢٥٩. الفقه الإسلامي وأدلته د.وهبة الزحيلي، دار الفكر-بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م .
٢٦٠. فقه المعاملات المالية المعاصرة د. بسام الشيخ، دار المصطفى- دمشق، ط١، ١٤٣٣هـ، ٢٠١١م.
٢٦١. فقه المعاملات المالية المقارن، د.علاء الدين زعتري، دار العصماء- دمشق ط٦، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٧م.
٢٦٢. القصد والنية في الشريعة الإسلامية د.عبود بن علي بن درع، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة- العدد٤٨، ٩٠.
٢٦٣. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد د.نزيه حماد، دار القلم- دمشق، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
٢٦٤. مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية لصالح بن محمد بن حسن الأسمري، دار الصميعي، اعتنى بها: متعب بن مسعود الجعيد، ط١، ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠م.
٢٦٥. المحاسبة والعمليات المصرفية د. ناجي جمال، مؤسسة مجد- بيروت، ط٢، ٢٠٠٢م.
٢٦٦. مخاطر التمويل الإسلامي د. علي السواس، ط تمهيدية.
٢٦٧. المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط٢، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٢٦٨. المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، لنور الدين عبد الكريم الكواملة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في علوم الوحي والتراث، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية- الجامعة الماليزية، ٢٠٠٦م.
٢٦٩. مشكلة الاستثمار لمحمد صلاح الصاوي، دار الوفاء- القاهرة، ط١، ١٩٩٠م.
٢٧٠. المصارف الإسلامية أ.د.وهبة الزحيلي، هيئة الموسوعة العربية- دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
٢٧١. المعاملات المالية المعاصرة أ.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط٨، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
٢٧٢. المعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير، دار النفائس- الأردن، ط٤، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
٢٧٣. المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي، المكتب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
٢٧٤. المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة د.محمد رواس قلعه جي، دار النفائس- الأردن، ط٣، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.

٢٧٥. المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٢٧٦. معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعه جي، دار النفائس- الأردن، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.
٢٧٧. مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية د. محمد سعد اليوبي، دار الهجرة- السعودية، ط١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.
٢٧٨. مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها لعلال الفاسي، مكتبة الوحدة العربية- الدار البيضاء، د.ط.
٢٧٩. مقاصد المكلفين فيما يُتعبَّد به رب العالمين عمر سليمان الأشقر، مكتبة الفلاح-الكويت، ط١، ١٤٠١هـ.
٢٨٠. من أصول الفقه على منهج أهل الحديث، لزكريا بن غلام قادر الباكستاني، دار الخراز-الرياض، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.
٢٨١. المهذب في علم أصول الفقه المقارن لعبد الكريم بن علي النملة، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، مكتبة الرشد- الرياض.
٢٨٢. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، ط٢، ١٤٢٧هـ .
٢٨٣. موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي أ.د. علي السالوس، دار القرآن- مصر، دار الثقافة- قطر، ط٧، ٢٠٠٢م.
٢٨٤. نظام التأمين –حقيقته والرأي الشرعي فيه- للشيخ مصطفى الزرقا، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٢٨٥. النظريات الفقهية أ.د فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق-كلية الشريعة، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
٢٨٦. نظرية الأجور في الفقه الإسلامي د.أحمد حسن، أطروحة دكتوراه في كلية الشريعة-جامعة دمشق، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
٢٨٧. نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي د. وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط٤، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٢٨٨. نظرية الضمان أ.د.وهبة الزحيلي، دار الفكر-دمشق، ط٢، ١٩٩٨م.
٢٨٩. النقود والمصارف في النظام الإسلامي د. عوف الكفراوي، دار الجامعات المصرية-الإسكندرية، ط٢، ١٤٠٧هـ.
٢٩٠. الوسيط في شرح القانون المدني د.عبدالرزاق السنهوري، دار التراث العربي- بيروت، د.ط.

سادساً: كتب اللغة العربية وما يتصل بها

٢٩١. تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي (ت١٢٠٥هـ)، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٢م، ت: مصطفى حجازي.
٢٩٢. التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي – بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ت: إبراهيم الأبياري
٢٩٣. الخصائص لأبي الفتح عثمان بن جني، عالم الكتب- بيروت، د.ط، ت:محمد علي النجار.
٢٩٤. القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، دار الجيل- بيروت، د.ط.

٢٩٥. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم لمحمد بن علي الفاروقي الحنفي التهانوي (ت بعد ١١٥٨هـ)، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، ط١، ١٩٩٦م، تحقيق: د. علي دحروج، تقديم وإشراف ومراجعة: د. رفيق العجم.
٢٩٦. لسان العرب لمحمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي، دار صادر- بيروت، ط١.
٢٩٧. المحيط في اللغة للصاحب إسماعيل بن عباد (ت:٣٨٥هـ)، دار عالم الكتب-بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٢٩٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية – بيروت، د.ط.
٢٩٩. المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، مكتبة الشروق الدولية- القاهرة، ط٤، ٢٠٠٤هـ.

سابعاً: كتب الطبقات والتراجم

٣٠٠. الإعلام بمن في تاريخ الهند من الأعلام (نزهة الخواطر وبهجة المسامع والنواظر) لعبد الحي بن فخر الدين بن عبد العلي الحسني الطالبي (ت: ١٣٤١هـ)، دار ابن حزم- بيروت، ط١، ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٩م.
٣٠١. الأعلام قاموس تراجم لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين- بيروت، ط١٥، ٢٠٠٢م.
٣٠٢. إكمال الكمال لابن ماكولا، دار الكتاب الإسلامي- القاهرة، د.ط.
٣٠٣. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، دار المعرفة- بيروت، د.ط.
٣٠٤. البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة لمجد الدين الفيروزآبادي، دار سعد الدين، ط١، ١٤٢١هـ.
٣٠٥. تاج التراجم في طبقات الحنفية لزين الدين أبي العدل قاسم بن قطلوبغا (ت: ٨٧٩هـ)، دار القلم- دمشق، ط١، ١٤١٣ هـ، ١٩٩٢ م، ت: محمد خير رمضان يوسف.
٣٠٦. تاريخ واسط لأسلم بن سهل الرزّاز الواسطي، عالم الكتب- بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ، ت:كوركيس عواد.
٣٠٧. تذكرة الحفاظ لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ت: زكريا عميرات.
٣٠٨. تهذيب الأسماء واللغات للإمام النووي، دار الفكر- بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
٣٠٩. الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر ابن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، دار هجر- مصر، د.ط، ت: د.عبد الفتاح محمد الحلو.
٣١٠. الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة لابن حجر العسقلاني، دار الجيل- بيروت، ط١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
٣١١. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي، دار التراث- القاهرة، د.ط، ت: د.محمد الأحمدي أبو النور.
٣١٢. ذيل تذكرة الحفاظ للحافظ أبي المحاسن الحسيني الدمشقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط.
٣١٣. ذيل طبقات الحفاظ لجلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) دار الكتب العلمية-بيروت، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات.

٣١٤. ذيل طبقات الحنابلة لزين الدين عبدالرحمن ابن رجب الحنبلي، مكتبة العبيكان-الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م، ت: د.عبد الرحمن العثيمين.
٣١٥. سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٩، ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.
٣١٦. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للعلامة محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
٣١٧. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي المعروف بابن العماد، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.ت.
٣١٨. طبقات الحنابلة لأبي الحسين ابن أبي يعلى محمد بن محمد، دار المعرفة – بيروت، د.ط، ت: محمد حامد الفقي.
٣١٩. طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار هجر، ط٢ ، ١٤١٣هـ، تحقيق : د. محمود محمد الطناحي ود.عبد الفتاح محمد الحلو.
٣٢٠. طبقات الشافعية لأبي بكر تقي الدين ابن قاضي شهبة، عالم الكتب- بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ، ت:عبد العليم خان.
٣٢١. طبقات الشافعية لعماد الدين إسماعيل بن عمر ابن كثير، دار المدار الإسلامي- بيروت، ط١، ٢٠٠٤م، ت: عبد الحفيظ منصور.
٣٢٢. طبقات المفسرين لأحمد بن محمد الأدنروي، مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة، ط١، ١٩٩٧م، ت:سليمان بن صالح الخزي.
٣٢٣. الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي الهندي، دار الكتاب الإسلامي-القاهرة، د.ط، عني بتصحيحه والتعليق عليه: محمد بدر الدين النعساني.
٣٢٤. معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، مكتبة المثنى- بيروت، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ط.
٣٢٥. الوافي بالوفيات لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت: ٧٦٤هـ)، دار إحياء التراث – بيروت، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، ت: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى.
٣٢٦. وفيات الأعيان لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، دار صادر– بيروت، د.ط، تحقيق: إحسان عباس.

ثامناً: المقالات وأوراق العمل والأبحاث المنشورة في المجلات المحكمة والدوريات:

٣٢٧. أحكام المسابقات المالية المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، د.محمد عثمان شبير، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، ١١/ ١/ ٢٠٠٣ إلى ١٦/ ١/ ٢٠٠٣م.
٣٢٨. بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها د. عبد الستار أبو غدة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الرياض، ١٤٢١هـ.

٣٢٩. البنوك الإسلامية ودورها في اقتصاديات المغرب العربي، وقائع الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-البنك الإسلامي للتنمية بالمدينة المحمدية بالمغرب، خلال الفترة من ٢٥ إلى ٢٩ من ذي القعدة ١٤١٠هـ تحرير: لقمان محمد مرزوق ندوة رقم ٣٤، ط ١٤١٧هـ.

٣٣٠. التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية د.محمد جبر الألفي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث عشر، الصفحة.

٣٣١. التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشرعية، بحث منشور في مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد ١٢، العدد ٢٣، ٢٠٠٨م، نشر بالإنكليزية، وترجمه المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب إلى اللغة الفرنسية.

٣٣٢. جوائز المصارف التقليدية والإسلامية (تأصيل شرعي) د.باسم عامر، مقال منشور على شبكة الانترنت بتاريخ (١٤/ ١٢/ ٢٠١٠م، ٧/ ١/ ١٤٣٢هـ).

٣٣٣. خطاب الضمان د. عبد الستار أبو غدة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي- جدة- العدد الثاني، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦هـ.

٣٣٤. القرض الذي جر منفعة، د.أحمد حسن، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد٢٣، العدد الثاني، ٢٠٠٧م.

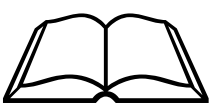
٣٣٥. المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي الإسلامي -تأصيل وضبط- د. إسماعيل شندي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر (الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك) المنعقد في جامعة الخليل في الفترة الواقعة ما بين ٢٧-٢٨/ ٧/ ٢٠٠٩م.

٣٣٦. المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة أ.د. وهبة الزحيلي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، الدورة المنعقدة في الكويت، ١٤٢٢هـ.

٣٣٧. المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة أ.د.عجيل جاسم النشمي بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، الدورة المنعقدة في الكويت، ١٤٢٢هـ.

٣٣٨. المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية د. أحمد محيي الدين أحمد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، ١٤١٩هـ .

٣٣٩. يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي لحارث محمد سلامة العيسى وأحمد غالب الخطيب، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسة الدراسات الإنسانية)، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني-٢٠١٠م.



فهرس المحتويات

العنوان الصفحة

الإهداء ---------- أ

الشكر ---------- ب

المقدمة ---------- ج

الفصل التمهيدي: التعريف بمصطلحات عنوان الأطروحة ---------- ١

المبحث الأول: حقيقة القصد ---------- ٢

المطلب الأول: تعريف القصد لغة ---------- ٣

المطلب الثاني: تعريف القصد اصطلاحاً ---------- ٧

المبحث الثاني: صلة القصد بمصطلحات مشابهة ---------- ١٠

المطلب الأول: صلة القصد بالنية ---------- ١١

المطلب الثاني: صلة القصد بالباعث ---------- ١٣

المطلب الثالث: صلة القصد بالغرض ---------- ١٩

المبحث الثالث: مكانة القصد في التصرفات ومشروعيته ---------- ٢٢

المطلب الأول: مكانة القصد في التصرفات ---------- ٢٣

المطلب الثاني: مشروعية القصد ---------- ٣٢

المبحث الرابع: تعريف العقد وبيان أنواعه والفرق بينه وبين التصرف ---------- ٣٧

المطلب الأول: تعريف العقد لغة ---------- ٣٨

المطلب الثاني: تعريف العقد اصطلاحاً ---------- ٣٨

المطلب الثالث: بيان أنواع العقد ---------- ٤٣

المطلب الرابع: الفرق بين العقد والتصرُّف ---------- ٤٦

الباب الأول: التأصيل الفقهي لتعدد القصود (٤٨-٢٠٨)

الفصل الأول: مفهوم تعدد القصود والأعمال التي يؤثر فيها ---------- ٥٠

المبحث الأول: مفهوم تعدد القصود عند الفقهاء ---------- ٥١

المطلب الأول: مفهوم تعدد القصود في غير أبواب العقود الماليَّة ---------- ٥٣
المطلب الثاني: مفهوم تعدد القصود في العقود الماليَّة ---------- ٥٧
المبحث الثاني: الأعمال التي يؤثر فيها تعدد القصود ---------- ٦١
المطلب الأول: تعدد القصود في الواجبات ---------- ٦٢
أولاً: ضابط تعدد القصود غير المؤثر في الواجب ---------- ٦٢
ثانياً: ضابط تعدد القصود المؤثر في الواجب ---------- ٦٦
المطلب الثاني: تعدد القصود في المندوبات ---------- ٦٩
أولاً: ضابط تعدد القصود غير المؤثر في المندوب ---------- ٦٩
ثانياً: تعدد القصود الذي يزيد ثواب فعل المندوب ---------- ٧٠
ثالثاً: تعدد القصود المبطل للمندوب ---------- ٧١
المطلب الثالث: تعدد القصود في المباحات ---------- ٧١
أولاً: انتقال المباح إلى المندوب بتعدد القصود فيه ---------- ٧٢
ثانياً: انتقال المباح إلى المحرم بتعدد القصود فيه ---------- ٧٤
المطلب الرابع: تعدد القصود في المحرمات ---------- ٨٠
أولاً: تعريف المحرم وبيان أقسامه ---------- ٨٠
ثانياً: عدم تأثير تعدد القصود في المحرمات من حيث المبدأ ---------- ٨٢
ثالثاً: استثناءات تأثير تعدد القصود في المحرمات ---------- ٨٤
المطلب الخامس: تعدد القصود في المكروهات ---------- ٩١
الفصل الثاني: أقسام القصود في العقود المالية ---------- ٩٤
المبحث الأول: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المباشرة وغير المباشرة ---------- ٩٥
المطلب الأول: القصد المباشر ---------- ٩٧
المطلب الثاني: القصد غير المباشر ---------- ١٠٩
المبحث الثاني: أقسام القصود في العقود المالية من حيث المشروعية وعدمها ---------- ١١٢
المطلب الأول: بيان حقيقة القصد المشروع والقصد غير المشروع ---------- ١١٣
أولاً: بيان حقيقة مقاصد الشريعة ---------- ١١٣
ثانياً: بيان حقيقة القصد المشروع ---------- ١١٨

ثالثاً: بيان حقيقة القصد غير المشروع ---------- ١٢٠
المطلب الثاني: أمثلة القصد المشروع وغير المشروع في العقود المالية ---------- ١٢١
أولاً: إنَّ القصود المباشرة في العقود التي نصَّت الشريعةُ على إباحتها كلُّها قصودٌ مشروعة -- ١٢١
ثانياً: إن القصود المباشِرة في العقود التي نصَّت الشريعةُ على تحريمها قصودٌ غير مشروعة -- ١٢١
ثالثاً: إنَّ القصود غير المباشرة في العقود منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع ----- ١٢٢
المطلب الثالث: الصلة بين القصد غير المشروع والباعث غير المشروع ---------- ١٢٤
المطلب الرابع: الترجيح بين القصد المشروع والقصد غير المشروع عند اجتماعهما--------- ١٢٥
أولاً: حالة اجتماع القصد المباشر غير المشروع مع القصد غير المباشر المشروع --------- ١٢٥
ثانياً: حالة اجتماع القصد المباشر المشروع مع القصد غير المباشر غير المشروع --------- ١٢٩
الفصل الثالث: الحكم التكليفي لتعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٤٣
المبحث الأول: حالات عدم مشروعية تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٤٤
المطلب الأول: حالة حرمة تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٤٥
أولاً: مناط الحرمة في تعدد القصود في العقود الماليَّة مناقضتها لقصد الشارع---------- ١٤٥
ثانياً: حالة حرمة اجتماع القصود المباشِرة المناقِضة لقصد الشارع في العقود المالية ------- ١٥١
ثالثاً: حالة حرمة اجتماع قصد مباشر وقصد غير مباشر مناقض لقصد الشارع في العقود المالية ---- ١٦٠
المطلب الثاني: حالة كراهة تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٦٢
أولاً: اجتماع قصد الرياء مع قصد التبرع ---------- ١٦٢
ثانياً: قصد إنشاء العقد توصلاً إلى المكروه ---------- ١٦٤
المبحث الثاني: حالات مشروعية تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٦٦
المطلب الأول: حالة وجوب تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٦٧
أولاً: وجوب اجتماع قصد الاستعمال للصيد أو الحراسة مع قصد شراء الكلب -------- ١٦٧
ثانياً: وجوب اجتماع قصد مصلحة اليتيم مع قصد الاتجار بماله من قبل وصيه--------- ١٧٠
المطلب الثاني: حالة استحباب تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٧٢
المطلب الثالث: حالة إباحة تعدد القصود في العقود المالية ---------- ١٧٤
الفصل الرابع: حكم العقد المالي الذي تعددت فيه القصود من حيث الصحة وعدمها ---------- ١٧٨
المبحث الأول: بيان حقيقة الصحة والبطلان والفساد في العقود ---------- ١٧٩

المطلب الأول: معنى الصحة والبطلان والفساد لغة ---------- ١٨٠
المطلب الثاني: معنى الصحة والبطلان والفساد في العقود اصطلاحاً ---------- ١٨٠
المبحث الثاني: حكم صحة العقد المالي الذي تعدَّدت فيه القصود المباشرة---------- ١٨٤
المطلب الأول: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين سلف وبيع ---------- ١٨٥
أولاً: حالة اشتراط البيع في عقد القرض ---------- ١٨٥
ثانياً: حالة اشتراط القرض في عقد البيع ---------- ١٨٦
المطلب الثاني: حكم صحة العقد في حالة الجمع بين بيعتين في بيعة ---------- ١٨٧
المبحث الثالث: بطلان العقد المالي بتوافر القصد المناقض لقصد الشارع ---------- ١٩٠
المطلب الأول: حالة ظهور القصد المحظور من خلال الصيغة أو المحل ---------- ١٩١
المطلب الثاني: حالة علم العاقد الآخر بالقصد المحظور من خلال القرائن---------- ١٩٤
المبحث الرابع: حكم صحة العقد المالي المقترن بالشرط ---------- ١٩٥
المطلب الأول: أنواع الشروط العقدية وصلتها بتعدد القصود ---------- ١٩٦
المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في صحته ---------- ١٩٨
المطلب الثالث: تعقيبٌ على مسألةِ الشروطِ المقترنة بالعقد وأثرِها في صحته ---------- ٢٠٧

الباب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي وآثاره وضوابطه (٢٠٩-٤٣٩)

الفصل الأول: أثر تعدد القصود في تكييف العقد المالي ---------- ٢١١
المبحث الأول: مدى الاعتداد بالقصود في تكييف العقد عند الفقهاء ---------- ٢١٤
المطلب الأول: أصل قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) ومستندها ومعناها ----- ٢١٦
أولاً: أصل القاعدة ومستندها ---------- ٢١٦
ثانياً: معنى العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ---------- ٢١٧
المطلب الثاني: طرق ظهور قصود المتعاقدين المؤثرة في تكييف العقد ---------- ٢١٨
أولاً: القصود التي تعينها القرائن اللفظيَّة ---------- ٢١٨
ثانياً: المقاصد العرفية ---------- ٢١٨
ثالثاً: دلالة الحال ---------- ٢٢٠
رابعاً: دلالة محل العقد على القصد ---------- ٢٢٠
المطلب الثالث: مذاهب الفقهاء في الأخذ بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ----- ٢٢١

أولاً: حال كون القصد الحقيقي من العقد مضمراً ---------- ٢٢٢
ثانياً: إن دار اللفظ على أمر محظور شرعاً والقصد على أمر مباح ---------- ٢٢٣
ثالثاً: إن الاعتداد بالقصود في العقد مقيد بها إذا لم يعارضه مانع شرعي ---------- ٢٢٥
المبحث الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف العقد من حيث كونه مسمى أو غير مسمى ------- ٢٣٣
المطلب الأول: بيان حقيقة العقد المسمى وغير المسمى ---------- ٢٣٤
أولاً: العقد المسمى ---------- ٢٣٤
ثانياً: العقد غير المسمى ---------- ٢٣٥
المطلب الثاني: ضابط التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى ودور تعدد القصود في ذلك -- ٢٣٦
المطلب الثالث: أثر التمييز بين العقد المسمى وغير المسمى ---------- ٢٣٩
المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف العقد من حيث كونه عقد معاوضة أو تبرع ------ ٢٤٧
المطلب الأول: تعريف عقد المعاوضة والتبرع ---------- ٢٤٨
المطلب الثاني: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة ---------- ٢٤٨
أولاً: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة في تكييف العقد من حيث الحكم التكليفي ---- ٢٤٩
ثانياً: أثر انضمام قصد التبرع إلى عقد المعاوضة في تكييف العقد من حيث الوصف الحقيقي --- ٢٥٢
المطلب الثالث: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع ---------- ٢٥٦
أولاً: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع في تكييف العقد من حيث الحكم التكليفي ---- ٢٥٦
ثانياً: أثر انضمام قصد المعاوضة إلى عقد التبرع في تكييف العقد من حيث الوصف الحقيقي ---- ٢٥٨
المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في تكييف عقود الشركة ---------- ٢٦٥
المطلب الأول: تعريف الشركة ---------- ٢٦٦
المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الحكم التكليفي --------- ٢٦٧
أولاً: أثر تعدد القصود في شرعية الشركات ---------- ٢٦٨
ثانياً: أثر تعدد القصود في عدم شرعية الشركات ---------- ٢٧٠
المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف الشركة من حيث الوصف الحقيقي للعقد ---- ٢٨٤
أولاً: أثر انضمام قصد الأجر المقطوع إلى قصد الشركة في الشركات التي يكون فيها
المال من الجانبين ---------- ٢٨٤

ثانياً: أثر انضمام قصد الأجر المقطوع إلى قصد الشركة في الشركات التي يكون فيها العمل من شريك والمال من شريك ---------- ٢٨٦
المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات ---------- ٢٨٩
المطلب الأول: تعريف عقود التوثيقات ---------- ٢٩٠
المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الحكم التكليفي ---- ٢٩٠
المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في تكييف عقود التوثيقات من حيث الوصف الحقيقي -- ٢٩٦
أولاً: أثر انضمام قصد الحصول على الأجر إلى قصد التوثيق في تكييف الكفالة -------- ٢٩٦
ثانياً: خطاب الضمان وأخذ الأجر عنه ---------- ٢٩٦
ثالثاً: أثر انضمام قصد الانتفاع بالمرهون إلى قصد التوثيق في تكييف الرهن---------- ٣٠٢
الفصل الثاني: أثر تعدد القصود في الآثار الناجمة عن العقد المالي ---------- ٣٠٤
المبحث الأول: بيان حقيقة آثار العقد ---------- ٣٠٥
المطلب الأول: تعريف آثار العقد لغة ---------- ٣٠٦
المطلب الثاني: تعريف آثار العقد اصطلاحاً---------- ٣٠٦
المبحث الثاني: أثر تعدد القصود في الأثر النوعي للعقد ---------- ٣٠٨
المطلب الأول: بيان حقيقة الأثر النوعي للعقد ---------- ٣٠٩
المطلب الثاني: حكم مناقضة القصود للأثر النوعي ---------- ٣١١
أولاً: القصود غير المشترطة في الصيغة ولم يعلم بها العاقد الآخر ---------- ٣١٢
ثانياً: القصود المشترطة في الصيغة ---------- ٣١٣
المطلب الثالث: دور القصد في الأثر النوعي في تبدل العقد المسمى إلى عقد غير مسمى ---- ٣١٥
المبحث الثالث: أثر تعدد القصود في الالتزامات العقدية ---------- ٣١٨
المطلب الأول: بيان حقيقة الالتزام العقديّ ---------- ٣١٩
المطلب الثاني: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه الشَّرط في الالتزامات العقدية --------- ٣٢١
المسألة الأولى: أثر تعدُّد القصود في مسألة اشتراط عقد في عقد في الالتزامات العقدية ---- ٣٢١
المسألة الثانية: قصد تغيير صفة يد الأمانة إلى يد ضمان وبالعكس ---------- ٣٢٢
المسألة الثالثة: أثر تعدد القصود في مسألة اشتراط وصف معين في محل العقد --------- ٣٣٠
المطلب الثالث: أثر القصد الزائد الذي دلَّت عليه قرائن الحال في الالتزامات العقدية----- ٣٣٤

المطلب الرابع: أثر القصد الزائد الذي دلَّ عليه العرف في الالتزامات العقدية -------- ٣٣٦
المبحث الرابع: أثر تعدد القصود في لزوم بعض العقود ---------- ٣٣٩
المطلب الأول: بيان حقيقة لزوم العقد ---------- ٣٤٠
المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في لزوم عقد العارية ---------- ٣٤١
المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوديعة ---------- ٣٤٣
المطلب الرَّابع: أثر تعدد القصود في لزوم عقد الوكالة ---------- ٣٤٤
المبحث الخامس: أثر تعدد القصود في الآثار المترتبة على العقد فيما يخص غير المتعاقدين ------- ٣٤٦
المطلب الأول: بيان المقصود بغير المتعاقدين ---------- ٣٤٧
المطلب الثاني: أثر تعدد القصود في إلزام غير المتعاقدين بواجبات العقد ---------- ٣٤٩
المطلب الثالث: أثر تعدد القصود في إنشاء الحقوق لغير المتعاقدين ---------- ٣٥٠
أولاً: اشتراط منفعة لغير المتعاقدين عند بعض الفقهاء ---------- ٣٥٠
ثانياً: اشتراط الربح أو بعضه لغير المتعاقدين في المضاربة ---------- ٣٥٢
ثالثاً: التعهد لمصلحة الغير ---------- ٣٥٤
الفصل الثالث: ضوابط تعدد القصود في العقود المالية ---------- ٣٥٦
المبحث الأول: ضابط اجتناب الغرر ---------- ٣٥٨
المطلب الأول: تعريف الغرر ---------- ٣٥٩
المطلب الثاني: أقسام الغرر من حيث الكثرة وعدمها ---------- ٣٦١
المطلب الثالث: حكم اشتمال القصد الأصيل في العقد على الغرر ---------- ٣٦٦
أولاً: المراد من القصد الأصيل في العقد ---------- ٣٦٦
ثانياً: أثر وجود الغرر في القصد الأصلي في صحة العقد ---------- ٣٦٦
المطلب الرابع: حكم اشتمال القصد التابع في العقد على الغرر ---------- ٣٦٩
أولاً: المراد من القصد التابع في العقد ---------- ٣٦٩
ثانياً: أثر وجود الغرر في القصد التابع في صحة العقد ---------- ٣٧٠
المطلب الخامس: حكم قصد الغرر في العقد لرفع حاجة أو ضرورة ---------- ٣٧١
المطلب السادس: حكم القصد المشتمل على الغرر في عقود التبرع ---------- ٣٧٣
المطلب السابع: أثر الغرر في عقد التأمين الإسلامي ---------- ٣٧٥

أولاً: بيان حقيقة التأمين الإسلامي ---------- ٣٧٥
ثانياً: تعدد القصود في عقد التأمين وموطن الغرر فيها ---------- ٣٧٧
ثالثاً: أثر تعدد القصود والغرر فيها في تكييف عقد التأمين ---------- ٣٨٠
رابعاً: أثر تعدد القصود في عقد التأمين في الالتزامات الناشئة بين الأطراف ---------- ٣٨٣
المبحث الثاني: ضابط اجتناب الربا ---------- ٣٨٧
المطلب الأول: تعريف الربا ---------- ٣٨٨
المطلب الثاني: تعدد القصود في مسألة (البيع بطريق المعاملة) ---------- ٣٩٠
المطلب الثالث: تعدد القصود في الهبة للمقرض ---------- ٣٩٣
أولاً: إذا كانت الزيادة المشترطة عيناً ---------- ٣٩٣
ثانياً: إذا كانت الزيادة المشترطة منفعة ---------- ٣٩٤
المطلب الرابع: جوائز المصارف الإسلامية لقاء الإيداع فيها ---------- ٣٩٩
أولاً: صورة المسألة وموطن تعدد القصود فيها ---------- ٣٩٩
ثانياً: حكم الجائزة على الحسابات (الودائع) الجارية ---------- ٤٠١
ثالثاً: حكم الجائزة على الحسابات (الودائع) الاستثمارية ---------- ٤٠٣
المبحث الثالث: ضابط عدم مناقضة قصد الشارع ---------- ٤٠٧
المطلب الأول: تعريف مناقضة قصد الشارع وأثرها في العقد ---------- ٤٠٨
المطلب الثاني: تعدد القصود المناقض لقصد الشارع في مسألة (الرشوة) ---------- ٤٠٩
أولاً: المقاصد الشرعية لعقود التبرع ---------- ٤٠٩
ثانياً: موطن تعدد القصود في مسألة الرشوة ---------- ٤٠٩
ثالثاً: أثر تعدد القصود في التفريق بين الرشوة والهبة ---------- ٤١٠
رابعاً: أثر تعدد القصود في حكم الرشوة أخذاً وإعطاءً ---------- ٤١١
المطلب الثالث: تعدد القصود الموافق لقصد الشارع (اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك) -- ٤١٣
أولاً: تعريف قصد التجارة وقصد التملك ---------- ٤١٣
ثانياً: موافقة اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك لقصد الشارع ---------- ٤١٤
ثالثاً: أثر اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك في تكييف العقد ---------- ٤١٦
رابعاً: أثر اجتماع قصد التجارة مع قصد التملك بالنسبة للغير ---------- ٤١٨

المطلب الرابع: تعدد القصود المختلَف في موافقته لقصد الشارع ---------- ٤٢١
أولاً: اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد الإجارة في الحال ---------- ٤٢١
ثانياً: اجتماع قصد التملك في المآل مع قصد المشاركة في الحال ---------- ٤٢٨
الخاتمة ---------- ٤٤٠
الفهارس ---------- ٤٤٦
فهرس الآيات القرآنية ---------- ٤٤٦
فهرس الأحاديث النبوية ---------- ٤٤٨
فهرس الأعلام ---------- ٤٥١
فهرس المصادر والمراجع ---------- ٤٥٥
فهرس المحتويات ---------- ٤٧٦