القواعد الفقهية وضوابط إعمالها في الحيل

(دراسة تحليلية)

إعداد

صالح بن ناصر بن علي الخروصي

طالب دكتوراه الفقه– قسم الفقه الإسلامي

الأكاديمية الإسلامية، جامعة ملايا (كوالالمبور)

الأستاذة الدكتورة/ نور نعيمة بنت عبد الرحمن

الدكتورة/ نور فهيمة بنت محمد بنت راضف

الملخص

إنَّ مما يتسم به الفقه الإسلامي هو غزارة الفروع الفقهية فيه، ما حدا بالعلماء إلى وضع قواعد فقهية ليرد كل فرع إلى القاعدة التي تناسبه، فتجتمع بذلك الفروع المتشابهة تحت سقف قاعدة واحدة؛ غير أن تلك القواعد الفقهية لم تكن جميعها محل اتفاق، حتى وإن أكثرت بعض المدارس الفقهية من إيراد الفروع تحتها، ومن أبرزها تلك التي لها صلة بالحيل الفقهية، سواء من حيث أصل العمل بها، أو من حيث ضوابط العمل بها، ومن هنا كان هدف هذه الدراسة تتبع تلك القواعد الفقهية التي لها صلة بالحيل، وبيان أمرين: **الأول**: بيان وجه صلتها بالحيل، **والثاني**: بيان ضوابط ما يصلح منها للعمل بها في الحيل. والمنهج المتبع في هذا البحث هو منهج استقرائي تحليلي؛ إذ فيه استقراء لما جاء في كلٍّ من كتب القواعد الفقهية وكتب الحيل، ثم تحليل كل ذلك وبيان وجه العمل بتلك القواعد في الفروع الفقهية للحيل. وخلصت هذه الدراسة إلى أنَّ هناك قواعد لا يمكن العمل بها في الحيل؛ ما يعني رد فروع الحيل الفقهية التي أدرجت تحتها، كقاعدة: "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره"، لمعارضتها جملة من الأدلة الشرعية، ومنها ما يمكن العمل بها، ولكن بشرط الالتزام بجملةٍ من الضوابط، كقاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود"، وكقاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني".

كلمات مفتاحية: قواعد فقهية، حيل، ضوابط، مقاصد، مناقضة.

Abstract

In Islamic jurisprudence, there are jurisprudential rules in which scholars differed, the most prominent are those related to jurisprudential tricks. The aim of this study was to track those jurisprudential rules related to tricks, to show their relevance to tricks, and how to work with them in tricks. This research used the inductive and analytical methodology. This study concluded that there are rules that cannot be applied in tricks, which means that the branches of the jurisprudential tricks that are listed under it are rejected, as the rule: “Whatever leads to invalidity due to its appearance, it is abhorrent to conceal it”, for opposing a set of Sharia evidence, and there are other rules which can be applied but provided that a set of controls are adhered to, such as the rule of "Treating the opposite of purpose", and as the rule "What is considered in contracts is for the purposes and meanings, not words and constructions".
Keywords: jurisprudence rules, tricks, controls, objectives, contradiction

المقدمة

إنَّ للقواعد الفقهية أهمية كبيرة في ضبط الفروع الفقهية؛ نظرًا إلى أنها تجمع فروعًا فقهية تحت سقف حكم مشترك بينها، كما تزيد الفائدة حين يثني الفقهاء عليها بذكر الفروع التي استثنيت فلم يعمل فيها بالقاعدة أو اختلف في العمل بها في تلك الفروع، ليبدأ بعد ذلك النظر في تأصيل المسألة، وسبب خروج تلك الفروع المستثناة أو اختلاف العلماء فيها، والبحث عن ضوابط العمل بتلك القواعد على نحو يكشف وجه استثناء ما خرج عنها من فروع، على أن الفروع الفقهية كلما تتبعت أكثر، واستعرضت على نحو أوسع، سهُل التعرف على ضوابط العمل بالقاعدة الفقهية، وقد عد الفقهاء خمسة قواعد جعلوها "قواعد كلية" أو "قواعد كبرى"، نظرًا لكونها كالأصل لغيرها من القواعد، ومرجع جُل الفروع الفقهية -إن لم تكن كلها- وهي "الأمور بمقاصدها" و"اليقين لا يزول بالشك" و"الضرر يزال" و"المشقة تجلب التيسير" و"العادة محكمة". وعند التعريج على باب الحيل نجد أن القاعدة الكلية: "**الأمور بمقاصدها**" هي أبرز القواعد حضورًا فيها، وسبب ذلك هو أن أغلب القواعد التي عمل بها في الحيل -والتي ستأتي إن شاء الله- متفرعة عن هذه القاعدة الكلية، ما جعلها أكثر القواعد حضورًا فيها.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في جانبين:

الأول: أن هناك قواعد يعمل بها في الحيل كقواعد مسلَّم بها، رغم اختلاف العلماء في اعتبار أصل القاعدة، كقاعدة: "**كل ما يبطل إظهاره، يكره إضماره**"، وهو ما فتح بابًا واسعًا من الخلاف في الفروع الفقهية للحيل، ومن أبرزها مسألة نكاح التحليل؛ ففي حين يعد بعضهم القاعدة أصلًا يعمل به في الفروع، نجد آخرين لا يعتدون بها ألبتة، فكيف تبنى عليها الفروع.

والثاني: أن من القواعد ما يؤخذ بها على إطلاقها في الحيل، دون تحديد ضوابط العمل بها، كقاعدة: "**العمل بنقيض المقصود**"، فظهر الإشكال عندما أوردت الفروع التي عمل فيها بالقاعدة، كفرار المرء من الزكاة بهبة ماله، فاشتد خلاف العلماء فيها، حتى قال من قال منهم بوقوع الاضطراب بين العلماء في العمل بالقاعدة، وأنكر آخر على من أخذ بالقاعدة حكمًا عامًّا دون ضوابط، وقال بأن القائل بالقاعدة على هذا النحو ممن لا تحقيق عنده.

أهداف البحث:

١- بيان صلة الحيل الفقهية بالقواعد الفقهية، وتحديد أبرز القواعد الفقهية صلة بالحيل الفقهية.

٢- التمييز بين القواعد الفقهية المعتبرة في باب الحيل، والقواعد غير المعتبرة فيه.

٣- وضع ضوابط للقواعد الفقهية تضبط العمل بها في باب الحيل.

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في الكشف عن سبب عمق الخلاف الحاصل في أحكام الفروع الفقهية للحيل بناء على القواعد الفقهية التي بنيت عليها، والذي يكون بالبحث في أصل تلك القواعد، ودراسة وجه العمل بها، ثم تقعيد الضوابط لها، مع استبعاد ما لا يمكن العمل به من القواعد.

مصطلحات البحث:

تعريف الحيل:

من خلال تتبع تعريفات الحيل، يظهر أن هناك اتجاهين:

الأول: موسع لمفهومها؛ وممن ذهب إلى ذلك ابنُ حجر فعرفها بأنها: "ما يتوصل به إلى مقصود بطريق خفي"[(١)].

الثاني: مضيق لمفهومها، وهما فريقان أيضًا، **أولهما**: قصرها على الحيل المحمودة كالتهانوي، فعرفها بأنها: "ترك لطريق فيه مفسدة إلى مطلوب مباح، واختيار لطريق لا مفسدة فيه"[(٢)]، **والثاني**: قصرها على الحيل المذمومة كابن تيمية، فعرفها بأنها: "أن يقصد سقوط الواجب أو حِل الحرام بفعل لم يقصد به ذلك الفعل أو ما شرع له"[(٣)]، والذي يبدو أن الاتجاه الأول الموسع لمفهوم الحيل هو أرجحها لجملةٍ من الأسباب:

١- أن لفظة الحيلة من حيث الاستخدام اللغوي ليست مختصة في أصلها بحسنٍ أو قبحٍ، ولذلك لم تكن في أصلها مشعرة بمدحٍ أو ذمٍّ، ومن هنا يقول ابنُ القيم في ذلك: "فإن الحيلة لا تُذم مطلقًا ولا تُحمد مطلقًا، ولفظها لا يشعر بمدحٍ ولا ذمٍّ"[(٤)].

---

(١) ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، (لبنان: دار المعرفة، ط١، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، ج٨، ص١١٩. العيني، محمود بن أحمد، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، (لبنان: دار الفكر، بدون ذكر الطبعة وتاريخ النشر)، ج٢٤، ص١٠٨. القسطلاني، أحمد بن محمد، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، (لبنان: دار الكتاب العربي، بدون ذكر الطبعة وتاريخ النشر)، ج١٠، ص١٠٢.

(٢) التهانوي، ظفر أحمد العثماني، **إعلاء السنن**، (باكستان: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط١، ١٤١٧هـ)، ج١٨، ص٤٢٤.

(٣) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، **بيان الدليل على بطلان التحليل**، (المكتب الإسلامي، بدون ذكر: البلد، الطبعة، وتاريخ النشر)، ص٣٢.

(٤) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، **إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان**، (مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بدون ذكر الطبعة وتاريخ النشر)، ج١، ص٤٠٠.

٢- أن الشرع الحنيف -من خلال الكتاب والسُّنة- استخدم الوجهين من الحيل؛ المحمود والمذموم، فمن استخدام الحيل بمعناه المحمود قول الله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلْوِلْدَٰنِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا ﴿٩٨﴾﴾ [النساء: ٩٨] قال ابن القيم: "أراد بالحيلة التحيل على التخلص من بين الكفار، وهذه حيلة محمودة يُثاب عليها"(١). ومن استخدامها بالمعنى المذموم ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**لا ترتكبوا ما ارتكبتِ اليهودُ، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل**»(٢).

تعريف القواعد الفقهية:

مصطلح "القواعد الفقهية" هو تركيب جاء اللفظ الثاني فيه صفة للأول، ولكل واحد منهما معناه الذي اصطلح عليه قبل التركيب:

١- القواعد: جمع قاعدة، وهي الأمور الكلية المنطبقة على الجزيئات لتعرف منها، ففي القواعد يعتنى بالأمور الكلية لا الجزئية، وإنما يتعرف على الجزئيات من خلالها.

٢- الفقه: هو العلمُ بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية بالاستدلال(٣).

---

(١) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، (لبنان: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م)، ج٣، ص٢١٤.

(٢) ابن بطة، عبيد الله بن محمد بن بطة العكبري، **إبطال الحيل**، (لبنان: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٧هـ- ١٩٩٦م)، ص١١٢.

(ق)ال ابن تيمية في إسناده: وهذا إسناد جيد، ووافقه ابن كثير في ذلك فقال: وهذا إسناد جيد؛ فإن أحمد بن محمد بن مسلم هذا ذكره الخطيب في تاريخه ووثقه، وباقي رجاله مشهورون ثقات، ويصحح الترمذي بمثل هذا الإسناد كثيرًا.

(ا)نظر: ابن تيمية، **بيان الدليل**، ص٤٥. ابن كثير، إسماعيل بن كثير الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، (مصر: دار الآفاق العربية، ط١، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٥م)، ج٢، ص٣٧٨.

(٣) السبكي، عبد الوهاب بن علي السبكي، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، (لبنان: عالم الكتب، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م)، ج١، ص٢٤٢.

إذًا فالقواعد الفقهية هي أمور فقهية كلية منطبقة على الجزئيات الفقهية، يمكن من خلال تلك الأمور الكلية التعرف على أحكام الجزئيات الفقهية. وبهذا تتميز القواعد الفقهية عن القواعد الأصولية في أن القواعد الفقهية يعنى بها الفقيه والمفتي وطالب العلم، وذلك بالرجوع إليها لمعرفة حكم فرع من الفروع الفقهية بدل الرجوع إلى الأبواب الفقهية المتفرقة؛ وأمَّا القواعد الأصولية فهي قواعد يستند عليها المجتهد عند استنباط الأحكام الفقهية من الأدلة الشرعية[1].

(١) الزحيلي، محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، (سوريا: دار الفكر، ط٣، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م)، ص٢٤.

المبحث الأول

صلة الحيل الفقهية بالقواعد الفقهية

عند الوقوف على باب الحيل الفقهية، والنظر في الأصول والقواعد التي بنى عليها الفقهاء أحكامهم فيه، فإننا نجد حضورًا ملفتًا للقواعد الفقهية، سواء كان الحكم بصحة الحيلة أو إبطالها، وأبرز تلك القواعد وأقواها حضورًا هي القاعدة الكلية: "الأمور بمقاصدها"[(١)] نظرًا لارتباطها بمقاصد المكلفين، والتي تعد من أبرز قضايا الحيل، وكذلك كون أبرز القواعد الفقهية الأخرى صلة بالحيل هي من فروع هذه القاعدة، إلا أن هذا لا ينفي صلة القواعد الأخرى بالحيل، فإننا نجد لقواعد الضرر حضورًا أيضًا بين مسائل من خلال سدِّ الذرائع أو المصالح والمفاسد.

ومعنى "الأمور" في قاعدة: "الأمور بمقاصدها" الأفعال التي يقوم بها المرء سواء كانت أقوالًا أو أعمالًا، ومعنى "مقاصدها" أي: مقاصد المكلف، وهي المعاني التي لأجلها تعاقدوا، أو تعاطوا، أو تغارموا، أو تقاضوا، أو تصالحوا، كالبيع والإجارة ونحو ذلك، وقد استدل لهذه القاعدة بقول الله تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ حُنَفَآءَ﴾[البينة: ٥] فلا بدَّ من أن يكون قصد المكلف من العبادة خالصًا لله تعالى، خاليًا من أي شيء قد يشوبه كرياء أو غير ذلك، واستدل لها أيضًا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «**إنما الأعمال بالنيات**»[(٢)]، وما نية المرء إلا قصده من الفعل[(١)]. على أن للشارع أيضًا مقاصد،

(١) الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، **المفصل في القواعد الفقهية**، (المملكة العربية السعودية: دار ابن حزم، ط٤، ١٤٣٥هـ- ٢٠١٤م)، ص١٥٧.

(٢) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الحيل، باب في ترك الحيل وأن لكل امرئ ما نوى في الأيمان وغيرها، رقم (٦٩٥٣)، (مصر: مكتبة الصفا، ط١، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م)، ج٣، ص٣٤٨. النيسابوري، **صحيح مسلم**، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال =

ومقاصده هي الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة[٢]، إلا أن القاعدة خاصة بمقاصد المكلفين لا الشارع.

وأمَّا عن القواعد التي هي من فروع هذه القاعدة وذات الصلة بالحيل فهي:

١- "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني"[٣].

٢- " كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره"[٤].

٣- "كل ما لو شرطاه في العقد أبطل، فإذا نوياه في حال العقد كان مكروهًا"[٥].

٤- "المعاملة بنقيض المقصود"[٦].

=

بالنيات»، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، (مصر: مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، ص٨٢٥.

(١) البراشدي، زهران بن ناصر، **أثر القواعد الفقهية في التطبيق**، (ط١، بدون ذكر البلد والناشر والتاريخ)، ج١، ص٣٢.

(٢)ابن عاشور، محمد الطاهر بن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، (مصر: دار السلام، ط٢، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م)، ص١٤٣.

(٣)الباحسين، **المفصل في القواعد الفقهية**، ص١٩٠.

(٤)السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، **الأشباه والنظائر**، (لبنان: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٢هـ- ١٩٩١م)، ج١، ص٣٠٩.

(٥)الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر، **المنثور في القواعد**، (لبنان: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م)، ج٢، ص١٠.

(٦)السالمي، عبد الله بن حميد، **جوابات الإمام السالمي**، (ط٣، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م، بدون ذكر بلد الطبع والناشر)، ج٢، ص١٥٧. الونشيري، أحمد بن يحيى، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك**، (لبنان: دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م)، ص١٣٢. ابن الوكيل، =

٥- "المعارضة بنقيض المقصود"[١].

٦- "من أتي بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم، وكان مما تدعوا النفوس إليه، ألغي ذلك الشرط، وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه"[٢].

٧- "ما ربط الشارع به حكمًا فعمل المكلف إلى استعجاله لينال ذلك الحكم، فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده أو لا لوجود الأمر الذي علق الشارع الحكم عليه؟"[٣].

٨- "من فرَّ من حق رد إليه"[٤].

٩- "ما يثبت الحكم بوجوده، إذا أوجده هل يثبت له الحكم؟"[٥].

١٠- "مَن استعجل شيئًا قبل أوانه عُوقب بحرمانه"[٦].

وهذه القواعد وإن اختلفت ألفاظها إلا أن منها ما يصب معناها في موضعٍ واحدٍ، ولذلك كان الأنسب ضم ما اتفق معناها في مبحثٍ واحدٍ على ما سيأتي إنْ شاء الله.

=

محمد بن مكي بن عبد الصمد، **الأشباه والنظائر في فقه الشافعية**، (لبنان: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م)، ص١٣٩.

(١)الحصني، أبو بكر بن محمد، **كتاب القواعد**، (المملكة العربية السعودية: مكتبة الرشد، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م)، ج٣، ص٢٤١.

(٢)ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، (دار ابن عفان، بدون ذكر البلد والطبعة والتاريخ)، ج٢، ص٤٠١.

(٣)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.

(٤)السالمي، **الجوابات**، ج٢، ص١٥٧.

(٥)ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.

(٦)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠٤. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، **الأشباه والنظائر**، (المملكة العربية السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط٢، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م)، ج١، ص٢٥٠. الباحسين، **المفصل في القواعد الفقهية**، ص٥٣٣.

المبحث الثاني

قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني

المطلب الأول: معنى قاعدة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني:

تعد قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" قاعدةً متفرعة عن القاعدة الكلية: "الأمور بمقاصدها"، فكلا القاعدتين مختصتان بمقاصد المكلفين، إلا أن الأولى أخص من الثانية نظرًا إلى أنها مختصة بضبط تعارض المقاصد مع الألفاظ في العقود، وبيان أيها الراجح والمعول عليه في ذلك، ومن هنا كانت فرعًا عنها(١).

وأمَّا عن معنى القاعدة فهو أنه متى تعارضت ألفاظ المتعاقدين مع مقاصدهما عند التعاقد رجحت مقاصدهما على ألفاظهما، وكما قيل: "ما الألفاظ إلا قوالب للمعاني"، ولذلك متى كان اللفظ غير مؤدٍّ لمقصد المتلفظ به لم يؤخذ به، وإنما أخذ بما قصده المتكلم، وبهذا أيضًا يظهر محل العمل بالقاعدة، وهو متى تعارضت الألفاظ والمقاصد، وأما عند عدم وجود التعارض فلا محل للقاعدة عندها(٢).

وقد جاءت هذه القاعدة بألفاظ متعددة، منها: "العبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"، ومنها: "الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد، لا بمجرد اللفظ"، ومنها: "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"(٣)، وغير ذلك من الصيغ المتحدة في

(١) الزحيلي، **القواعد الفقهية**، ص٤٠٣.

(٢)المرجع السابق.

(٣)للوقوف على عبارات أخرى انظر: الزحيلي، **القواعد الفقهية**، ص٤٠٣. الحميد، محمد بن حمد، **قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة** =

مجملها في معناها وإنِ اختلفت عباراتها، إلا العبارة الأولى فقد جاءت بلفظة: "التصرفات" بدل "العقود"، وهي أعمُّ في مدلولها نظرًا لاشتمالها على الدعاوى أيضًا، ويبين الزرقا أن ذكر العقود إنما جاء من باب الغالب لا أن القاعدة مختصة بالعقود(١).

المطلب الثاني: العمل بقاعدة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني:

عند التطرق لمسألة العمل بقاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" تبرز في مقدمتها أربعة مسائل مهمة، وهي: وجوه صرف اللفظ عن ظاهره، وحكم العمل بالقاعدة، وتحرير محل خلاف العلماء في العمل بالقاعدة، وضوابط العمل بالقاعدة.

الفرع الأول: أوجه صرف اللفظ عن ظاهره:

ذكر العلماء وجوهًا لصرف اللفظ عن ظاهره، وهو ما قد يؤدي إلى العمل بالقاعدة واعتبار المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني، بحجة أن للمتعاقدين قصد غير ما دل عليه اللفظ؛ فمن ذلك:

١- أن يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه، وإن كان بينهما محل اتفاق، لعموم وخصوص بينهما مثلًا، وذلك كأن يستخدم لفظ السلم لمطلق الشراء، فإن السلم أخص من البيع، وعليه فاستخدامه يكون لمحل مخصوص من عقود البيع والشراء لا لمطلق ذلك، فهنا يكون الحال قرينة دالة على المراد.

=

بالقانون المدني الأردني، مجلة جامعة أم القرى بعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (٥٥)، ربيع الثاني، ١٤٣٣هـ، ص٢٢.

(١)الحميد، **قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني**، ص٢٣. الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، (سوريا: دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م)، ص٦٤.

٢- أن يكون آخر اللفظ رافعًا لأوله، وذلك كأن يقول: بعتك بلا ثمن، فإنه من المعلوم أن البيع لا يكون إلا بثمن، وأنَّ الهبة هي التي تكون بلا ثمن، فكان آخر اللفظ رافعًا لأوله.

٣- أن يكون المعنى الأصلي للفظ مشتركًا بين معنيين خاصين، غير أنَّه اشتهر في أحدهما دون الآخر، ثم استعمل في المعنى الآخر؛ وذلك كاستخدام لفظة الشراء في السلم، فإن معنى الشراء موجود بتمامه في السلم، غير أنه اشتهر استخدامه في الأعيان لا شراء ما في الذمم، فكان استخدامه لشراء شيء في الذمة قرينة دالة على أنَّ المراد السلم[١].

الفرع الثاني: حكم العمل بالقاعدة:

حكى الحصني من الشافعية وقوع الخلاف في العمل بالقاعدة: فأمَّا وجه من قال بالعمل بها هو أن اللفظ إذا تعذر حمله على مقتضاه حمل على معناه؛ نظرًا إلى أن اللفظ في العقد متى أمكن حمله على وجهٍ صحيحٍ لم يعطل، وأمَّا وجه من قال بعدم العمل بها فهو أنَّ الأخذ بالمعنى يؤدي إلى ترك الظاهر، والعمل بالقاعدة يؤدي إلى العدول عن الظاهر، فامتنع العمل بها[٢].

ولكن عند تتبع كتب الفقهاء على اختلاف مذاهبهم نجد أن القاعدة حاضرة عندهم، ضابطة لجملة من فروعهم، وهذا الأمر كافٍ في الاستدلال به على أنَّ القاعدة معمول بها عند جمهور الأمة من حيث أصلها، وإن اختلفوا في فروعها بعد ذلك[٣].

---

(١)الحصني، **كتاب القواعد**، ج١، ص٤١٩.

(٢)**المرجع السابق**، ج١، ص٤١٨.

(٣)البراشدي، **أثر القواعد الفقهية في التطبيق**، ج١. ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص٢٧١. الحميد، **قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني**، ص٢٢.

الفرع الثالث: تحرير محل الخلاف في العمل بالقاعدة:

اعتنى كلٌّ من ابن القيم وابن حجر بتحرير محل الخلاف في العمل بالقاعدة، وذلك من خلاف بيان الحالات التي يرد فيها التعارض بين اللفظ والمقصد:

١- أن يظهر التطابق بين اللفظ والقصد؛ إمَّا يقينًا أو ظنًّا غالبًا، فهنا نصَّ ابن القيم وابن حجر على أنه يحمل اللفظ على ظاهره، وألحقا به ما إذا لم يظهر قصد يخالف ظاهر كلام المتكلم.

٢- أن يظهر أن المتكلم لم يرد ظاهر معنى اللفظ إمَّا يقينًا وإمَّا ظنًّا غالبًا، سواء أراد غير معناه كالمعرض والمُوَرِّي، أو لم يرد غيره أيضًا كالنائم والمجنون.

٣- أن يظهر معنى اللفظ، ويحتمل إرادة المتكلم معنى غيره أيضًا على حدٍّ سواء، وأضاف ابن القيم: "ولا دلالة على أحد الأمرين"(١).

وأن محل النزاع في العمل بالقاعدة هو ما إذا وجد أمر يدل على إرادة المتكلم غير ظاهر اللفظ الذي أتى به(٢)، فهل يعمل بظاهر اللفظ أو بالإرادة التي دلت عليه القرائن؟ وفي ذلك قولان:

القول الأول: الأخذ بظاهر اللفظ منعًا من حكم على العقد بمجرد النية، كأن يفسد بيع كونه ذريعة إلى الربا، لحكم بفساد بيع السلاح لرجل نوى أن يقتل مسلمًا بغير حق إلا أن ذلك لم يكن، فإن البيع هنا صحيح على الرغم من تحقق المفسدة فيه، فكيف يقال بفساد بيع لمجرد الظن، بل القول بعدم فساده هو الأولى.

القول الثاني: الأخذ بالإرادة التي دلت عليه القرينة، لوجود جملة من الأعمال التي اتفقت صورتها إلا أن أحكامها تتغير تبعًا للنية التي انبنت عليها، وذلك كالقرض في الذمة وبيع النقد، فإن القرض فيه تسليم لنقد على أن يرد مثله، وهو عقد صحيح، بينما بيع

(١)ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٧.

(٢)ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٧. ابن حجر، **فتح الباري**، ج٨، ص١٢١.

النقد فيه تسليم لنقد على أن يسلم مثله يدًا بيد، ويحرم تأجيل البدل، فالفعلان متماثلان غير أن الذي أثر في الحكم هو النية، فاختلف الحكم بينهما(١).

والذي يبدو للباحث من خلال تتبع ما كتب في هذه القواعد، وآراء الفقهاء في الأخذ بها، نجد أن جمهور الأمة يقولون بالأخذ بها، وكذلك نجدهم جميعًا يفرعون عليها فروعًا فقهية، بغض النظر عمَّا اتفقوا عليه مما اختلفوا فيه، فوجود تلك الفروع أكبر دليل على الأخذ بما انصرفت إليه إرادة المتكلم عند التعاقد بناء على القرينة، فكان القول الثاني هو الأقرب إلى الصواب.

الفرع الرابع: ضوابط العمل بالقاعدة:

لما تقرر أن الراجح هو العمل بقاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني"، كان من المهم بيان ضوابط العمل بهذه القاعدة، حتى لا يكون هناك إفراط فتعمل في غير موضعها، ولا تفريط فتهمل في موضع العمل بها:

١- **ألا يكون اللفظ متهافتًا:** مثل قول القائل: بعتك بلا ثمن، فيقدم اللفظ هنا، ولا يلتفت إلى المعنى فيعد من قبيل الهبة، وقال عنه الزركشي بأنه المشهور، وقال الزرقا: "ولم أر فيه خلافًا"(٢).

٢- **ألا يشتهر استخدام اعتبار اللفظ:** وذلك مثل قول القائل: وهبتك بكذا، فإنه لم يشتهر استخدام هذه العبارة بقصد البيع، فرجح فيه المعنى(٣).

(١)ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٧. ابن حجر، **فتح الباري**، ج٨، ص١٢١. الحصني، **كتاب القواعد**، ج١، ص٤١٨.

(٢)الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص١٠٧. الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص٧٦.

(٣)الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص١٠٧.

٣- ألا يعارض اعتبار المقصد مانع شرعي: فإن عارضه لم يعتبر وإن دلت القرائن على إرادة المعنى، ومثل لذلك بعقد البيع الفاسد، فإن فسخه ورد المبيع واجب، فعلى أي وجه تم فيه رد المبيع انفسخ العقد، وبرئ المشتري من الضمان[١].

المطلب الثالث: صلة قاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني" بالحيل:

تعد قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمباني، لا الألفاظ والمعاني" معلمًا بارزًا، وقضية مهمة في باب الحيل الفقهية، فإننا نجد العديد من العلماء الذين تطرقوا للحيل الفقهية، تناولوا هذه القاعدة إمَّا بالحوم حولها، وإمَّا بخوض لججها، فمثلًا نجد ابن تيمية في كتابه بيان الدليل يذكر القاعدة بعبارة: "المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات"، قائلًا: "ودلائل هذه القاعدة كثير جدًّا"[٢]، ثم عدَّ هذه القاعدة وجهًا من الأوجه الدالة على بطلان الحيل التي فيها إثبات باطل أو إبطال حق، كما نجد تلميذه ابن القيم يفيض الكلام في العمل بقاعدة: "العبرة في العقود المقاصد والمباني، لا الألفاظ والمعاني" في مسائل الحيل بعد بيانه خلاف العلماء فيها[٣].

وأمَّا ابن حجر فقد صرح بأن أصل خلاف العلماء الحاصل في مسائل الحيل إنما هو راجع إلى الخلاف في العمل بهذه القاعدة[٤]، وهو ما يبين عمق صلة القاعدة بمسائل الحيل الفقهية، وأثرها على أحكامها.

(١)الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص٧٣.

(٢)ابن تيمية، **بيان الدليل**، ص٨٥.

(٣)ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٩٩.

(٤)ابن حجر، **فتح الباري**، ج٨، ص١٢٠.

المطلب الرابع: ضوابط العمل بقاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" في الحيل:

لما كانت قاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" بهذه الأهمية في مسائل الحيل، اعتنى العلماءُ بتحرير محل العمل بها في الحيل تحريرًا دقيقًا، وذلك ببيان جملة من الأوصاف التي ينبغي أن تجتمع فيها، غير أن هذه الأوصاف مختصة بالحيل المذمومة، بحيث لا تشمل الحيل الجائزة، وإن كان من الممكن استنباط ذلك من فحوى قولهم، وهذه الأوصاف هي:

١- قصد الكلام: ينبغي أن يكون الكلام مقصودًا من قِبل المتكلم، فإن لم يكن مقصودًا لم يكن التلفظ به معدودًا من قبيل الحيل، وذلك كالنائم والمجنون والسكران، فكل ما يصدر من هؤلاء لا يمكن أن يعد من قبيل الحيل المذمومة، فإنه لا قصد لهؤلاء إلى التلفظ به أصلًا.

٢- العلم بمدلوله: ينبغي -أيضًا- أن يكون المتكلم عالمًا بمدلول اللفظ ومؤداه، فإن لم يكن كذلك وتلفظ بما لا علم له بمدلوله كان ذلك بمثابة إصداره لصوت يُنعق به، فلا يعد هذا من قبيل الحيل ألبتة، قال ابن القيم: "ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك"[(١)].

٣- عدم قصد المدلول: إن الألفاظ التي يتعاقد بها الناس لها مدلولها الذي استقر عليه الناس عند التعاقد، بينما في الحيل ينبغي التفريق بين ثلاث حالات للمتكلم:

الحالة الأولى: أن يقصد المتكلم مدلول ما تكلم به، فهذا تثبت له أحكام ما تكلم به، فمَن باع قاصدًا أحكام البيع من: نقل ملكية المبيع، واستلام ثمن ما باعه؛ ثبتت عليه أحكام ما تلفظ به، وكذلك هو الحال في الإجارة والرهن وغيرهما.

(١)ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص١٠٩.

الحالة الثانية: ألا يقصد المتكلم مدلول اللفظ ولا خلافه؛ أي أن يقصد التلفظ بلفظ من غير قصد لمدلوله الظاهر منه –مع علمه به– ولا لمعناه البعيد الباطن، وذلك كالهازل، فهذا لا يُعد من قبيل الحيل.

الحالة الثالثة: ألا يقصد مدلول اللفظ الظاهر، بل أن يقصد خلافه، وهو الذي يمكن أن يعد من قبيل الحيل المذمومة.

٤– كون المقصود غير جائز: حتى يكون اللفظ من قبيل ما ذم من الحيل، ينبغي أن يكون المقصود منه غير جائز، كأن يتعاقد بالبيع قاصدًا به الربا، فهنا تكون الحيلة مذمومة ليس للمرء أن يدخل فيها[١].

ومن هنا يتبين سبب عدم عد بعض ما يؤتى به من ألفاظ من قبيل الحيل المذمومة؛ كمَن قال لزوجته: "أنت طالق"، قاصدًا به أنها متصفة بذلك من زوج سابق طلقها، فليس من قبيل الحيل قطعًا على الرغم من قصد المتكلم التلفظ به وعلمه بمدلوله؛ وذلك لأن التلفظ به كان بقصد الإخبار عن أمر لا التوصل به إلى مقصود خفي كما هو الحال في الحيل، وكالمكره فمع أنه أتى باللفظ غير أنه غير قاصد لحكمه ألبتة، لانتفاء قصد الكلام أصلًا، وكالملجأ وهو من تواطأ مع آخر على إظهار عقدٍ من غير أن يقصدا حقيقته دفعًا لمفسده، كخوف من أن يأخذ ظالم ماله، فتواطأ مع آخر بأن يظهر بيعه له دفعًا لظلم الظالم عنه، فمثل هذا أيضًا لا يعد من قبيل الحيل المذمومة؛ لما فيه من جلب مصلحة حفظ المال ودرء مفسدة الاعتداء عليه[٢].

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثالث

قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود"

من القواعد البارزة في الحيل قاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود"، وأبرز ما فيها أنها قاعدة يعمل بها في إبطال الحيل، ومن هنا كان لا بدَّ من تحديد معالم العمل بها حتى لا يؤدي العمل بها إلى وضع الناس في حرجٍ جراء إبطال تصرفاتهم.

المطلب الأول: معنى قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" وصيغها:

الفرع الأول: معنى قاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود":

تعد قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" استثناء من قاعدة "الأمور بمقاصدها" وذلك أنَّ المرء يعامل بناء على قصده فيما يأتي به من أعمال، فيحكم عليه على وفق ما قصد، ومن هنا كانت الأمور معتبرة بناء على مقاصد المكلف منها، غير أن المكلف في بعض الأحيان قد يقصد أمرًا محرمًا، مناقضًا لقصد الشارع، فيعامل عند ذلك بنقيض قصده، فيحكم عليه بانتفاء ترتب الأحكام على عمله التي كان يرجو المكلف تحصيلها، فكان هذا وجه الاستثناء من القاعدة الكلية، وأبرز مثال للقاعدة: هو حرمان القاتل من الميراث، معاملة له بنقيض مقصوده[1]، والمستند في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: «**لا يرث القاتل**»[2].

(١)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ص٤٠١. الونشيري، **إيضاح المسالك**، ص١٣٢. ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.

(٢)أبو داود، **سنن أبي داود**، كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، رقم الحديث [٤٥٦٤]، (الأردن: بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٤م، بدون ذكر الطبعة)، ص٤٩٩. الترمذي، **جامع الترمذي**، كتاب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، رقم الحديث [٢١٠٩]، (الأردن: بيت الأفكار =

الفرع الثاني: صيغ قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود":

عبر عن هذه القاعدة "بالمعاملة بنقيض المقصود" كل من السالمي من الإباضية، والونشيري من المالكية، والزركشي وابن الوكيل من الشافعية[(١)]، فلما كان هو تعبير الأكثر صدرنا بها، على أن من العلماء مَن عبر عن القاعدة بغير ذلك، كالحصني الذي صاغ القاعدة بقوله: "المعارضة بنقيض المقصود"[(٢)]، فعبر "بالمعارضة" بدل "المعاملة".

وعبر ابن رجب عنها بقوله: "مَن أتي بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم، وكان مما تدعو النفوس إليه؛ ألغي ذلك الشرط، وصار وجوده كالعدم، و لم يترتب عليه أحكامه"[(٣)].

بينما عبر عنها السبكي بقوله: "ما ربط الشارع به حكمًا فعمل المكلف إلى استعجاله لينال ذلك الحكم، فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده، أو لا لوجود

=

الدولية، ٢٠٠٤م، بدون ذكر الطبعة)، ص٣٥٠. ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، كتاب الفرائض، باب ميراث القاتل، رقم الحديث [٢٧٣٥]، (الأردن: بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٤م، بدون ذكر الطبعة)، ص٢٩٨. قال الترمذي: هذا حديث لا يصح، لا يعرف من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل، والعمل على هذا عند أهل العلم: أن القاتل لا يرث، كان القتل عمدًا أو خطأ، وقال بعضهم: إذا كان القتل خطأ فإنه يرث، وهو قول مالك.

الترمذي، **سنن الترمذي**، ص٣٥٠.

(١)السالمي، **الجوابات**، ج٢، ص١٥٧. الونشيري، **إيضاح المسالك**، ص١٣٢. ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.

(٢)الحصني، **كتاب القواعد**، ج٣، ص ٢٤١.

(٣)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠١.

الأمر الذي علق الشارع الحكم عليه؟"[1]. وأنكر على مَن عبر عنها بأنها "المعاملة بنقيض المقصود"، وعلى مَن أخذ بها كلامًا عامًّا، واصفًا مَن صاغها بذلك بمن لا تحقيق عنده.

كما أنَّ هناك جملة من القواعد ذات الصلة بهذه القاعدة، مثل قاعدة: "مَن فرَّ من حق رد إليه"[2]، وقاعدة: "ما يثبت الحكم بوجوده، إذا أوجده هل يثبت له الحكم؟"[3]، وقاعدة: "مَن استعجل شيئًا قبل أوانه عُوقب بحرمانه"[4] .

المطلب الثاني: صلة قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" بالحيل:

إنَّ لقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" حضورًا قويًّا في باب الحيل، والذي يبرز عند الفقهاء المتقدمين والباحثين المعاصرين على حدٍّ سواء؛ فنجد ابن القيم من المتقدمين يستشهد بالقاعدة في مسائل الحيل في كتابه "إعلام الموقعين"، ومن ذلك ما جاء في معرض استدلاله بها على بطلان حيلة الفرار من الزكاة فيقول: "وكذلك إذا كان في يده نصاب فباعه أو وهبه قبل الحول، ثم استرده، قال أرباب الحيل: تسقط عنه الزكاة، بل لو ادَّعى ذلك لم يأخذ العامل زكاته، وهذه حيل محرَّمة باطلة، ولا يسقط عنه ذلك فرض الله الذي فرضه وأوعد بالعقوبة الشديدة من ضيعه وأهمله، فلو جاز إبطاله بالحيلة التي هي مكر وخداع، لم يكن في إيجابه والوعيد على تركه فائدة، وقد استقرت سُنة الله في خلقه شرعًا وقدرًا على معاقبة العبد بنقيض قصده؛ كما حرم القاتل الميراث، وورث المطلقة في مرض الموت، وكذلك الفار من الزكاة لا يسقطها عنه فراره ولا يعان على قصده ويسقط قصد

(١)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.

(٢)السالمي، **الجوابات**، ج٢، ص١٥٧.

(٣)ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.

(٤)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠٤. السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٥٠.

الرب تعالى، وكذلك عامة الحيل إنما يساعد فيها المتحيل على بلوغ غرضه ويبطل غرض الشارع"[١].

وأما عند المعاصرين، فنجد الراشدي في كتابه "القواعد الفقهية عند الإباضية" يضع هذه القاعدة تحت عنوان: "المطلب الرابع: قواعد معاملة المحتال والمتذرع إلى الحرام" ويضم معها القاعدة الأخرى: "مَن تعجَّل شيئًا قبل أوانه عُوقب بحرمانه"، ويقول: "إذا أوجب الشرعُ أمرًا على المكلف فأراد الفرار منه بالتحايل، فإنه يعامل بنقيض مقصوده، ويحكم عليه بخلاف ما أراد تحقيقه؛ لأن مَن فر من الحق رد إليه"[٢]، وحسبنا بهذا بيانًا لمدى ارتباط هذه القاعدة بالحيل.

المطلب الثالث: العمل بقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" في الحيل:

على الرغم من ذكر الفقهاء لفروع عديدة أبطلت فيها الحيل عملًا بقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" إلا أنه عند تتبع الفروع الفقهية واستقصائها، والنظر في محل العمل بالقاعدة فيها، فإننا نلحظ أمرين مهمين:

أولهما: خروج جملة كبيرة من الفروع الفقهية عن القاعدة.

وثانيهما: وجود خلاف بين الفقهاء في جملة من الفروع التي ضمت إلى القاعدة، ونظرًا لكل هذا قال الحصني من الشافعية باضطراب مسائل هذه القاعدة[٣].

فالمالكية أجروا القاعدة على جملة كبيرة من الفروع، غير أنهم أيضًا استثنوا ذات القدر تقريبًا من القاعدة؛ ففي كتاب "إيضاح المسالك" أكثر من خمسة عشر مسألة عمل فيها بالقاعدة[١]، غير أنه استثنى منها أيضًا ما يقارب خمسة عشر فرعًا آخر[٢].

---

(١)ابن القيم، **إعلام الموقعين**، ج٣، ص٢١٩.

(٢)الراشدي، هلال بن محمد، **القواعد الفقهية عند الإباضية**، (مصر: مركز الغندور، ٢٠٠٩م، بدون ذكر الطبعة)، ص١٧٠.

(٣)الحصني، **كتاب القواعد**، ج٣، ص٢٤١.

وأمَّا الحنفية والشافعية فإن الفروع التي لم يعمل فيها بالقاعدة أكثر من الفروع التي عمل فيها بها؛ إذ أورد ابن نجيم من الحنفية أحد عشر فرعًا، لم فيها بالقاعدة إلا في مسألتين، وهما: حرمان القاتل من الميراث، وتوريث المرأة المبتوتة بالطلاق، بينما أهمل العمل بالقاعدة في الفروع التسعة الأخرى(٣).

وأمَّا الشافعية فإنهم قسموا فروع القاعدة إلى ثلاثة أقسام: قسم اتفق على العمل بالقاعدة فيها، وقسم اتفق على إهمال العمل بالقاعدة فيها، وقسم مختلف فيه، وقد نصَّ الزركشي على أن الأصح فيه عدم العمل بالقاعدة(٤)، وعند تمحيص الفروع التي عمل فيها بالقاعدة عندهم نجده قليلًا جدًّا لا يتجاوز خمسة فروع، مقابل ما يقارب خمسة عشر فرعًا لم يعمل فيها بالقاعدة(٥).

بل ذهب السيوطي إلى أبعد من ذلك ورأى أنه لم يدخل في القاعدة إلا فرع واحد، فيقول في ذلك: "إذا تأملنا ما أوردناه، علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الصور الداخلة فيها، بل في الحقيقة لم يدخل فيه غير حرمان القاتل"(٦)، بل حتى هذا الفرع إنما هو ثابت بالحديث لا بذات القاعدة.

=

(١)الونشيري، **إيضاح المسالك**، ص١٣٢.

(٢)**المرجع السابق**، ص١٣٤.

(٣)ابن نجيم، زين الدين بن محمد، **الأشباه والنظائر**، (لبنان: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)، ج١، ص١٤٥.

(٤)الحصني، **كتاب القواعد**، ج٣، ص٢٤١. الزركشي، **المنثور**، ج٢.

(٥)**المرجعان السابقان**.

(٦)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٤٩.

وأمَّا إن التفتنا إلى آراء المذاهب الفقهية في الفروع التي قيل بالعمل بالقاعدة فيها، وتتبعنا مدى اتفاقهم على ذلك، فإننا سنجد اختلافًا واضحًا بينهم، وسأورد هنا ثلاثة فروع فقهية:

١- قاتل الموصي: إذا قتل الرجل مَن أوصى له؛ حُرم من الميراث معاملة له بنقيض قصده، وعلى هذا جمهور الفقهاء[١]، وخالف الشافعية في الأصح عندهم فقالوا بعدم حرمانه من الوصية، ولهم في المسألة قولان آخران: أحدهما موافق للجمهور، والآخر أن الوصية تصح إن كان بعد حدوث الجروح، وأما قبله حدوثها فتبطل[٢]؛ فيتضح من ذلك أن قول الجمهور هو اعتبار القاعدة مطلقًا، وأن القول المختار عند الشافعية هو إهمال القاعدة مطلقًا، بينما القول الثالث للشافعية في المسألة هو التفريق بين حدوث الجراحة قبل الوصية، فعملوا بالقاعدة حيث ترجح وجود التهمة، وأهملوها حيث ترجح عدم اعتبارها.

٢- طلاق الفرار: مَن طلق زوجته ثلاثًا في مرض موته فإنها ترثه عند الجمهور[٣]؛ معاملة له بنقيض قصده في حرمانها من الميراث، وقصر ابنُ رجب ذلك على الريب، فيعمل بالقاعدة وتورث المطلقة عند وجوده؛ وأمَّا عند انتفائه فروايتان عند الحنابلة، وذلك كأن تسأل المرأة فتجيب بما ينفي وجود قصد حرمانها من الميراث[٤]. بينما ذهب الشافعيةُ

(١)الراشدي، **القواعد الفقهية عند الإباضية**، ص١٧٥. ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٤٥٢. الونشيري، **إيضاح المسالك**، ص١٣٢. ابن رجب، **تقرير القواعد**، ص٤٠٢.

(٢)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٤٩. ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.

(٣)ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٤٥٢. ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩. الونشيري، **إيضاح المسالك**، ص١٣٢. ابن رجب، **تقرير القواعد**، ص٤٠٢. السالمي، عبد الله بن حميد، **طلعة الشمس شرح شمس الأصول**، (سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي، ٢٠١٠م)، ج٢، ص٢١٠.

(٤)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ص٤٠٢.

في الجديد إلى أنها لا ترثه، وعلل السيوطي ذلك بقوله: "لئلا يلزم توريث بلا سبب ولا نسب"(١)، فلم يلتفتوا إلى القصد هنا بل إلى السبب، فانتفى الإرثُ عندهم لانتفاء سببه.

٣- الفرار من الزكاة: مَن تصرف في ماله فرارًا من الزكاة لم تسقط عنه الزكاة عند المالكية والحنابلة؛ معاملة له بنقيض مقصوده، غير أن ذلك مقتصر على صور، فنص المالكية على أن مَن أبدل ماشيته فرارًا من الزكاة عومل بنقيض قصده ولم تسقط(٢)، بينما استثنوا ما لو أخر قبض الدين فرارًا من الزكاة، أو صاغ الدنانير والدراهم حليًّا لإسقاط الزكاة لم تجب عليه(٣).

وأمَّا الحنابلة فنصوا على أن من قام بإنقاص ماله أو إخراجه عن ملكه لم تسقط عنه الزكاة، بينما استثنوا من القاعدة ما إذا تملك مالًا لا زكاة فيه كالعقار والحلي، فلا يعامل بنقيض قصده(٤).

وأما الحنفية والشافعية فنصوا على أن مَن باع ماله قبل الحول فرارًا من الزكاة لم تجب عليه الزكاة، مع كراهته، ويعلل السيوطي ذلك بقوله: "لئلا يلزم إيجابها في مالٍ لم يحل عليه الحول في ملكه، فتختل القاعدة"(٥).

إنَّ عمق الخلاف الحاصل في العمل بالقاعدة، وكثرة الاستثناءات في المذهب الواحد، نحى ببعض العلماء إلى القول باقتصار القاعدة على صورة واحدة فقط وهي: حرمان القاتل من الإرث، كما تقدم عن السيوطي، وهو ما يجعل الوقوف على أصل

(١)السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٤٩.
(٢)الونشيري، **إيضاح المسالك**، ص١٣٢.
(٣)**المرجع السابق**، ص١٣٤.
(٤)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ص٤٠١.
(٥)ابن نجيم، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٤٥٣. السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٢٤٩.

القاعدة وضوابطها أمرًا ملحًّا، حتى يتضح القدر الذي يمكن أن يعمل فيه بالقاعدة، على نسق منضبط، ووجه متسق، تنتظم به المسائل في النوازل، ويسترشد به المرء في العمل.

ويرى الباحثُ أن للقاعدة اعتبارًا من حيث الجملة، بناء على جملةٍ من النصوص التي تؤيد ذلك:

١- «**القاتل لا يرث**»[(١)]، فقد عامل الحديث الشريف هنا القاتل بنقيض قصده، فحرَمه من الإرث رغم تحقق السبب الموجب للإرث، وهو وفاة المورث[(٢)].

٢- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**من سمع رجلًا ينشد في مسجد ضالة فليقل: لا أداها الله إليك؛ فإن المساجد لم تبن لهذا**»[(٣)]، قال الشوكاني: "دليل على جواز الدعاء على الناشد في المسجد بعدم الوجدان معاقبة له في ماله، معاملة له بنقيض قصده"[(٤)]، فوجه المعاملة بنقيض المقصود هنا بالغة في الظهور.

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بينما نحن جلوس عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجل فقال: يا رسول الله، هلكت! قال: «**ما لك؟**»، قال: وقعتُ على امرأتي وأنا صائم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**هل تجد رقبة تعتقها؟**»، قال: لا، قال: «**فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟**»، قال: لا، فقال: «**فهل تجد إطعام ستين مسكينًا؟**»، قال: لا، قال: فمكث النبي صلى الله عليه وسلم، فبينا نحن على ذلك أتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيها تمر -والعرق المكتل- قال: «**أين السائل؟**»،

(١)سبق تخريجه، انظر الحاشية رقم (٤٨).

(٢)آل هرموش، محمود مصطفى عبود، **القواعد الفقهية الإباضية**، (سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشئون الدينية، ط١، ١٤٣٥هـ- ٢٠١٤م)، ج٢، ص٢٢٩.

(٣)مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد، رقم الحديث [٥٦٨]، ص٢٢١.

(٤)الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، (مصر: مكتبة الثقافة الدينية، ط١، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م)، ج١، ص٥٧٦.

فقال: أنا، قال: «**خذها فتصدق به**»، فقال الرجل: أعلى أفقر مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتيها -يريد الحرتين- أهل بيت أفقر من أهل بيتي. فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدتْ أنيابه ثم قال: «**أطعمه أهلك**»[(١)]، فقد عد له النبي صلى الله عليه وسلم جملة من الكفَّارات ومن بينها الصوم، قال ابن حجر في مناسبة كونه كفارة لمنتهك حُرمة الصيام: "وأما الصيام فمناسبته ظاهرة؛ لأنه كالمقاصة بجنس الجناية، وأما كونه شهرين فلأنه لما أمر بمصابرة النفس في حفظ كل يوم من شهر رمضان على الولاء، فلما أفسد منه يومًا كان كمَن أفسد الشهر كله من حيث إنه عبادة واحدة بالنوع، فكلف بشهرين مضاعفة على سبيل المقابلة لنقيض قصده"[(٢)]. وهو وإن لم يكن حكمًا قاطعًا في المعاملة بنقيض المقصود إلى أنه مما يستأنس به من خلال الحكمة في المعاملة بنقيض القصد.

٤- ما جاء عن عثمان بن عفان: "أنه ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من زوجها عبد الرحمن بن عوف، وكان قد طلقها في مرضه فبتها"[(٣)]، فورث عثمان امرأة عبد الرحمن بن عوف حين طلقها في مرض موته؛ معاملة له بنقيض قصده، والذي هو حرمانها الميراث[(٤)].

(١)البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان و لم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر، رقم الحديث [١٩٣٦]، ج١، ص٤٢٢.

(٢)ابن حجر، **فتح الباري**، ج٣، ص٤٣٤.

(٣)ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع، **الطبقات الكبرى**، (مصر: مكتبة الخانجي، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م)، ج١٠، ص٢٨٣.

(٤)الغامدي، ناصر بن محمد، **قاعدة: مَن استعجل شيئًا قبل أوانه عُوقب بحرمانه: دراسة تأصيلية تطبيقية**، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، ج١٦، ع٢٨، شوال ١٤٢٤هـ، ص٣٢٥.

إن هذه النصوص شاهدة على أصل اعتبار الحكم على المكلف بنقيض قصده، وأن لذلك وجهًا معتبرًا في الشرع الحنيف، تجعل له محلًّا من الالتفات إليه، وموضعًا من النظر في العمل به.

المطلب الرابع: ضوابط العمل بقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" في الحيل:

لا بدَّ عند قصد العمل بالقاعدة في الفروع الفقهية من مراعاة جملة من الضوابط:

١- تعلق الحكم بسببٍ:

أول أمر ينبغي أن يلتفت إليه عند العمل بهذه القاعدة، هو النظر في مدى ارتباط الحكم بسببٍ من الأسباب في الفرع الفقهي؛ وذلك بأن يكون الحكم معلقًا وجوده على السبب، وهذا الأمر ذو ملحظ كبير في عبارات جمع ممكن صاغ القاعدة، فنجد السبكي يعبر عنه بقوله: "ما ربط الشارع به حكمًا"[(١)]، ويقول ابن رجب: "من أتي بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات"[(٢)]، وأمَّا ابن الوكيل فيقول: "ما يثبت الحكم بوجوده"[(٣)]، فكل هذا يدل على أن محل العمل بالقاعدة هو متى تعلق الحكم بالسبب، وهنا ينبغي التنبيه إلى أن السبب من حيث إمكان صرفه عن أصله على وجهين:

الأول: سبب صِرْف: وذلك بأن يكون الأمر موضوعًا أصالة كسبب، فلا يقصد لذاته، غير أنه إن وجد ترتبت على وجوده أحكام، وذلك كالموت، فإنه سبب للإرث وثبوت الوصية، فالموت ليس أمرًا مقصود التحصيل من حيث الأصل، فلا يقصده العقلاء في تصرفاتهم، كما أن الحكم به كالقصاص إنما جاء بناء على سبب سبقه.

الثاني: سبب مَصْروف عن أصله: وذلك بأن يكون الأمر له مقصد من تحصيله، فيستخدم لتحصيل أمر آخر غير المقصد الأصيل منه، وذلك كالبيع فإن الأصل الذي يراد

(١)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.

(٢)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠١.

(٣)ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.

منه الملك وحل الانتفاع، غير أنه قد يستخدم كوسيلة لبلوغ أمر آخر، وذلك كمن استخدمه -متسترًا به- بغرض بلوغ الربا، فهنا يعد البيع من قبيل السبب المصروف عن أصله.

وكلا السببين هما محل نظر في العمل بهذه القاعدة: أمَّا السبب الصرف فيؤيده تمثيل العلماء بحرمان القاتل من الإرث، أو الوصية، وأمَّا السبب المصروف عن أصله فيؤيده قول ابن رجب المتقدم: "من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل".

٢- أن يقصد المكلف تحصيل الحكم بتحصيل سببه أو تعطيله:

الضابط الآخر الذي يلزم وجوده للعمل بالقاعدة: هو تدخل قصد المكلف في ترتب الحكم، وهذا الضابط جاء صريحًا في عبارات بعضهم؛ كقول ابن الوكيل: "فإن أوجده المكلف"(١)، وكقول السبكي: "فعمل المكلف على استعجاله"(٢)، ولا بد منها من بيان أمرين متعلقين بهذا الضابط:

أ- وجه العمل بضابط قصد تحصيل الحكم:

يلزم في هذا الضابط أن يجتمع فيه قصدان: قصد المكلف تحصيل الحكم، وقصده العمل في السبب تحصيلًا أو تعطيلًا؛ وذلك كأن يتصرف المرء في ماله بهبته قبل موعد الزكاة فرارًا منها، فهنا قصد المكلف الفرار من الحكم وهو الزكاة، كما قصد إيجاد السبب وهو الهبة تغييرًا للملك، ولذلك فإن قصد أحدهما دون الآخر فهو محل نظر:

١- فإن قصد الحكم دون التدخل في السبب، فإن الحكم ثابت له؛ إذ عدم تدخله في السبب يعني ترك الأسباب تجري على وفق ما كتب لها، فالوارث يترك حصول الموت دون تدخل فيه، وكذلك الموصى له، وفي مسألة تخليل الخمر يطهر إن تركت دون تدخل بطرح شيء فيها، وهكذا، فمثل هؤلاء يثبت لهم الحكم المتسبب جراء السبب الحاصل.

(١)**المرجع السابق**.

(٢)ابن السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.

٢- وإن قصد السبب دون الحكم، أو قام بالسبب دون قصد إليه إطلاقًا كأن يكون خطأ، فهو مقام محتاج لتفصيل وتحرير؛ نظرًا لاحتمال ملابسة فعل المكلف تهمة قصد الحكم، وتحريره آت في الضابط التالي إن شاء الله.

ب- الأوجه التي يقصد بها تحصيل الحكم:

الحكم الذي يقصد المكلف تحصيله على وجهين:

الأول: إيجاد الحكم: وذلك بأن يكون الحكم معدومًا فيسعى المكلف إلى تحصيله بإيجاد سببه؛ كقتل الموصي، فإن الموت هو سبب ثبوت الوصية له، فيسعى المكلف لإيجاد السبب بقتل الموصي.

الثاني: تعطيل وجود الحكم: وذلك بأن يوجد سبب الحكم فيسعى المكلف إلى منع ترتبه بتعطيل السبب، كمَن طلق زوجته ثلاثًا في مرض موته، قاصدًا حرمانها من الميراث، فإن السبب المنعقد هنا هو الزوجية، والحكم المترتب به هو الإرث، فيسعى المكلف إلى تعطيل السبب بالطلاق حرمانًا لها من الميراث، ولا يخفى أن مَن يسعى لتعطيل حكمٍ من الأحكام هو في حقيقة الأمر ساع لتحصيل حكم آخر نظرًا لعدم رغبة في ذلك الحكم الذي يسعى لتعطيله، فمَن سعى لتعطيل حكم وجوب الزكاة عليه، هو ساع لإثبات حكم عدم وجوب الزكاة عليه.

وفرق الشافعية هنا بين انعدام انعقاد ذات السبب على نحو تام، وبين انعقاده تامًّا وانعدام أحد شروطه؛ فإنِ انعدم انعقاد ذات السبب على نحو تام، كان تصرف المكلف في السبب بقصد تعطيل الحكم كان أمرًا مكروهًا، وذلك كالزكاة، فإنَّ انعقاد السبب فيه غير تام؛ نظرًا لأنه يلزم أن ينضم مع النصاب الحول، أو أن شرط السبب مفقود وهو الحول، فليس السبب منعقدًا فيه، ولذلك كان تعطيل الحكم بقصد تعطيل السبب مكروهًا. وأمَّا إن انعقد السبب تامًّا، وانعدم شرطه، كان تصرف المكلف في السبب محرمًا؛ وذلك كطلاق الفرار، فإن الزواج هو سبب الإرث، وهو سبب تم انعقاده، وإنما

وفاة المورث شرط للإرث، فكان طلاق الفرار محرمًا لتمام انعقاد السبب[1]. ومع هذا ففي كلا الوجهين تهمل القاعدة عندهم ولا يعمل بها، لا لاختلال هذا الضابط، وإنما لاختلال ضابط آخر، وهو اختلال قاعدة من قواعد الشرع، وهو الضابط الخامس هنا، غير أن التفاتهم إلى انعقاد السبب من عدمه فيه ملحظ دقيق عند النظر في الحيل الفقهية ومواضع الخلاف فيها.

٣- وجود تهمة:

تقدم أن المكلف قد يقوم بالسبب دون قصدٍ منه لتحصيل الحكم، إلا أن العلماء زادوا المقام تحريرًا بالنظر إلى ما قد يشوب فعله من القرائن التي قد تثبت عكس ذلك؛ إذ نجد الإشارة إلى ذلك في صيغ القاعدة عند بعض، وفي فروع القاعدة عند آخرين.

ففي صيغ القاعدة نجد السبكي يشير إلى أنَّ وجود قصد المكلف أمر مطلوب تحققه في فعل المكلف فيقول: "لينال ذلك الحكم"[2] أي: لينال المكلف بالسبب ذلك الحكم.

وأمَّا ابن رجب فلم يشترط وجود القصد، وإنما اكتفى بكون المقصود مما تطلبه النفس، وتسعى لتحصيله، فيقول: "وكان مما تدعو النفوس إليه"[3] فجعل اجتماع وجود الفعل، وكون الحكم مما تسعى النفس إليه كفيلًا بالحكم على المكلف بقصده إليه.

وأمَّا في الفروع، فإننا نجد التفاتًا صريحًا من جمع من العلماء إليه؛ ففي مسألة حرمان القاتل خطأ من الميراث مثلًا، نجد أن الشافعية أعملوا فيها القاعدة سدًّا لذريعة الفساد، لما في المقام من تهمة، يقول الحصني: "وكذا الخطأ -أي القتل خطأ- على المشهور حسمًا للباب، ثم عدوا ذلك إلى الإمام إذا قتل مورثًا حدًّا بالرجم"، فقوله: "حسمًا للباب" دلالة على اعتبار سد ذريعة الفساد للتهمة الحاصلة، ولأهمية اعتبار التهمة فإننا نجد

(١)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ١٦٩.

(٢)**المرجع السابق**.

(٣)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠١.

أن من رأى ضعفها لم يُعمِل القاعدة، وذلك كمن مات بسبب قام به الوارث كأن ينصب ميزابًا، أو يضع حجرًا يؤدي إلى قتل المورث، فعلى الرغم من أن الأصح عند الشافعية حرمانه من الميراث، إلا أن الحصني يقول: "وفي وجه لا يمنع، وهو قوي لبعد التهمة جدًّا في ذلك"(١).

وأمَّا الأحناف فأهملوا العمل بالقاعدة في كل ذلك، سواء باشر القاتل القتل بنفسه خطأ أو تسبب فيه، أو كان قتلًا بحق(٢)، بل يرى الزرقا أنها ليست من فروعها نظرًا لتخلف التهمة فيها والذي سماه هو بالاستعجال، ما يفهم ضرورة وجود التهمة عندهم للمعاملة بنقيض المقصود، وفرق بين مباشرته الفعل أو تسببه فيه، فقال في حكم المباشر للفعل خطأ كأن يرمي صيدًا فيصيب آدميًّا: "فليس من فروع القاعدة لعدم ظهور الاستعجال فيه، وإنما امتنع إرث المكلف فيه لوجود المباشرة منه بقتل مورثه معه"، وفي التسبب كمَن حفر بئرًا فسقط فيه مورثه فمات قال: "فإنه لا يمنع إرثًا ولا وصية؛ لعدم ظهور معنى الاستعجال السابق فيه وعد المباشرة"، وكذا الحكم عنده إن كان القتل بحقٍّ، كأن يكون قتل المورث قصاصًا(٣). وعند التعريج على الحنابلة نلحظ أيضًا عند بعضهم التفاتًا إلى التهمة، كابن رجب في كتابه تقرير القواعد، ففي مسألة حرمان القاتل من الميراث، وبعد أن ذكر القول بحرمانه -سواء وجدت التهمة أو لم توجد- عقب على ذلك بوجود وجه بعدم حرمانه إن انتفت التهمة؛ وذلك كأن يكون القاتل مجنونًا أو صبيًّا، ثم قال: "وهو أصح عندي"(٤)، وكذلك الأمر في مسألة طلاق الفرار فقد قصر القول بالعمل

(١)الحصني، **كتاب القواعد**، ج٣، ص٢٤١.

(٢)الحموي، أحمد بن محمد، **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، (لبنان: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م)، ج١، ص٤٥١.

(٣)الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص٤٧٢.

(٤)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠١.

بالقاعدة وتوريث المرأة عند وجود الريب، وهو عين التهمة، وأمَّا عند انتفائه فروايتان عند الحنابلة، وذلك كأن تسأل المرأة فتجيب بما ينفي وجود قصد حرمانها من الميراث[١].

ويرى الباحث أن وجود التهمة للعمل بالقاعدة أمر معتبر، لا بد من حصوله للعمل بالقاعدة، سواء سميت بالتهمة أو الريبة أو القرينة الدالة على المقصود الفاسد، أو تحقق قصد الاستعجال، وأما الصفة التي يلزم أن تحصل به حتى تعمل القاعدة فهو أمر نسبي، عائد إلى المكان واختلافه، والزمان وتغيره، والحال وتبدله، فإن لكل زمان حاله، ولكل مقام مقاله. ويؤيد هذا أن الشاطبي من المالكية -والذين توسعوا في العمل بالقاعدة- يفرق في مناقضة قصد الشارع بين أن يُجعل التصرف في حكم المرفوع كأن يهب ماله قبل الحول ليسترده بعده، فيعمل فيه بالقاعدة، وبين أن يقصد رفع الحكم مطلقًا كأن يهب ماله قبل الحول مطلقًا دون قصد رجوعه إليه مطلقًا، فأورد فيه ثلاثة أقوال في معاملته بنقيض قصده وإبطال فعله، وخرج بعض أقوال بعض المالكية التي لم تبطل فعله لضعف التهمة في حقه[٢].

وأمَّا إن لم يكن في فعل المكلف قصد لمناقضة قصد الشارع ألبتة، كما لو تصرف المرء في ماله قبل الحول لسببٍ يرجو به نفعًا معتادًا لا هروبًا من الزكاة؛ كمَن أخذ دينًا لسبب عارض يرجو الانتفاع بما أخذ، لا الهروب من الزكاة، أو اشترى ما لا زكاة فيه راجيًا الانتفاع به، فلا يعمل فيه بالقاعدة؛ نظرًا إلى أنه لا قصد لتحصيل الحكم فيه ألبتة، فضلًا عن وجود تهمة بذلك[٣].

---

(١)**المرجع السابق.**

(٢)الشاطبي، إبراهيم بن موسى، **الموافقات في أصول الشريعة**، (المملكة العربية السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، ج١، ص٢٠٢.

(٣)**المرجع السابق.**

٤- أن يشتمل الفعل على مفسدة:

تعد مراعاة المصالح والمفاسد عند العمل بالقاعدة من أشد المواضع إشكالًا، حتى عد الحصني أن هذا الموضع هو سبب اضطراب المسائل في الفروع، فيقول: "مراعاة الحكمة مع وجود الوصف الأكثر اعتبارًا، وقد لا تعتبر الحكمة أصلًا مع وجود الوصف فلا يترتب عليها حكم، ولهذا اضطربت مسائل المعارضة بنقيض المقصود"(١)، وهذا ما يجعل تحرير المقام هنا أمرًا ملحًّا. وبتتبع ما جاء عن الفقهاء في هذا الصدد يمكن القول بأن لهم ثلاثة أوجه في ضبط المفسدة هنا:

الوجه الأول: أن يكون الفعل منهيًّا عنه، ويؤخذ هذا من اشتراط السبكي بأن يكون المُعامل فيه بنقيض القصد منهيا عنه، ومثَّلَ لذلك بقتل الوارث لمورثه، فإن ذات الفعل منهي عنه، فعومل بنقيض قصده(٢)، فأخرج بذلك ما إذا كان الفعل مأمورًا به، أو غير مأمور به ولا منهيًّا عنه، فلا يعمل في ذلك بالقاعدة، غير أن فيما أورده الشافعية من فروع ما يدل على عدم انضباط هذا الضابط على هذا النحو، فقد أورد الحصني معاملة مخلل الخمر بطرح شيء فيه بنقيض قصده، وطرح الشيء في الخمر ليس فعلًا محرمًا في ذاته(٣)، وكذلك ما ذكره الزركشي الشفعة من معاملة الشريك بنقيض قصده إن باع لغير شريكه، والبيع في ذاته ليس محرمًا، وأما العرض على الشريك فمما يرغب فيه(٤)؛ فدل ذلك على عدم انضباط هذا الوجه في المفسدة، وهذا فضلًا عما في المذاهب الأخرى من فروع تعارض هذا، تقدمت الإشارة إلى طرف منه.

(١)الحصني، **كتاب القواعد**، ج٣، ص٢٤١.

(٢)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.

(٣)الحصني، **كتاب القواعد**، ج٣، ص٢٤١.

(٤)الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص٢٨٠.

الوجه الثاني: أن يؤتى بالفعل على نحو محرَّم، وهو قيد رآه ابن رجب[1]، فضبط الإتيان بالسبب بأن يكون على نحو محرم، ولم يبين وجه ذلك، إلا أنه من خلال النظر في الفروع التي أوردها تحت هذه القاعدة نجد أن منها ما لم يأت على نحو محرم، وذلك كتخليل الخمر طلبًا لطهارته وحل استخدامه، فإن نفس تخليل الخمر والذي هو شبب لطهارة الخمر لا يلزم أن يكون بطريق محرم، كطرحه في الشمس، ومع ذلك عومل عنده بنقيض القصد، إلا أن يقال بأن المقصود بالوجه المحرم فيه هو قصد المكلف، ومع ذلك فيقال: إن اللفظ لما كان غير واضح الدلالة كان الأسلم النظر فيما كان أوضح دلالة.

الوجه الثالث: أن تنتفي المصلحة من ثبوت الحكم، وهذا اللفظ يقول عنه السيوطي بأنه سمع شيخه قاضي القضاة علم الدين البلقيني يذكره عن والده، ونص القاعدة: "مَنِ استعجل شيئًا قبل أوانه، ولم تكن المصلحة في ثبوته، عوقب بحرمانه"، والظاهر أن الضمير في "ثبوته" عائد إلى "شيئًا"، فيكون المعنى: "ولم تكن المصلحة في ثبوت ذلك الشيء" أي: الحكم، وعند التأمل في معناه والرجوع إلى الفروع الفقهية في المذاهب المختلفة نجد أن لهذه الإضافة محلًا معتبرًا، فلو استبدلنا وجود المفسدة في ثبوته بدل انعدام كون المصلحة في ثبوته لكان المعنى أكثر وضوحًا، فتكون العبارة: "مَن استعجل شيئًا قبل أوانه، وكانت المفسدة في ثبوته، عوقب بحرمانه"، ولما كانت هذه القاعدة فرعًا من قاعدة المعاملة بنقيض المقصود، عدت هذه الإضافة من إحدى ضوابطها. ثم إن نظرنا إلى الفروع فيمكن أن نجعلها على قسمين من حيث اشتمالها على المفسدة:

١- أن يكون ذات الفعل مشتملًا على المفسدة كونه منهيًّا عنه، فيعامل مرتكبه بنقيض مقصوده، كقاتل مورثه والموصي له، ومن فروع الإمام مالك: أن من نهي عن تلقي الركبان فلم يستجب بيعت السلعة التي تلقاها، وأشرك معه أهل السوق في الربح،

(١)ابن رجب، **تقرير القواعد**، ج٢، ص٤٠٢.

معاملة بنقيض مقصوده إذ قصد الاستئثار بالربح دون باقي أهل السوق. ففي حرمان القاتل أن نفس القتل دون حق منهي عنه، ففلعه فيه مفسدة، وفي الثاني أن نفس تلقي الركبان منهي عنه، ففعله فيه مفسدة أيضًا[١].

٢- ألا يكون ذات الفعل مشتملًا على مفسدة، ولكنه تلبس بها، فيعامل بنقيض قصده، كأن يكون في الفعل ضرر على الغير، ومن فروعه قول الإمام مالك فيمن طلق امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها قبل أن يمسها أن تبني على عدتها الأولى ولا تستأنف عدة جديدة إن قصد مطلقها مضارتها بذلك؛ معاملة له بنقيض قصده، فإننا نرى أن فعل الرجعة والطلاق ليس فيه مفسدة من حيث ذاته، غير أنَّ المفسدة تلبست به من جهة الضرر الذي يلحق الغير، فعومل بنقيض قصده[٢].

والذي يبدو للباحث أن الوجه الثالث -من هذه الأوجه الثلاثة- هو أعدل الوجوه، وأقومها سبيلًا، ويؤيد ذلك أننا قد نجد فروعًا قد تعمل فيها القاعدة بنقيض القصد، وتهمل في مواطن أخرى، بناء على اشتمالها على مفسدة، كمَن سافر في رمضان، فإنه يعامل بنقيض قصده عند من قال بذلك إن اشتمل على قصد الإطار، وهو مفسدة عن أصحاب هذا الرأي، ويقاس على ذلك غيره من الفروع.

٥- ألا تنتفي قاعدة من قواعد الشرع:

ذهب السبكي من الشافعية إلى ضبط القاعدة بعدم انتفاء قواعد الشرع جراء المعاملة بنقيض المقصود، فقال: "وتحقيقه أن يقال: إن لم يختل بانتفاء ذلك الحكم المترتب عليه قاعدة من قواعد الشرع فينتفي ولا يحصل، وهنا يقال: عومل بخلاف مقصوده"، ومثل لذلك بقاتل مورثه، فإن معاملته بنقيض قصده لا يهدم شيئًا من قواعد الشرع التي الممهدة؛ إذ قد يحرم قريب من الميراث لاختلاف الدين مثلًا، وأما ما كان في إجراء القاعدة

(١)الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، ص١٠٦٠.

(٢)**المرجع السابق**، ص١٠٥٩.

فيه هدمًا لقواعد الشرع فمثل توريث المطلقة ثلاثًا في مرض الموت، فإن القول بتوريثها يهدم قواعد الشرع، وذلك أنه سيلزم معه توريث بلا سبب ونسب، فأهملت القاعدة هنا ولم تورث عندهم[1]. ولكن عند النظر في فروع الشافعية أنفسهم نجد أنهم أعملوا القاعدة في مواضع دون الالتفات إلى انهدام قواعد الشرع، كمسألة تخليل الخمر من غير طرح شيء فيه[2]، وإثبات الشفعة للشريك معاملة بنقيض القصد[3]، كما أن شح الأمثلة التي ساقها السبكي لا تعطي بيانًا شافيًا لهذه الفروع، ثم إن نظرنا إلى غير الشافعية فلا نجد لهذا الضابط ذكرًا ألبتة، وهو ما يجعل الضابط محلًا للنظر.

(١)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص١٦٨.
(٢)ابن الوكيل، **الأشباه والنظائر**، ص١٣٩.
(٣)الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص٢٨٠.

المبحث الرابع

قاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره"

تعد قاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره" قاعدة ملفتة جدًّا، وذلك من جهتين: **الأولى**: عند مقابلتها بقاعدة "الأمور بمقاصدها"، **والثانية**: في استخدامها في باب الحيل؛ إذ تسمح القاعدة بلوغ أمور لو ظهرت لحكم على التصرف بالحرمة، كما أنه يفتح الباب واسعًا للحيل، وهو ما يثير تساؤلات حول مدى العمل بها.

المطلب الأول: معنى قاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره":

الفرع الأول: صيغ القاعدة:

جاء ذكر صيغة القاعدة بعبارة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره" عند السبكي في الأشباه والنظائر[(١)]، وصاغها الزركشي بقوله: "كل ما لو شرطاه في العقد أبطل، فإذا نوياه في حال العقد كان مكروهًا"[(٢)]، ومعنى ذلك هو اعتبار اللفظ المصرح به في العقد على نحو أصيل، بل وتقديمه على ما أضمر حتى وإن كان إظهاره يبطل العقد، سواء كان عقد بيع أو عقد نكاح، ومن ثَمَّ فالحكم على العقد بالبطلان يكون متى صرح في العقد بما يبطله، ولا عبرة بما يضمر عند التعاقد في الحكم على العقد صحةً وبطلانًا، وأبرز ما في المقام أمران:

١- تخصيص الزركشي القاعدة بالشروط الملحقة بالعقد؛ بخلاف السبكي الذي جاء اللفظ عنده عامًّا في كل ما يفسد إظهاره، حتى وإن لم يكن من قبيل الشروط، ولعل سبب ذلك هو اقتصار الزركشي على قول الشافعي، إذ قال بأن هذا هو المنصوص عنه[(٣)]، بينما جرى السبكي على ما فهم منه فتوسع في العبارة.

(١)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٣٠٩.

(٢)الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص١٠.

(٣)**المرجع السابق**.

٢- اختلف الشافعية في معنى الكراهة الواردة في القاعدة؛ فقيل: هي كراهة تنزيه، وقيل: هي كراهة تحريم، ونسب القول الثاني إلى بعض متأخريهم واستحسانهم له[١].

وأمَّا عن محل العمل بالقاعدة فقد نصت عبارة الزركشي أن محلها العقد من غير تحديد لأنواع معينة من العقود، ومن خلال الفروع الفقهية نجد أنها مختصة بالمعاملات المالية والنكاح، ما يفهم منه أن محل العمل بالقاعدة هذان البابان، كما لم أقف على أي فرع عائد إلى باب العبادات ولا الأحكام.

الفرع الثاني: الفروع الفقهية للقاعدة:

من خلال تتبع ما جاء في كتب الفقهاء -سواء كتب القواعد الفقهية أو غيرها- نلحظ أن أبرز من أخذ بالقاعدة هم الحنفية والشافعية، وهذه جملة من الفروع الفقهية للقاعدة:

١- جاء عند الشافعية أن مَن تزوج امرأة طلقت ثلاثًا ناويًا إحلالها لزوجها الأول دون اشتراط طلاقها لفظًا، فإنه يكره ولا يحرم، وأمَّا لو تلفظ بذلك كشرط في العقد بطل العقد، وكذلك هو الحال فيما لو تواطأ عليه الطرفان قبل العقد، وتعاقدا على ذلك الشرط، و لم يتلفظا به عند العقد لم يبطل العقد، بل يصح مع الكراهة[٢].

٢- جاء عند الشافعية أنَّ مَن أقرض بقصد أن يرد له أكثر مما أقرض صح في وجه، مع الكراهة للعمل بالقاعدة؛ بخلاف ما لو شرطه لفظًا بطل العقد[٣].

٣- جاء عند الأحناف أنَّ اشتراط عمل رب المال في المضاربة مفسد للمضاربة؛ نظرًا لأن تسليم رأس المال وتخليته للمضارب شرط لصحة المضاربة، والمخرج هنا أن

---

(١)**المرجع السابق**.

(٢)الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، (لبنان: دار المعرفة، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م)، ج٣، ص٢٤٤. السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٣٠٩.

(٣)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٣٠٩.

يسلم المال دون اشتراط ذلك، ثم لم يضر استعانة المضارب برب المال أو دفعه إليه المال[١].

إلا أنه يلحظ هنا أن الأحناف وإن عدوا عدم التلفظ مخرجًا وحلية جائزة لذلك؛ غير أنهم لم يصرحوا بالكراهة هنا أيضًا.

٤- جاء عند الشافعية عدم بطلان العقد إن تواطأ الأشخاص على البيع بشرط القرض، بناء على أن التواطؤ لا يُعد من قبيل الشروط المقترنة بالعقد ولا يلحق به، ولذلك صحَّ البيع بشرط القرض، غير أن الملفت هنا هو ما ذكره الزركشي من أنَّ أصح الوجهين في حكمه هو حله، فلم يذكر الكراهة فيه على الرغم من أنه مما يندرج في القاعدة، فإن الأطراف لو صرحوا به في العقد لبطل، وكأن الكراهة تعني الحرمة[٢].

٥- جاء عن بعض الأحناف قولهم بصحة بيع الوفاء، وذلك بناء على أن شرط الفسخ لم يتلفظ به، وإن كان مضمرًا في النفوس عند التعاقد، بل حتى لو شرطاه صراحة قبل العقد؛ وذلك لأن الشرط المعتد به هو ما قارن العقد لا ما سبقه[٣].

الفرع الثالث: صلة القاعدة بالتواطئ، والشروط السابقة على العقد:

يعد التواطؤ والشروط السابقة على العقد أمرين وثيقي الصلة بقاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره"، نظرًا إلى أنها جميعًا تشترك في إضمار أمر عند التعاقد، فكان المقام ملحًّا ببيان وجه صلة القضيتين بالقاعدة:

(١)السمرقندي، سعيد بن علي، **جَنَّة الأحكام وجُنة الخصام في الحيل والمخارج**، (لبنان: دار صادر، ط١، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، ص٩٢.

(٢)الزركشي، **المنثور**، ج١، ص٢٥٠.

(٣)الخليلي، أحمد بن حمد، **فتاوى المعاملات**، (سلطنة عمان: الأجيال، ط١، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م)، ص٤١٠.

أولًا: التواطؤ:

التواطؤ في اللغة هو: "التوافق على أمر"[(١)]، وأما اصطلاحًا فجاء في معجم اصطلاح الفقهاء: "الاتفاق سرًّا ضد طرف ثالث"[(٢)]، ثم إن نظرنا إلى ما قاله المعاصرون في التواطؤ في العقود، فنجد أنهم يجعلون التواطؤ فيها على صورٍ، منها:

أ- أن تتوافق إرادتان على إضمار قصدهما التعامل بحيلة أو ذريعة ربوية في صورة مشروعة.

ب- الاتفاق المستتر بين طرفين على إتيان تصرف أو معاملة مشروعة، يقصد بها التوسل إلى مخرج شرعي مباح[(٣)].

فيلحظ في الصورتين وجود الاتفاق والإضمار والاستتار عند إبرام العقود لغاية ما، سواء كان لسبب محمود أو لسبب مذموم، ومن هنا نجد أن بين التواطئ والقاعدة الفقهية محل اتفاق ومحل افتراق؛ أمَّا محل الاتفاق فهو الإضمار في العمل لغرضٍ ما، وأمَّا موضع الافتراق أن القاعدة مختصة بما كان في إظهاره إبطالًا للفعل، وفي إضماره كراه، وأمَّا التواطؤ فلا يلزم منه ذلك، بل قد يكون سببه أمرًا محمودًا كما في المخرج الشرعي.

ثانيًا: الشروط السابقة على العقد:

يُقصد بالشروط السابقة على العقد الشروط التي يتفق عليها الأطراف قبل إبرام العقد، ويضمرونها عند التعاقد، فلا يعلنونها ولا يأتون بها في ألفاظهم عند التعاقد لسببٍ

(١)إبراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، (الطبعة الثانية، بدون ذكر البلد وتاريخ النشر)، ج٢، ص١٠٤١.

(٢)قلعة جي، **معجم لغة الفقهاء** (نسخة إلكترونية)، ص١١٤.

(٣)نادر علي فليونة، **المواطأة على إبرام العقود المالية المتعددة في عقد واحد وتطبيقاتها المعاصرة**، رسالة مقدمة استكمالًا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية- غزة، ١٤٣٦هـ- ٢٠١٥م، ص١٢.

من الأسباب، وأهمها أنها قد تؤدي بالعقد إلى البطلان، فيؤثرون إضمارها، والاعتماد على ما تم الاتفاق عليه قبل التعاقد، وممن أطال النفس في بيان حكمها ابن تيمية في كتابه بيان الدليل[١]، ووجه صلة الشروط السابقة على العقد بهذه القاعدة الفقهية بيِّنٌ جدًّا، وخاصة عند مقارنة ذلك بعبارة الزركشي: "كل ما لو شرطاه في العقد أبطل، فإذا نوياه في حال العقد كان مكروهاً"[٢]، إذ نص على أن القاعدة هي في إضمار شروط العقد؛ أي فهي شروط اتفق عليها قبل العقد، ما يجعل القضيتين أقرب إلى التطابق.

المطلب الثاني: صلة قاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره" بالحيل:

إن لقاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره" صلة وثيقة بالحيل، وأهمية كبيرة فيها، سواء عند مقارنتها بغيرها من القواعد التي تقدمت، أو عند النظر في فروعها الفقهية.

فعند التأمل في هذه القاعدة ومقارنتها بكل من القاعدة الكلية "الأمور بمقاصدها" والقاعدتين الأخريين "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" و"المعاملة بنقيض المقصود" لوجدناها تحتل مكانة فريدة بين هذه القواعد؛ إذ تقدم بيان أهمية المقاصد في تصرفات المكلفين، وأثرها على الحكم على أفعالهم، وبيان تفرع قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" من القاعدة الكلية، وأوجه العمل بها، وكيف أن اللفظ قد يصرف عن ظاهره في بعض المواضع للقرائن التي احتفت به، فيُصارُ فيها إلى المعاني لا إلى ظاهر الألفاظ، ثم عرجنا على قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود"، وبينا أنه قد يحكم على المكلف بنقيض قصده، إن ركب حيلة على نحو فيه مفسدة، غير أن قاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره" جاءت بخلاف كل ذلك، فإن المرء قد

(١)ابن تيمية، **بيان الدليل**، ص٣٩٣.

(٢)الزركشي، **المنثور**، ج٢، ص١٠.

يقصد أمرًا عند قيامه بفعل من الأفعال، وهو قاصد من ذلك الفعل أمرًا غير ظاهر، فيضمر قصده، ليحكم عليه بما ظهر، حتى وإن تعمد فعل ذلك، فإننا هنا لا نجد أخذًا بما قصد بل بما تلفظ، كما أننا لا نجد معاملة له بنقيض قصده، ما يجعل القاعدة جديرة بالنظر والبحث.

ومما يزيد أمر هذه القاعدة أهمية هو توسطها القاعدتين السابقتين؛ ففي حين تكون العبرة في العقود للمقاصد لا المباني، نجد أن هذه القاعدة تأخذ بظاهر اللفظ على نحو صرف، ليس عند سوء نية الأطراف فحسب، بل حتى وإن اتفقوا على باطل قبل العقد، وجعلوه شرطًا بينهم قبل العقد، ثم تجنبوا التلفظ به عند إبرام العقد. وأما القاعدة الأخرى وهي المعاملة بنقيض المقصود، فقد تقدم أن العمل بها يقتضي ألا يثبت الحكم الذي سعى المكلف إلى تحصيله، أو أن يحكم على المكلف بما سعى إلى تعطيله، فهنا رغم وجود هذا الأمر من المكلف إلى أننا لا نجد الحكم عليه بنقيض ما قصد، وإن أسقطنا هذا الأمر على الحيل فإننا لن نجد الحكم على المحتال بمقاصده في العقود، بل بألفاظه، حتى وإن قصد أمرًا باطلًا يؤدي إلى الحكم عليه ببطلان العقد إن صرح به، فيضمره بناء على الكراهة في ذلك دون الحرمة، وهو ما يفتح بابًا كبيرًا في الحيل، فضلًا عن عدم معاملته بنقيض المقصود على المحتال، فلا تبطل عليه حيله بناء على ذلك، وهو ما يزيد اتساع باب الحيل.

وأمَّا إن تأملنا القاعدة من خلال فروعها الفقهية التي تقدمت الإشارة إليها، لظهر جليًّا مدى ارتباط هذه القاعدة بالحيل، وحسبنا بمسألتي التحليل وبيع الوفاء شاهدين على ذلك؛ إذ تعد مسألة التحليل من أبرز مسائل الحيل الفقهية تأصيلًا وتفصيلًا، حتى كتب فيها ابن تيمية كتابه بيان "الدليل في بطلان نكاح التحليل"، كما أن مسألة بيع الوفاء أيضًا من المسائل التي أطال العلماء القول في بيان حكمها، واشتد خلافهم في الاحتجاج لذلك، حتى جاء في جزء كامل من كتاب قاموس الشريعة الذي تربو أجزاؤه على تسعين

جزءًا، كل هذا يؤكد أن صلة هذه القاعدة بالحيل الفقهية صلة قوية، وارتباطها بها ارتباط متين، تجعل مناقشته ضمن مسائل الحيل أمرًا لا محيص عنه.

المطلب الثالث: العمل بقاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره" في الحيل:

من خلال النظر في قاعدة "كل ما لو صرح به أبطل، فإذا أضمره كره"، وكذلك ما جاء في الشروط السابقة للعقد، وما قيل في التواطئ في العقود، يمكن أن نخلص إلى أن للفقهاء قولين في العمل بهذه القاعدة:

القول الأول: العمل بالقاعدة، فلا تبطل العقود إن لم يصرح بما يبطلها عند إبرامها، ومن الباحثين من يذكر أن هذا القول هو المشهور من مذهب أبي حنيفة والشافعي، كما أنه قول في مذهب أحمد(١)، على أننا نجد أيضًا أن منهم مَن صرح بكراهة الإضمار، ومنهم مَن صرح بحله، بل وأنه مخرج من فساد العقد(٢).

وحرر السبكي محل العمل بهذه القاعدة بأنَّ الكراهة متى قصد بالحيلة مفسدة منهيًّا عنها شرعًا، فإن لم تقصد بل كان في ذلك تخلصًا من الحرام؛ لم تحرم الوسيلة عندها، لكننا نجد في فروع الشافعية أنفسهم ما فيه قصد إلى محرم مع تصحيحهم للعقد دون كراهة، كما تقدم في مسألة البيع بشرط القرض(٣)، واستدل أصحاب هذا القول بأمورٍ:

١- حديث عامل خيبر الذي جاء من طريق أبي سعيد الخدري وأبي هريرة: أن رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم استعمل رجلًا على خيبرَ، فجاءهُ بتمرٍ جنيب، فقال رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: «**أكلُّ تمرِ خيبرَ هكذا؟**»، فقال: لا واللهِ يا رسولَ اللهِ، إنا لنأخذُ الصاعَ من هذا بالصاعَينِ، بالثلاثةِ. فقال: «**لا تفعلْ، بعِ الجمعَ بالدراهمِ، ثم ابتعْ**

(١)بحيري، **الحيل الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص٢٥٣.

(٢)الزركشي، **المنثور**، ج١، ص٢٥٠. التهانوي، **إعلاء السنن**، ج١٨، ص٤٤٠.

(٣)السبكي، **الأشباه والنظائر**، ج١، ص٣٠٩.

بالدراهمِ جنيبًا»[1]، والذي فيه أن العامل وجه من قبل النبي صلى الله عليه وسلم ببيع الجمع بالدراهم، وشراء الجنيب بعد ذلك بالدراهم، فدل على عدم امتناع التواطئ قبل العقد، بل زاد بعضهم على أنه دليل على حله وعدمه، حرمته أصلًا[2].

ويمكن أن يجاب عنه بأنه لم يرد في الحديث أي إشارة إلى جواز التواطئ قبل العقد، والنهي عن التصريح به فيه، فغاية ما في الحديث هو الأمر ببيع تمر الجمع، ثم شراء تمر الجنيب بالدراهم التي حصل، والنهي عن بيع تمر الجمع بتمر الجنيب؛ لما في ذلك من الربا الصريح كما بينته بعض الروايات، فأنى لهم الاحتجاج بالحديث على ذلك.

٢- أنَّ مجرد النية لا تؤثر على العقد، ويؤكد ذلك أن للمرء أن يغير نيته وقصده متى شاء؛ بخلاف الشروط الملفوظة فلا يمكن ذلك، يقول التهانوي: "والوجه أنَّ الاشتراط في العقد مبطل لمقتضى العقد، وهو إطلاق التصرف، وليس هذا في النية؛ لأن له أن يغير نيته وقصده، بخلاف ما لو اشترط في العقد، فإنه لا يمكن له أن يغيره"[3].

ويمكن أن يجاب عنه بأن الوجه الذي أورده التهانوي غير وارد على هذا المحل؛ وسبب ذلك أنه خارج محل النزاع، وبيان ذلك أن محل النظر في هذه القاعدة هو متى اتفق الطرفان قبل العقد أو نوياه معًا، إذ هو مقتضى القول بالشرط قبل العقد، وكذلك التواطؤ، وتؤكده الفروع الفقهية، لا إن نواه أحدهما فحسب، فهي مسألة أخرى، كمن ينوى بشراء العنب صنع الخمر، فهي نية مذمومة ولكنها جاءت من طرفٍ واحدٍ لم يتواطأ معه البائع عليها، وللعلماء فيها كلام في حكم البيع ليس هذا محله، ومن كلام التهانوي

(١)البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب المغازي، باب استعمال النبي صلى الله عليه وسلم على أهل خيبر، رقم الحديث (٤٢٤٤)، ج٢، ص٣٣٥. مسلم، **صحيح مسلم**، كتب المساقاة، باب بيع الطعام مثلًا بمثل، رقم الحديث (١٥٩٣)، ص٦٦٩.

(٢)الزركشي، **المنثور**، ج١، ص٢٥١.

(٣)التهانوي، **إعلاء السنن**، ج١٨، ص٤٤٠.

نفسه ما يؤكد أن إيراده جاء خارجًا عن محل التراع هو المثال الذي ساقه بقوله: "كمَن اشترى شيئًا ليهديه إلى صديقه، لا يكون هذا حرامًا وغشًّا ومكرًا وخداعًا" إلى أن قال: "لأن له أن يغير نيته وقصده"(١)، فنية الإهداء تأتي عادة من طرفٍ واحدٍ له العدول عنها وحده ما لم يقم به فعلًا ويقبضه الطرف الآخر، وكذلك الإشارة إلى قدرته على العدول متى شاء يؤكد اقتصاره هنا على طرف واحد، وإلا لما رضي التطرف الآخر على أن يتعاقد مع آخر بناء على نية اتفقا عليها وتعاقدا ثم يعدل أحدهما عن ذلك، ومن هنا احتج ابن تيمية على هؤلاء بقوله: "والمسلمون يفهمون أن ما تقدم العقد شرط كما قارنه، حتى أنهم وقت الخصام يقول أحدهما لصاحبه: ألم يكن الشرط بيننا كذا؟ ألم أشارطك على كذا؟"، ثم قال بعد ذلك: "ومن شارط غيره على شيء على أن يتعاقدا عليه، وتعاقدا ثم لم يف له بشرطه فقد غدر به"(٢). كل هذا يؤكد أن محل البحث هو اتفاق الطرفين، ونيتهما على الأمر معًا، لا انفراد أحدهما دون الآخر.

القول الثاني: عدم العمل بالقاعدة، وهو ما يعني إبطال العقد الذي أضمر فيه ما يبطله، وعليه جمع من الفقهاء من الإباضية والحنابلة وغيرهم، يقول بحيري: "وهو مذهب أهل المدينة، وظاهر مذهب فقهاء الحديث أحمد وغيره، وهو قول في مذهب الشافعي"(٣)، واستدلوا على ذلك بأمورٍ أغلبها راجع إلى القواعد الأخرى المقررة في مواضع متفرقة، والتي تعارض هذه القاعدة وتردها، وهي:

(١)**المرجع السابق**.

(٢)ابن تيمية، **بيان الدليل**، ص٣٩٤.

(٣)بحيري، **الحيل الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص٢٥٢.

١- قاعدة "المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا"، فإن ما تعارف عليه الناس في عقودهم يصير كالمشروط فيه، ومن هنا إن توارد الطرفان على أمر قبل العقد أو تعارفا عليه كان كما لو شرطاه في العقد، وإن لم يذكراه صراحة في العقد(١).

٢- قاعدة "الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ"، وذلك أن العقود إنما انبنت على تلك الشروط، ولما كان بناء العقد على ذلك، كانت الشروط الملحوظة في العقود كالشروط المصرح بها فيها، سواء بسواء(٢).

٣- درء المفاسد؛ وذلك أنَّ السبب من إبطال العقودِ ذاتِ الشروط الباطلة والفاسدة هو درء المفسدة التي ستنشأ عن تلك العقود، والمتأمل في العقود المضمرة فيها الشروط الفاسدة يجد أن المفاسد حاصلة بها، غير مندفعة عنها، ولا يتم درؤها بالإضمار، فكان حق الإضمار الحكم عليه بما يحكم على التصريح، فيبطل بالإضمار ما يبطل بالتصريح(٣).

٥- معارضة العمل بهذه القاعد جملة كبيرة من القواعد الفقهية المقررة، كقاعدة "بناء الشريعة على مصالح العباد"، و"مراعاة مقاصد الشارع"، و"سد ذرائع الفساد"، و"الأمور بمقاصدها"، ما يوهن العمل بهذه القاعدة، ويضعف الأخذ بها(٤).

رأي الباحث:

من خلال ما تقدم من أدلة للفريقين، ومناقشتها، تظهر قوة أدلة القول الثاني والقائل بعدم العمل بالقاعدة، فإنهم اعتمدوا على القواعد الأخرى المتقررة لدى العلماء،

(١)الخليلي، **فتاوى المعاملات**، ص٤١٠.

(٢)نزيه حماد، **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**، (سوريا: دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م)، ص٢٧١.

(٣)**المرجع السابق**، ص٢٧٢.

(٤)بحيري، **الحيل الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص٢٥٣.

بل في العمل بهذه القاعدة، وإدخالها ضمن القواعد الأخرى خلل كبير في وجه العمل بها، واضطراب كبير في الفروع التي قد تحويها، ففي حين يقال بالعمل بالمقاصد في الأمور، واعتبار ما تعورف عليه، ويلزم درء المفاسد، وسد الذرائع الموصلة إليها، يعمل بإضمار ما يبطل العمل، فيصحح العمل ولا يبطل، فأي اضطراب في القول بذلك، بل حتى عند سعي بعضهم لتحرير القاعدة، وبيان أن الكراهة إنما هو فيما فيه تحيل لقصد المحرم كما تقدم عن السبكي، نجد أن الأمر ليس كذلك عند غيره من الشافعية، فمنهم من أجاز التواطؤ مطلقًا ورأى حله وعدم حرمته كما تقدم عن الزركشي، ومنهم مَن نصَّ على أن العمل بالحيلة لم يُسَلِّم صاحبه من الإثم وإن قيل بصحة العمل كما تقدم عن ابن حجر، كل هذا يجعل العمل بالقاعدة أمرًا مشكلًا، فضلًا عن معارضتها لما هو أقوى دليلًا، وأوضح سبيلًا.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث نقف على أهم نتائجه وتوصياته:

النتائج:

١- للقواعد الفقهية أثر كبير في الحيل الفقهية من حيث ضبط المسائل التي ترد إلى تلك القواعد، وأبرزها القواعد المتعلقة بمقاصد المكلفين، والتي تعود إلى قاعدة "الأمور بمقاصدها".

٢- يعمل بقاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا الألفاظ والمباني" في الحيل فيما بين العبد والخلق، وتحرير محل العمل بها: **أولًا**: قصد الكلام، **ثانيًا**: العلم بمدلوله، **ثالثًا**: عدم قصد المدلول، رابعًا: كون المقصود غير جائز.

٣- دلت الأدلة على اعتبار قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود"، وتعد هذه القاعدة من أبرز القواعد في إبطال الحيل المذمومة.

٤- لا بدَّ من وجود جملة من الضوابط للعمل بقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود" وهي، **أولًا**: أن يربط بالسبب حكم، **ثانيًا**: أن يقصد المكلف تحصيل الحكم بتحصيل سببه أو تعطيله، **ثالثًا**: أن توجد ثمة، **رابعًا**: أن يشتمل الفعل على مفسدةٍ.

٥- تعد قاعدة "كل ما لو أبطل إظهاره، كره إضماره" قاعدة مثيرة للجدل، وتحديدًا في مسائل الحيل الفقهية.

٦- لا يعمل بقاعدة "كل ما لو أبطل إظهاره، كره إضماره" في الحيل الفقهية لما في العمل بها من اضطراب في القواعد والأصول، وخلل في الفروع والفصول، وهو حاصل حتى عند القائلين بهذه القاعدة.

التوصيات:

١- بحث الجوانب الأخرى للقواعد الفقهية ذات الصلة بالحيل الفقهية، مثل القواعد المتعلقة بالضرر، فإن الفقهاء لا يفتئون يذكرون المفاسد والمصالح في أثناء حديثهم عن الحيل الفقهية.

٢- بحث الجوانب التطبيقية المعاصرة، وتحديدًا تلك التي تتعلق بإضمار ما يسفده العقد إن أظهر؛ لما له من أثرٍ عميقٍ في ضبط تعامل الناس فيما بينهم.

قائمة المصادر والمراجع

١- إبراهيم أنيس وآخرون، (بدون ذكر تاريخ النشر)، **المعجم الوسيط**، (الطبعة الثانية).

٢- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، (١٤١٨هـ- ١٩٩٨م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، (الطبعة الثانية)، لبنان: دار الكتاب العربي.

٣- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، (بدون ذكر تاريخ النشر)، **إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان**، (بدون ذكر الطبعة)، مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

٤- ابن الوكيل، محمد بن مكي بن عبد الصمد، (١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م)، **الأشباه والنظائر في فقه الشافعية**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار الكتب العلمية.

٥- ابن بطة، عبيد الله بن محمد بن بطة العكبري، (١٤٢٧هـ- ١٩٩٦م)، **إبطال الحيل**، (الطبعة الأولى)، لبنان: مؤسسة الرسالة.

٦- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، (بدون ذكر سنة الطبع)، **بيان الدليل على بطلان التحليل**، (بدون ذكر الطبعة)، بدون ذكر البلد: المكتب الإسلامي.

٧- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار المعرفة.

٨- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي، (بدون ذكر تاريخ النشر)، **تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، (بدون ذكر الطبعة)، (بدون ذكر البلد): دار ابن عفان.

٩- ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الزهري، (١٤٢١هـ- ٢٠٠١م)، **الطبقات الكبرى**، (الطبعة الأولى)، مصر: مكتبة الخانجي.

١٠- ابن عاشور، محمد الطاهر بن عاشور، (١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م)، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، (الطبعة الثانية)، مصر: دار السلام.

١١- ابن كثير، إسماعيل بن كثير الدمشقي، (١٤٢٧هـ- ٢٠٠٥م)، **تفسير القرآن العظيم**، (الطبعة الأولى)، مصر: دار الآفاق العربية.

١٢- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (٢٠٠٤م)، **سنن ابن ماجة**، الأردن: بيت الأفكار الدولية.

١٣- ابن نجيم، زين الدين بن محمد، (١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م)، **الأشباه والنظائر**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار الكتب العلمية.

١٤- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (٢٠٠٤م)، **سنن أبي داود**، الأردن: بيت الأفكار الدولية.

١٥- الزرقا، مصطفى بن أحمد، (١٤٢٨هـ- ١٩٩٨م)، **المدخل الفقهي العام**، (الطبعة الأولى)، سوريا: دار القلم.

١٦- آل هرموش، محمود مصطفى عبود، (١٤٣٥هـ- ٢٠١٤م)، **القواعد الفقهية الإباضية**، (الطبعة الأولى)، سلطنة عمان: وزارة الأوقاف والشئون الدينية.

١٧- الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، (١٤٣٥هـ- ٢٠١٤م)، **المفصل في القواعد الفقهية**، (الطبعة الرابعة)، المملكة العربية السعودية: دار ابن حزم.

١٨- بحيري، محمد عبد الوهاب، (١٣٩٤هـ- ١٩٧٤م)، **الحيل في الشريعة الإسلامية وشرح ما ورد فيها من الآيات والأحاديث**، (بدون ذكر الطبعة)، (بدون ذكر البلد) مطبعة السعادة.

١٩- البخاري، محمد بن إسماعيل، (١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م)، **صحيح البخاري**، (الطبعة الأولى)، مصر: مكتبة الصفا.

٢٠- البراشدي، زهران بن ناصر، (بدون ذكر تاريخ النشر)، **أثر القواعد الفقهية في التطبيق**، (الطبعة الأولى)، (بدون ذكر البلد والناشر).

٢١- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، (٢٠٠٤م)، **جامع الترمذي**، الأردن: بيت الأفكار الدولية.

٢٢- التهانوي، ظفر أحمد العثماني، (١٧١٧هـ)، **إعلاء السنن**، (الطبعة الأولى)، باكستان: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية.

٢٣- الحصني، أبو بكر بن محمد، (١٤١٨هـ- ١٩٩٧م)، **كتاب القواعد**، (الطبعة الأولى)، المملكة العربية السعودية: مكتبة الرشد.

٢٤- الحموي، أحمد بن محمد، (١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م)، **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار الكتب العلمية.

٢٥- الحميد، محمد بن حمد عبد الحميد وآخر، (١٤٣٣هـ)، **قاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني" دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المدني الأردني**، (العدد ٥٥)، المملكة العربية السعودية: جامعة أم القرى.

٢٦- الخليلي، أحمد بن حمد، (١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م)، **فتاوى المعاملات**، (الطبعة الأولى)، سلطنة عمان: الأجيال.

٢٧- الراشدي، هلال بن محمد، (٢٠٠٩م)، **القواعد الفقهية عند الإباضية**، (بدون ذكر الطبعة)، مصر: مركز الغندور.

٢٨- الزحيلي، محمد الزحيلي، (١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م)، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، (الطبعة الثالثة)، سوريا: دار الفكر.

٢٩- الزرقا، أحمد بن محمد، (١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م)، **شرح القواعد الفقهية**، (الطبعة الثانية)، سوريا: دار القلم.

٣٠- الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، (١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م)، **المنثور في القواعد**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار الكتب العلمية.

٣١- السالمي، عبد الله بن حميد، (١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م)، **جوابات الإمام السالمي**، (الطبعة الثالثة)، (بدون ذكر بلد الطبع والناشر).

٣٢- السالمي، عبد الله بن حميد، (٢٠١٠م)، **طلعة الشمس شرح شمس الأصول**، سلطنة عمان: مكتبة الإمام السالمي.

٣٣- السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، (١٤١٩هـ- ١٩٩٩م)، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، (الطبعة الأولى)، لبنان: عالم الكتب.

٣٤- السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، (١٤٢٢هـ- ١٩٩١م) **الأشباه والنظائر**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار الكتب العلمية.

٣٥- السمرقندي، سعيد بن علي، (١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، **جَنّة الأحكام وجُنة الخصام في الحيل والمخارج**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار صادر.

٣٦- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (١٤١٨هـ- ١٩٩٧م)، **الأشباه والنظائر**، (الطبعة الثانية)، المملكة العربية السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز.

٣٧- الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، (١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، **الموافقات في أصول الشريعة**، المملكة العربية السعودية: مكتبة نزار مصطفى الباز.

٣٨- الشربيني، محمد الخطيب، (١٤١٨هـ- ٢٩٩٧م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار المعرفة.

٣٩- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م)، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، (الطبعة الأولى)، مصر: مكتبة الثقافة الدينية.

٤٠- العيني، محمود بن أحمد، (بدون ذكر تاريخ النشر)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، لبنان: دار الفكر.

٤١- الغامدي، ناصر بن محمد، (١٤٢٤هـ)، **قاعدة "مَن استعجل شيئًا قبل أوانه عُوقب بحرمانه" دراسة تأصيلية تطبيقية**، (العدد ٢٨)، المملكة العربية السعودية: جامعة أم القرى.

٤٢- القسطلاني، أحمد بن محمد، (بدون ذكر تاريخ النشر)، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، (بدون ذكر الطبعة) لبنان: دار الكتاب العربي.

٤٣- قلعة جي، **معجم لغة الفقهاء**، (نسخة إلكترونية).

٤٤- نادر علي فليونة، (١٤٣٦هـ- ٢٠١٥م)، **المواطأة على إبرام العقود المالية المتعددة في عقد واحد وتطبيقاتها المعاصرة**، (رسالة ماجستير)، غزة: الجامعة الإسلامية.

٤٥- نزيه حماد، (١٤٢١هـ- ٢٠٠١م)، **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**، (الطبعة الأولى)، سوريا: دار القلم.

٤٦- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، (١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م)، **صحيح مسلم**، (الطبعة الأولى)، مصر: مؤسسة المختار للنشر والتوزيع.

٤٧- الونشيري، أحمد بن يحيى، (١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م)، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك**، (الطبعة الأولى)، لبنان: دار ابن حزم.